



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7281/15

לפני: כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט (בדימ') י' דנציגר
כבוד השופט נ' סולברג

המערערת: קופאס פיננס (ישראל) בע"מ

נגד

המשיבים: 1. אגרסקו חברה לייצוא חקלאי בע"מ
2. בנק הפועלים בע"מ
3. בנק לאומי לישראל בע"מ
4. בנק מזרחי טפחות בע"מ
5. הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ
6. כונס הנכסים הרשמי

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו
מיום 2.08.2015 בפ"ק 16956-09-11 שניתן על ידי כבוד
השופט א' אורנשטיין

תאריך הישיבה: כ"ט בתשרי תשע"ח (19.10.17)

בשם המערערת: עו"ד אילן שביט-שטריקס; עו"ד נורית לזר;
עו"ד חן סדבון

בשם המשיבה 1: עו"ד עמית לדרמן; עו"ד סמיון קידר
בשם המשיב 2: עו"ד עופר שפירא; עו"ד דנה הילל
בשם המשיב 3: עו"ד יוחנן בירו
בשם המשיב 4: עו"ד טל ארזי; עו"ד ליהי בלומנפלד
בשם המשיב 5: עו"ד סקוט כחלון שירלי
בשם המשיב 6: עו"ד אסף ברקוביץ

פסק-דין

השופט (בדימ') י' דנציגר:

רקע עובדתי

1. המערערת, קופאס פיננס (ישראל) בע"מ (להלן גם: קופאס), היא תאגיד העוסק, בין היתר, במתן מימון. המשיבה 1, אגרסקו חברה לייצוא חקלאי בע"מ

(להלן: החברה או אגרקסקו), היא חברה בשליטה ממשלתית שעסקה בייצוא ושיווק של תוצרת חקלאית לרחבי תבל.

2. המערערת והחברה התקשרו בהסכם מיום 23.3.2011, שכונה "הסכם פקטורינג", אליו צורף "נספח תנאים מיוחדים להסכם פקטורינג" (להלן: ההסכם והנספח, בהתאמה). הנספח מוסיף על הוראות ההסכם ובחלק מהמקרים משנה מהן, ונקבע בו כי במקרה של סתירה, יגברו הוראות הנספח. לפי האמור בסעיף 3 להסכם, מהותה של עסקת הפקטורינג היא זו: קופאס רוכשת מאגרקסקו חובות של לקוחותיה, הנובעים מטובין או שירותים שסיפקה אגרקסקו ללקוחות, בטרם הגיע מועד פירעונם של החובות. החובות מומחים לקופאס. במלים אחרות, מדובר בעסקה שטיבה "הקדמת" תשלום חובות של לקוחות, על ידי צד שלישי. לפי הוראות ההסכם, בגין כל חוב מאושר, קופאס תשלם לאגרקסקו עד 90% מסכום החוב המאושר כמקדמה - כאשר על סכום המקדמה משלמת החברה ריבית בשיעורים מוסכמים שתחושב ממועד תשלום המקדמה ועד פירעון החוב לקופאס - והיתרה תשולם לאחר תשלום החוב על ידי הלקוח, או בתוך 150 ימים ממועד הפירעון המקורי, גם אם לא שולם במלואו (סעיף 7 להסכם).

3. בימים 2.5.2011 ו-4.5.2011 שילמה קופאס לאגרקסקו שני תשלומים בסך כולל של 4,493,769.11 יורו (להלן: התמורה). כנגד תשלום התמורה המחטה אגרקסקו לקופאס סדרת חשבוניות מאושרות בגין עסקאות שבין אגרקסקו לבין לקוחותיה בגרמניה (להלן: הלקוחות מגרמניה). בין המועדים 4.4.2011 ו-27.6.2011 הועברו מחשבונה של אגרקסקו בגרמניה לחשבונה בארץ כספים של הלקוחות מגרמניה בסך 4,212,258 יורו. בהמשך (ולאחר שניתן צו הקפאת הליכים נגד החברה) התקבל סכום נוסף של 241,380 יורו. אלא שאגרקסקו לא העבירה סכומים אלה לקופאס והשתמשה בהם לתשלומים אחרים והחזר הלוואות.

4. ביום 28.6.2011 התריעה קופאס בפני אגרקסקו כי מאחר שלא העבירה לה את הכספים ששילמו לה הלקוחות מגרמניה, הרי שהיא מפרה את ההסכם. יצוין, כי בימים אלה כבר היו פרסומים בתקשורת אודות מצבה הפיננסי הקשה של החברה. ביום 30.6.2011 הגישה אגרקסקו בקשה דחופה לצו הקפאת הליכים ובאותו יום ניתן צו הקפאת הליכים חלקי ומונה לה נאמן – ד"ר שלמה נס, עו"ד. במועד זה, הגישה קופאס בקשה לרשם החברות לרשום את המחאת הזכות לפי ההסכם, וזו נרשמה ביום 10.8.2011. ביום 22.8.2011 הגישה קופאס תביעת חוב למפרק על סך 4,539,760 יורו (להלן: תביעת החוב). ביום 11.9.2011 ניתן צו פירוק זמני לחברה ומונו לה מנהלים

מיוחדים. המנהלים המיוחדים קיבלו את תביעת החוב באופן חלקי בלבד, תוך שקבעו כי קופאס היא הבעלים של תקבולי הלקוחות מגרמניה שהתקבלו בחברה רק לאחר צו הקפאת ההליכים, בסך של 241,380 יורו וכי סכום זה הוא במעמד של נשייה מובטחת. לעומת זאת, נקבע שאין לקופאס נשייה מובטחת בכספי הלקוחות מגרמניה שהתקבלו טרם צו הקפאת ההליכים וכי אלה במעמד של נשייה רגילה.

5. קופאס ערערה על הכרעת המנהלים המיוחדים באשר לרכיב הנשייה הרגילה. בנק הפועלים בע"מ (להלן: בנק הפועלים) – נושה מובטח של החברה – הגיש ערעור שכנגד. בבית המשפט המחוזי התקיים דיון שבעקבותיו ניתנה החלטה, מיום 22.6.2014 (סגן הנשיאה, כתוארו אז, השופט א' אורנשטיין), בה נדחה ערעורה של קופאס על הכרעת המנהלים המיוחדים. נפסק שקופאס טוענת כי היא בעלים של הכספים, להבדיל מנושה, ולכן היה עליה להגיש בקשה עצמאית (ולא תביעת חוב), שבה תעתור לחייב את המנהלים המיוחדים להשיב לה את כספי הלקוחות מגרמניה, לנוכח בעלותה בהם. מנימוק זה, ביטל בית המשפט המחוזי את הכרעתם של המנהלים המיוחדים גם ביחס לסכום של 241,000 יורו.

6. על רקע החלטה זו של בית המשפט המחוזי, הגישה קופאס בקשה למתן הוראות שבמסגרתה ביקשה מבית המשפט להצהיר כי היא הבעלים של כספי הלקוחות מגרמניה, בסך 4,539,760 יורו, ולהורות למפרקים להעבירם אליה. לחילופין, ביקשה קופאס לקבוע כי היא נושה מובטחת ולמצער במעמד של נושה עדיף על פני כל נושה אחר של החברה שזכאי להיפרע מכספים אלה.

פסק הדין של בית המשפט המחוזי

7. בית המשפט המחוזי (סגן הנשיאה, כתוארו אז, השופט א' אורנשטיין) בחן תחילה את מהות ההתקשרות בין הצדדים – האם מדובר בעסקת מכר, שבמסגרתה רכשה קופאס את זכותה של החברה לקבלת תמורה מהלקוחות, או שמא בעסקת מימון, שאינה מקנה לקופאס בעלות בכספי הלקוחות.

8. בית המשפט המחוזי ציין כי לעסקת מימון מספר סממנים המבחינים אותה מעסקת מכר, והוא בחן את התקיימותם במקרה דנן.

8.1. לפי סעיף 6 לנספח, החברה התחייבה להמציא לקופאס בטחונות בדמות שטר חוב החתום על ידה, וזאת להבטחת קיום כל התחייבויותיה לפי ההסכם. מתן הבטחה מצביע על היות העסקה מימונית, קרי, היותה של קופאס נושה ולא רוכשת.

8.2. לפי סעיף 13.2 להסכם, במידה ולקוח חולק על חוב מאושר, והחוב לא נפרע במלואו בתוך 30 ימים ממועד הפירעון המוסכם, התחייבה אגרקסו להשיב לקופאס כל מקדמה שקיבלה ממנה על חשבון אותו חוב, בצירוף הוצאות שהוציאה קופאס לגביית החוב וריבית פיגורים. בית המשפט המחוזי קבע כי שמירת זכות החזרה לאגרקסו היא סממן נוסף לכך שמדובר בהלוואה ולא מכר.

8.3. בסעיף 3.4 לנספח, קופאס התחייבה לשלם לאגרקסו בגין החובות המאושרים מקדמה בשיעור 85%, כאשר לדברי המצהיר מטעם קופאס, ההפרש בין המקדמה לבין סכום החשבונות נועד להותיר "מרווח ביטחון". לשיטתו של בית המשפט המחוזי, גם זהו סממן לכך שאין מדובר במכר אלא החובות שימשו בטוחה להחזרת ההלוואה.

8.4. סממן רלוונטי נוסף לכך שמדובר בעסקת הלוואה, לדברי בית המשפט המחוזי, הוא התחייבותה של החברה בסעיף 2 לנספח לבטח את כל החובות של הלקוחות בביטוח אשראי אצל "החברה הישראלית לביטוח אשראי בע"מ" (להלן: הבט"ח), ולהמחות את זכויותיה לפי פוליסת הביטוח לקופאס, תוך שהחברה היא שנושאת בתשלומי הפרמיה. נקבע, כי ככל שמדובר במכר, האינטרס הביטוחי לאי-תשלום של לקוח אמור להיות של הקונה (המערערת) ולא להיוותר על כתפי המוכר (החברה). משהסיכון לאי תשלום על ידי הלקוחות לא עבר למערערת, נעדרת העסקה את אחד ממאפייניה של עסקת מכר.

9. בית המשפט המחוזי דחה את הסתמכותה של המערערת על ע"א 3966/01 יהושע TBWA פרטום ושיווק בע"מ נ' בון מארט מילניום בע"מ (בפירוק), פ"ד נז(4) 952 (2003) (להלן: הלכת יהושע), נוכח ההבדלים בעובדות, ובפרט נוכח העובדה שבהלכת יהושע מומש השעבוד מספר חודשים לפני בקשת הפירוק של החברה.

10. לשיטתו של בית המשפט המחוזי, די בכל אלה כדי להוביל למסקנה שמדובר בהמחאה על דרך שעבוד ולא במכר, אולם הוסיף עוד מספר נימוקים.

10.1. לפי מהותה של עסקת פקטורינג, המקדמה אמורה להיות משולמת בגין חשבוניות שמועד פירעונן מאוחר למועד תשלום המקדמה. אלא שבחינת החשבוניות שהומחו למערערת מגלה כי יש מספר רב של חשבוניות שמועד פירעונן קודם למועד תשלום התמורה על ידי קופאס לחברה. כמו כן, מועדי הפירעון של מספר רב של

חשבוניות שהומחו למערערת הם כיומיים ועד שבוע ממועד תשלום התמורה על ידי קופאס, ולשיטת בית המשפט המחוזי הדבר נעדר היגיון כלכלי.

10.2. עוד מצא בית המשפט המחוזי, כי חלק מהעסקאות מושא החשבוניות שלפי הנטען הומחו למערערת, נעשו רק לאחד תשלום התמורה. לדברי בית המשפט המחוזי, לא ייתכן שהומחו חשבוניות של עסקאות שטרם נולדו בעת ההמחאה. עסקת מכר אינה יכולה לכלול רכישת חובות שטרם נוצרו וממילא לא ידוע מה שוויים ומה התמורה שמגיעה בגינם למערערת.

11. בית המשפט המחוזי מצא כי הנספח שינה מהוראות ההסכם בכמה סוגיות מרכזיות: ראשית, בעוד שלפי ההסכם (סעיף 9.1) היו אמורים הצדדים להודיע ללקוחות החברה על עסקת הפקטורינג ועל כך שמעתה ואילך המערערת היא שאמורה לקבל מהם את הכספים ולא החברה, הרי שבנספח (סעיפים 3.5-3.6) הוסכם כי לא תימסר ללקוחות הודעה על המחאת חובותיהם לקופאס. שנית, בהסכם (סעיף 9.3) נקבע כי כספי הלקוחות ישולמו ישירות לקופאס ואילו בנספח (סעיף 3.7) הוסכם כי חובות הלקוחות ישולמו לחשבונה של אגרקסו ולא לחשבונה של קופאס. לשיטת בית המשפט המחוזי, התנהלות זו מקשה על קבלת עמדתה של קופאס לפיה היא רכשה את הבעלות בחובות הלקוחות. לדבריו, ברור היה כי אגרקסו פונה לקופאס נוכח קשיים בהם היא מצויה (שאם לא כן, הייתה פונה להגדלת האשראי הבנקאי), ולכן מצופה היה שהמערערת – גורם פיננסי עולמי – תותיר בידה את השליטה על גביית הכספים ולא תפקיר את הגבייה בידי חברה הנמצאת בקשיים. יתרה מכך, קופאס אף לא הקפידה על העברת הכספים אליה בתוך התקופה שננקבה בנספח, ללא שניתן לכך כל הסבר.

12. משהגיע בית המשפט המחוזי למסקנה כי לא מדובר בעסקת מכר אלא בעסקת מימון בה חובות הלקוחות שימשו בטוחה, עבר לבחון האם היה על המערערת לרשום את השעבוד בספרי החברה ברשם החברות, בהתאם לסעיף 178(א)(4) לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 (להלן: פקודת החברות) בשילוב סעיף 4 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967 (להלן: חוק המשכון). יצוין, כי ההסכם מבחין בין "המחאה כללית" של כלל החובות של לקוח מסוים לבין "המחאה ספציפית" הנגזרת מחשבוניות ספציפיות של אותו לקוח. לשיטת המערערת, המחאה כללית דרושה רישום ברשם החברות אולם במקרה דנן מדובר בהמחאה ספציפית שאינה דורשת רישום כאמור.

13. המערערת טענה כי מתקיים בנסיבות העניין חריג לחובת הרישום, הקבוע בסעיף 97 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980 (להלן: פקודת פשיטת

הרגל), שחל כאשר הזכויות המשועבדות פורטו במסגרת כתב המחאה. בית המשפט המחוזי דחה טענה זו, נוכח פגמים שמצא במסמכי ההמחאה, אשר מאיינים את מהימנותם, כשהכוונה לאי הבהירות בנוגע למועדי הפירעון ומועדי העסקאות של החשבוניות שלפי הנטען הומחו למערערת (ראו סעיפים 10.1-10.2 לעיל). אלמנט נוסף הוא הרישום המאוחר של ההמחאה, ביום בו הוגשה הבקשה להקפאת הליכים נגד החברה, המלמד כי גם לשיטת המערערת היה מקום לרשום את השעבוד. עיתוי הרישום פועל אף הוא כנגדה. בית המשפט המחוזי הוסיף כי אין לתת תוקף בדיעבד לרישום המאוחר של השעבוד. משעה שמדובר היה בשעבוד החייב ברישום, אשר לא נרשם, הוא נעדר תוקף כלפי המפרק וכלפי נושי החברה.

14. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי ההמחאה נוגדת שעבודים צפים שנרשמו לטובת נושי החברה המובטחים לפי אגרות חוב שנרשמו ברשם החברות. באגרת החוב שניתנה לטובת בנק לאומי לישראל בע"מ (להלן: בנק לאומי), נכתב במפורש כי על החברה לשעבד או להמחות את הרכוש המשועבד שלא במהלך הרגיל של עסקי החברה. לשיטת בית המשפט המחוזי, ההמחאה לא נעשתה במהלך העסקים הרגיל של החברה שכן החברה עוסקת בייצוא ושיווק תוצרת חקלאית ולא במכירת זכויותיה לתקבולים מלקוחות בחו"ל, ודאי שעה שמדובר בזכויות שהיקפן מסתכם במיליוני יורו. עוד נקבע, כי המחאת הזכות לקופאס לקבלת כספי הלקוחות פוגעת בנושים המובטחים שכן היא מקטינה את שווי הבטוחה שלהם.

15. למעלה מן הצורך, נתן בית המשפט המחוזי דעתו לטענת המערערת לפיה החברה שימשה נאמן בכספים ודחה אותה, מכיוון שיש לקבוע את הנאמנות במסמך סדור נפרד שבו יפורטו תנאי הנאמנות. כמו כן, יש לרשום את דבר הנאמנות כדי שהנושים יוכלו לדעת עליה, לפי סעיף 4 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979 (להלן: חוק הנאמנות). הכספים אף לא הופקדו בחשבון נאמנות נפרד. בנוסף, דחה בית המשפט המחוזי את טענת העקיבה אחר הכספים, שכן כספי הלקוחות התערבבו עם יתר הכספים של החברה ומשכך לא ניתן לזהותם (זאת, למעט הסך של 241,380 יורו שהתקבל לאחר מתן צו ההקפאה). המפרקים הצהירו שעשו מאמצים להתחקות אחר מקור הכספים, אך העלו חרס בידם, וכן לא הצליחו להתחקות אחר הכספים שהוצאו מהחברה, לרבות השימוש שנעשה בהם. נפסק, כי שעה שהמערערת לא עמדה על הפרדה בין החשבונות, לא דרשה שהכספים יופקדו בחשבון נאמנות ולא עמדה על כך שהחברה תעביר לה את הכספים סמוך לאחר תשלומם על ידי הלקוחות, כל שיש לה הוא תביעת חוב כנושה רגיל.

16. בית המשפט המחוזי דחה את טענתה החלופית של קופאס שלפיה יש להכיר בה כנושה מובטח, משטענה זו נדחתה על ידו בהחלטתו מיום 22.6.2014 ולא הוגש עליה ערעור.

טענות המערערת

17. לטענת המערערת, בית המשפט המחוזי שגה בסיווג ההסכם, שכן לדבריה מדובר בעסקת פקטורינג אמיתית, שנעשתה באמצעות המחאה על דרך המכר, כך שהזכות לקבלת התקבולים היא זכות קניינית של קופאס. אשר לסממנים עליהם הסתמך בית המשפט המחוזי, שגה בית המשפט ביישומם: (1) כך, שטר החוב שקיבלה קופאס ניתן – כך לפי לשון ההסכם – להבטחת התחייבויותיה של אגרקסו ואין מדובר בבטוחה להבטחת גביית מלוא החובות מידי הלקוחות. (2) הזכויות מכוח פוליסת הביטוח הומחו במלואן לטובת קופאס כך שמלוא הזכויות בחובות המומחים הן קניין של קופאס; (3) בניגוד לקביעת בית המשפט המחוזי, אין בהסכם "זכות חזרה", אלא רק סעיף המאפשר השבת כספים במקרה של "מחלוקת" בתנאים מוגדרים; (4) ההסכם מבחין בין "המחאה ספציפית" ל"המחאה כללית" – כאשר מדובר בהמחאה ספציפית, הזכות שנרכשת כנגד התשלום מהווה עסקת מכר סופית וגמורה. לטענת המערערת, כוונת הצדדים להמחות לה, בהמחאה סופית ומוחלטת, את כספי התקבולים, עולה בבירור מלשון ההסכם (סעיף 3), ויש לבחון את העסקה על פי מהותה ובהתאם לאומד דעת הצדדים כפי שעולה מההסכם.

18. לחילופין, טוענת המערערת, כי משמדובר בהמחאה ספציפית וברורה, המתייחסת להמחאת הזכות לקבלת תמורות מהתקשרויות מסוימות ומפורטות, הרי שהמחאה זו תקפה גם אם לא נרשמה. המערערת מוסיפה וטוענת, כי המחאה זו גוברת על השעבוד הצף של הבנקים, ממספר טעמים: ראשית, משום שלשיטתה היעדרות לטענת הבנק משמעה פירעון כפול לטובת הבנק של אותה זכות; שנית, מדובר בהמחאה שנערכה בתנאי שוק, במחיר ריאלי ובאופן שנפרעו חובות ספציפיים של החברה; שלישית, במועד ההמחאה לקופאס, לא התגבש השעבוד הצף.

19. לבסוף, טוענת המערערת, כי ההסכם הקים בבירור לאגרקסו חובת נאמנות בכספים לטובת קופאס וחובה זו הופרה על ידה בכך ש"ערבה" את הכספים של הלקוחות מגרמניה עם יתר הכספים בחשבונה. לשיטת המערערת, הפרת חובת הנאמנות על ידי אגרקסו מקימה לקופאס זכות עקיבה בכספים, גם אם לא יוחדו; וכן מקימה לקופאס זכות לסברוגציה, כך שהיא נכנסת בנעלי הנושים (המובטחים) שכספי הלקוחות מגרמניה שימשו לפירעון חובותיהם.

טענות המשיבים

20. כל אחד מששת המשיבים הגיש את סיכומי טענותיו: החברה (באמצעות המפרקים); ארבעה נושים מובטחים (בנק הפועלים, בנק לאומי, בנק מזרחי טפחות בע"מ והבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, שהצטרף לטענות בנק לאומי); וכונס הנכסים הרשמי (להלן: הכנ"ר). ככלל, טענותיהם של המשיבים דומות וחופפות זו לזו ועל כן אתאר אותן במאוחד, וככל שיש ייחוד בהתייחס לטענות של מי מהמשיבים אציין זאת.

21. המשיבים סומכים ידיהם על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, על כל ראשיו. נטען, כי פסק הדין ברובו נסמך על ממצאים עובדתיים. לשיטתם, צדק בית המשפט המחוזי כאשר לא דן בטענת הנאמנות שהעלתה המערערת, שכן טענה זו יכולה לקום רק אם הייתה קיימת למערערת זכות בעלות בנכס, ולא היא. אשר לסיווגו של ההסכם - כהמחאה על דרך מכר או שעבוד - יש לבחון את העסקה לפי מהותה וטיבה, ולא רק לפי לשון ההסכם. בנסיבות המקרה, תומכים המשיבים במסקנה לפיה מכלול הראיות והתנהגות הצדדים מעידים שמדובר בהמחאה על דרך השעבוד ולא בעסקת המחאה על דרך מכר. החברה נותרה אחראית לגביית חובות הלקוחות; החברה היא שביטחה את חובות הלקוחות ונותרה בעלת סיכונים בעסקה; המערערת שמרה על זכותה לחזור לחברה במקרה של אי-פירעון חובות; והצדדים לא הודיעו ללקוחות על העסקה ועל כך שהמערערת אמורה לקבל לידיה את הכספים. לכך יש להוסיף כי המערערת קיבלה לידיה שטר חוב להבטחת התחייבויותיה של החברה. כל אלה מלמדים כי הסיכון נותר על כתפי החברה והבעלות בתקבולי הלקוחות לא הועברה למערערת.

המשיבים מוסיפים, כי המערערת לא נהגה בתקבולים מנהג בעלים: מצופה היה מבעלים, שיפקח על הנכס וידאג לקבלו בתוך התקופה הנקובה בנספח, דבר שלא נעשה. קופאס בחרה להותיר את הגבייה בידי החברה, שעה שברור שזו הייתה בקשיים. בנוסף, קופאס לא פיקחה על קבלת הכספים ולא דרשה את העברתם מהחברה בתוך שלושה ימי עסקים כפי שנקבע בהסכם, ללא הסבר. בנוסף, קופאס לא ראתה בפער שבין מלוא סכום התקבולים לבין המקדמה (15% תמורה בגין המכר, אלא בטוחה נוספת.

לכך יש להוסיף את אי-הבהירויות בנוגע לחשבוניות שלפי הנטען הומחו: חלקן נוגעות לעסקאות שמועד התשלום בגינן קדם למועד תשלום התמורה; חלקן נוגעות לעסקאות שטרם נערכו במועד תשלום התמורה, קרי לא ניתן היה לדעת מה

תהיה התמורה בגינן; וחלקן מתייחסות לעסקאות שמועד התשלום בגינן ימים ספורים לאחר תשלום התמורה, דבר שנעדר היגיון כלכלי. המשיבים מציינים כי לא ניתן הסבר לתהיות אלה, וכפי שקבע בית המשפט המחוזי, פגמים אלו מאיינים את מהימנותם של מסמכי ההמחאה באופן שלא ניתן להסתמך עליהם. בנק לאומי טוען בהקשר זה, כי המערערת ניסתה לבצע מקצה שיפורים בגרסתה העובדתית, על ידי הצגת החשבונות בסדר שונה מזה שהוצג בבית המשפט המחוזי, תוך הסבר כי החשבונות המאוחרות יותר אינן שייכות לחלק שהומחה בימים 2.5.2011 ו-4.5.2011. חלק מהמשיבים מוסיפים כי המערערת מנסה לעשות עושר ולא במשפט, כאשר היא תובעת בעלות בכספים שהתקבלו, בחלקם, עוד לפני ששילמה את התמורה (2.5.2011).

22. עוד לשיטת המשיבים, מאחר שמדובר בהמחאה על דרך שעבוד (ולא על דרך מכר), הרי שככלל, לפי סעיף 178(א) לפקודת החברות, ההמחאה מחייבת רישום בפנקס החברה ברשם החברות, שאם לא כן, לא יהיה לה תוקף כלפי המפרק והנושים. המשיבים טוענים כי לא מתקיים החריג לו טענה המערערת (סעיף 97(א) לפקודת פשיטת הרגל, החל מכוח סעיף 356 לפקודת החברות), ממספר טעמים: ראשית, בהסכם לא פורטו החוזים כנדרש (אלא רק מאוחר יותר ב"הצהרה" שנתנה החברה למערערת, וגם אז מדובר היה אך בפלט חשבונות); שנית, הפגמים שנפלו במסמכי ההמחאה מאיינים את מהימנותם; שלישית, המערערת העידה על עצמה שסברה שיש חובה לרשום את המחאת הזכות, אלא שאיחרה את המועד הקבוע לכך בסעיף 179(א)(1) לפקודת החברות (בהקשר זה צוין, כי מועד הרישום – ביום מתן צו הקפאת ההליכים נגד החברה – אומר דרשני). נטען, כי שעבוד שנרשם באיחור, לאחר מתן צו הקפאת הליכים, אין לו תוקף (בדומה לשעבוד שנרשם לאחר שהחלו הליכי פירוק). מכאן, שהמחאת הזכות הייתה חייבת ברישום על מנת שתהא בת תוקף כלפי המפרקים.

23. המשיבים מוסיפים, כי גם אם ייקבע שההמחאה אינה דורשת רישום, הרי שהיא נוגדת את התניה המגבילה שנרשמה מכוח השעבודים הצפים שהוטלו לטובת הנושים המובטחים, במסגרתה נאסרו העברה או שעבוד של הנכסים המשועבדים. זאת, משעה שנקבע – עובדתית – כי העסקה לא נערכה במהלך העסקים הרגיל של החברה. בנק לאומי מוסיף, כי גם אם ההמחאה הייתה נרשמת, היא הייתה נוגדת את השעבוד הצף.

24. לבסוף, למעלה מן הצורך, מתייחסים המשיבים לטענות הנאמנות והסברוגציה, וטוענים כי גם אם הייתה המערערת הבעלים של הנכס, לא הוכח קיומה של נאמנות, בין היתר משום שהצדדים לא נתנו לכך כל ביטוי חיצוני אובייקטיבי. ממילא, כך נטען, כספי התקבולים התערבבו עם יתר כספי החברה ולא ניתן לזהותם. ניסיון המפרקים

להתחקות אחר הכספים העלה חרס, ומכאן שאין עוד "עקיבה" אחרי הכספים. בנק לאומי מוסיף, כי גם אם כוונת הצדדים הייתה ליצור נאמנות, הרי שלא ניתן להתעלם מהתנהגותה של המערערת, המלמדת כי בפועל היא הסכימה לערבוב הכספים עם יתר כספי החברה ומשכך ויתרה על זכות העקיבה. אשר לטענת הסברוגציה, לא הוכח מהם הסכומים – מתוך התקבולים – שהועברו לכל אחד מהבנקים ומכאן שלא הוכח מהו סכום הפירעון שלגביו נטען שהמערערת, כנושה, נכנסת לנעלי הנושים המובטחים. בנוסף, כך נטען, טענה זו עומדת בסתירה לעקרונות בסיסיים של דיני שעבודים.

25. בנק הפועלים מדגיש שהטענה לפיה המערערת היא נושה מובטחת של החברה נדחתה בהחלטה מיום 22.6.2017 והחלטה זו נותרה חלוטה משלא הוגש עליה ערעור, ולכן המערערת מושתקת מלהעלות כל טענה הקשורה בכך.

דיון והכרעה

26. ככלל, העמדת מימון לחברות המייצאות סחורה לחו"ל (כבמקרה דנן) הוא נוהג מקובל ונפוץ. מכיוון שקיים פער זמנים בין מועד מתן ההלוואה או המימון ובין מועד תשלום התמורה על ידי הלקוחות של החברה המייצאת, בתקופה זו עלולים לחול שינויים במצבה הפיננסי של האחרונה. לפיכך, הגורם המממן עשוי להיות מעוניין להבטיח את עדיפותו על פני נושים אחרים לגבי הכספים הצפויים להתקבל בשלב מאוחר יותר מהלקוחות [ע"א 8299/10 בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' חרושת מתכת בית השיטה (בהח) בע"מ, פסקה 20 (15.3.2015) (להלן: עניין חרושת מתכת)].

עסקת המימון עשויה ללבוש שתי צורות כלליות: עסקת מכר או עסקת הלוואה ושעבוד. בעסקת מכר, הבעלות בזכות החברה המייצאת לגבי החוב של הלקוח עוברת לגוף המממן בסמוך למועד הענקת המימון. בדרך זו, המממן מקבל עדיפות בקבלת הכספים ביחס לנושים אחרים של החברה המייצאת, שכן הזכויות בחובות הלקוחות אינן עוד חלק ממצבת הנכסים של החברה המייצאת (במקרה זה המממן נושא בסיכון שהלקוח בחו"ל אשר חייב בתשלום בגין הסחורה לא יפרע את החוב בשל הפיכתו לחדל פירעון). לעומת זאת, בעסקת הלוואה ושעבוד, הבעלות בחוב הלקוח אינה עוברת במלואה לגוף המממן. במקרה כזה, תמורות הייצוא משמשות בטוחה להחזר הלוואה, שמסייעת בהפחתת הסיכון שהמממן נחשף אליו, היינו, ההסתברות שההלוואה לא תוחזר. במקרה כזה, יחשב הגורם המממן נושה של החברה, משום שהזכויות בכספים המתקבלים מהלקוח בחו"ל נותרו במצבת נכסיה של החברה המייצאת (עניין חרושת מתכת, פסקה 20).

27. על רקע דברים אלה, דרך הילוכנו בפסק הדין יהיה כדלקמן: בשלב הראשון, עלינו לבחון מה טיבה של העסקה שנערכה בין הצדדים – האם עסקת המחאה מלאה, על דרך המכר, שבה עברה הבעלות בחובות הלקוחות מגרמניה לקופאס, או שמא עסקת המחאה על דרך השעבוד, שבה חובות הלקוחות מגרמניה משמשים בטוחה בלבד להלוואה שניתנה לחברה; ככל שנגיע למסקנה כי מדובר בהמחאה על דרך המכר, פירוש הדבר יהיה כי זכותה של המערערת בכספי הלקוחות מגרמניה גוברת על זכותם של יתר נושי החברה, שכן תקבולי הלקוחות למעשה לא יהיו חלק ממצבת הנכסים של החברה.

בשלב השני, וככל שמסקנתנו תהיה כי ההסכם יוצר המחאה על דרך השעבוד, אזי המערערת תיחשב נושה של החברה ולא בעלים של התקבולים; במקרה כזה, מתעוררת השאלה האם חלה על המערערת החובה לרשום את ההמחאה בפנקסי החברה ברשם החברות (שאלה עליה השיב בית המשפט המחוזי בחיוב).

בשלב השלישי, במידה ונמצא כי אכן ההמחאה דנן הייתה חייבת ברישום, יהיה עלינו לבדוק מה תוקפו של הרישום המאוחר של ההמחאה שביצעה המערערת, כלפי המפרקים ויתר הנושים. לבסוף, אתייחס בקצרה לטענתה של המערערת בנוגע ליצירת נאמנות.

שלב ראשון - סיווג העסקה

28. חשיבות סיווגה של העסקה כעסקת מכר (המחאה מלאה) או כעסקת "המחאה על דרך השעבוד" הובהרה לעיל. עליו תיפול ותקום זכאותה המיידית של המערערת לתקבולים או שמא ייגזר דינה "להמתין בתור" עם יתר נושי החברה. אולם כיצד עלינו לבחון את העסקה?

המערערת נסמכת בעיקר על לשונו של ההסכם, אשר כונה "הסכם פקטורינג", ובו הצהירו הצדדים, בסעיף 3, כי ההמחאה של חובות הלקוחות לקופאס מעבירה אותם "לבעלות קופאס באופן מוחלט וסופי". אותו סעיף גם קובע כי המחאת החובות של הלקוחות לא נועדה לשמש בטוחה וכי התמורה ששילמה קופאס לחברה אינה מהווה הלוואה, ולכן גם אינה מיועדת לצרכים מסוימים (כמקובל בהלוואות), אלא החברה חופשית לעשות בה כרצונה. עוד הובהר בסעיף זה כי הביטחונות שניתנים לקופאס במסגרת ההסכם לא נועדו להבטיח את פירעון החובות במקרה של חדלות פירעון של הלקוחות. כל אלה, לשיטת המערערת, מלמדים כי מדובר בהסכם שנועד להמחות את

חובות הלקוחות באופן מלא לקופאס, דהיינו היא הפכה להיות הבעלים של התקבולים ששילמו הלקוחות לחברה.

29. כלל ידוע הוא, כי בבוא בית המשפט לבחון את סיווגה של עסקה מסוימת, עליו לבחון הן את פרשנותו של ההסכם, בהתאם לכללי הפרשנות החוזיים הרגילים, והן את מהותה האמתית של העסקה, ללא קשר לאופן שבה כונתה על ידי הצדדים ובהתעלם מהכסות החיצונית של העסקה [ראו והשוו: ע"א 455/89 קולומבו, מאכל ומשקה בע"מ נ' בנק למסחר בע"מ, פ"ד מה(5) 490, 494-495 (1991); רע"א 1690/00 מ.ש. קידוחי הצפון בע"מ נ' א. אבגל טכנולוגיה בע"מ (בפירוק זמני), פ"ד נז(4) 385, 409 (2003); הלכת יהושע, עמ' 956-957; ע"א 9955/09 יוגב נ' יוסף, פסקה 40 (28.8.2012) (להלן: עניין יוגב); ע"א 46/11 ויטה פרי גליל (החדשה) בע"מ נ' עו"ד חנית נוב, כונסת נכסים, פסקה 43 (13.11.2013) (להלן: עניין ויטה); יהושע ויסמן דיני קניין – זכויות קדימה ופרקי משכון 104 (2014)]. היינו, אף שלכותרת ההסכם וללשונו יש משקל, הרי שאם יתברר כי הוראות ההסכם יוצרות מתווה אחר מזה שעליו הצהירו הצדדים, כך שבמהות נוצרה עסקה אחרת, הרי שלמהות ישנה עדיפות על הלשון [שלום לרנר "על ההבחנה בין המחאה גמורה להמחאה בדרך של שעבוד" משפטים יב 281, 287 (התשמ"ב) (להלן: מאמר לרנר)]. כמובן שיש ליתן משקל גם להתנהלותם של הצדדים בפועל, במידה והייתה שונה מהנקוב בהסכם (מאמר לרנר, עמ' 288).

30. המחאה של זכות היא העברה של זכות הקניין באותה הזכות לנמחה [שלום לרנר המחאת חיובים 45 (2002) (להלן: ספרו של לרנר); נינה זלצמן ועופר גרוסקופף "המחאה על דרך השעבוד ומשכון זכות" עיוני משפט כה(1) 43, 46 (2004) (להלן: מאמר זלצמן וגרוסקופף); מיגל דויטש קניין ב 72 (1999) (להלן: דויטש); עניין יוגב, פסקה 30]. כאשר מדברים על המחאה על דרך המכר הכוונה היא להמחאה המעבירה את זכות הקניין במלואה. על המחאת זכות חל חוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המחאת חיובים). להמחאת זכות מוחלטת יש שני יסודות מרכזיים: (1) היסוד החוזי – חילוף נושים: הנושה המקורי-הממחה, מוחלף בנמחה, שהופך להיות הנושה של החייב מכאן ואילך לכל דבר ועניין; (2) היסוד הקנייני – העברת הבעלות בזכות: הנכס של הממחה (הזכות החוזית שיש לו כלפי החייב) עובר לבעלותו של הנמחה. כתוצאה מחילוף הנושים ומהעברת הבעלות יכול הנמחה לתבוע מהחייב את קיום הזכות, באופן עצמאי ובלתי תלוי בממחה (עניין חרושת מתכת, פסקה 24).

31. משכון, לעומת זאת, יוצר שעבוד על הזכות השייכת עדיין לבעליה, לטובת הצד השני (בעל המשכון). האינטרס המוגן של בעל המשכון בזכות מתמצה באפשרות

להיפרע מהתמורה שתתקבל עבור הזכות, עד לגובה החיוב המובטח במשכון, בעוד שהבעלות בזכות נותרת של הממחה [נינה זלצמן, עופר גרוסקופף מישכון זכויות 49 (2005) (להלן: ספרם של זלצמן וגרוסקופף)]. על משכון זכות חל חוק המשכון.

32. סעיף 1(ב) לחוק המחאת חיובים קובע כי "המחאה יכול שתהיה לגבי הזכות כולה או מקצתה, ויכול שתהיה מותנית או על דרך שעבוד". החוק אינו מגדיר מהי המחאה על דרך השעבוד. בספרם של זלצמן וגרוסקופף (עמ' 60-63) מוסבר כי הרקע ההיסטורי לחקיקתו של סעיף 1(ב) לחוק המחאת חיובים הוא ההסדר המנדטורי שקדם לחוק זה, שבמסגרתו לא הכירו בתי המשפט בעסקת המחאה שאינה מוחלטת. חוק המחאת חיובים הכיר לראשונה, אם כן, בהמחאה שאינה מעבירה את זכות הבעלות במלואה אל הנמחה. מתווה אפשרי אחד לכך הוא כאשר הבעלות בזכות הועברה לנמחה באופן מותנה, דהיינו, בהתקיים תנאי מפסיק (פירעון החוב על ידי הממחה) תוחזר הבעלות בזכות לממחה; מתווה אפשרי שני הוא כאשר העברת הבעלות בזכות (ההמחאה) תלויה בהתקיימותו של תנאי (אי-פירעון החוב, למשל). לכן, היא נקראת גם המחאה מותנית (עניין חרושת מתכת, פסקה 25, והאסמכתאות שם; עניין יוגב, פסקה 30). מכאן עולה, כי הקושי בהגדרתה של "המחאה על דרך השעבוד" נובע מכך שאחד ממאפייניה של המחאת זכות "רגילה" היא העברת הבעלות בזכות המומחית; מנגד, בשעבוד נותרת הבעלות אצל הבעלים המקוריים, כשלבעל השעבוד מוקנית זכות קניינית פחותה שאינה עולה כדי בעלות (עניין חרושת מתכת, פסקה 25).

33. לעתים, ההבחנה בין עסקת המחאה (על דרך מכר) לבין עסקת המחאה על דרך שעבוד אינה פשוטה כלל וכלל (עניין חרושת מתכת, פסקה 23). כדבריו של דויטש (כרך ב עמ' 72), קיימות תהיות רבות באשר לטיבו, תכליתו ומשמעותו של מוסד ההמחאה על דרך השעבוד. בספרם של זלצמן וגרוסקופף (עמ' 92-93) ניתן למצוא דוגמאות למספר סוגי עסקאות (מכר, משכון והמחאה על דרך השעבוד), אשר מסייעות בהמחשת ההבדל ביניהן:

המחאה כנגד ויתור על חוב: ראובן נטל הלוואה משמעון. בהסכם שביניהם ראובן מקנה לשמעון את זכותו לקבלת נכס מלוי בתמורה לויתור של שמעון על החוב. עסקה זו היא עסקת המחאה שנעשתה בדפוס של מכר.

המחאה בנאמנות: ראובן נטל הלוואה משמעון. בהסכם שביניהם נאמר כי ראובן ממחה לשמעון את זכותו לקבלת נכס מלוי בכפוף לתנאי שאם ראובן לא יפרע את חובו עד למועד מסוים ימכור שמעון את הזכות, ומכספי המכירה ייטול את סכום החוב. את

הסכום שייוותר, אם ייוותר, ישיב לראובן. עסקה זו היא עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב ולכן יחול עליה חוק המשכון.

המחאה על דרך שעבוד: ראובן נטל הלוואה משמעון. בהסכם שביניהם נאמר שאם ראובן לא יפרע את חובו עד למועד מסוים תהא לשמעון הבעלות בזכות של ראובן לקבלת נכס מלוי בתמורה לויתור של שמעון על החוב. במקרה זה, לדברי זלצמן וגרוסקופף, הזכות של ראובן משמשת בטוחה לקיום חיוב.

34. אם המחאה על דרך השעבוד היא שעטנו בין המחאה ובין משכון, מתעוררת השאלה אלו הם הדינים החלים על עסקה מסוג זה – האם חוק המחאת חיובים? האם חוק המשכון? האם שניהם במקביל? בשאלות אלה קיימת מחלוקת ארוכת שנים בספרות המשפטית ובפסיקה. שאלת תחולתו של חוק המשכון על עסקאות שלא נעשו בדפוס מובהק של משכון (למשל, המחאת זכות כבטוחה) מתעוררת לאור ההוראה שבסעיף 2(ב) לחוק המשכון, אשר מחילה את הוראות חוק המשכון "על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, ויהא כינויה של העסקה אשר יהא". מספר הדעות לגבי סוגיה זו רב כמעט כמספר הכותבים עליה.

35. בחלוקה "גסה" ניתן להציג את הגישות ביחס לסוגיה זו כדלקמן:

"הגישה המפרידה" הגורסת כי אין כל חפיפה בין דיני המחאת חיובים לבין דיני המשכון. היינו, עסקה פלונית תסווג או כעסקת משכון או כעסקת המחאה, ובהתאם לכך ייקבע איזו מערכת דינים תחול עליה. לפי גישה זו, המחאה על דרך השעבוד היא המחאה בלבד, שלא חל עליה חוק המשכון. גישה זו הובעה על ידי השופט י' זוסמן [יואל זוסמן י' ויסמן 'חוק המשכון, תשכ"ז-1967" הפרקליט ל 169 (התשל"ה); ראו גם: גר טדסקי "על פגיעותה של זכות הנמחה מצד הממחה והחייב" משפטים יח 5 (התשמ"ח); ע"א 2328/97 כוכבי נ' ארנפלד, פ"ד נג(2) 353 (1999)].

"הגישה המשלבת" גורסת כי כאשר תכלית העסקה היא להשתמש בזכות אובליגטורית כבטוחה, תיווצר חפיפה מלאה בין חוק המחאת חיובים לבין חוק המשכון. דהיינו, שני החוקים יחולו על העסקה, כתלות בהיבט שבו מדובר בתוך משולש היחסים הנושה - יוצר הבטוחה - ובעל הבטוחה, ושני ההסדרים משלימים האחד את השני. חוק המחאת חיובים דן ביחסים שבין החייב בחיוב המשמש כבטוחה לבין הממשכן וביחסים שבין החייב לבין הנושה המובטח, ואילו חוק המשכון דן ביחסים שבין הנושה המובטח לבין הממשכן [י' ויסמן 'חוק המשכון, תשכ"ז-1967 (פירוש לחוקי

החוזים בעריכת ג' טדסקי) 20-24 (התשל"ה); ראו גם: מרים בן-פורת "חוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969 (חוברת עדכון) 14 בתוך פירוש לחוקי החוזים (גד טדסקי עורך, התשל"ז); ספרו של לרנר, עמ' 267; חיים זנדברג "המחאת זכות: מכר מותנה או משכון? עוד על ההבחנה ומשמעויותיה" משפטים לא(4) 985 (התשס"א).

גישת הביניים לפיה כל אחד מהחוקים מיועד, במצבי הליכה שלו, להסדיר סוג שונה של עסקאות, אולם ייתכנו מצבים שבהם תחולתו של אחד ההסדרים תפרס מעבר למצבי הליכה שלו. עם זאת, החפיפה לא תיווצר בכל מקרה של שימוש בזכות בטוחה, אלא רק במצבים שבהם חוק המשכון "פולש" אל תחום שליטתו של חוק המחאת חיובים וכופה את תחולתו על עסקת הבטוחה שבנדון, וזאת רק כאשר עסקת ההמחאה מקיימת את מאפייני המשכון (ספרם של זלצמן וגרוסקופף, עמ' 95-96). במצב כזה, לשיתם של זלצמן וגרוסקופף, העסקה יוצאת מתחום שליטתו של חוק המחאת חיובים ועוברת לשליטתו הבלעדית של חוק המשכון.

גישת המשכון לפיה לא ייתכן שסעיף 1(ב) לחוק המחאת חיובים יצר שעבוד מסוג מיוחד, המקים תוצאות שונות משעבוד זכויות רגיל, באופן שממלט את העסקה מהצורך ברישום בפנקסים. לפי גישה זו, המחאה על דרך השעבוד היא משכון, שעליו חל חוק המשכון בלבד, ומשכון זה משתכלל רק עם הרישום בפנקסים (דויטש, 73-76).

36. כאמור, על בית המשפט לבחון את ההתקשרות בין הצדדים הן בראי ההסכם שנערך ביניהם והן בראי המהות האמיתית של העסקה, לרבות התנהגותם של הצדדים בפועל. דהיינו, על בית המשפט לבחון האם הצדדים התכוונו להעביר ואף העבירו בפועל (לפי ההסכם ולפי התנהלותם) את הבעלות בחובות הלקוחות למממן (במקרה זה – לקופאס) או שמא מדובר ב"המחאה מותנית" המותירה את הבעלות בידי הממחה עד להתקיימותו של תנאי מסוים, היינו, המחאה על דרך השעבוד.

37. על מנת להגיע למסקנה שהבעלות בחובות הלקוחות הועברה לנמחה (לקופאס במקרה דנן) יש לבחון אם התקיימו בנסיבות המקרה הספציפי מאפיינים של העברת בעלות אל הנמחה (הגורם המממן). הכוונה להעביר את הבעלות בזכות באופן מיידי צריכה לעלות בצורה ברורה מן העסקה [ע"א 599/89 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' חגי פאר, ר"ח, פ"ד מה(4) 870, 874 (1991) (להלן: עניין פאר)].

(א) מאפיין מרכזי של העברת בעלות היא כי הרוכש נוטל את הסיכון לירידת ערך של הנכס או הזכות, למשל אי פירעון החוב עקב חדלות-פירעון של הלקוחות (עניין חרושת מתכת, פסקה 20; מאמר לרנר, עמ' 287);

(ב) עסקת העברת בעלות תלויה ביצירת מנגנונים של פיקוח ושליטה על הזכות המומחית, כגון: העברת תקבולי הלקוחות ישירות לידי הגורם המממן, הגבלה על עירובם עם נכסים אחרים של הממחה וכן מעקב שוטף של הנמחה על הזכות (ראו והשוו: עניין ויטה, פסקה 48(ב); עניין חרושת מתכת, פסקה 28);

(ג) שלילת הזכות של הגורם המממן לחזור לממחה (החייב המקורי) במידה והחוב לא ייפרע על-ידי החייב – קרי יצירת יחסים עצמאיים בין הגורם המממן (הנמחה) לבין לקוחות החברה – ככלל תלמד אף היא על העברת בעלות (הלכת יהושע, עמ' 959; עניין פאר, פסקה 4.ג.; עניין חרושת מתכת, פסקה 34; מאמר לרנר, עמ' 288-287; עניין ויטה, פסקה 1 לחוות דעתו של השופט י' עמית);

(ד) העברת הזכות ה"ביטוחית" על חובות הלקוחות לגורם המממן עשויה ללמד על העברת בעלות (עניין פאר, פסקה 4; עניין חרושת מתכת, פסקה 32);

(ה) מבחן נוסף להבחנה בין מכר לבין משכון מתמקד בשארית הנותרת ממימוש הנכס – אם זכותו של הנמחה מצטמצמת לגובה החוב שחייב לו הממחה, משמעות הדבר היא שהנמחה לא קיבל זכות מלאה על הנכס אלא רק את הזכות להיפרע ממנו. ככלל, נסיבות כאלה מהוות אינדיקציה לכך שמדובר בנכס המשמש בטוחה לחיוב, ולא נכס מושא לעסקת מכר (עניין חרושת מתכת, פסקה 33).

(ו) קיומה של בטוחה, כגון שטר חוב, שמקבל הנמחה מהממחה ילמד על היות העסקה עסקת שעבוד ולא מכר (מאמר לרנר, עמ' 288).

38. להלן נסקור את סעיפי ההסכם והנספח אשר עשויים ללמדנו על אופן הקצאת הסיכונים בין הצדדים במסגרת העסקה. יצוין, כי השאלה אם מדובר בהמחאה מלאה (העברת בעלות) או בהמחאה על דרך השעבוד "איננה צריכה להיבחן בראייה של כל פרט בנפרד ובחינתו בזכוכית מגדלת, אלא בראייה כוללת של מהות ההתקשרות" (עניין פאר, עמ' 876). העסקה עוצבה על ידי הצדדים כראות עיניהם, ועל בית המשפט להתחקות אחר כוונתם בהתחשב בנסיבות ההתקשרות הספציפית (עניין חרושת מתכת, פסקה 37).

(א) מבנה העסקה היה כזה שקופאס שילמה מקדמה בסך 85% מסך כל "חוב מאושר" של הלקוח (סעיף 7.1 להסכם בצירוף סעיף 3.4 לנספח). בנוסף, קופאס התחייבה לשלם לאגרקסקו את ההפרש בין סכום המקדמה לבין סכום התמורה, וזאת גם אם לא הצליחה לגבות את החוב המאושר של הלקוח במלואו (סעיף 7.2 להסכם). לעומת זאת, בכל הנוגע ל"חוב לא מאושר", נקבע כי כל עוד זה לא נגבה מהלקוח, תהיה קופאס פטורה מתשלום תמורתו (סעיף 7.3 להסכם).

מצד אחד, העובדה שקופאס התחייבה לשלם לאגרקסקו, בגין "חובות מאושרים", את ההפרש בין סכום המקדמה לבין סכום התמורה, גם אם לא הצליחה לגבות את החוב במלואו, מלמדת על העברת הסיכון במלואו לקופאס. מצד שני, כפי שציין בית המשפט המחוזי, קופאס התייחסה לתשלום של 85% כמקדמה והותרת הפרש כמעין "בטוחה" נוספת, למקרה שהחוב לא ייגבה במלואו, כך שלמעשה, קופאס "ביטחה" עצמה כנגד אובדן מלוא סכום החוב. בנוסף, התחייבות זו של קופאס אינה רלוונטית לחובות שלא הוגדרו בהסכם "חובות מאושרים".

(ב) החובות המאושרים של הלקוחות בוטחו בביטוח אשראי על ידי הבסס"ח. בסעיף 2.2 לנספח התחייבה אגרקסקו להמחות לקופאס את מלא זכויותיה מכוח הפוליסה בקשר לחובות שהומחו לקופאס, כך שקופאס תהיה המוטב הבלעדי לקבלת תגמולי הביטוח בגינם. בצד זאת, חובת תשלום הפרמיה ויתר החבויות מכוח הפוליסה נותרו על כתפי אגרקסקו.

המחאת הזכות לתקבולי ביטוח מכוח הפוליסה של בסס"ח לקופאס עשויה, לכאורה, להוות סממן של העברת בעלות בחובות לקופאס. עם זאת, העובדה שקופאס מהווה אך ורק "מוטב" של הפוליסה, ואינה המבוטח המשלם את הפרמיה, יכולה ללמד כי מדובר בעסקה מסוג שעבוד (באופן דומה, בעסקת שעבוד סטנדרטית מסוג "משכנתא", נהוג שרוכש הדירה מחויב לרכוש פוליסת ביטוח שבו מוגדר הבנק, נותן ההלוואה, כמוטב במקרה של התרחשות המקרה הביטוחי). כמו כן, הגדרת קופאס כמוטב של הפוליסה, מלמדת כי היא ביקשה לבטח עצמה כנגד אובדן החובות, כך שלמעשה לא נטלה על עצמה סיכון במקרה של אי-תשלום (השוו: עניין חרושת מתכת, פסקה 32).

(ג) במקרה של מחלוקת מול לקוח הנוגעת ל"חוב מאושר", התחייבה אגרקסו להשיב לקופאס מיידית כל מקדמה שקיבלה על חשבון אותו חוב (סעיף 13.2 להסכם).

התחייבות זו של אגרקסו מלמדת כי הסיכון לאי-תשלום החוב על ידי הלקוחות לא עבר במלואו לקופאס. אם היה מדובר במכר, מצופה היה כי במקרה של מחלוקת, תהיה קופאס בעלת הריב מול הלקוח החולק על החוב או שתיאלץ לנקוט הליכים משפטיים לגביית החוב מאגרקסו. הבטחת החזר המקדמה לקופאס מצביעה על כך שלא מדובר במכר.

(ד) בסעיפים 3.5 ו-3.6 לנספח נקבע כי לא תימסר לחייבים הודעה על המחאת חובותיהם לקופאס. בכך שינו הצדדים מהאמור בסעיף 9.1 להסכם, שם נאמר כי לחייבים המאושרים תימסר הודעה בכתב על ההתקשרות ועל המחאת החובות לקופאס. בנוסף, בסעיף 3.7 לנספח הסכימו הצדדים כי החובות המאושרים ישולמו לחשבונותיה של אגרקסו ולא לחשבונה של קופאס. גם בכך שינו הצדדים מהאמור בסעיף 9.3 להסכם אשר בו נקבע כי החובות ישולמו ישירות לחשבון קופאס. עוד נקבע בסעיף 3.7 לנספח, כי אגרקסו תנהג בכספים שיתקבלו מן החייבים המאושרים כנאמן של קופאס עד להעברתם, בהקדם האפשרי, לחשבון קופאס.

לטעמי, מדובר באינדיקציה חזקה ביותר לכך שלא מדובר בעסקת המחאה מלאה: הצדדים הסכימו, במפורש – תוך שינוי הוראותיו של ההסכם – שלקוחות החברה לא יידעו על המחאת החובות לקופאס, ויתרה מכך, תשלום החובות של הלקוחות ימשיך ויתבצע ל"חשבונות" אגרקסו ולא לחשבונה של קופאס. במלים אחרות, קופאס לא הותירה לעצמה כל יכולת שליטה או פיקוח על גביית הכספים ועל מיקום הפקדתם, או על הפרדתם מכספיה האחרים של אגרקסו. אמנם, נקבע כי אגרקסו "[ת]נהג בכספים שיתקבלו כאמור כנאמן של קופאס", אולם לא הוברר במסגרת ההסכם מה טיבה של נאמנות זו (ועל כך עוד בהמשך). בהסכם אין כל הוראה המחייבת את אגרקסו להחזיק את כספי הלקוחות בנפרד מכספים אחרים שלה (נהפוך הוא, משתמע כי מדובר בחשבונות הרגילים שאליהם נהגו הלקוחות להפקיד את הכספים).

(ה) אגרקסו התחייבה להמציא לקופאס שטר חוב חתום על ידה להבטחת קיום כל התחייבויותיה על פי ההסכם.

גם מתן שטר החוב הוא מאפיין של עסקת שעבוד ולא של עסקת מכר, כפי שמצוין במאמר לדנר. אמנם, לא מדובר בשטר חוב להבטחת התחייבויותיהם של הלקוחות, אולם אין בכך רבותא, שהלא אגרקסקו התחייבה לגבות את חובות הלקוחות, דהיינו שטר החוב מבטיח את התחייבותה זו. שטר חוב זה, בשילוב המחאת תקבולי הביטוח של הבסס"ח, מבטיחים את קופאס באופן מלא נגד אי-תשלום חובות של לקוחות (עקב חדלות-פירעון של הלקוח או מסיבה אחרת), ומלמדים על היעדר העברת בעלות מלאה בהם לקופאס.

(ו) בנספח (סעיף 8.3) בוטל הסעיף בהסכם אשר בו קופאס שמרה לעצמה זכות קיזוז מול אגרקסקו (סעיף 7.5 להסכם). לכאורה יש בכך כדי ללמד על נטילת סיכון משמעותי יותר על ידי קופאס, אולם לא הייתי נותן משקל משמעותי ביותר לסממן זה, שכן הוא אינו נוגע ישירות ליחסים בין קופאס לבין בעל החוב (הלקוחות) ולמעשה אף אחד מהצדדים לא התייחס אליו.

(ז) בשולי הדברים, יש להוסיף כי קופאס עצמה בחרה לרשום את המחאת הזכות, אם כי באיחור. הרישום עצמו מהווה אינדיקציה לכך שמדובר בבטוחה ולא במכר [עניין חרושת מתכת, פסקה 35; ע"א 1321/06 סגל נ' סגל פרזול בע"מ בפירוק, פסקה 18 (15.11.2007) (להלן: עניין סגל)]. בהקשר זה יצוין, כי בהודעה שהגישה קופאס לרשם החברות צוין כי מדובר ב"המחאה מוחלטת על דרך המכר". על פניו, מדובר בניסיון להחזיק את החבל בשני קצותיו – הלא אם מדובר בהמחאה על דרך המכר לכאורה לא היה צורך לבצע רישום שלה (בכפוף לאמור בסעיף 97 לפקודת פשיטת הרגל) ואילו אם מדובר בהמחאה הדרושה רישום, הרי שקופאס העידה על עצמה כי מדובר בבטוחה.

39. לטעמי, בחינתם של הסממנים שנסקרו לעיל כמכלול, מלמדת כי לא הועברה לקופאס הבעלות בחובות הלקוחות, דהיינו, לא מדובר בהמחאה מלאה על דרך המכר. צדק, אפוא, בית המשפט המחוזי כשקבע שמדובר בעסקת המחאה על דרך השעבוד. הצדדים העידו על עצמם, בעצבם את העסקה, כי האמור בסעיף 3 להסכם – שכפי הנראה הוא סעיף סטנדרטי המופיע בהסכמים עליהם נוהגת קופאס לחתום עם לקוחותיה – נסוג מפני הוראות הנספח. גם מאפייני התנהלות הצדדים בפועל – רישום ההמחאה על ידי קופאס בפנקסי החברה; העובדה שהיא לא טרחה לברר היכן הופקדו כספי הלקוחות ולא הקפידה שיועברו לחשבונה תוך שלושה ימי עסקים כפי שנקבע בהוראות ההסכם; בצירוף היעדר הפרדה בין כספי הלקוחות מגרמניה לבין יתר כספי

החברה – כל אלה מעידים שלא מדובר בעסקה המעבירה את הבעלות בחובות הלקוחות לקופאס.

כוונת הצדדים, כפי שהיא באה לידי ביטוי בהוראות ההסכם והנספח וכן בהתנהגותם, הייתה ליצור שעבוד על חובות הלקוחות כבטוחה להחזרת הלוואה שנתנה קופאס לאגרסקו. לא ניתן להתעלם מהעובדה שנותן המימון הוא תאגיד פיננסי עולמי שתחום עיסוקו במתן הלוואות ומימון. בידי של גוף כזה לעצב את המערכת ההסכמית בצורה שתגן על זכויותיו בצורה הטובה ביותר. אם כך בחרה קופאס לעצב את ההסכם בינה ובין החברה, הרי שהיא עשתה זאת במודע ומתוך נטילת הסיכון לתוצאות של אי פירעון החוב על ידי אגרסקו.

40. בשולי הדברים אעיר, כי לטעמי, העובדה שהצדדים קבעו שאגרסקו תשמש "נאמן" של קופאס בכספים אלה, עד להעברתם לקופאס, אינה יכולה ללמד אותנו האם העסקה יצרה המחאה על דרך המכר או המחאה על דרך השעבוד. כאמור, סיווג העסקה נלמד לאו דווקא ממילותיה אלא מהמהות האמיתית שלה. במקרה דנן, כאמור, מסקנתי היא כי קופאס נותרה נושה של אגרסקו ותו לאו.

כעת אעבור לבחינת השאלה האם היה על המערערת לרשום את השעבוד כתנאי לתוקפו כלפי המפרקים ויתר הנושים.

השלב השני - האם חלה על המחאת הזכויות במקרה דנן חובת רישום?

41. מספר הוראות חוק קובעות כי תנאי לתוקפו של שעבוד כלפי מפרק של חברה או כלפי נושיה האחרים הוא רישומו של השעבוד בפנקסי החברה ברשם החברות. מטרתה של חובת הרישום היא הפיכת השעבוד לפומבי וזאת על מנת להגן על המפרק ועל נושיה האחרים של החברה כמו גם על הנושה שלטובתו נוצר השעבוד [ראו: ע"א 596/86 בן ציון נ' גורני, פ"ד מג(2) 464, 460 (1989) (להלן: עניין בן ציון); ע"א 2833/04 רגיס בע"מ נ' רו"ח גבראל טרבלסקי, הנאמן על דן רולידר בע"מ, פסקה 25 (3.8.2009) (להלן: עניין רגיס); דברי השופט א' רובינשטיין בע"א 1339/12 בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' אי.סי.אם יצרני מיזוג אוויר בע"מ (בפירוק), פסקה ב (27.4.2014) (להלן: עניין אי.סי.אם); מאמר זלצמן וגרוסקופף, עמ' 82 ה"ש 129].

42. אפתח בסעיף 4 לחוק המשכון, הקובע חובת רישום של המשכון על מנת שיהא בעל תוקף כלפי נושים אחרים. השאלה האם חובת הרישום שבסעיף זה חלה על המחאה מכוח שעבוד שנויה במחלוקת. כפי שצינתי לעיל, קיימות מספר גישות לגבי

טיבה של המחאה על דרך שעבוד ולגבי השאלה האם הוראות חוק המשכון – ובפרט חובת הרישום שבסעיף 4 – חלות עליה. גישות מסוימות דוגלות בכך שהוראת סעיף 4 לחוק המשכון, המחייבת את רישום המשכון כתנאי לתוקפו כלפי צדדים שלישיים, חלה על המחאה על דרך השעבוד וישנם גם כאלה הגורסים כי המחאה על דרך השעבוד נותרת המחאה ואינה "משכון", ולכן סבורים כי חובת הרישום לפי סעיף 4 לחוק המשכון אינה חלה על המחאה על דרך השעבוד (לסקירת הגישות השונות בעניין זה ראו: הלכת יהושע, עמ' 957-958; עניין יוגב, פסקה 35). בנסיבות המקרה דנן, איני רואה צורך להכריע בשאלה הכללית של תחולת סעיף 4 לחוק המשכון על המחאה על דרך השעבוד, שכן בענייננו קיימת הוראת חוק ספציפית החלה בנסיבות המקרה.

43. סעיף 178(א) לפקודת החברות קובע כי בהיעדר רישום אצל רשם החברות בדרך ובמועד הקבועים בסעיף 179 לפקודת החברות, שעבוד שיצרה חברה יהיה בטל כלפי המפרק וכל נושה של החברה. כלל זה חל ברשימה סגורה של מקרים, לרבות "שעבוד חובות לקוחות" (סעיף 178(א)(4) לפקודת החברות). רישום השעבוד ברשם החברות משכלל את המשכון (על ההבחנה בין יצירת המשכון, שכלול המשכון ומימוש המשכון ראו עניין אי.סי.א.ס.). ככל שהרישום נעשה בתוך פרק הזמן שקוצב סעיף 179(א) לפקודת החברות, יהיה תוקפו של השעבוד כלפי צדדים שלישיים למפרע מיום יצירתו. אם לא נרשם השעבוד במועד, יהיה בטל כלפי המפרק וכל נושה של החברה. בהמשך אדון בשאלת תוקפו של שעבוד שנרשם באיחור.

44. בנוסף, יש ליתן את הדעת לסעיף 97 לפקודת פשיטת הרגל, אשר חל במקרה של פירוק חברה מכוח סעיף 356 לפקודת החברות. סעיף 97 לפקודת פשיטת הרגל מורה כי המחאה כללית של זכויות אינה תקפה כלפי המפרק, אלא אם כן היא נרשמה במרשם החברות. בד בבד, הסעיף קובע שלושה חריגים, שבהתקיים אחד מהם עשויה ההמחאה להיות תקפה חרף העובדה שלא נרשמה: (א) המחאת זכויות כלפי חייבים, זכויות שפורטו בהמחאה ושזמן פרעונן חל בשעת ההמחאה או לפניה; (ב) זכויות קיימות או עתידות לבוא, לפי חוזים שפורטו בהמחאה; (ג) המחאת זכויות הכלולות בהעברת עסק בתום-לב ובתמורה. החלופה העשויה להיות רלוונטית לענייננו היא חלופה (ב), שלגביה נפסק כי "מן הנמנע לפרש את הביטוי "חוזים שפורטו" אשר בחלופה ב' פירוש רחב, אלא יש לפרשו פירוש צר ודוקני" [עניין בן ציון, עמ' 463; ע"א 5578/93 נדב נ' טרגובי, פ"ד מט(2) 459, 468-469 (1995)].

45. התשובה לשאלה מהו ההסדר הסטטוטורי שחל על ענייננו עשויה להשליך על השאלה האם בהיעדר רישום יש לעסקה דנן תוקף כלפי המפרק ויתר הנושים, אם לאו.

בעוד שסעיף 178(א) לפקודת החברות קובע חובת רישום כללית של שעבוד, ללא חריגים, כתנאי לתוקפו כלפי צדדים שלישיים, הרי שסעיף 97 לפקודת פשיטת הרגל קובע חובת רישום של המחאת זכויות כללית כתנאי לתוקפה כלפי צדדים שלישיים, אולם לחובה זו ישנם חריגים, כמפורט לעיל. אני סבור כי סעיף 97 לפקודת פשיטת הרגל אינו חל בנסיבות ענייננו, שכן הוא חל על "המחאת זכויות", בעוד שבענייננו הגענו למסקנה כי מדובר בעסקת הלוואה המלווה בשעבוד. לכן, בנסיבות דנן, חל ההסדר הקבוע בסעיף 178(א)(4) לפקודת החברות, שעניינו שעבוד חובות לקוחות.

מיד אדון בשאלה מה ההשלכה של הרישום המאוחר של השעבוד על ידי קופאס. אולם לפני כן, אציין, כי גם לו היה סעיף 97 לפקודת פשיטת הרגל חל בענייננו, לא היה מקום לקבוע כי חל החריג הנזכר לעיל, שכן אני סבור שניתן לומר כי במסמך ההמחאה (במקרה דנן – ההסכם) פורטו החוזים כנדרש. ההסכם אינו כולל כל פירוט של החוזים שהחובות מכוחם שועבדו לטובת קופאס. לכל היותר ניתן לומר שב"הצהרה" שהעבירה אגרקסקו לקופאס, פורטו פרטי החשבוניות, אולם לדעתי אין בכך כדי לפטור את קופאס מחובת הרישום של השעבוד, שכן לא ניתן ללמוד פירוט זה מן ההסכם. טיבו של ההסכם הוא כזה שחובות הלקוחות המומחים היו אמורים להשתנות מעת לעת, עם פירעונם על ידי הלקוחות ותשלומם לקופאס. ברי כי לא ניתן לומר שבמקרה שכזה מדובר ב"חוזים שפורטו" שכן החוזים הפרטניים משתנים מעת לעת.

46. תכלית הרישום היא יידוע ופומביות כלפי צדדים שלישיים, ואין לאפשר עקיפת תכלית זו באמצעות עריכת מסמכים נלווים שאינם חשופים ואינם יכולים להיות ידועים לצדדים שלישיים. בנסיבות העניין, לגישתי, היה מקום לרשום את הסכם ההמחאה, באופן שיחבוק את החובות העתידיים של הלקוחות ששועבדו או ישועבדו (השור: עניין אי.טי.אם, פסקה 14; עניין חרושת מתכת, פסקה 36).

מה תוקפו של הרישום המאוחר של השעבוד?

47. נזכיר, כי חרף האמור בסעיף 179 לפקודת החברות, לא נרשם השעבוד ברשם החברות בתוך 21 ימים מיצירתו. ביום 30.6.2011 הגישה קופאס לרשם החברות "הודעה על המחאת זכות", אשר נרשמה בפועל רק ביום 10.8.2011. ביום 30.6.2011 (אותו יום בו הוגשה ההודעה הנ"ל לרשם החברות) הוגשה בקשה דחופה לצו הקפאת הליכים לבית המשפט. מה תוקפו של רישום זה כלפי המפרק והנושים האחרים, בהינתן העובדה שהוא לא נעשה בתוך 21 הימים הקבועים בסעיף 179 לפקודת החברות?

48. כידוע, ככל שמסמכי השעבוד הוגשו לרישום בתוך 21 ימים ממועד יצירת השעבוד, בהתאם לסעיף 179 לפקודת החברות, יהיה לו תוקף כלפי המפרק והנושים, גם אם בין מועד היצירה ומועד השכלול (הרישום) נכנסה החברה להליכי פירוק [ע"א 6/89 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' מפרקי מעוף נתיבי אויר בע"מ, פסקה 5 (1.12.1994)]. בנוסף, נפסק כי אין לתת תוקף לשעבוד שנרשם באיחור (בחלוף המועד הקבוע בפקודת החברות), לאחר שהחלו הליכי פירוק (עניין רגיס).

הכנ"ר סבור כי הגם שלא מדובר בפירוק חברה, כי אם במתן צו הקפאת הליכים, הרציונל שהנחה את בית המשפט בעניין רגיס חל גם בענייננו. זאת, נוכח הדמיון הרב הקיים בין הליך הפירוק והליך הקפאת ההליכים.

49. השאלה המתעוררת במקרה דנן היא, מה תוקפו של שעבוד, שנרשם באיחור (לאחר 21 הימים הקבועים בסעיף 179 לפקודת החברות), לפני תחילת הליך הפירוק, אולם לאחר שהחלו הליכי הקפאת הליכים של החברה? במלים אחרות, האם הרציונלים שהובילו את בית המשפט לקבוע, בעניין רגיס, כי לשעבוד שנרשם באיחור ולאחר שהחל הליך הפירוק אין תוקף כלפי המפרק ונושי החברה, חלים גם במצב של הקפאת הליכים.

50. בעניין רגיס נקבע, כי לאחר תחילת הפירוק מתגבשות ציפיות וזכויות הצדדים ואין להכיר בשעבוד הפוגע בכך (שם, פסקה 19). הכרה בשעבוד שנרשם באיחור, לאחר תחילת הליך הפירוק, תוביל להעדפתו הקניינית של בעל המשכון על פני נושים אחרים. כפי שלאחר תחילת הפירוק אין לבצע עסקה בנכסי החברה אלא באישור בית המשפט, הרי שגם לא ניתן להכיר בשעבוד שלא שוכלל עובר להליך הפירוק, שכמוהו כעסקה המעניקה לאחד מנושי החברה עדיפות על פני נושים אחרים. בנוסף, לאחר תחילתו של הליך הפירוק, זוכה עקרון השוויון בין הנושים למעמד בכורה. הכרה בתוקף השעבוד שנרשם באיחור תפגע בנושי החברה וכך בעקרון השוויון. זאת ועוד, הכרה בתוקפו של שעבוד שנרשם באיחור לאחר תחילת הליכי פירוק פוגעת גם בתכליות של רישום השעבוד והפומביות של המרשם – הגנה על הנושה בעל השעבוד, מצד אחד, ועל הנושים הכלליים ויתר הנושים המובטחים של החברה, מצד שני, ויצירת ודאות ויציבות מסחרית.

51. נבחן את הדברים ביחס להליך של הקפאת הליכים. הקפאת הליכים ננקטת, בדרך כלל, כאשר מצבה הכלכלי של החברה קשה, והיא תחת סכנה מיידית או קרובה של קריסה טוטאלית [ורדה אלשיך, גדעון אורבך הקפאת הליכים – הלכה למעשה 13

(מהדורה שניה, 2010) (להלן: אלשיך ואורבך). הסעד המידי של הקפאת הליכים מגן על החברה מפני נקיטת הליכים מידיים על ידי נושים שונים, דבר שיוביל בוודאות למצב בלתי הפיך של קריסה מוחלטת. הקפאת ההליכים, אם כן, מבודדת את החברה, יוצרת לה "מעטפת הגנה" מפני נקיטת הליכים על ידי נושיה ומותירה אותה כעסק חי עד לגיבושו ואישורו של הסדר נושים. בתקופת הזמן הזו ממונה לחברה בעל תפקיד, שתפקידו לא רק לנהל את החברה מבחינה פיננסית בתקופת הקפאת ההליכים אלא גם לאבחן את מצבה ולבחון האם יש לחברה סיכוי להשתקם ולפעול כעסק חי או שפני החברה לפירוק. במלים אחרות, הקפאת ההליכים יכולה להוות השלב הראשון של הליך השיקום של החברה. בד בבד, פעמים רבות, הקפאת הליכים אינה אלא חוליה בדרך לחיסולה הסופי של החברה.

52. קיים דמיון רב בין הליך הפירוק לבין הליך הקפאת ההליכים (אלשיך ואורבך, עמ' 24): שניהם מתנהלים כהליך קולקטיבי תוך הטלת מגבלה חד-משמעית על נקיטת הליכי גבייה אינדיבידואליים על ידי נושים; בשניהם הנחת המוצא היא כי אין במסת נכסי החברה די כדי לכסות את מלוא חובותיה, הקיימים או העתידיים; שני ההליכים אוכפים את עקרון השוויון בין הנושים, בכפוף למדרג הנשייה הקבוע בפקודת החברות; בשני המקרים מנועים הנושים מלנקוט הליכים נוספים ועליהם להסתפק בדיבידנד שקיבלו במסגרת הסדר הנושים או הליך הפירוק; שני ההליכים מעבירים את ניהול החברה לידי בעל תפקיד המייצג את האינטרס הקולקטיבי של הנושים ומשמש זרועו הארוכה של בית המשפט; שני ההליכים נשענים על מערכת סדורה ונוקשה של דינים קוגנטיים [ראו גם: פש"ר (מחוזי ת"א) 1700/05 קרול נ' כהן, פסקה 4 (21.5.2006)]. (27.11.2002); פש"ר (מחוזי ת"א) 1802/02 חיון נ' עו"ד איתן ארז לדברי אלשיך ואורבך (עמ' 27), בכל הנוגע למישור יחסי החברה עם נושי העבר שלה, חלים דיני חדלות הפירעון, בדומה למצבה ולמעמדה של חברה בפירוק.

53. בהינתן הדמיון הקיים בין הליך הקפאת הליכים ובין הליך פירוק בכל הנוגע לנושי העבר של החברה, אני סבור כי, ככלל, אותם רציונלים שהובילו למסקנה כי אין תוקף לשעבוד שנרשם באיחור ולאחר פתיחת הליך הפירוק, חלים גם בהקשר של שעבוד שנרשם באיחור ולאחר פתיחת הליך של הקפאת הליכים. כך, הרצון להגן על הנושים האחרים של החברה, על ידי יידועם אודות קיומו של שעבוד ומתן אפשרות לכלכל את צעדיהם כאשר הם מתנהלים מול החברה, חל גם כאשר מדובר בהקפאת הליכים. אותם נושים שערכו עסקים עם החברה או נתנו לה מימון, קודם להליך הקפאת ההליכים, ייפגעו אם תינתן לבעל השעבוד עדיפות על פניהם, חרף האיחור ברישום השעבוד, תוך פגיעה בעיקרון השוויון. אותם נושי עבר לא יוכלו לרפא את הפגיעה

בהם, קרי, לא יוכלו לתבוע את אובדן חלקם היחסי בחובות, גם אם בסופו של דבר תצלח החברה את הליך הקפאת ההליכים ותחזור לתפקד כעסק חי.

54. לכך יש להוסיף את חוסר תום הלב בו נגועה הבקשה לרישום המחאת הזכויות שהגישה קופאס לרשם. כפי הנראה, קופאס עצמה לא סברה מלכתחילה כי עליה לרשום את המחאת הזכויות מכוח ההסכם. אולם עם היוודע לה דבר הקשיים הפיננסיים אליהם נקלעה אגרקסקו, פנתה "לְבַטֵּחַ" עצמה באמצעות רישום המחאת הזכויות ברשם החברות. ודוק: יומיים לפני הגשת הבקשה להקפאת הליכים פנתה קופאס לאגרקסקו והתריעה על הפרת ההסכם מצד האחרונה עקב הימנעות מהעברת הכספים ששייכים לה. כמו כן, בימים שלפני הגשת הבקשה להקפאת הליכים כבר התפרסמו בתקשורת ידיעות אודות מצבה הכלכלי הקשה של אגרקסקו. היינו, אין כל ספק כי הרישום המאוחר של המחאת הזכויות נולד עקב הפרת ההסכם מצד אגרקסקו והידיעות אודות מצבה הכלכלי הקשה ומתוך רצון לקדם את מעמדה בתור הנשייה של החברה.

55. איני שולל כי ייתכנו מצבים חריגים שבהם יכיר בית המשפט בתוקפו של שעבוד שנרשם באיחור ולאחר תחילתו של הליך הקפאת הליכים. אולם לדידי, בעשותו כן, על בית המשפט לבחון את הפגיעה שתיגרם, עקב כך, ליתר הנושים – הן הנושים המובטחים הן הנושים הרגילים – וכן את תום לבו של בעל השעבוד ואת הנסיבות שבעטיין נרשם השעבוד באיחור.

56. בנסיבות המקרה דנן, כאמור, אני סבור כי אין מקום ליתן תוקף לרישום ההמחאה שנעשה באיחור. מתן תוקף שכזה לשעבוד מנוגד לתכליתה של חובת הרישום ויפגע ביתר נושי החברה, לרבות הנושים המובטחים, תוך עקיפת עקרון השוויון.

57. משהגעתי למסקנה כי רישום השעבוד נעדר תוקף כלפי המפרק ונושי החברה, איני רואה צורך להכריע בשאלה אם צדק בית המשפט המחוזי בקביעתו כי השעבוד שרשמה קופאס נוגד את אגרות החוב הרשומות שבמסגרתן נרשמו השעבודים הצפים של הבנקים (השוו לעניין זה: עניין סגל, פסקה 21).

נאמנות

58. המערערת טוענת לאורך ערעורה כי ההסכם בין הצדדים יצר "נאמנות" של החברה לטובת המערערת ביחס לכספי התקבולים שהתקבלו אצלה. סעיף 9.3 להסכם, עליו עמדנו לעיל, קבע כי החברה תדאג שחובות הלקוחות ישולמו ישירות לחשבונה של קופאס, אולם הוסיף וקבע כי סכומים שיתקבלו אצל החברה על חשבון החוב,

יועברו לקופאס וכל עוד הם מצויים בידי החברה היא תחזיק בהם "בנאמנות עבור קופאס, בנפרד משאר מטלטלי[ה], ולא [ת]אפשר לאף צד שלישי לרכוש בהם זכויות". כפי שציינו לעיל, סעיף 3.7 לנספח קובע כי על אף האמור בהסכם, החובות ישולמו "לחשבונות הספק ולא לחשבון קופאס, והספק ינהג בכספים שיתקבלו כאמור כנאמן של קופאס עד להעברתם בהקדם האפשרי לחשבונה של קופאס...". כזכור, הוראות הנספח גוברות על הוראות ההסכם במקרה של סתירה ולכן סעיף 3.7 לנספח גובר.

59. בית המשפט המחוזי סבר כי לא נוצרה בנסיבות העניין נאמנות של החברה כלפי המערערת, משום ש"שומה היה על הצדדים לקבוע את הנאמנות במסמך סדור נפרד שבו יפורטו תנאי הנאמנות והדבר ירשם במרשם על מנת שהנושים יוכלו לדעת עליה". נאמנות על פי חוזה נוצרת כאשר תוכן ההתחייבות הכלולה בחוזה תואם את הגדרתה של נאמנות בסעיף 1 לחוק הנאמנות [שלמה כרם נאמנות 178 (מהדורה רביעית, 2004) (להלן: כרם)]. אלא שבניגוד לקביעתו של בית המשפט המחוזי, חוזה נאמנות לא חייב להיערך "במסמך סדור נפרד", אלא ככל חוזה אחר, הוא יכול שיעשה "בעל-פה, בכתב או בצורה אחרת", ואף בדרך של התנהגות או במשתמע [כרם, עמ' 184; ע"א 3829/91 וואלס נ' גת, פ"ד מח(1) 801, 812-813 (1994)]. יתרה מכך, לעתים קרובות חוזה נאמנות נכרת ללא פורמליות או פירוט תנאי הנאמנות (כרם, עמ' 185). זאת ועוד, צדדים לחוזה נאמנות רשאים לשנות את תנאיו וכך ליצור חוזה חדש. על חוזה נאמנות חלים דיני החוזים הרגילים, וזאת ככל שאין בחוק הנאמנות הוראות מיוחדות, הגוברות במקרה של סתירה (ראו: ע"א 1631/02 גורבן נ' עמותת תשובה יצחק לפתרון מצוקת הדיור, פסקה 7 (31.7.2003); כרם, עמ' 182).

60. בנסיבות המקרה דנן, כאמור, הצדדים ציינו בהוראות הנספח כי החברה תנהג בכספים שיתקבלו אצלה מהלקוחות "כנאמן". מעבר לכך, לא כלל ההסכם (לרבות הנספח) כל פירוט של תנאי הנאמנות. לכן עלינו להמשיך ולבחון את טיבם של היחסים בין הצדדים לא רק לפי לשון ההסכם אלא גם מהתנהגותם. בפועל, כספי הלקוחות הופקדו בחשבונותיה הרגילים של אגרקסו ללא הפרדה בינם לבין כספי החברה האחרים. אגרקסו לא נתנה כל דיווח לקופאס על הפקדת כספי הלקוחות אצלה. מן העבר השני, קופאס לא טרחה כלל לברר היכן ומתי הופקדו כספי הלקוחות. היא גם לא פנתה לאגרקסו לברר מתי יועברו אליה כספי הלקוחות, אלא לאחר שנודע לה על קשייה הכלכליים של החברה. במלים אחרות, קופאס לא הותירה לעצמה כל יכולת שליטה או פיקוח על גביית הכספים ועל מיקום הפקדתם, או על הפרדתם מכספיה האחרים של אגרקסו והיא אף לא ניסתה לעשות כן בפועל.

61. אני סבור כי התנהלות הצדדים – ובפרט התנהלותה של קופאס – בכל הנוגע לניהול כספי הלקוחות אינה מלמדת על יצירת נאמנות. גם לו התכוונו הצדדים מלכתחילה ליצור נאמנות בכספים אלה, הרי שבפועל לא נהגו כך ובהתנהגותם שינו את ההסכמה המקורית [על שינוי הסכם כתוב בדרך של התנהגות ראו: ע"א 4956/90 פזגז חברה לשיווק בע"מ נ' גזית הדרום בע"מ, פ"ד מו(4) 35, 40-41 (1992); ע"א 5630/90 תדמור נ' ישפאר חברה אלקטרונית למסחר בע"מ, פ"ד מז(2) 517, 523 (1993)]. היינו, בהתנהגותה ויתרה קופאס על הנאמנות של החברה כלפיה ביחס לכספי הלקוחות. כבר עמדתי לעיל על כך שמדובר בחברה עולמית המתמחה בפתרונות פיננסיים ומתן הלוואות. חזקה על חברה כזאת שלו הייתה רוצה ליצור נאמנות כלפיה, הייתה נוקטת משנה זהירות הן בניסוח החוזה והן בהקפדתה על אופן התנהלותו של ה"נאמן". משלא עשתה כן, נותרו כספי הלקוחות – לדעתי – בטוחה בלבד, אשר משלא נרשמה, אין לה תוקף כלפי המפרק והנושים. אין מדובר בכספי נאמנות, על כל הנובע מכך.

62. ייתכן שניתן להסתכל על הדברים גם בדרך של השתק ומניעות: משלא דאגה המערערת – גוף שעיסוקו במתן הלוואות ופתרונות פיננסיים – כי כספי "הנאמנות" יישמרו בנפרד מיתר כספי החברה, כי ידווח לה על קבלתם ועל העברתם אליה במועד, הרי היא מושתקת מלטעון כי החברה חבה כלפיה חובת נאמנות וכי הפרה חובה זו.

סוף דבר

63. מסקנותיי ביחס לשאלות שהצבתי לעיל הן כדלקמן: ראשית, לפנינו עסקת המחאה על דרך השעבוד ולא עסקה של המחאת זכויות על דרך מכר. שנית, מכיוון שאין מדובר במכר אלא בהמחאה על דרך השעבוד, היה על המערערת לרשום את השעבוד בהתאם לסעיף 178(א)(4) לפקודת החברות. גם לו הייתה, בנסיבות העניין, תחולה לסעיף 97 לפקודת פשיטת הרגל, הרי שלא חל החריג העוסק ב"חוזים שפורטו". שלישית, הרישום המאוחר של השעבוד, שנעשה לאחר המועד הקבוע בסעיף 179 לפקודת החברות ולאחר פתיחת הליכי הקפאת ההליכים, שולל את תוקפו כלפי המפרק ויתר נושי החברה. כל אלה מביאים למסקנה כי לקופאס אין אלא מעמד של נושה רגיל ביחס לחוב של אגרקסו כלפיה. זאת, הן בהתייחס לסכום של 4,212,258 יורו (שהתקבלו מהלקוחות בגרמניה עד למועד הקפאת ההליכים) והן ביחס לסכום של 241,380 יורו (שהתקבלו מהלקוחות בגרמניה לאחר מועד הקפאת ההליכים).

64. יושם אל לב, כי בהכרעתי לא התייחסתי כלל לספקות שהעלה בית המשפט המחוזי ביחס לאותנטיות והמהימנות של מסמכי המחאה, קרי, פירוט החשבונות

שכביכול הומחו לקופאס. בית המשפט המחוזי נתן דעתו, בין השאר, לעובדה שחלק ניכר מהחשבונות התייחסו לעסקאות שמועד התשלום בגינן היה סמוך למועד תשלום התמורה על ידי קופאס או אף קדם לו. לשיטתו, אופן התנהלות זה חותר תחת הגיונה של עסקת פקטורינג ולכן מלמד על כך שמדובר בעסקת מימון ולא בהמחאת זכויות. כמו כן, לשיטתו של בית המשפט המחוזי, היעדר ההסבר לפגמים בפירוט החשבונות שולל את טענתה של קופאס לפיה חל החריג שבסעיף 97 לפקודת פשיטת הרגל. כאמור, איני רואה צורך להכריע בסוגיות דנן ולא נזקקתי לכך במסגרת הכרעתי.

65. סיכומו של דבר, אציע לחבריי לדחות את הערעור על כל ראשיו, ולחייב את המערערת בהוצאות המשיבים כדלקמן: לטובת קופת הפירוק – סך של 25,000 ש"ח; לטובת בנק הפועלים, בנק לאומי, בנק מזרחי טפחות – סך של 15,000 ש"ח לכל אחד; לטובת הכנ"ר – סך של 10,000 ש"ח; לטובת הבנק הבינלאומי – סך של 5,000 ש"ח.

ש ו פ ט (בדימ')

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לתוצאה ולעיקרי ההנמקה של חברי, השופט י' דנציגר, בחוות דעתו המקיפה.

2. לשיטתי – המסקנה כי יש לסווג את ההסדר שנעשה ונהג כאן כ"עסקת המחאה על דרך השעבוד" ולא כ"עסקת מכר" אכן מתחייבת מהוראות החוק הרלבנטיות, שאליהן אפנה להלן:

(א) סעיף 1(ב) לחוק המחאות חיוביים, תשכ"ט-1969 מורה כך:

"המחאה יכול שתהיה לגבי הזכות כולה, או מקצתה
יכול שתהיה מותנית, או על דרך של שעבוד".

(ב) סעיף 2 (ב) לחוק המשכון, התשכ"ז-1967 קובע כהאי לישנא:

"הוראות חוק זה יחולו על כל עיסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב יהא כינויה של העיסקה אשר יהא".

לפיכך ניתוחו של חברי, השופט י' דנציגר, בהקשר האמור לנוכח אמות המידה שנקבעו בפסיקה לעניין זה והאבחנות שהוצעו על ידו – מקובלות עלי. עיינו גם: ע"א 8299/10 בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' חרושת בית השיטה (בה"ח) בע"מ (15.03.2015); מיגל דויטש, דיני המחאות חיובים, 168-162 (2018); A. G. Guest, on the Law of Assignment 52-55; (2012).

3. בניגוד לעמדת חברי שבחר שלא לדון בספקות שעלו לגבי עצם העיסקה ופרטיה – אני סבור כי התהיות שהציב בית המשפט המחוזי הנכבד (כב' השופט איתן אורנשטיין (כתוארו אז)) באשר לאותנטיות ולמהימנות של מסמכי ההמחאה היו במקומן. בענין זה אני שותף לדעה אותה הביע בית המשפט המחוזי הנכבד, שגרס, על פי הראיות שהוצגו בפניו, כי קשה למצוא הגיון כלכלי בהסדרי ה-Factoring שנעשו לכאורה במקרה שלפנינו. אף מטעם זה – התוצאה של דחיית הערעור מוצדקת. עם זאת גם אני מעדיף שלא להכריע בפרשנות סעיף 97 לפקודת פשיטת הרגל (נוסח חדש), התש"מ-1980, על החריג שבו, והנני מעדיף להשאיר את הסוגיות הכרוכות במכלול זה בצריך עיון, תוך הפניה בנושא זה לספרם של ד"ר שלמה לוין וד"ר אשר גרוניס, פשיטת רגל (מהדורה שלישית, 2010), שם בעמ' 365-367.

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט (בדימ') י' דנציגר.

ניתן היום, ח' בסיון תשע"ח (22.5.2018).

שופט

שופט (בדימ')

המשנה לנשיאה