

## לולא היו לו שלושה צדדים, לא היה זה הברווז שלי/ עו"ד דורון אפיק, עו"ד איתמר האוזר

אומרים שלכל סיפור יש שלושה צדדים: הצד שלך, הצד שלי, והאמת. לעתים גם לעסקאות יש שלושה צדדים/סיפורים שונים, הסיפור שנכתב בהסכם, הסיפור שהצדדים התכוונו אליו באמת, והסיפור שבית המשפט מאוחר יותר קובע שהוא הסיפור האמיתי. כמו ברומן ספרותי טוב (וביחוד כאשר ההסכם לא נכתב בצורה הנכונה וגרם לכך שדווקא כוונת הצדדים האמיתית תפורש באופן שונה על ידי בית משפט בעתיד), כל קשר בין הסיפורים עשוי להיות מקרי בהחלט וכך, כמו ברומן ספרותי טוב, סוף הסיפור עשוי להגיע בהפתעה מוחלטת לצדדים...

לעתים מכונה הדבר "מבחן הברווז". אם זה הולך כמו ברווז, נשמע כמו ברווז, זה ברווז. אם הסכם נראה כמו עסקת מכר של דירה, למשל, אבל למוכר יש אפשרות לרכוש את הדירה במחיר גבוה יותר תוך זמן מסוים, בפועל עשוי בית המשפט מאוחר יותר להחליט שכוונת הצדדים כנראה הייתה לייצר עסקת משכון. אדם נדרש להלוואה. המלווה סירב להסתפק ברישום משכנתא על הנכס שאמור לשמש כבטוחה ודרש העברת הנכס על שמו, אבל אם הלווה יחזיר את הקרן עם ריבית, יוכל לקבל את הנכס חזרה. אם הצדדים, אבל, לא רשמו את המשכון כפי שנדרש על מנת לתת לו תוקף מחייב, יכול להיות שהמלווה/רוכש יישאר ללא בטוחה, ביחוד אם הלווה/מוכר נכנס להליכי פשיטת רגל.

כך, למשל, במקרה שהוכרע בבית המשפט העליון בנובמבר, 2018, דובר ברכישה של נכס בגרמניה שמומנה על ידי מכירת הנכס לאחר והשכרתו חזרה (sell-leaseback) כאשר עם תשלום מלוא השכירות לתקופה שהוסכמה, יחזור הנכס למוכר. העסקה גם נבנתה בפורמט מורכב שעירב מניית של חברות, אולי כדי להקשות על הבנת המטרה האמיתית של ההסכם, אולי למטרות מס, ואולי למטרה אחרת. עצם היות העסקה עסקת "מכר חוזר" (repo transaction), עסקה כלכלית לגיטימית הנעשית לעתים, אך יחד עם עסקת המכר חיה גם עסקת שכירות חוזרת, עסקה כלכלית לגיטימית אחרת לכשעצמה, עורר חשד שמדובר במסווה לעסקה אחרת ונקבע שבעצם מדובר בעסקת הלוואה כשהנכס שימש כבטוחה. האם לכך אכן התכוונו הצדדים? אולי.

בכל מקרה, חוק המשכון הישראלי מאפשר לרשום משכון גם כאשר העסקה אינה עסקת משכון, תוך רישום הערה שאין בכך כדי להעיד על האופי האמיתי של העסקה. לעתים עדיף לבצע זאת, ולו רק למקרה שבית המשפט בעתיד יפרש את כוונת הצדדים באופן שונה ממה שהם התכוונו.

מכיוון שלעתים עסקאות הופכות להיות מורכבות בשל שיקולים כלכליים אמיתיים (למשל מצוקה כספית נקודתית אך אמונה שבעתיד ניתן יהיה לרכוש נכס חזרה – עסקת מכר חוזר אמיתית, תכנוני מס לגיטימיים או שיקולים אחרים), חשוב שההסכמים בין הצדדים ינוסחו בידי עורכי דין המנוסים בתחום כדי להקטין את החשיפה העתידים לפרשנות שאינה דווקא תואמת את כוונת הצדדים.

---

<sup>1</sup> עו"ד דורון אפיק הינו נוטריון ועורך דין המוסמך בישראל ובניו יורק והוא השותף המנהל של משרד אפיק ושות' ([www.afiklaw.com](http://www.afiklaw.com)) המתמקד בהנפקות באוסטרליה, דיני חברות, דיני מקרקעין, עסקאות בינלאומיות ופיננסיות, לרבות עסקאות מיזוג ורכישה, מימון ומשפט ימי ואף הרצה בתחומי מומחיותו, לרבות במסגרת תואר מנהל עסקים Executive MBA באוניברסיטה העברית בירושלים. עו"ד אפיק בוגר הכשרה של האיחוד האירופי ביישוב סכסוכים בינלאומיים מחוץ לכותלי בית המשפט (גישור ובוררות) ומשמש גם כבורר וכנאמן בנאמנויות ישראליות ובינלאומיות. עו"ד איתמר האוזר הינו עורך דין במשרד אפיק ושות' ועוסק בעיקר בעסקאות הבינלאומיות, מיזוגים ורכישות, תאגידים וליטיגציה מסחרית. אין בסקירה כללית זו משום ייעוץ משפטי כלשהו ומומלץ להיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום זה בטרם קבלת כל החלטה בנושאים המתוארים בסקירה זו.

Had it not had three sides it wouldn't have been my duck! / Doron Afik, Esq., Itamar Hauser, Adv.\*

It is said that every story has three sides: your side, my side, and the truth. Sometimes transactions also have three different sides/stories: the story written in the agreement, the story the parties actually intended to write, and the story that the Court later decides to be the real story. Like any good novel (especially when the agreement is not well drafted and caused the intent of the parties to be construed differently by the Court in the future), any relation between the stories is completely coincidental. Like any good novel, the ending may come as a complete surprise to the parties...

The concept is sometimes referred to as the “duck test.” If it walks like a duck, it quacks like a duck, it is a duck. If an agreement looks like a sale of an apartment, for example, but the seller has the right to repurchase the apartment at a higher price and at a set time, the Court may later decide that, in fact, the parties intended to create a mortgage agreement. A person needed a loan. The lender refused to settle for a mortgage on the asset and demanded it to be transferred to its name, but if the borrower repays the loan with interest, the borrower can receive back the asset. If the parties, however, did not register the mortgage as required under law in order to effect it, the lender/purchaser might find itself without a security, especially if the borrower/seller goes bankrupt.

Similarly, in a case decided by the Israeli Supreme Court in November, 2018, a property in Germany was financed by selling the asset and then leasing it back (a sell-leaseback transaction) when upon payment of full rent on time, the asset will revert to the lessee. The transaction was also structured in a complex manner involving corporate shares, maybe to make it harder to understand the real intent, maybe for tax purposes, and maybe for other reasons. The fact that the transaction was a repurchase agreement (“repo”), a legitimate economic transaction, but with a sell-leaseback transaction, another legitimate economic transaction, raised suspicion that it is in fact concealing a different economic transaction and it was held that in fact it was a loan transaction with the asset used as security. Was this indeed the original intent of the parties? Maybe...

In any case, Israeli law enables recording of a pledge even when the transaction is in fact not a pledge, while adding a note that the recording does not attest the real character of the transaction. Sometimes it is better to do so, just in case the Court will later construe the intent of the parties differently from their original intent.

Because transactions can sometimes become complex due to real economic grounds (e.g. ad hoc financial distress with the belief that in the future the asset may be repurchased – a real repo transaction, legitimate tax considerations or other reasons), it is important that the agreement will be drafted by lawyers experienced in the field, in order to minimize the potential exposure to future construction that is not necessarily fitting the original intent of the parties.

---

**Doron Afik, Esq.** is a notary public and an attorney admitted to practice in Israel and New York and is the managing partner of Afik & Co., Attorneys and Notaries ([www.afiklaw.com](http://www.afiklaw.com)). Doron served an adjunct professor at Hebrew University Doron teaches Mergers and Acquisitions as part of the EMBA program. Doron's practice focuses primarily on Australian IPO's, international transactions, including mergers and acquisitions, dispute resolution and issues of public law. He is a graduate of a European Union alternative disputes resolution course and the ICC Master Class for arbitrators and also serves as arbitrator. **Advocate Itamar Hauser** is an attorney at the law office of Afik & Co., Attorneys and Notary, whose main practice areas are international transactions, mergers and acquisitions, corporate law and litigation. Nothing herein should be treated as a legal advice and all issues must be reviewed on a case-by-case basis. For additional details: +972-3-6093609 or at the e-mail: [afiklaw@afiklaw.com](mailto:afiklaw@afiklaw.com)