

עו"ד ספיר זילבר

גרסת הדפסה 

מאמר

[האם מעמדה של הערת האזהרה מתערער?](#)

מאת עו"ד צבי שוב ועו"ד קרן זוקין

מהי הערת אזהרה? הערת אזהרה הינה הערה הנרשמת במרשם המקרקעין, המעידה על קיומה של התחייבות בכתב של בעל המקרקעין או בעל הזכות במקרקעין, לעשות במקרקעין עסקה או להימנע מלעשות בהם עסקה. לאחר רישום הערת אזהרה במקרקעין וכל עוד לא נמחקה, לא תירשם הערה הסותרת את תוכן ההערה, אף אם הוטל עיקול על המקרקעין או שניתן צו פירוק נגד בעל המקרקעין או נתמנה כונס נכסים על רכושו של הבעלים. כל עוד ההערה קיימת לא ניתן לפגוע בזכויות הזכאי אלא במקרים חריגים מאוד, שהם לפי צו בית משפט או שקיימת טענה לביטול העסקה מחמת פשיטת רגל או פירוק, אשר הייתה עומדת אילו בוצעה העסקה במועדה והיא תעמוד גם נגד ההתחייבות האמורה (סעיף 127 לחוק המקרקעין). **אך האם החריג עולה על הכלל?**

בשנת 2008, בעקבות פרשת הפציבה אשר הייתה אחת מהפרשות הגדולות בתחום הנדל"ן שחוותה מדינת ישראל ואשר הרעידה את אמות הסיפים, אשר גרמה לנזק עצום לרוכשי דירות וחשפה לקונה שהייתה קיימת בשמירה על כספי רוכשי דירות מקבלן, תוקן **חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות)**, תשל"ה-1974 (להלן: **"חוק המכר הבטחת השקעות"**). במסגרת התיקון נוספו בטוחות, שנועדו לשמור ולהבטיח את זכויות רוכש דירה מקבלן, וזאת על מנת שלא יקרה מקרה נוסף בו קבלן, אשר הינו "בעל הכוח", עושה ככל העולה על רוחו עם כספי רוכשים, ללא בטוחה ראויה שתשמור על הכספים ותגן על זכות הרוכש. בחוק המכר הבטחת השקעות נקבעו חמש דרכים להבטיח את כספי הקונה, ובניהן קבלת ערבות בנקאית או הערת אזהרה שנרשמה על קרקע נקיה משעבודים ועיקולים. כן נקבע מנגנון דווח לממונה ממשרד השיכון ובשנת 2019 אף נקבע **בתקנות המכר (דירות) (הבטחת**

השקעות של רוכשי דירות) (סייג לתשלומים על חשבון מחיר דירה), תשל"ה-1975 (שיקראו להלן: **"תקנות המכר"**) מנגנון לתשלום על פי קצב התקדמות הבניה, כאשר הבטוחה הניתנת לקונה מכח חוק הבטחת השקעות אינה ערבות בנקאית או פוליסת ביטוח. עם ביצוע התיקונים בחוק והוספת מנגנוני הבטחון, במצב של כשל בפרויקט ובתנאי כי רוכש אשר מילא אחר הוראות הדין, היה נראה כי מעמדו מובטח וכספו בטוח.

אבל האם כך אכן הדבר בפועל? האם מעמדה של הערת האזהרה כזכות מעין קניינית אכן נותנת לרוכשים את השקט והביטחון לכספם וזכויותיהם?

לפני מספר חודשים בפסק דין תקדימי ומפתיע קבע בית המשפט המחוזי ולאחריו בית המשפט בעליון, כי הסכמי מכר של רוכשי דירות חדשות, בפרויקט מסוג חיזוק ובניה לפי תמ"א 38 (אשר תקרא להלן: **"תמ"א 38/1"**), מהווים **"נכס מכביד"** ולכן בית המשפט ביטל ומחק את הערות האזהרה אשר נרשמו לטובת רוכשי דירות מהקבלן בגין רכישת הדירות. כתוצאה מביטול ההערות רוכשי הדירות מצאו עצמם בסיכון לאיבוד הכספים ששולמו לקבלן, אשר היה בהליך של פירוק, על חשבון הדירה שרכשו.

וכך בעניין **פרק (ת"א) תיק 18-05-14785 דרך התאנה בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי תל אביב** (להלן: **"פרשת התאנה"**), החברה, דרך התאנה בע"מ, התקשרה עם דיירי בניין לביצוע פרויקט תמ"א 38, במסגרתו התחייבה החברה לחזק את הבניין להוסיף מעלית וממ"ד, ללא כל עלות מצד הבעלים ובתמורה לקבל את מלוא זכויות הבניה ברכוש המשותף. החברה לא לקחה מימון וליווי בנקאי ורתמה לשם מימון ראשוני שני שותפים, אשר הסכימו כי בניית הפרויקט תתבצע באמצעות הון עצמי ראשוני שלהם ומתמורת מכירת דירות החברה שיבנו. החברה מכרה את הדירות החדשות לשבעה אנשים קרובים לשותפים במחיר מוזל מאוד ולשלושה אנשים חיצוניים ובגין מכירות אלה נרשמו הערות אזהרה לטובת הרוכשים. לאחר התחלת הבניה החברה נקלעה לקשיים כלכליים, בין השאר בשל העובדה כי בהיתר הבניה שהוצא אושרו לה לבנות תוספת של 10 דירות במקום הצפי שעמד על 12 דירות, כן נדרשה לשלם כופר חניה גבוה אשר לא לקחה בחשבון כשערכה בדיקת כדאיות לפרויקט וכן עקב מכירת הדירות במחיר מוזל לקרובי המשפחה.

לאור הקשיים, החברה עצרה את העבודות לפרק זמן ארוך והדיירים הגישו בקשה לפירוק החברה, במסגרתה מונה מנהל מיוחד אשר ניסה לאתר מקורות מימון להשלמת הבניה, אך לא הצליח. יזמים חיצוניים שהמנהל פנה אליהם על מנת שישלימו את הבניה סירבו כל עוד יש רוכשי דירות בעלי הערות אזהרה. לכן, עתר המנהל המיוחד לבית משפט וביקש להורות על ויתור על הסכמי המכר שנחתמו בין החברה לרוכשים, באשר הם מהווים **"נכס מכביד"** בהתאם להוראות סעיף 361 **לפקודת החברות (נוסח חדש) התשמ"ג-1983** וכן להורות על מחיקת הערות אזהרה שנרשמו לטובת הרוכשים וגורמים מממנים. בית המשפט קבע, כי תכליתו של השחרור מנכס מכביד היא לשם שחרור החברה מהתחייבות שלא יכולה לקיים, מתוך שיקול של עלות-תועלת לקופת הפירוק והנושים, כשיש להעדיף את טובת כלל הנושים והקטנת נזקם.

בית המשפט קבע, כי מאחר וכל הגורמים ניסו למצוא פתרון ולא הצליחו מאחר ומצב הפרויקט בכי רע, נותרו עבודות רבות לסיום החיזוק והשיפוץ, בעבודות שבוצעו נמצאו ליקויי בניה רבים ומאחר ותקופה ארוכה לא בוצעו עבודות הצטברו נזקים לדירות הקיימות כגון נזילות, חדירות מים וכד', יש להוציא את העגלה מהבוץ מאחר והאופציה האחרת היא הותרתו כ"פיל לבן", מצב אשר יגרום לכלל הדיירים לסבול קשות מהמצב ולכן יש להיעתר לבקשה.

לאור האמור, בפני בית המשפט נותרה שאלה של הערות האזהרה הרשומות על הקרקע. אמנם בשנים האחרונות התגבשה גישה המכירה בזכות הערת האזהרה כבעלת צביון מעין קנייני, אשר נועדה להבטיח את מימוש הפן הקנייני של העסקה, כך שאם הרוכש לא יקבל את הקרקע לפחות יקבל את כספו כנגד מחיקת ההערה (בעניין זה אף הפנה לע"א 261/88 **בנק המזרחי המאוחד נ' רוזובסקי**, פ"ד מח(2) 102 (1994)). אולם בית המשפט קבע כי למרות מעמדה של הערת האזהרה יש למחקה במקום בו יש להורות על ביטול הסכמי המכר, מאחר ומדובר בנכס אשר טרם הושלם ולכן הזכות הקניינית אינה קיימת עדיין כשכל מה שיש בידי הרוכשים הינה התחייבות לבנות את דירותיהם. אולם

בנסיבות המקרה התחייבות זו בטלה ולכן להערות האזהרה אין עוד משמעות ויש למחקן (בעניין זה בית המשפט הפנה לע"א 184/77 נוראני שגיב נ' וולובלסקי, כונסי נכסים מפרקים ומנהלים של צוות ר.י.ל. לבניה והשקעות בע"מ, פ"מ לב(1) 265 (1977) ופסקי דין נוספים שבאו אחריו). בנוסף, בית המשפט דחה את בקשת המנהל המיוחד להעניק לרוכשים מעמד של נושה מובטח ולהשיב להם את כספם וזאת עקב עקרון השוויון בהליכי חדלות פירעון.

על החלטת בית המשפט הוגש ערעור בעניין ע"א 3937/19 מרדכי חכם נ' עו"ד מור מוריה, מנהל מיוחד, מפרק, פורסם באתר הנבו. הערעור נדחה על ידי בית המשפט, בית משפט ציין את הנסיבות החריגות שחלות בפרשת תאנה וקבע כי מאחר וכונסי הנכסים, בעלי הדירות הקיימות והמנהל המיוחד עשו מאמצים רבים להגיע להשלמת הפרויקט ולא הצליחו ומאחר ולא נותרה ברירה אחרת, יש לקבל את החלטת בית המשפט לבטל את הסכמי המכר ולמחוק את הערות האזהרה. בית המשפט ציין כי אין מדובר על הלכה כללית או הכרעה בשאלה באילו נסיבות ימחקו הערות אזהרה כי אם מקרה ספציפי.

אולם, למרות שבית המשפט קבע כי לא מדובר על הכרעה כללית בסוגיית מחיקת הערות אזהרה, מדובר על החלטה שיצרה טלטלה וסערה בשוק הנדל"ן מאחר והמעמד המעין קנייני שניתן להערות אזהרה בשנים האחרונות שוב התערער ויש לו השלכות כלכליות ואחרות משמעותיות על פרויקטים קיימים ועתידיים.

לאור החלטה זו של בית המשפט, ביום 21.12.20 משרד הבינוי והשיכון, הממונה על חוק המכר (להלן: "משרד השיכון"), הוציא הודעה לציבור רוכשי דירות בפרויקטים מסוג תמ"א 38/1 ובה נמסר כי לאחרונה הסתבר כי במספר פרויקטים מסוג תמ"א 38/1 בהם ניתנה בטוחה מסוג הערת אזהרה לא היה בכך כדי לספק לרוכשי הדירות החדשות מהחברה/קבלן הגנה מספיק טובה כאשר למקרה בו החברה נקלעה להליכי פירוק והרוכשים איבדו את כספם. לכן, ממליץ משרד השיכון, לפעול במשנה זהירות בפרויקטים המובטחים בהערת אזהרה, לשלם לפי קצב התשלומים המפורט בתקנות המכר הדירה ולעדכן ככל שעולה דרישה לא נאותה מהקבלן.

אנו עדים להשלכות של פסק הדין בפרשת התאנה, ולהשפעתו לא רק על פרויקטים מסוג תמ"א 38/1, כי אם על כל פרויקט שאינו בליווי בנקאי כשהבטוחה הניתנת בו לרוכשים היא הערת אזהרה. ההחלטה כאמור פוגעת ומפחיתה ממעמדה של הערת האזהרה כזכות מעין קניינית וכבטוחה המבטיחה את כספם של הרוכשים ובעצם מותירה את הרוכשים חשופים לאפשרות למחיקת הערות אזהרה מקום בו חברה נקלעת לקשיים אף בפרויקטים מסוגים אחרים לדוגמה בעסקאות קומבינציה.

יתרה על כן, הדבר יגרום לבעיה אף עבור יזמים אשר ידרשו, גם אם יש להם הון עצמי למימון הבניה, לקחת הלוואה וליווי בנקאי, אשר יכבידו על עלויות הפרויקט, על מנת להוציא לרוכשי דירות מהם בטוחות אחרות כגון ערבויות בנקאיות, כן מעורר בעיה אצל הקבלן לקבל הסכמת רוכשים להחליף את הבטוחה במהלך פרויקט מערבות להערת אזהרה.

לאור האמור, ועל מנת שלא להוריד את מעמדה של הערת האזהרה כבטוחה לגיטימית בעסקאות, משרד הבינוי הודיע כי הוא פועל לשינוי תקנות המכר, כך שתשלומים בגין דירה חדשה המובטחת בהערת אזהרה ידחו לאורך שלבי הפרויקט במטרה להפחית את הסיכון הכספי של הרוכשים.