



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1339/12

לפני : כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג

המערער : בנק מזרחי טפחות בע"מ

נגד

המשיבות : 1. אי.סי.אם יצרני מיזוג אויר בע"מ (בפירוק)
2. כונס הנכסים הרשמי

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב
בת"א 1163/00 שניתן ביום 01.01.2012 על ידי כבוד
השופטת ורדה אלשיך

תאריך הישיבה : י"ב בשבט התשע"ד (13.01.2014)

בשם המערער : עו"ד יצחק גולדשטיין ועו"ד ערן הלר
בשם המשיבה 1 : עו"ד ברוך חכים ועו"ד רחל רפאל קופמן
בשם המשיבה 2 : עו"ד מיכל דלומי

פסק-דין

השופט י' עמית:

חברה נוטלת הלוואה מבנק. הנכס היחיד של החברה הוא החזקותיה במניות של חברה הנסחרת בבורסה. לבנק אין שעבוד שוטף על החברה ולא שעבוד ספציפי על המניות. לימים נכנסת החברה לפירוק והבנק טוען לעדיפות על פני המפרק מכוח סעיף כללי בתנאי פתיחת החשבון הקובע כי לבנק זכות עכבון, קיזוז, שעבוד ומשכון על כל נכס מכל מין וסוג שהוא של הלקוח. התחרות בין המפרק לבין הבנק לגבי המניות מעוררת שאלות הנוגעות ליצירת משכון על ניירות ערך הנסחרים בבורסה, שכלולו ומימושו ועל כך נסב פסק הדין.

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב מיום 1.1.2012 (כב' סגנית הנשיאה- השופטת ו' אלשיך), בגדרו קיבל בית המשפט המחוזי את עמדת

המפרק של המשיבה 1 (להלן: המפרק), לפיה אין להכיר במעמדו של המערער (להלן: הבנק) כנושה מובטח מכוח משכון.

הרקע למחלוקת

1. המשיבה 1 (להלן: החברה) הייתה בעלת מניות בחברה בשם נסקר בע"מ (להלן: נסקר) בשיעור של 25%. בשנת 1999 העמיד הבנק לנסקר הלוואה בסכום של 4.5 מיליון ₪, וזו שימשה את נסקר לרכישה של 50.4% ממניות של חברה ציבורית הנסחרת בבורסה בשם ליטו "אופסט" זיו בע"מ (להלן: מניות ליטו). ההלוואה הובטחה בשעבוד ספציפי לטובת הבנק על מניות ליטו וכן בערבות אישית של החברה ל-25% מגובה החוב. בשלב מסוים, נקלעה נסקר לקשיים, ובעלי המניות של נסקר, וביניהם החברה, החליטו ליטול על עצמם את ההלוואה של נסקר באופן יחסי להחזקותיהם בנסקר, ובמקביל, לחלק ביניהם באופן יחסי את מניות ליטו שהוחזקו על ידי נסקר. במתווה זה היה על החברה ליטול על עצמה 25% מהחוב של נסקר ולקבל רבע מהחזקותיה של נסקר בחברת ליטו. הבנק נתן את הסכמתו העקרונית למתווה שהציעו בעלי המניות של נסקר, וביום 2.5.2002 פתחה החברה חשבון באחד מסניפי הבנק. החשבון נפתח על מנת להעביר אליו את החלק היחסי בהלוואה שלקחה על עצמה החברה וכן את אחוז המניות היחסי שהועבר אליה בהתאם למתווה המתואר לעיל.

החברה נקלעה לקשיים ובחודש יולי 2003 ניתן צו לפירוקה.

בחודש מאי 2004 מכר הבנק את מניות ליטו אשר הוחזקו אצלו בחשבון החברה.

כשנתיים לאחר מינוי מפרק החברה כמפרק קבוע, נודע לו על מכירת המניות על ידי הבנק. לאחר התכתבויות בינו לבין הבנק, הגיש המפרק בקשה למתן הוראות לבית המשפט של פירוק ודרש כי הבנק ישיב לקופת הפירוק את התמורה שהתקבלה בגין מכירת המניות. המפרק טען כי לא נרשם שעבוד לטובת הבנק על מניות ליטו כך שסכום התמורה ממימוש המניות צריך לעבור לקופת הפירוק. הבנק טען בתגובה כי פתיחת החשבון על שם החברה נעשתה משיקול טכני בלבד וכי המתווה שהוצע על ידי בעלי המניות של נסקר לא נועד לפגוע בשעבוד שהיה לבנק בשעתו על מניות ליטו, טרם הועברו המניות לחשבון החברה. לכן, לטענתו, משעה שנקלעה החברה לקשיים והפסיקה להחזיר את חלקה בהלוואה, הוא היה רשאי לממש את המניות שהיו בחשבון.

2. אין חולק כי לא נמצא הסכם הלוואה חתום בין הבנק לחברה המסדיר את מערכת ההסכמות שבין הצדדים באופן שתיאר הבנק. עם זאת, הבנק ביקש לבסס את עדיפותו ביחס למניות ליטו על המסמכים הבאים:

א. "טופס בקשה לפתיחת חשבון" (להלן: טופס פתיחת החשבון) החתום על ידי החברה ואשר מפנה אל חוברת תנאים כלליים לפתיחת חשבון וחוברת תנאים כלליים לפעילות באשראי (להלן ביחד: החוברות). הבנק הצביע על סעיף 11 לחוברת תנאים כלליים הקובע הוראה כללית לפיה יש לבנק זכויות שעבוד, משכון, חזקה עכבון או קיזוז על כל נכס של הלקוח המצוי בחשבון.

ב. טופס בקשת אשראי מיום 2.5.2002, אשר נערך על ידי הבנק לצורך קבלת אישור מנהל המרחב של הבנק לשם העברת החוב של נסקר לחשבון החברה (להלן: טופס בקשת האשראי). טופס זה מצביע, לטענת הבנק, על הקשר שבין ההלוואה שהעמיד לנסקר לבין החלק היחסי בהלוואה שהועבר לחברה.

ג. הסכם הלוואה מיום 17.6.2002 (להלן: הסכם הלוואה) אשר נחתם בין הבנק לבין ניצן עוז, בעל השליטה בחברה (להלן: ניצן), אך לא על ידי החברה. הבנק טען תחילה כי הסכם הלוואה נחתם בטעות על ידי ניצן במקום החברה. בהמשך, שינה הבנק את גרסתו וטען כי ניצן הוחתם על הסכם הלוואה מהסיבה הבאה: בשלב פתיחת החשבון לחברה, רבץ לזכות בנק הפועלים שעבוד שוטף על נכסי החברה. על מנת שניתן יהיה להעביר את מניות ליטו לחשבון החברה בבנק, ביקש הבנק את הסכמתו של בנק הפועלים להחרגתן מהשעבוד לזכותו. ביום 13.6.2002 קיבל הבנק מכתב הסכמה מבנק הפועלים, בו נכתב כי השעבוד הצף לא יחול על מניות ליטו המופקדים בחשבון (להלן: מכתב ההסכמה). במכתב ההסכמה נפלה טעות מסוימת, הנוגעת לזיהוי חשבון הבנק ולמספר הסידורי המדויק של המניות שאותן התבקש בנק הפועלים להחריג מהשעבוד השוטף, ולכן הבנק פנה שוב לבנק הפועלים על מנת שיתקן את כתב ההסכמה. בשל העיכוב שנוצר במסירת כתב ההסכמה מתוקן, נשקל מתווה חלופי לפיו החוב (25% מההלוואה שנטלה נסקר) יועבר לחשבוננו של ניצן, והחברה תהיה ערבה לחוב ללא הגבלה בסכום, וזו הסיבה בגינה הוחתם ניצן על הסכם הלוואה. לטענת הבנק, מכתב ההסכמה מתוקן של בנק הפועלים התקבל לבסוף והמניות הועברו לחשבון החברה כפי שסוכם בין הצדדים. אציין כי מכתב ההסכמה מתוקן כאמור לא הוצג על ידי הבנק.

ד. מכתב הסכמה מבנק הפועלים להחרגת מניות ליטו מהשעבוד הצף (כאמור, לא מדובר במכתב הסכמה מתוקן).

ה. הסכם הלוואה מיום 21.11.1999 בין הבנק לבין נסקר וכן שטר משכון ניירות ערך לשעבוד מניות ליטו שהוחזקו על ידי נסקר - חתום על ידי נסקר והבנק.

3. בהחלטת בית המשפט המחוזי מיום 17.3.2008, נקבע כי הבנק יגיש תביעת חוב למפרק והלה יכריע האם עומדת לבנק עדיפות ביחס למניות ליטו כנושה מובטח. במסגרת תביעת החוב, חזר הבנק על טענתו כי יש לראות את החוב שהועבר מנסקר לחשבון החברה, כהמשך ישיר להסכמות בינו לבין נסקר ומבלי לפגוע בשעבוד שהיה לבנק על מניות ליטו בעת שהוחזקו על ידי נסקר. המפרק דחה את תביעת החוב של הבנק וקבע כי הבנק אינו בגדר נושה מובטח של החברה.

החלטת בית משפט קמא מיום 16.2.2009

4. על החלטת המפרק בתביעת החוב, הגיש הבנק ערעור לבית המשפט של פירוק, וביקש כי בית המשפט יקבע כי החוב של נסקר הועבר לחברה וכי הבנק גובר על המפרק ביחס למניות ליטו מכוח אחת החלופות – משכון, קיזוז או עכבון.

בית משפט קמא (כב' סגנית הנשיאה ו' אלשיך), קיבל את הערעור ופסק כי קיימת תשתית עובדתית, אף אם הוצגה על ידי הבנק במאוחר, המלמדת שהחברה אכן נטלה על עצמה את החלק היחסי בהלוואה שנתן הבנק לנסקר, וכי הבנק היה רשאי לקזז את המניות כנגד חוב החברה כלפיו. עם זאת, מתח בית המשפט ביקורת חריפה על התנהלותו של הבנק ועל הסתרת מכירתן של המניות על ידו במשך תקופה ארוכה. על אף שהערעור התקבל, הטיל בית המשפט את הוצאות ההליך על הבנק. בית המשפט לא דן בטענת הבנק בדבר זכותו למשכון או עכבון.

החלטת בית המשפט העליון מיום 28.7.2010

5. על החלטת בית משפט קמא הגיש המפרק בשם החברה בקשת רשות ערעור, אשר הוסבה לערעור (רע"א 2549/09). בפסק הדין בערעור נקבע כי לא עמדה לבנק זכות קיזוז. זאת, מאחר שמניות ליטו היו בבעלות החברה והבנק החזיק בהן בנאמנות עבור החברה, ובהיעדר חיוב כספי בנוגע למניות, לא היה לבנק מה לקזז מול חובה של החברה ואין תחולה לסעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ס-1980.

בשורה התחתונה הורה בית המשפט העליון להחזיר את התיק לבית משפט קמא לדיון בשאלת זכותו של הבנק במניות, והפעם מכוח משכון או עכבון.

החלטת בית משפט קמא מיום 1.1.2012

6. בדיון החוזר בבית המשפט המחוזי, נפסק כי לא קיימת לבנק עדיפות ביחס למניות ליטו מכוח משכון או עכבון. נקבע כי זכות העכבון אינה מאפשרת מימוש עצמי של הנכס על ידי בעל הזכות, כך שמימוש המניות על ידי הבנק בדרך של מכירתן, מעידה כי הבנק לא ראה עצמו כמי שעומדת לו זכות עכבון.

לעניין זכות הבנק למשכון, פסק בית המשפט כי בניגוד לעכבון ולקיזוז אשר יכולים במצבים מסויימים לצמוח מן הדין, יצירת משכון דורשת הסכמה חוזית ספציפית בין הצדדים. בית המשפט דחה את טענת הבנק כי יש לראות בסעיף 11 בחוברת התנאים הכלליים סעיף שיוצר הסכם משכון בין הצדדים. נקבע כי מערכת יחסים מורכבת כפי שנוצרה בין הבנק לחברה, ראוי שתהיה מעוגנת במפורש בהסכם מוסדר וחתום בידי הצדדים, בדומה להסכם ההלוואה שחתם הבנק בשעתו עם נסקר, וכי ניתן לצפות מגוף כמו בנק, שידאג להסדיר את מערכת ההסכמות שבין הצדדים באופן שאינו מותיר מקום לספקות.

על החלטה זו של בית משפט קמא הגיש הבנק את הערעור שבפנינו.

טענות הצדדים בערעור

7. הבנק טוען כי שגה בית משפט קמא בקובעו כי לא נוצר הסכם משכון תקף בין הצדדים. לטענתו, אין בדין דרישה לעריכת הסכם משכון בכתב ודי בכוונת הצדדים על מנת ליצור שעבוד. לטענת הבנק, ניתן ללמוד על כוונת הצדדים מכלל המסמכים שצורפו על ידו, ובפרט מסעיף 11 לחוברת תנאים כלליים הקובע כי לבנק זכות שעבוד ומשכון על כל נכס המצוי בחשבון הלקוח. אמנם החוברת לא נחתמה על ידי החברה, אך היא מצורפת כדבר שבשגרה לטופס פתיחת החשבון שעליו חתמה החברה, ומכל מקום, הטופס מפנה אל החוברות. לטענת הבנק, אין זה סביר כי היה מעמיד הלוואה בהיקף של כ-1.9 מיליון ש"ח לחברה מבלי לדאוג לבטוחה בדמות שעבוד על מניות ליטו, שעבוד שכבר היה קיים לזכותו בעת שהחוב היה של נסקר.

בנוסף, טוען הבנק כי שגה בית משפט קמא משלא דן בזכותו של הבנק למימוש עצמי של המניות מכוח סעיף 17(3) לחוק המשכון, תשכ"ז-1967 (להלן: חוק המשכון או החוק). לטענת הבנק, המניות שהיו בחשבון החברה הינן בגדר "משכון שהופקד", כך שהבנק היה רשאי לממשן באופן עצמי. בהקשר זה הפנה הבנק לתיקון לחוק המשכון שהתקבל בכנסת במסגרת סעיף 15 לחוק להגברת התחרות ולצמצום הריכוזיות וניגודי העניינים בשוק ההון בישראל (תיקוני חקיקה), התשס"ה-2005 (להלן: התיקון לחוק). התיקון מאפשר לגוף מוסדי לממש משכון בעצמו, ללא צורך בצו בית משפט או בצו הוצאה לפועל, כאשר מדובר ב"משכון ניירות ערך", שהגדרתן כוללת, בין היתר, מניות הנסחרות בבורסה. הבנק טוען כי התיקון נועד להשוות דינן של מניות הנסחרות בבורסה לדין "משכון שהופקד". על אף שהתיקון נכנס לתוקף לאחר שמימש הבנק את המניות באופן עצמי, הבנק טוען כי התיקון שיקף את המצב המשפטי שהיה קיים קודם לכן ועל כן יש להחיל אותו בענייננו. הבנק הפנה בהקשר זה לדעת המיעוט של השופט י' אנגלרד בע"א 4294/97 אובזילר נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נו(2) 389 (2001) (להלן: עניין אובזילר), שניתן טרם התיקון, וכן לתזכיר הצעת חוק המשכון, התש"ע-2010 (להלן: התזכיר או תזכיר הצעת החוק).

8. המפרק תמך יתירותיו בהחלטת בית משפט קמא לפיה לא נוצר כלל הסכם משכון בין הצדדים. עוד טען המפרק כי המניות של ליטו אף לא הוחרגו על ידי בנק הפועלים מהשעבוד הצף לזכותו, באשר לא הוצג מכתב החרגה מתוקן. לטענת המפרק, מימוש מניות ליטו על ידי הבנק נעשה קודם התיקון לחוק ועל כן אין מקום להחילו באופן רטרואקטיבי. עוד נטען כי אין לעניין אובזילר נפקות לענייננו, שכן דעת הרוב בפסק הדין נסמכה על סעיף 17(4) לחוק המשכון ולא על סעיף 17(3) שאליו הפנה הבנק.

הכונס הרשמי הצטרף לעמדת המפרק לפיה לא נוצר כלל הסכם משכון בין הבנק לבין החברה, ועל כן גוברת זכותו של המפרק.

דיון והכרעה

9. המחלוקת בין המפרק לבנק היא אם נוצר משכון על מניות ליטו לזכות הבנק, ובהנחה שנוצר משכון, האם זכותו של הבנק עדיפה על זכותו של המפרק.

שלושה מונחים משמשים אותנו בתהליך המישכון: שלב יצירת המשכון, שלב שכלולו ושלב מימושו. סעיף 3 לחוק המשכון קובע כי מישכון נוצר בהסכם בין החייב

לבין הנושה. שיכלול המשכון נועד להעניק תוקף למשכון כלפי נושים אחרים של החייב, ובכך עוסק סעיף 4 לחוק המשכון עליו נעמוד בהמשך.

אקדים ואומר כי הגעתי למסקנה כי הצדדים אכן נתכוונו ליצור הסכם משכון, אלא שבפועל לא נוצר הסכם למשכון מניות ליטו. עם זאת, נוכח כוונת הצדדים ותחילת ביצוע של ההסכם, ונוכח הסעיף הכללי בחוברת התנאים הכלליים, הייתי נכון להכיר במעין "תחליף משכון" בין הבנק לבין החברה שתוקפו ביחסים הפנימיים ביניהם ומכוחו רשאי היה הבנק להיפרע ממניות ליטו. דא עקא, שהבנק נכשל בשלב שכלול המשכון, ובהיעדר רישום של המשכון ברשם החברות, המפרק גובר על הבנק.

אפתח בנושא הראשון של יצירת המשכון.

האם נוצר הסכם משכון בין הבנק לבין החברה?

10. בין נסקר לבין הבנק נחתם הסכם הלוואה ושטר משכון ניירות ערך לגבי מניות ליטו. מסמכים אלה לא נחתמו בין הבנק לבין החברה עם העברת החלק היחסי של החוב של נסקר ושל מניות ליטו אל החברה.

כאמור, למרות זאת, טוען הבנק כי נוצר הסכם משכון בינו לבין החברה, באשר הסכם ליצירת משכון אינו חייב להיות בהכרח בכתב. לשיטת הבנק, המסמכים המעידים על כוונת החברה והבנק להתקשר בהסכם למשכון מניות ליטו הם: טופס הבקשה לפתיחת חשבון והחברות; מסמך בקשת האשראי; ומכתב ההסכמה שהתקבל מבנק הפועלים. לטענת הבנק, על אף שהחברה אינה חתומה על החברות, הרי שטופס פתיחת החשבון מפנה אליהן, ומהן ניתן ללמוד על הסכמת הצדדים ליצור משכון על המניות. זאת, באשר סעיף 11 לחוברת תנאים כלליים לפתיחת חשבון, מגדיר "זכות עכבון" – לרבות זכויות שעבוד, משכון, חזקה, עכבון ה-BANKERS' LIEN וקיצוץ". הסעיף קובע כי לבנק תהיה זכות עכבון כהגדרתה לעיל, על כל נכס המגיע ו/או שיגיע ללקוח מאת הבנק בצורה כלשהי וממקור כלשהו.

11. איני סבור כי ניתן לראות במסמכים אלה הסכם ליצירת משכון על מניות ליטו.

המסמכים עליהם הסתמך הבנק אכן מעידים כי היה מתווה במסגרתו בעלי המניות של נסקר נטלו על עצמם את החוב של נסקר באופן יחסי, ובמקביל, חילקו ביניהם באופן יחסי את מניות ליטו שהוחזקו על ידי נסקר. אולם בהיעדר הסכם משכון

בכתב, על הבנק נטל ראייתי מוגבר להוכיח כי אכן נוצר הסכם משכון במסגרתו החברה משכנה לזכותו את מניות ליטו כערובה להלוואה.

הסכם ליצירת משכון, ככל הסכם חוזי אחר, צריך לקיים את דרישות גמירות הדעת ומסוימות. העדר חתימה של החברה על חוברת התנאים הכלליים פוגע ברכיב גמירות הדעת. הסכם משכון ללא חתימה אינו הולם מהלך עסקים רגיל של תאגיד בנקאי אשר בהיותו "נושה מקצועי" תורתו-אומנותו ביצירת שעבודים ורישומם כדין. אי החתימה במקרה דנן, מגבירה את הספק לגבי גמירות דעת החברה לכרות הסכם משכון.

12. אולם, לצורך הדיון, אני נכון להתעלם מכך שהחברה לא חתמה על חוברת התנאים הכלליים, ואניח כי די בהפנייה אל החוברת בטופס פתיחת החשבון. ברם, האזכור הכללי של משכון ב"הוראת הסל" בסעיף 11 של החוברת הלא חתומה, ללא הפירוט המקובל הנוגע לתנאי המשכון, אינו מספק על מנת לקבוע כי מרכיב המסוימות בחוזה התקיים. מהמסמכים שהציג הבנק איננו יכולים ללמוד דבר לעניין טיב ההתקשרות בין הצדדים, כגון סוג הנכס הממושכן, הגבלות אשר חלות על הממשכן לגבי הנכס הממושכן, האם חל המשכון על פירות הנכס, התנאים למימוש המשכון ודרך המימוש, ושאר עניינים שנוהגים צדדים להסדיר ביניהם בהסכמי משכון.

איננו צריכים להרחיק עדותנו. כאשר המניות של ליטו הוחזקו על ידי נסקר, הבנק טרח לערוך הסכם הלוואה והסכם שטר משכון ניירות ערך, וטרח לרשום את המשכון. בכך גילה הבנק דעתו מה היא הדרך הנוהגת אצלו לצורך יצירת שעבודים בכלל ושעבוד על מניות בפרט.

קבלת טענת הבנק כי די בחתימה על טופס פתיחת חשבון - אשר מפנה בתורו לחוברת התנאים הכלליים על "הוראת הסל" הכללית בסעיף 11 בה - כדי ליצור הסכם משכון על כל פרטיו ודקדוקיו, משמעה כי אין כלל צורך לערוך הסכמי משכון בין בנק ללקוח. קשה להלום כי סעיף סל כמו סעיף 11 הנ"ל, הכתוב באותיות טל ומטר בין עשרות סעיפים, די בו כדי ליצור הסכם משכון על נכס ספציפי. שאם תאמר כן, מדוע נוהגים הבנקים להחתים את לקוחותיהם על הסכמי משכון? מדוע כאשר לקוח של בנק נוטל מבנק הלוואה למימון רכישת רכב, הבנק דואג להחתימו על מסמכי שעבוד הרכב ואינו מסתמך על הסעיף הכללי בטפסי פתיחת החשבון? אין לי אלא להסכים עם מסקנתו של בית משפט קמא, כי לא די בהוראה גורפת הכוללת בתוכה כל זכות

אפשרית, כדי ללמד על כוונה ספציפית ומשתמעת של הצדדים ליצור משכון על נכס ספציפי, במקרה דנן, מניות ליטו.

13. אני נכון להניח כי היה בכוונת הבנק לערוך הסכם משכון כדת וכדין עם החברה, באשר לשיטתו, אין זה סביר להעמיד הלוואה לחברה בסכום של כ- 1.9 מיליון ש"ח ללא בטוחה מתאימה, מה עוד שבשעתו רשם משכון על מניות ליטו מתוקף ההסכם עם נסקר. אלא שהיא הנותנת כי הבנק התרשל או טעה בכך שלא הוציא את כוונתו אל הפועל. צא ולמד כי יש מצבים בהם בנק עורך הסכם שעבוד על כל פרטיו ודקדוקיו, חתום כדת וכדין על ידי הצדדים, אך מאבד את בטוחתו בשל טעות טכנית כמו איחור ברישום השעבוד ברשם החברות. על אחת כמה וכמה במקרה דנן, שאפילו לא נוצר הסכם משכון ספציפי, ולא ניתן להסתמך על סעיף כללי נוסח סעיף 11 הנ"ל כדי ליצור הסכם משכון יש מאין.

14. ודוק: לסעיף הכללי בדבר זכות השעבוד והמשכון שיש לבנק על כל נכס של הלקוח, יש נפקות ביחסים הפנימיים בין הבנק לבין הלקוח. הסעיף הכללי עשוי להועיל לבנק לגבי תיק ניירות הערך של הלקוח, שהרכבו עשוי להשתנות חדשות לבקרים, והוא מאפשר לבנק להיפרע מניירות הערך מקום בו הלקוח אינו פורע את האשראי השוטף שהבנק העמיד ללקוח. כך, בע"א 5807/91 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' הוד אווז משחטה לאווזים והודים בע"מ (2.3.94) (להלן: עניין הוד אווז), הכיר בית המשפט במכירת ניירות ערך על ידי הבנק לסילוק חוב הלקוח טרם מתן צו הפירוק, מכוח סעיף העכבון והשעבוד ב"הסכם ותנאי עסק כלליים" שנחתם על ידי החברה (בדומה נפסק גם בת"א (ת"א) 116/92 כל-חי עופר רייכמן בע"מ (בפירוק) בנק דיסקונט לישראל בע"מ (17.5.95) (להלן: עניין רייכמן)). אציין כי מאחר שהמכירה בעניין הוד אווז נעשתה לפני מתן צו הפירוק, בית המשפט לא נדרש בפסק דינו הקצר לשאלת התחרות בין הבנק לבין המפרק כמו במקרה שבפנינו.

במצב הדברים הרגיל, הבנקים נוהגים להחתים את הלקוח על טופס תנאים כלליים לפעילות בניירות ערך, כאשר בעל החשבון רשאי לפעול באופן שוטף ולמכור את כל ניירות הערך בתיק ההשקעות שלו, מבלי לקבל את הסכמת הבנק תוך שהוא רשאי לעשות בתמורה כרצונו. במקרים בהם הוסכם ספציפית בין הלקוח לבין הבנק כי חשבון ניירות הערך ישועבד להבטחת מסגרת האשראי שניתנה ללקוח, אזי במצב הדברים הרגיל נחתם בין הלקוח לבין הבנק מסמך נוסף, הוא שטר משכון ניירות ערך להבטחת מסגרת האשראי, המאפשר לבנק לממש את ניירות הערך הממושכנים. שטר

כאמור כולל, ברגיל, את כל ניירות הערך הרשומים או שיהיו רשומים לזכות החברה בחשבון ניירות הערך מעת לעת.

[במאמר מוסגר: שאלה היא, אם ניתן ליצור משכון קבוע-ספציפי על ניירות ערך לא ספציפיים המתחלפים מעת לעת, מעין "שעבוד שוטף" על המניות. שאלה זו אינה נדרשת במישרין לענייננו, משלא נחתם הסכם משכון במקרה דנן. עם זאת, ומבלי לקבוע מסמרות, אביע דעתי כי ראוי ורצוי להכיר בשעבוד קבוע מעין זה על תיק מניות, גם אם "תוכנו" והרכבו של התיק משתנה מעת לעת ואף עשוי להתאפס:

"... במקרה השכיח בפרקטיקה, מנהלת חברה 'חשבון ניירות ערך' בבנק פלוני, והלה מוכן להלוות לה סכומים שונים בהסתמך על ניירות הערך כבטוחה. לשני הצדדים הבנק והחברה החייבת, יש אינטרס לשמור על המוביליות של ניירות ערך, על האפשרות למוכרם בבורסה... הצורך בהסרת השעבוד מנייר ערך ממושכן לפני מכירתו, ורישום שעבוד על נייר ערך חדש, הופך את רישום השעבוד בדרך הרגילה לבלתי מעשי.

בשל הקשיים האמורים, נהוג לשעבד את חשבון ניירות הערך כיחידה אחת ולא ניירות ערך ספציפיים שברשותה של החברה החייבת. הנכס המשועבד אינו נייר ערך ספציפי, אלא כלל ניירות הערך המצויים בחשבון מסויים. דרך זו מאפשרת לרשום את השעבוד פעם אחת בלבד, בלא צורך לשנותו כל אימת שמוחלפים ניירות ערך בחשבון.

שעבוד בדרך זו החל על קרן מסויימת שמרכיביה עשויים להשתנות, מזכיר במידה רבה את איפיוני השונים של השעבוד הצף. ראיית ההסכם כשעבוד צף פוגעת כמובן בעוצמתה של הבטוחה העומדת לרשות הבנק. אולם דומה, שלאור הלכת Siebe Gorman, שעבוד 'חשבון ניירות ערך' עשוי להתפרש כשעבוד קבוע. הנכסים המשועבדים נחלפים, ואולם לבנק הנושה יש מידה רבה של פיקוח על הרכבו של התיק ושוויו" (שלום לרנר שעבוד נכסי חברה 91 (1996) (להלן: לרנר) (הדגשה הוספה- י"ע)).

כן ראו, יחיאל בהט "עכבון בזכויות בפקדון הבנקאי- בטוחה לא בטוחה", שערי משפט ב(1) 17, 48 (תשנ"ט- 1998) (להלן: בהט עכבון בזכויות).

זאת, להבדיל מהסוגיה של שעבוד צף על נכסי יחיד, למשל, על מלאי המתחלף חדשות לבקרים. בסוגיה זו נפסק על ידי דעת הרוב ברע"א 65/06 עזבון המנוח דוד בר לבב נ' מנחם עצמון, עו"ד, פ"ד סב(4) 44 (2008), כי לא ניתן ליצור שעבוד צף על

נכסי יחיד. אציין כי מלומדי משפט תומכים באפשרות ליצור שעבוד שוטף גם על נכסים עתידיים של יחיד (לרנר, 183; ויסמן, 30, 33-35; בהט עכבון בזכויות, שם). גם על פי סעיף 5(א) לתזכיר הצעת החוק, ניתן יהיה לשעבד נכסים עתידיים, כמו מלאי מתחלף: "ניתן למשכן נכסים שיירכשו או יתקבלו בעתיד בידי החייב, לרבות נכסים שטרם באו לעולם".

15. ומהתם להכא. במקרה שבפנינו, לא רק שהבנק לא יצר שעבוד קבוע על מניות ספציפיות, הוא אף לא יצר שעבוד קבוע על תיק ניירות הערך של החברה (אזכיר כי שעבוד צף היה רשום לטובת בנק הפועלים). למרות זאת, אני סבור כי ניתן להכיר ב"סעיף סל" נוסח סעיף 11 הנ"ל, אשר הלכה למעשה, אמנם אינו מקנה לבנק את הזכויות הרגילות של בעל משכון, אך עדיין מאפשר לבנק להיפרע בדרך אפקטיבית מתיק ניירות הערך של הלקוח, לכיסוי חובו של הלקוח כלפי הבנק. מבחינה זו ניתן לראות את "סעיף הסל" הנ"ל כמעין-משכון, באשר הוא מאפשר לבנק להשיג ביחסים הפנימיים בינו לבין הלקוח את המטרה שבבסיס מוסד המשכון, של פרעון החוב בדרך של מימוש הנכס הממושכן.

כך עולה מעניין אובזילר, שם נדונה השאלה האם רשאי בנק לממש בעצמו מניות בתיק ניירות ערך של בעל חשבון בבנק. נושא יצירת השעבוד לא נדון כלל בפסק הדין ולא נתעוררה שאלת תוקפו של השעבוד כלפי נאמן או נושים אחרים של הלקוח. בית המשפט יצא מנקודת הנחה, שלא הייתה שנויה במחלוקת, כי השעבוד נוצר מכוח סעיף כללי במסמכי פתיחת החשבון, אשר בדומה לסעיף 11 בחוברת התנאים הכלליים במקרה שבפנינו, קבע כי "כל היתרות שיעמדו בכל זמן שהוא לזכות הלקוחות, יתרות כספיות, ניירות ערך, שטרות, שיקים, מסמכים שונים וכל דבר אחר, יהיו וייחשבו ממושכנים ומשועבדים לזכות הבנק.....".

סעיף כללי מעין זה רלבנטי אפוא לתיק ניירות ערך ולמסגרת האשראי שבנק מעמיד ללקוחו. אך אין בכוחו של "סעיף סל" כזה כדי ליצור שעבוד ספציפי במקרה דנן, באשר לא בשעבוד על תיק ניירות ערך כנגד אשראי שוטף עסקינן, אלא בשעבוד של מניות מסוימות (מניות ליטו) כנגד הלוואה ספציפית. ושוב, איננו צריכים להרחיק עדותנו ודי אם נבחן את הדרך בה פעל הבנק כאשר העניק לנסקר את הלוואה בסך 4.5 מליון ₪ שנועדה לרכישת מניות ליטו. בין הבנק לבין נסקר נחתם הסכם הלוואה והסכם שעבוד ספציפי שכותרתו "שטר משכון ניירות ערך", אליו צורף נספח המגדיר את ניירות הערך הממושכנים: שם נייר הערך, סוג נייר הערך, הערך הנקוב של נייר הערך וכמות נייר הערך (2,436,218 מניות רגילות של ליטו בערך הנקוב). די לעיין

בתנאים המפורטים בשטר המשכון שם, כדי לעמוד על ההבדלים הרבים בין שעבוד ספציפי מעין זה לסעיף הסל הכללי בחוברת התנאים הכלליים המצורפת לטופס פתיחת החשבון. כך, לדוגמה, סעיף 8 לשטר המשכון אוסר על הלקוח הממשכן ליצור כל משכון או שעבוד אחר על ניירות הערך הממושכנים, וסעיף 10 לשטר אוסר על הלקוח הממשכן להעביר או לפדות את ניירות הערך אלא אך ורק לאחר סילוק הסכומים המובטחים. במקרה דנן, הבנק העניק לחברה הלוואה של 1.9 מליון ₪ ואם רצה כי כנגד הלוואה זו החברה תשעבד לזכותו את החלק היחסי של מניות ליטו שהועבר אליה, היה עליו להחתים את החברה על אותה מערכת הסכמית כפי שנעשה בשעתו עם נסקר. משלא פעל הבנק בדרך זו, לא נוצר שעבוד ספציפי על המניות.

16. ברי כי הצדדים התכוונו ליצור שעבוד ספציפי על מניות ליטו, בהתאם למתווה לפיו החוב של נסקר והמניות של ליטו שבבעלות נסקר חולקו בשווה בין בעלי מניותיה. ברם, בשל טעות או התרשלות לא נערכו המסמכים הנדרשים ליצירת השעבוד, ונוצר מצב לפיו הבנק כבר העניק את הלוואה לחברה אך לא קיבל את השעבוד על מניות ליטו להבטחת הלוואה. ככל שהמחלוקת הייתה נותרת ביחסים הפנימיים בין החברה לבין הבנק, הייתי נכון לקבל טענת הבנק כי היה זכאי לממש את מניות ליטו נוכח כוונת הצדדים, ומשהבנק כבר מילא את חלקו בהסכם והעמיד את הלוואה לחברה.

אלא שבמקרה דנן חדר צד שלישי לתמונה והוא המפרק, אשר מייצג את הנושים האחרים של החברה. כפי שנראה להלן, אפילו בהנחה כי בין החברה לבנק נוצר הסכם משכון לגבי מניות ליטו – למרות שהמסמכים הנדרשים לשם כך לא נערכו ולא נחתמו – הרי שהסכם "נעלם" מעין זה אינו תקף כלפי המפרק.

האם המשכון השתכלל?

17. אקדים ואומר כי מאחר שענייננו בנכס ספציפי בדמות מניות של חברת ליטו, היה על הבנק לערוך הסכם משכון ספציפי ולרשום את ההסכם ברשם החברות על מנת לשכלל את המשכון, כפי שנעשה על ידו כאשר מניות ליטו הוחזקו על ידי נסקר.

הבנק הכביר בטיעונו לגבי שכלול ומימוש משכון של מניות הנסחרות בבורסה וטען לדין מיוחד החל על מניות אלה, ולזיקה בין שלב שכלולו של המשכון ומימושו. אעמוד להלן על הבעייתיות המיוחדת המתעוררת לגבי משכון נכס מסוג זה, כפי שעולה מפסק הדין בעניין אובזילר והתיקון לחוק המשכון.

18. סעיף 4 לחוק המשכון קובע כלהלן:

כוחו של המישכון כלפי נושים אחרים

4. כלפי נושים אחרים של החייב יהיה כוחו של מישכון יפה –

(1) בנכסים שיש לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לענין זה – בהתאם לאותן הוראות;

(2) בנכסים נדים ובניירות ערך שאין לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לענין זה והם הופקדו בידי הנושה או בידי שומר מטעם הנושה שאיננו החייב – עם הפקדתם כאמור וכל עוד הם מופקדים;

(3) בנכסים נדים ובניירות ערך שלא הופקדו כאמור ובכל מקרה אחר – עם רישום המישכון בהתאם לתקנות שהותקנו לפי חוק זה, אולם כלפי נושה שידע או היה עליו לדעת על המישכון יהיה כוחו של המישכון יפה אף ללא רישום.

סעיף 24 לחוק המשכון מגדיר "נושים אחרים של החייב" – לרבות הנאמן בפשיטת רגל של החייב, ואם היה החייב תאגיד בפירוק – המפרק.

לטענת הבנק, משכון של מניות הנסחרות בבורסה משתכלל בדרך של הפקדה, ומכאן שלא היה צורך לרשום את המשכון על מנת לשכללו כלפי המפרק.

19. בנקודה זו אומר מילים מספר לגבי הדרך של שכלול באמצעות הפקדה, שמשמעה, העברת הנכס הממושכן לחזקתו של הנושה. מבחינה היסטורית, שכלול משכון בדרך זו, קדם לשכלול באמצעות רישום. לדרך זו של שכלול המשכון יש מספר הצדקות. במישור היחסים שבין הממשכן-החייב לבין בעל המשכון-הנושה, העברת הנכס לחזקתו של הנושה משרתת את האינטרסים של הנושה, שיכול להיפרע בקלות מהנכס שברשותו אם החייב לא עומד בפירעון החוב. העברת הנכס לחזקתו של הנושה גם משרתת את התכלית של פומביות המשכון כלפי צדדים שלישיים, מאחר שהעברת החזקה בנכס יוצרת מצג כלפי צדדים שלישיים כי הבעלות בנכס היא של הנושה ולא של החייב.

עם זאת, שכלול המשכון בדרך של הפקדה מעורר קשיים לא מעטים. יש שהעברת הנכס לחזקתו של הנושה אינה משתלמת לחייב ואף חותרת תחת תכלית העסקה שלהבטחתה נעשה המשכון. כך, כאשר ניתוק הנכס הפיזי ממקומו כרוך בהשקעת משאבים גדולים או כאשר הנכס הממושכן משמש את החייב בפעילותו העסקית השוטפת. לדוגמה, חייב נוטל הלוואה לשם רכישת מכונה יקרה למפעלו ולהבטחת ההלוואה הוא משעבד את המכונה. ברי כי אם המכונה תועבר לחזקתו של הנושה-בעל המשכון, אין כלל טעם בביצוע העסקה. ובכלל, התפתחות חיי המסחר והמודרניזציה הביאה ליצירת סוג נוסף של "נכסים" לא מוחשיים, של "זכויות", כך שהעברה פיזית של נכס לרשותו של הנושה אינה רלוונטית. משעה שנכסים מסוג "זכויות" הפכו להיות הנכסים המרכזיים בעולם המודרני, הקנה חוק המשכון מעמד בכורה לשכלול השעבוד באמצעות רישומו במרשמים מסודרים כמו רשם המשכונות ורשם החברות. אציין כי בעוד שרישום המשכון נועד לפרטם את העובדה שנכס של החייב מושכן, הרי שהפקדת המשכון נועדה להצניע את העובדה כי לחייב בעלות בנכס הממושכן (יהושע ויסמן חוק המשכון תשכ"ז-1967 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי, תשל"ה) 105, 145 (להלן: ויסמן)).

האפשרות לשכלל משכון על ידי הפקדה הוגבלה על ידי המחוקק לסוג מסוים של נכסים. נכסים אלו הם "נכסים נדים וניירות ערך". סעיף 24 לחוק המשכון מגדיר "ניירות ערך" - תעודה, שטר או מסמך אחר המוצאים לפי דין או נוהג, לפקודה או למוכ"ז, ומקנים לאוחז את הזכות הנדונה בהם". הגדרה זו של "ניירות ערך" בחוק המשכון אינה זהה להגדרת "ניירות ערך" בחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק ניירות ערך), ואינה זהה להגדרת "נייר ערך" בחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות) כלהלן: "לרבות מניה, איגרת חוב, או זכויות לרכוש, להמיר או למכור כל אחת מאלה, והכל בין אם הן על שם ובין אם הן למוכ"ז". משמע כי לא כל נייר ערך ניתן לשכלול באמצעות הפקדה, ועל כן נדרשים אנו לברר לאיזה סוג של ניירות ערך התכוון המחוקק.

המבחן לאפיונו של נייר ערך הניתן לשכלול באמצעות הפקדה הינו מבחן ה"זכות המגולמת במסמך". דהיינו, כאשר הזכות המובטחת באותו נייר ערך מתמזגת עם המסמך עצמו, כך שהמסמך והזכות חד הם ולא ניתן להפריד בין המסמך המעיד על קיומה של הזכות לבין הזכות המגולמת בו. במקרה כאמור, המסמך אינו מהווה רק ראייה לקיומה של הזכות אלא הוא חלק בלתי נפרד ממנה. לכן, ניירות ערך שהזכות מוחפצת בהן, כמו שטר מניה למוכ"ז, דומים באפיונם למיטלטלין ולפיכך משכונם

ניתן לשכלול באמצעות הפקדה (ראו נינה זלצמן ועופר גרוסקופף מישכון זכויות -191 184 (2005) (להלן: זלצמן וגרוסקופף)).

לאור הגדרה זו, הבחינו זלצמן וגרוסקופף בין מניות למוכ"ז, מניות על שם ומניות הנסחרות בבורסה. "מניות על שם" אינן נכללות בהגדרת "ניירות ערך" שבסעיף 24 לחוק המשכון, מאחר שבמניות מסוג זה, בעל המניה אוחז בתעודת מניה (בניגוד לשטר מניה למוכ"ז), אשר משמשת כראיה לזכותו אך אינה מגלמת את הזכות, את המניה עצמה, בבחינת "זכות המגולמת במסמך". במניות על שם, הזכות נפרדת אפוא מהמסמך הפיזי המתאר אותה, מניה מסוג זה אינה בעלת אפיון של מיטלטלין ולפיכך אינה ניתנת לשכלול באמצעות הפקדה (זלצמן וגרוסקופף, 133-136; הדרה בר-מור דיני תאגידים כרך ב' (2007) 255-256).

הנה כי כן, לפנינו שלושה סוגי מניות: מניות למוכ"ז, מניות על שם ומניות הנסחרות בבורסה. האם דינן של מניות הנסחרות בבורסה כדין מניות למוכ"ז אשר ניתנות לשכלול באמצעות הפקדה, או כדין מניות על שם, שלא ניתנות לשכלול באמצעות הפקדה, והדרך לשכללן היא באמצעות רישום בלבד? לטעמי, יש לילך בדרכם של זלצמן וגרוסקופף לפיה לא ניתן לשכלל מניות הנסחרות בבורסה בדרך של הפקדה. משכך, יש צורך ברישום השעבוד, וזכותו הנטענת של הבנק ניגפת מפני המפרק, באשר משכון שלא השתכלל אין כוחו יפה כלפי "נושים אחרים של החייב" כאמור בסעיף 4 לחוק המשכון (לדעה אחרת, לפיה יש לראות את ניירות הערך הנסחרים בבורסה כמשכון מופקד, ראו פסק הדין בעניין רייכמן בבית המשפט המחוזי). אנמק להלן את מסקנתי.

20. בפסק הדין בעניין אובזילד, עומד השופט אנגלרד על דרך ההחזקה והרישום של מניות הנסחרות בבורסה. המניות נרשמות על שם חברה לרישומים המוגדרת בסעיף 1 לחוק ניירות ערך כ"חברה שעיסוקה היחיד הוא החזקת ניירות ערך בעד אחרים וכן כל תאגיד אחר שקבע שר האוצר בהתייעצות עם הרשות" (כך, למשל, יש חברה לרישומים בבעלות בנק הפועלים, חברה לרישומים בבעלות בנק לאומי וכו'). החברה לרישומים נרשמת במרשם בעלי המניות כבעלת המניות, והיא רשאית לקבל תעודה מהחברה המנפיקה המעידה על מספר המניות וסוג המניות הרשומות על שמה במרשם בעלי המניות של החברה (סעיף 178(ב) לחוק החברות). החברה לרישומים מחזיקה את המניות בנאמנות לטובת הבנק-חבר הבורסה אשר מחזיק את המניות בנאמנות לטובת רוכש המניה. הסדר זה בא להקל על המסחר בבורסה ועל ניהול מרשם בעלי המניות אצל החברה, בכך שהוא מאפשר פעולות מכירה וקניה של מניות מבלי שהרישום

במרשם בעלי המניות בחברה המנפיקה משתנה, שכן הרישום נשאר על שם החברה לרישומים, והשינוי ברישום בא לידי ביטוי בקצה השרשרת בחשבונות הלקוחות המוחזקים בנאמנות על ידי חברי הבורסה (ראו יוסף גרוס חוק החברות החדש 221-222 (מהדורה רביעית, 2007)). במילים אחרות, המסחר מתנהל בדרך של רישום לזכותם או לחובתם של הבנקים והברוקרים המוכרים וקונים בספרי החברה לרישומים באמצעות מסלקת הבורסה, כאשר המכירות והקניות נעשות עבור כלל הקונים והמוכרים, ובסופו של דבר, נזקפות המניות לזכות/לחובת קונה/מוכר מסוים על ידי רישום בספריו של הבנק או הברוקר (ראו שלמה כרם חוק הנאמנות, תשל"ט-1979 156-157 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת טדסקי, מהד. 4 1995). מסעיף 177(1) לחוק החברות אנו למדים כי הרישום על שם החברה לרישומים אינו פוגע בזכות הבעלות של רוכש המניה:

בעל מניה בחברה ציבורית

177. בעל מניה בחברה ציבורית הוא כל אחד מאלה:
- (1) מי שלזכותו רשומה אצל חבר בורסה מניה ואותה מניה נכללת בין המניות הרשומות במרשם בעלי המניות על שם חברה לרישומים;
 - (2) מי שרשום כבעל מניה במרשם בעלי המניות;
 - (3) מי שאוחז בשטר מניה.

מכאן, שיש לראות את החברה לרישומים כחוליה בשרשרת הנאמנויות אשר בקצה השרשרת נמצא בעל המניה שהינו בעל הזכות הקניינית בה. לולא הסדר זה, ניתן היה לסבור כי זכותו של בעל מניה הנסחרת בבורסה היא זכות אובליגטורית בלבד, זכות חוזית לקבלת המניה מידי חבר הבורסה. ההוראות בחוק החברות מבהירות כי הזכות הקניינית היא של רוכש המניה ומוחזקת בנאמנות על ידי החברה לרישומים. כך עולה מפורשות גם מהוראת סעיף 132(א) לחוק החברות הקובעת כלהלן:

חברה לרישומים

132. (א) בחברה שמניותיה רשומות למסחר בבורסה בישראל ניתן לרשום במרשם בעלי המניות, נוסף על האמור בסעיף 130(א)(1), גם חברה לרישומים, ואולם חברה לרישומים לא תיחשב לבעלת מניות בחברה, והמניות על שמה הן בבעלות הזכאים להן כאמור בסעיף 177(1).

ההסדר של רישום על שם חברה לרישומים הוא הסדר וולונטרי בלבד, ורוכש המניה רשאי לדרוש להירשם כבעל המניה במרשם בעלי המניות במקום החברה לרישומים, כאמור בסעיף 177(2).

בנקודה זו נחזור לחוק המשכון. מסקירת האמור לעיל עולה כי אין לראות מניות הנסחרות בבורסה בגדר "נייר ערך" כהגדרת מונח זה בסעיף 24 לחוק המשכון. בדומה למניות על שם, גם מניה הנסחרת בבורסה היא מסמך המהווה ראייה בלבד לקיומה של הזכות, אך אינו מגלם את הזכות עצמה, בין אם המניה רשומה על שמה של חברה לרישומים ובין אם על שמו של רוכש המניה. בשל כך, משכון על מניה הנסחרת בבורסה אינו יכול להשתכלל באמצעות הפקדה אלא באמצעות רישום (זלצמן וגרוסקופף, 136-138).

21. במאמר מוסגר: ההפקדה בחוק המשכון משמעה העברת החזקה בנכס לידי הנושה, וכידוע, "החזקה שלא מכוח בעלות" יוצרת יחס של שמירה כאמור בסעיף 1 לחוק השומרים, התשכ"ז-1967 (להלן: חוק השומרים). נושה שמחזיק במשכון מופקד נחשב לשומר שכר אשר המטרה של שמירת הנכס טפלה למטרה העיקרית של החזקתו, וככזה, הוא פטור מאחריות אם אבדן הנכס או נזקו נגרמו שלא ברשלנותו לפי סעיף 2(ב) סיפא לחוק השומרים (ע"ש (מחוזי י-ם) 195/97 היועמ"ש נ' בל"ל בע"מ, פ"מ תשס"ג(1) 481, 569 (2004)). כאשר בתיק ניירות ערך עסקינן, הפסיקה ראתה את הלקוח כבעלים-מפקיד של ניירות הערך ואת מעמדו של הבנק כשומר (ע"א 5293/90 בנק הפועלים בע"מ נ' שאול רחמים בע"מ, פ"ד מז(3) 240 (1983); ע"א 1967/90 גיברשטיין נ' גיברשטיין, פ"ד מו(5) 661 (1992)). עם זאת, הדעה המקובלת היא כי ה"נכס" מושא השמירה על פי חוק השומרים אינו יכול להיות זכויות לא מוחשיות כמו מניה (שירלי רנר חוק השומרים 45-46 (פירוש לחוקי החוזים מיסודו של ג. טדסקי, 1998)). יש הגורסים כי ניתן ליצור יחס של שמירה גם לגבי זכויות לא קורפורליות, אך גם לשיטתם נראה שחוק השומרים נתכוון לחול על נכסים מוחשיים בלבד (יהושע ויסמן "שמירת נכסים" מחקרי משפט טז 277, 279-280 (תשס"א)). מכל מקום, יש להבחין בין "החזקה" בחוק השומרים, שמשמעה שליטה מעשית על הנכס, יכולת לפקח על הנכס ולשמור עליו (ע"א 46/75 מדינת ישראל נ' לבנשטיין, פ"ד ל(1) 716 (1976)), לבין "הפקדה" בחוק המשכון, אשר אינה חלה על כל נכס הניתן להחזקה במונח של שליטה ופיקוח, אלא מוגבלת אך ורק לנכס נד וניירות ערך כהגדרתם בחוק המשכון. לכן, אף אם נראה את הבנק כ"שומר" של ניירות ערך בחשבון, אין בכך כדי לקבוע כי המניות "הופקדו" אצלו במשמעות הנדרשת לצורך שכלול המשכון (להבחנה בין מושג "החזקה" בהקשרים שונים ראו יהושע ויסמן "החזקה" מחקרי משפט טו 8, 26 (1999)). אפשרות אחרת היא, שלא לראות את הבנק כשומר של ניירות הערך אלא כנאמן של הלקוח. אזכיר כי בגלגול הקודם של תיק זה בבית משפט זה, כנזכר לעיל, בית המשפט אכן ראה את הבנק כנאמן ולא כשומר.

22. למרות האמור לעיל, טען הבנק כי בניגוד למניות על שם, מניות הנסחרות בבורסה ניתנות לשכלול באמצעות הפקדה. זאת, לאור התיקון של סעיף 17(3) לחוק המשכון, דעת המיעוט בפסק הדין בעניין אובזילר שהביאה לתיקון, וההוראות בתזכיר הצעת חוק המשכון.

על מנת לעמוד על טענות הבנק, אעשה אתנחתה בדרכנו, ואסקור את פסק הדין בעניין אובזילר ואת התיקון לחוק המשכון. לשם כך, נעמיד נגד עינינו את הוראות החוק הרלבנטיות.

סעיף 17 לחוק המשכון, בנוסחו טרם התיקון, קבע כלהלן:

דרכי מימוש

17. מימוש המשכון יהיה על פי צו בית המשפט, אולם

-
- (1) במשכון שיש לגביו בדין אחר הוראות מיוחדות לענין זה יהיה המימוש בהתאם לאותן הוראות;
 - (2) במשכון שהופקד כאמור בסעיף 4(2) או שנרשם כאמור בסעיף 4(3) יכול שהמימוש יהיה על פי צו ראש ההוצאה לפועל;
 - (3) במשכון שהופקד כאמור בסעיף 4(2) והוא משמש ערובה לחיוב המגיע למוסד בנקאי כמשמעותו בחוק בנק ישראל, תשי"ד-1954, יכול שהמימוש יהיה על ידי המוסד עצמו ללא צו כאמור;
 - (4) במשכון שהוא זכות יכול שהמימוש יהיה כאמור בסעיף 20.

וסעיפים 19 (א) ו-20 לחוק המשכון קובעים כלהלן:

דרך המימוש על-ידי גוף מוסדי

19. (א) מימוש של משכון כאמור בסעיף 17(3) יהיה במכירה בדרך מקובלת בשוק שבו נמכרים נכסים מאותו סוג, ובאין שוק כזה – בדרך מסחרית סבירה.

מימוש זכות שמושכנה

20. מושכנה זכות שיש לחייב כלפי אדם אחר, רשאי הנושה לממשה כשם שהחייב היה יכול לממשה; הוא רשאי לעשות כן אף אם חל המועד לקיום הזכות לפני המועד לקיום החיוב המובטח; והכל באין קביעה אחרת בהסכם המישכון.

23. בעניין אובזילד נדונה השאלה האם רשאי בנק לממש – בלא צו בית משפט או צו של ראש ההוצאה לפועל – מניות שיש לבעל חשבון בבנק, הרשומות על שמה של חברת רישומים. פסק הדין דן בשני מקרים בהם מימש הבנק מניות הנסחרות בבורסה, שנרכשו לתיק ההשקעות של הלקוח באמצעות הבנק, לשם כיסוי חובו של הלקוח בחשבון העו"ש. בשני המקרים, המניות היו רשומות על שמה של חברת רישומים ובשני המקרים נקבע על ידי בית המשפט המחוזי כי הבנק רשאי היה לנקוט בדרך של מימוש עצמי. באחד המקרים, נקבע כי יש לראות את הבנק כזכאי למימוש עצמי של המניות בהיותן בגדר משכון ניירות ערך שהופקדו. במקרה השני נקבע כי יש לראות את הבנק כמי שנקט בדרך של מימוש עצמי לגבי משכון שהוא זכות, על פי סעיף 17(4) לחוק המפנה לסעיף 20 לחוק, אשר משווה את מעמדו של הנושה-בעל המשכון, למעמדו של החייב-בעל הזכות האובליגטורית.

הנשיא ברק, אליו הצטרפה השופטת פרוקצ'יה, קבע כי יש לבכר את הדרך השניה, בהעירו כי הדרך הראשונה מעוררת קושי. זאת, בעיקר בשל השאלה - אותה הותיר בצריך עיון - אם ניתן לראות את המניות הרשומות על שם חברת רישומים, בגדר "ניירות ערך" כהגדרתם בחוק המשכון. נקבע כי לבעלי החשבון בבנק הייתה זכות אובליגטורית להירשם כבעלי המניות במרשם בעלי המניות של חברה פלונית ועמדה להם הזכות ליתן בכל עת הוראה למימוש הערך הכלכלי של המניה. זכות אובליגטורית זו מושכנה לבנק, שהיה רשאי לממש את המשכון בעצמו, בהיות המשכון זכות, אחת הדרכים למימוש היא מכירת הזכות וכך פעל הבנק. אציין כי למרות שפסק הדין בעניין אובזילד ניתן לאחר שחוק החברות נכנס לתוקף, הנשיא ברק ניתח את הסוגיה על פי המצב המשפטי ששרר קודם לכן, בתקופה הרלבנטית למקרה, ומשהגיע למסקנה כי זכותו של בעל מניה הנסחרת בבורסה היא זכות אובליגטורית, החיל את דרך המימוש הקבועה בסעיף 20 לחוק המשכון. כאמור, מסעיפים 177 ו-132 לחוק החברות עולה כי נשמרת לבעל מניה הנסחרת בבורסה והרשומה אצל חברה לרישומים, זכות קניינית במניה.

השופט אנגלרד, בדעת מיעוט, סבר כי אין להחיל את סעיפים 17(4) ו-20 לחוק המשכון, בין היתר, מן הטעם שאין לראות את בעל המניה כבעל זכות אובליגטורית. זאת, מאחר שהחברה לרישום מחזיקה במניות הנסחרות בבורסה בנאמנות, כחוליה אחת בשרשרת הנאמנויות לטובת הלקוח, ויחסי הנאמנות הם במהותם בעלי אופי קנייני, כאשר הבעלות במניה נותרה אצל בעל החשבון, כפי שעולה גם מסעיף 177(1) לחוק החברות שנזכר לעיל.

לגישתו של השופט אנגלרד, זכותו של הבנק למימוש עצמי אמורה להיות מעוגנת בסעיף 17(3) בשילוב הוראות סעיפים 4(2) ו-19 לחוק המשכון. השופט אנגלרד עומד על הרציונל של הפקדת המשכון, שמטרתו למנוע הטעיית נושים אחרים העשויים לסמוך על הימצאותו של הנכס הממושכן ברשותו של החייב. לדעתו, חשש כזה במקרה של מניית בורסה הוא רחוק מאוד, משום שהתעודה אינה מצויה כלל בידי החייב, ואף יש להניח כי העובדה שתיק ההשקעות שלו משועבד לקו אשראי של הבנק, ידועה ברבים. כאשר מדובר במנייה הנסחרת בבורסה, המימוש העצמי של המשכון על ידי הבנק מתאפשר ללא חדירה לרשות החייב, כי המניה נמצאת ממילא ברשותו של הבנק המרכז (הכוונה לבנק המרכז את ההנפקה לטובת מסלקת הבורסה). דרך זו של מימוש עצמי מעודדת את יעילות המערכת הבנקאית ומערכת מתן ההלוואות והקצאת האשראי. זאת, באשר הבנקים חייבים לעתים לממש משכון במהירות והשמירה על נזילות הבנק מחייבת מימוש מיידי, במיוחד לגבי מניות הנסחרות בבורסה, ששוויין משתנה מדי יום ביומו על פי תנודות המסחר. לכן, מבחינת רציונל הדברים, סבר השופט אנגלרד כי זכות הבנק למימוש עצמי צריכה להיות מעוגנת בסעיף 17(3) לחוק. דא עקא, שהמחוקק לא נתן דעתו על מניות הנסחרות בבורסה, אלא על נייר ערך שהוא לפקודה או למוכ"ז. קיימת בעייתיות להחיל את הוראת סעיף 17(3) על מניות הבורסה נוכח מאפייניה, ועל כן לא ניתן לראותה בגדר "נייר ערך" כהגדרתו בחוק המשכון. אין מדובר במניה למוכ"ז, ואף אין לראותה כמניה "לפקודה", באשר האוחז במניה הוא הבנק המרכז שאין לו זכות כלשהי במניה. גם "ההפקדה" לידי הבנק המרכז אינה מונעת מהחייב לסחר את המניה באופן חופשי באמצעות המסחר בבורסה. השופט אנגלרד עמד על כך שהמחוקק לא נתן דעתו בחוק המשכון על המקרה של מניה הנסחרת בבורסה, אך מדובר בלאקונה ולא בהסדר שלילי. לכן, אמנם אין תחולה ישירה לסעיף 17(3), אך ניתן להקיש ממנו למניה הנסחרת בבורסה, ומכאן שהבנק-הנושה היה זכאי לממש את מניית הבורסה הממושכנת במימוש עצמי ללא צו בית המשפט, בדרך הקבועה בסעיף 19 לחוק המשכון.

24. מפסק הדין בעניין אובזילר עולה כי כל השופטים היו בדעה שמנייה הנסחרת בבורסה אינה בגדר "נייר ערך" כהגדרתו בסעיף 24 לחוק המשכון, וממילא, אינה בגדר נכס ששכלול המשכון לגביו יכול להיעשות בדרך של הפקדה על פי סעיף 4(2) לחוק המשכון (השוו, ד"ר יחיאל בהט חברות החוק החדש והדין לאחר תיקון 16, כרך ב' (מהדורה 12, 2011) 44 ה"ש 50 (להלן: בהט חברות); בהט עכבון בזכויות, 43-40).

בעקבות פסק דין אובזילר, תוקן חוק המשכון (תיקון מס' 1 משנת 2005) וזה נוסחו דהיום של סעיף 17 לחוק:

דרכי המימוש

17. מימוש המשכון יהיה על פי צו בית המשפט, אולם

-
- (1) במשכון שיש לגביו בדין אחר הוראות מיוחדות לענין זה יהיה המימוש בהתאם לאותן הוראות;
- (2) במשכון שהופקד כאמור בסעיף 4(2) או שנרשם כאמור בסעיף 4(3) יכול שהמימוש יהיה על פי צו ראש ההוצאה לפועל;
- (3) במשכון שהופקד כאמור בסעיף 4(2) והוא משמש ערובה לחיוב המגיע לגוף מוסדי, וכן במשכון ניירות ערך, יכול שהמימוש יהיה על ידי הגוף המוסדי עצמו ללא צו כאמור;

בפסקה זו –

”גוף מוסדי” – כל אחד מאלה:

- (1) תאגיד בנקאי כהגדרתו בחוק הבנקאות (רישוי), התשמ”א-1981;
- (2)
- (3)
- (4)
- (5) מי שהוא חבר בורסה בהתאם לתקנון הבורסה כמשמעותו בסעיף 46 לחוק ניירות ערך, התשכ”ח-1968 (בפסקה זו – חוק ניירות ערך);
- (6)

”משכון ניירות ערך” – משכון המשמש ערובה לחיוב המגיע לגוף מוסדי, שהוא אחד מאלה:

- (1) משכון שהוא ניירות ערך הרשומים לזכות החייב אצל הגוף המוסדי;
- (2) משכון שהוא ניירות ערך הרשומים לזכות הגוף המוסדי אצל גוף מוסדי אחר או אצל מסלקה כהגדרתה בסעיף 50 לחוק ניירות ערך;
- (3) משכון שהוא ניירות ערך שלגביהם ניתן לגוף המוסדי יפוי כוח להקנות בהם זכות לאחר;
- ”ניירות ערך” – ניירות ערך כהגדרתם בסעיף 52 לחוק ניירות ערך, הרשומים למסחר בבורסה, וכן יחידות של קרן פתוחה כמשמעותן בחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ”ד-1994, לרבות זכות לניירות ערך כאמור;
- (4) במשכון שהוא זכות יכול שהמימוש יהיה כאמור בסעיף 20 (הדגשות הוספו – י”ע).

סעיף 17(3) לחוק תוקן בשנת 2005, אך למרות זאת, טען הבנק לתחולתו על

המקרה שבפנינו. לשיטת הבנק, סעיף 17(3) בנוסחו לאחר תיקונו מאפשר שכלול

המשכון בדרך של הפקדה, כך שיחול על מניות הנסחרות בבורסה, והתיקון בחוק מתבסס על דעת המיעוט של השופט אנגלרד בענין אובזילר.

25. דיין הטענה להידחות ממספר נימוקים.

ראשית, אין מקום להחיל את התיקון לחוק רטרואקטיבית.

שנית, סעיף 17 אינו עוסק כלל בשאלת שכלול המשכון אלא בדרך מימושו, ואיני סבור כי ניתן להסיק מדרך המימוש של מניות הנסחרות בבורסה כי שכלול המשכון לגביהן יכול להיעשות באמצעות הפקדה. גם לאחר תיקון החוק, הגדרת "ניירות ערך" בסעיף 24 לחוק המשכון לא שונתה, כך שלצורך סעיף 4(2) לחוק המשכון, אשר מאפשר שכלול "נכסים נדים וניירות ערך" בדרך של הפקדה, עלינו לחזור ולפנות להגדרת ניירות ערך בסעיף 24. עמדנו לעיל על הרציונל שבבסיס האפשרות לשכלל משכון בדרך של הפקדה. לאור רציונל זה, שנועד למנוע הטעייה של הנושים האחרים של החייב, דינן של מניות שנסחרות בבורסה אינו כדין מניות למוכ"ז אלא כדין מניות על שם, שאינן ניתנות לשכלול בדרך של הפקדה.

על תכליתו של תיקון סעיף 17 אנו למדים מדברי ההסבר לתיקון לחוק (ה"ח 175 מיום 25.5.2005), שם נאמר כי התיקון נועד להגביר התחרות בין הגופים הפועלים בשוק ההון, כך שיתאפשר גם לגופים שאינם תאגיד בנקאי לממש באופן עצמאי משכון שהוא ניירות ערך. בדברי ההסבר נכתב כי "במקרים אלה המשכון דומה למשכון מופקד" שכן ניירות הערך אינם בהחזקת החייב ומימושם אינו מצריך כניסה לחצריו של אחר. התיקון נועד גם לעגן בחקיקה את הדרך של מימוש עצמי של ניירות ערך הנסחרים בבורסה, ולאפשר לבנקים לפעול בדרך זו גם כאשר ניירות הערך מוחזקים בגוף מוסדי אחר. בדרך זו הקל המחוקק על הבנק שאינו נדרש לנקוט בהליכי הוצאה לפועל. מטרת התיקון היא אפוא להקל על מימוש המשכון. אולם אין להסיק מהתיקון, כי שכלול המשכון ותוקפו כלפי נושים אחרים של החייב, נעשה בדרך של הפקדה בשל החזקתן של המניות הנסחרות בבורסה בנאמנות עבור הלקוח. כפי שעולה מדברי ההסבר לתיקון לחוק, המניות אף יכול שתוחזקנה בגוף מוסדי אחר, שאינו הבנק, אך למרות זאת הבנק יהיה רשאי לממש אותן בעצמו. לשם כך יש צורך כמובן בהסכם משכון (יצירת המשכון) ועל מנת לגבור על נושים אחרים של החייב, יש צורך בשכלול המשכון בדרך של רישום.

ואם נותר ספק לגבי ההבחנה בין מימוש מניות נסחרות בבורסה לבין שכלול המשכון לגביהן, אפנה לתזכיר הצעת החוק, שם נאמר במפורש שנוסחו זהיום של סעיף 17 לחוק "נפקותו הינה רק לעניין מימוש המשכון ולא לעניין שכלולו" (דברי ההסבר, בעמ' 23 לתזכיר).

שלישית, מסקנתנו דלעיל עולה בקנה אחד עם העקרון של פומביות השעבוד, שנועד להביא לידיעת צדדים שלישיים את דבר קיומו של המשכון.

ההכרה בשכלול משכון בדרך של הפקדה נובעת מההנחה שאין בכך כדי להטעות צדדים שלישיים, שכן הנכס עובר לחזקתו של הנושה, כך שלא נוצרת "בעלות נחזית" כלפי צדדים שלישיים לגבי הנכס (ויסמן, 103-104; ע"א 8160/01 הבנק הלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' פאן אל-סחר בינלאומי פ' א' בע"מ (בפירוק), פ"ד נז(6) 597, 601-600 (2003)). התכלית של פומביות המשכון מושגת באמצעות הימצאותו הפיזית של הנכס בחזקתו של בעל המשכון, כך שצדדים שלישיים לא יטעו לחשוב שהנכס הוא בבעלות הממשכן-החייב ויסתמכו עליו כחלק ממצבת נכסיו. ובקיצור, שכלול של משכון בדרך של הפקדה, יכול שייעשה אך לגבי נכסים מוחשיים, ושכלול לגבי נכסים לא מוחשיים ניתן לעשות אך בדרך של רישום (ראו גם דברי ההסבר לסעיף 11 לתזכיר הצעת החוק).

עמדנו על כך שההחזקה של חבר הבורסה במניות הינה בנאמנות אך הבעלות במניה נשארת בידי הרוכש. לכן, החזקת מניות הנסחרות בבורסה באמצעות חבר בורסה, אף אם הוא תאגיד בנקאי, אינה מביאה לידיעת צדדים שלישיים דבר קיומו של הסכם משכון בין בעל המניה לבין הבנק לגבי אותן מניות. ההחזקה בנאמנות אינה מאפשרת לנושים האחרים לזהות את הנכס הממושכן ככזה, ועל כן אין לראות את המשכון כאילו שוכלל בדרך של הפקדה ויש לרשום את המשכון כדי להשיג את המטרה של פומביות המשכון. כאשר מדובר בחברה, הרישום צריך להיעשות ברשם החברות, על מנת שהשעבוד יהיה תקף כלפי נושים אחרים של החייב, לרבות המפרק.

26. בפרקטיקה, בעל חשבון ניירות ערך בבנק בו מתנהל החשבון, לא ישעבד את ניירות הערך בחשבונו לטובת בנק אחר. זאת, מן הטעם הפשוט ששעבוד כזה לא יכול להיות אפקטיבי, מאחר שהלקוח יכול לעשות כרצונו בתיק ניירות הערך בבנק בו מתנהל החשבון, מבלי שלבנק האחר תהא על כך שליטה. לקוח המבקש לשעבד את תיק ניירות הערך שלו לטובת בנק אחר, יעביר אפוא את תיק ניירות הערך לבנק האחר. לבנק בו מתנהל חשבון ניירות ערך ששועבד להבטחת מסגרת אשראי של הלקוח, יש

אפשרות שליטה בחשבון. הבנק יכול למנוע, למשל, מכירת ניירות ערך במטרה לרוקן את החשבון, או למנוע פעולות קנייה של ניירות ערך עם סיכון גבוה. יכול הטוען לטעון כי השליטה של הבנק בו מתנהל חשבון ניירות הערך, מצביעה על כך שיש לראות את משכון ניירות הערך כמשכון מופקד. לשיטה זו, שליטת הבנק כמוה כ"הפקדה", בדומה למבחן השליטה האפקטיבית הנוהג בחוק השומרים בהקשר של המונח "החזקה".

לא אכחד כי הטענה מסברת את הדעת, אך למרות זאת, איני סבור כי יש לראות את ניירות הערך כמשכון מופקד, במיוחד לא במצב של תחרות בין הבנק לבין נאמן או מפרק, המייצגים את כלל הנושים. זאת, מאחר שניירות ערך הנסחרות בבורסה אינן בגדר ניירות ערך על פי חוק המשכון, באשר הזכות אינה מגולמת במסמך כפי שפורט לעיל. לכך יש להוסיף את עקרון השוויון בין נושים במצב של חדלות פרעון, וכן שיקולים של פומביות וודאות המרשם, אשר אמור לשקף כהלכה את "מפת הנכסים" של החייב (אירית חביב-סגל דיני חברות לאחד חוק החברות החדש 156-157 (2004)). דווקא בעולם המודרני, עולם של זכויות, רצוי להותיר את מוסד המשכון המופקד לנכסים פיזיים, שהחזקתם על ידי בעל המשכון מצניעה מנושי החייב את היותו בעל הנכסים.

27. ואכן, בתזכיר הצעת חוק המשכון (סעיף 11) מוצעת דרך אחרת לשכלול המשכון על ניירות ערך הנסחרות בבורסה. התזכיר מציע כי השכלול ייעשה "בדרך של רישום לזכות הנושה אצל חבר בורסה המנהל את הרישום עבור החייב" וכי שכלול בדרך זו ייחשב "כהפקדת ניירות הערך". כפי שנכתב בדברי ההסבר, רישום המניות על שם הנושה כמוהו כהפקדת הנכס אצל שומר או מי מטעמו, מאחר שאין חשש כי נושה אחר שיבחן את נכסיו של החייב יטעה לחשוב כי ניירות ערך אלה הם חלק מנכסי החייב הניתנים למשכון. כל עוד הצעת החוק - והדרך המיוחדת המוצעת בה לשכלול המשכון לגבי ניירות ערך הנסחרות בבורסה - לא נכנסה לתוקפה, שכלול המשכון על ניירות ערך סחירים, צריך להיעשות בדרך הרגילה בה רושמים כיום משכון או שעבוד. במקרה דנן, אין חולק כי הבנק לא רשם שעבוד על המניות, ומשכך, השעבוד לא השתכלל והמפרק גובר.

28. גישתו של הבנק, המבקש להסתמך על ההוראה הכללית בסעיף 11 לחוברת התנאים הכלליים על מנת להתגבר על המפרק, גובלת באבסורד. לשיטה זו, אין הבנק נדרש לרשום שעבוד על רכב שרכש הלקוח בהלוואה שקיבל מהבנק, שהרי ממילא יש לבנק זכות עכבון, שעבוד ומשכון על כל נכס של הלקוח, ומכאן שהוא, כביכול, נושה

מובטח הגובר על כל נושיו של הלקוח. ברי כי לא זו הפרקטיקה הנוהגת בבנקים, ולדידי, הדבר נכון גם לגבי שעבוד מניות הנסחרות בבורסה, אשר אינן יכולות להיחשב כמשכון מופקד לאור הניתוח שעשינו לעיל לגבי הגדרת ניירות ערך בחוק המשכון.

נראה כי זו גם הפרקטיקה הנוהגת. כך, לדוגמה, ראובן, בעל מניות של חברה הנסחרת בבורסה, מבקש הלוואה מבנק על מנת לממן רכישה של מניות נוספות על מנת להגדיל החזקותיו בחברה (אם בדרך של רכישה מהציבור ואם ברכישה מבעלי מניות אחרים). ככל שהבטחה המוצעת היא המניות הנרכשות, הבנק המלווה ירשום שעבוד על המניות להבטחת זכותו. למעשה, זה בדיוק המקרה שבפנינו. נסקר ביקשה לרכוש את השליטה בחברת ליטו וקיבלה לשם כך הלוואה מהבנק ושעבדה את מניות ליטו לבנק בשעבוד ספציפי. החברה נכנסה באופן יחסי לנעליה של נסקר באופן יחסי להחזקותיה בנסקר (רבע), ועל כן נטלה מהבנק הלוואה כנגדה הייתה אמורה לשעבד את החלק במניות ליטו שהועברו אליה. ברם, משלא נערך הסכם שעבוד על המניות, ומשלא נרשם השעבוד ברשם החברות, נסתחפה שדהו של הבנק, ואין בהוראה הכללית של שעבוד, משכון ועכבון בנקאי שיש לבנק על כל נכס של הלקוח כדי לעמוד מול המפרק. אך גם אם היה הסכם שעבוד בין החברה לבנק, הוא היה בטל כלפי נושי החברה בשל העדר רישום השעבוד (בדומה לתוצאה בפסק הדין בע"א 82/73 כונסי נכסים ומנהלים של החברה הרמן הולנדר להשקעות בע"מ נ' בנק ישראלי לתעשייה בע"מ, פ"ד כח(2) 68, 75 (1974) (להלן: עניין הרמן הולנדר)).

29. לסיכום, אף בהנחה שאנו מקבלים טענת הבנק כי יש בכוחו של "סעיף הסל" בסעיף 11 לחוברת התנאים הכלליים ליצור שעבוד על המניות – טענה שנדחתה על ידינו כאמור לעיל – הרי שהיה על הבנק לשכלל את השעבוד ברישום, ומשלא עשה כן, אין תוקף למשכון כלפי המפרק.

עמדנו על כך ש"סעיף הסל" יוצר מעין-משכון על תיק ניירות הערך של הלקוח ומאפשר לבנק לממש את המניות לצמצום חובו של הלקוח לבנק. יכול הטוען לטעון, כי מכוח סעיף 4(3) סיפא לחוק המשכון, הקובע כי משכון שלא נרשם כוחו יפה "כלפי נושה שידע או היה עליו לדעת על המישכון", הבנק גובר על כל נושה. זאת, מאחר שהעובדה שתיק ההשקעות של הלקוח משועבד בדרך זו לטובת מסגרת האשראי של הלקוח ידועה ברבים (דברי השופט אנגלרד בעניין אובזילר, עמ' 412-413).

על כך אשיב בשניים. ראשית, לא בכדי הגדרנו את "סעיף הסל" כיוצר מעין-משכון ולא כהסכם משכון במובנו הרגיל, לגביו נקבע על ידי המחוקק בסעיף 4(3) כי

הידיעה מהווה תחליף לרישום. שנית, כעניין שבמדיניות משפטית, משכון בהסכם-גרידא הוא משכון רעוע ובדרך כלל הוא לא יהיה תקף כלפי מפרק או נאמן (ויסמן, 82, 87). ייחוס ידיעה בפועל או ידיעה קונסטרוקטיבית לכל נושי החייב כי כל זכויותיו של החייב בבנק מכל מין וסוג שהוא משועבדים לבנק מכוח סעיף כללי הנחבא בין עשרות הסעיפים בטופס פתיחת החשבון או המסמכים המצורפים אליו, עלול לרוקן מתוכן את הצורך ברישום פומבי של השעבוד. הבנק הוא נושה מקצועי ואיני רואה מדוע יש לפטור אותו מלעשות פעולה פשוטה של רישום השעבוד על תיק ניירות הערך ברשם החברות או ברשם המשכונות לפי העניין (לביקורת על השימוש שעושים הבנקים ב"סעיף סל" כמשכון מוסווה, בהקשר של פקדונות בנקאיים, ראו בהט עכבון בזכויות).

היחס בין פקודת החברות לחוק המשכון לגבי רישום שעבוד על מניות

30. סעיף 4(1) לחוק המשכון קובע כי בנכסים שיש לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לעניין שכלול המשכון, יש לבחון את הדין האחר. המבחן האם קיימת "הוראה מיוחדת" המצדיקה פנייה לדין האחר תיעשה בהסתמך על ההיגיון והשכל הישר (ויסמן, עמ' 56).

סעיף 178 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 (להלן: פקודת החברות) קובע רשימה של שעבודים אשר יהיו בטלים כלפי המפרק וכל נושה של החברה, אם פרטי השעבוד והמסמך היוצר את השעבוד או המעיד עליו לא נמסרו לרשם החברות בתוך פרק הזמן שנקבע בסעיף 179(א) לפקודה. ואלו הם השעבודים:

שעבודים הטעונים רישום

...(א)

- (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.

סעיף 178 קובע אפוא כי הדרך לשכלול השעבודים הנעשים על אחד מסוגי הנכסים המפורטים לעיל היא באמצעות רישום ברשם החברות.

31. סעיף 178 לפקודת החברות אינו שולל את האפשרות של שכלול שעבוד באמצעות הפקדה, וזאת ביחס לשני המקרים הבאים: האחד - מיטלטלין המוחזקים בידי נושה, להבדיל ממיטלטלין שנמצאים בחזקת החייב או בחזקתו של אחר (כפי שעולה מסעיף 178(א)(3) לפקודה). השני – כאשר "ניתן לחברה מסמך סחיר כערוכה לחיוב לקוחות, והחברה הפקידה אותו כערוכה לקבלת הלוואה..." (סעיף 178(ב) לפקודה). האם מניות הנסחרות בבורסה חוסות תחת אחד משני סוגים אלה?

בעניין הרמן הולנדר נקבע כי היה על הבנק, בעל השעבוד, לרשום את השעבוד וכי אין לראות במניות "מיטלטלין", באשר המניות אינן מהוות נכס מוחשי. על עמדה זו של בית המשפט נמתחה ביקורת מלומדים שעיקרה כי יש לפרש את ההוראות בפקודת החברות לעניין שכלול באמצעות הפקדה באופן שיעלה בקנה אחד עם הוראות חוק המשכון לעניין זה. לשיטה זו, יש לפרש את המונח "מיטלטלין" שבסעיף 178(א)(3) בהתאם להגדרת "ניירות ערך" שבסעיף 24 לחוק המשכון ולהכיר באפשרות לשכלל בהפקדה ניירות ערך הדומים באפיונם למיטלטלין, דוגמת מניה למוכ"ז. באותו אופן מפרש המלומד לדנר את המונח "מסמך סחיר" שבסעיף 178(ב), כך שיהלום את הגדרת "ניירות ערך" שבסעיף 24 לחוק המשכון (וראו זלצמן וגרוסקופף בעמ' 283-282; לדנר 310-311). לגישה לפיה ככלל ראוי ליצור הרמוניה חקיקתית בין הוראות חוק המשכון לבין פקודת החברות בכל הנוגע לשעבודים ראוי, לדנר, 352-353, 382-383 וכן ראו בדברי המבוא לתזכיר הצעת חוק המשכון. לבעיות השונות הנובעות מהעדר הסנכרון בין הוראות חוק המשכון לפקודת החברות, בהתאם לנוסחם דהיום, ראו גם בהתחברות, 9, 40-58).

מכאן, שמניות הנסחרות בבורסה אינן בגדר "נייר ערך" לפי הגדרת סעיף 24 לחוק המשכון, בהתאם למסקנה אליה הגענו לעיל, וכפועל יוצא מניות אלה אינן ניתנות לשכלול באמצעות הפקדה על פי סעיף 178(א)(3) לפקודת החברות.

מתעוררת השאלה מה מקור החובה לרשום שעבוד שיצרה חברה על מניות הנסחרות בבורסה ברשם החברות, בשים לב לכך שמניות אינן נכללות בסוגי הנכסים המפורטים בסעיף 178 לפקודת החברות (חובת רישום שעבוד על מניות חלה רק כאשר מדובר בשעבוד של "הון מניות אשר לא נדרש תשלומו") (זלצמן וגרוסקופף, 272; לדנר, 287).

32. לדנר מציין כי הסיבה לכך שהרשימה בסעיף 178 לפקודת החברות אינה כוללת סוגים מסוימים של זכויות נעוצה במקורו האנגלי של הסעיף:

“לשווא נחפש נימוקים הגיוניים להכללתם של נכסים אחרים ברשימה ולהתעלמות מאחרים. רשימת הנכסים לא נקבעה על בסיס עיוני זה או אחר, אלא הינה פרי התפתחות היסטורית. בשלבים שונים הרחיבה החקיקה האנגלית את הרשימה, בהתאם לעסקאות שהיו שכיחות באותה עת. משום כך תלויה לעיתים דרישת הרישום במהותו של השעבוד ובמקרים אחרים בסוגו של הנכס המשועבד. כמו כן עסקה מסוימת עשויה להיות טעונה רישום לפי שני פרקים או יותר” (לדנר, שם).

מכאן שראוי להחיל בדרך של פרשנות את חובת רישום השעבוד, כך שתחול על כל שעבוד זכות השייכת לחברה, שכן היעדר רישום של שעבוד על נכסים מסוג זכויות עלול להטעות צדדים שלישיים (לדנר לעיל; זלצמן וגרוסקופף, 272-273). לשיטה זו, המקובלת עלי, החובה לרשום שעבוד ברשם החברות גם על מניות הנסחרות בבורסה על מנת לשכלל את השעבוד, מקורה אפוא בהוראת סעיף 178 לפקודת החברות.

הערה לפני סיום

33. “סעיף הסל” של עכבון, שעבוד וקיזוז עליו עמדנו לעיל, אשר מקנה לבנק עכבון בנקאי על כל כספים של הלקוח בכל חשבונותיו בבנק מכל מין וסוג, הוא סעיף נפוץ ומקובל המצוי ברוב טפסי פתיחת חשבון הנהוגים בבנקים בישראל (ע”ש (מחוזי י-ם) 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ’ בל”ל בע”מ, פ”מ תשס”ג(1) 481, 600 (2004); ע”א 6916/04 בנק לאומי לישראל בע”מ נ’ היועץ המשפטי לממשלה, בפסקה 103 (18.2.2010)). מכוח סעיף זה, כל יתרה בחשבון ובפקדון כספי המנוהל על ידי הלקוח בבנק משועבדת לטובת הבנק בו הוא מתנהל לשם הבטחת חובו של הלקוח כלפי הבנק. איני סבור כי יש להטיל חובת רישום של כל חשבון בנק ברשם המשכונות או ברשם החברות, על מנת שלבנק תהא עדיפות על פני כל נושים אחרים של החייב, לרבות נאמן ומפרק. גם אם אין מדובר בסעיף אשר יוצר משכון במוכן הרגיל של המילה, ניתן להניח כי לנושי הממשכן יש ידיעה בפועל או ידיעה מיוחסת (קונסטרוקטיבית) לגביו.

כאמור לעיל, לא מצאתי להרחיב תחולתה של ידיעה קונסטרוקטיבית זו גם על מניות הרשומות למסחר בבורסה. עמדנו על כך שהמניה לא נרשמת על שם הרוכש אלא על שם חברת רישומים המחזיקה את המניה בנאמנות עבור חבר הבורסה המחזיק בתורו את המניה בנאמנות עבור הרוכש, וכי המניות מוחזקות לרוב ב"חשבון ניירות ערך" של הלקוח בבנק. הזכרנו כי במצב הדברים הרגיל, אף נערך בין הלקוח לבנק הסכם בנוסח "תנאים כלליים לפעילות בניירות ערך" בו מתחייב הלקוח לחתום על המסמכים הדרושים שיאפשרו לבנק למכור את ניירות הערך או לעשות בהם כל פעולה על פי שיקול דעת הבנק. במצב הדברים הרגיל, אף נערך שטר משכון ניירות ערך על פיו משעבד הלקוח את תיק ניירות הערך שברשותו להבטחת מסגרת האשראי, ושטר זה מאפשר לבנק לממש את ניירות הערך הממושכנים. אך גם אם לא נחתם שטר משכון כאמור, הרי שביחסים הפנימיים בין הבנק לבין הלקוח, "סעיף הסל" מאפשר לבנק לממש באופן עצמי את המניות הרשומות למסחר בבורסה המצויות בחשבון, ומבחינה זו הוא יוצר מעין-משכון. ברם, כל עוד לא נקבע הסדר ייחודי לשכלול בטוחה מעין זו, דוגמת ההסדר המוצע בסעיף 11(ג) לתזכיר הצעת חוק המשכון (להבדיל מדרך מימוש ניירות הערך על פי התיקון לסעיף 17(3) לחוק המשכון), אין מקום להכיר בעדיפות הבנק כלפי נושים אחרים, לא מכוח שטר משכון ניירות ערך שלא נרשם ובוודאי שלא מכוח "סעיף סל" מעין זה (השוו, זלצמן וגרוסקופף, 169-175)) ועל הבנק לשכלל את המשכון ברישום.

איני סבור כי מדובר בגזירה שהבנק אינו יכול לעמוד בה, מאחר שכאשר בחשבון חברה עסקינן, ממילא הבנק נוהג לרשום שעבוד צף לזכותו על נכסי החברה, ולעיתים, אף שעבוד קבוע על חשבון ניירות הערך. כאשר הלקוח הוא אדם ולא חברה, ככל שהבנק מעוניין בשעבוד קבוע על חבילת מניות ספציפית שבבעלות לקוחו, דוגמת מניות ליטו במקרה שבפנינו, או בשעבוד קבוע על תיק ניירות הערך, ייכבד הבנק ויערוך הסכם משכון ספציפי וירשום את המשכון ברשם המשכונות. בכל מקרה אחר, הבנק אכן יהיה חשוף לסיכון שבמקרה של פשיטת רגל של הלקוח, "סעיף הסל" או השעבוד שלא נרשם, לא יעמוד לו מול המפרק לגבי מניות הלקוח בתיק ניירות הערך.

סיכום וסוף דבר

34. אסכם בקצרה את התחנות שעברנו בדרכנו.

א. בפרפרזה על הביטוי הידוע, ניתן לומר כי "ככה לא בונים שעבוד". הבנק ביקש להעתיק אל החברה את ההלוואה שהעמיד לנסקר ואת השעבוד על מניות

ליטו שבבעלות נסקר (חלק יחסי בשיעור של 25%). הבנק העמיד את ההלוואה לחברה אך לא יצר הסכם שעבוד ספציפי על המניות להבטחת הלוואה וממילא לא רשם השעבוד ברשם החברות. עם זאת, מאחר שהצדדים נתכוונו ליצור הסכם שעבוד במסגרת המתווה הכללי, והבנק אף העמיד את ההלוואה לחברה, הבנק היה זכאי ביחסים הפנימיים בינו לבין החברה לממש את מניות ליטו.

ב. ההוראה הכללית בסעיף 11 בחוברת התנאים הכלליים, אליה מפנה טופס פתיחת החשבון (חוברת שאף לא נחתמה על ידי החברה) - אותו "סעיף סל" לפיו לבנק זכות קיזוז, עכבון, שעבוד ומשכון על כל נכס של הלקוח - אין בה כדי ליצור שעבוד ספציפי על מניות ליטו. עם זאת, ההוראה הכללית הנ"ל יוצרת מעין-משכון, כוחה וגבורתה ביחסים הפנימיים בין הבנק לבין הלקוח, והיא מאפשרת לבנק לממש בעצמו את תיק ניירות הערך של הלקוח לכיסוי חובו של הלקוח לבנק. הלקוח, מצידו, רשאי למכור ולקנות ניירות ערך לתיק האשראי, וזאת בניגוד לשעבוד ספציפי המונע ביצוע פעולה בנכס הממושכן ללא הסכמת בעל המשכון, או ללא הבטחת פרעון הסכום המובטח קודם לכן.

ג. מניות הנסחרות בבורסה, בדומה למניות "על שם", אינן בגדר ניירות ערך כהגדרתם בסעיף 24 לחוק המשכון, ועל כן המשכון עליהן אינו משתכלל בהפקדה. זאת, להבדיל ממניות למוכ"ז, שאז המסמך מגלם גם את הזכות ועל כן ניתן לשכלל שעבוד על מניות למוכ"ז בדרך של הפקדה. זו גם המסקנה המשתמעת מפסק הדין בעניין אובזילד.

לכן, אין לקבל את טענת הבנק כי השעבוד על מניות ליטו השתכלל בדרך של הפקדה. היה על הבנק לרשום את השעבוד על מנת לשכללו, ומשלא עשה כן, השעבוד הספציפי – אשר לטעמנו לא נוצר מלכתחילה – לא השתכלל ואינו תקף בפני המפרק.

ד. אין בתיקון סעיף 17(3) לחוק המשכון כדי להושיע את הבנק. אין להחיל התיקון רטרואקטיבית, ומכל מקום, עניינו של התיקון באופן מימוש המשכון אך לא בדרך שכלול המשכון. בתזכיר הצעת חוק המשכון מוצעת דרך חדשה לשכלול המשכון, על ידי רישום המניות הנסחרות בבורסה על שם הנושה. אף הצעה זו, שטרם נכנסה לתוקפה, מעידה על כך שיש צורך ברישום השעבוד על המניות לשם שכלול המשכון כלפי נושים אחרים של החייב.

ה. במצבים של חדלות פרעון, אין להכיר בעדיפות הבנק לגבי שעבוד תיק ניירות ערך הנסחרים בבורסה - לא מכוח הסעיף הכללי המקנה לבנק זכות עכבון, משכון ושעבוד, ואף לא מכוח הסכם משכון קבוע - כל עוד המשכון לא שוכלל בדרך של רישום במרשם הרלבנטי. זאת, על מנת למנוע הסכם משכון אשר נסתר מעינם של נושים אחרים, ולאור העקרון של שוויון בין נושים, והעקרון של פומביות וודאות המרשם כמשקף את זכויותיו של החייב. בנק המבקש להקנות לעצמו עדיפות על פני נושים אחרים, ייכבד ויבצר את עדיפותו בדרך של רישום.

1. מנגד, יש להקל עם הבנק ואין לדרוש ממנו לרשום משכון חדש עם כל שינוי או תחלופה בהרכב תיק ניירות הערך. דרישה מעין זו אינה מעשית, היא עלולה לפגוע בחיי המסחר השוטפים, ועל כן יש להכיר בשעבוד קבוע על תיק ניירות ערך, אף אם הרכבו וערכו עשויים להשתנות חדשות לבקרים.

2. רישום השעבוד על מניות ברשם החברות מתחייב מכוח פרשנות מרחיבה לסעיף 178(א) לפקודת החברות, על מנת ליצור הרמוניה חקיקתית בין הוראות חוק המשכון לבין פקודת החברות, ואין לראות בזכויות המנויות בסעיף 178(א) משום רשימה סגורה.

35. לאור האמור לעיל, איני נדרש לטענת המפרק כי גם אם נוצר שעבוד על המניות, השעבוד אינו תקף מאחר שלא ניתן מכתב החרגה מתוקן על ידי בנק הפועלים. ממילא איני נדרש לטענתו הנגדית של הבנק לפיה טענה זו אינה ראויה להישמע מפי המפרק אלא מפי בנק הפועלים.

36. אשר על כן, הערעור נדחה. המערער יישא בשכר טרחת המפרק בסך של 50,000 ₪ ובשכר טרחת כונס הנכסים בסך של 30,000 ₪ (סה"כ 80,000 ₪).

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

ש ו פ ט

א. מצטרף אני לחוות דעתו המקיפה והמעמיקה של חברי השופט עמית.

ב. שאלה מרכזית בענייננו היא השקיפות, והלא כל דיני המשכון ודיני השעבודים בכלל סובבים בראש וראשונה על כך שלכולי עלמא, ובפועל למעוניינים ספציפיים הבאים בקשרי מסחר עם גוף עסקי, יהא המידע הנחוץ. בהיעדר שעבוד הנרשם כהלכתו, אין מטרה זו מושגת. הטענה כי די בחוברת התנאים הכלליים של הבנק, שכמותה אף למביני דבר כמעט כמדריך הטלפון וניחוחה ניחוח חוזה אחיד, גם אם תקפה היא ביחסים בין הבנק ללקוח, בודאי לקוח מסחרי מסוג חברה האמור לדעת את אשר לפניו – אינה יכולה לעמוד כלפי צדדים שלישיים מסוג מפרק או נאמן שלא היתה להם דרך פשוטה להתחקות עליה. הפילוסופיה של המשפט הפרטי ועקרון תום הלב החופה עליו בישראל (ראו סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973), מונעים "תפוס כפי יכולתך" בהפעלת שעבוד ובשכלולו בהליכי חדלות פירעון כלפי מפרק או נאמן. מכאן הצורך, שעליו העמיד חברי, ברישומו של שעבוד. על כן במקרה דנא, גם אם היתה כוונת הצדדים ליצור שעבוד, וכך כנראה הוה – היא הוחמצה משזה לא נרשם ולא נודע לכולי עלמא.

ג. ויוטעם: אין פירוש הדבר שאין נפקות להוראה הכללית בחוברת התנאים הכלליים, והיא תקפה כאמור בין הבנק ללקוח, וכמות שכתב חברי, אין – ולטעמי גם זאת בגדרי תום לב – להלום התנערות הלקוח עצמו לאחר שהבנק נתן את ההלוואה, כחלקו שלו בעסקה. הלוואות לפירעון ניתנו, והכל בכפוף לכך שלא ייפגעו צדדים שלישיים.

ד. ועוד, מסכים אני עם חברי (בפסקה 14), כי יש מקום להכיר בשעבוד קבוע על תיק מניות לא ספציפיות המתחלפות מפקידה לפקידה, בחינת "שעבוד צף-קבוע". בנק אינו קופת גמילות חסדים, ויש לאפשר לו להבטיח עצמו ככל הניתן. ואולם הציפיה היא, כי כדי לשדרג את מחויבות הלקוח למעמד מועדף ולא שויוני כלפי נושים אחרים, תיעשה פעולה לא מסובכת של רישום במרשם השייך לעניין, ומשזו אינה נעשית, "הלכה חמורך, טרפון" (בבלי סנהדרין ל"ג, א', מימרה אשר עניינה שעל טעויות משלמים).

ה. סופו של יום, העצה היעוצה למקרים כגון דא, היא כי הבנק המלוה יכין לעצמו במחלקות ההלוואות, המשפט והשעבודים "רשימת מכולת" (check-list בלע"ז) של הפעולות הנדרשות כדי שהלוואה תהיה מובטחת גם כלפי צדדים שלישיים כמו מפרק. חברי בעצם הכין בפסק דינו רשימה כזאת ותפריט הכרוך בה; אולי יהא פסק דין זה בחינת דמי לימוד ("רבי-געלט") במבט לעתיד לבוא.

ו. כאמור, מצטרף אני לחברי.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, כ"ז בניסן התשע"ד (27.4.2014).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט