

דף סיכום בחינה**מזהה בחינה: 001000270315 מזהה סטודנט: 220348****שם קורס: חדלות פירעון**

מספר שאלה	ניקוד מירבי	ציון
1	100.00	100.00
2	1.00	

ציון בחינה סופי : 100.00**הבחינה הבדוקה בעמודים הבאים**

אוניברסיטת בר-אילן הפקולטה למשפטים

חדלות פירעון – מבחן מועד מיוחד מרצה: פרופ' דוד האן

הנחיות:

- א. משך המבחן: שעתיים. אין הארכות.
- ב. חומר עזר מותר בשימוש: כל חומר.
- ג. אורך כולל של התשובות: 4 עמודים/1800 מילים.
- ד. ככל שרלוונטי, יש לנתח גם לפי הדין הקיים וגם לפי חוק חדלות פירעון החדש.

חברת חוסן אנרגטי לישראל ("החברה") פעילה בתחום חיפושי נפט בים הצפוני. לחברה יש רישיונות קידוח בשני אתרים בים הצפוני, האתרים "ת'ור" ו"פרייה", שבהם התגלו מאגרי נפט (שווי מאגר "ת'ור" מוערך בכ-2 מיליארד ₪ ו"פרייה" מוערך בכ-0.8 מיליארד ₪). החברה היא חברה פרטית, בשליטה מלאה של חברת מגד תבואות שמש בע"מ, הנשלטת בידי איש העסקים יוסף קרני-ראם. למימון פעילותה, גייסה החברה אשראי בסך של 1.5 מיליארד ₪ מבנק וולהאלה ("הבנק") ו-1.5 מיליארד ₪ נוספים באמצעות הנפקת אגרות-חוב דרך הבורסה. הבנק הבטיח את זכויותיו באמצעות רישום שעבוד כדין על רישיון הקידוח באתר "ת'ור" ועל פירותיו (כלומר: על כל מאגר נפט שיתגלה ויופק ב"ת'ור"), כמו גם על כל שאר נכסיה ופעילותה של החברה. אגרות החוב אינן מגובות בשעבוד.

עקב קשיים גיאופוליטיים התעכבו הקידוחים, פעילותה של החברה בשנתיים האחרונות הואטה. החברה נהייתה הפסדית והיא נקלעה למצוקה של תזרים מזומנים. בקופתה נותרו 200 מיליון ₪ בלבד. החברה מחויבת לשלם לבנק בחודש הקרוב 250 מיליון ₪ ולמחזיקי אגרות-חוב היא מחויבת לשלם בששת החודשים הקרובים 200 מיליון ₪.

הבנק מגלה חוסר סובלנות ומתרה בחברה כי אם לא תשלם לו את הסכום האמור הוא יגיש לאלתר בקשה למימוש הנכס המשועבד לו באמצעות מינוי כונס נכסים. דירקטוריון החברה דן בהתראת הבנק והחליט לשלם לבנק לאלתר 200 מיליון ₪.

הנאמן של אגרות החוב שכר אותך כיועץ משפטי להתמודדות עם המצב. הוא פונה אליך ושואל כדלקמן:

1. האם יש למחזיקי אגרות החוב עילה ודרך לתבוע את דירקטוריון החברה לאחריות אישית בשל החלטתם הנ"ל? (20 נק')

2. התשתנה תשובתך אם יתברר כי יו"ר הדירקטוריון הוא גיסו של מנכ"ל הבנק? (15 נק')

3. עתה הניחו כי החברה לא שילמה כל סכום לבנק. הבנק מעוניין לממש את השעבוד. האם יש למחזיקי אגרות החוב דרך למנוע מן הבנק מלממש את השעבוד על "ת'ור"? (30 נק')

4. הנח/הניחי כי מאגר "ת'ור" נמכר לבסוף, בתהליך מוסכם, עבור סך של 1.4 מיליארד ₪. כיצד תחולק תמורת המכירה בין הנושים של החברה? (15 נק')

עתה הנח, כי ברגע האחרון, בטרם כל תשלום מצד החברה או נקיטת כל צעד מצד הבנק או המדינה, הסכים מר קרני-ראם לרכוש מידי הבנק את תביעת הבנק השוטפת על סך 250 מיליון ₪ (אך לא את שאר החוב לבנק) תמורת תשלום של 160 מיליון ₪ ושחרורו מן הערבות האישית לכל חובות החברה כלפי הבנק. בהמשך נקלעה החברה לפירוק. במסגרת הפירוק הגיש מר קרני-ראם תביעת חוב למפרק החברה על סכום של 250 מיליון ₪.

5. המפרק מבקש כי תחווה/י את דעתך על תביעת חוב זו. (20 נק')

1. עילה ודרך לתביעה אישית של נושאי המשרה בגין אחריות אישית

ראשית, אמנם החברה לא חדל"פ כנראה מבחינה מאזנית כי סך נכסיה הוא 3 מיליארד (שני מאגרים בשווי B2.8 + M200 מ' מ') כנגד התחייבויות של 3 מיליארד, אבל החברה נראית כחדל"פ לפי המבחן התזרימי כי נכסיה במאגרים מוגבלים במימוש (ס' 2, ופסד IDB) - יש לה 200 מ' מזומן אל מול 250 מיליון ש"ח לבנק בחודש הקרוב ו250 מ' שח למחזיקים בחצי שנה הקרובה. במאמר מוסגר אציין שלשני הנושאים עילה לתביעת חדלות פירעון לפי ס' 9 לחוק החדל"פ - החברה חדל"פ תזרימית מבחינת הבנק כי אין לה מספיק כדי לפרוע 250 מ' תוך חודש בכל מקרה, וחדל"פ ביחס למחזיקי האגח כיוון שמתקיים הריג לסייג של ס' 9(ג) - החברה לא תוכל לפרוע את החוב תוך שישה חודשים אם הם יגישו בקשה לחדל"פ (כבר שילמה לבנק).

א. עילה ראשונה - ס' 288 : אי נקיטת אמצעים סבירים לצמצום חדלות הפירעון המהותית - קרי העמקת חדלות הפירעון. מחזיקי האגח יטענו שנושאי המשרה ידעו שהחברה חדלת פירעון מבחינה מאזנית (במתחם של חצי שנה - חוב של 450 מ' סה"כ מול מזומן של 200 מ') וכי הם לא פעלו לצמצום החדל"פ אלא להפך, העמיקו אותו כי שילמו לבנק 200 מ'. זו כמובן טענה עם נדבך אבסורדי כי החברה טען שבכך ששילמה לבנק כי צמצמה את החדלות - פרעה חובות שלה הרחיקה את הליך החדל"פ וקנתה עוד זמן כדי להמשיך בפעילות שהתעכבה ביחס למאגרים (שפירותיהם תוכל לממש ולפרוע חובות). מחד, ניתן לטעון שאלו לא אמצעים סבירים לצמצום חדל"פ כי הם לא באמת מצמצמים (עדיין נשאר חוב שלא ניתן לפרוע בסך 250 מ' בכל מקרה) וכי הם לא פעולות סטוטוריות של ס' 288 (לא הוגשה בקשת חייב לחדל"פ/ לא נוהל מ"מ עם הנושים/ לא נעזרו במומחה לשיקום תאגידים). מצד שני זו לא רשימה סגורה - וכמו שכתבתי לעיל - יש הגיון בפירעון חלק מהחוב כשמועד הוא מיידי ולדרישת נושה, כאמור כדי לקנות זמן שנותן סיכוי לחברה לפרוע את כל החובות אם המאגרים יופעלו בהמשך. לדעתי פעולות הדירקטוריון ביחס לס' 288 הן כן סבירות, בהתחשב שיש עוד חצי שנה לפירעון מחזיקי האגח. כלל BJR - לא ברור עדיין אם יחול על ס' זה. לפי האג - אמור לחול. מצד שני - הכלל חל על החלטות שהתקבלו ולא על מחדל, יש כבר הגנות ספציפיות לנושאי המשרה בס' 288 כך שיכול ושה שולל את תחולת הכלל, וכי תכלית הכלל היא אינטרס נושאי המשרה בהליך קבלת ההחלטה לטובת החברה, ולא כשמודבר באינטרס הנושים כמו בס' 288 (רוגן בפס"ד חורב). יש לציין כי הנאמן של החברה יכול לתבוע את החברה אם אכן מונה נאמן כי נפתח הליך חדל"פ, זו לא זכות אינהרנטית של הנושים לבדם. בנוסף - לנאמן חברת אגח יש סמכות לתבוע את החברה לפי חוק ני"ע בעילות אחרות.

ב. עילה שנייה - ס' 289 לחוק החדל"פ + ס' 254 לחוק החברות - ניתן לטעון שהדירקטוריון הפר את חובת הזהירות שלו כלפי החברה בכך ששילם לבנק ובכך גרם להעדפת נושים פסולה. צריך להוכיח פגם בהליך קבלת ההחלטה לשלם לבנק - קרי החלטה שאינה מיועדת. נראה שהדירקטוריון ידע מן הסתם מה היקף החובות והנכסים הזמינים שלו, כך שגם טענה להפרת חוב"ז נראית מוקשה. נראה שחל כלל BJR. מבחינת זכות התביעה - הנושים יכולים לתבוע זו זכותם לפי חוק החברות, זו תהיה תביעה נגזרת.

ג. עילה שלישית - ניהול במרמה ס' 290 לחוק החדל"פ - צריך להוכיח כוונה לרמות את מחזיקי האגח כנושי החברה. גם טענה זו חלשה כי החברה לא ידעה שהיה קשיים שיעכבו את הקידוחים. יש כאן לכל היותר רשלנות וגם זה כאמור לא בטוח כאמור לעיל. אין כאן עניין אישי או טובת הנאה אישית לחברה (שני הנושים שלה זרים לה) - פס"ד ארנרייך. כאן כמו בס' 288 הממונה בהליך החדל"פ הוא זה שיכול לתבוע את החברה, ולא הנאמן של אגרות החוב.

ד. כדי לתבוע לפי סעיפי חוק החדל"פ מחזיקי האגח צריכים קודם להגיש בקשה לפתיחת הליך חדל"פ נגד החברה (ס' 9 לחוק החדל"פ) - להראות שהיא אכן חדלת פירעון מאזנית או תזרימית (ס' 2 לחוק החדל"פ) (דנתי לעיל) ורצוי להוכיח חזקת חדלות פירעון ס' 10 לחוק החדל"פ.

ה. היקף הקפאת הליכים כנגד נושאי המשרה - גם אם הנושים יתבעו ויקבלו פתיחת הליך חדל"פ, ייתכן שהקפאת הליכים (ס' 29) שחלה על התאגיד תחול על נושאי המשרה כך שלא תהיה זכות תביעה בהליך החדל"פ. ס' 30 לחוק החדל"פ מאפשר לביהמ"ש להרחיב את הקפאת הליכים על צדדי ג' כאשר:

- 1) מדובר בהליך חדל"פ לצורך הבראה (לא ידוע אם יהיה ומה יהיה סוגו)
- 2) ההליכים המשפטיים נ' נושאי המשרה הינם בגינם פעילותם של נושאי המשרה בתאגיד (מה שמתקיים כאן). לכאורה אין לנאמן האגח עילת תביעה כי ס' 30 מתקיים, אך הדבר נתון לשק"ד ביהמ"ש.

היקף הקפאת הליכים על נושאי המשרה

2. יו"ר הדירקטוריון של חברת הקידוחים הוא גיסו של מנכ"ל הבנק הנושה

א. עילת ניהול במרמה: תשובתי כנראה תשתנה כיוון שיש כאן עניין אישי (וניגוד עניינים) בין נושא משרה בכיר בחברה החדל"פ לבין נושה שלה. זה הופך את ס' 290 - ניהול במרמה לרלוונטי - פס"ד ארנרייך: אם פעולת נושא משרה נעשית לקידום אינטרס אישי שלו, תוך קיפוח שאר הנושים בחברה (וניתן להגיד שיש קיפוח כי פירעון לבנק אומר אי-פירעון למחזיקי האגח בעוד שישה חודשים אם לא יהיה שינוי גיאופוליטי), זה עולה כדי ניהול במרמה (ס' 373 לפק' החברות וס' 290 לחוק החדל"פ שממשיך אותו). מחזיקי האגח עדיין צריכים להוכיח שמדובר במרמה ("מתוך כוונה לרמות נושיו") ויס"נ של כוונה, באופן מובהק (פס"ד מרכבה חולון). בענייננו - פירעון חובות הבנק אמנם נעשה בגלל דרישת הבנק לתשלום וכי זה היה החוב עם המועד הקרוב ביותר, אבל עדיין יש עניין אישי של יור הדירקטוריון (גם לפי ס' 219 לחוק החדל"פ הוא נחשב ל"קרוב" של נושה)

ב. עילת הפרת חובת אמונים - כיוון שמדובר בעניין אישי של יור הדירקטוריון, יש כאן הליך קבלת החלטה שנעשה בניגוד עניינים ולכן כנראה הופרה חובת האמונים של היור כלפי טובת החברה. נדרש באישור עסקה עם בעלי עניין - הוצאה של בעל העניין והליך קבלת החלטה מיוחד לפי פרק ה' לחוק החברות - עסקאות עם בעלי עניין.

3. דרכים למחזיקי האגח (ללא שעבוד) למנוע מימוש השעבוד על מאגר תור (2 מיליארד ש"ח)

א. הגבלת זכות המימוש של הבנק - עקרונית מדובר בשעבוד קבוע על המאגר שנוצר ונרשם כדין ולכן ביחס למאגר תור הבנק הינו נושה מובטח (ס' 29 + ס' 243 + 233 לחוק) שרשאי לממש את מכירתו גם אם נפתח הליך חדלות פירעון כנגד חברת הקידוחים. אם החברה במסלול של פירוק - הנושה המובטח לא כפוף להקפאת הליכים, אבל לפי פס"ד ששון לוי וס' 248 שעיגן את ההלכה בפסד - כשמדובר בנכס ששווי גבוה הרבה יותר מגובה החוב - יתכן שיש הצדקה למתן את זכותו של הנושה המובטח לממש את הנכס המשועבד, גם בפירוק. במקרה הזה, לפי ס' 248(א)1 - נראה שהמקרה שלנו מקיים את התנאי לפיו הבנק מובטח ביתר-שעבוד על החוב - 2 מיליארד לעומת חוב של 200 מ' באופן מיידי, ובאופן כללי חוב של 1.5 מיליארד - הפרש בין חוב לגובה השעבוד של לפחות 500 מיליון ש"ח, שזה הפרש ניכר. במקרה כזה הנאמן של החברה יוסמך לממש את מאגר ת'ור. זו לא מניעה מוחלטת של מימוש השעבוד אבל זו מניעה ראשונית מצד הבנק לעשות זאת. לא נראה גם שמתקיים הסייג של ס' 248 (ג) לפיו בנסיבות מוצדקות ועל אף ס' 248 (T) - יותר לנושה המובטח לממש את הנכס.

ב. הליך הבראה - אם יתחיל הליך חדל של הבראה - נושים מובטחים כן כפופים להקפאת הליכים בהליך הבראה לפי ס' 29 וס' 245 לחוק החדל. (פס"ד מגן אינטנשיוניל אומר גם שנושים מובטחים כפופים להקפאת הליכים ולא יכולים לעקל נכסים). לפי ס' 245 (א) הנושה לא יממש את הנכס אם הנכס דרוש לשיקום החייב אלא באישור ביהמ"ש ובהתקיים תנאי מהתנאים של ס' 245 (ב) - זה כנראה חל כאן כי המאגר דרוש לשיקומה הכלכלי של חברת הקידוחים - אם תוכל להתחיל בקידוחים במאגר זה יניב לה כספים רבים ששיאו את פירעון הנושים ושקמו אותה, ו (תנאי 1), וכי שעבוד המאגר עדיין מגן על זכויות הבנק באופן הולם - מדובר בנושה גדול ומבוסס שכנראה לא ייפגע באופן ניכר אם לא יממש כרגע את המאגר.

ג. ביטול פעולת המימוש לאחר בשל העדפת נושים - ס' 219 - ניתן לטעון שמימוש השעבוד הוא העדפת נושים (אולי במחדל) פסולה, אם מועד המימוש נעשה שלושה חודשים לפני מועד הבקשה להליך חדל (במקרה שלנו יש "קרוב" כך שמדובר בשנה לפני), אם במועד ביצוע המימוש החברה היתה חדל"פ מהותית (הייתה) ואם בשל פעולתה המימוש יפרע לבנק הנושה חלק גדול יותר ממה שאמור להיפרע לו. לא מדובר בפעולה שעשתה החברה עצמה כך שקשה להגיד שבוצעה העדפת נושים פסולה בגלל שנושה שלא תלוי בחברה מימש נכס משועבד לו. מנגד, החברה אכן היתה חדל"פ מהותית בעת המימוש, והבנק יקבל במימוש המאגר יותר ממה שהיה מקבל אם הנאמן היה מממש את המאגר ונותן לבנק את חלקו בחוב (והפרש ילך לקופת הנושים - 500 מיליון). לדעתי לא ניתן למנוע את המימוש בגין ס' זה כי כאמור לא מדובר בפעולה שעשה החייב כמו תשלום פירעון, יצירת שעבוד או המחאת זכות לנושה אחר, אלא במימוש שעבוד של הנושה שאינו תלוי בחייב כאמור.

ד. ביטול פעולה הגורעת נכס מקופת הנשייה - התנאים לסעיף הם שהפעולה נעשתה בלא תמורה, במועד של עד שנתיים מהליך החדל, וכי במועד הפעולה החייב היה חדל. לדעתי קשה גם כאן לטעון לקיום הסעיף כי זו לא פעולה שנעשתה בלא תמורה אלא מימוש שעבוד שנוצר בתמורה להלוואה לחברה.

4. כל נושה אמור להיפרע לפי סדר הנשייה ובהתאם לחלקו היחסי. אם המאגר נמכר ב-1.4 מיליארד - הבנק יקבל את מלוא התמורה כיוון שהחוב של החברה כלפיו הוא 1.5 מיליארד ש"ח וכי הוא נושה מובטח בגין השעבוד שנרשם כדין על מאגר תור (ס' 231 לחוק החדל"פ + ס' 2 לחוק המשכון - השעבוד תקף כלפי כל נושים אחרים). מחזיקי האגח הם נושים לא מובטחים ולכן הם רק בקומה החמישית של סדר הפירעון. אם החברה כבר שילמה 200 לבנק לפני כן - אז החוב שלה לבנק הוא 1.3 מיליארד, כלומר - מימוש השעבוד הניב 1.4 מיליארד, מה שאומר שהבנק יפרע את מלוא החוב - 1.3 + 200 = שווה לכל החוב לבנק על סך 1.5 מיליארד. וה-100 מיליון ש"ח יתרה - ילכו לנושים הבאים בתור. בניכוי הוצאות הליך החדל"פ וחובות בדיון בקדימה, הבאים בתור הם נושים המובטחים בשעבוד צף, שזה גם הבנק (רשם שעבוד על תור ועל כל נכסי החברה). אבל לפי ס' 244 לחוק החדל פירעון החובות בשעבוד צף מוגבל ל-75% משווי המימוש מהנכסים. ובלק מקרה הבנק פרע את כל החוב כך שכל השעבודים הנוספים כבר לא תקפים. לכן מחזיקי האגח יקבלו את כל ה-100 מיליון ש"ח כי הם נושים לא מובטחים.

5. מר קרני הוא בעל השליטה בשרשור של חברת הקידוחים. מצד אחד תביעתו של קרני לגיטימית כי מדובר בחוב שהוא קנה, והוא אף נושה מובטח לעניין 250 המ' כי הם מגובים בשעבוד קבוע וצף של הבנק (נכנס בנעלי הבנק מכוח המחאת זכות). מצד שני, קרני הוא בעל השליטה כאמור שרכש בזול את החוב של הבנק במטרה לפרוע את מלוא החוב ולהרוויח מההפרש על חשבון החברה שבבעלותו. אם הוא עשה זאת בנסיבות של ניצול העסקה כבעל שליטה (כדי להרוויח כאמור מההפרש), ואם היתה לו אפשרות מעשית לנסות לעזור לחברה שלו ביחס לחוב שלה מול הבנק בדרכים אחרות (וזה נראה שזה המצב כי הוא הגיש את מלוא סכום התביעה ולא ניסה לתבוע על הסכום שקנה כדי להפחית ב-90 מיליון את חובות החברה) - כלומר לא ניסה לעזור לחברה שלו - זה אומר שקרני חשוף לקביעה שיפוטית כי הוא הפר את חובותיו כבעל שליטה בחברה. הסעדיכול להיות דחיית תביעתו של קרני ודחיית החוב שלו לסוף סדר הפירעון מכוח ס' 6(ג) לחוק החברות (הרמת מסך) (כמו בפס"ד התחנה המרכזית ננ' נצבא) החוב של קרני ייחשב לדחוי כאמור לפי ס' 237



שאלה מס' 2 (1 נק')

טיוטה

6 / 7

