

## בבית המשפט העליון

רע"א 1690/00

רע"א 1728/00

רע"א 2565/00

ע"א 6632/00

בפני :

כבוד המשנה לנשיא (בדימ') שי לוי  
כבוד השופט ת' אור  
כבוד השופט א' מצא  
כבוד השופט מ' חשין  
כבוד השופטת (בדימ') ט' שטרסברג-כהן  
כבוד השופט י' טירקל  
כבוד השופט (בדימ') י' אנגלרד

המבקשים ברע"א 1690/00 :  
1. מ. ש. קידוחי הצפון בע"מ  
2. אוקספורד בניה בע"מ  
3. אם סי אל בע"מ  
4. ב.ג.ז. בני גרייס זעאתרה בע"מ  
5. דוידאן יורם  
6. ח. בראשי בע"מ  
7. לנדאו אורי  
8. קזולה מוטי  
9. תעזו חברה להנדסה והספקה בע"מ

המבקש ברע"א 1728/00 : אהרון ליצי

המבקשים ברע"א 2565/00 :  
1. אכטמן חברה להנדסה בע"מ  
2. ש.ש. שירותי מנוף בע"מ  
המעוררים ברע"א 6632/00 :  
1. בון מארט מילניום בע"מ (בפירוק)  
2. עו"ד איתן ארז – מנהל מיוחד של חברת בון מארט מילניום בע"מ

נ ג ד

המשיבים ברע"א 1690/00  
וברע"א 2565/00 :  
1. ורד גוילי – מפרקת זמנית ומנהלת מיוחדת  
2. א. אבגל טכנולוגיה בע"מ (בפירוק זמני)  
3. כונס הנכסים הרשמי  
4. אוקספורד בניה בע"מ

5. א.ס.סי.אל בע"מ
6. ב.ג.ז. בני ג'רייס זעאתרה בע"מ
7. יורם דוידיאן
8. ח' בראשי בע"מ
9. אורי לנדאו
10. מוטי קזולה
11. תעז חברה להנדסה והספקה בע"מ
12. אגרינספרט בע"מ
13. אהרון בוטרשוילי
14. אורי נחמני ובניו קידוחים בע"מ
15. אלקטרון בע"מ
16. אמירון ומכונות ציוד לעיבוד מתכת
17. בן אדירי את כהן מכונות בע"מ
18. בסאם אבו עישה
19. אברהם ברט
20. ד.מ.ש.י.ל. מכונות כלים בע"מ
21. דני רן ביטון מובא בע"מ
22. דנרום בע"מ
23. הדר צעירי
24. הנעה חשמלית בע"מ
25. אלעמור חומרי בניין בע"מ
26. ח. י. נחום ייזום ופיתוח בע"מ
27. החברה הישראלית לטרקטורים
28. חי דולב החזקות בע"מ
29. חיים קליין ובניו
30. יום טוב עבוד שבבי 1987 בע"מ
31. יעקובוביץ בני
32. ישראלמרין יצור מבנים 3000 בע"מ
33. מבני בן יהודה בעמ
34. מולטיפק בע"מ
35. מורדוב רוברט
36. מורן לויט בע"מ
37. מסדים חברה קבלנית בע"מ

38. מפרם פרויקטים 1990 בע"מ  
 39. מקס רוזוב  
 40. נעם הלפרין  
 41. סופרסולד בע"מ  
 42. סתיו מוצרי פרסום בע"מ  
 43. ש.ש שירותי מנוף בע"מ  
 44. תרשיש מכונות וציוד בע"מ  
 45. מדינת ישראל – מע"מ

המשיבה ברע"א 1728/00 : א. אבגל טכנולוגיה בע"מ (בפירוק זמני)

- המשיבים בע"א 6632/00 :  
 1. אליעז בע"מ  
 2. כונס הנכסים הרשמי

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו מיום 16.2.02 בפש"ר 2737/99 (בש"א 63968/99, בב"א 2318/00 תיק פירוק 2838/99) שניתנה על ידי כבוד השופט ג' קלינג

בשם המבקש 1 ברע"א  
 עו"ד ניר דוידסון : 1690/00

בשם המבקשים 7-2 ברע"א  
 עו"ד אברהם גל : 1690/00 והמשיבים 10-3  
 ברע"א : 2565/00

בשם המבקש ברע"א  
 עו"ד ש. אולשיביצקי : 1728/00

בשם המערערים  
 עו"ד איתן ארז : 6632/00

בשם המשיבים ברע"א  
 עו"ד מור עודד, עו"ד מוני עזורה : 1690/00 ורע"א 1728/00,  
 ובשם המשיב 1 ברע"א : 2565/00

בשם המשיב 1 בע"א  
 עו"ד חיים סודקביץ, עו"ד שגיא פרייס : 6632/00

בשם המשיב 2 :  
 עו"ד רחל שני-שרפסקי

## פסק-דין

המשנה לנשיא (בדימ') ש' לוי:

### מבוא

1. סיטונאי מבקש למכור טובין לקמעונאי. הסיטונאי יכול להסכים עם הקמעונאי על המועד שבו תעבור אליו הבעלות בטובין, ואם לא הוסכם בין הצדדים להסכם המכר אחרת – עוברת הבעלות בטובין לקונה במסירתם: סעיף 33 לחוק המכר, תשכ"ח-1968 (להלן – חוק המכר). התשלום בעד הטובין יכול שיהיה בעת המסירה או מאוחר יותר, באשראי, כשהאשראי הוא מלא או חלקי. נמכרו הטובין באשראי – מלא או חלקי – נוצרו בין הסיטונאי לבין הקמעונאי שתי מערכות של יחסים, האחת – בנוגע לטובין והאחרת – בנוגע לחוב נשוא האשראי, שיכול ותהיה קיימת ביניהן זיקת גומלין. הבעלות בטובין יכול ותעבור לסיטונאי כבר בעת המסירה (או במועד אחר) וזכותו הבלעדית של הקמעונאי תהיה זכות אובליגטורית לתמורתו. בחלופה זו יכול שהקמעונאי ישעבד את הטובין לטובת הסיטונאי באחת מדרכי השעבוד המוכרות בדין ואז יבטיח השעבוד את החוב. יכול שיוסכם בין הסיטונאי לבין הקמעונאי שהבעלות תעבור אל האחרון רק אם יתמלא תנאי מתלה, כגון שהקמעונאי ישלם לסיטונאי את מלוא המחיר (אך גם אם יתמלאו תנאים מוסכמים אחרים) או שהבעלות, שכבר עברה אל הקמעונאי, תחזור אל הסיטונאי, כגון כשהקמעונאי לא שילם (תנאי מפסיק). אחת מהדוגמאות למקרה האחרון הוא "המכר החוזר", שהיה מקובל בעבר כאחת מדרכי השעבוד.

העיסקה בין הסיטונאי והקמעונאי יכול ותלבש מעטה של קונסיגנציה, שבגדרה קיבל (בדוגמה שדלעיל) הקמעונאי טובין במטרה למכרם, מבלי לקבל בהם את הבעלות "והבעלות תועבר רק אם הצליח הנעבר למכור את הנכס לצד שלישי, או שהודיע על רצונו לקנות את הנכס באופן מוחלט, או שחלפה התקופה המוסכמת לשימוש באופציית ההחזרה": ע"א 455/89 פ"ד מה(5), 490, 493-4 בהסתמך על חיבורו של א. זמיר "חוק המכר, תשכ"ח-1968", (להלן – פרשת קולומבו או הילכת קולומבו). במקרה כזה תצמח זכות כספית לסיטונאי כנגד הקמעונאי רק אם הטובין נמכרו או נתמלא תנאי אחר מתנאי העיסקה שלפיו עוברת הבעלות לקונה. הסכם למכירת טובין באשראי אינו נחשב עסקת קונסיגנציה, אך, כאמור, גם בגדרו יכול

והסיטונאי ישמר לעצמו את הבעלות כל עוד לא קבל את תמורת הטובין (סעיף שימור בעלות).

עיסקה הנוגעת למכירת טובין יכולה ללבוש צורות שונות ומגוונות. פלוני יכול למסור נכס למכירה פומבית על מנת שעורך המכירה הפומבית ייחשב כשליחו של פלוני, לצורך מכירה לצד שלישי תמורת עמלה, ויכול שלעורך המכירה יוקנה בהסכם עם פלוני גם אינטרס בטובין, עם אפשרות של יצירת מערכת יחסים דואלית בינו לבין המוכר בנוגע לנכס ולתשלום תמורתו, כפי שכבר תיארנו לעיל; ויכול שכלל לא תיערך עיסקה מסחרית אלא עיסקה בין שני אנשים פרטיים: כגון שראובן מוכר לשמעון את המקרר המשומש שלו בתשלומים, כשראובן משמר לעצמו בהסכם המכר את הבעלות בו כל עוד מלוא המחיר לא שולם לו.

2. בכל המצבים אותם הזכרנו לעיל יכול ואין כל קושי לתת תוקף להסכם שבין הצדדים לחוזה, או לפי הוראות חוק המכר, כשאין ל"קונה" נושים אחרים. אם יש ל"קונה" נושים אחרים, עניינם הוא להרבות את נכסי החייב על מנת שיוכלו לגבות ממנו סכום גבוה ככל האפשר הן באמצעות לשכת ההוצאה לפועל והן במקרה שהחייב פשט את הרגל או (במקרה של תאגיד) הוא התפרק. בהתחרות שבין נושים אלה לבין ה"בעלים" ינסו הנושים לטעון לפרשנות מרחיבה של ההסכם בין ה"בעלים" לבין ה"קונה", המעבירה את הבעלות בטובין לזה האחרון, או לטעון שקיימים שיקולים המצדיקים השוואת מעמדו של חובם למעמד חובו של ה"בעלים", כגון סעיף שימור הבעלות אינו תופס מטעמים של תקנת הציבור. השאלה אם יש להיענות למבוקשם אם לאו היא שאלה של דין ושל מדיניות שיפוטית ויכול שלעניינה יש מקום להבחין בין סוגי חובות שונים, כגון בין חובות מסחריים לבין חובות של משקי בית. מנגד, יטען ה"בעלים" שיש לכבד את חופש ההתקשרות שלו ואין לכפות עליו הסכם שאין הוא מעוניין בו; הרי מלכתחילה יכול היה שלא להתקשר עם ה"קונה" ואם בחר ליטול על עצמו את הסיכון, של התקשרות עם מי שמסובך בחובות, תוך הפעלת ברירה חוזית ליטול את הממכר אם הלה לא ישלם, יש לכבד את רצונו. הוא ינסה לשכנע את בית המשפט בעדיפות זכותו על פני חובות הנושים האחרים לא רק בפרשנות חוזה המכר אלא גם בגיוס דוקטרינות משפטיות שונות, כגון שיטען כי הטובין משועבדים לו לבטחון החוב או שיש לו זכות שביושר עליהם או זכות עקיבה, או שה"קונה" מחזיק בטובין כנאמן עבורו עד שישלם לו המחיר. "שחקנים" אחרים בדרמה המסחרית המתרחשת לנגד עינינו הם נושיו של ה"בעלים", הטוענים שהשוואת זכותו של הלה לגבות את המחיר לזכויות נושיו של ה"קונה" אינה מוצדקת.

3. זירת המחלוקת העיקרית במקרים שלפנינו, כפי שהוצגה על ידי בית המשפט המחוזי, סבה סביב חוק המשכון, תשכ"ז-1967 (להלן – חוק המשכון). סעיף 1(א) לחוק המשכון קבע כי "מישכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון אם לא סולק החיוב". סעיף 2 לחוק המשכון, קובע לאמור:

"2(א) הוראות חוק זה יחולו כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון.

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

בפרשת קולומבו ניתנה פרשנות רחבה לסעיף 2(ב) לחוק המשכון. הדיון בפרשת קולומבו נסב סביב עסקת "קונסיגנציה" בין שתי חברות - ספקית וקמעונאית. הספקית סיפקה סחורה לקמעונאית במסגרת הסכם ביניהן, שבו נכללה, בין השאר, תניית "שימור בעלות", בה נקבע כי הסחורה תישאר נכס מנכסי הספקית עד לתשלום מחירה המלא על ידי הקמעונאית. הקמעונאית נקלעה לקשיים ונתמנה לה כונס נכסים. בעקבות כך פנתה הספקית לבית המשפט המחוזי בבקשה כי יצהיר כי הבעלות בסחורה שסיפקה לקמעונאית היא שלה, ואין לכונס זכות בסחורה זו. בית המשפט העליון מצא כי המניע לכריתת הסכם הקונסיגנציה בין הצדדים היה להבטיח שהבעלות בסחורה תישאר בידי הספקית עד אשר יתקבל בעבורה התשלום המלא. בית המשפט קבע כי העיסקה בין הצדדים היא באופן מהותי עסקת מישכון של הסחורה על ידי הקמעונאית לטובת הספקית, ולפיכך החיל עליה את הוראות חוק המשכון, באמצעות ה"צינור" של סעיף 2(ב) לחוק המשכון. לפיכך הוחלה על העיסקה הוראת סעיף 178 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 (להלן - פקודת החברות), אליה הפנה סעיף 4 לחוק המשכון. הוראת סעיף 178 חייבה את רישומו של שעבוד שיצרה חברה - בין השאר כאשר מדובר בשעבוד של נכס מיטלטלין כשאין הנכס מוחזק בידי הנושה - כתנאי לתוקפו כלפי המפרק וכל נושה של החברה. הואיל והשעבוד לא נרשם על ידי הספקית, כאמור, נקבע כי השעבוד אינו תופס ולא נותר בידי הספקית כלפי הקמעונאית אלא חוב אובליגטורי.

בית המשפט העליון, מפי השופט בך, הבחין בין חוזה קונסיגנציה "אמיתי" - שנכרת בשל חשש של קמעונאי כי לא יצליח למכור את הסחורה, ולפיכך הוא מבקש להבטיח את זכותו להשיב את הסחורה לספק במקרה שהחשש האמור יתממש - לבין חוזה קונסיגנציה שנכרת בשל רצונו של הספק להבטיח, באמצעות שימור הבעלות

בסחורה בידיו, את תשלום מלוא תמורתה על ידי הקמעונאי. במקרה האחרון, קבע בית המשפט, מהווה העיסקה במהותה שעבוד נכס כערובה לחיוב, ולכן יש להחיל עליה את הוראות חוק המשכון בהתאם לסעיף 2(ב) לחוק המשכון. עוד קבע השופט כך כי הוראת סעיף 2(ב) לחוק המשכון גוברת על הוראת סעיף 33 לחוק המכר, תשכ"ח-1968 (להלן - חוק המכר), שעל פיה רשאים הצדדים להסכים כרצונם על מועד או על דרך העברת הבעלות בנכס מושא הממכר. השופט כך הסביר את לידתו של סעיף 2(ב) לחוק המשכון בתופעה הנפוצה של כריתת עסקות שבמהותן הנן עסקות משכון, שנבנו באופן פורמלי כעסקות שאינן עסקות משכון, כגון "מכר חוזר", "השכרה", "נאמנות", "מכר מותנה" ועוד. הטעמים לנסיונות הסוואה אלה, כך נקבע, הם שונים ומגוונים, וביניהם רצונם של הנושים לעקוף את ההוראות המכבידות שבדיני הבטוחות בדבר מימוש שיעבודים, רצונם של החייבים להסתיר את עובדת קיום החוב והשעבוד שניתן להבטחתו, טעמי מיסוי ועקיפת הוראות חוק המגבילות את שיעור הריבית המירבית שניתן לגבות. אליבא דבית המשפט העליון בפרשת קולומבו, יש להעדיף גישה ריאליסטית-כלכלית בתחום המישכון, על פני הגישה הפורמלית והוא - בעיקר כדי להגן על נושים אחרים של החייב שאינם מודעים לקיומו של המשכון הנסתר שלא נרשם.

הילכת קולומבו סטתה מהלכות קודמות של בית המשפט העליון. לפניה היו עסקות הכוללות תנייה של שימור בעלות כה מקובלות עד שבע"א 73/63 פ"ד יז(4) 2163 העיר השופט ויתקון כי "...תנאי בהסכם לאספקת מכוונות באשראי, המשאיר את הבעלות בהן בידי הספק עד לתשלום מחירן, הוא מן המוצדקות והמקובלות בכל העולם ואין לפקפק בהגינותו. התמיהה היא, לא על עצם התנאי, אלא על שהמשיבה לא התנתה אותו במפורש מלכתחילה" (ראה גם: ע"א 323/78 פ"ד לג(2) 57).

4. הילכת קולומבו הוחלה, ברוב דעות, גם בעסקת מכר של דירה, כשלמוכר ניתנה ברירה לבטל את המכר ולהחזיר לקונה את הסכום שקבל: ע"א 196/87 פ"ד מו(3), 2. נקבע שם בדעת הרוב של הנשיא שמגר והשופט גולדברג, כי מדובר בשעבוד נכס כערובה לחיוב על פי סעיף 2(ב) לחוק המשכון. הטעם לדבר הוא שעסקת המכר נועדה למעשה להבטיח את החזרת ההלוואה של \$40,000 שנתן הקונה למוכר. לפיכך נקבע כי הקונה הראשון גובר על צד ג' מכח דיני העסקות הנוגדות, אולם רק ביחס לזכותו לרשום משכנתה על הדירה ולממשה, בעוד צד ג' זכאי לרשום את הדירה על שמו הוא. השופט אור, לעומת זאת, סבר בדעת מיעוט, כי מדובר בעסקת מכר ולא במשכון מוסווה. לדעתו, כוונת הצדדים לחוזה לא היתה שהדירה תשמש כבטוחה בלבד להחזרת ההלוואה, אלא כוונתם היתה לבצע עסקת מכר במקרה שלא יוחזר

הסכום האמור של \$40,000. לדעת השופט אור, ביצוע המכר באותו עניין לא היווה מימוש של בטוחה שניתנה לקונה להחזרת הלוואה אלא מתן תוקף לרצון הצדדים לערוך עסקת מכר אמיתית.

ושוב אומצה פרשת קולומבו בע"א 4648/92 : תק-על, 96(3) 820. היה מדובר שם בעיסקה שנערכה בין ספק לבין קמעונאי שניתן עליו צו פירוק, ובית המשפט העיר שמוטב שהמחוקק ייתן את דעתו על מעמדו של המוכר באשראי כבעל שעבוד בממכר, ויסדיר את הנושא בחקיקה. והנה בע"א 2328/97 : פ"ד נג(2) 353, דינים עליון נה 996, קמו עוררים על הילכת קולומבו בפסק דינו הנפרד של השופט אנגלרד, שאל חוות דעתו עוד אשוב בהמשך הדברים. פרשת קולומבו זכתה להתייחסות רבת משקל גם בספרות, שאל פרטיה עוד אשוב.

לפני כן אסקור את העובדות בארבעת הערעורים שלפנינו, שהאחד בהם הוגש על דרך של ערעור ובשלת הנתונים ניתנה רשות לערער. דרך הילוכו של פסק הדין תהיה כדלקמן: סקירת העובדות, קביעתנו שרק בחלק מן הפרשיות נשוא הערעורים שלפנינו מתעוררת פלוגתא אמיתית בנוגע לתחולתה של הילכת קולומבו; טענות לזכות הילכת קולומבו מחד והביקורת עליה מאידך; משפט משווה ולבסוף: קביעת המסקנות ההילכתיות ותחולתן על הפרשיות שבהן מתעוררת לפנינו פרשת קולומבו.

## 5. העובדות

[א] רע"א 1690/00, רע"א 1728/00, רע"א 2565/00, ענינים של ערעורים אלה בחברת א. אבגל טכנולוגיה בע"מ (להלן – אבגל). אבגל עסקה בעריכת מכירות פומביות של ציוד הנדסי כבוד שנמסר לה לצורך מכירה על ידי בעליו, בעיקר ביום 25.10.99. בחלק מהמקרים הועמד הציוד למכירה ולא נמכר. אבגל נקלעה לקשיים וביום 2.11.99 נתמנתה לה מפרקת זמנית; ביום 16.1.00 ניתן עליה צו פירוק והמפרקת הזמנית נתמנתה מנהלת מיוחדת. זו עתרה לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו למתן הוראות לגבי זכויותיה בציוד, לסוגיו השונים, כנגד חמישים ושנים משיבים. רק שנים עשר מהם (האחד מהם מ.ש. קידוחי הצפון בע"מ, באמצעות מנהלה שהוגדר כמבקש נוסף) משיגים לפנינו על פסק דינו של בית המשפט המחוזי שקבע שהבעלות בציוד שלהם עבר לאבגל. ענינים של מערערים אלה אינו אחיד וניתן לחלוקה לשתיים: בקבוצה אחת כלולים שמונה מערערים שחתמו על מה שהוגדר בפסק הדין כ"הסכם הטיפוסי" והציוד שלהם לא הועמד למכירה הפומבית או הועמד ולא נמכר. מערערים אלה הם ברע"א



1690/00 : מ.ש. קידוחי הצפון בע"מ, אוקספורד בניה בע"מ, ב.ג.ז. בני ג'רייס זעאתרה בע"מ, יורם דוידיאן, אורי לנדאו ומרדכי קזולה, ברע"א 1728/00 המערער היחיד אהרן ליצ'י וברע"א 2565/00 אכטמן חברה להנדסה בע"מ (לגבי מחפר אחד). בקבוצה השניה כלולים ארבעה מערערים אחרים והם ברע"א 1690/00 א.ס.י.אל בע"מ, ח. בראשי בע"מ, תעז חברה להנדסה ואספקה בע"מ וברע"א 2565/00 ש.ש. שירותי מנוף בע"מ.

[ב] ע"א 6632/00. אופנת אליעז בע"מ (להלן – אליעז) סיפקה טובין לבון מארט מילניום בע"מ (להלן – בון מארט) בחודש אוקטובר שנת 1999. על פי הסכם בין מנהל אליעז לבין קניינית של בון מארט נקבע כי הטובין ישארו בבעלות אליעז עד למכירתם על ידי בון מארט. ביום 3.11.99 ניתן נגד בון מארט צו להקפאת הליכים, וביום 15.5.00 ניתן כנגדה צו פירוק ועו"ד ארז נתמנה למנהלה המיוחד. ביום 6.2.00 הגישה אליעז בקשה למתן הוראות לבית המשפט המחוזי, בה ביקשה להורות למערערים להשיב לידיה את הסחורה הנמצאת בידיהם ושסופקה על ידי אליעז ואת תמורת הסחורה שכבר נמכרה.

בית המשפט המחוזי בחן האם העיסקה בין הצדדים היא עסקת קונסיגנציה "אמיתית", או שמא מדובר בעסקת שעבוד נכס כערוכה לחיוב, שחלות עליה הוראות חוק המשכון על פי הילכת קולומבו. לבית המשפט קמא הוגשו מספר מסמכים שהונפקו על ידי אליעז ובון מארט בקשר לעיסקה האמורה: תעודת המשלוח שהוצאה על ידי אליעז ובה נכתב: "הסחורה הנ"ל היא רכוש הבלעדי של המוכרת עד לקבלת התשלום הסופי בפועל"; הזמנה שהוצאה על ידי המערערת ובה נכתב: "קניה עם זכות החזרה בכל עת" וחשבונית שהוציאה אליעז בקשר עם העיסקה. בית המשפט המחוזי קבע על סמך תצהירו של מנהל אליעז, תעודת המשלוח וההזמנה כי מדובר בעסקת קונסיגנציה "אמיתית", שהוראות חוק המשכון אינן חלות עליה על פי הילכת קולומבו. בית המשפט קמא קיבל את הסברו של מנהל אליעז כי הוצאת החשבונית לא נועדה להשלים את המכר, אלא נעשתה מתוך חוסר נסיון של אליעז בסוג זה של עסקות. לפיכך קבע בית המשפט כי אליעז זכאית להשבה של הסחורה שסיפקה לבון מארט ולא נמכרה ושל תמורת הסחורה שנמכרה. בון מארט והמפרק משיגים לפנינו על פסק הדין וטענתם היא שיש להחיל על העיסקה את הילכת קולומבו.

6. מאחר שסלע המחלוקת לגבי המערערים הכלולים בקבוצה הראשונה סב סביב ה"הסכם הטיפוסי", יובא להלן נוסחו הכמעט מלא:

"הסכם"

שנערך ונחתם ב\_\_\_\_\_ בין המוכר חברת \_\_\_\_\_ לבין הקונה חברת א. אבגל טכנולוגיה בע"מ. להלן 'אבגל', שמקום מושבה סוף רחוב המדע א"ת צפוני אשדוד.

לקראת מכירה פומבית של כלי צ.מ.ה, שינוע וציוד נלווה שתיערך ביום שני ה-25.10.99 במגרש מול מבנה אבגל בא"ת הצפוני של אשדוד.

מבוא שהינו חלק בלתי נפרד מההסכם:

הואיל ו[המוכר] מחזיק ברשותו כלים וציוד אותם הוא מעוניין למכור במכירה פומבית והואיל ואבגל מתמחה בעריכת מכירות פומביות מעין אלה [המוכר] הוסכמו בין הצדדים הדברים הבאים:

1. \_\_\_\_\_ ידאג להעמסת הציוד המפורט בנספח א' להסכם זה למשלוחו ולפריקתו במגרש אבגל. לא יאוחר מה\_\_\_\_\_ כלומר כשלושה שבועות ממועד פתיחת המכירה לצורך תצוגה מוקדמת.
2. אבגל תדאג לקבלת הציוד במגרש לניקויו ולהכנתו לתצוגה למכירה במכירה הפומבית.
3. ...
4. אבגל מתחייבת בזאת לבטח את הציוד הנ"ל על פי ערכו המוסכם בין הצדדים כפי שיפורט בנספח א' להסכם. פרמיות ביטוח הציוד ישולמו במלואן ע"י אבגל ופוליסת הביטוח תשופה לטובת [המוכר] בגיבוי מכתב מחברת הביטוח.
5. מוסכם בין הצדדים כי הציוד ישאר בבעלותו הבלעדית של [המוכר] וזאת עד למסירת מלוא התשלום המוסכם בפועל מאבגל ל[מוכר]. תשלום שימסר בתוך 6 ימי עבודה מתום המכירה.
6. מוסכם כי [המוכר] יוציא תעודת משלוח שהעתקה המקורי ימסר לאחראים מטעם אבגל בעת קבלת הציוד במגרש.
7. ...
8. א. מוסכם כי עם חתימת חוזה זה אבגל למעשה רוכשת את הציוד המפורט בנספח א' להלן במחירים המופיעים בנספח זה.

- ב. [המוכר] יקבל בכל מקרה את המפורט בנספח לכל פריט ללא התחשבנות במחיר בו נמכר הפריט במכירה, בין אם היה המחיר נמוך או גבוה מהמחיר עליו הוסכם.
9. במקרה של מכירת כלי הדורש רישוי והעברת בעלות מתחייב [המוכר] לבצע את כל הפעולות הדרושות בכדי להעביר בעלות לקונה הסופי בתוך עד שבוע מקבלת התשלום בפועל ע"י אבגל.
10. אבגל שומרת לעצמה את הזכות שלא למכור כלים מסויימים מכל סיבה שהיא במהלך המכירה (תקינות מכנית, מחיר לא מספיק וכו') בלי לפגוע בזכויות [המוכר] לגבי המחיר המובטח ע"י אבגל ומועד התשלום.
11. [המוכר] מאשר בזה לאבגל לנהל משא ומתן קודם למכירה הפומבית (במהלך ימי התצוגה) עם קונים פוטנציאליים. אבגל מתחייבת כי כל מכירה העשויה להתבצע לפני המכירה הפומבית טעונה את אישור(ו) של [המוכר]. נושא התשלום והעברת הבעלות נשאר זהה לאמור בסעיפים 5 ו-9.

#### נספח "א" להסכם "...".

בית המשפט המחוזי סבר שלכאורה קיימת סתירה בין סעיף 5 להסכם, שבו שימר לעצמו "המוכר" את בעלותו בציוד, לבין סעיפים אחרים שבו, שמהם עולה שאבגל רכשה את הציוד ללא תנאי; עם זאת הוא קבע שאין צורך ליישב את הסתירות, שאפילו סעיף 5 להסכם גובר על הוראותיו האחרות, אין לתת לו תוקף לאור הילכת קולומבו.

7. הפרקליטים המלומדים ניסו לשכנענו, זה בכה וזה בכה, שה"הסכם הטיפוסי" משמר להם את זכות הבעלות בציוד או שולל אותה. סבור אני שלגבי המערערים נשוא הסוג הראשון בקבוצה הראשונה, שציודם לא הועמד למכירה הפומבית או לא נמכר בו, הוראות ההסכם הן ברורות. ההסכם כולו צופה עריכת המכירה הפומבית ביום 25.10.99, שהוא ה-raison d'être של כריתתו ומכירת הציוד באותו מועד. לפיכך נכתב בסעיף 5 להסכם כי הציוד ישאר בבעלותו הבלעדית של המוכר ומועד התשלום נקבע בתוך 6 ימי עבודה מתום ימי המכירה. סעיף 8 להסכם קובע כי "עם חתימת חוזה זה אבגל למעשה (ההדגשה לא במקור) רוכשת את הציוד...", כשהדיבור "למעשה" מדגיש שההסכם כולו מותנה בהעמדת הציוד למכירה ובמכירתו בפועל. סעיף 8 להסכם מדגיש כי המוכר יקבל בכל מקרה את המפורט בנספח ללא "התחשבנות"

במחיר בו נמכר הפריט במכירה, לאמור, במחיר המוסכם, "בין אם הציוד נמכר ובין אם לאו". בסעיף 10 להסכם שמרה אבגל על זכותה "שלא למכור כלים מסויימים מכל סיבה שהיא במהלך המכירה (ההדגשה לא במקור), בלי לפגוע בזכויות המוכר לגבי המחיר המובטח על ידי אבגל ומועד התשלום". גם כאן מותנה החיוב בכך שתקיים מכירה ובמהלכה תחליט אבגל שלא למכור את הציוד, דבר שלא הוכח שנתקיים במקרה נשוא הערעורים שלפנינו. אכן, לפי סעיף 11 להסכם רשאית אבגל למכור את הציוד גם לפני המכירה אך זאת רק באישור המוכר ובמקרה זה תחולנה הוראות סעיף 5 להסכם.

נמצא שההסכם כולו הוא הסכם המותלה בתנאי של העמדת הציוד למכירה הפומבית ומכירתו בפועל, תנאי שלא נתקיים במקרה דנן. לפיכך, לגבי אף אחד מן המערערים הכלולים בקבוצה הראשונה לא עברה הבעלות בציוד לאבגל; התנאי המתלה כאן הוא שונה מהתנאי לשימור הבעלות נשוא הילכת קולומבו, שבו נקבע שהדפוס של עיסקת אשראי שיש עמה תנאי לשימור בעלות מהווה עיסקת מישכון מוסווית לפי סעיף 2(ב) לחוק המשכון, בעוד שבמקרים שלפנינו לא ניתן לטעון, אפילו על דרך הפרשנות המרחיבה – שמדובר בהם במשכון מוסווה. נמצא, שבכפוף לטענות אחרות של המפרק בחלק מהערעורים, שבהן נדון בסמוך, יכול ודין הערעורים הכלולים בקבוצה הראשונה להתקבל, גם ללא קשר לעיסקת קולומבו; אך כפי שנסביר להלן, לא נוכל לקיים גם את טעמו החלופי של בית המשפט המחוזי, לגבי קבוצה זו, המבוסס על הילכת קולומבו.

כפי שיתברר להלן, יש ממש בחלק מטענותיו הנוספות של המפרק והגיעה השעה לדון בהן.

#### 8. טענותיו הנוספות של המפרק

(א) המפרק טען לגבי שלושה מהמערערים שבקבוצה הראשונה: יורם דוידיאן, אורי לנדאו, ואהרן ליצי, שבמידה רבה הפך ערעורם לתיאורטי. הציוד שבו מדובר לעניין – כך נטען – נמכר למימוש השעבודים שהיו רשומים עליו לטובת נושיהם וכל שנותר לזכותם, אם בכלל, הוא סכומי כסף שאינם גדולים. טענה דומה טען המפרק גם לגבי ח. בראשי בע"מ הנזכרת בקבוצה השנייה. אין לנו כל אפשרות לברר עובדות אלה, שנוצרו לאחר פסק דינו של בית המשפט המחוזי בגדר הערעורים שלפנינו, ואם תתעורר פלוגתה בין מערערים אלה לבין המפרק בענין זה יוכל כל המעוניין בכך לעתור לבית המשפט בבקשה למתן הוראות.

(ב) טענותיו הנוספות של המפרק מתייחסות לעניינם של ארבעה מערערים הכלולים בקבוצה הראשונה והם: יורם דוידיאן, אורי לנדאו, מרדכי קזולה ואהרן ליצי.

[1] יורם דוידיאן - מערער זה הוסיף בכתב ידו לסעיף 8א ל"הסכם הטיפוסי" את הדברים הבאים: "יורם יקבל בכל מקרה את המפורט בנספח לכל פריט... בין אם הכלי נמכר או לא" (ההדגשה לא במקור). לפיכך מדובר בהסכם מכר רגיל. בטיעון בכתב ובעל-פה לא הועלתה כל טענה שיש בה כדי להזים את המסקנה העולה מהתוספת שמדובר בחוזה מכר. מן הטעם הזה בלבד דין ערעורו של דוידיאן להידחות.

[2] אורי לנדאו - בית המשפט המחוזי קבע שמערער זה חתם על ה"הסכם הטיפוסי" אך מהחומר שהיה לפני בית המשפט המחוזי עולות עובדות נוספות. לנדאו הוסיף בכתב יד ל"הסכם הטיפוסי" הבהרה שבה נאמר כי: מוסכם כי התשלום יתבצע לא יאוחר מה-1.11.99 אם נמכרו הכלים ואם לא". נמצא, שמדובר בעסקת מכר רגילה ולנדאו אינו כופר בכך; אלא טענתו היא אחרת: ביום המכירה הוא הופיע באתר המכירה וקיבל מאבגל שני שיקים דחויים על חלק מן הסכום המוסכם 339,300 ₪ במקום 356,850 ₪; לא זו אף זאת: השיקים נמסרו ללנדאו כשהם נושאים עליהם את התאריכים 3.11.99 ו-15.11.99. לפי גרסתו של לנדאו, שיש לה תימוכין בקבלה שהוא מסר לאבגל באותו תאריך, הודיע לנדאו לאבגל שהבעלות בצידוד נותרת שלו עד לפרעון מלא של השיקים והוא – על מנת שהוא יכרר אם השיקים תואמים את נוסח ה"הסכם הטיפוסי" שלא היה אותה שעה בידיו. כשנתברר ללנדאו כי השיקים אינם תואמים את ה"הסכם הטיפוסי" לא מבחינת הסכום ולא מבחינת התאריך שהיה צריך להיות 1.11.99, הוא הודיע לאבגל על ביטול העסקה וביקש שיחזירו לו את הצידוד.

בנסיבות כפי שפורטו לעיל מתעוררת השאלה, אם היה לנדאו רשאי לבטל את העסקה אם לאו. ושאלה זו תלויה בשאלה המשפטית, אם מסירת השיקים, שאינם תואמים את הסכום ואת התאריכים, היוותה הפרה יסודית של ההסכם, אם לאו; בעלי הדין לא השכילו להביא לפנינו טענות וראיות מפורטות בענין זה, שלענייננו היה נטל השכנוע מוטל על לנדאו, ולכאורה, כך נראה לנו, כאשר ההפרשים בסכומים ובתאריכים אינם גדולים והעובדות בנוגע לסכומים ולתאריך ככל הנראה לא היו נהירות לצדדים בעת מתן השיקים, מדובר בהפרה שאינה יסודית; לפיכך שומה היה על לנדאו לתת לאבגל ארכה לקיומו של ההסכם, כאמור בסעיף 7(ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970; משלא עשה כן, הוא לא היה רשאי לבטלו.

נמצא, איפוא, שדינו של ערעורו של לנדאו להידחות.

[3] מרדכי קזולה – מערער זה חתם על ה"הסכם הטיפוסי" ובה בעת קבל שיק על מלוא התמורה והוציא חשבונית חיוב. לטענתו בוטלה העסקה והוא הוציא חשבונית זיכוי. השופט המלומד ציין שאין בפי קזולה טענה שעמדה לו עילת ביטול. כמו כן הוא הגיש למפרק תביעת חוב, דבר שלדעת בית המשפט המחוזי מהווה ראייה ניצחת שהטובין נמכרו על ידו. מעיון בתצהירו של קזולה, שעליו הוא לא נחקר, יוצא שעסקת המכר בוטלה בהסכמה כבר ביום עריכת המכירה הפומבית ולפיכך לא נדרשה לקזולה עילת ביטול. אכן לו הגיש קזולה תביעת חוב למפרק היה מקום לפסוק נגדו. דא עקא שקזולה הגיש למפרק מסמך הנושא כותרת "הוכחת חוב" אך בגופו לא נדרש תשלום כסף אלא החזרת הציוד. מסמך זה אינו מהווה תביעת חוב. לפיכך יש לקבל את ערעורו של קזולה. אך מכיוון שטענה זו לא עלתה מהבקשה לרשות לערער ובסכומים, לא יפסקו לו הוצאות.

[4] אהרן ליצ'י – השופט המלומד החליט על יסוד פרשנות ה"הסכם הטיפוסי", עליו חתם מערער זה, שחלה בענינו הילכת קולומבו. לפנינו טען המפרק שבפועל בוצעה בין ליצ'י ואבגל עסקת מכר, וראיה לכך הוא שיק שליצ'י מסר לאבגל בקשר לעסקה. אך בתצהירו של ליצ'י שהוגש לבית המשפט המחוזי נאמר, ולא הוכחש, שהמדובר בשיק של בטחון בלבד ובפועל לא הוציא ליצ'י חשבונית לציוד נשוא המכירה הפומבית. לפיכך דין הערעור להתקבל גם ללא היזקקות להילכת קולומבו.

בכל שאר טענות המערערים בני הקבוצה הראשונה והמפרק לא מצאתי מקום לדון, בין משום שהפכו למיותרות ובין משום שלא מצאתי בהן ממש. כך, למשל, אין ממש בטענה שלא ניתן היה למכור את הציוד, בחלק מהמקרים, הואיל והיה משועבד לנושים של המערערים.

9. בקבוצה השניה של המערערים כלולים ארבעה מקרים השונים זה מזה. נדון בהם אחד לאחד.

[1] א.ס. סי. אל. בע"מ (רע"א 1690/00). חברה זו חתמה עם אבגל על הסכם השונה מה"הסכם הטיפוסי", שיכול – לפי קביעת בית המשפט המחוזי – שהיה בו, כשהוא לעצמו, כדי להצביע על כך שהבעלות בציוד לא עברה לאבגל. דא עקא, שחברה זו הגישה תביעת חוב על שווי הציוד (על סך 785,000 ₪) ובית המשפט המחוזי רשאי היה לקבוע שהיה בכך ויתור על טענותיה. בגדר סכום טענותיה של חברה

זו נכללה עתירה לאפשר לה להגיש ראיות נוספות בערעור לגבי נסיבות הגשת תביעת החוב; אך בקשה פורמלית בענין זה לא הוגשה על ידי המערערת; לא קיימת איפוא עילה להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי בענין זה.

[2] ח. בראשי בע"מ - לפי קביעותיו של בית המשפט המחוזי חתמה חברה זו על הסכם למכירת הציוד לאבגל וקבלה שיקים תמורתו. היא אף הוציאה חשבונית בגין המכירה והשופט המלומד דחה משום כך את טענתה שהשיקים הוצאו לבטחון בלבד; לפי תיאור העיסקה, כפי שהופיע בתצהירו של מר יניב בראשי, שהוגש מטעמה של המערערת, כך היו הדברים: הוסכם בין המערערת לבין אבגל כי אם ימכר הציוד או חלקו, תקבל המערערת את תמורתו "פחות עמלת אבגל" ובאם לא ימכר "יוחזרו הכלים ואחזיר את השיקים ואקבל את הציוד, או חלקו חזרה, כאילו לא נעשה דבר" (ההדגשה לא במקור). בעת מסירת הציוד רשמה המערערת, לפי הוראות רואה החשבון שלה, חשבונית מס ומסרה אותה לידי אבגל. לאחר שהציוד לא נמכר שלחה המערערת לאבגל חשבונית זיכוי ודרשה קבלת הציוד; בנסיבות אלה, שעליהן המצהיר לא נחקר, לא עברה הבעלות מלכתחילה לאבגל, אלא היה מדובר במכר מותנה; אפילו עברה הבעלות, הרי שהעיסקה בוטלה, לפי ההסכם, כאשר נשלחה לאבגל חשבונית הזיכוי והמערערת דרשה את החזרת הציוד, והבעלות חזרה למערערת כבר לפני תחילת הפירוק. מסירת שיקים לבטחון אינה סותרת את האמור בתצהיר ובנסיבות הענין המיוחדות, אין הוצאת חשבונית החיוב צריכה להיות בעוכרי המערערת.

בנסיבות אלה אין מקום לטענה שהמדובר במשכון מוסווה לפי סעיף 2(ב) לחוק המשכון ויש לקבל את ערעורה של ח. בראשי בע"מ.

[3] תעזו חברה להנדסה ואספקה בע"מ – להבדיל מהעסקאות הכלולות בקבוצה הראשונה, חלק גדול מהציוד נשוא הערעור אמנם נמכר במכירה הפומבית. בית המשפט המחוזי קבע, לאור תצהירה של מערערת זו, כי הציוד נמסר לחברה בקונסיגנציה עם סעיף שימור בעלות, דבר המביא את ענינה לגדר הילכת קולומבו; עוד כתב השופט המלומד כי המערערת מסרה לאבגל שיקים, דבר המעיד על קיומה של עיסקת מכר. ככל שהמדובר בהילכת קולומבו נדון בה בהמשך הדברים. ככל שמדובר במסירת השיקים, נראה לי שנפלה טעות בפסק הדין. עיון בתצהירים שהוגשו לבית המשפט המחוזי ובאסמכתאות עליהם הם מבוססים, מלמד שהשיקים שבהם מדובר ניתנו בגין עסקאות קודמות, ואכן זו טענתה לפנינו וטענה זו מקובלת עלינו. לא זו אף זאת: נוסח ההסכם מיום 13.1.99, שלפי טענת המערערת חל על העיסקה, ובגדרו בוצעו גם עסקאות

נוספות, שונה מנוסח ה"הסכם הטיפוסי". סעיף 8 ל"הסכם הטיפוסי" הומר בסעיף 10, וכך נאמר בו:

"מוסכם בין הצדדים שבשום מקרה אבגל אינה רוכשת אף פריט מפרטי הציוד השייך לתעז מלבד במקרה בו הושלמה עיסקת המכירה לקונה במלואה, כלומר – אבגל מקבלת את מלוא תמורת המכירה ומוסרת לקונה את הציוד. בכל מקרה אחר מחוייבת אבגל רק להחזיר לרשות תעז את פרטי הציוד שלא נכרשו".

יתכן איפוא שמדובר בעיסקת קונסיגנציה "טיפוסית" שהילכת קולומבו אינה חלה עליה; אך אין צורך להחליט בכך לאור התוצאה שאליה הגענו בהמשך פסק דין זה לענין הילכת קולומבו.

[4] ש.ש. שירותי מנוף בע"מ (רע"א 2565/00). להבדיל מרוב המערערים האחרים לא חתמה חברה זו על ה"הסכם הטיפוסי" אלא טענתה היתה כי הוסכם בינה לבין אבגל שזו האחרונה תקבל עמלה בשיעור 10% מהמכירה. מעיון בתצהירו של מר שאול פרץ, שניתן לתמיכה בעמדתה, יוצא שאבגל מסרה למשיבה שיקים לתשלום המחיר, שלא נפרעו, אות הוא שמדובר על עיסקת מכר, המכחישה את טענת המכירה בקונסיגנציה "אמיתית" תמורת עמלה. טענת החברה לפנינו היא כי השיקים לא נמסרו תמורת הציוד נשוא הערעור אלא בגין מסירת ציוד אחר. דא עקא שאין כל תימוכין לטענה זו בחומר שהיה לפני בית המשפט המחוזי ודי בכך כדי לדחות את ערעורה של חברה זו.

ב. ע"א 6632/00 פרשה זו יכול והיא מחייבת דיון בהילכת קולומבו; עם זאת, כפי שנפרט בהמשך הדברים, יכול ודין הערעור במקרה זה היה להידחות, על יסוד ממצאי בית המשפט המחוזי, גם בגדרה של הלכה זו.

#### 10. טענות לזכות הילכת קולומבו

השופט המלומד סבר שהילכת קולומבו היא הלכה ראויה, חרף הביקורת שנמתחה עליה. אליבא דידו יש בה כדי למנוע העדפת ספקי טובין על פני נושים אחרים, כמו נותני שירותים ועובדים, שאינם יכולים להבטיח לעצמם עדיפות לחובם כשם שספק טובין יכול לעשות, על ידי הלבשת העיסקה במעטה של קונסיגנציה. אין הצדקה חברתית או כלכלית – כך סבר השופט המלומד – להעדיף את ספקי הטובין על פני הנושים אחרים, אך ורק משום שספק הטובין יכול להבטיח את עצמו על ידי הפיכת



עסקת המכר לעסקת קונסיגנציה. לגישתו של בית המשפט המחוזי אין החירות להעדיף נושים מוכרת במשפטנו והילכת קולומבו, במידה שהיא פוגעת בחופש ההתקשרות, פוגעת רק בחירות זו. הלכה זו אינה מונעת מתן תוקף לעסקת קונסיגנציה "אמיתית" ומי שחושש מפני קריסתו של הספק, לו מסר סחורה, ילך וירשום משכון. עוד כתב השופט המלומד שפועלה של הילכת קולומבו היא רק במקרה של פשיטת רגל ופירוק חברה ולא מעבר לכך, "כאשר פועלים תוך הכרתה ומודעות לה".

הרציונאל שבבסיס הילכת קולומבו הוא מתן תוקף להיבטים הכלכליים של העיסקה ולא לצורתה הפורמלית. לפי גישה זו יבחן כל מקרה נתון בפריזמה של תכליות חוק המשכון שהן הגנה על צדדים שלישיים, על ידי מתן פומביות למשכון והגנה על החייב במסגרת יחסיו עם הנושה או על נושיו של החייב, כאשר הם נכנסים לנעליו, ראה: י. ויסמן, חוק המשכון, תשכ"ז-1967, פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג. טדסקי, עמ' 70-72. המחבר מתאר שם נסיונות בלתי פוסקים של צדדים להסוות עסקות משכון בצורות שונות, כך שלא יחול עליהן חוק המשכון, כגון נסיונות להסתיר את קיום החוב, להסוות את השעבוד שניתן להבטחתו ולהעלים רכוש ממושכן מהנושים האחרים וכן נסיונות לעקוף את המשכון מטעמי מס ונסיון לעקוף את הוראות החוק המגבילות את גובה הריבית המירבית שרשאי הנושה לגבות. הילכת קולומבו נועדה איפוא למנוע תופעות כאלה של עקיפת חוק המשכון.

#### 11. הביקורת על הילכת קולומבו

מאז פסיקתה של הילכת קולומבו היא ספגה ביקורת רבה, ראה, בין השאר: פרופ' צ. כהן, פירוק חברות (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין) עמ' 571; פרופ' דויטש, קניין א' עמ' 134-142; פרופ' זלצמן, דיני קניין, ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ב-תשנ"ג) 561, 574-580. א. חביב-סגל, שם בעמ' 92-95; פרופ' שלום לרנר: "עשור להילכת קולומבו, הלכה, מציאות והרהורי חזרה בתשובה", ספר ויסמן, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי (תשס"ב-2002); נינה זלצמן ועופר גרוסקופף: "הסוואות משכון – הצעה לעיון חוזר בהילכת קולומבו", עיוני משפט כו(1) (יוני 2002), 79-144; וראה גם פסק דין המיעוט של השופט אור בע"א 196/87 הנ"ל ופסק דינו של השופט אנגלרד בע"א 2328/97 הנ"ל. אפשר לחלק את הביקורת למישור מעשי ולמישור עיוני. הטענה העיקרית במישור המעשי היא שהילכת קולומבו גזרה על ציבור הסוחרים גזירה שאין הם יכולים לעמוד בה. על פי טענה זו, בעולם המסחר מקובל לספק סחורה באשראי, תוך קביעת תניה חוזית של שימור הבעלות בסחורה בידי הספק עד לתשלום מלוא המחיר על ידי הקמעונאי. פרקטיקה זו היא חשובה לעולם

המסחר, שכן בלעדי תניית שימור הבעלות יחששו ספקים לספק סחורה באשראי, משום שבמקרה של חדלות פרעון של הקמעונאי הם עלולים לאבד את כספם. מאידך גיסא, יש חשיבות רבה לגבי הקמעונאים לכך שיוכלו לקבל סחורה באשראי. אמנם, הילכת קולומבו אינה שוללת את תוקפה של תניית שימור הבעלות במקרה שנרשם משכון או שעבוד במרשם המתאים, אולם דרישת הרישום איננה מעשית. חיי המסחר דינמיים הם, והעלויות לצדדים ברישום שעבוד כל אימת שמסופקת סחורה הן גבוהות מכדי שדרך זו תנקט. נוסף לכך, עולה שאלה באשר לסוג השעבוד שירשם, שכן שעבוד ספציפי אינו מעשי כשמדובר בכמויות של סחורה מתחלפת, ושעבוד צף נועד בעיקר לנושים גדולים ואינו חל על חייבים פרטיים. מחקר שטח שתוצאותיו הובאו במאמרו הנ"ל של לרנר (בעמ' 428) מלמד שרבים מהסוחרים אינם מקבלים יעוץ משפטי ואינם מודעים להלכה שתניית שימור בעלות, שהיתה תקפה לפני פסיקתה של הילכת קולומבו, כבר אינה תקפה לפי הלכה זו. בכך יש כדי ליצור מצב בלתי בריא שעל פיו הפסיקה והמעשה מתקדמים בקווים מקבילים שאינם נפגשים זה עם זה.

12. כאמור, הילכת קולומבו ספגה ביקורת גם במישור התיאורטי. ניתן לחלק ביקורת זו לשניים: ביקורת מתונה, וביקורת רדיקלית יותר. הביקורת המתונה הושמעה, בין השאר, על ידי פרופ' מ' דויטש, בספרו "קניין". נקודת המוצא לביקורתו של פרופ' דויטש היא שאין לראות בשימור הבעלות בידי המוכר משום בטוחה, אלא יש להכיר בכך שאין הצדקה עניינית וכלכלית להעברת בעלות בנכס לקונה בטרם שילם את ערכו למוכר (יש לציין שערכו של נימוק זה פוחת במקרה שהקונה שילם חלק מהתמורה, ועל אחת כמה וכמה כאשר שילם את מרביתה). פרופ' דויטש סבור כי הילכת קולומבו פוגעת בחופש הקניין הקבוע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזאת שלא בתנאי פסקת ההגבלה. לדעתו של פרופ' דויטש יש לבחון את תחולתו של סעיף 2(ב) על עסקות מכר באשראי לאור האיזון הראוי בין ערכים מתחרים: מחד גיסא חופש ההתקשרות וחופש הקניין, המצדיקים מתן אפשרות לצדדים לקבוע את תנאי ההתקשרות ביניהם ובכללם המועד שבו תעבור הבעלות לקונה, וכיבוד זכותו של המוכר לקבוע מתי הוא נכון להיפרד מקניינו; ומאידך גיסא, עקרון הפומביות, המצדיק הגנה על צדדים שלישיים, העלולים להיות מוטעים על ידי המצג הפומבי שיוצרת ההחזקה בנכס על ידי הקונה. לדעת המחבר ניתן בהילכת קולומבו משקל רב מדי לגורם הפומביות על פני גורמים רלבנטיים אחרים.

תחילתה של הביקורת הרדיקלית יותר נעוצה בפסק דינו הנפרד של השופט אנגלרד בע"א 2328/97 הנ"ל. עמדתו היא שאין חוק המשכון חל אלא על עסקות משכון במובן הצר ולא על שעבודים מסוגים אחרים. משכון לפי הגדרת סעיף 1(א)

לחוק המשכון הוא עיסקה שבה הנכס המשמש כערוכה לחיוב מצוי בבעלותו של החייב, ולפיכך אין להביא בגדרו של סעיף 2(ב) לחוק המשכון עסקאות אחרות של ערוכה לחיוב כגון "מכר מותנה" או "מכר חוזר", והוא – כל עוד לא הוכח כי הדרך בה נקטו הצדדים לעיסקה אינה תואמת את הכוונה האמיתית העומדת ביסוד העיסקה, כביטוי הספציפי בסעיף 33 לחוק המכר, ומביאה לכלל העדפה, ללא צידוק כלכלי, של נושי הקונה על פני נושי המוכר. ביקרות זו על הילכת קולומבו פותחה והורחבה במאמר המצויין של פרופ' זלצמן וד"ר גרוסקופף שהוזכר לעיל, שהניחו מסד תיאורטי לתיזה המצמצמת את חוק המשכון ל"גישת המישכון", שמאפייניה נקבעו אך לפי אותו חוק, והם מצביעים על הקשיים, הרבים מספור, הכרוכים בהעדפה עליה של "גישת הבטוחה", שעמדה ביסוד הילכת קולומבו.

13. משפט משווה

רוב מדינות העולם המערבי מכירות באופן עקרוני בתוקפה של תניית שימור בעלות. באנגליה נפסקה בעניין זה ההלכה המנחה על ידי בית המשפט לערעורים בעניין Aluminium Industrie Vaassen B.V. v. Romalpa Aluminium Ltd., 1976(1) W.L.R. 676, הלכה שאושרה מאז פעמים רבות. בעניין Clough Mill Ltd. v. Martin, 1985 1 W.L.R. 111, בעמ' 116, כתב הלורד Goff כך:

I for my part can see nothing objectionable in an agreement between parties under which A, the owner of goods, gives possession of those goods to B, at the same time conferring on B a power of sale and a power to consume the goods in manufacture, though A will remain the owner of goods until they are either sold or consumed. I do not see why the relationship between A and B, pending sale or consumption, should not be the relationship of bailor and bailee, even though A has no right to trace the property in his goods into the proceeds of sale. If that is what the parties have agreed should happen, I can see no reason why the law should not give effect to that intention.

ההכרה בתניית שימור הבעלות מקובלת גם במשפט הקונטיננטלי (וראה: The Reclamation Rights of Unpaid and Unsecured Sellers in Cooper, (International Trade, 1987 Colum. Bus. L. Rev. 17, 18, 106). בגרמניה, למשל, קובע סעיף 449 (שהחליף את סעיף 455) ל-BGB כך:

“If the seller of a movable has retained title until payment of the purchase price, it is to be presumed, in case of doubt, that the transfer of title takes place subject to the condition precedent of payment in full of the purchase price and the seller is entitled to rescind the contract if the purchaser is in default with the payment.”

(The German Civil Code, revised edition, translated by S.M. Goren, Rothman Co. (1994)

Lies, LL.M THESES: Sale of a Business in Cross-Border (וראה גם:  
Insolvency: The United States and Germany 10 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 363,  
(408).

אמנם, ארצות-הברית וקנדה הן יוצאות דופן בגישתן. בארצות הברית מוסדרים דיני  
הבטוחות בפרק 9 של ה-UCC. סעיף (1) 2-401 לקוד קובע:

“any retention or reservation by the seller of the title (property) in goods shipped or delivered to the buyer is limited in effect to a reservation of a security interest”

כלומר, עסקות הכוללות תנית שימור בעלות מוכפפות במפורש לפרק 9 הנ"ל, החל על כל סוגי הבטוחות וקובע, למשל, חובת רישום פומבי כתנאי לתקפותה של הבטוחה. החוק הקנדי הלך אף הוא בעקבות הגישה האמריקאית, כאשר רוב הפרובינציות הקנדיות אימצו החל מ-1990 את ה- Personal Property Security Act, שהושפע מאוד מפרק 9 האמריקאי הנ"ל (ועיין: Bridge, Macdonald, Simmons and Walsh, Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions, (1999) 44 McGill L.J. 567). המחברים מצביעים במאמר על הקשיים העיוניים המעשיים בהגדרתו של ה-"security interest" לפי פרק 9 הנ"ל והתאמתו לזכות הבעלות של המוכר – הסדר שלא אומץ בדין הישראלי, והם מסכמים את המאמר בדברים הבאים, שנראים לנו (בהקשר אחר), כאילו נבראו להילכת קולומבו:

“... Does the way in which legal enquiry is organized permit lawyers and judges to ask questions and debate solutions in a way that is recognizable to the parties to the transaction in question? Does the logic of the law take adequate cognizance of the underlying economic logic of the operation in question, or does it sacrifice the parties own ordering of their priorities and

expectations upon the altar of a lawyer's  
conception of aesthetic elegance?

### המסקנות ההילכתיות

14. מהותה של עיסקת מישכון. קיים משקל רב לחוות דעתו של חברי הנכבד השופט אנגלרד בע"א 2328/97, שיש לתת לחוק המשכון פרשנות מצמצמת, להבדילו מדרכי שעבוד אחרות שנקבעו בדין. כזכור בוססה והורחבה חוות דעת זו במאמרם של זלצמן וגרוסקופף שנזכר לעיל. מוכן אני להוסיף על דבריהם שאיני מזלזל גם בצד הפורמלי של הענין שיש לו חשיבות יתירה כשמדובר בקביעת הדפוסים של דיני קניין. לדידי קיים קושי משפטי ומעשי של ממש להעביר עסקת אשראי רגילה, שיש עמה סעיף של שימור בעלות, במעין טרנספורמציה מלאכותית, שעל פיה הופך החייב, בניגוד לתנייה חוזית, לבעלים של הטובין, שאותם התימר כביכול למשכן לטובתו של "נושה". כדי להגיע לתוצאה כזו דרושים שיקולים בעלי עצמה רבה שבתקנת הציבור התומכים בה. לכאורה איני סבור שאלה קיימים. מנגד, איני מתעלם גם מהגישה ההפוכה לסתור, הקרויה בלשונם של זלצמן וגרוסקופף "גישת הבטוחה", אליבא דהדוגלים בגישה זו היא באה למנוע עקיפת הוראותיו הכופות של חוק המשכון (ראה למשל: סעיפים 4, 13, 16 לאותו חוק) ואולי גם של חוקים אחרים: ראה פסק דינו של השופט גולדברג בפסקה 1 לע"א 196/87). הגעתי לכלל דעה שאין צורך להכריע בוידוע התיאורטי בין שתי הגישות משום שדי בטעמים האחרים, שיפורטו להלן, כדי שלא לקיים את הילכת קולומבו. אניח איפוא להלן, מבלי לפסוק, שסעיף 2(ב) לחוק המשכון חל גם על שעבודים אחרים זולת משכון.

15. (א) תכליות חוק המשכון. סבור אני, כמו פרופ' דויטש ואחרים, שהילכת קולומבו נתנה משקל רב מדי לאפשרות של פגיעה בצדדים שלישיים על ידי אי מתן הודעה על קיום ה"משכון", או על סעיף שימור הבעלות. ממילא אין צדדים שלישיים יכולים להסתמך על החזקת נכסים בידי החייב כאות לכך שהזכויות בהן שייכות לו, שהרי יתכן שנכסים אלה מוחזקים בשכירות, בהשאלה או לפי הסכם פרטיקולרי; המקרה היחיד בחקיקה שבו ניתן משקל לבעלות הנחזית הוא בסעיף 85(3) לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980, וגם הוא מסוייג בסייגים רבים (ובאנגליה בוטלה דוקטרינה זו).

(ב) הגבלת חופש ההתקשרות. פלוני מבקש למכור לאלמוני נכס בעסקת אשראי בידועו שאלמוני מסובך בחובות. הוא מבקש לשמר לעצמו את הבעלות, כל עוד

מחיר הנכס לא ישולם לו. לו היה יודע מראש שתניית שימור הבעלות אינה תופסת ושעליו לעסוק ברישום משכון כדי להבטיח את מטרתו לא היה נכנס לעיסקה עם אלמוני; מה טעם למנוע מתן תוקף לתנייה האמורה, ולשלול ממנו את בעלותו? יתירה מזו: קבלת הילכת קולומבו עשויה לצמצם את התנועה החופשית של טובין בחיי המסחר ולהזיק את ציבור הקמעונאים למלווים בשוק האפור במקום לעסקות מקובלות וסבירות. גם לא מצאתי טעם של ממש להעדיף את הוראותיו של חוק המשכון על הוראותיו הדיספוזיטביות של חוק המכר (ראה סעיף 33 לחוק המכר).

(ג) עיסקה אמיתית. כלל הוא שצדדים לחוזה רשאים לעצב את העיסקה שביניהם בכל אחת מהמשבצות המשפטיות המקובלות, אפילו שכל אחת מהדרכים עשויה להביא לתוצאות שונות; והוא – כשאין מדובר בהתקשרות שהיא למראית עין או שהיא מלאכותית או שהיא בדוייה. והנה – בהעדר טעמים מיוחדים – תניית שימור הבעלות מייצגת עיסקה אמיתית, המשקפת את המציאות. מה טעם לפסול אותה?

(ד) טעמים מעשיים. הילכת קולומבו גם אינה ישימה מטעמים מעשיים. חיי המסחר הם דינמיים ואין זה מתקבל על הדעת שסיטונאי המספק סחורות לקמעונאי ירוץ בכל מועד של אספקה לרשם המשכונות כדי לרשום משכון. כבר ציינו לעיל, שבפועל אין הלכה זו מיושמת, בבחינת הלכה שאין הציבור יכול לעמוד בה. אין זה מצב רצוי שהדין אינו משקף את המציאות. יתירה מזו: ההלכה אינה מוגבלת לעסקות מסחריות אלא היא חלה – ללא כל צידוק – על עסקות אשראי בין משקי בית. בדוגמה שכבר הבאנו לעיל, היא תחול גם על פלוני איש פרטי שמכר לאלמוני, גם הוא איש פרטי, מקרר משומש. ההלכה גם אינה מבחינה בין נושים לסוגיהם השונים. היא חלה גם כאשר החייב לא פשט את הרגל או התפרק והיא כופה על צדדים לחוזה עיסקה שאין הם חפצים בה, שנוגדת היא את המציאות. יכול והיא גם נוגדת את צפיותיהם של צדדים שלישיים, כמו נושיו של הנושה.

(ה) השופט המלומד כתב בפסק דינו שאין החירות להעדיף נושים קיימת במשפטנו; אך במקרה דנן אין מדובר בהעדפת נושים (שכשלעצמה אינה בטלה, אלא לפי תנאים שנקבעו בדין: ע"א 471/68 פ"ד כג(1) 65, 71, במקרה של פשיטת רגל). מדובר בעיסקת אשראי שבה פלוני הסיטונאי או הספק שימר לעצמו את בעלותו כאשר טרם קבל את המגיע לו; סבור אני שההסתכלות על הסוגיה כענין של העדפת נושים, מניחה מראש את המבוקש, ואינה פותרת את הסוגיה שלפנינו.

## פרשנות סעיף 2(ב) לחוק המשכון

16. סבור אני שהפרשנות הנכונה של סעיף 2(ב) לחוק המשכון היא שהיא באה למנוע עריכת עיסקה שהיא למראית עין או שהיא מלאכותית או שהיא בדויה או שאין לה בדרך שבה נעשתה, באופן משמעותי, הגיון כלכלי או מסחרי. נחלקו הפרשנים לגבי השאלה אם המבחן לישומו של הסעיף האמור הוא אובייקטיבי או סובייקטיבי, שהרי נאמר בסעיף 2(ב) שיש להחיל את הוראותיו של חוק המשכון על כל עיסקה "שכוונתה" שעבוד נכס כערובה ל"חיוב"; מה משמעות הדיבור "כוונה"? האם מה שקובע הוא כוונתם הקונקרטי של הצדדים לעיסקה (ראה, למשל, זלצמן וגרוסקופף במאמר הנ"ל בעמ' 100) או שהמדובר בתכלית האובייקטיבית של העיסקה (ראה למשל דויטש, בספרו הנ"ל בעמ' 141)?

לדידי, אין הבדל משמעותי בין שתי הגישות האמורות. סבור אני כי לצורך בדיקת תחולתו של סעיף 2(ב) על עיסקה פלונית יש לברר, בשלב הראשון, את פרטי ההסכמה שבין הצדדים לה לפי כללי הראיות הרגילים, בגדר עקרונות הפרשנות החוזית; ובשלב הבא, האחר, יש לבחון האם הסכמת הצדדים היא על פי מהותה עסקת משכון, וזאת ללא קשר, בהכרח, לכינויה על ידי הצדדים. בשלב זה על בית המשפט לבחון אם יש לעיסקה בדרך בה נעשתה, באופן משמעותי, הגיון כלכלי או מסחרי. הבדיקה, בשלב הראשון, היא ביסודה סובייקטיבית. הבדיקה בשלב האחר, היא ביסודה אובייקטיבית.

17. הפועל היוצא מהאמור לעיל הוא שבהעדר טעמים מיוחדים לסתור, במקרה הקונקרטי, יש לבטל את הילכת קולומבו ככל שהיא נוגעת לעסקת אשראי שנכלל בה סעיף של שימור בעלות, אף אם לא ניתן להגדירה כעסקת קונסיגנציה אמיתית. הוא הדין בכל מקרה בו מדובר בעיסקה מסחרית, הכוללת תנאי מתלה בדבר העברת בעלות, שיש לדפוסים שבהם נערכה תימוכין משמעותיים במציאות המסחרית.

לסיום פרק זה יש להעיר שתי הערות.

(א) פסק דין זה אינו מתיימר לבחון את דפוסייהן של כל העסקאות המסחריות לסוגיהן, ולהעבירן בכור המבחן של סעיף 2(ב) לחוק המשכון ואין בו פתרון לכל השאלות העשויות להתעורר, שלא התעוררו בערעורים אלה. כך, למשל, אפשר להשאיר, בצריך עיון, את השאלה מה דינה לעניין סעיף 2(ב) לחוק המשכון של

עיסקה טהורה של "מכר חוזר". בעבר נחשב המכר החוזר דרך לגיטימית לעריכת משכון לפי הוראות המג'לה: ע"א 114/58 פ"ד יג 781, ואפשר שהדין בענין זה לא נשתנה.

(ב) לענין ההכרה בתניית שימור בעלות יש לתת את הדעת גם לאמור בסעיף 169(ד) לפקודת החברות, שזו לשונו:

"על אף האמור בסעיף קטן (ב), שעבוד נכס שנעשה להבטחת אשראי שאיפשר רכישת נכס, יהיה עדיף על שעבוד צף קודם, אם האשראי שימש בפועל לרכישת הנכס המשועבד, והוא בין שהאשראי ניתן בידי המוכר ובין שניתן בידי אדם אחר; לענין זה, "אשראי" – לרבות מתן התחייבות כספית".

לפי הסדר זה, ניתנת עדיפות לבעל שעבוד שמימן את הנכס המשועבד, על פני בעל שעבוד צף עם הגבלה (על פי סעיף 169(ב) סיפא לפקודת החברות). הסעיף חל במפורש על כל מממן – בין אם הוא מממן חיצוני לעסקת המכר ובין אם הוא המוכר עצמו. מההסדר שבפקודה עולה לכאורה שכדי שהעדיפות תוענק למממן, עליו לרשום את השעבוד אצל רשם החברות; בעוד שהכרה בתניית שימור בעלות תביא להעדפת המוכר-מממן גם בלא רישום. כלומר, המשמעות של הכרה בתניית שימור בעלות תהיה שהצדדים יוכלו לקבוע במסגרת ההסכם ביניהם אם העיסקה תחשב כעיסקה שעבוד שיש חובה לרשום אותה על פי פקודת החברות, או שלא תחשב ככזו ואזי לא תחול חובת הרישום. הבעייתיות המיוחדת בכך היא שסעיף 169(ד) מתייחס באופן ספציפי לסיטואציה של מכר באשראי. עם זאת, גם ביחס לסעיף 169(ד) אנו סבורים שהוא עוסק ב"שעבוד" בלבד, ואין הוא חל במקרים שבהם הבעלות טרם הועברה (וראה גם: א' חביב-סגל, דיני חברות, ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג, עמ' 94-95).

18. מן הכלל אל הפרט – ביטולה של הילכת קולומבו ושאר הטעמים המפורטים בפסק דין זה מחייבים ברע"א 1690/00 קבלת ערעוריהם של מ.ש. קידוחי הצפון בע"מ, אוקספורד בניה בע"מ, ב.ג.ז. בני ג'רייס זעאתרה בע"מ, ח. בראשי בע"מ, ת.ע.ז. חברה להנדסה ואספקה בע"מ ומרדכי קזולה ודחיית ערעוריהם של יורם דוידאן, אורי לנדאו ואם.סי.אל. בע"מ. ברע"א 1798/00 יש לקבל את ערעורו של אהרן ליצי". ברע"א 2565/00 יש לקבל את ערעורה של אכטמן חברה להנדסה בע"מ ויש לדחות את ערעורה של ש.ש. שירותי מנוף בע"מ.



דיון בע"א 6632/00 – בית המשפט המחוזי קבע כי העיסקה בין אליעז לבון מארט היתה עיסקת קונסיגנציה "אמיתית"; כלומר, על פי תנאי העיסקה, בון מארט היתה רשאית להחזיר את הסחורה לאליעז אם לא תמכר, ולא היתה מוטלת עליה החובה לשלם את תמורת הסחורה בכל מקרה. לדעתי אין יסוד להתערב בקביעה עובדתית זו של בית המשפט, המבוססת כראוי על הראיות. אין לקבל את טענתה של בון מארט כי בנסיבות הענין הוצאת החשבונית מעידה על כך שהצדדים התכוונו לכרות עיסקת מכר. אמנם הוצאת חשבונית נקבעה בפסיקה כאינדיקציה לכוונה לערוך עיסקת מכר, אולם בית המשפט קמא קיבל את הסבריו של מנהל אליעז בענין זה והגיע למסקנתו על רקע כלל הנסיבות. לפיכך, ולאור העובדה שמדובר בעיסקת קונסיגנציה "אמיתית", יש לדחות את הערעור גם על פי הכללים שנקבעו בהילכת קולומבו, ולא כל שכן לאור ביטולה של הלכה זו.

בון מארט טענה כי גם אם לאליעז זכות בסחורה שלא נמכרה, אין לה זכויות עדיפות ביחס לתמורת חלק הסחורה שכבר נמכר. נראה לי שלאור המסקנה שבידי אליעז נשארה הבעלות בסחורה, צדק בית המשפט המחוזי כאשר קבע כי זכותה הקניינית חלה גם ביחס לתחליף הסחורה שהוא התמורה שהתקבלה בעדה (ראה ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, מהדורה שניה, עמ' 1072).

לפיכך יש לדחות את הערעור בענין זה.

#### תוצאת פסק דין זה תהיה איפוא כדלקמן:

א. ברע"א 1690/00 – מתקבלים ערעוריהם של מ.ש. קידוחי הצפון בע"מ, אוקספורד בניה בע"מ, ב. ג. ז. בני ג'רייס זעאתרה בע"מ, ח. בראשי בע"מ, ת.ע.ז. חברה להנדסה ואספקה ומרדכי קזולה. פסק הדין לעניינם מתבטל ונקבע שכל אחת מהם זכאי לציוד שבבעלותו או לתמורתו. המפרק ישלם לכל אחד מהם, למעט מרדכי קזולה (שלעניינו לא יהיה צו להוצאות) שכר טרחת עו"ד - 15,000 ₪. ערעוריהם של יורם דוידיאן, אורי לנדאו ואם.סי.אל. בע"מ נדחים. יורם דוידיאן לחוד ואורי לנדאו לחוד ישלמו למפרק שכר טרחת עו"ד - 15,000 ₪; אם.סי.אל בע"מ ששווי הציוד שלה רב יותר, תשלם למפרק שכר טרחת עו"ד - 30,000 ₪.

ב. ברע"א 1728/00 – מתקבל ערעורו של אהרן ליצ"י. פסק הדין לעניינו מתבטל ונקבע שהוא זכאי לציוד שבבעלותו, או לתמורתו. המפרק ישלם לו שכר טרחת עו"ד - 15,000 ₪.

ג. ברע"א 2565/00 – מתקבל ערעורה של אכטמן חברה להנדסה בע"מ. פסק הדין לעניינה מתבטל ונקבע שהיא זכאית לציוד שבבעלותה או לתמורתו. המפרק ישלם לה שכר טרחת עו"ד - 15,000 ₪. ערעורה של ש.ש. שירותי מנוף בע"מ נדחה והיא תשלם למפרק שכר טרחת עו"ד - 15,000 ₪.

ד. ברע"א 6632/00 – אנו דוחים את הערעור. המפרק ישלם לאליעז שכר טרחת עו"ד - 30,000 ₪.

בכל אחד מן התיקים הנ"ל רשאים בעלי הדין לעתור לרשם לקביעת ההוצאות לפי תקנה 513 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, נוסף על שכר טרחת עוה"ד שנפסק.

המשנה לנשיא (בדימ')

השופט (בדימ') י' אנגלרד:

אני מסכים.

ש ו פ ט (בדימ')

השופט מ' חשין:

אמר רבי ישמעאל: הרוצה שיחכים יעסוק בדיני ממונות, שאין לך מקצוע בתורה גדול מהן, שהן כמעייין הנובע (מישנה, מסכת בבא בתרא, פרק י', מישנה ח'). והנה, סוגיה זו שלפנינו - "סוגיית קולומבו" או "פרשת קולומבו" קרויה היא בלשוננו, לשון אנשי-המשפט - מקומה כבוד בכותל המיזרח של דיני ממונות. רוחשת היא בעיות

ושאלות והנפש לא תלאה להפוך בה ולהוסיף ולהפוך בה. מה תימה אפוא שרבים וטובים ביקשו להתמודד עם הסוגיה והשלכותיה, ולסופם של שקלא-וטריא ופירושו וביאור - פרד"ס, לא פחות - הניחו לפנינו פירות מחקריהם. ראו מראי המקומות הרבים המובאים בחוות-דעתו של חברי המישנה לנשיא, ועוד עליהם. וניחוחם של אלה כולם נישא אל-למרחוק. המסקנות הן - כמצופה - מכאן ומכאן, וכל מסקנה תומכת עצמה ונתמכת בק"ן טעמים, טעמים-של-משפט וטעמים של מעשה. והפתרונות - כולם וכל אחד מהם - דברי-טעם בהם. דומה עליי שהכל נכתב ונאמר; הנושא מוצה עד-תום, וכל רעיון שיועלה ייאמר עליו, ובצדק ייאמר, כי כבר היה לעולמים. ואני, מה אעשה ואירועי טבע אינם נותנים שהות ראויה בידי לשקול את הראוי שישקלוהו ולבור בר מתבן ומקש. ובוודאי שאין בכוונתי להכניס תבן לעפריים. ומתוך שהחרב המתהפכת קרבה אלינו ללא-רחם, אקצר במקום שיכולתי להאריך ולהעמיק, ויסולח לי אם לא אסרוק את כל הראוי שיסרקוהו. אוסיף ואומר אך זאת: כל פיתרון שהוצע - או שיוצע - ניחן ביתרונות, ובצידם של אלה לוקה הוא בחסרונות. הנה הוא מימין פיתרון אחד המיטיב עם הנושה - וממילא, עם נושי-הנושה - וכנדרש מכך פוגע הוא בנושי החייב. והנה הוא משמאל פיתרון אחר המיטיב עם החייב - קרא: עם נושי החייב - וממילא פוגע הוא בנושה ובנושיו-שלו. אם פלוני ייחנה, פלמוני ייחסר, ואם פלמוני ייחנה, פלוני ייחסר. זו דרך העולם ואנו בדרך העולם. כך יהא גם פיתרון שאציע אנוכי, ואפשר אף שלא אוסיף דבר על דברים שאמרו מי שקדמו לי. עיקרה של דרכי הוא זה, שעושה אני כמיטבי לפענח ולפתח את הפיתרון שהמחוקק הניח לפיתחנו, תוך שאני מניח כי פיתרון זה כולל ומשקלל את כל השיקולים שלעניין ואת כל האינטרסים של הנוגעים בדבר, בהעדיפו אגב כך את טובתם של מיקצת בעלי-האינטרסים על-פני טובתם של בעלי-אינטרסים אחרים.

3. ענייננו נסוב על תחום התפרשותו של חוק המשכון, תשכ"ז-1967 (החוק או חוק המשכון). סעיף 2(ב) שלחוק מורה אותנו כי הוראות חוק המשכון תחולנה "על כל עיסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה של העיסקה אשר יהא", והשאלה הנשאלת היא אלו הן עסקות העולות ברישתה של נוסחה זו. הגם שהוראת סעיף 2(ב) שלחוק כמו עומדת היא ברשות עצמה ועל רגליה-שלה, דומה כי לא נוכל לפרשה כהלכה אלא אם נעמוד תחילה על עיקריו של מוסד המשכון, גיבורו הראשי של חוק המשכון. בייחוד כך הוא, שהוראת סעיף 2(ב) שלחוק עושה שימוש באותם מושגים עצמם שנוסחת המשכון במובנו המצומצם - בסעיף 1(א) שלחוק - ניבנית עליהם. אכן, רק לאחר שנדע עיקריו של המשכון מהם; רק לאחר שנפענח את הצופן הגנטי של המשכון במובנו המצומצם; רק-אז, כך נראה לנו, נוכל להציב - בפיתוחו של אותו צופן ובפירושה של הוראת סעיף 2(ב) לחוק - את תחומי פרישתו הראויים של

חוק המשכון; רק-אז נדע דינן של אותן עסקות הנידמות-ואינן-נידמות למשכון במובנו המצומצם וכהגדרתו בחוק.

4. וזה הוא המשכון - בלשון החוק: "מהות המישכון" - כהוראת סעיף 1(א) לחוק המשכון:

1. (א) מישכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון אם לא סולק החיוב.	מהות המישכון
--	--------------

נקרא הגדרה זו וידענו כי שלושה יסודות-מישנה אלה עושים משכון (בנוסף להסכם כהוראת סעיף 3(א) לחוק): פלוני החייב (ח) חב בחיוב כלשהו לאלמוני, הנושה (נ); ח' מכפוף - משעבד - נכס כערובה לקיומו של החיוב; השיעבוד אינו שיעבוד על דרך הסתם, ואיפיונו הוא בכך, שאם לא קויים החיוב זכאי נ' להיפרע מן הנכס. היסוד השלישי שבמשכון, הוא המייחד אותו משיעבודים אחרים במשפט. השוו: י' ויסמן, חוק המשכון, תשכ"ז-1967 (תשל"ה-1975), 2(§1), 14(§8).

כמשכון שבחוק המשכון כן היה המשכון לפי המג'לה (אשר הוראות המשכון שבה בטלו כהוראת סעיף 26(א) לחוק המשכון). וכהגדרתו של המשכון בסעיף 701:

701. משכון פרושו תפישת נכסים לבטחון זכות שיש לגבות מתוכם. נכסים אלה קוראים להם משכון וגם ממושכן.	משכון; ממושכן
--	---------------

משכון כהוראת המג'לה אינו ממצה עצמו, אפוא, אך בתפישת נכסים לבטחון זכות אלא בתפישת נכסים "שיש לגבות מתוכם" (ראו עוד: פסקה 7 להלן). ודין חוק המשכון כדין המג'לה.

שלא כמשכון לפי חוק המשכון היה ה"ערבון" בתקופת האבות. הנה הוא סיפור יהודה ותמר:

נְתָאמֵר מֶה-תִּתֶן-לִי כִי תְבוֹא אֵלַי. נִיאָמַר אֲנִי אֶשְׁלַח  
גְּדִי-עֲזִים מִן-הַצֹּאן נְתָאמֵר אִם-תִּתֶן עֲרֻבֹן עַד שְׁלִחָךְ.  
נִיאָמַר מָה הָעֲרֻבֹן אֲשֶׁר אֶתֶן-לְךָ נְתָאמֵר חֲתָמְךָ  
וּפְתִילְךָ וּמִטְּךָ אֲשֶׁר בְּיָדְךָ נִיתֵן-לָהּ נִיבֵא אֵלֶיהָ נְתִיבָהּ

לו. נתקם נתלך נתסר צעִיפָה מְעַלְיָהּ וְתִלְפֵשׁ בְּגָדֵי  
 אֶלְמִנּוּתָהּ. נִישָׁלַח יְהוּדָה אֶת-גְּדֵי הָעִזִּים בְּיַד רָעָהוּ  
 הָעֶדְלָמִי לְקַחַת הָעֶרְבוֹן מִיַּד הָאִשָּׁה וְלֹא מִצָּאָה.  
 (בראשית, ל"ח ט"ז-כ)

החותמת, הפתילים והמטה שהפקיד יהודה ביד תמר לא היו משכון כמשמעו בחוק המשכון. טעם הדבר הוא, שתמר לא הותרה לקנות בעלות בחותמת, בפתילים ובמטה ולא הותרה למוכרם אם לא יקיים יהודה את התחייבותו לשלוח אליה גדי עיזים.

עד כאן - שלושה עיקרים היוצרים משכון כהוראתו של חוק המשכון.

5. ואולם חוק המשכון אינו מספק עצמו בהחלת הוראותיו על המשכון במובנו המצומצם. מבקש הוא לפרוש עצמו על סוגי שיעבודים אחרים אף-הם, שיעבודים שאפשר נידמים הם למשכון ומשכון במובנו המצומצם של המושג אין הם. וכלשון סעיף 2(ב) שלחוק:

תחולה 2. (א) .....

(ב) הוראות חוק זה יחולו על כל עיסקה שכוונתה שעבוד נכס כערוכה לחיוב, היא כינויה של העיסקה אשר יהא.

הנה-כי-כן, חוק המשכון מבקש לכנוס אל-תוכו כל עיסקה שכוונתה שיעבוד נכס כערוכה לחיוב, היא כינויה של העיסקה כאשר יהא (דרך אגב: המושג "עיסקה שכוונתה שעבוד נכס כערוכה לחיוב" מכוון לעיסקה שתכליתה שעבוד נכס כערוכה לחיוב. אכן, לעיסקה - באשר היא - אין "כוונה", שהרי עיסקה אינה אדם; "כוונת" עיסקה היא כ"כוונת" הסכם, וכוללת היא במעורבב יסודות סובייקטיביים של בעלי-העיסקה ויסודות אובייקטיביים עימהם). הוראת-חוק זו היא-היא הוראת החוק המונחת לפנינו על שולחן העבודה, וכלי העבודה המזומנים לנו הם אותם כלים המוכרים לנו והמונחים דרך-קבע על איצטבאות חדר העבודה של איש-המשפט: מושגי-יסוד במשפט - במשפט בכלל, ולענייננו, במשפט הקנין בפרט - עיקרים במשפט, דוקטרינות וכללי פרשנות. ועל כל אלה - שכל ישר וטוב והכרת המציאות שסביבנו.

6. למיקרא הוראת סעיף 2(ב) שלחוק, כניסוחה ועל-פניה, שאלה מתבקשת היא זו: בעוד אשר בהגדרת המשכון כהוראת סעיף 1(א) מנינו שלושה יסודות-מישנה, הנה

בהוראת סעיף 2(ב) שלחוק לא נימנו אלא שני יסודות-מישנה בלבד: קיומו של חיוב והכפפתו (שיעבודו) של נכס כערובה לקיומו של החיוב ("שיעבוד נכס כערובה לחיוב"). והשאלה שאלה: מה מקומו של יסוד-המישנה השלישי שבהגדרת המשכון בסעיף 1(א), אותו יסוד-מישנה המודיענו כי משכון נכס "מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון אם לא סולק החיוב". יסוד-מישנה שלישי זה מופיע בהגדרת המשכון אך נעדר הוא בנוסחת ההרחבה כהוראת סעיף 2(ב). האם פירוש הדברים הוא שחוק המשכון ביקש לפרוש עצמו גם על נכסים משועבדים שהנושה אינו זכאי להיפרע מהם? או שמא נאמר: יסוד המישנה השלישי שבהגדרת המשכון - הזכות להיפרע מן המשכון - מבקש להעיד על עצמו כי לעניינו של חוק המשכון יש לראותו כבא בתוככי ה"שיעבוד" וכנבלע בו. לשון אחר: המושג "שיעבוד" כהגדרתו בסעיף 1(א) שלחוק וכהוראתו בהגדרת המשכון, משמיענו זכות להיפרע מן המשכון אם לא סולק החוב. דעתנו היא כגירסה בתרא - דומה כי כך סוברים רוב הפרשנים - והרי פירוש קמא היה מיתר בעיקרו את הוראת סעיף 1(א) שלחוק. ראו עוד: ויטמן, 10-11, 13-14; ע"א 2328/97 דן כוכבי נ' אוריאל ארנפלד, פ"ד נג(2) 353, 365 (השופט אנגלרד); נ' זלצמן וע' גרוסקופף, "הסוואת משכון" - הצעה לעיון חוזר בהלכת קולומבו", עיוני משפט כו (תשס"ב-2002) 79, 84, 118 ואילך.

7. אכן, דומה כי עיקר בהוראת סעיף 2(ב) הוא בסיפה שבה, והרי היא כאומרת לנו: עיסקה שנתקיימו בה - במהות - שלושה יסודות המישנה שבהגדרת משכון, דין משכון יחול עליה, יהא כינויה של העיסקה אשר יהא. וגם זאת כבר היה לעולמים. כוונתי היא, גם זו הפעם, להוראות המג'לה, ולהחלתו של דין המשכון בה על המכר החוזר. וזה פשר הדברים.

כדין המג'לה, הסכם משכון היה נקשר "בהצעה וקבלה שבין הממשכן ובין מקבל המשכון" (סעיף 706 למג'לה); "אבל", כך הוסיפה המג'לה וקבעה (שם): "אין הקשר נעשה גמור ומחייב אלא משעת נטילת המשכון". דין משכון במג'לה היה כדין המשכון הקלאסי, שהנושה היה מחזיק בנכס המשכון עד פירעון החוב, ואם לא נפרע החוב היה בית-המשפט מפקח על מכירת הנכס ופורע בתמורתו את החוב: ראו סעיף 757 למג'לה.

אלא שהחיים היו חזקים מן החוק, וכך נולד המכר החוזר. וכלשונו של סעיף 32 למג'לה:

כהכרח שהוא צורך הפרט, רואים אותו כהכרח.

מטעם זה הותר המכר החוזר. כשגברו החובות אצל בני בוכרה, ראו צורך בדבר לתת תוקף לעסק זה.

מכר חוזר הוגדר בסעיף 118 למג'לה, ובלשונה:

מכר-חוזר 118. מכר-חוזר הוא מכר שיש עמו תנאי של החזרת הממכר על ידי הקונה, לכשיחזיר המוכר את המחיר. הואיל והמוכר רשאי להשתמש בממכר, דינו כדין מכר כשר. ומחמת האפשרות שביד כל אחד מהצדדים לבטל, דינו כדין מכר נפסד. וגם דין משכון לו, הואיל ואין הקונה רשאי למכור את הממכר.

והמכר החוזר היה דומה, דומה-במאוד, למשכון; וכהוראת סעיף 396 למג'לה (בפרק על מכר-חוזר):

מהותו 396. במכר-חוזר, יכול המוכר להחזיר בו את המחיר, ולדרוש את הממכר חזרה. וכן יכול הלוקח להחזיר את הממכר ולדרוש חזרה את המחיר.

עיקר לענייננו הוא זה, שגם המג'לה הוותיקה והטובה ידעה - בניגוד למשפט העתיק - כי עיקר במשפט יימצא במהות ולא במילים ובצירופן. וכלשונו של סעיף 3 בה:

הקשר וכִּנְתוּ 3. ערך הקשר הוא בכונות ומובנים ולא במלים וצירופן. לכן מכר חוזר דינו כדין משכון.

וראו גם ויסמן, 62-63.

8. משידענו כי חוק המשכון - כהוראת סעיף 2(ב) בו - נועד לפרוש רשת להעלות בה לא אך עיסקות משכון הקריות כך בשמן; כי מבקש הוא להחיל עצמו גם על עסקות אחרות - יהא שמן וכינויין אשר יהא ובלבד ש"רוחן" היא רוח עיסקת המשכון אף

שדרכן אינה דרך המשכון - שומה עלינו לקרב את המיקרוסקופ אל שלושה יסודות- המישנה של המשכון, ולנסות לפענח את גרעין החיות שבהם. וכך, משנדע מהי ליבתה של המשכון, נוכל לפענח את כיוון הדרך שניתן וראוי לפתחה כהוראת סעיף 2(ב) לחוק; משנדע מהי ה"ביצה" נלמד מהו שהוא "פְּבִיצָה". דרכנו תהא דרך הקלסיפיקציה כמקובל במשפט הבינלאומי הפרטי, דרך התיחום ה"עיוני" וה"רציונאלי", דרך ה"בערך ובקירוב". מבקשים אנו לזהות את גרעין החיות של הנושא, את עיקר-העיקרים שבו, את הצופן הגנטי היוצר, ולהחילו על ענייננו "בערך ובקירוב", דהיינו, להחיל אותו גם על מוטציות ועל וריאציות מישניות של מודל החיקוי. ראו עוד והשוו: בג"ץ 5969/94 אקנין נ' בית הדין הרבני בחיפה, פ"ד (1) 370, 384.

9. יסוד-המישנה (הראשון) של ה"חיוב" אינו נדרש לענייננו לפירוש ולהרחבה ולא נעסיק עצמנו בו. אשר למושג "שיעבוד הנכס כערוכה" - הוא יסוד המישנה השני - נוכל להוסיף ולומר זאת: מושג ה"שיעבוד" - הכפפתו של נכס לקיומו של חיוב - בונה עצמו על תשתית מושגי יסוד במשפט, וכוונת הדברים היא, כמסתבר, לזכות קניינית בנכס (ius in rem). על אופייה של זכות זו כזכות בעלת אופי קנייני ניתן ללמוד ממושג ה"שיעבוד", אך קנקנה של הזכות יימלא תוכן בהוראות חוק המשכון גופו. כך, למשל, הוראת סעיף 4 לחוק, המלמדת אותנו אימתי ובאלו נסיבות תעמוד לבעל זכות המשכון זכותו כלפי נושים אחרים של החייב, ובעצם - כלפי כל העולם.

ואולם בשני יסודות המישנה שדיברנו בהם אין די. עיסקה לא תהא עיסקת-משכון אלא אם מזכה היא את הנושה - והוא יסוד המישנה השלישי - להיפרע מן המשכון אם לא יקיים החייב את חיובו. והנה, הזכות להיפרע מן המשכון יכולה ללבד צורות מצורות שונות - לא בהכרח על דרך מכירתו של הנכס לצד שלישי - ובלבד שהדבר ייעשה, כהוראת סעיף 17 לחוק, על-פי צו של בית-משפט. שכן רק על דרך זו תישמרנה זכויות החייב, כשם שנשמרות זכויותיו של החייב במשכון מן-המניין. בפרשנו כך את הוראת סעיף 2(ב) לחוק המשכון, החלנוהו ממילא על עיסקת "מכר חוזר" כהוראתו המקובלת של מושג זה, דהיינו: הסכם שלפיו מעביר חייב בעלות בנכס לנושה, על תנאי שעומדת לו לחייב, כמוסכם בין הצדדים, זכות להשיב לעצמו את הנכס בתשלום החוב.

יש טוענים כי מכר-חוזר אינו בא בגידרי חוק המשכון. וכל-כך למה? על שום שבעיסקת משכון אמור הנכס המשוועבד להיות בבעלות החייב, ואילו הנכס במכר-חוזר אין הוא עוד - לעת המועד לקיום החיוב - בבעלות החייב (פרשת כוכבי, 366). על כך נשיב אנו, וכך נאמר: אם אמנם עיקר הוא בתכליתה של העיסקה לעת כריתתה -



בתכליתה ולא בכינויה - הנה תכלית המכר החוזר (כהוראתו המקובלת של מושג זה) היא תכלית של שיעבוד נכס כערובה לחיוב. כנדרש מכך, במכר-חוזר אמור הנושה להיפרע מן הנכס אם לא סולק החיוב, וממילא דינו של מכר חוזר דין משכון הוא כהגדרתו של המשכון בסעיף 1(א) לחוק המשכון. למותר לומר כי ניתן לצייר מערכת עובדות שדמותה היא, אמנם, דמות של מכר חוזר, ומכר חוזר כמובנו הרגיל של מושג זה אין היא, דהיינו, אין היא מכר חוזר שנועד לשמש בטוחה לחיוב. במקרה מעין זה לא תחולנה הוראות חוק המשכון על העיסקה. השוו: ויטמן, 72-73.

10. משהיגענו למקום שהיגענו, נוכל להיפנות לסוגיית קולומבו ולהביע דעתנו בעניינה. קריאה בכתובים תלמדנו, בראש ובראשונה, כי מעיקרם של דברים נתגלעו חילוקי דעות בשאלה מה הלכה הורתה אותנו פרשת קולומבו. אם נכונה היא הסברה - וזו סברה אחת - כי בית-המשפט בפרשת קולומבו פירש את העיסקה שהונחה לפניו כעיסקת משכון שהוסוותה כעיסקת קונסיגנציה, אך פשוט הוא להסיק - כהכרעת בית-המשפט שם - כי חוק המשכון תפש בה והחיל עצמו עליה במלואו (השופט מצא בפרשת כוכבי, 383-384; ע"א 4648/92 טריומף אינטרנשיונל נ' הכונס הרשמי (לא פורסם)). אם כך היה, נסכים להלכה במובנה זה המצומצם ולא נוסיף עליה. ואילו אם אחרת הוא פירושו של פסק הדין בפרשת קולומבו, דהיינו: אם נכונה היא הסברה כי בית-המשפט בפרשת קולומבו אמר להחיל את חוק המשכון על עיסקה של מכר התלוי בתנאי של שמירת בעלות (השופט אנגלרד בפרשת כוכבי, 368; ע"א 196/87 שוייגר נ' לוי, פ"ד מו(3) 2, 22; זלצמן וגרוסקופף, 92-99) - כי אז נסתייג מן ההלכה.

עיסקת מכר התלוי בתנאי של שמירת בעלות - קרא: עיסקת מכר הכוללת סעיף שמירת בעלות עד הימלא תנאי מסויים, כפירעון מלא של המחיר - היא עיסקה לגיטימית שרשאי בעל נכס לעשותה; עיסקה אמיתית, מוצדקת והגונה היא; עיסקה היא שטעמה הכלכלי והמסחרי ניכר על פניה; עיסקה היא שהרבים נדרשים לה ואומרת היא לשמור על אינטרס הבעלים-המוכר בגבולות ראויים. ראו: ע"א 73/63 חברת א"י לתעשיות כותנה בע"מ (בפירוק) נ' אושפיז מנועי חשמל בע"מ פ"ד יז 2163, 2166. עיסקת מכר הכורכת בתום-לב הוריה על שמירת בעלות, אין כל הצדק כי נהפכנה על פיה ונחיל עליה את חוק המשכון - חוק שמעיקרו נועד הוא למערכי עובדה אחרים - ולא נמצא לי טעם טוב כי על דרך זו נפרש את החוק. ראו עוד: מ' דויטש, קניין (תשנ"ז-1997), חלק א', 135-136, 140-143, 198; פרשת שוייגר, 14; ש' לרנר, "עשור להלכת קולומבו: הלכה, מציאות והרהורי 'חזרה בתשובה'", ספר ויטמן (תשס"ב-2002), 407, 413; ש' לרנר, "מהותו של המכר המותנה", משפטים יג (תשמ"ד-1984), 305; השוו: ע"א 1367/93 דסקו מוצרי עץ נ' אברהם ירון, פ"ד מט(4) 215.

חוק המשכון לא יחול על מכר התלוי בתנאי של שמירת בעלות, וכמותו של מכר מעין-זה לא יחול החוק על עסקות אחרות שאינן מקיימות את שלושת יסודות המישנה של הגדרת משכון, ולו במוטציות ובווריאציות קלות לכאן או לכאן. בה-בעת, כאמור, על מכר חוזר יחול חוק המשכון וכמותו של מכר חוזר יחול החוק על כל עיסקה שמהותה ותכליתה הן שיעבוד נכס שמספק החייב כערובה לחיוב, על דרך - ובכל דרך - המזכה את הנושה להיפרע מן הנכס אם לא סולק החיוב כמוסכם.

11. לגופם של דברים, אני מסכים למסקנות שחברי המישנה לנשיא (דימ') הסיק מן הנתונים שהונחו לפנינו.

ש פ ו ט

השופטת (בדימ') שטרסברג-כהן:

1. השאלה המרכזית העומדת לדיון היא, האם עסקת אשראי הכוללת תניית שימור בעלות, אך אינה עסקת קונסיגנציה "טיפוסית", כמוה כשעבוד, החייב ברישום על פי חוק המשכון, התשכ"ז – 1967. התשובה לכך בחוות הדעת של חבריי, המשנה לנשיא (בדימ') לוין והשופט חשין היא בשלילה. בכך יש כדי לשנות את ההלכה שיצאה מלפני בית משפט זה בע"א 455/89 קולומבו, מאכל ומשקה בע"מ נ' בנק למסחר בע"מ, פ"ד מה(5) 490 (להלן: "הלכת קולומבו").

2. מקובלת עליי ההלכה העולה מפסק דינו של המשנה לנשיא ככל שהיא מבטלת את הלכת קולומבו כהלכה גורפת, לגבי מקרים בהם מועבר נכס במסגרת עסקת אשראי הכוללת תניית שימור בעלות. כן מקובלת עליי התוצאה אליה הגיע חברי לגבי כל אחד מהמקרים העומדים לדיון.

3. אכן, כדבריו של חברי השופט חשין, הילכת קולומבו "רוחשת היא בעיות ושאלות והנפש לא תלאה להפוך בה ולהפוך בה" וכי כל פתרון מוצע, יתרוונותיו וחסרונותיו בצידו. עלינו לבור את הראוי מבין הפתרונות, בכל מקרה נתון. לא כל המצבים דומים זה לזה וממילא לא נמצא פתרון קסם העונה על כולם.

4. העברת נכס מאדם לרעהו יכול ותיעשה בצורות שונות ותשובץ במשבצות משפטיות שונות. השאלה מה הוא הדין שיחול בכל מקרה נתון, מעוגנת בראש וראשונה בחוזה שבין הצדדים על פי מהותו האמיתית ולא דוקא על פי מילותיו, שהרי כלל נקוט הוא בידינו כי טיבה של עסקה המשתכללת בהסכם, נלמד מתוך ההסכם המתפרש על פי כללי הפרשנות המקובלים עלינו לעניין פרשנות חוזים.

5. השאלה מתי לפנינו מכר של ממש, מתי לפנינו עסקת קונסיגנציה, מתי לפנינו מכר חוזר ומתי לפנינו עסקה שכמוה כשעבוד הנכס המועבר, היא שאלה מעורבת של עובדה וחוק. משקבענו את העובדות ידענו מהו החוק שיחול עליהן. לא ניתן, ולשיטתי גם לא ראוי, לחבוק את כל צורות מסירת נכס על ידי בעליו לאחר, תוך הכללת כל סוגי ההעברה במכלול אחד.

6. ראוי להעיר, כי השאלה הנזכרת, נשאלת גם כאשר אין נושים למוכר, לקונה, או לשניהם, אלא נעשית עסקה של העברת נכס בין שניים ועלינו להתחקות על טיבה. ההבדל בין ראיית העסקה כעסקת קונסיגנציה או כעסקת אשראי עם תנית שימור בעלות המהווה במהותה שעבוד הנכס להבטחת התמורה שכמוהו כמשכון, הינו בעל חשיבות משפטית ומעשית לשני הצדדים גם בהיעדר נושים לצדדים או למי מהם.

7. ערה אני לכך כי אפשר ועל ידי סעיף שימור בעלות עד אשר מחיר הנכס ישולם למוכר, יכול המוכר לרכוש יתרון על נושים אחרים של הקונה, באשר אם הקונה ימצא בחדלות פירעון יזכה המוכר בנכס ולא יימנה על הנושים האחרים. אף על פי כן, **בכלל**, אין לראות באופן אוטומטי בעסקת אשראי רגילה שיש עמה סעיף שימור בעלות, עסקת משכון, משום שיש בכך, כפי שאומר חברי המשנה לנשיא, "מעין טרנספורמציה מלאכותית שעל פיה הופך החייב, בניגוד לתניה חוזית, לבעלים של הטובין שאותם התיימר כביכול למשכן לטובתו של 'נושה'".

8. לדידי, אין הבדל מהותי בין מצב בו עסקת הקונסיגנציה נכרתה בשל חשש של הקמעונאי שלא יצליח למכור את הטובין ועל מנת שיוכל להחזירו לבין כריתת אותה עסקה בשל חשש הספק שאם לא יקבל את התמורה עבור הטובין, לא יוכל הוא לקבלו בחזרה. בשני המקרים העסקה היא עסקת קונסיגנציה. בשני המקרים הנכס חוזר לבעליו אם אינו נמכר. הדוגמה הקלאסית לכך היא מסירת נכס למכירה במכירה פומבית, שאם יימכר יקבל הבעלים את התמורה (בניכוי עמלה) ואם לא יימכר, יוחזר לבעליו.

9. אמנם, גם העמדה האמורה אינה נקייה מקשיים. אחד הקשיים שניתן להצביע עליהם הוא, מהי ההשפעה של שיעור התשלום ששולם על ידי הקונה למוכר על פי חוזה שיש בו סעיף

שימור בעלות, על מהות העסקה ביניהם. מה דינה של עסקה בה קיים סעיף שימור בעלות והקונה שילם את מרבית המחיר; האם תיחשב כעסקת קונסיגנציה? מה דינה של עסקה כאמור בה לא שילם הקונה מאומה או שילם סכום זניח? שאלות אלה ואחרות, כגון "מכר חוזר", העולות מסיטואציות שאינן זהות לאלה שבמקרים שבפנינו, הייתי משאירה בצריך עיון, באשר אין הן מצריכות הכרעה בפסק דין זה. על אף הקשיים האמורים נראה לי, כי הן מהבחינה המשפטית והן מהבחינה המעשית משקפת עמדתו של המשנה לנשיא מדיניות ראויה המגולמת בהלכה שנקבעה על ידו.

10. אשר על כן, מצטרפת אני לתוצאות אליהן הגיע חברי, המשנה לנשיא.

ש ו פ ט ת (בדימ')

השופט י' טירקל:

אני מסכים לפסק דינו היסודי, המקיף והמאלף של חברי הנכבד, המשנה לנשיא ש' לוי. לא אכחד, כי הלכת קולומבו (ע"א 455/89 קולומבו, מאכל ומשקה בע"מ נ' בנק למסחר בע"מ, פ"ד מה(5) 490) היתה מוקשית בעיני מאז נתינתה, בעיקר מן הטעם שהיא משקיפה על העסקה מן ההיבטים הכלכליים שלה ומתעלמת מצורתה הפורמלית ומכוונתם של הצדדים כפי שהיא משתקפת בהסכם ביניהם. לענין זה מקובלים עלי גם דברי הביקורת האחרים על הלכת קולומבו שאותם אזכר חברי המשנה ש' לוי בפסק דינו. אולי לא למותר להעיר כאן כי בע"א 2328/97 דן כוכבי, עו"ד נ' ארנפלד ואח', פ"ד נג(2) 353 (להלן – "ענין כוכבי") נמנעתי מלהביע דעתי לגבי הלכת קולומבו וענין שוייגר (פסק דין המיעוט של השופט ת' אור בע"א 196/87 שוייגר נ' לוי ואח', פ"ד מו(3) 2), כפי שעשה חברי השופט י' אנגלרד. הסברתי שם כי לענין ההכרעה במחלוקת שנדונה באותו ענין, אין צורך להרהר אחרי הלכות אלה וזאת מבלי להביע דעה לעצומן. (ענין כוכבי, בעמ' 382).

עתה, הגיעה זמנה של הלכת קולומבו לעבור מן העולם וכאן יש בעיני משקל גדול במיוחד לשניים מן הטעמים שמנה חברי המשנה לנשיא ש' לוי לענין ביטולה של ההלכה, ככל שהיא נוגעת לעסקת אשראי שנכלל בה סעיף של שימור בעלות: האחד, ההלכה מתעלמת מחופש החוזים ומרצון הצדדים לעסקה; השני, ההלכה מתעלמת מן המציאות של חיי המסחר והיא בגדר הלכה שאין הציבור יכול לעמוד בה. יודגש כי

בדרך כלל יש לשאוף לכיבוד מירבי של רצון המתקשרים בחוזה ואין לכתוב עבורם חוזה חדש או לצקת לתוך החוזה שעשו משמעויות שלא התכוונו אליהן (ראו: ע"א 5694/94 איובי נ' שמואלי, פ"ד נ(4) 444; ע"א 7664/00 אברהם ושות' חברה קבלנית בע"מ רובינשטיין ואח' נ' עיריית חולון, פ"ד נ(4) 117; בג"צ 6845/00 ניב ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(6) 663). אכן, כמו שאמרתי במקום אחר, "הלכה משפטית איננה אמת מוחלטת, איננה יפה לכל זמן, איננה מתוה דרך לכל התועים, ואיננה מיישבת את כל הקושיות והבעיות. אם זכו נותניה – ומקבליה – היא מבטאת, על רקע עובדתי ומשפטי נתון, איזון נכון וראוי, ככל האפשר, של אינטרסים מתנגשים ושל שאיפות, שאי אפשר תמיד לממשן" (רע"א 5803/95 ציון נ' צח, פ"ד נא(2) 267, 278).

ט פ ו ט

#### השופט ת' אור:

1. אני מסכים לפסק דינו של חברי המשנה לנשיא. כמוהו וכמו חברי השופט חשין, שאת פסקי הדין של שניהם היתה לי ההזדמנות לקרוא, גם אני סבור כי מכלול השיקולים והאינטרסים מצביעים על כך שאין לראות בתניות שימור בעלות, כשלעצמן, משכון מוסווה במובנו של סעיף 2(ב) לחוק המשכון התשכ"ז - 1967 (להלן: חוק המשכון). אסתפק במספר הערות.

2. סעיף 33 לחוק המכר התשכ"ח - 1968 (להלן: חוק המכר), קובע כי צדדים לחוזה רשאים להתנות ביניהם על מועד העברת הבעלות בממכר. במסגרת זו, רשאים צדדים לחוזה לקבוע, כי הבעלות בממכר תעבור רק כאשר תשולם מלוא התמורה החוזית בעבורו. סעיף 2(ב) לחוק המשכון, עוסק במצבים בהם העסקה בין הצדדים הנה למעשה, עיסקה שמטרתה שיעבוד נכס להבטחת פירעונו של חוב. שני הסעיפים עוסקים בשני מישורים שונים; סעיף 33 הנ"ל עוסק במישור המוקדם, החוזי, בין הצדדים, ואילו סעיף 2(ב) הנ"ל עניינו במישור הקנייני. תחולתו של האחרון מבוססת על כך שהבעלות בממכר עברה אל החייב וכל מטרת ההתנאה בעסקה היא שעבוד נכס להבטחת פירעון החיוב. הבחנה זו אינה הבחנה טכנית – פורמלית בלבד. היא נשענת על חופש התקשרותם של הצדדים בשלב החוזי, להבדיל מן השלב הקנייני עליו חולשות הוראותיו הכופות של חוק המשכון. היא גם מכתיבה את עליונותה של הסכמת הצדדים בדבר מועד העברת בעלות, כל עוד לא קיימים נימוקים כבדי משקל, לסטות ממנה.

3. דעתי היא, שבנסיבות של שימור בעלות בכלל, ושל עסקאות קונסיגנציה בפרט, אין הצדקה להתערב באוטונומית הרצון של הצדדים ולקבוע כי למרות שהתנו ביניהם הצדדים אחרת, עברה הבעלות אל החייב במועד מסירתו של הממכר. דחיית מועד העברת הבעלות בעסקת מכר הנה הגיונית מבחינה כלכלית ועסקית, והיא שונה מן המצבים הקלאסיים של משכון מוסווה, בהם תכליתה העיקרית של העסקה היא יצירת בטוחה (ראו גם מ.דויטש קניין א בעמודים 141-140). בעסקת מכר עם תניית שימור בעלות, תכלית העסקה היא מכר ולא בטוחה. דברים דומים אמרתי, בהקשר אחר, בפרשת שוויגר (ע"א 196/87 שויגר נ' אליהו פ"ד מו(3), 2 בעמ' 14 - 15):

"אכן, אין להתעלם מהמטרה החקיקתית שביסוד הוראתו הכופה של סעיף 2(ב) להכפיף כל עסקה שכוונתה שיעבודו של נכס כערוכה לחיוב, יהיו כינוייה או צורתה אשר יהיו, להוראות החוק (ראה לענין זה בספרו הנ"ל של י. ויסמן בעמ' 64-65). אך כפי שבקשתי להראות, אין בהוראות סעיף 2(ב) – לחוק לבטל את תוקפה של עסקת מכר אמיתית - עליה הוסכם - רק בגלל מתן אפשרות למוכר לבטלה על ידי החזרת סכומים שקבל על חשבון המכר. הכפפה במקרה כזה, של העסקה כולה להוראות סעיף 2(ב), כאילו כל כולה מכוונת אך לשעבוד נכס כערוכה לחיוב, אינה עונה לכוונתם ורצונם האמיתי של הצדדים, ומבלי להתעלם מהמטרה החקיקתית כאמור, איני רואה הצדקה שלא ליתן תוקף לכוונה ורצון אלה."

4. תוצאה זו נראית לי מוצדקת גם לאור העובדה שבעסקאות מכר עם תניות שימור בעלות, נשמרת הזיקה בין הספק לבין הנכס, ולא רק בין הספק לבין החיוב. בעסקאות כאלה, עוברת הבעלות בממכר לידי הקונה, רק לאחר ששולמה בעבורה מלוא התמורה. עד למועד זה, בהתאם להסכמת הצדדים, נותרת הבעלות, על כל המשתמע ממנה, בידיו של הספק – הבעלים המקורי. ככה, נושא הספק, בסיכונים ובסיכויים הכרוכים בבעלות. כך למשל, בעסקאות קונסיגנציה, במקרים בהם ירד שווי השוק של הממכר והקמעונאי לא הצליח למכור את הממכר לצד שלישי ואינו מעוניין לרכוש אותו בעצמו, תיוותר הבעלות בידיו של הספק, גם אם שווי הממכר נמוך בהרבה משווי ביום כריתת החוזה. יוצא אם כן, כי השלכותיה של שמירת הבעלות, בעסקאות

מכר, הנן רחבות יותר מהשלכות שעבוד נכס כערוכה לחיוב, והיא נושאת עימה גם סיכונים לספק שעשויים להיטיב, בנסיבות מסוימות, דווקא עם החייב ועם נושיו.

5. לנימוקים אלה מצטרפים שיקולים כלכליים ופרקטיים. להילכת קולמבו עשויות להיות השלכות בלתי רצויות על שוק המימון. בין היתר, היא עשויה לייקר את עלות הספקת האשראי לספקים ולקימעונאים. אשר לנימוקים הפרקטיים, למעלה מעשור חלף מאז ניתן פסק הדין בפרשת קולמבו. אולם, מסתבר כי השוק לא הפנים את השלכותיה ואינו פועל בהתחשב בהן. דומה כי היא מטילה על ספקים עול כבד ויקר שאינם יכולים לעמוד בו (וראו גם: ש.לרנר "עשור להילכת קולמבו: הלכה, מציאות והרהורי חזרה בתשובה" 198 ויטמן (יוני תשס"ב) 407). נראה לי כי גם מטעם זה הגיעה השעה להסיר את עולה של הלכה זו מחיי המסחר. כאמור, אני מסכים, לפסק דינו של המשנה לנשיא.

ש פ ר ט

#### השופט א' מצא:

הייתי שותף לפסיקתה של הילכת קולומבו. דעתי היא, כי בפרשת קולומבו יישם בית-המשפט, כראוי, את הוראת סעיף 2(ב) לחוק המשכון, המחיל את הוראות החוק "על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערוכה לחיוב, יהא כינויה של העסקה אשר יהא". מן הראוי לחזור ולהזכיר, כי העיסקה שכרתו הצדדים להתדיינות בפרשת קולומבו לא הייתה עיסקת קונסיגנציה טיפוסית, אלא עיסקת מכר רגילה שאך הוסויתה כעיסקת קונסיגנציה. ובעוד שעל-פי תנאי עיסקת המכר, הבעלות בסחורה הועברה לקונה כבר בשעת המסירה, נועד הסכם הקונסיגנציה המדומה להבטיח את זכות המוכר לתשלום המחיר בהטלת שעבוד על הסחורה. על-פי העובדות שנקבעו, הייתה זו אפוא עיסקת שעבוד נכס כערוכה לחיוב, שאך הוסויתה בשם אחר, והחלת סעיף 2(ב) לחוק המשכון על עיסקה זו הייתה כדין.

דא-עקא, שבהנמקת השופט בך, בפסק-דינו בפרשת קולומבו (בעמ' 497), נקבע, כי בהתנגשות בין סעיף 2(ב) לחוק המשכון לבין הוראת סעיף 33 לחוק המכר, המכיר

ביכולת המתקשרים בחוזה לקבוע בהסכמה את מועד העברת הבעלות בממכר, גוברת הוראתו של חוק המשכון. יושם-אל-לב, כי תוספת זו כלל לא נדרשה להכרעה בפרשת קולומבו גופה; ומכאן שלא הייתה אלא בגדר אימרת-אגב. אך בהיעדר הסתייגות ממנה מצד שופטי ההרכב האחרים - ובצייני זאת, את חטאיי אני מזכיר - נתפרשה הילכת קולומבו כמחילה את הוראת סעיף 2(ב) לחוק המשכון על כלל עיסקות קונסיגנציה ועיסקות "מכר חוזר", בתורת שכאלה, ובכך מגבילה את חופש ההתנאה החוזית לגבי כריתתן של עיסקות מכר הכוללות תנאי בדבר שימור בעלותו של המוכר בממכר עד לתשלום המחיר. שהדי במרומים, שלא לכך התכוונתי בהצטרפי לחוות-דעתו של השופט בך. לדידי, מן הראוי היה לפרש את הילכת קולומבו כבעלת תחולה רק על עיסקות מישכון, שהמתקשרים בהן בחרו להסוותן כעסקות אחרות; וכבר ציינתי, בפרשת כוכבי (בעמ' 383), שכך, בעליל, נתפרשה הילכת קולומבו בפרשיות שבאו בעקבותיה: על-ידי שופטי הרוב בפרשת שוייגר (מפי הנשיא שמגר, בעמ' 22) ובפרשת טריומף (על-ידי השופט גולדברג, בפסקה 8 לפסק-הדין).

עם זאת אינני מתעלם מן הביקורת שנמתחה על הילכת קולומבו; ואף עליי מקובל, כי לא בכדי תלו בה מבקריה למצער מקצת דברים שתלו בה. אך, כחברי המשנה לנשיא, אף אני נוטה להסתפק בהנחה הרווחת, שהילכת קולומבו נתפסת בעיני רבים כבעלת השפעה מכבידה על חיי המסחר. דעתי אמנם היא, כי שורש הקשיים טמון, בעיקר, בהסדרים החקיקתיים הקיימים, ולא באימרת האגב של השופט בך בפרשת קולומבו. כבר הזדמן לי להעיר (בפרשת כוכבי, בעמ' 384), כי "עניין מרכזי שלא הוסדר במסגרת חוק המכר הוא מעמדו של המוכר באשראי כבעל שעבוד בממכר" וכי "אי-הסדרתו של נושא זה מקשה על הפעילות המסחרית". בקשר לכך הערתי (שם), כי "תקנתו של מצב זה אינה תלויה בסטייה מהילכותיו של בית-משפט זה, אלא בהשלמת החסר בהסדרים הסטטוטוריים הקיימים". אך נסיבותיהן של הפרשיות שעמדו לדיון בערעורים שלפנינו, ונימוקי חברי המשנה לנשיא, שכנעוני, כי אין להמתין עוד לישועתו של המחוקק ואין להימנע מקבלת הכרעה שיפוטית שתגביל בבירור את תחולתו של סעיף 2(ב) לחוק המשכון אך למקרים שבהם משתכנע בית-המשפט כי עיסקה בין מתקשרים, שנמנעו במפגיע מהגדרתה כעיסקת מישכון, כוונתה האמיתית הייתה לשעבד נכס כערובה לחיוב.

בנתון להערות אלו, הנני מצטרף לפסק-דינו של המשנה לנשיא.



הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') ש. לוין.

ניתן היום, י"ז אייר תשס"ג (19.5.2003).

המשנה לנשיא (בדימ') ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט

ש ו פ ט (בדימ') ש ו פ ט ש ו פ ט (בדימ')