

אגב הפסיקה

קיזוז חיובים מותנים בפשיטת-רגל

(ע"א 826/88 אל-על אגודה שיתופית חקלאית ברמות השכים בע"מ נ' קרן החקלאות השיחופית בע"מ (בפירוק))¹

מאת

שלום לרנר**

א. מבוא; ב. פסק-הדין אליעל נ' קרן החקלאות; 1. עובדות; 2. השלכות; 3. ביקורת; ג. הקיזוז בפשיטת רגל – דין וטעם; 1. הקיזוז ורגש הצדק; 2. הקיזוז ככטוחה; ד. סיכום ומסקנות.

א. מבוא

נושא הקיזוז מוסדר כיום בדין הישראלי כשתי הוראות עיקריות: סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973¹ וסעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ם-1980². בחקיקה האזרחית החדשה הקיזוז האזרחי ה"רגיל" נקלט במשפטנו ממקורות קונטיננטליים³. החל משנות השישים דין הקיזוז נקבע במפורש בחוקים שונים⁴, מכיוון שפסק-הדין בעניין קניגסהופר נ' הליגה להטבת השמיעה⁵, שנפסק כעשור שנים קודם-לכן, קבע כי אין להכיר בקיזוז, שהוא זכות מהותית, על סמך הוראה פרוצדורלית המצויה בתקנות סדרי הדין האזרחי⁶. כאמור, הוראה כללית בנושא הקיזוז התקבלה בסעיף 53 לחוק החוזים הכללי, והדעה השלטת בפסיקה כיום היא, שסעיף זה מיתר למעשה את ההוראות הספציפיות בחוקים השונים,

* פ"ד מה(2) 247 (להלן: אל-על נ' קרן החקלאות).

** דיקאן הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת כר-אילן.

1 ס"ח 694 (להלן: חוק החוזים הכללי).

2 הוראה זו חלה גם בפירוק חברות. ראה סעיף 353 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983.

3 ראה ו' צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל (תשל"ד) א 166.

4 כגון סעיף 13 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965; סעיף 32 לחוק המכר, תשכ"ח-1968; סעיף 20 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת תוזה), תשל"א-1970 ועוד.

5 ע"א 217/55, פ"ד יא, 171.

6 כיום סעיף 52 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984.

שהן תוצאה של תהליך החקיקה בשלבים⁷. מסיבה זו נתייחס בהמשך המאמר לסעיף 53 כהוראה המרכזית של הקיזוז בדין האזרחי.

הקיזוז בפשיטת-רגל קדם במשפטנו לקיזוז האזרחי. הורתו של הקיזוז בפשיטת-רגל, כחלק מפקודת פשיטת-הרגל המנדטורית, היא במשפט האנגלי⁸. לבד מהמקור ההיסטורי השונה, קיים הבדל ניכר בין שני המוסדות. למעשה הכינוי הזהה הוא המכנה המשותף העיקרי בין השניים. ללא ספק, ההבדל החשוב הוא האופן שבו הקיזוז מתבצע. הקיזוז האזרחי הוא פעולה משפטית חד-צדדית המשתכללת מחוץ לכותלי בית-המשפט, על-ידי משלוח הודעה מהצד המעוניין בקיזוז לצד האחר, ותוצאתו היא סילוק חיובו של המקזז. הקיזוז האזרחי הוא אפוא אחת הדרכים לסילוק חיובים, וכשם שניתן לקיים חיוב בדרך של תשלום במזומן, כך ניתן לקיימו באמצעות קיזוז⁹. לעומת זאת, במצב של פשיטת-רגל אין מקום לפעולות חוץ-שיפוטיות העשויות להשפיע על היקף המאסה שתעמוד לחלוקה לפני הנושים השונים של פושט-הרגל. נוסף על כך, המשפט האנגלי כלל אינו מכיר מוסד קיזוז הפועל בדרך זו¹⁰. הקיזוז בפשיטת-רגל הוא אפוא סעד הניתן על-ידי רשות שיפוטית, וכאשר, דרך משל, הנאמן בפשיטת-רגל או מפרק חברה תובע מפלוני קיום חיוב שהלה חב לפושט-הרגל או לחברה שבפירוק, הנתבע זכאי להעלות טענת קיזוז בהתאם לתנאיו של סעיף 74 לפקודת פשיטת-הרגל.

כאמור, לפי סעיף 74 הנ"ל, כאשר בין פושט-הרגל לאחר ישנם עסקאות, חיובים או אשראים הדדיים – ניתן לערוך ביניהם קיזוז. לתחולת הקיזוז שלוש הגבלות: החוב שפלוגי נושה במושט-הרגל ניתן להיתבע בהליך של הוכחת חוב; הוא נוצר לפני שאותו נושה ידע על מעשה פשיטת-הרגל מצד החייב, והחובות ההדדיים נוצרו לפני מתן הצו לכינוס נכסים¹¹. נראה ששני התנאים האחרונים באים למנוע "שיפור עמדות" מצד נושיו או חייביו של פושט-הרגל. למשל: פלוני החייב אלף שקלים ויודע על פשיטת-רגל צפויה, יכול לרכוש מנושה אלמוני את זכותו כלפי פושט-הרגל ולקזוז את החיובים ההדדיים. כתוצאה מהקיזוז מרויח החייב סכום של אלף שקלים, שיתחלקו בינו לבין הנושה הזוכה מן ההפקר בדיכדנד מוגדל. כדי למנוע תוצאה זו, סעיף 74 קובע שלעניין הקיזוז לא יובאו בחשבון עסקאות שנכרתו תוך ידיעה מיוחדת על מעשה פשיטת-הרגל או לאחר הצו לכינוס נכסים, שהכל – כך אנו מניחים – יודעים אודותיו¹².

סעיף 53 לחוק החוזים הכללי קובע אף הוא תנאים אחדים לתחולת הקיזוז

- 7 ע"א 377/82 המעשיה האזרחית לישראל בע"מ נ' צור גת חברה לפיתוח ולגידור בע"מ, פ"ד מב(2) 725.
8 הוראה זו היתה בזמנו בסעיף 31 של ה"Bankruptcy Act 1906", והיא מצויה כיום בסעיף 323 של ה"Insolvency Act 1986".
9 ראה ע"א 664/76 רמט בע"מ נ' פיוניר קונקריט (ישראל) בע"מ, פ"ד לב(1) 188, 193; ע"א 604/81, 554 מנתם קיהל בע"מ נ' סוכנות מכונות לים התיכון בע"מ, פ"ד לונ(3) 518.
10 לדוגמא הממוישה את ההבדל בין הקיזוז כדרך של סילוק חיובים לבין הקיזוז הפרוצדורלי ראה R. M. Goode, *Legal Problems of Credit and Security* (2nd ed. 1988) 105.
11 ראה א' פרוקציה, דיני פשיטת רגל והחקיקה האזרחית בישראל (תשמ"ד) 168.
12 ראה S. R. Derham, *Set-Off* (Oxford, 1987) 69-72. משום-כך היה מקום לומר, שתביעה שצמחה לאחר מתן צו-הכינוס תובא בחשבון לעניין הקיזוז, כאשר נושהו של פושט-הרגל לא ידע על הוצאת הצו. ראה שם, בעמ' 70.

האזרחי. הקיצוץ יחול רק אם הגיע המועד לקיומם של החיובים השונים, יש צורך במשלוח הודעת קיצוץ, וחיובים שאינם נובעים מעסקה אחת צריכים להיות קצובים. כזכור, קיצוץ זה הוא דרך לסילוק חיובים, ומכאן הדרישה להגעת מועד הפרעון. הצורך בהודעת קיצוץ והדרישה לחיובים קצובים הם תולדה של העובדה שהקיצוץ נערך במישרין על-ידי אחד הצדדים. בשל האמור, אין מקום לקביעת תנאים דומים באשר לקיצוץ בפשיטת-רגל.

ההיגיון העומד בבסיסו של הקיצוץ האזרחי ברור ואינו מעורר שאלות מיוחדות. הקיצוץ חוסך הליכים משפטיים מיותרים ומשקף נאמנה את היחסים הכספיים הכוללים בין שני הצדדים. בפרק השלישי נראה, שהצדקתו העיונית של הקיצוץ בפשיטת-רגל איננה ברורה והמשך קיומו ניזון אולי מהשמרנות המשפטית. בפרק השני נסקור את פסק-הדין אל-על נ' קרן החקלאות שמבין שיטיו מבצבץ ספק בהצדקתו של הקיצוץ בפשיטת-רגל. פסק-הדין אל-על נ' קרן החקלאות שניתן לאחרונה הסב את תשומת-הלב למהותו של הקיצוץ בפשיטת-רגל כבטוחה. פסק-הדין קבע, שאם החיוב שפרשט-הרגל חב לנושהו היה מותנה במועד מתן צו הכינוס, הוא לא יובא בחשבון לשם עריכת קיצוץ לפי סעיף 74 לפקודת פשיטת-הרגל, אף אם הוא השתכלל לפני חלוקת נכסיו של פושט-הרגל לנושים השונים. לדברי בית-המשפט, "אין זה סביר והוגן, שבנסיבות אלה תוכר זכות הקיצוץ לאגודה, זכות אשר כמותה כמתן בטוחה ועדיפות לאיגוד, לעומת נושים אחרים של קרן החקלאות"¹³. כפי שאנו רואים, הקביעה שהקיצוץ בפשיטת-רגל הוא בעל אופי של בטוחה הובילה לצמצום היקפו.

להלן נראה, שההבחנה בין חיובים מותנים במועד מתן צו הכינוס לבין חיובים ודאיים היא חסרת-היגיון ועשויה לפגוע בפלח חשוב של שוק האשראי. הנימוק שהקיצוץ בפשיטת-רגל גורם להעדפת אחד הנושים על אחרים אינו מיוחד לחיובים מותנים, אלא מערער כליל את מעמדו של הקיצוץ. משום-כך, לאחד הדיון בעובדותיו המיוחדות של פסק-הדין נפנה, כאמור, לשאלת הבסיס הרעיוני של הקיצוץ.

ב. פסק-הדין אל-על נ' קרן החקלאות

1. עובדות

קרן החקלאות היתה נושה באגודת אל-על סכומי כסף שונים. מנגד, אל-על היתה ערבה לחובות אחרים שקרן החקלאות חבה לבנקים. כאשר נתבקשה אל-על לפרוע את חובה לקרן, היא סירבה לעשות כן. אל-על העריכה באותה עת, שפירוקה של קרן החקלאות הוא בלתי-נמנע, וכערבה תירדש היא — אל-על — לשלם את חובותיה של הקרן. חשש זה התאמת ודרישות תשלום שונות מנושיה של קרן החקלאות הגיעו לאל-על מיד לאחר שהוגשה בקשת הפירוק. בפועל החובות נפרעו על-ידיה רק לאחר הוצאת צו הפירוק. כאשר אל-על נתבעה על-ידי מפרק הקרן לשלם את חובה, היא טענה לקיצוץ, בהסתמך על דין הערב שפרע לנושה הזכאי לחזור אל החייב¹⁴. קרי: קרן החקלאות. לעומתו, טען מפרק הקרן, שלעניין הקיצוץ

13 עמ' 252 לפסק-הדין.

14 סעיפים 9 ו-12 לחוק הערבות, תשכ"ז-1967.

שבסעיף 74 קובע מועד מתן צו הפירוק, ובאותו מועד קרן החקלאות טרם חבה מאומה לאל-על.

בית המשפט קיבל את הטענה האחרונה וקבע, כי בנסיבות האמורות לא עומדת לאל-על זכות הקיזוז. לפי האמור בס"ק (ב), יש להכיר בקיזוז רק אם ביום הפירוק היו בין פושט-הרגל לאחר עסקאות או אשראים הדדיים, ואילו בעובדות המקרה חובה של קרן החקלאות לאל-על באותה עת היה חיוב מותנה.

לדעת בית-המשפט, "את המקרה של חוב על-תנאי, אשר קיומו ביום מתן צו קבלת הנכסים אינו מקנה עילה לקיזוז, יש לאבחן ממקרה בו קיימת ביום מתן הצו זכות תביעה לחייב של פושט הרגל ממושט הרגל, ורק קביעת הסכום המדויק המגיע לו כפופה להתחשבות עתידה. במקרה האחרון, אם המדובר בחוב, אשראי, או עיסקה הדדיים במובן סעיף 74 – זכות הקיזוז קיימת". סברה זו מאפשרת לבית-המשפט לחלק בין פסק-הדין נשוא הדיון לבין שלושה מקרים קודמים, שם הוכרה זכות הקיזוז¹⁵. בית-המשפט לא הבהיר את שורשי ההבחנה ולא עיגן אותה בלשונו של סעיף 74, אלא הסתפק באזכור לקוני של שני פסקי-דין אנגליים כמקור לה¹⁶. למעשה, מבחינה אנליטית קיימים שלושה מצבים:

- (א) החיוב שבין פושט-הרגל לאחר הוא בלתי-קצוב בעת מתן צו הפירוק, אולם ניתן באותה עת לחשב את שיעורו; הווה אומר: קביעת היקפו של החיוב נעשית על-סמך נתונים שהיו קיימים בעת הוצאת צו הפירוק.
- (ב) חיוב, כאמור, הוא ודאי ובלתי-קצוב, אך שיעורו המדויק ייקבע על-סמך נתונים חדשים שלא היו קיימים בשעת מתן הצו לפירוק החברה.
- (ג) מקור החיוב הוא בחוזה שקדם לפירוק החברה, אולם בעת מתן הצו החיוב לא היה ודאי, ושכלולו היה מותנה בקיומו של תנאי כלשהו.
- אליבא דבית-המשפט, קר-הגבול עובר, כפי הנראה, בין המקרה השני לשלישי. פסק-הדין מאזכר מתוך הסכמה פרשה קודמת, מדינת ישראל נ' מקליס, שם הוכרה זכות קיזוז, אף שנושאו של פושט-הרגל נשען על אירועים שקרו לאחר הוצאת צו-הפירוק. עם זאת מעניין לציין, כי אותו פסק-דין קבע בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים, ובניגוד להלכת אל-על, כי "הטענה... שחובות התלויים בתנאי בעת צו קבלת הנכסים אינם ניתנים לקיזוז מחוסרת כל יסוד לפי האסמכתאות שהובאו לעיל".

התוצאה המעשית של דחיית הקיזוז היא, שאגודת אל-על חויבה לשלם למפרק קרן החקלאות את מלוא חובה; ואילו כאשר לחוב שהיא נושה בקרן החקלאות, עליה להגיש הוכחת חוב, וקרוב לוודאי שהיא תזכה לדיבידנד נמוך כשאר הנושים הלא-מובטחים. תוצאה זו אינה פוגעת בהרגשת הצדק של בית-המשפט, אף שאגודת אל-על נאלצת לשלם את מלוא חובה בלא שינהגו כלפיה באותה מידה.

15 ראה, למשל, את עובדות פסק-הדין: ע"א 450/77 מדינת ישראל נ' מקליס, פ"ד לב(1) 105.

16 בעמ' 252 בית-המשפט הסתמך על התקדימים האנגליים הבאים: *In Re Fenton, Ex parte Fenton* (1931) 1 Ch. 85; *Re A Debtor* (1956) 3 All E.R. 225.

2. השלכות

צמצום היקפו של דין הקיצוץ שבסעיף 74 לפקודת פשיטת-הרגל עשוי לפגוע בעיקר בבנקים, שהם הנהנים הטיפוסיים מאפשרות של קיצוץ. במקרים רבים אדם או חברה החייבים סכום נכבד לבנק מסוים בחשבון עו"ש או הלוואות הם נושים של הבנק בחשבון חיסכון או מטבע-חוץ. כאשר הלקוח פושט-רגל או נכנס להליכי פירוק, הבנק מסתייע ברין הקיצוץ וזוכה לעדיפות על-פני נושים אחרים. באופן כללי ניתן לומר שבמקרים רבים הבנקים סומכים בעת מתן אשראי על "פיקדון" כספי שיש ללקוח בבנק¹⁷. פיקדון כספי הוא "כטוחה" נוחה מבחינתו של הבנק. ערכו של הפיקדון ידוע, אינו חשוף לתנודות מחירים כמו נכס פיסי, והוא מצוי תחת שליטתו של הבנק. עם זאת, מבחינה משפטית, ספק אם פיקדון כספי המופקד בבנק פלוני יכול להבטיח הלוואה שנטל הלקוח מאותו הבנק. למעשה הפיקדון הכספי הוא זכות חוזית שיש ללקוח נגד הבנק¹⁸, ומשכוננו לטובת אותו בנק הופך את האחרון לנושה של עצמו, דבר שאיננו אפשרי מבחינה עיונית ומעשית גם יחד¹⁹. משום-כך הבנקים מעדיפים להסתייע בפיקדון הכספי במסגרת קיצוץ, ולא כבטוחה.

במקרים לא-מעטים הבנקים אינם מעניקים ללקוח אשראי במישרין, אלא מוציאים על-פי בקשתו כתב ערבות בנקאית לטובת פלוני – המוטב. על-פי ההסכם בין הבנק ללקוח, לבנק תהא זכות שיפוי נגד הלקוח במקרה של מימוש הערבות על-ידי המוטב. זכות שיפוי זו, כמו הלוואה ישירה, "מובטחת" לא אחת בפיקדון כספי שיש ללקוח בבנק²⁰. על-פי העולה מפסק-הדין בעניין אל-על, אם הבנק לא ישלם את הסכום הנקוב בערבות לפני מתן צו-הפירוק של לקוחו, הוא לא יוכל לזקוף את סכום הפיקדון כנגד החיוב האמור של הלקוח, מכיוון שחיוב זה היה מותנה במועד מתן צו-הפירוק. הבנק יאלץ אפוא למסור את הפיקדון לידי מפרק הלקוח, וכאשר המוטב יממש את הערבות, יוכל הבנק להגיש הוכחת חוב רגילה ויקבל דיבידנד כשאר הנושים הלא-מובטחים. לכאורה הבנק יוכל לאשש את זכותו על-ידי הסכם קיצוץ מפורש, שירחיב את גבולותיו של סעיף 74; הוזה אומר: הבנק והלקוח יחתמו על הסכם המאפשר לבנק קיצוץ של חוב מותנה בשעת הפירוק מול חוב ודאי. דא עקא, שההלכה המקובלת היא כי דין הקיצוץ שבסעיף 74 אינו

17 לשימוש בפיקדון כספי כבטוחה ראה ע"א 73/78 בנק ישראלי לתעשייה בע"מ נ' טמקין, פ"ד לג(1) 673.

18 יחסי הבנק והלקוח בחשבונית עו"ש הם יחסי נושה-חייב. כאשר החשבון הוא ביתרת זכות, הלקוח נושה בבנק; ואילו כאשר החשבון ביתרת חובה, הבנק נושה בלקוח. ראה ע"א 323/80 אלחית בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד לז(2) 673; ד"נ 32/84 עובדן ויליאמס נ' בנק א"י כריטיניה (לונדון) (כפירוק), פ"ד מד(2) 265. יחסים אלה של נושה וחייב קיימים גם בתוכניות-פיקדון. ראה ע"א (ת"א) 19/77 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' כהן, פ"מ תשל"ח (א) 341.

19 ראה *In re Charge Card Services Ltd.* (1986) 3 All E.R. 289. ראה גם את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בחיפה בהמ' (חי') 1891/72 "עולה חדש" חברה לשיכון ותעשייה (כפירוק) נ' משרד השיכון, פ"מ תשל"ד (ב) 241, 257.

20 לפרקטיקה דומה בארצות אחרות ראה F. W. Neate (editor) *Using Set-Off as Security* (International Bar Association Series, 1990) 31. שאלה היפוחטית זו הוצגה לפני משפטנים מארצות שונות כדי שיבהירו את הדין הנהג בארצם.

ניתן להתנאה²¹, ובפשיטת-רגל יחול הסדר הקיזוז הסטטוטורי ולא הסכמ-קיזוז שנערך בין הצדדים. הטעם לכך הוא שהפעלת הקיזוז פוגעת בעקרון השוויון בין הנושים, ולכן אין להחילו מעבר לקבוע בסעיף. הלכת אל-על פוגעת אפוא בבטחונות העומדים לרשות הבנקים עם הוצאת ערבויות בנקאיות, ועליהם להיעזר בדרכים עקיפות שטרם זכו לאישור הפסיקה²².

3. ביקורת

כפי שכבר רמזנו בפתיחה, ההבחנה שהבחיץ פסק-הדין בעניין אל-על בין חיובים מותנים לבין חיובים ודאיים לא נראית לנו. ביקורתנו על פסק-הדין נחלקת לשלושה ראשים: לדעתנו, ההבחנה הנ"ל איננה צודקת, היא פורמלית ומלאכותית ומגלה פנים שלא כהלכה בדין האנגלי.

(א) נקודת-המוצא היא, שלעניין הקיזוז יש להביא בחשבון כל חוב שהוא כרה-הוכחה בפשיטת-רגל, ובכלל זה, על-פי סעיף 71 לפקודה, חוב מותנה. לדעתנו, לא צריך לייחס חשיבות לעובדה שהחוב טרם גובש בעת הוצאת צו-הפירוק. כפי שהוסבר במבוא, הדרישה לקיום חובות הדדיים בעת הוצאת צו-הפירוק נועדה למנוע רבישת יתרון על-ידי אחד הנושים באמצעות כריחת עסקאות לאחר ידיעה על פשיטת-הרגל. לפי סכרה זו, אין להביא בחשבון לצורך הקיזוז עסקה שנכרתה בשל פשיטת-הרגל²³; אך אין טעם שלא להתחשב בעסקה קודמת, אם חובו של פושטת-הרגל התגבש באופן טבעי, ללא חשש לקנוניה, רק לאחר הוצאת הצו לכינוס נכסים.

כפי שכבר הסברנו לעיל, הקיזוז בפשיטת-רגל הוא סעד שיפוטי החל בעת ההליך המשפטי שבין אותו נושה לנאמן בפשיטת-רגל, ולא בעת מתן צו-הכינוס. משום-כך די שהחוב יהיה ודאי ומגובש בעת קיומו של אותו הליך, ובלבד שהעסקה המצמיחה את החוב נכרתה לפני צו-הכינוס.

(ב) בית-המשפט הסתמך בעיקר על פסק-הדין האנגלי בעניין *Fenton*, אולם עיון בגוף פסק-הדין מראה שהוא מושתת על שיקולים אחרים ולא על היות החיוב מותנה. בפרשת *Fenton*, כמו בפסק-הדין בעניין אל-על, החייב העיקרי פשט רגל והערב ביקש לקזז כנגד מה שפושטת-הרגל נושה בו את מה שהלה יחוב לו לאחר תשלום החוב הנערב לנושה. בית-המשפט קבע, שהחוב לערב איננו כרה-הוכחה בפשיטת-רגל ולכן אינו יכול לשמש כסיס לקיזוז. הזכות המותנית של הערב כלפי החייב אינה ראויה להגשה כהוכחת חוב, אף שבאופן כללי חוב מותנה הוא

21 ראה, *National Westminster Bank Ltd. v. Halesowen Presswork Ltd.* (1972) 1 All E.R. 641, 649, ראה גם את פסק-הדין אל-על בעמ' 253, ליר האות ו.

22 למשל: האפשרות לקבוע תנאי מפורש בחשבון הפיקדון, שלפיו מועד פרעונו של הפיקדון יידחה עד לאחר מילוי כל התחייבויותיו של הלקוח כלפי הבנק. תנאי דומה מצוי בארץ ושכיח גם בפרקטיקה באנגליה, במיוחד לאחר שפסק-הדין *Charge Card* (לעיל, הערה 19) קבע שלא ניתן למשכן פיקדון כספי. לתנאי זה, המכונה באנגליה "flawed asset", ראה גם *Derham* (לעיל, הערה 12), 308.

23 מסיבה זו הדין האמריקני קובע במפורש, כי לצורך קיזוז בפשיטת-רגל או פירוק חברה, לא יובאו בחשבון זכויות נגר פושטת-הרגל שנוכשו במהלך 90 הימים לפני הוצאת צו-הכינוס. ראה סעיף 553 לחוק הפדרלי לפשיטת-הרגל, 1978.

בר-הוכחה בפשיטת-רגל, בשל האפשרות שתוגשנה שתי תביעות לגבי אותו החוב (the rule against double proof)²⁴. החשש הוא, שהנושה והערב יגישו הוכחת חוב נפרדת לנאמן בפשיטת-רגל ויקבלו דיבידנד כפול בגין אותו חוב, דבר שיפגע בנושים האחרים של פושטת-הרגל.

לפי זה, כאשר אין חשש להגשת הוכחת חוב כפולה, כגון במקרה שהנושה אינו מגיש הוכחת חוב, אין מניעה שחיוב מותנה יובא בחשבון לצורך עריכת קיוזו²⁵. מקרים אלה יהיו שכחים, מכיון שסביר להניח כי נושה יעדיף את המסלול הנוח של מימוש הערכות הבנקאית על-פני הגשת הוכחת חוב. ואכן, בדרך זו הלך המשפט האנגלי, ובפסק-הדין *Charge Card*, שניתן באנגליה בשנת 1986, נקבע באופן ברור וחד-משמעי כי חוב מותנה ניתן לקיוז בפשיטת-רגל²⁶, ושליטת הקיוז מן הערב מושחתת על יסודות אחרים.

לעובדה שהלכת *Fenton* באה למנוע תשלום דיבידנד כפול בשל אותו חוב, ולא לשלול כליל אפשרות קיוז במקרה של חיוב מותנה, עשויה להיות השלכה חשובה על דינו של הערב. לפי הטעם האמור, צריכה להיות חשיבות למועד חלוקת הדיבידנד ולא לזמן הוצאתו של צו-הפירוק. הווה אומר: אם הערב פרע לנושה את החוב בתקופת-הביניים שבין צו-הפירוק לבין חלוקת הדיבידנד, יש לאפשר לו קיוז. במקרה זה לא קיים חשש לתשלום כפל-דיבידנד, הואיל וחובו של הנושה נפרע והערב נותר הנושה היחיד²⁷.

(ג) כאמור לעיל, פסק-הדין בעניין אל-על הבחין בין חיוב שהיה מותנה במועד מתן צו הפירוק לבין חיוב שהיה ודאי באותה עת, אף ששיעורו המדויק טרם ניתן לקביעה. אנו מסכימים לביקורתו של השופט Millett בפסק-הדין *Charge Card*, שהבחנה זו היא מלאכותית ומעדיפה צורה על-פני מהות²⁸. לטענתו, דרך משל, הסכם לתשלום 20% מרווחיו העתידיים של עסק פלוני תוך קביעת סכום מינימלי ניתן לניסוח בשתי דרכים: חיוב לשלם X שקלים ועוד 20% מהרווחים הנוספים או חיוב לשלם 20% מכלל הרווחים, ובלבד ששיעור התשלום לא יפחת מ-X שקלים. בשני המקרים החיוב הודאי היחיד הוא X שקלים, אולם לפי הניסוח הראשון החיוב לשלם יותר מ-X שקלים הוא חיוב מותנה; ואילו בדרך השנייה קיים חיוב אחד, ודאי, ששיעורו המדויק טרם ניתן לקביעה.

24 לעניין זה ראה P. R. Wood, "Three Problems of Set-Off: Contingencies, Build-Ups and Charge-Backs" 8 *Company Lawyer* (1987) 262, 263.

25 ראה בפסק-הדין *Fenton* (לעיל, הערה 16), עמ' 118.

But I cannot agree that a surety who has not paid off the principal creditor can prove in the bankruptcy of the principal debtor so as to share in the distribution of his assets unless the principal creditor has renounced in some way his right to lodge a proof himself while preserving, of course, his right against the surety.

26 לעיל, הערה 19, בעמ' 311 ו-317.

27 ראה את פסק-הדין 33 BCLC 27, 33 (1984) *Barclays Bank Ltd. v. TOSG*.

28 לביקורת זו ראה את פסק-הדין בעניין *Charge Card* (לעיל, הערה 19), 311. מסיבה זו בית-המשפט שם דוחה את ההבחנה שאומצה בפרשת אל-על.

מעניין לציין, שהבחנה דומה נשקלה על-ידי בית-משפט באוסטרליה, שדן לפי הוראת קיזוז זהה, אולם נדחתה על-ידי שופטי-הרוב²⁹. לסיכום ניתן לומר, שאין בסיס להבחנה בין חיוב ודאי בשעת הוצאת צו-הכינוס לבין חיוב מותנה. נראה אפוא, שההלכה בפסק-הדין אל-על נ' קרן החקלאות משקפת מגמה כוללת לצמצם את דין הקיזוז בפשיטת-רגל, וההבחנה האמורה היא צעד ראשון בכיוון זה. כפי שנרמז בפסק-הדין גופו, מגמה זו מושפעת מכך שזכות הקיזוז גורמת להערפת נושה אחד על שאר הנושים. גישה דומה, החותרת לצמצום היקפו של הקיזוז, באה לידי ביטוי גם בספרות המשפטית³⁰. נעבור אפוא עתה לבחינת הסיבות העומדות בבסיס דין הקיזוז בפשיטת-רגל.

ג. הקיזוז בפשיטת-רגל – דין וטעם

1. הקיזוז ורגש הצדק

אין ספק, שהקיזוז בפשיטת-רגל אינו מבוסס על דין הקיזוז הכללי במשפט האזרחי. כפי שכבר הבאנו בפתיחה, הקיזוז בפשיטת-רגל קדם שנים רבות לרעו האזרחי, וגם כיום קיים פער עיוני ביניהם. כזכור, הקיזוז בפשיטת-רגל הוא סעד שיפוטי; ואילו הקיזוז האזרחי מתבצע מחוץ לכותלי בית-המשפט על-ידי הודעה חד-צדדית של המעוניין בקיזוז. ואכן, לעניין הצדקתו של הקיזוז בפשיטת-רגל והיחס בינו לבין הקיזוז האזרחי אמר השופט זוסמן את הדברים הבאים בפסק-דין קופלמן נ' הנאמן בפשיטת רגל של גרבר:

לא כקיזוז רגיל קיזוז חובות בפשיטת רגל, קיזוז רגיל משמש למניעת תביעות הדדיות מיותרות. עריכת חשבון של החובות ההדדיים מראה את היתרה שפלוגי חב לאלמוני, ועם תשלום היתרה שנתבררה חוסלו כל החובות ההדדיים. ואילו קיזוז בפשיטת רגל משמש את המטרה למנוע אי צדק היכול להיגרם עקב פשיטת רגל של אחד הצדדים. מקום שפלוגי חייב לאלמוני 100 לירות ואלמוני חייב לפלוגי אותו סכום, אך פלוגי פושט את הרגל, אין נאמנו של פלוגי משלם לאלמוני אלא את הדיווידנד, ואילו אלמוני שלא פושט את הרגל חייב לשלם לנאמן את מלוא הסכום³¹ (ההדגשה שלי – ש' ל').

הווה אומר: יש הצדקה גדולה יותר לקיזוז בהקשר של פשיטת-רגל מאשר בדין האזרחי הרגיל. בדין האזרחי הוא משמש למניעת הליכים משפטיים מיותרים, אך בדין פשיטת-רגל הוא משרת מגמה נעלה יותר – מניעת אי-צדק. אגב, דברים אלה נאמרו לעניין היחס בין הקיזוז בפשיטת-רגל לבין הקיזוז הפרוצדורלי בנוסחו

29 ראה *Day & Dent Constructions Pty. Ltd. (in liquidation) v. North Australian Properties Pty. Ltd.* 54 F.L.R. (1980) 277.

30 ראה פרוקציה (לעיל, הערה 11), 165 ואילך.

31 ע"א 41/68, פ"ד כב(2) 19, 22.

האנגלי, שאף הוא סעד הניתן בכית-משפט³²; אולם דומה שכוחם יפה גם לפי המצב המשפטי בהווה, כאשר הקיצוץ האזורי אינו חוסך הליכים כפולים בלבד, אלא מהווה דרך לקיום חיובים.

דברים אלה של השופט זוסמן, שהקיצוץ בפשיטת-רגל הוא פתרון צודק, נאמרו לא אחת גם על-ידי הפסיקה האנגלית³³. אולם קיומה הממושך של ההלכה והנימוק שנלווה לה אינו פוטר אותנו מבדיקה, האם אכן הקיצוץ בפשיטת-רגל בא למנוע אי-צדק. אין ספק שכך הדבר, אם נבחן את הקיצוץ מנקודת-המבט של שני הצדדים הישירים; אולם הקיצוץ נעשה צודק פחות כאשר מביאים בחשבון את השפעתו על זכויותיהם של נושים אחרים. כדי לעמוד על השפעתו של הקיצוץ בפשיטת-רגל על נושים אחרים נביא את הדוגמא הבאה: ליהודה, המצוי בהליכי פשיטת-רגל, יש שלושה נושים רגילים: ראובן, שמעון ולוי, כאשר כל אחד מהם נושה בו סכום של 1,000 שקלים. השווי הכולל של נכסי יהודה הוא 1,000 שקל בלבד, ובמצב זה כל אחד מהנושים יקבל שלישי מסכום תביעתו. כאשר הנכס היחיד של יהודה, ששווי, כאמור, הוא 1,000 שקלים, הוא זכות שיש לו כלפי לוי מעסקה אחרת – אם לוי זכאי להפעיל קיצוץ, הוא יקבל את מלוא חובו, וראובן ושמעון לא יקבלו מאומה. לעומת זאת, אם דין הקיצוץ לא חל בפשיטת-רגל, הגאמן יגבה מלוי סכום של 1,000 שקל ויחלקם בשווה בין שלושת הנושים.

הדוגמא שהובאה על-ידנו מלמדת, שהלכת הקיצוץ מקטינה את מאסת הנכסים העומדים לחלוקה לטובת כלל הנושים של פושטת-הרגל, וממילא את שיעור הדיבידנד שכל נושה יקבל. דומה שבעקבות תוצאה זו שוב לא ניתן להסתפק בדבריו הסתמיים של השופט זוסמן שהקיצוץ דרוש למניעת אי-צדק, ויש לתור אחר נימוק אחר לתחולת הקיצוץ בפשיטת-רגל³⁴.

2. הקיצוץ כבטוחה

הזכרנו לעיל שפסק-הדין בעניין אל-על עמד על דמיונו של הקיצוץ לבטוחה. ואכן, אם נחזור לדוגמא שהובאה לעיל, נבחין על נקלה בדמיון בין השניים. נניח שראובן ושמעון הנושים ביהודה פושטת-הרגל הם נושים רגילים, לא-מובטחים, ואילו לוי הוא נושה מובטח שהנכס של יהודה משועבד לו. במקרה זה לוי יגבה את מלוא חובו מהנכס המשועבד, ואילו ראובן ושמעון לא יקבלו מאומה. כזכור, תוצאה דומה תתקבל עם הפעלת קיצוץ, הווה אומר: מעמדו של לוי כבעל זכות קיצוץ זהה למעמדו של נושה מובטח.

32 כפי שהובא על-ידנו במבוא, הקיצוץ כדרך של פירעון חיובים נתקבל במשפטנו לאחר-מכן, בחקיקה האורחית החדשה.

33 לסקירה מקיפה של הפסיקה האנגלית ראה J. C. McCoid, "Set-Off — Why Bankruptcy Priority?" *75 Virginia L. Rev.* (1989) 15, 19–29.

34 ראה Derham (לעיל, הערה 12), 79. המחבר קובע כך:

It should also be borne in mind, though, that the effect of set-off is to prefer one creditor over the general body of creditors, and that consequently it operates against the policy favouring equal treatment of creditors. This being the case, it is something of a surprise that the rationale for the existence of the right has not really been questioned.

השוואת הקיזוז לבטוחה בפסק-הדין אל-על לא היטיבה עם הקיזוז והביאה לצמצום בהיקף תחולתו. פסק-הדין לא טרח להבהיר את הטעם לכך, אולם יש לשער שגישתו מושפעת מכך ש"בטוחות אחרות טעונות פרסום ברבים, כתנאי לתקפותן כלפי נושים אחרים של החייב...[ואילון] זכות הקיזוז, בהיותה נובעת מן הדין עצמו, איננה טעונה פרסום כלשהו ברבים, ומכל מקום המחוקק לא יצר כלים המאפשרים את רישומה במקום הגלוי לעין הציבור"³⁵. כוונת כותב דברים אלה היא לתמוך בדרך של פרשנות מצמצמת לגבי היקפו של הקיזוז, אולם, למרבה האירוניה, דאיית הקיזוז בבטוחה עשויה דווקא לספק נימוק אפשרי לתחולתו העקרונית של הקיזוז בפשיטת-רגל.

דין הקיזוז פוגע לכאורה בעקרון השוויון בין הנושים השונים, שהוא אחד מאבני-היסוד בדיני פשיטת-רגל. אולם עיון מקרוב בדינים אלה מלמד, שעקרון השוויון חל רק לגבי קבוצת הנושים הרגילים, אך אין שוויון בין נושים מובטחים לבין נושים רגילים: לאמור: דאיית הנושה הזכאי לקיזוז כבעל-בטוחה עשויה להסביר את העדפתו על נושים שונים של פושט-הרגל³⁶.

תחולת דין הקיזוז על-פי סעיף 74 אינה מותנית בהסכם בין הצדדים, הווה אומר: אם נראה בקיזוז בפשיטת-רגל בטוחה, זו תהא בטוחה מכוח הדין שאיננה טעונה רישום³⁷. עם זאת, יש לדון בשאלה העקרונית מה ההצדקה להעדיף נושה מסוים, הזכאי לזכות הקיזוז, על-פני אחרים. לשון אחר: ראיית הקיזוז כבטוחה מכוח הדין היא קונסטרוקציה משפטית המאפשרת לחרוג מעקרון השוויון בין הנושים ולהיפטר מעולו של הרישום, אולם היא אינה מסבירה את מדיניות המחוקק בהעדפת הנושה בעל-הקיזוז על-פני אחרים. לעניין זה מתבקשת השוואה לזכות העיכבון, שאף היא בטוחה מכוח הדין ואיננה טעונה רישום.

העיכבון הוא זכות על-פי דין לעכב נכס של הזולת כערוכה לחיוב עד שישולק החיוב³⁸. הוראות חוק שונות בדין האזרחי מעניקות לנושה זכות זו, כגון נפגע הרשאי לעכב נכס של המפר שהגיע אליו עקב ההסכם³⁹; מוכר רשאי לעכב ברשותו ממכר שהבעלות בו עברה לקונה⁴⁰; שלוח זכאי לעכב נכס שנמסר לו עקב השליחות, אם השולח חב לו מאומה⁴¹ ועוד.

די בעיון חטוף כדי לעמוד על קיומו של דמיון רב בין הקיזוז לעיכבון. בשני המקרים נושה "מחזיק" משהו השייך לחייבו והוא מעוניין לנצל מצב זה להקלת

35 פרוקציה (לעיל, הערה 11), 174.

36 ראה בהרחבה Note, "Set-Off in Bankruptcy — Is the Creditor Preferred or Secured?" 50 *Uni. of Colo. L. Rev.* (1979) 511.

37 ראה ע"א 82/73 כונסי הנכסים של חב' הרמן הולנדר בע"מ נ' בנק ישראלי לתעשייה בע"מ, פ"ד כח(2) 68. ראה עוד י' ויסמן, חוק המשכון תשכ"ז-1967 (המכון לחקר חקיקה ע"ש ה' סאקר, ג' טדסקי עורך, תשל"ה) 2.

38 סעיף 11(א) לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971. ההגדרה זהה לנוסח המופיע בהצעת החוק, אף שכיום ס"ק (ה) לחוק מכיר גם בעיכבון מכוח הסכם.

39 סעיף 19 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חובה), תשל"א-1970.

40 סעיף 31 לחוק המכר. כאשר הבעלות טרם עברה לקונה, המוכר רשאי לעכב את הממכר גם בלא קשר לזכות העיכבון, ראה סעיף 23 לחוק.

41 סעיף 12 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965.

גבייתו של החוב. העיכובן חל על נכסים מוחשיים, מיטלטלין או מקרקעין⁴², והקיוזו חל על זכויות. לעתים ההבחנה המינוחית מיטשטשת והזכות המכונה עיכובן בנקאי היא למעשה זכות קיוזו⁴³. הקיוזו הוא אפוא עיכובן לגבי זכויות. הבדלי הדינים בין הקיוזו לעיכובן אינם עקרוניים, והם בעיקר תוצאה של ההבחנה בין נכסים פיסיים לנכסים לא-מוחשיים.

ההחזקה בנכס המעוכב, במיוחד אם ערכו עולה במידה לא-מבוטלת על ערך החוב המובטח, עשויה לשמש לחץ יעיל לפירעון החוב⁴⁴. ואכן, ישנם סוגי עכבות, במיוחד אלו העומדים לטובת רשויות-המס וכדומה, המעניקים לנושה את היתרון האמור בלבד⁴⁵. הצדקתו של עיכובן כזה איננה מעוררת תהיות של ממש, וכמדומה שרגש הצדק תומך בעשיית דין עצמית שאינה כרוכה באלימות או בחדירה לרשות הזולת. השפעת עיכובן כזה איננה חורגת מתחום היחסים שבין שני הצדדים הנוגעים בדבר – הנושה והחייב. אולם לעיכובן המצוי בחקיקה האזורית החדשה יש השלכה גם על זכויות אחרים הנושים בחייב. דיני פשיטת-הרגל רואים בנושה המעכב "נושה מובטח"⁴⁶, שאינו נפגע מהליכי פשיטת-הרגל, והנכס המעוכב עומד לרשותו קודם לשאר הנושים הרגילים⁴⁷.

כאמור, כל עוד השפעתו של העיכובן מצטמצמת לתחום היחסים של הנושה והחייב, ניתן לומר שרגש הצדק וההיגיון תומכים בסעד עצמי זה. יתכן שמשום כך בית-המשפט העליון לא היסס במקרה מסוים להכיר בזכות עיכובן שלא הוכרה על-ידי חוק מפורש⁴⁸. אולם הצדקתו של העיכובן במצב של פשיטת-רגל, כאשר הוא איננו מכשיר-לחץ לפירעון החוב, אלא קובע את אופן חלוקתם של נכסי פושטת-הרגל בין נושיו השונים, איננה כה ברורה. לכאורה העובדה שאחד הנושים מחזיק, לעתים באקראי גרידא, בנכס של החייב, לא צריכה להקנות לו יתרון על-פני הנושים האחרים⁴⁹.

ההשוואה בין קיוזו לעיכובן לא קידמה אותנו בהבנת הגיונו של דין הקיוזו בפשיטת-רגל, היות שהרקע למעמדו העדיף של העיכובן גופו איננו ברור. יתר על כן: אין די בהבנת בסיסו העיוני של העיכובן, מכיוון שעיון בפרטי הדינים מראה כי היקפו של הקיוזו רחב משל העיכובן. זכות העיכובן בחקיקה האזורית החדשה חלה רק כאשר קיים קשר בין הנכס המעוכב לבין החוב הנתבע, קרי: הנכס הגיע לרשות הנושה במסגרת העסקה שהחוב צמח בה⁵⁰. לעומת זאת, אין הגבלה דומה

42 ההחזקה בנכס המעוכב היא תנאי לתחולת העיכובן ולהמשך קיומו. ראה סעיף 11(ד) לחוק המיטלטלין. על כך שזכות העיכובן חלה גם במקרקעין ראה שם, בס"ק (ה); ובע"א 270/73 שומוט בע"מ ואח' נ' פוזילוף ואח', פ"ד כט(1) 393.

43 ראה 315-316 (1965) *G. Gilmore, Security Interests in Personal Property*.

44 כאשר היחס בין שווי הנכס המעוכב ובין שיעור החוב המובטח אינו סכיר, לחייב יש אפשרות להמיר את הנכס המעוכב באחר. ראה סעיף 11(ב) לחוק המיטלטלין.

45 ראה בהרחבה ע"א 790/85 רשות שדות התעופה נ' ד"ר י' גרוס ואח', פ"ד מד(3) 185.

46 סעיף 1 לפקודת פשיטת-הרגל (הגדרת "נושה מובטח").

47 שם, סעיף 20(ב). לדיון בשאלה אם בעל זכות העיכובן רשאי לממשו ראה פרוקציה (לעיל, הערה 11) 164-163.

48 ראה ע"פ 2/73 סלע נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 371.

49 השווה י' ריסמן, "זכות עיכוב לעורכי דין על שום מה?" הפרקליט כא (תשכ"ה) 223, 233. לנימוק מיוחד החל על עיכובן לטובת מוכר בלבד ראה שם, עמ' 230 והערה 27.

50 כך, למשל, סעיף 19 לחוק החודים (תרופות) קובע, שזכות העיכובן תחול כאשר "קיבל הנפגע עקב

על דין הקיזוז בפשיטת-רגל, ונושהו של פושט-הרגל רשאי לקזז חיובים שמקורם בעסקאות שונות שאין ביניהם כל קשר⁵¹. על-פי סעיף 74, דין הקיזוז חל גם כאשר זכותו של הנושה כלפי פושט-הרגל קדמה לעסקה שמכוחה הלה נושה בו, ומכאן שלא ניתן להשתית את הלכת הקיזוז על הסברה שפלוגי הסכים להעניק אשראי למי שהפך לאחר מכן לפושט-רגל, משום שגם הלה נושה בו מאומה⁵².

לדעתנו, ראיית הקיזוז כבטוחה איננה רצויה גם בשל השלכות מרחיקות-לכת שיהיו לכך על הקיזוז ההסכמי. כפי שכבר ראינו, הסכמי-קיזוז שכיחים בעיקר במערכת הבנקאית, כאשר פקדונות כספיים מבטיחים הלוואות הגיתנות לבעל-הפקדון או לגוף אחר הקשור עמו. אם נראה הסכמים אלה כמשכון, הם יהיו טעונים רישום בלשכת רשם-המשכונות או רשם-החברות, על-אף שהצדדים הקפידו לכנות אותם כסעיפי קיזוז ולא כבטוחה⁵³. נוסף על כך, במקרים רבים הסכמים אלה עלולים לעמוד בסתירה להתחייבות קודמת של אחד הצדדים. למשל: באגרות-חוב של שיעבודים צפים נהוג לכלול תנאי האוסר על החברה החייבת לשעבד נכס כלשהו ללא הסכמתו של בעל השיעבוד הצף⁵⁴, ועריכת הסכם קיזוז על-ידי החברה עלולה להתפרש כסותרת את ההגבלה האמורה.

לסיכום: ראיית הקיזוז כבטוחה איננה תורמת הסבר מניח את הדעת לדין הקיזוז בפשיטת-רגל, ומנגד עלולות להיות לה השלכות לא-רצויות באשר לקיזוז ההסכמי. דומה שדי בצירוף זה כדי לדחות את תיאוריית הבטוחה ולתור אחר נימוק אחר לביסוס הלכת הקיזוז בפשיטת רגל. אולם גם לגופו של עניין סבורים אנו, שהסכם-קיזוז איננו משכון. על-פי ההגדרה בסעיף 1 לחוק המשכון: "מישכון הוא שעבוד נכס כערוכה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון אם לא סולק החיוב". המשכון הוא אפוא ייחוד נכס של החייב לגבייה לטובת נושה פלוני. הנושה רוכש זכות קניינית בנכס המשועבד וזכאי לממשו כאשר החוב לא נפרע. הסכם-קיזוז אינו ממלא אחר הגדרה זו, היות שאין בו ייחוד נכס מסוים של החייב לטובת הנושה. הנכס היחיד המעורב בעסקה הוא הזכות שיש לחייב כלפי הנושה, אולם כפי שכבר ראינו לעיל, זכות זו איננה יכולה להיחשב לנכס מבחינתו של הנושה. כזכור, הנושה אינו יכול לרכוש את הזכות האמורה או לקבלה כבטוחה, היות שאז הוא יהפוך לנושה של עצמו — דבר שאין לו מובן מבחינה משפטית. בהסכם-קיזוז חסר אפוא היסוד הנכסי, ועל-כן הוא אינו בבחינת משכון⁵⁵. אגב, מעניין לציין שהוראה מפורשת בקוד המסחרי האחדיד בארצות-הברית מוציאה את הסכמי-קיזוז מתחולתם של דיני-המשכון⁵⁶.

החזה נכס של המפר שעליו להחזירו...". גם חוק המכר בסעיף 31 מתיר למוכר לעכב את העברת הממכר "כדי תשלום הסכומים המגיעים לו מן הקונה עקב עיסקת המכר". לדיון כללי בסוגיה זו של עיכוב מיוחד ועיכוב כללי ראה ריסמן (לעיל, הערה 49), 230-232.

51 כך פורשה הלשון הרחבה של סעיף 74, המתיר לקזז חיובים, אשראים ועסקאות הדדיות. ראה, למשל, P. R. Wood, *English and International Set-Off* (1989) 288.

52 ראה McCoid (לעיל, הערה 33), 37-38.

53 סעיף 2(ב) לחוק המשכון, תשכ"ז-1967.

54 לתוקפו של תנאי זה, ראה סעיף 169(ב) לפקודת החברות.

55 הוודה Goode (לעיל, הערה 10), 173.

56 Uniform Commercial Code, Art. 9-104(i). בפסיקה האמריקנית התפתחו שני זרמים בקשר

ד. סיכום ומסקנות

פסק-דינו של בית-המשפט העליון בפרשת אליעזר נ' קרן החקלאות שימש נקודת-מוצא לחיבור זה. פסק-הדין קבע, שחיוב אינו יכול להיות נשוא לקיוזו חיובים, אם בעת מתן צו-הפירוק הוא היה מותנה בקיום תנאי כלשהו, אפילו אם התגבשות החיוב קדמה למועד קביעת הדיבידנד העומד לחלוקה לנושים השונים של פושטת-הרגל. לפי מה שהעלינו, ההבחנה בין חיוב ודאי לחיוב מותנה איננה מבוססת, והרושם המתקבל הוא, שבית-המשפט ניצל את עמימותו של החוק כדי לצמצם את תחולתו של הקיוזו בפשיטת-רגל.

המהלך האמור הוביל אותנו לבדיקה עקרונית של דין הקיוזו בפשיטת-רגל, וזו הראתה שההלכה עומדת על יסודות רעועים. הקושי העיקרי הוא בהסבר עדיפותו של בעל-הקיוזו על נושים אחרים. גישה כזו מתגלת גם בספרות המשפטית האנגלו-אמריקנית, שם קיימת הוראה דומה⁵⁷. העובדה שאצלנו, להבדיל מארצות המשפט המקובל, קיימת הוראת קיוזו רחבה בדין האזרחי אינה תורמת לביסוס של הקיוזו בפשיטת-רגל, המושגת על יסודות שונים. הקביעה הסתמית, שלפיה הקיוזו בפשיטת-רגל בא למנוע אי-צדק, אינה מובנת בשל הפגיעה שהפעלת הקיוזו גורמת לנושים אחרים. ראיית הקיוזו כבטוחה מכוח הדין עשויה לסייע במישור ה"טכני", אך היא אינה מקדמת כהיכט העקרוני, בהסבר הרקע העיוני לעדיפותו של בעל הקיוזו.

על-אף הקשיים האמורים, אין אנו תומכים בצמצום מלאכותי של הקיוזו באמצעות הפסיקה. דין-הקיוזו בפשיטת-רגל היכה שורשים עמוקים בשישים שנות קיומו, ובמקום הורתו, באנגליה, לא נס ליחו תקופה ארוכה ביותר. מתן אשראי על-ידי המערכת הבנקאית מתבסס במידה לא-מעטה על דין-הקיוזו, ושינוי לא מבוקר בהיקף ההלכה עלול לפגוע בשוק האשראי. בחינת ההיבטים הרחבים של הנרש, ובכלל זה ביטול אפשרי של דין-הקיוזו בפשיטת-רגל, צריכה אפוא להיעשות על-ידי המחוקק.

קודם לביטולו של הקיוזו בפשיטת-רגל יש לוודא שלא יישאר חלל ריק, ואת תפקידו הכלכלי של הקיוזו יהא ניתן להשיג בדרכים חלופיות; הווה אומר: יש לברוק אם לרשות נושים פוטנציאליים, בעיקר בנקים, המעוניינים בהבטחת האשראי המוענק על-ידם באמצעות פיקדון כספי של הלווה, עומדות אפשרויות אחרות. מבחינה עקרונית קיימות לכאורה שתי דרכים: שיעבוד הפיקדון הכספי של הלווה להבטחת החוב, או עריכת הסכם קיוזו שימלא את מקומו של הקיוזו מכוח הדין.

למשמעותו של הסעיף. גישה אחת גורסת, שההוראה באה לפטור את מי שמסתמך על קיוזו מדרישות הרישום של דיני-המשכון; אולם בעימות בין נושה מובטח לבין צד הנשען על קיוזו, ידו של הראשון תהיה על העליונה, כנטייה הכללית של דיני-המשכון. פסק-דין אחרים קבעו, שהוצאת הקיוזו מדיני-המשכון משמעותה שכל עימות שמעורב בו קיוזו לא ייחתך לפי דיני-המשכון שבקוד אלא לפי כללי המשפט המקובל. לסיכום שתי הגישות ראה *State Bank of Rose Creek v. First Bank of Austin* 320 N.W. 2d 723 (1982).

57 ראה את המאמרים שנוכרו לעיל, בהערות 33 ו-36.

כפי שכבר הסברנו לעיל, משכון פיקדון כספי לזכות הבנק שהפיקדון מצוי בו מעורר קשיים עיוניים שאינם גופלים בחומרם משאלת הנמקתו של דין-הקידון. כמורכב תוקפו של הסכם-קידון במצב של פשיטת-רגל אינו נקי מספקות. לעיל הבאנו את ההלכה הפסוקה, שלפיה אין בכוחו של הסכם-קידון לקיים הסדר שונה מזה הקבוע בסעיף 74 לפקודת פשיטת-הרגל. עם זאת, דומה שיש להבחין בין שני מצבים: ההבחנה המוצעת היא בין הסכם-קידון, שמטרתו להסדיר את יחסי הצדדים בפשיטת-רגלו של אחד מהם, ובין הסכם המסדיר את מערכת החיובים ההדדיים במצב של סולבנטיות. הסכם מן הסוג הראשון פוגע בעקרון השוויון של הנושים השונים, ומשום-כך הוא חסר-תוקף. לעומת זאת, ההסכם השני קובע את יתרת החוב בין שני הצדדים בכל רגע נתון לאורך היחסים המסחריים ההדדיים, ויתרת חוב זו חלה גם בפשיטת-רגל של מי מהם⁵⁸. למשל: חשבון עו"ש בבנק הוא הסכם מסוג זה, והלכת "השורה התחתונה" קובעת את יתרת החוב לכל דבר ועניין, ובכלל זה למצב של פשיטת-רגל⁵⁹.

אף אם נאמץ את ההבחנה האמורה, אנו מסופקים אם הבנק יכול, משיקולים עסקיים, להסתמך על הסכם דומה. גורמים שונים, כמו שערי ריבית ועוד, מחייבים את הבנקים להקפיד על ניהול נפרד של חשבון עו"ש, חשבון הלוואות וחשבוניות. הבנק מעוניין אפוא באיחוד מלא של חשבונותיו השונים של הלקוח רק כאשר הלה נקלע לקשיים כספיים, ואיחוד כזה יכול להעניק לו רק דין מיוחד המסדיר את הסוגיה של קידון חייבים הדדיים בפשיטת-רגל.

58 נראה שמשום-כך נקבע בע"א 522/72 מדינת ישראל נ' כונסי הנכסים של חברת וולטקס צמרון (בפירוק ובכינוס נכסים), פ"ד כז(2) 393, כי להסכם קידון תוקף מלא בפשיטת-רגל.

59 ליחס בין קידון לבין חשבון עו"ש ראה Goode (לעיל, הערה 10), 147, 169-170. על כך שכל סכום-כסף הנכנס לחשבון עו"ש מאבד את עצמאותו והשורה התחתונה כלכד היא בתי-תביעה ראה פסק-דין אלונית (לעיל, הערה 18).