



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 10780/08

בפני :

כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופט ס' גובראן

המערערת :

REALIT CONSULTING LIMITED

נ ג ד

המשיבים :

1. אורן הורוביץ ו-101 אח'
2. ג'ירוטק השקעות בע"מ
3. אינסייטיקס בע"מ (פורמלית)

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
מיום 3.11.08 בה"פ 549/07 שניתן על ידי כבוד השופטת
ד"ר מ' אגמון-גונן

תאריך הישיבה :

י"ב באדר א' התשע"א (16.2.2011)

בשם המערערת :

עו"ד אילן סובל

בשם המשיבים 1 :

עו"ד יצחק אבירם ; עו"ד דנה שילוני

בשם המשיבה 2 :

אדריאן דוידסקו – מנהל

פסק-דין

השופט ס' גובראן:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 3.11.2008 (כבוד השופטת מ' אגמון-גונן), שבמסגרתו נדחתה בקשת חברת REALIT CONSULTING LIMITED (להלן: המערערת) לפסק דין הצהרתי שלפיו היא בעלת הזכויות ב-609,756 מניות בכורה וב-169,377 מניות בכורה מסוג א1 (להלן: המניות), שהן 6% מסך כל מניות חברת אינסייטיקס בע"מ (להלן: המשיבה 3 או אינסטייטקס).

רקע

2. המערערת היא חברה זרה שהתאגדה ביום 30.5.2006 ונרשמה כדין בא"י הבתולה הבריטיים. המשיבה 2, חברת ג'ירוטק (להלן: המשיבה 2), היא חברה

שבאמצעותה ניהל מר אדריאן דוידסקו (להלן: דוידסקו) קרן גידור בינלאומית שקרסה באמצע שנת 2006. המשיבים 1 הינם 102 נושיה של המשיבה 2 ושל מנהלה דוידסקו אשר לבקשתם הוטל עיקול על נכסי המשיבה 2 וביניהם אחזקותיה במניות (להלן: המשיבים). המערערת טוענת כי היא בעלת הזכויות במניות ומבקשת לקבל פסק דין המצהיר על כך. בעלותה, לטענתה, נובעת מהסכם מכר שנחתם בינה לבין המשיבה 2 ביוני 2006, שבמסגרתו מכרה לה המשיבה 2 את המניות (להלן: ההסכם או העסקה).

3. המערערת נמצאת בבעלותה ובשליטתה של נאמנות משפחתית השייכת למשפחה ששמה מיהלי, אותה מייצג מר רודיה מיהלי (להלן: מיהלי). עד ליום 28.11.2004, התקיימו יחסים עסקיים בין מיהלי לבין הקרן שאותה ניהל דוידסקו באמצעות המשיבה 2. בשנת 2006 הקימה הנאמנות המשפחתית של משפחת מיהלי את המערערת על מנת שבאמצעותה ניתן יהיה לבצע השקעות בישראל. אין מחלוקת כי בסוף חודש יוני 2006 פנה דוידסקו למיהלי וביקש ממנו הלוואה על סך 500,000 דולר, זאת לאחר שהקרן בניהולו קרסה. דוידסקו הציע כבטוחה להלוואה את המניות, אשר כאמור היו בבעלותה של המשיבה 2 שהייתה בשליטתו. באותו מעמד, וככל הנראה על מנת לשכנע את מיהלי כי שווי המניות המוצעות כבטוחה רב, מסר דוידסקו למיהלי כי מתנהל משא ומתן למכירת המשיבה 3 בתמורה לסכום של 45 מיליון דולר, דבר שעשוי להעלות באופן משמעותי את שווי המניות. מיהלי סירב להצעתו של דוידסקו ותחתיה הציע לרכוש את אחזקות המשיבה 2 במניות המשיבה 3 בתמורה לסכום של 500,000 דולר וכן בתמורה להתחייבות למנות את דוידסקו למנהל השקעות במערערת. יצוין כי על פי טענות המשיבים 1 היו השתלשלויות נוספות בין מיהלי לבין דוידסקו וכן בין חלק מהמשיבים 1 לבין מיהלי. אולם בית המשפט המחוזי נמנע מלהתייחס לטענות הללו, וממילא אין בהן כדי לתרום להכרעה בענייננו, ועל כן לא אפרטן.

ההסכם

4. ביום 27.7.2006 נחתם הסכם בין המערערת לבין המשיבה 2, שלפיו מלוא אחזקותיה של המשיבה 2 במניות יימכרו למערערת תמורת 500,000 דולר, וכן תמורת התחייבות של המערערת למנות את דוידסקו לדירקטור בה ולהעסיקו כמנהל השקעות: "1. **Agreement to Purchase the Stock.** Seller will sell to Purchaser and Purchaser agrees to purchase the Stock for the amount of Five Hundred Thousand Dollars US (...)

4.5 **General Commitment.** The Purchaser undertakes to nominate Mr. Adi Davidescu as a director of Realit Consulting Limited and to retain him as an expert in investments in derivatives and sophisticated financial structures."

בהסכם כלול סעיף שלפיו למשיבה 2 שמורה הזכות לבטל את העסקה בתוך 60 ימים מיום חתימת ההסכם ולשלם למערערת פיצויים בסך של 25,000 דולר (להלן: סעיף הביטול), אם בתקופה זו תתממש הצעה העומדת על הפרק למכירת המשיבה 3 תמורת 45 מיליון דולר:

"3.5 **Disclosure.** To the best of Seller's knowledge' Insightix is negotiating to sell the company at the value of US\$45 M (forty five million US dollars). Should the sale transaction take effect, Seller will be entitled, within 60 days, to cancel this Agreement, subject to a US\$25,000 (twenty five thousand US dollars) penalty."

סעיף נוסף בהסכם קובע כי למשיבה 2 שמורה אופציה, לרכוש את המניות בחזרה תוך 24 חודשים תמורת 1.5 מיליון דולר (להלן: סעיף ה'מכר-החוזר'). במהלך 24 החודשים, מתחייבת המערערת לא למכור את המניות ולא לעשות בהן שימוש כבטוחה להלוואות או לעכבן בדרך כלשהי:

"4.4 The Purchaser grants the Seller an irrevocable option to purchase the Stock within 24 months from the date of the Closing of the stock Purchase contemplated by this Agreement for a purchase price of One Million Five Hundred Thousand Dollars US (US \$1,500,000) (..). Purchaser undertakes not to sell the Stock for 24 months after the purchase or until Seller notifies Purchaser in writing that it does not intend to exercise the Option (the "**Option Period**"). Purchaser undertakes not to use the Stock as security for any loans or to otherwise encumber the Stock during the Option Period.(..)."

ביום 13.9.2006 התקבלה אצל רשם החברות הודעה על העברת מניות בחברה פרטית ולפיה המניות הועברו מידי המשיבה 2 לידי המערערת (ראו ת/1.6 למוצגי המערערת).

5. ביום 2.11.2006 הוגשה תובענה אזרחית נגד דוידסקו על ידי המשיבים 1, בה נטען כי הקרן בניהולו, בה הושקע כספם, ספגה הפסדים רבים כתוצאה מפעולותיו. במסגרת אותה תובענה, ביום 15.4.2007 הטיל בית המשפט המחוזי צו עיקול לטובת המשיבים על נכסיו של דוידסקו, וביניהם המניות (בש"א 25825/06 כבוד השופט ש' ברוך ז"ל ביושבו כרשם בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו). במסגרת ההחלטה לאשר את העיקול נקבע שאין בעיקול כדי לגרוע מזכותה של המערערת לפנות לבית המשפט בעניין זכויותיה במניות.

6. ביום 1.5.2007 הוגשה על ידי המערערת המרצת פתיחה ובה בקשה למתן פסק דין הצהרתי, לפיו המניות שעוקלו הן בבעלותה, לאחר שרכשה אותן כדין מהמשיבה 2, ועל כן המשיבים אינם זכאים לעקלן בגין חובות נטענים של המשיבה 2 או של מנהלה דוידסקו.

פסק הדין של בית המשפט המחוזי

7. בית המשפט המחוזי בחר לגשת ישירות לדיון בשאלת מהותה של העסקה – האם עסקת מכר או עסקת משכון. לאחר שנבחנו סעיפי ההסכם ונסיבותיו, נקבע כי בין הצדדים נחתם הסכם לביצוע עסקת 'מכר-חוזר' שהיא במהותה עסקת משכון מוטווית. בשולי הדברים ציין בית המשפט כי על אף שנראה שעובדות המקרה מבססות גם טענה של הברחת נכסים, הרי שמאחר והוכרע כי מדובר בעסקת משכון, והובררה תוצאתה של קביעה זו לעניין זכויות המערערת במניות, אין עוד צורך להידרש לטענות אחרות.

ראשית, דן בית המשפט בפרשנות סעיף 2(ב) לחוק המשכון התשכ"ז-1967 (להלן: חוק המשכון) לאור פסיקת בית המשפט העליון בנושא. בית המשפט הדגיש כי הביקורת שהועלתה בפסיקה, כנגד מתן פרשנות המרחיבה את תחולתו של סעיף 2(ב) לחוק המשכון ומאפשרת לכלול תחתיו מגוון עסקאות, איננה רלוונטית בנסיבות העסקה דנן. לפיכך קבע, כי אין מניעה מלהחיל את הוראות חוק המשכון, מכוח סעיף 2(ב) לו, על עסקת ה'מכר-החוזר' נשוא תיק זה.

בהמשך, בחן בית המשפט את העסקה, על פי המבחן שנקבע לתחולתו של סעיף 2(ב) לחוק המשכון בפסק הדין רע"א 1690/00 מ.ש. קידוחי הצפון בע"מ נ' א. אבגל טכנולוגיה בע"מ (בפירוק זמני), פ"ד נז(4) 385 (2003) (להלן: פרשת קידוחי הצפון). לפי מבחן זה קבע בית המשפט, כי על אף שכותרת ההסכם מציגה הסכם מכר, הרי שיתר המאפיינים, כגון הרקע שקדם לעסקה; אופי הסעיפים בה; ונסיבות ביצועה (כגון הפקדת התמורה למכר לחשבוננו של דוידסקו ולא לחשבונה של המשיבה 2) מלמדים כי מדובר למעשה בעסקה שתכליתה מתן הלוואה אישית לדוידסקו והעמדת המניות כבטוחה להחזר החוב. על כן נקבע, כי העסקה דנן הינה במהותה עסקת משכון. בית המשפט הדגיש כי קביעתו מבוססת על מכלול הנסיבות במקרה הספציפי וכי יתכן שבנסיבות אחרות לא הייתה קמה הצדקה לקבוע כי מדובר בעסקת משכון מוטווית.

לאור האמור, דחה בית המשפט את בקשת המערערת למתן סעד הצהרתי שלפיו היא בעלת המניות.

מכאן הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים

8. המערערת טוענת, כי שגה בית המשפט המחוזי בסווגו את העסקה כעסקת משכון וכי כתוצאה מכך נגרם לה עוול גדול ונפגעה זכותה הקניינית. היא מבססת טענתה זו על הנימוקים הבאים:

לטענת המערערת, הצדדים לעסקה התכוונו ליצור עסקת מכר ואין כל הצדקה להתערבות בחירותם לעשות זאת. כמו כן, מלוא התמורה שולמה למשיבה 2 ובעלותה של המערערת במניות נרשמה, הן במרשם בעלי המניות במשיבה 3 והן אצל רשם החברות. כן היא טוענת, כי בעסקה דנן, כעסקת מכר, טמון הגיון כלכלי רב: סכום התמורה ששילמה המערערת למשיבה 2 (500,000 דולר) שיקף את שווי המניות באותה עת (בהיותן 5.088% מסך כל המניות במשיבה 3 (לפי ת/1.8 למוצגי המערערת) ששוויה הכולל, בטרם נמכרה, הוערך כ-10 מיליון דולר). לדבריה, סעיף הביטול וסעיף ה'מכר-חוזר' הקבועים בהסכם, שיקפו ציפיות לגיטימיות של המשיבה 2 ושל מנהלה דוידסקו לכך שיבשיל המשא ומתן למכירת המשיבה 3 במחיר של 45 מיליון דולר וכתוצאה מכך שווי המניות יגדל משמעותית. כמו כן היא טוענת, כי התחייבותה למנות את דוידסקו למנהל השקעות בה נבע מן האמון וההערכה שרכשה לכישוריו וגם בכך טמון היה עבור שני הצדדים, הגיון עסקי וכלכלי.

כאמור, בית המשפט המחוזי קבע כי תנאי העסקה ונסיבותיה מלמדות על היותה עסקת משכון מוסווית. המערערת מתנגדת לקביעה זו. לטענתה, אין בכך שהתמורה הופקדה בחשבון שאינו של המשיבה 2 כדי להראות שהתמורה היא בעצם הלוואה. עוד היא טוענת, כי המגבלות החלות על זכויותיה במניות, מיועדות להבטיח את ממשות האופציה הנתונה למשיבה 2 לרכוש בחזרה את המניות, אך אין בהן כדי ללמד כי כוונת העסקה היא להקנות למערערת משכון ולא בעלות במניות. כמו כן, לדברי המערערת, מיהלי כלל לא ידע על הלחצים בהם היה שרוי דוידסקו משום שלא היה עמו בקשר באותה עת, על כן הוא מתנגד לקביעה לפיה הלחצים היוו רקע רלוונטי לעסקה. כן היא טוענת, כי אופציית ה'מכר-חוזר' לתקופה של 24 חודשים איננה חריגה בתחום חברות הסטארט אפ ועל כן יש להכיר בתוקפה – ואין לראות בה אינדיקציה למשכון.

במישור המדיניות המשפטית, טוענת המערערת כי בכך שסיווג את העסקה דנן כעסקת משכון מוסווית והחיל עליה את הוראות חוק המשכון, הקים בית המשפט

המחוזי לתחייה את ההלכה שנפסקה בע"א 455/89 קולומבו, מאכל ומשקה בע"מ נ' בנק למסחר בע"מ, פ"ד מה(5) 490 (1989) (להלן: הלכת קולומבו) וסטה מפסיקת בית המשפט העליון בפרשת קידוחי הצפון. סטייה זו, לטענתה, עשויה להביא לתחולה כללית של הוראות חוק המשכון על עסקאות מכר של מניות בהן מוענקת זכות למוכר לשוב ולרכוש את המניות בתוך פרק זמן מוגדר מיום חתימת ההסכם. תחולה רחבה כזו, איננה ראויה לדעתה.

לבסוף, המערערת חולקת על קביעת בית המשפט ביחס לאפשרות שעובדות המקרה דנן מבססות גם טענה של הברחת נכסים, שכן משלא נתמכה קביעה זו בניתוח עובדתי ומשפטי הרי שהערה אגבית אודותיה מטילה לטענתה, ללא צורך או הצדקה, ספק באשר לישרה.

9. מנגד, לטענת המשיבים צדק בית המשפט המחוזי כאשר קבע כי העסקה איננה עסקת מכר. זאת, הן משום שלא הוכח שהועברה למשיבה 2 כל תמורה בגין המניות, אלא הועברה רק לדוידסקו עצמו, והן משום שההסכם מגביל את זכויות המערערת במניות, באופן שהן אמנם שמורות אצלה, אך היא אינה רשאית לבצע בהן פעולות. הדין הישראלי, לטענת המשיבים, מכנה עסקה כזו עסקת משכון. פסיקת בית המשפט העליון תומכת, לדבריהם, בסיווג עסקת 'מכר-חוזר', כגון זו שבפנינו, כעסקת משכון מוסווית והנסיבות בתיק, כפי שנקבעו בערכאה הדיונית, מצדיקות סיווג זה במקרה דנן. כך לדוגמא, לדבריהם, הצביע הנשיא שמגר בפסק הדין בע"א 196/87 שוייגר נ' לוי, פ"ד מו(3) 2 (1992) (להלן: פרשת שוייגר) על כך שהזכות לפדיון הנכס השמורה לחייב מעידה על כוונה לעקוף את דיני הבטוחות. בענייננו, למשיבה 2 שמורה הזכות לפדות את המניות, למשך שנתיים. עוד הם טוענים, כי המערערת לא הביאה עדים, שיכלה להביא ושהיה ראוי שתביא, על מנת שיעידו לגבי הרקע והעובדות הרלוונטיים להסכם. לעומת זאת, לדבריהם, העד היחיד שהובא מטעם המערערת הוא מיהלי אשר כלל אינו חתום על ההסכם. לבסוף טוענים המשיבים כי התוצאה הסופית של ראיית העסקה כעסקת משכון הינה, מאחר שלא נערך הרישום המתאים על פי דין, כי המשכון בטל כלפי נושי החברה לרבות הם עצמם.

יוער, כי בפי המשיבים טענות חלופיות רבות, כגון שהעסקה נועדה להבריח נכסים של דוידסקו או שההסכם בטל בהיותו סותר סעיף בתקנון החברה של המשיבה 3. אולם, לא מצאתי מקום להידרש לשלל הטענות הללו, שכן פסק דינו של בית המשפט המחוזי התמקד, כאמור, בשאלת תחולת חוק המשכון על העסקה דנן ואכן גם לדעתי די בהכרעה בשאלה זו כדי להכריע בתיק כולו.

10. המשיבה 2, ג'ירוטק, באמצעות מנהלה דוידסקו, הגישה, לאחר שנתבקשה לכך על ידי בית המשפט, סיכומים בכתב. במסגרתם הצהירה, כי האסמכתא שהציגה המערערת להעברת התמורה בגין המניות שרכשה לידי המשיבה 2 איננה משקפת את ההעברה הנטענת אלא העברה אחרת. יצוין כי אין בפיה טענות נוספות בנוגע לתיק זה. המשיבה 3 הצהירה כי אינה צד לסכסוך וכי כל זיקתה אליו נובעת מהעובדה שהמחלוקת בין הצדדים נוגעת למניותיה.

דיון

11. בפתח הדברים אומר, כי פסק הדין של הערכאה הקודמת מקובל עליי בעיקרו, וכך גם התוצאה לפיה יש לדחות את בקשת המערערת לסעד הצהרתי הקובע כי היא בעלת המניות. להלן, אסביר מסקנתי זו.

12. דיוננו עוסק בפרשנותו של סעיף 2(ב) לחוק המשכון הקובע כך:

תחולה 2. (ב) הוראות חוק זה יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערוכה לחיוב, יהא כינויה של העסקה אשר יהא.

השאלה העומדת להכרעה הינה האם העסקה שבפנינו היא עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערוכה לחיוב, במובן סעיף 2(ב) לחוק המשכון? כדי לענות על שאלה זו, עלינו לברר את היקף תחולתו של הסעיף האמור. סוגיה זו נדונה רבות בפסיקה ובספרות והגישות לגביה שונות וחלוקות.

היקף תחולתו של סעיף 2(ב) לחוק המשכון

13. הלכת קולומבו, אותה הזכיר בית המשפט המחוזי בפסק דינו, פירשה את סעיף 2(ב) לחוק המשכון כחל על עסקאות שצורתן מכר באשראי וכלולה בהן תניה ל'שימור-בעלות' בידי המוכר. זאת, לאור תכליתו של הסעיף, שהוגדרה שם על ידי כבוד השופט בך כצורך "להגן על נושים אחרים של החייב ולהבטיח, כי לא ייווצר מצב בו ייכרתו עסקאות משכון נסחרות, שתפגענה בזכויותיהם של אותם נושים." (הלכת קולומבו, בעמוד 495). בהמשך, פרשנות זו לסעיף 2(ב) לחוק המשכון יושמה בפרשת שוויגר, והביאה להחלתן של הוראות חוק המשכון על עסקה ל'מכר-מותנה' של דירה. כעשר שנים מאוחר יותר, בפסק הדין בפרשת קידוחי הצפון ביקר בית המשפט את הלכת

קולומבו והיא בוטלה בכל הנוגע לעסקאות אשראי הכוללות תניית 'שימור-בעלות' (ראו קידוחי הצפון, בעמוד 403-409; כמו כן ראו נינה זלצמן ועופר גרוסקופף, מישכון זכויות 80 (תשס"ה-2005) (להלן: מישכון זכויות); וגם י' ויסמן "משכון נסתר: המוות המדומה של הלכת קולומבו" ספר גבריאל בך 517 526-527 (תשע"א-2011) (להלן: ויסמן, משכון נסתר)). לכאורה, ניתן היה לטעון כי משבוטלה הלכת קולומבו, בוטל גם העיקרון שעמד בבסיסה ועל כן אין עוד מקום למתן פרשנות המרחיבה את תחולת סעיף 2(ב) לחוק המשכון, בהתאם לעקרון שהוצב בהלכת קולומבו. אפשרות זו נסתרה במסגרת אמרת אגב של חברי השופט (כתוארו אז) ריבלין בע"א 2652/02 סילביו נחום, עו"ד נ' רחל דורנבאום (לא פורסם, 1.3.2004) (בסעיפים 18-19 לפסק דינו) (להלן: פרשת נחום) ולגישתי, בצדק נסתרה. זאת לאור נוסח הדברים שנאמרו בפרשת קידוחי הצפון:

"יש לבטל את הלכת קולומבו ככל שהיא נוגעת לעסקת אשראי שנכלל בה סעיף של שימור בעלות... הוא הדין בכל מקרה שמדובר בו בעסקה מסחרית הכוללת תנאי מתלה בדבר העברת בעלות, שיש לדפוסים שבהם נערכה תימוכין משמעותיים במציאות המסחרית.

(...)

פסק-דין זה אינו מתיימר לבחון את דפוסייה של כל העסקאות המסחריות לסוגיהן ולהעבירן בכור המבחן של סעיף 2(ב) לחוק המשכון, ואין בו פתרון לכל השאלות העשויות להתעורר... כך למשל אפשר להשאיר בצריך עיון את השאלה מה דינה לעניין סעיף 2(ב) לחוק המשכון של עסקה טהורה של "מכר חוזר". (שם, בעמוד 409. (ההדגשות שלי - ס' ג')).

יתרה מכך, כפי שציננה גם הערכאה הדיונית, ההיגיון העומד בבסיס פסק הדין בפרשת קידוחי הצפון והביקורת שהועלתה שם בנוגע להלכת קולומבו, אינו רלוונטי לכל העסקאות. כך למשל במקרה של עסקאות 'מכר-חוזר', שלא כמו בעסקאות אשראי הכוללות תניית 'שימור-בעלות', לא מדובר בעסקה המתבצעת באופן יום-יומי בחיי המסחר הרגילים ולכן אין בהטלת הדרישה לרישום השעבוד, כדי להכביד, יתר על המידה, על הצדדים לה (ראו והשוו פרשת נחום, בסעיף 20 לפסק דינו של השופט ריבלין; וכן פרשת קידוחי הצפון, בעמוד 408). כמו כן, ב'מכר-חוזר' מדובר בנכס אחד וספציפי ולא בסחורה מתחלפת, על כן אין כל קושי להטיל שעבוד על הנכס המשמש כבטוחה בעסקה (השוו קידוחי הצפון, בעמוד 404). מכאן נובע, לשיטתי, כי אין לומר שבפרשת קידוחי הצפון בוטלה האפשרות למתן פרשנות מרחיבה לסעיף 2(ב) לחוק המשכון ובוודאי שלא האפשרות לכלול תחתיו עסקאות מסוג 'מכר-חוזר'.

14. עסקאות מכר יכולות ללבוש צורות שונות (פרשת קידוחי הצפון, בעמוד 420). צורותיהן השונות של העסקאות, מכילות הגיונות כלכליים - מסחריים שונים והגישות בדבר היקפו של סעיף 2(ב) נבדלות זו מזו, בין היתר, בתשובתן לשאלה אילו מאותן צורות נכללות בתחומי פרישתו.

שלא כמו בעסקת 'שימור בעלות', בה הבעלות נשמרת בידי המוכר עד לקבלת התשלום מידי הרוכש, ואף שלא כמו בעסקת 'מכר-מותנה', בה הבעלות משתכללת בהתקיים תנאי מסוים, כגון היעדר תשלום החוב על ידי המוכר, בעסקת 'מכר-חוזר' הבעלות בנכס עוברת לידי הרוכש מיום ההסכם אך היא כפופה לזכותו של המוכר לקנות את הנכס בחזרה (ראו נינה זלצמן ועופר גרוסקופף, "הסוואת משכון" – הצעה לעיון חוזר בהלכת קולומבו עיוני משפט כו 79, 87 תשס"ב (להלן: הסוואת משכון)). בענייננו, לפי תנאי ההסכם, העבירה המשיבה 2 את אחזקותיה במניות למערערת, בכפוף לזכותה לרכוש בחזרה בתוך שנתיים במחיר מוסכם, ואילו המערערת העבירה למשיבה 2 תשלום תמורת אותן מניות. מכאן, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, בפנינו עסקה מסוג 'מכר-חוזר'.

תחולת ס'2(ב) על עסקאות מסוג 'מכר-חוזר'

15. עסקאות ל'מכר-חוזר' הוגדרו בעבר על ידי בית המשפט העליון כעסקאות משכון (ראו ע"א 141/58 חיים לציאנו נגד רבל ארץ-ישראל, שותפות רשומה פ"ד יג 781, 783 (1959)). בפרשת שוויגר עמד כבוד השופט גולדברג על ההיגיון העומד מאחורי עסקאות מסוג זה:

"שהרי לא שכיח הוא, כי מוכר דירה ישמור על זכותו לפדותה מחדש, ואין זה מקובל, כי קונה דירה יותיר בידי המוכר אפשרות שכזו. קונה רגיל אינו קונה דירה על מנת למוכרה חזרה למוכר. אכן, אין להבין מדברים אלה, כי בכל מקרה ייחשב מכר חוזר כמשכון. כך, למשל, ניתן להעלות על הדעת מקרה, בו המוכר עדיין לא גיבש את עמדתו כי ברצונו להחליף את דירתו באחרת. אולם עד שיחליט סופית הוא מעוניין לקשור את הקונה, כשם שזה, הרוצה את הדירה, עומד אף הוא על כך שהחווה ייכרת. במצב דברים שכזה תיתכן הסכמה על מכירה, תוך מתן אופציה למוכר להימלך בדעתו ולפדות מחדש את הדירה, תוך פרק זמן מוסכם. ברור, שככל שהתקופה בה קיימת האופציה ארוכה יותר, כך יקשה על הצדדים לשכנע כי מדובר בעסקת מכר רגילה". (פרשת שוויגר, בעמוד 31

ההדגשות שלי - ס'ג'; ; ראו מנגד הסוואת משכון, בעמוד 107 הערת שוליים 78).

אכן, גם לדעתי, עסקאות 'מכר-חוזר' אינן דבר שבשגרה (בניגוד לטענת המערערת). נדמה כי בדרך כלל, מנקודת מבטו של הרוכש, עסקה כזו רווחית אם שוויו של הנכס גבוה, ביחס למחיר ששילם עבורו, באופן המכיל את הסיכון ל'אובדן הנכס' לטובת המוכר, או אם "הפיצוי" שיקבל על אובדן הנכס יהא גבוה מן המחיר ששילם (כלומר מחיר הרכישה החוזרת יעלה על מחיר העסקה המקורי). מנקודת מבטו של המוכר ההיגיון הוא, לרוב, כזה: המוכר זקוק באופן מיידי לכסף אך מתקשה להשיג הלוואות בשל מצבו הכלכלי, לכן הוא מוכן למכור את נכסו במחיר הנמוך מערכו ובתנאי שיתאפשר לו להחזיר לעצמו את הנכס בשלב מאוחר יותר. במקרה כזה, אין לו אלא להסכים לקנות את הנכס בחזרה במחיר גבוה יותר, שכן אחרת לא יהיה לרוכש טעם בעסקה (כמו ריבית על הלוואה רגילה). מכאן, הרי שבבסיסן של עסקת ה'מכר-חוזר' עומד הגיון של עסקת הלוואה, שבה הרוכש (המלווה) מעמיד לרשותו של המוכר (הלווה) סכום כסף וזוכה לתמורה כלכלית כלשהי (ריבית), המובטחת באמצעות שעבודו של נכס לטובת הרוכש-המלווה. אם לא יוחזר החוב (במחיר שנקבע בהסכם) יזכה הרוכש-המלווה לפרוע את חובו בכך שהנכס יישאר בבעלותו. היינו, הרוכש-המלווה יוכל לממש באופן עצמאי ומיידי את הנכס ששועבד כנגד החוב. ההיגיון האמור, העומד ביסודה של עסקת ה'מכר-חוזר' הוא המצדיק את תחולתם של דיני המשכון לגביה. יפים לעניין זה דבריו של כבוד השופט חשין בפרשת קידוחי הצפון:

"תכלית המכר-חוזר (כהוראתו המקובלת של מושג זה) היא תכלית של שעבוד נכס כערובה לחיוב. (...)
על מכר-חוזר יחול חוק המשכון, וכמותו של מכר-חוזר יחול החוק על כל עסקה שמהותה ותכליתה הן שעבוד נכס שמספק החייב כערובה לחיוב על דרך- ובכל דרך- המזכה את הנושה להיפרע מן הנכס אם לא סולק החיוב כמוסכם" (פרשת קידוחי הצפון, בעמודים 418 – 419 ההדגשה שלי - ס'ג').

16. ניתן להקשות ולשאול, מדוע יבחרו צדדים לעצב עסקה שתכליתה האמיתית היא הלוואה ומשכון - בצורה של עסקת מכר? והתשובה היא, כי קיימים מספר טעמים לכך. מניע אחד יכול להיות, רצונם של מלווים לעקוף את ההוראות המכבידות המצויות בחוק המשכון בנוגע למימוש בטוחות (ויסמן, חוק המשכון בעמוד 71). שהרי קל בהרבה למלווה לממש את הבטוחה ששועבדה לו, אם השתכללה לו הבעלות בה. מניע נוסף, עשוי להיות רצונם של לוויים להסתיר את קיומו של חוב ולהסוות שעבוד

שניתן להבטחתו על מנת שמצבם הכלכלי ייראה יציב יותר כלפי חוץ. עוד מניע, הוא רצונו של לוה להעלים רכוש ממושכן מנושיו האחרים, באמצעות מכירת הנכס תוך שמירת הזכות לפדותו (שם, שם).

17. חשוב לומר, בדומה לדבריו של השופט גולדברג שצוטטו לעיל, אין בכוונתי לקבוע כי כל עסקת 'מכר-חוזר' באשר היא, היא בעצם עסקת משכון ויש להחיל עליה את חוק המשכון. אף השופט חשין העיר, שיתכנו מצבים בהם תכליתה של עסקת 'המכר-החוזר' איננה שעבוד נכס כערוכה לחיוב (אם כי אז, לגישתו, אין מדובר במובנו הרגיל של 'מכר-חוזר') (פרשת קידוחי הצפון, בעמוד 418). במקרה כזה, לשיטתו, ואף לשיטתי, לא תהיה הצדקה לתחולתן של הוראות חוק המשכון לגביה. הוראות חוק המשכון יחולו, מקום שהעסקה היא עסקת משכון על פי מהותה ותכליתה, אך צורתה צורת מכר. לכן, נדרשת בחינה של כל מקרה לגופו, מהותה האמיתית של העסקה תילמד מפרטיה ומנסיבותיה וכן מן ההיגיון העסקי כלכלי העומד בבסיסה (ראו פרשת קידוחי הצפון בעמוד 409).

18. הנה כי כן, ניתן לזהות בפסיקה גישה התומכת ככלל, בפרשנות סעיף 2(ב) לחוק המשכון ככולל עסקאות מסוג 'מכר-חוזר'. זוהי גם גישתי שלי. ואולם מנגד, בפסיקה ובספרות קיימת גם גישה אחרת, התומכת במתן פרשנות מצמצמת יותר להוראות סעיף 2(ב) לחוק המשכון (ראו פסק דינו של כבוד השופט אנגלרד בע"א 2328/97 כוכבי נ' ארנפלד, פ"ד נג(2) 353 (1999) (להלן: פרשת כוכבי); הסוואת משכון 144-79; משכון זכויות 76-85).

לפי גישה זו, יש לפרש את סעיף 2(ב) לאור ההגדרה המצויה בסעיף 1(א) לחוק המשכון :

מהות המישכון
1. (א) מישכון הוא שעבוד נכס כערוכה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מהמשכון אם לא סולק החיוב.

הגדרה בסעיף האמור מכילה שלושה מאפיינים בסיסיים לעסקת משכון: (א) היא נעשית על ידי שעבוד נכס לנושה (שעבוד ולא בעלות); (ב) השעבוד נועד להבטיח את קיום החיוב (בטוחה); (ג) אופן מימוש הבטוחה הינו במתן זכות לנושה להיפרע מן הנכס המשועבד אם לא מסולק החיוב (היפרעות ולא בעלות) (ראו הסוואת משכון, בעמוד 83). התומכים בגישה האמורה גורסים, כי רק אם שלושת המאפיינים הללו

מתקיימים במלואם בעסקה נתונה הרי שיש מקום להחיל עליה את הוראות חוק המשכון:

"מן ההגדרה [של סעיף 1 לחוק המשכון] עולה בבירור כי הנכס המשמש כערובה מצוי בבעלותו של החייב וכי מנכס זה זכאי הנושה להיפרע אם לא סולק החיוב. (...) התנאי להחלת חוק המשכון הוא כי הצדדים התכוונו שהחייב יישאר בעל זכויות בנכס המשועבד עצמו, כך שזכותו של הנושה מצטמצמת להיפרע מנכס זה אם לא יסולק החיוב." (פרשת כוכבי, בעמוד 365-366. (ההדגשות שלי - ס'ג'')).

תומכי הגישה הנ"ל סבורים כי בעסקת 'מכר-חוזר' הנכס איננו משועבד לנושה, אלא הוא נמצא בבעלותו. זכות זו שונה מהזכות להיפרע מהנכס, לה זכאי הנושה, על פי חוק, במסגרת עסקת משכון. על כן, בעסקת 'מכר-חוזר' לא מתקיימים שני מאפיינים העומדים בבסיסה של עסקת משכון – ובשל כך אין מקום לראות בה עסקת משכון ולהחיל עליה את דיני המשכון (הסוואת משכון בעמודים 87-88). לעומת זאת, לטעמי אין הצדקה לייחס את תחולת דיני המשכון רק לעסקאות בעלות מאפיינים של משכון במובן הצר, כדברי השופט ריבלין בפרשת נחום:

"כשלעצמי, אני סבור כי על מנת, שעסקה אשר יצרה שיעבוד המשמש כבטוחה תחשב לעסקת משכון, אין הכרח כי אותה עסקה תקנה לנושה דווקא את הזכות למכור לאחר את הנכס המשועבד, אם לא יפרע החוב (זוהי גם דעתם של פרופ' י' ויסמן ופרופ' מ' דויטש, ראו: ויסמן, שם, בעמ' 74-75, מ' דויטש קניין (כרך ב', תשנ"ט) 81). ניתן לומר, כי משמוקנה לנושה הזכות לקבל את הנכס, הרי שזכותו זו כוללת בתוכה גם את הזכות להיפרע מהנכס באמצעות מכירתו לאחר..." (שם, סעיף 19 לפסק דינו).

גם אני סבור כי זכות הבעלות בנכס, המוקנית לנושה במסגרת עסקת 'מכר-חוזר', איננה שוללת את אופייה ה"משכוני" של העסקה. יצוין, כי אף לדעת פרופ' דויטש, שגישתו ביחס להרחבת תחולת הוראות חוק המשכון זהירה יחסית, ניתן לזהות מצבים בהם ההיגיון הכלכלי העומד מאחורי עסקה נתונה, עשוי להצדיק את תחולתו של סעיף 2(ב):

"ניתן למצוא מצבים, כגון מצבי מכר-חוזר "תחבולתיים", שבהם חל סעיף 2(ב) לחוק המשכון, תשכ"ז-1967, מבלי שיהיה הכרח לגרוף לתוך תחולת הסעיף גם מקרים דוגמת עניין קולומבו. דוגמה טובה למצב "תחבולתי" כאמור הוא כאשר נבנית עסקה בדרך

של מכר חוזר, בנסיבות שבהן, כלכלית, המדובר בעסקת-משכון. כך, כש-א' חייב ל-ב' 100, והוא מעביר ל-ב' בעלות בנכס נתון, תוך סיכום ש-א' יוכל לרכוש בחזרה את הנכס תמורת תשלום אותם 100 במועד נתון". (מ' דויטש, קניין כרך א' התשנ"ז-1997 כרך א' בעמוד 143, הערת שוליים 60 (להלן: דויטש)).

על כן, וכפי שיובהר בהמשך, יש לברר מהו ההיגיון הכלכלי העומד בבסיסה של העסקה, ועל פיו ניתן יהיה להכריע האם יחולו עליה הוראות חוק המשכון. בטרם אפנה ליישום גישתי על המקרה דנן, אבקש להראות כי תכליותיו של חוק המשכון, הבאות לידי ביטוי בהסדרים הקבועים בו, הן שמצדיקות את החלתן הכופה של הוראותיו, מכוח סעיף 2(ב), על עסקאות שהגיונן, בניגוד לצורתן, הוא הגיון של הלוואה ומשכון.

פרשנות סעיף 2(ב) לאור תכליות חוק המשכון

19. סעיף 2(ב) מורה להחיל את הוראות חוק המשכון גם על עסקאות ש"לבושן" איננו משכון, ובכך מרחיב את פרישת ההגנה שמספק חוק המשכון: הגנה ללווים, והגנה לצדדים שלישיים העשויים להיפגע ממשכון הנכס או ממימושו (ראו הסוואת משכון, בעמוד 121). בפרשת שוויגר, עמד על כך הנשיא שמגר:

"הוראה זו [סעיף 2(ב)], שהיא בעלת אופי כופה, נכללה בחוק למטרת הגנתם של החייב וצדדים שלישיים, אשר לטובתם נקבעו הוראות כופות בחוק המשכון, כגון אלה בדבר זכות פדיון הנכס על-ידי החייב (סעיף 13(א)), פקיעת המשכון כשחדל החיוב (סעיף 15), הגבלת הדרכים למימוש המשכון (סעיף 16(ב)) והדרישות בדבר הבאת דבר השיעבוד לידיעת צד שלישי כתנאי לתוקפו כלפיו (סעיף 4)" (פרשת שוויגר, בעמוד 18).

אכן, אחת התכליות שלהן נועדו הוראות חוק המשכון, היא להבטיח שמימוש המשכון ייעשה בזמן ובהליך המתאימים ובאופן שישגי תמורה הוגנת במכירת הנכס (סעיפים 16-19 לחוק המשכון; ראו הסוואת משכון, בעמוד 122-123). המטרה היא להביא לאיזון בין האינטרסים של הלווה (ונושיו) לבין האינטרס של המלווה. המגבלות על דרכי המימוש, הקבועה בחוק, נועדה להבטיח שלאחר שנפרע המלווה מן הנכס, יתרת שווי הנכס תשוב לידי הלווה או נושיו. בעסקת 'מכר-חוזר', המלווה עוקף את ההוראות בדבר דרכי המימוש, ובכך זוכה לבטוחה שקל לו לממשה. הלווה ונושיו, לעומת זאת, מפסידים את זכאותם לשארית שווי הנכס, אם תהיה כזו.

לשם כך חשובה האפשרות להחיל את דיני המשכון, לרבות ההוראות בדבר דרכי המימוש, על עסקאות שצורתן שונה מצורת המשכון, אך תכליתן זהה. בהקשר זה נאמר בפרשת שוייגר כי:

”ברור, על-כן, כי מלווים יעדיפו את התוצאה, כי בהיעדר פירעון יהפכו הם אוטומטית לבעלי הבטוחה, מבלי שייזקקו להליכי מימוש המשכון. ניסיון החיים מלמד, כי ברוב המקרים מצוי המלווה בעמדת כוח מול הלווה הזקוק למזומנים, בבחינת בעל המאה הוא, דרך כלל, גם בעל הדעה. בידו של המלווה להכתיב את תנאי ההלוואה, הבטוחות שיינתנו ותוצאות אי הפירעון במועד. סיטואציה זו היא שהביאה את המחוקק בסעיפים 2(ב) ו-16(ב) לחוק המשכון להגן על הלווים ולקבוע הסדרים כופים בכל הנוגע להתנאה על דרכי המימוש של בטוחו” (שם, בעמוד 30).

אף השופט אנגלרד בפרשת כוכבי, הנמנה על אלו הדוגלים בצמצום היקף תחולתו של סעיף 2(ב) לחוק המשכון, הוטרד מהאפשרות שמלווה ינצל את כוחו ביחס ללווה באמרו כי:

”לא הייתי שולל את הרעיון כי דינים מסוימים של חוק המשכון הנוגעים לפדיון המשכון ואשר מטרתם להגן על הלווה מפני עושקו של המלווה – יחולו בשינויים המחויבים, על עסקת בטוחה אחרת, וזאת בדרך של היקש”. (שם, בעמוד 373).

עולה, כי החלתן של הוראות חוק המשכון, מוצדקת בהקשר זה, על מנת להתמודד עם יחסי הכוח שבין הרוכש-המלווה למוכר-הלווה ולהגן הן על הלווה והן על נושיו, מפני עסקאות העוקפות את דיני המשכון.

20. תכלית נוספת של הוראות חוק המשכון, היא להגן על נושיו של הלווה מפני עסקאות הפוגעות באינטרסים שלהם, ללא ידיעתם (הסוואת משכון, בעמוד 141). לתכלית זו נועדה ההוראה הקבועה בסעיף 4 לחוק המשכון, לפיה כוחו של משכון יפה כלפי נושיו של החייב, רק אם ניתנה לו פומביות באופן כלשהו, בהתאם להוראות הדין הרלוונטיות לעסקה הנתונה. נושיו של החייב, כבואם להתקשר עמו בעסקה, עשויים להסתמך על מצבת נכסיו כפי שהיא נלמדת מביטויים פומביים כגון רישום במרשם המיועד לכך על פי חוק. על כן, אם לא ניתן ביטוי פומבי לכך שהחייב העביר, במסגרת עסקה, זכויות בנכס לטובת הנושה, הרי שהדבר עשוי לפגוע בהסתמכותם של הנושים

האחרים. הגנה זו, על אף הביקורת על משקלה הראוי (ראו הסוואת משכון, 140-143), חשובה לטעמי ויש בה כדי להצדיק, בנוסף להגנות האחרות, את תחולתן של הוראות חוק המשכון על עסקה שנועדה להבטיח החזר חוב, גם אם צורתה היא צורת מכר.

21. לנוכח האמור, גישתי העקרונית הינה, כי ניתן וראוי להחיל את הוראות חוק המשכון על עסקאות מסוג 'מכר-חוזר' מקום שמדובר בעסקה שעל אף צורתה, תכליתה הוא משכון נכס לטובת החזר הלוואה. לא נעלמה מעיני, הביקורת הגורסת כי פרשנות מרחיבה לסעיף 2(ב) לחוק, עלולה להביא להתערבות גורפת ובלתי מוצדקת בחופש ההתקשרות וכן לפגיעה בציבור החייבים: "מכירת נכס בעסקת 'מכר-חוזר' עשויה להוות פתרון עדיף לחייב על פנייה להלוואות בשוק האפור, כאשר הוא מתקשה להשיג אשראי נוסף ממלווים מוסדיים, וכיוצא בזה." (הסוואת משכון, בעמוד 133). על כן יודגש, כי לא די בהכרה באפשרות לתחולתו של חוק המשכון על עסקאות 'מכר-חוזר' כדי לפסוק במקרה ספציפי, אלא יש לברר את מהותה וכוונתה של העסקה (ראו פרשת שוייגר בעמוד 31; ע"א 4648/92 טריומף אינטרנשיונל בע"מ נ' הכונס הרשמי (לא פורסם, 18.9.05)). עמידה על פרטי העסקה ונסיבותיה, אל מול התכליות העומדות בבסיס חוק המשכון, מאפשרת להבחין בין עסקאות בהן הפגיעה בחופש ההתקשרות של הצדדים, שבחרו שלא להתקשר בעסקת משכון טיפוסית, מוצדקת, לבין אלו בהן הפגיעה מוצדקת פחות. ניתן לבצע זאת באמצעות המבחן שנקבע בפרשת קידוחי הצפון (בעמוד 409) כאמור לעיל, וכפי שאעשה להלן.

מן הכלל אל הפרט

22. אם כן, לאחר שקבעתי כי העסקה דנן הינה עסקת 'מכר-חוזר', עסקה אשר ככלל, עשויה לחסות תחת סעיף 2(ב) לחוק המשכון, אבקש כעת לבחון את העסקה שבפנינו.

23. לצורך ברור מהותה וכוונתה של עסקה "החשודה" כעסקת משכון מוסווית, הותווה בפרשת קידוחי הצפון מבחן דו שלבי הכולל בתוכו יסודות סובייקטיביים ואובייקטיביים. על פי אותו מבחן "יש לברר, בשלב הראשון, את פרטי ההסכמה שבין הצדדים לה לפי כללי הראיות הרגילים, בגדר עקרונות הפרשנות החוזית" (פרשת קידוחי הצפון, בעמוד 409 (ההדגשות שלי - ס'ג.)).

במקרה דנן, כפי שקבעה גם הערכאה הדיונית, כותרת ההסכם מעידה על היותו הסכם מכר. כך גם, העובדה שההסכם כולו נוסח במונחים של "רוכש" ו"קונה" (Seller,)

(Purchaser). עם זאת, ניתן להצביע על מספר סעיפים הקבועים בהסכם, אשר בהצטרף לנסיבותיו ולרקע לו, מעידים כי אין מדובר בעסקת מכר רגילה. ראשית, הרקע שקדם להסכם כלל את הלחצים בהם היה נתון דוידסקו בשל קריסת הקרן שניהל וכן משא ומתן לעסקה הכוללת הלוואה, בסכום הזהה לסכום המכר, כנגד שעבוד נכס, הזהה לנכס שנמכר (אירועים שקדמו לתחילת הקשר החוזי הנדון יכולים לשמש אינדיקציה למשכון מוסווה. ראו פרשת שוויגר, בעמוד 21). שנית, סעיף ה'מכר-החוזר' בהסכם, כולל הגבלה על זכותה של המערערת לנהוג במניות כ"מנהג בעלים" ולבצע בהן פעולות כל עוד לא פג תוקפה של האופציה הנתונה למשיבה 2 לרכשן בחזרה. שלישית, אורך תקופת האופציה הקבועה בהסכם הוא כשנתיים (אורך התקופה יכול לשמש גם הוא כאינדיקציה למשכון מוסווה. ראו פרשת שוויגר, בעמוד 31). רביעית, שווי המניות היה צפוי לעלות הרבה מעל לגובה המחיר ששילמה המערערת תמורתן ("כאשר שוויו של נכס הנמכר בכפיפות לזכות לקנותו בחזרה עולה במידה ניכרת על המחיר אשר שולם עבורו, יש מקום לשער שזוהי עסקת שעבוד... " (ויסמן, חוק המשכון בעמוד 73). חמישית, בתמורה למניות, הובטחה לדוידסקו משרה במערערת וכן הכסף תמורת המניות הופקד בחשבוננו של דוידסקו ולא בחשבונה של המשיבה 2, דברים המעידים על כך שתכליתה האמיתית של העסקה – היתה מתן הלוואה אישית לדוידסקו, כפי שאכן נקבע בבית המשפט המחוזי.

24. בשלב השני, על פי המבחן "יש לבחון אם הסכמת הצדדים היא על-פי מהותה עסקת משכון ללא קשר, בהכרח, לכינויה על ידי הצדדים. בשלב זה על בית-המשפט לבחון אם יש לעסקה בדרך שבה נעשתה, באופן משמעותי, היגיון כלכלי או מסחרי." (ראו פרשת קידוחי הצפון, בעמוד 409 (ההדגשה שלי, ס'ג)).

במקרה שבפנינו, ידוע כי במקור, ביקש המוכר (דוידסקו בשם המשיבה 2) לקחת הלוואה. בקשתו זו סורבה ותחתיה הוצעה לו עסקת 'מכר-חוזר' שבה יקבל סכום של 500,000 דולר, ויסתכן באובדן כלל זכויותיו במניות, אלא אם יצליח לרכשן בחזרה תוך זמן קצוב ובסכום שנקבע. על פי ההסכם, הסכים דוידסקו למכור מניות ששוויין העתידי הוערך בכ 2.5 מיליון דולר, תמורת 500,000 דולר בלבד. כמו כן הסכים לרכשן בחזרה, אם יוכל, במחיר הגבוה פי שלושה מהמחיר בו מכר אותן. כל זאת על מנת שיועמד לטובתו סכום כסף במזומן. לרוכש (המערערת) עסקה זו הייתה רווחית, שכן הייתה צפויה לזכותה בסכום הגבוה פי שלושה מהסכום ששילמה (כמו בכל עסקת הלוואה הנושאת ריבית). כמו כן, במקרה שלא היה עולה בידי המשיבה 2 לרכוש בחזרה את המניות, הרי שהייתה זוכה לממש את נכס, שצפוי היה להיות שווה הרבה יותר מן הסכום ששילמה עבורו, בקלות ובמהירות ללא צורך בהליכי מימוש כלשהם.

אם כן, המוכר נזקק לסכום כסף. הרוכש הסכים להעמיד לרשותו את הסכום שנזקק לו בתנאים המבטיחים לו (לרוכש) ריבית גבוהה מאד או מימוש מיידי של הנכס ואף סיכוי ששווי הנכס יהא גבוה בהרבה ביום המימוש משווי ביום הרכישה. ההיגיון העסקי העומד בבסיסה של עסקה הינו הגיון של עסקת הלוואה שבה משועבד הנכס (המניות) כערובה לחיוב. תנאי העסקה, מבטאים את כוחו הרב של המלווה (המערערת) ביחס ללווה (המשיבה 2) וכן פוגעים בנושיה האחרים של המשיבה 2 בכך שגורמים לכך שנכס מנכסיו של הלווה, עובר לבעלותו של המלווה, אף בטרם הגיע המועד לתשלום החוב. לרוכש-המלווה היה אינטרס ברור לעקוף את הוראות חוק המשכון בעיקר בשל ההגבלה הקבועה בהן על דרכי המימוש ולאור מצבו הכלכלי של המוכר, שהיה ידוע לו. למוכר-הלווה מצידו, יתכן שלא היה כוח מיקוח שיאפשר לו להתעקש על צורת העסקה. יתכן שאף בינו לבין עצמו קיווה כי באמצעות עסקת המכר, שתעקוף את הוראות חוק המשכון, יוכל להסוות את מצבו הכלכלי הקשה (לטעמים לעקיפת דיני המשכון ראו לעיל). מכאן, שמוצדקת בענייננו תחולתן של הוראות חוק המשכון על העסקה.

תוצאה

25. לנוכח האמור, צדק בית המשפט המחוזי בקבעו כי העסקה דנן הינה עסקה שצורתה מכר אך תכליתה ומהותה משכון. העיקולים על נכסי המשיבה 2, וביניהם המניות, הוטלו במהלך התקופה שבה רשאית הייתה המשיבה 2 בכל עת, לפדות את הנכס מידי המערערת. כעסקת משכון מוסווה, לא הקנתה העסקה בעלות בנכס למערערת. מכאן, מקובלת עליי מסקנתו של בית המשפט המחוזי, שלפיה יש לדחות את בקשת המערערת לסעד הצהרתי הקובע כי היא בעלת המניות.

אשר על כן, אני מציע לחבריי לדחות את הערעור.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה הש' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

1. המערערת הכתירה את העיסקה שלפנינו כעסקת "מכר-חוזר". שאלת תחולתו של סעיף 2(ב) לחוק המשכון, התשכ"ז-1967 על עסקאות ממין זה ככלל היא שאלה נכבדה ביותר. חברי השופט ריבלין בדעת המיעוט שלו ב- ע"א 2625/02 נחום נ' דורנבאום, פ"ד נח(3) 385 (2004) נטה, כך נראה, לדעה כי תחולה שכזו היא אפשרית וכי ראוי לבחון כל עסקה על פי נסיבותיה, אך בסופו של יום באותו עניין הוא לא נדרש להכריע בדבר (שם, בעמ' 406). הנשיא ברק, שהיה שם בדעת הרוב, קבע כי אכן "מדובר בשאלה נכבדה ביותר, השנויה במחלוקת בקרב פוסקים ומלומדים [...] [ו] בדומה לשופט ריבלין, גם אני סבור כי אין צורך להכריע בשאלה נכבדה זו במסגרת הערעור שלפנינו" (שם, בעמ' 427-428). גם בענייננו אין צריך להכריע בשאלה מאחר שהמערערת הסכימה כי יש מקום להחלת סעיף 2(ב) לחוק המשכון על עסקת "מכר-חוזר" ובלבד שבית המשפט ינהג במידה של "איפוק ומשנה זהירות" בטרם יורה על תחולה כאמור (ראו סעיף 39 לסיכומי המערערת). המערערת טענה כי לא כך נהג בית משפט קמא בענייננו. טענה זו אין לקבל. בית משפט קמא בחן את טענות הצדדים ואת העדויות שהיו לפניו והגיע למסקנה כי בנסיבות המיוחדות של העניין מדובר למעשה בעסקת משכון. בהקשר זה קבע בית המשפט כי "בנסיבות הספציפיות של המקרה דנן מדובר בעסקה המהווה עסקת משכון מסויית. עם זאת, אין בכך כדי לקבוע דבר לענין עסקאות מכר חוזר ככלל". בהמשך פסק הדין בית המשפט שב וקבע כי "הקביעה לעיל לפיה במקרה זה מדובר בעסקת שעבוד מבוססת על נסיבות העניין הספציפיות לרבות הקשיים הכלכליים שקדמו לעריכת העסקה, הקשרים של [המערערת] ומר דוידסקו ושאר הנסיבות עליהן עמדתי לעיל" (ההדגשה במקור). בית המשפט לא הסתפק בכך אלא קבע כי "אני חוזרת ומדגישה כי קביעה זו [לפיה מדובר במשכון מסוה] נוגעת לנסיבות המקרה שלפני" ואם נותר עוד כל ספק הוסיף בית המשפט כי "בהחלט ייתכן כי תהיה עסקת מכר חוזר עם פרמטרים דומים [...], באשר לאורך תקופת הרכישה ומחיר המכר החוזר [...], שללא הנסיבות המיוחדות של המקרה שלפנינו לא יראו בה עסקת שיעבוד". הנה כי כן, הכרעתו של בית המשפט יוחדה לנסיבות המיוחדות של העניין שלפנינו ואין לומר כי בית המשפט לא נהג באותה מידת איפוק ומשנה זהירות אליה מכוונת המערערת.

2. בין הנסיבות מנה בית המשפט, את הקשיים הכלכליים שקדמו לעריכת העיסקה וכן את קשרי המערערת ומר דוידסקו. בית המשפט עמד על כך שמר מיהלי שרק את העיסקה מלכתחילה מעורב בענייני המשיבה 2 ("המוכרת"). בית המשפט גם קבע כי "מר מיהלי עוסק, בין היתר, במתן הלוואות". בנוסף לכך אין לשכוח כי ראשיתה של

העיסקה בפנייה של דוידסקו למיהלי לקבלת הלוואה בכפוף לשעבוד המניות. סכום ההלוואה שנתבקש מלכתחילה הוא בדיוק הסכום ששולם בדיעבד עבור "רכישת המניות". כמו כן נקבע כי כספי "הרכישה" לא הועברו לחשבון המשיבה 2, שהיא חברה בע"מ אלא ישירות לחשבוננו של דוידסקו. בצדק טענו המשיבים 1 כי בנסיבות המיוחדות של העניין שלפנינו מן הראוי היה שהמערערת תעיד את דוידסקו שסוכם שימונה כמנהל ועובד במערערת, וזאת כדי שישפוך אור על מהותה של העסקה שיוזם. החלטתה של המערערת שלא לעשות כן אומרת לכאורה דרשני ופועלת גם היא כנגדה.

3. אשר על כן, בנסיבות המיוחדות של העניין שלפנינו ומאחר שהכרעתו של בית המשפט יוחדה רק לנסיבות אלו והדבר אף הודגש על ידי בית המשפט וכן מבלי להביע כל עמדה בשאלת תחולתו של סעיף 2(ב) לחוק המשכון על עסקאות מכר-חוזר ככלל, אני מסכימה כי יש לדחות את הערעור כאמור בפסק דינו של חברי השופט ג'ובראן.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן.

ניתן היום, כ"ח באלול התשע"א (27.9.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה