

5.3 הגנות החייב כלפי הנמחה

הגנות החייב כלפי הנמחה - היקף ההגנות

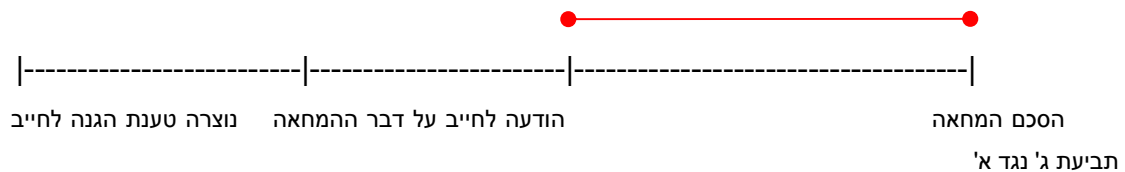
<u>צד א' – מזמין ביצוע</u>	<u>צד ב' – חברה</u>	<u>צד ג' - בנק</u>
	<u>קבלנית</u>	
חייב	נושה=ממחה	נושה חדש=נמחה
	(מעביר)	(נעבר)

הנמחה דורש מהחייב את הכסף - נעסוק כעת בטענות ההגנה אותן יכול החייב להעלות מול הנמחה. טענות הגנה אלו "צמחו" במישור בין צד א' לצד ב'.

ס' 2 א' לחוק המחאת חיובים: "המחאת זכות אין בה כדי לשנות את הזכות או תנאיה, ולחייב יעמדו כלפי הנמחה כל הטענות שעמדו לו כלפי הממחה בעת שנודע לו על ההמחאה".

צד ב' ממחה לצד ג' את חובו של א' וצד ג' הוא הנושה החדש של צד א': היקף הטענות העומדות לא' כלפי ג' הוא זה העומד לו כלפי ב' בעת שנודע לו על ההמחאה. יש רלוונטיות למועד בו נודע לחייב על ההמחאה. בדרך כלל נודע לחייב על דבר ההמחאה זמן מה לאחר הסכם ההמחאה (בין ב' ל-ג'). אמנם אין חובה לתת לחייב הודעה על ההמחאה- אך הוראות סעיף זה (בין הוראות חקוקות נוספות) מראה שכדאי להודיע לחייב על דבר ההמחאה. דברים שקורים ביחסים בין צד א' לבין צד ב' לאחר שנודע ל א' על ההמחאה ל-ג' אינם רלבנטיים ביחס של א' כלפי ג', א' אינו יכול לעשות בהם שימוש. מה שצד א' יכול לעשות בסיטואציה זאת- הוא לתבוע את צד ב'.

ניתן לחייב להעלות טענת הגנה כלפי ג' על עסקאות שונות בין א ל-ב' אם עסקה שונה בין א' ל- ב' - לא יכול להעלותה!



הפירוש של סעיף 2 א' אינו הגיוני, יש קושי מסוים כיוון שאם לאחר מכן החברה (ב') בונה באופן לקוי החייב אינו יכול להשתמש בזה כטענת הגנה. במקרה זה עליו לתבוע את הממחה ולשלם לנמחה ללא קשר.

בהמחאת זכות כל טענת הגנה שיש לא' כלפי ב' – יש לו אפשרות להשתמש בהן כלפי ג'.
בפרקטיקה – ההמחאה וההודעה נעשים בשלבים מוקדמים מאוד ואילו הפרת החוזה יכולה
להתבצע בשלב מאוחר יותר.

פס"ד גבריאל גרוב נ' רשות הנמלים בישראל מהווה את ההלכה בנושא עד היום: **חייב**
רשאי להעלות כלפי הנמחה גם טענות הגנה שאינן נובעות רק מהחובה שהזכות על פי
הומחאה- אלא גם בעסקאות אחרות שבין החייב למממחה. הסעיף מבחין בין טענות
הקשורות לעסקה שבגינה הומחאה הזכות לבין עסקאות אחרות שבין א' ל-ב' כפי שיובהר
להלן.

ע"א 330/75 - גבריאל גרוב נ' רשות הנמלים בישראל . פ"ד לא(3), 146, עמ'
150-151.

השופט בן פורת:

3... טענות ההגנה של החייב נגד הנמחה מתגבשות במועד שבו נודע לו דבר ההמחאה: סעיף 2
(א) לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969. **אולם יש להבדיל היטב בין טענות הגנה**
למיניהן, שבהן מדבר סעיף 2 (א) הנ"ל, לבין הגנות הנובעות מתנאי החובה גופו. למשל,
ברור לכל בר-בי-רב, ולא יתכן כלל אחרת, שהחייב יכול להתגונן בטענה שהממחה הפר את
התחייבויותיו על-פי החובה ועקב כך לא נתגבשה הזכות שהומחאה, אפילו מאוחרת ההפרה
ממועד ההודעה על דבר ההמחאה. כללו של דבר, באשר לקשר החוזי גופו ניצב הנמחה בנעלי
הממחה, כך שטענות המבוססות על קשר זה אינן בגדר טענות הגנה המתגבשות לפי סעיף 2
(א) לחוק הנ"ל, בעת שנודע לחייב על המחאת הזכות.

מס. הליך: ע.א. 330/75 .

צדדים: גבריאל גרוב נגד רשות הנמלים בישראל

תאריך: 9.6.77

שופטים: מ"מ הנשיא לנדוי, ויתקון, גב' בן-פורת. החלטה - השופט בן-פורת

תמצית

המחאת חוב

התקציר:

הערעור של גרוב נדחה. ביולי 1971 נחתם הסכם בין רשות הנמלים (א') לבין
חברת רמטרום (ב') להקמת מבנים בנמל אילת. חברת רמטרום היתה חייבת כספים
למערער (ג') ובמרץ 1972 המחאה רמטרום (ב') למערער את זכותה עפ"י החובה
הנ"ל לכספים עד לסך של כ-100 אלף ל"י והורתה למשיבה (א') להעביר לחשבון
המערער בבנק את הכספים הנ"ל. רשות הנמלים אישרה את ההמחאה והתחייבה
לפעול לפיה. רמטרום לא עמדה בהתחייבותיה כלפי הרשות והרשות הפסיקה את
החובה והודיעה לבנק כי החובה הופסק ולכן לא מגיעים כספים לרמטרום. בספטמבר
1972 שלחה המשיבה (א') לבנק הודעה שלפיה נחתם הסכם חדש בין המשיבה
לבין רמטרום שלפיו החובה הראשון ממשיך להיות בתוקף וכן גם ההמחאה. החובה
החדש כלל תנאים המחמירים עם רמטרום וכאשר שוב הופר ההסכם טענה
המשיבה כי עפ"י ההסכם החדש מגיעים לה פיצויים בסכום כזה שאינה חייבת עוד
דבר לרמטרום וממילא אינה חייבת דבר למערער (ג'). תביעת המערער נגד הרשות
נדחתה והערעור על כך נדחה. עם הסכם ההמחאה עברה הזכות הנמחית מן
הממחה (רמטרום) אל הנמחה (ג' - המערער) ומאז נוצרה יריבות ישירה בינו לבין
המשיבה כחייבת. מכאן, שלמערער מעמד כבעל דינה של המשיבה בבואו לתבוע
פרעון הזכות המותנה שהומחאה לו בתנאי שזו התגבשה בינתיים. כמו כן, טענות
ההגנה של החייב נגד הנמחה מתגבשות במועד בו נודע לחייב דבר ההמחאה, אם
כי יש להבדיל בין טענות הגנה למיניהן בהן מדבר סעיף 2 לחוק ההמחאה, ובין
הגנות הנובעות מתנאי החובה גופו. החייב יכול להתגונן בטענה שהממחה הפר את
התחייבויותיו ואז לא התגבשה הזכות שהומחאה, למרות שהפרת החובה מאוחרת

גוף התקציר:

ממועד ההודעה על דבר ההמחאה. מתעוררת השאלה אם מותר לממחה ולחייב, היודע על ההמחאה, לשנות כרצונם את תנאי הקשר ללא ידיעתו והסכמתו של הנמחה. התשובה לכך חיובית בהגבלות מסוימות. אין להגביל את זכותם של החייב ושל הממחה לשנות את תנאי החוזה על יסוד שיקול עיסקי מסחרי סביר, להבדיל משינוי שבא לקפח את הנמחה או לנשל מזכותו. יש גם להבדיל בין זכות שהתגבשה בזמן ההמחאה, כגון כסף שכבר מגיע, לבין זכות מוקנית שגיבושה צופה פני עתיד. במקרה הראשון (זכות שהתגבשה בזמן ההמחאה) עילת תביעתו של הנמחה כבר קמה ואין הממחה והחייב רשאים לעשות משהו שיפגע בה ואילו במקרה השני (שגיבושה פני עתיד) אין לראות בשינוי מעשה אסור אם השינוי הוא עניני וסביר, אלא אם כן הותנה בהסכם ההמחאה במפורש או מכלילא ששינוי החוזה יהווה הפרה מצד הממחה. גם במקרה שהותנה כך תהיה לנמחה עילת תביעה בגין הפרת התנאי נגד הממחה ולא נגד החייב. היוצא מן האמור שהחייב זכאי לשנות את תנאי החוזה עם הממחה כל עוד הוא פועל בתום לב וללא כוונה לפגוע בנמחה אלא אם כן הוא מושתק על רקע נסבותיו המיוחדות של המקרה. כאן, התוספת לחוזה שיפירה, או מכל מקום לא הרעה, את התנאים לפי החוזה המקורי. גם טענת השתק דינה להדחות, ראשית, משום שלא נטענה בערכאה דלמטה ובנוסף לכך לא נתקיימו שלושת מרכיבי ההשתק שהם: מצג המכוון להניע אדם לעשות מעשה פלוני; מעשה או מחדל מצד האדם שכלפיו נעשה המצג. נגרם נזק לאדם אשר כלפיו נעשה המצג.

(בפני השופטים: מ"מ הנשיא לנדוי, ויתקון, גב' בן-פורת. החלטה - השופטת בן-פורת. עוה"ד א. זהר וח. זליכוב למערער, עו"ד י. בן אור למשיבה. 9.6.77).

נמחה צריך לבדוק היטב את היחסים בין החייב לממחה. הנמחה בודק דרך כלל עם החייב אם יש לחייב טענות כלפי הממחה (גם כאלה שאינן קשורות לחוזה שבגינן הומחו הזכויות). סעיף 2(א) הרי שומר לחייב את כל טענות ההגנה.

הלכת גרוב גורסת כי יש הבדל בין טענות הגנה הקשורות לאותה העסקה או לעסקאות אחרות: אם טענות ההגנה נובעות מעסקאות שאינן קשורות לזכות שהומחתה - יכול א' לטעון רק טענות שנוצרו לפני מועד ההמחאה. לעומת זאת טענות שיש לא' כלפי ב' בגין העסקה בגינה הומחתה הזכות - אין טענות ההגנה מוגבלות במועד [ללא קשר לסעיף 2(א)].

לנמחה יש אינטרס להודיע לחייב על דבר ההמחאה עד כמה שיותר מהר. הבנקים כ-ג' מודיעים לחייבים (א) מייד על דבר ההמחאה. ברור גם שכל עוד לא יודע א' מ-ג' יכול הוא עדיין לשלם כספים לב' ולהיות פטור בסופו של דבר מהחוב.

5.4 ההמחאה כאמצעי מימון ואמצעי תשלום

בפרקטיקה המחאת זכות יכולה לשמש כאחת מ-2 הפונקציות הבאות:

1. **אמצעי מימון:** ב' וג' אינם ביחסי נושה וחייב לפני ההמחאה. א' חייב כסף לב' כאשר מועד הפירעון הוא בעתיד (נאמר בעוד שנה). ב' זקוק למימון כעת: הוא הולך למממן ג' נותן לא' המחאת זכות תמורת מזומנים ש-ג' מעמיד לטובת ב' כמימון ביניים. המחאת זכות אינה משנה את התנאים: סעיף 2(א) אומר כי המחאת הזכות אינה משנה את תנאיה (רק בעוד שנה יצטרך א' לשלם ל-ג'). המחאת הזכות שימשה לגיוס כסף- כאמצעי מימון. הדבר שכיח בעסקאות קבלניות.

2. **אמצעי תשלום:** ב' חייב כסף לג'. לפני המחאת הזכות יש חוב קודם (א' חייב ל-ב'). ב' ממחה לג' את זכותו לקבל כסף מ-א'. מטרת המחאת הזכות הזאת היא פירעון חוב של ב' כלפי ג'.

חוק המחאת החיובים מטפל באופן זהה בשני המקרים, ללא אבחנה בין מימון לתשלום.

לשום הסעיף:

ס' 2 א' לחוק המחאת חיובים: "המחאת זכות אין בה כדי לשנות את הזכות או תנאיה, ולחייב יעמדו כלפי הנמחה כל הטענות שעמדו לו כלפי הממחה בעת שנודע לו על ההמחאה".

פס"ד שמן תעשיות נ' אי.אס. אל

<u>צד א' – לקוחות שמן</u>	<u>צד ב' – חברת שמן</u>	<u>צד ג' – אי.אס.אל</u>
חייב	נושה=ממחה	נושה חדש=נמחה
	(מעביר)	(נעבר)
	(יצרן)	

שמן עשתה עסקה עם לקוחות שזמן פרעונה 120 יום. על מנת "לקסות את התחת" ולהבטיח לעצמה שאכן הכספים יתקבלו, חתמה חברת שמן עם חברת אי.אס.אל הסכם לפיו חברת שמן תעביר לחברת אי.אס.אל את החשבוניות וחברת אי.אס.אל תעביר לה את הכסף בגין חשבוניות אלו לאחר 120 יום.

לכאורה הייתה כאן המחאת זכויות.

עסקאות מימון - פרופסור שלום לרנר

ביהמ"ש התקשה לסווג את העיסקה והתלבט אם זו המחאת זכות או ערבות – עיסקה זו אינה מתאימה לאב הטיפוס של עסקת המחאת זכויות (מימון ו/או אמצעי תשלום) כי ב' לא היה חייב לג' כלום ולכן ביהמ"ש אומר שזה דומה לערבות. ב' אינו זקוק למימון אך הוא רצה לוודא כי יקבל את הכסף מלקוחותיו ולכן העדיף להמחות את הזכויות לג'.

הקושי לסווג את העיסקה נבע מכך שביהמ"ש ראה כי העובדות לא תאמו את צורת ההמחאה המוכרות.

ג' ביקש מא' אישור וקיבל אולם בדיעבד החליט א' כי הסחורה פגומה בעיניו. ג' תבע את א' ו- ב' (לחילופין). ביהמ"ש פסק שא' חייב ואינו רשאי להשתמש בטענת ההגנה כי הסחורה פגומה. אם החייב כתב לנמחה כי הוא מתחייב באופן מוחלט ובלתי חוזר אין הוא יכול להשתמש בטענות ההגנה ויוכל לתבוע את ב' בגין הנזק שנגרם לו.

מס. הליך: ע.א.573/73.

צדדים: שמן תעשיות בע"מ נגד אי.א.ס.אל ... בע"מ

תאריך: 5.8.74

שופטים: מ"מ הנשיא זוסמן, ח. כהן, אשר

תמצית
התקציר: הסכמי מימון והמחאת חוב.

(ערעור על פס"ד רשם ביהמ"ש המחוזי בנצרת - הערעור נדחה). נערך חוזה בין חברת שיווק (הספק) לבין המערערת (המשווק) ובין חברה אחרת (היצרן). נושא החוזה היה אספקת מציתים מתוצרתו של היצרן באמצעות הספק למערערת כמשווק. בין היצרן לבין המשיבה נערך הסכם ממון שלפיו הוקנו חשבונות החיוב שבין המערערת והיצרן למשיבה וזאת בהסכמת המערערת כשהמשיבה מימנה את הוצאות היצרן. לבסוף סירבה המערערת לשלם למשיבה תמורת החשבונות שהוקנו לה ע"י היצרן. המשיבה הגישה תביעה בסדר דין מקוצר, הרשם דחה את בקשת המערערת לרשות להתגונן והערעור על כך נדחה. בפסק דין מקיף סוקר ביהמ"ש העליון את ענין הסכמי המימון, המחאות חוב וההשלכות הנובעות מכך שהמערערת התחייבה כלפי המשיבה לקיים את הסכם המימון ולפעול לפיו.

גוף
התקציר:

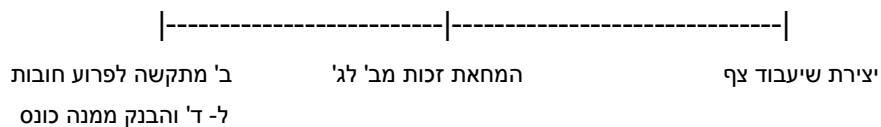
(בפני השופטים: מ"מ הנשיא זוסמן, ח. כהן, אשר. עו"ד נ. ליפשיץ למערערת, עו"ד צ. מיתר למשיבה. 5.8.74).

פס"ד בנק הפועלים נ' מועצה מקומית מטולה

<u>צד ד' – בנק</u>	<u>צד ג'</u>	<u>צד ב' – חברת</u>	<u>צד א' – מ"מ</u>
<u>הפועלים</u>		<u>תשתיות</u>	
נושה של ב'	נמחה	ממחה	חייב

העימות הסטנדרטי בין ג' ו- ד': הנושה מעוניין לבטל את תוקפה של ההמחאה בכדי לקבל את הכסף. ד' יכול להיות מפרק ו/או מעקל.

בפס"ד זה ד' הוא בנק הפועלים, שיש לו שיעבוד צף. הפרויקט שביצע ב' בשביל א' הסתיים וא' לא חולק על הצורך לשלם. ג' הינה חברה שסיפקה לב' ציוד ולשם פירעון החוב ב' המחאה לג' את הזכות כלפי א' (אמצעי תשלום).



לד' יש שיעבוד על כל הנכסים של ב' ומתוקף כך יש לו זכות גם על החוב של א' כלפי ב'.

1. הסכם (שיעבוד צף) – כולל סעיף הגבלה שהחברה אינה רשאית לעשות עסקאות ללא הסכמת הבנק למעט מכירת מלאי עסקי.
2. רישום השיעבוד.

בשנות השמונים תוקן ס' 169 לפקודת החברות - ס' 169 (ב') קובע כי:

"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 המישכון או המכר; ואולם אם נכללה במסמך היוצר שיעבוד צף הגבלה על זכות החברה ליצור שעבודים, והגבלה זו נכללה בפרטים שנמסרו לרישום השעבוד הצף, יהיה השעבוד הצף עדיף על שיעבוד שנוצר בניגוד לאותה הגבלה אחרי רישום הפרטים בידי הרשם"

בנק הפועלים טוען כי ביצוע ההמחאה נוגד את סעיף ההגבלה לכן הכסף מא' שייך קודם כל לבנק. כיוון שההמחאה הייתה אמצעי תשלום ולא אמצעי מימון ובמטרה למנוע מתן כוח בלתי מוגבל לשיעבוד צף, פסקה השופטת לטובת הנמחה (ג').

לדעת המרצה - אם ההמחאה משמשת אמצעי תשלום - יש לתת עדיפות לנמחה על פני שעבוד צף - כפי שמתבטא הדבר בפס"ד מטולה במשמע. השעבוד הצף נסוג אפוא, כשהמחאת הזכות משמשת אמצעי תשלום ולא אמצעי מימון.

שרית - להשלים את פסק הדין הזה?

5.5 רישום ההמחאה

ס' 97 לפקודת פשיטת הרגל (ליחיד) וס' 356 לפקודת החברות (לחברה) קובעים כי: להמחאות זכות מסוימות לא יהיה תוקף כלפי נאמן (ד') בפשיטת רגל של ב' אלא אם כן ההמחאה נרשמה בדרך שנקבעה בתקנות (ב' חברה ->רשם החברות, ב' יחיד ->רשם המשכונות):

פקודת פשיטת הרגל: "97. ביטול המחאה כללית בלתי רשומה [42א] [תשכ"ט]: (א) המחאה אדם לאחר זכויות קיימות או עתידות לבוא והוכרז לאחר מכן פושט רגל, לא תהיה להמחאה תוקף כלפי הנאמן לענין הזכויות שלא נפרעו לפני תחילת פשיטת הרגל, אלא אם נרשמה ההמחאה בזמן ובדרך שנקבעו בתקנות. (ב) האמור בסעיף קטן (א) לא יחול על המחאת זכויות כלפי חייבים שפורטו בהמחאה ושזמן פרעון חל בשעת ההמחאה או לפניה, או זכויות קיימות או עתידות לבוא לפי חוזים שפורטו בהמחאה, או המחאת זכויות הכלולה בהעברת עסק בתום-לב ובתמורה."

פקודת החברות: "356. ביטול המחאה כללית לא רשומה- מקום שבפשיטת רגל אין תוקף להמחאה כללית של זכויות, אין תוקף להמחאה בפירוק חברה; ולענין זה תבוא תחילת הפירוק במקום תחילת הגשת בקשת פשיטת הרגל."

כלומר יש חובת רישום של ההמחאה כדי שיהיה לה תוקף כלפי ד' למיניהם. התקנות קובעות שניתן לרשום המחאות זכות אצל רשם החברות (בחברה) ואצל רשם המשכונות (ביחיד).

המחוקק טען כי חוק המחאת חיובים יכול לצור בעיות בעקבות המחאת זכויות ולכן דרש שהמחאת הזכות תקבל ביטוי פומבי בכדי שהנושים של ב' יוכלו לדעת על נושים קיימים.

סעיף 97(ב) קובע חריגים: המחאות זכות ספיציפיות פטורות מרישום. המחאות זכות ספיציפיות- משמע, המחאות המיוחסות לחוזים מסויימים ומוגדרים. ב' ממחה ל-ג' סכום עפ"י חוזה מוגדר בין ב' לבין א'. סעיף 97 קובע, כי אם ממחים זכות מכוח חוזה מוגדר- אינו טעון רישום (ואלה הם המקרים הסטנדרטיים). מה שנותר טעון רישום (וזוה נדיר בפרקטיקה) הוא המחאה כללית: ב' מוכר ל-ג' את הזכויות כנגד כל החייבים שיש לו בעסק בשנת 2003 למשל.

הסעיף מפספס את כוונת המחוקק כי החריג הוא רחב. כלומר – רק המחאה כללית טעונה רישום (ס' 97 בכללותו).

פס"ד בן ציון נ' גורני

צד ד' - נאמן

<u>צד א'</u>	<u>צד ב'</u>	<u>צד ג'</u>
שוכרים	יהושע בן ציון	יהודית בן ציון (אחותו)

ב = אח המחאה ל-ג' = אחות את זכויותיו כלפי שוכרים בבניין שלו. ההסכם היה כללי ולא מפורט. ההסכם היה סמוך לכניסתו לפשיטת רגל. ביהמ"ש קובע שזו המחאה כללית, שלא נכנסת לסעיף 97(ב) (הניסוח היה כוללני ולא פירט את החוזים) ולכן היא טעונה רישום. לכן הכסף מהשוכרים יעבור לנאמן.

מס. ע.א.596/86.
הליך:

צדדים: יהודית בן ציון ואח' נגד אוריאל גורני
תאריך: 23.7.89

תמצית התקציר: תקפותה של המחאת זכויות ע"י מי שהוכרז לאחר מכן כפושט רגל

(הערעור נדחה).

א. ביום 4.11.75 נמסרה למר יהושע בן ציון (להלן: בן ציון) התראת פשיטת רגל וביום 20.12.76 הוכרז כפושט רגל כשפשיטת הרגל חלה למפרע מיום 11.11.75, תאריך בו עשה מעשה פשיטת רגל. בן ציון הינו הבעלים הרשום של 3/16 בנכס מסויים בירושלים. מסתבר כי ביום 4.4.75 המחאה לאחותו (המערערת השניה) את הזכויות לדמי שכירות או דמי מפתח המגיעות לו או שיגיעו לו בנכס דנן (להלן: המחאה). נוסח המחאה הינו "הנני ממחה ומעביר לך בזה באופן בלתי חוזר את כל זכויותי לדמי השכירות ו/או לדמי מפתח בגין הבית ברח' בן ציון 10/12 ירושלים" הן שכבר הגיע זמן פרעונם והן שיגיע בעתיד, לפי כל החוזים וההסכמים שנעשו או שיעשו עם דיירים בהווה, או עם דיירים יוצאים...". המשיב, הנאמן על נכסי פושט הרגל (להלן: הנאמן), הגיש לביהמ"ש המחוזי בקשה להכריז, בין היתר, כי המחאת הזכויות הינה חסרת תוקף. ביהמ"ש המחוזי נעתר לבקשה וקבע כי אין המחאה באה בגידרו של סעיף 97(א) לפקודת פשיטת הרגל (נוסח חדש) התש"מ, וגם סעיף 97(ב) אינו חל על המחאה דנא. זאת, משום שבהמחאה לא היה פירוט החוזים הספציפיים הנוגעים לנכס. בערעור טוענות המערערות כי מן הראוי לפרש את סעיף 97(ב) פירוש רחב, ואם ייעשה כן יהיה ניתן לשבץ את המחאה במסגרת אותה פסקה. הערעור נדחה.

גוף התקציר:

ב. סעיף 97(א) שולל את תקפן של המחאות שהמחה אדם לאחר והוכרז לאחר מכן כפושט רגל, ואילו סעיף 97(ב) קובע כי סעיף קטן(א) לא יחול "על המחאת זכויות כלפי חייבים שפורטו בהמחאה... או זכויות קיימות או עתידות לבוא לפי חוזים שפורטו בהמחאה...". טענת המערערות הינה כי המחאה דנא נכנסת למסגרת של "זכויות קיימות או עתידות לבוא לפי חוזים שפורטו בהמחאה". ברם, בשים לב לכוונתו ולמטרתו של המחוקק, מן הנמנע לפרש את הביטוי "חוזים שפורטו" פירוש רחב, אלא פירוש צר ודוקני. מסקנה זו עולה הן מהנסיבות שגרמו לחקיקת הסעיף הנ"ל והן מדברי ההסבר שניתנו בכנסת כאשר הובא סעיף זה

לאישורה של הכנסת. המחוקק שם לנגד עיניו את עיקרון ההגנה על נושה של פושט רגל, כאשר מגמת הסעיף היתה למנוע בעד פושט הרגל להבריח את נכסיו מבעוד מועד ע"י שימוש באקט של המחאת זכויות, בטרם יועברו נכסיו לידי הנאמן. משמעות הדבר כי על הממחה לפרט במסגרת המסמך המבטא את ההמחה את החוזים שהוא מתכוון להמחותם, ואין להשתמש בניסוח כוללני הנוגד את כוונתו של המחוקק ואת מטרתו של החוק.

ג. בענייננו, נוסח ההמחה איננו מצוין לגבי אף חוזה לא את תאריך חתימתו, לא את תקופת תחולתו, לא את אחד הצדדים לו ולא לגבי איזה חלק של הבניין הוא חל, ולמעשה אף פרט, לבד מכך שיודעים אנו שהחוזים הנזכרים בהמחה קשורים בבניין מסויים. בנסיבות כאלה, אין לומר על החוזים שהם "פורטו" במשמעותו של סעיף 97(ב) הנ"ל. מדובר אולי בחוזים שאזכרו בהמחה, אך לא בחוזים "שפורטו". בהתחשב בתוצאה הנ"ל אין צורך להתייחס לסוגיית תום לבו של בן ציון בקשר עם ההמחה.

(בפני השופטים: חלימה, אור, מצא. החלטה - השופט חלימה. עו"ד יוסף אילון למערערים, עו"ד גורני למשיב. 23.7.89).

פסק דין נוסף בנושא, בו אח (פושט רגל) העביר לאחיו ממון בדרך של המחאת זכות:

מס.
הליך: ע.א.5578/93.

צדדים: ראובן נדב נגד מאיר סרגובי עו"ד הנאמן על נכסי פושט הרגל אליעזרנדב ואח'
תאריך: 10.8.95

שופטים: הנשיא שמגר, קדמי, גב' שטרסברג-כהן. החלטה - הנשיא שמגר
תמצית **תקפה של המחאת זכויות על ידי מי שהוכרז לאחר מכן כפושט רגל.**
התקציר: **הענקת זכויות תוך שנתיים לפני שמעניק הזכויות הוכרז כפושט רגל**
(מחוזי י-ם - ת.א. 62/91 - הערעור נדחה).

א. המערער ואחיו אליעזר נדב (להלן: פושט הרגל) עסקו במתן הלוואות בשוק האפור ועשו עסקים בינם לבין עצמם. האח הגיש בקשה לכינוס נכסים ופשיטת רגל ביום 29.1.91 וביום 12.6.91 ניתן צו כינוס על נכסיו והוכרז כפושט רגל. ביום 3.3.92 הגיש המערער תביעה בסדר דין מקוצר נגד אחד שמעון בן יאיר (להלן: החייב) לתשלום חוב של כ-90,000 ש"ח בגין הלוואה שקיבל מפושת הרגל. המערער טען בכתב התביעה כי הזכות לגבות חוב זה הומחתי לו באוגוסט 1990 ע"י אחיו, פושט הרגל. התביעה הסתיימה בפשרה. לידי הנאמן הגיעה החלטת ביהמ"ש בעניין התביעה והגיש בקשה לביטול המחאת הזכות. ביהמ"ש המחוזי קבע כי ממכלול הנסיבות עולה כי **אין מדובר בהמחת זכות שנעשתה בתום לב ובתמורה אלא בהברחת רכושו של פושט רגל.** לפיכך סבר ביהמ"ש כי דין ההמחה להתבטל לפי סעיף 97 לפקודת פשיטת הרגל ולחילופין לפי סעיף 96 לפקודה האמורה. הערעור נדחה.

גוף

התקציר: ב. סעיף 97(א) לפקודת פשיטת הרגל קובע כי **"המחה אדם... זכויות... והוכרז לאחר מכן פושט רגל, לא תהיה להמחה תוקף... לעניין הזכויות שלא נפרעו לפני תחילת פשיטת הרגל, אלא אם נרשמה ההמחה בזמן ובדרך שנקבעו בתקנות". סעיף משנה (ב) קובע כי "האמור בסעיף קטן (א) לא יחול על המחאת זכויות כלפי חייבים שפורטו בהמחה... או המחאת זכויות הכלולה בהעברת עסק בתום לב ובתמורה".** לעניין ביטולה של ההמחה קבע ביהמ"ש המחוזי כי ההמחה אינה תקפה לאור הוראות סעיף 97(א) המציב דרישה של רישום המחאת הזכות כתנאי לתוקפה של ההמחה וכן לא ניתן לשבח את ההמחה במסגרת החריגים המנויים בסעיף 97(ב), באשר לדעת ביהמ"ש המחוזי, שמות החייבים במסגרת ההמחה צריך להיות בכתב וכאן לא היה פירוט בכתב. המערער טוען, בצדק, כי דרישת הכתב בחריגים לפי סעיף 97(ב) אינה מוצדקת. אין לקבל את הטענה כי מדובר כאן בהמחה כללית הטעונה רישום לפי סעיף 97(א), שכן מדובר בסידרת שיקים שניתנו להבטחת חוב אחד שחב החייב לפושט הרגל, והעובדה שמדובר בהעברת סידרת שיקים אינה הופכת את ההמחה לכללית. גם טענה אחרת שהועלתה ע"י המשיבים כי העיסקה לא

הושלמה כל עוד החזיק החייב בכספי החוב אין לקבלה. הבעלות בזכות עוברת בעת הסכם ההמחאה ואין אפילו צורך בהודעה לחייב להשלמת העסקה .

ג. **ברם, על אף היעדר הוראה המחייבת עריכת כתב, אין להתעלם ממקומו הראייתי של הכתב ובחשיבותו בנסיבות בהן מיושם סעיף 97. הכתב אינו קונסטיטוטיובי**, אולם נקודת המוצא בבדיקת האמיתות והאמינות בדבר הסדר כאמור בסעיף 97(ב) היא, מדוע אין כתב ומה הן הסיבות לכך שהעברת זכויות כספיות נעשתה ללא אות וסימן בכתובים. אין חובה לערוך את ההמחאה בכתב, אך היעדרו של הכתב יכול לעורר ספק רציני בדבר עצם קיום ההמחאה. מכל מקום דין הערעור להידחות ממילא .

ד. הדרך החילופית שהביאה את ביהמ"ש לביטול המחאת הזכות היתה באמצעות החלת סעיף 96 לפקודה. סעיף זה עוסק בביטול הענקות, ולפיו "העניק אדם נכסים ונעשה פושט רגל לפני שעברו שנתיים מיום ההענקה, ההענקה בטלה...". **צדק ביהמ"ש המחוזי כי ניתן להחיל סעיף זה, שעניינו ביטול הענקת נכסים, גם על המחאת זכויות.** אין כל מניעה בלשונו של סעיף 96 לבדיקת המחאת זכויות, שעומדת בתנאי התקפות של סעיף 97, לאורם של יתר הוראות הפקודה. גם לאחר שההמחאה עברה ב"מסננת" של סעיף 97, כאשר אין רואים בהמחאה העברה סמוייה של זכויות, עדיין ייתכן שהינה הענקה או העדפה פסולה .

ה. נותרה השאלה אם ההמחאה דנא ניתנת לביטול לפי תנאי סעיף 96. סעיף 96 קובע, כאמור, כי הענקת נכסים תוך תקופה של שנתיים לפני פשיטת הרגל בטלה. אך סעיף 96(ג) (מונה חריגים שאינם נחשבים בגדר הענקה. המערער טוען כי נטל ההוכחה לגבי אי התקיימות החריגים רובץ על כתפי הנאמן ואילו ביהמ"ש המחוזי סבר כי הנטל מוטל על המערער. אכן, הנאמן הוא הנושא בנטל השכנוע, אולם מאחר שעניין לנו בהוכחת יסוד שלילי, שלעתים מצוי בדיעתו המיוחדת של היריב, אין להעמיס על הנאמן חובת ראיה כבדה מדי. כמות ההוכחה היא קלה ואם לא תובא מצידו של הנתבע ראיה לסתור אותה, די היא באותה ראיה להרמת נטל השכנוע על ידי הנאמן. המערער טוען כי הנאמן, שעליו נטל ההוכחה, לא הצליח לשלול את קיום החריג שעניינו הענקה לטובת קונה בתום לב ובתמורה בת ערך, ואולם **ביהמ"ש קבע כי המחאת הזכות לא נעשתה בתום לב ובתמורה והיה לו יסוד לקבוע זאת על פי הראיות שבאו בפניו** .

5.6 המחאה על דרך השעבוד ומישכון זכויות

מה ההבחנה בין משכון זכויות ומכר של זכויות?

המושג "המחאה על דרך השעבוד" נלקח מחוק המחאת חיובים ואילו המושג "משכון זכויות" נלקח מחוק המשכון.

חוק המחאת חיובים - 1. המחאת זכות - (א); (ב) המחאה יכול שתהיה לגבי הזכות כולה או מקצתה, ויכול שתהיה מותנית או על דרך שעבוד.

סעיף 9 וסעיף 20 לחוק המשכון מדברים על משכון זכויות בצד משכון נכסים (מקרקעין ומטלטלין):

"9. חילופי המשכון - (ב) נתממשה 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."

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 המישכון."

עסקאות מימון - פרופסור שלום לרנר

יש לכאורה בעייתיות בחלותם של שני חוקים על אותו הדבר.

חוק המחאת חיובים חל גם על המחאה **בדרך השעבוד**. ההמחאה היא העברת בעלות בזכות, אלא שכאן עוברת זכות קניין פחותה מבעלות: שעבוד.

א' הוא חייב ו-ב' הוא נושה. הזכות המתגבשת בין השניים - גם היא מעין נכס ניתן לעשות בו עסקאות. הנכס הוא הזכות החוזית לקבל כסף בעתיד. העולם המודרני מתייחס לזכויות חוזיות כאל נכסים שניתן לסחור בהם. הרכוש העיקרי שיש לאדם הוא זכויות חוזיות: חשבון בבנק הוא בעצם זכות חוזית. גם נכסי מקרקעין שטרם נרשמו בטאבו הם בבחינת זכות חוזית בפעמים רבות.

ב' עושה עם ג' (=נמחה) עסקה:

או שב' מוכר ל-ג' את זכותו (ואזי אין העסקה טעונה מרשם),

או שב' ממשכן את הזכות לג' שהוא נושה מובטח מעתה (ואזי העסקה טעונה רשום אצל רשם המשכונות/החברות לפי העניין).

חוק המחאת חיובים מתמקד רק ביחסי א' עם ג' (טענות ההגנה שיש לא' כלפי ג'). על מערכת היחסים בין ב' לג' לא חל חוק המחאת חיובים: אם העסקה ביניהם היא מכר- חל על העסקה חוק המכר. אם ב' ממשכן את הזכות- חל על העסקה חוק המשכון.

בשעור הראשון של הקורס הבאנו הנחה מחוק המשכון, ס' 23 - מה האפשרויות של מלווה שקיבל משכון (מכונית) והגיע מועד הפירעון של ההלוואה, והלווה לא פורע את החוב? יש לו שתי דרכים:

1. **מימוש המשכון** - לממש את המשכון (מכונית) באמצעות הוצאה לפועל (משכון רשום או מופקד - ישירות באמצעות הוצאה לפועל בלי בית משפט). מימוש המשכון משמעו מכירת המשכון ופרעון החוב מהתמורה שנתקבלה.
2. **תביעה רגילה להחזרת החוב** - תביעה של ב'.

באפשרות המלווה לבחור באחת משתי הדרכים רשומה בס' 23 לחוק המשכון. כאשר ב' ממשכן לג' זכות חוזית שיש ברשותו כלפי א'.

צד ד' - מפרק

<u>צד א'</u>	<u>צד ב'</u>	<u>צד ג'</u>
חייב	לווה	מלווה

בשפת דיני המשכון - ג' יכול או לתבוע את החוב מב', לממש את המשכון זה לתבוע את א'. לכאורה ניתן להבדיל בין מכר למשכון.

הבדל אחד בחשיבות זה לעניין רישום - אם העסקה בין ב' ל - ג' היא משכון, אזי משכון שאינו נרשם בטל במצב של חדלות פירעון. משכון על מכונית שלא נרשם, כוחו אינו יפה למפרק ו/או לכונס.

אם העסקה היא עסקת מכר, ס' 97 לפקודת פשיטת הרגל קובע כי רק במקרים נדירים מכר של זכות טעון רישום. במקרים הרגילים מכר זכות אינו טעון רישום ולכן במקרה שהממחה נקלע לקשיים ונמצא בחדלות פירעון, למפרק שלו (ד') יש אינטרס להכניס את כלל נכסי ב' להכניס לקופת הפרוק.

ניתן לטעון שהמחאת הזכות בין ב' לג' היא משכון, והיות ולא נרשם, אזי כוחו של ג' אינו יפה מול המפרק. בפס"ד יהושע נ' בון מארט מילניום טען המפרק כי המחאת הזכות היא שעבוד וכיוון שאינה נרשמה – אין לה תוקף.

מס. הליך: ע.א.3966/01.

צדדים: יהושע ... בע"מ נגד בון מארט... בע"מ (בפירוק) וכונס הנכסים הרשמי

תאריך: 8.6.03

שופטים: גב' שטרסברג-כהן, גב' דורנר, גב' בייניש. החלטה - השופטת דורנר

פירוש מסמך המחאת זכות.

המחאת זכות אינה טעונה הסכמת החייב.

תמצית התקציר: תוקפה של המחאת זכות כאשר החברה הממחה נכנסה לפירוק לאחר שהתנאי להפעלת ההמחאה נתמלא.

רישום המחאת זכות של חברה, כ"משכון" אצל רשם החברות

(מחוזי ת"א - בש"א 1317/00 - הערעור נתקבל).

א. המשיבה, (להלן: החברה), רכשה מן המערערת, (להלן: יהושע), שירותי פרסום, ותמורתם מסרה ליהושע מספר שיקים וכן כתב המחאה, שנעשה בתאריך 21.6.99, בו הודיעה החברה לחברת המשביר לצרכן (להלן: החייבת) על המחאת זכויותיה על-פי ההסכם שבינה לבין החייבת ליהושע, והורתה לחייבת לשלם ליהושע, באם יחוללו השיקים, את סכומי הכסף הנקובים בשיקים שחוללו. לאחר חתימת החברה על כתב ההמחאה, נכתבה פסיקה נוספת, על-פיה אמורה היתה החייבת לאשר בחתימת-ידה את הסכמתה לפעול על-פי כתב ההמחאה. אלא, שהחייבת לא חתמה על כתב זה. משחוללו שני שיקים, האחד ביום 10.11.99, והשני ביום 12.12.99, דרשה יהושע מהחייבת לפרוע את הסכומים האמורים. בתוך כך, בתאריך 4.1.2000, הוגשה בקשה לפירוק

גוף התקציר:

החברה ובתאריך 15.5.00, ניתן צו הפירוק.

ב. מפרק החברה עתר למתן פסק-דין המצהיר, כי ההמחאה בטלה. זאת, **ראשית, משום שהחייבת לא נתנה הסכמתה בכתב, כנדרש בכתב ההמחאה; ושנית, משום שההמחאה - שנעשתה על-דרך שעבוד - לא נרשמה ברשם החברות ולפיכך אין השעבוד תופס כלפי נושי החברה האחרים.** יהושע טענה כי החייבת, ככל שהדבר נדרש, נתנה הסכמתה לפעול על-פי כתב ההמחאה, בהודעה שמסרה החייבת לביהמ"ש בגדר הליכי הפירוק. כן טענה כי המחאת הזכויות, שהיתה על-תנאי, השתכללה לפני תחילת הליכי הפירוק. ביהמ"ש המחוזי קיבל את טענות המפרק כי משלא חתמה החייבת על כתב ההמחאה כפי שנדרש על-ידי הצדדים עצמם כעולה מן הכתב, אין ההמחאה תקפה, ולעניין זה הסכמתה של החייבת בעל-פה אינה מועילה. עוד סבר ביהמ"ש, כי יש לראות בהמחאת הזכות משכון, הטעון רישום על-פי הוראות חוק המשכון, ומשלא נרשם, אין הוא תקף כלפי הנושים האחרים של החברה. הערעור נתקבל.

ג. ההכרעה בשאלה בדבר תוקפה של ההמחאה, תלויה, בראש-ובראשונה, באומד-דעת הצדדים, ויש לתת למלים משמעות רחבה, המגשימה את תכלית ההסכם. פירוש ההמחאה על-פי עקרונות אלה מוליך למסקנה, כי **תוקפה לא הותנה בחתימת החייבת.** על-פי הדין, המחאת זכות אינה טעונה הסכמת החייב וככלל, לצדדים לעיסוק המחאה אף אין עניין מסחרי לתלות את ההסכם ביניהם בהסכמת החייב. לא זו אף זו, לשון הכתב, בגדרו מורה החברה לחייבת לשלם את הכספים, שוללת פירוש כזה, ואילו הפיסקה הנוספת, שעל-פיה נדרשה חתימת החייבת, נועדה אך להבטיח את ביצועה של ההוראה. מעבר לדרוש, החייבת אף הסכימה לבצע את הוראת החברה.

ד. באשר לתוקפה של ההמחאה כלפי נושים אחרים - בסעיף 2(ב) לחוק המשכון, נקבע כי "הוראות חוק זה יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערוכה לחיוב", ובסעיף 3)4(לחוק המשכון נקבע כי "**כלפי נושים אחרים של החייב יהיה כוחו של מישכון יפה... עם רישום המשכון.**" השאלה, אם הוראות אלה חלות על המחאה על דרך שיעבוד, שנוייה במחלוקת. במקרה דנא אין צורך להכריע בשאלה זו. ראשית, בעניינינו ההמחאה, על-פי כוונת הצדדים, לא נעשתה על-דרך שעבוד. המאפיין המחאת שעבוד, הוא הכוח שנותר בידי הממחה לחזור בו מן ההמחאה ובמקביל הזכות הנותרת בידי הנמחה לחזור על הממחה אם החוב, שחייב לו הלה, לא ייפרע על-ידי החייב. בעניינינו, עולה מן הנסיבות החיצוניות, כי יהושע, לא השאירה בידיה את הברירה לחזור אל החברה אם החייבת לא תפרע את חובה, והחברה לא הותירה בידיה את הכוח לבטל את ההמחאה. מכאן, שאין מדובר בהמחאת שעבוד; שנית, אף אם התכוונו הצדדים להמחאה על דרך השעבוד, הרי השעבוד מומש לפני שהחלו הליכי הפירוק. החברה המחתה זכויותיה 11 חודשים לפני מתן צו הפירוק ובקשת הפירוק הוגשה ששה חודשים לפני אותו מועד. ואילו השיקים, שבחילולם הותנה התשלום, חוללו כבר כשבעה חודשים לפני מתן צו הפירוק, ההמחאה הושלמה, איפוא, והמשכון חדל להתקיים לפני המועד הקובע, שהוא מועד מתן צו הפירוק. למן עשיית ההמחאה ועד להגשת בקשת הפירוק עברו למעלה משלושה חודשים - שהיא התקופה, שעליה חלות ההגבלות לעניין העדפת נושה במרמה.

(בפני השופטים: גב' שטרסברג-כהן, גב' דורנר, גב' בייניש. החלטה - השופטת דורנר. עוה"ד דורון אלקיים וגב' יעל אלמוג למערערת, עו"ד איתן ארז למשיבה. 8.6.03).

דוגמא נוספת לחשיבות ההבחנה – במקרים בהם הסכום שא' חייב לב' גדול יותר מהסכום

שהומחה.

1,000 ש"ח		1,500 ש"ח	
<u>צד ג'</u>	<u>צד ב'</u>	<u>צד א'</u>	
מלווה	לווה	חייב	

כאשר ב' המחאה את הזכות ל- ג' הוא קיבל בתמורה 1,000 ש"ח בעבור המחאה זכות של 1,500 ש"ח. בעת הפרעון ג' גבה מא' 1,500 ש"ח. השאלה היא האם ג' זכאי למלוא הסכום?

יש לבדוק האם מדובר במכר או במשכון. ייתכן ש - ג' קנה את הזכות במחיר נמוך יותר בשל סיכונים, ג' קנה את הזכות של 1,500 ש"ח ב - 1000 ש"ח. ג' קנה בזול והתברר שהעסקה הצליחה, וערך הנכס עלה, ולכן הוא זכאי למלוא הסכום אך אם המחאה הזכות נעשתה במסגרת משכון, ג' תובע מ - א' מימוש המשכון. הכללים של דיני המשכון אומרים שאם נושה מובטח מכניס כסף יותר מגובה החוב, יש להחזיר את היתרה ללווה או למפרק שלו. **במימוש משכון הנושה המובטח אינו מקבל מעבר למה שמגיע לו.**

הקריטריונים להבחנה בין המחאה מכר להמחאה שעבוד

כאן קשה יותר להבחין בין מכר למשכון. באופן כללי, אנו רואים שאם זה נועד להבטיח הלוואה זה משכון אולם לא תמיד ניתן לראות זאת בשטח.

יש קשר להבחנה בין אמצעי תשלום להמחאה כאמצעי מימון – המחאה כאמצעי תשלום מאופיינת בכך שכבר לפני ההמחאה ב' היה חייב כסף ל-ג' ומטרת ההמחאה הייתה לפרוע את החוב (שיעור שעבר –פס"ד מטולה).

כאשר המחאה הזכות היא אמצעי תשלום זוהי עסקת מכר. ההמחאה נועדה לפרוע חוב קודם ולכן ברור שהממחה מתכוון להעביר את הבעלות על מנת לפרוע את החוב ומשום כך העסקה אינה טעונה רישום.

השאלה הנשאלת היא כאשר ההמחאה היא אמצעי מימון – לב' מגיע כסף מא' בעוד שנה. ב' זקוק לכסף מידי ולכן הוא ממחה לג' את הזכות לקבל כסף מא' בעוד שנה.



זה שג' מעביר כסף ל-ב' עדיין לא קובע אם ב' מכר לג' את הזכות או שעסקה זו היא מתן הלוואה מג' ל-ב'.

אם המחאת הזכות משמשת כאמצעי תשלום = העסקה בין ב' ל- ג' הינה עסקת מכר. לעומת זאת אם המחאת הזכות נועדה לגיוס מימון (המחאה פיננסית) יכול להיות, מבחינה משפטית, שהעסקה היא עסקת מכר או משכון.

פס"ד פרינר נ' בנק לאומי

צד ד' - בנק לאומי

נושה של ב'
בעל שיעבוד צף

צד ג' - בנק המזרחי

נמחה

צד ב' - חברת

פרינר

ממחה

צד א' - לקוחות

חייב

חב' פרינר עסקה בייצור שימורים, לחברה היו לקוחות שונים שחייבים לה כסף. כמו כן היה לחברה שיעבוד צף לטובת בנק לאומי. בשלב מאוחר יותר, החברה נזקקה למימון נוסף, הלכה לבנק המזרחי, קיבלה מימון והמחתה למזרחי את הזכויות כנגד הלקוחות שלה. פרינר נכנסה לחדלות פירעון, שני הבנקים נכנסו למאבק למי יש את הזכות על חובות הלקוחות.

לכאורה, העסקה בין פרינר למזרחי סותרת את ההגבלה שבשיעבוד הצף ולכן לבנק לאומי יש זכות ראשונים אולם במקרה זה, בגלל טעות בניסוח - השיעבוד הצף אסר שיעבודים מאוחרים אך לא אסר למכור נכסים (היום מקפידים ומכניסים את זה לשיעבוד). השאלה שעלתה - מה טיב המחאת הזכות בין פרינר לבנק המזרחי?

האם זה המחאת זכויות (סותר את השיעבוד) או מכר (לא סותר את השיעבוד). השופט וינוגרד היה צריך להגיע להחלטה האם במקרה הספציפי זה המחאת מכר, ובדק את המסמכים בין פרינר למזרחי, שנוסחו על ידי הבנק.

מסקנתו של השופט וינוגרד נסמכה אפוא על שני קריטריונים:

1. תנאי בו יכול הנמחה לחזור לממחה ולגבות ממנו את היתרה שלא נגבתה מהחייב-מלמדת על קיומו של משכון. אילו היה מכר של הזכות- לא יכול ג' לחזור אל ב' ולגבות

את היתרה שלא נגבתה. קריטריון זה טעון סיבוך מסויים לדעת המרצה. זכות החזרה היא ה-recourse. אם ההמחאה היא recourse חסח זה המקרה הפשוט- זה רק מכר. במשכון חייב להיות recourse. משכון תמיד טפל לחיוב עפ"י דיני מ"י. אין הוא עומד בזכות עצמו.

השופט וינוגרד ראה בקיומו של recourse כאינדיקציה למשכון.

"23. גביית החיוב שלא על פי המשכון - אין במתן המשכון כדי לגרוע מזכותו של הנושה לגבות את החיוב שלא על ידי מימוש, ואין במימוש המשכון כדי לגרוע מזכותו לגבות את יתרת החיוב שלא סולקה במימוש".

2. אם ג' יגבה מ-א' סכום גבוה מסכום חובו של ב' כלפיו - תוחזר יתרת הגבייה העודפת מ-ב'. במקרה כזה רואים בעסקה משכון (המחאה על דרך השעבוד). זהו קריטריון שקל יותר לעכל לדעתו של המרצה מהקריטריון הקודם.

המרצה טוען כי אין בחוק הישראלי הלוואות זכות recourse, שאם יש משכון ואי אפשר לתבוע אישית את הלווה, כי חוק המשכון הוא קוגנטי. והרי יש כלל בפסיקה שצדדים לא יכולים ליצור זכויות קניין שאינן ברשימת זכויות הקניין.

פס"ד יהושע נ' בון מארט

צד ד'

מפרק

צד ג' - יהושע

נמחה

צד ב' - בון מארט

ממחה

צד א' - המשביר

חייב

בון מארט היא חדלת פירעון (ב' לצורך העניין), המשביר (א') היה חייב כסף לבון מארט. בון מארט קיבלה שירותי פירסום מיהושע והייתה חייבת כסף בגין שרותים אלו.

בשביל לפרוע את החוב של בון מארט ליהושע, היא משכה שקים, וכתוב שיהושע שמעה על קשיי הנזילות ולכן עשו המחאת זכות לשם הבטחת הפירעון. חוץ מהשקים ששמשו אמצעי תשלום, בון מארט המחתה ליהושע (ג') את זכויותיה.

המשביר קיבל את הסחורה ומוכן לשלם, למי - לכלל הנושים (למפרק) או לנמחה (ג')? המפרק טען שהמחאת הזכות מבון מארט ליהושוע היא משכון, והיות ולא נרשם אין למשכון תוקף כלפי המפרק, ולכן הכסף צריך ללכת למפרק.

במקרה זה ב' חייב כסף ל - ג' עוד לפני, השופט דורנר קובעת כי השיקים היו אמצעי התשלום ולכאורה המחאת הזכות היא משכון. נכון כי זו אינה המחאה פיננסית, אבל המחאת הזכות לא שימשה לתשלום, אלא להבטחת תשלום.

בהמשך פס"ד קבעה השופטת דורנר כי מדובר בהמחאת מכר (הסתמכה על דברי המלומד לרנר) - כי בהמחאת שיעבוד ג' צריך לשמור לעצמו את הזכות לחזור אל ב', ופה ג' לא שמר לעצמו את הזכות לחזור ל - ב' ולכן זה לא משתלב עם משכון.

"...ראשית, בענייננו ההמחאה, על-פי כוונת הצדדים, לא נעשתה על-דרך שעבוד. המאפיין המחאת שעבוד, הוא הכוח שנתר בידי הממחה לחזור בו מן ההמחאה ובמקביל הזכות הנתרת בידי הנמחה לחזור על הממחה אם החוב, שחייב לו הלה, לא ייפרע על-ידי החייב. ראו לרנר, שם. מאפיין זה, המלמד כאמור על מהותה של העסקה הוא פועל יוצא מכוונתם האמיתית של הצדדים, להבדילה מן הכינוי שהם כינו את העסקה. כוונה זו ניתן לדלות מן הנסיבות החיצוניות האופפות אותה, המלמדות אם לאחר ההמחאה נשארו זכויות וחובות לממחה ולנמחה. ראו שלום לרנר, "המחאת חיובים" דיני חיובים - חלק כללי (בעריכת דניאל פרידמן), 21, בע' 112-113. בענייננו, עולה מן הנסיבות החיצוניות, כי בעת עריכת כתב ההמחאה הייתה החברה נתונה בקשיי נזילות, ואכן, כאשר ביקשה לרכוש שירותי הפרסום השאירה בידיה את האופציה לשלם עבורם על דרך המחאת זכותה לקבלת כספים מהחייבת. יהושע, בהסכימה לכך, לא השאירה בידיה את הברירה לחזור אל החברה אם החייבת לא תפרע את חובה והחברה, מצדה, לא הותירה בידיה את הכוח לבטל את ההמחאה. מכאן, שאין המדובר בהמחאת שעבוד."

המרצה לא מסכים עם דורנר, אבל היא קבעה הלכה. לדעת המרצה, העסקה ברורה, לא צריך לשמור את הזכות הזאת, כן יש זכות ליהושוע לחזור לבון מארט, מכוח השיקים. התיאור העובדתי נוגד את המסקנה שנתקבלה בפס"ד ואינו עולה בקנה אחד עם העובדות.

וכן, המרצה הפנה להלכה שנקבעה ב:

ע"א 471/73 - מקבלי נכסים זמניים ומנהלים נ' אליסינט בע"מ
5. טענה נוספת בפי המערערים, שהמחאת הזכות נעשתה רק בדרך של שעבוד ועל-כן היתה טעונה רישום לפי חוק המשכון, תשכ"ז-1967, והיא בטלה כלפי כונס הנכסים, בגלל העדר רישום. לפי נוסח מכתב הודעה על ההמחאה, היא נעשתה לא בדרך של שעבוד אלא כהעברה מוחלטת (ע"א 571/70, (-) המפרקים של ניסן כץ, קבלנים כלליים בע"מ - בפירוק נ ג ד אוצר הקבלנים בע"מ : פד", כרך כו (1), ע' 68, 60), ואם רצו המערערים להוכיח שלמעשה נעשה הסכם ההמחאה על דרך של שעבוד, היה עליהם להביא ראיות על כך. ראיות כאלה לא הובאו ועל-כן יש לדחות גם טענה זו של המערערים.

5.7 איגוח (Securitization)

מלשון אגרות חוב. עסקת מימון באמצעות המחאת זכות.



עסקאות איגוח אינן שכיחות בישראל - עסקת מימון באמצעות המחאת זכות. מדובר בעסקאות לטווח ארוך, בתשלומים חודשיים לתקופה ארוכה. מסיבות שונות הבנק מעוניין להוון חלק מהנכסים המגיעים לו ב- 10 שנים הבאות. הבנק יכול לגשת למשקיעים בעלי נזילות גבוה ולמכור "תיק משכנתאות" - זכויות כנגד 1,000 לוויים למשל. בנק ישראל אוסר על בנק למכור את תיקי הלוויים הטובים בלבד, והוא מוכר 1,000 תיקים פרטניים. מבחינה משפטית זו המחאת זכות, המחאת מכר. הקונה הוא קופת גמל ו/או קרן נאמנות.

המכירה אינה מתבצעת ישירות - לצורך כך מקימים "חברת מטרה" שתקנה את הזכויות - SPE - special purpose entity, אין לחברה הנ"ל כמעט עובדים או מטרות נוספות, למעט גיוס כסף ממשקיעים. תקנות החברה אוסרות עליה להתעסק בעסקאות אחרות.

ג' לווה כספים מ - ד' על מנת לרכוש את תיק המשכנתאות מ- ב'. עסקאות דומות ניתן לראות גם בתחום הליסינג.

כאשר חברה לווה כסף זה נקרא אגרת חוב (הסכם הלוואה ומשכון). ל- ג' יש בבעלותה רק את תיק המשכנתאות שהיא יכולה לשעבר לצורך ביטחון. ב' אינה עושה עסקה ישירות עם ד' כיוון שהיא נמצאת בסיכון (בנק או חברת ליסינג). חברה ג' הינה חב' ללא סיכונים ולכן תקבל דירוג גבוה יותר מהדירוג של ב'.

חברות רבות ילוו לחברה אחרת רק אם היא נמצאת בדירוג **A-A**.

חברת המטרה מוקמת במיוחד לצורך רכישת הזכויות - תיק המשכנתאות. יש פה מוכר וקונה - ממחה ונמחה. המכר מתייחס לזכויות חוזיות. בנק המשכנתאות - ב' מוכר ל - ג' את המשכנתאות.

המקור הכספי המאפשר ל – ג' לרכוש את התיק הם המשקיעים (ד'). מערכת היחסים השוררת בין ג' ל-ד' הינה יחסי לווה ומלווה.

בדרך זו מתייחסים לתזרים כספי צפוי מראש (לווים שקיימים בפועל). המטרה היא לבדוד את שאר העסקים של ב' מ - ד'. גם אם ב' יקלע לקשיים ג' יוכל להפרע. חברת המטרה מאגחת עבור המשקיעים לצורך הבטחת החוב.

ס' 1 לפקודת החברות מגדיר אגרת חוב כמסמך שכתובה בו הלוואה שחברה קיבלה מממן כלשהו, ושיעבדה למממן נכס מסויים. למעשה זהו הסכם הלוואה +משכון (באנגלית זה נקרא securitization, הפיכת תזרים מזומנים לאיגרת חוב).

"1. הגדרות –

איגרת חוב - מסמך שהנפיקה חברה או אגודה שיתופית ובו היא מתחייבת לשלם כסף בתאריך קבוע או בהתקיים תנאי פלוני ומשעבדת לכך את נכסיה או מפעלה, כולם או מקצתם, ולרבות איגרת חוב סטוק; ;...."

בעירויות - מפרידים כיום את הארנונה ממים וביוב, בראשון לציון עשו איגוח של התזרימים האלה, אג"ח מוניציפלי. ההפרדה בין החשבונות, כמו ההפרדה בין חברת הליסינג לחברת המטרה, מקטינים את רמת הסיכון. מאידך, חברת המטרה משלמת דמי ניהול לחברת הליסינג או לבנק המשכנתאות. במסגרת הניהול בנק המשכנתאות הוא בקשר עם הלקוחות - א'.

על פי ס' 2 ב' בהמחאת חיוב יש להודיע לחייב על שינוי הבעלות של החוב, והחייב נחשף לסיכון של כפל תשלום (אם הוא ממשיך לשלם לממחה במקום לנימחה), אבל במקרה של האיגוח אין בעיה כי ב' גובה עבור ג'.

"2. הגנת החייב – (א) ;.... (ב) פרע החייב את הזכות לממחה לפני שהודיע לו על ההמחאה או שהוצגה לפניו המחאה בכתב מאת הממחה, מופטר החייב, זולת אם פעל שלא בתום-לב ;...."

בחוק ההסדרים של דצמבר 2002 הכניס המחוקק כמה סעיפים לגבי איגוח, הוא רצה להכניס הקלות - מס' הקלות לעודד את עסקאות האיגוח ולדאוג שהאינטרסים של הלווים לא ייפגעו. "נחתם חוזה בין בנק המשכנתאות לחברת המטרה, לא יפגעו זכויות הלווה", יש פה פחות בעיות ממישהו שמזמין פרוייקט בנייה מקבלן, שמעביר את הזכויות. כי הבנק כבר ביצע את הלוואה ל - א'. נושא טענות ההגנה אינו משמעותי.

"44. הגנה על זכויות - (א) נחתם חוזה, לא ייפגעו בשל כך זכויות הלווה וזכויות בעל הנכס נושא הבטוחה, ויחולו על התאגיד הנעבר כל ההוראות שנקבעו לפי דין להגנת הלווה, וכל ההוראות שנקבעו בהסכם למתן הלוואה המובטחת לטובת הלווה או לטובת בעל הנכס נושא הבטוחה, אשר היו חלות על התאגיד המעביר עד למועד העברת הזכויות והחובות לפי החוזה, לרבות הוראות לענין הסכמה להחלפת הבטוחה ולענין מתן בטוחות נוספות לגבי אותו נכס; (ב) ביקש הלווה הלוואה נוספת מתאגיד בנקאי או ממבטח, והתאגיד הבנקאי או המבטח, לפי הענין, מוכן לתת הלוואה כאמור, לא יסרב התאגיד הנעבר לתת את הסכמתו לכך שתינתן בטוחה נוספת לגבי אותו נכס להבטחת הלוואה הנוספת כאמור, הנמוכה בדרגה מהבטוחה שניתנה לזכותו, אלא אם כן קיימים נימוקים סבירים שיש בהם כדי להצדיק את הסירוב."

קיים חשש שהלווים יפגעו מאיגוח בגלל שבעל הבית החדש שלהם אינו חברה שעיסוקה במשכנתאות. יש נושאים שלא מגיעים ללווים על פי החוזה, ובנק המשכנתאות מתחשב בהם, למשל לקוח שקשה לו לשלם מבצעים לו פריסת תשלומים, דברים שלא מעוגנים בחוזה. השאלה היא אם הבנק כבר אינו בעל הבית, והמשקיעים (ד') שמו כסף ב - ג' בשביל לקבל תזרים, ואין להם אינטרס לשמר את המוניטין שלהם, ולכן יש סיכוי סביר שהם יהיו קשוחים יותר מבנק למשכנתאות. מכאן, שזה יהיה רצוי אם הסכם הניהול ייתן ל - ב' סמכויות מסוימות בניהול.

בשוק המשכנתאות מציק לבנקים (ב'), או לחברת המטרה (ג') שהלווים התחייבו מול הבנק, הבנק קיבל משכנתא (שרשומה בטאבו) על הנכס הנרכש. האם צריך לפנות לטאבו להעביר את המשכנתא לידי חברת המטרה? זאת שאלה כלכלית - האם להחליף את הרישום של הנושה המובטח? עניין זה יכול לטרפד עסקה. מכירת תיק המשכנתאות מבוצעת כדי לנצל את הבנק, אם יש עלויות עסקה, העסקה יכולה להיות מטורפת.

ס' 5 לחוק המחאת חיובים קובע כי יחד עם המחאת החיוב עוברים גם כל הזכויות שנלוות לו, אולם הסיפא של הסעיף קובע כי על הנושה לעשות הפעולות הדרושות כדי שכוחה של המחאת הזכויות הנלוות יהיה יפה לכל דבר. אם ב' נושה ב - א' ממחה את הזכות ל - ג'. ג' מקבל לא רק את הזכות החוזית אלא גם את הבטוחה או הערבות שיש לב' כנגד א'.

"5. זכויות נלוות - בכפוף להסכם ההמחאה כוללת המחאת זכות גם כל ערבות ושעבוד שניתנו להבטחתה וכל זכות אחרת הנלווית לזכות שנמחתה, במידה שהן עבירות; ועל הנושה לעשות, לפי דרישת הנמחה, את הפעולות הדרושות כדי שכוחה של המחאת הזכויות האמורות יהיה יפה לכל דבר."

לדעתו של לרנר: בפרקטיקה לא מיושם. לאור המצב המשפטי הנוכחי עניין הרישום אינו פשוט. נושא המשכנתא הלא רשומה מקבלת כוח מהפסיקה האחרונה. כאשר ב' רשום כבעל משכנתא זה נועד להגן על הנושים, אולם לדעת המרצה אין זה משנה אם הרישום הוא על ב' או על ג'.

לאור המצב המשפטי הנוכחי זה לא דבר פשוט שצריך החלפת רישום, מכוח אותן זכויות שביושר, פס"ד בנק אוצר החייל נ' אהרונוב.

אין היגיון לדרוש החלפת שמו של הנושה המובטח, כי הרי הרישום נועד להגן על הנושים האחרים של א' החייב, ולנושים האחרים לא איכפת האם השיעבוד הוא לטובת ב' או ג'. לכן פסיקה הגיונית, שטרם התקיימה כי הנושא טרם הגיע לביהמ"ש, תקבע של - ג' תהיה הזכות שנרשמה על שמו של ב'.

בחוק נידונה רק המחאת משכנתאות, ואין התייחסות לאיגוח. למיטב זכרונו של המרצה אין שום מקום בחוק שדורש הסכמה. בפועל - כשמאגחים תיק משכנתאות, ג' לוקחת סיכון ולא מעבירה אליה זכויות. ג' היא לאו דווקא בשליטת ב'. זאת הייתה בעיה משפטית ראשונה - העברת רישומים.

בעיה משפטית נוספת - פשיטת רגל של ב'. על פי דיני המחאת חיובים אין עם זה בעיה כי ברגע שג' רכש את הזכות, הזכות שייכת ל- ג' ולכן כשב' פושט את הרגל הזכות לקבל כסף מא' הולכת במישרין ל- ג' ולא לקופת הפירוק.

הבעייתיות היא שכאשר ב' גובה כספים עבור ג' ובמקרים בהם ל- ב' התחייבות חוזית להעביר כספים ל- ג', אזי ל- ג' אין עדיפות על שאר הנושים.

הפיתרון - חוק הנאמנות - המחזיק בנכסים (הנאמן) עבור הנהנה ג' - ס' 3 לחוק הנאמנות קובע שאי אפשר לרדת לנכסי נאמנות אצל הנאמן.

"3. נכסי הנאמנות – (א) פירותיהם ותמורהם של נכסי הנאמנות יהיו אף הם לנכסי הנאמנות; (ב) אין לרדת לנכסי הנאמנות אלא בשל חובות המוטלים עליהם או הנובעים מפעולות הנאמנות; (ג) הנאמן חייב להחזיק את נכסי הנאמנות בנפרד מנכסים אחרים או בדרך המאפשרת להבחין ביניהם."

על פי ס' 5 לחוק הנאמנות: נאמנות כוחה יפה רק מול מי שידע או צריך היה לדעת עליה. מכאן - למרות שהעסקה בין ב' ל- ג' אינה טעונה רישום כי היא המחאת זכות כללית, צריך לעשות רישום במרשם כלשהו של העסקה בין ב' ל- ג', כדי להגן על ג', ולמלא את דרישת הפומביות שחוק הנאמנות דורש, וכך ג' אינה חשופה לפשיטת רגל של ב'.

עסקאות מימון - פרופסור שלום לרנר

5. כוחה של נאמנות כלפי צד שלישי - כוחה של נאמנות יפה כלפי כל מי שידע או שהיה עליו לדעת עליה, ומשנרשמה הערה לפי סעיף 4 - כלפי כל העולם."

להלן הסעיפים המתאימים מחוק ההסדרים:

פרק ח': העברת הלוואות שלהבטחת פירעון ניתנה בטוחה בקשר למקרקעין

43. הגדרות

בפרק זה -

"בטוחה" - משכנתה, התחייבות לרישום משכנתה שבשלה נרשמה הערת אזהרה, או משכון על זכויות לגבי מקרקעין, הרשום לפי [חוק המשכון](#), התשכ"ז-1967;

"הלוואה מובטחת" - הלוואה שלהבטחת פירעונה ניתנה בטוחה;

"הערת אזהרה", "משכנתה", "רשם" - כמשמעותם [בחוק המקרקעין](#);

"חוזה" - חוזה בין תאגיד מעביר לתאגיד נעבר, שעל פיו מעביר התאגיד המעביר לתאגיד הנעבר את זכויותיו וחובותיו על פי הסכם למתן הלוואה מובטחת לרבות הבטוחות שניתנו בקשר להסכם כאמור;

"[חוק המקרקעין](#)" - חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969⁶⁰;

"לווה" - מי שנטל הלוואה מובטחת מתאגיד בנקאי או ממבטח;

"מבטח" - כהגדרתו [בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח](#), התשמ"א-1981⁶¹;

"תאגיד בנקאי" - כהגדרתו [בחוק הבנקאות \(רישוי\)](#), התשמ"א-1981⁶²;

"תאגיד מעביר" - מבטח, תאגיד בנקאי, או תאגיד אחר המעביר הלוואה מובטחת כאשר המלווה המקורי של הלוואה האמורה הוא תאגיד בנקאי או מבטח;

"תאגיד נעבר" - תאגיד אשר כרת חוזה עם תאגיד מעביר.

44. הגנה על זכויות

(א) נחתם חוזה, לא ייפגעו בשל כך זכויות הלווה וזכויות בעל הנכס נושא הבטוחה, ויחולו על התאגיד הנעבר כל ההוראות שנקבעו לפי דין להגנת הלווה, וכל ההוראות שנקבעו בהסכם למתן הלוואה המובטחת לטובת הלווה או לטובת בעל הנכס נושא הבטוחה, אשר היו חלות על התאגיד המעביר עד למועד העברת הזכויות והחובות לפי החוזה, לרבות הוראות לענין הסכמה להחלפת הבטוחה ולענין מתן בטוחות נוספות לגבי אותו נכס.

(ב) ביקש הלווה הלוואה נוספת מתאגיד בנקאי או ממבטח, והתאגיד הבנקאי או המבטח, לפי הענין, מוכן לתת הלוואה כאמור, לא יסרב התאגיד הנעבר לתת את הסכמתו לכך שתינתן בטוחה נוספת לגבי אותו נכס להבטחת הלוואה הנוספת כאמור, הנמוכה בדרגה מהבטוחה שניתנה לזכותו, אלא אם כן קיימים נימוקים סבירים שיש בהם כדי להצדיק את הסירוב.

45. ניהול גביה ומימוש

על אף האמור בכל דין, תאגיד נעבר אינו רשאי לבצע פעולה כלשהי לניהול הלוואה המובטחת, לגביית החזר הלוואה או למימוש הבטוחה, לרבות משלוח התראה בדבר נקיטת פעולות גביה או מימוש, אלא כמפורט להלן:

(1) לגבי תאגיד נעבר שאינו תאגיד בנקאי ואינו מבטח -

עסקאות מימון - פרופסור שלום לרנר

(א) באמצעות תאגיד בנקאי - כאשר התאגיד המעביר שלזכותו ניתנה הבטוחה לראשונה (בסעיף זה - תאגיד מעביר) הוא תאגיד בנקאי;

(ב) באמצעות מבטח - כאשר התאגיד המעביר הוא מבטח;

(2) לגבי תאגיד נעבר שהוא תאגיד בנקאי -

(א) בעצמו או באמצעות תאגיד בנקאי אחר - כאשר התאגיד המעביר הוא תאגיד בנקאי, או כאשר התאגיד המעביר הוא מבטח והמפקח כהגדרתו בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981, נתן את אישורו לכך;

(ב) באמצעות מבטח - כאשר התאגיד המעביר הוא מבטח;

(3) לגבי תאגיד נעבר שהוא מבטח -

(א) בעצמו או באמצעות מבטח אחר - כאשר התאגיד המעביר הוא מבטח או כאשר התאגיד המעביר הוא תאגיד בנקאי והמפקח כהגדרתו [בחוק הבנקאות \(רישוי\)](#), התשמ"א-1981, נתן את אישורו לכך;

(ב) באמצעות תאגיד בנקאי - כאשר התאגיד המעביר הוא תאגיד בנקאי.

46. העברת משכנתה

(א) על אף הוראות סעיף 87 לחוק המקרקעין, ובלי לגרוע מכל דין אחר, העברת משכנתה על פי חוזה תירשם בידי הרשם, לבקשת התאגיד המעביר והתאגיד הנעבר, ובלבד שהומצאה לרשם גם התחייבות של התאגיד המעביר והצהרה של עורך דינו, כי התקיימו כל אלה:

(1) לפי תנאי המשכנתה, הסכמת בעל המקרקעין אינה דרושה להעברת המשכנתה;

(2) החוזה כולל את הוראת סעיף 45 ואוסר על התאגיד הנעבר לבצע פעולה כלשהי לניהול ההלוואה המובטחת, לגביית החזר ההלוואה או למימוש המשכנתה, אלא כמפורט בסעיף האמור;

(3) התאגיד המעביר מתחייב לשאת במלוא האחריות לכל נזק שייגרם עקב הפרת התחייבותו לפי סעיף זה.

(ב) נרשמה העברת משכנתה לפי סעיף זה, יודיע התאגיד המעביר מיד על ההעברה ללווה ולבעל המקרקעין שביחס אליהם נרשמה המשכנתה.

47. העברת הערת אזהרה

(א) בלי לגרוע מן האמור בכל דין, העברה על פי חוזה של הערת אזהרה בשל התחייבות לרישום משכנתה תירשם בידי הרשם לבקשת התאגיד המעביר והתאגיד הנעבר, ובלבד שהומצאה לרשם גם התחייבות של התאגיד המעביר והצהרה של עורך דינו, כי התקיימו כל אלה:

(1) לפי תנאי ההסכם למתן ההלוואה שלהבטחת פירעונה ניתנה ההתחייבות לרישום משכנתה, ולפי תנאי ההתחייבות לרישום משכנתה, הסכמת הלווה או הסכמת בעל המקרקעין שביחס אליהם נרשמה הערת האזהרה אינה דרושה להעברת הערה;

(2) החוזה כולל את הוראת סעיף 45 ואוסר על התאגיד הנעבר לבצע פעולה כלשהי לניהול ההלוואה המובטחת, לגביית החזר ההלוואה, לקיום ההתחייבות לרישום משכנתה או למימוש המשכנתה, אלא כמפורט בסעיף האמור;

(3) התאגיד המעביר מתחייב לשאת במלוא האחריות לכל נזק שייגרם עקב הפרת התחייבותו לפי סעיף זה.

(ב) נרשמה העברת הערת אזהרה לפי סעיף זה, יודיע התאגיד המעביר מיד על ההעברה ללווה ולבעל המקרקעין שביחס אליהם נרשמה ההערה.

5.8 הגבלה על המחאת זכות - לא למדנו בכתה

מצ"ב תמצית פס"ד טקסטיל ריינס:

מס. ע.א.6529/96 .
הליך:
צדדים: טקסטיל ריינס בע"מ נגד ענת ואברהם ריינס
תאריך: 10.3.99
שופטים: גב' שטרסברג-כהן, טירקל, גב' בייניש. החלטה - השופט טירקל, הוסיפו הערות קצרות השופטות גב' שטרסברג-כהן וגב' בייניש
זכות החכירה מהמינהל כזכות חוזית או זכות קניינית לצורך העברתה.
תמצית אימתי מסתיימת העברת זכות החכירה מהמינהל מחוכר אחד למשנהו לצורך התקציר: העדפתה על פני עיקול שהוטל על זכותו של החוכר הראשון.
תקפה של העברת זכות חכירה מהמינהל לפני קבלת הסכמת המינהל למר (מחוזי נצרת - ה.פ. 629/94 - הערעור נדחה).

א. המשיבים הפורמליים 3-4 (להלן: המוכרים) התקשרו עם המינהל בחוזה חכירה לגבי נכס מסויים. בחוזה החכירה צויין כי עד רישום זכות החכירה בלשכת רישום המקרקעין החוכר אינו רשאי להעביר זכויותיו אלא בהסכמת המינהל מראש ובכתב. ביום 18.5.94 חתמו המוכרים והמשיבים 1-2 (להלן: הקונים) על חוזה שלפיו מכרו המוכרים את זכויותיהם בנכס לקונים (להלן: הסכם המכר). הקונים שילמו את התמורה המוסכמת וקיבלו את החזקה בנכס. ביום 2.6.94, לאחר שהקונים כבר שילמו את התמורה וקיבלו את החזקה, הוטל עיקול לטובת המערערת על זכויות המשיב 3 בנכס בשל חוב המגיע לה ממנו. ביום 9.6.94 נתקבלה במשרדי המינהל הודעה על העיקול. רק ביום 7.7.94 נתקבלה במשרדי המינהל בקשת המוכרים והקונים לרשום את זכויות המוכרים ע"ש הקונים, והמינהל סירב לרשום את הזכויות.

ב. הקונים הגישו תובענה להצהיר שזכויותיהם בנכס נקיות מכל זכות וכי העיקול חסר תוקף. ביהמ"ש המחוזי קבע כי הנכס אינו רשום במרשם המקרקעין ואין אפשרות לרשום את הזכויות בו, וכי בנכס כזה "לא תתכן עיסקה מושלמת" כמשמעותה בסעיף 7 לחוק המקרקעין. זכויות המוכרים בנכס היו אפוא זכויות חוזיות. עוד קבע כי העיסקה בין המוכרים והקונים "נעשתה כחוק" וכי העברת הזכויות מהמוכרים לקונים נשלמה קודם להטלת העיקול לטובת המערערת. לפיכך נעתר ביהמ"ש לבקשת הקונים, הצהיר כי העיקול חסר תוקף והורה למינהל לרשום את הזכויות בנכס ע"ש הקונים. הערעור סובב סביב שתי שאלות עיקריות: האם זכות חכירה בנכס, שאינו רשום במרשם המקרקעין אלא בספרי המינהל, היא "זכות במקרקעין" שהעברתה מושלמת עם הרישום במרשם מקרקעין או בספרי המינהל או שמדובר בזכות חוזית שהעברתה מושלמת עם המחאתה לקונה; אם מדובר בזכות חוזית - האם מותנית העברתה בקבלת הסכמתו של המינהל מראש ובכתב וכן ברישום הזכויות על שם הקונים בספרי המינהל. הערעור נדחה.

ג. אשר לשאלה אם ביקשו המוכרים להעביר לקונים זכות קניינית - היינו את זכות החכירה שלהם כאשר יחזיר להם המינהל את הנכס לפי חוזה החכירה, או שמשמעות ההתחייבות היא להעביר לקונים זכות חוזית של המוכרים כלפי המינהל, היינו את הזכות לקבל את החכירה בנכס - לעניין זה יש לקבל את החלופה השנייה: שמדובר בהעברת זכות חוזית ולא בהתחייבות להעביר זכות

קניינית אחרי שהמוכר יקבל אותה. בין היתר נתקבלה חלופה זו משום שההנחה היא שהמוכר לא התכוון לשאת בסיכון - שמי שעל שמו רשומה הבעלות בנכס לא יעביר, בבוא היום, את הזכויות בנכס ולהיות אחראי לכך כלפי הקונה.

ד. אשר לשאלה מתי עברה הזכות החוזית מהמוכרים לקונים, לפני הטלת העיקול או אחריו - לפי סעיף 33 לחוק המכר הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת הבעלות. אם הנכס הנמכר הוא זכות הרי שמדובר בהסכם המחאה לפי חוק המחאת חיובים. בעיסקת מכר שמהותה היא המחאת זכויות, מעביר את הזכות, בדרך כלל, הסכם ההמחאה גופו עם החתימה עליו, אולם המתקשרים רשאים להסכים על מועד אחר. מתוך הסכם המכר ניתן לאמוד את אומד דעתם של המוכרים והקונים בעניינם, ועל פי אומד דעת זה לפרש את הסכם המכר. אם בודקים את תנאי הסכם המכר עולה כי הזכות עברה מהמוכרים לקונים עם ביצוע התשלום האחרון על חשבון התמורה ומסירת החזקה בנכס לקונים. כל אלה היו לפני הטלת העיקול.

ה. המערערת טוענת עוד כי זכותם של המוכרים כלפי המינהל לא עברה מהמוכרים לקונים משום שהמינהל לא נתן הסכמתו להעברתה של הזכות מראש ובכתב כנדרש בחוזה החכירה. לעניין זה נראה שלמערערת, שלא היתה צד לחוזה החכירה בין המינהל למוכרים, אין עומדת הזכות לטעון כי המוכרים והקונים הפרו הוראה בחוזה החכירה, וכי בשל הפרה זאת לא עברה הזכות כלפי המינהל מהמוכרים לקונים. רק המינהל זכאי להעלות טענה כזו. אולם, גם לגופה דין הטענה להידחות.

ו. יש לבחון את תקפה של העברת הזכות, שנעשתה בניגוד להגבלה על עבירותה של הזכות, לפי טיבה של ההגבלה, נוסחה, מטרתיה והנסיבות שבהן נקבעה. חוזה החכירה הוא חוזה סטנדרטי. מעיון בסוגי המקרים שבהם רשאי המינהל שלא להסכים להעברה, ניתן להסיק כי ברוב המקרים מסכים המינהל להעברת הזכות ולכל היותר מתנה אותה בתנאים. הדרישה לקבל את הסכמת המינהל מטרתה להקים פיקוח על המתקשרים איתו לאפשר לו לגבות דמי הסכמה ומטרה זו לא תיפגע אם להעברה שנעשתה מבלי לקבל את הסכמת המינהל מראש ובכתב יהיה תוקף במישור היחסיים שבין הממחה והנמחה (המוכרים והקונים), אלא שתקפה במישור היחסיים שבין הנמחה (הקונים) לבין החייב (המינהל) יהיה מותנה בקבלת אותה הסכמה.

(בפני השופטים: גב' שטרסברג-כהן, טירקל, גב' בייניש. החלטה - השופט טירקל, הוסיפו הערות קצרות השופטות גב' שטרסברג-כהן וגב' בייניש. עו"ד ראובן יום טוב למערערת, עו"ד אלי רולוף לקונים. 10.3.99).