

4. ליסינג

4.1 מישכון

4.1.1 עסקת מכר שאינה ליסינג

עסקת מכר – העברת בעלות. בעלות ושכירות הן שתי זכויות בסיסיות ברשימת הזכויות המצומצמת. מה ההבדל בין העברת בעלות להעברת שכירות? סעיף 3 לחוק המקרקעין ובסעיף 1 לחוק השכירות והשאלה, להלן:

חוק המקרקעין שכירות ושאלה - ס' 3, שכירות
"שכירות מקרקעין היא זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות; שכירות לתקופה שלמעלה מחמש שנים תיקרא "חכירה"; שכירות לתקופה שלמעלה מעשרים וחמש שנים תיקרא "חכירה לדורות".

חוק השכירות והשאלה ס' 1, מהות השכירות
שכירות היא זכות שהוקנתה בתמורה (להלן - דמי שכירות), להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות.

כך, שהשכרה היא העברת הזכות להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות.

הגדרת בעלות (סעיף 2 לחוק המקרקעין ולחוק המיטלטלין) דומה -

ס' 2 לחוק המקרקעין: בעלות
הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם.

חוק המיטלטלין: 2. בעלות
הבעלות במיטלטלין היא הזכות להחזיק ולהשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה, בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם.

הרכיבים העיקריים בבעלות הם לכאורה דומים לאלה של שכירות – זכות ההחזקה וזכות השימוש. ההבדל העיקרי הוא ששכירות היא לא לצמיתות ואילו בעלות - היא הזכות להחזיק ולהשתמש לצמיתות.

ישנם מקרים שהצדדים עושים הסכם שכירות ל 999 שנים בתום התקופה המושכר חוזר לבעלים. הסיבה – יש בעיה משפטית או טכנית ומגבלות על העברת בעלות ורוצים להימנע מהעברת בעלות לכן עושים עסקה למאות שנים.

חוק מקרקעי ישראל – חוק זה מטיל איסור על העברת מקרקעין שבבעלות המדינה לצד ג'. המדינה משכירה ל - 49 שנים או 99 שנים. חוק המקרקעין אינו מתיר לעשות עסקה בחלק מיחידת רישום. אפשר להיות שותף ב 50% לא מוגדרים, אבל בחלק ספציפי אי אפשר ולכן עושים זאת בצורה של שכירות לטווח ארוך. מכאן, שאם ביהמ"ש פוגש שכירות לטווח מאוד אזי יצטרך להתלבט בין הטלת דיני מכר או דיני שכירות. בד"כ הולכים לפי מהות ולא לפי הצורה.

בעיה דומה של סיווג למכר או שכירות עשויה להתעורר גם במיטלטלין. ראובן בעלים של מחשב משכיר את המחשב לשמעון ל 15 שנה. ערכו השיורי של מחשב בתום התקופה הוא אפסי ואז נשאלת השאלה האם מדובר בשכירות או במכר? מבחינה פורמאלית, צורנית, זו שכירות או שמא נאמר שמבחינה מהותית כעבור 15 שנים זכות החזרה של הבעלים שווה לאפס ואז זו עסקת מכר.

שכירות מבוססת על כך שהנכס חוזר לבעליו בתום תקופת השכירות. אחרי 15 שנה זכות המשכיר במחשב הנ"ל שוויה אפס, לכן העסקה היא העברת בעלות ולא שכירות "שכר מכר".

שכר מכר - שכירות שבסופה של התקופה הופכת למכר.

עסקת שכר מכר היא עסקה בין שניים כאשר התקופה הראשונה בעסקה היא תקופת שכירות, בסוף התקופה יש לשוכר אופציה לרכוש את הנכס המושכר תמורת סכום מסוים ואז מערכת היחסים משתנה והם מפסיקים להיות שוכר ומשכיר והופכים להיות מוכר וקונה. אם העסקה אמיתית אזי יש שתי עסקות ועל כל תקופה צריך לחול הדין המתאים. בחלק הראשון דיני שכירות בחלק השני דיני מכר.

4.1.2 ליסינג

4.1.2.1 מאפייני עסקת הליסינג

עסקת מימון מודרנית שהחלה במערב אחרי מלחמת העולם השנייה. ההבדל בין ליסינג לבין שכירות הוא שמדברים בשלושה צדדים לעסקה. ליסינג לא מזוהה רק עם רכב אלא עם כל מיני מוצרים. בפסק דין דיסקונט נגד ברק, מדובר במחרטה למשל.

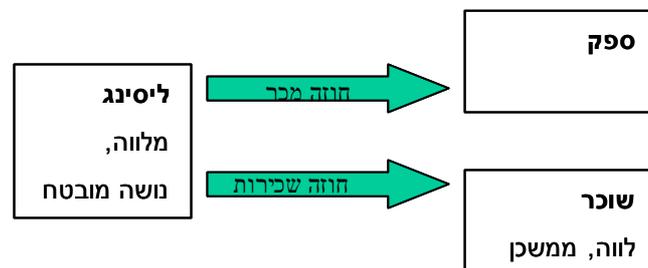
עסקה שבגרעין הקשר שבה מעורבים שלושה צדדים:

- ספק – מייצר או מייבא ציוד ספציפי לארץ.

- חברת לייסינג - השוכר ניגש לחב' הליסינג בודק את התנאים ובעצם מבקש שחב' הליסינג תרכוש עבורו מהספק את המוצר, והחברה תעביר לו את המוצר בהשכרה, כך שחברת הליסינג משכירה המוצר לשוכר.
- שוכר - מי שצריך את הנכס לצורך עסקיו - בודק המוצר ומוצא שמתאים. הסחורה עוברת מהספק לשוכר באופן ישיר.

מבחינה משפטית ישנם שני חוזים:

1. חוזה מכר - בין הספק לבין חברת הליסינג.
2. חוזה שכירות - בין חברת הליסינג לבין השוכר.



מבחינה משפטית חברת הליסינג איננה שלוח של השוכר ואיננה עובדת בשביל השוכר. מבחינה טכנית, החברה רוכשת את המוצר מהספק עבור השוכר הספציפי ומשכירה את המוצר לשוכר. חב' הליסינג איננה מחזיקה מלאי, אבל כן תיקח בטוחה מהשוכר.

דבר נוסף שמייחד את עסקאות הליסינג – תקופת השכירות הממוצעת היא 3-5 שנים. התחשיב הכלכלי של חברת הליסינג מבוסס על פעולה של השכרה אחת. אם השוכר עומד בכל תנאי עסקת הליסינג. לא מתכננת עוד השכרות של המוצר, לעומת חברת השכרת רכב שרוצה להשכיר השכרה חוזרת את המוצר.

חב' הליסינג רוכשת הנכס מהספק באשראי לטווח קצר והיא משלמת לספק תוך חודשים ספורים ומקבלת ההשקעה תוך 3 שנים. על מנת לכסות על פערי המימון חברת הליסינג מקבלות מימון ביניים, לדוגמה מבנקים. אחת הטכניקות נקראת "איגוח" (Securitization).

חוזה המכר בין הספק לחברת הליסינג הוא סטנדרטי כמו רכישה של מוצר רגיל. בחוזה השכירות - יש בו דברים נוספים לדוגמה סיכונים. חברת הליסינג משתדלת להעביר את כל הסיכונים הכלכליים לשוכר. למשל, גם אם יתגלה לשוכר שהציוד לא פועל כהלכה או אינו תקין, אזי השוכר צריך להמשיך ולשלם את דמי השכירות כרגיל.

חב' הליסינג רוצה להמשיך ולקבל דמי השכירות ללא תלות במצבו של המוצר. בתום התקופה למשכיר אין אינטרס בנכס. חברות הליסינג מעניקות לשוכר אופציה לרכוש את הנכס במחיר "נומינלי". במקרים בהם המשכיר שהעסקה תסווג כעסקת שכירות בלבד, אופציית הרכישה תופיע בחוזה נפרד.

משכיר רגיל הפונקציה שלו היא אספקת נכס. במקרה דנן, המשכיר הזה (חברת הליסינג) לא מספק, פרקטית, נכס, אלא מימון. היות וכך, חברת ליסינג לא מתמקצעת בסוג מסוים של נכסים אלא מלבישה את עסקת המימון כעסקת שכירות. נשאלת השאלה, אם חברת הליסינג מספקת מימון אזי מדוע היא מלבישה עסקת המימון כעסקת שכירות? התשובה לכך היא: לשוכר יתרונות בתחום המיסוי, ישלם דמי שכירות שיוכרו כהוצאה מוכרת. המשכיר מחביא ריבית אפקטיבית יפה וגם כבעלים הוא יקבל פחת על הנכס.

מבחינת חברת הליסינג, היא רוצה להציג את הנכסים במאזן כאילו הם בבעלותה. יש כאן גם השלכות לכמה תחומים: משכון, פגם או אי התאמה. חברות הליסינג מעוניינות לאחוז במקל בשני קצותיו. במס הכנסה הם טוענים שהם בעלים.

4.1.2.2 האם חוזה ליסינג הוא חוזה שכירות או עסקה אחרת?

נשאלת השאלה האם חוזה ליסינג ניתן לראות כחוזה שכירות אמיתי או שיש להביט על העסקה ולסווגה בצורה אחרת.

הנושא הראשון לגבי נפקות הגדרת העסקה הוא בתחום השעבודים.

שיעבוד:

כאשר אדם הולך לבנק ומבקש הלוואה, הבנק ירצה לקחת ביטחון שיעלה לשוכר כסף נוסף. חב' הליסינג סבורה שמאחר והציוד המושכר נמצא בבעלותה לכן כאשר השוכר נכנס לקשיים או חדלות פירעון אזי מעמדה כחברת ליסינג מובטח מול נושים אחרים. במילים אחרות, בהלוואה לרכישת נכס, אם הסחורה עולה X על השוכר להביא לבנק ערבויות גבוהות מסכום זה. בעסקת ליסינג לוקחים ביטחון נמוך משמעותית מ 100% היות וחברת הליסינג רואה את הציוד המושכר כחלק מסל הביטחונות שלה. החברה סבורה שהיות והציוד המושכר נותר בבעלותה היא איננה צריכה לחשוש משוכר שנקלע לקשיים פיננסיים. ההשכרה נעשית גם משיקולי מס, הצגה חשבונאית וגם משיקולי הבטוחה. השארת הבעלות אצל חברת הליסינג נעשית גם כדי להבטיח את מעמדה מול נושים אחרים של השוכר. (סעיף שימור בעלות).

מכאן, שחזרנו לפסק דין קולומבו שבו יש ניסיון להשאיר בעלות ולהבטיח יתרון על פני נושים אחרים. במקרה זה, יש חוזה השכרה, ופירושו של דבר שהבעלים מעביר רק חלק מזכויותיו ואז בעצם זה חוזה שכירות.

למי יש אינטרס לקבוע שזו עסקת מימון? למפרק של השוכר. הוא עשוי לטעון שזו עסקת מימון ולכן לשיטתו, חברת הליסינג היא מלווה, השוכר הוא לווה, הנכס משמש כמשכון להבטיח את ההלוואה שחברת הליסינג נתנה עם תאריך גמר ההלוואה.

לשיטתו של המפרק, השוכר הוא - ממשכן, המלווה הוא - נושה מובטח.

המפרק יטען: חב' הליסינג אינה בעלים היא נושה שקיבל ממשכון והיא תקבל עדיפות רק עם המישכון נרשם בלשכה המתאימה רשם החברות או רשם המשכונות. אם אינו רשום לא עומדים בתנאי הפומביות, אזי הנכס המושכר לא יהי של חברת הליסינג אלא חלק מקופת הפירוק/ קופת הנושים (אם השוכר הוא יחיד צריך לרשום זאת ברשם המשכונות). ולגבי יתרת דמי השכירות שמגיעים לחברת הליסינג, היא תהיה נושה רגיל לא מובטח ללא עדיפות כאשר המושכר לא יעמוד לרשותה כפי שעימוד לרשות הנושים.

דיני המשכון מתסכלים על זה כאילו הבעלות עברה לשוכר לצורך דיני השעבוד. למעשה דיני המשכון יסתכלו שהבעלות עברה והחברה השוכרת רשמה הנכס כמשועבד לחב' הליסינג.

בפס"ד ת"א (ת"א) 280/81 דיסקונט ליסינג (1979) בע"מ נ' בן ברק

השוכר העלה טענה כי עיסקת הליסינג הינה שיעבוד והוא בעל הנכס שמושכן לצורך בטוחה. כמו כן, טען השוכר שהעסקה בוצעה מטעמי מס. הדין מאפשר לשוכר להעלות טענה זו היות וההנחה הרווחת היא כי המלווה הינו הצד החזק בעסקה ולכן הוא מכתיב את כלליה.

הנכס עצמו היה מחרטה מיוחדת והשוכר שכר אותה למספר שנים ובאמצע התקופה נקלע לקשיים והפסיק לשלם דמי השכירות.

דיסקונט ליסינג התייחסה לעצמה והתנהגה עמו כמו משכיר רגיל, לקחה את המחרטה בחזרה ועוד תבעה ממנו (מבן ברק) מספר חודשי שכירות שפיגר. מה עושה חברת מימון עם מחרטה? מן הסתם מכרה למתחרה במחיר זול. במסגרת הסכסוך בן ברק טען שמכיוון שמדובר בעסקת שיעבוד המימוש חייב להיות בכפוף לדיני המשכון.

במילים אחרות, לשיטתו של בן ברק דיסקונט ליסינג הייתה צריכה לממש המכירה באמצעות ההוצאה לפועל וזאת בכדי להשיג מחיר סביר. בן ברק הביא עדות מטעם הספק, לגבי מחיר המחרטה, והוכיח שמחיר המכירה היה נמוך מאד.

ביהמ"ש קבע כי דיסקונט ליסינג אינה הבעלים וסיווג את העסקה כעסקת כמכר ותשלומים (של 3 עד 5 שנים). השוכר מקבל מימון ומשעבד את הנכס המושכר כבטוחה, כך שהבעלות עוברת לשוכר כבר בתחילת שכירות. לכן ביהמ"ש קבע כי על החברה לזכות את בן-ברק בפער שבין מחיר מכירה חפוזה לבין מחיר מכירה סביר.

תקציר פסק הדין:

280/81 - דיסקונט ליסינג (1979) בע"מ נגד 1. שמואל בן ברק בע"מ ואחרים
בביהמ"ש המחוזי בתל-אביב [20.5.92] לפני השופט מ' טלגם

ביום 5.10.79 חתמה הנתבעת (להלן "בן ברק") על הסכם לשכירת ציוד (שעיקרו מחרטה) לתקופה של 36 חודש, עם התובעת. להסכם זה צורפו "כתב הזמנה והתחייבות" (נספח א' להסכם) ותוספת ב', המדברת על הצמדות וחישובים) להלן: "לוח סילוקין" **המכונה נרכשה ע"י התובעת מחב' אלבה, על מנת להשכירה לבן ברק.**

לאחר שבן ברק פיגר בתשלומיו הודיעה לו התובעת במכתב נ/2, ביום 21.7.80 - על ביטול ההסכם ביניהם עקב ההפרה היסודית באי תשלום המוסכם. המכונה, קרי המחרטה, הוחזרה לדיסקונט ליסינג, הבעלים, ביום 26.11.80. המכונה נמכרה על ידי התובעת למתחרה.

ב"כ הנתבעים האריך בתיאור העיסקה בין הצדדים ע"מ להוכיח כי לא מדובר בעסקת "ליסינג" היות ומרכיב האופציה המשפטי המחייב לא אוזכר.

לדעת השופט, טענת הנתבעים באשר להחלת **חוק המשכון** על עסקת הליסינג - נראה לו שיש בה ממש. **חוק המשכון תשכ"ז 1967**, צופה את האפשרות שהצדדים לעסקה לא יכנוה כעסקת משכון אלא ינסו להסוותה ע"י שמוש בכינויים שונים ומשונים. ("עיסקה שכוונתה שעבוד נכס כערוכה לחיוב, יהא כנויה של העסקה אשר יהא" o). 2) 'הבה ונבדוק את העסקה הנדונה :

התובעת טורחת להסביר את מהותה של עסקה זו, כהגדרת השופט המנוח צלטנר - **ליסינג פיננסי, או ליסינג מימוני**, דהיינו: שמדובר בתקופת שכירות אותה אין השוכר יכול על דעת עצמו להביא לידי גמר. דמי השכירות מחזירים בד"כ את ההשקעה בצרוף רווח של המשכיר ומשאירים אופציה לשוכר, בתום תקופת השכירות, לקבל את המושכר ללא תמורה, או בתמורה נומינלית נמוכה... לאור נתונים אלו פונה השופט לדבריו של פרו' ויסמן בספרו, **חוק המשכון**, עמ' 73:

"כאשר נכס מושכר בדמי שכירות אשר אינם משקפים את דמי השכירות המקובלים, יהא מקום לבדיקה אם דמי השכירות אינם אלא תשלומים על חשבון רכישת הנכס, ואם עסקת השכירות אינה מיועדת אלא להבטיח את המוכר עד לגמר התשלומים ע"י החייב... באופן כללי יש לבדוק את סך כל התשלומים שעל צד לשלם, אם כדמי שכירות, ואם בתשלום להפעלת אופציה לרכישת הנכס, אינו מקביל למחיר הנכס ולרבות המקובלת בהתחשב בתקופת האשראי."

לאור התקיימותם של נתונים אלו בחוזה הנדון, נראים הדברים כעסקת משכון לכל דבר. גם מעצם טיב היחסים בין הצדדים, לקוח לעומת חברה פיננסית - ניתן ללמוד על טיבה של העסקה. שהרי התובעת מודה, וחוזרת ומדגישה בסכומיה, כי היא רכשה עבור הנתבעת את המחרטה (ראה עמ' 11 לסיכומים) ואך טבעי הוא שתראה במחרטה עצמה בטוחה לכסוי חובו של מקבל המחרטה :

אשר על כן, לאור קביעתו הנחרצת של סע 2' ב' (**לחוק המשכון**) יש לראות בעסקה הנדונה עסקת משכון - יהא כינוייה אשר יהא."

היות וסעיף 2 לחוק המשכון מחול על העסקה את הוראות החוק, ובסעיף 19 שמימוש יהיה "בדרך מסחרית סבירה", וסעיף 16 ב) קובע שהצדדים אינם רשאים להתנות על דרכי המימוש כל עוד לא הגיע המועד שנקבע לקיום החיוב.

נראים לי דברי הנתבעת כי לו היה נציג מטעם ביהמ"ש, או כל נציג אוביקטיבי אחר מעורב בדרך המימוש - היה מושג מחיר גבוה יותר.

הלכת בן ברק רואה את היחסים בין חברת הליסינג לשוכר כיחס מוכר וקונה, כאשר המוכר מעמיד לקונה מימון. חברת הליסינג היא אפוא מוכר/מלווה. לפיכך יש כאן משכון מוסווה וחברת הליסינג מנועה מלממש את הנכס באופן של מכירתו לאחר. הוראות חוק המשכון חלות במקרה זה ולפיכך רצוי שחברת הליסינג תרשום שיעבוד לטובתה. נטייתן לעשות זאת הייתה קטנה בשל שיקולי מיסוי.

במקרה בן ברק השוכר (הפר את החוזה) טען את הטענה שהמשכון הוא ליסינג, וחברת הליסינג לא רשאית למכור את זה עצמאית אלא באמצעות ההוצאה לפועל.

ביהמ"ש קבע כי לא כל עסקת ליסינג תחשב למשכון. רק אם בהסכם השכירות יש נתונים מסויימים. בעזרת ס' 2 ב' לחוק המשכון נחיל את דיני המשכון.

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.

בשכירות אמיתית - ליסינג תפעולי, שהוא מחוץ לדיני השיעבודים בכלל, ואם השוכר נקלע לקשיים המשכיר רשאי לקחת את הנכס לרשותו גם אם לא רשם את הנכס בלשכת מרשם. המשכיר הוא בעל הנכס, הוא בעלים. נושי השוכר לא יכולים לשים יד על הנכס.

אבל ביהמ"ש קבע כי במקרים בהם, כמו מקרה זה של בן ברק, עסקת הליסינג אינה אמיתית, היא נראית כשכירות, אבל במהותה היא עסקת מכר + מימון ושיעבוד. לכן יחולו עליה דיני המשכון, ואם המשכיר לא רשם את הזכות לרשותו הוא יפסיד את זכותו לנושה השוכר.

בליסינג מימוני שבו התפקיד הבלעדי של חברת הליסינג הוא העמדת מימון, הקריטריונים להבחנה מצויים בפס"ד בן ברק, אבל יש מקרים נוספים - למשל פס"ד בורשטיין, או פס"ד פועלים ליסינג נ' טיפול שורש. בכל המקרים האלה נקבעו בפסיקה מבחנים, שגם משמשים את רואי החשבון.

המבחנים בפסיקה:

1. אם יש בחוזה השכירות אופציה לרכוש את המושכר בסוף התקופה תמורת מחיר נומינלי אפסי, שואף לאפס. כך תמורת אחוז אחד משווי התחלתי של נכס או כמה שקלים. אם כך, חברת הליסינג, שמטבעה אינה מחלקת מתנות, אזי השוכר כבר שילם באמצעות דמי השכירות את מלוא המחיר של הנכס, ובעסקאות מסוג זה המשכיר מתכנן לעשות את הרווח מהשכרה חד פעמית. אם השוכר מקבל אופציה לרכוש בסוף התקופה, משמע, הוא קנה את הנכס כבר קודם, הסכם השכירות הוא הסכם מכר, ודמי השכירות הם בגין רכישה.

2. מבחן שני - הסך הכולל של דמי השכירות שווה למחיר הרכישה של הנכס ועוד הריבית וההוצאות, רואים שדמי השכירות של שלוש שנים שווים למחירו של הרכב מהספק, אז זאת מכירה. כששוכר שוכר נכס הוא משלם עבור השימוש, אבל במקרה זה הוא משלם עבור הזכויות בו. גם דמי השימוש הם נגזרת של עלות הנכס. אם למעשה השוכר שילם עבור הנכס את מלוא המחיר תחת הכותרת של דמי השכירות, אז אין פלא שהמשכיר יכול להעניק אופציה במחיר נומינלי בסוף התקופה.

3. עוד מבחן למכירה - אם תקופת השכירות משתרעת על משך החיים הכלכלי של הנכס. בשכירות כלכלית המשכיר מקבל את הנכס בסוף התקופה, ויש לזכות ערך כספי. אם הנכס מושכר למשך החיים הכלכלי שלו, למשל מחשב שמושכר ל - 5 שנים, אז למעשה הוא נמכר ולא הושכר. אם המחיר אחרי חמש שנים הוא נמוך וזניח, אז זאת מכירה.

השופט טלגם התייחס בפסק הדין גם לכך שדיסקונט ליסינג היא חברה פיננסית שעוסקת במימון, ולא בנכסים, וגם לזה הוא נתן משקל. לעניין זהות המשכיר שהיא חברת מימון, זה יכול להיות מאפיין נוסף.

הדברים לא חדים כשהאופציה לא נומינלית, אבל המחיר נמוך ממחיר השוק של מוצר בן 5 שנים.

ההבחנה בין העסקאות השונות אינה ברורה ולכן לזהות המשכיר יכולה להיות משמעות. האם המשכיר נותן שירותים נוספים פרט למימון - למשל תחזוקה? חברת מימון נטו לא תתן שירותים מסוג זה. אם רואים שחברה נותנת שירותי תפעול ותחזוקה, אז תהיה יותר נטייה לראות בזה ליסינג תפעולי. הרץ ואויס - מתמחות בנכס מסויים, מעניקות שירותי תפעול ותחזוקה שוטפת, אז זה ליסינג תפעולי.

לסיכום:

סטאטוס חב' הליסינג – לא בעלים אלא נושה מובטח שקיבל משכון וכזאת עליה לרשום את הנכס על שמה כמשכון אצל לשכת המשכונות. אם לא יהיה רשום יעבור הנכס למפרק. הגישה פה דומה לזאת שבפס"ד קולומבו לעיל.

4.1.2.3 אחרי הילכת בן ברק

מה יכולים לעשות חברות הליסינג כדי שלא יתפרש שהם לא בעלים? מדיניות המחוקק בסוף שנות ה - 80 הייתה לעודד עסקאות ליסינג ולכן בתקנות נקבעה הוראה לטובת חברות הליסינג.

תקנות החברות (דיווח, פרטי רישום וטפסים), התש"ס-1999

12. רישום שעבוד

(ב) ברישום שעבוד לפי הסכם מכר או שכירות, ניתן להוסיף הערה בטופס האמור, כי אין הרישום כשלעצמו מעיד על כוונת הצדדים להסכם, שהנכס נושא ההסכם ישמש בערובה לחיוב כאמור בסעיף 2(ב) לחוק המשכון, התשכ"ז-1967.

וכן:

תקנות המשכון (סדרי רישום ועיון), התשנ"ד-1994 -

5. הודעת מישכון [תיקון: תשנ"ט]

(ד) ברישום משכון לפי הסכם מכר או שכירות ניתן להוסיף הערה בהודעת המישכון כי אין הרישום כשלעצמו מעיד על כוונת הצדדים שהנכס המשועבד ישמש ערובה לחיוב כאמור בסעיף 2(ב) לחוק.

עקב סעיף 5ד' ו 12ב' לעיל ביהמ"ש יעבוד לפי קריטריונים אחרים ועצם הרישום של חברת הליסינג אצל רשם השעבודים והמשכונות לא מעיד על היות המשכון.

התקנות קובעות שחברת ליסינג יכולה להגיש את זכותה לרשם השעבודים. לאחר פס"ד חברות הליסינג חששו להגיש את זכותם לרישום מאחר ולצורכי מס הם מעוניינות לטעון כבעלים. המחוקק הלך לקראתם וקבע כי רישום הזכות לא תהווה הודאה לכך שהחברה אינה בעלים. במקרה בו חברת הליסינג תפסיד ותחשב במקבלת משכון, אזי ביהמ"ש יראה בהם נושה מובטח.

כלומר, חברות הליסינג בהיבטים שונים טוענים טענות שונות - לעניין המס הם בעלים אולם לעניינים אחרים היא ספקית מימון כנושה מובטח. התפיסה, וכך מקובל בארצות המערב,

שהטכניקה של הליסינג מאפשרת לחדש ציוד תוך זמן קצר יחסית ומכאן האינטרס למדינה להקל על חברות הליסינג.

4.2 מיסוי

לעסקאות ליסינג היו וישנם יתרונות מס, כך:

פס"ד - ע"א 85/81 צמיד חברה למכוניות בע"מ נ' מנהל אגף המכס והבלו

בשנות השמונים - מי שרכש רכב לצרכי השכרה היה זכאי לשלם מס קניה מופחת אם הרכב נשאר ברשותו את התקופה שלשמה הושכר (שנה וחצי). בפס"ד צמיד, חברת צמיד השכירה את הרכב לשוכר ל - 18 חודש ועם תום תקופה זו התחייב השוכר לרכוש את הנכס במחיר שהצדדים קבעו מראש. אגף המכס טען שבמקרה כזה לא זכאים למס קניה מופחת, היות והמכירה סוכמה מלכתחילה, והשוכר חייב לרכוש את הנכס בתום התקופה. ביהמ"ש החליט שהחלוקה לשתי התקופות הנה פיקטיבית ונועדה רק כדי לקבל את ההנחה במס קניה. החיוב בקניית הרכב בסוף התקופה שונה מעסקת הליסינג שבה יש לשוכר אופציה לרכוש את הרכב בסוף התקופה. החיוב בקנייה מסמן שזו עסקת מכר ולא השכרה. הגישה היא שחוזים יש לפרש לפי המהות שלהם ולא להיצמד למילים, אז על אף מה שנקבע בחוזה השכירות החוזה הוא מכר. העיקרון דומה לסעיף 25' בחוק החוזים:

חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 - 25. פירוש של חוזה
(א) חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו - מתוך הנסיבות.
(ב) חוזה הניתן לפירושים שונים, פירוש המקיים אותו עדיף על פירוש שלפיו הוא בטל.
(ג) ביטויים ותניות בחוזה שנוהגים להשתמש בהם בחוזים מאותו סוג יפורשו לפי המשמעות הנודעת להם באותם חוזים.

כך שחוזים צריך לפרש לפי המהות, כלל הנסיבות, ולא לפי הכותרת. ולכן ההסכם הוא מכר מלכתחילה.

מ. הליך: ע.א. 85/81.

צדדים: צמיד חברה למכוניות בע"מ נגד אגף המכס והבלו

תאריך: 12.5.83

שופטים: הנשיא י. כהן, בייסקי, גולדברג. החלטה - השופט גולדברג

תמצית

קביעת מועד "המכירה" בהסכם "שכר-מכר" לענין תשלומי מס
התקציר:

הערעור של צמיד נדחה בעיקרו. המערערת קנתה מספר מכוניות לשם השכרה לנהיגה עצמית עפ"י צו מס קניה ניתנת הנחה במס קניה למכוניות הנקנות לצורך השכרה ובלבד שהן מושכרות לתקופה של שנה עד 18 חדשים לפי סוגי המכוניות. המערערת התקשרה בהסכמים עם אנשים שונים שלפיהם קיבלו אלה את המכוניות בהשכרה לתקופה הנדרשת לצורך הפטור החלקי ממס קניה. **בהסכמים נכלל סעיף בדבר רכישת המכונית ע"י השוכר בתום**

תקופת השכירות. בתוך תקופת השכירות נכנס לתקפו חוק מס ערך מוסף **והתעוררה שאלה, לצורך מס ערך מוסף, אם מסירת המכונית היתה לפני כניסת החוק בתוקף ואין מע"מ על העיסקה או לאחרי**. המעוררת טענה שהמסירה היתה לפני שנכנס החוק לתוקף והשתמע מטענתה כי מדובר במכר ולא בשכירות. לפני שהחל הדיון בערעור בשאלת מס ערך מוסף נערכה ביקורת מטעם המשיב ואז התברר לו כי ההסכמים אינם הסכמי שכירות אלא הסכמי מכר ולפיכך דרש מהמעוררת להשלים את שיעור מס הקניה המלא על המכוניות. **ענה טענה המעוררת כי לא מדובר במכר אלא בשכירות**. ביהמ"ש המחוזי קבע כי יש לראות את טענות המשיב כטענות חילופיות, שאם ההסכם הוא מכר אגב שכירות חייבת המעוררת במס ערך מוסף על מכירת המכונית בתום תקופת השכירות ואילו אם ההסכם אינו אלא הסכם מכר מתחילתו כי אז חייבת המעוררת במלוא מס הקניה. **לבסוף קבע כי מדובר במכר המחייב את המעוררת בתשלום מלוא מס הקניה ובכל זאת חייב אותה גם בתשלום מע"מ**. בערעור הסכימה ב"כ המשיב כי אם מדובר במכר המחייב תשלום מס הקניה אין לחייב את העיסקה במע"מ שכן היא הסתיימה לפני שנכנס לתקפו חוק מס ערך מוסף. הערעור נדחה פרט לכך שהמעוררת אכן שוחררה מתשלום מס ערך מוסף **ונקבע שמדובר בעיסקה מכר**. ביהמ"ש ציין כי **ההסכם אינו משאיר אופציה לשוכר אם לרכוש את המכונית בסוף תקופת השכירות ואם לאו, אלא קובע כי השוכר חייב לרכוש את המכונית בסוף תקופת השכירות אם המשכירה תדרוש זאת**. למעשה, במקרים רבים, אף נחתם שטר המכר בתחילת תקופת השכירות כשהתאריך שנגקב בו הוא תום תקופת השכירות וכל זאת על מנת לזכות בפטור חלקי ממס קניה.

(בפני השופטים: הנשיא י. כהן, בייסקי, גולדברג. החלטה - השופט גולדברג. עו"ד ע. בנימיני למעוררת, עו"ד ח. גולדווטר למשיב. 12.5.83).

פס"ד "כלילית רכב" מאמצע שנות ה'80, מהתקופה של היפר אינפלציה. לצורך קבלת מס קניה מופחת תפרו עסקה לפיה החברה משכירה את הרכב לשוכר ל 18 חודש ועם תום תקופה זו לשוכר יש האופציה לרכוש את הרכב אך, בתחילת התקופה השוכר הפקיד פיקדון אצל החברה המשכירה. אם השוכר מחליט לא לממש את האופציה הוא יקבל את כספו חזרה בערכים נומינליים, דהיינו, לאבד חלק מהותי מאוד מהפיקדון. ביהמ"ש המחוזי פסק – גם אם יש לשוכר אופציה בלבד, הרי שכלכלית הוא אינו יכול שלא לבצע את הרכישה, כי העסקה כדאית והגיונית. היות ומעשית השוכר חייב לרכוש את הרכב זוהי עסקת מכר מלכתחילה ולא שכירות + מכר.

ע"א 181/84 ברנשטיין נ' פקיד שומה ת"א

הדיון עסק באינדיקציות לכך ששכירות היא למעשה מכר. ביהמ"ש קבע כי מצב בו דמי השכירות גבוהים מעלות הנכס, קיימת אופציה נומינלית לרכישת הנכס או תקופת השכירות משתרעת לכל אורך חיי הנכס, העסקה תחשב כהסכם מכר, והכל לפי כוונת הצדדים כאשר כללי החשבונאות באים רק לסייע להכרעה.

יש לציין כי בדיני מ"ה ישנן תקנות ההולכות לכיוון הנישום השוכר בליסינג, וזאת כי יש רצון לעודד השקעות, גם מקום שלשוכר אין יכולת לגיוס כספים בדרך הרגילה.

מכל האמור לעיל, עולות כאן סוגיות לעניין שעבודים, והשאלות הנצחיות מי למעשה הבעלים של הנכס, מי יוכל להיפרע ממנו, ומה הדינים החלים במקרים מסוג זה? ישנה גם בעיה לנושא הבעלות הנחזית, וביהמ"ש במסגרת פירוקים קבע כי כאשר ישנה בעלות נחזית בנכס, נושה המבסס על בעלות זאת יכול להיפרע מהנכס ככל נושה אחר.

4.3 ריבית

בנוסף בשנת 89 התקבל סעיף נוסף, בעקבות אותו פס"ד בן ברק. ס' 169 ד' לפקודת החברות. אם יש שיעבוד ספציפי שנוצר אחרי שיעבוד צף, הכלל הרגיל (ס' 169 ב') הוא שהשיעבוד הצף עדיף על השיעבוד הספציפי (השיעבוד הראשון בזמן עדיף על השיעבוד המאוחר).

אבל ס' 169 ד' קובע שאם השיעבוד הצף נעשה לטובת מממן הרכישה, השיעבוד הספציפי גובר. כך שאם המימון שנתן בעל השיעבוד הספציפי סייע לרכוש את הנכס שעליו רבים, אז הוא גובר.

פקודת החברות - ס' 169. תחולת שיעבוד צף [תיקון: תשמ"ט] (ב) אין שיעבוד צף מקנה לבעל איגרת החוב דין קדימה או בכורה על פני בעל משכנתה רשום או קונה בתמורה של מקרקעי החברה, ואפילו היה קיומו של השעבוד הצף ידוע להם בשעת המימון או המכר; ואולם אם נכללה במסמך היוצר שיעבוד צף הגבלה על זכות החברה ליצור שיעבודים, והגבלה זו נכללה בפרטים שנמסרו לרישום השעבוד הצף, יהיה השעבוד הצף עדיף על שיעבוד שנוצר בניגוד לאותה הגבלה אחרי רישום הפרטים בידי הרשם. (ד) על אף האמור בסעיף קטן (ב), שיעבוד נכס שנעשה להבטחת אשראי שאיפשר רכישת נכס, יהיה עדיף על שיעבוד צף קודם, אם האשראי שימש בפועל לרכישת הנכס המשועבד, והוא בין שהאשראי ניתן בידי המוכר ובין שניתן בידי אדם אחר; לענין זה, "אשראי" - לרבות מתן התחייבות כספית.

בפס"ד א"י בריטניה בנק לאומי ובנק א"י בריטניה היתה מחלוקת על נכס שמומנה רכישתו על ידי מממן מאוחר, בנק לאומי, והוא שקיבל את הנכס. הסעיף מאשרר את הפסיקה הקודמת (שביהמ"ש התפתל כדי לקבל).

לחברות הליסינג הייתה בעיה עם פס"ד בן ברק, כי גם אם ירשמו שיעבוד ספציפי על נכס שהעבירו לחברה, ויש שיעבוד קודם, אז אין להן עדיפות. הסעיף בא להעביר את הזכויות לנכס המושכר. חברת הליסינג עונה לקטגוריות של הסעיף, ולכן אינה צריכה לחשוש ממימון חברה שיש לה מימון קודם.

מבחינה פרקטית, כשמממן בא להעניק אשראי לחברה לאחר שהוא בודק רישומים ויודע שיש לטובת החברה שיעבוד צף, אז הוא פונה לבנק שיש לטובתו משכון ומבקש ממנו מכתב הסכמה לשעבד נכס ספציפי לטובתו (מכתב הסכמה - מכתב החרגה), חברת הליסינג לא צריכה לבקש את אותו מכתב הסכמה ולכן הוא לא צריך לחשוש ולא חייב לבקש מכתב החרגה.

בסעיף 169 יש שתי תנאים:

1. המימון נועד לרכישת נכס;
2. המימון שימש לרכישת הנכס.

לכן, אם מממן מעניק מימון לרכישת נכס, הוא צריך לוודא שהכסף שימש לאותה הרכישה, לכן הרבה פעמים הוא נותן שק על שם הספק המתאים.

גם אם בית משפט יקבע שחברת ליסינג במקרה נתון היא מממן ואין לה בעלות, היא יכולה להתגבר על שעבוד צף קודם, דרך סעיף 169 ד'.

יש רק פס"ד אחד של העליון שעסק בליסינג -

פסק דין הפועלים ליסינג נ' טיפול שורש

אותה חברה שמאגדת רופאי שיניים הפסיקו לשלם דמי שכירות על הציוד הרפואי והפועלים ליסינג תבע אותם על החלק שלא שילמו, והם העלו טענה כזו - דמי השכירות היו צמודים למדד, ולכן לטענתם זאת עסקת מימון, כי הם רכשו את הציוד וזאת הלוואה והם מחזירים את הציוד ב - 36 תשלומים. ביחס להלוואות צמודות מדד יש ריבית מכסימלית על פי המחוקק, ואם זה דמי שכירות צמודים למדד, הרי שהריבית האפקטיבית גבוהה ממה שמותר.

העליון קבע שזאת עסקת מימון בלבד, השכירות היא מסווה בלבד, ואז זה כפוף להגבלות של הלוואה וריבית מכסימלית, ואז גם אם מכנים את הריבית בשם אחר, עדין זאת ריבית. ביהמ"ש הורה לעשות חישוב חדש לפי הריבית המכסימלית, והתוצאות היו שונות.

בעשור וחצי הראשונים של עסקאות ליסינג בארץ הן חגגו כי לקחו דמי שכירות גבוהים, והמימון היה זול עבורם, כי קיבלו ניכוי בגין פחת.

מס. ע.א.2462/97.
הליך:
צדדים: הפועלים ליסינג בע"מ נגד טיפול שורש ניהול ושירותים ואח'
תאריך: 17.2.00
שופטים: אור, טירקל, אילן. החלטה - השופט - אור
תמצית: התיישנות בהלוואה נושאת ריבית מופרזת.
התקציר: עיסקת "ליסינג" כעיסקת אשראי או עיסקת שכירות
(מחוזי י-ם - ת.א. 380/92 - הערעור נדחה).

א. המשיבות עוסקות במתן טיפולי שיניים במרפאות שונות בארץ. בין המערערות לבין המשיבות נחתמו הסכמי ליסינג מימוני שלפיהם התחייבה המערערות לרכוש ציוד רפואי על פי הזמנת והנחיית המשיבה ול"השכיר" את הציוד למשיבה לתקופה של 10 שנים ומנגד התחייבה המשיבה "לשכור" את הציוד ולשלם "דמי שכירות" תקופתיים. הציוד נרכש ו"הושכר" כאמור בהסכמים. **משטרה המשיבה כי**
ההסכמים במהותם הם הסכמי הלוואה וכי שיעור הריבית הגלום בהלוואה זו עולה על שיעור הריבית המכסימלי המותר לפי חוק הריבית, הגישה תביעה לסעד הצהרתי כי פרעה את מלוא חובותיה על פי ההסכמים, לפי שיעור הריבית המכסימלי המותר לפי חוק הריבית, וכן ביקשה החזר סכומים ששילמה מעבר לכך. המערערות התגוננה בטענה כי חלה התיישנות, שכן לדעתה מתחילה תקופת ההתיישנות מיום ההסכם, **וכן טענה כי לא מדובר בעיסקת אשראי אלא בעיסקת מכר.** ביהמ"ש המחוזי דחה את טענת ההתיישנות בקבעו כי תחילת תקופת ההתיישנות בהלוואה הוא לא ביום נתינתה אלא ביום התשלום ודין זה חל על תשלום ריבית מופרזת. כן קבע כי התובעת יכולה היתה לייחס את התשלומים שהיא שילמה לקרן ולריבית החוקית וכל מה שנשאר בחוב הוא תשלום הריבית המופרזת ועל כן לא חלה התיישנות. **ביהמ"ש קבע כי בניסבות של ההסכמים הנדונים מדובר בעיסקת אשראי ולא בעיסקת שכירות. הערעור נדחה.**

גוף
התקציר:

ב. בפס"ד מקיף דן ביהמ"ש העליון בנושא ההתיישנות בהלוואה הנושאת ריבית מופרזת, **השאלה אם מדובר בעיסקת אשראי כאשר נדונה עיסקת ליסינג והגיע למסקנה כי לפי המאפיינים של עיסקה זו, מבלי לקבוע הלכה לגבי כלל עיסקות הליסינג, מדובר בעיסקת אשראי.**

(בפני השופטים: אור, טירקל, אילן. החלטה - השופט - אור. עוה"ד פ. רובין ומ. שדה למערערות, עוה"ד י. עשהאל וא. צימרמן למשיבים). 17.2.00.

המבחנים על פי השופט אור:

"20. בבחינה זו יש לבחון את כלל הנסיבות ולשקול את כל השיקולים הרלוונטיים. לצורך ההכרעה האמורה, נזכיר להלן אחדים משיקולים אלה: **(א) היחס בין התשלום התקופתי ובין שווי השוק של דמי שכירות הנכס.** ככל שהתשלום התקופתי איננו משקף שווי שוק של דמי שכירות הנכס, יש בכך כדי להחליש את היבטי השכירות בעיסקה הספציפית. **(ב) היחס בין שווי השוק הנוכחי של הנכס ובין היוון זרם התשלומים התקופתיים על פי הסכם הליסינג קרוב לשווי השוק הנוכחי של הנכס,** יש בכך לחזק את אופיה של עיסקת הליסינג כעיסקת מכר בתוספת עיסקת הלוואה. **(ג) קיומה של אופציית הרכישה וערכו של התשלום הנדרש למימושה של אופציה זו.** קיומה של אופציית רכישה וערך מינימלי של התשלום הנדרש למימוש האופציה, מצביעים על אופיה של עיסקת הליסינג כעיסקת מכר בתוספת עיסקת הלוואה. **(ד) מספר הצדדים לעיסקה.** אם בין בעל הנכס ושוכרו קיים צד נוסף אשר עניינו האמיתי הוא בעיסקת אשראי עם השוכר, יחזק הדבר את הנטייה לראות בעיסקה עיסקת אשראי. **(ה) השיקולים אשר הביאו את מקבל הנכס לכריתת הסכם הליסינג.** (ו) נסיבות כריתת העיסקה. השיקולים והנסיבות הנזכרים בפסיקות (ה) ו-(ו) לעיל יכולים אף הם לסייע בבירור מהותה האמיתית של העיסקה.

לאחר שקילת השיקולים הנזכרים, וכן כל יתר השיקולים הרלבנטיים, יש לסווג את העסקה, על פי מאפייניה, לאור תכליתו של חוק הריבית."

מס. ע.א 6400/99 ואח'
הליך:
צדדים: מיראז' חברה לבנין והשקעות בע"מ ובנק המזרחי נגד בנק הפועלים
תאריך: 18.6.02
שופטים: הנשיא ברק, גב' דורנר, אנגלרד. החלטה - השופט אנגלרד
עדיפותו של שעבוד צף קודם או שעבוד צף מאוחר כאשר הפלט של הרישום ברשם תמצית החברות היה שגוי ומטעה.
התקציר: עדיפותו של שעבוד צף מאוחר על שעבוד צף קודם כאשר השני ניתן לטובת מממן רכישה לפי סעיף 169(ד) לחוק החברות
(מחוזי ת"א - בש"א 113998/98 - הערעור נתקבל.)

א. המערערת, (להלן: "חברת מיראז'") עסקה, בין היתר, בביצוע של שני פרוייקטים של בנייה, האחד באשדוד והאחר - המאוחר יותר - בפתח-תקווה. לפרוייקט באשדוד קיבלה ליווי פיננסי מטעם בנק הפועלים, אשר קיבל שעבוד צף בשורה של אגרות חוב. הפרוייקט בפתח-תקווה קיבל מימון מצד בנק המזרחי, וגם הוא כנגד שעבוד צף באגרת חוב לטובת הבנק. באגרת החוב לטובת בנק הפועלים שועבדו כל נכסיה של חברת מיראז' בשעבוד שוטף. **באגרת החוב התחייבה חברת מיראז' "לא לשעבד ולא למשכן בכל אופן ודרך את הרכוש המשועבד... ללא קבלת הסכמתו של הבנק בכתב ומראש"**. בנק הפועלים נקט בצעדים הדרושים על-פי סעיף 178 לפקודת החברות לשם רישום השעבוד אצל רשם החברות. בטופס ששלח בנק הפועלים לרשם פורטו הנכסים המשועבדים. וכך צויין בטופס: **"שעבוד שוטף כללי על כל רכושה של החברה..."**. השעבוד נרשם במרשם החברות ולבנק הפועלים הונפקה תעודת רישום. דא עקא, **בשל תקלה משרדית ברשם החברות, לא צויין קיומו של שעבוד שוטף כללי על כל רכושה של החברה**. כתוצאה מן התקלה, הושמטו בפלט המידע של רשם החברות, בעניין שעבוד זה, המילים "שעבוד שוטף כללי על כל רכושה של החברה".

ב. בפרוייקט השני, המאוחר יותר, בפתח תקווה, נחתם **בין חברת מיראז' לבין בנק המזרחי, שבמסגרתו נרשם שעבוד צף לטובת בנק המזרחי**. פירוט הנכסים ששועבדו לבנק המזרחי, הקשורים כולם לפרוייקט פתח-תקווה, מופיע באגרת החוב. ביני לביני, לאחר רישום השעבוד מצד בנק המזרחי, גילה בנק הפועלים את הטעות ברישום השעבוד השוטף על פי אגרת החוב שלו. השעבוד, והרישום אצל רשם החברות תוקן והוספו בו המילים: "שעבוד שוטף כללי על כל נכסי החברה". **בשנת 1998 נקלעה חברת מיראז' לקשיים. בנק הפועלים נקט בהליכים משפטיים והליכי הוצאה לפועל, במסגרתם הוטלו עיקולים אצל רוכשי דירות בפרוייקט פתח-תקווה. החלו הליכים משפטיים בין שני הבנקים. בנק המזרחי טען כי בשל התקלה המשרדית אצל רשם החברות, לא נרשם שעבוד שוטף לטובת בנק הפועלים ולכן אין לו תוקף כלפיו. בנק הפועלים טען כי השעבוד לטובתו עדיף על השעבוד לטובת בנק המזרחי, שנוצר בניגוד להגבלה באגרת החוב של בנק הפועלים. טענתו של בנק הפועלים עוררה גם את שאלת תחולתה של הוראת סעיף 169(ד) לפקודת החברות, המכירה במקרים מסויימים בשעבוד מאוחר יותר.**

ג. ביהמ"ש המחוזי (הפסיקה שהערעור עליה זכה) פסק כי אגרת החוב של בנק הפועלים שנמסרה לרישום כדין אצל רשם החברות היא הקובעת את היקף השעבוד, ולא הפלט המופק ממחשבי רשם החברות. לדעתו, בנק המזרחי חייב היה לבדוק את אגרות החוב ואת יתר מסמכי השעבוד ולא יכול היה להסתפק בפלט הממוחשב של מרשם החברות. באשר ליחס בין שעבוד צף לבין שעבוד לטובת מממן רכישה, לפי סעיף 169(ד) הנ"ל - ביהמ"ש המחוזי יצא מן ההנחה כי האשראי שהעניק בנק המזרחי לחברה שימש בפועל למימון הבנייה בפרוייקט פתח-תקווה, אך לדעתו, העדיפות המוענקת לשעבוד מאוחר במסגרת סעיף

גוף
התקציר:

169(ד) לפקודה תוכר רק כאשר באיגרת החוב מצוייה הוראה מפורשת, לפיה הנכס המשועבד מבטיח באופן בלעדי את האשראי שניתן לרכישתו. ביהמ"ש המחוזי בחן את הוראותיה של אגרת החוב לטובת בנק המזרחי וקבע כי בשל הניסוח הרחב באגרת החוב, נותק הקשר הישיר בין הנכס המשועבד לבין האשראי שמימן את רכישתו; עקב כך איבד השעבוד את מעמדו הייחודי והפך לשעבוד רגיל, הנדחה מפני השעבוד השוטף של בנק הפועלים. **הערעור נתקבל בהחלטה שחל על ענייננו סעיף 169(ד) וממילא נתייתר הדיון בשאלה על מי החובה לבדוק אם הפלט של המחשב מתאים לשעבוד שנרשם.**

ד. אין מחלוקת כי נושה, המבקש ליהנות מהמעמד המיוחד לפי סעיף 169(ד) לפקודה, חייב להוכיח זיקה ישירה בין המימון שהעמיד לחייב לבין הנכס ששועבד לו. אולם, מן הדרישה של קיום קשר ישיר בין האשראי שהעמיד המממן לבין הנכס הנרכש באמצעות המימון אין להסיק כי בהסכם השעבוד חייבת להופיע תנייה הקובעת כי הנכס המשועבד מבטיח אך ורק את האשראי שניתן לרכישתו. דרישה מעין זו אינה מתיישבת עם לשונו של סעיף 169(ד) לפקודה.

ה. בפי בנק הפועלים טענה נוספת הנוגעת לדרישתו של סעיף 169(ד) כי המימון הוא להבטחת אשראי שאיפשר "רכישת נכס", ואילו בנק המזרחי נתן אשראי לפרוייקט בנייה שאינו מצטמצם לרכישת נכסים אלא מהווה ענף פעילות שלם. **בעניין זה יש לאמץ את הדעה המרחיבה את תחולת סעיף 169(ד) לפקודה על מימון פרוייקט בנייה ועל שעבוד מלאי עסקי.**

ו. מאחר שגם בהנחה שנוצר שעבוד צף לטובת בנק הפועלים, עדיין יש עדיפות לשעבוד של בנק המזרחי מכוח סעיף 169(ד), התייתרה למעשה ההכרעה בשאלה אם אמנם השעבוד הצף של בנק הפועלים הוא בעל תוקף כלפי בנק המזרחי. שאלה זו התעוררה כאמור בשל ההשמטה שאירעה במרשם החברות. נראה כי אין זה מובן מאליו, כפי שקבע ביהמ"ש המחוזי, כי הצדדים השלישיים יצטרכו לשאת בתוצאות של רישום מוטעה. **משמעות הדבר היא שצדדים שלישיים אינם יכולים לסמוך על הפלט ועליהם לבדוק את מסמכי השעבוד. אין זה הפתרון הרצוי בכל הנסיבות.** הנושה יכול לגלות ביתר קלות טעויות בתיאור השעבוד שנעשה לטובתו. מן הראוי להטיל את תפקיד הבדיקה דווקא על הנושה ולא על הצדדים השלישיים. בשולי הדברים, יאמר כי יתכן שביהמ"ש צדק במסקנתו בנוסבות המיוחדות של המקרה. יש רגליים לסברה כי הניסוח השגוי בפלט מרשם החברות צריך היה לעורר חשד בעיני בנק המזרחי בדבר קיומו של שעבוד צף או, לכל הפחות, חשד כי חל שיבוש ברישום פרטי השעבוד.

4.4 פגם או אי התאמה במושכר

פס"ד לזין נ' אי. די. בי. ליסינג עוסק בהתרסקות מסוק. הוגשה תביעה לביהמ"ש כנגד האחראים ביניהם חברת הליסינג שמימנה את חברת התעופה. חברת הליסינג טענה כי היא אינה הבעלים אלא המממן ולכן היא אינה אחראית על התחזוקה.

במקרים שהשוכר שכר לשנים ומגלה אחרי חודשים שהמוצר פגום או לא עונה על הצרכים שהיה אמור לעמוד בהם (התאמה לפי חוק המכר) - כנגד מי יש לשוכר תרופה? ממי יקבל סעד?

הסכמי הליסינג מתייחסים ספציפית למקרה כזה וקובעים שחברת הליסינג מכניסה הוראה שגם אם הנכס פגום, עליו להמשיך לשלם. אבל זה מביא את השוכר למצב בלתי אפשרי -

1. בין הספק והשוכר אין קשר ישיר

2. לחברת הליסינג יש הגנה

לכן מכניסים עוד סעיף לחוזה - שבמקרה של פגם חברת הליסינג תמחה את זכות התביעה שלה מול הספק לשוכר. חברת הליסינג משאירה את זה לשיקול דעתה, בהתאם לשאלה האם הוא ממשיך לשלם את דמי השכירות. חברת הליסינג רואה עצמה כמעניקה מימון והיא רוצה את החזרתו.

משפטית, אם יש סעיף פטור בחוזה, זה עדין לא אומר כלום, יש חוק החוזים האחידים, וניתן לבטל פרט מקפח. ההשקפה היא שאין באמת משא ומתן וכי הצרכן לא יכול להכתיב את החוזה.

בפס"ד הירש נ' בוענה, במחוזי בירושלים, חברת הליסינג טענה שפרט מסויים אינו פרט מקפח (כטענת הצד השני), היות והיא מעניקה מימון, המחוזי קיבל זאת, וקבע שהפטור של חברת הליסינג והמשך חובתו של השוכר לשלם כשיש פגם במושכר, זה סביר כי חברת הליסינג נותנת מימון.

את אספקת המימון חברת הליסינג בחרה לתת בלבוש של השכרת נכס. החיסרון בהספקת נכס היא באחריות לטיבו ולהתאמתו.

בפס"ד לוין נ' אי די בי ליסנג ביהמ"ש עסק בשאלה האם צריך לראות באי די בי ליסינג רשלנות, כי היא השכירה מטוס שהתרסק. קרובי המתרסקים פנו לעילת תביעה חוזית וביהמ"ש קבע שהם אינם בעלים אלא ממנים, ולכן אינם צריכים להיות אחראים לתחזוקה.

גישת המחוזי היא לקבל טיעון מסוג זה (שהם מממנים), ולכן הם לא ממהרים לקבל את הטיעון שזה תנאי מקפח בחוזה אחיד. נותר לשוכר שחברת הליסינג תמחה לו את הזכות ואז הוא יכול לתבוע ישירות את הספק. אם מדברים על ליסינג תפעולי זה סיפור אחר.

20. דיסקונט ליסינג התקשרה עם סקאי קלאב בעסקת ליסינג פיננסי, אך מבעד למחלצות של הסכם שכירות, מסתרת עסקת מימון לכל דבר ועניין.

נוכח הזיקה הרופפת של דיסקונט ליסינג, כחברת מימון, למטוס - ואין נפקא מינה אם היחס הקנייני למטוס הוא של בעלות או משכון - אין בינה לבין התובעים חובת זהירות מושגית"

"....."