



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 2146/06

בפני : כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט ס' גיוראן
כבוד השופט ח' מלצר

המערער : אריה ברק

נ ג ד

המשיבים : 1. עו"ד ברוך אבוקרט – מפרק
2. כונס הנכסים הרשמי

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום
11/01/2006 בתיק בש"א 6517/05 שניתן על ידי כב'
הנשיאה ב' גילאור

בשם המערער : עו"ד חיים סודקביץ, עו"ד אורית צימרמן

בשם המשיב 1 : עו"ד ברוך אבוקרט

בשם המשיב 2 : עו"ד סיגל נוימן

פסק-דין

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. אריה ברק (להלן – המערער) היה אחד משני בעלי המניות של חברת "ברק תיעול והנדסה בע"מ" (בפירוק) (להלן – החברה), אשר החזיקו כל אחד 50% מהון מניותיה. המערער, בדומה לבעל המניות השני, שימש גם כמנהל החברה, והועסק על ידה עד למועד פירוקה. ביום 6.7.03 קיבלו המערער ובעל המניות הנוסף בחברה החלטה לפנות לבית המשפט בבקשה להורות על פירוקה של החברה. ביום 9.7.03 הגישה החברה בקשת פירוק לבית המשפט, בין השאר בעילה של חדלות פירעון. ביום 22.9.03 מונה לחברה מפרק זמני, וביום 26.10.03 ניתן צו פירוק לחברה, והמשיב 1 מונה כמפרק קבוע (להלן – המפרק או המשיב).

2. במסגרת הליכי הפירוק דרש המפרק מהמערער תשלום חוב לחברה בסך 280,952 ₪, על פי הרשום בכרטיסו האישי בהנהלת החשבונות של החברה. כן נדרש המערער על ידי המפרק לשלם לחברה סך של 70,518 ₪ בגין כספי החברה ששולמו לילדיו, אשר, כנטען, שולמו להם באמצעות המערער שלא כדין. בסך הכל, נדרש המערער לשלם לקופת החברה סך של 351,470 ₪ (בערכי קרן). המערער לא נענה לדרישת המפרק, וכתוצאה מכך, הגיש המפרק בקשה למתן הוראות לבית המשפט המחוזי בחיפה במטרה להורות לו לשלם כספים אלה לקופת הפירוק. במהלך ההליכים, נמחק בהסכמה מרכיב התביעה הנוגע לתשלומים לילדים, ונותרה מחלוקת ביחס לחובו של המערער על פי הרשום בכרטיסו האישי בחברה.

ההליך בבית המשפט המחוזי

3. המערער העלה כנגד תביעת המפרק את הטענות הבאות:

ראשית, לא ניתן פירוט מספיק לחוב הנדרש על ידי המפרק;

שנית, בקשת המפרק אינה מתאימה לבירור במסגרת הליך למתן הוראות, שכן היא מחייבת בירור עובדתי מורכב;

שלישית, הכרטסת אינה משקפת את חובו לחברה, שכן הוא פרע חלק מהחייבים לחברה ולא נזדכה בגינם בכרטיס;

רביעית, כנגד חובו לחברה טען המערער, כי עומדת לו זכות קיזוז של סכומים אותם חבה החברה כלפיו. חלק מחובות אלה של החברה כלפיו התגבשו לפני תחילת הליכי הפירוק (חובות בגין שכר עבודה), וחלקם לאחר תחילת הליכי הפירוק אך לפני מתן צו הפירוק (חובות בגין פרעון ערבות אישית לבנק), והוא זכאי לקיזום. עיקר הסכום שהמערער ביקש לקיזו הוא חוב של 649,936 ₪ שהוא שילם לבנק דיסקונט לכיסוי חובות החברה לבנק, במסגרת ערבות אישית להבטחת אשראי שנתן הבנק לחברה. מדובר בשישה תשלומים ששולמו על ידו במהלך תקופה שראשיתה ביום 22.7.03 (לאחר הגשת בקשת הפירוק) וסופה ביום 31.8.03 (לאחר מינוי המפרק הזמני, וקודם למתן צו הפירוק). המערער טען, כי ככל שתוכר זכות הקיזוז הנטענת על ידו, יבלע הקיזוז את מלוא החוב הנדרש ממנו על ידי המפרק.

פסק הדין בבית המשפט המחוזי

4. אשר לטענות בדבר אופי ההליך והמסגרת הדיונית, בית המשפט המחוזי פסק כי הפלוגתא בין המערער לבין המפרק מתאימה להידון בהליך של בקשה למתן הוראות, משהענין אינו מחייב הכרעה בשאלות עובדתיות מורכבות. הסוגיה העיקרית בהליך מתמקדת בנושא הקיזוז, שהוא ענין בעל אופי משפטי המתאים להידון במסגרת בקשה למתן הוראות.

בשאלה העובדתית בענין גובה החוב קבע בית המשפט, כי הכרטסת האישית של המערער מהווה ראיה לכאורה לאמור בה, ותוכנה לא נסתר על ידי המערער. לכן, יש להסתמך על האמור בכרטסת, לענין גובה חובו של המערער לחברה, העומד על 280,952 ₪, על פי הרשום בה.

5. בסוגיית הקיזוז, בית המשפט החיל את הוראות סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980 (להלן – פקודת פשיטת הרגל) וסעיפים 352 ו-353 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 (להלן – פקודת החברות), ופסק כדלקמן: זכות הקיזוז של נושה כלפי חברה בפירוק פוגעת בעקרון השוויון בין הנושים, וזאת נוכח יכולתו של נושה כזה להיפרע מהחברה בפירוק את מלוא נשייתו, עד גובה חובה של החברה כלפיו. הנושה בעל זכות הקיזוז זוכה, למעשה, למעמד של נושה מובטח, בלא שרכש מעמד זה קודם לכן באופן ישיר. מעמד מיוחד זה ניתן לו בשל שיקולי צדק, המבקשים למנוע מצב שבו נושה יידרש לשלם לחברה בפירוק את מלוא חובו כלפיה, אך יקבל ממנה רק חלק יחסי מחובה כלפיו. כן נועד כלל הקיזוז לחסוך בהליכים משפטיים, להקטין סיכון לקריסת גופים נוספים בעקבות פירוק החברה החייבת, ולהשיג מטרות נוספות. לצורך יישום זכות הקיזוז על פי סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל מנה בית המשפט חמישה תנאים שיש לקיים: קיום אשראי הדדי, או חוב הדדי, או עסקים הדדיים אחרים, בין הנושה לחברה; החוב המקוזז הוא בר תביעה; העסקים יצרו חיובים כספיים, או עשויים ליצור חיובים כאלה ביחס לכל אחד מהצדדים; המועד הקובע לקיום העסקים ההדדיים הוא מועד מתן צו הפירוק; כן נדרש כי זכות הקיזוז נטענת בתום לב.

בית המשפט קמא בחן את יישומם של עקרונות אלה למקרה הנדון, ופסק: דרישת ההדדיות היא העומדת בגרעין זכות הקיזוז; לצורך כך, נדרש מאמץ עיסקי משותף של שני הצדדים – החברה והנושה – או השקעה משותפת של משאבים,

להשגת מטרה עיסקית כלשהי, היוצרים יחסים משולבים ותלות הדדית, שבמסגרתם ניתנים אשראי או ערבות. ההדדיות ביחסים העיסקיים היא כזו שהפרדה ביניהם תהא מלאכותית ובלתי סבירה. "עצם העובדה שבין שני צדדים יש עסקים הדדיים לא די בה. נדרש כי החובות של שני הצדדים – אשר בגינם מתבקשת הפעלת זכות הקיזוז – ינבעו מעסקה או מעסקות הדדיות", כדברי בית המשפט. על הזכות נשוא בקשת הקיזוז להיוולד אגב מהלך העסקים הרגיל. במקרה זה, המערער לא הוכיח נסיבות של הדדיות; כדי לעמוד בחובת הוכחה זו, היה עליו להראות איזו תמורה קיבל מהחברה כנגד העמדת ערבותו האישית לחובותיה לבנק, ולהצביע על הקשר הבל-ינתק בין ערבות זו לבין אותה תמורה. בעצם היותו של המערער בעל מניות בחברה אין כדי לספק את דרישת ההדדיות, ואין בכך כדי להצביע על עסקים הדדיים. בית המשפט הוסיף כי נראה, שהמערער העמיד את ערבותו כתחליף להזרמת הון עצמי לחברה, וערבות זו הועמדה באופן חד-צדדי, ולא במסגרת עסקים הדדיים עם החברה. משלא התקיים תנאי ההדדיות, אין לומר כי כספי הערבות ששולמו הינם חוב שצמח מ"עסקים הדדיים אחרים", ולפיכך התנאי הראשון והמרכזי לקיום זכות קיזוז על פי סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל לא נתקיים. לאור זאת, סבר בית המשפט כי מתייטר הצורך לבדוק את יתר תנאיו של סעיף 74 לפקודה, והתוצאה היא, שהמערער אינו רשאי לקזז מחובו לחברה את הסכומים ששילם לבנק במסגרת פרעון ערבותו האישית לחובות החברה לבנק.

6. שאלה נוספת שנשאלה היא – האם רשאי המערער לקזז חובו לחברה סכומים שהחברה חבה לו בגין שכר עבודה לפני תחילת הליכי הפירוק. בענין זה נפסק, כי יש לברר את טענת המערער בדבר חוב שהחברה חבה לו בגין שכר עבודה במסגרת תביעת חוב שעליו להגיש למפרק. ההנחה הטמונה בכך היא, כי חוב שכר העבודה שהחברה חבה למערער, כנטען, אינו ניתן לקיזוז כנגד חובו של המערער לחברה, גם אם בין המערער לבין החברה התקיימו יחסי עובד ומעביד, שכן חוב שכר העבודה שהחברה חבה למערער, וחוב המערער כלפי החברה, אינם נובעים מ"עסקה אחת".

7. בית המשפט הוסיף, כי הוא דוחה את עמדת המפרק, אשר טען כי אפילו יוכחו תנאי הקיזוז על פי סעיף 74 לפקודה, גם אז לא יוכל המערער ליהנות מקיזוז, שכן מעמדו בכל מקרה הוא של "נושה נדחה" בתורת חבר בחברה. נפסק, כי מעמד נדחה זה של חבר בחברה מתקיים רק ביחס לנשייתו של בעל המניות בתורת חבר בחברה, בקשר עם תביעה כלפי החברה לדיבידנד או רווחים, כאמור בסעיף 248 לפקודת החברות. כאשר מדובר בנשייה של בעל מניות שאינה נצמחת מעצם היותו חבר בחברה, כי אז מעמדו כלפי החברה בפירוק הוא כשאר הנושים בדרגתו, אלא אם כן מתקיימים

התנאים להשעיית נשייתו כלפי החברה על פי סעיף 6(ג) לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן – חוק החברות).

טענות הצדדים

טענות המערער

8. המערער מיקד את ערעורו בטענת הקיזוז. לטענה זו שני ראשים: הראש האחד מתייחס לחוב החברה כלפי המערער בגין יחסי עבודה; הראש השני עוסק בחוב החברה למערער בגין פרעון ערבותו האישית לבנק לכיסוי חובות החברה מכח אשראי בנקאי שניתן לה. שני ראשים אלה של חובות החברה כלפי המערער אמורים להתקזז עם חוב המערער לחברה מכח כרטיסו האיש. כך על פי הטענה.

9. אשר לחובות החברה בגין יחסי עבודה: המערער טוען, כי החברה חייבת לו סכומים מסוימים בגין יחסי עבודה, הכוללים השלמת פיצויי פיטורין, פדיון חופשה ודמי הבראה, המגיעים לסך של 284,211 ₪. כמו כן, החברה חבה לו שכר עבודה שלא שולם לו בפועל, בסך 133,200 ₪, בגין המחצית השנייה של שנת 1998 והמחצית הראשונה של שנת 1999. על פי הטענה, נתונים אלה לא נסתרו על ידי המפרק, ולכן יש לראותם כמוכחים.

לדברי המערער, זכותו לשכר עבודה והטבות שונות הקשורות בעבודתו נצמחו לו כשנה וחצי לפני הגשת הבקשה לפירוק החברה. החלטת בית המשפט קמא להפנותו להגיש תביעת חוב למפרק בענין שכר והטבות עבודה משמעה שלילת זכותו לקיזוז לגבי מרכיב זה, וזאת אין לקבל. אין גם לקבל את גישת בית המשפט, לפיה לא הוכח כי חוב החברה למערער בגין יחסי עבודה נובע מ"עסקים הדדיים" בין הצדדים. המושג "עסקים הדדיים" אינו שווה ערך ל"עסקה אחת", ותתכנה גם עסקאות שונות שתענינה על הגדרה זו, ובלבד שיש עסקים הדדיים בין הצדדים. אכן, מתקיימים יחסים הדדיים בין החברה למערער, ונתקיימו "עסקאות הדדיות", ואף "חוב הדדי" ביניהם. לפיכך חוב החברה כלפי המערער בעבור שכר עבודה והטבות הוא בר-קיזוז מחוב המערער לחברה, כך על פי הטענה.

10. אשר לקיזוז כספי ערבותו האישית של המערער מחובו לחברה נטען, כי אין חולק שהוא ערב ערבות אישית לחובות החברה, ופרע במסגרת ערבותו את חובותיה לבנק אחרי מינוי המפרק הזמני ובטרם ניתן צו הפירוק. כלומר, החוב בגין פרעון

הערבות נצמח לפני היום הקובע, שהוא מועד צו הפירוק. נטען, כי מתקיימים עסקים הדדיים בין המערער לחברה, שבמסגרתם נוצרו החובות בני הקיזוז. כל הפרדה בין ערבותו האישית של המערער כבעל מניות של החברה, לבין חובו לחברה כבעל מניות על פי כרטיסו האישי, הינה מלאכותית ומגמתית, שכן מדובר ב"עסקים הדדיים" בין החברה לבין המערער במעמדו כבעל מניות בה. בית המשפט שגה בפרשנות המצמצמת שנתן לזכות הקיזוז בסעיף 74 לפקודה, ולמעשה רוקן אותה מתוכן, ככל שהדברים אמורים ביחסים שבין בעל המניות לחברה. לטענתו, גם שאר התנאים של סעיף 74 מתקיימים במקרה זה. המערער מתייחס בטיעונו גם לתום לבו, וטוען כי דוקא עקרון השוויון בין הנושים מחייב להתחשב בסכום הגבוה ששילם מכיסו לקופת החברה כשנכנסה לקשיים, ובכך סייע לנושים. הוא מעלה גם טענות שונות במישור העובדתי, ובהן – כי היקף חובו על פי הכרטיס האישי לא הוכח כל צורכו. כן הוא חוזר על טענתו כי נושא הדיון אינו מתאים להתברר בהליך של בקשה למתן הוראות.

טענות המפרק

11. המפרק בטיעונו הציב את השאלות הבאות: האם למערער, בתורת בעל מניות ומנהל בחברה (להבדיל מצד שלישי תם לב) עומדת זכות קיזוז בהליכי פירוק, בשים לב לכך שהוא ערב בערבות בעלים כלפי הבנק, והוא שהגיש את בקשת הפירוק, ומיד לאחר מכן מימש את ערבותו האישית ופרע את חובות החברה לבנק; ואם אמנם עומדת לו זכות קיזוז כזו, מהו המועד הקובע לגיבושה.

המפרק משיב לשאלות אלה כדלקמן: בשל פגיעתו בעקרון השוויון בין הנושים, מתפרש סעיף 74 לפקודה, על תנאיו השונים, בדרך הצמצום. במקרה זה, לא נתקיימו תנאי הוראה זו, ראשית, מהטעם שמדובר בבעל ענין בגוף חדל הפרעון, ומי שיזם את הליך הפירוק, אשר במסגרתו הוא מעלה את טענת הקיזוז ומבקש למעשה מעמד של מעין נושה מובטח, תוך פגיעה ישירה בנושים האחרים. כן טוען המפרק, כי לא מתקיים התנאי בדבר "אשראי הדדי או חוב הדדי או עסקים הדדיים אחרים". לצורך כך נדרש כי יתקיימו עסקים הדדיים, ויוכח מאמץ עיסקי משותף או השקעת משאבים משותפת. אין די בהיות המערער בעל מניות או עובד של החברה כדי לקיים את תנאי ההדדיות. כמו כן, אין מדובר בפעולה במהלך העסקים הרגיל, שכן פרעון הערבות לבנק נעשה מיד לאחר הגשת בקשת הפירוק, והונע בחוסר תום לב. עוד נטען, כי את תכניות החסכון של המערער בבנק, שבאמצעותם נפרעה הערבות, היה הבנק מממש בלאו הכי, מאחר שהן היו משועבדות לו, אלא שהמערער האיץ בבנק לעשות כן לפני מתן צו הפירוק, כדי לנצל שלא בתום לב את טענת הקיזוז כנגד החברה.

12. עוד טוען המפרק, כי לא מתקיים בעניינו של המערער התנאי לפיו חובו כלפי החברה הוא חוב בר תביעה. זאת, מאחר שעל פי סעיף 72(2) לפקודת פשיטת הרגל, חוב שנוצר לטובת נושה לאחר שידע על מעשה פשיטת רגל של החייב, שאפשר היה להגיש על פיו בקשת פשיטת רגל ביום שבו הוגשה הבקשה שעל פיה ניתנה הכרזת פשיטת הרגל, איננו בר תביעה בפשיטת רגל. המערער ידע על מעשה פשיטת הרגל של החברה ביום הגשת בקשת הפירוק, שהוגשה ביוזמתו גם בעילה של חדלות פרעון, ואילו ערבותו – נשוא החוב הנטען – נפרעה לאחר הגשת בקשת הפירוק. מכאן, שאין לו חוב בר תביעה. גם התנאי בסיפא לסעיף 74(א) לפקודה קובע כלל דומה לזה המופיע בסעיף 72(2), וצירוף הוראות אלה מצביע על כך שחובו הנטען של המערער כלפי החברה בגין פרעון ערבותו האישית אינו בר תביעה, מאחר שהפרעון נעשה לאחר שמערער ידע על חדלות פרעונה של החברה, ולאחר הגשת בקשת הפירוק.

המפרק טוען עוד, כי במצב רגיל, מעמדו של בעל מניות – ולו ביחס לכספים המגיעים לו מהחברה מכח חברותו בה – הוא כנושה נדחה ביחס לנושים האחרים. במקרה זה, הזרמת כספי המערער לפרעון חובות החברה, וקבלת טענת קיזוז של חוב זה כנגד חוב המערער לחברה, מביאה לשדרוגו למקום מועדף בסולם הנשייה, גם לפני בעלי זכות הקדימה. מצב זה אינו מתיישב עם הרציונל הבסיסי של ההגנה השוויונית על הנושים, ועם החובה למנוע מימוש זכויות שלא בתום לב. הכרה בקיזוז במקרה זה תביא לביטול סדרי הקדימויות בפירוק, ולהעדפת בעלי העניין בחברה על פני נושיה החיצוניים, תוך הפיכתם לנושאי הסיכון הקטנים ביותר. אין להתיר מצב דברים זה.

13. אשר לחובות החברה כלפי המערער בגין יחסי עבודה, שנצברו לפני תחילת הפירוק – טוען המפרק, ראשית, כי חובות אלה לא הוכחו; שנית, גם אילו הוכחו, לא עומדת זכות קיזוז לגביהם, שכן לא מתקיים בעניינם התנאי בדבר "עסקים הדדיים" הנדרש לצורך כך.

14. כונס הנכסים הרשמי הצטרף לעמדתו של המפרק, ולא הוסיף טיעונים משלו.

הכרעה

15. בפתח הדברים ייאמר, כי לא ראיתי לקבל את טענות המערער במישור העובדתי ובמישור הדיוני, במובנים הבאים:

לא מצאתי עילה להתערב במסקנות בית משפט קמא בענין גובה החוב של המערער לחברה על פי כרטיסו האישי. הערכאה הדיונית, המופקדת על קביעת ממצאי העובדה, ראתה להסתמך על הכרטיס האישי, ונימקה את קביעתה זו. אינני רואה טעם לסטות מקביעה זו.

כן יש לאמץ את מסקנת בית משפט קמא לפיה ניתן לדון בסוגיות העומדות להכרעה בהליך זה במסגרת בקשה למתן הוראות, ואין הצדקה להעבירן לדיון במסגרת דיונית שונה. עיקר השאלה העומדת להכרעה היא משפטית, וקשורה בתנאים לגיבושה של זכות קיזוז בפשיטת רגל ובפירוק חברה. אין מניעה לדון בשאלה מסוג זה בהליך דיוני של בקשה למתן הוראות, משאין צורך בבירור שאלות מורכבות שבעובדה.

ומכאן – לסוגיה המרכזית בהליך זה, היא סוגיית הקיזוז בהליכי פשיטת רגל ופירוק חברות.

16. הליך זה מתמקד בסוגיית זכות הקיזוז בהליכי פשיטת רגל ופירוק, ותחולתה בענייננו. ייחודן של נסיבות מקרה זה הן בכך שטענת הקיזוז באה מפיו של נושה שאינו צד שלישי, אלא בעל מניות ומנהל בחברה שבפירוק, הטוען כי עומדת לו זכות קיזוז כלפי החברה, של חוב שהוא חב לה כנגד כספי ערבות אישית ששולמו על ידו לפרעון חובות החברה לבנק, וכנגד שכר עבודה המגיע לו מן החברה.

מה טיבו של הקיזוז בפשיטת רגל ובפירוק, וכיצד הוא משתלב במרקם הכלליים החולשים על הליך פירוק חברה, שנועדו, בעיקרם, להסדיר את כללי פרעון חובותיו של גוף עיסקי חדל פרעון לנושיו במסגרת עקרון השוויון; האם נסיבות מקרה זה מתיישבות עם הרציונל והמגמה הטמונים במוסד הקיזוז? אלה השאלות המרכזיות שלאורן תיבחן הסוגיה שלפנינו.

הסדר הקיזוז בפקודת פשיטת הרגל

17. סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל קובע:

”אשראי הדדי וקיזוז

74. (א) היו אשראי הדדי או חוב הדדי או עסקים הדדיים אחרים תלויים בין חייב שניתן עליו צו כינוס, ובין הבא 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 הענין; 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 ביום 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."

על פי סעיפים 352 ו-353 לפקודת החברות, הוראה זו בפקודת פשיטת הרגל חלה גם בחברה חדלת פרעון; מכאן תחולתה של הוראת הקיזוז על החברה הנדונה בענייננו, שהיתה חדלת פרעון בעת הגשת בקשת הפירוק.

18. משמעות הוראת סעיף 74 לפקודה הינה, כי בהתקיים תנאים מוקדמים מסוימים, תעמוד לנושה זכות לקזז במלואו חוב שהוא חב לחברה בפירוק כנגד סכום חוב שהחברה חבה לו; יתרת חוב של החברה כלפיו, ככל שתיוותר כזו, תשולם לו על בסיס שוויוני, על פי שיעור הפרעון היחסי שנקבע לשאר נושי החברה, בעלי מעמד זהה לשלו. המשמעות המעשית של פעולת הקיזוז מבחינת הנושה היא כי בגדרי הקיזוז, הוא זוכה במלוא החוב שהחברה חבה לו, כנגד החוב שהוא חב לה, בעוד שבלא קיזוז, היה זוכה רק בחלק יחסי מחוב החברה כלפיו. זכות הקיזוז, במימושה, מקנה לנושה בעל הזכות מעמד בכורה על פני יתר הנושים, הדומה לשעבוד קנייני, המקנה לבעליו את מלוא ערך החוב שהחברה חבה לו, בעדיפות על פני שאר הנושים, הזוכים בחלק יחסי מנשייתם בלבד. מהו הרציונל לזכות הקיזוז, ומהם התנאים לגיבושה?

פרעון חובות גוף חדל פרעון ועקרון השוויון

19. עקרון יסודי בדיני פשיטת הרגל ובפירוק חברה חדלת פרעון הוא, כי יש לחלק באופן שוויוני את נכסיו של פושט הרגל או החברה בין קבוצות הנושים בעלי אותו מעמד, תוך יצירת מדרג עדיפות בין קבוצות נושים שונות בהתאם לאופי נשייתם. מערך כללי פשיטת הרגל מדרג את קבוצות הנושים על פי סוגי חובם, וקובע את סדר נשייתם במסגרת הסדר הפרעון הכולל. בתחומי קבוצת הנושים פנימה, חל עקרון השוויון, האוסר להעדיף נושה על נושה. עקרון זה מעוגן בסעיף 76 לפקודת פשיטת הרגל, על פיו "תביעות שהוכרו לפי פקודה זו ישולמו, בכפוף להוראותיה, בשיעור שווה לפי סכומים, ובלי כל העדפה". בין הקבוצות עצמן ישנו מדרג נשייה הנקבע מכח החוק, ולא ניתן לסטות ממנו. בהיות החברה חדלת פרעון, ברי כי לא ניתן לספק את תביעות

הנושים במלואן. מדרג הקבוצות מכריע, אפוא, מי מן הנושים יזכה בפרעון חובו, ובאיזה שיעור פרעון (דוד האן "דחיית חובות" מחקרי משפט כג 33, 33 (2006)). סיכון הפיכתו של תאגיד עיסקי לחדל פרעון הוא סיכון שכל נושה לוקח על עצמו בעת עריכת הסכם אשראי עם התאגיד, והוא מתומחר, על פי רוב, אל תוך מחיר העסקה, ומבוטא בשיעור הריבית על האשראי. תימחור האשראי מכיל בתוכו גם רכיב של עלויות הפיקוח שיפעיל הנושה על התאגיד משעת העמדת האשראי ועד לפירעונו בפועל (Roy (Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law* 175-183 (2005)).

20. כדי לקיים את עקרון השוויון בין הנושים, הסדר פרעון החובות של גוף חדל פרעון הוא בעל אופי קולקטיבי ולא פרטני, ותכליתו להבטיח כי לא תנתן העדפה פסולה לנושה אינדיבידואלי על חשבון הנושים האחרים (שלמה לוין ואשר גרוניס פשיטת רגל 25 (מהדורה שלישית, 2010) (להלן – לוין וגרוניס)). כל חריגה מחובת השוויון, ולו ביחס לנושה אחד, פוגעת בשאר הנושים, בהינתן העובדה כי קופת החברה בפירוק אינה מספיקה לכבד את מלוא חובותיה, והכל נאלצים להסתפק בפחות מהמגיע להם, ולעיתים נדרשים להסכין גם עם תוצאה שלא יקבלו דבר. העדפת נושה מקטינה את כלל המסה העומדת לחלוקה, ובמקביל לכך, את שיעורו של החלק היחסי בפרעון חובות החברה שישולם לנושה.

קיצוץ בפשיטת רגל

21. זכות הקיצוץ בפקודת פשיטת הרגל מהווה חריג בולט וקיצוני לעקרון השוויון בפרעון חובותיו של גוף חדל פרעון, עקרון שניתן להגדירו כ"עקרון החוקתני" של דיני פשיטת הרגל. הקיצוץ בפקודת פשיטת הרגל מעמיד זה מול זה את חוב הנושה כלפי החברה ואת חוב החברה כלפי הנושה, כאשר בגדרי הקיצוץ, חוב החברה לנושה מתקזז כנגד חוב הנושה כלפי החברה. לאחר הקיצוץ, ככל שנותרת יתרת חוב שעל הנושה לשלם לחברה, עליו לפורעה במלואה. ככל שנותרת יתרת חוב שעל החברה לשלם לנושה, יתרה זו תשולם על פי יחסיות הפרעון הנקבעת ביחס לשאר הנושים, בהתאם לעקרונות השוויון המסדירים את דרכי פרעון חובותיו של גוף חדל פרעון לנושיו.

22. הקיצוץ בפשיטת רגל ובפירוק חברה אינו דומה להוראות הקיצוץ הסטטוטוריות הפזורות לאורכה ולרוחבה של החקיקה האזרחית בישראל, בתחומים ובהקשרים שונים. הוראת הדין הכללית לענין קיצוץ חובות מצויה בסעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973; הוראות קיצוץ נוספות מצויות בחוקים אחרים, ובהם סעיף 20 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1971, סעיף 10 לחוק השומרים,

התשכ"ז-1967, וסעיף 32 לחוק המכר, התשכ"ח-1968. הוראות הקיזוז בחקיקה האזרחית לתחומיה השונים מהוות תרופות-לוואי, כאשר בין שני צדדים ישירים יריבים עומד "חוב" מול "חוב"; הקיזוז הוא דרך סובסטנטיבית לחיסול שני חובות העומדים זה מול זה (אורי ידין חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, 135 ואילך (פירוש לחוקי החוזים מיסודו של ג' טדסקי, מהדורה שניה, התשל"ט)). "קיזוז הוא אחת הדרכים לפקיעתם של חיובים, באמצעות סילוק הדדי של שני חיובים נגדיים בשיעור הנמוך מביניהם, והותרת ההפרש" (איל זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968, 648 (פירוש לחוקי החוזים מיסודו של ג' טדסקי, 1987) (להלן – זמיר)).

לקיזוז בחקיקה האזרחית הכללית היבט דיוני והיבט מהותי. בהיבט הדיוני, הוא משמש טענת הגנה דיונית שבאמצעותה הנתבע מתגונן כנגד תביעת חוב נגדו. לעומת זאת, ההיבט המהותי מביא לפקיעת החיובים ההדדיים של שני הצדדים בהתקיים תנאים מסוימים. שורשו של כלל הקיזוז נעוץ בתודעה כי אין זה הגיוני לדרוש מאדם לשלם לאחר סכום כסף, אותו יוכל לגבות בחזרה מיד לאחר מכן. כן אין זה צודק לדרוש ממנו לשלם לאחר, כאשר זה משתמט מתשלום חובו (זמיר, שם).

23. הסדר הקיזוז בפשיטת רגל נושא אופי שונה וייחודי, מן הטעם שהוא אינו מצטמצם בהעמדת חוב מול חוב – של הנושה, מצד אחד, ושל הגוף חדל הפרעון, מנגד. הסדר הקיזוז במצבי פשיטת רגל ופירוק פועל לשינוי מהותי בסדר העדיפות של פרעון החובות לכלל הנושים, ולמתן עדיפות "בטוחתית" לבעל זכות הקיזוז על פני נושים אחרים שחובם מצוי בדרגה זהה לזו שלו (ע"א 1226/90 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה, פ"ד מט(1) 177, 200 (1995) (להלן – ענין בנק לאומי)). באמצעות הקיזוז בפשיטת רגל ובפירוק יוכל הנושה להיפרע מהחייב חדל-פרעון את נשייתו בגובה החוב שהוא חב לחברה, ולא יצטרך להסתפק בחלק היחסי מהנשייה בלבד, בדומה ליתר הנושים. לא עוד, אלא שהנושים האחרים כלל אינם מודעים לקיומה של "בטוחה" זו, ואינם יכולים להתגונן בפניה בעוד מועד. בעוד הקיזוז במצב רגיל נועד, בעיקרו, למנוע ריבוי תביעות ולסלק חובות הדדיים בדרך יעילה שאינה משנה את זכויותיהם המהותיות של הצדדים, קיזוז במצב של חדלות פרעון משנה באופן מהותי את היקף הנשייה של הנושה בעל זכות הקיזוז כלפי החייב, שאלמלא עמדה לו זכות זו היה זוכה, לכל היותר, רק בחלק יחסי מפרעון חובו של החייב חדל הפרעון; מעמד בכורה זה שניתן לנושה בעל זכות הקיזוז משנה, במקביל, גם את זכויותיהם המהותיות של יתר הנושים, עקב גריעת קופת הפירוק, והקטנה יחסית בחלקם בפרעון חובות החייב, שאין בידו לפרוע את כלל חובותיו.

לשוני בין קיזוז רגיל לבין קיזוז בפשיטת רגל התייחס בית המשפט בע"א 41/68 קופלמן נ' הנאמן בפשיטת רגל של מאיר גרבר, פ"ד כב(2) 19, 22 (1968) (להלן – ענין קופלמן):

"לא כקיזוז רגיל קיזוז חובות בפשיטת-רגל. קיזוז רגיל משמש למניעת תביעות הדדיות מיותרות. עריכת חשבון של החובות ההדדיים מראה את היתרה שפלוגי חב לאלמוני, ועם תשלום היתרה שנתבררה חוסלו כל החובות ההדדיים. ואילו 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 הדיוידנד, ואילו אלמוני שלא פשט את הרגל חייב לשלם לנאמן את מלוא חובו."

24. נוכח השוני המהותי בין דיני הקיזוז הכלליים לבין הקיזוז בפשיטת רגל ובפירוק, יש להתייחס להסדר הקיזוז בסעיף 74 כדין מיוחד, שאינו מייבא אל תוכו את הוראות הקיזוז הכלליות של דיני החוזים (אוריאל פרוקצ'יה דיני פשיטת רגל והחקיקה האזרחית בישראל 170-175 (1984) (להלן – פרוקצ'יה); צפורה כהן פירוק חברות 676-677 (2000); ע"א 4548/91 משקי עמק הירדן, אגודה מרכזית חקלאית שיתופית בע"מ נ' הספקה חברה מרכזית לחקלאים בע"מ (בפירוק), פ"ד נג(4) 8, 17-16 (1999) (להלן – ענין משקי עמק הירדן)). אין, אפוא, לגזור גזירה שווה מזכות הקיזוז במישור היחסים בין חייב לנושה כשהחייב סולבנטי, למישור היחסים בין בעל זכות קיזוז לחייב אינסולבנטי, בהשלכתם הרחבה על כלל הזכויות המהותיות של שאר נושי החייב בהסדר הפרעון הקולקטיבי של הגורם חדל הפרעון. דין הקיזוז המיוחד בפשיטת רגל דוחה, אפוא, את דיני הקיזוז הכלליים (לוין וגרוניס, בעמ' 242). עם זאת, ככל שעומדת לפלוגי זכות קיזוז כללית שקמה לפני תחילת הליך חדלות הפרעון, היא מוסיפה לעמוד גם להבא על פי הדין הכללי (ענין משקי עמק הירדן, בעמ' 17).

תכליות הסדר הקיזוז בחדלות פרעון

25. הוראת הקיזוז בסעיף 74 משקפת מתח וצורך באיזון בין שני אינטרסים נוגדים: זה של הנושה, הנרתע מלשלם את מלוא חובו לחייב ולהיפרע מהחייב את חובו בחלק יחסי בלבד; וזה של יתר נושי החייב, הנפגעים ממימוש הקיזוז בשל סטייה מעקרון השוויון הנוהג דרך כלל ביחסים בין הנושים (פרוקצ'יה, בעמ' 169; מנחם מאוטנר "קיזוז" דיני חיובים – חלק כללי 462, 469 (דניאל פרידמן עורך, 1994)).

ההלכה הפסוקה עמדה על תכליות זכות הקיזוז במצב של חדלות פרעון החייב כדלקמן: ראשית, מניעת עוול לנושה, העלול להידרש לפרוע את מלוא חובו לחייב, בעוד שהתחייבות החייב כלפיו תקוים רק בחלקה, על פי יחסיות הפרעון שתיקבע ביחס ליתר הנושים; על פי גישה זו, יצירת אי-סימטריה בין חוב הנושה לחייב לבין חוב החייב לנושה גורמת אי צדק, המצדיק הכרה בזכות הקיזוז (ענין קופלמן, בעמ' 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 (1995) (להלן – ענין הספקה); ע"א 7954/03 אמדאוס דוולפומנט נ' הבנק למסחר בע"מ, פ"ד ס 576, 584 (2005) (להלן – ענין אמדאוס)). שנית, מתן ביטוי למכלול היחסים בין הצדדים, להבדיל מהתבוננות מבודדת לעבר כל חייב ולעבר כל חוב בנפרד זה מזה, שאין בה כדי לשקף את המהות האמיתית של יחסי הצדדים (ע"א 5293/90 בנק הפועלים נ' רחמים, פ"ד מז(3) 240, 258-259 (1993)). שלישית, חיסכון בהליכים משפטיים; ורביעית, הקטנת הסיכון למפולת גופים אחרים בעקבות חדלות פרעון החייב, והקטנת עלויות הפיקוח של נושים על תפקודו השוטף של אותו גורם (ענין קופלמן, בעמ' 21-23; ענין הספקה, בעמ' 157-161; ענין משקי עמק הירדן, בעמ' 16-19; ענין אמדאוס, בעמ' 584; ענין בנק לאומי, בעמ' 203-204; ע"א 826/88 אל-על אגודה שיתופית חקלאית ברמות השבים בע"מ נ' קרן החקלאות השתופית בע"מ (בפירוק), פ"ד מה(2), 247, 253 (1991) (להלן – ענין אל-על); רע"א 2549/09 חב' אי.סי.אמ. יצרני מיזוג אויר נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ (לא פורסם, 28.7.10); ע"א 1292/05 מדינת ישראל נ' חי גל מהנדסים וקבלנים בע"מ (לא פורסם, 7.2.07)).

התכלית של מניעת אי צדק עם נושה הטוען לקיזוז חובו כנגד חוב החברה עוררה לא מעט ביקורת וקושיות בספרות המשפטית, כשעיקר הקושי מושם על עשיית "צדק" עם הטוען לקיזוז על חשבון העצמת "אי הצדק" עם שאר הנושים (Rory Derham, *The Law of Set-off* 245 (3d ed. 2003) (להלן – Derham)). הסתייגויות אלה הן בעלות משקל רב.

26. עם זאת דומה, כי מכל התכליות שנמנו בפסיקה להבהרת הרציונל לזכות הקיזוז במצב של חדלות פרעון, החשובה והמוצדקת שבהן היא זו שנועדה להבטיח את מערכות היחסים ההדדיות ההדוקות בין הנושים "הקטנים" – ספקי מצרכים, שירותים ואשראי – לבין הגורם העיסקי, המאפשרים את פעילותו השוטפת היומיומית, ומאפשרים לו לשרוד גם בתקופות של משבר כלכלי. הנושים הקטנים, המצויים בקשר

עיסקי שוטף עם הגורם העיסקי, הם, על פי רוב, ספקים חיוניים של חומרי גלם, מצרכים ושירותים, המספקים לגורם העיסקי את "החמצן" הנדרש לתפקודו היומיומי. בלעדיהם, פעילותו העיסקית השוטפת נפגמת. כאשר מדובר בספקים חיוניים מסוג זה, קיים אינטרס כלכלי ברור שהקשר הרציף שלהם עם הגורם העיסקי ימשך ללא הפרעה גם בתקופות של אי יציבות כלכלית. קשר רציף כזה עשוי להציל את הגורם העיסקי מהתמוטטות. הוא חשוב לגוף העיסקי וחשוב לספקים, אך אלה האחרונים זקוקים לבטחון כי מהלך העסקים ההדדי בינם לבין הגורם העיסקי לא יביאם אל עברי פי-פחת. במערכות יחסים עיסקיות מסוג זה לא נהוג לקחת בטחונות, ולכן זכות הקיזוז העומדת לנושים מסוג זה, המקיימים מערכת יחסים עיסקית הדדית שוטפת עם הגורם העיסקי, מספקת את התשובה המשפטית לאינטרס הכלכלי המשותף לגורם העיסקי ולנושים אלה גם יחד. אומר Derham בספרו (בעמ' 246, פסקה 6.12):

"There is an alternative justification for the right of set-off, and that is that it enhances the provision of credit and generally acts as a stimulus to trade and commerce. If an enterprise wishes to raise cash, or does not wish to pay for goods or services immediately, but is otherwise reasonably sound, the possibility of a set-off in a bankruptcy or winding up may encourage other parties to deal with it, or to deal in negotiable securities upon which the enterprise is liable. In other words, the possibility of a set-off may be perceived as a form of security, and while it is not a security in the strict sense of the word, it may give a degree of confidence to parties dealing with each other. In any particular case, however, it could only be said that there may have been reliance on the security offered by a set-off if the party claiming the benefit of the set-off was aware, at the time of transacting the later of the two dealings upon which the set-off is sought to be based, of the possibility of there being cross-demands."

הסדר הקיזוז בפשיטת רגל נותן, אפוא, מעמד בכורה לספקים מסוג זה, באמצעות קיזוז חובם לחברה כנגד חוב החברה כלפיהם, ככל שחובות אלה הם הדדיים ונוצרו בפעילות עיסקית משותפת שאינה ניתנת להפרדה. במתן הגנת הקיזוז יש כדי לתרום לחיזוק פעילותה הכלכלית השוטפת של החברה, ולחילוץ ממשבר בו היא עשויה להימצא.

27. להגנה הניתנת לציבור הנושים המקיים מערכת יחסים עיסקית שוטפת עם הגורם העיסקי ישנו מימד נוסף. לגורם העיסקי המצוי בקשיים כלכליים אין קושי רב להסתיר

מספקים, המקיימים עמו מערכת יחסים עסקית שוטפת, את מצבו הפיננסי האמיתי. לנושים מסוג זה, המספקים באופן שוטף שירותים ומצרכים לגוף העיסקי, לא עומדים, בדרך כלל, אמצעי פיקוח ובדיקה של מידת הסיכון הנלווית לכל התקשרות עסקית שוטפת שהם מבצעים עם הגורם העיסקי. עלויות פיקוח ובדיקה מסוג זה אינם כדאיים, בשים לב לערכן הכולל של העסקאות המתבצעות, שהן, על פי רוב, בהיקפים כספיים קטנים. נושים כאלה גם לא בנקל ישיגו ערבויות מתאימות, שיגנו עליהם מפני סיכונים חדלות פירעון של הגורם העיסקי עמו הם מנהלים קשר עסקי שוטף; כוחם היחסי במשא ומתן העסקי לא בהכרח יעמוד להם כדי להגן על עצמם מפני סיכונים כאלה בהשגת תנאים משופרים בהתקשרות החוזית עם הגוף העיסקי. פעמים עשוי להתברר, כי הנושה הרצוני כלל אינו יודע אודות מצבו הפיננסי הרעוע של הגוף העיסקי, ואינו מודע לסיכון הנלווה להתקשרותו עימה, ולאובדן אפשרי של האשראי שנתן לו בעודו נמצא בקשיים כספיים ממשיים (ע"א 4263/04 קיבוץ משמר העמק נ' עו"ד מנור, פסקה 45 לפסק דיני (לא פורסם, 21.1.09) (להלן – ענין אפרוחי הצפון)).

28. זכות הקיזוז הניתנת לנושים מסוג זה בגין הקשר העיסקי ההדדי השוטף שהם מקיימים עם הגוף העיסקי מספקת להם בטחון כי בחדלות פרעון של החייב לא יצאו וידם עם ראשם. בטחון זה חשוב לא רק להם, אלא גם לגוף העיסקי עצמו, שכן הוא מאפשר לו להמשיך את פעילותו העיסקית גם בזמנים קשים, מבלי שהספקים ינתקו עמו את הקשר העיסקי ההדדי. הוא משרת אינטרס כללי של כלל הגורמים המעורבים בענייניה של החברה, המאוחדים באינטרס מרכזי – לאפשר את המשך פעולתה של החברה כתאגיד פעיל וחי. בלא פעילות עיסקית שוטפת עם גורמים חיוניים אלה, עלולה חברה הנתקלת בקשיים כלכליים להיכנס למצב של אי סולבנטיות בלא סיכוי להיחלץ ולהשתקם (Vanessa Finch, *Corporate Insolvency Law* 442 (2002); Philip R. (Wood, *English and International Set-off* 271-272 (1989)).

תכלית מרכזית בהסדר הקיזוז במצב של חדלות פרעון נועדה, אפוא, להקנות לנושים מסוג מסוים מעין "בטוחה" הקמה מכח החוק, המאפשרת לגורם העיסקי לקיים את פעילותו השוטפת גם במצבים של קשיים כלכליים. קיומה של "בטוחה" זו בדמות זכות הקיזוז מיטיבה לא רק עם הגורם העיסקי, ולא רק עם הנושים המקיימים קשר עיסקי שוטף עמו, אלא, בעקיפין, גם עם ציבור הנושים כולו, שכן היא מקילה על המשך האספקה השוטפת של האמצעים הנדרשים לפעילות החברה, העשוי להצילה ממשבר. תכלית זו, מחירה בצידה, והוא – חריגה מעקרון השוויון בין כלל הנושים במצב של חדלות פרעון החייב, הכרוך בערעור סדר הפרעון המקובל של חובות החייב. מחיר כבד זה להשגת תכלית הסדר הקיזוז מצריך הקפדה יתירה על מילויים של

התנאים לתחולת הקיזוז, הבנויים על איזון פנימי בין מכלול האינטרסים הפועלים בתחום זה – אינטרס החברה, אינטרס הנושה הטוען לקיזוז, ואינטרס שאר הנושים, שסדר נשייתם והיקף נשייתם נפגעים לנוכח הקיזוז. נדרשת זהירות רבה ביישומם של התנאים הנדרשים על פי החוק לצורך שכלולה של זכות הקיזוז, כדי להבטיח שהיא תופעל רק למטרות האמיתיות שלשמן היא נועדה, וכדי למנוע את ניצולה לרעה (ענין הספקה, בעמ' 146, 176; ענין בנק לאומי, בעמ' 204).

התנאים להפעלת הסדר הקיזוז

29. התנאים הנדרשים להפעלת הסדר הקיזוז על פי סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל הם אלה:

- (1) קיומו של "חוב הדדי", "אשראי הדדי", או "עסקים הדדיים אחרים";
- (2) החובות הינם בני תביעה;
- (3) ה"עסקים" יצרו חיובים כספיים, או עשויים ליצור חיובים כספיים;
- (4) המועד הקובע לקיום ה"עסקים ההדדיים" הוא צו הכינוס בפשיטת רגל, וצו הפירוק בחברה חדלת פרעון;
- (5) אי ידיעת הטוען לקיזוז בשעת מתן האשראי לחייב על מעשה פשיטת הרגל שבוצע על ידי החייב, אשר ניתן לבסס עליו מתן צו כינוס או צו פירוק ביום הגשת הבקשה לפשיטת רגל או לפירוק.

30. "חוב הדדי" משמעו חובות שהתגבשו, וזמן פרעונם הגיע, במועד צו הכינוס או צו הפירוק; "אשראי הדדי" משמעותו רחבה יותר, והוא כולל אפשרות לקזז כנגד חוב אחר גם חוב שפרעונו טרם הגיע במועד צו הכינוס או צו הפירוק. הדיבור "עסקים הדדיים" הוא הרחב ביותר מבין שלושת המושגים, ומשמעותו היא קיומה של מערכת יחסים עיסקית הדדית האופיינית לקיום עסק מסחרי רגיל (לוין וגרוניס, בעמ' 244). למשמעות המושג "עסקים הדדיים" כמובנו בפקודה התייחס השופט מ' חשין בענין הספקה, באומרו (בעמ' 144):

"ענייננו... ברובד יחסים פשוט של חשבונות בין אנשים שיחסייהם מאופיינים בהדדיות מסחרית ביניהם. כמו בסופו של יום עבודה, עושים הסוחרים, כל אחד מהם, את חשבונותיהם ההדדיים, והיתרה – לכאן או לכאן, היא האמורה לקבוע את יחסיהם בתחילתו של יום המחרת. ביחסיהם ההדדיים, כמו תחמו השניים ביניהם גבולות של חבות, זכות, ואשראי מסוימים, וכאשר החבות או הזכות חורגות מאותם תחומים, יבקש אחד מן

השניים – ואפשר השניים כאחד – לחזור אל השיגרה המקובלת. בין כך, ובין אחרת, יחסיהם ההדדיים של השניים הם על דרך של השוואת שני טורים – טור חובה וטור זכות – וההפרש בין שני אותם טורים הוא הקובע. זו הסבירות של יחסי המסחר בין השניים... נוסף ונאמר, שאותם יחסים 'הדדיים' – על פי עצם הגדרתם, אמורים להיות משולבים ביניהם במידה זו או אחרת, עד שהפרדה ביניהם תיראה ותישמע מלאכותית ובלתי סבירה. וכך, עצם קיומו של מערך עסקים משותף, או השקעת משאבים משותפת להשגת מטרה עסקית כלשהי, יוצרים הדדיות ותלות הדדית, ואלו מצידן מאפשרות ומצדיקות, למשל, מתן אשראי, נתינת ערבויות, וכיוצא באלה. כך נוצרת 'הדדיות', וזו יולדת את זכות הקיזוז. הפרדה בין עסקים אלה לאלה – אם 'הדדיים' הם – תהיה בלתי טבעית, והרי כולם אינם אלא רכיבים במערכת אחת". (הדגשה לא במקור).

כדי להיכנס להגדרת "עסקים הדדיים", עליהם להתקיים בין החייב לנושה במהלך העסקים הרגיל, ועליהם להיות במהותם חיובים כספיים ולא חיובים בעלי אופי אחר (לויין וגרוניס, בעמ' 249).

31. הקיזוז אפשרי רק לגבי חובות שהתגבשו לפני צו הכינוס או צו הפירוק, וחוב על תנאי, כדוגמת ערבות שלא נפרעה, אינו ניתן לקיזוז במסגרת פשיטת רגל (ענין אל-על, בעמ' 251). דעה אחרת הושמעה בעמדת המיעוט בפרשת הספקה (מפי השופטים מ' חשין וד' לויין, כנגד דעת הרוב שפסקה בהתאם להלכה שהתקבלה בענין אל-על). ככל שקיימת בידי הנושה זכות תביעה, ורק הסכום המדויק של החוב עדיין כפוף להתחשבנות עתידית – זכות הקיזוז קיימת (ענין אל-על, בעמ' 252).

32. אין אדם יכול ליהנות מטובת ההנאה שבקיזוז אם ידע בשעה שנתן את האשראי לחייב על מעשה פשיטת רגל שביצע, ואשר ניתן לבסס עליו בקשה לפשיטת רגל או פירוק ביום שבו בפועל הוגשה הבקשה לפשיטת רגל או פירוק. דרישת תום הלב המעוגנת בתנאי זה מחייבת, כתנאי לקיזוז, כי הנושה לא היה מודע, כשנתן את האשראי לחברה, כי היא עומדת על סף פשיטת רגל (לויין וגרוניס, בעמ' 237-247).

33. זכות הקיזוז מוקנית מכח החוק, ואינה כפופה להתנאה (לויין וגרוניס, בעמ' 242). יישומה הקונקרטי ביחס לנושים מסוימים אינו ידוע מראש לנושים האחרים, ולכן קיומה מכח החוק פותח פתח למניפולציות שונות בידי נושים המבקשים להשיג עדיפות על פני נושים אחרים, מבלי שאלה האחרונים מודעים לכך, או מסוגלים

להתגונן מראש מפני אפשרות כזו (ענין הספקה, בעמ' 175; ענין אמדאוס; שלום לרנר "קיצוז חיובים מותנים בפשיטת רגל" משפטים כב 219, 227 (התשנ"ג)).

זכות הקיצוז והלוואת בעלים

34. הכללים להחלת זכות הקיצוז, כפי שפורטו לעיל, מתייחסים לנושים, דרך כלל, וכאשר מדובר בחברה, על פי רוב, לנושים שהם צדדים שלישיים ביחס לחברה, ולבעלי מניותיה ומנהליה. עם זאת עשוי לקרות, כי בעל מניות בחברה יהיה בעת ובעונה אחת חבר בחברה ונושה של החברה, אם נתן לה אשראי – בדרך של הלוואת בעלים או ערבות אישית – בהקשר נסיבות כזה או אחר. כיצד יש ליישם את כללי הקיצוז על נושה של חברה חדלת פרעון שהוא גם בעל מניות בה, ומהם השיקולים הרלבנטיים לבחינת סוגיה זו – אלה השאלות המצריכות הכרעה בהליך זה.

השאלה הנקודתית העומדת בפנינו להכרעה היא – האם עומדת לבעל מניות בהליך פירוק חברה מחמת חדלות פרעון זכות קיצוז בגין הלוואת בעלים שנתן לחברה, או ערבות אישית שנתן להבטחת אשראי שנתן צד שלישי לחברה, כנגד כספים שבעל המניות חב לחברה, שמקורם במשיכות כספים שונות שמשך מקופת החברה. האם מקרה כזה עונה לתנאי הראשון הנדרש לגיבוש זכות קיצוז על פי סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל, בדבר קיום "אשראי הדדי", "חוב הדדי" או "עסקים הדדיים" אחרים, התלויים בין החברה בפירוק לבין בעל המניות הנושה?

35. השיקולים הצריכים לצורך מתן מענה לשאלה זו הם אלה:

שאלת מעמדו של בעל מניות בחברה ביחס לנשייתו כלפי החברה בהגיעה לחדלת פרעון מעסיקה את המשפט בהקשרים שונים, ויש לה השלכה ישירה על קביעת נורמות ההתנהגות הראויות להתנהלות חברות, ולדרכי פעולתם של בעלי המניות במסגרתן. מעמדו של בעל מניות כנושה החברה עשוי להיחתך על פי שלושה מצבים אפשריים: האחד – בעל המניות נחשב נושה רגיל של החברה, שמעמד נשייתו זהה לזה של הנושים החיצוניים; השני – בעל המניות נחשב נושה נדחה, שנשייתו מושעת עד לאחר פרעון חובות החברה לנושים החיצוניים; והשלישי – בעל המניות מוכר כבעל זכות קיצוז, הזוכה במעמד מועדף על הנושים החיצוניים. שאלת המפתח בהקשר זה היא – מהו היחס הראוי בין נושי החברה החיצוניים לנושי החברה הפנימיים, התובעים מחברה חדלת פרעון את אשראי הבעלים שנתנו לה, בין כהלוואות ובין

כערבויות אישיות לצדדים שלישיים, שנפרעו לצורך כיסוי חובות החברה לנותני האשראי.

יש להבהיר, כי ענייננו אינו נוגע בדרישת בעל המניות מכח חברותו בחברה לזכות לרווחים או לדיבידנדים, אשר על פי סעיף 248 לפקודת החברות נדחית עד לאחר פרעון כלל חובות החברה חדלת הפרעון לנושים החיצוניים.

מעמדו הכפול של בעל מניות המעניק הלוואות בעלים

36. המשפט המודרני מכיר באינטגרציה של דיני התאגידים עם עקרונות מתחום המשפט האזרחי, המושפע מצידו מעקרונות חוקתיים, כפי שאלה התפתחו בעשורים האחרונים. מבין עקרונות המשפט הכלליים המשפיעים על דיני החברות, קנו להם שביטה חובות תום הלב וההגינות, המקרינות על כל פעולה משפטית של הפרט, התאגיד, או הרשות הציבורית (ע"א 2792/03 יצהרי נ' טל אמפורט (לא פורסם, 14.12.06); ענין אפרוחי הצפון, פסקה 8 לפסק דיני).

37. חוק החברות, בסעיף 192(א), הורה כי על בעל מניות לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת בהפעלת זכויותיו ובמילוי חובותיו כלפי החברה ובעלי מניות אחרים בחברה. על בעלי שליטה חלה חובה דומה לפעול בהגינות כלפי החברה (סעיף 193 לחוק). על החברה חלות חובות דומות, מכח הדין הכללי, בין היתר ביחס לציבור הנושים עימם היא באה במגע במהלך פעילותה העסקית (סעיף 11 לחוק החברות; ידידיה שטרן "תכלית החברה העסקית – פרשנות והשפעות מעשיות" משפטים לב 327 (התשס"ב) (להלן – שטרן)). שיקולי הוגנות בחיי המסחר והעסקים שזורים כיום לאורכה ולרוחבה של מערכת הפעילות העסקית (ע"א 10582/02 בן אבו נ' דלתות חמדיה בע"מ (לא פורסם, 16.10.05) (השופט רובינשטיין)). עקרונות של הגינות וצדק מהווים חלק אינטגרלי ממערך הזכויות והחובות במשפט הפרטי ובדיני התאגידים (ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(5) 719 (1994); גבריאלה שלו "הבטחה, השתק ותום לב" משפטים טז, 295, 313 (התשמ"ט)).

בצד עקרונות תום הלב וההגינות, קיימת הכרה בזכות האדם על קניינו, אשר קבלה מעמד חוקתי בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הכרה זו משתקפת ביחסי הפרט עם השלטון, וביחסי הפרטים בינם לבין עצמם. דיני התאגידים מכירים גם הם בזכות הקניין ומקנים לה הגנה.

38. השאלה האם, ובאלו נסיבות, יש להעניק לבעל מניות, בתורת נושה "פנימי" של החברה חדלת הפרעון, מעמד עדיף על מעמדם של נושיה החיצוניים באמצעות זכות הקיזוז, מעלה סוגיה של עדיפות משפטית מורכבת השמה במרכזה את האיזון הנדרש בין האינטרסים היחסיים של שני גורמים אלה. סוגיה זו אינה מצטמצמת ליחס הראוי בין בעלי אינטרסים אלה במצב של פירוק התאגיד, אלא היא מקרינה על מושכלות-יסוד ביחס לדרך פעולתם התקינה של בעלי המניות בחברה, המתחייבת בימים כתיקונם.

39. מכח עקרונות כלליים של דיני התאגידים, המושפעים מעקרונות המשפט האזרחי, על תאגיד עיסקי חלות חובות תום לב והגינות, בין היתר כלפי ציבור הנושים החיצוניים, המזרימים אליו אשראי, שירותים וסחורות במסגרת יחסיהם העיסקיים ההדדיים (ענין אפרוחי הצפון, פסקה 18 לפסק דיני). על החברה ובעלי מניותיה מוטלת חובה להתחשב לא רק באינטרסים העיסקיים של החברה וחבריה, אלא גם בציפיות הלגיטימיות של צדדים שלישיים, עימם החברה באה במגע – כגון עובדים, צרכנים, נושים, והציבור הרחב (סעיף 11 לחוק החברות; שטרן, שם; ד"נ 7/81 פנידור, חברה להשקעות פיתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673, 695 (1983); ע"א 5320/90 א.צ. ברנוביץ נ' רשות ניירות ערך, פ"ד מו(2) 818, 839 (1992)). בצד שיקולי היעילות והתועלת הכלכלית המכוונים את פעולתו של התאגיד, חלות עליו חובות הגינות ותום לב ביחסיו עם הקבוצות השונות עמן הוא בא במגע במסגרת פעילותו העיסקית. מימוש חובת תום הלב של התאגיד כלפי הנושים החיצוניים משמעו, בין היתר, כי חלה על התאגיד חובה להבטיח את יכולתו הכספית לעמוד בפרעון חובותיו לנושיו. לשם כך, נדרשת כרית בטחון מספקת בהונה העצמי של החברה, אשר תשמש בטחון ראוי לפרעון חובות החברה לנושים. כרית בטחון זו משמעה – יחס נאות בין היקף נכסי החברה לבין היקף התחייבויותיה, הן בשלב הפתיחה בעסקים, והן במהלך פעילותה של החברה, בדרך העסקים הרגילה. קיום יחס ראוי בין נכסים להתחייבויות אמור להבטיח כי נכסי החברה לא יישחקו, ותישמר יכולת הפרעון של החברה במסגרת חובות תום הלב וההוגנות של החברה כלפי נושיה. אף שככלל, אין הוראות בחוק המחייבות קיומו של הון מינימלי בחברה, זו אינה פטורה מאחריות כלפי ציבור נושיה להבטיח בכל עת את יכולת פרעונה, כנגזר מעקרונות תום הלב וההגינות שהיא חבה לציבור נושיה. חובה זו משתלבת גם עם מתן הגנה ראויה לזכות הקניין של הנושים, שהזרימו לתאגיד אשראי, מצרכים ושירותים ולא קבלו את תמורתם.

חברה שאין לה הון מספיק לעמוד בהתחייבויותיה במהלך פעילותה העיסקית הרגילה, או כאשר יש לה הון מספיק אך מקורו העיקרי אינו בהון עצמי אלא בהלוואות

בעלים, ביחס בלתי סביר, עלולה להידרדר לחדלות פרעון (אירית חביב-סגל דיני חברות 303 (2007) (להלן – חביב-סגל); אוריאל פרוקצ'יה "מימון דק, הרמת המסך והגבלת האחריות בדיני חברות" עיוני משפט י 526, 548 (התשל"ח)). חברה כזו מתאפיינת בהחצנת הסיכונים הנלקחים על ידי החברה ובעלי מניותיה, והשמתם על כתפי הנושים החיצוניים, תחת חסות עקרון האחריות המוגבלת של התאגיד. בעלי החברה נוטלים את הסיכוי לרווחים, אך הסיכון הגבוה להפסדים מונח על כתפי הנושים, נוכח קיומו של הון עצמי נמוך. מציאות זו, המטילה את מלוא הסיכונים לפעילות העיסקית של התאגיד על הנושים, ומותירה את בעלי המניות מחוץ למתחם הסיכון, מצביעה על מציאות עיסקית מעוותת, שיש בה אי הגינות מובנית (ענין אפרוחי הצפון, פסקה 37 לפסק דיני; זוהר גושן "בעיית הנציג" כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים" ספר זיכרון לגאולטיארו פרוקצ'יה – חיבורי משפט 239, 263-265 (אהרן ברק ואחרים עורכים, התשנ"ז); ע"א 2223/99 קריספי נ' ח. אלקטרוניקה (1988) בע"מ, פ"ד נז(5) 116 (2003) (להלן – ענין קריספי)).

40. לבעל מניות בחברה עשוי להיות מעמד כפול – כחבר בחברה וכנושה של החברה. כבעל מניות הוא נהנה מעקרון האישיות הנפרדת והאחריות המוגבלת של החברה. ככזה, הוא נהנה מהסיכוי לרווחים, בעוד שהסיכון להפסדים קיים רק בגובה השקעתו בחברה (חביב-סגל, בעמ' 156-157; ענין קריספי, בעמ' 128 (השופט דורנר)).

בצד מעמדו כבעל מניות, הוא עשוי לרכוש מעמד כנושה של החברה, בעקבות הלוואת בעלים שהוא נותן לה, או ערבות אישית לאשראי הניתן לה בידי צד שלישי. דואליות זו במעמדו של בעל המניות יוצרת קושי במישור המשפטי ובמישור העיסקי:

"בעל מניות אינו אמור, בדרך הטבע, להלוות כספים לחברה שבבעלותו, וליהפך נושה שלה. תפקידו הטבעי הוא לשמש משקיע בחברה. לפיכך, הלוואות בעלים בתאגיד עיסקי אינן בבחינת תופעה טבעית ומובנת מאליה, והפיכתו של בעל מניות לנושה החברה אינה מצב שיש לעודדו. כשירותו המשולבת של אדם כבעל מניות בחברה וכנושה של החברה עלולה להביא לניגוד אינטרסים חריף שיש עמו נזק רב לחברה ולציבור הנושים החיצוניים כאחד (ענין אפרוחי הצפון, פסקה 50 לפסק דיני).

כשירותו הכפולה של בעל מניות כחבר בחברה וכנושה של החברה מכח הלוואת בעלים היא בעייתית, משהיא מעלה חשש ממשי מובנה לניצול היתרון התאגידי בידי בעל המניות לצורך הסבת הסיכון העיקרי להפסדי החברה לשכם הנושים החיצוניים. במצבים של מימון דק בחברה, הדבר עשוי להצדיק, בנסיבות מתאימות, הרמת מסך התאגיד, או נקיטה באמצעי מתון יותר – השעיית פרעון הלוואת הבעלים של בעל המניות עד לאחר פרעון מלוא חובות החברה לנושים האחרים (סעיף 6 לחוק החברות). תכליתם של אמצעים אלה – הרמת המסך והשעיית פרעון חוב בעל המניות – היא להגן על הנושים החיצוניים של החברה מפני התנהגות בלתי נאותה של החברה ובעלי מניותיה. הגנה זו על הנושים החיצוניים במצבים מתאימים לא רק שאינה מתיישבת עם מתן עדיפות לבעל מניות בנשייתו כלפי החברה, אלא מכירה אף באפשרות להשעות את פרעון חוב החברה כלפיו עד לאחר פרעון חובות החברה לנושים האחרים. במצבים קיצוניים, עלול בעל המניות אף לחוב באופן אישי בחובות החברה לנושים, עקב הרמת מסך התאגיד. בארצות הברית, באמצעות דוקטרינת ה"הגדרה מחדש" (Recharacterization) בוחן בית משפט של פירוק האם הלוואות בעלים שניתנו הן, למעשה, תחליף להזרמת הון בעלים לחברה, שנועד לתת לבעל המניות מעמד של נושה, במקום שהיה עליו להזרים הון עצמי לתאגיד. אם זה אכן המצב, מוסמך בית המשפט להגדיר מחדש את הלוואת הבעלים כהון עצמי שהוזרם לחברה, ולקבוע כי לגביה יש לחבר זכות נדחית בלבד לפרעונה, לאחר פרעון חובות החברה לנושים החיצוניים (ענין אפרוחי הצפון, פסקה 53). ה"אפיון מחדש" נועד להתחקות אחר האופי האמיתי של עיסקת הלוואת הבעלים – האם היתה הלוואה אמיתית, או דרך עקיפה להזרים הון בעלים לחברה, תוך שבעל המניות משריין לעצמו, בד בבד, מעמד של נושה בעל מעמד זהה ליתר הנושים החיצוניים, או אפילו מעמד מועדף, באמצעות זכות הקיזוז. המשפט מתייחס בחשדנות רבה להלוואת בעלים הניתנת לתאגיד על ידי בעל המניות, המעמידה אותו כבעל "שני כובעים" ביחס לחברה – בעל מניות ונושה. במיוחד כך הדבר כאשר בעל המניות מבקש לעצמו מעמד של נושה מועדף באמצעות זכות הקיזוז. קביעת מעמדו המשפטי של בעל המניות כנושה רגיל, כנושה מועדף (מכח זכות הקיזוז) או כנושה נדחה (מכח השעיית נשייתו על פי סעיף 6 לחוק החברות) תלויה במידה רבה בבחינת אופי האשראי שנתן לחברה, והרקע והנסיבות לנתינתו. קביעת מעמדו כנושה במידרג האפשרי בכל אחד מהמצבים שנימנו לעיל, מחייבת התייחסות לשאלות הבאות: האם עיסקת הלוואת הבעלים (או הערבות) נעשתה במהלך העסקים הרגיל; מה אופי הסכם ההלוואה; מה היה מצבה הכספי של החברה בעת מתן ההלוואה; לאיזו מטרה שמשו כספי ההלוואה; וכיצד באלה שאלות. ככל שחוב החברה כלפי בעל המניות צמח במסגרת פעילות עסקית שוטפת ורגילה שהוא ניהל עם החברה, בהיותה יציבה וסולבנטית, מעמדו כנושה יוכר, ועשויה לעמוד

לו אף זכות קיזוז אם יוכח כי הוא עומד בכל תנאיה. אולם ככל שמתברר כי הלוואת הבעלים או הערבות הם תחליף להון עצמי, שהיה מקום להזרימו לחברה כדי לקיים את כרית הבטחון ההונית שלה לצורך הגנה על נושיה, כך עלול להיות כי מעמדו של בעל המניות כנושה רגיל לא יוכר, וגם אם לא יורם מסך ההתאגדות, נשייתו עשויה להידחות עד לאחר פרעון חובות הנושים החיצוניים; ומכל מקום, לא תוכר עדיפותו על פני כלל הנושים באמצעות זכות הקיזוז.

נטל הוכחה

41. מימון דק בתאגיד שהוא חברת מעטים, בשילוב עם מתן הלוואות בעלים בתאגיד כזה, עשוי, בנסיבות מתאימות, להקים הנחה לכאורה בדבר שימוש לא ראוי באישיות המשפטית הנפרדת של החברה, ובעקרון הגבלת האחריות התאגידית, בעת שהחברה נכנסת למצב של חדלות פרעון. כאשר מבנה ההון של החברה מתאפיין במימון דק, ובעלי המניות מזרימים אליה הלוואות בעלים במקום לתגבר במישרין את הונה העצמי, עשוי נטל ההוכחה לעבור אליהם לשכנע מדוע אין לראות בהתנהלות כזו משום ניהול בלתי ראוי של עיסקי התאגיד, ומדוע, באיזון שבין עניינם לבין עניינם של הנושים החיצוניים, אין להרים את מסך ההתאגדות, או למצער, להשעות את זכותם של בעלי המניות לפרעון הלוואות הבעלים עד לאחר תשלום חובות הנושים החיצוניים. לצורך עמידה בנטל ההוכחה, עליהם להראות כי דרך ניהול עסקיה של החברה היה תקין, וכי במתן הלוואות בעלים לא נעשה שימוש פסול בעקרון האישיות התאגידית הנפרדת.

במקביל לכך, הטוען לזכות קיזוז על פי סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל, עליו נטל ההוכחה להראות כי התנאים לקיזוז מתקיימים בעניינו. בהיות זכות הקיזוז חריג לעקרון השוויון בפרעון חובותיו של גורם חדל פרעון לנושיו, על הטוען לקיומו של החריג בעניינו הנטל לבסס את תנאי החריג.

42. על רקע ניתוח זה, חוזרת לקדמותה השאלה – אימתי זכאי בעל מניות שנתן לחברה הלוואות בעלים, או פרע ערבות אישית לכיסוי חובותיה לבנק, לקבל מעמד מועדף על פני יתר נושי החברה באמצעות שימוש בזכות הקיזוז הנתונה לנושה על פי סעיף 74 לפקודה? מהן הנסיבות שבהן תוכר זכותו העדיפה כאמור על פני זכויות כלל הנושים, בשים לב למורכבות השיקולים שיש להתחשב בהם לענין זה?

מן הכלל אל הפרט

43. המערער טוען לזכות קיזוז בשני מישורים: האחד – ביחס לנשייתו כלפי החברה בגין פרעון ערבותו האישית לחובות החברה כלפי הבנק, כנגד חובו לחברה על פי הכרטיס האישי; והשני – ביחס לחוב החברה כלפיו בגין שכר עבודה, כנגד חובו לחברה על פי הכרטיס.

אין נסיבות הענין מקימות זכות קיזוז בידי המערער, בשתי החלופות הנטענות.

44. התנאי העיקרי הנדרש לצורך זכות הקיזוז של נושה על פי סעיף 74 לפקודה משתקף בקיומו של "אשראי הדדי", או "חוב הדדי", או "עסקים הדדיים", התלויים בין הנושה לבין החייב. תנאי זה מחייב, ראשית, קיומם של אשראי, חוב או עסקים המתרחשים במהלך העסקים הרגיל, ולא בעסקות יוצאות דופן ובלתי שגרתיות (ענין אמדאוס, בעמ' 587-588; ענין הספקה, בעמ' 146); שנית, נדרשת הדדיות בקשר שבין החברה החייבת לבין הנושה, במובן זה שמקור אחד, או עילה אחת, מצמיחה את החיובים ההדדיים או העסקים המשותפים. לצורך קיזוז, חובות שני הצדדים צריכים לנבוע, אפוא, מעסקאות הדדיות, באופן "שההפרדה ביניהם תיראה ותישמע מלאכותית ולא טבירה" (ענין הספקה, בעמ' 144; ענין אל-על, בעמ' 253; ענין אמדאוס, פסקה 13).

שני תנאים אלה במצטבר מצביעים על תכליתו העיקרית של מוסד הקיזוז, לאפשר לחברה לנהל את עסקיה השוטפים תוך מתן בטחון לגורמים החיצוניים, העומדים בקשר רצוף ושוטף עם החברה, כי ביום הדין, אם תיכנס החברה לחדלות פרעון, יוכלו לקזז את חובותיהם ההדדיים, פרי הקשר העיסקי הרצוף שהתנהל בינם לבין החברה. תכלית זו משרתת גם את עניינה של החברה להמשיך ולנהל את עסקיה השוטפים באמצעות גורמים אלה.

45. המבקש לחסות בצילה של הוראת הקיזוז בפקודת פשיטת הרגל עליו הנטל להוכיח כי מתקיימים לגביו תנאי סעיף 74 לפקודה, המזכים אותו בעדיפות על פני נושים אחרים בפרעון חוב החברה כלפיו, וקודם לכל, כי מדובר בחובות הדדיים, פרי עסקים הדדיים שהתנהלו במהלך העסקים הרגיל.

בענייננו, אין מדובר בנושה חיצוני המנהל עסקים הדדיים עם החברה, אלא בנושה פנימי, בעל מניות אחד מתוך שניים בחברת מעטים, שעליו הנטל להראות כי החובות ההדדיים בינו לבין החברה נצמחו על רקע מהלך עסקים רגיל שהתנהל בינו לבין החברה, בתום לב ובהגינות, ואשר במסגרתו נוצרו חיובים הדדיים המצדיקים קיזוז, תוך מתן זכות עדיפות לו, חרף היותו בעל מניות, ביחס לנושים חיצוניים. עמידה בנטל ההוכחה לביסוס הזכות לקיזוז חלה על כל מי שטוען לה, בהיותה חריג מובהק לעקרון השוויון בפשיטת רגל ובפירוק חברות. על אחת כמה וכמה, מוטלת חובה זו על בעל מניות, שמתן אשראי על ידו לחברה שלא בדרך השקעה בהונה העצמי מהווה תופעה חריגה, העלולה לכרוך ניצול מידע פנימי וניצול לרעה של מנגנון החברה, תוך פגיעה בנושים החיצוניים, שאינם מודעים בהכרח למצבה של החברה ולמהלכים הפנימיים המתרחשים בה. בנסיבות אלה, טענה לזכות קיזוז בפי הנושה הפנימי מטילה עליו נטל כבד של הוכחה. עליו לשכנע, כי בינו לבין החברה נוצרו חובות הדדיים, כי הם נתגבשו בתום לב, במהלך העסקים הרגיל של החברה, ובעת שהיתה בעלת כושר פרעון והון עצמי מספיקים לצורך עמידה בהתחייבויותיה כלפי נושיה החיצוניים, וכי מוצדק, בנסיבות הענין, להניח כי בעל המניות קיים את מלוא אחריותו כחבר בחברה לצורך הבטחת כושר הפרעון שלה כלפי נושיה. עליו להבהיר, במסגרת נטל ההוכחה החל עליו, מה אופי החובות ההדדיים בינו לבין החברה, מאין צמחו, ומה קשר הגומלין ביניהם המצביע על קיום מקור ועילה משותפת לצמיחתם.

46. המערער לא עמד בחובת ההוכחה החלה עליו באף אחד מן הפרטים האמורים.

ראשית, אשר להלוואת בנק דיסקונט לחברה, שהמערער ערב לה בערבות אישית ללא הגבלה, איננו יודעים דבר על הרקע למתן ההלוואה, על מטרותיה, ועל מצבה הכספי של החברה בעת מתן ערבות המערער; איננו יודעים אם הערבות ניתנה במהלך העסקים הרגיל, או בעת שהחברה נקלעה למשבר, והאם בעליה בקשו להזרים אליה הון, כתחליף להון עצמי, כדי לאפשר את המשך פעילותה, והמערער נתן את ערבותו האישית לצורך כך. אין להוציא מכלל אפשרות, כי מתן הערבות האישית להלוואת הבנק לחברה נבע ממציאות שבה לחברה לא היה הון עצמי מספיק משלה, וכתחליף להזרמת הון עצמי, לקחו בעלי המניות בחברת המעטים הלוואה בנקאית, בערבות אישית של המערער, כדי לאפשר את המשך פעילותה של החברה. אם הנחה זו נכונה – והיא לא הוכחה – הרי שאין מדובר בערבות אישית להלוואה שניתנה לחברה במהלך עסקיה הרגילים, אלא בהזרמת "הון בעלים" בכסות של ערבות אישית לאשראי בנקאי שקבלה החברה מצד שלישי. המערער לא הוכיח דבר מעניינים אלה, וממילא לא הוכח

כי הלוואת הבנק ניתנה במהלך העסקים הרגיל – תנאי שהוא הכרחי לתחולת זכות הקיזוז בידי המערער בענייננו.

מנגד, המערער לא הוכיח גם את טיב חובו שלו כלפי החברה על פי כרטיסו האישי. בנוסף לחיובים שונים שהוא חב כלפי החברה, בגין שיקים, ארוחות, הוצאות רכב, קנסות חניה, דואר, וכיוצא באלה, נרשם חוב משמעותי לזכות החברה בכרטיסו האישי בגובה של כ-275,000 ₪, המיוחס לו עוד משנת 2001. איננו יודעים ממה נובע חוב זה, ועל פני הדברים, לא הוכחו קשר גומלין והדדיות כלשהם בין ערבותו האישית של המערער לאשראי הבנקאי שניתן לחברה לבין החיובים שהמערער חב לחברה על פי הכרטיס האישי.

בהעדר הוכחה בדבר טיבה של הלוואת הבנק לחברה, ונסיבות מתן ערבותו האישית של המערער להלוואה זו, וכן בדבר טיב חובו העיקרי של המערער לחברה על פי הכרטיס האישי, אין בפנינו הוכחה כי מדובר בחובות הדדיים או בעסקים הדדיים שהיו תלויים בין המערער לחברה. ממילא, נשמטת הקרקע מתחת לטענת המערער בדבר זכותו לקיזוז חובו לחברה מחוב החברה כלפיו בגין פרעון ערבותו האישית.

47. יש להעיר, כי המפרק ייחס חוסר תום לב למערער בעצם פרעון ערבותו האישית לבנק לאחר הגשת הבקשה לפירוק, כאשר ידע על חדלות הפרעון של החברה. לא נדרש לנקוט עמדה בשאלה זו בענייננו, שכן אין בפנינו ממצאים עובדתיים הנדרשים לענין זה. ניתן, עם זאת, לומר, כי לבנק היתה זכות תביעה ישירה כלפי המערער למימוש ערבותו האישית, שלא היתה מושפעת מהליכי הפירוק שהחברה פתחה בהם; אגב אורחא אף צוין בכתבי הטענות כי חשבונותיו הפרטיים של המערער בבנק היו משועבדים גם הם לבנק לצורך הבטחת ערבותו. בתנאים אלה, לכאורה, הסכמת המערער לפרוע את ערבותו לבנק לאחר הגשת בקשת הפירוק לא העלתה ולא הורידה לענין התוצאה של פרעון ערבות המערער, שכן בידי הבנק היו בלאו הכי מלוא הכלים והאמצעים לממש את נשייתו כלפי המערער, בין בדרך של מימוש השעבוד על חשבונותיו הפרטיים ובין בדרך של הגשת תביעה אזרחית כנגד המערער על בסיס ערבותו לחובות החברה. בתנאים אלה, לגורם תום הלב של המערער לא היתה השפעה על התוצאה של פרעון ערבותו לחובות החברה לבנק.

48. אשר לפן השני של טענת הקיזוז, הנוגע לקיזוז חוב החברה למערער בגין שכר עבודה, כנגד חובו לחברה מכח הכרטיס האישי – גם כאן לא עמד המערער בנטל

ההוכחה שהוטל עליו. לא הוכחה כל קורלציה בין שכר העבודה הנדרש לבין חובו העיקרי של המערער בכרטיס האיש, שטיבו האמיתי נותר עלום, ולא הוכח.

משלא הוכח התנאי הראשון לזכות הקיזוז על פי סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל, ממילא נשמט הבסיס מטענת המערער בדבר קיום זכות כזו בידיו, ואין צורך לבחון את שאלת התקיימותם של התנאים האחרים הנדרשים על פי אותה הוראת חוק לצורך ביסוסה של זכות הקיזוז בפירוק חברה.

49. לאור האמור, דין טענת הקיזוז שהעלה המערער להידחות על שני חלקיה, ועמה גם יתר טענות הערעור שהעלה.

על רקע כל האמור, דין הערעור להידחות.

אציע שלא ליתן צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופטת ס' ג' ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

אני מצטרף בהסכמה לפסק דינה המקיף של חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה.

הנני מרשה לעצמי להוסיף עם זאת כי יש לדעתי מצבים שבהם ניתן יהיה להכיר גם בזכות קיזוז של בעל מניות בחברה שהוא בעל חוב כלפיה מכוח סעיפים 352 ו-353 לפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983, המחילים כנגד חברה-בפירוק את הוראות סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל (נוסח חדש), התש"ם-1980. כך, למשל, יהיה הדבר כאשר בעל המניות ערב, או העניק בתום לב הלוואת בעלים לחברה. התקשרות כזו כשלעצמה היא חוקית, כל עוד קיימים שיקולים עסקיים לגיטימיים התומכים באופן מימון כאמור ובהכרה בו כחוב כשר לכל דבר ועניין (ראו: דוד האן, "דחיית חובות",

מחקרי משפט כ"ג 33, 52 (התשס"ז-2006) (להלן – דוד האן, דחיית חובות); דוד האן, "על ארבעה וחמישה: מניעת רכוש חברה מנושי חברה חדלת פירעון" (עתיד להתפרסם בתשע"א במשפטים, שם בעמ' 11). הקיזוז של חוב כזה מול החברה-בפירוק – יותר, לשיטתי, אם יתקיימו לגביו התנאים הנוספים הבאים:

(א) הוא יענה לכל דרישות סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל הנ"ל (עיינו – בנוסף למקורות שאוזכרו על ידי חברתי – בחיבורים הבאים: שלום לרנר קיזוז חובות, עמ' 227-256 (התשס"ט-2009); דוד האן דיני חדלות פירעון עמ' 607-622 (התשס"ט-2009)).

(ב) המבקש לקזז יעמוד בנטל ההוכחה הכבד הנדרש הימנו בנסיבות שכאלו, כאמור בפסק דינה של חברתי. בהקשר זה נראה לי כי בית המשפט ידרש להשתכנע שמתקיים בעיסקה, נשוא החוב, מבחן "ההגינות המלאה" (Entire Fairness), אותו מציע ד"ר דוד האן במאמרו: דחיית חובות (שם בעמ' 77-80), בהתבסס על פסיקה ממדינת דלאוור בארה"ב (שאימצה מבחן זה בנושאים אחרים) וספרות משפטית עניפה.

המערער במקרה שלפנינו לא עמד בדרישות הנ"ל ולכן גם אני הגעתי למסקנה כי דין הערעור להידחות.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

ניתן היום, י"א בכסלו התשע"א (18.11.10).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט