

## תוכן עניינים

מבוא

- 3..... נושא עבודת המחקר
- 3..... סקירה
- 3-4..... סוגי עסקאות עם קבלנים
- 4-5..... מהי עסקת קומבינציה?
- 5..... עסקה מלאה מסורתית "שאינה מוכרת"
- 5..... עסקה חלקית "מוכרת":
- 6..... האינטרסים של הצדדים:
- 6-8 ..... יתרונות וחסרונות הצדדים לעסקה:
- 9..... מערכת היחסים המשפטיים בין בעל הקרקע לבין הקבלן
- 10-11..... האינטרסים המתנגשים של בעל הקרקע, הקבלן ורוכשי הדירות
- 11-12..... מודלים אפשריים לגבי היחס המשפטי בין בעל קרקע לרוכשי הדירות
- 12-15..... קשר משפטי ישיר בין בעל המקרקעין לבין רוכש דירה
- 15-17..... מה דינם של רוכשי דירה בעסקת קומבינציה שנכשלה
- 17-18..... חוזה לטובת צד שלישי
- 18-19..... המחאת זכות
- 19-20..... השתק מניעות ותום לב
- 20-21..... רוכש הדירה כבעל זכות קניין
- 21..... רוכש דירה כבעל זכות מכח ייפוי כח בלתי חוזר
- 21..... ייפוי כח כתחליף לבעלות

- 21..... ייפוי כח כיוצר שליחות להבטחת זכותו של אחר.
- 22..... בעל קרקע כערב לחיובו של קבלן.
- 23..... מעמד דיירים רוכשים והערת אזהרה.
- 23..... בטחונות בין צדדים בעסקת קומבינציה.
- 23..... בטחונות משפטיים להגנת בעל קרקע מול קבלן.
- 23..... בטחונות משפטיים להגנת קבלן מול בעל קרקע.
- 23-24..... בטחונות משפטיים להגנת בעל קרקע כלפי רוכשי דירות מקבלן.
- 24..... מחיקת הערת האזהרה לטובת הבנקים למשכנתאות על ידי בעל הקרקע.
- 24-26..... ביטחונות לטובת בנק מלווה.
- 26..... זכותו הדיונית של רוכש דירה להצטרף כצד לסכסוך בין בעל קרקע לקבלן.
- 26..... סיכום ומסקנות.
- 26-27..... הצעות למיזעור הסיכונים בעסקת קומבינציה.
- 28-29..... ביבליוגרפיה.

## מבוא

נושא המחקר הינו "מערכת היחסים המורכבת בין ה"שחקנים" השונים בעסקת קומבינציה והדרכים להבטחת הצדדים בעסקה".

בטרם נפנה לעסקת הקומבינציה ול"שחקניה" השונים נציג סוגים שונים של עסקאות עם קבלנים לאחר מכן נבחן מהי עסקת קומבינציה שהוכרה "לצורכי מס בפסיקה ומהי עסקה שלא הוכרה לצורכי מס, כמו כן, נעמוד על היתרונות והחסרונות של העסקה מזווית שונות של המעורבים בעסקה.

זאת ועוד, נבחן את האינטרסים המתנגשים של בעל הקרקע, הקבלן, רוכשי הדירות והמוסד הפיננסי המלווה, נלמד על מערכת היחסים שבין המעורבים בעסקה, הקשיים העולים מתוכה, הפתרונות הקיימים והמודלים המשפטיים שבעזרתם ניגשים לפתרון הסיכסוכים, ולבסוף אשאף להציע הצעות היכולות להועיל ולהגביר את רמת ודאות קיום העסקה של ה"שחקנים" המעורבים.

אליבא פרופסור נמדר<sup>1</sup> עסקאות בעלי קרקעות עם קבלנים הינן עסקאות מיוחדות הראויות לתשומת לב מיוחדת, מה שמאפיין עסקאות אלה בין היתר הינו המטרה המשותפת של הצדדים שלא לגרום לארוע מס עם ההתקשרות הראשונית, ודחיית החיוב במס לשלב שלאחר סיום הבניה בעת מכירת הדירות לרוכשים. דרכים שונות נוסו על ידי בעלי קרקעות וקבלנים כדי להשיג מטרה זו, וחלקן קיבלו גושפנקא של בית המשפט.

קיימים מספר סוגי עסקאות עם קבלנים אשר לכל אחת מהן היתרונות והחסרונות שלה כגון:

- א. עסקת בנייה עם קבלן שהמטרה לא למכור בשלב ההתקשרות את הקרקע לקבלן, אלא לאפשר לו חופש פעולה בבניה ובמכירת הדירות לרוכשים. הסכנה האורבת לפיתחה של עסקה כזו הינה העברת זכויות יתר לקבלנים, אשר יכולה להוביל את בית המשפט למסקנה כי אין המדובר בעסקת בנייה אלא במכירה של הזכות במקרקעין.
- ב. עסקה משותפת עם קבלן אשר בה מחולקים ההוצאות והרווחים בין בעלי הקרקע לבין הקבלן. עסקה כזו יכולה להיחשב, בתנאים מסויימים לעסקת מכירה של הזכות של הבעלים לשותפות החדשה, ובעקבות כך אף להתחייב במס.
- ג. עסקת תמורות, שבה למרות שהקרקע נמכרת כולה לקבלן התמורה שבהסכם איננה סופית והיא תלויה בתוצאות העסקיות של מכירת הדירות על ידי הקבלן.
- ד. עסקה משולבת בה הקונה רוכש מקרקעין מאדם אחד, ואת שירותי הבניה מאדם אחר ושירותי ניהול או מימון מאדם שלישי, רכישה שכזאת מבוצעת, בדרך כלל על ידי קבוצת אנשים והיא נועדה לחסוך במס. השאלה שתתעורר במקרה זה הינה, האם הקונה רכש

<sup>1</sup> אהרון נמדר יזמות נדל"ן: עסקאות והסכמי יזמים תשע"א (2011) 155

מקרקעין בנפרד מהשירותים האחרים או שלפי התוכן הכלכלי של העסקה יש לראותה כדירה גמורה.

ה. עסקת קומבינציה, או עסקת אחוזים, הנערכת עם קבלן שבה נמכרת כל הזכות במקרקעין תמורת חלק מהדירות שייבנו על הקרקע, עסקה כזו אף שהיא מצליחה לגרום לדחיית תשלום התמורה על ידי הקבלן, אינה משיגה את יעדה מבחינת החסכון במס (להלן- "עסקת קומבינציה שלא הוכרה") המדובר למעשה בשתי עסקאות של מכירה שכל אחת מהן חייבת במס.

ו. עסקת קומבינציה שבה הבעלים של הקרקע מוכרים לקבלן רק חלק מהזכות במקרקעין תמורת בניית דירות על ידי הקבלן על החלק הנותר שהשאירו הבעלים לעצמם. עסקה זו הוכרה על ידי בית המשפט והיא גורמת לחסכון במס והיא הנפוצה ביותר כיום בין בעלי קרקעות וקבלנים.

מחד גיסא הקבלן מצידו חוסך הרבה עמלות מימון, יכול להתחיל לבנות על המקרקעין מבלי שנדרש לממן את רכישתם. ומאידך גיסא עסקת הקומבינציה מעלה שאלות מעניינות שנדון בהם כגון: מה קורה כאשר ההסכם בין הקבלן לבעל הקרקע קורס? מה האחריות של בעלי הקרקע לרוכשי הדירות כאשר הקבלן לא מספק את הדירות כפי שהובטח, האם ניתן לתבוע את בעלי הקרקע? מה אם הפרוייקט קורס? האם בעלי הקרקע יוכלו למחוק את הערת האזהרה? בהנחה שהרוכשים התנגדו לכך ועוד. אם כך בראשית הדברים עלינו להבין מהי עסקת קומבינציה.

### מהי עסקת קומבינציה

**אליבא פרופי נמדר**<sup>2</sup> עסקאות בין בעלי קרקע לבין קבלנים, מצטיינות ברצון המשותף של הצדדים שלא להוציא כספים בעת הרכישה, ולהימנע מתשלום המס לפחות עד למסירת או מכירת הדירות על ידי הקבלן כדי להשיג מטרה זו, השתמשו הנישומים בעסקה הקרויה עסקת קומבינציה או עסקת אחוזים, שעיקרה מכירת הזכות לקבלן, תמורת חלק מהדירות שהקבלן יעביר לבעלים.

כשהגיעה עסקה זו לפני בית המשפט התברר שעל אף שהיא השיגה את המטרה של אי תשלום תמורת המקרקעין במועד ההסכם עם הקבלן, הרי שהיא לא השיגה את המטרה של חסכון במס.

בית המשפט החליט כי עסקה כזו מהווה למעשה עסקת חליפין שמהותה שתי עסקאות נפרדות אשר כל אחת מהווה תמורה לעסקה השניה. בהתאם לכך קבע בית המשפט<sup>3</sup> כי במקרה הנדון נעשו שתי עסקאות החייבות במס:

א. מכירת כל הזכות במקרקעין לקבלן.

ב. מכירת הדירות על ידי הקבלן לבעלים הראשונים.

<sup>2</sup> אהרון נמדר יזמות נדל"ן: עסקאות והסכמי יזמים תשע"א (2011) 163

<sup>3</sup> ע"א 487/77 מנהל מס שבח נ' אחים ברקאי בע"מ פד"א ט' 283: פ"ד ל"ב (2) 121.

בית המשפט קבע כי שתי העסקאות יחויבו במס שבח ובמס רכישה, או במס הכנסה או במס רכישה לפי העניין. משמעות הדבר היא כי לא נובע שום יתרון מוחשי לצדדים מבחינת החיוב במס קרי, עסקת קומבינציה שלא הוכרה.

אליבא בועז ברזילאי שמאי מקרקעין<sup>4</sup> עסקת קומבינציה היא התקשרות, בה מעביר בעל הקרקע חלק מזכויותיו בקרקע לקבלן. בתמורה בונה הקבלן עבור בעל הקרקע מבנה על החלק היחסי הנותר בידי בעל הקרקע והן על החלק שהועבר אליו. היצא מכאן הוא שבעסקת קומבינציה (עסקת חליפין) בעל הקרקע מתיר לקבלן לבנות מבנה על קרקע שבבעלותו וחלוקת המבנה המוקם על ידי הקבלן תהיה בהתאם לחלוקת הקרקע היחסית בין הצדדים.

### **המבנה של עסקת קומבינציה המסורתית**

עסקת קומבינציה לא מוכרת שאינה נהוגה עוד בימינו הוא העברת הקרקע כולה לקבלן, בניית מבנה על הקרקע על ידי הקבלן ולאחר מכן מסירת חלק מהבניה חזרה לבעל הקרקע. למבנה זה חסרונות מיסוי וחסרונות משפטיים, כיוון שהוא מגלם שתי עסקאות. בחלק הראשון של העברה הבעלים מעביר את כל זכויותיו בקרקע לקבלן ובחלק השני הבעלים רוכש יחידות בנויות מהקבלן.

### **עסקת קומבינציה הנפוצה כיום**

- העסקה הנפוצה כיום, עסקת קומבינציה מוכרת, הינה מכירת חלק מהקרקע לקבלן המהווה אירוע מס רק ביחס לחלק הנמכר (ולא ביחס לקרקע) וקבלת שירותי בנייה מהקבלן על החלק הקרקע שנותר בידי הבעלים.

בקביעת שיעור אחוזי הקומבינציה המתחלקים בין בעל הקרקע לקבלן נבחנת תרומתו הכלכלית של כל אחד מהשותפים בעסקה. תרומת בעל הקרקע נבחנת בשווי הקרקע המושבחת, דהיינו, שווי הקרקע כזמינה לבנייה. תרומת הקבלן היא הערך הנוכחי של שווי עלויות הבנייה. לפיכך, עסקת קומבינציה, כמו עסקאות שוק אחרות, הינה תוצאה של משא ומתן בין הצדדים השותפים לעסקה. חלוקת שטח המיבנה בין הבעלים לקבלן מבטאת את נקודת המפגש בין שאיפות הצדדים:

### **האינטרסים של הצדדים**

מחד, בעל הקרקע מסכים לקבל את "השטח הבנוי" כשווה ערך לתמורה כספית נדחית ובלבד שתמורה זו תהיה גבוהה מהתמורה שהייתה מתקבלת במזומנים. מאידך, הקבלן יהיה מוכן לשלם בשטחים בנויים המהווים עבורו תמורה נדחית וזאת במקום תמורה שהיה עליו לשלם במזומן על כל ההוצאות הכרוכות בכך.

<sup>4</sup> בועז ברזילאי "עסקת קומבינציה" מקרקעין א/3 (מאי 2002) 671-673

## מנקודת הראות של בעל הקרקע

גישה זו מאפשרת לבחון את תרומתו הכלכלית של בעל הקרקע לעיסקה ביחס לשווי הנכס כבנוי. בעל הקרקע בוחן את העסקה מתוך השוואה בין שווי הקרקע אותה הוא מוסר לקבלן, לבין שווי יחידות התמורה אותן הוא מקבל כמוצר מוגמר עם סיום הבנייה. מכיוון שבעל הקרקע מקבל תמורה דחוייה, הוא מגלם את הדחייה כמו גם את סיכוני העסקה בשיעור התמורה אותה הוא ידרוש מהקבלן. לפי גישה זו נתון שווי הקרקע, שהינו שווי הנכס כבנוי (כמוצר מוגמר) ומקדם התנודות בשוק ההון (סיכון, תמורה דחוייה וכד')

## מנקודת ראותו של הקבלן

גישה זו מאפשרת לבחון את תרומתו הכלכלית של הקבלן לעסקה, עלויות הבנייה כוללות רווח קבלני על השירותים אותם נותן הקבלן, לעומת שווי הקרקע ועלות הבניה בהתאם לרמת הגימור המוסכמת ושיעור הרווח הקבלני. נקודת המוצא של גישה זו היא שהרווח הקבלני נובע משני מרכיבים.

א. רווח קבלני סביר על עלויות הבניה הנכלל במסגרת עלויות הבניה.

ב. חסכון בעלויות המימון המהוות חלק מהרווח היזמי של הקבלן. לפי גישה זו, מנקודת ראותו של הקבלן אין חשיבות לשווי הנכס כבנוי המגלם את הרווח היזמי כיוון שרווח זה מגולם ממילא בחיסכון בהוצאות המימון.

## היתרונות והחסרונות של הצדדים לעסקה

המטרות העיקריות של עסקת הקומביניציה הן חסכון במס וחלוקת הרווח היזמי בין הקבלן לבעל הקרקע.

כך בעסקת הקומביניציה המודרנית - העסקה המוכרת ארוע המס אינו חל על כל שטח המגרש אלא על השטח המועבר בלבד<sup>5</sup>.

עסקת קומביניציה, כאמור הינה עסקת חליפין שבה בעל הקרקע מוכר חלק מזכויותיו על הקרקע בתמורה לשירותי בנייה אינו מהווה עסקת מכירה, הבעלים יחוייב במס שבח רק בגין מכירת חלק הקרקע שהעביר לקבלן והקבלן יחוייב במס רכישה רק בגין חלק הקרקע שרכש מהבעלים, הבסיס לחישוב מס השבח החל בעסקה זו, במועד עריכתה, הינו עלות הוצאת הבניה בתוספת רווח קבלני.

מס רכישה, כאמור חל על הקבלן ואילו מס ערך מוסף מתחלק בין הקבלן לבעל הקרקע בהתאם לחלקיהם, אלא אם כן סוכם ביניהם אחרת.

<sup>5</sup>, פנחס נרקיס, "עסקת קומביניציה" "אוצר משפט" דצמבר 1997 עמ' 34.

## **היתרון בשיטה זו לבעל הקרקע**

הינו התמורה הגבוהה שנותרת בידו וכאמור גמישות מסויימת בנושא מס השבח.

## **חסרונות השיטה לבעל הקרקע**

הינם תשלום מס השבח מייד לאחר חתימת הסכם הקומבינציה ולפני קבלת תמורה כספית מיידית כלשהי .

תשלום המע"מ עם מסירת הקרקע לקבלן (לגבי יחידות התמורה) וחוסר ביטחון באשר למצבו הפיננסי של הקבלן .

הסיכון בפשיטת רגל של הקבלן ו/או הפסקת הבניה מסיבה כלשהי .

רכישת יחידות דיור על ידי רוכשים במהלך הבנייה יכול לסבך את ההליך המשפטי במקרה שהקבלן לא עומד בהתחייבות על פי ההסכם .

בנוסף הבעלים מקבל תמורה דחוייה ולא מוכר את המגרש במזומן .

הגנה משפטית ובטחונות נכונים מצמצמים את הסיכון בעסקה ומגדילים את יתרונה. באופן כללי יתרונותיה וחסרונותיה של עסקת הקומבינציה מפורטים להלן :

## **היתרונות לקבלן**

1. – אינו נדרש לרכוש את המגרש דבר הגורם לחסכון בעלויות מימון.
2. צימצום הסיכון שבעסקה על ידי מכירה מראש של יחידות דיור לבעל הקרקע.
3. חסכון בהוצאות העקיפות הכוללות בין היתר, הוצאות משפטיות, תווד, שיווק, מיסוי וכד'.
4. עלויות בנייה (המהוות את עלויות הרכישה) של הקבלן נפרסות לאורך זמן הבנייה . שיווק יחידות במהלך תקופה זו (במקרה זה על בעל הקרקע לדאוג להגנה משפטית נאותה ) עשוי לסייע לקבלן לסיים את העסקה בעלויות מימון מינימליות.
5. חסכון במס.
6. לוחות זמנים גמישים

## **החסרונות לקבלן**

1. הזכויות בקרקע של בעלי הקרקע המקורים מקשים על ביצוע עסקאות באופן חופשי .
2. רמת הפיקוח הנוקשה מצד בעלי הקרקע. נתון להסכמות או מחלקות עם בעל הקרקע או מפקח מטעמו בנושאי הבנייה.

3. חוסר גמישות במועד לסיום הבנייה.
4. מגבלות משפטיות במכירת הדירות על ידי הקבלן.
5. במקרה של ליווי פיננסי קיימת בעיה לגבי שיעבוד הנכס.
6. שותפות עם בעל הקרקע על הפרוייקט שלו (אינטרנט)
7. תחרות פנימית במכירת המוצר המוגמר , בהנחה שבעל הקרקע ימכור חלק מהדירות.

### **היתרונות לבעל הקרקע**

1. השתתפות ברווח היזמי של הפרוייקט וקבלת התמורה בשטחים בנויים מגדילות את שווי התמורה.
2. חסכון בתשלום מס שבח לגבי חלק הקרקע שלא נמכר.
3. הקרקע נשארת בבעלותו עד לסיום הפרוייקט – דבר התורם להקטנת הסיכון.
4. מתקשר עם בעל מקצוע אחד, ממנו יקבל ששירותי בניה
5. ממשיך להיות בעלים על חלק מהקרקע.
6. מקבל נכס בנוי ומוכן.

### **חסרונות לבעל הקרקע**

1. דחייה בקבלת התמורה לעומת עסקת מכירה במזומן .
2. סיכון לגבי רמת איכות הבנייה.
3. סיכון בדבר יכולתו של היזם לעמוד בתנאי החוזה לרבות מועדי סיום הבנייה.
4. חוסר ודאות לגבי שווי התמורה בגמר הבנייה.
5. העדר נזילות
6. צורך בפיקוח וניהול עסק על כל המשתמע מכך.
7. מערב "שותף" חדש במקרקעין שלו.
8. מסתכן בנושא ירידת מחירים, קבלן שעשוי לברוח, שיווק יחידות עצמאי.



## מערכת היחסים המשפטיים בין בעל הקרקע לבין הקבלן.

אליבא פנחס נרקיס<sup>6</sup> בבסיס עסקת הקומבינציה עומד החוזה שבין בעל הקרקע והקבלן, המגדיר את מערכת היחסים המשפטיים שביניהם. מערכת הזכויות והחיובים ההדדיים מעוצבת על פי רצון הצדדים בעסקה הספציפית ובכפוף להוראות הדין הרלוונטיות לכל עניין ועניין.

מערכת היחסים המשפטיים בין בעל הקרקע לקבלן מאופיינת בשלושה מישורים.

א. ההתקשרות.

ב. תוכן חוזה הקומבינציה.

ג. התוצאות המשפטיות של הפרת החיובים השונים.

בעבודה זו לא נפרט כל אחד מהמאפיינים אך נציין כי הדינים העיקריים המעצבים את עסקת הקומבינציה, או לפחות את מסגרתה, הם דיני החוזים, ובראש ובראשונה הוראות חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973 וחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזים), תשל"א – 1970, דיני הקניין, ובראשם חוק המקרקעין תשכ"ט – 1963 ודיני התכנון והבניה שבמרכזם חוק התיכנון והבניה, תשכ"ה - 1965.

המאפיינים המיוחדים של עסקת הקומבינציה הביאו את המחוקק ואת בתי המשפט לאבחן בין חוזי קומבינציה לבין חוזים אחרים, ולקבוע הוראות ודגשים מיוחדים לגבי עסקאות קומבינציה.

### האינטרסים המתנגשים של בעל הקרקע, הקבלן ורוכשי הדירות מהקבלן.

אליבא פנחס נרקיס<sup>7</sup> עסקת הקומבינציה יוצרת מערכת יחסים משפטיים משולשת, כאשר הצדדים לה הם בעל הקרקע, הקבלן, ורוכשי הדירות. האינטרסים המניעים והמנחים כל אחד מהשלושה אינם חופפים.

הקבלן זקוק להון על מנת שיוכל לעמוד בהתחייבויות השונות שנטל על עצמו בחוזה הקומבינציה ובחוזים עם רוכשי הדירות השונים. הקבלן מעוניין לכן למכור דירות רבות ככל האפשר בשלביה הראשונים של עבודת הניה (ואפילו לפני תחילתה) וכך לגייס את ההון מהרוכשים עצמם.

עבור רוכשי הדירות, חוזה רכישת הדירה הוא פעמים רבות אחת מהעסקאות הגדולות שעושים הם בחייהם, אם לא הגדולה שבהן. הרוכש חייב על-כן בבטוחה יציבה להשקעתו הכספית. הדברים נכונים הן אם מדובר ברוכש דירה מבעל הקרקע ובין אם ברוכש דירה מהקבלן.

<sup>6</sup> פנחס נרקיס עסקת קומבינציה כרך א עדכון שמיני (מהדורה מורחבת ומעודכנת, 2007) 5

<sup>7</sup> פנחס נרקיס עסקת קומבינציה כרך ב עדכון שמיני (מהדורה מורחבת ומעודכנת, 2007) 397-399

בעל קרקע, המודע לעובדה שהקבלן מתחייב כלפי רוכשים שונים למכור להם דירה עוד לפני שנסתיימה הבניה (ולעיתים כאמור אף לפני שהחלה) מעוניין להבטיח עצמו במובן זה שאם מסיבה כלשהי תתבטל העסקה בינו לבין הקבלן לא יהא מנוע מלהתקשר עם קבלן אחר בעסקת קומבינציה חליפית או לממש את הנכס בדרך אחרת.

רישום הערת אזהרה הינו הבטוחה הנפוצה ביותר כיום הניתנת לרוכש דירה מקבלן בעסקת קומבינציה. בהמשך נעמוד על מהותה וחוזק ההגנה שמספקת ההערה, אך בכל מקרה ברור שככל שכוחה כבטוחה רב יותר, רוכשי הדירות מהקבלן, מחד יהיו מעוניינים ברישומה על מקרקעי הבעלים, מאידך הבעלים יעדיף שמקרקעיו יהי נקיים ככל האפשר מההערות אזהרה. על התלות ההדדית בין שלושת הצדדים לעסקה עמד השופט אלוני בה"פ(ת"א) 39/85 עמ' 131: 8 " ציטוט: "ה"משולש" הנוצר בין האינטרסים השונים הוא לעיתים קרובות מקור לצרות מרובות, שכן לכאורה לפחות, נוצרת תלות בין כל אחד מן "הצדדים" לאותו "משולש", ואם אחד מהם אינו מקיים את המוטל עליו עלול הדבר להשפיע על זכויותיו של האחר".

ניגודי אינטרסים עשויים להתעורר בסיטואציות שונות בין רוכשי הדירות לבין עצמם. לדוגמא אם הקבלן הפר את חיוביו ורוכשי הדירות ממנו תובעים סעדים בגין ההפרה, סביר שהרוכשים שדירותיהם כמעט הושלמו יעדיפו כסעד מינוי כונס נכסים שישלים את הבניה. ואילו רוכשים שבניית הדירות שהובטחו להם נמצאת בשלביה הראשונים בלבד, יעדיפו לבטל את העסקה ולקבל את כספם חזרה.

השופטת אבנור ב- ת"א (ת"א) 2182/82<sup>9</sup> החזיקה בגישה לפיה הערת אזהרה יוצרת זכות קניינית, כפי שנראה להלן, גישה זו אינה נקייה מספקות, אך לאורה עמדה השופטת עוד התנגשות אינטרסים נוספת אפשרית בין רוכשי הדירות לבין עצמם ציטוט: " קיים ניגוד אינטרסים בין רוכשי דירות שלגביהם נרשמו הערות אזהרה בשעתו – כדין, ואשר המבנים המיועדים להם הם בשלבי בניה סופיים, מעוניינים כי זכותם תוכר כזכות קניין במקרקעין והמקרקעין והמבנה יוצאו מ"המסה" של רכוש החברה בפרוק. אותם רוכשי דירות, שאיתרע מזלם וטרם נרשמה הערת אזהרה לזכותם/או טרם נבנה המבנה – מעוניינים כי כל המבנים והזכויות במקרקעין יהיו שייכים ל"מסה" של רכוש החברה בפירוק- שכן אחרת לא יהיה להם ממה לגבות. ההסדר המשפטי שבדין לסיטואציות השונות המתעוררות בעסקת הקומבינציה חייב על כן ליצור איזון צודק ונכון בין אינטרסים מנוגדים (לעיתים) של שלושת הצדדים ל "משולש המשפטי" שהעסקה יוצרת".

ראה ה"פ (ת"א- יפו) 772/03<sup>10</sup> אשר מדובר במוכר, שהיה בעל המקרקעין וערך עסקת קומבינציה במסגרתה מכר את המקרקעין וקיבל תמורת המקרקעין – דירות, אינו מנתק את

<sup>8</sup> ה"פ (ת"א) 38/85, כהן נגד כדר, פ"מ תשמ"ה (ג) 129.

<sup>9</sup> ת"א (ת"א) 2182/82, סורוקין נגד אחיעזר ואח', פ"מ תשמ"ג (ב) 299.

<sup>10</sup> ה"פ (ת"א-יפו) 772/03 קירמאיר יעקב ואח' נגד תמיר יוסף ואח', תקדין מחוזי 2006 (1) 6025.

"הקשר" שלו וזיקתו למקרקעין, ולבד מהאינטרסים הכספיים – כלכליים שלו, הוא היה אמור ליתן דעתו גם על האינטרסים של רוכשי הדירות.

### **מודלים אפשריים לגבי היחס המשפטי בין בעלי הקרקע לבין רוכש הדירה מהקבלן**

אליבא פנחס נרקיס<sup>11</sup> הצדדים הפורמאליים לחוזה הקומבינציה הם בעל הקרקע והקבלן. הצדדים הפורמאליים לחוזה רכישת הדירה מהקבלן הם רוכשי הדירה והקבלן. לכאורה, אין קשר משפטי בין רוכשי הדירה מהקבלן לבין בעל הקרקע. ואכן זו הייתה מסקנת בית המשפט ב ע"א 3/78<sup>12</sup> באותו מקרה ביטלו בעלי הקרקע כדין את חוזה הקומבינציה עם הקבלן לפני שנרשמה הערת אזהרה לטובת רוכשי הדירה. לאחר הביטול רשם בא-כוח הקבלן הערת אזהרה לטובת רוכשי הדירה, בהסתמך על ייפוי הכח בלתי חוזר שנתנו לו הבעלים לעשות כן. רוכשי הדירות תמכו טענתם שאין למחוק ההערה בשני נימוקים.

א. היות ייפוי הכח בלתי חוזר.

ב. היות והערת האזהרה, לטענתם מבססת זכות קניינית.

בית המשפט קבע כי דין הערת האזהרה להימחק ואלו נימוקיו בעמ' 362 :

א. " ייפוי הכח הוא טפל לעסקה גופה, הוא בא כמכשיר בלבד לביצוע העסקה, ולשם הבטחת ביצוע ההסכם... "

הזכות המהותית בעניין שלפנינו היא ההסכם עליו באו המשיבים עם הקבלן, שלפיו זכאי לבנות על מגרשם של המשיבים את הבית ולמכור את הדירות אשר יבנה ואשר יעמדו לרשותו, והזכות הנלווית מצויה בייפוי הכח כמכשיר להבטחת ביצוע ההסכם שבין המשיבים לבין הקבלן. הסכם זה בא לקיצו, כפי שכך קבע השופט המלומד בדין, משהופר על ידי הקבלן ובוטל על ידי המשיבים ביום 29.1.1976 ומשבטלה הזכות המהותית שבהסכם בטלה מאליה הזכות הנלווית של הקונה לרישום הערת אזהרה לפי ייפוי הכוח".

ב. הערת אזהרה אינה יוצרת זכות בעלת תוכן קנייני (עמ' 364)

" לקונה לא קמה ולא יכלה לקום זכות קניינית ובוודאי לא זכות עדיפה כלפי המשיבים מזו המצויה בידי הקבלן כלפיהם, ומשבטלה זכותו של זה האחרון בטלה מאליה גם זכותו של הראשון".

אך גישה זו, לפיה אין קשר משפטי בין בעל הקרקע לבין רוכש הדירה מהקבלן, טומנת בחובה סכנה מרובה לרוכש הדירה, ובעיקר אם הבטוחה כנגד השקעתו היא הערת אזהרה שנרשמה על מקרקעי הבעלים. בכל פסקי הדין שניתנו לאחר ע"א 3/78 הנ"ל

<sup>11</sup> פנחס נרקיס עסקת קומבינציה כרך ב עדכון שמיני (מהדורה מורחבת ומעודכנת, 2007)400(30)-418

<sup>12</sup> ע"א 3/78, וינברנד נגד רוקמן, פ"ד ל"ג (2) 359.

בנושא הנדון הכיר בית המשפט בסכנה הנ"ל ונפסק בהם חד משמעית כי קיים קשר משפטי בין הרוכש לבעלים. חשוב להדגיש כי **עא 3/78** הנ"ל ייחודי בנסיבותיו: בכל פסקי הדין שניתנו לאחריו בנושא הנדון בוטל חוזה הקומבינציה לאחר שכבר נרשמו הערות אזהרה לטובת רוכשי הדירות. מכאן שלא ברור עד כמה שינתה הפסיקה המאוחרת את שנקבע **בע"א 3/78 הנ"ל**.

על אף שבשאלת עצם קיומו של קשר משפטי בין בעל הקרקע לרוכש הדירה מהקבלן קיימת הייתה בפסיקה שלאחר **3/78 הנ"ל** הסכמה כללית, הרי שגישות רבות ושונות הובעו בפסיקה ובספרות המשפטית כאחד בנוגע לתוכן הקשר המשפטי הנ"ל, ובעיקר לגבי מקורו.

### **קשר משפטי ישיר בין בעל המקרקעין לבין רוכש הדירה ותוכנו של קשר זה.**

תוכנו של קשר זה מתמצה בהסכמת בעל המקרקעין למכירת הדירות שייבנו על המקרקעין, ולכך שלא תרשמנה עסקאות הסותרות את זכותו של הקונה לקבל דירה מאת הקבלן. זוהי ההלכה הפסוקה דהיום מקורה **בע"א 205/83**<sup>13</sup> בפסק דינו של השופט בייסקי שקבע בעמ' 106:

"מערכת ההתקשרויות שבין הקבלן לבין הרוכשים ממנו דירות היא אומנם נפרדת מהסכם הקומבינציה ואיננה מטילה חביות ישירות על בעל קרקע לבנות ולהשלים עבור הרוכשים את הדירות כפי שהקבלן התחייב. אך מערכת נפרדת זו של התקשרויות מתאפשרת וקמה על פי רוב, על יסוד התחייבותו והסכמתו של בעל הקרקע לרשום הערות אזהרה על רכישו לטובת רוכשי דירות, שבלעדי התחייבות זו כנראה לא היו מסכימים להתקשרות עם הקבלן, בעיקר כאשר ידוע ומוצהר, כי הקבלן עדיין אינו הבעלים של הקרקע. התחייבות קניינית אמנם אין כאן מצד בעל הקרקע כלפי רוכשי הדירות אך התחייבות אישית יש ויש".

גישה זו אושרה **בע"א 813/85**<sup>14</sup> על ידי הנשיא שמגר עמ' 349:

"אף אני סבור כי התחייבותו החוזית של בעל מקרקעין כלפי הקבלן לרשום הערת אזהרה לטובת רוכשי הדירות מקימה קשר משפטי ישיר בין בעל המקרקעין לבין רוכשי הדירות. בלי לקבוע מסמרות בשאלת הסיווג המשפטי של היחס האמור, נוכל לומר, כי תוכנו של אותו יחס מתמצה בהסכמתו של בעל המקרקעין למכירת הדירות שייבנו על המקרקעין, ובכך שלא תירשמנה עסקאות הסותרות את זכותו של הקונה לקבל דירה מאת הקבלן"

הדברים אומצו בהסכמה על ידי השופט חלימה **בע"א 784/86**<sup>15</sup> וחזרו ונתאשרו **בע"א 570/87**<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> ע"א 205/83, חובני נגד דיקלה חברה לבניין והשקעות בע"מ, פ"ד מ"א (3) 96.

<sup>14</sup> ע"א 813/85 נחשון נגד שי, פ"ד מ"ב (1) 340.

<sup>15</sup> ע"א 784/86, חברת גוש 6378 חלקה 74 בע"מ נגד צבי את עזרא חברה לבניין והשקעות בע"מ ואח', פ"ד מ"ג (4) 447, עמ' 447.

<sup>16</sup> ע"א 570/87, בורנשטיין נגד זאב לב הר חברה לבניין והשקעות בע"מ (בפירוק) ואח', פ"ד מ"ד (2) 793.

הלכה פסוקה זו של בית המשפט העליון יושמה בפסיקת בתי המשפט המחוזיים. **בת"א (ת"א) 42/85**<sup>17</sup> הדגיש השופט בן יאיר את עצמאות חיובו של בעל הקרקע עמ' 104 :

"...גם אם במערכת החיובים שבין בעל המקרקעין לבין הקבלן היה מעשה הפרה מצידו של האחרון, וגם אם מעשה ההפרה מזכה את בעל המקרקעין בביטול הסכם הקומבינציה, אין בכך, ואין בביטול עצמו, לגרוע מתוקף התחייבותו של בעל המקרקעין כלפי לקוחו של הקבלן. כל עוד זכאי הלקוח לקיום חיוביו של הקבלן כלפיו, ובתוכם החיוב להקנות לו את הזכות שנרכשה במקרקעין, התחייבויותיו של בעל המקרקעין להבטיח את אי סתירתו של החיוב האמור תהא שרירה וקיימת. ביטויה המשפטי של התחייבות זאת – הערת אזהרה-תקף והוא פועל כאמור, כלפי כולי עלמא, ובתוך כך כלפי בעל המקרקעין עצמו. כיון שכך בעל המקרקעין אינו רשאי לעשות עסקה סתרת לעסקת המקרקעין, שלהבטחת ביצועה נרשמה הערת האזהרה. ממילא הוא אינו רשאי לבקש את מחיקתה של הערת האזהרה, על מנת לסלקה מדרכו, ברצותו לעשות עסקה סותרת כאמור".

חשובה מאוד לענינו היא העובדה, שבעסקת קומבינציה שנדונה בת"א(ת"א) 42/85 הנ"ל, נחתם חוזה רכישת הדירה בין הקבלן לבין הקונים ביום 23.3.82 ואילו חוזה הקמבינציה בין הקבלן לבעל הקרקע נכרת ב 28.6.82 דהיינו, העובדה שחוזה הקומבינציה נכרת לאחר שנכרת חוזה רכישת הדירה לא הפריעה לבית המשפט להחיל את ההלכה לפיה קיים קשר משפטי ישיר בין בעל הקרקע לרוכשים מהקבלן.

עוד **בת"א (ת"א) 42/85** הנ"ל בע' 106, הודגש כי " התנהגותם של הקונים ומידת הסתמכותם על רישומה של הערת אזהרה אינו המקור ליצירת התחייבותם של הבעלים. חשיבותן היא בתחום המניעות, והן עשויות לבוא במניין השיקולים כאשר בית המשפט יתבקש להחליט, אם להתיר רישומה של עסקה הסותרת את הזכות שלהבטחתה נרשמה הערת האזהרה לטובת הקונים. אולם, אין להן ולא כלום עם יצירת התחייבותם של הבעלים, והן אינם תנאי ליצירת הקשר המשפטי הישיר בין הבעלים לבין הקונים".

לגבי תוכן חיובו של בעל הקרקע כלפי רוכש הדירה, אין ספק כי הבעלים לא נוטל על עצמו לא במפורש ולא מכללא, את חיובו של הקבלן בחוזהו עם רוכש הדירה לבנות על המקרקעין, או חיובים אחרים הכלולים באותו חוזה או נובעים ממנו. כך קובע השופט בייסקי **בע"א 205/83** וחזרה על כך השופטת נתניהו **בע"א 617/88**<sup>18</sup>. פרופ' רייכמן במאמרו<sup>19</sup> אומר כי "כל חובתו ( של בעלים פ' נ') היא אך להקנות את הזכות במקרקעין – יהיה מצב המקרקעין והמחויבים עליהם ככל שיהיה באותה העת" דברים אלה צוטטו **בת"א (ת"א) 42/85** עמ' 113 .

<sup>17</sup> ת"א (ת"א) 42/85, קאשי נגד ארואסטי, פ"מ תש"ן (ג) 95.

<sup>18</sup> ע"א 617/88, אחים כדורי חברה קבלנית בע"מ נגד ולנסי יהושע פ"ד מ"ה (1) 225.

<sup>19</sup> אוריאל רייכמן, "הערת אזהרה- מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות", **עיוני משפט** י 297.

י' עמית במאמרו המקיף<sup>20</sup> מבקר בעמ' 617-616 את עמדת פרופ' רייכמן:

"כפי שנראה להלן, הפירוש המוצע על ידי פרופסור רייכמן חורג מביסוס זכותו של רוכש הדירה ומשמש לו כ"חנית" ולא כ"צינה" בלבד. ראשית על פי המודל המוצע הנ"ל מדוע לא יוכל רוכש הדירה לאכוף על בעל הקרקע את העברת הקרקע על פי מצבה הנוכחי, במצב בו הפר הקבלן את ההסכם עם בעל הקרקע עוד טרם השלמת הבניה? ואכן המחבר גורס כי עקרונית זכאי הקונה לתבוע מבעל המקרקעין להעביר לו את הבעלות על הדירה אולם הדירה אינה קיימת לפיכך, לא ינתן צו אכיפה להעברה. בכך סותר פרופ' רייכמן את הפרוש בו הוא דוגל שהרי לשיטתו התחייבות בעל הקרקע היא להעביר את הקרקע יהא מצבה אשר יהא. שנית גם אם נשלול את תרופת האכיפה, הרי לשיטתו בעל הקרקע יהא חייב בכל מקרה, לפצות את רוכשי הדירות א בוטל ההסכם בינו לבין הקבלן. "הפרה" מוגדרת בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א 1970 כמעשה או מחדל בניגוד לחוזה, משמע אין צורך באשמה מצד בעל הקרקע על – מנת שיראו אותו כמפר התחייבותו להעביר את הקרקע יהא מצבה אשר יהא. כמפר, חייב בעל הקרקע בתשלום פיצויים ומכאן שתמיד תעמוד לרוכש הדירה האופציה לתבוע פיצויים מבעל הקרקע.

נראה לנו כי תוצאה זו מרחיקת לכת אפילו לדידם של אלו המבקשים להגן על רוכשי הדירות. כך נפסק על ידי השופט אלוני בה"פ 568/85 שאין רוכשי דירות יכולים לאכוף על בעל קרקע להשתתף במימון השלמת הבניה. בפסק דינו אומר השופט כי יש להגדיר ולגדר את מעמדו של הרוכש באופן שישמש כמגן בפני כוונת נישולו על ידי בעל הקרקע אך לא שיהפוך לחנית לתקיפת בעל הקרקע. דומה כי הפירוש המרחיב המוצע על ידי פרופ' רייכמן מרחיק לכת מעבר לנדרש על מנת להגן על זכותו של רוכש הדירה ומחטיא את כוונת הצדדים כפי שמצאה ביטויה בהסכם הקומבינציה.

...יש לצמצם את התחייבות בעל הקרקע ולראותו כמי שהתחייב להעביר את הדירה על שם רוכש הדירה אם וכאשר תושלם בנייתה. כך אנו מונעים מחד גיסא את מחיקת הערת האזהרה לטובת רוכשי הדירות ואף אוכפים על בעל הקרקע לאפשר רישום זכותם, ומאידך גיסא איננו רואים את בעל הקרקע כמפר בגין הפרת החוזה של הקבלן כלפיו."

#### **מה דינם של רוכשי דירה בעסקת קומבינציה שנכשלה**

מה דינם של רוכשי דירה בעסקת קומבינציה שנכשלה, כאשר לא נרשמה לטובתם הערת אזהרה, מקום שלכאורה הייתה צריכה להירשם, ובינתיים הקבלן פשט רגל, הבעלים התקשר עם קבלן אחר, בעסקת קומבינציה אחרת, ובמסגרתה נמכרה הדירה לצדדים שלישיים ואף נרשמה על שמם? זאת השאלה שעמדה במרכז ת"א (ת"א) 2714/85<sup>21</sup> לגבי התביעה של הקונים נגד הקבלן ומנהלו (שערב אישית להתחייבויות הקבלן) נקבע כי קיימת יריבות ישירה בין הצדדים.

לא היה גם ספק כי הקבלן הפר את החוזה, שהרי הקונים שילמו את רוב התמורה עבור הדירה והקבלן לא קיים את חלקו בחוזה ולא העביר לקונים את הדירה שרכשו. עם זאת, לא היו הקונים זכאים לכל סעד נגד הקבלן שפירוקו נסתיים. מלבד דיבידנד הפירוק שאותו קיבלו. כנגד המנהל

<sup>20</sup> י' עמית, "עסקת קומבינציה – מבט על זכותו של רוכש דירה" הפרקליט ל"ח 598.

<sup>21</sup> ת"א (ת"א) 2714/85, שלומית שפירא ואח' נגד חנה קרלין ואח', תקדין מחוזי 95 (1) 1152.

הסעד שנותר להם הוא סעד כספי. נותר לבית המשפט להכריע בשני מישורים: האחד, הבעלים של הקרקע, והאחר רוכשי הדירות והקבלן החדש. תחילה בחן בית המשפט את היחסים בין הקונים לבעלי הקרקע וקבע כי נוצר קשר משפטי ישיר בין הבעלים לקונים, קשר שבה לידי ביטוי הן בחוזה בו התחייבו לרשום הערות אזהרה לטובת רוכשי דירות מהקבלן והן בייפוי כח בלתי חוזר שנועד להבטיח את רישום ההערות האמורות.

בית המשפט הוסיף כי במישור היחסים שבין הקונים לבעלים אין כל רלוונטיות לשאלת רישומה של הערת אזהרה או אי רישומה, אלא די בהתחייבות לרישום ההערה, שכן רישומה של הערת אזהרה נועד להבטיח את זכותם של התובעים כלפי צדדים שלישיים, הרישום אינו יוצר את הקשר המשפטי הישיר בין הקונים לבעלים אלא רק מביאו לידי ביטוי. "הקשר המשפטי נוצר, כאמור, בהתחייבות הבעלים כלפי הקבלן לאפשר לו למכור דירות ולרשום הערות אזהרה לזכות רוכשי הדירות".

בשלב מסויים החוזה בין הבעלים לקבלן בוטל כדין, לפיכך, בחן בית המשפט את השפעת הביטול על מערכת היחסים שבין הקונים (התובעים) לבעלים.

"אין ספק כי לו היתה נרשמת הערת אזהרה לזכות התובעים ב 24.9.81 הנתבעים 1 ו- 2 לא היו זכאים לדרוש את מחיקתה רק משום שהחוזה וייפוי הכח עם הנתבעים 3 ביטלו. כך נקבע בשורה ארוכה של פסקי דין שהראשון שבהם הוא ע"א 205/83 הנ"ל, וזאת לאור הקשר הישיר שנוצר בין בעלי המקרקעין לרוכשי הדירות, קשר שלא מתבטל עם ביטול הקשר שבין הבעלים והקבלן.

אמנם בע"א 3/78, **וינברד נגד רוקמן**, פ"ד ל"ג (2) 359, עליו הסתמכו הנתבעים 1 ו- 2 בסיכומיהם הורה בית המשפט למחוק הערת אזהרה שנרשמה לזכות רוכש דירה, אך לא זו בלבד שבכל פסקי הדין שבאו אחריו נקבעה תוצאה אחרת, אלא שהעובדות בפס"ד וינברד היו שונות: שם הערת האזהרה לטובת רוכש הדירה נרשמה לאחר שהחוזה וייפוי הכח עם הקבלן בוטלו כדין. במקרה שלפנינו, כפי שנאמר לעיל, הערת האזהרה, לו הייתה נרשמת, היתה נרשמת 4 ימים לפני שהחוזה וייפוי הכח התבטלו. בא כח התובעים טוען בסיכומו כי מהות הקשר המשפטי שבין בעל המקרקעין לרוכש דירה מהקבלן, הזכאי שתירשם לזכותו הערת אזהרה, הוא כי בעל המקרקעין בא בנעליו של הקבלן, ועליו להעביר לרוכש את הדירה אותה רכש, או לפחות לבצע בקרוב את התחייבותו, קרי, להעביר לו דירה דומה: ואם גם זה לא אפשרי לפצותו במחיר דירה דומה...

דומני שאין מקום לספק כי משבוטל הסכם הקומבינציה, בעל המקרקעין לא נכנס בנעליו של הקבלן במובן זה שהוא חייב למלא אחר חיוביו של הקבלן כלפי רוכש הדירות: להשלים את הבניה ולמסור להם את הדירות שרכשו. במקרה דנן הדבר עוגן במפורש שבהסכם הקומבינציה ת/15 בסעיף 10(ד) הקובע:

"הקונה יהיה אחראי כלפי המוכרים בכל הנוגע לכל הדירות בבניין שאינן דירות התמורה, ויהיה אחראי בלעדית כנ"ל בכל הנוגע ו/או בכל הקשור למילוי התחייבויותיו כלפי הרוכשים של אותן יחידות, וכל האחריות לגבי זאת לא תהא על המוכרים"

לפיכך אין לקבל את הטענה כי הנתבעים 1 ו- 2 באו בנעליה של הנתבעת 3 במובן זה שהייתה מוטלת עליהם החובה להשלים את הבניה ולהעביר לידי התובעים את הדירה שרכשו. לאור

הפסיקה שצוטטה לעיל סבורני כי הקשר המשפטי שבין בעלי המקרקעין ורוכש דירה מקבלן, הוא בעל אופי שלילי – שלא להתקשר בעסקה הסותרת את התחייבות הקבלן כלפי רוכש הדירה. קשר זה מקבל אופי חיובי רק כאשר הבניה מושלמת. או אז מחוייב בעל המקרקעין להעביר את הדירה שהושלמה לרוכש, בכפוף לחובתו של הרוכש לשלם את יתרת התמורה בגינה (שטרם שילם) ואת חלקו היחסי בהוצאות שנגרמו עקב החלפת הקבלנים. כמוכן שזכותו החוזית של רוכש הדירה לדרוש אכיפה יכולה להידחות מפני זכותם של צדדים שלישיים שרכשו את הדירה בתמורה ובתום לב, והדירה נרשמה על שמם בעודם תמי לב, זאת כאמור בסעיף 9 לחוק המקרקעין<sup>22</sup>. מובן הוא שמצב מעין זה הוא בלתי אפשרי, מקום שלזכותו של רוכש הדירה נרשמה הערת אזהרה, שכן רישום זה מונע רישומה של כל עסקה סותרת, ויש בו בוודאי כדי לשלול את תום ליבו של הצד השלישי.

במקרה דנן לא נרשמה בפועל הערת אזהרה לזכות התובעים. הנתבעים 1 ו- 2 הפרו את התחייבויותם כלפי התובעים שעה שאפשרו עשיית עסקה נוגדת בדירה שיועדה לתובעים<sup>23</sup>

באשר למישור היחסי בין הקונים לצדדים שלישיים עתירת התובעים היא אכיפה.

סעיף 9 לחוק המקרקעין קובע כי בסיטואציה מעין זו גוברים בעלי התחייבות הראשונה, אלא אם בעל ההתחייבות השניה רכשו את הדירה בתום-לב ובתמורה. מחומר שהובא בפני כבי השופט השתכנע כי הוראות סעיף 9 סיפא לא מסייעת לנתבעים שכן אמר כי גם אם הוא יניח שהם פעלו בתום לב, בעת החתימה על החוזה ת/57 ושילמו תמורה מלאה בגין הדירה, הרי כשהעסקה נרשמה לטובתם בשנת 91 הם כבר צורפו לתביעה זו וידעו על כך שהתובעים טוענים כי הם בעלי הזכויות בדירה. לכן לא ניתן לומר שהרישום נעשה לטובתם בעודם תמי לב. גם העוסבדה שהערת האזהרה שנרשמה לזכותם ב 30.1.86 נרשמה בעודם תמי לב לא מסייעת להם שכן הרישום עליו מדבר סעיף 9 הנ"ל הוא רישום העסקה עצמה ולא רישום הערת אזהרה.

לא זו אף זו נקבעה הלכה שנפסקה בד"נ 21/80 ורטהימר ואח' נגד, פ"ד ל"ה(3) 253, שם נקבע בעמ' 265-266 כי מסעיף 9 לחוק המקרקעין מתבקשת המסקנה כי הקונה הראשון זכאי לאכיפת זכותו כלפי המוכר, חרף שיקולי הצדק העשויים לתמוך בזכותו של הקונה השני.

יחד עם זאת סעיף 3(4) לחוק החוזים תרופות חל גם על החוזה שבין הקונה הראשון לבין המוכר ועדיין יש מקום לבדוק אם מוצדק בנסיבות העניין לאכוף את החוזה שביניהם (ראה ד"נ 21/80 הנ"ל בעמ' 267 וכן ע"א 839/90 רז חברה לבניין בע"מ נגד אירנשטיין ואח', פ"ד מ"ה(5) 739, 746 ד-ה)

## ביצוע בקרוב

<sup>22</sup> חוק המקרקעין תשכ"ט – 1969.



השאלה אם סעד של ביצוע בקרוב חל במשפטנו לאחר חקיקת חוק חוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) טרם הוכרעה בפסיקה. סעיף 24 לחוק זה קובע כי בעניינים שבהם דן החוק לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצה, והלא זהו המקור שדרכו נקלט סעד הביצוע בקרוב במשפטנו.

במספר פסקי דין נקבע אמנם אגב אורחא, כי מן הראוי להמשיך ולתת סעד מעין זה מטעמים שונים אך הענין טרם הוכרע (ראה ע"א 256/89, **פרץ נגד כובס**, פ"ד מ"ו (3) 569, 557 והאסמכתאות שם)

## פיצויים

נקבע כי "הסעד היחיד שנותר לרשות התובעים הוא פיצוי כספי" בסופו של דבר נקבע כי הנתבעים- הבעלים, מנהל הקבלן המקורי והקבלן המחליף- חייבים יחד ולחוד, לפצות את הקונים – התובעים בשיעור שווי הדירה נשוא התביעה בהפחתת הסכומים שפורטו בפסק הדין.

## חוזה לטובת צד שלישי

לפי גישה זו, התחייבות בעל המקרקעין בחוזה הקומבינציה, לרשום או לאפשר רישום הערות אזהרה לזכות רוכשי הדירות הופכת את חוזה הקומבינציה לחוזה לטובת צד ג' ואת רוכשי הדירות למוטבים מכוח החוזה. זו היתה גישת השופט לנדוי בע"א 68/76<sup>23</sup> שם כלל החוזה בין הקבלן (ממן) לבעלי המקרקעין (מילוא) התחייבות מצד מילוא:

" לרשום הערות אזהרה לזכות רוכשי דירות ועסקים בבית החדש לפי דרישת ממן ו/או הרוכש או להסמיך את מיופה הכוח לכך עם חתימת הסכמי רכישה עם הרוכשים"

השופט לנדוי פסק, בעמ' 530:

"סעיף זה מקנה את הזכות לדרוש את רישום ההערה לא רק לממן, אלא גם לרוכש הדירה במישרין. בזה יוצר ההסכם בין מילוא וממן זכות תביעה לטובת צד שלישי, שאינו צד להסכם, מן הסוג שעליו חלים עכשין הסעיפים 34 עד 38 של חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג 1973."

באותו פסק דין הייתה עמדת השופט ח' כהן כי דיני החוזים לטובת צד שלישי אינם רלוואנטים כלל ועיקר.

בת"א (ת"א) 2182/82<sup>24</sup> השופ' אבנור, לכאורה מודל זה, לפיו הרוכש הוא מוטב מכח חוזה (הקומבינציה) לטובת צד ג' (רוכש הדירה), אינו רצוי לאור סעיף 37 בחוק החוזים, לפיו "כל טענה שיש לחייב (בענינו בעל המקרקעין) כלפי הנושה (הקבלן) בקשר לחיוב תעמוד לו גם כלפי המוטב"

<sup>23</sup> ע"א 68/76, **אטיאס נגד הממונה על המרשם לפי חוק המקרקעין**, תשכ"ט-1969, פ"ד ל (3) 527.

<sup>24</sup> ת"א (ת"א) 2182/82, **סרוקין נגד אחיעזר**, פ"מ תשמ"ג (ב) 299.

י עמית במאמרו הנ"ל<sup>25</sup> הציע פתרון לקושי זה :

"בעצם רישום הערת אזהרה בלתי מסוייגת ומתן ייפוי כח בלתי מסוייג, רואים את הצדדים להסכם הקומבינציה כמי שהיתנו ביניהם על אי תחולת סעיף 37 לחוק החוזים"

יתרון מודל זה כפי שמציין המחבר בכך ש "הן המוטב (רוכש הדירה) והן הנושה (הקבלן) עומדים בעת ובעונה אחת כלפי החייב (בעל הקרקע)".

שימוש במודל זה של חוזה לטובת צד שלישי נעשה גם בה"פ (ת"א) 38/85<sup>26</sup> שם הסיק בית המשפט כי חוזה הקומבינציה והמסמכים שנילוו אליו (מכתב לרשם המקרקעין ומסמך שכותרתו "התחייבות לרישום משכנתא" שנחתמו על ידי בעלי הקרקע ) לימדו על כוונה להקנות לרוכשי הדירה מעמד של מוטבים, הזכאים לדרוש מבעל הקרקע לרשום את הדירה על שמם.

### המחאת זכות

ניתן לבסס את זכותו של הרוכש כלפי בעל הקרקע על התחייבות הקבלן כלפי הרוכש, על ידי כך שנראה את התחייבות הקבלן כלפי הרוכש כהמחאת זכות העתידית של הקבלן כלפי הבעלים (לקבל לבעלותו את החלק שרכש במגרש) לרוכש. על מודל זה, בין היתר, ביססה הנשיא התורן אבנור את פסיקתה ב - ת"א (ת"א) 2182/82 הנ"ל . השופטת עומדת שם על הצורך לבחון באם מדובר בחוזה רכישת הדירה בהמחאת זכות או בהתחייבות להעברת זכות , לכשתגיע לידי הקבלן.

המחאה זו לפי סעיף 1 (א) לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט 1969 אינה כפופה להסכמת החייב (זולת אם נשללה או הוגבלה עבירותה על פי דין, לפי מהות הזכות או ההסכם)

הקושי במודל זה טמון בסעיף 2(א) בחוק המחאת חיובים, הקובע :

"..לחייב יעמדו כלפי הנמחה כל הטענות שעמדו לו כלפי הממחה בעת שנודע לו על ההמחאה".

י עמית במאמרו הנ"ל מציע להתגבר על הפגיעה שטומן סעיף 2(א) לזכויות רוכש הדירה על ידי כך שנראה את בעל הקרקע והקבלן כמי שתנו ביניהם מכללא כי סעיף 2(א) לא יחול..

על האפשרות לראות בהתחייבות הקבלן כלפי רוכשי הדירות המחאת זכויות עמד אף הנשיא שמגר בע"א 813/85<sup>27</sup>

"לשם הבטחת זכויותיהם של רוכשי הדירות מתחייב, בדרך כלל, בעל המקרקעין, בהסכם הקומבינציה שהוא עורך עם הקבלן, לרשום הערות אזהרה לטובת רוכשי הדירות, בין במישרין ובין במסירת ייפוי כח לכך לקבלן או בא כוח אחר. התחייבותו של בעל המקרקעין מיועדת להגן על זכויותיהם של רוכשי הדירות בתקופת הביניים שבה נשאר הקניין בידיו. לקבלן יש אך זכות חוזית לקבל את הקניין בקרקע בעתיד (בין אם זכות חוזית זו מוגנת כשלעצמה בהערת אזהרה

<sup>25</sup> י. עמית, "עסקת קומבינציה – מבט על זכותו של רוכש דירה", הפרקליט ל"ח 598. עמ' 611.

<sup>26</sup> ה"פ (ת"א) 38/85, כהן נגד כדר, פ"מ תשמ"ה (ג) 129.

<sup>27</sup> ע"א 813/85, נחשון נגד שי, פ"ד מ"ב (1) 340.

ובין אם לאו), ואת זכותו זו הוא מבקש להמחות לרוכשי הדירות, אשר יקבלו בסופו של דבר את הקניין בדירות, לאחר שזה יועבר מבעל המקרקעין לקבלן (או בהעברה ישירה מבעל המקרקעין לרוכשי הדירות).

### השתק מניעות ותום לב

ב- ע"א 205/83<sup>28</sup> ביסס השופט בייסקי את פסיקתו כי הבעלים אינם זכאים למחוק את הערת האזהרה שלטובת רוכשי הדירה, בין היתר, על דוקטורינת ההשתק והמניעות ועל דוקטורינת תום הלב.

"... ב. כבר אמרנו לעיל, כי במהותה של עסקת קומביניציה טמונה הידיעה של בעל הקרקע, כי הקבלן ימכור דירות לרוכשים, ומתוך האינטרס המשותף לממש ולהשלים את העסקה לטובת השניים מסכים הבעלים להתחייב לרשום הערות אזהרה לכל מי שאינו צד לאותו הסכם, בבחינת ערבות לחיובו של אחר. גם זאת כבר אמרנו, שאין לפרש חיוב זה כבא להבטיח קיום כל ההתחייבויות הקבלן כלפי רוכשי הדירות, והוא מצומצם אך להבטחת הצד השלישי שהוא ביסודה של הערת האזהרה, היינו כי לא תירשם עסקה הסותרת אותה. חיוב כזה שעל פיו פעלו הרוכשים, אין לבטל גם מטעמי מניעות"

השופט בייסקי הסתמך על פסיקת הנשיא שמגר ב- ע"א 118/83<sup>29</sup>, לפיה דברים הנאמרים בחוזה שנכרת בין ראובן לבין שמעון יכולים ליצור מניעות ביחסים בין ראובן ללוי, וכי די לעניין זה, שהדברים "נאמרו או נכתבו על ידי ראובן בנסיבות כאלה, שהם עשויים להגיע לאוזניו או לעיניו של לוי, אשר יפעל על יסודם"

השופט בייסקי ממשיך ב- ע"א 205/83 הנ"ל וקובע:

ג. "בענייננו קיים אף מעבר לכך! לא על פי שמועה בלבד פעלו הרוכשים: הם ידעו על התחייבותו של הבעלים לרשום לזכותם הערות אזהרה, כחיוב הנובע מעסקת הקומביניציה, ולגביהם קויים חיוב זה הלכה למעשה. לא מן הדין ולא מן הצדק הוא לבטל חיוב זה מניה וביה, כאשר כתוצאה מכך תהא בידי הבעלים לא רק חלקת הקרקע, אלא כל אשר בינתיים נבנה עליה וכפי שהיא הושבתה בכספי הרוכשים עד למועד ההפרה על ידי הקבלן. דרישה לבטל את הערות האזהרה בנסיבות כאלה אין עמה מן תום הלב. השארת הערות אזהרה גורמת אומנם תקלה ואי נוחות לבעלים. אך להלכה אין הוא מנוע לעשות דיספוזיציה בקרקע בכפיפות להערת האזהרה ובכפוף למתחייב על פי סעיף 9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א – 1970.

ד. זאת ועוד: לאחר שעסקת הקומביניציה הופרה על ידי הקבלן, השקיעו הרוכשים מכספם ובאמצעיהם הנוספים השלימו בניית דירותיהם, נטלו בהן חזקה ומאז הם גרים בהן. הבעלים לא רק שלא נקטו צעדים למנוע בעד הרוכשים לעשות את כל אלה, אלא אף לא הזהירו אותם, כי הם עלולים לשים כספים נוספים על קרן הצבי. רק לאחר שבניית הדירות הושלמה על ידי הרוכשים,

<sup>28</sup> ע"א 205/83, חובני נגד דיקלה חברה לבניין והשקעות בע"מ, פ"ד מ"א (3) 96.

<sup>29</sup> ע"א 118/83, עמר נגד מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד ל"ט (1) 693.

נגד עיניהם של הבעלים, והחזקה בהן נתפסה, נפתח ההליך המשפטי, הכולל עתירה בדבר ביטול הערות האזהרה. בהתנהגותם זו גרמו הבעלים למשיבים להניח לא רק שאין להם התנגדות להשלמת הדירות אלא שאין בכוונתם להתכחש להערות האזהרה. בכך שינו הרוכשים את מצבם לרעה. גם משום כך מנועים הבעלים מלהתכחש להתנהגותם..”

**בע"א 784/86**<sup>30</sup> היו עובדות דומות והשופט חלמה אימץ בעמ' 447 את גישתו של השופט בייסקי שהובעה בדברים שלעיל.

### **רוכש הדירה כבעל זכות קניין**

על פי גישה זו הערת האזהרה הנרשמת לטובת רוכש הדירה מקנה לו זכות קניינית. זו עמדת השופטת אבנור, אותה הביעה ב- **ת"א 2182/82**<sup>31</sup>. גישה זו נדחתה על ידי בית המשפט העליון. השופטת אבנור רואה בהערת האזהרה זכות במקרקעין המחליפה כיום את זכות הקניין שביושר, שבוטלה בחוק המקרקעין. את זכות הרוכש מבקשת השופטת לסמוך, בין היתר על סעיפים 9 ו-10 לחוק המקרקעין. החלת סעיפים 9 ו-10 בסיטואציה הנדונה מעוררת קשיים מרובים. אשר מפורטים במאמרו של י. עמית הנ"ל.

### **רוכש הדירה כבעל זכות מכוח ייפוי – הכוח הבלתי חוזר שנתן בעל הקרקע לקבלן**

מודל זה נדון בפסיקה מספר פעמים, ושתי גישות שונות הובעו לעניין מהות הזכות שמקים ייפוי הכוח לרוכש:

#### **ייפוי הכח כתחליף לבעלות**

לגישת השופטת אבנור **בע"א 748/80**<sup>32</sup> ייפוי הכוח יכול להוות תחליף מלא לבעלות. פרופ' וייסמן מתנגד לגישה זו וביקר אותה במאמרו<sup>33</sup>

#### **ייפוי הכוח כיוצר שליחות להבטחת זכותו של אחר**

לפי גישה זו חל סעיף 14 לחוק השליחות, תחולת סעיף 14 (ב) תלויה באפשרות לראות ברוכש הדירה אדם אחר כאמור בסעיף הנ"ל. אפשרות זו הושארה בצריך עיון ב- **ע"א 3/78**<sup>34</sup> הקושי בגישה זו, אפילו נאמר שהרוכש יכול שיהיה "אדם אחר" כאמור, הוא שההלכה הפסוקה היא כי ייפוי הכוח הוא טפל לעסקה גופה, הוא בא כמכשיר בלבד לביצוע העסקה, ולשם הבטחת ביצוע ההסכם, ומכאן, לכאורה, משהתבטל חוזה הקומבינציה, התבטלה זכותו המהותית של הקבלן

<sup>30</sup> ע"א 784/86, חברת גוש 6378 חלקה 74 בע"מ נגד צבי את עזרא חברה לבניין ולהשקעות בע"מ ואח' פ"ד מ"ג (4) 441.

<sup>31</sup> ת"א (ת"א) 2182/82, סורוקין נגד אחיעזר, פ"מ תשמ"ג (ב) 299.

<sup>32</sup> ע"א 748/80, גולדשטיין נגד גוב ארי, פ"ד ל"ח (1) 309.

<sup>33</sup> אוריאל וייסמן. "ייפוי – כוח כתחליף לבעלות". משפטים י"ד 572.

<sup>34</sup> ע"א 3/78, וינברנד נגד רוקמן, פ"ד ל"ג (2) 359, עמ' 362.

לבנות על מגרשו של בעל הקרקע, ועמה התבטלה גם הזכות הנלווית של הקונה לרישום הערת  
אזהרה לפי ייפוי הכוח, זו הייתה גישת בית המשפט ב – ע"א 3/78 .

י . עמית במאמרו הנ"ל, מציע להתגבר על קושי זה על ידי החלת הגישה לפיה אין תוקף להוראה  
הגורעת מהדירות של ההרשאה אם זו לא הובאה לידיעת בעל הזכות. בעל הקרקע לא יהיה זכאי  
למחוק את הערת האזהרה שנרשמה לזכות רוכש הדירה אם לא הסב את תשומת לב רוכש הדירה  
לכך שזכותו כרוכש כפופה לקיום התחייבות הקבלן כלפי בעל הקרקע. לגישת השופט בייסקי  
**בע"א 205/83 הנ"ל** חייבת התניה בדבר אפשרות מחיקת הערת האזהרה להיות מפורשת הן  
בהסכם הקומבינציה והן בייפוי הכוח.

### **בעל הקרקע כערב לחיובו של הקבלן<sup>35</sup>**

השופט בייסקי ב- ע"א 205/83<sup>36</sup> אומר, בעמ' 408

"ב. כבר אמרנו לעיל כי במהותה של עסקת הקומבינציה טמונה הידיעה של בעל הקרקע, כי  
הקבלן ימכור דירות לרוכשים, ומתוך אינטרס המשותף לממש ולהשלים את העסקה לטובת  
השניים מסכם הבעלים להתחייב לרשום הערות אזהרה לכל מי שירכוש דירה מהקבלן. חיוב זה  
נובע מהסכם הקומבינציה, הגם שניתן למי שאינו צד לאותו הסכם, בבחינת ערבות חיובו של אחר.  
גם זאת כבר אמרנו, שאין לפרש חיוב זה כבא להבטיח קיום כל התחייבויות הקבלן כלפי רוכשי  
הדירות, והוא מצומצם אך להבטחת הצד השלילי שהוא ביסודה של הערת האזהרה, היינו- כי לא  
תירשם עסקה הסותרת אותה".

פרופסור רייכמן במאמרו<sup>37</sup>. רואה בבעל המקרקעין ערב להתחייבות הקבלן. בעמ' 347 הוא קובע:

"יש לחזור ולהדגיש שראובן לא נוטל על עצמו, לא במפורש ולא מכללא, את חיובו של היזם לבנות  
על המקרקעין וחיובים אחרים הכלולים באותו חוזה או נובעים ממנו. כל חובתו היא אך להקנות  
את הזכות במקרקעין – יהא מצב המקרקעין והמחבורים עליהם ככל שיהיה באותה עת, לפיכך,  
וכפי שיוסבר בהמשך, יש לראות את היקף חיובו של בעל המקרקעין כמוגבל לערך המקרקעין  
בלבד".

פרופ' רייכמן רואה בבעל הקרקע "כמי שערב בחלקתו לקיום חיוב ההעברה של היזם. ערבות זו  
פירושה שבעל המקרקעין התחייב להעביר לקונה את הדירה אם יעמוד הוא בחיובו כלפי היזם"  
במצב בו הקבלן הפר את חיובי הבניה שנטל על עצמו כלפי הרוכשים, גוררת ערבותו של הבעלים,  
לפי גישה זו, את התוצאה הבאה: "עקרונית, זכאי היה הקונה לתבוע מבעל המקרקעין להעביר  
לו את הבעלות על הדירה. אולם הדירה אינה קיימת ולפיכך לא יינתן צו אכיפה להעברה. מכיוון  
שבעל המקרקעין אינו חייב בבניה לא ניתן אף לכפותו "לייצר" את הדירה עבור הקונה. אך הקונה

<sup>35</sup> פנחס נרקיס **עסקת קומבינציה** כרך ב עדכון שמיני (מהדורה מורחבת ומעודכנת, 2007) 428-429

<sup>36</sup> ע"א 205/83 **חובני נגד דיקלה חברה לבניין והשקעות בע"מ ואח'**, פ"ד מ"א (3) 96.

<sup>37</sup> אוריאל רייכמן, "הערת אזהרה – מהות, יצירה והגנה מפני עסקאות נוגדות", עיוני משפט, עמ' 297.

אינו נטול סעדים. הוא זכאי לתבוע פיצוי מבעל המקרקעין במסגרת הפרת ערבותו. עם תשלום הפיצוי את מימוש הערבות, החיוב יבוא לידי סיום וההערה תימחק".

הסכום שזכאי רוכש הדירה לתבוע מבעל המקרקעין במסגרת תביעת הפיצויים הנ"ל מוגבל בשניים:

1. בערך זכותו היחסית של הקונה מתוך ערך החלקה של בעל המקרקעין.

2. בנזקו של הרוכש עקב ההפרה.

אפילו שילם רוכש הדירה בפועל מעבר לסכום המתקבל לעיל, לא יהא זכאי לתבוע ההפרש מהבעלים.

התוצאה הנ"ל, אליה הגיע פרופסור רייכמן, בוקרה על – ידי י. עמית במאמרו<sup>38</sup> את ביקורתו נביא להלן, בבוחנו את המודלים השונים ליחסי המוכר-רוכש.

### **מעמד הדיירים הרוכשים והערת האזהרה**

#### **משפט בנדלן אינטרנט**

ההלכה הפסוקה התלבטה בשאלת יחסי בעלי המקרקעין – רוכשי דירות בעסקאות קומבינציה, הקושי בעניין זה טמון בריחוק רוכשי הדירות ממוכר המקרקעין, וזאת באמצעות תיווכו של הקבלן.

הגישה השלטת כיום בפסיקה גורסת שהערת אזהרה שרשם בעל המקרקעין, על פי עסקת קומבינציה לטובת רוכש דירה, לא מתבטלת עם ביטולו של הסכם הקומבינציה. בע"א 813/85 כאמור לעיל.

#### **הבטחונות בין הצדדים בעסקת הקומבינציה**

#### **הביטחונות המשפטיים להגנת בעל הקרקע מול הקבלן**

הביטחונות המשפטיים להגנת בעל הקרקע מול הקבלן מטרתם כפולה,<sup>39</sup> מחד להעלות ככל האפשר את הסיכוי לקיום ההסכם והשלמת העסקה, ומאידך להבטיח כי במקרה של הפרת ההסכם על ידי הקבלן יגרם לבעלים נזק מינימלי, ותהיה לו אפשרות להחזיר את המצב לקדמותו כאילו העסקה לא נעשתה, בטחונות אלו כוללים בין היתר,

ייפוי כח בלתי – חוזר שייתן הקבלן למחוק את הערות האזהרה שלטובת הקבלן אם ההסכם יופר הפרה יסודית וההסכם יבוטל כדין.

<sup>38</sup> י. עמית, "עסקת קומבינציה - מבט על זכותו של רוכש דירה", הפרקליט ל"ה 598, עמ' 617.

<sup>39</sup> [www.haifa.pczlaw.com/?categoryID=192](http://www.haifa.pczlaw.com/?categoryID=192)

הגבלת מספר הערוצות האזהרה שתירשמנה לטובת רוכשי דירות מהקבלן שתוסר בהדרגה ככל שתתקדם הבניה, וכן איסור מסירת דירות לרוכשים מהקבלן עד אשר מסר לבעל המקרקעין את דירותיו.

סנקציות למקרה של הפרה, פיצוי על איחור יומי תקופתי הגדרת הפרות יסודיות והסנקציות בגינן.

ערבות בנקאית וערבות אישית של מנהלי החברה הקבלנית.

חיוב הקבלן בביטוחים צד ג', ציוד חומרים ורכוש ועובדים כאשר המוכר אף הוא מבוטח/ מוטב בפוליסות הללו.

### **ביטחונות המשפטיים להגנת הקבלן מול בעל הקרקע,**

במיוחד ייפוי כח בלתי חוזר מבעל המקרקעין, לרבות הסכמה כתובה בלתי חוזרת לרישום כל הערת אזהרה שתבקש לטובת רוכש דירה מהקבלן (במסגרת המכסה המוסכמת לכל שלב בבניה).

### **הביטחונות המשפטיים להגנת בעל הקרקע כלפי רוכשי הדירות מהקבלן.**

מטרתם להבטיחו מפני מקרה בו הקבלן מפר התחייבויותיו באופן יסודי ונדרש לבטל את העסקה. לכן נדרש שהקבלן יתחייב בהסכם הקומבינציה לכלול בכל הסכם מכר מול רוכש דירה הצהרה והתחייבות מפורשים של הרוכש כי ידוע לו והוא מסכים מראש על העדר כל קשר משפטי ישיר בינו ובין הבעלים, ושבמקרה ובעל המקרקעין יבטל כדין את הסכם הקומבינציה עם הקבלן, יהיה הבעלים זכאי למחוק את הערת האזהרה שלטובת הקונה (תוך השבת הכספים לקונה) כמו כן הקבלן יתחייב להחזיר כל רוכש על ייפוי - כח בלתי חוזר מתאים לטובת הבעלים למחיקת כל הערת אזהרה כנ"ל.

### **מחיקת הערת האזהרה לטובת הבנקים למשכנתאות על ידי בעל הקרקע.**

הבנק מעניק הלוואה לרוכש הדירה, ובתמורה מקבל התחייבות לרישום משכנתא בה מתחייב בעל הקרקע לרשום בעצמו או להתיר רישום משכנתא לטובת הבנק עם רישום הזכויות בדירה על שם רוכשי הדירה. זוהי התחייבות ישירה של בעל הקרקע כלפי הבנק, ומכוחה נרשמת הערת אזהרה לזכות הבנק, מכאן שיש קשר קרוב בין הערת האזהרה שלטובת הדירה ובין הערת אזהרה לטובת הבנק, וניכר שאין להבחין בין השתיים בשאלת תוקפן לאחר ביטול הסכם הקומבינציה. זוהי גם גישת י. עמית במאמרו הנ"ל עמ' 608: " אין זה הגיוני להבחין בין השתיים (ההערה לטובת הרוכשים וההערה לטובת הבנק) וליתן לבנק מעמד עצמאי וטוב יותר כלפי בעל הקרקע מאשר יש לרוכש הדירה כלפיו". בית המשפט העליון הלך אף הוא בדרך זו. **בע"א 813/85**<sup>40</sup> לאחר שהכריע כי אין בעל המקרקעין זכאי למחוק את הערות האזהרה שלטובת רוכשי הדירות, עבר הנשיא שמגר לבחון את תוקף הערת האזהרה שנרשמה לטובת הבנק, וזו מסקנתו: "אשר על כן, דין

<sup>40</sup> ע"א 813/85, נחשון נגד שי, פ"ד מ"ב (1) 340.

הערת האזהרה שנרשמה לטובת הבנק כדין הערות אזהרה שנרשמו לטובת הקונים" קבע בית המשפט כי זכותם של רוכשי דירות גובשה עם הגיע שלב הבניה. משום כך כל הערות האזהרה תישמרנה. בע"א 3380/92<sup>41</sup> קבע בת המשפט כי זכותם של רוכשי דירות גובשה עם הגיע שלב הבניה. משום כך גם כל הערות האזהרה תישמרנה.

### הביטחונות לבנק המלווה

**בנק מלווה בעסקת קומבינציה גלובס** - כידוע אחת השאלות הבסיסיות, העקריות והראשוניות שיש לסכם בין הצדדים עוד בטרם יחלו בהכנת המסמכים בכל עסקת קומבינציה, ולפני תחילת המו"מ עם הבנק המלווה, הינה שאלת מבנה הבטוחות בעסקה. בהפשטה ניתן לומר, כי בעסקת קומבינציה טיפוסית קיימות שתי חלופות עיקריות בעניין זה.

א. החלופה השכיחה יותר לפיה משעבד בעל הקרקע את מלוא זכויותיו במקרקעין לטובת הבנק המלווה להבטחת קיום התחייבויות היזם (ולעיתים גם לקיום התחייבויותיו הוא), וזאת כנגד קבלת ערבות בנקאית בנוסח ערבות מכר, ביצוע, או בנוסח מוסכם אחר. סך הערבויות הינו נושא למו"מ עם הבנק ועם היזם, ובדרך כלל מדובר בגובה הקרוב לשווי המשוער של הדירות הגמורות (כולל עלות הקרקע) מבנה זה של בטוחות הוא השכיח ו"האהוד" על ידי הבנקים. והרציונאל לכך ברור: במימוש המשכנתא ימכרו מלוא זכויות בעל הקרקע (ולא רק החלק מהם המשקף את זכויותיו החוזיות של היזם). הדבר מבטיח לבנק מימוש נוח ו"חלק" של נכס "שלם" שבו הרוכש אינו נאלץ להיכנס לנעלי היזם בעסקת הקומבינציה. בדרך זו, עומדת לרשות הבנק המממש בטוחה בשווי גבוה יותר, אשר נלקחה בחשבון ככזו בעת שתומחרה עסקת המימון. מובן הוא כי בחלופה זו על בעל הקרקע להבטיח את עצמו, שכן במקרה של מימוש כזה יימצא את עצמו כחסר כל זכות בקרע. לפיכך מקפידים בעלי קרקע מיוצגים ליטול מהבנק, בחסות היזם את הערבויות שיבטיחו לו כי יקבל את שווי הדירות שהיזם הבטיח לו, וזאת על מנת שיימצא במצב קרוב לזה שהיה נמצא בו אלמלא ההפרה.

ב. החלופה השנייה לפיה ישעבד בעל הקרקע רק את החלק במקרקעין אותו מכר ליזם (הזכויות החוזיות של היזם מכח הסכם הקומבינציה וזכותו להירשם כבעלים בעתיד, בהתאם לתניות שבהסכם הקומבינציה). בדרך זו השיעבוד יחול אמנם מבחינה רישומית על מלוא הזכויות במקרקעין, אולם בד בבד יחריג ויאשר הבנק לבעל הקרקע בכתב במפורש (ועל בעל הקרקע להקפיד לקבל זאת), כי בעת מימוש המשכנתא לא ייעשה המימוש מתוך חלקו של בעל הקרקע ומדירותיו, אלא מחלקו של היזם בלבד. בדרך זו אין כל צורך בהעמדת ערבויות לבעל הקרקע בגין שווי הדירות, ודי בהעמדת ערבויות ביצוע/בדק, שהינן בסכומים נמוכים בהרבה וכנגזרת משווי שירותי הבנייה, כמקובל בהסכמי קבלנות.

<sup>41</sup> ע"א 3380/92, 3382, פ'רג' נגד דוד ואח', פ"ד"ט (2) 61.



בפסק דין שניתן בביהמ"ש המחוזי בתל אביב 621/97<sup>42</sup> נקבע, כי משכנתא שנרשמה לטובת בנק מלווה בגין התחייבויות היזם – קבלן בעסקת קומבינציה, לא חלה (בנסיבות המקרה) על זכויותיו של בעל הקרקע במקרקעין, ולא תמומש מתוך דירותיו. התובעת, חברה בעלת מקרקעין, התקשרה עם חברה קבלנית בעסקת קומבינציה. החברה הקבלנית התקשרה בהסכם ליווי עם הבנק ונרשמה לטובתו משכנתא על המקרקעין להבטחת הליווי הפיננסי לפרוייקט הבניה. לאחר שהחברה הקבלנית לא עמדה בהתחייבויותיה, פנה הבנק למימוש המשכנתא. לטענת התובעת, המשכנתא כלל לא חלה על זכויותיה במקרקעין, הדיון נסב אודות פרשנותו של שטר המשכנתא שבמסגרתו משכנה התובעת את כל זכויותיה במקרקעין. כמו – כן, נדונו חובת הנאמנות של הבנק. נפסק כי לשון שטר המשכנתא והתנאים הנלווים לו אמנם חשובה, אך אין היא מכרעת, כאשר בעימות בין לשון השטר לבין כוונת עושי – יד האחרונה על העליונה, לצורך קביעה זו מצאה עצמה השופטת ברון מתפתלת בראיות ומסמכים בניסיון לבסס את עמדתה וכן גייסה לעזרתה טיעונים משפטיים כגון הלכת אפרופים לצורך פרשנות שטר המשכנתא וכן פסיקה הקובעת כי הבנקים הם גוף מאין ציבורי מפרשנות המסמכים והנסיבות שבפניה הסיקה השופטת כי אין לממש את המשכנתא מתוך זכויות בעלי הקרקע, עם זאת בכל עמודי פסק הדין לא נמצא זכר לניתוח או לדיון כלשהו בנסיבה האחת הבסיסית והעיקרית, שהיא שהייתה צריכה להדריך את השופטת, שכן היא כלי העזר הפרשני המכריע והעיקרי לבחינת אומד דעת הצדדים – השאלה אילו (אם בכלל) ערבויות בנקאיות הועמדו לבעל הקרקע על ידי הבנק בהוראת היזם להבטחת זכויותיו של בעל הקרקע בעסקה במקרה של מימוש. שהרי כך היה צריך להתחיל את ניתוח פסק הדין בהתאם ל"לאבות הטיפוס" המוצגים לעיל אם כך היה הדבר ניתוח זה היה מבהיר מייד כולל צורך בהתפתלויות נוספות כי נוכח אי העמדת ערבויות כל שהן לבעל הקרקע, ברור לבנק כי אומד דעת הצדדים היה לבצע עסקה מהטיפוס שבחלופה השנייה, שכן כך, ורק כך, יש לפרש את הקצאת הסיכויים והסיכונים שבין משולש הצדדים.

#### **זכותו הדיונית של רוכש דירה מקבלן להצטרף כצד לסכסוך בין בעל קרקע לקבלן.<sup>43</sup>**

משעלו יחסי הקבלן – בעל קרקע על שרטון עולה השאלה אם זכאי רוכש הדירה להצטרף כצד לדיון המשפטי שביניהם. ככלל הנראה נתונה לו זכות זו, וזאת לאור ההלכה הפסוקה לפיה אין לפגוע בזכויות צד שלישי שאינו צד לדיון ראה לדוגמה ע"א 411/81<sup>44</sup> וראה י זוסמן בספרו<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> ת"א (ת"א) 621/97 פרי עץ החיים נגד בנק הפועלים.

<sup>43</sup> פנחס נרקיס עסקת קומבינציה כרך ב עדכון שמיני (מהדורה מורחבת ומעודכנת, 2007) 502

<sup>44</sup> ע"א 411/81, זידאן נגד עדיר, פד ל"ח (3) 449, עמ' 455.

<sup>45</sup> יזוסמן, "סדרי הדין האזרחי", (מהדורה חמישית – 1988), עמ' 180, 185-186.

## סיכום ומסקנות

כפי שעולה מהסקירה דלעיל, עסקת קומביניציה נמנית על העסקאות היותר מורכבות בעולם הנדליין והמקרקעין - היא עסקה ארוכת טווח לעומת עסקת מזומן. אליבא נדב בן ארי<sup>46</sup> והיא מאופיינת בכך שהינה עסקת חליפין במסגרתה נמכר חלק מהמקרקעין, ועיקר התמורה מתקבל בדירות או מדירות שתיבנה על המקרקעין.

עסקת הקומביניציה קושרת את הצדדים ביחסי שיתוף גם במשך כל תקופת הבנייה, וגם לאחר סיומה והפיכת הצדדים לבעלים במשותף של אותו הנכס.

על מנת למזער את הסיכונים, העלולים להיווצר בעסקת קומביניציה שנכשלת עקב קריסת חברה קבלנית, מומלץ ל"שחקנים" המעורבים להסתייע באנשי מקצוע הבקאים בעניין עוד לפני התקשרותם בהסכם. וזאת על מנת להבטיח את זכויותיהם באופן מיטבי במקרה של הסתבכות הקבלן.

בנוסף לכך יש לתת את הדעת על הביטחונות והערבויות שיינתנו לכל אחד מהצדדים.

בעל קרקע יכול, לדוגמה להגביל את הקבלן בקצב מכירת הדירות על ידו בהתאם לקצב התקדמות הבנייה, כך שבמקרה שתהיה הסתבכות של הקבלן, ימנע מצב שבו רוכשים שקנו דירה על הנייר ידרשו זכויות בבניין המצוי רק בשלב בניית היסודות.

זאת ועוד, ניתן לחייב את הקבלן כי כל הכספים המתקבלים מרוכשי הדירות יועברו לחשבון משועבד, המצוי בפיקוח ובבקרה של בנק במסגרת הסכם ליווי בנקאי, אשר ניתן יהיה למשוך ממנו כספים אך ורק לטובת הפרוייקט הספציפי ולא לשימושים אחרים של הקבלן. אם הקבלן זקוק למימון על מנת לפתח את הקרקע ופונה לבנק לקבלת הלוואה, הבנק דורש ביטחונות, הקבלן משעבד את הנכס שעל הקרקע שעליה הוא בונה לטובת הבנק. הבעלים נותנים יפוי כח לקבלן על הקרקע שלהם הבנק מפקח על תהליך הבנייה (פרוייקט סגור) ומשחרר כסף רק לצורכי הבנייה מה שיכול להפחית את הסיכון לבעל הקרקע.

בעל קרקע יכול לדרוש מהקבלן שימציא ערבות בנקאית להבטחת ביצוע הפרוייקט, שתוקטן באופן הדרגתי עם התקדמות הפרוייקט בפועל. בכך יובטח המשך מימון הפרוייקט על ידי הבנק במקרה של קריסת הקבלן.

בנוסף יש אפשרות לחייב את הקבלן בהמצאת פוליסת ביטוח בעת הקמת הפרוייקט, אשר תכסה נזקים שעלולים להיגרם לפרוייקט כתוצאה מארועים שונים, כגון: רעידת אדמה או שריפה. פוליסה כזו תבטיח כי הקבלן לא ייאלץ לממן מכיסו פעם נוספת את הבנייה שניזוקה, מה שעלול להביא אותו להתמוטטות פיננסית.

במערכת היחסים שבין הקבלן ורוכשי הדירות יש הליך שבו הקבלן מוכר דירות "על הנייר" עוד לפני שהבניין נבנה ובתמורה מקבל תמורה כספית מהקונים, לעיתים רוכשי הדירות נוטלים הלוואות מהבנק בתמורה לשיעבוד דירותיהם, כאשר הפרוייקט הוא פרוייקט סגור בעלי הקרקע

<sup>46</sup> נדב בן ארי "עסקאות קומביניציה" ניהול נדל"ן, 875, 881 מאיר דלברי (1997)

יכולים להיות בטוחים יותר , את הכספים שעוברים לקבלן כמקדמה משלם הרוכש לבנק המלווה  
כאשר הבטוחה של רוכשי הדירות הוא הערת אזהרה על דירותיהם.

## ביבליוגרפיה

## חקיקה ראשית ומשנית

### ישראלית

- חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א – 1970 ס"ח 610.
- חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973, ס"ח 694.
- חוק המקרקעין תשכ"ט – 1969, ס"ח 575.
- חוק התיכנון והבניה, תשכ"ה - 1965, ס"ח 467.
- חוק המחאת חיובים, תשכ"ט – 1969, ס"ח 573.

## פסקי דין

### ישראליים

- ע"א 68/76, אטיאס נגד הממונה על המרשם לפי חוק המקרקעין, פ"ד ל (3) 527.
- ע"א 487/77 מנהל מס שבח נ' אחים ברקאי בע"מ פ"ד ל"ב (2) 121.
- ע"א 3/78, וינברנד ואח' נגד רוקמן, פ"ד ל"ג (2) 359.
- ע"א 748/80, גולדשטיין נגד גוב ארי, פ"ד ל"ח (1) 309.
- ע"א 411/81, זידאן נגד עדיר, פ"ד ל"ח (3) 449.
- ת"א (ת"א) 2182/82, סורוקין נגד אחיעזר, פ"מ תשמ"ג (ב) 299.
- ע"א 118/83, עמר נגד מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד ל"ט (1) 693.
- ע"א 205/83, חובני נגד דיקלה חברה לבניין והשקעות בע"מ, פ"ד מ"א (3) 96.
- ה"פ (ת"א) 38/85, כהן אריה וחנה נגד כדר ואח', פ"מ תשמ"ה (ג) 129.
- ע"א 813/85, נחשון ואח' נגד שי ואח', פ"ד מ"ב (1) 340.
- ת"א (ת"א) 42/85, קאשי נגד ארואסטי, פ"מ תש"ן (ג) 95.
- ת"א (ת"א) 2714/85, שלומית שפירא ואח' נגד חנה קרלין ואח', תקדין מחוזי 95 (1) 1152.
- ע"א 784/86, חברת גוש 6378 חלקה 74 בע"מ נגד צבי את עזרא חברה לבניין והשקעות בע"מ ואח', פ"ד מ"ג (4) 441.
- ע"א 570/87, בורנשטיין נגד זאב לב - הר בע"מ ואח', פ"ד מ"ד (2) 793.
- ע"א 617/88, אחים כדורי חברה קבלנית בע"מ נגד ולנסי יהושוע פ"ד מ"ה (1) 225.

ע"א 3380/92, 3382, פרג' נגד דוד ואח', פ"ד מ"ט (2) 61.

ת"א (ת"א) 621/97 פרי עץ החיים נגד בנק הפועלים (נבו)

ה"פ (ת"א-יפו) 772/03 קירמאיר יעקב ואח' נגד תמיר יוסף ואח', תקדין מחוזי 2006 (1) 6025.

## ספרות

### ישראלי

יואל זוסמן, **סדר הדין האזרחי**, מהדורה חמישית (1988).

נדב בן ארי "עסקאות קומבינציה" **ניהול נדל"ן**, 875, מאיר דלברי (1997)

פנחס נרקיס **עסקת קומבינציה** כרך א עדכון שמיני (מהדורה מורחבת ומעודכנת, 2007)

פנחס רוזן **עסקת קומבינציה** כרך ב עדכון שמיני (מהדורה מורחבת ומעודכנת, 2007)

אהרון נמדר **יזמות נדל"ן: עסקאות והסכמי יזמים** תשע"א (2011)

## מאמרים

### ישראלי

אוריאל רייכמן, "הערת אזהרה- מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות", **עיוני משפט** י 297.

בועז ברזילאי, "עסקת קומבינציה" **מקרקעין א/3** 674-671, (מאי 2002) .

יהושוע וייסמן. "ייפוי – כוח כתחליף לבעלות". **משפטים** י"ד 572.

יצחק עמית, "עסקת קומבינציה – מבט על זכותו של רוכש דירה" **הפרקליט** ל"ח 598.

פנחס נרקיס, "עסקת קומבינציה", **אוצר משפט**, (דצמבר 1997) .

