

תוכן עניינים

3.....	מבוא
4.....	זכות הקיזוז בפקודת פשיטת הרגל
9.....	זכות הקיזוז בחוק חדלות פירעון
11.....	ההבדל בין החוקים השונים לעניין ה"מועד הקובע"
14.....	הסכמי ISDA וחוק הסכמים בנכסים פיננסיים
15.....	משפט משווה
17.....	מקומו של עיקרון תום הלב בזכות הקיזוז
22.....	סיכום
23.....	רשימה ביבליוגרפית

מבוא

בהליכי חדלות פירעון מוכרת זכות הקיזוז. משמעותה של זכות זאת היא, כי נושה של החייב או של החברה חדלת הפירעון רשאי לקזז סכומים שהוא חייב לחייב או לחברה חדלת הפירעון אל מול סכומים שהוא נושה בחייב או בחברה חדלת הפירעון. את הקיזוז רשאי הנושה לעשות על דעת עצמו ובמנותק מההליך הקולקטיבי.

בשונה מזכות הקיזוז על פי דיני החוזים ה"רגילים", כאשר מדובר בקיזוז בהליכי חדלות פירעון ישנה חוסר נוחות מסוימת. עניין זה נובע מההבנה כי זכות הקיזוז העומדת לנושה פוגעת בעיקרון השוויון בין הנושים, המשמש כעיקרון המלווה את כל דיני חדלות הפירעון. הליך חדלות פירעון מטבעו הוא הליך קולקטיבי, שבו לא יכול אף אחד מהנושים לפעול באופן פרטני, ובהקשר זה משמשת זכות הקיזוז כחריג להליך הקולקטיבי. משכך, נקבעה בפסיקה רשימה של תנאים מצטברים אשר רק בהתקיימם ניתן יהיה לבצע את זכות הקיזוז: א. כאשר מתקיים יסוד ה"הדדיות" בין החובות. ב. כאשר מדובר בחוב שהוא בר תביעה בהליך חדלות פירעון. ג. כאשר מדובר בעסקים היוצרים חיובים כספיים או שעתידיים ליצור חיובים שכאלה. ד. המועד הקובע הוא מועד מתן צו הכינוס. ה. החוב נוצר בטרם ידע הנושה על מעשה פשיטת הרגל.

תוקפם של תנאים אלה עומד בספק לאחר חקיקתו של חוק חדלות פירעון אשר נכנס לתוקף לאחרונה. בשל היעדר פסיקה העוסקת בזכות הקיזוז מכוח החוק החדש, טרם ניתן לדעת בוודאות כיצד יגדירו בתי המשפט את זכות הקיזוז לאחר כניסתו לתוקף של החוק החדש, אולם מאמרת-אגב שנאמרה לאחרונה על ידי בית המשפט העליון, ניתן להבין כי ייתכן ולאחר כניסתו לתוקף של החוק החדש יורחב עד למאוד היקפה של זכות הקיזוז, ובאופן רחב בהרבה מכפי שהיא מוכרת במדינות אחרות.

במסגרת העבודה אבקש לעמוד על זכות הקיזוז בדיני חדלות פירעון, ועל ההשלכות שעשויות להיות לחוק החדש על היקפה של הזכות. נוסף על העובדה שבחוק החדש השמיט המחוקק את התנאים המגבילים שהיו מוכרים עד כה, אבקש להצביע על כך שבחוק החדש המחוקק התייחס בצורה מפורשת לסוגיית ה"מועד הקובע" לגבי חדלות פירעון של חברה – סוגיה שהייתה נתונה לדיון טרם כניסתו לתוקף של החוק החדש. במסגרת העבודה אציג פסיקות מהעת האחרונה, בהן נמנע בית המשפט מליצור הסדרים חדשים בקשר לזכות הקיזוז בחדלות פירעון, והסתמך באופן מלא על מה שנקבע, ועל מה שלא נקבע, בנוסחו של החוק. לדעתי, גישתו ההססנית של בית המשפט, בצירוף נוסחו של החוק החדש, עלול להביא להרחבה משמעותית מאוד של זכות הקיזוז, ובאופן שאיננו מאזן כראוי בין האינטרסים של הנושה המחזיק בזכות לבין האינטרסים של יתר הנושים, כפי שנעשה במדינות אחרות. הצעתי היא, כי בהיעדר קביעת תנאים מגבילים על ידי המחוקק, שומה על בית המשפט ליצור את ההסדרים הללו בדרך של חקיקה שיפוטית, ותוך עשיית שימוש בעיקרון תום הלב החולש על כל ענפי המשפט, ואשר כבר הוכר באופן עקרוני גם לגבי זכות הקיזוז בחדלות פירעון.

בחלק הראשון של העבודה אעמוד על זכות הקיזוז כפי שהיא קבועה בפקודת פשיטת הרגל, ועל התנאים המגבילים שנקבעו לגביה בפסיקה. לאחר מכן, אציג את זכות הקיזוז כפי שהיא קבועה בחוק החדש, ועל ההבדלים, הקיימים והאפשריים, בינה לבין זכות הקיזוז כפי שהייתה מוכרת בטרם כניסתו לתוקף של החוק החדש. בחלק השני, אסקור את זכות הקיזוז במשפט השוואתי, ואציג את מקומה של זכות הקיזוז בהסכמי מסגרת בין מוסדות פיננסיים (הסכמי ISDA). בחלק השלישי והאחרון, אציג את הבעייתיות העולה להיווצר מיחסו ההססני של בית המשפט בקשר ליצירת הסדרים בדרך של חקיקה שיפוטית, ומהיעדר קביעת תנאים מגבילים על ידי המחוקק בחוק החדש, ואציג את הצעתי לפיה בהיעדר קביעת

תנאים מגבילים על ידי המחוקק שומה על בית המשפט לעשות שימוש בעיקרון תום הלב על מנת לבצע את האיזון הראוי בקשר לזכות הקיזוז בחדלות פירעון.

זכות הקיזוז בפקודת פשיטת הרגל

זכות הקיזוז בהליכי חדלות פירעון קבועה בסעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל¹, הקובע בהאי לי שנא:

"(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".

פקודת פשיטת הרגל קובעת אם כן, כי נושה שיש לו חוב "הדדי" כנגד החייב, רשאי לקוזז את החוב אל מול חובו של החייב, והוא איננו כפוף לסדרי הנשייה בהליכי חדלות פירעון. גם כאשר מדובר בנושה "רגיל", המצוי בתחתית סדרי הנשייה, הוא איננו צריך להמתין לחלוקת הדיבידנדים על ידי הנאמן, ולהידחות מפני הנושים המובטחים והנושים בדין קדימה, אלא הוא רשאי, על דעת עצמו, לבצע את הקיזוז. זכות הקיזוז קבועה אמנם בפקודת פשיטת הרגל, העוסקת בהליכי חדלות פירעון של יחידים, אולם היא קיימת גם בהליכי חדלות פירעון של חברות, וזאת מכוח סעיף 353 לפקודת החברות², אשר מחיל את דיני פשיטת הרגל של יחידים על הליכי חדלות פירעון של חברה.

העיסוק בפסיקה בזכות הקיזוז בהליכי חדלות פירעון נובע מתוך נקודת הנחה כי זכות הקיזוז בהליכי חדלות פירעון היא איננה זכות אבסולוטית, ובמסגרתה יש לאזן בין האינטרס של הנושה המבקש לבצע את הקיזוז לבין הנושים האחרים. בהליכי חדלות פירעון ידוע עיקרון השוויון בין הנושים כ"אחד מאבני היסוד בדיני פשיטת-רגל"³, ולאורו הליך חדלות פירעון הוא הליך קולקטיבי ולא הליך פרטני⁴. האופי הקולקטיבי של ההליך נועד להבטיח כי לא תינתן עדיפות לנושה מסוים על פני נושים אחרים. עיקרון השוויון איננו חל כמובן בין נושים שלא מאותו סוג, וברור כי נושים מובטחים למשל אינם מצויים באותה דרגה של נושים "רגילים", ולא מתקיים שוויון ביניהם, אולם על פי עיקרון השוויון יש לנהוג

¹ פקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ם-1980. (להלן: "פקודת פשיטת הרגל").

² פקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983.

³ ע"א 4316/90 הספקה חברה מרכזית לחקלאים בע"מ (בפירוק) נ' אגרא – אבן יהודה אגודה חקלאית שיתופית בע"מ, (פורסם בבנו, 23.05.95). 133. 169.

⁴ שלמה לזין ואשר גרוניס, פשיטת רגל, (מהדורה שלישית, 2010). 25.