

הערות לחקיקה

דין שעבוד צף המגביל עיסקאות *

(בעקבות החוק לתיקון פקודת החברות (מס' 17), התשמ"א—1980)

מאת

פרופ' יהושע ויסמן **

א. בשלהי שנת 1980 נתקבל בכנסת החוק לתיקון פקודת החברות (מס' 17), התשמ"א—1980.¹ בין הוראותיו השונות של חוק זה כלולה גם תוספת לסעיף 123(א) לפקודת החברות, בנושא של שעבוד צף שיש עמו הגבלה על ביצוע עיסקאות. נביא להלן את סעיף 123(3) בנוסחו המקורי, ובסמוך את התוספת שהוספה לו על-פי החוק המתקן.

סעיף 123(3):

"שום דבר האמור בפקודה זו לא יפורש כאילו הוא מקנה לבעל אגרת חוב המובטחה בשעבוד רובץ זכות קדימה או זכות בכורה כזאת בשל שעבוד כזה לעומת כל בעל משכנתא רשום או כל קונה בתמורה את המקרקעים של החברה למרות שדבר קיומו של השעבוד הרובץ היה ידוע לבעל המשכנתא או לקונה בשעת עריכת המשכנתא או הקניה".

התוספת על-פי סעיף 21 לחוק המתקן:

"ואולם אם נכללה במסמך היוצר שעבוד רובץ הגבלה על זכות החברה ליצור משכנתאות או שעבודים אחרים, והגבלה זו נכללה בפרטים שנמסרו לרישום השעבוד הרובץ, יהיה השעבוד הרובץ עדיף על משכנתה או שעבוד שנוצרו בניגוד לאותה הגבלה אחרי רישום הפרטים בידי הרשם".

הסבר למטרה שאותה ביקשו להשיג על-ידי תוספת זו מצוי בדברי הסבר שבהצעת החוק. ואלה דברי המסביר:²

"הוספת הסיפה לסעיף 123(3) באה להבהיר את שאלת סדר העדיפות בין שעבוד רובץ לבין שעבודים שניתנו בניגוד לתנאיו המגבילים. השאלה טעונה הסדר לאור פסק הדין של בית-המשפט העליון בע"א 471/73 (מקבלי נכסים וכו' נ. אלסינג בע"מ, פד"י כ"ט(1) עמ' 121)".

מסתבר לאור דברים אלה, שהיה משהו בפסק הדין הנזכר שגרם אי בהירות בשאלת

* רשימה זו נמסרה לפרסום בחודש מאי 1981, ועל כן לא היתה למחבר הזדמנות להתייחס אל מאמרו של נחום ביטרמן, "שעבוד קבוע שנוצר בניגוד לאיסור שבשעבוד שוטף", שפורסמה בספטמבר 1981, הפרקליט ל"ד, 1008.

** הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 ס"ח התשמ"א—1980, עמ' 50.

2 ה"ח תשל"ט—1980, עמ' 110, 118.

סדר העדיפות בין שעבוד צף ובין שעבודים שניתנו בניגוד לתנאי השעבוד הצף, וכדי לפזר אי בהירות זאת הוסיף המחוקק לסעיף 123(3) את הפסקה הנזכרת לעיל.

נקדים את המאוחר ונאמר כבר עתה, בפתח דברינו, כי להערכתנו חולל התיקון הזה לפקודת החברות תוצאות שהן הפוכות לאלה שאליהן התכוונו מציעי התיקון. פסק הדין הנזכר קבע הלכה ברורה בסוגיית השעבוד הצף המגביל עיסקאות, והנה בא המחוקק ובאמצעות התיקון שהוסיף לפקודת החברות הכניס אי בהירות לסוגיה זו.

ב. כדי ללבן את הנושא הזה נפנה תחילה אל פסק הדין בפרשת מקבלי נכסים זמניים של אלקטרוניקס בע"מ נ' אלסינט בע"מ³ (הוא פסק הדין שהניע את המחוקק לתקן את פקודת החברות כאמור לעיל), שאלה היו עובדותיו: חברה שיעבדה את נכסיה בשעבוד צף. בהסכם השעבוד הצף התחייבה החברה שלא להעביר או לשעבד את הנכסים הכפופים לשעבוד הצף ללא הסכמת מקבל השעבוד הצף (פרט למכירת המלאי העסקי של החברה — סייג שאינו מענייננו). השעבוד הצף נרשם אצל רשם החברות, כנדרש על-פי החוק. תוך הפרת ההתחייבות שהחברה נטלה על עצמה בשעבוד הצף הימחתה החברה לצד שלישי חוב שהגיע לה, בלי לקבל את הסכמת בעל השעבוד הצף. השאלה שנתעוררה היתה למי יש עדיפות לגבי החוב שהומחה — לנמחה, או למקבל השעבוד הצף. השופט "כהן פסק, שיש להעדיף את הנמחה, באמרו:

"קיומו של שעבוד צף אינו גורע מכוחה של החברה לסחור, למכור ולמשכן את רכושה, אלא אם הוטל איסור על כך בהסכם השעבוד; איסור כזה כוחו יפה כלפי קונה בתום-לב ובתמורה, רק אם אותו קונה ידע על קיום האיסור, כי ידיעה כזו שוללת את תום-לבו של הקונה, אך לא די בכך שהקונה ידע על עצם קיום השעבוד הצף, ולא ידע על התניה בענין האיסור שהוטל על החברה להעביר נכסיה..."⁴

"על ידי רישום השעבוד מקבל כל מי שבא במגע עם החברה ידיעה קונסטרוקטיבית על הפרטים שגרשמו ומכיון שהגבלה על זכות החברה להעביר את הנכס המשועבד איננה בין הפרטים הטעונים רישום, אין ההלכה בדבר ידיעה קונסטרוקטיבית חלה על פרט זה שבהסכם השעבוד"⁵.

"הפרטים של שעבוד, שיש לרשום אותם אצל רשם החברות, נקבעו בצו החברות (פרטי משכנתאות ושעבודים), תשי"א—1951. אין בין פרטים אלה כל דבר בענין הגבלות שבהסכם השעבוד הצף על העברת נכסי החברה"⁶.

בפסק הדין הזה מבחינים, אפוא, בין מלוא התוכן של הסכם השעבוד הצף, הנמסר לרשם החברות אגב רישום השעבוד הצף, ובין הפרטים מתוך הסכם השעבוד הצף

3 ע"א 471/73, פ"ד כט (1) 121.

4 שם, עמ' 128 (ליד אותיות השוליים ה-1).

5 שם, עמ' 129 (ליד אותיות השוליים ד).

6 שם, עמ' 131 (ליד אותיות השוליים א-ב).

שאותם יש לרשום אצל רשם החברות, על-פי דרישת צו החברות (פרטי משכנתאות ושעבודים), תשי"א—1951. ידיעה קונסטרוקטיבית מיוחסת לכל אדם רק באשר לפרטים שרישומם נדרש על-פי הצו האמור. לאחר שבית המשפט מצא שלמעשה לא היתה לגמחה ידיעה על ההגבלה שהיתה כלולה בשעבוד הצף, ומכיוון שגם ידיעה קונסטרוקטיבית על קיום ההגבלה לא היתה לגמחה נוכח העובדה שבין הפרטים שרישומם נדרש על-פי צו החברות לא נכללו פרטים בדבר קיום הגבלה על זכותה של החברה להעביר או לשעבד מנכסיה, החליט בית המשפט כי זכותו של הגמחה עדיפה על זכותו של מקבל השעבוד הצף.

ג. מאחר שבמציאות נוהגים, כפי הנראה, לעתים קרובות לצרף לשעבוד צף הגבלה על יכולתה של החברה למכור או לשעבד מנכסיה בלא הסכמת מקבל השעבוד הצף, נתקבל פסק הדין בפרשת אלקטרוניקס בדאגה⁷. פסק דין זה פגע קשה ביכולתו של מקבל שעבוד צף לסמוך על הגבלות שהוכנסו בהסכם השעבוד הצף, שתכליתן חיוק ערכו של השעבוד הנה. לא ייפלא אפוא, שתוך זמן קצר לאחר שניתן פסק הדין בפרשת אלקטרוניקס התערב מחוקק המשנה ותיקן את צו החברות (פרטי משכנתאות ושעבודים), תשי"א—1951, בקבעו כי בין הפרטים שיש לרשום אצל רשם החברות בעת יצירת שעבוד צף נכללת גם התייחסות לשאלת קיומה של הגבלה על זכותה של החברה "להעביר או למשכן נכסיה"⁸.

התוצאה המצטברת של פסק הדין בפרשת אלקטרוניקס, ושל תיקון צו החברות, היתה כי רישום מתאים אצל רשם החברות, של שעבוד צף הכולל הגבלה על זכותה של חברה להעביר או לשעבד מנכסיה, מייחס ידיעה קונסטרוקטיבית לכל אדם על דבר קיום ההגבלה. בהתאם לכך, תהא ידו של מקבל שעבוד צף שזכה על העליונה בהתנגשות שבין זכותו ובין זכותו של מי שיקנה לאחר מכן נכס מנכסי החברה, או בינה ובין זכותו של מי שיקבל לאחר מכן שעבוד על נכס מנכסי החברה. תום הלב של הקונה, או מקבל השעבוד, לא ימנעו תוצאה זו נוכח תחולתה של הידיעה הקונסטרוקטיבית, שנבעה מרישום ההגבלה אצל רשם החברות.

ד. את ההחלטה בפרשת אלקטרוניקס יש לקרוא על רקע פסק דין קודם השייך לנושא הזה: דוונשטרייך ג' חברה א"י לאוטומובילים בע"מ⁹. חברה שעסקה במכירת מכוניות משומשות רכשה מכוניות. חלק ממחיר המכונות לא שולם על-ידה ולהבטחת האשראי שקיבלה מישכנה החברה את המכוניות. המשכון גרשם אצל רשם החברות, כנדרש לפי החוק. לאחר מכן מכרה החברה את המכוניות לקונה שרכש את המכונית בלי לדעת על כך שהיא ממושכנת. מקבל המשכון מבקש עתה לממש את משכונו, וכנגדו מבקש הקונה פסק דין הצהרתי לפיו אין למישכון המכונית תוקף כלפיו, בהיותו רוכש בתמורה ובתום לב, על-פי חנאי תקנת השוק, כאמור בסעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח—1968¹⁰. הועלתה הטענה, שהקונה אינו יכול להיחשב כקונה בתום

M. J. Berger, "Constructive Notice of the Contents of Debentures", 11 *Isr. L. Rev.* (1976) 111, 119.

8 ק"ת 3289 (תשל"ה) עמ' 810. פסק הדין ניתן בתאריך 30.9.1974 והתיקון לצו נעשה בתאריך 19.1.1975.

9 ע"א 716/72 פ"ד כז(2) 709.

10 ס"ח תשכ"ח 68.

לב מאחר שהיתה לו ידיעה קונסטרוקטיבית על דבר קיום המשכון, מכוח רישומו אצל רשם החברות. על כך השיב השופט ברגזון באמרו שאף-על-פי ש"רישום שעבוד אצל רשם החברות נמנה על המסמכים הציבוריים של חברה, והכלל הוא כי מי שעושה עיסקה עם חברה נחשב כידע את תכנם של מסמכי הציבוריים, בין אם למעשה הוא ראה וקרא אותם ובין אם לאו", אין להחיל את עקרון הידיעה הקונסטרוקטיבית כנגד קונה נכס על-פי תנאי תקנת השוק. חריג זה נדרש כדי שלא לפגוע בצורכי המסחר של ימינו, המחייבים לאפשר ביצוע מהיר של עסקאות מכר, בלי להתנותן בחובה לקיים בדיקות וחקירות מרובות¹¹. בית המשפט הוסיף, שכוזה הוא גם הדין כאשר המשכון נרשם אצל רשם המשכונות, על-פי חוק המשכון, תשכ"ז—1957. רישום כזה לא ישלול מאת קונים את האפשרות להסתמך על תקנת השוק שבחוק המכר¹².

ה. במבט ראשון עלול להתקבל הרושם, שבין הלכת אלקטרוניקס ובין הלכת רזונשטרייך יש סתירה. באלקטרוניקס נקבע, כי בעקבות רישום מתאים אצל רשם החברות תיווצר ידיעה קונסטרוקטיבית, הפוגעת במעמדו של קונה בתום-לב, ואילו ברזונשטרייך נקבע ההיפך. ואולם, ניתן ליישב סתירה זו בשימנו אל לב מהו הנכס שנמכר בכל אחד מפסקי הדין האלה. בפסק הדין אלקטרוניקס, נסב הדיון על מכירת חוב שהגיע לחברה (בדרך של המחאת החוב) ונקבע הכלל הרחב, שבעקבות רישום מתאים של פרטי השעבוד אצל רשם החברות נוצרת ידיעה קונסטרוקטיבית. לעומת זאת, בפסק הדין רזונשטרייך נסב הדיון על מכירת מכונית על-ידי חברה שעסקה במכירת מכוניות, ונקבע חריג לכלל בדבר הידיעה הקונסטרוקטיבית כאשר חברה מוכרת נכס מן המלאי העסקי שלה, בתנאי תקנת השוק, שאז אין מייחסים לקונה ידיעה קונסטרוקטיבית, וזאת כדי להקל על המהירות הנדרשת בחיי המסחר בעסקאות מכר. לפיכך אפוא כלל החל על מכר או שעבוד נכסים כלשהם (אלקטרוניקס), וחריג לכלל, כאשר מדובר במכר שבוצע בתנאי תקנת השוק (רזונשטרייך).

ו. חריג נוסף לכלל שנקבע באלקטרוניקס ניתן למצוא בהלכה שנפסקה בפרשת בנק לאומי בע"מ ג' בנק א"י בריטניה בע"מ¹³. גם במקרה זה, כמו באלקטרוניקס, התחייבה חברה בשעבוד צף שלא לשעבד מנכסיה בלא הסכמת מקבל השעבוד הצף. החברה רכשה לאחר מכן מקרקעין, ולהבטחת המימון של רכישת המקרקעין שעבדה החברה את המקרקעין במשכנתה, בלי ליטול הסכמה מאת מקבל השעבוד הצף. מקבל המשכנתה ידע על קיום ההגבלה בשעבוד הצף. השאלה שנתעוררה היתה למי יש עדיפות לגבי המקרקעין, למקבל המשכנתה או למקבל השעבוד הצף? השופט זוסמן פסק, כי למקבל המשכנתה יש עדיפות, אף שידע על ההתחייבות הקודמת של החברה שלא לשעבד נכס מנכסיה בלא הסכמת מקבל השעבוד הצף. ההנמקה להחלטה זו היתה, כי נושה המממן רכישת נכס על-ידי החייב, ומקבל שעבוד על הנכס להבטחת המימון, אינו גורע מזכויות הנושים האחרים של החייב, אם הוא מקבל עדיפות על פניהם ביחס לנכס שנמכר לחייב. דיני היושר רואים את החייב

11 שם, בעמ' 712—713.

12 שם, בעמ' 713—714.

13 ע"א 603/71, פ"ד כו(2) 468.

כבעל הנכס שנרכש על-ידו רק באותה מידה שהוא שילם עבורו. לגבי אותו חלק מן המחיר שלא שולם על-ידי החייב רואים את החייב כאילו קנה נכס שהיה משועבד¹⁴. לפי זה, לשעבוד המממן רכישת נכסים יש עדיפות על-פני שעבודים קודמים, ואין נפקא מינה אם למקבל השעבוד שמימן רכישת נכס היתה ידיעה על קיומם של שעבודים קודמים, אם לאו. הלכה זו חלה הן על המקרה שהמוכר עצמו נתן את האשראי לרכישת הנכס והן על המקרה שהאשראי — המובטח על-ידי השעבוד — ניתן על-ידי צד שלישי.

ניתן לראות את הלכת בנק לאומי, כפי שראינו את הלכת רזונשטרייך, כחריג לכלל הרחב שנקבע באלקטרוניקס. בשני החריגים ניתנת עדיפות על-פני מקבל השעבוד הצף שהיתה בו הגבלה על ביצוע עסקאות, אף-על-פי שמקבל השעבוד הצף הקדים לרשום את זכותו אצל רשם החברות.

ז. אלה היו פני הדברים ערב התיקון הנזכר לעיל לסעיף 123(3) לפקודת החברות. סקירתנו את הפסיקה שקדמה לתיקון תקל עלינו בשוכנו אל השאלה מהו הדבר שביקש המחוקק להשיג באמצעות התיקון לפקודה. על-פי דברי ההסבר שנתלו להצעת החוק (המובאים לעיל) ביקשו באמצעות התיקון לפקודה להבהיר את שאלת סדר העדיפות בין שעבוד צף ובין שעבודים שניתנו בניגוד לתנאים המגבילים שבשעבוד הצף, הבהרה שהיתה נדרשת — כפי שנאמר בדברי ההסבר — לאור פסק הדין בפרשת אלקטרוניקס. ואולם, השוואה בין האמור בתיקון לפקודת החברות ובין הלכת אלקטרוניקס (בתוספת התיקון לצו החברות) תעמיד אותנו על כך, שאין בתיקון לחוק דבר שלא היה בהלכת אלקטרוניקס. כפי שראינו לעיל, נקבעה בפרשת אלקטרוניקס הלכה ברורה, לפיה יש לשעבוד צף, המגביל את יכולתה של חברה ליצור שעבודים, עדיפות על שעבוד שניתן תוך הפרת ההגבלה, ובלבד שההגבלה נרשמה אצל רשם החברות, בין פרטי הרישום של השעבוד הצף¹⁵. הלכה זו נשנית עתה בתיקון לפקודת החברות. נשאלת אפוא השאלה מה צורך היה בתיקון זה, שאינו מוסיף לא עניין ולא בהירות, על מה שהיה קודם לכן?

אם כל שביקש המחוקק לעשות היה לגבש בחוק את ההלכה שנפסקה בבית המשפט, והיה עושה את הדבר כהלכה, לא היינו באים עמו בטרוניה. דא עקא שלא כך הוצג הדבר בדברי ההסבר שבהצעת החוק. לפי האמור בדברי ההסבר, דווקא ההלכה שנפסקה בפרשת אלקטרוניקס היא שחייבה את התערבות המחוקק, כדי להבהיר את ההלכה שנפסקה. יתר על כן, לא זו בלבד שהתיקון לחוק לא הוסיף על המצב שהיה קיים ערב התיקון, אלא הוא אף גרע ממנו, בהכניסו ספק בסוגיה שלא היו בה ספקות.

על-פי הלכת אלקטרוניקס ניתנה לנו תשובה לשאלה מהו דינו של שעבוד צף שכלל הגבלה על זכות החברה להעביר מנכסיה או לשעבדם. התיקון לפקודת החברות, לעומת זאת, מתייחס אך ורק לשאלה מה דינו של שעבוד צף שכלל הגבלה על זכות החברה לשעבד מנכסיה. למקרה של הגבלה על זכות החברה להעביר מנכסיה, לאחר

14 שם, בעמ' 477.

15 רישום ההגבלה בין פרטי השעבוד הצף נעשה אפשרי לאחר פסק הדין באלקטרוניקס, עם תיקון צו החברות בשנת 1975, כמפורט בהערה 8 דלעיל.

ששעבדה אותם בשעבוד צף, אין הסעיף מתייחס. על כן, אנו נאלצים לדון בשאלה מהו טיבה של שתיקת המחוקק לעניין הגבלה על העברת נכס — האם שתיקה זו מדעית נעשתה, והיא מחייבת הסקת מסקנות, או שמא לפנינו שתיקה מתוך היסח הדעת, שאין לתלות בה כל כוונה?

ה. לכאורה שומה עלינו לצאת מן ההנחה כי במתכוון שתק המחוקק ולא אמר דבר לעניין העברת נכס הכפוף לשעבוד צף שיש בו הגבלה על עסקאות. שהרי המחוקק העיד על עצמו — בדברי ההסבר להצעת החוק — כי הוא בא להסדיר את הנושא הזה בעקבות פסק הדין בפרשת אלקטרוניקס, שקבע את קביעותיו הן לעניין העברת נכסים והן לעניין שעבודם. על כורחך אתה אומר, שאימוץ חלק בלבד מן ההלכה שנפסקה בפרשת אלקטרוניקס לא היה יכול להיעשות בלי משים. ואולם, אם נמנע המחוקק בכוונה מלקבוע עדיפות לשעבוד הצף על-פני עסקת העברה מאוחרת יותר — מהי המסקנה שביקש כי נסיק מכך?

אפשרות אחת היא לומר, שבתיקון לסעיף 123 נמנע המחוקק במתכוון מלדון בשאלת ההעברה מאחר שסעיף 123 דן רק בסוגיית השעבודים. הסוגיה של העברת נכסים — כך יכול היה, אולי, המחוקק להניח — תמשיך להיות מוסדרת, כבעבר, על-פי הלכת אלקטרוניקס.

הסבר זה, אף שהוא מושך את הלב, אין ביכולתנו לקבלו. אכן, עניינו של סעיף 123 לפקודת החברות שעבוד נכסים על-ידי חברה, אך במסגרת זו של הסעיף נדונו, כבר בנוסחו המקורי, היבטים של השפעת השעבוד השוטף על העברת נכסים על-ידי החברה¹⁶. נמצא, שאין אפשרות להסביר את שתיקת המחוקק בכך שהסעיף שתוקן אינו עוסק כלל בהעברת נכסים על-ידי חברה ששעבדה את נכסיה בשעבוד צף.

שמא התכוון המחוקק בשתיקתו שאכן נבחין בין התחייבות בשעבוד צף שלא לשעבד נכסים, שאז — כפי שנקבע בתיקון — תהא עדיפות לשעבוד הצף על-פני השעבוד המאוחר, ובין התחייבות בשעבוד צף שלא להעביר נכסים, שאז תהא עדיפות לא לשעבוד הצף אלא לגעבר? אנו סבורים, שאין לקבל פירוש זה, וזאת מפני כמה וכמה טעמים. הטעם האחד, והוא עיקר בעינינו, נעוץ בכך שקשה לראות מדוע יבקש המחוקק להגן על השעבוד הצף בפני פגיעה קלה יחסית, הנגרמת בגלל שעבוד נכס מן הנכסים הכפופים לשעבוד הצף, ובעת ובעונה אחת יתיר פגיעה חמורה יותר בשעבוד הצף, הנגרמת בגלל מכירת נכס מן הנכסים הכפופים לשעבוד הצף. (אנו דנים כאן במכר שלא בתנאי תקנת השוק. על מכר בתנאי תקנת השוק חל החרגי שנפסק בפרשת רוזנשטרייך הנ"ל). כלום סביר הוא שהדין ימנע חברה מלמשכן, דרך משל, את מכוונות הייצור שבמפעלה, וזאת כדי לשמור על ערכו של שעבוד צף שניתן על-ידיה, ויחד עם זאת לא ימנע את החברה מלמכור את מכוונותיה? מישכון המכוונות עלול לפגוע בשעבוד הצף כדי סכום ההלוואה, וסכום זה יהיה, כמקובל, גמור באופן ניכר משווי המכוונות הממושכנות, בעוד שבמקרה של מכר הפגיעה האפשרית בשעבוד הצף תהיה כדי מלוא שווי המכוונות. משקבע המחוקק עדיפות לשעבוד הצף על שעבוד מאוחר יותר, שנעשה תוך הפרת התחייבות שבשעבוד הצף,

16 ראה סעיף 123(3) בנוסחו המקורי, המופיע לעיל.

הרי שהדבר הוא בבחינת קל וחומר שיש לקבוע עדיפות כזאת גם כלפי העברת נכס הנעשית תוך הפרה של התחייבות שבשעבוד הצף. הטעם השני לדחיית הפירוש שלפיו לשעבוד הצף עדיפות רק כלפי שעבוד מאוחר, אך לא כלפי העברה מאוחרת, מתבסס על כך שאם אכן זו היתה כוונת המחוקק, היינו מצפים שייאמר משהו על כך, אם בדברי ההסבר להצעת החוק, ואם בעת הדיונים בהצעת החוק בכנסת. שהרי בכך היה המחוקק משנה את ההלכה שנהגה עד לתיקון שהציע. לא מצאנו בכל שלבי החקיקה ביטוי לכך שכזו היתה כוונת המחוקק. ועוד, אילו ביקש המחוקק להגביל את עדיפות השעבוד הצף רק כלפי שעבוד מאוחר היה מקום להתאים את צו החברות (פרטי משכנתאות ושעבודים), תשי"א–1951, עם גישתו זו, ולא להשאיר את הצו כשיש בו התייחסות הן להגבלה על העברה והן הגבלה על שעבוד.

ט. שלא ברצון מגיעים אנו על כן למסקנה, כי הימנעות המחוקק מלהזכיר בתיקון לפקודת החברות את שאלת ההעברה של נכסים לא היתה פרי שיקול דעת אלא תוצאה של היסח הדעת¹⁷, ואין לתלות בהימנעות זו כל פירושים. לפי זה יש לראות את הלכת אלקטרוניקס כממשיכה לחול כמקודם, כאשר חלק מן ההלכה מגובש עתה בחוק המתקן את פקודת החברות (החלק שעניינו שעבוד נכסים תוך הפרת הגבלה שבשעבוד צף), ואילו החלק האחר (שעניינו העברת נכסים תוך הפרת הגבלה שבשעבוד צף) מוסיף להיות בגדר הלכת שופטים, כשהכלל הרחב קבוע בפרשת אלקטרוניקס, והחריג, לעניין מכר בתנאי חקנת הישוק, קבוע בפרשת רוזנשטריך הנ"ל.

י. בנוסף על הקשיים שנתעוררו בעקבות התיקון לפקודת החברות, שעליהם הצבענו לעיל, גרם תיקון זה אי ודאות בכל הנוגע להלכה שנפסקה בפרשת בנק לאומי הנ"ל¹⁸. האם ההלכה בדבר העדיפות של שעבוד שניתן למימון רכישת נכס תמשיך לחול כמקודם, או שמא בוטלה הלכה זו על-ידי התיקון לפקודת החברות? התיקון קובע, כי לשעבוד השוטף יש עדיפות, ללא כל סייג, על כל שעבוד מאוחר שנוצר תוך הפרה של התחייבות להימנע מיצירת שעבודים נוספים. פירוש דווקני של קביעה זו עשוי להביאנו למסקנה, כי אכן לעניין שעבוד צף שהיתה בו התחייבות שלא לשעבד מנכסי החברה (וההתחייבות נרשמה אצל רשם החברות) בוטלה הלכת בנק לאומי. ואולם, כנגד פירוש זה ניתן לטעון¹⁹, כי שעבוד למימון רכישת נכס כמוהו כרכישת נכס שכבר היה מלכתחילה כפוף לשעבוד. שהרי המוכר והקונה יכולו להסכים ביניהם שהשעבוד ייווצר לפני מכירת הנכס (על-ידי הסתייעות ב"איש קש"), כך, שמכירתו תהיה כשהוא כבר משועבד. ברכישת נכס משועבד ברור הדבר שאין למקבל שעבוד צף על נכסי החברה (שעבוד צף שהיתה בו הגבלה על זכותה של החברה לשעבד מנכסיה) עדיפות על השעבוד שרביץ על הנכס עוד בטרם עבר הנכס לבעלותה. על כן ניתן לטעון, כי יש לשמור על אותה גישה גם כאשר השעבוד לטובת המממן

17 שובע, אולי, מכך שהגורמים שהמריצו את משרד המשפטים להכין את התיקון הזה לפקודת החברות היו חוגי הבנקאות, ולהם היה עניין מיוחד דווקא בשאלת השעבודים, המתעוררת לעתים קרובות במהלך עסקיהם.

18 לעיל, בסמוך להערה 13.

19 כפי שהסביר השופט זוסמן בפסק דינו בפרשת בנק לאומי.

ניתן לאחר שהחברה רכשה את הנכס. אין זה הגיוני לאכוף את הצדדים לבצע את "התרגיל" של שעבוד לפני המכירה רק כדי להשיג את עדיפות השעבוד שבעזרתו מומנה רכישת הנכס. גישה זו תאפשר לשמור על הלכת בנק לאומי גם לאחר החוק לתיקון פקודת החברות. חיזוק לפירוש האחרון הזה ניתן למצוא בכך שהן בדברי ההסבר להצעת החוק, והן בשלבים השונים של חקיקת החוק, לא אמרו מציעי החוק כי היתה כוונה לבטל את הלכת בנק לאומי.

סיכומו של דבר, חוק זה, שמציעיו קיוו להבהיר בעזרתו את המצב שנוצר בעקבות הלכת אלטרונג'ניקס, השיג את ההיפך ממה שביקשו. הוא לא הוסיף דבר על הקיים מלבד ספקות. מן הטעמים שנדונו לעיל יש לקוות, כי בתי המשפט ישכילו לפרש את התיקון באופן כזה שהלכת אלטרונג'ניקס—רוזנשטרייך—בנק לאומי תמשיך להיות בתוקף כמקודם.