



בבית המשפט העליון

רע"א 2549/09

בפני :
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת א' חיות

המבקשת : חברת אי.סי.אמ.יצרני מיזוג אוויר בע"מ

נגד

המשיבים :
1. בנק מזרחי טפחות בע"מ
2. כונס הנכסים הרישמי

בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב מיום 16.2.2009 ב-פש"ר 1461/03 שניתנה על ידי כבוד סגנית הנשיאה ו' אלשיך

בשם המבקשת : עו"ד ברוך חכים

בשם המשיב 1 : עו"ד יצחק גולדשטיין
בשם המשיב 2 : עו"ד רחל שני-שרפסקי

פסק-דין

השופט א' גרוניס:

1. בפנינו בקשת רשות ערעור, אשר הוסבה לערעור, על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (כבוד סגנית הנשיאה ו' אלשיך), בגדרו התקבל ערעור שהגיש המשיב 1 (להלן - המשיב או הבנק) על החלטת המפרק של המבקשת (להלן - המפרק).

2. המבקשת, חברה הנמצאת עתה בפירוק (להלן - החברה), החזיקה ב-25% ממניותיה של חברת נסקר בע"מ (להלן - נסקר). נסקר החזיקה ב-50.4% מן המניות של חברת ליטו אופסט זיו בע"מ (להלן - ליטו), שהייתה חברה ציבורית שמניותיה נסחרו בבורסה. ביום 21.11.1999 הלווה המשיב לנסקר סכום של 4,500,000 ש"ח. ההלוואה הובטחה, בין היתר, על ידי יצירת משכון על המניות של ליטו שבידי נסקר (להלן - המניות) ומתן ערבות על ידי החברה לגבי 25% מסכום ההלוואה. בשלב מסוים הסכימו

בעלי המניות של נסקר ליטול על עצמם את ההלוואה של נסקר באופן אישי, לפי יחס החזקותיהם בה, ובמקביל לחלק ביניהם את המניות של ליטו, לפי אותו יחס. המשיב נתן את הסכמתו העקרונית למתווה זה. ביום 2.5.02 פתחה החברה חשבון בנק באחד מסניפי המשיב. אותה עת, רבץ על נכסי החברה שעבוד שוטף לזכות בנק הפועלים. המשיב דרש, לטענתו "למען הזהירות" בלבד, אישור מבנק הפועלים המחריג את מניות ליטו אותן הייתה החברה אמורה לקבל, מגדר השעבוד הצף. ביום 13.6.02 התקבל אצל המשיב בפקס אישור מטעם בנק הפועלים, בו נכתב כי השעבוד הצף לא יחול על "מניות ליטו.... המופקדים בחשבון...". ביום 19.6.02 הועברו 25% מן המניות (היינו, רבע מתוך 50.4%) לחשבונה של החברה בבנק המשיב. לגבי החלק היחסי בחובה של נסקר למשיב (להלן - החוב), חלוקת גרסאותיהם של הצדדים. לטענת המפרק, החברה לא נטלה על עצמה את החוב אלא בעל השליטה בחברה, מר עוז ניצן (להלן - ניצן). לראיה מצביע המפרק על מסמך הנחזה להיות הסכם הלוואה עליו חתום ניצן. לטענת הבנק, האפשרות שניצן ייטול על עצמו את ההלוואה אכן נבחנה, מכיוון שהאישור מבנק הפועלים להחרגת המניות התמהמה, ואף הוכן הסכם הלוואה עם ניצן בהתאם למתווה זה. אולם בסופו של יום הגיע האישור מבנק הפועלים והחברה היא זו שלקחה על עצמה את החוב. לראיה מציין הבנק, כי החוב נרשם בחשבון הבנק של החברה והיא אף פרעה מספר תשלומים בהתאם ללוח הסילוקין. הבנק מוסיף, כי החברה חתמה על כתב ערבות לחובו של ניצן, כך שגם על פי המתווה שנשקל הייתה החברה אמורה להיות ערבה לחוב. יוער, כי לאחר שהמניות הועברו לחשבון החברה התברר, כי נפלה טעות סופר מסוימת במכתב האישור מטעם בנק הפועלים והמשיב פנה אליו בבקשה כי ישלח מכתב מתוקן. לטענת המשיב, יש להניח כי מכתב כאמור נשלח על ידי בנק הפועלים, אף כי מכתב כזה לא אותר. כך או אחרת, לטענת המשיב בנק הפועלים מעולם לא טען לזכות כלשהי במניות.

3. ביום 23.3.03 מונה כונס נכסים על נכסיה של החברה (להלן - הכונס), לשם מימוש איגרת חוב לזכותו של בנק הפועלים. ביום 9.7.03 ניתן צו לפירוק החברה וביום 5.1.05 מונה המפרק כמפרק קבוע. ביום 3.5.04, היינו לאחר שניתן צו לפירוק החברה, מכר המשיב את המניות והשתמש בתמורה על מנת לכסות את החוב. זאת, לאחר שלטענתו חדלה החברה מלשלם את החוב בהתאם ללוח הסילוקין. לטענת המפרק, רק בשנת 2007, לאחר שנאלץ לנקוט הליכים משפטיים נגד הכונס ולנהל התכתבות מייגעת עם המשיב, הוא גילה כי החברה ניהלה חשבון בנק אצל המשיב וכי נמכרו על ידו מניות שהיו שייכות לה. בקשר לטענה זו, מפנה המפרק לשני אירועים: האחד, ביום 5.11.03 הגיש המשיב תביעת חוב נגד החברה, במסגרת הליך הכינוס, על סך 4,000 ש"ח בלבד. בתביעת החוב לא ציין המשיב, כי לחברה יש חוב נוסף כלפיו או כי הוא

טוען לזכות כלשהי במניות. השני, בחודש דצמבר 2002, עוד טרם החל הליך הכינוס, נשלחה למשיב הודעה על צו עיקול שהוטל על כלל נכסי החברה לפי סעיף 43 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967. המשיב הגיש הודעה לפי סעיף 44 לחוק הנזכר, בה טען כי אין אצלו כל נכס של החברה הניתן לעיקול (נספח י"ב לבקשת רשות הערעור). האירועים הנזכרים מובאים על ידי המפרק כתמיכה לטענתו לפיה בזמנו לא סבר הבנק שהחוב הוא חובה של החברה וכי הוא נהג בחוסר תום לב שעה שהסתיר את דבר מימוש המניות על ידו. לאחר שנודע למפרק על קיומו של החשבון ועל מכירת המניות, עתר הוא לבית המשפט של הפירוק בגדר בקשה למתן הוראות, בה ביקש להורות לבנק להעביר לידיו את כספי החברה המצויים בחשבון, כולל התמורה עבור מכירת המניות. הבנק הסכים למסור למפרק את היתרה שבחשבון, אולם טען כי הוא היה רשאי לממש את המניות לשם פירעון החוב ועל כן אין לחייבו להעביר את תמורתן. טענה זו התבססה על שני מסלולים חלופיים: האחד, לטענת הבנק הוא היה נושה מובטח ביחס למניות, וזאת מכוח משכון או עיכבון. הטענה למשכון ולעיכבון התבססה על המסמכים עליהם חתמה החברה במעמד פתיחת החשבון. באשר לזכות המשכון, נשענה הטענה גם על המשכון שנוצר על המניות בעת העמדת ההלוואה לנסקר. השני, לטענת הבנק הוא היה רשאי לקזז את זכותה של החברה במניות אל מול החוב. זאת, לפי סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980 (להלן - פקודת פשיטת הרגל), החל על ענייננו מכוח סעיף 353 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 (להלן - פקודת החברות).

4. בדיון שהתקיים ביום 17.3.08 הסכימו הצדדים להצעת בית המשפט המחוזי, לפיה המשיב יעביר למפרק את מלוא הכספים שנדרשו על ידו ובמקביל הוא יהיה רשאי לפנות למפרק בבקשה שיכיר בזכויותיו לגבי תמורת המניות. המשיב פעל כמוסכם. הבקשה שהגיש המשיב למפרק להכיר בעדיפותו בנוגע לתמורת המניות נדחתה, תוך שנקבע כי מעמדו הוא כשל נושה רגיל. על החלטה זו הגיש המשיב ערעור לבית המשפט המחוזי בתל אביב. כונס הנכסים הרשמי תמך בבית המשפט בעמדת הבנק לפיה הוא היה רשאי לממש את המניות בהתאם להסדר הקיזוז הקבוע בסעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל. בית המשפט (כבוד סגנית הנשיאה ו' אלשיך) קיבל את הערעור. בית המשפט מתח ביקורת חריפה על התנהלותו של הבנק ועל הסתרת מכירתן של המניות על ידו במשך תקופה ארוכה. עם זאת, קבע בית המשפט כי קיימת תשתית עובדתית המלמדת שהחברה היא זו שנטלה על עצמה את החלק היחסי בהלוואה. עוד קבע בית המשפט, כי הבנק היה זכאי לקזז את המניות כנגד יתרת החוב לפי סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל. על אף שהערעור התקבל, חייב בית המשפט את הבנק בהוצאות

ובשכר טרחת עורך דין לזכות המפרק ולזכות כונס הנכסים הרשמי. על החלטתו של בית המשפט המחוזי הגישה המבקשת, באמצעות המפרק, בקשת רשות ערעור.

5. ההליך שננקט היה שגוי, שכן המבקשת הייתה צריכה להגיש ערעור בזכות. בכל הנוגע לאופן ההשגה על החלטה שיפוטית בהליכי פירוק, נוהגים דיני הערעור הרגילים המבחינים בין "פסק דין" לבין "החלטה אחרת" (סעיף 291 לפקודת החברות; רע"א 627/88 טולל בונה בע"מ נ' אחים גולדשטיין חברה לשיכון ופיתוח בע"מ, פ"ד מב(4) 393 (1989)). אם ההחלטה שעליה מעוניין בעל דין להשיג סיימה את המחלוקת באופן שהתיק הקונקרטי נסגר, הרי גם אם לא נסתיימו הליכי הפירוק כולם, יש להגיש ערעור בזכות. השאלה אם נשייה מסוימת נהנית ממעמד של חוב מובטח מקימה מחלוקת קונקרטי המובחנת מהליך הפירוק בכללותו, ועל כן ההכרעה בה מהווה "פסק דין" שהערעור עליו בזכות (ראו, רע"א 627/88 הנ"ל). בנסיבות העניין הוחלט לדון בבקשה לרשות ערעור כבערעור, בהתאם לסמכות הקבועה בתקנה 410 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, וכי פסק הדין יינתן על יסוד החומר שבכתב בלא לקיים דיון.

נפנה אפוא לבחון את ההשגות על פסק דינו של בית המשפט המחוזי.

6. השאלה הראשונה בה יש להכריע היא זהות הגורם שנטל על עצמו את החוב תחת נסקר. בית המשפט המחוזי קבע, כי החברה היא זו שלקחה על עצמה את החוב, ובקביעה עובדתית זו לא מצאתי עילה להתערב. כפי שציין בית המשפט המחוזי, בפועל נרשם החוב בחשבונה של החברה והיא אף החלה לפרוע אותו. איני מוצא ממש גם בטענת המפרק, כי ייחוס החוב לחברה ולא לניצן היה בגדר העדפת מרמה כלפי יתר הנושים של החברה. די בכך שהמפרק לא השכיל להראות שנתקיימו התנאים לקיומה של העדפת מרמה לפי סעיף 98 לפקודת פשיטת הרגל (החל לגבי פירוק חברות מכוח סעיף 353 לפקודת החברות). זאת ועוד, ייחוס החוב לחברה, שהייתה בעלת מניות בנסקר, היה מהלך הגיוני ומתבקש לאור החלטתם של בעלי המניות בנסקר ליטול על עצמם את פירעון ההלוואה. כפי שציין בית המשפט המחוזי, התנהלותו של המשיב מול הכונס והמפרק הייתה בעייתית, בלשון המעטה, מבחינות שונות. דא עקא, אין בכך כדי לפגוע במסקנה לפיה הצדק עם המשיב בטענתו כי בסופו של יום החברה היא זו שנטלה על עצמה 25% מחובה של נסקר. השאלה המתעוררת עתה היא האם היה זכאי המשיב להיפרע מן המניות או שמא דינו הוא כשל נושה רגיל והיה עליו להגיש תביעת חוב ולקבל דיבידנד כיתר הנושים. טענתו של המשיב לעדיפות נשענת, כזכור, על שני קווי טיעון: האחד, כי על המניות רבץ משכון או עיכבון; השני, כי מימוש המניות לשם

פירעון החוב נעשה בגדר קיזוז לפי סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל. בית המשפט המחוזי קבע, כי למשיב הייתה זכות קיזוז ביחס למניות. בית המשפט לא התייחס לטענות בנוגע לזכות המשכון והעיקבון. נבחן אפוא את השאלה האם צדק בית המשפט המחוזי כשקבע כי עמדה לו למשיב זכות קיזוז לפי סעיף 74 לפקודה.

7. סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל קובע כך:

”(א) היו אשראי הדדי או חוב הדדי או עסקים הדדיים אחרים תלויים בין חייב שניתן עליו צו כינוס ובין הבא לתבוע חוב מכוח הצו, ייערך לפיהם חשבון על המגיע מכל צד למשנהו, הסכום המגיע מצד אחד יקוזז כנגד המגיע מהצד האחר ויתרת החשבון, ולא יותר, ייתבע או ישולם, לפי הענין; הוראות סעיף זה לא יזכו אדם בקיזוז כנגד נכסי החייב אם בשעה שנתן אשראי לחייב ידע שהחייב עשה מעשה שאפשר היה להשתמש בו להגשת בקשת פשיטת רגל נגד החייב ביום שהוגשה בקשה שעל פיה הוכרז פושט רגל.
 (ב) הקביעה מה הם העסקים הניתנים לקיזוז לפי סעיף זה תיעשה לפי מצבם ביום שבו ניתן צו הכינוס.”

סעיף זה קובע הסדר קיזוז מיוחד, מהותי באופיו, למצבים של חדלות פירעון. כאמור, מכוח סעיף 353 לפקודת החברות חל הסעיף גם על פירוק חברות. הסעיף מציב מספר דרישות כתנאי לביצוע הקיזוז (ראו, ע”א 7954/03 אמדאוס דוולופמנט אינק. נ’ הבנק למסחר בע”מ (בפירוק), פ”ד ס(2) 576, 584-585 (2005); שלמה לויין ואשר גרוניס פשיטת רגל, עמ’ 243 ואילך (מהדורה שלישית, 2010) (להלן - פשיטת רגל)). לצורך ענייננו, אין אנו נדרשים לסקור את כל התנאים הקבועים בסעיף. נתעכב אפוא על התנאים שיש להם חשיבות לענייננו בלבד. סעיף 74(ב) לפקודת פשיטת הרגל קובע, כי המועד שביחס אליו נקבע הקיזוז, לעניין הליכי פשיטת רגל, הוא יום מתן צו הכינוס. במקרה של פירוק חברה, “המועד הקובע” לגבי הקיזוז הוא יום מתן צו הפירוק (ראו, תקנה 53 לתקנות החברות (פירוק), התשמ”ז-1978; סעיף 354(ה) לפקודת החברות; ע”א 5005/90 הספקה חברה מרכזית לחקלאים בע”מ (בפירוק) נ’ בית יצחק – שער חפר, אגודה להתיישבות חקלאית בע”מ, פ”ד מט(3) 458 (1995); עניין אמדאוס, עמ’ 606-592). השאלה אותנו עלינו לבחון היא האם ביום 9.7.03, שבו ניתן הצו לפירוק החברה, חל דין קיזוז לפי סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל.

8. על פי סעיף 74 לפקודה, נדרש כי בין החייב לבין הנושה יתקיימו “אשראי הדדי או חוב הדדי או עסקים הדדיים”. הביטוי “עסקים הדדיים” הוא הרחב ביותר מבין השלושה (ראו, פשיטת רגל, עמ’ 244). במקרה דנא, דומה כי בכל הנוגע למקור

החייבים שמבוקש לקזום ניתן לומר לכל הפחות כי מקורם הוא "עסקים הדדיים". אולם, בכך אין די. עניין נוסף שיש לבחון אותו הוא מהות החיובים נשוא טענת הקיזוז. סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, הקובע את דין הקיזוז הכללי, מדבר מפורשות ב"חיובים כספיים". המשמעות היא שרק חיובים כספיים ניתנים לקיזוז לפי סעיף זה ולא חיובים למסירת נכס או לביצוע בעין (ראו, מנחם מאוטנר "קיזוז" דיני חיובים - חלק כללי 462, 492-496 (1994); לביקורת על הדין, ראו שלום לרנר קיזוז חיובים, 52-48 (2009) (להלן - קיזוז חיובים)). סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל משתמש בביטוי "הסכום המגיע". ביטוי זה מרמז גם הוא על כך שמדובר בחיוב כספי. כך או אחרת, גם לגבי קיזוז לפי סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל נקבע כי הוא מתייחס רק לחיובים כספיים ולא ניתן לקזז בגדרו חיובים למסירת נכס או לביצוע בעין (ראו, ע"א 41/68 קופלמן נ' גרבר, פ"ד כב(2) 19, 22-23 (השופט י' זוסמן) (1968); פשיטת רגל, עמ' 246-248. לגבי הדין באנגליה ראו, Rory Derham The law of set-off 391-404 (2003) (להלן - Derham)). בהתאם, נפסק באנגליה כי נאמן אינו רשאי לקזז סכומים המוחזקים אצלו בנאמנות אל מול חוב שחב לו הנהנה באופן פרטי. זאת, שכן זכותו של הנהנה בנכסי הנאמנות היא זכות קניינית (ראו, Derham pp. 406-408).

9. ייתכנו מקרים בהם במועד הקובע טרם צמחו חיובים כספיים, אולם חיובים כאלו עשויים לנבוע בעתיד מן המערכת העסקית ההדדית בין הצדדים שקדמה, כמובן, לצו הכינוס או לצו הפירוק. במקרים כאלו, עשויה להתעורר השאלה האם ניתן לקזז חיובים צפויים אלו לפי סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל. באנגליה נפסק, כי מי שנמסר לו נכס על מנת שימכור אותו ו"יהפוך אותו לכסף" שישולם למוסר, רשאי לקזז את שווי הנכס אל מול חוב שחב לו המוסר. זאת, גם אם במועד הקובע הנכס עדיין לא "הפך לכסף". בהמשך, הורחב החריג גם למקרה בו הייתה למקבל הנכס רשות למכור את הנכס ונקבע שדי בכך שבמועד הקובע הייתה הסתברות שבסופו של יום יצמח חיוב כספי (ראו, Derham pp. 411-424; פשיטת רגל, עמ' 246-248). בכל הנוגע למשפט הישראלי, שאלה היא עד כמה עולה מגמה זו בקנה אחד עם ההלכה לפיה חוב שבמועד הקובע היה "חוב מותנה" אינו בר קיזוז. הלכה זו נפסקה, בדעת רוב, לגבי ערב שבמועד הקובע טרם נדרש לפרוע את הערבות שנתן. אם יידרש הערב לפרוע את החוב, תצמח לו זכות כלפי הנערב. נפסק, כי הערב אינו רשאי לקזז חוב קיים לנערב מול הזכות שייתכן ותצמח לו כלפיו אם תמומש הערבות (למשל, ע"א 4316/90 הספקה חברה מרכזית לחקלאים בע"מ (בפירוק) נ' אגרא - אבן יהודה אגודה חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מט(2) 133 (1995); ראו גם, פשיטת רגל, עמ' 250. לביקורת על ההלכה ולסקירת ההתפתחויות בפסיקה בסוגיה זו ראו, קיזוז חיובים, עמ' 248-255). ייתכן שיש להבחין בין ההלכה שנפסקה בע"א 4316/90 הנ"ל לבין הסוגיה הנוכחית. כך או אחרת,

במקרה דנא לא מתעורר ההיבט של חיוב כספי שטרם התגבש ועל כן אין צורך להרחיב בעניין זה, מה גם שאין הבנק טוען כי נדרש על ידי החברה למכור את המניות לפני שניתן צו הפירוק.

10. נשוב עתה לנתוני המקרה שבפנינו. ביום מתן צו הפירוק, הוא "המועד הקובע", היה החוב שנטלה על עצמה החברה כלפי הבנק תלוי ועומד. אין ספק שחוב זה הינו בגדר חיוב כספי אשר סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל חל עליו. באותו מועד היו המניות רשומות על שם החברה בחשבון אחר שהתנהל בבנק. בעצם העובדה שמדובר בשני חשבונות שונים אין כדי לשנות מן הקביעה שמדובר ב"עסקים הדדיים". השאלה היא האם זכותה של החברה במניות נחשבת ל"חיוב כספי" של הבנק כלפיה, אשר ניתן לקיזוז לפי סעיף 74 לפקודה. המניות בהן עסקינן היו מניות של חברה ציבורית, שנסחרו בבורסה לניירות ערך. סעיף 177 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן - חוק החברות), מתייחס לשלושה סוגים של בעלות במניות מסוג זה. כך קובע הסעיף:

- "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".

אין חולק, שהמניות דנא נכנסות תחת החלופה שבסעיף 177(1) לחוק החברות. היינו, מדובר במניות שהיו רשומות במרשם בעלי המניות על שם "חברה לרישומים" (כהגדרתה בסעיף 1 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, אליו מפנה סעיף 1 לחוק החברות; ראו גם, סעיף 132 לחוק החברות). מבנה ההחזקה המשפטי במניות מסוג זה ואופן העברת הבעלות בהן פורטו בהרחבה בע"א 4294/97 אובזילר נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נו(2) 389, 399-401 (השופט י' אנגלרד) (2001) (להלן - עניין אובזילר). לענייננו, אין צורך להיכנס לעומקו של ההסדר, שהינו סבוך למדי. נסתפק בכך שנציין, כי מי שמחזיק באופן פיזי בתעודות המניה הוא "הבנק המרפז", שהוא חבר הבורסה לניירות ערך ושבעלותו נמצאת החברה לרישומים. הבנק המרכז מחזיק את המניות בנאמנות עבור גורם שפועל כנאמן עבור גורם אחר וכן הלאה. בשלב מסוים בשרשרת הנאמנויות נמצא "חבר הבורסה" שאצלו מתנהל רישום זכויות לפי סעיף 177(1) לחוק החברות. הנמען הסופי של הזכויות במניה הוא מי שרשום אצל אותו חבר בורסה (להלן - הלקוח). העברת הזכויות במניה עשויה להתבצע על ידי שינוי הרישום בספריו של חבר הבורסה, בלא העברה פיזית של תעודת המניה ובלא שינוי של הרישום במרשם בעל המניות. עוד יצוין, כי על פי חוקי הבורסה רשאי הלקוח לדרוש כי המניה

תירשם על שמו במרשם בעלי המניות של המנפיק (עניין אובזילר, עמ' 400, מול האותיות ו-ז). במקרה שכך נעשה, הופך הלקוח להיות בעל הזכויות במניה מכוח סעיף 177(2) לחוק החברות.

11. הנקודה שחשוב לבררה לצורך ענייננו היא מהו טיב זכותו של הלקוח במניה, כל עוד היא רשומה על שם החברה לרישומים. היינו, כל עוד שורת החלופה שבסעיף 177(1) לחוק החברות. סעיף 177 לחוק החברות מתייחס ללקוח כאל "בעל המניה". בעניין אובזילר ציין הנשיא א' ברק, כי על פי המצב המשפטי שלאחר חקיקתו של חוק החברות אין ספק שהלקוח הוא בעלים של המניה. היינו, זכותו במניה היא בעלת אופי קנייני, אף בשלב בו היא רשומה במרשם בעלי המניות על שם החברה לרישומים (עניין אובזילר, עמ' 392-393). ביחס למצב המשפטי שקדם לסעיף 177(1) לחוק החברות סבר הנשיא ברק, כי הלקוח לא נחשב לבעלים של המניות, אלא למי שאוחז בזכות אובליגטורית לרישום המניה על שמו. השופט אנגלרד סבר, לעומת זאת, כי חבר הבורסה המנהל את רישום הזכויות מחזיק במניות בנאמנות עבור הלקוח, וכי יחסים אלו על פי מהותם הם בעלי אופי קנייני (שם, עמ' 411, בין האותיות ג-ד). השופט פרוקצ'יה הצטרפה לדעתו של הנשיא ברק. כאמור, אין חולק כי בעידן שלאחר חקיקתו של חוק החברות יש ללקוח זכות קניינית במניה הרשומה לטובתו בספריו של חבר הבורסה, לפי סעיף 177(1) לחוק החברות. במקרה דנא, הועברו המניות מנסקר לחברה בשנת 2002, היינו לאחר חקיקתו של חוק החברות. העברת המניות נעשתה על דרך שינוי הרישום לפי סעיף 177(1) לחוק החברות. "חבר הבורסה" שאצלו נערך הרישום היה המשיב (כך לדברי המשיב, פסקה 15 להשלמת הטיעון מטעמו). מכאן, שלפי סעיף 177(1) לחוק החברות הייתה החברה בעלים של המניות, והן הוחזקו עבורה על ידי המשיב בנאמנות. לא נטען, כי למשיב ניתנה הוראה למכור את המניות. משכך, לא ניתן לומר כי היה "חיוב כספי" של המשיב כלפי החברה שהיה בר קיזוז במועד מתן צו הפירוק. נעיר, כי לאחר שניתן פסק הדין בעניין אובזילר התקבל בכנסת תיקון לחוק המשכון (סעיף 15 לחוק להגברת התחרות ולצמצום הריכוזיות וניגודי העניינים בשוק ההון בישראל (תיקוני חקיקה), התשס"ה-2005). בגדר התיקון, נקבעו הוראות שונות ביחס לאופן מימוש משכון על ניירות ערך, שהוא הנושא העיקרי שנדון בעניין אובזילר. לתיקון זה אין השלכה על ענייננו.

12. המסקנה המתחייבת מן הדיון היא, כי שגה בית המשפט המחוזי בקובעו שעמדה לו למשיב זכות קיזוז ביחס למניות. המניות לא שיקפו חוב כספי של הבנק כלפי החברה. המניות היו בבעלותה של החברה, והבנק החזיק אותן עבורה בנאמנות. משלא התקיים חיוב כספי בנוגע למניות, לא היה לו לבנק מה לקזז מול חובה של

החברה כלפיו. בכך אין בהכרח כדי להכריע את הדין לחובת המשיב, שכן אפשר שזכאי הוא לעדיפות ביחס למניות על יסוד זכות משפטית אחרת. כזכור, לא התייחס בית המשפט המחוזי לשאלה האם רבץ על המניות משכון או עיכבון לטובת המשיב והאם הבנק היה רשאי לממש את המניות. במהלך הדיון בערעור, התבקשו הצדדים להגיש השלמות טיעון בסוגיה זו. עם זאת, לאחר שעיינתי בטענות הצדדים סבורני כי בהתחשב בשאלות המתעוררות ומשלא ניתן לשלול את האפשרות שיידרש בירור עובדתי, ראוי כי התיק יוחזר לבית המשפט המחוזי לשם הכרעה בסוגיה הנזכרת.

13. הערעור מתקבל אפוא. פסק דינו של בית המשפט המחוזי, למעט רכיב החיוב בהוצאות, מבוטל. הדיון יוחזר לבית המשפט המחוזי על מנת שיקבע האם הייתה למשיב עדיפות ביחס למניות, מכוח משכון או עיכבון, והאם הוא היה רשאי לממשן. אין צו להוצאות בערכאתנו.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' גרוניס.

ניתן היום, י"ז באב התש"ע (28.7.2010).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט