

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4/03:

כבוד הטישנה לנשיא מי חשן
כבוד השופט אי גרוניס
כבוד השופט יי עדיאל

בפני:

אמדאוס דולופמנט אינק.

המערערת:

נגד

1. הבנק למסחר בע"מ בפירוק
2. המנהלים המיוחדים עו"ד ברגמן, רו"ח ברלב
3. כונס הנכסים הרשמי

המשיבים:

ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו
בתיק פשי"ר 1398/02 בשי"א 22169/02 שניתנה ביום
17.6.03 על-ידי כבוד השופטת וי אלשיך

עו"ד שי קוטלר

בשם המערערת:

עו"ד עי פינס

בשם המשיבים 1-2:

עו"ד טי פריש

בשם המשיב 3:

פסק-דין

השופט יי עדיאל:

כללי

1. עניינו של הערעור שלפנינו בשאלה האם נושה של חברה בפירוק שהוא גם חייב של החברה, זכאי לקזז חוב שהחברה חבה לו, מחובו כלפי החברה, וכדרך זו להיפרע מהחברה את חובה (או הלקו) כלפיו. שאלה זו מוסדרת בסעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל (החל על-פירוק חברות מכוח סעיף 353 לפקודת החברות), ובמקרה שלפנינו היא מתעוררת בהתייחס לחוב של חברה אשר נוצר לאחר מינוי מפרק זמני לחברה ועוד קודם למתן צו פירוק קבוע, בנסיבות בהן החברה קרסה והדלה מלפעול כבר כמועד מינויו של המפרק הזמני. שאלה זו כרוכה בפרשנותם של שלושה מהתנאים לקיומה של זכות קיזוז לפי סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל: קיומם של "אשראי או חוב הדדי או עסקים הדדיים אחרים"; אי ידיעת הנרשע בעת מתן האשראי לחייב (אשראי

שאותו הוא מבקש לקזז מהחובו כלפי החברה) כי החייב עשה מעשה פשיטת רגל; והמועד הקובע לקיום העסקים ההדדיים לצורך הקיזוז.

עובדות המקרה

2. המערערת הנה לקוחה של הבנק למסחר בע"מ (להלן – הבנק), אשר נכנס להליכי פירוק בעקבות גילוי מעילת ענק בבנק. החל בשנת 1993, ניהלה המערערת חשבון ניירות ערך בבנק, בהיקף העולה על 4 מיליון דולר (להלן – תיק ניירות הערך או התיק), שבמסגרתו היא קיימה פעילות אינטנסיבית יום יומית, אשר הייתה כרוכה בנטילת סיכונים בשווקי ניירות ערך זרים, בעיקר בארה"ב.

עקב מעילת הענק שנחשפה בבנק, נסגרו שערו ביום 24.4.2002. בעקבות כך הפסיק הבנק לספק למערערת שירותים שזו ביקשה לספק ערב סגירתו, שעניינם מכירות של השקעות מן התיק (כשבכוונתה היה למכור, באופן הדרגתי, את כלל היחידות מתוך קרנות הנאמנות שבתיק).

בעקבות בקשה לפירוק הבנק אותה הגיש היועץ המשפטי לממשלה ימים מספר לאחר גילוי המעילה, מונה ביום 2.5.2002 כונס הנכסים הרשמי כמפרק הזמני של הבנק. המפרק הזמני, בעזרת מנהלים מיוחדים שמונו תחתיו, פעל למען חיסול מושכל והדרגתי של עסקי הבנק, לשם סגירתו הסופית. המפרק הזמני והמנהלים המיוחדים בצעו במסגרת זו פעילות רב גונית: טיפול בענייניהם של לקוחות הבנק שניזוקו מהמעילה, גביית כספים מהיכי הבנק ועוד כהנה וכהנה פעולות, תוך שהם מבקשים למנוע חשיפת-יתר של קופת הפירוק לסיכונים.

בעקבות גילוי המעילה ובשל הדרך בה נוהל הבנק על-ידי המנהלים המיוחדים, המערערת לא יכולה הייתה, לטענתה, להמשיך בפעילותה היומיומית והמורכבת בחשבון ניירות הערך באופן בו הוא נוהל עד כה. המערערת הפנתה את שימת לבם של המנהלים המיוחדים לנזקים הולכים וגדלים אשר נגרמו לה, לטענתה, עקב "שיתוק" פעילותה, ובקשה מהם לשחרר את התיק, לשם העברתו לברוקר אחר. אולם, המנהלים המיוחדים סירבו להיענות לבקשתה, כל עוד זו לא תסדיר את חובה לבנק, חוב שאינו שנוי במחלוקת, שעלה על 300,000 דולר.

במסגרת משא ומתן שנוהל בין הצדדים, הציעו המנהלים המיוחדים למערערת להמשיך את פעילותה בתיק ניירות הערך באמצעות חברת מנודה גאון - בית השקעות

בע"מ, אשר מונתה לטפל בנושאים הקשורים לניירות ערך כעקבות סגירת הבנק. אולם דרך פעילות זו סבלה, להשקפתה של המערערת, מהגבלות ברמת הפעילות והחשיפה לסיכונים, ולפיכך דחתה המערערת הצעה זו. כמו-כן, המערערת סירבה להצעת המנהלים המיוזמים לשלם את חובה, מה שהיה מאפשר לה לקבל לרשותה את תיק ניירות הערך באופן מידי. בסופו של דבר, הסכימה המערערת, לטענתה בלית ברירה, להפקיד בידי המנהלים המיוזמים ערבות בנקאית של 350,000 דולר, ולשלם בנוסף סכום של 152,000 דולר לחברת אוסקר גרוס, אשר בצעה פעולות בארה"ב עבור לקוחות הבנק, בין היתר עבור המערערת, ובעקבות כך הסכימו המנהלים המיוזמים לשחרר את התיק. הסכמת הצדדים אושרה על-ידי בית המשפט ביום 4.7.2002. ביום 19.7.2002 שוחרר תיק ניירות הערך, אך שחרור קרנות הנאמנות התמהמה ובוצע רק ביום 17.9.2002. צו פירוק קבוע לבנק ניתן ביום 2.9.2002.

ההליך בפני בית המשפט המחוזי

3. המערערת טענה בפני בית המשפט המחוזי, כי אי מימוש הוראות המכירה שנתנה לבנק ערב סגירתו והקפאת הפעילות בתיק ניירות הערך גרמו לה נזק בסכום של 1,018,000 דולר, שהוא הפער בין מחיר היחידות ביום מתן ההוראה, ובין מחיריהן ביום שחרור התיק. לטענת המערערת, היא זכאית לקזז סכום זה מול יתרת החובה. הרשומה בחשבונה לפי ספרי הבנק (350,000 דולר שהופקדו בערובה הבנקאית, והסכום הנוסף של 152,000 דולר ששולמו לחברת אוסקר גרוס), כך שכחשבוני הכולל היא אינה חבה לבנק דבר.

4. בית המשפט המחוזי דחה את טענת המערערת. הנימוק המרכזי להחלטתו היה, כי המועד הקובע להיווצרותם של חיובים הרדיים לצורך התגבשותה של זכות הקיזוז הקבועה בסעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ס-1980 (להלן – פקודת פשיטת הרגל או הפקודה), בנסיבות בהן המפרק הזמני פועל כמפרק קבוע, הוא יום מינוי המפרק הזמני, ולא יום מתן צו הפירוק. כיוון שהחוב של הבנק כלפי המערערת, אם היה כזה, נוצר לאחר מועד מינויו של המפרק הזמני, הרי שלפי גישתו של בית המשפט המחוזי, חוב זה נוצר לאחר המועד הקובע לצורך התגבשותה של זכות הקיזוז, והוא אינו ניתן, לפיכך, לקיזוז. בית המשפט המחוזי ביסס החלטתו על שני טעמים נוספים הנעוצים באי התקיימותם במקרה זה של תנאים נוספים לקיזוז הקבועים בסעיף 74 לפקודה. הטעם האחד – שלאחר מינויו של מפרק זמני לחברה ועוד קודם למתן צו הפירוק, לא התקיימו בין הצדדים "עסקים הדדיים" כמשמעותם בסעיף 74 לפקודה. הטעם האחר היה, שקודם ליצירת החוב הנטען המערערת ידעה על מעשה פשיטת הרגל

ועל כן לא התקיים בה התנאי הקבוע בסעיף 74 לפקודה, של היעדר ידיעה של הנושה המבקש להפעיל את זכות הקיזוז, שעה שניתן האשראי, על מעשה פשיטת הרגל.

מאז מתן ההחלטה של בית המשפט קמא פרעה המערערת את חובה לבנק והושבה לידיה הערבות הבנקאית.

המערערת תוקפת בערעורה את החלטת בית המשפט המחוזי וטוענת, בין היתר, כי המועד הקובע לעניין הקיזוז צריך שיהא מועד צו הפירוק, שאז כבר התגבש חוב הבנק כלפיה. המשיבה, כצפוי, תומכת בהחלטה. לטיעוניהם המפורטים של הצדדים אתייחס בהמשך.

עילת התביעה

5. ההכרעה בשאלת הקיזוז נגזרת, במידה רבה, ממהותה של עילת התביעה אשר עומדת למערערת, אם בכלל, נגד הבנק. המחלוקת בין הצדדים בעניין זה התייחסה להיבטים שונים של עילת התביעה הנטענת על-ידי המערערת. כך, למשל, נחלקו הצדדים בשאלה האם סירובם של המנהלים המיוחדים להמשיך במדיניות ההשקעה של המערערת אשר הייתה עלולה, לגישתם, לחשוף את המערערת ואת קופת הפירוק, כמו גם את כלל הנושים, לסיכונים מוגברים, היא בגדר התנהגות של בנק סביר או של בעל תפקיד סביר בהליכי הפירוק. שאלה נוספת שעלתה בפני בית המשפט המחוזי הייתה האם עילת התביעה שיכולה לעמוד למערערת היא עילה נזיקית, שמקורה בעיכוב שלא כדין של תיק ניירות הערך, או עילה חוזית, הנעוצה באי מילוי הוראותיה של המערערת לפי החוזה. אם מדובר בעילה נזיקית של עיכוב נכס שלא כדין, כי אז אין מדובר בחוב שמקורו ב"עסקים הדדיים" וממילא לא ניתן לקזזו על-פי סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל (ראה: ד"ר ש' לויין וד"ר א' גרוניס, פשיטת רגל, מהדורה שנייה, תשס"א-2000 (להלן – לויין וגרוניס), בעמ' 238). גם אם מדובר בעילה חוזית, לאור קיומה בידי הבנק של זכות עיכובן בשל החוב שחכה לו המערערת, ולאור העובדה שמנהלי המערערת לא נענו בשלב מוקדם יותר לדרישת הבנק ולא הפקידו בידו בטוחה לסילוק החוב, עשויה להתעורר, כפי שציין בית המשפט המחוזי בהחלטתו, "שאלה חריפה בדבר עמידתה [של המערערת] בנטל הקטנת הנזק, שהינה דרישה בסיסית ויסודית מכל הבא לטעון לנזקים וחסרון כס".

בשאלות אלה בית המשפט המחוזי לא הכריע. אמנם, בהחלטה קיימת התייחסות, אגב אורחא, גם לנושאים שונים הקשורים בשאלת קיומה של עילת תביעה

בידי המערערת כלפי הבנק, אך בית המשפט המחוזי לא הכריע בשאלה זו והחלטתו בוססה כולה על שאלת התקיימותם במקרה זה של תנאי סעיף 74 לפקודה. לפיכך, ולמרות שהצדדים התייחסו בסיכומיהם בהרחבה לנושא העילה, גם אנו נפסע בעניין זה בדרך אותה התווה בית המשפט המחוזי ולא נדון בנושא העילה. הנחת המוצא שבבסיס פסק הדין תהא אפוא, בלא להכריע בדבר, כי למערערת עומדת עילת תביעה נגד הבנק בגין הפרת חוזה, שמקורה בכך שהמפרק הזמני או המנהלים המיוחדים לא ביצעו, בניגוד לחוזה שבין הצדדים, את הוראותיה של המערערת לגבי הפעילות הנדרשת בתיק ניירות הערך.

התשתית הנורמטיבית

6. זכות הקיזוז של חובות שחב חייב הנמצא בהליכי פשיטת רגל מחובות שחבים לו, מוסדרת בסעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל. סעיף זה, חל על-פירוק חברות מכוון סעיף 353 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 (להלן – פקודת החברות).

סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל קובע:

"(א) היו אשראי הדדי או חוב הדדי או עסקים הדדיים אחרים תלויים בין חייב שניתן עליו צו כינוס ובין הכא לתבוע חוב מכוח הצו, ייערך לפיהם חשבון על המגיע מכל צד למשנהו, הסכום המגיע מצד אחד יקוזז כנגד המגיע מהצד האחר ויתרת החשבון, ולא יותר, ייתבע או ישולם, לפי העניין; הוראות סעיף זה לא יזכו אדם בקיזוז כנגד נכסי החייב אם בשעה שנתן אשראי לחייב ידע שהחייב עשה מעשה שאפשר היה להשתמש בו להגשת בקשת פשיטת רגל נגד החייב כיום שהוגשה בקשה שעל-פיה הוכרז פושט רגל.

(ב) הקביעה מה הם העסקים הניתנים לקיזוז לפי סעיף זה תיעשה לפי מצבם ביום שבו ניתן צו הכינוס."

הסדר הקיזוז הקבוע בסעיף 74 הנ"ל הנו הסדר מיוחד החל בהליכי פשיטת רגל ופירוק חברות, אשר גובר על ההסדר הכללי של קיזוז הקבוע בסעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן – חוק החוזים) (ראה: ע"א 4548/91 משקי עמק הירדן אגודה מרכזית חקלאית שיתופית בע"מ נ' הספקה חברה מרכזית לחקלאים בע"מ (בפירוק), פ"ד גג(4) 8 (להלן – עניין הספקה השלישי) וראה גם סעיף 61(א) לחוק החוזים).

הוראת הקיזוז שבסעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל נועדה להגשים שלוש תכליות מרכזיות: מניעת העוול הנובע מאכיפת התחייבויותיו של צד לחוזה שעה שהתחייבות

כלפיו שהופרה אינה מקוימת או מקוימת בחלקה (בדרך של הלוקת דיבידנד לנושים); הצגה מהימנה של מכלול היחסים שבין הצדדים; הסכון כהליכים משפטיים מיותרים (ע"א 1226/90 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הסתדרות הרבנים באמריקה, פ"ד מט(1) 177, 203-204). תכלית נוספת שזכות הקיזוז באה להגשים היא הקטנת הסיכון למפולת של גופים נוספים בעקבות פירוק החברה החייבת (צ' כהן פירוק חברות (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, תש"ס-2000), 679) (להלן - צ' כהן). אולם, השיקול המרכזי המצדיק את זכות הקיזוז, הוא השיקול הראשון הנזכר לעיל: מניעת אי הצדק, שעלול להיגרם לחייב של החברה שהוא גם נושה שלה, אשר יהיה חייב לשלם למפרק את מלוא חובו לחברה, בעוד הוא עצמו יקבל רק חלק קטן, אם בכלל, מהחוב שחבה לו החברה בצורת דיבידנד שיחולק בין כלל הנושים בגין החובות שיוכרו על-ידי המפרק (ראה: ע"א 41/68 קופלמן נ' הנאמן בפשיטת רגל של מאיר גרבר, פ"ד כב(2) 19, 22; ע"א 4316/90 הספקה חברה מרכזית לחקלאים בע"מ (בפירוק) נ' אגרא - אבן יהודה אגודה חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מט(2) 133, 143-144 (להלן) - פסק הדין בעניין הספקה הראשון)).

7. לצד ההצדקות שבקיומה של זכות הקיזוז, כרוך בה קושי, שכן היא פוגעת בעיקרון השוויון בין הנושים. עיקרון זה הנו אחד העקרונות החשובים כדיני פשיטת רגל ופירוק חברות, וזכות הקיזוז פוגעת בו, בכך שהיא מעניקה לנושה של חברה בפירוק אשר חב לחברה כספים יתרון על פני נושים אחרים, שאינם חבים כלפי החברה, בכך שהיא מאפשרת לו להיפרע את חוב החברה כלפיו, או חלקו, בדרך של קיזוז מחובו כלפי החברה. מבקריה של זכות הקיזוז טוענים, בין היתר, שכתוצאה מזכות הקיזוז מושווה מעמדו של בעל זכות קיזוז, למעשה, למעמדו של נושה מובטח, מבלי שנתקיימו תנאי היסוד הנדרשים בדרך-כלל לקיומה של בטוחה, כגון דרישת הרישום (פסק-דינו של השופט ת' אור בעניין הספקה הראשון, 175; ש' לרנר, "קיזוז חיובים מותנים בפשיטת רגל" משפטים כ"ב (תשנ"ג) 219, 227; א' פרוקציה דיני פשיטת רגל והחקיקה האזרחית בישראל (התשמ"ד-1984), 165-168; S.R. Derham *The Law of Set-off* (3rd Ed., 2003), at pp. 245 (להלן - Derham)).

כדי להגן על זכויותיהם של הנושים האחרים, הציב המחוקק מספר תנאים מוקדמים להפעלת זכות הקיזוז. התנאי הראשון, הקבוע בסעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל, הנו קיומו של "אשראי הרדי" או "חוב הרדי" או "עסקים הדדיים אחרים"; על-פי התנאי השני, נדרש כי החוב המקוזז יהיה בר תביעה; התנאי השלישי הנדרש בחוק הוא, ש"העסקים" בהם מדובר יצרו חיובים כספיים, או עשויים להסתיים לגבי כל אחד מהצדדים בחיובים כספיים; על-פי התנאי הרביעי, המועד הקובע לקיום ה"עסקים

ההדדיים" הוא מועד צו הכינוס; הדרישה ההמישית היא שהאשראי שניתן על-ידי הנושה המבקש להפעיל את זכות הקיזוז נוצר לפני שהנושה ידע על מעשה פשיטת הרגל (ראה: לוין וגרוניס, בעמ' 237).

הרצון לשמור על זכויותיהם של הנושים האחרים, הנפגעים עקב הפעלת זכות הקיזוז, הביא לכך, שבתי המשפט פרשו את התנאים המוקדמים להפעלת זכות הקיזוז בפירוק על דרך הצמצום (ראה: צ' כהן בספרה לעיל, בעמ' 680; פסק הדין של השופט ת' אור בעניין הספקה הראשון, 176; לגישה אחרת ראה בפסק דינו של השופט מ' חשין בעניין הספקה הראשון).

כפי שכבר צויין, בית המשפט המחוזי דחה את תביעתה של המערערת לקיזוז בשל כך, שהמועד הקובע בנסיבות בהן חברה קרסה וחדלה מלפעול הוא מועד מינויו של המפרק הזמני, ובמקרה דנן נוצר החיוב של החברה כלפי המערערת לאחר מועד זה. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי בנסיבות בהן ברי שהחברה צועדת במסלול של חדלות פירעון, חוב שנוצר לאחר מועד מינויו של המפרק הזמני וטרם מתן צו הפירוק, אינו יכול לקיים את הדרישות הנוספות הקבועות בסעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל: קיום עסקים הדדיים בין הצדדים ואי-ידיעת הנושה, בעת יצירת חובו של הגוף חדל הפירעון, כי אותו גוף עשה מעשה העשוי לשמש עילה להגשת בקשה להכריז עליו כחדל פירעון.

לאור פרשנות זו של תנאי סעיף 74 לפקודה נדחתה טענת הקיזוז של המערערת ומכאן הערעור.

8. השאלה העומדת לפנינו הנה האם מתקיימים במקרה דנן תנאיו של סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל שאליהם התייחס בית המשפט המחוזי בהחלטתו: קיומם של "אשראי הדדי או חוב הדדי או עסקים הדדיים"; היעדר ידיעה של המערערת על מעשה פשיטת הרגל; והאם המועד הקובע לקיזוז חל במועד מינוי המפרק הזמני או במועד מתן צו הפירוק הקבוע.

"אשראי הדדי או חוב הדדי או עסקים הדדיים אחרים"

9. בית המשפט המחוזי נימק את הקביעה שאין מדובר ב"עסקים הדדיים", ככך שמקור החוב לו טוענת המערערת אינו בעסקים הדדיים אלא בקריסת הבנק. לשיטתו של בית המשפט המחוזי, לאחר מינויו של מפרק זמני, בנסיבות בהן החברה קורסת,

חדלה מלנהל עסקים ונכנסת לשלב הסופני של חיסול עסקיה, לא ניתן כלל לדבר על קיומם של "עסקים הדדיים". בנוסבות כאלה, שבהן החוב של הבנק כלפי המערערת נוצר עקב קריסת הבנק, ולא במסגרת "עסקים הדדיים", החוב אינו בר קיזוז לפי סעיף 74 לפקודה. כך נאמר לעניין זה בהחלטה:

"במצב דברים כזה, כגון המצב דנן, אין עסקינן בחוב הדדי שהיה תלוי ועומד בעת פעילותה של החברה, אלא בחוב שעצם יצירתו הינה חלק מקריסת החברה, הפסקת פעילותה וכניסתה לפירוק זמני. במצב זה, לא זאת בלבד כי קשה לדבר על 'עסקים הדדיים', שכן החברה אינה מנהלת עוד עסקים כלשהם, אלא קורסת ומופעלים עליה הליכי ריכוז ומימוש נכסים בידי המפרק, אשר אינם בגדר 'אשרי הדדי' או 'עסקים הדדיים' עם איש מהנושים;

...

הקיזוז מול גוף חדל-פרעון נועד לטפל בשיקול הצדק הנוצר במצב הספציפי בו ערב הקריסה ושינוי הפאזה של החברה מצויים הנושה והחברה במצב המיוחד של קיום חובות הדדיים; במצב זה, קובע הדין כי התביעה ההדדית תפושט ותקוזז; הוא לא נועד בשום-פנים ואופן, ליתן לנושה סעד בגין נזקים תלויי-קריסה, הנובעים מעצם השינוי הפאזה של החברה."

10. הנמקה זו מעוררת את השאלה האם היוכבים של חברה שקרסה וחדלה לפעול כלפי צד שלישי, הנוצרים לאחר מינויו של מפרק זמני לחברה וטרם מתן צו לפירוקה, יכולים להיחשב כ"אשראי הדדי או חוב הדדי או עסקים הדדיים אחרים" כהגדרת סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל.

11. מבין שלושת המונחים בהם עושה המחוקק שימוש בסעיף 74 לפקודה, "אשראי הדדי, חוב הדדי או עסקים הדדיים אחרים", המונח "עסקים" הוא הרחב ביותר ולפיכך נתמקד במונח זה. על משמעותו של מונח זה הרחיב את הדיבור השופט מ' חשין בפסק דינו בעניין הספקה הראשון:

"קריאת הדברים כפשוטם תלמדנו, כי צירוף התיבות 'עסקים (הדדיים) אחרים' הוא בעל תחום ההתפרשות הרחב מכל, וכי ה'חוב' ההדדי וה'אשראי' ההדדי אינם אלא דוגמאות ספציפיות ל'עסקים (הדדיים) אחרים'. אכן, החלת זכות הקיזוז גם על 'עסקים הדדיים' ביטאה סופו של תהליך שהיה במשפט האנגלי, וזכות הקיזוז שצמחה עצמה בתחילה רק ל'חובות' הדדיים, נתרחה בחוק משנת 1869, גם ל'עסקים הדדיים'... הביטוי 'עסקים' הוא רחב-מכל-רחב, ועיקר כו הווא, שהזכות האמורה להתקוזז תיורלד במהלך עסקים רגיל ולא בדרך

אחרת (כך, למשל, במתנה, או במעשה נזיקין לגוף)“
(שם, בעמ' 146).

12. האם הזכות נשוא הדין, היא הזכות לפיצוי בגין הפרת החוזה, נולדה במהלך העסקים הרגילי?

בין המערערת ובין הבנק עמד, טרם הבקשה לפירוקו של הבנק, הסכם שלפיו הבנק היה אמור לבצע עבור המערערת פעולות בהשכון ניירות הערך שלה. פעילות זו, לכל הדעות, נופלת בגדר "עסקים" כמשמעותו של ביטוי זה בסעיף 74 לפקודה. הבנק, מצדו, נתן למערערת אשראי. המערערת טוענת כי היא לא ניהלה עסקים אחרים בחשבונה בבנק, "כי החוב הגטען בספרי המשיב אינו אלא אשראי ותוצאה של פעילות בתיק ניירות הערך האמור" ו"כנסיבות אלו, ... מדובר באותה מערכת נסיבות ואותה פעילות" (סעיף 5יב-יג לבקשה למתן הוראות). הבנק לא כפר בטענות אלה. בכל מקרה, אשראי זה נופל בגדרם של "עסקים" שבין המערערת לבין הבנק גם אם אותו אשראי לא נועד דווקא לשם ממון הפעילות בתיק ניירות הערך, ובלבד, שהוא ניתן במסגרת פעילותה העסקית של המערערת, שעל כך אין חולק.

13. הנה-כי-כן, אם נפסע בשביל אותו חרש בית משפט זה בעבר, הרי שבעניינינו מתקיימים עסקים הדדיים. הבנק והמערערת הם צדדים לאותה מערכת עסקית. המערערת חייבת לבנק חוב שמקורו בפעילותה העסקית בתיק ניירות הערך המוחזק על-ידי הבנק והבנק חב למערערת חוב, שכפי שהנחנו, צמח אף הוא מפעילות, ליתר דיוק: מהיעדר פעילות, בתיק ניירות הערך אשר הבנק ניהל עבור המערערת, ואשר בעקבותיו נגרמו לאחרונה נזקים. הסבירות של יחסי המסחר, כמו גם שיקולי צדק, מלמדים שאין להפריד הפרדה מלאכותית בין רכיביה של מערכת עסקית שלובה זו.

14. האם עסקים הדדיים אלה המשיכו להתקיים גם לאחר מינוי המפרק הזמני? מינוי מפרק זמני לחברה, כשלעצמו, אינו מביא לביטול חוזים שבין החברה לבין צדדים אשר התקשרו עימה בהסכמים טרם בקשת הפירוק. על כך ניתן ללמוד מההוראות הקבועות בפקודת החברות, אשר מונות את המקרים בהם הפירוק מאפשר או מביא כשלעצמו לביטול עסקאות שקדמו להגשת בקשת הפירוק (ראה: סעיף 355 לפקודת החברות שעניינו ביטול עסקאות שקדמו לפירוק עקב העדפת מרמה, ביטול שעבוד צף שקדם לפירוק על-פי סעיף 359, והאפשרות להשתחרר מגכס מכביד כאמור בסעיף 361 לפקודת החברות; ראה גם: צ' כהן, בעמ' 470-477). התייחס לכך המלומד Derham בספרו הנ"ל בעמ' 394:

"Insolvency of itself generally does not terminate outstanding contracts to which the insolvent is a party. Nor does it necessarily constitute a repudiation of the contract so as to entitle the other contracting party to elect to treat the contract as terminated."

משהחווה אשר הסדיר את יחסי הצדדים המשיך לעמוד בתוקפו גם לאחר מינוי המפרק הזמני, המשיכה להתקיים בין הצדדים המערכת העסקית שביניהם.

עם זאת, ואף שמינוי המפרק או חדלות הפירעון, כשלעצמם, אינם פוגעים בתוקף החוזים בהם החייב קשור, עשויים להיות מקרים בהם החייב חדל הפירעון אינו מסוגל, במצב שנוצר, לקיים את חיוביו. במצב דברים כזה ניתן לראות את החייב כמי שמתנער מן החווה. כך מציין Derham:

"A repudiation may occur if insolvency is coupled with other circumstances. For example, insolvency may have the effect of putting it beyond the insolvent's power to perform his obligations under a contract". (*ibid*, at p. 394).

התנערות מהחווה על-ידי החייב בנסיבות אלו עולה כדי הפרה של החווה על-ידי החייב, והיא מקנה לצד האחר זכות לפיצוי:

"כאשר המפרק אינו רשאי, מכוח דיני החוזים או מכוח דיני הפירוק, כמבואר לעיל, להביא את החווה לידי סיום, עלול אי קיום החווה על-ידי המפרק עקב היכנסה של החברה לפירוק לעלות כדי הפרה של החווה. הפרה כזו תגרום להיוב החברה בפיצויים למתקשר, וזאת גם כאשר פירוק החברה נגרם שלא על-פי רצונה של החברה, כגון עקב היותה חסרת כושר פירעון." (צ' כהן בספרה הנ"ל בעמ' 475).

כך קובע גם Derham בספרו:

"When a person who becomes bankrupt or goes into liquidation has a contingent debt pursuant to a prior contract, the fact of the bankruptcy or the liquidation will sometimes constitute a repudiation of the contract which, if accepted, would give rise to a vested liability in damages." (*ibid*, at pp 344)

התייחס לכך גם המלומד P.R. Wood בספרו *English and International Set-Off* (London, 1989):

"Insolvency does not automatically bring the business of the insolvent to an end ... If, however, a liquidator has declared his inability to perform the company's contracts or if the effect of the insolvency is to put it beyond the power of the insolvent to perform, the other contracting party may treat this as an immediate breach of contract and claim damages ..." (*ibid*, at p. 305).

15. האם חוב כזה, הנוצר בשל קריסתה של החברה וחוסר יכולתה לקיים את החוזים עליהם היא התומה, הנו חוב הניתן לקיוזו כנגד חובו של הנושה להכרה:

סעיף 74 לפקודה מתנה את הקיוזו, בין היתר, בקיומם של "עסקים הדדיים" בין הצדדים וכך שהקיוזו הוא תוצאה של ההשכון הנערך לגבי המגיע לכל צד מכוח אותם עסקים. בענייננו, בין הצדדים אכן התקיימו עסקים הדדיים גם לאחר צו הפירוק הזמני, שכן חוזה ניהול תיק ניירות הערך נותר, כפי שהוסבר לעיל, בתוקפו ועמו (לפי טענת המערערת) החובה המוטלת על הבנק לקיימו גם לאחר צו הפירוק הזמני. סגירת שערי הבנק עקב המעילה היא אמנם סיבת ההפרה ויש בה, מבחינה עובדתית, כדי להסביר מדוע הבנק הפר את החוזה, אך היא אינה המקור המשפטי ממנו צמחה זכותה של המערערת לפיצוי. מקור הזכות הוא בהסכם ניהול תיק ניירות הערך שבין הצדדים, ומשום נכרת על רקע קיומם של עסקים ביניהם, התקיים התנאי הקבוע בסעיף 74, כפי שפורש על-ידי השופט חשין בעניין הספקה הראשון: "שהזכות האמורה להתקזז תיוולד במהלך עסקים רגיל". העובדה שהפרת החוזה נגרמה עקב קריסתו של הבנק אינה שוללת את קיומם של עסקים הדדיים בין השניים, כמו גם את העובדה שהחוב שצמח למערערת מקורו באותם עסקים. כנסיבות אלו, זכותו של הצד האחר לפיצוי ניתנת לקיוזו.

כך מסביר Derham בספרו, בהתייחסו לזכות לפיצויים שקמה לצד האחר עקב חוסר היכולת של החייב לקיים את חיוביו:

"The damages claim could be proved and it could be the subject of a set-off" (*ibid*, at p. 344).

גם Wood מציין בספרו הנ"ל:

"Generally where insolvency amounts to a repudiation of the contract, the solvent party can prove for any damages suffered and any such damages are available for set-off" (*ibid*, at p. 305).

טול למשל את עניין הספקה הראשון. באותו מקרה ביקשה המשיבה לקזז אל מול חובה לאגודה שבפירוק הוב של האגודה כלפיה שנוצר עקב מתן ערכות על-ידי המשיבה לחוב של האגודה כלפי צד ג'. הערבות עצמה ניתנה על-ידי המשיבה זמן רב קודם להליכי הפירוק. באותו השלב, הסביר השופט חשין בפסק דינו (ולעניין זה לא היו חילוקי דעות בין הרוב ובין המיעוט), היה "ערכו של החוב המותנה – הסיכון למימוש – נמוך למדי. במהלך הדברים הרגיל, מצבו של החייב אותה עת הוא ככי טוב, ועם שהסיכוי כי יפרע את חובו הוא גבוה, קטן הסיכוי כי הערב ייאלץ לכבד ערכותו. היוצרות מתהפכות עם הליכי פשיטת הרגל, וסיכונו של הערב גדל עד שהופך הוא לכמעט-ודאות ... שהופכת תוך זמן קצר לוודאות". בין שופטי ההרכב נפלה באותו מקרה מחלוקת, האם הערבה הייתה רשאית לקזז את החוב המותנה, לאור הסיכון הגבוה, כמעט ודאי, שהיא תאלץ לכבד את ערכותה ולפרוע את החוב, גם קודם להתגבשותו לחוב בר תביעה (מה שאירע רק לאחר מתן צו הפירוק). אך לא הייתה מחלוקת על כך שמדובר בחוב שמקורו בעסקים הדדיים, זאת חרף העובדה שהחוב המותנה הפך לחוב בר תביעה עקב הקריסה. לשון אחר, העובדה שמדובר בחוב "תלוי קריסה", כלשונו של בית המשפט המחוזי, כמוכן זה שהסיבה המיידית שהביאה להיווצרותו נעוצה בקריסה, אינה שוללת את היותו חוב בר קיזוז אם מקורו ב"עסקים הדדיים".

מכאן, שהחוב הנטען של הבנק למעוררת מקורו בעסקים הדדיים בין השניים, ובהיבט זה הוא עונה על דרישתו של סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל.

ידיעתה של המערערת על מעשה פשיטת הרגל של הבנק
16. תנאי נוסף לקיזוז על-פי סעיף 74 לפקודה הוא כי:

"הוראת סעיף זה לא יזכו אדם בקיזוז כנגד נכסי החייב אם בשעה שנתן אשראי להייב ידע שהחייב עשה מעשה שאפשר היה להשתמש בו להגשת בקשת פשיטת רגל נגד החייב כיום שהוגשה בקשה שעל-פיה הוכרו פושט רגל".

17. דרישה זו נועדה להבטיח כי רכישת זכות הקיזוז תיעשה בתום לב. כפי שהסביר השופט ד' לויין בעניין הספקה הראשון, "הדרישה הנ"ל באה למנוע חשש של רכישת יתרון בלתי הוגן על-ידי הנושה הטוען לזכות הקיזוז באמצעות כריתת עסקה עם החייב (פושט הרגל), לפני מתן צו הכינוס אולם תוך ידיעה על מעשה פשיטת הרגל" (שם, בעמ' 167). תנאי זה גם מונע מנושה של החברה אשר אמור לקבל דיכידנדו בלבד, להמחות את חובו לחייב של החברה לאחר שהנושה כקשה לפירוק החברה, כדי שיקזז את החוב במלואו ויתחלק ברורה עם הנושה על חשבון יתר הנושים (צ' כהן, עמ' 690-692; לרנד, בעמ' 220; להמחאה לשם קיזוז בטרם הגשת בקשת הפירוק ראה ענין הספקה השלישי).

18. בענייננו, קבע בית המשפט המחוזי, כי דרישה זו אינה יכולה להתקיים מקום בו צד מבקש לקזז חוב שהתגבש לאחר מינויו של מפרק זמני, שכן בשלב זה "הכיצד יכול נושה לטעון כי בעת שנוצר החוב תלוי-הקריסה כלפיו לא ידע על קריסת החברה?" עם זאת, בית המשפט המחוזי לא קבע "ממצאים בדבר כוונה תחילה של אמדאוס 'לייצר' טענת קיזוז", שכן, לשיטתו, הסוגיה במחלוקת הוכרעה בלא צורך לקבוע ממצאים בעניין זה.

19. המערערת טוענת, כי הדרישה לא-ידיעת הטוען לקיזוז כשעת היווצרות החוב על מעשה פשיטת הרגל, נועדה להבטיח את תום לבו של המבקש לקזז. המערערת, לטענתה, נהגה כל העת בתום לב. מיום היוודע לה על המעילה, היא הפסיקה את עסקיה עם הבנק והקטינה את נזקיה ככל יכולתה.

20. לדעתי אין לקבל גם בנושא זה את גישתו של בית המשפט המחוזי. ראשית, ראוי לשים לב כי בעוד שזכות הקיזוז משתרעת, לפי האמור בסעיף 74 לפקודה, על "אשראי הדדי", "חוב הדדי" או "עסקים הדדיים אחרים", הסייג שעניינו בידיעת הטוען לקיזוז על מעשה פשיטת הרגל מתייחס אך לעניין ה"אשראי", דהיינו, למקרה בו אדם "נתן אשראי לחייב" (בעניינו החברה). ספק בעיני אם המקרה שלפנינו, שבו מקור החוב הנטען של הבנק למערערת בהפרת הוזה על-ידי הבנק, חל חריג זה שעניינו במתן אשראי. שנית, אפילו נכלול, לצורך פרשנותו של תנאי זה, בביטוי "אשראי" גם תביעה שמקורה ב"עסק הדדי", כי אז המועד הקובע לעניין הידיעה על מעשה פשיטת הרגל צריך שיהא, בהתאמה, מועד קשירת העסקה ממנה צמח החוב. כמקרה שלפנינו, העסק של ניהול תיק ניירות הערך נקשר בין הצדדים לפני מינויו של המפרק הזמני, כאשר לאחר המינוי המערערת לא יזמה עסקים חדשים עם הבנק והקשר שלה עמו התמשך

בעל כורחה. שלישית, דרישה זו נועדה למנוע, כפי שצוין לעיל, רכישת יתרון שלא כתום לב. הבנק אמנם העלה טענות מסוג זה, אך בית המשפט קמא לא קבע שהמערערת פעלה במתכוון ליצירת חוב של הבנק כלפיה על-מנת להשיג יתרון על פני נושים אחרים של הבנק בחוסר תום לב.

על-פי פרשנותו של בית המשפט המחוזי, בכל מקרה בו חוזה נכרת לפני מתן צו הפירוק הזמני, אך הופר לאחריו, הפיצוי המגיע בגין ההפרה לא יהא ניתן לקיזוז בשל כך שההפרה אירעה לאחר מינויו של מפרק זמני, שאז הנושה כבר ידע על קריסת החברה. פרשנות זו אינה תואמת את הרציונאל של הוראה זו שנועדה למנוע, כאמור, רכישת חוב שלא כתום לב. התייחס לכך לדונר במאמרו הנזכר לעיל:

”אין טעם שלא להתחשב בעסקה קודמת, אם חובו של פושט הרגל התגבש באופן טבעי, ללא חשש לקנוניה, רק לאחר הוצאת הצו לכינוס נכסים”. (שם, בעמ' 224).

נראה, אם כן, שגם הדרישה הקבועה בסעיף 74(א) סיפא לפקודת פשיטת הרגל לא מונעת, את קיזוז החוב, רק משום שזה התגבש עקב הפרת ההסכם לאחר מינויו של המפרק הזמני.

המועד הקובע לקיומם של “עסקים הדדיים” לצורך קיזוז בהליכי פירוק חברה

21. השאלה שעמדה במוקד החלטתו של בית המשפט המחוזי הייתה מהו המועד הקובע לקיומם של עסקים הדדיים לעניין זכות הקיזוז: מועד מינויו של המפרק הזמני (או מועד בקשת הפירוק), שאז, לכאורה, למערערת לא עומדת זכות הקיזוז, שכן חוב הבנק כלפיה התגבש, כנראה, לאחר מועד זה, או מועד מתן צו הפירוק, שאז החוב של הבנק כלפי המערערת נולד והתגבש קודם למועד זה, ועל כן הוא בר קיזוז.

22. כפי שצוין לעיל, בית המשפט המחוזי קבע, כי בנסיבות בהן חברה קרסה וחדלה לפעול כבר בעת מינוי המפרק הזמני, המועד הקובע לקיומם של החיובים ההדדיים הנו מועד מינוי המפרק הזמני.

בית המשפט המחוזי הבחין בין מצב “קלאסי” של הגשת בקשה לפירוק חברה, או בית המשפט ניצב בדרך-כלל בפני בקשה לפירוק זמני המוגשת במעמד צד אחד כאשר לפניו טענות וראיות לכאוריות של המבקש בלבד, והוא נתון במצב של חוסר ודאות לגבי מצב החברה, לבין מצב בו חדלות הפירעון של החברה אינו שנוי במחלוקת. למשל, כאשר בקשת הפירוק מכילה הודאה ברורה וחד-משמעית מצד מנהלי

החברה כי החברה הדלת פירעון או פסקה מלפעול, או שמצויות לפניו ראיות ברורות המעידות על כך כי החברה פיטרה את עובדיה וסגרה את שעריה. במצב הדברים האחרון, בו לא ניתן לדבר עוד על עסק חי, סבר בית המשפט המחוזי, המתנה עד להוכחה הפורמאלית של הדלות הפירעון הנה פורמליזם מיותר העשוי להזיק לנושי החברה. לפיכך, מן הראוי להעביר את החברה לשלב הקולקטיבי והסופני של הליכי הפירוק כבר במועד מינויו של המפרק הזמני. פירוק זמני מהסוג האחרון דומה לפירוק קבוע, ולא למצב של הגשת בקשת פירוק מול חברה פעילה, מה גם שפקודת החברות מורה על עיכוב הליכים אוטומטי של תביעות נגד החברה כבר במועד מתן צו הפירוק הזמני. המסקנה, לפיה בנסיבות אלה מועד מינויו של המפרק הזמני הנו המועד הקבוע לעניין קיזוז, מתיישבת, לשיטתו של בית המשפט המחוזי, עם ההיגיון הפנימי של דיני הקיזוז ואיזונו עם עקרון היסוד של השמירה על השוויון בין הנושים.

23. המערערת טוענת, כי המועד הקבוע לביצוע קיזוז לפי ההלכה שנקבעה על-ידי בית-משפט זה הוא מועד צו הפירוק הקבוע, בעוד מועד מינוי מפרק זמני, או יום סגירת שערי הבנק אינם רלוונטיים כלל לנושא זה. על-פי הטענה, נזקה של המערערת נגרם במהלך התקופה שתחילתה ביום סגירת שערי הבנק ועד ליום שחרור התיק לידיה, זאת, טרם מתן צו הפירוק הקבוע. לפיכך, מדובר כחוב שהתגבש טרם המועד הקבוע.

24. לטענת הבנק, צדק בית המשפט המחוזי בקובעו כי המועד הקבוע לביצוע קיזוז בהתאם להוראת סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל הנו מועד מינויו של המפרק הזמני. החלטת בית המשפט קמא תואמת את התפיסה העומדת בבסיסה של זכות הקיזוז בדיני חדלות פירעון, כפי שבאה לידי ביטוי בחקיקה ובפסיקה, המנסה לאזן בין החשש מגרימת אי-צדק לנושה שהוא גם חייב של החברה, לבין החשש מפגיעה כיתר הנושים כתוצאה מהקטנת מסת הנכסים העומדת לחלוקה בין הנושים עקב הקיזוז.

25. לפי סעיף 74(ב) לפקודת פשיטת הרגל, "הקביעה מה הם העסקים הניתנים לקיזוז לפי סעיף זה תיעשה לפי מצבם ביום שבו ניתן צו הכינוס". השאלה העולה היא מהו המועד הרלוונטי בהקשר של פירוק חברה? האם המועד המקביל לצו כינוס הנכסים בדיני פירוק הוא מועד מינויו של מפרק זמני, או שמא מועד צו הפירוק הקבוע?

26. בית-משפט זה קבע בעבר, יותר מפעם אחת, כי המועד הקבוע לעניין קיזוז בהליכי פירוק חברה בירי בית המשפט הוא מועד צו הפירוק:

"בפשיטת רגל - וכמוה בפירוק חברות - נקבע מועד קובע המבדיל בין עבר לבין עתיד: שעבר בכוחו להוליד זכות ועתיד לא עוד יוליד זכויות.
בפשיטת רגל נקבע יום ההקפאה ליום מתן צו הכינוס: סעיף 71 לפקודת פשיטת הרגל וכך סעיף 74(ב) לפקודה. אשר לפירוק חברה, ראינו את קביעתו של סעיף 353 לפקודת החברות ... שלפיו יחולו דיני פשיטת הרגל על חברה חדלת פירעון. השאלה היא, מהו - בפירוק חברה - המועד המקביל לצו כינוס הנכסים שבפשיטת רגל? בנושא זה היו חילוקי דעות, אך דומה שכיום נתקבלה הסברה כי רואים את יום נתינת הצו לפירוקה של חברה כמקביל ליום ניתנת הצו לכינוס נכסים בפשיטת רגל" (פסק הדין של השופט חשין בעניין הספקה הראשון, עמ' 163-164).

כך נקבע גם בעניין הספקה השלישי על-ידי המשנה לנשיא, ש' לויך:

"המועד הקובע לזכות הקיזוז לפי סעיף 74 לפקודה הוא, לענין דיני פשיטת הרגל מועד צו הכינוס...הוראות אלו טעונות התאמה לדיני הפירוק ונפסק שהמועד המקביל לצו הכינוס בדיני הפירוק הוא מועד צו הפירוק ולא מועד הגשת הבקשה לפירוק" (שם, בעמ' 17).

(וראה לעניין זה גם: ע"א 522/72 מדינת ישראל נ' כונסי נכסים של החברה וולטקס צמרון, פ"ד כז(2) 393, 396; ע"א 5005/90 הספקה חברה מרכזית לחקלאים בע"מ נ' בית יצחק - שער הפר, אגודה להתיישבות חקלאית בע"מ, פ"ד מט(3) 458, 464 (להלן - עניין הספקה השני); ע"א 4752/92 מקט בע"מ (בכינוס נכסים ובפירוק) נ' החברה לביטוח סיכוני סחר חוץ בע"מ, פ"ד נא(2) 214, 221; ת.א (י-ם) 1595/87, המ' 490/89 בנק צפון אמריקה בע"מ (בפירוק) נ' תואס מפעלים אגודה שיתופית חקלאות בע"מ, פ"מ תשנ"ב ב', 89, 98 (השופטת מ' נאור); ת.א (כ"ש) 1589/92, ת"ה 814/93 עו"ד אברהם גולדברג נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (השופט א' גרוניס); גרוניס ולויך, בעמ' 244, ה"ש 43; צ' כהן, בעמ' 690)).

קביעה זו, לפיה המועד הקובע לקיזוז בהליכי פירוק הוא מועד צו הפירוק, נומקה בפטיקה במספר טעמים:

הטעם האחד, שנזכר על-ידי השופט ד' לויך בפסק דינו בעניין הספקה הראשון, השופטת נאור בענין בנק צפון אמריקה והשופט גרוניס בענין גולדברג, הנו כי תוצאה זו מתחייבת מלשונה של תקנה 53 לתקנות החברות (פירוק) בשילוב עם הוראות סעיף 354(ה) לפקודת החברות.

תקנה 53 לתקנות החברות (פירוק) קובעת:

"על זכויותיהם של נושים, על תביעת חובות ועל חלוקת דיבידנדים בפירוק חברה, יחולו הוראות פרק ד' לתקנות פשיטת הרגל, ככל שאינן סותרות תקנות אלה ובשינויים המחויבים: לעניין זה, שינויים כאמור – 'חייב' - חברה בפירוק; - 'יום מתן צו הכינוס' - התאריך הקובע כמשמעותו בסעיף 354(ה) לפקודה; 'נאמן' – מפרק".

סעיף 354(ה) לפקודת החברות קובע:

"לעניין סעיף זה, 'התאריך הקובע' הוא, לגבי חברה שהיא בפירוק בידי בית המשפט ולא התחילה קודם לכן בפירוק מרצון - תאריך צו הפירוק, וככל מקרה אחר - תאריך תחילת הפירוק".

התוצאה המתקבלת משילובם של שני דברי החקיקה האמורים, כפי שמציין השופט ד' לויין בפסק דינו בעניין הספקה הראשון, היא "כי 'המועד הקובע' לעניין קיזוז בהליכי פירוק חברה בידי בית המשפט הוא, במצוות המחוקק, תאריך צו הפירוק" (שם, בעמ' 165).

טעם נוסף נזכר על-ידי הנשיא שמגר בפסק דינו בעניין הספקה השני. בפסק דין זה נקבע, על יסוד הדמיון בין צו פירוק ובין צו כינוס הנכסים, שהמועד הקובע לעניין קיזוז בהליכי פירוק חברה הוא מועד צו הפירוק:

"בחינת הליכי פשיטת הרגל למול הליכי הפירוק מצביעה על דמיון בין צו הכינוס לבין צו הפירוק ונפקויותיהם. כך, צו הכינוס מעכב, מיידית, הליכים כלפי החייב (סעיף 20(א) לפקודת פשיטת הרגל); ואף צו הפירוק - תוצאתו עיכוב הליכים מידי (סעיף 267 לפקודת החברות). בדומה, בקשת הנושה למתן צו כינוס בהליכי פשיטת רגל איננה מעכבת מיידית הליכים כנגד החייב, אם כי ניתן לבקש זאת (סעיף 22(א) לפקודת פשיטת הרגל); ואף בקשת הפירוק פועלה דומה (סעיף 264 לפקודת החברות). יתר על כן, השלב הגוסף בהליכי פשיטת הרגל - צו הכרזה על פשיטת רגל (סעיף 42 לפקודת פשיטת הרגל) נפקותו היחידה, למעשה, היא העברת נכסי החייב לנאמן על מנת לאפשר חלוקתם בין הנושים. שלב זה איננו קיים כלל בפירוק חברה, שכן המפרק איננו מקבל לבעלותו את נכסי החברה אלא אך מנהלם" (שם, 464-465).

השופט ד' לויין מציין סיבה נוספת לכך שהמועד הקובע ראוי שיהיה מועד מתן צו הפירוק, והיא הרצון לשקם את החברה בעת תקופת כהונתו של המפרק הזמני והמגמה שלא לדרבן נושה לתבוע את פירעון חובו לפני מתן צו הפירוק:

"משמוגשת הבקשה לפירוק החברה נופל דבר כ'חיי החברה' ובתפקודה. אין הדברים כתמול שלשום. התקופה שבין תאריך הגשת בקשת הפירוק לבין תאריך צו הפירוק הינה תקופת מעבר, שבה על החברה לנהוג זהירות יתרה בעשייתה, כשלא אחת פעולתה של החברה מלווה בפיקוחו של בית המשפט, כאמצעות קדם מפרק זמני או מפרק זמני או כונס נכסים, הכול לפי הנסיבות ולפי מהות בקשת הפירוק. בתקופת המעבר נעשים ניסיונות להחיות את החברה ולהחזיר אותה לדרך המלך. לא אחת מנוצלת תקופה זו למציאת הסדר או פשרה, כאמור בסעיף 233 לפקודה, כדי להציל את הניתן ולהמשיך בדרך שתמזער את הנזק לנושים השונים ולבעלי המניות. אם מצליח הדבר - מתייחד הצורך בהמשך הליכי הפירוק, ולא ניתן כלל צו לפירוק החברה. אם נושי החברה נוהגים בתבונה בשלב האמור, אזי אין הם נחפזים בהפעלת ערכויות, במימוש שעבודים ובעתירות לצווי ביניים, שהרי באלה יש כדי לסכל מראש כל סיכוי להחייאת החברה. גישה זו, אם רק אפשרית היא, הינה מבורכת ויש לעודדה... כדי לאפשר מימושה של המגמה הנ"ל, צריכה המדיניות המשפטית הראויה שלא לדרבן נושה לתבוע את פירעון הערכות לפני מועד מתן צו הפירוק" (פסק הדין בעניין הספקה הראשון, 166).

מקור השראה נוסף לזיהוי מועד כינוס הנכסים בפשיטת רגל עם מועד צו הפירוק בפירוק חברות, הוא הדין הנוהג במשפט האנגלי, שבו המועד הקובע לצורך קיזוז כהליכי פירוק חברה הוא מועד מתן צו הפירוק (ראה: פסק הדין בעניין הספקה השני, עמ' 462-463). זאת, משום ש"ניסוחן של הוראות-החוק שלעניין כמעט זהות להוראת פקודת פה"ר, ובוודאי כך דינן של דוקטרינות המחלחלות בחוק" (פסק דינו של השופט חשין בעניין הספקה הראשון, בעמ' 152).

לעניין זכות הקיזוז כהליך פירוק חברות המחוקק האנגלי קבע הוראה מיוחדת בכלל 4.90 ל - Insolvency Rules 1986, הקובעת:

"(1) This Rule applies where, before the company goes into liquidation there have been mutual credits, mutual debts or other mutual dealings between the company and any creditor of the company proving or claiming to prove for a debt in the liquidation.

(2) An account shall be taken of what is due from each party to the other in respect of the mutual dealings, and the sums due from one party shall be set off against the sums due from the other".

סעיף 247(2) ל- Insolvency Act 1986 מגדיר את המועד בו החברה " goes into liquidation" כמועד מתן צו הפירוק:

247. "Insolvency" and "Go into Liquidation"

...

(2) For the purposes of any provision in this Group of Parts, a company goes into liquidation if it passes a resolution for voluntary winding up or an order for its winding up is made by the court at a time when it has not already gone into liquidation by passing such a resolution".

סעיף 247(2) הנ"ל אמנם לא הוחל באופן מפורש על כלל 4.90 של ה- Insolvency Rules 1986, אך הפסיקה האנגלית יישמה את הסעיף הזה בהקשר של קיזוז בהליכי פירוק, כך שכיום ברור שרק היובים שנוצרו טרם מתן צו הפירוק כנגד חברה חרלת פירעון ניתנים לקיזוז (ראה: *Re Fenton (no 1) ex parte Fenton Textile Association, Ltd.* [1931] 1 Ch 85, 105; *Barclays Bank Ltd. V. TOSG Trust Fund Ltd.* [1984] BCLC 1, 25; *Re Charge Card Services Ltd.* [1987] 1 Ch 150, 177; *MS Fashions Ltd. V. Bank of Credit and Commerce International SA.* [1993] Ch 425, 446; Wood at p. 273; Derham, at p. 260).

27. בית המשפט המחוזי היה ער להלכה שיצאה מלפני בית משפט זה, לפיה המועד הקובע לעניין קיזוז בפירוק חברות הוא מועד מתן צו הפירוק הקבוע. אלא שלשיטתו, הלכה זו אינה חלה בענייננו, שכן אותה פסיקה התייחסה לחברה שהמשיכה בניהול עסקיה עד למועד הפירוק הקבוע, ולא במצב בו החברה "שבקה חיים לכל חי" וסגרה שעריה סמוך להגשת בקשת הפירוק ועקב כך מונה לה מייד מפרק זמני אשר סגר את שעריה והפסיק את פעילותה. על-פי קביעתו של בית המשפט המחוזי, הרציונאליים שעמדו בבסיס הקביעה בפסקי הדין הנ"ל, לפיה המועד הקובע הנו מועד מתן צו הפירוק, דווקא מצדיקים להקדים את המועד הקובע ליום מינויו של המפרק הזמני בנסיבות המקרה דנן. על-פי ההחלטה, הטעמים שעמדו בבסיס פסק הדין בעניין הספקה השני, ובמיוחד הטעם שמינויו של מפרק זמני מביא אף הוא, בדומה לצו הכינוס, לעיכוב אוטומאטי של הליכים נגד החברה, מתקיימים בענייננו כבר ממועד מינויו של המפרק הזמני, אשר בפועל החל לפעול כמפרק קבוע. בנוסף, סבר בית המשפט קמא כי

בניגוד לנימוק שעמד בבסיס הקביעה בפסק הדין בעניין הספקה הראשון, במקרה דנן ברור היה בעת מינויו של המפרק הזמני כי יינתן צו פירוק כנגד הכנק, והמפרק הזמני כלל לא התכוון לפעול לשיקומו.

28. אכן, חלק מהשיקולים שנמנו בפסיקה בזכות הקביעה שמועד צו הפירוק הקבוע יהא המועד הקבוע לעניין הקיזוז אינם חלים במקום שבו עם מינוי המפרק הזמני הופסקה פעילותה של החברה והוברר באופן חד משמעי שפני החברה לחיסול ולא לשיקום. כזה במיוחד הוא הטעם שנזכר בפסק דינו של השופט ד' לוי בעניין הספקה הראשון, שעניינו ברצון לשקם את החברה בעת תקופת כהונתו של המפרק הזמני. חלק אחר של הטעמים, כמו הדמיון בין צו הכינוס לבין צו הפירוק, מבחינת עיכוב ההליכים, יכול שיחול הן לעניין מועד צו הפירוק והן לעניין מועד מינוי המפרק הזמני, שגם הוא גורר אחריו עיכוב הליכים (סעיף 267 לפקודת החברות). עם זאת, אני סבור שאין לסטות מההלכה הקובעת את מועד צו הפירוק (הקבוע) כמועד הקבוע לעניין הקיזוז, גם במקום שבו מתברר כבר כמועד מינוי המפרק הזמני כי פני החברה לחיסול, וזאת מהטעמים שיימנו להלן.

ראשית, כפי שנקבע בפסיקה וצוין לעיל, על-פי תקנה 53 לתקנות החברות (פירוק), תשמ"ז – 1987, בשילוב עם סעיף 354(ה) לפקודת החברות, המועד הקבוע לעניין זכויותיהם של נושים בפירוק, שהוא המועד המקביל למועד מתן צו הכינוס בפשיטת רגל, הוא תאריך צו הפירוק. הוראה זו חלה על כל פירוק של חברה, והיא אינה מבחינה בין חברה אשר קרסה עם מתן צו הפירוק הזמני לבין חברה שהמשיכה בניהול עסקיה לאחר מועד זה ועד למועד מתן צו הפירוק הקבוע.

שנית, אני סבור שהשאלה מהו המועד הקבוע לצורך קיזוז היא שאלה שהתשובה עליה חייבת שתהא ודאית, ולא תשתנה כהתאם לנסיבות, היינו בהתאם למצבה של החברה בעת מתן צו הפירוק הזמני. "המועד הקבוע 'תופס' את כל הנוגעים בדבר על זכויותיהם במועד נתון ... המועד הזה הוא אולי שרירותי, אך יש לו השפעה והשלכה בעניינים רבים הנוגעים לחייב פושט הרגל, לנושיו ולחייביו" (פסק דינו של השופט ת' אור בעניין הספקה הראשון, בעמ' 182). מועד זה "... מכדיל בין עבר לבין עתיד; שעבר בכוחו להוליד זכות ועתיד לא עוד יוליד זכויות" (דברי השופט חשין, שם, בעמ' 164). קביעת מועד אחד, בנסיבות מסוימות, ומועד אחר, בנסיבות אחרות, תיצור חוסר וודאות לגבי קיומה של זכות הקיזוז, אשר עלול לגרום להתדיינות ממושכות ולמחלוקות לא רצויות. חוסר הוודאות בולט במיוחד בשלב הגשת בקשת הפירוק, בהקשר ליכולתו של המפרק הזמני לשקם את החברה.

שלישית, עקרון השוויון בין הנושים מהייב קביעת מועד אחד להיווצרות חובות של חברה בפירוק כלפי כל הנושים, מה שמחייב אחידות בין המועד הקובע לקיומם של חובות בני תביעה, ובין המועד הקובע לעניין קיומה של זכות הקיזוז. כפי שציין השופט השני בפסק דינו בעניין הספקה הראשון (וגם בנושא זה לא נפלה מחלוקת בין דעת הרוב לבין דעת המיעוט), "יום צו הכינוס הוא המועד המכריע הן לעניין קביעתם של חובות וחבויות שהם בני-תביעה כפשיטת רגל (לפי סעיף 71 לפקודה), והן לעניין קביעת אותם סוגי עסקים הראויים להוליד זכות קיזוז (לפי סעיף 74(א) לפקודה)" (שם, עמ' 151). גם הנשיא שמגר ציין בפסק דינו בעניין הספקה השני, ש"ככלל יש לפרש את ההוראה שעניינה בקיזוז חובות כפשיטת רגל או בפירוק, בסמוך להוראה שעניינה חובות בני תביעה במקרים האמורים" (שם, עמ' 462).

תקנה 53 לתקנות החברות (פירוק) בשילוב עם סעיף 354(ה) לפקודת החברות, קובעים כי לעניין הוכחת חובות, המועד המקביל למועד צו הכינוס הוא מועד צו הפירוק. אם נאמר, שבכל הנוגע לקיזוז בהליכי פירוק, המועד הקובע להוכחת חובות הוא מועד מינוי המפרק הזמני, ולא מועד צו הפירוק, כי אז ייווצרו שני מועדים שונים להוכחת חובות בהליכי פירוק חברה: מועד מתן צו הפירוק, שיחול ביחס לכלל הנושים, ומועד מינוי המפרק הזמני, שיחול לגבי הוכחת חובות בני קיזוז, גם זאת רק לגבי אותם מקרים בהם החברה הגיעה במועד זה לסוף דרכה. פרשנות כזאת תפגע בעיקרון השוויון בין הנושים שהוא עיקרון חשוב ומרכזי בהליכי פירוק חברה, והיא עשויה להביא לתוצאות בלתי צודקות.

המגמה ליצור אחידות בין המועד הקובע להוכחת כלל החובות ובין המועד הקובע לקיומה של זכות הקיזוז, היה גם הטעם שהביא את הפסיקה האנגלית לקבוע את מועד מתן צו הפירוק כמועד הקובע גם לעניין הקיזוז:

"If these provisions are considered without reference to authority, it seems to me that they ought to be understood as fixing the date with reference to which the account is to be taken for the purposes of set-off at the date of the receiving order, which for nearly all the purposes of the Act, except the commencement of the title of the trustee, is made the material date. Prima facie it would seem that the line which is drawn for defining what debts are to be provable in the bankruptcy must be also the line for defining what cross-claims are to be set off in the case of a creditor whose set-off is not stopped at an earlier

date by notice of an act of bankruptcy. If the line were to be drawn at different times for the two purposes of proof and set-off, the result might be unjust" (*Re Daintrey Ex parte Mant.* [1900] 1 QB 546, at pp. 555)

ברוח דברים אלה מציין גם המלומד Derham:

"The right of set-off essentially is an aspect of the rules regulating the proof of debts, and it has generally been the case in the past that the date which defined the accounts to be balanced was the same as that which determined what claims could be proved in the bankruptcy. The Insolvency Act 1986 conforms with the general approach, since the 'commencement of the bankruptcy' is expressed to constitute the relevant date in both cases. This refers to the day of the bankruptcy order, as opposed to the date of the petition. In the case of a company liquidation, both the right of proof and the right of a set-off are determined by reference to when the company goes into liquidation." (*ibid*, at pp. 259-260)

ולכסוף, דומה כי יפה לענייננו גם השיקול שהזכיר הנשיא שמגר בפסק דינו בעניין הספקה הראשון, כי לא רצוי "לפתוח פרשנות מחודשת של סעיף 74 הנ"ל ללא בדיקה משפטית-כלכלית מקיפה, שתיערך עובר לייזום שינויים חקיקתיים, אם יוחלט עליהם" (שם, בעמ' 183; וראה גם: ענין הספקה השלישי, המשנה לנשיא ש' לוי (שם, בעמ' 21-22), השופט ד' ביניש (שם, בעמ' 28); ע"א 1689/03 כרטיסי אשראי לישראל בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי (טרם פורסם, פסקאות 21-23 לפסק הדין) (להלן – ענין כרטיסי אשראי); לדנר, בעמ' 231).

29. הנימוק המרכזי העומד בבסיס פסק דינו של בית המשפט קמא, כאמור, הנו שכאשר בעת הגשת בקשת הפירוק, אין ספק באשר לחדלות הפירעון של החברה, כי אז יש לראות במינוי המפרק הזמני ככניסה אל "השלב הקולקטיבי והסופני של הליכי פירוק", שבו על המפרק הזמני לפעול לפירוקה של החברה ולמקסום התועלת עבור הנושים כקולקטיב על בסיס דיני חדלות הפירעון הנאכפים החל משלב זה. במצב דברים זה, סבר בית המשפט המחוזי, שיקולי הצדק העומדים בכסיס זכות הקיזוז אינם מתקיימים, שכן שיקולים אלו לא נועדו ליתן לנושה סעד בגין נזקים תלויי קריסה הנובעים מעצם הפסקת פעילותה של החברה. החלתו של סעיף 74, בנסיבות אלו, נקבע

בהחלטה, הנה הרחבה כלתי מוצדקת של הסעיף, המפרה את עקרון השוויון בין הנושים ומדלדלת את קופת הפירוק ללא הצדקה.

הגמקה זו מבוססת על ארבעה נדבכים: קיומה בעת מינוי המפרק הזמני של חדלות הפירעון; אשר מוליד חוב תלוי קריסה; שקיזוזו פוגע בעקרון השוויון בין הנושים; ומקטין את מסת הנכסים העומדים לחלוקה בין הנושים. נתייחס לכל אחד מהם בנפרד.

30. אשר למהותו של החוב והעילה לצמיחתו, בעניין זה השקפתו זו של בית המשפט המחוזי מעוגנת, למעשה, בגישתו הבסיסית, לפיה חוב "תלוי קריסה" אינו נובע מעסקים הדדיים ועל כן אין לקזזו אל מול חוב המגיע להכרה. גישה זו, כפי שהוסבר לעיל, אין לקבל. בהנחה זו, לפיה חוב תלוי קריסה הוא חוב הנובע מעסקים הדדיים בין הצדדים, הרי שחוב זה נופל, בעקרון, בגדרם של החובות בני הקיזוז. אינני סבור שראוי לעקוף תוצאה זו, בדרך של הקדמת המועד הקובע.

31. גם העובדה שהחברה נמצאת, כבר בשלב מינוי המפרק הזמני, במצב של חדלות פירעון אינה צריכה למנוע את הקיזוז. כדי להגן על הנושים בשלב זה, נקבעו בחוק הוראות ספציפיות. כך, סעיף 269 לפקודת החברות קובע בטלותם של הליכים שהוחל בהם לגבי נכסי החברה לאחר תחילת הפירוק, סעיף 268 מורה על בטלות כל עסקה שנכסי החברה וכל העברת מגיות או שינוי במעמדם של חברי החברה לאחר תחילת הפירוק, ועניינו של סעיף 267 בהקפאת הליכים נגד החברה משנתמנה מפרק זמני. בספרות המשפטית הובעה הדעה שקביעת המועד הקובע לצורך הקיזוז לעת מינוי המפרק הזמני, עולה בקנה אחד עם תכליתו של החוק לשמור על נכסי החברה בתקופת הביניים שבין הגשת הבקשה לפירוק לבין מועד צו הפירוק (ראה: ד' אבן-להב "פירוק חברות: היום הקובע לקיזוז", הפרקליט מח, 5). "אם יתאפשר קיזוז כגין חובות שנוצרו לאחר תחילת הפירוק", כותבת ד' אבן-להב במאמרה הנזכר, "ייפתח פתח לשיפור עמדות אל מול החברה, לאחר שכבר הוגשה הבקשה לפירוקה. המדיניות של דיני חדלות הפירעון היא למנוע 'מקצה שיפורים' שכזה לאחר תחילת הפירוק, מועד שבו אמורות הזכויות כלפי החברה, הדיוניות והמהותיות, להיות מוקפאות" (שם, בעמ' 19).

32. אולם, כפי שמציינת אבן-להב, הוראות הפקודה שנועדו לשמור על נכסי החברה בעת חדלות הפירעון (סעיפים 267-269 לפקודה דלעיל), עשויות לשלול את

האפשרות לרכוש זכות קיזוז לאחר תחילת הפירוק או לאחר שמונה מפרק זמני. למשל, כאשר זכות הקיזוז נסמכת על עסקה בנכסי החברה שבוצעה לאחר תחילת הפירוק. כך, נפסלה הפעלת זכות קיזוז, על פי הרוגמא המובאת כמאמר הנזכר, על-ידי נושה שלאחר הגשת הבקשה לפירוק הפך לחייב של החברה (ע"א 400/91 בנק אוצר החייל בע"מ נ' שלום, חברה למסחר ולהשקעות בע"מ (בפירוק), פ"ד מו(5) 573). הואיל וחוב המגיע לחברה הוא נכס של החברה, רכישת חוב כזה תהא כרוכה בעסקה בנכסי החברה ועל כן תהא פסולה, מה שיפסול גם את הקיזוז שיעשה על יסודה. מהצד האחר, קיזוז יכול להתבצע גם על יסוד המקרה ההפוך, שבו חייב של החברה הפך לנושה שלה. גם כאן, אם הפיכתו של החייב לנושה נעשתה בעקבות עסקה עם החברה, אזי העסקה, וכמוה הקיזוז, ייפסלו (ראה פסק הדין בעניין בנק צפון אמריקה הנזכר לעיל, בעמ' 101). חייב של החברה יכול להפוך לנושה שלה גם בעקבות המחאת חוב. המחאת חוב אינה דורשת הסכמתו של החייב, ועל כן היא אינה בגדר עסקה בנכסי החברה (ראה פסק הדין בעניין הספקה השלישי). קיזוז המבוסס על עסקה כזו, לפיכך, לא ייפסל עקב הוראות הפקודה דלעיל. עם זאת, קיזוז כזה עשוי להיפסל על יסוד הוראת סעיף 74 עצמו, אם "בשעה שנתן אשראי לחייב ידע שהחייב עשה מעשה שאפשר היה להשתמש בו להגשת בקשת פשיטת רגל" (ראה: צ' כהן, בעמ' 691). זאת, בתנאי שהקיזוז לא הושלם, על פי הוראות סעיף 53 לחוק החוזים, קודם למועד צו הפירוק הקבוע, שאז במועד הקבוע כבר לא קיימים חובות הדריים בין החייב לבין הנושה/חייב (ראה עניין הספקה השלישי; צ' כהן, בעמ' 677). הקיזוז האחרון, המתבצע על פי סעיף 53 לחוק החוזים, מוגבל, כידוע, לקיזוז של חיובים כספיים הנובעים מתוך אותה עסקה, או, חיובים קצובים (אם הם אינם נובעים מאותה עסקה). מקרה אחר שבו חייב של החברה יכול להפוך לנושה שלה, הוא המקרה שלפנינו, שבו חוב הבנק צמח עקב הפרת החוזה ולא כתוצאה מעסקה רצונית של הנושה.

33. נמצא, שבהיבט השמירה על נכסי החברה, ככל שהקיזוז מבוסס על זכות שנרכשה על יסוד עסקה שבוצעה בנכסי החברה בניגוד להוראות דלעיל, שנועדו לשמר את נכסי החברה במצב של חדלות פירעון, העסקה, ובעקבותיה הקיזוז, יהיו בטלים. במקרים אחרים, הקיזוז עשוי להימנע מכוח הוראת סעיף 74 עצמו, אם הנושה ידע, בעת מתן האשראי שהחייב עשה מעשה פשיטת רגל. מאידך, אם הקיזוז אינו נוגד הוראות אלו, וכזה הוא המצב שלפנינו, עצם העובדה שהחברה נמצאת במצב של חדלות פירעון אינה אמורה לשלול את זכות הקיזוז, גם אם היא פוגעת בנכסי החברה. כך, בעניין הספקה השלישי, אישר בית המשפט, חרף אי הנחת מעצם התופעה של רכישת חובות לשם הפעלת זכות קיזוז, קיזוז של חוב שהכה חברה אשר הומחה לחייב של החברה לאחר הגשת בקשת הפירוק ולפני מתן צו הפירוק הקבוע.

אשר להשש מפני עשיית "מקצי שיפורים", חשש זה עשוי למנוע, בהרבה מקרים, את ביצוע הקיזוז על יסוד הוראת סעיף 74, אם הנושה ידע, בעת מתן האשראי, על מעשה פשיטת הרגל. במקרים בהם סעיף זה אינו הל, חשש זה אינו מונע את הקיזוז, כפי שנקבע בעניין הספקה השלישי, גם כאשר זה מבוסס על המחאת חוב, שהיא פעולה רצונית של הממחה והנמחה. השש כזה, ודאי אינו מצדיק למנוע את הקיזוז, במקום שזה מבוסס, כמו במקרה שלפנינו, על חוב שצמח עקב הפרת ההוזה על-ידי החייב, ולא עקב "מקצה שיפורים", הנעשה על-ידי הנושה.

34. השיקול של היות החברה במצב של חדלות פירעון נשלל, כשיקול המצדיק הקדמת המועד הקובע לעניין הקיזוז, גם בפסק הדין בענין כרטיסי אשראי. אותו מקרה אמנם התייחס להקפאת הליכים לפי סעיף 350(ב) לחוק החברות, התשנ"ט-1999, עניין שלגביו אין הסדר בחוק. אגב כך נשלל שיקול זה, אגב אורחא, גם לעניין פירוק חברות. לעניין זה ציין בית המשפט, מפי השופטת מ' נאור, כי:

"צודקת הערכאה הראשונה בציינה כי הבקשה להקפאת ההליכים היא הצהרה של החברה בדבר היותה לא סולבנטית. במובן זה יש קווי דמיון בינה לבין חלק ממעשי פשיטת הרגל המוגדרים בסעיף 5 לפקודת פשיטת הרגל...

משעשה החייב מעשה פשיטת רגל רשאי בית המשפט, על סמך בקשת נושה או החייב, ליתן צו כינוס כאמור בסעיף 6 לפקודה. על-פי סעיף 71 לפקודה חובות בני תביעה הם חובות החלים על החייב ביום צו הכינוס, והקיזוז כאמור בסעיף 74(ב) נעשה לפי מצב העסקים ביום מתן צו הכינוס. בהליכי פשיטת רגל עשוי לחלוף זמן – ובפועל גט חולף – בין מעשה פשיטת הרגל לבין צו הכינוס. בדומה, בפירוק חברות, אחת מעילות הפירוק ואולי המרכזית בהן היא שהחברה היתה לחדלת פרעון (סעיף 257(4) לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983). גם בהליכי פירוק חברות חולף זמן בין הגשת הבקשה לבין מתן צו הפירוק, שהוא, על-פי הפסיקה, "המועד הקובע". על כן לא ניתן להסיק מעצם העובדה שבקשת צו הקפאת הליכים היא הצהרה של החברה על חדלות פרעון שממועד זה יהול סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל".

גם בעניינו, חדלות הפירעון, כשלעצמה, אינה אמורה למנוע את הקיזוז, ואין מקום, משיקול זה, לקבוע את המועד הקובע לעת מינוי המפרק הזמני, רק משום שבמועד זה החברה כבר הייתה במצב של חדלות הפירעון.

35. אכן, אי הכרה בחובות תלווי קריסה, תגדיל את מסת הנכסים העומדת להלוקה בין כלל הנושים הבלתי מובטחים אולם, משהוכרה זכות הקיזוז, הרף פגיעתה בקופת הפירוק, אין לעשות הבחנות בלתי צודקות בין נושים שונים רק כדי להגדיל את קופת הפירוק.

36. מאותם טעמים אין לקבל גם את הטענה, לפיה יש להקדים את המועד הקובע כדי להוציא מתחולת הקיזוז חובות מותנים שהתגבשו לאהר מינוי המפרק הזמני אך לפני מועד צו הפירוק (ראה מאמרה של ד' אכן-להב הנזכר לעיל). אכן, בית המשפט העליון לא התיר קיזוז של חוב מותנה בטרם קיים התנאי והחוב התגבש (כגון חוב שמקורו בערכות של ערב לחברה, בטרם נפרעה הערכות) (ע"א 826/88 אל-על אגודה שתופית חקלאית ברמות השבים בע"מ נ' קרן החקלאות השיתופית בע"מ (בפירוק), פ"ד מה(2) 247; ענין הספקה הראשון; ענין הספקה השני). פסיקה זו בוססה על ההשקפה שאין להתיר קיזוז של חוב שכמועד הקובע היה חוב "שאינו ודאות שיתגבש לחוב בר פירעון" (ענין הספקה הראשון בעמ' 177), ועל כן, גם אינו נכלל, כדרישתו של סעיף 74, בגדר "המגיע מכל צד למשנהו". אכן, בית המשפט הביא במניין שיקוליו גם שיקולים התומכים במתן פרשנות מצמצמת לזכות הקיזוז לפי סעיף 74. אולם, מכאן לא עולה שיש למקם, על-פי שיקולים אלה, גם את המועד הקובע עצמו. תוצאה כזאת אינה עולה בקנה אחד עם הלכת אל על ועם דעת הרוב בענין הספקה הראשון, (קל וחומר, עם דעת המיעוט שם), שהרי גם לפי דעת הרוב בענין הספקה הראשון, נקודת המוצא הנה כי חיוב מותנה אשר נפרע קודם למועד הקובע יהא בר קיזוז.

37. אשר לעקרון השוויון בין הנושים, זכות הקיזוז אכן פוגעת בעקרון זה, אולם, עלינו לזכור כי מדובר בהוראת חוק, ונקודת המוצא של המחוקק הנה כי שיקולי הצדק גוברים על שיקול זה (צ' כהן, בעמ' 678; ענין הספקה הראשון, בעמ' 145). עניינו של אי הצדק, אשר עלול להיגרם אם לא נכיר בזכות הקיזוז בהליכי חדלות פירעון, הוא במצב בו נושה של החברה שהוא גם חייב שלה, יקבל מן המפרק דיבידנדו בלבד וכה בעת ישלם את מלוא חובו לחברה. עמד על כך השופט זוסמן בענין קולפמן הנ"ל:

"קיזוז בפשיטת רגל משמש את המטרה למנוע אי-צדק היכול להיגרם עקב פשיטת-הרגל של אחד הצדדים. מקום שפלוגי חייב לאלמוני 100 לירות ואלמוני חייב לפלוגי אותו סכום, אך פלוגי פושט את הרגל, אין נאמנו של פלוגי משלם לאלמוני אלא את הדיווידנדו, ואילו אלמוני שלא פשט את הרגל חייב לשלם לנאמן את מלוא חובו" (שם, בעמ' 22).

לא שוכנעתי שהכרה בחובות שמקורם בקריסת הבנק מפרה את עקרון השוויון בין הנושים, מעבר לפגיעה בעקרון זה הכרוכה בעצם ההכרה בקיזוז. דומה שדווקא אי הכרה בחובות כאלה כחובות בני קיזוז, תיצור אי שוויון. שכן, קשה לראות מדוע חוב שמקורו בקריסת החברה יהא נחות, מבהינת אי הצדק אשר ייגרם לנושה אשר יידרש לשלם את מלוא חובו למפרק ובה בעת לקבל דיבידנד על חוב החברה כלפיו, מחוב שאינו קשור לקריסה, ומדוע שנושה מהסוג האחרון יועדף על פני נושה מהסוג הראשון.

38. לסיים, ראוי לשוב ולחזור על דבריו של הנשיא שמגר אותם כבר הזכרנו לעיל, כי לא רצוי "לפתוח פרשנות מחודשת של סעיף 74 הנ"ל ללא בדיקה משפטית-כלכלית מקיפה, שתיערך עובר לייזום שינויים הקיקתיים, אם יוחלט עליהם".

גם המלומד לרנר, המעמיד בספק את עצם ההצדקה שבמוסד הקיזוז בהליכי חדלות פירעון, סבור כי:

"על אף הקשיים האמורים, אין אנו תומכים בצמצום מלאכותי של הקיזוז באמצעות הפסיקה. דין הקיזוז בפשיטת רגל הכה שורשים עמוקים בששים שנות קיומו, ובמקום הורתו, כאנגליה, לא נס ליחו תקופה ארוכה ביותר. מתן אשראי על-ידי המערכת הבנקאית מתבסס במידה לא-מעטה על דין-הקיזוז, ושינוי לא מבוקר בהיקף ההלכה עלול לפגוע בשוק האשראי. בחינת החיבטים הרחבים של הנושא, ובכלל זה ביטול אפשרי של דין הקיזוז בפשיטת-רגל, צריכה אפוא להיעשות על-ידי המחוקק" (שם, בעמ' 231).

39. לאור האמור, אציע לחברי לקבל את הערעור, לבטל את החלטת בית המשפט המחוזי, ולהחזיר את הדיון לבית המשפט קמא לבחינת טענותיהם האחרות של הצדדים בעניין הבקשה למתן ההוראות.

המשיבים 1-2 ישאו בשכר טרחת עורך-דין של המערערת בבית המשפט קמא ובערעור בסכום של 60,000 ש"ח.

המישנה לנשיא מ' השיך:

אני מסכים.

המישנה לנשיא

השופט א' גרוניס:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עדיאל.

ניתן היום, י"ח באלול תשס"ה (22.9.2005).

שופט

שופט

המישנה לנשיא