

## בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

רע"א 65/06

בפני :  
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין  
כבוד השופט ס' גיבראן  
כבוד השופט י' אלון

המבקשים :  
1. עזבון המנוח דוד בר לבב  
2. גבי מרים בר לבב  
3. מנהל עזבון דוד בר לבב

נגד

המשיבים :  
1. מנחם עצמון, עו"ד  
2. יוסף חיים קאופמן

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי  
בירושלים מיום 30.11.05 בע"א 6063/05 שניתנה ע"י כבוד  
השופטים : מ' גל, צ' זילברטל ונ' סולברג

תאריך הישיבה : י"א בתמוז התשס"ז (27.6.2007)

בשם המבקשים : עו"ד ב' ליפשיץ

בשם המשיב 1 : בעצמו

### פסק-דין

השופט ס' ג'ובראן:

1. בפנינו בקשה למתן רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי  
בירושלים (כבוד השופטים מ' גל, צ' זילברטל ונ' סולברג) מיום 30.11.2005 בע"א  
6063/05, אשר קיבל את ערעורו של המשיב 1 על פסק דינו של בית המשפט השלום  
בירושלים מיום 9.1.2005 בה"פ 529/04.

ביום 27.6.2007 נתן בית משפט זה רשות ערעור על פסק הדין והורה לצדדים  
להגיש את סיכום טיעוניהם בכתב.

2. השאלה המשפטית העומדת להכרעה הינה האם ניתן להטיל שעבוד צף על נכסיו של יחיד. בית משפט השלום השיב הלכה למעשה ב-לאו על שאלה זו, ואילו בית המשפט המחוזי השיב ב-הן. נסקור בקצרה את ההליכים שקדמו לבקשה זו, בטרם נידרש אף אנו לסוגיה.

#### רקע עובדתי

3. דוד בר לבב ז"ל (להלן: המנוח), ניהל חנות לממכר עתיקות ברובע היהודי בירושלים. לאחר מותו פתח המשיב 1 (להלן: המשיב) בהליכים למימוש משכון אשר רבץ על העיזבון. בהודעת המשכון אשר נרשמה לטובתו של המשיב מיום 19.9.2003 (מש/1) צויין כי:

”כל התכולה המצויה ואשר תמצא מעת לעת בחנות הנקראת ”מטבע העתיק” ברחוב חב”ד 31 ירושלים, משועבדת בזה, בשיעבוד צף, לרבות מטבעות עתיקים, תליונים, פסלונים, כלי חרס, עתיקות, מטבעות משובצים בזהב, עגילים למיניהם, דברי זכוכית וחלקי זכוכית עתיקים”.

כמו כן נרשמה הודעת משכון נוספת מיום 12.6.2000 לטובת המשיב 2, אשר לא ערער לבית המשפט המחוזי ועל כן עניינו לא יידון כאן.

4. מנהל העיזבון, המערער 3 דנן, הגיש בקשה לבית משפט השלום כי יינתן סעד הצהרתי בדבר בטלות המשכון בהיותו שעבוד צף אשר נעדר כל תוקף משפטי.

בית משפט השלום (כבוד השופט ר' וינוגרד) העניק למערערים את הסעד ההצהרתי וקבע כי המשכון אכן אינו תקף. בפסק דינו סקר בית משפט השלום את עמדות המלומדים בנושא הנדון, בחן את השקפת המשפט העברי בשאלה משפטית זו, והגיע למסקנה כי במישור העקרוני יש מקום להכיר בהסדר של שעבוד צף עבור יחיד. אולם שיקול משפטי-סוציאלי הביא את בית משפט השלום למסקנתו המעשית כי במבנה הנוכחי של דיני פשיטת הרגל אין מקום להכרה בהסדר זה. זאת היות וחייב עשוי למצוא את עצמו כבול לשעבוד הצף אף לאחר הליך של פשיטת רגל וללא האפשרות, המנחה את רציונאל הליך פשיטת הרגל, לפתוח דף חדש.

5. על פסק דינו של בית משפט השלום ערער המשיב בפני בית המשפט המחוזי בירושלים. בפסק דינו קבע בית המשפט המחוזי כי בנסיבות מסוימות יש להכיר בשעבוד צף על נכסי יחיד. בית המשפט המחוזי יצא מנקודת הנחה כי על פי המצב

הנוהג אין הכרה של הדין הישראלי בשעבוד צף על נכסי יחיד אולם הכרה שכזו לא תעמוד בסתירה לדין הישראלי והגיעה העת להכיר בשעבוד מסוג זה על דרך של פיתוח הלכתי. בין נימוקיו ניתן מקום מרכזי לחשיבות השמירה על חופש החוזים ועל זכותם של צדדים לעצב את אופי ההסכמים בינם, כל עוד אלו אינם נוגדים את תקנת הציבור ואינם בלתי חוקיים או בלתי מוסריים. בית המשפט המחוזי צמצם את הלכתו החדשה לנסיבות המקרה קרי לנכסים עסקיים המצויים בבית עסקו של החייב. בכך יובטח כי השעבוד לא יחול על נכסים פרטיים של החייב, ובכך תבוא על פתרונה בעיית תחולתו של השעבוד אף לאחר הליך פשיטת רגל. עוד מציין בית המשפט המחוזי כי מקרה זה הינו מקרה "קל" באופן יחסי שכן מדובר בשעבוד המוגבל לחנותו של המנוח, ללא פגיעה בצדדים שלישיים, אשר מימושו הינו עקב פטירתו של המנוח ולא עקב פשיטת רגל של החייב.

#### טענות הצדדים

6. לטענת המבקשים, שגה בית המשפט משיצר הלכה ממוקדת לנסיבות המקרה דהיינו: שעבוד נכס עסקי בלבד, כאשר החייב אינו בין החיים בעת מימוש השעבוד, וכאשר לא מעורבים צדדים שלישיים. הלכה ממוקדת זו מותירה מקום רב של חוסר וודאות לגבי מקרי ביניים בהם אין בהירות בשאלת תוקפו של שעבוד צף בנכסי יחיד. עוד סבורים המערערים כי שגה בית המשפט משהכריע בדבר תקפות השעבוד בדיעבד לאור נסיבות עתידיות אשר לא ניתן היה לשערם בעת קביעת המשכון - קרי מות החייב והיעדרו של צד שלישי. עוד טוענים המערערים כי שגה בית המשפט המחוזי במסקנתו כי מדובר במקרה קל בו לא מעורבים צדדים שלישיים שכן במידה ויש לעיזבון נושים נוספים הרי שההכרעה במקרה דנא עשויה להשליך על גובה הסכום אשר יוחזר לאותם נושים כנגזרת משאלת הקדימות בין הנושים.

בנוסף טוענים המערערים כי היה על בית המשפט לאמץ את עמדתם של מלומדים רבים המתייחסים בשלילה לאפשרות ההכרה בשעבוד צף לנכסי יחיד.

לבסוף, גם אם סבור בית המשפט כי יש להכיר בשעבוד צף לנכסי יחיד הרי שהדרך הנכונה הינה הליכה בתלם החקיקתי שכן אין זה ראוי ליצור זכות קניינית מכוח פרשנות, קל וחומר לענייננו כאשר מדובר ביצירת זכות קניינית בעלת תחולה רטרואספקטיבית.

7. בתשובתו טוען המשיב כי שתי הערכאות דלמטה הביעו עמדה עקרונית זהה כי יש לאפשר שעבוד צף על נכסי יחיד. עוד מפנה המשיב לעמדות מלומדים התומכים בעמדה זו.

המשיב מדגיש את חשיבות מתן התוקף לכוונת הצדדים אשר אינה מוטלת בספק והיא ליצור שעבוד צף. כמו כן טוען המשיב טענת עשיית עושר ולא במשפט כי לאחר שהעותר נהנה מן הטוב שבשעבוד, מושתק הוא כעת מלטעון כנגדו.

עוד מציין המשיב כי לאור סעיף 3 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות) המאפשר הקמה של חברה על ידי בעל מניות אחד (להלן: תאגיד יחיד או עסק פרטי), הרי שאין הבדל דה-פקטו בין תאגיד יחיד הרשאי לשעבד שעבוד צף לבין עסק של יחיד בלתי מאוגד (להלן: עסק יחיד) המבקש לשעבד נכסים עסקיים בשעבוד צף.

המשיב סבור כי אופי ותוקף השעבוד אינם נגזרים אך לפי יום הטלתו אלא אף לפי תוצאותיו בעת מימושו. במקרה דנן התוצאות הן מוגבלות שכן אין מדובר בפשיטת רגל כי אם בפטירת החייב.

המשיב מציע מספר דרכים פרשניות המובילות למסקנה כי יש להכיר בהסדר של שעבוד צף לנכסי יחיד. דרך אחת היא לקרוא הסדר זה אל תוך חוק המשכון, תשכ"ז-1967 (להלן: חוק המשכון). דרך שנייה היא להכריע כי קיימת לאקונה בחוק המשכון לעניין זה ולנקוט בדרך של היקש מחוק החברות ופקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 (להלן: פקודת החברות) המכירים בשעבוד צף לתאגיד יחיד, אל תוך חוק המשכון.

לבסוף מציין המשיב כי אם תידחה עמדתו ולא יוכר הסדר של שעבוד צף בנכסי יחיד, יש לקחת בחשבון את הסיפא של הודעת המישכון המתייחס למשכונם של פריטים ספציפיים.

## ד"ן

8. הגדרתו של שעבוד צף מצויה בסעיף 1 לפקודת החברות:

**הגדרות 1** "שעבוד צף" - שעבוד על כל נכסיה ומפעלה של החברה או על מקצתם אותה שעה, כפי מצבם מזמן לזמן, אך בכפוף לסמכותה של החברה ליצור שעבודים מיוחדים על נכסיה או על מקצתם;

שעבוד זה, בשונה משעבודים מוכרים אחרים, אינו חל על נכס מסוים כי אם "מרחף" על כלל נכסיו של החייב, עד למועד גיבושו של השעבוד או אז "יורד" השעבוד, אוחז בנכסים המצויים באותה העת ברשות החייב, ונהיה שעבוד קבוע (ע"א 603/71 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' בנק ארץ ישראל בריטניה בע"מ, פ"ד כו(2) 468, 473 (1972)).

בית משפט השלום צמצם את השאלות העומדות לדיון בפרשייה זו לשאלה משפטית וממוקדת, האם חל שעבוד צף על נכסי יחיד.

9. שאלה זו נידונה בפסיקה בעבר הרחוק ונענתה בשלילה. בית משפט זה ציין בזמנו (ע"א 689/68 חברת מגדלי פרי-זה בע"מ נ' הנאמן על נכס פאול שטראוס בפשיטת-רגל, פ"ד כ"ג(1), 715 (1969) (להלן: פרי-זה)) כי אין להחיל את מוסד השעבוד הצף על נכסי יחיד "כל עוד לא חוקקו ההוראות המתאימות אשר יבטיחו מניעת עוול" (שם, עמ' 725). בית המשפט התייחס לעוול הרלוונטי לאותה פרשה בה השעבוד הצף לא היה רשום בספר המשכונות. על כן הנושים המאוחרים לא ידעו בעת מתן האשראי כי כל נכסי החייב, "ואף גלימא דעל כתפיה" (שם, שם), משועבדים לחוב קודם. ההכרה בשעבוד צף במקרה זה הייתה יוצרת עוול כלפי הנושים המאוחרים. יצוין כי נסיבות המקרה בפרשת פרי-זה שונות מהמקרה דנן מכמה בחינות ובראשן: דובר בשעבוד צף גורף אשר כלל את נכסיו של החייב, מכל מין או סוג בהווה ובעתיד, כמו כן חוק המשכון אשר חוקק בשנת 1967, לא חל על השטר הנוטריוני אשר נדון באותו המקרה.

10. מוסד השעבוד הצף נדון רבות בפסיקה (החל מע"א 547/65 המוסד לביטוח לאומי נ' ש' רויצקי פ"ד כ(3) 29 (1966) (להלן: פרשת רויצקי) ועד ימינו), אך מאז פרשת פרי-זה, טרם שבה ונדונה שאלת השעבוד הצף בעסק יחיד. לעומת זאת מלומדים רבים חיוו דעתם בשאלה זו, נסקור עמדתם בקצרה בטרם נעבור לדיונו אנו.

11. המלומד ויסמן (יהושע ויסמן חוק המשכון, תשכ"ז-1967 33-36) (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי, 1974) בחן בעבר האם חקיקת חוק המשכון פותחת אפשרות לשעבוד צף על עסקי יחיד. על פי עמדתו דאז, פרשת פרי-זה שיקפה את הדין הנוהג לפני חוק המשכון, בטרם היתה שיטה לרישום שעבוד נכסי יחיד. הכרה בשעבוד צף בנכסי יחיד במצב זה היתה מעמידה נושים אחרים בעמדת נחיתות אינהרנטית. עוד סבר ויסמן כי אפשר וחוק המשכון פתח דרך ליצירת שעבוד צף על נכסי יחיד. סעיף 26(ב) לחוק המשכון מציין כי:

מכלל לאו עשויים אנו ללמוד הן, כלומר כלל שמירת הדינים עשוי ללמדנו כי חוק המשכון כולל אף הסדר על שעבוד צף אשר אינו גורע מההסדרים שבפקודת החברות. אף מבחינה נורמטיבית סבור היה ויסמן כי אין מניעה מהכרה בשעבוד צף בנכסי יחיד אולם הדרך להכרה זו צריכה להיות דרך החקיקה וזאת כדי להשיג התאמה בין ההוראות הנוגעות לשעבוד צף בחברות לבין אלו הנוגעות לנכסי יחיד.

12. כעבור מספר שנים, בעת שכתו כראש וועדה מטעם משרד המשפטים אשר דנה בנושא דנן, שינה המלומד ויסמן את עמדתו ובמאמר אשר הוקדש לנושא פרש את היתרונות והחסרונות של שעבוד צף על נכסי יחיד תוך שהוא מנמק את הכרעתו לשלילה (Joshua Weisman, *Floating Charges on Assets of Individuals*, 21 (1986) Israel L.R. 129 (להלן: Weisman)). היתרונות אותם מנה המלומד ויסמן הינם: ראשית, האפשרות של שיעבוד נכסים עתידיים אינו זר לדין הישראלי (אף המלומד דויטש השולל משכונות על נכסים עתידיים סבור כי ניתן להכיר בחריג לכך במקרה של שעבוד צף בנכסי יחיד. ראו: מיגל דויטש קניין כרך ב 51, 110-111 (1999) (להלן: דויטש)). שנית, אין טעם להפלות בין לווה פרטי לבין חברה. פער שכזה עשוי להמריץ להתאגדות ממניע בלתי ענייני לשם הרחבת אפשרויות המימון וזאת על אף ששיקולי יעילות אחרים ומרכזיים היו מובילים להכרעה כי מוטב שלא להתאגד. שלישית, השעבוד הצף מקדם תכלית ראויה של הגדלת האשראי עבור עסקים קטנים אשר אינם מעוניינים בהתאגדות. הצלחתם של עסקים אלו הינה חשובה עבור משק בריא. רביעית, שעבוד דומה קיים בארצות הברית ואילו בקונטיננט ובאנגליה ניכרת הגמשה של האבחנה בין יחיד לחברה בנושא זה.

החסרונות אותם מונה המאמר הינם: היעדר דרישה בשוק האשראי להסדר זה. כמו כן קיומם של מספר הבדלים בין חברה ליחיד המצדיקים את האבחנה לעניין שעבוד צף: חברה מחויבת לנהל רישומים על פי חוק. כמו כן, על פי רוב חברה פועלת בהיקפי מסחר גדולים דהיינו קיימת מחד דרישה למימון נרחב ומנגד החברה מחזיקה במצבת נכסים בעלת שווי ניכר. שילובם של תנאים אלו הוא שמתמרץ את המממן לפקח על נכסיו של החייב בכדי לממש את השעבוד הצף בעיתוי הנכון. לא למותר לציין כי שאלת עיתוי מימוש השעבוד הצף, הינה מרכזית בכדאיותו של הסדר זה, שכן שלב הגיבוש, קרי נחיתת "הענן המרחף" על הנכסים, אינו רטרואקטיבי; נכס שיצא מבעלות החברה במסגרת "פעילות עסקית" לא יוכל עוד לשוב ולשמש כחלק מהשעבוד

(ע"א 353/62 הארט נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד יז (1) 496 (1963)). אל מול מאפיינים אלו של החברה נמצא עסק יחיד אשר אינו מחויב לנהל רישומת בהיקפים דומים ורישומיו אינם בהכרח מדויקים. כמו כן מצבת נכסיו והיקף המימון בעסקיו של יחיד אינם מצדיקים על פי רוב את העלות והטרחה שבפיקוח על עסקיו. על כן היכולת של הנושה לעשות שימוש מושכל בשעבוד צף, הכולל הערכה נכונה של יכולת הפירעון העתידית כמו גם זיהוי העיתוי הנכון לגיבוש השעבוד הצף, הינה מוגבלת.

עוד מציין המאמר מספר השלכות שליליות להסדר של שעבוד צף בעסקי יחיד: בנקים ומלווים ישעבדו על דרך שיגרה בשעבוד צף, דבר אשר יפגע בנושים רגילים כגון ספקים אשר וותרו ללא כיסוי ריאלי למימונם; כמו כן נושה מוקדם יזכה בעדיפות בלתי הוגנת על פני נושים אחרים; לבסוף, חוקי פשיטת הרגל יאבדו את האפקטיביות שלהם לאור תחולתו של השעבוד הצף על נכסים עתידיים אף לאחר הכרזה על פשיטת רגל.

המלומד ויסמן מסכם את מאמרו בציינו כי על אף שניתן היה באמצעות חקיקה להתגבר על חלק מהחסרונות המנויים, הרי שהיעדר הביקוש להסדר זה הוא שהכריע את הכף לשלילת יצירת הסדר של שעבוד צף בנכסי יחיד.

13. המלומד לרנר (שלום לרנר שעבוד נכסי חברה 179-184 (1996) (להלן: לרנר)) ממעיט מכובד משקלם של הנימוקים המובאים בידי המלומד ויסמן כנגד החלת שעבוד צף על נכסי יחיד. להערכתו ישנו ביקוש להסדר של שעבוד צף על נכסי יחיד. כמו כן את שאלת הפיקוח היעיל אשר הועלה על ידי ויסמן יש להותיר לידי הנושים אשר ידעו להתמודד עם סיכון זה תוך יצירת סיכוי הולם. החשש המרכזי לדבריו, אותו חשש שהנחה את בית משפט השלום במקרה דנן, הינו כי השעבוד הצף יגבר על הליך פשיטת רגל ויביא לשעבודו של עתיד החייב. על כן, במקום האבחנה הנוכחית בין נכסי חברה לנכסי יחיד, מציע המלומד לרנר לערוך אבחנה חדשה בין נכסים מסחריים לבין נכסים צרכניים אישיים וביתיים עליהם לא יחול הסדר של שעבוד צף.

14. המלומד דויטש סבור אף הוא כי ניתן להוציא מספר נכסים "צרכניים מובהקים, ובסיסיים באופיים" מכלל הנכסים אשר ניתן לשעבדם בשעבוד צף של יחיד (דויטש, בעמ' 111). אבחנה דומה אם כי מצומצמת יותר, קיימת כעת בסעיף 22 לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967, בסעיף 86 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש] תש"ם-1980, ובהקשר של שעבוד צף אבחנה כזו נמצאת בדין האמריקאי והקנדי (דויטש, עמ' 111, הע"ש 281; לרנר, בעמ' 184, הע"ש 37-36).

15. המלומד לרנר מוסיף ומציין כי קיימים שני נימוקים נסיבתיים לאבחנה שנוצרה בין חברה ליחיד לעניין שעבוד צף. האחד, מקורו בדין הבריטי בו חוקי המשכון קבעו כי הסכם שעבוד יתאר את הנכס המשועבד בצורה מדויקת. היות וחוקים אלו לא חלו על חברות, התאפשרה לידתו של השעבוד הצף אשר מטבעו אינו מאפשר תיאור מדויק של הנכס. השני, מקורו בהלכת הבעלות הנחזית החלה בפשיטת רגל של יחיד, הלכה המביאה לכך שההסכם בין החייב לבין הנושה בשעבוד הצף יהיה חסר תוקף אל מול נושים אחרים. זוהי ההנמקה שעמדה בבסיס הלכת פרי-זה אולם היא אינה רלוונטית מאז חקיקת חוק המשכון המקים מרשם שעבודים הגובר על הבעלות הנחזית (לרנר, בעמ' 58-60).

16. המלומדת חביב-סגל (אירית חביב-סגל דיני חברות- לאחר חוק החברות החדש כרך ב' 171-179 (2004) (להלן: חביב-סגל)) גורסת כי לא נסיבות היסטוריות כי אם טעמים מהותיים הם שהביאו להגבלת שעבוד צף לחברות בלבד. לדידה, השעבוד הצף נתפתח על רקע התפישה הסטטית של העסק אשר אינה מעניקה חשיבות למיהות הנכסים הנכללים בשווי החברה כל עוד שוויים המצטבר נותר זהה. היות וקיים איסור על הפחתת ההון העצמי של חברה (ד"נ 39/80 ברדיגו נ' ד.ג.ב 9 טקסטיל בע"מ פ"ד לה(4) 197, 222-225 (1981)) הרי שנושה אינו צריך ערובה בדמות נכס זה או אחר, ויכול להסתפק בשעבוד צף המתיר תנועה החוצה ופנימה של נכסי החברה. היות ואין מקבילה לאיסור על הפחתת הון בעסק יחיד בו לא ניצב מסך בין העסק לבין בעליו ועל כן גם לא בין נכסי העסק לבין נכסי בעליו, הרי שהסיכון בעסקי יחיד המוטל על נושה של שעבוד צף הינו גדול מדי.

אולם המלומדת חביב-סגל ממשיכה ומציינת כי התפיסה הסטטית אינה משקפת נאמנה את הדינאמיות המאפיינת את הפעילות העסקית של תאגיד ואת השינוי בשווי נכסיו (זאת ממספר טעמים בהם - רמות סיכון משתנות המשפיעות על שווי הנכסים וכן קיומן של השקעות אשר לא ניתן לממשן בשעת פשיטת רגל). המלומדת חביב-סגל מתייחסת להשפעה שיש לדינאמיות זו, על סדר הקדימויות בין נושים שונים ומצביעה על כך שהשעבוד הצף יכול למלא תפקיד אפקטיבי בבקרה על יחס המינוף של החברה (חביב-סגל, בעמ' 178-179). על אף שיתרון זה אינו רלוונטי לעוסק יחיד ועל כן לא נרחיב את הדיבור בו, הרי שניתן לראות כי הנימוק הסטטי, המאבחן לכאורה בין חברה לבין יחיד, אינו מדויק. משכך שוב ניטל עוקצה של האבחנה הנהוגה עד כה בין עוסק מאוגד לבין עוסק יחיד, לעניין שעבוד צף.



17. המלומד יוסי כהן מעיר בספרו (יוסי כהן דיני חברות חלק א' 68, הע"ש 1 (2007)) כי "לא ברור מה הטעם הענייני בשלילת זכותו של אדם לשעבד את נכסיו בשעבוד צף, אך בפועל הדין אינו מכיר בזכותו לעשות כן". המלומד דויטש אף הוא בדעה כי אין מניעה אמיתית מהכרה בשעבוד צף על נכסי יחיד, שכן מבחינה רעיונית קיים היקש ראוי בין עוסק שהוא יחיד לבין עוסק שהוא תאגיד. הסתייגותו של דויטש הינה בשאלת התחולה הרטרואקטיבית של הלכה חדשה זו; לדידו יש להתחשב בהסתמכות ובציפייה המבוססת של ה"שחקנים" במשק, על כן יש להכניס שינוי זה על דרך חקיקה או על דרך פסיקה מכאן ולעתיד (דויטש, בעמ' 111-112).

18. אפתח במסקנתי כי יש להכיר בשעבוד צף על נכסי יחיד.

נקודת המוצא לדיוננו אינה יתרונותיו וחסרונותיו של עצם מוסד השעבוד הצף. נדמה כי דיון זה יהיה אנכרוניסטי מאז שבשנת 1966 בפרשת רויצקי יצאה הלכה כי פקודת החברות מכירה בהסדר זה. דיוננו יתמקד בשאלה האם נכונה האבחנה שיצר הדין הנוהג בישראל בין חברה ליחיד בשאלת השעבוד. התשובה על כך כפופה לשוני בין עסקי חברה לבין עסקי יחיד.

נוסיף הערה מקדימה כי היות והסדר השעבוד הצף חל על חברה פרטית כמו גם על חברה ציבורית, הרי שהאבחנה בין השניים אינה רלוונטית לדיוננו (לעמידה על האבחנה המהותית שבין חברה פרטית לחברה ציבורית ראו: אוריאל פרוקצ'יה דיני חברות חדשים בישראל-דין נוהג, דין רצוי והדרך לחקיקה 525-538 (1989) (להלן: פרוקצ'יה)). משכך, במקרים בהם קיימת אבחנה בדין בין חברה פרטית לחברה ציבורית, נביא את ההוראות הרלוונטיות לחברה הפרטית אשר קרובה בדמותה וברוחה לעסקי יחיד.

19. האבחנה הבסיסית בין חברה לבין עסק יחיד היא בכך שהחברה מהווה אישיות משפטית נפרדת. מאבחנה זו נגזרים הבדלים רבים ובהם: הגבלת האחריות של בעלי המניות בחברה; יתרונות מיסוי; קיומה הנצחי והמתמשך של החברה; ויצירת חיץ בין אינטרס החברה לבין אינטרס בעלי המניות.

לצד יתרונות אלה לחברה מצויות החובות המוטלות עליה, אשר בחלקן נגזרות מעקרון הפומביות (כהן, בעמ' 337-346). לשם רישום חברה יש להגיש לרשם החברות מספר מסמכים בהם פרטים חיוניים על החברה (כהן, בעמ' 220-222); על חברה פרטית להגיש לרשם החברות דין וחשבון שנתי וכן עליה לעדכן אודות מספר שינויים בחברה

כגון שינויים בתקנון (סעיף 140 בצירוף סעיף 141 (א) לחוק החברות); חברה פרטית מחויבת לערוך דוחות כספיים הכוללים מאזן ליום 31 בדצמבר וכן דוח רווח והפסד של השנה שהסתיימה באותו יום. דוחות אלו צריכים להיות מבוקרים על ידי רואה החשבון המבקר של החברה (סעיף 172(א) לחוק החברות); עוד מחויבת חברה פרטית לצרף את המאזן הנ"ל יחד עם הדין וחשבון השנתי המוגש לרשם החברות (סעיף 175(א) לחוק החברות). בפועל חובה זו כמעט ואינה חלה לאור שלושת הסייגים המצויים בסעיף 175(א) לחוק החברות (כהן, בעמ' 344; יוסף גרוס, חוק החברות החדש 168-169 (מהדורה שנייה, 2000) (להלן: גרוס)). עוד מחויבת חברה פרטית לרשום אצל רשם החברות שעבודים שונים ובהם שעבודים צפים, לשם הבטחת עמידותם בפני מפרק (סעיף 178(א)(1) לפקודת החברות וכן תקנה 12(א) לתקנות החברות (דיווח, פרטי רישום וטפסים), התש"ס-1999) ובפני נושים אחרים (סעיף 169(ב) סיפא לפקודת החברות). יצוין כי המרשמים אשר מנהל רשם החברות פתוחים בפני כל אדם (סעיף 43 לחוק החברות).

חברה פרטית, אם כן, מחויבת בניהול חשבונות, בעריכת דוחות כספיים (סעיף 171(ב) לחוק החברות) ובמינוי רואה חשבון. חובות אלו מבטיחות כי המידע אודות החברה ישקף נכונה את מצבה הכלכלי. יודגש כי חובות אלו אינן מבטיחות את זמינותו של המידע בפני גורמים חיצוניים לחברה ובהם גם נושיה (יחיאל בהט חברות- החוק החדש והדין כרך א 358-359 (מהדורה שמינית, 2006)): כלומר המידע קיים אך אינו בהכרח גלוי או נגיש (כמובן שנותן אשראי חזק כגון בנק, יוכל בנקל להתנות את חוזהו עם החברה במסירת אותם דוחות ומסמכים).

20. באם נבחן את האינטרס של נושה בסיטואציה של שעבוד צף ניווכח כי שאלת ניהול החשבונות ועריכת הדוחות הכספיים מהווה מרכיב בעל חשיבות מסוימת. נושה המעניק אשראי לבעל עסק תוך יצירת שעבוד צף, נוטל על עצמו סיכון שכן מדובר בבטוחה אשר מעצם טבעה הינה נחותה אל מול שעבודים אחרים. אמנם סיכון זה הנו אינהרנטי לשעבוד הצף, אולם ככל שהמידע הנמצא בידי הנושה מדויק יותר כך גובר הסיכוי כי סיכון זה יהיה מושכל. בעוד שבעסק מואגד קיים מידע אשר באופן יחסי הינו מדויק ונגיש לבעלים הרי שבעסק יחיד אין כלל ערבות לדיוקו ואף לקיומו של מידע זה (למעט דוחות המוגשים לצורכי מס). אם כן, בחינת האינטרס של הנושה עשויה להוביל להצדקת האבחנה בין עסק מואגד לבין עסק יחיד.

21. אולם בחינת האינטרס של בעל העסק מובילה למסקנה הפוכה. בעל עסק קטן לרוב יחזיק במעט נכסים. לאחר שהבנק יטיל משכנתא על המקרקעין, לא יוותרו לו

נכסים רבים העשויים לשמש כבטוחות. לשם כך נוצר פתרון השעבוד הצף, המאפשר את שיעבוד הסחורה בעסק. הותרת האבחנה בין עסק מואגד לבין עסק פרטי תחייב את בעל העסק להתאגד בכדי לפתוח אפיק מימוני נוסף. לשם כך עליו לשאת בעול עלויות ניהולה של חברה. ככלל, חברה פרטית אשר אינה אלא עסק יחיד שהתאגד, נבדלת במהותה מהחברה הפרטית ה"סטנדרטית" המוגדרת (על דרך השלילה) בסעיף 1 לחוק החברות. הבעיות השונות ובראשן בעיית הנציג, עימן מתמודדים דיני התאגידים, אינן באות לידי ביטוי במבנה המוקטן של חברת יחיד. בכך היא דומה יותר לעסק יחיד או לשותפות. כפי שמצטט המלומד פרוקצ'יה את ברדלי:

"[ש]רצונם האמיתי של המתאגדים בחברה כזאת [חברה קטנה- ס. ג.] הוא להיות בעלי מניות בצאתם- ביחסם אל העולם החיצוני- אך שותפים בביתם- ביחסם אלה לאלה". (פרוקצ'יה, בעמ' 526).

22. יוצאות הדופן של חברת יחיד באה לידי ביטוי בין היתר בכך שבית המשפט ירים ביתר קלות את מסך ההתאגדות בעניינה (כהן, בעמ' 471-470 וכן בהע"ש 27 שם). כך גם במהלך פירוק של חברות פרטיות קטנות עשוי בית המשפט להחיל עקרונות מדיני פירוק שותפות (כהן, בעמ' 472). סעיף 3 לחוק החברות פתח את שער הרישום בפני חברות עם בעל מניות יחיד, וזאת מתוך הכרת המחוקק באוטונומיה של הרצון הפרטי (כהן, בעמ' 231). אולם בענייננו אין מדובר ברצון הפרטי להתאגד כי אם בהתאגדות מפאת הכורח לשם השגת מקורות מימון נוספים על דרך שעבוד צף. פרוקצ'יה מוסיף ומציין כי רבות מהחברות הקטנות אינן מכנסות את אסיפותיהן השנתיות ואף מזייפות דינים וחשבונות על קיום אסיפות אלו (פרוקצ'יה, בעמ' 528). נדמה כי אין זו אלא דוגמה אחת לסילופים העשויים להיווצר שעה שעסק יחיד מתאגד מסיבות הרחוקות מהרציונאליים המנחים את דיני התאגידים. במקרה דנן, בו העוסק יחיד אינו מעוניין אף בהגבלת האחריות כי אם אך בשעבוד הצף, נכונה ההסתייגות מההתאגדות על אחת כמה וכמה.

23. לסיכום ביניים נראה כי עלינו להכריע בין שני שיקולים מרכזיים, האחד הוא הסיכון שעל הנושה לקחת בהיכנסו למנגנון של שעבוד צף והשני הוא ההתאגדות הבלתי רצויה של בעל עסק יחיד המבקש להתקשר בהתחייבות של שעבוד צף. בין השניים סבור אני כי יש לתת משקל רב יותר לחשש מפני התאגדות מאולצת וזאת מהסיבות הבאות: ראשית, גם לאחר הרחבת תחולתו של השעבוד הצף לעסקי יחיד יכול נושה לבחור שלא להתקשר אלא עם עוסק שהתאגד. שנית, ירידת אפקטיביות הפיקוח במקרה של עסק יחיד יכולה לקבל את איזונה בדמות תנאים קשיחים בהתקשרות שבין

הנושה לבין בעל העסק החייב. כך למשל מקובל לכלול תנאי המגביל את יכולתו של החייב להתקשר בעסקאות הנוגעות לרכוש המשועבד (ע"א 10907/03 בנק לאומי בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הבריאות (לא פורסם) (22.6.2005) (להלן: פרשת בנק לאומי)). כמו כן נושה יכול להוסיף תנאי דיספוזיטיבי המחייב פיקוח של רואה חשבון על עסק היחיד וזאת כתנאי להלוואה. שלישית, מטעמים של אינטרס הציבור ושל חופש המסחר, יש להותיר בידי בעלי עסקים קטנים מרחב פעולה נרחב ככל האפשר. עניין לנו בעסקים חשובים מבחינה כלל משקית, אשר לעיתים קרובות אינם יכולים לספוג את העלות הכרוכה בהתאגדות. רביעית, מטעמי יעילות כלכלית, לא יהיה זה נכון להחיל את ההסדרים של דיני התאגידים על עסק אשר אינו נדרש להתאגדות זו. חמישית, פערי המידע שבידי נושה לגבי עסק יחיד אל מול עסק מואגד אינם כה משמעותיים. בשניהם, קיים מרשם המאפשר לבחון את השעבודים העומדים ותלויים כנגד העסק. בשניהם, הדוחות המפורטים בדבר הרווחים וההפסדים אינם בהכרח בידי הנושה. בעסק יחיד קיימים דוחות לצורכי מס העשויים לתת תמונת מצב על העסק. לבסוף, בשניהם, מדובר על פי רוב בעסקים קטנים וסטנדרטיים אשר ניתן להעריך את "רכות" כרית הביטחון שלהם לאחר בחינת השעבודים השונים.

24. בדיוננו עד כה, לא התייחסנו לסוגיית סדר העדיפויות בין הנושים. מטעמים אשר אינם ידועים לנו, הנושים הנוספים בתיק זה לא ביקשו להצטרף ולטעון את טענתם. סביר להניח כי השאלה המונחת בפנינו - האם המשיב הינו בעל שעבוד צף או נושה כללי ללא שעבוד, הגיעה להתדיינות משפטית לאור קיומם של נושים נוספים. סדר העדיפות בין הנושים מושפע משאלת קיומם של שעבודים. במצב בו סך נכסי החייב אינו מכסה את כלל חובותיו, סדר העדיפות בין הנושים הוא שיכריע מי מהנושים יצליח להיפרע. כוחו של שעבוד צף המכיל תניה מגבילה, מביא לחולשתם של נושים מאוחרים בין אם על דרך שעבוד קבוע ובין אם על דרך שעבוד צף. כמו כן, אך הגיוני כי נושה חזק בעל מקורות מימון משמעותיים, כגון בנק, יבטיח את הלוואתו בשעבוד צף במידה ולא ימצאו בטוחות עדיפות, ואילו נושים חלשים יותר כגון ספקים יוותרו ללא בטוחות אפקטיביות. על כן לכאורה יש לבחון את שאלת השפעת החלתו של הסדר של שעבוד צף על נכסי יחיד, על היחסים בין הנושים.

25. אולם, נדמה כי בעיה זו מעוררת שאלה כללית בדיני חיובים הנוגעת לקדימויות בין נושים, שאלה החורגת מעניינינו. כמו כן בעיה זו קיימת כבר כעת בעסק מואגד המשעבד את נכסיו בשעבוד צף. על כן היא אינה נוגעת לאבחנה בין עסקי יחיד ובין עסק מואגד. כפי שציין בית משפט זה בהתייחסו לחקיקת סעיף 169(ב) לפקודת

החברות המאפשר הוספת תניה לשעבוד צף המגבילה עסקאות עתידיות ברכוש המשועבד, כי משעת חקיקת אותו סעיף:

"הועתקה למעשה נקודת הכובד ממועד גיבוש השעבוד אל מועד רישומו בכל הנוגע לשעבוד צף הכולל תניה מגבילה. עדיפותו של נושה בעל שעבוד צף כאמור, על פני צד שלישי שרכש זכויות בנכסי החברה בניגוד להגבלה, אינה תלויה עוד בגיבושו של השעבוד והיא נולדת במועד הרישום (ראו: לדנר, שעבוד, 379). בכך, רחק הדין הישראלי מן הדין האנגלי, שאין בו הוראה דומה להוראת סעיף 169(ב) לפקודת החברות, ועשה כברת דרך אל עבר הדין האמריקאי, שאף בו המועד הקובע לקביעת סדר הקדימויות בין הנושים הוא מועד הרישום בלשכת הרישום הציבורית" (ראו: לדנר, שעבוד, 132-130; ראו גם: סעיף 9-322(a)(1) ל-Uniform Commercial Code (אשר החליף בשנת 2000 את סעיף 9-312(5)(a) Official Comment-וה הצמודה לו; J.J. White, R.S. Summers *Uniform Commercial Code* 856-858 (1995)) (פרשת בנק לאומי לישראל, פס' 12 לפסק דינה של השופטת חיות).

(וראה עוד: יהושע ויסמן "דין שעבוד צף המגביל עסקאות" משפטים יא (3) 554 (1981); אליעזר וולובסקי כונס נכסים בדיני החברות 321-453 (מהדורה שנייה, 2004); לדנר, בעמ' 185-273)

בספרות המשפטית נמתחה ביקורת על הדומיננטיות של שעבוד צף הכולל

הגבלה:

"הנסיון מלמד כי שעבוד זה [שעבוד צף עם הגבלה - ס. ג.]. פוגע קשה בסיכויו של נושה רגיל להיפרע את חובו במקרה שהחייב שהעניק שעבוד צף נהפך לחדל פירעון" (יהושע ויסמן "שעבוד נכסי חברה" מאת שלום לרנר מחקרי משפט טו(1) 1999; וכן לדנר, בעמ' 275-278; ולדעה שונה במקצת ראה דויטש, בעמ' 108-110).

יתכן וכדרכו של עולם, המטוטלת החקיקתית והפסיקתית תביא לריכוכו של השעבוד הצף בכדי לחזק את מעמד הנושים הכלליים, אולם בעיה זו אינה ייחודית לעסקי יחיד ואין בה כדי להצדיק את האבחנה הנוכחית בין עסקי יחיד לבין חברה פרטית.

26. לסיכום עד כה, בחינת האינטרסים השונים הנוגעים לשאלת השעבוד הצף, מביאה אותנו למסקנה כי אין הצדקה לאבחנה בין חברה פרטית לבין עסק יחיד.

27. בחינתנו אינה יכולה להסתיים בשאלת הצדקתו של קיום הסדר שעבוד צף בעסקי יחיד. עלינו לבחון האם קיימת תשתית נורמטיבית להחלתו של הסדר זה. לדידי, ניתן לבסס את תחולת השעבוד הצף בנכסי יחיד, על חוק המשכון. בפסקאות הבאות ארחיב על כך את הדיבור.

בסעיף 1(א) מצינו את ההגדרה הבאה למשכון:

<p><b>מהות המישכון</b></p>	<p>1(א) <b>מישכון הוא שעבוד נכס כערוכה לחיוב;</b> הוא מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון אם לא סולק החיוב.</p>
--------------------------------	--

חוסר הבהירות בשאלת תחולת חוק המשכון על שעבוד צף נובע משאלת ייחוד הנכס. בשונה משעבוד קבוע, שעבוד צף אשר טרם נתגבש אינו חל על נכס ספציפי והנכסים בשלב הראשון יכולים להמשיך לצאת ולהיכנס תחת "עננת" השעבוד הצף. מטעם זה סבור לרנר כי חוק המשכון אינו חל על שעבוד צף (לרנר, בעמ' 184-175).

התשובה לשאלה האם סעיף 1(א) חל על שעבוד צף מושפעת בין היתר מהתיאוריה העומדת ביסוד השעבוד הצף (לרנר, עמ' 122-118; דויטש, עמ' 106-105). על פי תיאורית הרישיון, השעבוד הצף קרוב במידה רבה לשעבוד קבוע אולם נוסף בו היתר מיוחד מטעם הנושה להמשיך בפעילות עסקית רגילה. על פי תיאורית השעבוד העתידי, החייב אינו נדרש להיתר של הנושה שכן השעבוד טרם נתגבש ובכך הוא קרוב במידה רבה לשעבוד עתידי. הנפקות בין התיאוריות אינה חד משמעית, ונדמה כי שתי התיאוריות לא באו להתנצח זו עם זו כי אם להדגיש את המתח הטמון בתוך ההסדר של שעבוד צף, אשר מבחינות מסוימות מעניק לנושה זכות כמעט קניינית על נכסי החייב בייחוד כאשר מתקיימת תנית הגבלה (תיאורית הרישיון) ומבחינות אחרות, מעניק חופש פעולה לחייב לשם המשך פעילותו העסקית (תיאורית השעבוד העתידי). השאלה שבפנינו היא לאיזה קוטב של הציר נוטה השעבוד הצף בהתייחסנו לסעיף 1(א) לחוק המשכון. באם נטה לקוטב תיאורית הרישיון הרי שניתן יהיה לראות בשעבוד צף כחלק ממכלול של שעבודי נכסים כערוכה לחיוב על פי הגדרת חוק המשכון. ואילו באם נטה לקוטב תיאורית השעבוד העתידי הרי שנתקשה לראות בשעבוד צף כשעבוד נכס ספציפי.

28. הפסיקה בהתייחסה לתחולת חוק המשכון על השעבוד הצף הדגישה בעיקר אלמנטים מתיאורית הרישיון (לרנר, בעמ' 184-175 וכן ראו דיון ב-ת"ה (ת"א) 1989/93 בליט אופנה בע"מ (בכינוס נכסים) נ' סריגי גחלת בע"מ (טרם פורסם))

(16.3.1994). בע"א 522/72 מדינת ישראל נ' כונסי נכסים של החברה וולטקס צמרון  
תשלובת בע"מ, פ"ד כז(2) 393, 405 (1973), קבע כבוד השופט קיסטר כי:

"אין חולקין כי לגבי מימוש השעבוד הצף שהתגבש,  
חלות הוראות חוק המשכון, תשכ"ז-1967".

באותו מקרה דובר על שעבוד צף לאחר התגבשותו ועל כן מדובר בפועל  
בשעבוד קבוע אשר בוודאי נכנס תחת חסותו של חוק המשכון. בע"א 248/77 בנק  
הפועלים בע"מ נ' גרבורג בע"מ, פ"ד לב(1) 253, 259 (1977) (להלן: פרשת בנק  
הפועלים) צעד בית המשפט צעד נוסף בציינו כי סעיף 5 לחוק המשכון הדין בתקנת  
השוק חל באופן עקרוני על שעבוד צף. בפועל בית המשפט לא החיל את תקנת השוק  
על המקרה לאור הסדר ספציפי בפקודת החברות. בין היתר מציין בית המשפט בדיונו  
שם כי:

"אין ספק, שהשעבוד הצף מהווה משכון, במובן הגדרת  
המישכון בסעיף 1(א) לחוק [חוק המשכון- ס. ג.]."

לבסוף בע"א 542/85 המועצה הישראלית לייצור ושיווק כותנה בע"מ נ' אתא  
חברה לטקסטיל בע"מ ו-טתה בע"מ, פ"ד מב(4) 559, 563 (1989) (להלן: פרשת אתא),  
אשר עסק בשאלת תוקפן של הגבלות בשעבוד צף על צד שלישי, ציין בית משפט זה:

"לסיכום ניתן לומר, כי לאחר שקבע בית משפט זה כי  
שעבוד צף מהווה משכון במובן סעיף 1(א) לחוק  
המשכון (ע"א 248/77 הנ"ל), הרי יפה כוחן של  
ההגבלות הקבועות באגרת השעבוד הצף, וידועות לצד  
ג', עד כדי להעלותו למדרגת שעבוד ספציפי בכל הנוגע  
לפעולה שאיננה במהלך העסקים הרגיל. (נ. ביטרמן,  
"שעבוד קבוע שנוצר בניגוד לאיסור שבשעבוד שוטף",  
הפרקליט ל"ד 100, 110)".

נוסיף כי מפסק הדין עולה כי חוק המשכון חל על שעבוד צף אף טרם גיבושו.

29. ניתן לראות כי הפסיקה הכירה בכך שחוק המשכון כולל הסדר של שעבוד צף.  
הסדרים כלליים המצויים בחוק המשכון הוחלו מכוח פרשנות זו על שעבוד צף  
בחברות. כך ראינו את החלתו של סעיף 5 לעניין תקנת השוק על שעבוד צף בפרשת בנק  
הפועלים; כך גם סעיף 21 המורה על מימוש מוקדם של משכון לאחר פניית הנושה  
לבית המשפט, נמנה כאחת החלופות לגיבושו של השעבוד (וולובסקי, בעמ' 24); סעיף

15 (א) הקובע את מועד פקיעת המשכון עם תשלום החוב, חל אף הוא על שעבוד צף (ע"א 2181/02 הסוכנות היהודית לארץ ישראל נ' בית נחמיה, מושב עובדים של העובד הציוני, פ"ד נח(3), 697 (2004)). כפי שציינו לעיל, ניתן לראות בסעיף 26(ב) אינדיקציה לכך שחוק המשכון מעמיד אפשרות עבור אדם פרטי לשעבד נכסיו בשעבוד צף (וראו: ויסמן, עמ' 35; ומנגד - לרנר, בעמ' 176).

עד כה הפסיקה טרם נדרשה לשאלת השעבוד הצף בנכסי יחיד אולם היא כן קבעה כי חוק המשכון חל על שעבוד צף בחברות. קביעתה זו אינה נוגעת אך ורק לשלב גיבושו של השעבוד הצף אלא אף קודם לו. כמו כן, ראינו כי קביעתה זו של הפסיקה מתיישבת היטב עם תיאוריות הרשיון, המקבלת יתר תוקף ככל שנפוץ השימוש בתנית ההגבלה. לאור קביעתנו כי אין הצדקה לאבחנה בין חברה פרטית לבין עסק יחיד שכן ההבדלים ביניהם אינם מצדיקים אבחנה לעניין שעבוד צף, הרי שאין הצדקה פרשנית להמשיך ולכלול תחת חוק המשכון את ההסדר של שעבוד צף בחברות ולהותיר מבחוץ לו את הסדר שעבוד הצף בעסקי יחיד. על כן מסקנתי היא כי מכוח חוק המשכון, יש לקבוע כי הסדר שעבוד צף מתקיים אף בנכסי יחיד.

30. אוסיף ואומר כי קיימות מספר הוראות ספציפיות לשעבוד צף בפקודת החברות הגוברות על הוראות חוק המשכון מכוח סעיף 26(ב) לחוק המשכון (סעיף 169 העוסק בקדימויות ובתניית הגבלה; סעיף 170 העוסק בכוחו של נושה בשעבוד צף למנוע עסקאות; סעיף 178 העוסק בחובת רישום השעבוד; סעיף 194 עוסק באכיפת השעבוד הטעונה אישור בית המשפט; סעיפים 195 ו-354 עוסק בקדימויות בין נושים בעת אכיפת השעבוד הצף ובעת פירוק החברה). על כן קיים חשש כי בעתיד יתפתחו שני סוגי שעבודים צפים, מעין תאומים בלתי זהים, אשר מטעמים סטטוטוריים עשויים להוביל להסדרים שונים. לאור דיוננו לעיל, ובעיקר לאור הרציונאל של מניעת התאגדות מטעמים בלתי רלוונטיים, יש לשאוף לצמצום הפערים בין שעבוד צף בחברות לבין שעבוד צף בעסקי יחיד, למעט במקרים בהם מדובר באבחנה הנוגעת למאפיין הייחודי של עסק מואגד.

31. עוד יוער כי הכרעתנו בשאלה המשפטית שבפנינו, מצומצמת לנסיבות המקרה דהיינו לנכסים עסקיים מובהקים. בית משפט השלום חשש כי הפלת החיץ בין חברה פרטית לבין עסקי יחיד תביא לכך שבשעת פשיטת רגל ימשיך השעבוד הצף לחול על החייב ועל כלל נכסיו. בית משפט השלום מציין שתי חלופות אשר עשויות לפתור בעיה זו: האחת הגבלת תחולת השעבוד הצף עד לתום הליכי פשיטת הרגל או הגבלת השעבוד הצף לנכסים עסקיים. אף אנו סבורים כי לאחר שהסרנו את החיץ הבלתי



רלוונטי בין חברה פרטית לבין עסקי יחיד, יש צורך בהקמת חיץ ברור בין נכסים עסקיים של יחיד לבין נכסים צרכניים של יחיד.

הנסיבות של המקרה שבפנינו אכן עונות להבחנה זו. מדובר בשעבוד על נכסים בעלי אופי עסקי מובהק, המצויים במקום עסק מסויים הנבדל ממקום המגורים. במקרים עתידיים של שעבוד צף על נכסי יחיד, יצטרך בית המשפט לבחון בקפידה האם מבחינה מהותית מדובר בנכס המהווה חלק מעסקיו של היחיד. התשובה לכך עשויה להיגזר מההיקש שערכנו בדיוננו בין חברה פרטית לעסק יחיד, כלומר מהתשובה לשאלה האם נכסים מסוג זה מצויים אף בעסקים שהתאגדו. עוד נציין כי ככלל האבחנה בין נכסים עסקיים לבין נכסים צרכניים עשויה להיגזר ממספר אינדיקציות: האם עניין לנו בעוסק מורשה על פי חוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975; האם הנכסים נרשמו בדוחות השנתיים המוגשים לרשויות המס כנכסים השייכים לעסק; מיקומם של הנכסים; האם מדובר בנכסים שהם חלק ממלאי וכיוצא בזה.

32. סוף דבר, פסק דינו של בית המשפט המחוזי מנומק ומבוסס היטב ולא מצאתי מקום להתערב בו. אשר על כן אציע לחברי לדחות את הערעור.

ש ו פ ט

#### המשנה לנשיאה א' ריבלין:

1. אף כי יש בה יתרונות, לא אוכל להצטרף לתוצאה אליה הגיע חברי השופט ס' ג'ובראן, ואשר לפיה יש לדחות את הערעור ולהותיר על כנו את פסק דינו של בית המשפט המחוזי. לדעתי, מוטב להותיר את הקביעה בדבר תחולת הסדר "השעבוד הצף" (להלן: ההסדר) על נכסי יחיד בידיו של המחוקק. הכרה שיפוטית בתחולת ההסדר על נכסי יחיד, עשויות להיות לה השלכות רוחב ובהעדר קביעת הוראות ברורות בחקיקה, היא עלולה להביא לתוצאות בעייתיות ואף קשות בתחום מתן האשראי ליחידים.

שני טעמים, אשר יפורטו בהרחבה להלן, עומדים בבסיס מסקנה זו. הטעם הראשון הוא הימנעותו המכוונת של המחוקק מלקבוע תחולה של ההסדר על נכסי יחיד. יש מקום לתת משקל לכך בפרשנות דבר החקיקה. הטעם השני הוא הבעייתיות העקרונית בקביעה פסיקתית כי קיימת תחולה כאמור. בעייתיות זו נובעת משני גורמים מרכזיים – טיבם של שיקולי המדיניות אשר יש לשקול לצורך קבלת החלטה בנושא וכן

הקושי ביצירה הלכתית-פסיקתית של הסדר מקיף ושלם בנושא, לרבות לגבי היחס בינו לבין ההסדר שבפקודת החברות.

מדיניות המחוקק והכרעותיו בסוגיה

2. ההסדר בדבר "שעבוד צף" מצוי בפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 (להלן: פקודת החברות). "שעבוד צף" מוגדר בסעיף 1 לפקודת החברות כך:

"שעבוד צף" - שעבוד על כל נכסיה ומפעלה של החברה או על מקצתם אותה שעה, כפי מצבם מזמן לזמן, אך ככפוף לסמכותה של החברה ליצור שעבודים מיוחדים על נכסיה או על מקצתם. [הדגשה הוספה, א' ר']

כפי שמפרט חברי השופט ג'ובראן בפסק דינו, קיימות בפקודת החברות הוראות שונות המסדירות את נושא "השעבוד הצף" בדיני החברות – ובהן חובות רישום, כוחו של נושה למנוע עסקאות, אופן אכיפת השעבוד והצורך באישור בית משפט במצבים מסוימים וגדרו של סדר הקדימויות בין הנושים.

כאמור בפסק דינו של חברי השופט ג'ובראן, עובר לחקיקתו של חוק המשכון, התשכ"ז-1967 (להלן: חוק המשכון), קבע בית משפט זה כי אין אפשרות להטיל שעבוד צף על נכסי יחיד (ע"א 689/68 חברת מגדלי פרי-זה בע"מ נ' הנאמן על נכס פאול שטראוס בפשיטת-רגל, פ"ד כג(1) 715 (1969)). חוק המשכון קבע בסעיף 26(ב) כי אין בהוראות החוק כדי לגרוע מכל דין הנוגע לשעבוד צף על נכסי תאגיד. החוק לא קבע כל הוראה באשר לתחולת ההסדר על נכסי יחיד. המלומד יהושע ויסמן, בספרו חוק המשכון, תשכ"ז-1967 33-36 (1974), מציין כי:

עובדה זו, שחלק חשוב מן האשראי המוענק על ידי בנקים מובטח על ידי מלאי של החייב, עמדה לנגד עיני מנסחי חוק המשכון, ואולם אף על פי כן אין בחוק כל הוראה ברורה לענין זה... [הדגשות הוספו, א' ר']

במהלך השנים שלאחר מכן, לא בוצע על ידי המחוקק מהלך כלשהו המחיל את ההסדר על נכסי יחיד. בשנות ה-80, הוקמה על ידי משרד המשפטים ועדה בראשות פרופ' י' ויסמן, במטרה לבחון אם יש מקום לשנות את חוק המשכון כדי לקבוע שניתן להטיל שעבוד צף על נכסי יחידים (ראו Josua Wesman, *Floating Charges on Assets of Individuals*, 21 Israel L.R. 129, 130 (1986): "The question is therefore whether the law should be amended in order to establish that a

floating charge may be given by individuals, as well as companies and "cooperative societies" [הדגשה הוספה, א' ר']]. עמדת הוועדה היתה שחוק המשכון אינו מעגן הסדר כזה, ולכן נדרש שינוי חקיקתי לצורך עיגונו – במידה ויוכרע כי זו המדיניות הנבחרת. עם זאת, ניתוח שיקולי המדיניות החקיקתיים השונים – אשר פורטו בפסק דינו של חברי השופט ג'ובראן – הביא את רוב חברי הוועדה לדעה כי אין מקום להכיר בשעבוד צף על נכסי יחיד (שם, בעמ' 141). בשנת 1984 הגישה הוועדה את מסקנותיה, ולאורן לא בוצע אכן כל שינוי בחקיקה לעיגון תחולת ההסדר על נכסי יחיד.

המלומד שלום לרנר, בספרו שעבוד נכסי חברה 179 (1996), חולק על שיקולי המדיניות אשר בגינם קבעה הוועדה כי אין מקום להחיל את ההסדר על נכסי יחיד. יחד עם זאת, הוא אינו חולק על ההנחה שעמדה בבסיס פעולתה של הוועדה, כי יש לקבוע תחולה זו בחקיקה מפורשת, והוא מציין כי:

לפי ההלכה הפסוקה המחילה את חוק המשכון על שעבודים צפים, אין לכאורה מניעה ליצור שעבוד דומה על נכסי יחיד. אולם מקובל להניח, כפי הנראה בהשפעת המורשת האנגלית, שהדין בישראל אינו נותן תוקף לשעבוד צף על נכסי יחיד. לפי דרכנו, חוק המשכון אכן אינו יכול לשמש מקור להכרה בשעבוד צף, היות שגם ביחס לנכסי תאגיד הוא חל בשלב הגיבוש בלבד... אם נגיע למסקנה ששיקולי מדיניות משפטית תומכים במתן תוקף לשעבוד כזה, או לפחות אינם שוללים אותו, עדיף לעגן את ההכרה בחקיקה מפורשת. [הדגשות הוספו, א' ר].

המלומד מיגל דויטש, בספרו קניין כרך ב 110-112 (1999), סבור שההצדקות המעשיות להסדר קיימות במידה דומה כאשר מדובר בחברה וכאשר מדובר ביחיד המנהל עסק. עם זאת, אף הוא מצביע על הצורך בעיגון בדין לתחולת ההסדר על נכסי יחיד, ועל הבעייתיות בקליטתו של ההסדר לחוק המשכון בדרך של היקש מדיני החברות. הוא מציין כי:

שעבוד שוטף יוצר זכות קניינית על אגד נכסים, בניגוד לדין הקניין הרגיל. קביעת חריג לכלל האמור מחייבת אחיזה כלשהי בדין. בענייננו, דין המשכון על היחיד, לא נקבע בדין כלשהו חריג כאמור בעוד שבדיני החברות הוא נקבע. לכאורה, אפוא, תופעת השעבוד השוטף על היחיד אינה אפשרית.

יחד עם זאת, מתעוררת השאלה, אם אין לראות בשתיקת המחוקק בחוק המשכון, תשכ"ז-1967, משום חסר הניתן להשלמה על דרך ההיקש מדין החברות... בצד הרעיוני קיים אכן בסיס להיקש כאמור...

יחד עם זאת, השאלה אם היקש כאמור הוא ראוי אינה נחתכת רק לאור זווית המבט של ההצדקה הרעיונית והערכית לו, אלא גם על יסוד היבטים של ציפיה מסתברת של צדדים, הסתמכויות, וכיוצא באלה שיקולים. דומה, כי על יסוד שיקולים אלה יש לענות כיום בשלילה לשאלה אם ההיקש הוא אפשרי במשפטנו. קליטתו של גוף שלם זה של הדין – דין השעבוד השוטף – על דרך ההיקש, נוגדת, כך נראה את הציפיות המבוססות כיום ואת התנהגות הקהילה המשפטית. מן הראוי לאפשר, אם-כן, שעבוד צף על היחיד המנהל עסק, ועל תאגידים עסקיים, אולם זאת רק בדרך של חקיקה אשר תסדיר את קליטת המוסד, או באמצעות פיתוח הלכתי שיחול מכאן ולעתיד בלבד.

3. בית המשפט המחוזי ציין בפסק דינו את השינוי שהוצע במסגרת הצעת חוק דיני ממונות. בית המשפט המחוזי ציין כי בהצעת החוק, נכון לאותו מועד, הוצע לאפשר שעבוד קבוע על נכסים עתידיים גם ביחס ליחיד וגם ביחס לחברה – הצעה אשר לפי דברי ההסבר תבטל את מוסד השעבוד הצף, מתוך ההנחה שאין בו צורך לאור ההכרה באפשרות לשעבד נכסים עתידיים. קשה לחזות מה ייקבע בעתיד בסוגיה זו במסגרת חוק דיני ממונות – אם וכאשר יאושר כחוק. יש רק לקוות כי בחינה מעמיקה ויסודית של הסוגיה תבוצע על ידי גורמי החקיקה בטרם יאושר שינוי חקיקתי בנושא (ראו נינה זלצמן ועופר גרוסקופף מישכון זכויות 216 ה"ש 388 (2005)).

4. מכל המקובץ עולה כי הסוגיה שבפנינו ניצבה כבר בפני מקבלי החלטות בתחום החקיקה – בפני המחוקק בעת חקיקת חוק המשכון בשנת 1967 ובפני שר המשפטים במהלך גיבוש הצעות חוק ממשלתיות בשנת 1984. בשתי הפעמים הוחלט שלא לעגן את תחולת ההסדר על נכסי יחיד. הסוגיה עומדת גם כיום לבחינה מחודשת והכרעה על ידי המחוקק ואין לדעת מה יילד יום. מצב דברים זה מציב קושי משמעותי בפני בית המשפט, אשר מבקש מטעמים של מדיניות משפטית להצהיר כי ההסדר חל על נכסי יחיד מכוחו של חוק המשכון. בענייננו, עמדתו של המחוקק בהימנעותו מעיגון לתחולת הסדר "השעבוד הצף" על נכסי יחיד היתה ברורה. יש לתת משקל לכוונתו של המחוקק, במיוחד נוכח טיב השיקולים שנשקלו והשיקולים שראוי שישקלו לצורך קבלת ההחלטה בנושא – שיקולי מדיניות רחבים וחקיקתיים באופיים, כפי שעוד יפורט.

הבעייתיות הכרוכה בקביעה שיפוטית בדבר הרחבת תחולת ההסדר

5. השיקולים אותם יש לשקול לצורך ההכרעה בשאלה אם ראוי מטעמים של מדיניות להכיר בתחולתו של ההסדר על נכסי יחיד אינם שיקולים אנליטיים-משפטיים בלבד. מדובר בשיקולים אשר המחוקק צריך ליתן את הדעת עליהם, לאחר ביצוע מלאכת חקיקה מורכבת, אשר תכלול, בין היתר, שמיעה של מומחים ושל גורמים הנוגעים בדבר. ההכרעה בשאלה עשויה להשליך על אלפי עסקים. חברי השופט ג'ובראן נותן משקל רב מאוד בהכרעתו לשיקול בעל אופי כלכלי-עסקי – החשש מפני "התאגדות מאולצת", קרי: החשש שעסק לא מואגד יתאגד על מנת לשעבד את רכושו בשעבוד צף כנגד הגדלת האשראי המוענק לו. עם זאת, הוא נותן משקל מועט מדי לטעמי לשיקול כלכלי-עסקי אחר – הפגיעה האפשרית בנושים 'חלשים' יותר, כדוגמת ספקים, עקב כך שנושים 'חזקים' יותר, כדוגמת בנקים, יבטיחו את חובם על ידי שעבוד צף על נכסי העסק. לשיטתו של חברי השופט ג'ובראן, זהו קושי שקיים כבר עתה בעסק מואגד שמשעבד את נכסיו בשעבוד צף, ולכן אינה נוגע לאבחנה בין עסקי יחיד ובין עסק מואגד. אלא שמסקנה זו אינה הכרחית ואינה מתבקשת. לעסקים לא מואגדים, ככלל, יש מאפיינים מגזריים מסוימים. לרוב, עסקים אלה הם עסקים 'קטנים' והדבר בא לידי ביטוי בהיקף המחזור, העובדים והנכסים שבעסק. הדבר עשוי לבוא לידי ביטוי גם בכושר המיקוח שלהם מול מוסדות פיננסיים כדוגמת בנקים. כידוע, נותני האשראי המרכזיים לעסקים הם בנקים וספקים. גם אם נניח קיומו של שוק משוכלל לחלוטין, שבו צמצום סיכון ההלוואה על ידי בטוחות נוספות יתומחר מיידית ובאופן מלא על ידי נותן האשראי בדרך של הקטנת הריבית הנדרשת או הגדלת היקף האשראי, הרי שמן הצד האחר, צמצום סיכון ההלוואה בדרך של מתן בטוחה בנכס עסקי לנושה אחד יביא להגדלת סיכון ההלוואה לנושה אחר, שעשוי להיוותר עם "כרית בטחון" מצומצמת יותר של נכסים מהם ניתן יהיה להיפרע – סיכון שגם הוא יתומחר. כך, שגם בשוק משוכלל לחלוטין, הרחבת האפשרות להטלת בטוחות על נכסיו העסקיים של הלווה לא בהכרח תשפר את מצבו הכולל. אולם בהתחשב בכך שהשוק המציאותי אינו משוכלל לחלוטין ואין בו אינפורמציה מלאה, ולנוכח כושר המיקוח הריאלי של עסקים לא מואגדים, החשש הוא כי השינוי הנדון עשוי להביא לתוצאה של פגיעה בעסקים הלא מואגדים. כך, לא ברור אם ניתן להניח שהקטנת סיכון ההלוואה כתוצאה מהטלת שעבוד צף על עסק לא מואגד תקבל ביטוי מלא בהורדת שיעור הריבית הבנקאית או בהגדלת היקף האשראי. מן העבר השני, הפגיעה בספקים כנושים לא מובטחים סביר שתגולגל בחזרה אל העסקים הלא מואגדים בדרך של צמצום האשראי המוענק להם.

השאלה האם, בהקשר הספציפי של עסקים לא מואגדים, התועלת בביצוע השעבוד הצף (הגדלת האשראי הבנקאי או הקטנת הריבית הבנקאית) עולה על הפגיעה הנובעת ממנו (פגיעה באשראי שספקים יהיו מוכנים לתת) היא שאלה שאין אנו יכולים לענות עליה. שאלה זו אינה שאלה משפטית אלא משקית-כלכלית. אופייה של השאלה בעיקרו אינו אנליטי אלא אמפירי. כך גם השאלה מהו מספר העסקים אשר נאלץ כבר היום להתאגד "התאגדות מאולצת" עקב הרצון להטיל על נכסיהם "שעבוד צף". הועדה בראשות פרופ' ויסמן מצאה כי לא מתקיים ביקוש להסדר זה בעסקים לא מואגדים. ממצא זה מצמצם משמעותית את החשש מפני "התאגדות מאולצת" (ראו ויסמן במאמרו הנ"ל, בעמ' 133). כל אלה מעוררים ספק אם מן הבחינה המוסדית בית המשפט הוא זה שאמור להכריע בסוגיה.

6. וזאת לדעת, הבחירה בין פעילות כעסק מואגד ובין פעילות כעסק שאינו מואגד מושפעת כבר כיום באופן מהותי מההסדרים המשפטיים השונים. הדוגמא המרכזית והמובהקת לכך היא תחום המס. לא תמיד להבדלים אלה יש הצדקות הברורות על-פני הדברים. עם זאת, מן הבחינה המוסדית, בית המשפט ייטה שלא להתערב בשאלות אלה, כאשר הן מוכרעות על ידי המחוקק. לו היינו משתכנעים כי היעדר תחולה של ההסדר על נכסי יחיד גורם לעיוות קשה ולא מוצדק, ייתכן כי היה מקום להגיע לתוצאה פרשנית אחרת. משלא הוכח בענייננו כי אכן מדובר בעיוות שכזה, ויתכן גם יתכן כי ההיפך הוא הנכון וכי המצב הקיים מיטיב עם העסקים הלא מואגדים מתמעט הצורך בשינוי. במצב דברים זה, אין בסיס לקביעה שהיעדר תחולה של ההסדר על עסקים לא מואגדים פוגע בהם, ואין מקום לכך שבית המשפט יהיה הזירה אשר תכריע בדבר.

7. קושי נוסף טמון בעצם יצירת הסדר שיפוטי מקיף וממצה בסוגיה. דוגמא אחת לקושי זה היא שרטוט גבולותיו של ההסדר. חברי השופט ג'ובראן מציע כי תחולתו של ההסדר על נכסי יחיד תוגבל אך ורק ל"נכסים עסקיים מובהקים". הקושי הוא שאם ייקבע בדרך של פרשנות כי חוק המשכון מהווה מקור סטטוטורי לשעבוד צף על נכסי יחיד, יקשה עלינו למצוא את המקור הסטטוטורי להגבלת הזכות הקניינית כאמור. דוגמא נוספת לקושי היא היחס שבין הסדר "שעבוד צף" על נכסי יחיד ובין הסדר "שעבוד צף" על נכסי חברה. המלומד ויסמן (בספרו הנ"ל, בעמ' 35-36) עמד על הצורך בהתערבות של המחוקק אם תבוא הכרה בשעבוד צף הניתן על ידי מי שאינו תאגיד, כדי להשיג התאמה בין השעבוד הצף שעל פי חוק המשכון לבין השעבוד הצף המוסדר בפקודת החברות. באופן דומה יתעורר הצורך לבחון את היחס שבין בעלי שעבוד צף לנושים בדין קדימה (ראו זלצמן וגרוסקופף, שם). חברי השופט ג'ובראן מודע לחשש כי ההכרה בתחולת ההסדר על נכסי יחיד בדרך פסיקתית, מבלי להסדיר

את הנושא בחקיקה באופן מקיף, עשויה להביא להתפתחות שני סוגי שעבודים צפים – “מעין תאומים בלתי זהים” – וכי לשיטתו יש לשאוף לצמצום הפערים, מתוך הרציונל של מניעת התאגדות מטעמים לא רלוונטיים. דברים אלה מחדדים את הבעייתיות והקושי – מן הבחינה המוסדית ומן הבחינה המהותית – שבהכרה פסיקתית תחולת ההסדר על נכסי יחיד.

8. ואשר לעקרון חופש החוזים, אשר היווה נימוק מרכזי להכרעתו של בית המשפט המחוזי בסוגיה, אעיר זאת: בית המשפט המחוזי ציין כי ההסכם בין היחיד-החייב לבין הנושה בדבר שעבוד צף על נכסיו איננו בלתי-חוקי, בלתי-מוסרי או סותר את תקנת הציבור. כמו-כן, קבע בית המשפט המחוזי כי ביחסים החוזיים שבין החייב ובין הנושה מדובר בהסכם מחייב. אלא שמישור זה אינו חזות הכל. בית המשפט המחוזי סבר גם כי:

משנרשם המשכון אצל רשם המשכונות, כוחו יפה גם כלפי נושים אחרים [סעיף 4(3) לחוק המשכון]. רשם המשכונות מוחזק כמי שלא יירשום משכון שעל פניו איננו חוקי. מה שאינו נחזה כבלתי-חוקי בעיני רשם המשכונות, לא צריך להיראות ככזה, בעיני אחד-האדם.

עם קביעה זו לא אוכל להסכים. עצם קיומו של רישום בדבר משכון אצל רשם המשכונות אינו מהווה ערובה לתוקפו של המשכון. יש צורך בתחילה בקיומו של משכון ורק משנוצר ונרשם יהא כוחו יפה גם כלפי הנושים האחרים (ויסמן בספרו הנ"ל, בעמ' 120)

נוכח כל האמור, לא אוכל להצטרף לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט ג'ובראן, ולו נשמעה דעתי היה מתקבל הערעור, פסק דינו של בית המשפט המחוזי היה מתבטל ופסק דינו של בית משפט השלום היה מושב על כנו.

בנסיבות העניין אין צו להוצאות בערכאה זו.

המשנה לנשיאה

השופט י' אלון:

אני מצטרף לדעתו של חברי המשנה לנשיאה, כי הסדרת מוסד “השעבוד הצף” על נכסי יחיד טעונה הסדר חקיקתי כולל ומקיף. חברי השופט ס' ג'ובראן ניתח

בבהירות רבה את היבטיה השונים של הסוגיה – ואת יתרונות ההכרה בשעבוד הצף  
בנסיבות הספציפיות של הערעור דנן שבו המדובר ב"נכסים בעלי אופי עסקי מובהק,  
המצויים במקום עסק מסויים הנבדל ממקום המגורים".

דא עקא, המדובר הוא בסוגיה מקיפה בעלת השלכות רוחביות ורב מערכתיות  
המתחסות לקשת מגוונת של סוגי נכסים שונים, נושים מסוגים שונים ומאטריות  
כלכליות ומסחריות רבות ומגוונות. היקף זה של הדברים משתרע הרבה מעבר לנסיבות  
המשכון הספציפי נשוא ערעור זה. הסדרה משפטית נפרדת של מקטע נקודתי ובודד זה  
מהסוגיה במלואה, בהיעדר הסדר חקיקתי מקיף ואחיד, עלולה להוביל למצב לא רצוי  
של חוסר ודאות וחוסר יציבות.

לאור זאת מצרף אני את דעתי לדעתו של המשנה לנשיאה.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

ניתן היום, כ' באדר ב' התשס"ח (27.3.2008).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה-לנשיאה