

2. מכר חוזר ("ריפוי") - Repurchase

2.1 עסקאות מכר חוזר בין צדדים שרוצים להסוות את העסקה

הצדדים מנסחים הסכם מכר אחד (א' מוכר ו- ב' קונה). הסכם זה כולל התניה המעניקה למוכר אופציה לקנות את הדירה חזרה עד שנה מהחתימה במחיר מוסכם. סעיף זה אינו שגרתי בחוזה מכר ונקרא "מכר חוזר".

נניח שהשלב הראשון מתבצע ב- 1.1.04 והזכות למוכר היא עד 1.1.05. ניתן לשער ש- א' ו- ב' הם מלווה ולווה ולכן קל מאוד להם לכנות את עצמם קונה ומוכר ולא מלווה ולווה עם משכון. ב' מעביר ל- א' כסף ו- א' מעביר ל- ב' נכס. אם המוכר יחזור לאחר מכן עם כסף הקונה חייב למכור לו את הנכס חזרה. מימוש השלב השני הוא בעצם פירעון ההלוואה והחזרת המשכון לבעליו. בלשון סעיף 15 א' לחוק שאומר שחדל החיוב בטל המשכון. כלומר המשכון הוא טפל ואין לו זכות קיום בלעדי ההלוואה.

חוק המשכון - 15. פקיעת המישכון

- (א) חדל החיוב, יפקע המישכון.
- (ב) פקע המישכון, רשאי החייב לדרוש החזרת המשכון אם הופקד בידי הנושה או בידי שומר מטעם הנושה; נרשם המישכון, רשאי החייב לדרוש מחיקת הרישום.
- (ג) אין בהוראות סעיף זה כדי לפגוע במשכון המשמש ערובה לחיוב מתחדש.

כך, שעסקת מכר חוזר היא בעצם עסקה עם מהות של הלוואה במסווה של מכר.

מהו האינטרס של המלווה להופיע כקונה? נניח ש-א' לא הצליח לגייס כסף עד מועד פירעון ההלוואה, במידה והצדדים עשו ביניהם חוזה מכר אזי של- א' אבדה האופציה וב' מקבל את הנכס. במקרה כזה אם ערך המקרקעין עולה על ערך ההלוואה, ב' יצא נשכר מכך מאחר וערך הנכס גדול מערך ההלוואה.

על פי ס' 2 (ב) על עסקה זו חלים הוראות המשכון ולפיכך מדובר בתהליך של פדיון המשכון ופירעון החוב. במקרה זה לפי החוק ללווה עדיין עומדת האפשרות לפרוע את ההלוואה, גם לאחר המועד שנקבע להחזר ההלוואה, כל עוד המשכון לא נמכר לצד שלישי.

2. תחולה

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

זוהי בעצם לא רכישה חוזרת אלא פירעון המשכון. יש אינטרס למלווה (הצד החזק) להסתיר את דיני המשכון כדי שהנכס כולו יעבור לבעלותו אם ההלוואה לא נפרעת במועד. אם בהלוואות מסוימות יש ריבית מקסימאלית אז אם משהו מסתיר שזו הלוואה אז הוא לא כפוף למגבלה זו ואז יש לו אינטרס להסתיר את המהות האמיתית של העסקה.

על פי ס' 2 (ב) רשאי א' לפנות לביהמ"ש ולבקש שתהיה התייחסות לעסקה כעסקת משכון אולם עליו להוכיח כי אכן מדובר בעסקת משכון ונטל הראיות עליו. אם המוכר נותן אופציה לקונה לרכוש את הנכס חזרה תמורת אותו מחיר בעוד שנה, אז זו עסקה רגילה שלא מוסוות.

פס"ד חיים לנציאנו נ' רבל ארץ ישראל 141/58

לנציאנו (המערער) מערער על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, אשר פסק שלא יחזרו לרשותו ארבע איגרות "מילווה עממי". ביום 14/12/1955 קיבל לנציאנו הלוואה בסך 60 לירות מרבל, כנגד משכון של 4 איגרות מילווה עממי שהיו ברשותו. אחת האגרות זכתה בהגרלה בסך 5000 לירות, ולנציאנו ביקש לקבל את האגרות. כך:

פרשת התביעה נוסחה עליי בא"כוח התובע "בתמימות" יתירה, לפיה הסיפור הוא פשוט בתכלית הפשטות. ביום 14.12.55 קיבל מרשו מהמשיבה הלוואה בסך — 60 לירות כנגד משכון של ארבע איגרות מילווה עממי 1950 בריבית של — 4 לירות לחודש. ביום 21.8.57 בא מרשו אל המשיבה כדי לפדות את המשכון עליי השלום ההלוואה והריבית עבור כל התקופה; אולם המשיבה סירבה לקבל את התשלום ולהחזיר את האגרות. וקובל עורך-הדין בפרשת התביעה ואומר: "בהגרלת האגרות של המילווה העממי, תשי"ז-1950, זכתה האגרת מס' 13781 של התובע בסך של — 5,000 לירות שהתובע לא יכול לגבות בגלל סירובו של הנתבע להחזיר לו את האגרות".

אולם פרשת ההגנה מגלה תמונה אחרת לחלוטין. שאין להעלות על הדעת כי מנסח פרשת התביעה לא ידע עליה.

לפי כתב-ההגנה — ולפי שנקבע עליי השופט — הסיפור הנכון הוא שבסוף שנת 1955 קיבל התובע מאת הנתבעת סך ששים לירות עלי-מנת שיחזירן כעבור חודש. העיסקה נעשתה בדרך של מכירת האגרות עליי התובע לנתבעת עם שמירת הזכות לתובע לקנות בחזרה מאת הנתבעת לא יאוחר מיום 14.1.56 תמורת — 64 לירות. לפי העיסקה נשמרה לתובע עד התאריך הזה הזכות ליהנות מההגרלות ומהתאריך הנ"ל והלאה לקונים הרשות למכור את האגרות ללא כל הודעה למוכר וללא כל תביעות וטענות מצדו כלפי הקונים.

במלים אחרות, כאן מכר חוזר בהתאם להוראות המגילה. יש גם לציין שהעיסקה נכללה במסמך בכתב חתום עליי שני הצדדים והעתק אחד ממנו נכסר לתובע. אולם דבר זה אף ברמז לא נזכר בפרשת-התביעה.

במהלך הדיון נטען עליי בא"כוח התובע, כי מרשו לא ידע עברית ושמבחינתו היתה זו הלוואה מבוטחת במשכון ללא מועד קבוע לפרעון. ביום 14.1.56 לא פרע התובע את המחיר ולא השתמש בזכותו לקנות את האגרות בחזרה. לאחר מכן שלחה הנתבעת שתי אזהרות לתובע בתיהן לו שהות לנצל את זכותו ולקנות בחזרה את האגרות. אולם התובע לא שעה לפניות האלו. רק כשעברו עשרים חודש מיום העיסקה כשלפי גירסתו של התובע החוב כבר הגיע ולפי ריבית של — 4 לירות לחודש) למאה וארבעים לירות. כלומר, יותר מכפליים של ערך "המשכון". הופיע התובע וביקש "לפדות את המשכון", אלא שזה היה ימים מספר לאחר שאחת האגרות עלתה בזכיה של סך — 5,000 לירות. אחד משותפי הפירמה הנתבעת אישר בעדותו את

אשר נאמר בכתב-ההגנה, שבתחילת שנת 1957 נמכרו האגרות הנ"ל לקונה אחר ונקט בשמו. לא היה כל נסיון לסתור את העובדה הזאת.

אחת הטענות של בא"כוח המערער היא, שעל השופט המלומד היה לאפשר לו לתקן את התביעה כדי להוסיף בה טענת תרמית. לטענה זו אין כל ממש במקרה דנן.

בא"כוח המערער מבסס את טענתו על הכלל "פעם משכנתה תמיד משכנתה". היות וגם השופט המלומד קבע כי העיסקה בין הצדדים היתה עיסקה של מכר חוזר, הרי — הוא טוען — כי לפי כללי המג'לה רואים מכר חוזר כמשכון, ונשאר תמיד משכון, כל עוד לא נמכר לפי פסק-דין של בית-משפט, לכן, לפי טענתו, אין לקבל את הגנתה של המשיבה שבהתאם להסכם שבין הצדדים האגרות נמכרו על-ידיה.

נכון הדבר שלפי הסעיפים 396, 397, 400, 403 של המג'לה נראה מכר חוזר כמשכון או משכנתה, וכך גם הוחלט ב"ע"א 70/38, טנובוים נגד מיקטי, (1). עד כאן נכונות טענותיו של בא"כוח המערער. אולם אם יש לראות בעיסקה שבין הצדדים משכון, הרי חלות כאן ההוראות שבסעיפים 760 ו-761 של המג'לה, לפי הסעיפים האלה יכול הממשכן למנות את מקבל המשכון כמורשה למכירת המשכון בהגיע זמן הפרעון, ובהגיע זמן הפרעון רשאי המורשה למכור את המשכון ולהשתמש במחיר בשביל לפרוע את החוב. רק במקרה שלא הוסכם על הרשאה כזאת יש לפנות לבית-המשפט כדי לקבל צו למכירת המשכון, וזה בהתאם לסעיפים 757, 758, 759 של המג'לה.

בהסכם שנעשה בין הצדדים הותנה במפורש בין הצדדים, והמערער (המוכר או הממשכן) הסכים במפורש שאם תעבור התקופה, בה רשאי המערער לקנות את האגרות בחזרה, תהיה הרשות והזכות בידי המשיבה (הקונה) למכור את האגרות הנ"ל. במקרה שלפנינו עברה התקופה הנ"ל והמערער לא עשה דבר בשביל לממש את זכותו, זאת ועוד, כשעברה התקופה הזאת שלחה המשיבה אזהרות למערער בתיתה לו הודמנות לפדות את האגרות על אף העובדה שעבר הזמן, לאזהרות האלו המערער לא שעה. עשרים חודש הריבית (אם לראות את העיסקה כהלוואה) הלכה וגדלה, באופן שהחוב הגיע ליותר מפי

שניים מערך האגרות והמערער לא עשה דבר ממנו אפשר היה לראות, כי יש לו עוד ענין באגרות הנ"ל אשר מכר למשיבה.

המשיבה, בהתאם לזכות שניתנה לה בהסכם, מכרה את האגרות; הוזה אומר, פעולתה זו נעשתה בהסכמתו של המערער שניתנה מראש, לכן אין המערער יכול לבוא עכשיו ולבסס עילת תביעה נגד המשיבה על פעולה שנעשתה על-ידיה בהסכמתו של המערער, ולפיכך הכלל הנ"ל "פעם משכון תמיד משכון" אינו יכול להועיל למערער.

כל עוד ההלכה שנקבעה ב"ע"א 70/38, (1), לא שונתה, ייתכן שאף לאחר שעברה התקופה הנ"ל של עשרים חודש, אילו האגרות עוד היו נמצאות בידי המשיבה, כלומר, אילו עוד טרם נמכרו על-ידיה, יכול היה המערער להשתמש בכלל הנ"ל ולפדות את האגרות; אולם המצב הוא שונה מאחר והאגרות אינן בידי המשיבה אשר מכרה אותן בהתאם למוסכם.

בא"כוח המערער, בטענותיו בכתב, ניסה לטעון שעל אף הסכמת הממשכן, שהמורשה יהיה רשאי למכור את המשכון כדי לפרוע את החוב, אסור היה למשיבה להשתמש בזכות זו בלי החלטה מבית-משפט מוסמך, הוא ציטט פסק-דין, אולם תוך רשלנות הגובלת עם זלזול בבית-המשפט.

היחיד הנזכר לענין הוא ע"א 70/38 (ו), הנ"ל. אולם פסקדין זה רק אישר את ההלכה שרואים מכר חוזר כמשכנתה וכי "פעם משכנתה תמיד משכנתה". אולם אין בפסקדין זה דבר התומך בטענתו של בא"כוח המערער שעל אף ההרשאה שניתנה לקונה למכור את הממכר (המשכון) אסור היה להשתמש בהרשאה הזאת אלא אם פנה קודם לכן והשיג פסקדין מבית-משפט מוסמך. במשפט הנ"ל הצליח המוכר (הממשכן) בתביעתו מפני שהממכר עוד היה בידיו הקונה (המלווה) ובהסכם שם אף לא היתה הרשאה למכור. לפיכך יש לדחות את הערעור.

לסיכום - בית המשפט מפנה לכלל - "פעם משכנתה תמיד משכנתה", בהתבסס על המג'ללה העות'מנית. ואולם, כלל זה קודם לחקיקה הקיימת.

2.2 עסקאות מכר חוזר בין בנקים

ריפו הוא קיצור הביטוי מכר חוזר - Repurchase. זוהי צורת מימון מודרני נהוגה. בנק ישראל נותן הלוואות לטווח קצר (עשרים עד שלושים יום) לבנקים המסחריים. לא רוצים להיכנס למימון כי זה מכביד, בשל אגרות ביול וכו'. לכן מקובל לעשות הסכם של מכירת מקמים ואג"ח. הבנק המסחרי מוכר והמרכזי קונה אג"ח כנגד כסף מזומן. יש כאן תנאי שהמוכר יחזיר את הכסף תוך 21 יום ויקבל את הכסף חזרה.

במקרים כאלה ביהמ"ש עלול להחליט שזוהי עסקת משכון.

בפס"ד בארה"ב נידונה השאלה: האם ריפו יחשב לעסקת משכון, ביהמ"ש קבע שלא מאחר ובהסכם נקבע שהקונה רשאי למכור את האג"ח עוד בחודש הראשון כנגד אג"ח אחר.

הפסיקה קבעה כי במשכון אמיתי אין אפשרות לפדות את הנכס במהלך התקופה ומכאן שאין לפנינו מצב של נושה מובטח.

נושה מובטח לא רשאי למכור את הנכס לפני שהגיע מועד פירעון ההלוואה. הסכם שמאפשר למכור את הנכס כבר בשלב מקדמי ולהעמיד לו נכס דומה. אם הקונה רשאי לעשות עסקאות עם הנכס בתוך חודש האופציה סימן שהוא באמת קונה וזה לא נכס ממושכן וזו עסקת מכר רגילה.

בישראל מונהגת גישה דומה לגישה האמריקאית אולם עדיין אין פסיקה בנושא.