



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 3042/19

לפני :

כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ד' מינץ

המערער :

עו"ד אביחי ורדי, נאמן לנכסי החייב יצחק יפה

נ ג ד

המשיבים :

1. אלימלך רייכמן
2. כונס הנכסים הרשמי

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
(כב' השופט ח' ברנר, סגן נשיא) מיום 13.4.2019 וערעור על
החלטתו מיום 26.5.2019 בתיק פש"ר 026420-08-16.

תאריך הישיבה :

י"א בחשון התשפ"א (29.10.2020)

בשם המערער :

בעצמו ; עו"ד אופיר גנץ

בשם משיב 1 :

עו"ד יהושע גבעון ; עו"ד זיו אריאלי

בשם משיב 2 :

עו"ד רועי נירון

פסק-דין

השופט ד' מינץ:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט ח' ברנר, סגן נשיא) בפש"ר 26420-08-16 מיום 13.4.2019, בו נקבע כי למשיב 1 (להלן: המשיב) מעמד של נושה מובטח בהליכי פשיטת רגל בשל קיומה של הערת אזהרה שלילית שנרשמה לטובתו על נכס מקרקעין של מר יצחק יפה (להלן: החייב); ועל החלטת בית המשפט מיום 26.5.2019 בה נקבע כי גם ריבית הפיגורים שנצטברה על סכום החוב של החייב כלפי המשיב היא חלק מהחוב המובטח.

הרקע לערענר

1. ביום 26.5.2015 נחתם הסכם מסגרת בין המשיב לבין החייב, במסגרתו הסכים המשיב להעמיד לחייב אשראי מעת לעת (להלן: הסכם המסגרת). להבטחת פירעונו של האשראי, נקבע בהסכם כי החייב יחתום על התחייבות להימנע מביצוע עסקה במגרש הידוע כגוש 7790 חלקה 49 שבבעלותו (להלן: המקרקעין) וכן על שטר משכון זכויותיו במקרקעין לטובת המשיב.

2. בהתאם לאמור בהסכם המסגרת, ביום 31.5.2015 נרשם משכון על המקרקעין אצל רשם המשכונות לטובת המשיב. המשכון נרשם בעקבות הודעת משכון, אך לא נלווה אליה שטר משכון. בנוסף, ביום 9.6.2015 נרשמה על המקרקעין "הערת אזהרה שלילית" לטובת המשיב, בדבר התחייבות החייב להימנע מביצוע עסקה במקרקעין. המשיב העמיד מעת לעת אשראי לחייב על יסוד הסכם המסגרת, עד שביום 5.7.2016 נחתם בין הצדדים הסכם הלוואה פרטני, בו הצהיר החייב כי הוא חייב למשיב עד לאותו מועד סך של \$ 1,050,000 והוא מקבל הלוואה נוספת בסך של \$ 500,000 (להלן: הסכם הלוואה הפרטני). גם במסגרת הסכם זה הוסכם כי החייב ישעבד את המקרקעין למשיב להבטחת התחייבויותיו. חלקן של הלוואות שניתנו לחייב נפרע, אך יתרת החוב שלא נפרעה הסתכמה נכון לחודש ספטמבר 2016 בלמעלה מ-4,000,000 ש"ח.

3. בחודש אוגוסט 2016 נפתחו הליכי פשיטת רגל נגד החייב ולימים הוא הוכרז פושט רגל. במסגרת הליכי פשיטת הרגל טען המשיב כי יש להכיר בו כנושה מובטח מכוח הערת האזהרה. ברם, המערער, הנאמן בפשיטת הרגל של החייב, כפר במעמדו של המשיב כנושה מובטח וטען כי יש להכיר בו אך ורק כנושה רגיל. כונס הנכסים הרשמי (להלן: הכנ"ר) תמך בעמדתו של המערער.

4. בפסק דינו מיום 13.4.2019 דן בית המשפט המחוזי בשתי שאלות: האם כוחו של המשכון שנרשם לטובת המשיב ברשם המשכונות יפה על מנת ליצור נשיה מובטחת; האם רישומה של הערת אזהרה שלילית לטובתו של המבקש מקנה לו מעמד של נושה מובטח.

5. באשר לסוגיה הראשונה, לאחר בחינת החקיקה והפסיקה בסוגיה, הכריע בית המשפט כי עסקת משכון שלא נגמרה ברישום משכנתא בלשכת רישום המקרקעין אינה בטלה מעיקרא, ורואים בה כהתחייבות לעשות עסקת משכנתא, להבדיל ממשכנתא תקפה. נקבע כי התחייבות מעין זו שלא נגמרה ברישום, כוחה יפה כלפי נושיו של החייב

אם אלה ידעו או היה עליהם לדעת על קיומה. בענייננו, בית המשפט ציין כי המשיב רשם הערת אזהרה שלילית על המקרקעין בלשכת רישום המקרקעין והפקיד את הסכם המסגרת כמסמך שמכוחו נרשמה הערת האזהרה. על כן, כל נושה שהיה בודק את מצבם הרישומי של המקרקעין בלשכת רישום המקרקעין היה מגלה הן את רישומה של הערת האזהרה והן את דבר קיומו של הסכם המסגרת, ומכאן לומד על קיומה של ההתחייבות לבצע עסקת משכון. נקבע אפוא כי למרות שהמשיב והחייב לא ערכו שטר משכון חרף כוונתם המוצהרת לעשות כן, צד שלישי שהיה מבקש לעמוד על טיבה של הערת האזהרה השלילית שנרשמה על המקרקעין היה יכול לעמוד על נקלה על כוונת הצדדים להעמיד את המקרקעין כבטוחה לפירעון האשראי שנטל החייב מן המשיב. על כן, לכאורה, יצרו המשיב והחייב "משכון מן היושר" אשר גובר על זכויותיהם של נושי החייב והמערער. אולם, נוכח העובדה שלזכות המשיב נרשמה הערת אזהרה על המקרקעין, לא מצא בית המשפט המחוזי לנכון להכריע בשאלה האם אכן נוצר "משכון שביושר" אשר מכוחו זכאי המשיב למעמד של נושה מובטח. זאת שכן, אם הערת האזהרה יוצרת נשיה מובטחת, ממילא די יהיה בה על מנת לזכות את המשיב במעמד של נושה מובטח, גם ללא קיומו של המשכון. על כן, עבר בית המשפט לבחון שאלה זו.

6. בית המשפט ציין כי על פני הדברים, הערת אזהרה כשלעצמה אינה מקנה מעמד של נושה מובטח לזכאי על פיה, שכן לא מדובר בשעבוד או עיכובן במובנם המקובל. עם זאת, בהתאם לסעיף 127(ב) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין), בהליכי פשיטת רגל מי שלטובתו רשומה הערת אזהרה על נכס מקרקעין עשוי בנסיבות מסוימות להיחשב כנושה מובטח. צוין כי הדעה הרווחת בפסיקה ובספרות היא שכאשר מדובר בהערת אזהרה אשר נרשמה בגין עסקה במקרקעין, קרי הערת אזהרה "חיובית", היא אכן מקנה לזכאי על פיה מעמד של נושה מובטח כמשמעות המונח בסעיף 1 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980 (להלן: הפקודה). לעומת זאת, בכל הנוגע להערת אזהרה "שלילית", היינו התחייבות להימנע מביצוע עסקה במקרקעין, התשובה לשאלה האם היא מקנה לזכאי על פיה מעמד של נושה מובטח, תלויה בתוכנה. בעניין זה בית המשפט הבחין בין הערת אזהרה שלילית "אילמת" לבין הערת אזהרה "מדברת". בעוד שהערת האזהרה ה"אילמת" אינה מגלה מהי הזכות המהותית אותה נועדה להבטיח, הערת אזהרה "מדברת" מגלה את תכלית רישומה. במקרה דנן, הערת האזהרה השלילית שנרשמה לטובת המשיב הייתה הערת אזהרה "מדברת", משום שצורך לה הסכם המסגרת מכוחו היא נרשמה, אשר גילה באופן ברור וחד-משמעי כי הערת האזהרה נועדה להבטיח עסקת משכון. הערת אזהרה כזו, למרות היותה "שלילית", אינה נופלת מהערת אזהרה "חיובית" ובכוחה להעניק למי שהיא נרשמה לטובתו מעמד של נושה מובטח.

7. בנוסף על האמור, צוין בפסק הדין כי הפקודה מגדירה נושה מובטח כ"מי שבידו שעבוד או עיכבון על נכסי החייב או על חלק מהם, בחזקת ערובה לחוב המגיע לו מהחייב...". לפיכך, גם אם אין בכוחה של הערת אזהרה שלילית ליצור שעבוד, היא יכולה בהחלט להיחשב כ"מעין עיכבון" על נכס המקרקעין שלגביו היא נרשמה, משום שהיא מהווה ערובה לפירעון החוב המגיע לזכאי על פיה ומונעת מבעליו של הנכס מלמכור אותו. על כן, אין מניעה עקרונית להכיר בנשייה מובטחת מכוחה של הערת אזהרה שלילית, כמעין עיכבון על מקרקעי החייב כערובה לתשלום חוב.

8. בסיכומם של דברים נקבע אפוא, כאשר מתעוררת שאלה האם יש מקום להכיר במי שנרשמה לטובתו הערת אזהרה שלילית כנושה מובטח, נדרשת בחינת השאלה לאיזו תכלית היא נועדה, ובדיקה האם התכלית משתקפת מן המסמכים שהופקדו בלשכת רישום המקרקעין, אשר מכוחם נרשמה ההערה. אם התכלית הגלויה והמוצהרת היא ליצור בטוחה לסילוק חוב, אין מניעה להכיר בזכאי על פי ההערה השלילית כנושה מובטח. הן מכיוון שיש לו מעין עיכבון על מקרקעי החייב בתור ערובה לסילוק החוב, והן מכיוון שמדובר בהערת אזהרה שלילית שוויתור עליה מגדיל את מסת נכסיו של החייב שעומדת לטובת נושיו. בענייננו אפוא, הגיע בית המשפט למסקנה כי יש להכיר במשיב כנושה מובטח של החייב בגובה האשראי שהעמיד לו על פי הסכם המסגרת.

9. ברם, בכך לא תמו המחלוקות בין הצדדים ולאחר מתן פסק הדין התגלעה מחלוקת נוספת ביניהם, בשאלה האם יש להכיר גם בסכומי ריבית הפיגורים, הקבועה בהסכם ההלוואה הפרטני, שהצטברו לטובת המשיב, כחלק מהחוב המובטח. בהחלטה קצרה מיום 26.5.2019 דחה בית המשפט את טענת המערער שהריבית אינה נכנסת לגדרי החוב המובטח, בקבעו כי בדיון שנערך ביום 26.2.2019 קיבל המערער את המלצת בית המשפט והודיע כי יעמוד אך ורק על "הטענה הקניינית" של מהות הערת האזהרה שנרשמה לטובת המשיב. משכך, העובדה שהחוב נושא ריבית כנטען על ידי המשיב חדלה מלהיות שנויה במחלוקת, אין מקום או הצדקה לאפשר דיון מחודש בשאלה. לפיכך נקבע כי גם הריבית הנטענת היא חלק מן החוב המובטח.

מכאן הערעור שלפנינו.

תמצית טענות הצדדים

10. המערער טוען כי בפסיקת בית משפט זה נקבע כי אין בכוחה של התחייבות לרישום משכנתא שבידי נושה כדי להפוך אותו לנושה מובטח. כך, אין בכוחו של רישום

הערת אזהרה שלילית לתת לנושה מעמד של נושה מובטח. מעצם טבעה, הערת אזהרה שלילית אינה מעידה על קיומו של חוב אלא רק על הצורך בהשגת הסכמה של בעל הערת האזהרה ותו לא. היינו מטרתה של הערת האזהרה שלילית היא רק לקבל את הסכמתו של מי שלטובתו נרשמה ההערה מקום שבו מבקש בעל הנכס למכור את המקרקעין. כמו כן, לנושה אין גישה לנספחים המצורפים להערת האזהרה ואדם החפץ לעיין בהערה, חייב לקבל את אישור בעל הנכס ולהגיש בקשה לשם כך בהתאם. האינטרס הציבורי מחייב אפוא שלא ליצור מעין זכות חדשה במקרקעין ולהעניק למשיב עדיפות בסדר הנשיה. כאשר נושה מבקש להבטיח אשראי באמצעות בטוחה, הוא חייב לעשות זאת בדרך המלך באחת הדרכים הקבועות בדין ולפרסם בריש-גלי על אופיה ומהותה של הבטוחה שיש בידיו ואין מקום להכיר בדרכים חלופיות שאינן קבועות בדין.

11. בטיעון שהתקיים לפנינו בעל-פה הוסיף המערער טענה נוספת לפיה הערת אזהרה שלילית נרשמת בלשכת רישום המקרקעין לפי סעיף 128 לחוק המקרקעין, הדן בהערות המפרטות התנייה בקבלת הסכמת צד שלישי לביצוע פעולות במקרקעין, כאשר לעמדת המערער סעיף זה אינו מקנה לזוכה על פי ההערה עדיפות נשייתית על פני נושי החייב בפשיטת רגל.

12. באשר להחלטת בית המשפט המחוזי בקשר לריבית הפיגורים, לטענת המערער הוא לא ויתר מעולם על טענתו כי הריבית אינה חלק מהנשיה המובטחת של המשיב. הריבית לה זכאי המשיב מקורה בהסכם ההלוואה הפרטני אשר נחתם בינו לבין החייב ביום 5.7.2016, והסכם זה לא הופקד מעולם אצל רשם המקרקעין, בניגוד להסכם המסגרת מכוחו נקבע מעמדו של המשיב כנושה מובטח (אם כך ייקבע בערכאה זו).

13. מנגד, המשיב טען כי הוא נושה מובטח לפי הוראות סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין, שכן המשכון נרשם ברשם המשכונות ונרשמה גם הערת אזהרה "מדברת" שתוכנה גילה לכולי עלמא על מהות העסקה בינו לבין החייב. למסקנה זו על פיה הוא נושה מובטח ניתן להגיע גם דרך הגדרתו כבעל "משכון מן היושר". בהתאם להלכת אהרונוב (ע"א 189/95 אהרונוב נ' אוצר החייל, פ"ד נג(4) 199 (1999)), התחייבות לעשות עסקה במקרקעין היא זכות מן היושר הגוברת על זכות נושה שהטיל עיקול על הנכס. בפסיקה יושמה הלכה זו גם במצבי פשיטת רגל. הרציונלים בהעדפת בעל זכות "משכון מן היושר" על פני נושה שהטיל עיקול על הנכס הממושכן, נכונים גם ביחס לתחרות בין זכויותיו של בעל זכות אובליגטורית בנכס שלא נרשמה לבין זכותו של נאמן בפשיטת רגל, אשר גם לו אין זכות מהותית בנכס המסויים.

14. המשיב דחה גם את טענות המערער ביחס להחלטת בית המשפט מיום 26.5.2019 בקשר לריבית הפיגורים. במסגרת הדיון שהתקיים ביום 26.2.2019 בבית המשפט המחוזי, ויתר המערער על כל טענותיו למעט "הטענה הקניינית" ולא סייג את ויתורו לגבי טענותיו נגד הריבית. לגופם של דברים, בהתאם להלכה הפסוקה, נושה מובטח זכאי, ככלל, לריבית הסכמית. בהקשר זה, דוחה המשיב את טענת המערער כי פסק הדין נתן תוקף אך ורק להסכם המסגרת. ההסכם בין הצדדים בענייננו היה הסכם למתן אשראי, קרי קשר עסקי "נושם" ופעיל והמשכון נועד להבטיח כי כל כספי החוב ישולמו למשיב בהתאם להסכם המסגרת. על כן, השאלה הרלוונטית היחידה הייתה האם הנושים האחרים יכלו לדעת שקיימת התחייבות לעסקת משכון ואין מקום לשלול מהמשיב את הריבית המגיעה לו.

15. הכנ"ר שינה את טעמו, ובניגוד לעמדתו בבית משפט קמא טען לפנינו כי יש לדחות את הערעור ברובו, למעט שאלת מעמדה של ריבית הפיגורים שנתבעה, אותה סבר כי יש להשיב לבית המשפט המחוזי לצורך מתן החלטה משלימה. עם זאת, דרכו של הכנ"ר אל התוצאה הייתה שונה במקצת מהנמקתו של בית המשפט המחוזי.

16. כאמור, בית המשפט המחוזי קבע כי הסכם המסגרת כלל התחייבות למשכן את זכויות החייב במקרקעין לטובת המשיב. קביעה זו התבססה על ניתוח היחסים הכלכליים בין הצדדים והיא קביעה עובדתית שאין מקום להתערב בה. על כן, יש להכיר בכך שהסכם המסגרת כולל התחייבות לרישום משכון. התחייבות זו הקנתה לכאורה למשיב זכות שביושר במקרקעין והכפיפה את זכויותיו של החייב בנכס (או של המערער הנכנס לנעליו) לזכויות המשיב. זכותו של המשיב עולה אפוא בגדר "שעבוד" כהגדרתו בסעיף 1 לפקודה ויש להכיר בו כנושה מובטח בנכס או ביתרת כספי התמורה שהתקבלה בעד מימושו על ידי המערער. לעומת זאת, לדעת הכנ"ר החייב לא יכול היה לשעבד את זכויותיו במקרקעין אלא באמצעות רישום משכנתא ולא באמצעות רישום משכון, ואת זאת הוא לא עשה. כמו כן, גם לו לא היה מדובר במקרקעין רשומים, לא ניתן להכיר במשכון שלא נרשם "כמשכון שביושר". זאת בניגוד להתחייבות לרישום משכנתא במקרקעין המוכרת בדין כמשכנתא שביושר. הואיל אפוא ובמקרה זה ההתחייבות הייתה לרישום משכנתא, מדובר אכן במשכנתא שביושר שמחזיק בה המשיב כנושה מובטח.

17. ובאשר להערת האזהרה השלילית שנרשמה לטובתו של המשיב. הכנ"ר היה שותף לעמדה שההערה הקנתה למשיב מעמד של נושה מובטח בהליך פשיטת הרגל, כשם שמעמדו של בעל הערת אזהרה חיובית הוא נושה מובטח בהליך מעין זה. העובדה

שבענייננו נרשמה הערת אזהרה שלילית ולא הערת אזהרה חיובית אינה נתון רלוונטי להכרעה בשאלת מעמדה. תכליתה של הערת אזהרה ליצור מחסום כלפי כל נושה מאוחר ובכלל זה בעל תפקיד שמתמנה לזכויות החייב. אכן, הערת האזהרה כשלעצמה אינה מקנה תוקף להתחייבות, אך די בכך שתירשם הערת אזהרה כדי להעביר את הנטל לצד שלישי לבדוק את ההתחייבות שבבסיסה.

18. לבסוף, בכל הנוגע לריבית הפיגורים סבר הכנ"ר כי יש לקבל את הערעור. הריבית ההסכמית נקבעה במסגרת ההסכם הפרטני ואילו ההתחייבות שיצרה את הנשייה המובטחת עוגנה בהסכם המסגרת. על כן אין להכיר בריבית כחלק מהחוב המובטח. גם לא נראה כי המערער ויתר על טענה זו במסגרת ההסכמות אליהן הגיעו הצדדים והיה מקום לדון בה במסגרת פסק הדין. לפיכך כאמור, לעמדת הכנ"ר יש מקום להשיב את הדיון בסוגיה זו לבית המשפט המחוזי לצורך מתן הכרעה משלימה.

דיון והכרעה

19. לאחר עיון בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, בטענות הצדדים ושמיעתם בדיון שלפנינו, אציע לחבריי כי נדחה את הערעור ברובו. אקדים ואומר, כי אין צורך לדון בשאלת כוחו של משכון שביושר, מכיוון שדי שנרשמה בענייננו הערת אזהרה לזכות המשיב כדי להקנות לו עדיפות נשייתית במקרקעין על פני המערער. אציין רק כי הצדדים טענו רבות על אודות כוחו של המשכון שביושר על פי מה שנפסק על ידי בבית המשפט המחוזי במסגרת פסק הדין בפש"ר (מחוזי י-ם) 5250/08 שמואל פרנקל נ' עו"ד גונן קסטנבאום, בתפקידו כנאמן (3.4.2011). זה טען בכה וזה טען בכה. אלא שבאותו עניין הדיון סב סביב שיעבוד זכויות במקרקעין הרשומים בחברה משכנת, ואי רישום משכון ברשם המשכונות. סוגיה שעל פניה אינה רלוונטית לענייננו בהיות המקרקעין שבמחלוקת מקרקעין רשומים בלשכת רישום המקרקעין, כאמור.

20. כמפורט לעיל, בית המשפט המחוזי קבע בענייננו כי די בכך שנרשמה לטובת המשיב הערת אזהרה על המקרקעין, אף אם זו הערת אזהרה שלילית, כדי להקנות לו עדיפות על פני נושיו האחרים של החייב במקרקעין ובכלל זה המערער. ברם, המערער סבור כי נוכח טיבה של הערת האזהרה, אין בה די כדי להקנות למשיב מעמד של נושה מובטח.

21. ההוראה המכירה באפשרות לרשום הערת אזהרה מעוגנת בסעיף 126(א) לחוק המקרקעין הקובע כך:

"הוכח להנחת דעתו של הרשם כי בעל מקרקעין, או בעל זכות שכירות, שאילה, זיקת הנאה, זכות קדימה או משכנתה, התחייב בכתב לעשות בהם עסקה, או להימנע מעשות בהם עסקה, ירשום הרשם, על פי בקשת מי שהתחייב או מי שזכאי לפי ההתחייבות (להלן – הזכאי), הערה על כך; לענין זה אין נפקא מינה אם ההתחייבות היתה בהסכם, בהרשאה בלתי חוזרת או במסמך אחר, ואם היתה מפורשת או משתמעת, מוחלטת או מותנית."

סעיף 127 לחוק המקרקעין קובע מה הנפקות של רישום הערת אזהרה:

(א) נרשמה הערת אזהרה וכל עוד לא נמחקה, לא תירשם עסקה הסותרת את תוכן ההערה, אלא בהסכמת הזכאי או לפי צו בית המשפט.

(ב) נרשמה הערת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין או על הזכות במקרקעין נשוא ההערה, או שניתן צו לקבלת נכסים בפשיטת רגל או צו פירוק נגד בעל המקרקעין או בעל הזכות במקרקעין, או שנתמנה כונס נכסים על רכושו, הרי כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה, ובלבד שטענה לביטול העסקה מחמת פשיטת הרגל או הפירוק שהיתה עומדת אילו בוצעה העסקה במועדה, תעמוד גם נגד ההתחייבות האמורה.

לפי תורת הפרשנות המקובלת, נדרשים אנו בראש ובראשונה ללשון החוק והמשמעויות אותן היא יכולה לשאת. הלשון היא זו הקובעת את גבולות פרשנות דבר החקיקה (רע"א 7451/19 עזבון המנוח גבריאל אסולין נ' דרויש, פסקה 6 (12.10.2020); ע"א 8511/18 פקיד שומה נתניה נ' דלק הונגריה בע"מ, פסקה 27 (26.1.2020); רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ בשם מגדל חברה לביטוח בע"מ, פסקה 18 (26.2.2012); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה, 97 (1993)). רק כאשר הלשון נושאת בקרבה מספר משמעויות לשוניות אפשריות, תיבחר הפרשנות המשפטית העולה מלשון החוק אשר מממשת בצורה המיטבית את תכליתו (עע"מ 4955/07 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה רעננה נ' קרן תורה ועבודה, פ"ד סד(2) 353, 376-377 (2010); בע"מ 2255/19 פלוני נ' פלונית, פסקה 23 (23.2.2020); דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל, פסקה 17 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (12.9.2017)).

22. על פניו אפוא, ומבלי לדון במעמד הקנייני של הערת אזהרה, שכן אין צורך לדון בכך באכסניה זו, על פי פשוטו של מקרא, הערת אזהרה ובכלל זה התחייבות להימנע מביצוע עסקה (לפי סעיף 126(א) לחוק המקרקעין), מקנה לזכאי על פי ההתחייבות

(בהתאם לסעיף 127(ב) לחוק המקרקעין), עדיפות על פני נושיו של בעל המקרקעין שפשט את רגלו. קריאה פשוטה של סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין מגלה כי הוא אינו עורך כל הבחנה בין הערת אזהרה שלילית לבין הערת אזהרה חיובית. הוא חל על כל סוגי הערות האזהרה המפורטות בסעיף 126 לאותו חוק. הסעיף אינו מבחין בין התחייבות לביצוע עסקה לבין התחייבות להימנע מביצוע עסקה. הוא קובע נורמה מהותית, המשריינת את זכותו של בעל ההערה מפני פגיעה על ידי אחרים, שגם להם זכויות כנגד בעל המקרקעין (וראו: אוריאל רייכמן "יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות" עיוני משפט י 297, 320 (תשמ"ד) (להלן: רייכמן); וראו דעה אחרת: נינה זלצמן "שעבוד שלילי" (התחייבות לא לשעבד נכס) כבטוחה לאשראי" עיוני משפט ל"א (1) 115, 134 (2008). לפי דעה זו של זלצמן, כוחה של הערת האזהרה השלילית יפה רק כלפי החייב שאינו יכול לעשות עסקה במקרקעין. אולם לא כך הדבר כאשר אין המדובר בעסקה וולונטארית של החייב, אלא במכירה כפויה של המקרקעין הנעשית על ידי רשות מוסמכת).

23. מעבר לכך. גם בחינת הסוגיה לאורם של דיני השעבודים מובילה למסקנה זהה. סעיף 1 לפקודה מגדיר נושה מובטח "כמי שבידו שעבוד או עיכבון על נכסי החייב או על חלק מהם, בחזקת ערובה לחוב המגיע לו מהחייב". גם סעיף 4 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018 (להלן: חוק חדל"פ) קובע כי "נושה מובטח" הוא כמשמעותו בסעיף 243 או 253 לאותו חוק. סעיף 243 קובע כי נושה מובטח הוא נושה שהחוב שחב לו החייב הוא חוב מובטח וסעיף 253 קובע כי: "נושה שיש לו זכות עיכבון לגבי נכס מנכסי קופת הנשייה, בשל חוב עבר של החייב, יראו אותו ממועד מתן הצו לפתיחת הליכים כמי שהנכס משועבד לטובתו כערובה לחוב האמור; על נושה כאמור יחולו הוראות חוק זה החלות לגבי נושה מובטח, והכול בשינויים המפורטים בסימן זה". הן סעיף 1 לפקודה והן סעיף 253 לחוק חדל"פ, אינם מבדילים אפוא בין מיטלטלין למקרקעין ועל פניו מי שנרשמה לטובתו הערת אזהרה נכנס על פי הוראות אלה לגדרי "נושה מובטח", שבידו שיעבוד על נכסי החייב (וראו: ע"א 261/88 בנק המזרחי המאוחד נ' רוזובסקי, פ"ד מח(2) 102 (1994) (להלן: עניין רוזובסקי); ע"א 2659/96 רוזן נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד נה(2) 529, 537 (2001) (להלן: עניין רוזן); וראו גם: שלמה לוין ואשר גרוניס פשיטת רגל 262-263 (מהדורה שלישית, 2010)). בהתאם לאמור, הדעה הרווחת, כפי שמתבטאת בפסיקת בתי המשפט המחוזיים היא, כי נושה בעל הערת אזהרה חיובית בגין התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין הוא נושה מובטח בהליכי פשיטת רגל (ראו למשל: פר"ק (מחוזי י-ם) 13-08-26400 עוה"ד יאיר גרין נ' אפריקה ישראל מגורים בע"מ (21.5.2014); פש"ר (מחוזי מרכז-לוד) 12-01-17018 אליהו נ' כונס נכסים רשמי תל אביב (30.8.2013); פש"ר (מחוזי מרכז-לוד) 16-05-32430 שרבני נ' דוק השקעות

1988 בע"מ (5.4.2020)). להשקפתי הדין ובכלל זה גם הדין הראוי אינו שונה כאשר יש בידיו של בעל הזכות הערת אזהרה שלילית. זאת גם בהתחשב בתכלית ההערה.

24. מהותה של הערת אזהרה שלילית טרם נדונה בפסיקתו של בית משפט זה, אך היא התעוררה מספר פעמים בבתי המשפט המחוזיים, אשר נחלקו בשאלת מעמדה בהליכי פשיטת רגל. כך למשל נידונה הסוגיה בה"פ (מחוזי מרכז-לוד) 16702-03-16 ד' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (19.6.2017), שם נקבע כי כוחה של הערת האזהרה השלילית הוא במניעת עשיית עסקאות על ידי אחרים בנכס מושא הערת האזהרה, אך אין בה כדי לאפשר למי שההערה נרשמה לטובתו לבצע עסקה בעצמו. מכאן הסיק בית המשפט כי עדיפות זו של בעל הערת האזהרה אינה עולה כדי שעבוד, כהגדרתו בפקודה, ואינה מקנה לו זכות לנשייה מובטחת (ראו גם: עש"א (מחוזי מרכז-לוד) 39739-05-17 טמיר נ' עו"ד אופיר פדר (מנהל מיוחד) (27.11.2018)). לעומת זאת, בה"פ 4225/05 (מחוזי י-ם) אמזלג נ' עו"ד ניב – כונס נכסים (1.5.2007) קבע בית המשפט המחוזי כי הערת אזהרה מקנה מעמד של נושה מובטח למי שנרשמה לטובתו, בין שהיא חיובית ובין שהיא שלילית.

25. מתן עדיפות נשייתית לנושה מובטח היא שאלה רחבה יותר מאפיונה של הערת האזהרה השלילית. הענקת עדיפות לנשייה מובטחת היא עניין שבמדיניות כלכלית, חברתית ומשפטית. סעיף 1 לחוק המשכון קובע כי משכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב והוא מזכה את הנושה להיפרע מהמשכון אם לא סולק החיוב. ביסודו של המשכון מונחת הסכמה בין המלווה לבין הלווה. דיני השעבודים עוסקים אפוא בהסכמים בין הנושה לבין החייב, לפיו נכס מסוים של החייב יעמוד לרשות הנושה באופן בלעדי לפרוע ממנו את החוב כלפיו אם החייב לא יעמוד בהסכם ההלוואה עמו, וזאת תוך ייחוד הנכס לטובת הנושה, קודם שהנכס יעמוד למימוש על ידי נושיו האחרים של החייב (שלום לרנר שעבוד נכסי החברה 9 (1996) (להלן: לרנר)). עדיפות זו נובעת מתוך הזכות הקניינית המוענקת לנושה בנכס על פי דין. וכדברי בית המשפט בעניין בג"ץ 42/64 בנק הפועלים בע"מ (סניף קרית שמונה) נ' יושב ראש משרדי הוצאה לפועל שליד בית משפט השלום בעכו ובנהריה, פ"ד יח(3) 116 (1964). דברים שלא נס לחם:

"בעל המשכון קודם על שום שזכותו היא זכות חפצית. [...] זכות חפצית בנכס מפצלת את הזכויות בנכס לשתיים, לזכותו העדיפה של בעל המשכון ולזכותו העודפת של הבעל-הממשכן שבידו נשארה רק השארית. [...] מי שיש לו חוב על הממשכן אינו יכול להיפרע אלא ממה שנשאר לו לחייב, ואחת היא אם החוב הוא רגיל או מועדף." (שם, בעמ' 124).

או בלשון אחר בפסק הדין בעניין רע"א 102/00 קוזצ'י נ' בנק עצמאות
למשכנתאות בע"מ, פ"ד נד(4) 761 (2000):

"הנושה המובטח הוא בעל זיקה קניינית לנכס המשועבד
להבטחת חובו, וזיקה זו מעניקה לו הגנה חפצית כלפי
כולי עלמא – בין כלפי החייב עצמו, וזאת אף אם
מתנהלים בעניינו הליכי הוצאה לפועל רגילים בגין אותו
חוב, ובין כלפי הנושים האחרים." (שם בעמ' 766; וראו
גם: רע"א 9/87 כונס הנכסים הרשמי נ' בנק הפועלים בע"מ,
פ"ד מא(2) 275 (1987); אירית חביב סגל דיני חברות כרך
ב 146 (2004); אירית חביב-סגל "דיני השעבודים במימון
הפירמה" עיוני משפט טו 83 (1990)).

26. ככלל, מתן זכות הקניין על ידי אדם לזולתו מבוסס על דוקטרינת "חופש
החוזים" (לרנר, בעמ' 12-16) ואין גם מניעה שאדם יעניק לחברו זכות קניינית בדרך של
מתן שעבוד על נכסיו "על חשבון" נושיו האחרים. על דרך קל וחומר: אם אדם יכול
להקנות את מלוא זכויותיו לאדם אחר באמצעות מכר או מתנה, ודאי שיכול להעניק
לזולתו זכות קניינית מתונה יותר, על דרך שעבוד הנכס לטובתו, בו נשארות בידי
המשעבד חלקן של הזכויות הקנייניות (לרנר, שם; וראו: Thomas H. Jackson &
Anthony T. Kronman, *Secured Financing and Priorities Among Creditors*, 88 YALE L.J.
(1979) 1143 (להלן: ג'קסון וקרונמן)).

27. עדיפות זו הניתנת לנושה בעל השעבוד היא עדיפות עתיקת יומין, והיא באה
לידי ביטוי למשל, במשפט העברי, בעיקר בכל הנוגע למרוץ הזכויות הקיים בין המלווה
לחברו לבין מי שקנה מהלווה נכס לאחר מתן ההלוואה, ולא בין נושיו השונים של החייב
לגביהם קיים הכלל: "מי שיש עליו חובות הרבה, כל שקדם חובו, גובה תחילה, בין מן
הלווה עצמו, בין מן הלקוחות. ואם קדם האחרון וגבה, מוציאים מידו, שכל שקדם חובו
זכה" (רמב"ם מלווה ולווה, פרק כ, הלכה א). למרות אפוא, שהשעבוד נוצר בין שני
הצדדים הקרובים לעסקה שאיש מלבדם לא נטל בו חלק, הדין קבע עדיפות למי מנושי
החייב או לאלו שבאו בקשרי מסחר עם הלווה, מפאת שיקולים מסחריים כלליים, כלל
משקיים – שיקולים הנכונים במלוא עוצמתם גם כיום במשק המודרני, המעוניין לעודד
פעילות כלכלית על ידי מתן אשראי (רע"א 6648/11 בלינקוב נ' בנק דיסקונט לישראל
בע"מ (16.8.2012); לרנר, שם).

28. מעבר לכך, בנוסף על הטעמים הנעוצים בקידום חיי הכלכלה, יש הטוענים כי
מתן עדיפות לנושים מובטחים מוצדק מכיוון שהנושים כולם, כל אחד לפי סוגו וכל אחד
מטעמו, מסכימים לכך (ג'קסון וקרונמן). לפי הטענה, כל נושה מתמחר את האשראי שהוא

נותן לחייב ומעריך את מידת הסיכון שהוא נוטל בנתינת האשראי. כדי להקטין את רמת הסיכון שלו, נושה מבטח את עצמו לפי האפשרויות העומדות לפניו. למשל, ספק סחורה יכול לכלול במערכת ההסכמים שלו עם החייב "תניית שיור בעלות" שמשמעה שכל אימת שתמורת הסחורה לא שולמה, היא נשארת בבעלות הספק (וראו: סעיף 251 לחוק חדל"פ). כך למשל, בידי קבלן שירותים ניתנת האפשרות להשתמש בזכות העיכבון העומדת לרשותו, היינו, לעכב תחת ידו את הנכס שניתן לו לשם תיקונו עד לפירעון חובו של החייב כלפיו בגין ביצוע התיקון (וראו: ע"א 4588/06 אלוניאל בע"מ נ' כונס הנכסים עו"ד שי גרנות (30.9.2009) (להלן: עניין אלוניאל); ע"א 5789/04 המשביר הישן בע"מ נ' לוגיסטיק בע"מ, פסקה ט' (10.6.2007) (להלן: עניין המשביר)). במקרים כגון אלו, בעל זכות העיכבון אף יגבר על בעל זכות שעבוד רשום קודם לו בזמן (ע"א 790/85 רשות שדות התעופה בישראל נ' ד"ר י' גרוס, כונס הנכסים, פ"ד מד(3) 185 (1990) (להלן: עניין רשות שדות התעופה); כן ראו: בג"ץ 7009/04 עיריית הרצליה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סו(3) 596 (2014)). וכך למשל, גוף פיננסי יבטח עצמו בקבלת שעבוד על נכסי החייב. בד בבד, עצם קיומו של סדר קדימות בנשייה מעניק ודאות המטיבה עם כלל הנושים. לפיכך, כלל הנושים מעוניינים באסדרת שוק האשראי באופן שייקבע סדר קדימות בנשייה.

29. בסופו של יום אפוא, ההחלטה אם הסכם מסוים זוכה במעמד נשייה מובטחת, היא עניין של מוסכמה חברתית רחבה שהמחוקק נותן לה גושפנקא. כך היה כאמור מקדמת דנא וכך גם היום. על כן, מתן עדיפות נשייתית להערת אזהרה שלילית, אינו מפתיע ואף מתבקש מקום שבו המחוקק לא רואה מקום להבחין במסגרת חוק המקרקעין בינה לבין הערת אזהרה חיובית.

30. מסקנה זו אף עולה בקנה אחד עם התכלית שרישומה של הערת אזהרה נועד לשרת. תכלית זו יש להבין, בראש ובראשונה, לנוכח מטרותיו של מרשם המקרקעין כולו. מרשם המקרקעין נועד להקל על ביצוען של עסקאות במקרקעין, למנוע תרמיות וכן לספק מידע אמין בדבר בעלי הזכויות במקרקעין לציבור הרחב ולרשויות התכנון (ראו: רע"א 7060/12 מדינת ישראל נ' United Israel Appeal Inc., פסקה 4 (30.4.2015)). במסגרת התכלית הכללית קיימת תכלית ספציפית על פיה הערת האזהרה מעניקה לקונה עדיפות על שאר נושי החייב במקרה של חדלות פירעון ומשמשת בטוחה בעסקאות במקרקעין, המונעת רישום נוגד ומבטיחה את הזכאי על פי ההערה מפני נחיתות מול עסקה נוגדת (ראו: ע"א 467/14 שטינברג נ' חברת לילינבלום 13 בע"מ, פסקה 40 (9.9.2015); ע"א 4595/06 הוועדה המחוזית לתכנון ובניה נצרת עילית נ' טבן, פסקה 110 (17.7.2011);

אוריאל פרוקצ'יה "לשאלת תוקפה הקנייני של הערת האזהרה" עיוני משפט ז' 446, 455 (התשל"ט)).

31. משמעותו של סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין היא אם כן, שלא יאבד בעל הערת האזהרה את זכויותיו, גם כאשר החלו הליכי פירוק או כינוס נכסים נגד בעל הזכויות במקרקעין. הסעיף נחקק בשעתו בעקבות "הלכת בוקר" (בר"ע 178/70 בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות בע"מ, פ"ד כה(2) 121 (1971)), שקבעה כי זכותו של מעקל מקרקעין גוברת על זו של מי שרכש את המקרקעין ולטובתו נרשמה הערת אזהרה. משכך, היה בסיס לסברה שהסעיף נועד ביסודו רק כדי להקל על מצוקתו של רוכש מקרקעין ולא כדי להבטיח את זכויותיו של נושה אשר רשם הערת אזהרה לטובתו אך כדי להבטיח את נשייתו. ברם, נפסק כי גם רישום הערת אזהרה לטובת נושה בשל קיומו של חוב גובר על עסקה הנוגדת את תוכנה של ההערה (וראו: עניין רוזן ועניין רוזובסקי). מסקנה זו נכונה אפוא, גם כאשר דרישתו של הנושה צנועה יותר מבעל הערת האזהרה החיובית שבידיו כוח לממש את המקרקעין ולא רק למנוע את סחירותם.

32. ובענייננו הסכם המסגרת קבע כך:

1. הספק יעמיד אשראי לרשותו של הקונה בסכומים שיוחלט בין הצדדים בהסכמה מעת לעת לצורך ביצוע עסקאות יבוא.
2. ...
3. ...
4. על הקונה לשלם לספק בהתאם לתנאים שייקבעו מעת לעת. בגין כל עסקה של העמדת אשראי יחתום הקונה על שטר חוב לטובת הספק במסגרתו יסוכמו תנאי העסקה ומועד ההחזר.
5. כבטוחה להתחייבות זאת יחתום מר יצחק יפה [...] על "התחייבות להימנע מביצוע עסקה" בגין זכויותיו במגרש הידוע כגוש 7790 חלקה 49 וכן יחתום על שטר משכון על זכויותיו בנכס זה, לטובת מר אלימלך רייכמן.

על פניו, קיימת בהסכם התחייבות מפורשת של החייב כלפי המשיב שתירשם הערת אזהרה שלילית על המקרקעין כבטוחה להחזרת האשראי שיינתן מעת לעת. אכן לא ננקב סכום מדויק במסמך, אך אין בכך כדי לפגוע בכוחו או בעדיפות הנשייתית שהוא מקנה למשיב. חדשות לבקרים משועבדים נכסים לשם קבלת הלוואות שוטפות ששיעורן משתנה מעת לעת. מדובר אפוא, בהערת אזהרה מהסוג שהמחוקק נתן לה תוקף, שאינה חורגת מהמקובל. ההערה בענייננו לא רק "מדברת", אלא "זועקת".

33. אכן המערער טען בעניין זה בדבר תחולת סעיף 128 לחוק המקרקעין הקובע כי:

”הוכח להנחת דעתו של הרשם כי עשיית עסקה בידי בעל המקרקעין או בעל זכות במקרקעין מותנית – על פי חיקוק, על פי צו של בית משפט או על פי התחייבות בכתב של הבעל – בהסכמתו של צד שלישי, ירשום הרשם, לפי בקשת הצד השלישי, הערה על כך.”

אודה ולא אבוש כי התקשיתי לרדת לסוף דעתו של המערער. זאת שכן, בית משפט זה לא הבחין בין כוחה של הערת אזהרה הנרשמת לפי סעיף 128 לחוק המקרקעין לבין זו הנרשמת לפי סעיף 126 לחוק (רע"א 1554/16 י.ש. אבן ישראל בע"מ נ' שולמן, פסקה 38 (5.6.2016) (להלן: עניין י.ש. אבן ישראל בע"מ)). כמו כן, לא קיימת הבחנה בין שני הסעיפים באשר לאופן רישום ההערות על פיהם. סעיף 127(ב) המעניק עדיפות נשייתית לבעל הערת האזהרה חל לגבי שניהם. גם טרונייתו של המערער שתוכן ההערה לא מובאת לידיעת המעיין במרשם המקרקעין, זהה לגבי שני סוגי ההערות. הרוצה לעיין בתוכן ההערות יעבור את אותו תהליך הקבוע בתקנה 91(א) לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום), התשע"ב-2011. על כן הישועה לא תצמח למערער מתוך סעיף 128 לחוק המקרקעין.

34. בכך ניתן היה לסיים את הדיון ולקבוע כי ההערה מושא הדיון שלפנינו, המונעת מהחייב לבצע עסקה במקרקעין שבבעלותו כל אימת שהוא לא פרע את חובותיו כלפי המשיב, מעניקה למשיב עדיפות על פני נושי החייב במובן זה שלא ניתן לממש את המקרקעין לטובת הנושים ללא הסכמתו. עם זאת אציין כי יש רגליים מוצקות לסברה של בית המשפט המחוזי בענייננו כי בידי בעל הערת האזהרה השלילית יש מעין "עיקבון" על המקרקעין (וראו: עניין דובובסקי, 124; נינה זלצמן ועופר גרוסקופף "הסוואת משכון" – הצעה לעיון חוזר בהלכת קולומבו" עיוני משפט כו(1) 79, 85 (2002)). מעין עיקבון נאמר ולא עיקבון מלא על פי דין.

35. עיקבון מוגדר בסעיף 11(א) לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971 (להלן: חוק המיטלטלין) כ"זכות על פי דין לעכב מיטלטלין כערוכה לחיוב עד שיסולק החוב". כפי שצינתי במסגרת רע"א 8702/19 זועבי נ' זהר אנגדלר חברה לנאמנויות בע"מ, פסקה 16 (13.2.2020), חוק המיטלטלין לא יוצר זכות עיקבון, אלא מסדיר באופן כללי את הדין החל, לאחר שקמה הזכות מכוח מערכת נורמטיבית אחרת (וראו: עניין רשות שדות

התעופה, עמ' 208). זכות העיכבון יכולה להיווצר מכוח הדין, כדוגמת סעיף 5 לחוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974; סעיף 8(ג) לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979; סעיף 12 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965; סעיף 88 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 ועוד (וראו: עניין המשביר, פסקה ט'). זכות העיכבון יכולה להיווצר גם מכוח הסכם בין הצדדים (ראו: נינה זלצמן עיכבון 60-65 (1999)). והיא יכולה לחול גם במקרקעין לפי סעיף 11(ה) לחוק המיטלטלין, כל אימת שיש בידי בעל הזכות השליטה הפיסית בנכס (ע"א 79/89 סולל בונה בע"מ נ' אחים גולדשטיין חברה לשיכון ופיתוח בע"מ (בפירוק), פ"ד מו(3) 58, 65 (1992)).

36. לזכות העיכבון שני פנים: הראשון, הפן "הפוססורי", קרי הזכות להחזיק בנכס עד שיקויים החיוב; השני, הפן "הבטוחתי", לפיו בעל עיכבון הוא נושה מובטח בפירוק ובפשיטת רגל (סעיפים 1 ו-20(ב) לפקודת פשיטת הרגל; סעיף 253 לחוק חדל"פ; וראו גם: עניין אלוניאל, פסקה 8; עניין רשות שדות התעופה, 192; עניין המשביר, פסקה י'). גם כאן אפוא, ממלאת הערת האזהרה, לכל הפחות, תפקיד אחד מבין שני תפקידי העיכבון – הפן הבטוחתי המעניק לבעל הזכות כאמור עדיפות על פני נושיו של החייב, במובן זה שבידי בעל הערת האזהרה הכוח לעכב את מכירת המקרקעין עד אשר יסולק החוב כלפיו. או בלשון אחרת, מדובר ב"נורמה מהותית, המשריינת את זכותו של בעל ההערה מפני פגיעה על ידי אחרים, שגם להם זכויות כנגד המוכר-בעל-המקרקעין" (רייכמן, עמ' 320; וראו: עניין י.ש. אבן ישראל בע"מ, פסקה 38).

37. גם דמיון זה בין הערת האזהרה השלילית לבין זכות העיכבון מצביע אפוא על העדיפות הנשייתית שיש להעניק למי שנרשמה לטובתו הערת אזהרה שלילית.

38. סיכומם של דברים, הערת האזהרה המתייחסת להתחייבות החייב להימנע מביצוע עסקה במקרקעין, מעניקה למשיב מעמד של נושה מובטח שבכוחו למנוע ביצוע כל עסקה במקרקעין, עד אשר ייפרע חובו של החייב כלפיו.

חיוב הריבית

39. כאמור, בהחלטתו המשלימה קבע בית המשפט המחוזי כי המערער ויתר על כל טענותיו למעט טענתו הקניינית, קרי האם בידי המשיב נשייה מובטחת או רגילה. משכך, בית המשפט פסק כי משעה שנקבע כי החוב הוא חוב מובטח, סכום הריבית מתווסף לו ואין מקום לדון בשיעורו.

40. בסוגיה זו הדין עם המערער. הריבית ההסכמית נקבעה בהסכם ההלוואה הפרטני שנחתם בין הצדדים ביום 5.7.2016 ובו נקבע כי: "עבור כל העברה כאמור ישלם הלווה למלווה את סכום קרן העברה בתוספת עמלה של 4.5% וזאת תוך 120 יום מיום ההעברה לספק המשנה. בגין איחור בתשלום תשלום ריבית נוספת של 1.3% בחודש". לא בא זכרה של ריבית זו בהסכם המסגרת שהוא זה אשר הופקד בלשכת רישום המקרקעין ומכוחו נרשמה הערת אזהרה לטובת המשיב. מאחר שהנשייה המובטחת נוצרה מכוח הסכם המסגרת, אכן מתעוררת השאלה האם יש להכיר בריבית, שמקורה בהסכם ההלוואה הפרטני, כחלק מהחוב המובטח. לשאלה זו משמעות רבה, שכן קיים הבדל משמעותי בגובה שיעור הריבית. בעוד שככלל ריבית מוסכמת בהסכם המובטח בשעבוד אינה כפופה למשטר הריבית הקבוע בפקודה (ע"א 2703/07 פישר נ' רוח צבי יוכמן (17.4.2011); ע"א 4303/15 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' דמי קוגן, נאמן ועו"ד אלונה בומגרטן נאנמנה (16.11.2017)), ריבית אחרת כפופה לריבית מצומצמת יותר הקבועה בפקודה; וגם אז קיים הבדל בין ריבית הקבועה בהסכם ובין ריבית בלתי מוסכמת (וראו: סעיפים 75 ו-184 לפקודה; ע"א 2499/19 רשות המסים אגף המכס ומע"מ נ' עו"ד פניני יניב (19.1.2020)). שאלה זו טעונה אפוא בירור.

41. אינני סבור כי נסתם הגולל על סוגיה זו, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, רק בשל העובדה שהמערער ויתר לכאורה על טענותיו אלו. מעיון בפרוטוקול הדיון מיום 26.2.2019 עולה כי הסכמתו של המערער מאותו היום לוותר על טענותיו הנוספות מלבד "טענתו הקניינית" לא כללה ויתור מפורש על טענתו בנוגע לריבית. וכך אמר:

"אני מקבל את המלצת בית המשפט לפיה אעמוד אך ורק על הטענה הקניינית קרי, שבמקרה דנן לא מדובר בנושה מובטח משום שלא נרשמה משכנתא. לעניין זה אין די בהערת אזהרה נגטיבית למרות שנלווה אליה משכון".

בכל מקרה, לא נראה כי יש מקום לתפסו בדיבורו, אף אם מעד בלשונו. על כן, אציע לחבריי להשיב את התיק לבית המשפט המחוזי על מנת שישלים וידון בסוגיה זו בלבד.

42. סוף דבר: אם תישמע דעתי, הערעור יתקבל בחלקו, כך שסוגיית הריבית תוחזר לבית המשפט המחוזי על מנת שתיתן החלטה משלימה בעניין. יתר חלקי פסק הדין ייוותרו על כנם. נוכח דחיית מרבית חלקי הערעור, אציע לחייב את המערער בהוצאות המשיב בסך של 15,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

לדידי, די ברישום הערת האזהרה כדי להקנות עדיפות למשיב על פני נושים אחרים של החייב, ואיני נדרש לשאלה אם יש לראותה כמעין "עיכבון".

תוכנה של הערת אזהרה יכול ויהא חיובי ויכול ויהא שלילי, וניתן להצביע על 13 סוגי הערות שניתן לרשום על המקרקעין (אבי וינרוט דיני קניין – פרקי יסוד 223 ה"ש 1 (מהד. שנייה, 2020)). לאורך שנים רבות נחלקו מלומדים ופוסקים בדבר טיבה של הערת אזהרה, אם קניינית אם לאו (לגישות השונות ראו ע"א 261/88, 558/88 בנק המזרחי המאוחד נ' רוזובסקי, איטונג בע"מ נ' לוי דוד ובניו בע"מ (בפירוק), פ"ד מח(2) 102 (1994)). לצורך דיוננו, אין צורך להכריע במחלוקת זו באשר המחוקק אמר את דברו. הנה כי כן, בסעיף 127(א) לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 המחוקק יצק תוכן מניעתי להערת האזהרה כחוסמת עסקאות סותרות, ובסעיף 127(ב) לחוק יצק תוכן מהותי להערת האזהרה כמקנה עדיפות לבעל ההערה. גם הגורסים שהערת אזהרה אינה מגעת כדי "זכות קניינית" אינם כופרים בעדיפותה של ההערה במצבים של עיקול וחדלות פרעון לאור סעיף זה. לכן, מה לי הערת אזהרה "חיובית" ומה לי הערת אזהרה "שלילית". בשני המקרים, התחייבות חוזית הופכת בעקבות רישום ההערה למעין "שלט" שניצב על הנכס ומודיע באופן פומבי לכולי עלמא כי לבעל ההערה עדיפות על פני עיקול מאוחר או על פני נושים של הבעלים-המתחייב במצב של חדלות פרעון. המחוקק ביקש לבצר את כוחה של הערת האזהרה כדי כך, שבסעיף 127(ב1) אף קבע כי "הערת אזהרה שנרשמה כאמור בסעיף 126, אינה טעונה רישום בכל מרשם או פנקס אחר המתנהל על-פי דין". אכן, הערת האזהרה שנרשמה אינה מעידה על תוכנה ולאילו עסקה היא מתייחסת, אך די בכך שהיא מתריעה ומזהירה, ונושה שלא בירר ולא בדק את מהותה ותוכנה של ההערה אין לו אלא להלין על עצמו. משנרשמה הערת אזהרה רואים אפוא את הנושים כמי שידעו או היו צריכים לדעת שלא ניתן לסמוך על נכס המקרקעין שבבעלותו של החייב כנכס "נקי".

אשר על כן, אני מצטרף לעמדתו של חברי, השופט ד' מין.

השופטת ע' ברון:

סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 קובע לאמור:

נרשמה הערת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין או על הזכות במקרקעין נשוא ההערה, או שניתן צו לקבלת נכסים בפשיטת רגל או צו פירוק נגד בעל המקרקעין או בעל הזכות במקרקעין, או שנתמנה כונס נכסים על רכושו, הרי כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה, ובלבד שטענה לביטול העסקה מחמת פשיטת הרגל או הפירוק שהיתה עומדת אילו בוצעה העסקה במועדה, תעמוד גם נגד ההתחייבות האמורה.

מר יצחק יפה נקלע להליכי פשיטת רגל (להלן: החייב). על נכס מקרקעין של החייב רשומה הערת אזהרה לזכות המשיב 1 (להלן: המשיב) בדבר התחייבות החייב להימנע מביצוע עסקה במקרקעין – הערת אזהרה "שלילית" ככינויה בפסיקה ובספרות המשפטית. ההערה נועדה להבטחת החזר אשראי שהמשיב העמיד מעת לעת לרשותו של החייב על פי הסכם מסגרת שביניהם; קרי, למנוע כל דיספוזיציה במקרקעין עד אשר ייפרע חובו של החייב כלפי המשיב.

כפי שציין השופט ד' מין, "על פי פשוטו של מקרא" סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין הקובע מה הן תוצאותיה של הערת אזהרה, אינו מבחין בין הערת אזהרה "שלילית" ובין הערת אזהרה "חיובית". בהתאם להוראה זו כלשונה, הערה שנרשמה לזכותו של המשיב על מקרקעי החייב, מזכה את המשיב במעמד של נושה מובטח על פני נושים אחרים של החייב שהוכרז פושט רגל. מסקנה זו עולה בקנה אחד עם הרציונל שמאחורי רישומה של הערת אזהרה – שהיא בבחינת נורה אדומה מהבהבת המתריעה בפני כל, על אודות קיומו של "מטען" שהמקרקעין נושאים לזכות בעל ההערה. הערת האזהרה "מייחדת" את המקרקעין להבטחת זכויותיו של בעל ההערה; ומשמע שבמצב של חדלות פירעון מוקנית לבעל ההערה, למשיב בענייננו, עדיפות במקרקעין על פני נושים אחרים של החייב – גם על פני המערער המשמש כנאמן לנכסיו. ויודגש כי העובדה שהערת האזהרה בנוסחה אינה מסגירה את פרטי ההתחייבות שבבסיסה, אין בה כדי להפחית ממעמדה.

אני מצרפת אפוא את הסכמתי לפסק דינו של חברי השופט ד' מין, גם בנושא הריבית, וכן לדבריו של חברי השופט י' עמית.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד' מין.

ניתן היום, י"ד בטבת התשפ"א (12.2020.29).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט