



## בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 10208/16

לפני: כבוד השופט י' דנציגר  
כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופט ד' מינץ

המערערת: קרסו מוטורס בע"מ

נגד

המשיבים: 1. Better Place Inc.  
2. בטר פלייס מוטורס בע"מ  
3. כונס הנכסים הרשמי

ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד מיום 14.11.2016 בפר"ק 11092-06-13 שניתנה על ידי כבוד השופטת ע' וינברג-נוטוביץ

תאריך הישיבה: ט"ז בתמוז תשע"ז (10.7.17)

בשם המערערת: עו"ד אילן שביט-שטריקס; עו"ד ד"ר נורית לזר

בשם המשיבות 1-2: עו"ד שאול קוטלר; עו"ד סיגל רוזן רכב;  
עו"ד דקלה פרץ  
בשם המשיב 3: עו"ד טובה פריש

### פסק-דין

השופט י' דנציגר:

ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (השופטת ע' וינברג-נוטוביץ) מיום 14.11.2016 בפר"ק 11092-06-13 ופר"ק 48637-05-13, במסגרתה נדחה ערעור על החלטות המפרקים (כהגדרתם להלן) בתביעות חוב שהגישה המערערת, קרסו מוטורס בע"מ (להלן: המערערת או קרסו) כנגד המשיבות 1-2,

Better Place Inc. (להלן: בטר פלייס ארה"ב) ובטר פלייס מוטורס בע"מ (להלן: בטר פלייס מוטורס או החברה).

א. רקע עובדתי

(1) ההסכם

1. ביום 2.5.2010 נחתם בין החברה לבין המערערת הסכם שיתוף פעולה מסחרי (Commercial Cooperation Agreement) (להלן: ההסכם), לפיו התחייבה קרסו להעניק שירותים שונים לבטר פלייס מוטורס בקשר עם כלי הרכב שייבאה האחרונה לישראל.

כחלק מההסכם, התחייבה קרסו לספק לחברה שירותים שכונו " Pre-Delivery Inspection" (להלן: שירותי PDI). שירותים אלה כוללים את בדיקת הרכב בהתאם לפרוטוקול שנקבע, ביצוע התאמות שיידרשו לרכב, קבלת רישיון, שינוע הרכב לסוכנות המכירות ועוד (סעיף 4.14 להסכם). יצוין, כי ההסכם כלל שירותים נוספים, מלבד שירותי ה-PDI, שאותם התחייבה קרסו לספק לחברה.

2. תקופת ההסכם נקבעה עד ליום 31.12.2016 (סעיף 15.1 להסכם) ובהתאם להוראות ההסכם, החברה צפתה כי היא תייבא 7,000 כלי רכב בשנה החודשים הראשונים לאחר תחילת האספקה ו-15,000 כלי רכב בכל שנה עוקבת, עד לתום ההסכם. עם זאת, הובהר בהסכם שמדובר בתחזית בלתי מחייבת (סעיפים 4.2-4.3 להסכם). וזו לשונו של סעיף 4.3 להסכם, שהוא בעל חשיבות לענייננו:

"4.3 For the avoidance of doubt, the forecast set forth in Section 4.2 above is merely a potential, non-binding, forecast, and Better Place may deviate from such forecast at any time without any liability or obligation on its part, subject to duly providing the information and documents set forth in Section 4.7 and meeting its obligations under the Pricing Agreement".

3. נספח 1.2(L) להסכם כונה "Pricing Agreement" (להלן: נספח התמחור), ובסעיף 2.4 לו נקבע כי אם יתברר – עם פקיעת ההסכם – כי מספר כלי הרכב שבגינם סופקו שירותי PDI במהלך חיי ההסכם פחת מ-5,000 רכבים לשנה במוצע, תשלם החברה לקרסו סכום נוסף שיהיה שווה לתשלום עבור שירותי PDI בגין 5,000 רכבים לשנה (להלן: התמורה המובטחת), וזו לשון הסעיף:

"2.4 Minimum guaranteed payment for the term

Notwithstanding any provisions set forth elsewhere in this agreement, if upon termination or expiration of the CCA, it appears that during the term of the CCA, the number of Vehicles serviced through the PDI, over the term of the CCA, was less than 5,000 vehicles per year on average, then Better Place shall pay Carasso such additional sum so that the total aggregate PDI Payment for the entire term of the CCA equal to PDI Payment for 5,000 vehicles per year (or part thereof).”

4. סעיף 10 לנספח התמחור מוסיף וקובע פיצוי מוסכם בגין פקיעת ההסכם קודם למועד שנקבע (למעט במקרה שבו הפקיעה נבעה מהפרה מצד קרסו), ונאמר בו כי סכום הפיצוי המוסכם יהיה בנוסף לתשלום כל החשבוניות שטרם נפרעו ובנוסף לתמורה המובטחת בהתאם לסעיף 2.4 לנספח התמחור:

“10.1 In addition to payment of all outstanding invoices, and the minimum guaranteed payment for the term set forth in Section 2.4 Better Place shall be liable for payment of the Agreed Compensation to Carasso.

10.2 The Agreement Compensation shall be in the amount of NIS 6,500,000 (in the event that there is an Independent Bonded Warehouse) or NIS 30,000,000 (in the event that there is a Carasso Bonded Warehouse). This sum will be reduced by NIS 500,000 (in the event that there is an Independent Bonded Warehouse) or NIS 2,500,000 (in the event that there is a Carasso Bonded Warehouse) commencing 6 months after the beginning of importing of the Vehicles i.e. on April 1, 2013 if importing of the Vehicles commences in October 2012”.

(2) כניסת החברה לפירוק ותביעת החוב

5. ביום 27.5.2013 ניתן צו פירוק זמני לחברה; עו"ד סיגל רכב רוזן ועו"ד שאול קוטלר מונו מפרקים זמניים לחברה. ביום 10.7.2013 ניתן צו פירוק קבוע לחברה; עו"ד רכב רוזן ועו"ד קוטלר משמשים מפרקים של החברה (להלן: המפרקים).

בפועל, נמכרו 1,089 רכבים בלבד עד שנקלעה בטר פלייס מוטורס לפירוק.

6. לאחר כניסת החברה לפירוק, הגישה המערערת תביעת חוב נגד החברה על סך של 66,287,242 ש"ח לפי הפירוט הבא:

חוב שוטף: 1,029,282 ש"ח

חוב שוטף:

עלות אחזקת מלאי חלפים כולל מימון:	627,032 ש"ח
חישוב תשלום להכנת רכב למסירה:	57,115,165 ש"ח
פיצוי מוסכם:	5,535,649 ש"ח
פיצוי בגין השקעות תשתית החברה:	1,980,113 ש"ח

כמו כן, הגישה המערערת תביעת חוב נגד בטר פלייס ארה"ב על סך אותו סכום, מכוח ערבותה כלפי המערערת לחובות החברה.

7. המפרקים הכריעו בתביעות החוב ואישרו למערערת סך של 6,466,807 ש"ח בלבד, מתוכו סך של 5,488,737 ש"ח בגין פיצוי מוסכם. המפרקים דחו את התביעה בגין רכיב התמורה המובטחת. פסק הדין של בית המשפט המחוזי והערעור דנן נסבים אך ורק על ההכרעה ברכיב זה.

ב. פסק הדין של בית המשפט המחוזי

8. בית המשפט המחוזי קיבל את עמדת המפרקים, שנתמכה גם על ידי כונס הנכסים הרשמי (להלן: הכנ"ר), ודחה את ערעורה של קרסו. פסיקתו של בית המשפט המחוזי נסמכה על שלושה נימוקים אשר כל אחד מהם עומד בפני עצמו:

(א) פרשנות ההסכם ונספח התמחור, אשר לשיטת בית המשפט המחוזי מלמדת כי נוסח סעיף 4.3 להסכם – השולל כל התחייבות מצד החברה לתשלום מינימום – גובר על האמור בנספח התמחור, שכן לדבריו, חזקה על הצדדים שלא התכוונו לייתר ולרוקן מתוכן את הרישא של הסעיף באמצעות הסיפא של אותו סעיף; וכן בחינת אומד דעתם של הצדדים, אשר מובילה – לדעתו של בית המשפט המחוזי – למסקנה כי קרסו לא הצליחה להוכיח שאכן כוונת הצדדים הייתה שהחברה תיאלץ לשלם פיצוי זה. למסקנה זו הגיע בית המשפט לאחר התחקות אחר שלבי המשא ומתן, המלמדת כי תניית התמורה המובטחת נוספה רק לנוסח הסופי של ההסכם ולא נכללה בטיוטות מוקדמות וכן מעלה כי נושא הפיצוי המוסכם היה במחלוקת עד לשלבים הסופיים של המשא ומתן ובסופו הופחת הפיצוי המוסכם בשיעור של 80% מזה שדרשה המערערת.

(ב) השפעת דיני הפירוק על אופן פרשנות ההסכם – לגישתו של בית המשפט המחוזי, דרישתה של קרסו, אשר נולדה רק לאחר כניסת החברה להליכי חדלות פירעון, ובגדרה מתבקש תשלום בגין עבודה שלא בוצעה ושלא תבוצע – מבלי שנטענה כל טענה להפרת ההסכם – אינה עולה בקנה אחד עם דיני הפירוק, השואפים ליצור שוויון בין הנושים. בית המשפט המחוזי פסק כי דרישה זו לפיצויי קיום של ההסכם, אם

תאושר, תקנה לקרסו יתרון בלתי הוגן על פני יתר הנושים, אשר כתוצאה מכך ייאלצו להתחלק בנתח קטן יותר של הדיבידנד. זאת, במיוחד שעה שאושר למערערת פיצוי מוסכם בשיעור של פי 5 מסכום החוב השוטף שאושר לה.

(ג) התערבות מכוח דיני התרופות – בית המשפט המחוזי סבר כי בנסיבות המקרה, כאשר הסכום הנתבע בראש נזק זה עומד על פי 35 מסכום הפיצוי המוסכם ופי 57 מהחוב השוטף שאושר לקרסו, והכל מבלי להתחשב בהוצאות שהיו נגרמות לקרסו לו היה השירות ניתן בפועל, אישור ראש נזק זה היה מהווה עשיית עושר ולא במשפט. לשיטתו של בית המשפט המחוזי, בנסיבות אלה אין כל יחס סביר, ולו בדוחק, בין הפיצוי הנדרש לבין הנזק שיכלו הצדדים לצפות בעת חתימת ההסכם כתוצאה מסתברת של הפרת ההסכם עקב כניסתה של החברה לחדלות פירעון. משום כך, ומשום שממילא אושר לקרסו פיצוי מוסכם בסך של למעלה מ-5,000,000 ש"ח, סבר בית המשפט המחוזי שיש מקום לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 15(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות) ולהפחית את סכום ה"פיצוי המוסכם" הקבוע בסעיף 2.4 לנספח התמחור – לאפס.

ג. טענות הצדדים

(1) טענות המערערת

9. קרסו תוקפת בערעורה כל אחת משלוש ההנמקות שעליהן נסמך פסק דינו של בית המשפט המחוזי: (א) לטענתה, פרשנות ההסכם וניתוח אומד דעת הצדדים אמור להוביל לתוצאה ההפוכה בדיוק, שכן לפי נוסח ההסכם עצמו, סעיף 2.4 לנספח התמחור גובר על הרישא של סעיף 4.3 להסכם. לשיטתה, שינוי הנוסח בין הטיוטות להסכם המוגמר דווקא פועל לחיזוק הפרשנות המוצעת על ידה; (ב) עוד טענה המערערת, כי דיני הפירוק אינם יכולים להביא לאיון הדין הכללי. דהיינו, אם בעל דין זכאי לסעד כלשהו לפי דיני החוזים, הרי לא ייתכן שדיני הפירוק יתלו סעד זה. סעיף 2.4 לנספח התמחור לא נועד לחול במקרה של פירוק דווקא, אלא בכל מקרה של פקיעה או סיום של ההסכם. בהקשר של שוויון בין הנושים; טוענת קרסו, כי עד היום לא הכריעו המפרקים בכל תביעות החוב, דבר אשר יוצר גישה אקראית וחוסר שוויון; (ג) לבסוף טוענת קרסו, כי לא היה מקום לעשות שימוש בסמכות להפחתת הפיצוי המוסכם, סמכות שיש לעשות בה שימוש מתון וזהיר, ומכל מקום סכום הפיצוי כשלעצמו אינו יכול להיות נימוק להפחתתו, ודאי לא לאיפוסו. לשיטתה, סעיף 2.4 לנספח התמחור מגן על אינטרס שונה מזה של "הפיצוי המוסכם".

(2) טענות המפרקים

10. בטר פלייס מוטורס ובטר פלייס ארה"ב – באמצעות המפרקים – הדגישו את הנטייה של בית המשפט שלא להתערב בהכרעותיו של הנאמן, בוודאי כאשר מדובר בערכאה שדנה בעניין ב"גלגול שלישי". לדברי המפרקים, הוגשו כאלף תביעות חוב במסגרת תיקי הפירוק של קבוצת בטר פלייס ואין זה מעשי להכריע בכולן בו זמנית. עם זאת, על מנת לשמור על עיקרון השוויון בין הנושים, מקפידים המפרקים על יישום כללים אחידים בעת בדיקת תביעות החוב. לטענת המפרקים, אם תשולם מלוא התמורה המובטחת בהתאם לסעיף 2.4 לנספח התמחור – כאשר השירות לא סופק בפועל וקרסו לא נשאה בעלויות הכרוכות במתן השירות – יהווה הדבר עשיית עושר ולא במשפט. עוד טוענים המפרקים, כי צדק בית המשפט המחוזי כשקבע שהדרישה לקבלת התמורה המובטחת מנוגדת לדיני הפירוק ופוגעת בעיקרון השוויון. המפרקים מוסיפים, כי על חוסר הסבירות הקיצוני של הפיצוי מעידים מספר פרמטרים: (1) מדובר בסכום גבוה פי 35 מסך הכנסות קרסו מההסכם בשנתיים וחצי שקדמו לפירוק; (2) מדובר בסכום גבוה פי 57 מהחוב השוטף שאושר; (3) מדובר בסכום של יותר מפי 10 מסכום הפיצוי המוסכם הנקוב בהסכם; (4) העבודה של מתן שירותי PDI כרוכה בעלויות רבות, והיא לא בוצעה ולא תבוצע ל-32,267 רכבים שבגינם נתבע הפיצוי. לפיכך, הפיצוי הנתבע נקבע ללא יחס סביר לנזק שניתן היה לצפותו מראש במועד כריתת ההסכם, במצב שבו השירות לא יינתן.

### (3) טענות הכנ"ר

11. גם לעמדת הכנ"ר, אין מקום להתערבותו של בית המשפט בהכרעת המפרקים, שעה שלא ניתן להצביע על חוסר סבירות בקביעות המפרקים או על שגגה מהותית שנפלה בהכרעתם. לשיטת הכנ"ר, צדק בית המשפט המחוזי כשקבע כי היעדרות לתביעה לתשלום מלוא התמורה המובטחת מבלי לתת את הדעת להוצאות שהייתה נדרשת קרסו להוציא לצורך אספקת שירותי ה-PDI תביא לעשיית עושר ולא במשפט. עוד מוסיף הכנ"ר, כי לעמדתו, עם הכניסה לטרקלין חדלות הפירעון, אין לראות עוד באומד דעתם של הצדדים חזות הכל, ואף אם תביעת החוב של קרסו עולה בקנה אחד עם אומד דעתם של הצדדים להסכם, אין זה מן הנמנע שהמפרקים, קל וחומר בית המשפט של חדלון פירעון, לא יאשרו את תביעת החוב במלואה.

### ד. דיון והכרעה

#### (1) פרשנות ההסכם

12. אפתח בשאלה הראשונה בה דן בית המשפט המחוזי, והיא האם פרשנות ההסכם ואומד דעת הצדדים מלמדים – כפי שקבע בית המשפט – כי המערערת אינה

זכאית לתשלום מלוא התמורה המובטחת. אקדים ואומר כי מסקנתי בעניין זה שונה ממסקנתו של בית המשפט המחוזי.

13. כפי שתיארתי בפתח הדברים, סעיף 4.2 להסכם קובע תחזית של מספר כלי רכב (7,000 בששה חודשי האספקה הראשונים ו-15,000 בכל שנה עוקבת) שצפויה הייתה החברה לייבא בכל שנה במשך תקופת ההסכם שנקבעה. סעיף 4.3 להסכם הוסיף וקבע כי לא מדובר בתחזית מחייבת, וכי סטייה ממנה לא תקים אחריות לחברה. עוד עולה מסעיף 4.3 להסכם, שהצדדים הכפילו במפורש את האמור בו לנספח התמחור. נספח התמחור, בתורו, קובע בסעיף 2.4 מספר מינימאלי של רכבים לשנה (5,000 בממוצע) שבגינם תהיה קרסו זכאית לתשלום עבור שירותי ה-PDI. סטייה ממספר מינימאלי זה (להבדיל מהתחזית שבסעיף 4.2 להסכם) כן מקימה לחברה חבות ומזכה את קרסו בתשלום - בגין ההפרש בין מספר הרכבים שבגינם סופקו בפועל שירותי PDI ובין המספר המינימאלי כאמור. סעיף 10.1 לנספח התמחור מבהיר כי הפיצוי המוסכם הקבוע בסעיף זה הוא בנוסף לתמורה המובטחת לפי סעיף 2.4 לנספח התמחור.

לדעתי, בניגוד לקביעתו של בית המשפט המחוזי, אין כל סתירה בין הרישא ובין הסיפא של סעיף 4.3 להסכם. התחזית הקבועה בסעיף 4.2 להסכם אינה מחייבת; אולם בגין שירותי ה-PDI (ובגין שירות זה בלבד) התחייבה בטר פלייס מוטורס לשלם עבור מספר מינימאלי של כלי רכב (בממוצע לשנה), וזאת לפי סעיף 2.4 לנספח התמחור. ייתכן, למשל, כי החברה לא הייתה עומדת בתחזית שנקבעה בסעיף 4.2 להסכם, אולם כן הייתה עומדת במינימום שנקבע בסעיף 2.4 לנספח התמחור, ולכן לא הייתה מחויבת בסכום נוסף כלשהו. אין בכך לטעמי משום ריקון הרישא על ידי הסיפא.

זאת ועוד, נספח התמחור מבהיר (בסעיף 10.1) בצורה מפורשת, כי התמורה המובטחת נועדה לחול בנוסף לסכום הפיצוי המוסכם.

14. אשר לאומד דעתם של הצדדים; גם כאן אני חולק על מסקנתו של בית המשפט המחוזי. מבחינה עובדתית, מצא בית המשפט כי התניה הקובעת את התמורה המובטחת נוספה ב"ישורת האחרונה" של ניסוח ההסכם, ובמקביל לכך שהופחת סכום הפיצוי המוסכם הקבוע בסעיף 10 לנספח התמחור. דווקא עובדות אלה מלמדות על כך שיש לתת תוקף חוזי לסעיף 2.4 לנספח התמורה. הוספת סעיף זה בשלבים האחרונים של ניסוח ההסכם ובמסגרת הטיוטה האחרונה מלמדת על כך שרק לאחר שהוסדר עניין זה (כמו גם עניינים נוספים, יש להניח) גמרו בדעתם הצדדים לחתום על ההסכם. ודוק: מדובר בשני צדדים מסחריים מנוסים ומיוצגים היטב אשר ניהלו משא ומתן ארוך

ומורכב. לא מדובר בהוספה מקרית, אלא בסיכון מחושב שעליו הסכימו שני הצדדים תוך שכל אחד מהם ביצע חישוב סיכונים וסיכויים.

זאת ועוד; העובדה שבמקביל להוספת תניית התמורה המובטחת הופחת בצורה משמעותית סכום הפיצוי המוסכם בסעיף 10 לנספח התמורה, מלמדת כי הוספת התמורה המובטחת נועדה לאזן את הפחתת סכום הפיצוי המוסכם. דהיינו, אומד דעתם של הצדדים היה שהתמורה המובטחת באה להוסיף על סכום הפיצוי המוסכם, שהופחת בשל כך.

הרציונל העסקי אף הוא ברור: ניתן לשער כי ביצוע ההסכם היה כרוך בהכנות והשקעת משאבים מסוימים מצדה של קרסו. המערערת הייתה מעוניינת להבטיח שגם אם יסתיים ההסכם טרם זמנו, היא תזכה לתמורה מינימאלית כלשהי שתכסה את השקעותיה. במקום להבטיח זאת באמצעות סכום קבוע כלשהו, המנגנון שנקבע התלה את התמורה המובטחת – בין השאר – במשך חייו של ההסכם ובמספר הרכבים שעלה בידי החברה לייבא במשך תקופה זו. ככל שהחברה הייתה מייבאת יותר רכבים בתקופת קיומו של ההסכם, היה סכום הפיצוי לפי סעיף זה פוחת. זהו המנגנון עליו סיכמו הצדדים ואין כל מקום לקבוע כי מבחינה חוזית לא מדובר בתניה תקפה לכל דבר ועניין.

(2) האם יש להפחית את הסכום הקבוע בתניית התמורה מכוח סעיף 15(א) לחוק התרופות?

(א) סיווג התמורה המובטחת כפיצוי מוסכם

15. על מנת להיכנס לגדרי סעיף 15(א) לחוק התרופות, ראשית יש לקבוע אם סעיף 2.4 לנספח התמחור הוא אכן תניה של "פיצוי מוסכם", כפי שסבר בית המשפט המחוזי, אם לאו. המערערת עצמה אינה סבורה כי מדובר בפיצוי מוסכם, אלא כי מדובר ברכיב של פיצויי קיום (כפי שעולה מדברי בא כוחה, עו"ד א' שביט, בבית המשפט המחוזי, פרוטוקול מיום 18.9.2016, מוצג מ/ש/5; וכן כפי שעולה מסיכומיה בבית משפט זה).

16. בע"א 8506/13 זאבי תקשורת אחזקות בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ (23.8.2015) (להלן: עניין זאבי) עמדתי על כך שעל מנת לקבוע אם תניה בחוזה פלוני היא תניית פיצוי מוסכם יש לבחון "האם מדובר בסעיף שנקבע מראש בחוזה, אשר מקים לצד אחד לחוזה זכות לקבלת תמורה נוספת (מעבר לתמורה "הרגילה" הקבועה בחוזה) בעקבות הפרת החוזה על ידי הצד השני, ללא הוכחת נזק. אם התשובה לשאלה זו הינה חיובית,



הרי שמדובר מבחינה משפטית בסעיף פיצויים מוסכמים, הכפוף לסמכות בית המשפט בהתאם לסעיף 15(א) לחוק התרופות" (שם, פסקה 56; ההדגשות במקור – י.ד.).

אני סבור כי כאשר בוחנים את סעיף 2.4 לנספח התמחור בהתאם לאמת מידה זו, למדים שאכן מדובר בתניית פיצוי מוסכם. מדובר בסעיף שנקבע מראש, המקים למערערת זכות לקבל תמורה נוספת (שאינה החוב השוטף של בטר פלייס מוטורס כלפיה), בעת פקיעת ההסכם, עקב אי עמידה ביעד שנקבע בהסכם (ההפרה), ללא הוכחת נזק.

(ב) עקרונות יסוד של פיצויים מוסכמים

17. סעיף 15(א) לחוק התרופות מאפשר לצדדים לכלול בחוזה ביניהם סעיף פיצויים מוסכמים ללא הוכחת נזק. נקודת המוצא היא כי בית המשפט ייטה לכבד את רצון הצדדים ולאכוף תניה של פיצויים מוסכמים ככתבה וכלשונה; זאת, נוכח עיקרון העל של חופש החוזים [דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ד 682 (2011) (להלן: פרידמן וכהן)]. מטרתם של הפיצויים המוסכמים היא מתן פיצוי על נזק משוער שהצדדים לחוזה ראו בו תוצאה מסתברת, או לפחות אפשרית, של התנהגות המפר [גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 488 (2009) (להלן: שלו ואדר)]. הנפגע לא נדרש להוכיח שנגרם לו נזק בשיעור העולה בקנה אחד עם סעיף הפיצויים המוסכמים, והוא אף לא נדרש להוכיח שנגרם לו נזק כלשהו [פרידמן וכהן, עמ' 685; ע"א 126/84 יצחקי נ' שור, פ"ד לח(3) 620, 627 (1984) (להלן: עניין יצחקי); ע"א 4481/90 אהרן נ' ג. פרץ מ. בן גיאת חברה להנדסה ובנין בע"מ, פ"ד מז(3) 427, 432 (1993) (להלן: עניין אהרן); עניין זאבי, פסקה 42(ב) והאסמכתאות שם].

לכלי של פיצוי מוסכם מספר השלכות חיוביות: הוא משקף את אומד דעת הצדדים במועד כריתת החוזה בדבר הפיצוי שיגיע להם בגין הפרתו; הוא יוצר ודאות יחסית לגבי תוצאותיה של הפרת החוזה; הוא חוסך משני הצדדים לחוזה את הוצאות ההתדיינות המשפטית; והוא יוצר תמריץ לשני הצדדים לקיים את החוזה. לפיכך נקבע לא אחת בפסיקה כי בתי המשפט ייטו לכבד את רצון הצדדים ולהורות, ככלל, על אכיפתה של תניית פיצויים מוסכמים ככתבה וכלשונה [פרידמן וכהן, עמ' 685-687; שלו ואדר, 486-491; עניין זאבי, פסקה 42(א)].

18. כאמור, בתי המשפט נוטים לכבד תניות הקובעות פיצוי מוסכם, וזאת הן נוכח עיקרון חופש החוזים והן נוכח התכליות החיוביות הכרוכות בכלי זה. בצד האמור,

קובעת הסיפא של סעיף 15(א) לחוק התרופות, כי לבית המשפט ישנה סמכות להפחית פיצויים מוסכמים שהצדדים הסכימו עליהם מראש בחוזה ביניהם "אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה" [ראו גם: גבריאלה שלו ויהודה אדר "תרופות בשל הפרת חיוב" קרית המשפט ו 185, 222 (התשס"ו); רנה סנילביץ "פיצויים מוסכמים – השוואה בין המשפט הישראלי לבין המשפט הקונטיננטלי" ספר אורי ידן ב 133, 150-151 (1990)]. בפסיקה הודגש כי בית המשפט יעשה שימוש בסמכות זו להפחית פיצוי מוסכם במשורה ובמקרים חריגים בלבד [עניין אהרן, עמ' 433; ע"א 4630/04 קניונים נכסים ובנין בע"מ נ' בני יעקב נדל"ן בע"מ, פסקה ח(1) (13.12.2006) (להלן: עניין קניונים)]. על מנת שבית המשפט יעשה שימוש בסמכות זו עליו להשתכנע כי לא מתקיים כל יחס סביר בין הפיצוי המוסכם לנזק שניתן היה לצפותו מראש כתוצאה מסתברת של ההפרה [ע"א 1/84 נתן נ' סטרוד, פ"ד מב(1) 661, 670 (1988) (להלן: עניין נתן); ע"א 18/89 חשל חברה למסחר ונאמנות בע"מ נ' פרידמן, פ"ד מו(5) 257, 264 (1992) (להלן: עניין חשל)]; וגם אם מצא שאכן לא מתקיים כל יחס סביר כאמור, עדיין מדובר בסמכות שבשיקול דעת ("רשאי") (עניין אהרן, עמ' 435). במלים אחרות: כל עוד מצא בית המשפט כי מתקיים יחס סביר, ולו בדוחק, בין הפיצוי המוסכם לבין הנזק הצפוי במועד כריתת החוזה, יותיר בית המשפט את הפיצוי המוסכם על כנו ולא יפחיתו (עניין זאבי, פסקה 42(ג), והאסמכתאות שם).

על בית המשפט לשאול עצמו האם שיעור הפיצויים המוסכמים הוא כזה, שאדם סביר בנעליו של צד לחוזה יכול היה, בעת שנקבע הפיצוי, לראות בו סכום התואם את שיעור הנזק העלול להיגרם, אם וכאשר יופר החוזה בהפרה מן הסוג שאכן התרחשה בפועל? תשובה חיובית לשאלה זו תשלול אפשרות של התערבות מצדו של בית המשפט; תשובה שלילית לה, תכונן את סמכות ההפחתה ותפתח פתח להתערבות שיפוטית בסכום הפיצוי שקבעו הצדדים (שלו ואדר, עמ' 496). יודגש, כי המבחן הוא אובייקטיבי, והשאלה איננה מה הצדדים צפו בפועל בעת כריתת החוזה אלא מה היו יכולים לצפות, באופן סביר, באותו שלב (עניין חשל, עמ' 265). הבחינה, כלשון הסעיף, מתייחסת למועד שבו נכרת החוזה, אולם שאלת הסבירות דאז נבחנת לאור ההפרה בהיום. ראו לעניין זה דברי השופט [כתוארו אז] מ' חשין בעניין אהרן, עמ' 436:

"וכך, בעוד אשר לעניין סבירותה העקרונית של תניית הפיצויים – בשלב הביניים בו דיברנו למעלה – נעשית הבחינה באורח נורמאטיבי כולל, הנה בבחינתה של אותה תניה במקרה סציפי זה או אחר נדרשים אנו לקונקרטיזציה של ההפרה הספציפית שבה מדובר. בית המשפט קובע את טיבה של ההפרה, ולאחר קביעה זו

מסיע הוא עצמו לאחור, אל עבר יום כריתת ההסכם. משמגיע הוא אל יום כריתת ההסכם, מעמיד בית המשפט את תניית הפיצויים ואת ההפרה הקונקרטית (אשר תיוולד רק לימים) זו אל מול זו, ואז שואל הוא את עצמו אם הפיצויים שבתניית הפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה הקונקרטית. אם ישיב לשאלה בשלילה – יכבד בית המשפט את תניית הפיצויים ויאכפנה על הצד המפר; ואילו אם ישיב לשאלה בחיוב – כי אז ימשיך ויבדוק כמה ראוי שיפחת מן הפיצויים שנקבעו בתניית הפיצויים". [ההדגשות במקור – י.ד.]

השאלה איננה אם הפיצוי המוסכם הוא גבוה או נמוך; סכום פיצויים גבוה, כשלעצמו, אינו מהווה עילה להתערבות (ע"א 53/86 סולל נ' צוקרמן, פ"ד מב(2) 625, 634 (1988) (להלן: עניין סולל); שלו ואדר, עמ' 506). עם זאת, תניית פיצויים מוסכמים שמנוסחת כתניה גורפת עשויה להצדיק בדיקה של בית המשפט, מעין חזקה שניתנת לסתירה, שאכן מתקיים יחס בלתי סביר, אשר מעבירה את הנטל לצד המפר לשכנע מדוע אין מקום לעשות שימוש בסמכות ההפחתה של בית המשפט [עניין נתן, עמ' 669; עניין יצחקי, עמ' 626; עניין סולל, 634; עניין אהרן, עמ' 434; עניין זאבי, פסקה 42(ד)]. נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות מוטל על הטוען להיעדר כל יחס סביר בין הפיצוי המוסכם לבין הנזק שניתן היה לצפותו מראש כתוצאה מסתברת של ההפרה (עניין יצחקי, עמ' 626).

19. עקרון נוסף שנקבע בפסיקה הוא כי תניה של פיצויים מוסכמים אינה מונעת מהנפגע לתבוע – במקומם או בנוסף להם – פיצויים נוספים, וזאת כל עוד אין סתירה מהותית בין התרופות הנצברות וכל עוד אין בצירוף משום כפל תרופה. כך למשל, אם נקבעו בחוזה שני סוגים של פיצויים מוסכמים, אשר כל אחד מהם נועד לפצות את הנפגע על סוג נזק אחר, אין מניעה לתבוע את שניהם במקביל [שלו ואדר, עמ' 523-522; פרידמן וכהן, עמ' 703; השוו גם: ע"א 8800/99 גד טל שירותים 1980 בע"מ נ' ארליך, פסקה 8 (19.10.2003); עניין קניונים, פסקה ז(3)(א); ע"א 2161/11 דרור נ' פרץ, פסקה 7 (5.2.2013)].

(ג) מן הכלל אל הפרט: האם מתקיים יחס בלתי סביר בין התמורה המובטחת לבין הנזק שניתן היה לצפותו מראש כתוצאה מסתברת של חדלות פירעון?

20. התניה נשוא ענייננו אינה קובעת פיצוי מוסכם בסכום קבוע, אלא קובעת מנגנון לחישוב התמורה המובטחת, התלוי באופן בו קוים ההסכם בפועל, קרי במספר כלי הרכב שייבאה בטר פלייס מוטורס במשך תקופת ביצועו של ההסכם. יצוין, כי אין

מניעה לקבוע מנגנון של פיצוי מוסכם אשר אינו בדמות פיצוי קבוע (השוו: עניין חשל, עמ' 263). למעשה, למנגנון מעין זה יש יתרון מבחינת "שקיפות" אופן החישוב והוא מלמד היטב על אומד דעתם של הצדדים בעת קביעתו. שקיפות זו ויצירת הקורלציה בין גובה הפיצוי לבין מידת ה"הפרה" יש בהן גם כדי ללמד על סבירות הפיצוי שנקבע, לשיטת הצדדים, בעת כריתת החוזה (השוו: עניין סולל, עמ' 634; עניין זאבי, פסקה 71). במקרה דנן, המנגנון יוצר יחס ישר בין גובה הפיצוי לבין מידת אי העמידה של בטר פלייס מוטורס ביעדים.

21. על תכליתה של תניית התמורה ושל מנגנון הפיצוי המוסכם שנקבע במסגרתה הצהיר סמנכ"ל הכספים של המערערת, מר רונן שפר. לדבריו, אופן חישוב התשלום בגין שירותי ה-PDI היה נושא שנדון ארוכות בין הצדדים. עוד עולה מתצהירו של מר שפר, כי המנגנון שנקבע בתניית התמורה נועד לתת ביטוי "לעלויות הקבועות השקועות" של המערערת במיזם ולהבטיח כי זו לא תיוותר בחיסרון כיס בעקבותיו. הסכום נקבע על יסוד מצגיה של בטר פלייס מוטורס לפיה בכוונתה למכור מעל 15,000 כלי רכב בשנה במשך שנות קיומו של ההסכם (ו-7,000 כלי רכב בשנה חודשי האספקה הראשונים).

ההיגיון העסקי העומד ביסוד המנגנון הוא ברור, ומטרתו להקנות לקרסו מעין "ביטוח" שיבטיח תמורה מינימאלית בגין השקעתה של קרסו במיזם. מדובר בהחלטה מושכלת של שני צדדים עסקיים מנוסים, כאשר כל אחד מהם עשה את חישובי העלות-תועלת שלו. יושם אל לב, כי המספר המינימאלי של כלי הרכב שנקבע במסגרת תניית התמורה עומד על כשליש ממספר כלי הרכב שצפתה בטר פלייס מוטורס שיימכרו במהלך תקופת ההסכם.

22. בית המשפט המחוזי קבע כי סכום התמורה המובטחת שנתבע אינו מקיים כל יחס סביר, ולו בדוחק, לנזק שיכלו הצדדים לצפות בעת חתימת ההסכם כתוצאה מסתברת של הפרת ההסכם עקב כניסת החברה לחדלות פירעון. את מסקנתו זו ביסס, בין היתר, על העובדה שהתמורה המובטחת אינה מביאה בחשבון את העלויות וההוצאות שהיה על המערערת להוציא על מנת לספק את שירותי ה-PDI ולזכות בתמורה בגין שירותים אלה, ועל כן לשיטתו קבלת הפיצוי תהווה עשיית עושר ולא במשפט מצדה של המערערת.

אין בידי להסכים לקביעה זו. סעיף 2.4 לנספח התמחור צופה באופן ברור את האפשרות שבטר פלייס מוטורס תיאלץ לשלם עבור שירותי ה-PDI בגין רכבים שאותם לא ייבאה בפועל, משום שלא עמדה במספר הרכבים המינימאלי שהוסכם. היינו, הצדדים קבעו את סכום הפיצוי ביודעם כי הוא אמור להיות משולם ללא התחשבות בעלות המשתנה בגין אספקת שירותי ה-PDI. ההיגיון אף הוסבר לעיל, שכן הפיצוי נועד לשפות על "העלויות הקבועות השקועות" של קרסו. מלשון התניה ומתכליתה לא ניתן, לטעמי, להגיע למסקנה אחרת, מלבד העובדה שהצדדים הסכימו מראש כי התמורה המובטחת לא תשקלל את העלויות וההוצאות הכרוכות באספקת שירותי ה-PDI על ידי קרסו.

23. עוד התבסס בית המשפט המחוזי על כך שלאורך כל תקופת ביצוע ההסכם שילמה החברה למערערת בעבור כלל שירותי ה-PDI סך של 1.6 מיליון ש"ח; היינו, הסכום הנתבע בגין התמורה המובטחת הוא פי 35 מכלל הכנסות קרסו ממתן שירותי PDI לבטר פלייס מוטורס ופי 57 מהחוב השוטף שאושר לה. לשיטת בית המשפט המחוזי, השוואות אלה מלמדות על היעדר יחס סביר כלשהו בין הפיצוי המוסכם הנתבע לבין הנזק שניתן היה לצפות מראש.

גם הנמקה זו לטעמי אינה יכולה לעמוד. לשונו של סעיף 15(א) סיפא לחוק התרופות מדברת על "נזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה". בית המשפט המחוזי השווה את הפיצוי שעליו הסכימו הצדדים למספר הרכבים שיובאו בפועל. בכך, לטעמי, שגה בית המשפט. בית משפט זה חזר ופסק כי יש להתבונן על ציפיית הצדדים במועד שבו נכרת החוזה ולא ביחס לנזק שנגרם בפועל או ביחס לסכום ששולם בפועל על פי ההסכם [עניין יצחקי, עמ' 627; עניין אהרן, עמ' 433; ע"א 313/85 קור נ' ד"ן, פ"ד מא(4) 151, 159 (1987); ע"א 3745/92 פסקל נ' מזרחי, פ"ד מח(2) 359, 363 (1993)].

השאלה שיש לשאול במקרה דנן היא האם בעת כריתת ההסכם יכלו הצדדים לצפות כי במידה וההסכם יפקע טרם זמנו ובתקופת ביצועו ייבאה בטר פלייס מוטורס מספר רכבים שנמוך מ-5,000 בממוצע לשנה תיאלץ בטר פלייס מוטורס לשלם את מלוא התמורה המובטחת שנקבעה? אני סבור כי התשובה לכך עולה מלשון ההסכם, עליה עמדתי בפרק הקודם. בטר פלייס מוטורס ציפתה לייבא כ-15,000 רכבים בשנה, אולם הייתה מוכנה להתחייב לפיצוי רק בגין 5,000 רכבים לשנה. דהיינו, הצדדים לקחו "טווח ביטחון" אשר גילם לשיטתם את הציפייה הסבירה של הנזק שצפוי להיגרם לקרסו כתוצאה מההפרה (אי עמידה ביעדים). המפרקים לא עמדו בנטל להוכיח כי בעת

כריתת ההסכם יכלו הצדדים לצפות כי הנזק שייגרם לקרסו כתוצאה מאי עמידה בכמות המינימאלית של הרכבים אינו עומד ביחס סביר לפיצוי שנקבע בנספח התמורה (הנטל להוכיח את היעדר הסבירות רובץ לפתחם). העובדה שבפועל לא עמדה בטר פלייס מוטורס ביעדים שהוגדרו, ואף לא קרוב לכך, אינה יכולה ללמד על היעדר יחס סביר. כאמור לעיל, העובדה שמדובר במנגנון אשר משתנה בהתאם למידת הקיום של ההסכם, תומכת במסקנה כי זהו אכן הנזק שהצדדים צפו במועד כריתת ההסכם כתוצאה מאי עמידה של בטר פלייס מוטורס ביעד המינימאלי.

24. כיצד משפיעה העובדה שההסכם קובע שני סוגים של פיצוי מוסכם (תמורה מובטחת לפי סעיף 2.4 לנספח התמחור ופיצוי מוסכם לפי סעיף 10 לנספח התמחור), על השאלה אם התמורה המובטחת עומדת ביחס סביר לנזק המסתבר שאותו צפו הצדדים במועד כריתת ההסכם כתוצאה מההפרה? גם כאן, העובדה שהצדדים התייחסו במפורש לשני סוגים של פיצוי מוסכם – אחד בסכום ידוע מראש ואחד בסכום משתנה בהתאם למידת ההפרה – מלמדת כי הצדדים לא התכוונו כי האחד יוציא את השני. תצהירו של מר שפר מלמד כי מבחינתם של הצדדים, שני סוגי הפיצוי נועדו לכסות על סוגים שונים של הפסד: התמורה המובטחת נועדה לשפות את קרסו על העלויות הקבועות של קרסו במיזם. מנגד, הפיצוי המוסכם שבסעיף 10 לנספח התמחור נועד לשפות את קרסו בגין משאבים שהשקיעה קרסו "לרבות בזמן, משאבי הנהלה וידע שהושקעו בפרויקט, כולל המוניטין של קרסו מוטורס וסיועה לבטר פלייס" (ובמלים אחרות: עלויות משתנות). לא בכדי סיכמו הצדדים כי הפיצוי המוסכם שבסעיף 10 לנספח התמחור ישולם בנוסף לתשלום לפי תניית התמורה ( "In addition to payment (of all outstanding invoices, and the minimum guaranteed payment...)", שכן היה ברור שמדובר בראשי נזק שונים.

25. לסיכום עניין זה, אין כל מקום למסקנה לפיה התמורה המובטחת אינה עומדת בכל יחס סביר לנזק שאותו צפו הצדדים במועד כריתת ההסכם כתוצאה מסתברת מן ההפרה. כפי שכבר ציינתי, הצדדים הם שתי חברות מסחריות מנוסות ומתוחכמות אשר היו מיוצגות בידי מיטב המוחות העסקיים ואשר ניהלו משא ומתן ארוך ומפורט בליווי עורכי דין מהשורה הראשונה [על התערבותו של בית המשפט בחוזים "מורכבים" בין צדדים מסחריים מנוסים, ראו דבריי בעניין זאבי, פסקאות 44-48; דבריי בע"א 7379/06 ג.מ.ח.ל. חברה לבניה 1992 בע"מ נ' טהוליאן (10.9.2008); נילי כהן "נאמנות הפרשן" ספר אליהו מצא 681, 695-696 (2015); השוו גם: מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כט(1) 17 (2005)]. חזקה על צדדים מעין אלה שהכניסו להסכם ביניהם את שתי

תניות הפיצוי המוסכם כחלק ממכלול הסיכויים והסיכונים, לאחר מחשבה ושקילה, כפי שאף העיד מר שפר.

26. משהגעתי למסקנה – המנוגדת למסקנתו של בית המשפט המחוזי – לפיה לא ניתן לקבוע שהפיצוי המוסכם אינו עומד בכל יחס סביר לנזק המסתבר שצפו הצדדים כתוצאה מן ההפרה, הרי שאין כל צורך לעבור לשלב השני של הבחינה, קרי, אם יש מקום להפעיל את הסמכות ולהפחית את סכום הפיצוי המוסכם (השור: עניין חשל, עמ' 264). מכיוון שכך, גם אין צורך להכריע בנסיבות העניין בשאלה האם רשאי בית המשפט להפחית פיצוי מוסכם עד כדי איפוסו.

(3) השפעת דיני הפירוק על תוקפה של תניית התמורה

27. משהגעתי למסקנה כי התניה בדבר התמורה המובטחת היא תניה חוזית תקפה המזכה את המערערת בתשלום, וכי אין להפחית את הפיצוי המוסכם מכוח סעיף 15(א) לחוק התרופות, הרי שיש לבחון האם דיני הפירוק יכולים לשלול את הסעד החוזי שעליו הסכימו הצדדים.

28. עקרון העל בדיני חדלות פירעון (בין אם מדובר בהליכי פשיטת רגל ובין אם מדובר בפירוק של חברה חדלת פירעון) הוא עיקרון השוויון בין הנושים. עקרון השוויון נקבע בסעיף 76 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980 (להלן: פקודת פשיטת הרגל) והוחל גם על חברות חדלות פירעון מכוח סעיף 353 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 (להלן: פקודת החברות) [צפורה כהן פירוק חברות א 18 (מהדורה שנייה, 2016) (להלן: צפורה כהן); ע"א 2833/04 רגיס בע"מ נ' רו"ח גבריאל טרבלסי, הנאמן על דן רולידר בע"מ, פסקה 23 (3.8.2009); רע"א 5658/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' קנית ניהול השקעות ומימון בע"מ, פסקה 27 (6.10.2010); ע"א 7602/09 בנק הפועלים בע"מ נ' CIBEL FINANCIERE S.A, פסקה 9 (10.2.2011); ראו גם סעיף 330(1) לפקודת החברות, הקובע את עקרון השוויון בפירוק מרצון]. מעיקרון השוויון נובע כי מצבת הנכסים העומדת לחלוקה – שברוב המקרים אין די בה כדי לכסות את כל החובות – תחולק באופן שוויוני בין קבוצות הנושים בעלי אותו מעמד [דוד האן דיני חדלות פירעון 473-495 (2009); ע"א 2223/99 קריספי נ' ח. אלקטרוניקה (1988) בע"מ, פ"ד נז(5) 116, 127 (2003); ע"א 3760/03 עמרן נ' עו"ד מיכה צמיר, נאמן על נכסי אייפרמן יוסף, פ"ד נט(5) 735, 741-740 (2005) (להלן: עניין עמרן)]. קבוצות הנושים מדורגות לפי סוגי החוב ודיני חדלות הפירעון קובעים את סדר הפירעון הכולל. בתוך אותה קבוצת נושים חל עיקרון השוויון, האוסר להעדיף נושה אחד על פני אחר [ע"א 2146/06 ברק נ' עו"ד ברוך אבוקרט – מפרק, פסקה 19 (18.11.2010)]. העדפת

נושה מקטינה את כלל המסה העומדת לחלוקה, ובמקביל לכך, את שיעורו של החלק היחסי בפירעון חובות החברה שישולם לנושיה [שם, פסקה 20; וראו בעניין זה גם: דוד האן "דחיית חובות" מחקרי משפט כג 33 (2006)]. העדפת נושה קיימת כאשר הנושה מקבל עדיפות לעומת המצב בו היה צריך להיות לפי סדר הנשייה הרגיל, ומשמעות הדבר היא העמדתו של הנושה המועדף במצב טוב יותר על חשבון הנושים האחרים (עניין עמרן, עמ' 741).

עוד נגזר מעיקרון השוויון כי על הנושים נאסר לנקוט הליכי גבייה פרטניים, ומלאכת גביית החובות וחלוקתם בין הנושים נעשית באופן מרוכז על ידי בעל התפקיד, בפיקוח בית המשפט, תוך מניעת חלוקה לפי שיטות של "כל הקודם זוכה" או כל המקורב לגוף הקורס יזכה [צפורה כהן, עמ' 18; ורדה אלשיך, גדעון אורבך הקפאת הליכים - הלכה למעשה 283 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: אלשיך ואורבך); ע"א 4269/11 10650/08 אלישיוב נ' כונס הנכסים הרשמי, פסקה 81 (14.11.2010); ע"א 4269/11 עו"ד יהודה ברמי נ' רו"ח עופר אלקלעי, מפרקה של חב' אקסלרוד יאיר חומרי בניין בע"מ, פסקה 16 (19.6.2013)]. עקרון השוויון הוא עקרון קוגנטי שלא ניתן להתנות עליו (אלשיך ואורבך, עמ' 688).

על רקע עיקרון השוויון, ומתוך הנחת היסוד כי אין לחברה די נכסים כדי לספק את כל הנושים, הרי שהדין מתייחס בצורה חשדנית לצעדים שנוקט צד חוזי כדי להגדיל את הדיבידנד שלו על חשבון נושים אחרים (אלשיך ואורבך, עמ' 708-709). כדי למנוע מצב שבו עקרון השוויון יסוכל על ידי העדפת נושה או נושים מסוימים, כוללים דיני הפירוק הוראות מיוחדות העוסקות בביטולן של עסקאות שיש בהן כדי לפגוע בעקרון השוויון. כך, פקודת החברות קובעת הוראה כללית ולפיה עסקה שנעשתה בנכסי החברה לאחר תחילת הפירוק – בטלה, אלא אם כן הורה בית המשפט אחרת (סעיף 268 לפקודת החברות). כמו כן, קובעת פקודת החברות גם את בטלותן של עסקאות שנעשו בתוך שלושה החודשים שקדמו לפירוק, שיש בהן העדפת מרמה (סעיף 355א) לפקודת החברות המפנה לסעיף 98א) לפקודת פשיטת הרגל).

29. האם ניתן להתייחס להוראה המקימה לנושה זכות לקבלת פיצוי מוסכם עם כניסתה לפירוק, על פי חוזה שנכרת בינו לבין החברה שנתונה כעת בהליכי פירוק, כאל העדפת נושים פסולה? בפסיקה של בית המשפט המחוזי ניתן למצוא התייחסויות לנושא זה, כפי שיפורט.



(א) בפש"ר (מחוזי ת"א) 1361/02 תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ נ' רו"ח צבי יוכמן, נאמן ומנהל מיוחד (10.12.2003) (להלן: עניין תבל) סירב הנאמן לאשר תביעת חוב שחלקה העיקרי היה מבוסס על תניית פיצוי מוסכם, אשר קבעה כי במקרה של הפרה יסודית, יהיו המבקשות זכאיות לפיצוי בסך שליש מדמי ההתקשרות בתקופה שנותרה למן ההפרה ועד תום תקופת ההסכם. בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (השופטת ר' אלשיך) עמד על מהותו של פיצוי מוסכם, שלא נועד ל"ענישה" של המפר אלא "קביעת חזקה שאינה ניתנת לסתירה (בכפוף לסמכות בית המשפט בסעיף 15 לחוק החוזים), כי נזקה של הפרה פלונית של החוזה הינו כקבוע באותה תניה, בלא להוסיף או לגרוע. בכך משמשת הפעלת התניה תחליף למנגנון הארכני והמסורבל של תביעה נזיקית, במסגרתה היה על הנפגע לטעון ולהוכיח את אותם נזקים עצמם" (שם, פסקה 47). מסיבה זו, לשיטתה של השופטת אלשיך, אין עילה לשלול את תוקפה של תניית פיצוי מוסכם בהליכי חדלות פירעון. עם זאת, עמדה השופטת אלשיך על סמכותו של בית המשפט לפי סעיף 15 לחוק התרופות להפחית פיצוי מוסכם, מקום בו אין יחס סביר, בין האומדן הא-פריורי של הנזק הצפוי, מחד גיסא, לבין הנזק האמיתי, מאידך גיסא, כאשר מדובר בנזק הצפוי מאותה הפרה שאירעה בפועל (שם, פסקה 48).

במילים אחרות, כך לשיטתה של השופטת אלשיך, בהליך חדלות פירעון עשוי פיקוחו של בית המשפט על הפיצוי המוסכם להפוך קפדני יותר מאשר בעת דיון בסכסוך בין צדדים סולבנטיים. זאת, תוך הקפדה כי הפיצוי המוסכם אינו גולש לעשיית עושר חסרת רסן על חשבון יתרת הנושים. ראשית, על בית המשפט להקפיד כי מקום שראש נזק פלוני מכוסה בתניית פיצוי מוסכם, לא יידרשו בגינו פיצויים נוספים, כדי שלא ייווצר מצב של כפל פיצוי. שנית, משום ששימוש בתניית פיצוי מוסכם עלול לגרום נזק לצדדים שלישיים, על בית המשפט לפרש בצורה מרחיבה ו"נדיבה" מעט יותר מהרגיל את הסיפא של סעיף 15 לחוק התרופות (אלשיך ואורבך, עמ' 712-713; עניין תבל, פסקאות 48-52).

(ב) בבש"א (מחוזי ת"א) 24654/07 עו"ד איתן ארז נ' אפריקה ישראל להשקעות בע"מ (20.8.2008) נדונה בקשה של מפרק להורות על בטלותה של הוראה בהסכם שכירות שלפיה, עם כניסתה לפירוק של השוכרת תהיה למשכירה זכות מיידית לבטלו, תוך שהיא מקימה זכות לפיצויים מוסכמים. השופטת ר' אלשיך קבעה כי אין לפסול את האפשרות שייכתנו מצבים שבהם תבוטל הוראה חוזית המגדירה כניסה לפירוק כהפרה יסודית המקנה זכות לפיצוי מוסכם; זאת, מתוך ראיית טובתם של הנושים, שכן תניה כזו, אשר מקנה לצד השני זכות לפיצויים מוסכמים עם כניסתו של המשכיר לפירוק, משמעותה גריעה מקופת הנושים ועלולה להיחשב העדפת נושים אסורה. עם זאת,

באותו מקרה, לא מדובר היה בתניה שהקנתה באופן אוטומטי זכות לפיצוי מוסכם, ולכן לא מצא בית המשפט כי התניה נגועה בפסול אשר מצדיק את ביטולה המוחלט.

(ג) בפר"ק (מחוזי ת"א) 1315/06 עו"ד רונן מטרי בתפקידו ככונס נכסים של חברת שרותי השומרים 1989 אבטחה שמירה ונקיון בע"מ נ' מועצה מקומית אורנית (16.11.2010) הגיעו הדברים לידי יישום בפועל: המועצה המקומית אורנית קיזזה לחברה הנדונה, עם כניסתה לפירוק, סך של 50,000 ש"ח בגין פיצוי מוסכם, על יסוד סעיף בהסכם בין הצדדים, אשר הגדיר את עצם ההיקלעות לפירוק כהפרה. השופט ו' אלשיך קבעה כי סעיף אשר הופך את עצם ההיקלעות לפירוק לעילה לתשלום נוסף, כאשר אין לו כל הצדקה אחרת ביחסים בין הצדדים, מנוגד לדיני חדלות הפירעון והוא בגדר העדפת נושים ברורה.

30. אכן, כל עוד חברה היא סולבנטית, עקרון חופש החוזים הוא עקרון על ובית המשפט ככלל ייטה לכבד תניות של פיצוי מוסכם, בכפוף לסמכות להפחית את הפיצוי המוסכם, בהתאם לסעיף 15(א) לחוק התרופות, כמפורט לעיל. עם זאת, היקלעותה של חברה לחדלות פירעון ובעקבות זאת לפירוק, משנה את נקודת האיזון ואת ההתייחסות לתניות חוזיות בין הצדדים; במצב של חדלות פירעון, כאשר ברור כי נכסי החברה אינם מספיקים לכיסוי מלוא החובות כלפי כלל הנושים, עקרון חופש החוזים עשוי לסגת, במידה מסוימת, מפני עיקרון השוויון וטובת הנושים האחרים.

אחד הביטויים לירידה במשקלו של עקרון חופש החוזים במסגרת הליכי פירוק היא הסמכות המוקנית למפרק, באישור בית המשפט, לוותר על "נכס מכביד" (סעיפים 365-360 לפקודת החברות). זהו אחד החריגים לכלל לפיו אין הליכי פירוק באים לשנות את מערך הזכויות והחובות של החברה, כפי שהיה ערב פתיחת הליכי הפירוק [עפר גרוסקופף "ויתור על נכס מכביד" המשפט ו 33 (התשס"א); אבנר כהן, אלעד עפארי "נכס מכביד – הפער בין הלכה למעשה" תאגידים ח/4 (2011)]. הוראות אלה נועדו לאפשר למפרק להשתחרר מהתחייבות של החברה שאין הוא מסוגל לבצעה וכד בבד לפעול לטובת הנושים ולעתים גם לטובת בעלי המניות בחברה, זאת כאשר העלות של קיום ההתחייבות של החברה עולה על היתרון העשוי לצמוח לקופת הפירוק, ומתן תוקף לנכס המכביד עלול להביא לפגיעה בכלל הנושים של החברה [ע"א 673/87 סאלח נ' דורון כוכבי עו"ד מפרק פרץ את איסור חברה לבנין והשקעות בע"מ, פ"ד מג(3) 57, 71-72 (1989)]. במקרה דנן, לא חלה דוקטרינת הנכס המכביד, שכן דוקטרינה זו אינה ניתנת להחלה באופן חלקי על חוזה, כך שחלק מתניותיו ימשיכו לחול וחלק יבוטלו [ראו והשוו: פר"ק (מחוזי י-ם) 39470-04-13 אחים חסיד חברה קבלנית לבניה

בע"מ נ' רוח תמיר סער, נאמן (1.2.2017); ערעור על פסק הדין תלוי ועומד בפני בית משפט זה (ע"א 2465/17). הדוקטרינה הובאה כדוגמא לכך שבמצב של פירוק, בנסיבות מסוימות, נסוג חופש החוזים מפני ערכים כגון טובת הנושים ועקרון השוויון.

31. האם יש מקום לסטות מעיקרון חופש החוזים במקרה דנן ולקבוע כי הפיצוי המוסכם שנקבע במסגרת תניית התמורה המובטחת לא ישולם עקב כניסתה של בטר פלייס מוטורס לפירוק? על מנת להשיב לשאלה זו, יש לבחון האם תניית התמורה המובטחת היא בגדר ניסיון של הצדדים לעקוף את עקרון השוויון שבדיני חדלות פירעון, והיא נעדרת כל הצדקה מהותית אחרת ביחסים בין הצדדים. אין אני סבור שזהו המצב, ומספר טעמים לכך:

ראשית, מנוסח התניה עצמה עולה כי היא לא נועדה לחול במצב של חדלות פירעון בלבד, אלא בכל מצב של סיום ההסכם או פגיעתו, ואף במצב שבו ההסכם המשיך להתקיים לכל אורך התקופה שנקצבה לו;

שנית, כפי שהבהרתי לעיל, לתניה היגיון מסחרי-כלכלי משלה, והוא להבטיח לקרסו תמורה מינימאלית בגין ההשקעות שביצעה לצורך המיזם;

שלישית, התניה צופה גם מצב תיאורטי שבו החברה הייתה נקלעת לפירוק אולם לא היה כל צורך לשלם פיצוי (אם הייתה בטר פלייס מוטורס עומדת במספר הרכבים המינימאלי).

כל אלה מוכיחים כי לא מדובר בתניה שנועדה למטרה הבלעדית של עקיפת דיני חדלות פירעון ופגיעה בעיקרון השוויון. בנסיבות אלה, ובהיעדר טעם אחר לסטות מעקרון חופש החוזים, אני סבור כי בית המשפט המחוזי שגה כאשר קבע כי המפרקים היו רשאים שלא לאשר את תשלום התמורה המובטחת במלואה על יסוד דיני הפירוק.

סוף דבר והערה לעניין התערבות בהחלטת מפרקים

32. כפי שעולה מהאמור לעיל, מצאתי כי תניית התמורה המובטחת במקרה דנן תקפה מבחינה חוזית; אינה חותרת תחת עקרון השוויון בדיני הפירוק; ואין מקום להפחית את הפיצוי שנקבע במסגרתה מכוח סעיף 15(א) לחוק התרופות. עם זאת, לטעמי, האופן בו פירשה המערערת את תניית התמורה המובטחת אינו עולה בקנה אחד עם לשונה. אני סבור כי יש לקבוע שהתמורה המובטחת בהתאם לסעיף נגזרת אך ורק מהתקופה בה התקיים ההסכם בפועל. סעיף 2.4 לנספח התמחור קובע כי הפיצוי בגין

5,000 רכבים לשנה (או חלק ממנה) בממוצע יחושב בהתאם ל"תקופת ההסכם" (over) "the term of the CCA"; היינו, אם מסיבה כלשהי פקע ההסכם לאחר שלוש שנים, הרי שחישוב התמורה המובטחת ייעשה רק מהמועד שבו החל ייבוא כלי הרכב על ידי החברה ועד לפקיעת ההסכם. אם במהלך התקופה הזו פחת מספר כלי הרכב מ-5,000 לשנה בממוצע, תחושב התמורה המובטחת לפי ההפרש בין 5,000 כלי רכב במכפלת התקופה בה "חי" ההסכם לבין מספר כלי הרכב שייבאה החברה בפועל.

במקרה דנן, יש לערוך את החישוב האמור ממועד תחילת אספקת הרכבים ועד מועד כניסתה של החברה לחדלות פירעון, היינו עד ליום 27.5.2013 (ולא עד תום התקופה שנקצבה לקיום ההסכם, קרי 31.12.2016).

33. בשולי הדברים אתייחס לטענת המשיבים לפיה אין מקום להתערבותו של בית המשפט, ודאי ערכאת הערעור, בהחלטות המפרקים. אין חולק כי בדונו בתביעות חוב ממלא המפרק תפקיד שיפוטי [שלמה לויין, אשר גרוניס פשיטת רגל 286 (מהדורה שלישית, 2010); ע"א 505/62 שותפות אחים מאיר, חיפה נ' מפרק חברת אשראי לעם בע"מ, פ"ד יז 833, 839 (1963); ע"א 8431/06 ממשיך חברה להנדסה בע"מ נ' פואד עראם חברה לבנין ופיתוח בע"מ, פסקה 3 (4.1.2009); ע"א 8765/07 פז חברת נפט בע"מ נ' עו"ד אמיר שושני, פסקה 14 (27.12.2010)]. ככלל, תפקידו של בית המשפט, בדונו בערעור על הכרעת מפרק בתביעת חוב, מצטמצם לפיקוח ובקרה על אופן ביצוע תפקידו, ולבחינת תקינות הפעולות המתבצעות על ידו. סמכות הפיקוח השיפוטי על פעולות בעל התפקיד מתאפיינת בריסון ובהתערבות מצומצמת, המוגבלת למצבים של סטייה קיצונית ומהותית מסבירות ותקינות ההחלטה או הפעולה מושא הביקורת [אלשיך ואורבך, עמ' 721-722; רע"א 338/83 חפציבה חברה לבנין עבודות ופיתוח בע"מ נ' ישראל גפני, עו"ד, יחזקאל פלומין, רו"ח, מפרקים של ככר לוינסקי בע"מ - בפירוק, פ"ד מא(3) 456, 449 (1984); ע"א 509/00 לוי נ' ראובן ברכה, עו"ד נאמן בפשיטת רגל לנכסי יצחק בילו, פ"ד נה(4) 410, 427 (2001); ע"א 7575/12 יפת נ' זלצמן, פסקה 21 (4.8.2014)]. עם זאת, ברי כי כאשר נפלה בהכרעת המפרק טעות מהותית, רשאי בית המשפט להתערב בה ולתקנה.

34. סופם של דברים, אציע לחבריי לקבל את הערעור ולהחזיר את תביעת החוב להכרעת המפרקים, על מנת שיקבעו מהו הסכום המגיע למערערת על פני תניית התמורה המובטחת, בהתאם לאמור בפסקה 32 לעיל.

35. המשיבים יישאו בהוצאות המערערת בסך של 10,000 ש"ח (ההוצאות נפסקו על הצד הנמוך בהתחשב בכך שמדובר בחברה בפירוק וכן בשים לב לסכום ההוצאות שפסק בית המשפט המחוזי).

## ש ו פ ט

### השופט י' עמית:

הגם שאני מסכים עם התוצאה אליה הגיע חברי, השופט י' דנציגר, בפסקה 32 לפסק דינו, דרכינו מתפצלות בנקודה מסויימת ולכך השלכה על התוצאה האופרטיבית של פסק הדין, ואבקש לחדד את הדברים.

1. וזו דרך הילוכו של חברי.

סעיף 2.4 לתניית התמחור (להלן: תניית המינימום או תניית התמורה כהגדרתו של חברי) יש לראות כתניית פיצוי מוסכם.

באספקלריה של פיצוי מוסכם – אין מדובר בפיצוי שיש להפחיתו, מאחר שיש להתבונן על ציפיית הצדדים במועד בו נכרת החוזה ולא ביחס לנזק שנגרם בפועל.

תניית המינימום כפיצוי מוסכם מצטברת לתניית הפיצוי המוסכם שבסעיף 10 לנספח התמחור, מאחר שמדובר בראשי נזק שונים.

2. השאלה אם תניית המינימום היא תניית פיצוי מוסכם מוסווה אינה קלה בעיני. אכן, לא תמיד נוקטים הצדדים במילים המפורשות "פיצוי מוסכם", ולעיתים הפיצוי המוסכם מוסווה במסגרת אחת התניות בחוזה (יצחק עמית "פיצוי מוסכם – סוגיות והיבטים" (עתיד להתפרסם בספר גבריאלה שלו במסגרת כתב העת דין ודברים)). כך, לדוגמה, הוראה בחוזה לפיה במקרה של הפרה לא יזכה הקבלן לתשלום בגין כל העבודות שביצע עד למועד ההפרה, היא תניית פיצוי מוסכם מוסווה (דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ד 687 (2011)). לסיווג תניה מסוימת בחוזה כתניית פיצוי מוסכם נפקות של ממש, ובראש ובראשונה לאור סמכותו של בית המשפט להתערב בסכום הפיצוי על דרך של הפחתתו.

3. כפי שציינן חברי, לתניית המינימום היגיון מסחרי-כלכלי והוא להבטיח לקרסו תמורה מינימאלית בגין השקעותיה לצורך המיזם. תנייה מעין זו שכיחה בחוזים מסחריים, ובמצב הדברים הרגיל יש לראותה כהתחייבות חוזית, כחיוב ראשוני שקיומו נועד לביצוע העסקה מושא ההסכם, בדרך בה חזו הצדדים מראש בעת כריתת ההסכם, או בהתאם להוראות השלמה בדין הכללי. לדוגמה: ראובן מתחייב בפני שמעון לרכוש כמות מינימלית של 20,000 חולצות בשבוע, ובכל מקרה, עליו להשלים התמורה עבור 20,000 חולצות גם אם נדרש לכמות קטנה יותר של חולצות. ודוק: במצב הדברים הרגיל, רכישה של כמות קטנה מהכמות המינימלית, לא תחשב כהפרה של ההסכם מצד ראובן, אך תחייב את ראובן להשלים את התמורה. ואכן, לא בכדי הגדיר חברי את תניית המינימום כתניית התמורה.

לעומת זאת, תניית פיצוי מוסכם, כמו תניית בוררות, מסווגת כחיוב משני, ככזה שאינו נחוץ למימוש העסקה במתכונתה המקורית, והוא צופה פני סכסוך. החיוב המשני עומד בתוקפו במקרה של הפרת החוזה וזו הסיבה בגינה הפיצוי המוסכם יכול להיתבע גם לצד הסעד של ביטול החוזה. תניית פיצוי מוסכם היא מסוג החיובים שהצדדים קובעים מראש על מנת להסדיר את היחסים המשפטים ביניהם לאחר שהמערכת החוזית כשלה (ע"א 4162/02 רנזור בע"מ נ' דרור מהנדסים (1990) בע"מ, פ"ד נח(4) 193 (2004)). תניית הפיצוי המוסכם שואבת אפוא את חיותה על אף ביטול ההסכם, מרצונם של הצדדים להסדיר מצב בו היחסים החוזיים עלו על שרטון, ומכאן שאין סתירה בין ביטול החוזה לבין השימוש בתניית הפיצוי המוסכם (ע"א 7379/06 ג.מ.ח.ל. חברה לבניה 1992 בע"מ נ' טהוליאן (10.9.2009); ע"א 8068/11 אורי עיני נ' חן שיפריס (11.2.2014)).

4. הדרך לפיצוי המוסכם עוברת דרך הפרת ההסכם, ולכן, על מנת לפרש את תניית המינימום כתניית פיצוי מוסכם, עלינו לראותה כתנייה אשר חלה במקרה של הפרה, שהרי פיצוי הוא אחת התרופות להפרה. תניית המינימום במקרה דנן, אינה חלה במהלך חיי החוזה, ולכן אין לראותה כחיוב עיקרי. התנייה צופה פני פגיעת החוזה או ביטול החוזה, ואביא אותה שוב כלשונה:

#### “2.4 Minimum guaranteed payment for the term

Notwithstanding any provisions set forth elsewhere in this agreement, if upon termination or expiration of the CCA, it appears that during the term of the CCA, the number of Vehicles serviced through the PDI, over the term of the CCA, was less than 5,000 vehicles per year on average, then Better Place shall pay Carasso such additional sum so that the total aggregate PDI

Payment for the entire term of the CCA equal to PDI  
 Payment for 5,000 vehicles per year (or part thereof).”

ודוק: פקיעת החוזה יכול שתהא מכל סיבה שהיא, לאו דווקא הפרה של ההסכם. במצב של פקיעה שלא עקב הפרה, דומה כי לא היה מקום לראות את תניית המינימום כתנייה של פיצוי מוסכם מוסווה. לכן, אילו היתה תקופת החוזה המקורית מגיעה לסיומה, והיה מתברר שמספר הרכבים פחת מ-5,000 לשנה בממוצע, חובתה של החברה לשלם למערערת את ההפרש לא היתה בגדר פיצוי מוסכם, שכן אין מדובר במצב בו הופר ההסכם. באופן דומה, בדוגמה דלעיל בדבר התחייבות לרכישה מינימלית של חולצות, הצדדים מסכימים ביניהם כי בתום התקופה החוזית, תיערך התחשבנות ויידבק אם אכן נרכשו 20,000 חולצות מדי שבוע, שאם לא כן, תושלם התמורה. במצב הדברים הרגיל, דומה שאין לראות תנייה מעין זו כפיצוי מוסכם מוסווה.

יוער, כי תניית מינימום שחלה בעת סיום החוזה עקב הפרה, אינה בהכרח בגדר פיצוי מוסכם מוסווה. כך, למשל, רשאים צדדים להסכם שכירות שתמורתו קבועה בדולרים לקבוע כי בתום תקופת השכירות תיערך התחשבנות, כך ששער הדולר לא יפחת מ-4 ₪. דהיינו, ככל שסך התמורה ששולמה בשקלים לאורך תקופת החוזה היה נמוך מסכום דמי השכירות הכולל כפול 4 ₪, יהיה על השוכר להשלים את התמורה. תניית מינימום מעין זו אינה מהווה תניית פיצוי מוסכם, גם במקרה בו תקופת השכירות מסתיימת לפני תום התקופה החוזית, עקב הפרה מצד השוכר.

עם זאת, ככלל, העובדה כי מדובר בחיוב שנכנס לתמונה רק במצב של תום החוזה, יכולה להוות אינדיקציה לכך שמדובר בפיצוי מוסכם מוסווה. במקרה דנן תניית המינימום נכנסה לתמונה כתוצאה מסיום החוזה עקב הפרתו נוכח קריסת בטר-פלייס (להבדיל, למשל, מכניסתה לתוקף לאחר ביטול עקב פגם בכריתה), ועל כן אני נכון להצטרף, ולו בדוחק, למסקנתו של חברי כי יש לראותה במקרה זה כחיוב משני בדמות פיצוי מוסכם מוסווה.

5. משהגעתי למסקנה כי יש לראות את תניית המינימום כפיצוי מוסכם, הרי שהמבחן הוא צפיות הצדדים בעת כריתת ההסכם. לכן, בית המשפט לא נדרש כלל לשאלת היקף הנזק שנגרם בפועל, ובוודאי שאין מקום להפחתת הפיצוי המוסכם לאפס, מאחר שיש בכך כדי לאיין לחלוטין את קביעת הצדדים (רנה סנילביץ "פיצויים מוסכמים - השוואה בין המשפט הישראלי ובין המשפט הקונטיננטלי" 59 אורי ידין

חלק ב' 133, 156 (התש"ן); רונן אברהם "על הסדרי הפיצויים המוסכמים בהצעת החקיקה האזרחית החדשה" משפט ועסקים ד' 389, 395 (תשס"ו). לדעה נוגדת ראו עמדתו של ידין הגורס שההפחתה אף עשויה להיות טוטלית, דהיינו, שלא יפסקו לנפגע פיצויים כלל – אורי ידין חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 132 (מהדורה שנייה, 1979).

6. עם זאת, ובניגוד לחברי, אני סבור כי אין מקום לפסיקת שני פיצויים מוסכמים. אכן, הפסיקה לא שללה פסיקת פיצוי מוסכם במצטבר לסעדים ולפיצויים נוספים (ע"א 628/87 חורי נ' חברת החשמל בע"מ, פ"ד מו(1) 115 (1991)), ואם הפיצויים שנתבעו הם בגין ראשי נזק שונים, אין מניעה להצטברות הפיצויים. אלא שבמקרה דנן, דווקא העובדה שהסכום שנקבע בתניית הפיצוי המוסכם הופחת דרמטית עקב תניית המינימום, מעידה על הקשר ההדוק בין השתיים, ואיני סבור כי כל אחת מהתניות צופה פני ראשי נזק שונים. העובדה כי בסעיף 10 לנספח נכתב כי הפיצוי ישולם בנוסף (in addition) לפיצוי שנקבע בסעיף 2.4, אינה מחייבת לפסוק את שני הפיצויים המוסכמים במצטבר, מקום בו לא שוכנע בית המשפט כי אכן מדובר בפיצויים שנקבעו תוך התייחסות לראשי נזק שונים.

מטעם זה, אני סבור כי יש מקום לפסיקת פיצוי מוסכם אחד, הגבוה מבין שתי התניות, ובנקודה זו אני מצטרף לפרשנותו של חברי את סעיף 2.4 לנספח התמחור, ככזה המתייחס לתקופת ההסכם בפועל, להבדיל מתקופת ההסכם המלאה. אוסיף ואציין כי פרשנות זו עשויה להתיישב גם עם הסיפא של לשון התניה, הקובעת שאם מספר הרכבים פחת מ-5,000 לשנה בממוצע, על החברה לשלם למערערת את ההפרש בגין מלוא תקופת ההסכם כך שיעמוד על 5,000 רכבים לשנה "or part thereof". מכאן ניתן להסיק שהתחשיב של 5,000 רכבים לשנה אינו מתייחס בהכרח למלוא תקופת החוזה, אלא גם לחלק ממנה.



7. אשר על כן, אני מצטרף לתוצאה של חברי כי יש להחזיר את תביעת החוב להכרעת המפרקים, על מנת שיקבעו מהו הסכום לו זכאית המערערת על פי תניית התמורה המובטחת, כמפורט בפס' 32 לפסק דינו. עם זאת, לאחר עריכת התחשיב האמור, יש להשוות בין הסכום המתקבל לבין הפיצוי המוסכם בסך 5,535,649 ₪ שכבר הוכר למערערת, ולאשר את תביעת החוב של המערערת רק ביחס לסכום הגבוה מבין השניים. בנקודה זו, כאמור, שונה דרכי מזו של חברי, השופט י' דנציגר, אשר סבור כי יש לפסוק את הסכומים במצטבר.

## ש ו פ ט

### השופט ד' מינץ:

מסכים אני עם חוות דעתו המפורטת והמנומקת של חברי השופט י' דנציגר. אציין מספר הערות מצומצם משלי, כאשר במחלוקת בעניין צירוף הפיצויים המוסכמים שנפלה בין חבריי השופט דנציגר והשופט עמית, דעתי כדעת השופט דנציגר.

(א) שותף אני לפרשנות המערך ההסכמי שנחתם בין הצדדים כפי שתיאר אותו חברי השופט דנציגר. אוסיף רק, כי תימוכין נוספים (מעבר לאמור בסעיף 13 לחוות דעת חברי) לפרשנות הקובעת כי סעיף 4.3 להסכם דר בכפיפה אחת עם סעיף 2.4 לנספח התמחור (כהגדרתם בחוות דעת חברי), מצויים בהגדרת הפיצוי המוסכם בסעיף 2.4 לנספח התמחור. סעיף זה קובע כי אם בסיום ההסכם יתגלה כי מספר המכוניות שקיבלו שירות PDI ירד מ-5,000 מכוניות בממוצע ("on average") לשנה, על החברה לשלם למערערת את ההפרש ממה ששולם בפועל לבין התשלום המגיע עבור 5,000 מכוניות לשנה. היינו, שלפי סעיף 4.3 להסכם, בכל שנה נתונה אכן ניתנה לחברה הרשות לסטות ("deviate") ממספר המכוניות הצפוי שנקבע לפי סעיף 4.2 להסכם, אלא שבסיום ההסכם ייערך חשבון לפי סעיף 2.4 לנספח התמחור אם בממוצע כלל שנתי מספר המכוניות שטופלו לא ירד מ-5,000.

(ב) באשר לאפשרות לפסוק את שני סוגי הפיצויים המוסכמים, האחד לפי סעיף 2.4 לנספח התמחור והשני לפי סעיף 10 לנספח האמור. סעיף 2.4 לנספח קובע פיצוי למערערת, שיהיה שווה לתשלום עבור שירות PDI בגין 5,000 כלי רכב לשנה בממוצע. לצדו, סעיף 10 לנספח קובע כי בנוסף ("In addition...") לפיצוי שנקבע במסגרת סעיף 2.4, ישולם למערערת פיצוי מוסכם במקרה שבו יפקע ההסכם קודם למועד שנקבע, בתנאים מסוימים. כמפורט בפסקה 24 לחוות דעתו של חברי, המדובר בענייננו בשני

סוגים של פיצויים אשר נועדו לכסות סוגים שונים של הפסד. היינו, את העלויות הקבועות של המערערת במיזם מזה, ואת העלויות המשתנות מזה. במקרה שכזה, אין מניעה לתבוע שני סוגים של פיצויים מוסכמים, אשר כל אחד מהם נועד כאמור לפצות על סוג נזק אחר (דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ד 703 (2011); ראו גם: ע"א 628/87 חורי נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מו(1) 115, 123-124 (1991)).

העובדה שמבחינה עובדתית מצא בית המשפט המחוזי כי התמורה שנקבעה במסגרת סעיף 2.4 נוספה לנספח התמורה במקביל להפחתת סכום הפיצוי המוסכם שנקבע במסגרת סעיף 10, גם היא תומכת בכך שאומד דעתם של הצדדים היה לאפשר תשלום "כפול", הן של הפיצוי שהוגדר במסגרת סעיף 2.4, והן של הפיצוי המוסכם לפי סעיף 10 שאף הופחת בהתאמה. כך, הזיקה שנוצרה בין שני סוגי הפיצויים מצביעה על אפשרות מסתברת כי שני סוגי הפיצויים יתבקשו בעת ובעונה אחת, תוך מתן מענה לאפשרות שצירופם עשוי להביא לתוצאה בלתי מידתית. על כן סכום הפיצוי הופחת במידת מה. חלוק אני אפוא עם חברי השופט עמית (פסקה 6 לחוות דעתו) כי בכך יש לתמוך בעמדה כי אין מקום לפסיקת שני סוגי הפיצויים.

(ג) באשר לאפשרות להורות על ביטול סעיף הפיצוי המוסכם לאור הליך חדלות הפירעון. כפי שציין חברי השופט דנציגר, במסגרת הליך פירוק חברה, באישור בית המשפט רשאי מפרק לוותר על "נכס מכביד" לפי סעיפים 360-365 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983. סמכות דומה קיימת לפי סעיף 350 ח לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות), לפיו בית המשפט יכול לבטל או להורות על קיום חוזה קיים שהחברה שבהליך ההבראה צד לו. ברם, כל אימת שלא בחר בעל התפקיד (יהיה זה מפרק בהליך פירוק או נאמן בהליך הבראה) לוותר על החוזה או לבטלו, החוזה יהיה תקף על מלוא החיובים וההתניות שבו. העובדה שהחברה מצויה בהליך פירוק או הקפאת הליכים, אינה מקנה לה זכויות יתר. לשון אחר, הליך חדלות הפירעון מקנה לבית המשפט הסמכות לוותר, לבטל או להורות על קיום חוזה קיים שהחברה שבהליך צד לו, אך הסעיפים דלעיל אינם מקנים לבית המשפט הסמכות ליצור לחברה זכויות חוזיות יש מאין (וראו: פר"ק (מחוזי י-ם) 39470-04-13 אחים חסיד חברה קבלנית לבניה בע"מ נ' רו"ח תמיר סער, נאמן (1.2.2017); פר"ק (מחוזי י-ם) 59344-01-12 נידר חברה לבנין ופיתוח בע"מ (בהסדר נושים) נ' רשות מקרקעי ישראל (12.5.2015)). לפיכך, אין מקום לבטל את סעיף הפיצוי המוסכם שנקבע בהסכם שבין הצדדים רק בשל כניסתה של החברה להליך חדלות פירעון.

(ד) לסיום, במקרה זה, אין המדובר בהפרת הסכם בשל "עילת חדלות פירעון" שמשמעה לפי סעיף 350(א) לחוק החברות "הוראה בחוזה המקנה זכות ביטול או הקובעת כי החוזה יהיה בטל, בשל הליכי חדלות פירעון של החברה או קשיים כלכליים שלה", אלא בתביעת המערערת לפיצויים מוסכמים בשל הפרת ההסכם על ידי החברה. אפילו לו אכן דובר בהפרה בשל "עילת חדלות פירעון", הפרה מעין זו אמנם קונה לה מעמד מיוחד אוטומטי לפי הסעיף האמור בהליך הבראת חברה, אך לא בהליך פירוק אלא בתוואי שפירט חברי בחוות דעתו (סעיף 29).

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, כ"ה בכסלו התשע"ח (13.12.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט