

על סמכות שיפוט, פירוק חברות זרות ומלאכת השיפוט:
הערה על ע"א 2706/11 Sybil Germany Public Co. Limited
N' הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ

מאת

סיליה וסרשטיין פסברג*

בע"א 2706/11 Sybil Germany Public Co. Limited נ' הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ (פורסם בנבו, 4.9.2015) עסק בית המשפט העליון בשאלת היקף הסמכות של בתי המשפט בישראל לפרק חברה שהתאגדה מחוץ לישראל. הנמקות השופטים התבססו על הדין הקיים ולא התיימרו לשנות אותו, אך מסקנתם שהייתה סמכות בנסיבות המקרה הפתיעה. רשימה זו מזהה פסק דין זה כחלק מגישה המסתמנת בבית המשפט העליון בנוגע להיקף סמכות השיפוט הישראלית, מנתחת את הנמקות השופטים ומבקרת את בסיסן המשפטי, ומעירה על תפיסת התפקיד השיפוטי המשתקפת בסגנון הכתיבה של פסקי דין.

מבוא. 1. רקע; 2. פסק הדין; 3. מטרת הרשימה; א. הנמקת הרוב. ב. דיון בהנמקת הרוב. 1. המבחן הפרשני שאומץ; 2. הפעלת המבחן הפרשני שאומץ; 3. חלופה קלה יותר? 4. השלכותיה של הנמקת הרוב; ג. הנמקת המיעוט והשלכותיה. ד. סגנון כתיבת פסקי דין ומחוקק חסר מעש. ה. סוף דבר: הערה על סעיף 380 וסעיף 381 לפקודה.

מבוא

1. רקע

בשנים האחרונות מסתמנת מגמה שיפוטית עקיבה להרחיב את סמכות השיפוט הבין-לאומית של מערכת השיפוט הישראלית בתחומים מגוונים במשפט הפרטי. מגמה זו באה לידי ביטוי בהחלטה לצמצם את ההיזקקות לטענת פורום לא נאות (forum non conveniens) – הכללי המאפשר לשופטים להימנע מהפעלת סמכות שכבר נקנתה כאשר לדעתם הנסיבות מעידות שהמקרה קשור ביותר לפורום זר.¹ היא באה לידי ביטוי במגמה לפרש בהרחבה את תקנה 482 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (המאפשרת בנסיבות מסוימות להמציא מסמכים למורשה בישראל במקום לבקש היתר להמציאם מחוץ

* אני מודה לחבריי מירי גור-אריה, אד רוק ושרון שקרגי, וכן לחברי מערכת משפטים על אתר, על הערותיהם המועילות.

1 ראו רע"א 2705/97, הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ' The Lockformer Co., פ"ד נב(1) 109 (1998). ראו גם מיכאיל קרייני "שיקולי הפורום הנאות: מסעם אל תום האלף השני ומעבר לו – הרהורים ומחשבות בעקבות פסק הדין הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ' The Lockformer Co." מחקרי משפט יט 67 (2002) (להלן: קרייני "שיקולי הפורום הנאות").

לישראל) על יסוד הערכת הסיכוי שהמורשה יידע את הנתבע בדבר קיום ההליכים נגדו.² היא באה לידי ביטוי בפסיקה שמרחיבה את פרשנותה של זיקת ה"מושב", המשמשת בסיס לסמכות בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, מעבר להרחבה שכבר בוצעה הן בידי הפסיקה הן בידי המחוקק.³ היא באה לידי ביטוי נוסף בהחלטה שלפיה סמכות לדון בירושתו של תושב זר, על יסוד נכסים בישראל, משתרעת גם על נכסים מחוץ לישראל.⁴ מגמה זו מתחזקת צעד אחרי צעד מבלי שמצהירים על קיומה ומבלי שמתקיים דיון עקרוני מקיף בשאלה אם וכיצד ראוי להרחיב את סמכותם של בתי המשפט בישראל, אשר בהקשרים רבים נקבעה בידי המחוקק. בכל אחד מהמקרים הנדונים התקבלה ההחלטה בהקשר של עובדות מיוחדות ששכנעו את בית המשפט שראוי שהעניין שלפניו יידון בישראל. בכל אחד מהמקרים, בלי קשר לשאלה אם העובדות הצדיקו את התוצאה, הניתוח המשפטי היה לקוי, והיו לו השלכות הרבה מעבר למקרה הנדון.⁵ לאחרונה נוספה לאבני הדרך האלה עוד אבן דרך בפסק דין של בית המשפט העליון, שהרחיב עד מאוד את סמכותה של ישראל לפרק חברה זרה.⁶ בדומה לניתוחים שבפסקי הדין המרחיבים הקודמים, גם הניתוחים שבפסק דין זה מפתיעים ואינם מצליחים לשכנע, ויש להם השלכות שחורגות מהמקרה הנדון. פסק דין זה מוסיף וממחיש את הקשיים הנובעים מהתמודדות שיפוטית עם חוסר מעש של המחוקק בתחומים כמו המשפט הבין-לאומי הפרטי בכלל וחולות פירעון עבר-לאומית בפרט. הוא ממחיש עוד את התפיסות השונות של התפקיד השיפוטי שיכולות לבוא לידי ביטוי בסגנון כתיבתה של החלטה שיפוטית.

2. פסק הדין

אלה הן העובדות כפי שניתנו בפסק הדין: שתי חברות התאגדו בקפריסין. שתיהן חברות החזקות שעסקו בניהול עסקי נדל"ן באירופה באמצעות חברות בנות וחברות אחרות. חברה שלישית – ישראלית – החזיקה במניותיה של אחת החברות הזרות, וזו האחרונה החזיקה

- 2 ראו רע"א 39/89 General Electric Corp. נ' מגדל חברה לבטוח בע"מ, פ"ד מב(4) 762 (1989); רע"א 2652/94 טנדלר נ' לה קלוב מדיטראנה (ישראל) בע"מ (פורסם בנבו, 25.8.1994). פירוש זה מדגיש את התפקיד המיידע של המצאת מסמכים על חשבון תפקידו העיקרי בהקשר זה – כינון סמכות.
- 3 ראו בג"ץ 2123/08 פלוני נ' פלונית, פ"ד סב(4) 678 (2008). בפרשה זו הנמקת הרוב זנחה את הזיקה של "יישבת קבע" שנדרשה בעבר לשם ביסוס זיקת המושב שיכולה לכונן סמכות לפי ס' 1 לחוק, והסתפקה בזיקות קלושות בהרבה; הנמקת המיעוט הסתייגה מפירוש מרחיב זה והתייחסה להגדרה המיוחדת של מושב המופיעה בס' 4 לחוק, ולפיה מושב הוא מרכז חיים או מקום מגורים רגיל, אך הציעה להרחיב את משמעותו עוד, באמצעות פרשנות שמסתפקת בזיקות שאינן עולות כדי מרכז חיים או מקום מגורים רגיל.
- 4 ראו ת"ע (משפחה ת"א) 109310/06 עזבון המנוח א.ז.צ' נ' ר.צ'. (פורסם בנבו, 29.1.2008), שאושר בבית המשפט המחוזי (ע"מ (מחוזי ת"א) 1069/08 ר.צ' נ' ו.י.צ.א. (פורסם בנבו, 4.11.2009), ובבית המשפט העליון (בע"מ 9914/09 פלונית נ' פלונית (פורסם בנבו, 19.1.2010)).
- 5 לדיון בפסקי הדין האינדיווידואליים לפי הסדר שבו הם מובאים לעיל ראו סיליה וסרשטיין פסברג משפט בין-לאומי פרטי 419–422, 1258–1260, 679–680, 1082–1086 (2013). לדיון במגמה בהקשר הכולל של כללי סמכות השיפוט הישראליים, ראו שם, בפרק 6.
- 6 ע"א 2706/11 Sybil Germany Public Co. Limited נ' הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ (פורסם בנבו, 4.9.2015) (להלן: ע"א סיביל).

במנייתיה של החברה הזרה האחרת. לפי התיאור שניתן בהנמקת הרוב, הצדדים חלוקים באשר לתפקידה של החברה הישראלית ולמעורבותה בניהול החברות הזרות. אלה מייחסים לה תפקיד חשוב, ואלה מייחסים לה תפקיד מוגבל.⁷ אולם לא הייתה מחלוקת כי המנהלים של החברות הזרות ורוב הדירקטורים הם ישראלים.⁸ החברות הזרות הנפיקו בישראל איגרות חוב בהתאם לדין ישראלי.⁹ בתשקיפים שפורסמו לצורך ההנפקה הובהר במפורש שמדובר בחברות המאוגדות בקפריסין והכפופות לדינה. משום כך בשטרי הנאמנות הופיעו תניית שיפוט ותניית ברירת דין שלפיהן הסמכות לדון בסכסוכים הנוגעים לנאמנות מסורה לבית משפט ישראלי, וסכסוכים אלה יידונו לפי המשפט הישראלי.¹⁰ החברות לא הצליחו להחזיר במועד את ההלוואות שניתנו תמורת איגרות החוב. דרישת תשלום לא הביאה לידי פירעון החובות, ולכן הנאמנים הישראלים של בעלי איגרות החוב הגישו בישראל בקשות לפרק את החברות הזרות.

בבית המשפט המחוזי נענתה השופטת אלשיך לבקשות וקבעה שיש סמכות לפרק את החברות בישראל. היא סברה כי די בכך שבשטרי הנאמנות של אגרות החוב היו תניות שיפוט לטובת פורום ישראלי. היא התבססה עוד על סעיף 380(א) לפקודת החברות,¹¹ מתוך הנחה שהוא מקנה סמכות לפרק חברה המאוגדת מחוץ לישראל אם יש לה "נכסים בישראל", וסברה שראוי לפרש את המונח "נכסים בישראל" פירוש שמסתפק בכך שהחברות ניהלו עסקים בישראל. לאור הזיקות הרבות שהעידו שפעילותן הפיננסית של החברות קשורה לישראל ואינה קשורה למדינה אחרת, היא סברה שפירוש זה ראוי, בין השאר משום שהוא ימנע ממי שמנסה להתחמק מרשויות האכיפה הישראליות את האפשרות לרמות את נושיו.¹² החברות ערערו על החלטתה לבית המשפט העליון, והערעור נסב כולו על שאלת הסמכות. הערעור נדחה. בית המשפט העליון אישר, על דעת כל השופטים, שבנסיבות העניין יש לבתי המשפט בישראל סמכות לפרק את החברות הזרות, אך מסיבות שונות מאלה שהנחו את בית המשפט המחוזי. השופט מלצר כתב את הנמקת הרוב, והשופט

7 מעניין שכל השופטים הכריעו לבסוף על יסוד העובדות כפי שאלה נקבעו בבית המשפט המחוזי (שם, פס' 100–101 לפסק דינו של השופט מלצר (להלן: הנמקת הרוב) ופס' 3 לפסק דינו של השופט סולברג (להלן: הנמקת המיעוט)). זאת, אף על פי שבהנמקת הרוב, חלק מהעובדות, ובהן עובדות המבססות את ההכרעה, מוצגות בתחילת הדיון כטענות שבמחלוקת. למשל, נראה כי הייתה מחלוקת באשר למקום שבו התקיימו ישיבות הדירקטוריון, באשר למקום שממנו נוהלו העסקים, באשר לשאלה אם החברה הישראלית רק ייעצה לחברות הזרות או שמא הייתה פעילה בניהולן (שם, פס' 4 להנמקת הרוב).

8 החברה הישראלית הייתה חברה פרטית, היא הייתה בעלת אחת החברות הזרות, וחברה זו הייתה בעלת החברה השנייה. על כן סביר שגם בעלי המניות או רובם היו ישראלים. בהנמקת הרוב צוין עוד שהמפרק הזמני של אחת החברות טען כי שלוש החברות נוהלו מתוך ערוב נכסים וערוב בעלי משרה (שם, פס' 3 להנמקת הרוב).

9 פסק הדין בבית המשפט העליון, כמו ההחלטות השונות שניתנו בעניין זה בבית המשפט המחוזי (להלן ה"ש 50) לא ציין אם הונפקו איגרות חוב במדינות אחרות.

10 לנוסח התניות השונות ולהנחה שהיה קשר סיבתי בין העובדה שדין קפריסין חל על החברות ובין הבחירה בפורום ישראלי ודין ישראל לעניין הנאמנות ואיגרות החוב, ראו שם, פס' 26 להנמקת הרוב.

11 פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג–1983 (להלן: הפקודה).

12 לתיאור עמדתו של בית המשפט המחוזי (להלן ה"ש 48) ראו ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 9 להנמקת הרוב.

ג'ובראן הצטרף לפסק דינו "היסודי והמעמיק".¹³ השופט סולברג הסכים אף הוא לתוצאה אך הציע הנמקה משלו.

הנמקת הרוב התמקדה בפירוש הראוי של סעיף 380(א) לפקודת החברות. סעיף זה מחיל את הוראות הפקודה בעניין פירוק חברות על חברת חוץ (כלומר, חברה שהתאגדה מחוץ לישראל) "שיש לה נכסים בישראל". ההנמקה קבעה כי יש לתת למונח "נכסים" פירוש רחב. בנסיבות העניין נראה היה כי לא היו לחברות הזרות נכסים מוחשיים או לא מוחשיים בישראל, אך הפירוש הרחב שאומץ הסתפק בהנפקת איגרות החוב בישראל כ"נכסים בישראל". על כן בית המשפט היה מוסמך לנהל את הליך הפירוק. הנמקת המיעוט גרסה כי אין כל חשיבות לסעיף 380(א) או לשאלה אם לחברות יש נכסים בישראל אם אין: די שבוצעה המצאה בישראל כדי להצדיק את המסקנה שבית המשפט היה מוסמך לדון, ובנסיבות העניין הפורום הישראלי היה פורום נאות.

3. מטרת הרשימה

רשימה זו לא תתמקד בשאלה אם תוצאת פסק הדין ראויה במישור המדיניות. לשאלה זו יש פנים לכאן ולכאן. מצד אחד, כל השופטים שדנו בשאלה זו בערכאות השונות סברו שראוי שתהיה סמכות בנסיבות העניין. זאת בעיקר בשל הקשר של החברות לישראל: הדגישו כי בעלי השליטה ובעלי המשרה בחברות וכן נושיהן העיקריים היו ישראלים, והדגישו את ניהול העסקים בישראל ובמיוחד את הנפקת איגרות החוב. גם אין מחלוקת כי ברוב מדינות העולם היום די בעובדות שעליהן הסתמכו השופטים – או בחלקן – כדי לבסס סמכות לנהל הליך של פירוק חברה זרה, ולו הליך משני או מוגבל.¹⁴ הרגולציה האירופית בעניין חדלות פירעון מקנה סמכות לנהל הליך פירוק עיקרי למדינה שבה נמצא ה"centre of main interests" של החברה, ולצרכים רבים מרכז זה מזוהה עם מרכז ניהול החברה.¹⁵ כמה מדינות ביבשת אירופה מסתפקות בכך שמרכז הניהול העיקרי של החברה במדינה. בעולם המשפט המקובל יש שמשתפקות במקום ניהול עסקים במדינה או בכך שהחברה מנהלת או ניהלה עסקים

13 שם, פסק דינו של השופט ג'ובראן.

14 על ההבחנה בין הליך עיקרי להליך משני ועל המשמעות של הליך מוגבל ראו פסברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1306.

15 הרגולציה קובעת עוד שכדי לקיים הליך מוגבל, המשתרע על נכסים מקומיים בלבד, די שהחברה הקימה establishment במדינה. ראו Council Regulation 1346/2000 of May 29, 2000 on Insolvency Proceedings, 2000 O.J. (L 160) 1 §§ 3.1, 3.2 (EC) (להלן: Insolvency Regulation). ראו גם הגרסה החדשה של רגולציה זו Regulation 2015/848 of the European Parliament and of the Council of May 20, 2015 on Insolvency Proceedings, 2015 O.J. (L 141) 19 (EU) לתוקפה ב-2017. סעיפי הסמכות וההגדרות בגרסה חדשה זו משלבים את הפסיקה בנוגע לסעיפים אלה ומבהירים אותם. ה"Model Law on Cross-Border Insolvency" שהפיצה ועדת האו"ם לדיני סחר בין-לאומי בשנת 1997 (ראו United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation (2014), available at <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-e.pdf>), ושאומץ במדינות רבות בגרסה זו או אחרת, אינו עוסק ישירות בסמכות שיפוט, אולם הוא קובע אילו הן המדינות שיש להכיר בהחלטותיהן בענייני פירוק, ובדרך זו הוא קובע במשתמע אילו מדינות מוסמכות לדון. בדרך זו אף הוא מכיר בזיקות האמורות.

בתחום המדינה, אך באנגליה גמישים הרבה יותר ומסתפקים בפחות מכך.¹⁶ בהנחה שהעובדות אכן היו כפי שהניחו השופטים, כל אחת ממערכות הדינים הללו, אילו חלה בישראל, הייתה מספקת בסיס לסמכות לנהל הליך של פירוק.

מצד אחר, מי ששוקלים להשקיע בחברה זרה צריכים לשקול גם את ביטחון השקעתם ואת האפשרויות העומדות בפניהם לאכיפת זכויותיהם. כאשר מדובר בחברה זרה, הנשלטת בידי ישראלים אשר טורחים להצהיר ברחל בתך הקטנה – כפי שעשו במקרה הנדון – כי החברה שבשליטתם התאגדה מחוץ לישראל ואינה כפופה לדיני החברות הישראליים, אזי נוסף על הסיכון הרגיל שכספי ההשקעה לא יניבו פירות, יש בסיס לחשש שהחזרת ההלוואה עלולה להיות סבוכה מהרגיל. בית המשפט אינו נחלץ לעזרתו של כל נושה הרפתקן שמתאכזב מהשקעתו הנמהרת, ואין זה מובן מאליו שיש לעשות כן במקרה הנדון.¹⁷ על אחת כמה וכמה, אין זה מובן מאליו שיש לעשות את המאמץ המיוחד שנעשה במקרה זה כדי להכניס את המקרה לסמכותו של בית המשפט הישראלי. זאת במיוחד כאשר קיימות תרופות זמינות אחרות.¹⁸

אך כאמור, השאלה המעניינת שפסק דין זה מעורר איננה אם ראוי שתהיה סמכות בנסיבות העניין, אלא אם, וכיצד, המשפט הישראלי הנוהג מאפשר כינון סמכות כזו. על כן בלי כל קשר לשאלה אם התוצאה ראויה, רשימה זו תבחן את מהלך הדיון של שתי ההנמקות שנכתבו בפסק דין זה – הנמקת הרוב של השופט מלצר והנמקת המיעוט של השופט סולברג – ותציין אחדות מההשלכות שעשויות להיות להנמקות אלה הן בהקשר של סמכות שיפוט בחדלות פירעון הן בהקשרים משפטיים אחרים.

- 16 לסקירת זיקות הסמכות במדינות השונות ראו פסברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1305–1312.
- 17 נכונותו של בית המשפט המחוזי בעבר לנהל בישראל הליך פירוק (משני) של חברה זרה כדי להגן על נושים מקומיים התמקדה בצורך להגן על קבוצה מיוחדת של נושים – 400 עובדים מקומיים וגמלאים רבים של חברת תעופה זרה שהפעילה סניף בישראל (פש"ר (מחוזי ת"א) 1225/01 *Trans World Airlines Inc.* נ' *כונס הנכסים הרשמי* (פורסם בנבו, 23.12.2002)).
- 18 לפי העובדות שעל סמכן פסק בית המשפט, היו החברות הזרות צריכות להירשם בישראל לפי ס' 346 לחוק החברות, התשנ"ט–1999 כי הן קיימו בישראל מקום עסקים (ראו להלן ה"ש 117), והן לא עשו כן. בנסיבות אלה, היועץ המשפטי לממשלה רשאי לפי ס' 381 לפקודה להגיש בקשת פירוק, והרשאה סטוטורית זו מסמיכה את בית המשפט לדון בבקשתו. כמו כן על יסוד העובדות שניתנו בפסק הדין, סביר שהנושים יכלו לבקש סעד של הרמת מסך במקום סעד של פירוק כדי להגיע לחברה הישראלית ולבעלי המניות שלה (ראו להלן ה"ש 87). גם אין לומר שפירוק החברה בישראל הוא הסעד היעיל היחיד. היה אפשר לבקש את פירוק החברה בקפריסין, המדינה שבה החברה התאגדה. גם שם נוהגים בעניינים אלה על פי מסורת הדין האנגלי, והליכי הפירוק אינם שונים במידה כזו מהדינים בישראל שאפשר לומר שפירוק החברה שם אינו אפשרי או עלול להיות לא יעיל. זאת, במיוחד לאור העובדה שאפשר לשתף פעולה בישראל עם הליך זה, בין במסגרת חוק עזרה משפטית בין מדינות, התשנ"ח–1998 ובין במסגרת הליך פירוק משני, כפי שנעשה בעניין ה"פ (מחוזי ת"א) 408/00 *Tower Air Inc.* נ' *רשם החברות* (פורסם בנבו, 28.5.2000).

א. הנמקת הרוב

הנמקתו של השופט מלצר היא ניתוח פרשני, רב-שלבי ומורכב. היא נועדה להראות כי פרשנות המונח הסטטוטורי "נכסים בישראל" יכולה לעדכן את כלל הסמכות הישראלית, המצטייר ככלל מוגבל ביותר, ולהתאימו לצורכי המודרנה ולמגמות מקובלות בעולם. ראשית, השופט מלצר דחה את הנימוק שניתן בבית המשפט המחוזי לביסוס סמכותו של בית המשפט מחוץ לפקודת החברות. הוא שלל את העמדה שהובעה שם שתניות שיפוט המופיעות בשטר הנאמנות של איגרות החוב יכולות להקנות למדינה סמכות לנהל הליך קולקטיבי של פירוק חברה. על יסוד קריאת לשון התניות ופרשנותה הוא הסיק שלא הייתה כל כוונה להקנות לבית משפט ישראלי סמכות לנהל הליך של פירוק; כוונה הצדדים הייתה להקנות לו סמכות שיפוט רק ביחסים שבין החברה ובין בעלי איגרות החוב ונאמניהם באשר לחיובים הנובעים מאיגרות החוב ומהסכם הנאמנות.¹⁹ חיזוק לפרשנות זו הוא מצא בתוכנה שתניות שיפוט בין צדדים קרובים ממילא אינה יכולה להשפיע על מקום ניהולו של הליך פירוק חברה הנוגע לנושים רבים ומגוונים,²⁰ ובעקרון היסוד שצדדים אינם יכולים להוסיף לבית משפט סמכות עניינית מכוח הסכמתם בלבד.²¹

לפיכך עבר השופט מלצר לשלב שני בניתוחו ובחן את אפשרויות כינון הסמכות המעוגנות בהסדר הסטטוטורי היחיד הרלוונטי והוא פקודת החברות. הוא קיבל את ההנחה הרווחת שהוראות הפירוק שבפקודת החברות חלות מטבען רק על חברה שהתאגדה בישראל, וקבע כי בהיעדר הוראה אחרת אין סמכות לפרק חברה שלא התאגדה בישראל, "וזאת, לכאורה, אף אם בעלי השליטה שלה הם ישראלים, ואף אם היא מנהלת עסקים בישראל – כבענייננו".²² הוא גם קיבל את ההנחה הרווחת שסעיף 380(א) רישה לפקודה הוא מקור הסמכות העיקרי לפרק חברה שלא התאגדה בישראל²³ ומיקד את הדיון בשאלה שבמחלוקת בין הצדדים: אם לחברה יש "נכסים" בישראל. על כן עיקר הנמקתו מוקדש לדיון בשאלה כיצד ראוי לפרש את המונח "נכסים" בסעיף האמור.

סקירת המשפט הישראלי העלתה שהמונח "נכס" מופיע במגוון רחב של חוקים בישראל, ושהוא מתפרש פירוש גמיש, המשתנה לפי ההקשר. בכל ההקשרים הללו נמצא כי "נכס" הוא כל "דבר רכוש, אשר טומן בחובו ערך כלכלי".²⁴ על כן גם זכויות מופשטות,

19 ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 32–36 להנמקתו של השופט מלצר. בפס' 103–104 הוא חוזר לסוגיה זו. לא ברור מהעובדות על איזו תניה הוא מדבר בפסקאות אחרונות אלה, תניות השיפוט או התניה שהופיעה בתשקיף שפורסם לקראת הנפקת איגרות החוב ושהצהירה כי החברה זרה וכי היא כפופה לדיון זר. אולם הודעה כזו אינה תניית שיפוט, ואף קשה לראות בה תניית ברירת דין.

20 שם, פס' 37–38 להנמקת הרוב, ושוב בפס' 103. לתמיכה בעמדה זו ראו גם פסברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1320, ה"ש 111, ובעמ' 1340–1343.

21 ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 39 להנמקת הרוב.

22 שם, פס' 41 להנמקת הרוב.

23 שם, פס' 43 להנמקת הרוב. ס' 380(א) לפקודה קובע כדלקמן: "הוראות פרקים י"א עד י"ז לפקודה זו [...] יחולו בשינויים המחוייבים לפי הנסיבות גם בפירוק, בידי בית המשפט או בפיקוחו, של כל חברת חוץ שיש לה נכסים בישראל, בין שהיא רשומה בישראל ובין שאינה רשומה בה, ושל כל תאגיד אחר או חבר-בני-אדם שהשר החיל עליהם, בצו, הוראות פקודה זו".

24 שם, פס' 50 להנמקת הרוב.

נכסי קריירה, כושר השתכרות, זכויות תביעה עתידיות ואף חובות עשויים להיחשב נכס. לאור ריבוי המשמעויות האפשריות פנה השופט מלצר לפרשנות תכליתית של פקודת החברות ככלל, ושל ההקשר הבין-לאומי הפרטי שבו מופיע המונח "נכסים" בפרט, כדי להתאים את פרשנות המונח בסעיף 380(א) לתכלית זו. בחינת הוראות הסמכות שבפקודת החברות העלתה שפירוש המונח "נכסים בישראל" לצורך כינון סמכות שיפוט בפירוק חייב לקיים שתי תכליות: הבטחת זיקה לישראל והבטחת אפקטיביות ההליך.²⁵

כדי לחזק את מסקנתו שכלל סמכות השיפוט בפירוק חברות צריך להגשים שתי תכליות אלה, פנה השופט מלצר למשפט משווה ובחן את כללי סמכות השיפוט המקובלים בעולם בעניין פירוק חברות. מקום של כבוד הוא ייחד למשפט האנגלי. פנייה זו למשפט האנגלי התבססה על בחינה מדוקדקת של מקורות פקודת החברות, שהעלתה דמיון מופלג בין הפקודה ובין החוק האנגלי בן אותה תקופה. דמיון זה שכנע את השופט מלצר ש"כדי לעמוד בצורה מדויקת על תכליתו של סעיף 380(א) לפקודה, יש להיזקק באופן ספציפי להסדר המקביל, שנהג באנגליה, כפי שפורש ונהג שם".²⁶

מכאן, הוא הציג בהרחבה את כללי המשפט האנגלי בנוגע לסמכות לפרק חברות זרות ואת ההתפתחות השיפוטית בעניין זה. במסגרת זו הוא עקב מקרוב אחר היחס השיפוטי המשתנה למונח "נכסים" (assets) בהקשר של סמכות לפרק חברה זרה ומצא חיזוק לעמדתו שהמונח יכול לכלול כל דבר בעל ערך כלכלי שמצביע על זיקה של החברה לפורום ושמוליד תועלת לנושים. בתוך כך הוא הביא פסק דין שבו זכות תביעה של החברה כלפי חברת ביטוח הוכרה כנכס לעניין סמכות הפירוק,²⁷ וכן פסק דין שבו הוכרה כנכס זכות תביעה של עובדים שפוטר מהחברה שלא כדין, נגד המדינה, אף על פי שזכות זו תקום רק לאחר מתן צו פירוק ותביא תועלת רק לחלק מהנושים.²⁸ כמו כן הוא ציין שהסתפקו עוד בסיכוי סביר שלאחר פתיחת הליך הפירוק יהיה אפשר לתבוע את הדיקטורים אישית,²⁹ ואף בכך שמרב הזיקות של החברה הן לאנגליה אף שאין לה נכסים שם.³⁰ התפתחות זו שכנעה את השופט

25 שם, פס' 58 להנמקת הרוב.

26 שם, פס' 58–62. כדי לשכנע עוד בהצדקת הפנייה למשפט האנגלי הוא עמד באריכות על ההחלטה להשאיר על כנו את הוראות הפירוק שבפקודת החברות בזמן חקיקתו של חוק החברות.

27 *In re Compania Merabello San Nicholas S.A.*, [1973] Ch 75.

28 מקרה זה מוזכר בפסק הדין במובאה מהספר המנחה במשפט הבין-לאומי הפרטי האנגלי, DICEY, MORRIS & COLLINS ON THE CONFLICT OF LAWS (Lord Collins of Mapesbury et al. eds., 15th ed. 2012) (להלן: DICEY, MORRIS & COLLINS) (ראו ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 64 להנמקת הרוב). פסק הדין שעליו מדובר בקטע זה הוא *In re Eloc Electro-Optieck & Communicatie BV*, [1982] Ch 43 (להלן: עניין *Eloc Electro-Optieck*). משום מה בפס' 66 להנמקת הרוב נקבע עוד כי ההתפתחות הפסיקתית גובשה ב-1986, c. 45. *Insolvency Act 1986*. לא ברור למה הכוונה בדברים אלה, שכן חוק זה לא הכניס למשפט האנגלי שינוי כלשהו בדבר סמכות שיפוט בענייני פירוק לבד מהשינויים שנדרשו בשל אימוץ הרגולציה האירופית, ושחלים בהקשר האירופי בלבד.

29 ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 66 להנמקת הרוב, המזכירה את *In re A Company* (No. 000359 of 1987), [1988] Ch 210 (להלן: עניין *International Westminster Bank*).

30 ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 67 להנמקת הרוב, בה מוזכר *In re A Company* (No. 003102 of 1991) Ex p. *Nyckeln Finance Co. Ltd.*, [1991] B.C.L.C. 539 (להלן: עניין *Nyckeln*). עובדותיו של מקרה זה דומות דמיון גדול לעובדות שהיוו בסיס להחלטה במקרה הנדון כאן. גם במקרה האנגלי מי שהגיש

שכנעה את השופט מלצר כי באנגליה אין היום חשיבות עצמאית לדרישת הנכסים, אלא היא משמשת רק מבחן אחד שבאמצעותו אפשר לבחון אם החברה קשורה מהותית לפורום.³¹ בחינתם של הסדרי סמכות במשפט המשווה חיזקה את מסקנתו הסופית כי המגמה בעולם היא להשתית סמכות לפרק חברה על מבחני סמכות "גמישים" המחפשים את הפורום בעל מרב הזיקות לחברה.³² מכאן הוא סיכם שרק פרשנות רחבה של המונח "נכסים" כדבר בעל ערך כלכלי המעיד על "קשר מספק" של החברה לישראל ועל "אפקטיביות ניהול ההליך בפורום הישראלי" תגשים את תכליות החקיקה, תתייבש עם מדיניות שיפוטית ראויה בהתחשב בתמורות העתים ודפוסים עסקיים מקובלים היום, ותשתלב עם מגמות במדינות אחרות הרוכשות סמכות על יסוד מבחן מרב הזיקות.³³

בשלב האחרון של הניתוח בחן השופט מלצר אם לחברות הנדונות יש "נכסים" בישראל במובן האמור. במסגרת הדיון הזה הוא שלל את האפשרות שעל יסודה הכריעה השופטת אלשיך בבית המשפט המחוזי, שפירוש תכליתי של המונח "נכס" מאפשר ואף מחייב להכיר ב"ניהול עסקים בישראל" מצד החברה כנכס של החברה בישראל.³⁴ הוא סבר שגם במובנו הרחב ביותר, המונח "נכס" אינו יכול להכיל "ניהול עסקים" מבחינה לשונית גם אם פירוש כזה תואם את תכלית החקיקה. הוא אף שלל את הצעת הנושים שיש לראות כ"נכס" את האפשרות להגיש תביעה להרמת מסך שתחייב אישית את בעלי השליטה בחובותיה של החברה. הוא הדגיש כי האפשרות להיפרע מבעלי השליטה היא סעד קיצוני, החותר תחת קיומה של החברה ואישיותה המשפטית הנפרדת, הוא ניתן רק לעתים רחוקות, כאשר "השימוש במסך ההתאגדות נעשה במטרה להונות אדם, לקפח נושה של החברה, או באופן הפוגע בתכלית החברה ותוך נטילת סיכון בלתי סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה",³⁵ והוא אינו נכס של החברה.³⁶

לעומת זאת, לשיטתו, החוב שנוצר מגיוס הלוואות באמצעות הנפקת איגרות חוב הוא נכס לעניין זה. הוא פתח את הדיון בסוגיה זו באמרו שבעלי אגרות החוב – נושיהן העיקריים של החברות – נמצאים בישראל ו"יוצא מכך שחובן העיקרי של החברות הוא בישראל".³⁷ הוא המשיך וקבע שיש מקרים שבהם חוב טומן בחובו ערך כלכלי לחייב (למשל בהקשר של מס הכנסה כשאפשר להתייחס אל חוב כאל הפסד).³⁸ הוא סבר כי חוב

את בקשת הפירוק הלווה לחברה כסף; ההלוואה ניתנה באנגליה, עסקי החברה נוהלו באנגליה בידי מי שגר באנגליה והחברה קיימה עסק באנגליה. די היה בעובדות אלה כדי לבסס סמכות. השופט מלצר הוסיף וציין שאין צורך ללכת כה רחוק במשפט הישראלי, ושניתן להסתפק במה שנקבע בעניין *Compania Merabello*, לעיל ה"ש 27.

31 הוא גם ציין שדרישת האפקטיביות במשפט האנגלי צומצמה ורוככה במהלך השנים: לא נדרש עוד שהנכס ישיא בהכרח "את תועלתם של הנושים במובן הצר" או שיהיה "ניתן לחלוקה לכלל הנושים" (ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 70 להנמקת הרוב).

32 שם, פס' 68–70 להנמקת הרוב.

33 שם, פס' 72 להנמקת הרוב.

34 שם, פס' 74 להנמקת הרוב.

35 שם, פס' 90 להנמקת הרוב.

36 שם, פס' 92 להנמקת הרוב.

37 שם, פס' 75 להנמקת הרוב.

38 שם, פס' 78 להנמקת הרוב.

שיש בו ערך כלכלי לחייב יכול לשמש בסיס לסמכות בין-לאומית בפירוק ואף הוסיף כי אין זה מן הנמנע שגם כאשר אין לו ערך כלכלי בעת בקשת צו הפירוק, חוב של החברה ישמש בסיס לסמכות זו.³⁹ לאחר מכן הוא קבע שחוב או הנפקת איגרות חוב עשויים לשמש בסיס ליצירת נכסים אחרים במדינת ההנפקה שיכולים לשמש בסיס לסמכות פירוק.⁴⁰ כך, הנפקת איגרת חוב אמורה לייצר עבור החברה נכסים עתידיים ולהגדיל את פוטנציאל הרווח שלה.⁴¹ לשיטתו, הנפקת איגרת חוב – כמו החוב שנוצר ממנה – משקפת "את השקעתה העכשווית" של החברה ברווחיה העתידיים". שיפור זה של כושר השתכרותה הוא בבחינת נכס קריירה.⁴² על כן פירוש שמכיר בהנפקת איגרות החוב בישראל כנכס של החברה בישראל מקיים את התכליות של סעיף 380(א) לפקודה: ההנפקה מניבה ערך כלכלי לחברה; היא מצביעה על זיקה קרובה לישראל, בבחינת שורשים של עץ; וניהול ההליך במדינה זו יניב תועלת לנושים בישראל.⁴³ מאחר שהוא סבר כאמור שחוב עשוי להיות נכס לצורך סמכות בפירוק גם כשאין לו ערך כלכלי בעת הגשת בקשת הפירוק, הוא היה מוכן לראות בחוב שנוצר מהנפקת איגרות החוב נכס קריירה אף שנראה שכבר לא היה לו ערך כלכלי בעת הגשת הבקשה: לשיטתו, כל עוד צו הפירוק לא ניתן, יש סיכוי שהנכס ישמש מנוף לפעילות ואף לתחילתו של הליך הבראה.⁴⁴ ניתוח זה מחויב לדעתו כעניין של מדיניות שיפוטית ראויה, וכדי להגן על נושים בנסיבות שבהן יש חשש שהחברה המנפיקה מנסה להתחמק מנושיה ומרשויות האכיפה במדינת ההנפקה.⁴⁵ פירוש זה גם מתיישב לדעתו עם הפסיקה האנגלית ועם המגמה העולמית להגמיש את זיקות הסמכות בפירוק.⁴⁶

עקרונית, השופט מלצר היה מוכן להכיר גם באפשרות הסבירה להגיש תביעה אישית נגד הדירקטורים של החברה במסגרת סעיפים 373 ו-374 לפקודה כנכס לצורך סעיף 380(א). אמנם קביעתו בעניין זה איננה פסקנית, והיא ניתנה "למעלה מן הצורך", כי הוא כבר הכריע שהנפקת איגרת החוב יצרה נכס לעניין הנדון.⁴⁷ אולם הוא הביע בכל זאת את עמדתו: זכות תביעה היא נכס, הנכס הוא של החברה (ולמצער, של המפרק שבא בנעליה של החברה), הוא מהווה זיקה לישראל כי בישראל אפשר לתבוע את נושאי המשרה הישראלים, ותביעה כזו יש בה כדי להועיל לנושים. אמנם האפשרות להגיש תביעה כזו קמה רק לאחר שיוצא צו פירוק, אך לשיטתו, בשלב המוקדם של כינון סמכות די להראות שיש אפשרות סבירה לבסס תביעה כזו.⁴⁸

לאור המסקנה שיש סמכות לפרק את החברות בישראל המשיך השופט מלצר ודן בטענת המערערות שישראל היא פורום לא נאות לדיון בפירוק החברות, ושעל אף קיומה של

39 שם, פס' 78 להנמקת הרוב.

40 שם, פס' 79 להנמקת הרוב.

41 שם, פס' 79–80 להנמקת הרוב.

42 שם, פס' 81 להנמקת הרוב.

43 שם, פס' 82, 86 להנמקת הרוב.

44 שם, פס' 83 להנמקת הרוב.

45 שם, פס' 84 להנמקת הרוב.

46 שם, פס' 84 להנמקת הרוב.

47 שם, פס' 88 להנמקת הרוב.

48 שם, פס' 95 להנמקת הרוב.

הסמכות ראוי להימנע מהפעלתה.⁴⁹ בעניין זה טענו המערערות שהחברות קשורות ביותר לקפריסין: שם הן רשומות, שם נמצאים משרדי החברה, שם הן ניהלו את עסקיהן, ושם קיימו את ישיבות הדירקטוריון שלהן. אף שבתחילת הנמקתו הציג השופט מלצר טענות אלה כמחלוקות פתוחות,⁵⁰ כאן הוא היה מוכן להסתמך על הממצאים העובדתיים שנקבעו בעניין זה בבית המשפט המחוזי. נקבע שם כי "המחלוקות מושא העניין קשורות כולן לצדדים ישראליים, להתקשרויות שנעשו בישראל ולדיני חדלות הפירעון הישראליים". כמו כן, נקבע כי "מרכז הכובד היחסי של החברות מצוי בישראל, שכן – הן הנפיקו אגרות חוב בבורסה הישראלית, ונושיהן העיקריים, כמו גם בעלי השליטה שלהן, מנהליהן ורוב חברי הדירקטוריון שלהן – ישראלים".⁵¹ הוא אימץ עוד את המסקנה של בית המשפט המחוזי שהחברות ניהלו משרדים בישראל, שתכליתן הייתה לנהל עסקים בישראל, ושהחברות קשורות לישראל הרבה יותר מלכל מדינה אחרת לרבות קפריסין.⁵² הוא העיר כי מבחן מרכז הכובד היחסי של החברה אינו יכול לשמש לבדו בסיס לכינון סמכות, והוסיף וציין שמבחן זה הוא רק שם אחר למבחן מרב הזיקות המשמש כשגרה בדוקטרינה של פורום לא נאות.⁵³

ב. דיון בהנמקת הרוב

הנמקתו של השופט מלצר (שאליה הצטרף השופט ג'ובראן) בנויה בקפידה. השופט זיהה את סעיף החוק הרלוונטי, ובתוכו הוא זיהה בעיה פרשנית בנוגע למונח "נכסים". הוא הראה שאפשר לייחס למונח זה משמעויות שונות, הסביר את תורת הפרשנות התכליתית ועמד על תפקיד השופט להתאים את מילות החוק למציאות משתנה; הוא זיהה את התכליות הרלוונטיות לסעיף הנדון ופנה לשיטות זרות כדי לעמוד על תגובות רווחות למציאות המשתנה ופנה ספציפית למשפט האנגלי כמקור ישיר לפרשנות תכליתית של המונח "נכסים" בשל הקשר שבין הדין הישראלי לדין האנגלי בהקשר הנדון; לאחר שהחליט שמוצדק לתת למונח "נכס" פירוש מרחיב, הוא בחן מקרוב את כל המועמדים האפשריים ל"נכס" של החברה והבחין בין אלה שיכולים להיחשב נכס לאלה שלא; ולאחר שווידא שיש סמכות, אישר כי בשל זיקותיהן הרבות של החברות לישראל הפורום הישראלי הוא גם

49 כידוע, טענת הפורום הלא נאות מועלית לאחר שנרכשה סמכות שיפוט, והיא מאפשרת לשופט, תוך שימוש בשיקול דעתו, לקבוע כי בשל ריבויין וחוזקן של הזיקות בין העניין ובין מדינה אחרת, אף שביט המשפט הישראלי קנה סמכות לדון בעניין, ראוי שהוא יידון במדינה האחרת ולא בישראל. הטענה עוסקת בהפעלת סמכות שיפוט ולא בכינונה (ראו לעניין זה קרייני "שיקולי הפורום הנאות", לעיל ה"ש 1, בעמ' 75–77).

50 ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 14–15 להנמקת הרוב.

51 ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 100 להנמקת הרוב.

52 שם, פס' 100–101 להנמקת הרוב. אין זה מפתיע שבתחילת פסק הדין חלק מהעובדות הללו הוצגו כעובדות שבמחלוקת, שכן מי שמעיין בהחלטות שניתנו בפרשה זו בבית המשפט המחוזי מתקשה למצוא על סמך מה נקבעו קביעות אלה (ראו שתי החלטות בעניין פר"ק (מחוזי ת"א) 13800-10-10 זיו האפט חברה לנאמנויות בע"מ נ' סיביל יורופ פאבליק קו. לימיטד (פורסמו בנבו, 28.10.2010; 23.2.2011 (להלן: החלטה מיום 23.2.2011 בפר"ק סיביל)).

53 שם, פס' 102 להנמקת הרוב.

הפורום הנאות. מהלך הדיון מוצג בבהירות, לכל שלב ושלב בדיון מובאים הצדקה לעיסוק בו ומבוא כללי לעקרונות המנחים הרלוונטיים, וכל חלקי הדיון מלווים באסמכתאות עשירות ומלאות. כדבר דבור על אופניו, החלטה זו שואפת ליצור מצב משפטי המעוגן בפרשנות משפטית אנליטית פורמלית והמבוצר במדיניות רצויה ומגמות במשפט משווה. אולם לעומת המשפט המשווה ושיקולי המדיניות שעשויים לשכנע באשר למצב המשפטי הרצוי, קשה להשתכנע מהניתוח המשפטי האנליטי הפורמלי, שהוא לב לבה של ההחלטה.

1. המבחן הפרשני שאומץ

התמיהה הראשונה העולה מהנמקת הרוב נוגעת למבחן שנוסח באשר לפירוש המונח "נכס" לצורך סעיף 380(א) לפקודה. תמיהה זו מתחלקת לשתיים: (1) מדוע המשפט האנגלי שימש נר לרגליו של השופט מלצר? (2) מה המשמעות של המבחן שהוא ניסח?

(א) השימוש במשפט האנגלי

כאמור, השופט מלצר פנה למשפט האנגלי "כדי לעמוד בצורה מדויקת על תכליתו של סעיף 380(א) לפקודה" מתוך הנחה שיש לפרש אותו בהתאם לפרשנות שניתנה להסדר המקביל שנהג באנגליה.⁵⁴ דא עקא, שפנייה מיוחדת למשפט האנגלי בהקשר זה אינה מוצדקת. בניגוד לרושם שעולה מההחלטה, ועל אף הדמיון הכללי בין פקודת החברות לחוק האנגלי המקביל, לרבות הדמיון ביניהם בסוגיית הפירוק, אין כל קשר בין השניים בהקשר הספציפי של סמכות לפרק חברה זרה. על כן הפסיקה האנגלית העוסקת בסמכות לפרק חברה זרה אינה יכולה לשמש בסיס לפרשנות הביטוי "נכסים" בסעיף 380(א). סעיף 380 וסעיף 381 לפקודה הישראלית העוסקים, לפי הדעה המקובלת, בסוגיית הסמכות הבין-לאומית, אינם מופיעים כלל בחוק האנגלי. אדרבה, באנגליה אין כל הוראה ביחס לסמכות בין-לאומית. כפי שהשופט מלצר הבהיר בעצמו, ההוראה האנגלית הסטטוטורית הרלוונטית הסמיכה את בתי המשפט לפרק חברות לא רשומות ככלל (ולהחיל עליהן את הוראות הפירוק שבחוק) מבלי לייחד חברות זרות. כל עיסוקה היה בעילות מהותיות לפירוקה של חברה לא רשומה, ובכלל זה חברה שלא התאגדה באנגליה. העילות היו שהחברה חוסלה או הפסיקה לפעול, שהיא אינה מסוגלת לשלם את חובותיה, או שלדעת בית המשפט "צודק וראוי" (just and equitable) שהחברה תפורק. לפיכך למעשה לא היה גבול לסמכות הפירוק האנגלית כל עוד התקיימה אחת מהעילות. על כן היה זה בית המשפט, מתוך מגמה לצמצם סמכות בלתי מוגבלת זו, שדרש כתנאי להפעלת הסמכות שלחברה תהיה זיקה לאנגליה. תחילה קבעו שזיקה זו היא ניהול עסקים באנגליה; ברבות הזמן הקלו והסתפקו בכך שלחברה נכסים באנגליה; ולבסוף אף דרישה זו רוככה והסתפקו בזיקה פחותה מזיקת הנכסים.⁵⁵ לפיכך הפסיקה האנגלית, שאימצה את דרישת הנכסים ולאחר מכן הפחיתה ממנה, אינה עוסקת בפרשנות של מונח סטטוטורי הקובע זיקת סמכות חיונית אלא עוסקת, לפי גישה

54 ראו לעיל ה"ש 26.

55 ראו באופן כללי DICEY, MORRIS & COLLINS, לעיל ה"ש 28, פס' 30-046-30-054; IAN F. FLETCHER, INSOLVENCY IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW §§ 3.36-3.45 (2nd ed. 2005).

אחת, בשאלה מתי ראוי להפעיל סמכות שקיימת ללא כל זיקה,⁵⁶ ולפי גישה אחרת – בפרשנות של הביטוי הסטטוטורי just and equitable.⁵⁷ אמנם לשם כך לפעמים ייחסו חשיבות לשאלה אם די שלחברה יש נכס במדינה, אם די שיש נכס במדינה שאינו של החברה, אם די שיש פחות מנכס, וכיו"ב, והסתפקו לבסוף בזיקה אמתית או מהותית לאנגליה. אך נקודת המוצא הייתה תמיד שבהתקיים אחת מהעילות המהותיות יש סמכות, ונדרש רק להצדיק אותה בנסיבות העניין. על כן פסיקה זו אינה מתאימה כמקור ישיר לפרשנות משפטית של מושג סטטוטורי ישראלי שאין לו מקבילה, ולו מקבילה היסטורית, באנגליה, וזאת גם אם הפסיקה האנגלית יכולה להאיר את ה"תכלית" של כללי הסמכות בפירוק. הפסיקה האנגלית נזקקה למונח "נכס" במסגרת חיפוש אחר זיקה שתצדיק הפעלת סמכות שיפוט שבשיקול דעת, והמונח שימש רק אינדיקציה לסוג הזיקה הדרושה לשם כך. לעומת זאת בישראל המונח הוא מונח סטטוטורי הקובע חדר-משמעת לא רק שדרושה זיקה, אלא איזו זיקה ספציפית נחוצה. המחשה לתוצאה משונה שיכולה לנבוע משימוש בפסיקה האנגלית כמקור לפרשנות המונח הסטטוטורי הישראלי היא שבאנגליה הדרישה הפסיקתית שיהיו "נכסים" באנגליה החמירה פחות מהדרישה הפסיקתית הקודמת שהתייחסה לניהול עסקים באנגליה – כאשר שתיהן היו אמורות לשמש אינדיקציה לקיומה של זיקה לאנגליה. לעומת זאת בישראל הדרישה היחידה היא נכסים בישראל, והעיסוק בשאלה אם ניהול עסקים בישראל יספק דרישה זו הופך את הזיקה של נכסים לזיקה מחמירה יותר מזו של ניהול עסקים.

(ב) משמעות המבחן

במבט ראשון, אף לא ברור לגמרי מהו המבחן שנקבע בהנמקת הרוב לפרשנות המונח "נכס". המבחן סוכם בכמה הזדמנויות שונות בניסוחים השונים מעט זה מזה. בהזדמנות הראשונה נכתב שנכס צריך לקיים שתי תכליות: "ראשית, עליו להעיד על זיקה מספקת בין ישראל, כפורום המתאים לדיון בפירוקה של חברה, לבין החברה המועמדת לפירוק, ושנית, עליו להבטיח את אפקטיביות פסק הדין, המורה על פירוקה של אותה חברה".⁵⁸ בהזדמנות השנייה, לאחר בחינה מעמיקה של המשפט האנגלי והמשפט המשווה, סיכם השופט מלצר שיש ליתן פרשנות מרחיבה למונח "נכסים", "כך שהוא יעיד, בראש ובראשונה, על קשר מספק לישראל, וכן יצביע על אפקטיביות ניהול ההליך בפורום הישראלי, במובן הרחב (קרי על כך שראוי לנהל את ההליך בישראל)".⁵⁹ בהזדמנות שלישית הוא חזר על כך שנכס צריך להיות "דבר רכוש, בעל ערך כלכלי, אשר נדרש לקיים שני מאפיינים מרכזיים: הראשון, עליו להעיד על זיקה מספקת של החברה לפורום הישראלי, והשני, עליו להבטיח כי צו הפירוק שיוצא יהיה אפקטיבי לגבי החברה ונכסיה – לטובת הנושים".⁶⁰

56 DICEY, MORRIS & COLLINS, לעיל ה"ש 28, פס' 30-045.

57 FLETCHER, לעיל ה"ש 55, פס' 3.35-3.43.

58 ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 58 להנמקת הרוב.

59 שם, פס' 72 להנמקת הרוב.

60 שם, פס' 94 להנמקת הרוב.

נראה כי המבחן שהוצב ניתן לשני פירושים שונים בתכלית. פירוש אחד דורש שיימצא נכס בישראל שיאפשר ניהול אפקטיבי של הליך פירוק במובן זה שתצמח תועלת לנושים. הבנה זו תגשים את התכלית המובנת מאליה של קביעת זיקה נכסית כבסיס לסמכות בחדלות פירעון – מתן גישה לנושים לנכסי החייב.⁶¹ אולם אופן הניסוח של המבחן עלול לכאורה לתמוך בפירוש אחר עמום וגמיש הרבה יותר. מהדברים שצוטטו עולה שעל הנכס "להעיד על זיקה מספקת בין ישראל [...] לבין החברה", "להעיד [...] על קשר מספק לישראל", "להעיד על זיקה מספקת של החברה לפורום הישראלי". עולה עוד שעל הנכס להעיד על זיקה מספקת לישראל "כפורום מתאים", ועל אפקטיביות "במובן הרחב" – קרי ש"ראוי לנהל את ההליך בישראל".⁶² ניסוחים אלה מניחים לכאורה בסיס למסקנה שניתן לוותר על הדרישה לנכס, שאין חשיבות אמיתית לדרישת האפקטיביות, ושסעיף 380(א) דורש רק ראייה לזיקה בין החברה לישראל שתעיד כי ישראל היא פורום נאות לניהולו של הליך פירוק. הבנה אפשרית זו יכולה לשאוב חיזוק מהעובדה שהשופט מלצר היה מוכן לבסוף לראות בהנפקת איגרות החוב בישראל נכס אף שהן הסתכמו בנכס בלתי מוחשי בלא ערך כלכלי כלשהו,⁶³ מניסיונו ליישב את פרשנות הסעיף הסטוטורי הישראלי עם מגמות מתפתחות בעולם המספקות בזיקה מהותית בין החברה לפורום המפרק,⁶⁴ ומעמדתו שדרישת האפקטיביות צומצמה ורוככה במשפט האנגלי.⁶⁵ אולם כפי שיובהר להלן, נראה כי יש להעדיף את הפירוש הראשון.

(1) זיקה נכסית או נכס כראיה לזיקה

ראשית, אין שום בסיס להמרת ה"נכס" הנדרש בסעיף 380(א) ב"זיקה" או בדרישה שהנכס יצביע על זיקה. כפי שהוסבר לעיל, במשפט האנגלי הדרישה לנכס אכן באה כדי להעיד על זיקה המצדיקה את הפעלתה של סמכות בלתי מוגבלת; היא משמשת ראיה לקיומה של זיקה כזו. לעומת זאת במשפט הישראלי סעיף 380(א) לפקודה קובע שקיימת זיקה מספקת כדי לכונן סמכות אם, ורק אם, נכס של החברה נמצא בישראל. הוא אינו דורש נכס גדול או נכס מסוים, אך הוא גם אינו מסתפק בזיקה שאיננה נכס. ואכן גם לדעת השופט מלצר, אם אין נכס בישראל, אי אפשר לכונן סמכות. בהתאם לכך, אין פשר לניסוחים השאובים מההקשר האנגלי הדורשים שהנכס "יעיד" על "זיקה" או "קשר" לישראל. הדרישה הסטוטורית מקימה חזקה חלוטה שנכס הוא זיקה מספיקה, אך חיונית, כדי שתיכנס סמכות. על כן אין אפשרות שיימצא נכס בישראל שלא יעיד על זיקה כזו, או שתזוהה זיקה לישראל שאינה מגולמת בנכס בישראל. אמנם ייתכן שנכס קטן או שולי ישכנע את בית המשפט שהזיקה לישראל אינה מספיקה כדי להפעיל את סמכות השיפוט במסגרת טענת פורום לא נאות, אך אין בין זה ובין הדרישה לקיומו של נכס לשם כינון הסמכות דבר וחצי דבר.

61 שכן בהיעדר שליטה באישיותו המשפטית של התאגיד, הליך המתנהל בבית משפט מחוץ למדינת ביתו של התאגיד יכול רק לחלק נכסים לנושים, ובהיעדר נכסים כאלה, הוא אינו יכול לעשות דבר.

62 ההדגשות הוספו.

63 ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 75–87 להנמקת הרוב. כן ראו דיון בפרק ב.2(א) ו-ב.2(ג) להלן.

64 שם, פס' 68 להנמקת הרוב.

65 שם, פס' 70 להנמקת הרוב.

(2) פרשנות מרחיבה וזיקה מהותית

אף אין בסיס להנחה שהדגשת ה"זיקה", שעל קיומה הנכס אמור להעיד, תקרב את דין ישראל לשיטות משפט אחרות אשר מגמישות כביכול את מבחני הסמכות בענייני פירוק ומתמקדות בזיקה מהותית או במבחן מרב הזיקות.⁶⁶ אין בכוחה של פרשנות מרחיבה של המונח "נכס" להבטיח שתוקנה סמכות על יסוד זיקה מהותית יותר בין חברה זרה ובין ישראל. ראשית, במסגרת מגבלות הלשון שהנמקת הרוב הדגישה, בכל מקרה נדרש נכס ואי אפשר להסתפק בזיקה אחרת, מהותית יותר או פחות. שנית, אמנם זיקת הנכסים עשויה לעתים להצביע על ניהול עסקים במדינה, וניהול עסקים עשוי להיחשב זיקה מהותית לפורום. אך לא בכל מקרה שבו לחברה יש נכס במדינה אפשר להסיק מכך שהיא מנהלת שם עסקים, וכפי שציין השופט מלצר עצמו, לא בכל מקרה שבו חברה מנהלת עסקים במדינה גם יש לה נכסים שם. על כן קיומו של נכס בישראל, גם בפרשנות מרחיבה של המונח "נכס", לא יוכל להבטיח קיומה של זיקה מהותית יותר.⁶⁷

ואין פלא בדבר, שכן המבחן ה"מהותי" שאליו התייחס השופט מלצר – ה"centre of main interests, המשמש זיקת סמכות ברגולציה האירופית – משמש שם זיקה אישית או אישית-עניינית בין החברה ובין הפורום, המצדיקה ניהול של הליך פירוק אוניברסלי עיקרי וחיסול של החברה. הזיקה האישית המקבילה במשפט הישראלי היא זיקת ההתאגדות; ישראל מוסמכת לפרק כל חברה שהתאגדה בישראל.⁶⁸ זיקה זו מבטאת את התפיסה המסורתית של המשפט המקובל – שבאה לידי ביטוי גם בסמכות שיפוט וברירת הדין בתאגידים – שלפיה "ביתה" של חברה מצוי במדינת התאגדותה. העמדה האירופית שלפיה אפשר לכוון סמכות לפרק חברה אם מרכז הניהול שלה מצוי במדינה מבוססת אף היא על תפיסתה המסורתית בדבר המקום שבו נמצא "ביתה" של חברה; במשפט הקונטיננטלי, בהקשר של סמכות שיפוט וברירת דין בתאגידים, בית זה נמצא במקום שבו עיקר פעילותה של החברה.⁶⁹ מכאן שבמשפט הישראלי הזיקה הנכסית לא נועדה כלל להקנות סמכות על יסוד היותה של ישראל "ביתה" של החברה אלא דווקא לאפשר כינון סמכות על חברה שישראל איננה "ביתה", לא כדי לחסלה אלא רק כדי לחלק את מה שאפשר לחלק מנכסיה. על כן אין סיבה לנסות להכניס לזיקת הנכסים זיקות "מהותיות" הרלוונטיות לזיהוי ביתה של החברה. ככל שזיקות "מהותיות" יכולות לבוא לידי ביטוי בישראל במצב המשפטי הקיים, הן יכולות להישקל רק בשלב שלאחר כינון הסמכות, במסגרת הטענה של פורום לא נאות. כאשר מבקשים לדעת אם ראוי להפעיל סמכות שכוננה על יסוד זיקה נכסית בלבד, יש מקום לשקול את זיקות החברה לישראל מצד אחד ולמדינות אחרות מצד אחר. אך אין הצדקה להכניס שיקולים אלה להגדרה של הזיקה הסטטוטורית "נכס".

66 שם, פס' 72, 84 להנמקת הרוב, וראו פס' 68 להנמקת הרוב לתיאור של שיטות אחרות.

67 יתרה מזו: אין היגיון בעמדה שלפיה מצד אחד אין להסתפק בניהול עסקים כסממן לקיומו של נכס בישראל – כפי שנקבע בהנמקת הרוב – אך מצד אחר ניתן להסתפק בפרשנות מרחיבה של נכס כי היא עשויה להצביע על ניהול עסקים בישראל – כאשר ניהול עסקים איננו הזיקה הסטטוטורית הדרושה.

68 ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 41, 55 להנמקת הרוב.

69 ראו פסברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1245–1246. אמנם גם אנגליה אימצה מבחן זה בהקשר האירופי המוגבל, וכאמור לעיל סמכות הפירוק הרגילה שלה אינה מוגבלת על ידי החוק, אך כפי שהובהר לעיל, המצב המשפטי בישראל שונה.

(3) אפקטיביות ההליך

נוסף על כל זאת, כאשר מדובר באינטרסים של נושים, להבדיל מהאינטרס בחיסול הפורמלי של החברה – שאפשר להשיג רק באמצעות זיקה אישית כגון מקום ההתאגדות – הזיקה הנכסית היא הזיקה המהותית הרלוונטית ביותר. היא נועדה בדיוק למצבים שבהם מבקשים לפרק חברה מחוץ לביתה. בניגוד להליך המבוסס על זיקה אישית, שיכול לחסל את האישיות המשפטית של החברה, אין כל משמעות להליך המתקיים מחוץ לביתה של החברה אם אין מה לחלק. מכאן הצורך באפקטיביות ההליך – קרי הסיכוי שתצמח תועלת לנושים. באנגליה הדרישה שההליך יהיה אפקטיבי במובן זה נוסחה במפורש, משום שלא נדרשה זיקה ספציפית כלשהי כדי לכונן סמכות. ובניגוד לעמדה המשתמעת מהנמקת הרוב כאילו חל פחות בדרישה זו, בכל התקופות המשפט האנגלי לא הסתפק רק בקיומה של זיקה לאנגליה, ולו זיקה מהותית, כדי לכונן סמכות, אלא דרש וממשיך לדרוש, כתנאי נפרד ועצמאי לכינון הסמכות, שיהיה סיכוי סביר שניהול ההליך יצמיח תועלת – לפחות לחלק מהנושים.⁷⁰

(4) הכוונה של הנמקת הרוב

לבסוף, נראה כי אף אין מקום לייחס להנמקת הרוב כוונה שהמבחן שלה יתמצה בזיהויה של זיקה מהותית לישראל שמצביעה על נאותות הפורום. השופט מלצר שלל במפורש את האפשרות שניהול עסקים ייחשב נכס במובן הסטוטורי אף שהדבר תואם את התכלית שהוא זיהה, כי ניהול נכסים אינו יכול להיחשב נכס מבחינה לשונית.⁷¹ יש להניח כי מאותה סיבה עצמה הוא דחה את מבחן מרב הזיקות כזיקת סמכות לעניין פירוק והגביל את השפעתו לשלב הדיון בנאותות הפורום.⁷² באותה מידה, אף שהוא תיאר את ההתפתחות במשפט האנגלי כנטישה הן של דרישת האפקטיביות הן של הדרישה לנכס, הוא הדגיש שאין צורך להרחיק עד כדי כך בישראל וציין כי ניתן להסתפק לצורכי המקרה הנדון בפסק הדין בעניין *Compania Merabello*, שם דווקא הודגשה החשיבות המכרעת של השאלה אם

70 בכל פסקי הדין העוסקים בסמכות בית המשפט האנגלי לפרק חברה זרה, וגם באלה החדשים יותר, מובאים שלושה תנאים, ולאחר שחוזרים על העמדה שכבר אין צורך בנכס ואפשר להסתפק בזיקה משמעותית לאנגליה, מציינים כדרישה חיונית שההליך יצמיח תועלת לפחות לחלק מהנושים. ראו למשל *In re Real Estate Development Co.*, [1991] BCLC 210; *Banco Nacional de Cuba v. Cosmos Trading Corp.*, [2000] 1 BCLC 813 (CA); *Stoczna Gdanska SA v. Latreefers Inc* (No. 2), [2000] EWCA (Civ) 36, [2001] 2 BCLC 116 (CA); *Buccament Bay Ltd. v. Harlequin Property (SVG) Ltd.*, [2014] EWHC (Ch) 4776 [22]. גם בספר האנגלי המנחה מתייחסים לדרישה זו כדרישה של "common sense" (ראו *DICEY, MORRIS & COLLINS*, לעיל ה"ש 28, פס' 30-050).

71 ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 50, 74 להנמקת הרוב.

72 שם, פס' 67 להנמקת הרוב, בה הוא העיר כי אין צורך להרחיק עד כדי הסתפקות במבחן מרב הזיקות כפי שנעשה באנגליה בעניין *Nyckeln* (לעיל ה"ש 30). ראו גם ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 102 להנמקת הרוב, שם השופט מלצר זיהה את מבחן מרכז הכובד היחסי של החברה, ששימש את השופטת אלשיך בבית המשפט המחוזי, עם מבחן מרב הזיקות, וציין שמבחן זה לבדו לא יצדיק הפעלת סמכות, וכי הוא ישמש רק בשיקולים בדבר נאותות הפורום.

תופק תועלת כלשהי לנושים.⁷³ הוא אף הקפיד להפריד בבירור בין שלב כינון הסמכות – ניתוח השאלה אם יש נכס בישראל המקיים את הדרישות של דבר בעל ערך כלכלי שמצביע על זיקה לישראל ושיפיק הליך אפקטיבי (במובן של תועלת לפחות לחלק מהנושים) – ובין השאלה אם ראוי לנהל את ההליך בישראל לפי מבחני הפורום הנאות. רוב הניתוח שלו הוקדש לניסיון לזהות בישראל דבר רכוש בעל ערך כלכלי, והודגש כמה וכמה פעמים הצורך שההליך יהיה אפקטיבי מבחינה זו שיפיק תועלת לנושים.⁷⁴

קריאת הניתוח המדוקדק של הנמקת הרוב מגלה דאגה כנה לקיום לשון החוק ותכליתו ולמצאת נכס בישראל, מתוך הנחה שהזיקה הנכסית עשויה להוליד תועלת לנושים ולהצדיק פירוקה של חברה זרה. לו הסתפקה ההנמקה בזיהויה של זיקה כלשהי לפורום, לא היה כל צורך לקיים את הדיון המפורט בפרשנות המונח "נכס" ובשאלה אם אפשר להסתמך על איגרות החוב לעניין זה. לו הסתפקה בנאותות הפורום, די היה להסתמך על השוואת הזיקות לישראל לזיקות למדינות אחרות. ההנמקה התמודדה חזיתית עם שאלות משפטיות ישירות וקשות – האם יש נכס? האם הוא בישראל? האם הוא של החברה? האם הוא עשוי להפיק תועלת לנושים? המאמץ הכביר שנעשה לשכנע בשאלות המשפטיות מבסס את ההנחה שהנמקת הרוב לא התכוונה לבטל את הסעיף הסטטוטורי או לאמץ תחתיו כלל סמכות חדש וגמיש, אלא שהיא התכוונה בכנות להציב מבחן משפטי עדכני בעל משמעות לפרשנות המונח "נכס".

על כן חרף הקשיים שראינו עד כה, ושעוד נראה, דומה כי יש להעדיף את הפירוש הראשון של המבחן הפרשני שבהנמקת הרוב ולהתייחס ברצינות לדרישה שיימצא נכס בישראל שעשוי להפיק תועלת לנושים. לפיכך מוצדק לפנות עתה לניתוח האופן שבו הופעל המבחן במקרה הנדון ולבחינת השאלה אם אכן זוהי כראוי נכס בישראל שיש בו כדי להפיק תועלת לנושים.

2. הפעלת המבחן הפרשני שאומץ

התמיהה השנייה והמרכזית בהנמקת הרוב נוגעת להפעלת המבחן לפרשנות המונח "נכס" בסעיף 380(א), ובאופן ספציפי להתמקדות בהנפקת איגרות החוב בישראל לצורך ביסוס המסקנה שלחברה נכסים בישראל. כאמור, השופט דחה את הרעיון שניהול עסקים בישראל יכול להיחשב נכס בישראל ודחה את האפשרות שמבחן מרב הזיקות או מרכז הכובד היחסי של החברה יישמש זיקת סמכות בפני עצמו. הוא ביקש למצוא דבר בעל ערך כלכלי שמצביע על זיקה של החברה לישראל, שעשוי להצמיח תועלת לנושים, ושיכול מבחינה לשונית להיחשב נכס, והוא זיהה לעניין זה את הנפקת איגרות החוב בישראל.

הדיון בעניין זה מורכב ביותר והוא מעורר סדרה של קשיים. הקושי הראשון הוא שלא ברור לגמרי מהו הנכס שאמור לשמש מקור לסמכות: החוב שנוצר מהנפקת איגרות החוב או שמא נכסי הקריירה או כושר ההשתכרות, שנוצרו – לשיטתו של השופט מלצר – מחוב

73 שם, פס' 65 להנמקת הרוב. כמו כן ראוי להזכיר בעניין זה שהשופט מלצר זיהה את שתי התכליות של ס' 380(א) עוד לפני שניגש לבחינת המשפט האנגלי והמשפט המשווה (שם, פס' 58 להנמקת הרוב).

74 שם, למשל פס' 82, 86 להנמקת הרוב.

זה. מצד אחד הודגש בכמה וכמה הזדמנויות שחוב יכול לשמש נכס, ושבהקשרים מסוימים הוא אף יכול להיחשב נכס של החייב ונכס בעל ערך כלכלי. כך גם הודגש בתחילת הדיון באיגרות החוב שהחוב מצוי בישראל. לכן, לכאורה, הנכס הרלוונטי הוא עצם החוב שהחברה חבה לנושים ישראלים. מצד אחר הודגש מיד לאחר מכן שאיגרות החוב יכולות ליצור נכס אחר – הוא נכס קריירה, פוטנציאל רווח, כושר השתכרות – ובהמשך מובא דיון מורכב באשר לנכס זה. הקושי השני הוא שבין שהנכס הוא החוב ובין שהנכס הוא הנפקת איגרות החוב או מה שהנפקה זו יצרה, אין זה ברור שהנכס הוא של החברה, שהוא עשוי להפיק תועלת לנושים או שהוא בישראל.

(א) האם חוב שחייבת החברה הוא "נכס" לעניין סמכות שיפוט?

האם החוב המיוצג על ידי איגרות החוב יכול להיות נכס שמקנה סמכות לפרק את החברה? אמנם חוב הוא נכס, אבל כפי שהשופט מלצר הבהיר בעצמו, הוא נכס של הנושה ולא של החייב.⁷⁵ אמנם השופט מלצר כבר הזכיר כי הפסיקה האנגלית אינה תמיד דורשת שהנכס שמחבר את החברה לפורום יהיה של החברה דווקא.⁷⁶ אולם גם בהנחה שאפשר להסתפק בנכס של מישהו אחר, נראה לאור הדוגמאות שהובאו מהפסיקה האנגלית לעניין זה ולאור הגיונם של דברים, כי יהא זה מרחיק לכת לבסס סמכות לפרק חברה זרה על זכות תביעה של נושי החברה כלפי החברה עצמה. כאמור לעיל, פסקי הדין הרלוונטיים הסתפקו בזכות תביעה של עובדי החברה כלפי המדינה⁷⁷ ובזכות תביעה של המפרק להטלת אחריות אישית על נושאי משרה בחברה.⁷⁸ במקרים הללו הכירו בזכות כ"נכס" המספיק לצורך ביסוס סמכות באנגליה, אף אם הזכות אינה בהכרח של החברה. ברם לא הכירו בזכות תביעה של נושה של החברה כלפי החברה עצמה כנכס לעניין זה.

ואין להתפלא על כך, שכן כפי שצוין במובאה שעליה הסתמך השופט מלצר מהספר האנגלי המנחה במשפט בין-לאומי פרטי, וכפי שהובהר לעיל, תנאי להסתפקות בנכס של מקור זר ("outside source") היה תמיד שהנכס הזה עשוי להביא תועלת לנושים. לא ברור כלל וכלל כיצד חוב שהחברה עצמה חייבת ואינה יכולה לשלם הוא נכס שיכול להצמיח תועלת לנושים, ולו משום שבמינוח של השופט מלצר עצמו אין לו ערך כלכלי לחייב. כפי שכבר הוסבר, הזיקה העניינית הקבועה בסעיף 380(א) – הדרישה כי לחברה זרה יהיו נכסים בישראל – נועדה להבטיח לא רק שתהיה זיקה בין החברה לישראל, אלא גם, ואולי בעיקר, שיהיה אפשר להפיק תועלת מהנכסים בהליך הפירוק לטובת הנושים. אם הנכס הנדון הוא רק חוב שהחברה חייבת, איזו תועלת תצמח ממנו? אמנם במקרה הנדון ייתכן שלאחר מתן צו הפירוק יוכל המפרק לתבוע את בעלי המשרה, אך אפשרות זו תלויה בכל מקרה ומקרה

75 שם, פס' 79 להנמקת הרוב. עם זאת, בפס' 50, השופט מלצר מפנה לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ס-1980 כדי להראות כביכול שהעובדה שההגדרה שם של המונח "נכס" כוללת חוב פירושה שגם חוב של החייב הוא נכס שלו. טענה זו אינה נתמכת בפקודת פשיטת הרגל. הפקודה כוללת "חוב" בהגדרת "נכס", כי אכן חוב הוא נכס. אבל היא אינה משנה מושכלות יסוד בדיני קניין ואינה קובעת שחוב שחייב פושט הרגל הוא נכס שלו.

76 ראו שם פס' 64, 66.

77 ראו עניין Eloc Electro-Optieck, לעיל ה"ש 28.

78 ראו עניין International Westminster Bank, לעיל ה"ש 29.

בנסיבות העניין. כאשר אין אפשרות סבירה שתביעה כזו תתממש, ההסתפקות בחוב שהחברה עצמה חייבת, מבלי שהנסיבות מצביעות על תועלת ספציפית שהנושים יוכלו להפיק מהפירוק, לא תועיל לאיש.

(ב) האם החוב הוא נכס "בישראל"?

נוסף על כך, סעיף 380(א) דורש שלחברה יהיו נכסים "בישראל", ואין זה מובן מאליו שהחוב הנדון הוא בישראל. אמנם הנכס שייך לנושים, והם נמצאים בישראל, אבל בניגוד לעמדה שבהנמקת הרוב,⁷⁹ אין בכך די. לפי כללי המיקום המקובלים ברוב שיטות המשפט, חוב אינו ממוקם אצל הנושה אלא אצל החייב, כלומר במקום שבו אפשר לממש את החוב.⁸⁰ במקרה הנדון החייב הוא חברה זרה, ולפי הכללים המקובלים ברוב שיטות המשפט, המקום שבו אפשר לממש את החוב הוא במדינה שבה החברה התאגדה (והיא אינה ישראל) או במדינה שבה היא מנהלת עסקים.⁸¹ על כן כדי להגיע למסקנה שהחוב האמור הוא בישראל, צריך קודם להכריע שהחברה מנהלת, או ניהלה, עסקים בישראל. אין דיון בשאלה זו בהחלטה. אמנם בית המשפט המחוזי קבע שהחברה ניהלה פה עסקים, ואף הסתמך על ממצא זה כבסיס לסמכות. השופט מלצר, שהסתייג מהשימוש בזיקה זו כזיקת סמכות, כנראה אימץ את הממצא העובדתי, שכן הוא הפנה לדבריה של השופטת אלשיך לצורך מניין זיקותיה של החברה לישראל במסגרת הדיון בטענה שהפורום הישראלי הוא פורום לא נאות. אך נראה כי דרושה התייחסות ישירה ומפורטת יותר להיקף ניהול העסקים, למיקומו ולמשכו כדי להסיק שישראל היא בבחינת "ביתה" של החברה החייבת לצורך מיקומו של החוב בישראל.

(ג) האם איגרת החוב היא "נכס" לעניין סמכות השיפוט?

האם הנפקת איגרת החוב או הנכס שאיגרות החוב יצרו – פוטנציאל רווח, כושר השתכרות, נכסי הקריירה – יכולים להיחשב נכס שמקנה סמכות לפרק חברה זרה בישראל? השופט מלצר ממשיך את ההלוואה להשקעה של החברה בעתידה, נטיעת שורשים של עץ שיניב פירות בעתיד.⁸² אף שהנטייה הטבעית היא לראות בחוב המבוסס על הלוואה לחברה השקעה של המלווה בחברה, ולא של החברה הלווה, אפשר אולי להשתכנע שהנפקת איגרות החוב היא גם השקעה של החברה בעתידה באשר היא משקפת התחייבות שהחברה קיבלה עליה, שתאפשר לה להתפתח.

עם זאת קשה לראות בהשקעה זו נכס של החברה לצורך כינון סמכות בפירוק. אף על פי שכושר השתכרות יכול להיחשב "נכס", ואף על פי שחוב, ואף הפסד, יכולים להיחשב "נכס" בהקשרים מסוימים, אין כל בסיס להנחה שהנכס שנוצר מהנפקת איגרות החוב יפיק תועלת לנושים – או במינוח של השופט מלצר, שיש לו ערך כלכלי לחייב. ואם כך, אין

79 ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 75 להנמקת הרוב.

80 ראו DICEY, MORRIS & COLLINS, לעיל ה"ש 28, פס' 22-026.

81 ראו שם, פס' 22-027.

82 ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 79–86 להנמקת הרוב.

הצדקה לראות בנכס שנוצר מהנפקת איגרות החוב נכס בהקשר המיוחד של כינון סמכות לפרק חברה.

הקושי אינו נפתר באמצעות העמדה שאף על פי שאין לנכס זה כל ערך כלכלי בעת בקשת הפירוק, כל עוד לא ניתן צו פירוק, הוא נכס שיכול להצמיח תועלת לנושים, למשל בהליך של הבראה.⁸³ אם ממשיכים את המשל לכושר השתכרות, אזי היעדר יכולת להחזיר את החוב משול לכושר השתכרות שנפגע ואינו עוד. בהנחה שאדם בעל פוטנציאל רווח גדול איבד את כל היכולות הפיזיות או המנטליות שמבססות את הפוטנציאל הזה (ובהנחה שאין אדם אחר האחראי לכך, שישלם פיצוי שיחליף את הפוטנציאל האבוד), לא נשאר בידי האדם הנפגע דבר שאפשר לפתחו או להבריאו או לחלקו. לא סביר לומר שדי בעובדה שהיה לו פעם פוטנציאל כזה ובעובדה שהוא טרם מת כדי לבסס את הסיכוי שיבריאו ופוטנציאל זה יחזור אליו.

יתרה מזו: אם ניתן להסתפק באפשרות ההבראה כדי לקבוע שפוטנציאל הרווח שנוצר מצדיק כינון סמכות לפרק חברה, ראוי לדרוש ראייה שבפועל, בעת הבקשה למתן צו פירוק ולצורך הדיון בקיומה של סמכות, סביר שאפשרות זו קיימת, כלומר שהנכס שנוצר מהנפקת איגרות החוב עדיין יכול לתרום לגיוס כספים גם כשהכסף שניתן תמורת איגרות החוב אינו עוד. בהיעדר ראייה כזו, העמדה שפוטנציאל הרווח שנוצר מאיגרות החוב יכול להבריאו כל עוד לא ניתן צו פירוק מניחה שלעצם קיומן של איגרות חוב יש ערך כלכלי, ושכלי קשר להיעדר יכולת הפירעון של החברה ברגע נתון, קיומן זה יכול לשפר את יכולת התאגיד לגייס עוד כסף. דא עקא שאין זה המצב. קיומן של איגרות חוב שלא נפרעו במועד מעיד על מצבה הבעייתי של החברה ועלול דווקא להרתיע משקיעים פוטנציאליים.

אך מעבר לכל זה, ההסתמכות על האפשרות המשפטית של הבראה, שעשויה להחזיר לחברה את פוטנציאל הרווח המגולם בהלוואות שהיא אינה יכולה להחזיר והמובטחות באמצעות איגרות החוב, תלויה כל כולה בכך שלבית משפט ישראלי סמכות בין-לאומית לנהל הליך הבראה, שאם לא כן, אי אפשר יהיה להפיק חיים חדשים בפוטנציאל הרווח. סעיף 350(יא) לחוק החברות, התשנ"ט-1999 מגדיר מי היא "חברה" שהסדרי ההבראה חלים עליה, ומתברר שניתן להבריאו בישראל רק חברה הניתנת לפירוק לפי פקודת החברות. על כן האפשרות להבריאו את החברה באמצעות הנכס חסר הערך הכלכלי שנוצר מהנפקת איגרות החוב תלויה כל כולה בסמכות לפרק את החברה, אשר אפשרות ההבראה הייתה אמורה לבסס.⁸⁴

83 אמנם צעד זה מביע לכאורה דאגה ראויה לכך שהנכס יפיק תועלת לנושים ושההליך יהיה אפקטיבי. אולם דווקא בהקשר זה, משום מה, השופט מלצר אינו תולה את האפקטיביות של ההליך בקיומו של "נכס" שממנו ניתן להפיק תועלת, אלא כדי להסיק שההליך יהיה אפקטיבי "במובן הרחב", הוא מסתפק בכך שישראל היא מדינת ההנפקה ושרבים מנושי החברה מצויים בה (שם, פס' 82 להנמקת הרוב ושוב בפס' 86).

84 אפשר להעלות על הדעת טיעון שלפיו יש לתת פירוש מעט אחר לס' 380(א) לפקודה בכל אחד משני ההקשרים הללו, וזאת, בהתבסס על המטרות השונות של הליך הפירוק והליך ההבראה. לפיכך, אפשר אולי לטעון כי גם אם לצורך ביסוסה של סמכות בפירוק יש לפרש את המונח "נכס" שבס' 380(א) כדורש נכס בישראל בעת בקשת הפירוק, לצורך הליך של הבראה, אפשר להסתפק בנכס שיקום רק לאחר תחילת

(ד) האם הנכס המיוצג על ידי איגרת החוב הוא נכס "בישראל"?

גם אילו הנכס שנוצר מהנפקת איגרות החוב היה בעל ערך כלכלי והיה בו כדי להפיק תועלת לנושים, שוב נדרש להראות כי הנכס נמצא בישראל, ולא ברור כלל כיצד ממקמים נכס כזה. אם מתמקדים בחוב שניטל, הוא מצוי אצל החייב, וכדי להראות שמקום זה הוא ישראל, יש צורך כאמור בשלב ניתוח נוסף. אם מתמקדים בכסף שהחברות קיבלו ושסיפק להן מקור להתפתחות, גם השופט מלצר מסכים שהכסף הזה איננו בישראל.⁸⁵ האם אפשר להתמקד בשורשים שניטעו כביכול בישראל בזכות ההלוואה מנושים ישראלים? קשה ביותר לייחס נפקות משפטית לדימוי זה. המשלת ההשקעה לנכס קריירה, לפוטנציאל רווח ולכושר השתכרות אינה מועילה לעניין זה, שכן אין התייחסות בהחלטה לשאלה המשפטית היכן נכסים כאלה ממוקמים. ייתכן שאפשר ללמוד ממיקומו של נכס בלתי מוחשי אנלוגי – מוניטין (goodwill). אך גם נכס זה קשה למיקום. הוא כנראה ממוקם במקום כלשהו שבו החברות פועלות או מנהלות את עסקיהן.⁸⁶ מבלי להיכנס לשאלה מהו העסק הרלוונטי (גיוס כספים? ניהול נכסי נדל"ן?) אי אפשר לזהות את המקום שבו הוא מתנהל (גיוס הכספים הוא בישראל – האם רק בישראל? אך ניהול נכסי הנדל"ן הוא באירופה), ומבלי לזהות מקום זה אי אפשר להניח שהנכס נמצא בישראל.

3. חלופה קלה יותר?

קשיים אלה מוליכים את הקורא לתהות מדוע הושקע מאמץ רב כל כך בביסוס סמכות הפירוק הישראלית על דבר שמתאים בדוחק רב כל כך לדרישות שהנמקת הרוב עצמה הציבה להכרה בנכס כמקור לסמכות פירוק. קשה לראות בו נכס, קשה לראות בו נכס של החברה, קשה לראות כיצד הוא עשוי להועיל לנושים, וקשה לראות בו נכס בישראל. רק לאחר הדיון המורכב באיגרות החוב, ובשולי הדברים, התייחס השופט מלצר בחיוב לטענה שאפשרות סבירה של תביעה אישית נגד בעלי המשרה בחברה היא נכס במובן של סעיף 380(א).⁸⁷ קל יותר לקבל אפשרות זו, שכן זכות תביעה עתידית מקיימת את כל

הליך ההבראה. אין זה המקום לדון בטענה זו, אך אילו רצו להסתמך על היגיון זה, היה ראוי לדון גם באפשרות זו.

⁸⁵ ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 75 להנמקת הרוב.

⁸⁶ ראו DICEY, MORRIS & COLLINS, לעיל ה"ש 28, פס' 22-050 ופסקי הדין המובאים שם: Inland Revenue Commissioners v. Muller & Co's Margarine Ltd., [1901] AC 217; R. J. Reuter Co. Ltd. v. Mulhens, [1954] Ch 50, 95-96.

⁸⁷ ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 88 להנמקת הרוב. הוא ציין שאין צורך לדון בכך, כי כבר מצא נכס שביסס את הסמכות (פס' 88), אך הביע עמדה ברורה שלדעתו די בזכות תביעה זו (שם, פס' 93 ואילך). לעומת זאת הוא דחה את הטענה שניתן לראות כנכס את האפשרות להרים את מסך ההתאגדות (שם, פס' 88-92). נימת הדברים שלו שם מעוררת תהייה, שכן הוא דחה את האפשרות לא רק משום שהיא חותרת תחת האישיות המשפטית של החברה, אלא גם משום שהיא אינה נכס של החברה, ומשום שהסעד של הרמת מסך הוא סעד נדיר. אולם השופט מלצר עצמו, בעקבות המשפט האנגלי, לא התעקש שהנכס יהיה של החברה דווקא. אדרבה, הוא עשה מאמץ אדיר להראות שאיגרות החוב יצרו נכס של החברה אף שהחוב שהן מגבשות הוא של הנושים, והוא היה מוכן עקרונית להכיר בזכות לתבוע הטלת אחריות אישית על בעלי המשרה כבסיס לסמכות פירוק, אף שזכות זו היא של המפרק. כמו כן הוא הסביר שהסעד של הרמת מסך ניתן רק כשהשימוש במסך ההתאגדות נעשה "במטרה" להונות אדם, לקפח נושה של

הדרישות שהשופט מלצר הציע לזיהויו של "נכס בישראל" לצורך כינון סמכות בפירוק: זכות תביעה היא בוודאי נכס; אמנם זכות זו אינה של החברה אלא של המפרק או של הנושים, אבל המפרק נכנס לנעליה של החברה לצרכים רבים, והפסיקה האנגלית, והשופט מלצר בעקבותיה, מוכנים להכיר בנכס של צד שלישי, לרבות של הנושים, אם הדבר מביא תועלת לנושים; תביעה כזו אכן עשויה להצמיח תועלת לכל הנושים; ואם בעלי המשרה הנתבעים הם ישראלים, ואם אפשר לתבעם בישראל, זכות התביעה ממוקמת בישראל.⁸⁸ לא זו בלבד שמסלול זה נראה קצר, קל ומשכנע מהמסלול שנבחר, הוא גם טומן בחובו פחות מההשלכות הבעייתיות שנראה בהמשך.⁸⁹ יתרה מזו, קיימת אסמכתה אנגלית ישירה שתומכת בעמדה שזכות תביעה זו היא נכס לצורך סמכות בפירוק ועמדה זו הובעה בחיוב במסגרת ההצגה של המשפט האנגלי שבהנמקת הרוב.⁹⁰ לאור הנכונות הרבה ללמוד מהמשפט האנגלי ועל אף כל הבעייתיות שבדבר שהוצגה לעיל, קשה להבין מדוע מהלך זה לא אומץ.

אמנם יש קושי בניתוח זה, כפי שציין השופט מלצר בעצמו, דהיינו שמדובר בזכות עתידית, כלומר נכס שיקום לעולם רק לאחר שיינתן צו הפירוק.⁹¹ בהקשר של המשפט האנגלי תכונה זו אינה מהווה בעיה משום שסמכות הפירוק אינה מבוססת על הדרישה לנכס. צוין שם לא פעם שאפשר להסתפק בזכות עתידית רק משום שכל מה שנדרש הוא זיקה לאנגליה וסיכוי שההליך יפיק תועלת לנושים;⁹² צוין עוד שאילו נדרש נכס כתנאי לסמכות, היה צריך לעמוד על קיומו של הנכס בעת הבקשה למתן צו פירוק, ואי אפשר היה להסתפק בנכס שכל קיומו תלוי במתן הצו.⁹³ במשפט הישראלי אפוא קשה יותר להסתפק בזכות עתידית.

אין להפחית מחשיבותו של קושי זה: אכן הניתוח המתבקש הוא שהנכס יימצא בפורום בעת הגשת בקשת הפירוק כדי לכונן סמכות שיפוט. השופט מלצר פתר את הקושי בכך

החברה, או באופן הפוגע בתכלית החברה ותוך נטילת סיכון בלתי סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה" (שם, פס' 90). אולם הוא עצמו ייחס דברים אלה בדיוק לבעלי השליטה במקרה הנדון (שם, פס' 84) – לכן היה אפשר להניח שאילו התבקש הסעד של הרמת מסך בנסיבות העניין, הוא לא היה נדחה על הסף.

88 למיקומה של זכות תביעה ראו DICEY, MORRIS & COLLINS, לעיל ה"ש 28, פס' 22-046. למען הסר ספק כדאי אולי לציין שזכות תביעה זו באה מתחום דיני הפירוק. לכן גם כשמדובר בחברה זרה העוברת הליך של פירוק בישראל, מקורה של הזכות הוא בדין ישראל ולא בדין ששולט בחברה (על ברירת הדין בפירוק חברות ראו פסברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1368–1385). לעניין זה, אין כל חשיבות לעובדה שהדין ששולט בחברה אינו מכיר בקיומה של זכות כזו. אמנם ייתכן, תאורטית, שהדין ששולט בחברה יקנה זכויות ישירות לחברה נגד הדירקטורים, לפני הפירוק. אם זה המצב, ואם הדירקטורים החייבים מצויים בישראל, אזי אין כל קושי לכונן סמכות, משום שלחברה יימצא נכס בישראל.

89 לסקירת אחדות מההשלכות של המסלול שנבחר ראו פרק ב.4 ופרק ג להלן.

90 ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 64 להנמקת הרוב.

91 שם, פס' 95 להנמקת הרוב.

92 כזכור במקרה אחד התבססו על כך שצו הפירוק יקים לעובדי החברה זכות תביעה נגד המדינה, והסתפקו בכך שמתן הצו יועיל לפחות לחלק מהנושים (עניין Eloc Electro-Optieck, לעיל ה"ש 28). במקרה אחר התבססו על כך שצו הפירוק יקים זכות תביעה נגד הדירקטורים, כך שצו הפירוק היה עשוי להועיל לכלל הנושים (עניין International Westminster Bank, לעיל ה"ש 29).

93 ראו שם.

שלצורך כינון הסמכות הוא היה מוכן להסתפק באפשרות סבירה שתהיה תביעה כזו. אמנם, בשיטת משפט שבה דרישת הנכס היא דרישה סטטוטורית, מהלך זה אינו משכנע לגמרי.⁹⁴ אולם בהנחה שאכן קיימת אפשרות לביסוסה של התביעה, אפשר שתצמח תועלת לנושאים. מכל מקום קל יותר לקבל את הניתוח הזה, שמסתפק בזכות עתידית בתנאי שיש סיכוי סביר שהיא תקום, מאשר את הניתוח המרכזי בפסק הדין, שהסתפק בנכס ריק שסימל בעצמו את חדלות הפירעון של החברה מבלי לדרוש בסיס ראיתי כלשהו לאפשרות המשפטית והמעשית שיהיה אפשר להפיח בו חיים.

4. השלכותיה של הנמקת הרוב

הנמקת הרוב מרחיבה מאוד את סמכות בית המשפט הישראלי בענייני פירוק לעומת מה שהיה אפשר לתאר לפניו. ייתכן שראוי להרחיב את סמכות השיפוט של בתי המשפט בישראל בענייני פירוק או לשנות את זיקת הסמכות. כאמור, הרשימה אינה עוסקת בשאלה זו. אולם נראה כי גם בעיני מי שסבור שתוצאת פסק הדין ראויה ושיש מקום להרחיב את הסמכות בפירוק, ההרחבה השיפוטית שנעשתה אינה מתיישבת היטב עם לשון החוק ויוצרת יותר בעיות משהיא פותרת. לקשיים שזוהו בניתוח הנמקת הרוב יש השלכות קשות. דומה כי על אף המאמץ לעגן את ההנמקה בפרשנות משפטית מקצוענית, המונח "נכסים" נמתח מעבר ליכולת קיבולו. מתיחה זו מטשטשת מאוד את כלל הסמכות שבסעיף 380(א) לפקודה ומניחה בסיס לטענות משפטיות תמוהות.

(א) אשר לסמכות בפירוק

מאחר שכל הלוואה שחברה נוטלת, ולא רק איגרת חוב, מגבירה את פוטנציאל הרווח של החברה, מעתה כל אימת שישראל מלווה לחברה זרה, תוכל הלוואה זו לשמש בסיס לסמכות לפרק את החברה בישראל. קשה להניח שזו הייתה כוונת המחוקק כשהוא דרש שיהיו בישראל נכסים של חברה זרה כדי שתיכון סמכות פירוק. אף לא ברור שהנמקת הרוב התכוונה לתוצאה זו. כמו כן, קשה ליישב עמדה זו עם כללי הסמכות בשאר העולם, שאינם מסתפקים על פי רוב בנוכחותו של נושה בפורום ותו לא כזיקה מספקת לכינון סמכות לפרק חברה זרה. העובדה שבנסיבות העניין נמצאו זיקות נוספות לפורום אינה יכולה להצדיק את הנכונות לראות בחוב "נכס", שכן הסעיף אינו דורש דבר מלבד הנכס, ואין זה מובטח כי במקרים אחרים תימצאנה זיקות נוספות כאלה. כמו כן העובדה שאפשר לטעון טענות פורום

94 מהלך זה מזכיר את המהלך המוכר במסגרת תק' 500(4)(א), 500(4)(ג) ו-500(5) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 – כאשר התובע מתבסס על חוזה, ועולה האפשרות שהחוזה אינו תקף. נקבע כי בשלב של כינון סמכות השיפוט אין צורך להוכיח ברמת הוודאות הגבוהה ביותר במשפט אזרחי כי החוזה קיים ותקף, אלא די להראות ברמה של תביעה הראויה לטיעון שיש חוזה (ראו ע"א 9725/04 אשבורן חברה לסוכנויות ומסחר בע"מ נ' CAE Electronics Ltd, פס' 9 (פורסם בנבו, 4.9.2007)), וגם אם בדיעבד יתברר שלא היה חוזה, לא תידחה התביעה מחמת חוסר סמכות (ראו ע"א 74/83 סארפסאדה ראד נ' חי, פ"ד מ(2) 141, פס' 4 לפסק דינה של המשנה לנשיא בן-פורת (1986)). אמנם במקרה הנדון כאן ידוע מראש שהנכס אינו קיים בעת בקשת צו הפירוק, ושהוא יקום רק לאחר מתן הצו, אך נראה כי לאור הפסיקה האנגלית ולאור הפסיקה הישראלית בעניין היתר המצאה לצורך תביעה חוזית, ניתן אולי להסתפק באפשרות סבירה בנסיבות העניין.

לא נאות אינה מועילה לעניין זה, הן משום שמדובר בעיצוב כלל סמכות ראוי ולא בשאלה איך תופעל הסמכות, הן לאור העמדה שיש לצמצם את השימוש בטענה של פורום לא נאות.⁹⁵

(ב) אשר לניתוח משפטי כללי

הרעיון שחייב אדם לנושה יכול להיחשב לא רק נכס של הנושה אלא גם נכס של החייב כי הוא יוצר אצלו פוטנציאל רווח, הוא רעיון מתוחכם, ולעתים הוא תואם את המציאות, כפי שהומחש בכמה הקשרים בהנמקת הרוב. אולם מצבים אלה נדירים.⁹⁶ השימוש ברעיון זה – גם כשלנכס אין כל ערך כלכלי – עלול לשמש בסיס לטענות משונות בהקשרים נוספים שבהם מייחסים חשיבות לקיומו של נכס. למשל, סעיף 136 לחוק הירושה, התשכ"ה–1965 מאפשר לבסס את סמכות בית המשפט הישראלי לדון בירושתו של מנוח שלא היה תושב ישראל בעת מותו על כך שהוא הניח נכסים בישראל. מקובל לחשוב שאין להסתפק בכך שהמנוח השאיר חוב ונושה בישראל.⁹⁷ לכאורה, הניתוח בהנמקת הרוב מניח בסיס לכך שבניגוד לדעה המקובלת ובניגוד למה שמקובל בכל מדינה אחרת, כל אימת שהמנוח הניח נושה בישראל, יוסמך בית המשפט הישראלי לנהל הליך ירושה. לאור הפסיקה התמוהה לא פחות מהזמן האחרון שסמכות שיפוט בירושה המבוססת על זיקה נכסית בלבד משתרעת על כלל נכסיו של אדם,⁹⁸ צפויים מצבים שבהם די שיש בישראל נושה של מנוח זר שכל נכסיו מחוץ לישראל, כדי שישאל תוסמך לנהל הליך של ירושה בנוגע לכלל נכסיו. גם עמדה זו חורגת בהרבה מהמקובל בשאר מדינות העולם, וגם פה קיומו של שיקול דעת שיפוטי בהקשר של פורום לא נאות אינו תרופה ראויה לשיבוש מושגי יסוד במשפט.

(ג) אשר למיקום נכסים

היעדרה של התייחסות רצינית לשאלה אם הנכס שבבסיס הסמכות נמצא בישראל, שבא לידי ביטוי בקביעה הסתמית והמוטעית שהנושים נמצאים בישראל ולכן החוב הוא בישראל, מוסיף לקושי שבהרחבת המשמעות של "נכס". מקומם של נכסים חשוב ביותר ולא רק לצורך קביעת סמכות שיפוט בין-לאומית ולצורך הפעלתם של כללי ברירת דין.⁹⁹ אין זה

95 ראו לעיל המקורות המובאים בה"ש 1.

96 ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 78 להנמקת הרוב. המצבים היחידים המוזכרים שם כמצבים שבהם חוב יכול להיחשב נכס בידי החייב כי הוא יוצר אצלו פוטנציאל רווח הם הפסד שיכול להימכר או לשמש בסיס לקיזוז בתחום המיסוי, ועסקאות לרכישת חוב שנועד למימון נכס כששווי השוק של הנכס ירד. ייתכן שיש עוד הקשרים פיננסיים שכאלה, אך הם בוודאי אינם תופעות נפוצות.

97 ראו אבנר ח' שאקי "כללי משפט בין-לאומי פרטי בחוק הירושה, תשכ"ה–1965" עיוני משפט ג 51, 65, ה"ש 80 (1973); פסברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1075.

98 ראו לעיל ה"ש 4.

99 באשר לסמכות שיפוט וברירת דין אפשר להדגים את חשיבותו בהקשרים האלה: הסמכות לנהל הליך חפצא (in rem) בישראל תלויה בהמצאות הנכס הנדון בישראל (ראו פסברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 371–373, 978–982); הסמכות לנהל הליך ירושה של תושב זר בישראל תלויה בהמצאותו של נכס מנכסי העיזבון בישראל (ראו ס' 136 לחוק הירושה, התשכ"ה–1965); כלל ברירת הדין בקניין מפנה לדין מקום הימצא הנכס (ראו למשל בג"ץ 279/51 הרץ אמסטרדם נ' שרי-האוצר, פ"ד ו 945, בעמ' 964).

מפתיע שהעמדה כי החוב נמצא בישראל משום שהנושים הם ישראלים לא לוותה באסמכתה, אך עמדה שגויה זו עלולה לשמש בעצמה אסמכתה בעתיד ולשבש מושגי יסוד באשר לעניינים אלה. הדימוי הציורי של שורשים שניטעו בישראל אינו מאיר עיניים לעניין זה, והוא עלול לספק בסיס לטענות נוספות החותרות תחת כללי המיקום המקובלים.

(ד) אשר למבחן מרב הזיקות ונאותות הפורום

השלכה נוספת של החלטה זו קשורה לשיקולים שיש לשקול במסגרת הטענה שהפורום אינו נאות. הנמקת הרוב מבחינה היטב בין מבחן מרב הזיקות ובין כלל הסמכות. השופט מלצר אימץ במלואם את הממצאים של השופטת אלשיך שנועדו להראות שמרכז הכובד של החברה בישראל, אך קבע שמבחן זה אינו יכול לשמש מבחן סמכות, אלא יכול לשמש רק בבדיקת נאותות הפורום. אולם הוא הוסיף כי המונח "מרכז הכובד היחסי" של החברה הוא שם נרדף למבחן מרב הזיקות, ולכן הוא אימץ גם את הניתוח הנוסף של השופטת אלשיך שנועד להראות שמרב הזיקות הן לישראל.

אין מחלוקת שהממצאים של השופטת אלשיך מצביעים על "מרכז הניהול" של החברות. למשל אם אכן החברות שהתאגדו בקפריסין כדי לנהל עסקי נדל"ן באירופה ניהלו משרדים בישראל ומשם ניהלו את עסקיהן, אם רוב מוחלט של בעלי השליטה, חברי הדירקטוריונים ומנהלי החברות הם ישראלים, ואם – כדברי המפרק – יש ביניהם עירוב תפקידים, ואם נוסף על כל אלה התקיימו פגישות הדירקטוריונים בישראל (דבר שלא הוכרע) – אזי אפשר לקבוע כי מרכז ניהול החברות הוא בישראל, או במינוח של השופטת אלשיך, מרכז הכובד היחסי של החברות בישראל.¹⁰⁰ במסגרת דיון בנאותות הפורום, לאחר שנקנתה סמכות שיפוט על יסוד זיקה נכסית, הממצאים הללו שמצביעים על מרכז הניהול של החברה אכן יכולים להיחשב זיקות הקושרות את החברות לישראל.

לעומת זאת הזיקות הנוספות שהובאו בפסק הדין של השופטת אלשיך, ושגם עליהן הסתמכה הנמקת הרוב בדיון בנאותות הפורום, שונות. בהקשר זה הבאת דבריה של השופטת אלשיך שלפיהם "המחלוקות מושא העניין קשורות כולן לצדדים ישראליים, להתקשרויות שנעשו בישראל ולדיני חדלות הפירעון הישראליים" תמוהה ביותר. אמנם הנושים הם ישראלים, אך לא ברור כיצד אפשר להתעלם מהעובדה שצד אחד למחלוקות הוא החברה החייבת, והיא התאגדה מחוץ לישראל. אמנם איגרות החוב הונפקו בישראל, אך התקשרויות אלה אינן מושא התביעה לפרק את החברה. התבססות על התקשרויות אלה מכניסה בדלת האחורית את החיוב האישי שהשופט מלצר הקפיד להוציא כשהוא שלל את הקונסטרוקציה של השופטת אלשיך בדבר תניות השיפוט. כפי שהוא הבהיר שם, הליך פירוק אינו עוסק בהתקשרויות ספציפיות; הוא הליך קולקטיבי, והשאלה הרלוונטית אינה

ואילך (1952)) ועוד. אך מקומם של נכסים חשוב גם לצורך סמכויות ההוצאה לפועל, לצורך הפקעה, לצורך עיקול וצווי הקפאת נכסים, לצורך הפעלתן של הוראות רגולטוריות בנוגע לנכסים ועוד.

100 הנפקת איגרות חוב בישראל כשלעצמה אינה מצביעה על מרכז הניהול של חברה, שכן כל חברה יכולה להנפיק איגרות חוב בישראל ובמדינות רבות אחרות. אם הן הונפקו רק בישראל, ייתכן שגורם זה מחזק את המסקנה. אולם זהותו של מקום הימצאם של הנושים כשלעצמה אינה רלוונטית לעניין זה, ומאחר שבדרך כלל היא לא תהיה גורם שונה ועצמאי ממקום ההנפקה, אין זה מוצדק למנות גם אותה, כפי שנעשה בבית המשפט המחוזי (ראו לעיל הטקסט שליד ה"ש 51).

אם ישראל היא פורום נאות לדיון בהתקשרויות אינדיוידואליות, אלא אם היא פורום נאות לפירוק החברה. אשר לעמדה שהמחלוקות קשורות לדיני חדלות פירעון ישראליים: אמנם ההתדיינות מתנהלת סביב השאלה אם בית משפט ישראלי מוסמך לפרק את החברה, אך לא ברור כיצד המחלוקות המהותיות בין הצדדים קשורות לדיני חדלות פירעון בכלל או לדיני חדלות פירעון ישראליים בפרט. אם די שמבקשים פירוק בישראל כדי לקשור את העניין לדיני הפירוק הישראליים, העמדה היא מעגלית וחסרת משמעות.

אכן די להראות שמרכז הניהול של החברה, או מרכז הכובד שלה, הוא בישראל – אם זה אכן המצב – כדי להצדיק הפעלת סמכות שכבר נרכשה מכוח זיקת הנכסים. אולם אימוץ הממצאים הנוספים בדבר זיקה כביכול לישראל חותר תחת תובנה זו. הוא ממחיש את הסכנה שבמבחן המבוסס על זיהוי מרב הזיקות ואת הצורך להינזר מפני הפיתוי שסכנה זו מזמנת: הזיקות מניפולטיבית לכל זיקה אפשרית, רלוונטית או לא, כדי לחזק את הכוח הרטורי של עמדה, שאינה בהכרח מבוססת, שלפיה יש קשר לישראל.¹⁰¹

ג. הנמקת המיעוט והשלכותיה

הנמקת המיעוט קצרה בהרבה ולכאורה פשוטה בהרבה. קוצרה ופשטותה מעוררים מיד תמיהה, שכן כל השופטים האחרים שעסקו בסוגיה זו סברו שמדובר בשאלה קשה.¹⁰² בשל תמציתיות חוות הדעת ולצורך הניסיון להבין מה נאמר בה, היא תובא במלואה.

1. חברי, השופט ח' מלצר, פרש משנה סדורה ומחכימה לביסוס גישתו לפיה מן הראוי ליתן פרשנות מרחיבה ל"נכסים" שסעיף 380(א) לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, מדבר בהם. היטיב חברי להראות כי התכלית קוראת להרחבה; הלשון, עם זאת, קוראת לצמצום. כשלעצמי, דומני, כי בין כך ובין כך, המשפט הבינלאומי הפרטי הוא הנותן, בנסיבות העניין, ועל סמכו ניתן לפסוק את הדין בערעורים דנן. אכן, לבית משפט

101 דוגמה נוספת לתופעה מסוכנת זו אפשר למצוא ברע"א 2737/08 ארבל נ' TUI AG (פורסם בנבו, 29.1.2009), שם נדונה תביעה בגין נזקי גוף שנגרמו לתובע במהלך חופשה בטורקיה ששווקה לתובע בידי חברה ישראלית. החופשה התקיימה במועדון נופש בטורקיה שנוהל בידי חברות גרמניות בשיתוף עם חברה טורקית, ואלה העלו את הטענה כי הפורום הישראלי, של התובע, אינו נאות. בניגוד למה שאפשר היה לצפות בית המשפט העליון המעיט בחשיבותם של מקום האירוע הנזיקי ושל זהות החברה הטורקית השותפה בניהול, והזכיר כזיקה בעלת משמעות את המקום שבו התובע קיבל טיפול רפואי (ישראל), וכזיקה נפרדת – את המקום שבו נמצאות הראיות באשר למצבו הרפואי (גם ישראל) (שם, פס' 18). למקרא השיקולים בדבר הציפיות הסבירות של הצדדים והשיקולים הציבוריים שהובאו כתמיכה לניהול הדיון בישראל, קשה להימנע מהתחושה שזיהוי הזיקות הרלוונטיות הושפע מהתוצאה הרצויה.

102 הנמקת הרוב בוודאי משקפת תפיסה שמדובר בשאלה קשה. גם השופט אלשיך הודתה שהיא מחילה את דין ישראל למרות כל הקשיים והחסרונות כי אין "אופציה מושלמת" ומשום שאי אפשר "להמתין לאוטופיה" (החלטה מיום 23.2.2011 בפר"ק סיביל, לעיל ה"ש 52, פס' 4). אף בית המשפט העליון, בהרכב אחר בגלגול קודם של הפרשה, סבר שמדובר ב"סוגיה שאינה פשוטה" (רע"א 7976/10 Sybil Europe Public Co. Limited נ' גיסין, מפרק זמני, פס' 2 (פורסם בנבו, 2.12.2010) (להלן: רע"א סיביל)).

בישראל נתונה סמכות השיפוט לדון בפירוקן של החברות המערערות, הגם שהן חברות-חוץ, וחרף העובדה שאין להן נכסים (למצער – נכסים מוחשיים) בישראל.

2. על-פי כללי המשפט הבינלאומי, יקבע [צ"ל "ייקבע" – סו"פ] הפורום הנאות בהתאם למבחן מרב הזיקות; בהתחשב עם ציפיות הצדדים באשר לפורום, ציפיות הנובעות גם מקיומם של קשרים מסחריים עם גורמים שונים ברחבי תבל, וכפועל יוצא מכך – האפשרות הריאלית להתדיינות משפטית במדינה שבה מתנהל קשר עסקי; בשים לב לקידמה שעשתה את העולם לכפר גלובלי; ובכפוף ליוצאים מן הכלל.

3. ממצאי עובדה נקבעו בבית המשפט המחוזי על כך שמנהלים וחברי דירקטוריון המערערת 1 הם ישראלים; על ניהול משרדים בישראל; על התקשרויות עסקיות בישראל; ועל מסחר בבורסה בישראל. מרב הזיקות הן באופן מובהק לישראל; לקפריסין – זיקה מועטה, בדמותם של שני דירקטורים ובעצם ההתאגדות בקפריסין. משכך, דומה כי מבחן מרב הזיקות מצדיק בנסיבות העניין את החלת דיני הפירוק שבישראל, ובהתקיים עילת פירוק של חדלות פירעון, אין מקום להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי ליתן צו לפירוקן של החברות המערערות.

4. קביעה על אודות תחולת הדין המהותי מסורה לבית המשפט, ועל מנת להחיל את דיני הפירוק על המערערות, אין מקום להיזקק להיתר מאת שר המשפטים. גישה זו אינה עומדת בניגוד להוראת סעיף 380(א) סיפא לפקודת החברות. רצוני לומר, כפי עמדת הכנ"ר (העדכנית), כי לשר המשפטים נתונה סמכות להחיל את דיני הפירוק על גופים שונים, אך בהקשר דנן אלו הם תאגידים וחבר בני-אדם בישראל שאינם חברה, דוגמת הקדשות, מפלגות וכד'. לגבי גופים שכאלה, עשויה להתעורר שאלה של מדיניות משפטית ראויה, אם נכון להחיל עליהם את דיני הפירוק החלים על חברה, למרות שאינם "חברה". על-פי הרישא לסעיף 380(א) הנ"ל, יחולו דיני הפירוק על כל חברת-חוץ שיש לה נכסים בישראל. לגבי חברת-חוץ שאין לה נכסים בישראל, תתברר סוגיית הדין החל על הפירוק – ככל שבית משפט בישראל קנה סמכות (ובנידון דנן קנאה מכוח המצאה שבוצעה בישראל) – על-פי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי.

5. סעיף 380(א) לפקודת החברות אינו עומד אפוא לרועץ למערערות בנסיבות העניין דנן, גם אם לא נפרש את משמעות התיבה "נכסים" כדעת חברי; גם אם נקבע כי אין למערערות נכסים בישראל.

6. אני מסכים אפוא כי דינם של הערעורים להידחות.

הנמקה זו אינה קלה להבנה. הערעור והנמקה הרוב מתמקדים בסוגיית סמכות השיפוט (השאלה אם בית משפט ישראלי מוסמך לדון בעניין), אך רוב הנמקה המיעוט עוסק בסוגיה של ברירת דין (השאלה איזה דין חל על עניין הנדון בבית משפט ישראלי מוסמך): פסקאות 2 ו-3 עוסקות בשאלה אם לישראל מרב הזיקות לעניין, אך מתברר לבסוף כי עיסוק זה בא כדי להסיק שמוצדק להחיל על העניין את דין ישראל; פסקה 4 עוסקת בשאלה כיצד ייקבע איזה דין חל בהליך פירוק ישראלי על חברה שאין לה נכסים בישראל. בפסקה הפותחת מוזכרת סוגיית הסמכות, אך כאן רק נקבעת עמדה – בלי הסבר – כי בית משפט ישראלי היה מוסמך לדון בפירוק החברות הזרות אף שאין להן נכסים בישראל. גם בחלקה האחרון של פסקה 4 מוזכר נושא הסמכות, אך זאת שוב רק אגב הדיון בשאלה איזה דין יחול (בעיה שכאמור לא התעוררה במקרה זה) – וכאן קבע השופט כי במקרה הנדון קנה בית המשפט סמכות "מכוח המצאה שבוצעה בישראל". הקושי להבין החלטה זו כפול ומכופל לנוכח העובדה שאין בה ולו אסמכתה אחת.

מקריאת ההחלטה מתקבל הרושם שהמשפט הבין-לאומי קובע כללי סמכות שיפוט, וכי הכלל המרכזי הוא "פורום נאות" המזוהה באמצעות מבחן מרב הזיקות ("על-פי כללי המשפט הבינלאומי, יקבע הפורום הנאות בהתאם למבחן מרב הזיקות"¹⁰³). אפשר להניח שכוונת הדברים היא למשפט הבין-לאומי הפרטי – שכן בידוע הוא שהמשפט הבין-לאומי, כלומר המשפט הבין-לאומי הפומבי, אינו קובע כללים בעניין סמכות שיפוט.¹⁰⁴ אפשר גם להניח שהכוונה הייתה למשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי דווקא – שכן הדוקטרינה של פורום נאות אינה נחלתן של כל שיטות המשפט. כמו הדוקטרינה העצמאית של פורום לא נאות, הדוקטרינה של פורום נאות קיימת רק במשפחת המשפט המקובל, וברבות מהשיטות המרכיבות משפחה זו דווקא הדוקטרינה של פורום נאות כבר אינה משמשת כלל אלא רק זו של פורום לא נאות.¹⁰⁵

אך גם בהנחה ש"המשפט הבין-לאומי" שבפסקה 2 הוא "המשפט הבין-לאומי הפרטי" שבפסקאות 1 ו-4, קשה להבין מניין נשאל הרעיון שהמשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי מבסס את כל כללי סמכות השיפוט על הרעיון של פורום נאות המזוהה באמצעות מבחן מרב הזיקות. לצורך כינון סמכות בין-לאומית קיימים בישראל כללי סמכות רבים הקובעים זיקת סמכות, וכל הכללים הללו מזהים את הפורום בעל הזיקה המשמעותית ביותר לעניין הנדון

103 ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 2 להנמקה המיעוט.

104 על סוגיה זו ראו פסברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 69–72.

105 הדוקטרינה של פורום לא נאות, הקיימת כאמור רק במשפחת המשפט המקובל, היא מנגנון שמאפשר לשופטים להימנע מהפעלת סמכות שכבר נרכשה בשל נסיבות העניין המיוחדות. היא אינה מופעלת כדי להקנות סמכות (ראו למשל מיכאיל קרייני השפעת הליך ברירת הדין על סמכות השיפוט הבינלאומית 22–26 (2002) (להלן: קרייני הליך ברירת הדין)). הדוקטרינה של פורום נאות נחוצה רק מקום שדרוש היתר להמציא מסמכים מחוץ לתחום השיפוט. בארצות הברית, בקנדה ובחלק מהמדינות האחרות השייכות למשפחת המשפט המקובל כבר נחקקו long arm statutes, המקנות סמכות גם על נתבעים זרים בהתקיים זיקה מוגדרת ובלא צורך לבקש היתר. בשיטות אלה בית המשפט מחיל רק את הדוקטרינה של פורום לא נאות, וזאת כשיקול בהחלטה אם להפעיל סמכות שנרכשה מכוח המצאה או מכוח חוק (או מכוח המצאה מחוץ למדינה מכוח החוק).

בלי כל קשר למבחן מרב הזיקות.¹⁰⁶ הדוקטרינה של פורום לא נאות, הקיימת בישראל ובחלק משיטות המשפט האחרות, היא מנגנון שמאפשר לשופטים להימנע מהפעלת סמכות שכבר נרכשה בשל נסיבות העניין המיוחדות. היא אינה מופעלת כדי להקנות סמכות. הדוקטרינה של פורום נאות מופעלת בהקשר של כינון סמכות רק באותם מצבים שבהם אין כלל סמכות מפורש אלא מכוונים סמכות באמצעות המצאת מסמכים ומבקשים להמציא את המסמכים מחוץ לתחום השיפוט במסגרת בקשה לפי תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. אף בהקשר זה הדוקטרינה מופעלת רק לאחר שבית המשפט מוודא שקיימת זיקה מהזיקות הקבועות בתקנה 500 עצמה (כגון שהנתבע הוא תושב ישראל או מתגורר בה, או שנושא התובענה הוא כולו מקרקעין המצויים בתחום המדינה, או שהתובענה היא לאכוף חוזה והחובה נעשה בתחום המדינה).¹⁰⁷ הדוקטרינה לעולם אינה מאפשרת לבית המשפט לדון בעניין רק משום שהוא סבור שהעניין קשור ביותר לישראל,¹⁰⁸ ואין כל בסיס לעמדה המשתמעת מההחלטה כאילו עולם סמכות השיפוט נשלט על ידי הרעיון של פורום נאות ומבחן מרב הזיקות.

מכאן עולה שאולי לא הייתה כל כוונה לומר שסמכות נקבעת לפי מבחן מרב הזיקות. אפשרות זו מוצאת חיזוק בכך שמבחן מרב הזיקות, המוצג בפסקה 2 של הנמקת המיעוט כמבחן לנאותות הפורום (דיון המצוי בתחום סמכות השיפוט),¹⁰⁹ משמש בפועל בפסקה 3 לא בהקשר של סמכות שיפוט אלא כדי להסביר מדוע מוצדק להחיל את דיני הפירוק הישראליים על חברה זרה (סוגיה המצויה בתחום ברירת הדין).¹¹⁰ ובניגוד לעמדת הרוב,¹¹¹ הנמקת המיעוט סברה שאין כל קשר בין החלת הדין ובין סמכות השיפוט.¹¹² כמו כן, בסוף הדברים מוזכר הנושא של המצאת מסמכים.¹¹³ לפיכך קריאה נדיבה יותר של הנמקת המיעוט היא שהסמכות לפרק חברה נקנית מכוח המצאת מסמכים, בתנאי שהפורום איננו פורום לא נאות. אולם קריאה זו קשה גם היא.

ראשית, לא הונח כל בסיס בהחלטה של בית המשפט המחוזי לעניין הקניית סמכות שיפוט באמצעות המצאת מסמכים. לא ידוע אם המסמכים הומצאו, למי הם הומצאו, או איפה הם הומצאו, אם הומצאו ישירות לבעל משרה בחברה או למורשה לניהול עסקים באמצעות תקנה 482 וכיו"ב. היות שהערעור נסב כולו על בעיית הסמכות, אם אכן הכול מבוסס על המצאה, שלא נדונה כלל עד כה, היה אפשר לצפות להתייחסות לנסיבות ההמצאה. שנית, העמדה שהסמכות לפרק חברה נקנית באמצעות המצאה יוצרת מצב משונה ביותר כשמדובר בחברה זרה שלא נרשמה בישראל, כבמקרה הנדון כאן, שכן בהיעדר עילה

106 רק לאחר כינון הסמכות על יסוד זיקה כזו אפשר לבחון את השאלה אם ראוי להימנע מהפעלת הסמכות באמצעות מבחן מרב הזיקות במסגרת טענה של פורום לא נאות.

107 ראו תק' 500(1), 500(2), ו-500(4)(א) לתקנות סדר הדין האזרחי.

108 קרייני הליך ברירת הדין, לעיל ה"ש 105, בעמ' 26-32. על ההבדל בין שיקולי נאותות הפורום לצורך כינון סמכות ולצורך הימנעות מהפעלת סמכות, ראו גם קרייני "שיקולי הפורום הנאות", לעיל ה"ש 1.

109 "יקבע הפורום הנאות בהתאם למבחן מרב הזיקות".

110 "דומה כי מבחן מרב הזיקות מצדיק בנסיבות העניין את החלת דיני הפירוק שבישראל".

111 ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 43 להנמקת הרוב.

112 שם, פס' 4 להנמקת המיעוט.

113 שם, פס' 4 להנמקת המיעוט.

מתאימה בתקנה 500, די לכאורה שבעלי המשרה הרלוונטיים ידירו את רגליהם מישראל ויקפידו להימנע מפתיחת משרד בישראל כדי למנוע אפשרות של המצאת מסמכים וכינון סמכות, וזאת גם במקרים שבהם כל הזיקות של החברה, לבד ממקום התאגדותה, הן לישראל.

שלישית, ולגוף העניין, גם אם אכן הייתה המצאת מסמכים כדין לכל הצדדים הרלוונטיים בכל שלב ושלב של כל ההליכים שהתנהלו כאן, ההנחה שדי בכך כדי להקנות סמכות לדון בפירוקה של חברה תמוהה ואינה מוסכרת או מנומקת. בתביעות גברא, על פי רוב, הסמכות נקנית בישראל בדרך של המצאת מסמכים: בתוך המדינה – ללא צורך בהיתר, ומחוץ לתחום השיפוט – לאחר שניתן היתר על יסוד זיקת סמכות והכרעה שיפוטית שהפורום נאות. בתחומים כמו חדלות פירעון, ירושה, גירושין ועוד, סמכות השיפוט של בתי משפט ישראליים – כמו במרבית שיטות המשפט – אינה נקנית בדרך של המצאת מסמכים. באלה לא די שהייתה המצאה, אלא קיומה של סמכות שיפוט נקבעת על פי רוב בזיקה, הקבועה סטטוטורית.

אמנם בשיטה כמו זו הישראלית, שטרם הסדירה את כל כללי סמכות השיפוט הסדרה סטטוטורית, כל אימת שהמחוקק אינו קובע זיקת סמכות במפורש, המצאת מסמכים משמשת מנגנון של ברירת מחדל להקנות סמכות לבית המשפט. היות שסעיף 380(א) לפקודה אינו מתייחס ישירות לסוגיית הסמכות, ומבחינה לשונית הוא עוסק בהחלת ההוראות ה"מהותיות" של הפקודה בנושא פירוק, ייתכן שהנמקת המיעוט נמשכה לעמדה שסעיף 380(א) לפקודה אינו עוסק בסמכות שיפוט כלל והסיקה שבהיעדר הוראת סמכות מפורשת אפשר להסתפק בהמצאת מסמכים. אולם נראה כי לא כל כך פשוט לייחס להנמקת המיעוט את המסקנה שסעיף 380(א) אינו עוסק בסמכות שיפוט, שכן הפירוש המקובל של הסעיף, והמקובל על כל השופטים האחרים שעסקו בפרשה הנדונה, הוא שזהו הסעיף המרכזי בסוגיית סמכות שיפוט בפירוק.¹¹⁴ לא מתקבל על הדעת ששופט יקבע עמדה שסותרת עמדה המקובלת על הכול מבלי שיצהיר על כך במפורש, מבלי שיסביר את עמדתו, יצדיק אותה ויבסס אותה באסמכתאות, בין משפטיות ובין במישור המדיניות. וכאמור, אין ולו תחילתו של מהלך כזה בהנמקה.

קשה לא פחות לייחס להנמקת המיעוט את העמדה שמשום שסעיף 380(א) אינו עוסק בסמכות, הסמכות נקנית מכוח המצאה, שכן בפסקה הראשונה של ההחלטה נקבע כי המשפט הבין-לאומי הפרטי "הוא הנותן" בנסיבות העניין. אם אמנם ההוראה היחידה הרלוונטית היא סעיף 380(א), ואם סעיף זה מתפרש כהוראה שמגדירה את היקף תחולתו של דין ישראל בלבד, אזי יש לאקונה בחוק הן באשר לסמכות שיפוט הן באשר לברירת הדין בנוגע לחברות שאין להן נכסים בישראל – ושמשום כך אינן כפופות להסדר שבסעיף 380(א). מבלי להיכנס לדיון בשאלה כיצד ראוי למלא לאקונות במשפט הבין-לאומי הפרטי

114 נוסף על השופטים האחרים בערכאות השונות של המקרה הנדון, ראו גם את המקרים האלה שהוכרעו כולם על יסוד ההנחה האמורה: פש"ר (מחוזי י-ם) 163/96 כהנא נ' מורשת בנימין למסחר ולבניה קרני שומרון בע"מ (פורסם בנבו, 29.4.1998), שהזכיר גם את המ' (מחוזי ת"א) 4740/87 עמותת מתיישבי אלקנה נ' חברת אוהליבה (לא פורסם); בג"ץ 4025/06 Red Rock Holdings Ltd. נ' בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (פורסם בנבו, 3.7.2007).

– אם ראוי בנסיבות העניין לפנות לחוק יסודות המשפט ואם פנייה כזו הייתה מועילה – המהלך הסביר היה לפנות למשפט האנגלי. פנייה זו מוצדקת לא בשל הזהות ההיסטורית שבין דיני החברות האנגליים ובין דיני החברות הישראליים, כפי שסברו בהנמקת הרוב, אלא משום שהמשפט האנגלי הוא המקור לכל כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי הישראליים שלא נקבעו בחוק, והוא המקור הרעיוני לכל כללי הסמכות הבין-לאומית הישראליים שלא נקבעו בחקיקה ראשית.¹¹⁵ אם אכן סעיף 380(א) אינו כלל סמכות, אזי הכללים האנגליים, שעוצבו גם הם בהיעדר הוראה סטוטורית בעניין, משמשים מקור משכנע מצוין להשלמת הלאקונה. כללים אלה הוצגו בהרחבה בהנמקת הרוב, ואין בהם ולו רמז שדי בהמצאת מסמכים כדי לכוון סמכות בפירוק. אך אין צורך להסתפק במשפט האנגלי. גם בהנחה שהיה אפשר לפנות לכללי משפט בין-לאומי פרטי של מדינה אחרת או לכללים המצויים באמנה בין-לאומית, היה אי אפשר למצוא כלל סמכות בהקשר של חדלות פירעון המבוסס על המצאת מסמכים.

גם בהקשר של ברירת הדין בולט חוסר ההיגיון שבעמדה שלפיה סעיף 380(א) אינו עוסק בסמכות שיפוט אלא רק בהחלת דיני הפירוק הישראליים על חברות זרות בעלות נכסים בישראל, שכן על חברות שאין להן נכסים בישראל, ושלגביהן נקנתה כביכול סמכות מכוח המצאה, סעיף 380(א) אינו מחיל את דיני הפירוק הישראליים. אף כאן אפוא, לפי ההיגיון של הנמקת המיעוט, יש לאקונה בחוק.¹¹⁶ ואם סעיף 380(א) עוסק רק בברירת דין, אזי בעיית הלאקונה עלולה להתעורר גם בנסיבות אחרות. סעיף 381 לפקודה מסמך את היועץ המשפטי לממשלה להגיש בקשת פירוק בנוגע לחברה שלא נרשמה אף שהייתה צריכה להירשם.¹¹⁷ כשלחברה כזו אין נכסים בישראל, סעיף 380(א) אינו מחיל עליה את הוראות הפירוק של ישראל, ושוב עלול להיווצר מצב שבו אין הוראת ברירת דין. הנמקת המיעוט מפנה בעניין זה למשפט הבין-לאומי הפרטי.¹¹⁸ דא עקא ששוב מסקנה זו מחייבת לפנות לכללים המקובלים באנגליה או אולי לכללים המקובלים במדינות אחרות כדי להשלים את הלאקונה. אך בניגוד לעמדה המשתמעת מהנמקת המיעוט, וכפי שצוין בהנמקת הרוב, בכל שיטות המשפט יש קשר בל ינתק בין סמכות השיפוט ובין החלת הדין בענייני פירוק. הליך הפירוק תמיד מתנהל לפי דין הפורום: עילות הפירוק, שלבי ההליך,

115 ראו פסברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 366. לעמידה על המקורות האנגליים של דיני הסמכות ראו סטיבן גולדשטיין "סמכות בינלאומית מבוססת על תפיסת הנתבע – הלכה למעשה כיום" משפטים י 409 (1980); טליה קופינר-שר סמכות שיפוט על נתבע זר 6–11 (2000). כפי שהוסבר לעיל, המשפט האנגלי הוא גם המקור לרוב דיני הפירוק הישראליים, למעט ס' 380, 381 לפקודה.

116 אולי מדובר בהסדר שלילי? ככל שמדובר בכלל סמכות, נראה כי אכן, הסעיף נועד להקנות סמכות רק על חברות שיש להן נכסים בישראל. על חברות שניהלו עסקים בישראל בלא שנרשמו, ואין להן נכסים, יכול שתוקנה סמכות מכוח בקשה של היועץ המשפטי לממשלה מכוח ס' 381 לפקודה. אבל אם הסעיף עוסק בברירת דין ויש בו הסדר שלילי – צריך להחיל דין אחר על חברה זרה שאין לה נכסים. ולאור המצב במשפט האנגלי ובשיטות משפט אחרות המובא בהמשך, אין כל יסוד להחלת דין אחר מאשר דין הפורום בהקשר זה.

117 ראו ס' 346(א) לחוק החברות, התשנ"ט–1999: "חברת חוץ לא תקיים בישראל מקום עסקים, ובכלל זה משרד להעברת מניות או לרישום מניות, אלא אם כן נרשמה כחברת חוץ לפי הוראות סעיף זה ושילמה את אגרות הרישום והפרסום שקבע השר לפי סעיף זה".

118 ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 4 להנמקת המיעוט.

סמכויות המפרק, הגדרת הנכסים בני חלוקה, זיהוי החובות בני הוכחה, דרך חלוקת המסה, סדר העדיפויות ועוד שאלות כהנה וכהנה נחתכות כולן לפי דין הפורום.¹¹⁹ פירוש הדבר הוא שתמיד יחולו בישראל דיני הפירוק הישראליים, בין שמדובר בחברה זרה שיש לה נכסים בישראל ובין שמדובר בחברה זרה שאין לה נכסים בישראל. אבל אם כן, אין כל משמעות לסעיף 380(א). על כן אין היגיון בעמדה שסעיף 380(א) עוסק בהחלת הדין ולא בקביעת סמכות.¹²⁰

אמנם בנסיבות העניין, השאלה איזה דין יחול על חברה זרה שאין לה נכסים בישראל לא עלתה, אולם הנמקת המיעוט העלתה אותה והתייחסה אליה. האמירה הסתמית שלפיה המשפט הבין-לאומי הפרטי יכריע בשאלה זו חסרת משמעות, או לחלופין היא מובילה, כפי שראינו, למסקנה שיחול דין הפורום. מה שמוביל לחשש שמא גם פה העמדה של הנמקת המיעוט היא שמבחן מרב הזיקות קובע איזה דין חל, שהרי לפני שהוזכר סעיף 380(א) נקבע בפסקה 3 שמבחן מרב הזיקות "מצדיק בנסיבות העניין את החלת דיני הפירוק שבישראל". לפי דברים אלה, המשפט הבין-לאומי הפרטי שיקבע איזה דין יחול על חברה שהמחוקק כבר קבע כי דין ישראל לא יחול עליה, מתמצה במבחן מרב הזיקות שעשוי להחיל על חברה כזו את דין ישראל חרף עמדת המחוקק.

כך, במחי קולמוס, נפטר המשפט הישראלי מכל הלכות ברירת הדין, כפי שהוא נפטר מכל דיני סמכות השיפוט. הכול הומר במבחן מרב הזיקות, מבחן אשר מתמצה לא פעם – כפי שכבר ראינו – במניין זיקות, רלוונטיות יותר ורלוונטיות פחות, ובהכרעה לפי שיקול דעת שיפוטי. אמנם אפשר לקוות שמשום שמדובר בהנמקת מיעוט שתוצאתה אינה שונה מזו של הנמקת הרוב, ולאור היעדרם של אסמכתאות או הסברים, לא תהיינה להנמקה זו השלכות, בהקשר של פירוק חברות או בהקשר אחר כלשהו. אך דומה שהיום לכל מילה בפסק דין של שופט, לפחות של שופט בית המשפט העליון, יש משקל, וכל עמדה שיפוטית של שופט כזה עלולה לשמש בסיס לטיעון משפטי. על כן מאותן סיבות עצמן – שהחלטה ממילא תמכה במסקנה של הנמקת הרוב, ושאינן בה הסברים או תימוכין – חבל שנכתבה.

ד. סגנון כתיבת פסקי דין ומחוקק חסר מעש

לשתי ההנמקות סגנון שונה בתכלית, אך שתיהן קשות מאוד לקריאה ולהבנה: הנמקת הרוב – בגלל מורכבות הניתוח שבה; הנמקת המיעוט – בגלל היעדר הניתוח שבה. הנמקת הרוב הקפידה להבהיר את מורכבות הבעיה ואת כל שלבי הדיון. בהנמקת המיעוט לא ברור מהי הבעיה הנדונה ולא ברור מהי העמדה המובעת. הנמקת הרוב מקדימה לכל חלק מהדיון מבוא עיוני ומתמודדת עם הקשיים שעקרונות משפטיים מציבים בפני פתרון ראוי. הנמקת המיעוט קובעת עמדות שסוטות מהמקובל מבלי להסביר אותן ומבלי לספק להן בסיס

119 דין הפורום נקרא בהקשר זה *lex concursus*. על השאלות שבהן חל דין הפורום ועל אלה שבהן אפשר שיחול דין אחר, ראו למשל *Insolvency Regulation*, לעיל ה"ש 15, ס' 4–15; פסברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1368–1385.

120 זאת ועוד, אם הסעיף אינו עוסק בסוגיית הסמכות, לא ברור מדוע המחוקק בחר להתייחס לסמכות דווקא בסעיף 381 לפקודה, ורק בו, ולהסדירה במסירת ההחלטה בעניינה לרשות מנהלית.

ומתעלמת מעקרונות יסוד. ההשקעה הרבה שמשתקפת בהנמקת הרוב בשלבי הניתוח השונים, בניתוח המשפטי, בשיקולי המדיניות ובבחינת מגמות בעולם מביעה כבוד לדין ולערכה של חשיבה משפטית מסודרת. גם אם אפשר לחלוק על חלקים מההנמקה, היא מבטאת תפיסה שעל החלטה שיפוטית להיות מנומקת ומבוססת. סגנון הדברים המופיעים בהחלטת המיעוט מביע גישה שונה.

אין ספק ששתיקת המחוקק מאז 1929 באשר לתחום חדלות הפירעון העבר-לאומית מול השינויים במציאות העסקית והשינויים המשפטיים שהתרחשו בעולם מאלצת לא פעם את בתי המשפט לאלתר ולעצב הסדרים על רגל אחת. שתי ההנמקות במקרה זה ממחישות את גודלו הבלתי אפשרי של האתגר שמחוקק חסר מעש מציב בפני שופט. הנמקות אלה, כמו זו של בית המשפט המחוזי, מבטאות תפיסה שלפיה הסמכות לפרק חברות בישראל אינה רחבה דייה ואינה תואמת את המגמות בעולם המונעות על ידי המציאות הכלכלית המשתנה; לפיהן, ראוי שבית משפט ישראלי יוסמך לדון בפירוקה של חברה בעלת זיקות משמעותיות לישראל גם אם היא לא התאגדה בישראל וגם אם אין לה נכסים של ממש בישראל. אך לשון החוק מתקשה ביותר לאפשר הרחבה מתאימה, והדרכים השונות שבהן שתי ההנמקות חתרו להשיג תוצאה זו ממחישות את הסכנה שבהפקרת תחום משפטי שלם לעדכון שיפוטי. בהיעדר כל היתרונות של בית מחוקקים – החירות לעצב הסדר ממצה בסיוע של עוזרים פרלמנטריים ושל משרד המשפטים בהכנה של חומר רקע, משפט משווה, מסגרת חשיבה ותשתית משפטית; האפשרות לקרוא חוות דעה של מומחים; וההזדמנות להשתתף בשיבות של ועדות הכנסת ובדיונים רגועים בנושא כמכלול – שופטים נדרשים בתוך זמן קצר להתאים את המשפט הלא מעודכן למציאות המשתנה בסד של מערכת עובדות מוגבלת ומסגרת משפטית קיימת. כפי שפסק דין זה ממחיש, על שתי הנמקותיו, התוצאות אינן תמיד מוצלחות.

ה. סוף דבר: הערה על סעיף 380 וסעיף 381 לפקודה

הנמקת הרוב הקפידה להציג את מכלול הסעיפים העוסקים, לפי הדעה המקובלת, בסמכות בית המשפט לפרק חברות: סעיף 380(א) רישה וסיפה וסעיף 381. לפי הצגה זו, סעיף 380 (א) רישה, שמחיל את הוראות הפירוק שבפקודה על חברות זרות שיש להן נכסים בישראל, בין שהן רשומות בישראל ובין שאינן רשומות בה, למעשה מקנה סמכות לפרק חברות זרות אלה; סעיף 380(א) סיפה מקנה לשר המשפטים סמכות להחיל את דיני הפירוק גם על כל "תאגיד אחר או חבר-בני-אדם שהשר החיל עליהם, בצו, הוראות פקודה זו", והנמקת הרוב, כמו שופטים אחרים וכמו הספרות המשפטית, פירשה חלק זה של הסעיף כהוראה שמסמיכה את השר להקנות סמכות לפרק חברה זרה שאין לה נכסים בישראל;¹²¹ לבסוף,

¹²¹ הנמקת הרוב התייחסה בע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 10, לבקשה שהוגשה לשר וציינה שתשובתו של השר הוגשה באיחור רב. עוד צוין כי השאלה אם ס' 380(א) מקנה סמכות לשר להחיל את דיני הפירוק על חברה זרה אם לאו לא הועלתה בערעור וכי היא לא תידון (שם). עם זאת בפס' 55 להנמקת הרוב, שם פרש השופט מלצר את האפשרויות החלופיות לביסוס סמכות לפרק חברה זרה, הוא כלל במפורש את האפשרות שהשר יחיל את דיני הפירוק בצו לפי ס' 380(א) סיפה. גם בהחלטת בית המשפט העליון

סעיף 381 מקנה ליועץ המשפטי לממשלה את הסמכות להגיש בקשת פירוק בנוגע לחברה שהייתה צריכה להירשם בישראל ולא נרשמה.

הנמקת הרוב הזכירה כי הוגשה בקשה לשר המשפטים שיפעיל את סמכותו ויחיל על החברות הנדונות את הוראות הפירוק בצו, בהתאם לסעיף 380(א) סיפה – בקשה שלא נענתה לפני מתן פסק הדין בבית המשפט המחוזי. מתברר כי בינתיים הגיש השר תגובה לעניין זה, וכונס הנכסים הרשמי הגיש סיכומים מטעמו התואמים כנראה תגובה זו. לפי התגובה, "הסעיף האמור איננו מקנה לו [לשר, ס"פ] סמכות להכריע בעניין סמכותו של בית המשפט לדון בפירוקה של חברה זרה, שכן סמכות זו נתונה לבית המשפט",¹²² והסיפה של סעיף 380(א) אינה עוסקת בחברות זרות אלא רק בגופים ישראליים שאינם בגדר חברה.¹²³ מאחר שנכונות העמדה הזו לא הועמדה לדיון בערעור, הנמקת הרוב נמנעה מלדון בה.¹²⁴ עם זאת, כאמור לעיל, משתמע מאופן הצגת הדברים כי הנמקת הרוב גרסה שצו מטעם השר שמחיל על חברה זרה את הוראות הפירוק אכן יכול להקנות לבית המשפט סמכות לנהל הליך פירוק גם אם אין לחברה נכסים בישראל. הנמקת המיעוט הזדהתה עם עמדת כונס הנכסים הרשמי, אך שוב, בלא כל הסבר או אסמכתה. לפי גישה זו, הסיפה של סעיף 380(א) אינה עוסקת בסמכות בנוגע לחברות זרות אלא בנוגע לגופים ישראליים שאינם חברות. עליו להודות כי אף על פי שסברתי בעבר שסעיף 380(א) סיפה מקנה לשר סמכות להחיל את הוראות הפירוק גם על חברה זרה שאין לה נכסים בישראל,¹²⁵ העמדה של כונס הנכסים הרשמי מתיישבת טוב יותר עם לשון הסעיף. גם יש בה היגיון משום שההוראה מתייחסת ל"תאגיד אחר [...]" שהשר החיל עליה את הוראות פקודה זו, ונראה לא סביר כי השר יוסמך להחיל את הוראות הפקודה – להבדיל מהוראות הפירוק בלבד – על תאגיד שאינו ישראלי.

עם כל זאת העמדה שסעיף 380(א) סיפה מתייחס לגופים ישראליים בלבד אינה מחייבת את המסקנה הנוספת שכונס הנכסים הרשמי כנראה הסיק – שגם עמה הזדהתה הנמקת המיעוט – ולפיה הרישה של סעיף 380(א), המתייחסת לחברות זרות שיש להן נכסים בישראל, יוצרת לאקונה באשר לחברות זרות שאין להן נכסים בישראל, ושהחלטה אם יש או אין סמכות (או אם דיני הפירוק הישראליים חלים או אינם חלים) היא לשיקול דעתו של

בערעור על אחת מההחלטות המוקדמות בפרשה זו צוין שאין עוד תשובה מהשר, ומשתמע שהיה די בהוצאת צו לפי סעיף זה כדי להקנות סמכות לפרק את החברה הזרה (רע"א סיביל, לעיל ה"ש 102, פס' 3). עוד השתמע מהערות השופטת אלשיך בבית המשפט המחוזי שגם היא הניחה כי די בצו של השר כדי להקנות סמכות פירוק לבית המשפט הישראלי על חברה זרה שאין לה נכסים בישראל (ראו החלטה מיום 23.2.2011 בפר"ק סיביל, לעיל ה"ש 52, בפתיח של פסק הדין).

122 ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 10 להנמקת הרוב. אמנם אין זה ברור לחלוטין למה הכוונה במילים "סמכות זו נתונה לבית המשפט": איזו סמכות נתונה לבית המשפט? להקנות לעצמו סמכות? להכריע בשאלת הסמכות? אך מכל מקום ברור מתוך התשובה שהשר סבור שהסעיף אינו מקנה לו סמכות לקבוע את סמכות בית המשפט באשר לחברה זרה.

123 עמדה זו היא למעשה עמדתו של כונס הנכסים הרשמי שהגיש סיכומים מטעמו (שם, פס' 24 להנמקת הרוב ופס' 4 להנמקת המיעוט).

124 שם, פס' 10 להנמקת הרוב.

125 ראו פסברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1315–1316, 1322–1323.

בית המשפט.¹²⁶ אין הכרח להבין מצב זה כלאקונה. כפי שהוסבר לעיל, אם מזהים את סעיף 380(א) כסעיף עם לאקונה, אזי למעשה לסעיף זה אין כל משמעות. על כן ראוי יותר לקרוא את הסעיף כהסדר שלילי באשר לחברה זרה שאין לה נכסים בישראל.

פירוש כזה משמעו שלפי סעיף 380(א), די שלחברה זרה יש נכסים בישראל כדי להצדיק פירוקה בישראל (בהתקיים עילת פירוק), ולחלופין, לפי סעיף 381, די שהיועץ המשפטי לממשלה יגיש בקשת פירוק אם החברה מקיימת בישראל מקום עסקים מבלי להירשם כנדרש – גם אם אין לה פה נכסים. לפי שיטה זו, לצדה של הוראת סמכות מוגבלת, המקנה סמכות לפרק חברה זרה רק אם יש לה נכסים בישראל, באה סמכות מנהלית כדי לשמש כלי ריכוך בנסיבות שבהן האינטרס הציבורי מצדיק פירוק בישראל כי החברה הזרה פעלה בישראל בניגוד לחוק.¹²⁷ לאור הקושי לשכנע שיש בסיס לסמכות פירוק בנסיבות שבמקרה הנדון כאן ולאור הממצא החד-משמעי של השופט אלשיך שעליה הסתמכו כל השופטים, שהחברות ניהלו בישראל משרדים, נראה כי המצב העובדתי הנדון בפסק הדין מִזַּמֵּן מצב אידאלי להפעלתו של סעיף 381. אם כך, אולי התעלומה הגדולה ביותר שפסק הדין מציב היא מדוע לא ניגשו הנושים ליועץ המשפטי לממשלה בעתירה שהוא יבקש את פירוק החברות בישראל נוכח הנזק שהן עלולות להסב לציבור המשקיעים, ומדוע לא פנה בית המשפט בעצמו ליועץ המשפטי לממשלה נוכח הקביעות העובדתיות של השופט אלשיך וביקש לשמוע את עמדתו בעניין.

126 לניסוח של כונס הנכסים הרשמי, ראו ע"א סיביל, לעיל ה"ש 6, פס' 24 להנמקת הרוב. הנמקת המיעוט גרסה (שם, פס' 4 לנהמקת המיעוט) שהחלטה בדבר תחולת הדין המהותי "מסורה לבית המשפט", אך בסוף אותה פסקה היא קבעה שסוגיה זו תתברר "על-פי כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי" (לניתוח עמדה זו ראו לעיל בפרק ג).

127 פירוש כזה אינו שולל פירוש של סעיף 380(א) סיפה לפקודה כמקנה סמכות לשר להחיל את הוראות הפירוק על חברה זרה שאין לה נכסים בישראל. ועל אף ההיגיון שבעמדה של כונס הנכסים הרשמי יש היגיון גם בפירוש שלפיו הסעיף מקנה לשר סמכות כזו. שכן כשם שהיועץ המשפטי מופקד על האינטרס הציבורי ויש היגיון בכך שהוא יוכל להרחיב את סמכות הפירוק גם על חברות אינדיוידואליות שפעילותן בישראל בניגוד להוראות החוק מצדיקה את הכפפתן להליכי פירוק ישראליים לפי נסיבות העניין, כך גם אפשר להבין עמדה שגורסת כי שר המשפטים רשאי להחיל את הוראות הפירוק וסמכות הפירוק של ישראל על חברה שאין לה נכסים בישראל, שוב, נקודתית ולפי נסיבות העניין, אף אם לא פעלה בניגוד להוראות החוק. אמנם לא רצוי שרשויות המנהל תקבענה את סמכותו של בית המשפט. אך בהקשר המיוחד של פירוק חברה זרה, כשהעמדה הבסיסית היא שסמכות השיפוט מוגבלת, נסיבות אינדיוידואליות אכן יכולות להצדיק החלטה אינדיוידואלית להגן בדרך זו על האינטרס הציבורי. ואם הענקת סמכות זו לרשויות המנהל אינה רצויה, המחוקק יכול לטפל בה כשם שהוא יכול לטפל בבעיה של סמכות מוגבלת מדי – אם היא אכן כזו.