

לכבוד:
EY ישראל

שלום רב,

הנדון: חוות דעת משפטית בעניין הסכם הפקטורינג בין כתר פלסטיק לבנק לאומי מיום 25.2.2019

1. נתבקשתי לחוות את דעתי בשאלה האם יש לראות בהמחאות הזכות מתוקף הסכם הפקטורינג ("ההסכם") שנחתם ביום 25.02.19 בין כתר פלסטיק בע"מ (להלן: "כתר") לבין בנק לאומי לישראל בע"מ כעסקות מכר מוחלט.
2. בית המשפט העליון דן בהגדרה של הסכם מכר מוחלט של חובות במסגרת פסק דין אגרקסקו ע"א 7281/15 (להלן: "פסק הדין").
3. בפסק הדין, נקבע כי על אף שהצדדים - (א) כינו את ההסכם "הסכם פקטורינג", (ב) הצהירו והתחייבו בהסכם שחובות הלקוחות עוברים לבעלות המערערת באופן סופי ומוחלט, (ג) קבעו בהסכם ביניהם שהביטחונות שניתנו לא נועדו להבטיח את פירעון החובות של הלקוחות, קבע בית המשפט העליון כי כוונת הצדדים היתה ליצור שיעבוד על חובות הלקוחות כבטוחה להחזרת הלוואה שנתת המערערת למשיבה ואין לראות בהמחאות הזכויות מכוח אותו הסכם כמכר מוחלט.
4. עסקת מכר מוחלט על פי פסק הדין היא עיסקה שבמסגרתה רוכש צד את זכותו של הצד האחר להסכם לקבל תמורה מלקוחות. המדובר בעסקה שבה יש שני יסודות מרכזיים – היסוד החוזי – חילוף נושים, והיסוד הקנייני – העברת הבעלות בזכות. כתוצאה מחילוף הנושים ומהעברת הבעלות, יכול הנמחה לתבוע מהחייב את קיום הזכות באופן עצמאי ובלתי תלוי בממחה. עוד נקבע בפסק הדין כי אין לראות בעסקת מימון שאינה מקנה לצד הרוכש בעלות בכספי הלקוחות, כעסקת מכר מוחלט.
5. בית המשפט העליון מציין מספר הבטים שיש לבחון כדי לקבוע האם אכן מדובר בעסקת מכר מוחלט. פסק הדין אינו קובע שרק הסכם שמתקיימים בו במלואם כל ההבטים המפורטים שלהלן יחשב כהסכם מכר מוחלט. השאלה אם מדובר בהמחאה מלאה (העברת בעלות) או בהמחאה על דרך השעבוד "איננה צריכה להיבחן בראייה של כל פרט בנפרד ובחינתו בזכוכית מגדלת, אלא בראייה כוללת של מהות ההתקשרות" (ע"א 599/89 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' חגי פאר, רו"ח, פ"ד מה(4) 870, 874 (1991)).

המידע הכלול במכתב זה הינו חסוי ועשוי להיות כפוף לחיסיון שבין עורך-דין ללקוח.

Keter Group

1 Sapir St. Herzliya, 4685205, Israel | + 972-73-3280254 | Fax: ++972-15399565072 www.ketergroup.com

KETER | CURVER | ALLIBERT | JARDIN | US LEISURE | KIS | STEWART | AP MEDICAL | HOVAC

להלן ההבטים שעל פי פסק הדין יש לבחון על מנת לקבוע את טיבו של ההסכם. כמו כן, אבחן להלן את אופן יישומם של היבטים אלה בהסכם -

1. מה טיבה של העסקה שנערכה בין הצדדים - האם זו אכן עסקת המחאה מלאה,

על דרך המכר, שבה עברה הבעלות בחובות הלקוחות?

ההסכם נקרא "הסכם תנאים כלליים לעסקאות של ניכיון חשבוניות על דרך מכר סופי ומוחלט". המבוא להסכם מציין מספר פעמים כי מדובר על "המחאה סופית, גמורה מוחלטת ובלתי חוזרת (Non Recourse)", "עסקת המחאה מוחלטת".

סעיף 2 להסכם שכותרתו "מכר מוחלט (True Sale)" קובע כי -

"להסרת ספק, הצדדים מאשרים את כוונתם שהמחאת הזכויות לגבי החובות הנרכשים על פי הסכם זה תהווה עסקת מכר מוחלט (True Sale) לגבי חובות נרכשים כאמור ולא הסדר הלוואה או משכון מסוג כלשהו ולבנק כנמחה/רוכש תהיינה מלא הזכויות וטובות ההנאה (full title, benefit and interest) באותם חובות נרכשים ולפיכך, ומבלי לגרוע מיתר הוראות הסכם זה, מסכימים הצדדים כדלקמן -

2.1 הבנק יהיה רשאי לבצע בחובות הנרכשים נשוא עסקת הניכיון כל עסקה לרבות המחאת/מכירת הזכויות הלאה לצדדים שלישיים.

2.2 הלקוחות לא יהיו רשאים לבטל את העסקה לגבי החובות הנרכשים ו/או לפדות אותם ו/או לרכוש אותם בחזרה מהבנק.

2.3 הבנק הוא הנושא בסיכון אי תשלום החובות הנרכשים על ידי החייבים למעט במקרה של הפרת מצגים מצד הלקוחות ביחס לחובות הנרכשים.

2.4 לא תהיה ללקוחות זכות שיוטית כלשהי בקשר עם החובות הנרכשים, לרבות זכות לקבלת כספים בגינם.

סעיף 3.6 להסכם קובע כי "...תיכנס לתוקפה ההמחאה של הלקוחות ביחסי לחובות הנרכשים ואלה יומחו לבנק בהמחאה סופית ומוחלטת, על דרך המכר (Non recourse)".

בסעיף 4.7 מצהירה כתר כי "החובות למכירה וכן כל חלק מהם אינם משועבדים, מומחים או כפופים לזכות אחרת של צד שלישי כלשהו" וזאת במטרה להכשיר את ההמחאה המלאה של הזכות והעברת הבעלות עליה.

בסעיף 4.14 מצהירה כתר כי בהתאם להסכמי ההלוואות שיש לה ולחברת האם שלה עם הגופים המממנים ואשר לטובתם רשום שיעבוד צף - "...השיעבוד הצף לא יחול על החובות הנרכשים. כמו כן הלקוחות (כתר - תוספת שלי נ.פ) לא יצרו לטובת צד שלישי אחר כלשהו שיעבוד צף נוסף על כלל נכסיהם או על כלל חייביהם". סעיף זה נועד גם הוא להכשיר את ההמחאה המלאה של הזכות ואת העברת הבעלות עליה.

המידע הכלול במכתב זה הינו חסוי ועשוי להיות כפוף לחיסיון שבין עורך-דין ללקוח.

ii. האם רכש החובות נוטל על עצמו את הסיכון לירידת ערך של הנכס או הזכות (למשל אי פירעון החוב עקב חדלות פירעון של הלקוחות)?

בפסק הדין, הנמחה שילם לממחה סכום של 85% מהחוב כמקדמה והותיר את הפרש, כמעין "בטוחה", למקרה שהחוב לא ייגבה במלואו. כך שלמעשה הגורם הנמחה "ביטח" עצמו כנגד אובדן מלוא סכום החוב ובמקרה זה בית המשפט קבע כי הותרת הפרש כמעין בטוחה מלמד על אי העברת הסיכון במלואו לגורם הנמחה. בהסכם דנן, אין תשלומי מקדמה ואין הפרש שמשמש בטוחה – סעיף 3.8 להסכם קובע כי "עם מתן אישור הבנק יזכה את חשבון כתר בתמורת העסקה בניכוי מיסים והטלים ככל שיהיו". בהתאם להוראות סעיף 2.3 להסכם מצוין באופו מפורש כי "הבנק הוא הנושא בסיכון אי תשלום החשבונות הנרכשים על ידי החייבים, למעט במקרה של הפרת מצגים מצד הלקוחות ביחד לחובות הנרכשים".

iii. האם נקבעו מנגנונים של פיקוח ושליטה על הזכות המומחית? בפסק הדין נקבעו מספר מנגנונים של פיקוח ושליטה כגון העברת תקבולי לקוחות ישירות לגורם המממן, הגבלה על עירובם עם נכסים אחרים של הממחה וכן מעקב שוטף של הנמחה על הזכות כמעידים על עסקת מכר מוחלט.

בנסיבות המקרה שנידון בפסק הדין, נתן בית המשפט משקל משמעותי לעובדה שהחייבים לא יודעו אודות המחאת הזכות וכן על כך שהתשלום בוצע לחשבון הממחה ללא יצירת הפרדה ברורה בין כספים המתקבלים מכוח המחאת הזכות לבין כספים אחרים הממחה. בית המשפט העליון קבע כי "מדובר באינדיקציה חזקה ביותר לכך שלא מדובר בעסקת המחאה מלאה" וציין כי הנמחה לא הותירה לעצמה כל יכולת שליטה או פיקוח על גביית הכספים ועל מיקום הפקדתם, או על הפרדתם מכספיה האחרים של החברה הממחה.

ההסכם דנן, קובע שני אופנים שיש בידי הלקוח לבצע עסקות ניכיון – (i) עסקת ניכיון גלויה שבמסגרתה, כתר תדאג לכך שבמועד הגשת הבקשה לניכיון תהיינה בידי הבנק הוראות חתומות ומאושרות על ידי לקוחות כתר שבו הם מאשרים את הסכמתם להמחאת הזכות בכפוף ובהתאם להסכם בין כתר לבין הלקוח (סעיף 3.4 להסכם), ו-(ii) עסקת ניכיון שקטה – עסקה שהלקוח של כתר מיועד אודותיה לפי הוראות סעיף 5 להסכם אך אין חובה שהוא יתן את הסכמתו להמחאת הזכות (ראה גם סיפא של סעיף 3.4 וכן סעיף 7 בנושא המועד שבו רשאי הבנק לתת הודעה לחייב אודות ההמחאה) אך עם זאת כתר מתחייבת להורות ללקוח להעביר את הכסף לחשבון הייעודי שנפתח לצורך המחאת החוב.

לפיכך במסגרת ההסכם דנן, בשני סוגי העסקות האמורות לעיל, הלקוח של כתר מיועד אודות ההמחאה ובעסקה גלויה הוא אף מאשר בכתב את הסכמתו מראש. בניגוד למקרה שנדון בפסק הדין, כתר הקימה חשבון בנק ייעודי בבנק (סעיף 5 להסכם), אליו משולמים אך ורק הסכומים שמקורם בהמחאות הזכות מכוח ההסכם.

המידע הכלול במכתב זה הינו חסוי ועשוי להיות כפוף לחיסיון שבין עורך-דין ללקוח.

הלקוח של כתר מחוייב לשלם אך ורק לחשבון האמור. על אף שהבעלים של החשבון הוא כתר, הנהנה בחשבון הוא הבנק בלבד והסכומים שיצטברו בחשבון יוחזקו על ידי כתר בנאמנות עבור הבנק (סעיף 6 להסכם). חשבון ייעודי זה מאפשר בקרה מסודרת של הבנק על כספים המשולמים על ידי הלקוחות לבנק.

סעיפים נוספים בהם באים לידי ביטוי השליטה והפיקוח של הבנק הם –

- סעיף 3.9 קובע שכתר תעניק לבנק יפוי כוח לחתום בשמה על כל מסמך הקשור למימוש המחאת הזכות.
- סעיף 4 כולל הצהרות והתחייבויות כתר לגבי מערכת היחסים שלה עם הלקוח.
- סעיף 6 כולל מגוון תחומי בקרה ושליטה של הבנק על הכספים המגיעים לו כגון – קבלת מידע, סיוע מאת כתר, הימנעות מפעולות שעלולות לפגוע בזכויות הבנק, איסור שיעבוד או המחאה נוספת של החובות על ידי כתר, לא לוותר ללקוח על סכומים המגיעים ממנו לבנק, לא לקבל בטוחות וכד'.
- סעיף 8 קובע כי הבנק ינהל לפי שיקול דעתו כל הליך לגביית החובות הנרכשים.
- סעיף 9 כולל התחייבות של כתר לתת דיווחים שונים אודות ארועים המשפיעים על יכולת הבנק לקבל כספים מאת הלקוחות וזאת על מנת לאפשר לבנק לפקח ולבקר את הכספים המגיעים מהלקוחות של כתר.

IV. שלילת הזכות של הגורם הנמחה (הבנק) לחזור לממחה (כתר) אם החוב לא ייפרע

על ידי החייב – קרי יצירת יחסים עצמאיים בין הבנק ללקוחות כתר.

סעיפים 2.1-2.4 קובעים מפורשות כי הבנק אינו רשאי לחזור לכתר אם החוב לא ייפרע על ידי החייב. החריג היחיד לכלל זה של אי חזרה לכתר, הוא במקרה שכתר הפרה את מצגיה ביחס לחובות הלקוחות. לטעמי אין לראות בזכות חזרה זו של הבנק לכתר, לכשעצמה, כשוללת את ההגדרה של מכר מוחלט. הזכות לבטל עסקה עקב טעות או הטעיה מוכרת בדין לפי הוראות סעיפים 14 ו 15 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג 1973 ורצון הבנק ליישם הוראות אלה במסגרת המחאות החוב מכוח ההסכם אינן משנות את אופיו של ההסכם המקורי שנחתם כהסכם מכר.

V. העברת הזכות הביטוחית על חובות הלקוחות לגורם המממן – במסגרת היחסים

בין הצדדים להסכם, הבנק נרשם כמוטב בלעדי לחובות הלקוחות של כתר במסגרת פוליסת ביטוח האשראי של כתר, אך כתר היא זו שנושאת בתשלום הפרמיה.

בפסק הדין נאמר כי "המחאת הזכות לתקבולי ביטוח מכוח הפוליסה של בסס"ח לקופאס עשויה, לכאורה, להוות סממן של העברת בעלות בחובות לקופאס. עם זאת, העובדה שקופאס מהווה אך ורק "מוטב" של הפוליסה, ואינה המבוטח המשלם את הפרמיה, יכולה ללמד כי מדובר בעסקה מסוג שעבוד. כמו כן, הגדרת

המידע הכלול במכתב זה הינו חסוי ועשוי להיות כפוף לחיסיון שבין עורך-דין ללקוח.

קופאס כמוטב של הפוליסה, מלמדת כי היא ביקשה לבטח עצמה כנגד אובדן החובות, כך שלמעשה לא נטלה על עצמה סיכון במקרה של אי-תשלום".

האם נשיאתה של כתר בתשלום הפרמיה, לכשעצמה, שוללת של ההכרה בהסכם כהסכם מכר מוחלט? לטעמי, התשובה לכך היא שלילית. במסגרת היחסים בין הצדדים יש עלויות עסקה לכל צד, ועצם העובדה שכתר נטלה על עצמה את תשלום הפרמיה, כחלק מעלויות העסקה, אינה שוללת, לכשעצמה, את סיווג ההסכם כהסכם מכר מוחלט שכן, הזכות לקבל את תגמולי הביטוח היא של הבנק בלבד.

.VI אם זכותו של הנמחה מצטמצמת לגובה החוב שחייב לו הנמחה, משמעות הדבר

היא שהנמחה לא קיבל זכות מלאה על הנכס אלא רק את הזכות להיפרע ממנו - סעיף 2.1 להסכם הקובע כי הבנק רשאי לבצע בחובות הנרכשים נשוא עסקת הניכיון כל עסקה לרבות המחאת/מכירת הזכות לצדדים שלישיים, תומך בטענה שהבנק קיבל בעלות מלאה על הנכס המומחה. גם סעיף 2.4 הקובע כי לכתר לא תהיה זכות שירותית כלשהי בקשר עם החובות הנרכשים מעידה על הקף הזכות המומחית תומך בכך. ההגבלה המוטלת על כתר לשעבד את הזכות המומחית וכן מגבלות אחרות המוטלות על כתר מכוח סעיף 6 להסכם, מעידות על כך שהבנק קיבל זכות מלאה על החוב הנרכש.

.VII קיומה של בטוחה, כגון שטר חוב, שמקבל הנמחה מהממחה, ילמד על היות

העסקה עסקת שיעבוד ולא עסקת מכר מלא.

בהסכם אין בטוחה כלשהי שנותנת כתר לבנק על מנת להבטיח את קיום התחייבויותיה.

.VIII רישום המחאת זכות- המחאת זכות מהווה אינדיקציה לכך שמדובר בבטוחה ולא

במכר (ע"א 8299/10 בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' חרושת מתכת בית השיטה (בהח) בע"מ, (15.3.2015)). ההסכם שותק לגבי זכות הבנק לרשום את המחאת הזכות ובפועל, למיטב ידיעתנו, הבנק לא רשם את המחאת הזכות.

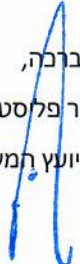
לסיכום,

אני סבור כי ממכלול הוראות ההסכם ועל פי ההבטים השונים שנקבעו בפסק הדין יש לראות בחובות המומחים על פי ההסכם כעסקאות מכר מוחלט.

נקודה חשובה נוספת שהועלתה בפסק הדין היא שהצדדים ינהגו לפי האמור בהסכם.

לפיכך, כל עוד הצדדים להסכם מתנהלים על פיו, ניתן לדעתי לומר כי העסקאות המתבצעות במסגרתן, הן עסקאות מכר מוחלט.

בברכה,
ניר פלסטרנט, עו"ד
היועץ המשפטי



המידע הכלול במכתב זה הינו חסוי ועשוי להיות כפוף לחיסיון שבין עורך-דין ללקוח.