

תוקפן של הגבלות בשעבודים צפים כלפי צד ג' רוכש זכויות ונושה בהליכי הוצאה לפועל

ד"ר דליה אבן־להב

החל מאמצע שנות ה-70, מאפשר המחוקק הישראלי לציין במסגרת רישום השעבוד הצף, קיומה של תניה באגרת החוב יוצרת השעבוד הצף, המגבילה את כוחה של החברה לפעול בנכסיה, שלא במהלך העסקים הרגיל. רישום זה מקנה ידיעה קונסטרוקטיבית בדבר קיומה של ההגבלה לצדדים שלישיים הרוכשים זכויות מהחברה וכך מעניק לשעבוד הצף עדיפות על פני צדדים שלישיים, הרוכשים נכסים מהחברה שלא במהלך העסקים הרגיל. עקרון הידיעה הקונסטרוקטיבית הנ"ל, הוחל על ידי הפסיקה לא רק על צד ג' רוכש זכויות אלא גם על צד ג' המנסה לאכוף זכויותיו בהליכי הוצאה לפועל. החלה זו, ראשיתה בטעות (כך לדעת הכותבת) והמשכה בחיזוק מעמדו של בעל השעבוד הצף, והעדפתו גם טרם גיבוש השעבוד הצף, על פני נושיה הבלתי מובטחים של החברה. בשאלה עד כמה נכון היה לילך כך, על פי הדין המצוי, ועד כמה ראוי כך מבחינת הדין הרצוי, עוסקת רשימה זו.

1 עורכת דין, י' גורניצקי ושות' עורכי דין. מרצה מן החוץ בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, ובבית הספר למשפטים, המיכללה למינהל.

תוכן עניינים

1. כללי

1.1 השעבוד הצף הקלסי

1.2 שעבוד צף מגביל עיסקאות

1.3 חיזוק מעמדו של השעבוד הצף המגביל

2. היקף השלכותיה של תניה מגבילה על צד ג' רוכש זכויות

2.1 תניה מגבילה כמשכון

2.2 מניעת עיסקה חריגה טרם הגיבוש

2.3 מניעה עסקה חריגה שטרם הושלמה בשלב הגיבוש

2.4 ביטול עסקה שהושלמה טרם הגיבוש

2.5 סיכום בינים

3. שעבוד צף מגביל והליכי הוצאה לפועל

3.1 שעבוד צף "קלסי" והליכי הוצאה לפועל

3.2 שעבוד צף מגביל והליכי הוצאה לפועל בשלב הביניים, טרם הגיבוש

3.3 שעבוד צף מגביל והליכי הוצאה לפועל שהסתיימו טרם הגיבוש

4. להבחנה בין פעולה "רצונית" להליכי הוצאה לפועל

1.1 השעבוד הצף הקלסי

השעבוד הצף (Floating Charge)², במתכונתו הקלסית, מאפשר לחברה³, לסחור בנכסיה, במהלך העסקים הרגיל, ואף לשעבדם לטובת צדדים שלישיים. בשיטתנו המשפטית, מוגדר "שעבוד צף" בפקודת החברות כך:

"שעבוד על כל נכסיה ומפעלה של החברה או על מקצתם אותה שעה, כפי מצבם מזמן לזמן, אך בכפוף לסמכותה של החברה ליצור שעבודים על נכסיה או על מקצתם".

השעבוד הצף, מעצם הגדרתו, מאפשר תחלופה של נכסי החברה, במהלך העסקים הרגיל, והוא "נע לו כענן על נכסי החברה, בהרכבם המשתנה"⁴ עד לשלב הגיבוש (crystalization)⁵. בשלב הגיבוש הופך השעבוד הצף לשעבוד ספציפי על נכסי החברה ש"נתפשו" בעת הגיבוש ויכול בעל השעבוד לממשם ולהיפרע מהם את חובו כאילו היו נכסים המשועבדים בשעבוד ספציפי מלכתחילה⁶. בשלב שבין יצירת השעבוד הצף ועד לגיבושו רשאית החברה, על אף השעבוד, להמשיך ולסחור בנכסיה. מטבע הדברים וכתוצאה ממסחר במהלך העסקים הרגיל, רוכשת החברה נכסים חדשים ואף מקנה מנכסיה לצדדים שלישיים וכל זה מתיישב עם טיבו ומהותו של השעבוד הצף להבדילו מהשעבוד הקבוע.

המשפט האנגלי, ממנו נשאב השעבוד הצף לשיטתנו המשפטית, התחבט ומתחבט בשאלת טיבן והיקפן של הזכויות העומדות לו לבעל השעבוד הצף בשלב הביניים שבין יצירת השעבוד הצף ועד לשלב הגיבוש⁷. יש הסוברים, כי השעבוד הצף הינו שעבוד ממש מעת היווצרו אך כל עוד הוא מרחף מעל נכסי החברה רשאית ואפילו זכאית החברה לסחור בנכסיה במהלך העסקים הרגיל⁸. רק בשלב הגיבוש רוכש בעל השעבוד הצף זכות קניינית בנכסי החברה הספציפיים ש"נתפשו" בעת הגיבוש. במסגרת תיאוריה זו, שיש המכנים אותה - "שעבוד נכסים עתידיים" - לא יכול

2 לצעדיו הראשונים של השעבוד הצף בבתי המשפט של יושר ראו: *Re Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Co.* (1870) 5 Ch. App. 318; *Re Florence Land and Public Works* (1878) ch. D. 530

3 בדין האנגלי וכן בשיטתנו המשפטית, רק חברה, יכולה לשעבד נכסיה בשעבוד צף; ע"א 547/65 המוסד לבטוח לאומי ואח' נ' מפרקי האחים שטראוכר בע"מ ואח', פ"ד כ(3) 29; ויסמן "שעבוד נכסי חברה" הפרקליט כב, 420; ע"א 689/68 חברת מגדלי פריזיה בע"מ נ' הנאמן על נכסי פאל שטראוס בפשיטת רגל, פ"ד כג(1) 715; א' פרוקצ'יה דיני חברות חדשים לישראל, (תשמ"ט-1989) 432; ש' לרנר שעבוד נכסי חברה (תשנ"ז-1996) (להלן - "לרנר, שעבוד נכסי חברה").

4 סעיף 1 לפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983 (להלן - "פקודת החברות" או "הפקודה") הגדרת "שעבוד צף"; בדין האנגלי אין הגדרה לשעבוד צף בחוק הכתוב. למאפייניו, כפי שתוארו בפסקיה, ראו: *In Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd., Houldsworth v. Yorkshire Woolcombers Association Ltd. Illingworth v. Houkdsworth* [1904] Lord ב' [1904] 2 ch. 284, 295 ובבית הלורדים, באותו ענין, על ידי Lord ב' [1904] 2 ch. 284, 295 *in Re Atlantic Computer Systems plc (No. 1)* [1992] 1 All E R 476, Macnaghten A.C. 355, 358. 494; *Re Cosslet (contractors) Ltd.* [1996] 4 All E R 46

5 ע"א 603/71 בנק לאומי לישראל בע"מ ואח' נ' בנק ארץ-ישראל-בריטיניה בע"מ ואח', פ"ד כו(2) 468, שבמסגרתו אף נקבע על ידי השופט זוסמן, כי הגדרת השעבוד הצף שבפקודה באה לפרש ולתאר, לשם הדרכה, ומותר להתאימה כפי שנדרש על ידי הנסיבות...". שם, עמ' 476.

6 לרנר שעבוד נכסי חברה, בע' 133 ואילך.

7 אך בכפוף לדין הקדמיה: סעיף 354 (ג) לפקודה, כאשר החברה נמצאת בהליכי פירוק, וסעיף 195 לפקודה כאשר החברה איננה נמצאת בהליכי פירוק.

8 לסקירה כללית של התיאוריות השונות ראו: ש' לרנר, לעיל הערה 3, בע' 118-120 והאסמכתאות שם; ה"פ (ת"א) 1989/93 בליס אופנה בע"מ (בכינוס נכסים) נ' סריגי גחלת בע"מ, פ"מ תשנ"ו(3) 133.

9 *Evans v. Rival Granite Quarries Ltd.* [1910] 2 K.B. 979, pp. 994, 996. "...while it is a floating security the company has a right, not a mere licence to carry on its business until the debenture holder intervenes, and when the debenture holder does intervene he must do so with the intention of making his security a fixed security." (שם בע' 997, ההגשות של - ד.א.).

בעל השעבוד להתערב במהלך עסקיה של החברה ותורפתו, במקרה של פעילות שלא במהלך העסקים הרגיל, הינה לגבש את השעבוד הצף לכדי שעבוד קבוע¹⁰. מאידך, יש הסוברים כי הבסיס התיאורטי לשעבוד הצף מצוי ב"תיאוריית רשיון" שעל פיה השעבוד הצף הוא שעבוד בפועל המקנה לבעל השעבוד זכות קנין בנכסי החברה מיד עם היווצרותו כדין, הוא חל על כל נכסי החברה כפי מצבם מעת לעת משלב רישומו וכל עוד החברה פועלת, אך הוא טומן בחובו רשיון לחברה להמשיך ולסחור בנכסיה כל עוד מתנהלת החברה כעסק חי. במסגרת תיאוריה זו, הפה שהתיר הוא הפה שאסר, ויכול בעל השעבוד לקבוע את תנאי הרשיון ולשנותם גם טרם הגיבוש. במסגרת תיאוריה זו יכול בעל השעבוד להתערב במהלך עסקיה של החברה גם טרם הגיבוש וכאן הוא לצו שימנע מהחברה לפעול שלא במהלך העסקים הרגיל¹¹. במשפט הישראלי, בעבר, וכל עוד עסקה הפסיקה בסוגית השעבוד הצף במתכונתו הקלסית, דומה היה כי אומצה תיאוריית "שעבוד נכסים עתידיים" שעל פיה, כאמור, לא יכול בעל השעבוד הצף להתערב במהלך עסקיה של החברה טרם גיבש את השעבוד הצף¹².

1.2 שעבוד צף מגביל עיסקאות

כדי לחזק את מעמדו של הנושה בעל השעבוד הצף, ולשלול מהחברה את כוחה להעביר נכסיה לצדדים שלישיים בשלב הביניים שבין יצירת השעבוד הצף לבין גיבושו, התפתח הנוהג לכלול במסגרת התניות החוזיות של אגרת החוב יוצרת השעבוד צף, סעיפים המגבילים את כוחה של החברה לשעבד נכסיה או לסחור בהם שלא במהלך העסקים הרגיל (להלן – "שעבוד צף מגביל עיסקאות" או "שעבוד צף מגביל")¹³. לשאלת תוקפן של תניות חוזיות אלה כלפי צדדים שלישיים, מעבר למישור היחסים החוזיים, נדרש בית המשפט העליון, בתחילת שנות ה-70, במסגרת ע"א 471/73 מקבלי נכסים זמניים של אלקטרוניקס בע"מ נ' אלסינט בע"מ ואח"י (להלן – "פס"ד אלקטרוניקס"). במקרה זה שיעבדה חברה את נכסיה בשיעבוד צף מגביל עיסקאות ולאחר מכן, ועוד טרם התגבש השעבוד הצף המגביל, המחתה את זכויותיה. משגובש השעבוד הצף המגביל, טענו כונסי הנכסים, שנתמנו על פי אגרת החוב, שיש לפסול את ההמחאה מהיותה נוגדת את התניה המגבילה. וכך נקבע על ידי בית המשפט העליון:

"קיומו של השיעבוד הצף אינו גורע מכוחה של החברה לסחור, למכור, ולמשכן את רכושה, אלא אם כן הוטל איסור על כך בהסכם השיעבוד; איסור כזה כוחו יפה כלפי קונה בתום לב ובתמורה רק אם אותו קונה ידע על קיום האיסור, כי ידיעה כזו שוללת את תום ליבו של הקונה, אך לא די בכך שהקונה ידע על עצם קיום השעבוד הצף, ולא ידע על התניה בענין האיסור שהוטל על החברה להעביר נכסיה....."

בשלב שבו נפסק פס"ד אלקטרוניקס לא היתה ההגבלה על זכות החברה להעביר את נכסיה המשועבדים בין הפרטים הטעונים רישום אצל רשם החברות ולכן, לא ניתן היה לייחס לנמחה ידיעה קונסטרוקטיבית על קיום ההגבלה. מכיוון שבענין אלקטרוניקס לא נטען ולא הוכח שהיתה לנמחה ידיעה ממשית על ההגבלה, נפסק כי רשאי הנמחה להינות מזכותו לפי ההמחאה, זכות שאותה רכש בתמורה ובתום לב¹⁴.

¹⁰ Gough, *Company Charges* (2nd ed, 1996) 86-92.

¹¹ *Woodroffers Musical Instrument Ltd.* [1985] 2 All E R 908, 914.

¹² ע"א 353/62 רוזה הארט 2 אח' (יורשי המנוח שמשון הארט) נגד כונס הנכסים הרשמי 3 ר אח', פ"ד יז(1) 496.

¹³ תניה מגבילה בשעבוד צף השוללת מהחברה כל פעילות בנכסיה, גם כזו שבמהלך העסקים הרגיל, שוללת מהשעבוד הצף את מהותו "המרחפת". ראו ע"א 288/68 בנק קרדיט בע"מ נ' כונס הנכסים של חברת ד.ט.פ בע"מ ואח', פ"ד כב(2) 529 שבו נקבע שהשם בו בחרו הצדדים לכנות את העיסקה שביניהם איננו מכריע ויש לבדוק את תוכנו ומהותו של השעבוד כדי לקבוע את טיבו לדיון בשאלה מהי עיסקה במהלך העסקים הרגיל ראו לרנר, שעבוד נכסי חברה, בעמ' 189-195. הסובר, בין היתר, כי הגבלה על מכירה רגילה של מלאי אינה מתיישבת עם מהותו של שעבוד צף.

¹⁴ פ"ד כט(1) 121. וראו גם: ע"א 603/71 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' בנק א"י בריטניה, פ"ד כו(2) 468 (להלן – "פס"ד בנק א"י בריטניה"). סייג לכלל שנקבע בפס"ד אלקטרוניקס, נקבע בע"א 716/72 זהבה רוזנשטיין נ' חברה א"י לאוטומובילים בע"מ, פ"ד כז(2) 709.

¹⁵ שם, בעמ' 131.

כדי להתגבר על הקושי שנוצר בעקבות פס"ד אלקטרוניקס וכדי שניתן יהיה ליחס לצד ג' רוכש וזכויות, ידיעה קונסטרוקטיבית על ההגבלה, תוקן בשנת 1975 צו החברות (פרטי משכנתאות ושיעבודים) תשי"א - 1951¹⁶. התיקון איפשר לציין במסגרת רישום השעבוד הצף, קיומן של תניות המגבילות את כוחה של החברה "להעביר או למשכן" נכסיה. לאחר התיקון, ועל פי הילכת אלקטרוניקס, רישום התניות המגבילות מקנה ידיעה קונסטרוקטיבית על קיומה של ההגבלה לכל הנושא ונותן עם החברה. הידיעה הקונסטרוקטיבית שוללת את תום הלב של צד ג' הנושא ונותן עם החברה וכך מקנה עדיפות לשיעבוד הצף, לרבות ההגבלה שבו, על כל עיסקה מאוחרת העומדת בניגוד להגבלה¹⁷. בכך הוקנה להגבלה תוקף גם כלפי צדדים שלישיים ולא רק במישור החיובי שבין הצדדים להסכם השעבוד הצף.

לכאורה, היה בתיקון חקיקת המשנה כדי לפתור את הקושי שנוצר בעקבות פסה"ד אלקטרוניקס, ואולם, ככל הנראה¹⁸ לא כך סבר המחוקק משהוסיף, בשנת 1980, את הסיפא לסעיף 169(ב)¹⁹ לפקודה כך שלאחר התיקון מורה סעיף 169(ב) בכללותו כדלקמן:

"אין שעבוד צף מקנה לבעל איגרת חוב דין קדימה או בכורה על פני בעל משכנתה רשום או קונה בתמורה של מקרקעי חברה, ואפילו היה קיומו של השעבוד ידוע להם בשעת המשכון או המכר; ואולם אם נכללה במסמך היוצר שעבוד צף הגבלה על זכות החברה ליצור שעבודים, והגבלה זו נכללה בפרטים שנמסרו לרישום השעבוד צף, יהיה השעבוד הצף עדיף על שעבוד שנוצר בניגוד לאותה הגבלה אחרי רישום הפרטים בידי הרשם".

בעוד שתחילתו של הסעיף מבטאת את הגישה הקלאסית שעל פיה רשאית חברה שנכסיה משועבדים בשעבוד צף למכור ולשעבד את נכסיה, מבטאת הסיפא את הגישה החדשה שעל פיה סעיף מגביל שנכלל ברישום השעבוד הצף כדין, מהווה חלק מהשיעבוד הצף והוא תקף גם כלפי צדדים שלישיים.

התיקון לסעיף 169 (ב) עורר סימני שאלה²⁰. בעוד שהתיקון לחקיקת המשנה²¹ מאפשר רישום תניות המגבילות את כוחה של החברה הן להעביר מנכסיה והן לשעבדם, מתייחס תיקון סעיף 169(ב) לפקודה ליחס בין "שעבוד רובץ לשיעבודים שניתנו בניגוד לתנאיו המגבילים" ואין בתיקון מענה ליחס שבין שעבוד צף מגביל לבין עסקאות אחרות שעשתה החברה בניגוד לתנאיו המגבילים²². בעת שחוקק התיקון הנ"ל לסעיף 169(ב), היה לנגד עיניו של המחוקק פסק הדין בעניין אלקטרוניקס שכאמור, עניינו בהמחאה שנעשתה בניגוד להגבלה. אף על פי כן בחר המחוקק, במסגרת התיקון, להתייחס אך ורק לשעבוד שנוצר בניגוד להגבלה²³. מעמדם וזכויותיהם של צדדים שלישיים אחרים אינם מוזכרים במסגרת התיקון. בנסיבות אלה ניתן היה, לכאורה, לגרוס "הסדר שלילי", ואמנם, בסמוך לחקיקת התיקון העלה פרופ' ויסמן במאמרו "דין שעבוד

16 צו החברות (פרטי משכנתאות ושיעבודים) (תיקון) התשל"ה - 1975, ק"ת 3289, עמ' 810.

17 בשנת 1989, בוטל צו החברות (פרטי משכנתאות ושיעבודים) תשי"א - 1951 והותקנו תקנות החברות (אגרות, פרטי רישום וטפסים), תשמ"ט - 1989, ק"ת 5190 מיום 13.6.89. התקנות כוללות טפסים שונים שיש להגישם לרשם החברות, ביניהם טופס בדבר משכנתאות ושיעבודים (טופס 8). בטופס ניתן לכלול הערה לגבי איסור על יצירת שעבודים אחרים ותנאים מיוחדים. התקנות לא שינו את המצב החוקי.

18 דברי ההסבר לה"ח לתקון פקודת החברות (מס' 16), תשל"ט-1979, ה"ח תשל"ט 110.

19 חוק לתיקון פקודת החברות (מס' 17), ס"ח תשמ"א - 1980, ס"ח תשמ"א 50.

20 ויסמן "דין שעבוד צף המגביל עסקאות" משפטים יא (תשמ"א-1980) 554.

21 לעיל הערה 16.

22 במסגרת התיקון לסעיף 169 (ב) לפקודה נמנע המחוקק מלהסדיר גם את הסוגיה שדונוה, קודם לתיקון, בפסיקתו של בית המשפט העליון בפס"ד בנק ארץ ישראל ברייטיה - שעבוד שנעשה להבטחת אשראי שאיפשר רכישת נכס בניגוד לתנאים מגבילים שבשעבוד צף. חסר זה הושלם כמה שנים מאוחר, בשנת 1989 בתיקון פקודת החברות [נוסח חדש] (מס' 3) תשמ"ט - 1989, באמצעותו הוסף לסעיף 169 ס"ק ד'. תיקון זה אימץ את הילכת בנק א"י ברייטיה בקבעו עדיפות לבעל שעבוד שנעשה להבטחת אשראי שאיפשר רכישת נכס על פני בעל שיעבוד צף מגביל.

23 בדברי ההסבר להצעה נאמר כי: "תוספת הסיפא לסעיף 123 (3) באה להבהיר את שאלת סדר העדיפויות בין שעבוד רובץ לבין שיעבודים שניתנו בניגוד לתנאיו המגבילים. השאלה טעונה הסדר לאור פסק הדין של בית המשפט העליון בע"א 471/73 מקבלי נכסים זמניים של אלקטרוניקס בע"מ; אלטינט בע"מ, פ"ד כט(1) 121. למרות האמור בדברי ההסבר להצעת החוק, פס"ד אלקטרוניקס לא דן בסדר העדיפות שבין שעבוד צף לבין שעבודים שניתנו בניגוד לתנאיו המגבילים אלא בהמחאה (מכר של זכות) שנעשתה בניגוד לתנאים מגבילים שבשעבוד צף.

צף מגביל עסקאות²⁴ את האפשרות להתייחס לתיקון כהסדר שלילי בכל מה ששייך לרוכשי זכויות שאינם נושים מובטחים. אפשרות זו נדחתה על ידו, בין היתר, מהטעם שאין ולא היה צידוק להבדיל בין העברת נכסים לבין שיעבודם כשעינינו ביחס שבין אלה לבין שעבוד צף הכולל תנאים מגבילים²⁵. "שלא ברצון" הגיע פרופ' ויסמן למסקנה: "כי הימנעות המחוקק מלהזכיר בתיקון לפקודת החברות את שאלת ההעברה של נכסים לא היה פרי של שיקול דעת אלא תוצאה של היסח הדעת²⁶, ואין לתלות בהימנעות זו כל פירושים. לפי זה יש לראות את הלכת אלקטרוניקס כממשיכה לחול כמקודם, כאשר חלק מן ההלכה מגובש עתה בחוק המתקן את פקודת החברות (החלק שעניינו שעבוד נכסים תוך הפרת ההגבלה שבשעבוד צף) ואילו החלק האחר (שעניינו העברת נכסים תוך הפרת ההגבלה שבשעבוד צף) מוסיף להיות בגדר הלכת שופטים, כשהכלל הרחב קבוע בפרשת אלקטרוניקס והחריג לענין מכר בתנאי תקנת השוק, קבוע בפרשת רוזנשטרייך הנ"ל²⁷."

1.3 התחזקות מעמדו של השעבוד הצף המגביל

דעתו זו של פרופ' ויסמן התקבלה בפסיקה. בהסתמך על הלכת השופטים שנקבעה בפס"ד אלקטרוניקס ועל התיקון המינימלי לסעיף 169 (ב) לפקודת החברות, נפתרו בפסיקה ה"מקרים הקשים" בסוגיית השעבודים הצפים המגבילים כלפי צדדים שלישיים, מובטחים ושאינם מובטחים. ואולם, לדעתי, אין באלה כדי לתת מענה ראוי למיכלול הסוגיה. הן הלכת אלקטרוניקס והן התיקון לסעיף 169 (ב) לפקודה מתייחסים לעיסקות שעושה החברה במהלך העסקים בניגוד להגבלות שקיבלה על עצמה במסגרת תניות איגרת החוב²⁸ ואין בהם מענה וספק אם נכון וראוי לשאוב מהם מענה לפעולות משפטיות חד צדדיות, הנכפות על החברה בניגוד לרצונה. בהעדר הוראות חוק ברורות גם מעמדם של צדדים שלישיים שאינם בחזקת "נעבר" במשמעותו הרחבה או רוכש שעבוד, הוסדר בפסיקה, בהסתמך על הילכת אלקטרוניקס. דרך הילוכה של הפסיקה גרמה לחיזוק מעמדו של בעל השעבוד הצף המגביל תוך התעלמות ממעמדם וציפיותיהם הסבירות של נושים אחרים, שאינם מובטחים, של החברה החייבת. ההלכות שנפסקו בבית המשפט התייחסו לשעבוד הצף המגביל, גם טרם הגיבוש, כאילו היה שעבוד ספציפי. בדרך זו איפשרה הפסיקה לבעל השעבוד הצף להנות ממרבית העולמות. מחד לקבל לידיו שעבוד נחות בבחינת "ערובה" על תנאי רק לגבי אותם נכסים שיהיו שייכים בשעת גבוש השעבוד לחברה²⁹, ומאידך, להימנע מהסיכון הכרוך בכך³⁰ משנתאפשר לו לחסום, עוד טרם הגיבוש, אכיפת נשייה שהורתה ולידתה במהלך העסקים הרגיל. מאחר והמחוקק נמנע מלומר את דברו ובהעדר תאוריה חד משמעית, נותרה השאלה הערכית בדבר סדר העדיפות הנכון בין נושים המובטחים בשעבוד צף לבין נושיה הבלתי מובטחים של החברה, תלויה על בלימה. בחלל שנוצר העדיפה הפסיקה את בעל השעבוד הצף המגביל על פני נושיה הבלתי מובטחים של החברה החייבת וכל זאת בתקופה שבה שיטות משפטיות רבות בעולם, יוזמות רפורמה חקיקתית שתכליתה יצירת איוון שיאפשר הגנה גם על האינטרסים של הנושים שאינם מובטחים³¹. על התפתחות הפסיקה וקשיותה של התוצאה ברצוני לעמוד במסגרת רשימה זו.

24 לעיל הערה 20.

25 ויסמן, שם, בע' 560.

26 לדעת פרופ' ויסמן, שם, נבע היסח הדעת "מכך שהגורמים שהריצו את משרד המשפטים להכין את התיקון הזה לפקודת החברות היו חוגי הבנקאות, ולהם היה ענין מיוחד דווקא בשאלת השעבודים המתעוררת לעתים קרובות במהלך עסקיהם", שם, בה"ש 17.

27 ויסמן, שם, שם.

28 ולמיטב הבנתי לאלה התייחס פרופ' ויסמן במאמרו הנ"ל.

29 ע"א 248/77 בנק הפועלים בע"מ נ' גרבורג בע"מ ואח', פד לב(1) 253, 261.

30 שם, שם.

31 לדיון, ראו: לרנר שעבוד נכסי חברה, בע' 14.

2. היקף השלכותיה של תניה מגבילה על צד ג' רוכש זכויות

2.1 תניה מגבילה כמשכון

כאמור, היחס שבין שעבוד צף מגביל לבין צד ג' רוכש זכויות, לא הוסדר במסגרת התיקון לסעיף 169(ב) לפקודת החברות. "חסר" זה לא מנע המשך החלתה של הלכת אלקטרוניקס כ"הלכת שופטים", גם לאחר התיקון. הפסיקה לא ראתה מקום להבדיל בין תנאי המגביל יצירת שעבוד המוסדר בסעיף 169 (ב) סיפא - לבין תנאי המגביל העברת נכסים שלא במהלך העסקים הרגילי שאיננו מוסדר בחיקוק³². לאחר שאיפשר המחוקק רשום כדין של ההגבלה הכלולה באגרת החוב יוצרת השעבוד הצף, נפתח הפתח ליחס לצד ג' רוכש זכויות ידיעה קונסטרוקטיבית על קיומה של ההגבלה. ידיעה זו שוללת את תום לבו של צד ג' ומקנה עדיפות לבעל השעבוד הצף. עדיפות זו דומה בתוצאתה לעדיפות שהקנה המחוקק, במסגרת הסיפא לסעיף 169 (ב) לפקודה, לשעבוד צף מגביל על פני בעל שעבוד שנרשם בניגוד לתניה המגבילה.

ההלכה לענין זה מצאה את ביטויה, באמצע שנות ה-80 על ידי בית המשפט העליון בע"א 542/85 המועצה הישראלית לייצור ושיווק כותנה בע"מ נ' אתא חברה לטקסטיל בע"מ וסתה בע"מ, יואל סלומון, עו"ד וד"ר ליפא מאיר, עו"ד כונסי נכסים ומנהלים של אתא חברה לטקסטיל בע"מ ו-סתה בע"מ ואח', (להלן - "פס"ד אתא")³³ שכך קבע:

"הגבלה על העברת נכס שלא במהלך העסקים הרגילי כוחה יפה כנגד מי שהחברה המחתה לו חוב או כל נכס אחר שאיננו מהווה חלק מן המלאי העיסקי, בתנאי שהנמחה או המקבל ידעו על ההגבלה (ע"א 471/73, אלקטרוניקס, עמ' 821)..."³⁴. השופט מלץ, שנתן את פסק הדין, לא הסתפק בקביעה דלעיל והמשיך וקבע בהסתמך על פסיקה קודמת³⁵ כדלקמן:

"לסיכום ניתן לומר, כי לאחר שקבע בית משפט זה, כי שעבוד צף מהווה משכון במובן סעיף 1(א) לחוק המשכון, תשכ"ז - 1967, הרי יפה כוחן של ההגבלות הקבועות באגרת השיעבוד הצף, וידועות לצד ג', עד כדי העלותו למדרגת שיעבוד בכל הנוגע לפעולה שאיננה במהלך העסקים הרגילי"³⁶.

אל פס"ד אתא אחזור בהמשך רשימה זו³⁷, בהקשר דנן, ברצוני רק לציין, כי ההפניה לפס"ד אלקטרוניקס ופסיקתו של בית המשפט העליון בפס"ד אתא לענין כוחן של ההגבלות הקבועות באגרת השעבוד הצף, ספק אם נדרשה לגופו של ענין בנסיבותיה העובדתיות של פס"ד אתא.³⁸ גם

32 כך לדוגמא: ת"א 1126/90, המר' 6775/90 כונס נכסים זמני - לרגו מידן בע"מ נ' מחסני ערובה ארצי ישראלים בע"מ (טרם פורסם) ת.א. 206/91, המר' 1813/91 כונס נכסים לנכסי "מי-שרי" נ. ש.ה.ל. שירותי הנדסה לקבלן בע"מ, פ"מ, תשנ"ב(ב) 213; פש"ר 1054/97 המר' 23097/97 אבוטבול נ' בנק הפועלים בע"מ (טרם פורסם); ת.פירוק 460/93, ה"פ (ת"א) 1989/93 המ' 2185/93 בליס אופנה בע"מ (בכינוס נכסים) ואח' נ' סריגי גחלת בע"מ, פ"מ תשנ"ו (3) 133. (להלן - "פס"ד בליס").

33 פ"ד מב(4) 559.

34 שם, עמ' 562.

35 ע"א 522/72 מדינת ישראל נ' כונסי הנכסים של וולטקס צמרון תשלובת טקסטיל בע"מ, פ"ד (2) 393, 405; ע"א (נצ') 34/78 בנק להרושת בע"מ נ' אחים רייך (שדה אילן) בע"מ ואח', פ"מ תשל"ח(ב) 426.

36 פס"ד אתא, לעיל בע' הערה 533, 563.

37 להלן 3.1.

38 בפס"ד אתא נדרש בית המשפט העליון לשאלת היחס בין שעבוד צף לבין הליכי הוצאה לפועל שהחלו, אך טרם התתיימו, בעת שגובש השעבוד הצף. בהבדל מפס"ד אלקטרוניקס, לא התעוררה בפס"ד אתא שאלת היחס שבין שעבוד צף לבין "מי שהחברה המחתה לו חוב או כל נכס אחר...". אין גם בפס"ד אתא כל קביעה עובדתית שאכן היה סעיף הגבלה באגרת החובש היקנתה לבנק שעבוד צף ושמוכחה מונו כונסי נכסים. אף על פי כן, ולמעלה מן הצורך, נדרש בית המשפט העליון להמחאת חוב או העברת נכס בניגוד לתנאים המגבילים שבאגרת החוב.

ההשוואה שעשה השופט מלץ בין שעבוד צף למשכון איננה נקיה מספקות. שעבוד צף, וכל עוד הוא "צף", איננו משכון - שעבוד נכס - במובן של סעיף 1(א) לחוק המשכון³⁹ ואין לחוק המשכון תחולה כללית על שיעבוד צף⁴⁰.

יתרה מזו. ההשוואה שעשה בית המשפט העליון בפס"ד אתא, בין השעבוד הצף המגביל לבין משכון בכל הנוגע לפעילות של החברה שאיננה במהלך העסקים הרגיל איננה הכרחית כדי להקנות עדיפות לבעל שעבוד צף מגביל על פני צד ג' הרוכש זכויות מהחברה. עדיפות זו נובעת מהילכת אלקטרוניקס גם מבלי להעלות את התניות המגבילות הידועות לצד ג' למדרגת משכון. בפס"ד אלקטרוניקס נקבע, כי יפה כוחה של ההגבלה בשעבוד הצף כלפי רוכש בתמורה ובתום לב. מאותו שלב שבו איפשר המחוקק לרשום כדין את ההגבלה שבשעבוד הצף, מיוחסת לצדדים שלישיים ידיעה קונסטרוקטיבית על ההתחייבות שנטלה על עצמה החברה שלא לעשות עסקאות החורגות ממהלך העסקים הרגיל. ידיעה קונסטרוקטיבית זו שוללת את תום לבו של המתקשר עם החברה. בהעדר תום לב ממילא קמה עדיפותו של בעל השעבוד הצף המגביל על פני צדדים שלישיים הנושאים ונותנים עם החברה.

ואולם, השוואת התניות המגבילות למשכון, הינה התפתחות אפשרית מפס"ד אלקטרוניקס בהקשר לזכויות צד ג' הרוכש זכויות מהחברה. עדיפות בעל השעבוד הצף המגביל על פני צדדים שלישיים של בה מסממני הקנין המאפיינים משכון. התניה המגבילה כמוה כמשכון בכל הנוגע לפעולות החברה שאינן במהלך העסקים הרגיל.

בין כך ובין כך, העדיפות המוקנית לבעל השעבוד הצף המגביל על פני צד ג' הרוכש זכויות מהחברה, בין אם על פי הילכת אלקטרוניקס ובין אם על פי ההשוואה שנעשתה בפס"ד אתא, מתייחסת אך ורק לפעילות של החברה שאיננה במהלך העסקים הרגיל. גם שעבוד צף מגביל עיסקאות מכיר בכוחה של החברה להמשיך ולסחור בנכסיה במהלך העסקים הרגיל, למרות השעבוד ולמרות ההגבלה שבו. בכך נבדל השעבוד הצף, גם זה המגביל, משעבוד קבוע.

2.2. מניעת עיסקה חריגה טרם הגיבוש

השוואת בעל שעבוד צף מגביל לבעל משכון בכל הנוגע לפעולות החברה שלא במהלך העסקים הרגיל, בשלב הביניים שבין יצירת השעבוד הצף לבין גיבושו, מחזקת את מעמדו של בעל השעבוד הצף המגביל ומרחיבה את קשת הסעדים העומדים לו בהשוואה לשעבוד הצף במתכונתו הקלסית.

במסגרת השעבוד הצף הקלסי, יכול היה הנושה בעל השעבוד הצף למנוע השלמתה של עסקה נוגדת על דרך גיבוש השעבוד הצף. מנקודה זו ואילך, היה בידי בעל השעבוד הצף, בטוחה ספציפית מתוכה יכול היה להיפרע את חובו. דרך זו שמורה גם לנושה בעל השעבוד הצף המגביל. אם וככל שמסתבר לבעל השעבוד הצף המגביל, כי בכוונתה של החברה לבצע עיסקה שאיננה במהלך העסקים הרגיל, יכול הנושה בעל השעבוד הצף למנוע פגיעה בזכויותיו וירידה בערך הבטוחה, על דרך גיבוש השעבוד הצף.

ואולם, ובכך החידוש, נוכח קביעתו של בית המשפט העליון בפס"ד אתא, כי השעבוד הצף המגביל משול למשכון בכל הנוגע לפעילות החברה שאיננה במהלך העסקים הרגיל, נפתחות בפני בעל השעבוד הצף המגביל אפשרויות נוספות ואחרות כדי לסכל עסקאות חריגות שאינן במהלך העסקים הרגיל וכל זאת, גם מבלי לגבש את השעבוד הצף.

39 בדרך כלל חוק המשכון של שעבוד צף בשלב שבו מתגבש השעבוד הצף. בשלב הגיבוש הופך השעבוד הצף לשעבוד קבוע על הנכסים ש"נתפשו" בנת הגיבוש. החל משלב זה, משמשים הנכסים שכן "נתפשו" לפרעון חובו של הנושה המובטח בשעבוד צף כאילו היה זה מלכתחילה שעבוד קבוע (אך למעט דין הקדימה). כך קבעה הפסיקה הקודמת עליה הסתמך השופט מלץ.

40 סעיף 2(א) לחוק המשכון קובע כי "הוראות חוזה זה יחולו כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון". השעבוד צף אכן מוסדר בהוראות מיוחדות בפקודת החברות ולפיכך תחולתו של חוק המשכון של השעבוד הצף מוגבלת רק לאותם עניינים שאינם מוסדרים בפקודת החברות. גם סעיף 26 (ב) לחוק המשכון מורה כי "אין בהוראות חוק זה כדי לגרוע מכל דין הנוגע לשעבוד צף על נכסי תאגיד". מכאן שאין בחוק המשכון כדי לגרוע מהדינים העוסקים בשעבוד צף שבפקודת החברות ותחולתו על שעבודים צפים מוגבלת לאותם עניינים בהם הוא מוסף על דינים אלו; ויסמן חוק המשכון תשכ"ד-1967 (המכון למחקר-חיקה ולמשפט השוואתי, תשל"ה-1974) 386; לרנר, שעבוד נכסי חברה, בעמ' 177. ואולם, ההשוואה שטשטה את ההבדל שבין שעבוד צף לשעבוד קבוע, ראו להלן, סעיף 3.3.4; לרנר, שם, בע' 179.

סעיף 21 לחוק המשכון, תשכ"ז - 1967 (להלן - "חוק המשכון"). מסדיר את סעדיו של בעל משכון משקיים חשש שיפגעו זכויותיו כבעל משכון או שתחול ירידה בערך בטוחתו. משנקבע בפס"ד **אתא** כי דין שעבוד צף מגביל כדין משכון, נפתחה הדרך גם בפני הנושה בעל השעבוד הצף המגביל להיזקק לסעדיו של בעל משכון כדי למנוע פגיעה בזכויותיו.

סעיף 21 לחוק המשכון קובע כדלקמן:
"א) בית המשפט רשאי, על פי בקשת החייב, הנושה או המחזיק במשכון, לצוות על מימוש המשכון לפני שהגיע המועד לקיום החיוב או לתת הוראות אחרות שימצא לנכון, אם נוכח שהנכס הממושכן עלול להתקלקל או לאבד שיעור ניכר מערכו או שזכויות הצדדים עלולות להיפגע.
(ב) מימוש המשכון לפי סעיף זה יהיה בדרך שיוורה בית המשפט".
(ההדגשות שלי - ד.א.).

בהסתמך על סעיף זה יכול בעל משכון לעתור לבית המשפט בבקשה לממש את המשכון גם טרם הגיע המועד לקיום החיוב כדי למנוע ירידה בערך הבטוחה או פגיעה בזכויותיו. ואולם, מימוש המשכון איננו הסעד היחיד העומד לבעל המשכון בנסיבות אלה. הסעיף מקנה לבית המשפט שיקול דעת לתת גם הוראות אחרות שימצא לנכון כדי למנוע ירידה בערך הבטוחה או פגיעה בזכויותיו של בעל המשכון. הוראות אחרות שכאלה יכולות להיות גם על דרך של צו מניעה שימנע גריעת ערכה של הבטוחה או פגיעה בזכויותיו של בעל המשכון גם מבלי להורות על מימוש המשכון. במקרה של שעבוד צף מגביל עיסקאות יכולות ההוראות האחרות למנוע את העיסקה שלא במהלך העסקים הרגיל בניגוד לתנאים המגבילים שבשעבוד הצף גם מבלי לגבש את השעבוד הצף.⁴¹

ברוח זו מאפשר גם סעיף 170 לפקודת החברות לנושה בעל שעבוד צף להתערב, עוד טרם הגיבוש, ולמנוע עיסקה במקרקעין, "אם.. נוכח בית המשפט שהערובה שנתנה לבעלי אגרת החוב נתערעה, או שיש טעמים אחרים מן הצדק והיושר להיענות לבקשתם, רשאי הוא ליתן לפי זה את הצו בתנאים שיראה בדבר הוצאות ועינינים אחרים". סעיף 170 קבוע בפקודה עוד טרם תיקונו של סעיף 169 (ב) סיפא. במסגרתו יכול בעל שעבוד צף למנוע מהחברה מלבצע עיסקאות במקרקעין הנוגדות את ההגבלה שבשעבוד הצף, עוד טרם גיבוש השעבוד הצף.

2.3. מניעת עסקה חריגה שטרם הושלמה בשלב הגיבוש

דין דומה הוחל על ידי בית המשפט המחוזי בנסיבות בהן הסתבר במועד הגיבוש כי עוד טרם הגיבוש פעלה החברה בניגוד לתניה המגבילה ועשתה עיסקה שלא במהלך העסקים הרגיל, אך העיסקה טרם הושלמה. בנסיבות אלה, כך נקבע בת.פ. 137/93, המר' 1623/93 קיסריה גלנויט בע"מ (בכינוס נכסים ובפירוק), **כונס הנכסים הרשמי ואח' נ' שפירא**,⁴² יכול בעל השעבוד הצף המגביל למנוע את השלמת העיסקה ואת העברת הקניין על פיה.⁴³ במקרה זה רכשה קיסריה גלנויט, בשנת 1972, מגרש בקיסריה. המגרש נמכר לשפירא עוד בשנת 1984. על המגרש בנו שפירא וילה. העברת הבעלות במגרש לא נרשמה בלשכת רישום המקרקעין. שפירא טענו, כי שילמו את מלוא התמורה בגין הרכישה. משנכנסה החברה להליכי כינוס ואחר כך לפירוק, תבע הכניר להורות לשפירא מסירת מפתחות הווילה לידו. עוד טרם מכירת המגרש לשפירא, שיעבדה קיסריה גלנויט את כל נכסיה בשעבוד צף לבנק לפיתוח התעשייה. במסגרת השעבוד התחייבה החברה שלא להעביר נכסיה, בלי הסכמת הבנק מראש, פרט למכירות רגילות של תוצרת במהלך העסקים הרגיל. בנסיבות אלה קבע השופט לויט כי:

"אין צריך לומר, שהמגרש לא היה בגדר תוצרת או חומרים שהחברה נהגה למכור במהלך עסקיה הרגיל. החברה לא ביקשה ולא קיבלה את הסכמת הבנק מראש למכר. אין לראות במשלוח מאזנים של החברה לבנקים בעלי השעבודים, ובעובדה שהמגרש הוצא ולא נכלל ברשימת הנכסים של החברה, הסכמה של הבנק לכך.

41 השוו: ה"פ 14/88, המר' 21/88 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' כונס הנכסים על זכויות לניקרובינשטיין בע"מ (לא פורסם) (להלן - "פס"ד לנדקו רובינשטיין").

42 דינים ועוד, כ"ו (51) 226 (להלן - "קיסריה גלנויט") (הדגשה שלי - ד.א.).

43 גם במסגרת השעבוד הצף הקלאסי מונע גיבוש השעבוד השלמתן של עסקאות נוגדות.

”עסקת המכר טרם הסתיימה, שהרי המגרש לא נרשם ע”ש שפירא (סעיף 7 לחוק המקרקעין). הבנק בעל השעבוד היה רשאי לקבל צו מניעה זמני שיאסור על החברה למכור את המגרש בניגוד לשעבוד הצף (סעיף 170 לפקודת החברות). עתה, משהחברה נמצאת בפירוק ובכינוס, בוודאי שכונס הנכסים זכאי למנוע את השלמת עסקת המכר של המגרש בהסתמך על השעבוד השוטף שהתגבש.

”התוצאה היא, שאף אילו הייתי קובע ששפירא שילמו לחברה את מחיר המגרש, אין הם זכאים לכך שהמגרש ירשם על שמם בלשכת רישום המקרקעין, בשל שעבוד צף שהיה בתוקף.”⁴⁴ (ההדגשה שלי – ד.א.).

2.4 ביטול עסקה שהושלמה טרם הגיבוש

בעקבות פס”ד אטא הוקנתה עדיפות לבעל השעבוד הצף המגביל גם בנסיבות בהן הסתבר, בעת הגיבוש, שעיסקה חריגה שעשתה החברה בניגוד לתניות המגבילות שבשעבוד הצף, הושלמה טרם הגיבוש. השופט לויט, סגן נשיא בית המשפט המחוזי בתל – אביב, קבע בת’ פירוק 460/93, ת”ה 1989/93, ת”ה 2185/93 בליס אופנה בע”מ – בכינוס נכסים ובנק לאומי לישראל בע”מ נ’ סריגי גחלת בע”מ ועו”ד דיניאל אזוגי – כונס הנכסים⁴⁵, כי גם אם הושלמה העסקה טרם הגיבוש, יכול בעל השעבוד הצף המגביל לגרום לבטלותה משגיבש את השעבוד הצף.

ומעשה שהיה, כך היה: לבנק המזרחי המאוחד בע”מ (להלן – בנק המזרחי) ולבנק לאומי לישראל בע”מ (להלן – “בנק לאומי”) היו שיעבודים צפים על כל נכסיה של חברת בליס אופנה בע”מ (להלן – “בליס”). אגרות החוב יוצרות השעבוד כללו סעיף שעל פיו התחייבה בליס לא למכור ולא להעביר את הרכוש המשועבד או כל חלק ממנו ללא הסכמת הבנק מראש. בליס ניהלה עסקים שוטפים עם סריגי גחלת בע”מ (להלן – “סריגי גחלת”) שבמסגרתם סיפקה גחלת לבליס בדים. משלא פרעה בליס את חובה לגחלת נקטה גחלת הליכי הוצאה לפועל שבמסגרתם מונה כונס נכסים זמני שהוסמך לתפוס את הבדים שנמצאו אצל בליס. כונס הנכסים הגיע להסדר פשרה עם בליס שעל פיו הוחזרו הבדים לגחלת וכונס הנכסים הוסמך למוכרם ולהעביר את התמורה לגחלת. ראש ההוצאה לפועל נתן תוקף של החלטה להסכם הפשרה. מקריאת פסק הדין מסתבר גם שחלק מהבדים שהוחזרו לגחלת נמכרו על ידי גחלת טרם גיבוש השעבוד הצף ושווי יתרת הבדים שהוחזרו קוּזו מיתרת החוב של בליס לגחלת. בנוסף לבדים שהחזירה בליס לגחלת מסרה בליס לגחלת שיקים דחויים. כל ההסדר כולו אמור היה לפרוע את חובה הכולל של בליס לגחלת.

בסמוך לאחר כל אלה התגבש השעבוד הצף המגביל ומונה כונס נכסים לאכיפתו. בענין זה לא היה אלה הליכי הוצאה לפועל “נקיים”. לא היתה זו פעולה שכל כולה “כפויה” על החברה במסגרת הליכי הוצאה לפועל אלא החברה “שיתפה פעולה” במסגרת הסכם פשרה. לפיכך, ניתנה לשופט לויט ההזדמנות לדון הן בהסכם פשרה, הן בהליכי הוצאה לפועל והן בשילוב שביניהם. השופט לויט הציג את השאלה העומדת להכרעה כדלקמן:

”...האם הסכם שנעשה בין חברה חייבת (בליס) לנושה (גחלת), ושילפיו פרעה החייבת את חובה לנושה בדרך של העברת סחורה (שהיא חלק מהמלאי העסקי שלה) לבעלותו של הנושה, הוא תקף, כאשר קיים שעבוד צף על כל נכסיה על פי אגרת חוב שבה נאמר שאסור לחייבת לעשות עסקות ברכוש המשועבד, וזולת במהלך עסקיה הרגיל, ובהתחשב בכך שהשעבוד התגבש סמוך לאחר חתימת ההסכם ומונה כונס נכסים לאכיפתו.” (הדגשה שלי – ד.א.).⁴⁶

44 לתוצאה שונה הגיע לאחרונה הדין האנגלי: *Sharp and others v. Woolwich Building Society* [1997] 603 במקרה זה שעבדה חברה את נכסיה בשעבוד צף. עוד טרם התגבש השעבוד הצף, מכרה החברה דירה שבבעלותה, קיבלה את כל התמורה ומסרה את כל המסמכים לצורך רישום הדירה על שם הקונים. טרם נרשמה הדירה על שם הקונים מונה לחברה כונס נכסים. הכונסים טענו שהדירה כל עוד היא רשומה על שם החברה, הינה חלק מהנכסים עליהם התגבש השעבוד הצף. הקונים טענו שאין הדירה, לאחר שנמכרה, ולאחר ששולמה כל התמורה בגינה חלק מנכסי החברה ולפיכך איננה חלק מנכסי השעבוד. בית המשפט קיבל את עמדת הקונים. לתוצאה שכזו, ספק אם ניתן להגיע בשיטתנו המשפטית לאחר חקיקת חוקת המקרקעין, תשכ”ח-1968, והשוו: ע”א 371/89 פורד נ’ חיים שכטר חברה לבנין והשקעות בע”מ בפירוק ואח’, פ”ד (מו1) (941): נ. כהן “חוזה של קטינה לרכישת דירה מול נושה של המוכר”, הפרקליט מ”א (תשנ”ג-נ”ד), 161.

45 פ”מ תשנ”ו (3) 133. (להלן – פס”ד בליס”).

46 שם, עמ’ 140.

השופט לויט קבע, כי הסכם הפשרה נעשה שלא במהלך העסקים הרגיל. שני הצדדים סברו שבדרך זו תוכל גחלת לגבות את חובה מבליס וכי עדיף הסכם פשרה על תפיסת סחורה בהליכי הוצל"פ. וקבע:

"לכאורה, מותר היה לבליס למכור את הסחורה לכל קונה ומותר היה לה להשתמש בתמורה לפרוע את חובה לגחלת, ספקית הסחורה. אילו הנסיבות היו שבליס מכרה סחורתה, מרצונה, לקונה במהלך העסקים הרגיל, ואילו גחלת קיבלה את החוב בנסיבות מסחריות רגילות, לא היה מקום לתלונות הבנקים. אולם, לא כך היו פני הדברים. גחלת לא היתה מעוניינת לקנות בדים מבליס. היא נהגה למכור לבליס בדים תמורת מחיר, בכסף מלא, ולא תמורת סחורה. הסכם הפשרה לא שיקף עסקה במהלך עסקים רגיל, אלא יצר עסקה שחרגה ממהלך העסקים הרגיל".⁴⁷

"...כל שליבי ביצעו (של הסכם הפשרה - ד.א.), היו בניגוד לתנאים המגבילים שנרשמו באג"ח ובטופס פרטי השעבוד. בכל הכבוד, לא היה באישור שניתן ע"י ראש ההוצל"פ לרפא את פגם זה, משום שהדין מייחס לגחלת ידיעה קונסטרוקטיבית על השעבוד ועל התנאים המגבילים שבו, ולא לראש ההוצל"פ".⁴⁸

לפיכך, סבר השופט לויט, כי אין תוקף להסכם הפשרה וקיבל את טענתם של הבנקים כי תפיסת הסחורה על ידי כונס הנכסים, מכה הסכם הפשרה, איננה במהלך העסקים הרגיל והיא בטלה כלפי כונס הנכסים שהתמנה לאכיפת השעבודים. השופט הורה להשיב את הסחורה ו/או את הכספים או ההמחאות שהוצאו ממפעלה של בליס לידי כונס הנכסים שמונה לצורך אכיפת השעבוד הצף.

השופט לויט התחשב בכך שהשעבוד הצף התגבש סמוך לאחר חתימת הסכם הפשרה ומונה כונס נכסים לאכיפתו.⁴⁹ שהרי, לו הקדים בעל השעבוד הצף וגיבש את השעבוד בטרם הושלמה העיסקה, היה הגיבוש מסכל את השלמת העיסקה והיתה ניתנת עדיפות לבעל השעבוד הצף, ואפילו היה זה שעבוד צף קלסי (ללא תנאים מגבילים). בנסיבות הענין לא הספיק בעל השעבוד הצף המגביל לגבש את השעבוד הצף בטרם הושלמה העיסקה החריגה, אך עשה זאת ככל הנראה מיד כשנודע לו על התרחשותה ובסמוך לכך.

לדעתי, אין הכרח לצמצם את ההלכה שנקבעה בפס"ד בליס, ככל שבהסכם עסקינן, אך ורק לנסיבות בהן הושלם ההסכם בסמוך לגיבוש השעבוד הצף. צד ג' המתקשר בעיסקה חריגה עם החברה יודע או עליו לדעת, כתוצאה מרישום התניה המגבילה, כי החברה מנועה מלפרוע את חובותיה שלא במהלך העסקים הרגיל ובאמצעות הסכם המהווה עיסקה חריגה. ידיעתו זו שוללת את תום לבו בין אם היה סיפק בידו להשלים את העיסקה החריגה טרם הגיבוש ובין אם לאו. בנסיבות אלה, נכון להעדיף את הנושה המובטח בעל השעבוד הצף המגביל על פני צד ג' הרוכש זכויות בניגוד לתניה המגבילה, ובודאי כך, בנסיבות בהן גובש השעבוד הצף בסמוך להשלמת העיסקה החריגה.

ואולם, בנסיבותיו של פס"ד בליס נערך הסכם הפשרה במסגרת הליכי הוצאה לפועל שנכפו על החברה. השופט לויט קבע "שהסכם הפשרה היווה בנסיבות האמורות, מעין הוצל"פ פרטי, שהפך - רטרואקטיבית - להיות חלק מהליכי הוצל"פ שנקטה גחלת נגד בליס".⁵⁰ בנסיבות אלה, תהיה מסקנתי שונה ועל כך אעמוד בפרק הבא שענייננו בהליכי הוצאה לפועל.

2.5 סיכום ביניים

מסקירת הפסיקה בפרק זה מסתבר, כי על פי מצב הדין הנוהג היום יכול בעל שעבוד צף מגביל למנוע עיסקאות חריגות שעושה החברה בניגוד להגבלות שבאגרת החוב מראש אך גם בדיעבד. למיצער כך, כאשר השעבוד הצף המגביל התגבש בסמוך לאחר השלמת העיסקה החריגה. מבחינתם של בעלי השעבוד הצף המגביל יש בכך חיזוק משמעותי לשעבוד הצף המגביל כבטוחה. למעשה, כל הנושא ונותן עם חברה שנכסיה משועבדים בשעבוד צף מגביל, בענין עסקה שאבק חריגה במהלך העסקים הרגיל דבק בה, טוב יעשה, עוד בטרם יפרד מכספו, אם יטרח ויקבל את הסכמת בעל השעבוד הצף המגביל לעיסקה.

47 שם, ע' 143.

48 שם, שם.

49 שם, שם.

50 לעיל הערה 8, בע' 143 לפסק הדין.

3. שעבוד צף מגביל והליכי הוצאה לפועל

3.1 שעבוד צף "קלסי" והליכי הוצאה לפועל

היחס בין בעל שעבוד צף לבין נושה, המנסה, באמצעות הליכי הוצאה לפועל, לאכוף חוב שחבה לו חברה שנכסיה משועבדים בשעבוד צף, איננו מוסדר בפקודת החברות או בחוק ההוצאה לפועל. בהעדר הוראות חוק המסדירות סוגיה זו, הוסדרה הסוגיה בפסיקה בהסתמך על מהותו של השעבוד הצף מחד, ועל טיבם של הליכי הוצאה לפועל, מאידך.

בשיטתנו המשפטית הליכי הוצאה לפועל הינם פעולה משפטית, חד צדדית של נושה לצורך אכיפת החיוב והם מכוונים כנגד החייב. כל עוד לא הסתיימו הליכי הוצאה לפועל, אין בעצם ההליכים כדי להקנות לנושה בטוחה בנכס שעוקל או נתפס, או כדי להעניק לנושה הנוקט בהליכי הוצאה לפועל, עדיפות על פני נושים אחרים של החייב⁵¹. שונה המצב משהסתיימו הליכי הוצאה לפועל. סיומם של ההליכים, דרך כלל, מקנה לנושה עדיפות בתמורת הנכסים שנתפשו במסגרת הליכי הוצאה לפועל⁵².

כאמור⁵³, לאחר גיבוש השעבוד הצף הופך השעבוד הצף לשעבוד ספציפי ונכסי החברה שנתפשו בעת הגיבוש, משמשים לפרעון חובו של הנושה המובטח. בשלב שלאחר הגיבוש, לא יכול נושה שאינו מובטח, להתחיל בהליכי הוצאה לפועל ולהיפרע את החוב שאינו מובטח מנכסי חברה שנתפשו בעת הגיבוש⁵⁴.

הקושי לענייננו ערוך בשאלת תוקפם של הליכי הוצאה לפועל הננקטים נגד החברה טרם הגיבוש, בשלב הביניים שבין יצירת השעבוד הצף לבין גיבושו וכל עוד החברה פעולת. בדין האנגלי, ובעקבותיו גם בשיטתנו המשפטית, בשלב שטרם הגיבוש, נשלל מהנושה בעל השיעבוד הצף, במתכונתו הקלאסית, הכוח למנוע הליכי הוצאה לפועל שננקטו נגד נכסי החברה. וכך נקבע בע"א 353/62 רוזה הארט ואח' נ' כונס הנכסים הרשמי⁵⁵:

"מי שלזכותו ניתן שעבוד שוטף, אינו יכול, כל זמן שהשיעבוד שוטף למנוע בעד החברה מלהשתמש בנכסיה כדי לפרוע חובות המגיעים ממנה לנושים בלתי מובטחים".

הנושה בעל השעבוד הצף יכול היה למנוע השלמתם של הליכי הוצאה לפועל על דרך גיבוש השעבוד הצף בלבד⁵⁶. ואולם, אם לא גיבש בעל השעבוד הצף את השעבוד במועד הסתיימו הליכי הוצאה לפועל, עדיפה זכותו של הנושה בהליכי הוצאה לפועל, על פני בעל השעבוד הצף.

עמדה זו אומצה בפסיקת בית המשפט העליון בפס"ד אתא. בענין זה מסרה אתא למועצה הישראלית לייצור ושיווק כותנה (להלן – "המועצה") שני שיקים ואלה לא כובדו. משכך, החלה המועצה בהליכי הוצאה לפועל שבמסגרתם הוטל עיקול על כספים שחייבת תתה לאתא. עוד טרם הושלמו הליכי הוצאה לפועל נתמנו לאתא ולתתה כונסי נכסים על פי אגרת חוב המקנה לבנק שיעבוד צף על כל נכסיה של אתא. הכונסים עתרו לבית המשפט להורות להם להימנע מלהעביר כספים למועצה על פי העיקול. בית המשפט נעתר לבקשה והמועצה עירערה לבית המשפט העליון. השופט מלץ שנתן את פסק הדין, הציג את השאלה העומדת להכרעה כך:

"מה דינו של עיקול, שהטיל נושה על חוב שחב צד שלישי לחייב, משהתגבש השיעבוד הצף שהיה מוטל על כלל נכסי החייב, בטרם תמו הליכי הוצאה לפועל לגביית החוב המעוקל"⁵⁷. כנסיבות העובדתיות של פס"ד אתא טרם שולמו הכספים המעוקלים בפועל במועד בו מונו לאתא כונסי נכסים והתגבש השיעבוד הצף. מאחר וכל עוד לא הסתיימו הליכי הוצאה לפועל

51 פס"ד אתא, לעיל הערה 33, בע' 564; ע"א 1226/90 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הסתדרות הרבנים באמריקה ואח', פ"ד מט(1) 177, 189 והאסמכתאות שם (להלן – "פס"ד הסתדרות הרבנים").

52 והשוו: סעיף 357 לפקודת החברות.

53 לעיל, 1.1.

54 לרנר, שעבוד נכסי חברה, בע' 245 ואילך.

55 פ"ד יז 496, 498.

56 *Evans v. Rival Granite Quarrie Ltd* (1910) 2 K.B. 979.

57 פס"ד אתא, לעיל הערה 33, בע' 562. השופט מלץ קבע כי סיומם של הליכי הוצאה לפועל לענין עיקול הינובמועד שבו משולמים הכספים בפועל. על כך למד השופט מלץ, בין היתר, מסעיף 357 לפקודת החברות [נוסח חדש] וסעיף 91 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ם-1980.

אין לנושה עדיפות בכספים המעוקלים ומאחר והעיקול אינו מקנה זכות מהותית אלא סעד דיוני בלבד⁵⁸, הרי שאין העיקול יכול לתפוס יותר זכויות ממה שיש לחייב בכספים, והוא כפוף לזכויות שרכשו אחרים, ובענייננו הבנק בעל השיעבוד הצף. אכן כך סיכם השופט מלץ, שנתן את פסק הדין, את ההלכה שיצאה מלפניו:

”במקרה דנן, מונו כונסי הנכסים בטרם הסתיימו הליכי ההוצאה לפועל, ובכך התגבש השיעבוד הצף והפך לשיעבוד קבוע על כל אחד מנכסי החברה, ובכללם גם החוב שחבה תתה לאתא. התגבשות השיעבוד איננה מופרעת על ידי העיקול שהטילה מועצת הכותנה, שכן העיקול מוגבל, כאמור, לזכויותיה של אתא בנכס, ואלה כפופים לזכויות בעל השיעבוד הצף”⁵⁹.

מאחר ובפס”ד אתא, לא הסתיימו ההליכים במועד הגיבוש, לא נדרש בית המשפט העליון במפורש ליחס שבין בעל שיעבוד צף לבין נושה שסיים את הליכי ההוצאה לפועל טרם גיבוש השיעבוד הצף. ואולם, למקרא פסק הדין, מתבקשת המסקנה כי בסיטואציה שכזו, היה הנושה המעקל רוכש זכות קיניינית בנכס המעוקל וזכותו היתה עדיפה על פני בעל השיעבוד הצף.

3.2 שיעבוד צף מגביל והליכי הוצאה לפועל בשלב הביניים, טרם הגיבוש

שאלת היחס בין נושה שניסה לגבות את חובו מהחברה בהליכי הוצאה לפועל, בשלב הביניים, טרם הגיבוש לבין זכותו של בעל שיעבוד צף מגביל עסקאות הוכרעה על ידי השופט (בדימוס) ד”ר וינוגרד בהפ”ס לנדקורובינשטיין⁶⁰. בענין זה התעוררה שאלת זכותו של נושה בעל שיעבוד צף מגביל עסקאות למנוע מנושה שאינו מובטח על דרך של צו מניעה ועוד טרם גובש השיעבוד הצף – מלנקט הליכי הוצאה לפועל נגד החברה בגין חוב שחוייבה בו החברה על פי פסק דין. חברת לנדקורובינשטיין שיעבדה בשעבוד צף את כל רכושה ואת כל זכויותיה לטובת בנק לאומי לישראל בע”מ במסגרת אגרת חוב שחתמה לטובת הבנק. השיעבוד נרשם כדין אצל רשם החברות וכלל הגבלה שעל פיה התחייבה החברה שלא לשעבד או למכור (פרט למכירות במהלך העסקים הרגיל), להעביר, להחכיר או למסור את רכושה הקיים או העתידי, ללא הגבלה בסכום. לחברת לנדקורובינשטיין היו זכויות בשתי חברות מקרקעין ונתמנה כונס נכסים למימוש זכויות אלה במשרד ההוצאה לפועל כדי לממש חוב על פי פסק דין שהיתה חייבת חברת לנדקורובינשטיין.

בנק לאומי ביקש שינתן צו מניעה זמני האוסר מכירת הזכויות המשועבדות לו מהטעם שזכויותיו של הבנק, בעל השיעבוד הצף, עדיפות – לגבי מכר על ידי החברה שלא במהלך העסקים הרגיל – על פני זכות של כל אדם אחר והאיסור החל על החברה למכור את זכויותיה מונע מכירה כפויה של הזכויות בהוצאה לפועל.

לעומתו טען הכונס בהליכי ההוצאה לפועל, כי כל עוד לא ביקש הבנק לאכוף את השיעבוד, נשאר השיעבוד צף ולא התגבש על פני הנכסים, שכן זה טבעו של שיעבוד צף שאינו מונע בעד החברה לבצע פעולות שוטפות בנכסיה עד לשלב שבו התגבש השיעבוד הצף.

בית המשפט קיבל את עמדתו של הבנק. מכיון שפסק הדין לא פורסם עד היום ומפאת חשיבותה של ההלכה, אצטט להלן, את החלטתו של כב’ הנשיא (בדימוס) ד”ר וינוגרד שקבע כדלקמן:

”מטרתו של השיעבוד הצף – להבטיח את חובות החברה לנושה, ויחד עם זאת לאפשר לחברה לנהל את עסקיה כרגיל על אף השיעבוד. אין להרחיב את המסגרת הזו של מכירת נכסים על ידי החברה במהלך עסקיה לאפשרות של הוצאתם מרשות החברה שלא בדרך העסקים הרגילה. ”על כן, כשאנו מדברים על הסייג המצוי בהגבלה הנ”ל, מדובר אך ורק על פעולות של החברה, במהלך הרגיל של עסקיה, ולא על פעולה כפויה של מכירה, שנעשית בניגוד לרצונה של החברה במשרד ההוצאה לפועל. לדעתי אין לקרוא לפעולת מכירה כזו של נכסי החברה החייבת ”מכירה במהלך הרגיל של עסקי החברה”, וברור כי הסייג המצוי בהגבלה הרשומה באגרת החוב המתיר מכירת נכסים אינו חל על המכירה הנדונה של זכויות החברה במשרד ההוצאה לפועל לשם גביית חוב של החברה לנושה פלוני.

58 והשוו: ע”א 743/81 בנק ברקליס דיסקונט בע”מ נ’ רוזנבוים ואח’, פ”ד לט(1) 16; וכן ראו פס”ד הסתדרות הרבנים, לעיל הערה 51.

59 פס”ד אתא, לעיל הערה 33 בע’ 564.

59א ה”פ (ת”א) 21/88 בנק לאומי לישראל בע”מ נ’ ער”ד שלמה ובר, כונס הנכסים על זכויותיה של לנדקורובינשטיין בע”מ (לא פורסם) (להלן – ”לנדקורובינשטיין”).

”נותרנו, איפוא, עם ההגבלה כלשונה – הגבלה שכאמור הגיעה לידיעתו של אותו נושה מכוח הרישום אצל רשם החברות. האם יש בהגבלה זו כדי למנוע מכירה של הזכויות המשועבדות? לדעתי, התשובה חיובית.”⁶⁰

הנשיא (כתוארו אז) היה מודע לסעיף באגרת החוב המקנה לבנק, בעל השעבוד, זכות לגבש את השעבוד ולהעמיד לפרעון את הסכומים המובטחים, בין היתר, כאשר מונה כונס נכסים לנכסי החברה אך קבע כי:

”...אין פירושן של הוראות אלו ש”הגיבוש” האמור הוא תנאי מוקדם הכרחי לכל פעולה שנועדה לשמירה על הרכוש.

נניח שהחברה עומדת בכל התחביוותיה כלפי הבנק, אך היא אינה משלמת את חובותיה לנושות זרות, לא יעלה על הדעת שאותם נושות יהיו רשאיות לנגוס ברכוש המשועבד על ידי עיקולן ומכירתן בהוצאה לפועל מבלי שהבנק יוכל למנוע זאת ואפילו חייבת לנדקו סכומים רבים לבנק, והבנק רשאי לדרוש את פרעון כל החוב או לאכוף את אגרת החוב ולממש את הרכוש, עדיין צריך להישמר שיקול הדעת של הבנק לגבי העיתוי הנכון למימוש הרכוש, הבנק רשאי להחליט, למשל, לדחות את המימוש לזמן מה כדי לאפשר לחברה, הפועלת במהלך העסקים, לסיים ביצוע עיסקות רווחיות שהיא עושה במהלך עסקיה הרגיל, שכן עיסקות אלו יניבו הכנסות ניכרות לקופתה, או משיקולים כלכליים אחרים. הזכות הזו לבחור את העתוי הנכון לאכיפת אגרת החוב אינה שוללת מן הבנק את הזכות לתבוע בינתיים בריחת הרכוש המשועבד אפילו אותה שעה הוא עדיין צף.”⁶¹

לפיכך, נדחו טענותיו של הכונס בהליכי ההוצאה לפועל, והתקבלה עמדתו של הבנק. הנשיא בדימוס ד”ר וינוגרד נדרש לסוגיה שלא היתה מוסדרת, ועדיין איננה מוסדרת, על ידי המחוקק, וגם לא נפסקה בגינה הלכה קודם לפסיקתו: ההלכות שנפסקו בסוגיה, קודם לפס”ד לנדקו רובינשטיין, התייחסו לשעבוד הצף במתכונתו הקלסית (ללא סעיף הגבלה); הידיעה הקונסטרוקטיבית שיוחסה, עד לפס”ד לנדקו רובינשטיין, לצד ג’ הרוכש זכויות מהחברה התייחסה לפעולה ”רצונית” של החברה שנעשתה בניגוד להגבלה שקיבלה על עצמה החברה ותוך הפרתה וזאת כהילכת שופטים בהסתמך על פס”ד אלקטרוניקס וסעיף 169(ב) סיפא לפקודת החברות, המתייחס לשעבוד צף שנרשם כשהוא כולל הגבלה, מסדיר אך ורק את היחס שבין שעבוד צף מגביל לבין שעבוד צף מאוחר לו שנרשם בניגוד לאותה הגבלה ואיננו מסדיר את היחס שבין נושה בעל שעבוד צף מגביל ונושים אחרים של החברה.

בנסיבות אלה, היווה, פס”ד לנדקו רובינשטיין, הלכה חדשה. הידיעה הקונסטרוקטיבית, בדבר קיומו של סעיף הגבלה באגרת החוב, יוחסה לצד ג’ שהינו נושה של החברה, שאינו מובטח, המנסה לאכוף זכויותיו במסגרת הליכי הוצאה לפועל, ולא לצד ג’ הרוכש זכויות מהחברה. פסק הדין איננו מבחין בין פעולה של החברה שאיננה במהלך העסקים הרגיל לבין פעולה כפויה – הנעשית בניגוד לרצונה של החברה – בהליכי ההוצאה לפועל.

פסיקתו זו של הנשיא בדימוס ד”ר וינוגרד מחזקת מאד את כוחו של השעבוד הצף ואת מעמדם של הנושים המובטחים המטילים שעבוד צף מגביל על נכסיה של החברה להבטחת חיוביה. הלכה זו מונעת גיבוש חפוז של השעבוד הצף ומינוי כונס נכסים, פעולות שתוצאתם עלולה להיות הרסנית לחברה. אף על פי כן, ועם כל הכבוד, לדעתי, שגויה ההלכה בהנמקתה ותוצאותיה קשות, וזאת מכמה טעמים.

פס”ד לנדקו רובינשטיין מתעלם ממהותו של השעבוד הצף, להבדילו משעבוד קבוע. השעבוד הצף נופל בערכו, כבטוחה, מהשעבוד הקבוע. בעל השעבוד הצף, נוטל לידי שיעבוד ”על תנאי” בידיעה שיכולתו להיפרע תהא מוגבלת לנכסים שיהיו בידי החברה בעת גיבוש השעבוד הצף⁶². ניהול עסקים טרם הגיבוש, הינו ממהותו של השעבוד הצף. כאשר נושה בעל שעבוד צף מכיר בכוחה של החברה להמשיך ולנהל עסקיה במהלך העסקים הרגיל, מטבע הדברים הוא מסכים שיפרעו חובותיה שנוצרו במהלך העסקים הרגיל. במהלך העסקים הרגיל – כך ניתן לצפות – פורעת חברה את חובותיה לנושיה שאינם מובטחים, מבלי שהאחרונים נזקקים להליכי אכיפת החוב במסגרת ההוצאה לפועל. כאשר חברה, מטעמיה שלה, איננה פורעת את חובותיה במהלך העסקים הרגיל, נאלצים נושיה להיזקק לאמצעי האכיפה שבדין, בעיקר להליכי הוצאה לפועל,

60 לעיל הערה 41, בע’ 3 לתדפיס פסק הדין.

61 שם, בע’ 3 – 4 לתדפיס פסק הדין.

62 ע”א 248/77 בנק בפועלים בע”מ נ’ גרבורג בע”מ ואח’, פ”ד לב (1) 253, 261.

כדי "לרדת לנכסיה" לצורך פרעון חובם. הדברים פשוטים ואין בהם חידוש. והנה מסתבר - מפס"ד לנדקו רובינשטיין⁶³ - כי כאשר חברה, ששעבדה את נכסיה בשעבוד צף מגביל עסקאות, נמנעת מלפרוע חובותיה, נמצא הנושה "מוכה" פעמיים. לראשונה, כאשר נמנעה החברה מלפרוע את החוב ובשנית, כאשר הנושה המובטח, בעל השעבוד הצף מונע ממנו מלהיזקק להליכי אכיפת החוב מהטעם שהליכי אכיפת החוב אינם במהלך העסקים הרגיל של החברה ואסורים לכאורה על פי תנאי השעבוד. פס"ד לנדקו רובינשטיין, מתעלם מהאינטרסים של הנושים שאינם מובטחים הנושאים ונותנים עם החברה במהלך העסקים הרגיל, בהסכמתו ובידיעתו של בעל השעבוד הצף המגביל.

ובנוסף, מתעלמת הלכת לנדקו רובינשטיין, מטיבה וטבעה של תנית ההגבלה. סעיף ההגבלה שבאגרת החוב הינו התחייבות שמקבלת על עצמה החברה כחלק מהסכם השעבוד. ההגבלה המצויה באגרת החוב - הידועה לצד ג' - שוללת מהחברה את כוחה לפעול שלא במהלך העסקים הרגיל, אך איננה חלה ואיננה צריכה לחול על פעולה כפויה של מכירה שנעשת בניגוד לרצונה של החברה במסגרת הליכי הוצאה לפועל וזאת, כדי לאכוף חוב שהורתו ולידתו במהלך העסקים הרגיל. התחייבות זו היא שמובטחת בשעבוד. על התחייבות זו של החברה נסובה ידיעתו הקונסטרוקטיבית של הנושא ונותן עם החברה. הידיעה הקונסטרוקטיבית מתייחסת לאיסור שנטלה על עצמה החברה לבצע פעולות חריגות. התחייבות זו של החברה איננה מופרת על ידי בפעולת אכיפה שנעשת בניגוד לרצונה. התחייבות זו, הגם שהיא ידועה מכח הרישום, איננה צריכה לחייב נושה כשהוא מבצע פעולה משפטית חד צדדית שאיננה תלויה ברצונה או בהסכמתה של החברה. הידיעה הקונסטרוקטיבית ושלילת תום הלב רלבנטית, מקום שבו נעשית עסקה עם החברה שבמסגרתה החברה מפרה את התחייבויותיה. פס"ד לנדקו רובינשטיין החיל דין אחד הן על מכירה רצונית על ידי החברה, שלא במהלך העסקים הרגיל, המהווה הפרה של ההתחייבות שקיבלה על עצמה החברה במסגרת אגרת החוב, והן על מכירה כפויה במסגרת הליכי הוצאה לפועל שעליה, לדעתי, כלל לא חל סעיף ההגבלה.

ועוד אחרת. פס"ד לנדקו רובינשטיין פותח פתח להעדפת הנושה המובטח על פני נושה הבלתי מובטחים של החברה, גם במהלך העסקים הרגיל. על פי פס"ד לנדקו רובינשטיין יכול הנושה המובטח לבחור לו את העיתוי במימוש השעבוד הצף כדי לאפשר השלמת עסקאות שיניבו הכנסות ניכרות לקופת החברה ובו בזמן למנוע "הברחת" הרכוש המשועבד. התוצאה היא שיכול הנושה המובטח לאפשר לחברה להשלים עסקאות כדאיות לו ועל ידי כך להגדיל את מסת הנכסים ממנה יפרע את החוב המובטח ובו בזמן לגרום לחברה לצבור חובות כלפי צדדים שלישיים שאינם מובטחים. כאשר חובות אלה, שאינם מובטחים, אינם נפרעים במהלך העסקים הרגיל, והנושה שאינו מובטח נאלץ לפנות להליכי הוצאה לפועל, ימנע הנושה המובטח בעל השעבוד הצף המגביל את הפרעון במסגרת הליכי הוצאה לפועל בטענה שהפעולה הכפויה - הליכי ההוצאה לפועל - אינם במהלך העסקים הרגיל. קביעה כזו מאפשרת לנושה המובטח להתערב במהלך עסקיה של החברה ולהעדיף את עצמו על פני נושים בלתי מובטחים של החברה שחובם נוצר במהלך העסקים הרגיל. בדרך זו מתאפשר שתוף פעולה בין בעלי השליטה בחברה לבין בעל השעבוד הצף, לקביעת המועד המתאים להם להפסקת פעילותה של החברה ובו בזמן למנוע אכיפת זכויותיהם של נושים שאינם מובטחים. קביעה זו, אפשר נכונה היא כאשר נעשית פעולה רצונית של החברה, שלא במהלך העסקים הרגיל, כדי למנוע הברחת נכסיה של החברה על ידי החברה עצמה, אך לא בפעולה כפויה הנעשית בניגוד לרצונה של החברה. בדרך זו מועדף הנושה המובטח בעל השעבוד הצף, שלא כראוי וספק אם לצורך על פני נושים שאינם מובטחים הנושאים ונותנים עם החברה במהלך העסקים הרגיל.

מטעמים אלה, לא נכון היה להעתר לבקשתו של הבנק ולמנוע מנושה שאינו מובטח לאכוף זכויותיו בהליכי הוצאה לפועל. פסיקתו של בית המשפט בענין לנדקו רובינשטיין שוללת מנושה שאינו מובטח זכויות שמקורן במהלך העסקים הרגיל ומאפשרת לנושה המובטח בשעבוד צף להתערב במהלך עסקיה של החברה המשעבדת, להעדיף את האינטרסים שלו, ולאפשר לחברה לבצע עסקאות המעלות את ערכו של השעבוד על חשבון הנושים שאינם מובטחים. תוצאה זו, לדעתי, איננה ראויה.

לדעתי, כדי להגן על זכויותיו, צריך היה הבנק לגבש את השעבוד הצף המגביל. ואכן, מנסחי אגרת החוב כללו במסגרת אגרת החוב תניה שעל פיה יכול הנושה המובטח בעל השעבוד הצף

63 לעיל הערה 41, בע' 3 לתדפיס פסק הדין פסק הדין.

לגבש את השעבוד הצפ"ה⁶⁵, בין היתר, אם וכאשר ימונה לחברה כונס נכסים. במסגרת תניה זו אמוך היה הבנק לפועל. בשקילת האינטרסים בין נושה מובטח בעל שעבוד צף מגביל לבין נושה שאינו מובטח המנסה לאכוף זכויותיו בהליכי הוצאה לפועל נכון, לדעתי, להעדיף את הנושה שאינו מובטח, אלא אם כן מגבש הנושה המובטח את השעבוד הצף ופועל למימוש.

ההחלטה בענין לנדקו רובינשטיין ניתנה במסגרת בקשה לסעד זמני. אין בהחלטה כל התייחסות לפסיקה קודמת או דיון בהשלכותיה של ההחלטה בהיותה החלטה "חדשה". אף על פי כן קנתה לה ההחלטה מקום "ההחלטה מחייבת"⁶⁶ מהטעם שבפס"ד אתא, שניתן בסמוך לאחר פס"ד לנדקו רובינשטיין, הזכירה בית המשפט העליון כתניא דמסייע, לעיקרון לפיו "יפה כוחן של ההגבלות הקבועות באגרת השעבוד הצף, וידועות לצד ג', עד כדי להעלותו למדרגת שעבוד ספציפי בכל הנוגע לפעולה שאיננה במהלך העסקים הרגיל"⁶⁶. כפי שצינתי לעיל⁶⁶, ספק בעיני אם קביעתו זו של בית המשפט העליון מהווה "הלכה מחייבת". היא לא נדרשה לגופו של ענין שם ומטעם זה, ככל הנראה, לא התקיים דיון ענייני בהשלכותיה, ואולם, בהעדר התערבות חקיקתית ובהעדר דיון מעמיק בסוגיה בבית המשפט העליון, צברה הפסיקה בענין זה תאוצה משל עצמה ואל פס"ד לנדקו רובינשטיין מתייחסת הפסיקה בבית המשפט המחוזי כאל הלכה מחייבת.

3.3 שעבוד צף מגביל והליכי הוצאה לפועל שהסתיימו טרם הגיבוש

העיקרון שנקבע בפס"ד אתא ובפס"ד לנדקו רובינשטיין – העדפת בעל השעבוד הצף המגביל על פני נושה שנוקט בהליכי הוצאה לפועל, – הורחב והוחל על ידי סגן נשיא בית המשפט המחוזי בתל – אביב, השופט ישי לויט, כהלכה מחייבת, בפס"ד בליס גם על הליכי הוצאה לפועל שהסתיימו טרם הגיבוש.

כאמור, בפס"ד בליס נידונה שאלת זכותו של נושה, בעל שיעבוד צף מגביל עיסקאות, לגרום לביטולו של הסכם פשרה שנעשה במסגרת הליכי הוצאה לפועל, שנגקטו על ידי נושה של החברה והסתיימו, לפחות בחלקם, בסמוך לפני גיבוש השעבוד הצף. אל פסיקתו של השופט לויט בשאלת היחס שבין בעל שעבוד צף מגביל לבין צד ג' הרוכש זכויות מהחברה במסגרת הסכם פשרה התייחסתי בפרק הקודם.⁶⁷ אל פסיקתו בשאלת היחס שבין בעל שעבוד צף מגביל לנושה המנסה לגבות חוב בהליכי הוצאה לפועל ברצוני לעמוד כאן. בשאלה אחרונה זו קבע השופט לויט כדלקמן:

"לכלים היה מותר למכור סחורות שלה במהלך עסקיה הרגיל בלבד. תפיסת נכסים (סחורה) שלה, ע"י כונס נכסים שמונה ע"י ראש ההוצאה לפועל, לבקשת נושה, ומכירתם על ידו אינן יכולות להיחשב פעולות של בליס במהלך העסקים הרגיל. זכויות גחלת בהוצל"פ נדחות מפני זכויות בעל השעבוד הצף, בכל הנוגע לירידה לנכסים המשועבדים, בשל התנאים המגבילים שצויינו בפרטי השעבודים, כנ"ל. לכן, אילו עו"ד אזוגי היה פועל רק מכוח סמכותו ככונס נכסים בהוצל"פ, היה ניתן לסיים החלטה זו שעליו ועל גחלת להחזיר את כל שנתפש ע"י עו"ד אזוגי....."⁶⁸ (הדגשה שלי – ד.א.).

השופט לויט סמך את פסק דינו, בין היתר, על דברי השופט מלץ בפס"ד אתא לפיהם יפה כוחן של ההגבלות שבשעבוד הצף, הידועות לצד ג', כדי להעלותן למדרגת שעבוד ספציפי בכל הנוגע לפעולה שאיננה במהלך העסקים הרגיל, ואף ציין כי בפס"ד אתא הוזכר פס"ד לנדקו רובינשטיין בהסכמה וראה בכל אלה "הלכה מחייבת"⁶⁹. השופט לויט הניח שביסוד ההלכה המחייבת בפס"ד אתא עמדה "תאורית הרשיון"⁷⁰ שעל פיה מוקפאים נכסי השעבוד במועד יצירת השעבוד הצף אך לחייב ניתן רשיון להמשיך ולבצע עסקאות בנכסיה במהלך העסקים הרגיל וסבר כי במסגרת תאוריה זו ניתן לכלול בתנאי השעבוד תנאים מגבילים, בין היתר, כאלה שבהם יקבע שזוכה

64 כך לדוגמא, פס"ד בליס, לעיל הערה 8, בע' 143; פס"ד לרגו מידן, לעיל הערה 32, בע' 13 לתדפיס פסק הדין.

65 פס"ד אתא, לעיל הערה 33, בע' 563.

66 לעיל, פסקה 3.2.

67 ראו, לעיל, סעיף 2.4.1.

68 לעיל הערה 41, בע' 142 – 143.

69 ששינויה צריך לבוא מבית המשפט העליון, שם, בע' 144.

70 בפס"ד אתא לא הוזכרה במפורש "תאוריית הרשיון", אם כי המסקנה בפס"ד מתיישבת עם תאוריה זו. השוו: לרגו שעבוד נכסי חברה בע' 122.

בהוצאה לפועל לא יוכל לגבות את המגיע לו מהחברה מתוך הנכסים המשועבדים. מטעמים אלה, הוקנתה בפס"ד בליס לבעל השעבוד הצף המגביל עדיפות על פני נושה שניסה לגבות את חובו בהליכי הוצאה לפועל – וההליכים הסתיימו עוד טרם התגבש השעבוד הצף. בין הגורמים שהשפיעו, ככל הנראה, על פסיקתו של השופט לויט היתה העובדה שהליכי הוצאה לפועל הסתיימו בסמוך לגיבוש השעבוד הצף. הבנק גיבש את השעבוד הצף, לכשנודע לו על הליכי הוצאה לפועל אך לא הספיק למונעם. לפיכך, בנסיבות העובדתיות של פס"ד בליס – שעבוד צף מגביל שהתגבש מיד לאחר שהסתיימו הליכי הוצאה לפועל – ניתן להצדיק את התוצאה, מה שאין כן בכל מקרה אחר שבו הסתיימו הליכי הוצאה לפועל טרם הגיבוש. מהטעמים שציינתי, בהתייחס לפס"ד לנדקו רובינשטיין סבר השופט לויט כי תוצאת פסיקתו קשה ואפילו, "לכאורה אבסורדית", וכך תאר את התוצאה:

"ישנו קושי מסויים לפי ההלכה המחייבת. התוצאה של דחיית הליכי הוצאה לפועל של נושה (כמו:וספק חומרי גלם), אף אם נסתיימו, מפני זכותו של בעל שעבוד צף, בשל רישום – בפרטי השעבוד – של ההגבלה של החברה המשעבדת לעשות עסקאות בנכסיה השוטפים שלא במהלך העסקים הרגילי, יוצרת תוצאה שהיא לכאורה אבסורדית. הנושה נתון בידיה של החברה החייבת. תרצה, תמכור את סחורתה לקונה במהלך העסקים הרגילי ותפרע את חובה לספק – ובמקרה כזה, בעל השעבוד לא יוכל לחזור אל הספק ולדרוש את הכסף, אם החברה שילמה את הכסף לפני שהשעבוד הצף התגבש. אולם, אם החברה החייבת תסרב לפעול כאמור, הנושה לא יוכל לגבות את המגיע לו מהחברה על ידי ירידה לנכסיה, בשל התנאי המגביל שבאג"ח, שהוא לפי הפסיקה כשעבוד קבוע, לגבי פעולות החורגות ממהלך העסקים הרגילי של החברה החייבת"⁷¹ (הדגשה שלי – א.א.ד).

בניסיון לרכך את התוצאה אליה הגיע, הסביר בית המשפט שבעל השעבוד מוכן להניח בעת יצירת השעבוד הצף, שהחברה לא רק תפרע את חובותיה ותמכור לספקים מלאי של סחורות, אלא גם שתחדש את המלאי ולכן הוא מסכים שהיא תוכל לעשות עסקאות במלאי שלה במהלך העסקים הרגילי. אך אין בעל השעבוד הצף מוכן שנושה כלשהו יטול לעצמו מלאי של החברה, שלא במהלך העסקים הרגילי, כיון שבמקרה זה לא תוכל לחדש את המלאי.⁷²

ספק בעיני אם יש בכך כדי לרכך את התוצאה. במצב של מצוקת מזומנים יכולה החברה למכור את המלאי לצדדים שלישיים, במהלך העסקים הרגילי, ולהשתמש בתמורה הכספית שתקבל כדי לפרוע חובותיה לנושה שגם אז לא תוכל לחדש את המלאי.

לדעתי, לא היה הכרח להגיע בפס"ד בליס לתוצאה קשה. בהסתמך על פס"ד אתא בחלק שנדון והוכרע לגופו של ענין, ניתן היה להגיע לתוצאה אחרת.⁷³ על פי פס"ד אתא, משהסתיימו הליכי הוצאה לפועל עוד טרם הגיבוש, נדחת זכותו של בעל השעבוד הצף מפני זכותו של נושה שנקט בהליכי הוצאה לפועל וסיים את ההליכים עוד טרם הגיבוש.⁷⁴ בהסתמך על הלכה זו ניתן היה בפס"ד בליס לדחות את תביעתו של הבנק ולהעדיף את זכותו של הנושה בהליכי הוצאה לפועל.

ואולם, השופט לויט סמך את פסיקתו על הקביעה בפס"ד אתא, שלא נדרשה שם לגופו של ענין, ושעל פיה, משנקבע כי שעבוד צף מהווה משכון "יפה כוחן של ההגבלות הקבועות באגרת השעבוד הצף וידועות לצד ג' כדי להעלותו למדרגת שעבוד בכל הנוגע לפעולה שאיננה במהלך העסקים הרגילי"⁷⁵. השוואה זו טישטשה ואפשר אף ביטלה, את ההבדלים שבין שעבוד צף מגביל לשעבוד קבוע בכל הנוגע לפעולות החברה שאינן במהלך העסקים הרגילי ואיפשרה ישום של הילכת אלקטרוניקס – שענינה בפעולות רצוניות של החברה – על פעולות הנכפות על החברה על ידי צד ג'.

על הקושי שמעוררת התפתחות הפסיקה שנסקרה לעיל, ניתן ללמוד גם מפסיקת בית המשפט המחוזי בחיפה, בת"א (ח') 168/94, המר, 115/95, המר' 578/95, המר' 903/95 כונסי הנכסים של

71 לעיל הערה 41, בע' 143 – 144.

72 שם, בע' 144.

73 פס"ד בליס שונה העובדות מפס"ד לנדקו רובינשטיין, לפחות בשתיים אלה: שלא כמו בפס"ד לנדקו רובינשטיין, נדרש בית המשפט לשאלת תוקפם של הליכי הוצאה לפועל רק לאחר שגובש השעבוד הצף, שלא כמו בפס"ד לנדקו רובינשטיין, הליכי הוצאה לפועל הסתיימו לפחות בחלקם טרם הגיבוש.

74 ראו לעיל 3.1.

75 פס"ד אתא, שם, ע' 563 וראו לעיל סעיף 2.1.1.

אדאקום טכנולוגיות בע"מ (בכינוס נכסים ובפירוק) ואח' נ' אייס 400 תקשורת בע"מ⁷⁶ אייס הינה חלק מתשולבת החברות אייס וחברת בת של אדאקום (בכינוס נכסים ובפירוק). כונסי הנכסים של אדאקום בהסכמת הנושים המובטחים של אייס קיבלו, במסגרת בקשה למתן הוראות, רשות למכור את נכסיה של אייס. עובד של אייס פוטר על ידה והגיש תביעה בבית הדין לעבודה שבמסגרתה עתר וקיבל עיקול זמני על נכסי אייס. במועד רישום העיקול ניתנה גם ההחלטה לאשר מכירת נכסי אייס. לאחר מכן זכה העובד בפסק דין שבמסגרתו פנה להוצאה לפועל, במעמד צד אחד, בבקשה לעקל ולהוציא מיטלטלין של אייס. כונסי הנכסים של אדאקום ביקשו להורות על הסרת העיקול.

בין הצדדים התעוררה מחלוקת אם היה העיקול תקף במועד בו אושר לכונסי אדאקום למכור את נכסי אייס. ואולם בית המשפט קבע כי גם אם העיקול היה בתוקפו במועד מכירת נכסי אייס, גם אז גובר השעבוד הצף על פני העיקול. וכל כך למה? השיעבודים הצפים שהיו מוטלים על נכסי אייס כללו סעיף הגבלה ונרשמו כדין. לפיכך, היתה לעובד ידיעה קונסטרוקטיבית על קיומם. בנסיבות אלה, ובהסתמך על הפסיקה הקודמת, שנסקרה לעיל, קבעה השופטת גילאור כי הליכי ההוצאה לפועל נעשו בניגוד לתנאי השיעבוד⁷⁷.

גם בענין זה יושמו ההלכות שנקבעו בפס"ד לנדקו רובינשטיין ובפס"ד בליס. אייס לא היתה לא בפירוק ולא בכינוס נכסים. מכר נכסיה של אייס נעשה בהסכמת הנושים המובטחים של אייס, אך מבלי שאלו טרחו לגבש את השעבוד הצף. בהבדל מהנושים המובטחים של אדאקום. בכל השלבים שנדונו בפני השופטת לא התגבשו השיעבודים הצפים של אייס. העובד היה נושה שאינו מובטח של אייס. אף על פי כן הוענקה עדיפות לנושים המובטחים של אייס ושל אדאקום על פני נושה שאינו מובטח של אייס.

הקושי עליו הצביע השופט לויט בפס"ד בליס, קיים ועמד גם כאן. לו שילמה החברה לעובד את שכרו, היה זה תשלום במהלך העסקים הרגיל. מאחר והחברה נמנעה מלשלם לעובד את שכרו והעובד, על כורחו, נאלץ להיוקק להליכי הוצאה לפועל, משנה התשלום את אופיו והופך לפעולה חריגה. השופטת גילאור התייחסה לדברי השופט לויט בדבר התוצאה המוזרה שיוצר מצב דברים זה אך הוסיפה:

"במקרה שלפנינו החברה לא העדיפה את בעל השעבוד הצף כלפי הנושה תוך התחמקות מלשלם לספק או העובד את הכספים המגיעים לו, או ניצלה את השעבוד הצף כצידוק לאי תשלום. אנו דנים במצב של תחרות אמיתית וכנה בין שני נושים, לאחר שאינס כבר היתה במצב של חדלות פרעון, ולכן החשש כי החברה תעדיף את הנושה המובטח, על מנת להמנע מתשלום חוב, איננו קיים."⁷⁸ (הדגשה שלי - ד. א.)

עם כל הכבוד, דומה בעיני כי התחרות בין הנושים המובטחים לנושים שאינם מובטחים הינה תמיד תחרות אמיתית וכנה בין שני נושים. במקרה זה העדיף פסק הדין את הנושה בעל השעבוד הצף של אייס שטרם גיבש את השעבוד (ואת הנושים המובטחים של אדאקום) על פני נושה שאינו מובטח של אייס - במקרה זה עובד - ומנעה ממנו לממש את חוב השכר שלא שולם לו, בהליכי הוצאה לפועל. למעשה הועדפו נושיה המובטחים של אדאקום - חברת האם של אייס - שכדי לפרוע את חובם נמכרו נכסיה של אייס, על פני נושיה הבלתי מובטחים של אייס. דרך כלל, על פי דין, זכאים נושיה של חברת האם (בענייננו - אדאקום) רק לנותר מרכוש חברת הבת (בענייננו - אייס) לאחר תשלום חובות חברת הבת לנושיה שאינם מובטחים בהסכמתם ולתועלתם של נושיה המובטחים של חברת הבת. לא כך נהג בית המשפט בענין אדאקום. פסק הדין איפשר לנושים המובטחים של אדאקום ולנושיה המובטחים של אייס להתערב בניהול ענייניה של אייס מבלי שאלה האחרונים, גיבשו את השעבוד הצף. אם אמנם היתה אייס חדלת פרעון, נכון היה

76 פ"מ תשנ"ו (1/378).

77 השופטת גילאור קבעה אמנם, כי הליכי ההוצאה לפועל לא הושלמו, שהרי היה זה עיקול ברישום בלבד אך ציינה שבכל מקרה עדיף השעבוד הצף. שם, עמ' 384, 386.

78 שם, עמ' 388.

לגבש את השעבוד הצפוי שאז היו עינייניה של איים מתנהלים בפיקוחו של בית המשפט והעובד היה זוכה, למיצער, בתשלום שכרו במסגרת דין הקדימה⁷⁹. לדעתי, אין זה ראוי שמכח שעבוד צפוי מגביל שלא התגבש ימנע חלקו של עובד החברה שנדחה מפני בעל השעבוד הצפוי המגביל.⁸⁰

4. להבחנה שבין פעולה רצונית להליכי הוצאה לפועל

כדי להתגבר על הקושי שהוצג על ידי בית המשפט בפס"ד בליס הציע השופט לויט לחזור אל ניסוחו של סעיף 169 (ב) לפקודה כפשוטו ואמר כדלקמן:

"לעניות דעתי, לו הבחנו בין תנאי מגביל לעשיית שעבוד (כלשון סעיף 169 (ב) לפקודת החברות) לבין תנאי מגביל לגבי עסקאות אחרות בנכסים השוטפים של החברה, ואילו רק הסוג הראשון – אם נרשם בפרטי השעבוד – היה מזכה את בעל השעבוד הצפוי בהגנה כשעבוד קבוע, אזי נושה כאמור היה יכול לגבות את המגיע לו מתוך נכסים שוטפים של החברה החייבת כל עוד השעבוד הצפוי לא התגבש. תוצאה זו נראית לי רצויה, הן משום שיהא בה כדי להקל על חיי המסחר של חברות והן משום שיהא בה לשמור על הרעיון העומד ביסוד שעבוד צפוי ושמבדילו משעבוד קבוע".⁸¹

ההצעה שהועלתה על ידי השופט לויט נשקלה על ידי פרופ' ויסמן ונדחתה על ידו בסמוך לאחר שחוקק התיקון לסעיף 169 (ב) לפקודה⁸². הטעמים שהעלה פרופ' ויסמן אז, כדי לדחות את ההבחנה בין שעבוד לבין עסקאות אחרות שנעשו בניגוד להגבלה, כוחם תקף גם היום: אין צידוק עיניני להבחין בין העברת נכסים לבין שיעבודם כשעינינונו ביחס שבין אלה לבין שעבוד צפוי הכולל תנאים מגבילים. הן ההתקשרות בהסכם שיעבוד והן העברה או מכירה של נכסיה השוטפים של החברה שלא במהלך העסקים הינן עסקאות חריגות שעושה החברה בניגוד להתחייבות שקיבלה על עצמה במסגרת תנאי אגרת החוב ונכון לגרוס, כפי שאכן נהגה הפסיקה, שאין להבחין ביניהן⁸³. ההבחנה שעשה ביניהן המחוקק בסיפא לסעיף 169 (ב) לפקודה הינה, ככל הנראה, תוצאה של היסח הדעת ולא תוצאה של שיקול דעת⁸⁴. כשעושה החברה עסקה חריגה בניגוד להגבלה שבאגרת החוב, מן הראוי להעדיף את בעל השעבוד הצפוי המגביל על פני צד ג' המתקשר עם החברה. צד ג' המתקשר עם החברה בעסקה חריגה, יודע – בממש או קונסטרוקטיבית – כי החברה התחייבה להימנע מלפעול שלא במהלך העסקים הרגילי. ידיעתו הקונסטרוקטיבית שוללת את תום ליבו והעיסקה שהינו צד לה, נדחת מפני זכותו של בעל השעבוד הצפוי המגביל.

מה שאין כן פעולה כפויה הנעשית בניגוד לרצונה של החברה במסגרת הליכי הוצאה לפועל. הקושי עליו הצביע השופט לויט⁸⁵, נעוץ בסיווגה של העיסקה כעסקה חריגה ולא דוקא בהבחנה בין תנאי מגביל לעשיית שעבוד לבין תנאי מגביל לגבי עסקאות חריגות שעושה החברה בנכסיה השוטפים. ההבחנה הראויה לדעתי הינה בין עסקאות שעושה החברה בפעולה רצונית, תוך הפרת תניותיה של אגרת החוב, לבין פעולות הניכפות על החברה דוגמת הליכי הוצאה לפועל. איכפתן של זכויות בהליכי הוצאה לפועל, אינן פעולה של החברה ואינן פעולה חריגה של החברה. את העיקרון הקבוע בסעיף 169 (ב) סיפא לפקודה – מתן עדיפות לבעל השיעבוד הצפוי המגביל – מן הראוי לייחד לעסקאות חריגות של החברה ולהימנע מלהחילן על הליכים הנכפיים על החברה על ידי נושה שאינם מובטחים. הוא הדין בעיקרון הידיעה הקונסטרוקטיבית. ידיעתם הקונסטרוקטיבית של צדדים שלישיים מתייחסת להגבלות שקיבלה על עצמה החברה. החברה היא שהתחייבה במסגרת תניות אגרת החוב שלא לבצע עסקאות שאינן במהלך העסקים הרגילי.

79 סעיף 195 לפקודת החברות.

80 וראו, ביקורתו של י' בהט, "השעבוד צפוי בקושי", גלובס, דין וחשבון, 8.1.97, הסובר בין היתר כי בענין אדאקום, התעלם בית המשפט ממעמדם של הנושים שאינם מובטחים, אותם נכון היה לשמוע בפרוצדורה הראויה, על פי סעיף 233 לפקודת החברות (שאחרת, ללא גיבוש השעבוד הצפוי על נכסי איים, מכירת נכסיה של איים, לה הסכימו חלק מנושיה, איננה מחייבת את כלל נושיה).

81 לעיל הערה 8, בע' 144.

82 לעיל הערה 20.

83 השוו, ויסמן, שם.

84 שם, בע' 560.

85 פס"ד בליס, לעיל הערה 8.

התחייבות זו של החברה איננה מופרת כאשר צדדים שלישיים מנסים לאכוף זכותם על החברה - בניגוד לרצונה - בהליכי הוצאה לפועל.

דרך כלל הזכות הנאכפת במסגרת הליכי הוצאה לפועל מקורה במהלך העסקים הרגיל. דרך כלל הזכות גם נפרעת במהלך העסקים הרגיל. משנמנעת החברה מלפרוע חובותיה במהלך העסקים הרגיל, מן הראוי, לאפשר לנושה להוציא נכסים מרשותה ולאכוף קיומה של הזכות גם שלא בדרך העסקים הרגילה ובאמצעות הליכי הוצאה לפועל למרות השעבוד הצף המגביל ועל אף הידיעה על התניה המגבילה שבאגרת החוב. דרך אכיפתה של הזכות איננה משנה את אופיה המקורי של הזכות כזכות הנובעת ממהלך העסקים הרגיל.

בנסיבות בהן נמנעת החברה מלפרוע חובותיה ונושיה גאלצים לאכוף זכותם בהליכי הוצאה לפועל, נכון להפנות את הנושה בעל השעבוד הצף המגביל לסעדו המקורי, קרי, גיבוש השעבוד הצף. בדרך זו יהיה בידו לשמור על ערך בטוחתו ולמנוע מנושים שאינם מובטחים לנגוס בנכסיה של החברה. גיבוש השעבוד הצף מפסיק כל פעילות של החברה ומונע הצטברות חובות במהלך עסקיה. ואולם, אם בוחר הנושה בעל השעבוד הצף המגביל שלא לגבש את השעבוד הצף, אין זה נכון לאפשר לו להתערב במהלך עסקיה השוטף ולמנוע פעולות אכיפה בהליכי הוצאה לפועל⁸⁶. הזכות להתערב במהלך עסקיה של החברה מאפשר לבעל השעבוד הצף להעדיף את עצמו על פני נושיה הבלתי מובטחים של החברה, ושולל מאלה האחרונים את הבטחון העסקי הנדרש, במהלך העסקים הרגיל. למעשה, נתון הנושה שאינו מובטח לחסדיה של החברה ושל הנושה בעל השעבוד הצף המגביל. ירצו אלה - יפרע חובו במהלך העסקים הרגיל, לא ירצו - ימצא הוא מול שוקת שבורה.

את קביעתו של בית המשפט העליון כי יפה כוחן של ההגבלות הקבועות בשעבוד הצף והידועות לצד ג' כדי להעלותן לדרגת שעבוד, נכון לסייג לעיסקאות חריגות שעושה החברה אך לא לפעולות הנכפות עליה שלא ברצונה. קביעתו זו של בית המשפט העליון בפס"ד אטא, נבעה מהשוואה שנעשתה קודם לכן בפסיקה בין שעבוד צף למשכון. ואולם ההשוואה התייחסה לשלב שלאחר גיבוש השעבוד הצף⁸⁷ ולא לשלב הביניים שבין יצירת השעבוד הצף לבין גיבושו. בשלב שטרם הגיבוש נבדל השעבוד הצף משעבוד קבוע. בנכסים הכפופים לשעבוד קבוע מנועה החברה מלסחור ואילו בנכסים הכפופים לשעבוד צף ואפילו זה המגביל רשאית החברה לסחור במהלך העסקים הרגיל. כתוצאה מהבדל זה אין זה ראוי להחיל דין אחד לשניהם. קביעתו הגורפת של בית המשפט העליון לא היתה מדוייקת בראשיתה והיא גוררת תוצאות קשות בסופה.

הבחנה שבין פעולה "רצונית" שעושה החברה לבין פעולה כפויה על החברה, תשמר הן את ההבדל שבין שעבוד קבוע לשעבוד צף והן את האיזון הנאות בין הנושים המובטחים בשעבוד צף, גם זה המגביל, לבין נושיה שאינם מובטחים של החברה. השעבוד הצף נופל בערכו כבטוחה מהשעבוד הקבוע. נתון האשראי בנוטלו שעבוד צף מודע לסיכון שהוא נוטל על על עצמו, וכל עוד לא גיבש את השעבוד הצף, עליו לשאת בתוצאותיו. אין זה ראוי להקנות למי שנטל שעבוד צף הגנה מירבית כאילו נטל שעבוד קבוע, בטרם גיבש את השעבוד הצף לכדי שעבוד קבוע. הנושה בעל השעבוד הצף, גם זה המגביל, מתיר לחברה לפעול במהלך העסקים הרגיל. הנשיה שאינה מובטחת, הנוצרת במהלך העסקים הרגיל, ראויה אף היא להגנת הדין. כל עוד ממשיכה החברה לפעול, בהסכמתו ובידיעתו של הנושה בעל השעבוד הצף, אין זה נכון לאפשר לו לפגוע בנושיה הבלתי מובטחים של החברה המנסים לגבות ממנה את חובם שלא נפרע. חיזוק מעמדו של

86 פתרון זה מתיישב עם תאוריית "שעבוד נכסים עתידיים", לעיל סעיף 1.1; פס"ד בליס, בע' 144.
87 לעיל הערה 34.

הנושה בעל השעבוד הצף המגביל, בנסיבות אלה, מאפשר, שלא כדין ושלא לצורך, שיתוף פעולה לאורך זמן, בין בעלי השליטה בחברה לבין הנושה בעל השיעבוד הצף בקביעת המועד הנח להם להפסקת פעילות החברה, והכל, תוך שלילת זכויותיהם של הנושים שאינם מובטחים. תוצאה זו לא היתה הכרחית על פי דין המצוי ואין היא ראויה על פי הדין הרצוי. בסיומה של רשימה זו, אין לי אלא להצטרף לדעת הגורסים כי בסוגיה זו מן הראוי שיאמר המחוקק את דברו⁸⁸ ויפה שעה אחת קודם.

88 פס"ד בליט, שם עמ' 144; י' בהט, לעיל הערה 80, הגורס כי "לעתים דומה, כי החקיקה והפסיקה בארץ סיבכו את השעבוד הצף על נכסי חברה עד כדי כך שאולי עבר זמנו. האנגלים ש"המציאוהו" היו מתהפכים בקברם. הדבר מצדיק אולי לשקול בחיוב את ההצעה המתגלגלת במשרד המשפטים לבטל את השעבוד הצף האנגלי, ולהנהיג במקומו שעבוד קבוע על מלאי נכסים משתנה (שכוחו יפה גם על נכסי אדם פרטי). לפחות ייעשה סדר, והדברים יובהרו"; לדנר שעבוד נכסי חברה בע' 275 - 278, המצדד באימוץ ה־Floating Lien האמריקאי.