

3. אשראי ספקים וקונסיגנציה

3.1 כללי

קיימת פסיקה רבה בנושא אולם הפסיקה אינה עקבית בשנים האחרונות. נניח ש:
א' הוא ספק המוכר סחורה ל- ב';
ב' אינו התחנה הסופית בעסקה;
ב' קמעונאי המוכר את הסחורה לצרכן (ג');
ד' הינם נושים אחרים של ב'.

אנו נתמקד בעסקה בין א' ל- ב' שנעשית תמיד באשראי ולא במזומן בגלל תנאי השוק. א'
נותן אשראי לב' ולאחר מכירת הסחורה ב' משלם ל- א' את החוב בניכוי הרווחים. מדובר
בדרך כלל באשראי לטווח קצר (60-120 יום). כלומר השאלה הנדונה היא מה קורה אם ב'
נקלע לקשיים פיננסיים.

ספק בדרך כלל אינו לוקח בטחונות מאחר ואינו מקצועי במתן מימון אלא במתן סחורה.
במקרה בו ב' נקלע לחדלות פירעון וחלק מהסחורה נמצאת עדיין ברשותו של ב' כמלאי
עסקי. במצב זה עולה השאלה האם לפחות לגבי מלאי עסקי זה א' עדיף על פני נושים
אחרים?

על פי ס' 33 לחוק המכר, הבעלות על הסחורה עוברת עם המסירה לידי ב', כך:

חוק המכר -33. העברת הבעלות
הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת
להעברת הבעלות.

לכן, המלאי שנמסר ל- ב' באשראי הופך להיות רכוש עם המסירה, ואינו בבעלות א'
(הספק).

במידה וד' הם נושים רגילים המלאי העסקי יימכר והתמורה תתחלק בין כל הנושים לרבות
הספק בחלקים שווים. על פי חוק המשכון יחול חוק המשכון אלא אם יש הוראה ספציפית.

חוק המשכון - 2. תחולה
(א) הוראות חוק זה יחולו כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון.
(ב) הוראות חוק זה יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב,
יהא כינויה של העסקה אשר יהא.

כך הדבר אלא אם כן אשראי הספקים יחשב לשעבוד צף.

בנוגע לשעבוד צף, אם ב' הינו תאגיד, יש שעבוד שמוסדר בפקודת החברות והפקודה מאפשרת ליצור לטובת נושה שעבוד צף (שוטף) שאינו מתייחס לנכס מוגדר. חברה יכולה לשעבד את כל נכסיה (בד"כ לטובת הבנק המממן שלה), שיעבוד זה כולל מקרקעין, מטלטלין וזכויות. בשעבוד צף, החברה יכולה למכור את המלאי העסקי שלה למרות שיש שעבוד עליו. כאשר הנושה בעל השעבוד הצף חש שהחברה שלוותה ממנו כסף נכנסת לקשיים אזי הוא יכול לביהמ"ש ולבקש למנות כונס נכסים שיגבש את השעבוד הצף ויהפוך את השיעבוד לממשי. שיעבוד זה יחול על כל הנכסים שברשות החברה נכון ליום כינוס כונס הנכסים.

פקודת החברות - 169. תחולת שעבוד צף [תיקון: תשמ"ט]

(א) מקום שאיגרת חוב או סדרת איגרות חוב מובטחת בשעבוד צף על נכסי החברה ולא הוצאו ממנו מקרקעין שלה, יחול השעבוד גם על מקרקעין שלה אף אם איננו רשום בפנקסי המקרקעין. (ב) אין שעבוד צף מקנה לבעל איגרת החוב דין קדימה או בכורה על פני בעל משכנתה רשום או קונה בתמורה של מקרקעי החברה, ואפילו היה קיומו של השעבוד הצף ידוע להם בשעת המישכון או המכר; ואולם אם נכללה במסמך היוצר שעבוד צף הגבלה על זכות החברה ליצור שעבודים, והגבלה זו נכללה בפרטים שנמסרו לרישום השעבוד הצף, יהיה השעבוד הצף עדיף על שעבוד שנוצר בניגוד לאותה הגבלה אחרי רישום הפרטים בידי הרשם.

(ג) שעבוד צף הכולל הגבלה כאמור בסעיף קטן (ב) אשר פרטיו נמסרו לרישום לפני ה' באדר התשל"ה (16 בפברואר 1975), והודעה על קיום ההגבלה הוגשה לרשם לפני י' בתמוז התשמ"א (24 ביוני 1981) ונרשמה בפנקס השעבודים שלו - יהיה עדיף על שעבוד שנוצר בניגוד לאותה הגבלה אחרי רישום ההודעה בידי הרשם.

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

במקרים בהם א' העביר את הבעלות של המלאי העסקי ל- ב', ול- ד' יש שעבוד צף, השיעבוד יחול גם על הסחורה שנשארה. א' לא יוכל לקבל את הסחורה בחזרה שכן ד' יפרע ראשון ורק לאחר מכן יפרעו הנושים האחרים. כך, ש - א' יראה את הסחורה במחסני ב', אולם השיעבוד הצף מעביר את הסחורה לניהול כונס הנכסים, שמחויב קודם להשבת חובו של ד', הנושה בעל השיעבוד הצף.

3.2 מוכר מול אחרים באשראי ספקים

מזכיר:

א	ב	ג	ד
ספק	קמעונאי	צרכן	נושה/מפרק/שעבוד צף

בנוגע לבעלות במטלטלין, בעסקה בין א' (ספק) ל- ב' (קמעונאי) ישנם שלושה רכיבים:

1. העברת האחזקה בסחורה

2. בעלות

3. תשלום

אלה גם הדברים שמוזכרים בחוק המכר.

הגורמים הראשון והשלישי הם גורמים קשיחים ולא ניתן, מבחינה פרקטית, לשחק איתם. הסחורה צריכה להימסר כבר בשלב הראשון (לא ניתן לדחות את מסירת הסחורה ולכן זהו שלב קשה). התשלום בשלב מאוחר יותר הוא רק שהכסף מגיע וגם זה פרט קשיח.

על פי ס' 33 לחוק המכר, הבעלות במיטלטלין עוברת לקונה בעת מסירת הנכס אלא אם כן נקבע אחרת בין הצדדים.

חוק המכר -33. העברת הבעלות
הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת הבעלות.

מכאן שהבעלות עוברת כבר בשלב הראשון וזה גורם לבעיה לספק. זוהי בעצם הסיבה שכל הנושים האחרים יכולים לשים את ידם על הממכר מאחר והם כבר בבעלות ב'.

פס"ד בנק הפועלים נגד גרבורג

אדון גרבורג היה הספק. לבנק הפועלים היה שעבוד צף על נכסי ב'. גרבורג מכר סחורה ל- ב' שנקלע לקשיים. הבנק ביקש כונס נכסים והאחרון טען שהשעבוד הצף התגבש לטובת הבנק והוא קודם לחוב של גרבורג. בנק הפועלים ביקש כונס נכסים יום אחד בלבד אחרי ש- ב' רכש את הסחורה.

קריסה כלכלית של חברה הינה תהליך שלוקח זמן ואינה מתרחשת ביום אחד. סביר להניח שהבנק התריע, כבר תקופת מה, על כוונתו להגיש בקשה למימוש השיעבוד. ב' רכש את הסחורה בידיעה כי אין סיכוי שישלם עליה. כמו כן ביקש כי הסחורה תועבר לידיו במייד, עוד באותו היום.

הקמעונאי ביקש להזרים כסף לבנק והעדיף להיות חייב לספק מאשר לבנק. אמצעי הגבייה של הבנק טובים יותר. כמו כן בניגוד לספק, הבנק לוקח ערבות אישית מבעל החברה. הקמעונאי שאף לכסות את הערבות האישית שלו לבנק בידיעה כי לאחר שהבנק יפרע, יתר הנושים לא יוכלו להפרע גם הם. הוא העביר מקורות כסף מגרבורג לבנק (טכניקה).

במקרה זה הבנק לא שותף לתרגיל שעשה ב' לגרבורג. זהו לא שעבוד שנוצר ברגע האחרון אלא שעבוד שנוצר לפני הרבה זמן וסחורה שהתגבשה לשעבוד הצף.

ביהמ"ש לא "אכל את התרגיל" ופסק לטובת גרבורג: החוזה בין גרבורג ובין מוסה חמוצים בטל למפרע בשל תרמית- ולכן חוזרת הבעלות בזיתים לידי גרבורג.

מס. ע.א.248/77.
הליך:

צדדים: בנק הפועלים בע"מ נגד גרבורג בע"מ ואח'

תאריך: 30.11.77

שופטים: עזיוני, י. כהן, שמגר

תמצית התקציר: ביטול עיסוקת מכר עקב תרמית בתחולה למפרע לענין התגבשות שעבוד צף.

ערעור על פס"ד ביהמ"ש המחוזי בת"א (השופט בנטל) בהמ' פתיחה 10736/76 - הערעור נדחה.

העובדות:

המשיבה הראשונה - גרבורג (להלן המשיבה) קיימה קשרי מסחר עם המשיבה השניה שפשטה את הרגל (להלן החברה). **החברה רכשה מהמשיבה סחורות ביום 16.11.76 ולמחרת היום מונו כונסי נכסים על רכוש החברה לפי בקשת בנק הפועלים (המערער) שהיה בעל שיעבוד צף.**

הבנק תובע מהחברה בתוקף שיעבוד זה למעלה ממיליון ל"י ולאחר שהופעלו כונסי נכסים שלחה המשיבה מכתב אליהם ובו הודעה על ביטול עיסוקת המכר מיום 16.11.76 **מטעמים של תרמית וחוסר תום לב.** ביהמ"ש המחוזי קבע כי יש ממצא של תרמית לגבי העיסוקה הנ"ל ותוצאת התרמית הינה זכות המשיבה לבטל את החוזה ומכיון שזכות הביטול פועלת למפרע, הרי גם העברת הבעלות מתבטלת והטובין חוזרים לבעליהם כשהשיעבוד הצף אינו חל עליהם. על כך הערעור.

גוף החלטה - השופט עזיוני:
התקציר:

א. **טענת התרמית הוכחה במידה מספקת** לגבי העיסוקת שנעשו יום לפני מינוי כונס נכסים. החברה צברה חובות של כ- 10 מליון ל"י **וכאשר ניתנו שיקים עבור הסחורות ידעה החברה שהשיקים לא יכובדו** וכי הבנק עתיד לנקוט צעדים למימוש השיעבוד הצף.

ב. תוצאת התרמית הינה ביטול עיסוקת המכירה. לפי סעיף 15 לחוק החוזים מי שהתקשר בחוזה עקב טעות הנובעת מהטעייה של הצד השני רשאי לבטל את החוזה. חוסר יכולתה של החברה לשלם את השיקים וידיעת המנהל שהשיקים לא יכובדו ושעומדים לממש שיעבוד צף מהווים הטעייה במובן סעיף 15 הנ"ל. במקרה דנא נמצאים שלושת המרכיבים של הטעייה: טעות הנובעת מן ההיצג, כוונת המציג שהניצג יפעל עפ"י ההיצג, קשר סיבתי בין ההיצג ובין כריתת החוזה.

ג. גם הוראות סעיף 6 לחוק החוזים מקנות למשיבה את הזכות לביטול חוזה המכר, עקב הפרה יסודית המעניקה לנפגע זכות לבטל את החוזה. ברור שצד שאינו מקיים את חיוביו עפ"י החוזה ע"י אי תשלום המחיר מהווה הפרה יסודית כזאת. ואכן המשיבה שלחה מכתב לכונסי הנכסים על ביטול העיסוקה.

ד. הן במקרה של ביטול עקב תרמית והטעייה והן במקרה של ביטול עקב הפרה יסודית, התוצאה היא שהחזזה מתבטל למפרע ומשבוטל חייבת החברה להשיב למשיבה את מה שקיבלה עפ"י החזזה, וכאן עדיין נמצאת הסחורה במחסני החברה כך שההשבה היא אפשרית. לחברה לא היתה בעלות בטובין שכן החזזה עם המשיבה בוטל למפרע, כך שהשיעבוד הרובץ על נכסי החברה לא חל על הסחורה והמשיבה זכאית להשבתה.

ה. המערער (בנק הפועלים) טוענת גם שעל העניין חלות הוראות חוק המשכון ועפ"י סעיף 5 לחוק המשכון נכסים נדים שמושכנו כשהיו בהחזקתו של הממשכן יהיה כוחו של המשכון יפה גם אם הממשכן לא היה בעל הנכסים או לא היה זכאי למשכנם. ברם, הנימוק שניתן לכך הוא שצורכי המסחר דוחים את הכלל שאין אדם יכול לתת את מה שאין לו, ויש להגן על צרכני שוק האשראי ע"י החלת תקנת השוק לטובת מקבלי משכון, אך אין דינו של בעל שיעבוד צף כדינו של צד ג' שהחוק בא להגן עליו. אם לא יוכל הבנק, שהוא בדרך כלל בעל המשכון, לסמוך על המשכון, ישתבש שוק האשראי. לא כן מצבו של מי שיש לו שיעבוד צף ויודע מראש שיש לו רק ערובה על תנאי לגבי אותם נכסים שיהיו שייכים לחברה בשעת גיבוש השיעבוד ורק אחרי שהנושים המועדפים ייפרעו מנכסים אלה.

(בפני השופטים: עצינוני, י. כהן, שמגר. עו"ד י. סמואל למערער, עו"ד פ.ג. נשיץ למשיבה. 30.11.77).

אם כך, מה ניתן להסיק מהילכת גרבורג, האם א' נושה רגיל או יקבל זכויות עדיפות על האחרים בסחורה שהעביר לקמעונאי?

פס"ד גרבורג אינו טיפוסי. במינוח המשפטי, א' מבטל את החזזה עם ב' מכון שהאחרון לא משלם על הסחורה, ביטול החזזה נבע בשל פגם בכריתה (הטעייה) ולא בשל הפרה. כבר בזמן כריתת החזזה, ב' (החברה) ידע שהוא לא יוכל לשלם על הסחורה ולכן יש כאן הטעייה. במקרה הטיפוסי אנו מדברים על קמעונאי רגיל שרכש את הסחורה בשוטרף פלוס 90 ולאחר מכן קרס ולא יכל לשלם. גם כאן יכל א' לבטל את החזזה אולם ביטול החזזה היה בשל הפרת חוזה ולא בשל הטעייה.

ביטול בשל פגם בכריתה הוא בעל עוצמה חזקה יותר ובפס"ד גרבורג אמר ביה"מש שהביטול פועל למפרע. זהו חריג מאחר ובדרך כלל אנו אומרים שביטול הוא לא למפרע. אם הסחורה הייתה כל הזמן בבעלות א' (פס"ד גרבורג) אז הנושים לא יכולים לשים יד על הסחורה. זוהי תשובה למקרים ספציפיים (כעשרה אחוזים מהמקרים) בהם בוטל החזזה בשל הטעייה.

פס"ד נוסף הוא ע"א 459/78 חברת בני פיפסקוביץ בע"מ נ' חברת אבני יצחק ושות'. במקרה זה ד' (המדינה) היא שזכתה ברכוש, למרות שהחזזה בינה לבין ב' נחתם אחרי ש - א' הודיעה על ביטול החזזה והוציאה עיקול על נכסי ב', אולם ביהת המשפט התייחס לכך ש - ב' זכתה במכרז המדינה עוד קודם לכן, ולכן כאילו נחתם החזזה בין המדינה (שהיא פה ג' ו - ד') עוד קודם לעיקול.

מס. הליך: ע.א.459/78.

צדדים: חברת בני פישקוביץ נגד חברת יצחק אבני בע"מ ואח'

תאריך: 9.3.81

שופטים: י. כהן, לוי, גב' בן עתו. החלטה - השופט לוי

עו"ד: י. אנושי למערערת, עו"ד ע. גבע למשיבה, עו"ד גב' פרוקציה למדינה

תמצית

זכות קנין בטובין שנמכרו ע"י הקונה לצד שלישי בלי ששילם תמורתם למוכר הראשון

התקציר:

(הערעור נדחה בעיקרו). בחודש נובמבר 1975 מכרה המערערת (א' - פיפשוקוביץ) חומרי בנין ואינסטלציה לחברה המשיבה (ב' - אבני, להלן המשיבה) וקיבלה בין היתר שיקים על סכום של 150 אלף ל"י שתאריכיהם היו בפברואר ובאפריל 1976. הטובין נקנו ע"י החברה, לידיעת המערערת, על מנת שהחברה שזכתה במכרז של משרד הבטחון תשתמש בטובין לביצוע עבודות אינסטלציה שקיבלה על עצמה. הטובין הובאו לאתר המכרז כבר בשנת 1975 והחברה החלה לבצע את עבודות המכרז והגישה חשבונות חלקיים למדינה. השיקים לא נפרעו וההסכם שבין המערערת לבין החברה בוטל במאי 1976. המערערת השיגה צו עיקול על הטובין שבאתר המכרז. החוזה בין המדינה לבין החברה נערך רק ביוני 1976, היינו לאחר שכבר בוטל ההסכם בין החברה לבין המערערת ולאחר שהטובין עוקלו.

התעוררה שאלה בביהמ"ש המחוזי מה דין הטובין שהיו באתר המכרז אם הם שייכים למדינה כטענת המדינה או למערערת כמוכרת של הטובין. ביהמ"ש המחוזי קבע כי הקנין בטובין עבר למדינה והערעור על כך נדחה. לפי סעיף בחוזה עברו הטובין לקניינה של המדינה אך החוזה נחתם כאמור לאחר ביטול ההסכם שבין החברה לבין המערערת ואכן אין אותו סעיף חל על הטובין. ברם בין החברה לבין המדינה היה חוזה קבלנות משעה שזכתה החברה במכרז, גם לפני שנחתם החוזה, ועל חוזה קבלנות חלות הוראות חוק המכר מכח סעיף 8 לחוק חוזה קבלנות, ולפי חוק המכר רואים חוזה להספקת נכס שיש להפיקו או לייצרו, כחוזה מכר, כאשר אין המזמין מקבל עליו לתת את עיקר החומרים הדרושים להפקת הנכס או לייצורו. כאן הוכח שהחברה היתה אמורה לספק למדינה את כל החומרים נושא המכרז ולכן יש לראות בכך עיסוק מכר. אם אכן, כפי שצוין, עוסקים אנו בעיסוק מכר הרי משהובאו הטובין לאתר המכרז עברה הבעלות בממכר לקונה, היא המדינה. אכן, השאלה אם הבאת הטובין לאתר המכרז יש בה כדי להצביע על העברת הבעלות בהם למזמין תלויה בתנאי ההתקשרות המיוחדים בנסיבות הענין, ובמקרה דנא יש לומר כי אכן עברה הבעלות בהם למזמין. זאת בין היתר בהתחשב בכך שהמדינה שילמה חלק ממחיר הטובין במסגרת החשבונות החודשיים השוטפים. נותרה השאלה המשפטית האם ובאיזה מידה יש להעדיף את זכויות הבעלים - המוכר, הטוען לקנין בטובין שנמכרו על ידו, על פני זכויות זר הטוען לקנין בהם. בשאלה זו התעכב ביהמ"ש העליון בהרחבה על כל האספקטים הנוגעים לפתרון השאלה והגיע למסקנה כי במקרה דנא רכשה המדינה בטובין קנין באופן שהמערערת, מוכרת הטובין, אינה זכאית להוציאם מידי המדינה.

גוף
התקציר:

(בפני השופטים: י. כהן, לוי, גב' בן עתו. החלטה - השופט לוי. עו"ד י. אנושי למערערת, עו"ד ע. גבע למשיבה, עו"ד גב' פרוקציה למדינה. 9.3.81).

3.3 קונסיגנציה ומכר מותנה

3.3.1 הילכת קולומבו (עד שנת 2003)

כדי לשפר את זכותם על המכר ספקים מכניסים את הסעיף **שימור בעלות**, זאת טכניקה שנוצרה בארצות אחרות. הספקים מכניסים לחוזה התניה שמורה כי הבעלות בסחורה תישאר של הספק עד לפירעון מלא של הסחורה. א' צריך להעביר את הסחורה מיד ל-ב' כדי שיוכל למכור אותה ל-ג'. אם הצדדים לא קבעו מתי עוברת הבעלות אזי לפי ס' 33 לחוק המכר הבעלות עוברת בזמן המסירה. כאשר הספק מבצע שימור בעלות, הבעלות תהיה

צמודה לתשלום. הספקים חושבים שאם הבעלות אצלם והקמעונאי יקלע לקשיים הם יוכלו לקחת את הסחורה חזרה.

עד לפס"ד קולומבו נ' בנק למסחר 1991 ההלכה הייתה הגנה לפי פסקת שימור הבעלות (ויש לשים לב שפס"ד גרבורג הוא משנת 1977). כאשר א' ביקש את החזרת הסחורה הוא קיבל אותה. פס"ד דן בשאלה זו ביסודיות וקבע דבר אחר. לא רק שלכאורה ספקים התיימרו להפריד בין המסירה להעברת הבעלות, ס' 33 מחזק את זה שניתן להתנות על כך בחוזה.

חוק המכר -33. העברת הבעלות
הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת
העברת הבעלות.

בפס"ד בין קולומבו לבנק למסחר קולומבו היה הספק שסיפק צעצועים באשראי ספקים ל"מאמא יוקרו" שנקלעה לקשיים. קולומבו טען לקבלת הסחורה והבנק רצה לשים את ידו על הסחורה. כאן, בניגוד לפס"ד גרבורג לא הייתה תרמית. ביה"מש העליון דחה את טענת הספק. כאן התחילה לראשונה החלת סעיף 2 לחוק המשכון -

חוק המשכון - 2. תחולה
(א) הוראות חוק זה יחולו כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון.
(ב) הוראות חוק זה יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יאה כינויה של העסקה אשר יאה.

מכאן שדיני המשכון יחולו גם ההלוואה והמשכון לא חשוף וזה משכון מוסווה. ביה"מש אומר ששימור הבעלות הוא שיעבוד. זוהי תפיסה חדשנית. ביה"מש קובע שספק שמכניס לחוזה המכר תנאי כזה זה שעבוד מאחר והספק שומר את בעלותו בסחורה (שכבר לא מעניינת אותו) רק כדי לחזק את זכותו על בעלים אחרים. במילים אחרות, כדי להעדיף את זכותו על בעלים אחרים וזוהי בעצם הגדרת השעבוד.

כלומר ניתן לראות את תנאי שימור הבעלות כמשכון. מערכת היחסים בין א' לבין ב' כפולה - א' מוכר ל- ב' סחורה אך בגלל שהיא נמכרת באשראי ספקים ניתן לראות זאת בצורה נוספת כמלווה ולווא. א' מספק ל- ב' גם תנאי מימון, הלוואה. א' מכניס את סעיף שימור הבעלות שבעצם הופך זאת למשכון. הספק במקרה זה לא רשם שעבוד לטובתו ואז אומר ביה"מש שזה משכון, וקולומבו הוא לא בעלים אלא נושה מובטח שלא רשם את זכותו, ולכן על פי ס' 4 כוחו של המשכון כלפי נושים אחרים הוא כנושה רגיל ולא נושה מועדף.

חוק המשכון - 4. כוחו של המשכון כלפי נושים אחרים
כלפי נושים אחרים של החייב יהיה כוחו של משכון יפה -
(1) בנכסים שיש לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לענין זה - בהתאם לאותן הוראות;
(2) בנכסים נדים ובניירות ערך שאין לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לענין זה והם הופקדו בידי הנושה או בידי שומר מטעם הנושה שאיננו החייב - עם הפקדתם כאמור וכל עוד הם מופקדים;

(3) בנכסים נדים ובניירות ערך שלא הופקדו כאמור ובכל מקרה אחר - עם רישום המישכון בהתאם לתקנות שהותקנו לפי חוק זה, אולם כלפי נושה שידע או היה עליו לדעת על המישכון יהיה כוחו של המישכון יפה אף ללא רישום.

עקרון הפומביות קובע כי המגמה היא לא להכיר בעדיפויות סמויות. ב' מחזיק במלאי עסקי ולכן לכאורה הנכס שלו. נושים אחרים אינם יודעים ש- ב' אינו בעל המלאי/מטלטלין כיוון שלא נתן פומבי לפסקת "שימור הבעלות". אם א' רוצה לטעון לעדיפות מסוימת, עליו לידע באמצעות מרשם. לא ניתן להכיר בזכויות סמויות.

בפס"ד קולומבו הוסיף א' סעיף שקובע כי הוא מוכר את הסחורה בקונסיגנציה (משגור). הקונסיגנציה אינה מוזכרת בשום חוק אזרחי. בעסקת קונסיגנציה, הבעלות בסחורה נשארת בידי א' (ספק) ויש לקמעונאי זכות להחזיר את הסחורה:

1. לא מכרת לא שילמת;
2. לא מכרת אתה רשאי להחזיר את הסחורה ל- א'.

קולמבו טען כי נתן את הסחורה בקונסיגנציה, כלומר שהסחורה עדיין שלו. ביהמ"ש קבע כי המינוח קונסיגנציה לא היה אמיתי, שכן העסקה במהותה לא הייתה כזו.

יש הבדל בין קונסיגנציה אמיתית לבין משכון במסווה קונסיגנציה. במקרים מסויימים, הקונה לא מעוניין לקבל את שימור הבעלות ומבקש לרכוש בקונסיגנציה. האינטרסים נועדו לשרת את הקונה. אולם בהקשרים רגילים של אשראי ספקים אין ל- ב' אפשרות להחזיר את הסחורה אם לא הצליח למכור אותה.

פרוש, גם לפי הלכת קולומבו, אם יש הסכם קונסיגנציה, א' הוא בעלים אמיתי ולא חלים עליו דיני המשכון והוא יתגבר על ד. לעומת זאת במקרה של קולומבו, וככל הנראה גם במרבית המקרים האחרים של אשראי ספקים, זהו משכון במסווה של קונסיגנציה ואז חל סעיף 2 ב.

משנת 1991 עד 2003 הספקים לא יישמו בשטח את הלכת קולומבו. ספקים המשיכו לתת אשראי ספקים ולא רשמו בפועל משכון. ולכן, בהרבה מאוד פסקי דין של המחוזי והשלום הספקים המשיכו להפסיד.

מס. הליך: ע.א.455/89 .

צדדים: קולומבו, מאכל ומשקה בע"מ נגד בנק למסחר בע"מ ואח'

תאריך: 17.10.91

שופטים: ד. לוין, ברך, מצא. החלטה - השופט ברך

תמצית עריכת הסדר קונסיגנציה בהספקת סחורה כדי לקיים זכות קדימה של מספק

התקציר: הסחורה במקרה של פשיטת רגל של מקבל הסחורה

(מחוזי ת"א - ת.א. 606/89 - הערעור נדחה).

א. המערערת (א' - קולומבו) היא חברה העוסקת בייבוא צעצועים ובמשך שנים סיפקה סחורה לרשת חנויות צעצועים בשם "מאמא יוקרו" (ב' - מאמא יוקרו). בשנת 1988 נערך הסכם בעל פה בין מנהלה של המערערת לבין אחד ממנהלי מאמא יוקרו שלפיו יספקו הצעצועים לחברת "מאמא יוקרו" בקונסיגנציה, והמערערת החלה להנפיק תעודות משלוח בהן ציינה "הסחורה הינה רכוש קולומבו עד תשלומה המלא, משגור - קונסיגנציה". חברת מאמא יוקרו נקלעה לקשיים כספיים, וביום 10.3.89 מונה לה כונס נכסים לבקשת המשיב (ד' - בנק למסחר). עם מינוי הכונס נעשה נסיון מצד אנשי המערערת להוציא מן החנויות של מאמא יוקרו צעצועים שסיפקה ובד בבד פנתה לביהמ"ש המחוזי בבקשה שיצהיר כי הבעלות בצעצועים שסיפקה היא שלה, ואין לכונס זכות בסחורה זו. המערערת הסתמכה על סעיף 33 לחוק המכר שלפיו "הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת הבעלות". ביהמ"ש המחוזי קבע כי הבעלות בסחורה עברה לחברת מאמא יוקרו, למרות שכוונת המתקשרים היתה ליצור מצב בו הבעלות בסחורה תועבר רק לאחר תשלום מלוא המחיר. הסכמה זו ספק אם השתכללה לכדי הסכם המחייב את חברת מאמא יוקרו. הערעור נדחה ולא מטעמו של ביהמ"ש המחוזי.

ב. אף אם הסדר הקונסיגנציה השתכלל לכדי הסכם מחייב, אין בכך כדי לשנות את התוצאה שהכונס זכאי לקבל לידי את הסחורה. חוזה קונסיגנציה נכרת כאשר הקמעונאי חושש שמא לא יצליח למכור את הסחורה, וכדי לשכנעו לקחת את הסחורה נכרת חוזה קונסיגנציה עם הספק, שלפיו בידי הנעבר הברירה להחזיר את הסחורה למעביר והבעלות בסחורה אינה עוברת לנעבר. לא זו היתה מטרת ההסדר שנערך בין הצדדים במקרה דנן. המניע העיקרי כאן היה להבטיח שהבעלות בסחורה תישאר בידי המערערת עד שיתקבל בעבורה תשלום מלא, והמטרה היתה לוודא שבדרך זו תהיה למערערת בטוחה באם מאמא יוקרו לא תוכל לפרוע את חובה בגין הסחורות.

גוף
התקציר:

ג. על עיסקה מהסוג הנדון יש להחיל את הוראות סעיף 2(ב) לחוק המשכון הקובע לאמור "הוראות חוק זה יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יאה כינויה של העסקה אשר יאה". כיוון שחוק המשכון חל על המקרה, הרי על פי סעיף 2(ב) לחוק המשכון מתבקש אף יישומן של הוראות החוק האחרות הקובעות את זכויותיהם של נושים אחרים של החייב, מעבר לזכותו של הנושה שלטובתו נעשה המשכון. סעיף 4 קובע כי "כלפי נושים אחרים של החייב יהיה כוחו של משכון יפה... בנכסים שיש לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לעניין זה - בהתאם לאותן הוראות". בענייננו ישנה "הוראה בדין אחר" והיא כלולה בסעיף 178(א) לפקודת החברות הקובע "שעבוד מן המנויים להלן, שיצרה חברה רשומה בישראל, יהיה בטל כלפי המפרק וכל נושי החברה... זולת אם פרטי השעבוד... נמסרו לרשם... ואלה השעבודים... שעבוד נכס מטלטלין, כשאין הנכס מוחזק בידי הנושה". "בענייננו לא נרשם אצל רשם החברות כל שעבוד ביחס לסחורה שנמסרה למאמא יוקרו, ומעובדה זו, ביחד עם עובדות אחרות, נובעת המסקנה כי השעבוד אינו תופס כלפי המפרק ויתר נושי חברת מאמא יוקרו, והמערערת אינה נושה מובטח ביחס לסחורה זו.

ד. מכיוון שרצון הצדדים האמיתי היה ליצור עסקת משכון, יש להתייחס אל הנכס נשוא המחלוקת, כאילו הבעלות בו עברה לידי החייב, והמוכר ייחשב כנושה של החייב לכל דבר. אכן, במצב שנוצר קיימת למעשה התנגשות בין הוראת סעיף 33 לחוק המכר המאפשר לצדדים לקבוע את מועד העברת הבעלות בממכר, ובין סעיף 2(ב) לחוק המשכון, שכן לא ניתן לומר בעת ובעונה אחת שהבעלות בנכס לא הועברה עדיין לחייב וגם שהחייב מישכן את הנכס לטובת הנושה. בסיטואציה זו גוברת ההוראה שבחוק המשכון שהינה הוראה ספציפית.

(בפני השופטים: ד. לוי, בך, מצא. החלטה - השופט בך. עו"ד ע. דרדיקמן למערערת, עוה"ד ב. לוינבוק ומ. זינגר למשיבים. 17.10.91).

בשנת 95 עסק ביהמ"ש שוב בשאלה זו, בפס"ד טריומף אינטרנשיונל נקבע שמדובר משכון מוסווה. מסחר בין הספק לקמעונאי, אם הספק רוצה להבטיח את עצמו באמצעות שעבוד צף שמתגבר על הבעיה של החלפת הסחורה והמכירה החוזרת.

מס. הליך: ע.א.4648/92.

צדדים: טריומף אינטרנשיונל בע"מ נגד הכונס הרשמי ואח'

תאריך: 18.9.95

שופטים: הנשיא שמגר, גולדברג, חשין. החלטה - השופט גולדברג

תמצית התקציר: בקשת ספק סחורות לפושט רגל כי סחורה שסופקה באשראי בתנאי שתשאר רכוש הספק לא תתפס ע"י הכונס.

שעבוד סחורה כערובה בהליכי משכון בלבד

(מחוזי ת"א - המרצה 8391/89 - הערעור נדחה).

א. המערערת (א' - טריומף), יצרנית של מוצרי טכסטיל, סיפקה באשראי סחורה לחברת סליפ (ב' - סליפ). לכל משלוח צורפה תעודת משלוח שעל גבה תנאי מגביל שלפיו הסחורה הינה בבעלותה הבלעדית של טריומף... עד לפרעון מלוא מחירה ועד אז הנכם מחזיקים בה בנאמנות עבור טריומף... (ש)הוראות אלא יחולו על כל תמורה של הסחורה...". הוגשה בקשה לפירוקה של סליפ ומונה מפרק. המפרק תפס בחנותה של סליפ מוצרים שונים מתוצרתה של טריומף שתמורתם לא שולמה ומכר את הסחורה. טריומף פנתה לבית המשפט כי יורה למפרק להשיב לה את הכסף שקיבל ממכירת הסחורה. בית המשפט דחה את בקשת טריומף וקבע כי טריומף הינה נושה רגילה לגבי החוב המגיע לה מסליפ. הערעור נדחה.

ב. את החלטתו לדחות את בקשתה של טריומף השתית בית המשפט על ההלכה בע.א. (455/89) פ"ד מה(5) 490 - להלן הלכת קולומבו. בית המשפט קבע כי פסק דין קולומבו יצר מצב שבו צדדים המבקשים להתנות על העברת בעלות בממכר עד לגמר התשלום בפועל, אינם יכולים להסתפק בהסכמה לפי סעיף 33 לחוק המכר, אלא עליהם לפעול עפ"י חוק המשכון ופקודת החברות. נוכח התוצאה אליה הגיע בית המשפט לא ראה צורך להכריע בטענת המפרק כי סליפ לא הסכימה כלל לתנאי המגביל. טענה זו נסמכה על תצהירו של אחד משני מנהלי סליפ שלא נתן דעתו לתנאי המכר המודפסים על החשבוניות ומעולם לא הסכים להם. דינה של טענה זו היה בכל מקרה להדחות. תנאי המכר היו גלויים לעיני סליפ ומשלא מחתה יש לראותה כמסכימה להם.

גוף התקציר:

ג. על פי העובדות שבפס"ד קולומבו העבירה חברת קולומבו סחורה לחברת "מאמא יוקרו" ובהסכם כינו את העיסקה כעיסקת קונסיגנציה. גם בתעודות המשלוח צויין כי "הסחורה הינה רכוש קולומבו עד תשלומה המלא, משגור - קונסיגנציה". חברת "מאמא יוקרו" נקלעה לקשיים וחברת קולומבו ביקשה מבית המשפט כי יצהיר על בעלותה בסחורות שסיפקה. בית המשפט עמד על מהותו של חוזה קונסיגנציה ומסקנתו היתה כי ההסדר שבין הצדדים לא התכוון לכריתת הסכם קונסיגנציה, אלא להבטיח לקולומבו בטוחה אם מאמא יוקרו לא תוכל לפרוע את חובה בגין הסחורה. כיוון שהכוונה היתה לשמור על בטוחה לטובת קולומבו, ראה בכך ביהמ"ש הסוואת עיסקה של משכון, ועל כגון דא חל חוק המשכון המחייב רישום. הוא הדין לפי חוק החברות הקובע את הצורך ברישום כל שעבוד אצל רשם החברות.

ד. כל עניינה של הלכת קולומבו בעיסקת קונסיגנציה מוסווית, שלא תאמה את רצונם האמיתי של הצדדים. במקרה זה גוברים חוק המשכון וחוק החברות על הלבוש הפורמאלי. כאשר קיימת עיסקת קונסיגנציה טיפוסית, במהלך עסקים רגיל ובתום לב, במובן זה שהבעלות על הסחורה אינה עוברת לקמעונאי בעת מסירתה לידי, אין מקום להחיל את הוראות חוק המשכון. השאלה בענייננו היא אם אכן טריומף לא נפרדה מבעלותה על הסחורה בעת שמסרה אותה לסליפ, כאמור בהסכם ובתעודת המשלוח, או האם ענייננו בעיסקה שכוונתה שיעבוד נכס לערוב לחיוב. ההגיון הענייני והכלכלי אמנם מצביעים על כך שהבעלות לא תעבור לקונה לפני תשלום ערך הנכס. אולם יש ומול ההגיון והכלכלי עומדות עובדות המדברות

נגדו, והמבטאות כוונה שונה של הצדדים .

ה. קיימות שתי עובדות המצביעות על כך שמדובר בעיסקת שעבוד. האחת, נאמר מפורשות בהסכם בין הצדדים, כי "אין החלפות או החזרות של הסחורה". תנאי זה מעיד על עצמו שעם מסירת הסחורה נפטרה טריומף מבעלותה עליה; השניה, לא היה על סליף לדווח לטריומף על מלאי הסחורה שברשותה, ועל היקף המכירות. עובדה שאינה מתיישבת עם דרכו של מי שמוסר נכסים בנאמנות. לשם החלת חוק המשכון יתן בית המשפט דעתו למהות האמיתית של העיסקה ולכוונת הצדדים שביסוד העיסקה. זאת כשנטל ההוכחה בענין זה רובץ על מי שטוען כי חוזה המכר אינו אלא חלק מעיסקת שיעבוד. אם הוכחה כוונת שיעבוד נכס כערובה לחיוב, חייבות הוראות חוק המכר, שהוא חוק דיספוזיטיבי, לסגת בפני הוראות חוק המשכון שמרביתן הן קוגנטיות, והצדדים אינם יכולים להתנות עליהן. מטעם זה אין גם מקום לטענת טריומף שיש לה שיעבוד שביושר על הסחורה, על אף שלא נתקיימו ההוראות בדבר רישומו של השעבוד .

(בפני השופטים: הנשיא שמגר, גולדברג, חשין. החלטה - השופט גולדברג. ע"ד י. מלצר למערער, ע"ד מ. קליבץ למשיב, ע"ד ש. בן מאיר, המפרק, לעצמו. 18.9.95).

כך שטריומף הפסידה בשל הילכת קולומבו לעיל.

3.3.2 ביטול הילכת קולומבו - א' הוא בעלים ולא נושה מובטח

במאי 2003 פס"ד מ.ש. קידוחי הצפון בעמ' נ' ורד גוילי מפרקת זמנית. ביהמ"ש העליון איחד את הדיון על הרבה מקרים מה קורה עם ספק שהכניס סעיף שימור בעלות ולא רשם משכון לטובתו. שבעת השופטים, פה אחד, כאן בטלו את הילכת קולומבו וקבע שהסטאטוס של א' הוא כאילו נחשב בעלים ולא נושה מובטח.

שלושה נימוקים עיקריים היו לכך:

1. חופש החוזים – א' ו- ב' קבעו משהו בחוזה בניהם. כלומר הצדדים יכולים לקבוע ביניהם מה שהם רוצים וביהמ"ש לא מתערב. במקרה זה הצדדים שווים ולכן אנו נותנים יותר תוקף לחופש החוזים.

אם הצדדים הסכימו שהבעלות נותרת אצל א', ויש לכך הגיון כלכלי שכן ב' לא שילם על הסחורה אזי שהבעלות על המלאי שייכת ל- א'.

בקולמבו ביהמ"ש חשב אחרת. הוא חיפש את הכוונה שעומדת מאחורי בין א' ל- ב' וקבע כי המטרה, במקרה זה, הייתה הבטחת זכותו של א' כנושה.

באנגליה ובקונטיקט השימוש בסעיף שימור הבעלות מקובל מאוד ואילו בארה"ב ישנו ס' בחקיקה, לפיו על המלאי יחולו דיני השיעבודים (משכון) ולא דיני המכר.

- הלכת קידוחי הצפון, דומה לתפיסה האנגלית, ומפרשת את ס' 2 ב בצורה יותר צרה מאשר בהלכת קולומבו. א' ממשיך להיות בעלים ומתגבר על ד' ללא רישום.
2. הלכת קולומבו לא ישימה בשטח – הלכה זו לא לקחה בחשבון את קושי הספקים במימוש המשכון. רישום הזכות לא פרקטית, בשל התחלופה של הסחורה.
3. פומביות – בשנים האחרונות הפסיקה נותנת פחות משקל לפומביות ולרישום. דוגמא לכך היא פס"ד אהרונב ב- 1999 שעשה מהפכה בדיני קניין (ראה בנושא 1 - הלכת פס"ד אהרונב - בהמ"ש קורא לזכויות חוזיות ביחס לנכס במקרקעין מעין "זכות קניינית" ויש לזה משמעות עצומה כלומר יש תחרות בין הזכויות).
- הלכת ביה"מש: נושים אינם יכולים להסיק כי המחזיק בנכס הינו הבעלים ולכן לעניין הפומביות אין משקל רב.

פס"ד קידוחי הצפון ביטל את פס"ד קולומבו וכתוצאה מכך הוקלו חיי הספקים.

מס. הליך: רע"א 6632/00 2565/00 1728/00 1690/00

מ.ש. קידוחי הצפון בע"מ ואח' נגד אבגל טכנולוגיה בע"מ (בפירוק זמני) ואח' צדדים:

המשנה לנשיא בדימוס ש. לוי, אור, מצא, חשין, גב' שטרסברג-כהן, שופטים:

תמצית התקציר: הפיכת ההלכה כי עיסקת קונסיגנציה היא עיסקת מישכון המחייבת רישום לפי חוק המשכון ואם לא נרשמה דין הספק כדין כל נושה של הקונה

(מחוזי ת"א - פש"ר 2737/99 - הערעורים נדחו בחלקם ונתקבלו בחלקם).

א. חברת א. אבגל (כלומר - ב') עסקה בעריכת מכירות פומביות של ציוד הנדסי כבד שנמסר לה לצורך מכירה על ידי בעליו. אבגל נקלעה לקשיים, והמפרקת עתרה לביהמ"ש המחוזי למתן הוראות לגבי זכויותיה בציוד, שנותר בידי החברה, לסוגיו השונים, כנגד חמישים ושנים משיבים. זירת המחלוקת העיקרית סבה סביב סעיף 2(ב) לחוק המשכון, הקובע לאמור: "...הוראות חוק זה יחולו על כל עיסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, היא כינויה של העיסקה אשר יהא". בע.א. 455/89 (פד"י מ"ה(5) 490 - להלן: הילכת קולומבו), נדונה עיסקת קונסיגנציה, שבה הספקית סיפקה סחורה לקמעונאית במסגרת הסכם ביניהן, שבו נכללה, בין השאר, תניית "שימור בעלות", לפיה הסחורה תישאר נכס מנכסי הספקית עד לתשלום מחירה המלא על ידי הקמעונאית. הקמעונאית נקלעה לקשיים ונתמנה לה כונס נכסים. ביהמ"ש העליון קבע כי העיסקה בין הצדדים היא באופן מהותי עיסקת מישכון של הסחורה על ידי הקמעונאית לטובת הספקית, ולפיכך החיל עליה את הוראות חוק המשכון, באמצעות ה"צינור" של סעיף 2(ב), והוחלה על העיסקה הוראת סעיף 178 לפקודת החברות, אליה הפנה סעיף 4 לחוק המשכון. הוראת סעיף 178 חייבה את רישומו של שעבוד שיצרה חברה - בין השאר כאשר מדובר בשעבוד של נכס מיטלטלין כשאין הנכס מוחזק בידי הנושה - כתנאי לתוקפו כלפי המפרק וכל נושה של החברה. הואיל והשעבוד לא נרשם על ידי הספקית, כאמור, נקבע כי השעבוד אינו תופס ולא נותר בידי הספקית כלפי הקמעונאית אלא חוב אובליגטורי. ביהמ"ש המחוזי קבע בענייננו כי הלכת קולומבו היא "הלכה ראוייה" ולכן פסק בהתאם להלכה זו, למרות שהיא שנויה במחלוקת וקמו עליה עוררין. ביהמ"ש העליון החליט לסטות מהלכת קולומבו, ובהתאם, לקבל חלק מן הערעורים.

גוף התקציר:

ב. מאז פסיקתה של הילכת קולומבו היא ספגה ביקורת רבה. הטענה העיקרית במישור המעשי היא שהילכת קולומבו גזרה על ציבור הסוחרים גזירה שאין הם יכולים לעמוד בה. אמנם, הילכת קולומבו אינה שוללת את תוקפה של תניית שימור הבעלות במקרה שנרשם משכון או שעבוד במרשם המתאים, אולם דרישת הרישום איננה מעשית. חיי המסחר דינמיים הם, והעלויות לצדדים ברישום

שעבוד כל אימת שמסופקת סחורה הן גבוהות מכדי שדרך זו תנקט. הפרשנות הנכונה של סעיף 2(ב) לחוק המשכון היא שהיא באה למנוע עריכת עיסקה שהיא למראית עין או שהיא מלאכותית או שהיא בדויה או שאין לה בדרך שבה נעשתה, באופן משמעותי, הגיון כלכלי או מסחרי. לצורך בדיקת תחולתו של סעיף 2(ב) על עיסקה פלונית יש לברר, בשלב הראשון, את פרטי ההסכמה שבין הצדדים לה לפי כללי הראיות הרגילים, בגדר עקרונות הפרשנות החוזית; ובשלב הבא, יש לבחון האם הסכמת הצדדים היא על פי מהותה עיסקת משכון, וזאת ללא קשר, בהכרח, לכינויה על ידי הצדדים. בשלב זה על ביהמ"ש לבחון אם יש לעיסקה בדרך בה נעשתה, באופן משמעותי, הגיון כלכלי או מסחרי. הבדיקה, בשלב הראשון, היא ביסודה סובייקטיבית. הבדיקה בשלב האחר, היא ביסודה אובייקטיבית. הפועל היוצא מהאמור לעיל הוא שבהיעדר טעמים מיוחדים לסתור, במקרה הקונקרטי, יש לבטל את הילכת קולומבו ככל שהיא נוגעת לעיסקת אשראי שנכלל בה סעיף של שימור בעלות. אף אם לא ניתן להגדירה כעיסקת קונסיגנציה אמיתית. הוא הדין בכל מקרה בו מדובר בעיסקה מסחרית, הכוללת תנאי מתלה בדבר העברת בעלות, שיש לדפוסים שבהם נערכה תימוכין משמעותיים במציאות המסחרית. לפיכך יש לקבל את הערעורים בעיסקאות שפסה"ד של בימ"ש קמא בעניין מסתמך על הילכת קולומבו.

(בפני השופטים: המשנה לנשיא (בדימוס) ש. לוי, אור, מצא, חשין, גב' שטרסברג-כהן, טירקל, אנגלרד. החלטה - המשנה לנשיא ש. לוי. 19.5.03).

3.3.3 האם בהמשך להלכת קידוחי הצפון מתקיימת גם זכות העקיבה?

נשאלת השאלה, מה קורה עם סחורה שנמכרה ל- ג' ו- ב' קיבל בתמורה על כך המחאה. האם זכותו של א' בסחורה תעבור גם אל התמורה שמתקבלת מ- ג' בגין הסחורה של א'. לכך קוראים **זכות העקיבה**. אם לאדם זכות קניין בנכס והנכס החליף צורה לאדם יש זכויות עקיפות במה שהנכס התחלף. בפס"ד שלמה לוי נטען שהזכות העדיפה תחול לא רק על מלאי עסקי אלא גם על התמורה מצרכנים¹.

בפסק דין פרשידה מינואר 2000 (להלן) נקבע כי לא' הזכות לקבל את הטובין בחזרה, וכן **מתקיימת זכות העקיבה** והוא יקבל את תמורת המכירה. יש לשים לב שפסק הדין קודם להלכת קידוחי הצפון, ואת קבלת עסקת הקונסיגנציה כמו שהיא מסביר השופט קלינג (מחוזי) - לא עליון! אין פה תקדים ולצורך תקדים היה צריך להמתין להלכת קידוחי הצפון בעליון) בכך ש - ד' לא הוכיח שכוונת א' הייתה לעסקת משכון. השופט מסביר את הרציונאל והמקורות של זכות העקיבה. כך:

המבקש: 62531/99 - אהרון פרשידה (א') נגד בון מארט מילניום (ב') בע"מ בהקפאת הליכים ואחרים, בפני: כבוד השופט ד"ר גבריאל קלינג.

החלטה

1. המבקש הוא בעל עסק לייצור בגדים בשם "אפנת כפיר". לדבריו, הגיעה אליו איילה פרימור, קניינית של בון מארט. איילה הצהירה, לדבריו, כי היא תקח סחורה, עם זכות להחזקתה, מבלי שתקנה אותם טובין. אף כי בעבר סירב המבקש לעסקאות קונסיגנציה עם בון מארט, הסכים הפעם לעסקה "נוכח מצב השוק החלש". הטובין סופקו על פי הזמנה החתומה על יד בון מארט שבה צוין "עם זכות החזרה מלאה". **בתעודות המשלוח נאמר "קונסיגנציה"**.

משנקלעה בון מארט לקשיים...מונה עו"ד ארז כנאמן (ד'), והוא פועל למכירת מניותיה של החברה.

¹ שרית - ייתכן שמדובר בלויין נ' איידיבי ליסינג בפרק 6 בסיליבוס, לא איתרתי משהו אחר בתקדין.

המבקש עתר בבקשה זו כי בית המשפט יורה על השבתם של הטובין אשר מסר לחברה והמצויים בידי החברה, וכן כי יוצהר שהמבקש זכאי לתמורה שתתקבל ממכירת הטובין.

המשיבים כולם מתנגדים למבוקש. לטענתם יהיה בהיעדרות למבקש משום העדפת נושים. את טיעונם סומכים המשיבים על אשר נאמר בע"א 455/89 קולומבו מאכל ומשקה...

המשיבים סומכים על אשר נאמר בעניין קולומבו. שם נקבע שמטרתו של הסדר דמוי קונסיגנציה לא היה נעוץ בחשש של הקונה שלא יעלה בידו למכור את הנכס לצד שלישי. בית המשפט קבע שם שמטרת ההסדר הייתה להבטיח שהמחיר ישולם למוסר הנכס. המשיבים טוענים כי כך גם בעניין שבפני. לצורך זה מבקשים המשיבים ללמוד ... לעסקת הקונסיגנציה הנ"ל הסכים נוכח מצב השוק החלש". המשיבים מבקשים ללמוד מכך שהסכים לעסקת קונסיגנציה, למרות שבעבר לא הסכים, "כי הסיבה שבשלה הסכים המבקש לעסקת הקונסיגנציה עם המשיבה 1 הייתה בכדי שתהיה לו בטוחה למקרה בו המשיבה 1 לא תוכל לפרוע את חובה בגין הסחורה".

עיינתי וחזרתי ועיינתי באמירה אחרונה זו של המשיבים, ולא עלה בידי להסיקה מדברי המבקש בתצהירו. כאמור, אומר המבקש כי הסכים לעסקה בשל חולשת השוק. המשיבים לא הצליחו להצביע על ראיה כלשהי לטיעונם, המושגת על הלכת קולומבו, כי תכליתה של העסקה הייתה העדפתו של המבקש על פני נושים אחרים. בהעדר ראיה כאמור, אין מקום להוציא את העסקה שבפני מכלל עסקת קומבינציה רגילה, המשאירה את הבעלות בידי המבקש. לכן המבקש זכאי לקבל את המוצרים שמסר לחברה ואשר טרם נמכרו.

4. המבקש טוען לזכות קניינית בתמורה שהתקבלה בחברה תמורת מוצרים שהתקבלו בקונסיגנציה, ואשר נמכרו על ידי החברה. המשיבים טענו שאפילו ייקבע שהמוצרים נמסרו בקונסיגנציה, הרי משנמכרו על ידי החברה, המבקש נושה בחברה לעניין סכום התמורה. משמע שזכותו הקניינית הומרה לזכות אובליגטורית.

בעניין שבפני חלים הדברים שנאמרו על ידי פרופ' ד' פרידמן בספרו הנזכר (בע' 1072):

"אם יש לתובע זכות קניין בנכס או זכות עקיבה ביחס אליו, תחול זכות העקיבה גם על תחליף של הנכס..."

דברים אלה תואמים את הרעיון של צו עקיבה (Tracing Order) כפי שמצא ביטוי ב- Aluminium Industrie Vaassen v. Romalpa Aluminium Ltd. [1976] 1 W.L.R.676. שם (בע' 693) אמר השופט Goff כי המכירה על ידי המקבל את הסחורה בקונסיגנציה היא על מנת שהתמורה תישאר בידי הנאמנות עבור מוסר הסחורה. מכאן זכותו לעקוב אחרי התמורה, שיש לו בה זכות קניינית.

5. צווי העקיבה נקלטו בארץ עוד קודם לחוק עשיית עושר ולא במשפט תשל"ט-1979, ד' פרידמן בספרו הנזכר בע' 1064. בהצעת חוק עשיית עושר ולא במשפט תשל"ח-1978 היה כלול סעיף 7 שבו נאמר: "7. בעניינים הנדונים בחוק זה לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל 1947-1922".

יתכן שהוראה זו הייתה שוללת את האפשרות להמשיך ולהיזקק לצווי עקיבה, שכן לא הייתה בצידה הוראה כדוגמת סעיף 2 (ב) לחוק יסודות המשפט תש"ם-1980, שבו נקבע כי ביטול סימן 46 לא יפגע במשפט שנקלט בארץ לפני תחילתו של אותו חוק. אלא שהוראתו של סעיף 7 לא נכללה בחוק שהתקבל. התוצאה היא שעל אף שהחוק אינו מסדיר את הסוגיה של צווי עקיבה, קיומם בישראל נובע מקליטתם לפני חוק יסודות המשפט, וחוק עשיית עושר ולא במשפט לא גרע מכך.

6. יוער, שלא יינתן צו עקיבה, כאשר הנכס נמסר על מנת שהבעלות בו תועבר למקבלו עם מכירתו וקבלת התמורה על ידי מקבל הנכס, המוכר אותו לצד שלישי. במקרה זה, עם מכירת הנכס על ידי מקבלו, הופך מוסר הנכס לנושה, וההתחייבות כלפיו היא אובליגטורית. אין בפני ראיה כי כך הוסכם בין המבקש לחברה. הראיה היחידה למהות העסקה מצויה בתצהירו של המבקש, ובמסמכים הנספחים אליו.

7. התוצאה היא שהעסקה היא עסקת קונסיגנציה, והמבקש זכאי לקבל את הטובין שלא נמכרו ואת תמורת הטובין שנמכרו.

ניתן היום, 19.1.00, והודע.

3.3.4 המצב כיום - האם הילכת קולומבו או הילכת קידוחי הצפון?

בשנת 2004 קרה משהו לא צפוי, יש כבר עשרה פסקי דין של השנה האחרונה בהם הספקים ממשיכים להפסיד. המרצה היפנה ברשימה הביבליוגרפית לפסק דין מעגלים לפיקוח נ' און הנדסת מיזוג אוויר, שבו השופט אלשיך פסקה באופן הדומה להלכת קולומבו.

א' הפסידה כי לא הוכיחה שלתניית הבעלות היתה ממשות כלשהי בהסכמה בין החברות. א' לא קיימה מנגנון פיקוח על רכושה הנטען שבידי ב', לא הטילה מגבלות על מכירתו, לא קבעה מנגנון שההכנסות ממכירתו ילכו אליה, והשופטת קובעת שאין זה סביר להפוך את דיני הנשיה על פניהם. כלומר - השופטת אומרת שאם נקבל את הלכת קידוחי הצפון ככלל, מבלי לבחון בכל מקרה האם באמת עברה הבעלות או לא, הרי שדיני הנשיה יתהפכו והספקים יקבלו קדימות על הנושים המובטחים, וזאת רק מכוח פסקה על החשבוניות שהם מדפיסים. לכן, השופטת קובעת שני שלבים - א. בדיקת המהות של ההתקשרות בין הצדדים, האם באמת הייתה עסקת קומבינציה והאחריות והבעלות נותרו בידי הספק; ב. בחינה האם הלכת קולומבו או קידוחי הצפון מתאימות.

בש"א (תל-אביב-יפו) 13878/03

פש"ר (תל-אביב-יפו) 1331/03)

א' - מעגלים לפיקוח ובקרה מיטב בע"מ נ ג ד ב' - און (1973) הנדסת מיזוג אוויר בע"מ, 2. און שירותי מיזוג אוויר 1975 בע"מ, ד' - ר"ח רענן רזנטל בתפקידו ככונס נכסים זמני, 4. כונס הנכסים הרשמי

[28.1.2004]

כב' השופטת אלשיך ורדה - בית משפט מחוזי תל-אביב-יפו

מונחת בפני בקשתה של א' - "המבקשת", כי אורה ל - ב' אשר נקלעו לכינוס נכסים להלן: "המשיבות", להשיב לידיה סחורה הנמצאת במחסניהן, ואשר לטענתה שייכת לה, ולחלופין להשיב את תמורתה, אם נמכרה. עיקר טענתה של המבקשת נסבה על שימור בעלותה בסחורה, דבר אשר לטענתה מחיל עליה את הלכת מ.ש קידוחי הצפון בע"מ נ' ורד גיילי (להלן: "קידוחי הצפון"), ומקנה לה עדיפות קניינית על נושי המשיבות. הכונס וכונס הנכסים הרשמי (להלן: "הכנ"ר") מתנגדים לבקשה. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים, מצאתי כי נסיבות המקרה הולמות שימוש בסמכותי לפי תקנה 241 לתקנות סדר הדין האזרחי, ליתן החלטה שלא במעמד הצדדים, וכך אני עושה.

המבקשת הינה חברה, העוסקת ביצור ומכירה של פיקודים אלקטרוניים למזגנים אשר סיפקה סחורה למשיבות, ולטענתה לא קיבלה בעדה כל תמורה. לטענת המבקשת, נותרו המשיבות חייבות לה סך של 475,448 ₪.

בין הצדדים הוסכם, כי הסחורה תשאר בבעלות המבקשת עד לתשלום מלוא המחיר על-ידי המשיבות. המבקשת ציינה זאת במפורש על גבי החשבוניות וכן כי הסחורה מצויה בבעלותה המלאה, עד לתשלום מלוא המחיר, ואילו המשיבות אישרו קבלת הסחורה, על גבי החשבוניות;

המצב המשפטי הקודם ששרר בארץ, פרי הלכת קולומבו, שונה לאחרונה בפסק הדין התקדימי בעניין קידוחי הצפון, אשר קבע כי בכל מקרה בו קיים תנאי מתלה, קרי, הספק מתנה את העברת הבעלות על הסחורה בתשלום מלא, הרי הסחורה אינה הופכת לנכס מנכסי החברה חדלת הפרעון.

עיקרה של הילכת קידוחי הצפון הינו ביטולה של הלכת קולומבו, והפיכת ההלכה הקודמת לפיה כל תניית שימור בעלות שלא הוכח לגביה כי היתה בגדר "קונסיגנציה אמיתית", הינה למעשה משכון מוסווה, ואי לכך בטלה, אלא אם נרשמה; תחת זאת, נפסקה הלכה חדשה המבכרת את חופש ההתקשרות על פני עקרון הפומביות, ונותנת תוקף לתניות שימור בעלות שנעשו כדין, אף אם אין עסקינן בעסקאות "קונסיגנציה אמיתית".

אלא מאי? אך ברור הוא, כך לדעתי, כי בית המשפט העליון לא התכוון ליצור כלל גורף, לפיו משתנים כל סדרי הנשיה, ומכאן ואילך הספקים יהיו נושים ראשונים במעלה בכל תיק חדלות פרעון, במעמד הדומה ל"שעבוד ראשון" על הסחורות שסיפקו לחברה. זאת ועוד; מכח קל וחומר, דומני כי בית המשפט העליון גם לא התכוון להכשיר או להקל על הברחות נכסים או עריכת חוזים למראית עין, אשר יעוותו את חלוקת נכסיה של חברה חדלת פרעון, ויעמדו למעשה בניגוד לעקרון השיוויון בין הנושים - עקרון יסודי בדיוני חדלות פרעון. מסיבה זו, אין זה צודק, ראוי או אפשרי, כי יקבע כלל גורף כי עצם איזכור המילים "שימור בעלות", יהיה כשימוש ב"מילת קסם" שאין אחריה ולא כלום. הלכה כזו היתה עומדת, בין היתר, בניגוד מוחלט לדין הכללי, הקובע כי חוזים יש לבדוק לפי מהותם האמיתית, ולא לפי חזותם הפורמלית.

מושכלה דומה ניתן להסיק אף מפסק דינו של כב' מ"מ הנשיא עצמו; לא זו בלבד, שנקבע כי כל מקרה יבדק לגופו, אלא שכב' מ"מ הנשיא טרח ואיזכר, מפורשות, כי מן הדין שבית המשפט ישתכנע כי מדובר אכן בתניית שימור בעלות, וכי לדפוס בו נערכה, יש תימוכין משמעותיים במציאות המסחרית.

לשון אחר; כאשר עולה הטענה של שימור בעלות, הרי שהדיון המשפטי בעניינה הינו מבנה דו-שלבי:

שלב ראשון - האם בין הצדדים נכרתה הסכמה חוזית אמיתית שעניינה שימור בעלות, או שמא אין עסקינן אלא במצב למראית עין.

שלב שני - האם יש להפעיל את הלכת קולומבו

אבהיר דברי; שימור בעלות הינה פעולה מהותית, אשר משמעותה היא כי זכות הבעלות בנכס נותרת בידי המוכר, על כל המשתמע מכך. תניה למראית עין מנסה להדמות למצב זה, אולם העובדות מצביעות כי בפועל הקניין אכן עבר, ואילו מטרת התניה אינה אלא להתנות על סדרי הנשיה הקבועים בדיון.

תניה זו אינה שונה בהרבה מתניה שלשונה "בעת חדלות פרעון, יפרע המוכר כדי החוב המגיע לו, לפני כל יתר נושי החברה". אך ברור הוא, כי תניה מהסוג האחרון הינה בטלה, באשר היא נוגדת דין קוגנטי. דין דומה יחול על תניה שזו הינה משמעותה האמיתית, אולם היא "מתחפשת" באופן מלאכותי לתניית שימור בעלות. במקרה כזה, יחול עליה סעיף 13 לחוק החוזים, - "חוזת שנכרת למראית עין בלבד - בטל" ויקנה לתניה את משמעותה האמיתית - אשר חוצצת עליה, כאמור, את דין הבטלות.

במקרה כזה, אין כל רלוונטיות למחלוקת בין הלכת קולומבו לבין הלכת קידוחי הצפון, באשר "השלב הטרומי", הדרוש לשם כך לא קם - פעולה מהותית ואמיתית בתחום הקנייני, אשר תתנה על האמור בחוק המכר. כאשר הוכחה הפעולה הקניינית, שוב לא תפסל מטעמי פומביות, כאמור בהלכת קולומבו שבטלה.

לאבחנה זו, בין שני השלבים של בחינת הטענה לשימור בעלות (וההתניה על חוק המכר הכרוכה בה), ישנה חשיבות עצומה בחיי המעשה; היא מונעת את הפיכת הדין לפלסטר, על-ידי התניה סדרתית שאין מאחוריה דבר, מלבד הרצון לסכל את סדרי הפרעון ולהביא להעדפת נושים.

מכאן - עשוי להתעורר קושי בקבלת אשראי בנקאי, במובן זה כי הבנק יתקשה להשתמש במלאים כבטוחה לאשראי להון חוזר.

במה דברים אמורים; לפירוש גורף מדי של הלכת קידוחי הצפון) ולעניות דעתי מעבר לפרשנות אליה התכוון בית המשפט העליון עשויה להיות השפעה קשה ביותר במקרים בהם דורשת טובת הנושים את הפעלת החברה, חדלת הפרעון כעסק חי... התוצאה עשויה להיות "התנפלות ספקים", אשר יאחזו בהלכת קידוחי הצפון בכדי לדרוש, לאלתר ובאורח בלתי-מסוייג, כי תוחזר להם הסחורה שסיפקו, או תמורתה. "התנפלות" כזו תמית במקרים רבים את נסיון ההבראה באיבו.

מחד גיסא, החזרת הסחורות עשוי לרוקן את החברה ממלאי ולפגוע באופן אנוש בפעולתו ובתזרים המזומנים שלה דווקא בתקופה הקריטית ביותר, של ראשית הקפאת ההליכים. ומאידך גיסא, תשלום מיידי ומלא לכל הספקים בגין הסחורה עשוי במקרים רבים להיות בלתי אפשרי, באשר החברה הינה חדלת פרעון ומחוסרת אמצעי תשלום מתאימים.

לכל האמור לעיל, יש להוסיף את מושכלת היסוד, כי **ברירת המחדל בכל הנוגע למכר טובין היא כי הבעלות בטובין עברה עם המסירה, ונטל הראיה מוטל על המבקש להוכיח אחרת, לפי נסיבות המקרה.** לכך יש להוסיף הן את המושכלה, כי בכדי שתקום תניית שימור בעלות, כמוה ככל תניה חוזית אחרת, הרי מן הראוי כי תניה זו תהיה תניה מוסכמת בין הצדדים, העומדת הן בעקרון גמירות הדעת והן בעקרון המסויימות.

טול לדוגמא מצב בו נכרת בין הצדדים חוזה מכר, אשר לא כלל בתוכו כל התייחסות לשימור בעלות, אולם בעת מסירת הטובין, מצמיד הספק לארגזי הסחורה פתק ובו כתב כי הבעלות המלאה שמורה בידו, עד לתשלום מלוא המחיר. הרוכש אינו מתייחס ואינו מגיב לאמור בפתק, ומקבל את הסחורה לידי. אך ברור הוא כי במקרה כזה, לא קמה תניית שימור בעלות תקפה, באשר אין ולא היתה הסכמה אמיתית של הצדדים לצעד זה. זאת ועוד; דווקא בשל ביטולה של הלכת קולומבו, והחזרת תוקפה של תניית שימור הבעלות, מודגש הצורך לברר הסכמה אמיתית ומהותית של שני הצדדים לצעד כזה, שתוצאותיו קשות.

המסקנה מכל האמור לעיל הוא, כי כל מקרה צריך להבחן לגופו...נטל הראיה מוטל על הספק, להוכיח כי הצדדים אכן התכוונו לשימור בעלות במובנו של מושג זה בדין, על יתרונותיו וחסרונותיו. לשון אחר; את הלכת קידוחי הצפון יש לפרש בפירוש הגיוני ולא גורף, המותאם לחיי המעשה ולדין הכללי - הכל, תוך איזון אינטרסים ראוי ומניעת שינוי דה-פקטו של סדרי הנשיה, דבר אשר ספק בעיני אם בית המשפט העליון התכוון לו, ללא התייחסות מפורשת ומפורטת.

אי לכך: את הדיבר "שימור בעלות" נשוא הלכת קידוחי הצפון יש לפרש ככולל אך ורק **הסכמה אמיתית על צעד זה**: אמנם, ביטול הלכת קולומבו הביא לביטול הצורך להוכיח קונסיגנציה "אמיתית". אולם לא ביטל כלל ועיקר את הצורך **בשימור בעלות אמיתי - תניה בעלת נפקות מהותית בפועל**. זאת, להבדיל מהסכמה שאין בה שימור אמיתי של זכויות קניין, אלא אך רצון להתנות על דיני חדלות הפרעון,

יש לבדוק, לעניין זה, כאמור בהלכת קידוחי הצפון עצמה, את המנגנון החוזי כפי שהוא בפועל, ואת העולה ממנו באמת בכל האמור בכוונות הצדדים. **אכן, אין עוד צורך בהוכחת אלמנטים של קונסיגנציה, כגון יכולת של הרוכש להחזיר את הנכס, אם לא הצליח למוכרו וכיוצא באלו; אין חולה, כי מה שכונה "עסקת קונסיגנציה אמיתית", הינו אך דוגמה ספציפית למנגנון, אשר מבטיח שימור בעלות אמיתי. יתכנו, כאמור בהלכת קידוחי הצפון, גם מנגנונים בהם מונע הספק על-ידי דאגה כי הרוכש לא יוכל לשלם את התמורה - ואי לכך, מסכימים הצדדים על מנגנון מהותי השומר את הבעלות בידי הספק. אולם אין בכך בכדי להתיר לספק להעביר את הנכס בלא שימור קניין בפועל, ולהפוך בהבל פה זכות אובליגטורית לזכות קניינית;**

המבחן העובדתי אינו פורמלי וקבוע מראש, ויתכנו הוכחות שונות במקרים שונים, לפי מיטב שיפוטה של הערכאה הדיונית. כך **למשל**: אך הגיוני הוא **כי ספק המבקש באמת ובתמים לשמר בעלות, הגיוני הוא כי ישמר בידיו כלים ראויים לכך**. זאת, אף אם (בניגוד לעסקת קונסיגנציה 'אמיתית'), אין הרוכש רשאי להחזיר לו את הסחורה אם לא הצליח למוכרה. **כלים כאלו עשויים להיות זכויות לבדוק את מצב הסחורה, דרכים להחזרתה המיידית (תוך אבחונה מנכסים אחרים) לרשותו במקרה והתשלום אינו מגיע בזמן, ועוד. כך, עשוי בית המשפט לבדוק גם הגבלות אשר הוטלו על הרוכש בכל הנוגע לשימוש ומכר הטובין;**

זאת ועוד; יתכנו מקרים, בהם יתרשם בית המשפט, כי **כוונתם העובדתית של הצדדים היתה לשמר בעלות בידי הספק, אולם זאת אך ורק עד מכר הסחורה לצד ג**. תוצאותיו של "מקרה בניינים" כזה יהיו כי הספק יהיה זכאי להשבה של הסחורות שנמצאות בעין בידי החברה חדלת

עסקאות מימון - פרופסור שלום לרנר

הפרעון, אך לא לתמורה שהתקבלה בידי החברה מסחורות שכבר נמכרו (ולא פעם התערבבה בין נכסיה, והושקעה זה מכבר בפרוייקטים אחרים שלה.)

מעבר לדרוש יוער; חלק גדול מהמחלוקת בין הצדדים, אשר אינו דורש הכרעה בנסיבות המקרה דנן, הינו האם הלכת קידוחי הצפון היא פרוספקטיבית או רטרופקטיבית. אף אם תחולת הלכת קידוחי הצפון חלה למפרע, הרי שכאשר עוסקים אנו בחקר אומד-דעתם של הצדדים, קיים בנסיבות מסויימות משקל ... לעובדה כי תניה פלונית באה לעולם בתקופה בה "משלה" הלכת קולומבו בהלכה הפסוקה

לאור כל זאת, לא נותר אלא לבחון ולקבוע, בנסיבות מקרה זה, **כי המבקשת לא עמדה כלל ועיקר בתנאים הדרושים לתחולת הלכת קידוחי הצפון; עניין לנו בהתניה "מיכנית" על חשבוניות, שלא בא זכרה בהסכם מפורש בין הצדדים; דרך עשיית התנייה וצורתה מטילים ספק גדול, האם בחתימתן על החשבונית הסכימה און לתנייה זו דווקא, או שמא לא אישרה** אלא את קבלת הטובין. לשון אחר; לא הוכחו בנסיבות המקרה, ולו לכאורה, מפגש רצונות ואומד-דעת משותף של הצדדים להתנות על **חוק המכר**, ודי בכך לכשעצמו בכדי לדחות את הבקשה .

זאת ועוד; בנסיבות המקרה, יגעתי ולא מצאתי כל נפקות מהותית של התניה הנטענת בחיי המעשה; אין כל חולק, כי **על המשיבות לא חלה כל הגבלה בדבר השימוש בסחורה, מכירתה לצדדים שלישיים, ועשייה כטוב בעיניה בתמורה; לא הוכח אף כל מנגנון לפיקוח (ולו מינימלי) על הנכסים הנטענים להשאר בבעלות המבקשת.** בנסיבות אלו, הרי סבירה היא אף טענת הכונס, כי רוחה האמיתית של העסקה מתבטאת בסקנציה החוזית בגין איחור בתשלום, אשר התבטא בחיוב אובליגטורי בריבית .

אי לכך, ומאחר ונטל ההוכחה להוכיח התנייה על **חוק המכר** מוטל על המבקשת, הרי אין מנוס מלקבוע כי בנטל זה לא עמדה, ודין בקשתה להדחות.