

07.11.2008 - שיעור מס' 1.

איחור כ 30 דק' - השלמה מעדי מרום.

מבנה הקורס :

סמסטר א' – דיון פרונטאלי. סמסטר ב' – כתיבת עבודות סמינריוניות. הגשת העבודות – אוקטובר 2009.
בחירת הנושא – יד חופשית בבחירת הנושאים. אמצע סמסטר- שאלה מחקרית – עמוד שניים + ביבליוגרפיה ראשונית.
היקף עבודה – אין משהו מוגדר. 20-30 עמודים לזוגות.
שנתון הפקולטה – הוראות לכתיבת סמינריון – עמוד 32-33

מבוא –

הסוגיות שיידונו בסמינריון : (לבדוק באתר תקשוב את הסילבוס של הסמינריון)

עד לפרשת חפצי בה, הדעה הרווחת הייתה כי נושה מובטח עם שיעבוד יכול להיות רגוע. הבטוחה היא כי ניתן לממש את השיעבוד על המקרקעין. בפרשת חפצי בה, ראינו שזה לא מה שקורה בפועל, ובפועל הבנקים היו צרכים להשתתף עם הרוכשים. וזה מערער את התפיסות שהיו בעבר לגבי נושה מובטח.

ערבות חוק המכר (דירות) – נבדוק עד כמה החוק ממלא את תפקידו. בפרשת חפצי בה נערכו הסכמי מכר דירות מבלי שניתנה ערבות על פי החוק. נדבר על התיקון לחוק ערבות המכר דירות בעקבות פרשת חפצי בה.

ליווי פיננסי – כל פרויקט הוא פרויקט סגור. ההכנסות הוצאות ממנו הם יחידה נפרדת. ולכאורה אם פרויקט אחד נוהל תקציבי בצורה טובה (כספים יצאו ונכנסו בפיקוח), אז גם אם לחברה יש פרויקט אחר שכשל, העובדה שמדובר בפרויקט סגור אמורה להבטיח כי הפרויקט שלא כשל לא ייפגע מהפרויקט שכשל. בפועל, ראינו שבפרשת חפצי בה, זה לא היה המצב. למרות שהיה ליווי פיננסי בפרויקטים השונים, המנהל המיוחד שמונה לחברה ניסה לגבש הסדר כולל לכלל הרוכשים של החברה ללא הפרדה בין הפרויקטים. דבר זה משליך על הסיכון של כל הפרויקטים, כי אם פרויקט אחד חשוף לסיכון של פרויקט אחר זה מגדיל את הסיכון של הבנקים. לאחר פרשת חפצי בה, עלות המימון של הקבלנים תתייקר כי הבנקים אשר יהיו חשופים יותר לסיכון, יגלגלו את זה על הלווים, הקבלנים במקרה זה. לכן לפרשת חפצי בה היו השלכות משפטיות וגם השלכות כלכליות.

מימון נדל"ן – עסקה במקרקעין נחשבת לעסקה היקרה המורכבת והחשובה ביותר שאדם עושה בחייו. היא כרוכה בהרבה מאוד אספקטים משפטיים, חשבונאיים, מימוניים, תכנוניים (ייעוד הקרקע – האם היא עונה על הצרכים שאני מתעתד), פיסקאליים (איזה מטבע, הצמדה) עסקה במקרקעין דורשת ידע ומומחיות במספר היבטים, ובעיקר כרוך בעלויות רבות. מעבר לעלות היקרה של המקרקעין עצמם, יש לא מעט תשלומים נלווים (תשלומים לאנשי מקצוע – עו"ד,

מתווכים, שמאים, תשלומים לרשויות המס - נתח נכבד מעלות העסקה הולך למדינה, עלות המימון של העסקה - ריבית שהבנק יחייב במהלך השנים). המורכבות של עסקה במקרקעין והעלות הגבוהה שלהם חושפים את עוה"ד שפעילים בתחום המקרקעין לסיכון רב. עו"ד העוסק במקרקעין, נדרש לפעול כפי שעו"ד סביר היה נוהג בביצוע עסקאות במקרקעין. עסקה במקרקעין לא נגמרת בעריכת ההסכם, אלא היא דורשת מעו"ד אחריות מקצועית רבה - חייב לבצע אין ספור בדיקות משפטיות על העסקה - יש שעבודים, מצב תכנוני - חריגות בניה, תשלום מיסים, האם תיק הבניין תואם את מה שרואים בשטח - בדיקה בעירייה. אם עו"ד לא מבצע בדיקות אלה עו"ד חשוף לתביעה בשל רשלנות מקצועית. קרוב ל-50% מסך התביעות על רשלנות מקצועית הם בענייני מקרקעין. חברות הביטוח של עו"ד מייקרות את פוליסת הביטוח של עוה"ד העוסקים במקרקעין. תחום מיסוי המקרקעין הוא תחום מורכב, מצריך שליטה בהרבה חוקים ותקנות שנוטים להתעדכן ולהשתנות. (בפועל עו"ד רבים שעוסקים במקרקעין לא שולטים בהיבטי המיסוי של העסקה, ובכך גורמים לעסקה ללא כדאית. הבעיה שאי כדאיות העסקה מתגלה בדיעבד, לאחר שהעסקה בוצעה).

(מכאן יש כפילות בסיכום)

מבנה הסמינריון:

המטרה - להקנות ידע וכלים לעסוק במימון נדל"ן. נבחן סוגיות נדל"ן שונות מבחינת חוק החוזים, נבדוק את המשפט ההשוואתי, ננסה לראות מהם ההסדרים המתאימים לשיטת המשפט הישראלית. נעסוק בהיבטי מימון נדל"ן, הן מבחינת המימון של הרוכש הפרטי (באמצעות משכנתא) והן מבחינת המימון לזים, קבלן (היבטים של עסקאות קומבינציה, לזים פיננסי - מי שצורך את המימון שהוא הגורם שמקים את הפרויקט.

הנושאים שיידונו בסמינריון:

1. משכנתא - מוצר מימוני ייחודי - צריך את הכסף בזמן 0 ופורע את המשכנתא בתקופה ארוכה. חוק המשכון מסדיר את דיני המשכון. קובע שמשכון הוא שיעבוד של נכס כערובה לחיוב כאשר בהקשר של מקרקעין, הנכס המשועבד הם המקרקעין הנרכשים. נדבר על דרכי יצירת המשכנתא, דרכי שכלולה ומימושה.

a. התפתחויות בשוק המשכנתא בשנים האחרונות:

i. משכנתא שביושר - האם מקנים זכות גם למי שניתנה לו משכנתא אבל לא נרשמה.

ii. משכון זכויות חוזיות - בעסקה במקרקעין לא ניתן במקרים מסוימים לשעבד את המקרקעין עצמו. במקרים אלה, ניתן לשעבד את הזכויות החוזיות ביחס למקרקעין. האם כשיש משכון של זכויות חוזיות הבנק יכול להתחיל הליך של מימוש משכנתא? הרבה שנים התשובה לשאלה היתה כן, אולם בפס"ד שטייניץ, השי' אדלר מבטל אפשרות של התחלת מימוש שניתן על זכויות חוזיות.

- iii. משכון מסוה – הצדדים מבצעים עסקה במקרקעין שהיא עסקת משכון מבלי לחשוף את האספקט המיטוכוני של העסקה. לקרוא לעסקה מכר, שכירות – מכר חוזר, עסקת קונסיגנציה. סעיף 2 לחוק המשכון קובע כי לא משנה איך קראתם לעסקה, אלא המהות הכלכלית של העסקה.
- iv. משכון זכויות במקרקעין – המחאת זכויות במקרקעין – חוק המחאת חיובים. החוק סמדיר את נושא עסקאות בזכויות כאשר הצדדים הם חייב, ממחה ונמחה.
2. עסקאות איגוח (securization) – היבט של השוק המשני למשכנתאות – כאשר חברה רוצה להשיג מימון, היא לוקחת את הזכויות החוזיות שלה שיש לה כלפי הלקוחות שלה, הלקוחות חייבים לה כסף, והחברה יכולה לעשות עסקה בחובות של הלקוחות כלפיה. החברה מוכרת את הזכויות החוזיות כלפי הלקוחות ומקבלת מימון. איגוח אינה המחאת זכויות פשוטה, אלא מקימים גוף פיננסי, חברה ייעודית, המוקמת אך ורק למטרה זו. החברה רוכשת את הזכויות של החברה כחלפי לקוחותיה ומנפיקה אג"ח שמגובות בתזרימי המזומנים שהלקוחות משלמים. החברה מגייסת מימון באמצעות הנפקת אג"ח. בעולם המערבי, כשהבנק נותן משכנתא, הוא מוכר אותה, מוכר את הזכות שלו לקבלת החזרי המשכנתא ומאג"ח את המשכנתאות. נדבר על מודל האיגוח. סוגיות משפטיות בנושא איגוח (פרשת אנרון), משבר הסאב פריים.
3. עסקאות קומבינציה – מהווה כלי מימוני, ע"י ההסכם בין הכל הקרקע לקבלן, הקבלן חוסך הרבה עמלות מימון. יכול להתחיל לבנות על המקרקעין מבלי שנדרש לממן את רכישתם. אם כי עסקת קומבינציה מעלה שאלות מעניינות שיש לדון בהם – 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 יהיה לתבוע את בעלי הקרקע?
4. חוק המכר דירות (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) – חוק זה עוסק בהבטחה של קוני דירות, יד ראשונה, שנרכשות מקבלן. צורך זה התעורר בגלל המציאות בה בנייה לוקחת הרבה זמן, ובזמן זה יתכנו שינויים פיננסיים אצל הקבלן ורוצים להבטיח את הרוכשים. החוק מנה מספר דרכים להבטיח את מצבם של הרוכשים: ערבות בנקאית, הערת אזהרה, ביטוח, משכנתא, העברת בעלות. ראינו בפרשת חפציבה, שהחוק הני"ל לא סייע לרוכשים (החוק אומנם תוקן).
5. צרכי המימון של פרויקט גורים דורשים התאמה בין ביטויים של הכנסות והוצאות. ההוצאות הן בד"כ בתחילת הפרויקט, כאשר ההכנסות מגיעות בכל שלב הפרויקט, עד סופו. קבלן צריך לעסוק בהתאמה בין הכנסות והוצאות, מה שכרוך בסרבול ובקושי רב ולכן נעזר בבנק המלווה את הפרויקט ומפקח על כל ההיבט המימוני של הפרויקט, יש חשבון 'אפס'. הבנק דואג לפקח שכספים נכנסים כראוי לחשבון ויוצאים אך ורק לפרויקט ספציפי זה. בפרשת חפציבה, היו כספים שיצאו שלא למטרת הפרויקטים, ולא כל הכספים נכנסו לחשבון הלווי. נשאלת שאלה מה אחריות הבנק המלווה כאשר הפרויקט נכשל. האם רוכשי הדירות יכולים לתבוע את הבנק? בשנים האחרונות הוגשו תביעות נגד הבנקים המלווים – פס"ד חאייק (ראה סילבוס).

6. סוגיית Reit – beal Estate Investment Trust – סוגיית קרנות הנדל"ן שאמורות לסייע למימון הנדל"ן. יש להם הטבות מיסוי רבות.
7. הסכמי שיתוף בין המגזר הציבורי למגזר הפרטי. הסכם PPP – public private partnership – יש פרויקט שהמגזר הציבורי רוצה להקים אבל לצורך המימון הוא נעזר במגזר הפרטי, לדוגמא, כביש חוצה ישראל.
סוף השלמה מעדי מרום.

איחור של כחצי שעה מכאן סיכום שלי.
אחד "המוקשים" הרציניים בעניין המקרקעין הוא עניין המיסוי. בעניין זה יש הרבה טעויות והרבה תביעות רשלנות נגד עוה"ד.
הידוע ביותר הוא עניין מס השבח והפטור בעניין דירת מגורים מזכה.

מבנה הסמינריון:

מטרה להקנות כלים וידע בתחום מימון הנדל"ן. מדובר בתחום מתפתח, מתחדש ומשתנה. נתייחס למה שקורה בעולם, למשפט השוואתי למשפט הזר. משבר הסאב פריימס העולמי שהחל בארה"ב בתחום המשכנתאות משפיע גם עלינו.
גם לפרשת חפצי בה יש השלכות על התחום.

הנושאים בהם נעסוק (בכול שיעור נושא)

היבטי מימון נדל"ן הן לאדם הפרטי (= משכנתא), והן מבחינת המימון לזים לקבל (= עסקאות קומביניציה, ליווי פיננסי).

משכנתא – מימון של רכישת נכס נדלני דורש את מלוא כסף בהתחלה, והחזר בתשלומים, בד"כ חודשיים.

חוק המשכון מסדיר את הנושא – ככלל משכון של נכס הוא ערובה לחיוב. במקרה של מקרקעין הנכס הוא המקרקעין עצמם.
נדבר על יצירת המשכנתא, שכלולה ומימושה.

משכנתא שביושר – האם מקנים זכות גם למי שנרשמה לו משכנה אבל לא שוכללה? השאלה רלוונטית בעקבות פס"ד אהרונוב שלא עסק בנדל"ן ויש פסיקה לכאן ולכאן. יש פסקי דין שהכירו ויש לא הכירו במשכנתא שביושר.

משכון של זכויות חוזיות – במקרקעין לעיתים לא ניתן תמיד למשכן את הנכס. פס"ד שטיינמניץ עשה שינוי בנושא. עד לפסק דין זה הבנקים "חגגו" וההתייחסות הייתה שניתן בקלות למשכן זכויות. כיום גם ניתן אבל הפרוצדורה כבר יותר מורכבת.

משכון מסוה – בלי לחשוף את האספקט המשכוני – קוראים לזה מכר ועוד כול מני שמות. סעיף 2ב לחוק המשכון אומר שהכותרת לא קובעת אלא המהות הכלכלית.

משכון זכויות במקרקעין – המחאת זכויות במקרקעין – בדרך המכר או בדרך השעבוד – עושים עסקה בזכויות במקרקעין. החוק הרלוונטי הוא חוק המחאת חיובים, החוק מסדיר נושא של עסקאות וזכויות. השחקנים הם: חייב, ממחה ונמחה.

עסקאות איגו"ח – securitization – איגו"ח אומר שחברה לוקחת את הזכויות החוזיות שלה כלפי הלקוחות שלה ועושה בהן עסקה. למשל אם מגיע לה כסף, היא לא צריכה לחכות שתקבל את הכסף בפועל, אלא את המימון. איגו"ח הוא הקמת גוף פיננסי (חברה ייעודית) למטרה זאת בלבד. החברה הייעודית רוכשת את הזכויות של החברה (בעלת הזכויות) כלפי הלקוחות שלה ומנפיקה אגרות חוב שמגובות בתזרימי המזומנים שהלקוחות שמשלמים. כך החברה הייעודית מגייסת הון מהציבור וזה מאפשר לרכוש את הזכויות הבאות.

בעולם המערבי מקובל שבנק שמוכר משכנתא, מייד הוא מוכר את הזכויות שלו במשכנתא = הוא מאגו"ח אותה. נלמד את מודל האיגו"ח (יש גם באתר). הבנק מוכר אלפי משכנתאות לציבור באמצעות איגרות החוב, וזה מגבה את המשכנתאות שהוא נותן כך הבנקים ממנים את המשכנתאות הבאות. הבנק מוכר את המשכנתא באמצעות מכירת אגו"ח לציבור וכך מגלגל את עניין המימון.

המודל הבסיסי של האיגו"ח מתפשט בארץ לתחומים רבים אפילו לתחום הרשויות המקומיות. הראשונים הם עריית רמלה שאיגחה את תשלומי הארנונה של מפעל נשר.

נעסוק בשאלות משפטיות של עסקאות איגו"ח. למשל עניין אנרון האמריקאי שקרס בסוף 2001. בעקבות כך היו תיקוני חקיקה. נגע גם במשבר הסאב פריים – של המשכנתאות.

עסקאות קומבינציה – מהווה כלי מימוני. באמצעות הסכם בין בעל הקרקע לקבלן, הקבלן חוסך הרבה בעיות מימון, ויכול לבנות בלי לממן את רכישת הקרקע. בעל הקרקע מאפשר לבנות תמורת שירותי בנייה על החלק שיקבל בסופו של דבר.

מה קורה להסכם אם הקבלן קורס ולא מספק לבעלי המגרש את הדירות? האם ניתן לתבוע את בעלי הקרקע? מה אם הפרויקט קורס? בעלי הקרקע ירצו למחוק את הערת האזהרה. האם זה ניתן? הרוכשים מהקבלן יתנגדו לכך. מבחינת מיסוי עדיף לעשות זאת כמכר חלקי, למרות שיש עסקאות של מכר רגיל. בד"כ זהו עניין של כדאיות מיסויית.

חוק המכר דירות - הבטחת השקעות של רוכשי דירות – עוסק באבטחה של קוני דירות יד ראשונה מקבלן. צורך זה התעורר בגלל שפרויקט לוקח זמן רב יחסית, ועשויים להיות שינויים במצבו של הקבלן, לפיכך צריך להגן על הלקוח. החוק מונה חמישה דרכים לעשות זאת, כשהעיקרית היא: ערבות בנקאית והערת אזהרה.

צרכי המימון של פרויקט מגורים דורשים התאמה בין הוצאות להכנסות- ההכנסות נעשות לאורך תקופה ארוכה (מכירת הדירות), וההוצאות נדרשות בהתאם להתקדמות הבנייה. לפיכך, לוקחים בנק מלווה ויוצרים "חשבון 0". הבנק מפקח על ההכנסות ומוודה שהן אכן נכנסות לייעודם, ולא

לפרויקט אחר או לכיסו של הקבלן. לצורך כך, משלמים כיום בשוברים ישירות לבנק לחשבון הספציפי. השאלה מה אחריות הבנק כמלווה? היות שבמקרה של קריסת היזם, נכסיו בד"כ משועבדים לנושים עדיפים ורוכשי הדירות חלשים (כנושים רגילים). לפיכך הבנק הוא הכיס העמוק מבחינת הלקוח. פס"ד חייק חשוב לנושא אחריות בנקים כלפי הלקוחות. הנושא שאוב מארה"ב.

סוגיית ריטין REIT = Real Estate Investment Trust = קרנות הנדל"ן = הקצאת (שם ל) מיסים לחברות השקעות בנדל"ן אשר מפחית או מבטל הכנסות החברה ממיסים. בתמורה הריטין מאפשר לחלק/ לספק 90% מההכנסות שלהן, אשר עשויות להיות חייבות במס בידי המשקיעים. מטרת הריטין היא לאפשר השקעה בקרנות להשקעה בנדל"ן, הדומה לזה של קרנות הנאמנות שנועדו להשקעה במניות.

is a tax designation for a corporation investing in real estate that reduces or eliminates corporate income taxes. In return, REITs are required to distribute 90% of their income, which may be taxable in the hands of the investors. The REIT structure was designed to provide a similar structure for investment in real estate as mutual fund provide for investment in stok.

הסכמי PPP = public private partnership המגזר הציבורי נעזר במגזר הפרטי. למשל כביש 6. חברה פרטית "דרך ארץ" בנתה את הכביש, והיא זכאית להפעיל אותו לשנים רבות. בסופו של דבר, לאחר מספר שנים, יחזור הכביש לציבור.

מבנה הסמינריון –

סמ' א' – הרצאות.

סמ' ב' - כתיבת העבודות, לפי נושאים.

לבחור נושא ולהציג שאלה משפטית ולנתח אותה. להיות ממוקד.
לדוגמא : מה מעמדה של הערת אזהרה לטובת בעלי הקרקע, במקרה שההסכם בין הקבלן לבעלי הקרקע "מתפוצצת".
ולא : הסכמי קומבינציה.
עוד דוגמא : מעמד הנושים החזקים בראי חוק המשכון
להגיש הצעה למחקר על 1-2 עמודים לקראת סוף הסמסטר.
היקף העבודה של 20-30 עמ'.
עמ' 32 33 לשנתון הוראות לכתיבת עבודה סמינריונית
להגיש לקראת תחילת שנת הלימודים הבאה.
אין רשימת נושאים, אין רפראט.

14.11.2008 - שיעור מס' 2.

Dov.solomon@mail.biu.ac.il – מייל של המרצה.

דיני המשכון הבסיסיים.

משכון מורכב משני שלבים עיקריים :

1. שלב חוזי –משכון נוצר בהסכם.

2. שלב קנייני

השלב החוזי

משכון נוצר בהסכם.

חוק המשכון, תשכ"ז-1967 [תיקון אחרון: 10/8/05] . .

3. יצירת המישכון

(א) מישכון נוצר בהסכם בין החייב לבין הנושה.

1. מהות המישכון

(א) מישכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון

אם לא סולק החיוב.

(ב) הערובה יכול שתהיה לחיוב כולו או מקצתו, קיים או עתיד לבוא, מתחדש או מותנה,

קצוב או בלתי קצוב.

השלב הקנייני

השלב הקנייני משכלל (שיכלול = perfection) את המשכון כלפי צדדים שלישיים. בעל המשכון זוכה בעדיפות על פני נושים אחרים של החייב (כולל הנאמן ו/או המפרק). זאת אומרת שאם לחייב יש שלושה נושים ולאחד יש משכון אזי הוא נושה מובטח אשר קודם כל הוא יפרע, ורק אם תהיה יתרה, לאחר המימוש, אזי יפרעו גם הנושים האחרים. בפרקטיקה נושים רגילים כמעט שאינם נפרעים מהסיבה שחברה בד"כ משעבדת את כל נכסיה לבנקים ולנושים הרגילים לא נשאר מאום. לפיכך המשכון מקנה עדיפות משמעותית.

איך משכללים את המשכון ?

סעיף 4 לחוק המשכון, מונה 3 דרכים עיקריות לשכלול המשכון :

חוק המשכון, תשכ"ז-1967 [תיקון אחרון: 10/8/05] . .

4. כוחו של המישכון כלפי נושים אחרים

כלפי נושים אחרים של החייב יהיה כוחו של מישכון יפה -

(1) בנכסים שיש לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לענין זה - בהתאם לאותן

הוראות;

- (2) בנכסים נדים ובניירות ערך שאין לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לענין זה והם הופקדו בידי הנושה או בידי שומר מטעם הנושה שאיננו החייב - עם הפקדתם כאמור וכל עוד הם מופקדים;
- (3) בנכסים נדים ובניירות ערך שלא הופקדו כאמור ובכל מקרה אחר - עם רישום המישכון בהתאם לתקנות שהותקנו לפי חוק זה, אולם כלפי נושה שידע או היה עליו לדעת על המישכון יהיה כוחו של המישכון יפה אף ללא רישום.

דרך אחת

ס 4(1) לחוק – **אם יש דין אחר הוא יחול**. עניין זה מופיע גם בסעיף 2 ויש כפילות בהוראה זאת. לדוגמא, פקי החברות קובעת הוראות מיוחדות לגבי שעבודים בהקשר של חברה. דוגמא נוספת, מקרקעין – יש הוראות אחרות בחוק המקרקעין סי' 7(א) הקובע שעסקה במקרקעין חייבת רישום ובסי' 7(ב) מופיעה הסנקציה לפיה אם המשכון לא נרשם, יש רק התחייבות לבצע עסקה. רישום של שעבוד מקרקעין מצריך רישום בטאבו. במשכנתא יש שלב חוזי והשלב השני הוא השכלול שזהו הרישום של המשכנתא אצל רשם המקרקעין. חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 [תיקון אחרון 3/1/06] . .

7. גמר העסקה

- (א) עסקה במקרקעין טעונה רישום; העסקה נגמרת ברישום, ורואים את השעה שבה אישר הרשם את העסקה לרישום כשעת הרישום.
- (ב) עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה.

דרך שנייה

לפי ס 4(2) לחוק - **הפקדה** – מפקידים פיזית את הנכס אצל הנושה. זאת הייתה הדרך המסורתית המופיע כבר במקורות העבריים. ע"י הפקדת הנכס משכללים את המשכון. גם כיום משתמשים במשכון מופקד. ההפקדה נותנת את דרישת הפומביות. הנושים רואים שהנכס אינו בידי הבעלים וכך אינם טועים וחושבים שהנכס פנוי משעבוד (מה שעשוי לקרות במידה שהנכס נשאר בידי הבעלים). ההפקדה יכולה להיות גם אצל שומר מטעם הנושה (למעט מקרה שהשומר הוא החייב עצמו היות שזה לא יפתור את בעיית ההטעיה). דרך זאת יכולה לחול על מיטלטלין או על ניירות ערך. ואיננה מתאימה לגבי זכויות חוזיות - אותן לא ניתן להפקיד. זכויות חוזיות זה כיום הנכס הפופולארי ביותר אותו ממשכנים.

דרך שלישית

סעיף 4(3) – **שיכלול על ידי רישום**. הרישום נעשה אצל רשם המשכונות. יש חמש לשכות שונות בארץ: ת"א, י-ם, חיפה, נצרת, באר שבע. יש תקנות: תקנות המשכון (סדרי רישום ועיון), התשנ"ד-1994

ההבדל העיקרי בין רישום של זכויות למרשם של עסקאות הוא :

מרשם של זכויות, כמו מרשם של מקרקעין, נותן מידה על כלל בעלי הזכויות לגבי נכס מסוים. מי בעליו, מי שוכרו, למי הנכס משועבד, למי זכות קדימה לגביו ועוד – כל אלו רשומים על כל נכס מקרקעין - רושמים את מלוא הזכויות שבנכס. לעומת זאת רשם המשכונות לא נותן מידע על הזכויות של הנכס. הוא עובד בשיטה של פסקאות. הוא ידע לומר שהייתה עסקת משכון ספציפית על, למשל, משאית מסוימת. אבל רשם המשכונות לא יתחייב לעולם שהמשאית אכן שייכת בכלל לחייב (לזה שממשכן). זה נובע מהפרקטיקה לפיה לא ניתן לנהל על כל נכס מיטלטלין רישום מלא של זכויות. למשל, ברכבים, משרד הרישוי כן מנסה ליצור מרשם על הזכויות. אבל יש פסיקות שונות לגבי מעמדם של מרשמים אלו (למשל פסי"ד קו נ' חסון).

הפקדה לעומת רישום.

היתרונות של רישום על פני הפקדה.

מבחינת החייב - היתרון שהוא יכול להשתמש בנכס. – זה מאוד משמעותי. למשל רכבים, מכוונות וכד'.
יתרונות מבחינת הנושה – הפקדה דורשת להקצות שטחי אכסון, שמירה ובמידה שהנכס נרשם לא צריך את כל אלו. כמו כן, נחסכת ממנו אחריות השומר - על פי הגדרת שומר בפקודת השומרים – מי שמחזיק נכס שלא בבעלותו נחשב כשומר.

היתרונות של משכון מופקד

1. ההליך יותר קל פשוט נותנים את הנכס אין אגרה ולא צריך לרשום.
2. מבטיח שלא יבריחו ("יעלימו"), ימכרו את הנכס. אם למשל, הנכס סחיר והלווה עוסק במכירת נכסים מסוגו של הנכס המשועבד, קיים חשש שהלווה ימכור את הנכס הממושכן בתנאי תקנת השוק. ע"י כך הקונה יזכה בבעלות נקייה לחלוטין מזכויות ולמשכון לא יהיה תוקף כלפיו. לדוגמא יהלומן אשר מוכר יהלומים כחלק מעיסוקו, ירשום משכון לטובת הבנק. קיים חשש שאם ימכור את היהלומים ייכנס לתקנת השוק, ואם הקונה קונה את הנכס בתום לב ובתמורה, הוא מקבל את הנכס נקי. למשכון אין תוקף כלפי הרוכש. לפיכך, בנקים לא יתנו אשראי ליהלומן ע"י רישום אלא אך ורק עי הפקדה. לגבי משאית למשל, אם אני לא עוסק במכירת משאיות, ואם יקרה כדבר הזה, לא תהייה בעיה, כי המוכר אינו עוסק במכירת משאיות ולא יכנס להגדרה של ס' 34 לחוק המכר.

חוק המכר, תשכ"ח-1968 [תיקון אחרון 6/8/71] . .

34. תקנת השוק

נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום-לב.

לגבי סי' 34(3) סיפא – נושה שידע או צריך לדעת שיש משכון, כוחו של המשכון יהיה יפה גם אם לא נרשם המשכון. למרות שמשכון לא שוכלל (לא נרשם ולא הפקד).
בפרקטיקה הסעיף קשה ליישום, יש בעיה ראייתית. לפיכך, מאוד לא מומלץ להסתמך עליו.
אבל לעת צרה כדאי לדעת עליו.

שעבוד נכסי חברה

מדובר כשהחייבת היא החברה, היא זאת שמשעבדת את נכסיה.
ככלל, אין הגיון באבחנה בין שעבוד נכסי יחיד לשעבוד נכסי חברה. האבחנה באה בירושה מהמשפט האנגלי. בד"ר האמריקאי כבר אין הבחנה כזאת. אצלנו זה יוסדר במסגרת הקודיפיקציה.
אבל כרגע יש הבחנה כדלהלן:

1. מקום הרישום.

2. מועד הרישום.

לפי החוק, ניתן להטיל שעבוד צף רק על נכסי חברה ולא על נכסי היחיד. הייתה פסיקה שביקרה זאת והציעה להכיר בשעבוד צף גם לגבי היחיד אולם החוק טרם שונה.

מקום הרישום.

שעבוד על נכסי מיטלטלין של חברה נעשה בלשכת רשם החברות (רק בי-ס). שיטת הרישום אצל (בעניין שעבוד נכסי חברה) היא שיטה של עסקאות (כמו רשם המשכונות). כאשר חברה משעבדת נכס מקרקעין יש לרשום גם ברשם החברות וגם ברשם המקרקעין (רישום כפול). קודם בטאבו ואח"כ יש 21 יום בהם צריך לרשום את המשכנתא גם אצל רשם החברות. ראה בעניין זה - ע"א 558/88 בנק המזרחי המאוחד נ' רוזובסקי, פ"ד מח(2) 102 (1994).

לפי סעיפים 178 ו 179 לפק' החברות אם השעבוד לא נרשם ברשם החברות, אין לו תוקף כלפי כלפיי המפרק וכל נושה של החברה.

פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 [תיקון אחרון: 8/8/07] . .

סימן ה': רישום השעבודים אצל הרשם

178. שעבודים הטעונים רישום (127(1) רישה, תנאי (ג))

(א) שעבוד מן המנויים להלן, שיצרה חברה רשומה בישראל, יהיה בטל כלפי המפרק וכל נושה של החברה, במידה שהוא מטיל ערובה על נכסיה או מפעלה, זולת אם פרטי השעבוד שנקבעו והמסמך היוצר אותו או מעיד עליו, אם היה מסמך כזה, נמסרו לרשם או נתקבלו אצלו, בדרך ובמועד האמורים בסעיף 179, לשם רישום כנדרש לפי פקודה זו ; ואלה השעבודים :

(1) שעבוד בערובה לאיגרות חוב, לרבות שעבוד צף או שעבוד של הון מניות שלא

נדרש תשלומו, של דרישות תשלום שטרם נפרעו ושל מוניטין ;

(2) שעבוד נכס מקרקעין בכל מקום שהוא, או ענין בנכס כאמור ;

(3) שעבוד נכס מיטלטלין, כשאין הנכס מוחזק בידי הנושה ;

(4) שעבוד חובות לקוחות ;

(5) שעבוד אניות או חלקים בהן ;

(6) שעבוד פטנטים, רשיונות לפי פטנטים, סימני מסחר או זכויות יוצרים.

(ב) ניתן לחברה מסמך סחיר כערובה לחובות לקוחות, והחברה הפקידה אותו כערובה

לקבלת הלוואה, לא יראו את ההפקדה כשעבוד חובות לקוחות לענין סעיף זה.

(ג) היה שעבוד בטל כאמור בסעיף קטן (א), אין בכך כדי לפגוע בחוזה או בהתחייבות

להחזיר את הכסף המובטח בשעבוד, ופרעון כסף זה יחול מיד.

179. דרכי הרישום ומועדיו (127(1) תנאים (א),(ב))

(א) המועד למסירת הפרטים והמסמך או קבלתם לפי סעיף 178 הוא -

(1) באין הוראה אחרת - תוך עשרים ואחד ימים מהיום שבו נוצר השעבוד ;

(2) בשעבוד מקרקעין שבישראל - תוך עשרים ואחד ימים מהיום שבו אישר רשם

המקרקעין את העסקה לרישום, בין שנערכה בפניו ובין שנערכה בפני עורך דין ;

(3) בשעבוד שנוצר מחוץ לישראל על נכסים שמחוץ לישראל בלבד -תוך עשרים

ואחד ימים מהיום שבו יכול היה המסמך להתקבל בישראל בדרך הדואר הרגילה אילו

נשלח בזריזות מספקת ; לענין פסקה זו מותר שיימסר העתק של המסמך, מאומת

כפי שנקבע.

(ב) בשעבוד שנוצר בישראל הכולל נכסים שמחוץ לישראל, מותר לשלוח את המסמך לפי

סעיף 178 לרישום אף אם יש צורך בהליכים נוספים כדי להקנות לשעבוד תוקף לפי דיני

הארץ שבה נמצאים הנכסים.

לכאורה כנושה, ניתן לבדוק רק ברשם החברות (צריך לחכות 21 יום ולבדוק שוב). אבל

בפרקטיקה אסור לעשות זאת. לא מספיק לעיין רק באחד מהמרשמים, חייבים לעין בשניהם.

העיון בטאבו חשוב, כי נותן ביטחון שאנו לא נמצאים בתק של ה 21 יום שבין ברישום בטאבו

לרישום ברשם החברות. אם רושמים משכנתא בטאבו, הרושם יהיה הראשון.

אבל גם רק בטאבו זה לא טוב, בגלל השעבודים הצפים אשר חלים על כלל נכסי החברה כולל

מקרקעין, מיטלטלין, זכויות תמורות כספיות והכול. למרות שהשעבוד הצף חל גם על מקרקעין,

הוא לא נרשם בטאבו. שעבוד צף נרשם רק ברשם החברות. הבעיה שאם השעבוד הצף כולל הגבלה

על עסקאות האחרות במקרקעין הוא משתווה בדרגתו לשעבוד ספציפי. לעומת שעבוד צף רגיל

שדרגתו נמוכה יותר והשעבוד הספציפי גובר על הצף. בפרקטיקה, בארץ כמעט כל השעבודים

הצפים כוללים הגבלה. ההגבלה היא על הנכסים הקבועים שלהחברה כמו רכבים, נדל"ן וכד'

להבדיל מהסחורות אותן יש למכור (פס"ד מרכזי לעניין השעבוד צף – ע"א 6400/99 מיראז' חברה

לבנין והשקעות בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, סניף אשדוד, פ"ד נו(4) 830 (2002).

לאור האמור לעיל, הקונה נכס מקרקעין של חברה לא יכול להסתפק בעיון בטאבו. עליו לבדוק גם אצל רשם החברות ולראות שאין שעבוד צף. האמור לעיל אינו חל לגבי חברה שעוסקת במכירת מקרקעין. כי לא תהייה הגבלה על מכירת המקרקעין שכן זהו עיסוקה וזה מהותו של השעבוד הצף. נדגיש כי תקנת השוק לפיה אם בודקים בטאבו ש....., לא תחול כאן.

21.11.2008 - שיעור מס' 3.

מועד המרשם

מתי צריך לרשום את השעבוד ?

ברשם החברות תוך 21 יום מיום השעבוד (למשל מקרקעין, תוך 21 יום מיום הרישום בטאבו. מיטלטלין תוך 21 יום מהשעבוד) הרישום ברשם החברות הוא כדי להקנות תוקף לשעבוד של נכסי החברה. סעיפים : 179 178 לפק' החברות. על נכסי יחיד אין מועד לרישום, אין הגדרה בחוק המשכון, לפיכך יש לרשום מיידית כי אחרת אין תוקף למשכון. הסיבה שבחברות ניתן לחכות 21 יום היא היסטורית ואין לו תועלת רבה. המרצה סבור שיש לבטל הוראה זאת.

משכנתא.

מוגדרת בס' 4 לחוק המקרקעין

חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 [תיקון אחרון 3/1/06] . .

4. משכנתה

משכנתה היא מישכון של מקרקעין.

על משכנתא חלים שני חוקים : חוק המשכון וחוק המקרקעין ס' 85 91 . אם יש התנגשות בין החוקים, חוק המקרקעין יגבר, היות שהוא יותר ספציפי לעניין משכון מקרקעין וכן לפי ס' 91 לחוק המקרקעין.

חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 [תיקון אחרון 3/1/06] . .

85. זכות הממשכן במקרקעין הממושכנים

(א) משכנתה אינה פוגעת בזכותו של בעל המקרקעין להחזיק בהם, להשתמש בהם ולעשות בהם כל עסקה, והכל בכפוף למוסכם בתנאי המשכנתה.
(ב) עסקה שבעל המקרקעין עשה בהם לאחר שמושכנו, אין בה כדי לגרוע מזכותו של בעל המשכנתה לממש אותה, ואין לעסקה כזאת תוקף כלפי מי שרכש את המקרקעין בהוצאה לפועל של המשכנתה.

91. תחולת חוק המשכון

בכפוף להוראות פרק זה יחולו על משכנתה הוראות חוק המשכון, תשכ"ז-1967; אולם אין למשכן מקרקעין או שכירות רשומה במקרקעין אלא על ידי משכנתה.

אלו זכויות קניין ניתן לשעבד ?

בעלות רשומה. (אם הבעלות לא רשומה, עדיין יכול להיות מצב שאני בעלים אבל הזכות לא נרשמה והזכות פחות מוגנת = לא מוגנת כלפי צדדים שלישיים).

שכירות רשומה.

אלו שתי הזכויות היחידות שניתן לשעבד במשכנתא.

אם השכירות היא לזמן רב, לעיתים כדאי לרשום אותה בטאבו, למרות שאין חובה בכך. במקרה כזה, ניתן יהיה לשעבד זכות זאת במשכנתא, וכך ניתן לקבל אשראי. בעסקים, פעמים רבות, יש לשלם את השכירות מראש. כך ניתן לממן אותה ע"י לקיחת הלוואה ומשכון זכות השכירות (בתנאי שהשכירות רשומה).

ס 81 לחוק המקרקעין

81. שיעבוד שכירות במשכנתא או בזיקת הנאה

- (א) שכירות שנרשמה, רשאי השוכר, בכפוף למוסכם בתנאי השכירות, לשעבדה במשכנתא בלי הסכמת המשכיר והוראות סימן ב' יחולו, בשינויים המחוייבים.
- (ב) שכירות שנרשמה, רשאי השוכר, בכפוף למוסכם בתנאי השכירות, לשעבדה בזיקת הנאה בלי הסכמת המשכיר והוראות סימן ג' יחולו, בשינויים המחוייבים.

לפי החוק השעבוד כפוף לכך שהמשכיר מסכים לשעבוד.

למשל המינהל (מינהל מקרקעי ישראל) כותב בדרך כלל שאין לו התנגדות למשכון הזכות. כך יכולים השוכרים (=החוכרים לדורות) לממן את "רכישת" החכירה לדורות של המקרקעין מהמינהל.

השעבוד במשכנתא לכאורה לא מפריע למשכיר אבל בכול זאת יש המתנגדים. מדוע? היות שמה שמפריע להם הוא שהשוכר יפר את הסכם המשכנתא כלפי הבנק (ולאו דווקא כלפי המשכיר), ואז הבנק ימנה כונס נכסים על השכירות וימכור אותה בהליכי הוצל"פ לשוכר חדש. היוצא הוא שהמשכיר ימצא עצמו מול שוכר חדש שאינו מכיר אותו, ולא תמיד המשכיר מסכים לכך.

ס' 22 לחוק בשכירות והשאילה

חוק השכירות והשאילה, תשל"א-1971 [אין תיקונים] . .

22. העברת השכירות

השוכר אינו רשאי להעביר לאחר את הזכות להחזיק ולהשתמש במושכר או להשכירו בשכירות משנה, אלא בהסכמת המשכיר; אולם אם לא הסכים המשכיר לעסקה מטעמים בלתי סבירים או התנה את הסכמתו בתנאים בלתי סבירים, יהיה -

(1) בשכירות מקרקעין - רשאי השוכר לעשות את העסקה בלי הסכמתו של

המשכיר;

יש חריג – המצב היחיד בו ניתן לרשום הערת אזהרה על הערת אזהרה הוא אם יש כונס נכסים, וזה רק בהוראת ביהמ"ש.

המוכר, כבעלים רשום, יכול לרשום משכנתא לטובת הבנק. אבל הוא לא יסכים לעשות זאת לפני שקיבל את כל הכסף מהקונה. אחרת, יש סכנה ממשית שהקונה לא ימשיך לשלם. מוכר לעולם לא יסכים לרשום משכנתא לפני שקיבל את מלא כספו. אם העסקה תתפוצץ תהיה לו בעיה למכור את הנכס לאחר.

חוק המשכון, תשכ"ז-1967 [תיקון אחרון: 10/8/05] . .

12. מישכון להבטחת חיובו של אחר

מושכן נכס של אדם כערובה לחיובו של אדם אחר, יהא דינו של בעל הנכס כדין מי שערב אותו חיוב, אך אין להיפרע מבעל הנכס אלא במימוש המשכון כאמור בחוק זה.

ס' 12 לחוק המשכון מאפשר לרשום משכון להבטחת חיובו של אחר. עושים בו שימוש כאשר היחסים קרובים למשל אם זוג צעיר מתחתן ומעוניין לרכוש דירה, אזי אפשר שההורים ישעבדו את דירתם לטובת ילדיהם.

אבל כאמור בעלים (המוכר) לא ייעתר לרשום משכנתא לפני שראה את כל הכסף. לפיכך, יש מלכוד, כיצד נוכל לפתור בעיה זאת? איך נבטיח זכותו של הבנק?

בפרקטיקה פותחו מנגנונים שונים. הבנק המממן מרכיב סל של בטחונות שכולל שלושה מרכיבים עיקריים (שלוש בטוחות עיקריות). צריך את שלושתן היות שאף אחת מהן לבדה אינה מגינה לחלוטין על הבנק (גם לא שלושתן ביחד):

מנגנון ראשון:

התחייבות של הקונה כלפי הבנק לרשום בעתיד משכנתא לטובתו של הבנק. – הקונה מתחייב לרשום בעתיד, כשיוכל, באופן מיידי משכנתא לטבת צד ג' = הבנק.

כבר בפסקי דין ישנים כמו ע"א 654/82 סוכנות מכוניות לים התיכון נ' עו"ד חיות, פ"ד לט(3) 803 (1985). או ע"א 277/73 כונס הנכסים הרשמי נ' טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ, פ"ד כט(1) 85 (1974), ולאורך שנים רבות נקבע שהתחייבות מעין זאת אין לה תוקף קנייני שכן זכות של הבנק אינה רשומה בלשכת המקרקעין והיא אינה אלא התחייבות חוזית (אובליגטורית). לבנק אין עדיפות על פני נושים אחרים, ואם ב' נקלע לקשיים כספיים, ולא מצליח לפרוע את ההלוואה, הבנק לא יכול לממש את הנכס היות שהוא נושה רגיל ועומד באותו תור יחד עם נושים אחרים. זה היה החיסרון העיקרי של מנגנון זה. כך היה עד לשנת 1999.

אז בע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 (1999), הכיר ביהמ"ש העליון בתוקפן של התחייבויות ??? ונתן להן תוקף מעין קנייני. פסה"ד הכיר בזכויות קניין שמין היושר (=זכויות מעין קנייניות).

זהו פס"ד חשוב ביותר שניתן בהרכב של שבעה שופטים. בפסק הדין היה מקרה של אישה, שבעלה נפטר, אשר הייתה בעלת זכות בעלות (לא רשומה) בנכס מכוח הלכת השיתוף בן בני זוג. השופטים העדיפו את זכותה על פני זכותו של מעקל שרשם את העיקול על זכות הבעלות הרשומה של הבעל. זה היה חידוש של ממש.

הנשיא ברק אומר שהוא לומד את הזכויות שביושר מסעיף 9 לחוק המקרקעין שעוסק בעסקאות נוגדות, ונותן עדיפות לקונה הראשון על השני. כאן זה זכויות ביושר מתוצרת הארץ.

9. עסקאות נוגדות

התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום-לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום-לב - זכותו עדיפה.

הערה : למה זכויות ביושר תוצרת הארץ ?

עד לחוק המקרקעין (1970) הלכו בארץ לפי הדין האנגלי (=דיני היושר). חוק המקרקעין קבע שאין יותר היזקקות לדיני היושר האנגליים.

חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 [תיקון אחרון 3/1/06] . .

161. שלילת זכויות שביושר

מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק.

מאז נאמר שאין יותר זכויות ביושר, זאת אומרת שאם מישהו לא רשם אזי הוא הפסיד. פרופ' יהושע וייסמן, במאמר על חוק המקרקעין החדש, אמר שהגיע הזמן לפתח דיני יושר תוצרת הארץ. לפיכך, ברק שרצה להתגבר על סעיף 161 לחוק המקרקעין ציין במפורש שמדובר בזכויות שביושר תוצרת הארץ.

פס"ד אוצר החייל נ' אהרונוב מעורר שתי שאלות בהקשר שלנו :

1. האם הזכות שביושר עומדת גם בחדלות פירעון של זה שהתחייב להקנות את הזכות ? = האם כשהבנק עומד מול המפרק או הכונס, הוא יכול לומר שהוא לא נושה רגיל אלא שיש לו זכות שביושר ? = האם הלכת אהרונוב תחול בחדלות פירעון ?
2. האם הלכת אהרונוב, שלא עסקה במשכון, תחול גם על משכון ? = האם יש משכון שביושר?

לקרא לשיעור הבא :

ע"א 3911/01 כספי נ' נס, פ"ד נו(6) 752 (2002).

בש"א (מחוזי ת"א) 1256/02 שרון נ' אלפסי, תקדין-מחוזי 2002(3) 7502 (2002).

ה"פ (מחוזי י-ם) 2247/03 רשף נ' לוי, תקדין-מחוזי 2004(1) 6761 (2004).

ה"פ (שלום ת"א) 175902/02 פרץ נ' פרץ, תקדין-שלום 2003(2) 7 (2003).
מיגל דויטש "נפילתה(?) ועלייתה של הזכות שביושר במשפט הישראלי – המשפט בעקבות המציאות" עיוני משפט כד 313 (2000).

28.11.2008 - שיעור מס' 4.

הרציונאל הוא הרצון שהעסקה תצא לפועל - זהו האינטרס של כל הצדדים.
מנגנון ראשון: (חזרה והמשך)
התחייבות של הקונה כלפי הבנק לרשום בעתיד משכנתא לטובתו של הבנק.
ברגע שיגיע היום בו זה יהיה אפשרי, והנכס יהיה על שם הרוכש, הוא מתחייב לרשום את המשכנתא על שם הבנק.
השאלה האם זאת התחייבות חוזית ואז הבנק עומד בשורה אחת עם כל שאר הנושים.
או שזוהי התחייבות קניינית שמקנה לבנק עדיפות.
ב1999 בא לעולם פס"ד אוצר החייל נ' אהרונוב והחזיר את הזכויות שביושר מתוצרת הארץ אשר נלמדו מס' 9 לחוק המקרקעין הנותן עדיפות לזה שעושה עסקה ראשון (לעומת הזכויות שביושר שהיו לפני חוק המקרקעין שנלקחו ממשפט האנגלי).
פס"ד אהרונוב עורר שאלות אקדמאיות מענייניות.
באוצר החייל נ' אהרונוב, התחרות הייתה מול המעקל. לא הייתה בעיה של חדלות פירעון. הבעל לא היה חדל פירעון ולא היה חשש שהבנק לא יוכל לגבות מהבעל.
מצב של חדלות פירעון הוא קשה יותר כי כבר ברור שלא ניתן יהיה לפרוע לכלל הנושים.
באהרונוב לא היה מצב כזה, אלא השאלה הייתה למי זכות לגבות מהדירה ומה שהוחלט שהאישה תיגבה בעדיפות (מהחצי של הדירה) בעוד שהבנק היה צריך לגבות את חובו מנכסים אחרים שזה יותר קשה, אבל אפשרי.
ב2002 בע"א 3911/01 כספי נ' נס, פ"ד נו(6) 752 (2002).
השופטת טובה שטרסברג כהן קבעה שהלכת אוצר החייל חלה גם במצבים של חדלות פירעון – יש עדיפות למי שיש לו זכות שביושר על פני הנושים האחרים, כשיש גבייה מחייב חדל פירעון.
הדירה יוצאת ממסת הנכסים של החייב ועוברת לזה שיש לו זכות שביושר. זאת תשובה חד משמעית לשאלה הראשונה (מסוף שיעור שעבר).
לעומת זאת על השאלה השנייה יש הלכות לכאן ולכאן
הלכת אהרונוב עסקה בעיסקה של העברת בעלות בנכס, במקרה זה בין בעל לאשתו, אבל אח"כ ההלכה יושמה גם על עסקאות מכר אחרות.
הבעיה היא כאשר יש רק התחייבות למשכון, כמו במקרה שלנו בין ב' לג' - שהרוכש מתחייב לרשום משכנתא לבנק בעתיד, כשזה יהיה ניתן. האם גם זאת גם זכות שביושר, למרות שעדיין לא שכלל את זכותו? הקושי להכיר בעסקת משכון כזכות שביושר (משכון שביושר). לאחר אוצר החייל נשאלה השאלה הזאת: האם ניתן להעדיף את הבנק ולומר שיש לו זכות שביושר במשכון = משכון שביושר ?
על כך התשובה לא חד משמעית ויש פסיקות סותרות:

ניתן להסוות משכון, ושהדינים חלים גם על עסקאות בשמות אחרים. לפיכך הצדדים היו צריכים לרשום זאת בהתאם להוראות חוק המשכון. במקרה זה לפי ס' 178 לחוק החברות היות שמדובר בחברה. היות שזה לא נעשה, אין להקנות עדיפות למערערים על פני נושים אחרים של החברה הקבלנית.

בהמשך, השופטת ממשיכה ומנתחת גם את מה שהיה במועד הסכם המכר. שואלת: מדוע הזדרזו לחתום על הסכם מכר? ועונה שבשלב זה, 9 ימים לפני חדלות הפירעון, היה אינטרס לצדדים להקנות עדיפות למערערים על פני הנושים האחרים. כיצד? הרי לא הספיקו לרשום את הזכות? מה שניסו לקבל הוא זכות שביושר.

השופטת קבעה שזה מהווה העדפת נושים פסולה, ולכן אין תוקף להסכם המכר שנועד להעדיף את המערערים על פני נושים אחרים של החברה הקבלנית.

השופטת מהללת את הזכות שביושר ומצטטת את אוצר החייל. אבל אומרת שהסכם המכר בטל בגלל שיש כאן העדפת נושים.

השופטת אומרת גם שהם היו צריכים לרשום את הזכות.

המוזר הוא שהשופטת שמנתחת ומהללת כל כך את פס"ד אוצר החייל, ומיד אח"כ אומרת שלא רשמו ולכן אין להם זכות.

השאלה המתעוררת, שלא עלתה בפסה"ד, היא מדוע השופטת אינה מתייחסת לכך שאולי יש להם זכות שביושר (שמקנה עדיפות למרות שלא היה רישום). האם יש כאן זכות משכון שביושר? לא חשוב מה התשובה, אבל התייחסות השופטת לסוגיה מתבקשת, היא הייתה צריכה לפחות להתמודד עם השאלה, וזאת הלקונה בפס"ד זה.

למרות שפורמאלית זאת הלכה של עליון אשר חזרה להלכות הישנות, שלפני אהרונוב, אבל אין כאן ממש התמודדות לגופו של עניין.

גם השופטת אלשיך במחוזי לא הכירה בזכות שביושר. אבל, להבדיל מהשופטת שטרסברג היא לא משאירה דברים המומים וכן מתמודדת עם השאלה בפס"ד - [בש"א \(מחוזי ת"א\) 1256/02 שרון נ' אלפסי](#), תקדין-מחוזי 2002(3) 7502 (2002).

בפס"ד זה היו שני בני דודים. אחד החייב והשני בן דודו המשיב. הם היו בעלים משותפים של חלקת מקרקעין. לאחר שניתן צו כינוס נגד החייב, ניהל בן הדוד מו"מ ממושך עם הנאמנת בפשיטת הרגל של החייב במטרה לרכוש את חלקו של החייב, זאת במקום שיכנס שותף אחר בלתי ידוע.

לפתע, "נוכר" בן הדוד שנתן בעבר הלוואה לחייב שמכוחה החייב שיעבד את חלקו במקרקעין לטובת בן הדוד. הוא גיבה טיעון זה ע"י הצגת פתק שהעיד שניתנה הלוואה ושהחייב שיעבד את המקרקעין לטובת בן הדוד.

הנאמנת טענה שגם בהנחה שהעובדות נכונות ומאמינים לעובדות, הרי שכיוון שהשעבוד לא נרשם בפועל, לפחות לא לפני צו הכינוס (כי אח"כ ניסה לרשום), אזי אין לו תוקף כלפי הנאמנת בפשיטת הרגל. זאת אומרת שהנאמנת אומרת שאין להכיר בזכות שביושר, ואם רוצים עדיפות צריך לשכלל = לרשום את זכותך.

בן הדוד טען שבעקבות אהרונוב יש זכות שביושר גם על עסקת המשכון למרות שלא נרשמה. המקרה הגיע לשופטת אלשיך, ולמרות שדעתה לא נוחה מהפתק שנשלף ברגע האחרון, שכן עסקאות כאלו לא נעשות על פתקים, המיקוד היה בהלכה וביישום של אהרונוב על משכון. השופטת אומרת שבדיני בטוחות אין להכיר במשכון שביושר, על משכון שלא רשום, מאחר שאם

נכיר במשכון שביושר, ישתנה מהיסוד כל מדרג הנושים. נגיע למצב בו הדיונים שיוכרעו לא יוכרעו לפי ס' 4 לחוק המשכון, שקובע שהעדיפות היא למי ששכלל = רשם את זכותו.

פס"ד אוצר החייל ביטל למעשה שני סעיפים: את סעיף 161 שביטל את הזכויות שביושר, ופסק הדין החזיר את הזכויות שביושר. והשני שהלכת אוצר החייל מחקה הוא ס' 127(ב) לחוק המקרקעין שאומר שכדי ליהנות מעדיפות עליך לרשום הערת אזהרה. כיום לא חייבים צעד זה (למעט חריגים של גנז) היות שהסכם המכר נותן עדיפות. אז מה יכול להיות אם פסה"ד יבטל גם את ס' 4 לחוק המשכון. אומרת השופטת ורדה אלשיך:

"דומה, כי די בכך כדי לדחות את מענת ההיקש הגורפת שמנסה המשיב להקיש מהלכת בנק אוצר החייל אל תחום דיני המשכון. לעניין זה יוער, כי עניינו של משכון שונה לחלוטין מעניינו של רוכש מקרקעין. שימוש במוסד המשכון להשגת עדיפות בפרעון חוב פלוני מנסה אלמוני, אינו אלא כלי משפטי לשפר את מעמדו של הנושה מעל למעמדם של נושים אחרים, ולא עסקה עצמאית של רכישת נכסים בתמורה לכסף. לקיומו ולפומביותו של משכון ישנה חשיבות עליונה, בכל הנוגע לשיקוליהם של נושים אחרים המתקשרים על החייב או בוחנים את מצבת נכסיו. זאת, בין היתר, באשר הנכס הממושכן נותר חלק ממצבת נכסיו של החייב, להבדיל מנכס המוצא מהם כליל על-ידי מכירתו בתום-לב ובתמורה מלאה."

בסטקמן נ' ויטלי – נאמר שס' 4 לחוק המשכון הוא ספציפי גובר על סעיפי ה
לקרא:

ה"פ (מחוזי י-ם) 2247/03 **רשף נ' לוי**, תקדין-מחוזי 2004(1) 6761 (2004).

מיני-רציו: * מקרקעין – עיסקאות נוגדות – תוצאתן

זכותו של "נושה ממשכן" אל מול זכותו של "נושה מעקל"

בעניין זה נדונו יחסי הגומלין בין נושה שרשם עיקול על נכס מקרקעין לבין נושה הזכאי לכך שהמקרקעין ימושכנו כערוכה להבטחת חוב כלפיו אך לא רשם את המשכנתה ואף נמנע מרישום הערת אזהרה לטובתו. נפסק כי עקרונית, בעל התחייבות מוקדמת לרישום משכנתה גובר על נושה שעיקל את הנכס אשר ביחס אליו ניתנה ההתחייבות.

עם זאת, עדיפות "הנושה הממשכן" כפופה לחובתו לנהוג בתום-לב כלפי "הנושה המעקל", וזאת ע"י הקפדה על רישום זכויותיו. כך נובע מסעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, היוצר זיקה בין בעל ההתחייבות (הנושה הממשכן) לבין נושה "רגיל". בנסיבות העניין הנושה הממשכן הינו מוסד בנקאי הנושא, כסוכנות חברתית, בחובת תום-לב מוגברת, שכן הוא "נושה מקצועי" אשר ביכולתו לפקח על רישום הערת האזהרה ולמנוע את ההתנגשות עם הנושה המעקל, אף שזכותו של האחרון לא התייחסה דווקא אל המקרקעין שעליהם הוטל העיקול. לכן ייפרע הבנק רק חלקית (במקרה זה כדי 85 אחוז מערך הנכס) בגין זכותו.

ה"פ (שלום ת"א) 175902/02 **פרץ נ' פרץ**, תקדין-שלום 2003(2) 7 (2003).

ע"א (מחוזי ת"א) 2188/03 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' פרץ**, תקדין-מחוזי 2005(2), 9607 (2005).

5.12.2008 - שיעור מס' 5.

השאלה בשיעור שעבר הייתה : האם ניתן להחיל את אהרונוב גם על עסקה למשכון נכס ?
בשיעור שעבר הראנו פסקי דין בהם לא החילו את אהרונוב על משכון, אבל אין הלכה בעניין ולהלן
נראה פסקי דין בהם ראו את הדברים בצורה שונה.

שאלה נוספת שעוררה השופטת אלשיך ב 13844/01 קדמה ציוד להובלה נ' דורית לוי, היא, האם
יש להחיל את אהרונוב, שעסקה במקרקעין, גם על עסקה במיטלטלין? האם גם במיטלטלין יש
זכויות שביושר ?

לדעתה התשובה היא לא, אין זכויות שביושר במיטלטלין.

בעד- העסקאות במיטלטלין הן יותר מהירות לרוב ולכן אין מקום להכיר בזכויות שביושר למי
שלא השלים את עסקה = לרוב אין סיבה שלא להשלים את העסקה ומי שלא השלים אין סיבה
להגן עליו. (מי שהשלים ושכלל את העסקה, ברור שהוא גובר על זכויות שביושר).
נגד - בחוק המקרקעין היה סעיף שביטל במפורש את דיני היושר ולפיכך היה קשה יותר להחזיר
אותם לעומת זאת במיטלטלין לא היה סעיף דומה ויותר קל להכיר בזכויות שביושר במיטלטלין.

ה"פ (מחוזי י-ם) 2247/03 רשף נ' לוי, תקדין-מחוזי 2004(1) 6761 (2004).

הייתה תחרות בין בעל משכנתא לא רשומה לבין מעקל והשאלה מי גובר? התוצאה הייתה שיש
להחיל את בנק אוצר החייל על עסקת משכון ולכן בעל המשכנתא גובר על מעקל. אבל במקרה זה
השופט אוקון "העניש" את הבנק ולא נתן לו להיפרע מהנכס במלואו. השופט אמר שבנק הוא
נושה מקצועי ויש לו חובת אימון מוגברת כלפי הציבור (ולא רק כלפי הקוחות שלהם). לאור
העובדה שהם התרשלו ולא רשמו משכנתא, למרות שיכלו לעשות זאת, השופט אוקון נותן להם
רק 85% משווי המימוש והשאר הולך למעקל.
המעניין (והטעות) הוא שהשופט אוקון מצטט את פס"ד כספי נ' נס בכדי "ליפות" את פסיקתו
אלא שזהו פסה"ד היחידי בעליון שדווקא לא הכיר בזכויות שביושר.

ה"פ (שלום ת"א) 175902/02 פרץ נ' פרץ, תקדין-שלום 2003(2) 7 (2003).

הסיטואציה היא תחרות בין שני בנקים. אחד, לאומי, נתן הלוואה אבל המשכנתא לא נרשמה,
לעומת זאת השני, המזרחי, שרשם עיקול על הלוואה שהבעל לקח. השופט ורדי (כיום כבר
במחוזי) מכיר בזכויות שביושר ואומר שגם מי שלא רשם את המשכנתא גובר על הבנק (המזרחי)
שהוא המעקל. כך השופט מחיל את אהרונוב גם על משכנתא. השופט אמר שזכות העיקול היא
זכות דיונית ולא מהותית בנכס. העיקול אינו מהווה זכות מהותית בנכס של המעקל, אלא מבטיח
את פירעונו של החוב ולא דווקא שייך לנכס ספציפי, לעומת זאת המשכנתא היא זכות המהותית
בנכס.

ע"א (מחוזי ת"א) 2188/03 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' פרץ, תקדין-מחוזי 2005(2), 9607

(2005). - פסה"ד של השלום אושר במחוזי.

פס"ד גדי שואל : האים הלכת גנו חלה מול מעקל ?

בפס"ד גנו לא נרשמה הערת אזהרה. לפיכך, בעל עסקה מנוגדת הוטעה. ברק אמר : אף על פי ס' 9
לפיו, הראשון אמור לגבור, נעניש אותו ולא ניתן לו את הזכויות, היות שאם היה רושם הערת

אזהרה (לא רשם 17 שנה) היה מונע את התאונה המשפטית, לפיכך, הוא ישא בתוצאות, והזכויות יהיו של השני.

לעומת זאת, מול מעקל הדבר שונה, המעקל אינו בודק את הטאבו לפני העיקול, מעקל לא מסתמך על הרישום כשנותן את הלוואה, וזה שלא רשם את הערת האזהרה, לא הוא שהכשיל אותו. סוגיה זאת עלתה בפס"ד גדי, התחרות הייתה של בעל עסקה שלא רשם הערת אזהרה מול מעקל. השופט ברק אמר – הסתמכות של מעקל פחותה והוא לא מסתמך על נכס ספציפי ולכן הלכת גנז לא תחול בעניין זה.

לסיכום: המרכיב הראשון של סל הביטחונות של הבנקים – התחייבות של הקונה לרשום משכנתה בעתיד. מתעוררת השאלה האם ניתן לשדרג את הזכות לזכות שביושר? יש בפסיקה וגם באקדמיה דעות לכאן ולכאן. את הפסיקה ראינו לעיל ובאקדמיה: פרופ' דויטש, פרופ' חיים זנברג ופרופ' נינה זלצמן סוברים שיש להכיר בזכות שביושר במקרה זה. לעומת זאת, דר' דוד דהן, הולך עם השופט אלשיך וסובר שלא ניתן להכיר בזכויות שביושר במקרים כגון דא.

המרכיב השני הוא: התחייבות של המוכר לרשום בעתיד משכנתא לטובת הבנק. הבנק לוקח גם התחייבות מהמוכר. הרציונאל של ההתחייבות הזאת מבחינת המוכר הוא שאחרת לא יצליח למכור.

התחייבות זאת מלווה ברישום של הערת אזהרה לפי ס' 126 לחוק המקרקעין.

126. הערת אזהרה [תיקון: תשל"ג, תשנ"ד]

(א) 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.

(ב) נרשמה ההערה על-פי בקשת הזכאי בלבד, יודיע הרשם מיד על רישומה למי שהתחייב כאמור.

במקרה שהעסקה קורסת, התחייבות זאת כוללת גם התחייבות שהמוכר יחזיר לבנק (ולא לקונה) את כל הכספים שקיבל כבר מהקונה, תמורת מחיקת הערת האזהרה. התחייבות זאת מתנגשת לעיתים עם זכות הקיזוז של המוכר היות שבמקרה של "פיצוץ" העסקה נגרמים גם למוכר נזקים, עליהם הוא מעוניין להתקזז מהכספים אותם הוא מחזיר. לדעת המרצה זכות הקיזוז גוברת והוא אמור להחזיר לבנק את הסכומים בקיזוז הנזקים שנגרמו לו.

המרכיב השלישי: משכון הזכות החוזית של הקונה כלפי המוכר לטובת הבנק. בזה נעסוק בשיעור הבא, לקרוא:

רע"א 8792/00 שטיינמץ נ' בנק "משכון", בנק הפועלים למשכנתאות, פ"ד נו(5) 593 (2002).

הרציו

"הדין סב על דרכי מימוש של משכון ביחס משולש בין מוכר, קונה ומלווה. הקונים משכנו את זכויותיהם האובליגטוריות כלפי מוכר הדירה לטובת בנק שמימן באמצעות הלוואה חלק ממחיר הדירה. הבנק העביר במישרין את כספי הלוואה לידי המוכר, אשר חתם על כתב התחייבות כלפי הבנק. לאחר שהקונים לא שילמו את יתרת התשלום, בוטל החוזה והדירה נשארה בידי המוכר, אולם זה לא השיב לבנק את כספי הלוואה. השאלה היא אם הבנק יכול לרדת במישרין לדירתו של המוכר, מכוח המשכון שהעניקו לו הקונים. לטענת המוכר, המשכון של הבנק נוגע לזכויות האובליגטוריות של הקונים בלבד, ולא לזכויות הקניניות של המוכר בדירה. הוא הדגיש שמאחר שלקונים אין זכות לתבוע ממנו את הדירה, כך גם לבנק אין זכות כזו. לטענת הבנק, ביטול ההסכם אינו נוגע בו, שכן הזכויות הוקנו לו, בהסכמת המוכר, לפני הביטול.

בית-המשפט העליון פסק:

- א. (1) מסעיף 17(4) לחוק המשכון, תשכ"ז-1967 (להלן – החוק) עולה כי מימוש משכון בדרך של סעיף 20, שעניינו מימוש זכות שמושכנה, היא אפשרות נוספת על דרכי המימוש הרגילות, שהן מכירתו של הנכס למרבה במחיר. מכאן, כי בנסיבות המקרה הנדון הבנק יכול לבקש את מימוש המשכון באמצעות מכירה של הזכויות החוזיות, הנתונות לקונים, לצד שלישי ולהיפרע מהתמורה המשולמת על-ידי קונה הזכויות החוזיות בדירה (601ד – ה).
- (2) לפי סעיף 20 לחוק, הבנק רשאי גם לממש את זכויותיהם של הקונים כלפי המוכר. דהיינו, להיכנס לנעליהם של הקונים במסגרת הסכם המכר בין האחרונים לבין המוכר. כלומר, לפי הסכם המכר, הקונים זכאים לתבוע מן המוכר את זכות ההחזקה בדירה וכן לתבוע את רישומם כבעלים במרשם המקרקעין. הדרך של סעיף 20 לחוק היא אפוא כי גם הבנק – בממשו את הזכות החיובית הממושכנת – רשאי לתבוע מן המוכר את מסירת ההחזקה ואת רישום הבעלות. מימוש זה של הזכות הממושכנת חייב להיעשות באמצעות הגשת תביעה של הבנק כנגד המוכר (601 – 602א).
- (3) אם הבנק בוחר לממש את הזכות הממושכנת בדרך של כניסתו לנעליהם של הקונים, הרי מעמדו יהיה זהה לזה של הקונים. כלומר, אם הקונים עדיין חייבים בתשלום חלק מן התמורה, חובה זו מוטלת גם על הבנק, ואם החוזה בוטל כדין, מצטמצמת זכותו של הבנק לתביעת השבה (604א, ד – ה).
- (4) אף באחת משתי החלופות של מימוש המשכון – זו על-פי הדרך הרגילה וזו על-פי סעיף 20 לחוק – לא זכאי בעל המשכון לרדת במישרין לנכס מושא הזכות החוזית. במקרה של מכירת הזכויות החוזיות לצד שלישי יוכל הבנק להיפרע מדמי הפדיון שנתקבלו במכירה זו. במקרה של מימוש הזכות החוזית בדרך של כניסת הבנק לנעלי הקונה התוצאה תהיה רכישת הזכות (הקנינית) על-ידי הקונה או על-ידי הבנק. לשם מימושו של המשכון תידרשנה פעולות נוספות, על-פי דיני המשכון הכלליים. כך, הבנק יהיה רשאי לרשום על הדירה משכנתה מכוח סעיף 9(ב) לחוק ולנקוט, לאחר מכן, דרכי מימוש המשכנתה (603ה – ו).
- ב. (1) כתב ההתחייבות יוצר יריבות ישירה בין הבנק לבין המוכר. משמעות הדבר כי הבנק יכול להגיש תביעה נגד המוכר ולדרוש את החזר הלוואה מן המוכר מכוח זכות עצמאית ולא מכוח הזכות שמושכנה לו, אולם כתב ההתחייבות אינו מזכה את הבנק לרדת לדירה, כאילו רשומה עליה משכנתה. כתב ההתחייבות אינו יוצר משכנתה לטובת הבנק על נכסיו של המוכר (606ג).
- (2) מסקנה זו מתחזקת לנוכח הוראה בכתב ההתחייבות שבה נאמר כי אם לא יעביר המוכר את הבעלות על שם הקונים, הוא ירשום משכנתה על הדירה בקרות אחד מהאירועים האלה: יינתן צו פירוק נגד המוכר, צו קבלת נכסים, צו למינוי כונס נכסים או יוטל עיקול על המקרקעין. מכאן נובע כי לא הייתה כוונה שבכל מקרה שבו יפר המוכר התחייבות כלשהי כלפי הבנק, המשכון על זכויות הקונים יהפוך למשכנתה על הדירה, מה עוד שהיווצרות משכנתה טעונה רישום בלשכת המקרקעין, רישום שלא נעשה במקרה דנן (606ד – ה).
- (3) כתב ההתחייבות מאפשר לבנק להגיש תביעה נגד המוכר לתשלום הלוואה. במסגרת תביעה מעין זאת יכול הבנק לבקש הטלת עיקול על הדירה. הטלת העיקול על הדירה היא אירוע אשר ייתכן שמזכה את הבנק – אובליגטורית, על-פי כתב ההתחייבות – ברישום משכנתה לטובתו. לבנק הזכות לעמוד על ביצוע התחייבות זו. הבנק – במסגרת הוצאה לפועל של פסק-דין להחזרת הלוואה – רשאי לכאורה לרדת לכל נכסיו של המוכר, כולל הדירה האמורה (606ה – ו). "

12.12.2008 - שיעור מס' 6.

דובר על שני המרכיבים הראשונים בסל הביטחונות של הבנק:

1. התחייבות הקונה לרשום משכנתא לחובת הבנק.
2. התחייבות של המוכר לא להעביר את הנכס לטובת הקונה לפני שרושם את המשכנתא.

החיסרון של שני אלו שהם נותנים זכות חוזית (אובליגטורית) ולכול היותר (ראינו שיש חילוקי דעות) נותנת זכות מעין קניינית = זכויות שביושר.

היוצא הוא שלבנק אין בטוחה קניינית, אין לו נכס ספציפי ממושכן ואין לו עדיפות על נושים אחרים.
הבנקים רצו שתהייה להם זכות קניינית. הם רצו לשעבד את הזכויות של הקונה כלפי המוכר שהם קנייניות לכול דבר.

- לפיכך נולד המרכיב השלישי, שהוא החשוב ביותר (עליו נדבר היום).
3. משכון זכותו החוזית של הקונה כלפי המוכר לטובת הבנק.

הבנקים לוקחים את הזכות החוזית של הקונה ומשעבדים אותה. זה לא דורש את הסכמתו של המוכר, היות שזאת הזכות של הקונה. אלא אם יש בחוזה איסור על המחאת זכויות מראש, אבל בפרקטיקה זה נדיר שיש הגבלה כזאת היות שאחרת יהיה קשה למכור את הנכס..

רע"א 9/87 כונס הנכסים הרשמי נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד מא(2) 275 (1987).

לפני כ 20 שנה ניתן עוגן לכך שהבנק יכול לשעבד את זכותו של הקונה כלפי המוכר ולקבל על כך עדיפות קניינית על פני נושים אחרים של הקונה.
יש לרשום זכות כזאת אצל רשם המשכונות ולעיתים אם הוא חברה השעבוד ירשם ברשם החברות.

השעבוד נרשם על זכויותיו של הקונה כלפי המוכר. לאחר מכן כאשר הדירה עוברת לרשות הקונה, אזי לפי ס' 9 לחוק המשכון יש חילופי משכון כך שהמשכון הופך למשכנתא = המשכון הופך למשכון על הבעלות על המקרקעין, שזה משכנתא. זאת זכות עקיבה מכוח סעיף 9 לחוק. צריך ללכת ולרשום משכנתא אצל רשם המקרקעין.
חוק המשכון, תשכ"ז-1967 [תיקון אחרון: 10/8/05] . .

9. חילופי המשכון

- (א) אבד המשכון או ניזוק או הופקע ויש לחייב בשל כך זכות לפיצוי או לשיפוי כלפי צד שלישי, יחול המישכון על הזכות האמורה.
- (ב) נתמשה זכות שמושכנה, כולל זכות כאמור בסעיף קטן (א), יחול המישכון על מה שניתן במימושה של הזכות, אולם סכום שקיבל הנושה במימושה של הזכות דינו כאמור בסעיף 22.

(ג) נתחלף המשכון מכוח סעיף זה, על החייב לעשות, לפי דרישת הנושה, את הפעולות הדרושות כדי שכוחו של המישכון יהא יפה כלפי נושים אחרים של החייב.

הבעיה לאחר פסק הדין הייתה שהיה טשטוש של האבחנה בין דרך זאת, לבין רישום משכנתא בפועל בטאבו שזאת כמובן הדרך העיקרית והטובה ביותר, אבל לא תמיד היא אפשרית. התייחסו לרישום הזכויות החוזיות כמשכנתא לכול דבר, ובנק שלא הצליח לפרוע את חובו, אפשרו לו למנות כונס נכסים על הדירה ולממש אותה על פי הליכי הוצל"פ כאילו שהייתה רשומה לטובתו משכנתא. זה חלחל כל כך עמוק עד שלא הבחינו בין רישום זה לרישום משכנתא, והיו מקרים שפינו מוכר מדירתו למרות שלא קיבל את כספו ולמרות שהדירה עדיין של המוכר. הפסיקה התייחסה לזה כמימוש של משכנתא. זאת תוצאה שלא ניתן לקבלה. והיו תוצאות לא סבירות כלפי המוכר.

זה היה עד שנת ב 2002 כש פס"ד שטיימנץ יצר אבחנה ברורה בין זכויות. גם פס"ד 2550/01 בירס נ' משכן בנק הפועלים, אשר יצא מספר חדשים אחרי שטיימנץ מגבה ומשלים אותו. בשטיימנץ, השופט אנגלרד, אומר שההתייחסות שהייתה עד עכשיו, אין לה עיגון משפטי והבנקים צריכים ל"הפסיק את החגיגה". משכון זכויות חוזיות לא מאפשר לבנק לרדת ישירות לנכסים, אלא הוא יכול לעשות אחד משניים :

1. **מימוש המשכון על הזכות החוזית.** – זה נלמד מ'ס' 17(2) וס' 18 לחוק המשכון. צריך ללכת לרשם המשכונות לממש את הזכות של הקונה שאומר שיש לו זכויות על הנכס בגובה של הזכות אותה הוא יכול למכור. המשמעות שיש למכור את הזכות הזאת למישהו אחר אשר ישלים את העסקה.

חוק המשכון, תשכ"ז-1967 [תיקון אחרון: 10/8/05] . .

17. דרכי המימוש [תיקון: תשס"ה]

מימוש המשכון יהיה על פי צו בית המשפט, אולם -

- (1) במשכון שיש לגביו בדין אחר הוראות מיוחדות לענין זה יהיה המימוש בהתאם לאותן הוראות;
- (2) במשכון שהופקד כאמור בסעיף 2 (4) או שנרשם כאמור בסעיף 3 (4) יכול שהמימוש יהיה על פי צו ראש ההוצאה לפועל;
- (3) במשכון שהופקד כאמור בסעיף 2 (4) והוא משמש ערובה לחיוב המגיע לגוף מוסדי, וכן במשכון ניירות ערך, יכול שהמימוש יהיה על ידי הגוף המוסדי עצמו ללא צו כאמור;
-
- (4) במשכון שהוא זכות יכול שהמימוש יהיה כאמור בסעיף 20.

18. דרך המימוש בהוצאה לפועל

מימוש משכון על פי צו בית המשפט או צו ראש ההוצאה לפועל יהיה בדרך של מימוש נכס שהוטל עליו עיקול בהוצאה לפועל של פסק דין, זולת אם הורה ראש ההוצאה לפועל על דרך אחרת שראה אותה יעילה וצודקת יותר בנסיבות הענין.

2. **מימוש הזכות החוזית שמושכנה** – לא נוקטים בדרך של מימוש משכון אלא מימוש הזכות החוזית לפי סעיף 17(4) וסי' 20 לחוק המשכון. זאת כניסה של הבנק לנעלי המוכר. הבנק מממש את זכותו של הקונה דהיינו הבנק יכול לשלם את שאר הכסף – להשלים את העסקה, להעביר את הזכויות לעצמו, ואז לרשום משכנתא. לכאורה, לפי פסק הדין, הבנק יכול לרשום בעלות על הנכס. אבל זה לא נכון וזאת הביקורת על פסק הדין. הבנק יכול לדרוש את השלמת העסקה, לרשום משכנתא לטובתו ואז לממש את המקרקעין. אבל הוא לא יכול לרשום בעלות, בניגוד למה שאמר אנגלרד, כי יש אבחה בין משכנתא לבעלות שהיא זכות יותר רחבה. סי' 20 לחוק המשכון אומר שניתן לממש את הזכות באותה מידה שהקונה היה יכול.

17. דרכי המימוש [תיקון: תשס"ה]

מימוש המשכון יהיה על פי צו בית המשפט, אולם -

.....

(4) במשכון שהוא זכות יכול שהמימוש יהיה כאמור בסעיף 20.

20. מימוש זכות שמושכנה

מושכנה זכות שיש לחייב כלפי אדם אחר, רשאי הנושה לממשה כשם שהחייב היה יכול לממשה; הוא רשאי לעשות כן אף אם חל המועד לקיום הזכות לפני המועד לקיום החיוב המובטח; והכל באין קביעה אחרת בהסכם המימשכון.

אבל הפיתרונות האלו אינם מושלמים ואלו הבעיות והקשיים:

1. **קושי מעשי** - כאשר חלק גדול מהתמורה של הקונה על חשבון מחיר הדירה עדיין לא שולם, בשתי דרכי הפעולה הרי שהבנק, או רוכש הזכויות, יצטרך לשלם ולהשלים את העסקה, והם כבר מימנו את תחילת העסקה. לפיכך, בפרקטיקה שתי הדרכים אינן מעשיות, הגם שהן נכונות משפטית.
2. בעיה שנייה היא ששתי דרכי הפעולה יוצאות מנקודת הנחה שחוזה המכר שריר וקיים – כלומר שחוזה המכר ממשיך לחול על מערכת היחסים המשפטיים, ושלמרות הפרת ההסכם ע"י הקונה, המוכר לא יבטל את ההסכם. היות שאי תשלום זאת הפרה יסודית וסביר שהמוכר יבטל את ההסכם. ביטול ההסכם הוא סיטואציה בעייתית מבחינת הבנק, זה מאיין את שווי הבטוחה ואין לה ערך. אמנם יש לבנק זכות קניינית אבל היא לא שווה כלום כמעט. ביטול ההסכם המכר הוא דבר שכיח במקרים כאלו.

הפיתרון הוא שאם המוכר מבטל עליו לעשות השבה והמשכון עובר לסכום הכסף שמחזיר המוכר לקונה וזאת עקיבה מכוח החוק. זה לפי [ע"א 1043/93 פלינט נ' דואק](#), פדאור 95 (1) 551 (1995), ודעתו של ריבלין בע"א 357/00 יהושע נ' בוכהולט, פ"ד נז(4) 529 (2003). אבל עדיין תהייה בעיה, היות שהמשכון על זכות ההשבה יהיה בחסר, היות שיהיה קיזוז של נזקי המוכר. זכותו של הבנק תחול רק על הכספים שבפועל יועברו לקונה.

דיני עשיית עושר

דיני עשיית עושר הם דינים שיש נטייה לפנות אליהם שכדיני החוזים לא נותנים פיתרון. למשל רע"א 5768/94 - א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ. פ"ד נב(4), 289 ועוד.

לפני כחודש יצא פס"ד: 1445/04 ביזמן השקעות נ' חליבה :

קונה התחייב לפרוע את המשכנתא שרשומה על דירת המוכר לבנק (שהוא צד ד'), הקונה שילם את התמורה, והמשכנתא נמחקה. התברר שזה היה זיוף ונוצר עימות בין הקונה שרצה השבה של כספו לבין הבנק (צד ד'). הוא טען על סמך דיני עשיית עושר ודיני החוזים. בעליון לשלושה שופטים היו שלוש דעות וכל אחד הגיעה לתוצאה שונה :

1. יש לעשות השבה.
2. אין לעשות השבה.
3. פרוקציה - האשמה של שני הצדדים, שניהם היו צריכים לבדוק, ולפיכך הנזק יתחלק חצי חצי וזאת התוצאה של פסק הדין.

לקרא:

[ה"פ \(מחוזי ת"א\) 380/01 בוקובה נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ](#), תקדין-מחוזי 2002(2) 239 (2002).

19.12.2008 - שיעור מס' 7.

דובר על שלושת המרכיבים שבנק נוקט בהם על מנת להבטיח את מצבו.

הטלת עיקול על הדירה.

זאת לא אחת משלוש הדרכים הנ"ל, כי זה לא נעשה מלכתחילה. אבל הבנק יכול לנקוט בדרך של הטלת עיקול אם כבר הגענו להליכים.

נניח שנעשתה עסקת מקרקעין בין מוכר לקונה. הקונה נטל הלוואה מבנק והעביר אותה למוכר. הקונה הפר את חוזה הלוואה עם המלווה ואת חוזה המכר עם המוכר. כספי הלוואה עברו למוכר, והקונה ברח מהארץ. לפיכך, המוכר ביטל את הסכם המכר והוא אמור להשיב את הכספים שקיבל, אבל לא נותרו לו כספים להשיב. הדרך שהבנק יכול היה לנקוט בה הוא לנקוט הליך נגד המוכר ובכלל זה להטיל עיקול על הדירה. הבנק לא יכול לרדת ישירות לנכס כי לא הייתה משכנתא.

השאלה האם הפיתרון הזה מספק מבחינת הבנק?

שלושה הבדלים מהותיים בין עיקול למשכנתא (החסרונות של העיקול מבחינת הבנק):

1. **הגנת בית המגורים** – בהליך של מימוש משכנתא קיימת חובה לספק דיור חליפי לדייר לפי ס' 38 לחוק הוצל"פ. דא עקא שס' 38 ג מאפשר להתנות על החובה הזאת. בפרקטיקה הבנקים תמיד מחתימים על סעיפים שמתנים על החובה. הפסיקה לא יכלה להתמודד עם זה (פס"ד חשוב 9136/02 מסטר מני נ' מ"י) אבל צמצמה את האפשרות בכך שצריך לוודא שהלקוח הבין וכו, אבל גם את זה ניתן לעשות בעוד המה דקות הסבר ללקוח. הויתור רלוונטי בעסקה רצונית כשהקונה לוקח משכנתא ומוותר על זכותו. אבל כשניתן עיקול המוכר לא ויתר על הגנת בית המגורים וסביר כי גם לא יוותר. זהו החיסרון הראשון של דרך העיקול.
2. משכנתא מקנה מעמד של נושה מובטח. **עיקול אינו זכות מהותית** בנכס אלא דיונית בלבד.
3. בעיקול יכולים להצטרף **נושים נוספים** להליך ולהתחלק בכסף.

המלצות שהמרצה ממליץ לבנקים לבנק:

1. שסכום המשכנתא יהיה הסכום האחרון שישולם למוכר, ולא הראשון. היות שאז המוכר יקבל את מלא כספו ולא תהייה לו התנגדות, הוא ייתן לבנק לרשום משכנתא או לממש את המשכנתא. אבל, בפרקטיקה, ברוב המקרים הקונים מעדיפים לשלם את המשכנתא כסכום שמועבר בין הראשונים. היות שאותו יותר קל לגייס ואח"כ פעמים רבות משיגים את המשך המימון ממכירת הדירה הישנה.
2. עצה יותר מעשית - לבנקים יש אפשרות למנוע מהמוכר לבטל את הסכם המכר מבלי לקבל את הסכמת הבנק. בפרק הזמן שלפני הביטול, הבנק יכול לעשות פעולות לפי האפשרויות של פסק דין שטיינמיץ, פעולות שאותם ניתן לעשות רק אם יש עדיין זכויות לקונה. או למשל מכניסים סעיף שמוכר צריך להודיע לקונה ול**בנק** 30 יום לפני שהוא מבטל את העסקה, אזי בזמן הזה יכול הבנק לכלכל את צעדיו לפי האופציות של פס"ד שטיינמיץ.

משכון מוסווה

הבסיס ידון בקצרה.

משכון לפי ס' 1

חוק המשכון, תשכ"ז-1967 [תיקון אחרון: 10/8/05] . .

=====

1. מהות המישכון

(א) מישכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון אם לא סולק החיוב.

לעיתים לצדדים יש אינטרס להסוות את המשכון. אינטרס בא לידי ביטוי בשני מישורים :

1. אינטרסים במישור היחסים הבין אישיים של הצדדים.
2. אינטרס כלפי צדדים שלישיים.

תכלית שני האינטרסים הללו היא לחמוק מתחולת ההסדרים הקוגנטים של דיני המשכון ולעקוף את הוראות החוק.

מישור הצדדים הישירים של העסקה

המחוקק נוקט בגישה פטרנליסטית. הוא רוצה להגן על הצד החלש, שהוא הלווה, שתנאיו מוכתבים ע"י המלווה. לפיכך, המחוקק קבע הסדרים קוגנטים שתפקידם להגן על מקבל ההלוואה .

דוגמאות :

התנאה על דרכי המימוש ס 16(ב)

חוק המשכון, תשכ"ז-1967 [תיקון אחרון: 10/8/05] . .

16. מימוש המשכון

(א) לא קויים החיוב במועדו, רשאי הנושה לממש את המשכון.

(ב) אין הצדדים רשאים להתנות על דרכי המימוש לפי חוק זה כל עוד לא הגיע

המועד לקיום החיוב.

לא ניתן להתנות על דרכי המימוש. המלווה לא יכול להכניס למשל סעיף של מימוש עצמי. הרציונאל הוא למנוע ממנו למכור את הנכס בגובה החוב או מעט מעל זה ולא בערך הריאלי של הנכס.

בתחילת הדרך הכוח אצל המלווה כי הלווה מעוניין בכסף ואז יש להגן עליו כי הלווה עשוי להסכים לכול תנאי.

לאחר שהכסף אצל הלווה יחסי הכוחות משתנים ומעט יותר מאוזנים.

דוגמא נוספת אפשרות הפדיון

13. פדיון המשכון

(א) החייב וכל אדם שזכותו עלולה להיפגע ממתן המשכון או ממימושו, רשאים

לפדות את המשכון על ידי קיום החיוב לאחר המועד לקיומו; והוא אף אם יש קביעה

אחרת בהסכם המישכון.

מגן על הלווה כך שהמלווה לא יוכל לממש את הנכס מיידיית כשהלווה חורג במעט מתנאי החוזר.

מישור שני – כלפי צדדים שלישיים.

פומביות - הסוואת משכון יכול לאפשר את עקיפת הסעיף של הפומביות וצדדים שלישיים לא ידעו על המשכון.

שיטות להסוואת משכון:

פותחו שיטות שונות כדי להסוות את המשכון, קוראים לעסקה בשמות שונים מכר, ליסינג ועוד.

דוגמאות:

1. מכר חוזר.
2. מכר מותנה.
3. ליסינג.
4. עסקאות שימור בעלות.

מכר חוזר

א' מוכר נכס לב' ונקבע זמן מסוים בו א' יכול לרכוש חזרה את הנכס תמורת סכום מוגדר מראש. עסקה באופן זה מעוררת את החשד שמבחינת המהות הכלכלית מדובר בהסכם הלוואה ומשכון. ניתן לראות את המכירה והאפשרות לרכוש את הנכס בחזרה, כך שהנכס שנמכר הוא למעשה הבטוחה. המוכר הוא הלווה והממשכן ולעומתו הקונה הוא המלווה ומקבל המשכון.

ההסכם למראית עין:

הסכם מכר

א' מוכר ← ← ← ← ← ← ← ← ב' קונה.

ב' יכול לרכוש בחזרה את הנכס.

ההסכם המהותי:

הסכם הלוואה

א' לווה → → → → → → → → ב' מלווה.

הסכם משכון

א' ממשכן ← ← ← ← ← ← ← ← ב' מקבל המשכון.

ב' ירכוש בחזרה את הנכס במחיר שמגלם קרן + ריבית.
ואם המוכר לא רוכש בחזרה את הנכס = לא מחזיר את הלוואה, אזי הנכס ממומש = הקונה לא מחזיר (מוכר בחזרה) את הנכס.

ב ע"א 196/87 שויגר נ' לוי, פ"ד מו(3) 2 (1992).
וב ע"א 2328/97 כוכבי נ' ארנפלד, פ"ד נג(2) 353 (1999).
מתוארים מקרים דומים.

עד 12.1.08 כל זוג יגיש לכתובת המייל של המרצה dov.solomon@mail.biu.ac.il
הצעת נושא למחקר, עם ביבליוגרפיה ראשונית.
מתאריך זה ההרצאות יתחלקו לשניים. חלק הרצאה וחלק ישיבה עם המרצה על
העבודות.

26.12.2008 - שיעור מס' 8.

השלמה מעדי מרום (יש חפיפה)

משכון מסוה

עסקאות של הסוואת משכון – עסקאות בהן מעורב אלמנט של משכון אבל לצדדים יש אינטרס להסוות את אותו אלמנט על מנת לחמוק מההוראות הקוגנטיות בחוק המשכון, חוק הריבית ומבחינה מיסויית.
בפס"ד שקלים – המצב היה הפוך, מדובר בעסקה במכר דירה והצדדים עיצבו אותה כמו עסקת משכון כדי לחמוק מדיני המס.
אבל לא תמיד זה כך, יש לבחון את ההקשר בו הסוגיה נאמדת.
סעיף 1(א) לחוק המשכון. משכון הוא שעבוד של נכס לצורך פירעון חוב שלא נפרע.
חוק המשכון, תשכ"ז-1967 [תיקון אחרון: 10/8/05] . .

1. מהות המישכון

(א) מישכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון אם לא סולק החיוב.

לצדדים לעסקת משכון יש אינטרסים שונים להסוות את אלמנט המשכון שטמון בעסקה. התכלית של כל האינטרסים היא לחמוק מתחולת ההסדרים הקוגנטיים של דיני המשכון בעיקר, ולעקוף את הוראות החוק ע"י הסוואת האופי האמיתי של העסקה, נחלק את האינטרסים לשני מישורים:
א. **אינטרסים של הצדדים הישירים לעסקה** – הלווה והמלווה – המחוקק נוקט בגישה פטרנליסטית – המחוקק רוצה להגן על הצד החלש שבעסקה, הלווה, כי הוא זקוק לכסף והמלווה הוא זה שמכתיב את התנאים, הלווה נמצא בעמדת מיקוח נחותה ולכן המחוקק קבע הסדרים קוגנטיים שתכליתם להגן על הצד החלש לעסקה (הלווה) וכך נוקט בגישה הפטרנליסטית. דוגמאות להסדרים קוגנטיים:

a. התנאה על דרכי המימוש הקבועות בחוק המשכון –

סעיף 16(ב) לחוק המשכון אוסר להתנות על דרכי המימוש הקבועות בחוק, זאת משום שחוששים שהמלווה ינצל את כוחו ויקבע למשל מימוש עצמי, או מימוש שלא בהוצל"פ. סעיף זה אוסר להתנות על חוק המשכון, כל עוד לא הגיע מועד לחיוב. במתן ההלוואה הלווה נמצא בעמדת מיקוח נחותה. אבל בשלב בו הכסף נמצא אצל הלווה, והבנק צריך להיפרע, והלווה לא משלם את הכסף, בית המשפט מוכן לעמוד לצד הבנק.

דוגמא נוספת היא אפשרות הפדיון של הנכס הממושכון, סעיף 13(א) לחוק המשכון. הלווה רשאי לפדות את הנכס גם לאחר המועד. המחוקק רוצה לאפשר

ללווה להמשיך לפרוע את ההלוואה גם אם פיגרתי בתשלומים. המחוקק קובע הסדר קוגנטי.

b. על פי חוק הריבית, אם הצדדים מסווים את עסקת המשכון שלהם, לכאורה

יכולים לעקוף את חוק הריבית כי זה לא יצטייר כהלוואה אלא כמכירת דירה.

ב. **אינטרסים הבאים לידי ביטוח במישור היחסים כלפי צדדים שלישיים** – הסוואת

משכון יכולה לאפשר לצדדים לעקוף את סדרי הנשייה הקבועים בדין בסעיף 4 לחוק המשכון שמחייב מתן פומביות לרישום המשכון. כאשר מסווים את פומביות הרישום של עסקת המשכון ניתן לכאורה לעקוף את דרישת הפומביות שבסעיף 4 לחוק המשכון.

סוגי משכון מסוה:

1. עסקה של מכר חוזר – א' מוכר נכס לב' כאשר בחוזה נקבע זמן מסוים לאחריו א' יכול

לרכוש בחזרה את הנכס תמורת סכום מוגדר. עסקה זו מעוררת את החשד לפיה המהות הכלכלית של העסקה היא בעצם מכירה או משכון. אפשרות להחזיר את הנכס הא בעצם מתן הלוואה. הנכס שנמכר הוא משכון המופקד בידי הקונה והאפשרות של המוכר לרכוש בחזרה את הנכס היא האפשרות לפדות את המשכון המופקד ע"י פירעון ההלוואה. עיצוב עסקה ככזו מאפשר לצדדים להתחמק מחוק המשכון. אם המוכר לא קונה בחזרה את הנכס, הנכס נשאר אצל הקונה ואז יש מימוש עצמי שלא על פי חוק המשכון. רכישת הנכס בחזרה היא פירעון וע"י כך פודים את הנכס כי הדירה שמכרתי שימשה כמשכון.

2. עסקאות ליסינג – עסקאות בהם הצדדים מציגים את העסקה כהשכרת ציוד. כאשר מסתכלים על המהות הכלכלית של העסקה רואים כי מדובר בעסקת משכון. פס"ד טיפול שורש.

3. מכר מותנה – ב' המלווה הלווה לא' כסף. א' המוכר מכר לב' הקונה. א' ממשכן ובי מקבל

המשכון – בעסקה של מכר מותנה הצדדים כורתים שני הסכמים בו זמנית – הסכם של מכר והסכם של הלוואה. הסכם הלוואה בו המלווה נותן סכום כסף ללווה. הסכם מכר עם תנאי מתלה – הסכם המכר ייכנס לתוקף אך ורק אם הלווה לא יפרע את ההלוואה – אם א' לא יפרע את ההלוואה אז הסכם המכר נכנס לתוקפו. העובדה שהצדדים קושרים בין שני הסכמים אלו מעוררת חשד מסוים שבעצם יש זיקה ברורה בין שני ההסכמים ויתכן כי הסכם המכר עם תנאי מתלה נועד לשמש כבטוחה להלוואה. יש לבדוק את מהות הכלכלית של העסקה ולבחון מה הצדדים רצו להשיג במהלך זה. בפסיקה פותחו מבחינים רבים כדי לאבחן את מהותה הכלכלית של העסקה. עסקה זו יותר חשודה מעסקת מכר חוזר. אם הלווה פורע את ההלוואה, המכר לא נכנס לתוקף ובכך למעשה נפדה המשכון, כי בעצם המשכון לא עובר למלווה. אם המוכר מצליח לפרוע את ההלוואה הדירה נשארת בידיו ועל ידי כך הדירה לא משמשת כמשכון. לעומת זאת, אם לא מצליחים לפרוע את ההלוואה, המכר נכנס לתוקפו, הדירה עוברת לידי המלווה ועל ידי כך הצדדים מביאים למימוש המשכון שלא על פי הדרכים הקבועות בחוק המשכון. הלווה לא זוכה לערך השיורי של הדירה, כי הרי בהלוואה אם המשכון ממומש ונותרת יתרה מעבר לפירעון החוב, היתרה נותרת לממשכון. יש קווי דמיון רבים בין מכר חוזר למכר מותנה ובפסיקה מתבלבלים ביניהם. האבחנה היא דקה ופחות מהותית.

שני הבדלים שניתן לתאר בין הסכם של מכר חוזר להסכם של מכר מותנה :

הבדל ראשון, עסקה של מכר חוזר – הצדדים מסתכלים עליה כעסקת מכר בלבד, לעומת זאת, עסקה של מכר מותנה, הצדדים רואים בעסקה זו כשתי עסקאות – מכר והלוואה. **הבדל שני** הוא שבעסקה של מכר חוזר הנכס בד"כ עובר מלכתחילה לידי הקונה, המלווה, ואז לפחות מבחינת הרציונאל של מישור היחסים כלפי צדדים שלישיים, אם הנכס עובר לידי הקונה, המלווה, דרישת הפומביות לכאורה מתמלאת. לא מטעים את הנושים של הלווה בכך שהנכס נשאר בבעלותו. שני פסקי הדין שעוסקים במבכר חוזר ומכר מותנה – פס"ד שוייגר נ' לוי, פס"ד כוכבי נ' הרנפלד.

שיטת המשפט הישראלי אימצה את גישת המהות הכלכלית של העסקה – חוק המשכון קובע כי לא תבחן הלבוש הפורמאלי שהצדדים "הלבישו" את העסקה אלא מתחקה אחר המהות הכלכלית שלה, גישה מהותית ולא פורמליסטית. סעיף 2(ב) לחוק המשכון – מחיל את הוראות חוק המשכון על כל עסקה שכוונתה שיעבוד נכס כערובה לחיוב יהא כינויה של העסקה אשר יהא. לא הכינוי שנתנו הצדדים לעסקה שביניהם הוא המכריע, אלא התכלית של העסקה לייחד לטובת הנושה נכס כלשהו שממנו יוכל להיפרע. כשבימי"ש בה ליישם את הסעיף, הוא לא מתייחס לכותרת של העסקה, אלא את מכלות המאפיינים האובייקטיביים של העסקה ואלה אמורים להצביע לבימי"ש על המהות הכלכלית של העסקה.

חוק המשכון, תשכ"ז-1967 [תיקון אחרון: 10/8/05] . .

2. תחולה

- (א) הוראות חוק זה יחולו כשאינן בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון.
(ב) הוראות חוק זה יחולו על כל עסקה שכוונתה שיעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה של העסקה אשר יהא.

סעיף 2(ב) נחקק באופן מוצהר בעקבות ה-UCC של האמריקאים – הקוד המסחרי האחיד של האמריקאים – חולש על המשפט המסחרי בארה"ב ומסדיר אף את דיני השעבודים – כולל סעיפי חוק רבים שכולים עוסקים בדיני השעבודים. סעיף 9,109A ל-UCC זה הסעיף המקביל לסעיף 2(ב). סעיף 9,109A ל-UCC קובעים שדיני השעבודים יחולו על מגוון של עסקאות שנבדלות זו מזו בלבושן הפורמאלי, ובכולן מצויה כוונה לשעבוד נכס כערובה לחיוב. חוק המשכון שלנו הוא בעיקרו קוגנטי, ולכן סעיף 2(ב) חיוני כדי לשמור שצדדים לא יחמקו מההוראות הקוגנטיות של חוק המשכון. חוק המכר, חוק השכירות והשאילה, לא דומים לחוק המשכון, ואינם קוגנטיים ברובם ולכן אין צורך להחזיר את הצדדים לתחומו של החוק. חוק המשכון פורש את הוראותיו על מגוון עסקאות.

סוף עדי מרום

שני הבדלים עיקריים ביניהם בין מכר מותנה למכר חוזר :

1. בעסקה של מכר חוזר – הצדדים מסתכלים עליה כעסקת מכר בלבד, לעומת זאת, בעסקה של מכר מותנה, הצדדים רואים בעסקה זו כשתי עסקאות – מכר והלוואה.
2. במכר חוזר, הנכס עובר מלכתחילה לידי הקונה. לפיכך, במישור היחסים כלפי צדדים שלישיים לפחות דרישת הפומביות מתמלאת. בעוד שבמכר מותנה לא מתמלאת דרישת הפומביות.

המרצה לא נכנס למבחנים ספציפיים, אולם בשיטת המשפט הישראלי חולשת גישת המהות הכלכלית של העסקה. חוק המשכון לא בוחן את הכסות של העסקה אלא בוחן את מהות הכלכלית של העסקה. זה מופיע גם בחוק בסי' 2(ב) לחוק המשכון. לא הכינוי הוא החשוב והמכריע אלא התכלית של העסקה. אם התכלית היא ליחד לטובת הנושה נכס כלשהו ממנו יפרע זהו משכון, לפי הגדרת המשכון בסעיף אחד.

ס 2(ב) נחקק בעקבות הקוד המסחרי האחדיד האמריקאי - UCC ב- art 9 אשר עוסק בדיני השעבודים. שם בסעיף (a) 9-109 הרעיון דומה לס 2(ב) שלנו.
= Security interest =

חוק המשכון שלנו הוא קוגנטי בעיקרו מטרתו לשמור על החלש – מקבל ההלוואה. לפיכך סעיף 2(ב) הקוגנטי, הוא חריג במשפט הישראלי שהוא בד"כ ליברלי ודיספוזיטיבי. להשלים

איגוח - securitization

הקדמה -

בעבר עיקר העושר של בני אדם היה טמון בנכסים האישיים שלהם - המקרקעין והמיטלטלין. בעידן המודרני הזכויות הרכושיות הפכו להיות הנכס העיקרי של בני האדם. רוב הכסף טמון בזכויות רכושיות כגון חשבונות בנק, חשבונות פנסיה, ביטוח, קופות גמל, קרנות השתלמות, ניירות ערך שונים ואפילו דירות רבות מוחזקות כזכויות כלפי המוכר ולא כנכס קנייני הרשום בטאבו. הזכויות הרכושיות מהווים מושא לעסקאות. כמו שבעבר היו עסקאות הנכסים מוחשיים בלבד, היום עושים עסקאות בזכויות. ניתן למכור אותן, לשעבד אותן, לתת אותן במתנה ועוד. כל חשבון בנק מגלם זכות. זכויות עוברות גם בירושה. זכויות רכושיות גם ניתנות לעיקול. הגילויי זכות היא נכס תועלתית היה במאה ה 19. מלומד מתקופה זאת אמר שגילוי זה היה משמעותי לחברה הכלכלית יותר מגילוי משאבים ומחצבים אחרים.

כיצד זה מתבצע ?

חברה מסחרית שרוצה לגייס מימון אשראי לפעילות, יכולה לשעבד את זכויות החוזיות של כל לקוחותיה. נובע מכך שסיפקה סחורה באשראי ועוד. ההכרה של הדין לבצע עסקאות בזכויות הללו. תוב לקוחות - זהו מונח חשבונאי שנקרא receivables בארה"ב ו- book debts באנגליה. התכלית היא להשיג מימון ביניים. החברה תמכור או תשעבד את חוב הלקוחות בתמורה לקבלת אשראי בזמן 0. אלמלא הכירה השיטה המשפטית בזכות חוזיות, החברה הייתה צריכה לשעבד

את הנכסים המוחשיים - מה שמוגבל ולרוב כבר משועבד. אפשרות אחרת הייתה להביא מימון בעלים שזה גם מוגבל. לפיכך, החברות יכולות למנף את פעילותם ע"י מימוש הזכויות שלהן כלפי הלקוחות.
כמובן שמנכים שיעור מסוים בכדי לכסות הוצאות ריבית והצמדה וכן מגלמים את הסיכון שחלק מהמימון לא יוחזר בסופו של דבר.

דיני המחאת חיובים.

דיני המחאת זכויות: עסקה של העברת זכויות, נקראת בלשון המשפטית = המחאת זכויות. בעסקה כזאת מעורבים שלושה צדדים:

- א. **חייב** – חייב לממחה.
- ב. **ממחה** - ממחה את הזכות.
- ג. **נמחה** - מקבל הזכות.

המהות של העסקה = העברת הזכות של הממחה כלפי החייב, אל הנמחה.

לדוגמא: בכל הסכם של בנייה, הקבלן לא יכול לממן את הבנייה בעצמו לפיכך הוא ממחה לטובת הבנק את זכויותיו כלפי רוכשי הדירות.
החייב = רוכש הדירה.
הממחה הוא הקבלן.
הנמחה הוא הבנק.

בחוזה בין הקבלן לרוכש הדירה. יש מערכת חיובים כפולה גם לקונה יש זכויות כלפי הקבלן לקבל את הדירה ושהדירה תירשם על שמו. אבל בינתיים הוא יכול להמחות גם את זכותו = למכור את זכותו לקבל דירה ואז:
רוכש הדירה – הוא ממחה.
והרוכש השני מהרוכש – הוא נמחה.

המחאת חבות – זאת עסקה נדירה שאמנם מופיעה בחוק, בסעיפים 6-8, אבל זה דורש הסכמה של הזכאי ולרוב ההסכמה לא תינתן. לפיכך בפרקטיקה לרוב אין עסקאות כאלו.

אם לאחר ההמחאה הקבלן לא מבצע את הפרויקט לשביעות רצונו של הרוכש מסיבות שונות. כמובן שלקבלן יש חבות כלפיו.

אבל אם הקבלן "מזייף" והתביעות כלפיו לא אפקטיביות אז החייב רוצה ליהנות ממערכת היחסים כלפי הממחה, למרות שלא הייתה ביניהם התקשרות ישירה.
הקונה לא ירצה להמשיך לשלם והבנק יאמר שלא התחייב בכלום כלפי הלקוח.
כך יוצא שהחייב לכאורה צריך לשלם כשיודע שלא יקבל את הדירה. יוצא שהמחאת הזכויות פוגעת בו כי הוא חייב לכאורה להמשיך לשלם לבנק.

חוק המחאת חיובים מתמודד עם זה. אמנם הוא לא יכול לתבוע את הבנק בליקויים, אבל זאת טענת הגנה טובה, כאשר הלקוח נדרש לשלם לבנק. זאת אומרת שהביצוע הלקוי יכול לשמש כמגן ולא כחרב. כשג', הבנק, יבקש מאי הרוכש, לשלם, אזי אי יתגונן בטענה שב', הקבלן, מפר את החוזה ולכן הוא לא חייב לשלם.

ס'2(א) לחוק המחאת חיובים. – לא ניתן לפגוע בחייב בעקבות המחאת הזכות....
כך ג', הבנק, לוקח את הסיכון שלחייב יהיו טענות הגנה. לפיכך ג' יגן על עצמו חוזית וגם ישעבד את הקרקע. לא יש פחות הגנות, לפיכך הוא יעצור את התשלומים כלפי ג'. הבנקים בהסכם הליווי הפיננסי דואגים ליצור מספיק בטוחות למקרה שהתשלומים לא נפרעים.

הסכם המחאה

המחאה נוצרת בהסכם – חוק המחאת חיובים אינו מתנה את המחאה בהסכמת החייב. היות שהזכות היא נכסו של הממחה. אלא אם כן אפשרות המחאה נשללה.

חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969 [תיקון אחרון 20/7/72].

1. המחאת זכות

(א) זכותו של נושה, לרבות זכות מותנית או עתידה לבוא, ניתנת להמחאה ללא הסכמת החייב, זולת אם נשללה או הוגבלה עבירותה לפי דין, לפי מהות הזכות או לפי הסכם בין החייב לבין הנושה.

זה לא מעשי בפרויקטים של בנייה. כי לא ניתן להציב תנאי כזה מול הקבלן שלא ימחה את הזכות.

הסכם המחאה לא תלוי בהודעה לחייב והעסקה נכנסת לתוקף גם בלי להודיע לחייב על המחאה, אין דרישה כזאת. אבל למרות זאת יש לפחות שלוש סיבות טובות למה כדאי להודיע לחייב על המחאה. זה מאוד הגיוני שלא יישלל התוקף של המחאה, אבל יינתנו יתרונות למי שמודיע:

1. ס'2(א) לחוק המחאת חיובים - להגביל את היקפן של טענות הגנה שהחייב יכול להעלות כלפי הנמחה. ככול שג', הבנק, מקדים ומודיע על המחאה, הוא חוסם את זכותו של א', החייב, להעלות טענות הגנה חדשות כלפי ג'. התוצאה היא בעייתית היות שאם למשל רוכשים דירה מקבלן ומיד אחרי חתימת חוזה המכר הקבלן ימחה את הזכויות לבנק וזה מיד מודיע לקונה החייב, אז לכאורה לא ניתן להעלות טענות חדשות? זה לכאורה יוצא מהסעף. הפסיקה התמודדה עם בעיה זאת בפסד גרבוב – אותו יש לקרא לשיעור הבא.

חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969 [תיקון אחרון 20/7/72].

=====

2. הגנת החייב

(א) המחאת זכות אין בה כדי לשנות את הזכות או תנאיה, ולחייב יעמדו כלפי הנמחה כל הטענות שעמדו לו כלפי הממחה בעת שנודע לו על המחאה.

השלמה מעדי מרום - יש חפיפה.

איגוח בשוק משני למשכנתאות –

עסקת האיגוח בנויה על עסקה של המחאת זכויות. בעבר, עיקר העושר של בני האדם היה טמון בנכסים המוחשיים שלהם – מקרקעין, מיטלטלין. בעידן המודרני הזכויות הרכושיות הפכו לנכס מרכזי והמשמעותי ביותר מבחינה כלכלית במערך הנכסים של בני האדם – חשבונות בנק, פנסיה, ביטוח, קופות גמל.

הזכויות הרכושיות הם נכסים שמהווים מושא לעסקאות – כמו שבעבר היינו עושים עסקאות אך ורק בנכסים מוחשיים היום עושים לא מעט עסקאות בזכויות רכושיות, ניתן למכור זכות, לשעבד אותה, לתת אותה במתנה. נפח עצום של העסקאות נעשות בזכויות רכושיות. זכויות רכושיות, כמו כל נכס, עוברות בירושה, ניתן לעקל זכויות רכושיות. ראייה זו שזכויות הם נכסים שניתן לעשות בהם עסקאות היא ראייה יחסית מודרנית, והגילוי הזכות היא נכס היתה משמעותית עד כדי כך שבמאה ה-19 אחד המלומדים המפורסמים באנגליה התבטא שהגילוי שזכות רכושית היא נכס סחיר שניתן לעשות בו עסקאות וגילוייה היה חשובה יותר להתפתחות החברה המודרנית, יותר מאשר גילוי של אוצרות טבע ומחצבים אחרים.

חברה מסחרית שרוצה לגייס מימון לפעילותה יכולה לנצל לשם כך את הזכויות החוזיות שיש לה כלפי לקוחותיה. זכויות אלה נובעות מכך שהיא מכרה סחורות באשראי. יש לחברה זכויות לקבל כסף מלקוחות במועד עתידי.

ההכרה של הדין באפשרות לבצע עסקאות בזכויות רכושיות אלה מאפשרת לחברה לנצל את אותו חוב לקוחות (חוק לקוחות). באמצעות חוק זה היא יכולה להשיג מימון ביניים לפעילות אחרת. כדי להשיג כסף בהווה על חשבון עסקאות עתידיות, ניתן לעשות שימוש באותו חוב לקוחות. נמכור / נשעבד את חוב הלקוחות בתמורה לקבלת אשראי בזמן 0, עכשיו. אלמלא השיטה המשפטית היתה מכירה באפשרות לבצע עסקאות בזכויות רכושיות, החברה היתה צריכה לשעבד נכסים מוחשיים, מה שהיה מגביל את פעילותה או מצמצם לחלוטין את היכולת להשיג אשראי, או הוספת בעלים לחברה שיכניסו כסף לחברה. ההכרה של הדין באפשרות לבצע עסקאות בזכויות מונע פגיעה משמעותית בשוק האשראי ובפיתוח של הכלכלה החברתית יכולות למנף את פעילותן באמצעות גיוס מימון ביניים ע"י שימוש בזכויות שלהם כלפי הלקוחות.

מקובל לכוון עסקה של העברת זכויות כהמחאת זכויות. בעסקה של המחאת זכויות מעורבים שלשה צדדים; א – חייב, ב- ממחה – זכאי על פי הזכות. מעביר את הזכות, ג- נמחה – מקבל הזכות. התכלית של המחאת זכויות היא העברת הזכות של הממחה כלפי החייב אל הנמחה.

לדוגמא: כל פרויקט של בניה, הקבלן לא יכול לממן אך ורק את הבניה מההון העצמי שלו, הוא ממחה לטובת הבנק את זכויותיו כלפי רוכשי הדירות. א' החייב הוא רוכש דירה, ב- הממחה הוא הקבלן, הנמחה הוא הבנק. כשאני חותם חוזה לקניית דירה מקבלן, החוזה והזכות שמגולמת בו שהקבלן מקבל כסף ממני, מייד מומחים לבנק מממן, ובתמורה לכך הבנק המממן מזרים כסף לקבלן, זהו מימון הביניים. בחוזה הבניה ביני לבין הקבלן, מדובר על מערכת חיובים כפולה – לא רק אני חייב לשלם לקבלן את מחיר הדירה, גם לקבלן יש

חיובים כלפיי – לספק לי את הדירה להעביר אותה לחזקתי ולדאוג שאני ארשם כבעליה. גם לי יש זכויות כלפיי הקבן. בזכויות אלה ניתן לעשות עסקאות. אם אני רוצה להמחות את זכויות כלפיי הקבן מדובר בעסקת המחאת זכויות לפיה הקבן הוא החייב, רוכש הדירה הוא הממחה, ורוכש שני הוא הנמחה. הבנק, לאחר ההמחאה, לא הוא זה החייב לספק את הדירה לרוכש. החבות לספק את הדירה נותרת על הקבן. והמחאת הזכות היא המחאת זכות בלבד, לא מעבירה את החוזה בשלמותו.

מה קורה במצב שבו לאחר ההמחאה הקבן לא מבצע את הפרויקט לשביעות רצונו של הרוכש? החבות של הקבן תמיד קיימת. במערכת היחסים בין א' לב' אין ספק שהקבן מחויב לספק את הדירה על פי הסטנדרט המוסכם בחוזה. כאשר הקבן מתחיל לזייף תובעות מול הקבן הן לא תמיד אפקטיביות והחייב ירצה ליהנות ממערכת היחסים שנוצרה בינו לבין ההמחאה בינו לבין הנמחה. אף על פי שאין הסכם ישיר בין החייב לנמחה, א' לא ירצה להמשיך לשלם כאשר הוא יודע שאת התמורה הוא לא יקבל. מצד שני, הבנק לא התחייב מעולם כלפיי א' לספק את הדירה בסטנדרט שהובטח על ידי הקבן. הבנק יטען כי החבות היא על הקבן. נוצר כאן מצב בעייתי שהחייב לכאורה אמור להמשיך לשלם, כשהוא יודע שהוא לא יקבל תמורה. אם לא היתה כאן המחאת זכויות, כאשר הקבן היה מפר את החוזה, א' היה עוצר את התשלומים. המחאת הזכויות פוגעת ב-א' – א' נמצא במערך ישיר מול ב' וגם מול ג' שזכאי לכספים. חוק המחאת חיובים מתמודד עם סוגיה זו והביצוע הלקוי של הקבן לא יכול לשמש את א' כעילת תביעה כנגד הבנק אך הוא יכול לשמש אותו כטענת הגנה כאשר הוא נדרש לשלם את התשלומים על חשבון מחיר הדירה. אותו ביצוע לקוי יכול לשמש כמגן ולא כחרב. כאשר ג' יבקש שא' ימשיך לשלם, א' יתגונן בטענה שב' מפר מולו את החוזה ולכן הוא לא מחויב להמשיך לשלם. סעיף 2(א) לחוק המחאת חיובים אומר שהזכות עוברת מהממחה לנמחה כפי שהיא. לא ניתן לפגוע בחייה עקב המחאת הזכות, ואם הזכות עוברת כפי שהיא, הזכות שהיתה לב' לקבל תשלומים אם הוא יספק דירה, ולכן אם הדירה לקויה, הזכות פגומה וגי' לא יהיה זכאי לקבל את יתרת התשלומים מ-א'. כשגי' כנמחה רוכש זכות, הוא לקוח את הסיכון שלא יהיו טענות הגנה. מה ג' עושה כדי להבטיח את זכותו? הוא משעבד נכסים של הקבן כדי להבטיח מצב שבו א' עקב הפרות של ב' יפסיק לשלם, ואז יהיה לגי' איך לממש את השעבוד.

המחאה נוצרת בהסכם – זו עסקה רצונית בין הממחה לנמחה. חוק המחאת חיובים אינו מתנה את ההמחאה בהסכמת החייב, כלומר לא שואלים את א' האם מסכים שב' ימחה את הזכות כלפיך לגי'. וזה נובע מהתפיסה הברורה שהנכס הוא של הממחה. לכן, הסכם ההמחאה לא מותנה בהסכמת החייב, אלא אם כן היא אפשרות ההמחאה נשללה בהסכם הבסיס בין א' לב'. לא ניתן להמחות זכויות שהדין אוסר על המחאתם.

האם הסכם המחאה תלוי בהודעה לחייב? יש להודיע לחייב על המחאת הזכות? הסכם ההמחאה לא תלוי בהודעה לחייב. ההמחאה נכנסת לתוקף מלא גם מבלי שהודיעו לחייב על ההמחאה. החוק לא דורש זאת. אין דרישה להודיע לחייב על ההמחאה. אבל יש בהחלט לפחות 3 סיבות טובות מאוד למה כדאי להודיע לחייב על המחאה. הסדרי החוק נותנים יתרונות ברורים להמחאה בה הודיעו לחייב עליה. לצדדים יש אינטרס להודיע ובפועל

הם באמת מודיעים. מהם אותם הוראות בחוק המחאת חיובים שכדאי להודיע לחייב על המחאת הזכות:

א. סעיף 2(א) לחוק המחאת חיובים – תכלית הסעיף היא להגביל על ידי ההודעה את היקפן של טענות ההגנה שהחייב יכול להעלות כלפי הנמחה. המחאת זכות לא יכולה לפגוע בחייב וכל טענות ההגנה שהיו לו כלפי הנמחה ממשיכות לחול גם כלפי הנמחה. טענות שהיו קיימות בעת שנודע לו על ההמחאה. אם מודיעים על ההמחאה אז טענות ההגנה נעצרות. טענות הגנה חדשות שנוצרות מכאן ואילך לא יוכל להעלות. ככל שג' מקדים ומודיע על ההמחאה הוא חוסם את האפשרות של א' להעלות טענות הגנה חדשות כלפי ג'. התוצאה היא בעייתית – סיטואציה בה אני רוכש דירה מקבלן, מייד אחרי חתימת חוזה המכר הקבלן ימחה את הזכויות כלפי לבנק וכך ישיג מימון. הבנק יודיע לי על ההמחאה, מרגע זה בעצם, הקבלן "מוגן" לכאורה מטענת הגנה שלי, זו פגיעה קשה מאוד בחייב, כי החייב חייב להמשיך לשלם את חובו ואינו יכול לטעון טענות הגנה. לקרוא את פס"ד גרוב. לחפש בחוק המחאת חיובים עוד 2 סיבות טובות שלמרות שאין חובה להודיע לחייב על ההמחאה, כדאי לעשות זאת.

ב.

(חוק המחאת חיובים מסדיר עסקה של המחאת חבות סעיפים 6-8 בחוק המחאת חיובים. אין לכך הרבה מימוש בפרקטיקה. המחאת חבות דורשת הסכמת הזכאי.)

סוף השלמה מעדי מרום

2.1.2009 - שיעור מס' 9.

כאמור יש שלושה צדדים:

א. **חייב** – חייב לממחה. למשל רוכש דירה.

ב. **ממחה** - ממחה את הזכות. למשל קבלן.

ג. **נמחה** - מקבל הזכות. למשל בנק.

תכלית חוק המחאת חיובים היא להסדיר את הקשר בין א' לג'.

נשאלה השאלה האם צריך להודיע לחייב א' על כך שהזכות כלפיו המחאת לצד ג'.

התשובה היא שלא חייבים אבל זה רצוי. יש לכך שלוש סיבות:

הסיבה הראשונה: לפי ס' 2(א) לחוק המחאת חיובים - להגביל את היקפן של טענות הגנה שהחייב יכול להעלות כלפי הנמחה. ככול שג', הבנק, מקדים ומודיע על ההמחאה, הוא חוסם את זכותו של א', החייב, להעלות טענות הגנה חדשות כלפי ג'.

חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969 [תיקון אחרון 20/7/72] . .

2. הגנת החייב

(א) המחאת זכות אין בה כדי לשנות את הזכות או תנאיה, ולחייב (א' הקונה)

יעמדו כלפי הנמחה (ג' הבנק) כל הטענות שעמדו לו כלפי הממחה (ב' הקבלן)

בעת שנודע לו על ההמחאה.

התוצאה היא בעייתית היות שאם למשל רוכשים דירה מקבלן ומיד אחרי חתימת חוזה המכר הקבלן ממחה את הזכויות לבנק וזה מיד מודיע לקונה החייב, אז לכאורה לא ניתן יותר להעלות טענות חדשות, והבעיה היא שבעיות כמו ליקויי בנייה מתגלות בד"כ בשלב מאוחר יותר. זה לכאורה יוצא מהסעיף, אבל הפסיקה התמודדה עם בעיה זאת בפסד גרבוב.

בע"א 330/75 גרבוב נ' רשות הנמלים בישראל, פ"ד לא(3) 146. (1977). נאמר שלא יתכן לפרש את ס' 2(א) כפשוטו והפרשנות היא שיש להפריד בין טענות הגנה של אותה עסקה, לבין טענות הגנה מעסקאות אחרות. ההודעה לחייב רלוונטית רק לגבי טענות הגנה מעסקאות אחרות לעומת טענות לגבי אותה עסקה שאותן ניתן להעלות בכול זמן, ולא חשוב את הקבלן הודיע או לא. דוגמא: אדם בשם עזמי רכש לבנותיו שתי דירות מאותה חברה. הזכות בדירה הראשונה המחיתה לבנק מסוים והבנק הודיעה לו מיידית על המחאת הזכות. לפי פסה"ד אם יהיו הפרות חדשות בדירה זאת ניתן להעלות בגינן טענות כלפי הבנק הנמחה. לעומת זאת אם יהיו הפרות בפרויקט של הדירה השנייה, אותן לא ניתן יהיה להעלות כלפי הבנק שזכות של הדירה הראשונה המחיתה אליו.

סיבה שנייה – ס' 2(ב) לחוק המחאת חיובים – 2(ב) פרע החייב (א' הקונה) את הזכות לממחה (ב' הקבלן) לפני שהודיע לו על ההמחאה או שהוצגה לפניו המחאה בכתב מאת הממחה (ב' הקבלן), מופטר החייב (א' הקונה), זולת אם פעל שלא בתום-לב.
הודעה לחייב שוללת מהחייב את האפשרות לקים את החיוב על ידי פירעון הזכות לממחה (ב' הקבלן). מכאן יוצא שאם החייב פרע את חובו לממחה (ב' הקבלן) לפני שנודע לו על ההמחאה לצד ג' והקבלן נעלם עם הכסף, הבנק לא יכול להיפרע מהממחה. אבל אם ג' הבנק הודיע על ההמחאה והחייב הקטין חובו ע"י תשלום לקבלן, תהייה לו בעיה עם הבנק. – לבדוק.

הערה: ס' 2(ג) – מיותר היות שהוא נמצא בתוך ס' 2(ב).

חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969 [תיקון אחרון 20/7/72]. .

2(ג) פרע החייב (א' הקונה) את הזכות לנמחה (ג' הבנק) לאחר שהממחה (ב' הקבלן) הודיע לו על ההמחאה או שהוצגה לפניו המחאה בכתב מאת הממחה (ב' הקבלן), מופטר החייב אף אם לא עברה הזכות לנמחה (ג' הבנק), זולת אם פעל שלא בתום-לב.

סיבה שלישית – ס' 4 – המחאות סותרות – הודעה משריינת את החייב מפני המחאות סותרות.

חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969 [תיקון אחרון 20/7/72]. .

4. המחאות סותרות [תיקון: תשל"ב]

המחה הנושה (ב' הקבלן) זכות לאחד וחזר והמחה אותה לאחר, הזכות היא של הראשון; אולם אם הודיעו לחייב (א' הקונה) על ההמחאה השניה לפני שהודיעו לו על הראשונה, הזכות היא של השני.

המחאות סותרות הן מצב שממחים לאחד ואח"כ ממחים לשני. מאוד קל לתת המחאות סותרות כי אין משהו פיזי בהמחאה והשאלה היא למי תהייה הזכות לראשון או לשני? העימות הוא בשאלה מי זכאי לבעלות הקניינית בזכות המומחת. גם לנמחה שיפסיד בתחרות תיוותר זכות תביעה אובליגטורית כלפי הממחה. ס' 18 לחוק המכר אומר שהמוכר צריך למכור נכס ללא פגמים. אם לא נעשה כן (ואין ספק שנכס שהמחה כבר יש בו פגם משמעותי) אזי יש לנמחה שהפסיד בתחרות זכות תביעה אובליגטורית כלפי הממחה. אבל לרוב לא ניתן לממש זכות זאת כי הממחה שהמחה פעמיים הוא בד"כ רמאי שכבר נעלם עם הכסף.

ס' 4 עוסק בהעברה ריאלית של זכויות ולא בהתחייבות להמחות. מדובר בהמחאה בפועל. זה שונה מעסקאות הנהוגות בטאבו ששם לרוב "רק" מתחייבים להעביר זכויות בעתיד. כלומר בסעיף 4 מדובר בהעברה ריאלית של הזכויות, לעומת סעיף 9 לחוק המקרקעין וסעיף 12 לחוק המיטלטלין בהם עושים "רק" התחייבות לעסקה. בפס"ד אוצר החייל, השופט חשין מנתח ואומר שהראשון זוכה וכו, אבל אפילו הוא טועה כי גם הוא מתבלבל בין ס' 4 לחוק המחאת חיובים לס' 9 לחוק המקרקעין וס' 12 לחוק המיטלטלין. כאמור, ס' 4 עוסק בזכות שהועברה לעומת ס' 9 ו 12 שעוסקים בהתחייבות להעביר את הזכות.

חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 [תיקון אחרון 3/1/06] . .

9. עסקאות נוגדות

התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום-לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום-לב - זכותו עדיפה.

חוק המיטלטלין, תשל"א-1971 [תיקון אחרון 2/3/95] . .

12. עסקאות נוגדות

התחייב אדם להקנות לחברו בעלות או זכות אחרת במיטלטלין, ולפני שמסר לו את המיטלטלין או הקנה לו את הזכות חזר והתחייב עם אדם אחר בהקניה נוגדת, זכותו של הראשון עדיפה, אך אם השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה - זכותו עדיפה.

הבעיה היא שבסעיף 4 לא צריך תום לב. מספיק שמודיעים לחייב והזכות היא של מי שהודיע ראשון. בהצעת החוק העברת החיובים הופיע תום לב, אבל זה הוצא ביזמת הבנקים, היות שהם סברו שזהו יסוד לא וודאי שקשה להוכיח אותו. הם ביקשו להשתמש במדד ודאי והוא הודעה. לפיכך נחקק הסעיף ללא יסוד תום הלב.

למרות זאת, המרצה משוכנע שאם יגיע דיון על זה לביהמ"ש, הוא יביא בחשבון את תום הלב משני טעמים :

ראשית, תום הלב הוא יסוד על החולש על כלל המשפט האזרחי, זה נקבע על ידי ברק.

שנית, אם לא יחילו את יסוד תום הלב, לכאורה יוצא שההגנה על מי שהמחו לו זכות בפועל תהייה יותר חלשה מההגנה של מי ש"רק" התחייבו להמחות לו הזכות בעתיד. זאת כמובן תוצאה שאין לקבל. יוצא שמי שהמחו לו זכות בפועל, חשוף לכך שהשני יודיע ראשון לחייב ויגבר עליו גם אם השני לא היה תם לב. לעומת זאת, מי שהתחייבו להקנות לו זכות בעתיד, עליו יחול ס' 12 לחוק מיטלטלין (ביחד עם ס' 13א) שאומר שזכות היא מיטלטלין) – ושם צריך תמורה ותום לב. זאת תוצאה לא הגיונית.

חוק המיטלטלין, תשל"א-1971 [תיקון אחרון 2/3/95] . .

13. תחולה

(א) הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין ובשינויים המחוייבים, גם על זכויות.

הערה: בלבול נוסף שרווח ומופיע גם בפסיקה, הוא הבלבול בין תחרות בין זכויות (עסקאות נוגדות) עליו דובר לעיל, לתקנת השוק שנועדה לטפל ברכישה של נכס ממי שאינו בעליו. תקנת השוק מאפשרת לקונה, אם מילא אחר תנאים מסוימים (תום לב ותמורה), לזכות בבעלות בנכס למרות ההעברה הקניינית הפגומה. למשל תקנת השוק במקרקעין בס' 10 לחוק המקרקעין :

חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 [תיקון אחרון 3/1/06] . .

10. רכישה בתום לב

מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום-לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון.

היסודות של המחאת זכות

1. חילוף נושים.

2. העברת הבעלות בזכות המומחת.

חילוף נושים מגלם את המימד האובליגטורי ופירוש שהנמחה הופך להיות הנושה ונכנס לנעלי הממחה שהיה הנושה המקורי של החייב – זהו חילוף נושים והוא אובליגטורי. יסוד השני מתאר את **העברת הבעלות הקניינית** שבין הממחה לנמחה. כלומר בעצם הבעלות בזכות, שהיא הנכס שעובר כאן, עוברת מהממחה אל הנמחה.

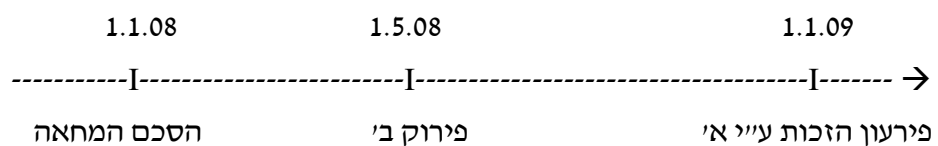
חוק המחאת חיובים **לא** מטפל בכול המישורים של העברת זכויות, אלא רק ביחסי החייב והנמחה על צלע זאת חל חוק המחאת חיובים.



בצלע בין הממחה לנמחה חל אחד החוקים שלהלן, תלוי מה העסקה ביניהם. אם מכר – חוק המכר, אם מתנה – חוק המתנה, אם משכון – חוק המשכון. אם יש בעיה במישור הזה אין מה לחפש את הפיתרון בחוק המחאת חיובים (מה שלעיתים גם שופטים עושים בטעות). בעתיד בקודקס הסעיפים ישונו.

ד' נושה של הממחה.

נוסף את ד' שהוא נושה של הממחה. יכול להיות ביניהם עימות. לעיתים באים נושים של הממחה ומנסים להחזיר את הזכות שהמחאתה למסת הנכסים של הממחה, הם מנסים לתקוף את תוקף המחאת הזכות וכך להחזיר את הנכסים למסת הנכסים של הממחה.



ד' מנסים לתקוף את המחאה בעילות שונות למשל טוענים ש:

1. מדובר במשכון מוסווה שדורש רישום.
2. מדובר בהמחאת מכר שדורשת רישום.
3. אי חוקיות של המחאה מנימוקים שונים, למשל במישור חוק המחאת חיובים.

ס' 97(א) לפקודת פשיטת רגל אומר שצריך לרשום המחאת זכות. רושמים זאת אצל רשם המשכונות אם מדובר ביחיד, ואם מדובר בחברה אצל רשם החברות. על פי ס' 97(ב) (שמנוסח מאוד לא טוב) - כמעט כל המחאת זכות פטורה מרישום. אבל הוא אומר, שהמחאה היחידה שכן נותרה חייבת רישום היא המחאה כללית – זה אומר שממחים ללא הגדרה ספציפית של מה שממחים. למשל: אני ממחה לך את כול החובות כלפי בשנת 1999. - זאת המחאה כללית.

דוגמאות:

ע"א 596/86 יהודית בן-ציון נ' הנאמן על נכסי יהושע בן-ציון (פושט-רגל), פ"ד מג(2) 460. (1989) שניתח את ההלכה באופן לא טוב

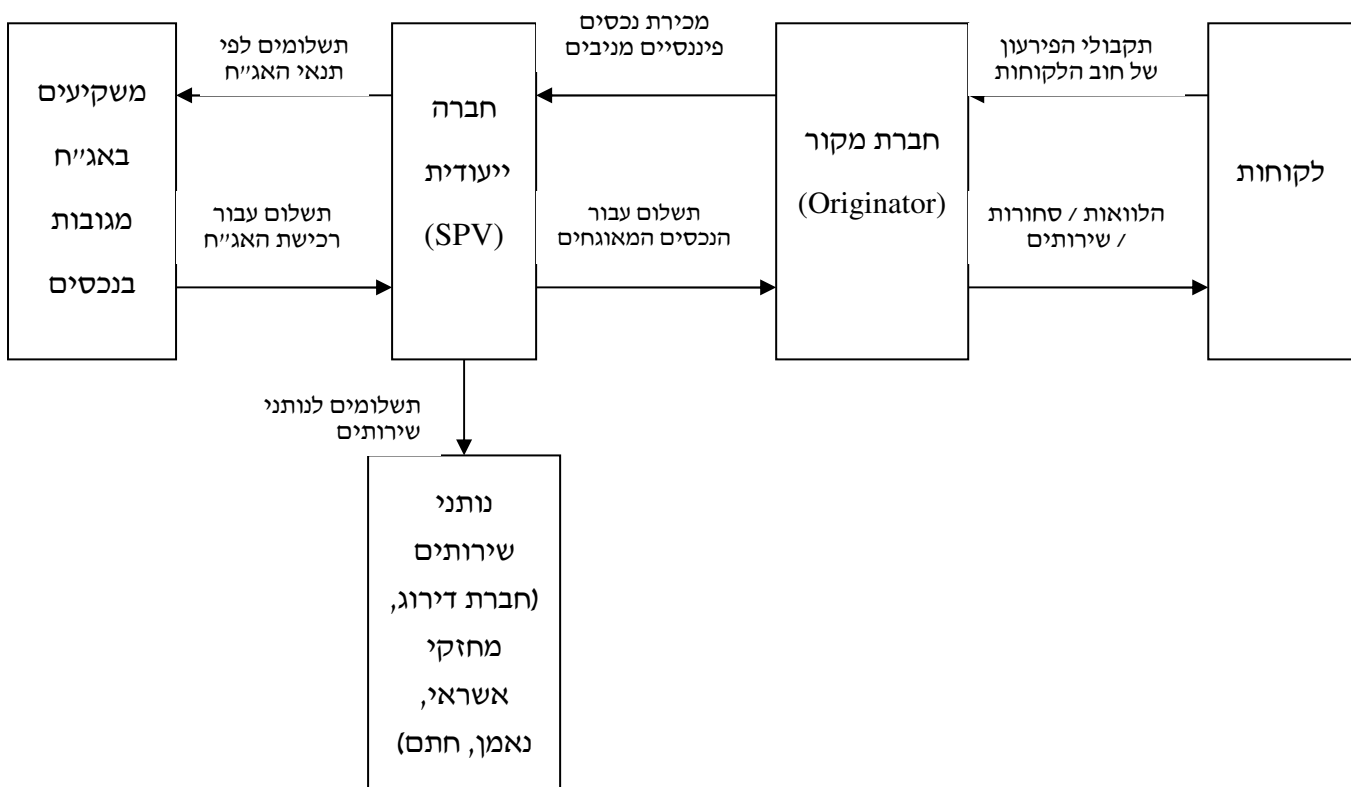
ע"א 5578/93 ראובן נדב נ' הנאמן על נכסי פושט הרגל אליעזר נדב, פ"ד מט(2) 459. (1995)

9.1.2009 - שיעור מס' 10.

מודל האיגוח

המודל פותח כתחליף למקורות המימון המסורתיים יותר, כמו הלוואה מבנק או הנפקת אג"ח קונצרני (אג"ח עצמי של החברה). לאיגו"ח יש מספר יתרונות משמעותיים. בתחילת שנות ה-2000 העריות נקלעו למשבר רציני. הבנקים לא הסכימו יותר להלוות להן כסף. עיריית רמלה שהייתה במצב קשה, בגלל בעיות כמו שיעורי גביה נמוכים ועוד, חיפשה מקורות מימון. בתחום השיפוט של עיריית רמלה ישנו מפעל המלט "נשר". זהו מפעל שמזרים תזרמי ארנונה גבוהים ויציבים. את זה רצתה עיריית רמלה לאג"ח. העירייה לא יכלה לאג"ח את ההכנסות שלה. היה צורך לבודד את התזרים של "נשר" מהתזרים של העריה. התזרים של "נשר" היה ניתן לחיזוי, הוא יציב והסיכוי לאי תשלום קטן. ניתן לבודד את התזרים של "נשר" (חברת מקור) ומוכרים אותו לגוף פיננסי (חברה ייעודית) שקונה את התזרים ומוכר לציבור אג"ח שמגובה בתזרים המזומנים הנרכש. זאת אומרת בדוגמא שתשלומי הארנונה של "נשר" הם שפורעים את תשלומי הקרן והריבית של מחזיקי האג"ח. בד"כ מאגחים תזרים איכותי אחרת אין טעם להליך הזה.

תהליך האיגוח (Securitization) – מבנה זרמי התשלומים



השאלה מה קורה עם הנושים של חברת המקור. לכאורה לא יהיו לה מקורות מימון לשלם להם כי את הארנונה שמגיעה לעירייה מעבירים לחברה הייעודית. אבל העניין כולו בסופו של דבר עוזר לחברת המקור (עיריית רמלה) היות שהיא מקבלת כסף שהוא יותר זול ממה שהייתה יכולה לקבל בעצמה, אם בכלל. כך גם הנושים ייהנו בסופו של דבר מהעניין.

יצוין שברמלה היו עוד מפעלים, לא הכול היה בנוי על "נשר" אם כי היא הייתה החלק הארי של העסקה אבל לצורך הדוגמא מוזכרת רק חברת "נשר".

החוליה המרכזית היא בין חברת מקור לחברה הייעודית = SPV - Special Purpose Vehicle = SPC - Special Purpose Company = SPE - Special Purpose Entity =

החברה הייעודית מוקמת אך ורק לצורך עסקת האיגוח, והיא מתחשלת כשהאג"ח נפרעים. אין לה עובדים, אין לה ישות פיזית כגון משרדים וכד'. כל תפקידה הוא לרכוש את הנכסים המניבים, להפריד אותם מחברת המקור ומהסיכונים שחברת המקור חשופה להם. לחברה הייעודית אסור לעסוק בשום דבר אחר.

החברה הייעודית מנפיקה אג"ח מגובה בנכסים securities – abs , asset – backed זה מה שמאפשר לחברת הייעודית לשלם לחברת המקור. המשקיעים באג"ח דרך ההנפקה מזרימים מזומנים לחברה הייעודית. החברה הייעודית, מורידה את הריבית ועוד משהו על הסיכון (שאולי בכל זאת חלק לא יפרע), מחשבת את עניין ההיוון ומעבירה מזומן לחברת המקור. הלקוח המשקיע שקונה אג"ח מגובה בתשלומי הארנונה של הלקוח או חברת "נשר" החייבת ארנונה עתידית. התשלומים של נשר מגיעים לחשבון החברה הייעודית וממנו נפרעים הלקוחות/ המשקיעים.

יש מספר נותני שירותי הנוגסים מהחברה הייעודית:

1. **השרת servicer** - זה בד"כ חברת המקור – לחברה הייעודית אין עובדים והיא לא מסוגלת לגבות את התשלומים. לפיכך, יש להתקשר עם נותן שירותים אשר על פי ההסכם השרת אמור לנהל את גבית התזרים מהלווים (אם מדובר באיגוח של תיק משכנתאות) או מהלקוחות בתרשים שלעיל או מחברת נשר בדוגמא שלעיל. ההסכם קובע תשלום על פעולת השירות. הגורם שכדאי שיעשה את פעולת השירות זאת חברת המקור בעצמה. היא שיצרה את התזרים, לה יש היכרות וקשר עם הלקוחות, היא מנוסה בפעילות הזאת, לה יש ניסיון ומומחיות, כל הטפסים נמצאים אצלה. לצורך הדוגמא מי שיגבה את הארנונה תהיה עיריית רמלה. לפיכך, כמעט תמיד השרת יהיה חברת המקור. ההפרדה של התזרים מהחשבון של חברת המקור היא קריטית להצלחת מודל האיגוח. אם התשלומים יועברו לחברת המקור הם יהיו חשופים לסיכונים של חברת המקור. התשלומים צריכים להיות מועברים ישירות לחברה הייעודית. בכדי להגן מפני הסיטואציה שחברת המקור תכניס את הכספים לעצמה, ולו באופן זמני, ולמנוע סיכון של חדלות פירעון ועצירת הכספים, אזי ההסכם למתן השירותים שנחתם בין החברה לשרת קובע שהכספים שגובה חברת המקור כשרת על ידי החברה הייעודית מוחזקים על ידי חברת המקור בנאמנות לטובת החברה הייעודית. זה עוזר כי סי' 1 לפק' פשיטת הרגל מוציא מנכסי פשיטת הרגל את הנכסים שפושט הרגל מחזיק בהם כנאמן פקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ם-1980 [תיקון אחרון: 8/8/07]. .

"נכסי פושט רגל" - הנכסים העומדים לחלוקה בין נושיו לפי פקודה זו למעט נכסים שהוא מחזיק בהם כנאמן;

גם ס 6 או 3 ב (לבדוק) אומר שאין לרדת לנכסי הנאמנות אלא פרופ מיגל דיטש חושב שאין משמעות לסי' 5 ושהנאמנות טובה גם ללא פומביות. הוא מתבסס על פס"ד אהרונוב שהכירו בזכויות שיושר, לפיכך לדעתו גם נאמנות לא חייבים לרשום אצל רשם החברות ולתת לה פומביות. אבל בכול זאת רושמים ליתר ביטחון, בין השאר, בגלל שהסעיף לא בוטל עדיין. בקודקס כבר ביטלו את סעיף 5 ולא צריך לרשום נאמנות.

2. **חברת הדירוג** – פונים מראש לחברת דירוג. יש כשלוש חברות גדולות בעולם- חברות אלא

בוחנות האם מבנה העסקה – בארץ יש שתי חברות דירוג- ("מידרוג" פועלת לפי המטודולוגייה של חברת "מודיס" העולמית, ו"מעלות" לפי המטודולוגייה של חברת ..). תפקידה לדרג את עסקת האיגוח. ככלל יש פער מידע בין המנפיק שמכיר את הנתונים לבין ציבור המשקיעים שצריך לאסוף את המידע שידוע לחברה. אם כל אחד היה צריך לבדוק בעצמו, זה לא היה אפשרי ולא היה יעיל. לפיכך, חברות הדירוג מומחיות בבדיקת איכות ההשקעה, הן מספקות מידע לציבור המשקיעים והם אומרות מה הסיכוי שנייר הערך יפרע במלואו ובמועדים שנקבעו בנייר הערך. לחברות יש דרגות שונות ולפי זה הם מדרגות את העסקה. "דרגת השקעה" נחשבות 4 הדרגות העליונות של הסולם, ומה שלמטה מזה זה "דרגה ספקולנטית". החברות ממשיכות לעקוב אחר הסיכון בניירות הערך המונפקים גם לאורך כל חיי האג"ח, ואם יש הרעה בסיכון הם חייבות לדווח על כך היות שהאג"ח סחירים ונמכרים מדי יום ביומו. על כך הייתה הביקורת במשבר הסאב פריים והיא שחברות הדירוג לא הזדרזו לעדכן את הדירוגים. זה חשף את המשקיעים לסיכון יתר. על כך יש הליכים ותביעות ייצוגיות ואחרות כנגד חברות הדירוג בארה"ב. כנגד זה חברות הדירוג טוענות, כטענת הגנה, שהמידע שחברת הדירוג נותנת מוגן על ידי הזכות החוקתית של חופש הביטוי, ולכן לא ניתן להטיל אחריות על מה שאמרו. המרצה סבור שזאת טענה אבסורדית.

3. **מחזקי אשראי Credit Enhancers** - כדי לשפר את המימון של ניירות הערך חברות

הדירוג דורשות מנגנונים לחיזוק האשראי, בכדי לשפר את הסיכוי שניירות הערך יפרעו במלואן ובזמן. לכך יש הרבה מנגנונים מהם שניים עיקריים: האחד הוא חיזוק אשראי חיצוני – זהו גוף פיננסי בעל חוסן פיננסי יציב כמו בנק או חברת ביטוח, הם נותנים ערבות או ביטוח לפירעונם של אגרות החוב מגובות בנכסים. למשל חברת הביטוח מבטחת 10% של הסיכון וחברת הדירוג אומרת איזה 10% יבוטחו. המנגנון נקרא חיזוק אשראי חיצוני היות שהוא נובע מגוף חיצוני לעסקה שנותן את הביטוח. המגרעות הן שכדי שזה יהיה אפקטיבי הגוף המחזק צריך להיות בדירוג הגבוה ביותר (AAA) ואין הרבה כאלו. כמו כן, צריך שהגוף החיצוני ישמור על רמת דירוג האשראי הזאת לאורך כל הזמן. המנגנון השני חיזוק אשראי פנימי – הוא מושפע מהגופים עצמם שפועלים בעסקה. חברת המקור היא שמבטחת את הסיכון הגלום בעסקה ... נמשך בשיעור הבא.

16.1.2009 - שיעור מס' 11.

בשיעור שעבר התחלנו לדבר על נותני השירותי מסיעים להצלחת מודל האיגוח. כמובן שנותני השירותים לוקחים תשלומים על השירות שהם נותנים :

1. השרת servicer - זה בד"כ חברת המקור .

2. חברת הדירוג

3. מחזקי אשראי. להבטיח את פירעון אגרות החוב המגובות בנכסים

יש חיזוק אשראי חיצוני – למשל ע"י בנק או חברת ביטוח. בד"כ מדובר בגוף פיננסי חזק ויציב. בנוסף יש גם חיזוק אשראי פנימי כאשר ההגדה היא שגורם פנימי נותן את הגיבוי, זאת בד"כ חברת המקור עצמה.

חיזוק אשראי פנימי נעשה על ידי חלוקה לסדרות שונות של אגרות חוב.

למשל: אם עיריית רמלה מעוניינת לגייס 140 מליון שקל, מחלקים את האגרות למספר סדרות למשל שתי סדרות :

סדרה ראשונה של 125 מליון ₪ וסידרה שנייה של 15 מליון ₪. הסדרות הן :

1. סידרה עדיפה senior bonds.

2. סידרה נחותה subordinated bonds.

אגרות החוב מהסדרה הנחותה נפרעות רק אחרי שכול אלו מן הסדרה עדיפה נפרעות. מה שנותן כרית ביטחון לאלו של הסדרה העדיפה. כי כך רק אם יש בעיית פירעון אג"ח העולה על היקף החזרים של 15 מליון ₪, יפגעו גם אלו המחזיקים את האגרות מהסדרה העדיפה. מי שקובע את החלוקה היא חברת הדירוג שמגדירה לחברת המקור מה כמות האג"ח מהסדרה העדיפה ומה הכמות בסדרה הנחותה שיש להנפיק כדי להגיע לדירוג גבוה של הסדרות העודפות. את הסדרות העודפות מנפיקים בדרך כלל לציבור הרחב. בעוד שהסדרות הנחותות נמכרות למשקיעים ספקולנטים. בד"כ מי שרוכש אותן הוא חברת המקור ולכן קוראים לזה חיזוק אשראי פנימי.

יש היגיון שחברת המקור תיטול את הסיכונים כי היא מכירה את המערכת ויש לה את המידע הרלוונטי. זה הגיוני שהיא תיקח את הסיכון ולכן כדאי להנפיק בפורמט שתואר לעיל לפיו חברת המקור היא שרוכשת את האגרות הנחותות.

חברת המקור מכירה את הסיכונים ויודעת בפועל מה אחוז הגביה ולפיכך היא יכולה להעריך את שווי הנכסים המאוגחים בצורה מדויקת יותר ולפיכך במחיר גבוה יותר. לעומת זאת השוק החופשי ייקח מרווח ביטחון ויעריך את שווי הנכסים בערך נמוך יותר, הוא לא ייקח סיכונים וילך על המקרה הגרוע יותר.

שני נותני שירותים נוספים הם :

4. נאמן - להנפקת אגרות חוב שתפקידו להגן על משקיעים הוא מקבל עידכ' על זרם התשלומים

5. חתם – עושה סקר שוק ומתחייב לרכוש את האגרות שלא ירכשו

שני נותני השירותים האחרונים הם נותני שירותי רגילים כמו בכול הנפקה רגילה של אג"ח.

בעולם, שוק האיגוח התחיל בשוק המשכנתאות והתפתח לכיוונים נוספים, למשל מפעלים שאיגוח את התשלומים המגיעים להם מהקונים. או חברות אשראי שהחלו לאפשר לשלם שכ"ד באמצעות ויזה היות וזהו תשלום בו אחוז הגבייה טוב מאוד, איגוח חברות האשראי זכות זאת. נעשה גם איגוח מוניציפאלי – של הארנונה.

בישראל תחום האיגוח נפוץ דווקא בענף הליסינג. חברות הליסינג מאג"חות את התשלומים המגיעים להן, וכך החברות משיגות מימון ומצליחות לרכוש את הרכבים. דוגמא לחבלי הקליטה של תחום האיגוח בישראל היא עסקת קאר אנד גו – car & go חברת ליסינג הנפיקה אגרות חוב מגובות בתשלומים של הרכבים. ביום אחד ירד הדירוג של הסדרה הזאת מ AAA לדירוג D שמשמעו הוא חדלות פירעון. הסתבר שהיה כשל תפעולי, התברר שתזרימי המזומנים שהיו אמורים להגיע לחברת הייעודית הגיעו לחברת המקור. זהו כשל משמעותי במודל. התברר גם שכספים שכן הגיעו לחברת הייעודית נמשכו לצרכים אחרים ממה שהיו מיועדים להם. במקרה זה הנאמן לא תיפקד כראוי והייתה עליו בקורת רבה. זאת ועוד, גם חברת מעלות שדירגה את העסקה חטפה ביקורות משמעותיות על כך שלא עלתה על הבעיות מבעוד מועד ולא דירגה את האג"ח בצורה נכונה. בעקבות זאת החברה המתחרה הוציאה ופרסמה סט הוראות לנאמן, מה יש לעשות וכד'. בתחילה הוראות (פנימיות) אלו הקשו על האיגוחים הבאים, אבל אח"כ נמצא האיזון המתאים.

פס"ד בנושא : בש"א (מחוזי ת"א) 8120/05 **דלויט טוש (ישראל) ברייטמן אלמגור נאמנויות בע"מ** **נ' בנק דיסקונט בע"מ**, תקדין-מחוזי 2005(3), 10575 (2005).

חברת מכתשים אגן וכימיקלים בישראל הנפיקו אג"ח מגובה בהכנסות של המכירות שלהם. ההנפקה של האג"ח שללו נעשתה בשוק האמריקאי.

בארץ דווקא המשכנתאות עדיין לא מאוגחות, שזה הפוך למה שקורה בעולם. הייתה הנפקה אחת של בנק כרמל שלא הצליחה בגלל חסמים שונים בין השאר גם בגלל שהיו עלויות גבוהות ומיסוי גבוה.

דבר נוסף שייחודי לארץ הוא שעד היום לא נמכרו אג"ח בשוק ההון החופשי, אלא רק למשקיעים מוסדיים.

23.1.2009 - שיעור מס' 12.

דובר על מודל האיגוח.
נתמקד בישום שלו ב :

שוק משני למשכנתאות

בארה"ב האיגוח החל בשוק המשני למשכנתאות. מתוך המשכנתאות התפתח המכשיר למגוון של תחומים, עד לדוגמאות אזוטריות למשל דויד בואי שאיגח את שיריו עוד לפני שנכתבו.

בארץ התופעה הפוכה. ראשית נעשה איגוח בתחומים שונים כגון ארנוהשל רשויות מקומיות ועוד. הנושא החם כיום הוא קניונים שמאגחים את השכירות שלהם.

דווקא איגוח של משכנתאות לא תפס בארץ בינתיים. אחת הבעיות היא עניין הרישום בטאבו. בארץ שיטת הרישום מסורבלת. אם מאגחים משכנתאות צריך גם להעביר את המשכנתא על שם של מי שרוכש אותה (החברה הייעודית) כי זה הביטחון שלו. כמו שהשיטה כיום בארץ, לא ניתן לעשות זאת על בסיס יום יומי, מה שצריך לעשות באיגוח. למרצה יש רעיונות ופיתרונות לבעיה זאת אשר נבדקים במשרד המשפטים. הבעיה שבנק (חברת המקור) מוכר את תזרים מזומנים מהקונה (הלקוח), תזרים אשר מובטח עי המשכנתא. את המשכנתא צריך להעביר על שם רוכש האג"ח. לבנק למשכנתאות יש תיקים של משכנתאות. הוא אוסף ומוכר אותם לחברה ייעודית לצורך העסקה. החברה הייעודית מנפיקה אג"ח מגובים במשכנתא = mbs. הכסף משמש לתשלום לבנק למשכנתאות. כך הבנק משיג מימון ביניים, והוא לא צריך לחכות 30 שנה עד שהמשכנתאות יפרעו. למשיקעים יש תחזית תשלומים של לזוי המשכנתא, זה תזרים יציב שמגובה עי הנכס הממושכן שמשמש כבטוחה. זה נקרא שוק משני למשכנתאות היות שיש אבחנה בין השוק הראשוני של המשכנתאות שהוא בין הלווה לבנק. לעומת זאת בשוק המשני ערך מסחר בני"ע שהתזרים הנובע מהם מובטח על ידי תיקי השקעות שנוצרו בשוק הראשוני.

הבנק למשכנתאות והלווים הם לא צד בשוק האיגוח, כי לקחנו עסקה ש"שוכבת" במגירה 30 שנה וזה לא הגיוני, כי אם יש נכס שווה כדאי להעביר אותו למי שמעריך אותו ביותר. כך מוזרם האשראי לשוק המשכנתאות.

משבר הסאב פריים

מודל האיגוח לא יכול להתגבר על פגמים בנכס הבסיס. אם יש פגמים כאלו בנכס הבסיס שום מודל לא יצלח. יש הבדלים בין השוק בארה"ב ולארץ. שם השוק לא מפקח כמו בארץ, המלווים הם לא הבנקים בדרך כלל. לפיכך, השוק היה מאוד תחרותי. המלווים ניאותו לתת משכנתאות עד 100% מהנכס, לא נעשו בדיקות יסודיות לעסקאות, לא בדקו הכנסה. כל זה נובע מהשיטה. ניתנו הלוואות non-recourse - שזה אומר שניתן להיפרע אך ורק מהנכס, ולא ניתן לגבות ישירות מהחייב. זה שונה לגמרי מהארץ. בארץ, ניתן לרדת לנכסים האחרים של הלווה יש לו גם חבות אישית וניתן לפעול גם נגדו אישית במקביל. בארה"ב לא היה ללווה אלמנט של סיכון בעסקה. הוא יכול היה לקבל 100% מימון. הוא לא הכניס מימון עצמי, ולכול היותר שלח בסופו של דבר את המפתח לבנק. בארה"ב זה נקרא : to send the key. זה עודד רכישת נכסים מעבר לשווים, גרם לשוק של מוכרים ונוצרה בועה. הבעיה מתחילה כשעוברים את שלב השיא, והנכסים מתחילים לרדת. מה שהיה צפוי כמו בכול

בועה שמתפוצצת בסופו של דבר. אם לווה צריך להחזיר יותר ממה שהנכס שווה לא כדאי לו להמשיך לשלם את ההלוואה. לפיכך, החלה תופעה של אי פירעון ההלוואות. החלה תופעה של שליחת המפתחות לבנק. אלו ניסו לממש את הנכסים, אבל המחירים לא היו טובים ונוצר משבר הסאב פריים.

כתוצאה מכך נפגע גם השוק המשני של איגו"ח העסקאות הנ"ל.
יש לזכור שהבעיה לא הייתה באיגו"ח ובשוק המשני, אלא בשוק הראשוני – בעסקאות הבסיס.

30.1.2009 - שיעור מס' 13.

האם ניתן לשעבד את הערת האזהרה. ?