

## נכס מכביד - הפער בין הלכה למעשה

מאת

אבנר כהן, עו"ד • אלעד עפארי, עו"ד<sup>1</sup>

במאמר זה נבקש לסקור את המצב המשפטי החל בכל הנוגע לסוגיית ויתור על נכס מכביד במסגרת הליכי חדלות פירעון, נציג את הבעיות העקרוניות והמעשיות שהדין הנוהג מעורר, וכן נציע מתווה לתיקון הדין הקיים.<sup>2</sup>

### א. מבוא

בהתקשרות של חברה מסחרית חל עקרון-העל, לפיו "חוזים יש לקיים". מכוחו של עיקרון זה, על פי דיני החוזים, טעות בכדאיות העסקה אינה עילה לבטלות החוזה.

אחד החריגים לעקרון-העל האמור עשוי לחול כאשר עסקינן בחברה חדלת פירעון. במצב מיוחד זה, מאפשר הדין לבעל התפקיד אשר ממונה על ידי בית המשפט, שלא לקיים התחייבות תקפה שנטלה על עצמה החברה חדלת הפירעון עובר לקריסתה, וזאת באמצעות סעד הויתור על נכס מכביד. כך, כאשר עסקינן בהליך פירוק ו/או הקפאת הליכים, העדר כדאיות בביצוע העסקה הופך שיקול מרכזי לביטולה של התקשרות חוזית.

מן הבחינה התורתית-משפטית, מדובר לכאורה בסעד מהפכני ביותר, המהווה סמן ימני לדין המיוחד החל בעת חדלות פירעון, לפיו ההחלטה לקיים או לבטל הסכם, אינה נגזרת מדיני החוזים הכלליים אלא מתוך בחינת כדאיותו של החוזה אל מול האינטרס של צדדים חיצוניים לו, הם נושי החברה.

במאמר זה נבקש לטעון, כי על פי הדין הנוהג כיום, סעד זה של ויתור על נכס מכביד, אשר נועד להוות כלי משמעותי ויעיל בידי בעל התפקיד להגשמת המטרה של השאת קופת הנושים, הפך לנטל על בעל התפקיד ועל נושי החברה כך שבפועל, כמעט ולא נעשה בו שימוש. זאת, עד כדי כך, שניתן לקבוע, כי סעד הויתור על נכס מכביד כפי שקבוע כיום בדין, מהווה כשלעצמו "נכס מכביד" על בעל התפקיד ועל קופת הפירוק. כמו כן, נבקש להציע מתווה לתיקון הדין הנוהג.

---

1. עו"ד אבנר כהן שותף מנהל, ועו"ד אלעד עפארי שותף במשרד כהן וילצ'יק קמחי ושות'. אנו מכירים תודה לעו"ד עדו עינת ולעו"ד אלי בלכמן ממשרדנו על הערותיהם המחכימות והמועילות.  
2. חלק מהכתוב במאמר זה הוצג ע"י עו"ד אבנר כהן ביום 30.5.11 במסגרת פאנל בנושא "חוזים בחדלות פירעון" בכנס השנתי ה-11 של לשכת עורכי הדין בישראל.

## ב. תכלית ומטרות

עקרון-העל בהליכי חדלות פירעון הוא עקרון השוויון בין הנושים,<sup>3</sup> אלא אם כן המחוקק העניק באופן מפורש קדימות לנושה מסויים. כך לדוגמה, הוענקה עדיפות לנושה מובטח בעל שעבוד, לנושה בעל זכות עיכובן וכן לנושים בדין קדימה. בהעדר כל הוראה חוקית המעניקה עדיפות לנושה, ברירת המחדל היא, כאמור, שוויון בין הנושים. על כן, מטרת-העל של בעל התפקיד במסגרת הליכים אלו היא השאה, ככל הניתן, של קופת הנושים, אשר בכל מקרה לא יהא בה די כדי לשלם את מלוא החובות, וזאת מתוך ראיית טובת כלל הנושים ולא מתוך ראיית טובתו של נושה ספציפי (אלא אם כן העניק לו הדין העדפה כלשהי).

על מנת להגשים מטרות אלו של שוויון והשאת קופת הנושים, מוענקת בדין הסמכות לוותר על נכס מכביד,<sup>4</sup> המאפשרת לחברה חדלת הפירעון להשתחרר מנכסים לא רווחיים ומהתחייבויות שאינן כדאיות לה.<sup>5</sup>

אלא שלצד מטרה זו של השאת קופת הנושים, קיים חשש, כי צדדים שונים אשר להם אינטרס בנכס ו/או זכויות חוזיות ייפגעו באורח משמעותי כתוצאה מהוויתור. על כן, על מנת לאזן בין האינטרסים הנוגדים, קרי טובת כלל הנושים מחד גיסא לבין זכות הנושה שנפגע כתוצאה מהוויתור, מאידך גיסא, נדרש אישורו של בית המשפט לוותר זה.

לטעמנו, המטרה העיקרית של סעד הוויתור על נכס מכביד היא הגשמת עקרון השוויון והגדלת קופת הנושים. על כן, רק במקרים מיוחדים ונדירים, מן הראוי לזנוח עיקרון זה ולהתחשב באינטרס של נושה ספציפי, תוך העדפתו על פני האינטרס של הנושים אחרים, ואולם נראה כי פסיקת בית המשפט העליון בעניין אינה מבטאת עיקרון זה.

כך, בפסיקה משנות השבעים והשמונים (אשר לכאורה טרם שונתה) קבע בית המשפט העליון, כי "הוויתור, יש לזכור, הוא תמיד החריג לכלל, המחייב את המפרק לעמוד

3. סעיף 76 לפקודת פשיטת הרגל קובע: "תביעות שהוכרו לפי פקודה זו ישולמו, בכפוף להוראותיה, בשיעור שווה לפי סכומים וכלי כל העדפה" וכן ראו ע"א 3760/03 עזר עמון נ' עו"ד מיכה צמיר, נאמן על נכסי אייפרמן יוסף, פ"ד נט(5), 735, 739-740 (24.2.05), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il.

4. זו אף עמדתו של ד"ר דוד האן הטוען, כי "הוויתור על החוזה מצד בעל התפקיד הוא בסך הכול הביטוי המשפטי הרשמי להגשמת מדיניות זו" ראו דוד האן, דיני חדלות פירעון (2009) (להלן: "האן") עמ' 462.

5. בפשר (ת"א) 1187/02, בש"א 12290/02, חנית נוב, עו"ד נ' אחים שרבט מבני תעשיה (1979) בע"מ (3.3.03), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il (להלן: "ענין ניו פל"): נאמר ע"י בית המשפט, כי אחת ממטרות הוויתור על נכס מכביד היא "מניעת ריבוי הוצאות מיותרות הבאות על חשבון הנושים". כפי שיפורט בהמשך מאמר זה, אנו סבורים כי סעד הוויתור על נכס מכביד אינו בא כדי לשרת תכלית זו של הפחתת ההוצאות.

ככל האפשר בהתחייבות החברה".<sup>6</sup> מכוח נימוק זה, העניק בית המשפט פרשנות מצמצמת לזכות הוויתור על נכס מכביד וקבע כדלקמן:

"חזקה עלינו גם מצוותה של הוראת החוק... שלפיה אין לפגוע בזכויותיו או בחביותיו של כל אדם אחר, "אלא במידה שיש צורך בכך כדי לפטור את החברה ואת רכושה מחבות". לענין זה אף הייתי מרחיק לכת מן ההלכה המקובלת באנגליה: מגמתו ומטרתו של סעיף 220ג (2) (סעיף הוויתור על נכס מכביד הישן - הערת הכותבים) היא כי יוענק משקל מלא לעניניהם של הצדדים העלולים להיפגע על-ידי מעשה הוויתור, ורק אם מתברר כי לא נותרה כל ברירה סבירה אחרת בנסיבות הענין, ניתן לאשר את הוויתור"<sup>7</sup> (הדגשות המחברים).

אנו סבורים, כי עמדה זו של בית המשפט העליון, בכל הכבוד, הינה שגויה, אינה מתיישבת עם תכלית דיני חדלות הפירעון ואינה מיושמת כלל ועיקר בחיי המעשה.

כאמור לעיל, עיקרון השוויון הוא עקרון-העל בהליכי חדלות פירעון ומטעם זה, כל חובות והתחייבויות החברה מוסבות להגשת תביעות חוב בדין רגיל, למעט חובות אשר זוכים לעדיפות מפורשת על פי הדין.<sup>8</sup>

לשם ההמחשה, נבחן את התרחיש השכיח הבא: חברה פלונית חתמה על הסכם הלוואה לפיו אלמוני מלווה לחברה 1,000 ש"ח, ואילו זו מחזירה את קרן הלוואה בתשלומים חודשיים. עד למועד קריסת החברה שולמה לאלמוני מחצית מהחוב. בקופת הפירוק מצוי סך של 1,000 ש"ח. לחברה נושים נוספים, מלבד אלמוני, וסך הנשייה הכולל גבוה מ-1,000 ש"ח.

בהתאם לפסיקתו העקרונית של בית המשפט העליון המצוטטת לעיל, על המפרק, הכבול בהסכם התקף, לשלם לצד ג' את מלוא יתרת החוב, העומד על 500 ש"ח, שכן הכלל הוא שיש לקיים את ההסכמים עליהם חתומה החברה ובכלל זה הסכם הלוואה ורק אם לא נותרה כל ברירה סבירה אחרת בנסיבות הענין, ניתן לאשר את הוויתור. במקרה זה, קיימת לכאורה ברירה סבירה, שכן בקופת הפירוק מצוי הסך הנדרש לתשלום החוב.

אין חולק, כי תוצאה זו הינה בלתי מתקבלת על הדעת ואף בית המשפט לא התכוון לתוצאה זו, שכן תרופתו היחידה של אלמוני מתמצית בהגשת תביעת חוב וקבלת

6. ע"א 673/87 יחזקאל סאלח נ' דורון כוכבי ע"ד מפרק פרץ את איסור חברה לבנין והשקעות בע"מ(בפירוק), פ"ד מג(3), 57, 72 (24.8.89), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il (להלן: "פרשת כוכבי").

7. ע"א 184/77 נוראני שגיב נ' צוות ר.י.ל. לבניה והשקעות בע"מ בכינוס נכסים ובפירוק, פ"ד לב(1), 273, 265 (5.12.77), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il (להלן: "פרשת שגיב").

8. מטעם זה נקבע בפסיקה, כי במלאכת הפרשנות של דבר החקיקה, יש להעדיף את הפרשנות המצמצמת אשר תקיים את עקרון השוויון ולא פרשנות מרחיבה אשר תפגע בו. ראו ע"א 537/69 המוסד לביטוח לאומי נ' וינגרטן, פ"ד כד(1) 258, 255 (5.3.70), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il.

דיבידנד ככל הנושאים. אלא שהנמקת בית המשפט כפי שהוצגה, באורח כללי וגורף, מבלי שניתנה כלל הגדרה ברורה למונח "נכס מכביד" ומבלי לסייג את ההכרעה לנסיבות המיוחדות של המקרה שנדון בפניו, מובילה לכאורה מן הבחינה העקרונית לתוצאה בלתי סבירה זו.

בנוסף, לא יכולה להיות מחלוקת כי חברה נכנסת להליך של פירוק בשל כך שהיא אינה מסוגלת לעמוד בהתחייבויותיה, ועל כן, נקודת המוצא של בית המשפט העליון, לפיה על המפרק לעמוד ככל הניתן בהתחייבויות החברה, כאשר סעד הוויתור הוא החריג, הינה שגויה ביסודה. אדרבא, נקודת המוצא המתאימה בנסיבות העניין היא הפוכה ולפיה, חברה חדלת פירעון אינה יכולה לעמוד בהתחייבויותיה, והחריג לכך הוא חיוב החברה להמשיך ולקיים את ההסכמים עליהם היא חתומה.

### ג. הגדרת "נכס מכביד"

פרק טו לפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983 (להלן: "הפקודה"),<sup>9</sup> הדן בהוראות כלליות לעניין פירוק, מייחד את סימן ד' לסוגיית הוויתור על נכס מכביד.

הפקודה מגדירה ארבעה נכסים כנכס מכביד:

- א. מקרקעין העמוסים תנאים מכבידים;
- ב. מניות של חברות, שלא נפרעו במלואן;
- ג. חוזים ללא רווח;
- ד. כל נכס אחר שלא ניתן למכרו, בכלל או על נקלה, מפני שהוא מחייב את המחזיק בו לבצע פעולה מכבידה או לשלם סכום כסף.

המשותף לכל ההגדרות לעיל הינו, כי המדובר בנכס של החברה אשר ככלל, עשוי להיות בעל שווי חיובי לחברה אולם בשל נסיבות שונות, נכס זה אינו רווחי עוד. נדון בסוגי הנכסים כסדרם.

### ג.1. מקרקעין העמוסים תנאים מכבידים

מקרקעין ככלל מהווים נכס בעל שווי משמעותי לקופת הפירוק. עם זאת, ייתכנו מקרים בהם, בשל תנאים שונים, יימצא כי המקרקעין אינם מצמיחים תועלת כלכלית לחברה ולנושיה אלא יוצרים התחייבויות כספיות. כך, למשל, היה המצב בתיק פירוק של חברה בצפון הארץ, אשר החזיקה בזכויות מקרקעין של מפעל לייצור P.V.C. המשרד להגנת הסביבה הוציא לחברה צו פינוי רעלים, בו נדרשה החברה לפנות פסולת וכימיקלים מסוכנים שהוזנחו במתחם המפעל.

9. הגדרה זהה מופיעה אף בהליכי פשיטת רגל, ראו סעיף 115א לפקודת פשיטת הרגל (נוסח חדש), התש"ס-1980 (להלן: "פקודת פשיטת הרגל").

לא מן הנמנע, כי במקרה מעין זה,<sup>10</sup> עלות הפינוי של הרעלים וטיהור הקרקע תעלה על שווי המקרקעין. על כן, בחינה בדבר כדאיות כלכלית יכולה להוביל למסקנה, כי המקרקעין מהווים נכס מכביד אשר מוטב לוותר עליו לתועלת נושי החברה.

### ג2. מניות של חברות שלא נפרעו במלואן

החזקת מניות בחברות מעניקה, בין היתר, את הזכות לקבלת דיבידנד, ובכך מהוות הן נכס חיובי עבור החברה. עם זאת, במקרה שבו החברה חדלת הפירעון טרם שילמה את מלוא תמורת המניות שהוקצו לה, קיימת אפשרות<sup>11</sup> כי החברה תידרש לשלם את תמורת המניות כך שהמשך החזקתן, על פי ערכן באותה עת, לא יהא כדאי לחברה. במקרה מעין זה, מן הראוי להשתחרר מנכס בלתי רווחי זה.

### ג3. חוזים ללא רווח

סעיף זה הינו רחב ביותר, באשר מרביתם המוחלט של נכסי חברה בעידן המודרני מגולמים בחוזים עליהם חתומה החברה. לא למותר לציין, כי אף נכסים קנייניים כרוכים בהתקשרות חוזית. אשר על כן, מכאן ואילך, ההתייחסות לנכס מכביד תהא בהקשר החוזי בלבד, אלא אם כן נציין אחרת.

ככלל, ניתן לומר שחווה ללא רווח הוא חווה שהמשך ביצועו או השלמתו אינם כדאיים מנקודת ראותה של החברה ו/או של בעל התפקיד הבא בנעליה.

עם זאת, ועל אף חלוף השנים, הפסיקה טרם הניחה פרשנות סדורה וברורה בדבר הגדרת מונח זה. יתרה מכך, ההלכות שנקבעו בבתי המשפט בתחום זה רוויות סתירות ונעדרות קוהרנטיות, ואם לא די בכך, חלקן אינו עולה בקנה אחד עם אבני היסוד של דיני חדלות הפירעון.

פסיקה בעייתית זו, יחד עם דרישת המחוקק לקבל את אישור בית המשפט מראש, כפי שיפורט להלן, הציבו בחיי המעשה קושי יישומי משמעותי, כך שסעד חשוב זה הפך מ"נכס" לבעל התפקיד ל"נטל", עד שכמעט אין עושים כלל שימוש בסעד זה. להלן בפרק ו' נרחיב באשר לסוגיה זו.

10. במקרה הספציפי הזה הגיעו הצדדים להסדר בדבר פינוי הרעלים, כך שלא נדרש לעשות שימוש בסעד של ויתור על נכס מכביד. לעמדה אחרת, לפיה אין זה ראוי להורות על ויתור במקרה מעין זה, ראו עופר גרוסקופף "וויתור על נכס מכביד" המשפט 33 (התשס"א) (להלן: "גרוסקופף").

11. ראו סעיף 35(ב) לחוק החברות, התשנ"ט-1999.

#### ג. כל נכס אחר שלא ניתן למכרו, בכלל או על נקלה, מפני שהוא מחייב את המחזיק בו לבצע פעולה מכבידה או לשלם סכום כסף

המדובר בנכסים (שאינם חוזים) אשר נטולים כדאיות כלכלית. כך למשל, במקרה שבו חברה חדלת פירעון מחזיקה בסחורה המאוחסנת במכולות בידי עמיל מכס, אלא שמחיר שחרור המכולות מעמיל המכס והובלתן, גבוה מהתמורה שתקבל ממכירתה של הסחורה. במקרה מעין זה, על בעל התפקיד להגיש בקשה להשתחרר מהנכס,<sup>12</sup> ועם מתן האישור - הסחורה לא תהא שייכת יותר לחברה וממילא היא לא תחויב בתשלומים הכרוכים בהמשך אחזקתה.

#### ד. אישור בית המשפט

בעקבות התיקון לפקודה משנת תשמ"ג, כל ויתור על נכס מכביד מחייב את אישור בית המשפט.<sup>13</sup> בעל תפקיד המבקש להכריז על נכס של החברה כמכביד, מחויב להגיש בקשה לבית המשפט ולצרף את הצד הנפגע לבקשתו. בבקשה זו, על בעל התפקיד לנמק את הסיבות בעטיין יש לוותר על הנכס. יצוין, כי לא חלה על בעל התפקיד החובה לצרף תצהיר<sup>14</sup> לבקשה. יוער, כי בניגוד למצב המשפטי הקודם, בעל התפקיד רשאי להגיש בכל עת בקשה לויתור על נכס מכביד.<sup>15</sup>

תנאי זה של המחוקק בדבר קבלת אישור בית המשפט הוביל את בתי המשפט להוציא מתחת ידיהם את הפסיקות הבאות:

1. יש צורך בהגשת בקשה **מפורשת** ע"י בעל התפקיד אשר עותרת לסעד הוויתור.<sup>16</sup> יתרה מכך, אין כל משמעות לעצם הגשת הבקשה לויתור על הנכס ככל שלא ניתנה החלטה מפורשת של בית המשפט.<sup>17</sup>
2. הוויתור על נכס מכביד ייעשה רק לאחר שבית המשפט אישר זאת, ולא יינתן אישור בדיעבד.<sup>18</sup>

- 
12. ראו פ"ק (מחוזי חי) 08-11-3389 הורייזן חממות בע"מ - בכינוס נכסים נ' 1 חברת נמל חיפה בע"מ (6.12.08), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il (להלן: "ענין הרויזן").
  13. סעיף 361א לפקודה.
  14. פרשת **כוכבי**, הי"ש 6 לעיל, עמ' 65.
  15. בעבר הייתה תקופה מוגבלת של 12 חודשים מתחילת הליכי הפירוק במסגרתה רשאי היה המפרק להגיש את הבקשה.
  16. פש"ר (מחוזי ת"א) 1506/00 עו"ד שאול קוטלר (בתפקידו כמפרק משתלות ע.נ.ע לגידול דקלים וציקסים בע"מ וחברת כל דקל חברה לשיווק דקלי נוי בע"מ) נ' שינצקי בנימין, (25.3.08), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il (להלן: "ענין קוטלר").
  17. ע"א 814/88 רע"א 325/89 צבי דוידוביץ נ' עו"ד זהר גרינברג, מפרק חיים שכטר חברה לבנין ולהשקעות בע"מ, פ"ד (3), 180, 184-185 (6.9.89), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il (להלן: "פרשת דוידוביץ").
  18. ראו בג"ץ 7609/09 אלי שילוני נ' בית הדין הארצי לעבודה (7.9.10), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il (להלן: "פרשת שילוני").

3. ככל שנעשה ויתור ע"י בעל התפקיד ללא אישור בית המשפט, יהא הויתור חסר תוקף מעיקרו והמשמעות היא, שהחוזה אומץ ע"י בעל התפקיד.<sup>19</sup>
4. בהעדר אישור בית המשפט, קופת הנושים תישא בכל ההתחייבויות הנובעות מהחוזה, כאשר התחייבות אלו יהיו במעמד של הוצאות פירוק, דהיינו - לפני כל נושה אחר, לרבות נושה מובטח.<sup>20</sup>

נציין כי קביעה אחרונה זו בדבר מעמד החוב כהוצאות פירוק, כשלעצמה, מעוררת בעיות קשות ביותר של העדפת נושים ופגיעה בעקרון השוויון, אולם היא מתבקשת לאור הדין הקיים, וזאת בשל שני הטעמים הבאים: ראשית, העדר ויתור משמעו אימוץ החוזה, ועל כן קופת הפירוק ממשיכה לחוב בהתחייבויות הנובעות מהחוזה בתקופת הפירוק. שנית, קבלת עמדה אחרת אשר תקבע, כי במקרה שלא אושר הויתור, החוב כלפי הצד הנפגע הינו לכל היותר במעמד של חוב בר-תביעה, מעקרת לחלוטין את הדרישה לקבלת אישור בית המשפט. זאת, שכן ממילא הצד שנפגע זכאי להגיש תביעת חוב, ועל כן אין כל רבותא בסעד זה ובקבלת אישור בית המשפט.

לנוכח האמור, שאלת מועד הויתור הינה בעלת משמעות מרחיקת לכת, שכן עד למועד הויתור, לכאורה, מחויבת החברה חדלת הפירעון בהתחייבויות הנובעות מההסכם נשוא הבקשה. מהוראת החוק ניתן להסיק, כי מועד אישור בית המשפט הוא המועד הקובע לעניין הויתור על הנכס.<sup>21</sup> עם זאת אנו סבורים, כי בהתאם להסדר הקיים אין כל מניעה לקבוע, כי עם אישור בית המשפט, מועד הויתור יוכר בדיעבד ויחול למן המועד בו הוגשה הבקשה לבית המשפט. יהא זה בלתי מתקבל על הדעת, כי קופת הפירוק תמשיך ותישא בחיובים הנובעים מה"נכס המכביד" רק בשל העיכוב הכרוך בקבלת החלטה שיפוטית. יצוין, כי ניתן למצוא בפסיקות בית המשפט המחוזי ביסוס לסברה זו.<sup>22</sup>

19. מפרשת **כוכבי**, ה"ש 6 לעיל עמ' 72, ניתן לכאורה להבין, כי בית המשפט מאפשר חלופה שלישית של בעל התפקיד והיא, "שב ואל תעשה". כלומר, "רוצה הנאמן לאמץ את החוזה - עליו לשאת בתשלומים על פיו ובוודאי שאינו יכול לתבוע השבה של סכומים שכבר שולמו; אם רוצה הוא לוותר על החוזה כנכס מכביד, עליו לעמוד בדרישות הפקודה לעניין זה; סירב לקיים החוזה מבלי לנקוט בהליך של וויתור, יכול הצד שכנגד לתבוע, בשל הפרה, ובהתאם לתבוע תרופות הקיימות לעניין זה בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970". לטעמנו, חלופה זו אינה עדיפה, שכן לדעת בית המשפט העליון, במקרה שבו בעל התפקיד מסרב לקיים את ההסכם מחד ולא מגיש בקשת ויתור מאידך, יהיה בעל התפקיד מחויב לפצות את הצד השני והפיצויים יהיו במעמד של הוצאות פירוק.
20. בפר"ק (מחוזי ת"א) 09-2480 ר"ח מנחם רהב בתפקידו כנאמן של חברת ג'אמפ אופנה בע"מ נ' אינטרלינק מסחר בינלאומי בע"מ (28.12.109), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il (להלן: "עניין ג'אמפ") נקבע: "אם לא יעשה כן, הרי שהמשכיר יהפוך לנושה המרכזי של החברה, בגין "שירות" שאין בו עוד מאומה (מיום בו התפנתה החברה מהנכס), וזאת אף במעמד של הוצאות פירוק".
21. בבש"א (מחוזי ת"א) 2223/06, פשי"ר 1700/05 הנאמנים של קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ נ' מפרק חברת גרין מרקט ישיר בע"מ (5.9.06), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il (להלן: "עניין גרין מרקט ה-1") בית המשפט קבע, כי עומס העבודה העצום שהיה מוטל על נאמני קלאבמרקט, אין בו כדי לשנות את הוראת המחוקק ולהתיר ויתור על נכס מכביד למפרע.
22. בעניין קוטלר, ה"ש 17 לעיל, נקבע, כי "הדין קובע במפורש, כי המועד ממנו חל הויתור הינו בדרך-כלל מועד החלטת בית המשפט (ולכל היותר ניתן, במקרים מסויימים, לקבוע את המועד לתאריך הגשת

המשמעות האופרטיבית מכל האמור לעיל היא, שעל בעל התפקיד לגלות ולרכז באופן מהיר ביותר את כל התחייבויותיה של החברה, לגזור את ההסכמים המהווים נכסים מכבידים ולהגיש במהירות האפשרית בקשות לבית המשפט לוותר על נכסים מכבידים אלו. ככל שההגדרה בפסיקה למונח "חוזים ללא רווח" היא רחבה יותר, אזי המשמעות היא, שמדובר במסה משמעותית של נכסים מכבידים שיש להגיש בגינם בקשות לבתי המשפט.

ככל שלא תוגשנה בקשות לוותר על נכסים אלו ולא יינתן אישור בית המשפט, יש לראות את בעל התפקיד ואת החברה כמי שאימצו חוזים אלו, ועל כן קופת הפירוק תצטרך לשאת מכאן והלאה בהתחייבויות הנובעות מהסכמים אלו במעמד של הוצאות פירוק.

זה המקום לציין, כי בפני בעל התפקיד מצויה דרך נוספת והיא קבלת הסכמתו של הצד הנפגע לכך, שהחווה יבוטל ולא יאומץ על ידי בעל התפקיד. ככל שתהא הסכמה כזו, ברי כי אין כל צורך בהגשת בקשה לוותר על הנכס. מכל מקום, גם באפשרות זו, על בעל התפקיד לפנות אל כל הצדדים הקשורים בהסכמים מכבידים ולבקש מהם את הסכמתם לביטול ההסכם, וככל שהסכמה כזו לא תינתן - יהא עליו להגיש בקשה לבית המשפט.

לא למותר לציין, כי אי-הגשת בקשה לוותר על נכסים מכבידים אלו על ידי בעל התפקיד, עלולה להוביל אף לחיוב אישי כנגד בעל התפקיד אשר בהתרשלותו נמנע מהגשת הבקשות ובכך גרם נזק משמעותי לנושי החברה.

אלא שהניתוח המשפטי שהוצג לעיל ואשר לכאורה משקף את הדין הקיים, אינו מיושם כלל ועיקר בחי המעשה: הוא אינו מיושם על ידי בעלי התפקיד אשר לא מגישים בקשות לוותר על נכס מכביד אלא במקרים חריגים; הוא אינו מיושם על ידי צדדים שהתקשרו עם החברה חדלת הפירעון בחוזים ללא רווח, באשר אלו לא מעלים כל דרישה מבעל התפקיד להמשיך ולקיים את התחייבויותיהם במקרה של פירוק; והוא אף אינו מיושם על ידי בתי המשפט. לדידנו, כפי שיפורט בפרק ט' להלן, מן הראוי לבטל את דרישת המחוקק לקבלת אישור בית המשפט מראש.

## ה. התרופות הקיימות

כאשר מוגשת בקשה לוותר על נכס מכביד, בית המשפט רשאי להורות על כל אחת מחמש התרופות הבאות:

1. אכיפת ההסכם - דחיית הבקשה לוותר על נכס מכביד;
2. מתן פיצוי כספי לצד שנפגע במעמד של חוב בר תביעה;

---

הבקשה - אך לא קודם לכן). בעניין גרין מרקט ה-1, ה"ש 21 לעיל, נקבע, כי "וויתור על נכס מכביד אינו נעשה למפרע, אלא לכל המוקדם מהעת בו פועל בעל התפקיד להשתחרר ממנו".



3. הגשת תביעת חוב על ידי הצד שנפגע בגין הנזקים שנגרמו לו;
  4. ביטול ההסכם והשבה של הסכומים ששולמו;
  5. מתן פיצוי כספי לצד שנפגע במעמד של הוצאות פירוק.
- להלן נפרט אודות תרופות אלו.

#### 1. אכיפת ההסכם

לא מן הנמנע כי ייתכנו מקרים בהם יימצא כי נכס עונה להגדרה של נכס מכביד, דהיינו חוזה ללא רווח, ועל אף האמור, יסרב בית המשפט להורות כי יש לוותר על הנכס, ויחייב את בעל התפקיד באכיפת ההסכם ובמילוי התחייבויות החברה. כך לדוגמה, במקרה בו חברה קבלנית מתקשרת בהסכם למכירת דירות מגורים, אשר במסגרתו, בהיותה חברה משכנת, מנפיקה היא את אישורי הזכויות ואף מתחייבת לרשום את הבית כבית משותף.

אין חולק כי במקרה מעין זה, לאחר שהדירות נמסרו לדיירים ותמורתן שולמה, לא גלום כל רווח בהמשך קיום התחייבויות החברה על פי ההסכם ומדובר לפיכך בנכס מכביד. אלא שבית המשפט, במסגרת האיזון בין הנזק שייגרם לחברה ובין הנזק שייגרם לרוכשי הדירות, עשוי לקבוע, כי אין כל מקום לוותר על נכס מכביד זה ויאכוף את השלמת ההסכם על ידי בעל התפקיד.<sup>23</sup>

#### 2. פיצוי במעמד של חוב בר-תביעה

סעיף 363 לפקודה<sup>24</sup> מסמיך את בית המשפט לקבוע פיצוי לצד שנפגע כתוצאה מהוויתור על הנכס. פיצוי זה יהיה חוב בר-תביעה; דהיינו, הצד שנפגע יהיה רשאי להגיש תביעת חוב בגובה הפיצוי והוא יהיה זכאי לקבל דיבידנד באותו שיעור שיחולק לנושים הבלתי מובטחים. פיצוי זה צופה פני עתיד בלבד, דהיינו, בית המשפט לוקח בחשבון את הנזקים שייגרמו מאי-ביצוע החוזה מכאן ואילך ועל פיו נקבע הפיצוי אשר, כאמור, הוא במעמד של תביעת חוב, כך שהצד הנפגע מקבל דיבידנד ככל הנושים. בית המשפט אינו בוחן כלל את הנזקים שנגרמו לאותו צד כתוצאה מההפרה, ככל שהייתה, עד למועד הבקשה לויתור על נכס מכביד. עם זאת, רכיב זה של נזקי העבר יכול להתווסף לתביעת החוב של אותו נושה.

23. ראו בש"א (מחוזי ב"ש) 3791/04 דמרי דוד נ' חברת אבני אילת בע"מ (19.10.94), אתר תאגידים: [www.taagidim.co.il](http://www.taagidim.co.il).

24. סעיף זה קובע: "בית המשפט רשאי, לפי בקשת אדם הזכאי או החייב כלפי המפרק לפי חוזה שנעשה עם החברה, ליתן צו המבטל את החוזה בתנאים שקבע לענין תשלומי פיצויים בין הצדדים בשל אי-ביצוע החוזה ולכל ענין אחר, כפי שייראה לו צודק, ופיצויים שנפסקו כאמור יהיו למבקש חוב בר-תביעה בפירוק".

## 3. הגשת תביעת חוב בגין הנזקים שנגרמו

סעיף 365 לפקודה<sup>25</sup> קובע אפשרות נוספת ולפיה, בית המשפט יחליט בשאלה אחת בלבד והיא - האם יש לוותר על הנכס אם לאו, מבלי שידון כלל בנזק שנגרם בעקבות הוויתור. הצד שנפגע, כמו כל נושה אחר של החברה, זכאי להגיש תביעת חוב במעמד של נושה רגיל בגין כל הנזקים שנגרמו לו בעקבות ביטול ההסכם.

באשר ליחס בין סעיף 365 לסעיף 363 נשאלת השאלה, האם תיתכן אפשרות לפיה בית המשפט יקבע פיצוי על פי סעיף 363, שהוא נמוך יותר מהפיצוי שהיה זכאי הנושה לקבל במסגרת תביעת החוב שהיה מגיש כמי שנפגע כתוצאה מהוויתור.

לאחרונה הובאה שאלה זו להכרעה בבית המשפט המחוזי, במסגרתה קבעה השופטת אלשיך כי בית המשפט מוסמך לקבוע פיצוי במסגרת הוויתור על נכס מכביד שהוא נמוך יותר מאשר הפיצוי לו היה זכאי הנושה, אילו היה מגיש תביעת חוב. בית המשפט סבר, כי פרשנות אחרת, לפיה אין יכולת להפחית את החוב שהצד שנפגע יכול לקבל במסגרת תביעת החוב "שוללת למעשה את עצם המהות הבסיסית העומדת מאחורי דיני הנכס המכביד. רוצה לומר, מתן הקלה לחברה בפירוק, תוך התחשבות בכך כי הלכה למעשה אין היא יכולה לעשות כל שימוש או להפיק כל תועלת מן הנכס או החוזה המכביד. אם כך, הרי "מה הועילו חכמים בתקנתם", ומה יתרונה של פניה לדיני הנכס המכביד, אם מניה וביי תוגש אותה תביעת חוב ותיבדק באותו אופן?"<sup>26</sup>

שלא כדעת בית המשפט המחוזי, אנו סבורים, כי אין בסיס לפגיעה בזכותו של נושה להגיש תביעת חוב בגין מלוא החוב לו הוא זכאי מכוח כל התרופות העומדות לרשותו, וכי סעד הוויתור על נכס מכביד לא נועד כלל ועיקר לפגוע בנושה בדרך של הפחתת החוב בר-התביעה.<sup>27</sup> דומה, כי מסקנה זו של בית המשפט המחוזי אך ממחישה את הבעייתיות שיש ביישומן של ההוראות העוסקות בויתור על נכס מכביד, שכן בית המשפט מתקשה למצוא כל יתרון בסוגיית הוויתור על נכס מכביד, ועל כן מבקש ליצור יתרון בדמות הפחתת חוב בר-תביעה המגיע לנושה כתוצאה מהכרזת הנכס כמכביד.

25. סעיף זה קובע: "הנפגע מחמת ויתור לפי סימן זה, יראו אותו כנושה של החברה כדי סכום הפגיעה ולפי זה יהיה לו חוב בר-תביעה בפירוק".

26. פש"ר (מחוזי ת"א) 05-1700 עו"ד בן ציון רזניק בתפקידו כמפרק חברת גרין מרקט ישיר בע"מ נ' עו"ד שלמה נס ורו"ח גבי טרבלסי בתפקידים כנאמנים לביצוע הסדר נושים של חברת קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ (28.8.11), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il (להלן: "ענין גרין מרקט ה-2"). וכך ראו פש"ר (ת"א) 05-1700, בקשה 207, עו"ד ציון רזניק נ' עו"ד שלמה נס ורו"ח גבי טרבלסי (21.2.11), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il.

27. בענין זה אנו מצטרפים לעמדתו של פרופ' גרוסקופף, ראו גרוסקופף הי"ש 10 לעיל, עמ' 69.

## 4. השבה מלאה

במקרים אחדים קבע בית המשפט, כי עם ביטול ההסכם בדרך של ויתור על נכס מכביד, חלה חובת השבה של הכספים שקיבלה החברה מהצד שכנגד, כאשר כספים אלו יושבו מקופת הפירוק שלא כדיבידנד בתביעת חוב אלא במעמד של הוצאות פירוק. לעיתים, להשבה זו צורפו אף הפרשי הצמדה וריבית.<sup>28</sup>

בכל המקרים הללו במשותף, נדונה סוגיית הויתור על נכס מכביד בדמות הסכם לרכישת דירה אשר בעקבותיו נרשמה לטובת הרוכשים הערת אזהרה. בעל התפקיד ביקש להורות על ביטול ההסכם, בהיותו נכס מכביד, ועל מחיקת הערת האזהרה.

בית המשפט בחר במקרים אלו לבטל את ההסכם המכביד תוך חיוב קופת הפירוק בהשבת הכספים שנתקבלו מהרוכשים, וזאת במעמד של הוצאות הפירוק. אלא שבהכרעותיו, לא ניתן לסעד נימוק ייחודי המעמיד תשתית פסיקתית שתבהיר, מדוע רק במקרים כגון אלו, לעומת מקרים אחרים שתוארו לעיל, ראוי שתהא השבה מלאה במעמד של הוצאות פירוק. אדרבא, בית המשפט מספק הסבר כללי לתוצאה אליו הגיע, אשר אינו מייחד את המקרה המתואר מיתר המקרים בהם יש מקום להכריז על חוזה כמכביד. כך, לדוגמה, נקבע בפרשת **שגיב**, כי סעיף הויתור על נכס מכביד "מבקש להתוות דרך לשחרורה של החברה שבפירוק מחוזים שאין היא יכולה לעמוד בביצועם, אך מכאן עדיין איננו מבקש כי שחרורה של החברה מחיוביה גם יגרוור אחריו פגיעה מרחיקת לכת בצד השני, שאיננה כלל מחוייבת המציאות."<sup>29</sup>

אנו סבורים, כפי שנפרט בהמשך המאמר, כי התוצאה אליה הגיעו בתי המשפט בנסיבות אלו ראויה ונכונה אולם זאת, רק בשל הנסיבות הייחודיות של פסקי הדין בהם רשומה הייתה הערת אזהרה לטובת הצד שנפגע.

מכל מקום, אנו סבורים, כי סעיף 361 לפקודה הקובע, כי "בית המשפט בבואו ליתן רשות לויתור רשאי לדרוש שיינתנו הודעות לאנשים מעוניינים, להתנות את מתן הרשות וליתן כל צו אחר, הכל כפי שייראה לו צודק",<sup>30</sup> מעניק שיקול דעת רחב ביותר לבית המשפט ומאפשר במקרים המתאימים והנדירים להתנות את הויתור על הנכס בהשבה מלאה במעמד של הוצאות פירוק ולא כדיבידנד.

28. ראו פרשת **שגיב** הי"ש 7 לעיל וכן פרשת **דוידוביץ** הי"ש 18 לעיל.

29. הי"ש 7 לעיל עמ' 274-275.

30. סעיף 115 לפקודת פשיטת הרגל קובע הסדר דומה: "בבואו לתת אישור לפי סעיף זה רשאי בית המשפט לדרוש שיינתנו הודעות לאנשים מעוניינים וכן להתנות את מתן האישור בתנאים".

5. **פיצויים במעמד של הוצאות פירוק**

בתי המשפט<sup>31</sup> היתנו לא אחת את הוויתור על נכס מכביד בתשלום פיצויים לנפגע במעמד של הוצאות פירוק. כך לדוגמה, קבע בית המשפט המחוזי:<sup>32</sup>

**”שיקול דעתו של בית המשפט הוא רחב, ואף אם, בחלק גדול מסוגי הנכסים נשוא הוויתור, יהא לפיצוי מעמד של חוב עבר, הרי שאין זה כלל בל-יעבור; בוודאי שאין לכפותו, כמעט כ”מיטת סדום” על סוגי נכסים וויתורים בהם הוא יוצר תוצאה בלתי צודקת, אשר הינה בבחינת תרתי דסתרי למטרת סמכות הפיצוי. ... זאת, שלא לדבר על העובדה כי דין המגביל את שיקול בית המשפט במתן פיצוי עשוי היה להביא לדחיית בקשות לויתור על נכס מכביד, בעיקר ב”מקרי גבול” קשים, בהם לא צפוי לנושים אלא דיבידנד נמוך מאד; אין צורך להכביר מילים, עד כמה אין מצב שכזה רצוי או ראוי.”**

אנו שותפים לעמדתו העקרונית של בית המשפט בדבר שיקול הדעת הרחב המאפשר הענקת פיצוי במעמד של הוצאות פירוק. עם זאת, במקרה הקונקרטי שנדון בפסק הדין אשר עסק בויתור על הסכם שכירות ארוך טווח, אנו סבורים, כי הענקת פיצוי זה מהווה העדפת נושים ואינה ראויה. נרחיב אודות כך בפרק הבא.

1. **הגדרת “חוזה ללא רווח” - מבט ביקורתי**

כאמור לעיל, תחת הגדרה זו מתכנסים מרבית מנכסי החברה המודרנית. היות וכמפורט לעיל, כורכת הגדרה זו אחריה חיוב אופרטיבי של בעל התפקיד להגיש בקשה לבית המשפט בדבר ויתור על הנכס, מן הראוי שהגדרה זו תהא ברורה ומפורשת, על מנת שבעל התפקיד יוכל לזהות בנקל את המקרים בהם מוטלת עליו החובה להגיש בקשה לויתור על נכס מכביד. אשר על כן, ניתן היה לצפות שיתי המשפט יעמידו פרשנות סדורה ועקבית של מונח זה. תחת זאת, מוצאים אנו בפסיקה הגדרות סותרות, בלתי ברורות, לא עקביות ולא ישימות למונח זה. בפרק זה נבקש להעמיד במבחן הביקורת את פסיקת בתי המשפט, ולשם כך נתייחס לסוגים שונים של “חוזים ללא רווח” אשר נדונו בפסיקה.

11. **תנאי ראשוני - העדר שימוש בנכס ע”י בעל התפקיד**

קודם שנציג את ההגדרות השונות בפסיקה, מן הראוי להסיר מן הדרך טעות אופיינית, אשר לעיתים בתי המשפט, כמו גם בעלי התפקיד, נכשלים בה, תוך

31. ראו עניין **ניו פל**, הי”ש 5 לעיל.

32. עניין **ג’אמפ**, הי”ש 20 לעיל. על החלטה זו הוגש ערעור לבית המשפט העליון. כמו כן ראו ההחלטה בבקשה לעיכוב ביצוע - פרי”ק (מחוזי ת”א) 09-2480 רו”ח **מנחם רהב נ’ אינטר לינק מסחר בינלאומי בע”מ** (28.12.10), אתר תאגידים: [www.taagidim.co.il](http://www.taagidim.co.il).

שהם מערבים מין בשאינו מינו. הכוונה למקרים שנדונו בפסיקה בהם לא בוצעה האבחנה המתחייבת והנדרשת בין שאלת השימוש שעושה בעל התפקיד בנכס ובין שאלת הוויתור על נכס מכביד.<sup>33</sup> נבהיר דברינו.

לרוב, כאשר חברה מצויה בהליך של חדלת פירעון וממונה לה בעל תפקיד, ממשיך הוא, לצורך ביצוע תפקידו, לקיים הסכמים שונים עליהם חתמה החברה. כך למשל, במקרים בהם בעל התפקיד ממשיך לקבל בהסכמה שירות ו/או נכס מצד ג', הוא מחויב בתשלום עבור השירות ו/או הנכס אשר סופקו לו, במעמד של הוצאות פירוק. הוא הדין כאשר בעל התפקיד אינו מגיע להסכמה מראש, וחרף האמור פשוט ממשיך לעשות שימוש בנכס ו/או בשירות המצוי ברשותו על פי ההסכם עליו חתמה החברה עובר לקריסתה, אשר כולל מנגנון של חיוב מתחדש. בפועלו, מקבל בעל התפקיד את ההתחייבות המתחדשת כלפי צד ג', ועל כן יהא חייב לשלם בגין השירות ו/או הנכס אשר ניתנו לו.

לשם ההמחשה, ניתן למנות על ההסכמים הללו, אשר מקימים חיוב מתחדש עם השימוש ו/או קבלת השירות, את ההתקשרויות הבאות: הסכם שכירות של נכס מקרקעין בו שוכנים משרדי החברה ו/או מפעלה, חוזה לסינג של רכבים או מכונות, הסכם ריטיינר למתן שירותי מיחשוב/הנהלת חשבונות/שירותים משפטיים,<sup>34</sup> הסכם לשימוש בזכויות יוצרים, וכיוצא באלה. לגבי הסכמים אלו, ייתכן שבעל התפקיד יהא מעוניין שלא לבטלם באופן מידי עם כניסתו לתפקיד.

בכל המקרים הללו, כאשר בעל התפקיד ממשיך לקבל בהסכמה את השירות ו/או את הנכס, או כאשר הוא ממשיך לעשות שימוש בנכס ו/או בשירות המצוי ברשותו, גם מבלי שהגיע להסכמה מראש בעניין, ברי כי הוא מחויב בתשלום לצד ג' במעמד של הוצאות פירוק בגין השירות או הנכס שסופקו לו. בעניין זה, ככל שבעל התפקיד לא יסכם מחדש את תנאי החוזה עם צד ג', הוא יחויב בגין השימוש בנכס ו/או בשירות בהתאם לתעריפים הקבועים בהסכם שנחתם עם החברה עובר לקריסתה.

לטעמנו, תנאי הכרחי לויתור על נכס מכביד, ככל שמדובר בהסכם מתחדש ונמשך כפי שתואר לעיל, הוא העדר שימוש בנכס על ידי בעל התפקיד. לנוכח האמור, במקרים שפורטו לעיל, אין כל אפשרות לדון בשאלת הוויתור על הנכס וזאת כל עוד בעל התפקיד עושה שימוש בנכס או מקבל מכוחו שירות. כך, בעל תפקיד שממשיך להחזיק ברכב, הוא או מי מטעמו, ולעשות שימוש בו ו/או

33. כך לדוגמה, בפש"ר (מחוזי ת"א) 1590/09, בש"א 9065/09 עו"ד אורן הראל נ' דרפ"ק נדל"ן בע"מ (17.7.09), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il, בית המשפט עירב שלא לצורך בין שאלת השימוש בנכס לבין סוגיית הוויתור על נכס מכביד בקובעו, כי "בהעדר אישור מבית המשפט המועד בו יכול המפרק להשתחרר מהנכס הינו מועד השבת החזקה במושכר לידי המשיבות".

34. ראו בש"א (מחוזי ת"א) 5784/09 עמית פולק מטלון ושות' נ' רו"ח יובל קדרון בתפקידו כנאמן לביצוע הסדר נושים של חברת מיצר לפיתוח בע"מ (2009), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il (להלן: "עניין מיצר").

במושכר,<sup>35</sup> הוא לא יוכל לבקש להשתחרר מנכס זה בטרם ישיבהו לבעליו.<sup>36</sup> בעל תפקיד שממשיך לקבל שירותי הנהלת חשבונות ו/או שירותים משפטיים אינו רשאי להגיש בקשה לבית המשפט להשתחרר מהתחייבויות אלו.

כל עוד בעל התפקיד ממשיך לעשות שימוש בנכס, הרי שהוא חייב בתשלום הוצאה זו ואין כל מקום לפטור אותו בדרך של סעד הוויתור על נכס מכביד. בעניין זה אנו מצטרפים לקביעתה של השופטת אלשיך:<sup>37</sup>

**"לא יתכן ויתור על נכס, כל עוד עשו בו הנאמנים שימוש... תנאי מקדים, הן לויתור על נכס מכביד והן לשמיעת הנאמנים בטענות בדבר סיום החוזה, אפשרי אך ורק מהמועד בו פסקו במוצהר מלעשות בו שימוש."**

דומה, כי הפעלת מבחן מקדים זה הייתה מפשטת הכרעות אחדות של בתי המשפט<sup>38</sup> אשר עירבו שלא בצדק בין שאלת השימוש שעושה בעל התפקיד בנכס לבין שאלת הוויתור על נכס מכביד.

במקרה שנדון בפסיקה,<sup>39</sup> שכרה חברה כלי עבודה ואלו לא הוחזרו למשכיר על ידי בעל התפקיד, הגם שהמשכיר דרש לקבל כלים אלו לידיו. בפני בית המשפט הונחה השאלה, האם בעל התפקיד מחויב בתשלום דמי השכירות בגין כל התקופה עד להשבת הכלים לידי המשכיר. לשם ההכרעה נזקק בית המשפט לדיון בסוגיית נכס מכביד וקבע, כי בעל התפקיד היה חייב להגיש בקשה לויתור על הנכס על מנת להיפטר מחובת תשלום דמי השכירות. לפי דברינו דלעיל, מלכתחילה לא היה מקום לדון בשאלת הוויתור על נכס מכביד, שכן במקרה זה, הנכס כלל לא הושב למשכיר. ככל שבעל התפקיד לא השיב את הכלים, ואין כל עילה לפטור אותו מחובה זו, הרי שהוא מחויב בתשלום דמי השכירות.

עתה, משהובהר התנאי הראשוני אשר קיומו נדרש לצורך הכרזה על חוזה ללא רווח כנכס מכביד, נתייחס להלן לניסיונות שונים להגדיר "חוזים ללא רווח" אשר נדונו בפסיקה. כפי שיובהר להלן, ניסיונות אלו לא יצרו עד כה משנה סדורה בהירה וברת יישום לדוקטרינת הנכס המכביד.

- 
35. בעניין מיצר הי"ש 34 לעיל, נקבע: "אם מוסיפה החברה תחת ניהול המפרק (או המפרק הזמני) לשבת בנכס - בין אם היא פועלת מתוכו, ובין אם מתוך התמהמהות או קושי של המפרק לפנותו במועד, הרי שחייב שכר-הדירה הופך, ממועד זה ואילך, להוצאות פירוק - על כל המשתמע מכך".
36. ככל שבעל התפקיד אינו מפנה את הציוד והחפצים של החברה מן הנכס, ברי כי הוא נחשב כמחזיק. אלא אם כן הוא מגיש בקשה לויתור על הציוד של החברה כנכס מכביד.
37. עניין גרין מרקט ה-1, הי"ש 21 לעיל.
38. כך לדוגמה, החיוב בעניין גרין מרקט ה-1, הי"ש 21 לעיל, היה נגזר כתוצאה מהמשך השימוש בנכס על ידי הנאמנים בלבד וללא כל קשר לשאלת מועד הגשת הבקשה לויתור על נכס מכביד.
39. בש"א (מחוזי ב"ש) 3126/06 א.פ. שירותי הרמה ושינוע בע"מ נ' א.ש. רהט הנדסה בע"מ (2007), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il (להלן: "עניין רהטי").

## 21. הסכם שכירות ארוך טווח - האמנם "חוזה ללא רווח"?

כאשר בתי המשפט, כמו גם המלומדים,<sup>40</sup> מבקשים להמחיש, מהו "חוזה ללא רווח" הם מעלים על נס את הדוגמה של הסכם שכירות ארוך טווח בין הצדדים אשר מחייב הגשת בקשה לויתור עליו. כך למשל, קבעה השופטת אלשיך, כי הסכם שכירות "הינו דוגמא מובהקת לנכס מכביד שיש לאשר לבעל התפקיד לוותר עליו".<sup>41</sup> ואכן, מתוך פסקי הדין הבודדים הדנים בסוגיית נכס מכביד, רבים מתעסקים בשאלת ביטולם של הסכמי שכירות דווקא, תוך שנקבע כי לא ניתן להשתחרר מהסכם שכירות ארוך טווח אלא באמצעות הגשת בקשה לויתור על נכס מכביד.

אין חולק, כי הסכם שכירות ארוך טווח, שעה שהחברה אינה עושה במושכר כל שימוש, הוא "חוזה ללא רווח", שכן לחברה לא צומחת כל תועלת מהסכם זה. אלא שמסקנה זו נכונה לכל חוזה "הוצאתי" באופיו, דהיינו, לכל חוזה שאינו מייצר הכנסה לחברה ונועד אך ורק לשם קיום פעילותה השוטפת.

עם חוזה "הוצאתי" נמנים, לדוגמה, הסכם "ליסינג" להשכרת רכבים או מכונות, הסכם לקבלת שירותי מיחשוב ותמיכה, הסכם לאספקת שירותי תקשורת, הסכם לניהול נכס וכיוצא באלה הסכמים, אשר למותר לציין, כי עשויים הם להיות ארוכי טווח.

לא יכולה להיות מחלוקת, כי כל ההסכמים הללו, במידה שבעל התפקיד אינו זקוק להם לשם הפעלת החברה, הינם הסכמים שלא מצמיחים כל תועלת לחברה. אלא שלא שמענו מעולם, לא בהלכה הפסוקה ולא בחיי המעשה, כי בעל התפקיד חייב להגיש בקשה לויתור בגין הסכמים אלו.

ממילא עולה הקושיה, מדוע ביכרה הפסיקה את משכיר הנכס על פני כל יתר הנושים, ומה שונה דין הסכם שכירות מקרקעין ארוך טווח מהסכם ארוך טווח להשכרת רכבים; מדוע במקרה האחרון, די בהשבת הרכבים לידי החברה כדי שהחברה לא תמשיך לשאת בהתחייבויותיה על פי ההסכם, ואילו במקרה של הסכם שכירות - אין די בפינוי הנכס ובהשבתו לידי המשכיר אלא מוטלת חובה על בעל התפקיד להגיש בקשה לויתור על החוזה אשר תידון בבית המשפט?

אדרבא, אין זה ראוי כלל לתת עדיפות נוספת למשכיר נכס על פני נושים אחרים, שכן בהתאם לדין,<sup>42</sup> משכיר נכס נהנה מדין קדימה בכל הנוגע לחוב העבר כלפיו ואין כל הצדק סביר להעניק לו עדיפות נוספת. לא למותר לציין, כי

40. ראו לדוגמה, פרופ' צפורה כהן, פירוק חברות (התש"ס) (להלן: "צפורה כהן") עמ' 460 קובעת "דוגמה נפוצה של 'נכס מכביד' הוא חוזה שכירות, המטיל על השוכר התחייבויות שונות".

41. עניין ג'אמפ, הי"ש 20 לעיל.

42. סעיף 354 לפקודה.

אף העדיפות שבדין קדימה המוענקת למשכיר, זוכה לביקורת הן בפסיקה<sup>43</sup> והן בספרות.<sup>44</sup>

בהקשר זה מן הראוי להדגיש נקודה נוספת. כאשר בעל תפקיד נכנס לתפקידו, הוא חייב להמשיך ולקיים חוזים "הוצאתיים" אחדים עליהם חתומה החברה, וזאת מתוך מטרה לשמר את נכסי החברה ו/או לעיתים אף להשביחם. לעיתים המדובר בתקופה קצרה עד למימוש מהיר של נכסי החברה ולעיתים המדובר בתקופה ארוכה יותר. בתקופה זו, כאמור, מחויב בעל התפקיד בתשלום לצדדי ג' בהתאם להסכם (אלא אם כן נכרת איתם הסכם חדש), אולם אין בכך כדי לראות את בעל התפקיד כמי שמחויב, בהעדר בקשה לוותר על נכס מכביד, להמשיך ולקיים את ההסכם עד לתום תקופתו.

לטעמנו, במצב המשפטי כיום, אשר מחייב קבלת אישור בית המשפט מראש, יש הכרח ליתן פרשנות מצמצמת למונח "חוזה ללא רווח", ועל כן הסכם שכירות - כמו גם כל "הסכם הוצאתי" אחר - אינו נכנס בגדרי ההגדרה של נכס מכביד.<sup>45</sup> נבהיר.

כפי שתיארנו בפרק ג' דלעיל, ניתנו בחוק ארבע הגדרות שונות למונח "נכס מכביד". אחת מהם היא "חוזה ללא רווח". המשותף לכל ההגדרות הללו הוא, שכולן עוסקות בנכסים אשר דרך כלל הינם בעלי שווי כלכלי, ומהווים בסיס להכנסות עבור החברה, אלא שבשל אירועים שונים, אותם הנכסים גורמים הפסדים לחברה, שכן עלות העמידה בהתחייבויות החברה על פיהם עולה על ההכנסות שהם מייצרים. כך באשר למקרקעין המצויים בבעלות החברה שהם עמוסים בתנאים מכבידים, וכך אף באשר למניות המהוות, ככלל, נכס חיובי אלא שבשל נסיבות ייחודיות (העובדה, כי לא נפרעו במלואן) אין הן מהוות נכס בעל שווי כלכלי.

פרשנות זו מתחייבת אף ביחס ל"חוזה ללא רווח", קרי - חוזה אשר בבסיסו היה, או למצער אמור היה להיות בעל שווי כלכלי לחברה, דהיינו ההכנסות הישירות של החברה מקיומו אמורות היו להיות גבוהות מההוצאות הכרוכות בביצועו, אלא שנסיבות שונות גרמו לכך שהחוזה אינו כלכלי במועד הפירוק, והוא הפך גיבנת לחברה, מקום שאמור היה להיות לה למשענת.

43. ראו עניין ניו פל, ה"ש 5 לעיל.

44. ראו צפורה כהן ה"ש 40 לעיל, עמ' 631.

45. השופטת אלשיך ועו"ד גדעון אורבך, בספרם **הקפאת הליכים הלכה למעשה** (מהדורה שנייה - 2010) (להלן: "אלשיך ואורבך") עמ' 152, מגדירים נכס מכביד כ"חוזים או נכסים אשר אינם דורשים פעולה אקטיבית כלשהי מצד החברה כדי להמשיך ולהתקיים ולהרע בעצם קיומם את מצבה של קופת הפירוק". הגדרה זו בעיקרה מתייחסת לחוזה "הוצאתי" אשר לפי סברתנו כלל אינו בגדר "חוזה ללא רווח".



"הסכם הוצאתי" לעומת זאת, בבסיסו, אינו נושא כל פוטנציאל של רווח. על כן, לטעמנו, כלל אינו נכנס לגדרו של "חוזה ללא רווח" ולפיכך, ממילא, אין כל מקום וצורך להגיש בקשה לבטלו בתואנה, כי עסקינן בנכס מכביד.

פרשנות מצמצמת זו מתחייבת אף מתכלית דיני הפירוק. תפקידו של בעל התפקיד הוא לכנס את כל נכסי החברה,<sup>46</sup> דהיינו נכסים בעלי שווי כלכלי לחברה. ממילא, חוזה "הוצאתי" אינו הסכם בעל שווי כלכלי ואין כל מקום לכנסו לקופת הפירוק. אף מן הבחינה המעשית, אין זה מתקבל על הדעת לחייב את בעל התפקיד להגיש בקשה לויתור על כל חוזה הוצאתי עליו חתומה החברה. על בעל התפקיד להתרכז ולפעול לאיתור ולהגדלה של נכסי החברה, ואין כל תועלת בכך שהוא ישקיע את מירב מרצו במניעת חיובים מיותרים כנגד החברה הנובעים מהסכמים שהחברה ממילא אינה עושה בהם כל שימוש ואינם נדרשים לה. כך לדוגמה, אין כל היגיון בדרישה לחייב את בעל התפקיד להגיש בקשה לויתור על הסכם הסעדה לעובדים כאשר אין כל עובדים בחברה, ואין כל היגיון בכך שהוא יגיש בקשה לויתור על הסכם התקשרות להצבת מכונה לממכר חטיפים במשרדי החברה כאשר מכונה זו כבר הוחזרה לידי בעליה.

לגישתנו, רק כאשר מתגלה הסכם שבבסיסו היה אמור לייצר הכנסה לחברה, ואשר עקב נסיבות מיוחדות אינו נושא כל רווח, אזי בעל התפקיד אינו צריך לכנסו והוא רשאי להשתחרר ממנו בדרך של ויתור על נכס מכביד.

המסקנה על פי עמדתנו היא, כי כל הסכם "הוצאתי", כגון: הסכם שכירות ארוך טווח, אינו נכלל במסגרת ההגדרה של "חוזה ללא רווח" וממילא אין כל צורך וחובה להגיש מבעוד מועד, בגין הפסקת חוזה כזה, בקשה לויתור על נכס מכביד. באשר לצד הנפגע, תרופתו לעניין הפסקת הסכם "הוצאתי" תהא הגשת תביעת חוב וקבלת דיבידנד על פי סדרי הנשייה הקבועים בדין.

יש להעיר, כי ייתכנו מקרים בהם הסכם שכירות יהווה, בכל זאת, הסכם בעל פוטנציאל רווחי. כך, כאשר החברה - בעלת המקרקעין, משכירה את הנכס לצד ג' או כאשר החברה שוכרת נכס אותו היא משכירה בשכירות משנה. ברי, כי הסכם שכירות כזה הינו הסכם בעל פוטנציאל רווח, וככל שבעל התפקיד יבקש לבטלו, עליו להגיש בקשה לויתור על נכס מכביד.

כך, במקרה שנדון בפסיקה,<sup>47</sup> הוכר הסכם שכירות, ובצדק, כנכס מכביד. באותו מקרה, חברה חדלת פירעון הייתה בעלת זכויות במקרקעין אשר חלקו הקטן הושכר לידי צד ג', אך המציע לרכוש את המקרקעין היתנה את הרכישה בכך שלא יהיו כל שוכרים בנכס. במקרה זה, אי-ויתור על הסכם השכירות היה מסכל את האפשרות למכור את הנכס, כך שהחברה חדלת הפירעון הייתה

46. ראו סעיף 307(ב) לפקודה וכן סעיף 288 המקנה סמכויות חקירה נרחבות לשם איתור נכסי החברה.

47. פרי"ק (מחוזי חי') 02-09-13613 ענבר ק.ע. מסחר ומתכות בע"מ - בהסדר נושים נ' ג.פ.ד. ייזום והשקעות בע"מ (2011), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il (להלן: "עניין ענבר").

ממשיכה לחוב בתשלום ארנונה בגין כל השטחים הריקים שאינם מושכרים. הסכם השכירות האמור היה בבסיסו חוזה עם פוטנציאל הכנסה, אלא שבנסיבות אותו מקרה, הפך החוזה לנטל על גב החברה בשל חוב הארנונה וחוסר היכולת למכור את הנכס. על כן, היה זה מקרה קלאסי של חוזה ללא רווח המהווה נכס מכביד.<sup>48</sup>

לנוכח ההגדרה שהוצעה על ידינו ל"חוזה ללא רווח", ניתן לכאורה לקבוע, כי הסכם עבודה אינו נכלל בהגדרה של נכס מכביד, באשר עסקינן בחוזה "הוצאתי" וממילא, לא קמה חובה על בעל התפקיד להגיש בקשה לויתור על נכס מכביד כדי לבטל הסכם מעין זה. מכל מקום, לנוכח המאפיינים הייחודיים שבהסכמי העבודה, ייתכן שניתן להגיע למסקנה אחרת. דיון בסוגיה זו חורג ממסגרת מאמר זה.

בעניין זה העיר בית המשפט העליון לא מכבר, כי ספק בעינינו אם ניתן להחיל את דוקטרינת הנכס המכביד על הסכמי עבודה,<sup>49</sup> שכן פקודת החברות אינה מציינת במפורש בהגדרותיה, כי חוזה עבודה מהווה נכס מכביד, וזאת בניגוד לעמדתו של בית הדין הארצי לעבודה.

### 31. הסכם שאינו בר-ביצוע

הכל מסכימים, כי הסכם שהחברה חדלת הפירעון אינה מסוגלת לבצעו מהווה נכס מכביד שיש לוותר עליו. אלא שעל פי הלכה שיצאה מבית המשפט העליון, זהו לכאורה המקרה היחיד בו יהא ניתן לוותר על נכס מכביד, וכך נאמר:<sup>50</sup>

**"השאלה הניצבת בפנינו היא אם מסוגלת החברה לקיים התחייבותה לבנות. למותר להוסיף, כי לצורך הכרעה כגון זו שבפנינו לא סגי בכך שביטול החוזה טוב ומועיל לחברה" ובהמשך פסק הדין נאמר "הפקודה אינה מפרטת איזה הם חוזים שאין בהם רווח, ואין לי ספק שקשה לפרט בחיקוק את המקרים הרבים העלולים להתעורר בחיים בענין זה. די לומר שהמפרק לא יוכל, בהסתמך על סעיף 220ג (1) האמור, "לוותר" על חוזה רק מפני שהוא סבור כי העסקה כפי שהוסכם עליה באותו חוזה אינה כדאית או אינה משתלמת. המצב שונה כשהחוזה שעליו רוצה הנאמן (או המפרק) לוותר מתייחס להתחייבות שאין בכוחו לבצעה כשורה; במקרה כזה רואים אותו כחוזה "שאינו בו רווח"."**

אין מחלוקת על כך שאין חפיפה מלאה בין מקרים העולים בגדרי המונח "חוזה ללא רווח" ובין אלו העולים בגדרי המונח "חוזה שאינו בר-ביצוע". ודוק; ישנם חוזים רבים שאינם רווחיים, אולם הינם ברי-ביצוע בהחלט. לפיכך, עמדת בית

48. במקרה זה העניק בית המשפט לשוכר תקופת התארגנות בת חודשים ספורים למציאת נכס חלופי וכן העניק פיצוי כספי במעמד של הוצאות הקפאה.

49. פרשת שילוני, ה"ש 16 לעיל, עמ' 3397.

50. פרשת שגיב, ה"ש 7 לעיל, עמ' 273.

המשפט העליון, לפיה רק הסכם שאינו בר-ביצוע הוא חוזה ללא רווח שיש לוותר עליו, אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק.

יצוין אף, כי עמדת בית המשפט העליון, אשר המיר למעשה את המונח "חוזה ללא רווח" בהגדרה "חוזה שאינו בר-ביצוע", אינה מובילה לתוצאה ברורה דיה. כך למשל, נשאלת השאלה, האמנם חוזה ייחשב ככזה שאינו בר-ביצוע, מקום שהוצאתו לפועל אפשרית, אלא שלשם כך יהא צורך לעשות שימוש בכספים שנתקבלו בקופת הפירוק ממקורות אחרים באופן אשר ידלל את קופת הפירוק.<sup>51</sup>

#### 41. הסכם שהשלמתו אינה כדאית

בעת חדלות פירעון, מצויה החברה כצד לחוזים רבים אשר נחתמו לשם יצירת הכנסות, להבדיל מחוזה "הוצאתי", אלא שחוזים אלו טרם הושלמו. בכל המקרים הללו, על בעל התפקיד לבחון את שאלת הכדאיות באופן הבא: האם ההכנסה מהחוזה שעתידה החברה לקבל, גבוהה מההוצאות הנדרשות לשם השלמת התחייבות החברה על פי ההסכם. ככל שהתוצאה היא שלילית, אזי מדובר ב"חוזה ללא רווח" אשר מחייב הגשת בקשה לויתור על נכס מכביד.

כאמור לעיל, על פי הלכת בית המשפט העליון, שיקולי כדאיות אינם רלוונטיים בבחינת השאלה, האם יש לוותר על נכס מכביד. אלא שפסיקה אחרת של בית המשפט העליון מגלה, כי אף במקרים של העדר כדאיות, ניתן לוותר על הנכס. כך במקרה אחד נקבע כדלקמן:<sup>52</sup>

**"הבחירה בין שתי דרכי פעולה אלה תלויה בכדאיותן: על הנאמן (או המפרק) לשקול מה כדאי לו יותר: שההסכם יבוצע על ידי שני הצדדים כאחד, או לוותר על יתרונות הביצוע של הצד שכנגד, ולחסוך את עלות הביצוע מצידו."**

ובמקרה אחר הובהר הדעה:<sup>53</sup>

**"אם סבור המפרק שהחוזה אינו כדאי - ביכולתו לנסות להתנער ממנו, בכפוף לתנאי סימן ד' לפרק ט"ו לפקודת החברות."**

51. כך לדוגמה, בבש"א (מחוזי ת"א) 22356/02 יובל גד בע"מ נ' נגה אלקטרוטכניקה בע"מ (24.3.03), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il (להלן: "עניין יובל גד") בית המשפט אינו מבדיל בין העדר היכולת לבצע את הפרויקט ובין שאלת הכדאיות.

52. ע"א 1656/90 מנחם זילברמן נ' הנאמן בפשיטת רגל לנכסי החייב חיים גושן, פ"ד מו(3), 854, 860-861 (16.7.92), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il.

53. ע"א 307/89 אלברט בן עזרא נ' אברהם גינדי בע"מ (בפירוק), פ"ד מד(3), 177, 182-183 (1.5.90), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il.

ככל שעסקינן בנכס מכביד, אזי המשמעות האופרטיבית של הלכה זו היא, שעל בעל התפקיד לנתח באופן מיידי את כל ההסכמים שטרם הושלמו, לבחון את כדאיותם ולהגיש בגין כל העסקאות הבלתי כדאיות, בקשה לוותר על נכס מכביד, תוך שהוא מצרף את כל הצדדים שהתקשרו עם החברה.

כך, לשם ההמחשה, אם מתמנה בעל תפקיד לחברה יצרנית אשר בידיה מאות עסקאות פתוחות עם לקוחות אשר שילמו חלק מהתמורה אולם טרם קיבלו את הסחורה, יהא על בעל התפקיד לבחון כל אחת ממאות העסקאות הללו ולהגיש בקשה לוותר על נכס מכביד, וזאת בהתייחס לכל העסקאות הבלתי כדאיות. ככל שלא תוגשנה בקשות כאלה על ידי בעל התפקיד, תהא המשמעות לכאורה, שהחברה "אימצה" את החוזים והיא מחויבת באספקת הסחורה.

השופטת אלשיך הייתה ערה לנטל משמעותי ובלתי סביר זה על בעל התפקיד בקובעה כדלקמן:<sup>54</sup>

"אם יאולץ הנאמן, טרם שיוכל להחליט אלו פרויקטים להחיות ולהמשיך ואלו לא, להתדיין בערכאות מול כל אחד ואחד מהם הטוען "יתכן ויש חלופות אחרות", הרי, כפי שטען בצדק כונס הנכסים הרשמי, יאלץ להמשיך בכל הפרוייקטים, על כל המשתמע מכך... לחלופין, יבלה את חלקה הארי של ההקפאה לא בנסיון לשקם את החברה, אלא בהתדיינות משפטיות מסוג זה. נקל לראות, כי מצב זה הוא בלתי-נסבל" ובמסגרת אחרת טענה<sup>55</sup> כי המדובר ב"הליך מסורבל הדרוש התדיינות שיפוטית שעשויה להתארך" ועל כן המסקנה היא ש"הדין המסורבל הנדרש באורח מקדמי ערב הוויתור הופך את המהלך לבעייתי כאשר מדובר בנטישה לאלתר של פרויקטים מפסידים".

השופטת אלשיך פתרה את הבעייתיות המתוארת בסיטואציה דלעיל בכך שהיא קבעה, כי סיטואציה זו של ברירת פרויקטים אינה עוסקת כלל בנכסים מכבידים:

"כללי הוויתור על נכס מכביד אינם חלים על ברירת הפרוייקטים, שכן בניסיון להחליט באלו מהם להמשיך, הרי שהשאלה המשפטית הראויה אינה "על איזה פרויקט לוותר" אלא "איזה פרויקט להחיות".<sup>56</sup>

את מסקנתה זו השתיתה השופטת אלשיך על הנימוקים הבאים: (1) בעת חדלות פירעון, יש הפרה כמעט אוטומטית של כל החוזים עליהם החברה חתמה; (2) ההפרה לא בוצעה על ידי בעל התפקיד אלא על ידי החברה בטרם

54. עניין יובל גד, הי"ש 51 לעיל.

55. אלשיך ואורבך, הי"ש 45 לעיל, עמ' 145.

56. אלשיך ואורבך, הי"ש 45 לעיל, עמ' 152 וכן ראו עניין יובל גד, הי"ש 51 לעיל וכן בשי"א (מחוזי ת"א) 22204/03 צ'והדרוגלו אלומיניום סנטיי וי טיקרט אנונים סירקטי בע"מ נ' מפרק זמני של חברת חירם גת חברה להנדסה ובנין בע"מ (26.1.04), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il.

קריסת החברה; (3) נכס מכביד מתייחס לחוזה המוסיף להתקיים ולהרע את מצבה של החברה אף לאחר קריסתה, ולא בחוזה "מת", אשר אין לצד שמנגד דבר לעשות בעניינו; (4) אין כל הבדל בין צד שהתקשר בחוזה עם החברה והחוזה הופר עמו, לבין נושיה הרגילים של החברה.

אנו שותפים לקושי העצום והבלתי סביר שהעלתה השופטת אלשיך בכל הקשור לנטל המוטל על בעל תפקיד הנדרש לבחון את כדאיות השלמתם של ההסכמים שהחברה היא צד להם, ולהגיש בקשה בגין כל העסקאות הבלתי כדאיות. עם זאת, אנו סבורים כי הנימוקים שנמנו לעיל בפסק דינה של השופטת אלשיך, כמו גם התוצאה אליה הגיעה, אשר ניתקה למעשה את הליך ברירת הפרויקטים על ידי בעל תפקיד מדוקטרינת הנכס המכביד - אינם יכולים לעמוד.

כפי שצוין לעיל, על פי הדין הקיים, כל "חוזה ללא רווח" מהווה נכס מכביד. בעניין זה אין כל משמעות למועד ההפרה ולזוהות מבצע ההפרה (החברה או בעל התפקיד). יתרה מכך, על פי דיני החוזים, הפרת החוזה אינה גוררת אוטומטית את ביטולו וממילא החוזה ממשיך להתקיים (כל עוד הנפגע לא ביטל את החוזה) וזאת, אלא אם כן בעל התפקיד פועל לביטולו. בהתאם לדין הקיים, ביטול הסכם ללא רווח יכול להתבצע רק על ידי ויתור על נכס מכביד. תוצאה זו אליה הגיעה השופטת אלשיך, מעקרת מתוכן את מוסד הוויתור על נכס מכביד.<sup>57</sup>

לבד מן הקשיים העיוניים, האבחנה הנדרשת בהתאם להחלטת השופטת אלשיך מעוררת קשיים מעשיים לא מבוטלים. כך, בין היתר, קיים לעיתים קושי לקבוע, האם החוזה "נזנח" ו"מת" עוד בטרם מינוי בעל התפקיד, או שמא החוזה נזנח בפועל רק לאחר מינויו. כמו כן, השופטת אלשיך מכירה בזכותו של בעל התפקיד להשלים חלק מההסכמים עליהם חתומה החברה, וזאת בהתאם לשאלת כדאיות, כך שלמעשה בעל התפקיד הוא זה שמחליט האם החוזה "מת" או "חי".

לנוכח האמור, אנו סבורים כי ברמה העיונית, בהתאם לדין הקיים, הסכם שהשלמתו אינה כדאית מהווה על פי ההגדרה "חוזה ללא רווח", וככל שבעל התפקיד מבקש שלא לקיים את התחייבות החברה בהתאם להסכם זה, עליו להגיש בקשה לויתור על נכס מכביד.

מכל מקום, ברי כי על פי הפסיקה הסותרת והבלתי נהירה, כמפורט לעיל, עומד בעל התפקיד נבוך. מחד גיסא, בהתאם להלכת בית המשפט העליון, כלל לא ברור, האם ניתן לוותר על הסכם מעין זה, אשר קיומו אינו כדאי, כנכס מכביד.

57. השופטת אלשיך ערה לכך, שעמדתה מעקרת את מוסד ה"נכס מכביד" ועל כן היא מביאה כדוגמה לנכס מכביד - הסכם שכירות ארוך טווח. אלא שכאמור בפרק הקודם, לטעמנו הסכם שכירות מעין זה כלל לא מהווה "חוזה ללא רווח".

מאידך גיסא, בהתאם לפסיקת בית המשפט המחוזי, מבוטל ההסכם אוטומטית מבלי להידרש כלל לסוגיית נכס מכביד.

### 51. הפרה יעילה

דוקטרינת "ההפרה היעילה" גורסת, כי יש לאפשר לצד להפר את החוזה, מקום בו טובת ההנאה שתקום לו אם יפר את החוזה, עולה על הפיצוי אותו ישלם לנפגע בשל הפרת החוזה, בבחינת "זה נהנה וזה לא חסר". במשפטנו<sup>58</sup> לא הוכרה דוקטרינה זו.

כאשר עסקינן בהליכי חדלות פירעון בפרט, אין מקום להחלטה של דוקטרינה זו והשלכותיה, וזאת בשל שתי הנחות מוצא העומדות ביסוד הליכי חדלות פירעון: האחת היא, שתרופתו של הצד שנפגע כתוצאה מהפרת חוזה היא הגשת תביעת חוב וקבלת דיבידנד יחסי בלבד יחד עם כל יתר נושי החברה, כך שלא ניתן לומר ש"זה נהנה וזה אינו חסר". הנחת המוצא האחרת היא, שהפרה יעילה, במקרה של חדלות פירעון, אינה מקדמת אינטרס של הצד המפר ואינה מעודדת הפרות במשק, שכן ממילא, במסגרת חדלות פירעון, מופרות מרבית מהתחייבויות החברה. "הפרה יעילה" זו אין מטרתה לקדם את האינטרס של הצד המפר-החברה, אלא מטרתה לקדם את האינטרס הכולל של נושי החברה. לנוכח הנחות מוצא אלו, אין רלוונטיות לרציונלים המובאים בדרך כלל לאימוץ או לדחיית הדוקטרינה של הפרה יעילה במסגרת הדין הכללי, בכל הנוגע להליכי חדלות פירעון.

הגם שהרציונלים של דוקטרינה זו, כאמור לעיל, אינם חלים בהליכי חדלות פירעון, דוקטרינה זו אינה זרה לחלוטין להליכי חדלות פירעון. נבחן את המקרה הבא כדוגמה: אלמוני הזמין מחברה המייצרת מכונות מכונה תמורת סך של 100 ש"ח. אלמוני שילם מקדמה בסך של 50 ש"ח ולאחר מכן החברה נקלעה להליכי חדלות פירעון. בכוונת בעל התפקיד להמשיך ולקיים את קו הייצור של המכונות, כאשר עלות השלמת ייצורה של כל מכונה עומד על 25 ש"ח. במקרה זה, ככל שהמכונה תועבר לאלמוני, החברה תרוויח 25 ש"ח (היתרה שטרם שולמה בהפחתת עלות השלמת הייצור). עם זאת, ככל שבעל התפקיד ימכור את המכונה בשוק בהתאם לשווייה תמורת 100 ש"ח, החברה תרוויח 75 ש"ח, שיתחלקו בין נושיה, כאשר תביעת חובו של אלמוני תעמוד על סך של 50 ש"ח.

במקרה זה, מחד, לא ניתן לקבוע כי המדובר ב"חוזה ללא רווח", שכן החברה תרוויח 25 ש"ח מהשלמת ייצור המכונה. אולם, מאידך, יתר הנושים יפסידו 50 ש"ח, שכן ניתן היה לקבל תמורה גבוהה יותר במקרה של מכירת המכונה בשוק החופשי.

58. ד"ר 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו את ג'ונס ג.מ.ב.ה. דואיסבורג (JONES & HARLOW), פ"ד מב(1), 221 (11.2.88), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il

בית המשפט העליון הבהיר מפורשות, כי אין לוותר על נכס מכביד רק בשל הטעם שתצמח תועלת מרובה יותר מהפרת ההסכם. כך נשללה האפשרות מלהכריז על נכס כמכביד, שכן "הטענה היחידה שבה ביקש הנאמן להצדיק את הוויתור היא כי ייטב לרכושו של פושט-הרגל אם ישמור בידיו את המקרקעין מאשר אם תישאר בידיו רק התמורה הכספית שקיבל עבור המקרקעין".<sup>59</sup> אף השופטת אלשיך שותפה לעמדה, כי לא ניתן לעשות שימוש בדוקטרינת ההפרה היעילה בהליכי פירוק.<sup>60</sup>

גם במקרה זה, קיים פער עצום בין הפסיקה לבין חיי המעשה, שכן בעלי התפקיד מבצעים חדשות לבקרים "הפרות יעילות" כדוגמה שהובאה לעיל. כאשר חברה נכנסת להליכי חדלות פירעון וברשותה מלאי, בעל התפקיד פועל למכירת המלאי בשוק החופשי ואינו בודק כלל, האם בגין חלק ממלאי זה שולמה מקדמה על ידי צדדי ג'. ככל שצד ג' יפנה אל בעל התפקיד בדרישה לקבל את המלאי תמורת תשלום יתרת התמורה, הוא יזכה לתשובה לפיה בעל התפקיד לא יתנגד למכור לו את המלאי בהתאם לשווי השוק שלו (בהנחה ששווי השוק גבוה מיתרת התמורה) ולחילופין, כי הוא זכאי ונדרש להגיש תביעת חוב בגין המקדמה ששולמה על ידו.

ברמה העיונית, אנו בהחלט סבורים, כי עקרון השוויון והנגזרת שלו בדבר השאת התמורה לטובת כלל הנושים, מחייבים את המסקנה, כי במסגרת הליכי חדלות פירעון, זכאי בעל התפקיד להשתחרר מכל הסכם במקרה בו תצמח מהשחרור תועלת מרובה יותר לנושי החברה. בעניין זה אנו מצטרפים לעמדתו של ד"ר עומר קמחי:

**"יש לאפשר לחייבים בחדלות פירעון לבטל כל חוזה שהחברה תרוויח מביטולו יותר מאשר מקיומו... ההצדקה להרחבת זכות הביטול בחדלות פירעון אינה נובעת מהשאיפה להגדיל את סיכויי שיקום החייב... אלא מהצורך בהגשמת עקרון השוויון בין הנושים. אי מתן זכות ביטול לחייב תביא להעדפת חלק מהנושים של החייב על פני נושים אחרים, וההעדפה שכזו אינה ראויה במסגרת הליך חדלות הפירעון."**<sup>61</sup>

59. פרשת שגיב, ה"ש 7 לעיל, עמ' 272-273.

60. בעניין יובל גד, ה"ש 51 לעיל נקבע: "כאשר עסקינן ב"החזרת החברה לפעילות", עסקינן למעשה, בהחייאה או "הזרמת חמצן" סלקטיבית לחלק מן הפרויקטים והחוזים המופרים של החברה, וכל זאת, אכן, לפי שיקולים של כדאיות כלכלית אשר מטרתם לבחון בעזרת אלו מהם ניתן לחלץ את החברה, ואילו מהם עשויים לשוב ולשקעה עמוק יותר אל תוך מצולות חדלות הפירעון. אלא, שקיים שוני מובהק בין שיקולי "כדאיות" אלו לבין שיקולי "ההפרה היעילה" אשר נדונו בפרשת אדרס נ' הרלו ושאר התקדימים הידועים מתחום דיני החוזים הכלליים".

61. מתוך מאמרו "חוזים בחדלות פירעון - בין גישה חברתית לגישה כלכלית" העתיד לראות אור בקרוב. עותק מצוי אצל הכותבים. ד"ר עומר קמחי משמש כיועץ למשרד כהן וילצ'יק קמחי, ושות'.

חרף האמור, אנו סבורים כי ייתכנו מקרי גבול, בהם יש מקום לחייב את בעל התפקיד להמשיך ולקיים את חיוביו בהתאם להסכם ולאסור את מימוש ההסכם באמצעות גורם חדש.

כך לדוגמה, במקרה שבו נחתם הסכם בין חברה לבין אלמוני במסגרתו התחייבה החברה למכור לאלמוני מוצר על פי הזמנה מיוחדת בתמורה אשר תשולם על ידי אלמוני בחמישה תשלומים. לאחר קריסת החברה, הונחה בידי בעל התפקיד הצעה מגורם חיצוני לשלם את אותה תמורה במזומן. במקרה זה, לא מן הנמנע, כי הנזק שייגרם לאלמוני, שכן המדובר במוצר ייחודי, עולה עשרות מונים על התועלת שתצמח לנושי החברה בעקבות הקדמת התשלום. על כן, בנסיבות אלו אין כל מקום לוותר על הסכם זה כנכס מכביד. זה הוא, לטעמנו, היישום העיקרי של מוסד הנכס מכביד, אשר תכליתו קידום עקרון השוויון בין הנושים תוך מתן אפשרות לעיתים, במקרים המתאימים, לבצע את האיזון הנדרש בין הנזק שייגרם לצד שנפגע לבין התועלת שתצמח לכלל נושי החייב מאקט הוויתור על הנכס.

#### 61. זכויות שביושר/הערת אזהרה

ההלכות שנקבעו בבית המשפט העליון בעניין ויתור על נכס מכביד,<sup>62</sup> דנו בהסכמי רכישה של דירה אשר בחלקם אף נרשמה הערת אזהרה לטובת הרוכש. בפרשת **שגיב**, הכיר בית המשפט באפשרות לוותר על הסכם הרכישה וכפועל יוצא מכך, אף תימחק הערת האזהרה הרשומה לטובת הרוכש.

מאז שנקבעו הלכות אלו נשתנה הדין. ראשית, חוקק סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, הקובע, כי הערת אזהרה תקפה אף במקרה של חדלות פירעון ועל כן לא ניתן לפגוע בזכויות המוגנות מכוח הערת האזהרה. שנית, הפסיקה<sup>63</sup> הכירה ב"זכויות שביושר" אשר מעניקות לרוכש דירה בעסקה אשר לא הושלמה ברישום, עדיפות על פני עיקול מאוחר. עדיפות זו של בעל זכות שביושר, לכאורה קיימת אף בהליכי חדלות פירעון ביחס ליתר נושי החייב, שכן בפסיקה של בית המשפט העליון נקבע, כי הלכת **אהרונוב** אינה מצומצמת רק לתחרות בין התחייבות רשומה לעיקול.<sup>64</sup> ואכן, בפסיקה מחוזית של השופטת אלשיך<sup>65</sup> נקבע מפורשות, כי זכות שביושר גוברת על יתר נושי החייב.

62. פרשת **שגיב** הי"ש 7 לעיל, פרשת **דוידוביץ** הי"ש 18 לעיל, פרשת **כוכבי** הי"ש 6 לעיל.

63. ע"א 189/95 **בנק אוצר החייל בע"מ נ' מזל אהרונוב**, פ"ד נג(4), 199 (16.8.99), אתר תאגידים: [www.taagidim.co.il](http://www.taagidim.co.il)

64. ע"א 3911/01 - **זהר כספי ואח' נ' שלמה נס - רוי"ח ואח'** (17.10.02), אתר תאגידים: [www.taagidim.co.il](http://www.taagidim.co.il)

65. פש"ר (מחוזי ת"א) 241/89 בש"א (תל-אביב-יפו) 9849/01 בש"א (תל-אביב-יפו) 10926/01 בש"א (תל-אביב-יפו) 11161/01 עו"ד **ברכה (הנאמן) הכונס הנכסים הרשמי דוד דניאל נ' יצחק בילו** (11.9.03), אתר תאגידים: [www.taagidim.co.il](http://www.taagidim.co.il)



לנוכח שינוי הדין ומתן העדיפות לרוכש דירה בעל זכות שביושר ו/או בעל הערת אזהרה, על פני יתר הנושים, נשאלת השאלה, האם ניתן לוותר על נכס מכביד שעניינו הסכם לרכישת דירה המעניק לרוכש זכות שביושר או שרשומה לטובתו הערת אזהרה.

אנו סבורים,<sup>66</sup> כי אין כל מניעה, במקרים חריגים ביותר, לעשות שימוש בסעד הנכס המכביד אף ביחס להסכמים אלו,<sup>67</sup> כפי שעשה בית המשפט העליון בפרשת **שגיב**.<sup>68</sup> שימוש כזה ייעשה רק במקרים נדירים בהם הנזק שייגרם לנושים כתוצאה מאי-ויתור על ההסכם הינו הרסני לעומת הנזק שייגרם לרוכש. כך לדוגמה, מקום בו פרויקט בניית יחידות דיור מצוי בשלב ראשוני, ובידי בעל התפקיד אין הכספים הנדרשים להשלמתו, ועל הפרק מונחת הצעה אחת לרכוש את המקרקעין (נקיים מהתחייבויות וזכויות קודמות), כאשר אין בכוונת הרוכש לבצע את הפרויקט.

מכל מקום, ככל שיוכרז על הסכם כאמור כנכס מכביד, אזי יש להורות על השבה ריאלית מלאה לרוכש במעמד של הוצאות פירוק,<sup>69</sup> ובמקרים המתאימים אין מניעה אף להעניק פיצוי במעמד של הוצאות פירוק.

## ז. ויתור על נכס מכביד בהקפאת הליכים

שאלה זו בדבר סמכות ויתור על נכס מכביד בהליך של הקפאת הליכים טרם נדונה מפורשות בבית המשפט העליון, אם כי בפרשת **קלאבמרקט**,<sup>70</sup> הכיר בית המשפט העליון לכאורה בזכות הוויתור על נכס מכביד בהקפאת הליכים.

בתי המשפט המחוזיים הכירו בזכותו של הנאמן בהקפאת הליכים להגיש בקשות לויתור על נכס מכביד, ובמקרים אחדים,<sup>71</sup> לא נדרשו בתי המשפט המחוזיים כלל

66. ד"ר האן סבור, כי "מהתחייבויות נמשכות אשר מקנות לצד שכנגד זכות יתרה, אשר מעיקרה היא תקפה כלפי יתר נושי חדל הפירעון ועדיפה עליהם לא יוכל בעל התפקיד להשתחרר" האן, ה"ש 4 לעיל עמ' 462. עם זאת, הוא מסכים לתוצאה לפי ניתן לעיתים לבטל את הערת האזהרה ולתת השבה מלאה לצד שנפגע. לעמדה אחרת ראו **צפורה כהן**, ה"ש 40 לעיל, עמ' 465 השוללת את האפשרות לוותר על הנכס כאשר רשומה הערת אזהרה.

67. הערת אזהרה, כמו גם זכות שביושר, הינם זכויות סמי-קניינית אשר אינן מגיעות לדרגה של נושה מובטח (שעבוד או עיכבון) ועל כן האפשרות להורות על ביטול הערת האזהרה או ביטול ההסכם היא פשוטה יותר.

68. ה"ש 7 לעיל.

69. כפי שנעשה בפרשת **שגיב** ובפרשת **דווידוביץ**.

70. ע"א 8425/06 **גרין מרקט ישיר בע"מ נ' הנאמנים של קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ** (7.1.10), אתר תאגידים: [www.taagidim.co.il](http://www.taagidim.co.il).

71. ראו עניין **רהט**, ה"ש 39 לעיל, וכן עניין **גרין מרקט ה-1**, ה"ש 21 לעיל.

לשאלה זו והניחו כמובן מאליו, כי סמכות זו תקפה בהקפאת הליכים. נציין, כי במקרה אחד הותיר בית המשפט המחוזי בחיפה שאלה זו בצריך עיון.<sup>72</sup>

על פי תזכיר חוק החברות (תיקון - הבראת חברות), התש"ע-2010,<sup>73</sup> שפורסם על ידי משרד המשפטים ביום 11.1.10, מוצע לעגן בחקיקה את יישום ההוראות החלות בפירוקה של חברה, לרבות הסמכות לויתור על נכס מכביד, גם במקרים של הליכי הקפאת הליכים, בשינויים המחויבים "ובשים לב למטרה להבריא את החברה".

אנו שותפים לעמדה לפיה יש להשלים את החסר בכל הנוגע לסמכויות הנאמן בהקפאת הליכים באמצעות גזירה שווה מסמכויות המפקד.<sup>74</sup> עם זאת, כמפורט במאמר זה, עמדתנו היא, כי דיני נכס המכביד, במתכונתם היום, מהווים נטל על בעל התפקיד ועל כן, ספק רב אם ראוי וכדאי לייבא את דיני נכס המכביד במתכונתם הנוכחית אל הליך הקפאת ההליכים.

ברמה העיונית, סעד הוויתור על נכס מכביד הוא סעד אלמנטרי והכרחי בהליכי הבראה אשר שימוש מושכל בו עשוי להוות כלי יעיל ביותר להבראת חברות. עם זאת, השימוש בסעד זה צריך להיעשות במתכונת שונה מאשר הליך של פירוק, וזאת לנוכח המטרות השונות של כל הליך. המטרה העיקרית בפירוק היא השאת התמורה לנושים תוך שמירה על עקרון השוויון, ואילו מטרת-העל בהליכי הקפאת הליכים היא שיקום החברה והבראתה.<sup>75</sup> אשר על כן, בהליכי הקפאת הליכים, אין כל מניעה לעשות שימוש בסעד הוויתור על נכס מכביד מתוך מטרה לשקם את החייב,<sup>76</sup> הגם שוויתור מעין זה פוגע בעקרון השוויון.

לא מן הנמנע, כי חברה איתנה ורווחית עלולה להיקלע לסחרור תזרימי בשל הסכס בודד עליו היא חתומה, ואשר בשל נסיבות שונות, מושך את החברה כלפי מטה ו"אוכל" את כל רווחיה. סעד הוויתור על נכס מכביד מקנה לחברה אפשרות להתנער מהסכס הפסדי זה ולהימנע מלהמשיך לקיים את חיוביה העתידיים על פי ההסכם, באמצעות המרת החוב העתידי לחוב בר-תביעה. במצב זה, תוכל החברה, מכאן והלאה, להמשיך ולפעול באורח רווחי כפי שפעלה בעבר ולהמשיך ולקיים את כל התחייבויותיה מכוח ההסכמים אחרים עליהם היא חתומה, ומנגד - כל התחייבויות העבר, ובכלל זה החוב העתידי שמקורו בהסכם ההפסדי, יטופלו במסגרת הסדר נושים. מתן סעד זה, המהווה קרש הצלה לשיקום החברה, הינו מוצדק וראוי בשים

- 
72. עניין **ענבר**, ה"ש 47 לעיל. במקרה זה, בית המשפט החיל בסופו של יום את הסעד של ויתור על נכס מכביד, שכן הצד שנפגע לא טען בעניין סמכות הנאמן.
73. את תזכיר החוק ניתן לראות באתר תאגידים: [www.taagidim.co.il](http://www.taagidim.co.il). כמו כן ראו דלית זמיר "הצעת חוק הבראת חברות - מערכת איזונים בין אינטרסים שונים" **תאגידים** כרך ח, מס' 3, אוגוסט 2011, עמ' 24.
74. ראו ענין **יובל גד**, ה"ש 51 לעיל וכן **אלשיך ואורבך** ה"ש 45 לעיל עמ' 269.
75. אנו ערים לכך, שמרביתם המוחלט של הקפאות ההליכים והסדרי הנושים בישראל אינם מסתיימים בשיקום החברה אלא במכירתה אולם אין בכך כדי לשנות את מטרתו העיקרית של הליך הקפאת ההליכים.
76. מסקנה זו עולה בקנה אחד עם תזכיר הצעת החוק הקובע, כי יש להחיל את דוקטרינת נכס מכביד בהקפאת הליכים "בשים לב למטרה להבריא את החברה".

לב למטרת ההליך, הגם שהוא פוגע בעקרון השוויון, שכן החברה ממשיכה לקיים את כל התחייבויותיה העתידיות למעט ההסכם נשוא סעד הוויתור.

### ח. ויתור על נכס מכביד בכינוס נכסים

טרם נקבעה הלכה, האם הסמכות לוותר על נכס מכביד מוקנית אף לכונס נכסים אשר מונה על פי פקודת החברות. הפסיקה המחוזית אינה אחידה בעניין זה. לעיתים נקבע, כי כונס הנכסים מוסמך להשתמש בסעד של ויתור על נכס מכביד.<sup>77</sup> במקרים אחרים נקבע,<sup>78</sup> כי סעד זה אינו חל בהליכי כינוס נכסים. במקרה אחר,<sup>79</sup> בית המשפט ביקש לבצע הבחנה בין כונס נכסים זמני ובין כונס נכסים קבוע, בעודו פוסק כי רק האחרון רשאי להשתחרר מנכס מכביד.

במתכונת הדין הקיימת, לפיה סעד זה מכביד על בעל התפקיד, ובשים לב לתפקידו ולמטרתו של כונס הנכסים, אנו סבורים, כי אין כל מקום להורות, כי סעד ויתור על נכס מכביד חל בהליך של כינוס נכסים. כמו כן, עקרון השוויון אשר, כאמור, סעד הוויתור בא להגשימו, לכאורה אינו חל בהליכי כינוס נכסים, שכן הליך זה מעיקרו נועד לשם השאת התמורה לנושה המובטח לאחר תשלום החובות בדין קדימה.

### ט. הצעה לדין הראוי

הנחת המוצא בהליכי חדלות פירעון היא, שהחברה אינה מסוגלת לעמוד בהתחייבויותיה, ועל כן ברירת המחדל, בשים לב לעקרון השוויון בין הנושים, צריכה להיות אי-קיום ההסכמים עליהם חתומה החברה.<sup>80</sup> אשר על כן, אנו סבורים כי יש לתקן את החוק ולבטל את הדרישה לקבלת אישור בית המשפט לשם ויתור על נכס מכביד.<sup>81</sup> דרישה זו אינה עולה בקנה אחד עם עקרון השוויון, היא סותרת את תכלית דיני חדלות הפירעון, היא בבחינת גזירה שאין ציבור בעלי התפקידים יכול לעמוד בה, ועל כן היא גם אינה מיושמת כלל בחיי המעשה.

מעניין לציין, כי בדין האנגלי נדרש בעבר אישור מבית המשפט לשם ויתור על נכס מכביד, אולם הדין תוקן וכיום, אין בדין האנגלי כל דרישה לקבל את אישור בית

77. ראו עניין ניו פל הי"ש 5 לעיל, וכן עניין הרויזן הי"ש 12 לעיל. וכן בש"א (מחוזי ת"א) 6569/09 דפוס קל בע"מ - בכינוס ובפירוק נ' חברת הכשרת היישוב (30.7.09), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il.

78. בש"א (מחוזי ת"א) 101394/98 ארזי הצפון בניה להשכרה בע"מ (בפירוק זמני) נ' עו"ד אילן שביט, מפרק זמני (28.2.99), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il, וכן בש"א (מחוזי ב"ש) 5430/03 שקמה תעשיות נייר בע"מ נ' ד.ס.ו.ר. - חברה לבנין והשקעות בע"מ (24.6.03), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il.

79. בש"א (מחוזי ת"א) 11645/05 חב' א. צ. ברנוביץ' נכסים והשכרה בע"מ נ' חב' שירותי השומרים (1989) אבטחה, שמירה ונקיון בע"מ (בכינוס נכסים זמני) (2006), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il.

80. כפי שקבעה השופטת אלשיך, "מרבית המקרים של חדלות-פרעון, אינם עוסקים בשאלה "איזה חוזה להפרי", אלא "איזה חוזה להחיות", עניין יובל גד הי"ש 51 לעיל.

81. לעמדה אחרת ראו צפורה כהן, הי"ש 40 לעיל, עמ' 468.

המשפט.<sup>82</sup> בישראל, המגמה הייתה הפוכה: בתחילה לא היה הכרח לקבל את אישור בית המשפט ובעקבות התיקון משנת תשמ"ג, יש הכרח בכל מקרה לקבל את אישור בית המשפט מראש.

אין לנו אלא להצטרף להצעתו של פרופ' גרוסקופף<sup>83</sup> לפיה:

**"יש מקום להקנות את סמכות הוויתור למפרק, ובדרך זו לשחררו מהנטל המכביד של העלאת בקשת הוויתור בפני בית המשפט. מאידך, יש להותיר פתח בפני צדדים מעוניינים לפנות לבית המשפט של פירוק כדי להתנגד לויתור מהטעם שאינו פועל לטובת החברה, או לבקש את התנייתו בתנאים שמטרתם מניעת נזק."**

למנגנון זה אשר מקנה לבעל התפקיד שיקול דעת רחב, ואשר מאפשר לצד שנפגע מפעולתו של בעל התפקיד לפנות לבית המשפט, יש לצרף את הקבוע בסעיף 362 לפקודה<sup>84</sup> אשר מחייב את בעל התפקיד להודיע לצד שנפגע בתוך פרק זמן קצוב,<sup>85</sup> האם בכוונתו לוותר על ההסכם או לאמצו.

חריג לכך הוא, כאשר בעל התפקיד מבקש להשתחרר מנכס מכביד אשר ביסודו מעניק עדיפות לצד שנפגע על פני יתר הנושים. במקרה זה, בעל התפקיד יהא מחויב להצטייד מראש באישורו של בית המשפט. כך, ביטול הסכם רכישה המעניק זכות שביושר לצד שנפגע או מחיקת הערת אזהרה, יחייב הגשת בקשה לויתור על נכס מכביד.

כאשר סוגיית ויתור על נכס מכביד תובא להכרעתו של בית המשפט, יש לבחון את נסיבות המקרה על פי הפרמטרים הבאים:

1. ככל שמדובר בהסכם נמשך ומתחדש, ובעל התפקיד ממשיך לעשות שימוש בנכס, אין כל מקום לאשר לבעל התפקיד לוותר על הנכס אלא בתום תקופת השימוש.
2. אם מעמדו של הצד שנפגע כתוצאה מהוויתור הוא כשל נושה רגיל, אזי ברירת המחדל, מכוח עקרון השוויון, צריכה להיות ויתור על הנכס, למעט במקרים בהם בעל התפקיד מעוניין להמשיך את ההתקשרות. עם זאת, במקרה של "הפרה יעילה", אין זה ראוי לאפשר את הוויתור כאשר הנזק שייגרם לצד

82. ראו צפורה כהן הי"ש 40 לעיל, עמ' 465.

83. גרוסקופף, הי"ש 10 לעיל, עמ' 73.

84. סעיף זה קובע: "נדרש המפרק בכתב מאת צד מעוניין בנכס מכביד להחליט אם יוותר על הנכס או לא, ותוך עשרים ושמונה ימים מיום קבלת הדרישה, או תקופה ארוכה מזו שהתיר בית המשפט, לא הודיע המפרק לדורש שיש בדעתו לבקש מבית המשפט רשות לוותר - שוב לא יוכל לוותר, ואם היה הנכס חוזה יראו את החברה כאילו אימצה אותו".

85. מן הראוי לקבוע, כי בית המשפט במקרים המתאימים יהא רשאי ליתן ארכה לבעל התפקיד מעבר ל-28 יום הקבועים בחוק.

שנפגע הינו גבוה לאין ערוך מהתועלת שתצמח לנושי החברות כתוצאה מהוויתור.

3. ככל שהצד המתקשר מחזיק בזכות שבישור ו/או בהערת אזהרה, אין כל מקום לאפשר ויתור על הנכס, למעט במקרה חריג בו קיימת פגיעה חמורה ביתר הנושים, וזאת כנגד השבה מלאה ריאלית, במעמד של הוצאות פירוק, לצד שנפגע.

## י. סיכום

סעד הוויתור על נכס מכביד, בהתאם לדין הקיים, הדורש הסכמה מראש של בית המשפט, הפך למעשה לסמכות חובה של בעל התפקיד וככזה, הוא מהווה נטל בלתי סביר ובלתי ישים.

לצד זה, פסיקת בתי המשפט, ובייחוד בנושא הגדרת המונח "חוזה ללא רווח", הינה מלאת סתירות, נעדרת קוהרנטיות, ובחלקה אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק ועם עקרונות היסוד של דיני חדלות הפירעון.

קשיים עיוניים ומעשיים אלו הפכו סעד זה לכמעט "אות מתה", ולמרות שמדובר בסמכות שבחובה, בעלי התפקיד, כמעט שאינם עושים שימוש בסמכות זו. ברי כי מצב זה אינו רצוי ויש לחתור לתיקונו.

במאמר זה אנו קוראים להשיב לסעד משמעותי וחשוב זה, בייחוד בהליכי הבראת חברות, את המקום הראוי לו.

תנאי ראשון לכך הוא שינוי המצב המשפטי בו נדרש אישור מראש של בית המשפט לכל ויתור על נכס מכביד, כך שסמכות זו תהא מוקנית לבעל התפקיד וכל צד שנפגע יהא רשאי לפנות לבית המשפט ולהעמיד במבחן הביקורת את שיקול דעתו של בעל התפקיד. שינוי חקיקתי מוצע זה עולה בקנה אחד עם עקרונות-העל של דיני חדלות הפירעון בדבר השאת קופת הנושים ושמירה על עקרון השוויון, אולם מבטיח שבמקרים המתאימים, תימנע פגיעה משמעותית והרסנית בצד שנפגע. בנוסף לכך, במסגרת הליכי הבראה ושיקום, יש בכוחו של סעד זה לשחרר את החברה מהסכמים מפסידים ובכך לאפשר את שיקומה והבראתה.