



ענף התשתיות בצל משבר הקורונה

שורה של פרויקטים משמעותיים בתחום התשתיות והבינוי יצאו לדרך בשנת 2019, ושנת 2020 נפתחה בתחזית אופטימית להשקעות רבות בתשתיות לאומיות, ביניהם המשך פיתוח כבישים, רכבות, תחנות כוח, מתקני התפלה ועוד. התפרצות מגפת הקורונה (COVID-19) מציבה אתגרים רבים על אפשרותן של חברות לקיים את ההתחייבויות החוזיות לסיום הפרויקטים במועד המוסכם וחברות רבות עשויות להיות במצב של הפרת חוזים.

עדכון זה בוחן אם מגפת הקורונה היא אירוע של כוח עליון במסגרת חוזי פרויקטי התשתיות.

אמנם, כמעט בלתי אפשרי להתעדכן בהשפעות קצרות הטווח של "משבר הקורונה" שמשנתות לפי שעה, מומחים קובעים כי ההשפעות על ענף התשתיות הן ארוכות טווח ובהיקפים רחבים. מומחים בישראל, ביניהם נשיא התאחדות הקבלנים בוני הארץ, ראול סרוגו, הזהירו כי התפרצות הקורונה עלולה לגרום נזק עצום בענף הבנייה ובכלכלת ישראל ולהפסד תוצר של מיליארדי שקלים. להערכתו של סרוגו, "ימנעו השלמת בניית מעל 112 אלף דירות שנמצאות בבנייה פעילה כרגע. כלומר, מעל חצי מיליון תושבי ישראל יקבלו את הדירה שלהם באיחור ניכר. ובמקביל, ייפגעו שוכרי דירות ומספר גדול של פרויקטי תשתית ובניה ציבורית חיוניים יתאחרו מאוד או לא יצאו כלל לדרך. בהם - מחלקות חדשות בבתי חולים, בתי ספר, גני ילדים, מבני ממשל, ומדינה, מחלפים וכבישים קריטיים, תחנות רכבת, פרויקטי התחדשות עירונית שימנעו פגיעה בנפש, ועוד".

אי לכך, הקלה וויתור על תנאים חוזיים מסוימים ואף מתן תמיכה כספית, הנה חיונית כדי להבטיח במקסימום האפשרי את יכולת הקבלנים להמשיך בפעילות הבנייה והתשתיות במהלך התפרצות המגפה, ובכך לצמצם את הפגיעה הכלכלית במדינת ישראל בעקבות התפרצות מגפת הקורונה.

למגפת הקורונה יש השלכה על ביצוע פרויקט התשתית כולו—והגורמים המעורבים יאלצו להתמודד עם אתגרים רבים ומורכבים בניהול הפרויקט עקב מחסור בכוח אדם לבנייה, מחסור בחומרי גלם להשלמת הפרויקט, עיכובים בבניה, העמדת מימון בתנאי שוק לא וודאיים, התמודדות עם ביטולי חוזה של קבלני משנה וספקים, והתייקרות הפרויקט לנוכח דרישות תבראותיות חדשות. יתרה מכך, בפרויקטי PPP תיתכן פגיעה ביכולת הפקת ההכנסות, ועשויה להיווצר חוסר וודאות לגבי יכולת פירעון הלוואת והאם יחולטו ערבויות שהועמדו למלווים.

אם נקיש מהניסיון הסיני שהקדים את ישראל בחודשיים, ניתן לעמוד על המאמץ הסיני להגן על חברות בנייה ותשתיות, מפני נזקים שנגרמו במסגרת חוזיהם עקב התפרצות מגפת הקורונה. בהיקשר זה,

מועצת סין לקידום סחר בינלאומי (CCPIT) הנפיקה יותר מ-1,600 תעודות "כוח עליון". ובעוד שהתעודה של CCPIT עשויה להיות מוכרת על ידי צדדים מסוימים, המפתח לקביעה האם התפרצות מגפת הקורונה הוא אירוע כוח עליון הוא בחינת כל הסכם לגופו.

להלן מספר נקודות שיש לקחת בחשבון בעת בחינת התחייבויות חוזיות במסגרת הכרה בהתפרצות מגפת הקורונה כאירוע של כוח עליון.

הגדרה חוזית של המונח "כוח עליון"

בישראל דוקטרינת הסיכול בדיני חוזים מאפשרת לצד לחוזה להשתחרר מהתחייבויותיו החוזיות במקרה שבו אירוע כוח עליון לא מאפשר את קיום החוזה.

אפשרות החברה המפרה להשתחרר מחוזה יכולה להיות על בסיס הפטור המוענק בסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות), אשר מגדיר שלושה תנאים לפיהם צד יכול להשתחרר מהתחייבות חוזית. הראשון, היעדר ידיעה או צפייה מראש של הנסיבות שגרמו לסיכול החוזה, כלומר קיום נסיבות חריגות ולא צפויות, בגדר כוח עליון. השני, קיום נסיבות שלפיהן ביצוע החוזה הפך בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים. שלישית, יש לבחון את אי היכולת של הצד המפר למנוע את התרחשות הנסיבות המפרות. התרופות העיקריות בחוק לסיכול חוזה הן זכות הביטול וזכות ההשבה והשיפוי. המונח כוח עליון זכה לפרשנות שאינה אחידה בפסיקת בתי המשפט בישראל, ולכן גם לא ניתן לקבוע באופן ברור כיצד יסווג משבר הקורונה.

כל שכן, יש לבחון כל חוזה בנפרד ולראות אם הצדדים קבעו הסדר שונה, ולא נפוץ, בנוגע להתרחשות אירוע מגפה ככוח עליון. בדרך כלל ההגדרה החוזית של אירוע כוח עליון כוללת רשימה ארוכה של מקרים שלמרות שאינם: (א) צפויים במועד חתימת החוזה; (ב) בשליטת הצדדים, (ג) נגרמים במישרין או בעקיפין מאשמה או רשלנות של הצד המבקש סעד, (ד) ומונעים או מעכבים את הצד המפר לבצע את התחייבויותיו החוזיות- מקרים אלה אינם מהווים אירוע רוח עליון. בהרבה הסכמים מגפה אינה נכללת הן בהגדרה של אירוע כוח עליון וגם לא נכללת ברשימת החריגים.

השפעה על הסכמי הפרויקט

לדעת כותב העדכון, ברוב המובהק של הפרויקטים מגפת הקורונה מהווה אירוע כוח עליון, וכאשר באים לבחון האם ביצוע הפרויקט הפך לבלתי אפשרי והאם השפעת הכוח העליון פוגעת בביצוע הפרויקט יש לשקול, בין היתר, האם בהסכמת המזמין (והמלווים), ייתכנו שינויים בלוחות הזמנים ובתנאים המסחריים כדי לאפשר את המשך קיום החוזה. בנוסף, יש לשקול האם ישנן התחייבויות חוזיות נוספות שעשויות להשפיע על צדדי ג' שקשורים בהסכמי "back to back" ובמצב זה לבחון האם ההגדרה של כוח עליון אכן זהה בכל אחד מהסכמי הפרויקט.

בנוסף, חלק ניכר מהחוזים כוללים סעיף לפיו, גם אם יש אירוע כוח עליון, עד שהאירוע אינו נמשך מעל מנין ימים מסוים (לרוב קובעים 21 ימים ואף לעיתים רואים 45 ימים) אין זכאות חוזית להתשחרר ממחויבויות במניין הימים "הראשוני". סעיפים אלה נשמעים סבירים בעת ניהול המשא ומתן, אולם במבחן המציאות, די ב-5 ימי עבודה שלא מוצאו כדי לאתגר את כל הפרויקט באופן משמעותי ביותר.

לאור ההשפעות הקשות שצפויות לענף התשתיות והבנייה לנוכח אירוע הקורונה, ואף למשק הישראלי באופן כללי, מזמיני הפרויקטים (הציבוריים) והמלווים אשר יידרשו לשקול בקשות קבלנים להכרה באירוע קורונה כאירוע כוח עליון, צריכים לשקול את טובת הפרויקט תוך התחשבות בהשפעות הקשות על כלל ענף התשתיות והבנייה אם אירוע הקורונה לא יוכר כאירוע כוח עליון.

כמו כן, יש להפיק לקחים רבים מהתפרצות מגפת הקורונה בעת ניסוח הוראות כוח עליון בפרויקטים עתידיים.