

95

שאלה 1

א. במקרה זה, המזכיר במקצת את נסיבות פ"ד רד-אל, לדעתי, תוכל שיווק לסרב לשלוח סחורה חדשה לאור אי כיבוד שטר החליפין.

על פניו, כבר אומר שלדעתי, משמדובר בהסכם מסגרת שהופר בתחילת תקופתו למעשה (בתוך חודש וחצי), נראה שההפרה היא הפרה יסודית לפי סע' 6 לחה"ח (תרופות): אי תשלום, ולמעשה אי מילוי חובותיה של החברה כלפי שיווק. לפי סע' 7 וסע' 8 לאותו חוק ניתן לבטל את החוזה באופן מיידי אם ההפרה יסודית, ואם אינה יסודית, לאחר מתן ארכה של זמן סביר לקיום החוזה. זאת, אלא אם הוסכם שאי תשלום מיידי אין בו משום הפרתו של ההסכם וכי הסחורה חייבת להיות מסופקת לפי דרישה בכל מקרה. אין בשאלה את פרטי ההסכם ולכן אצא מנקודת הנחה של האדם הסביר, כי מדובר בהפרה יסודית המאפשרת ביטול החוזה והתדיינות על השבה ופיצויים בבית המשפט, באם לא קויים התשלום.

האם אכן קויים התשלום, החיוב השלוב מצד החברה?

לשם ההבנה, עלי לנתח את מהותו של השטר בו אנו עוסקים. נזכור כי

ראשית, עסקינן בשטר לפי סע' 3 לפק' השטרות. זו פקודה ללא תנאי לתשלום, הערוכה בכתב מאת אדם אל חברו (היינו, מאת המושך אל הנמשך, וכך היה גם כאן) לשלם לנפרע (אשר צוין בשטר כאן, וגם לפי פ"ד חרס ההשלמה של פרט מהותי זה הייתה תקינה בהתאם לסע' 19 לפק' השטרות המעניק הרשאה לכאורה, ולא נראה שתהיה טענה כנגד זאת) סכום מסוים וברור (סכום 50,000 השקלים אכן תואם את סע' 8 ואת סימן א' לפק' העוסק בצורת שטר החליפין) בזמן קבוע (נרשם תאריך ספציפי, תואם את סע' 9 לפק', 10.2.07).

לבסוף, הייתה גם חתימה של הצדדים לשטר זה, היוצרת את החבות לפי סע' 22 לפק'. השטר, על פניו, תקין.

אגש למעמד החברה: החברה, נמשך השטר, נדרשה לשלם, ולא שילמה. עתה, בדרך כלל, היינו אומרים לפי סע' 53 לפק' השטרות כי אין השטר מכוח עצמו פועל כהמחאת הכספים שבידיו – היינו, הנמשך בד"כ אינו חייב ישיר, אלא רק שלוח גבייה. הסעיף מוציא את הנמשך ממקומו של בעל זכות שהומחתה ומביאו למקום שבו הוא כעין שלוח (והשווה לחוק השליחות).

אלא, שנראה שהייתה כאן בנוסף, לכל הפחות, פעולת קיבול של שטר החליפין לפי סע' 16 לפק' השטרות (ומשכך היא חבה בו לפי סע' 54 לפק' השטרות): החברה גילתה דעתה על כך שהיא מסכימה לפקודת התשלום – ודי לנו בחתימה בלבד על גבי השטר לצורך זאת.

כך, שהחברה כן הייתה חייבת, מעבר לחובה החוזית שלה, בחבות השטרית כלפי שיווק – והיא ביצעה הן הפרה חוזית של ההסכם והן חילול של השטר, לפי סע' 46 לפק' השטרות.

לא זאת בלבד. ידוע, במבט רחב יותר על כלל השוק, כי נפרעים של שיק, באומד דעתם (ואנו מניחים זאת, גם לגבי מי שלצערנו הם חובבנים ומועדים לפורענות כמו במקרה דנן), מודעים לקושי בפירעון שיקים ולאפשרות חילולם, ומודעים לכך שעליהם להשיג ערבים לשיק, וכן ידוע כי מועד קיום החיוב בשיק אינו מיידי עם מסירת השיק: זהו חיוב מותנה, ועם החילול, ברור שהחיוב לא התקיים – **לא נותקו היחסים המשפטיים בין הצדדים** (כפי שעשוי היה להיות בעסקת אשראי, בכרטיס חיוב, שם המנפיקה נושאת בחיוב). במקרה זה המסמך השתכלל לידי התחייבות כשהקונה מצרף את חתימתו בתור הנמשך, וההתחייבות לא קוימה. שיווק יכולה לחזור, חוזית, אל החברה, ולתקוף אותה בכל החזיתות על הפרת החוזה ועל הנזק.

שאלה נוספת שעולה: האם הערבות, והשימוש בערבות, מפקיעים או מסיימים את החיוב החוזי או השטרי של החברה? תשובתי היא כי אין בכך משום הפקעה כזו, החיוב נותר תקף, והופר. סע' 57 לפק' השטרות עוסק בסוגיה זו. במקרה זה לא עולה לדיון שאלת הערבות, האם היא אוטונומית לפי סע' 57 או שמה ניתן להיבנות מטענות הגנה של החייב לו ערב הבנק, בעיקר כי אין טענות לחייב. ידוע כי הערבות מוסיפה על זכות החזרה של אוחז השטר (שיווק). הערב לא מחליף את החייב השטרי אלא מצטרף אליו, והם חייבים יחדיו, **ביחד ולחוד**. משלא קויים הערב את החיוב, החיוב תקף. אני מניח שלא דובר כאן על התחייבות לשיפוי לפי סע' 16 לחוק הערבות, זו ערבות שהיא על תנאי שהשטר תקף להבנתו. אך גם אם מדובר על כזו, הרי שבכל מקרה הערב הבנקאי לא שילם דבר משום שהוא בהליכי פירוק והשאלה מתייתרת. מעניין להרהר על כך שלעתידי, אולי תוכל החברה לחזור אל הבנק בגין גרם הפרת החוזה.

לסיכום: שטר אינו הילך חוקי, אינו כסף מזומן, ולכן אינו מפקיע את החיוב באופן מיידי.

החיוב אכן "נכנס לתרדמת" עם מתן שטר, אך משחולל השטר, "התעורר" – ובמקרה זה הוא כמעט ולא הספיק להירדם.

ב. תשובתי אכן עשויה להשתנות, ולאפשר יתר מרחב לטענות כי החוזה לא הופר, לפחות לא בשלב כה מוקדם, מצד החברה. אקדים ואציין עובדה חשובה לרקע: בארה"ב, ב-UCC – שיק בנקאי, לפי אומד דעת הצדדים, הוא רגע קיום החיוב. בנקים נחשבים כמוסד פיננסי אמיד – לקוח מגיע ולמעשה קונה שטר שמהותית, בהתסכלות שוקית, המושך, או הנמשך, או הקבל שלו או כולם יחדיו, הם הבנק – שטרות אלו זכו ברבות השנים למעמד קרוב בהרבה מזה של שטר חליפין, להילך חוקי – לכסף מזומן. לשיק הבנקאי בד"כ יש "גב חזק" וסיכוי טוב לגבייה

ולפירעון תקין. שיק בנקאי נתפש בעיני רבים כמקבילה המלאה של כרטיס האשראי. כפי שחברת האשראי תהפוך ליריב המשפטי של מוכר שקיבל כרטיס חיוב, כך גם הבנק הופך ליריב המשפטי של מוכר שקיבל שיק בנקאי. לכן, עשויה להתקבל טענה כי נותק היחסים בין הספקית, שיווק, לקונה, החברה.

חשוב לציין בכל מקרה, כי אייעץ לחברה לתבוע באופן מיידי חוזית מכיוון שאם היא תמשיך לכרוך סביב השטר עשוי, בנסיבות קיצוניות (לדעתי, אך עדיין אפשריות), לקום השתק לטענה על פי עסקת הבסיס. אסור ליצור מצג לפי החברה מילאה את החיוב ועתה הניסיון לפרוע את השיק הוא נפרד מעסקת היסוד. אין לוותר על מסלול התביעה לפי עסקת היסוד.

שאלה 2

א. הבנק רוצה לגבות את חובו מאת החברה. הסוגיה ברורה. גם אם אניח כי כעת בידי הבנק שטר חליפין המשוך על החברה (השטר שפרע הבנק), וכי השטר הוסב אל הבנק כדת וכדין, וכי כערב יש לו כוח לחזור אל החייב השטרי העיקרי, החברה – עדיין נמצא הבנק מולה. השטר במהותו הוא רק עוד חיוב של החברה כלפי הבנק, יש בו יתרון פרוצדוראלי, אך הוא לא רלוונטי מבחינה פרקטית לבנק שיעדיף להתמודד עם החברה בעזרת השעבוד הצף שלו (כלי חזק ביותר) ובעזרת ההסכם הבסיסי שיש לו עם החברה. רק אם היה השטר ביטחון אמיתי, זכות (שהיא כמובן נכס שניתן לשעבד), הרי שהיה כוח עומד לו בשעבוד ספציפי לרכישת נכס (שסל"ן) וכו', ואז היינו מתמודדים עם השעבוד הצף. אך משאין הדבר כן, הבנק אכן ינסה להיפרע משובר עסקאות האשראי. שובר עסקאות אשראי, כך למדנו, ניתן להסבה וניתן לסחור בו. בענייננו אין כל צד הטוען כי השוברים שייכים לאדם אחר, או כי אינם תקינים מסיבה כלשהי. השאלה כעת היא איזה מן הבנקים יזכה להשתמש בשובר מול מנפיקות האשראי – האם בנק אשראי, בעל השעבוד הצף, או בנק אין הנחות יש עמלות, בעל "הביטחון" (שגם הוא להבנתי שעבוד למעשה)?

עוד חשובה השאלה האם התרחש אירוע גיבוש השעבוד הצף, או שמה התנהלות החברה עדיין לא הביאה לגיבוש השעבוד והיא יכולה לעשות בנכסים שברשותה כאוות נפשה כדי לכלכל את עסקיה, לצערי אין בשאלה את הנתון הדרוש. אם יש היתר ואין הגבלה על השימוש בנכסים בגין השעבוד הצף לטובת בנק אשראי, הרי שיוכל בנק אין הנחות יש עמלות להשתמש בשובר לשם כיסוי יתרת החובה, כך בוודאי אם החובה שנוצרה בחשבון היא בגין רכישת נכס ספציפי והביטחון ניתן דווקא למענה – מדובר על פרוצדורה של פרעון שטר חליפין שיוחד למימונה של רכישת נכס ספציפי, שמשמש את החברה בעסקיה – לדעתי אפשר יהיה לטפל בשעבוד הצף האמור, בעזרת המלאי העסקי שרכשה החברה, שכן שעבוד צף אינו נגמר ואינו מתגבש דווקא בעסקה אחת. ראוי ליחד הערה על חוק המשכון, בנוגע לסע' 16 ולסע' 20 – גם שני אלו מסייעים בידי להסיק כי ניתן להשתמש בשובר: סע' 20 מאפשר לממש זכות שמושכנה כשם שחייב יכול היה לממשה אף אם מועד קיום הזכות קודם למועד קיום החיוב המובטח (והכל בהתאם להסכם).

ועם זאת, אדגיש: אם לא מדובר בשסל"ן – שהרי הביטחון כללי, כנגד "כל התחייבויותיה", ואם הייתה הגבלה על שימוש בנכסים בהסכם השעבוד הצף, הרי שהנושה המובטח שבשעבוד הצף (שעבוד שיש לרושמו אצל הרשם) יגבר על השעבוד המאוחר יותר. כלומר: אם יש שעבוד צף, הרי ששעבוד מאוחר שאינו שסל"ן כסע' 169 (ד') לפק' החברות יסוג מפניו.

ב. תשובתי אכן עשויה להשתנות, באופן מהותי, באם יזכה הבנק למעמד של אוחד כשורה. השאלה מעמידה במרכז את המתח בין דיני השעבודים לדיני השטרות: על פי דיני השעבודים – התשובה כמעט וזהה לתשובתי לעיל בחלק א', אך אם דיני השטרות הם החלים בנושא, יש מקום לדון במהותו של השטר, וכך אעשה כעת, בטרם אדון בדין החל:

נראה שהשטר תקין על פי חזונו (לשרטוט ולהערת "למוטב בלבד" אתייחס בהמשך). לכן נבחן את יתר התנאים להגעה למעמד של אוחד כשורה. התנאים הדרושים לנו הם כי לא עבר זמנו של השטר, לפי סע' 28 – לא נתון לנו בשאלה נתון הסותר את תקינות התנאי הזה – אניח כי אין "נורה אדומה" לגבי השטר, כגון שהוא מסתובב בשוק במשך שנים רבות; עוד דרוש ערך ממש - value, ולא consideration - (פ"ד חוות מקורה) לשיק, על מנת להגיע למעמד של אוחד כשורה ולזכות בתקנת השוק הזו, אשר הבנקים הם הנהנים הגדולים ממנה.

ההלכה אינה ברורה בסוגיה זו. עם זאת, באופן בסיסי נפסק, כי עצם השיעבוד בד"כ משמש בערך ממש, אף אם לא נבדוק את הסכומים – יסוד הערך הממשי מתמלא. כמו"כ, יש במקרה זה יתרת חוב של החברה, ולכן אפשר לראות בכך ערך שניתן בעבור השטר. הבנק הלווה בעבר ולכאורה אפשר לראות בכך ערך ממשי. דרך נוספת, טכנית מעט, לקיים את דרישת הערך, היא בעזרת שימוש בסע' 26 (ג') כדי לטעון כי לבנק האוחד יש עיכוב, והוא אוחד בעד ערך. זאת, מכיוון שהפסיקה החילה את סע' 26 (ג') לפקודה כחל גם על משכון, ואת הערך כערך ממשי שבתמורה. אכן, יש כאן שיקול נרחב לראות בכל הדברים שצוינו כערך, מכיוון שהבנקים מסתמכים רבות על שטרות כאמצעי ביטחון – ועליהם להיות לכל הפחות אוחד בעד ערך כדי לתבוע מכוחם בצורה יעילה. פ"ד בן עליזה ופ"ד סרדס אף הם תומכים בגישה זו (אף כי כאמור ההלכה אינה ברורה בנושא) ובשאלתנו אין נסיבות הסותרות את קיומו של ערך ממשי שניתן בעבור השטר (לא נתונים לנו תאריכים וערכים [שבבדיקה, לפי הביקורת, השגויה, שבפ"ד בן עליזה יש לבדוק] של השטר ואפשר להניח כפי שהנחתי לעיל בחלק א' כי יתרת החובה, ההלוואה למעשה, ניתנה ספציפית כנגד הביטחון האמור).

ולפירעון תקין. שיקריב המשפטי שלי לכן, עשויה להתקבץ

חשוב לציין בכל משי, בנסיבות קיצו החברה מילאה או לפי עסקת היסוד.

שאלה 2

א. הבנק רוצה לגם אם אני כי כע כדת וכדין, וכי כע הוא רק עוד חיוב שיעדיף להתמודד החברה. רק אם בשיעבוד ספציפי ינסה להיפרע משי כל צד הטוען כי יזכה להשתמש בזכרונות, בעל "הב עזר חשבה שא השעבוד והיא יכ הדרוש. אם יש הנחות יש עלולו רכישת נכס ספצי רכישת נכס ספצי המלאי העסקי ע חוק המשכון, בב מאפשר לממש המובטח (והכל ועם זאת, אדגי שימוש בנכסים יגבר על השעבו החברות יסוג מ

5 - לזכות יוצרתי
הם קיימים לזכות
יחידים של המשכון
לממש את הנכס
ועם זאת, אדגי
שימוש בנכסים
יגבר על השעבו

ב. תשובתי אכן השאלה מעמיד זזהה לתשובתי אעשה כעת, ב נראה שהשטר להגעה למעמד בשאלה נתון ה במשך שנים ר למעמד של או ההלכה אינה ב לא נבדוק את לראות בכך עו טכנית מעט, ל אוחז בעד ערך שבתמורה. א כאמצעי ביטח סרדס אף הם קיומו של ערך שבפ"ד בן על למעשה, נית

בנוגע לתום הלב ולתקינות השטר – האם הוא שלם על פי חזותו ומראהו. אני מניח שהחברה חתמה חתימת הסב של השטר אל הבנק. אך עסקינן בשטר שיש מקום לטעון לגביו כי למצער "יש פגם" בתום הלב שבקבלתו, ואולי הגבלה גורפת (לפי שמגר, כפי שאפרט) על עצם עבירותו לידיו של הבנק כאוחז – וכאשר יש הגבלה על העבירות, כמובן שאי אפשר לקבל את השטר לביטחון.

ארחיב: שטר שצוין עליו כי הוא למוטב בלבד, לפי דעת הרוב בפ"ד ציטיאט, הוגבלה טהירותו ועבירותו (כך שמגר קבע, בנמקו זאת בעיקר בכוונת הצדדים ובמוסכמה בשוק כי מדובר בהגבלה גמורה על הסיחור, לא רק על הסחרות המטריאלית אלא גם על הפורמאלית, קרי – אין השטר עביר. השופט ברק חלק עליו וטען כי רק הטהירות הוגבלה, בבחנה את האינטרס האמיתי של המושך, שרק רוצה להתגונן במקרה שבו יש פגם קנייני או חיובי – כשעסקת היסוד הופרה). כיצד הבנק יתגבר על כך, בנסותו להיות אוחז כשורה לפי סעי' 28 לפק' השטרות וכך להשיג את יתרונות האחיזה לפי סעי' 37(2) לפקודה – ניקיון השטר מכל פגם חיובי וקנייני?

על הקושי שבגינה הזכרתי את פ"ד ציטיאט: השרטוט בתוספת המילים "למוטב בלבד", ינסה הבנק לגבור בעזרת פרשנות של פ"ד טקסטיל ריינס, כי "לא זו הייתה כוונת המשורר", קרי, המושך, בכתיבת "למוטב בלבד". בפ"ד טקסטיל ריינס נקבע שמי שמנסה לאחוז בזכות לא יכול לטעון כי היא לא הייתה עבירה, בעזרת טיעון שגם החייב הראשוני שלה לא רוצה להשתמש בו. כלומר, יש לבחון את האינטרס שבאה לקדם ההגבלה על הסחרות. נראה שהמושך רצה להתגונן מפני מקרה שבו החברה לא תמלא את חובותיה החוזיות, אך אין לנו נתונים כי לא מילאה – ובד"כ בהגיע שיק לבנק, הוא פורע אותו. ייתכן שהחברה לא רצתה לפרוע את השיק וסיבותיה עימה (אולי רצון להשתמש בו בעסקת ניכיון שיקים), אך כעת, אפשר לטעון, השיק "בחוף מבטחים" ולהגבלה על הסחרות אין עוד אינטרס שישמור עליה.

לסיכום: הבנק בעל השעבוד הצפוי יטען כי השיק לא היה עביר ומשכך עליו להיכנס לקופתה ולמצבת הנכסים של החברה ואין הבנק אוחז כשורה בו, ואילו הבנק שאוחז בשיק יטען כי האינטרס המוגן היה להגן על המושך בניסיונות הרלוונטיות בלבד, ולא על הבנק בעל השעבוד הצפוי. היריבות היא בין "הבנקים המשעבדים", ולכן אין סיבה למנוע את האחיזה כשורה מכיוון שהמושך לא בתמונה בכלל.

כמו"כ אציין כי לבנק יש יתרון פרוצדוראלי ראייתי בזכות סעי' 29: חזקה שהוא אוחז כשורה. הסעיף מקנה לו חזקת תמורה וחזקת תום לב (ותום הלב הנדרש מעט יותר סובייקטיבי בפק' השטרות מאשר ביתר ענפי המשפט – ראה סעי' 91 לפק' השטרות).

אך גם אם הבנק אוחז כשורה, עדיין נותרה בעיה: בפ"ד ע"ק מתכות, ביהמ"ש המחוזי פסק לפי דיני השעבודים! השיעבוד הכריע את שיקולי הדין השטרי. השעבוד נרשם או מופקד ויש לו פומביות, לכן כל הצדדים צריכים להיות מודעים לו. ד"ר האן תוקף את ההכרעה: אנו מעניקים משקל רב מדי לשיקולים של שעבוד צפוי על פני שיקולי הסחרות של שטרות, כפי שאנו מעדיפים את שיקולי שטף המסחר בתקנת השוק שבסעי' 34 לחוק המכר (פ"ד רוזנשטרייך מדגים זאת) שם לא בודקים כל רישום של משכון בכל עסקה, הרי שגם כאן, אם אנו רוצים לעמוד על הסחרות ולהתייחס לטיבו של שטר כמסמך הנושא זכות הקרובה לנכס הכסף המזומן, (שגם אותה יש הטוענים כי צריך לבטל, כך ניתן לראות בספרו של ש' לרנר) עלינו לאפשר לתקנת השוק של אוחז כשורה, מכוח הדין, לגבור. לכן יש להיזהר מלקבוע מסמרות בנושא. אכן שיקולי המדיניות נוטים לסייע לבנק המחזיק בשטר כבטוחה במקרה דנן, על פני השעבוד הצפוי, אך הפסיקה עשויה לראות בשעבוד הצפוי כלי חזק יותר.

שאלה 3

אניח מספר הנחות: * השיק סוחר בתאריך 1.1.2007 למעשה, כשטר לביטחון. * את מימוש הביטחון, ואת השלמת שמה כנפרעת, שיווק ביצעה רק ב-10.2.2007. * כישלון התמורה בעסקה הקודמת בין פראייר לחברה, נוצר ככל הנראה ב-30.1.07, היינו, לאחר הסיחור (על האפשרויות אדון בהרחבה בהמשך).

האם מדובר בשטר? נראה שמבחינה צורנית אכן ישנו כאן שטר חליפין תקף לפי סעי' 3 לפק' השטרות, וליתר דיוק על שיק לפי סעי' 73. כיצד? נראה שהשטר אכן היה ללא תנאי, לא אוזכרה עסקת היסוד ולא כל תנאי אחר מצד המושך; השטר נחתם בידי נותנו ונעשה בכתב; בשיק היה סכום מסוים וברור (30,000 ₪) לפי סעי' 8 לפק'; על השיק היה תאריך ברור בשנה הקלנדרית.

נראה שהושלמו פרטים בשטר לפי סעי' 19 – לפי פ"ד חרס ניתן לבצע השלמה בשטר ולמעשה חייבים לבצע השלמה של שם הנפרע (וגם שם בדוי שיהפוך אותו לשטר למוכ"ז). יותר מכך, חזקה לכאורה שהייתה רשות לבצע את ההשלמה, ולבסוף, נראה שמר פראייר פגע בעצמו ועשוי להיות מנוע מלטעון כי הייתה הרשאה בחריגה: הוא יצר מצג (והדבר נתמך בפ"ד מזרחי נ' יעקבי) כי ניתן להשלים את השטר. כך שהתובע השטרי, שיווק, היא תובעת תקינה, היא הנפרעת. סעי' 55 בצירוף לסעי' 22 לפק' מביאים לכך שהמושך הוא החייב השטרי שלה.

עתה אפנה למעמדה של שיווק: שיווק היא אוחזת לפי סעי' 1, הן כמסוחרת-נסבה, הן כנפרעת, אך לא די בקביעה זו: ראשית, כדי להגיע למעמד שבו היא יכולה כלל לתבוע שטרית, אבחן האם היא אוחזת בעד ערך. ההערה "לביטחון" התנאי "לביטחון" הוסף ע"י המסבה, החברה, בהסבה הישירה שבינה לבין שיווק. האם לדבר משעל בסיס פ"ד שירותי גרר, אפשר לראות כי שטר שצוין עליו לביטחון זהו תנאי למסירה ולא תנאי לחיוב השטרי –

אם התנאי השתכלל, השטר הופך לכזה שנמסר באופן מוחלט (בהתאם לסעי' 20 לפק'). סעי' 26(ג) לפק' פורש אף הוא כך שהוא חל על מקרים שבהם ניתן שטר לביטחון (ולא רק "כעובון"), כך שעצם ההחזקה בשטר לביטחון, ועצם ההסכמה לעסקה ואי הפעלת השטר יש בה משום **תמורה** (ערך במובן של consideration) והגעה למינימום של מעמד "אוחז בעד ערך" לפי סעי' 26 לפק', בכדי לתבוע.

שנית, אבחן האם היא עשויה להגיע למעמד של אוחזת כשורה, דבר שיתר את יתר הדין בהגנות מצד פראייר. בנושא התמורה, אין לנו ספק כי תמורה ניתנה מצד שיווק – ויותר מהאמור לעיל, כשנדרשת תמורה של ערך ממשי (פ"ד חוות מקורה) הרי שאפשר להצביע על כך שחוץ מקבלת השטר לביטחון, שיווק סיפקה מוצרים של ממש כערך באשר לתום הלב: ההערה לביטחון, לטעמי, ועל פי פ"ד טקסטיל ריינס המנתח את האינטרס שבהגבלה, אין לה נפקות – אם ההערה הייתה מצד המושך, אז הדבר עשוי היה לפגוע במעמד האחיזה כשורה, מעורר בעיה בתום הלב. זו נקודה בעייתית אך אני צופה ששיווק תגבר עליה.

אך לא די בכך כדי להשלים את הניתוח ולקבוע כי לשיווק מעמד של אוחזת כשורה. שהרי, אם היא זו שהשלימה את השטר כנפרעת, ייתכן שגם דבר זה יפגע באחיזה כשורה מצידה ובתום הלב שלה – זו טענה שעשויה לעלות, כי בהשלמה היא ידעה כי תעמוד מול צד רחוק ("צד ג" לעומתה) ועשויה להתמודד מול טענותיו. השטר, כזכור, צריך להיות שלם ותקין על פי מראהו, כך בסעי' 28.

נקודה חיובית וחסובה שעלי לציין, היא שהשארית מסמך פתוח מצד פראייר, עשויה אף היא להקים השתק ומניעות כלפיו: מדוע השאיר מסמך שטרי פתוח, כאשר הוא יכול להניח בקלות ששם הנפרע יושלם ע"י מישהו וכי מסמך פתוח הוא דווקא כזה שיגיע לידי שווק, של צד מרוחק, שיקנה מעמד של אוחז כשורה! זה עשוי להיות המסמר הגדול ביותר על טענותיו של פראייר, בהשלמה לאמור לעיל בנוגע לפ"ד מזרחי נ' יעקב. מבחינת מדיניות, ברור לנו שהוא נטל סיכון גדול מאוד, כאשר שחרר שיק אשר הוא מסמך סחיר, ללא פרטים מלאים והגבלות על סחרות (במיוחד כשקל כיום להדפיס הגבלה בבנק: "למוטב בלבד"! מינימום של מאמץ, שאף אותו לא עשה פראייר).

בעיה נוספת שעשויה לצוץ אך גם לה תשובה פוזיטיבית מצד שיווק, היא כיצד הנפרע הפורמאלי יכול להיות אוחז כשורה – על זו דווקא עשויה לעלות תשובה טובה מתוך פ"ד זלמה – במקרה כמו שם, וכמו בפ"ד אל-על' אבני, הרציונאל של תקנת השוק תקף גם ב"נפרע ישיר" כאשר הוא צד רחוק שלא יכול לברר את הרקע של העסקה ואין לו כל ידיעה על המושך. היינו, אין מניעה להכיר בנפרע הרשום על השיק כאוחז כשורה כאשר מהותית אין מעורבות בינו לבין המושך בעסקת היסוד (יצוין כי יש בעייתיות בפ"ד זלמה מכיוון שקשה לקבוע כי היה "סיחור" בהתאם לסעי' 28 ו-30(ג)), אך השופט ברק לא טיפל בקושי הזה, וזו ביקורת ששיווק חשופה להשלכותיה).

משכך, אם תתקבל הטענה שמדובר באוחז כשורה, הרי שלפי סעי' 37(2) זכותה של שיווק כאוחזת כשורה נקיה מכל פגם בקניין הצדדים הקודמים ומכל טענה חוזית שהיא שהייתה לפראייר מול החברה.

עם זאת, אני לא בטוח בכך ששיווק היא אוחזת כשורה – כל הנימוקים שהעליתי לעיל עשויים להצטבר כנגד חזקת תום הלב העומדת לה מכוח סעי' 29. נימוק נוסף הוא שהחברה היא חברה בעייתית שכבר יש צפיות לכך שהיא תגרום לבעיות בשטרות שמגיעים ממנה (בנוסף לכל הנימוקים שהעליתי לעיל), ולכן יש לבחון את מעמדה האפשרי של שיווק, והפעם מתוך הנחה שהיא רק אוחזת בעד ערך. כנגד אוחז בעד ערך עשויות לקום טענות הגנה מצד הנתבע.

מדובר במקרה דנן בטענת קיזוז קצוב, אך אפשר במעט מאמץ משפטי לטעון גם כי מדובר בכישלון תמורה חלקי קצוב, מתוך עסקה אחת שכללה שתי פעימות (הסכום קצוב, מכיוון שלא נדרש ברור משפטי על מנת לדעת את הערך שחייבים לו מן העסקה הקודמת, 2 העסקאות-פעיומות היו בערך של 30,000 ₪ כשאחת מולאה ואחת לא), מעסקאות שונות. לא מדובר בצד קרוב ולכן פ"ד צמח לא מגן על פראייר. בשלב זה יש לבחון את תחולת פ"ד גויסקי, אך גם לגביו יש בעייתיות – תקום הטענה כי הסיחור התרחש לפני קום עילת ההפרה (ב-1.1 בעוד ההפרה נודעה ב-1.30). שם העיקרון של השופט זוסמן היה שרק בעיה לפני הסבת הזכות תביא לפגם בזכות – עיקרון קנייני. אכן, אפשר להעלות טענה גם מעסקאות שונות לפני הסיחור, וגם קיזוז קצוב, אך אין לנו יכולת לעשות זאת אם הסיחור התרחש טרם ההפרה. יש ספק, ובפ"ד נורדלנד הדבר נשאר בצ"ע ולא ברור גם מאת השופט ברק (שהקים מגמה לפיה יש אפשרות להעלות טענות כנגד מסמך סחיר באופן נרחב), אם ניתן כלל להעלות טענות קיזוז מול צדדים רחוקים. על כל פנים הלוגיקה צריכה להיות כי אם נכיר בקיזוז נגד צד רחוק, הרי שמקל וחומר שאם אנו מכירים על פי גויסקי בטענות הגנה על כישלון תמורה רק אם התעוררו לפני הסיחור, הרי שעלינו להכיר גם בטענות של קיזוז רק אם קמו טרם הסיחור של השטר.

כנגד זאת יהיה מעט לפראייר לעשות, אך טענותיו יכולות להיות, בנוסף לקשיים שהעליתי בגוף הדיון בזכותה של שיווק, כי אכן טענת הקיזוז או ההפרה הקצובים נולדה באוקטובר 2006 וכי ההפרה הייתה ברורה ואילו הפקס ששלח היה רק אישור אחד שיש לו וכי לכן הלכת גויסקי תופסת. אם לא תתקבל הטענה, הרי שפראייר עשוי לטעון כי הלכת גויסקי בעייתית: הנשיא הפורש ברק לא היה נוח עם קיומה כבר מאז ציטיאט (רבים קיוו כי הוא יבטל אותה במהלך כהונתו), בכך שהיא יוצרת למעשה הגנה קניינית, מעין "תקנת שוק", לצד רחוק שאינו אוחז כשורה, שאינה לא מן הדין ולא ממנהג הסוחרים, באם כישלון התמורה הוא רק לאחר הסיחור או בלתי קצוב. זהו משקל נוסף לטענתו כי יש להתחשב בטענותיו.

לסיכום: מעמדה של שיווק חזק ביותר.