

מימון ובנקאות

עדכוני חקיקה רגולציה ופסיקה

משרד גורניצקי | ינואר 2023

חברות וחברים יקרים,

אנו שמחים להציג בפניכם את הידיעון המשפטי בתחום המימון והבנקאות עבור חודש ינואר 2023. העדכון כולל סקירה תמציתית של החקיקה, הרגולציה והפסיקה המרכזיים לחודש זה בתחום המימון והבנקאות.

עו"ד אלי אליה, ראש תחום מימון ובנקאות
וצוות הידיעון המשפטי*

10
YEARS

ANNIVERSARY

עדכוני חקיקה

1.

הצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי (תיקון מס' 4 – הוראת שעה – נגיף הקורונה החדש) (הארכת תוקף), התשפ"ג-2023 (מיום 27.2.2023)

בהמשך לעדכונו בנושא בגיליון **ספטמבר-אוקטובר 2022**, הגיע עדכון נוסף לגבי מסלול "עיכוב ההליכים" לפיו מוצע להאריך ב-12 חודשים נוספים את תוקפן של ההוראות המיוחדות שנחקקו במסגרת תיקון מס' 4 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018, כך שהוראות פרק א' לחלק י' לחוק האמור ימשיכו לעמוד בתוקפן עד ליום 17 במרץ 2024. **החידוש בהארכה זו הוא בעדכון לגבי עבודת המטה הממשלתית המתבצעת בעניין זה אשר בוחנת האם לעגן את הוראת השעה או חלקים ממנה באופן קבוע בחוק.**

להזכיר, הוראת השעה שנחקקה בשנת 2021 לנוכח משבר הקורונה קבעה מסלול ייעודי לטיפול בחובות של חייבים שנפגעו מהמשבר, שיפעל לתקופה קצרה ומוגבלת של שנה, וזאת במסגרת הוראות חלק י' לחוק ("המסלול הייעודי"). חלק י' לחוק מסדיר את ההליכים לאישור של הסדר חוב שלא במסגרת צו לפתיחת הליכים, קרי מחוץ להליך חדלות פירעון. הוראת השעה הוסיפה לחלק י' האמור את פרק א': **עיכוב הליכים לשם גיבוש הסדר חוב – הוראת שעה**. פרק זה מסדיר את האפשרות של חייבים (הן יחידים והן תאגידים) לפנות לבית המשפט בבקשה לעיכוב ההליכים משפטיים והליכי גבייה נגדם לצורך גיבוש הסדר חוב עם נושיהם שלא במסגרת צו לפתיחת הליכים. מטרת הוראת השעה הייתה לאפשר עיכוב הליכים זמני שיסייע לחייבים ולנושיהם לנהל משא ומתן אפקטיבי לגיבוש הסדר חוב. הוראת השעה קבעה תנאים אשר בהתקיימם בית המשפט יורה על עיכוב ההליכים בעניינו של החייב, והגבילה את תקופת עיכוב ההליכים לפרק זמן של עד שלושה חודשים (ובמקרים מסוימים עד ארבעה חודשים, לכל היותר).

בעת חקיקת הוראת השעה נקבע כי המסלול הייעודי יפעל לתקופה קצרה ומוגבלת של שנה בלבד מיום תחילתה (18 במרץ 2021), אך בהתאם לסמכות שהוקנתה לשר המשפטים להאריכה – היא הוארכה פעמיים, עד לסיומה הצפוי ב-17 למרץ 2023. מדברי ההסבר להצעת החוק עולה כי המחוקק מכיר באי-הרלוונטיות כיום של ההצדקות שעמדו בשעתו בבסיס ההסדר שעוגן בהוראת השעה (נגיף הקורונה החדש). לצד זאת, **מכיר המחוקק גם בחשיבותו של הנושא, ולאור התובנות שגובשו מהשימוש במסלול הייעודי, מתבצעת במשך תקופה ארוכה עבודה מטה ממשלתית שתכליתה להפיק לקחים מיישומה של הוראת השעה.**

כפי שמתואר בדברי ההסבר, **עבודת המטה נועדה לסייע לגורמי המקצוע לגבש, בראייה ארוכת טווח ובאופן מושכל, המלצות עקרוניות לטווח הארוך בנוגע לעידוד הסדרי חוב של חייבים לשם שיקום כלכלי**, אשר יובאו לפני קובעי המדיניות. **מהנתונים שנאספו עד כה עולה תמונה מורכבת לפיה מצד אחד בחלק מהמקרים המסלול שעוגן בהוראת השעה אכן אפשר השגת הסדרי חוב יעילים טובים.**

עם זאת, מצד שני התברר למחוקק שקיימים מקרים שבהם המסלול נוצל לרעה, בניגוד לכוונתו. בעניין זה נבקש לציין כי הטענות השונות שנשמעו בקשר לניצולו לרעה של המסלול המעוגן מפורטות בקול קורא שהפיצה מחלקת ייעוץ וחקיקה של משרד המשפטים, ושניתן לעיין בו [בקישור זה](#).

הארכת תוקפן של ההוראות המיוחדות נועדה להעניק לקובעי המדיניות מסגרת זמן נוספת שבה ניתן יהיה להשלים את ניתוח ההשפעות מיישום הוראת השעה, וכן **לבחון את כל החלופות הרלוונטיות לטווח הארוך, ובהן:**

1. האפשרות שהוראת השעה תפקע בתום התקופה המוצעת בהצעת החוק;
2. האפשרות שההסדר שעוגן בהוראת השעה או חלקים ממנו, יעוגנו בחוק, בשינויים מסוימים;
3. האפשרות לעגן בחוק הסדר חלופי, כהוראת שעה או כהוראה של קבע.

תזכיר חוק – צו להגברת התחרות ולצמצום הריכוזיות בשוק הבנקאות בישראל (תיקוני חקיקה) (שינוי השיעור והסכומים לעניין צמצום מסגרות אשראי לפי סעיף 9(ג) לחוק (תיקון מס' 1), התשפ"ג-2023 (מיום 24.1.2023))

ביום 24 בינואר 2023 פורסמה טיוטת הצו להגברת התחרות ולצמצום הריכוזיות בשוק הבנקאות בישראל (תיקוני חקיקה) (שינוי השיעור והסכומים לעניין צמצום מסגרות אשראי לפי סעיף 9(ג) לחוק (תיקון מס' 1), התשפ"ג-2023 ("טיטת הצו").

להזכיר, החוק להגברת התחרות ולצמצום הריכוזיות בשוק הבנקאות בישראל (תיקוני חקיקה), התשע"ז-2017 ("החוק") נחקק בין השאר במטרה להביא להפרדה בין הבנקים הגדולים לבין חברות כרטיסי האשראי שבעלותם, ולאפשר לחברות כרטיסי האשראי להוות איום תחרותי על המערכת הבנקאית בתחום האשראי הקמעונאי. לצורך יישום מטרה זו נקבעו בסעיף 9(ג) הוראות ביחס לסך מסגרות האשראי שמועמדות על ידי הבנקים שמהם הופרדו חברות כרטיסי האשראי ("הוראות ההפחתה"). עם התפשטות נגיף הקורונה בשנת 2020 ולצד החשש שצמצום מסגרות האשראי כנדרש לפי סעיף 9(ג) לחוק יגרום לפגיעה במשקי הבית, התקין שר האוצר צו לתקופה מוגבלת של שנה שבמסגרתו צומצם היקף הפחתת מסגרות האשראי כאמור. בינואר 2022 הוראו הוראות הצו בשנה נוספת ונקבע כי החל מפרוואר 2023 תיעצר מגמת צמצום ההפחתה. ואולם, לנוכח חששו של הציבור מהשלכות הוראות ההפחתה ועל רקע הגידול בצריכה בכרטיסי אשראי מאז מועד קביעת ההוראות, הוחלט לשנות את השיעורים והסכומים לעניין צמצום מסגרות האשראי. לפי טיוטת הצו, **הבנקים שמהם הופרדו חברות כרטיסי האשראי (בנק הפועלים ובנק לאומי) יחויבו לעמוד בשיעור של 75% מסך מסגרות האשראי שהועמדו על ידם לציבור בשנת 2015**. בנוסף, נקבע בטיטת הצו כי יובאו בחשבון מסגרות אשראי של לקוחות הבנק הגבוהות מ-10,000 שקלים חדשים, וכי לא תופחת מסגרת אשראי של לקוח לסכום נמוך מ-10,000 שקלים חדשים רק בשל האמור בסעיף 9(ג) לחוק.



עדכוני רגולציה

1. הפיקוח על הבנקים הודעה לעיתונות – הפיקוח על הבנקים הטיל עיצומים כספיים על הבנקים דיסקונט, הפועלים ומזרחי-טפחות בגין התנהלות לא תקינה במסגרת הליכי גביית חובות מלקוחות (מיום 6.2.2023)

עיצומים כספיים בסך מצטבר של 2.75 מיליון ש"ח הוטלו על ידי הפיקוח על הבנקים ("הפיקוח") על הבנקים דיסקונט, מזרחי-טפחות והפועלים ("הבנקים"). העיצומים הכספיים הוטלו על הבנקים לאחר שנמצא על ידי הפיקוח כי אלה לא עמדו בהוראת ניהול בנקאי תקין מספר 450, שעניינה גביית חובות מלקוחות, וזאת משום שלא דיווחו להוצאה לפועל על תקבולים ששולמו על חשבונות חוב של לקוחות שנקלעו לקשיים כלכליים ושבחס אליהם נפתח תיק חוב בהוצאה לפועל. הפיקוח מבקש להדגיש כי במקרים בהם מגיעים הבנקים להסדרי תשלום עם לקוחות לצורך הקטנת החוב, חייבים הבנקים, מעבר לרשימת התקבולים בספרי הבנק, גם בדיווח מקביל ובתוך שבעה ימים להוצאה לפועל, לשם הקטנת יתרת החוב גם בתיק ההוצאה לפועל. לדברי הפיקוח, החובה לדווח ללשכת הוצאה לפועל נועדה למנוע מצג מטעה של החוב העומד לחובת החייב, וכן למנוע נקיטת סנקציות נגד לקוחות הבנק במהלך ההסדר.

2. עדכון עמדת סגל הרשות לניירות ערך – אשראי בר דיווח (עמדה משפטית מספר 104-15) (מיום 2.2.2023)

ביום 2 בפברואר 2023 פרסם סגל הרשות לניירות ערך עדכון לעמדה משפטית בנושא "אירועי אשראי בר דיווח" ("עדכון העמדה"). במסגרת עדכון העמדה, נוספו אירועים חדשים המחייבים דיווח מיידי אודות אירועי אשראי בר דיווח או הפרה או פעולה שנועדה למנוע הפרה של הסכם הלוואה מהותי. כמו כן, נוספה הגדרה חדשה למונח "הלוואה עם תניית הפרה צולבת" וכן הנחיות לגילוי שנדרש בגינה.

להרחבה – ראו [עדכון לקוחות של מחלקת התאגידים](#) במשרדנו.





עדכוני פסיקה

עליון

1.

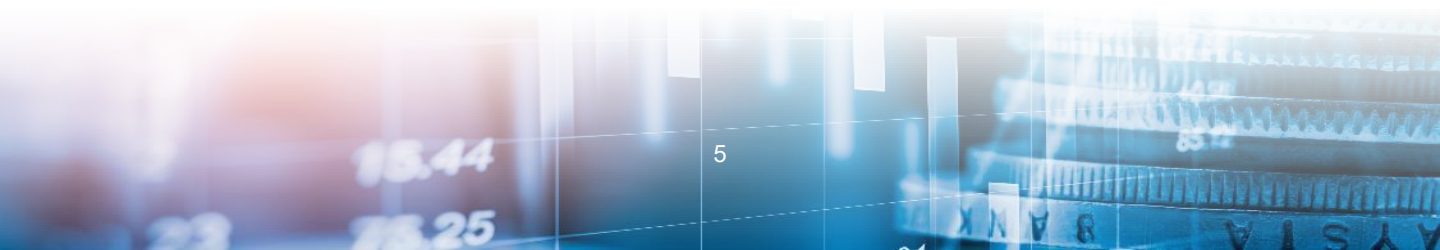
פסק הדין: רע"א 8599/22 בנימין כהן נ' עו"ד גיל אפרתי נאמן (בית המשפט העליון, בפני כבוד השופט מינץ)

השורה התחתונה:

לאחר כניסתו לתוקף של חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018, מימוש משכנתה או משכון לגבי נכס מקרקעין המשמש למגורי חייב שניתן לגביו צו לפתיחת הליכים ייעשה בהתאם להוראות חוק חדלות פירעון – אך לעניין זכות החייב לסידור חלוף ימשיכו לחול הוראות סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1976, לרבות הגבלת תקופת הסידור החלוף ל-18 חודשים (ולא תקופת סידור חלוף בת ארבע שנים, כפי שקבוע בחוק החדל"פ).

פסק הדין בקצרה:

- בעניינו של החייב ("המבקש") ניתן צו לפתיחת הליכים לפי חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי לבקשת נושה. לאחר מכן, בנק מזרחי טפחות ("הבנק"), שלטובתו נרשם בשנת 1994 משכון על זכויות המבקש ואשתו בדירת מגוריהם ("הדירה"), הגיש בקשה לפנות את המבקש ואשתו מהדירה על מנת שיוכל להמשיך במימוש המשכון במסגרת הליכי ההוצאה לפועל שבהם נקט נגד המבקש טרם מתן הצו לפתיחת הליכים. במסגרת אותם הליכי ההוצאה לפועל ניתנה החלטה של רשם ההוצאה לפועל המאשרת לבנק לפנות את המבקש ואשתו מן הדירה, ולטענת הבנק זכותו לפינוי כאמור אינה כפופה לתשלום דמי סידור חלוף לפי סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967 ("חוק ההוצל"פ"), שכן הסכם המשכון עליו חתם המבקש כלל ויתור מפורש על זכות זו (הווייתור נעשה לפני תיקון 29 לחוק ההוצל"פ, אשר ביטל את האפשרות לוותר באופן גורף על זכות החייב לסידור חלוף וקבע תקופת סידור חלוף מינימלית בת 18 חודשים). לאור זאת טען הבנק כי יש לאפשר לו להמשיך בהליכי מימוש המשכון (ללא זכות לסידור חלוף) חרף פתיחת הליכי חדלות הפירעון.
- מנגד, המבקש טען כי מימוש המשכון צריך להיעשות על ידי הנאמן שמונה במסגרת הליכי חדלות הפירעון ובהתאם להוראות חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018 ("חוק החדל"פ"), אשר קובע תקופת סידור חלוף בת ארבע שנים.
- בית משפט השלום נעתר לבקשת הבנק למימוש המשכון על הדירה במסגרת הליכי הוצאה לפועל, ערעורו של המבקש לבית המשפט המחוזי נדחה ועל כן הגיש בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון.



בית המשפט העליון סקר את האופן שבו נושים מובטחים נהגו לממש משכון או משכנתה לפי הדין שקדם לחוק חדלות פירעון - באותה עת נושים כאמור הוחרגו מהאיסור לנהל הליכים נגד חייב שניתן לגביו צו פשיטת רגל, ויכלו לפעול למימוש הבטוחה שבידם באופן עצמאי. במקביל, חוק ההוצל"פ (לפני תיקון מס' 29) איפשר להתנות על הגנת דירת המגורים הקבועה בסעיף 38 לחוק, כך שמימוש דירת מגורים לא היה מותנה בהכרח בסידור חלוף לחייב. לאחר חקיקת תיקון מס' 29 נקבעה הוראה מרוככת ביחס להסכמים שנחתמו לפני כניסתו לתוקף, לפיה התנאה על סעיף 38 לא לתקבל אם יוכח לרשם ההוצאה לפועל כי לא הובהרה לחייב זכותו לדירור חלוף ומשמעות הוויתור עליה (דהיינו, ויתור מודע).

בית המשפט העליון, מפי השופט מינץ, הבהיר כי במסגרת חוק החדל"פ ביקש המחוקק לערוך שינוי באופן מימוש הנכסים המשועבדים על ידי נושה מובטח, כך שגם הליכים אלו יתנהלו בגדר הליך חדלות הפירעון - למשל, באמצעות הגשת תביעת חוב לנאמן חלף מימוש עצמאי. עם זאת, ביחס להליכי מימוש של דירת מגורים שנרשם לגביה משכון או משכנתה ימשיכו לחול הוראות סעיף 38 לחוק ההוצל"פ לעניין תקופת הסידור החלוף (ולא הוראות חוק החדל"פ) - וזאת גם כאשר הגורם המממש אינו הנושה המובטח עצמו אלא הנאמן. לפיכך, דין הבקשה להידחות.

מחוזי

פסק הדין: [פרק \(ת"א\) 9307-10-22 - בנק לאומי לישראל בע"מ נ' גיבוי איתן בע"מ \(בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, כבוד סגן הנשיא חגי ברנר\)](#).

השורה התחתונה:

במצב של אשכול חברות, כל עוד מתקיימת הפרדה עסקית בין חברת האחזקות לחברות הבנות, ללא עירוב בלתי תקין של נכסים שלהן, הרי שאין מקום לראות במחזיקי האג"ח של חברת האחזקות כנושים גם של החברות הבנות, ולפיכך אין להם מעמד לדרוש פתיחה בהליכי חדלות פירעון כנגדן.

מרגע שאין להכיר במחזיקי האג"ח של חברת האחזקות כנושים של החברות הבנות, יש מקום להכיר בזכותם הקניינית של הנושים המובטחים של החברות הבנות באשכול החברות לאכיפת השעבודים באמצעות מינוי כונסי נכסים זמניים.

ביחס לזהות כונסי הנכסים הזמניים - כאשר מדובר במימוש שעבוד צף המינוי ייעשה מתוך רשימת המועמדים שתוצע על ידי הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי ("הממונה"), ואילו במימוש שעבוד קבוע אין חובה למנות מתוך רשימת המועמדים וניתן למנות מועמד בהתאם לבקשת הנושה המובטח.

לצורך הכרעה בשאלה האם מדובר בשעבוד קבוע או שעבוד צף, ניתן להיעזר במבחנים הבאים: (i) מסוימות הנכסים המשועבדים; (ii) אופי הנכסים המשועבדים; ו- (iii) מידת השליטה והפיקוח של הנושה על הנכסים המשועבדים.

יש להבחין בין שעבוד חשבון לטובת נושה "רגיל" לבין שעבוד לטובת הבנק בו מתנהל החשבון המשועבד, ובו מצויים השיקים המשועבדים, גם לצורך אפיון השעבוד כצף או קבוע. כמו כן, השיקים המופקדים בחשבון הבנק הם משכון מופקד כמשמעו בסעיף 24(2) לחוק המשכון, היונק את תוקפו מעצם ההפקדה, גם בלא רישום ברשם החברות. על כן, נקבע כי השעבוד על השיקים המופקדים הינו שעבוד קבוע ולא שעבוד צף.



- שלושה הליכי חדלות פירעון ביחס לחברת גיבוי אחזקות בע"מ 'המפורסמת' ("גיבוי אחזקות") וביחס לתאגידים (שלוש חברות ושותפות מוגבלת אחת), הנמצאים כולם בשליטתה המלאה (ביחד: "קבוצת גיבוי"). קבוצת גיבוי עוסקת במתן אשראי חוץ בנקאי, ובמהלך השנה שעברה העיתונים הכלכליים דיווחו רבות על הנסיבות שהובילו לקריסתה על רקע חשדות כבדים למעילות ולא-סדרים.
- כהערת פתיחה נציין שאופן הפעילות של קבוצת גיבוי התבצע באמצעות אשכול חברות פרטיות שבראשן עמדה גיבוי אחזקות, באופן הבא: גיבוי אחזקות גייסה מקורות מהציבור, באמצעות הנפקת אגרות חוב סחירות ללא מתן שעבודים. את תמורות ההנפקה היא הזרימה כהלוואות לחברות בת פרטיות שהקימה לצורך כך. על בסיס הלוואות אלה, כמו גם אשראים בנקאיים שנטלו, החברות הפרטיות הן שהעמידו את האשראי ללווים.
- במסגרת הליך חדלות הפירעון הראשון, מבקש בנק לאומי למנות את בא כוחו, לתפקיד כונס נכסים זמני על נכסים מסויימים (בעיקר שיקים) של חברת גיבוי איתן בע"מ ("גיבוי איתן") ושל חברת גיבוי פלוס בע"מ ("גיבוי פלוס"), במסגרת בקשה לאכיפת שעבודים קבועים וצפים שיש לבנק על נכסים של גיבוי איתן וגיבוי פלוס.
- במסגרת הליך חדלות הפירעון השני, מבקש הנאמן למחזיקי אגרות החוב (סדרה א' וסדרה ב') של גיבוי אחזקות (להלן בהתאמה: "נאמן האג"ח" ו"מחזיקי האג"ח") למנות את ר"ח יצחק עידן לתפקיד נאמן זמני של כלל התאגידים הנמנים על קבוצת גיבוי, במסגרת בקשה לצו פתיחה בהליכים נגד קבוצת גיבוי ולא רק נגד גיבוי האחזקות.
- במסגרת הליך חדלות הפירעון השלישי, מבקש בנק דיסקונט למנות את בא כוחו, לתפקיד כונס נכסים זמני על נכסים מסויימים (בעיקר שיקים) של גיבוי איתן, במסגרת בקשה לאכיפת שעבודים קבועים וצפים שיש לבנק על נכסים של גיבוי איתן (לא מדובר באותם נכסים אשר משועבדים לטובת בנק לאומי).
- ישנן מספר שאלות מעניינות אשר עלולות לדיון בהחלטה זו:
- **השאלה הראשונה** היא, האם עומדת למחזיקי האג"ח של גיבוי אחזקות עילה לבקש צו פתיחה בהליכים נגד כלל התאגידים הנמנים על קבוצת גיבוי או שמא ביחס לגיבוי אחזקות בלבד?
 - נאמן האג"ח ביקש כאמור לפתוח בהליכי חדלות פירעון לא רק כנגד החברה האם, שהנפיקה את האג"ח, אלא גם כנגד חברות בנות שלה, שבהן התרכזה כאמור פעילות העמדת האשראי. לעמדת בית המשפט, על בסיס התרשמותו הראשונית, **התקיימה הפרדה עסקית** בין גיבוי והחברות הבנות שלה, ללא עירוב בלתי תקין של נכסים שלהן, שכן העברות הכספים גובו בהסכמי הלוואה ואף הייתה שקיפות מלאה ביחס למתכונת פעילות זו בדיווחים לציבור. לאור כל אלה קבע בית המשפט כי אין מקום לראות במחזיקי האג"ח כנושים של החברות הבנות, ולפיכך אין להם מעמד לדרוש פתיחה בהליכי חדלות פירעון כנגדן. בכך, בית המשפט שומר על עליונותו של עקרונ האישיות המשפטית הנפרדת.

▪ **השאלה השנייה** הינה, האם ראוי למנות כונסי נכסים זמניים לצורך אכיפת השעבודים, כמבוקש על ידי בנק לאומי ובנק דיסקונט?

○ מחזיקי האג"ח טוענים כי אין להיעתר לבקשת הבנקים למנות כונסי נכסים זמניים לצורך אכיפת השעבודים לטובתם, ומזכירים את הכלל לפיו כאשר תאגיד פועל תחת תכנית לשיקום כלכלי הרי שהנושים המובטחים מוגבלים ביחס לאפשרות שלהם לממש את השעבודים הקיימים לטובתם, והדבר נתון לפיקוחו של בית המשפט (דוגמה לכך היא **סעיף 245 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי**, התשע"ח-2018 ("**חוק חדל"פ**"), המגביל את יכולתו של הנושה המבוטח לממש שעבוד קבוע או לגבש שעבוד צף).

○ בעניין זה, בית המשפט מכריע כי מרגע שנקבע שלמחזיקי האג"ח אין עילה לבקש צו לפתיחת הליכים כנגד הקבוצה כולה אלא רק כנגד גיבוי אחזקות, אין עוד צורך להידרש לכלל שהזכירו מחזיקי האג"ח בדבר העדפת השיקום הכלכלי של התאגיד על פני מימוש השעבודים. לפי בית המשפט יש לתת משקל מלא לזכותם הקניינית של שני הבנקים לנקוט בהליכים לאכיפת השעבודים על נכסים המשועבדים לטובתם של גיבוי איתן וגיבוי פלוס, בשלב זה באמצעות מינוי כונסי נכסים זמניים.

▪ **השאלה השלישית** (הטומנת בחובה גם **שאלה רביעית**) היא, האם ראוי למנות את באי כוח הבנקים או שמא יש למנות כונסי נכסים זמניים מתוך רשימה של הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי ("**הממונה**")? ולשם כך יש להידרש לשאלה, האם השעבודים בהם אוחזים הבנקים ואשר מוגדרים כשעבודים קבועים, הם אכן שעבודים קבועים או שמא מדובר בכלל בשעבודים צפים?

○ **סעיף 194 לפקודת החברות** [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 ("**פקודת החברות**") קובע כי כאשר מדובר במימוש של שעבוד צף, יחולו על מינוי של כונס הנכסים הוראות **סעיפים 33-40 לחוק חדל"פ**, הקובעים כי המינוי ייעשה מתוך רשימת המועמדים שגיבש הממונה. לעומת זאת, כאשר מדובר במימוש של שעבוד קבוע הוראות **סעיף 194 לפקודת החברות** אינן חלות ואין חובה למנות מועמד מתוך הרשימה שגיבש הממונה, ומכאן גם שאין מניעה למנות לתפקיד את מי שמציע הנושה. לצורך ההכרעה בשאלה האם השעבודים לבנקים הם שעבודים צפים או שעבודים קבועים, נקבע במספר פסקי דין כי אין לייחס משקל מכריע לאופן בו נרשם השעבוד ברשם החברות או לאופן שבו הגדירו זאת הצדדים להסכם השעבוד. ולכן התפתחו בפסיקה מספר מבחנים לצורך אפיונו של השעבוד כצף או כקבוע. בהקשר זה, בית המשפט מזכיר את המבחנים אשר עלו **בע"א 2966/17 אס.אר.אקורד בע"מ נ' מדינת ישראל** (נבו 29.08.2022) ("**אקורד**") ([להרחבה ראו סיכום של פסק דין אקורד - עדכוני חקיקה, רגולציה ופסיקה | מימון ובנקאות | אוגוסט 2022](#)): (i) מסוימות הנכסים המשועבדים; (ii) אופי הנכסים המשועבדים; ו- (iii) מידת השליטה והפיקוח של הנושה על הנכסים המשועבדים.

○ ביחס לענייננו, בית המשפט בוחר להתמקד בשעבוד על השיקים של החברות אשר היו מופקדים בחשבונות הבנקים, ולבחון האם הוא עשוי להיחשב כשעבוד קבוע לצורך שאלת מינוי כונסי הנכסים הזמניים.

- מחזיקי האג"ח ניסו להיתלות בהלכת אקורד, שם נקבע ביחס לשעבוד על חשבון שהתנהל בבנק הדואר כי מדובר בשעבוד צף. אולם בית המשפט מדגיש, כי בעוד שבעניין אקורד היה מדובר בשעבוד חשבון בנק לטובת נושה שאיננו בנק, כאן המצב שונה ומדובר על שעבוד לטובת נושה שהינו בנק ואשר השיקים המשועבדים לטובתו מצויים בחזקתו. לכן, במקרה כזה יש להבחין בין שעבוד חשבון לטובת נושה "רגיל" לבין שעבוד לטובת הבנק בו מתנהל החשבון המשועבד, גם לצורך אפיון השעבוד כצף או קבוע.
- כמו כן, ביחס לשעבוד שיקים אשר מופקדים בחשבון הבנק שלטובתו נרשם השעבוד, בית המשפט קובע כי מדובר במשכון מופקד כמשמעו **(בסעיף 2)4 לחוק המשכון**, תשכ"ז-1967 ("חוק המשכון"). משכון מופקד הוא למעשה שעבוד תקף היונק את תוקפו מעצם ההפקדה, גם בלא רישום ברשם החברות. בנוסף, הוראות **סעיף 17(3) לחוק המשכון** מתירות לבנק לבצע מימוש עצמי של המשכון המופקד. כלומר, זכותו הקניינית של בנק בנוגע למשכון מופקד היא כה חזקה, עד אשר על פי הדין הוא יכול לממש בכוחות עצמו את המשכון מבלי שיהיה חייב תחילה להצטייד בצו מאת בית המשפט.
- לאור שתי הנקודות המוזכרות לעיל, בית המשפט קובע כי לצורך שאלת זהות מינוי כונסי הנכסים הזמניים, השעבוד על השיקים המופקדים עשוי להיחשב כשעבוד קבוע ולא כשעבוד צף. בהתאם לכך, **בית המשפט קובע כי אין חובה למנות כונסי נכסים זמניים מתוך רשימת המועמדים שגיבש הממונה וניתן למנות לתפקיד את באי כוח הבנקים לצורך אכיפת השעבודים לטובתם**.

פסק הדין: פר"ק 15-04-12422 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ ואח' נ' חברת יוסף לוי פתח תקוה בע"מ (בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, כבוד סגן הנשיא חגי ברנר).

3

השורה התחתונה:

לא קיימת גמירות דעת מצדו של כונס נכסים להתקשר בחוזה מחייב למכירת נכס, כל זמן שלא קיבל על כך הן את אישור הנושה המובטח והן את אישור בית המשפט. רצונם של כונס הנכסים והנאמן להשיג תחילה את הסכמתו של הנושה המובטח שאמור ליהנות לבדו מתמורת המכר, בקשר לתמורה המוצעת על ידי הרוכשת, ורק לאחר מכן גם את אישורו של בית המשפט, משקף את הנהוג במימוש נכס משועבד בידי בעל תפקיד. לא היה כל טעם בהבאת ההסכם לאישור בית המשפט חרף התנגדותו הנחרצת של הנושה המובטח.

לו אכן היו כונס הנכסים והנאמן מביאים את ההסכם לאישור בית המשפט, בית המשפט לא היה מאשר את ההסכם, שכן הדבר היה מקבע לנושה המובטח הפסד של מעל 9 מיליון ש"ח.

פסק הדין בקצרה:

- **עסקין** בבקשה למתן הוראות, במסגרתה מבקשת חברת יקיר שי ברק יזמות וסחר בע"מ ("הרוכשת") לאשר את מכר הזכויות של חברת יוסף לוי פתח תקוה בע"מ (בכינוס נכסים) ("החברה") במקרקעין בחדרה, אליה ("ההסכם"). הבקשה נסמכת על הסכמות שהושגו בין הרוכשת לבין הנאמן וכונס הנכסים (ביחד: "בעלי התפקיד").

- **במסגרת ההחלטה, דן בית המשפט בשתי שאלות: השאלה הראשונה** היא האם נוכח חתימתה של הרוכשת (ולא של בעלי התפקיד) על ההסכם, חייבים היו בעלי התפקיד להביאו לאישור בית המשפט חרף התנגדותו הנחרצת של הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ ("הבנק"), אשר המקרקעין האמורים משועבדים לו; **השאלה השנייה** היא לו נהגו כך בעלי התפקיד, האם בית המשפט היה מאשר את המכר בהינתן התנגדותו של הבנק שאמור לבדו ליהנות מתמורת המכר. בית המשפט קובע כי התשובה לשתי השאלות הללו היא **שלילית**.

- באשר **לשאלה הראשונה**: בית המשפט קובע כי בהתאם לדין הכללי, לא נכרת בין הצדדים חוזה מחייב. הכונס לא חתם על ההסכם, שכן הוא ביקש להשיג קודם לכן את **הסכמתו של הבנק**, בהיותו הנושה המובטח שאמור ליהנות מתמורת המכר, ולאחר מכן גם את **אישורו של בית המשפט**, אישור שבלעדיו לא הייתה לו כל כוונה לכונס הסכם מחייב. כמו כן, בסעיף 7.3 להסכם נקבע מפורשות כי "אשר בית המשפט את ההתקשרות על פי חוזה זה יחשב חוזה זה כתקף לכל דבר ועניין ממועד מתן האישור". בית המשפט מסיק מכך כי **לא הייתה קיימת גמירות דעת** מצדו של הכונס להתקשר בהסכם מחייב, כל זמן שלא קיבל על כך הן את אישור הבנק והן את אישור בית המשפט.

- בנוסף, במבוא להסכם הצהירה הרוכשת כי היא מודעת לכך שבמידה שבית המשפט לא יאשר את ההסכם, יהיה החוזה בטל מעיקרו: "והואיל והרוכש מצהיר כי **ידוע לו שהסכם זה כפוף לאישורו של כב' בית המשפט** המחוזי בתל-אביב-יפו... כאשר היה ולא יינתן אישורו של כב' בית המשפט מכל סיבה שהיא, יהא **הסכם זה בטל מעיקרו**". במילים אחרות, הגם שהרוכשת חתמה מצידה על ההסכם, היה ברור לה ולבעלי התפקיד, כי הוא ייכנס לתוקף רק לאחר אישורו של בית המשפט.

- בית המשפט מציין בהחלטתו כי רצונם של בעלי התפקיד להשיג תחילה את הסכמתו של הבנק בקשר לתמורה המוצעת, ורק לאחר מכן גם את אישורו של בית המשפט, **משקף את הנהגתו במימוש נכסים** בידי בעל תפקיד כאשר מדובר בנכס המשועבד לטובת נושה מובטח. מוסבר כי בהליכים מעין אלה, המציע לוקח על עצמו את הסיכון שהצעתו לא תאושר על ידי בית המשפט. על כן, נקבע כי בשלב זה הרוכש הפוטנציאלי **לא יכול לגבש עוד אינטרס הסתמכות** ממשי בקשר למכר מושא ההתקשרות החוזית.

- בית המשפט מוסיף כי במקרה דנן ברור שלא היה כל טעם מעשי בהבאת ההסכם לאישור בית המשפט בטרם ישמיע הבנק את עמדתו בפני בעלי התפקיד. בהינתן העובדה שהחוב כלפי הבנק גבוה יותר מפי עשרה מגובה התמורה שהוסכמה בין בעלי התפקיד לבין הרוכשת. לכן, מרגע שבעלי התפקיד נוכחו לדעת כי הבנק איננו מעוניין בעסקה כפי שגובשה, כמו גם נוכח הטעויות השמאיות שהתגלו בשמאות עליה הסתמכו בעלי התפקיד, **לא נפל פגם בהחלטתם של בעלי התפקיד שלא להביא את ההסכם לאישורו של בית המשפט**.

- באשר **לשאלה השנייה**: בית המשפט קובע כי לו אכן היו בעלי התפקיד מביאים את ההסכם לאישור בית המשפט, ובהינתן העובדה **שמדובר בהליך של אכיפת שעבוד ולא בהליך חדלות פירעון**, בית המשפט היה מבקש לקבל את עמדתו של הבנק שהליך האכיפה **נועד לשרת אן ורק אותו**. בשים לב לכך שרק הבנק הוא שאמור היה ליהנות במקרה דנן מתמורת המכר, ואישור המכר חרף התנגדותו היה מקבע הפסד לבנק של מעל 9 מיליון ₪, פשיטא שבית המשפט לא היה מאשר את ההסכם. על כן, לא קיים קשר סיבתי בין החלטת בעלי התפקיד שלא להביא את ההסכם לאישור בית המשפט לבין הנזק שנגרם כביכול למבקשת מחמת אי אישורה של העסקה.

בית המשפט מזכיר בהחלטתו גם את ההלכה לפיה "בית המשפט לא יתערב בשיקול דעתם של הנושים בבואם להעריך את מידת כדאיותה הכלכלית של העסקה המוצעת להם, ולא יחליף את שיקול דעתם הכלכלי בשיקול דעתו שלו" ([חדל"ת \(מחוזי ת"א\) 43652-09-20 עו"ד אופיר נאור נאמן אי די בי פתוח בע"מ נ' הרמטיק נאמנות \(1975\) בע"מ](#), בפסקה 12 (נבו 21.12.2020) וההפניות שם).

כמו כן, בית המשפט מעיר כי הסתמכותה של הרוכשת על העובדה שכבר העבירה לבעלי התפקיד את מלוא התמורה שסוכמה בהסכם מעוררת תמיהה, בלשון המעטה. זאת, מפני שהרוכשת לא הציגה כל ראיה בכתב המעידה על דרישה מטעם בעלי התפקיד להעברת התמורה בשלמותה. ההיפך הוא הנכון, בעלי התפקיד הציגו הודעת דואר אלקטרוני שנשלחה לבא-כוח הרוכשת ובה מובהר במפורש כי הכונס מעדיף להשהות את קבלת יתרת התמורה בגין ההסכם מכיוון שזה טרם אושר, לא על ידי בית המשפט ואפילו לא על ידי הבנק.