

מ-עד כץ עוזרת אד אזור קהמולץ אימי ספן עומר בן מנחם שאן גבע	שיין חסמ אפרים אופק אהרן רועי חרן ברקת קנפ לחון-לי מנחם לחון אשחנץ אליאב לפשטין טל ששן שני אשכזי איר קלין	יונתן טסעה אנשי סרר אפרים לוי איר אברהם גל בן משה לחון פשני חגי גרם הגת צמעי גלה בור-גבל שני צפרי	יונתן קלמנצין של ברנץ תעתי גן גא בן עמי * אקי אורן חנת ברנע אלה צרטיק שר קודר רעיה וילנסקי איתן לוד	שלום סימן עמר בקרמן * אפרת חימי דנה שמב שוד אורי טל שרמק-יפ * רומי קוס-כץ אורי בראון מנחם מרדכי אמיר פיש	אברהם ללם משה בדר חנת עמית-פוגל רחל הררי-לפשיץ חמת פול עמחי פינקלשטיין סטיון ברוך רון מכאל יצן סלה הלבי רזית דנימו	אקי בנר גל אורן ** עפיה כהן טאה יששכרוב * אורית ישראל איר חמד אהרן רייז מנא רחל גולבאג (נרצח) אילת טורם שיב ענין *	אירן פולק משה מטלון אריה ניצר * חרון לוי אלוד טרש יונתן אלטמן דניאל מרדכי איק חסטובסקי ענת שטרנליב-מלם שלמה לנדס *
---	--	--	--	---	---	---	---

10 יולי 2013

לכבוד:

הגב' ציפי לבני – שרת המשפטים
רחוב צלאח א-דין 29,
ירושלים 91010

מר אורי אריאל - שר הבינוי והשיכון
רחוב קלרמון גאנו 3,
קריית הממשלה מזרח ירושלים
ת.ד. 18110, ירושלים 9102001

נכבדי,

באמצעות: דואר רשום ופקס

הנדון: ערבות בנקאית במסגרת פרויקטים של התחדשות עירונית ותחולת חוק מכר

- ערביות מהוות כלי משפטי בעל חשיבות רבה בהתנהלות הכלכלית, המסחרית והעסקית של פרטים וגופים במשק. לצד היותה כלי נפוץ ומקובל, למתן ערבות או קבלתה עשויות להיות השלכות מהותיות על עתידם הכלכלי של הצדדים לעסקה או לחוזה. קיימים מספר סוגי ערביות מרכזיים: ערבות בנקאית, ערבות אוטונומית וערבות חוק מכר, אשר השוני ביניהם מתבטא בהיקף ההתחייבות שנוטל על עצמו הערב, כמו גם באופי הערבות ומתכונתה.
- אחד האמצעים להגנת הרוכשים, נקבע בחיוב הקבלן להבטיח את כספי רוכשי הדירות בדרכים שונות, וביניהן, רישום הערת אזהרה לטובת הרוכש או הוצאתה של ערבות בנקאית לטובתו, כאמור בסעיף 2 לחוק המכר דירות.
- אם כן, מטרת הערבות בהתבסס על חוק המכר, הינה לספק בטוחה לכספי הקונה ולהבטיח את הקונה מפני הסיכון המרכזי הכרוך בעסקת הרכישה - אי רישום הזכויות על שמו.

4. רקע

- ביום - 06/06/2013 (כ"ח סיון התשע"ג) ניתן פסק דין על ידי כבוד השופטת אסתר שטמר מבית המשפט המחוזי מרכז-לוד, במסגרת ת"א 55587-11-12 **עמינדב נ' קאזי** (להלן: "**עניין עמינדב**"), ולאור האמור בחלקו האחרון לפס"ד הרינו לפנות אליך ביאת כדלקמן:
- כבר בראשית הדברים, ברצוננו להדגיש, כי חוק המכר הבטחת השקעות רוכשי דירות נועד להבטיח את השקעותיו של רוכש דירה למקרה שבו הקבלן פשט את הרגל או לא עמד בהתחייבויותיו להעברת הדירה מסיבות אחרות.

4.3 כיום, נושא זה אינו מוסדר ומערכת החוקים והתקנות הקיימות לכאורה, אינן נותנות מענה הולם הן ליזמים והן לבעלי הנכסים, וכל שנותר לצדדים לעסקה מסוג התחדשות עירונית הוא להתסמך על המנהג והנהוג, תוצאה שלמעשה מלמדת על הפרטת התחום.

4.4 פסק הדין שניתן בעניין עמינדב חושף את הבעיה, מה שמחייב לשאול מדוע חוק מכר דירות לא מתייחס לפרויקטים של פינוי בינוי בצורה ברורה ומחייב מתן ערבות שלא תפחת משווי דירה שיקבע ע"י שמאי או בהתאם לשווי דירה חדשה.

4.5 הסוגיה שברצוננו להציג מתוך פסה"ד הינה, גובה הערבות הבנקאית הניתנת לבעלי הנכסים בפרויקטים מסוג של פינוי בינוי ותמ"א 38/2 (הריסה).

4.6 הטענה העיקרית אותה העלו הנתבעים בכתב ההגנה מטעמם הייתה, כי סירובם לחתום על ההסכם נעוץ בכך שתנאיו בלתי סבירים, וכחלק מכך – הערבות הבנקאית המוצעת, אשר לטענתם של הנתבעים אינה מהווה "בטוחה הולמת".

4.7 סוגיה זו, הינה בעלת חשיבות עליונה, במיוחד לאור העובדה כי טרם ניתנה החלטת המחוקק בנושא הבטוחות הניתנות לבעלי הנכסים בעסקאות מסוג זה.

4.8 כמו כן, פסק הדין אינו מתייחס לשאלה האם חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה-1974, חל על עסקה מסוג התחדשות עירונית, קרי, האם הקבלן ייחשב כ"מוכר" במערכת היחסים מול בעלי הנכסים כך שתחול עליו חובה סטאטוטורית להמצאת בטוחה הולמת.

4.9 באותו עניין, חוק מיסוי מקרקעין משקוף על עסקת פינוי-בינוי כעסקת חליפין בה הדייר מוכר יחידת מגורים ורוכש דירת מגורים חדשה תחתיה. נראה כי בנושא חוק המכר דירות הבטחת השקעות, המחוקק ראה לנגד עיניו בעת חקיקת החוק עסקאות שנעשות עיקרן במזומן.

4.10 בשל מהותה של עסקת פינוי-בינוי והעובדה שהדייר המפונה לא נפרד כלכלית מכל זכויותיו בקרקע (בדומה לעסקת קומבינציה), נקבע כי שווי הקרקע ינוטרל משווי המכירה לצורך חישוב מס הרכישה בו מתחייב היזם. קרי, אם נקיש מכך לעניין הבטוחה הנדרשת, נראה כי על היזם לתת לבעלי הזכויות ערבות אך ורק על זכויות הבנייה הנוספות. יחד עם זאת, מאחר והקרקע משועבדת לבנק, לא ניתן לטעון טענה זו.

4.11 חוק המכר (דירות) וכן חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), נחקקו על מנת להגן על זכויות האזרח, לגבי רכישת דירה מהווה את אחת העסקאות החשובות שיבצע במהלך חייו. לפיכך, יש לראות בדבר החלתם של חוקים אלו בכלל ובנושא הערבות הבנקאית שניתנת בפרט, כנושאים בעלי חשיבות עליונה הקשורים באופן ישיר לבעלי הנכסים, לקבלנים, לעורכי הדין המייצגים, לבנקים ולבתי המשפט.

5. סקירה כללית של הטענות העולות מפסק הדין

5.1 בפס"ד עמינדב, עסק בית המשפט, בין היתר, בנושא גובה הערבות אשר צריכה להונתן לבעלי הנכסים במסגרת פרויקט פינני בינוי. בפרקטיקה, התפתחו שלושה סוגים של ערבויות הניתנות לדיירים: ערבות חוק מכר בשווי הדירה הקיימת של הדייר + שווי חלקו בזכויות הבניה (להלן: "ערבות מהסוג הראשון"), ערבות המשקפת את שווי הדירה החדשה (להלן: "ערבות מהסוג השני"), ערבות המשקפת שווי של 85% משווי הדירה (להלן: "ערבות מהסוג השלישי").

5.2 במסגרת פסה"ד טענו הנתבעים, כי **ערבות חוק המכר** שניתנה להם ע"פ הסכם הפינני בינוי, הינה ערבות מהסוג הראשון, קרי - ערבות בשווי הדירה הקיימת + שווי זכויות הבניה.

5.3 לדידם של הנתבעים, מטרת הערבות היא להבטיח את שווי דירת התמורה, דהיינו, ערבות מהסוג השני.

5.4 יצוין, כי באותו המקרה, הציע לבסוף היים ליתן לנתבעים ערבות המשקפת שווי של כ- 85% משווי הדירה החדשה, כאשר הערבות צמודה למדד תשומות הבניה למגורים.

5.5 כבוד השופטת אסתר שטמר קבעה, כי סכום הערבות המוצע עולה בשיעור ניכר על שווי הדירה הנוכחית ולפיכך מבטיח את בעלי הדירות במקרה שהינם לא יוכל להעביר להם בעלות בדירה, כנדרש ע"פ חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974 (להלן: "החוק").

5.6 עוד נקבע, כי לא הובא כל ביסוס משפטי שיחזק את טענת הנתבעים לפיה גובה הערבות אמור לשקף את שווי דירות התמורה, ומשכך יש לדחותה.

5.7 לא זו אף זו, באותו עניין מציינת כבוד השופטת, כי גם העובדה שכל יתר בעלי הדירות חתמו על ההסכם, יכולה ללמד על סבירות הבטוחה שהוצעה.

5.8 מכל מקום, קובעת כבוד השופטת - "לא מצאתי כי יש להפר את עקרון השוויון כך שהנתבעים יקבלו ערבות בנקאית גבוהה יותר מיתר בעלי הזכויות...".

5.9 עצם הצורך במתן ההחלטה, מבלי להיכנס לתוכן ההחלטה, העיכוב בהוצאתו של הפרויקט אל הפועל וההוצאות המיותרות שבניהול ההליך, מלמד על אי הבהירות המביאה למצב בלתי נסבל, פוגעת קשות בשוק, מעכבת הוצאתם אל הפועל של פרויקטים, ומרפה ידיהם של זימים רבים מלהיכנס לתחום הפינני בינוי.

6. המצב המשפטי כיום

6.1 כידוע, בחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה-1974, אשר פורסם בעקבות המצב החוקי אשר שרר ערב חיקוקו, לא הייתה לרוכש כל זכות חפצית בדירה וזאת עד לרישומה על שמו בלשכת רישום המקרקעין. במקרה של פשיטת רגל של הקבלן לפני רישום הדירה על שם הרוכש, לא הייתה לרוכש כל זכות עדיפה על זכויותיהם של נושים אחרים של הקבלן.

6.2 התוצאה הקשה, של המצב הקיים ערב חיקוקו של החוק, הייתה שלרוכש המשקיע סכומים ניכרים ביותר תמורת חיוב על הנייר בלבד, לא הייתה כל ערובה להשקעתו במקרה שהקבלן פשט את הרגל.

6.3 בנוסחו הראשון, קבע החוק בין היתר, את שיעור התשלום המרבי שמותר לקבלן לדרוש לפני מסירת הדירה כל עוד לא ביטח באחת מחמש דרכים את כספו של הרוכש.

6.4 החוק, התבסס על המלצותיה של ועדה ציבורית שהקים שר השיכון דאז והוא בא למנוע, בין ביתר, מצב שבו הקבלן יקבל מרוכש דירה, על השבון מחיר הדירה, סכום העולה על 25% מהמחיר, אם לא הבטיח את כספי הרוכש באחת הדרכים המפורטות בחוק.

6.5 לימים, פורסם תיקון 4 לחוק, אשר העמיד את הסכום שבגיננו על הקבלן להבטיח את כספי הרוכש ל- 7% ממחיר הדירה.

6.6 המטרה שעומדת בבסיס החוק הינה, להבטיח את כספי הרוכש, כך שאם הפרויקט יכשל, יקבל הקונה חזרה את השקעתו ואולם החוק אינו מנסה להבטיח את הסיכוי לקבלת הדירה.

6.7 סעיף 2 (ב)(3) לחוק פינוי ובינוי (פיצויים), תשס"ו-2006 (להלן: "חוק פינוי ובינוי"), קובע את התנאים בהם לא יראו סירוב של בעל נכס כסירוב בלתי סביר לביצוע עסקת פינוי ובינוי, כאשר סעיף קטן 3 קובע, כי במקרה בו "לא הוצעו לבעל הדירה המסרב בטוחות הולמות לביצוע עסקת הפינוי ובינוי, ואם נקבעו תנאים על ידי שמאי פינוי ובינוי לעניין כדאיות כלכלית – לא ניתנו ערבויות הולמות להתקיימות התנאים, לא ייחשב הסירוב לביצוע העסקה כסירוב בלתי סביר" (ההדגשה הוספה במקור ע"י א.ל.).

6.8 לא למותר לציין, כי חוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה), תשס"ח-2008 (להלן: "חוק חיזוק") העוסק בפרויקטים מסוג תמ"א 38, אינו מסדיר כלל וכלל את עניין הבטוחה לבעל הנכס במקרה של הריסת הבניין.

6.9 חוק חיזוק מבנים קובע בסעיף 5א(א) כי בתנאים מסוימים, יכול המפקח, אף אם לא התקבלה על כך החלטה מראש של כל בעלי הדירות בבית המשותף, לאשר את ביצוע העבודה, ובלבד שנתן לכל בעל דירה בבית המשותף הזדמנות לטעון את טענותיו והוא אינו מזכיר כלל את עניין הבטוחות המגיעות לבעל הנכס, ולכן גם בעלי הנכסים בפרויקט מסוג תמ"א 38 מצויים בחוסר וודאות בבואם לבחון הצעות יזמים לביצוע פרויקטים אלו.

6.10 חוסר וודאות זה, כפי שמשקף גם בהחלטת כבוד השופט שטמר בעניין עמינדב, יוצר חוסר אחדות ואי בהירות בכל הקשור לבטוחות הנדרשות במסגרת פרויטים של התחדשות עירונית מסוג תמ"א 38 ופינוי בינוי.

7. הסדר שלילי/העדר הסדר/חוק חסר

7.1 על האפשרויות העומדות בפני בית המשפט בבואו להכריע בשאלה אם מדובר בהסדר שלילי אם לא, כתב כב' הנשיא (בדימוס) השופט אהרון ברק, בפרשת א.ש.י.ר (רע"א 5768/94, 5614/95, 993/96 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה ואח' נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ ואח' [פורסם בנבו]; הרר ואח' נ' שוהם מכונות ומבלטים בע"מ ואח'; אתר תעשיות פלסטיק בע"מ נ' שי מפעל אלבומים ומוצרי פרסום בע"מ ואח', פ"ד נב(4) (289), את הדברים הבאים: "שתיקתם של חוק או הוראה מהוראותיו מדברת בלשונות מספר. ניתן להסיק ממנה מסקנות מספר (ראה: על"ע 663,691/90; 5154/91 [31], בעמ' 404; בג"ץ 4267,4287,4634 [32], בעמ' 457; א' ברק פרשנות במשפט, כרך א, תורת הפרשנות הכללית [72], בעמ' 465).

7.2 מסקנה אחת הינה, כי את שהסדיר החוק (במפורש או במשתמע) הוא הסדיר, ועל ששתק החוק הוא לא הסדיר, וממילא לא נקט כלפיו כל עמדה נורמטיבית. מה שמצוי מחוץ לחוק יוסדר על-ידי מערכות נורמטיביות המצויות מחוץ לחוק. טול חוק הקובע כי בהתקיים תנאים א' ו-ב' יחדיו תבוא תוצאה X. מה הדין אם מתקיים רק תנאי א' או רק תנאי ב'? על-פי המסקנה הראשונה המתבקשת משתיקת החוק, בהתקיים תנאי א' או תנאי ב' אין תחולה לתוצאה X. זאת ותו לא. התוצאות בהתקיים תנאי א' או תנאי ב' ייקבעו על-פי הדין החל מחוץ לגדריו של החוק. מסקנה שנייה שניתן להסיק משתיקת החוק הינה, כי החוק חסר; כי הסדרו אינו שלם; כי יש בו לאקונה. את שהחוק הסדיר הוא הסדיר, אך הוא עשה כן באופן לא שלם ותוך קיום חסר המצדיק השלמתו על-ידי בית-המשפט. כך, למשל, בדוגמה שנתנו, אם שתיקת החוק באשר לתנאי א' בלבד או תנאי ב' בלבד היא חסר, יקבע השופט הסדר אשר ישלים את החסר שבחוק. הוא יעשה כן, למשל, על-ידי שימוש בהיקש מהפתרון שהחוק קבע ובהיעדר היקש באמצעות עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל (ראה סעיף 1 לחוק יסודות המשפט). אך שתיקת החוק עשויה להוביל את הפרשן למסקנה שלישית. מסקנה זו הינה, כי המצבים שעליהם שתק החוק גם הם מוסדרים על-ידי, אם כי בדרך השלילה. זוהי שתיקה מדעת. זהו ההסדר השלילי. זוהי שתיקה שמובנה הוא הסדר (שלילי) של המקרים שאינם נופלים לגדר החוק; על-כן, כאשר מתקיים רק תנאי א' או תנאי ב', בדוגמה שהבאנו, המתבקש מהחוק הוא הסדר נורמטיבי שתוכנו הוא לא X (או X-). היטיב להביע זאת השופט זילברג, בצינו: "...יש ושתיקתו של המחוקק יפה מדיבורו, או לפחות יפה כדיבורו, ואם הוא נמנע מקבוע הלכה, מקום שהיה צריך או יכול לעשות כן, הרי שתיקתו זו מדברת בעדה, ואומרת לנו, בפה מלא, מה היתה עמדתו כלפי השאלה הנדונה" (ע"א 164/47 מינקוביץ נ' פישצנר [26], בעמ' 43).

7.3 אם לא די באמור, עומדים היום גם עוה"ד המייצגים בעסקאות מסוג של התחדשות עירונית, בפני חוסר וודאות בדבר גובה הערבות החל בפרויקטים אלו.

7.4 בהקשר זה נזכיר, כי הפסיקה הרחיבה לא אחת את נושא האחריות של עוה"ד המייצגים וקבעה, כי על עוה"ד מוטלת חובה להציב בפני לקוחו תמרוך אזהרה ולהבהיר לו היטב מהם כלל הסיכונים אשר הוא עומד ליטול על עצמו. כמו כן, מוטלת על עוה"ד החובה לעשות כמיטב יכולתו על מנת לברר טרם החתימה על ההסכם האם הבטוחות הכלולות בו הינן בטוחות הולמות.

7.5 לעניות דעתנו, דווקא בפרויקטים מסוג התחדשות עירונית, בהם יכול למצוא עצמו בעל הנכס המסרב לפרויקט בשל אי העמדת ערבות ראויה, חב בתשלום של מיליוני שקלים כפיצוי לשאר בעלי הנכסים, יש לפעול לתיקון החוק בהקדם האפשרי, בכדי ליצור מנגנון אחיד לכלל הפרויקטים.

7.6 תפקידו של שופט הוא לפרש את החוק באופן שמגשים את תכליתו, אך במקום בו קיים סיכון גדול לבעלי הזכויות במתחמי התחדשות עירונית, ראוי כי המחוקק, יפעל באופן שיבטיח את כלל בעלי הזכויות במתחם.

7.7 יצוין כי במקרה החמור, ייתכן וקריסת הקבלן באמצע פרויקט, תוביל את בעלי הנכסים להישאר ללא שום ביטחון הולם המתאר את שווי הדירה לה זכאי בעל הזכויות במסגרת הפרויקט.

7.8 לאורם של דברים, נראה כי הטיפול בסכנה הטמונה בלאקונה המשפטית שתוארה לעיל הינו נושא חשוב מאין כמוהו.

7.9 על העוסקים במלאכה, לקבוע בהקדם האפשרי, כי חוק המכר (דירות) חל על הצדדים לעסקת התחדשות עירונית בפרויקטים של הריסה, במסגרת פינוי בינוי וכן תמ"א 38 הריסה. על המחוקק למצוא פתרון ולקבוע ראשית שחוק מכר חל בפרויקטים של התחדשות עירונית וכן לקבוע מנגנון בטוחות ראוי ומתאים שיהיה אחיד.

7.10 על מנת לשמור על הרמוניה חקיקתית ולילך בנתיב אותו קבע המחוקק בחוק המכר (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), אנו סבורים כי הבטחה הראויה היא ערבות מהסוג הראשון.

7.11 בעלי הדירות מקבלים בטוחה **על מה שסיכנו** דהיינו דירתם הישנה וחלקם בזכויות הבניה **ולא על מה שהם עתידים לקבל** - הדירה החדשה, ממש כמו רוכש דירה "רגיל"..

7.12 מתן ערבות הכוללת את מרכיב הדירה הנוכחית לרבות זכויות הבנייה הנוספות, אינו גורם להעמסת עלויות מיותרות על הפרויקט מאחר ומבחינת מרכיב הקרקע, הבעלות רשומה ע"ש בעלי הזכויות. קביעה כזו, תהיה קביעה צודקת ביותר, שתבטיח את הדיירים ואף תקל על ימים המעוניינים לבצע פרויקטים בפריפריה.

7.13 אין צורך להוסיף לעניין זה, כי לאור המחסור במשאב הקרקע בישראל, קידום פרויקטים בדרך של התחדשות עירונית הינו נושא חשוב ביותר. יישום פרויקטים במסגרת פינוי בינוי בין היתר, יוצר שימושי קרקע חדשים למניעת הזדקנות האוכלוסייה, לניצול יעיל יותר של תשתיות ומוסדות ציבור מתרוקנים ולשמירה על שטחים פתוחים.

7.14 למותר לציין, בהערת אגב, כי נושא הבטוחות רלוונטי בפרויקטים מסוג של תמ"א 38 חיזוק ועיבוי, פרויקטים שנושא הבטוחות מוסדר בהתאם לכוחות השוק ולכלכליות הפרויקט.

7.15 אנו מבקשים ומקווים כי מכתב זה יהווה בסיס לקידום הנושא. לאור האמור בו ולאור הטיעונים שהועלו בו, נראה כי על המחוקק לפעול על מנת לתקן את המצב הקיים כיום ולהביא לעיגון הנושא בחקיקה מוסדרת.

בכבוד רב,


עמית, פולק, מטלון ושות'
אברהם ללום, עו"ד

העתקים:

מר שלמה בן אליהו - מנכ"ל משרד השיכון
ד"ר גיא רוטקופף - מנכ"ל משרד המשפטים
מר דוד זקן - המפקח על הבנקים.
עו"ד משה רובינשטיין - הממונה לפי חוק המכר.
מר ניסים בובליל - נשיא התאחדות בוני הארץ.
מר אבנר לוי - יו"ר ארגון הקבלנים והבונים בת"א-יפו.
מר אוהד דנוס - יו"ר לשכת השמאים.
מר אייל אוכמן - יו"ר איגוד חברות תמ"א 38 והתחדשות עירונית בלשכת המסחר.