

י"א אייר תשע"ו
19 מאי 2016

לכבוד
ח"כ ניסן סלומינסקי
יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט
כנסת ישראל
נכבדי,

הנדון: טיוטת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ו - 2016

בהמשך לאישור טיוטת החוק שבנדון על ידי ועדת שרים לענייני חקיקה ("הצעת החוק" או "חוק חדלות פירעון" או "החוק"), הריני לפרוש בפניכם את הערותיהם העקרוניות של אגוד חברות הביטוח בישראל (ע"ר) והתאחדות חברות לביטוח חיים בע"מ, כדלקמן:

מבוא

1. הגופים שנימנו לעיל (ההתאחדות והאגוד) מייצגים את הרוב המכריע של הגופים המוסדיים הפועלים בישראל ומכל מקום, הטוענים שיוצגו להלן, יפים לכל גוף המוכר מוצרים פנסיוניים.
2. הופתענו לגלות שבין שמות המעירים לתזכיר החוק לא מצאנו את אגף שוק ההון, אלא רק את אגף התקציבים במשרד האוצר. נבקש לתקן עיוות נחזה זה, למיצער בעקבות מכתבנו.
3. ההוראות בנוגע לחדלות פירעון מפוזרות כיום בשלושה חוקים: פקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם – 1980 ("פקודת פשיטת הרגל")¹, פקודת החברות [נוסח חדש], התשל"ג – 1983 ("פקודת החברות") וחוק החברות, התשנ"ט – 1999 ("חוק החברות")².
4. על אף תיקונים שנערכו בפקודת החברות ובפקודת פשיטת הרגל במהלך השנים, עדיין ליבתם של חוקים אלו נשענת על פקודות מנדטוריות משנות העשרים והשלושים של המאה הקודמת, אשר הן כשלעצמן התבססו על חוקים אנגליים מתחילת המאה הקודמת. אך טבעי הוא אפוא לערוך מחדש דינים אלו, תוך התאמתם לתמורות הכלכליות והחברתיות שחלו במרוצת השנים³.
5. במכתבנו זה נעלה בשלב הראשון את ההערות העקרוניות יותר⁴, בשים לתוצאות השליליות של הצעת החוק לגבי הנושים, שבמקרה דן הן לגבי החיסכון הפנסיוני בישראל. מאוחר יותר נציג הערות פרטניות לנוסח הצעת החוק הממשלתית, כמובן, בין היתר, תוך זיקה להערות העקרוניות.

¹ פקודת פשיטת הרגל חלה גם על פירוק חברה חדלת פירעון, ראה לעניין זה סעיף 353 לפקודת החברות.

² בנושא הבראה ושיקום וכן תכניות הסדר.

³ אגב באנגליה דיני חדלות פירעון החלים על תאגידיים הוצאו מחוק החברות האנגלי עוד בשנת 1986 בחקיקת Insolvency Act. חוק זה תוקן בשנים 2000 ו-2006 וקיימת עתה הצעת תיקון לחוק זה, שעדיין לא עברה בפרלמנט האנגלי.

⁴ אם כי פה ושם לאור הקשר הדברים הנדונים הועלו גם טיעוני נוסח.

6. הצעת החוק מתווה רפורמה מקיפה בדיני חדלות פירעון, אשר עוצבה לנוכח המטרות שדינים אלו חפצים להגשים – כשמרכזן – להביא לשיקומו הכלכלי של החייב, בין אם הוא תאגיד ובין אם הוא יחיד – וזאת לא רק כדי למקסם את ההחזר לנושים, אלא גם לצורך קידום של יעדים חברתיים, למשל שימור מקומות עבודה בחברה חדלת הפירעון.

דא עקא, בהצעת החוק לא נעשה איזון נאות בין המטרות החברתיות לבין הפגיעה בקניינים של הנושים.

7. הצעת החוק מבקשת איפוא להציב את שיקומו הכלכלי של היחיד, כערך מרכזי בהליכי חדלות פירעון וזאת מתוך השקפה, שארעה לו "תאונה כלכלית", ולכן יש להתייחס אליו בגישה חברתית-שיקומית מבלי להקשות עליו יתר על המידה במהלך הליכי חדלות הפירעון ומבלי להטביע עליו "אות קין". כלומר, הצעת החוק שואפת למחוק את הקלון המסוים המלווה את פושט הרגל ובכך לשלול יסוד הרתעתי חשוב.

8. עקב המשקל הגדול שניתן לשיקומו של החייב (היחיד) והתפיסה שארעה לו "תאונה כלכלית", נוצרת פגיעה בלתי מוצדקת בקניינים של הנושים, אשר חלק גדול מהם יותר מול שוקת שבורה.

9. יודגש, כי "תאונה כלכלית" אינה נובעת מכוח עליון, אלא בדרך כלל עקב התנהלות בלתי תקינה של החייב שלעיתים אף טומנת בחובה חוסר תום לב או כוונת מירמה. אין מקום לגישה מתירנית גם כאשר התנהלות של החייב הייתה אך רשלנית, למשל נטל סיכונים שאינם סבירים על חשבונם של מלווים, ובמקרה של הגופים המוסדיים – כספיהם של החוסכים הפנסיונים.

10. מטרתם הראשונית של הליכי חדלות פירעון צריכה להיות מקסום הגבייה מהחייב וזאת על הרקע שחלק מהחייבים מאופיינים בכך שהם מסתירים נכסים או דואגים להבריחם מבעוד מועד, ובדרך כלל מעדיפים בעת צרה ומצוקה את טובתם וטובת מקורביהם על פני טובת הנושים.

11. להליכי חדלות פירעון הממצים את הדין עם החייב יש ערך הרתעתי, הן כלפי חייבים שהם חסרי תום לב והן מפני התנהלות עסקית בקלות ראש. הידיעה שהליכי חדלות הפירעון הם קצרים ונוחים יחסית, ואף ניתן להשתחרר מהם עם הפטר תוך תקופה קצרה - רק תגביר את הפזיזות של בעלי עסק העושים שימוש בכספם של מלווים ובסופו של דבר יניעו מלווים להיות נוקשים יותר ובררנים בעת מתן ההלוואה ו/או ידיעה זו תגרום להגדלת רכיב הסיכון בריבית – תוצאות שיש להן השלכות כלכליות שליליות על הציבור ועל המשק הישראלי בכללותו.

12. הצעת החוק מפרה את האיזון בין האינטרס של הנושים לשאיפה לשקם את החייב והחזרתו למעגל חיים נורמאליים, דבר שלא רק יפגע בקניינים של הנושים, אלא אף יחשוף נושים "עקיפים" עקב "תגובת שרשרת" המתחוללת עם קריסתו של החייב.

13. למקרא הצעת החוק, לרבות דברי ההסבר, מתעורר הרושם, שקברניטי ניסוח הצעת החוק ראו לנגד עיניהם בעיקר את המלווים הגדולים ולפיכך היטו את הכף לטובת אותן מגמות חדשות הגלומות בהצעת החוק – וזאת תחת הסברה שאותם מלווים גדולים ידעו "לדאוג לעצמם" – ולא יתמוטטו עקב קידום של ערכים מנוגדים – כי אחרת כיצד אפשר להסביר את ההתעלמות מהפגיעה הקשה בנושים האחרים. מעבר לכך

שגישה זו איננה ראויה⁵ ויש לה כאמור השלכות כלכליות שליליות, היא גם איננה נכונה בעליל, משום שהיא גם פוגעת בציבור הרחב באמצעות החיסכון הפנסיוני המהווה מקור משמעותי למתן אשראי.

14. כידוע, כספי החיסכון הפנסיוני בישראל כוללים מעל טריליון ₪⁶.

15. חלק משמעותי מסכום זה, המסתכם במאות מיליארדי ₪, מושקע במתן הלוואות ואשראי, לרבות באמצעות מכשירים פיננסיים, כגון: אגרות חוב סחירות ובלתי סחירות, מתן הלוואות לסוכנים, מתן הלוואות לעמיתים/מבוטחים, מתן הלוואות ליחידים למטרות שונות כולל רכישת דירות, מבנים, מקרקעין וכיוצא בזה.

16. ההלוואות הניתנות ע"י הגופים המוסדיים מובטחות, בדרך כלל, בערובות או בשעבודים, ברמות שונות. למשל, במתן ההלוואה לרכישת דירה, משועבדת הדירה כבטוחה להחזר ההלוואה.

17. **כך שחלק ניכר מכספי החיסכון הפנסיוני מקורם במוצרים פנסיוניים תלויי תשואה. כלומר, כל הפסד הנובע מחדלות פירעון של החייב, אשר לו ניתנו האשראי/הלוואה נזקף לחובת כספי חיסכון אלו, וכתוצאה מכך גורע מהתשואה של החוסכים הפנסיוניים ואף יכול להפוך אותה לשלילית.**

18. מכאן, שלא אחת מוצא עצמו גוף מוסדי כנושה של לווה אשר נהפך לחדל פירעון, וזאת בגין הלוואה או אשראי שנתנו לאותו לווה מכספי החיסכון הפנסיוני.

19. לא צריך להכביר מילים על אודות החשיבות הרבה של מיקסום התשואה עבור העמיתים דווקא בתקופה זו⁷, בה כספי החיסכון הפנסיוני "רגישים" במיוחד לכל הפחתה בתשואה⁸ – וכל זאת על הרקע שתוחלת החיים עולה, וסביר שעוד תעלה.

20. לשון אחר, מעבר לפגיעה הבלתי מאוזנת בקניינם של הנושים, שהוא כידוע מהווה זכות יסוד חוקתית, בגלל המעורבות הרבה של כספי החיסכון הפנסיוני בשוק האשראי, הפגיעה תהיה חריפה יותר, משום שפוגעת בחוסכים הפנסיוניים.

21. אין זה סביר, ראוי ונכון להעדיף אינטרסים של חייבים ולנקוט כלפיהם בגישה ליברלית וסלחנית, כאשר הדבר עלול לפגוע בכספי החיסכון הפנסיוני של כל עם ישראל, מקטן ועד גדול.

22. אם יוזמי החקיקה יקשו, וישאלו האם פגיעה כזו לא מתרחשת במדינות אחרות בהן קיימת גישה ליברליות כלפי החייב, יש לכך כמה תשובות:

22.1. בלי קשר לסוגיית כספי החיסכון הפנסיוני, הצעת החוק מרחיקת לכת בהגנה על החייב ובמתן משקל לשיקומו. נכון שבשיטות משפט שונות קיימות הגנות אלו או אחרות על החייב, שאינן קיימות כיום בדין הישראלי, אך הצעת החוק הרחיקה לכת מעבר להן, ולא כללה את האיזונים

⁵ קניינים של גופים/מלווים גדולים איננו צריך להיות הפקר – וההגנה על הקניין כזכות יסוד תלויה בגודלו של בעל הקניין.

⁶ לפי דו"ח הממונה על שוק ההון ביטוח וחיסכון, סכום זה עמד בסוף 2014 על 1.26 טריליון ₪.

⁷ לרבות בטווח הבינוני.

⁸ עקב התשואות הנמוכות בשוק ההון.

הקיימים בשיטות אלו (אגב הצעת החוק אינה הולכת בתלם שיטת משפט אחת אלא מבצעת cherry picking לטובת הבראתו ו/או שיקומו של החייב).

22.2. במדינות המערב מבנה קרנות הפנסיה הוא שונה. אצלנו קלטנו את המודל הצייליאני⁹, אך אין זה המודל הרווח בארצות המערב. בשני היבטים, האחד, קיימת שכבה ראשונה של פנסיה אשר אינה מבוטלת אשר מקורה בתקציב המדינה¹⁰. לשכבה שנייה או שלישית, מתווספת פנסיה שמקורה בחסכון במסגרת העבודה, המוסדרת בדרך כלל על ידי המעביד ו/או האגוד המקצועי. גם כספי חיסכון זה אינם מושקעים במלואם בשוק ההון.

22.3. המצב הוא אפוא שבמדינות המערב, אשר שימשו השראה למגמות החדשות הגלומות בהצעות החוק, הפגיעה בכספי החיסכון הפנסיה היא קטנה, ככל שיכולה להיווצר.

23. המסקנה המתבקשת היא, שיש למתן את "ההליכה" לקראת החייב, הן במישור המהותי והן במישור הפורמאלי-דיוני¹¹ ודווקא לחזק את מעמדם של הנושים, או לחילופין לקבוע כללים שונים כאשר מקורה של הנשייה הוא בכספי חיסכון פנסיוני.

24. כדי להסיר ספק, כמובן שאם ההבראה של החייב תגביר את הסיכוי לקבל החזר גבוה יותר לנושים – הבראה זו רצויה לכל הדעות.

25. לאחר דברי אקדמה אלו נפרט להלן את **ההערות המהותיות**, אשר כמובן מועלות, בין היתר, על בסיס הדברים שהוצגו לעיל, אך לא רק. לקראת הדיונים בוועדה אודות הסעיפים השונים **נתייחס ביתר פירוט לנוסחי הסעיפים השונים**.

חלק א': כללי

מטרות החוק

26. מטרת החוק, כפי שמנוסחת בסעיף 1 להצעת החוק, משקפת את היעדר האיזון שתואר בהרחבה במבוא למכתב זה, היינו בין "צרכי" החייב לבין זכויות הנושים, קל וחומר זכויות החוסכים הפנסיונים.

27. כידוע לסעיף המטרות, אשר הונהג בחקיקה בשנים האחרונות, יש ערך פרשני לא מבוטל.

28. בהמשך לגישה שיש ליצור איזון סביר יותר כאמור, יש להחליף את הסדר של סעיפים קטנים (1) ו-(2), כך שעניין מיקסום שיעור החוב שייפרע יצוין בס"ק (1). בנוסף, ההתבטאות "להביא ככל האפשר לשיקומו הכלכלי של החייב" עלולה להביא לפרשנות שהמחוקק לא התכוון אליה ובוודאי שלא בהתאם לאיזון ראוי. לפיכך יש לשנות את נוסחו של ס"ק זה על מנת שישקף איזון סביר, כלומר להוסיף את הפסקה "בהתחשב בזכויות הנושים" או "בשים לב לזכויות הנושים", כך שהנוסח של ס"ק (1) הנוכחי¹² יהיה: "להביא ככל האפשר ובשים לב לזכויות הנושים [בהתחשב בזכויות הנושים] לשיקומו הכלכלי של החייב".

⁹ היינו, בבסיסו הצבירה בהתאם להפקדות בפועל והתשואה שתושג בשוק החופשי, ללא סבסוד ממשלתי או מעורבות ממשלתית. פועל יוצא מכך הוא התאמת אפיק החיסכון למאפיינים מסויימים של העמית.

¹⁰ יש מקומות שלשכבה הזו מתווספת פנסיה מהביטוח הלאומי ויש שהיא מאוחדת עם הפנסיה ממקור ממשלתי.

¹¹ היינו, הליכי חדלות הפירעון.

¹² שיעבור כאמור להיות סעיף 21(2)

המבחן לחדלות פירעון

29. בסעיף 2 לחוק אומץ "המבחן התזרימי" כמבחן הבלעדי לקביעת חדלות הפירעון, היינו העדר יכולת פירעון שוטף של חיובים. אכן, לכל הדעות, ראוי מבחן זה לשמש כמבחן המרכזי לחדלות הפירעון. ואולם קיימים עסקים, אשר לגביהם המבחן הזה אינו תקף, אלא יש להיזקק "למבחן המאזני", אחרת עסקים המצויים בחדלות פירעון, לא יחשבו ככאלה, בגלל מלאי נכסי נזיל וזמין, שיצור יכולת תזרימית לקיים חיובים בתקופה לא מבוטלת.
30. דוגמאות לכך הם: בעלי עסקים המחזיקים הון חוזר בסכומים ניכרים לרבות בקבוצות המרכזות ומנהלות את המלאי הכספי במסגרת אחת מרכזית; בעלי עסקים שיש להם מלאי גדול, אשר ניתן לממשו בקלות, אף במחירי היצף (dumping), עסקים שזרם התקבולים מקדים את זרם ההוצאה- וכך ידחה המועד של תחילת חדלות הפירעון.
31. לפיכך מוצע לאפשר לאינסטנציה המחליטה על חדלות הפירעון לעשות שימוש במבחן המאזני, אם סוג וטיב העסק ידרשו זאת, וניתן לחייב אותה לנמק את הסיבות להיזקקות למבחן המאזני והעדר יישומו של מבחן התזרימי.

חלק ב': הליכי חדלות פירעון לגבי תאגיד

הליכי שיקום והפעלה

32. כידוע לכל, הליך שיקום של תאגיד שנקלע לקשיים כלכליים לא אמור לפגוע בזכויות הכלכליות של הנושים. אמנם, לשיקום חשיבות גדולה, אך קיים חשש כי בעלי המניות בתאגידים אלו יעשו שימוש לרעה בהליכי הבראה על מנת להפעיל לחץ על הנושים ולהשיג וויתורים הנוגעים לשמיטת חובות או יתרונות אחרים.
33. לפיכך נדרש מנגנון שיכריע, במהירות האפשרית, מהו הפתרון היעיל והנכון לתאגיד בקשיים, הבראה או פירוק. עם זאת, יש לקחת בחשבון את החשיבות בטיפול בנושים ובשמירה על האינטרסים שלהם ועל זכויותיהם הקנייניות במסגרת הליכים אלו. הליך ההבראה לא אמור ולא צריך לפגוע בזכויות הנושים, אלא רק ככל שהדבר נדרש לשם הצלחת הליך השיקום תוך פירעון מרבי של החובות.
34. הצעת החוק משנה את הדין הקיים בכך שהיא קובעת נקודת פתיחה משותפת להליכי הבראה והליכי פירוק עקב חדלות פירעון. בקשה לפתיחת הליכים תוגש באופן אחיד ובית המשפט יכריע אם תאגיד הוא חדל פירעון ורק לאחר מכן יקבל הכרעה לגבי מסלול הטיפול בו.
35. חשוב במיוחד לציין את סעיף 17 להצעת החוק, לפיו ביקש תאגיד בבקשה לצו פתיחת הליכים להורות על הפעלת התאגיד וסבר בית המשפט כי אין במתווה הראשוני לשיקומו הכלכלי של התאגיד שהוגש, כדי להוות בסיס כלכלי מספק למתן צו פתיחת הליכים המורה על הפעלת התאגיד, יאפשר לתאגיד לתקן את המתווה הראשוני שהגיש או לחזור מבקשתו לצו. סעיף זה מעניק בפועל לתאגיד יוזם ההליך שליטה במסלול אליו יגיע התאגיד: תיקון הבקשה או חזרה מהבקשה ואילו הנושים עשויים למצוא עצמם נטולי השפעה של ממש על הבחירה בין פירוק להבראה.
36. יש אפוא לקבוע מבחנים נוקשים יותר למסלול של הפעלה (בעקבותיו נבחנים ההבראה והשיקום).

תקופת הפעלה בתקופת השיקום

37. אחד מהתנאים המצטברים לקבלת החלטה על הפעלת התאגיד לשם שיקומו הכלכלי, קבוע בסעיף 23(א)(1) להצעת החוק המורה, כי בית המשפט צריך להשתכנע, בין היתר, כי קיימים אמצעים למימון הוצאות הכרוכות בהפעלת התאגיד. ראוי להבהיר כי הכוונה למימון הוצאות ההפעלה באופן שלא "יכרסמו" בנכסי הנשייה ולא יעניקו יתרון לנושה בגין "חובות העבר", וזאת כדי לשמור על עיקרון השוויון ולמנוע יתרון של נושים שהם ספקים של התאגיד. בנוסף ראוי לקבוע קריטריונים נוספים השוללים את ההפעלה, כגון שברי כי אין תועלת בה.

38. זאת ועוד, סעיף 57 להצעת החוק מורה, שאם ניתן צו לפתיחת הליכים לגבי תאגיד **ובית המשפט הורה על הפעלתו** – יפעיל הנאמן את התאגיד כעסק חי ללא צורך בקריטריונים או מבחנים נוספים על אלו שבסעיף 23(א)(1) להצעת החוק. כלומר, לפי הצעת החוק מרגע שהורה בית המשפט על הפעלה, על הנאמן להמשיך ולהפעיל את העסק באופן טבעי וכדבר שבשגרה. אם כך, מתבקש כי יקבעו בחוק קריטריונים או מבחנים להחלטה על צורת ההפעלה והיקפה על ידי הנאמן כבר בשלב זה, כדי לא להמשיך להפעיל עסקים בלתי יעילים או כאלה שעלולים לפגוע בסיכויי השיקום או בנושים; כל זאת נחוץ עוד לפני הכנת תכנית השיקום. [בכל מקרה, יש להבהיר בחוק שההפעלה תהיה רק כל עוד מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 23 וכי לבית המשפט תהא סמכות "לחזור" מההחלטה להפעיל את החברה.

39. סעיף 80 להצעת החוק מורה, כי במקביל להפעלת התאגיד, יכין הנאמן תכנית לשיקומו הכלכלי. היה ראוי שיקבעו הוראות בנוגע ללוח זמנים להכנת התכנית, בין שהוא יקבע על ידי בית המשפט ובין שיקבע על ידי הנאמן באישור בית המשפט, וזאת על מנת ליצור מסגרת זמנים להכנת התכנית ובכך למתן את החשש ל"גרירת רגליים" של הנאמן, שהרי עריכתה של תכנית שיקום היא מלאכה מורכבת, הכרוכה במכלול של שיקולים ובעיות, לרבות משוכות שיש לעבור אותן.

אשראי חדש

40. סעיף 65 להצעת החוק מגדיר מהו "אשראי חדש" ומתיר לנאמן להתקשר בחוזה לקבלת אשראי הדרוש לשם מימון פעילותו של התאגיד בהפעלה, או לקבוע מסגרת אשראי שהנאמן יהיה רשאי ליטול לשם מימון הפעילות כאמור, והכל למטרות ובתנאים שיקבע בית המשפט.

41. לאור סעיף 65(ב) להצעת החוק, נתונה להחזר של אשראי חדש עדיפות, היינו דינו של החוזר, כדין הוצאות בהליכי פירעון חדלות פירעון (כל עוד בית המשפט לא קבע אחרת).

42. ס"ק 65(ג) מאפשר לבית המשפט להתיר לנאמן ליטול אשראי חדש שפירעונו יובטח בשעבוד על נכס מנכסי קופת הנשייה או בשעבוד נדחה בדרגה על נכס משועבד.

43. יתר על כן, במקרה שבו "... קבלת האשראי חיונית לשיקומו הכלכלי של התאגיד..." רשאי בית המשפט להתיר לנאמן ליטול אשראי חדש שפירעונו יובטח בשעבוד נכס שכבר משועבד (באותה דרגה)¹³ – ובלבד שתינתן לבעל השעבוד "הגנה הולמת"¹⁴.

¹³ ראה ס"ק 64(ד) לחוק.

¹⁴ ראה הגדרת מונח זה בסעיף 4 לחוק.

44. לטעמנו יש לתקן את ההוראות דלעיל, כדלקמן:

44.1. התנאי המורה כי "קבלת האשראי חיונית לשיקומו הכלכלי של התאגיד" צריך לחול גם כאשר האשראי החדש מובטח בנכס השייך לנכסי הנשייה, אף אם אינו משועבד. כשם שאין לפגוע בנכס משועבד, כך גם אין לפגוע במקור להחזר החובות לנושים, היינו נכסי הנשייה, אלא אם הפגיעה חיונית כאמור.

44.2. בנוסף ראוי לקבוע תנאי מנחה המורה, כי לאור מטרת האשראי החדש קיימת סבירות [גבוהה] שנטילת האשראי החדש תשפר את מצבם של הנושים או תעניק להם יתרון, אלמלא קיומם של כספי האשראי החדש לרשות הנאמן. כידוע, בנסיבות בהן מצוי עסק בחדלות פירעון קיים חשש טבעי שמא ייזרק כסף טוב אחרי כסף רע¹⁵.

45. ראייה מאוזנת של האינטרסים מחייבת אפוא לקבל את השינויים המוצעים בנוגע לאשראי חדש.

פעילות ועסקאות בנכסי תאגיד בהפעלה

46. הצעת החוק חסרה הגדרה ל"נכסי מזומן" שהם נכסים נזילים השקולים למזומן, כגון מסמכים סחירים, פיקדונות, ניירות ערך, תקבולים מצד שלישי או זכויות לנכסים כאמור, לרבות תשלומים מכוח הסכם, דמי שכירות או דמי שימוש בנכסים, וכל נכס דומה אחר.

47. הגדרה כזו נדרשת על מנת לחייב את הנאמן לקבל היתר מאת בית המשפט לצורך שימוש בנכסי המזומן המכלה אותם, גם במהלך עסקים רגיל. הטעם לדרישה זו נהיר, כל שימוש המכלה נכס שקול למכירתו או למימושו, ולכן צריך להיעשות באישור מוקדם של בית המשפט¹⁶. אמנם בהצעת החוק נעשה תיקון מסוים בהקשר זה, והכוונה לסעיף 63 הקובע, בין היתר, שתשלום באמצעות נכס מזומן כאמור, מהווה מכירה של אותו נכס - ואולם הסעיף מוגבל רק לנכס מזומן משועבד, בין בשעבוד קבוע ובין בשעבוד צף - ואילו הקביעה צריכה להיות לגבי כל נכס מזומן, הגם שהפגיעה בנכס כזה שאינו משועבד היא פחות חריפה¹⁷.

אישור התכנית ע"י החברים בתאגיד במקרה של עודף נכסי

48. סעיף 83 (ב) להצעת החוק מורה, שאם סך נכסיו של התאגיד עולה על סך חובותיו והתמורה המוצעת לכל נושה לפי הצעת התכנית לשיקום כלכלי שווה למלוא סכום חוב העבר שבו הוא נושה, יורה ביהמ"ש על הבאתה של תכנית השיקום גם לאישור חברי התאגיד. לדעתנו, סעיף זה טומן בחובו קשיים, מהטעמים הבאים:

ראשית, הדבר מחייב ביצוע הערכת שווי לנכסי התאגיד וזאת כדי לוודא שאכן מתקיים התנאי של עודף נכסי. מעבר לעלויות הכבדות שיועמסו על קופת הנאמן בשל ביצוע הערכות שווי ומעבר לקשיים בביצוע¹⁸, עצם החובה לערוך הערכות שווי טרם הגשת הבקשה לכינוס אספות, תסרב את ההליך ועשויה להביא

¹⁵ מימרה הנובעת מניסיון החיים.

¹⁶ שהרי תשלום באמצעות נכס מזומן מכלה אותו.

¹⁷ כי הפגיעה "מתפזרת" על כל הנושים הרגילים ולא רק בעל השעבוד בלבד.

¹⁸ למשל: כאשר נדרש להעריך נכסים בחול או הצורך להעריך שווי נכסי בחברה חדלת פירעון, דבר הכרוך בחוסר וודאות.

לבזבז זמן יקר, הנדרש להכנת הערכות שווי. יש לזכור שהליך חדלות הפירעון נמצא במצב רגיש מבחינת לוח הזמנים שיכול להשפיע על הצלחתו.

שנית וחשוב יותר, בהתאם לדין הקיים, וכפי שנקבע פעמים רבות בפסיקה, האינטרס של בעלי המניות בהליכי הסדר נחות מאינטרס הנושים, ועל כן המעמד שלהם באספות הוא "נדחה" עד כדי כך שלרוב אין חובה בכינוס אסיפה של בעלי המניות (אלא אם מבוצע שינוי בהון המניות של החברה). ראה לדוגמא: פש"ר (ת"א) 3706/09 שטנג בנייה והנדסה בע"מ [פורסם בנבו]; פ"ק (ת"א) 37456-06-14 חברת אורכית תקשורת בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי (פורסם בנבו, 22.07.2015).

סעיף זה גם מנוגד להלכה הפסוקה אשר שללה את זכאותם של בעלי המניות של חברה בהליכי חדלות פירעון להצביע על ההסדר המוצע [אם לא נשארים נכסים לחלוקה לבעלי המניות]¹⁹ מהטעם שבעת ההצבעה על ההסדר לא ברורה עדיין מידת האחריות, אם בכלל, של בעלי המניות שהם בעלי שליטה למצבו הבעייתי של התאגיד.

שלישית, החשש הוא כי הסעיף הנ"ל יפורש, בפרט נוכח חוסר הבהירות הקיים בנוגע לשווי נכסי חברה במצב של חדלות פירעון, באופן שנדרשת אסיפת בעלי מניות במקרים רבים, ובכך יינתן לבעלי המניות כוח למנוע את ההסדר, כאשר ידוע כי לבעלי המניות לרוב אינטרסים שונים מהאינטרסים של הנושים (מה גם שלעיתים הם אחראים באופן כזה או אחר למצב אליו הגיעה החברה).

49. על-כן אנו סבורים כי יש לתקן את הסעיף²⁰ באופן שלא יידרש אישור של אסיפת החברים. כדי למנוע קיפוח חס וחלילה של בעלי המניות, ניתן לקבוע הוראה שבמקרה שבו ברור ונהיר על פני הדברים ולפי הדוחות הכספיים האחרונים, שערך הנכסים עולה על ערך החובות (בהנחה כמובן שמדובר במקרה שבו הדוחות הכספיים משקפים את הערך האמיתי של הנכסים), יאזן בית המשפט גם את האינטרסים של בעלי המניות במסגרת שיקוליו לאשר את התכנית, ככול שיש צורך בכך.

קביעת אסיפות "סוג"

50. סעיף 84(א) להצעת החוק קובע כי אישור התכנית צריך להינתן באספות שייערכו בנפרד בכל סוג של נושים, תוך הגדרה מהו "סוג": "קבוצת נושים או חברי תאגיד שלהם עניין משותף בנוגע לתכנית לשיקום כלכלי, המובחן באופן מהותי מעניינם של שאר הנושים או חברי התאגיד". לעומת זאת הגדרת "סוג" בסעיף 350(1א) לחוק החברות, מורה: "קבוצת נושים או בעלי מניות שלהם עניין משותף בנוגע להסדר או לפשרה, המובחן באופן מהותי מעניינם של שאר הנושים או בעלי המניות ואשר מצדיק קיום אסיפה נפרדת."

51. השוואה בין ההגדרה החדשה המוצעת של "סוג" לבין הגדרת "סוג" בסעיף 350(1א) לחוק החברות מעלה, שבהגדרת "סוג" בסעיף 84(א) להצעת החוק נשמטה הסיפא שבסעיף 350(1א) הנ"ל, היינו: "... ואשר מצדיק קיום אסיפה נפרדת". לדעתנו אין מקום למחיקת סיפא זו, ויש להותיר לבית המשפט שיקול דעת להחליט, האם השונות המהותית באינטרסים מצדיקה קיומן של אספות נפרדות, ובכך לצמצם את המספר האספות לאלו שאכן נדרשות. אין צורך להכביר מילים על כך, שאספות הסוג הנפרדות הן עקב אכילס

¹⁹ רע"א 8417/11 נמי נאמנויות בע"מ נ' עורך דין ישראל ברגרזון, כונס נכסים לחברת נ.י.ל.י נדל"ן בע"מ (בכינוס) (פורסם בנבו, 7.5.2013).
²⁰ כמו כן, גם את סעיף 343(ב) היוצר מנגנון זהה לגבי הסדר חוב בלא צו פתיחת הליכים.

בהשגתו של הסדר חוב או אישורה של תכנית שיקום - ולכן רצוי להקטין את מספרן, כמה שיותר, אפילו שקיימת שונות אינטרסים מהותית, כל עוד יש הצדקה לכך.

52. יש אפוא להוסיף בהגדרת "סוג" בסעיף 84(א) את הפסקה: "ואשר מצדיקה קיום אספה נפרדת", בין היתר, מהטעמים לעיל והבאים:

52.1. כפי שאף נקבע בפסיקה לא פעם, סיווג לקבוצות רבות מדי פוגע בעיקרון של קבלת דעת הרוב, ומאפשר לקבוצות מיעוט אסיפה נפרדת והכשלה אפשרית של אישור ההסדר. ראה לדוגמה פר"ק (ת"א) 30039-08-14 **פרופיט תעשיות בניה בע"מ נ' הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ** (פורסם בנבו, 26.02.2015).

52.2. דעתנו היא כי יש לחזק את העיקרון לפיו יחולקו האספות לכמה שפחות תתי סוגים וזאת כדי למנוע "סחטנות" מצד נושים ואף הכשלתם של הסדרים. לאור זאת אנו סבורים כי יש לחדד את סעיף 84(א) בהקשר זה ולהותיר את הסיפא שהייתה קיימת בס' 350(א1) לחוק החברות - היכולה לתת בידי בית המשפט עוגן כדי למנוע ריבוי של אספות, אשר עלול לסכל את אישור ההסדר או התכנית²¹.

53. סעיף 84 (ב) להצעת החוק מסדיר את זכותו של נושה או בעל מניות להצביע באספה הרלבנטית וכן את כח הצבעתו. בהקשר זה אנחנו מוצאים לנכון להעיר, כדלקמן:

53.1. הסעיף, כפי שמנוסח בהצעת החוק, אינו ברור דיו, ומכל מקום אינו עולה בקנה אחד עם הפרקטיקה הנהוגה כיום.

53.2. הלכה למעשה, אין באפשרות הנאמן להכריע בזכותו של כל נושה או חבר תאגיד להצביע באספה הרלבנטית ולקבוע טרם כינוס האספות מהו שיעור החוב של כל נושה - והחובה לעשות כן, תעכב מאוד את כינוס האסיפות, באופן שעשוי לפגוע באישורם של הסדרים מוצעים ותסרבל מאוד את הליך אישור התכנית או ההסדר.

53.3. דעתנו היא כי יש לקבוע, כפי שנהוג כיום, שכוח ההצבעה באספות הנושים יוקנה בהתאם לסכום המצוין בתביעות החוב של כל נושה (כמובן מבלי שיהיה בכך כדי לאשר את תביעת החוב לגופה) **וכי זו תהיה ברירת המחזל**. עם זאת, כדי למנוע ניצול לרעה של הוראה זו על ידי נושים, תינתן לבעל התפקיד הסמכות להשוות בין סכום החוב המוגש לבין סכום החוב המופיע בספרי החברה, ואם מצא הנאמן שיש סטייה משמעותית, יהיה רשאי להגביל את כוח ההצבעה או לשלול, בהתאם. באופן כזה יכריע הנאמן בזכות ההצבעה או בכח ההצבעה, רק בחלק הקטן של המקרים.

שיקולים לאישור התכנית

54. סעיף 86 להצעת החוק המוצע קובע הוראות לגבי אישורה של תכנית השיקום ע"י בית המשפט. ס"ק 86(ב) איננו מונה את כל השיקולים שעל בית המשפט לקחת בחשבון בעת שעליו להכריע, האם לאשר את

²¹ הדברים גם רלבנטיים לסעיף 323(א) להצעת החוק, המצוי בחלק הדין בהסדרי חוב בלא פתיחת הליכי חדלות פירעון, אשר מפנה לסעיף 84(א).

התכנית, אלא מציין שיקולים הנוגעים "להוגנות ההליך" כמבחן מרכזי לאישורה של התכנית, כאשר בצד סוג שיקולים אלו, קובע הסעיף שבית המשפט רשאי לשקול גם שיקולים הנוגעים לעובדי התאגיד או לטובת הציבור.

55. "הוגנות ההליך" הוא מושג שנעשה בו שימוש בעיקר ביחס להליכים פליליים ולא ברור מדוע הצעת החוק מאמצת אותו כשיקול מרכזי לאישורה של תכנית. אין לכחד שהתנהלות פרוצדוראלית נאותה והוגנת חשובה לעניין קבלת החלטות באספות הנושים. ואולם, אין זה הנימוק המרכזי, אלא המבחן המרכזי המהותי הוא דווקא האיזון שעל בית המשפט לערוך בין האינטרסים הרב קודקודיים, אשר מאפיינים תכנית שיקום ובמיוחד כאשר נתגלעה מחלוקת בין קבוצות הנושים השונות.

56. מוצע אפוא, שהמבחן המרכזי יהיה היעדר פגיעה בשיעור החוזר לנושים והיעדר קיפוח או חוסר הוגנות כלפי סוג מסוים של נושים בהשוואה לסוגי הנושים האחרים. הקיפוח וחוסר הוגנות ייבחנו לא בצורה מתמטית, אלא בהתחשב בזכויותיהם המקוריות של הנושים, סדר הקדימות ביניהם, טובת כל הנושים בכללותם וכיוצא בזה.

57. ראוי לטעמנו ליתן לבית המשפט סמכות מפורשת לקבוע תנאים לאישורה של תכנית המשפיעים על תוכנה גם אם לא הועמדו להצבעה.

תנאים לכפיית הסדר

58. סעיף 88 להצעת החוק מנחה את בית המשפט שלא לאשר תכנית לשיקום כלכלית: "אם שוכנע כי התמורה שהוצעה לנושה שלא תמך בהצעה נמוכה מהתמורה שאותו נושה היה מקבל בפירוק התאגיד"²². נראה לנו שאין מקום להתערבות כל כך קטגורית, היינו לאסור כליל אישור של תכנית, אשר יכולה להביא למצב כמתואר לעיל, שאגב הוא קשה להערכה. דרך המלך היא דווקא שמבחן זה יהווה שיקול בעיני בית המשפט, אך לא תנאי בל יעבור, וזאת מהטעמים הבאים:

58.1 לפי הדין הקיים, בית המשפט של חדלות פירעון אינו נוטה (לבד ממצבים קיצוניים וחריגים ביותר), להתערב בשיקול דעתה של אסיפת הנושים. ראה לדוגמא: פר"ק (ת"א) 11478-06-13 **אי.די.בי. חברה לאחזקות בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי** [פורסם בבנו] (17.12.2013).

58.2 בהתאם לכך הסיכוי, בהתאם לדין הקיים, שנושה בודד ימנע אישורו של הסדר, שמקובל על רובם של הנושים, כמעט ואינו קיים. ואילו סעיף 88 להצעת החוק **קובע עקרון מנוגד לגמרי**, לפיו אף אם אסיפת הסוג אישרה את ההסדר, **יכול נושה בודד למנוע את אישור ההסדר** באם יוכיח כי התמורה שתתקבל בהסדר תהיה נמוכה מהתמורה שאותו נושה היה מקבל בפירוק.

58.3 מעבר לעובדה כי לדעתנו הוכחת התמורה שיקבל נושה בפירוק הינה קשה לכימות, אזי המסר העולה מהסעיף הנ"ל הינו כי כל נושה יכול למנוע אישורו של הסדר, מסר המנוגד לדין הקיים, לתכלית החוק המוצע ולדין הרצוי.

58.4 יכולים להיות מצבים שהפגיעה היא קלה או זניחה, כך שאין זה נכון וסביר כי תמנע את ההסדר.

²² בעקבות סעיף 350ג(א)(2)(א) לחוק החברות: "אם לא יאושרו הפשרה או ההסדר לא יהיה מנוס מפירוק החברה והתמורה שהוצעה לסוג שלא הסכים לפשרה או להסדר אינה נמוכה בערכה מהסכום שאותו סוג היה מקבל בפירוק החברה";

59. לפיכך החוק צריך להורות כי על בית המשפט לשקול לפני האישור את הפגיעה האמורה ולקחת אותה בחשבון, לרבות עוצמתה, אך לא למנוע אותו קטגורית (כמובן ככול שהפגיעה תהיה חריפה יותר²³ כך יטה בית המשפט לסרב לאשר את התכנית או ההסדר, למרות האישור שנתקבל באספות).

פירוק

60. הצעת החוק קובעת שני מסלולים לפתיחתם של הליכי פירוק ומתן צו פירוק על ידי בית המשפט; **האחד**, בהתאם לסעיפים 95-100 להצעת החוק, היינו רק לאחר שהתחוויר לבית המשפט כי אין סיכוי סביר לשיקומו הכלכלי של התאגיד או כי המשך הפעלת התאגיד יפגע בנושים²⁴ - **והשני** עקב עליות המנויות בסעיף 1342. לחוק החברות²⁵, **שלא על רקע חדלות פירעון**, כגון: החברה קיבלה החלטה מיוחדת שהיא תפורק בידי בית המשפט; החברה לא התחילה בעסקיה תוך שנה²⁶.

61. כלומר, לפי הצעת החוק, לא ניתן לנקוט כלפי תאגיד חדל פירעון בהליכי פירוק על ידי בית המשפט, כל עוד לא עוברים את המשוכה של ניסיון השיקום²⁷.

62. להשלמת התמונה יצוין כי סעיף 342(ב2) לחוק החברות, כפי שמוסף בהצעת החוק, מחיל על תאגיד כנגדו ניתן צו פירוק לפי חוק החברות (המסלול השני לעיל) את ההוראות בחוק המוצע בדבר הקפאת הליכים²⁸, **אלא אם בית המשפט הורה אחרת**.

63. קיימים מקרים לא מעטים בהם נהיר שאין תוחלת להליך השיקום של התאגיד חדל הפירעון – **ויש לאפשר באותם מקרים מובהקים שאינם טעונים בירור נרחב ומורכב, להתחיל בהליכי הפירוק ללא חיוב לעבור בווייה דולורוזה של מסלול הליכי השיקום** – ובכך "יחסך" זמן יקר במהלכו עלולים התאגיד חדל הפירעון, בעלי השליטה בו ומנהליו לבצע פעולות אסורות ופוגעניות בנושים²⁹ וכן יחסכו הוצאות.

64. יצוין שממילא רשאי בית המשפט, גם במהלך הפירוק להורות על הפסקת הפירוק והפעלת התאגיד לשם שיקומו הכלכלי, אם מצא שיש סיכוי סביר לכך, קיימים אמצעים למימון ההוצאות הכרוכות בהפעלת התאגיד וכי הדבר לא יפגע בנושים³⁰. כך שניתן בהחלט להתחיל בפירוק במקרים שנחזים על פניהם כלא מתאימים להפעלה שהוא צעד מקדים לשיקום.

65. בנוסף, יש לחדד את המבחן שבסעיף 94(א)³¹ לפיו: "... וכי המשך הפעלת התאגיד יפגע בנושים...". מטעמים מובנים, ראוי שהמבחן יהיה: "... וכי המשך הפעלת התאגיד עלול לפגוע בנושים...".

²³ במונחים מוחלטים (כמותיים) או באופן יחסי (כשיעור מהחוב).

²⁴ ראה ס' 94(א) להצעת החוק.

²⁵ כפי שמוסף בסעיף 360 להצעת החוק.

²⁶ וכן למשל, כאשר החברה מגיעה למבוי סתום או פועלת תוך עשיית מעשי מרמה.

²⁷ ראה גם סעיף 342.ד(א) לחוק החברות כפי שמוסף בסעיף 360 (9) לחוק המוצע: "מתקיימים לגבי חברה הליכי חדלות פירעון, לא יחלו הליכי פירוק לגביה לפי חלק זה."

²⁸ הקפאת הליכים, אך לא שיקום והבראה.

²⁹ כגון, הברחת נכסים, הסתרתו ו/או העלמתו מידע, פסק זמן שיאפשר לתכנן כיצד למלט נושאי משרה מאחריות וכיוצא בזה.

³⁰ ראה סעיף 98 לחוק המוצע.

³¹ המתייחס להפסקת הליכי השיקום.

66. סעיף 342כב(ג) לחוק החברות המוצע, דן בביטול הליכי הפירוק והוא מורה, בין היתר, כי הביטול "אינו פוגע בתוקפם של מכירה, העברה או תשלום או פעולה משפטית אחרת שנעשו כדין לפני הביטול" – נכון יותר לטעמנו במקום השימוש במילה "מכירה" לעשות שימוש במילה "עסקה" – שמשמעותה רחבה יותר.
67. במסגרת התיקונים בחוק החברות הוסף סעיף 342כד, הקובע כי חברה רשאית לקבל החלטה מיוחדת על פירוקה מרצון, אם הדירקטורים של החברה נתנו תצהיר כושר פירעון לפי סעיף 342כה, הקובע כי תצהיר כושר פירעון יינתן בידי כל הדירקטורים בחברה או רובם - לפיו בדקו היטב את מצב עסקי החברה ולדעתם יכולה החברה לשלם את חובותיה במלואם בתוך 12 חודשים מתחילת פירוקה. ואולם, במקרים רבים לא ניתן לסיים את הפירוק מרצון תוך שנה בין עקב הליכים משפטיים תלויים ועומדים ובין עקב הצורך לקבל שחרור משלטונות המס וכיוצא בזה³². מוצע אפוא להבהיר, **אחת ולתמיד**, שהתצהיר אינו מהווה הערכה או התחייבות לסיים את הפירוק מרצון תוך 12 חודשים, אלא על יכולת הפירעון בלבד.

חלק ג': הליכי חדלות פירעון לגבי יחיד

כללי

68. כאמור, הצעת החוק נוטה מעבר לנדרש לטובת החייבים, במיוחד היחידים, ורואה בהם כמי שארעה להם "תאונה כלכלית" – גישה זו עלולה להוביל לפגיעה בעקרון כיבוד החוזים בכלל, והענקת אשראי בפרט. נטייה יתרה זו באה לידי ביטוי חריף במיוחד בסעיפים העוסקים במתן הפטר ובסמכויות שניתנו לממונה ולרשות האכיפה להורות על מתן הפטר.

פתיחת הליכים לגבי יחיד

69. לפי סעיף 104(א) להצעת החוק רשאי יחיד להגיש לממונה בקשה לצו לפתיחת הליכים ואילו הבקשה של נושה מוגשת לבית המשפט (ראה סעיף 109(א) לחוק). אין מקום להבחנה זו מאחר שהגשת בקשה של יחיד לממונה ולא לבית המשפט יכולה להיות מנוצלת לרעה.
70. יתר על כן, קרוב לוודאי שבקשות של נושים יוגשו ע"י קבוצה קטנה של עורכי דין שיתמחו בעניין, דבר שיכול ליצור דינמיקה של יחסים עם הממונה, אשר איננה רצויה, לכל הדעות.
71. זאת ועוד, יש להניח כי מהר מאוד ייווצר עומס אדיר על הממונה, משום שאותה ראה של בעלי דין כלפי בית המשפט, לא תהיה קיימת בפני הממונה, ויוגשו אליו הרבה בקשות סרק לרבות בחוסר תום לב, שלא היו מוגשות לבית המשפט לו החובה הייתה להגיש אליו, וזאת בניסיון של חייבים לעכב הליכי גבייה נגדם.
72. כדי להוריד עומס מבית המשפט ניתן היה להעביר לממונה טיפול בבקשות מסוימות, אך זאת לאחר שהבקשה הוגשה לבית המשפט והוא החליט על העברתה לדיון בפני הממונה, בין לפני הדיון ובין לאחריו ולאחר בדיקה מקדמית בדבר קיומה של עילה לכאורה לבקשה.

³² חברות ביטוח נוהגות לא אחת לפרק מרצון חברות(אגב, קיים מסלול לפירוק מרצון מהיר של חברה לא פעילה) לפיכך יש למבטחים עניין בסוגיה זו.

73. יתר על כן, השונות בהגשת הבקשה ע"י נושה לבין זו על ידי החייב היחיד, עלולה ליצור "תחרות" מי יפנה ראשון, היחיד לממונה או הנושה לבית המשפט.
74. חוסר איזון נוסף בין בקשת נושה לבין בקשת חייב למתן צו לפתיחת הליכים, נעוץ בכך שלא נערך דיון בפני הממונה (אם זו בקשת יחיד), אלא החלטתו היא למעשה טכנית, היינו בודק שהבקשה מקיימת על פניה את התנאים להגשתה³³, ואילו בית המשפט, טרם ששוקל האם להעניק את הצו לבקשת נושה, מקיים דיון שבו הוא שומע גם את הנושה המבקש, החייב ומתנגדים או מצטרפים אחרים, ככל שקיימים³⁴.
75. עניין שיש להוסיפו הוא האפשרות להטיל עיצום על יחיד המגיש לממונה בחוסר תום לב בקשה לצו פתיחת הליכים (יצוין כי בית משפט רשאי לפסוק כפל הוצאות כנגד נושה שהתנגד לצו שנתן הממונה בחוסר תום לב – ראה סעיף 108(ד)).
76. יצוין שסעיף 110(א)(1)(ב) לחוק המוצע יוצר אי התאמה מול סעיף 110(ב). לפי הסעיף הראשון, הנושה צריך להגיש את הבקשה בתוך 3 חודשים מהמועד שמסר ליחיד את דרישת השלום ואילו לפי סעיף 110(ב) מורה כי על הנושה לפרט מדוע אין בהליכי גבייה אחרים לפי הדין, כדי להביא לגביית החוב. דא עקא, בדרך כלל נושה אינו יכול למצות את הליכי הוצאה לפועל תוך 3 חודשים ממועד הדרישה, ולהראות שהליכי הוצאה לא יביאו לגביית החוב – כך נוצר מלכוד.

נטילת אשראי ע"י יחיד שניתן לגביו צו פתיחת הליכים

77. סעיף 123 מאפשר ליחיד באישור הממונה להתקשר בעסקה או לבצע פעולות הכרוכות בקבלת אשראי גם בתקופת ההליכים. נטילת אשראי בתקופה כה רגישה צריכה להיות טעונה אישור מראש מאת בית משפט, אחרת ייזרק כסף טוב אחרי כסף רע – ולא נראה שהממונה יוכל לעמוד בפרץ.

צו לשיקום כלכלי

78. קביעת תקופת תשלומים בת שלוש שנים בלבד ע"י היחיד במסגרת תכנית השיקום, ללא קשר לסך כל החובות ולסכום המוחזר, מתמיהה משום שעם תום התקופה - יינתן ליחיד הפטר (ראה סעיף 174). אמנם קיימות נסיבות מסוימות שבהן בית המשפט רשאי לקבוע תקופת תשלומים ארוכה יותר של היחיד-החייב, אך אין בכך כדי לרפא את קיומה של התקופה הקצרה האמורה³⁵, כאשר במסגרתה עלול היחיד שלא לעשות מאמץ רציני להחזיר חובות, לרבות באמצעות משאבים של בני משפחתו, אלא ימתין לכך שיחלפו שלוש שנים והנושים הם אלה שיספגו את ההפסד.
79. תקופת החזר שכיחה של שלוש שנים, תסייע להעלים נכסים, לא תתמרץ מאמץ בעבודה, שהרי בסיומה היחיד לא יצטרך לתת דין וחשבון והנאמן לא ינשוף יותר בעורפו (בהנחה שהנאמנים ימלאו את תפקידיהם על הצד הטוב).

³³ ראה סעיף 105 להצעת החוק. נכון שעל פי סעיף 108 להצעת החוק רשאי נושה לפנות לבית המשפט בבקשה לביטול צו לפתיחת הליכים שניתן על ידי הממונה, אך עד החלטה בדיון קיים כבר עיכוב הליכים, על כל המשתמע מכך, ועל הנושה לשכנע את בית המשפט לבטל צו - מצב שאינו דומה כאשר הדיון הוא האם ליתן את הצו מלכתחילה.

³⁴ ראה פרק ג' לחלק ג' להצעת החוק.

³⁵ אשר הינה למעשה ברירת המחדל ולפיכך תהיה התקופה הרווחת.

80. לפנינו אפוא חוסר איזון משווע שמקורו ומניעיו אינם ברורים. היה ראוי לקבוע דרישות נוספות כגון: החזרת חלק מסוים מכלל החובות, קביעת תקופת ברירת מחדל ארוכה יותר, במיוחד כאשר סך כל החוב הוא בסכום משמעותי וכיוצא בזה.
81. ייתכן שמגישי ההצעה סברו שאין טעם להאריך את תקופת התשלומים לאור העובדה שממילא חלק גדול מהחוב לא ייפרע. גישה זו לא עומדת במבחן הביקורת, משום שחייבים יודעים שאם הם יצטרכו לשלם שיעור יותר גבוה מהחוב, ינסו לגייס מקרוביהם את הסכום היוצר אפשרות להפטר, לרבות הגדלה של כושר ההשתכרות **ולא יסתירו נכסים**. תקופה כה קצרה תביא לתכנון הליכי חדלות פירעון, כדי להתחמק מתשלום חובות.

הפטר לאלתר

82. מקריאת סעיף 167 להצעת החוק הדין בהפטר לאלתר עולה שהוא יינתן בקלות יתר. העובדה שבדיקה ראשונית מעלה שכושר להשתכרות של היחיד אינו עולה על דמי המחיה שלו, איננה יכולה לשמש עילה להפטר מִיָּדִי, אלא יש להשעות את חובת התשלומים לתקופה מסוימת כדי ליתן הזדמנות לבחון מחדש, שמא התגלו נכסים שהוסתרו או שהגיעו לידי החייב מאוחר יותר³⁶ (למשל עקב ירושה) או שמא הסתיר היחיד את כושר ההשתכרות המלא שלו.
83. אמנם, כיום מוכרת האפשרות בדין למתן הפטר לאלתר לחייב (סעיף 18ה(א)(3) לפקודת פשיטת הרגל), אולם בתי המשפט כמעט ואינם מפעילים את סמכותם להורות על הפטר לאלתר (שניתן לתת אותו רק לאחר שעברו שישה חודשים לפחות מיום מתן צו הכינוס). כמו כן, סעיף 18 לפקודת פשיטת הרגל מאפשר להעניק הפטר לאלתר, אם בקיום ההליכים **אין תועלת לנושים**, מהטעם שאין סיכוי לפירעון חובם ואין תועלת לנושים – לא כך מורה סעיף 167, הקובע מבחן יותר "רך" שמידתו ניתנת לשליטה על ידי היחיד (כושר השתכרות העכשווי).
84. כלומר, הצעת החוק אינה מתחשבת באינטרס הנושים אלא שמה דגש בעיקר על אינטרס החייב חדל הפירעון וברצון לאפשר לו לפתוח דף חדש, דבר העלול להוביל את בתי המשפט והממונה להקלה במתן הפטרים מידיים בהתאם לסעיף 167 להצעת החוק המסמיך את בית המשפט להימנע מהטלת חובת תשלומים על חדל הפירעון, ולהעניק לו הפטר לאלתר בכפוף לתנאים שונים.
85. היה ראוי להורות על תקופת המתנה לפני מתן ההפטר, כדי להיווכח שאכן אין לחייב נכסים שלא הצהיר עליהם או הבריח אותם וכי לא צפויים להגיע נכסים שאינם ידועים לבעלותו. קלות השחרור תשמש זרז ליטול סיכונים גבוהים בהתנהלות העסקית על חשבון הנושים, להחביא נכסים קיימים, להיחפז ולבקש צו להפסקת הליכים, להפסיק לעבוד או להסתיר הכנסות עבודה (על ידי העתקת הכנסה לאחר) או להפסיק לעבוד כדי להראות שאין לחייב כושר השתכרות עודפת.
86. הנה כי כן, החשש הוא שחייבים ינצלו את הצעת החוק כדי להתחמק מפירעון חובותיהם בשל העובדה שהצעת החוק אינה מאוזנת וחסרים בה מנגנונים שיבלמו את האפשרות לנצל לרעה את הקלות שבה ניתן להשיג הפטר.

³⁶ ואין במועד מתן הפטר מידע עליהם.

סמכויות שיפוטיות לממונה

87. שינוי מהותי נוסף בא לידי ביטוי בגורם המוסמך ליתן הפטר חייב חדל פירעון. בשונה מהמצב השורר כיום בו בית משפט המחוזי הוא המוסמך היחיד הרשאי להעניק הפטר, הצעת החוק מסמיכה את בית המשפט השלום לכך. לדידנו, צעד זה הוא מבורך ויעיל.
88. אולם, הצעת החוק אינה מסתפקת בכך ומעניקה סמכויות שיפוטיות רבות לממונה, אשר בכל הכבוד, הוא רשות מנהלית ולא שיפוטית (ר' סעיפים 105; 107(ב); 125; 129; 151; 154; 156; 158; 160 ו-275-271 להצעת החוק).
89. לא זו בלבד שסעיף 278(ג) להצעת החוק מעניק לממונה סמכויות, אשר מצויות בהקשרים אחרים בידי בית משפט בלבד³⁷, אלא שהן מוענקות גם לעובדיו³⁸. אין ראוי ונכון להקנות סמכויות שיפוטיות לעובדי הממונה אלא לכל היותר לקבוצה מוגבלת ביותר, כאשר מובטחת יכולת השיפוט שלהם (השווה עם רשות ההוצאה לפועל).
90. העברת סמכויות לממונה נשענת על הסברה שכיום, דרך כלל, בתי המשפט אינם מקיימים דיון בהליך חדלות הפירעון ומסתמכים על ממצאי הכנ"ר. יובהר, כי טענה זו אינה נכונה ובתי המשפט מקיימים דיון בהליך חדלות פירעון, אמנם הם פונים לקבלת עמדת הכנ"ר כמומחה בתחום, אך לאו דווקא מסתמכים רק על ממצאיו. עצם החובה להתדיין בפני בית משפט גורמת לרתיעה מפני הליכי סרק. כמו כן, **לא ברור כיצד באפשרותו של הממונה להתמודד עם הסמכויות הרבות שמעניקה לו הצעת החוק**, בהתחשב בכך שכבר כיום אין ביכולתו של הכנ"ר להתמודד עם כמות תיקי פשיטת הרגל בהם הוא מטפל.

הנאמן

91. במסגרת התפקיד של הנאמן יש להוסיף הוראת תפקיד המחייבת להשקיע את יתרות הכספים שבידיו, כמובן בהתחשב במועדים הצפויים לתשלום. ההשקעות צריכות להיות לפי תקנות הנאמנות (דרכי השקעת כספי הקדש ציבורי), תשס"ד-2004 או חקיקת משנה דומה, שתותקן ברוח התקנות האמורות.
92. לפי סעיף 131 רשאי היחיד לבצע פעולות שקיבל עליהן אישור מראש מאת הנאמן. ראוי להגביל את הנאמן במתן האישורים הללו מפאת הקרבה שעלולה להתפתח בין הנאמן לבין היחיד-החייב. ההגבלה צריכה להיות רחבה יותר מזו שמשמעת לפי סעיף 131.
93. יש לקבוע סנקציות על פעולות אסורות שעשה היחיד החייב וכן על אי הגשת דוחות לנאמן.

הנאמן חובות ואחריות

94. אמנם הצעת החוק קובעת הוראות לגבי סמכויותיו ותפקידיו של הנאמן (ראה סימן ב' לפרק ו' לחלק ב'), אך הצעת החוק חסרה קביעה **מפורשת** של החובות המוטלות על הנאמן **ואת התנאים להטלת אחריות עליו**. ענין זה נדרש במיוחד עקב העובדה שדרך המלך לא תהיה פירוק מידי, אלא ההפעלה במסגרתה

³⁷ ר' סעיפים: 105 (החלטת הממונה הרשמי בבקשת יחיד); 122 (מינוי על ניהול הליכי חדלות הפירעון של היחיד); 125 (מינוי הנאמן); 129 (מתן הוראות לנאמן); 139(א) (ביטול או שינוי החלטת הנאמן); 143(הסרת הגבלות) ו-156 (קביעת סכום ליחיד במהלך תקופת הביניים) להצעת החוק.

³⁸ במגבלות מסוימות.

מופקעות סמכויותיהם של האורגנים בחברה, העוברות לידי הנאמן - ובכך הופך לאורגן יחיד ושליט של החברה.

חלק ד': הנשייה

נכסים משועבדים

95. בסעיפים רבים בהצעת החוק באה לידי ביטוי עמדה הסותרת את ההלכה הפסוקה הידועה לפיה זכותו של הנושה המובטח מקימה זכות קניינית (ר' לדוגמא בר"ע 6418/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ישראל גפני**, פורסם בנבו, ניתן ביום 13.9.1995).
96. בהתאם לגישה העולה מהצעת החוק, אין לנושה המבטח זכות קניינית בנכס מסוים, אלא זכות עדיפה מנכסי הנשייה (ר' לדוגמא סעיפים 216, 210(א), 210(ה) להצעת החוק).
97. בשונה מהדין הקיים כיום, לפיו נושה מובטח אינו חייב לשום את שוויו של המשכון אלא רשאי לממש אותו, ואם לא כיסה את מלוא החוב המובטח הוא זכאי לתבוע את היתרה כנושה כללי, בהתאם להצעת החוק, הערכת האומדן של הנכס נעשית בתחילת ההליכים³⁹.
98. נדגיש, כי חיוב הנושה המובטח לאמוד את המשכון בשלב ראשוני כל כך אינה עומדת בקנה אחד עם העובדה שמרבית הנכסים המשועבדים מצויים בידי החייב והנושה המובטח אינו מסוגל להעריך את שווים בגין נזקים אפשריים שנגרמו להם או שצדדים שלישיים רכשו בהם זכויות העדיפות על אלה של בעל השעבוד וכן בשל השינויים הרבים המתרחשים בשווים של נכסים רבים, לרבות מקרקעין וניירות ערך.

ביטול עסקאות הגורעות מקופת הנשייה

99. יש להגדיל את התקופה הנקובה בסעיף 219(א)(1)(א) בגין פעולה שמהווה העדפת נושה, משלושה חודשים לשישה חודשים לפחות.

הגנה על דירת מגורים⁴⁰

100. ההוראות לגבי סידור חליף של דירת מגורים **שאינה ממושכנת**, אינה ברורה ויוצרת חשש שיתרת שוויה לא יהיה רב, הואיל ומימושה מותנה בכך: "אם שוכנע [בית המשפט] כי יהיה לחייב ולבני משפחתו הגרים עמו, מקום מגורים סביר או שהועמד לרשותם סידור חלופי; בית המשפט רשאי לקבוע שהסידור החלופי יהיה בהמצאת דירת מגורים אחרת, בתשלום פיצויים או בדרך אחרת"⁴¹. לפיכך יש להבהיר סוגיה זו.

³⁹ אם כי יצוין כי גם כיום במקרה שבעל השעבוד מעריך כי הנכס המשועבד עתיד שלא לכסות את מלוא החוב, צריך להגיש תביעת חוב בשל כל היתרה שאינה מובטחת תוך ציון הניכוי בגין השעבוד – ולאחר המימוש רשאי לעדכן את תביעת החוב. ראה, תקנות 64 ו-87 לתקנות פשיטת הרגל, תשמ"ה-1985.

⁴⁰ ראה סעיף 229 להצעת החוק.

⁴¹ לגבי דירת מגורים משועבדת ממשיך לחול המצב הקיים, היינו סעיף 38(ג) לחוק ההוצאה לפועל (ראה ס' 229(ב) להצעת החוק).

101. כדי להסיר ספק, ראוי להבהיר בהזדמנות זו כי בעת מכירת דירת מגורים (שאינה משועבדת) של היחיד לא יחול סעיף 33 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב – 1972⁴².

נושה מובטח

102. סעיף 243(ג) קובע כי: "החוב המובטח יכלול הפרשי הצמדה וריבית שנוספו עד לפירעונו, למעט ריבית פיגורים, קנס פיגורים או תשלום דומה לזה שנוספו ממועד מתן הצו לפתיחת הליכים".

103. מדובר בשינוי מהותי ופגיעה מהותית בזכותו של הנושה המובטח, מה גם שאם יתקבל התיקון הזה ייווצר מצב של חוסר אחידות ואפליה לטובה של לווים חדלי פירעון לעומת לווים שלא הוכרזו כחדלי פירעון.

104. הדבר עלול להפחית את התמריץ של החייב לסלק את החוב, ובמידה מסוימת, אף לעודד חדלות פירעון לנוכח היתרון שלו זוכה חייב בהליך חדלות פירעון ביחס לחייב רגיל, בכל הקשור לריביות פיגורים.

מימוש נכסים משועבדים

105. כאמור, הצעת החוק חותרת גם תחת ההלכה הפסוקה בסוגיית מימוש שעבודים⁴³.

106. כאמור לעיל, כיום מועד תחילת הליך המימוש נתון להחלטתו של הנושה המבוטח, לדוגמה: מימוש משכון מופקד המשמש כבטוחה למוסד פיננסי, נעשה על ידי הנושה עצמו מבלי לפנות לרשות שיפוטית או מנהלית; מימוש משכון מופקד על ידי נושים אחרים ומימוש משכון רשום לטובת כלל סוגי הנושים, ייעשה באמצעות ההוצאה לפועל; מימוש שעבוד צף נעשה באמצעות פניה לבית משפט מוסמך הממנה כונס נכסים.

107. יובהר, כי בהתאם לדין הקיים, גם כאשר החייב הוא חדל פירעון, הנושה המובטח רשאי לממש את השעבוד בעצמו או באמצעות ההוצאה לפועל, ולרוב חלה עליו חובת דיווח בלבד לבעל התפקיד מטעם הנושים הכלליים. עם זאת, לגבי תאגיד שהחל בהליך הבראה, בית המשפט מוסמך לשלול באופן זמני את האפשרות של הנושים המובטחים לממש המשכון ובלבד שהנכס המשועבד דרוש לצרכי הבראה, והתקבלה "הגנה הולמת" לערכו.

108. דא עקא, הוראות שונות בהצעת החוק העוסקות במימוש שעבודים⁴⁴ משנות את הדין הקיים באופן שהנאמן רשאי לממש את הנכס המשועבד, אם שוויו עולה באופן מובהק על סכום החוב המובטח, דבר שקורה תדיר למשל בנכסי מקרקעין (כולל דירות). תוצאה זו עלולה להוביל לכך שנושים מובטחים ימארו לנקוט הליכי מימוש משכונות, עובר לכניסת החייב להליכי חדלות פירעון ואף יימנעו מהענקת ארכה לחייבים לפירעון חובות, דבר שיגרום לכניסת חייבים רבים לחדלות פירעון בעוד שהיו יכולים להימנע מכך. הוראות אלה אף מגיעות כדי שלילת זכות בסיסית של בעל השעבוד, שתשפיע בסופו של דבר על מחיר האשראי ועל שוק האשראי בכללותו ועשויה לגרום להחמרת התנאים לקבלת אשראי.

⁴² סעיף 33(א) לחוק הגנת הדייר: " החזיק אדם בנכס כשהוא בעלו או חוכרו-לדורות, או אחד הבעלים או החוכרים-לדורות, ופקעה זכותו בנכס מחמת מכירתו בהוצאה לפועל של פסק דין או של משכנתה או בפשיטת רגל, או... יהיה המחזיק לדייר של בעלו החדש של הנכס, או של החוכר-לדורות החדש." (סעיף זה סויג במקרה של משכנתה)

⁴³ ר' פסק הדין המנחה ע"א 8044/13 ששון לוי נ' שיכון ובינוי נדל"ן השקעות בע"מ (פורסם בבנו, ניתן ביום 13.2.14), פסקה 40.

⁴⁴ ראה סעיפים 247, 248(א)(1), 257 ו-259 להצעת החוק

109. למיטב הבנתנו, הוראות הצעת החוק בסוגיה זו אף סותרות את ההלכות הנהוגות בארצות אחרות בעניין זה.
110. בקנדה, אשר הצעת חוק המשכון מאמצת את הדין שלה בסוגיית השעבודים, מתירים לנושה המובטח לנהל בעצמו את הליכי המימוש והליכי חדלות פירעון, ועיכוב זכות המימוש חל רק כאשר לחייב שאינו יחיד הוגשה תכנית הבראה. גם באנגליה מימוש השעבודים מנוהל בידי הנושה המובטח, אפילו כאשר החייב מצוי בחדלות פירעון ואינו נדרש כלל לפעול באמצעות מערכת האכיפה המדינתית (למעט מקרים חריגים ביותר).
111. הצעת החוק מביעה עמדה לפיה לא ניתן לסמוך על הנושה המובטח שיעשה מאמצים להשיא את התמורה במכירת נכס משועבד, כאשר שוויו עולה על גובהו של החוב המובטח ומסתמכת על הדין האמריקני בעניין⁴⁵, אך זאת תוך התעלמות מהבדלים ניכרים בין מימוש שעבודים בארה"ב לבין מימושם בישראל.
112. לפי הדין האמריקני עובר לחדלות הפירעון נושה מובטח רשאי לממש את הנכס המשועבד בעסקאות שונות לפי בחירתו, במחיר סביר. לעומת זאת, במצב של חדלות פירעון הדין אינו סומך על כך שיעשה כך.
113. בישראל, רק נושים מובטחים שהם מוסדות פיננסיים רשאים לממש בעצמם משכון מופקד, ואלו מקרים מעטים יחסית. בכל שאר המקרים הנושים המובטחים ממשים את השעבודים באמצעות כונס הנכסים שמינויו מאושר על ידי רשות האכיפה. על כונס הנכסים מוטלת חובה לפרסם את דבר המכירה הצפויה אשר טעונה אישור ההוצאה לפועל. פיקוח זה, כמו כן העובדה ששכרו של הכונס נקבע לפיה היקף התמורה, מבטיחים שהליכי המימוש יניבו את התשואה הגבוהה ביותר שניתן להשיגה. בנוסף, הכונס הוא "פקיד בית משפט" הכפוף לפיקוח בית המשפט ועליו לפעול על פי הוראותיו, עובדה שאף היא מגבירה את סיכויי הצלחתו.
114. לפיכך אין מקום לשינוי המצב המשפטי, היינו על החוק המוצע להורות כי בעל השעבוד רשאי לממש את הבטוחה לפי הדין, והליכי חדלות הפירעון אינם צריכים למנוע זאת. על כל פנים, אם ההסדר הקובע בהצעת החוק יישאר על כנו, יש לאפשר לבעל השעבוד "סמכות וטו" כאשר הוא לא מעוניין כי הנאמן יממש את הנכס ויחזיקו עבורו כספים שיכולים להסתכם בסכומים גבוהים מאד.

שעבוד צף⁴⁶

115. ההסדרים המוצעים בהצעת החוק בסוגיות אלו, פוגעים בזכויות הקיימות של נושים מובטחים בשעבוד צף, ופוגעים ביכולת של נושים מובטחים להיפרע בגין מלוא האשראי שהעניקו.
116. הצעת החוק משנה את המצב המשפטי הקיים, לפיו כאשר הנכסים המשועבדים בשעבוד צף נמכרים באמצעות כונס נכסים, נפרעים מהם תחילה החובות בני קדימה, המנויים בסעיף 354 לפקודת החברות ולאחר פירעון החובות בני הקדימה, נפרע לבעל השעבוד הצף מלוא חובו לפני הנושים הכלליים. ככל ונותרת יתרה לאחר שנפרע בעל השעבוד הצף במלואו, עומדת היתרה לרשות הנושים הכלליים.

⁴⁵ ר' 6 Part, Article 9, Uniform Commercial Code, יוטעם כי הקוד אינו החוק עצמו אלא רק המלצה לחוק שאמור להינקט במדינות וכל מדינה רשאית לאמצו כלשונו או תחת שינויים.

⁴⁶ בוטל בהצעת חוק המשכון ולמעשה מוחלף בשעבוד כללי על נכסים עתידיים.

117. בהתאם לסעיף 244 (א) להצעת החוק, נושה המובטח בשעבוד צף רשאי להיפרע את חובו המובטח מנכסי השעבוד הצף, רק עד סכום השווה ל-75% מהתמורה שהתקבלה ממימוש הנכסים ויתרת החוב אם תהיה, תתבע במעמד נושה כללי (תמורה זו תחושב לאחר שניכּו ממנה את ההוצאות שהוצאו לשמירת ערכם, להשבחתם ולמימושם של הנכסים, קביעה תמוהה לאור העובדה שלפי ההוראה החדשה כל הנושים הכלליים נהנים ממימוש הנכסים ולא רק בעל השעבוד הצף).
118. להבנתנו, הטעם לשינוי המצב הקיים נעוץ בחשש שבשל היקפו הרחב של השעבוד הצף החל על כלל נכסי החברה, לא נותרים נכסים חופשיים משעבוד לטובת הנושים הכלליים ובפועל נושים אלו זוכים לקבל חלק קטן, אם בכלל, מהחוב המגיע להם. טענה נוספת היא, כי הקצאת 25% לנושים הכללים, לא פוגעת בשעבוד הצף, משום שהצעת החוק מצמצמת את מספר החובות בני הקדימה העדיפים על השעבוד הצף.
119. ראשית יצוין, כי הקצאת 25% משווי הנכסים המשועבדים לטובת הנושים הכלליים יכולה להוביל לפגיעה בחברה החייבת ועלולה להמריץ נושים לא מובטחים לנקוט הליכי חדלות פירעון נגד החייב רק על מנת לזכות בנתח מהנכסים הכפופים לשעבוד הצף.
120. יתרה מזאת, שינוי זה המוצע בהצעת החוק תואם גישה אחת, הקיימת בעיקר בארה"ב, לפיה שעבוד רחב היקף אינו מותר נכסים משמעותיים לרשות הנושים הכלליים. אולם, רוב המלומדים תומכים בהלכה הקיימת ובמתן עדיפות מוחלטת לנושים המובטחים מטעמים שונים, בין היתר, עקב ראיית עסקת השעבוד כהעברה קניינית של חלק מזכויות הבעלים לטובת הנושים המובטחים, המצדיקה מתן עדיפות מלאה לנושים אלו.
121. בנוסף, השעבוד הצף משמש על פי רוב, למימון הפעילות השוטפת של התאגיד ופגיעה כגון זו בבעל השעבוד הצף עלולה להשפיע על תנאי האשראי ועל נכונות המממנים להעמיד מימון כנגד הרכוש השוטף.
122. מובן אפוא, מדוע ההצעה להקצות לנושים הכללים אחוז מסוים מהנכסים המשועבדים, לא התקבלה למשל בארה"ב, קנדה, אוסטרליה או גרמניה.
123. אמנם באנגליה הוחל דין דומה⁴⁷ אך במקביל בוטל מעמד המדינה כנושה בדין קדימה, אף לגבי מסים ותשלומי חובה אחרים שנוכו ממשכורותיהם של עובדים וכן הנתח מתוך השעבוד הצף שמועבר לטובת הנושים הכלליים, מוגבל יותר לעומת הצעת החוק.
124. יתר על כן, קיימים הבדלים ניכרים בין השעבוד הצף באנגליה לבין השעבוד הצף בארצנו, אשר מוליכים למסקנה כי אין מקום לאמץ את הדין האנגלי בדבר הפרשת אחוז מסוים מתמורת מימוש הנכסים המשועבדים בשעבוד הצף, לטובת הנושים הכללים, מהנימוקים הבאים:
- 124.1. הצעת החוק בענייננו אמנם קובעת הפרשה של 25% לנושים הכלליים, אך אינה קובעת רף מקסימלי בסכום אשר חיוני לכימות הסיכון המקסימלי מבחינת הנושה המובטח, וזאת בניגוד

למצב באנגליה, שם קיים רף מקסימלי לחלקם של הנושים הכלליים מהנכסים הכפופים לשעבוד הצף⁴⁸.

124.2. כאמור, רשימת החובות בני הקדימה באנגליה צומצמה רק לשכר העבודה, דבר שלא נעשה במסגרת הצעת החוק.

125. חשוב להבין, כי בשונה ממדינתנו, באנגליה שעבוד צף אינו משמש בפועל בטוחה עליה סומכים המלווים המקצועיים⁴⁹ אלא כמנגנון שליטה המאפשר לבעל השעבוד למנות בעל תפקיד⁵⁰ בחדלות פירעונה של החברה החייבת.

126. בעיה נוספת טמונה בקביעה בסעיף 244(א)(1) להצעת החוק כי "השעבוד הצף יחול, עד לסיום הליכי חדלות הפירעון, רק על נכסים של החייב במועד מתן הצו לפתיחת ההליכים, וכן על התמורה בעד נכסים כאמור או נכסים חלופיים להם, הניתנים לזיהוי או לעקיבה". סעיף זה רלוונטי בעיקר כאשר בית המשפט מורה על הפעלת התאגיד ונועד להביא לכך שהערך המוסף שיווצר בעקבות הפעלת התאגיד יחולק בין כלל הנושים.

127. לטעמנו ראוי לכלול תחת השעבוד הצף גם את הנכסים שהגיעו לאחר מועד מתן צו פתיחת הליכים, מכיוון שישנם מקרים רבים בהם נותן האשראי מתבסס מלכתחילה על שווים העתידי של הנכסים המשועבדים ולא על השווי הנוכחי (כגון הענקת מימון חברות הזנק או במימון פרויקטים בניה).

128. גם צמצום השעבוד הצף לתחליפים הניתנים לזיהוי או עקיבה, קשה ליישום, מכיוון שנכסי מלאי הופכים לחובות לקוחות, ולאחר מכן למזומן וחוזר חלילה, מה שמקשה על העקיבה אחר אותם נכסים.

בנוסף, הכלל החדש ייצור חוסר וודאות שעלול להוביל להתדיינויות משפטיות רבות שעניינן שווי הנכסים במועד מתן הצו ובכלל זה צורך בקבלת הערכות שווי של כלל נכסי החייב].

129. בסיום סוגיה זו יוטעם, כי לא ברור כיצד מתיישבות ההוראות לעניין מימוש שעבוד צף בהצעת החוק עם הצעת חוק המשכון תשע"ה-2015, שאחת ממטרותיה היא ביטולו של מוסד השעבוד הצף והחלפתו באפשרות לשעבד "נכס עתידי" שעדין לא בא לעולם (במועד יצירת השעבוד).

קיצוץ

130. סעיף 255 להצעת חוק המוצע קובע הוראות לגבי קיצוץ ובא להחליף את סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל ומורה, כהאי לישנא:

"255. נושה רשאי לקזז חוב עבר שהחייב חב לו כנגד חוב עבר שהוא חב לחייב, **כערכם במועד מתן הצו לפתיחת הליכים**, ולהגיש תביעת חוב על היתרה, בהתקיים אחד מאלה:

(1) חובות החייב והנושה כרוכים זה בזה;

(2) נטילת חובות הדדיים והסתמכות על זכות הקיצוץ הן חלק ממהלך עסקיו הרגיל של החייב או הנושה;

(3) החובות ניתנים לקיצוץ לפי חוק קיצוץ מסים, התש"ס – 1980, או לפי סעיפים 312 או 315 לחוק הביטוח הלאומי."

⁴⁸ הנושים הכלליים זכאים ל-50% מ-£10,000 הראשונים מהנכסים הכפופים לשעבוד הצף, ולאחר מכן ל-20% מהתמורה, כאשר ההקצאה המקסימלית לנושים הרגילים היא £600,000.

⁴⁹ משום ששעבוד צף שם אינו חוסם את יצירתם של שעבודים ספציפיים גוברים והאיסור ליצירת שעבודים כאלו בתנאי איגרת החוב שיצרה את השעבוד הצף אינו מונע זאת, אלא אם בעל השעבוד הספציפי ידע בפועל על אסור זה.

⁵⁰ בדרך כלל מכונה: Insolvency Practitioner ובעבר Receiver

כלומר, בהתקיים אחת החלופות שבסעיפי קטנים 1)–(3) ניתן לבצע קיזוז, כחריג לעיקרון השוויון- וזאת מטעמים ידועים שלא כאן המקום לפרטם, כדי לא להרחיב את היריעה יתר על המידה.

131. כיום מבצעים הגופים המוסדיים את "הקיזוז", גם בהליכי פשיטת רגל, על יסוד תקנה 16(ב) לתקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (כללי השקעה החלים על גופים מוסדיים), תשע"ב – 2012, אשר מורה, כי יתרת המשיכה של מבוטח או עמית היא בניכוי הלוואות⁵¹:

"לעניין תקנה זו, בכל מקרה שמבוטח או חליפו דורש את תשלום ערך הפדיון שנקבע בפוליסת הביטוח או שעמית או חליפו מבקש למשוך את הכספים העומדים לזכותו בקופת הגמל, במלואם או בחלקם, באופן שהיתרה לאחר המשיכה תהיה נמוכה מההלוואות, יראו כיתרה העומדת לזכות המבוטח או העמית את היתרה בניכוי ההלוואות, והסכום שנוכה כאמור ישמש לפירעון ההלוואות ואולם לעניין חישוב חבות המס יראו את היתרה העומדת לזכותו של העמית כיתרה בתוספת ההלוואות וכן בתוספת כל סכום אחר שהוא חייב לקופת הגמל בשל ההלוואות; לעניין זה, "הלוואות" – יתרת חוב של המבוטח או העמית למשקיע המוסדי בשל ההלוואות שנתנו לו."

רצוי אפוא להבהיר שסעיף 255 אינו גורע מתקנה 16, במיוחד לאור העובדה שצוינו בס"ק 255(3) חוקים שמכוחם ניתן לבצע קיזוז. פגיעה בתקנה 16 תשמיט את הקרקע ממתן הלוואות לעמיתים, דבר שיפגע בעמיתים ובתשואות.

חלק ה': חלוקת קופת נכסי הנשייה

132. סעיף 242 להצעת החוק קובע כי אם נותרו נכסים בקופת הנשייה לאחר תשלום כל חובותיו של החייב, הרי שיתרת נכסים זו תוחזר לחייב. אם החייב הוא תאגיד, יוחזרו הנכסים לחברי התאגיד, שהם בעלי האינטרס השיורי בו.

133. בהקשר זה, מוצע להרחיב את הוראות הסעיף המסדירות את אופן ביצוע החלוקות לחייב ולאמץ את העיקרון הקבוע בסעיף 1ד52 לחוק ני"ע ובכך למנוע מבעל שליטה בחייב, המחזיק בחוב של התאגיד כלפיו, לקבל החזר ביחד עם יתר הנושים הכלליים, אלא לאחר שהתאגיד פרע במלואן את כל התחייבויותיו כלפי נושים אחרים.

134. זאת ועוד, אנו סבורים כי גם במקרה בו בעל השליטה בחייב שהינו תאגיד מכר/העביר את חובו לאדם אחר יש לאמץ כלל זהה. כמו כן, יש להרחיב "סנקציה" זו גם למקרים שבהם החוב כלפי חברות בנות של התאגיד החייב ו/או כלפי תאגידים קשורים, וטרם נפרע. לחילופין, ניתן לחייב חברות בת ו/או חברות קשורות שלא למכור או להעביר את החוב.

חלק י': הסדר חוב שלא במסגרת צו לפתיחת הליכים

135. חלק זה דן בהסדרי חוב בין חייב שהוא יחיד או תאגיד לבין בעלי עניין בהסדר. "הסדר חוב" מוגדר בסעיף 318 לחוק המוצע⁵², כדלקמן: "הסדר בין חייב שהוא יחיד או תאגיד לבין בעלי העניין בהסדר או סוג שלהם, שעניינו שינוי בתנאי הפירעון של חוב"⁵³;

⁵¹ שימוש בתקנה 16 הוכר בפסיקה, ראה למשל לאחרונה: פשר (ת"א) 26951-04-14 ניב (בנימין) בוגין נ' כונס הנכסים הרשמי.
⁵² ואולם ההגדרה לא חלה רק בחלק י' להצעת החוק הודן בהסדרי חוב שלא במהלך הליכי חדלות פירעון, אלא חלה על כל החוק לאור העובדה שבסעיף ההגדרות הכללי, סעיף 4 להצעת החוק, הוגדר המונח "הסדר חוב", בלשון: "כמשמעותו בחלק י'";

136. אמנם לפי הכותרת של חלק י' להצעת החוק ניתן לסבור שחלק זה חל רק על הסדרים שלא במסגרת הליכי חדלות פירעון, אך סברה זו אינה מדויקת, משום שהחלק חל גם על חייב יחיד, לאחר שניתן כנגדו צו לפתיחת הליכים (אך אינו חל על חייב תאגיד כנגדו ניתן הצו האמור⁵⁴).
137. סעיף 324 להצעת החוק מחיל על הסדרי חוב את הוראות סעיפים 85 עד 88 להצעת החוק, העוסקים באישור תכנית לשיקום כלכלי בידי הנושים וחברי התאגיד⁵⁵. ואולם, לשיטתנו, המנגנונים הקבועים בסעיפים אלו, אינם מתאימים באופן מלא לאישור הסדר חוב בלא צו פתיחת הליכים.
138. במסגרת הליכי חדלות פירעון יש בידי הנושים מידע רב יותר בנוגע למצבו הכלכלי של התאגיד ומידת היכולות שלו לפרוע חובות. מידע זה נובע מדיווחים מיוחדים של התאגיד, אגב הליכי חדלות פירעון ומהנאמן אשר נתונים לו אמצעים להשיג מידע אודות מצבו העסקי-כלכלי של התאגיד.
139. יתר על כן, עצם חדלות הפירעון יוצרת חזקה חלוטה בדבר חוסר יכולת של התאגיד לפרוע את חובותיו, מכאן שברוב המקרים של המקרים, ללא הסדר, יגיע התאגיד לכדי פירוק; לא כך פני הדברים בהסדר חוב ללא הליכי חדלות פירעון; לא קיימת אינדיקציה כזו המצביעה על מצב התאגיד לאשורו והאם החלופה ההכרחית היא פירוק. בכך לא סגי, התאגיד באופן טבעי ישאף להסתיר מידע ולצייר את מצבו כקשה יותר מזה שהוא לאמיתו של דבר, על מנת להניע את הנושים להסכים להסדר המטיב עם התאגיד.
140. יצוין כי לפי הצעת החוק, התאגיד⁵⁶ הוא זה שרשאי להציע הסדר⁵⁷, כך שבדרך כלל התאגיד ישלוט על תהליך ההסדר, משום שהיוזמה בידיו.
141. **התוצאה היא, שיש להקשיח את ההוראות בנוגע להסדר כאשר לא ניתן צו לפתיחת הליכים, כדי שלא ייעשה שימוש לרעה בהליך ההסדר, היינו העדפת האינטרס של התאגיד על פני האינטרסים הלגיטימיים של הנושים וכן ליתן בידי הנושים או נציגם אמצעים נאותים לבירור מצבו הכלכלי של התאגיד.**
142. סעיף 328 להצעת החוק מחיל, בין היתר, את סעיף 87 להצעת החוק המצוי בפרק של: "תכנית לשיקום כלכלי", על ההסדר הנדון - החלה זו אינה מתאימה להליך של אישור הסדר חוב המתקיים מחוץ להליכי חדלות הפירעון.
- סעיף 329 להצעת החוק קובע הוראות לעניין מינוי מומחה לבחינת הסדר חוב. אנו סבורים כי על מנת להקל ולייעל את הליך הסדר החוב יש להסדיר ולקבוע הוראות אשר יסדירו את אופן מינויים של יועצים חיצוניים, אופן הפיקוח עליהם ואף לקבוע מגבלות מסוימות, בכלל זה, שכר טרחה, הגשת דוחות מקצועיים על פי לוח, תחימת ההתקשרות בזמן וכיו"ב. חשוב לפעול לצמצום היקף ההוצאות.

⁵³ ההגדרה הנוכחית של "הסדר חוב" היא בסעיף 350. לחוק החברות וחלה לעניין סימן ג' לפרק שלישי ("פשרה או הסדר") לחוק החברות: "פשרה או הסדר כמשמעותם בסעיף 350, בחברת איגרות חוב, שעניינם שינוי מהותי בתנאי הפירעון של סדרת איגרות חוב, הכוללת הפחתת תשלום או דחיית מועד הפירעון, לרבות הסדר או פשרה שלפיהם ייפרעו איגרות החוב, כולן או חלקן, בדרך של הקצאת ניירות ערך אחרים לבעלי איגרות החוב";

⁵⁴ ראה סעיף 319 להצעת החוק.

⁵⁵ על סעיפים 85-88 להצעת החוק, הערנו לעיל ואין צורך לחזור על הערותינו.

⁵⁶ לרבות חבר בו.

⁵⁷ נושה יכול להגיש הצעת הסדר רק אם זכאי להגיש בקשה לצו לפתיחת הליכים, היינו התאגיד במצב של חדלות פירעון (ראה סעיף 321א(2) להצעת החוק). מצב זה אינו שגרתי שהרי ההסדר הוא בסיטואציה שבה התאגיד אינו חדל פירעון.

143. כפי שפורט בהרחבה לעיל, סעיף 87 כופה על אסיפת סוג הסדר בניגוד לרצונה, מה עוד שיוצר מבחנים המחייבים הערכות שווים⁵⁸ - ולכן אין לו מקום בהליך כמו הסדר חוב שאמור להיות הליך מרצון. היה ולא תתקבל עמדתנו, אנו סבורים כי לכל הפחות, יש להתנות כפייה של הסדר חוב בתנאי נוסף לפיו במסגרת הקולות התומכים בהצעה להסדר חוב, יידרש רוב מבין הגופים המוסדיים המשתתפים בהצבעה. זאת, לנוכח היותם של הגופים המוסדיים אמונים על ניהול כספי ציבור ואשר הלכה למעשה משקפים גם את טובת הציבור לעניין זה.
144. סעיף 323 קובע, בין היתר, כי כוח ההצבעה של חבר בתאגיד יהיה כ"שיעור זכויותיו בתאגיד". קביעה זו עלולה ליצור קשיים כאשר המניות המונפקות בחברה הן מסוגים שונים, ובמיוחד כאשר יש הבחנה בין "מניות רכוש" ל"מניות הצבעה". "תרגום" מניות הרכוש לכוח הצבעה עלול ליצור מחלוקות ולשבש את הליך ההסדר, בגלל אי הודאות הטמון בפעולה כזו. לפיכך מוצע להתייחס בסעיף 323 רק לזכויות הצבעה בתאגיד⁵⁹.
145. פרק ד' לחלק זה עוסק בניהול מו"מ מוגן בידי תאגיד ומתיימר להתבסס על המלצות ועדת אנדורן. אולם, ההוראות בהצעת החוק חורגות מהמלצות אלו.
146. לעניין הסדר חוב בחברת איגרות חוב, טבע סעיף 328 להצעת החוק מונח חדש שהוא "הסדר חוב מהותי", והגדרתו⁶⁰: "הסדר חוב בחברת איגרות חוב, שעניינו שינוי מהותי בתנאי הפירעון של סדרת איגרות חוב הכולל הפחתת חוב או דחיית מועד הפירעון, לרבות הסדר שלפיו ייפרעו איגרות החוב, כולן או חלקן, בדרך של הקצאת ניירות ערך אחרים לבעלי איגרות החוב";.
147. עיקר ההוראות בפרק הדין באישור הסדר חוב מהותי בחברת אגרת חוב נסוב אודות המומחה וסמכויותיו. לעניין כינוס האספות ואישור "הסדר חוב מהותי" כמוגדר לעיל, חלות ההוראות אשר חלות על כל הסדר. **חסרה הענקת מעמד מיוחד לגופים המוסדיים המייצגים כאשר הם מחזיקים שיעור מסוים מאגרות החוב, למשל, מינוי המומחה טעון הסכמתם או האפשרות למנות נציג מטעמם, שיבוא בדברים עם המומחה. לטעמנו, ראוי לקבוע אמות מידה לקביעתו של ניגוד עניינים, במיוחד לאור הגישה המסתמנת בהצעת החוק לפיה ימונה לכל מחזיקי תעודות ההתחייבות נאמן אחד ונציג נושים אחד, במקרה של משא ומתן מוגן⁶¹. בתלם הצעת החוק ניתן לקבוע אמות מידה כאלה שיצביעו רק על ניגוד עניינים חריף.**
148. סעיף 338 להצעת החוק דן בהחלטה על פתיחה במשא ומתן מוגן אך לא דן בשאלה לגבי דינו של תאגיד שניהל מו"מ מוגן אשר לא נחל הצלחה או בשאלה לגבי דינו של תאגיד שפעל תוך ניצול לרעה של המו"מ המוגן במסגרתו התאגיד נהנה מסוג מסוים של "חסינות" כמפורט בסעיף 339 להצעת החוק.
149. כמו כן, סעיף 345 קובע כי החלטת תאגיד לפתוח במו"מ מוגן יראו אותה, לעניין חובת הזהירות של נושאי משרה בתאגיד, כהחלטה שהיא לטובת התאגיד, ובכך יוצר חסינות נרחבת לנושאי משרה שלא תמיד מוצדקת, והיה ראוי לסייגה, למשל על ידי יצירת חזקה הניתנת לסתירה בנוגע לחסינות.

⁵⁸ ראה סעיף 2187) להצעת החוק.

⁵⁹ ראה בעניין זה הערותינו בסעיף 53 לעיל.

⁶⁰ ההגדרה חלה על פרק ג' בחלק י' להצעת החוק, שכותרתו: "אישור הסדר חוב מהותי בחברת איגרת חוב"

⁶¹ לעניין זה ראה להלן בהקשר לתיקונים שהחוק המוצע עורך בחוק ניירות ערך.

150. סעיף 339 להצעת החוק קובע הגנות שיעמדו לטובת התאגיד כלפי נושה שנמסרה לו הודעה, ביניהן שלילת האפשרות מנושה להעמיד את חובו לפירעון מידי. אמנם הגבלה זו נכללה בהמלצות ועדות אנדרון, אולם הצעת החוק כוללת שני עקרונות יסוד שלא עמדו בפני ועדת אנדרון, והכוונה:

150.1. קביעת מבחן תזרימי כקריטריון בלעדי לחדלות הפירעון (שלילת המבחן המאזני לחלוטין).

150.2. נושה יהא רשאי לפתוח בהליכי חדלות פירעון רק אם התאגיד לא פרע חוב שהגיע מועד פירעונו של חוב, גם כשיש ראיות כי מסתמנת הפרה צפויה, היינו, לא יהיה ביכולתו לפרוע חוב שמועד פירעונו עתיד⁶².

המשמעות של הוראות אלו ביחד עם שלילת הזכות להעמדת חוב לפירעון מידי, היא שנושה לא יוכל להגיש בקשה לפתיחת הליכים גם כאשר ברור שהתאגיד "המוגן" לא יוכל לפרוע את חובותיו שמועד פירעונם עתידי, זאת כאמור משום, שמצד אחד לא ניתן לבקש צו לפתיחת הליכים על יסוד העילה המאזנית – ומצד שני, לא ניתן להעמיד חובות עתידיים לפירעון מידי כדי להציג את חדלות הפירעון של התאגיד. **התוצאה תהיה שהתאגיד ייהנה מהגנה, גם כאשר ברי כי לא יוכל לעמוד בחיוביו שמועד פירעונם בעתיד.**

151. נציין עוד, כי בהתאם לקביעותיה של ועדת אנדרון, מו"מ מוגן יחול מול מחזיקי אג"ח סחירות בלבד מהטעם שכתוצאה מפיזור האחזקות של הנושים בחוב סחיר מתעוררים קשיים ייחודיים, במיוחד בפעולה המשותפת בניהול מו"מ עם החייב. לעומת זאת, הצעת החוק מרחיבה את מנגנון המו"מ המוגן על כל נושה שבו יבחר התאגיד, למרות שאין הצדקה לכך ואין כל מגבלה המונעת מנושים בחוב לא סחיר לנהל מו"מ עם החייב על עיכוב בהעמדה של חוב לפירעון מידי. לתוצאה זו עלולות להיות כמובן השלכות על מתן האשראי על ידי גופים מממנים ועל תנאיו.

152. סעיף 341 להצעת החוק קובע כי עם מתן הודעת התאגיד על פתיחה במו"מ מוגן ימנו הנושים נציג מטעמם שינהל בשמם את המו"מ ויהיה משקיף מטעם בישיבות הדירקטוריון של התאגיד. **הצעת החוק אינה מתמודדת עם סיטואציה בה קיימת יותר מקבוצה אחת של נושים כאשר לכל אחת מהן אינטרס שונה וכן היא אינה מתמודדת עם האופן בו על החייב לנהוג בניהול המו"מ במקרה כאמור.** בהקשר זה, מוצע לקבוע כי הנציג יקבע על ידי שלושת הגופים המוסדיים המחזיקים במספר אגרות החוב הגדול ביותר בדומה לאופן המינוי של נציגות דחופה.

סמכויות אכיפה

153. לעניין סמכויות האכיפה - מדוע לא להקנות גם סמכויות כדוגמת אלו שבסעיף 45 לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח – 1988⁶³.

⁶² אלא אם קיים חשש ממשי כי התאגיד פועל במטרה להונות את נושיו להעדיף מי מנושיו או להבריש נכסיו.
⁶³ "45(א) הממונה, או מי שהוא הסמיך לכך מבין עובדי המדינה, רשאי, אם יש לו יסוד סביר להניח שהדבר דרוש כדי להבטיח ביצועו של חוק זה או למנוע עבירה על הוראותיו –
(1) להיכנס לכל מקום שבו מתנהל עסק ולערוך בו חיפוש; אולם אין להיכנס למקום המשמש למגורים אלא על פי צו חיפוש מאת בית משפט מוסמך; הוראות סעיפים 26 עד 29 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, יחולו, בשינויים המחוייבים, על חיפוש לפי פסקה זו;
(2) לתפוס כל חפץ, כהגדרתו בפקודה האמורה, שיש לו יסוד סביר להניח כי הוא עשוי לשמש ראיה במשפט על עבירה כאמור.
"...."

העברת תיק ביטוח

154. סעיף 350 לפקודת החברות, דן בפשרה או הסדר בין החברה לבין נושיה או בעלי המניות שלה.
155. סעיף 350 הנ"ל מאפשר למבטח למכור ו/או להעביר תיק ביטוח בין אגב מיזוג ובין ללא מיזוג. מבטח נזקק לסעיף זה, משום שלא ניתן לקבל את הסכמתו של כל מבטח ומבטח (לרבות תובע צד ג') להעברת התיק, שיכול לכלול מאות אלפי מבטחים ואף יותר. מבטח כזה הוא "נושה" במובן סעיף 350.
156. אין מדובר בסוגיה תיאורטית, אלא בפרוצדורה שנעשה בה שימוש מעת לעת על ידי מבטחים, תוך הישענות על סעיף 350(א) לחוק החברות, התשנ"ט-1999, המורה כדלקמן:
- "350. (א) הוצעו פשרה או הסדר בין החברה לבין נושיה או בעלי מניותיה, או בינה לבין סוג פלוני שבהם, רשאי בית המשפט, על פי בקשה של החברה, של נושה או של בעל מניה, או של מפרק אם החברה היא בפירוק, להורות על כינוס אסיפות של אותם נושים או בעלי מניות, לפי הענין, בהתאם להוראות סעיף קטן (א1) ובדרך שיוורה בית המשפט."
157. בסעיף 360(15)(א) לחוק המוצע, מוצע תיקון בסעיף 350 לחוק החברות, באופן שנוסחו של החלק הראשון של הסעיף, יהיה:
- "350. (א) הוצעו פשרה או הסדר בין החברה לבין נושיה או בעלי מניותיה, או בינה לבין סוג פלוני שבהם שאינם הסדר חוב כהגדרתו בסעיף 318 לחוק חדלות פירעון לשיקום כלכלי או תכנית לשיקום כלכלי כהגדרתה בסעיף 4 לחוק האמור⁶⁴..."
- "הסדר חוב" הוגדר בסעיף 318 לחוק המוצע, בזו הלשון: "הסדר בין חייב שהוא יחיד או תאגיד לבין בעלי העניין בהסדר או סוג שלהם, שעניינו שינוי בתנאי הפירעון של חוב".
- החשש הוא אפוא, שלאחר התיקון בסעיף 350 עלול בית המשפט לפרש את המילים "שינוי בתנאי הפירעון של החוב" ככוללים גם שינוי ביחס לזהותו של החייב. פרשנות זו תשלול מהמבטחים את האפשרות לבצע העברות תיק ביטוח⁶⁵ לפי סעיף 350, ענין אליו לא כיוונה הצעת החוק.
158. לפיכך כדי למנוע תקלות, רצוי להבהיר עניין זה, במיוחד בעקבות ביטול הגדרת "הסדר חוב" בסעיף 350יז' לחוק החברות, עקב ביטול סעיף זה במסגרת ביטול סימנים ב' ו-ג' לפרק השלישי של חוק החברות. יודגש שההגדרה של "הסדר חוב" בסעיף 350(יז) לא חלה על סעיף 350 לחוק החברות (ואילו ההגדרה החדשה בסעיף 318 כן חלה).

תיקון בפקודת הנזיקין

159. סעיף 363 להצעת החוק מבטל את סעיף 21 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], שזו לשונו:

"21. על אף האמור בפקודת פשיטת רגל, 1936, יכול פושט רגל להיות תובע ונתבע על עוולה, אך לא תוגש תובענה על עוולה לזכותם של נכסי פושט רגל או לחובתם; ואולם

(1) הזכות לתבוע על עוולה שגרמה נזק ממון לנכסי פושט רגל תעבור לידי הנאמן או תמומש בידי;

(2) פסק דין על עוולה שניתן לחובתו של פושט רגל לפני מתן צו כינוס נכסים יהא ניתן להוכחה בפשיטת רגל;

⁶⁴ החלק המודפס באדום הוסף בהצעת החוק.
⁶⁵ או העברות אחרות "כפויות" על המיעוט.

(3) סעיף זה כפוף להוראות סעיף 19.

כלומר, על אף האמור בפקודת פשיטת הרגל יכול פושט הרגל להיות תובע או נתבע בשל עוולה נזיקית והנהוג הוא שתביעות בשל נזקי גוף מתבררות בבית המשפט גם נגד פושט הרגל - ולא נתונות לקביעת הנאמן במסגרת אישור תביעת החוב.

160. הרציונל לביטול סעיף 21 מפורט בדברי ההסבר לסעיף 363, בזו הלשון:

"מוצע לשנות הסדר זה ולקבוע כי גם חובות נזיקיים יהיו חובות בני תביעה בהליכי חדלות פירעון לפי החוק המוצע. **זאת כדי לאפשר לבחון את מצבו הכלכלי של החייב ולנהל את ההליכים באופן מאוחד, המתייחס לכלל חובותיו של החייב.** לכן, מתייתר סעיף 21 לפקודת הנזיקין, ומוצע לבטלו".

דברי הסבר אלו אינם עומדים במבחן הביקורת, משום שבדרך כלל תביעות נזיקין מכוסות בביטוח ולכן קופת הנשייה אדישה כלפי תביעות כאלה נגד פושט הרגל⁶⁶; כך, מחד, ניהול תביעות נזיקין נגד פושט הרגל לא ייפגעו בהליכי חדלות פירעון ומאידך, תביעת נזיקין אינה מתאימה לבירור ולהכרעה על ידי הנאמן במסגרת הגשת תביעת חוב, הן משום שאין לו בדרך כלל הידע והניסיון לכך והן משום שאין לו הכלים, האמצעים והראיות העומדים לרשותו של בית המשפט בעת קיום הליכים משפטיים, כמקובל.

תיקונים בחוק ניירות ערך, התשכ"ח – 1968 ("חוק ניירות ערך")

161. בסעיף 364(4)(ב) להצעת החוק מוסף סעיף 34ב. (א) לחוק ניירות ערך הקובע כי בכל הסדרות של "תעודות ההתחייבות" ימונה נאמן אחד בלבד⁶⁷.

162. יתר על כן, בסעיף 364(5) להצעת החוק מתוקן סעיף 35ה. (2) לחוק ניירות ערך באופן שמתווספת בסופו פסקה אשר מורה, האי לישנא: "...לעניין זה, לא יראו בכך שהנאמן משמש נאמן למחזיקים בתעודות התחייבות בכמה סדרות כנסיבה שבשלה עלולה להיווצר סתירה בין טובתו שלו לטובתם של מחזיקים בתעודות ההתחייבות מסדרה מסוימת".

הנמקה בסדרה זו מצויה בדברי ההסבר, כדלקמן: "... זאת במטרה ליצור מנגנון לשיתוף פעולה בין מחזיקי תעודות ההתחייבות **שיקל עליהם להציג עמדה אחידה ומשותפת מול התאגיד החייב...** מינוי הנאמן המוביל⁶⁸ ישרת שתי תכליות מרכזיות: האחת, צמצום מספר הגורמים העוסקים בניהול ובתפעול בנוגע לתעודות התחייבות שהנפיק התאגיד, משלב ההנפקה ואילך. בדרך זו יצומצמו גם ההוצאות על ניהול האשראי. התכלית השנייה היא **שיפור שיתוף הפעולה** שבין המחזיקים בתעודות התחייבות מהסדרות השונות (שהנפיק אותו תאגיד)".

163. ההנמקה דלעיל אינה עומדת בשבט הביקורת; אמצעי טכני, היינו מינוי נאמן אחד, לא יכול לפתור את ניגודי העניינים ולהעליםם כלא היו. ניגוד עניינים הוא פרי זכויות שאינן שוות ואינו נובע מגחמה של

⁶⁶ במינוח החדש "החייב יחיד" כנגדו נפתחו הליכי חדלות פירעון.

⁶⁷ "תעודות התחייבות" מוגדרת בסעיף 35א לחוק ניירות ערך, בזו הלשון: "תעודות המונפקות בסדרה על ידי חברה, אגודה שיתופית או כל תאגיד אחר והמקנות זכות לתבוע מתאגיד כאמור כסף, בתאריך קבוע או בהתקיים תנאי מסויים, ואינן מקנות זכות חברות או השתתפות באותו תאגיד, וכן תעודות כאמור הניתנות להמרה במניות או ניירות ערך המקנים זכות לרכישת תעודות כאמור, אך למעט תעודות שמנפיקה המדינה או המונפקות על פי חוק מיוחד וניירות ערך מסחריים";

⁶⁸ במסגרת משא ומתן מוגן לפי החוק המוצע, ייסע הנאמן המוביל לנציג הנושים במילוי תפקידו.

המחזיקים בתעודות התחייבות מסדרות שונות. למה הדבר דומה לעורך דין אחד המייצג שני מתדיינים שיש ביניהן ניגודי עניינים. כמובן שייצוג משותף יגרום לקול אחד, אך קול זה לא יכול לשקף את האינטרסים השונים או מנוגדים של המחזיקים וקיים חשש שהנאמן בלתיטותו לייצג עמדה אחידה, יקפח זכויות של חלק מהמחזיקים.

164. זאת ועוד, כיצד ניתן להסביר שמחזיקי תעודות ההתחייבות יסווגו לאספות סוג נפרדות לצורך אישור הסדרים או תכניות, אך יהיה להם נאמן אחד? יש לפנינו סתירה שלא ניתן ליישבה.

165. התוצאה היא שאין זה נכון להקנות לנאמן אחד את הייצוג של כל הסדרות ולמצער ליצור מנגנון אשר יאפשר למנות נאמנים נוספים על ידי בית המשפט או המחזיקים, אם קיים חשש לקיפוח של חלק מהמחזיקים בתעודות ההתחייבות.

166. סעיף 364(7)(ב) לחוק המוצע מוסיף את סעיף 35ח.ד(2ב1) לחוק ניירות ערך, הקובע שאם חלפו 45 ימים מהמועד לתשלום קרן או ריבית בהתאם לתנאי תעודות ההתחייבות ולא שולם תשלום כאמור, יגיש הנאמן לבית המשפט בקשה לצו לפתיחת הליכים כנגד התאגיד המנפיק – אלא אם התנגדו להגשת הבקשה רוב מחזיקי תעודות ההתחייבות של המנפיק המחזיקים יחד בשלושה רבעים לפחות מהסכום שלא שולם. הגשת בקשה ע"י הנאמן לפתיחה בהליכי חדלות פירעון היא בקשה דרסטית עם משמעותיות ותוצאות כבדות משקל. לפיכך ראוי שהרוב החוסם יהיה קטן יותר, היינו רוב המצביעים כנגד ההגשה של הבקשה המייצגים כנושים את רוב החוב בפיגור (ולחילופין ניתן גם להסתפק גם בשני שלישים במקום שלושה רבעים). אם רוב הנושים סוברים שאין מקום להגיש את הבקשה, יש ממש בעמדה זו.

167. סעיף 364(9) לחוק המוצע מוסיף את סעיף 35יב.17(ב) לחוק ניירות ערך המורה, כדלקמן:

"(ב) החלטה בדבר מינוי נציג נושים לפי הוראות סעיף 341 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, וזהותו, תתקבל ברוב קולות של המחזיקים בתעודות התחייבות של המנפיק מכל הסדרות יחד".

כלומר, התיקון האמור בחוק ניירות ערך בא להשלים את הוראותיו של סעיף 341 לחוק המוצע, הקובעות שמשא ומתן המוגן ינוהל ע"י נציג אחד של כל הנושים. אנו חוזרים על האמור לעיל לגבי נציג אחד המנהל את המשא ומתן בשם כל הנושים, אשר תקף גם ביחס לניהול משא ומתן בשם כל מחזיקי תעודות ההתחייבות. משא ומתן ע"י נציג אחד בלבד יגרום להתעלמות מהשונויות בזכויות וכתוצאה מכך זכויותיהם של בעלי תעודות התחייבות עלולות להיות מקופחות. למצער, יש ליצור מנגנון המאפשר מינוי של נציג נוסף, לפחות כאשר קיים חשש לקיפוח משמעותי של קבוצה מסוימת מקרב מחזיקי תעודות ההתחייבות.

168. סעיף 364(10) מבטל את סעיף 35יב.25 לחוק ניירות ערך, המורה:

35יב.25. (א) כונסה אסיפת מחזיקים, יבחן הנאמן את קיומם של ניגוד עניינים אצל המחזיקים, בין עניין הנובע מהחזקתם בתעודות ההתחייבות לבין עניין אחר שלהם, כפי שיקבע הנאמן (בסעיף זה – עניין אחר); הנאמן רשאי לדרוש ממחזיק המשתתף באסיפת מחזיקים להודיע לו, לפני ההצבעה, על עניין אחר שלו וכן אם יש לו ניגוד עניינים כאמור.

(ב) בספירת מניין הקולות בהצבעה שהתקיימה באסיפת מחזיקים, לא יביא הנאמן בחשבון את קולותיהם של מחזיקים שלא נענו לדרישתו כאמור בסעיף קטן (א) או של מחזיקים שלגביהם מצא כי מתקיים ניגוד עניינים כאמור באותו סעיף קטן (בסעיף זה – מחזיקים בעלי עניין מנוגד).

(ג) על אף האמור בסעיף קטן (ב), פחת סך החזקות המשתתפים בהצבעה, שאינם מחזיקים בעלי עניין מנוגד, משיעור של חמישה אחוזים מיתרת הערך הנקוב של תעודות ההתחייבות מאותה סדרה, יביא הנאמן בחשבון בספירת מניין הקולות בהצבעה גם את קולותיהם של המחזיקים בעלי עניין מנוגד.

לכאורה זהו תיקון טבעי לאור העובדה שימונה נאמן אחד בלבד לכל הסדרות, תוך התעלמות מניגודי עניינים קיימים, אך כאמור אם תתקבל עמדתנו שלא לקבוע באופן קטגורי נאמן אחד בלבד, צריך יהיה להשאיר על כנו את סעיף 35.ב.25 (בשינויים מסוימים).

תחילת החוק

169. לאור סעיף 1372(1) לחוק המוצע, שעבוד צף, אף שנוצר לפני תחילתו של החוק, יהיה כפוף לחוק החדש ביחס לאשראי שניתן לאחר תחילתו.

170. על הצעת החוק לקחת בחשבון כי קיימים פרויקטים ארוכי טווח, כגון פרויקטים בתחום התשתיות, שבהם מערכת היחסים ההסכמית בין המלווה ללווה היא דינמית, באופן שהלווה מבקש לעיתים לשנות את מועדי הפירעון בהתאם להתקדמות הפרויקט. לפיכך, ההוראה בסעיף 1372(1) שלפיה אם שונה מועד הפירעון לאחר הפרסום של החוק יראו את האשראי כאילו ניתן לאחר יום הפרסום, הינה מנותקת מעולם של הפרויקטים ארוכי הטווח, ועלולה לפגוע הן בנושים המממנים פרויקטים מסוג זה שיתחילו לפני מועד הפרסום (אם תתקבל) והן בחייבים (שכן אם יתקבל הסעיף הנושים עלולים שלא להפגין גמישות בשינוי מועדי הפירעון של האשראי).

171. יוסבר, שבפרויקטים האמורים ההלוואה היא למעשה קו אשראי, שחלקו עלול להתממש לאחר תחילת החוק. מכאן, אין מקום להחיל את החוק על "כסף חדש" שניתן כהלוואה במסגרת הסכם, שנכרת לפני תחילת החוק, לרבות הערובה לכסף זה באמצעות שעבוד צף, משום שתחולה כזו תהיה רטרואקטיבית ותפגע בדוקטרינת הזכויות המוקנות.

סיכום

172. נבקשכם לעיין בהערותינו ולשקול קבלן; במהלך הדיון בוועדה הנכבדה נציע גם נוסחים קונקרטיים, ככל שיידרש.

בכבוד רב,



י. הלוי, עו"ד

העתקים:

עו"ד אבי ליכט, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקאלי)
עו"ד סיגל קוגוט, היועצת המשפטית לוועדת החוקה חוק ומשפט, כנסת ישראל
רו"ח ענת פיינר, מנהלת מחלקת השקעות שוק ההון, אגף שוק ההון, ביטוח וחיסכון, משרד האוצר