|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו** | | |
|  | | |
| פש"ר 1296-09 אגף מס הכנסה ומיסוי מקרקעין ואח' נ' ק' י' ואח' | | 13 מאי 2015 1296-09 |
|  | | |
| **השופט** | איתן אורנשטיין- סגן נשיאה | |
|  | | |
| **החייב** | י' ק' ע"י עו"ד דרור בן שמואל | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **המשיב** | 1. ד.ק 2. הכונ"ר  ע"י עו"ד עוה"ד איתן ארז | |

**פסק דין**

1.**כללי**

האם במסגרת ביטול הענקה אסורה בהליכי פשיטת רגל ניתן לחייב צד ג' שקיבל את הנכס ממקבל ההענקה להשיב לנאמן את שוויו של הנכס ? זו אחת הסוגיות מושא פסק הדין.

החייב, היה בעלים של דירה שאותה הוא העביר לאימו ללא תמורה. מספר שנים לאחר מכן, העבירה האם את הזכויות בדירה ללא תמורה לאחיו של החייב ולימים נפטרה. בהמשך ניתן צו לכינוס נכסיו של החייב והוא הוכרז פושט רגל. הנאמן בפשיטת רגל טוען שיש לבטל את העברת הזכויות בדירה מהחייב לאימו מחמת היותה הענקה פסולה וכן לחייב את האח בתשלום שווי הדירה שאותה קיבל ללא תמורה מהאם.

2. **עיקר העובדות הדרושות לעניין**

החייב, י' ק' (להלן: "החייב"), הינו איש עסקים שניהל אולם אירועים בתל אביב שנודע בשם "גן אורנים" שנמצא בגני התערוכה שבתל אביב (להלן: "העסק"). את העסק הקימו וניהלו במשך עשרות בשנים הורי החייב באמצעות חברה שיסדו בשם "גן אורנים בע"מ" (להלן: "החברה"). ברבות השנים העסק הצליח ושגשג ונחשב לאחד מאולמות האירועים המובילים בענף, ויצאו לו מוניטין ברחבי הארץ. לימים העבירו ההורים את מניותיהם בחברה לשני בניהם, החייב ואחיו מר ד' ק' (להלן: "ד' "). בין החייב לבין ד' התגלעו מחלוקות בנוגע לניהול העסק שהחריפו והגיעו לכדי התדיינויות משפטיות ובסופם לקרע בין האחים.

הדירה

החייב היה בעלים של דירה בקומה 11 בבניין ברחוב פעמוני יוסף 18 בשיכון בבלי בתל אביב והידועה כחלקה 501/42 בגוש 6107 (להלן: "הדירה"). ביום 11.8.1999 העביר החייב את זכויותיו בדירה לאימו המנוחה, הגב' ל' ק' ז"ל (להלן: "האם"), ללא תמורה. לפי הדיווחים לרשויות המס הוערכה הדירה לצורך העברת הזכויות לאם לסך של 2,415,195 ₪. האם לא התגוררה בדירה אלא בדירה אחרת שבבעלותה ברחוב בן יהודה 95 בתל אביב והיא השכירה את הדירה. בסמוך לכך, ביום 1.8.2000 רכשו החייב ואשתו דאז דירה ברחוב עיר השמש 48א בתל אביב תמורת הסך 2,451,000 ₪ כאשר סך של 1,867,500 ₪ מהתמורה שולם באמצעות משכנתא (להלן: "הדירה החלופית"). ביום 4.11.2001 נמכרה הדירה החלופית.

בחלוף כארבע שנים מאז שהדירה הוקנתה לאם, היא העבירה אותה ללא תמורה לד' והזכויות בדירה נרשמו על שמו ביום 14.1.2003. כעבור שנתיים, ביום 11.1.2005 נפטרה האם. בצוואתה שנערכה בחודש ספטמבר 1999, כלומר סמוך לאחר שהדירה הועברה לה צוותה האם את הדירה לד' , כאשר יוער שצו קיום צוואת האם ניתן ביום 22.3.2005. ד' השכיר תחילה את הדירה ונהנה מדמי השכירות ובהמשך לאחר שמכר מספר דירות שבבעלותו ברמת אביב עבר להתגורר בדירה, ושם מתגורר עד היום.

לימים נקלע העסק לקשיים, ובשנת 2001 הוגשה על ידי אחד מנושי החברה בקשה לכינוס נכסי החברה. בדצמבר 2001 הוגשה בקשת הקפאת הליכים לחברה וצו הקפאת הליכים ניתן ביום 6.12.2001. הליך הקפאת ההליכים לא צלח ומשכך ניתן ביום 26.5.2002 צו לפירוק החברה (פש"ר (מחוזי ת"א) 2028/01).

חובות לרשויות המס

משומות המס שהוצאו לחייב עולה שהחייב משך מהחברה משכורות במהלך שנת 1999 בסך של 733,697 ₪ ובנוסף לווה מהחברה סך של 4,370,055 ₪ שלא הושב לחברה. פקיד השומה ראה בהלוואות שקיבל החייב מהחברה ושלא הוחזרו כהכנסה של החייב וקבע שהכנסות החייב לשנת 1999 הן בסך של 5,103,752 ₪ וחוב המס לאותה שנה עמד על סך 2,187,007 ₪. בהתאם הוצאה ביום 5.4.2002 שומת מס לתשלום. גם בשנת 2000 משך החייב סכומים ניכרים מהחברה שאף הם לא הושבו.

פשיטת הרגל והחוב למס הכנסה

ביום 11.2.2009 הגיש אגף מס הכנסה ומיסוי מקרקעין – פקד שומה גוש דן, בקשה להכרזת החייב פושט רגל ולמתן צו לכינוס נכסיו. ביום 8.6.2009 ניתן צו לכינוס הנכסים ועו"ד אורן הראל מונה כמנהל מיוחד לנכסי המנוח. בהמשך הוכרז החייב פושט רגל והנאמן מונה נאמן לנכסיו (להלן: "הנאמן").

ביום 27.8.2009 הוגשה תביעת חוב של מס הכנסה לחייב ושלפיה החוב בגין שנים 1999–2001 הינו 5,974,593 ₪ כאשר קרן החוב בדין קדימה לשנת המס 1999 הינה 2,184,568 ₪. מקור החוב הוא לפי ביקורת שומתית לשנות המס 1997–1999 ושומה לשנת המס 2000. הביקורת נערכה בהמשך לביקורת שערך מס הכנסה בספרי החברה וכן בספרי חברת הבת "גן אירועים שירותי אירוח בע"מ" שבבעלות החייב וד' . אחת הסיבות לביקורת ספרי החייב נבעה מנתונים שנרשמו בספרי החברה שלפיהם משך החייב מיליוני שקלים מהחברה בשנים 1999–2000 ושלא הוחזרו על ידו לקופת החברה. לפי ספרי החברה ניכרה עלייה גדולה במשיכות החייב משנת 1997 לשנת 2000, זאת בנוסף למשכורות שקיבל מהחברה.

3.**הבקשה**

הנאמן טוען שיש לראות בהעברת הזכויות של החייב בדירה לאימו משום הענקה אסורה לפי סעיף 96(ב) לפקודת פשיטת הרגל, התש"ם-1980 (להלן: "הפקודה"). לעניין זה נטען שההעברה נעשתה בתוך התקופה שקבועה בסעיף 96(ב) לפקודה וכי התמלאו התנאים למתן הצהרה שלפיה ההעברה מהווה הענקה אסורה. לעניין האחרון נטען שלא הוכח שבעת ההענקה היה החייב בר כושר פירעון וכי לא התקיימו החריגים להענקה שקבועים בסעיף 96(ג) לפקודה. באשר להעברה לד' נטען שקמה למנהל זכות עקיבה אחר הדירה שניתנה לד' מאימו ללא תמורה ושמקורה בהענקה אסורה.

משכך עתר הנאמן לבטל את העסקה שבין החייב לבין האם ולחייב את ד' לשלם לו את שווי הדירה לפי מועד הענקה וזאת בסכום שהוערכה בעת הענקה על ידי רשויות מיסוי מקרקעין בסך של 2,415,195 ₪, ובצירוף ריבית והפרשי הצמדה מאותו מועד.

אציין שלבקשת הנאמן ניתן צו מניעה זמני האוסר על ד' לבצע דיספוזיציה בדירה וזאת על מנת להבטיח שניתן יהיה להיפרע הימנו ככל שהבקשה תתקבל בסופו של דבר.

4.**עיקר טעמי הנאמן**

לטענת הנאמן היה החייב בחדלות פירעון כבר בשנת 1997 ובוודאי בהמשך בשנים 1998–2000 לאחר שמשך מהחברה מיליוני ₪ ומבלי שהייתה לו יכולת להחזיר את המשיכות. לכן ובצדק קבע פקיד השומה שיש לראות במשיכות משום הכנסות בידי החייב.

עוד נטען שהחייב ידע שהחברה נתונה בקשיים ניכרים ומשכך לא תוכל לשלם רווחים שיהיה בהם כדי לפרוע את חובותיו. בהקשר זה מפנה הנאמן לכך שהחייב היה בעל שליטה בחברה שחתום על הדוחות שלה והוא ידע שדרכה של החברה פירוק וכמות שאכן אירע זמן לא רב לאחר מכן. עוד נטען שלא היו לחייב מקורות אחרים שיכלו לשמש בידו להשיב את ההלוואות העצומות שקיבל מהחברה. הנאמן מתייחס לטענת החייב שלפיה רכישת הדירה החלופית באותה עת מעידה על כשירותו הכלכלית אך לעמדתו אין בכך כדי להעיד על מקורות כספיים של החייב שכן מרבית תמורת הדירה מומנה ממשכנתא ולא מהונו הפרטי של החייב. הנאמן מבהיר שגם אם נקבל את עמדת החייב שלא הוכחה, כי היה ברשותו סכום שבין מיליון ₪ ל-2 מיליון ₪, עדיין לא היה בכך כדי לכסות את החובות שלו לחברה במיליוני שקלים.

הנאמן דוחה את גרסת החייב שלפיה הוא העביר את הדירה לאימו לאור דרישתה של האחרונה שנבעה מחששה שנוכח אורח חייו הפזרני של החייב לא יוותר לו רכוש שיוכל לשמש אותו ואת ילדיו בעת הצורך. לעניין זה נטען שאם כגרסת החייב הדבר נעשה בשל הצורך להגן על עתיד החייב ועתיד ילדיו, אין בה מן ההיגיון הואיל ובפועל לא נעשתה על ידי האם כל פעולה שתעגן את השמירה על מקורות מימון לחייב ולילדיו שכן העבירה את הדירה לד' ואף צוותה אותה לד' בצוואתה.

הנאמן סבור שיש מקום לעקוב אחר העברת הדירה בין היתר על יסוד ההלכה שנפסקה בע"א 5709/99 זיוה לוין נ' גד שילר עו"ד הנאמן בפש"ר, פ"ד נה(4) 925 (2001) (להלן: "הלכת לוין"). לעמדת הנאמן הלכת לוין מקימה זכות עקיבה של הנכס או תמורתו ממקבל ההענקה. הנאמן בדעה שניתן להקיש מהלכה זו לענייננו ולחייב את ד' לשלם את שווי הדירה כמות שנשומה בעת הענקתה על ידי החייב לאימו.

5.**עיקר עמדת החייב**

החייב טוען שהזכויות בדירה הועברו לאם לפי דרישתה. לעניין זה מצהיר החייב שבשנת 1997 הוא התגרש מאשתו הראשונה כאשר במסגרת הליך הגירושין הוא העביר לגרושתו רכוש שבחלקו הוענק לו על ידי הוריו. זמן קצר לאחר מכן הוא נישא לאשתו השנייה. לגישתו, אימו התאכזבה מהחלטתו להתגרש ולהינשא בשנית בתוך תקופה קצרה ולוותר על חלק ניכר מהרכוש והנכסים ובכך ראתה פגיעה בנכסי המשפחה. החייב מוסיף וטוען כי בנסיבות אלה טענה האם שהתנהלותו מצביעה על חוסר רצינות, יציבות ושיקול דעת מצידו וכי תוצאת אלה עלולה להביא לכך שיבזבז את רכושו ובאופן שלא ייוותר לילדים ולנכדים כספים מההון המשפחתי. משכך דרשה שיעביר את הדירה לבעלותה. זה הטעם לגרסת החייב להעברת הזכויות בדירה ממנו לאם.

לדידו של החייב, בעת ההעברה היה מצבו הכלכלי טוב ביותר והוא יכול היה לעמוד בכל התחייבויותיו כלפי נושיו. החייב הכחיש את חובותיו הנטענים לרשויות המס בשנים 1999–2002 באשר לגרסתו לא היה לו חוב למס הכנסה ולמצער לא בהיקף שנטען על ידי רשויות המס.

מוסיף וטוען החייב: לפי דרישת רשויות המס שקיבל ביום 2.10.1999 היה עליו לשלם סך של 402,981 ₪ בלבד, וגם זאת בגין אי הגשת דוחות ולא בגין שומה תקפה; לא כל שכן הוא נדרש לשלם שומה כפולה; כי רשויות המס הסכימו לוותר על תשלום מקדמות מס לשנת המס 2001 דבר שמלמד שגם לגישת מס הכנסה לא היו לו חובות ניכרים לרשויות המס באותה העת; כי לא נטל הלוואות מהחברה בסדרי הגודל שנטענים על ידי רשויות המס; כי רשויות המס סירבו שלא כדין לפתוח את השומה וליתן הסבר לסכומים שנקובים בה; כי המועד הקובע לעניין היותו חדל פירעון הוא במועד הוצאת השומה בשנת 2002 ולא בשנת 1999 או בשנת 2000 שאז הוא היה סולבנטי. את עמדתו לעניין זה תומך החייב בין היתר בכך שבאותה עת הוא רכש את הדירה החלופית והגם שנדרש למשכנתא אזי היה לו לגרסתו הון עצמי ניכר ששימש בחלקו ליתרת תמורת רכישת הדירה החלופית. בנוסף לכך היו לו סכומים ניכרים בחסכונות, בפיקדונות כספיים ובביטוחי מנהלים, וכי הבנק לא היה מעמיד לו את המשכנתא אילו סבר שאין ביכולתו לפרוע אותה.

6.**עיקר עמדת ד'**

ד' טוען שדין הבקשה להידחות. בתגובתו הנתמכת בתצהירו נטען שהוא והחייב היו בעלי המניות של החברה שבבעלותה עסק משגשג ומצליח. לחייב הייתה מניית זהב בחברה שהעניקה לו זכות וטו בחברה. בשלב מסוים התגלעו חילוקי דעות בינו לבין החייב והם לא ראו עין בעין את אופן ניהול העסק של החברה וכן את ניהול העסקים של חברות הבנות. ד' מוסיף שבאותה עת גם החל החייב לנהל אורח חיים של רווק הולל, דבר שהוסיף על היחסים העכורים שבין שני האחים, פגע בניהול העסק והביא לכך שהם החליטו להיפרד. בסופו של דבר מכר ד' את חלקו לחייב שניהל ממחצית שנות ה-90 את העסק לבדו וללא מעורבות ד' . הליך ההיפרדות היה כרוך במאבקים משפטיים שנמשכו מספר שנים ושבסופם הוא ויתר לחייב על זכויות רבות, החליט לנתק כל קשר עם החייב וכי במהלך 15 שנים לא היה ביניהם קשר למעט מפגשים אקראיים.

באשר לדירה; ד' גורס שהאם החליטה להעניקה לו ולמשפחתו בעודה בחיים ועמדה על כך שהזכויות בדירה ירשמו בבעלותו, ומשכך נמסר דווח על העסקה והזכויות בדירה נרשמו על שמו ביום 11.1.2005. ד' סבור שהסיבה שבעטיה החליטה האם לתת לו את הדירה במתנה הינה בהינתן היקף הוויתורים הניכרים מצידו לחייב במסגרת ההיפרדות העיסקית. ד' השכיר את הדירה מאז שקיבל אותה מאימו, ולאחר מספר שנים שבמהלכן מכר ארבע דירות נוספות שהיו בבעלותו בשכונות רמת אביב ג' ובאפקה, הוא עבר לגור בדירה. לימים התגלתה אצלו מחלה קשה שבעטיה נבצר ממנו לעבוד, הוא נזקק לטיפולים רפואיים יקרים שבשל כך נדרש לממש שניים מנכסיו. מאז שנת 2009 עבר להתגורר עם בני משפחתו בדירה.

ד' טוען שהבקשה אינה עומדת בתנאי סעיף 96(ב) לפקודה. לעניין זה נטען שהחייב היה בעל כושר פירעון בעת העברת הדירה לאם גם ללא הדירה. מוסיף ד' וטוען ששומת המס נקבעה לחייב בשנת 2002 ואילו ההענקה הנטענת נעשתה שלוש שנים קודם לכן בשנת 1999 וכי המועד הקובע לבחינת היותו חדל פירעון הוא הוצאת השומה. עוד לעמדת ד' שאין מקום להיעתר לבקשה שכן הוא לא בגדר מקבל ההענקה אלא צד שלישי, שכן מקבלת ההענקה היא האם והוראת סעיף 96(ב) אינו חלה עליו.

עוד נטען שהבקשה לוקה בשהוי כבד שכן הוא הסתמך על הדירה כחלק מנכסיו ובהתאם כלכל את צעדיו במשך השנים שחלפו. משכך לטענתו קבלת הבקשה תהווה פגיעה קשה בו, באינטרס ההסתמכות שלו ויהיה בה כדי לשנות שלא כדין את צפייתו. בהקשר זה מצביע גם ד' על כך שהנאמן מונה לתפקידו חמש שנים עובר לבקשה וכי בתקופה האמורה היה עליו להגיש את הבקשה.

7.**הראיות**

מטעם הנאמן הוגשו תצהיריהן של רו"ח מיכל שעשוע ושל רו"ח מיכל ניר בלונרו שעובדות בפקיד שומה רמת גן. מטעם המשיבים הוגשו תצהיריהם של החייב ושל ד' . לאחר הגשת התצהירים הגיש הנאמן בקשה להוספת ראיות ובין אלה מסמכים של החברה, ריכוז ממצאי רשויות המס, שומת מס שלא בהסכמה, פירוט משיכות שבצעו בעלי המניות בחברה ובכללם החייב בשנים 1997–2000. נעתרתי לבקשה לצירוף הראיות חרף התנגדות המשיבים ומהטעמים שבהחלטתי מיום 12.3.15.

ביום 16.3.2015 התקיים דיון שבמהלכו נחקרו המצהירים על תצהיריהם והצדדים סיכמו את טענותיהם (להלן: "הפרוטוקול"). הצדדים הודיעו שהם מנהלים משא ומתן ומשכך ביקשו להשהות את ההכרעה בבקשה. לאחרונה נמסר כי לא הושג הסדר ומשכך אין מנוס אלא ליתן הכרעתי.

8.**הפלוגתאות**

שתי סוגיות דרושות להכרעה. האחת, האם יש לראות בהעברת הזכויות בדירה מהחייב לאם משום הענקה בטלה לפי סעיף 96(ב) לפקודה. ככל שכן, האם ניתן לעקוב אחר העברה של הזכויות בדירה מהאם לד' ובאופן שתחולת הסעיף חלה גם על העברה נוספת זו של הדירה ללא תמורה.

אדון בפלוגתאות כסדרן;

**דיון והכרעה**

9. **העברה מהחייב לאם, האם מהווה הענקה אסורה?**

השאלה הראשונה הדרושה להכרעה הינה האם יש לראות בהענקת הזכויות של החייב בדירה ממנו לאם משום הענקה שיש לבטלה לפי סעיף 96(ב) לפקודה.

10.**הענקה אסורה - ההלכה**

הענקה אסורה מוסדרת בסעיף 96(ב) לפקודה שמורה:

"העניק אדם נכסים ונעשה פושט רגל אחרי שעברו שנתיים ולפני שעברו עשר שנים מיום ההענקה, ההענקה בטלה כלפי הנאמן, אם לא הוכיחו התובעים מכוח ההענקה כי בזמן שנעשתה ההענקה היה המעניק כשר-פרעון של כל חובותיו בלי להיזקק לנכס הכלול בהענקה וכי משנעשתה ההענקה עברה זכות המעניק באותו נכס לנאמן על ההענקה".

על הנאמן להתגבר על מספר משוכות על מנת לבוא בגדר הענקה שחל עליה הסעיף:

מדובר בנכס של החייב; החייב העניקו לאחר; ההענקה בוצעה בציר הזמן שקבוע בסעיף;

רק ככל שיעמוד הנאמן בהוכחה של כל התנאים האמורים, יעבור הנטל למקבל ההענקה להוכיח שבעת ביצוע ההענקה היה החייב מסוגל לפרוע את חובותיו.

11.**ביישום לענייננו**

דומה שאין חולק שהרכיב הראשון הדרוש להוכחה מתקיים שכן עסקינן בהענקה של דירת מגורים שהייתה בבעלותו המלאה של החייב. סבורני שגם אין יכול להיות חולק שנעשתה הענקה, שהוא הנדבך השני הדרוש להוכחה. לעניין זה הענקה כוללת העברה ללא תמורה של זכויות או מתן שעבוד, או ויתור על חוב (ראה ספרם של לוין וגרוניס פשיטת רגל (מהדורה שלישית, 2010) בעמ' 321). לפנינו ויתור על זכויות בנכס ללא תמורה מהחייב לאימו וככזו היא באה בגדר הסעיף. גם הרכיב השלישי מתקיים שכן חלון הזמן שקבוע בסעיף חל, קרי, בענייננו, שכן מועד ההענקה הוא 11.8.1999 ועד ליום מתן צו כינוס הנכסים ביום 8.6.2009 חלפו שנתיים אך טרם חלפו עשר שנים. קל וחומר שאם נראה את יום הגשת בקשת כינוס הנכסים ביום 11.2.2009 כמועד הקובע ולא את יום מתן צו הכינוס.

12.**בחינת כושר הפירעון בעת ההענקה**

הסעיף מורה שנטל ההוכחה על היותו של החייב בעל כושר לפרוע את חובותיו הוא על מקבלי ההענקה וכך גם פורש הדבר בהלכה הפסוקה. לעניין זה אפנה ל[פש"ר 1013/98](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=פשר 1013/98) [בש"א 64204/99](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בשא 64204/99) (מחוזי ת"א) בלייר נ' ליניבקר (פורסם בנבו, 9.12.2002), בעמ' 6 שם נקבע:

"המנגנון העיקרי, בו השתמש הדין בכדי להגן על נושי החייב, הינו 'היפוך נטל הראיה' המצוי בסעיף 96(ב) לפקודת פשיטת הרגל. בניגוד לכלל הרגיל, לפיו 'המוציא מחברו, עליו הראיה', כאשר בבטלות הענקה עסקינן, הרי לאחר שהוכיח הנאמן בפשיטת רגל כי בוצעה הענקה במועד שבין שנתיים לעשר שנים קודם למעשה פשיטת הרגל, אזי נטל ההוכחה לעניין כשרות-פרעונו של החייב במועד הקובע הינה על מקבל ההענקה. אך בצדק טען הנאמן כי בנטל השכנוע עסקינן, להבדיל מנטל הבאת הראיות. לשון אחר; נטל ההוכחה, ברמה של מאזן ההסתברות הנהוג במשפט אזרחי, נותר על מקבל ההענקה מתחילתו ועד סופו של הדיון המשפטי. אין הוא יכול 'להופכו' ולהטילו על הנאמן בשום פנים ואופן".

(ההדגשה אינה במקור – א.א.)

האם הוכח שהחייב שלפנינו היה בר כושר פירעון בעת ביצוע ההענקה?

בהקשר זה קיימת מחלוקת קוטבית בין הצדדים, כאשר לעמדת הנאמן שנתמכת גם על ידי הכנ"ר לא היה החייב בר פירעון לעומת עמדת החייב וד' שסבורים אחרת.

לפני בית המשפט נפרשה מסכת ראיות באשר לכשרות הפירעון של החייב שמטה את הכף לקבלת עמדת הנאמן. לגישת האחרון היו לחייב חובות במיליוני שקלים בשנים 1997–2000 ושהוא לא היה יכול לפרוע אותם, ואפרט:

לבית המשפט הוצגו אסמכתאות לרוב שמבססות קיומו של החוב למס הכנסה. לעניין זה אצביע על שומות המס; על מסמכים שצורפו לדוחות הכספיים של החברה שמאשרים את קיומן של הלוואות בעלים במיליוני שקלים מהחברה לחייב ושלא הושבו. משכך ובצדק זקפו רשויות המס את ההלוואות כהכנסות של החייב.

העידו לפניי רכזות בכירות במס הכנסה שטיפלו בתיק של החברה ושל החייב בעת הרלוונטית ותמכו בגישת הנאמן באשר לקיום חובות הכספים הניכרים. עדותן של אלה הייתה קוהרנטית וסדורה ושוכנעתי שאכן היה בסיס מהימן לרשויות המס להוצאת השומות. העדויות האמורות אף נתמכו במסמכים שבכתב ובין אלה אסמכתאות שלא נסתרו שלפיהן החייב לווה כספים במיליוני שקלים מהחברה וכן מחברת הבת בשנים 1997–2000 ואלו הלכו והאמירו מאז שנת 1997 ואילך, והוא לא השיב את ההלוואות. לעניין זה הפנו רו"ח שעשוע ורו"ח בלונרו להיקף המשיכות של החייב מהחברה, לעובדה שהתקיימו דיונים בעניין השומות של החייב ותוך השתתפות של רואה החשבון של החייב (עמ' 5 שורות 3–6; עמ' 6, שורות 2–5 לפרוטוקול) שבהם לובנה התנהלות החייב ומבלי שהובאו אסמכתאות לסתור, וכאמור בדברי העדות.

לא למותר להדגיש שבין האסמכתאות האמורות הוא גם מסמך שנכלל בדוחות של החברה עצמה שבו ציון חובות בעלי המניות לחברה במיליוני שקלים, והעומד כנגד גרסת החייב ומאושש את גרסת הנאמן באשר לחוב הניכר של החייב לחברה.

עוד אפנה למסמך בשם: "ריכוז ממצאים מהשומות הנוגעות למשיכות מנהלים" שהוכן על ידי רשויות המס בזמן אמת ושצורף לבקשה. במסמך האמור מצוי פירוט יתרות חובה של בעלי המניות של החברה לחברה. באשר לחייב עולה שחובותיו לחברה היו כדלקמן: לשנת 1998 – 3,460,521 ₪; לשנת 1999 – 4,370,055 ₪; לשנת 2000 – 5,091,007 ₪. עוד צוין שיתרות החובה לא הוחזרו, כי אין אפשרות להחזירם ומשכך הוחלט לראות במשיכות לשנת 1999 משכורות של החייב. בנוסף לחוב זה יש חובות של בעלי המניות ובהם החייב לחברת הבת "גן אורנים שירותי אירוח בע"מ".

כלומר, ישנה הצלבה של מידע מדוחות החברה עם שומות החייב המאמתת את התשתית של השומות שהוצאו לחייב. אוסיף שהסבריו של החייב באשר להעדר חוב לרשויות המס היו מגומגמים, נעדרי הגיון וחסרי תימוכין. החייב הרבה ליתן תשובות מסוג "לא זוכר" לשאלות ששומה היה עליו ליתן את התשובה. כך לשאלות מדוע לא הגיש את הדוחות למס הכנסה לשנים הרלוונטיות (עמ' 8, שורות 19–24 לפרוטוקול), או שייחס את אי הגשת הדו"ח לרשלנות של רואה החשבון שלו (עמ' 87, שורות 25–28, שם).

זאת ועוד; החייב פנה באמצעות רו"ח רמי אריה לרשויות המס להאריך את המועד להגשת השגה על השומות שהוצאו לפי מיטב השפיטה וכאמור במכתבו של רו"ח אריה מיום 2.7.2009, נספח 4 לתגובת החייב. היה צורך בבקשה להארכת המועד להגשת ההשגה מאחר שחלפו שנים רבות מאז שהוצאו השומות וחלף המועד שקבוע להגשתה. במסגרת הפניה טען החייב בין היתר שיש לאפשר לו לשטוח את השגותיו לרבות באשר לכפל שומה, לשומה השגויה ולייחוס הכנסות שלא כדין וכאמור בסעיף 12 למכתב רו"ח אריה. פקיד השומה בהחלטתו מיום 7.7.2009 לא ראה מקום להיעתר לבקשה וזאת מהטעמים שבמכתבו מיום 23.6.2009. על כך היה רשאי החייב לערער לבית המשפט אך מטעמים השמורים עימו נמנע מלעשות כן. בחקירתו לא נתן החייב טעם מדוע לא הגיש ערעור על החלטת פקיד השומה וכאמור בעמ' 9, שורות 2–4 לפרוטוקול. משכך, יש לראותו כמי שבחר שלא להתנגד לשומות והן מחייבות. יתרה מזאת, למעשה, עד עתה אין לפני בית המשפט הסבר ענייני לפשר המשיכות הניכרות של החייב מהחברה ומדוע אין לזקוף אותן כהכנסות של החייב. החייב גם לא העיד את רו"ח אריה מטעמו אשר יסתור את גרסת עדות מס הכנסה ואת העולה מהמסמכים והדבר עומד כנגדו.

יאמר שהחייב לא שילם את סכומי המס שהגיעו לפי השומות וכמות שהדבר גם התאשר בעדותו (עמ' 10, שורות 7–8 לפרוטוקול).

החייב גם לא הוכיח את טענתו שלפיה היו לו מקורות כספיים בעת הנדונה ובניגוד לנטען בתצהירו. יתרה מזאת השתכנעתי שהחייב היה נעדר אמצעים כספיים לשלם את חובותיו כבר באותה העת ואפרט:

החייב לא צירף לתצהירו כל אסמכתאות שמבססות את גישתו שלפיה היו בבעלותו כספים בפיקדונות או בביטוחי מנהלים או בקופות גמל, הגם שלא הייתה לו מניעה לפנות לאותם גורמים ולקבל את האסמכתאות הדרושות להוכחת טענתו. החייב נשאל על המקורות הכספיים הנטענים ומסר שמות של בנקים ושל חברות ביטוח שלטענתו היו לו אצלם פיקדונות (עמ' 10, שורות 28–29; עמ' 11, שורות 1–2 לפרוטוקול). דא עקא, החייב נמנע החייב מלהמציא אישורים באשר ליתרות הכספים שעמדו לזכותו לתמיכה בטענתו. גם לאחר הדיון ולאחר שנשאל אם יתבקש צו לאותם מוסדות כספיים מה תהיינה התוצאות (עמ' 11, שורות 3–5, שם) לא פעל החייב להמציא את האישורים והדבר עומד בעוכריו שכן ככל שהיו כספים לחייב אצל אותם גורמים מה פשוט יותר היה שיפנה לאלה וימציא את האסמכתאות הדרושות. מכל מקום, גם לפי עדות החייב עולה שאותם סכומים שאין להם כאמור כל ביסוס באסמכתאות, מגיעים למאות אלפי שקלים בלבד ולא למיליונים שאותם היה חייב לפרוע לחברה (דברי החייב בעמ' 10, שורות 24–25, שם) ובהמשך טען לסכומים שבין 1 מיליון ₪ לבין 2 מיליון ₪ (עמ' 11, שורות 8–11, שם).

אפנה גם לפרוטוקול הדיון בבקשת כינוס הנכסים של החייב ביום 8.6.2009. ב"כ החייב אישר את היות החייב בחוסר כשירות כספית כבר בשנת 2001 כהאי לישנה (עמ' 1 שורות 5–10 לפרוטוקול מאותו יום):

"החייב הוא הבעלים המקורי של גן אורנים, בשנת 2001 – 2002 העסק קרס, בימים קנה אותו מר פלג, באותה תקופה יצאה השומה, הוא ירד מכל נכסיו במסגרת הסדר הנושים שנקבע לחברה גם מס הכנסה היה חלק מההסדר אם כי לא בהסדר האישי. כבר אז נבדקה היכולת הכלכלית שלו והיה ברור שאין לו מקורות לתרום להסדר הנושים והוא היה צריך לגייס 300,000 ₪ כדי להציל את גן אורנים, המצב הכלכלי שלו כבר אז היה בכי רע, לכן לא התאפשר לו לקבל יעוץ משפטי.

(ההדגשה אינה במקור – א.א.)

עוד אוסיף שאין בעובדה שהחייב רכש דירה חלופית כדי להגיע למסקנה שהיו בידיו אמצעים כספיים. כאמור רוב הסכום שנדרש לרכישת הדירה מומן מכספי משכנתא שאותה קיבלו החייב ואשתו השנייה. דווקא התנהלות זו של החייב מצביעה על העדר כספים בידו ודוק. ככל שלגרסאות החייב וד' היה החייב בעל כושר פירעון בעת הרלוונטית, אזי הוא לא היה נזקק למשכנתא לרכישת הדירה השנייה, ולמצער בסכום כה ניכר. כאשר נשאל החייב לצורך שלו בקבלת משכנתא הוא השיב שלא היה מעוניין לממן את מלוא תמורת הדירה מהונו העצמי (עמ' 10 שורות 25–27 לפרוטוקול). משכך הייתה חובה על החייב להמציא אסמכתאות שהיה לו הון עצמי באותה עת בהיקף מספיק אך כזאת לא הביא.

מהראיות אף עולה שבניגוד לעמדת החייב שלפיה העסק בעת הרלוונטית היה רווחי ביותר, אזי הסתבר אחרת. לעניין זה אציין שבשנת 2007 היה הפסד לחברה בסך של כ-207,000 ₪ וכעולה מהדוחות הכספיים של החברה (עמ' 12, שורות 5–7, שם). אמנם החייב טען שאלה הם נתונים של מס הכנסה והוא חושב שהם אינם נכונים אך הוא לא הביא כל אסמכתא נוגדת וגם לא העיד את רואה החשבון של החברה. מצב החברה הלך והתדרדר והראיה שהבנק נקט נגדה בהליך של כינוס נכסים, היא עצמה הגישה בקשה להקפאת הליכים שלא צלחה וזמן לא רב לאחר מכן, ניתן צו לפירוק החברה. יתר על כן, מעדות גב' שעשוע עולה שלפי הדוחות לרבות אלה של החברה, משך החייב מהחברה כספים בשיעור ניכר הגם שהיה קיים חשש ליכולת החברה לפרוע את חובותיה. נתון זה עולה מדוחות החברה כאשר לעניין זה אף נרשמה לה הערת עסק חי. בכל אלה היה כדי להוות תמרור אזהרה לפני החייב באשר להעדר חוסנה הכלכלי של החברה ולהצביע לפניו על חשש סביר שהחברה לא תוכל לשלם לו רווחים ויגדע מקור הכנסותיו מהחברה (דברי העדה שעשוע בעמ' 4, שורות 5–13 לפרוטוקול). לכך יש להוסיף את דברי העדה בלונרו שנאמר לה על ידי המייצגים של החברה שהיא חדלת פירעון ושאינה מסוגלת לפרוע את חובותיה (עמ' 6, שורות 25–29 לפרוטוקול). לא למותר לציין שגם המציאות הוכיחה את האמור, שכן החברה אכן לא פרעה את חובותיה וניתן נגדה צו פירוק.

המסקנה המתבקשת ממארג הראיות דלעיל היא שלא היו ברשות החייב אמצעים כספיים לשרת את החוב העצום שהגיע ממנו לרשויות המס בגין השנים 1997–2000 ואף לא את קרן החוב לשנת המס 1999 בסך של 2,184,568 ₪.

המועד הקובע לבחינת החוב למס הכנסה

עתה נבחן מהו המועד שיש להביא בחשבון לעניין כשרות הפירעון של החייב לצורך סעיף 96(ב) לפקודה. האם כעמדת החייב וד' המועד הוא הוצאת השומה בשנת 2002 או שמא כעמדת הנאמןוהכנ"ר המועד הוא בעת יצירת החוב, קרי, בשנים 1997–2000.

גם בעניין זה מקובלת עלי עמדת הנאמן ונבהיר את הדברים באמצעות דוגמה. נניח שלנישום פלוני נוצרו חובות בשנה מסוימת אך הוא מסתירם מעיני נושיו ובמהלך אותה תקופה הוא גם מבריח את נכסיו ורק בחלוף מספר שנים מתגלות העובדות לאשורן. מועד הגילוי הוא אקראי ואין בו כדי להשליך על מועד היווצרות החוב. משכך, שומה על בית המשפט לבחון האם בעת ביצוע הענקה כבר נוצרו החובות והחייב ידע או אמור היה לדעת שאין ביכולתו לפרוע אותם. לכן אין כל רלוונטיות לבחינת כשרות הפירעון של החייב במועד שבו נודע לנושים על קיומם של החובות. קבלת פרשנותם של החייב וד' משמע, מתן פרס למי שהצליח בדרכים לא כשרות להסתיר מנושיו את מצבו ובה בעת הוא מבריח את רכושו ותוך שהוא מקווה שהזמן שיחלוף מאז ההברחה ועד גילוי האמת יאפשר בידו להתחמק מבטול הענקות אסורות.

מכאן נעבור למועד יצירת חבות כלפי רשות המס;

חוב כלפי רשויות המס נוצר בשנת המס הרלוונטית גם אם השומה לגביו יוצאת מספר שנים ובעקבות ביקורת של ספרי החייב או ממידע אחר שהתגלה ושלפיו לא דווחו מלוא הכנסות החייב, ולמצער במלואן בשנה הרלוונטית. על כך ניתן ללמוד מההלכה הפסוקה שדנה בהוראת סעיף 119 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], תשכ"א–1961 שעניינה גביית מס הכנסה בנסיבות מיוחדות של העברת רכוש של חברה מתפרקת שלא בתמורה ולמצער שלא בתמורה ראויה ובטרם הוצאה שומה סופית. לעניין זה אימץ בית המשפט העליון את גישת רשויות המס באשר לחובת נישום לצפות את המס שיגיע הימנו, וכאמור בדברי בית המשפט העליון ב[ע"א 2755/08](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עא 2755/08) פלח נ' מס הכנסה – פקיד שומה תל אביב (פורסם בנבו, 10.8.2010), בעמ' 19 לאמור:

"**הרשות הנתונה לשלטונות המס להיפרע מנכסים שהועברו כאמור, הינה רק באותם המקרים שבהם היה הנישום צריך לצפות את האפשרות כי יהא חייב במס לאור הליכים שמתנהלים בינו לבין רשויות המס**".

(ההדגשה אינה במקור – א.א.)

קביעה זו מעגנת את הגישה שלפיה המועד הקובע לעניין החבות במס הוא בעת שהיה על הנישום לצפות את קיומה של החבות ולא במועד שבו הוציא פקיד השומה את השומה. עמדה זו אף זכתה לאמוץ בפסק הדין שניתן בע"מ (מנהליים ב"ש) 36166-07-11 ק. מאי אחזקות בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל רשות המסים (פורסם בנבו, 4.11.2013), בעמ' 30:

"על פי לשון הסעיף והפרשנות התכליתית המתחייבת בנסיבות העניין, ניתן בהחלט לומר כי לצורך השימוש בסעד הנתון [**בסעיף 119א'**](http://www.nevo.co.il/law/84255/119a)**, אין הכרח כי חוב המס יהיה סופי ודי בקיומה של ציפיה לאפשרות קיומו של חוב**".

ביישום לנסיבות המקרה שלפנינו;

חובות החייב לרשויות המס נוצרו בשנות המס הרלוונטיות, קרי 1997 ואילך ולא במועד הוצאת השומה בשנת 2002 בעקבות ביקורת של ספרי החברה וספרי החייב. החייב אמור היה אפוא לצפות שכתוצאה מהמשיכות הניכרות שלו מהחברה, באופן שיטתי, שנה אחר שנה כאשר אין לו הכנסות שיהיה בהן כדי לפרוע את הכספים שקיבל, הוא יחוב במס הכנסה בגין אלה. לכן, אין רלוונטיות לכך שהשומות של החייב הוצאו רק בשנת 2002 ולא קודם לכן. לא למותר להוסיף שהמידע המלא והנכון באשר לחבות במס ידוע לנישום ולא לרשויות המס. לכן, גם מטעם זה אין נפקות לענייננו באשר למועד שבו מוצאות השומות על ידי רשויות המס בחלוף שנת המס הרלוונטית.

נתתי דעתי גם לטענת ד' והחייב שלפיה דרישת מס הכנסה מהחייב לשנת המס 1997 שהוצאה ביום 2.10.1999 הסתכמה בסך של 402,000 ₪ בלבד ושזהו סכום שהיה ביכולתו של החייב לשלם, אך לא ראיתי בכך רלוונטיות וכמות שהיטיבה העדה שעשוע להבהיר בהקשר זה בעמ' 4, שורות 19–20 לפרוטוקול. אוסיף שגם אם היה מוכח שהיה ברשות החייב סכום כאמור והגם שלא הובאה ראיה לעניין, אזי הדרישה לתשלום של סכום זה בלבד נבעה מחמת אי הגשת דוחות ואין בכך כדי להוות ראיה שעסקינן במלוא החוב שהגיע מהחייב לאותה עת.

לאור כל האמור מתבקשת מסקנה שבשנת 1998 ולכל המאוחר בשנת 1999 היה החייב מודע לכך שהמצב של החברה לא יאפשר חלוקת רווחים וכי לא יהיו לו מקורות כספיים לפרוע את ההלוואות הניכרות שמשך מהחברה, אלה יהוו הכנסה חייבת בידו וכי כתוצאה מכל אלו, הוא חדל פירעון.

13.**המניע בהעברת הדירה לאם- גרסת החייב**

החייב טוען שהעביר את הזכויות בדירה לאימו לנוכח אי שביעות רצונה מאורח חייו באותה עת, חששה לגורל נכסי המשפחה ושלא יהיה ברשותו אמצעים ברבות הימים. כך שלא יוותרו כלשונו "כספים לנכדים ולילדים מההון המשפחתי".

מתקשה אני לקבל את גירסתו ואבהיר;

אם אכן כטענת החייב העברת הדירה מהחייב לאימו ללא תמורה נבעה מחששה הנטען של האם מכך שהתנהגותו הפזרנית של החייב תגרום לכך שלא יוותרו כספים מההון המשפחתי לילדים ולנכדים, מה פשוט יותר הייתה שהחייב יעביר את הזכויות בדירה לילדיו הבגירים מאשר לאימו שלא היה לה כלל צורך בדירה.

זאת ועוד, מצופה היה שאם זה היה רצון האם, הרי שהיא הייתה מצווה את הדירה לאחר פטירתה לילדי החייב או מעבירה את הדירה עוד בחייה לילדי החייב ולא מצווה אותה לד' ואו מעבירה אותה בחייה לד' .

התנהגותה של האם שהעבירה את הזכויות בדירה לד' עוד בחייה, שומטת לטעמי את הקרקע תחת גירסת החייב. זאת בהינתן הקרע העמוק שבין החייב לבין ד' שלא דיברו ביניהם שנים רבות, ומשכך היה ברור גם לאם המנוחה שד' לא יסייע לחייב במקרה הצורך. לכן אם רצתה האם להציל את הדירה ממצב שבו לא יהיה כסף לחייב ולילדיו אזי האדם האחרון שהיה מצופה שתעביר לו את הדירה הוא ד' .

גם צוואת האם עומדת בעוכרי החייב שכן לפיה היא צוותה את הדירה לד' ובאופן שאינו דר בכפיפה עם גרסת החייב באשר לנסיבות העברת הדירה לאימו. קל וחומר שהצוואה נערכה כחודש לאחר הקניית הזכויות בדירה מהחייב לאם, דבר שמצביע על רצונה של האם להעביר את הדירה לד' ולהדיר את החייב הימנה. זאת באופן העומד בסתירה לטענת החייב שלפיה האם רצתה להבטיח שהדירה תוכל לשמש אמצעי להבטחת כלכלת החייב וילדיו נוכח החשש מאורח חייו הפזרני.

עוד אקשה; אם המניע להעברת הדירה לאם הוא כגרסת החייב, מדוע לא התרעם החייב על אימו בעת שהעבירה את הדירה לאחיו ד' שכן האחרון לא יהיה מי שיסייע לבני משפחתו ככל שיתממש חשש האם בדבר העדר רכוש נוכח התנהלותו הבזבזנית הנטענת על ידה.

לאור כל האמור אין בידי לקבל את גרסת החייב למניע שביסוד העברת הדירה לאם. בנסיבות אלה לא ניתן לשלול שהמניע היה להרחיק את הדירה מנושי החייב. באותה עת היו כאמור חובות כבדים של החייב; העסק היה מצוי בקשיים; לא היו ברשותו של החייב מקורות כספיים לפרוע את חובותיו ומכל מקום קיומם של אלה לא הוכח. משכך לא ניתן לשלול שהסיבה שבעטיה הועברו הזכויות בדירה לאם היא להרחיק את הדירה מנושי החייב ובהעדר הסבר משכנע אחר.

מעבר לדרוש;

גם אם הייתי מקבל את גרסת החייב בהקשר זה לא היה בכך כדי להביא לידי מסקנה שונה ודוק; ההכרעה בשאלה האם חייב העניק נכס שלא כדין נבחנת על פי יסודות סעיף 96(ב) לפקודה שאינו מכיר באפשרות להחריג את ביטול ההעדפה גם אם לא הייתה כוונה להעדיף את מקבל ההעדפה על פני נושים אחרים של החייב ואף בנסיבות קיצוניות מהמקרה שלפנינו. לצורך ביטול העדפה אין אפוא צורך בהוכחת תרמית ודי בקיומם של התנאים האובייקטיבים שקבועים בסעיף כדי לבטל את ההעדפה. לעניין זה אפנה לדברי בית המשפט העליון בהלכת לוין:

"ההענקה שבה מדבר סעיף 96 אינה מחייבת קיומה של כוונת תרמית מצד המעניק במובן של העדפת נושה אחד על פני אחרים, או אף כוונה להבריח נכסים מפני הנושים, או כל פגיעה אחרת בעיקרון מוסרי. גם קיומם של טעמים אובייקטיביים להעברת נכס, שאינם קשורים בנושים, עשויים להכשיר את הקרקע לביטול הענקות (Fletcher, The Law of Insolvency, 2nd ed., 1996, p. 228). תמצית הרציונל לביטול ההענקות הוא בכך כי בפרק זמן מוגדר, הקודם למעשה פשיטת רגל, כאשר אדם יודע שמצבו הכלכלי מצוי בשפל, עליו להיות בראש וראשונה הוגן כלפי נושיו בטרם יהא נדיב כלפי קרוביו, ועליו לדאוג לשלם את חובותיו בטרם יתן מתנות לאחרים" (שם, בעמ' 939).

לכן גם אם לא היה בכוונת החייב להבריח את הדירה מנושיו, אזי עצם הקנייתה לאימו ללא תמורה בעת שהוא היה חדל פירעון מקימים את יסודות הסעיף. לא כל שכן, במקרה שלפניי לא שוכנעתי במניע שטען החייב באשר להקניית הדירה ממנו לאימו. אוסיף שגם אם המקורות הכספיים לרכוש שהיה בבעלות החייב בשעתו לרבות הדירה הם מהעסק שהוקם על ידי הוריו, אינם מהווים עילה מוכרת להעביר את הדירה לאם ללא תמורה. שעה שהדירה היא בבעלותו של החייב אין הוא רשאי בהינתן שהינו חדל פירעון להקנות אותה ללא תמורה לאימו גם אם לפי ההיסטוריה המשפחתית מקור הכספים לרכישתה הוא מהוריו.

בשולי הסעיף אציין שבדין האנגלי קיימת אבחנה בין נכס שמועבר לשם שמירה וחסכון שהיא פעולה הנחשבת הענקה אסורה (Settlement), לבין העברת נכסים לשם הוצאה חסרת תכלית אשר אינה מהווה הענקת נכסים אסורה כהוראת הפקודה. בהקשר זה אפנה לדבריו של הלורד Alverstone לאמור:

"**If there is a gift by a father to a son of money or proceeds of property which can be traced, and the money or proceeds is or areintended to be retained or preserved as the property of the donee, that money or those proceeds will be property in 'settlement'. On the other hand, if there is a gift of money or proceeds shall be retained by the done in the form of money, but shall be expended at once, that will not be a** **'Settlement'**" ( *Re* Plummer v.*Ex parte* Trustee [1900] Q.B.D. 790 (C.A.) (Eng.) , בעמ' 804).

עמדה זו אומצה בפסיקת בית המשפט העליון בע"א 367/70 הוכברג נ' שלגי, פ"ד כה(2) 149 (1971), בעמ' 157 (להלן: "הלכת הוכברג"). ביישום הדין האנגלי על גרסת החייב באשר לרצון האם להבטיח את הרכוש המשפחתי, יש אפוא כדי לתמוך בביטול ההענקה.

ממכלול הטעמים דלעיל נקבע בזאת שהתקיימו התנאים לפי סעיף 96(ב) לפקודה שלפיהם יש להורות שהעברת הזכויות בדירה מהחייב לאימו ללא תמורה בטלה.

14.**הפלוגתא השנייה – חיוב ד' בתשלום שווי הדירה**

לאור הקביעה דלעיל, שומה עלינו להכריע בפלוגתא השנייה, קרי, האם יש מקום לחייב את ד' בסכום שמבטא את שווי הדירה במועד ההענקה.

לגישת הנאמן יש לחייב את ד' על עקרונות מתחום "דיני העקיבה"; השבת נכס או שוויו של מי שקיבלו תוך הענקה אסורה. נבחן את היתכנות העקיבה בנסיבות של ביטול הקניה פסולה ולאחר שהנכס הועבר לצד שלישי.

אציין שבתי המשפט נדרשים לא אחת לבקשות לביטול הענקה אך זאת ככלל כאשר מדובר בביטול הקנייה של נכס מחייב לאחר, אך לא כאשר אותו אחר העביר את הנכס לצד ג'. אציין שלא מצאתי והצדדים גם לא הפנו אותי להלכות שחלות על הסיטואציה הייחודית דנן. אמנם בהלכת לוין נדרש בית המשפט למצב שבו העניק חייב את זכויותיו בנכס לאשתו שמימשה את הנכס ובתמורה רכשה נכסים חלופיים ונקבע שהנאמן מוסמך לבטל הענקה גם מקום שאין להשיב את הנכס המקורי אלא רק את שוויו בין בכסף ובין בנכס חלופי שנרכש במקומו. עם זאת, בהלכת לוין דובר כאמור באשת החייב שקיבלה נכס הימנו, מימשה אותו ורכשה נכס חלופי ואילו בעניינו מדובר בהעברת הזכויות בנכס מושא ההקניה לצד ג' ושלא כאמור במקרה של הלכת לוין שאליה נחזור בהמשך פסק הדין. בע"א 3853/98 סדן נ' רוזנטל, פ"ד נ"ז(4) 699 (2003) (להלן: "הלכת סדן"), נדרש בית המשפט לקבוע מה דינם של ניירות ערך שהועברו ללא תמורה מהחייב לבנו כאשר בהעדר תשתית ראייתית לא נודע מה עלה בגורל ניירות הערך. נקבע בהלכת סדן כי הנאמן זכאי לבטל את הענקת ניירות הערך מהחייב לבנו והאחרון חויב להשיב את ערכם הכספי של ניירות הערך נכון למועד ביצוע הענקה. עם זאת גם באותו מקרה לא דובר בהעברת נירות הערך לצד ג' ודרישת הנאמן להשבת שווים בדומה למקרה שלפניי.

אסקור את עילות ההשבה ואיישמן על המקרה שלפניי.

15.**דיני העקיבה ככלל**

כלל יסוד בדיני הקניין הוא "שאין אדם יכול להקנות לאחר יותר זכויות מאלה המוחזקות על-ידיו (nemo dat quod non habet)". אחֵר שמחזיק בנכס זה, בין אם רכשו בתמורה ובין אם לאו, נוטל על עצמו את הסיכון בכל הנוגע לזכויות שבידיו. שעה שיצא נכס מרשות בעליו המקורי שלא כדין, הזכות הקניינית אינה ממשיכה לעבור בחוליות שרשרת העברות. הווי אומר, אין לראות בכל מי שרכש את הנכס בתוך שרשרת זו כזכאי לבעלות בו (ראה: דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות הברית, פ"ד נז(2) 632 (2003), בעמ' 658 (להלן: "הלכת כנען")).

זכות ההשבה שקמה לבעל הנכס המקורי או לבאים בנעליו, מוקנית לו מכוח דיני ההשבה אשר מהווים נדבך בדיני עשיית עושר ולא במשפט. אפשרות העקיבה הוכרה במשפט הישראלי בהלכת כנען. שם פסק בית המשפט על השבת תמונה פרי מכחולו של הצייר ראובן רובין לבעליו המקורי ולאחר שנרכשה בתום לב ובתמורה על ידי צד ג'. נבחן את היישום של דיני העקיבה במסגרת עשיית עושר ולא במשפט.

16. דיני העקיבה בעשיית עושר ולא במשפט

ככלל דיני עשיית עושר ולא במשפט מעניקים לתובע זכות להשבת רכושו בעילות שונות וביניהם זכות תביעה אישית, זכות קניינית וזכות מעין קניינית. סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט–1979 (להלן: "חוק עשיית עושר"), מורה:

"מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה".

דהיינו, החוק מחייב את הזוכה להשיב את הנכס בעין ואם אין הדבר מתאפשר, בין אם התערבב עם נכסי אחרים ולא ניתן לזיהוי ובין אם הועבר לקונה תם לב בתמורה, ישלם הזוכה את שווי הנכס למזכה.

בירור הסוגיה לענייננו יעשה כדלקמן: תחילה נדון בעילות התביעה הקנייניות שבדיני עשיית העושר ולא במשפט; לאחר מכן תיבחן סוגיית זכות העקיבה מכוח הפרת חובת הנאמנות של מקבל הענקה; לאחר מכן אבדוק האם ניתן לראות בהתנהלות ד' כנטילת רכוש הזולת; ולסיום אדון בחיוב ד' מכוח הפרת כללי התחרות.

עילות תביעה קנייניות בדיני עשיית עושר ולא במשפט

עסקינן בעקיבה פיזית שבה תובע הבעלים, או מי שבא בנעליו את רכושו בתצורתו המקורית. זאת בשונה מעקיבה מושגית, שבה התובע תר אחר דמי פדיון רכושו לאחר שנמכר לצד שלישי או לבש תצורה אחרת.

עקרון ההגנה על נכס בתצורתו המקורית וזכות העקיבה שבדין מצויים בחקיקה ובין אלה בפרק ג', סימן ב' בחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969 – הגנת הבעלות וההחזקה. הוראות אלו מקנות לבעלי הנכס הגנות וזכויות לא רק כלפי הראשון שמחזיק בנכס אלא גם כלפי אחרים אליהם התגלגל הנכס.

עקב נסיבותיו הייחודיות של המקרה ובקשת הנאמן לקבלת כספים בשווי ערך הדירה, אבחן את המקרה כאילו נדרשה עקיבה פיזית, קרי השבה בעין ולא השווי הכספי שלו עותר הנאמן לחייב את ד' ולבסוף יינתן הסעד המבוקש. אעשה כן הואיל וזכות העקיבה המושגית, קרי השבה בשווי הינה זכות אשר קמה לבעלי הנכס המקורי, או לנאמן במקרה דנן, כל אימת שנכסו נמכר לצד שלישי בתום לב ובתמורה מלאה. לאור העדר התקיימות יסוד התמורה וספקות בעניין תום ליבו של ד' ניתן היה לבקש ולעקוב אחר הדירה עצמה ולא אחר שוויה שכן הסעד האחרון מהווה סממן להתקיימות היסודות האמורים.

עילות התביעה הקנייניות מעניקות למזכה סעדים רבים שלפיהם זכאי התובע לתבוע את הנכס לא רק מידי מי שהוציאו מידיו אלא גם מצדדים שלישיים שאליהם "התגלגל" הנכס (ראה ע"א 760/77 בן-עמי נ' בנק לאומי, פ"ד לג(3) 567 (1979), בעמ' 578; ע"א 491/75 חיימי נ' אשתר, פ"ד לא(2) 589 (1977), בעמ' 596; ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך ב (מהדורה שניה, 1998), בעמ' 1059 (להלן: "פרידמן דיני עשיית עושר"). אין עוררין כי זכות העקיבה המשויכת לעילות התביעה הקנייניות היא המרכזית במקרה דנן שלה גם טוען הנאמן. אך ראשית כל עלינו לשאול מתי השתכללה זכות קניינית זו? האם בטרם הועברה הדירה לד' או שמא, לאחריה? הכרעה בשאלה זו רלוונטית לאור תחרות הזכויות בדירה שבין השניים. סוגיה זו טרם הוסדרה בחקיקה הישראלית אולם נדונה בספרות המשפטית שעסקה בעילות תביעה חוזיות (ראה ד' פרידמן "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה" ספר ד' 303 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008), בעמ' 314).

סבורני שהמועד הקובע לעניין העקיבה אינו זה של הכרזת פשיטת הרגל שהינו מועד אקראי לחלוטין אלא המועד שבו החייב לא היה בר-פירעון. בענייננו, החוב למס הכנסה נוצר בשנת 1999 עקב משיכות כספים ניכרים שלא הושבו ובהינתן שהחייב לא היה בר פירעון באותה עת. זכות הנאמן לנכסי החייב חלה על נכסי החייב לתקופה שקדמה להכרזת פשיטת הרגל. משכך, זכות העקיבה אחר הדירה קמה לנאמן במועד שקדם להעברת הזכויות הדירה לד' שנרשמו על שמו בפנקס רישום המקרקעין ביום 14.1.2003. כלומר זכות העקיבה של הנאמן השתכללה קודם לזכותו של ד' . לא למותר לציין כי עקיבה קניינית זו בהקשרה הנזיקי תהא עדיפה על זכותו של צד שלישי אשר קיבל אותה ממי שלא היה רשאי להעבירה אף אם פעל הצד השלישי בתום לב ובתמורה (ע"א 448/74 אוטו בלה נ' לקי דרייב, פ"ד ל(2) 207 (1976), בעמ' 214–215; רע"א 2377/14 מוסך א.פ. הדרום בע"מ נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 1.6.2014), בעמ' 5; פרידמן דיני עשיית עושר, בעמ' 1130).

הפרת חובת הנאמנות של מקבל הענקה

לפי גרסת החייב העברת הדירה לאם נועדה להבטיח את עתיד המשפחה. בשל חששה לאורח חייו הפזרני שבגינו לא יוותרו לו אמצעים כספיים, מצופה היה שהאם תעביר את הדירה לילדיי החייב או שתצווה כך שהדירה תשמש למחייתו של החייב. אין ספק שלאור הסכסוך בין ד' לבין החייב הלה לא יתמוך בחייב ומשכך העברת הדירה לד' מהווה הפרת חובת נאמנות של האם כלפי החייב. ניתן לראות בהפרת חובה זו כמעניקה לנאמן זכות עקיבה אחרי הדירה.

ברי לכל כי זכות העקיבה שבדין מאפשרת לבעליו לעקוב אחר נכסו ולדרוש השבתו בהתאם להוראות ולמגבלות החוק. אמנם קיימת גישה של בתי משפט שסוברים שבמקרים של זכות העקיבה שבדיני היושר נדרשת כתנאי להחלתה, קיומה של חובת אמון בין הצדדים, המזכה והזוכה (ראה עמדת השופט כהן בהלכת הוכברג, בעמ' 156); פרידמן דיני עשיית עושר, בעמ' 1102). גישה אחרת מצדדת בזניחת יסוד הנאמנות לצורך קיומה של עקיבה וכי דרישה זו נזנחה ואינה דרושה עוד. בהקשר זה אציין שבהלכת כנען הוכרה אפשרות העקיבה מבלי להידרש ליחסי הנאמנות (ראה: עופר גרוסקופף "התעשרות מנטילת רכוש הזולת" ספר ד' 761 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008), בעמ' 780–781 (להלן: "גרוסקופף התעשרות מנטילת רכוש הזולת"). גישה זו שלפיה העדר יחסי אמון איננו שולל את זכות העקיבה נשמעה גם על ידי השופט זוסמן בהלכת הוכברג, בעמ' 160).

בכל מקרה גם אם נקבל את גרסת המחמירים שדורשים קיום יחסי נאמנות להחלת זכות העקיבה, אזי במקרה שלפנינו הופרה חובת האמון של האם כלפי החייב שכן לגישתו הדירה הועברה אליה תוך שהיא אמורה לדאוג שהיא תשמש לו ולמשפחתו מקור מחייה, אך חלף זאת העבירה את הדירה לד' .

האם ניתן לראות בהתנהלות ד' משום נטילת רכוש הזולת?

יתכן שניתן לראות בד' כמי שנטל רכוש זולת ומכאן התעשרות שיש לחייבו בהשבה. עילה זו פותחה ונדונה רבות בספרות המשפטית הן הישראלית והן הזרה. עילה זו נתפסת כ"התעשרות עוולתית" במסגרתה התעשר הנתבע באמצעות נטילת רכוש התובע (ראה:Daniel Friedmann, *Restitution of benefit Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong*, 80 Colum L. Rev. 504 (1980)). בבחינת עילה זו יש לדון בשני רכיבים: האחד, טיב אינטרס הנפגע – מדרג האינטרסים הנדונים בספרות מציבים את הזכות הקניינית בראש פירמידת הזכויות בגינן יש להכיר בעילה זו. מנגד, בתחתית המדרג מצויה ציפייה גרידא. ביישום לענייננו, הנחה זו מבכירה את זכותו הקניינית של הנאמן – זכות העקיבה על פני ציפיית ד' לזכויות בנכס; הרכיב השני דן באופן הנטילה – רכיב זה מבחין בין נטילת זכות אל מול גרימת נזק בין אם חד פעמית ובין מתמשכת. ברי לכל כי עסקינן בנטילת זכות העקיבה של הנאמן (שם, בעמ' 531). בשולי נקודה זו אעיר כי אף אם מתעורר קושי בקביעת אינטרס קנייני ונטילת הזכות, נראה כי השיח האקדמי הרחיב את הגדרות העילה בייחוד לעניין בחינת רכיב "הנטילה". כך, למשל, מציע פרופ' גרוסקופף כי במסגרת ההגנות שמעניק הדין כנגד פעולת הנטילה יש לבחון בראשונה את שיקולי ההרתעה. וכן, הבטחת הפנמה מלאה או פיצוי מלא ושלילת תמריצים נפסדים. וזו לשנו:

"הרתעה מוחלטת – כאשר הנטילה היא פעולה שראוי למנוע אותה, וזאת ללא קשר לתוצאותיה, שלילת ההתעשרות היא מהלך מתבקש על מנת לשלול כל תמריץ לביצוע הפעולה. במצבים אלה משמשת התביעה בעשיית עושר ולא במשפט מכשיר לאכיפת רכיב השליטה המגולם בקניין, או במילים אחרות, כלי שנועד לשמר, במקרים מתאימים, את שיקול הדעת לבעל בקניין ולהרתיע את הכפופים לו מפעולות שמשמעות התכחשות לכוח זה". (גרוסקופף "התעשרות מנטילת רכוש הזולת", בעמ' 785).

הברחת נכסים היא פעולה שפוגעת בזכויות הנושים עקב הקטנת מאסת נכסי החייב. משכך, יש לפעול כדי למגר פעולה זה ולשלול כל תמריץ לביצועה. העדפת זכותו של ד' היא שעלולה לתמרץ את מקבלי ההענקה למהר ולהעביר נכסם לצדדים שלישיים. לכן, יש להרתיע מי שנוטל זכות זו.

הגם שלא ניתן לשלול אפשרות לחייב את ד' מכוח עילה זו, הואיל וזו לא הועלתה על ידי הנאמן לא ראיתי להשתית את החיוב מכוח עילה זו.

חיוב ד' מכוח הפרת כללי התחרות

בשלהי הדיון בנקודה זו אציין כי אחריות משפטית בדיני עשיית עושר במסגרת "התעשרות עוולתית" יכולה להקים בענייננו גם עילת תביעה עקב התעשרות מהפרת כללי התחרות. לא למותר לציין כי גם עילה זו תיאורטית ביסודה מניחה כי מקבל מתנה, אשר זכה בו באמצעות הפרה של כללי התחרות, חייב בהשבה כלפי נותן המתנה או כלפי מתחרה אחר שהיה זוכה במתנה אילו לא הופרו כללי התחרות (ראה: עופר גרוסקופף הגנה על כללי התחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט (2002), בעמ' 178).

עילה זו מעניקה לנפגע מהפרת כללי התחרות סעד השבה בהתגברות על שלוש שאלות: אחת, מהי התערבות בלתי לגיטימית מצד מקבל המתנה? קרי, מהם כללי התחרות החלים בין המתמודדים לבין עצמם? עסקינן בשרשרת הענקות אסורות מכוח פקודת פשיטת הרגל. העברת הדירה לאם וממנה לד' מהווה התערבות בלתי לגיטימית שעה שנותן המתנה (החייב) שרוי בחובות בעת הענקה; שנייה, למי מבין המועמדים, אם בכלל יש מקום להעניק זכות תביעה? כאמור לעיל, חלון הזמן שקבוע בסעיף 96 לפקודה מתקיים, היינו, ההענקה בוצעה לאחר שעברו שנתיים ממועד הפיכת החייב לחדל פירעון וטרם חלפו עשר שנים הימנו. לכן, אין ספק כי קמה לנאמן זכות תביעה מבלי להידרש לכוונת נותן המתנה; שלישית, בחינת אופי זכות התביעה, אם מבוססת על עקרון התועלת או שמא, מבוססת על עקרון הנזק? נדמה שבמקרה דנן זכות תביעת הנאמן מבוססת בראשיתה על שיקולים תועלתיים וביניהם הטלת אחריות (הפנמה) על המחצינים פעולתם עת שזכו בנכסים שלא כדין תוך שהשיגו יתרון על פני אחרים. אלמלא החצנה שלילית זו היה עובר הנכס לאחרונים. וכן שיקול נוסף הינו, הרתעת פושטי רגל ומי מטעמם אשר פועלים להברחת הנכסים מידיי נושים הזכאים להם כדין (שם, בעמ' 178).

לאור האמור, סבורני שגם במישור המעשי וגם בתאורטי קמות לנאמן עילות תביעה שונות ובפרט מכוח זכות העקיבה שבדיני עשיית היושר ולא במשפט. אך כאמור משלא נטענו עילות אלו במפורש אינני מוצא לנכון לבסס הכרעתי על פיהן.

17. דיני העקיבה בפשיטת רגל

כאשר חייב העניק נכס בנסיבות של הוראת סעיף 96(ב) לפקודה, דינה של העסקה בטלות והנכס חוזר לחייב באמצעות בעל התפקיד. נשאלת השאלה מה הדין אם המקבל מימש את הנכס בטרם נקבע שמדובר בהענקה ואף עוד בטרם הוגשה בקשה לביטול ההענקה?

בתי המשפט נדרשו לביטול הענקות שעה שמקבל הענקה הוא שמימש את הנכס ולא העבירו לאחר. אפנה תחילה להלכת לוין. באותו מקרה דובר בחייב שוויתר על זכויות בבית המגורים שהיו לו ביחד עם רעייתו; הדירה נמכרה על ידי האשה וכל תמורתה ניתנה לה. בהמשך רכשה האשה דירה אחרת שנרשמה רק על שמה. לאחר מכן רכשה האשה דירה שלישית שאף היא נרשמה רק על שמה. בהמשך מכרה את שתי הדירות ומלוא תמורתן ניתנה רק לה. הנאמן בפשיטת רגל של החייב טען שעסקינן בהקניה שיש לבטלה ויש לעקוב אחר התמורה שהתקבלה ממימוש זכויות החייב בדירת המגורים הראשונה, ולהשיב את מלוא הכספים שהתקבלו מהמימוש לקופת פשיטת הרגל. כלומר להשיב את מחצית הכספים מתמורת מכירת הדירה השנייה והשלישית. בית המשפט העליון קיבל את עמדתו וקבע שיש ליתן פרשנות מרחיבה לדיני העקיבה בביטול הענקה בפשיטת רגל וכאמור בעמ' 946–947:

"דומה, כי הגיעה השעה לאמץ במקומנו את גישת הפרשנות המרחיבה המאפשרת ביטול הענקה גם מקום שאין מדובר בהשבת הנכס המקורי שהוענק אלא בתמורתו, או בנכס חלופי שנקנה בתמורה זו. די בהעברת טובת הנאה כלכלית על ידי החייב למקבל ההענקה אשר ניתן לאתרה, לכמתה ולהעריכה בכסף, כדי לאפשר את ביטולה כהענקה. ויתור על זכות לנכס עשוי להיחשב בגדר טובת הנאה כלכלית כזו. הדבר מוצדק, ראשית, מבחינת הגשמת התכלית שבביטול ההענקות, ומבחינת התיישבותו עם לשונו הרחבה של סעיף 96 לפקודה. שנית, הפסיקה במקומנו, במידה שנקטה פירוש מצמצם לענין זה, הונחתה, כך נראה, על ידי ההלכה הפסוקה באנגליה, אולם גם שם הגישה בענין זה השתנתה ובחקיקה מתקנת הורחב כוחו של הנאמן לבטל הענקה גם על בסיס 'שווייה' אם וכאשר הנכס שהועבר שוב אינו ניתן להשבה. ועוד, פסיקה זו בישראל ניתנה כאשר מרבית החוקים האזרחיים המעגנים כיום את רעיון התחלוף להשבה טרם חוקקו, וכאשר רעיון זה טרם חדר באופן מלא לתודעה המשפטית. ואחרון, גם בהלכה הפסוקה הקודמת, נותרו חילוקי דעות בשאלה הנדונה והיא לא הוכרעה באורח פסקני, ואכן, בפרשת הוכברג נ' שלגי, שם, הובעו שתי דעות סותרות בענין זה ושופט שלישי במותב לא נקט עמדה לגביו. בנסיבות אלה, ועל רקע הנימוקים שהובאו, ראוי לפרש את סמכות הנאמן לבטל הענקה כמשתרעת גם מקום שאין אפשרות להשיב לנכסי החייב את הנכס המקורי שהועבר אלא את שוויו בלבד, בין בכסף ובין בנכס חלופי שנרכש מתמורתו".

(ההדגשה אינה במקור – א.א.)

משמע במצב שבו מקבל הענקה ביצע טרנזקציה בנכס, אזי ביטול הענקה יחול על התמורה שניתנה למקבל ההענקה ממכירת הנכס, בין אם מתמורתו בעין ובין אם מרכישת נכס אחר שרכש מקבל הענקה במקום הנכס המקורי.

בית המשפט העליון אף פסע צעד נוסף וקבע שגם במקרה שמדובר בביטול הענקה כלפי הנאמן העקיבה ממשיכה לחול על שוויו של הנכס אם לא ניתן להשיבו בעין ואפנה לדברי השופטת פרוקציה בהלכת סדן (עמ' 710) לאמור:

"האפשרות לבטל הענקה על דרך השבה של הנכס המועבר או שווה ערכו עולה בקנה אחד עם תכלית הליך ביטול ההענקה, אשר נועד לגשר על פער ההפחתה של מסת הנכסים של פושט הרגל העומדת לחלוקה בין הנושים ולהגן עליהם מפני הפגיעה הכרוכה בהענקת נכסים על-ידי החייב בעת שהיה חדל-פירעון של חובותיו [...] על יסוד הקביעות העובדתיות שנתקבלו בענייננו והוכחת התנאים לביטול הענקת ניירות הערך על-פי סעיף 96(ב) לפקודה, בטלה ההענקה כלפי הנאמן. ההענקה בטלה כאמור בין שניתן להשיב את ניירות הערך בעין ובין שניתן להשיב רק את שווה ערכם".

(ההדגשה אינה במקור – א.א.)

לכן, ככל שמקבל ההענקה עושה עסקה בנכס, ולא ניתן להשיב את הנכס עצמו, יחוב מקבל ההענקה להשיב את התמורה שקיבל או את שווי הנכס, ואין נפקא מינה אם בעל התפקיד בפשיטת רגל שבא בנעלי המעניק יקבל את הנכס עצמו או את תמורתו ששולמה למקבל ההענקה.

18.**דין צד ג' שרכש את הנכס ממקבל ההענקה בתום לב ובתמורה**

הדעה המקובלת היא שכאשר מקבל ההענקה מכר את הזכויות לצד ג' בתמורה ובתום לב, אזי לא תהייה תחולה לדיני העקיבה כלפי צד ג'. לעניין זה אפנה לספרו של פרופ' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט, בעמ' 1087:

"דין דומה לזה שפורט לעיל בעניין נכסים, שהועברו במסכרת חוזה ניתן לביטול, יחול בדרך כלל, כל אימת שבוטלה הענקת רכוש והביטול פועל למפרע. כך הדבר, למשל, לגבי הענקה שבוטלה על ידי הנאמן בפשיטת רגל מכוח ס' 96 לפקודת פשיטת הרגל [...] נניח שפושט רגל העביר נכס ל-ב ו-ב העבירו ל-ג. אם היה הנאמן זכאי לבטל את העברה מכוח האמור בס' 96 והוא אכן עשה זאת, יש בידיו לעקוב אחר הנכס. אולם אם נעשתה ההעברה מ-ב ל-ג לפני הביטול, ו-ג לפני הביטול, ו-ג פעל בתום לב ובתמורה, רכש ג זכות שכוחה יפה אפילו כלפי הנאמן והוא יזכה להגנה בפני תביעתו. אולם הנאמן יהיה זכאי לעקוב אחר התמורה שקיבל ב עבור הנכס".

(ההדגשה אינה במקור – א.א.)

עמדת פרופ' פרידמן תואמת גם את גישת בית המשפט העליון בהקשר זה בהלכת הוכברג. באותו מקרה תבע הנאמן לקבל את דמי הפדיון של מכירת מחצית מדירת החייב שהזכויות בה הועברו מהחייב לגרושתו ולילדיו ולאחר מכן נמכרו לצד ג' בתום לב ובתמורה. הואיל והסכם הגירושין בין החייב לבין גרושתו נערך מעל עשור מכניסתו של החייב להליכי פשיטת הרגל לא באה ההענקה בגדר תנאי הסעיף. עם זאת התייחס בית המשפט למצב שבו הייתה נופלת ההענקה לתקופה הקבועה בסעיף 96(ב) לפקודה. במקרה זה הייתה קמה לנאמן זכות העקיבה אחר הנכס, וכלשון בית המשפט בעמ' 160 לפסק הדין:

"אין ספק בכך שמשלא ניתן בידי הנאמן לשים ידו על הנכס שעבר לקונה בתום-לב ובעד ערך, הרשות בידו לגבות את פדיון המכר. כאמור, עקב ביטול הענקה רואים את הנאמן כמי שנהיה ביום 17 במאי 1967 [מועד מעשה פשיטת הרגל – א.א.] לבעל הדירה. נמצא, משמכרו המשיבים את הדירה בשנת 1968 לזוג דירנפלד, לא דירתם אלא דירת הנאמן מכרו, ולכן חייבים הם במסירת דמי המכר לנאמן [...] פקודת פשיטת-הרגל דואגת למנוע הברחת נכסי החייב, ואחד האמצעים לכך הוא הזכות שניתנה בידי הנאמן, לבטל הענקה ולהחזיר נכס אל הקופה המשותפת ממנה ייפרעו הנושים. לא ייתכן שזכותו תפקע לחלוטין, כשרק הזדרז מקבל ההענקה ומצא לו אדם שקנה ממנו את הנכס בתום-לב. בדרך כלל, מי שרכש נכס בתום-לב ובעד ערך כמו הזוג דירנפלד, הכרזת פשיטת-רגל הבאה לאחר מכן, אף-על-פי שתקפה למפרע, אינה גורעת מזכותו. אך אין צידוק לפרוש הגנה זו על עיסקת-ביניים שאינה נשענת על מתן ערך בתום-לב".

(ההוספה והדגשה אינן במקור – א.א.)

לעניין זה נציין שהפסקת העקיבה במקרה של רכישת הנכס מושא ההענקה בתום לב ובתמורה לצד ג' מבוססת על תקנת השוק, ובהתאם להוראות סעיף 34א לחוק המכר, התשכ"ח–1968. כך יעשה איזון ראוי בין זכותו האובליגטורית של רוכש תם לב ואינטרס יציבות השוק לבין זכותו הקניינית של הבעלים המקורי (ראה: רע"א 2267/95 היועץ המשפטי לממשלה במשרד האפוטרופוס הכללי נ' אדמונד הרטפלד, פ"ד מט(3) 854 (1995), בעמ' 867, 880; ע"א189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 (1999), בעמ' 245)).

19. **העקיבה במקרה שמקבל ההענקה העביר את הנכס לצד ג' ללא תמורה**

במקרה של הלכת לוין כמו גם בהלכת סדן לא נדרש בית המשפט להתמודד עם השאלה האם יש לנתק את העקיבה כאשר מקבל ההענקה מעביר את הנכס מושא העקיבה לאחר ללא תמורה? זה המקרה מושא פסק דיני.

לדעתי במצב דברים זה ניתן להמשיך בעקיבה ויש לראות את העקיבה כנמשכת גם באשר למקבל הנכס השני ללא תמורה ובכפוף לעמידה במבחן תום הלב ואבהיר;

כעקרון לא קיימת שונות עניינית בין מצב שבו מקבל ההענקה הראשון קיבל את הנכס שעה שנותן הנכס לא היה רשאי לתיתו לבין מצב שבו מקבל ההענקה השני קיבל את הנכס ללא תמורה. בשני המקרים ניצבים לפנינו שני נהנים שכל אחד מהם קיבל נכס שהמעניק המקורי לא היה רשאי להעניקו ומבלי שניתנה תמורה על ידי המקבל. מאי נפקא מינה לדידי אם המקבל הראשון חייב להשיב את מושא ההענקה הפסולה לבין חובת המקבל השני להשיב את הענקה שכן אף הוא לא נתן תמורה בגין אותו נכס. בשני המקרים יש להחיל את אותו הדין של השבת הנכס שהוקנה בהענקה פסולה.

עם זאת יש לטעמי לבחון את העקיבה גם מבחינת עקרון תום הלב. לעניין זה, מקבל ההענקה הראשון בא בגדר סעיף 96(ב) לפקודה שעם התקיימות תנאיו מבוטלת ההענקה. בהבדל, יש לתת את הדעת אם מקבל ההענקה השני ידע או היה עליו לדעת על נסיבות ההענקה הראשונה כאשר לעניין זה ייתכנו שני מצבים: האחד אם מקבל ההענקה השני ידע או היה עליו לדעת שמקבל הענקה הראשון קיבל את הנכס ללא תמורה; השני אם ידע מקבל הענקה השני או שהיה עליו לדעת בנוסף שקבלת הנכס על ידי מקבל הענקה הראשון הייתה בנסיבות של הענקה פסולה. הדעת נותנת שככלל שלא ידע מקבל ההענקה השני על כך שמקבל הענקה הראשון לא קיבלו בהענקה או שידע שקיבלו בהענקה אך לא בנסיבות של הענקה פסולה, יהיה מקום ככלל להעדיף את ההסתמכות של מקבל הענקה השני על הנכס; שלא לפגוע בצפייה לגיטימית שלו לעשות בנכס כבשלו; על השימוש שנעשה בנכס, ככל שנעשה, ולנתק את העקיבה ולא לחייבו בהשבת הנכס או בהשבת שוויו. לעומת זאת, אם ידע מקבל ההענקה השני או היה עליו לדעת על נסיבות ההענקה הראשונה ועל כך שהיא פסולה, אזי תמשך העקיבה ויהיה מקום לחייבו להשיב את הנכס או את שוויו. אין מקום בנסיבות של ידיעת מקבל ההענקה השני על היות הענקה הראשונה הפסולה, להעדיף את מקבל הענקה השני על פני המעניק או הנאמן בפשיטת רגל שבא במקומו של זה.

20. **ביישום לענייננו**

האם העבירה את הדירה ללא תמורה לד' . הואיל ונקבע שהעברת הדירה מהחייב אליה מהווה הענקה אסורה, עלינו לבחון את העקיבה של העברת הדירה ללא תמורה לד' .

כאן עלינו לבחון את ידיעתו הממשית או המיוחסת של ד' על נסיבות הענקת הדירה מהחייב לאם.

בהקשר זה מספר הדגשים:

עסקינן בהעברות ללא תמורה במסגרת בני משפחה בדרגה ראשונה, בין בן לאימו ובין האם לבנה השני. חזקה היא שכאשר קיימת קרבה משפחתית בדרגה זו אזי מקבל הענקה השני מודע לקיומה של הענקה הראשונה ולנסיבותיה. אמנם לא ניתן לשלול אפשרות שבמקרים חריגים יוכיח בן המשפחה השני שהוא לא ידע על קיומה של הענקה הראשונה או על נסיבותיה. לעניין קרבת משפחה אשר יוצרת חזקה כי מקבל הענקה היה מודע לקשייו הכלכליים של החייב אפנה להלכת לוין, בעמ' 953; וכן ל: רע"א 8010/09 שלמה אלחדד נ' עו"ד נפתלי נשר (30.6.2010) בעמ' 7; ע"א 5578/93 נדב נ' סרגובי, פ"ד מט(2) 459 (1995) בעמ' 480.

ראיתי גם להפנות בהקשר זה למאמרו של פרופ' דוד האן "על ארבעה וחמישה: מניעת רכוש מנושים של חברה חדלת פירעון" משפטים מ(2) 535 (2011). המחבר המלומד דן בין היתר בהעברת רכוש בלא תמורה שוות ערך בין פרטיים, כאשר המעביר נתון בקשיים פיננסים. בעמ' 542 למאמר מפנה המחבר לדין במדינות רבות בארצות הברית שלפיו אחד מהמצבים של ביטול הענקה יהיה כאשר מדובר בנעבר שהוא "איש פנים", וכאשר ההעברה בוצעה בעת שהחייב היה חדל פירעון ולמקבל ההענקה הייתה סיבה להניח שהנותן נמצא בחדלות פירעון. איש פנים לענייננו הוא אחד מבני המשפחה הקרובים של המעניק.

במקרה שלפניי החזקה שלפיה ידע או היה על ד' לדעת על נסיבות הענקה של הדירה מהחייב לאימו ועל נסיבותיה התקיימה גם התקיימה. זאת גם אם אקבל שהיה נתק בין האחים כנטען על ידי ד' , שכן ד' ידע שהדירה הייתה במקור בבעלות החייב שהעביר אותה ללא תמורה לאם.

סבורני שד' ידע על מצבו של החייב ומכל מקום הסברו של ד' באשר למניע של האם בהעברת הדירה אליו נדחה על ידי ואפרט:

לגישת ד' האם העבירה אליו את הדירה ללא תמורה נבעה מרצונה לצמצם את הנזק הכספי הניכר שנגרם לו בעת שוויתר על המגיע לו מהחייב מהעסק בעת ההיפרדות במחצית שנות ה-90 (סעיף 10 לתצהירו). גירסתו זו אינה מתיישבת עם הראיות ועם השכל הישר ושורת ההיגיון ודוק.

אם המניע הוא כגרסת ד' , אזי נשאלת השאלה מדוע לא העבירה האם את הדירה לד' מיד עם קבלתה מהחייב אלא רק בחלוף שנים מאז שהיא קיבלה אותה. לעניין זה אבהיר שהפגיעה בד' ככל שהייתה כזו, נגרמה כבר בעת שנפרד מהחייב באמצע שנות ה-90 אך את הדירה היא העבירה לד' רק בשנת 2003, קרי, בחלוף ארבע שנים מאז הועברה הדירה לאם. לא ניתן הסבר בהקשר זה על ידי ד' אשר מניח את הדעת.

זאת ועוד; בחינת השווי הכספי של ויתור ד' על המגיע לו מהעסק לגישתו הוא, אינה מתיישבת עם שווי הדירה. לעניין זה העיד ד' שהוויתור מבחינתו היה בשווי שנע בין 400,000 ₪ לבין 500,000 ₪ (עמ' 13 שורות 25–26 לפרוטוקול). לעומת זאת, הדירה הייתה שווה באותה עת 2,415,000 ₪ כלומר פי כחמישה משווי הויתור. כלומר לפי עדות ד' עצמו אין איזון בין השווי הניכר של הדירה לעומת שווי הוויתור שלו לחייב. לכן, לא היה הגיון שהאם תעביר לו את הדירה שכן בכך יהיה משום יצירת פגיעה בחייב והעדפת ד' . ד' נחקר באשר לסתירה האמורה בדבריו אך לא נתן מענה ענייני (עמ' 14 שורות 1–7, שם). לא התעלמתי מטענת ב"כ ד' בסיכומיו שלפיה חקירתו של ד' בהקשר זה והסתמכות הנאמן עליה מהווה הרחבת חזית אך לא ראיתי בה ממש. שעה שד' טען למניע שבעטיו האם העבירה לו את הזכויות בדירה הוא פתח את השער לפני הנאמן לחקור אותו על כך ואין כל מניעה שבמסגרת הסיכומים יסתמך הנאמן על דברי החייב כדי להפריך את גרסתו.

טעם נוסף לדחיית גרסת ד' הינו שהיא לא דרה בכפיפה גם עם העובדה שהאם צוותה את דירתה ברחוב בן יהודה בתל אביב בשווה לשני הבנים. אם עסקינן באיזונים שבין הילדים מצופה היה שהדבר יילקח בחשבון גם בהקשר לדירה האמורה אך כזאת לא נעשה.

מהראיות אף עולה שהייתה לד' ידיעה על קשיים שבהם נתון החייב במועדים הרלוונטיים. ד' טען בסעיף 21 לתצהירו שבעת הענקת הדירה מהחייב לאם היה החייב בר פירעון. טענה זו נדחתה על ידי מהנימוקים שבפסק הדין לעיל ותוך שקבעתי שבעת העברת הדירה מהאם לד' כבר היה ידוע על כך שהעסק בקשיים. כזכור צו פירוק ניתן ביום 26.5.2002 כאשר קדמו לו הליך כינוס נכסים והקפאת הליכים ואילו העברת הזכויות לד' נרשמה ביום 14.1.2003. משכך בעת העברת הזכויות מהאם לד' היה ידוע לאם וגם לד' עצמו שהחייב ירד מנכסיו ושהחברה נקלעה להליכי חדלות פירעון. לכן ההקניה לד' הייתה בנסיבות שהאחרון ידע ולמצער היה עליו לדעת על היותה של ההעברה אליו פסולה ולמצער טמונה בה בעייתיות. לכן הייתה אמורה להיות צפייה אצל ד' שתתעורר טענה על ידי נושי החייב לביטול הקניית הדירה מהחייב לאם ובהמשך ממנה אליו. משכך גם לא ניתן לשלול שהעברה לד' נועדה להרחיק את הדירה מנושי החייב. ער אני לכך שכנגד תרחיש אפשרי זה אפשר לטעון שאם היה חשש כאמור ניתן היה למכור את הדירה ולהבריח את כספי התמורה ובאופן שיקשה על הנושים לעקוב אחר הכספים. גם לתהייה זו אפשר לתת הסבר אך סבורני שאין אני נדרש לתרחישים מתרחישים שונים ומעדיף אני להיצמד לעובדות. די לי שלא ניתן טעם ענייני לכך שהחייב העביר את הדירה לאימו ולכך שהאם העבירה את הדירה לד' , כאשר בכל אותה עת היה ידוע לצדדים המעורבים, ולמצער היה אמור להיות ידוע להם שהחייב נתון בקשיים ולא יוכל לפרוע את החובות וכי קיים חשש שהנושים יעתרו לביטול ההענקה של הדירה.

לכן נקבע בזאת שהעברת הזכויות בדירה לד' לא נעשתה בתום לב ובאופן שמאפשר את המשך העקיבה וחיובו של ד' בהשבת הדירה או שוויה.

21.נתתי דעתי ליתר טענותיו של ד' ולא ראיתי בהן כדי לשנות את המסקנה:

ב"כ ד' טוען שהיה על הנאמן לבקש את פשיטת הרגל של עיזבון האם ורק לאחר מכן לבקש את ביטול ההענקה ממנו לד' , אך לא ראיתי לקבל את הטענה. אין עסקינן במצב שבו יש צורך להכריז על עיזבון האם כפושט רגל שכן אין זה מענייננו האם עיזבון האם יכול אם לאו לשרת את חובותיו. אמנם לא ניתן לשלול שאם העיזבון היה בפשיטת רגל היה מקום להידרש לשאלת מעמדה של הדירה במקרה כזה אך הואיל ולא נטען שהעיזבון מצוי בפשיטת רגל איני רואה צורך לדון בסוגיה זו.

באשר לטענת ד' בנוגע לשיהוי הניכר שבו לוקה הבקשה. לעניין זה אכן הבקשה הוגשה במועד מאוחר יחסית ולא בסמוך לקבלת הדירה על ידי ד' . עם זאת, הבקשה עומדת בגדר המועד שנקבע ברישת סעיף 96(ב) לפקודה. זאת ועוד, שעה שמדובר בהתחקות אחר נכסים שהיו בבעלות של חייב עובר לפשיטת הרגל, מטבע הדברים המידע אינו מצוי בידיעת הנושים ובעל התפקיד והדבר מצריך זמן והמחוקק אף קבע שניתן לבטל הקניה שמועדה עשר שנים טרם הליך פשיטת הרגל. כמו כן, לא למותר לציין כי טענת שיהוי אין בה, כשהיא לעצמה, כדי להוות הגנה בפני תביעת השבה (ראה 1761/02 רשות העתיקות נ' מפעלי תחנות בע"מ, פ"ד ס(4) 545 (2006) בעמ' 591; פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט, בעמ' 1198–1199).

גם לא ראיתי לקבל את טענת ההסתמכות של ד' ושינוי מצבו לרעה. אמנם ד' קיבל את הדירה זה מכבר, בשנת 2003, אך הוא היה מודע ולמצער אמור היה להיות מודע לבעייתיות בכך שהחייב העביר את הדירה ללא תמורה לאם ובהמשך מהאם אליו וכי ניתן היה לצפות שנושי החייב יבקשו לבטל את הקניית הדירה. למצער נכון הדבר כל עוד לא חלפה התקופה הקבועה לכך בסעיף 96(ב) לפקודה.

גם לא התעלמתי מטענת ד' באשר למצבו הבריאותי הקשה ומבלי להקל ראש בכך, אין בו כדי להגיע לתוצאה שונה. נחמה פורתא היא בכך שהבקשה מוגבלת לסכום של שווי הדירה במועד ההעברה מהחייב לאם כשהוא משוערך ולא לשווייה דהיום שיש להניח שהוא ניכר במידה רבה.

22.**סוף דבר**

ממכלול הטעמים דלעיל דין הבקשה להתקבל.

ניתן בזאת פסק דין המצהיר שהעברת הזכויות של החייב מאימו בדירה שברחוב פעמוני יוסף 18 בשיכון בבלי בתל אביב והידועה כחלקה 501/42 בגוש 6107 ושנרשמה על שם האם בפנקס רישום המקרקעין ביום 8.11.1999 היא הענקה פסולה לפי סעיף 96 לפקודת פשיטת הרגל ודינה בטלות.

נקבע בזאת שניתן לעקוב אחר ההענקה הפסולה של הזכויות בדירה מהאם ללא תמורה למשיב, ד' ק' אחיו של החייב שבעקבותיה נרשמו ביום 14.1.2003 הזכויות בדירה על שם המשיב בפנקס רישום המקרקעין.

משכך, מתקבלת עתירת הנאמן לחייב את המשיב בהשבת תמורת הדירה כמות שנשומה במועד ההענקה הפסולה בסך של 2,415,195 ₪.

אני מחייב את המשיב לשלם לנאמן את הסך 2,415,195 ₪ בצירוף ריבית והפרשי הצמדה כדין מיום 11.8.1999 ועד ליום התשלום בפועל. עוד יישא המשיב בהוצאות הנאמן בהליך בסך 12,500 ₪ וכן בהוצאות הכנ"ר בסך 5,000 ₪.

ניתן היום, כ"ד אייר תשע"ה, 13 מאי 2015, בהעדר הצדדים.

המזכירות תשלח את פסק הדין לצדדים.

