

1. הסוואת שיעבוד

1.1 היסודות המשפטיים של שיעבוד ומשכון

היסודות של הדינים יסודם בדיני השיעבודים, עיקרם בחוק המשכון.

שיעבוד - על פי ס' 1 לחוק¹: משכון הוא שיעבוד נכס כערובה לחיוב ומזכה את הנושה להיפרע מנכס של חייב, החייב נותן לנושה נכס מסויים כמשכון, נכס שבבעלותו, ויש זכות להיפרע מהנכס אם לא סולק החיוב במועד הפירעון. מימוש המשכון על ידי מכירת הנכס בשוק החופשי, שבעקבותיה הנושה יכול להיפרע מהחוב. יש הרבה שאלות בנושא המימוש - נדון בהן בהמשך.

נוסף על חוק המשכון (חוק כללי - עוסק בכל סוגי הנכסים הממושכנים - מקרקעין, מטלטלין וזכויות) יש שני חוקים ספציפיים שעוסקים בנקודות מסוימות של מישכון נכסים:

1. חוק המקרקעין;
2. פקודת החברות.

חוק המקרקעין מקדיש מספר סעיפים לא רב למשכון של מקרקעין. משכון של מקרקעין הוא במשכנתא, וסעיף 4 לחוק המקרקעין מוגדר -

חוק המקרקעין - "4. משכנתא
משכנתא היא מישכון של מקרקעין."

בעברית מדוברת, אנו מתייחסים להלוואה בשם משכנתא. באופן משפטי אנשים נוטלים הלוואה ונותנים לבנק "משכנתא", דהיינו, משכון על הנכס.

את המקרקעין למדנו בנפרד בקורס דיני קניין, ובו דנו במספר עסקאות עיקריות במקרקעין. אם ישנן הוראות מיוחדות לגבי משכון בחוק המקרקעין, הן חלות על משכון מסוג זה. ההוראות הכלליות חלות בכל מקרה שאין בו הוראת חוק ספציפית.

¹ "1. מהות המישכון

(א) מישכון הוא שיעבוד 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."

פקודת החברות (לא חוק החברות) - רוב הפקודה בוטל אומנם בשנת 1999, אבל חלק נותר. בפקודה יש סעיפים שעוסקים בשעבוד שעשתה חברה, סעיפים 169 עד 200 לערך, לא בוטלו. היות ויש דינים מיוחדים על שיעבוד נכסי חברה, יש לפנות בנושא לפקודה. יש בפקודה הוראות מסויימות שנוגדות את חוק המשכון.

מכאן - **חוק המקרקעין עוסק בנכס, פקודת החברות בבעלי.** חוק המקרקעין עוסק במשכון נכס מסוג מקרקעין, בפקודת החברות מדובר בשיעבוד על נכסים אשר יצרה אותו חברה, מבלי קשר לאופי הנכסים. כאשר הממשכן הוא חברה נפנה לפקודה.

מלווה לוקח משכון כאשר החייב ממנו לקח משכון אינו יכול לפרוע את כל החובות שהוא חייב לנושים שונים. למשל א' חייב כסף לשלושה מלווים - ב', ג', ד'. במצב של חדלות פרעון, נניח שכל אחד מהם הילווה 1000 ש"ח ל - א'. ל - א' יש נכס (נכסים) בשווי 1000 ש"ח. הכלל היסודי הוא שוויון כל הנושים בפשיטת רגל. כל הנושים הרגילים נפרעים בשווה ביחס לחוב שמגיע להם. השוויון אינו שוויון מספרי (כולם מקבלים X) אלא שוויון בחלוקה לפי גובה החובות. המשפט מאפשר העדפת נושה מסויים, אם הוא דרש משכון על נכס, בעת מתן ההלוואה. אם הנכס היחיד של א', ולא משנה אופיו, ממושכן ל - ב', דהיינו, בין א' ל - ב' יש הסכם משכון, ו - ב' **פעל כדין**² ביחס למשכון, אז המשכון עומד לפירעון חובו של ב'.

אם ב' הוא נושה מובטח, א' יצר לטובתו משכון (א' ממשכן נכס מסויים ל - ב'), אז המשכון עומד לפירעון חובו של ב', ורק היתרה שתישאר תלך ל - ג' ו - ד'.

ברור כי מלווה מעוניין במשכון - כי משכון משנה את חלוקת הנכסים בין הנושים. נושים רגילים / בלתי מובטחים, מקבלים חלק קטן מגובה החוב המגיע להם. נושים מובטחים מקבלים בפרקטיקה 50% - 100% מהחוב המגיע להם. נושים רגילים מקבלים פחות, 10% עד 30%, בפרקטיקה.

אם יש שני שיעבודים על אותו נכס, יקבל זה שיש לו עדיפות, אחריו בעל השני בעדיפות. צריך להביא את כולם למצב של שוויון, ואז לחלק את היתרה.

1.2 יצירת המשכון

ליצירת משכון שני שלבים:

² ראה להלן.

1. שלב ראשון - הסכם משכון - חוזה בין א' ל - ב' שאמור לעמוד בכל הדרישות הרגילות של דיני החוזים.

בס' 4 בחוק המשכון, הסעיף המרכזי בחוק נקבע כי כוחו של המשכון יהיה יפה כלפי ג' ו - ד', לפי ס' 2, אם הופקד בידי הנושה, או אם נרשם בהתאם לתקנות.

חוק המשכון - " 4. כוחו של המשכון כלפי נושים אחרים -
כלפי נושים אחרים של החייב יהיה כוחו של משכון 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 המשכון בהתאם לתקנות שהותקנו לפי חוק זה**, אולם כלפי נושה שידע או היה עליו לדעת על המשכון יהיה כוחו של המשכון יפה אף ללא רישום."

דהיינו, לא מספיק הסכם משכון, צריך גם הפקדה או רישום.

אם נושא עשה את אחד משני הדברים האלה, דהיינו פנה לרשם המשכונות (יש אחד ליד כל בית משפט מחוזי) שאצלו רושמים שיעבודים, אז יהיה כוחו של המשכון לטובתו יפה כלפי הנושים האחרים, ג' ו - ד'. ההפקדה אינה שכיחה בפרקטיקה, היות וקשה להפקיד זכויות חוזיות, נדל"ן, וכו'.

2. שלב שני - "שכלול המשכון" - הפקדה או רישום (הפיכת הנושה לנושה מובטח).

הרישום בלשכה נקראת "רישום המשכון", שלב שני, שבו ניתן תוקף כלפי אחרים. אם ב' עשה זאת, הוא השתנה בסטטוס, הוא למעשה פגע ב - ג' ו - ד'. מדוע המשפט מתיר לפגוע בהם? התשובה בפסיקה ובספרות היא ששלב מספר שניים נותן מידע לנושים האחרים. העדיפות ל - ב' היא לאור יום, ואז ג' ו - ד' יכולים לכלכל את מעשיהם, הם יכולים להחליט אם לתת הלוואה ל - א' כרצונם. הם מלווים בלי משכון על בסיס שיקול דעתם.

הניתוח הכלכלי אומר ששיעור הריבית מאפשר פיצוי ל - ג' ו - ד'. ג' ו - ד' הם בדרך כלל הספקים והעובדים. ב' הוא בדרך כלל בנק, שהוא מלווה מקצועי, עיסוקו הוא מתן הלוואות, הוא יודע להעריך את הסיכונים של שוק האשראי וכיצד להתגונן בפניהם. לבנק יש יעצים משפטיים, הם שולחים הסכמים לרשם המשכונות כדבר שבשגרה.

מבחינת הספקים - עיסוקם מכירת נכסים, מתן אשראי זה עיסוק משני, וכל ספק נותן בפועל "אשראי ספקים", והוא מלווה לא מקצועי, הוא מכיר פחות את שוק המימון, יש לו פחות

ברירות, ולכן הוא נותן אשראי של 60-120 יום בדרך כלל. כשספק נותן סחורה מסכמים תקופה של תשלום. אם הלקוח קורס פיננסית, כשהספק בא, הוא מגלה שלבנק יש משכון, ולעיתים אף על הנכסים ש א' רכש מהספק.

כך, שישנם נושים שמחליטים לא לקחת משכון, שמפצים עצמם באמצעות שעור ריבית גבוה, או לקוח שרוכש סחורה ומועד התשלום אמור להיות בעוד חודש והספק הפך ללווה, יכולים להגיע למצב שהרכוש שלהם הפך להיות רכוש הבנק.

הדין הוא לטובת הנושים המועדפים, הספקים בדרך נפגעים. ספקים בדרך כלל לא מודעים לשיעבודים, אין להם ברירות, אם הם מחליטים לא לקחת משכון, לא יעזור להם מה שכתוב בספרי המרשם. כך, אם בדק במועד מסויים, וחודש אח"כ נרשם משכון, אז הספק פשוט לא יודע שיש משכון.

הבנקים גם נוהגים לבקש ערבות אישית של מנהל / בעלים. כשבעל המניות נדרש לחתום ערבות אישית לבנק, הוא ידאג שיהיה משכון של נכסי החברה לבנק, לטובתו.

כלומר - יוצרים הסכם, משכללים אותו על ידי הפקדה או רישום, ויש זכות לבעל המשכון.

1.3 מימוש המשכון

חוק המשכון מטפל במימון המשכון, מכירת הנכס "המשכון", ומהתמורה מפצים את הנפגע. ס' 17 סעיף קטן 2 לחוק המשכון מטפל במימוש המשכון: המימוש מבוצע על ידי ההוצאה לפועל. נושה רגיל צריך לפנות לביהמ"ש כדי לממש את נכסי א', לנושה מובטח יש זכות לגשת להוצאה לפועל.

חוק המשכון - 17. דרכי המימוש

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 למוסד בנקאי כמשמעותו בחוק בנק ישראל, תשי"ד-1954, 2, יכול שהמימוש יהיה על ידי המוסד עצמו ללא צו כאמור;

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

המחוקק מקפיד בדרך המימוש, כך למשל אם בעל דירה הפסיק לשלם אחרי עשר שנים - ההלוואה שנתרה - \$50,000, שווי הנכס \$200,000, הבנק יקבל בכל מקרה \$50,000, לכן

לא איכפת לו בכמה יימכר הנכס. החוק מעוניין שלא רק האינטרסים של הנושה (מהירות) יתקיימו, אלא גם האינטרסים של החייב, למכור את הנכס הממושכן במחיר המכסימלי. יתר על כן, גם **למפרק** שמייצג את הנושים הרגילים יש אינטרס למחיר גבוה. **המפרק (בחברה)** או **הנאמן בפשיטת רגל (ליחיד)** תפקידו לאסוף את כלל נכסי א', לתבוע תביעות בשמו בגין חובות ל - א', אם יש, ומחלק את הנכסים.

כך, שיהיה מתח בין הנושים הרגילים לבין הנושה המובטח. המפרק הרגיל ממילא משתכר שכר טרחה לפי חלק ממה שהשיג לנושים. הוא ישתדל לתקוף את המשכון שנרשם, בדרכים שונות. מפרק טוב צריך לבדוק האם השעבוד עומד בכל הדרישות. לכן, המפרק וכונס הנכסים (יש כמה פרשנויות למושג זה, בדרך כלל כונס הנכסים ממונה על ידי הנושה המובטח) הם במצב של אינטרסים מנוגדים.

מפרק טוב ינסה לפסול שיעבודים, כי הוא איש של הנושים הלא מובטחים. הבנק מבקש מההוצאה לפועל למנות כונס, בדרך כלל כונס מסויים.

חוק המשכון כולל הבדל אחד עקרוני ממרבית החוקים האזרחיים האחרים - **הוא קוגנטי** ולא דיספוזיטיבי, אי אפשר להתנות עליו.

היותו של חוק המשכון חוק קוגנטי נובעת הן מסימנים בחוק עצמו, כך למשל אין בו סעיף מסוג "הוראות חוק זה יחולו כל עוד לא סוכם אחרת בין הצדדים". ס' 16 ב' קובע כי הצדדים לא רשאים להתנות על תנאי המימוש.

חוק המשכון - 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.

מלואים מקצועיים נוהגים לקחת משכון גבוה משמעותית מההלוואה, ונוהגים לתת סעיפי תנאי מסוג "אם לא משולמת עד ליום... הנכס עובר לבעלות הנושה". הלווה בדרך כלל יסכים לזה, כי הוא מאמין שיוכל לשלם. אם המשכון עובר כולו לבעלות המלווה, אז נפגע הלווה, וזה לא עומד בתנאי הסעיף, ובעניינים אלה החוק הוא קוגנטי.

המחוקק העריך שכוחו של המלווה חזק מכוחו של הלווה, לכן המחוקק בא להגן על הלווה מפני מצבים שיאבד את מלוא הנכס, מעל שווי החוב. נושא החייב הוא משני, היות ויש

אינטרס למחוקק להגן על צדדים אחרים, וכך למשל בדרש רישום המשכון כדי להגן על ג' ו - ד'.

חוזה המשכון אינו רק חוזה בין שני צדדים, כי ההשלכה של ההסכם בין א' ל - ב' היא בעיקרה על ג' ו - ד', שאינם צד לחוזה, אלא הם יודעים עליו רק באמצעות רישום. החוק אינו מאפשר פגיעה בהם, ולכן דורש רישום, זאת הוראה קוגנטית שאין לעקוף אותה.

1.4 השוואת המשכון

סעיף 2 ב לחוק המשכון עוסק במשכון מוסווה.

זוהי עסקה שעל פניה לא רואים את אופי של משכון (הלוואה ושעבוד) אלא מופיעה כעסקה אחרת, למשל עסקת מכר. ס' 2 קובע כי על כל עסקה בעלת אופי של משכון, גם אם לא כונתה כך, יחולו כל הוראות החוק. סיווג העסקה יעשה על פי מהותה ולא על פי כינוייה. זוהי הוראה קוגנטית ולא ניתן להימנע ממנה.

א' ו- ב' עשו שני הסכמים ביניהם –

1. הסכם הלוואה – על פי ההסכם א' מלווה ל- ב' סכום כלשהו. החוזה הוא חוזה סטנדרטי של הלוואה ללא בטחונות.
2. הסכם מכר – עסקה של מכירת קרקעין בין ב' ל- א'. בחוזה נקבע כי סכום הכסף שא' הלווה ל- ב' יהווה תשלום בעבור המקרקעין.

בין החוזים קיים קשר – בחוזה צוין כי במידה וב' יחזיר את הלוואה עד למועד מסויים, הסכם המכר בין הצדדים יבוטל. } תנאי מפסיק

קיימים מקרים בהם הצדדים קובעים כי הסכם מכירת המקרקעין יכנס לתוקפו רק במידה וההלוואה לא תוחזר עד למועד מסויים. } תנאי מתלה

נפנה לסעיף בחוק המשכון, שעומד בבסיס פסקי דין רבים בשנים האחרונות, ונדון בו בהמשך, ס' 2 ב'.

חוק המשכון - 2. תחולה

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

משפטן פועל בדרך של סיווג, ניתוח מערכת עובדות, בודק האם העסקה היא מכר או משכון, ואז פונה לחוק המתאים. ס' 2 ב' קובע כיצד לסווג משכון, וכי ייקבע לא לפי הצורה, לא לפי כינויה, אלא לפי מהות העסקה.

בפס"ד שוויגר נ' לוי וכספי נ' נס ביהמ"ש קבע כי אין פה שני הסכמים אלא הסכם אחד בלבד. הסכם המכר אינו עומד בפני עצמו - יש כאן הסכם הלואה ונטילת משכון. ב' לווה סכום כסף מ-א' והצדדים לא רוצים שזה יופיע כמשכון ולכן משתמשים בטכניקה זו.

מה יכול להיות אינטרס הצדדים להסתיר את מהות העסקה? -

כאשר ערך הנכס הממושכן גבוה מסכום ההלוואה. ב' זקוק למזומנים ו-א' מנאיב את תנאי ההלוואה (מנצל את כוחו). א' קובע כי ב' יעביר אליו נכס בשווי גבוה מערך ההלוואה, תמורת המזומנים. אם החוב לא נפרע הנושה צריך לממש את המשכון והעודף צריך להיות מוחזר ללווה. הלווה מצפה שיצליח להחזיר את ההלוואה במועד ואז אין לו סיכון עסקי.

כך, שניתן לבנות עסקאות של מתן אשראי ולקיחת שיעבוד בטרמינולוגיה של השכרה ומבלי לעשות שימוש במילים כשיעבוד ומשכון, וקובע ס' 2 ב', שאם הסכם הוא שיעבוד במהותו, יש לפעול לפי החוק. מה זאת בחינה מהותית? משכון הוא הסכם שמזכה את הנושה להיפרע מנכס מסויים, בעדיפות על פני נושים אחרים. אם הסכם מסויים, תוכנו האמיתי הוא להעניק לנושה של לווה פלוני עדיפות על נושים אחרים, אם זה תוכן ההסכם וזה מה שמראות הנסיבות, הסכם זה יהיה הסכם משכון, והוראות החוק יחולו עליו.

ס' 2 ב' משתלב עם הקוגנטיות של חוק המשכון, בכך שהוא מתעלם מהשם שניתן להסכם בהסכם עצמו. כך למשל בחוזי שכירות רושמים שהוראות חוק השכירות לא יחולו, ויש בחוק השכירות אולי 2 סעיפים קוגנטיים. לעומת זאת מחוק המשכון לא ניתן להתעלם בדרך של ניסוח. נושה מתוחכם יותר רוצה להבטיח שאם החייב לא יעמוד בתנאי ההלוואה הוא יקבל את כל הנכס ולא רק את ההלוואה. היות וחזיתית לא ניתן לרשום "חוק המשכון לא חל", הנושה ינסה להסוות את מהות ההסכם. בשיעורים הבאים נראה כיצד מנסים לעשות זאת.

חוק המשכון קובע כי הקביעה אם הסכם מסויים הוא משכון ולכן החוק יחול, תבוצע לא לפי ניסוח החוזה אלא לפי כלל הנסיבות. אם הנסיבות מראות שההסכם מעדיף נושה אחד על אחרים, הקוגנטיות היא שקובעת.

הלכת "פס"ד אהרונב" - בהמ"ש קורא לזכויות חוזיות ביחס לנכס במקרקעין מעין "זכות קניינית" ויש לזה משמעות עצומה כלומר יש תחרות בין הזכויות. - ביהמ"ש קבע בפסק הדין שיש זכויות שביושר (פטנט פרשני) הכוונה לסעיף 161 לחוק המקרקעין "161. שלילת זכויות שביושר - מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק". הסעיף מבטל זכויות ביושר שהיו במשפט האנגלי אבל לפי פס"ד אהרונב אין בכך לבטל זכויות שביושר של תוצרת ישראל, קרי זכויות חדשות. בפס"ד אהרונב, בית המשפט קבע שניתן לקבוע "זכויות שביושר" = זכות שניתנת להגנה כמו זכות קניינית. בעסקה/חוזה בשלב לקראת הפיכה לזכות קניין נותנים לה זכות "מעין קניינית". זכות חוזית היא לא ברמה של זכות קניינית. במקרקעין זה מהותי כי עדיין אין רישום בטאבו וכד'.

מס. ע.א.189/95 .
הליך:

צדדים: בנק אוצר החייל בע"מ נגד מזל אהרונב
תאריך: 16.8.99

תמצית התקציר: זכות במקרקעין מכח הסכם רכישה עדיפה על עיקול³ מאוחר גם אם לא נרשמה הערת אזהרה

מחוזי ת"א - ה.פ. 1723/91 - הערעור של הבנק נדחה.

א. המשיבה ובעלה לשעבר נישאו בנובמבר 65 וב-79 רכש הבעל קרקע חקלאית פנויה. באוגוסט 89 ערכו הבעל והאשה הסכם גירושין שחלקו הממוני אושר כהסכם ממון על פי חוק נכסי ממון בין בני זוג. על פי ההסכם התחייב הבעל להעביר את המקרקעין לבעלותה המלאה של האשה. בני הזוג התגרשו בנובמבר 90 אך המקרקעין לא הועברו על שמה של האשה ואף לא נרשמה הערת אזהרה על זכויותיה. לאחר שאושר הסכם הממון, לאחר הגירושין, הגיש הבנק תביעה כספית נגד הבעל, בגין חוב שנוצר - לטענת הבנק - בעת שבני הזוג היו נשואים ולפני שנחתם הסכם הגירושין. החוב נוצר כתוצאה מערבות שנתן הבעל לאחיו. במסגרת התביעה של הבנק הוטל על המקרקעין עיקול זמני שאושר בסיום ההליכים. האשה ביקשה סעד הצהרתי שלפיו היא בעלת הזכות המלאה במקרקעין מכח ההסכם התקצירי: ולחילופין ביקשה היא להצהיר על זכותה במחצית מן הזכויות במקרקעין מכח הלכת השיתוף ולצמצם את העיקול בהתאם. הצדדים הסכימו שמדובר בשני צדדים תמי לב, היינו שהבנק לא ידע במועד העיקול על זכויות האשה במקרקעין ושלא היתה כאן קנוניה להברחת נכסים בין הבעל והאשה .

ב. ביהמ"ש המחוזי פסק כי זכותה של האשה במקרקעין מכח ההסכם שאושר ושניתן לו תוקף של פס"ד גוברת על זכותו של הבנק מכח העיקול. ביהמ"ש סבר כי "אם ניתן משנה תוקף להסכם ממון... באמצעות אישור ההסכם כפס"ד ע"י ביהמ"ש, צד שלישי אינו יכול להטיל עיקול על זכויות אשר זה מכבר אינן בבעלות החייב". עוד קבע השופט כי מדובר כאן בעיקול, בו אין לראות עיסקה נוגדת, ועל כן אין ליישם את ההלכות שלפיהן זכויותיה הבלתי רשומות של האשה מכח הלכת השיתוף במקרקעין שאינם דירת מגורים, אינן יפות כלפי בעל התחייבות חוזית

³ "עיקול" לעומת כלל הנושים המיוצגים על ידי המפרק.

נוגדת שהסתמך על המרשם בתום לב. הערעור נדחה .

ג. ביהמ"ש העליון קבע כי אישור ההסכם ע"י ביהמ"ש אינו מוסיף לו משנה תוקף, זאת גם אילו היה מדובר בפס"ד שהעניק זכויות לתובע, ועל אחת כמה וכמה כשמדובר בהסכם ממון שאושר ע"י ביהמ"ש שאיננו "פסק דין". כך שגם אם נסבור כאלה הסוברים כי מתן תוקף של פס"ד להתחייבות חוזית נותן לה עדיפות על פני עיקול מאוחר, שאלה שאפשר להשאיר אותה בצריך עיון, הרי אישור פסה"ד אינו מכריע במחלוקת בין הצדדים. קודם לחוק המקרקעין, 1969 בהתחרות בין התחייבות בלתי רשומה למכירת מקרקעין לבין עיקול מאוחר ממנה, הוכרה זכותו העדיפה של בעל הזכות במקרקעין על פני העיקול המאוחר. הכרה זו התבססה על בעלות שביושר שנקלטה בארץ מכללי היושר האנגליים. חוק המקרקעין ביטל בסעיף 161 את הזכויות שביושר והפסיקה שבעקבותיו סברה שאין כלל זכויות שביושר בישראל.

ד. בעקבות החוק הועמדו לבחינה מחדש שאלות רבות בדבר זכויות במקרקעין והסדרתן וביניהן שאלת מעמדו של בעל התחייבות בלתי רשומה אל מול זכותו של המעקל המאוחר. סוגייה זו נדונה והוכרעה בהלכת בוקר (רע"א 178/70 (פד"י כ"ה(2) להלן: הלכת בוקר ((שקבעה כי העיקול המאוחר גובר על התחייבות הקודמת הבלתי רשומה. על הלכת בוקר נמתחה ביקורת מלומדים שהופנתה הן כלפי המסקנה המשפטית שחוק המקרקעין ביטל כליל את הזכויות שביושר והן כלפי התוצאה הקשה שגררה עמה כאשר מי שרכש דירה ושילם את תמורתה יצא וידיו על ראשו. בעקבות הלכת בוקר תוקן חוק המקרקעין ונקבע כי מי שרכש מקרקעין ורשם הערת אזהרה זכותו קודמת למי שרשם לאחר מכן עיקול .

ה. עתה החליט ביהמ"ש העליון לשנות את הלכת בוקר ולקבוע כי מי שרכש מקרקעין גם אם לא רשם הערת אזהרה זכותו עדיפה על פני מעקל שעיקל את המקרקעין לאחר מכירתם. זאת בין אם יראו את הרוכש הקודם כבעל זכויות שביושר "נוסח ישראל" במקרקעין; בין אם יראו את הבעלים של המקרקעין כמחזיק אותם בנאמנות עבור הרוכש; ובין אם יראו את הרוכש כבעל זכויות מעין קניניות במקרקעין. שופטי ביהמ"ש העליון בפסקי דין נפרדים הגיעו לאותה מסקנה אם כי מנקודות מבט שונות. סיכומו של דבר שזכותה של האשה בענייננו עדיפה על פני הבנק המעקל שכן היא רכשה את הזכויות במקרקעין לפני הטלת העיקול. ביהמ"ש העליון דן בהזדמנות זו בשאלה של שינוי פסיקה קודמת והגיע למסקנה כי אין מניעה לעשות כן בענייננו .

פס"ד כספי נ' הנאמן שלמה נס (ניתן אחרי פס"ד אהרונוב)

הזוג כספי נותן לחברת "דיור לעולה" הלוואה של \$240,000 ודיור לעולה חותמת איתם זכרון דברים למכר דירה. רק כעבור שנה נחתם הסכם מכר. לא נרשמת הערת אזהרה. ואחרי שבוע "דיור לעולה" נכנסת להליכי חדלות פרעון וממונה נאמן, הנאמן טוען שצריך ללכת לפי 2 (ב) – בדיקה מהותית מראה שהיה כאן הסכם משכון במסווה של "מכר". הזוג כספי לא רשמו את המשכון ולשיטת הנאמן אינם נושה מובטח. הזוג כספי טוענים שיש עסקת מכר. הם קונה. ולכן עדיפים על הנושים האחרים.

בפס"ד נדון סעיף 2(ב) לחוק המשכון והפעלתו. פסה"ד עסק בצדדים שהתקשרו בהסכם הלוואה עם הסכם אופציה הנתונה למלווה לרכוש נכס מסויים מהלווה (עם קורלציה בין שני ההסכמים). לאחר כשנה וחצי, נכנס החייב לקשיים כספיים והצדדים חתמו על הסכם מכר מוחלט של המקרקעין. ביהמ"ש ראה בחתימה על עסקת המכר במציאות בה נודע לנושה כי

החייב בקשיים כחוזה שבא לתת העדפה פסולה של נושה. ביהמ"ש ראה בעסקה משום עסקת משכון שלא נרשמה ככזו ובכך הפעיל את הוראות סעיף 2(ב) לחוק המשכון.

ביהמ"ש – קובע באוביטר הלכה חדשנית - קונה דירה שיש לו ביד רק הסכם מכר עדיף על כלל הנושים האחרים ביחס לדירה.

זה פיתוח של פס"ד אהרונב – שם נקבע שנושה שיש לו הסכם מכר בלבד, עדיף על מעקל.

פה ביהמ"ש קובע שיש משכון מוסווה ולא מכר אמיתי:

1. הסכם מכר מפורט נכרת סמוך מדי למועד חדלות פרעון ולכן ניתן לביטול
2. זכרון הדברים נכרת שנה וחצי לפני הסכם המכר והוא נחתם ביחד עם הסכם ההלוואה ולכן רואים את זכרון הדברים כהסכם משכון מוסווה (דירה כבטוחה להלוואה) ומחילים את ס' 2(ב).

משכון מוסווה לא נירשם ולכן כספי הפסידו את זכותם על הדירה, לפי הסכם המכר.

מ. הליך: ע.א. 3911/01.

צדדים: זהר ושרון כספי נגד שלמה נס, רו"ח ודיור לעולה בע"מ

תאריך: 17.10.02

שופטים: הנשיא ברק, גב' שטרסברג-כהן, ריבלין. החלטה - השופטת שטרסברג-כהן עוה"ד בנקל יוסף וגלינקא שמואל למערערים, עוה"ד מאיר בר טוב, שלמה נס, ליפא מאיר, בובליל רחמים ויפרח יוסף למשיבים

אי הכרה בחוזה מכר דירה שנעשה סמוך למתן צו הקפאת הליכים לבקשת החברה המוכרת.

תמצית התקציר: אופציה בזכרון דברים למכירת דירה, שניתנה יחד עם הסכם הלוואה, מהווה עיסקת משכון מוסווית שיש לרשמה אצל רשם החברות. הוכחת כוונה של העדפת מרמה של נושים. סמכויות נאמן

מחוזי ת"א - בש"א 32167/00, תיק פש"ר 1011/00 - הערעור נדחה.

א. ביום 20.8.98 נחתמו בין המערערים לבין דיור לעולה (להלן: החברה) שני הסכמים: האחד הסכם הלוואה והשני הסכם אופציה (להלן: "זכרון הדברים"). בהסכם הלוואה התחייבו המערערים להעמיד לחברה הלוואה בסכום של \$240,000. מתוך סכום זה שולם לחברה סך של \$198,000 להבטחת פירעון הלוואה התחייבה החברה להעביר למערערים את הבטוחות הבאות: את זכויותיה בדירה ברח' אפרים ברמת גן, ערבות בנקאית, שטר בטחון, וערבות אישית של בעל השליטה בחברה. בזכרון הדברים העניקה החברה למערערים אופציה לרכישת דירה בבניין ברח' אפרים, שנבנה ע"י החברה, תמורת סך של \$240,000, ונקבע כי חוזה בין הצדדים לרכישת הדירה ייחתם תוך 45 יום מחתימת זכרון הדברים. ברם, רק ביום 29.12.99 נחתם הסכם המכר בין הצדדים.

גוף התקציר:

ב. ביום 9.1.00 נתן ביהמ"ש, לבקשת החברה, צו להקפאת הליכים, והמשיב 1 מונה כנאמן. המערערים הגישו לנאמן הוכחת חוב בסכום של 235 אלף דולר. בהוכחת החוב נאמר כי הסכום הנתבע ניתן לחברה בתמורה עבור

הדירה, וכי הוכחת החוב מוגשת מטעמי זהירות בלבד. בהחלטתו, דחה הנאמן את הוכחת החוב שהגישו המערערים. הוא לא הכיר בתוקפו של הסכם המכר וקבע כי ההתקשרות בהסכם מהווה מעשה של העדפת נושים שלא כדין. על החלטת הנאמן הגישו המערערים ערעור לביהמ"ש המחוזי וערעורם נדחה.

ג. זכרון הדברים נועד להעמיד בטוחה להסכם הלואאה. מסקנה זו עולה, בין היתר, מכך שהסכם הלואאה וזכרון הדברים נחתמו באותו יום; גובה הלואאה זהה למחיר הדירה בזכרון הדברים; האופציה שניתנה בזכרון הדברים, לחתום על חוזה מכר תוך 45 יום, לא מומשה; הסכם המכר נחתם ימים ספורים לפני הגשת הבקשה להקפאת הליכים; לבעל השליטה בחברה, שערב אישית להסכם הלואאה, היה עניין להעדיף את המערערים על נושיה האחרים של החברה.

ד. כיוון שהאופציה שבזכרון הדברים מהווה בטוחה להסכם הלואאה, הרי זו עיסקת משכון מוסווה, לפי הוראת סעיף 2(ב) לחוק המשכון. משכך, היה על ה"משכון" להירשם על-פי הוראות סעיף 178(א)(2) לפקודת החברות, הקובע כי שעבוד נכס מקרקעין ע"י חברה שלא נרשם אצל רשם החברות, יהיה בטל כלפי "המפרק וכל נושה של החברה."

ה. באשר לשאלה אם הסכם המכר יש בו "העדפת נושים" - התשובה היא חיובית. בהסכם המכר, קיבלו המערערים התחייבות מאת החברה להעביר להם את הבעלות באחת הדירות בפרויקט, ולרשמה על שמם. זוהי זכות "מעין-קניינית", הפועלת כלפי צדדים שלישיים. לעומת זאת, לפני עשיית ההסכם, עמדה למערערים נגד החברה, רק זכות אובליגטורית רגילה, המובטחת בערבות אישית. לפי נסיבות המקרה הרי זו העדפת נושים שלא כדין, שהיא "העדפת מרמה" ולפיכך בטלה.

ו. מי שמבקש לפסול פעולה משפטית כהעדפת מרמה, צריך להוכיח כי מטרתו הדומיננטית של החייב בביצוע ההעברה היתה להעדיף נושה מסויים. יש להוכיח כוונת מרמה סובייקטיבית מצד החייב, ואין די בהעדפה אובייקטיבית. ניתן להוכיח את כוונתו הסובייקטיבית של החייב ע"י ראיות נסיבתיות, ובענייננו, קיים מצבור גדול של נסיבות כדי להוכיח כי החברה התכוונה להעדיף את המערערים כשעשתה עמם את חוזה המכר.

ז. טענת המערערות, לפיה לא היה הנאמן מוסמך לבטל את הסכם המכר מחמת העדפת מרמה, היא חסרת בסיס. **סמכויות הנאמן בשיקום חברה אינן מוגדרות במפורש בחוק. הפרקטיקה המשפטית והשיפוטית, משלימה את החסרים שבדיני שיקום החברה מתוך דיני הפירוק ולפי זה בידי הנאמן אותן הסמכויות המוקנות, בדיני הפירוק, למפרק.** הסמכתו של הנאמן, בסעיף 34 להסדר הנושים, לאשר את תקפותם של ההסכמים לרכישת דירות טומנת בחובה, כמובן, גם את הסמכות שלא לאשרם.

מקרה דומה היה גם בע"א 196/87 שוויגר נ. לוי. אילו לא היה ביהמ"ש רואה כאן העדפה פסולה של נושה - היה רואה בחוזה המכר עדיפות על פני הסכם הלואאה רגיל.

מס. הליך: ע.א.196/87.

צדדים: רות שויגר נגד אליהו רז לוי ואח'

תאריך: 27.4.92

שופטים: הנשיא שמגר, גולדברג, אור

תמצית התקציר: **תקפותו של חוזה שנחזה כ"חוזה מכר" ולמעשה היה חוזה משכון להבטחת הלואאה.**

עדיפותו של חוזה מכר אמיתי שנערך לאחר מכן עם אחרים

גוף (מחוזי ת"א - ה.פ. 1019/85 - הערעור נתקבל ברוב דעות הנשיא שמגר והשופט גולדברג נגד דעתו החולקת של השופט אור.)

א. המשיב 2 (להלן: פרידמן) הינו הבעלים הרשום של דירה (להלן: הדירה). ביום 16.12.84 נכרת חוזה בין פרידמן לבין המשיב 1 (להלן: רז) שלפיו נרכשו זכויותיו של פרידמן בדירה ע"י רז בסכום של 60,000 דולר. 40,000 דולר שולמו במעמד חתימת החוזה ונקבע שהיתרה תשולם עם מסירת החזקה בממכר. על פי החוזה היתה החזקה אמורה להימסר עד 1.3.85. פרידמן חתם על הצהרה למס שבח, בקשת פטור ממס שבח וכן נתן יפו"כ בלתי חוזר להעברת הדירה ע"ש רז. ביום 28.3.85 נרשמה הערת אזהרה לזכות רז בלשכת רישום המקרקעין. פרידמן חזר ומכר את זכויותיו בדירה, לאמה המנוחה של המערערת (להלן: המנוחה) ובקשר לכך נחתם בין פרידמן למנוחה חוזה מכר ביום 18.4.85 וביום 23.4.85 נרשמה הערת אזהרה לזכות המנוחה. החזקה בדירה נמסרה בפועל למנוחה. בעת שחתמה על החוזה ידעה המנוחה על החוזה עם רז. המנוחה שילמה עבור הדירה 66,000 דולר.

ב. לימים ביקש רז לרשום את הדירה על שמו. משנתברר לו כי חרף הערת האזהרה וחוזה המכר בינו לבין פרידמן, נרשמה הערת אזהרה לזכות המנוחה ואף הועברה אליה החזקה בדירה בפועל, פנה רז לביהמ"ש בדרך של המרצת פתיחה וביקש לקבוע את זכויותיו בדירה שהן עדיפות על אלה של המנוחה.

ג. לאחר חתימת החוזה בין פרידמן לרז וקודם פנייתו של רז לערכאות היו מספר התפתחויות ביחסיו עם פרידמן. עקב סכסוכים בין השניים, הן בשל הלוואות שהלווה רז לפרידמן והן בשל טענת רז לזכויות בדירה, התקיימה בין הצדדים בורות. על פי האמור בכתב תביעתו של רז בפני הבורר, הלווה רז כספים לפרידמן, ופרידמן צריך להחזיר לו את ההלוואה שקיבל בצירוף ריבית, עד חודש מרץ 85, או למסור לו את החזקה בדירה ולקבל את יתרת מחיר הדירה. הצדדים הגיעו להסכם פשרה בפני הבורר, שלפיו ישלם פרידמן לרז סכום שנקבע בהסכם הפשרה ורז הפקיד מסמכים שהיו מיועדים לביטול חוזה מכר הדירה ולביטול הערת האזהרה. פרידמן לא עמד בהתחייבות התשלום על פי הסכם הפשרה ומשהתברר לרז דבר קיומו של החוזה בין פרידמן למנוחה הגיש את תביעתו לביהמ"ש. ביהמ"ש קבע כי בין אם מדובר בחוזה מכר בין פרידמן לרז ככזה, ובין אם מדובר בחוזה מכר שהוא בחינת בטחון לתשלום כספים, עומדת לרז זכות לממש את החוזה ולקבל את רישום הזכויות בדירה על שמו. לפיכך קבע ביהמ"ש כי רז זכאי להרשם כבעל הדירה וכי המערערת אינה זכאית לכל זכויות בדירה. הערעור נתקבל ברוב דעות הנשיא שמגר והשופט גולדברג נגד דעתו החולקת של השופט אור.

ד. המערערת טענה כי חוזה המכר אינו אלא הסוואה להתחייבות לעשות משכנתא כבטוחה להחזר הלוואה בסך 40,000 דולר, כך שרז אינו יכול להסתמך על החוזה כהתחייבות להקנות זכויות בעלות בדירה משום שמדובר בחוזה שהוא חוזה למראית עין; כיוון שמדובר בחוזה למראית עין יש לתת תוקף לכוונה האמיתית של הצדדים לחוזה הנסתר, ובענייננו מדובר בחוזה משכון ואולם לדעת המערערת גם אין לרשום משכון לטובת רז שכן כחוזה משכון אין החוזה עונה על הדרישות של החוק לגבי צורת החוזה הנוגע למשכון על פי חוק המקרקעין וחוק המשכון.

ה. השופט אור בדעת מיעוט סבר כי אין מדובר בחוזה משכון אלא בחוזה מכר ויש להעדיף את זכויותיו של רז על פני זכויות המנוחה. למעלה מן הצורך הבהיר כי אם אין זה חוזה מכר אלא חוזה של התחייבות לרישום משכנתא, הרי שהחוזה עונה על הדרישות של הכתב וזכותו של רז לקבל רישום של משכנתא.

ו. הנשיא שמגר והשופט גולדברג בשני פסקי דין נפרדים, סברו כי חוזה המכר אינו אלא נסיון לעקוף את הצורך ברישום משכנתא וכי אין מדובר בחוזה מכר אלא בחוזה שעניינו מתן ערובה לרז לתשלום הלוואה. כיוון שכך עדיפה זכותה של המנוחה לקבלת הדירה כקונה. מאידך, ניתן לראות בחוזה המכר את מה שהצדדים התכוונו לו, היינו חוזה למשכון הדירה ולפיכך, בכפוף לרישום הדירה ע"ש המערערת כיורשת של המנוחה, תרשם משכנתא בסכום של 40,000 דולר לטובת רז. שלשת פסקי הדין הם פסקי דין נרחבים ונסקרים בהם כל הנושאים הנוגעים לחוזה למראית עין, חוזה מכר שעניינו למעשה בטחון להלוואה, הכתב הנדרש לעסקאות במקרקעין אם למכר ואם למשכון, השלכותיו של חוק המשכון,

תום לב של מי שטוען צורך במסמך בכתב ותום הלב כשצד שלישי טוען לצורך במסמך בכתב וכיוצא באלה נושאים .

(בפני השופטים: הנשיא שמגר, גולדברג, אור. ע"ד ר. שנקר למערערת, ע"ד פ . וסרמן למשיבים. 27.4.92 .)

1.5 מימוש המשכון, הוראה קוגנטית בחוק המשכון

ס' 16 ב לחוק המשכון קובע כי אין להתנות על דרכי המימוש לחוק זה.

חוק המשכון - 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.

חוק זה קובע איך ממשים משכון (הוצאה לפועל ואת העודף מחזירים). כלומר, גם אם ערכו הצדדים חוזה מכר נפרד למועד מאוחר למועד החזר ההלוואה, כך שאם הלוואה לא תוחזר יממש את הנכס (לפי החוזה הנפרד) סעיף 16 ב לא ניתן תוקף לתנאי זה.

ביהמ"ש יפסוק כי מדובר בחוזה משכון כאשר מתקיימים התנאים הבאים:

1. כאשר המחיר של עסקת מקרקעין אינו ראלי ומקביל לגובה ההלוואה שנקבעה.
2. בהסכם מקרקעין לאחר חתימת ההסכם, הנכס מועבר בדרך כלל לקונה. כאשר אין העברת הנכס לקונה מדובר בעסקת משכון.
3. בעסקת מקרקעין חייבים לדווח תוך 30 יום לרשויות המס על פי דיני מס שבח. במידה ולא בוצע דיווח מדובר בעסקת משכון.