

קבוצת חג'ג' ייזום נדל"ן בע"מ

טל : 03-6081936 פקס : 03-6952958

מנחם בגין 132 (מגדלי עזריאלי) תל אביב.

יום חמישי 07 אוגוסט 2014

לכבוד

הגב' עדי כהן עו"ד (רו"ח)

מר חסן טואפרה רו"ח

מחלקת תאגידים

רשות ניירות ערך

(ת-207)

הנדון: קבוצת חג'ג' ייזום נדל"ן בע"מ ("החברה")

בקשה לאישור מקדמי (pre ruling)

אנו מתכבדים לפנות אליכם בבקשה לאישורכם המקדמי (pre ruling) בדבר החלה במתכונת של "אימוץ מוקדם" של תקן דיווח כספי חשבונאי בינ"ל (IFRS) מספר 15 (להלן: "תקן 15") בנושא הכרה בהכנסה שמקורה בתוצאות הפעילות של הקבוצה ככל שזו מיוחסת לפרויקט הארבעה (להלן).

כללי

1. החברה באמצעות חברות הבנות שלה (להלן יחדיו: "קבוצת חג'ג'") ובכללן חברת מלון רג'ינסי ירושלים בע"מ שהינה חברה ציבורית (להלן: "רג'ינסי"), פועלת בישראל בתחום ארגון קבוצות רכישה וייזום פעילות נדל"ן בהיקפים משמעותיים.
2. אחד הנכסים של החברה הינו פרויקט הארבעה שבתל אביב (המגדל הצפוני). המגדל הצפוני בפרויקט הארבעה הינו עסקה יזמית רגילה כמקובל בכל עסקה יזמית אחרת בישראל (להלן: "פרויקט הארבעה").
3. עד כה הכנסות הקבוצה מפרויקט הארבעה דווחו בהתאם לתקן חשבונאות בינלאומי IAS 18 (הכנסות).
4. לעמדת החברה מהות הפרויקט מאפשרת הכרה בהכנסות לפי תקן 15 כמפורט בחוות הדעת המצורפת.
5. מצורפת בזאת, חוות דעת חשבונאית התומכת באפשרות להכרה בהכנסות בפרויקט הארבעה לפי תקן 15 במסגרת אימוץ מוקדם של התקן ברבעון השני של 2014 החתומה על ידי רו"ח שלומי שוב, לעיונכם. בהתאם לחוות הדעת מבקשת החברה לרשום הכנסות ממכירת משרדים בפרויקט הארבעה על פי קצב התקדמות העבודות.
6. כמו כן רואי החשבון החיצוניים של הקבוצה מסכימים לאופן הטיפול החשבונאי לפי תקן 15.

קבוצת חג'ג' ייזום נדל"ן בע"מ

טל : 03-6081936 פקס : 03-6952958

מנחם בגין 132 (מגדלי עזריאלי) תל אביב.

הבקשה

7. נודה על הסכמתכם לעמדת החברה בדבר הכרה בהכנסות בדוחותיה הכספיים של החברה בהתאם לתקן 15 החל מהדוחות הכספיים ליום 30 ביוני 2014.
8. כיוון שאנו מעוניינים לדווח בהתאם לתקן 15 החל מרבעון 2 בשנה הנוכחית, נודה על קבלת תשובתכם בהקדם האפשרי.
9. אנו מסכימים כי פנייתנו זו ותשובת הרשות לה תפורסמנה בנוסחן המלא באתר הרשות לניירות ערך.
10. אנו מתחייבים כי נודיע לרשות מראש על אימוץ עמדה השונה מזו שבאה לידי ביטוי בתשובה שתינתן על ידכם לפנייתנו.
11. במידת הצורך נשמח להיפגש עמכם בהקדם על מנת להציג בצורה מפורטת את הנושא.

בברכה

קבוצת חג'ג' ייזום נדל"ן בע"מ

לכבוד

רו"ח נתי פריד

סמנכ"ל כספים

קבוצת חג'א ייזום נדל"ן בע"מ

הנדון: חוות דעת חשבונאית בנושא הכרה בהכנסה בפרוייקט הארבעה

נתבקשתי על ידכם לחוות דעתי בקשר לאופן הטיפול החשבונאי בהכרה בהכנסה של קבלן בונה, וזאת בהתאם לתקני דיווח כספי בינלאומיים (IFRS). הרקע העובדתי להלן נמסר לי במלואו על ידי הנהלת קבוצת חג'א ייזום נדל"ן בע"מ (להלן – "החברה"), אשר מסתמכת בין היתר על חוות דעת משפטית. חוות דעתי מסתמכת בפן העובדתי על מצגי ההנהלה כאמור ועליהם בלבד.

הסוגיה החשבונאית שעימה מתמודדת חוות הדעת הינה האם בהתאם להוראות תקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15 יש להכיר בהכנסה ממכירת המשרדים לאורך זמן עם התקדמות הבניה בגין המגדל הצפוני בפרוייקט הארבעה בתל אביב?

חוות הדעת כוללת בפרק א' את הרקע העובדתי, תוך תיאור המאפיינים העיקריים של עסקה שבה נמכר משרד ללקוח במגדל הצפוני בפרוייקט הארבעה. במסגרת פרק ב' חוות הדעת מציגה את עיקרי תקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15 הקשורים לשאלת ההכרה בהכנסה בפרוייקט הארבעה. בפרק ג' מתבצע דיון במהות הכלכלית של העסקה ובהשלכות החשבונאיות שלה, על בסיס תקן דיווח כספי מספר 15. פרק ד' כולל את הסיכום והמסקנה של חוות הדעת.

החברה עוסקת בארגון קבוצות רכישה, נדל"ן יזמי ונדל"ן להשקעה. במסגרת עיסוקה בנדל"ן יזמי, החברה מקימה את המגדל הצפוני בפרוייקט הארבעה בתל אביב, וזאת באמצעות קבוצת חג'ל מגדלי הארבעה בע"מ, שהינה חברה נכדה בבעלות ובשליטה מלאות של החברה. המגדל הצפוני בפרוייקט הארבעה מוקם כמגדל משרדים, הכולל חניות ומחסנים במרתפי הפרוייקט, שטחי מסחר בקומת הקרקע, ו-35 קומות משרדים (עם אישור תוכנית נידוד הזכויות במלואה), מתוכן שתי קומות טרקלין עסקים. עד למועד חוות הדעת זו שיווקה החברה ללקוחות את מרבית קומות המגדל ומרבית החניות.

להלן עיקרי התנאים בעסקה למכירת משרד ללקוח במגדל הצפוני, הרלוונטיים לסוגיה החשבונאית נשואת חוות הדעת:

1. החל ממועד ההתקשרות בחוזה, החברה והלקוח מחוייבים לקיים את החוזה עד סופו. לאמור, הלקוח מחוייב לקיים את המחוייבויות שלו (בעיקר תשלום התמורה לחברה) והחברה מחוייבת לקיים את המחוייבויות שלה (בעיקר הקמת המגדל ומסירת המשרד ללקוח). יצויין כי האפשרויות לקיום ההסכם או אכיפתו הינן החלופות הראשוניות שעומדות בפני החברה והיא זכאית להן, כך שרק במקרה והחברה תבחר לעשות אחרת היא תבטל את ההסכם ותדרוש את הפיצוי כמפורט להלן.

2. החוזה מגדיר את המחוייבות של החברה להקים את המגדל ולמסור משרד ספציפי ללקוח. בהתאם לכך, ובכפוף לקיום המחוייבויות של הלקוח, החברה אינה רשאית למכור משרד זה ללקוח אחר במהלך הבניה ולאחריה ועד מסירת המשרד ללקוח.

3. במקרה של הפרת החוזה מצד הרוכש במהלך הבניה, עומדות לחברה מספר חלופות שהראשונה שבהן הינה אכיפת קיום ההסכם תוך קבלת פיצוי מוסכם בגין ההפרה (במקביל לאכיפה) והחלופה השנייה הינה ביטול ההסכם תוך קבלת פיצויים להם זכאית החברה (הניתנים לקיזוז מתוך התמורה שהעביר הרוכש), הכל כמפורט בחוות הדעת המשפטית המצורפת וכמפורט להלן.

4. להלן תמצית הסעדים העומדים לחברה, על בסיס חוות הדעת המשפטית, כאשר ההבחנה בין קיום ההסכם לבין אכיפתו מתבססת על עצם קיומו של הליך משפטי:

א. **קיום ההסכם** - במקרה זה זכאית החברה לקבלת הפרשי הצמדה וכן לקבלת ריבית מצטברת בשיעור של 1% לחודש או בשיעור המרבי ובאופן המחושב על משיכת יתר חריגה בחשבונות חח"ד, לפי הגבוה מביניהם, החל מהמועד בו היה צריך הרוכש לבצע את התשלום ועד למועד פירעונו.

ב. **אכיפת ההסכם** - כאשר במקרה דנן, בסבירות גבוהה בית המשפט ייטה לאכוף את ההסכם.

בנוסף לאכיפה, תהא זכאית החברה לסעדים כגון ריבית והצמדה בגין פיגור בתשלומים ו/או תהא החברה זכאית לתבוע את הפיצוי המוסכם (כפי שמונח זה מוגדר בחוזה) ו/או נזקים שנגרמו לה.

ג. **ביטול ההסכם** אפשרות זאת הינה אפשרות העומדת לחברה ובמקרה זה זכאית החברה לקבל את הפיצוי המוסכם או פיצוי גבוה יותר (במקרה של נזק לחברה עקב ביטול ההסכם העולה על הפיצוי המוסכם, בכפוף להוכחת הנזק ותוך ויתור על הפיצוי המוסכם). בהתאם להסכמים פיצויים אלו ניתנים לקיזוז מתוך הכספים שהתקבלו בחברה מהרוכש ואמורים להיות מוחזרים לרוכש. במקרה זה של ביטול, בכפוף להשבת הכספים לרוכש, בקיזוז הפיצוי המוסכם או נזקים העולים עליו _ בין בהסכמה עם הרוכש ובין בהליך משפטי), תוכל החברה למכור את המשרד לצד שלישי.

5. הסעדים האמורים לעיל (קיום ההסכם, אכיפתו או ביטול ההסכם וקבלת פיצוי) הינם סעדים המוזכרים במפורש בחוזה, והם ניתנים לאכיפה בהתאם לתקדימים משפטיים במקרים דומים שהגיעו לבתי המשפט. זאת, בפרט לאור העובדה כי לא מדובר בלקוחות פרטיים הרוכשים דירות לצורכי מגורים אלא בחברות, שותפויות וגופים עסקיים נוספים, הרוכשים משרדים לצורך עסקיהם, ואשר הינם משקיעים "מתוכחמים".

6. בכוונת החברה לאמץ באימוץ מוקדם את תקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15 (IFRS) בדבר הכנסות מחוזים עם לקוחות.

פרק ב' - תקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15 (IFRS) בדבר הכנסות מחוזים עם לקוחות

מטרת תקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15 היא לקבוע עקרונות בדבר המהות, הסכום, העיתוי ואי-הוודאות של הכנסות ותזרימי מזומנים מחוזים עם לקוחות. התקן קובע, כי על ישות מדווחת להכיר בהכנסה שתשקף את העברת הסחורות או השירותים שהובטחו ללקוחות, בסכום השווה לתמורה שהישות המדווחת צופה להיות זכאית לה עבור סחורות או שירותים אלו.

התקן קובע, כי לגבי כל מחוייבות ביצוע שזוהתה בחוזה, יש לקבוע במועד תחילת החוזה האם מחוייבות הביצוע תקויים לאורך זמן או בנקודה מסויימת בציר הזמן.

סעיף 35 לתקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15 קובע, כי ישות מדווחת מעבירה שליטה בסחורות או שירותים לאורך זמן, ולכן מקיימת מחוייבות ביצוע ומכירה בהכנסה לאורך זמן, בהתקיים אחד מהקריטריונים הבאים.

הסעיף קובע:

An entity transfers control of a good or service over time and, therefore, satisfies a performance obligation and recognises revenue over time, if one of the following criteria is met:

- (a) the customer simultaneously receives and consumes the benefits provided by the entity's performance as the entity performs (see paragraphs B3–B4);
- (b) the entity's performance creates or enhances an asset (for example, work in progress) that the customer controls as the asset is created or enhanced (see paragraph B5); or
- (c) the entity's performance does not create an asset with an alternative use to the entity (see paragraph 36) and the entity has an enforceable right to payment for performance completed to date (see paragraph 37).

סעיף 36 לתקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15 קובע, כי לא קיים שימוש אלטרנטיבי לנכס שיוצר על ידי הביצוע של הישות המדווחת, כאשר הישות המדווחת מוגבלת חוזית מלכוון את הנכס לשימוש אחר במהלך יצירת הנכס, או שהיא מוגבלת פרקטית מלכוון את הנכס לשימוש אחר לאחר השלמתו.

הסעיף קובע:

An asset created by an entity's performance does not have an alternative use to an entity if the entity is either restricted contractually from readily directing the asset for another use during the creation or enhancement of that asset or limited practically from readily directing the asset in its completed state for another use. The assessment of whether an asset has an alternative use to the entity is made at contract inception. After contract inception, an entity shall not update the assessment of the alternative use of an asset unless the parties to the contract approve a contract modification that substantively changes the performance obligation. Paragraphs B6–B8 provide guidance for assessing whether an asset has an alternative use to an entity.

סעיף 37 לתקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15 קובע, כי יש להביא בחשבון את תנאי החוזה וחוקים כלשהם, כאשר נבחנת זכות הניתנת לאכיפה לקבלת תשלום בגין הביצוע שהושלם עד כה. לצורך כך, הישות המדווחת נדרשת להיות זכאית לסכום שמפצה אותה לפחות בגין הביצוע שהושלם עד כה במקרה של הפרה מצד הרוכש.

הסעיף קובע:

An entity shall consider the terms of the contract, as well as any laws that apply to the contract, when evaluating whether it has an enforceable right to payment for performance completed to date in accordance with paragraph 35(c). The right to payment for performance completed to date does not need to be for a fixed amount. However, at all times throughout the duration of the contract, the entity must be entitled to an amount that at least compensates the entity for performance completed to date if the contract is terminated by the customer or another party for reasons other than the entity's failure to perform as promised. Paragraphs B9–B13 provide guidance for assessing the existence and enforceability of a right to payment and whether an entity's right to payment would entitle the entity to be paid for its performance completed to date.

סעיף B9 לתקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15 קובע, כי סכום שמפצה את הישות המדווחת לפחות בגין הביצוע שהושלם עד כה הינו סכום השווה בקירוב למחיר המכירה של הסחורות או השירותים שהועברו עד כה, ולא פיצוי בגין הפסד הרווח הפוטנציאלי במקרה של ביטול החוזה. כדוגמה לסכום השווה בקירוב למחיר המכירה של הסחורות או השירותים שהועברו עד כה, התקן מציין סכום השווה להשבת העלויות שהתהוו לישות המדווחת לצורך ביצוע המחוייבות, בתוספת שולי רווח סבירים. הסעיף קובע:

In accordance with paragraph 37, an entity has a right to payment for performance completed to date if the entity would be entitled to an amount that at least compensates the entity for its performance completed to date in the event that the customer or another party terminates the contract for reasons other than the entity's failure to perform as promised. An amount that would compensate an entity for performance completed to date would be an amount that approximates the selling price of the goods or services transferred to date (for example, recovery of the costs incurred by an entity in satisfying the performance obligation plus a reasonable profit margin) rather than compensation for only the entity's potential loss of profit if the contract were to be terminated. Compensation for a reasonable profit margin need not equal the profit margin expected if the contract was fulfilled as promised, but an entity should be entitled to compensation for either of the following amounts:

- (a) a proportion of the expected profit margin in the contract that reasonably reflects the extent of the entity's performance under the contract before termination by the customer (or another party); or
- (b) a reasonable return on the entity's cost of capital for similar contracts (or the entity's typical operating margin for similar contracts) if the contract-specific margin is higher than the return the entity usually generates from similar contracts.

סעיף B10 לתקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15 קובע, כי כאשר נבחנת זכות הניתנת לאכיפה לקבלת תשלום בגין הביצוע שהושלם עד כה, יש לשקול האם תהיה לישות המדווחת זכות הניתנת לאכיפה לדרוש (או לא להשיב) תשלום בגין הביצוע שהושלם עד כה, אם החוזה יבוטל לפני השלמתו בגין סיבות שאינן כשל הישות המדווחת לבצע את החוזה כפי שהובטח. הסעיף קובע:

An entity's right to payment for performance completed to date need not be a present unconditional right to payment. In many cases, an entity will have an unconditional right to payment only at an agreed-upon milestone or upon complete satisfaction of the performance obligation. In assessing whether it has right to payment for performance completed to date, an entity shall consider whether it would have an enforceable right to demand or retain payment for performance completed to date if the contract were to be terminated before completion for reasons other than the entity's failure to perform as promised.

סעיף B11 לתקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15 קובע, כי כאשר הלקוח פועל לביטול החוזה מבלי שתהיה לו הזכות לעשות כן, החוזה עשוי להעניק לישות המדווחת זכות להמשיך ולהעביר ללקוח את הסחורות או השירותים שהובטחו בחוזה, ולדרוש שהלקוח ישלם את התמורה שהובטחה. בנסיבות אלו, לישות המדווחת קיימת זכות לקבלת תשלום בגין הביצוע שהושלם עד כה. הסעיף קובע:

In some contracts, a customer may have a right to terminate the contract only at specified times during the life of the contract or the customer might not have any right to terminate the contract. If a customer acts to terminate a contract without having the right to terminate the contract at that time (including when a customer fails to perform its obligations as promised), the contract (or other laws) might entitle the entity to continue to transfer to the customer the goods or services promised in the contract and require the customer to pay the consideration promised in exchange for those goods or services. **In those circumstances, an entity has a right to payment for performance completed to date because the entity has a right to continue to perform its obligations in accordance with the contract and to require the customer to perform its obligations** (which include paying the promised consideration).

ההדגשה לא במקור.

סעיף B12 לתקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15 קובע, כי לצורך הערכת קיומה ויכולת אכיפתה של זכות לקבלת תשלום בגין הביצוע שהושלם עד כה, יש לשקול את תנאי החוזה, וכן חקיקה או תקדים משפטי, שעשויים להשלים או לגבור על תנאים חוזיים אלו. הסעיף קובע:

In assessing the existence and enforceability of a right to payment for performance completed to date, an entity shall consider the contractual terms as well as any legislation or legal precedent that could supplement or override those contractual terms. This would include an assessment of whether:

- (a) legislation, administrative practice or legal precedent confers upon the entity a right to payment for performance to date even though that right is not specified in the contract with the customer;
 - (b) relevant legal precedent indicates that similar rights to payment for performance completed to date in similar contracts have no binding legal effect;
- or

(c) an entity's customary business practices of choosing not to enforce a right to payment has resulted in the right being rendered unenforceable in that legal environment. However, notwithstanding that an entity may choose to waive its right to payment in similar contracts, an entity would continue to have a right to payment to date if, in the contract with the customer, its right to payment for performance to date remains enforceable.

חשוב לציין, כי לצורך הכרה בהכנסה בהתאם לתקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15, אין דרישה שהתנאים יתקיימו בהסתברות וודאית של 100%. כך למשל, לצורך זיהוי חוזה עם לקוחות, נדרש כי יהיה זה צפוי שהישות המדווחת תגבה את התמורה לה היא זכאית בגין העברת הסחורות או השירותים ללקוח. המונח צפוי מוגדר כיותר סביר מאשר לא, לאמור הסתברות של מעל 50%. מכאן, שהרציונל של התקן הוא שיש להכיר בהכנסה על בסיס תרחישים סבירים, ולא ודאיים. כמו כן, ניתן להבין כי העקרון המנחה את התקן הוא התבססות על זכות שניתנת לאכיפה בפועל מבחינה משפטית/חוקית, גם כאשר לישות אין כוונה לממש אותה ו/או אין זה צפוי שתבחר לממש אותה ולאכוף בפועל.

בפרק זה נראה, כי מחוייבות הביצוע של החברה מקיימת לאורך זמן. זאת, באמצעות קיום שני התנאים הנדרשים בתקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15, לפיהם הביצוע אינו יוצר נכס עם שימוש אלטרנטיבי לחברה, וכן קיימת זכות הניתנת לאכיפה לקבלת תשלום בגין הביצוע שהושלם עד כה. כפי שצויין לעיל וכפי שנאמר במפורש בחוות הדעת המשפטית המצורפת הזכות לקבלת תשלום בגין הביצוע שהושלם עד כה קיימת בצורה מלאה מכוח סעד קיום החוזה ואכיפתו. בסיום פרק זה נראה, כי המסקנה החשבונאית האמורה לעיל עולה בקנה אחד עם המהות הכלכלית של העסקה. למעלה מן הדרוש, יצויין כי נוסף לזכות הקיום והאכיפה לחברה עומדת גם הזכות לבטל את החוזה ולקבל פיצוי.

תקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15 קובע, כי לגבי כל מחוייבות ביצוע שזוהתה בחוזה, יש לקבוע במועד תחילת החוזה האם מחוייבות הביצוע תקויים לאורך זמן או בנקודה מסויימת בציר הזמן. במקרה שבו מחוייבות הביצוע תקויים לאורך זמן, יש להכיר בהכנסה לאורך זמן באמצעות מדידת ההתקדמות לקראת קיום מלא של מחוייבות הביצוע. מאידך, כאשר מחוייבות הביצוע תקויים בנקודה מסויימת בציר הזמן, יש להכיר בהכנסה בנקודה זו.

בהקשר זה נקבע (כאמור בפרק ב' לעיל), כי אחת החלופות לקיום מחוייבות הביצוע לאורך זמן מקוימת, כאשר מתקיימים שני התנאים הבאים:

1. הביצוע של הישות המדווחת אינו יוצר נכס שבאפשרות הישות המדווחת לעשות בו שימוש אלטרנטיבי, וכן
2. לישות המדווחת קיימת זכות הניתנת לאכיפה לקבלת תשלום בגין הביצוע שהושלם עד כה.

בהתאם לאמור בפרק הרקע העובדתי, במקרה בו עסקינן הביצוע של החברה אינו יוצר נכס עם שימוש אלטרנטיבי לחברה. זאת משום, שהחוזה מגדיר את המחוייבות של החברה להקים את המגדל ולמסור משרד ספציפי ללקוח. בהתאם לכך, ובכפוף לקיום המחוייבויות של הלקוח, החברה אינה רשאית למכור משרד זה לצד ג' במהלך הבניה.

בהקשר זה יש לציין, כי תקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15 קובע, שאין להביא בחשבון מצב של ביטול החוזה לצורך ההערכה האם הישות המדווחת רשאית לעשות שימוש אלטרנטיבי בנכס. לאמור, בחינת השימוש האלטרנטיבי בנכס מתבצעת תחת ההנחה של קיום החוזה וללא הפרה של מי מהצדדים, ולא תחת ההנחה של ביטולו. כפועל יוצא, על אף שקיימת לחברה זכות חוזית למכור את המשרד לצד ג' במקרה של הפרה מצד הרוכש וביטול ההסכם, הרי שזכות חוזית זו אינה רלוונטית לשאלת השימוש האלטרנטיבי של החברה בנכס.

לעניין התנאי השני האמור לעיל, תנאי זה מתקיים בכל שלב במהלך ביצוע החוזה, שכן לחברה קיימת זכות הניתנת לאכיפה לקבלת תשלום בגין הביצוע שהושלם עד כה. זאת משום, שהחל ממועד ההתקשרות בחוזה, החברה והלקוח מחוייבים לקיים את החוזה עד סופו. לאמור, הלקוח מחוייב לקיים את המחוייבויות שלו (בעיקר תשלום התמורה לחברה) והחברה מחוייבת לקיים את המחוייבויות שלה (בעיקר הקמת המגדל ומסירת המשרד ללקוח).

יתרה מזו, בהתאם לאמור בפרק הרקע העובדתי, אף במקרה של הפרה מצד הרוכש במהלך הבניה, החברה זכאית (בנוסף לקבלת פיצוי) לדרוש את קיום החוזה, לאמור, השלמת הבניה ומסירת המשרד לרוכש המפר, בתמורה למחיר המלא שנקבע בחוזה. חשוב להדגיש, כי סעד זה הינו סעד המוזכר במפורש בחוזה, והוא ניתן לאכיפה בהתאם לדין ולהליכים משפטיים במקרים דומים שהגיעו לבתי המשפט. זאת, בפרט לאור העובדה כי במקרה זה הרוכשים הינם חברות, שותפויות וגופים עסקיים נוספים, הרוכשים משרדים לצורך עסקיהם.

בהקשר זה יש לציין, כי תקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15 קובע, שכאשר הלקוח פועל לביטול החוזה בלא שתהיה לו זכות לעשות כן (לרבות כאשר הלקוח אינו מבצע את המחוייבות שלו כפי שהובטח בחוזה), החוזה עשוי לאפשר לישות המדווחת להמשיך ולהעביר ללקוח את הסחורות או השירותים שהובטחו בחוזה, לאכוף את החוזה, ולדרוש מהלקוח לשלם את התמורה שהובטחה עבור אותם סחורות או שירותים. בנסיבות אלו, לישות המדווחת קיימת זכות לקבלת תשלום בגין הביצוע שהושלם עד כה, שכן לישות המדווחת קיימת זכות להמשיך ולבצע את המחוייבויות שלה בהתאם לחוזה, ולדרוש מהלקוח לבצע את המחוייבויות שלו (לרבות תשלום התמורה שהובטחה).

המסקנה החד משמעית העולה מהאמור לעיל הינה, שגם בהתעלם מהסעדים הנוספים המוקנים לחברה בחוזה (קבלת פיצוי וביטול החוזה), עצם קיומה של הזכות החוזית של החברה לדרוש את קיום החוזה עד סופו מובילה למסקנה, שלחברה קיימת זכות הניתנת לאכיפה לקבלת תשלום בגין הביצוע שהושלם עד כה. תשלום המקדמות על בסיס התקדמות הפרוייקט תומך מזווית כלכלית/עסקית במסקנה זו.

חשוב להדגיש, כי נספח הדוגמאות להמחשה הנלווה לתקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15, כולל דוגמה הזהה בעיקרה למקרה בו עסקינן (בהקשר של חלופת קיום החוזה). הדוגמה הכלולה בסעיפים IE84 עד IE88 לנספח עוסקת בישות מדווחת המקימה פרוייקט למגורים, ומתקשרת עם לקוחות למכירת דירה ספציפית לכל לקוח. במועד הכניסה לחוזה הלקוח משלם פקדון שאינו ניתן להחזרה, ולאורך תקופת הבניה הלקוח משלם תשלומי התקדמות. ללקוח אין זכות חוזית לבטל את החוזה אלא אם הישות המדווחת לא מקיימת את המחוייבות שלה כפי שהובטח. מאידך, אם הלקוח מפר את החוזה על ידי אי תשלום של תשלומי ההתקדמות לאורך תקופת הבניה, הישות המדווחת תהיה זכאית לקבל את מלוא התמורה שהובטחה בחוזה,

וזאת כנגד השלמת הקמת הדירה ומסירתה ללקוח.

הדוגמה קובעת, כי לא ניתן לעשות שימוש אלטרנטיבי בחלק הדירה שהוקם, מכיוון שהחווה אוסר על הישות המדווחת להעבירו דירה ספציפית זו לצד ג'. בהקשר זה עוד נקבע בדוגמה, כי אין להביא בחשבון אפשרות של ביטול החווה, לצורך הקביעה האם הישות המדווחת רשאית להעביר את הדירה לצד ג' אם לאו.

עוד קובעת הדוגמה, כי לישות המדווחת קיימת זכות הניתנת לאכיפה לקבלת תשלום בגין הביצוע שהושלם עד כה. זאת משום, שכאשר הלקוח אינו עומד במחויבויות שלו, לישות המדווחת יש זכות חוזית לקבל את מלוא התמורה שהובטחה בחווה, אם היא תמשיך לבצע את המחויבות שלה כפי שהובטח.

לאור קיום שני התנאים לעיל, הדוגמה קובעת כי מחויבות הביצוע של הישות המדווחת מתקיימת לאורך זמן, ולפיכך יש להכיר בהכנסה לאורך זמן באמצעות מדידת ההתקדמות לקראת קיום מלא של מחויבות הביצוע.

באופן דומה, גם במקרה בו עסקינן יש להגיע למסקנה זהה. לאמור, אף מבלי להביא בחשבון את שני הסעדים הנוספים המוקנים לחברה בחווה (קבלת פיצוי וביטול החווה), לחברה קיימת זכות הניתנת לאכיפה לקבלת תשלום בגין הביצוע שהושלם עד כה, וזאת לאור הזכות החוזית שלה לדרוש את קיום החווה עד סופו.

דומה שהדוגמה בתקן תואמת במלואה את המקרה הנדון, כאילו נכתבה על בסיס הרקע העובדתי של המקרה שבפנינו.

ללא קשר עם המסקנה העולה, יש לציין כי קיים גם סעד ביטול החווה, בתוספת הפיצוי, העולים לכדי זכות הניתנת לאכיפה של החברה לקבלת תשלום בגין הביצוע שהושלם עד כה. בהתאם לאמור בפרק הרקע העובדתי, במקרה של הפרה מצד הרוכש במהלך הבניה, החברה זכאית (בנוסף לקבלת פיצוי) לדרוש את ביטול החווה, לאמור השלמת הבניה ומכירת המשרד לצד ג'. חשוב להדגיש, כי גם סעד זה הינו סעד המוזכר במפורש בחווה, והוא ניתן לאכיפה בהתאם לתקדימים משפטיים במקרים דומים שהגיעו לבתי המשפט.

תקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15 קובע, שלישות המדווחת קיימת זכות לקבלת תשלום בגין ביצוע שהושלם עד כה, כאשר הישות המדווחת תהיה זכאית לסכום שמפצה אותה לפחות בגין הביצוע שהושלם עד כה במקרה של הפרה מצד הרוכש. בהקשר זה התקן קובע, כי סכום שמפצה את הישות המדווחת לפחות בגין הביצוע שהושלם עד כה, הינו סכום השווה בקירוב למחיר המכירה של הסחורות או השירותים שהועברו עד כה, ולא פיצוי בגין הפסד הרווח הפוטנציאלי במקרה של ביטול החווה. כדוגמה לסכום השווה בקירוב למחיר המכירה של הסחורות או השירותים שהועברו עד כה, התקן מציין סכום השווה להשבת

העלויות שהתהוו לישות המדווחת לצורך ביצוע המחוייבות, בתוספת שולי רווח סבירים.

חשוב להדגיש כי כאשר הלקוח מפר את החוזה, המשמעות הכלכלית במועד ההפרה של בחירת החברה בסעד ביטול החוזה, הינה זכות לקבלת תשלום מהלקוח המפר. במילים אחרות, "חילוט" חלק המשרד שהושלם עד כה וקבלת פיצוי, כפי שנקבע עם הלקוח המפר במועד הכניסה לחוזה, ובנוסף עומדת לה לבחירתה, הזכות המשפטית והחוקית לתבוע מהלקוח פיצויים, על בסיס הוכחת נזק, כמו למשל במקרה של ירידת מחירים העולה על סכום הפיצוי המוסכם.

יצויין כי בהתאם להסכם לחברה הזכות לקזז את הפיצויים להם היא זכאית מדמי ההשבה לו זכאי הלקוח. לפיכך, ולמרות שדרישות התקן מתקימות באופן מלא בשל קיומה של זכות האכיפה וקיום החוזה, החלופה השניה של ביטול החוזה וקבלת הפיצוי המוסכם או לחלופין קבלת פיצוי בגין נזקים שנגרמו לחברה ככל שאלה עולים על הפיצוי המוסכם, תומכים גם הם במסקנה הברורה של זכות החברה לקבלת תמורה בגין העבודה שבוצעה לאורך תקופת הקמת המשרד.

ניתוח המהות הכלכלית

חשוב להדגיש, כי המסקנה החשבונאית האמורה לעיל בהתאם להוראות תקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15, לפיה יש להכיר בהכנסה ממכירת המשרדים לאורך זמן עם התקדמות הבניה, עולה בקנה אחד עם המהות הכלכלית של העסקה.

עם זאת, בחינת הוראות תקן חשבונאות בינלאומי מספר 18 (IAS) בדבר הכנסות, מובילה למסקנה שונה. תקן חשבונאות בינלאומי מספר 18 קובע, כי יש להכיר בהכנסות ממכירת סחורות כאשר מתקיימים חמישה תנאים, ובין היתר העברת הסיכונים והתשואות המשמעותיים הנובעים מהבעלות על הסחורות ואי שמירה על מעורבות ניהולית נמשכת או שליטה אפקטיבית על הסחורות. כפועל יוצא, בהתאם לתקן חשבונאות בינלאומי מספר 18, יש להכיר בהכנסה במקרה בו עסקינן במועד מסירת המשרדים ללקוחות.

יש לציין, כי הכרה בהכנסה של קבלן בונה במועד מסירת המשרדים ללקוחות מגלמת עיוות כלכלי שאינו תואם את התוכן העיסקי של פעילותו של הקבלן הבונה, באופן שבו הדוחות הכספיים מספקים מידע שאינו רלוונטי למשתמשים בהם.

לשם ההמחשה, נניח לדוגמה חברה שמקימה מגדל משרדים במשך חמש שנים, ומוכרת ללקוחות שונים את מרבית המשרדים בשלבים הראשונים של הקמת המגדל, או אף בטרם ההקמה החלה. עוד נניח, שצפוי שההטבות הכלכליות המיוחסות לעסקה יזרמו לחברה, וכן שהעלויות שיתהוו לחברה בגין העסקה ניתנות למדידה באופן מהימן. אומדן הרווח היזמי כפי שנאמד במועד הכניסה לחוזה נותר ללא שינוי לאורך תקופת

ההקמה ועד למועד מסירת המשרדים בפועל ללקוחות. כעת נניח, שבתום השנה הרביעית, השרטוטים, היסודות, הקמת שלד המגדל והמעטפת הסתיימו, ונותר לבצע כ- 20% נוספים עד להשלמת המגדל ומסירת המשרדים ללקוחות.

במקרה זה, הדוחות הכספיים לשנה הרביעית (כמו גם לשלוש השנים הראשונות) יכללו הוצאות שיווק, הנהלה, כלליות וכל עלות אחרת שלא ניתן לייחס אותה במישרין להקמת המגדל. מאידך, הדוחות הכספיים לשנה הרביעית לא יכללו את הרווח היזמי ממכירת המשרדים, אשר צפוי להיות מוכר בדוחות הכספיים של השנה החמישית. עם זאת, ברור לכל כלכלן, אנליסט ומשקיע פוטנציאלי, ששווי החברה בשנה הרביעית וההון העצמי "האמיתי" שלה גבוה באופן משמעותי משוויה בשנה הראשונה ומההון העצמי בשנה הראשונה אף שבפועל בגלל העלויות שלא ניתן להוונן החברה מציגה הון נמוך יותר מבהתחלה.

בהתאם לתקן חשבונאות בינלאומי מספר 18, הון החברה בדוחות הכספיים לשנה הרביעית יצביע דווקא על גרעון בהון, שכן אין להכיר בהכנסה (וכפועל יוצא ברווח היזמי) עד מועד מסירת המשרדים בפועל ללקוחות ומאידך החברה דווחה על הוצאות ברוח רווח והפסד באופן שוטף. באופן דומה, אין ספק כי הגידול בשווי הכלכלי של החברה בשנה החמישית בהשוואה לשנה הרביעית הינו נמוך באופן משמעותי מהגידול בהון החשבונאי של החברה באותה תקופה, המשקף את מלוא הרווח היזמי בגין הפרוייקט כולו, שיוכר בשנה החמישית.

בהקשר זה יש לציין, כי נעשה נסיון לפתור את העיוות הכלכלי האמור באופן חלקי בפרשנות מספר 15 של הוועדה לפרשנויות של דיווח כספי בינלאומי (IFRIC) בדבר הסכמים להקמת מבנים. פרשנות מספר 15 קובעת, כי לגבי הכנסות מהקמת מבנים, במקרים מסוימים הישות המדווחת עשויה להעביר לקונה את השליטה ואת הסיכונים והתשואות המשמעותיים הנובעים מהבעלות על העבודה בתהליך במצבה הנוכחי עם התקדמות ההקמה. במקרים אלה, אם כל הקריטריונים בתקן חשבונאות בינלאומי מספר 18 מתקיימים ברציפות עם התקדמות ההקמה, יש להכיר בהכנסות לפי שלב ההשלמה תוך שימוש בשיטת שיעור ההשלמה.

יתרה מזו, הבסיס למסקנות הנלווה לפרשנות מספר 15 כולל טיעון כלכלי כדלהלן: "אם ההכנסות מוכרות רק כאשר מתקיימים התנאים שבתקן חשבונאות בינלאומי מספר 18 להכרה בהכנסות ממכירת סחורות, הדוחות הכספיים אינם משקפים את יצירת הערך הכלכלי של הישות באותה תקופה והם רגישים למניפולציות". טיעון כלכלי זה אמנם לא התקבל בפרשנות מספר 15, אולם יש בו כדי לחדד את העיוות הכלכלי הנגרם כתוצאה מהכרה בהכנסה של קבלן בונה במועד מסירת המשרדים ללקוח.

יש לציין, כי על אף הנסיון של הוועדה לפרשנויות של דיווח כספי בינלאומי (IFRIC) לפתור את העיוות הכלכלי כאמור לעיל, הרי שבהתאם לאמור בפרק הרקע העובדתי, במקרה בו עסקינן לא ניתן לומר שכל הקריטריונים בתקן חשבונאות בינלאומי מספר 18 מתקיימים ברציפות עם התקדמות ההקמה. לפיכך, בהתאם להוראות תקן חשבונאות בינלאומי מספר 18, יש להכיר בהכנסה ממכירת המשרדים במועד מסירת המשרדים בפועל ללקוחות, חרף קיומו של העיוות הכלכלי האמור.

מאידך, כאמור לעיל, ההוראה החשבונאית בתקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15, לפיה יש להכיר בהכנסה ממכירת המשרדים לאורך זמן עם התקדמות הבניה, עולה בקנה אחד עם המהות הכלכלית של העסקה, ומובילה למידע שימושי ורלוונטי למשתמשים בדוחות הכספיים. הכרה בהכנסה כאמור יש בה כדי להסיר עיוות כלכלי מהותי מאוד שזכה לביקורת תיאורטית במשך שנים רבות לרבות לעניין חוסר הרלבנטיות של הדוחות הכספיים של קבלנים בונים תחת הוראות תקן חשבונאות בינלאומי מספר 18.

המסקנה העולה מפרק הניתוח הינה, שבהתאם להוראות תקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15, יש להכיר בהכנסה ממכירת המשרדים במגדל הצפוני בפרוייקט הארבעה בתל אביב לאורך זמן עם התקדמות הבניה. זאת משום, ששני התנאים להלן מתקיימים:

תנאי ראשון - הביצוע של החברה אינו יוצר נכס עם שימוש אלטרנטיבי לחברה. זאת משום, שהחזוה מגדיר את המחוייבות של החברה להקים את המגדל ולמסור משרד ספציפי ללקוח. בהתאם לכך, ובכפוף לקיום המחוייבויות של הלקוח, החברה אינה רשאית למכור משרד זה לצד ג' במהלך הבניה ובהתאם אינה יוצרת לעצמה נכס עם שימוש אלטרנטיבי.

תנאי שני - לחברה קיימת זכות הניתנת לאכיפה לקבלת תשלום בגין הביצוע שהושלם עד כה.

התנאי השני האמור לעיל מתקיים, שכן אף במקרה של הפרה מצד הרוכש במהלך הבניה, החברה זכאית (בנוסף לקבלת פיצוי) לדרוש את קיום החזוה, לאמור, השלמת הבניה ומסירת המשרד לרוכש המפר, בתמורה למחיר המלא שנקבע בחזוה. בהתאם לאמור בתקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15, סעד זה מהווה זכות לקבלת תשלום בגין הביצוע שהושלם עד כה.

ללא קשר לכך, גם סעד ביטול החזוה וקבלת פיצוי בעקבות הפרת הלקוח יכול לתמוך כלשעצמו במסקנה זאת, אם כי הדבר לא נדרש בהתאם לתקן. בהקשר זה חשוב להדגיש, כי תשלום המקדמות לפי קצב ההתקדמות בפרט לאור העובדה כי לא מדובר בלקוחות פרטיים הרוכשים דירות מגורים אלא בחברות, שותפויות וגופים עסקיים נוספים, הרוכשים משרדים לצורך עסקיהם, תומכים אף הם במסקנה האמורה.

לסיכום ניתן לומר, כי המודל החשבונאי בתקן דיווח כספי בינלאומי מספר 15, לפיו יש להכיר בהכנסה ממכירת המשרדים לאורך זמן עם התקדמות הבניה, עולה בקנה אחד עם המהות הכלכלית של העסקה, ומאפשרת הצגה של מידע שימושי ורלוונטי למשתמשים בדוחות הכספיים.

בברכה,

שלומי שוב, רו"ח

IFRS קונסולטינג בע"מ

חג'ג', בוכניק, ויינשטיין ושות' משרד עורכי דין ונוטריונים

Hagag, Buchnik, Weinstein & Co. Law Offices & Notaries

Itzhak Hagag Adv. LL.M, BA (BUS)
Chen Buchnik Adv. LL.M
Igal Weinstein Adv. BA (BUS)
Nadav Avramovich Adv. LL.M
Shachar Shimony Adv. BA (BUS)
Ala Diab Adv. & Notary. LL.M, EMLE (ECON)*
Erez Ten-Ami Adv.
Elan Levi Adv.
Eliana Saguy Sternberg Adv. BA
Tamir Rath Adv. LL.M
Hila Hackmon Adv.
Or Levy-Biber Adv.
Kobi Michael Adv.
Orly Malki-Mizrahie Adv.
Ruth Offek Adv.
Masha Greenzaid Adv. LL.M
Galit Azulay Adv.
Ben Tsur Sharabi Adv.
Maxim Filanovsky Adv.
Gilad Ohayon Adv. BA (ECON), MA (GOV)
Elodie Kalimi Adv.
Ortal Ittah Adv.
Dror Reicher Adv.
Zehavit Dorfman Adv.
Lior Funkelstein Adv.
Yoav Yair Adv.
Efrat Shpilman Adv.*
Shira Asher Adv.
Moshe Izkoviz Adv.
Elad Koton Adv.

מרכז עזריאלי 1, המגדל העגול, קומה 32, תל אביב 67021
One Azrieli Center, Circular Tower, 32nd floor Tel-Aviv
טל: +972 (3) 6081733 פקס: +972 (3) 6081732

E-mail: office@hbw-law.com דוא"ל:

6081732

07 אוגוסט 2014

יצחק חג'ג, ע"ד
חן בוכניק, ע"ד
יגאל ויינשטיין, ע"ד
נדב אברמוביץ, ע"ד
שחר שמעוני, ע"ד
עלא דיאב, ע"ד ונוטריון
ארז תן-עמי, ע"ד
אילן לוי, ע"ד
אליענה שגיא שטרנברג, ע"ד
תמיר רט, ע"ד
הילה חכמון, ע"ד
אור לוי-ביבר, ע"ד
קובי מיכאל, ע"ד
אורלי מלכי – מזרחי ע"ד
רות אופק, ע"ד
מאשה גרינזאיד, ע"ד
גלית אזולאי, ע"ד
בן צורי שרעבי, ע"ד
מקסים פילנובסקי, ע"ד
גלעד אוהיון, ע"ד
אלודי קלימי, ע"ד
אורטל איטח, ע"ד
דרור רייכר, ע"ד
זהבית דורפמן, ע"ד
ליאור פונקלשטיין, ע"ד
יואב יאיר, ע"ד
אפרת שפילמן, ע"ד*
שירה אשר, ע"ד
משה איצקוביץ, ע"ד
אלעד קוטון, ע"ד

* European Master in Law & Economics

*הסמכה בנוי יורק

לכבוד

קבוצת חג'ג' מגדלי הארבעה בע"מ (להלן: "החברה")

שלום רב,

הנדון: חוות דעת – פרויקט "מגדלי הארבעה – המגדל הצפוני"

להלן חוות דעתנו בשאלה, מהם הסעדים המוקנים לחברה במקרה בו רוכש אשר התקשר עם החברה בהסכם שעניינו רכישת יחידת משרדים על ידו במגדל הצפוני המוקם במסגרת פרויקט מגדלי הארבעה (להלן: "ההסכם"), הפר את חיוביו עפ"י ההסכם.

במקרה זה, עומדות בפני החברה 3 חלופות (הן עפ"י ההסכם והן עפ"י הדין): קיום ההסכם, דרישה לאכיפתו או ביטולו וכן בנוסף, או בפני עצמה, הזכות לפיצויים, כמפורט להלן.

יודגש כי הסעדים המוקנים לחברה בהסכם הינם בנוסף ומבלי לגרוע מכל התרופות ו/או הסעדים המוקנים לחברה עפ"י הדין.

קיום ההסכם

1. האפשרות הראשונה היא שהחברה תבחר בהמשך קיומו של ההסכם כך שהתקשרות הצדדים בהסכם תמשיך ותעמוד בעינה ותחייב את הצדדים.

כמו כן, לחברה מוקנים הסעדים הקבועים בהסכם לעניין פיגור במילוי התחייבות מצד הרוכש, כגון במקרה של איחור בתשלום מצד רוכש (אשר זו למעשה ההתחייבות העיקרית של הרוכש עד להשלמת הבנייה ומסירת החזקה ביחידה לרושתו), זכאית החברה לקבלת הפרשי הצמדה וכן לקבלת ריבית מצטברת בשיעור של 1% לחודש או בשיעור המרבי ובאופן המחושב על משיכת יתר חריגה בחשבונות הח"ד, לפי הגבוה מביניהם, החל מהמועד בו היה צריך הרוכש לבצע את התשלום ועד למועד פירעונו בפועל.

בנוסף, לחברה מוקנית הזכות לדרישת הפיצוי המוסכם הקבוע בהסכם ו/או לתביעת הנוקים וההוצאות וכיוצ"ב אשר נגרמו בשל הפרתו של הרוכש, כמפורט בסעיפים 4 ו-6 להלן.

לסיכום, יוצא אפוא כי במקרה של קיום ההסכם זכויותיה של החברה נשמרות במלואן ובנוסף, זכאית החברה לסעדים כגון ריבית והצמדה ו/או זכאית החברה לתבוע את קבלת הפיצוי המוסכם ו/או נזקים (כמפורט בסעיפים 4 ו-6 להלן).

אכיפת ההסכם

2. האפשרות השנייה העומדת לחברה הינה לתבוע את אכיפתו של ההסכם כאשר במקרה דנן, בהתאם לדין, קיימת סבירות גבוהה שבית המשפט ייטה לאכוף את ההסכם.

כך גם דעת הפסיקה בנושא בקובעה כי: "דיני החוזים הישראלים ביצרו מאז חקיקת חוק התרופות את מעמד הבכורה של תרופת האכיפה כתרופה העיקרית שזכאי לה הנפגע בעקבות הפרת חוזה. אולם, אין מדובר באפשרות בלתי מוגבלת וככל שמדובר בסעד האכיפה, מפרט חוק התרופות בסעיף 3 סייגים שונים לזכות זו. ואולם, הואיל וסעד האכיפה הוא הכלל והסייגים להענקתו הם החריג, נפסק לא אחת כי על המפר הנטל לשכנע את ביהמ"ש כי אכן התקיימו התנאים המצדיקים את החלתו של איזה מן הסייגים השוללים את זכותו של הנפגע לאכיפה, וכל ספק המתעורר בהקשר זה פועל לטובת הנפגע"¹.

יצוין, כי עפ"י ס' 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א – 1970 (להלן: "חוק החוזים תרופות") קיימים 4 סייגים לסעד האכיפה, כאשר הרלוונטי לענייננו הינו הסייג הקבוע בסעיף 3(4) לחוק התרופות - "אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין" אולם, במקרה דנן סביר יהא כי הפרת הסכם המכר לרכישת יחידת משרדים לא תיכנס בגדר סייג זה.

ניתן למצוא לכך ביסוס מהפסיקה בקובעה כי:

"סייג זה הוא בעל הרקמה הפתוחה ביותר בהשוואה ליתר הסייגים המנויים בסעיף 3. אולם, אף שהסייג עושה שימוש במונח "צדק", ביהמ"ש פוסק כי יש לפרשו בזהירות הראויה"².

עוד כפי שנקבע: "אימתי תראה אכיפת החוזה בלתי צודקת בנסיבות העניין? אין מדובר ברשימת כללים ברורה וסדורה, אלא במענה הניתן בכל מקרה ומקרה בהתחשב בנסיבות הייחודיות לו וזאת לאורך כל ציר הזמן שעד מועד מתן פסק הדין. בהידרשו לשאלה האם האכיפה אינה צודקת בנסיבות העניין, על ביהמ"ש להחליט למי מהצדדים יגרם עוול גדול יותר הן במובן המעשי הן במובן המוסרי אם תתקבלנה טענותיו של הצד שכנגד. סעד האכיפה יישלל רק אם ביהמ"ש יגיע למסקנה כי זוהי התוצאה הצודקת ביותר בהתחשב באינטרסים הלגיטימיים של שני הצדדים. אך בעשותו במלאכת השקילה, חשוב לזכור שהנפגע והמפר אינם ניצבים באותה נקודת מוצא, ולנפגע "יתרון פתיחה המוקנה לו על פני המפר". מאזני הצדק נוטים, על כן, לכתחילה לטובת הנפגע הזכאי לאכיפת החוזה כסעד אשר לו מעמד הבכורה והם יוסיפו וייטו לטובתו אלא אם כן יוכיח המפר כי מתקיימים שיקולים כבדי משקל ההופכים את האכיפה לבלתי צודקת בנסיבות העניין וכי אי-הצדק שייגרם מהאכיפה הוא חמור ומהותי במיוחד. בהתאם לכך הודגש בפסיקה לא אחת כי יש להעדיף את הנפגע התמים על המפר שפעל בניגוד להתחייבותו בחוזה, כי לא כל הכבדה על המפר תוביל לשלילת זכותו של הנפגע לאכיפה וכי רק אם יוכיח המפר שקיים פער ניכר ביותר בין העוול שיגרם לו מאכיפת החוזה ובין העוול שייגרם לנפגע אם יסתפק בפיצויים, תענה בקשתו לפטור מאכיפה."³

לאור העובדה שהתחייבותו העיקרית של רוכש הינה תשלום התמורה הקבועה בהסכם, במועדים הקבועים בהסכם, הרי לא נראה כי הפרה של התחייבות כזו יכולה לשלול את סעד האכיפה משיקולי צדק, קל וחומר במקרה של רכישה של יחידת משרדים בפרויקט דנן הנעשית על ידי רוכשים עסקיים ו"מתוחכמים".

¹ עא 5131/10 רחל אזימוב נ' אפרים בנימיני. יצוין כי ביהמ"ש העליון הפך את קביעתו של ביהמ"ש המחוזי בקובעה כי לא התקיים הסייג וכי יש לאכוף את ההסכם.

² שם

³ שם

יצוין בהקשר זה, כי עפ"י סעיף 4 לחוק החוזים תרופות, ייתכן וביהמ"ש יתנה את אכיפת ההסכם בקיום חיוביה של החברה עפ"י ההסכם, זאת ככל והחברה הפרה אף היא במקביל את איזו מבין התחייבויותיה עפ"י הוראות ההסכם.⁴

בנוסף לסעד האכיפה, לחברה מוקנית הזכות לדרישת הפיצוי המוסכם הקבוע בהסכם ו/או לתביעת הנזקים וההוצאות וכיוצ"ב אשר נגרמו בשל הפרתו של הרוכש, הכל בכפוף וכמפורט בסעיפים 4 ו-6 להלן.

יצוין עפ"י הפסיקה, כי צירופם של פיצויים מוסכמים לתביעת אכיפה, כמו גם צירופה של האכיפה לתביעת פיצויים בהוכחת נזק הינה אפשרית, כל עוד הפיצוי אינו מיועד לפצות על נזק שיש בצו האכיפה המבוקש כדי לרפא, אלא על נזק אחר שאין בכוחו של הצו לרפא לדוגמא: נזק תוצאתי או לא ממוני שנגרם עקב איחור בביצוע חיובי הרוכש.⁵

לסיכום חלק זה, יוצא אפוא כי החלופה השנייה הינה שהחברה תתבע את אכיפתו של ההסכם ולאור פסיקות ביהמ"ש בנושא, קיימת סבירות גבוהה שיינתן צו אכיפה במקרה דנן, כך שזכויותיה של החברה תישמרנה במלואן במקרה זה. בנוסף לאכיפה, תהא זכאית החברה לסעדים כגון ריבית והצמדה בגין פיגור בתשלומים ו/או תהא החברה זכאית לתבוע את הפיצוי המוסכם ו/או נזקים (בכפוף וכמפורט לעיל ולמפורט בסעיפים 4 ו-6 להלן).

ביטול ההסכם

3. האפשרות השלישית העומדת לחברה, הן עפ"י ההסכם והן עפ"י דין, הינה בחירתה של החברה בביטולו של ההסכם ע"י החברה, זאת ללא הצורך בסיוע ביהמ"ש על מנת לממש זכות זו. ביטול ההסכם ייעשה במתן הודעה בכתב מאת החברה לרוכש המפר.

בהקשר זה, יש להציג את ההבחנה בין הפרה יסודית להפרה שאינה יסודית. עפ"י חוק החוזים תרופות הפרה יסודית הינה: "הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה" או "הפרה שהוסכם עליה בחוזה שתיחשב ליסודית", כאשר תניה גורפת בחוזה העושה הפרות להפרות יסודיות ללא הבחנה ביניהן, אין לה תוקף אלא אם היתה סבירה בעת כריתת החוזה.

עוד בהקשר זה, נראה כי אין חולק שהפרה בדמות אי ביצוע תשלומי התמורה מהווה הפרה יסודית.

בנוסף, בהסכם דנן, אמנם קיימת תניה גורפת לגבי הפרות יסודיות, אולם לגבי חובת ביצוע התשלומים המוטלת על הרוכש עפ"י ההסכם (אשר זו למעשה ההתחייבות העיקרית של הרוכש עד להשלמת הבנייה ומסירת החזקה ביחידה לרשותו כנ"ל), ישנה תניה ספציפית (שאינה גורפת) בנספח התשלומים (נספח ד' להסכם) הקובעת כי תנאי התשלום ומועדיהם הינם תנאים יסודיים של ההסכם והפרתם תהווה הפרה יסודית של ההסכם ולפיכך, יוצא אפוא כי הפרה מצד רוכש בכל הנוגע לביצוע תשלומים על ידו תהווה בכל מקרה הפרה יסודית.

עוד יצוין, כי ככל וההפרה אינה יסודית, הרי שקיימת לחברה הזכות לבטל את ההסכם לאחר שניתנה לרוכש ארכה לתיקון ההפרה אולם הרוכש לא תיקן את ההפרה תוך זמן סביר לאחר מתן הארכה. כנגד זה, רשאי הרוכש המפר לטעון תוך זמן סביר ממתן ההודעה כי ביטול החוזה היה בלתי צודק, כאשר נטל ההוכחה לעניין זה מוטל עליו.

בהסכם דנן (לאור האבחנה באופן הביטול בין הפרה יסודית להפרה שאינה יסודית כמתואר לעיל) קיימת הוראה לפיה החברה, בכל מקרה שהוא, תמסור הודעה ותתן ארכה לרוכש המפר, טרם ביטול ההסכם על ידה.

בהתאם להוראות סעיף 9 לחוק החוזים תרופות וכפי שאף נקבע בהוראות ההסכם, במקרה של ביטול ההסכם זכאי הרוכש להשבה של הסכום ששולם על ידו לחברה לאותו מועד, **בניכוי סכומי הפיצויים להם זכאית החברה כמפורט ובכפוף לאמור בסעיפים 4 ו-6 להלן ובכפוף לאמור להלן לעניין הליווי הבנקאי** קרי, להשבה חלקית.⁶

⁴ ע"א 288/80 וינקלר נ' סודרי

⁵ גבריאלה שלו ויהודה אדר, דיני חוזים – התרופות, עמ' 523.

⁶ ע"א 2702/92 גיזברג נ' בן יוסף.

בהקשר זה יצוין, כי בהתאם להוראות ההסכם, במקרה של ביטול כאמור החברה מחוייבת להשיב לרוכש את הסכום ששולם על ידו לחברה עד לאותו מועד, ורשאית לקזז מסכום ההשבה את הפיצוי המוסכם וכל נזק שנגרם לה מעבר לו, ברם קיזוז נזק נוסף כאמור יהא כפוף לאמור בסעיף 6 להלן ולאמור להלן לעניין הליווי הבנקאי, כאשר השוני הוא שבמצב דברים זה הכסף יכול ויהיה בידי החברה והרוכש הוא זה שיצטרך להגיש תביעה (הכל בכפוף לאמור להלן לעניין הליווי הבנקאי).

לעניין הליווי הבנקאי של הפרויקט והשלכותיו, חשוב לציין, כדלקמן:

לאור זאת שהפרויקט דגן הינו פרויקט יזמי המלווה ע"י בנק מלווה – בנק מזרחי טפחות בע"מ, אשר מנפיק ערבויות חוק מכר לרוכשים כנגד ביצוע תשלומים ע"י הרוכשים לחשבון הפרויקט באמצעות שוברי תשלום, הרי שלצורך ביטול ההסכם, השבה לרוכש של הכספים המגיעים לו ומכירת היחידה נשוא הביטול לצדדים שלישיים, כמו גם חילוט כספי הפיצויים ע"י החברה, יש צורך בביטולן של ערבויות חוק המכר ע"י הבנק.

בנוסח כתב הערבות המונפקת לרוכשים בפרויקט מצוין, בין יתר המקרים לפקיעתה של הערבות, כי פקיעתה של הערבות יהא במקרה בו:

"בוטל חוזה המכר, ומסרתם לנו מסמך חתום בידיכם ומאומת בידי עורך דין, המאשר כי הושבו לכם הכספים ששילמתם על חשבון מחיר הדירה בצירוף הפרשי הצמדה כאמור בערבות זו, בניכוי כל סכום שעליו הוסכם בניכום לבין המוכר במסמך ביטול חוזה המכר בכתב או בניכוי כל סכום שנקבע בפסק דין או החלטה אחרת של רשות שיפוטית מוסמכת בישראל".

יוצא אם כן, כי לצורך חילוט כספי הפיצויים (וביטול הערבות) ע"י החברה והשלמת ביטול ההסכם (לרבות החזר הכספים המגיעים לרוכש בעקבות הביטול) ומכירת היחידה לצד ג', על החברה יהא להגיע להסכמה בכתב עם הרוכש המפר בדבר הסך שיחולט מתוך הכספים ששולמו על ידו או לחילופין, במקרה של חוסר הסכמה עם הרוכש בדבר הסך שיחולט, יהא על החברה לנקוט בהליך משפטי לביטול ההסכם וחילוט הפיצויים ולמסור לבנק מסמך ובו מצוין הסך שינוכה מן הסך שיושב לקונה, כפי שייקבע בפסק הדין שיינתן.

לסיכום, במקרה בו ביטלה החברה את ההסכם בשל הפרתו של הרוכש כאמור, הרי שכספו של הרוכש יושב לו מאת החברה כאשר לצורך חילוט הפיצויים (המפורטים בסעיף 4 ו-6 להלן ובכפוף לאמור שם) השלמת הביטול ומכירת היחידה לצד ג', יש צורך בהגעה להסכמה עם הרוכש לגבי גובה הסך שיחולט או לחילופין, במקרה של אי הסכמה, יש צורך בהחלטה שיפוטית לעניין זה.

על מנת שלא להיפגע מביטול ההסכם כאמור, על החברה יהא למכור את היחידה לצד שלישי במחיר שלא יפחת ממחיר העסקה שבוטלה בניכוי הסכומים אשר חולטו ע"י החברה או התקבלו בידה לאור החלטה שיפוטית כאמור לעיל, לפי העניין.

ככל ומחיר המכירה לצד שלישי יהא נמוך מכך או לחילופין מחיר השוק יפחת בצורה ברורה, הרי שעל החברה יהא לתבוע הפסד זה של ירידת ערך במסגרת תביעתה לפיצויים כאמור בסעיפים 4 ו-6 להלן.

בהקשר זה, ככל שירידת הערך תהיה גבוהה מהיקף הפיצוי המוסכם, תהא החברה רשאית לתבוע את נזקיה בפועל ויהא עליה להוכיח את נזקיה ולוותר על הפיצוי המוסכם (ראה סעיפים 4 ו-6 להלן)

הזכות לפיצויים

4. כאמור לעיל, בכל אחת מהחלופות הנ"ל זכאית החברה לתבוע מאת הרוכש פיצויים בשל הפרתו את ההסכם. יצוין כי עפ"י סעיף 1 לחוק החוזים תרופות, נזק הינו לרבות מניעת רווח.

הפיצויים להם זכאית החברה בשל הפרת ההסכם מצד הרוכש מתחלקים ל-2 סוגי פיצויים:

א. פיצויים ללא חובת הוכחת נזק

בהתאם לסעיף 11 ב לחוק החוזים תרופות, ככל והופר חיוב לשלם סכום כסף, זכאית החברה, ללא הוכחת נזק, לפיצויים בסכום הריבית על התשלום שבפיגור מיום ההפרה ועד יום התשלום, בשיעור המלא לפי חוק פסיקת ריבית, תשכ"א 1961 אם לא קבע בימ"ש שיעור אחר. במקרה זה אף לא מוטלת חובה על החברה להקטנת הנזק.

בהקשר זה, קובע הסכם המכר בעניינו את שיעור הריבית על איחור בתשלום כאמור לעיל.

פיצויים מוסכמים

בין במקרה של קיום, בין במקרה של אכיפה ובין במקרה של ביטול, זכאית החברה לתבוע את הפיצויים המוסכמים הקבועים בהסכם במקרה של הפרה מצד הרוכש.

בהתאם לסעיף 15 לחוק החוזים תרופות, הזכות לפיצויים מוסכמים אינה טעונה הוכחת נזק ואף אינה חושפת את החברה לטענות בדבר הקטנת נזק ואשם תורם.

בהקשר זה, דבריו של השופט המלומד דוד קציר, בספרו תרופות בשל הפרת חוזה⁷:

"בענין זה דחו בתי המשפט, עוד מתחילת הדברים, את הטענות שאין לפסוק את הפיצוי המוסכם יחד עם האכיפה. ובחייבם את המפר לקיים את ההסכם, נפסקו לחובתו גם הפיצויים המוסכמים, בשל עצם ההפרה, וללא זיקה אל הנזק האפשרי שההפרה עלולה הייתה לגרום; וכך הם נהגו בין אם המדובר היה באכיפתו של חיוב כספי, ובין אם נאכף חוזה למכירתו של נכס. וכך גם, כאשר נזק הנפגע לתרופת הביטול או כאשר הפיצוי המוסכם נתבע בלא זיקה אל אחת התרופות הללו".

בהסכם דנן, עומד גובה הפיצוי המוסכם ע"ס של 10% ממחיר היחידה שנרכשה בהסכם, כולל מע"מ ובתוספת הפרשי הצמדה.

לגבי גובה הפיצוי המוסכם, לפי סעיף 15א סיפא לחוק החוזים תרופות, רשאי בימ"ש להפחית את הפיצויים המוסכמים אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה אולם זאת רק במקרים חריגים בהם קיים העדר של כל יחס סביר בין הפיצוי המוסכם לבין הנזק הצפוי⁸. יצוין, כי הן הרוכש והן החברה, מצהירים בהסכם המכר כי רואים הם את סך הפיצוי המוסכם כפיצוי הולם לנזק שהם רואים אותו כתוצאה מסתברת של הפרה יסודית של ההסכם על ידי הרוכש.

ב. פיצויים עם חובת הוכחת נזק

בין במקרה של קיום, בין במקרה של אכיפה ובין במקרה של ביטול, זכאית החברה לתבוע, הן עפ"י ההסכם והן עפ"י הדין, פיצויים בגין נזק שנגרם לחברה עקב ההפרה ותוצאותיה ושהרוכש ראה אותו או היה עליו לראותו בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה.

5. לסיכום עד כאן, במקרה של קיום ההסכם או אכיפתו, הרי שזכויותיה של החברה נשמרות אפוא במלואן וזאת בין אם תתקבל דרישתה של החברה לקבלת הפיצוי המוסכם או הפיצויים בגין הנזק המוכח, בין אם יופחת גובה הפיצוי המוסכם ובין אם לא יתקבל כלל פיצוי.

במקרה של ביטול ההסכם, הרי שחשיפתה של החברה הינה בכל הנוגע למחיר מכירתה של היחידה לצד שלישי וגובה הפיצוי המוסכם או הפיצוי בגין נזק מוכח.

בהקשר זה ככל ומחיר השוק יירד, הרי שהסיכוי לכך שביהמ"ש לא יכיר בגובה הפיצוי המוסכם הקבוע בהסכם הינו נמוך הרבה יותר.

ככל ומחיר השוק לא ישתנה או יעלה והיחידה תימכר בשנית, הרי שלא תהא חשיפה לחברה אם כי הסיכוי שביהמ"ש יפחית את גובה הפיצוי המוסכם יהא פחות נמוך.

⁷ דוד קציר, תרופות בשל הפרת חוזה, הוצאת תמר 1991, עמ' 1048.

⁸ גבריאלה שלו, דיני חוזים, כרך ג', האוניברסיטה הפתוחה מהדורת תש"ס, עמ' 399.

6. דרישה לפיצוי המוסכם בנוסף לדרישה לפיצויים בגין הנזק

עפ"י הפסיקה בנושא וכן עפ"י ההסכם, ניתן לתבוע פיצויים מוסכמים לא רק כתרופה עצמאית אלא גם במצטבר לתביעת פיצויים רגילה בהוכחת נזק, זאת כל עוד מתייחסות תביעות הפיצויים הנ"ל (הפיצויים המוסכמים והפיצויים בהוכחת נזק) לראשי נזק שונים.⁹

אך ורק ככל שקיימת חפיפה בין מקורות הפיצוי במובן זה שצירופם גורם למצב של כפל פיצוי על אותו נזק יידרש הנפגע להסתפק באחד ממקורות הפיצוי.¹⁰

בהקשר זה, ככל שלחברה נזק גבוה יותר מגובה הפיצוי המוסכם, יכולה החברה לתבוע את נזקה בפועל, ובמקרה כזה, ככל שעסיקן באותו ראש נזק נשוא הפיצוי המוסכם, הרי שבתביעה כזו להוכחת נזק בפועל תיאלץ החברה לוותר על דרישה/תביעה לפיצוי המוסכם. ככל שהנזק בפועל גבוה מהפיצוי המוסכם רשאית החברה לתבוע ת הנזק בפועל, תוך ויתור על הפיצוי המוסכם, ובמקרה כזה הנזק הנטען דרוש הוכחה מטעם החברה.

בכבוד רב,

חג'ג', בוכניק, ויינשטיין ושות'

משרד עורכי דין ונוטריון

נדב אברמוביץ', עו"ד

⁹ תא (י-ם) 6344-04 חיים שושן, יבוא יצוא ומסחר בע"מ נ' א.ב.א ויקטורי חברה לניהול אחזקות בע"מ.

¹⁰ ע"א 3908/03 סינאי נ' סופר.