

6.1 מישכון קלאסי: משכנתא, משכנתא שביושר ומישכון זכויות

6.1.1 משכנתא

אילו הוראות חוק מתייחסות למשכנתא ? -
ס' 4 לחוק המקרקעין קובע כי למשכון במקרקעין נקרא משכנתא. על משכנתא חלות הוראות החוק של חוק המשכון, וגם ההוראה בחוק המקרקעין.

"4. משכנתה - משכנתה היא מישכון של מקרקעין."

חוק המשכון חל על כל מקרה, משכנתא היא מקרה ספציפי של משכון. יש מספר סעיפים בחוק המקרקעין - 85-91, ואומר ס' 91 - "בכפוף להוראות פרק זה יחולו על משכנתא הוראות חוק המשכון"

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

86. דרגה שנתפנתה - מושכנו מקרקעין במשכנתאות מדרגות שונות ונפדתה אחת מהן, רשאי בעל המקרקעין להביא במקומה משכנתה אחרת מאותה דרגה, אם נקבעה זכות כזאת בתנאי המשכנתה שלאחריה.

87. העברת המשכנתה - (א) בכפוף למוסכם בתנאי המשכנתה רשאי בעל המשכנתה להעביר את המשכנתה, או חלק ממנה, לאדם אחר, יחד עם החוק המובטח על ידיה, כולו או מקצתו, ללא הסכמת בעל המקרקעין; (ב) הועברה המשכנתה ולא נודע לחייב על ההעברה, מופטר הוא על-ידי תשלום החוב לבעל המשכנתה הקודם .

88. פדיון המשכנתה לפני המועד לקיום החוב - אין בכוחם של תנאי המשכנתה כדי לגרוע מהזכות לפדות את המקרקעין הממושכנים לפני המועד לקיום החוב בהתאם להוראות סעיף 13 (ב) לחוק המשכון, תשכ"ז-1967; 13; האמור בסעיף זה לא יפגע בתנאי שהותנה לפני תחילת חוק זה .

89. הפקדת הפרעון בלשכה - רצה בעל המקרקעין לפרוע מה שמגיע ממנו על פי המשכנתה אלא שבעל המשכנתה לא קיבלהו, רשאי בעל המקרקעין להפקיד את המגיע ממנו, כולו או מקצתו, בידי הרשם ולבקש שהרשם יפקיע את המשכנתה במידה שנפדתה; שר המשפטים רשאי להתקין תקנות לענין סעיף זה .

90. מימוש המשכנתה - מימוש המשכנתה יהיה על פי פסק דין של בית משפט או על פי צו ראש ההוצאה לפועל ובדרך האמורה בסעיף 18 לחוק המשכון, תשכ"ז-1967.

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

כך שאם בסעיפים 85-91 יש הוראות חוק ספציפיות ששונות מהחוק הכללי, הסעיפים הנ"ל עדיפים לפי ס' 91 (ההיגיון המשפטי הקבוע הוא שהוראה ספציפית עדיפה על הוראה כללית, אבל פעה כתבו במפורש)

ס' 6 לחוק המקרקעין מגדיר עסקה של מקרקעין כהקניה של בעלות או של זכות במקרקעין.

6" עסקה במקרקעין - עסקה במקרקעין היא הקניה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על פי צוואה.

6.1.2 משכנתא ביושר

עסקה במקרקעין היא יצירה, לא רק העברת בעלות, אלא של זכות אחרת במקרקעין, הפרוש הוא של זכות קניין נוספת במקרקעין - בעלות זכות משכנתא, זכות קדימה. גם משכנתא היא עסקה במקרקעין, לכן הסעיפים הנ"ל חלים גם על משכנתא. כך, שאם ס' 8 מגדיר שנדרשת דרישת כתב, אז גם משכנתא צריך לעשות בכתב. זאת לעומת משכון על חפץ שאינו דורש כתב.

8" צורתה של התחייבות- התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב.

על פי ס' 7 ב' לחוק המקרקעין עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה. כלומר לקונה אין זכות בעלות, זכות קניינית, אלא זכות שביושר (ראה בפסקי הדין).

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

מדובר על רישום בטאבו על פי ס' 1 לחוק- "רישום - רישום בפנקסי המקרקעין...". מי שלא רשום בטאבו אין לו בעלות במקרקעין על פי חוק המקרקעין, לכן על פי הגישה הקלאסית, יש זכות חוזית ולא זכות קניינית על הנכס.

לפי הגישה הקלאסית עד לפני כמה שנים (עד פס"ד אהרונוב), משכנתא שלא נרשמה בטאבו הנושה המובטח לא מקבל עדיפות על נושים רגילים במצב של חדלות פירעון.

כלומר - במערכת של הלווים מול בנק למשכנתאות - לפי הדין הקלאסי אם יש הסכם ואין רישום, הלווה המסוים אין לו עדיפות (אם הבנק מסיבה כלשהי לא רשם את המשכנתא הבנק מפסיד את קדימותו) כך למשל בפס"ד סוכנות מכונות לים התיכון נ' עו"ד דוד חיות . המשכנתא במקרה הנ"ל לא נרשמה המשכנתא, ולכן לא הייתה עדיפות לסוכנות בפשיטת רגל.

{ זה לא בסילבוס }

ע"א 654/82 - סוכנות מכונות לים נ' עו"ד ח. דוד חיות . פ"ד לט(3), 803, עמ' 807-806.

דברי השופט ש' לזין:

"5. השאלה אם המערערת זכתה למעמד של "נושה מובטח", כמשמעות דיבור זה בסעיף 1 לפקודה תלויה בראש ובראשונה במערכת היחסים שבין המערערת לבין החייבים ויהיה עלינו לבדוק מה נפקותה של התחייבות החייבים, המשתמעת מן הנסיבות לרשום לזכות המערערת את המשכנתא. התחייבות החברה הכלולה במוצג ת/2 באה אך להבטיח את התחייבות החייבים כלפי המערערת והוא הדין ביפוי הכח הבלתי חוזר שלא היה אלא מכשיר למימוש זכויות המערערת, תהיינה אשר תהיינה תוקפן: ע"א 3/78 פד"י לג/359/2. הערה מתבקשת נוספת היא שהחייבים לא רשמו לזכות המערערת משכון על זכויותיהם החוזיות כלפי החברה, כאמור בסעיף 4(3) לחוק המשכון, תשכ"ז-1967, ולפיכך אין לי צורך לבדוק מה יכלה להיות התוצאה המשפטית לגבי המערערת לו נרשם משכון כאמור .

6. בין אם ניתן היה ליצור משכנתא ביושר במקרקעין לפני חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן - החוק) ובין אם לאו, נעלה מספק הוא שהדין נשתנה לאחר חקיקתו. עריכת משכנתא היא עסקה במקרקעין בגדר החוק, הטעונה רישום לפי סעיף 7(א) לחוק. כל עוד לא נגמרה עיסוקת המשכנתא ברישום, רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה: סעיף 7(ג) לחוק. סעיף 161 לחוק ביטל גם את המשכנתא שביושר, במידה ומוסד זה קיים היה לפני חקיקתו; אכן התחייבות החייבים, המשתמעת מן הנסיבות, לרישום משכנתא לזכות המערערת אינה - ביסודו של דבר- אלא התחייבות אובליגטורית גרידא .

המערערת אינה מתעלמת מן החוק, אלא טענתה היא שמכח התחייבותם היתה זכות החייבים לקבל את רישום הדירה על שמם כפופה לחובה שהיתה מוטלת עליהם לרשום משכנתא לטובת המערערת ומכאן שהם החזיקו בזכות האמורה כנאמנים לטובת המערערת כדי נשיה מהם. לפיכך - כך ממשיכים הם וטוענים - יש לראות את החייבים לענין זה כמחזיקים בנאמנות בזכות האמורה לטובת המערערת וממילא אין זכות השעבוד נכללת בין נכסי פושט הרגל, כאמור בסעיף 1(86) לפקודה. סעיף 1(86) בנוסחו המקורי בוטל בשנת תשמ"ג אך הדין לא נשתנה ו"נכסי פושט רגל" מוגדרים מעתה בסעיף 1 לפקודה: "הנכסים העומדים לחלוקה בין נושיו לפי פקודה זו למעט נכסים שהוא מחזיק בהם כנאמן".

לפי סעיף 42 לפקודה מוקנים לנאמן רק נכסי פושט הרגל - למעט הנכסים שהוא מחזיק בהם ובנאמנות. טוענת המערערת שהוראותיה הספציפיות של הפקודה גוברות על הוראות החוק .

אם הלווה קיבל הלוואה מבנק למשכנתאות ועשה עם המלווה הסכם משכנתא, הרישום אצל רשם המקרקעין מחליף את הרישום אצל רשם המשכונות. הרישום אצל רשם המשכונות הוא מכוח ס' 4 לחוק המשכון. ושם כתוב בס' 4.1 - בנכסים שיש לגביהם הוראות מיוחדות יחולו אותן הוראות חוק... "ס' 4 דוחה את עצמו מפני הוראות חוק המקרקעין.

"4. כוחו של המישכון כלפי נושים אחרים -

כלפי נושים אחרים של החייב יהיה כוחו של מישכון יפה -

(1) בנכסים שיש לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לענין זה - בהתאם לאותן הוראות; (2)....."

כך שהרישום של משכנתא נעשה בטאבו ולא אצל רשם המשכונות.

כאשר הלווה הוא תאגיד, ההוראה שונה – יש צורך ברישום כפול הן בטאבו והן ברשם החברות. לפי ס' 178 לפקודת החברות קובע כי שיעבוד שיצרה חברה יהיה בטל אלא אם כן נרשם אצל רשם החברות.

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

(1) שעבוד בערובה לאיגרות חוב, לרבות שעבוד צף או שעבוד של הון מניות שלא נדרש תשלום, של דרישות תשלום שטרם נפרעו ושל מוניטין ;

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

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

(4) שעבוד חובות לקוחות ;

(5) שעבוד אניות או חלקים בהן ;

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

(ב) ניתן לחברה מסמך סחיר כערובה לחובות לקוחות, והחברה הפקידה אותו כערובה לקבלת הלוואה, לא יראו את ההפקדה כשעבוד חובות לקוחות לענין סעיף זה; (ג) היה שעבוד בטל כאמור בסעיף קטן (א), אין בכך כדי לפגוע בחוזה או בהתחייבות להחזיר את הכסף המובטח בשעבוד, ופרעון כסף זה יחול מיד."

ס' 179 קובע את פרק הזמן שיש לרשום שיעבוד שחברה יצרה. בס' 179 לפקודת החברות יש הוראה ששיעבוד שיצרה חברה יש לרשום תוך 21 ימים מהרגע שנוצר ההסכם. יש הבדלים בין הרישום של שיעבוד אצל יחיד לחברה, כחלק מהמורשת המנדטורית. מדוע נקבע 21 יום? מסיבה היסטורית בריטית כלשהי.

"179. דרכי הרישום ומועדיו – (א) המועד למסירת הפרטים והמסמך או קבלתם לפי סעיף 178 הוא

-

- (1) **באין הוראה אחרת - תוך עשרים ואחד ימים מהיום שבו נוצר השעבוד ;**
 - (2) בשעבוד מקרקעין שבישראל - תוך עשרים ואחד ימים מהיום שבו אישר רשם המקרקעין את העסקה לרישום, בין שנערכה בפניו ובין שנערכה בפני עורך דין ;
 - (3) בשעבוד שנוצר מחוץ לישראל על נכסים שמחוץ לישראל בלבד -תוך עשרים ואחד ימים מהיום שבו יכול היה המסמך להתקבל בישראל בדרך הדואר הרגילה אילו נשלח בזריזות מספקת ; לענין פסקה זו מותר שיימסר העתק של המסמך, מאומת כפי שנקבע .
- (ב) בשעבוד שנוצר בישראל הכולל נכסים שמחוץ לישראל, מותר לשלוח את המסמך לפי סעיף 178 לרישום אף אם יש צורך בהליכים נוספים כדי להקנות לשעבוד תוקף לפי דיני הארץ שבה נמצאים הנכסים."

מועד הרישום מתייחס גם למשכנתא במקרקעין ואומר - משכנתא שיצרה חברה יש לרושמה 21 ימים מרגע שהמשכנתא אושרה לרישום בטאבו. כך שנקבע סדר ברישום. שלב הרישום מתחלק לשניים -

א. בפנקסי המקרקעין (טאבו);

ב. אצל רשם החברות.

המחוקק מקפיד על הסדר הזה. ס' 179 א' 2 קובע - שאצל רשם החברות יש לרשום 21 יום מרגע שנרשם בפנקסי המקרקעין.

בפס"ד בנק המזרחי המאוחד נ' רוזובסקי, שם אוחדו 5-6 תיקים, וגם נקרא לעתים פס"ד איטונג, נדון הצורך ברישום כפול של משכנתא, והוא הסביר את הרישום הכפול בכך שהרישום נועד לגופים שונים. הרישום ברשם החברות נועד למי שמעוניין בחברה. הרישום בטאבו נועד למי שמעוניין לרכוש זכות במקרקעין ספציפים של החברה. מי ששוקל לתת הלוואה לחברה, והחברה מציעה את הנכס כמשכנתא, בשבילו מספיק הרישום בטאבו. מי שמעוניין במבט רחב על החברה, צריך לקבל את המידע מרשם החברות.

הרישום הכפול, בפסיקה הקלאסית - מי שלא רשם את השיעבוד לטובתו בשני המקומות, לא יחשב נושה מובטח. הפסיקה הנ"ל היא מרחיקת לכת, היא לא לוקחת בחשבון שיקולים של תום לב, ולקחה מהנושה את העדיפות שלו במצב של פשיטת רגל.

מס. הליך: ע.א. 425/89 ע.א. 793/88 ע.א. 558/88 ע.א. 261/88

איטונג בע"מ ואח'

צדדים: נגד

לוי דוד ובניו בע"מ ואח'

תאריך: 26.4.94

שופטים: הנשיא שמגר. ד. לוין, ברך, אור, מצא. החלטה - השופט לוין

מראה

מקום: פ"ד מח (2) 102

פד"י:

מראה

פורסם במאגר התקצירים של סביר - כרך מ"ג, חוברת 18, עמוד 285

מקום:

תקפותן של "הערות אזהרה" שנרשמו על זכויות של חברות במרשם המקרקעין ולא נרשמו אצל רשם החברות.

תמצית

חלותה של הערת אזהרה ביחסים עם בעל המקרקעין כאשר הלה הסכים לרישום הערת האזהרה על זכויות החברה

התקציר:

(הערעורים נדחו פרט לערעור בע.א. 558/88 שנתקבל חלקית).

א. עניינם של ארבעת הערעורים ב"הערות אזהרה" שנרשמו במרשם המקרקעין על מקרקעין של חברות או על "הערות אזהרה" קודמות שנרשמו לטובת חברות במסגרת של עסקות קומביניציה. הערות האזהרה האחרונות נרשמו רק במרשם המקרקעין ולא אצל רשם החברות. בכל ארבעת הערעורים התעוררה תחולתו של סעיף 178 לפקודת החברות הקובע כי "שיעבוד... שיצרה חברה... יהיה בטל כלפי המפרק וכל נושי החברה... זולת אם פרטי השיעבוד... נמסרו לרשם או נתקבלו אצלו, בדרך ובמועד האמורים בסעיף 179... ואלה השיעבודים... שיעבוד נכס מקרקעין... או עניין בנכס כאמור...". השאלה היתה אם באות הערות האזהרה שנרשמו במרשם המקרקעין בגדר המונח "שיעבוד", בין "שיעבוד נכס המקרקעין" ובין "שיעבוד עניין בנכס". סעיף 1 לפקודת החברות מגדיר "שיעבוד" כ"משכנתא וכל צורה אחרת של מתן נכסים כערובה". השאלה היא אם הערת האזהרה באה בגדר אחת משתי הקטגוריות האלו, היינו "משכנתא" או "צורה אחרת של מתן נכסים כערובה" ועל כן היא בבחינת "שיעבוד" כמובנו בפקודת החברות. בתי המשפט המחוזיים קבעו כי הערת האזהרה באה בגדר שיעבוד ולפיכך כאשר הערות האזהרה לא נרשמו אצל רשם החברות הן בטלות כלפי המפרק ובמובן זה הערעורים נדחו. באחד המקרים, בע.א. 558/88, לא היתה החברה בעלת המקרקעין אלא בעלת הזכויות במקרקעין בעקבות הסכם הקומביניציה מהבעלים. באותו מקרה, חתמו גם הבעלים על הערת האזהרה, ובעוד שביהמ"ש המחוזי קבע כי יש למחוק את כל הערות האזהרה, כולל זו שנרשמה על זכויות הבעלים, עפ"י חתימת הבעלים, קבע ביהמ"ש העליון כי ככל שמדובר בהערת האזהרה שבה התחייבו הבעלים יש להשאיר את ההערה רשומה.

גוף

התקציר:

ב. ביהמ"ש העליון, בפסק דין מקיף מפי השופט ד. לוין, בחן את מהותה של הערת האזהרה כמקנה זכות במקרקעין או לא, היינו האם מדובר בזכות שפועלה הוא שלילי - מניעתו ואין בה תוכן קנייני משלה, או אם הערת אזהרה משקפת זכות של ממש, אם לא קניינית כי אז, על כך פנים, מעין קניינית. בעניין זה סבר ביהמ"ש העליון כי יש לראות את הערת האזהרה כייצור כלאיים שיש לו תווי אופי קנייניים ולא קנייניים כאחד. ביהמ"ש בחן גם את נושא הערת האזהרה הנרשמת על זכות הנובעת מהערת אזהרה קודמת, ומצד שני הערת אזהרה הנרשמת בנוסף להערת אזהרה קודמת. בסופו של דבר הגיע ביהמ"ש למסקנה כי הערת אזהרה מהווה "שיעבוד" לצורך פקודת החברות, אמנם לא שיעבוד של "משכנתא" אלא שיעבוד בגדר "צורה אחרת של מתן נכסים כערובה". כיוון שכך, ומכיוון שבכל המקרים לא נרשמו הערות אזהרה אצל רשם החברות הרי עם כניסתן של החברות לפירוק אין בעלי הערות אזהרה יכולים להיעזר

בהערות האזהרה יש למוחקן.

ג. להלן דן ביהמ"ש בערעורים השונים ובנושאים שבכל ערעור וערעור שאינם משותפים לכל הערעורים. בע.א. 558/88, החברה שרשמה את הערת האזהרה אינה הבעלים הרשום של המקרקעין. לזכותה נרשמה הערת האזהרה על יסוד הסכם קומבינציה שערכה עם הבעלים הרשומים על הקרקע. מכיוון שהבעלים חתמו אף הם על הערת האזהרה שנרשמה לטובת הנושים על זכויות החברה, הרי במקרה דנן, לפי ניסוחן של הערות האזהרה, יש להשאיר את הערת האזהרה של הבעלים, שכן זו לא היתה צריכה להרשם אצל רשם החברות. בשני ערעורים אחרים מתעוררת סוגיה נוספת, שעניינה מידת תקפו ונפקותו המשפטית של רישום מאוחר של שטרי משכנתא שרשמה החברה בפנקס השיעבודים. בעניין זה, לאחר שנרשמו במרשם המקרקעין "הערות אזהרה" בדבר התחייבות החברה לרשום משכנתא, נערך ונחתם שטר משכנתא, ומכוחו של שטר זה נרשם שיעבוד אצל רשם החברות לטובת הנושה. ביני לביני, נרשמו במרשם המקרקעין גם הערות אזהרה לטובתם של רוכשי דירות, על פי הסכמי מכר שנערכו בינם לבין החברה. **ביהמ"ש המחוזי קבע כי רישום שטר המשכנתא הוא מאוחר להסכמי המכר שנערכו עם הקונים ולהערות האזהרה שנרשמו מכוחם. על כן יש להעדיף את עיסקאות הרכישה על פני עיסקת המשכנתא.** התוצאה הסופית שקבע ביהמ"ש המחוזי נכונה היא אלא שבעניין זה יש להגיע לתוצאה האמורה בדרך אחרת.

ד. המערערת טענה כי הרישום אצל רשם החברות, הוא, למעשה, רישום מאוחר של הערות האזהרה שנרשמו לטובתה על פי הסכם ההלוואה, ומכיוון שבסופו של דבר נרשמו הערות האזהרה יש להכיר בתוקפן בדיעבד, ואין להורות על מחיקתן. דא עקא, השיעבוד נרשם עפ"י שטר המשכנתא, שהוגש לרשם החברות, ולא על פי שטרי ההתחייבות למשכנתא, שמכוחם נרשמו הערות האזהרה במרשם המקרקעין. הבחנה זו אין עניינה בדקדוק ובדיוק סמאנטיים גרידא, שכן היא משקפת הבדל מהותי ויסודי בין שני מצבים עובדתיים משפטיים נפרדים, השונים במהותם ובפועלם. יש גם להבחין בין שטר התחייבות לרישום משכנתא שעל פיו נרשמת הערת האזהרה, לבין שטר המשכנתא שלפיו נרשמת המשכנתא עצמה. שטר ההתחייבות אינו טעון אישור של רשם המקרקעין, בעוד שאישור שטר המשכנתא המוגש לרישום טעון אישור של רשם המקרקעין, וכל עוד לא ניתן האישור לא נשלמה העיסקה ולא הוקנתה הזכות בקרקע. שטר המשכנתא במקרה שלפנינו לא אושר לרישום ע"י רשם המקרקעין, והוגש במישרין לרשם החברות שרשם שיעבוד על פיו. בכך נפל ברישום פגם יסודי. רישום שטר משכנתא בפנקס השיעבודים מעיד לכאורה על קיומה של משכנתא לטובת הנושה, ומשכנתא כזו כלל אינה קיימת לפני שאושרה לרישום ע"י רשם המקרקעין.

ה. בערעור אחר חתמה החברה המשעבדת על יפוי כח בלתי חוזר שבו הסמיכה את עורכי דינו של הנושה לרשום בשמה את המשכנתא לטובת הנושה. לטענת הנושה, גם אם דין הערות האזהרה שנרשמו בעניין זה להמחק, עדיין שריר ותקף יפוי הכח הבלתי חוזר, והוא זכאי שתירשם מכוחו ועל פיו המשכנתא המובטחת. אכן, טעה ביהמ"ש בקבעו כי יפוי הכח עצמו הוא בבחינת "שיעבוד" שיש לרשמו בפנקס השיעבודים ומשלא נרשם אין כוחו יפה. **יפוי כח כפי שנעשה כאן אינו יוצר כשלעצמו זכות מהותית, אלא הוא בבחינת מכשיר שנועד להבטחתה ולמימושה של זכות קיימת שנוצרה מחוץ לו ובנפרד ממנו. על כן אין לומר כי יפוי הכח הוא בבחינת שיעבוד. ברם, יפוי הכח נועד להבטיח זכות מסויימת אחרת, וכאשר הזכות אינה קיימת מכיוון שלא נרשמה, גם יפוי הכח אינו יכול להציל את אותה זכות.**

(בפני השופטים: הנשיא שמגר. ד. לוי, ברך, אור, מצא. החלטה - השופט לוי. 26.4.94.)

מי יכול לתת משכנתא לטובת בנק או מממן אחר? –

רק בעל הזכות (בעלים) או שוכר (רשום בטאבו).

לפי ס' 4 לחוק המקרקעין: משכנתא היא משכון של מקרקעין. בשפה המדוברת למשפט "יש לי דירה" יש משמעות של בעלות על הדירה. אנו מזהים את הבעלות עם הנכס הפיזי, למרות

שצריך היה להגיד יש לי בעלות במקרקעין. כך שס' 4 צריך היה להיות מנוסח - "משכון של הבעלות במקרקעין" - את הבעלות במקרקעין יש רק למי שרשום בטאבו, לכן מה שרשום בס' 4 הוא שרק הבעלים הרשום יכול ליצור משכנתא.

אבל בס' 81 א' לחוק המקרקעין קובע כי אם השכירות נרשמה בטאבו, ניתן ליצור משכנתא. אם הסכם השכירות לא התייחס לזה, וזכותו של השוכר נרשמה בטאבו, השוכר רשאי לרשום משכנתא.

81. שיעבוד שכירות במשכנתה או בזיקת הנאה – (א) שכירות שנרשמה, רשאי השוכר, בכפוף למוסכם בתנאי השכירות, לשעבדה במשכנתה בלי הסכמת המשכיר והוראות סימן ב' יחולו, בשינויים המחוייבים; (ב) שכירות שנרשמה, רשאי השוכר, בכפוף למוסכם בתנאי השכירות, לשעבדה בזיקת הנאה בלי הסכמת המשכיר והוראות סימן ג' יחולו, בשינויים המחוייבים."

כלומר - מי שיכול ליצור משכנתא מבחינה משפטית הוא:

א. זה שרשום כבעלים;

ב. זה שרשום בטאבו כשוכר.

6.1.3 משכון זכויות

אם כך, מה עם שוכר שזכותו לא נרשמה? הוא יכול לעשות משכון זכויות לפי כוח חוק המחאת חיובים.

משכנתא רשומה בטאבו יכול ליצור רק בעלים רשום או שוכר רשום. מכאן שיש בעיה פרקטית, כשיש מוכר וקונה, ולקונה אין מקורות עצמיים למלוא הסכום, הוא מבקש הלוואה מבנק. הוא לא יכול לקבל משכנתא. א' מוכר, ב' קונה, אבל הבעלות היא על שם א', אבל הבנק אומר - לא תקבל הלוואה עד שתקבל בעלות על הנכס ונקבל משכנתא. ברור שגם לקונה, ל - ב' אין עוד בעלות במקרקעין, אבל יש לו זכות חוזית ואותה הוא כן יכול למשכן.

לגבי שכירות, למרות שזה זכות קניין, ולמרות שהמינוח עסקה במקרקעין מתייחס גם לעסקת שכירות, ושכירות קצרה פטורה מדרישת רישום לפי ס' 79 א'. לתקופה של 5 שנים, ולפי חוק הגנת הדייר - 10 שנים. כך ששכירות לדורות מול מינהל מקרקעין ישראל טעונה רישום.

"79. דינה של שכירות קצרה – (א) על אף האמור בסעיפים 7-8, שכירות לתקופה שאינה עולה על חמש שנים אינה טעונה רישום, והתחייבות לעשות עסקה כזאת אינה טעונה מסמך בכתב. (ב)

הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על שכירות שיש עמה ברירה להאריך את תקופתה לתקופה כוללת העולה על חמש שנים, ולא על שכירות שתקופתה, כולה או מקצתה, חלה כעבור חמש שנים מגמירת חוזה השכירות; (ג) אין בהוראות סעיף זה כדי למנוע רישום של שכירות שאינה טעונה רישום, אם ביקשו זאת הצדדים."

לשוכר יש זכות לא קניינית, זכות פחותה. אם שוכר ל - 4 או 6 שנים רוצה לעשות משכנתא, הוא צריך בקש מהמשכיר לרושם משכנתא. כששוכר שזכותו רשומה בטאבו עושה משכנתא, הוא יכול למשכן את זכות השכירות (מול מינהל מקרקעי ישראל למשל). הוא לא יכול למשכן את הבעלות כי היא לא שלא.



כחלק ממימון המכירה ב' לוקח הלוואה מהבנק (ג') אך כיוון שאין לו זכות בטאבו הוא אינו יכול להציע לבנק משכנתא.

ב' מעשית לא יכול להציע משכנתא ל - ג', כי הוא לא קונה רשום, ומאידך המוכר לא יעביר בעלות עד שב' ישלם הכול. בשלב ראשון מה שב' יכול להציע ל - ג' הוא התחייבות לרשום משכנתא. עושים הסכם משכנתא, ב' מתחייב כלפי ג' לרשום בבוא העת על שמו של ג' משכנתא. כרגע - ב' לא יכול לרשום, כי אין לו בעלות.

במקרה כזה ניתן להגיד שלטובת ג' יש משכנתא לא רשומה. אם כך, הפסיקה הקלאסית הבינה כי כל עוד המשכנתא לא נרשמה בפועל אין לנושה המובטח עדיפות על אחרים. כלומר, אם ב' הסתבך כלכלית, לפני שרשמו משכנתא לטובת הבנק, גם אם בוצעה העסקה, אבל עדיין אין בעלות על שם הקונה, כלומר אין משכנתא רשומה לטובת הבנק. במקרה זה הבנק אינו נושה מובטח ולכן אין לו עדיפות כלכלית על אחרים במקרה של חדלות פרעון. לדוגמא, בפס"ד סוכנות מכוניות לים התיכון נ' עו"ד חיות נקבע כי משכנתא לא רשומה זו התחייבות בלבד ולכן אין לו עדיפות במקרה של חדלות פרעון.

{ לא בסילבוס }

ע"א 654/82 - סוכנות מכוניות לים נ' עו"ד ח. דוד חיות . פ"ד לט(3), 803, עמ' 805-806.

=====

5. **השאלה אם המערערת זכתה למעמד של "נושה מובטח"**, כמשמעות דיבור זה בסעיף 1 לפקודה תלויה בראש ובראשונה במערכת היחסים שבין המערערת לבין החייבים ויהיה עלינו לבדוק מה נפקותה של התחייבות החייבים, המשתמעת מן הנסיבות לרשום לזכות המערערת את המשכנתה. התחייבות החברה הכלולה במוצג ת/2 באה אך להבטיח את התחייבות החייבים כלפי המערערת והוא הדין ביפוי הכח הבלתי חוזר שלא היה אלא מכשיר למימוש זכויות המערערת, תהיינה אשר תהיינה תוקפן: ע"א 3/78 פד"י לג/2/359. הערה מתבקשת נוספת היא **שהחייבים לא רשמו לזכות המערערת משכון על זכויותיהם החוזיות כלפי החברה, כאמור בסעיף 4(3) לחוק המשכון, תשכ"ז-1967**, ולפיכך אין לי צורך לבדוק מה יכלה להיות התוצאה המשפטית לגבי המערערת לו נרשם משכון כאמור .

6. בין אם ניתן היה ליצור משכנתה ביושר במקרקעין לפני חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן - החוק) ובין אם לאו, נעלה מספק הוא שהדין נשתנה לאחר חקיקתו. **עריכת משכנתה היא עסקה במקרקעין בגדר החוק, הטעונה רישום לפי סעיף 7(א) לחוק. כל עוד לא נגמרה עיסוקת המשכנתה ברישום, רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה: סעיף 7(ג) לחוק. סעיף 161 לחוק ביטל גם את המשכנתה שביושר, במידה ומוסד זה קיים היה לפני חקיקתו; אכן התחייבות החייבים, המשתמעת מן הנסיבות, לרישום משכנתה לזכות המערערת אינה - ביסודו של דבר- אלא התחייבות אובליגטורית גרידא .**

המערערת אינה מתעלמת מן החוק, אלא טענתה היא שמכח התחייבותם היתה זכות החייבים לקבל את רישום הדירה על שמם כפופה לחובה שהיתה מוטלת עליהם לרשום משכנתה לטובת המערערת ומכאן שהם החזיקו בזכות האמורה כנאמנים לטובת המערערת כדי נשיה מהם. לפיכך - כך ממשיכים הם וטוענים -יש לראות את החייבים לענין זה כמחזיקים בנאמנות בזכות האמורה לטובת המערערת וממילא אין זכות השעבוד נכללת בין נכסי פושט הרגל, כאמור בסעיף 1(86) לפקודה. סעיף 1(86) בנוסחו המקורי בוטל בשנת תשמ"ג אך הדין לא נשתנה ו"נכסי פושט רגל" מוגדרים מעתה בסעיף 1 לפקודה: "הנכסים העומדים לחלוקה בין נושיו לפי פקודה זו למעט נכסים שהוא מחזיק בהם כנאמן". לפי סעיף 42 לפקודה מוקנים לנאמן רק נכסי פושט הרגל - למעט הנכסים שהוא מחזיק בהם ובנאמנות. טוענת המערערת שהוראותיה הספציפיות של הפקודה גוברות על הוראות החוק .

לדעתי יש לדחות טענה זו ."

במקרה הנדון משכנתא לא רשומה נראתה כהתחייבות לעשות משכנתא, ולנושה המובטח לא הייתה עדיפות. כשקרו כאלה מקרים, וללוקח בארץ זמן לרשום משכון, לפני יותר מ - 20 שנה, הבנקים למשכנתאות לא הפסיקו להסתפק בהתחייבות לרשום, ודרשו משכון מידי מהלווה שלקח הלוואה, הנכס - הזכות החוזית.

מכאן שללוח אין מקרקעין אבל יש לו זכות חוזית לקבל נכס, יש חוזה תקף שעומד במבחני חוק החוזים, אז ב' הוא נושה (של א' שיעביר אליו את הנכס) ו - א' הוא חייב (מוכר הדירה). תוכן הנשיה הזאת הוא הזכות להעביר את הבעלות עד למועד מסויים.

עם הזכות החוזית שיש ל - ב' ביחס למקרקעין הוא יכול לעשות עסקאות שונות, בלי צורך בהסכמת החייב (המוכר - א').

במקרה שיש לב' זכות חוזית מול א', כי הנכס טרם נרשם במרשם המקרקעין, הוא יכול להעביר את הזכות בבעלות שיש לו, למישהו אחר - ד' (הקונה הבא של הדירה, שעדיין אינה דירה אלא זכות לדירה). במצב כזה החוזה בין א' ל - ב' יצר זכות חוזית, ובעסקת מכר (מכר של זכות) מוכר ב' ל - ד' את הזכות.

פס"ד טקסטיל ריינס אומר, לצרכים מסויים, שבין ב' ל - ד' אפשריות שתי עסקאות. יכול להיות שעסקה בין ב' ל - ד' היא המחאת זכות. אם כתוב בחוזה שב' מעביר לד' את הזכות שיש ל - ב' מול א', והוא מעביר את הזכות, העברת הזכות לקבל רישום של בעלות.

אפשרות שנייה - העסקה בין ב' ל - ד' היא עסקה במקרקעין שחוק המקרקעין מתייחס אליה - כי ב' התחייב כלפי ד' לרשום מקרקעין על שמו, בעתיד. ב' הוא לא הבעלים הרשום, אך לקח על עצמו התחייבות כזאת? כי ל - ב' יש חוזה מול א' שהוא הבעלים הרשום. ב' התחייב כלפי ד' להעביר מקרקעין על שמו. אם זה מה שכתוב בחוזה - זאת לא המחאת זכות, ב' התחייב שמקרקעין שרשומים על שם א' יעברו להיות רשומים על שם ד'. למשל - אני מתחייב למכור לפלוני את מכונית של אלמוני.

בבריטיש נ' גז עלתה אותה שאלה. השאלה האם יש עסקת מקרקעין או המחאת זכות תלוי מה כתוב חוזה, בטקסטיל נ' ריינס כתוב שיש אי בהירות ונפס שהצדדים התכוונו להמחאת זכות. כי המוכר התכוון למכור מייד, כי אחרת, מה ב' מתחייב? להעביר מקרקעין שעדיין לא רשומים, והמימוש אינו תלוי רק בו. לכן אם החוזה לא ברור, יותר הגיוני לפרש את זה שהתכוונו לעסקה של המחאת זכות. אם ב' מוכר זכות חוזית, מתי עוברת הבעלות? לפי הסכמת הצדדים.

בעסקה במקרקעין - הבעלות עוברת ל - ד' רק כשנרשמים על שמו, וזה יכול להיות עתידי.

נחזור לדוגמא שלנו: ל - ב' יש זכויות חוזיות, אותן הוא יכול לעשות בין עסקאות שונות, ב' ממשכן זכות חוזית, כמו כל משכון יש בהתחלה הסכם משכון, בשלב שני יש רישום משכון אצל רשם המשכונות (לא בטאבו - כי שם רושמים רק מקרקעין, וזאת זכות למקרקעין).

פסק הדין הראשון שהעליון הכיר בטכניקה הזאת שבה נרשמת זכות למקרקעין (שבה ל - ב' אין בעלות) אצל רשם המשכונות, היה פס"ד **כונס הנכסים הרשמי נ' בנק הפועלים**¹. אם ב' הוא תאגיד, רושמים את המשכון אצל רשם החברות בלבד.

מס. הליך:	רע"א 9/87
צדדים:	כונס הנכסים ואח' נגד בנק הפועלים
תאריך:	5.5.87
שופטים:	המשנה לנשיא גב' בן פורת
עו"ד:	עוה"ד מ. קליביץ וש. טננבלט למבקשים, עו"ד גב' שרה גולדין למשיב
מראה מקום:	פורסם במאגר התקצירים של סביר - כרך כ"ט, חוברת 8
תמצית התקציר:	נושה מובטח"ע"י רישום משכון על מקרקעין (הבקשה נדחתה).

א. למנוח אברהם גורוכובסקי היו זכויות חוזיות עפ"י חוזה בינו ובין מוכרי מקרקעין. הזכויות מושכנו ע"י המנוח לבנק הפועלים. המשכון נרשם בלשכת רשם המשכונות בנובמבר 1981, כארבע וחצי שנים לפני פשיטת רגלו של עזבון המנוח הנ"ל. בכך הפך הבנק ל"נושה מובטח" ולטענתו כוחו של המשכון יפה גם כלפי נושים אחרים של העזבון לפי סעיף 4 לחוק המשכון. המבקשים טוענים כי הואיל ובעסקת מקרקעין דן החוזה דלעיל, יש לראות בזכויות שמושכנו אך זכויות אובליגטוריות להבדיל מקניניות או מעין קניניות. גישה זו לא נתקבלה ע"י ביהמ"ש דלמטה ונדחתה הבקשה לרשות ערעור. **גוף התקציר:**

ב. זכותו של אדם כלפיו התחייבו לעשות עסקה במקרקעין עשויה להיות שייכת לתחום החיובים לצורך סוגיה אחת, ועשויה להשתייך לתחום הקניינים לצורך סוגיה אחרת. חוק המשכון חל "על כל עיסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב יהא כינויה של העיסקה אשר יהא" כאמור בחוק המשכון. חוק זה חל איפוא על שעבוד "נכס". אעפ"כ נקבע בחוק שגם זכויות במשמע, ללמדך שכל זכות בת שעבוד היא "נכס" היינו קניינית לפי טיבה. בענייננו שועבדו הזכויות לבנק כערובה לסילוקו של חיוב כספי ומשלא סולק קמה לבנק הזכות להפרע מתוכן, שכן "תביעת חוב אינה בת גבייה מנכס

¹ לאחר שהבנקים "חטפו על הראש, באי הכרה של משכנתא שביושר, התחילו בארץ טכניקה חדשה: אין רושמים משכנתא אלא שעבוד של זכויות (לא רשומות) ביחס למקרקעין.

פס"ד **כני"ר נ. בנה"פ** היה הראשון שהכיר זאת:

א הוא בעלים רשום של מקרקעין. ב' הוא קונה. כדי לשלם את המחיר הוא זקוק להלוואה מבנק. הבנק דורש משכנתא כבטוחה להלוואה. הקונה אינו יכול לתת משכנתא באשר אין הוא בעלים רשום. המוכר ירשום בעלות ע"ש הקונה כשיקבל 100% מהמחיר. לקונה יש זכות לקבל את המקרקעין על שמו את המקרקעין במועד מסוים. הוא ממשכן את הזכות החוזית לקבל את המקרקעין. שיעבוד כזה אינו נרשם בטאבו כי אם בספריו של רשם המשכונות אם ב' הוא יחיד. אם ב' הוא חברה- נרשם ברשם החברות. בניגוד למשכנתא- אין כאן רישום כפול כמדובר בתאגיד. ביהמ"ש הכיר בדוקטרינה זו.

המשועבד לאחר". תפקידו העיקרי של משכון הוא להעניק לנושה המובטח זכות העדיפה על פני זכויותיהם של נושיו האחרים של החייב, אלא שבמקרה זה, לפי סעיף 4 לחוק המשכון, צריך היה לרשום את המשכון וכך אמנם נעשה.

ג. המישכון לא בוצע כהמחאה על דרך השעבוד, אך התוצאה לא היתה משתנה אילו היתה זו המחאה כזו. אלא שאילו בוצע שיעבוד בענייננו לפי חוק המחאת חייבים, היתה אולי מתעוררת השאלה כלום היה צורך לרשום את ההמחאה בלשכת המשכונות. בענין זה נטושה מחלוקת בין מלומדים אך משבוצע השעבוד על פי חוק המשכון אין מחלוקת בדבר תקפו.

(בפני: המשנה לנשיא גב' בן פורת. עוה"ד מ. קליבץ וש. טנבלט למבקשים, עו"ד גב' שרה גולדין למשיב. 5.5.87).

כך שכבר 20 שנה הבנק נוהג לרשום אצל רשם המשכונות כי לא מספיק לרשום משכנתא, כשאינן מקרקעין אלא זכות למקרקעין.

נניח שהמוכר בעלים רשום, ב' עשה משכון זכויות לטובת הבנק - ג', לבנקים יש חששות, הם מחתימים את המוכר על התחייבות. עדיף לבנק לתת את הכסף ישירות למוכר, אבל הבנק רוצה שעם העברת הנכס ל - ב' יירשם המשכון לטובת הבנק, ולכן מחתיים את המוכר.

נניח שהמקרקעין רשום על שם א', והוא מתחייב להעביר את הזכות ל - ב', ובעתיד יעביר לו את המקרקעין. אל יכול להיות מצב שב' יפנה לבנק נוסף לקבל הלוואה, ואז בגלל שהבעלות על שמו בטאבו, שני בנקים ירוצו בתחרות זכויות, מי יהיה עדיף - הבנק למשכנתאות שיש לו משכון על זכות להתחייבות למקרקעין, או המממן השני? כדי למנוע זאת דואגים שא' יתחייב שלא יעביר את הבעלות לטובת ב' בלי יידוע של הבנק (ג'). אם א' התעלם מזה, יש לבנק עילה נ' א'.

אם הבנק הזרים את הכסף ישירות ל - א', אז יכול הבנק לדרוש התחייבות מ - א', שיחזיר הוא את הכספים לבנק אם א' לא מקיים את החוזה. ניתן לרשום בטאבו הערת אזהרה - ואז לא יהיה מצב של משכנתא נוגדת. הערת אזהרה - שיש התחייבות לרשום משכנתא, במצב שהקרקע לא רשומה על שם ב'. אבל את הערת האזהרה אפשר לרשום רק אם א' נותן את הסכמתו. על ההתחייבות של ב' אי אפשר לרשום הערת אזהרה בטאבו.

משכון זכויות - ב' כבר משלם כמה שנים, המוכר כבר קיבל את הכסף, אבל א' מפסיק לשלם - הבנק רוצה לממש - הבנק ניגש לרשם המשכנתאות למימוש הנכס בהוצאה לפועל.

נניח - אדם לקח הלוואה מגורם אחר, ולא מחזיר את ההלוואה, נושה רגיל יכול לבקש לעקל נכס של החייב. יש הליכים של עיקול ומימוש, אבל יש בעיה, לפי דיני הוצאה לפועל, במימוש עיקול על צו מגורים, אי אפשר לזרוק מהדירה, צריך לספק לו דיור חלופי, אי אפשר להוציא מישהו מהבית בלי דיור חלופי, ומכירה של דירה תפוסה הוא בהתאם. זה הדין בעיקול רגיל.

אם יש לטובת בנק משכנתא על דירה, דיני הגנה על הדייר בהוצאה לפועל, זה נוח לבנקים שאם בהסכם המשכנתא נקבע שהלווה לא יהיה זכאי לדיור חלופי, להתנאה יש תוקף. לכן, בכל הסכמי המשכנתא הבנקים מכניסים כזה סעיף, וכשלווה לא פורע הלווה, הסעיף מאפשר למכור את הנכס כנכס פנוי (במחיר גבוה יותר).

לכן, החוקים שמתנים על דיור חלופי חלים לא רק על משכנתא אלא גם משכון זכויות.

עד לפני כמה שנים לא שמו לב להבדל הזה, והוצל"פ היו פועלים ללא הסדר.

מה קורה במקרים שהקונה מסתבך לפני שסיים לשם למוכר את כל המחיר? יש פס"דים בעליון, העיקרי הוא שטיינמיץ נגד בנק משכן - ניתן בשנת 2001 או 2002, יש מאז עוד כמה פסקי דין. במקרה הנדון המוכר עוד לא קיבל את כל הכספים (המרצה לא זוכר אם הבנק שילם במישרין את כספי ההלוואה). היו מקרים שקונים ברחו עם הכסף לחו"ל, אבל פה אנו דנים במקרים שהבנק שילם את ההלוואה למוכר, אבל הקונה לא שילם את מלוא חלקו למוכר.

פנה הבנק להוצל"פ ורצה למכור את הדירה, בית המשפט הדגיש שלבנק אין משכנתא על הדירה אלא משכון זכויות, וזה בעייתי, אם הקונה מפר את החוזה על פי דיני החוזים יש למוכר זכות לבטל את החוזה. ואז יש התנגשות בין הזכות החוזית למשכנתא. אם א' ביטל את העסקה?

המשכון כבר לא חל על הזכויות החוזיות כי המוכר ביטל את הזכויות - אז בית המשפט מדגיש שגם אם לבנק יש התחייבות למשכנתא + משכון זכויות, אין לבנק משכנתא. לבנק יש זכויות חוזיות, גם פה החוזה בוטל. זכותו של הבנק נסוגה מפני זכותו של המוכר. מה יכול בנק לעשות? לשלם למוכר את החלק שלא שולם, ולמכור בעצמו את הדירה.

הואיל והסכמתם לתת... הלוואה ... בסך 310,000 ש"ח ... לה"ה רכניצר מאיר ת.ז. 051906352 רכניצר יוטא ת.ז. 053926291 (להלן - "הלווים") שתובטח בין היתר במשכנתה ראשונה כמפורט להלן: (להלן - "המשכנתה").

והואיל והוסכם ביניכם ובין הלווים כי המשכנתא תהיה לזכותכם ולפקודתכם, תהיה בסכום ההלוואה, תכלול את כל התנאים שייקבעו על ידכם ותירשם על הדירה ...

והואיל והסכמתם להעמיד את ההלוואה לרשות הלווים עוד לפני רישום המשכנתא בתנאי שתקבלו התחייבותנו זו.

לפיכך הננו מאשרים ומתחייבים כלפיכם כדלקמן:

...

2. הלווים זכאים, בין השאר, לזכות הבלעדית לרישום על שמם של הבעלות או חכירה לדורות בדירה וכן לחזקה הבלעדית בה.

3. אנו מסכימים שכל זכויות הלווים בדירה (לרבות על-פי כל הסכם איתנו וכל התחייבות שלנו, ואף אם נאמר שם אחרת), ישועבדו לטובתכם להבטחת מילוי התחייבויותיהם בגין ההלוואה.

4. מיד לכשתיווצר אפשרות לכך, ובכל מקרה לא יאוחר מיום 10.4.96, נעביר את הבעלות בדירה (או נגרום לכך שתירשם חכירה לדורות בה) על שם הלווים, כשהיא חופשית מכל שעבוד, עיקול או זכות של צד שלישי.

5. לא נעשה כל עיסקה שהיא במקרקעין ולא נסכים שתיעשה כל עיסקה בדירה, לרבות העברת הבעלות או החכירה לדורות על שם הלווים אלא אם באותו מעמד תירשם המשכנתא לזכותכם כמפורט לעיל.

6. אם לא תועבר הבעלות או החכירה לדורות על שם הלווים בהתאם לאמור בסעיפים 4-5 דלעיל, אנו נרשום על המקרקעין את המשכנתא לטובתכם כמפורט לעיל מיד עם קרות אחד המקרים הבאים: **יינתן נגדנו צו פירוק, צו לקבל נכסים או צו למינוי כונס נכסים או יוטל עיקול על המקרקעין המרצה מעיר שזה מאוחר מדי: זה מקרה מובהק של העדפת נושים שייפסל בביהמ"ש, הכל לפי המוקדם.**

...

8. עד לרישום המשכנתא תרשם לטובתכם הערת אזהרה על המקרקעין בגין התחייבות זו וכן לא ניתן הסכמתנו לביטול ו/או לשינוי ו/או לשיעבוד ו/או להעברת כל זכות שהיא של הלווים בגין הדירה...

10. אם נפר התחייבות כלשהיא מהתחייבויותינו על-פי כתב זה, או אם תבטל עסקת מכר הדירה בהסכמת הלווים או עקב הפרת תנאי חוזה הרכישה על-ידם, אזי נחזיר לכם, מיד וללא שיהוי, את סכום ההלוואה הנ"ל (קרן בצירוף ריבית והפרשי הצמדה לפי חישוביכם) ועם החזרת הסך הנ"ל במלואו, אתם תגרמו לביטול הערת האזהרה שנרשמה לטובתכם כאמור בסעיף 8 לעיל...

מס. הליך: רע"א 8792/00
שטיינמץ משה מנחם
צדדים: נגד
בנק משכן - בנק הפועלים למשכנתאות
תאריך: 25.7.02
שופטים: הנשיא ברק, אנגלרד, ריבלין. החלטה - השופט אנגלרד
עו"ד: ערן פלס למערער, עוה"ד מרדכי האן מרקוביץ וגב' מירב בן שושן-בנקובר למשיב
מראה מקום: פורסם במאגר התקצירים של סביר - כרך נ"ט, חוברת 24, עמוד 378
הדרך שבה יכול בנק לממש משכון על זכויות רוכשי דירה כלפי מוכר הדירה.
תמצית התקציר: היריבות הנוצרת בין מוכר דירה לבנק כאשר המוכר נתן התחייבות לבנק לרישום משכנתא, לצורך מתן הלוואה של הבנק לרוכש הדירה.
דחיית טענות השתק ומניעות
(מחוזי חיפה - בר"ע 563/00 - הערעור נתקבל).

א. המערער (להלן: "המוכר") הוא הבעלים של דירת מגורים בבני ברק. ביום 24.5.95 חתם המוכר על הסכם למכירת כל זכויותיו בדירה לרכניצר (להלן: "הקונים") תמורת 270,000 דולר. למחרת יום החתימה, ב-25.5.95, התקשרו הקונים עם המשיב (להלן: "הבנק") בהסכם לקבלת הלוואה בסך 310,000 ש"ח למימון רכישת הדירה. להבטחת פרעון ההלוואה מישכנו הקונים לטובת הבנק "את כל הזכויות וטובות ההנאה הקשורות בנכס [הדירה]... לרבות זכויות חוזיות לפי כל הסכם...". בחוזה ההלוואה הורו הקונים לבנק לשלם את סכום ההלוואה במישרין למוכר. כן התחייבו הקונים לרשום, במעמד העברת הנכס על שמם, משכנתה לטובת הבנק. המשכון על זכויות הקונים נרשם אצל רשם המשכונות ביום מתן ההלוואה. באותו יום חתם המוכר, על-פי דרישת הבנק, על התחייבות כלפי הבנק, שבה נאמר: "הואיל והסכמתם לתת... הלוואה... בסך 310,000 ש"ח... שתובטח בין היתר במשכנתה ראשונה... אנו מסכימים שכל זכויות הלוויים בדירה... ישועבדו לטובתכם להבטחת מילוי התחייבויותיהם בגין ההלוואה. מיד לכשתיווצר אפשרות לכך... נעביר את הבעלות בדירה... לא נעשה כל עסקה שהיא במקרקעין... לרבות העברת הבעלות... על שם הלוויים... אלא אם באותו מעמד תירשם המשכנתא לזכותכם... ואם תבטל עסקת מכר הדירה... עקב הפרת תנאי חוזה הרכישה... אזי נחזיר לכם, מיד וללא שיהוי, את סכום ההלוואה...".

ב. ביום 25.5.95 העביר הבנק ישירות לידי המוכר את כספי ההלוואה בסך 310,000 ש"ח. ביום 28.5.95 נרשמו בלשכת רישום המקרקעין הערות אזהרה לטובת הקונים ולטובת הבנק. הקונים לא עמדו בתשלומים ולכן הודיע המוכר לקונים ביום 1.8.95 על ביטול הסכם המכר בשל הפרה יסודית. הקונים לא פרעו את ההלוואה כסדרה והבנק פתח בהליכים למימוש המשכון בלשכת הוצל"פ. ראש הוצל"פ מינה כונס נכסים על זכויות הקונים בדירה והורה לו לפעול לתפיסת ההחזקה בנכס ולמימוש בדרך של מכר לציבור. המוכר פנה לראש הוצאה לפועל בבקשה לעכב את הליכי הוצאה לפועל, אך בקשתו נדחתה. ביהמ"ש המחוזי דחה את ערעורו של המוכר בנימוק שמחוזה ההלוואה בין הקונים לבנק, וכן מעצם התחייבויותיו של המוכר כלפי הבנק בכתב ההתחייבות, ניתן להסיק על הסכמת המוכר כי גם זכויותיו שלו בדירה כפופות למשכון. המוכר הגיש ערעור לאחר קבלת רשות והערעור נתקבל.

ג. כיצד יכול הבנק לממש את המשכון על הזכויות החוזיות של הקונים כלפי המוכר? נקודת המוצא מצוייה בסעיף 17(4) לחוק המשכון, הקובע כי במשכון שהוא זכות יכול שהמימוש יהיה כאמור בסעיף 20 וסעיף 20 לחוק המשכון מורה כך: מושכנה זכות שיש לחייב כלפי אדם אחר, רשאי הנושה לממשה כשם שהחייב היה יכול לממשה. לפי סעיף

18 לחוק המשכון, מימוש המשכון הוא, ככלל, מכירתו למרבה במחיר, כך שהבנק יכול גם לבקש את מימוש המשכון באמצעות מכירה של הזכויות החוזיות, הנתונות לקונים, לצד שלישי ולהיפרע מהתמורה המשולמת על-ידי קונה הזכויות החוזיות בדירה. במקרה שלפנינו, הבנק לא הלך בדרך זו, שהרי הוא לא ביקש את מכירת הזכויות החוזיות בהוצאה לפועל. הדרך של סעיף 20 לחוק היא, אם כן, כי גם הבנק רשאי לתבוע מן המוכר את מסירת ההחזקה ואת רישום הבעלות. מימוש זה של הזכות חייב להיעשות באמצעות הגשת תביעה של הבנק כנגד המוכר. לפי שתי החלופות של מימוש המשכון - זו על פי הדרך הרגילה זו על פי סעיף 20 לחוק - באף לא אחת מהן זכאי בעל המשכון לרדת במישרין לנכס מושא הזכות החוזית.

ד. בנסיבות המקרה הנדון, טענת המוכר היא כי אם הבנק בוחר לממש את הזכות הממושכנת בדרך של כניסתו לנעליהם של הקונים, הרי מעמדו יהיה זהה לזה של הקונים. כלומר, אם הקונים חייבים עדיין בתשלום חלק מן התמורה, חובה זו מוטלת גם על הבנק. מסקנה זו עולה מהקביעה שבסעיף 20 לפיה רשאי מקבל המשכון לממש את הזכות הממושכנת "כשם שהחייב היה יכול לממשה". זאת ועוד, אם החוזה בוטל כדין, הרי זכותם של הקונים, ואיתה זכותו של הבנק, מצטמצמת לתביעת השבה של התמורה ששולמה למוכר במסגרת הסכם המכר.

ה. אשר לכתב ההתחייבות שנתנו המוכרים - ברי, כי כתב ההתחייבות יוצר יריבות ישירה בין הבנק לבין המוכר, והבנק יכול להגיש תביעה נגד המוכר ולדרוש את תשלום ההלוואה מכוח זכות עצמאית ולא מכוח הזכות שמושכנה לו. אין כתב ההתחייבות מזכה את הבנק לרדת לדירה, כאילו רשומה עליה משכנתה. טענה נוספת של הבנק נוגעת להשתק ולמניעות. בנסיבות המקרה הנדון לא נתקיימו היסודות של מניעות ושל השתק. המוכר לא יצר כלפי הבנק מצג - בדיבור או בהתנהגות - לפיו הקונים הם בעלי הדירה, או מצג לפיו הוא מוכן למשכן את זכויות הבעלות שלו בדירה. הבנק, מצידו, היה מודע היטב למצב המשפטי הקשור במהות המשכון ובטיב הבטחונות שקיבל כנגד ההלוואה שהעמיד לקונים.

(בפני השופטים: הנשיא ברק, אנגלרד, ריבלין. החלטה - השופט אנגלרד. עו"ד ערן פלס למערער, עוה"ד מרדכי האן מרקוביץ וגב' מירב בן שושן-בנקובר למשיב. 25.7.02).

במקום משכון זכויות יכול המשכון לחול על זכות ההשבה - א' ביטל כדין את החוזה כי ב' לא משלם את 305 האחרונים. אבל דיני החוזים קובעים - "משבוטל חוזה ישיבו הצדדים את מה שקיבל..." נניח ש - א' יחזיר את עיקר הכסף, יש זכות לקונה לקבל את עיקר הכסף, בניכוי הוצאות ופיצויים מוסכמים, המשכון שחל על הזכות לקבל דירה, יחול על זכותו של ב' לקבל כסף.

הנכס הממושכן התחלף, הזכות החוזית של ב' לקבל את הבעלות לא קיימת כי החוזה בוטל. זכותו של ב' לקבל כסף מ א' בעקבות הביטול.

נפנה לס' 9 לחוק המשכון שעוסק בסיטואציות שדנו בהן. כותרת ס' 9 - "חילופי המשכון", ס' קטן א' - "אבד המשכון או ניזוק או הופקע... יחול המישכון על הזכות האמורה"

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

במימושה של הזכות דינו כאמור בסעיף 22; (ג) נתחלף המשכון מכוח סעיף זה, על החייב לעשות, לפי דרישת הנושה, את הפעולות הדרושות כדי שכוחו של המישכון יהא יפה כלפי נושים אחרים של החייב.

נניח - ב' משכן ל - ג' מכונית, המשכון נרשם, המכונית ממשיכה להיות ברשות ושל ב', ב' עשה תאונה ואין מכונית, יש לב' זכות לקבל את שווי המכונית מחברת הביטוח, אומר ס' 9 א' שהמשכון לטובת הבנק יעבור מהמכונית לזכות כלפי חברת הביטוח.

אבל - יש בעיה של רישום, כי אצל רשם המשכונות ממושכנת מכונית... אז בפרקטיקה רושמים "מכונית ואת הזכויות הנובעות ממנה", אבל מכוח הדין אין בעיה לבנק. יתר על כן, הבנק שולח הודה לחברת הביטוח.

ס' 9 ב' דן ב נתממשה זכות שמושכנה - יחול המשכון על מה שניתן במימושה של הזכות" - משמעות המימוש פה הוא לא מימוש במובן של מכירת המשכון. פה המובן הוא שמשכון זכות הופך למשכנתא. יש זכות שמושכנה, בדוגמא שלנו ב' משכן ל - ג' זכות, את זכותו של ב' לקבל את הבעלות בדירה. לפי 9 ב' - התממשה הבעלות בדירה, ב' הפך להיות רשם בטאבו כבעלים, מה יכול היה ב' - לעשות משכנתא לטובת ג', למעשה המשכון של הזכות הופך מכוח הדין להיות משכנתא, הבעיה שזה לא רשום.

אם ב' קיבל את הבעלות בטאבו ג' יכול לאכוף על ב' מכוח הדין לעשות לטובתו משכנתא.

נחזור לנושא הקניין, יש פסק דין משמעותי בקניין, ויכול להיות שעכשיו המצב המשפטי השתנה והגישה הקלאסית תשתנה. לפני חמש שנים נפסק פסק דין בנק אוצר החייל נ' אהרונב.

שם היו בני זוג, הבעל מכר מקרקעין לאישה, את החצי השני שמגיע לו. יש א' - מוכר וב' - קונה, בעסקת מקרקעין לוקח חודשים להשלים את הרישום. בין שלב החוזה לשלב הרישום, לוקח כמה חודשים להעביר את הבעלות, כי צריך להביא אישורים, לשלם וכו'. מבחינה קניינית, אם לא היה רישום, הבעלים הוא המוכר. איך נתמודד עם מצב שנושה של המוכר יטיל עיקול בתקופת הביניים הזאת?

לפני 30 שנה קבעו שאם יש הערת אזהרה לטובת הקונה אז אין לקונה בעיה. אחריות הקונה ועורך הדין שלו (מול הקונה...) היא לרשום הערת אזהרה. לא רשם, אין לו קדימה. זה היה עד לפני 5 שנים.

פס"ד אהרונוב קבע שעם הקנייה יש לקונה זכויות שביושר.

בדיון על זכויות שביושר צריך לפנות למושג הבריטי - זכות שבדין לעומת זכות שביושר. זכות מן היושר מ - 1969 עד 1999 היתה תפיסה שחוק המקרקעין ביטל את זכויות המקרקעין, עכשיו יש תפיסה שיש זכויות שביושר, זכויות מעין קנייניות, לא קניין אבל קרוב.

הפסיקה התקדמה, וקבעה שזכויות שביושר טובות גם נגד נאמן בפשיטת רגל, ולמרות שקניינית הדירה רשומה בטאבו על שם המוכר (פושט הרגל) יש לקונה זכויות מעין קנייניות, ויש לו זכות עדיפה על יתר הנושים, והנכס לא נכלל לקופת הפירוק. הקונה עדיף כי יש לו זכות קניין בנכס הספציפי הזה.

פס"ד אהרונוב השאיר פתוח את השאלה האם התשלום חייב להיות מלא או לא.

מס. הליך:	ע.א. 189/95
צדדים:	בנק אוצר החייל בע"מ נגד מזל אהרונוב
תאריך:	16.8.99
שופטים:	הנשיא ברק, המשנה לנשיא ש. לוין, אור, חשין, גב' שטרסברג-כהן, גב' דורנר, אנגלרד. החלטה - השופטת שטרסברג כהן
עו"ד:	עו"ד סורין גנות למערער, עו"ד דניאל בר למשיבה
מראה מקום:	פורסם במאגר התקצירים של סביר - כרך נ"ד, חוברת 7, עמוד 100
תמצית התקציר:	זכות במקרקעין מכח הסכם רכישה עדיפה על עיקול מאוחר גם אם לא נרשמה הערת אזהרה (מחוזי ת"א - ה.פ. 1723/91 - הערעור 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 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 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, 1999 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 שבייחור שנקלטה בארץ מכללי היושר האנגליים. חוק המקרקעין ביטל בסעיף 161 את הזכויות שבייחור והפסיקה שבעקבותיו סברה שאין כלל זכויות שבייחור 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 ההתחייבות הקודמת הבלתי רשומה. על הלכת בוקר נמתחה ביקורת מלומדים שהופנתה הן כלפי המסקנה המשפטית שחוק המקרקעין ביטל כליל את הזכויות שבייחור 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 שבייחור "נוסח ישראל" במקרקעין; בין אם יראו את הבעלים של המקרקעין כמחזיק אותם בנאמנות עבור הרוכש; ובין אם יראו את הרוכש כבעל זכויות מעין קנייניות 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.

(בפני השופטים: הנשיא ברק, המשנה לנשיא ש. לוין, אור, חשין, גב' שטרסברג-כהן, גב' דורנר, אנגלרד. החלטה - השופטת שטרסברג כהן. עו"ד סורין גנות למערער, עו"ד דניאל בר למשיבה. 16.8.99).

כך, שפה יש מקביל בקניין לעניין של תום הלב כפי שנרשם בחוק החוזים, של עדיפות הפסיקה על החוק.

כך, שאם עד כה אמרנו שמשכנתא לא רשומה אין לה משמעות בפשיטת רגל, כבר אינו כה פשוט, ובשנתיים האחרונות יש פסקי דין סותרים בעניין מה דין משכנתא או משכון שלא נרשמו. אם עד כה אמרנו שמשכון / משכנתא לא רשומים אין לנושה המובטח עדיפות על אחרים, למשל פס"ד שרון נ' אלפסי, שם אלשייך קבעה שבשיעבודים לא רשומים אין עדיפות ואהרונב לא חל.

פס"ד המחוזי **שרון נ' אלפסי**: כונסת הנכסים רצתה למכור מקרקעין שבבעלות פושט רגל. אחיו של פושט הרגל בא ומביא פתקה- המאשרת כי הוא נושה והאח חייב והנכס משועבד לאח. השופטת לא האמינה לסיפור המעשה. גם היא קובעת שזה לא משכון שביושר אך אין היא מסבירה.

מס. הליך:	ע.א. 3911/01
זהר ושרון כספי	
צדדים:	נגד שלמה נס, רו"ח ודיור לעולה בע"מ
תאריך:	17.10.02
שופטים:	הנשיא ברק, גב' שטרסברג-כהן, ריבלין. החלטה - השופטת שטרסברג-כהן
עו"ד:	עוה"ד בנקל יוסף וגלינקא שמואל למערערים, עוה"ד מאיר בר טוב, שלמה נס, ליפא מאיר, בובליל רחמים ויפרח יוסף למשיבים
מראה מקום:	פורסם במאגר התקצירים של סביר - כרך ס, חוברת 8, עמוד 116
תמצית התקציר:	אי הכרה בחוזה מכר דירה שנעשה סמוך למתן צו הקפאת הליכים לבקשת החברה המוכרת. 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).
גוף התקציר:	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. 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. הערעור נדחה. ג. זכרון הדברים נועד להעמיד בטוחה להסכם הלוואה. מסקנה זו עולה, בין היתר, מכך שהסכם הלוואה וזכרון הדברים נחתמו באותו יום; גובה הלוואה 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 הלוואה, היה עניין להעדיף את המערערים על נושיה האחרים של החברה. ד. כיוון שהאופציה שבזכרון הדברים מהווה בטוחה להסכם הלוואה, 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.

(בפני השופטים: 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. 17.10.02).

ברשף נ' לוי נקבע שאהרונוב חל לא רק על קונה לא רשום אלא גם על משכון לא רשום.

ה"פ (ירושלים) 2247/03 - אהרון רשף, עו"ד, בתפקידו ככונס נכסים ואח' נ' לוי יוסף ואח' . תק-מח 2004(1), 6761, עמ' 6763.

=====

" שיעבוד שביושר

7. כאשר בעל זכויות קניניות מתחייב להעביר זכות במקרקעין לאדם אחר, משתכללת הזכות עם רישומה. ואולם, אף קודם לרישומה, רוכש הנעבר "זכות מעין קניינית שבכוחה לפעול גם כלפי צדדים שלישיים, באופן שנשלל מנושה הכוח לממש את זכותו כלפי המוכר באמצעות הנכס הנמכר" (כב' השופטת פרוקצ'יה בע"א 1516/99 לוי נ' חיג'זי, פ"ד נה(4) 730, בע' 761). זהו פועל יוצא של ע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199, בו נקבע - על ידי כב' הנשיא ברק - כי זכותו של קונה עדיפה על פני נושהו של המוכר שעיקל נכס מקרקעין, וזכות זו איננה ניגפת גם אם הקונה לא רשם לזכותו הערת אזהרה, אף שרשאי היה לעשות כן. אומרת כב' השופטת שטרסברג-כהן בע"א 3911/01 כספי נ' שלמה נס, פ"ד נו(6) 752, בע' 760:

הלכת אהרונוב... חלה על כל מצב של תחרות על הנכס בין קונה לבין נושה אחר של המוכר, באופן ש"אם קונה שני, שעשה עסקה עם המוכר באשר לאותו נכס, אין בכוחו לתפוס את הנכס, פשיטא שנושה מנשייה שאין לה כל קשר לנכס, לא יוכל לתפוס את הנכס (שם, בע' 253)". עוד נקבע כי הקניין שביושר בנכס עובר לידי הקונה במועד עשיית ההסכם המכר... וכי "כוחו של קניין שביושר גדול מזכותה של זכות אובליגטורית".

פרשות אלה התייחסו לתחרות בין רוכש של זכויות הבעלות שבמקרקעין לבין נושה מעקל, אך הן חלות גם על רוכשי זכויות אחרות במקרקעין ובהן שכירות, משכנתא או זיקת הנאה. אין לצמצם את ע"א

189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 לתחרות שבין רוכש זכויות הבעלות לבין נושה אחר, ועל-פי הגיונה יפה הלכה זו גם לזכויות אחרות במקרקעין הטענות רישום כחלק מהמשטר הכולל של "זכויות שביישר תוצרת הארץ" (ע"א 1559/99 צימבלר נ' תורג'מן; ראו גם כהן, התערבות ביחסים חוזיים (ירו' 1982) 34).

8. התוצאה היא, לכאורה, שבעל הזכות למשכנתא גובר על המעקל. לעניין זה, לא יכול המעקל לסמוך על כך שהמוכרת, ולא רק הקונים היא בעלת חוב, ולו מהטעם שהיא נטלה על עצמה התחייבות ישירה כלפי הבנק, לרשום משכנתא. במובן זה גובר בעל הזכות "המשוריינת" על פי ההסדר של סעיף 9 של חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 ("סעיף 9"), על נושה רגיל. זכותו של הבנק מכוח סעיף 9 גוברת משום שזכות זו הוקנתה לו על-ידי המוכרת. זכותו של הבנק גוברת גם משום שהוקנתה לו על-ידי קונים של זכות במקרקעין, שהרי הוראת סעיף 9 חלה, בין היתר, על עסקה שעשה במקרקעין מי שרכש את זכויות הבעלים והתחייב להעבירן לאחר, אף בטרם רשם את הזכויות על שמו (ע"א 2643/97 גז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז (2) 385, בע' 395).

9. המשיבים ניסו להיאחז ברע"א 178/70 בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות בע"מ, פ"ד כו(2) 121 (תצהיר המשיבה 2, ס' 12). המענה לכך הוא פשוט: כב' השופט חשין אומר בע"א 2010/94 גלבע נ' בינוי ופיתוח ארץ ישראל: "הלכת בוקר... שלטה בנו שנים רבות עד שהודחה מכסאה בפרשת בנק אוצר החייל בע"מ נ' מזל אהרונוב. בפרשה זו האחרונה הכרנו, הלכה למעשה, בזכויות מן היושר נוסח ישראל, זכויות מעין אלה - כך פסקנו - עדיפות הן על מעשה עיקול שבא לאחר שנוצרו".

10. סיכומה של נקודה זו: הבנק גובר מכח שטר העדיפויות של סעיף 9 על זכויות הנושה המעקל, בכפוף לשאלת תום הלב."

כיום הפסיקה לא ברורה, ואין משהו חד משמעי בעליון.

6.2 ליווי פיננסי סגור

צורת מימון בנייה שרווחת בארץ כבר 20-15 שנה. ליווי פיננסי לפרויקט אחד. בצורה הקלאסית כשחברה קבלנית ביקשה הלוואה לפרויקט הבנק בדק את יכולתה, את הפרויקט ונכסים למשכון. הקבלן קיבל את מלוא הלוואה מהבנק כבר בהתחלה, ואז יכול היה הקבלן להסיט כספים שקיבל לפרויקטים אחרים, או להשקעות אחרות, והבנקים חיפשו שיטה שמגדילה מבחינתם את הסיכוי של הצלחת הפרויקט, ומגבירה את הסיכוי לפרעון ההלוואה.

שיטת הליווי הפיננסי הובאה לישראל מארה"ב. מאפייני הליווי הפיננסי הם:

1. הבנק דואג שהכסף ילך לפרויקט בלבד.
2. כשהקבלן פונה לבנק הוא צריך להביא "דוח אפס" שבו תחזית הכנסות והוצאות. אם התחזית משביעה את רצון הבנק, הוא יסכים.

3. לא כל הכסף יבוא מהבנק, הכנסות הפרויקט יבואו מכמה מקורות - הון עצמי, בערך 25%-30%

כלומר המקורות הם:

הון עצמי;

הלוואה מהבנק;

כספי הקונים.

המטרה היא שכל 3 המקורות ילכו לפרויקט ולכן פותחים חשבון בנק מיוחד לפרויקט. החשבון בפיקוח הבנק ואליו נכנסים הכספים ממקורות אלו. הבנק דורש ובודק שהקבלן מכניס בחוזה המכר עם הלקוחות סעיף שכל התשלומים של בגין הדירה יפקדו על ידי הקונים במישרין בחשבון הפרויקט. החוזה מנוסח כך שכל תשלום ששילם הקונה לא לחשבון לא ייחשב כתשלום.

כך הבנק שולט בכניסת הכספים. הוא גם שולט על ההוצאות, כך שכל כסף יצא מחשבון הפרויקט רק על סמך אישור הבנק. כך הכסף יצא לספקים וקבלני משנה בלבד. ממניס מפקח שמלווה את הפרויקט, גם אם את שכרו משלמת החברה הקבלנית, תפקידו לדאוג לאינטרסים של הבנק. הוא מגיש דוחות כל הזמן, שזה מתקדם בהתאם לתחזית, שנמכרו כך וכך דירות, בהמשך לחזוי, רמת הבנייה היא בהתאם לסיכום וכו' (שאינן חשיפה לתביעות). לפי דוחות ההתקדמות הבנק המלווה מזרים את חלקו בהלוואה.

לעומת השיטה המסורתית בה הקבלן קיבל את הכסף מראש, בליווי פיננסי הבנק מזרים את הכסף בהדרגה, לפי קצב התפתחות הפרויקט. הבנק לוקח שיעבוד על הקרקע, וגם על החשבון הזה. זה קשה משפטית אבל לא נעסוק בזה, אבל הבנק שולט בחשבון. כמו כן משועבדים לבנק התחייבויות הקונים. הפיקוח ההדוק מגביר את סיכויי הקבלן לסיים את הפרויקט, ולעמוד בהחזר ההלוואה.

בדרך כלל בנק מממן עסקים בין לקוח שלו לצד שלישי. בערבות בנקאית הבנק מזרים כסף או התחייבות לביצועה של עסקה, אבל הבנק לא רוצה לחשוף עצמו לכישלון העסקה, הבנק לא רוצה להיות מעורב "בפנים". למשל - אם יבואן תובע מי שייצא לו ואת הבנק שמממן את העסקה בגין איכות מוצר - הבנק לא רוצה להיתבע.

הבנק המלווה נותן בדרך כלל ערבות חוק מכר - ערבות להשלמת הדירה - יש חוק משנות השבעים שבא לענות על המצב שחברות קבלניות קורסות כשהפרויקט בשלב התחלתי.

משמעות הערבות היא שבנק מסוים מוציא ערבות שתבטיח את הכספים שהקונה השקיע. כתוב בערבות שבמקרים מסוימים (מינוי כונס, הקבלן יתפרק, הקבלן ייתקע והבנק לא ימשיך) הקונה יקבל את הכסף מהבנק. אם הבנק מסכים להתחייב הרי שבעצם נתן הלוואה לקבלן.

"2. הבטחת כספי הקונה [תיקון: תשל"ו]

לא יקבל מוכר מקונה, על חשבון מחיר הדירה, סכום העולה על חמישה-עשר אחוזים מהמחיר, אלא אם עשה אחת מאלה:

(1) מסר לקונה ערבות בנקאית להבטחת החזרתם של כל הכספים ששילם לו הקונה על חשבון המחיר, במקרה שלא יוכל להעביר לקונה בעלות או זכות אחרת בדירה כמוסכם בחוזה המכר, מחמת עיקול שהוטל על הדירה או על הקרקע שעליה היא נבנית או מחמת צו לקבלת נכסים, צו פירוק או צו למינוי כונס נכסים שניתנו נגד המוכר או נגד בעל הקרקע האמור;

(2) ביטח את עצמו אצל מבטח כמשמעותו בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשי"א-1951, 3, שאישר לענין זה המפקח על הביטוח, להבטחת החזרתם של כל הכספים כאמור בפסקה (1), והקונה צוין כמוטב על פי פוליסת הביטוח ודמי הביטוח שולמו מראש;

(3) שעבד את הדירה, או חלק יחסי מהקרקע שעליה היא נבנית, במשכנתה ראשונה לטובת הקונה או לטובת חברת נאמנות שאישר לכך שר השיכון, להבטחת החזרת כל הכספים כאמור בפסקה (1);

(4) רשם לגבי הדירה, או לגבי חלק יחסי של הקרקע שעליה היא נבנית, הערת אזהרה על מכירת הדירה בהתאם להוראות סעיף 126 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, 4, ובלבד שלא נרשמו לגביהם שעבוד, עיקול או זכות של צד שלישי שיש להם עדיפות על ההערה;"

בשיטת הליווי הפיננסי יש לבנק מעקב מקרוב, כבר לא מעניין אותנו האיתנות של הקבלן. אם הבנק עובד לפי דוח אפס, הרי שהבנק יכול לתת ערבות דוח מכר, כי למעשה הוא יכול לכמת טוב יותר את הסיכון. אם הסיכון יתממש יהיו בפני הבנק שתי אפשרויות: להעביר את הפרויקט לקבלן אחר, או לשלם והקונה מעביר את זכויותיו בפרויקט לבנק.

הבנק נתן כסף ומעוניין לקבלו חזרה. הבנקים, בזוויות שונות בשנים האחרונות מפקחים על הלקוחות שלהם - שולחים מפקח, ממנים דירקטור בהסכמה, וכו'. השאלה - האם המעורבות הגדלה והולכת עלולה לחשוף אותם לתביעות שקשורות בכישלון העסקה.

פס"ד חייק

פס"ד העיקרי. אדון חייק רכש נכס עסקי מחברה קבלנית מסויימת, שהיה מיועד להיות אולם שמחות או אולם תעשייתי. החברה לא סיימה את הפרויקט. חייב קבל את ערבות חוק המכר, אבל הוא טען שהיו לו עוד נזקים שהערבות לא כיסתה - שנים של עסקים שלא התבצעו.

התביעה נגד החברה הקבלנית לא שווה הרבה, כי לקבלן יש נושים אחרים, אז אדון חייק תבע את בנק הפועלים. הוא תובע את הבנק, אבל אין לו קשר חוזי עם הבנק. גם אם יש לו ערבות חוק מכר יש לו יחס חוזי מוגבל מאוד. בנק הפועלים לא התחייב להעביר לו נכס במועד מסויים וברמת גימור מסויימת. אבל הוא תבע בטענה שהמפקח מטעם הבנק התרשל והזרים לקבלן הרבה כסף לפני הזמן. יכול להיות שהקבלן עשה שימוש בכסף לצרכים אחרים, ולכן, לשיטת התובע, הקבלן לא סיים בזמן, וחייק נפגע.

פסק הדין ניתן לפני שנתיים, בנק הפועלים ביקש דחייה על הסף, גם בהנחה שכל העובדות נכונות, אין עילה משפטית. הטענה היא שהבנק לא התחייב ואין קשר חוזי בין חייק לבנק. עמדת הבנק נתקבלה לגבי כמה עילות תביעה, אבל לגבי העילה הנזיקית התביעה נמשכה, וחייק אף זכה בעניין זה. חייק זכה בעוולת הרשלנות.

תיק אזרחי 1794/95 יצחק חייק נגד בנק הפועלים בע"מ

בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

[26.12.2002]

לפני השופט צ' ברון

הנתבע (להלן - הבנק) ערך עם חברת בנייה הסכם מימון לבניית פרויקט בכפר-סבא. שיטת המימון שנקבעה בין הבנק לחברת הבנייה הייתה "עיסוקת מימון של פרויקט סגור", במסגרתה כל תשלומי הרוכשים מופקדים לחשבון מיוחד הנמצא בפקוח הבנק. הבנק משחרר כספים מהחשבון המיוחד (להלן - חשבון הליווי) לפי התקדמות שלבי הבנייה ומפקח על התקדמות הפרויקט. התובע רכש נכס בפרויקט הבנייה. בשלב מסוים נקלעה חברת הבנייה לקשיים והבנייה בפרויקט הוקפאה לשנים מספר. התובע קיבל חזרה את הקרן של הכספים ששילם שהובטחו בערבות בנקאית מכוח חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה-1974. עם זאת טוען התובע שנגרמו לו נזקים שונים עקב העיסוקה הכושלת ולכן הגיש תביעה נזיקית בעילות רשלנות ומצגי שווא כלפי צד שלישי.

בית-המשפט המחוזי פסק:

א. עוולת הרשלנות, המעוגנת בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], כוללת חמישה יסודות מצטברים הדרושים לביסוסה: קיום חובת זהירות מושגית; קיום חובת זהירות קונקרטי; הפרת חובה זו מצד הנתבע; קיומו של נזק; קשר סיבתי - הוכחה כי הנזק נגרם כתוצאה מהפרת חובת הזהירות (540ג, 541ז -ב).

ב. (1) קיומה של חובת הזהירות המושגית נקבע לפי מבחן הציפיות. השאלה היא מה אדם סביר יכול היה לצפות (כאפשרות פיזית) או צפה הלכה למעשה ומה אדם סביר צריך היה לצפות כקטגוריה נורמטיבית. הכלל הוא שבמקום שניתן לצפות נזק, כעניין טכני, קיימת חובת זהירות מושגית, אלא אם כן קיימים שיקולים של מדיניות משפטית המצדיקים את צמצום החובה או שלילתה חרף היכולת לצפות. מקרים שבהם תישלל חובת הזהירות המושגית הם חריגים ומעטים שכן האינטרס החברתי אותו מייצג

בית-המשפט בשיקוליו הוא לעודד כל אדם או ישות משפטית אחרת לנקוט מידת זהירות סבירה כלפי רעהו (541-ד - 1).

(2) כדי להקים את חובת הזהירות המושגית יש לבחון שלושה קריטריונים מרכזיים: צפיות, "שכנות" או קירבה ומסקנה שיפוטית כי הוגן, צודק וסביר שתוטל חובת זהירות נורמטיבית (542-ד).

ג. (1) לעניין סיווג המזיק והניזוק מבחינה קטגורית, מצד אחד ניצבים הבנקים בתפקידם כמלווים פיננסיים של פרויקטים לבנייה. יש אינטרס ציבורי ברור בעידוד הבנקים לנקוט בשיטת הליווי הפיננסי של "פרויקט סגור". סגנון ליווי זה מוריד את רף סיכוני האשראי של הבנק ומאפשר לו לממן עסקאות רבות יותר. כך תורם הבנק תרומה חשובה להגברת התחרות בענף הבנייה ולהורדת מחירי הדירור בהתאם. ממצב זה נהנה הציבור בכללותו (542-ד - 543א). (2) מן הצד האחר ניצבת קטגוריית רוכשי הדירות והנכסים. יש לאבחן בתוך קטגוריה זו שתי קטגוריות משנה. האחת, רוכשים מתוכנמים אשר הינם בעלי יכולת הערכה עצמית של סיכוני ההשקעה בפרויקט הבנייה, והשנייה, שעמה נמנים הרוכשים אשר אין באפשרותם לבצע הערכה עצמאית של סיכוני ההשקעה בפרויקט. רוכשים אלו נאלצים להסתמך בשיקולי ההשקעה שלהם על מידע אשר מקורו בחברות הבנייה ובבנקים אשר מלווים פיננסית את הפרויקט. מבחינה קטגורית, יש לסווג את התובע לקטגוריית המשנה השנייה (543-ב - ג). (3) טיבה של מערכת היחסים בין רוכשי הדירות ובין הבנקים במסגרת ליווי פיננסי של פרויקט סגור אינה מערכת של בנק-לקוח. בשיטת הליווי הפיננסי מתקיימות שתי מערכות חוזיות נפרדות: האחת בין רוכש הנכס וחברת הבנייה והשנייה בין חברת הבנייה ובין הבנק. אולם טיבן של מערכות היחסים הנפרדות הופך את מערכת היחסים כולה למערכת יחסים משולשת אשר אין אפשרות להפריד את צלעותיה זו מזו (543-ד - ה). (4) על-פי עקרונות שיטת הליווי הפיננסי מחויב רוכש הנכס להפקיד את כל כספי הרכישה בחשבון מיוחד אשר נמצא בפיקוח מלא של הבנק ומשועבד לו. בין הבנק לרוכש הנכס אין חוזה המחייב את הרוכש להפקיד את הכספים בחשבון המיוחד ובכך להשתתף בתכנית הליווי הפיננסי. על-כן דורש הבנק מחברת הבנייה לחייב את הלקוח להפקיד את הכספים בחשבון הליווי. בשיטה זו אין ללקוח אפשרות שלא להפוך ל"שותפו" של הבנק לעיסוק המימון. זאת מעצם העובדה שרוכש הנכס מחויב להפקיד את תשלומיו לאותו חשבון ליווי מיוחד (543-ד - ז). (5) כחלק אינטגרלי מהליך הליווי הפיננסי לוקח על עצמו הבנק לבצע פיקוח על הוצאות וההכנסות מהחשבון שיוחד לפרויקט בתלות בקצב הבנייה והתקדמותה, זאת בראש ובראשונה כדי להבטיח את השקעתו הפיננסית. אולם מרגע שנוצרים יחסי "שכנות" כה קרובים בין הבנק ובין רוכש הנכס מתוקף כך שהרוכש מפקיד סכומים משמעותיים ביותר בחשבון שמפוקח על-ידי הבנק נוצרת גם צפיות (544-א - ב). (6) רוכש סביר אשר יודע כי הוא מפקיד כספים לחשבון המפוקח על-ידי בנק במסגרת מערכת הסכמים משולשת בינו, בין הבנק ובין חברת הבנייה, מצפה כי הבנק אכן יפקח על דרך הוצאת אותם כספים. הוא רואה בבנק גוף מקצועי, בעל ידע, הנעזר במומחים על-מנת לפקח על חברת הבנייה (544-ג). (7) דיני הנזיקין עומדים בפני עצמם ואינם תלויים בקיום קשר חוזי ישיר בין הבנק ובין רוכש הנכס. אי-קיומו של קשר חוזי אינו מעלה ואינו מוריד מהציפיות שקמה לאותו רוכש סביר. כל רוכש נכס אשר היה שומע שגוף בנקאי מלווה פרויקט בנייה ומפקח על ביצועו ועל הזרמת הכספים אליו היה סבור שהוא מפקיד את כספו ביד נאמנה (544-ד). (8) שיקולי מדיניות משפטית ראויה יחייבו במצב יחסים קטגורי זה בין הבנק, מחד, ורוכש הנכס, מאידך, להכיר בחובת הזהירות של הבנק כלפי רוכש הנכס. הבנק אינו חייב לקבל על עצמו לבצע פיקוח. עם זאת, מרגע שקיבל על עצמו לבצע פיקוח ברמה כזו או אחרת וגרם לצדדים שלישיים להסתמך על אותו פיקוח בכך שעירב אותם בעיסוק הליווי בחייבו אותם להפקיד את כספם בחשבון שהוא שולט בו, נטל על עצמו הבנק חובת זהירות כלפיהם. הלקוח מסתמך על הפיקוח שמספק הבנק ובכך נוצרת אצלו ציפייה כי הפיקוח ייעשה בצורה מקצועית ומתוך הקפדה על הרציונל העומד מאחוריה

- פרויקט סגור. על-כן קמה במערכת היחסים שבין בנק המלווה פיננסית פרויקט בנייה ובין צד שלישי הרוכש נכס חובת זהירות מושגית (א545, ז - א546).

ד. (1) חובת הזהירות הקונקרטי איננה קיימת בחללו של עולם, אלא היא מיוחדת למזיק ספציפי, לניזוק ספציפי, לנזק ספציפי ולהתנהגות ספציפית. בחינת קיומה של חובת הזהירות הקונקרטי טמונה בשאלה האם בין המזיק הקונקרטי לבין הניזוק הקונקרטי קיימת חובת זהירות לעניין הפעולות שהתרחשו בפועל ולעניין הנזק שנגרם בפועל (א546ב). (2) כמו חובת הזהירות המושגית, גם חובת הזהירות הקונקרטי נקבעת על-פי מבחן הציפיות. השאלה הראשונה הנשאלת היא טכנית באופייה: האם אדם סביר יכול היה לצפות, בנסיבותיו המיוחדות של המקרה, את התרחשות הנזק. אם התשובה לשאלה זו שלילית אין חובת זהירות. אם התשובה חיובית נשאלת שאלה שנייה, נורמטיבית באופייה וקשורה בהכרעה ערכית: אם אדם סביר צריך היה, כעניין שבמדיניות, לצפות את התרחשותו של אותו נזק (א546ג - ד). (3) לא כל נזק צפוי מבחינה פיזית הוא נזק שיש לצפותו במישור הנורמטיבי.

כשמדובר בסיכונים טבעיים, סבירים ורגילים בפעולות אנוש מקובלת נקבע, כעניין של מדיניות משפטית, כי חובת זהירות קונקרטי אינה מתגבשת. רק בגין סיכון בלתי סביר מוטלת חובת זהירות קונקרטי. לעניין זה נקבע כי הסיכון הבלתי סביר, שבגינו מוטלת חובת זהירות קונקרטי, הוא אותו סיכון אשר החברה רואה אותו במידת חומרה יתרה, באופן שהיא דורשת כי יינקטו אמצעי זהירות סבירים כדי למנעו (א546ה - ו, א547ד). (4) התובע, כמו גם יתר רוכשי היחידות בפרויקט, התחייב כלפי הבנק להעביר את כספי הלוואות הרכישה ישירות לחשבון הליווי. לבנק הייתה שליטה מוחלטת על כספי חשבון הליווי, שחרורם וניתובם לצורך הקמת הפרויקט המסוים וכן אמצעי פיקוח מעולים על הנעשה בפרויקט. במצב דברים זה היה צריך הבנק לצפות "כאדם סביר", ואף יכול בקלות היה לצפות מבחינה טכנית, כי רוכשי הנכסים בפרויקט ובפרט התובע יסתכמו על קיום הפיקוח שלקח הבנק על עצמו (א547ו, א548ג). (5) לקוחות הבנק, והציבור הרחב בכלל, נותנים אמון רחב במערכת הבנקאית, אמון שמהווה נכס לא רק לציבור אלא ובעיקר למערכת הבנקאית. אמון שעל המערכת הבנקאית לשמור מכל משמר. על-כן, כאשר שומע רוכש פוטנציאלי כי הבנק מפקח על פרויקט בנייה פלוני, הרי לא רק סביר אלא שיש ודאות גבוהה שנתון זה ישפיע על שיקוליו והוא יסתמך עליו בבואו לרכוש את הנכס (א548ד - ה). (6) במקרה דנן אין המדובר בלקוח שלמד על הפיקוח וטיבו ממסמכי הרכישה בלבד או מצד שלישי כלשהו.

מדובר ברוכש אשר למד על הסכם הפיקוח באופן בלתי אמצעי ישירות מהבנק המלווה, אשר היה

לקוח של הבנק המלווה, אשר קיבל הלוואה לרכישת הנכס מהבנק המלווה פיננסית את הפרויקט

ובהסתמך על חוות-דעתו השמאית של המפקח מטעם הבנק (א549ב). (7) בנסיבות אלו אין מנוס

מלהגיע לכלל מסקנה כי המצג שנוצר בפני התובע בעניין הפיקוח של הבנק היה מצג רב רושם

ואמין. ניתן לומר לא רק שהבנק היה צריך לצפות שהתובע יסתמך בשיקוליו על הפיקוח אלא כי

הבנק ידע שהתובע מסתמך על הפיקוח. במצב מעין זה אין כל ספק שקמה לבנק חובת זהירות

קונקרטי כלפי התובע (א550ה - ו). (8) אם בוחר הבנק לפקח על הפרויקט במסגרת הליווי הפיננסי

אך אינו רוצה לקחת אחריות, ותחת זאת הוא מעוניין להסיר את חבותו הנזיקית ולבטל את המצג שנוצר אצל הרוכש מעצם ידיעתו על הליווי - שומה עליו לעשות זאת בצורה הברורה ביותר והמפורשת ביותר.

מרגע שבחר הבנק להסיר את חבותו הנזיקית עליו לנקוט בכל אמצעי הזהירות הדרושים כדי למנוע היווצרות מצג שווא אצל הרוכש הפוטנציאלי אשר סביר שיסתמך על כך שהבנק מבטיח באמצעות הפיקוח גם את השקעתו. כדי לצאת ידי חובתו ולהסיר את חובת הזהירות שלו כלפי הרוכש, על הבנק להביא לידיעת הרוכש הודעה האומרת כי הפיקוח על פרויקט הבנייה נעשה לצורכי הבטחת השקעת האשראי של הבנק בלבד. בהודעתו על הבנק להבהיר לרוכש כי אין במנגנון הפיקוח כדי לחייב אותו לוודא שכספי הרוכש משוחררים לפי קצב התקדמות שלבי הבנייה, בפרט, או שהם מוקצים לבניית

הפרויקט המדובר, בכלל. על הבנק ליידע את הרוכש כי עליו להסדיר, במידה ויחפוץ, את מנגנוני ההגנה על כספו ישירות אל מול חברת הבנייה וכי הבנק מסיר מעליו כל אחריות להסתמכות שיכולה לנבוע אצל הרוכש כתוצאה מקיום מנגנון הפיקוח (550 - 551ג). (9) העברת הודעה כזו צריכה להיות זמן סביר בטרם יחתום הרוכש על חוזה הרכישה בכדי לאפשר לו להימלך בדעתו האם לבצע את הרכישה לאור הנתון החדש אם לאו. על ההודעה להיות מופנית לרוכש באופן אישי ואין די, לדוגמה, בהודעה כללית התלויה במשרד הקבלן (551ד).

(10) רק באמירה מפורשת וחד-משמעית מעין זו יכול הבנק להסיר את המצג עליו מסתמך כל רוכש סביר אשר בא לרוכש נכס בפרויקט שמפוקח על-ידי הבנק. הנטל הכספי שמוטל על הבנק בכדי לנקוט באמצעי הזהירות ולמנוע מן הרוכש הפוטנציאלי להסתמך על מנגנון הפיקוח הוא בטל בשישים כשלעצמו, ודאי וודאי זניח אל מול הנזק שעשוי להיגרם לרוכש (551ה - ו).

ה. (1) מהותו של הליווי הפיננסי היא לממן את הקמת פרויקט הבנייה כפרויקט סגור, דהיינו הכספים שהופקדו בחשבון הליווי ישוחררו ישירות אל הגופים העוסקים בהקמת הפרויקט בלבד (בכפוף לדיווחי ואישורי המפקח) וזאת כדי לוודא כי כספי הרכישה מנותבים אך ורק להקמת הפרויקט ולא למטרות זרות לפרויקט (552א). (2) כל העדויות שלפני בית-המשפט מורות כי הבנק לא פיקח על חשבון הליווי כלל ועיקר. התנהגותו לא רק שלא הפגינה רצון לפקח אלא שידרה זלזול בכל ההתנהלות הפיננסית של חשבון הליווי. הבנק לא פיקח כלל על תזרים הכספים בחשבון הליווי. חוסר הפיקוח יצר בחשבון הליווי גירעון של מיליוני שקלים. הפרויקט, תחת שיהיה "סגור", הפך להיות פרוץ לכל רוח (553ג, 556ד, 557ב). (3) חלה על הבנק חובת זהירות מושגית וקונקרטיית לעניין הפיקוח על חשבון הליווי כלפי התובע. הבנק הפר חובתו זו ברשלנות ועליו לשפות את התובע כפי נזקו (557ג).

עוולת הרשלנות - עוולה נזיקית ולכן אין בה צורך בקשר חוזי. יש עוולות ספציפיות ולפי דיני הנזיקין לא צריך קשר חוזי. עוולת מסגרת, גמישה, לא מוגדר מראש, היא עוולת הרשלנות. בתי המשפט מתייחסים לעניין של עוולת רשלנות כמסגרת לא מוגדרת (כמו האמורפיות של "תום לב" בחוזים).

מה שמקובל בפסיקה לגבי רשלנות - אם למישהו יש חובת זהירות כלפי אחר, ולא מילא אותה ויש נזק - יש רשלנות. כלומר - על מי מטלת חובת זהירות? בתי המשפט צריכים לקבוע. המגמה בפסיקה אינה "פרו בנקאית" ויש נטייה להטיל יותר אחריות על הבנקים. יש כבר פרשנות שהבנקים חבים אחריות כלפי לא הלקוח אלא צדדים שלישיים.

הצדדים השלישיים עושים עסקה עם לקוחות הבנק. מדוע מממן הבנק עסקאות? יש פסקי דין שהטילו חובת רשלנות על הבנקים כלפי אחרים. הפסיקה מתבטאת שאנשים סומכים על הבנקים - הבנקים משדרים "תפקיד מעין ציבורי" יש להם חובת זהירות כלפי אלה שבאים במגע עם הלקוחות. את הפסיקה הזאת עם חובת הזהירות החילו גם בפס"ד חייק (לשים לב - הנושא עוד לא עבר את העליון) וביהמ"ש קבע שיש חובת זהירות בין הבנק ללקוח.

אצל הלקוח היותו של הבנק מפקח על הבנייה היא מקדם ביטחון, יש עוד קרבה - את תמורת הדירה יש להעביר לחשבון בבנק. הקרבה הנ"ל הספיקה כדי להטיל חובת זהירות על הבנק.

לא עזרה לבנק הטענה שהמפקח מונה מטעמו לצרכיו, וטענתו שכך הוא בודק בשביל עצמו. הטענה לא התקבלה.

במינוח הרשלנות הבנק חב ב"חובת זהירות מושגית". צריך לראות אם הבנק מילא את חובת הזהירות הקונקרטי, האם התרשל, האם הזרים כספים ללקוח לא לפי ההתקדמות, האם המפקח התיר לחברה למשוך כספים למטרות אחרות ולא לבנייה.

פה הייתה מעורבות יותר גדולה של הבנק בשכנוע הלקוח, כי החייב היה לקוח של אותו הבנק, בסניף אחר. בסניף האחר שבו הלך לגייס כספים לרכישה, גם בסניף האחר המנהל נתן לו להבין ש"יהיה בסדר", שהבנק מלווה את הפרויקט. מי שקורא את העובדות רואה שהמעורבות של הבנק הייתה גבוהה ממקרים אחרים. אבל ביהמ"ש קבע שחובת הזהירות קיימת, והוא ישתחרר ממנה רק אם יפרסם או יכתוב שאין לו אחריות.

רק מי שמציג עצמו כמומחה חב בחובת זהירות. בית המשפט חייב פה את הבנק כי סומכים עליו "כי זה בנק". רמת המוניטין והמומחיות של הבנק ידועים בציבור, ולכן מסתמכים עליו. לפי פסק הדין כשהמעורבות של הבנקים גדלה - יש להם יותר אחריות.

נתייחס לפסק דין שכבר למדנו (מופיע לפני חייב ברשימה) - המזרחי נ' הפועלים. פסק הדין כבר הוזכק בסיליבוס ב - 4 א' בעניין ליסינג.

פסק הדין עסק בחברה קבלנית שהמממן הראשון שלה היה בנק הפועלים ולטובתו היה שיעבוד שוטף כללי, שעבוד צף ראשון בזמן לטובתו. כמה שנים אח"כ החברה בנתה פרויקט מוגדר, וקיבלה מימון בשיטת ליווי פיננסי. הבנק המלווה מקבל שיעבוד על הפרויקט, חשבון הבנק, התזרים מכספי הלקוחות. חלה מחלוקת בין הפועלים למזרחי על הכספים בפרויקט.

הפועלים קיבל שיעבוד על כל הנכסים והזכויות, המזרחי על הפרויקט. היה תחרות בין השעבוד הצף של הפועלים לשעבוד שעשה המזרחי. זה לא מצב נפוץ, כי בדרך כלל הבנקים לא יכנסו לליווי בלי לבקש מבנק אחר מכתב הסכמה לשעבוד. במקרה זה, בשל נקודה שאינה קשורה לנושא הקורס, בנק המזרחי ביקש את הרישום אצל רשם החברות, ולא גילה את השעבוד הצף. לפי דיני ממנות, וזה אנכרוניסטי, מה שמחייב זה לא הפלט הממוחשב של

הרשם, אלא מה שנרשם אצל הרשם. מה שמחייב זה מה שהיה בהסכם השעבוד (האג"ח). בעצם אם הפלט לא משקף אז מה שמחייב זה הסכם השעבוד עצמו. לכן המזרחי לא ידע על השעבוד אצל הפועלים. כך המזרחי נכנס לפרויקט בלי מכתב הסכמה.

בנק המזרחי יכול להתגבר על העניין בעזרת סטטוס שנקרא "מממן רכישה" - ס' 169 ד' לפקודת החברות, שכשנקבע המחוקק חשב על חברות ליסינג שממנות רכישת נכס מסויים, ומקבלות עדיפות בגינו, גם יש מממן אחר. הסעיף קובע שאם יש שיעבוד צף ראשון בזמן, ושיעבוד מאוחר, אם שניהם מתחרים על הגבייה מהנכס הזה שהשיעבוד המאוחר ממנו, אז יש חריג בדין ויש עדיפות לשיעבוד המאוחר.

"169. תחולת שיעבוד צף (3), (123(2)) [תיקון: תשמ"ט]

(א) מקום שאיגרת חוב או סדרת איגרות חוב מובטחת בשיעבוד צף על נכסי החברה ולא הוצאו ממנו מקרקעין שלה, יחול השעבוד גם על מקרקעין שלה אף אם איננו רשום בפנקסי המקרקעין.

(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 שיעבודים, והגבלה זו נכללה בפרטים שנמסרו לרישום השעבוד הצף, יהיה השעבוד הצף עדיף על שיעבוד שנוצר בניגוד לאותה הגבלה אחרי רישום הפרטים בידי הרשם.

(ג) שיעבוד צף הכולל הגבלה כאמור בסעיף קטן (ב) אשר פרטיו נמסרו לרישום לפני ה' באדר התשל"ה (16 בפברואר 1975), והודעה על קיום ההגבלה הוגשה לרשם לפני י' בתמוז התשמ"א (24 ביוני 1981) ונרשמה בפנקס השעבודים שלו - יהיה עדיף על שיעבוד שנוצר בניגוד לאותה הגבלה אחרי רישום ההודעה 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."

בית המשפט העליון פסק לראשונה לפני שנתיים שלוש קבע שהסעיף יחול גם על מממן פיננסי. זאת למרות שהסעיף נקבע בעצם לגבי מוצר מוגמר (מתאים לחברת ליסינג) אבל ביהמ"ש קבע שיחול הסעיף גם במקרים של פרויקט. הסעיף נותן למזרחי עדיפות רק לגבי הפרויקט הספציפי. ההיגיון - בנק הפועלים לא ניזוק, כי הכספים שהמזרחי הזרים באו וממנו רק את הפרויקט שהפועלים לא מימן ממילא.

מוקדם יותר בקורס זה הזכרנו את הסעיף לגבי הניסוח של איגרת החוב. נניח ששני בנקים מתחרים על המקרקעין של חברה שממנו, ואחד קיבל עדיפות כי הוא מימן את הרכישה של מגרש. לפי הפסיקה בעבר (של המחוזי) המגרש מבטיח את ההלוואה שנתן הבנק, אבל אם מול המגרש יש עוד חיובים מול מלווים אחרים - אז אין עדיפות לבנק שממן את המגרש. פסק הדין הנ"ל ביטל את הפסיקה הישנה.

העליון פסק שהמלווה הפיננסי יכול להינות מס' 169 ד'.

אין עוד הרבה פסקי דין על 169 ד'.

שיעבוד צף שמוטל על חברה בא לידי ביטוי רק ברשם החברות. רוכש מקרקעין מחברה צריך להסתכן לא רק בטאבו אלא גם ברשם החברות.

ע"א 6400/99 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד נו(4) 830

שופטים: הנשיא ברק, גב' דורנר, אנגלרד. החלטה - השופט אנגלרד

תמצית התקציר: עדיפותו של שעבוד צף קודם או שעבוד צף מאוחר כאשר הפלט של הרישום ברשם החברות היה שגוי ומטעה. עדיפותו של שעבוד צף מאוחר על שעבוד צף קודם כאשר השני ניתן לטובת מממן רכישה לפי סעיף 169(ד) לחוק החברות

גוף התקציר: (מחוזי ת"א - בש"א 113998/98 - הערעור נתקבל).

א. המערערת, (להלן: "חברת מיראז") עסקה, בין היתר, בביצוע של שני פרויקטים 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 תקוה, 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 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 צפ 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 169(ד) לפקודה תוכר רק כאשר באגרת 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 הדין בשאלה על מי החובה לבדוק אם הפלט של המחשב מתאים לשיעבוד 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 צפ לטובת בנק הפועלים, עדיין יש עדיפות לשעבוד של בנק המזרחי מכוח סעיף 169(ד), התייתרה למעשה ההכרעה בשאלה אם אמנם השעבוד הצפ 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 בנסיבות המיוחדות של המקרה. יש רגליים לסברה כי הניסוח השגוי בפלט מרשם החברות צריך היה לעורר חשד בעיני בנק המזרחי בדבר קיומו של שעבוד צפ או, לכל הפחות, חשד כי חל שיבוש ברישום פרטי השעבוד.

(בפני השופטים: הנשיא ברק, גב' דורנר, אנגלרד. החלטה - השופט אנגלרד. עו"ד אמיל בן-עטר למיראז', עו"ד גב' רחל ברכה, הכונסת, לעצמה, עו"ד אהוד ארצי לבנק המזרחי, עו"ד גיל הירשמן, ישי בית-און וגב' ענבל נוה לבנק הפועלים. 18.6.02).