



צילום: עמית שורן

עו"ד ענבל בית הלחמי-רבין

מעמדה ה"בטוחתי" של הערת האזהרה - הגיעה העת שהמחוקק יאמר את דברו

גם השאלה האם לא ראוי ונכון יותר שהנכס נשוא ההתחייבות ישרת את הנשייה הקולקטיבית, ולא דווקא את בעל ההתחייבות שטרם הושלמה.

דילמה זו התעוררה ביתר שאת בהליכי חדלות פרעון של חברות בנייה אשר קריסתן הכלכלית הותירה פרויקטים טעוני השלמה, ללא מקורות מימון זמינים, ולאחר שרוכשי דירות חדשות שלזכותם נרשמה הערת אזהרה שילמו תמורת (מלאות או חלקיות) לקבלן.

עוד בעניין איטונג הוכר בכך שלא תמיד יוכל בעל ההערה לזכות בנכס מושא ההתחייבות, אך נקבע כי מכיון שאי אפשר למחוק את ההערה ללא הסכמתו, יהיה צורך לפדות את הסכמתו בכסף. בהחלטה שניתנה בתיק פשר (ת"א) 2629/86

חברת אברהם גינדי בע"מ בפירוק נ' מאורה ברקאי (החלטה מיום 24 באוגוסט 2003) ("הלכת ברקאי") ערך בית המשפט המחוזי חלוקה "גסה" (כהגדרתו) בין שני סוגים של מקרים: מקרה שבו בניית הפרויקט נמשכת על פי התכנון המקורי (גם אם על ידי צד שלישי), ומקרה שבו בניית הפרויקט, המצוי בשלב תחילי, אינה יוצאת אל הפועל, ולמעשה במסגרת ההליך תבצע התקשרות לטובת ביצוע פרויקט חדש.

במקרה הראשון, קבע בית המשפט, אפשר לייחס לבעל ההערה זיקה לנכס ספציפי שרכש, ועל כן עם השלמת הפרויקט יהיה מקום למסור לו את הנכס שרכש ב"עין". במקרה השני זיקה זו נשללת, ולכן די יהיה בפדיון כספי, שאופן קביעתו נדון בהמשכה של החלטה זו.

עם זאת, **בשני המקרים** מעמדו העדיף של בעל הערת האזהרה הקנה לו זכות, בקדימות ליתר נושי החברה, לקבלת נכס או החזר כספי.

הערת האזהרה, אותו כלי רישומי שנועד למנוע תקלות ותאונות משפטיות על רקע משטר רישום המקרקעין הבעייתי הקיים במדינת ישראל, משמשת זה עשורים מושא להתדיינות משפטית בלתי פוסקת.

נדמה כי מאז הוכר מעמדה של הערת האזהרה ככזו המקנה למי שלזכותו נרשמה גם מעמד של נושה מובטח, מתחבטים בתי המשפט באשר להיקף ההגנה המשפטית שיש להעניק לזכאי על פי ההערה, כאשר בפועל במקרים מסוימים מתברר כי הכרה במעמדה הבטוחתי של הערת האזהרה עלול להוביל לתוצאה בעייתית ברמה המעשית ולתקלה כלכלית בלתי פרופורציונלית.

הדיון במעמדה של ההערה התעורר, מטבע הדברים, במקרים שבהם לא ניתן היה להביא לכלל השלמה את ההתחייבות נשוא ההערה בטרם אירע אירוע חיצוני "מסכל". ברשימה זו אעסוק במעמד ההערה על רקע היקלעותו של נותן ההתחייבות (אדם פרטי או תאגיד) להליך חדלות פירעון.

אין מחלוקת בין הפוסקים כי בפסק הדין שניתן בע"א 261/88 **בנק המזרחי המאוחד נ' רוזובסקי**, פ"ד מח(2) 102 (1994), וזכה לכינוי "**הלכת איטונג**", הוכר מעמדה ה"מעין קנייני" של הערת האזהרה. הלכה זו אף יושמה בהליכי חדלות פירעון, שבמסגרתם הוכר מעמדו של נושה בעל הערת אזהרה כנושה מובטח, בהתבסס על הוראות סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (ראו למשל: ע"א 2659/96 **רוזן נ' בנק המזרחי המאוחד**, פ"ד נה(2) 529 [2001]).

בפועל התברר כי המעמד העדיף שהוקנה לבעל ההערה, אף שההתחייבות טרם הושלמה (ברישום), מייצר קשיים מעשיים בלתי מבוטלים בהליכי חדלות פרעון, שבמסגרתם נידונה לא רק שאלת עצם היכולת להשלים את אותה התחייבות, אלא



התנגשות בין דינים

נדמה כי לא הייתה מחלוקת בין הפוסקים באשר לעדיפות זו, אלא שדווקא השנה ניתנה החלטה אשר העלתה שוב על המוקד את המתח בין המעמד שהוכר בפסיקה להערת האזהרה ובין דיני חדלות פרעון. בהחלטה, אשר ניתנה במסגרת פר"ק 14785-05-18 **בנ מנחם ואח' נ' ספיר פרוייקטים מגורי יוקרה בע"מ** ואח' (החלטה מיום 14.5.2019), הגיע בית המשפט המחוזי לתוצאה אשר משמעותה המעשית היא שלילה מוחלטת של מעמדה הבטוחתי-מעין קנייני של הערת האזהרה שנרשמה לזכות מקבל ההתחייבות.

באותו מקרה דן בית המשפט המחוזי במעמדה של הערות אזהרה אשר נרשמו לזכות רוכשי דירות חדשות בפרויקט לביצוע עבודות חיזוק ושיפוץ על פי תמ"א 38, שלא הושלם. בית המשפט המחוזי קיבל את טענות בעל התפקיד שלא ניתן יהיה להשלים את הפרויקט ללא ביטול ההתקשרויות הקיימות למכירת הדירות החדשות והורמת מימון חדש לקופה, ולפיכך נעטר לבקשה לביטול ההתקשרויות בהיותן "חוזים מכבידים". עוד קבע בית המשפט כי לנוכח ביטול ההתקשרויות, נשמטת הקרקע מתחת להערות האזהרה שנרשמו לזכות הרוכשים החדשים, ולפיכך יש להורות על מחיקתן.

קביעותיו של בית המשפט המחוזי בסוגיה זו נסמכו הן על פסיקתו של בית המשפט העליון בנסיבות דומות בע"א 184/77 **שגיב נ' כונסי הנכסים של צוות ר.ל.** אך שזו זכתה לביקורת בקרב מלומדים שסברו כי לנוכח מעמדה של הערה כפי שהוכר בפסיקה לא ניתן בהליכים של ויתור על נכס מכביד להתעלם מקיומה והן על הלכת ברקאי, תוך מתן עדיפות ברורה לשיקולים פרקטיים.

אלא שבניגוד להלכות אלו, שהכירו בזכותו של בעל הערה לקבל את כספו בחזרה ובערכים ריאליים, הלך בית המשפט המחוזי כבדת דרך וקבע כי אם ביטול הערות נעשה מכו

דוקטרינת החוזה המכביד, אזי אין בית המשפט מוסמך לקבוע מראש את מעמדו של הפיצוי שייתן בגין ביטול החוזה בסולם הנשייה. בכך למעשה דחה את בקשתו ההגונה של בעל התפקיד להעניק לבעלי ההערות מעמד של נשייה מובטחת בתמורות שיתקבלו ממכירת הדירות החדשות, וקבע כי גורל הכספים ייקבע במסגרת בדיקת תביעות החוב ועל פי סדרי הנשייה הרגילים. על החלטה זו הוגש ערעור לבית המשפט העליון (ע"א 3937/19).

מקריאת ההחלטה עולה כי מעמד ההערות נבחן באפקלריה של דיני חדלות הפרעון בלבד. נראה כי לא התקיים דיון ממשי בשאלת מעמד ההערות על רקע הוראות חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה-1974 והעובדה שמעמד הערת האזהרה כבטוחה **נקבע בחוק**. מהו הדין הספציפי הגובר במקרה זה? דין חדלות הפרעון המאפשר להשתחרר מחוזה מכביד או שמא דיני המכר הקונגטיים? ברור לחלוטין כי אם רוכשי דירות חדשות לא יוכלו להסתמך על הגנתה של הערת האזהרה, ולו ככזו המקנה זכות להחזר מלא של הכספים ששילמו, עלולות להיות לכך השלכות בעייתיות ותוצאות כלכליות, משעה שקבלנים ויזמים יידרשו לספק בטוחות טובות יותר אף מאלו שחוק המכר מספק, ומסתפק בהן.

שאלת היקף ההגנה והעדיפות שיש להעניק לבעל הערת אזהרה בהליכי חדלות פרעון התעוררה ומתעוררת חדשות לבקרים גם בהקשרן של הערות הנרשמות לזכות נושה שהעניק מימון לבעל הנכס.

פולמוס מתמשך

קצרה היריעה מלתאר את ההתדיינות הרבה ואת הפולמוס המתמשך בסוגיה זו. די בקריאת ההחלטה שניתנה בשנת 2017 בעניין יהודה רז (ה"פ (מרכז) 16702-03-16 **יהודה רז נ' הבנק**

»

הסקירה הקצרה שהובאה לעיל לא באה אלא ללמדנו על גודל התסבוכת. ומה הפלא, כאשר בתי המשפט נדרשים להיכנס לעובי הקורה ולבחון כל מקרה וכל רישום לגופו, ולתור אחר מקור משפטי שממנו ניתן יהיה לדלות פתרון ראוי לשמו, במקום שיימצא כלל אחיד וצורה אחידה ומוכרת בדיון לרישום הערה שיש להעניק לה מעמד "בטוחתי", כל זאת בהנחה כי אכן זוהי כוונתו של המחוקק

באפריל 2019), הפך בית המשפט המחוזי את ההבחנה בין הערה חיובית להערה שלילית להבחנה בלתי רלוונטית. בית המשפט דן בשאלה אם יש להכיר במעמדו של בעל התחייבות שלילית, כנושה מובטח, בנסיבות שבהן לא הייתה מניעה מלרשום משכנתא וכאשר לזכותו נרשם משכון.

באותו מקרה אמנם נרשמה הערה שלילית, אך בדיקת המערכת ההסכמית בין הצדדים לימדה על כוונה למשכן את הנכס כערוכה להבטחת חיוב. בית המשפט קבע כי למרות שמדובר לכל היותר בהתחייבות ליצירת שעבוד, יש להעניק להתחייבות זו תוקף כלפי יתר הנושים, מקום שבו קיימת ידיעה בפועל או בכוח על הכוונה לשעבד נכס כערוכה לחיוב. ידיעה זו נלמדת הן משום שמסמכי ההתחייבות הופקדו בתיק רישום הערת האזהרה וניתן היה לעיין בו והן מכך שנרשם משכון ברשם המשכונות ביחס למקרקעין.

מפסיקה זו עולה כי למעשה אין חשיבות לשאלה אם, ברמה הפרוצדורלית, נרשמה הערה חיובית או הערה שלילית, אלא יש לבחון את מהות ההתחייבות ואם אפשר ללמוד ממנה על כוונה להעמיד ערוכה להבטחת חיוב (או כלשון בית המשפט, אם מדובר בהערה "שותקת" או "מדברת").

מבחינתו של בית המשפט, בשים לב להוראות סעיף 127 לחוק המקרקעין שאינו יוצר הבחנה פנימית בין סוגי ההערות, **"אין סיבה שלא להכיר בזכאי על פי ההערה השלילית כנושה מובטח, הן מן הסיבה שיש לו מעין עכבון על מקרקעי החייב בתור ערוכה לסילוק החוב והן מן הטעם שיתורו על הערת האזהרה השלילית מגדיל את מסת נכסיו של החייב שעומדת לטובת נושיו"**.

לכאורה, הכרעתו של בית המשפט מתבססת במידה רבה על הנחת המוצא שמסמכי העסקה שנערכו בין הצדדים, והופקדו במרשם המקרקעין, פתוחים לעיון הציבור ובזמן אמת אפשר להסתמך עליהם. אלא מאי, שעל פי תקנה 93 לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום), תשע"ב-2011, לא כל אדם יכול ורשאי לעיין במסמכים אשר שימשו יסוד לרישום בפנקס, ולכן **מי שמעיין בנכס הרישום יכול לדעת, לכל היותר, אם נרשמה הערה חיובית או שלילית, ולא מעבר לכך**.

למקרא פסק הדין אף עולה השאלה האם היה בית המשפט מכריע כפי שהכריע אלמלא היה רשום משכון לטובת בעל ההתחייבות, אלא הערה בלבד.

גם על החלטה זו הוגש ערעור לבית המשפט העליון (ע"א 3042/19).

כך או כך, הסקירה הקצרה שהובאה לעיל לא באה אלא ללמדנו על גודל התסבוכת. ומה הפלא, כאשר בתי המשפט נדרשים להיכנס לעובי הקורה ולבחון כל מקרה וכל רישום לגופו, ולתור אחר מקור משפטי שממנו ניתן יהיה לדלות פתרון ראוי לשמו, במקום שיימצא כלל אחיד וצורה אחידה ומוכרת בדיון לרישום הערה שיש להעניק לה מעמד "בטוחתי", כל זאת בהנחה כי אכן זוהי כוונתו של המחוקק.

בשורה תחתונה, חיי המסחר מחייבים ודאות, ולא ניתן להבטיח ודאות זו כאשר בתי המשפט נדרשים, בדיעבד, לבחון את כוונת הצדדים או לחלופין להכריע בין דינים מתנגשים.

רק הסדרה ברורה של סוגיה זו, שבעטייה כבר נכתבו מאות עמודי פסיקה, ובחינה מחודשת של הוראות סעיף 127 לחוק המקרקעין, שנועד ליתן מענה לתקלות העלולות להתעורר בתקופת הביניים שעד להסדרתה הקניינית של הזכות ולא לשמש כר פורה להתדיינות בלתי פוסקת, יוכלו לייצר את הוודאות הנדרשת. ■

הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (19 ביוני 2017)) כדי להתרשם באשר להיקף המחלוקות שהתעוררו בין הפוסקים בסוגיה זו.

עיון בפסיקה מלמד כי בתי המשפט התחבטו בשאלה אם ראוי להעניק מעמד של נשייה מובטחת, לא רק להערות שנרשמו על יסוד התחייבות חיובית (התחייבות לעשיית עסקה, ובמקרה דגן, התחייבות לרישום משכנתא), שהוכרה על ידם כ"שעבוד" כהגדרתו בפקודת פשיטת הרגל, אלא גם להתחייבות שלילית (הימנעות מעשיית עסקה, או במקרה דגן, הימנעות מיצירת שעבוד).

בעניין רו הנ"ל בחן בית המשפט המחוזי את תוכן ההתחייבות הקונקרטית, את הרקע למתן ההתחייבות ואת הסיבה לכך שלא נבחרה בנסיבות האפשרות לרשום הערה "חיובית", וקבע כי לא ניתן לקבוע, ככלל, כי בהערת האזהרה השלילית, כשלעצמה, יש כדי להקנות לבעל ההערה מעמד של נושה מובטח.

לצד זאת קבע בית המשפט כי הגם שלא הוכר מעמדה של ההערה ככזו המעניקה נשייה מובטחת, אין בכך כדי להוביל למחיקתה, שכן הזכות על פיה, "למניעת ביצוע עסקאות במקרקעין, עורנה שרירה וקיימת".

קביעה זו מעלה שאלות רבות באשר למשמעות המעשית והיישומית של החלטה במסגרת הליך חדלות הפרעון, שהרי אם לא ניתן למחוק את ההערה ולבצע עסקאות במקרקעין, תוביל ההערה לאותה "סטגנציה" של הנכס ועבירותו, שעליה עמד בית המשפט בהחלטתו.

לאחרונה, בהחלטה שניתנה במסגרת פש"ר 26420-08-16 **מדליס בע"מ נ' כונס נכסים רשמי תל אביב ואח'** (מיום 13