

**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים**

ע"א 8506/13

ע"א 8535/13

כבוד השופט י' דנציגר
 כבוד השופט ע' פוגלמן
 כבוד השופט נ' סולברג

לפני:

המערערות בע"א 8506/13
 והמשיבות בע"א 8535/13:
 1. זאבי תקשורת אחזקות בע"מ
 2. זאבי תקשורת - מימון וניהול בע"מ

נ ג ד

המשיבים בע"א 8506/13
 והמערערים בע"א 8535/13:
 1. בנק הפועלים בע"מ
 2. בנק לאומי לישראל בע"מ
 3. הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ
 4. בנק דיסקונט לישראל בע"מ
 5. בנק מזרחי טפחות בע"מ
 6. בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ
 7. בנק איגוד לישראל בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז מיום
 3.11.2013 בת"א 21725-02-10 [פורסם בג' 27.10.14] שניתן על ידי
 כבוד השופט ב' ארנון

(27.10.14)

ג' בחשון תשע"ה

תאריך הישיבה:

עו"ד גיורא ארדינסט; עו"ד רן שפרינצק
 עו"ד תומר ויסמן; עו"ד אפרת ציבולסקי

בשם המערערות בע"א
 8506/13 והמשיבות בע"א
 8353/13

בשם המשיבים בע"א 8506/13 עו"ד אורי גאון; עו"ד ליאת עיני-נצר;
והמערערים בע"א 8535/13: עו"ד ברוריה שריר הראל; עו"ד נורית ברלינר-שקד;
עו"ד עירית קרלמן

ספרות:

[דניאל פרידמן, נילי כהן, חוזים \(כרך ב, 1992\)](#)
[א' אדר, ג' שלו, דיני חוזים - התרופות לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי \(תשס"ט\)](#)
[ג' שלו, דיני חוזים - החלק הכללי](#)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק החוזים \(תרופות בשל הפרת חוזה\), תשל"א-1970: סע' 10, 15, 15\(א\)](#)
[חוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961](#)
[חוק החוזים \(חלק כללי\), תשל"ג-1973](#)
[חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981](#)
[חוק הריבית, תשי"ז-1957](#)
[תקנות פסיקת ריבית והצמדה \(קביעת שיעור הריבית ודרך חישובה\), תשס"ג-2003](#)
[צו הריבית \(קביעת שיעור הריבית המכסימלי\), תשל"ל-1970](#)
[תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984: סע' 511, 512\(ב\)](#)

ספרות:

[דניאל פרידמן, נילי כהן, חוזים \(כרך ב, 1992\)](#)
[א' אדר, ג' שלו, דיני חוזים - התרופות לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי \(תשס"ט\)](#)
[ג' שלו, דיני חוזים - החלק הכללי](#)

כתבי עת:

[מנחם מאוטנר, "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה", עיוני משפט, כרך כט \(תשס"ה-תשס"ז\) 17](#)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק החוזים \(תרופות בשל הפרת חוזה\), תשל"א-1970: סע' 10, 15, 15\(א\)](#)
[חוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961](#)
[חוק החוזים \(חלק כללי\), תשל"ג-1973](#)
[חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981](#)
[חוק המכר, תשכ"ח-1968](#)

[חוק הריבית, תשי"ז-1957](#)

[תקנות פסיקת ריבית והצמדה \(קביעת שיעור הריבית ודרך חישובה\), תשס"ג-2003](#)

[צו הריבית \(קביעת שיעור הריבית המכסימלי\), תש"ל-1970](#)

[תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984: סע' 511, 512\(ב\)](#)

מיני-רציו:

* ביהמ"ש העליון קובע כי יש הצדקה לשים גבול לחיוב בפיצוי מוסכם עתי (לרבות ריבית פיגורים), ככל שהתקופה הולכת ומתארכת והפיצוי הכולל מצטבר לסכומי עתק, באופן שחורג במידה ניכרת מציפיות הצדדים ומגבולות הנזק שניתן היה לצפותו במועד כריתת החוזה; עוד נקבע כי מימוש בטוחות במסגרת הליכי כינוס נכסים צריך להיעשות תוך זמן סביר. פרק זמן סביר תלוי בנסיבותיו של מקרה ספציפי ועליו להבחן בהתאם לתכלית הליכי כינוס נכסים, שהיא השאת התמורה שתתקבל ממימוש הבטוחה על מנת לפרוע את חובו של הנושה המובטח.

* חוזים – פיצויים מוסכמים – התערבות בית המשפט

שני ערעורים כנגד פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי, שבמסגרתו התקבלה באופן חלקי תביעת המערערות בע"א 8506/13 והמשיבות בע"א 8535/13 (להלן: החברות) והופחת חיובן החוזי לשלם למערערים בע"א 8535/13 והמשיבים בע"א 8506/13 (7 בנקים שהלוו לחברות כספים לצורך מימון רכישת מניות בזק ולהלן הבנקים) ריבית הפרה, במהלך תקופת כינוס הנכסים. רקע: בהסכם ההלוואה נקבע כי כל סכום שלא ייפרע במועדו יישא ריבית הפרה בשיעור העולה ב-3% לשנה על הריבית ההסכמית, החל מהמועד שנקבע לפירעונו לפי ההסכם ועד לסילוקו בפועל. הסכם ההלוואה הופר ע"י החברות. בשנת 2009, לאחר 7 שנות כינוס, נמכרו מניות בזק ובסופו של דבר הכספים שקיבלו הבנקים במהלך כינוס הנכסים כיסו את כל חובות החברות (לרבות הוצאות הכינוס) ואף נותרה יתרה בקופת הכינוס שהוחזרה לחברות. בהמשך הגישו החברות תביעה לביהמ"ש המחוזי, במסגרתה ביקשו להורות לבנקים להשיב להן את הכספים שגבו בגין רכיב ריבית ההפרה במהלך תקופת כינוס הנכסים. ביהמ"ש קיבל באופן חלקי את טענות החברות וקבע כי מוצדק בנסיבות העניין להפחית באופן חלקי את ריבית ההפרה, בין היתר בהתאם לסמכות הקבועה בסעיף 15(א) לחוק התרופות, העוסק בפיצויים מוסכמים. ביהמ"ש הפחית את הריבית ל-2.5% אך קבע שההפחתה תחל רק מיום 1.1.2007. כתוצאה מקביעה זו, נדרשו הבנקים להשיב לחברות כ-48 מיליון ₪. החברות מלינות על שיעור ההפחתה הנמוך ועל תקופת ההפחתה – בשולי תקופת הכינוס. מנגד סבורים הבנקים שלא היה מקום להתערב כלל בריבית ההפרה שנקבעה בהסכם. פסה"ד בערעורים עוסק אך ורק בסוגיית הפיצויים המוסכמים. הדיון בשאלת נכונותן של קביעות ביהמ"ש המחוזי בסוגיות האחרות הושאר בצריך עיון, מבלי שיהיה בפסק הדין בערעור כדי לאשרן או לדחותן לגופן.

ביהמ"ש העליון (מפי השופט י' דנציגר בהסכמת השופטים ע' פוגלמן ונ' סולברג) דחה את ערעור הבנקים וקיבל באופן חלקי את ערעור החברות מהטעמים הבאים:

כאמור, פס"ד זה עוסק בסוגיית הפיצויים המוסכמים. סעיף 15(א) לחוק קובע במפורש כי הפיצויים המוסכמים ייפסקו בהתאם למה שסיכמו הצדדים מראש וללא הוכחת נזק. ביהמ"ש יעשה שימוש בסמכות להפחית פיצוי מוסכם רק במקרים חריגים וכי הפחתה כזו הינה מצומצמת ונדירה. נקבע בעבר כי על מנת שביהמ"ש יעשה שימוש בסמכות זו (סמכות שבשק"ד), על הצד המבקש התערבות מביהמ"ש להוכיח כי הפיצוי המוסכם נקבע ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לצפותו במועד כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה. כל עוד מתרשם ביהמ"ש כי קיים יחס סביר כלשהו, ולו דחוק, בין הפיצוי המוסכם לנזק שניתן היה לצפותו במועד כריתת החוזה, לא יתערב ביהמ"ש בפיצוי המוסכם. מדובר בנטל כבד.

ביהמ"ש מוסיף וקובע (כאן), שנטל זה יהיה כבד מאד כאשר מדובר בחוזה מסחרי ייחודי כדוגמת החוזה דנן, שנכרת על ידי צדדים מתוחכמים ומנוסים ושקדם לו משא ומתן ארוך ומושכל. עם זאת, הודגש כי אין מדובר בחסינות מפני התערבות ביהמ"ש בחוזה שכזה.

הודגש כי הנזק שנגרם בפועל בסופו של דבר כתוצאה מההפרה איננו רלוונטי לבחינת סבירות הפיצוי המוסכם. המבחן לסבירותו של הפיצוי המוסכם הינו מבחן אובייקטיבי באופיו, שבו בוחן ביהמ"ש אלו נזקים יכלו הצדדים לצפות באופן סביר בעת כריתת החוזה והאם הפיצוי המוסכם נקבע ביחס סביר לנזקים צפויים אלו. עוד הוזכר בין היתר, כי "ההפרה" שעליה מדבר סעיף 15(א) לחוק התרופות הינה ההפרה הקונקרטית שהתרחשה בפועל ועל ביהמ"ש לבחון האם הפיצוי המוסכם משקף יחס סביר לנזק שיכלו הצדדים לצפות כתוצאה מסתברת של הפרה זו אילו הייתה עומדת לנגד עיניהם במועד כריתת החוזה.

בפסיקת בימ"ש זה כבר נפסק לא אחת בעבר כי יש לסווג סעיף ריבית פיגורים (סעיף המכונה בענייננו סעיף ריבית ההפרה), כסעיף פיצויים מוסכמים. בהקשר זה נדחתה ההבחנה המשפטית שניסו הבנקים ליצור בין המקרה דנן, שבו מדובר בריבית פיגורים שנקבעה בחוזה הלוואה בין לווה לבנק, לבין המקרים שנדונו בפסיקת בימ"ש זה בעבר, שעסקו בחוזים אחרים. ביהמ"ש מבהיר כי לצורך הכרעה במחלוקת בדבר סיווגו של סעיף בחוזה כסעיף פיצוי מוסכם יש לבחון: האם מדובר בסעיף שנקבע מראש בחוזה, אשר מקים לצד אחד לחוזה זכות לקבלת תמורה נוספת (מעבר לתמורה "הרגילה" הקבועה בחוזה) בעקבות הפרת החוזה על ידי הצד השני, ללא הוכחת נזק. אם התשובה לשאלה זו הינה חיובית, הרי שמדובר מבחינה משפטית בסעיף פיצויים מוסכמים, הכפוף לסמכות ביהמ"ש בהתאם לסעיף 15(א) לחוק התרופות, תהא תכליתו הכלכלית של הסעיף אשר תהא.

נוכח הוראת סעיף ריבית ההפרה נקבע כי יש לסווג את סעיף ריבית ההפרה בהסכם ההלוואה דנן כסעיף פיצוי מוסכם עתי. מכיוון שריבית ההפרה בענייננו מוגדרת כריבית בשיעור שנתי מסוים שמתווסף לריבית ההסכמית, הרי ששאלת סבירות ריבית ההפרה במקרה דנן מורכבת, משתי שאלות נפרדות: סבירות שיעור ריבית ההפרה וסבירות ריבית ההפרה הכוללת בשים לב למשך התקופה.

ביהמ"ש קובע כי שיעור ריבית ההפרה שנגבה מהחברות במקרה דנן סביר, וזאת בשים לב לשיעורי ריבית ההפרה שנקבעו בהסכמי הלוואה אחרים שנכרתו בין הבנקים ללווים אחרים באותה תקופה, ובמיוחד בשים לב לשיעורי הריבית המקסימאליים המותרים על פי דין. עוד בהקשר זה, בין היתר, ביהמ"ש מקבל את מסקנת ביהמ"ש המחוזי ועמדת הבנקים כי ריבית ההפרה, שמתווספת לקרן החוב ולריבית ההסכמית רק החל ממועד הפרת הסכם ההלוואה ואילך, משקפת את עליית הסיכון של הבנק המלווה החל ממועד הפרת הסכם ההלוואה ואת הוצאותיו ונזקיו בפרק זמן זה.

בהמשך לכך ביהמ"ש קובע כי ככל שהצדדים קבעו בחוזה מנגנון פיצוי מוסכם עתי, וככל שביהמ"ש השתכנע כי שיעור הפיצוי העתי הינו סביר כשלעצמו, עיקר הדיון בתביעה להפחתת פיצויים מוסכמים בביהמ"ש צריך להתמקד בשאלת משך התקופה שבה יחויב המפר בפיצוי העתי בגין ההפרה.

לעניין זה ביהמ"ש קובע כי ככלל, על המפר לשלם לנפגע את הפיצוי המוסכם העתי החל ממועד ההפרה ועד למועד השלמת החיוב על ידי הנפגע (או צד שלישי). עם זאת, יש הצדקה לשים גבול לחיוב בפיצוי מוסכם עתי (לרבות ריבית פיגורים), ככל שהתקופה הולכת ומתארכת והפיצוי הכולל מצטבר לסכומי עתק, באופן שחורג במידה ניכרת מציפיות הצדדים ומגבולות הנזק שניתן היה לצפותו במועד כריתת החוזה. לעניין זה על ביהמ"ש לבחון מה גרם להתארכות התקופה וככל שביהמ"ש משתכנע כי התארכות התקופה הינה חריגה באופן שהופך את סכום הפיצוי הכולל לבלתי סביר ביחס לנזקים שיכלו הצדדים לצפות במועד כריתת החוזה, אזי יש הצדקה להפחיתו בהתאם לסעיף 15(א) לחוק התרופות, בין אם על ידי קיצור התקופה שבה ישולם הפיצוי העתי ובין אם על ידי הפחתה של סכום הפיצוי הכולל.

ביהמ"ש מוסיף וקובע כי מימוש בטוחות במסגרת הליכי כינוס נכסים צריך להיעשות תוך זמן סביר, כשהתשובה לשאלה מהו פרק זמן סביר בנסיבותיו של מקרה ספציפי תיבחן בהתאם לתכלית של הליכי כינוס נכסים, שהיא השאת התמורה שתקבל ממימוש הבטוחה על מנת לפרוע את חובו של הנושה המובטח.

יישום כללים אלו לענייננו הוביל למסקנות הבאות: השלמת הליך ההפרטה בשלהי שנת 2005 מהווה זמן סביר בנסיבות. ביהמ"ש מוסיף, כי אין לראות במועד השלמת הליך ההפרטה בנסיבות העניין כמועד "קשיח" שכל חריגה ממנו נחשבת אוטומטית כבלתי סבירה. יש לייחס לצדדים צפייה במועד כריתת ההסכם כי מימוש המניות – בשים לב ל"זהות" המניות, נוכח העובדה שמדובר במניות של חברת בזק במצבה דאז, ובשים לב לכמותן ולשוויין – יסתיים תוך פרק זמן סביר ממועד השלמת ההפרטה.

במקרה דנא, ביהמ"ש המחוזי אמד את פרק הזמן הסביר להימשכות הליכי הכינוס תוך שהוא "מקל" יתר על המידה עם החברות, באופן אשר מצדיק את התערבות בימ"ש זה, באופן שבו ייקבע כי החברות יכלו לצפות כי במקרה של הפרת הסכם ההלוואה הן תיאלצנה לשלם ריבית הפרה בשיעור המוסכם גם מעבר לתקופה בת השנה שנקבעה בשל התארכות הליכי הכינוס. כפועל יוצא נקבע כי אין מקום להפחית את שיעור ריבית ההפרה החל מסוף שנת 2006, ויש להעמידו על 3% גם בתקופה שלאחר יום 1.1.2007.

לעומת קביעה זו, נקבע שריבית ההפרה צריכה להיות משולמת לכל היותר עד למחצית שנת 2007. זאת, שכן במועד זה, עפ"י קביעת ביהמ"ש המחוזי, עלה שווי המניות על גובה חובן של החברות לבנקים (כולל רכיב ריבית ההפרה), כך שמשלב זה ואילך לא היו הבנקים חשופים עוד לסיכון של אי פירעון מלא של החוב (כולל רכיב ריבית ההפרה). לכן, ממועד זה ואילך, ועל אף התמשכות הליכי כינוס הנכסים מסיבות כאלה ואחרות, לא הייתה יותר הצדקה לחיובן של החברות בריבית הפרה כלשהי.

לאור האמור נקבע: ראשית, שיעור ריבית ההפרה בתקופת כינוס הנכסים מתחילתה ועד ליום 1.7.2007 יעמוד על 3% בשנה (בנוסף לריבית ההסכמית ולריבית הנוספת), כפי שנקבע בהסכם ההלוואה; ושנית, החל מיום 1.7.2007 ועד תום הליכי כינוס הנכסים יבוטל לחלוטין חיובן של החברות בריבית הפרה. כפועל יוצא נקבע כי הבנקים ישיבו לחברות סך של 215,038,134 ₪ בצירוף הפרשי הצמדה וריבית.

בנוסף, נקבע כי הבנקים ישלמו הבנקים לחברות שכר טרחת עורך דין בסך של 2,000,000 ש"ח בנוסף לסכום שכבר נפסק בהקשר זה בביהמ"ש המחוזי בסך של 4,248,000 ש"ח כולל מע"מ.

פסק-דין

השופט י' דנציגר:

לפנינו שני ערעורים המופנים כנגד פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (השופט ב' ארנון) בת"א 26401-10-09 ובת"א 21725-02-10 [פורסם בנבו] מיום 21.7.2013 ופסק דינו המשלים מיום 3.11.2013.

תמצית הרקע העובדתי עד הגשת התביעה

1. המערערות בע"א 8506/13 והמשיבות בע"א 8535/13 – חברת זאבי תקשורת אחזקות בע"מ וחברת זאבי תקשורת מימון וניהול בע"מ (להלן בהתאמה: זאבי אחזקות וזאבי מימון, וביחד: החברות) – הן חברות בשליטתו של מר גד זאבי (להלן: זאבי), אשר הוקמו בחודש אוקטובר 1994 כחברות למטרה מיוחדת, לשם רכישת והחזקת מניות חברת בזק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (להלן: בזק). רכישת מניותיה של חברת בזק על ידי החברות נעשתה באמצעות מימון שהעמידו הבנקים לחברות כפי שיפורט להלן.

2. המערערים בע"א 8535/13 והמשיבים בע"א 8506/13 הינם שבעה בנקים שהעמידו יחד את המימון הנדרש לחברות לשם רכישת מניות בזק, באחוזי השתתפות שונים, כדלקמן: בנק הפועלים בע"מ (31%); בנק לאומי לישראל בע"מ (24%); הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (16%); בנק דיסקונט לישראל בע"מ (11%); בנק מזרחי טפחות בע"מ (10%); בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ (4%); בנק איגוד לישראל בע"מ (4%) (להלן ביחד: הבנקים).

3. ביום 23.10.1999 רכשה חברת זאבי מימון 153,110,539 מניות של חברת בזק מהחברה הבריטית Cable and Wireless Plc, שהיוו באותה עת כ-

19.61% מהונה המונפק של חברת בזק. ביום 2.12.1999 נחתם בין חברת זאבי מימון לבין הבנקים הסכם הלוואה, שבמסגרתו נקבע כי הבנקים יעמידו לטובת זאבי מימון הלוואה בסך של 643,000,000 דולר למשך תקופה של שנתיים (להלן: הסכם ההלוואה). בהמשך, בשנת 2000, הוגדלה ההלוואה בסכום של 90,000,000 דולר נוספים, כך שסכום ההלוואה עמד על 733,000,000 דולר (קרבן). מועד פירעון ההלוואה נקבע ליום 6.12.2001. במקביל הלוותה חברת זאבי מימון את הכספים שקיבלה מהבנקים במסגרת הסכם ההלוואה לחברת זאבי אחזקות, אשר בתמורה יצרה ומסרה לזאבי מימון שטרי הון.

4. ההלוואה ניתנה בשלושה חלקים שסומנו באותיות A, B, C. הלוואה A ניתנה לחברת זאבי מימון בשלושה מטבעות (דולר אמריקני, שקל וֶן יפני) והסתכמה בסך של 590,000,000 דולר. סכומן הכולל של הלוואות B ו-C עמד על סך של 143,000,000 דולר. כבטוחה לכספי ההלוואה הועברו לבנקים שתי אגרות חוב שניתנו על ידי החברות, במסגרתן נוצר שיעבוד קבוע על המניות ועל כל הזכויות הנובעות מהן לטובת הבנקים. בנוסף לכך נמסרו לבנקים, לצורך הבטחת פירעון ההלוואה, שני מכתבי אשראי על סך של 135,000,000 דולר ועל סך של 8,000,000 דולר (ובסך הכל: 143,000,000 דולר). סכום זה זהה לסכומן הכולל של הלוואות B ו-C, והוא היווה למעשה את ההון העצמי של החברות בעסקה. יצוין כי ההלוואה שהעניקו הבנקים לחברות הינה הלוואה מסוג Non-Recourse (הלוואה ללא זכות חזרה ללווה). בהלוואה מסוג זה הבטוחה היחידה לפירעון ההלוואה הינה הנכס הנרכש באמצעות המימון (במקרה זה – מניות בזק), ומשמעות הדבר הינה כי ככל שמימוש הנכס לא מכסה את מלוא החוב כלפי המלווה, הוא אינו רשאי לחזור ללווה עצמו בניסיון לגבות ממנו את יתרת ההלוואה.

5. בהסכם ההלוואה נקבעו שיעורי הריבית שיחולו על כל אחד ממרכיבי ההלוואה. לגבי הלוואות B ו-C הוסכם כי תחול ריבית ליבור + 0.75% לשנה, כאשר הריבית תתווסף לקרבן אחת לשלושה חודשים. לגבי הלוואה A הוסכם כי

תחול ריבית שונה בהתאם לסוגי המטבעות שבהם ניתנה ההלוואה, כדלקמן: לגבי הסכום שהועמד לחברות בשקלים נקבעה ריבית פריים + 0.15% אשר תתווסף לקרן אחת לחודש; לגבי הסכומים שהועמדו לחברות בדולר ובין יפני נקבעה ריבית ליבור + 1.5% לשנה אשר תתווסף לקרן אחת לשלושה חודשים (להלן: הריבית ההסכמית). יצוין כי בנוגע להלוואה A נקבע בהסכם ההלוואה כי המרווחים המוסכמים מעל ריבית הפריים או הליבור שצוינו לעיל עשויים להשתנות במהלך תקופת ההלוואה, כנגזרת של היחס שבין שווי השוק של מניות בזק לבין שווי הלוואה A, כך שאחוזי הריבית יותאמו לאותו היחס וישקפו את הסיכון של הבנקים. מנגנוני התאמה הסכמיים אלו אינם עומדים במחלוקת בין הצדדים, ומשכך לא יפורטו מעבר לאמור לעיל, אך יצוין כי הוסכם שבמקרה של ירידת היחס שבין שווי השוק של המניות לבין היתרה של הלוואה A מתחת לשיעור של 109% במשך שני ימי מסחר רצופים יוכלו הבנקים להכריז כי אירעה הפרה ולדרוש את פירעון כלל ההתחייבויות באופן מיידי.

6. בנוסף לריבית ההסכמית נקבע בהסכם ההלוואה כי סכום שלא ייפרע במועדו יישא ריבית הפרה בשיעור העולה ב-3% לשנה על הריבית ההסכמית, החל מהמועד שנקבע לפירעונו לפי הסכם ההלוואה ועד לסילוקו בפועל (להלן: ריבית ההפרה).

7. במהלך תקופת ההלוואה, לאחר שהיחס שבין שווי השוק של מניות בזק לבין יתרת הלוואה A ירד אל מתחת ל-109%, הוסכם כי החברות יעמידו בטוחות נוספות לטובת הבנקים, ובנוסף סוכם כי מרווח הסיכון בהלוואה A יעלה ב-0.125% מעל הריבית ההסכמית (להלן: הריבית הנוספת). מאוחר יותר אף סוכם כי זאבי יערוב לקיום חיובי החברות בערבות אישית מוגבלת בסך של 30,000,000 דולר, אותה ניתן יהיה לממש לאחר שימומשו כל יתר הביטחונות שהעמידו החברות לטובת הבנקים להבטחת פירעון ההלוואה.

8. משלא עמדו החברות במועד פירעון ההלוואה שנקבע בהסכם, הודיעו הבנקים לחברות ביום 12.12.2001 על הפרת הסכם ההלוואה. בהתאם להסכם מומשו מכתבי האשראי שהעמידו החברות לטובת הבנקים לשם פירעון ההלוואה, וכתוצאה מכך הועבר לבנקים סך של 160,183,468 דולר, כך שהלוואה C נפרעה במלואה והלוואה B נפרעה ברובה.

9. החל מיום 6.12.2001 החלו הבנקים לחייב את החברות בריבית הפרה, כך שהריבית בתקופת ההפרה עמדה על שיעור של 3% מעל הריבית ההסכמית בצירוף הריבית הנוספת. במילים אחרות, ממועד זה ואילך עמד שיעור הריבית על הלוואה A על ריבית פריים + 3.275% להלוואה השקלית ועל ריבית ליבור + 4.625% להלוואה בדולר ובין.

10. ביום 2.5.2002 הגישו הבנקים בקשה לבית המשפט המחוזי בתל-אביב למינוי כונס נכסים לצורך מימוש השעבודים. ביום 12.11.2002 הורה בית המשפט המחוזי (השופט ו' אלשיך) על אכיפת אגרות החוב לפי התנאים שנקבעו בהן ועל מינויו של עו"ד אלקס הרטמן ככונס נכסים קבוע לחברות בפיקוח בית המשפט (להלן: כונס הנכסים). הליך כינוס הנכסים נמשך בין שלהי שנת 2002 לשלהי שנת 2009 ובמהלכו חולקו על ידי חברת בזק דיבידנדים לבעלי מניותיה, בסך כולל של 1,359,712,188 ש"ח. סכום זה שימש להפחתת חובן של החברות לבנקים ולכיסוי חלק מהוצאות הכינוס. בהמשך, ביום 30.1.2003, הועברו לבנקים סכומים נוספים מתוך יתרות הזכות של חברת זאבי מימון (1,245,555 דולר ו-2,911,862 ש"ח, בניכוי 100,000 ש"ח שהושארו בחשבון כונס הנכסים).

11. ביום 24.5.2009 הגיש כונס הנכסים בקשה לבית המשפט המחוזי, במסגרתה ביקש לאשר מתווה למכירת מניות בזק. תחילה התנגדו החברות למתווה המכירה המוצע, אך בהמשך הושגו הסכמות בין הצדדים בדבר אופן מכירת המניות, ובית המשפט המחוזי אישר את המכירה שהתבצעה בשלוש "פעילות"

בחודשים אוגוסט, אוקטובר ונובמבר 2009. כתוצאה ממכירת המניות התקבל בידי הבנקים סך של 3,142,450,172 ש"ח.

12. בסופו של דבר הכספים שקיבלו הבנקים במהלך כינוס הנכסים כיסו את כל חובות החברות כלפיהם, לרבות הוצאות הכינוס ושכר טרחת כונס הנכסים, ולאחר פירעון כל החובות והוצאות הכינוס אף נותר בקופת הכינוס סך של כ- 500,000,000 ש"ח שהוחזר לחברות.

תמצית המחלוקת בין הצדדים בבית המשפט המחוזי

13. החברות הגישו תביעה לבית המשפט המחוזי, במסגרתה ביקשו להורות לבנקים להשיב להן את הכספים שגבו בגין רכיב ריבית ההפרה במהלך תקופת כינוס הנכסים. החברות לא חלקו על כך שחובן לבנקים כולל את קרן החוב, בתוספת הריבית ההסכמית והריבית הנוספת, ובתוספת של הוצאות כינוס הנכסים. לעומת זאת, נטען כי לא היה מקום בנסיבות העניין שהבנקים יגבו מהחברות ריבית הפרה בגין מלוא תקופת כינוס הנכסים וכי רכיב זה בהסכם מהווה רכיב פיצוי עונשי שדינו להתבטל. תביעת החברות הועמדה על סך של 829,529,867 ₪. סכום זה חושב בדרך הבאה: נטען כי ההפרש בין הסכום שנגבה מהחברות בפועל על ידי הבנקים לבין הסכום שלטענתן הן חבות לבנקים בגין הפרת ההסכם (אם ישולמו כל הרכיבים שהוזכרו לעיל למעט רכיב ריבית ההפרה) עומד על סך של 859,177,000 ש"ח, וכי מסכום זה יש לנכות את הנזק שלטענת החברות נגרם בפועל לבנקים, אשר הן אינן חולקות על זכאות הבנקים לגבותו (כ-37,000,000 ש"ח, בהתאם לחוות דעת מומחה מטעם החברות).

14. ביסוד תביעת החברות עמדו שני טיעונים משפטיים מרכזיים: ראשית, נטען כי ריבית ההפרה מהווה פיצוי מוסכם, ומשכך יש לבית המשפט סמכות להפחיתה בהתאם [לסעיף 15](#) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק החוזים (תרופות) או חוק התרופות), ככל שהפיצוי אינו סביר ביחס לנזק

שניתן היה לצפותו מראש בעת כריתת ההסכם כתוצאה מסתברת מהפרתו. נטען כי ריבית ההפרה אינה משקפת סיכון שנגרם לבנקים כתוצאה מהפרת ההסכם – סיכון שלטענת החברות מכוסה על ידי הריבית ההסכמית והריבית הנוספת – אלא היא מהווה הלכה למעשה פיצוי מוסכם עונשי, אשר אין לו מקום בדיני החוזים הישראליים ולכן יש לבטלו או למצער להפחיתו. נטען כי חוסר סבירות של ריבית ההפרה נלמד מעצם קיומו של פער עצום בין הכספים שגבו הבנקים בגין ריבית ההפרה לבין הנזק שנגרם להם בפועל. שנית, נטען כי יש הצדקה להפחית את ריבית ההפרה בנסיבות העניין בדרך של פרשנות תכליתית של ההסכם, שבמסגרתה תובאנה בחשבון הנסיבות החריגות שנוצרו לאחר ההפרה. נטען כי במועד כריתת ההסכם הצדדים לא צפו את האפשרות כי במקרה של הפרה יימשך תהליך כינוס הנכסים במשך יותר משבע שנים, ולכן יש להסיק את המסקנה הפרשנית כי הצדדים לא התכוונו מראש כי ריבית ההפרה תחול במשך פרק זמן ארוך כל כך. עוד נטען כי יש לפרש את ההסכם כך שהחברות לא תחויבנה בריבית הפרה החל מהשלב שבו השליטה על פירעון החוב (באמצעות מימוש המניות) עברה לידי כנוס הנכסים מטעם הבנקים. מעבר לשתי הטענות המרכזיות האמורות לעיל, טענו החברות כי עמידת הבנקים במקרה דנן על זכותם לכאורה לגבות ריבית הפרה במשך כל תקופת הכינוס אינה מתיישבת עם עיקרון תום הלב; לחלופין, כי חיוב החברות במלוא ריבית ההפרה יהווה אכיפה בלתי צודקת בנסיבות העניין; ולחלופי חלופין, כי גביית ריבית ההפרה במלואה במשך כל תקופת הכינוס תהווה עשיית עושר ולא במשפט מצד הבנקים.

15. הבנקים טענו מנגד כי דין שתי הטענות המרכזיות של החברות להידחות. ראשית, נטען כי ריבית ההפרה בהסכם דנן כלל אינה מהווה פיצוי מוסכם אלא משקפת רק "מחיר מוסכם" בגין הסיכונים הנוספים שנוצרו לבנקים בעקבות ההפרה, ומשכך אין לבית המשפט סמכות להתערב בה בהתאם [לסעיף 15](#) לחוק התרופות. לחלופין, נטען כי גם אם יוכרע שמדובר בפיצוי מוסכם, הרי שלא מדובר במקרה חריג שמצדיק התערבות של בית המשפט בהתאם לכללים שהתגבשו בפסיקה. נטען כי הנזק שנגרם לבנקים בפועל במקרה דנן אינו רלוונטי במסגרת הדיון בשאלת

סבירותה של הריבית, ולכן גם הפער שבינו לבין הסכום שנגבה בגין ריבית ההפרה אינו רלוונטי. עוד נטען כי ממילא קיים קושי להעריך את נזקי ההפרה בנסיבות מעין אלה. לפיכך נטען כי יש להתמקד בשאלת סבירות שיעור הריבית באמצעות השוואה לשיעורי הריבית הנוהגים, השוואה שמלמדת כי מדובר בשיעור ריבית סביר ומקובל. אשר לטענה בדבר הימשכות הליכי כינוס הנכסים, נטען כי הדבר נבע בנסיבות העניין ממורכבות הליך המימוש של מניות בזק, כי הליכי הכינוס התנהלו ללא דופי, וכי החברות וזאבי רק הרוויחו מהעיכוב שבמימוש הנכס, שכן אין ספק שמיוש מוקדם יותר היה מניב תמורה נמוכה במידה ניכרת. עוד נטען כי ממילא אין בחלוף הזמן, כשלעצמו, כדי להצדיק את הפחתת שיעור הריבית. שנית, באשר לטענת פרשנות ההסכם, נטען כי מדובר בניסיון של החברות להתנער בחוסר תום לב מהתחייבותן המפורשת בהסכם כתוב, תוך שינוי בדיעבד של מערך הסיכונים והסיכויים החוזי. עוד נטען כי פרשנות החברות מנוגדת ללשונו המפורשת של ההסכם ומהווה ניסיון לשכתב בדיעבד את ההסכם, וכי הליך כינוס הנכסים הינו הליך שהצדדים צפו מראש את היתכנותו, ועל כן אין מקום לטענות החברות בדבר חריגה מציפיות הצדדים. בנוסף נטען כי אין מקום לקבל אף אחת מטענותיהן החלופיות של החברות בדבר חוסר תום לב, אכיפה בלתי צודקת או עשיית עושר ולא במשפט. בנוסף לאמור לעיל טענו הבנקים שתי טענות מקדמיות: האחת, טענת התיישנות, לפיה התביעה התיישנה מכיוון שהמועד שבו קמה עילת תביעה הינו מועד כריתת הסכם ההלוואה; השנייה, טענת השתק, לפיה החברות מושתקות מלטעון בעניין ריבית ההפרה מכיוון שלא העלו טענות בעניין זה במסגרת הדיון בבקשה למינוי כונס נכסים, ומשכך מקימה ההחלטה למנות כונס נכסים מעשה בית דין.

תמצית פסק דינו של בית המשפט המחוזי

16. בפתח פסק דינו דחה בית המשפט המחוזי (השופט ב' ארנון) את שתי הטענות המקדמיות שהעלו הבנקים. ראשית, באשר לטענת ההשתק, נקבע כי ההחלטה בעניין מינוי כונס הנכסים כלל לא דנה בטענות החברות כנגד ריבית ההפרה, וכי ממילא

גם לא יכלה לדון בהן, שכן באותה עת אמנם לא הייתה מחלוקת כי הסכם ההלוואה הופר על ידי החברות אך טרם נקבע גובה חובן לבנקים, ולכן גם לא ניתן היה לבחון באותו שלב את שאלת סבירות הפיצוי לבנקים. בנוסף נקבע כי החברות הוכיחו כי העלו טענות, הן בכתב והן בעל-פה, כנגד חיובן בתשלום ריבית הפרה כבר בשלב הגשת הבקשה למינוי כונס נכסים ובשלבם שונים של כינוס הנכסים בטרם הוגשה התביעה. שנית, באשר לטענת ההתיישנות, נקבע כי טענה זו נטענה בשפה רפה ומוטב היה שלא להעלותה כלל. נקבע כי עילת התביעה של החברות התגבשה במועדים בהם נגבתה מהן בפועל ריבית ההפרה, דהיינו במועדים שבהם נפרעו על ידי כונס הנכסים חיובי החברות בריבית ההפרה, וכי ברור שלא קמה לחברות עילה לתבוע את השבת הכספים לידיהן בטרם אלו שולמו לבנקים.

17. לאחר דחיית הטענות המקדמיות פנה בית המשפט המחוזי לדון בסוגיות העקרוניות שבמחלוקת. כבר בשלב זה ראוי לציין כי פסק הדין משתרע על פני עשרות עמודים, וכי במסגרתו ערך בית המשפט המחוזי דיון מקיף ויסודי בטענות הצדדים השונות. על מנת להימנע ככל הניתן מכפילויות מיותרות, אציג בשלב זה את עיקרי קביעותיו של בית המשפט המחוזי, ואילו את פירוט הנימוקים והקביעות בסוגיות השונות אותיר להמשך, ככל שהדבר יידרש לצורך ההכרעה בטענות הצדדים בערעורים שלפנינו.

א. האם סעיף ריבית ההפרה מהווה סעיף פיצוי מוסכם?

18. בית המשפט המחוזי דן תחילה בשאלה האם ריבית ההפרה שנקבעה בהסכם ההלוואה מהווה פיצוי מוסכם, שכן רק אם מדובר בתניית פיצויים מוסכמים קמה לריבית המשפט – וגם אז במקרים חריגים בלבד – הסמכות להתערב בה. בית המשפט הגיע למסקנה כי סעיף ריבית ההפרה בהסכם ההלוואה דנן מהווה סעיף פיצויים מוסכמים. בית המשפט קבע כי בפסיקת בית המשפט העליון ניתן למצוא מספר מקרים שבהם נקבע שסעיף ריבית פיגורים בהסכם שאינו הסכם הלוואה או הסכם אשראי בנקאי – אשר קובע כי במקרה של איחור בתשלום בהתאם לחוזה יחויב הצד המפר, מעבר לריבית ההסכמית, גם ב"ריבית פיגורים" גבוהה יותר,

המחושבת כאחוז כזה או אחר המתווסף אחת לתקופה לסכום החוב – מהווה סעיף פיצויים מוסכמים. עוד צוין כי אמנם בפסיקת בית המשפט העליון טרם הוכרעה באופן מפורש השאלה האם "ריבית פיגורים" שנכללה במסגרת הסכם הלוואה או הסכם אשראי בנקאי מהווה אף היא סעיף פיצויים מוסכמים, אך בפסיקת בתי המשפט המחוזיים שאלה זו כבר נדונה ונענתה בחיוב. נקבע כי אותם הרציונאליים, שעל בסיסם נקבעו ההלכות בנוגע לסעיפי ריבית פיגורים בחוזים שאינם חוזי הלוואה או אשראי בנקאיים, מובילים למסקנה כי ראוי לקבוע שסעיף ריבית ההפרה נשוא הסכם הלוואה דנן מהווה אף הוא סעיף פיצויים מוסכמים.

19. הגם שדי היה לכאורה בקביעה המשפטית העקרונית דלעיל, המשיך בית המשפט המחוזי ודן בטענות הצדדים באשר לאופן סיווגו הנכון של סעיף ריבית ההפרה בנסיבות העניין. בנקודה זו טענו הבנקים, מחד, כי ריבית ההפרה הינה חלק מ"המחיר החוזי" וכי היא משקפת את הסיכון הנוסף שהם חשופים לו במקרה של הפרה, ולכן לא מדובר בפיצוי מוסכם. מנגד, טענו החברות כי סעיף ריבית ההפרה כלל אינו משקף את הסיכון הנשקף לבנקים מהפרת ההסכם, וכי לא ניתן לראותו אלא כסעיף פיצויים עונשיים שנועד לתמרץ את הלווה לפרוע את חובו לבנק במועד המוסכם. בית המשפט לא קיבל אף אחת מהטענות במלואה. בית המשפט קבע, מחד, כי מקובלת עליו טענת החברות שסעיף ריבית ההפרה מהווה, בין היתר, תמריץ ללווה לתשלום החוב במועד שכן נקבעת בו ריבית גבוהה יותר ללא הוכחת נזק, אך דחה את טענותיהן כי ריבית זו אינה משקפת בכלל את עליית הסיכון לבנקים כתוצאה מהפרת ההסכם וכי מדובר אך ורק בפיצויים עונשיים. מנגד, קבע בית המשפט כי אמנם מקובלת עליו טענת הבנקים, לפיה מבחינה כלכלית משקפת ריבית ההפרה את העלייה הניכרת בסיכון שנגרמת להם כתוצאה מהפרת ההסכם, אך אין בכך כדי להוביל בהכרח למסקנה כי מדובר ב"מחיר חוזי" ולא בפיצוי מוסכם. נקבע כי הבנקים מתעלמים מהעובדה שמדובר בכספים שהזכות לקבלם קמה רק בנסיבות של הפרת ההסכם ושהם אינם נדרשים להוכיח נזקיהם כתנאי לקבלת הכספים. בנקודה זו קבע בית המשפט כי לאורך ההליך כולו לא ניסו

הבנקים להוכיח את גובה הנזקים הממשיים שנגרמו להם בפועל, וכי דפוס פעולה זה תומך בטענת החברות שריבית ההפרה מהווה פיצוי מוסכם.

20. בית המשפט קבע כי המסקנה מכל האמור לעיל הינה כי מעת שנקבע בהסכם כי המפר ישלם לנפגע תשלום מסוים ללא הוכחת נזק במקרה של הפרת ההסכם – בין אם מדובר בסכום פיצוי נקוב ובין אם מדובר בשיעור מוגדר של הפיצוי על דרך פסיקת אחוזים ביחס לסכום או שיעור מוסכם אחר – הרי שמדובר על הסכמה לתשלום פיצוי מוסכם. נקבע כי הבנקים הוכיחו אמנם שמבחינה כלכלית ריבית ההפרה אכן נועדה לשקף את הסיכון המוגבר של הבנקים מעת שהסכם ההלוואה מופר, אולם הדבר אינו שולל את המסקנה המשפטית כי מדובר בפיצוי מוסכם. עם זאת הודגש כי לעובדה שריבית ההפרה נועדה לשקף את הסיכון המוגבר שנשקף לבנקים כתוצאה מהפרת ההסכם יש כמובן משמעות, והיא תילקח בחשבון כחלק מהשיקולים שישקול בית המשפט בבואו לקבוע אם ריבית ההפרה הינה סבירה בנסיבות העניין.

ב. סבירות שיעור ריבית ההפרה

21. משנקבע כי סעיף ריבית ההפרה מהווה סעיף פיצויים מוסכמים, פנה בית המשפט המחוזי לדון בשאלת סבירות שיעור (אחוז) ריבית ההפרה. צוין כי בפסיקה נקבע לא אחת שהתערבות בית המשפט בשיעור הפיצויים המוסכמים תישמר למקרים חריגים בלבד, בהם לא מתקיים יחס סביר כלשהו, ולו בדוחק, בין הפיצוי המוסכם לבין הנזק שניתן היה לצפותו מראש במועד כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה. בית המשפט קבע כי השאלה שעליה יש להשיב במקרה דנן הינה האם במועד כריתת הסכם ההלוואה הסכמת הצדדים לקבוע ריבית הפרה בשיעור שעליו הוסכם הייתה סבירה ביחס לנזק שניתן היה לצפותו מראש כתוצאה מסתברת של ההפרה הקונקרטית של ההסכם על ידי החברות. בנקודה זו הדגיש בית המשפט כי על מנת להשיב על שאלה זו אין להסתכל על הסכומים שנגבו בפועל מהחברות בגין רכיב ריבית ההפרה במנותק מסכום ההלוואה. צוין כי אין חולק

שהכספים שנגבו מהחברות בגין ריבית הפרה הינם חריגים מאד בגובהם ומסתכמים במאות מיליוני שקלים, אך לצד זה הודגש כי ריבית ההפרה נקבעה כאחוז מסוים מסכום ההלוואה המקורי, שאין חולק כי הוא עצמו היה חריג מאד בגודלו, ומשכך אין בסכומי ריבית ההפרה כשלעצמם מענה לשאלה בדבר סבירות הפיצוי המוסכם.

22. בית המשפט דחה את טענת החברות כי לצורך בחינת סבירות ריבית ההפרה יש לקבוע כי ההפרה הקונקרטית שאירעה בפועל במקרה דנן הינה איחור בהחזר ההלוואה (כיוון שבסופו של דבר נפרעה ההלוואה במלואה), להבדיל מאי-החזר מלא או חלקי של ההלוואה. בית המשפט קיבל בנקודה זו את טענת הבנקים וקבע כי ההפרה הקונקרטית במקרה דנן הינה אי פירעון החוב במועד המוסכם, וכי הנזק שאירע בפועל אינו רלוונטי לבחינת סבירות שיעור ריבית ההפרה. לפיכך נקבע כי כאשר מבקשות החברות להביא בחשבון את העובדה שההלוואה נפרעה בסופו של דבר במלואה, גם אם באיחור של למעלה משבע שנים, הן מבקשות למעשה לבחון את סבירות הפיצוי המוסכם על פי הנזק שנגרם בפועל ומתעלמות מהנזקים שניתן היה לצפות במועד כריתת ההסכם כתוצאה מסתברת מחוסר הודאות של הבנקים בדבר עצם האפשרות שההלוואה תיפרע במלואה – כגון: הכנסות ורווחים שנמנעו מהבנקים במשך תקופת ההפרה, עלות נוספת שנגרמה לבנקים עקב הצורך לגייס הון ממקורות חלופיים, הוצאות מעקב וגבייה נוספות, הצורך לבצע הפרשות ולקיים הוראות ביחס להלימות הון. נקבע כי מדובר ב"חכמה בדיעבד" שאינה תואמת את לשונו ותכליתו של [סעיף 15](#) לחוק התרופות ואת פסיקת בית המשפט העליון. כפועל יוצא נקבע כי יש לדחות גם את טענת החברות כי חוסר סבירותה של ריבית ההפרה נלמד בבירור מהפער העצום שבין הסכום שגבו הבנקים מהחברות בגין רכיב ריבית הפרה (כ- 859,000,000 ש"ח) לבין הסכום שלטענת החברות משקף את נזקי הבנקים בפועל בהתחשב בעובדה שההלוואה נפרעה בסופו של דבר במלואה (כ- 37,000,000 ש"ח). נקבע כי המומחה מטעם החברות יצא מנקודת הנחה שיש לחשב את הנזק שנגרם בפועל לבנקים כתוצאה מהעיכוב בפירעון ההלוואה עד לפירעונה המלא וכי הוא לא התייחס בחוות דעתו לנזקים נוספים שניתן היה לצפותם מראש בעת כריתת ההסכם עקב אי פירעון ההלוואה במועד המוסכם,

על אף שגם לשיטת החברות ישנם נזקים כאלו (אלא שאלו לא התרחשו לטענתן בפועל). בנוסף נקבע כי המומחה מטעם החברות התעלם מכך שריבית ההפרה משקפת את עליית הסיכון של הבנקים עקב ההפרה.

23. עוד נקבע כי החברות צודקות בטענתן כי יש להביא בחשבון את העובדה שלבנקים נמסרו במועד כריתת ההסכם בטוחות, שנועדו להקטין את הסיכון שהיה צפוי להם כתוצאה מסתברת מהפרתו. עם זאת, נקבע כי הבנקים הוכיחו כי הפער בין שווי אחזקותיהן של החברות במניות בזק לבין סכומה של יתרת ההלוואה הבלתי מסולקת עמד בממוצע במשך כל התקופה על סך של מאות מיליוני ש"ח, ומשכך היה מקום להביאו בחשבון במועד כריתת ההסכם לצורך הערכת הנזקים הצפויים מהפרתו. עוד צוין בהקשר זה כי גם אם תתקבל טענת החברות כי שווי המניות של בזק עלה משמעותית על שווי השוק שלהן (כך שהפער האמור לעיל קטן משמעותית), הרי שעדיין אין לקבל את טענתן הבלתי סבירה כי אי פירעון ההלוואה במועד המוסכם אינו מהווה שיקול שהיה מקום לשקלו מראש במסגרת הערכת הנזקים הצפויים כתוצאה מהפרה של ההסכם.

24. בנוסף קבע בית המשפט כי הוא מקבל את טענת הבנקים, לפיה ניתן לבחון את סבירות שיעור ריבית ההפרה במקרה דנן על ידי השוואתה לשיעורי הריבית הנהוגים במערכת הבנקאית בהסכמים דומים ולשיעורי הריבית המקסימאליים הקבועים בדין. נקבע כי לנוכח ריבית הפיגורים המקסימלית המותרת לגבייה על פי דין, ולנוכח הנתונים בדבר שיעורי הריבית הנהוגים במערכת הבנקאית בהסכמים מסוג זה (שהוכחו באמצעות חוות דעת מומחה מטעם הבנקים), יש לקבוע כי שיעור ריבית ההפרה במקרה דנן – 3% בנוסף לשיעור הריבית ההסכמית והריבית הנוספת – הינו סביר. בנקודה זו דחה בית המשפט את טענות החברות כנגד המודל שעמד ביסוד חוות דעת המומחה מטעם הבנקים. כמו כן דחה בית המשפט את טענת החברות כי לצורך בחינת סבירות שיעור הריבית בהסכם ההלוואה דנן יש להשוותה לשיעור הפיצוי המוסכם המקובל בחוזי מקרקעין, כפי שזה עולה מהפסיקה והספרות המקצועית.

25. לנוכח האמור לעיל קבע בית המשפט כי הנזקים שהיו צפויים במועד כריתת ההסכם הינם קשים לכימות ולהערכה בבית המשפט, וכי החברות לא עמדו בנטל המוטל עליהן להוכיח מהם הנזקים שניתן היה לצפותם מראש במועד כריתת ההסכם כתוצאה מסתברת של ההפרה, להבדיל מהנזקים שאירעו בפועל. מנגד נקבע כי הבנקים הציגו נתונים וחוות דעת שמבססים את טענתם כי מדובר בשיעור ריבית מקובל וסביר בנסיבות העניין.

ג. סבירות ריבית ההפרה לנוכח הימשכות הליכי הכינוס

26. בשלב זה עבר בית המשפט המחוזי לדון בטענתן החלופית של החברות, כי גם אם ייקבע ששיעור ריבית ההפרה כשלעצמו אינו חריג, הרי שיש לקבוע כי מדובר בריבית הפרה חריגה בשים לב למשך הזמן שבגינו חויבו החברות בריבית זו. בתמצית, טענת החברות בנקודה זו הייתה כי הימשכות הליכי הכינוס במשך למעלה משבע שנים הייתה בלתי צפויה במועד כריתת ההסכם באופן שהופך את ריבית ההפרה לחסרת כל יחס סביר לנזק שיכלו הצדדים לצפות במועד הכריתה. בית המשפט המחוזי קיבל טענה זו של החברות וקבע כי חיוב בריבית הפרה במשך תקופת זמן חריגה באופן קיצוני עלול במקרים מסוימים להיחשב ככזה החורג מציפיות הצדדים בעת כריתת החוזה, ומשכך כפיצוי מוסכם שאינו עומד ביחס סביר לנזקים שניתן היה לצפותם מראש בעת הכריתה. בית המשפט קבע כי בפסיקת בית המשפט העליון נקבע כי גם "פיצוי מוסכם עתי" – דהיינו, פיצוי מוסכם שמחושב בהתאם ליחידת זמן (יום, שבוע, חודש וכיו"ב) – כפוף לסמכות בית המשפט לפי [סעיף 15](#) לחוק התרופות, וכי בית המשפט מוסמך להפחית פיצוי זה אם מצא כי התקופה שבגינה אמור להשתלם הפיצוי המוסכם התארכה מעבר לציפיות הצדדים. בנוסף צוין כי בפסיקה נקבע שבמקרים בהם השלמת ביצוע החיוב אינה תלויה עוד בהתנהגות המפר אלא בהתנהגותו של הנפגע (או מי מטעמו), ישנה הצדקה לבחון את סבירות התנהגותו של הנפגע ולהציב גבול

לתקופה שבה מחויב המפר בפיצוי מוסכם עתי. עוד צוין כי גם בכתיבה המקצועית בסוגיה זו הובעה דעה דומה.

27. בית המשפט קבע כי במקרה דנן אמנם אין מחלוקת שהצדדים צפו מראש שהפרת הסכם ההלוואה על ידי החברות (אי-עמידה בתשלומים במועדים שנקבעו בהסכם) תוביל למינוי כונס נכסים מטעם הבנקים שיפעל למימוש מניות בזק, אך אין בכך כדי ללמד כי הצדדים גם צפו שתקופת כינוס הנכסים תימשך שנים רבות. בית המשפט ציין כי הבנקים טענו שיש לדחות את טענת החברות בנקודה זו, לנוכח התנהלות החברות ומר זאבי במהלך תקופת כינוס הנכסים, אשר התנגדו בשלבים שונים למכירה מוקדמת של המניות, מן הטעם שמכירה כזו הייתה כנראה מניבה תמורה נמוכה משווי השוק של המניות. כמו כן צוין כי החברות עצמן הודו שאין להן כל טרעניה לגבי התנהלותו של כונס הנכסים. בית המשפט קבע כי אף אם יניח, כטענת הבנקים, שהחברות ומר זאבי התנגדו למכירת המניות בתקופה הראשונה שלאחר מינוי כונס הנכסים, הרי שאין בכך כדי להשפיע על המסקנה שהימשכות תקופת הכינוס במשך זמן כה רב לא הייתה צפויה במועד כריתת ההסכם. בנוסף נקבע כי יש למקד את הדיון בשאלת הנזק שניתן היה לצפותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה, ומשכך אין מקום לקשור בין התנהלותו בפועל של כונס הנכסים (אשר, כאמור, גם החברות לא טענו שנפל בה פגם) לבין שאלת ציפיות הצדדים בעת כריתת החוזה לגבי אורך תקופת הכינוס שתידרש למימוש המניות לשם פירעון מלוא ההלוואה. בית המשפט קבע כי כונס הנכסים פעל בנסיבות העניין באופן תקין וסביר, ומשכך דחה את טענת החברות כי כונס הנכסים היה "עושה דברם" של הבנקים והמתין עם מימוש המניות במשך שנים רבות אך ורק כיוון שהדבר היטיב עם הבנקים. נקבע כי עצם העובדה שכונס הנכסים פעל באופן סביר ותקין בנסיבות העניין, אין משמעה כי הימשכות הליכי הכינוס במשך למעלה משבע שנים הייתה בתחום הציפיה הסבירה של הצדדים במועד כריתת ההסכם. בית המשפט הוסיף וקבע כי מהעדויות שנשמעו בבית המשפט מטעם שני הצדדים עולה בבירור כי תקופת כינוס נכסים בת שבע שנים לא נצפתה על ידי הצדדים במועד כריתת ההסכם.

28. בשלב זה דן בית המשפט בשאלה מהי תקופת הזמן אותה ניתן היה לצפות מראש בנסיבות העניין כנדרשת לשם מימוש מניות בזק. בית המשפט דחה את טענת החברות כי ניתן היה לצפות שהליכי כינוס יימשכו כחצי שנה בלבד. נקבע כי טרם כריתת ההסכם היה ידוע לצדדים כי חברת בזק אמורה לעבור תהליך הפרטה, וכי זו אף הייתה סיבה מרכזית לכך שזאבי ביקש לרכוש את המניות מלכתחילה ונטל את ההלוואות מהבנקים, מתוך הנחה שתהליך ההפרטה צפוי להשביח באופן משמעותי – כפי שאכן אירע בסופו של דבר – את שווי מניות בזק. לפיכך נקבע כי לשני הצדדים היה ברור, כפי שעלה מכל העדויות שנשמעו לפני בית המשפט, כי מכירת המניות טרם השלמת תהליך ההפרטה תוביל לכך שהן תימכרנה במחיר שאינו משקף את מלוא ערכן האמיתי. לפיכך קבע בית המשפט כי העיכוב שחל בנסיבות העניין במכירת המניות עד להשלמת הפרטת חברת בזק היה ניתן לצפייה מראש במועד כריתת ההסכם. בנוסף נקבע כי ניתן לייחס לצדדים צפייה שערכים בהליכי ההפרטה של בזק יגרמו לנזקים שמקורם בהפרת הסכם ההלוואה על ידי החברות, ומשכך לא ניתן לטעון כי גביית ריבית ההפרה במשך תקופה זו אינה בעלת יחס סביר לגובה הנזק שניתן היה לצפותו במועד כריתת ההסכם.

29. בית המשפט קבע כי הליך ההפרטה של חברת בזק הושלם בסוף שנת 2005. עוד נקבע כי במהלך שנת 2006 ביצע כונס הנכסים פעולות שונות לקידום מכירת המניות – לרבות פנייה לגורמים מקצועיים שונים לצורך ייעוץ בדבר הליך המכירה ופנייה למשרד רואי חשבון לשם הערכת שווי המניות. נקבע כי הערכת השווי הושלמה בחודש דצמבר 2006, וכי במסגרתה אף נאמר שחלה עלייה עקבית בשווי המניות במחצית השנייה של שנת 2006. עוד נקבע כי במהלך שנת 2007 ניהל כונס הנכסים מגעים עם גורמים שונים לצורך גיבוש מתווה למכירת המניות, ובתקופה זו אף עלה שווי המניות על גובה החוב. נקבע כי מעדות כונס הנכסים עלה שהליך המכירה התעכב מטעמים שונים, וציין כי הייתה התלבטות ומחלוקת בין החברות לבין הבנקים ובינם לבין עצמם בשאלה כיצד ראוי למכור את המניות – כ"חבילה אחת" או שמא לפצלן – בין היתר לנוכח אי בהירות בדבר ההשלכות שעשויות להיות לכך במישור הרגולטורי והחוקי לנוכח מאפייניה של חברת בזק

באותה עת. ועוד נקבע, כי בשנת 2008 אירע משבר כלכלי עולמי, שבעקבותיו הוחלט על המתנה נוספת במכירת המניות. בית המשפט ציין כי רק ביום 14.5.2009 התקבל אישורו הסופי של משרד התקשורת למתווה המוצע של מכירת המניות, וכי ביום 24.5.2009 פנה כונס הנכסים לבית המשפט בבקשה לאישור מתווה המכירה. לבסוף צוין כי בחודש אוגוסט 2009 הושגה ההסכמה ונתקבל האישור לגבי המתווה, וכי עד חודש נובמבר 2009 הושלמה המכירה כולה. לנוכח האמור לעיל קבע בית המשפט כי בנסיבות העניין יש לקבוע כי בניגוד לעיכוב שחל במכירת המניות עד להשלמת הליכי ההפרטה של בזק בסוף שנת 2005, אותו ניתן היה לצפות במועד כריתת ההסכם, הרי שהנסיבות המיוחדות שנוצרו לאחר מועד ההפרטה, שהובילו לכך שהמניות נמכרו רק בשנת 2009, לא היו כאלה שניתן היה לצפותן מראש במועד כריתת ההסכם, ובפועל הצדדים לא צפו אותן.

30. בית המשפט המחוזי קבע כי מהאמור לעיל עולה המסקנה הבאה: מימוש בטוחות במסגרת הליכי כינוס נכסים צריך להיעשות תוך זמן סביר, ועל הצדדים שכרתו חוזה וצפו אפשרות של כינוס נכסים להביא בחשבון שאם הליכי כינוס הנכסים יימשכו זמן ממושך וחריג ללא הצדקה, התוצאה תהיה התערבות של בית המשפט בריבית שהוסכמה מראש. בית המשפט הדגיש כי התשובה לשאלה מהו פרק זמן סביר להימשכות הליכי כינוס נכסים הינה תלויה בנסיבות, כאשר ייתכנו הליכי כינוס סבוכים שיימשכו מספר שנים מבלי שתתעורר הצדקה להתערבותו של בית המשפט. נקבע כי שיעור ריבית ההפרה במקרה דנן היה סביר כשלעצמו, אך גבייתה של ריבית זו במשך כל תקופת כינוס הנכסים, אף לאחר שהסתיים תהליך ההפרטה של בזק, אינה משקפת בנסיבות העניין יחס סביר לנזק שהיה צפוי במועד כריתת ההסכם, ומשכך מקימה עילה להתערבות בית המשפט בעניין זה. לצד זה נקבע כי ברי שהליך מימוש מניותיהן של החברות בבזק, בהתחשב בשוויין ובכמותן, לא יכול להיות הליך פשוט ומהיר, ומשכך ניתן לייחס לצדדים צפייה במועד כריתת ההסכם כי הליך זה יימשך זמן מה לאחר שתושלם ההפרטה. לפיכך נקבע כי בנסיבות העניין ניתן היה לצפות מראש שתקופת מימוש הבטוחות ומכירת המניות על ידי כונס הנכסים תסתיים תוך שנה אחת מהמועד שבו הושלמה ההפרטה. מנגד נקבע כי העיכובים

והימשכות הליכי הכינוס בשנים 2007-2009 לא היו ניתנים לצפייה מראש על ידי הצדדים בעת כריתת ההסכם, ומשכך אין הצדקה לחייב את החברות במלוא ריבית ההפרה במשך תקופה זו. עם זאת, נקבע כי גם בפרק זמן זה, שבו נמשך הליך כינוס הנכסים מעבר למצופה על ידי הצדדים במועד כריתת ההסכם, עדיין חל על הבנק הסיכון שההלוואה לא תיפרע במלואה, ולכן נדחתה טענת החברות כי יש לבטל לחלוטין את חיובן בריבית הפרה החל ממועד סיום הפרטת חברת בזק. עם זאת, נקבע כי יש הצדקה להפחית את שיעור ריבית ההפרה בפרק זמן זה, ולהעמידו על 2.5% החל מיום 1.1.2007. בית המשפט ציין כי שיעור זה נקבע על דרך האומדנא ובשים לב לנתונים שהוצגו על ידי המומחה מטעם הבנקים בדבר שיעורי ריבית ההפרה שנקבעו בהסכמי הלוואה אחרים בתקופה הרלוונטית.

ד. פרשנות ההסכם וטענות נוספות.

31. בית המשפט קבע כי גם טענתן החלופית של החברות – טענת פרשנות ההסכם – מובילה למסקנה כי יש להפחית את שיעור ריבית ההפרה בגין חלק מתקופת כינוס הנכסים במקרה דנן. נקבע כי השאלה שיש להשיב עליה בהקשר זה הינה האם במועד כריתת ההסכם צפו הצדדים כי ריבית ההפרה תחול במשך למעלה משבע שנים של כינוס נכסים. צוין כי בפסיקת בית המשפט העליון נדונו בעבר מספר מקרים שבהם התערב בית המשפט בשיעור הריבית המוסכמת בדרך של פרשנות אומד דעת הצדדים, תוך קביעה כי הצדדים לא צפו שהתדיינות משפטית תארוך זמן רב כל כך ולכן לא צפו שהריבית תחול ללא שינוי במשך פרקי זמן ארוכים. בית המשפט קיבל את טענת החברות וקבע כי אין לפרש את הסכם ההלוואה רק בהתאם ללשונו אלא גם בהתאם לנסיבות החריגות המאפיינות את הליכי הכינוס במקרה דנן. בית המשפט הדגיש כי אין ספק שמדובר במהלך פרשני חריג, השקול למעשה להתערבות בחלוקת הסיכונים החוזית בין הצדדים בהתחשב

בנסיבות שנוצרו לאחר ההפרה, ולכן יישמר למקרים חריגים בלבד. יחד עם זאת, נקבע כי המקרה דנן הינו מקרה חריג בנסיבותיו, שבו הליכי הכינוס נמשכו למעלה משבע שנים באופן שחורג מאומד דעת הצדדים בעת כריתת ההסכם, ולכן יש הצדקה לחלוקה מחדש של הסיכונים החוזיים על ידי הפחתה של שיעור ריבית ההפרה באופן שישקף את אומד דעת הצדדים. לפיכך נקבע כי גם על פי קו מחשבה זה יש לקבוע כי אומד דעת הצדדים בעת כריתת החוזה היה שהליכי כינוס הנכסים יימשכו עד כשנה לאחר מועד הפרטת בזק, ומשכך להפחית את שיעור ריבית ההפרה מיום 1.1.2007 ואילך.

32. בשולי פסק הדין קבע בית המשפט כי מקובלות עליו טענותיהן החלופיות של החברות, לפיהן ניתן להגיע לתוצאה דומה על ידי שימוש בעיקרון תום הלב או בדיני עשיית עושר ולא במשפט. מנגד, נקבע כי יש לדחות את טענתן החלופית של החברות כי מדובר באכיפה בלתי צודקת של ההסכם.

33. לנוכח האמור לעיל ומבחינה אופרטיבית קבע בית המשפט כי הצדדים יגישו תוך 30 יום חישוב מפורט ומוסכם של סכום ריבית ההפרה שהבנקים חייבים בהשבתו כפועל יוצא מפסק הדין, וככל שלא יגיעו הצדדים להסכמה, ימנה בית המשפט מומחה מטעמו לצורך ביצוע החישוב.

ה. פסק הדין המשלים

34. ביום 24.10.2013 הודיעו הצדדים כי הגיעו לחישוב מוסכם, לפיו סכום ההשבה יעמוד על סך של 48,489,000 ש"ח (קרן), וכי לסכום זה יתווספו הפרשי הצמדה וריבית בהתאם ל**חוק פסיקת ריבית והצמדה**, התשכ"א-1961, החל מיום 9.11.2009 ועד למועד ההשבה בפועל.

35. ביום 3.11.2013 ניתן פסק הדין המשלים, שבו ניתן תוקף של פסק דין לחישוב המוסכם דלעיל. בנוסף הכריע בית המשפט בשאלת פסיקת שכר טרחת עורך דין והוצאות משפט בנסיבות העניין. בית המשפט נדרש להכריע תחילה במחלוקת המקדמית שהתגלעה בין הצדדים בשאלה מי מהם הוא הזוכה בתובענה: מחד, החברות טענו כי הן אלה שזכו בתובענה, על אף הפער העצום שבין הסכום שנתבע לבין הסכום שנפסק בסופו של דבר (הסכום שנפסק מהווה 5.845% מהסכום שנתבע); ומאידך, הבנקים טענו כי הם אלו שזכו בתובענה, כיוון שהצליחו לדחות את רובה המוחלט של התובענה (דחייה של כ-94% מהסכום הנתבע). בית המשפט קבע כי במחלוקת זו הצדק עם החברות, שכן הן אלה שזכו בסופו של יום בתובענה, גם אם מדובר בזכייה מוגבלת וחלקית בלבד, ולפיכך קבע כי לחברות קיימת זכאות עקרונית לקבלת הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין. עם זאת, נקבע כי בפסיקת סכום ההוצאות ושכר הטרחה יש להביא בחשבון את העובדה שהבנקים הנתבעים הצליחו להזוף את רוב התובענה בסופו של דבר. לנוכח האמור לעיל קבע בית המשפט כי על הבנקים לשלם לחברות סך של 511,035 ש"ח, המהווה 5.845% מסכום אגרת בית המשפט ששילמו החברות (בתוספת הפרשי הצמדה וריבית), וכי כל צד יישא ביתר ההוצאות שנגרמו לו בגין התובענה וניהולה, לרבות הוצאות בגין חוות דעת מומחים. לבסוף נקבע כי הבנקים ישלמו לחברות שכר טרחת עורך דין בסך של 4,248,000 ש"ח כולל מע"מ.

תמצית טענות הצדדים בערעורים

36. שני הצדדים הגישו ערעורים מפורטים ומקיפים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. ניתן לומר כי הצדדים לא הותירו אבן שלא נהפכה בסיכומיהם, וכי אין כמעט קביעה של בית המשפט המחוזי בפסק הדין שאינה נתקפת על ידי מי מהצדדים. על מנת להימנע מחזרה מיותרת לא אאריך בשלב זה בהצגת כל טענות הצדדים אלא אציג את תמציתן בלבד, כשטענות הצדדים הרלוונטיות בכל סוגיה תפורטנה ככל שיידרש במסגרת פרק הדיון וההכרעה להלן.

37. ערעורן של החברות – באמצעות באי כוחן, עורכי הדין גיורא ארדינסט, רן שפרינצק, תומר ויסמן ואפרת ציבולסקי – מכון ביסודו להחלטתו האופרטיבית של בית המשפט להפחית את שיעור הריבית ב-0.5% בלבד ולהחלטתו שההפחתה תחל רק מיום 1.1.2007 ולא קודם לכן. נטען כי קיים פער עצום בין קביעתו העקרונית של בית המשפט המחוזי, לפיה יש הצדקה להתערב בריבית ההפרה במקרה דנן – הן מהנימוק שמדובר בפיצוי מוסכם שראוי להפחיתו לנוכח התארכות בלתי צפויה של הליכי הכינוס, והן מהנימוק שמדובר בפרשנות הנכונה של ההסכם על פי הנסיבות שלאחר הפרתו – לבין קביעתו האופרטיבית כי ההפחתה תהיה מתונה ותתבצע רק בשולי תקופת כינוס הנכסים. נטען כי בית המשפט שגה בקבעו כי שיעור ריבית ההפרה כשלעצמו עומד ביחס סביר לנזק שניתן היה לצפותו במועד כריתת ההסכם. בנוסף נטען כי בית המשפט שגה בקבעו כי גבייתה של ריבית ההפרה בשיעורה המלאה במשך רוב תקופת כינוס הנכסים הייתה אף היא סבירה, כיוון שמדובר בפיצוי שמשקף את הסיכון המוגבר של הבנקים בעקבות הפרת ההסכם וכיוון שהצדדים צפו מראש שהליכי כינוס הנכסים יימשכו מספר שנים. עוד נטען כי בית המשפט שגה בדחותו את טענות החברות לעניין הערכת הנזק שנגרם לחברות בנסיבות העניין ובהתעלמו מכך שהבנקים כלל לא ניסו להראות מהו הנזק שנגרם להם בנסיבות העניין כתוצאה מהעיכוב בפירעון ההלוואה. לטענת החברות, בנסיבות העניין היה על בית המשפט המחוזי להפחית במידה ניכרת את חיובן בריבית הפרה במשך כל תקופת הכינוס. לחלופין נטען כי היה מקום לבטל את ריבית ההפרה לחלוטין החל מיום 1.1.2007 לנוכח קביעת בית המשפט המחוזי כי הליכי הכינוס ממועד זה ואילך חרגו מצפיית הצדדים במועד כריתת ההסכם, ולמצער להפחיתה באופן משמעותי בפרק זמן זה.

38. ערעורם של הבנקים – באמצעות באי כוחם, עורכי הדין אורי גאון, ליאת עיני-נצר, ברוריה שריר-הראל, נורית ברלינר-שקד ועירית קרלמן – הינו "תמונת ראי" של ערעור החברות. גם ערעור הבנקים מכון ביסודו להחלטתו האופרטיבית של בית המשפט להפחית בנסיבות העניין את ריבית ההפרה באופן ובמועד שצוינו לעיל, אך מטבע הדברים ערעורם תוקף החלטה זו מהכיוון ההפוך: נטען כי בהינתן

שבית המשפט דחה את רובן המוחלט של טענות החברות וקיבל את טענות הבנקים בשורה ארוכה של סוגיות – כי החברות הפרו את הסכם ההלוואה; כי הבנקים נאלצו לנקוט בהליכי כינוס נכסים; כי הליכי כינוס הנכסים היו צפויים מראש במועד כריתת ההסכם כתוצאה מסתברת של הפרתו; כי הליכי כינוס הנכסים התנהלו ללא דופי והסתיימו בהצלחה רבה תוך פירעון מלוא החוב, ואף השבה של סכום נכבד מאד לידי החברות; כי הנזק שנגרם בפועל לבנקים אינו נתון רלוונטי לצורך הדיון בשאלת סבירותה של ריבית ההפרה; כי שיעור ריבית ההפרה כשלעצמו הינו סביר – לא היה מקום לקביעה שיש מקום להפחתה כלשהי של ריבית ההפרה בנסיבות העניין. נטען כי בית המשפט שגה בקביעתו העקרונית כי מדובר בסעיף פיצוי מוסכם, על אף שקיבל את הטענה כי ריבית ההפרה משקפת את הסיכון המוגבר שנשקף לבנקים החל ממועד הפרת ההסכם. עוד נטען כי אף אם מדובר בסעיף פיצוי מוסכם, הרי שלנוכח הקביעה כי שיעור ריבית ההפרה כשלעצמו הינו סביר, לא היה מקום להתערב בריבית ההפרה במקרה דנן אך ורק לנוכח התארכות הליכי הכינוס. נטען כי קביעת בית המשפט בדבר התארכות הליכי הכינוס מעל למצופה הינה שגויה, עובדתית ומשפטית, ואף עומדת בסתירה לקביעותיו של בית המשפט כי הליכי כינוס הנכסים התנהלו ללא דופי וכי החברות עצמן התנגדו למכירת המניות בשלבים מוקדמים יותר. בנוסף טוענים הבנקים כי הנמקתו החלופית של בית המשפט, לפיה יש להפחית את ריבית ההפרה בדרך של פרשנות ההסכם לנוכח הנסיבות המאוחרות להפרתו, הינה שגויה משפטית וחורגת מפסיקותיו של בית משפט זה. כך או כך, טוענים הבנקים כי לא ניתן להותיר את פסק דינו של בית המשפט המחוזי על כנו, כיוון שמדובר בהתערבות שיפוטית חריגה ובלתי מוצדקת בחלוקת הסיכונים והסיכויים המוסכמת, תוך התעלמות מהעובדה שמדובר בחוזה מיוחד, "Tailor Made", שטרם חתימתו נוהל משא ומתן ארוך ומפורט בין צדדים מתוחכמים ומנוסים.

39. למען שלמות התמונה יצוין כי במהלך הדיון שנערך לפנינו בערעורים הצענו לשני הצדדים להסכים להסמיכנו לסיים את המחלוקות ביניהם בפסיקה על דרך הפשרה. על הצעה זו חזרנו אף בתום הדיון, לאחר ששמענו את השלמת

הטיעון בעל-פה של באי כוח הצדדים. אף שהובעה נכונות מצד באי כוח החברות לקבל את הצעתנו, ביקשו באי כוח הבנקים פרק זמן מסוים לשקילת ההצעה על ידי הגורמים הרלוונטיים בבנקים. בסופו של דבר הודיעו באי כוח הבנקים כי לנוכח "מכלול נסיבות העניין והשלכותיו האפשריות" עומדים מרשיהם על מתן פסק דין מנומק בערעורים.

דיון והכרעה

40. אקדים אחרית לראשית ואציין כי לאחר עיון מעמיק בפסק דינו המקיף והיסודי של בית המשפט המחוזי, בסיכומי הצדדים בכתב ובעל-פה ובכל החומר הרב שהונח לפנינו, הגעתי למסקנה כי יש לדחות את ערעור הבנקים ולקבל באופן חלקי את ערעור החברות, וכך אציע לחבריי שנעשה. אפרט טעמי להלן.

41. טרם הדיון לגופם של דברים אעיר שתי הערות מקדמיות הנדרשות לטעמי לצורך הגדרת גבולות הדיון:

(א) בית המשפט המחוזי קבע כי לתוצאה האופרטיבית של פסק דינו – קבלת חלקית של תביעת החברות והפחתת ריבית ההפרה שבה חויבו החל מיום 1.1.2007 ואילך – ניתן להגיע במספר "מסלולים" חלופיים. "המסלול" הראשון, לו מוקדש חלק הארי של פסק הדין, עוסק בסוגיית הפיצויים המוסכמים. בית המשפט קיבל באופן חלקי את טענות החברות בהקשר זה וקבע כי מוצדק בנסיבות העניין להפחית באופן חלקי את ריבית ההפרה בהתאם לסמכות הקבועה [בסעיף 15\(א\)](#) לחוק התרופות. "המסלול" השני, שגם לו הקדיש בית המשפט המחוזי חלק לא מבוטל מפסק הדין, עוסק בסוגיית הפרשנות התכליתית של הסכם. גם כאן קיבל בית המשפט באופן חלקי את טענות החברות וקבע כי ראוי להפחית באופן חלקי את ריבית ההפרה על ידי פרשנות תכליתית של הסכם ההלוואה. בשולי פסק הדין קבע בית המשפט המחוזי כי ניתן להגיע לתוצאה זו גם בשני "מסלולים" חלופיים

נוספים (המשקפים שתי טענות נוספות של החברות): עמידה על זכות חוזית בחוסר תום לב ועשיית עושר ולא במשפט.

סיכומי שני הצדדים בערעוריהם לפנינו משקפים באופן טבעי את פסק הדין, כך שחלק ניכר מהסיכומים מוקדש לסוגיית הפיצויים המוסכמים, אך חלק לא מבוטל מהם מוקדש להנמקתו החלופית של בית המשפט בדבר פרשנותו התכליתית של ההסכם (כמו גם לטענות החלופיות שצוינו לעיל).

בתום העיון בכל החומר הרב שהונח לפנינו הגעתי למסקנה, כאמור, כי יש לקבל באופן חלקי את ערעור החברות ולדחות את ערעור הבנקים. אקדים ואציין כי לטעמי לצורך הגעה למסקנה זו די לדון ולהכריע בסוגיית הפיצויים המוסכמים בנסיבות העניין, ואין צורך לדון ולהכריע ביתר הסוגיות שנדונו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. כפועל יוצא אמנע מלדון להלן בקביעות בית המשפט המחוזי ובטענות הצדדים בדבר פרשנותו התכליתית של ההסכם, בדבר חוסר תום לב ובדבר עשיית עושר ולא במשפט מצד הבנקים, ופסק דיני להלן יעסוק אך ורק בסוגיית הפיצויים המוסכמים. יחד עם זאת אני מוצא לנכון להעיר, מבלי לקבוע מסמרות, כי קביעותיו של בית המשפט המחוזי בסוגיות אלה – ובמיוחד קביעתו כי בנסיבות העניין ניתן להפחית את ריבית ההפרה בדרך של פרשנות תכליתית של ההסכם – מעוררות לטעמי שאלות משפטיות לא פשוטות, ועל פני הדברים יש לי קושי להסכים עם חלקן. כך או כך, לנוכח מסקנתי כי ניתן להשתית את הכרעתנו בערעור אך ורק על סוגיית הפיצויים המוסכמים, סבורני כי ניתן להותיר את הדיון בשאלת נכונותן של קביעות בית המשפט המחוזי בסוגיות האחרות בצריך עיון, מבלי שיהיה בפסק דינו בערעור כדי לאשרן או לדחותן לגופן.

(ב) בתום העיון בסיכומים המקיפים של שני הצדדים הגעתי למסקנה כי הגם ששני הצדדים לא הותירו אבן בפסק הדין שלא נהפכה בסיכומיהם – ונדמה כי אין כמעט קביעה של בית המשפט המחוזי שלא נתקפת על ידי מי מהצדדים בערעוריהם – הרי שבסופו של יום אין מקום להתערבותנו ברובן המוחלט של קביעותיו העובדתיות והמשפטיות של בית המשפט המחוזי בסוגיית הפיצויים המוסכמים.

למעשה, לאחר שהתפזר אבק הטענות סבורני כי בסופו של דבר רק סוגיה אחת מצדיקה את התערבותנו, הגם שאין ספק כי תוצאתה הכספית של התערבות זו בנסיבות העניין אינה זניחה כלל.

א. פיצויים מוסכמים – כללי

42. סעיף 15(א) לחוק החוזים (תרופות) קובע כדלקמן:

15. (א) הסכימו הצדדים מראש על שיעור פיצויים (להלן - פיצויים מוסכמים), יהיו הפיצויים כמוסכם, ללא הוכחת נזק; אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה.

במרוצת השנים התפתחו והשתרשו בפסיקת בית משפט זה מספר כללים בדבר מידת התערבותו של בית המשפט בסעיף פיצויים מוסכמים שנקבע בחוזה בין הצדדים בהתאם לסעיף 15(א) לחוק התרופות:

(א) נקודת המוצא הינה כי הסכמת הצדדים לכלול בחוזה ביניהם סעיף פיצויים מוסכמים ללא הוכחת נזק הינה הסכמה לגיטימית ותקפה מבחינת דיני החוזים. כך עולה במפורש מחלקו הראשון של סעיף 15(א) לחוק הקובע כי "הסכימו הצדדים מראש על שיעור הפיצויים...יהיו הפיצויים כמוסכם, ללא הוכחת נזק". סעיף פיצויים מוסכמים מגשים מספר תכליות: הוא משקף את אומד דעת הצדדים במועד כריתת החוזה בדבר הפיצוי שיגיע להם בגין הפרתו; הוא יוצר ודאות יחסית לגבי תוצאותיה של הפרת החוזה; הוא חוסך משני הצדדים לחוזה את הוצאות ההתדיינות המשפטית; והוא יוצר תמריץ לשני הצדדים לקיים את החוזה [ראו: דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים כרך ד' 685-687 (2011) (להלן: פרידמן וכהן); גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 486-491 (2009) (להלן: שלו ואדר)]. לפיכך נקבע לא אחת בפסיקה כי בתי

המשפט ייטו לכבד את רצון הצדדים ולהורות, ככלל, על אכיפתה של תניית פיצויים מוסכמים ככתבה וכלשונה [ראו: [ע"א 300/77 רוזנר נ' בניני ט.ל.מ. חברה לבנין ופתוח בע"מ, פ"ד לב \(3\) 682, 686 \(1978\) \(להלן: עניין רוזנר\); ע"א 18/89 חשל חברה למסחר ונאמנות בע"מ נ' פרידמן, פ"ד מו \(5\) 257, 264 \(1992\) \(להלן: עניין חשל\); ע"א 4481/90 אהרן נ' ג.פרץ מ.בן גיאת חברה להנדסה ובנין בע"מ, פ"ד מז \(3\) 427, 433-434 \(1993\) \(להלן: עניין אהרן\)\].](#)

(ב) נקודה נוספת שראוי לשים עליה דגש כבר בשלב זה הינה כי [סעיף 15\(א\)](#) לחוק קובע במפורש כי הפיצויים המוסכמים ייפסקו בהתאם למה שסיכמו הצדדים מראש וללא הוכחת נזק. לפיכך נקבע בפסיקה כי הנפגע לא נדרש להוכיח שנגרם לו נזק בשיעור העולה בקנה אחד עם סעיף הפיצויים המוסכמים, ויתרה מכך הוא אף לא נדרש להוכיח כי נגרם לו נזק כלשהו. זאת ועוד, הפיצוי המוסכם ייפסק (כל עוד הוא מקיים יחס סביר לנזק שניתן היה לצפותו במועד כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה, כפי שיוסבר להלן), אף אם יוכיח המפר כי הנזק שנגרם בפועל היה נמוך ממנו, ואף אם בפועל יוכיח כי לא נגרם בפועל נזק כלל [ראו: [ע"א 532/83 יהודה סיני השקעות בע"מ נ' פישל, פ"ד מ \(4\) 319, 328-329 \(1986\) \(להלן: עניין סיני\); ע"א 3846/98 דהן נ' ביטון, פ"ד נד \(4\) 566, 575 \(2000\) \(להלן: עניין דהן\); פרידמן וכהן בעמ' 685-686; שלו ואדר בעמ' 497\].](#)

(ג) לצד הכלל האמור לעיל קובע חלקו השני של [סעיף 15\(א\)](#) לחוק כי לבית המשפט ישנה סמכות להפחית פיצויים מוסכמים שהצדדים הסכימו עליהם מראש בחוזה ביניהם, "אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה". בפסיקה הודגש כי בית המשפט יעשה שימוש בסמכות להפחית פיצוי מוסכם רק במקרים חריגים וכי הפחתה כזו הינה מצומצמת ונדירה. נקבע כי על מנת שבית המשפט יעשה שימוש בסמכותו זו עליו להשתכנע בשלב ראשון כי לא מתקיים כל יחס סביר בין הפיצוי המוסכם לנזק שניתן היה לצפותו מראש כתוצאה מסתברת של ההפרה, ורק אם השתכנע בית המשפט בכך יעבור לשלב השני שבו ישקול אם יש מקום להפחיתו.

ובמילים אחרות: כל עוד מצא בית המשפט כי מתקיים יחס סביר כלשהו, ולו גם דחוק, בין הפיצוי המוסכם לבין הנזק הצפוי במועד הכריתה, ישאיר בית המשפט את הפיצוי המוסכם על כנו ולא יפחיתו [ראו: עניין רוזנר; עניין סיני; עניין חשל; [ע"א 539/92 זקן נ' זיזה, פ"ד מח\(4\) 89, 95 \(1994\) \(להלן: עניין זקן\)](#) ראו: [ע"א 879/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' רוסמן, פ"ד נ\(1\) 774, 788 \(1996\) \(להלן: עניין מקור\)](#); פרידמן וכהן בעמ' 694-695]. זאת ועוד, ראוי לשים לב כי גם אם השתכנע בית המשפט כי מדובר בפיצוי שנקבע ללא כל יחס סביר כאמור לעיל, הרי שעדיין הסמכות להפחית הינה סמכות שבשיקול דעת ("רשאי") ולא סמכות חובה [עניין אהרן]. כמו כן נקבע כי הסמכות היא להפחית את הפיצוי המוסכם אך לא לבטלו לחלוטין (אם כי הוער שניתן עקרונית להפחית באופן משמעותי את הפיצוי עד כדי מזעור) [ראו: [ע"א 748/80 גולדשטיין נ' גוב-ארי חברה לבנין ולהשקעות נתניה \(1976\) בע"מ, פ"ד לח\(1\) 309, 319 \(1984\) \(להלן: עניין גולדשטיין\)](#); [ע"א 3745/92 פסקל נ' מזרחי, פ"ד מח\(2\) 359, 363 \(1993\) \(להלן: עניין פסקל\)](#); שלו ואדר בעמ' 499-500, 504-507].

(ד) על הצד שהפר את החוזה ושמבקש להפחית בדיעבד את הפיצוי המוסכם מוטל הנטל לשכנע את בית המשפט כי לא מתקיים כל יחס סביר בין הפיצוי המוסכם לבין הנזק שניתן היה לצפותו מראש כתוצאה מסתברת של ההפרה. על צד זה מוטל גם הנטל להביא ראיות להוכחת טענותיו [ראו: עניין רוזנר; עניין גולדשטיין; [ע"א 126/84 יצחקי נ' שור, פ"ד לח\(3\) 620, 626 \(1984\) \(להלן: עניין יצחקי\)](#); עניין אהרן; פרידמן וכהן בעמ' 696-697; שלו ואדר בעמ' 507-508]. כך באופן כללי וכך במיוחד כאשר מבקש ההפחתה טוען כי מדובר בריבית "רצחנית", "מופרזת" או "שערורייתית" [ראו: [ע"א 517/12](#) אוהיון נ' גולדפינגר [פורסם בנבן] (1.9.2013) בפסקה 13 והאסמכתאות המוזכרות שם (להלן: עניין אוהיון)]. עם זאת, נקבע בפסיקה כי אם מדובר בתניית פיצויים מוסכמים שמנוסחת כתניה גורפת – דהיינו, תניה שאינה מבחינה לצורך הפיצוי המוסכם בין הפרה קלה ("הפרה סתם") לבין הפרה יסודית של החוזה – אזי אין צורך להניח תשתית ראייתית מיוחדת, ודי בניסוחה הגורף כדי לחשוף אותה לבדיקת בית המשפט. ניסוח גורף של תניית

פיצויים מוסכמים מלמד לכאורה על העדר בולט של כל יחס סביר בין הפיצוי לנזק שניתן היה לצפותו מראש בשעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה, משל הדבר מדבר בעד עצמו, ובהינתן ניסוח גורף כזה עשוי הנטל לעבור לכתפי הנפגע לשכנע מדוע אין מקום לעשות שימוש בסמכות ההפחתה של בית המשפט [ראו: עניין סיני; עניין יצחקי; [ע"א 1/84 נתן נ' סטרוד, פ"ד מב\(1\), 661 \(1988\)](#) והמחלוקת שהתגלעה בנקודה זו בין שופטי הרוב (השופטת מ' בן-פורת והשופט ג' בך בעמ' 670-669 שם) לבין שופט המיעוט (השופט מ' אלון בעמ' 676-677 שם); עניין אהרן; פרידמן וכהן בעמ' 697-699].

(ה) השאלה שעליה יש להשיב לעניין סבירותו של הפיצוי המוסכם הינה האם מתקיים יחס סביר בין הפיצוי המוסכם לבין הנזק שניתן היה לצפות מראש, ולא האם מתקיים יחס סביר בין הפיצוי המוסכם לבין הנזק שנגרם בפועל. במילים אחרות, אין לטעות ולהשוות בין הפיצוי המוסכם לנזק שנגרם בפועל כפי שמתברר בדיעבד עקב ההפרה, ואין זה משנה אם הנזק שנגרם בפועל נופל מהשיעור המוסכם או אם כלל לא נגרם נזק כלשהו. השאלה אינה האם הפיצוי המוסכם גבוה או נמוך ביחס לנזק שנגרם בפועל, אלא האם הפיצוי נקבע תוך יחס סביר לנזק שניתן היה לצפותו מראש בשעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת מהפרה מהסוג שאירעה בפועל. לעניין זה נקבע כי ניתן להיעזר במבחן היחס שבין סכום החוזה כולו לבין הפיצוי המוסכם מראש כפי שנקבע בחוזה [[ע"א 313/85 קור נ' דיין, פ"ד מא\(4\), 151](#), 159 (1987); [ע"א 795/86 לודאית חברה לבנין בע"מ נ' השקעות שירליב בע"מ, פ"ד מא\(3\), 645, 651-652 \(1987\)](#); עניין זקן].

(ו) כאשר בוחן בית המשפט מהו הנזק שניתן היה לצפותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה עליו להפעיל אמת מידה אובייקטיבית. בית המשפט בוחן מה היו יכולים הצדדים לצפות באופן סביר בעת כריתת החוזה, להבדיל ממה שהצדדים צפו בפועל בעת כריתת החוזה. בבוא בית המשפט לקבוע מהם סוגי הנזק נשוא תניית הפיצוי המוסכם עליו להתחשב "במכלול הנסיבות האופפות את כריתת החוזה ולבחון, אם לאורן ניתן היה לצפות התרחשותו של נזק מסוג מסוים כעניין אובייקטיבי. מסקנה זו

מתחזקת לאור הלשון שנקט המחוקק [בסעיף 10](#) לחוק התרופות. בסעיף זה מוזכרת באופן מפורש גם האלטרנטיבה לפיה, בעת כריתת החוזה, נצפה בפועל הנזק אשר נגרם למעשה על ידי ההפרה שהתרחשה. השמטת אלטרנטיבה זו [בסעיף 15\(א\)](#) אינה מקרית איפוא, והיא משקפת התמקדות בנתונים אובייקטיביים, אשר יש בהם כדי לשמש יסוד לקביעה כי ניתן היה לחזות מראש נזק פלוני בעת כריתת החוזה" [הנשיא מ' שמגר בעניין חשל בעמ' 265 (ההדגשות הוספו, י.ד.); ראו גם: שלו ואדר בעמ' 501-500; פרידמן וכהן בעמ' 695-696]. בהקשר זה נמנו בספרות המקצועית מספר שיקולים שראוי שבית המשפט ישקול בבואו לבחון את סבירותו של הפיצוי המוסכם: סוג החוזה ואופיו; היקפו הכלכלי; תקופת החוזה; סוג ההפרה שעליה מבקשת הוראת הפיצוי המוסכם לחול, וההשלכות הרגילות שיש להפרה כזו בחוזה מהסוג הנדון; חומרתה היחסית של ההפרה שהתרחשה ומשך הזמן שבו נמשכה; מספר ההפרות הכולל שביצע המפר; מידת היכולת לצפות מראש את סוג הנזק ואת שיעורו בהינתן הפרה מהסוג שאירע בפועל ומידת היכולת לצפות את הליך הגרימה הספציפי שהביא להתרחשות ההפרה [ראו: פרידמן וכהן בעמ' 697; שלו ואדר בעמ' 501-502].

(ז) לבסוף יש לציין כי ההפרה שבה עוסק [סעיף 15\(א\)](#) לחוק הינה ההפרה הקונקרטית שהתרחשה, על תוצאותיה, והשאלה שבית המשפט צריך להשיב עליה הינה אלו נזקים יכלו עקרונית הצדדים לצפות במועד כריתת החוזה כפועל יוצא של ההפרה הקונקרטית והאם הפיצויים המוסכמים משקפים יחס סביר לנזקים אלו. "יש 'להעביר' את ההפרה הקונקרטית, על תוצאותיה, בכור המבחן של הסעיף הנ"ל, דהיינו, לקבוע, אם מלכתחילה, בעת כריתת החוזה, עשוי היה המפר לראות את הפיצויים המוסכמים כמשקפים לפי קנה מידה סביר כלשהו את הנזק, העשוי להיגרם מאותה הפרה" [השופט ש' לויין בע"א 707/78 יוסף נ' קניאל, פ"ד לה(4) 796, 800 (1981) (להלן: עניין יוסף)]. ובמילים אחרות: "המבט – בהכוונת המחוקק – הוא אל המועד שבו נכרת החוזה... אולם, שאלת הסבירות דאז נבחנת לאור ההפרה דהיום, הווי אומר: איך ההפרה היסודית דהיום הייתה נבחנת לאור

מהותה, מראש, בעת כריתת החוזה" [הנשיא מ' שמגר בעניין פסקל בעמ' 363; וראו גם: דברי השופט מ' חשין בעניין אהרן בעמ' 436].

43. בפסיקת בית משפט זה התגבשו במרוצת השנים גם מספר כללים ספציפיים בדבר מידת התערבותו של בית המשפט בסעיף פיצוי מוסכם עתי, המכונה גם "פיצוי לשיעורין", שנקבע בחוזה בין הצדדים, לרבות סעיף הקובע ריבית פיגורים:

(א) נפסק כי הוראה בחוזה הקובעת כי במקרה של פיגור בתשלומים מעבר למועדים הנקובים בחוזה יהיה זכאי הצד הנפגע לתשלום נוסף – בין אם הוא מוגדר כ"ריבית פיגורים" או מחושב כאחוז מסוים שמתווסף לחוב מדי יום או חודש או שנה – מהווה מנגנון של פיצויים מוסכמים, והיא משקפת את הסכמת הצדדים באשר לפיצוי שהנפגע זכאי לו במקרה של הפרה של החיוב הכספי [ראו: עניין חשל; ע"א 7871/98 מדינת ישראל נ' עו"ד לוינסון, כונס נכסים, פ"ד נח(6) 340, 346 (2004) (להלן: עניין לוינסון); ע"א 4553/06 מדינת ישראל, משרד הבינוי והשיכון נ' מי ערד חברה להנדסה פיתוח ובנין בע"מ (בפירוק) [פורסם בנבו] (14.10.2010) בפסקה 18 (להלן: עניין מי ערד); רע"א 8429/06 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי [פורסם בנבו] (1.7.2007) (להלן: עניין הפניקס)].

(ב) העובדה שהצדדים בחרו לקבוע בחוזה פיצוי בסכום קצוב מצטבר לכל יום, חודש או שנה של עיכוב מחזקת את המסקנה כי קביעתם הייתה סבירה. קביעת פיצוי עתי הינה עדיפה מבחינה זו על קביעת פיצוי בסכום גלובאלי, שאינה מבחינה בין הפרה קלה לבין הפרה חמורה [ראו: עניין מקור].

(ג) ככל שהעיכוב בפועל מהווה חלק מן הסיכון שהיה צפוי מראש, אין המתחייב יכול לפרוק מעליו את תוצאות הסיכון שהתממש בטענה שהוא עצמו לא צפה מראש נזק כזה. לא כן במקרה שבו התארכות התקופה חורגת במידה ניכרת מגבולות הנזק שניתן היה לראותו מראש כתוצאה מסתברת של ההפרה. הנחת המוצא הינה כי הצדדים לא התכוונו ליצור פיצוי בסכום קצוב "ללא קץ וללא

גבול". לפיכך, כאשר תקופת הפיצוי מתארכת במידה ניכרת, כך שלא מתקיים עוד כל יחס סביר בין הפיצוי המוסכם לבין הנזק שהיה צפוי, בידי בית המשפט הסמכות להתערב בשיעור הפיצויים [ראו: [ע"א 4162/02 רנדור בע"מ נ' דרור מהנדסים \(1990\) בע"מ, פ"ד נח\(4\) 193, 203 \(2004\) \(להלן: עניין רנדור\)](#); עניין מקור בעמ' 789; פרידמן וכהן בעמ' 692].

(ד) על אף שהפיצוי המוסכם אינו כפוף לנטל הקטנת הנזק (שכן הפיצוי המוסכם עצמו לא כפוף להוכחת הנזק), יש להתחשב בנסיבות מסוימות בסבירות התנהגותו של הנפגע כאשר מדובר בפיצוי מוסכם עתי שאינו קצוב בזמן. נקבע כי כאשר החוזה מבוטל על ידי הנפגע, אזי מועד השלמת החיוב אינו מצוי עוד בשליטתו של המפר, והוא תלוי בפעולות שינקוט הנפגע להתקשרות בחוזה חלופי או בהשלמת העבודה בכוחות עצמו. לפיכך נקבע כי אם הנפגע ביטל את החוזה עקב הפרתו אך הוא לא נוקט בעקבות הביטול בשום צעד לביצוע העבודה, אין זה מתקבל על הדעת שהמפר ימשיך לחוב בפיצוי עתי עד אין קץ ויש להציב גבול לתקופת החיוב. יתרה מכך, נקבע כי גם כאשר הנפגע נוהג בסבירות ומתקשר מיד בחוזה חלופי, ייתכן מצב שבו ביצוע החיוב מתעכב במידה בלתי סבירה בעטיו של המתקשר החדש, וכי גם במקרה כאמור אין זה הוגן לחייב את המפר בפיצוי המוסכם עבור מלוא התקופה שעד להשלמת החיוב בפועל, אלא רק עבור אותו חלק מן העיכוב שנגרם בשל הפרתו שלו את החוזה [ראו: עניין רנדור בעמ' 204-203; פרידמן וכהן בעמ' 692-693; שלו ואדר בעמ' 508-510].

(ה) בפסיקה הובעו דעות שונות בשאלה האם כשמדובר בסעיף פיצוי מוסכם עתי, לרבות סעיף ריבית פיגורים, רשאי בית המשפט מכוח סמכותו לפי [סעיף 15\(א\)](#) לחוק התרופות להגביל את תקופת הפיצוי או שמא רק את סכום הפיצוי. הדעה הרווחת בפסיקה הייתה שבית המשפט רשאי להגביל את תקופת הזכאות לפיצוי המוסכם על פי סמכותו [שבסעיף 15](#) לחוק התרופות, ככל שמצא שהתקופה בגינה אמור להשתלם הפיצוי העתי חורגת מציפיות הצדדים [ראו: השופט א' מצא בעניין מקור בעמ' 788-789; הנשיא מ' שמגר בעניין זקן בעמ' 94-96; השופט י' עמית

בעניין מי ערד בפסקה 18]. באחד מפסקי הדין הובעה הדעה – מבלי לקבוע מסמרות – כי סמכות ההפחתה לפי [סעיף 15](#) לחוק נוגעת לסכום הפיצוי ולא לתקופת הפיצוי [השופט א' גרוניס בעניין רנדור בעמ' 203-204; ראו גם: שלו ואדר בעמ' 510-511].

(ו) בפסיקה הובעה גם הדעה כי אין עקרונית מניעה להחיל על סעיף הקובע ריבית פיגורים שמהווה סעיף פיצוי מוסכם את דיני האשם התורם (להבדיל מעיקרון הקטנת הנזק שעקרונית אינו חל על פיצוי מוסכם) [השופט י' עמית עניין מי ערד בפסקה 18].

(ז) למען שלמות התמונה יצוין כי סוגיה נוספת שעשויה להתעורר בהקשר של סעיף פיצויים מוסכמים הינה שאלת שיערוך הפיצוי בנסיבות שבהן האיחור בביצוע מתארך עקב סיבות שונות, כגון הליכים משפטיים ממושכים. ודוק, הטענה שיש הצדקה לשערך את הפיצויים המוסכמים הינה טענה שמועלית על ידי הנפגע והיא מהווה טענת "ראי" לטענת המפר שיש להפחית את הפיצויים המוסכמים. סוגיה זו נדונה בפסיקת בית משפט זה במספר הזדמנויות, אך היא כלל אינה מתעוררת במקרה דנן, ומשכך לא ארחיב לגביה את הדיבור [להרחבה ראו: [ע"א 275/83 עיריית נתניה נ' "סחף" חברה ישראלית לעבודות פתוח בע"מ, פ"ד מ\(3\) 235 \(1986\)](#); עניין אוהיון בפסקאות 11-13; שלו ואדר בעמ' 513-519; פרידמן וכהן בעמ' 699-700].

אלו אפוא הכללים והעקרונות המנחים שהותוו בפסיקת בית משפט זה בסוגיית הפיצויים המוסכמים. כעת יש לבחון האם יישומם של כללים אלו על ידי בית המשפט המחוזי בנסיבותיו של המקרה דנן היה נכון.

ב. "חוזים יש לקיים" – על גבולות ההתערבות בחוזים בכלל ובחוזים "מורכבים" בפרט

44. הבנקים מדגישים לאורך כל סיכומיהם את עיקרון היסוד בדיני החוזים, לפיו "חוזים יש לקיים". נטען כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי, שבמסגרתו

התקבלה באופן חלקי תביעת החברות והופחת חיובן החוזי לשלם לבנקים ריבית הפרה, סותר חזיתית את עיקרון היסוד האמור לעיל. טענה נוספת העוברת כחוט השני בסיכומי הבנקים הינה כי במקרה דנן לא נתן בית המשפט משקל ראוי לעובדה שלא מדובר בחוזה "רגיל", אלא בחוזה ייחודי ומורכב – אותו מכנים באי כוח הבנקים "Tailor Made" – שנכרת בתום משא ומתן ארוך בין צדדים מתוחכמים ומנוסים. לפיכך נטען כי הגם שיש לבית המשפט סמכות עקרונית להתערב בחוזה כזה, מכוח [סעיף 15](#) לחוק התרופות שמסמך את בית המשפט להפחית פיצויים מוסכמים שנקבעו בחוזה, הרי שהתערבות כזו צריכה להישמר למקרים חריגים שבחריגים, וכי בשים לב למאפייני הסכם ההלוואה דנן התערבות כזו הינה שגויה ובלתי מוצדקת בעליל. אף שטענותיהם העקרוניות של הבנקים מקובלות עלי, אין בידי לקבל את המסקנה הגורפת שמבקשים הבנקים לגזור מעקרונות אלו בנסיבות העניין, לפיה הסכם ההלוואה דנן, ובמיוחד סעיף ריבית ההפרה שנכלל בו, הינו "חסין" מכל התערבות שיפוטית.

45. על כך שביסוד דיני החוזים עומד עיקרון חופש החוזים – ועל כך שמעיקרון זה נגזר במישרין עיקרון חשוב נוסף לפיו "חוזים יש לקיים" – אין מי שיחלוק. זוהי נקודת המוצא בכל מחלוקת משפטית שעוסקת בדיני חוזים. חוזה כולל מעצם טבעו מערך של זכויות וחובות המחולקות בין הצדדים, מהם נגזרים סיכויים וסיכונים שונים המחולקים בין הצדדים. כוחו הגדול של החיוב החוזי (להבדיל מחיובים אחרים במשפט האזרחי, כדוגמת חיובים מכוח דיני הנזיקין או דיני עשיית עושר ולא במשפט) טמון בהיותו חיוב רצוני שהצדדים נטלו על עצמם מרצונם החופשי. ודוק, עיקרון חופש החוזים, דהיינו רצון הצדדים לכרות חוזה זה עם זה על כל המשתמע מכך, הינו הצידוק המוסרי הבסיסי שעומד ביסוד דיני החוזים [לדיון מקיף בעיקרון חופש החוזים ובמגבלותיו, ראו למשל: דניאל פרידמן ונילי [כהן חוזים כרך א' 10-41](#) (1991)]; גבריאלה [שלו דיני החוזים](#) – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 45-56 (2005); גבריאלה שלו "מיהם שליטי החוזה (דיון נוסף בהלכת אפרופים)", ספר מישאל חשין 659-661 (עורכים: א' ברק, י' זמיר וי' מרזל, 2009)]. לפיכך, כל עוד מדובר בחוזה שנכרת כדיון, שלא

מועלות לגביו טענות בדבר פגמים שנפלו בכריתתו או כי מדובר בחוזה למראית עין או בחוזה בלתי חוקי, לא ימהר בית המשפט להטות אוזנו לבקשת אחד הצדדים להתערב בו בדיעבד אף אם מוקנית לו בחוק סמכות להתערבות כזו. כפועל יוצא, על הצד הטוען כי יש הצדקה לפטור אותו באופן מלא או חלקי מחיוב חוזי שנטל על עצמו מרצונו מוטל נטל כבד לשכנע את בית המשפט כי קיימת עילה להתערבותו בדיעבד בחלוקת הסיכונים והסיכויים החוזית שסוכמה מראש בין הצדדים. עד כאן מקובלת עלי טענתם העקרונית של הבנקים.

46. מקובלת עלי גם טענתם העקרונית הנוספת של הבנקים, לפיה העקרונות האמורים לעיל יפים מכוח קל וחומר במקרה כגון דא, שבו מדובר בחוזה מסחרי שנכרת בין שני צדדים מנוסים ומתוחכמים ושקדם לכריתתו משא ומתן ארוך ומפורט בליווי עורכי דין. אכן, מידת נכונותו של בית המשפט להטות אוזנו לטענות של צד לחוזה המבקש להתערב בדיעבד בחלוקת הסיכונים והסיכויים החוזית עשויה להשתנות בהתאם לסוג החוזה שבו מדובר. כך למשל, מובן כי אין דינו של חוזה אחיד, כמשמעותו ב**חוק החוזים** האחידים, התשמ"ג-1982, כדינו של החוזה "הקלאסי", שנכרת בין הצדדים בתום משא ומתן ביניהם, כאשר עילות ההתערבות הקבועות בחוק ביחס לחוזה אחיד הינן רחבות יותר מאלה הקבועות בחוק ביחס לחוזה "הקלאסי". הדברים נכונים גם ביחס לחוזים בעלי אופי צרכני, המוסדרים בדברי חקיקה שונים – כגון: **חוק הגנת הצרכן**, התשמ"א-1981 ו**חוק מכר** דירות (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974 – בהם ניכרת נכונות גדולה יותר של בתי המשפט להתערב בדיעבד בהשוואה להתערבותם בחוזים "קלאסיים". גם קבוצת "החוזים הקלאסיים" – דהיינו, אותם חוזים שנכרתו בתום משא ומתן בין הצדדים, ושאינם חוזים אחידים או חוזים שמוסדרים בחוק זה או אחר – אינה בהכרח קבוצה הומוגנית. אף שדיני החוזים אינם מבחינים, ככלל, בין חוזה "רגיל" (כגון חוזה למכירת דירה יד שנייה שקדם לו משא ומתן בין הצדדים) לבין חוזה מסחרי "מורכב" (כגון חוזה ההלוואה דנן, שבמסגרתו "נתפרה" עסקה לא שגרתית במסגרתה ניתנה הלוואה בסכומי עתק, ושקדם לכריתתו משא ומתן ארוך ומפורט בין צדדים מנוסים ומתוחכמים), והעקרונות שחלים על כל החוזים "הקלאסיים"

הינם עקרונית זהים, מקובלת עלי טענת הבנקים כי ראוי שבית המשפט ייתן דעתו בהקשרים מסוימים למאפיינים השונים של החוזים הנכללים בקבוצה זו, ובמיוחד למידת ייחודו של החוזה, לזהות הצדדים לחוזה ולהיקף המשא ומתן שקדם לכריתתו [ראו: נילי כהן "נאמנות הפרשן" ספר אליהו מצא 685-696 (עורכים: א' ברק, א' פרוקצ'יה, ש' חנס ור' גלעדי, 2015); השוו: מנחם [מאוטנר, "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה"](#) ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כט(1) 17 (2005)]. במילים אחרות, מקובלת עלי הטענה כי בית המשפט לא יתערב בנקל בחוזים שלכריתתם קדם משא ומתן משמעותי וארוך, שהעסקה ש"נתפרה" במסגרתם הינה ייחודית ובלתי שגרתית ואינה דומה לעסקאות אחרות מסוגה, שהצדדים להם הינם צדדים מנוסים ומתוחכמים, שהמשא ומתן שקדם לכריתתם לווה או נוהל על ידי עורכי דין ואנשי מקצוע מטעם הצדדים, וכיו"ב. כפועל יוצא, הנטל שיוטל על צד לחוזה "מורכב" שכזה, שמבקש בדיעבד לשכנע את בית המשפט להתערב בהוראות החוזה ולפטור אותו באופן חלקי או מלא מחיוב שנטל על עצמו בחוזה, הינו נטל כבד מאד. עד כאן מקובלת עלי גם טענה עקרונית זו של הבנקים.

47. יחד עם זאת, למותר לציין כי אין בכל האמור לעיל כדי להפוך חוזה "מורכב" שנכרת בין צדדים מנוסים ומתוחכמים ושקדם לו משא ומתן ארוך ומושכל, כדוגמת החוזה דנן, לחוזה ה"חסינ" לחלוטין מראש מפני התערבות כלשהי של בית המשפט בדיעבד. במילים אחרות, נטל כבד, ואף כבד מאד – כן; "חסינות" החוזה מכל התערבות שהיא – לא. כך במיוחד כאשר עסקינן בסמכות התערבות מפורשת שהוענקה לבית המשפט בחוק, ובמקרה דנן – סמכותו של בית המשפט הקבועה [בסעיף 15\(א\)](#) לחוק התרופות להפחית פיצויים מוסכמים שעליהם הסכימו הצדדים מראש. סמכות זו נתונה עקרונית לבית המשפט ביחס לכל סוגי החוזים, והיא אינה מוגבלת לחוזים מסוג מסוים. כאמור, הכללים שהתגבשו בפסיקת בית משפט זה במרוצת השנים ביחס לסמכות בית המשפט מכוח [סעיף 15\(א\)](#) לחוק התרופות קובעים ממילא כי בית המשפט ימעט להתערב בדיעבד בפיצויים המוסכמים וכי התערבות כזו תישמר למקרים חריגים בלבד, שבהם ישתכנע

בית המשפט כי אין כל יחס סביר, ולו דחוק, בין הפיצוי המוסכם לבין הנזק שהיה צפוי במועד כריתת החוזה. במילים אחרות, הנטל המוטל על צד לחוזה שמבקש מבית המשפט להפחית בדיעבד את הפיצוי המוסכם שנקבע בחוזה הינו ממילא נטל כבד. יתרה מכך, כפי שציינתי לעיל סבורני כי ראוי לקבוע שנטל זה יהיה כבד מאד כאשר מדובר בחוזה מסחרי ייחודי כדוגמת החוזה דנן, שנכרת על ידי צדדים מתוחכמים ומנוסים ושקדם לו משא ומתן ארוך ומושכל, שכן ההנחה הינה כי הכללתו של סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה כזה נעשתה כחלק ממכלול הסיכויים והסיכונים, וכי הדבר נעשה לאחר מחשבה ושקילה במסגרת המשא ומתן ולא כלאחר יד. עם זאת, הגם שהנטל שיוטל על צד לחוזה כזה יהיה כבד מאד, והתערבות בית המשפט בחוזה כזה תתרחש במקרים חריגים בלבד ולא כדבר שבשגרה, עדיין אין פירוש הדבר שניתן לרוקן לחלוטין את סמכותו של בית המשפט מכוח [סעיף 15\(א\)](#) לחוק התרופות ביחס לחוזים מסוג זה.

48. המסקנה מכל האמור לעיל הינה כי צודקים הבנקים בטענתם כי בנסיבות העניין – בשים לב לכך שהסכם ההלוואה דנן הינו הסכם מסחרי בלתי שגרתי בהיקפו הכספי, שהצדדים לו הינם מנוסים ומתוחכמים ושקדם לכריתתו משא ומתן ארוך – מוטל על החברות נטל כבד מאד, בבואן לשכנע את בית המשפט כי מדובר במקרה חריג המצדיק התערבות בית המשפט בריבית ההפרה שנקבעה בהסכם ההלוואה דנן בהתאם לסמכות הקבועה [בסעיף 15\(א\)](#) לחוק התרופות. עם זאת, אין לקבל את טענת הבנקים כי כל התערבות שכזו בנסיבות המקרה דנן תהיה בהכרח שגויה ובלתי מוצדקת ותחתור תחת עיקרון היסוד כי "חוזים יש לקיים". השאלה שיש להשיב עליה כעת הינה האם הצליחו החברות להרים את הנטל הכבד המוטל עליהן לשכנע כי למרות מאפייניו הייחודיים של החוזה דנן עדיין ישנה הצדקה להתערבות שכזו בנסיבות העניין.

49. בנקודה זו ראוי להתייחס בקצרה לטענת החברות – השזורה כחוט השני בסיכומיהן – כי סעיף ריבית ההפרה בהסכם ההלוואה דנן הינו במהותו סעיף פיצוי עונשי אשר אין לו מקום בדין הישראלי ומשכך דינו להתבטל. טענה זו דינה

להידחות. כידוע, דיני החוזים הישראליים נוקטים בגישה שונה מזו של המשפט האנגלי ביחס לסעיפי פיצוי הנחזים על פניהם כסעיפי "קנס" או פיצוי עונשי. המשפט האנגלי קובע כי סעיף בחוזה שקובע קנס שישלם המפר לנפגע, ללא כל יחס סביר בין ההפרה לנזק הצפוי לנפגע, הינו סעיף חסר תוקף שדינו להתבטל. זאת, להבדיל מסעיף פיצוי מוסכם שמשקף באופן סביר את הנזק הצפוי מההפרה שהינו סעיף שריר ותקף במשפט האנגלי. לעומת זאת, המשפט הישראלי נקט בגישה אחרת, ברוח המשפט הקונטיננטלי, והוא אינו מבחין כלל בין סעיף "קנס" או פיצוי עונשי לבין סעיף פיצוי מוסכם, ובמקום זאת הוא מקנה לבית המשפט סמכות להתערב בסעיף פיצוי מוסכם בדרך של הפחתתו – להבדיל מביטולו – אם מצא שהפיצוי המוסכם נקבע ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לצפותו מראש במועד כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה. במילים אחרות, טענת החברות כי סעיף ריבית ההפרה במקרה דנן מהווה סעיף פיצוי עונשי ממילא אינה מובילה, בהתאם לדיני החוזים בישראל, למסקנה האחת והיחידה שהחברות מבקשות לגזור ממנה, לפיה דינו של סעיף ריבית ההפרה להתבטל כליל. לכל היותר מובילה טענה זו למסקנה כי בית המשפט רשאי להפחית את ריבית ההפרה, ככל שמדובר בפיצוי מוסכם, בהתאם לסמכותו מכוח [סעיף 15\(א\)](#) לחוק התרופות [לדיון בהבדלים בין שיטות המשפט השונות ביחסן לסעיפי פיצוי עונשי, ראו: פרידמן וכהן בעמ' 684-682; שלו ואדר בעמ' 491-495]. ודוק, טענת החברות כי ריבית ההפרה דינה להתבטל כליל הינה במידה רבה "תמונת ראי" של הטענה הגורפת שטענו הבנקים, לפיה אין מקום להתערב כלל בחוזה "מורכב". שתי הטענות מובילות את בית המשפט לתוצאות "קצה" בלתי רצויות – טענת הבנקים מובילה לתוצאה לפיה הסכם ההלוואה דנן הינו "חסין" מכל התערבות בית המשפט; ואילו טענת החברות מובילה לתוצאה לפיה אין לבית המשפט ברירה אלא להורות על ביטולו המלא של סעיף ריבית ההפרה – ומשכך, דין שתיהן להידחות.

50. זאת ועוד, החברות טוענות, כאמור, כי המטרה היחידה שעומדת ביסוד סעיף ריבית ההפרה הינה ליצור סנקציה עונשית שנועדה לתמרץ את החברות לא להפר את ההסכם, וכי ריבית זו מראש לא נקבעה ביחס סביר כלשהו לנזק שהיה

צפוי במועד כריתת ההסכם. בטענה זו אדון בסמוך להלן, במסגרת הדיון במחלוקת שהתגלעה בין הצדדים בשאלה האם יש לסווג את סעיף ריבית ההפרה כסעיף פיצוי מוסכם. עם זאת, אבקש כבר עתה לציין כי אני סבור שמוטב היה אם החברות היו נמנעות מלכתחילה מלהעלות את הטענה שאין לריבית ההפרה כל מטרה מלבד לשמש פיצוי עונשי שיתמרץ את החברות שלא להפר את ההסכם (ומשכך כנטען דינה להתבטל), להבדיל מהטענה כי ריבית ההפרה אינה משקפת יחס סביר כלשהו לנזק שניתן היה לצפותו מראש במועד הכריתה כתוצאה מסתברת של הנזק (ומשכך יש הצדקה להפחיתה). הסכם ההלוואה שנחתם בין הצדדים במקרה דנן הינו, כאמור, הסכם "מורכב", שנכרת בין צדדים מנוסים ומתוחכמים לאחר משא ומתן ארוך ומושכל. ספק בעיני אם בנסיבות אלה היה מקום שהחברות תיטענה בדיעבד כי ריבית מסוימת שנקבעה בהסכם דינה להתבטל כליל בהיותה פיצוי עונשי, להבדיל מהטענה שמדובר בפיצוי מוסכם שראוי להפחיתו. תמהני כיצד בכלל ניתן לטעון טענה זו בנסיבות העניין – על רקע המשא ומתן הארוך שקדם לכריתת ההסכם, לנוכח זהות הצדדים להסכם ועובדת היותם מיוצגים על ידי עורכי דין מנוסים ומיומנים – שהרי אם אכן ריבית ההפרה אינה אלא פיצוי עונשי שנקבע ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לצפותו במועד כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה, נשאלת השאלה מדוע הסכימו זאבי והחברות להכללתה בהסכם מלכתחילה. מדובר למעשה בטענה הגובלת בטענות של כפייה כלכלית או אי-חוקיות, על כל המשתמע מכך מבחינת נטל ההוכחה המוטל על הטוען טענות מסוג זה, וכאמור ספק בעיני אם הייתה הצדקה להעלותה בנסיבות העניין.

ג. האם סעיף ריבית ההפרה מהווה סעיף פיצוי מוסכם?

51. השאלה הראשונה שיש להכריע בה הינה האם יש לסווג את סעיף ריבית ההפרה שנכלל בהסכם ההלוואה דנן כסעיף פיצויים מוסכמים, שכן רק אם מדובר בסעיף פיצויים מוסכמים קמה לבית המשפט – וגם אז רק במקרים חריגים בלבד – הסמכות הקבועה בסעיף 15 לחוק החוזים (תרופות) לשקול את הפחתתם. אזכיר כי סעיף ריבית ההפרה קובע כי במקרה של הפרה תשלמנה החברות לבנקים ריבית הפרה

בשיעור של 3% בנוסף לריבית ההסכמית ולריבית הנוספת שבהן חויבו עד למועד ההפרה. סוגיה זו מצויה במחלוקת קשה בין הצדדים, כפי שיפורט מיד, ובית המשפט המחוזי הקדיש לה דיון מקיף ויסודי, שבסופו קבע כי יש לסווג את ריבית ההפרה כפיצוי מוסכם.

52. תמצית המחלוקת בין הצדדים בשאלת סיווגה של ריבית ההפרה הינה זו: בעוד החברות טוענות כי ריבית ההפרה הינה פיצוי מוסכם, שכן מדובר בריבית גבוהה שחלה רק ממועד ההפרה ואילך ונועדה לתמרץ מראש את הלווה שלא להפר את ההסכם, טוענים הבנקים כי ריבית ההפרה כלל אינה פיצוי מוסכם אלא חלק מ"המחיר החוזי" שסוכם בין הצדדים. לטענת הבנקים, ריבית הינה מחיר מוסכם שמשולם על ידי לווה לבנק עבור השימוש בכסף שניתן כאשראי, ומחיר זה משתנה בהתאם לדרגת הסיכון שנוטל על עצמו הבנק. נטען כי הבנקים קובעים שיעורי ריבית משתנים בהתאם למידת הסיכון שהם נחשפים אליה, כאשר הבנקים מחלקים את ההלוואה לשני "מצבי עולם": המצב הראשון מתייחס לתקופת ההלוואה "הרגילה", בה חלה ריבית רגילה (הריבית ההסכמית והריבית הנוספת) המגלמת סיכון בהסתברות נמוכה ל"כשל"; המצב השני מתייחס להפרת הסכם ההלוואה – החל ממועד הפסקת החזר ההלוואה (ההפרה) ועד לסילוק ההלוואה במלואה, ובו חלה ריבית ההפרה הגבוהה יותר המגלמת את הסיכונים הנוספים שנוצרו לאחר ש"הכשל" הפך וודאי ומוחלט. לפיכך נטען כי ריבית ההפרה הינה חלק ממנגנון תמחור חוזי לגיטימי, ולכן יש לסווגה כחלק מ"המחיר החוזי". יצוין כי החברות מתנגדות בתוקף לטענת הבנקים כי ריבית ההפרה משקפת את עליית הסיכון לאחר ההפרה, וטוענות כי כלל הסיכונים שנשקפים לבנקים מגולמים בריבית ההסכמית ובריבית הנוספת.

53. בית המשפט המחוזי הסתמך על פסיקת בית משפט זה, שבה נקבע לא אחת בעבר כי סעיף ריבית פיגורים בחוזה – דהיינו סעיף הקובע כי במקרה של פיגור בתשלומים שמהווה הפרה של החוזה יחויב הצד המפר לשלם לצד הנפגע "ריבית פיגורים" (המתווספת לריבית ההסכמית "הרגילה") עד לסילוק מלוא החוב –

מהווה סעיף פיצויים מוסכמים. עם זאת, בית המשפט המחוזי ציין כי באף אחד מהמקרים שנדונו בבית משפט זה לא דובר בהסכם הלוואה או אשראי בין בנק לבין לווה, ומשכך טרם נקבע במפורש בפסיקת בית משפט זה כי "ריבית פיגורים" (או "ריבית הפרה" כשמה בהסכם דנן) שנקבעת בהסכמים מסוג זה מהווה פיצוי מוסכם. בית המשפט המחוזי הפנה גם לשני פסקי דין שנפסקו בעבר בבתי המשפט המחוזיים, שבהם התעוררה שאלת סיווגה של ריבית פיגורים כפיצוי מוסכם – במסגרת הליכי חדלות פירעון – שבהם הובעה הדעה, מבלי לקבוע מסמרות, כי ריבית פיגורים שנקבעה בהסכם אשראי בנקאי עשויה להיחשב כפיצוי מוסכם בנסיבות חריגות בהן היא נגבית לאורך זמן רב וחורגת מן הסביר באופן שפוגע בנושיו האחרים של החייב [ראו: [בש"א \(ת"א\) 2024/01](#) כץ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ [פורסם בנבו] (13.6.2002) בפסקה 54 (השופטת ו' אלשיך); [פש"ר \(ת"א\) 1221/02](#) עו"ד קוטלר נ' בנק הפועלים בע"מ [פורסם בנבו] (23.5.2004) (השופטת ו' אלשיך)]. בית המשפט המחוזי קבע כי הרציונאל שעמד ביסוד קביעתו של בית משפט זה בעבר בדבר סיווגה של ריבית פיגורים כפיצוי מוסכם בחוזים שאינם חוזי הלוואה או אשראי בנקאיים חל גם על חוזים כאלו, ומשכך יש לסווג את ריבית ההפרה בהסכם ההלוואה דנן כפיצוי מוסכם. בית המשפט המחוזי קיבל אמנם את טענת הבנקים כי ריבית ההפרה משקפת מבחינה כלכלית את הסיכון המוגבר שאליו נחשפים הבנקים במקרה של הפרה, אך קבע כי אין בכך כדי לשלול את סיווגה המשפטי כפיצוי מוסכם. בית המשפט הדגיש כי הסכם ההלוואה קובע שהבנקים זכאים לגבות ריבית הפרה רק בנסיבות של הפרת הסכם ההלוואה וכי הם אינם נדרשים להוכיח את נזקיהם כתנאי לקבלתה, ומשכך מדובר בפיצוי מוסכם.

54. בערעורם טוענים הבנקים כי קביעה זו שגויה, וכי ראוי היה להבחין בין ריבית פיגורים שנקבעת בחוזה הלוואה או אשראי בנקאי לבין ריבית כזו שנקבעת בחוזים אחרים. נטען כי הבחנה כזו הינה ראויה ומוצדקת לנוכח העובדה שעיסוקם של הבנקים הינו (בין היתר) במתן אשראי ללקוחות, ומשכך קביעת מנגנון ריבית

משתנה בחוזים מסוג זה מהווה חלק מ"המחיר החוזי" של ההלוואה בהתאם לסיכונים השונים שאליהם נחשפים הבנקים, כאמור לעיל.

55. סבורני כי בית המשפט המחוזי צדק בקביעותו דלעיל. כאמור, בפסיקת בית משפט זה כבר נפסק לא אחת בעבר כי יש לסווג סעיף ריבית פיגורים כסעיף פיצויים מוסכמים, וכי ריבית פיגורים משקפת את הסכמת הצדדים באשר לפיצוי שהנפגע זכאי לו במקרה של הפרת החיוב הכספי [ראו: עניין חשל; עניין לוינסון; עניין מי ערד; עניין הפניקס]. לא מצאתי שיש בסיס להבחנה המשפטית שמנסים הבנקים ליצור בין המקרה דנן, שבו מדובר בריבית פיגורים שנקבעה בחוזה הלוואה בין לווה לבנק, לבין המקרים שנדונו בפסיקת בית משפט זה בעבר, שעסקו בחוזים אחרים. אכן, עיסוקם של הבנקים הינו (בין היתר) במתן אשראי והלוואות, וכחלק מעיסוק זה נדרשים הבנקים לגדר ולתמחר סיכונים, ולכן יש לכאורה היגיון כלכלי בקביעת מנגנון חוזי מודולרי של ריבית, שבמסגרתו הריבית משתנה בהתאם ל"מצבי עולם" שונים במשך "חיי" ההלוואה. משכך, מוכן אני להניח בשלב זה, לצורך הדיון בשאלת סיווג סעיף ריבית ההפרה, כי בית המשפט המחוזי צדק בקבעו כי ריבית ההפרה אכן משקפת גם סיכון מוגבר שאליו נחשפים הבנקים מעת שהלווה מפר את ההסכם ומפסיק לשלם את תשלומי ההלוואה. במאמר מוסגר אציין כי סבורני שמבחינה אנליטית מיקומה הנכון של השאלה האם ריבית ההפרה משקפת סיכון מוגבר שאליו נחשפים הבנקים – שאלה שמצויה כאמור במחלוקת בין הצדדים, ושבת המשפט המחוזי הקדיש לה דיון מקיף בפסק דינו – כלל אינה רלוונטית לדיון בשאלת סיווגה של ריבית ההפרה כפיצוי מוסכם וכי מיקומה הנכון הינו בדיון בשאלת סבירותה של ריבית ההפרה בנסיבות העניין.

56. אלא שאף אם אניח לצורך הדיון כי לריבית ההפרה יש תכלית כלכלית לגיטימית מבחינת הבנקים, כחלק ממנגנון תמחור מודולרי שמביא בחשבון את הסיכונים הפוטנציאליים שבהלוואה, אין לכך כל חשיבות לצורך ההכרעה בשאלת סיווגה של ריבית ההפרה כפיצוי מוסכם. שאלת סיווגו של סעיף בחוזה כסעיף פיצוי מוסכם הינה שאלה משפטית ולא שאלה כלכלית. לצורך הכרעה במחלוקת

בדבר סיווגו של סעיף בחוזה כסעיף פיצוי מוסכם אין חשיבות לשאלה מה התכלית הכלכלית והעסקית שעומדת מאחורי בחירת אחד הצדדים (או שניהם) לכלול סעיף כזה בחוזה. השאלה שיש להשיב עליה לצורך הכרעה במחלוקת בדבר הסיווג הינה מהי התכלית המשפטית של הסעיף: האם מדובר בסעיף שנקבע מראש בחוזה, אשר מקים לצד אחד לחוזה זכות לקבלת תמורה נוספת (מעבר לתמורה "הרגילה" הקבועה בחוזה) בעקבות הפרת החוזה על ידי הצד השני, ללא הוכחת נזק. אם התשובה לשאלה זו הינה חיובית, הרי שמדובר מבחינה משפטית בסעיף פיצויים מוסכמים, הכפוף לסמכות בית המשפט בהתאם לסעיף 15(א) לחוק התרופות, תהא תכליתו הכלכלית של הסעיף אשר תהא. ושוב יודגש: תמורה חוזית נוספת, שהזכות לקבלה קמה לצד לחוזה רק ממועד הפרת החוזה על ידי הצד השני ואילך מבלי שיידרש להוכיח נזק, עשויה אולי להיתפס מבחינה כלכלית כמנגנון עסקי לגיטימי לגידור ותמחור סיכונים וכחלק מ"מחיר העסקה", אך מבחינה משפטית היא מהווה פיצוי מוסכם לכל דבר ועניין וכך יש לסווגה.

57. הנה כי כן, יש לסווג את סעיף ריבית ההפרה בהסכם ההלוואה דנן – שהינה ריבית שעליה סוכם מראש; שהינה ריבית שמתווספת לריבית ההסכמית ולריבית הנוספת; שהזכות לגבותה קמה לבנקים רק ממועד הפרת ההסכם על ידי החברות; ושלשם גבייתה לא נדרשים הבנקים להוכיח שנגרם להם נזק כתוצאה מההפרה – כסעיף פיצויים מוסכמים.

ד. סבירות ריבית ההפרה

58. משסווג סעיף ריבית ההפרה במקרה דנן כסעיף פיצויים מוסכמים, נפתח הפתח לבחינת טענותיהן של החברות בדבר סבירותה של ריבית ההפרה, בהתאם לסמכותו של בית המשפט מכוח סעיף 15(א) לחוק החוזים (תרופות). עם זאת, לא למותר להזכיר שוב כי מדובר בפתח צר, וכי הנטל המוטל על החברות המבקשות להפחית את חיובן בריבית הפרה הינו כבד. על החברות לשכנע כי הפיצוי המוסכם נקבע ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לצפותו במועד כריתת החוזה כתוצאה

מסתברת של ההפרה. כל עוד מתרשם בית המשפט כי קיים יחס סביר כלשהו, ולו דחוק, בין הפיצוי המוסכם לנזק שניתן היה לצפותו במועד כריתת החוזה, לא יתערב בית המשפט בפיצוי המוסכם. ועוד ראוי להזכיר כי המבחן לסבירותו של הפיצוי המוסכם אינו מבחן השוואה בין הנזק שנגרם בפועל בסופו של דבר כתוצאה מההפרה לבין הפיצוי המוסכם. הנזק שנגרם בפועל אינו רלוונטי כלל לדיון זה, ואין זה משנה אם הפיצוי המוסכם גבוה מהנזק שנגרם בפועל, וכך אף במקרה שבו מוכיח המפר כי לא נגרם לנפגע נזק כלשהו. המבחן לסבירותו של הפיצוי המוסכם הינו מבחן אובייקטיבי באופיו, שבו בוחן בית המשפט אלו נזקים יכלו הצדדים לצפות באופן סביר בעת כריתת החוזה והאם הפיצוי המוסכם נקבע ביחס סביר לנזקים צפויים אלו. ועוד יוזכר כי "ההפרה" שעליה מדבר [סעיף 15\(א\)](#) לחוק התרופות הינה ההפרה הקונקרטית שהתרחשה בפועל ועל בית המשפט לבחון האם הפיצוי המוסכם משקף יחס סביר לנזק שיכלו הצדדים לצפות כתוצאה מסתברת של הפרה זו אילו הייתה עומדת לנגד עיניהם במועד כריתת החוזה.

59. בטרם תיבחן שאלת סבירות הפיצוי המוסכם במקרה דנן, ראוי לשוב ולהזכיר כיצד הוגדרה ריבית ההפרה בהסכם ההלוואה. בהסכם נקבע כי כל סכום שלא ייפרע במועדו יישא ריבית הפרה בשיעור העולה ב-3% לשנה על הריבית ההסכמית, החל מהמועד שנקבע לפירעונו לפי ההסכם ועד לסילוקו בפועל. ריבית הפרה זו הינה, כאמור, פיצוי מוסכם. עם זאת, לא מדובר בפיצוי גלובאלי שסכומו נקב מראש בחוזה, אלא בפיצוי בדמות ריבית אשר מחושבת כאחוז שנתי מסוים מהחוב ואשר מתווספת לסכום החוב ממועד היווצרותו ועד לסילוקו המלא בפועל, דהיינו מדובר בפיצוי מוסכם עתי. לפיכך במסגרת הדיון בשאלת סבירות ריבית ההפרה במקרה דנן, יש לבחון את שני המשתנים שמכפלתם יוצרת את סכום ריבית ההפרה הכולל: שיעור ריבית ההפרה ומשך התקופה שבה נגבתה ריבית זו.

1.ד. סבירות שיעור ריבית ההפרה

60. בית המשפט המחוזי דחה את טענות החברות בדבר אי-סבירות שיעור ריבית ההפרה וקיבל את טענות הבנקים כי שיעור ריבית ההפרה בהסכם דנן הינו סביר. בית המשפט ביסס את קביעתו על שני נימוקים: ראשית, נקבע כי הבנקים הוכיחו – באמצעות שלל עדויות של בעלי תפקיד בבנקים ובאמצעות חוות דעת מומחה מטעמם – כי תכליתה העקרונית של ריבית הפרה בהסכמי הלוואה הינה לשקף את עליית הסיכון של המלווה החל ממועד הפרת הסכם ההלוואה ועד לפירעון החוב, ודחה את טענת החברות – שהתבססה על חוות דעת מומחה מטעמן – כי כל הסיכונים של המלווה (לרבות הסיכון המוגבר החל ממועד הפרת ההסכם ואילך) משתקפים כבר בריבית ההסכמית (ובריבית הנוספת); שנית, נקבע כי הבנקים הוכיחו ששיעור ריבית ההפרה בהסכם ההלוואה דנן אינו חריג ביחס לשיעורי הריבית המותרים על פי דין וביחס לשיעורי הריבית הנהוגים במערכת הבנקאית בהסכמי הלוואה דומים באותה תקופה.

61. החברות מקדישות חלק ניכר מערעורן על מנת לתקוף את נימוקו הראשון של בית המשפט המחוזי, וטוענות כי טעמיו של בית המשפט בנקודה זו שגויים וכי קביעתו שריבית ההפרה משקפת את העלייה בסיכון של הבנקים ממועד הפרת הסכם ההלוואה הינה קביעה שגויה מבחינה כלכלית ומבחינה משפטית גם יחד. לעומת זאת, החברות לא מתייחסות בערעורן כלל לנימוקו השני של בית המשפט המחוזי. לפיכך, בטרם אבחן את טענות הבנקים בכל הנוגע לנימוק הראשון, אבקש להתייחס בקצרה לנימוקו השני של בית המשפט המחוזי, אשר לטעמי הינו נימוק משכנע מאד שעומד בפני עצמו בנסיבות העניין.

62. כאמור, בית המשפט המחוזי קיבל את טענת הבנקים כי ניתן לאמוד את סבירות שיעור הריבית על ידי השוואתה לשיעורי הריבית הנהוגים והמקובלים בנסיבות דומות במערכת הבנקאית ולשיעורי ריבית הפיגורים המקסימאליים המותרים על פי דין. בית המשפט קבע כי השוואות אלה אכן מעידות כי שיעור ריבית ההפרה שנגבה מהחברות במקרה דנן אינו חריג אלא סביר:

(א) באשר לשיעורי הריבית המקסימאליים המותרים על פי דין; בית המשפט המחוזי ציין כי חוק הריבית, התשי"ז-1957 מגדיר ריבית פיגורים כ"ריבית המשתלמת על סכום כלשהו בקשר עם ההלוואה שלא שולם במועד פירעונו, בעד התקופה שבין המועד שנקבע בתנאי ההלוואה לפירעונו של אותו סכום לבין מועד פירעונו בפועל". צוין כי ריבית הפיגורים הקבועה בתקנות פסיקת ריבית והצמדה (קביעת שיעור הריבית ודרך חישובה), התשס"ג-2003 עומדת על 6.5% בנוסף להפרשי ההצמדה והריבית כדין. עוד צוין כי צו הריבית (קביעת שיעור הריבית המכסימלי), התש"ל-1970 (להלן: צו הריבית) קובע ששיעור ריבית הפיגורים המקסימלי למילווה צמוד ערך הוא 17/100 לשנה ושיעור הריבית המקסימלי למילווה צמוד ערך הוא 13/100 לשנה. ועוד צוין כי צו הריבית קובע כי שיעור ריבית הפיגורים המקסימלי להלוואה שנתן תאגיד בנקאי, המובטחת במשכנתא על דירת מגורים, הינו השיעור הממוצע של ריבית הפריים בשלושת הבנקים הגדולים, בתוספת 6.5%. לפיכך נקבע כי נתונים אלו מלמדים כי שיעור ריבית ההפרה (פיגורים) במקרה דנן הייתה סבירה.

(ב) באשר לשיעורי הריבית הנהוגים במערכת הבנקאית בהסכמי הלוואה אחרים שנחתמו בין הבנקים ללקוחותיהם באותה תקופה; בית המשפט המחוזי ציין כי הבנקים הציגו – במסגרת חוות דעת המומחה מטעמם – 15 הלוואות, שב-10 מהן נקבעה ריבית הפרה בשיעור זהה לשיעורה במקרה דנן (3%) או אף בשיעור גבוה ממנו, אך בחלקן נקבעה גם ריבית הפרה נמוכה יותר בשיעור של כ-2%. בית המשפט דחה את טענות החברות כי לא ניתן להסתמך על הסכמי הלוואה שהוצגו כיוון שדובר בהם על הלוואות בסכומים נמוכים של מיליונים בודדים, וכי מדובר בנתונים חלקיים ובלתי אמינים. כמו כן נדחתה טענת החברות כי מהסכמי הלוואה שהוצגו על ידי הבנקים עולה כי הבטוחות שהועמדו בהם נבחנו לעיתים על פי הערכת שווי ולא על פי שווי שוק (כפי שעשו הבנקים במקרה דנן). נקבע כי גם אם חלק מהמקרים שהציגו הבנקים מלמדים שנגבתה לעיתים ריבית הפרה נמוכה יותר בשיעור של 2% או שהבטוחות נבחנו לעיתים על פי הערכת שווי ולא על פי שווי שוק, הרי שעדיין מכלול הנתונים שהציגו הבנקים מלמד כי שיעור ריבית

הפרה של 3% (בנוסף לשיעור הריבית ההסכמית והריבית הנוספת) היה סביר ומקובל ביחס לנהוג באותה עת. לפיכך נקבע כי אין מקום להתערבות בית המשפט בשיעור ריבית ההפרה שנקבע בהסכם ההלוואה דנן.

63. קביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין זה מקובלות עלי במלואן ואיני מוצא מקום להתערב בהן. אשוב ואציין כי בסיכומי החברות בערעורן לפנינו לא מצאתי כי החברות מתייחסות לקביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין זה, ומשכך יש לראותן כקביעות שאינן מצויות עוד במחלוקת. ניתן היה להסתפק בכך, אך רואה אני לנכון בכל זאת להדגיש כי לטעמי יש לייחס חשיבות רבה לנתונים שהציגו הבנקים בעניין זה לצורך בחינת סבירות שיעור ריבית ההפרה, וכי לכאורה די היה בהם לבדם כדי לקבוע ששיעור ריבית ההפרה שנקבע בהסכם ההלוואה דנן הינו סביר כשלעצמו, אף מבלי להיכנס לשאלה האם הריבית הזו משקפת עלייה בסיכון אם לאו. סבורני כי על ידי הבאת נתונים בדבר שיעורי ריבית ההפרה שהיו מקובלים ונהוגים במערכת הבנקאית במועדים הרלוונטיים (דהיינו, בסמוך למועד שבו נכרת הסכם ההלוואה דנן), ועל אחת כמה וכמה על ידי הבאת נתונים בדבר שיעורי הריבית המקסימאליים המותרים על פי דין, נפרסה לפני בית המשפט תמונה רחבה שאיפשרה לו לבחון מבחינה אובייקטיבית את סבירות שיעור ריבית ההפרה בהסכם ההלוואה דנן [ראו והשוו: עניין חשל בעמ' 268-267]. אדגיש כי לטעמי, בשים לב לכך שהבנקים הוכיחו ששיעור ריבית ההפרה בהסכם ההלוואה דנן דומה לשיעורי ריבית ההפרה שנקבעו בהסכמי הלוואה אחרים שנכרתו בין הבנקים ללווים אחרים באותה תקופה, ובמיוחד בשים לב לשיעורי הריבית המקסימאליים המותרים על פי דין, אשר משקפים את הרף העליון האובייקטיבי שראה המחוקק לנכון להציב לשיעורי הריבית ואשר אין חולק כי ריבית ההפרה דנן נמוכה מהם במידה ניכרת, הנטל המוטל על החברות לשכנע כי שיעור ריבית ההפרה בהסכם ההלוואה דנן היה בלתי סביר הינו נטל כבד. זאת ועוד, אם לא די באמור לעיל, הרי שלטעמי הנטל המוטל על החברות בנסיבותיו הייחודיות של המקרה דנן הינו נטל כבד במיוחד, כאשר עסקינן בהסכם הלוואה מסחרי ייחודי, שלכריתתו קדם משא ומתן ארוך ויסודי בין צדדים מנוסים ומתוחכמים –

כאשר החברות וזאבי מוחזקים כמי שהיו מודעים לשיעורי הריבית המקסימאליים המותרים על פי דין ולשיעורי הריבית הנהוגים במערכת הבנקאית – וזאת להבדיל מהסכם הלוואה שגרתי שנכרת בין בנק לבין לווה לא מנוסה שאינו מנהל משא ומתן על פרטי ההסכם ושאינו תמיד מעורה בשיעורי הריבית המותרים בדין ובשיעורי הריבית הנהוגים במערכת הבנקאית. איני סבור כי החברות עמדו בנטל כבד זה, משלא התעמתו כלל במסגרת ערעורן עם קביעותיו של בית המשפט המחוזי ועם טענות הבנקים בנקודה זו. יתרה מכך, עיון בחוות דעת המומחים מטעם החברות – פרופ' חיים לוי ופרופ' שיקי לוי (להלן: הפרופסורים לוי) – מעלה כי בניגוד לחוות דעת המומחה מטעם הבנקים – פרופ' אהרן (רוני) עופר (להלן: פרופ' עופר) – אין בה שום התייחסות לשיעורי הריבית הנהוגים במערכת הבנקאית בהסכמי הלוואה דומים ואין בה שום התייחסות לשיעורי הריבית המקסימאליים המותרים על פי דין. למעשה, וכפי שיורחב מיד להלן, חוות דעת המומחים מטעם החברות עוסקת רובה ככולה בשאלת סבירות ריבית ההפרה הכוללת שנגבתה מהחברות במקרה דנן, ולא בשאלת סבירות שיעור ריבית ההפרה במקרה דנן ולכן גם אין בה תשובה לשאלה האם ניתן היה להסתפק בשיעור ריבית הפרה נמוך יותר שייחשב כסביר בנסיבות העניין.

64. אף שדי לכאורה באמור לעיל, לא אסתפק בכך ואתייחס, למען שלמות התמונה, גם לטענותיהן של החברות באשר לנימוקו הנוסף של בית המשפט המחוזי. כאמור, בין הצדדים ניטשה מחלוקת עזה בשאלה האם ריבית ההפרה משקפת את הסיכון הנוסף שלו נחשף בנק מלווה מעת שהלווה מפר את הסכם הלוואה ומפסיק לחלוטין לשלם את תשלומי הלוואה. בעוד שהחברות טענו כי סיכון זה משוקלל מראש בתוך הריבית ההסכמית שנקבעת בהסכם הלוואה, ומשכך לטענתן אין שום הצדקה לגביית ריבית נוספת שעולה על הריבית ההסכמית מלבד תמריץ ללווה שלא להפר את ההסכם, הרי שהבנקים טענו כי ריבית ההפרה, שמתווספת לקרן החוב ולריבית ההסכמית רק החל ממועד הפרת הסכם הלוואה ואילך, משקפת את עליית הסיכון של הבנק המלווה החל ממועד הפרת הסכם הלוואה ואת הוצאותיו ונזקיו בפרק זמן זה. בית המשפט המחוזי קיבל את טענת הבנקים בנקודה זו ודחה את טענת החברות. אדגיש כי בית המשפט הקדיש לסוגיה

זו חלק נכבד מפסק דינו ודן באריכות וביסודיות בטענות הצדדים ובמחלוקות שנתגלעו ביניהם, תוך ניתוח מעמיק של חוויות דעת המומחים מטעם שני הצדדים והתייחסות לעדויות הרבות של עדי הבנקים. יתרה מכך, בית המשפט דחה את טענות החברות בסוגיה זו אחת לאחת, תוך הנמקה יסודית מאד באשר לכל טענה וטענה [ראו: פסקאות 57-60 ופסקאות 75-83 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי].

65. עיון בערעורן של החברות מעלה כי הן מבקשות למעשה לפתוח מחדש כל אחת ואחת מקביעותיו ומהנמקותיו של בית המשפט המחוזי בסוגיה זו, לרבות בסוגיות שנוגעות לעדויות שנשמעו לפניו ולחוות דעת המומחים מטעם שני הצדדים. סבורני כי אין לכך שום הצדקה בנסיבות העניין, וסומך אני ידי על קביעותיו של בית המשפט המחוזי בסוגיה זו.

ראשית, איני מוצא הצדקה להתערב בקביעותיו של בית המשפט המחוזי בכל הנוגע לעדויות עדי הבנקים שנשמעו לפניו, שמהן עלה באופן ברור ועקבי כי הבנקים נוהגים כדבר שבשגרה וכעניין של מדיניות להעריך באופן שונה את הסיכונים שנשקפים מהלוואות שבהן הלווה עומד בתשלומי ההחזר השוטפים, ואפילו כאלה שבהן הלווה אינו עומד תמיד בתשלומי ההחזר השוטפים אך מגיע להסדר לפריסה מחדש וכיו"ב ובלבד שאינו מפר לחלוטין את ההסכם, לעומת הסיכונים הנשקפים לבנקים מהלוואות שבהן הלווה מפר לחלוטין את ההסכם והלוואה ומפסיק לגמרי לשלם את תשלומי ההחזר השוטפים. בית המשפט המחוזי קבע כי מצא את עדויות עדי הבנקים שנשמעו לפניו בהקשר זה – לעניין הנוהג והמדיניות של הבנקים במקרים כאלה – כמהימנות ועקביות, וכי החברות לא הביאו עדויות או ראיות נגדיות לסתור את העדויות הללו. כאמור, בקביעות אלה של בית המשפט המחוזי איני מוצא הצדקה להתערב. כידוע, בפסיקת בית משפט זה השתרש במרוצת השנים הכלל לפיו ערכאת הערעור תימנע מהתערבות בממצאים עובדתיים של הערכאה הדיונית אלא במקרים חריגים וקיצוניים בהם מתגלה פגם היורד לשורשו של עניין או כשהדברים אינם מבוססים על פניהם, וזאת לנוכח יתרונה

הברור והמובנה של הערכאה הדיונית על פני ערכאת הערעור בקביעת העובדות, שכן היא זו שלפניה מתנהל הליך ההוכחות, שבמהלכו היא בוחנת את הראיות ושומעת את העדויות ומתרשמת באופן בלתי אמצעי ממהימנות העדים [ראו למשל: [ע"א 3601/96 בראשי נ' עיזבון המנוח בראשי ז"ל, פ"ד נב\(2\) 582, 594 \(1998\); ע"א 1064/03 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' עיזבון המנוחה רחל שחר פיאמנטה ז"ל, פ"ד ס\(4\) 375, 384-385 \(2006\)](#)]. יתרה מכך, הודגש בפסיקת בית משפט זה כי כלל זה חל ביתר שאת במקרים שבהם עולה כי בית המשפט שישב בערכאה הדיונית "לא פטר את עצמו בדברים כלליים בניתוח העובדות אלא צלל למעמקי הראיות, בחן ובדק את הדברים ביסודיות, עשה ככל האפשר לבור את האמת המזדקרת ממכלול הדברים ולתת ביטוי לחקירתו - דרישתו ובדיקתו מעל דפי פסק הדין" [ראו: [ע"א 640/85 קופר נ' איגוד המוסכים בישראל, פ"ד מד\(1\) 594, 598 \(1990\)](#)] והאסמכתאות המאוזכרות שם]. דברים אלו יפים למקרה דנן, אשר לטעמי אינו יכול להיחשב, אף לא בקירוב, כאחד מאותם מקרים חריגים המצדיקים התערבות בממצאים עובדתיים של הערכאה הדיונית.

שנית, ובאותה הרוח, איני מוצא הצדקה כלשהי להתערב בניתוחו היסודי והמעמיק של בית המשפט המחוזי בכל הנוגע לחוות דעת המומחים מטעם שני הצדדים, ובקביעתו כי בסופו של דבר הוא מעדיף את חוות דעת המומחה מטעם הבנקים, פרופ' עופר, על פני חוות דעת המומחים מטעם החברות, הפרופסורים לוי. גם בהקשר זה השתרש בפסיקת בית משפט זה כלל לפיו ערכאת הערעור לא תיטה להתערב בהחלטת הערכאה הדיונית להעדיף את חוות דעתו של מומחה פלוני על פני זו של מומחה אלמוני, כל עוד הערכאה הדיונית נימקה את ההעדפה וזו מעוגנת בהתרשמות ממהימנות המומחים או משיקולים סבירים אחרים [ראו למשל: [ע"א 589/87 משרד השיכון נ' בירנבוים, פ"ד מט\(1\) 625, 633-634 \(1995\)](#); [ע"א 9248/05 מתן י. מערכות תקשורת ואיתור בע"מ נ' מילטל תקשורת בע"מ](#), [פורסם בבנו] בפסקה 26 (22.8.2006)]. סבורני כי יישומו של כלל זה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי במקרה דנן מוביל למסקנה ברורה שאין זה המקרה החריג שבו ראוי להתערב בהחלטת הערכאה הדיונית להעדיף את חוות דעתו של מומחה אחד

על פני משנהו. בית המשפט לא הסתפק בהנמקה קצרה לעניין זה, אלא טרח ופירט ביסודיות את החלטתו, תוך ניתוח מעמיק של שתי חוות דעת המומחים, ותוך התייחסות מדוקדקת לכל טענות הצדדים ביחס אליהן, ומשכך סבורני כי המקרה דנן הינו מקרה מובהק שבו יש לפעול בהתאם לכלל אי ההתערבות ולא בהתאם להחריג ההתערבות.

66. מבלי לחזור ולהידרש לכל אחת ואחת מטענות החברות בערעורן ביחס לקביעותיו של בית המשפט המחוזי בנקודה זו, אשר כאמור מקובלות עלי בנסיבות העניין, אני רואה לנכון להעיר שתי הערות ביחס לחוות דעת המומחים מטעם שני הצדדים:

(א) כאמור, השאלה שעמדה בלב המחלוקת בין הצדדים ושהצריכה, בין היתר, הגשת חוות דעת מומחים מטעם שני הצדדים הייתה שאלת סבירות ריבית ההפרה בנסיבות העניין. ודוק, מכיוון שריבית ההפרה מוגדרת כריבית בשיעור שנתי מסוים שמתווסף לריבית ההסכמית, הרי ששאלת סבירות ריבית ההפרה במקרה דנן מורכבת, כאמור, משתי שאלות נפרדות: סבירות שיעור ריבית ההפרה וסבירות ריבית ההפרה הכוללת בשים לב למשך התקופה. עיון בחוות דעת המומחים מטעם שני הצדדים מעלה כי בכל אחת מהן נבחנה שאלת סבירות ריבית ההפרה בדרך אחרת: המומחה מטעם הבנקים מיקד את חוות דעתו בשאלת סבירות שיעור ריבית ההפרה (תוך קביעה כי ככל ששיעור ריבית ההפרה הינו סביר הרי שמשך התקופה שבה ריבית זו נגבית אינו רלוונטי לצורך חוות הדעת); ואילו המומחים מטעם החברות מיקדו את חוות דעתם בשאלת סבירות ריבית ההפרה הכוללת בשים לב להתארכות התקופה בנסיבות העניין (ולא התייחסו כלל לשאלת סבירות שיעור ריבית ההפרה בנפרד ממשך התקופה שבה נגבתה ריבית זו). בנוסף, שתי חוות הדעת עוסקות בשאלה האם ריבית ההפרה משקפת – כעניין של עיקרון – את הסיכונים הנוספים שלהם נחשף המלווה בעקבות הפרת הסכם ההלוואה על ידי הלווה: המומחים מטעם החברות חיוו דעתם כי ריבית הפרה אינה משקפת, ככלל, את הסיכונים הנוספים שלהם נחשף המלווה בעקבות הפרת הסכם ההלוואה על ידי הלווה, שכן

הבנקים משקללים את כל הסיכונים הללו כבר בגדר הריבית ההסכמית, וכי מטרתה היחידה הינה לתמרץ את הלווה להחזיר במהרה את החוב; ואילו המומחה מטעם הבנקים חיווה דעתו כי ריבית ההפרה משקפת, ככלל, את העלייה בסיכון שנשקף למלווה כתוצאה מהפרת הסכם ההלוואה, וכי הריבית ההסכמית אינה משקללת את כל הסיכונים האפשריים הניתנים לצפייה במועד כריתת החוזה.

אין בכוונתי לשוב ולהידרש לשאלה האם ריבית ההפרה משקפת – כעניין של עיקרון – את עליית הסיכון למלווה בעקבות הפרת הסכם ההלוואה על ידי הלווה. סבורני כי מדובר בשאלה שהמענה לה דורש מומחיות בתחומי הכלכלה והמימון, אשר לבית המשפט אין מומחיות מיוחדת בה ומשכך גם אין לו יתרון על פני המומחים בתחומי הידע הרלוונטיים. בית המשפט המחוזי קיבל, כאמור, את עמדת הבנקים בנקודה זו, על בסיס חוות דעת המומחה מטעמם ועל בסיס שורה של עדויות של עדי הבנקים שהעידו על הנוהג המקובל בבנקים בהקשר זה. מעבר לקביעתי דלעיל כי אין הצדקה להתערב בהחלטתו של בית המשפט המחוזי להעדיף חוות דעת אחת על פני השנייה בנסיבות העניין, אני רואה לנכון לציין בנקודה זו כי עיינתי והתעמקתי בחוות דעת המומחים מטעם שני הצדדים, וכי גם אני סבור שיש להעדיף את חוות דעתו של המומחה מטעם הבנקים, פרופ' עופר, בנסיבות העניין. מדובר בחוות דעת יסודית, מקיפה ומשכנעת, אשר מתעמתת עם ההנחות שעומדות ביסוד חוות דעת המומחים מטעם החברות, הפרופסורים לוי, ובסופו של יום נימוקיו הסדורים של בית המשפט המחוזי מדוע יש להעדיף מקובלים עלי לגופם. זאת ועוד, אף אם נניח לרגע בצד את הדיון בחוות דעת המומחים, דומני כי ישנה בטענות החברות סתירה לוגית מסוימת: מחד, טוענות החברות כי ריבית ההפרה אינה משקפת – כעניין של עיקרון – את עליית הסיכון למלווה בעקבות הפרת הסכם ההלוואה על ידי הלווה, וכי כל הסיכונים הנשקפים למלווה משוקללים בריבית ההסכמית; ומנגד, החברות אינן חולקות על חובתן לשלם לבנקים פיצוי בסך של 37,000,000 ש"ח בגין נזקיהם בעקבות העיכוב ארוך השנים בהחזר ההלוואה במקרה דנן, כאשר אף לשיטת החברות פיצוי זה אינו נכלל בריבית ההסכמית. ברי כי שתי הטענות אינן יכולות לדור בכפיפה אחת זו עם זו,

והמסקנה המתבקשת מנכונותן של החברות לשלם פיצוי כלשהו בגין נזקי הבנקים כתוצאה מהפרת הסכם ההלוואה דנן הינה כי גם לשיטת החברות לא כל הסיכונים והנזקים הפוטנציאליים הנשקפים למלווה משוקללים – תמיד וכעניין של עיקרון – בריבית ההסכמית.

(ב) אבקש להתייחס לשוני הנוסף שעולה משתי חוות דעת המומחים, הנוגע לאופן שבו בחנו המומחים את שאלת סבירות ריבית ההפרה בנסיבות העניין. כאמור, המומחים מטעם החברות, הפרופסורים לוי, התמקדו במשך הזמן שחלף וחיוו דעתם מהן העלויות הנוספות שנגרמו לבנקים בנסיבות העניין עד למועד פירעון מלוא החוב. במילים אחרות, המומחים מטעם החברות בחנו את הסיטואציה בראייה לאחור, כשהם מעמידים את עצמם באופן תיאורטי בנקודת הזמן שבה נפרע החוב במלואו, בחלוף למעלה משבע שנים, ומסתכלים אחורנית עד לנקודת הזמן שבה ההסכם הופר על ידי החברות, תוך ידיעה כי ההלוואה אכן נפרעה בסופו של דבר, ותוך הערכה של העלויות הסבירות שנגרמו לבנקים בפרק זמן זה. לעומת זאת, המומחה מטעם הבנקים, פרופ' עופר, בחן את הסיטואציה בדרך אחרת, כשהוא מעמיד עצמו באופן תיאורטי במועד כריתת ההסכם ושואל את עצמו מהו שיעור ריבית ההפרה הסביר שעליו יכלו הצדדים להסכים על מנת לשקף את הנזקים הצפויים לבנקים החל ממועד הפרת הסכם ההלוואה ואילך, מתוך הנחה כי מעת שהסכם ההלוואה מופר עומדים הבנקים בפני חוסר וודאות באשר לשאלה האם ומתי תיפרע ההלוואה במלואה. במילים אחרות, חוות דעתו של פרופ' עופר מביאה בחשבון את אלמנט חוסר הודאות שבו מצויים הצדדים במועד כריתת החוזה באשר לשאלה כמה זמן יחלוף ממועד שהסכם ההלוואה יופר על ידי הלווה ועד שההלוואה תיפרע במלואה (אם בכלל). לטעמי זוהי נקודה קריטית שמבדילה את חוות דעתו של המומחה מטעם הבנקים מחוות דעתם של המומחים מטעם החברות. המומחים מטעם החברות כלל לא התייחסו בחוות דעתם לאלמנט חוסר הודאות האמור לעיל. הם הניחו כהנחת מוצא כי ההלוואה נפרעה במקרה דנן בחלוף למעלה משבע שנים, ומכך "גזרו לאחור" את הערכותיהם בדבר העלויות שנגרמו לבנקים בפרק זמן זה. משכך, מקובלת עלי קביעת בית המשפט המחוזי כי חוות דעת המומחים מטעם

החברות משקפת "חכמה בדיעבד" באופן שאינו מתיישב עם [סעיף 15](#) לחוק התרופות, שכן היא מתעלמת מאלמנט חוסר הוודאות שבו עומדים הצדדים במועד כריתת החוזה, כמו גם במועד הפרתו, באשר לפרק הזמן שיחלוף מעת שהסכם ההלוואה יופר ועד לפירעונה המלא של ההלוואה (אם בכלל).

לטעמי, בבואנו להשיב על שאלת סבירותה של ריבית הפרה, שנקבעת כאחוז שנתי מסוים המתווסף לסכום ההלוואה, לא ניתן להתעלם מאלמנט חוסר הוודאות האמור לעיל. לפיכך, אם סברו המומחים מטעם החברות כי שיעור ריבית ההפרה שסוכם בהסכם ההלוואה דנן אינו סביר, היה עליהם לחוות דעתם מהו שיעור ריבית ההפרה הסביר שניתן היה להסכים עליו במקרה דנן במועד כריתת החוזה, תוך הבאה בחשבון של אלמנט חוסר הוודאות שבו מצויים הצדדים במועד זה. המומחים לא עשו כך, וכאמור חוות דעתם נעדרת למעשה כל התייחסות לסבירות שיעור ריבית ההפרה שנקבע בהסכם ההלוואה דנן. זאת ועוד, המומחים מטעם החברות כלל לא השוו בחוות דעתם את שיעור ריבית ההפרה שסוכם בהסכם ההלוואה דנן לשיעורי ריבית ההפרה הנהוגים בהסכמי הלוואה דומים במערכת הבנקאית או לשיעורי ריבית ההפרה המקסימאליים הקבועים בדין. סבורני כי היעדר כל התייחסות בחוות דעת המומחים מטעם החברות לשאלת סבירות שיעור ריבית ההפרה במקרה דנן עולה כדי חסר משמעותי שנפל בחוות דעת זו, המצדיק אי-קבלתה והעדפת חוות דעת המומחה מטעם הבנקים הכוללת דיון יסודי ומקיף בסוגיה זו.

67. בשולי הדברים אציין כי התלבטתי במידת מה באשר לטענת החברות, לפיה בית המשפט המחוזי שגה באופן שבו הגדיר את ההפרה הקונקרטית במקרה דנן כ"אי פירעון ההלוואה במועד", ובדחותו את טענתן כי ההגדרה המדויקת בנסיבות העניין הינה "עיכוב בפירעון ההלוואה ופירעונה המלא לאחר שנים של עיכוב". לכאורה יש בטענה זו ממש, שכן בפסיקת בית משפט זה נאמר לא אחת כי בבוא בית המשפט לבחון את סבירות הפיצוי המוסכם עליו להעמיד את תניית הפיצוי המוסכם מול ההפרה הקונקרטית, וכי במקרים של איחור בביצוע, ההפרה

הקונקרטית הינה האיחור בפועל ולא רק עצם אי הקיום במועד הקבוע בהסכם [ראו למשל: עניין סיני בעמ' 328 ועניין אהרן בעמ' 436]. עם זאת, אף אם נפלה בנקודה זו טעות בהנמקתו של בית המשפט המחוזי, הרי שלנוכח הערתי בפסקה 66 לעיל סבורני כי אין בכך כדי לשנות מיתר קביעותיו וממסקנתו של בית המשפט המחוזי כי חוות דעת המומחים מטעם החברות – המתעלמת כאמור לחלוטין מהעובדה שריבית ההפרה משקפת את חוסר הוודאות של הצדדים במועד כריתת החוזה, באשר לאפשרות פירעונה המלא של ההלוואה מעת שהסכם ההלוואה יופר – משקפת "חכמה בדיעבד" באופן שאינו מתיישב עם [סעיף 15](#) לחוק התרופות.

68. בטרם סיום הדיון בסוגיית סבירות שיעור ריבית ההפרה, אבקש להתייחס בקצרה לטענת החברות כי בית המשפט המחוזי שגה בקבעו כי עליית הסיכון של הבנקים כתוצאה מהפרת הסכם ההלוואה מהווה "נזק", וזאת בניגוד לפסיקת בית משפט זה בתחום דיני הנזיקין, שבה נקבע כי אין לקבל את הטענה ש"עליית סיכון" או "יצירת סיכון" כשלעצמה יכולה להיחשב כ"נזק" שיש לפצות בגינו [ראו: [דנ"א 4693/05](#) בי"ח כרמל-חיפה נ' מלול [פורסם בבנו] (29.8.2010), בפסקאות 36-37 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין ובפסקה 84 לפסק דינה של השופטת מ' נאור (להלן: עניין מלול)]. אין בידי לקבל טענה זו. ראשית, ספק בעיני אם ההיקש שמבקשות החברות לבצע בנקודה זו בין פסק דינו של בית משפט זה בעניין מלול למקרה דנן הינו היקש נכון ומוצדק. פסק הדין בעניין מלול נטוע עמוק בקרקע של דיני הנזיקין, שביסודם עומד העיקרון כי יש לפצות, ככלל, רק עבור נזק שנגרם בפועל. לעומת זאת, המקרה דנן נטוע כל כולו בקרקע של דיני החוזים, שאמנם גם ביסודם עומד ככלל העיקרון כי פיצויים משלמים רק עבור נזק שנגרם בפועל, אך לצד זה מכירים דיני החוזים גם בחירותם של הצדדים לכלול בחוזה ביניהם סעיף פיצויים מוסכמים, המשקף את הסכמתם מראש לשלם פיצוי עבור נזקים עתידיים פוטנציאליים שייגרמו למי מהם כתוצאה מהפרת החוזה, אף ללא הוכחת נזק בפועל, ואף אם מוכח בדיעבד שכלל לא נגרם נזק בפועל (וזאת, כל עוד הפיצויים המוסכמים משקפים, כאמור, יחס סביר כלשהו לנזקים שניתן היה לצפותם מראש כתוצאה מסתברת של ההפרה). הנה כי כן, קיים שוני מהותי בין שתי מערכות

הדינים, בוודאי כאשר עסקינן בסוגיה הספציפית של פיצויים מוסכמים בדיני חוזים שבמסגרתה לא נדרשת הוכחה של התרחשות נזק בפועל (אלא רק הוכחה שהפיצויים נקבעו תוך יחס סביר כלשהו לנזק שהיה צפוי במועד כריתת החוזה כתוצאה מסתברת מההפרה), ומשכך ספק אם ההיקש האמור מוצדק. שנית, ולגופה של הטענה, סבורני כי בנקודה זו קראו החברות לתוך פסק הדין את מה שלא נקבע בו. בית המשפט המחוזי קיבל, כאמור, את טענת הבנקים כי ריבית ההפרה משקפת את עליית הסיכון כתוצאה מהפרת הסכם ההלוואה ואת חוסר הוודאות של הבנקים באשר לפירעונה, וכי היא משקפת באופן סביר את הנזקים שנגרמים לבנקים כתוצאה מעליית הסיכון ומחוסר הוודאות מעת שהסכם ההלוואה מופר. ודוק, בית המשפט המחוזי לא קבע כי עליית הסיכון כשלעצמה מהווה "נזק" אלא כי כתוצאה מעליית הסיכון ומחוסר הוודאות נגרמים נזקים שונים שריבית ההפרה נועדה לפצות עליהם. כך או כך, סבורני כי קביעה זו יש לקרוא בהקשר שבו ניתנה – כחלק מהדיון בשאלת סבירות שיעור ריבית ההפרה במקרה דנן – ומשכך איני סבור כי מדובר בקביעה שגויה הסותרת את פסיקת בית משפט זה בדיני הנזיקין, שבה נקבע כי "עליית סיכון" אינה נחשבת כשלעצמה כ"נזק".

2.ד. סבירות ריבית ההפרה לאור משך התקופה

69. משלא מצאתי מקום להתערב בקביעות בית המשפט המחוזי לעניין סבירות שיעור ריבית ההפרה בנסיבות העניין, יש לבחון את קביעותיו לעניין סבירות ריבית ההפרה הכוללת בשים לב למשך התקופה. בית המשפט המחוזי קיבל את טענתן החלופית של החברות כי אף שנקבע ששיעור ריבית ההפרה במקרה דנן הינו סביר, הרי שיש לקבוע כי החיוב בריבית הפרה במשך תקופת זמן ארוכה של למעלה משבע שנים בנסיבות העניין הפך את ריבית ההפרה הכוללת לפיצוי מוסכם שאינו עומד ביחס סביר לנזקים שניתן היה לצפותם מראש במועד כריתת הסכם ההלוואה. בית המשפט המחוזי הסתמך בעניין זה על ההלכה שנפסקה בבית משפט זה, לפיה במקרים שבהם מתארכת במידה ניכרת וחריגה התקופה שבמסגרתה נגבה הפיצוי המוסכם העתי, באופן שהופך את הפיצוי המוסכם הכולל לחסר כל יחס סביר לנזק

שהיה צפוי במועד כריתת החוזה, תהיה לבית המשפט סמכות להפחית את הפיצוי המוסכם בהתאם [לסעיף 15\(א\)](#) לחוק התרופות, בין אם על ידי קיצור התקופה שבה נגבה הפיצוי העתי ובין אם על ידי הפחתת הסכום הכולל [ראו: עניין מקור; עניין זקן; עניין רנדור; עניין מי ערד]. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי מימוש בטוחות במסגרת הליכי כינוס נכסים צריך להיעשות תוך זמן סביר, וכי ככל שהליכי כינוס הנכסים נמשכים זמן ממושך וחריג ללא הצדקה התוצאה תהיה התערבות של בית המשפט בהתאם [לסעיף 15\(א\)](#) לחוק התרופות בריבית ההפרה שנקבעה על ידי הצדדים מראש. עם זאת, הודגש כי השאלה מהו פרק זמן סביר להימשכות הליכי כינוס נכסים הינה תלויה נסיבות, וכי ייתכנו הליכי כינוס סבוכים שיימשכו מספר שנים מבלי שהדבר יצדיק התערבות של בית המשפט.

70. שתי קביעותיו העקרוניות של בית המשפט המחוזי בסוגיה זו מתיישבות היטב עם פסיקתו של בית משפט זה, ומשכך הן מקובלות עלי במלואן. עיון בערעורי הצדדים מעלה כי הם אינם חולקים על הקביעות העקרוניות של בית המשפט המחוזי, אלא בעיקר על האופן שבו יישם בית המשפט קביעות אלה בנסיבות העניין. משכך, איני רואה מקום להרחיב יתר על המידה במישור העקרוני, ואתמקד בשאלת היישום בנסיבות העניין. עם זאת, אבקש בכל זאת להתייחס בקצרה לשתי הקביעות העקרוניות ולהעיר מספר הערות.

71. ראשית, באשר לשאלת סמכות בית המשפט להתערב במנגנון פיצוי עתי בנסיבות שבהן תקופת הפיצוי מתארכת והפיצוי הכולל מצטבר לסכומים בלתי סבירים. בפסיקת בית משפט זה נקבע כי בחירת הצדדים לקבוע בחוזה פיצוי מוסכם בדרך של פיצוי עתי, להבדיל מקביעה מראש של פיצוי גלובאלי, מחזקת לכאורה את המסקנה כי מדובר בפיצוי סביר, שכן פיצוי כזה מבחין בין הפרה קלה לחמורה [השופט א' מצא בעניין מקור]. היגיון הדברים ברור – כל עוד שיעור הפיצוי העתי הינו סביר כשלעצמו, מנגנון פיצוי מוסכם עתי הינו מטבעו מנגנון מידתי יותר ו"שקוף" יותר ממנגנון פיצוי מוסכם גלובאלי, כיוון שהוא קובע מהו "תג המחיר" שמוצמד לכל יום, חודש או שנה של הפרה, ובכך הוא יוצר יחס ישר בין גובה הפיצוי לחומרת ההפרה ומגדיל את הפיצוי

הכולל ככל שההפרה נמשכת. לעומת זאת, מנגנון פיצוי מוסכם גלובאלי אינו מתייחס למשך הזמן שבו עשויה להימשך ההפרה ואינו מבחין בין הפרה קלה לחמורה. במסגרת מנגנון פיצוי גלובאלי מסכימים הצדדים מראש מהו לדעתם הפיצוי הכולל שמשקף באופן סביר את כל נזקיהם הצפויים מהפרת החוזה, תוך הערכה וסקולר של כלל התרחישים והנזקים הפוטנציאליים שעלולים להתרחש עקב הפרה. ודוק, אין פירושו של דבר כי מנגנון פיצוי גלובאלי אינו קושר כלל בין חומרת ההפרה לגובה הפיצוי הכולל, אלא שמדובר במנגנון פחות "שקוף", במובן זה שהטעמים שעמדו ביסוד הסכמת הצדדים על פיצוי גלובאלי בסכום מסוים נותרים סמויים מהעין. במילים אחרות, מנקודת מבט משפטית מנגנון פיצוי עתי משקף בצורה טובה יותר ממנגנון פיצוי גלובאלי את שאלת חומרת ההפרה.

72. עם זאת, לצד יתרונותיו האמורים של מנגנון הפיצוי המוסכם העתי יש לו גם חיסרון בולט אחד: ככל שהצדדים לא הסכימו מראש לקבוע מהו משך הזמן המקסימאלי שבו ישתלם הפיצוי העתי, עלול יישום מנגנון הפיצוי המוסכם העתי להוביל לתוצאות בלתי סבירות, בנסיבות בהן תקופת התשלום הולכת ומתארכת והפיצוי מצטבר לסכומי עתק. מסיבה זו נקבע בפסיקת בית משפט זה כי הנחת המוצא הינה שהצדדים לא התכוונו ליצור חיוב בפיצויים לשיעורין "ללא קץ וללא גבול" [השופט א' מצא בעניין מקור], וכי לא מתקבל על הדעת לומר שהמפר יחויב "בפיצוי עד אין קץ" במנותק מהנסיבות [השופט א' גרוניס בעניין רנדור]. לפיכך נקבע כי לבית המשפט סמכות להתערב בפיצוי מוסכם עתי אם "התארכות התקופה חורגת במידה ניכרת מגבולות הנזק שניתן היה לראותו מראש כתוצאה מסתברת של ההפרה" או "מקום בו התקופה בגינה אמורה להשתלם ריבית הפיגורים חורגת מציפיות הצדדים" [השופט א' מצא בעניין מקור והשופט י' עמית בעניין מי ערד]. זאת ועוד, כבר נקבע בעבר בפסיקת בית משפט זה כי הגם שזכאות הנפגע לפיצוי המוסכם שנקבע בחוזה אינה כפופה עקרונית לנטל הקטנת הנזק (כיוון שהזכאות לפיצוי מוסכם אינה מותנית בהוכחת קיומו של נזק), ייתכנו מקרים שבהם תהיה הצדקה להתחשב בסבירות התנהגותו של הנפגע לצורך קביעת התקופה שבגינה יחוב המפר בפיצוי מוסכם עתי. צוין למשל כי במקרה שבו הנפגע מבטל את החוזה

בעקבות ההפרה אך לא נוקט בשום צעד לביצוע החיוב בעצמו או באמצעות צד שלישי, ראוי שבית המשפט יציב גבול לתקופת הפיצוי. ועוד צוין כי ייתכנו גם מקרים פחות קיצוניים מזה, שבהם יוכח שהנפגע אמנם פעל באופן סביר והתקשר לאחר ביטול החוזה עם המפר בחוזה חלופי עם צד שלישי, אך ביצוע חוזה זה התעכב באופן בלתי סביר ובלתי צפוי, מסיבות שאינן קשורות לנפגע או למפר, באופן שיהפוך את חיוב המפר בפיצוי מוסכם עבור מלוא התקופה עד להשלמת החיוב לבלתי הוגן. נקבע כי בנסיבות אלה יש הצדקה שבית המשפט יתערב ויגביל את תקופת הפיצוי, כך שהמפר יחוב בפיצוי רק עבור אותו חלק של העיכוב שנגרם עקב הפרתו שלו את החוזה [עניין רנדור בעמ' 203 ועניין זקן המוזכר שם].

73. מן האמור לעיל עולה המסקנה הבאה: ככל שהצדדים קבעו בחוזה מנגנון פיצוי מוסכם עתי, וככל שבית המשפט השתכנע כי שיעור הפיצוי העתי הינו סביר כשלעצמו, עיקר הדיון בתביעה להפחתת פיצויים מוסכמים בבית המשפט צריך להתמקד בשאלת משך התקופה שבה יחויב המפר בפיצוי העתי בגין ההפרה. ככלל, על המפר לשלם לנפגע את הפיצוי המוסכם העתי החל ממועד ההפרה ועד למועד השלמת החיוב על ידי הנפגע (או צד שלישי). עם זאת, במקרים בהם התקופה מתארכת במידה ניכרת, וכשהשלמת החיוב אינה מצויה עוד בידי המפר אלא בידי הנפגע, על בית המשפט לבחון מה גרם להתארכות התקופה – האם מדובר בעיכוב שהינו חלק מהסיכון שהיה צפוי מראש, ומשכך ניתן היה לצפות מראש גם את הנזק הנובע מסיכון זה כתוצאה מסתברת של הפרת החוזה, או שמא חלק מהעיכוב הינו כזה שלא היה צפוי מראש, באופן שחורג במובהק מציפיות הצדדים במועד כריתת החוזה בדבר תוצאותיה המסתברות של ההפרה. בהקשר זה, ייתכנו נסיבות חריגות שבהן התקופה תתארך במידה ניכרת מסיבות חיצוניות – שלא קשורות למי מהצדדים ושלא ניתן היה לצפותן מראש במועד כריתת החוזה כחלק ממערך הסיכונים החוזי – וככל שמשכנע בית המשפט כי התארכות התקופה הינה חריגה באופן שהופך את סכום הפיצוי הכולל לבלתי סביר ביחס לנזקים שיכלו הצדדים לצפות במועד כריתת החוזה, אזי יש הצדקה להפחיתו בהתאם [לסעיף 15\(א\)](#) לחוק התרופות, בין אם על ידי קיצור התקופה שבה ישולם הפיצוי העתי ובין אם על ידי

הפחתה של סכום הפיצוי הכולל [ראו: פרידמן וכהן בעמ' 692-693; שלו ואדר בעמ' 508-511].

74. שנית, באשר לקביעת בית המשפט המחוזי כי מימוש בטוחות במסגרת הליכי כינוס נכסים צריך להיעשות תוך זמן סביר וכי המענה לשאלה מהו פרק הזמן הסביר להימשכות הליכי כינוס נכסים הינו תלוי נסיבות. קביעה זו, על שני חלקיה, מקובלת עלי במלואה. אכן, הליכי כינוס נכסים אינם עשויים מקשה אחת, ובעוד שחלקם עשויים להימשך זמן רב, לעיתים שנים רבות, מבלי שהדבר ייחשב כבלתי סביר, הרי שישנם הליכי כינוס נכסים שהציפייה הינה שיסתיימו תוך זמן קצר. סבורני כי שאלת הזמן הסביר בהקשר זה צריכה להיבחן בראש ובראשונה לאור תכליתם המרכזית של הליכי כינוס נכסים, שהינה מימוש הבטוחות בתמורה הגבוהה ביותר האפשרית על מנת לפרוע את חובו של החייב לנושה המובטח. כידוע, האינטרס המרכזי שעומד לנגד עיניו של כונס נכסים מטעם נושה מובטח הינו השאת התמורה שתתקבל ממימוש הבטוחה, מתוך שאיפה לפרוע כמה שיותר מהחוב לנושה המובטח, בכפוף לעקרונות יסוד של הגינות ותום לב [ראו למשל: ע"א 509/00 לוי נ' ברכה, עו"ד נאמן בפשיטת רגל לנכסי יצחק בילו, פ"ד נה(4) 410, 421-422 (2001); ע"א 8044/13 לוי נ' שיכון ובינוי נדל"ן בע"מ [פורסם בנבו] בפסקאות 27-28 (13.2.2014) (להלן: עניין לוי); ציפורה כהן פירוק חברות 516-518 (2000)]. לפיכך, כאשר בית המשפט בוחן האם הליכי כינוס נכסים במקרה מסוים התארכו מעבר לזמן הסביר, עליו לבחון האם התארכות התקופה נבעה מפעולות של כונס הנכסים שנועדו להגשים את התכלית שביסוד הליכי כינוס הנכסים – השאת התמורה ממימוש הבטוחה על מנת לפרוע את חובו של הנושה המובטח. כך למשל, בנסיבות מסוימות עשויה להיות הצדקה להתארכות של הליכי כינוס הנכסים כל עוד כונס הנכסים נוקט בפעולות שצפויות להשביח את הבטוחה – לדוגמא: נקיטת פעולות מסוימות מול הרשויות לקבלת רישיון או היתר בנייה בנכס מקרקעין או השלמת פעולות בניה מסוימות בפרויקט קבלני – וכפועל יוצא להגדיל את התמורה הצפויה להתקבל ממימושה. זאת ועוד, בנסיבות מסוימות עשויה להיות הצדקה להתארכות הליכי כינוס הנכסים, אף אם כונס הנכסים לא נוקט בפעולות אקטיביות כלשהן ואינו ממחר לממש את הבטוחה, בהתבססו על הערכה של גורמי מקצוע כי כדאי להמתין עם המימוש כיוון ששווי הבטוחה צפוי לעלות בטווח זמן הנראה

לעין. מנגד, אם הליכי כינוס הנכסים מתארכים ללא הצדקה אמיתית ואם הימשכותם לא צפויה להביא לעליית שווי הבטוחה בטווח הנראה לעין – ועל אחת כמה וכמה אם הימשכותם צפויה להביא לירידת שוויה – עשוי בית המשפט לקבוע כי הליכים אלו התארכו באופן בלתי סביר.

75. במאמר מוסגר אזכיר – הגם שהסוגיה אינה מתעוררת במקרה דנן – כי בבואו לממש נכס המשועבד לנושה המובטח נדרש כונס הנכסים לשקול לעיתים גם את האינטרס של הנושים הבלתי מובטחים (ככל שישנם כאלו). לפיכך כבר נקבע בעבר כי כונס הנכסים נדרש אמנם לפעול ככל הניתן להשאת התמורה כשהוא רואה לנגד עיניו קודם כל את האינטרס של הנושה המובטח, אך ככל ששווי הנכס עולה על גובה החוב לנושה המובטח עליו לשקול גם את האינטרס של הנושים הבלתי מובטחים. לפיכך נקבע כי ככל שעומדות לפני כונס הנכסים מספר אפשרויות למימוש הנכס, אזי עליו לבחור באפשרות שבה התמורה הינה התמורה המקסימאלית המשקפת את שווי הריאלי של הנכס כך שגם הנושים הבלתי מובטחים ייהנו מהתמורה, אף אם ישנה אפשרות אחרת וקלה יותר למימוש, שבה התמורה ממימוש הנכס נופלת משווי הריאלי באופן שמכסה את החוב לנושה המובטח בלבד אך לא מותיר דבר ליתר הנושים [להרחבה ראו: עניין לוי בפסקאות 30-40 לפסק דיני].

76. כעת לשאלת יישום העקרונות על נסיבות המקרה דנן. בית המשפט המחוזי קבע כי בנסיבות העניין החברות צפו את הסיכון שהפרת הסכם ההלוואה תוביל למינוי כונס נכסים לצורך מימוש המניות, וכי שני הצדדים צפו שהליך כינוס הנכסים לא יסתיים והמניות לא תמומשנה לפני שיושלם הליך ההפרטה של בזק. לפיכך דחה בית המשפט המחוזי את טענת החברות כי הן הסכימו להכללת ריבית הפרה בהסכם ההלוואה מתוך הנחה שהליכי כינוס נכסים, ככל שיינקטו על ידי הבנקים, יימשכו כחצי שנה בלבד ושזו התקופה המקסימאלית שבה תיגבה מהן ריבית הפרה. נקבע כי מלכתחילה הסיבה המרכזית שבגינה ביקשו זאבי והחברות לרכוש את מניות בזק, ושלשמה נכרת הסכם ההלוואה בין הצדדים, הייתה הליך

ההפרטה המתוכנן של בזק, מתוך הנחה שהליך ההפרטה צפוי להשביח באופן משמעותי את שווי מניות בזק, כפי שאכן אירע בסופו של דבר. לפיכך נקבע כי לשני הצדדים היה ברור שמכירת המניות במסגרת הליך כינוס הנכסים בטרם יושלם הליך ההפרטה של בזק תוביל לכך שהן תימכרנה במחיר הנמוך מזה שהיה משולם אילו הושלם הליך ההפרטה. כפועל יוצא מקביעה זו נקבע כי העיכוב שחל בנסיבות העניין במכירת המניות עד להשלמת הליך ההפרטה של בזק בסוף שנת 2005 הינו חלק מהסיכונים שניתן היה לצפותם מראש במועד כריתת ההסכם, כי ניתן גם לייחס לצדדים צפייה שעיכובים בהליך ההפרטה של בזק יגרמו לנזקים שמקורם בהפרת הסכם ההלוואה על ידי החברות, וכי ריבית ההפרה שנקבעה בהסכם ההלוואה עומדת ביחס סביר לנזקים צפויים אלו.

77. איני מוצא מקום להתערב בקביעות אלה של בית המשפט המחוזי, המבוססות על ניתוח יסודי ומדוקדק של העדויות והראיות שהובאו לפניו והמתיישבות גם עם השכל הישר בנסיבות העניין. כפי שצינתי לעיל, על מנת להשיב על השאלה האם הליכי כינוס נכסים נמשכו פרק זמן סביר יש לבחון האם בנסיבותיו של המקרה הקונקרטי התארכות הליכי הכינוס נועדה להגשים את התכלית של השאת התמורה ממימוש הבטוחה על מנת לפרוע את חובו של הנושה המובטח. במקרה דנן התשובה לכך הינה בבירור חיובית. כפי שציין בית המשפט המחוזי, הליך ההפרטה המתוכנן של חברת בזק הוא שעמד בבסיס כל העסקה, ומשכך ברור היה לשני הצדדים כי המניות לא תימכרנה בטרם יושלם הליך ההפרטה. בנקודה זו ראוי להדגיש: עיכובים בהליך הפרטת בזק, שהינו הליך חיצוני להסכם ההלוואה, אשר למותר לציין כי לאף אחד מהצדדים להסכם לא הייתה שליטה על קצב התקדמותו, הינם חלק מהסיכון שנטלו על עצמן החברות במועד כריתת ההסכם. גם אם אניח לצורך הדיון, מבלי לקבוע מסמרות, כי במועד כריתת הסכם ההלוואה שני הצדדים צפו כי הליך הפרטת בזק יסתיים תוך פרק זמן קצר יחסית ולא צפו מראש כי הוא יושלם רק בשלהי שנת 2005, הרי שיש גם לייחס לצדדים – בוודאי בשים לב לזהות הצדדים דנן ולנסיבות העניין – צפייה כי הליך זה עשוי להימשך זמן רב יותר מצפייתם הראשונית, על כל הסיכונים האפשריים הנובעים מכך. משכך, אין לאפשר לחברות להישמע – בחכמה שלאחר

מעשה – בטענה כי עיכוב משמעותי בהשלמת הליך ההפרטה מצדיק בדיעבד שינוי של מערך הסיכויים והסיכונים שנקבע בהסכם ההלוואה, לרבות התערבות בסכום ריבית ההפרה. זאת ועוד, יש להניח כי אילו היו הבנקים מבקשים לממש את המניות ולמכור אותן עוד בטרם השלמת הליך ההפרטה של בזק, היו החברות מתנגדות בתוקף למכירה, שכן התמורה שהייתה צפויה להתקבל ממכירה כזו הייתה נמוכה משמעותית מזו שהצדדים צפו שתקבל לאחר ההפרטה. הדברים עולים במפורש מפסק דינו של בית המשפט המחוזי, שציין כי מהעדויות שנשמעו לפניו, לרבות עדותו של כונס הנכסים, עלה כי זאבי התנגד למכירת המניות בטרם יושלם הליך הפרטת בזק. לפיכך צדק בית המשפט המחוזי בקבעו כי התארכות הליכי כינוס הנכסים עד למועד השלמת הליך ההפרטה של בזק הייתה סבירה בנסיבות העניין, וכפועל יוצא כי אין מקום להתערבות בית המשפט בריבית ההפרה בתקופה זו בהתאם [לסעיף 15\(א\)](#) לחוק התרופות.

78. בנקודה זו יש לדחות את טענתן העקרונית של החברות כי אין הצדקה ככלל לגביית ריבית הפרה (ריבית פיגורים) מעת שהתמנה כונס נכסים מטעם הבנקים על המניות, כיוון שממועד זה ואילך השליטה על המניות ועל פירעון החוב יצאה מידי החברות ועברה בפועל לידי הבנקים. לשיטת החברות, גביית ריבית הפרה הייתה מוצדקת בנסיבות העניין רק אם הבנקים לא היו נוטלים לידיהם את השליטה על הבטוחות אלא מותירים אותן בידי החברות על אף ההפרה. כאמור, דין הטענה להידחות. ראשית, להבחנה שמבקשות החברות ליצור – בין הפרה "רגילה" שאינה מובילה לכינוס נכסים ושבה נותרות המניות בידיהן, תוך חיוב בתשלום ריבית הפרה, לבין הפרה של הסכם ההלוואה שמובילה לכינוס נכסים, מבלי שהדבר יוביל לחיוב בתשלום ריבית הפרה – אין שום בסיס בלשון הסכם ההלוואה. כאמור, מדובר בהסכם מורכב מאד, שקדם לו משא ומתן ארוך בין צדדים מתוחכמים ומנוסים, בליווי עורכי דין ואנשי מקצוע. לפיכך אין בידי לקבל את טענת החברות כי בדיעבד יש לקרוא לתוך ההסכם תניה מסוג זה, וממילא גם אין הצדקה לכך בנסיבות העניין, כאשר המניות שועבדו לבנקים מלכתחילה, ומשכך ברור היה לחברות כי במקרה של הפרה ימנו הבנקים כונס נכסים על

המניות לצורך מימושן מבלי שהדבר יגרור עצירה של החיוב בריבית ההפרה. אלו הסיכונים שהחברות נטלו על עצמן ואין מקום לפטור אותן בדיעבד מתוצאותיהם. שנית, ובמישור העקרוני ובמנותק מנסיבות המקרה הקונקרטי, לא ניתן לקבל את הטענה כי מינוי כונס נכסים מהווה מעין תנאי מפסיק משתמע לגבייתה של ריבית הפרה (ריבית פיגורים) הקבועה בחוזה. ריבית ההפרה מהווה, כאמור, פיצוי מוסכם עתי המשולם כעיקרון ממועד ההפרה ועד למועד פירעון מלוא החוב. בפסיקה נקבע, כפי שפורט לעיל, כי פיצוי מוסכם עתי ישולם גם בגין התקופה שלאחר ביטול החוזה על ידי הנפגע, שבה השליטה על תיקון ההפרה יצאה מידיו של המפר ועברה לידי הנפגע בלבד, וזאת כל עוד הנפגע פועל באופן סביר להשלמת הביצוע וכל עוד לא מדובר בהתארכות בלתי סבירה של התקופה מסיבות שאינן קשורות למפר [עניין רנדור]. על אף שהליך של כינוס נכסים אינו צעד של ביטול החוזה אלא דווקא של אכיפתו – או לכל הפחות מעין-אכיפה, במובן זה שהבנק המלווה נוטל לידיו את השליטה בנכס המשועבד, בהתאם לזכותו על פי החוזה, ומממשו כסעד עצמי בעקבות הפרת החוזה – נראה לי שהיגיון הדברים דומה, וכי פסיקת בית משפט זה בעניין רנדור יפה, בשינויים המחויבים, גם לגבי הליך כינוס נכסים, שבו נוטל לידיו הנפגע (הנושה המובטח) את השליטה על מימוש הבטוחות, כל עוד הוא פועל באופן סביר למימושן וכל עוד תקופת המימוש הינה סבירה בנסיבות העניין.

79. הנה כי כן, אין להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי כי העיכוב שחל במכירת מניות החברות בחברת בזק עד להשלמת הליך ההפרטה היה ניתן לצפייה מראש בעת חתימת הסכם ההלוואה, וכי ניתן לייחס לצדדים כבר במועד כריתת ההסכם צפייה כי עיכוב בהליך ההפרטה יגרום לנזקים שמקורם בהפרת ההסכם על ידי החברות. לפיכך גם אין להתערב במסקנת בית המשפט המחוזי כי משעה שהנזקים היו צפויים מראש לא ניתן לטעון כי גביית ריבית ההפרה במשך תקופה זו, בשיעור ריבית סביר כשלעצמו, אינה בעלת יחס סביר לגובה הנזק שניתן היה לצפותו במועד כריתת ההסכם כתוצאה מסתברת של ההפרה.

80. בית המשפט המחוזי קבע כי בנסיבות העניין יש לייחס לצדדים צפייה במועד כריתת ההסכם, לפיה הליך מימושן של מניות החברות בבזק, בשים לב לשוויון ולכמותן, יימשך זמן מה גם לאחר שיושלם הליך ההפרטה של בזק. לפיכך נקבע כי בנסיבות העניין ניתן לייחס לצדדים צפייה מראש שמימוש הבטוחות ומכירת המניות על ידי כונס הנכסים לא יתבצע מיד במועד השלמת הליך ההפרטה אלא תוך שנה ממועד זה. בית המשפט המחוזי אף קבע כי מחומר הראיות עולה כי במהלך שנת 2006 נקט כונס הנכסים בפעולות שונות לקידום מכירת המניות – לרבות פנייה לגורמי מקצוע שונים לצורך ייעוץ בדבר הליך המכירה ופנייה למשרד רואי חשבון לצורך הערכת שווי המניות. לפיכך קבע בית המשפט המחוזי כי חיובן של החברות בריבית הפרה גם בפרק זמן זה אינו חורג מצפיית הצדדים מראש במועד כריתת ההסכם.

81. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי העיכובים השונים והימשכות הליכי כינוס הנכסים בשנים 2007-2009 לא היו ניתנים לצפייה מראש על ידי הצדדים במועד כריתת ההסכם, ומשכך כי ישנה הצדקה לשימוש בסמכותו של בית המשפט לפי [סעיף 15\(א\)](#) לחוק התרופות להפחית את ריבית ההפרה במשך תקופה זו. בית המשפט פירט את הפעולות השונות שנקט כונס הנכסים במהלך תקופה זו ואת הקשיים השונים שנוצרו לאחר השלמת הליכי ההפרטה שבגינם התעכבה מכירת המניות במהלך תקופה זו. בין היתר ציין בית המשפט כי נדרשה התנהלות מסוימת מול משרד התקשורת, כי המכירה התעכבה עקב חששות שהתעוררו אצל חלק מהבנקים (ובפרט בנק לאומי לישראל בע"מ) מפני בעיות רגולציה מסוימות בעקבות המכירה, וכי בשנת 2008 אירע משבר כלכלי עולמי שבעקבותיו הוחלט על המתנה נוספת במכירת המניות. בית המשפט קבע כי הגם שכונס הנכסים פעל באופן מקצועי ותקין בתקופה זו – ובנקודה זו יודגש כי גם לחברות אין טענה כנגד כונס הנכסים – והגם שאין לייחס לבנקים "אשם תורם" בנסיבות העניין, הרי שעדיין מדובר בהצטברות של "גורמים מיוחדים" שגרמה לכך שהמניות נמכרו רק בחלוף שלוש שנים ממועד השלמת ההפרטה, באופן שחורג מצפיית הצדדים מראש בדבר פרק הזמן הסביר להימשכות הליכי כינוס הנכסים ושמצדיק להפחית את

שיעור ריבית ההפרה בתקופה זו. עם זאת, בית המשפט קבע כי אין מקום לקבל את טענת החברות כי יש לבטל לחלוטין את גביית ריבית ההפרה החל מיום 1.1.2007 ואילך, שכן גם בפרק זמן זה היו חשופים הבנקים לסיכון שההלוואה לא תיפרע במלואה. משכך, נקבע כי יש להפחית את שיעור ריבית ההפרה החל מיום 1.1.2007 ועד לסיום הליכי הכינוס בשלהי שנת 2009 ב-0.5% ולהעמיד את שיעור ריבית ההפרה על 2.5%. המשמעות האופרטיבית של קביעה זו הייתה שהבנקים נדרשו להשיב לחברות סך של 48,489,000 ש"ח, וזאת בתוספת הפרשי הצמדה וריבית מיום 9.11.2009 ועד למועד ההשבה בפועל.

82. החברות תוקפות בערעורן את הקביעות המפורטות לעיל. נטען, כי לא הייתה כל הצדקה עובדתית או משפטית בנסיבות העניין להעניק לבנקים "שנת חסד" נוספת מעבר למועד השלמת הליך ההפרטה שבמהלכה הם ממשיכים לגבות ריבית הפרה, וכי היה על בית המשפט המחוזי "לסמן" את מועד השלמת ההפרטה בסוף שנת 2005 כמועד שעוצר את גביית ריבית ההפרה. לשיטתן, משקבע בית המשפט המחוזי כי הימשכות הליך כינוס הנכסים בשנים 2007-2009 חרגה מצפיית הצדדים מראש במועד כריתת החוזה, היה עליו לבטל לחלוטין את החיוב בריבית הפרה החל מיום 1.1.2007 ואילך ולא להסתפק בהפחתת הסמלית ב-0.5% בלבד. בהקשר זה נטען כי קיים כשל לוגי בפסק הדין, שכן אם תקופת כינוס הנכסים שלאחר 1.1.2007 חורגת מצפיית הצדדים במועד כריתת החוזה, אזי אין מקום להמשיך ולחייב את החברות בפיצוי מוסכם עתי (ריבית ההפרה) כלשהו בגין תקופה זו. עוד נטען כי קביעת בית המשפט המחוזי כי גם בתקופה זו היו חשופים הבנקים לסיכון שההלוואה לא תיפרע במלואה אינה מצדיקה המשך גבייה של ריבית הפרה בשיעור של 2.5% עד לתום הליכי כינוס הנכסים. בנוסף נטען כי ממילא לנוכח קביעת בית המשפט כי במחצית שנת 2007 עלה שווי המניות על גובה החוב של החברות לבנקים (כולל רכיב ריבית ההפרה), הרי שלכל הפחות משלב זה ואילך לא היו הבנקים חשופים לסיכון כזה. במאמר מוסגר יוער, כי בנקודה זו עולה מסיכומי הבנקים כי אכן במשך פרק זמן קצר במחצית שנת 2007 עלה שווי המניות על גובה החוב (כולל רכיב ריבית ההפרה), אך לטענתם שווי

המניות ירד בסמוך לאחר מכן ורק בשנת 2009 שב ועלה על גובה החוב (כולל רכיב ריבית ההפרה).

83. הבנקים תוקפים אף הם חלק מהקביעות של בית המשפט המחוזי, וטוענים מצדם כי ממילא לא הייתה כל הצדקה – עובדתית או משפטית – לקבוע בנסיבות העניין כי הימשכות הליכי כינוס הנכסים לאחר 1.1.2007 לא הייתה ניתנת לצפייה במועד כריתת ההסכם. נטען כי בית המשפט הפעיל "שעון עצר דמיוני" באופן שעומד בסתירה מוחלטת לקביעתו העקרונית והנכונה כי הליכי כינוס נכסים צריכים להסתיים תוך פרק זמן סביר בשים לב לנסיבותיו הקונקרטיות של כל הליך והליך. עוד נטען כי קביעה זו אף עומדת בסתירה לקביעת בית המשפט כי הליכי כינוס הנכסים התנהלו במקרה דנן באופן תקין וראוי מתחילתם ועד סופם, וכי לא נפל פגם או אשם כלשהו בהתנהלות כונס הנכסים או הבנקים בנסיבות העניין. באותו הקשר נטען, כי בית המשפט שגה גם בדחותו בנקודה זו את טענות הבנקים בדבר מניעות וחוסר תום לב מצד החברות, בשים לב לכך שהחברות "ישבו על הגדר" ולא ביקשו להאיץ את הליכי הכינוס, ושבשלבם מסוימים במהלך תקופת כינוס הנכסים – לרבות בתקופה שלאחר 1.1.2007 – אף הביעו התנגדות למכירת המניות בנימוק שהדבר יניב תמורה נמוכה משוויין האמיתי.

84. כאמור, השאלה שיש להשיב עליה הינה מהו פרק הזמן הסביר להימשכות הליכי כינוס הנכסים אותו היו יכולים הצדדים לצפות במועד כריתת החוזה, בשים לב לנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה. בשאלה זו סבורני כי יש לבכר את עמדת הבנקים על פני עמדת החברות. אכן, אין לראות במועד השלמת הליך ההפרטה בנסיבות העניין כמועד "קשיח" שכל חריגה ממנו נחשבת אוטומטית כבלתי סבירה. לעומת זאת, יש לייחס לצדדים צפייה במועד כריתת ההסכם כי מימוש המניות – בשים לב ל"זהות" המניות, נוכח העובדה שמדובר במניות של חברת בזק במצבה דאז, ובשים לב לכמותן ולשוויין – יסתיים תוך פרק זמן סביר ממועד השלמת ההפרטה. זאת ועוד, סבורני כי קביעת בית המשפט בנקודה זו מתיישבת דווקא עם קו הטיעון של החברות בבית המשפט המחוזי, כי הן צפו מראש שהליכי כינוס

הנכסים יימשכו כחצי שנה עד שנה לכל היותר (ללא קשר למועד השלמת הליך ההפרטה). טענה זו נדחתה בצדק על ידי בית המשפט המחוזי, בקבעו כי צפיית הצדדים הייתה שהליכי כינוס הנכסים יימשכו לכל הפחות עד למועד השלמת ההפרטה. עם זאת, מטענה זו עולה כי גם החברות מסכימות שבהגיע המועד "הנכון" לממש את המניות נדרש לכונס הנכסים פרק זמן סביר על מנת לממשן, פרק זמן שנע בין חצי שנה לשנה.

85. יתרה מכך, נדמה כי בית המשפט המחוזי אמד את פרק הזמן הסביר להימשכות הליכי הכינוס תוך שהוא "מקל" יתר על המידה עם החברות, באופן אשר מצדיק את התערבותנו. אכן, משנקבע כי ניתן היה לצפות את העיכוב במכירת המניות של החברות עד להשלמת הליך ההפרטה בבזק, כמו גם את הצורך בפרק זמן לצורך הליכי כינוס לאחר מועד זה, ספק בעיני אם נכון לומר כי לא ניתן היה לצפות מראש – ולו בדוחק – גם את האפשרות כי הליכי הכינוס יימשכו מעבר לשנה. בשים לב לכך שהליכי כינוס עשויים להימשך זמן רב מעצם טבעם, איני סבור כי תרחיש כאמור הינו "בלתי מתקבל על הדעת". למותר לציין שאיני סבור שמדובר בתרחיש אשר הסבירות להיתכנותו נמוכה. דברים אלו נכונים בייחוד בענייננו, שבו מדובר בצדדים מתוחכמים, מנוסים ובעלי משאבים שיכולים היו לבחון בקפדנות את מגוון התרחישים האפשריים טרם החתימה על ההסכם – וניתן להניח כי כך גם היה. דומני אפוא, כי בנסיבות המקרה ניתן היה לצפות מראש תרחיש שבו הליכי הכינוס יימשכו מעבר לשנה, אף אם מדובר היה בהערכה פסימית וזהירה בלבד. לפיכך, מסקנתי היא כי נדרשת התערבות מסוימת בקביעת בית המשפט המחוזי באופן שבו ייקבע כי החברות יכלו לצפות כי במקרה של הפרת הסכם ההלוואה הן תיאלצנה לשלם ריבית הפרה בשיעור המוסכם גם מעבר לתקופה בת השנה שנקבעה בשל התארכות הליכי הכינוס. כפועל יוצא, יש לקבוע כי אין מקום להפחית את שיעור ריבית ההפרה החל מסוף שנת 2006, ויש להעמידו על 3% גם בתקופה שלאחר יום 1.1.2007.

86. לעומת קביעה זו, נראה כי יש ממש בטענת החברות החלופית לפיה גם אם תתקבל עמדת הבנקים, הרי שריבית ההפרה צריכה להיות משולמת לכל היותר עד למחצית שנת 2007. זאת, שכן במועד זה עלה שווי המניות על גובה חובן לבנקים, כך שמשלב זה ואילך לא היו הבנקים חשופים עוד לסיכון. ודוק, בית המשפט קבע – ובצדק – כי בפרק הזמן שלאחר יום 1.1.2007 נותרו הבנקים חשופים לסיכון של אי פירעון מלא של החוב, מכיוון שבאותה העת טרם עלה שווי המניות על גובה החוב של החברות לבנקים (כולל רכיב ריבית ההפרה), ומשכך אילו היו הבנקים מוכרים את המניות במועד זה לא הייתה מתקבלת בידיהם תמורה שהייתה מכסה את כל החוב. לא למותר לציין בהקשר זה כי מכירת המניות במועד זה הייתה מותרת גם את החברות בידיים ריקות – שכן במצב כזה לא היו החברות זוכות ליהנות מהיתרה הנכבדת בסך 500,000,000 ש"ח, שאותה קיבלו בסופו של יום בעקבות מכירת המניות בשנת 2009 וסילוק מלוא החוב לבנקים – ואף במצב גרוע מזה, שכן במצב כזה היה נחשף זאבי לסיכון שהבנקים ינקטו בהליכים למימוש הבטוחות שניתנו (לרבות ערבות אישית של זאבי שהוגבלה לסך של 30,000,000 דולר). קביעה זו של בית המשפט המחוזי מקובלת עליי, ואיני רואה אפוא להתערב בה.

87. אלא שבית המשפט המחוזי קבע עוד, כי במהלך שנת 2007 עלה שווי המניות על גובה החוב של החברות לבנקים (כולל רכיב ריבית ההפרה). למען הסר ספק אציין כי מעיון בסיכומי שני הצדדים בערעוריהם לפנינו עולה כי אין מחלוקת שבמחצית שנת 2007 עלה שווי המניות על גובה החוב (כולל ריבית ההפרה). בנקודה זו אעיר כי הבנקים מודים אמנם בסיכומיהם בערעור כי שווי המניות אכן עלה על גובה החוב במחצית שנת 2007, אך לטענתם שווי המניות שב וירד בהמשך אותה שנה, ורק במהלך שנת 2009 שב ועלה על גובה החוב הכולל. לא מצאתי כי טענה זו של הבנקים מעוגנת בקביעה עובדתית בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, ומשכך דינה להידחות. הנה כי כן, אין מחלוקת עובדתית כי במחצית שנת 2007 עלה שווי המניות על גובה החוב של החברות לבנקים (כולל רכיב ריבית ההפרה עד לאותו מועד). סבורני כי זוהי עובדה בעלת חשיבות מכרעת בנסיבות העניין, שכן משמעותה הינה שממועד זה ואילך לא היו הבנקים חשופים עוד לסיכון של אי

פירעון מלא של החוב (כולל רכיב ריבית ההפרה), ומשכך היא מובילה למסקנה המשפטית שממועד זה ואילך, ועל אף התמשכות הליכי כינוס הנכסים מסיבות כאלה ואחרות, לא הייתה יותר הצדקה לחיובן של החברות בריבית הפרה כלשהי. בית המשפט המחוזי לא ייחס לעובדה זו משקל מיוחד בפסק דינו, על אף שהיא מובילה למסקנה כי קביעתו, שהבנקים המשיכו להיות חשופים לסיכון (מופחת) של אי פירעון מלא של החוב גם לאחר חודש ינואר 2007, הינה קביעה נכונה חלקית בלבד, שכן ממחצית שנת 2007 ואילך לא היה סיכון ממשי שכזה. כאמור, ביסוד החלטתו של בית המשפט להפחית את שיעור ריבית ההפרה ב-0.5% החל מיום 1.1.2007 ועד תום הליכי הכינוס, ולא לבטלה לחלוטין, עמדה קביעתו בדבר הסיכון שלו היו חשופים הבנקים גם לאחר מועד זה לאי פירעון החוב במלואו. נימוק זה כוחו יפה כל עוד אכן קיים סיכון כזה, וכאמור ממחצית שנת 2007 ואילך לא היה סיכון ממשי שכזה. לנוכח האמור לעיל, סבורני כי לנוכח העובדה שבמחצית שנת 2007 עלה שווי המניות על גובה החוב של החברות לבנקים (כולל רכיב ריבית ההפרה), יש הצדקה להורות על ביטול מוחלט של ריבית ההפרה ממועד זה (1.7.2007) ועד לסיום הליכי הכינוס.

88. ודוק, תוצאה זו – לפיה יש לבטל את החיוב בריבית הפרה החל ממחצית שנת 2007 ועד למועד סיום הליכי הכינוס – מתיישבת היטב עם כל אחד משני הכללים המשפטיים שנדונו בפסקאות 68-74 לעיל. ראשית, תוצאה זו עולה בקנה אחד עם הכלל המשפטי לפיו יש הצדקה לשים גבול לחיוב בפיצוי מוסכם עתי (לרבות ריבית פיגורים), ככל שהתקופה הולכת ומתארכת והפיצוי הכולל מצטבר לסכומי עתק, באופן שחורג במידה ניכרת מציפיות הצדדים ומגבולות הנזק שניתן היה לצפותו במועד כריתת החוזה. סבורני כי יישומו של כלל זה במקרה דנן מוביל למסקנה כי ניתן לייחס לצדדים בנסיבות העניין צפייה כי החיוב בריבית הפרה יימשך גם במהלך הליכי כינוס הנכסים, כל עוד גובה החוב לבנקים עולה על שווי הבטוחה (מניות בזק), דהיינו כל עוד חשופים הבנקים לסיכון של אי פירעון מלוא החוב, אך לא מעבר לכך. שנית, תוצאה זו גם עולה בקנה אחד עם הכלל המשפטי לפיו מימוש בטוחות במסגרת הליכי כינוס נכסים צריך להיעשות תוך זמן סביר,

כשהתשובה לשאלה מהו פרק זמן סביר בנסיבותיו של מקרה ספציפי תיבחן בהתאם לתכלית של הליכי כינוס נכסים, שהיא השאת התמורה שתתקבל ממימוש הבטוחה על מנת לפרוע את חובו של הנושה המובטח. סבורני כי גם יישומו של כלל זה במקרה דנן מוביל למסקנה כי אין הצדקה להמשיך ולזקוף בנסיבות העניין לחובת החברות ריבית הפרה הסכמית בגין התקופה שבה נמשכו הליכי כינוס הנכסים, מסיבות כאלה ואחרות, מעבר למועד שבו שווי הבטוחה עלה על גובה החוב, דהיינו מעבר לזמן הסביר. כך או כך, שני הכללים מובילים למסקנה שבנסיבות העניין, מעת ששווי הבטוחה (מניות בזק) עלה על גובה החוב לבנקים במחצית שנת 2007, הרי שלא הייתה עוד שום הצדקה להמשיך ולחייב את החברות בריבית הפרה במשך פרק זמן ארוך של למעלה משנתיים נוספות, שבמהלכן נמשכו הליכי כינוס הנכסים מסיבות שונות עד למועד מימוש הבטוחה בפועל.

89. במאמר מוסגר אעיר כי נוכח קביעתי לפיה ריבית ההפרה תשולם רק עד ליום 1.7.2007, אף לא ראיתי צורך להידרש לשאלה מהו המועד המדויק שלאחריו ניתן היה לומר כי העיכוב שחל בהליכי הכינוס לא היה ניתן לצפייה מראש. אף שלכאורה במצב "רגיל" נדרש היה לקבוע מועד כאמור, הרי שבנסיבות המקרה צורך זה מתייתר.

90. למעלה מן הצורך, אעיר כי לא מצאתי כי נפל פגם בהחלטת בית המשפט המחוזי לדחות את טענות הבנקים בדבר מניעות וחוסר תום לב מצד החברות. אכן, מפסק דינו של בית המשפט המחוזי עולה כי החברות לא ביקשו להאיץ את הליכי כינוס הנכסים, מתוך הבנה כי שווי המניות צפוי לעלות לאורך זמן, וכי בשלבים שונים אף הביעו החברות וזאבי התנגדויות למכירת המניות בנימוק שהדבר יניב תמורה נמוכה משוויין האמיתי. התנהלות זו הייתה עשויה להקים לבנקים טענות חזקות של מניעות וחוסר תום לב, אילו למשל היו החברות טוענות בדיעבד בתביעתן כי היה על כונס הנכסים ועל הבנקים למכור את המניות מוקדם יותר מהמועד שבו נמכרו בפועל וכי הימשכות הליכי כינוס הנכסים גרמה להן לנזקים

כאלה ואחרים (כגון מכירה של המניות במחיר שנופל משוויין האמיתי). אלא שטענה שכזו לא נטענה על ידי החברות. טענת החברות בתביעתן הייתה אך ורק שתקופת כינוס הנכסים התארכה מאד באופן שחרג מציפיות הצדדים במועד כריתת החוזה, באופן המצדיק התערבות בריבית ההפרה שגבו מהן הבנקים בגין תקופה זו. ייתכן, ואיני קובע מסמרות בדבר, כי היה מקום לקבל את טענות הבנקים בדבר חוסר תום לב ומניעות מצד החברות, אילו היה נקבע כי טענות החברות בנוגע לחיובן בריבית ההפרה לאורך תקופת כינוס הנכסים לא הועלו בשום שלב עד להגשת התביעה. אלא שבעניין זה קבע בית המשפט המחוזי כממצא עובדתי כי במהלך תקופת כינוס הנכסים הביעו החברות בפני כונס הנכסים והבנקים את התנגדותן לחיובן בריבית הפרה במשך תקופה זו, ומשכך קבע כי הן לא היו מנועות מלטעון טענה זו בתביעה שהגישו בתום הליכי הכינוס. במילים אחרות, את טענת החברות בתביעתן בדבר התארכות הליכי כינוס הנכסים יש לקרוא רק בהקשר של טענותיהן לעניין חיובן בריבית הפרה לאורך כל התקופה, ולא בהקשר רחב יותר, ומשכך אין לייחס להן חוסר תום לב או מניעות מלטעון זאת, אף שלא ביקשו בשום שלב להאיץ את הליכי כינוס הנכסים (ואף התנגדו בשלב מסוים למכירת המניות).

91. מבחינה אופרטיבית משמעות קביעותיי דלעיל הינה כדלקמן: ראשית, שיעור ריבית ההפרה בתקופת כינוס הנכסים מתחילתה ועד ליום 1.7.2007 יעמוד על 3% בשנה (בנוסף לריבית ההסכמית ולריבית הנוספת), כפי שנקבע בהסכם ההלוואה; ושנית, החל מיום 1.7.2007 ועד תום הליכי כינוס הנכסים יבוטל לחלוטין חיובן של החברות בריבית הפרה.

92. כיוון שהסכום שנקבע בפסק הדין המשלים של בית המשפט המחוזי – 48,489,000 ש"ח – משקף את הסכמת הצדדים בדבר הפחתה של 0.5% מריבית ההפרה במשך כ-34 חודשים (1.1.2007 - 9.11.2009), נראה כי ניתן לגזור מסכום זה את שיעור ריבית ההפרה המלא, ואת הפיצוי ההולם בהתאם לחישוב זה, כדלקמן:

(א) $48,489,000 \text{ ש"ח} \div 34 \text{ חודשים} = 1,426,147 \text{ ש"ח}$. זהו "הערך החודשי" של השבת 0.5% מריבית ההפרה.

(ב) $1,426,147 \text{ ש"ח} \times 6 \times 28 \text{ חודשים} = 239,592,696 \text{ ש"ח}$. זהו הסכום שעל הבנקים להשיב לחברות בגין התקופה שבין 1.7.2007 לבין 9.11.2009 עקב ביטול ריבית ההפרה במלואה בתקופה זו.

(ג) לסכום הקבוע בסעיף ב' יתווספו הפרשי הצמדה וריבית בהתאם ל**חוק ריבית** והצמדה, התשכ"א-1961, החל מיום 9.11.2009 ועד למועד ההשבה בפועל. זאת, לפי הסכמת הצדדים כאמור בסעיף א(2) לפסק דינו המשלים של בית המשפט המחוזי מיום 3.11.2013.

(ד) למותר לציין כי מהסכום האמור בסעיף ב' ינוכה הסכום שהבנקים כבר שילמו לחברות בהתאם לפסק דינו המשלים של בית המשפט המחוזי, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית ממועד התשלום ועד מועד הניכוי.

ה. הערעורים על פסיקת ההוצאות ושכר הטרחה

93. בטרם סיום נותר לדון בערעורי שני הצדדים כנגד פסק הדין המשלים, במסגרתו נקבע כי החברות הן אלה שזכו בסופו של דבר בתביעתן – אף שאין חולק כי הסכום שנפסק מהווה רק 5.845% מהסכום שנתבע ואף שחלק ניכר מטענות הבנקים (הנתבעים) התקבל – ומשכך הן זכאיות לפסיקת הוצאות ושכר טרחת עורך דין. עם זאת, נקבע כי החברות אינן זכאיות להחזר הוצאות מלא ואף שכר טרחת עורך הדין שנפסק להן נפל מזה שנתבע על ידן. נקבע כי הבנקים ישלמו לחברות החזר אגרה חלקי בסך של 511,035 ש"ח, המהווה 5.845% מסכום אגרת בית המשפט ששילמו החברות, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית. לצד זה נקבע כי כל צד יישא ביתר הוצאותיו, לרבות הוצאות בגין חוות דעת מומחים.

בנוסף נקבע כי הבנקים ישלמו לחברות שכר טרחת עורך דין בסך של 4,248,000 ש"ח.

94. בית המשפט המחוזי נימק החלטתו בעניין ההוצאות ושכר הטרחה ומנה שורה ארוכה של שיקולים שנשקלו בהקשר זה: אופייה ומורכבותה של התביעה וגובה המשוכה שניצבה בפני החברות (התובעות) לצורך הוכחתה; אופייה העקרוני והתקדימי של התביעה; הקושי להעריך מראש את תוצאת פסק הדין עקב מורכבותן וחדשנותן של הסוגיות שנדונו בו; העובדה כי תוצאת פסק הדין מבוססת גם על אומדנא באשר לשיעור ההפחתה של ריבית ההפרה ובאשר לתקופה ולנזקים שניתן היה לצפותם מראש; היקף העבודה שהושקע על ידי בעלי הדין ובאי כוחם; שכר הטרחה שבעלי הדין התחייבו לשלם לבאי כוחם; הסיכונים העצומים שניצבו לפני הבנקים כתוצאה מהתביעה שהוגשה כנגדם, שחייבו היערכות והקצאת משאבים מיוחדות מצידם; דרך התנהלות הצדדים במהלך המשפט; הוצאות ריאליות שנגרמו לצדדים; חשיבות הפסיקה לבעלי הדין ולכולי עלמא; העובדה שאף אחת מחוות הדעת הכלכליות שהוגשו מטעם הצדדים לא אומצה על ידי בית המשפט. בשים לב למכלול השיקולים שפורטו על ידי בית המשפט המחוזי, איני רואה כל הצדקה להתערב בהחלטת בית המשפט לעניין החזר ההוצאות ושכר טרחת עורך דין.

95. שני הצדדים מערערים על פסק הדין המשלים. הבנקים טוענים כי בית המשפט המחוזי לא נתן משקל הולם לפער העצום שבין סכום התביעה לסכום שנפסק בסופו של יום, כמו גם לעובדה שרובן המוחלט של טענות החברות נדחה בפסק הדין, כולל חלק ניכר מהטענות המהותיות שהיו מלכתחילה את הבסיס לתביעתן. בנוסף נטען כי בית המשפט התעלם מהתנהלות החברות לאורך ההליך, ומהזמן והמשאבים שהבנקים השקיעו בניהולו בשים לב לסכום התביעה, מורכבותה, חשיבותה העקרונית והשלכותיה הפוטנציאליות על הבנקים. לפיכך נטען כי לכל הפחות היה על בית המשפט לפסוק גם לבנקים הוצאות ושכר טרחה בשיעורים נכבדים המשקפים את "חלקם ב'זכיה' לעומת חלקן של החברות" ולהורות על קיזוז בין הוצאות שני הצדדים. החברות טוענות כי בית המשפט שגה

בפסקו לטובתן הוצאות ושכר טרחה על הצד הנמוך. נטען כי לנוכח אופיה העקרוני והתקדימי של התביעה, ולנוכח המאמצים האדירים שהושקעו מצידן, שבסופו של דבר הובילו לזכייתן החלקית בתביעה, היה מקום לפסוק סכומים גבוהים יותר. נטען כי שכר טרחת עורך הדין שנפסק עומד על כמחצית משכר הטרחה הריאלי ששולם על ידי החברות לבאי כוחן. עוד נטען כי לא היה מקום לפסוק שהחזר האגרה יהיה חלקי באופן שמשקף רק את "השורה התחתונה" של פסק הדין אך לא את מכלול השיקולים שראוי לשקול במסגרת החלטות מסוג זה.

96. דין טענות שני הצדדים כנגד פסק הדין המשלים להידחות. כידוע, בית משפט זה בשבתו כערכאת ערעור אינו נוטה להתערב בשיעור ההוצאות ושכר טרחת עורך הדין שנפסקו בערכאות הדיוניות. נקודת המוצא הינה כי לערכאה הדיונית מסור שיקול דעת רחב בסוגיית פסיקת הוצאות המשפט ושכר טרחת עורך דין [ראו: [תקנה 511 לתקנות סדר הדין האזרחי](#), התשמ"ד-1984 (להלן: התקנות)], וכי התערבות ערכאת הערעור בהחלטות אלה שמורה למקרים חריגים בהם נפלה טעות משפטית או כשדבק פגם או פסול מהותי בשיקול דעתה של הערכאה הדיונית [ראו למשל: [ע"א 2076/09 ח.י. בלאושטיין בניין והשקעות בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הבינוי והשיכון](#) (פורסם בנבו) (2.9.2010) בפסקה 34 (להלן: עניין בלאושטיין)]. איני סבור כי המקרה דנן נופל בגדר אותם מקרים חריגים המצדיקים התערבות. אכן, ככלל, בעל דין שזכה בתביעתו זכאי להחזר הוצאותיו, ונקודת המוצא הינה שבית המשפט יפסוק לבעל הדין הזוכה הוצאות ריאליות שמשקפות את ההוצאות שהוציא בפועל או שהתחייב להוציא. עם זאת, על בית המשפט לבחון את שיעור ההוצאות הנטען ולבדוק אם מדובר בהוצאות סבירות והכרחיות לניהול ההליך בהתחשב בכלל נסיבות העניין. בין היתר, יש לבחון בהקשר זה מגוון של שיקולים: דרך ניהול ההליך; היקף הסכום השנוי במחלוקת; הפער שבין הסכום שנתבע לסכום שנפסק; מורכבות התיק והזמן שהושקע בהכנתו; חשיבות העניין לבעלי הדין לרבות האינטרס הציבורי; ועוד [להרחבה ראו למשל החלטתו של הרשם (כתארו אז) י' מרזל [בע"א 2617/00](#) [מחצבות כנרת \(שותפות מוגבלת\) נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, נצרת עילית, פ"ד ס\(1\) 600](#),

615-619 (2005)]. יש להדגיש כי לא מדובר ברשימה סגורה, וממילא ניתן לערכאה הדיונית, כאמור, שיקול דעת רחב בסוגיה זו.

97. סבורני כי צדק בית המשפט המחוזי בקבעו כי בנסיבות העניין החברות הן אלה שזכו בתביעתן, ומשכך הן אלה שזכאיות עקרונית להחזר הוצאות ושכר טרחת עורך דין. אין בידי לקבל את טענות הבנקים כי יש לראות את הבנקים כמי שזכו בתביעה בנסיבות העניין. אכן, התמונה במקרה דנן אינה חד משמעית, כשחלק ניכר מטענות ההגנה של הבנקים התקבל וכפועל יוצא נדחו טענות רבות של החברות. כמו כן, אין להתעלם מהפער הניכר שבין סכום התביעה לבין הסכום שנפסק בסופו של דבר לחברות. עם זאת, לא ברור לי כיצד ניתן להכתיר בנסיבות העניין את קביעתו האופרטיבית של בית המשפט המחוזי בפסק דינו כי הבנקים ישלמו לחברות סך של כ-50,000,000 ש"ח כ"זכייה" של הבנקים במשפט. מנגד, אין בידי לקבל גם את טענת החברות כי הסכומים שנפסקו להם היו נמוכים מדי בנסיבות העניין. בית המשפט המחוזי מנה שורה ארוכה של שיקולים שיש לשקול בנסיבות המקרה דנן והעניק משקל גדול לפער הניכר שבין סכום התביעה לבין הסכום שנפסק בסופו של דבר (5.845%), בקבעו כי החזר הוצאות האגרה ישקף את הפער הזה בדיוק. הנמקתו של בית המשפט המחוזי בנקודה זו תואמת את האמור [בתקנה 512\(ב\)](#) לתקנות ובפסיקת בית משפט זה [ראו עניין בלאושטין בפסקאות 33-35], וממילא כעניין של שכל ישר איני רואה מקום לחייב את הבנקים בהחזר האגרה המלא ששילמו החברות בגין תביעה שסכומה המקורי היה גדול פי 20 מהסכום שנפסק. גם הקביעה כי כל צד יישא בכל יתר ההוצאות שנגרמו לו במהלך ניהול התובענה (לרבות חוות דעת המומחים) הינה קביעה סבירה בעיני בנסיבות העניין, ובמיוחד כך בכל הנוגע לחוות דעת המומחים, שכאמור אף אחת מהן לא התקבלה במלואה על ידי בית המשפט. לבסוף איני מוצא לנכון להתערב גם בקביעה בדבר גובה שכר טרחת עורך הדין שנפסק לטובת החברות, שלטענתן מהווה כמחצית משכר הטרחה הריאלי ששולם על ידי החברות לבאי כוחן. גם כאן מדובר לטעמי בקביעה סבירה בנסיבות העניין המבוססת על כלל השיקולים שצוינו לעיל.

98. כאמור, סבורני כי יש לדחות את ערעורי שני הצדדים המכוונים כנגד פסק הדין המשלים. קביעותיו של בית המשפט המחוזי לעניין החזר ההוצאות ושכר טרחת עורך דין הינן סבירות והגיוניות בנסיבות העניין. לצד זה, ומבלי לגרוע מהאמור לעיל, לנוכח התוצאה אליה הגעתי – קבלת ערעור החברות באופן חלקי, כך שמבחינה אופרטיבית על הבנקים להשיב לחברות סך של 239,592,696 ש"ח (בתוספת הפרשי ריבית והצמדה החל מיום 9.11.2009 ועד למועד התשלום בפועל) – סבורני כי יש מקום להתאים ולהגדיל באופן יחסי גם את הסכומים שנפסקו בפסק הדין המשלים. משכך, ובהתאם להיגיון שעומד ביסוד פסק הדין המשלים, על הבנקים להשיב לחברות את החלק היחסי מסכום אגרת המשפט ששולמה על ידי החברות, המשקף את היחס שבין הסכום שנתבע לסכום שישולם בהתאם לפסק דיני, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית כדין, בנוסף לסכום שכבר נקבע בפסק הדין המשלים (שהיווה 5.845% מסכום אגרת המשפט ששולמה על ידי החברות). מוחלט איפוא, כי הבנקים ישלמו לחברות שכר טרחת עורך דין בסך של 2,000,000 ש"ח בנוסף לסכום שכבר נפסק בהקשר זה בבית המשפט המחוזי בסך של 4,248,000 ש"ח כולל מע"מ.

סוף דבר

99. הנה כי כן, בסופו של יום הגעתי למסקנה כי יש לדחות את ערעור הבנקים ולקבל באופן חלקי את ערעור החברות, וכך אציע לחבריי שנעשה. הבנקים ישיבו לחברות סך של 239,592,696 ש"ח, בגין התקופה שבין 1.7.2007 ל- 9.11.2009 עקב ביטול ריבית ההפרה במלואה בתקופה זו, כאמור בסעיף 92(ב) – 92(ד) לעיל. בנוסף, ישלמו הבנקים לחברות שכר טרחת עורך דין בסך של

2,000,000 ש"ח בנוסף לסכום שכבר נפסק בהקשר זה בבית המשפט המחוזי בסך של 4,248,000 ש"ח כולל מע"מ, כאמור בסעיף 98 לעיל.

100. אחזור ואדגיש בנקודה זו כי פסק דיני דלעיל עוסק אך ורק בסוגיית הפיצויים המוסכמים, אשר לטעמי די בה כדי להוביל לתוצאה אליה הגעתי, ולכן ניתן לדעתי להותיר את הדיון בשאלת נכונות יתר קביעותיו של בית המשפט המחוזי בפסק דינו בסוגיות האחרות (ובראשן סוגיית פרשנות ההסכם) לעת מצוא.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים לחוות דעתו המקיפה של חברי השופט י' דנציגר.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

אני מסכים עם חוות דעתו של חברי, השופט י' דנציגר, מקיפה ומשכנעת, בתוצאה ובהנמקה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, ח' באלול התשע"ה (23.8.2015). תוקן ביום, י"א באלול התשע"ה (26.8.2015).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 13085060_W05.doc חכ
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il

י' דנציגר 54678313-8506/13
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)