

עכבון בזכויות בפקדון הבנקאי - בטוחה לא בטוחה

ד"ר יחיאל בהט * *

בנקים נוהגים להסתמך כבטוחה לאשראי על פקדונות לקוחותיהם אצלם. לכאורה, זאת בטוחה זמינה, נזילה יחסית, בשליטה ישירה של הבנק, ובעלת שווי ברור.

מסיבות שונות הנמנות במאמר, חוששים הבנקים, ברוב המקרים, לרשום שעבוד על הפקדון. במקום זאת, הם כוללים בטפסים מושגים של עכבון או עכוב, יחד עם הרשאה לקיזוז ולשבירת הפקדון.

מאמר זה ממחיש, כי אין זה ראוי לתת עדיפות לבנקים על פני נושים אחרים, על סמך סעיפים סטנדרטיים אלה בטפסים, מאחר שאין עיגון ראוי לכך בחוק ונעדרת הפומביות הנדרשת. ההקפדה על כך מתחייבת גם מהיבטים חלוקתיים של חתירה לשוויון הנושים בפשיטת רגל ובפירוק.

לדעת המחבר, עלולים הבנקים למצוא, כי הדרך העוקפת שהנהיגו, לקבל למעשה מישכון בלי רישום משכון, היא דרך לקבלת בטוחה לא בטוחה. המחבר מציע דרכים להתגבר על מיגבלות המישכון בצורה ישירה.

* מרצה בכיר לדיני קניין, דיני חברות ודיני בנקאות, מכללת שערי משפט. מרצה מן החוץ, אוניברסיטת תל-אביב.
מרצה אורח, המכללה האקדמית נתניה. יועץ משפטי בכיר לשעבר של בנק לאומי.

** עם הדפסת המאמר יצא ספרה של פרופ' נינה זלצמן, עיכבון (תשנ"ח). הספר כולל חומר רבי-ערך בנושא, ולחלקים ממנו הצליח המחבר להפנות בהערות השולים במאמר.

- א. מבוא
- ב. הסיבות לשימוש בעכבון בזכויות ולא במשכון
- ג. האם עונה הנוהג הבנקאי על הדרישות הראויות למתן עדיפות לבנק על פני נושים אחרים?
 (1) עקרונות השוויון
 (2) חריגים – רק תוך עיגון בחוק וקיום הפומביות הראויה
- ד. שאלת ההכרה בעדיפות העכבון הבנקאי בפקדון כספי
 (1) האם אכן מדובר בעכבון?
 (2) עכבון בנקאי הסכמי ותחולת חוק המשכון
- ה. תחליפים אחרים לעכבון – האם הם ראויים למתן העדיפות, והאם יתחמקו מתחולת חוק המשכון?
 (1) "קיוזו פלוס עיכוב"
 (2) פסק הדין בנק לאומי נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה והרחבת עדיפות הקיוזו
 (3) "איחוד חשבונות", "הלכת השורה התחתונה" ומעקפים דומים
- ו. האם לא מתקיימת הפומביות הראויה, והאם אין הצדקה לעדיפות, גם אם חל חוק המשכון?
- ז. האם שונה המצב לגבי עכבון של פקדון ניירות ערך?
- ח. האם השימוש במונחים של עכבון וקיוזו מצדיק את התקוות שתולים בו לפתרון הבעיות?
- ט. הקשיים בעניין מישכון הזכויות בפקדון ודרך ההתמודדות אתם –
 האפשרות לרישום שעבוד ולהסרת מגבלות על שעבוד
 (1) אפשרות המישכון של זכויות שטרם באו לעולם, זכויות עתידיות, או זכויות שתוכנן משתנה
 (2) שעבוד לטובת הבנק על זכויות בפקדון כלפי הבנק עצמו
 (3) הטפול במגבלות על שעבוד
- י. סיום

במרכז המאמר אחת הבטוחות החשובות ביותר: זכויות בפקדון בנקאי (כספי או של ניירות ערך) המשמשות כבטחון לבנק¹. תחילת הדיון בניסיון להבין, מה ראו הבנקים מעצבי הבטוחה הזאת למנוע עיצובה בצורה הפשוטה של משכון או שעבוד². בפרק ב יימנו סיבות כבדות משקל לכאורה שהרתיעו אותם משימוש באמצעי המקובל של משכון, והוליכו אותם לדרך החתחתים של יצירת הסכם עכבון, של הסכמה על עיכוב זכויות³, או של שילוב בין אלה לבין קיזוז.

בפרק ג נעלה את השאלות העקרוניות הראויות לבדיקה, אם הנוהג הבנקאי האמור עונה על הדרישות בדין הקיים ובדין הרצוי, לשם מתן עדיפות לבנק על פני נושים אחרים. יהיה עלינו לבדוק עקרונות מקובלים, כמו עקרון השוויון בין הנושים בפשיטת-רגל ובפירוק. חריגה מהשוויון לטובת הבנק מחייבת הצדקה מיוחדת - הן מטעמי מדיניות, והן בדין הנוהג. החריגים המקובלים טעונים עיגון בחוק, וכן מחייבים השלמת הפומביות הדרושה ליצירת עדיפות קניינית. יש מקום לשקול את ההבדלים לעניין זה בין דיני פשיטת הרגל והפירוק לבין התחרות עם נושים אחרים, מעקלים, במצבים פחות "סופניים".

בפרקים ד' - ו' נבדוק את שאלת ההכרה בעדיפות העכבון הבנקאי. נראה, שספק אם המונח "עכבון" מתאים בכלל לפקדון כספי. עם זאת, לא נצא פטורים, אם לא נחליף את המונח "עכבון", במשמעותו הטכנית בחוק המיסלטלין, תשל"א - 1971 (להלן: חוק המיסלטלין), במונחים אחרים, כגון הסכמה על עכוב וכדומה. זאת תוך חיבורם עם זכות הקיזוז, המהווה בטוחה מוכרת כשלעצמה - הגם שהפסיקה בארץ הגבילה את היקפה בפשיטת רגל ובפירוק⁴.

ניתוח החוק והפסיקה יביאו למסקנה, שההרחבה בהסכם של זכות הקיזוז, תוך שימוש באלמנטים הסכמיים של עיכוב עד הקיזוז, דחיית חיובים עד הקיזוז, או מימוש ושבירת פקדונות, מהווים מכשיר רב-עוצמה, המנסה להשפיע על עדיפויות הצדדים בפשיטת רגל ובפירוק. התוצאה עלולה להיות חריגה במידה רבה מעקרון שוויון הנושים. דבר זה מניע לראות בתמהיל הזכויות המיצרפי שנוצר משכון או שעבוד, בין אם על פי הגדרת הביטויים האלה בחוק ובין אם על ידי החלת ההרחבה בסעיף (ב) בחוק המשכון. התוצאה היא, שבעוד שזכות הקיזוז עשויה להקנות עדיפות מסוימת (במגבלותיה), הרי שהסכם "קיזוז פלוס עיכוב ומימוש" עשוי להיות חסר תוקף בפירוק ובפשיטת רגל באין רישום משכון. בפרק ז נצדיק, על אף שינויים מסוימים, מסקנה דומה

1 הבטוחה נוצרת על ידי "סעיף קיזוז ועכבון" בטופס פתיחת פקדון, או, לרוב, בטופס מיוחד הנקרא "כתב קיזוז ועכבון" או בדומה. שם מאשרים הלקוחות, בין היתר, כי "כל עוד מגיע, יגיע או עשוי להגיע מהלקוחות לבנק סכום כלשהו על חשבון הסכומים המובטחים, לא תיעשה דיספוזיציה כלשהי ע"י הלקוחות - ולבנק תהא זכות קיזוז - ביחס לכלל הסכומים, בגבול הסכומים המובטחים, העומדים וכפי שיעמדו מפעם לפעם, לזכותם" בחשבונות הנקובים בטופס. "הבנק יהיה רשאי לעכב תשלום כספי החשבונות עד לסילוק כלל הסכומים המובטחים, והלקוחות לא יהיו זכאים למשוך את כספי החשבונות או לפעול בהם או ביחס אליהם בכל אופן אחר שהוא ללא הסכמת הבנק - אלא לגבי אותו חלק מהם שיעלה על הסכומים המובטחים". "בכל מקרה שהלקוחות לא יסלקו לבנק סכום כלשהו מהסכומים המובטחים במועדו, יהיה הבנק רשאי - בלי לקבל את הסכמת הלקוחות לכך ואף ללא צורך להודיע על כך ללקוחות מראש - לקזז את הסכום שבפיגור, כולו או מקצתו מכספי החשבונות". הלקוחות מרשים גם המרת מטבע חוץ מחשבונותיהם לצורך הפעולה, ופוטרים את הבנק מכל אחריות לנזקים ולהפסדים עקב פעולה מפעולותיו, כמו "שבירת" פקדונות. אלו הניסוחים הסטנדרטיים המקובלים ברוב הבנקים, בשינויים קטנים.

2 הביטויים "משכון" ו"שעבוד" משמשים במקביל, במידה רבה, כאשר הגדרות להם ניתן למצוא, בהתאמה, בסעיף 1 לחוק המשכון, תשכ"ז - 1967 (להלן: חוק המשכון) ובסעיף 1 לפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג - 1983 (להלן: פקודת החברות). במונח "משכון" אין מתייחסים בדרך כלל לגבי נכסי חברה, אם כי במידה רבה חל חוק המשכון גם לגבי שעבוד על נכסי חברה. השוו הגדרת "נושה מובטח" בסעיף 1 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ם - 1980, המתייחסת לשעבוד וגם לעכבון. ביטוי אחר המשמש לעתים הוא "מתן נכסים בערובה". ואולי רחב יותר המושג "בטוחה", שבגידורו יש הכוללים אף בטוחות שאינן קנייניות, כגון ערבויות.

3 המושג "עיכוב" אינו מעוגן בחוק, להבדיל מהמונח "עכבון", וכוונתו לפעולה של הסכמה על עיכוב תשלומים, כדוגמת הסעיף המובא בהערה 1 לעיל.

4 ראו להלן פרשות אל על והספקה, בפרק ה.

לגבי עכבון בפקדון ניירות ערך.

לקראת הסוף, בפרק ה, יש מקום לתהות, אם השימוש במונחים של עכבון וקיוזו מצדיק את התקוות שתולים בו לפתרון הבעיות שנימנו בתחילה, בפרק ב, אשר מנעו שימוש במשכון. מאחר שבעיות רבות אינן נפתרות, ננסה בפרק ט להתמודד ישירות עם הקשיים שמועדים מישכון הזכויות בפקדון באותה סיטואציה, לרבות הבעיה של פקדון שהרכבו משתנה, ובייחוד הספק לגבי אפשרות קיומו של משכון לטובת נושה על זכויות כלפי אותו נושה עצמו. יתברר, כי ניתן בהחלט להחליף את העכבון על ידי רישום משכון מתאים. שיפורים אפשריים אחדים שיומלצו, יקלו עוד על כך.

ג. הסיבות לשימוש בעכבון בזכויות ולא במשכון

בחיי הכלכלה המודרניים מתרבה חלקם של הנכסים הבלתי־מוחשיים ברכושו של האדם או של התאגיד. לתופעה זאת מתלווה, באופן טבעי, גם ריבוי הצורך בשימוש בנכסים אלה כבטחון לאשראי. לכאורה, יכול הכלי של המשכון או השעבוד⁵ לשמש למטרה זאת, בהיותו מיועד לכך, מוסדר, משוכלל ומודרני יותר מהעכבון, הנושא אופי פרימיטיבי מעט, ושמכל מקום, מיועד למקרים מוגבלים.⁶

עם זאת, אבני־נגף שונים בדרכו של השעבוד, גורמים לכך, שדווקא בתחום של זכויות, מועיקים הבנקים את העכבון ורותמים אותו לעזרתם. הגבלות שונות בחוקים שונים, על המשכון (או השעבוד) של הזכויות, וכן פרשנויות שונות של חוק המשכון, הביאו את הבנקאים לחשוש מהשימוש בחוק המשכון, ולהשתמש במונחים אחרים (אם כי לעתים ניתן למצוא גם משכונות). השעבוד, לדוגמה, נאסר לעתים, על פי דין או הסכם. למשל, חוק עידוד החסכון (הנחות ממס הכנסה וערבות למלוות), תש"ז - 1956 קובע שפקדון במסגרתו לא יהא ניתן להעברה. התוצאה היא מגיעת שעבוד תכניות חיסכון. זאת מאחר שהגבלות על העברת הבעלות בנכס חלות אף על שעבוד⁷. הדעה הרווחת אצל הבנקאים היא, כי ניתן לעקוף את ההגבלה הזאת, על ידי שימוש של הבנק בזכותו לעכבון, או עיכוב, של זכויות החייב בפקדונו בבנק, וזאת עד לסילוק האשראי, או עד למועדי הפרעון של הפקדון ושל החוב, שאז יקוּזו כספי הפקדון כנגד החוב. הקיוזו, אמצעי בטוחה יעיל בפני עצמו, אפשרי להפעלה כאשר החיובים המקוּזים הם "חיובים כספיים...[ש]הגיע המועד לקיומם", ומכאן לכאורה חשיבות העכבון, עד לאותו מועד⁸. הגבלות דומות עשויות לגרום הוראות הנזילות של בנק ישראל, שלעיתים ניתן לפרשן כמטילות

5 למינוח המקביל ראו לעיל הערה 2.

6 לדיני העכבון, ולמידת הצורך בהחזקה הפיסיית או בשליטה בנכסים המעוכבים בידי המעכב, ראו להלן פרק ד(1).

7 סעיף 3(ב) לחוק המשכון קובע, כי "הגבלה או תנאי החלים, לפי דין או הסכם, על העברת בעלות בנכס יחולו גם על מישכונו". ראו ע"א 743/81 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' רוזנבוים, פ"ד לט(18), 12, 21.

8 סעיף 53(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג - 1973. אמנם ראו סעיף 71 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התשמ"ב - 1980, הפועל כרוז (אקסטרטור) של החיובים, גם אם הם עתידים או מותנים, והופך אותם לחובות בני תביעה. יש חשיבות בעיכוב כנגד עיקול. רוצים לסמוך על הפקדון כבטחון גם אם טרם היה סיפק בידי הבנק לתת הודעת קיוזו, הנדרשת לפי סעיף 53(א) לחוק החוזים (חלק כללי). כמו, נגיה, שהוטל קודם לכן עיקול, או כשעדין לא הגיע המועד לקיום חיובו של הנושה.

9 העכבון לכאורה אינו מוגבל כמו הקיוזו, אם כי אפשר לתהות אם החובות המובטחים בדרור אינם כאלה שהגיע זמן פרעונם. ראו סעיף 11 לחוק המיסטלטיין, המדבר בערובה ל"חיוב" סתם. אולם ראו בפרק ד(1), בהערה 94, פסק הדין צמיגי נעמן בע"מ נ' סולל בונה, שם, והדיון להלן ליד הערה זאת. ראו גם המ" 2955/87 ת"א 1440/85 ת"א 213/86 ל' פריניץ בנין ופתוח בע"מ (בפירוק) ואח' נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (לא פורסם, ניתן ע"י השופט ברנר ביום 27.11.88). שם נסיק שהעכבון בפשיטת רגל ובפירוק מבטיח חוב שהגיע זמן פרעונו בלבד, לאור הגדרת "נושה מובטח" בסעיף 1 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש] ("מי שבירו שעבוד או עיכבון על נכסי החייב או על חלק מהם, בחזקת ערובה לחוב המגיע לו מהחייב") ראו גם דברי הנשיא וינוגרד בת"א 293/91 ת"ה 11213/91 ת"ה 12318/91 החברה הישראלית לביטוח משנה בע"מ (בפירוק) נ' בנק איגוד לישראל בע"מ ובנק לאומי לישראל בע"מ ואח' (לא פורסם). החלטת מיום 11.10.94. פירוש כזה עשוי עקרונית להגביל גם את "חיוב" בחוק המשכון, בניגוד לקבוע בחוק המשכון עצמו. מעבר לכך, סעיף 71 לפקודה ממילא קובע או "אקסלרציה" של החובות. לגבי הבעייתיות בקיוזו כנגד חוב מותנה שעדין לא התגבש, ראו להלן פרשות אל-על והספקה, בפרק ה. השוו לגבי עכבון, בסוף פרק ד(2), ליד הערות 94 - 95.

מיגבלות על העברת פקדונות מסוגים מסוימים¹⁰, ומכאן אף על מישכונם. שוב ניתן לסבור, כי הפתרון ייצא בזכות העכבון.

בדומה, הגבלות בחוקים רבים על שעבוד או העברה של אגרות חוב ממשלתיות בלתי סחירות¹¹; או הגבלות על שעבודים בכלל, בחוקים מיוחדים, כדוגמת חוק הפיקוח על עסקי ביטוח¹².

גם הגבלות חוזיות יוצרות תופעה דומה, כמו, למשל, האיסורים הרחבים באגרות החוב היוצרות שעבוד צף על נכסי חברה, על שעבוד ועל העברה (שלא במהלך עסקים רגיל) של נכסי החברה¹³ (בהנחה שלא נכלל בהן גם איסור על הענקת זכות עכבון).

גם ספקות משפטיים לגבי הלימות השעבוד, גורמים לעתים להסתמכות על זכות העכבון דווקא. ספקות לגבי עצם האפשרות למישכון זכות על פי חוק המשכון אינם מוצדקים, כאשר מדובר בזכות על פי הסכם קיים בעת המישכון¹⁴. ספקות רציניים יותר הם לגבי זכויות שטרם באו לעולם, זכויות עתידיות¹⁵, או זכויות שתוכנן משתנה (לדוגמה: חשבון נ"ע או פקדון כספי, שהרכבם משתנה מפעם לפעם ואף מתאפס)¹⁶.

ספקות ניכרים קיימים גם לגבי אפשרות קיומו של שעבוד לטובת נושה על זכויות שיש לחייב כלפיו, כגון שעבוד לטובת בנק על זכויות הלקוח כלפי הבנק (שנוצרו בהסכם פקדון בבנק). החשש הוא שהזכויות פוקעות בשל הבלעתן ומיזוגן (merger), שכן לא תיתכן כביכול חובה של הבנק כלפי עצמו וגם לא תביעה של הבנק נגד עצמו¹⁷.

עוד עולים קשיים באשר לאפשרות מילוי הדרישות הצורניות, שנועדו לענות על "עקרונות

10 ראו, למשל, ההגבלה בהוראות בנק ישראל (נכסים נזילים), תשל"א - 1971, החוזרת בקשר לפקדונות שונים, ש"התאגיד הבנקאי לא הקנה למפקיד תעודה עוברת לסוחר על הפקדון או תעודת פקדון שהעברתה מותנית בהסכמת התאגיד הבנקאי בלבד".

11 ראו, למשל, סעיף 12(ב) לחוקי מילווה חסכון, תשל"א, הקובעים: "תעודות המילווה לא יהיו סחירות". למשמעות ההגבלה ראו ד"ר 16/82 פקדי השומה תל אביב נ' לידור, פ"ד (לט) 757. תכלית המחוקק היתה שלילת העבירות באגרות החוב כדי לעקר כספים שהיו בידי הציבור ולהקפיד זכויות שהיו בידי המלווה מאונס, כך שלא יזרמו הכספים בחזרה לשוק עקב מכירת המלווה לאחר. ראו גם ע"א 702/76 אלימלך נ' בנק ישראל ואח', פ"ד (ג) 596; ע"א 230/73, 231/73 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' בנק הלאו וחסכון לישראל בע"מ ואח', פ"ד (ח) 113.

12 ראו החברה הישראלית לביטוח משנה בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון (לא פורסם. החלטה מיום 19.10.93).

13 לפחות בטפסים הבנקאיים הסטנדרטיים, ובמידה פחותה יותר באגרות חוב שהונפקו לציבור.

14 הנכנסת בהגדרת ה"נכס" בסעיף 1 לחוק. ראו גם סעיפים 17(4), 9, 20 לחוק, המתייחסים במפורש למישכון זכות. ראו, למשל, י' ויסמן חוק המשכון, תשכ"ו - 1967 (תשל"ה - 20 (1974) - ש' לרנר "המחאת חייבים", דיני חייבים - חלק כללי (ד' פרידמן, עורך) 102; רע"א 9/87 כונס הנכסים הרשמי ואח' נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד מא(2) 275; ע"א 66/91 בירדמן חברה לביטוח בע"מ נ' י.ד. מטר בע"מ ואח', פ"ד מו(5) 397, 405; ע"א 1043/93 פלינט ואח' נ' יום טוב דואק ואח' (טרם פורסם).

15 זאת למרות "זכות מותנית או עתידה לבוא" בסעיף 1(א) לחוק המחאת חייבים, לאור הפרשנות הצרה למונח "זכות עתידה" - וראו להלן בהערה הבאה.

16 ראו, למשל, ויסמן, לעיל הערה 14, בע' 24-31; J. Weisman "Floating Charges on Assets of Individuals", 129 Is.L.R. (1986) 21; ע"א 4648/92 טריומף אינטרנשיונל נ' הכונס הרשמי ואח' (טרם פורסם); אולם לגבי זכויות דווקא - אמנם בהקשר של המחאה - ראו ע"א 263/70 בנק ליצוא נ' בנק לאומי לישראל בע"מ ואח', פ"ד (כד) 672, שם הובעה האפשרות להמחאת זכויות עתידיות, בתנאי שהן מבוססות על הסכם קיים ויש יותר מסיכוי גרידא למילוי קונקרטי של ההסכם בתוכן; לתמיכה בהלכה זאת ראו ג' טדסקי, "על פגיעותה של זכות הנמחה מצד הממחה והחייב", משפטים יח (תשמ"ח) 5, 18; השוו בקורות של לרנר, לעיל הערה 14, בע' 79, לפיו, באין חובה להכנסת כספים לחשבון, קשה לראות בחוזה מסגרת לניהול חשבון בנק הסכם המצמיח באופן טבעי זכויות ליתרה עתידית בחשבון. לאחרונה אמנם הייתה הכרה של בית המשפט העליון בהמחאת זכות עתידית לכספים שהיתה הסתברות גבוהה להגיעם: ע"א 717/89 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' ערן טורס בע"מ (בפירוק) ואח', פ"ד מט(1) 114.

17 ראו, למשל, [1987] Ch. 150; [1986] 3 All E.R. 289; In Re Charge Card Services Ltd. [1986] 3 All E.R. 289; שם, 57 - 58; ש' לרנר, "קיוויו חייבים מותנים בפשיטת-רגל" משפטים כב (תשנ"ג) 219, 222; המ' (ח"י) 1891/72 "פועל חדש" חברה לשיכון ותעשייה (בפירוק) נ' משרד השיכון, פ"מ תשל"ד (ב) 241, 257. לגבי אר' אפשרות העברה בידי החייב לנושה של זכותו כלפיו, שכן לא ייתכן שהאחרון יהיה הן החייב והן הנושה לגבי אותו חוב; ת"ה (ת"א) 915/86 רפאלי נ' המנוח אברהם שטיינמן ז"ל (טרם פורסם, מפי השופט בן-ארי: "אדם אינו יכול להיות בעליה של זכות כלפי עצמו". להתייחסותי לטענה הזאת ראו להלן פרק ט(2)).

הפומביות", לתוקף השעבוד כלפי צד ג'¹⁸. אלו עשויים להיות קשיים טכניים בשל אי-המעשיות של רישום מחדש של משכון מידי פעם, כאשר משתנה הרכב המשכון (לדוגמה, פקדון שהזכויות לגביו - או ניירות הערך הרשומים לזכותו של הלקוח - משתנים חדשות לבקרים)¹⁹. במיוחד כאשר יש ספק בדבר האפשרות לראות בפקדון ניירות ערך משכון מופקד על פי סעיף 2(4) לחוק המשכון, תשכ"ז - 1967 או כ"שעבוד נכס מטלטלין המוחזק בידי הנושה" על פי סעיף 178(א)(3) לפקודת החברות²⁰. הבעיה של העדר הפומביות חמורה במיוחד לגבי ממשכן יחיד, או שותפות, שאין בידם לרישום אף שעבוד שוטף על נכסיהם²¹.

טענת העכבון עשויה לעלות גם במקרה הטריטוריאלי, שהנושה שכח או לא השכיל להחתים את החייב על מסמכי שעבוד, או לבצע רישום כדין.

מסיבות אלו ואחרות, נאלצים נושים להסתמך על זכות העכבון (או "עייכוב"²²) - לעתים מלכתחילה, על ידי יצירת הסכם מיוחד, ולעתים בדיעבד, בניסיון לטעון לקיומו של עכבון על פי דין או הסכם, וזאת כתחליף ל"נפילת" טענת השעבוד²³. להלן אבדוק, אם אמנם ההסתמכות הזאת אמורה להועיל. לבסוף אחזור לבדוק כיצד ניתן לטפל אחרת בקשיים האמורים.

ג. האם עונה הנוהג הבנקאי על הדרישות הראויות למתן עדיפות לבנק על פני נושים אחרים?

הנוהג הבנקאי שתואר לעיל נועד, בראש ובראשונה, להקנות לבנקים עדיפות על פני נושים אחרים במקרה של תחרות עם נושים אחרים עקב קשיים פיננסיים של החייבים. יש מקום לבחון, אם הבטוחה האמורה אכן ראויה למעמד עדיף כזה, ואם בדין הנוהג היא אכן זוכה לו.

- 18 על פי סעיף 4 לחוק המשכון ועל פי סעיף 178 לפקודת החברות.
- 19 קושי זה קיים לגבי מי שאינו סבור שניתן להסתמך על חוזה המסגרת כשלעצמו. ראו לעיל הערה 16.
- 20 סעיף 2(4) בחוק המשכון מכיר בתוקף ההפקדה בנכסים נדים ובניירות-ערך שאין לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות. הגדרת "ניירות-ערך" בסעיף 24 לחוק המשכון מתייחסת ל"תעודה, שטר או מסמך אחר המוצאים לפי דין או נוהג, לפקודה או למוכ"ז, ומקנים לאוחז את הזכות הנדונה בהם". הגדרה זאת חובקת בחובה שטרות, למשל, או שטרי מטען ימיים. אולם ספק קיים לגבי ניירות ערך נסחרים בבורסה, הרשומים על שם חברה לרישומים, והזכויות לגביהם רשומות בחשבון ניירות ערך בבנק או אצל ברוקד. בחשבון הבנק אין תעודה. האם מדובר בזכויות בפקדון או באמנות לגבי נייר ערך? והאם לאוחז בנייר יש את הזכות הנדונה בו? קל וחומר שניירות הערך האלה לכאורה אינם "מטלטלין" מוחזקים כנדרש בפקודת החברות. ראו, למשל, ויסמן, לעיל הערה 14, בע' 104 ואילך; ע"א 82/73 כונסי נכסים של החב' הרמן הולנדר בע"מ נ' בנק ישראלי לתעשייה בע"מ, פ"ד כח(2) 75 (שם נקבע הצורך ברישום שעבוד על מניות חברה בידי חברה אחרת); אולם השוה המ' (ת"א) 11756/84 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' שני ואח' (לא פורסם). ניתן על ידי השופטת אבנור ביום 2.1.85 - הסבת המנייה לחברה לנאמנות לצורך השעבוד, מקנה שליטה על המניות שרישומה כבעלים משלימה את האלמנטים הדרושים בהגדרת "נייר ערך"; ע"א (ת"א) 477/95 צפרייר ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (טרם פורסם) - הכרה בני"ע נסחרים בבורסה הרשומים ע"ש החברה לרישומים כנכנסים להגדרת ניירות ערך "לפקודה" וכן ככפופים לזכות העיכבון בהתאם להסכם עם הבנק; ה"פ (י"ם) 176172/94 חזן נ' בנק דיסקונט (לא פורסם) החלטה בבית"ש השלום בת"א מפי הש' אור): : ניה"ע הנסחרים בבורסה שבידי החברה לרישומים הן לא ע"ש אלא הם לפקודה, כי הם סחירים וניתנים להעברה בלי פורמליות, וגישה אחרת תפגע ביכולת מימוש וסחירות הנייר. בערעור בע"א (ת"א) 752/95 חזן נ' בנק דיסקונט (טרם פורסם), לא קיבל בית המשפט המחוזי את הפירוש הזה, ונתפס לכך שהמדובר בזכות כלפי החברה לרישומים, והסיק שניתן לממש את ניירות הערך בדרך של מימוש זכות, עפ"י סעיף 20 לחוק המשכון. וראו להלן בפרק (4) בסופו.
- 21 הסוגייה של האפשרות של יחיד ליצור שעבוד צף על נכסיו הושארה בצריך עיון על ידי פרו' ויסמן, לעיל הערה 14, בע' 33-36, ונראה כי הוכרעה בע"א 689/68 חברת מגדלי פריזה בע"מ נ' הנאמ" על נכסי שטראוס, פ"ד כג(1)715, אשר דחה את אימוץ מוסד השעבוד שביושר, כולל שעבוד צף על רכוש יחידים. כמו כן, חברה או אגודה שיתופית היוצרת שעבוד שוטף מקנה בכך בטחון שדרגת עדיפותו נמוכה יותר והחשף למגבלות ולעדיפויות שונות.

- 22 כמשמעותו לעיל בהערה 3. על העיכוב במובחן מהעכבון ראו להלן פרק (2).
- 23 לא תמיד בהצלחה. ראו, למשל, פרשת כונסי נכסים של החב' הרמן הולנדר בע"מ, לעיל הערה 20; ע"א 5807/91 בנק המזרחי המאוחד נ' הוד אווז משחטה לאוויים והודים בע"מ ואח' (טרם פורסם). ניתן מפי כב' השופט ש' לויין ביום 2.3.94; ת"א (ת"א) 1779/86 בנק ספנות לישראל בע"מ נ' אור"ק בע"מ (בפירוק) ואח', פ"מ נג(2) 221; פרשת החברה הישראלית לביטוח משנה בע"מ (בפירוק) נ' בנק איגוד ובנק לאומי, לעיל הערה 9.

1) עקרון השוויון

כאשר מעניקים עדיפות לבנקים בעלי בטוחה כאמור, גורעים, כמוכח, מעדיפותם של נושים אחרים: ספקים, זכאים שונים בהתחייבויות שיצרה החברה, עובדים, בנקים וחברות פיננסיות שהאשראי שנתנו אינו מובטח, נושי נזיקין, שלטונות המס וכדומה. בדיני פשיטת הרגל והפירוק לפחות, העיקרון הבסיסי הוא השוויון בין כלל הנושים.²⁴ שוויון זה מצטרף לפעולה הקולקטיבית של גביית החוב במרוכז עבור כלל הנושים, תוך בדיקת החובות והעמדתם על מכנה משותף כלשהו. הרעיון הוא, שעם סיום פעילותו העיסוקית הכושלת של החייב, יש מקום למאמץ מרוכז, בפיקוח שיפוטי, למימוש מיטבי של רכושו של החייב, במקום פעולות אינדיבידואליות, ולעתים הרסניות, של נושים בודדים זריזים. התמורה של המאמץ הזה תחולק גם כן בצורה מרוכזת. ובאין המשכיות של הפעילות העיסוקית,²⁵ התמורה תחולק, ככל האפשר, לפי קריטריונים אחידים, יחסית לגובה החובות, הנערכים על בסיס כספי אחד.

שוויון הנושים הוא נקודת מוצא מרכזית, והוא עומד בכפיפות לזכויות ייחודיות של נושים שונים, הזכות למעמד מועדף מכוח חוקים שונים. גם אז, נותר עקרון השוויון חולש ברקע: בכל אחת מקבוצות הנושים השונים, נשמר עקרון השוויון.²⁶ יתר על כן, שוויון הנושים משמש לעתים, מכוח פרשנות בתי המשפט, כעקרון המצמצם את המעמד המועדף שניתן לנושה בחוק כלשהו, ומטה את זכויותיו של הנושה המועדף חזרה, במידה מסוימת, לכיוון נקודת המוצא של החלוקה השוויונית.²⁷ כל חריגה מהשוויון נבדקת בקפידה, ונבחן העיגון החוקי לה, ואם מולאו דרישות פורמליות שונות. השאיפה לחזור לשוויון היא כה רבה, שלעתים משתמש בית המשפט לצורך ביטול העדיפות אף בעילה כלשהי, שלכאורה אין קשר בינה לבין היחסים בין הנושה המועדף לבין כלל הנושים.²⁸ קל וחומר, שתיבדק בקפידה כל דרישה הקשורה במישרין ליחסים בין הנושה המובטח לבין יתר הנושים, ובעיקר מילוי כל דרישה קניינית הנובעת מכללי הפומביות הקבועים בחוק, ועניינם בדרישות רישום או הפקדה.²⁹

בטרם תיבדק הבטוחה הנזכרת במבחנים הנוהגים, כדי למצוא אם היא מעוגנת בחוק, ואם היא עונה על הדרישות החוקיות להעדפה הקניינית, יש מקום לתהות על השאלה העקרונית, עד כמה ראויה ההעדפה. יש רציונלים שונים לסוגי העדפות שונות, העדפת העובדים, שלטונות המס וכדומה, בסכומים ובתנאים מסוימים. השאלה של ההצדקה להעדפת נושים מובטחים, או העדפת

- 24 ראו, 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; ע"א 1226/90 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה ואח', פ"ד מט(1) 177.
- 25 שימור השוויון עומד גם כאחת המטרות המרכזיות במקרה של המשכת העסק בשיקום חברות, כאשר במקום חלוקת הרכוש נעשית חלוקה של זכויות כלפי החברה ובחברה. ראו " בהט דיני הבראת חברות (מהדורה שניה) (התשנ"ב - 1991) 249 - 251.
- 26 ראו, למשל, ע"א 797/89 ועד רוכשי הדירות במגדלי המלכים טבריה נ' מפרק קלרין דירות בע"מ (בפירוק), פ"ד מה(4) 710, בע' 714, מפי הנשיא שמגר.
- 27 ראו, למשל, הפרשנות שניתנה לגבי העדפת חובות מס, כחובות נומינליים בלבד, בע"א 648/82 פ"ש לגביה מיוחדת נ' גפני ואח', פ"ד לח(3) 813; או הצימצום בזכויותיו של בעל זכות קיזוז בשל חוב מותנה: ע"א 826/88 אל-על אגודה שיתופית חקלאית ברמות השבים בע"מ נ' קרן החקלאות השיתופית, פ"ד מה(2) 247; הספקה, לעיל הערה 24; 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.
- 28 ראו, כדוגמה, העילה של אי הסכמת המינהל בעל הקרקע לשעבוד, שגרמה לביטול עדיפות השעבוד לטובת הבנק: ת"א (ת"א) 1247/88 המ' 8663/91 מרכז הארגונים בע"מ נ' בנק לפיתוח התעשייה בע"מ, פ"מ נד(1) 68.
- 29 ראו, לדוגמה, סעיף 4 לחוק המשכון, סעיף 178 לפקודת החברות, סעיף 7 לחוק המקרקעין. לעקרון הפומביות בדיני הקניין, ובמיוחד בדיני הבטוחות, ראו ע"א 180/86 143/86 85/85 790/85 רשות שדות התעופה נ' ד"ר גרוס, ע"ד, כונס נכסים ואח', פ"ד מד(3) 185, 212. למעשה, במקרה זה הייתה החלשה מסוימת של עקרון הפומביות, ובעל זכות עכבון הועדף על בעל משכון קודם רשום: ע"א 1226/90 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה ואח', לעיל הערה 24, בע' 200 ואילך, מפי השופט גולדברג; " יוסמן, דיני קניין - החלק הכללי (תשנ"ג) 43-50, מ' דויטש, "פומביות הקניין, חופש הקניין ותאמות השיטה - הצורך במודל וקווים לעיצובו" משפטים כג (תשנ"ד) 257; מ' דויטש קניין כרך א (תשנ"ז - 1997) פרק 3.

בנקים, כשהם נושים מובטחים או בכלל, נתונה למחלוקות עמוקות. רבים נתנו את דעתם לשאלה אם מוצדק לחרוג משוויון הנושים, ולהעדיף את נותני האשראי המובטחים בשעבוד על פני נושים אחרים, לעתים על חשבון נושים שכלל לא הסכימו להתקשר עם החייב, נושי נזיקין, למשל. ריבוי הדעות והמאמרים, וריבוי התשובות שניתנו לחידה, מביא אותי למחשבה, שאין תשובה מכרעת לחידה זאת, הגם שהעובדה של העדפת בעלי השעבודים היא מושרשת ואוניברסלית³⁰.

השאלה הנכבדה של ההצדקה לחריגה משוויון הנושים לטובת בעלי שעבודים לא קיבלה עדין פתרון משביע רצון, ובמאמר זה לא אצטרף למתלבטים בה. כאן אצא מהנחה שבמישור העקרוני יש הצדקה כלשהי. מהנחה זאת אצא רק מאחר שהדיון בשאלה העקרונית הוא רחב יותר מנושא מאמר זה. אכן, השאלה של התחרות בין השוויון בפשיטת-רגל ובפירוק לבין קביעת הסדרים מסחריים החורגים מהשוויון, בהתאם לדרישות בשוק, היא קשה ביותר (אף אם נתעלם מהנושים הבלתי רצוניים העלולים להיפגע). מנקודת מבט של סיווג, אפשר לתאר אותה כמלחמה מתמדת בין דיני פשיטת הרגל, השואפים לחלוקה שוויונית, לבין המשפט המסחרי (או דיני הקניין³¹), המאיים יותר ויותר לעקור מתוכנו שוויון זה על ידי ריבוי שעבודים³². דיני פשיטת הרגל, בתגובה, מתגוננים על ידי ביטול שעבודים, הקפדה על קיום דרישת הפומביות (גיוס כללי הקניין לעזרתם), בדיקות של העדפה במירמה בתהליך יצירת השעבודים, תביעות נגד בנקים לגבי החיוב המובטח בעילות של ריבית מופרזת, התניית שירות בשירות וכיוצא ב, קביעת אחריות מלווים בנוזיקין ובחוזים, והכפפתם לעדיפות יתר הנושים וכדומה³³.

מנקודת מבט אחרת, ריאליסטית, אפשר לראות בניסיון להגביל את עדיפות השעבוד ובהקפדה במקרים של חריגות, השתקפות של עוינות בית המשפט, בעת יישום החקיקה, הנובעת מהעיונות שלהם עם מקרים קשים של נושים בלתי מובטחים שמאבדים זכויותיהם. ההיבט החלוקתי מביא להקפדה על תנאי השעבוד, ויש בכך סוג של קביעה חלוקתית. אולי כתחליף לחקיקה, המוצעת מידי פעם, שתעביר חלק מסוים של הרכוש המשמש כבטחון לנושים לא מובטחים. יש בכך השתקפות הצורך בהגבלת הנשייה המובטחת³⁴.

ברור, אם כן, שכל עוד אנו מכירים בעדיפות השעבודים, יש מקום לסיווג וביטול עדיפותם בצורות שונות, כאשר הם לוקים בליקויים כאמור, כמו העדפות, או חריגות מכללי הפומביות הקניינית וכדומה. זאת ועוד, יש מקום לבחון בשבע עינים יצירת עדיפות על פני נושים אחרים באמצעות הסכמים וצורות שונות המקובלות במשפט המסחרי, כמו עכבון, קיזוז, נאמנות, מכר

- 30 להפניות לעשרות כתובים בנושא זה, וכן להתייחסויות בפסיקה, ראו י' בהט דיני הבראת חברות, לעיל הערה 25, בע' 258 - 260; י' בהט הסדרי הבראה בבית המשפט ומחוזי לבית המשפט (התשנ"ו - 160 (1996), בה"ש 5. לסקירות בעברית ראו א' פרוקצ'יה דיני חברות חדשים לישראל (תשמ"ט) 432; א' חביב-סגל "דיני השעבודים במימון הפירמה" עיוני משפט טו (תש"נ) 83; ש' לרנר שעבוד נכסי חברה (תשנ"ז - 16 (1996) - 9. למאמרים נוספים (אחדים בלבד) מהזמן האחרון, ראו *82 Cornell L.Rev* "Priority Contracts and Priority in Bankruptcy" Alan Schwartz 1396 (1997) להצדקה לעדיפות הנושה המובטח, שבלעדיה יתקשו חייבים להשיג אשראי; לדעות שונות ראו בסימפוזיון על בטוחות, שפורסם באותה חוברת, ב-*82 Cornell L.Rev* (1997) לביקורת קשות על העדפת האשראי המובטח, מהזמן האחרון, ראו, למשל, John Hudson "The Case Against Secured Lending" 15 *In'l Rev* L.A. Bebechuck & Jesse M. Fried "The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims *in Bankruptcy*" 82 *Yale L.J* (1996) 857, המבקרים את האשראי המובטח כבלתי יעיל וכמייצג תכנית של חייבים להעביר עושר מהנושים הלא מובטחים. הבטוחות לדעתם בלתי יעילות, היות שהן מכבידות על אפשרות ההעברה המהירה והמישכון הנוסף של הנכסים הממושכנים, ומכבידות על שימוש חוזר בנכסים לעיסקות חדשות או להפחתת הוצאות. ראו גם הסימפוזיון על Priority Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy: Further Thoughts and a Reply to Critics" 82 *Cornell L. Rev* (1997) 1279.
- 31 לתחרות בינם לבין המשפט המסחרי ראו ש' לרנר "משפט מסחרי ומשפט אזרחי: אנטומיה של סיווג" ספר זכרון לגד טדסקי (תשנ"ז) (עורכים אנגלרד, ברק, ראבילו, שלו) 503.
- 32 ראו, אמנם בעינים אמריקאיות, המתמקדות בשאלות של משפט פדרלי לעומת משפט מדינתי, Steve H. Nickles "Consider Process Before Substance" 69 *Am.Bankr.L.J* (1995) 589 המחבר קורא לאיחוד הדיון בדינים הפדרליים והמדינתיים כדי לקבוע מחדש את עקרונות החלוקה הראויים.
- 33 ראו, למשל, בהט, הסדרי הבראה, לעיל הערה 30, בע' 328 - 335.
- 34 W.S. Woodward, Jr "The Realist and Secured Credit: Grant Gilmore, Common-Law Courts, and the Article 9 Reform Process" 82 *Cornell L.Rev.* 1511, 1514 - 1520

מותנה, קונסיגנציה, ליסינג וכדומה. זאת, בין אם הם מוסדות עצמאיים היוצרים עדיפות מקבילה לפירוק, ובודאי אם אין הם אלא שעבודים מוסוים, במקרים מסוימים. במקרים האחרונים יש מקום לחזור לכללי השוויון בפשיטת רגל, אם השעבוד לא ענה על הכללים (כמו כלל הפומביות).

(2) חריגים - רק תוך עיגון בחוק וקיום הפומביות הראויה

אם לגבי שעבודים טרם ברור עד כמה יש מקום להעדפת האשראי המובטח (למרות שברור לגמרי שהעדפה כזאת קיימת בדין הקיים), ודאי לא נקל ראש בבדיקות אם מעוגנת כהלכה עדיפות הבטוחה המיוחדת של העכבון הבנקאי שתוארה לעיל. לשם כך עלינו לבדוק את עמידתה בבדיקות המקובלות שתוארו לעיל, לצורך הכרה בעדיפות קניינית בתחרות עם נושים אחרים: עיגון העדיפות בחוק, והקפדה על הדרישות הפורמליות הנדרשות בחוק, בעיקר עמידה בפומביות הדרושה.

הדפוס הקנייני המוכר בחוק ומילוי דרישות הפומביות הם תנאים מינימליים נדרשים אצלנו, בטרם נניח לכלל הנושים לאבד את הטיפול השוויוני בפשיטת רגל ובפירוק, וניצור העדפה לטובת נושה מסוים. בדרך כלל ננמק זאת בצורך ביצירת אזהרה לנושים, או בצורך למנוע הסתמכות של הנושים על מצג עובדתי מסוים. ניתן אמנם להשיג על ההצדקה הזאת לפומביות, כאשר מדובר בעדיפות בתחרות עם נושים בלתי רצוניים, נושי נזיקין ושלטונות המס, אשר אינם בודקים מראש בלאו הכי אם הנכסים משועבדים³⁵. הצדקה אחרת עשויה להיות דרישה של אקט פורמלי כלשהו ממי שרוצה להשיג עדיפות, באופן שידגיש את הסתמכותו על הבטוחה³⁶.

שתי ההצדקות עשויות גם לשמש אותנו, אם נסטה מהדיון על פשיטת רגל או פירוק, ומן השוויון שבמרכוז, ונרצה לחרוץ את דינו של בעל שעבוד שלא קיבל פומביות, בתחרות עם מעקל. לכאורה, גם כאן יש הצדקה לתוצאת סעיף 4 לחוק המשכון, המאיינת את עדיפותו של בעל המשכון שלא דאג לפומביות הדרושה. זאת בשל המצג המטעה שיצר בהתרשלותו, או בשל הימנעותו מלהשלים את המשכון ולתת לו אפקט קנייני, בדרכים שהחוק קבע כדי לבצר את מוסד המשכון. גם כאן העדפתו לעומת אחרים מחייבת מילוי תנאים מסוימים. אולם, במקרים אחרים, עשויה זכות הקיזוז, כפי שנראה³⁷, לגבור על מעקל. לא בהכרח כך הדבר בפשיטת רגל ובפירוק, כאשר הייתה חריגה מזכות הקיזוז הקלאסית, או זכות העכבון הקלאסית. החריגה משוויון הנושים בהליכים אלה מחייבת, לדעתי, הקפדה יתירה על מילוי הדרישות הקנייניות, לרבות הפומביות³⁸. כפי שהדגשתי לעיל, מי שדעתו אינה נוחה מהקפדה "פורמליסטית" כביכול, יכול לראות בכך

35 להעדר הסתמכות בדרך כלל על המירשם, בהתנהגות הנושים הרגילים בכלל, גם החוזיים, להבדיל ממקבלי בטוחה ומרוכשים, ראו לרנר, לעיל הערה 30 בע' 359 - 363. בפרק 15 לספרו מונה פרופ' לרנר מספר מטרות למירשם שעבודים על נכסי חברה. להתייחסות מיוחדת למירשם השעבודים של חברות, בניגוד למירשם על פי חוק המשכון, ראו ע"א 2734 2802/92 איסכור שירותי פלדות בע"מ נ' שלמה נס עור' ורו"ח מפרק אקול בע"מ בפירוק, פ"ד מו(4) 279, המתייחס בעיקר למטרת הרישום כראייה חלוטה על קיום השעבוד, לתועלת הנושה המובטח.

36 ניתן להשוות לדרישת הרישום במקרקעין. וראו הדעה, שבסעיף 10 לחוק המקרקעין נדרש תום הלב לא רק בעת ההסכם תוך הסתמכות על הרישום הקודם, אלא עד לרישום עצמו: דעת הרוב ברע"א 2267/95 האפוטרופוס הכללי נ' הרטפלד ואח', פ"ד מט(3) 854. השופט גולדברג מסביר זאת בכך שההעדפה שמעניק סעיף 10 אינה עולה בקנה אחד עם זכויות אובליגטוריות, שבניגוד לזכויות קנייניות עשויות להיות רבות וסותרות, ולכן אינן עומדות בקנה אחד עם הענקת זכות מכרעת. דעת המיעוט של השופט קדמי: במקרים מיוחדים יראו בבעל זכות חוזית כמי שכבר רכש את הזכות הקניינית בנכס - תום הלב ותשלום החלק הארי של התמורה מצדיק גמישות ושינוי האיוון בתקנת השוק - מרכז הכובד עובר מהגנת זכות הבעלים להגנת האינטרס של הבטחון המסחרי והפעילות הכלכלית. ראו לאחרונה מ' דויטש "הקניין כתויות": על תחרות זכויות ופורמליזם" הפרקליט מג (תשנ"ז) 302, לגבי פסק דין זה, ולגבי השאלה הכללית של הקשר הרצוי בין המצב הקנייני והשלמת הרישום לבין מתן התמורה, כאשר הצד שלישי היה תם לב, לעניין רמת ההסתמכות המזכה בהגנה על הצד השלישי.

37 לזכות הקיזוז כ"שעבוד נסתר" אפשרי ראו מ' מאוטנר "קיזוז" דיני חיובים - חלק כללי (בעריכת ד' פרידמן) (תשנ"ד) 462, 480. ראו הדיון בעניין הסתדרות הרבנים, להלן (2).

דווקא תוצאה של השיקול החלוקתי, שאינו רואה בעין יפה השגת עדיפות על פני נושים אחרים, ועל כן גורם לבתי המשפט להקפיד על קיום התנאים להעדפה.

כפי שנראה להלן, יכולות להיות דעות סותרות, המחייבות את הגנת האשראי הבנקאי, ומוכנות להקל בתנאים לעדיפותו. בקצרה אקדים ואומר, שגם אם נדגול בחשיבות האשראי לחייבים ולמשק כולו, ונסבור שלצורך כך יש לסטות מכלל השוויון, אינני סבור שלצורך כך יש להקל בדרישות הפומביות. אינני רואה סיבה לשחרר נושה מקצועי ומתחכם, כמו בנק, מעשיית פעולה פשוטה של רישום שעבוד, פעולה שיש בה כדי להעמיד את הנושים הלא מובטחים (הרצוניים לפחות) על מצב נכסיו של החייב ומידת היכולת שלהם להתחשב בהם. אמנם, גם אם עשו הנושים הלא מובטחים בדיקה של קיום השעבודים, הם חשופים בכל עת לשעבודים מאוחרים בידי החייב, אשר יגרמו להעדפת בעליהם. עם זאת, יש בבדיקה זאת משום הפחתת הסיכון, במיוחד אם היא חוזרת מפעם לפעם, או אם האשראי הלא מובטח ניתן לתקופה קצרה בלבד, כמו אשראי ספקים. זאת גם בהתחשב בכללים שונים, שיפסלו קבלת עדיפות מכוח האשראי המובטח בסמוך לפשיטת רגל או לפירוק מתוך כוונת העדפה או תוך אילוץ או שידול שלא כדין³⁹, או קבלת עדיפות מכוח שעבוד צף שלא כנגד אשראי חדש שנכנס לקופת החברה⁴⁰, בתנאים מסוימים. מכל מקום, היתרונות שעשויים לצמוח לנושים המתחרים מן הפומביות, עולים בהרבה על הטיחה והעלות לבנק או לחייב מן ההקפדה על הפומביות⁴¹. בכל מקרה אף אם ההסתמכות על הרישום או על העדרו אינה מלאה, אין הצדקה סוציאלית או יעילותית לפטור את הבנק, המתמחה בעניינים כאלה, מרישום. לדעתי, ההצדקה היחידה שתיתכן לפטור את הבנק מרישום שעבוד, היא אם יש מקום לסבור, שפומביות מספיקה מושגת באמצעים אחרים, כגון על ידי הפקדה או החזקה⁴².

יש צורך לבחון עד כמה הבטוחה נשוא דיוננו עונה על הדרישות האלה. די ברור, שהתוצאה המקווה על ידי יוצריה בטפסי הבנק היא התגברות על המתחרים ועל עקרון השוויון, ויצירת עדיפות כלשהי לבנק. כאמור, נצא מהנחה, שיש מקום לחריגים מכלל השוויון (הגם שלא הוכחה עדין הצדקתם). אולם, יש מקום לבדוק, אם מוצדק, שהבטוחה הספציפית מהסוג האמור, להבדיל משעבודים או מבטוחות בכלל, תשיג את המטרה הזאת. כמו כן, אם אמנם היא עושה זאת וממלאת את התקוות שתולים בה הבנקים.

אין ספק, שבחיי המעשה יש לעכבון הבנקאי הצלחה לא מבוטלת. ברור, לפחות, שהבנק משיג באמצעותו יתרונות פרוצדוראליים נכבדים, ובעיקר המימוש היעיל של הבטוחה, בידי הבנק עצמו, תוך קיזוז המגיע לבנק מתוך הפקדון. כמו כן, שליטתו של הבנק במישרין, בכל עת, בבטוחה, ויכולתו למנוע ריקון הפקדון. כמו כן, למרות חששות שהתעוררו בנושא בעבר, עומד לבנק היתרון של עדיפות זכות הקיזוז החוזית ועמידתה בתחרות מול מעקלים בדרך כלל (גם באין מילוי דרישות פומביות פורמליות הנדרשות משעבוד)⁴³.

השאלה החשובה היא, עד כמה תעמוד לבנק עדיפות זאת גם במקרה של פשיטת רגל ופירוק, והאם יש מקום לכך. כפי הדיון לעיל, לצורך כך יש לבדוק, אם אכן קיים חריג לכלל השוויון, המעוגן בחוק, של עכבון בנקאי. או, בהעדרו, עד כמה ניתן לעגן את החריג על ידי שימוש בכללים משפטיים אחרים שיש להם בסיס בחוק. כמו כן, יש מקום לבדוק, אם מתקיימת הפומביות

38 נראה בהמשך, כי בסיטואציות מסוימות, של קיזוז, למשל, שאינו עולה כדי רצון ליצירת שעבוד מלכתחילה, ניתן לחשוב על העדפת בעל זכות הקיזוז על המעקל. ראו פסק דין הסתדרות הרבנים, לעיל הערה 24 והדיון בו להלן בפרק ה(2). ניתן להצדיק זאת בכך, שכאן לא הייתה הסתמכות מלכתחילה על שעבוד, ולכן לא מוצדק לחייב בדרישת פומביות. קשה גם להקפיד על שוויון, כאשר לא כל הנושים תובעים ומעקלים באותו זמן. נשאלת השאלה, אם המצב לא אמור להיות שונה לגבי קיזוז בפשיטת רגל או בפירוק, כאשר כלל השוויון חזק בהם במיוחד, לאור סופיות ניהול העסקים, שאחריהם לא יהיה עוד ממי לגבות. במצב כזה, המבקש להשיג עדיפות, צריך, לדעתי, לענות על דפוס קנייני ברור ופומבי. ראו להלן דעתי בפרק ה(2), לגבי מסקנות מההבדל ברמת ההסתמכות והצפיות של הצדדים השונים בסוגי ההליכים השונים.

39 סעיף 98 לפקודת פשיטת הרגל וסעיף 355 לפקודת החברות.

40 סעיף 359 לפקודת החברות.

41 כל שנדרש מהבנק הוא או רישום שעבוד, ובמקרים מסוימים, הקל עליו המחוקק והסתפק בהפקדה אצלו או אצל שומר מטעמו. ראו סעיף 214 לחוק המשכון. לעניין זה גם אין מקום להתייחס לעלויות בארה"ב, בשל ריבוי הרישומים והתקלות האפשריות כתוצאה מקיום רישומים שונים במדינות השונות, ונכסים העוברים ממדינה למדינה. זה אינו המצב אצלנו.

42 וראו להלן הדיון בפרק ה, לגבי שאלת המודעות הכללית על נוהג הבנקים.

43 וראו הסתדרות הרבנים, לעיל הערה 24 והדיון בהערה זאת ובעיקר בפרק ה(2).

הדרושה (או תחליף ראוי לה) לצורך קיומו של מוסד כזה. וכמובן, האם ראוי להכיר בעדיפות במקרה כזה.

ד. שאלת ההכרה בעדיפות העכבון הבנקאי בפקדון כספי

בפרק זה נחפש את האפשרות לביסוס העדיפות המתבקשת בחוק, בהוראות הנוגעות לזכות העכבון, כמתבקש לכאורה מהזכות כפי תיאורה בטפסי הבנקים. בחלקו הראשון של הפרק תיבחן השאלה אם אמנם המדובר בעכבון המוכר בחקיקה. בחלקו השני של הפרק תישאל שאלה אחרת: גם אם מדובר בעכבון, האם חוק המשכון אינו חולש על עכבון הסכמי מהסוג הנדון (או שמא מוסד העכבון יכול כמסוד נפרד)? ואם כן, מה השלכת הדבר על קנייניות הבטוחה ועדיפותה? בפרק ה' נבדוק שאלות דומות לגבי זכויות אחרות, שאינן עכבון.

(1) האם אכן מדובר בעכבון?

האם ייתכן עכבון בזכויות, ובמיוחד בזכויות לקבלת כספים? כל דיון בעכבון יוצא מנקודת המוצא של סעיף 11 לחוק המיטלטלין. זהו החוק הבסיסי המגדיר את העכבון והקובע את היקפו, בכפוף לדינים מיוחדים. את הימצאותו של עכבון ספציפי, ודינים מיוחדים לו, ניתן לאתר בחוקים שונים, אולם לענייננו משמשת פיסקה (ה) של סעיף 11 לחוק המיטלטלין עצמו, העוסקת בעכבון על פי הסכם. עוד חשובה הוראת החוק הנזכרת בסעיף 1 לפקודת פשיטת הרגל, המונה את בעל העכבון בין הנושים המובטחים. הוראה זו מאומצת בפירוק חברות בסעיף 353 לפקודת החברות.

באילו סוגי נכסים תיתכן זכות העכבון? כמובן, במיטלטלין, כפי שמצוין בסעיף 11 לחוק המיטלטלין (מיטלטלין הם נכס מוחשי, כמוגדר בסעיף 1 לחוק). כמו כן, במקרקעין: פיסקה (ה) שם מחילה את הסעיף "מקום שיש עיכבון במקרקעין". האם ייתכן עיכבון בזכויות? חוק המיטלטלין, בסעיף 13, מחיל הוראותיו על זכויות "ככל שהדבר מתאים לעניין ובשניונים המחוייבים".

האם ההחלה של הוראות העכבון בזכויות מתאימה לעניין? סעיף 11(א) מגדיר עכבון כ"עכוב" מיטלטלין – האם לא מדובר בהחזקה? בס"ק (ד) מדובר על שליטה או הוצאה משליטה. בפרשות רשות שדות תעופה⁴⁴ וסולל בונה⁴⁵ נקבע שמדובר ב"שליטה פיסית". ניתן לסבור, שהעכבון אצלנו מצריך החזקה פיסית או שליטה פיסית לפחות⁴⁶. הרציונל לכך מעוגן כנראה בעקרון הפומביות. יש מקום לדרוש ודאות כלשהי בפומביות הדרושה. גם ההיסטוריה של מושג העכבון עשויה להצביע על שליטה פיסית, שספק אם מתאים להרחיבה, לאור חשיבות הפומביות. כיצד תקוים הדרישה הזאת לשליטה פיסית לגבי זכויות, אם הקביעה הזאת נכונה?

לכאורה אין הדרישה להחזקה או לשליטה פיזית מתאימה לזכויות, ובעיקר לזכויות על פי חוזה, חייבים. במקרה שבו הזכות מגולמת בשטר, הקושי אינו קיים, לאור הפנים הכפולות שיש לשטר – לא רק חיוב אלא גם תעודה שניתן להחזיק בה ולהעביר על ידי הסתבת את הזכות הגלומה בה⁴⁷.

44 פרשת רשות שדות תעופה, לעיל הערה 29.

45 "מי שבידו עיבוד או עיכבון על נכסי החייב או על חלק מהם, בחזקת ערובה לחוב המגיע לו מהחייב".

46 וראו רע"א 430/89 מתתיהו ליפשיץ בע"מ נ' כוכב השומרון בע"מ (בפירוק), פ"ד מג(4) 539 לגבי עכבון במקרקעין לפי חוק חוזה קבלנות; ובדומה בע"א 79/89 סולל בונה בע"מ נ' אחים גולדשטיין חברה לשיכון ופיתוח בע"מ (בפירוק) ואח, פ"ד מו(3) 58; רע"א 5095/93 פ.א. ארבן בע"מ נ' גבי א.ג.ר שותפות לבנין ופיתוח, פ"ד מט (1) 730.

47 לעיל הערה 29.

48 לעיל הערה 46.

49 לדעת פרופ' נינה זלצמן העכבון במשפט הישראלי הוא בעל אופי פוסטורי ומצריך החזקה בנכס. זלצמן, לעיל הערה **, בע' 41. זאת היא קובעת על פי שרטוט הדפוס הנובע מהדין הנורמטיבי בסעיף 11 לחוק המיטלטלין. לאפשרויות להרחבה מסוימת מעבר להחזקה ולשליטה פיסית, בזכויות, אך לא בפקדון בנקאי, ראו להלן ליד הערות 64 – 65.

50 "ליצימדות" של החיוב לשטר ראו א' ברק מהותו של שטר (1973) 37. למשמעויות מעשיות לכך ראו ש' לרנר "מישכון שטרות" שערי משפט ב(1), בפרק 1, ליד הערות 3 – 4. לאפשרות עכבון בשטר ראו א' ברק חוק השליחות, כך שני (מהד' שניה, תשנ"ו – 1160) 1966.

הדבר אף זכה לעיגון מפורש בסעיף 26ג) לפקודת השטרות⁵¹. בדומה, הרעיון הזה מתקיים בשטרי מטען, שהחזקה בהם מייצגת שליטה בסחורה המופקדת בנאמנות עבור המחזיק בשטרי המטען⁵². כמו כן, עקרונית לא בלתי אפשרי עכבון במניות, או, לפחות, כאשר מדובר בנייר ערך למוכ"ז⁵³, או נייר ערך המקנה את הזכות המגולמת בו לאוחז בו⁵⁴. האפשרות הזאת נרמזה בפרשת הרמן הולנדר⁵⁵. לכאורה לא כך במנייה על שם, שהעברת התעודה המייצגת אותה, אינה מספיקה להעברת הזכויות כלפי החברה, אלא יש צורך באישור ההעברה על ידי מועצת המנהלים של החברה, ברישום ההעברה בספרי החברה וכדומה⁵⁶. גם הקניינים הרוחניים לסוגיהם מעוררים שאלות דומות⁵⁷. לגבי כסף, נראה שיתכן להכיר בעכבון בו, ובלבד שמדובר בשטרות או מעות מסוימים, המוחזקים פיסיית בידי המעכב, נניח בכספתו⁵⁸. דהיינו, שוב המדובר בגילום הזכות בנכס מוחשי.

לעומת האפשרות לעכבון במסמכים סחירים, קיים קושי אמיתי בחיובים חוזיים אשר אינם מגולמים בנכס מוחשי. כך, כאשר אנו דנים בזכויות בפקדון בנקאי. להלן אעסוק בעיקר בפקדון כספי. בפרק ז' נזכיר פקדון ניירות ערך הנסחרים בבורסה לניירות ערך, פקדון אצל סוחר בניירות ערך או בבנק. לא בהכרח יש זהות בין הפקדון הכספי ופקדון ניירות הערך, כפי שנראה.

מאחר שהדרישה להחזקה אינה מתקיימת לכאורה לגבי הפקדון הבנקאי, דהיינו שלכאורה לא ניתן להחיל עליו את הוראות החוק בעניין עכבון, עלינו לחפש מקור אחר לעיגון זכות העכבון. לכאורה אפשר להסביר עכבון בזכויות על רקע סעיף 11(ה) לחוק המיטלטלין המדבר על עכבון עפ"י הסכם. אבל כאן אין הכוונה להסכם כנכס שהחוק מכיר בעכבון בו, אלא להסכם כמקור הזכות לעכב הנכס, ואלה דברים שונים. מאחר שאנו מתעניינים בעכבון כתחליף לשעבוד, היינו בפרק של הבטחה, כוח העכבון כלפי צד ג בפשיטת רגל ובפירוק, אחד הסממנים החשובים של זכות קניינית⁵⁹, לא נוכל להיבנות מיצירת עכבון בהבל פה, אף בהסכמת הצדדים, על סוג נכס שאינו מאפשר זאת בחוק, תוך פגיעה בעקרון הפומביות⁶⁰. ניתן אולי להבחין כאן בין עכבון מוגדר בחוק ספציפי, המבטיח חיוב מוגדר ומסוים⁶¹ לבין עכבון שנוצר בהסכם, והוא, כביכול, "תופס" זכויות – בלי שאכן תהיה זאת "תפיסה" של ממש. עקרון הפומביות מחייב, לדעתי, לפרש בצמצום את העכבון ההסכמי, באותם מקרים שבאופן מסורתי לא היינו רואים אותם כמקיימים את הפומביות. למקרים אלה יכול לשמש מוסד המשכון.

אמנם ניתן למצוא הכרה למעשה בעכבון בזכויות בפסיקת בית המשפט העליון. בפסק הדין צברי נ' נוימן⁶² מדובר על עכבון לפי הסכם בכספים שהגיעו לידי המוכר עקב הסכם מכר שהופר –

51 לסעיף 26 ראו, למשל, מ' מאוטר "שטר הבטחון: חוזה הכפוף לתנאי מתלה, נכס ממושכן ובעיית התמורה והערך" עיוני משפט יב (תשמ"ז) 205; ש' לרנר "שטר בטחון וזיכוי חשבון בנק כמתן ערך בשטרות" משפטים יז (תשמ"ז) 71.

52 ראו ת"א (ת"א) 175/93 המ' 1696/93 פוני שיווק (פ.ש.) בע"מ (בפירוק) ואח' נ' בנק לאומי לישראל בע"מ ואח', פ"מ תשנ"ד (2) 372 שם הוכר עכבון על פי הסכם, שאיפשר עכבון על כספים, ניירות ערך, סחורה, מסמכים וכדומה, היות שהבנק אמנם לא החזיק פיסיית בסחורה, אולם החזיק בשטרי מטען ובעתודות הפקדה שסימלו את זכות ההחזקה בסחורה.

53 ראו ד"נ 80/39 ברדיגו ואח' נ' ד.ג.ב. 9 טקסטיל בע"מ, פ"ד לה(4) 197, 218.

54 והשוו להגדרה בסעיף 24 לחוק המשכון. וראו להלן פרק ז.

55 לעיל הערה 20. בפועל נשלל שם העכבון שבא מכוחו של משכון לא תקף.

56 ראו, למשל, ע"א 429/87 זכרון שושנה בת מרדכי בע"מ נ' איטה, פ"ד מד(2) 813. להפרדה בין הזכויות והתעודות ראו המ' 89/51 מיטובה בע"מ נ' קום, פ"ד ו, 4, 8; בג"צ 280/51 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו, 945,

977

57 אולם השוו לשכירות: לשכירות פטנטים ראו חוק הפטנטים, תשכ"ז – 1967, סעיפים 84-87. וראו להלן הערה 64.

58 ראו, למשל, ברק (שליחות), לעיל הערה 50, בע' 1160.

59 ראו, למשל, ע"א 261/88, ע"א 558/98 בנק המזרחי המאוחד נ' רוזובסקי, איטונג בע"מ נ' לוי דוד ובניו בע"מ (בפירוק) ואח', פ"ד מח(2) 102.

60 ראו הסתייגותו של פרופ' ברק מלקבוע שזכות העכבון היא קניינית. בדומה להערת אזהרה הוא רואה בה "זכות שלילית" פוסטורית, שבמשך השנים התפתחה לזכות קניינית מהבחינה של כוחה בפשיטת רגל: א' ברק (שליחות), לעיל הערה 50, בע' 1157, בהערה 23.

61 וראו להלן הערה 95.

62 ע"א 735/88 צברי נ' צבי נוימן ושות' חברה לבנין בע"מ, פ"ד מח(4) 337.

דהיינו, למעשה עכבון בזכויות. לכאורה לא הסתייגו מעכבון בזכויות, אולם לא היה דיון עקרוני בנושא זה, ולכן אין מקום לראות בפסק הדין הכרה עקרונית בעכבון בזכויות⁶³. ודאי לא במונח הרחב יותר, בקשר לזכויות המעוכבות כנגד חיובים שאין קשר ביניהם, וללא עיגון בחוק ספציפי. בספרות, יש סוברים, שאין להכיר בזכות עכבון בנכסים שאין להם ביטוי מוחשי, כמו זכויות חוזיות או זכויות מסוג הקניין הרוחני, שקשה להחיל עליהם את המושג של החזקה⁶⁴. אחרים סוברים, כי אין לשלול לחלוטין את האפשרות שגם בנכסים כאלה תהא זכות עכבון, ככל שתתקיים בהם שליטה של המעכב, היכול למנוע באופן אפקטיבי את העברתם⁶⁵. בחירה בין שתי הגישות האלה מחייבת, לדעתי, מלבד הפירוש המילולי, ניתוח של רמת הפומביות הדרושה, כדי שניתן יהיה לקבוע, שצד שלישי לא יוטעה, ויוכל לעמוד על עדיפותו של בעל זכות העכבון בזכויות⁶⁶. כמו כן, מן הראוי שהמחוקק ייתן דעתו על השאלה, באיזו מידה הוא מעוניין בהרחבתה של העדיפות מכוח העכבון, או שיש מקום במקרה זה רק ליצירת הפומביות הברורה על ידי רישום משכון, כפי שיידון להלן בפסקה (2) של פרק זה.

מכל מקום, לגבי זכויות לקבלת כספים, כמו גם בפקדון בנקאי, הדעה המקובלת היא שאין כלל זכות עכבון: זכותו של בעל הפקדון (החייב לבנק) אינה בגדר "נכס" של החייב שביכולתו של הנושה לעכב. אין קרן מוגדרת של כספים של החייב שהבנק מחזיק. הכספים שהופקדו בפקדון עברו כבר לבעלות הבנק עצמו. הכספים הם בבעלות הבנק⁶⁷, וכיצד ניתן לדבר על עיכובם כנגד הלוקח? המדובר למעשה בהלוואה לבנק. למפקיד (שהוא במקביל גם חייב לבנק בעיסוק אחרות) אין בעלות בכספים, אלא יש לו רק "זכות ראויה" לקבלתם, זכות שאינה מתאימה להחזקה, ואפילו איננה בשליטתו (ודאי לא בשליטה פיזית או בשליטה ברורה אחרת). לכן, המטרה יכולה להיות

63 זכות העכבון נקבעה בהסכם המכר. גם ללא קביעה זאת, הייתה קמה למוכר טענה בדבר זכות עכבון בנכס שמסר לו הקונה עקב חוזה, על פי סעיף 19 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א - 1970, אולם ראו להלן הסתייגויות בספרות מהשימוש בעכבון במקרה כזה, והעדפה של הקיוון (או החילוש מכוח ההסכם). ראו ג' זלצמן "דיני קניין", ספר השנה של המשפט בישראל, התשנ"ב - תשנ"ג (בעריכת א' רוזן צבי) 561, 580-84. לביקורת דומה ראו א' זמיר "חוק חוזה קבלנות, תשל"ד - 1974", פירוש חוקי החוזים (בעריכת ג' טדסקי) (תשנ"ה - 1994) 563, בהערה 51, שסבר שמשמעות הסעיף הייתה דחיית ההשבה. ביקורתו מתייחסת גם לכך שהתוצאה של ירידה לנכס המעוכב ומימושו אינה מתיישבת עם זכות העכבון.

64 ראו, למשל, י' ויסמן, "הנכסים הכפופים לזכות העיכוב של עורכי דין" הפרקליט כג (תשכ"ז) 50, 50 (לגבי זכות העיכוב של עורכי דין); א' ברק (שליחות), לעיל הערה 50, בע' 1160; ע' לוי "עכבון להבטחת חיוב בלתי קצוב" משפטים ז (תשל"ז) 497, 499. זלצמן, לעיל הערה **, בע' 182, מסתייגת מהרעיון של יכולת עיכוב ויכולת מימוש מכוח זכות העכבון בקניין רוחני או בעיסקה אובליגטורית. לדעתה, בשל אופיו היפוסטורי של העכבון, אין זכות עכבון אלא בנכס מוחשי, שתינתן בו אחיזה פיזית. שם, 181 - 182. ראו הי"פ (ת"א) 743/81 כתב ג' גולדשפט, פס"ם תשמ"ב (ב), 480, 482. השוו לסעיף 2(א) לחוק השכירות והשאלה, תשל"א - 1971, המחיל את פרק השכירות "בשינויים המחוייבים" גם על שכירות של זכויות. אמנם שימו לב: כאן הושמט תנאי הסף "ככל שהדבר מתאים לענין" שבסעיף 13 לחוק המטלטלין. לדעת לרנר שכירות נכסים (תש"ן) 48, השינויים מחוייבים כבר בהגדרת העיסקה, שהרי לא תיתכן בזכויות החזקה פיזית. לדעתה, הוראות חוק השכירות והשאלה, למעט ההוראות הבודדות שעניינן החזקה, חלות גם על זכויות. הוא מציין גם (בע' 49), שלמעשה מרבית הזכויות האובליגטוריות, בהן מוטל על פלוני חיוב עשה כלפי אחר, כלות ופוקעות עם השימוש בהן (כמו תשלום). חוק השכירות יחול לדעתו על זכויות קנייניות שונות, כגון זכויות יוצרים, סימני מסחר, פטנטים, זכות ליציר באזור פלוני, זכות לקבל תחנת הימורים וכדומה.

65 ז' זלצמן, דיני חוזים של מדינת ישראל, שער ראשון (תשל"ד) 396; א' דין, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א - 1970 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי) (מהדורה שניה, תשל"ח) 164; א' זמיר, לעיל הערה 63, בע' 560; מ' מאוסר "קיוון דיני חיובים - חלק כללי" (בעריכת ד' פרידמן) (תשנ"ד) 462, 553, 552.

65א ראו לעיל פרק ג, וראו לאחרונה גם זלצמן, לעיל הערה **, בע' 181, הקושרת את דעתה לגבי הגבלת העכבון לנכס מוחשי שתינתן החזקה בו, לכלל הפומביות בדיני בטוחות. על הפומביות בביטוייה בפסיקה, באומר ובמעשה ראו לעיל הערה 29.

66 ד"ר 32/84 עזבון ולטר נתן ויליאמס ז"ל נ' Israel British Bank (London) (in liquidation), פ"ד מד(2) 265; ע"א 515/75 כץ נ' מ"י, פ"ד (3) 673; ע"א 323/80 אלתי בע"מ נ' ב"ל, פ"ד (2) 673; ע"א 1226/90 בנק לאומי נ' הסדרות הרבנים, לעיל הערה 24; ג' טדסקי "על מהות הפיקדון הבנקאי" ספר זוסמן (תש"ם) 209; השוו בין אוליאל "פתיחת השבון - אחריות בנק וסיכון בנקאי" משפטים יב (תשמ"ב) 60. לגבי פקדונות המסוג שנעוסק בו הרבה בהקשר זה, כדוגמת תכניות חיסכון, מסכים גם האחרון שמדובר ביחסי לווה-מלווה, והכספים עברו לבעלות הבנק, וללקוח זכות כלפי הבנק בפקדון: בן-אוליאל דיני בנקאות (תשנ"ו - 1996) 154.

מושגת על ידי קיזוז בין שני החיובים, במקרים מתאימים, ואין לדבר על עכבון.⁶⁰ לעניין זה מציגים המלומדים את הטעות הנפוצה, לפיה משתמשים, בעקבות האנגלים, במונח "עכבון בנקאי" או "Banker's Lien", בעוד שמונח זה מהותו קיזוז. "בשני המקרים נושה 'מחזיק' משהו השייך לחייבו והוא מעונין לנצל מצב זה להקלת גבייתו של החוב. העיכבון חל על נכסים מוחשיים, מטלטלין או מקרקעין, והקיזוז על זכויות. לעתים ההבחנה המינוחית מיטשטשת והזכות המכונה עכבון בנקאי היא למעשה זכות קיזוז. הקיזוז הוא איפוא עכבון לגבי זכויות. הבדלי הדינים בין הקיזוז לעכבון אינם עקרוניים, והם בעיקר תוצאה של ההבחנה בין נכסים פיסיים לנכסים לא מוחשיים"⁶¹. יצויין, אבל, שמיגבלות שונות על זכות הקיזוז מגבילות מאד את החפצים להשתמש בו כבטוחה.⁶²

לאחרונה נאמרו דברים דומים לעניין הגבלת משמעות העכבון בבית המשפט העליון, בהסתמך על דברי אותם מלומדים, אם כי באימרת אגב, דווקא תוך השוואה לקיזוז:⁶³ "בדומה לכך נתפס מוסד הקיזוז לא אחת בדומה למוסד העכבון. עכבון מקנה לנושה כוח לעכב את הנכס שבהחזקתו, כאמצעי לחץ על החייב לקיים התחייבותו כלפי הנושה. אולם חוב כספי איננו מושא לעכבון, ואיננו בגדר 'נכס' לענין זה"⁶⁴.

במספר החלטות בענין החברה הישראלית לביטוח משנה בע"מ (בפירוק)⁶⁵, נקבע, כי עכבון חל על נכסים מוחשיים, ולא על זכויות בחשבונות בנק. בזכויות בחשבון בנק מתקיימים יחסי לווד-מלווה בפקדון, והבנק אינו מחזיק בנכס שנשאר בבעלות הלקוח, כנדרש בסעיף 11 לחוק המיטלטלין - הבעלות בכסף עברה לבנק. הבנק חייב כסף ללקוח.

עד כאן ראינו, אם כן, שמבחינת הנכס הנדרש, ספק אם יש עכבון בזכויות חוזיות, ומכל מקום, אין מקום לדבר על עכבון בפקדון כספי בבנק. דהיינו, לא ניתן למצוא במושג העכבון את העיגון החוקי המתאים הנדרש לצורך החרגה מעקרון השוויון.

ספקות אחרים ניתן להעלות לאור שאלות אחרות הנוגעות לאופי זכות העכבון, כמו המחשבה שבהבדל ממשכון, אין העכבון כולל אפשרות של מימוש⁶⁶; או העדר הקשר ההדוק בין הנכס המעוכב לבין החיובים המובטחים⁶⁷.

67 ידין, לעיל הערה 64, שם. לדעתו בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) מתאימה זכות קיזוז בסעיף 20 ולא זכות העכבון בסעיף 19. הביטוי "נכס שעליו להחזירו" בסעיף 19 מרמז לנכס מסוים שהנפגע קיבל ועליו להחזירו, ואין הדבר מתאים לסכומי כסף; מאוטנר, לעיל הערה 65, בע' 53-55; זמיר, לעיל הערה 63, בע' 64-65; השוו לי פרינץ בנין ופתוח בע"מ (בפירוק) ואח', לעיל הערה 9, שם הסתמך בית המשפט על קליטת העכבון הבנקאי מאנגליה (השוטף הסתמך גם על כוונת הצדדים להקנות לבנק זכות עכבון בין בכספים ובין בזכות לקבלם, אולם התעלם מכך שבפירוק המשמעות היא העדפת המעכב לעומת כלל הנושים ואין מדובר ביחסים בין צדדים להסכם).

68 ש' לרנר, לעיל הערה 17, בע' 29-228; *National Westminster Bank v. Halesowen Presswork and Assemblies*; 810 AC 785, [1972]. לבלבול בין "עיכבון של בנקאי", הקרוב למוסד הקיזוז, לבין "עכבון אקוויטבילי", ראו מ' מאוטנר, לעיל הערה 65, בע' 471; ש' לרנר, לעיל הערה 31, בע' 217; בן-אוליאל, לעיל הערה 66 (הספר), בע' 367.

69 וראו לעיל, ליד הערה 4, לגבי הצורך בחובות שהגיע זמן פרעונם. בפשיטת רגל ובפירוק קיימת המיגבלה לגבי העדר אפשרות קיזוז חובות מותנים. על כך ראו להלן פרק ה(1) להלכות אל על והספקה.

70 בע"א 2390/92 גרינשפון נ' שטרר ואח', פ"ד מט(1) 843. לא הותר קיזוז חובו של יורש לאיסולבנטי לעיזובן כנגד החלק המגיע לו, קיזוז שהיה יוצר עדיפות מלאכותית ליורשים על פני נושה רגיל.

71 ראו גם ע"א 5169/93 בלוך נ' גילאור, פ"ד מח(2) 608, שם נפסק ברוב, כי אפשרי עיקול נכס שבהחזקת החייב, לרבות כספים שהתובע צריך לשלם לפי פסק דין, על אף נוסח תקנות סדר הדין האזרחי הלא ברור לענין זה. השופט ד"ר ש' לויין הדגים, בע' 612, שבסיטואציות דומות עומדת לפונני זכות העכבון - כאשר הוא מחזיק במכונת של אלמוני, וזכות הקיזוז בלבד, כאשר יש לו חוב כלפיו.

72 למשל ת"א (ת"א) 293/91 ת"ה 293/91 החברה הישראלית לביטוח משנה בע"מ (בפירוק) נ' בנק הפועלים בע"מ (טרם פורסם) (ניתן על ידי הנשיא וינגרד ביום 10.5.95); פרשת החברה הישראלית לביטוח משנה בע"מ (בפירוק) נ' בנק איגוד ובנק לאומי, לעיל הערה 9.

73 וראו להלן הערות 158 - 159 בפרק ז.

74 וראו עוד על כך בסוף הפרק הקרוב.

(2) עכבון בנקאי הסכמי ותחולת חוק המשכון

דנו כבר בפקדון הבנקאי, לסוגיו השונים, תכניות חסכון, פקדונות קצובים, חשבונות עו"ש וכדומה, וראינו שמדובר ביחסי הלוואה, בהם מלווה הלקוח לבנק כספים, ולא בשמירה על כספי הלקוח. הכספים המופקדים אינם נשארים בבעלות הלקוח, הם עוברים לבעלות הבנק, והוא חייב להחזירם במועד שנקבע בתנאי הפקדון. ראינו גם, שככל הנראה אין אפשרות עכבון בסיטואציה כזאת.

בכל זאת נמשיך לפתח את הנושא הזה, ונראה, שגם אם אפשרי היה כאן העכבון, הופכות אותן תכונותיו למשהו אחר, למשכון. גם אותם אלו הסוברים כי ייתכן עכבון בזכויות בפקדון כספי יוכחו לדעת כי הלכה למעשה המדובר בנסיבות המקרה במשכון, או שחוק המשכון צריך לחול עליו מכוח סעיף 2(ב) לחוק. לאחר מכן, ננסה לתאר את זכות העכוב המוזכרת בטפסי הבנקים במונחים אחרים, השונים מזכות העכבון, אולם נראה שאין בכך כדי להביא תוצאות אחרות. העכבון שדיברנו עליו אינו יציר חוק ספציפי, אלא עכבון (אם בכלל) מכוח הסכם. אם הנכס היה מתאים, היה העכבון מוכר מכוח סעיף 11(ה) לחוק המיסלטלין. המדובר, כאמור, בהסכם לפיו לבנק זכות לעכב שיחרור כספים ללקוח מפקדונו, לעתים מכלל פקדונותיו, עד לסילוק חובותיו והתחייבויותיו. בהגיע מועדי הפרעון של חובות הלקוח ופקדונותיו בבנק, הבנק זכאי לקזז את כספי הפקדון כנגד החובות לבנק.

גם אם נמצא את הדרך להכיר בזכות הזאת כעכבון, דומה שלא היתה משתחררת מתחולת חוק המשכון, והיה עליה לעמוד בדרישותיו. זאת בשל אופיו של העכבון ההסכמי (או הזכות האחרת)⁷⁵. עלינו להמשיך ולברוק בהגדרת מהות המישכון בסעיף 1 לחוק המשכון. נתעלם כרגע מן הפיצול בין הוראות חוק זה לבין הוראות פקודת החברות, שכן גם שם דומה שהפסיקה אינה רחוקה מראיית הפעולה כשעבוד⁷⁶. סעיף 1(א) לחוק המשכון קובע: "מישכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון אם לא סולק החיוב".

מי שרואה בחלק הראשון של הסעיף לבדו הגדרה של משכון (ורואה באלמנט המימוש בחלק השני תוצאה בלבד), קבע כבר למעשה, כי המדובר במשכון, ומכאן שיחולו עליו, בין השאר, הוראות סעיף 4, לגבי כוחו כלפי נושים אחרים⁷⁷. לכן, על פי פירוש זה, מן הראוי לראות בכך משכון, דבר שיחייב רישום כתנאי לתוקפו כלפי צדדים שלישיים.

75 מתי אין רואים בזכות לעכב משכון? בע"א 144/56 בלנגא וסיטון נ' "מור" בע"מ ואח' פ"ד יב, 5, 9. קובע בית המשפט, שעכבון מכוח החוק אינו טעון רישום אצל רשם החברות, שכן סעיף 127 לפקודה (היום 178) מדבר בשעבוד שיצרה חברה, ולא בשעבוד שקם מכוח החוק. ראו גם פרשת הרמן הולנדר, לעיל הערה 23. לביקורת על פסק הדין האחרון, ולספק אם בכלל ייתכן עכבון במניות חברה או שהמדובר בקיזוזו ראו לרנר, לעיל הערה 31, בע' 11. גם המונח "שעבוד נכס" בחוק המשכון עניינו דומה, וראו גם סעיף 3(א), הקובע שמשכון נוצר בהסכם. היות שאנו עוסקים בזכות לעכב הנוצרת בהסכם, אין בדברים אלה כדי לשחרר אותנו מתחולת חוק המשכון.

76 להגדרה הרחבה של "שעבוד" בסעיף 1 לפקודת החברות ולהשוואה בין עכבון לבין הערת אזהרה שבית המשפט קבע הצורך לרישום בפנקס שעבודי החברה ראו פסק הדין איטונג, לעיל הערה 58.

77 תוצאה אחרת תושג אם נפרש, שמוסד העכבון הוא שונה, ולא חלים עליו דיני המשכון, לאור סעיף 2(א) לחוק: "הוראות חוק זה יחולו כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון". אולם נראה, כי משלא נקבעו הוראות מיוחדות לענין רישום עכבון, למשל, אין חשיבות לפיסקה זאת (מה גם, שאף אלמנט ההחזקה נעדר כאן). נראה שפיסקה (ב) לסעיף 2, שתיידון להלן, והמחילה את חוק המשכון, היא החשובה. קשה גם למצוא ביסוס לטענה, כי הפומביות מושגת במקרה של זכות לעכב על ידי הכרה בציבור של הפרקטיקה של הבנקים (וראו הדעות בפסקי הדין הסתדרות הרבנים, לעיל הערה 24, החברה לביטוח משנה – בנק הפועלים לעיל הערה 71, וראו להלן פרק ה(2)).

גם מי שסבור, שהסיפה של סעיף 1(א), העוסקת במימוש, היא חלק מההגדרה, לא יוכל בכל זאת לטעון שחוק המשכון אינו חל⁸⁷. זאת מאחר וההסכם האמור כולל לרוב אפשרות מימוש, על ידי שילוב אלמנטים שונים של עיכוב, שבירת פקדונות, חיוב חשבונות וקיצוץ⁸⁸. ההסכם כורך "שעבוד נכס כערוכה לחיוב" יחד עם אופן מימוש נרחב, אשר חורג מעבר לקיצוץ על פי החוק⁸⁹, מאפשר שבירת פקדונות טרם הגיע מועד פרעונם, וכן המרת מטבע, גם אם ייגרם נזק, ובמקרים אחרים, מכירת ניירות ערך. ההסכם עונה על הגדרת המשכון בסעיף 1(א).

בכל מקרה, דומה, שגם בהתעלם מההגדרה בסעיף 1(א), הוראת סעיף 2(ב) לחוק המשכון מרחיבה את תחולת החוק, בקובעה ש"הוראות חוק זה יחולו על כל עיסקה שכוונתה שעבוד נכס כערוכה לחיוב, היא כינויה של העיסקה אשר היא"⁹⁰. יש לשים לב, שכאן, בסעיף 2(ב), אין ספק, שהושמט הצורך בזכאות למימוש. במקרה שלנו, בכל מקרה, מתקיימת כאמור האפשרות למימוש. תחולת חוק המשכון בענייננו ברורה ביותר אחרי פסקי הדין קולומבו, שוייגר וטריומף⁹¹, שהרחיבו את תחולת חוק המשכון כאשר הכוונה הייתה ליצור ערוכה לחיוב.

העולה מן המקובץ הוא, כי הסכם עכבון, ובודאי הסכם לעכוב זכויות⁹², הכולל סעדים נרחבים של מימוש מהסוג האמור⁹³, יחול עליו חוק המשכון⁹⁴. זאת לאור הגדרת משכון בסעיף 1(א) לחוק המשכון - כמו גם הגדרת "שעבוד" בפקודת החברות⁹⁵, ובודאי לאור הפרשנות הרחבה הנהוגה היום לסעיף 2(ב) לחוק המשכון בתחומים סמוכים (ליסינג, מכר חוזר ועוד, כאשר מדובר בהסכם היוצר ערוכה לחיוב⁹⁶). המשמעות לכך היא הצורך בהתחשבות בהוראות חוק המשכון בעניינים שונים, ובראשם התנאים לעדיפות כלפי נושים אחרים וההגבלות על דרכי המימוש⁹⁷.

78 לדעה שחוק המשכון אינו חל על עכבון, כאשר אין הוא מעניק לנושה זכות לממש את הנכס, ראו ויסמן, לעיל הערה 14, בע' 2, 14; לדעת פרופ' ברק, לעיל הערה 50 (שליחות), בע' 58-1157, "עכבון אינו שעבוד", והוא מסיק זאת מהעדר אלמנט המימוש. העדיפות בפשיטת רגל אינה נחשבת למימוש. אולם, הוא גם סבור, שם, בע' 1154, ובהערה 6, שם, כי עכבון על פי דין אינו טעון רישום על פי פקודת החברות - והיינו שעכבון הסכמי הוא שעבוד הטעון רישום. לדעת זמיר, לעיל הערה 63, שם, בע' 552, לא יחול חוק המשכון אף על עכבון הסכמי, אם המעכב אינו זכאי לממש את הנכס. ראו גם ידיו, לעיל הערה 65, שם, 163. לדעת שי' לרנר לאחרונה, לעיל הערה 30, בע' 218, רק כאשר ההסכם מייחד נכס פלוני לגביית החוב ומאפשר לנושה לממשו, ההסכם הוא מישכון, ואפילו כינו אותו הצדדים בשם אחר. לדעתו גם עכבון הסכמי אינו טעון רישום כאשר אינו מעניק יכולת לממש, שם, 313. כדוגמה ראו הניסוח בטופס המובא לעיל בהערה 2.

79 על פי סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973 [להלן: חוק החוזים (חלק כללי)].
80 ויסמן, לעיל הערה 14, בע' 69-75. לסעיף זה ותחולתו הרחבה ראו ע"א 455/89 קולומבו מאכל ומשקה בע"מ נ' בנק למסחר בע"מ, פ"ד מ"ה (5) 494; ע"א 196/87 שוייגר נ' לוי, פ"ד מו (3) 20; ע"א 4648/92 טריומף אינטרנשיונל נ' הכונס הרשמי ואח' (טרם פורסם). הקריאה למחוקק בפסק הדין האחרון לפתור את הקושי ברישום משכון על מלאי מתחלף לא מנעה ראיית עיכוב הבעלות במלאי כשעבוד.

82 שם. לאפשרויות להרחבה מסיימת מעבר להחזקה ולשליטה פיסית, בזכויות, אך לא בפקדון בנקאי, ראו להלן ליד הערות 63 - 64.

83 על ההבחנה בין אלה, ועל אי ההתאמה של המונח "עכבון" לזכויות בפקדון בנקאי ראו לעיל הערה 3, ולעיל פרק ד(1).

84 לשאלת המימוש כמבחן המבדיל בין משכון ועכבון ראו להלן הערות 158 - 160 בפרק ז.
85 יחד עם הפרשנות המצמצמת לסעיף 2(א) לחוק המשכון.

86 להגדרה ולפרשנותה הרחבה בפרשת איתונג ראו לעיל הערה 59 ולהלן הערה 108. לדעת פרופ' נינה זלצמן יש אף לרשום לפי סעיף 178(א) בפקודת החברות עכבון הסכמי במקרקעין, כתנאי להענקת המעמד המיוחס של נושה מובטח, ומתוך הצורך לשקף נאמנה את מערכת השעבודים של החברה החייבת: זלצמן, לעיל הערה **, בע' 219 - 220.

87 לכאורה יש הבדל בין העכבון לבין האחרים, בהיותו מלכתחילה מוסד מוכר לערוכה לחיוב, המעוגן כך בחוק. אולם, לדעתי הדברים נכונים לגבי עכבון על פי חוק, ולגבי עכבון על פי הסכם אינם נכונים, לפחות כאשר ההסכם כורך את העכבון בזכויות מפליגות של מימוש, העונות על משכון יותר מאשר על עכבון. כמו כן, כאשר אין המדובר בעכבון של ממש, בהעדר אלמנט השליטה בנכס, לאור אופי הזכויות הנידונות.

88 סעיף 17 לחוק, הנושא האחרון מחייב בדיקה בנסיבות כל מקרה, לרבות לאור הוראות חוק המשכון היותר גמישות לגבי מימוש זכות בסעיף 20 ולגבי מימוש משכון בנקאי מופקד על "ניירות ערך" בסעיף 19. המעניין הוא בכך, שההגבלות על המימוש בחוק המשכון מוחלות דווקא עקב ההסכמה על המימוש בטופס, שהיא בין הגורמים התורמים להחלת חוק המשכון.

בע"א 79/89 סולל בונה בע"מ נ' אחים גולדשטיין חברה לשיכון ופיתוח בע"מ (בפירוק) ואח"כ, נאמר, שהעכבון אינו כולל מימוש, אלא רק עיכוב הנכס לצורך יצירת לחץ על החייב כדי שיקיים את חיובו, ועם זאת, הוא מקנה מעמד של "נושה מובטח" במקרה של פשיטת רגל. לדעתי, ניתן לומר, שמעמד זה יישמר מכוח זכות העכבון, רק בתנאי שמדובר, קודם כל, בנכס המתאים לעכבון⁸⁹, וגם כאשר אין לראות בזכות שניתנה משום יצירת שעבוד. כאן ניתן להסתמך על הדברים שאמר בית המשפט באותו מקרה⁹⁰, לגבי כך שסעד העכבון הוא מסוג "העזרה העצמית" (self help). יש בו מתן לגיטימציה לפעולות שנראות כה צודקות וטבעיות, עד שהמשפט מוכן להכיר בהן. כאשר פלוני נותן שירות או מוכר נכס, ומקבל השירות או הנכס אינו משלם את התמורה, טבעי הוא, שפלוני יסרב למסור את הנכס המצוי בשליטתו. המשפט, במוסד העכבון, מכיר באקט זה כחוקי. אולם, האם זה אמנם המקרה שאנו דנים בו? במקרה שלנו נוצר מלכתחילה הסכם גורף, לפיו (א) מסתמך הבנק כערוכה לכלל חיובי הלוקח, קיימים, עתידיים ומותנים - שאין קשר ישיר בינם לבין הפקדון; (ב) מתיימר לאפשר קיזוז ומימוש; (ג) מאפשר לעכב את כספי הפקדון עד שיגיע זמן הפרעון, ויתאפשר קיזוז, או עד שיסולק החוב. נראה שהדרך ארוכה מן העזרה העצמית הטבעית האמורה ועד להסכם הגורף הזה, שאיננו אלא משכון, ומכל מקום חלות עליו הוראות חוק המשכון מכוח סעיף 2(ב) האמור.

בפסק דין לעניין זה ממש, החברה הישראלית לביטוח משנה בע"מ (בפירוק) נ' בנק איגוד ובנק לאומי⁹¹, קבע הנישא וינוגרד, שיש לראות הסכם עכבון כעיסקה שכוונתה שעבוד נכס כערוכה לחיוב, כאמור בסעיף 2(ב) לחוק המשכון, או כ"מתן נכסים כערוכה", כאמור בהגדרת "שעבוד" בסעיף 1 לפקודת החברות.

כפי שגם יפורט להלן, התוצאה הזאת אינה רק מתחייבת מניתוח הוראות החוק והפסיקה. התוצאה הזאת עונה על הצורך בפומביות ברורה וחד-משמעית. בפקדון בנקאי המשמש כבטחון, אין בידינו להבחין בהחזקת נכס כלשהו של החייב בידי הבנק, כפי שהובהר לעיל. ללא רישום משכון אין דרך ברורה לקבוע שיש לבנק שעבוד המצדיק סטייה מכלל שוויון הנושים (וכאמור גם לא עכבון). הרישום הוא הדרך השירית לפומביות בסעיף 4 לחוק המשכון. לדעתי בדרך כלל הוא עדיף על פני החזקה, גם במקרים בהם החזקה אפשרית, מאחר שבעולם המודרני אין ליחס משמעות רבה מידי החזקה בנכסים. אפשרי ומוכר ריבוי זכויות בכל נכס, לטובת גורמים שונים, ואין מקום להסיק מסקנות חד-משמעיות לגבי משמעות החזקה⁹². קל וחומר, בפקדון בנקאי, שכאמור אין לדבר בו על החזקה. יצירת פומביות על ידי קונסטרוקציה הדומה להחזקה, עלולה לגרום לבעיות שונות ולאי ודאות⁹³. מכל מקום, לצורך ההכרה בה יש לתקן את חוק המשכון, ולהרחיב את האפשרויות לפומביות המוכרות בגידרו.

נראה גם, שהשימוש של הבנקים בסעיפי העכבון להבטחת חובות כלשהם, כפי שהיו מפעם לפעם, שאינם קשורים כלל לפקדון המעוכב, מעורר ספקות דומים. תיתכן אי-נחת מהעדר קשר

89 לעיל הערה 45.

90 שם, בע' 65, הודגש מבחן השליטה הפיסית בנכס.

91 בע' 66. וראו גם מאוטנר, לעיל הערה 51, בע' 234, בהערה 124.

92 לעיל הערה 9.

93 לביקורת על תחולת עקרון "הבעלות הנחזית" בפשיטת רגל בעולם המודרני, בו ההחזקה בנכסים אינה מעידה בהכרח על בעלות (כמו במקרה של שכירות) או על בעלות נקיה מזכויות הזולת (כמו בעת קימומו של משכון רשום) ראו י' ויסמן, לעיל הערה 14, בע' 116.

94 להלן פרק 1.

מוחלט בין החיוב לבין הנכס המעוכב⁹⁵. יש מקום לדעה, שהרחבה יתירה של החובות המובטחים על ידי עכבון חורגת ממה שהיינו מצפים מסוג כזה של בטוחה להבטיח. יש כאן חוסר פרופורציה בין התוצאה של הענקת עדיפות לבין הפומביות המועטה (להבדיל מהאפשרות לפומביות רבה יותר על ידי רישום, שמאפשרת לגלות בצורה מפורשת יותר את היקף החיוב, או לפחות ליצור אזהרה ברורה יותר). כמו כן, יש מקום לעורר את השאלה שהועלתה, אם אין החיוב המורחב חורג מהמתאים ל"סעד עצמי". זאת גם בהתחשב בסמכויות מימוש מפליגות⁹⁶. הדברים מתקשרים לדעתי לעיל בקשר לגבולות העכבון ההסכמי ולהחלת חוק המשכון.

ה. תחליפים אחרים לעכבון - האם הם ראויים למתן העדיפות, והאם יתחמו מתחולת חוק המשכון?

(1) "קיזוז פלוס עיכוב"

מאחר שכאמור, כלל לא מדובר בעכבון אמיתי, צריך להתמודד עם שאלה אחרת. שמא מדובר לא בעכבון, אלא בזכות חוזית לנושה לעכב את כספי הלקוח, וזאת עד שיתאפשר קיזוז (בהגיע מועדי החובות והפקדון לפרעון)⁹⁷. לכאורה יש כאן מעין התליית קיום החיוב החוזי של הבנק בקיום חיוב מקביל מצד החייב לשלם. גם הקונסטרוקציה הזאת לא תעזור, וגם לא ראוי שתעזור, כאשר היא אינה מצטמצמת בין הצדדים לחוזה, אלא משפיעה על זכויות צדדים שלישיים, וגורעת

95 על הקשר הזה בחקיקה האזרחית החדשה, שם הנכס מגיע לרשות הנושה במסגרת העיסקה שהחוב צמח בה, ראו לרנר, לעיל הערה 17, שם, 229. להבדיל לענין זה בין עכבון חד-צדדי לבין עכבון הסכמי, המאפשר לעכב נכס בשל חובות שאינם קשורים אליו ראו ש' לרנר, לעיל הערה 30, בע' 217; ה"פ 569/89 צמיגי נעמן בע"מ נ' סולל בונה שירותי נמל בע"מ, פ"מ תשנ"ב (ג) 221. ראו גם זלצמן, לעיל הערה **, בע' 77 - 72, 171 - 175, הסוברת שהסדר העכבון אצלנו לא אימץ דווקא את הדגם המקפיד על קיום הזיקה של החיוב המובטח אל הנכס המעוכב. אכן, סעיף 11(א) לחוק המיטלטלין מגדיר, אמנם, עכבון, כ"ערובה לחיוב עד סיוולק החיוב", וההשוואה לסעיף 1(ב) לחוק המשכון מגלה, כי הסרה בחוק המיטלטלין ההגדרה הרחבה של אופני החיוב שנמצאת בחוק המשכון. "חיוב" הוא, אמנם, מושג כללי יותר מחוב. אולם, בדרך כלל, החיוב תלוי בסעיפים הספציפיים הקובעים את קיום הזכות. לדוגמה, בסעיף 31 לחוק המכר, התשכ"ח - 1968 מדובר על זכות עכבון למוכר כדי תשלום הסכומים המגיעים לו מהקונה עקב עיסקת המכר, וזכות עכבון לקונה כדי הסכומים המגיעים לו מהמוכר, אם קיבל כבר את המימכר והוא צריך להחזירו למוכר. הכל בגין העיסקה. בסעיף 9 לחוק השומרים, התשכ"ו - 1967 - חוב לשומר בגין השמירה. בפרשת סולל בונה, לעיל הערה 46, למד בית המשפט מסעיף 5 לחוק חוזה קבלנות, התשל"ד - 1974 ומסעיף 11 לחוק המיטלטלין, כי מדובר בחוב שהגיע כבר מועד פירעונו. אמנם ניתן לומר שהחוק המיטלטלין כשלעצמו לא קובע זאת, וגם מדובר בו על חיוב ולא על חוב כספי דווקא. הגדרת המונח "חיוב" נדונה בבית המשפט העליון בפרשת רשות שדות תעופה, לעיל הערה 29, שם נפסק, שהעכבון מבטיח רק את החובות הנובעים מהתיקון בתקופת ההחזקה האחרונה של הנכס המעוכב (המטוס). זאת הסיק בית המשפט מסעיף 11(ד) לחוק המיטלטלין, לפיו פוקע העיכבון עם שיחזור הנכס. אבל, האם זה באמת מתחייב? העובדה שהעכבון משתחרר עם אבדן השליטה על הנכס, אינה מחייבת בהכרח מסקנה לגבי היקף החובות בעת שקיימת שליטה בנכס. השופט גולדברג גם מסיק את התוצאה הנ"ל משיקולי מדיניות. למשל, לדעתו, שיקול ההשחבה של הנכס, שגרם להעדפת העכבון על המשכון הקודם לו באותו מקרה, לא בהכרח יתקיים, כשהיו טיפולים רבים. כמו כן, לדעתו, העכבון הוא מעין SELF HELP, ולכן הוא מתאים לזכות טבעית, מיידית, ולא לחובות ישנים, שאפשר להסיק שכבר יותרו עליהם. ושלישית, הוא סובר, שתוצאה אחרת משמעה שיוצרים בטוחה בלי אלמנט של פומביות. אין אזהרה למי שנותן אשראי כנגד משכון בתקופת הביניים שלאחר שיחזור הנכס. יש אפשרות לחלוק על הנימוקים האלה, וגם על המסקנה. נימוקים אלה נגזרים אולי מכך שבית המשפט קבע באותו מקרה, שהקבלן - המתקן בעל העכבון ייפרע לפני בעל המשכון אפילו, ולכן מצא לנכון לצמצם את העדיפות. אין להם אולי מקום אם בית המשפט לא היה פוסק עדיפות כזאת, שלכאורה אינה מעוגנת בחוק. במקרה זה הייתה קובעת ההחזקה בידי בעל העכבון, וצדדים שלישיים היו מוחזקים כמוזקקים דיים על ידי ההחזקה, גם לגבי חובות קודמים. יש כאן עירוב הנושא של היקף העכבון עם שאלת מידת עדיפותו במקרה המיוחד של השבחה. ראו נ' זלצמן, "דיני קניין", ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"א, 421, 439-442. עם זאת, ניתן לדעתי לומר, כי הפומביות הדרושה במקרה של עכבון הסכמי בזכויות, כמו בפקדון בבנק, ולא בנכס ממש, מחייבת צמצומו של "החיוב המובטח" בעכבון, אף אם הוא בכלל אפשרי.

96 לשאלת אפשרות המימוש כמכתן ראו להלן הערה 158 בפרק ז.

97 וראו להלן פרק ה(2) פרשת הסתדרות הרבנים.

מהשוויוניות של הנושים בפשיטת רגל. יש כאן סטייה רחבה מידי מזכויות הקיזוז הרגילות. השילוב של קיזוז בתוספת עיכוב, בתוספת אפשרות מימוש ושבירת פקדונות, וכל זה תוך כוונה ליצור ערובה לחיוב, ואולי לכלל ההתחייבויות של החייב, מביאים אותנו בשערי סעיף 2(ב) לחוק המשכון⁹⁸. יש כאן ערובה לכל דבר, ולעתים אף נפתחים פקדונות במיוחד לשם כך. אין המדובר בסתם זכויות שנתגלו בבנק בהגיע מועד התשלום. לא הפורמליזם הוא החשוב, אלא הכוונה האמיתית של הצדדים בעת שנוצר ההסכם, וההשפעה המהותית של ההסכם על יתר הנושים, הזרים להסכם. ובודאי כך יש לפרש, לאור התפתחות הפסיקה לגבי סעיף 2(ב)⁹⁹.

גם במשפט המשווה מוגבלת האפשרות לעקוף את הכלל של שוויון הנושים בפשיטת רגל ובפירוק על ידי הסדרים שונים, שמטרתם להשיג עדיפות במקרה של אינסולבנטיות. כך נפסק, למשל, לא פעם באנגליה¹⁰⁰.

פסקי הדין בעניין הספקה¹⁰¹, עסקו בפן המשלים של העכוב - בקיזוז. פסקי הדין אישרו את ההלכה בעניין אל-על¹⁰², לפיה לא ניתן לקזז בפשיטת רגל ובפירוק, בהתאם לסעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם - 1980, סכום ערבות (חוב מותנה), כאשר הערבות לא נדרשה עד המועד הקובע¹⁰³.

בע"א 4316/90 הספקה חברה מרכזית לחקלאים בע"מ (בפירוק) נ' אגרא-אבן יהודה אגודה חקלאית שיתופית בע"מ¹⁰⁴, הודגש בפסק דינו של השופט אור, שנתן את פסק הדין העיקרי של השופטים שהיו ברוב¹⁰⁵, העיקרון החשוב של שמירת השוויון בין הנושים, וההדגשה היא שהרחבה של זכות הקיזוז מעבר לגבולות שנקבעו לה בסעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל (נוסח חדש), התש"ם - 1980, אינה רצויה, באין פומביות היוצרת אפשרות ידיעה של נושים אחרים על זכות הנושה החפץ לקזז¹⁰⁶. הטענה לא הסתמכה על סעיף 2(ב) לחוק המשכון (או מכוח פקודת החברות) דווקא. אולם נראה לי, שאם מפנים את תשומת הלב לאו דווקא ליזכות הקיזוז המעוגנת בחוק¹⁰⁷, אלא לעכוב

98 לתחולת ההוראות הקוגנטיות של חוק המשכון, בכל מקרה שמדובר במישור שבין הנושה ליתר הנושים של החייב ראו ש' לרנר, "מהותו של מכר מותנה" משפטים יג 305.

99 ראו פסקי הדין קולומבו והאחרים, לעיל בהערה 81.

100 ראו, למשל, *British Eagle International Airlines Ltd. v. Compagnie Nationale Air France* [1975] 2 All E.R. 390 - למרות שהסדר המסלקה של יאט"א שם לא נועד דווקא לעקיפת דיני הפירוק אלא לנוחות החברות. וכן; *Carreras Rothmans Ltd. v. Freemans Matthews Treasure Ltd.* [1985] 1 All E.R. 155. שם הודגש שהתוצאה של פגיעה בשוויון היא הקובעת, ולא דווקא שאלת הכוונה או השאלה אם ההסכם נועד דווקא למקרה של פשיטת רגל או לא. למצב בארה"ב בעניין קיזוז, שהוא לכאורה שונה משעבוד, ראו להלן הערה 199, לרבות לספק אם אכן הכוונה לשריין כל קיזוז ולהפכו לבטוחה.

101 להלן הערות 24, 27.

102 ע"א 826/88 אל-על אגודה שיתופית חקלאית ברמות השבים בע"מ נ' קרן החקלאות השיתופית, פ"ד מה(2) 247.

103 יום מתן צו הכינוס, ובפירוק - בעניין הספקה הוכרע, כי יום מתן צו הפירוק הוא הקובע.

104 לעיל הערה 27.

105 אני מתעלם כאן מההלכה הספציפית לגבי העדר אפשרות קיזוז כנגד חוב מותנה, אשר דומה שהיא נובעת מפרשנות מוטעה לסעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל, ואינה נכונה, כל עוד אין חשש לתשלום כפול עבור אותו חוב מקופת הפירוק. הלכת אל על, בהסתמכותה על החוק האנגלי, גם עומדת בסתירה לפסיקה מאוחרת באנגליה: ראו *Re Charge Card Services Ltd.*, (1986) All E.R. 289; *M.S. Fashions Ltd. v. Bank of Credit* and *Commerce Int. S.A.* [1993] Ch. 425. וראו לביקורת על הלכת אל-על: ש' לרנר, לעיל הערה 17.

106 בית המשפט הסתמך, בין השאר, על א' פרוקצ'יה, דיני פשיטת רגל והחקיקה האזרחית בישראל (תשמ"ד) 75-174. לחשיבותה של הפומביות ולהעדרה בקיזוז ראו מ' דויטש, לעיל הערה 29, בע' 194-97, המותח ביקורת על עמדת המיעוט של השופט חשין, שבינגוד לשופט אור, מקל ראש בבעיית העדר הפומביות, באומרו שממילא הנושים הבלתי מובטחים צפויים להגדלת החובות של החייב בעתיד (בע' 145 לפסק הדין).

החורג לגמרי מזכות העכבון, ולשילוב רב-העצמה בין העכוב והקיוזו, מן הראוי שמכוח סעיף 2(ב) יוחלו הוראות חוק המשכון, או שיוחלו הוראות פקודת החברות מכוח סעיף 178 בדומה¹⁰⁸.
גם בע"א 5005/90 הספקה חברה מרכזית לחקלאים בע"מ (בפירוק) נ' בית יצחק - שער חפר, אגודה להתישבות חקלאית בע"מ¹⁰⁹ הדגיש הנשיא שמגר, מפיו ניתן פסק הדין העיקרי, את הרצון לצמצם את זכות הקיוזו בשל הצורך לעשות צדק עם כלל הנושים, שאין להתיר פגיעה בהם מעבר למותר באופן מפורש בפקודת פשיטת הרגל ובפקודת החברות. זאת על אף שהיה מודע לשינוי ההלכה באנגליה (כפי שהיו מודעים גם השופטים שנחלקו ביניהם בפסק הדין הראשון בעניין). כמו דעת הרוב בפסק הדין הקודם, לא נטה הנשיא שמגר לסטות עתה מההלכה הקיימת. מאחר שסבר, שיש להכרעה חשיבות לעניין מערכת הערבות, האשראי והמשק בכללותו, המליץ כי המחוקק יבחן את השאלה מבחינה משפטית וכלכלית לכל היבטיה ויתן לה דעתו. הנשיא שמגר ציטט מספרות אנגלית¹¹⁰, שהסכם קיוזו רצוני, שיקנה לנושה זכויות מעבר לחוק פשיטת הרגל, לא יקויים לאחר תחילת הליכי פשיטת הרגל, כל עוד לא נרשם ההסכם. ואכן, זאת צריכה לדעתי להיות גם תשובת המחוקק, לאחר שיבחן את הנושא על כל היבטיו. סטייה משוויון הנושים אפשרית ומוכרת - אולם תחת כנפי השעבוד¹¹¹.

(2) פסק הדין בנק לאומי נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה והרחבת עדיפות הקיוזו

כאן מן הראוי לבחון פסק דין חדש אחר, הדין בהסכם מעין זה שאנו עוסקים בו, ומכשיר אותו. זהו ע"א 1226/90 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה ואח"כ¹¹². נדון בו בהרחבה, מאחר שממבט ראשון הוא מעורר את החשש, שבית המשפט העליון ליבן בו את הסוגייה נשוא המאמר, והכריע בניגוד למסקנות המאמר. אולם, ניתוח פסק הדין ממחיש, שלא הייתה מוכנות עקרונית להכיר בזכות העכוב כמעניקה עדיפות על צדדים שלישיים בפשיטת רגל. הרחבת הדיון של השופטים בקיוזו לעבר הסעד הנלווה של עכבון או עכוב, שקבע הבנק בטפסיו, מראה את הבעייתיות שבשילוב העכוב והקיוזו, ומביאה למסקנה, שלו נטען הדבר בפני בית המשפט, מן הראוי היה שיכיר בתחולת סעיף 2(ב) לחוק המשכון על השילוב הזה.

גם כאן נדון הקיוזו ולא ניתנה תשומת לב לעכבון, אולם שני הסעדים האלה היו שלובים למעשה: הסכם הקיוזו המיוחד הרחיב את זכות הקיוזו מעבר למוכר בסעיף 53(א) לחוק החוזים (חלק כללי); דהיינו, ההסכמה על עיכוב איפשרה למנוע את סיכול האפשרות להשתמש בעתיד בזכות הקיוזו, וזאת כל עוד לא הגיע מועד הפרעון של החיובים.

את הזכות לעכב את הכספים לא ראו באותו מקרה כעכבון, אלא כזכות לעכב, שאינה מקנה זכויות לבנק בכספים, אלא היא פועלת בעיקר כמניעה של מימוש זכויותיה של החברה החייבת - מעין הקפאה. הזכות הזאת לעכב הצליחה, בפסק הדין, לעמוד כנגד זכותו הנוגדת של המעקל, ולחסן את בעל זכות הקיוזו מעיקול הכספים בטרם הגיע המועד לפרעונם ובטרם קיוזום למעשה.

107 שלגביה אני מסכים עם שופטי המיעוט, שאין טעם עקרוני, אם מכירים בהצדקה לקיוזו, להבחין בין קיוזו כנגד חובות שנדרשו כבר ושלא נדרשו, ובשני המקרים הייתה התחייבות טרם המועד הקובע, וגם התקיימה למעשה הדדיות מלאה בנסיבות של פסקי הדין אל-על והספקה, למרות שאחרת פסקו שופטי הרוב.

108 להגדרת "שעבוד" בפקודת החברות ניתן פירוש רחב בפרשת איטונג, לעיל הערה 59. פרופ' לרנר (לעיל הערה 30, בע' 313-14), בעקבות האמור בפסק הדין, שם, בע' 124, מפנה תשומת לב לדמיון בין הערת אזהרה ובין עכבון, שניהם אינם כוללים אפשרות מימוש, וסובר כי בשל הרחבת מושג השעבוד אין עוד טעם להכרה בחוק המטלטלין בעכבון הסכמי בנפרד משעבוד. לטעמי, גם היום ייתכנו מצבים "שעכבון" כזה ייחשב כשעבוד.

109 פ"ד מט(3) 458.

110 S.R. Derham, *Ser'Off* (1987) 297.

111 לחשש שלא ניתן לרשום שעבוד במקרה זה בגלל "התמזגות", מאחר שהבנק הוא גם החייב בפקדון וגם בעל השעבוד על הזכות ולתשובות לחשש זה, ראו להלן פרק ט(2).

112 פ"ד מט(1) 177 (להלן: הסתדרות הרבנים).

בכך נקבעה, ובצדק, עדיפות בעל הזכות לקזו ולעכב על פני מעקל, שהוא ודאי כפוף להגבלות על זכויות בעל הפקדון, והתגברו על פסיקה קודמת שונה¹¹³.

לדעתי, אכן, שיקולי הבטחון בשוק האשראי מצדיקים מסקנה זאת. נושה שלא טרח להבטיח זכותו בשעבוד, ובדעיבד הטיל עיקול, אינו צריך לדעתי לגבור על הבנק. יש מקום לתת משקל להסתמכותו של הבנק על אפשרותו לקיזוז בדרך כלל, המוצדקת מטעמי יעילות. הסתמכות זאת היא רצינית יותר מאשר התנהגותו של הנושה, אשר לא ניתן לו שעבוד, וממילא היה מודע לאפשרות שלא יוכל לגבות את החוב. בתחרות בין שניהם, אני מצדיק מתן עדיפות לבנק, מאחר שהנושה האחר ממילא יכול היה לצפות לקיזוזים שונים, הסכמיים או מכוח החוק. עצם הימצאות היתרה בחשבון החייב במקרה זה נולדה מסעיפי העכוב בהסכם הבנקאי. אין הצדקה לדעתי לזכות את המעקל מן ההפקר, או מהפסדו של הבנק, שהקפיד על אי שחרור היתרה ללקוחו, מאחר שהסתמך על זכות הקיזוז.

אולם, עדין אין בכך די, לדעתי, לקבוע זכויות עדיפות לבעל זכות העכוב בפשיטת רגל ובפירוק. כפי שתואר תחילה, בהליכים אלה מופסקת הפעילות השוטפת, ומתקיים מאמץ מרוכז של ריכוז כל החובות וגבייתם מכל הרכוש שנאסף במקביל (להבדיל מעיקולים בזמנים שונים, בהם לקודם בזמן ייתכנו נכסים רבים יותר לעיקול). כאן יש להקפיד יותר על השוויון בין כל הנושים, תהא עילת החוב אשר תהא, שכן לא יהיה עוד בידם לגבות את החוב בצורות אחרות. יש הצדקה, לכן, להקפיד יותר על הדרישות מנושה המנסה להשיג עדיפות על פני יתר הנושים. ייתכן מטעמי יעילות שוק האשראי, יש אכן מקום לאפשר עדיפות לבנקים (אף שלא הוכחה עדין ההנמקה המלאה לכך). אולם, מי שמבקש לשריין לעצמו עדיפות כזאת, ולהשיג יתרון על פני נושים אחרים, לא מוגזם לבקש ממנו להקפיד על תנאים מינימליים לביצור עדיפותו. תנאים אלה מחייבים עיגון הזכות בדפוס קנייני מוכר, המקנה עדיפות, דהיינו, משכון, ובאזרה ליתר הנושים ומתן פומביות למשכון.

בהסתדרות הרבנים אכן נקבע, כי זכות העכוב אינה מקנה לבנק זכויות בכסף, אלא היא מקפאיה את זכויות החברה החייבת, מגבילה את כוחה להוציא את הכספים¹¹⁴. דהיינו, הזכות לעכב אינה יוצרת זכות קניינית למעכב, ואינה קובעת זכויות במקרה של פשיטת רגל ופירוק. בהליכים אלה שוב אין מעכבים, אלא בודקים את הזכות המהותית בנכס. למי שעיקל קודם לכן, אין זכות קניין, אבל גם לבנק אין בהכרח זכות קניין. יש לו רק זכות קיזוז. בהמשך פסק הדין, קובע השופט גולדברג, שבזכות הקיזוז יש בהכרח בטוחה כלשהי, מין "עזרה עצמית" שמתגברת על עיוות הצדק שנגרם למי שיש בשליטתו כספים של החייב ובמקביל גם חוב. "עזרה עצמית" בדומה לעכבון¹¹⁵. אולם בית המשפט אינו רוצה להרחיב את הזכות הזאת באופן שתגרע יתר על המידה מזכויותיהם של נושים אחרים¹¹⁶. לכאורה סבור בית המשפט, שבפשיטת רגל ובפירוק יש למקזו מעין זכות קניינית, על פי סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל - אולם לא מעבר לגבולות ולהגבלות של סעיף זה. טרם פשיטת הרגל או הפירוק לא בהכרח נגזרת עדיפות דומה, שכן יש רצון לשוויון. השופט גולדברג מדבר על תיקון עוול לנושה בעל זכות הקיזוז בפשיטת רגל, שבאופן אקראי לחלוטין מחזיק בנכס של החייב - אבל אינו מעוניין להרחיב את העוול שנגרם לכלל הנושים, שתקטן מסת הנכסים העומדת להם לחלוקה¹¹⁷, ואין לפגוע בהם מעבר לגבולות סעיף 74 (דהיינו לא לגבי חוב מתנה שלא נדרש).

113 פסק דינה של השופטת פלפל בבית משפט השלום שהביא לחששות כבדים בקהילה הבנקאית: ת"א (ת"א) 23895/90 החברה הדרומית לשינוק בע"מ - סנו נ' אמויאל נ' בנק הפועלים (צד ג') (לא פורסם. ניתן ביום 21.7.92). פסק דין זה לא עמד בקנה אחד עם הלכות מבוססות לגבי כך שהמעקל בא בנעלי החייב ואינו יכול לתפוס יותר מהזכויות של החייב (שבמקרה זה כפופות להסכם העיכוב והקיזוז). ראו, למשל, ע"א 323/80 אלתי בע"מ נ' בל"ל, פ"ד (לז) 673. ראו ולצמון, לעיל הערה ** בע' 189, בהערה 16, המסכימה עם דעת השופט גולדברג בעניין הסתדרות הרבנים, בע' 195 - 197, לפיה העיקול שקדם להפעלת הקיזוז על ידי הבנק, כפוף לזכות העיכוב של הבנק. זאת לעומת דעת השופט קדמי (שם, בע' 192, 191) לפיה זכותו של הלקוח המותנית והמוגבלת על ידי זכות העכוב של הבנק כלל אינה ניתנת לעיקול. להתלבטות בשאלת מעמדו ועדיפותו של בעל העכבון כלפי מעקל, ראו ולצמון, שם, בע' 295 - 299.

114 דברי השופט גולדברג, בע' 195.

115 ראו פסק הדין סולל בונה, לעיל הערה 46.

116 שם, בע' 204 - 200.

117 שם, בע' 203.

ברצוני להדגיש את המלים האלה, על בעל זכות הקיזוז "שבאופן אקראי לחלוטין מחזיק ב'נכסו' של החייב" (ההדגשה במקור). בית המשפט לא דן בכך, אבל צריך להבדיל בין המקרה הזה של צדק למחזיק באקראי לבין טכניקה של שעבוד מלכתחילה. הנחתי הייתה קודם, כי יצירת בטוחה שתהא טובה גם לסיטואציה של פשיטת רגל ופירוק משמעותה יצירת שעבוד, ואין היא ראויה להגנת בית המשפט אם לא נרשמה כשעבוד. פתרון צודק, מתיישב יותר עם דיני הקניין וכלל הפומביות, יהיה לרשום שעבוד מלכתחילה¹¹⁸. פתרון זה מתאים מבחינת יעילות משפטית, שכן ההשקעה הנדרשת לכך מנותן האשראי, שעיסוקו במתן אשראי, קטנה יחסית, וקטנה לעומת ההשקעות הנדרשות מכלל הנושים לוודא מצבו של החייב ומערכת זכויות הקיזוז שיצר והחובות הקשורים להן.

בית המשפט מדגיש את ההבדל בין זכות קיזוז לבין בטוחות קנייניות, שטענות פומביות ואזהרה ליתר הנושים. בפירוש קובע השופט גולדברג¹¹⁹, שאין להרחיב את הניסיון לתקן על ידי הקיזוז את העיוות של התבוננות בכל חיוב לחוד, על ידי העדפת זכות הקיזוז מעבר למישור היחסים בין החייב לנושה, המתאימה כאשר החייב בר פרעון, ואין לגזור גזירה שווה בין מקרה זה לבין המקרה של תחרות עם יתר הנושים כאשר החייב לא בר פרעון.

אולם, מאותה נקודה, עושה השופט גולדברג תפנית מפתיעה, וקובע דין מיוחד, כאשר הנושה הוא בנק, וזכות הקיזוז נקבעה בהסכם בין בנק ולקוח¹²⁰. לדעתו ניתן לייחס לצדדים שלישיים ידיעה על אפשרות קיומה של מערכת החיובים ההדדית ולכך שהבנק נוהג לכלול בטפסיו הוראת קיזוז. השופט מציין גם את חשיבות הבנקים להזרמת האשראי¹²¹.

השופט גולדברג לא מתייחס לסעיף 2(ב) לחוק המשכון. אם צודק השופט שיש מקום להעדיף את הבנק, הרי יש בכך הצדקה לשעבוד לטובת בנק. לא בהכרח צריך לגזור הרחבה של ההעדפה למקרה שלא רושמים שעבוד. הידיעה על אפשרות קיום סעיפי קיזוז, עלולה לגרום לאי יעילות כלכלית, ולהפריע לזרימת האשראי, היות שנושים אחרים אינם יודעים את היקף החובות לבנק, המשתנים מפעם לפעם, ויחששו להישאר חשופים. אמנם גם כשרשום שעבוד אין בהכרח ידיעה על גובה החובות, באותם מקרים שהשעבוד הוא ללא הגבלה בסכום. בכל זאת, השעבוד מציין בבירור על איזה נכסים מסתמך כל בנק כבטחון, ובכך מצטמצמת אי הודאות. כאשר מוותרים על רישום שעבוד, מקבל הבנק עדיפות אוטומטית בכלל פקדונותיו של החייב אצלו, לרבות בדיעבד, להבטחת אשראי שעדיין לא ניתן. מלבד מתן העדיפות האוטומטית לבנק מראש, בלי שהייתה כוונה מובהקת של בעל הפקדונות להעניק לו עדיפות גורפת כזאת, מדע הדבר את סיכויי של האחרון לקבל אשראי מנושים אחרים. נושים אלה יקחו בחשבון שכל פקדון משועבד לבנק, למרות שלא בהכרח אלה הדברים.

גם הנימוק הנוסף שמביא השופט גולדברג, שהבנק יעלה את הריבית כדי לפצות עצמו על הסיכון, אם לא יוכל לסמוך על זכות הקיזוז, אינו משכנע. השאלה האמיתית היא העלות הכללית של האשראי לחייב – אם הסיכון של הנושים המובטחים יגדל, אולי צריכה לרדת הריבית לנושים האחרים, עקב ירידת הסיכון להם. ללא בדיקה, אין החשש מהעלאת הריבית על ידי הבנק, גדול מהחשש להעלאת הריבית על ידי הנושים הלא מובטחים¹²². בנוסף לכך, גם אם מקבלים את הנימוק של החשש מהעלאת הריבית, הרי יכול הבנק לרשום בקלות שעבוד כדין, וממילא לא יצטרך להעלות את הריבית כדי להגן על עצמו מפני הסיכון שבנפילת השעבוד.

השופט גולדברג קובע¹²³, שאין לראות את ההכרה בעדיפות זכות הקיזוז של הבנק, כנוגדת את תקנת הציבור. לדעתי, לא העמידה בתקנת הציבור היא המבחן החשוב במישור התחרות עם כלל

118 וראו להלן פרק ט' לגבי מידת האפשרות לכך.

119 שם, בע' 204.

120 שם, בע' 204-6.

121 השוו דברי הנשיא וינוגדר בפרשת ביטוח משנה – בנק הפועלים, לעיל הערה 72.

122 וראו T.H. Jackson & A.T. Kronman "Secured Financing and Priorities among Creditors" 88 Yale L.J (1979) 1143. כאמור, מחברים שונים הגיעו למסקנות שונות. ראו, לעיל הערה 30. פתרון חידת ההצדקה לשעבודים מחייב מחקר נוסף, ועד כה לא הושגה ההכרעה, על אף ריבוי המחקרים. אם המדובר ב"zero sum game", העלות הכוללת ללקוח ויכולתו לגייס אשראי לא ישתנו, וכוחות השוק יפעלו את פעולתם. אם יימצא שאין מדובר במשחק סכומו אפס, יש צורך לבסס את ההצדקה להעדפת הבנקים. קל וחומר, שקשה לראות את הסיבה להעדפתם במידה כה רבה, שאף משחררת אותם מיצירת פומביות ורישום שעבוד.

123 קשה לראות 'רציו דסידינדי' כללי בעניין זה בפסק הדין.

הנושים. לפחות במקרה של פשיטת רגל או פירוק¹²⁴, בנסיבות של קיזוז והעכבון המשולבים ושיאנם אקראיים¹²⁵, על אף סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל, יש אמצעי פשוט יותר לפסילת העדיפות. עומד לרשות בית המשפט הכלי הספציפי של סעיף 2(ב) לחוק המשכון, ואין צורך בשיקולים כלליים של תקנת הציבור. השאלה המתעוררת אינה תוקפה של ההוראה, אלא עמידותה כלפי כלל הנושים. ייתכן שאין פגם בחוקיותה ובתוקפה, אולם שיקולי השוויון בפשיטת רגל מצדיקים התעלמות ממנה באין הפומביות הדרושה. עם זאת, כאשר הסכם קיזוז והעכבון אינו מעוגן בטופס מיוחד לצורך הקניית הבטחה אלא בטפסים כלליים שנחתמו כשיגרה בעת פתיחת חשבון, יש מקום לבחון פסילתו גם כחווה אחיד על פי חוק החוזים האחידים וגם אולי כנוגד את תקנת הציבור.

לסיכום פסק הדין הסדרות הרבנים:

מתגלות בפסק הדין שתי עמדות מנוגדות בתכלית לגבי היקף זכות קיזוז שתינתן לה הגנה כנגד נושים אחרים¹²⁶. לדעתי אין בפסק הדין הכרעה בין העמדות (גם אין מכנה משותף ברור לענייננו בין דעות השופטים השונות, אף שהגיעו לאותה תוצאה¹²⁷). מכל מקום, פסק הדין גובר על החשש, שנוצר בפרשת אמואל¹²⁸, שכאילו מעת הטלת עיקול, שוב לא ניתן לקזז. פסק הדין פותר בעיה זאת, ומתיר את קיזוזו, כמו גם את המקרה בו החוב נוצר בחשבון אחר מאשר החשבון שמקזזים ממנו. לא הובהר, מה הדין לגבי חוב מותנה, ואפילו לגבי חוב – או זכות ללקוח – שעדיין לא הגיע מועד פרעונו. נקבע דין מיוחד לטובת בנקים, אך לא נפתרה השאלה לגבי נותני אשראי אחרים. לא הועלתה טענה של סעיף 2(ב) לחוק המשכון. לפי דברי השופט גולדברג, לכאורה יוצא, שדווקא בחברה חדלת פרעון תהייה עדיפות רבה יותר לקיזוז (נוכח הוראת סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל). זאת שאלה שנראה לי שעדיין לא ניתן לגביה בפסיקה פתרון מניח את הדעת. ההדגשה בפסקי הדין של שאלת קיזוזו, והפניית תשומת לב קטנה יותר לעכבון או לעיכוב, יש בה הגיון, לדעתי. לדידי, עיקר הפגיעה הוא בשילוב בין הסעדים השונים, ובודאי לא בעיכוב כשלעצמו, לולא היה מסתיים בקיזוז. אינני רואה מניעה, לאשר את הזכות לעכב את הכספים, ובלבד שלא תצורף אליה בחברה חדלת פרעון פעולת קיזוז באופן חד-צדדי, מכוח הסכם מוקדם ותכנון לעת כזאת, תוך הקניית עדיפות בלתי-חוזרת למקזז¹²⁹.

- 124 מקרה שלא חודד בפסק הדין, שהעמדות בו היה עם מעקל, עימות קל יותר.
- 125 אם נקבל את עמדת בית המשפט לגבי קיזוז מנכסים שנקלעו בדרכו באקראי, ייתכן לגרוס, שבאותם מקרים לא הייתה כוונה ליצור ערובה לחיוב, ולכן אין להחיל את חוק המשכון.
- 126 לעיל הערה 113. אף בדברי השופט גולדברג עצמו, שהכיר בצורך בצמצום עדיפויות בעת חדלות פרעון, אולם יצר חריג מיוחד לגבי עדיפות בנק, חריג שביקרתי אותו לעיל.
- 127 נימוקי השופט קדמי מתונים מאלה של השופט גולדברג, ומצמצמים יותר למקרה של העיקול. השופט גולדברג התייחס גם למצב של חדלות פרעון, והוא לבדו ערך השוואה בין בנק לבין נושים אחרים בסיטואציה כזאת. השופט אור הסכים עם דברי שני חבריו. לדעת פרופ' לרנר, קיים ספק אם יש לראות בהסכם קיזוז שעבוב, ספק שלא הובהר דיו בפסק הדין, לאור דברי השופטים השונים שלא היו חד-משמעיים: ש' לרנר, לעיל הערה 30, בע' 289.
- 128 לעיל הערה 112.
- 129 אכן, גם בארה"ב, שם הדין שונה, התלבטה הפסיקה בעניין חוקיות "הקפאה" של חשבונות החייב בבנק בעת הליכי שיקום. הבנקים טענו, שאינם מפרים את הוראות עיכוב ההליכים הנהוגות שם, והמגבילות גם קיזוז (כל עוד מובטחת "הגנה הולמת" לבעל זכות קיזוזו). טענתם הייתה, שאין המדובר בקיזוז אלא במניעת שימוש בכספים על ידי החייב, שימוש שעלול להביא לבנקים נזק בלתי הידיר. ואכן הוכרע לאחרונה, כי ההקפאה מוצדקת, בהיותה מגינה על הבנק מפני אבדן הכסף: *Citizens Bank v. Strumpf*, 1955, 101 U.S. 633458. אם לחזור לדין השונה אצלנו, ואל הניתוח לעיל של השילוב בין קיזוז והזכות לעכב, ההופך לדעתי את ההסכמה לערובה לחיוב, הנתפסת בסעיף 2(ב) לחוק המשכון, עיקר הבעיה נעוץ לא בעכוב, אלא בקיזוז, החורג מהקיזוז הרגיל.

(3) "איחוד חשבונות", "הלכת השורה התחתונה" ומעקפים דומים

יש המנסים להגן על הפרקטיקה, על ידי הטיעון, שאין מדובר בקיזוז, אלא ב"איחוד חשבונות": כביכול, העמדת החובות "האמיתיים" זה מול זה, או "הלכת השורה התחתונה"¹³⁰. לדעתי, קשה ליעץ לבנקים להסתפק בטיעון הזה. לפי סעיף 2(ב) לחוק המשכון, המהות קובעת ולא הכינוי¹³¹. בשלב הבא של הפסיקה, בית המשפט עלול לא רק להצר את זכות הקיזוז, כמו באל-על ובהספקה, אלא גם להגביל את איחוד החשבונות, ככל שהוא יוצר כלי רבי-כוח שנותן יתרון לבנק מול נושים אחרים. אין סיבה, שהבנק יעשה זאת באופן סמוי, כאשר קיים הסכם מראש. כנגד השקעה נמוכה יחסית יכול היה הבנק לרשום שעבוד מתאים¹³². אין המדובר כאן בעימות בין הבנק והלקוח אלא כנגד כלל הנושים.

בדומה אין דעתי נוחה, מההצעה לקבוע בהסכם, שמועד הפרעון של הפקדון יידחה עד לאחר החזר כל החובות, לרבות החובות הנובעים ממימוש הערבויות הבנקאיות שהוצאו לבקשת בעל הפקדון המעוכב (דהיינו, תוך ניסיון להתגבר על הלכות אל על והספקה)¹³³. במישור החוזי, אכן נדחה המועד לקיומו של חיוב, אם תנאי לקיום הוא שיקויים תחילה חיובו של הנושה¹³⁴. אולם, הצירוף של הדחייה הזאת עם הקיזוז היא פעולה רבת-עוצמה כלפי כלל הנושים, ואיני מניח שניתן לעקוף את כללי החלוקה השוויונית בפשיטת רגל ובפירוק¹³⁵. בדיוק כשם שהסכמה על דחיית מועד העברת הבעלות, בהתאם לסעיף 3 לחוק המכר, התשכ"ח - 1968, לא סייעה לנושה להשיג עדיפות על פני נושים אחרים¹³⁶.

החלת חוק המשכון משמעותה הסרת חלק מהיתרונות שרצו הבנקים להשיג על ידי יצירת הסכם עכבון וקיזוז. הם יכולים להשיב לעצמם את יתרון העדיפות בפשיטת רגל על ידי יצירת פומביות מתאימה. ראוי לבדוק אם פומביות כזאת איננה מושגת גם ללא רישום.

ו. האם לא מתקיימת הפומביות הראויה, והאם אין הצדקה לעדיפות, גם אם חל חוק המשכון?

הגעתי למסקנה, כי חוק המשכון יחלוש על הבטוחה עכבון הסכמי בפקדון בנק. עדין אפשר להתלבט לגבי נושאים שונים. ניתן לכאורה למצוא הנמקות לטיעון, שאין צורך ברישום כדי שכוח המשכון יהיה יפה כלפי נושים אחרים.

לדוגמה, אפשר להעלות את השאלה, אם מודעות הציבור לכך שפקדונות כפופים לזכויות קיזוז ועיכוב, מאפשרת להתגבר על הבעיה של הצורך ברישום או בהפקה, לפי סעיף 4 לחוק המשכון. זאת מכוח הידיעה המיוחסת בסיפא של פיסקה (3) ל"נושה שידע או היה עליו לדעת על

130 לרנר, לעיל הערה 17. בע' 232. גם הוא אינו בטוח בתוצאה, אם כי לדעתו יש להבחין בין הסכם הקובע זכויות הצדדים למקרה פשיטת רגל דווקא, לבין הסכם "עמיד" יותר, המסדיר יתרת החוב של שני הצדדים בכל רגע ביחסיהם המסחריים ההדדיים, כאשר יתרת חוב זאת תקבע גם בפשיטת רגל. אולם ראו Carreras, לעיל הערה 99. גם לדעת לרנר, הסכם מהסוג האחרון אינו מעשי במשך כל יחסי הצדדים, לאור התנאים והריביות בסוגי החשבונות השנים, חשבונות עו"ש, הלוואת וחסכונות, ואם יופעל רק בפשיטת רגל, הסעיף יהיה בטל. להלכת השורה התחתונה ראו בע"א 529/93 בנק הפועלים בע"מ נ' שאול רחמים, פ"ד מזו 240(3). להבחנה בארה"ב בין זכות קיזוז לבין יישוב חובות הנובעים מאותה עיסקה ולכלל האקויטיבילי של recoupment, הגובר על שוויון הנושים, ראו Newbery Corp. v. Fireman's Fund Ins. Co., 95 F.3d 1392 (9th Cir. 1996).

131 לפירוש הרחב בפסיקה לסעיף 2(ב) ראו לעיל ליד הערה 81.

132 לשאלת האפשרות לכך אתיחס בפרק ט להלן.

133 ראו דרחה, לעיל הערה 110, בע' 308; לרנר, לעיל הערה 17, בע' 224, בהערה 22 במאמרו.

134 סעיף 43(א2) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג - 1973.

135 ראו הלכות British Eagle v. Carreras, לעיל הערה 99. דעתי דומה לגבי הטענה, שההסכם רק משנה את זמני הפרעון - מקדים את הפרעון של החובות, כדי לאפשר קיזוז מהפקדון. זמני פרעון נקבעים בדרך הטבע במסמכי ההלוואות. אם משנים אותם בהסכם קיזוז ועכבון, הרי המטרה היא לתת עדיפות לעומת יתר הנושים - ואם כך, המדובר בשעבוד.

136 פרשת קולומבו, לעיל הערה 81. יצוין, שבפשיטת רגל ובפירוק בלאו הכי הופכים החיובים, גם העתידיים והמותנים, חובות בני תביעה. ראו סעיף 71 לפקודת פשיטת הרגל.

המישכון¹³⁷. בפסק הדין החברה הישראלית לבטוח משנה בע"מ (בפירוק) נ' בנק הפועלים בע"מ¹³⁸ נדחתה טענה דומה. בא כוח הבנק ניסה להרחיב את זכות העכבון בניירות ערך, תוך הסתמכות על פסק הדין הסתדרות הרבנים¹³⁹, לגבי ייחוס ידיעה לצדדים שלישיים על מערכת החיובים ההדדיים, תוך ניסיון להצביע על מילוי עקרון הפומביות. בית המשפט קבע, כי בפסק הדין הסתדרות הרבנים דנו בחייב בעל כושר פרעון. הנימוקים באותו פסק דין של שמירה על צינור האשראי, דבר שיועיל גם לנושים, אינם תופסים כשהחייב פושט רגל או בפירוק, שאז אין רבותא לניסיון להצילו, וכובד המשקל עובר להגנת נושיו בפני נושה ש"יעקוף את התור ויגרוף את כל הקופה". לי נראה, שאין לרוקן לגמרי את ההוראה בסעיף 3(4) לחוק המשכון המאפשרת הסתמכות על ידיעה או חובת ידיעה של הצד השלישי. אולם, הסתמכות זאת צריכה להיות מוגבלת למקרים של ידיעה ממשית על השעבוד, או חשד ועצימת עיניים¹⁴⁰.

ניתן לחשוב על דרך נוספת לביסוס הפומביות. ניתן לטעון, שכאשר חברה היא המשעבדת, כלל אין צורך לרשום שעבוד (גם אם אין הפקדה), מאחר ששעבוד זכויות בפקדון כלל אינו טעון רישום. הסעיף הרלבנטי בפקודת החברות מונה חובות רישום פרטניות, ולא בהוראה שירית. סעיף 178(4) לפקודת החברות מחייב רישום של "שעבוד חובות לקוחות" (יתר השעבודים בסעיף אינם רלבנטיים כלל). הכוונה אולי לחוב מסחרי שנוצר במהלך עיסקי החברה, ולא לפקדון בבנק¹⁴¹. נראה, שפירוש זה אינו הולם את "הרמוניה התחיקתית", לאור השוני מסעיף 4 לחוק המשכון¹⁴². ייתכן אף לעגן פורמלית את הטיעון האחרון, באופן שלאור סעיף 2(א) לחוק המשכון, הואיל שאין הוראות מיוחדות בפקודת החברות לרישום, יחולו הוראות סעיף 4 לחוק המשכון – ורישום משכון שיצרה חברה רואים כרישום גם לפי סעיף 3(4) לחוק¹⁴³. הפירוש המקובל הוא, שאין להבחין בין "חובות לקוחות" בסעיף 178(4) לבין זכויות¹⁴⁴. בכל מקרה, פירוש זה לא יפתור את בעיית הפומביות במשכון של יחיד, להבדיל ממשכון של חברה.

מבחינת הדין הראוי, יש מקום לחשוב על השאלה, אם אין מקום לתקן את חוק המשכון, באופן שירחיב את האפשרויות ליצירת פומביות. דהיינו, כיכר בפומביות הנוצרת על ידי עצם השליטה של הבנק בפקדון (להבדיל מהחזקה, שודאי אינה מתקיימת), או, לחלופין, יהפוך את הבנקים למרכזי מירשם של שעבודים על פקדונות. הדבר כרוך, לדעתי, בחיובם המקביל של הבנקים בגילוי מתאים לציבור (שיש לישוב בינו לבין חובת הסודיות הבנקאית) ובהקפדה על סדרים מסוימים. אינני משוכנע שהדבר רצוי, ולו רק מאחר, שהדבר יביא לידידת יכולת ההסתמכות כנגד מתן אשראי על פקדונות בידי בנקים שלא אצלם הופקדו, או, לחלופין, לצורך בבדיקות בלתי פוסקות. יש להניח, שהבנקים יקשו על הציבור במתן תשובות מתאימות, ינסו להפלות בין בנקים ונותני אשראי אחרים, ינסו להסתייג ולהשאיר לעצמם מפלטים מטעויות ופטורים. אפשר להתגבר על כך, במידה מסוימת, על ידי חקיקת משנה מתאימה. הדבר טעון לימוד נוסף. ייתכן שיש הצדקה רבה יותר לכך לגבי פקדונות ניירות ערך. לפקדונות אלה אתייחס בפרק הבא.

137 לגבי פיסקה זאת ניתן לעורר את השאלה, אם די כי המפרק ידע על קיום ההסכם, או שמה כלל הנושים צריכים להיות מודעים להסכם. בעניין זה יש דעות שונות. ראו ויסמן, לעיל הערה 14, בעמ' 82-82, הגורס, כי הידיעה ההלבנטית היחידה לצורך תוקף המשכון הינה ידיעתו בפועל או ידיעתו הקונסטרוקטיבית של הנאמן בפשיטת רגל. ראו פרוקציה, לעיל הערה 106, בע' 66-155, הסובר, כי יש להעמיד במקום הנאמן בפשיטת רגל "נושה סביר", ולשאול אם הוא היה צריך לדעת על המשכון.

138 טרם פורסם.

139 לעיל הערה 24.

140 לדעה דומה בדבר סעיף 3(4) כללית ראו ש' וייס, שכלול המשכון (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור במשפטים, האוניברסיטה העברית, תשמ"ד) 29-125. לדעה פחות פסקנית בדבר גבולות הידיעה והבדיקה ראו ויסמן, לעיל הערה 14, בע' 146.

141 W.J. Gough *Company Charges*, 290; W. Blair, "Cash Deposits as a Form of Security" *Butterworths Banking and Financial Law Review* (1987, L.C. Chiau, ed.) 163, 175. א' פלמן, ה' בר-מור, דיני חברות בישראל להלכה ולמעשה (מהד' רביעית, כרך ב, 1994) 962.

142 לפירוש לאור הרמוניה זאת בעניין דומה ראו ע"א 264/89 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' נייר גרף בע"מ (בפירוק) ואח', פ"ד מו (1) 433.

143 תקנות המשכון (סדרי רישום ועיון), תשנ"ד - 1994, סעיף 16. ראו א' חביבסגל "דין השעבודים במימון הפירמה" עיוני משפט טו (תש"ן) 83, 127-128.

144 לרנן, לעיל הערה 30, בע' 288.

ז. האם שונה המצב לגבי עכבון של פקדון ניירות ערך?

למעשה נוהגים הבנקים פעמים רבות לקבל משכונות - רשומים או מופקדים - על פקדונות ניירות ערך (להבדיל ממיעוט השימוש במשכונות על זכויות בפקדון כספי). אולם, מסיבות שונות, חוששים הבנקים לגבי כוח המשכון כלפי נושים אחרים¹⁴⁵. נושא זה מחייב התייחסות נפרדת. ניירות ערך נסחרים בבורסה, שמופקדים בבנק, אפשר אולי להתייחס אליהם כנמצאים בשליטת הבנק בכל עת. בניגוד לפקדון כספי, כאן לכאורה ניתן לראות בניירות הערך נכס של הלקוח, מוגדר פחות או יותר, למרות שניתן גם כאן לטעון, שללקוח זכויות חוזיות כלפי הבנק לקבלתם. אני נוטה יותר לדעה, שללקוח יש יותר מאשר זכויות חוזיות כלפי הבנק, ובנסיבות מסוימות ניתן לראות בו בעלים של ניירות הערך. שליטתו של הבנק בניירות הערך מאפשרת אולי הכרה בעכבון בהם (אם כי הדבר אינו ברור). גם אז, אני בספק, אם יש מקום להכיר בעדיפות העכבון בפשיטת רגל או בפירוק, כאשר העכבון לא נוצר באקראי אלא כפעולה של יצירת בטוחה. זכות המימוש של ניירות הערך, אשר הבנק גם שומר לעצמו בטפסיו¹⁴⁶, ואף הוכרה בפסיקה, כפי שנראה, מקרבת, לדעתי, את הבטוחה הזאת למשכון. מבחינה זאת, דומה המצב למדי לעכוב וקיוזו בפקדון כספי, שהסקתי לעיל את תחולת חוק המשכון לגביו.

ניירות הערך המופקדים בפקדון בבנק (או אצל ברוקר), נרשמים בפנקסי החברה המנפיקה כניירות ערך על שם חברה לרישומים כלשהי. זאת כדי לאפשר את המסחר בהם בבורסה, ללא צורך ברישומים בלתי פוסקים של שינויי בעלות בפנקסי החברים של החברות המנפיקות, וללא הטיחה שבהחמתה על כתבי העברה. המסחר מתנהל לא באופן של העברות מיד ליד, שכן מדובר בניירות ערך על שם, וגם לא על ידי שינויי רישום בספרי החברה המנפיקה. המסחר מתנהל על ידי העברות חשבונאיות, בהן נרשמות ליזכותם או לחובתם של הבנקים או הברוקרים המוכרים והקונים בספרי החברה לרישומים זכויות לגבי ניירות הערך, בהתאם להודעותיהם ההדדיות של הסוחרים הנ"ל באמצעות מסלוקת הבורסה. הרכישות והמכירות המדווחות על ידי בנקים וברוקרים, מתייחסות לשינויים בהחזקות במיצבור של ניירות ערך, עבור כלל הרוכשים והמוכרים (ולרוב לא מיוחסות ללקוח מסוים של הבנק/הברוקר). בקצה של השלשלת הן נזקפות ליזכותו או לחובתו של קונה מסוים מהבנק או מברוקר אחר, וזאת על ידי רישום בספריו של אותו בנק או ברוקר על שמו אישית¹⁴⁷.

אם נתייחס לחוליה האחרונה בשלשלת בלבד, עלולה לעלות המחשבה, שלבעל הפקדון זכות חוזית ערטילאית בלבד, ולפי חלק מהדעות שפורטו לעיל¹⁴⁸, די בכך כדי לשלול את האפשרות של הנושה להחזיק בזכות ולהיות בעל זכות עכבון בה. לעומת זאת, ניתן לראות את הדברים בראייה רחבה יותר. ניתן לראות את הלקוח, כבעל ניירות ערך, המוחזקים עבורו בשרשרת של נאמנויות¹⁴⁹, או אף במסגרת יחסי שומר-מפקיד¹⁵⁰, וזאת להבדיל מאותו לקוח, אשר הילוה כספים לבנק בפקדון, ושוב אין לו אלא זכות חוזית כלפי הבנק¹⁵¹. ניתן לראות את ניירות הערך כנכס

145 בשל הספק בדבר הגדרת "ניירות ערך" המתאימים להפקדה בחוק המשכון, ראו לעיל הערה 20; ובשל החשש, שתחלופת ניירות הערך בפקדון מחייבת רישום משכון חדש עם כל תחלופה של הרכב ניירות הערך בפקדון, ראו לעיל הערות 19 - 20; בשל איסור העברת אג"ח, ראו לעיל הערה 11. לכן כלולים סעיפי עכבון של ניירות הערך בטפסי הבנק. לעתים נכללים הסעיפים מראש, בטפסים כלליים, למקרה שייווצר בהמשך חוב כלשהו של הלקוח. לעתים הם נכללים כגיבוי לנפילה של טענת המשכון או למקרה של שיכחה ברישום משכון או אף בהחמת הלקוח על טפסים מתאימים.

146 כדוגמה לסעיף עכבון כזה, ראו בהסכם המתואר בפרשת הוד אוזו, להלן הערה 157.

147 ש' כרם, חוק הנאמנות, תשל"ט - 1979 (מהד' 4, התשנ"ה - 1995) פירוש לחוקי החוזים (טדסקי, עורך) 57-156.

148 בפרק ד(1).

149 לתיוה של נאמנות, שליחות ושמירה ראו כרם, לעיל הערה 147: 155; ש' כרם, "חוק הנאמנות, תשל"ט - 1979 - בנקאי ולקוח", רבעון לבנקאות יט, חוב' 98, 74. לגישת הנאמנות הקונסטרוקטיבית לפי חוק הנאמנות, תשל"ט - 1979, בענין מוקשה יותר, של רוכש מקרקעין ששילם תמורה, ראו ג' כהן התערבות ביחסים חוזיים (תשמ"ב) 56-69.

150 הכוונה ליחסים כאלה משתקפת גם מהכינוי הניתן לרוב לחשבון זה: "פקדון למשמרת", פקדון בו הבנק מטפל בקבלת דיבידנדים ומניות הטבה, בגביית פדיונות, בכל מה שכרוך במימוש אופציות וכדומה. השוו' מ' חשין "שמירה ושומרים - לפירוש סעיף 1 לחוק השומרים, תשכ"ז - 1967" משפטים ג (1971) 137: לענין חוק השומרים אין מחזיקים בחשבון בנק, או בזכות בנכס, אלא בנכס עצמו. ב"החזקה" צריכים להתקיים גורם השליטה וגורם הכוונה. יש לנתח אם אלה מתקיימים בהחזקה באמצעות הבנק בניירות ערך הרשומים בפקדון.

העומד לזכותו, ואשר נמצא בשליטתו של הבנק או הסוחר כל העת. לצורך העכבון כל שנדרש, לפי דעה לגיטימית, היא שליטה בנכס¹⁵². אין ספק שלבנק או לברוקר שליטה אפקטיבית בנכס, והלקוח לא יוכל להעביר את הבעלות בניירות הערך תוך עקיפתו, שהרי הלקוח לא יוכר כלפי החברה המנפיקה, כלפי מסלקת הבורסה, או כלפי החברה לרישומים, כמי שזכאי להפעיל את הזכויות במניות או לקבלן.

כמבחן חשוב לנכונות הראייה הזאת, ישמש מצבם של לקוחות סוחר/ברוקר כאמור הנמצא בפשיטת רגל או בפירוק (או כשהחברה לרישומים היא בפירוק). כאשר מדובר בפקדון כספי, כל שיש לו, למרות המלה "פקדון"¹⁵³, היא זכות חוזית לקבלת כספו. הוא נאלץ להתחרות עם כלל הנושים של הסוחר (או של החברה לרישומים), ויקבל את חלקו היחסי ברכוש שיחולק בין הנושים. כאשר מדובר בניירות ערך, עומדות שתי אפשרויות. אפשר שגם כאן ייטען, שאין זיהוי מדויק של ניירות הערך, וכל שיש זה זכות חוזית כלפי מצבור ניירות ערך. אפשר, אבל, לראות באופן "החזקת" ניירות הערך לטובתו כשלשלת של נאמנויות היצרת קשר ישיר לניירות הערך שנרכשו עבורו¹⁵⁴. לא אעסוק כאן בפיתוח של הנושא, החורג מענייננו. ניתן לסבור, שכלל שהמערכת מסודרת ומדויקת יותר, יש יותר מקום לדעה השנייה. כך גם, כאשר יש הפרדה בין החזקת ניירות ערך עבור לקוחות ועבור הסוחר עצמו. בשיטה פחות מסודרת, פחות מהימנה, אשר עשויה להתיר פערים בין כמויות ניירות הערך שנרכשו לבין ניירות הערך המוחזקים, הנטייה עשויה להיות שונה¹⁵⁵. יש להבדיל בין המקרה של חדלות הפרעון של הלקוח, אשר תוקף העכבון בה מעניין אותנו, לבין חדלות הפרעון של הבנק או הסוחר. נראה, אבל, שמתקיים קשר ביניהם. זאת מאחר, שכלל שניתן לזהות במקרה האחרון זיקה ישירה, קניינית, או של נאמנות, בין הרוכש לבין ניירות הערך, הרי ניתן לעקוב אחר הקשר הזה, ולראות, לכן, במקרה של חדלות פרעון של הרוכש, את השליטה בנייר הערך בידי המעכב, כהדוקה דיה כדי שתקנה לו עכבון עמיד כלפי הנושים האחרים של הלקוח - בתנאי שמתקיימת הפומביות הדרושה¹⁵⁶.

151 לעיל ליד הערה 66.

152 וראו לעיל ליד הערות 64 - 63. ואף אין לנו את הבעיה של הצורך לענות על ההגדרה המדויקת של "ניירות ערך" בחוק המשכון דווקא. ולצמן, לעיל הערה **, בע' 193, בה"ש 29, מכירה, על סמך המשפט המקובל האנגלי, או נוהג סוחרים, בזכות עכבון במסמכים סחירים שהופקדו בבנק לשמירה. אין הדבר מייתר (גם על פיה) את השאלה של תחולת חוק המשכון במקרה של זכות מקבילה למימוש ניירות הערך. פרופ' זלצמן מבססת זאת גם על העיכוב הפיסי של המסמך, כאשר הזכות מתגלמת בו, אשר הנושה מעכב את הזכות הגלומה על ידי עיכוב פיסי של המסמך. שם, בע' 154. אין הדבר מייתר את הספקות לגבי ניירות ערך שהזכות אינה גלומה בהם.

153 למהות הפקדון ראו ג' טדסקי "על מהות הפקדון הבנקאי" ספר זוסמן (תשד"ם) 209; בן-אוליאיל דיני בנקאות - חלק כללי (תשנ"ו - 1966) 148 - 156.

154 לדעת כרם, לעיל הערה 146, בע' 157, החברה לרישומים היא נאמן של הבנקים. במקרה של פירוקה, לא יהיו כלל נושים זכאים לשים יד על נכסי הנאמנות שבהחזקתה; והבנקים הם שומרים עבור הרוכשים. בסעיף 207 להצעת חוק החברות, התשנ"ו - 1995, ה"ח התשנ"ו 2, יש ניסיון לחזק את מעמדו של רוכש מנייה בחברה ציבורית, על ידי הקביעה שמי שזכאי ל"נייר ערך רשום" (וראו ההגדרה בסעיף 2), הוא בעל מנייה בחברה ציבורית.

155 השוו דברי השופטת בן-פורת, באימרת אגב, בר"ע 727/86 לירין יבוא ושיווק נ' ערד ליפא מאיר כונס נכסים, פ"ד מא(1) 739, 741, לפיה קמה עדיפות לקונה מיטלטלין, הזכאי לקבל בפירוק את המיטלטלין, כאשר שילם את מלוא המחיר. לביקורת על ההכרה בעדיפות הרוכש אף אם הסחורה טרם יוחדה לקונה, ראו פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט מהדורה שניה (תשנ"ח) כרך ב 1098; בהט דיני הבראת חברות, לעיל הערה 30, בע' 380 - 381, בהערה 49.

156 התלבטות דומה - לא זהה בהכרח - בנושא קיימת גם במסגרת חוק המשכון, לגבי הגדרת "ניירות ערך" ומהותם. ראו לעיל הערה 20.

אציין בשלב זה, שגם במשפט האמריקאי, ניתן למצוא התייחסות מיוחדת לניירות ערך, המתועדים בתעודות, לגבי שעבודם על ידי הפקדה, לעומת זכויות כספיות¹⁵⁷. בפסקי דין לאחרונה הוכר העכבון בניירות הערך על פי הסכמה בטופס הבנק, וגם הותר לבנק לממש את ניירות הערך על ידי מכירתם, כפי המוסכם בטופס¹⁵⁸. שאלה אחרת היא אם ניתן להכיר בעדיפות העכבון הזה גם בפשיטת רגל או בפירוק. בפסקי הדין האמורים, המכירה נעשתה טרם הפירוק. בפסקי דין אלו הכירו באפשרות המימוש, בהתאם לכתוב בטופס. אפשר לטעון, שאין הדבר שולל את הדעה המקובלת, שהעכבון אינו מקנה זכות

157 ניירות ערך, בין אם הם על שם ובין אם הם למוכ"ז נכנסים להגדרת securities ב-102 sec. 8 ל-U.C.C. ראו גם 105(i) - 9 ל-U.C.C. sec להגדרת instrument, הכוללת גם ניירות ערך אלה, כאשר המשכון בתעודת הפקדון משתכלל ברוב המדינות על ידי החזקה (sec. 9 - 304). כאשר ניירות הערך נמצאים במשמרת אצל חברת-מסלקה או אצל nominee, והם ניירות ערך למוכ"ז או מוסכים על החלק, או רשומים על שם חברת המסלקה או ה-custodian bank או ה-nominee הנ"ל, הרי בנוסף לדרך של מסירת תעודות לבעל השעבוד, ניתן למשכן את נייר הערך על ידי רישום מתאים בספרי חברת המסלקה או ה-nominee הנ"ל, ורישום כזה הוא בעל אותו תוקף ומשמעות כמו מסירת נייר הערך והחזקה לצורך שעבוד: 320 - 9 ל-U.C.C.

158 בדין קצר, עסק בית המשפט העליון בע"א 5807/91 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' הוד אווז משחטה לאוויים והודים בע"מ ואח' (טרם פורסם). ניתן ביום 2.3.94. בטענה של מפרק לגבי מכירת ניירות ערך שנעשו על ידי הבנק טרם פירוק. בית המשפט הכיר בזכות העכבון על פי "הסכם ותנאי עסק כלליים", שהחברה חתמה לבנק, אשר לפיה ניתנה לבנק זכות עכבון גם על כל ניירות הערך "שנמצאים ו/או שימצאו... לזכות הלקוח בכל אופן ודרך...". הוכרה גם האפשרות שניתנה באותו טופס למימוש העכבון על ידי מכירת ניירות הערך לסילוק החוב, בלי להתלבט בשאלה אם עכבון מאפשר מימוש, שאדון בה בהמשך. חשוב להדגיש, שמכירת ניירות הערך נעשתה טרם הפירוק, ולכן לא היה צורך להכריע לגבי עמידתה של זכות העכבון כנגד נושים אחרים של החייב. בעת הפירוק כבר לא היה קיים העכבון. מטבע הדברים, הייתה אפשרות טבעית להכיר במסמכים החתומים בידי החייב. בעקבות פסק הדין הזה, ניתנה החלטה דומה בבית המשפט המחוזי בתל-אביב ת"א (ת"א) 116/92 המ' 313/94 כלי-י עופר רייכמן בע"מ (בפירוק) נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ ואח' (טרם פורסם). ניתן על ידי השופט לויט ביום 17.5.95. כאן אף הכיר בית המשפט במשכון מופקד. הנימוקים להכרה בזכות העכבון בהחלטה זאת רחבים מעט יותר מאשר בהוד אווז. כאן הדגיש סגן הנשיא לויט, כי ניירות הערך נמכרו טרם תחילת הפירוק, והיינו מימוש המשכון נעשה במסגרת היחסים הפנימיים שבין הבנק והחברה. במסגרת הדין במשכון גם הסתמך השופט על אימרה ע"א 1967/90 גיברשטיין נ' גיברשטיין, פ"ד מו(5) 661, 670, לפיה לגבי ניירות ערך, "היחסים בין הבנק והלקוח אינם יחסי לוה-מלווה, אלא של מפקיד-שומר, או על בסיס נאמנות. הבנק לא קיבל כספים שהלוו לו בעלי החשבון, והוא רק מחזיק בניירות הערך עבור הלקוח, המפקיד". ההחלטה הרלבנטית ביותר לשאלת העכבון בניירות ערך, עליה גם הוגש ערעור, ניתנה בת"א 293/91 ת"ה 5411/91 החברה הישראלית לבטוח משנה בע"מ (בפירוק) נ' בנק הפועלים בע"מ (לא פורסמה). ניתנה על ידי הנשיא וינוגרד ביום 10.5.95. כאן נפסק, בניגוד לדעה האחרת שהובעה לעיל, כי חשבונות ניירות ערך "חשבונות כספיים הם לכל דבר ועניין. ניירות הערך אינם מופקדים בכספת הבנק ואף אינם רשומים עליהם החברה... בידי החברה זכות כלפי הבנק, אל מול חובת הבנק כלפי החברה. גם כאן אין בידי הבנק נכס מוחשי כלשהו, נכס בר-עכבון". בית המשפט קבע, שניירות ערך ניתנים לעכבון רק אם הם עונים על הגדרת "ניירות ערך" בחוק המשכון. הוא לא היה מוכן לקבל, שעל ידי "עכוב" מסמך המהווה חווה בין הצדדים מעוכבת הזכויות הצומחות ממנו.

מימוש¹⁵⁹. המימוש ייעשה על ידי פדיון ניירות הערך, או על ידי מכירה בהתאם להוראות הלקוח, כמו בקיזוז בפקדון כספי. ייתכן לומר, שאין זה מימוש עצמאי, השולל את תחולת העכבון¹⁶⁰. אולם, גם אם התגברנו על המכשול בהכרה בזכות עכבון בפקדון ניירות ערך, עדין עלינו לשאול, באיזו מידה עומד העכבון הזה בפשיטת רגל. אני מטיל ספק בהצדקת מתן עדיפות לעכבון כזה בפשיטת רגל או בפירוק, לפחות באותם מקרים בהם לא נוצר עכבון באקראי, אלא הבנק התכוון ליצור בטוחה. מתן זכות המימוש במקרה כזה מקרב אותנו למשכון¹⁶¹. מבחינה זאת, נראה לי שהמסקנות צריכות להיות דומות למסקנות בעניין עכוב וקיזוז בפקדון כספי. דהיינו, פסילת העדיפות באין רישום שעבוד (אלא אם תוכר, כאמור, ההפקדה כעונה על הוראות חוק המשכון בעניין ניירות ערך מופקדים, שזאת סוגייה בעייתית¹⁶²).

ח. האם השימוש במונחים של עכבון וקיזוז מצדיק את התקוות שתולים בו לפתרון הבעיות?

בפרק ב העלינו את הסיבות, שבשלן נמנעים לעתים להשתמש במשכון, ומדוע נזקקים לזכות העכבון. עתה, משעברנו דרך ארוכה, וראינו גם, שמה שמכונה עכבון, אינו מהווה תמיד עכבון, הגיעה העת לסקור מחדש את הסיבות האלה, ולבחון אם יש הצדקה בהן לשימוש בעכבון ובקיזוז. סיבה אחת שהוזכרה, הייתה הניסיון להתגבר על איסורי העברה בחוקים שונים, אשר מאיינים את אפשרות המשכון. אין כל בטחון, שהניסיון הזה אמנם יעלה בהצלחה, לפחות לגבי חלק מהאיסורים. בת"א (ת"א) 1779/86 מ' 13575/91 בנק ספנות ישראל בע"מ נ' אז"ק בע"מ (בפירוק) ואח"כ¹⁶³, לאחר שהנשיא וינוגרד פסק, כי לא ניתן לשעבד את תעודות המילוה, לאור האיסור בהן להעבירן ואף לשעבדן, הביע את דעתו, שנכס שאינו יכול לשמש ערובה לחיוב, אינו נכס שיכול להקנות למחזיק בו מעמד של נושה מובטח בפירוק, מכוח זכות עכבון. עיכוב נכס כזה מהווה אמצעי לחץ, אך לא ניתן לממשו. לכן, מאחר שהתעודות והזכות לפדותן אינן ניתנות למישכון,

159 בספרות הובעה הדעה, שהשוני בין עכבון ושעבוד מתבטא בכך, שעבוד מזכה את הנושה להיפרע מן הנכס המשועבד, כהגדרת שעבוד בסעיף 1(א) לחוק המשכון, ונותן לו עדיפות בפשיטת רגל או בפירוק של החייב. ואילו מכוח זכות העכבון אין הנושה זכאי אלא לעכב תחת ידו את הנכס עד שהחייב פורע – מרצונו או בדרכי ההוצאה לפועל – מה שמגיע ממנו. ראו גם א' ידין, לעיל הערה 64, בע' 163; ע' לוי, לעיל הערה 63; א' פורת, "זקיפת תשלומים", דיני חיובים – חלק כללי (בעריכת ד' פרידמן) (תשנ"ד), 569, 577; א' ברק, לעיל הערה 50 (שליחות), בע' 1157-1158, הסובר, שחוק המיטלטלין אינו קובע כל דין בעניין מימוש, ולפיכך אינו מזכה את בעל הזכות לממש במכירה או על ידי פנייה לבית המשפט, ובכך מבחין את העכבון משעבוד. הוא אף קובע, שמטירת נכסים למימוש בידי שלוח מעכב תגרום לאבדן העכבון ולחיובו בניזקין. לדעה שונה ראו א' פרוקצ'יה לעיל הערה 106, בע' 64-162; מאוטנר, לעיל הערה 37, בע' 470-71, 487-88; מאוטנר, לעיל הערה 51, בע' 234, בהערה 124. לגבי זכויות עכבון טען פרופ' ויסמן, שהן נבדלות ממשכון בהעדר הזכות להיפרע מהנכס, וכי לכן אין חוק המשכון, תשכ"ז – 1967 חל עליהן, וכי הן משמשות כערובה לחוב בהעניקן לנושה זכות לעכב נכס של החייב, אך בלא שתהיה לנושה זכות מועדפת במימוש הנכס. ויסמן, לעיל הערה 14, בע' 13-14, 2. גם במספר פסקי דין הייתה התייחסות לעכבון במובן של החזקה עד לפרעון לצורך לחץ ללא מימוש. ראו המ' 10195/75 בן-יעקב נ' החברה המאוחדת למזרח הקרוב בישראל בע"מ, פ"מ תשל"ז(ז) 82, 84; ע"א 270/73 שומוט בע"מ ואח' נ' פויליון ואח', פ"ד (טו) 393; ע"א 5821/92 מועין דאוד חזרי, עור' נ' דב פישלר ואח', פ"ד מט(5) 833.

160 בה"פ (ת"א) 1161/84 ויסברג נ' בנק לאומי ישראל בע"מ (לא פורסם). ניתן על ידי השופט אלוני ביום 15.10.86 נדון עכבון בהסכם ההלוואה, שהיקנה זכות עכבון לבנק וגם קיזוז. בית המשפט סבר, שהפעלת זכות העכבון אינה מחייבת תביעה (דבר שנפסק בפסיקה מאוחרת: ראו, למשל, פרשת רשות שדות תעופה. לעיל הערה 29; ופרשת מתתיהו ליפשיץ וסולל בונה, לעיל הערה 46, ושמכל מקום, במקרה זה מימוש העכבון ייעשה על ידי קיזוז תמורת ניירות הערך בהגיע מועד הפרעון שלהם. בע"א 529/93 בנק הפועלים בע"מ נ' שאול רחמים, לעיל הערה 130, הוכרה זכות העכבון על פי ההסכם, אולם בית המשפט, באימרת אגב, לא נטה לאשר מימוש וקיזוז. 161 דעתי היא, שריבוי הסעדים והאלמנטים ההסכמיים אכן הופך את העכבון לשעבוד, ומכל מקום, מפעיל את הוראות חוק המשכון. ראו לעיל פרק 2(2). וראו גם לרנר, לעיל הערה 30, בע' 218, לפיו, כינוי כעכבון, אף שבמטרת עולה כוונה לאפשר לנושה להיפרע על ידי מכירת הנכס, הופך אותו למישכון. פרופ' לרנר ממליץ שהמחוקק יבטל האפשרות לעכבון הסכמי, כדי למנוע בלבול בינו לבין משכון.

162 לעיל הערה 20.

163 פ"מ נ"ג (2) 231, 221.

דהיינו, אינן יכולות לשמש ערובה להבטחת חיוב, הסיק בית המשפט, שאף לא ניתן להסתמך בפירוק על עכבון. אמנם פסיקה זאת אינה נקייה מספיקות¹⁶⁴. אולם, גם אם ההנמקה מסופקת, נראה לי כי תכלית יצירתו של העכבון ההסכמי אינה עומדת בקנה אחד עם תכלית האיסור החוקי על שעבוד, מאחר שלדעתי יש זהות בנסיבות אלו בין צורות הבטוחה השונות, ולא כניוין יעשה את ההבדל.

בדומה פסק אותו שופט בפרשת החברה הישראלית לביטוח משנה בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון¹⁶⁵ לגבי הגבלות על נכסי חברת ביטוח בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח. לדעתו ההגבלות על השעבוד יחולו גם על עכבון. חל כאן אותו רציונל של אפשרות העמידה בהתייבוי, הגנה על ציבור המבוטחים והחלוקה השייוונית בפירוק.

אם פסיקה זאת נכונה, הרי לא תעזור כל הקונסטרוקציה של עכבון, כדי להתגבר, למשל, על איסור השעבוד של תכנית חיסכון¹⁶⁶ (שאמנם מטרתו שונה, והיא מוניטרית באופייה). בודאי כך, אם יחול חוק המשכון, כפי ניתוחו. תכלית החוקים האוסרים מחייבת לדעתי במקרים רבים לזהות את איסורי ההעברה והשעבוד עם איסור עכבון או עיכוב וקיוונו, כאשר אלו נועדו מראש לשמש ערובה לחיוב. היעוד הזה עלול לסכל את רצון המחוקק, לעודד חיסכון אמיתי, ולהגביל "יצירת כסף" על ידי העברות או על ידי קבלת הלוואות על סמך תכנית החיסכון.

מה באשר להגבלות חויות? למשל, האיסורים הרחבים באגרות החוב היוצרות שעבוד צף על נכסי חברה, על שעבוד ועל העברה (שלא במהלך עסקים רגיל) של נכסי החברה? דומה, שגם כאן תישאל שאלה דומה. ובכל מקרה, ניתן במפורש לאסור בשעבוד צף על יצירת עכבון, והאיסור יכול להירשם אצל רשם החברות, ועכבון הסכמי לא יהיה תקף אז¹⁶⁷.

לכאורה העכבון עשוי לסייע, כאשר בשל מחדל או התרשלות, לא נרשם משכון. דהיינו, כאשר הבנק קיבל שטר משכון תחום, אולם, משום-מה, לא דאג לרישומו אצל רשם החברות או אצל רשם המשכונות. בדיעבד מנסה הבנק במקרים כאלה לדלות מהטופס סעיפים של עכבון לפחות, כתחליף לטענת המשכון הכושלת באין רישום (הדבר מסתייע בכך, שהטפסים הבנקאיים, כידוע, ארוכים וחובקים מרובה). אמנם, בפרשת כונסי נכסים של חברת הרמן הולנדר בע"מ¹⁶⁸, נאמר, כי הפקדת נכסים לפי שעבוד שנשלל תוקפו, אינה מעניקה למחזיק המסמכים זכות עכבון לפי המשפט המקובל. אולם, בפרשת הוד אוז¹⁶⁹, בית המשפט הסתמך על עכבון הסכמי. השופט שלמה לוין לא הלך בעקבות האימרה בפסק הדין הרמן הולנדר, מאחר שזכות העכבון נוצרה מכוח הסכם ולא מכוח המשפט המקובל, ולא ראה טעם לא ליתן לה תוקף, בין אם המשכון היה תקף בזמן המימוש ובין אם לאו. אולם, מאחר שהניתוח בפרק ד(2) לעיל העלה, כי גם השימוש בעכבון או בעיכוב אינו מונע את תחולת חוק המשכון, לא יסייע העכבון.

בפרק ב העליתי בעיות שונות במילוי דרישות חוק המשכון ופקודת החברות כאשר לרישום משכון (או הפקדה), הספק בדבר אפשרות משכון על זכות שטרם באה לעולם וכדומה. מאחר שהבעתי את דעתי קודם, שסעיפים 1 ו-2(ב) לחוק המשכון יביאו פעמים רבות להחלת הוראות

164 ראו פסק הדין החדש בעניין מועין דאוד ח'ורי נ' פישלר, לעיל הערה 159, לפיו אין לשלול בפירוק את הפן הקנייני של העכבון על מסמכים שמחזיק עורך דין: מטרת העכבון היא החזקה לצרכי שכנוע לפירוק החוב, והעדר יכולת המימוש אינו שולל את הפן הקנייני של העכבון. לדעתי ניתן לסייג הלכה זאת כאשר החוק שולל מלכתחילה את ההעברה והשעבוד. חשוב להתחקות אחר מטרת האיסור ולעמתה עם מטרת יצירת העכבון כביכול. עוד יש להעיר, כי בנושא הספציפי של עיכבון על פנקסים מול מפרק, יש לבדוק את השפעת סעיף 288(ב) לפקודת החברות, המנסה לאזן בין זכות העכבון לבין דרישת בית המשפט להגשת פנקסים. בדומה, הנושא הספציפי של עכבון ע"ד, צריך למצוא את האיזון בין זכות העכבון לבין סעיף 27 המתוקן לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), בעקבות בג"ץ 4330/93 פריד גאנם ואח' נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין ואח', פ"ד (4) 221.

165 לא פורסם. החלטה מיום 19.10.93.

166 לעיל הערה 7.

167 ת"א (ת"א) 1126/90 המ' 6775/90 "עוויאל, ע"ד, כונס נכסים זמני - לרגו מידן בע"מ נ' מחסני ערובה ארץ-ישראלים בע"מ (לא פורסם).

168 לעיל הערה 23.

169 לעיל הערה 23.

חוק המשכון על הסכם קיזוז ועכבון, הרי לא תסייע ההסתמכות על ההסכם הזה כתחליף ליצירת שעבוד¹⁷⁰ (ובדומה הוראות פקודת החברות, מכוח הגדרת "שעבוד" בסעיף 1 לפקודה).

ט. הקשיים בענין מישכון הזכויות בפקדון ודרך ההתמודדות אתם - האפשרות לרישום שעבוד ולהסרת מגבלות על שעבוד

בפרקים הקודמים הובהר, כי השימוש בזכות העכבון, או העכוב והקיזוז, אינה הדרך המתאימה כדי להבטיח את עדיפות הנושה הבנקאי כנגד נושים אחרים, וליצור בטוחה שתעמוד גם בפשיטת רגל ובפירוק. עתה יש להתוות פתרון אלטרנטיבי. כאשר יוצאים מהנחה, שהחריגה משוויון הנושים לטובת בנק נושה מובטח מוצדקת (הנחה שעדין אינה מבוססת דיה, כאמור), יש למצוא דרך אחרת, מעוגנת בחוק, ברשימה הסגורה של זכויות הקניין, ומלווה בפומביות הדרושה. הפקדון בבנק הוא נכס חשוב כבטחון, ויש חשיבות לאפשר לבנק לסמוך עליו כבטוחה. יש למצוא דרך, שתתגבר על הקשיים שנוצרו, ואשר תוארו בפרק ב, בדרך המלך, הטבעית והנכונה לשימוש בפקדון כבטוחה - הדרך של מישכון הזכויות בפקדון. דרך זאת תואמת את הנטייה המודרנית ליצירת בטוחות, על ידי רישום, אולם יש תחילה לדון בקשיים המתעוררים ובדרכים לפתרונם.

1) אפשרות המישכון של זכויות שטרם באו לעולם, זכויות עתידיות, או זכויות שתוכנן משתנה

בפרק ב ציינתי, כי יש ספק לגבי אפשרות המישכון של זכויות שטרם באו לעולם, זכויות עתידיות, או זכויות שתוכנן משתנה (לדוגמה: חשבון נ"ע או פקדון כספי, שהרכבם משתנה מפעם לפעם ואף מתאפס)¹⁷¹. אמנם, צריך לזכור שספק זה אינו צריך להעיב על המקרים הרבים בהם מדובר בפקדון בעל תוכן בלתי משתנה, בהפקדה חד-פעמית מסוימת.

בית המשפט קרא למחוקק לתת את דעתו על מעמדו של מוכר באשראי כבעל שעבוד על מלאי, שעבוד שתוכנו משתנה כל העת¹⁷². הבעיה חריפה במיוחד לגבי אדם פרטי, כאשר לא ניתן לשעבד את נכסיו בשעבוד צף. אולם גם לגבי חברה, כאשר אין מסתפקים בשעבוד צף, בשל מיקומו בסדר העדיפות, או בשל כפיפותו לעדיפויות שונות. עם זאת, יש לשים לב: הבעיה לא מנעה מבית המשפט לראות בהוראה בדבר עכוב העברת הבעלות כסחורה כיוצרת שעבוד.

ייתכן שהדברים קלים יותר לפתרון בנושא פקדון בנקאי. לגבי זכויות - אמנם בהקשר של המחאה (שניתן לקשור יותר או פחות למישכון זכויות¹⁷³) - דווקא הובעה האפשרות להמחאת זכויות עתידיות, בתנאי שהזכויות מבוססות על הסכם קיים ויש יותר מסיכוי גרידא למילוי קונקרטי של ההסכם בתוכן¹⁷⁴. לאחרונה הכיר בית המשפט העליון בפרשת ערן טורס בע"מ¹⁷⁵ בהמחאת זכות עתידית לכספים, שעדין לא הופקדו בבנק, אולם הייתה הסתברות גבוהה להגיעם. בית המשפט מסתמך גם על הקשר החוזי שבין הלקוח - הממחה לבין הבנק: "בשל קיום יחס משפטי זה בשעת ההמחאה, אין זו עיסקה בציפייה, אלא המחאת זכות מתנית, על-פי חווה

170 וראו לעיל פרק 1 לגבי מחשבות אם קיימת הפומביות לפי סעיף 4 לחוק המשכון ואם לאו, מחשבות שיחולו גם על הסכם עכבון שייחשב למשכון, או שיחולו עליו דיני משכון.

171 ראו שם, ליד הערה 19.

172 בע"א 4648/92 טרוימף אינטרנשיונל נ' הכונס הרשמי ואח' (טרם פורסם). בעקבות נ' זלצמן 'דיני קניין' ספר השנה של המשפט הישראלי תשנ"ב-תשנ"ג (בעריכת א' רוזן-צבי) 561, 580; א' גבאי "בטוחה לטובת מממן" משפטים כד (תשנ"ד) 351, 361.

173 ויסמן, לעיל הערה 14, בע' 22 - 23; י' ויסמן "מישכון חיובים" קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים (תשל"ה) 'ש' שטרית, (עורך) 21; לרנר, לעיל הערה 14, בע' 32 - 33, 103 - 106; מ' בן-פורת חוק המחאת חיובים, תשכ"ט - 1969 (תשל"ב) (עורך ג' טדסקי) 16; השוו' י' זוסמן "חוק המשכון, תשכ"ז - 1967, מאת י' ויסמן" (ביקורת ספרים), הפרקליט ל (תשל"ה) 169, 170; ג' טדסקי "על פגיעותה של זכות הנמחה מצד הממחה והחייב" משפטים יח (תשמ"ח) 5, 28 - 31; ע"א 66/91 בידרמן חברה לביטוח בע"מ נ' י.ד. מטר בע"מ ואח', פ"ד (מו" 5) 397, 405 - 406. 174 ע"א 263/70 בנק ליצוא נ' בנק לאומי לישראל בע"מ ואח', פ"ד (כד) 672. לתמיכה בהלכה ראו ג' טדסקי, שם, בע' 18; השווו' ביקורתו של לרנר, שם, בע' 79.

175 ע"א 717/89 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' ערן טורס בע"מ (בפירוק) ואח', פ"ד מט (1) 114.

קיים¹⁷⁶. פרוף' לרנר הביע ספק בכך, מאחר שעל פי ההסכם בין הבנק והלקוח לא קיימת חובה של הלקוח להכניס כספים לחשבונו, ולכן קשה לראות ביתרת הזכות העומדת ללקוח, סכום הצומח באופן טבעי מחוזה קיים¹⁷⁷. לדעתי, אפשר לגבש קונסטרוקציה מתאימה: ניתן לראות זכות הקובעת את זו הנובעת מהחבות של הבנק להחזיר כל סכום שיוכנס לחשבון ושיוותר לזכותו ביתרת הזכות בחשבון. זאת זכות שקיימת מעת פתיחת החשבון. בפרשת הסתדרות הרבנים¹⁷⁸ נאמר, שכספים שנכנסו לחשבון הלקוח בבנק הופכים רכוש הבנק, אך במקביל קיימת חבות של הבנק כלפי הלקוח בגין יתרת הסכום. לדעתי אפשר להמשיך ולומר, שכל סכום שמופקד בחשבון, גם במהלך חייו של החשבון, נכלל בתוך הזכות של הלקוח כלפי הבנק – הזכות לדרוש מהבנק להחזיר כל סכום שיהיה ביתרת זכות בפקדון. את זה ניתן לשעבד לטובת הבנק. זאת זכות מסוימת מספיק¹⁷⁹. מבחינת מדיניות משפטית, ניתן לראות בכספים בפקדון נכס מוזהה דיו, כדי שלא ייפסל משיקולים של העדר פומביות. היותו מוגדר גם מצדיק הימנעות מהסתייגות ממנו בנימוק של סלידה משעבוד על כלל נכסיו של יחיד (במקרה שהמשעבד הוא יחיד)¹⁸⁰.

לא נרחיב כאן בנושא זה, שעומד בפני עצמו¹⁸¹, אך דומה שיש דרך להכשיר את שעבוד הזכויות, לרבות שעבוד פקדון ניירות ערך. ליתר בטחון, אכן טוב היה לו המחוקק היה מסדיר את הסוגיה, ויש להניח שיעשה זאת במסגרת המתוכננת של השלמת הקודיפיקציה של המשפט האזרחי, לאו דווקא בהקשר של שעבוד זכויות, אלא אף בהקשרים רחבים יותר, וקשים אולי יותר, של נכסים מתחלפים. דבר זה עשוי יהיה לפתור את ההתלבטות של אופן מילוי דרישת הפומביות¹⁸², ולאפשר רישום חדרפעי של שעבוד.

הרעיון המסתמן הוא רעיון של "שעבוד מכלול" – שעבוד על נכסים שהרכבם משתנה. הכוונה היא שהשעבוד יהיה תקף מעת יצירתו, וכלפי צדדים שלישיים יהיה תקף מיום רישומו, ויאפשר קבלת עדיפות בנכסים שעדין לא הגיעו לעולם או לידי הממשכן בעת יצירת השעבוד ורישומו. המודל להגשמת רעיון זה שאוב מחקיקה אמריקאית וקנדית¹⁸³. גוברת והולכת הנטייה להחילו בארץ, גם על נכסי יחיד, וכתחליף לשעבוד הצף בחברה. זאת למרות התלבטויות שונות, סוציאליות ברובן, בייחוד החשש מ"השתעבדות" כללית של יחיד ומתן "מונופול" של אשראי לבעל השעבוד¹⁸⁴, לרבות לגבי רכושו העתידי של החייב. כמו כן, החשש שבפשיטת רגל ופירוק יגרפו הנושים המובטחים את כל הרכוש, ולא ייוותר דבר לנושים הרגילים. סיכונים אלה ניתן למתן על ידי הוראות מורכבות של חריגים ושל יצירת זכויות עדיפות על פני השעבוד¹⁸⁵.

אינני בטוח, שבהכרח רצוי שעבוד המכלול, המעלה, כאמור, שאלות סוציאליות קשות ושאלות של עדיפויות, ואשר יביא בעקבותיו שינוי מהפכני של דיני השעבודים אצלנו. אולם, נדמה לי, שיש ויש לאפשר שעבוד צנוע יותר – שעבוד על נכסים עתידיים מסוגים מסוימים, שהפסיקה והספרות בארץ הצביעו בעבר על העדרם. כוונתי למקרים הנדונים לעיל של שעבוד מלאי – ושל תמורתו – ושל שעבוד על זכויות בפקדון בנקאי (ואולי חוזים אחרים דומים). לגבי השעבוד מהסוג האחרון הצבעתי קודם על הסברה, שכבר היום ניתן לראותו כשעבוד לגיטימי על זכויות קיימות ומוגדרות דיין.

-
- 176 שם, בעמ' 128.
- 177 לרנר, לעיל הערה 14, בע' 23-24.
- 178 לעיל הערה 24.
- 179 אף כי עיקול שיוטל תוך כדי כך, יחייב לא להתעלם ממנו: סכומים נוספים שיופקדו עלולים לא להיות עדיפים על פניו.
- 180 וראו להלן ליד הערה 183.
- 181 עשויות להתעורר בכל זאת בעיות שונות, כגון עדיפות עיקול על כספים שהופקדו אחריו, גם אם נרשם שעבוד קודם, או שעבוד שוטף שנרשם קודם להפקדת כספים, ונרשם האיסור שבו על יצירת שעבודים נוספים.
- 182 ראו לעיל הערות 18 – 21.
- 183 לסקירה נרחבת ראו, למשל, Ziegel "The New Provincial Chattel Security Law Regimes" 70 *Can. Bar Rev.* (1991) 681.
- 184 ראו מאמרו של ויסמן, לעיל הערה 16.
- 185 ראו 359-365 *Gilmore Security Interests in Personal Property* (1965).

(2) שעבוד לטובת הבנק על זכויות בפקדון כלפי הבנק עצמו

בעיה אחרת שעלתה היא שאלת אפשרות קיומו של שעבוד לטובת נושה על זכויות שיש לחייב כלפיו עצמו, כגון זכויות כלפי הבנק על פי הסכם פקדון בבנק המשועבדות לטובת הבנק. החשש הוא שהזכויות פוקעות בשל הבלעתן ומיזוגן (merger), שכן לא תיתכן חובה של הבנק כלפי עצמו¹⁸⁶. לדעתי, ייתכן שהבעיה אינה קיימת, ושוב, אדון בכך בקצרה בלבד; ומכל מקום, אין סיבה שהמחוקק לא יבהיר את הסוגיה ויבטל את הספק. בית המשפט העליון הכיר בעבר באפשרות של מישכון פקדון כספי בבנק לטובת הבנק¹⁸⁷, אמנם ללא דיון בטענה של מיזוג, ובלי שהייתה בעיה של תחרות עם נושים אחרים.

ראשית, האם קיים צורך אמיתי בקיומו של שעבוד כאמור?

נראה לי, שהשעבוד על זכויות בפקדון כלפי הבנק הוא דבר רווח ביותר, בטחון שיש בו צורך כלכלי רב, והבנקים אף רואים בו בטחון ממדרגה ראשונה, ומעדיפים אותו על כל בטחון אחר, לאור נזילותו היחסית ולאור שליטתם בו. בטחון זה נוח מאחרים, גם מאחר שלא קשה להעריך את שוויו, בניגוד לבטחונות אחרים. לא סביר להגביל את השימוש בנכס החשוב הזה, המהווה חלק ניכר מרכושו של האדם בעולם המודרני.

מבחינת הרעיון של השעבוד, והמטרה של המוסד הזה, יצירת זכות קניינית ועדיפות הנושה בנכס המשמש לו בטוחה, אין מקום להבחין בין נכסים שונים: בין זכות של החייב כלפי הנושה לבין זכות של החייב כלפי צד שלישי. לא יעלה על הדעת לשלול מלקוח של בנק להשתמש בפקדונו בבנק כבטוחה הלוואות שמעניק לו הבנק, כתוצאה מצטברת מראיית "כתב קיוון ועכבו" על פקדון כזה כשעבוד, ובאותו זמן העדר האפשרות לרשום שעבוד אצל רשם המשכונות מהסיבה של "התמזגות" כאמור. התוצאה היא הכבדה על שימוש אדם בנכסיו. לא סבירה התופעה של חיוב הלקוח לקבל אשראי מבנק אחר, תוך הסתמכות כבטוחה על הפקדון המופקד בבנק שלו. תופעה כזאת תגרום לתשלום עמלות בנקאיות מיותרות בשל ההיזקקות לשני בנקים במקום לאחד, עבור השירות האמור של שמירת פקדון בבנק אחד עבור הבנק האחר. בנקים אינם ששים

186 להלכת *In Re Charge Card Services Ltd.* ולקושי בפסיקה באנגליה ובספרות בארץ ראו לעיל הערה 17. ובארה"ב: Murray "Banks versus Creditors of their Customers: Setoffs Against Customers' Accounts" 82 S.R.Derham *Set-Off in Insolvencies* (1987) ראו *In Re Charge Card* על *Com.L.J.* 449 (1977) 301 305; F. Odith "Contingencies, Build-ups - Financing Trade Credit" [1992] *J.B.L.* 541; P.R.Wood "Three Problems of Set-off - and Charge-backs" (1987) 8 *Co.Law.* 265; P.R.Wood, *English and R.M. Goode, Legal Problems of International Set-off* (1989) Paras. 5-134 - 5-181 *Credit and Security* (2nd ed. 1988) 125 et seq לפיו חוב הוא חיוב, ונושה אינו יכול להיות הבעלים של חוב שהוא חב. לאחרונה נפסק שוב באנגליה, בבית המשפט לערעורים, כי מושג השעבוד אינו מתאים, אם כי התוצאה תהייה הכרה בקיומו (גם בפשיטת רגל) משום ההסכמה על עיכוב הפקדון עד לפירעון: *Re BCCI no. 8 (Morris v. Agrochemicals Ltd & Others)* [1996]2 All E.R. 121 [1996]2 W.L.R. 631 דעת השופטים לא היתה נוחה מביטול הבטוחה הנפוצה הזאת. ראו שם, 134. לכן מצאו את דרך ההסבר החוזית. יש לשים לב לכך, שבאותו מקרה הבנק היה בפירוק. אולם לדעתי הפתרון החוזי אינו נכון במקרה שהמפקיד הוא בפשיטת רגל או בפירוק (למרות שבית המשפט האנגלי במפורש לא עשה הבחנה בין המקרים של מפקיד סולבנטי ושאינו סולבנטי). ראו: *Int.Bank* 14 *P. Petkovic* "Third Party Cash Deposit Securities", *14 Int.Bank* 14 (1996); R. Bethell-Jones "Charges over Cash Deposits: Morris v. Agrochemicals Ltd and Others" [1996]3 *J.L.B.L.* 125; D.Turing, C. Chance "Set-off and Cash Collateral: Three Important Cases of 1995" [1996]4 *J.L.B.L.* 170; R. Calnan "The Insolvent Bank and Security over Deposits" (1996) 4 *Broad v. Commissioner of Stamp Duties* (1980) 2 *N.S.W.L.R.* 40 גם באוסטרליה: *J.I.B.F.L.* 185. לחיזוק הספק, ניתן גם להביא את סעיף 20 לחוק המשכון, הן במימוש זכות שיש לחייב כלפי אדם אחר - ולא כלפי עצמו. לדעתי, אין ללמוד דבר מכך. מטרת הסעיף לטפל במימוש זכות כלפי אדם אחר, ואין ללמוד מכך דבר המגביל מימוש המשכון, גם משכון על זכות כלפי החייב עצמו, שזה דבר שונה מימוש זכות. מלבד כאשר מדובר בזכות כספית, מימוש זכות תוצאתו ביצוע הזכות, ולא דווקא מכירתה תמורת קבלת כסף - דהיינו פירעון. ראו ויסמן, לעיל הערה 14, בע' 357-58.

187 בע"א 73/78 בנק ישראלי לתעשייה בע"מ נ' טמקין, פ"ד לג(1) 674.

לתת שירות כאמור¹⁸⁸. אין מקום לפיצול מלאכותי כזה, שאינו בא לשרת כל תכלית הגיונית. האם המשפט הישראלי מכיר בשעבוד כזה, שבאנגליה הסתייגו ממנו (אמנם ההסתייגות לא חמקה מביקורת)¹⁸⁹?

אמת, קודם נאמר, שאין מקום לדבר על עכבון של הבנק בהקשר לחובו בפקדון, שהרי מדובר בחוב שלו ולא בנכס מוגדר שניתן לעכבו¹⁹⁰. לכאורה ניתן היה לסבור, שדברים אלה יחולו גם לגבי משכונ¹⁹¹. מבחינה מהותית, המישכון יוצר אזהרה כלפי כולי עלמא על ידי הרישום, ואין בעיה של פומביות שצריכה למנוע יצירת שעבוד – אולי בניגוד לקושי ב"החזקה" של עכבון דומה. הנכס המשמש כבטחון הן זכויותיו של הלקוח לקבלת כספי הפקדון במועד הפרעון. זהו נכס שניתן למשכן על ידי רישום, בדרך שממשכנים זכויות, הגם שאין כאן נכס שניתן להחזיק בו לצורך הפומביות הנדרשת לעכבון.

האם המשכון יוצר "התמזגות" של חובו של הבנק ללקוח עם זכותו של הבנק כנגד לקוחו, באופן המפקיע את הפקדון? לי נראה, שרישום המשכון מונע כל טענה של "התמזגות", כזאת שמשמעותה ויתור של בעל הפקדון על זכותו ופקיעה של החיוב¹⁹². רישום המשכון דווקא מעיד על קיומן של הזכויות. התמזגות היא עניין של כוונה, וכאן מובעת כוונה מכללא להפריד בין הזכויות האמורות עד לביצוע הקיזוז. למה הדבר דומה? גם בשטר, סיחור השטר לידי הקבל או לידי עושה השטר, אינו מפקיע אותו, כל עוד לא הגיע מועד פרעונו. אמנם אין עושה השטר האוחז בו יכול לתבוע את עצמו, אך הוא יכול לסחר את השטר¹⁹³. גם לבנק עומד פתרון אחר במקום התביעה – הקיזוז במועד הפרעון.

המחוקק הישראלי גם הכיר במישכון דומה בסעיף 48 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א – 1981, המתחיל במלים "מישכן המבוטח למבטח את זכויותיו על פי פוליסה הניתנת לפדיון כערובה להלוואה שנתן לו המבטח...". יש כאן הכרה בכך שסוג כזה של משכון אפשרי¹⁹⁴. אין סיבה, שהדבר יהיה אפשרי לגבי פוליסת ביטוח כערובה לחברת ביטוח, ויישלה לגבי פקדון בנק כערובה לבנק.

לגבי החשש, שהשעבוד מהווה העברת החוב של הבנק לטובת עצמו, ודבר זה אינו אפשרי, ניתן לסבור, שיש להבחין בין העברה לבין שעבוד, וכי לא בהכרח השעבוד מתבצע על ידי המחאה¹⁹⁵.

188 אפשר להצביע על אבסורד אחר, הנובע מהמלאכותיות של ההבדלים. בשל איסור השעבוד של תכנית חיסכון, הנובע ממיגבלת ההעברה בחוק עידוד החיסכון, לעיל ליד הערה 7. בנושא זה נדון להלן בפיסקה (3) של פרק זה, מחייבים בנקים את לקוחותיהם הלוואה בנכס אחר, להוציא ערבות בנקאית בנכס בו נפתח הפקדון. זאת מאחר שהטענה היא, שלא ניתן לשעבד את הפקדון לטובת הבנק המלווה, בשל איסור השעבוד, אולם כביכול ניתן להשתמש בו כבטוחה לטובת הבנק בו מופקד הפקדון בלבד, היות שבנק זה יכול להתבסס על "הסכם קיזוז ועכבון", שאינו יכול להבטיח בנק שהזכויות של הלקוח בפקדון אינן כלפחיו, ולכן אין בידיו כספים הניתנים לקיזוז. הטענה היא שכתב כזה אינו מהווה שעבוד אסור, שכן לא היתה כאן העברה. התוצאה המעשית היא הוספת עמלה נכבדה בגין הוצאת ערבות בנקאית. אין טעם בעיוותים כאלה.

189 לעיל הערה 186.

190 לעיל פרק ד(1), והאימרה בפסק הדין *Halescown*, לעיל הערה 68, שצוטטה בפסק הדין *Charge Card Services* ובפסק הדין 8 *BCCI no.*, ראו לעיל הערה 186.

191 "נכס" בסעיף 1(א) בחוק המשכון. לביקורת על פסק הדין *Halescown*, לפיה הפקדון בנכס משקף גם נכס של הלקוח – זכות כלפי הבנק ליתרת הפקדון – ראו *E.P. Ellinger & E. Lomnicka Modern Banking Law*, 2nd Ed. (Oxford, 1994) 183.

192 וראו לעיל הערה 186.

193 סעיף 61 לפקודת השטרות קובע, כי "קבל האוחז שטר, או שנעשה אוחזו, בזכות עצמו, בחלותו של השטר או לאחריה – השטר נפקע".

194 אם כי המשך הסעיף מדבר על אי קיזוז ההלוואה על ידי המבטח מערך הפדיון של הפוליסה. פרופ' לרנר ראה בסעיף טעות של המחוקק, בשל אי זיהוי הפקדון הכספי כזכות חוזית: ש' לרנר, לעיל הערה 14, בע' 58.

195 וראו לעיל הערה 173 לדעות השונות.

כמו כן ניתן להבחין בין המחאה מוחלטת לבין המחאה על דרך שעבוד. החוב במקרה האחרון אינו מועבר לנמחה אלא בתורת בטוחה. הוא כפוף לזכות של המשעבד, או הממחה על דרך שעבוד, לפדות את הבטוחה. לכן, לא בהכרח הופך הבנק על ידי השעבוד לנושה של עצמו (וכתוצאה מכך מתבטל החוב). עדין אין הוא נושה בחוב, והמפקיד אינו מאבד את האינטרס שלו בזכות¹⁹⁶. אין כאן התמזגות שתי חשבונות להפקעה. בשלב שעד לביצוע הקיזוז נשמרות הזכויות השונות בנפרד. אין כל קושי בכך, שהרי גם מבחינה חשבונאית נשמרים החיובים המקבילים של הבנק ללקוח ושל הלקוח כלפי הבנק בנפרד, והדבר משקף את הצורך האמיתי לשמור אותם בנפרד. וכאמור, הפומביות נשמרת על ידי הרישום.

האם המשכון לטובת הבנק מתיישב עם הצורך במימוש זכות על ידי תביעה מהבנק עצמו? באשר לקושי זה של Millet J. ב-*Charge Card Services* לגבי תביעה של בעל המשכון כלפי עצמו, ניתן לסבור שאין כאן כל קושי אמיתי. ממילא המימוש ייעשה על ידי פעולה של קיזוז ולא על ידי תביעה (או בפשיטת רגל/פירוק)¹⁹⁷. אין צורך בהגשת תביעה, והדבר אינו צריך להוות בעיה. בניגוד לנושא החשוב של פומביות, שבא על סיפוקו, אופן המימוש¹⁹⁸ הוא עניין מישני, ואין בו במקרה זה כדי לפגוע בחייב או בנושים האחרים.

לא נראה, לכן, שבשל טעות אופטית של "התמזגות" או של תביעה של אדם כלפי עצמו וכדומה, שאינם קיימים למעשה, תישלל האפשרות להגן על הבטוחה החשובה הזאת בפשיטת רגל ובפירוק.

מכל מקום, כאמור, אינני רואה סיבה, שהמחוקק לא יבהיר את הספק, ויקבע במפורש את האפשרות לרשום שעבוד מעין זה. הדבר ישמש להסרת החשש מהשימוש בבטוחה נוחה וזמינה. זה עדיף על פני ניסיונות הסוואה על ידי זכות עכבון וכדומה, בלתי צודקים בהתיימרותם לתת עדיפות, בהעדר פומביות, ורבי סיכון, כפי שראינו¹⁹⁹. שעבוד רשום כזה גם יהיה בעל ערך בטוחתי רב יותר מאשר קיזוז בפשיטת רגל או בפירוק, מאחר שלא מתעוררת בו הבעיה של הלכת אל על לגבי חוב מותנה שלא נדרש עד לצו הפירוק²⁰⁰. הנושה הבנקאי הזהיר, שונא-הסיכון, ראוי שתימצא לו האפשרות לסמוך על בטוחה מתאימה, שתבטיח גם חוב מותנה, דוגמת חוב בגין ערבות בנקאית. בתמורה, יידרש הנושה המובטח לשכלל את הבטוחה שלו, ולרשום משכון, במקום לטעון לעדיפותו בפשיטת רגל ובפירוק מכוח זכות עכבון או עכוב וקיזוז, הלוקים בהעדר פומביות הולמת, ולכן אינם מזכים אותו לחרוג מכלל שוויון הנושים במצבים כאלה.

196 לדעה זאת כאחת הדעות האפשריות ראו *Butterworths* W. Blair "Cash Deposits as a Form of Security" *Banking and Financial Law Review* (1987, L.C. Chiau, ed.) 163, 173 - 174. לעיל הערה 186, בע' 145-5.

197 גם על פי אותו פסק דין *Charge Card Services*, כפי שגם הודגש ב-*BCCI no. 8*, בע' 133.

198 להבדיל מעצם האפשרות למימוש. במשכון, להבדיל אולי מעכבון, האפשרות למימוש של החיוב אינה גורעת מתוקפו.

199 במשפט המשווה נמצא וריאציות רבות, כולל אפשרות קבלת בטחון בכספי פקדון, לעתים בלי תחולת הוראות רישום משכון, ראו *P.R. Wood English and International Set-Off* (1989) 1242-46. על פי ה-U.C.C. בדרך כלל אין מוחלות הוראות השעבודים על זכות הקיזוז *sec. 9 - 104(i)*. כלל לא ברור, אבל, אם גם הקיזוז בשימוש המסחרי כבטוחה ייכנס כאן; ראו *Comment 8* שניתן לסעיף וההנמקה שם. כן ראו הספק ב-*State Bank of Rose Creek v. First Bank of Austin*, 320 N.W. 2d 723 (1982). הדין שונה בקליפורניה, אולם די שם בהודעה לבנק על המחאה על דרך שעבוד, למעשה די בהסכם השעבוד: *Cal. Com. Code, sec. 9302(i)(b)(i)*. לאפשרות החזקה בתעודות פקדון ושטרי הלוואה ראו לעיל הערה 157. בעת האחרונה נדונות בארה"ב הצעות להרחיב את תחולת Art, 9 גם על פקדונות כספיים. ראו בפרק ג לעיל על השאלות החלוקתיות העשיות למצוא תשובות באיוונים שונים בפסיקה ובחקיקה.

200 ראו לעיל הערה 145, ולביקורתי שם. מכל מקום, הפומביות על ידי רישום מהווה הסדר מתאים של הסוגיה, ומתגברת על הרצון לסייג את עדיפות המקזז כלפי נושים אחרים. ראו שם להתייחסותי לפרשת הספקה. הערך של הבטוחה רב יותר במיוחד בארץ, אם משווים להתפתחות באנגליה בענין עדיפות הקיזוז. דעתי לדעיל שונה מדעתו הנחשבת מאד של *R.M. Goode, Legal Problems of Credit and Security* (2nd ed 1988) 173. אולם ראו גם אצלו, שם, בע' 175 ואילך, לגבי שוויון הנושים בפירוק ואי החריגה מגבולות החוק אז (כאמור, יש שוני ביחס להלכה לגבי חובות מותנים).

(3) הטפול במגבלות על שעבוד

להשלמה, היא צורך לשכנע את המחוקק או את משרד האוצר להסיר מספר מגבלות על שעבוד הסכונות ופקדונות מסוימים²⁰¹. יש מקום לבחון מחדש את ההצדקה למגבלות על השעבוד, ועד כמה הסרת המגבלות או הפחתתן תפגע בחיסכון האמיתי או דווקא תעודד אותו²⁰². מכל מקום, אין הגיון באיסור השעבוד על חשבון חיסכון, ובמקביל לאפשר שימוש בחשבון חיסכון כערוכה תחת הכינוי "הסכם קיזוז ועכבון".

כמו כן, יהיה צורך להתגבר על האיסורים המקובלים באגרות חוב היוצרות שעבוד צף. דבר זה יוכל להיעשות על ידי הסכמות הדדיות במערכת הבנקאית ל"שחרר" מתחולת השעבוד הצף שעבודים על פקדונות החברה בבנק אחר. בלאו הכי, מקובלים הסכמים בין-בנקאיים במערכת הבנקאית לגבי חברות, לקוחות של יותר מבנק אחד (והבנקים גם שמחים לחלק ביניהם את סיכוני האשראי). בעבר היו מקובלים גם הסכמים כלליים, שאינם נוגעים לחברה זאת או אחרת²⁰³. התחרות תחייב את הבנקים להתגמש בנושא זה, ולהתיר איסורים, בדיעבד או מלכתחילה (בעת יצירת השעבוד). הדבר יביא תועלת נוספת ללקוחות, על ידי מיתון "מונופול" האשראי²⁰⁴.

י. סיום

מאמר זה בדק את האופן בו מקבלים לבטחון זכויות בפקדון בנק, כאשר הנושה הוא גם החייב בהשבת הפקדון, וזאת על ידי קונסטרוקציה של עכבון, עכוב וקיזוז. המדובר באחד הבטחונות הנפוצים והמוערכים ביותר בבנקים, לאור ריבוי הפקדונות, ולאור שליטתם של הבנקים בהם, נזילותם הגבוהה יחסית, ואי הקושי להערכת שוויים.

לאחר ניתוח הדין הראוי, ובדיקה באלו מקרים מוצדק לתת לבנק עדיפות על פני נושים אחרים (על אף עקרון שוויון הנושים בפשיטת רגל ובפירוק), נבחן הדין הנוהג. תחילת הסיוור הייתה במונח הקלאסי של עכבון, אולם עד מהרה גילינו, כי המונח הזה לא נועד למקרה זה (אם כי לא שללנו זאת לחלוטין כאשר מדובר בפקדון ניירות ערך). הסיוור הוביל דרך צירוף זכויות שונות של קיזוז, הסכמה על עכוב זכויות עד לקיזוז וכדומה. הגענו למסקנה, כי התמהיל הזה, חורג מכל אחת מהזכויות הבודדות המרכיבות אותו, ובפשיטת רגל או בפירוק של החייב עלול להתגלות כחסרת-תוקף בשל חלותו של חוק המשכון עליו, ואי עמידה בפומביות הנדרשת בחוק המשכון. הצירוף עלול להיות כה הרסני, עד שיגרע גם ממרכיביו, דהיינו, לא יאפשר לנושה להסתמך אפילו על זכות הקיזוז המוגבלת ממשכון בעת פשיטת רגל או פירוק²⁰⁵. כמו כן, אין בצירוף זה כדי ליתר את הדין בבעיות שונות של משכון, כגון בעיות של איסורים על מישכון, מישכון נכסים שהרכבם משתנה, מישכון לטובת הנושה על זכויות החייב כלפי הנושה עצמו. הוצעו דרכים ישירות להתמודד עם המכשולים האלה, על ידי חיזוק הדרך של המישכון, במקום לנסות לעוקפם על ידי הסכמי קיזוז ועכבון. התמודדות כזאת מלמדת, שמשכון רשום אפשרי בדרך-כלל,

201 ראו לעיל, ליד הערות 7 - 10.

202 מגבלות דומות על שעבוד זכויות לגבי קופות גמל סחירות כבר שונו על ידי משרד האוצר מטעמים דומים. לדוגמה: יש מקום לשכנע את המחוקק לא להקשות בחוק עידוד החיסכון על אדם להשתמש בתוכנית החיסכון כבטוחה, ולו לצרכים לא-מסחריים (ממילא אנשי עסקים לא יישו להפקיד כספים בתוכנית חיסכון בריבית נמוכה, ובמקביל ללוות בריבית גבוהה). ההגבלה על השעבוד גורמת אולי להחלשת הנכונות לחסוך, היורדת ממילא.

203 כמו, למשל, לגבי דוקומנטים, או לגבי שעבוד שטרות ושיקים, שבנק מסוים הסכים לשחרר מהשעבוד הצף לטובתו.

204 דוגמה אחרת של טיפול המחוקק עצמו בבעיית "המונופול על האשראי" מהווה סעיף 169(ד) לפקודת החברות, שנותן עדיפות לאשראי לרכישת נכס חדש המובטח באותו נכס. לא ניתן להחיל את הסעיף עצמו על המקרה בו אנו דנים, שכן קשה לראות בפקדון נכס שהבנק איפשר רכישתו (גם כאשר הבנק נותן אשראי לצורך כך).

205 השוו לפסק הדין החדש באנגליה, *BCCI no. 8*, לעיל הערה 186, ממנו ניתן להסיק, כי המישכון אינו אפשרי, אולם התוצאה המעשית תהייה הכרה בקיזוז (גם בפשיטת רגל). זאת בשל ההסכמה החוזית על עיכוב הפקדון עד לפרעון ההלוואה, המאפשרת להיפרע מהפקדון גם באין קיזוז (נפסק שלא הייתה שם הדדיות) ובאין משכון כאמור.

ויש להעדיפו על דרך החתחתים של עכבון או עיכוב וקיוזו. הוא מעוגן כהלכה בחוק בדפוס קנייני מוכר, ויש בו תכונת הפומביות הדרושה, המאפשרת חריגה מהעיקרון של שוויון הנושים. מוזרה, לכן, לדעתי, דרכם של אותם בנקים, המתחמקים מהתמודדות ברורה עם קשיי המשכון, ומסתפקים בבטוחה מסוכנת, שספק אם תעמוד ביום פקודה. במיוחד קשה להסביר זאת, לגבי הבנקים, שהם שונאי סיכון מטבעם, ועצם ההיזקקות שלהם לבטחונות מעידה על כך. אין טעם רב בבטחון ללא בטחון. מה גם, שהמאמר מציע דרך ברורה להתגבר על הקשיים ולאפשר רישום משכון. זאת, כל עוד מאפשר הדין יצירת עדיפות על ידי משכון ויצירת פומביות לו (שאלת ההצדקה לעדיפות הוזכרה במאמר, אך היא חורגת מגידרו).