

משמעות תניית גב-אל-גב בהסכם קבלנות / דורון אפיק, עו"ד*

לקוח של משרדנו שימש קבלן משנה בפרויקט בניה. כשהגיע מועד התשלום טען הקבלן הראשי, כי מכיוון שלא קיבל את כספו ממזמין העבודה אין הוא מחויב לשלם לקבלן המשנה וזאת למרות שאין כל הסכם בין הצדדים הקובע זאת. האם קיימת תלות בין התשלום לקבלן הראשי לחובת התשלום שלו?

בפרויקטים רבים בתחום הבניה, מזמין העבודה מתקשר בחוזה עם קבלן לביצוע העבודה במלואה והקבלן מתקשר עם קבלני משנה לביצוע עבודות שונות, כאשר במקרים רבים כוללים הסכמי המשנה תניית גב-אל-גב. משמעות תניית גב-אל-גב היא שההסכם שבין הקבלן הראשי לקבלן המשנה כפוף להסכם בין המזמין לקבלן הראשי ובדרך כלל הגורם הבלעדי המאשר והמשלם עבור העבודות הוא המזמין וביצוע התשלומים של הקבלן הראשי לקבלן המשנה מותנה בקבלת תשלום על ידו.

לתניה זו יש הגיון מסחרי, שהרי ללא תניה זו עלול הקבלן הראשי למצוא עצמו משלם לקבלני המשנה בעוד שהוא לא קיבל תשלום – דבר העשוי לגרום, ביחוד בפרויקטים גדולים, למשבר אשראי ואף חדלות פירעון. עם זאת, לעתים אי התשלום אינו נובע מאשמתו של קבלן המשנה.

במקרה של עסקת קבלנות לבניה אשר נדון בבית המשפט בסוף יוני, 2016, לא היה קיים כל הסכם בין הקבלן הראשי וקבלן המשנה אך בית המשפט קבע שבפועל הצדדים התנהלו כאילו היתה תניית גב-אל-גב והמזמין הוא שאישר תשלומים, כשקבלן המשנה פעל ישירות מול המזמין לאישור העבודות. כאן נקבע שהתשלום לקבלן המשנה מותנה בתשלום לקבלן הראשי.

במקרה שנדון בתחילת 2016 בבית המשפט דובר בחברת ההנדסה שפעלה כקבלן בפרויקט והתקשרה בחוזה קבלנות משנה לביצוע עבודות ספציפיות עם תניית "גב אל גב". בית המשפט קבע, כי תכליתה של תניית "גב אל גב" היא, ככלל, למנוע מצב שבו ייאלץ הקבלן לשלם לקבלן המשנה עבור עבודה שלא אושרה ולא שולמה התמורה בגינה על ידי מזמין העבודה בשל גורמים הקשורים בקבלן המשנה, כגון עבודה שבוצעה באופן חלקי או לקוי. לפיכך, על אף קיומה של תניית "גב אל גב" בהסכם שבין הצדדים ואף אם לא קיבל הקבלן תשלום ממזמין העבודה, אין בכך כדי לבטל את חבותו לשלם לקבלן המשנה אם ייקבע שקבלן המשנה אכן ביצע את העבודה כראוי. במקרה אחר מסוף אפריל, 2016, נדון מקרה בו קבלן המשנה ביצע עבודה אך המזמין לא שילם בשל אי התאמה של העבודה. בית המשפט קבע, כי למרות קיום תניית גב-אל-גב, הקבלן הראשי מחויב לשלם לקבלן המשנה מכיוון שהמחדל היה של הקבלן הראשי ולא של קבלן המשנה.

פעמים רבות ההתקשרות בין קבלנים וקבלני משנה נעשית ללא כל הסכם או בהסכם שנעשה ללא יעוץ משפטי (ביחוד על ידי קבלן המשנה). לאור המורכבות של מערכת היחסים כשקיים גורם נוסף (המזמין) בתמונה, חשוב שבעתיים לערב עורך דין המתמחה בתחום כבר בשלב הטרם חוזי, אך בוודאי ככל שקיים עיכוב בתשלומים.

* עו"ד דורון אפיק הינו נוטריון ועורך דין והוא השותף המנהל של משרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com) המתמקד בדיני חברות, דיני מקרקעין, עסקאות בינלאומיות ופיננסיות, לרבות עסקאות מיזוג ורכישה, ומימון ואף מרצה בתחום במסגרת תואר מנהל עסקים Executive MBA באוניברסיטה העברית בירושלים. עו"ד אפיק בוגר הכשרה של האיחוד האירופי ביישוב סכסוכים בינלאומיים מחוץ לכותלי בית המשפט (גישור ובוררות). לפרטים נוספים: 03-609.3.609 או במייל: afiklaw@afiklaw.com

The Meaning of a Back-to-Back Agreement Clause / Doron Afik, Esq.*

A client of our firm acted as a subcontractor in a construction project. When it was time for our client to receive payment, the primary contractor argued that because it did not received payment from its customer, it is not obliged to pay the subcontractor, despite the fact that there is no agreement between the parties that determines so. Is there a dependency between the primary contractor's obligation to pay its subcontractors and the receipt of funds by it?

In many construction projects the contracting party enters into an agreement with a contractor for the whole work and the contractor then enters sub-contractor agreements for segments of the work. The sub-contractor's agreements often include a back-to-back clause. The meaning of a back-to-back clause is that the agreement between the main contractor and the subcontractor is subject to the agreement between the original customer and the primary contractor and usually the original customer is the only one to confirm the work and the payment and payment of the primary contractor to the subcontractor is contingent upon receipt of payment by the primary contractor.

Such a clause has a commercial logic, because without this stipulation, the primary contractor may find itself paying subcontractors whole not being paid - which may result, especially on large projects, in a credit crisis and even insolvency. However, sometimes non-payment is not due to the fault of the sub-contractor.

In a construction project dispute discussed in Court in late June, 2016, there was no agreement in place between the contractor and sub-contractor but the Court held that in practice, the parties acted as if there was a back-to-back clause and the original not only approved all payments but acted directly vis-à-vis the sub-contractor to approve the works. The Court held that the payment to the subcontractor was subject to the receipt of payment by the primary contractor.

In a case discussed in Court at the beginning of 2016 an engineering company acted as a contractor in a project and contracted with a subcontractor for specific works with a "back to back" clause. The Court held that the purpose of a "back to back" clause is, normally, to prevent a situation where the contractor need pay the subcontractor for work that was not approved or paid for by the client due to grounds related to the subcontractor, such as partial or improper work. Despite the existence of a "back to back" clause in the agreement between the parties and even if the contractor did not receive payment from the client it does not cancel the obligation of the contractor to pay the subcontractor if it is found that the subcontractor did properly conduct the work. In another case, discussed at the end of April, 2016, the customer did not pay due to flaws in the work. The Court held that despite the back-to-back clause, the main contractor is obliged to pay the subcontractor because the failure was by the main contractor.

In many cases the engagement between contractors and subcontractors is done without any agreement or an agreement made without legal advice (especially by the subcontractor). In view of the complexity of the relationship where there is another factor (the customer) in the picture, it is even more important than usual to involve an attorney specializing in the field already at the pre-contract stage, but surely as there is a delay in payments.

*Doron Afik is a notary public and an attorney and is the managing partner of Afik & Co., Attorneys and Notaries (www.afiklaw.com). He is admitted to practice law both in Israel and in New York and is also a licensed Notary Public in Israel. Doron is an adjunct professor at Hebrew University Doron teaches Mergers and Acquisitions as part of the EMBA program. Doron's practice focuses primarily on international transactions, including mergers and acquisitions, dispute resolution and issues of public law. For additional details: +972-3-6093609 or at the e-mail: afiklaw@afiklaw.com.