אין דרישת נוכחות. כל השיעורים יהיו מוקלטים.

באתר הקורס – סילבוס למסגרת של 13 שבועות, לא נכסה את כל הסילבוס. החומר של הקורס הוא מה שיש בהודעות שהאן שולח לקרוא. 100% מבחן. מטיב על השתתפות.

**מבוא**

את ההגדרה המשפטית של "חדלת פירעון" נלמד בשיעור הבא – אבל אינטואיטיבית אפשר להגיד שזה חוסר יכולת לפרוע. כלומר, ככל הנראה יש גורם שאמור לפרוע, משפטית הוא מחויב לשלם למישהו אחר, אבל אין לו יכולת.

כשאנו מדברים על עולם של קשיים כספיים, יהיו לנו 2 דמויות מפתח שילוו אותנו לאורך הקורס: החייב והנושה (מי שזכאי לתשלום).

התחום משלב שני קונפליקטים מרכזיים:

1. **קונפליקט מובנה בין החייב לנושה/ים** – לחייב יש קושי, לנושים יש זכויות לקבל כסף, איך אני מתמודד עם העימות הזה שנוצר? שהחייב אומר אני לא יכול והנושה אומר אתה חייב.
2. **קונפליקט בין הנושים לבין עצמם** – השאלה איך מיישבים את המתח הזה, איך מדרגים את ההיררכיה של הנושים? אם כן, מדוע?

**פרוצדורות משפטיות שונות** – תהליכים משפטיים שמתנהלים בערכאה שיפוטית (איחוד תיקים/פשיטת רגל/פירוק/כינוס נכסים/הבראה), מטרתם להתמודד עם המתח בין הנושים לחייב, אגב חדלות פירעון של החייב.

**מושגי יסוד:**

1. **פשיטת רגל/פירוק/הבראה**:

כאשר חייב נקלע לקשיים כספיים, בשלב כזה או אחר ייתכן שהדברים יתגלגלו לטיפול בבית משפט. אופן הטיפול בין ההליכים הוא לא בהכרח זהה. יש כמה תהליכים:

* **פשיטת רגל ופירוק באופן היסטורי**: אלו שני הליכים קלאסיים בדין הישראלי שנגעו לחדלות פירעון, כאשר כל אחד מהם הוסדר על ידי חוק נפרד.
1. פשיטת רגל: הוסדרה בשעתו בפקודת פשיטת הרגל (1936, מימי המנדט, נוסח חדש 1980). הליך פשיטת רגל טיפל במצבי חדלות פירעון של חייבים שהם בני אדם ושותפויות.
2. פירוק: מוסדר בפקודת החברות (שגם היא מימי המנדט, נוסח חדש ב83'). בעבר, כאשר חברה נקלעה לקשיים כספיים, המסלול המשפטי היחיד שלה היה פירוק. לפני 1999, הבסיס החוקתי של דיני החברות בישראל היה פקודת החברות, שם היו פרקים על פירוק חברה.

יש הרבה דמיון בין ההליכים, כאשר המקור החקיקתי היה מופרד.

* עם השנים, התפתח לחברות מסלול חלופי למסלול הפירוק, מסלול **הבראה.** בניגוד לעידן של פקודת החברות, בו חברה שנקלעה לקשיים כספיים יכלה לפנות למסלול של פירוק בלבד.
* דווקא בתי המשפט עצמם עם השנים חשו שזה טיפול דווקני מידי ושייתכן שבנסיבות מסוימות כדאי לשקול חלופות למסלול פירוק. בסוף הדרך של מסלול הפירוק - החברה מתחסלת, אישיותה המשפטית מסתיימת, כאשר ייתכן שחרף הקשיים והמשבר יש לחברה עוד פוטנציאל עסקי.
* לכן, בתי המשפט הפצירו במחוקק לבחון את הדבר ולייצר בחקיקה מסלול אחר, שיוכלו להשתמש גם בו כדי להתמודד עם קשיים כספיים בחברות, שהוא לא מסתיים בהכרח בחיסול החברה. המסלול הזה נקרא **הבראה**, כמונח שהוא חלופי לפירוק. זו דרך מלאה בקשיים, היות וייתכן שיהיו נושים שיפגעו במידת מה, אבל בסוף הדרך יכול להיות שהחברה תוכל להתאושש ולחזור לפעילות עסקית וכלכלית שוטפת. לא תמיד המסלול הזה עובד, אבל אם לא אז פשוט ממשיכים למסלול של פירוק, זו מסגרת שמאפשרת לנסות את הדבר ולעתים זה גם מצליח.
* הגרעין הראשון לחקיקה בנושא הבראה נכנס לחוק בישראל ב1995 (טרם חוק החברות). הכניסו הוראה שנקראת **"הקפאת הליכים"** – סמכות של ביהמ"ש, אמצעי מאד מאד חשוב בדרך להבראה של חברה. את ההוראה הזו שתלו בתוך סעיף כללי בפקודת החברות, שעסק בפשרות/הסדרים בין חברה לבעלי מניות, פשרות/הסדרים בין חברה לנושים, ס'233 לפקודת החברות, מעין סעיף סל אליו הכניסות הוראות שונות.

כשהכניסו את הסעיף, אף אחד לא הבין את חשיבות העניין, לשוק לקח כמה שנים לקלוט את הפוטנציאל שיש פה.

* כעבור 4 שנים נחקק חוק החברות, בכוונת מכוון בשעתו הוועדה שניסחה והמליצה על חוק החברות, המליצה שאת נושא הפירוקים של חברות לא יכניסו לחוק החברות. הסיבה היא שזה נושא בפני עצמו עם דינמיקות של עצמו, דיני חברות נוגעים בעיקר לחברה מול בעלי מניותיה, פה יותר מדובר על זכויות נושים ולכן יש צורך לטפל בו בחקיקה נפרדת. בפועל, החוק לא נכנס לחוק החברות ויצא שגם לאחר 1999, משנחקק חוק החברות, התחום של פירוק חברות נשאר עדיין מוסדר לפי פקודת החברות.
* מנגד, דווקא הנושא של **הבראה** משום מה כן השתרבב לחוק החברות. לקחו את סעיף 233 והעתיקו אותו כלשונו לחוק החברות, כיום הוא מופיע כסעיף 350 לחוק החברות, כולל הסעיף שעסק בהקפאת הליכים.
* כך יצא שמשנת 1999, כשרצו להתניע מסלול של הבראה ולא פירוק, הבסיס החקיקתי היה סעיף 350 לחוק החברות. לעומת זאת, כשהלכו לפירוק, פנו לפקודת החברות.
* לסיכום:
* פשיטת רגל – פקודת פשיטת הרגל.
* פירוק של חברה – פקודת החברות.
* הבראה של חברה – חוק החברות, **ס'350**. הסעיף הזה הורחב, נוספו סעיפים נוספים כעבור שנים, בשנת 2012 הוסיפו אחרי **ס'350** ולפני **ס'351**, פרק שלם שעוסק בהבראה, שמשלים את המהלך של הקפאת הליכים ונותן יותר בשר חקיקתי.

כל השלישייה הזאת, תועלה יחד לתוך חוק אחד שהחליף את החוקים הקודמים – **חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי תשע"ח-2018** (נכנס לתוקף ב15.9.2019). נקרא לו בקצרה חוק חדלות פירעון, זה החוק שנעסוק בו בקורס. החוק לא חל על כל הליך שהחל לפני ספטמבר 19', הליך שכזה ינוהל משפטית לפי החוקים שקדמו לחקיקה זו (פקודת החברות וכו').

* בעידן של חוק חדלות פירעון – הביטוי "פשיטת רגל" לא מופיע בחוק. השם הרשמי של ההליך שמטפל בקשיים הכספיים של חדלות הפירעון של האדם הפרטי – **"הליך חדלות פירעון של היחיד".**
* חלק ב' של החוק מדבר על הליך חדלות פירעון של חברה. בתוך חלק זה, ישנן הוראות המאפשרות לבית המשפט לפי שיקול דעת להוביל את החברה דרך ההליך לכיוון של פירוק או לכיוון של הבראה. כלומר, שתי החלופות מצויות בחלק ב' של החוק.
1. **כינוס נכסים:**

גם תהליך משפטי, שבנסיבות מסוימות יכול להתקשר לתחום של חדלות פירעון.

* מבחינה תיאורטית, ההליך של כינוס נכסים הוא לא מעצם הגדרתו מתחולל דווקא כנגד חייב חדל פירעון, יכול להיות רלוונטי גם לחייבים אחרים שיש להם יכולת פירעון.
* כינוס נכסים זהו תהליך בו גורם מסוים מקבל סמכות לקבל נכסים של אדם אחר. כאשר הרעיון של ההליך הזה, הוא הליך של אכיפת זכות.
* אכיפת זכות: יש נושה שזכותו כלפי החייב מגובה גם בשעבוד, המבקש לאכוף את זכותו, לגבות משום שהחייב לא משלם מעצמו, בין אם יש לו יכולת ובין אם אין לו, עובדתית הוא לא משלם.
* ישנה אפשרות, שהנושה המגובה בשעבוד נכס של החייב, יפתח בהליך שבו יתמנה גורם כלשהו, בדרך כלל עו"ד, ככונס על הנכס המשועבד. הוא יקבל סמכויות על אותו נכס משועבד של החייב, שעיקרן יהיה להעמיד את הנכס למכירה ומהכסף שיתקבל לפרוע את החוב של הנושה.

כלומר, זהו **תהליך שנועד לקדם מכירה של הנכס המשועבד, שמכוח התמורה שתתקבל ייפרע החוב לנושא.**

* איך מתמנה כונס נכסים – דרך הוצל"פ / ביהמ"ש. חוק המשכון, שמסדיר את נושא השעבודים, מאפשר את שתי הדרכים.
* הקשר לחדלות פירעון: ברוב המקרים כשחייב לא משלם לנושה עם שעבוד על נכסיו, זה לא כי הוא לא רוצה לשלם, אלא כי הוא חדל פירעון. כאמור, ברוב המקרים יש יותר מנושה אחד ואז נשאלת השאלה עד כמה הליך כינוס הנכסים משפיע על מעמדם של שאר הנושים (יורחב בהמשך).
* כינוס נכסים כסעד זמני בתקנות סד"א: תובע יכול לבקש במהלך התביעה סעדים זמניים כאלה ואחרים, בהקשר שלנו זה יכול להיות עיקול או כינוס נכסים. אנחנו לא נתעסק בסוג זה של כינוס נכסים.
* האם כינוס נכסים דוחק את ההליכים האחרים (הבראה/פירוק)? עקרונית, לא בהכרח. ייתכן שתהיה פרוצדורה של כינוס נכסים תוך כדי שהחברה בהליכי פירוק / הבראה. על השאלה מה זה אומר, נדון בהמשך.
1. **נאמן:** פונקציונר שמתמנה על ידי בית המשפט שמנהל את ההליך (לרוב עו"ד או רו"ח), רלוונטי לפשיטת רגל, פירוק והבראה. בעבר כשחברה נכנסה לפירוק, קראו לו המפרק. בפשיטת רגל, קראו לו הנאמן לטובת פשיטת הרגל של אותו אדם. היום, איחדו את השם ובכל סוג של הליך כזה ייקרא פשוט "נאמן".
2. **הוצל"פ (עיקולים):**

מערכת מנהלית שתפקידה העיקרי הוא לגבות חובות, הגוף השלטוני מטעם המדינה שאמון על גביית חובות בהקשר האזרחי. נקראת היום – "רשות האכיפה והגבייה".

* דוג': כאשר יש פסק דין לזכות אדם א' כנגד אדם ב', אותו אדם א' יכול לפתוח תיק תביעה בהוצל"פ כנגד אותו אדם א'. דרך מערכת ההוצל"פ, שם יושב רשם ההוצל"פ אשר בעל סמכויות לתת צווים, שדרך אותם צווים יופעלו אמצעים לגבייה נגד אדם ב'. לדוג', לעקל נכס של אדם ב' / למנות כונס נכסים שיתפוס נכס של ב' וימכור אותו.
* החוק שמסדיר את הסמכות: חוק ההוצאה לפועל. מסדיר את הסמכויות, הסעדים, אפשרות להגיש התנגדות להוצל"פ וכו'.
* על פניו:
1. הוצל"פ היא בעלת מטרה אחת ייעודית, גבייה.
2. לא בהכרח קשור לחייב חדל פירעון – יש הרבה מקרים שאנשים יכולים לשלם ופשוט לא מעוניינים לשלם, לכן הנושה יפנה למערכת הגבייה המדינית עם פס"ד לטובתו.
* הקשר לעולמות של חדלות פירעון:
* בשנות ה90' היו מעצורים מסוימים שהקשו על חייבים שהם חדלי פירעון מלנהל את המשבר הכלכלי שלהם דרך הליך פש"ר. בהמשך זה תוקן והפך להיות הליך שמיש, נדבר על זה בהמשך.
* הקשיים הללו באותן שנים, נבעו בעיקר מפרשנויות של בית המשפט.
* הכנסת חוקקה תיקונים מסוימים בחוק ההוצל"פ, על מנת לטפל במציאות של חייבים שמצד אחד הם באמת בקשיים כספיים, אך לא מצליחים להתנהל בהליך פשרה. בשל כך, הם תקועים עם הרבה תיקי הוצל"פ, כי הם לא יכולים לשלם ומתחילים לצבור חובות רבים.
* בסופו של דבר, מעשית נוצר מצב שיש הרבה תיקים שאין יכולת לגבות מכוחם.
* כל נושה בפני עצמו מסתכל על התיק שלו, אין איזשהי ראייה כוללת. אם לנושה אחד החייב יציע 500 ש"ח, הנושה יגיד לו אבל אתה מרוויח יותר, כי הוא לא רואה את הנושים האחרים.
* לכן, בוצע תיקון בחוק הוצל"פ שמאפשר לאחד את כל התיקים של אותו חייב אצל רשם הוצל"פ, שינסה לתת הסתכלות מערכתית כוללת, במקום נושים רבים שלא מודעים אחד לשני. תהליך זה נקרא – **"איחוד תיקים"**.
* ההליך הזה שיפר במידה מסוימת את ההתייחסות בטיפול באותם חייבים.
* מה שכן, הלכה למעשה, למרות שמבחינת הרעיון המקורי הוצל"פ נועדה לגבות חובות, מה שקרה לאורך השנים זה שגם מערכת ההוצל"פ החלה לעסוק לא פעם בחייבים שהם חדלי פירעון. עם השנים, זה לקח אותם למקומות שונים לחלוטין מהייעוד המקורי.
* מנהל אחד משמעותי שניהל בשעתו את רשות האכיפה והגבייה לפני כ15, ניסה לפתח את רשות האכיפה והגבייה כגורם שיטפל לא רק באכיפת הזכות של הנושה, אלא גם ינסה לתת מענה מאוזן בין הנושה לחייב.
* בהמשך, האן כיהן בתפקיד הכונס הרשמי של המדינה, אז הוסרו המכשולים להליך פש"ר.
* הדבר פתח לחייבים 2 דרכים להתמודד עם החובות:
1. פשיטת רגל
2. איחוד תיקים בהוצל"פ
* מאז הוצל"פ משחקים תפקיד באיזון הזכויות של הנושה מול התחשבות בחייב, תיקים מתחת ל150 אלף ש"ח יהיו בהוצל"פ, מעל זה בבית משפט שלום.

\*\*המונח הבראה לא קיים בחוק חדל"פ – לחלופין מופיעים המונחים:

1. הפעלה של חברה
2. תוכנית לשיקום החברה

אין משמעות למינוחים האלו, פשוט להבין שאם מחפשים הבראה בחוק, כך זה נכתב.

**מקורות השוואתיים לחוק חדלות פירעון שהשפיעו על התחום בישראל:**

1. חוק חדלות פירעון במידה רבה מושפע משני מקורות השראה מרכזיים: אנגליה וארה"ב.
2. **אנגליה:** יסוד החקיקה שלנו בתחום הוא בחקיקה המנדטורית, לכן באופן טבעי הליכים חלחלו למשפט שלנו. גם לחוק המודרני שחל באנגליה כיום, The Insolvency Act שנחקק ב1986, יש השפעה רבה על חוק החברות שלנו.
3. **ארה"ב:** מקור השראה נוסף הוא ארה"ב. החוק האמריקאי נקרא The Bankruptcy Code, שנחקק ב1978. בארה"ב התחום הזה של חדל"פ מוסדר בחקיקה פדרלית, אין חקיקה עצמאית במדינות.
* **Bankruptcy** – מבחינה מילולית המשמעות היא פשיטת רגל, אך יש פרשנויות שונות באנגלית בריטית ואנגלית אמריקאית:
1. באנגלית הבריטית – המונח קיים בחוק הבריטי והמשמעות היא הליך חדלות פירעון של אדם פרטי.
2. באנגלית אמריקאית – מדובר על עולם חדלות הפירעון בכלל, של פרטיים וחברות.
* **פרק 11 לחוק האמריקאי – reorganization:** ארגון מחדש של החברה, של המבנה – לא מדובר על שיקום. זה מקור ההשראה לעולם כולו, לא רק לישראל.

**חוק חדלות פירעון בישראל:**

**ס'1 לחוק** – סעיף מטרות החוק:

"חוק זה נועד להסדיר את פירעון חובותיו של חייב שהוא יחיד או תאגיד, הנמצא או העלול להימצא במצב של חדלות פירעון, במטרה –

(1)  להביא ככל האפשר **לשיקומו הכלכלי** של החייב;

(2)  **להשיא** את שיעור **החוב שייפרע לנושים**;

(3)  לקדם את **שילובו מחדש של חייב** שהוא **יחיד** במרקם החיים הכלכליים."

המחוקק מונה 3 מטרות, שהן בעצם 2, כי 1 ו3 מתלכדות:

מטרה ראשונה – מתמקדת בחייב. מטרה שנייה – מתמקדת בנושים.

* **ס'1(1)** – המחוקק מבקש אפשרות לסייע ולשקם את החייב. מדובר על כל החייבים באשר הם, אנשים פרטיים וחברות.
* **ס'1(2)** – מבקש לקדם פירעון ככל האפשר לטובת הנושה.

אין ספק שבין שתי המטרות שמונה המחוקק בתור היעדים של החוק קיים מתח מובנה, בעיקר כשמדובר על החייב הפרטי.

יחד עם זאת, ביחס לחייב התאגידי, ההבראה של החברה והשאת הפירעון הנושי לא בהכרח במתח זה עם זה, הם יכולים ללכת באופן הרמוני זה לצד זה.

**חדלות פירעון**

יש חייב, מולו יש נושים (יכולים להיות מגוונים, כמו רשות המיסים, מלווה, נותן שירותים וכו'), כאשר לחייב אין מסוגלות לפרוע את החוב.

סעיף ההגדרות, שבדרך כלל מופיע בתחילת החוק, מופיע בחוק חדלות פירעון בס'4, היות והסעיפים הראשונים הם:

1. **ס'1** - מטרת החוק
2. **ס'2** - הגדרת חדלות פירעון
3. **ס'3** – סעיף שקובע שמי שמתחיל בהליך חדלות פירעון נשאר כך עד סוף ההליך (לא סעיף חשוב לנו).

לפי האן, בספרו "דיני חדלות פירעון" - חדל"פ אינה מצב משפטי, אלא מצב **כלכלי** שהחייב נתון בו. ההתייחסות אל חייב כאל חדל"פ מעידה על מצבו הכלכלי העובדתי – אישיות משפטית שאינה יכולה לפרוע את חובותיה לנושיה."

הגדרה לפי **ס'2 לחוק**: "חדלות פירעון היא מצב כלכלי שבו חייב אינו יכול לשלם את חובותיו במועדם, בין אם מועד פירעונם הגיע ובין אם לאו, או שהתחייבויות החייב, לרבות התחייבויות עתידיות ומותנות שלו, עולות על שווי נכסיו".

מצב כלכלי – יש לבחון לפי מציאות כלכלית **2 מבחנים חלופיים**:

1. "במועדם" – **המבחן התזרימי**.
2. "נכסים מול התחייבויות "– **המבחן המאזני**.

**המבחן המאזני:**

אם המציאות אומרת שההתחייבויות של החייב הן יותר מסך הנכסים שלו, אז הוא ייחשב חדל פירעון. מכונה בשפה היום יומית – **המבחן המאזני**

הערה ראשונה – מושגית על המבחן המאזני:

לא לטעות מכאן ולהבין שאת המבחן הזה בוחנים על פי דוח המאזן שחברה מפרסמת אחת לתקופה. (חברה ציבורית-כל רבעון, מחויבת לפרסם את הדוח. חברה פרטית-חיבור דוח אחת לשנה, לא צריכה לפרסם).

לעתים המספרים שמופיעים בדוח המאזן הם לא בהכרח אחד לאחד הערך העדכני של הנכסים, לפעמים הערכים האלה הם ערכים היסטוריים. לדוג' חברה רכשה מגרש בX מיליון, שווי הנכס עלה ל2X והחברה עדיין מציגה אותו כX מיליון שקלים).

גם כשחברה מציגה במאזן בערך כלכלי עדכני – יש שיטות שונות להעריך שווי של נכסים וניתן לקבל בכל אחת מהן שווי שונה. לכן, מה שמופיע בדוח הוא חשוב לצורך תפעול שוטף בחברה, אבל הוא לא בהכרח מדויק. דוח המאזן כן יכול להוות נקודת מוצא לבחינת הנכסים, אבל לא נקודת הסיום.

מה שאני ארצה לבדוק בשורה התחתונה – אם מחר בבוקר אני ארצה למכור את כל הנכסים, האם יהיה לי כסף לשלם את כל ההתחייבויות? לכן, מבחינת המטרה, אופי הבחינה צריך להיות לפי ערכים עדכניים.

הערה שנייה:

כשאנחנו מדברים על המבחן המאזני, בשפה הפיננסית אנחנו קוראים לו NAV – ערך הנכסים נטו. ה"נאב" מהווה בעצם את ערך החברה.

אם הנכסים שווים 100 וההתחייבויות 80 – ה"נאב" שלי הוא חיובי.

הערה שלישית – רלוונטית לשני המבחנים:

יש אתגר גדול בבחינת יכולת פירעון לפי כל אחד משני המבחנים, במובן שזה לא מדע מדויק. ישנו קושי לקבוע מה שווי הנכסים (עיקר הקושי, היות ויש הערכות שונות), שווי התחייבויות, חוסר ודאות (לפעמים ממתינים להכנות עתידיות).

במבחן התזרימי המחוקק הוסיף את המילים "בין אם פירעונם הגיע ובין אם לאו" – כלומר התחייבויות שטרם הגיע מועד פירעונם. לדוג', אם בעוד חודשיים אני צריכה לשלם ריבית, כל חודש אני צריכה לשלם משכורות לעובדים וכו', במבחן התזרימי אצטרך להתייחס גם להתחייבויות אלה.

**מכאן תתעורר השאלה – כמה קדימה?** המחוקק לא קובע זמן. בנוסף גם אין פסיקה שקובעת את הזמן. כאמור, זה לא מדע מדויק, כי צופה פני עתיד זה בעיקר הערכות ולא ודאי.

נניח שעד עכשיו הצלחתי לשלם את החובות ופספסתי תשלום אחד, האם זה בפני עצמו מספיק כדי למתג אותי כחדל פירעון? או שמא זה צריך להיות מצבור של כמה אירועים, שמוכיח שזה לא עניין ספציפי רגעי, אלא מצב כלכלי כללי? – אין אמירה מפורשת בנושא.

ככלל, מדובר כנראה לא בעניין אחד בלבד, אלא התנהלות קצת יותר כללית.

איך מבססים את ההתנהגות הכללית? מצבור של סימנים מעידים:

* צופה פני עבר (אי תשלום בפועל): כמות תשלומים / על פני כמה זמן / מה היקף הסכומים ביחס להיקף הפעילות שלי וכדומה.
* צופה פני עתיד – התחייבויות צפויות לי / כמה הכנסות צפויות וכו'.

**המבחן התזרימי לקביעת חדלות פירעון (מבחן הנזילות):**

"... החייב **אינו יכול לשלם את חובותיו במועדם**, בין אם מועד פירעונם הגיע ובין אם לאו".

המבחן התזרימי מבקש לבחון אם יש לה יכולת פירעון / חדלת פירעון, גם לפי השאלה האם החברה מסוגלת לפרוע את החובות לנושים שלה במועדם.

"במועדם" – ממאפייניו המשפטיים המובהקים של כל חוב זה שהוא בעל לוח זמנים, חוב עומד לפירעון במועד מסוים. הזכאות של הנושה להיפרע היא זכאות לאותו מועד. לכן, אם במועד של פירעון חוב מבקש החייב מהנושה להמתין כי הוא מתקשה לפרוע במועד, גם אם מבחינת המאזן הנכסים שלו עולים על ההתחייבויות (יש "נאב" חיובי), הוא חדל פירעון תזרימי.

נבחן שני נתונים: (1) יתרה בבנק. (2) תחזית ריאלית להכנסות (בתקופה שניתן לבחון אותה), אל מול ההתחייבויות.

פס"ד בן ציון: מקרה של מנהל כללי של בנק ישראל-בריטניה, שהעביר כספים מהבנק לחברות שבשליטת "קבצת ויליאמס", לטענתו הוא לא גנב, כי הוא התכוון להחזיר. הוא הציג את הנכסים שלו וטען ששווי הנכסים עולה על ההתחייבויות, לכן הוא יוכל להחזיר. מנגד התקבלה הטענה שאמנם הנכסים שלו גבוהים, אבל חשבון הבנק שלו מוקפא ואין לו יכולת בפועל לפרוע את ההתחייבויות. זה פס"ד ישן, עוד טרם חקיקת הסעיף הקובע את המבחנים, שם השופט לינדוי בחן את העניין לפי המבחנים הללו וקבע שהחברה נמצאת בחדלות פירעון.

הערה: בחוק החברות יש את דיני חלוקת דיבידנדים (ס'302 לחוק החברות), הקובעים 2 מבחנים שאילו חברה מקיימת אותם היא רשאית לחלק דיבידנד, ואם היא לא מקיימת אותם, אסור לה לחלק דיבידנד. המבחן השני של החלוקה (והחשוב ביותר) – הוא **מבחן יכולת הפירעון.**

הניסוח של מבחן יכולת הפירעון בחוק החברות והתייחסות הפסיקה אליו:

"ובלבד שלא קיים חשש סביר שהחלוקה תמנע מן החברה את היכולת לעמוד בהתחייבויותיה הקיימות והצפויות, **בהגיע מועד קיומן**". – זה **המבחן התזרימי.**

מכאן שמבחן יכולת הפירעון בס'302 לחוק החברות – הוא חד משמעית מבחן תזרימי: "בהגיע מועד הקיום".

בסעיף זה כתוב "ההתחייבויות הקיימות והצפויות", בחוק חדלות פירעון כתוב "בין אם הגיע מועד הפירעון ובין אם לאו" – בנושא זה יש דמיון.

גם בחוק החברות – לא מופיע כמה לתוך העתיד בהקשר של המילה "צפויות".

בהקשר של דיבידנד היה פסק דין חשוב בנושא עמידה / אי עמידה במבחן יכולת הפירעון, **פס"ד בפרשת מלרד**. השאלה שעולה בפסק הדין – האם החברה שחילקה את הדיבדינד קיימה את התנאים בחוק?

הטענה הייתה שחלוקות 2 ו3 לא קיימו את מבחן יכולת הפירעון, זה גם מה שנפסק לבסוף.

כשהשופט ברנר מנתח את מבחן יכולת הפירעון הוא קובע שהחוק לא מגביל בזמן את נושא ההתחייבויות הצפויות, המחוקק בחר שלא לעשות כן ולכן זה אין סופי.

מכאן שיש לבחון את כל ההוצאות הצפויות של החברה, גם אם יש מועד פירעון בעוד 4.5 שנים ואתה יודע את זה באופן עובדתי (זאת לא הנחה), יש להתייחס אליו.

ברור שככל שבוחנים יותר רחוק לתוך העתיד, יכולת החיזוי יותר קשה, מבינים את זה ועדיין מבקשים להתייחס, גם אם זה ברמות הסתברות שונות.

הטענה של האן (בהקשר של דיבידנד) – זה קצת לא ריאלי, זה נטל קצת קשה מידי להרים, לכן הבקשה הייתה מעט לתחום את זה. כל אחד יכול לטעון שיש צורך בתקופה אחרת, זה לא מדע מדויק, אבל אפשר לבחון את הפרקטיקות. היות ובחברות ציבוריות בהקשרים אחרים, דרך דרישות של עולם ניירות הערך, עובדים עם חיזוי של שנתיים קדימה וחברות יודעות לעבוד עם זה, זאת הייתה הבקשה של האן, לבחון עד שנתיים קדימה.

אחריות דירקטורים: ברכיב של אחריות דירקטורים, בוחנים את זה בין היתר לפי השאלה האם החברה חדלת פירעון או לא. לכן צריך לבחון מבחן תזרימי, כמה תזרים? התחייבויות שגם טרם הגיע מועד קיומן. כמה קדימה? כאמור, לא ידוע. בהקשר של אחריות דירקטורים זה מאד לא פשוט.

ההקשרים שבהם אנחנו נתקלים במונח "חדלות פירעון":

1. **האם בשלה השעה לפתוח הליך משפטי מסוים** בעניינו של אותו חייב – תלויה בין השאר בשאלה האם הוא חדל פירעון.
* אם הוא חדל פירעון – יש מקום להיכנס להליך כזה (לא אומר שבהכרח נכנסים בו ברגע).
* אם הוא לא חדל פירעון – אין מקום להיכנס להליך כזה.

את התשובה לשאלה נקבל לפי המבחנים בחוק (לעיל).

1. **שאלת אחריות נושא משרה –** יש ס' אחריות של נושאי משרה גם בחוק חדלות פירעון (ס'288 לחוק חדלות פירעון, נלמד בהמשך). אחד מיסודות הסעיף מבחינת האחריות זה שמדובר בנושא משרה של חברה שהיא חדלת פירעון.
2. **סעיפי סמכות לנאמן** – ס'220 לחוק (נדון בהרחבה בהמשך). מדובר על בחינה בדיעבד של פעולות של החייב שנעשו טרם פתיחה בהליך חדלות פירעון, כאשר הטענה היא שהפעולות שבוצעו היו לא תקינות ועל כן יש צורך בסעד אזרחי (פיצוי/ביטול וכו').

**האם בשלה השעה לפתוח הליך משפטי מסוים בעניינו של אותו חייב:**

* חלק ב' של החוק - **ס'5** הוראות אופרטיביות בעניין הליכי חדלות פירעון שמתייחסות לחברות (פעם עוגן בפקודת החברות)
* חלק ג' – הליכי חדלות פירעון של אדם פרטי (פעם עוגן בפקודת פשיטת הרגל).

בהקשרים רבים יש חפיפה ביניהם, לכן נוכל למצוא בראשית חלק ג' של החוק הוראות חוק מקבילות לפרק ב' לחוק, רק שהפעם מדובר על חייב שהוא אדם פרטי.

מתי ניתן לפתוח בהליך משפטי בנושא של חדלות פירעון ועד כמה זה חשוב?

זה משמעותי להתמודדות בין נושים לחייב בהליכים טרם חדלות פירעון, לאחר חדלות פירעון וכו'.

זו שאלה סופר דרמטית בחייה של חברה, פוטנציאלית היא שאלה של להיות או לחדול.

גם נושה ינהל את המהלכים שלו לפי העדיפות הכלכלית, לא תמיד פתיחה בהליך של חדלות פירעון ישרת את האינטרסים שלו (נדון בהרחבה בהמשך).

מי יכול להתחיל בהליך?

ההליך עובר דרך ביהמ"ש, עם צווים של שופט, שפותח מסגרת שלמה שנקראת חדלות פירעון, שזה הליך שנמשך זמן רב. אז מי יכול להתחיל בהליך? כל אחד מהנושים והחייב בעצמו.

* היוזמה יכולה להתחיל מצד החברה עצמה (**ס'6+7 לחוק**) – לחברה יש זכות עמידה לפנות לביהמ"ש ולהגיש בקשה לפתוח בהליך. כדי לפתוח את ההליך צריך צו של בימ"ש, אתה מגיש בקשה ובימ"ש ידון בעניין.
* נושה (**ס'9+10** **לחוק**) – כל אחד מהנושים יכול לפנות לביהמ"ש ולפתוח הליך חדלות פירעון.

משמעות של פתיחת הליך חדלות פירעון:

יש להבין שעצם הגשת הבקשה, גם אם עוד לא ניתן צו, היא הדרמה (בעיקר בחברות בינוניות וגדולות) – תוך זמן קצר זה יפורסם בכלי התקשורת ולכותרת שהבקשה נדחתה כבר אף אחד לא שם לב, כולם זוכרים שהוגשה בקשה. עצם הידיעה שבכלל הוגשה בקשה יוצרת מבחינה מעשית בשוק שרשרת אירועים מאד שליליים כלפי החברה. עד כדי כך שחברות קוראות לזה מעין נבואה שמגשימה את עצמה, מספיק שאחד טען את זה וספקים שמגלים כבר לא רוצים לעבוד מולך.

לדוג' אתה מתמודד על מכרז, עוד לא התקבלה החלטה מי החוזה ופתאום כלפי חברה נפתח הליך חדלות פירעון, בשל כך היא עלולה לאבד את המכרז.

לכן, בהמשך יש סעיף שקובע שאם הוגשה בקשה בחוסר תו"ל וכו', יש סמכות לביהמ"ש לפסוק פיצויים נזיקיים מוגדלים נגש מגיש הבקשה – הרתעה מפני ניצול לרעה.

תנאים לפתיחת הליך חדלות פירעון:

* **בקשת נושה לפתיחת הליך חדל"פ – ס'9 לחוק:** החברה צריכה להיות חדלת פירעון.
* **בקשת חברה לפתיחת הליך חדל"פ – ס'7(א**):
1. התאגיד צריך להיות חדל"פ.
2. ההליך עצמו יעזור לתאגיד להימנע מחדל"פ. טיפול משפטי מונע – התמודדות עם הבעיה טרם הגיעה. כאן המחוקק מגלה קצת יותר גמישות לעומת הנושה, שם מחויב להראות שהחברה חדלת פירעון.

תנאים חלופיים – החברה יכולה להיות או חדל"פ או מנסה להימנע מחדל"פ.

הסיבה להבדל בין הנושה לחברה – החלק הזה מאפשר לביהמ"ש, אם וכאשר יכניס את החברה להליך חדל"פ, לנתב את החברה בתוך ההליך הזה למסלול של פירוק (חיסול החברה) / לנתב אותה למסלול של הבראה. שתי האפשרויות קיימות בתוך חלק ב'.

לכן, דווקא על רקע האפשרות של כניסה לתוך מסלול שיוביל להבראה של חברה, בא המחוקק ומגמיש בס'7 ומאפשר לבצע מהלכים משפטיים שיסייעו לחברה, מתוך הבנה שהליך שכזה יכול לשקם את חברה טרם הגעה לחדל"פ.

החברה רשאית לבקש פירוק / הבראה, לביהמ"ש יש את שיקול הדעת להחליט מה לבצע.

ריאלית, כשחברה תגיש בקשה לחדל"פ, לרוב זה יהיה עם בקשה למסלול שיביא להבראתה.

לעומת זאת, נושה, יותר שכיח שיגיש בקשה מתוך רצון לקבל את התשלום שלו, גם אם המשמעות היא של פירוק החברה. מבחינת החוק, נושה יכול לבקש גם מסלול של הבראה לחברה, אבל זה פחות שכיח בתחום.

בעיית פער המידע:

מבחינה משפטית, כדי שנושה יוכל לפתוח הליך לחברה, הוא צריך להראות שהחברה היא חדל"פ. איך הוא עושה את זה מבחינה פרקטית? זה אכן אתגר גדול, בנקודה הזו פעמים רבות יש פער ידע גדול בין המידע של החברה למידע של הנושה.

לדוג' נושה נתן הלוואה לחברה פרטית, מעוניין לפתוח הליך – הוא לא יודע מה סך הנכסים, ההתחייבויות שלה, המצב התזרימי וכו', הוא יודע כמה החברה חייבת לו אישית.

יש נושים חזקים שיותר קל להם לקבל מידע, לדוג' בנק שדורש מחברה דיווחים, פירוט על מצב ההכנסות וכו', כי זה חלק מחוזה ההלוואה.

יחד עם זאת, יש נושים אחרים, כגון ספקים/עובדים שלא יודעים מה המצב הכללי של החברה.

**ס'10** **פותר את בעיית פער המידע** – בנסיבות מסוימות המחוקק מקים "חזקת חדל"פ", שתעבוד לטובת הנושה.

מתי תחול חזקת חדל"פ – ככל והנושה מגיש דרישת תשלום של מעל 80 אלף ש"ח להסדרה תוך 30 יום, אזי הוא מודיע שבכוונתו לפתוח בהליך חדל"פ.

במידה וחלפו 30 ימים והחברה לא טיפלה בעניין – קמה לטובת הנושה חזקה שהחברה חדל"פ.

מבחינת החברה, לאחר פתיחת ההליך היא יכולה להביא ראיות לבימ"ש שאינה חדל"פ.

כדי שנושה יוכל להפעיל את ס'10 – הדרישה ההכרחית היא שמדובר על חוב שהוא דורש את תשלומו, כשעצם החוב איננו שנוי במחלוקת בתום לב בין הצדדים.

לדוג', סכסוכי משכיר שוכר, השוכר יטען שהיו תקלות שהמשכיר לא טיפל וכו', כלומר עצם הטענה לחוב שנויה במחלוקת. דבר שכזה צריך להתנהל בבירור חוזי בביהמ"ש, ס'10 לא מהווה קיצור דרך לתביעה חוזית.

מנגד, אם החברה לקחה הלוואה ולא החזירה במועד הקבוע בחוזה, החוב אינו שנוי במחלוקת ואז ניתן להפעיל את הסעיף.

**פס"ד IDB:**

מחזיר אותנו מס'9 לס'10, ס'9 קובע מתי אפשר להגיש בקשה, ס'10 קובע איך מגישים את הבקשה. **ס'9 ס"ק (ג)** – **בקשת נושה לפתיחה בהליך חדל"פ:** נושה יכול להגיש בקשה לפתוח לחברה הליך חדל"פ, בהתבסס על זה שהיא חדל"פ, אבל בהתקיים תנאים מסוימים (תנאים חליפיים):

1. התאגיד פועל במטרה **להונות** את נושיו.
2. התאגיד פועל **לגריעת נכס מנכסי התאגיד במטרה להבריח** אותו מנושיו;
3. התאגיד לא יוכל לפרוע את החוב, ובלבד **שמועד פירעון החוב חל בתוך שישה חודשים** ממועד הגשת הבקשה. בעצם הסעיף מצמצם את האפשרות של נושה לפתוח הליך של חדל"פ, גם אם הוכיח שהחברה חדל"פ.

הנושה גם לא יוכל לפעול לפי ס'10, היות וס'10 קובע שהנושה יכול לדרוש את הפירעון תוך 30 יום, אבל נושה שמועד הפירעון הוא רק בעוד חצי שנה, לא יכול להנות מחזקת חדל"פ של ס'10. זה חדש בחוק חדל"פ, השינוי נעשה כתוצאה מפס"ד IDB.

ההוראה בס'9(ג) וגם שאלת הגדרת חדלות פירעון בס'2, הן בעצם פוסט טראומה חקיקתית לפרשת IDB.

בIDB מי שהגיש את הבקשה לפתוח בהליך חדל"פ היו הנושים של החברה, מחזיקי איגרות חוב מסוימים. מועד הפירעון כלפיהם היה למעלה משנה אחרי זה, אבל הם אמרו שבעוד שנה החברה תדרדר עוד יותר ובכך הפגיעה שלהם גם תחמיר.

השאלה: האם החברה היא חדל"פ או לא.

* IDB לא הייתה חברה פעילה בפני עצמה, היא החזיקה במניות של מספר חברות, כמו כלל ביטוח, דיסקונט השקעות (דסק"ש), ודסק"ש החזיקה במניות של חברות רבות מתחתיה, שהן חברות תעשייתיות. ההכנסות של IDB היו פאסיביות דרך דיבידנדים בחברות בהן היא מחזיקה מניות.
* הטענה של הנושים הייתה שהחברה היא חדל"פ במובן מאזני, יש לה עודף התחייבויות על הנכסים, ולכן על ביהמ"ש לפתוח את ההליך.
* החברה מצידה מתנגדת להליך וטוענת שהיא לא חדל"פ, פתיחה בהליך רק תפגע באפשרות שלה לנהל עסקים.
* כל צד חימש את עצמו בחוות דעת כלכליות עם טענות סותרות, עם הפרש של כ2 מיליארד ש"ח ביניהן. נשאלת השאלה איך יכול להיות פער כזה בשתי חוות דעת? כאמור, שווי כלכלי זה לא מדע מדויק, זו הערכה כלכלית. יש הנחות יסוד שונות, מתודולוגיות שונות להערכת שווי כלכלי (מחיר בורסאי/שווי נכסים אחד לאחד/ היוון תזרים מזומנים וכו'), זו תורה של הערכות.
* השופט אורנשטיין מצביע על אינדיקציות למצבה של החברה:
1. אפשרות למכירת נכסים – היו כוונות כאלה בהיסטוריה של החברה, אבל זה לא התקדם בקלות.
2. דירוג אשראי – דירוג האשראי של החברה ירד בשנה האחרונה, זה אמנם לא אומר אוטומטית שהחברה היא חדל"פ, אבל זה מצביע על מגמה שלילית.

\*\*כאשר חברה מנפיקה אג"ח עושים לה דירוג אשראי בסוכנות חיצונית, שבוחן את טיב העסק של החברה ומדרג את ההתחייבויות שהחברה לקחה על עצמה כנגד האג"ח.

1. מכירות והפסד.

לסיכום, הסימנים בעיקר מראים קו שלילי של הפעילות הכלכלית. זה לא אומר חד משמעית שהחברה היא חדל"פ, אבל זה מקרב לשם.

* השופט אורנשטיין לא אומר בדיון הראשון שהחברה היא חדל"פ, מנגד הוא גם לא ממהר למחוק את התביעה על הסף, הוא מבקש לבצע בדיקה נוספת. בינתיים הוא מינה עורך דין שילווה את החברה ויחזור לביהמ"ש לאחר חודשיים עם בדיקה מעמיקה יותר. עד אז, כדי להתגבר על המרכיב הבעייתי של קרב הערכות השווי (שתיים שונות לחלוטין שצריך להכריע ביניהן), הש' יוצר מנגנון בו הוא מזמין הערכת שווי עצמאית מטעם ביהמ"ש.
* הדבר הייחודי במקרה זה הוא שהנושה הגיש בקשה להבראה, זה מאד חריג. בדרך כלל שנושה מגיש בקשה הוא מבקש פירוק, תוך הסתמכות על מה שנמצא היום בס'10 לחוק חדלות פירעון (שליחת מכתב וחוסר מענה תוך 30 יום). בבקשה הקלאסית הנושה לא מביא מעריכי שווי, הוא מוכיח שהגיע מועד התשלום ולא שילמו לו. זה לא היה הסיפור, מחזיקי החוב לא טענו לאי תשלום, 2 סיבות:
1. מועד הפירעון שלהם אפילו לא הגיע, לכן הם לא יכולים לטעון את הטענה של ה30 יום. מעבר למה שהם יכולים או לא, הם פעלו בתחכום. הם לא הגישו בקשה לפי פקודת החברות, אלא לפי ס'350 לחוק החברות לפתוח לחברה הליך הסדר.
2. בנוסף אמרו שאפשר לחלץ אותה ממשבר החובות, צריך למצוא תוכנית שתחלץ אותה והם מוכנים להציע את התוכנית להצעה. זאת אומרת הם כבר מצאו פתרון לחברה עוד כשהחברה מתכחשת לעצם העובדה שיש בעיה.
* הנושים טענו שלמרות שטרם הגיע מועד הפירעון, כבר כיום החברה היא **חדלת פירעון מאזנית**, לכן עד שהיא תגיע למועד הפירעון היא לא תוכל לפרוע את החוב. הם בעצם מצביעים על הבעיה ומבקשים לטפל בה כבר עכשיו, טרם תחמיר.
* ביהמ"ש לא משתכנע שהחברה היא בת פירעון. מה שקרה הוא שביהמ"ש קיבל בסוף את חוות הדעת העצמאית של פרופ' אמיר ברנע ובה יש שורה תחתונה משולבת:
1. מצד אחד קובע אמיר ברנע, מבחינה מאזנית החברה היא בת פירעון (שווי נכסים והתחייבויות).
2. מנגד, בוחן את מועדי התשלומים עתידיים וקובע שמבחינה **תזרימית** יש לה מזומן לשלם את כל ההתחייבויות שלה לשנה הקרובה (בסביבות המיליארד ש"ח), אבל לא את ההתחייבויות הצפויות בעוד למעלה משנה. הוא בחן גם את החברות מתחתיה ולא ראה תזרים צפוי גבוה. הדבר היחיד שיוכל לשפר את התזרים יהיה מכירת המניות בכלל ביטוח, ואז תוכל לשלם את ההתחייבויות גם בעוד שנה (הנכס שמלכתחילה התקשה למכור).

המהלך של IDB הותיר רושם רב על השוק ונותרו דעות חלוקות עליו, האם זה היה ראוי שבימ"ש יאפשר התנעת מהלך של הבראה (ולא פירוק), **שהחברה עצמה מתנגדת לו**.

עלו 2 הצעות חוק כריאקציה לפרשת לIDB:

1. **ס'9(ג) מועד פירעון עד חצי שנה כתנאי להגשת בקשה:**
2. נושה שהגיע מועד הפירעון כלפיו – יכול להגיש בקשה. למרות שנושה שהגיע מועד הפירעון כלפיו לרוב יפנה לס' 10 (שליחת מכתב התרעה ל30 יום).
3. נושא שלא הגיע מועד הפירעון כלפיו – יוכל להגיש בקשה ככל ומועד הפירעון הוא בעוד מתחת לחצי שנה.
* בעבר בס'350 נקבע שנושה שמועד הפירעון שלו הוא עתידי היה צריך להפקיד ערובה בביהמ"ש לשם הבקשה שלו, כדי שיהיה לו איזשהו סיכון כלכלי. היום ס'9 לחוק אומר אחרת, הוא כבר לא מאפשר להפקיד ערובה, קובע קו תוחם של חצי שנה קדימה.
* בוועדת חוקה, שאלו כאלה שלא התלהבו מהריאקציה לIDB – נניח שאני נושה שמועד הפירעון הוא עוד שנה, אבל אני יכול להוכיח בצורה בלתי שנויה במחלוקת שהחברה כבר היום היא חדל"פ מבחינה מאזנית, למה למנוע מהם את האפשרות לקבל סעד מביהמ"ש?
* התשובה של ייעוץ וחקיקה – תכניס סעיף לחוזה ההלוואה – סעיף העמדה לפירעון מיידי. "סעיף האצת התשלומים", שאם תנאי העמדת ההלוואה לא מתקיים הנושה יכול להעמיד את החברה לחדל"פ. בנוסף, תקבע הרבה תנאים, לדוג' ירידה של דירוג האשראי של החברה יגרום לפירעון מיידי. אכן עושים את זה לא מעט, אבל לא לכל הנושים יש ולא תמיד הם באמת מכסים את כל המקרים.
* המחוקק לא אוהב את הגישה המקלה מידי בפרשת IDB שמאפשרת לנושים רחוקים להגיש תביעות, אז חותכים את זה לחצי שנה.
1. **הגדרת המונח "חדל"פ" בס'2** – החקיקה הייתה בחוק החברות ושם נקבע שצריך להוכיח שהחברה היא חדל"פ, שביהמ"ש פירש לפני שנים כבחינה לפי מבחן תזרימי ומבחן מאזני (פס"ד בן ציון).
* בס'2 המחוקק הוריד את המבחן המאזני והשאיר רק את המבחן התזרימי, ברור שמה שהוביל לזה זה IDB. כל מה שעמד למחוקק מול העיניים זה שהנושה ביקש בקשת הבראה כשיש עוד כסף בחברה. מה שהם פספסו, זה שלרוב הנושה מבקש הליך של פירוק ולא של הבראה, לזה לא התייחסו.
* כך יצאה שבא המחוקק וקבע רק מבחן תזרימי, אם אין בעיה תזרימית זה לא נכון לאפשר לנושה לפנות לביהמ"ש.
* האן לא מסכים עם הגישה הזו, גורמים נוספים בוועדת החוקה היו שותפים לגישתו. התקיימו דיונים בוועדת חוקה, אבל בין לבין השופט אורנשטיין מוצא את ההזדמנות באור סיטי נדל"ן, בעניין ענבל אור, שהחברות שלה הפכו לחדל"פ (הן מבחינה תזרימית והן מבחינה מאזנית).
* **בפס"ד אור סיטי נדל"ן** השופט אורנשטיין קובע שלטעמו להשאיר רק את המבחן התזרימי זה צר מידי, יש צורך להשאיר את שני המבחנים.
* חברי הכנסת התעקשו להכניס גם את המבחן המאזני לחוק חדל"פ וזה אכן מה שקרה והפך את ס'2 למה שאנחנו מכירים היום. במקרה הזה האירוע של אידיביי לא השפיע ישירות, בניגוד לס'9 שנתן לאירוע משקל רב בקביעת תנאי מועד הפירעון.

**אחריות של נושא משרה בעת שהחברה היא חדל"פ**

החברה נמצאת חדל"פ לפי ס'2 מבחינת מצב כלכלי, אבל עדיין לא נמצאת בהליך בביהמ"ש. אם היא כבר נמצאת בביהמ"ש אז:

1. הם בכלל לא יקבלו החלטות בחברה.
2. יקבלו החלטות אבל במגבלות ההליך.

אנחנו מדברים על השלב בו נושאי משרה אכן מקבלים את ההחלטות בחברה, רק שמבחינה כלכלית החברה כרגע מצויה בחדל"פ.

**ס'288** ו**ס'290** הם הסעיפים המהותיים בחוק חדל"פ.

**ס'290:** קובע שנושא משרה שהיה שותף ביודעין למרמה יישא באחריות אישית. ב**ס'287** יש את ההגדרה למרמה – "ניהול בכוונה לרמות את הנושים".

**ס'290(1):** "יישא באחריות כתוצאה מנזקים שנגרמו במרמה" – יש כאן קשר סיבתי, לכן זה נזיקי, האחריות היא על הנזק הכלכלי שנגרם לחברה כתוצאה ממרמה שביצעה החברה כלפי הנושים. בדין הישן זה הופיע כס'373 לפק' החברות, שיסודו בדין האנגלי, שהטיל את האחריות במקרה של כוונה לרמות את הנושים.

השוני בין הסעיפים הוא ב3 היבטים (אחד תוקן עוד בתקופת 373):

1. **סנקציה פלילית** – ס'373 הטיל גם אחריות אזרחית נזיקים וגם סנקציה פלילית, עבירה שדינה מאסר עד שנה אחת. ס'290(1) הוריד את ההיבט הפלילי והשאיר את הסעיף בהקשר האזרחי בלבד.
2. **היקף הסעד** – ס'373 לא דרש סיבתיות בין ההתנהלות במרמה לבין היקף תשלום הפיצוי, הוא הותיר שיקול דעת רחב לביהמ"ש להשית על נושאי המשרה הנושאים באחריות של כל חובות החברה. זאת למרות שייתכן שלא כל החובות הן כתוצאה מהמרמה, לא נדרשה סיבתיות בין המרמה לבין היקף התשלום. זה סעד עצום ודרמטי להטיל, למרות שלא תמיד בתי המשפט עשו את זה.
3. **הגדרת האורגן –** בעבר הסעיף קבע שניהול עסק במרמה מטיל אחריות על הדירקטורים של החברה, רבות השנים תיקנו מדירקטור (כמו שזה כתוב באנגליה), ל"נושא משרה". זה תוקן עוד בתקופת חוק החברות בס'373.

**פסק דין ארנרייך**

* פסק הדין הכי קלאסי בעניין ס'290, או בגרסתו הקודמת ס'373, חברת "כוכב השומרון" נקלעה לקשיים כספיים ופירוק. בשלב מסוים בפירוק, מפרק החברה הגיש תביעה נגד אדון ארנרייך, שהיה אחד מהמנהלים בחברה טרם כניסתה לפירוק, בטענה שאופן הניהול שלו את החברה מנוגד לנורמה של ס'373, אופן הניהול שלו הוא בכוונה לרמות את נושי העסק ולכן הוא צריך לשלם פיצויים.
* אחת השאלות המאתגרות שביהמ"ש דן בהן – הדין מחיל אחריות כאשר יש כוונה לרמות את הנושים, אז **איך מוכיחים כוונה**? הרבה פעמים ביהמ"ש משתמש בחזקה – חזקה שאדם התכוון לתוצאות מעשיו. בפועל, הדרך הכי טובה להוכיח כוונה זה או איזה מסמך שמוכיח את הכוונה או שמישהו מודה על דוכן העדים, אבל אם אין את זה, קשה להוכיח כוונה.
* לארנרייך הייתה חברת תיווך נדל"ן פרטית שלו, "בית ונחלה", שתיווכה את העסקאות בין חברת נדל"ן (כוכב השומרון), לרוכשי הדירות.
* הוא ניהל את העסקאות בשלב בו כוכב השומרון הייתה כבר חדל"פ, היא כבר נמצאת בבעיות מול רוכשים עם אספקת הדירות, אבל עדיין ממשיכה לקחת על עצמה התחייבויות חדשות עם רוכשים חדשים. ספק גדול אם החברה תוכל לעמוד בהתחייבויות האלו וניתן להגיד שהיה ברור לו שבפועל הוא ידע שהיא לא תצליח. אז למה הוא עושה את זה? כי הוא מקבל דמי תיווך על כל חוזה דרך חברת "בית ונחלה".
* השופט מצא מבהיר שטובת ההנאה הכספית הזו כשלעצמה, מספיקה כדי לבסס מבחינת יסודות העניין, יסודות הוראת ס'373, את רכיב הכוונה. בעצם ביהמ"ש מסיק כוונת פגיעה בנושים כשטובת ההנאה האישית שלך משחקת תפקיד.
* **ס'254+256:** נשאלת השאלה למה היה צריך להשתמש בס'373, כאשר אנו יודעים שטובת הנאה היא אלמנט שהוא לב ליבה של חובת האמונים בדיני החברות – הימנעות מעניין אישי. מכאן שניתן לתבוע את ארנרייך דרך ס'254+256 לחוק החברות, הנוגעים לחובת אמונים. בתביעה דרך ס'254+256 לא צריך להוכיח כוונה, ניתן רק מכוח ניגוד העניינים לקבל סעד.
* אז למה צריך את ס'373? לדעת האן זה סעיף שנותר מההיסטוריה של הנציב הבריטי בא"י, מתקופת פקודת החברות שהתבססה על הדין האנגלי. חובת הזהירות והאמונים של נושא משרה לא התקיימו בדין ההיסטורי, הם נוספו לחוק הישראלי בתחילת שנות ה90'. לעומת זאת, המחוקק הבריטי כן מצא לנכון, כיוון שלא הייתה הוראה כללית, לייחד הוראה ספציפית לקונטקסט ספציפי שהוא מצא שהוא מאד רגיש ועדין.
* לדעת האן, משחוקקנו את חובת הזהירות ואת חובת האמונים בדיני חברות ושהן חלות על כל נושא משרה בכל חברה, בכל עת, בין אם היא חדל"פ או לא, סיטואציה כמו של אנררייך היא קלאסית ליפול לתוך חובת האמונים של חוק החברות. גם אם לא היה את ס'290 בחוק חדל"פ, יכולנו להגיע לאותה תוצאה גם מכוח ס'254-256 לפקודת החברות.
* יש שיגידו שיש הבדל, כי תביעה מכוח ס'373 מובלת על ידי נאמן, בפרוצדורה, סדרי הדין וכו'.
* אם זאת תהיה תביעה לפי חובת האמונים בדיני החברות – תדון בה זה המחלקה הכלכלית. הגשת תביעה לפי ס'290 לחוק חדלות פירעון – תדון בחלקת חדלות פירעון. לא מדובר באותם שופטים, לכן זה מעין משחק על ערכאה. האן לא משוכנע זה נדרש, כי לא פעם שופטי המחלקה לחדל"פ עמוסים מאד והם מעבירים את לביהמ"ש הכלכלי.
* הובלה על ידי נאמן - זמן התביעה זה כבר שיש הליך חדל"פ ורק על ידי הנאמן, חובת אמונים ניתן לתבוע גם כשהחברה לא בחדל"פ.

**ס'288:**

דומה לס'290, אבל לא זהה. ס'290 מדבר על ניהול העסק מתוך כוונה לרמות את הנושים, בין השאר באמצעות סיטואציה של ניגוד עניינים (מה שמזכיר את חובת האמונים). ס'288 יותר מזכיר את ס'252 בחוק החברות הדן בחובת הזהירות.

לפי ס'288 מוטלת חובה על דירקטור / מנכ"ל לנקוט אמצעים סבירים על מנת לצמצם את היקף החדל"פ. זה לא כדי למנוע חדל"פ, זה מצב נתון.

הרכיבים של **ס'288(א)**:

* דירקטור / מנהל כללי
* חדלות פירעון
* ידע / היה עליו לדעת
* לא נקט אמצעים סבירים לצמצום היקף החדל"פ.

המונחים "היה עליו לדעת" ו"סבירים" מיד מחזירים לפסד ועקנין, עוולת הרשלנות בדיני נזיקין, ומכאן לעוולת הזהירות בדיני החברות שמהווה ביטוי קונקרטי לעוולת הרשלנות.

היסטוריה:

* להבדיל מס'290, לא היה את הסעיף הזה בחקיקה הישנה, זהו סעיף חדש בחוק חדל"פ. מקור הסעיף הוא בחקיקה האנגלית העדכנית, לא החקיקה האנגלית המנדטורית. הסעיף האנגלי – "סחר לא ראוי", להבדיל מהסעיף הקודם לו שכותרתו "סחר במרמה", הגיע ב1986 בפעם הראשונה.
* היות והסעיף הועתק מאנגליה, בהצעת החוק מי שנקבע שחב באחריות כזו זה "דירקטור", בניגוד לס'290 שכבר עבר להגדרה של "נושא משרה". בוועדת החוקה נשאל למה רק דירקטור ולא גם מנכ"ל? כך נוסף לסעיף "דירקטור או מנהל כללי".
* מה הרציונל להכניס את הסעיף הזה למרות שיש את חובת הזהירות? כאמור, בניגוד לס'290, לא מדובר בסעיף היסטורי שנשאר בחקיקה, אלא בסעיף חדש.
* חובת הזהירות בס'252 בחוק החברות היא של נושא המשרה כלפי נזק שנגרם לחברה, בס'288(א) לחוק חדל"פ החובה היא כלפי הנושים – "אחריות לנזקים שנגרמו לנושים".
* כלומר, פונקציית המטרה שנושאי המשרה צריכים לדאוג לה בהקשר של הסעיף הזה – זה הנושים. בדיני החברות – טובת החברה.
* כשחברה היא חדל"פ מבחינה כלכלית, במקרים רבים השיקול מה היא טובת החברה והשיקול איך לא לגרום נזק לנושים, מתלכדים. יחד עם זאת, ייתכנו נסיבות בהן החברה היא חדל"פ וההחלטה שעומדת על הפרק – בשיקולי טובת החברה תוביל לתוצאה אחת, ובשיקולי טובת הנושים היא תוביל לתוצאה אחרת.
* האם עומדת הגנה של שיקול הדעת העסקי בס'288 – לקחנו את הסעיף מהחוק האנגלי, שיקול הדעת העסקי זו דוקטרינה אמריקאית, צריך לראות אם ניתן להחיל את הדוקטרינה האמריקאית על הסעיף האנגלי. אין לזה הלכה עדיין בביהמ"ש. האן במאמר שלו טען הציע 1 מ2:
* לבטל את הסעיף – חוסר הוודאות וכו' רק פוגעים, דיינו בחובת הזהירות של חוק החברות. טובת החברה זה לחשוב בסוף על כולם, על החברה ועל נושיה.
* איזון הסעיף עם כלל שיקול הדעת העסקי – יצאו נגדו המון אקדמאיים מאונ' אחרות.
* הייתה אמרת אגב בפסיקת בית המשפט העליון בעניין רוט (לא הלכה), בתביעה שעסקה בחלוקת דיבידנד. אגב הדברים, דן השופט מינץ בס'288 וקבע שראשית היא שונה מחובת הזהירות. שנית, הוא קובע שלא נכון יהיה להטיל את כלל שיקול הדעת העסקי על הנורמה הזו. הסיבה מבחינתו – המחוקק קבעה הגנות ספציפיות בס'288(ב), לכן אין מקום להוסיף בדרך פסיקתית עוד הגנה של שיקול הדעת העסקי.

החובה שבעצם מוטלת **בס'288** על הדירקטורים ועל המנכ"ל, הגם שהיא נשמעת לנו אינטואיטיבית כחובה שמהווה ביטוי קונקרטי לחובת הזהירות בדיני חברות, אבל בבחינה שנייה האן הבין שיש הבדל בין השתיים.

* החובה בס'288 היא כלפי הנושים, בעוד שחובת הזהירות בדיני החברות היא כלפי החברה. אין בהכרח חפיפה מלאה בין טובתה של החברה ככזו, לבין טובתם של הנושים (למרות שיכולות להיות נסיבות שהן יחפפו).
* במאמר שלו, האן מביא דוגמה מספרית כדי לחדד את ההבחנה בין שני הסעיפים:
* נניח שיש לנו חברה שהיא חדל"פ מבחינה מאזנית, הנאב שלה שלילי, נאב שלילי של 500 (עודף התחייבויות על נכסים 500). החברה עדיין לא בהליך חדל"פ, היא רק חדל"פ מבחינה מאזנית.
* הדירקטוריון מתכנס והוא בוחן הצעה עסקית כזו או אחרת, בעת הבחינה וההערכות המקצועיות, בסוף מגיעים לכך שלעסקה הזאת יש 50 אחוז סיכוי להניב לחברה רווח של 2000. מנגד, יש 50 אחוז סיכון שזה עשוי להסב לה הפסד של 600.
* **כשהדירק' בוחן את טובת חברה** – מחד 50% ל+2000, מנגד 50% ל-600. התוחלת של העסקה היא 50%\*2000 + 50%\*600- = 1000 + -300 = 700. התוחלת הכללית של החברה יוצאת פלוס 700 ועל כן היא יכולה לקדם את העסקה.
* **מהצד של טובת הנושים** – המקסימום שהנושים יכולים לקבל זה 500, כי זה החוב שמגיע להם. לכן, התוספת הערך המקסימלית של הנושים היא 500, רווח של 2000 לא רלוונטי עבורם. לכן החישוב של הנושים הוא: 50%\*500 + 50%\*-600 = -50. הנושים נמצאים בתוחלת כללית שלילית.
* לאור כל האמור, **ס'288** עומד בפני עצמו, הוא אמנם דומה לחובת הזהירות אבל זאת **נורמה אחרת.**
* מכאן ש3 חובות חלות על דירקטורים בעת שהחברה בחדל"פ:
1. חובת הזהירות לפי חוק החברות.
2. חובת האמונים לפי חוק החברות.
3. ס'288 לחוק חדל"פ.

מה יגבר? לא ידוע, עדיין לא ניתנה על זה תשובה בפסיקה הישראלית. האן גורס שכנראה ס'288 יגבור, היות והוא הספציפי יותר (זה גם מה שקרה באנגליה).

אז אמרנו שהחובה היא על נזק שנגרם הנושים, אבל מצד שני בס'288 כתוב שהדירקטור אחראי על הנזקים שנגרמו כלפי הנושים. בשביל להבין את זה, נחזור לס'290. בס'290 כתוב – "לנזקים שנגרמו לתאגיד ככזה".

מה היא הנורמה הפסולה בס'290? "ניהול העסק במרמה" – יש הגדרה בס'287, "מתוך כוונה לרמות את הנושים". אז ההתנהלות היא התנהלות שבה מרמים את הנושים, אבל אתה אחראי על הנזק שנגרם לתאגיד. מה ההיגיון? לדעת האן אין, פשוט ניסוח גרוע.

ס'288 בדיוק הפוך – אתה אחראי לנזק שנגרם לנושים, אבל אתה אחראי לנזק כלפי התאגיד.

הסיבה היא ככל הנראה שהעתיקו את הסעיפים מאנגליה ולכן הניסוח מסורבל.

כאמור, ס'288 בעבר היה ס'373 לפקודת החברות. בנוסח המקורי בפקודת החברות, מי שהיה לו הזכות להגיש תביעה על בסיס ס'373 לפקודת החברות – היה המפרק וכן כל אחד מהנושים כשלעצמו. מאד נדיר שנושה כשלעצמו יגיש תביעה כזו, מעל 95% מהתביעות מוגשות על ידי המפרק (היום קוראים לזה נאמן), אבל עדיין הנושה יכול פוטנציאלית.

בשלב החקיקה, האן אמר שצריך להוריד מס'290 וס'288 יכולת תביעה של כל נושה ספציפי. לדעתו, כשכל נושה כשלעצמו יגיש תביעה לבדו, זה פתח לבלגן, לכן צריך שחקן מרכז וקיים שחקן כזה – הנאמן/מפרק.

בפועל זה מה שנעשה, הגורם היחיד שיכול להגיש תביעה מכוח ס'288+290 הוא הנאמן, מה שעוד יותר מעקר מתוכן את החובה "כלפי החברה".

**ס'288 ס"ק ב'** – מצמצם את החשיפה לאחריות מצד הדירקטורים, הוא מציע 3 דרכים שניתן לנקוט בהן – אם הדירקטור / מנכ"ל ינקטו באחת מ3, אז חזקה לטובתם שהם נקטו את האמצעים הסבירים לצמצום היקף החדל"פ.

האמצעים:

1. קבלת סיוע מגורמים המתחמים בשיקום התאגיד – כלכלן/משפטן מומחה בתחום.
2. ניהול משא ומתן עם נושי התאגיד כדי להגיע עמם להסדר חוב – במטרה לגבש הסדר חוב מקיף עם כל הנושים.
3. פתיחה בהליכי חדל"פ – הדירקטוריון בעצמו פונה לביהמ"ש ומבקש לפתוח הליך. זה אמצעי דיי קיצוני, ברגע שנכנסים לביהמ"ש כל המשחק משתנה, לפי האן עדיף שזאת תהיה החלופה האחרונה להשתמש בה. אם החברה תיקח יועץ להתייעץ איתו בהליכי חדל"פ, רק מעצם זה הם עונים על החלופה הראשונה. אם היועץ יגיד שהם צריכים חדל"פ, לא תהיה להם ברירה, אבל לא בטוח שהוא יעשה את זה ולכן עדיף לבחון היתכנות אחרת.

**השופט מינץ באמרת אגב בפס"ד ברוט**:

פס"ד ברוט נוגע לדיסקונט השקעות (דסק"ש) – בקשה לתביעה נגזרת על רקע חלוקת דיבידנד בחברה, אחריות דירקטורים.

רוב הדיון היה על האם יש עילת תביעה או לא בסוגיית הדיבידנד.

תזכורת – בדיבידנד האינטרס המוגן האולטימטיבי הוא נושי החברה.

מכיוון שבדיבידנד הדיון נוגע לנושים, השופט מינץ מצא לנכון אגב הדיון באחריות נושא משרה לערבב גם אמרת אגב שלא נדרשה לגופה, ביחס **לאחריות נוספת שקיימת לנושאי משרה בהקשר של נושים – ס'288 לחוק חדל"פ**.

הש' מינץ דן בשאלה הנוגעת לאחריות מנכ"ל ודירקטורים לפי ס'288, האם נכון וראוי להפעיל לטובתם גם את הגנת כלל שיקול הדעת העסקי, כמו שלמדנו אותה בהקשר של חובות נושאי משרה בחוק החברות.

תזכורת – כלל שיקול הדעת העסקי מרים נטל ראייה גבוה לתובע, בהתקיים התנאים להפעלת התנאי.

הש' מינץ באמרת אגב, גורס כי אין מקום להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי והסיבה שלו היא לא אנליטית, היא מאד פשוטה. לפי הש', המחוקק קבע בס"ק ב' 3 דרכים שבהן הם יכולים להגן על עצמם, זה לא התפקיד שלו כשופט להוסיף הגנות נוספות על מה שציין במפורש המחוקק. מדובר בתפיסה פרשנית, עד כמה יכול השופט להוסיף על מה שקבע המחוקק.

מול חובת הזהירות והאמונים אין הגנות סטטוטוריות – אין חזקה כמו בחוק חדל"פ. בוואקום כזה, מצאה לנכון הפסיקה (כמו הפסיקה בארה"ב), לאזן בין האחריות והחובה המוטלת על נושאי משרה על צד אחד, באמצעות פיתוח כלל הגנה יציר הפסיקה.

במקום שהמחוקק טרח וציין הגנות במפורש – לא נדרש ביהמ"ש להוסיף עוד, לכן אין מקום להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי בהקשר זה.

האן סובר שזה יהיה הקו בפסיקה כשהנושא יעלה לדיון.

**ס'288 ס"ק (ג):** "על אף האמור בסעיפים 259 ו-260 לחוק החברות, חברה אינה רשאית לפטור דירקטור או מנהל כללי מאחריותו לפי סעיף זה או לקבוע הוראה בתקנונה המאפשרת לשפות דירקטור או מנהל כללי בשל הפרת חובתו לפי סעיף קטן (א)".

לפי ס'288 ס"ק (ג) – **לא ניתן לפטור / לשפות** דירקטור או מנכ"ל מהאחריות. מה שניתן לעשות זה ביטוח. כלומר, פוליסת ביטוח שמכסה את אחריות נושאי המשרה בהקשרים שונים, מכסה גם אחריות לפי ס'288.

**ס'259 ס"ק (א) לחוק החברות** – הוא הסעיף שקובע שחברה רשאית בתקנונה להורות על פטור לנושא המשרה מאחריות לפי חובת הזהירות (פטור מראש/בדיעבד).

**ס'259 ס"ק (ב)** – קובע שעל אף האמור בס"ק (א), חברה אינה יכולה לפטור מחובת הזהירות בגין חלוקת דיבידנד אסורה. על זה, הפטור, גם אם יהיו בתקנון לא יחול (ביטוח כן).

הסיבה לזה שניתן ביטוח ולא ניתן פטור – פטור נותנים בעלי המניות באסיפה הכללית. לעומת זאת, הדין של חלוקת דיבידנד בא להגן על הנושים מפני דברים שיכולים להטיב עם בעל המניות. אז מה פתאום שבעל המניות יהיה נדיב ויפטור את נושא המשרה מאחריות, למהלך שבא בסופו של דבר לפגוע בנושים?

אם מדובר בנזק שפוגע בבעלי המניות עצמם, יש להם סמכות לפטור מזה.

אבל אם מדובר על נזק שלא מזיק לחברה, אלא אולי אפילו מטיב לבעלי המניות, לא יכולה להיות לך סמכות לפטור את זה.

אם כבר למישהו אמורה להיות סמכות לפטור אותם מזה, זה הנושים עצמם.

לכן **ס'259(ב)** לא מאפשר פטור תקנוני על חלוקה.

בעצם זה גם מה שאומר **ס'288(ג)** – הנורמה באה לשמור על אינטרס הנושים, לכן לא הגיוני שתהיה לבעלי המניות סמכות לפטור מזה.

למה ביטוח כן? כי זה כיס עמוק, זה צד שלישי – אם יש ביטוח, גם הנושים יהיו מרוצים כי יהיה להם מקור לקבל את התשלום על החוב שמגיע להם.

**הקפאת / עיכוב הליכים**

היום לשון החוק מדברת על "הקפאה", אבל בין אם אומרים הקפאת הליכים או עיכוב הליכים, הכוונה היא אותו דבר.

הנושא עוסק במה עושה הנושה מהרגע שכבר החברה נכנסה להליך חדל"פ.

לאחר הבקשה לפתיחת הליך חדל"פ (בעל החברה/נושה), ביהמ"ש צריך להוציא צו לפתיחת הליך.

אם אדם פרטי מגיש את הבקשה, יכול לתת את הצו אחד מ3 גורמים (במאמר מוסגר, לא למבחן):

1. רשם ההוצאה לפועל – אם היקף חובותיו הכולל של החייב הוא עד 150 אלף שקלים, כל ההליך מתנהל במערכת ההוצל"פ.
2. אם מדובר בחייב שהיקף חובותיו מעל 150 אלף שקלים והוא הגיש בקשה לפתוח לעצמו הליך חדל"פ, הוא מגיש בקשה לממונה על חדל"פ והממונה מוציא את הצו.
3. אם נושה הגיש בקשה – יכול להיות שהדיון יהיה בביהמ"ש השלום.

ברגע שביהמ"ש/הממונה נתן צו לפתיחת הליך חדל"פ יש מספר שינויים משמעותיים:

1. עיכוב הליכים.
2. מינוי נאמן.

עיכוב הליכים:

מונע מנושה לנקוט צעדי אכיפה / תביעות משפטיות. הנושה לא יכול לפתוח תביעות חדשות או לנקוט צעדי אכיפה, כל מה שהוא עשה לפני פתיחת ההליך (מכתבים מעורכי דין וכדומה), הוא לא יכול להמשיך לעשות אחרי פתיחת ההליך.

נניח שיש תביעה עומדת בבית הדין לעבודה בין עובד לחברה שהעסיקה אותו. ברגע שיש צו פתיחת הליכי חדל"פ בעניין אותה חברה, התביעה של העובד בבית הדין לעבודה מאותו רגע נעצרת. התביעה לא יכולה להתנהל, אלא אם כן ביהמ"ש של חדל"פ (אותו בימ"ש שנתן את צו פתיחת ההליכים), נותן אישור להמשך ההליך. הרבה פעם ביהמ"ש יתן, אבל אין יכולת להמשיך לנהל איזשהו מהלך משפטי , בכל ערכאה שהיא, מול החייב שנפתח בעניינו הליך חדל"פ, מבלי שיש אישור של ביהמ"ש של חדל"פ.

ביהמ"ש של חדל"פ הופך להיות שחקן מרכז, מוקד כוללני לכל מה שקורה בעניינו של החייב.

עקרונית, לא ניתן אפילו להמשיך לנהל דיון בביהמ"ש העליון, למרות שזאת ערכאה יותר גבוהה, עדיין יצטרכו את האישור של ביהמ"ש המחוזי.

לסיכום, המשמעות של עיכוב הליכים זה בעצם צו מניעה רוחבי שניתן כלפי כל הנושים – שאינם יכולים לפעול באופן עצמאי יותר מול החייב, אלא כקבוצה של כל הנושים.

**ס'25+29 לחוק חדל"פ:**

* **ס'25** – התוצאות המשפטיות של צו פתיחת הליכים שנותן ביהמ"ש. בין כל מה שמונה הסעיף, הוא מציין שיעוכבו כל ההליכים.
* **ס'29** – נותן את הפירוט למשמעות של עיכוב ההליכים.

זה דבר דרמטי, כי הוא משנה את מאזן הכוחות והשאלה היא למה זה נדרש.

זה משנה את מאזן הכוחות כי נושה בעצם כבר לא יכול לפעול בפני עצמו (אם בהוצל"פ / ביהמ"ש / מימוש שיעבוד).

הסיבה לזה בעצם:

רצון לשלול "כל דאלים גבר" – לא כל הקודם זוכה ולא כל מי שחזק גובר, אלא מכיוון שיש לאותו חייב נושים שונים, הוא במצב כלכלי של חדל"פ (חוסר מסוגלות להתמודד עם כולם), יש צורך בגורם חיצוני שינהל הסתכלות מערכתית.

המציאות של חדל"פ באיזשהו מקום יוצרת מצב של "משחק סכום אפס" – מה שאתה מקבל, נשאר לי פחות ומה שאני מקבל נשאר לך פחות.

יש נושים שונים, לכל אחד מגיע, אחד לפי הפרת חוזה ואחד לפי מיסים ואחד דיני עבודה, בנסיבות שאין מספיק לכולם לאפשר אכיפה אינדיבידואליסטית שאחד לא יודע מהשני, וגם הערכאות השיפוטיות לא יודעת אחת על השנייה, מונעת אופציה להסתכלות מערכתית – לכן יש את ביהמ"ש לחדל"פ.

כדי שיהיה אפשר להסתכל בתמונה כוללת, קודם כל צריך להגיד לכולם – עצרו.

יש סדר פירעון בין נושים (נלמד בהמשך), אבל אם אין לך צו מניעה לעולם לא תוכל להגשים את הסדר הזה. ניתן לעשות אותו רק כשכולם בהולד ואתה פורע להם את החוב בצורה מבוקרת.

זה מה שבא עיכוב ההליכים להגשים – למנוע את ההתנפלות, להגיד יש סדר לנושים לפי הדין ולפי הסדר הזה הם ייפרעו, לא לפי מי הגיע קודם.

אז מה האינטרס של נושה להגיש בקשה לחדל"פ?

הרי אם הוא לא מגיש בקשה ואין צו פתיחת הליכים, אז אין עיכוב הליכים ולכן הוא יכול לגבות מהחברה באמצעים שעומדים ברשותו.

כאשר נושה מגיש את הבקשה ומביא לצו פתיחת הליכים, כשהתוצאה שלה לפי **ס'25** זה שיינתן עיכוב הליכים רוחבי כלפי כל הנושים, זה גם כלפיו וכעת הוא לא יכול לגבות כמו שהוא יכל לגבות אתמול. אז למה לו לנקוט בצעד כזה?

מכאן שייתכן שנושה חזק, לא בהכרח ימהר לפתוח בהליך לחדל"פ. מנגד, אולי דווקא נושה חלש יהיה זה שיגיש, כדי לעצור את החזקים. במציאות זה מה שקורה, הרבה פעמים לא נראה בנק גדול הולך להגיש בקשת חדל"פ כלפי חברה. זה קורה לפעמים, לרוב בגלל שהבנק התעצבן על ההתנהלות של החברה. כאמור, הדבר השני שעושה **ס'25**, זה גם למנות נאמן והוא בעצם יחליף את ההנהלה של החברה.

הרבה פעמים **דווקא עובדים של החברה** הם אלה שמגישים בקשה לפתיחת הליך, על שכר שלא שולם להם וכו'. מובן שהם נושים פחות חזקים מאחרים, בנוסף יש להם תמריץ דרך ביטוח לאומי (נלמד בהמשך).

**ס'29 לחוק חדל"פ –** הקפאת הליכים נגד התאגיד.

**ס'29(2)** – הלשון של ס'29(1) נוקטת המון ב"לא ניתן". ס'29(2) מאפשר לנושה שמגובה בשעבוד על נכס לממש את הנכס המשועבד לפי פרק ו' לחלק ד' של החוק. זאת אומרת הוא לא אומר "לא", הוא גם לא אומר "כן", הוא מפנה לכללים ספציפיים.

**פרק ו' חלק ד' – ס'245 לחוק:** מתייחס לנקודה האם נושה שמובטח בשעבוד רשאי לנקוט בהליכי גבייה למימוש הנכס המשועבד, עת שהחייב מצוי בהליכי חדל"פ. לפי ס' זה, הנושה לא רשאי – זאת אומרת שהקפאת הליכים עוצרת גם את הנושה עם השעבוד.

אז למה **ס'29(2)** פשוט לא כתב שלא ניתן לממש נכס משועבד?

הוא לא אומר לא ניתן, הוא אומר תעשה כאמור שם.

**בס'245** כתוב שיש הקפאת הליכים לנושה מובטח רק במקרה בו ביהמ"ש נתן **צו הליך חדל"פ לכיוון הבראה**. מתוך מה שלא כתוב, אנחנו מבינים שאם ביהמ"ש נתן צו לחדל"פ בשביל פירוק החברה, אז **ס'245** לא עוצר את הנושה המבוטח. לכן ס'29(2) לא אמר את זה בצורה נחרצת כמו אצל כל האחרים, כי כל נושה אחר שאינו מבוטח לא יכול לאכוף/לגבות בין אם מדובר בהליך להבראה או הליך לפירוט.

למה מאפשרים לנושה מבוטח תנאים מקלים בגביית החוב?

בגדול, לפי סדר הדין נושה שמובטח בשעבוד יהיה ראשון להיפרע, לפני נושים אחרים.

דוגמה: אם ביהמ"ש הלך לפירוק – יש הקפאת הליכים (עוצר את כל הנושים, נניח שגם הנושה המובטח) -> בא הנושה המבוטח וגורס כי הוא הראשון בתור -> ביהמ"ש שולח אותו צעד אחורה. אם הוא ממילא מקבל ראשון, זאת אומרת שנושים אחרים לא יקבלו לפניו בכל מקרה, אז למה עוצרים אותו? זה בדיוק הרעיון.

אם נושה מובטח ממילא ראשון בסדר מעל כל נושה אחר והרעיון באמצעי של הקפאת הליכים זה לאפשר להיפרע לפי הסדר, אין טעם לעצור אותו באופן מלאכותי.

כל זה נכון למצב של **פירוק.**

כשאנחנו מדברים על **הבראה**, יש שיקולים נוספים.

הקפאת ההליכים בהבראה באה להגשים 2 תכליות:

1. לאפשר לפרוע על פי סדר ולא באופן בלתי מבוקר ופרוץ (מה שדיברנו עד כה).
2. באה לידי ביטוי רק בהבראה ולא בפירוק – לאפשר את **הבראת החברה.**

על מנת לאפשר את הבראת החברה לא ניתן לכרסם בנכסיה (שבאמצעותם אפשר לייצב את החברה), לכן מקפיאים גם את הנושה המובטח.

יכול להיות מצב בו הנושה יגיד שהנכס לא אמצעי חשוב לייצוב החברה, את זה יקבע ביהמ"ש לחדל"פ. כל נושה יכול לבקש לפי החריגים אישור להמשך ניהול התביעה, אם אכן ביהמ"ש התרשם שהנכס המשועבד איננו חיוני להבראת החברה, הוא יאפשר לממש את הנכס המשועבד.

**ס'30 לחוק –** מתייחס לאפשרות שהקפאת ההליכים תורחב ותוחל גם להגנה על צדדים שלישיים.

כעקרון, הקפאת ההליכים היא ביחס לאישיות המשפטית של החייב עצמו, לפיה נושים לא יכולים לתקוף את הרכוש של אותו חייב לפי שעה. ס'30 אומר שבנסיבות מסוימות, בשיקול דעת של ביהמ"ש לאחר בקשה קונקרטית, לביהמ"ש לחדל"פ יש סמכות להחיל את תחולת הקפאת ההליכים בנוסף לחייב על צד שלישי מסוים.

החוק מאד ברור מתי ניתן להרחיב כלפי צדדים שלישיים – **בהבראה בלבד.**

מי אלה הצדדים השלישיים האלה?

* לדוג' – חברה נכנסת להליך של הבראה, היא צריכה לייצב את העסק ותוך כדי זה היא גם צריכה לנהל מו"מ עם הנושים כדי להגיע לתוכנית מוסכמת (זאת ההבראה), לאופן פירעון שיתנהל מתוך חברה פעילה בהמשך. זה לא דבר שקורה בן יום, זה משא ומתן שמתנהל תוך כדי ההליך.
* בשביל לנהל את המו"מ הזה, לעתים צריך נושאי משרה בחברה (מנכ"ל/סמנכ"ל כספים וכו'). נושאי המשרה האלו לא יכולים לנהל משא ומתן תוך כדי תביעות אישיות כלפיו (הפרת חובת זהירות/אמונים), כי הם יהיו עסוקים מידי בטרדות של עצמם.
* לכן, החוק מאפשר להחיל את הקפאת ההליכים להגנה גם על נושאי המשרה מלבד החברה, על מנת שיהיו פנויים למאמצי ההבראה.
* דוג' נוספת – פחות שכיחה, הייתה בעניין ה**מרכז הרפואי הדסה**. לפני כמה שנים בית החולים הדסה נקלע לקשיים כלכליים, אף אחד לא רצה לסגור את הדסה כי אז לא יהיה מענה רפואי לכל אזור ירושלים והסביבה.
* הדסה הייתה בתהליך חדל"פ (בסוף יצאה ממנו באמצעות תקציבים ממשלתיים).
* בעת פתיחת ההליך התברר שהגיבוי הכספי לתביעות נגד הצוות הרפואי (רשלנות וכו'), הייתה בנויה כך שהייתה פוליסת ביטוח שכיסתה וגיבתה תביעות שהצוות הרפואי שיתבע.
* אבל פוליסת הביטוח שהדסה רכשה, הייתה מ5 מיליון שקלים ומעלה, זאת אומרת שעל הסכום הראשוני, עד ה5 מיליון ש"ח לא היה ביטוי. כלומר, הסכומים הראשוניים משולמים על ידי הדסה. ביה"ח ישפה את הרופא וישלם במקומו, הוא הכיס העמוק. אבל כעת, כשביה"ח חדל"פ, הוא לא כיס עצמו בעצמו.
* בד"כ תובעים גם את הרופא וגם את ביה"ח, כעת את ביה"ח לא ניתן לתבוע בגלל הקפאת ההליכים, אז יתבעו רק את הצוות הרפואי. אבל כשהם יחויבו, הם ירצו לקבל שיפוי מביה"ח, אבל הם לא יוכלו לקבל, הם יצטרכו להיות חלק מהנושים.
* זאת אומרת החשיפה של הצוות הרפואי עלתה בגלל המציאות של החדל"פ. הוא הבין שאם הוא ימשיך לתת טיפולים ויתבע בעתיד, אין מי שיגבה אותו.
* הצוות הרפואי הפסיק לתת טיפולים חודרניים שיש להם בסיס גדול לתביעה נזיקית.
* אם הצוות הרפואי לא מספק שירותים, נגמרה ההבראה של ביה"ח מלכתחילה.
* ביה"ח פנה לשופט מינץ, הציג לו את הנושא וביקש **להפעיל את סמכותו ושירחיב את הקפאת ההליכים**, כך שהיא **תגן גם על הצוותים הרפואיים כצד שלישי**, בנוסף לביה"ח עצמו, עד שיסתיים הליך ההבראה.
* למעלה מן הצורך, יצוין כי כל מי שיש לו תביעת רשלנות רפואית כנגד הצוות הרפואי באותו זמן לא מאבד את הזכות שלו, פשוט הוא יוכל לפעול רק לאחר הסרת הקפאת ההליכים.
* השופט מינץ קיבל את הבקשה הזו, הוא נתן צו להקפאת ההליכים גם כלפי הצוות הרפואי.

שאלה שמתעוררת לא פעם בהקשר של הקפאת הליכים – **האם גם רשויות המדינה כפופות להקפאת ההליכים?**

פעמים רבות, כשחייב נקלע להליך חדל"פ, חלק מהגורמים שמצויים איתו באינטראקציה זה רשויות שלטון (ארנונה/ רשם הקבלנים/ מיסים/ מע"מ/ רשות התחרות וכו'). האם צו הקפאת הליכים קושר גם את ידי רשויות המדינה? כאמור, על ביהמ"ש הצו כן חל, בימ"ש לא יוכל להמשיך הליך משפטי ללא אישור של ביהמ"ש לחדל"פ.

האינטראקציות של רשויות המדינה מול החייב יכולות להיות במגוון תחומים, בין אם כנושה, כרגולטור של תחום מסוים ואף כמאשימה בדין הפלילי.

* **בפן המנהלי:**
* דוג' נוספת, החברה נאשמת בפלילים, הוגש כתב אישום נגד החברה, האם המדינה רשאית להמשיך לנהל כמאשימה הליך פלילי נגדה?
* רשות התחרות מבקשת לאכוף נגד החברה סנקציות מסוימות / קנסות מסוימים, עקב טענות שהיא פעלה בצורה שאינה מקיימת את הוראות חוק התחרות (הסדר כובל / מונופול וכו'). ברור שהטלת סנקציה כזו ברמה המנהלית זה עוד נטל כלכלי על החברה, האם לאפשר את זה כרגע?
* **פס"ד רשם הקבלנים** – מעלה שאלה של מה קורה כאשר הרשות הממשלתית מבקשת להפעיל סמכות כלפי חברה חייבת על פי דין מנהלי, אבל החברה טוענת שאם זה יופעל אז זה יפגע ביכולת ההבראה שלה.

רקע: רשם הקבלנים מבקש להוריד את הסיווג הקבלני של אותה חברה שנקלעה לחדל"פ. הפחתת סיווג קבלני – משמעה להוריד "ליגה" את אותה, כך שהיא מעכשיו תוכל לעסוק בפרויקטים קבלניים בהיקפים נמוכים יותר. האם לאפשר לרשם הקבלנים לאכוף כלפיהם?

נשאלה השאלה מה עומד מאחורי הפעלת הסמכות של הרשות השלטונית? במקרה דנן, החשש היה שהחברה לא תוכל לעמוד ברמה הבטיחותית הנדרשת לבנייה ולכן רשם הקבלנים ביקש להוריד לה את הדירוג.

נפסק: החברה לא עומדת בסטנדרטים של בטיחות, לכן אין לאפשר פגיעה בציבור רק בגלל שהחברה בקשיים כספיים, אין מקום לשלול ולהשהות את הסמכות של רשם הקבלנים.

הדבר היה שונה אילו הסיבה להורדה בדירוג הייתה קשורה לאינטרס כספי, אז עיכוב ההליכים בחדל"פ כן היה רלוונטי.

* היום הדבר בא לידי ביטוי **בס'31 לחוק חדל"פ** – הסעיף אינו מעכב את רשויות השלטון, אלא אם הן פועלות כנושה כספי. אחת מרשויות המנהל הקלאסיות זה רשות המיסים.
* לרשות המקומית יש חוקים המאפשרים לה לעכב הליכים בביצוע עסקאות נדל"ן. כדי להעביר את השם בטאבו צריך להביא אישורים מרשם המקרקעין שאין חובות פתוחים, בין השאר גם שאין חובות לרשות המקומית. לרשות המקומית יש חוקים המאפשרים לה לעכב את ההליכים בשל חוק ארנונה, כדי לוודא שהן מקבלות את התשלום המגיע להן.

אם נניח אותו אדם נקלע להליך חדל"פ והנאמן מבקש למכור את אחד הנכסים, הרשות המקומית תנסה לשלול את האישורים. במקרים כאלה, נפסק שבמקרים כאלה הרשות היא כמו נושה לכל דבר, אין לה סמכות להפעיל את הכוח השלטוני שלה כמנוף לגביית חוב כספי. כלומר, ביהמ"ש יכול להורות על הרשות המקומית לתת את האישורים למכירת הנכס.

* **בפן הפלילי**:
* עוד קובע **ס'31** שבקיום הליך פלילי כנגד חברה שנקלעה להליך חדל"פ / אדם פרטי שנקלע להליך חדל"פ, עיכוב ההליכים לא עוצר את ההליך.
* הסיבה – האינטרס המוגן ביסוד ההליך הפלילי הוא לא כדי לגבות כסף מהנאשם, אלא כדי לאכוף את הדין על מי שאינו מקיים את הדין על מנת להרתיע עבריינים.

**נושה מובטח יתר -גישת ביהמ"ש**

פס"ד **ששון לוי** קדם לחקיקה בנושא, אבל היום גם חוק חדל"פ מתייחס לנושא במישרין בס'248 לחוק (נדון בהמשך).

רקע: הטענה היא שנושה שמובטח בשעבוד יכול להיפרע מחובו באמצעות הנכס המשועבד, על ידי העמדת הנכס למכירה. עושים את זה באמצעות פונקציונר שנקרא כונס נכסים, שממונה ע"י להוצלפ / בימ"ש. כונס הנכסים צריך לקחת שליטה על הנכס ולהעמידו למכירה, ומהכסף שיתקבל הוא ישלם לנושים לפי הסדר.

נשאלת השאלה, מה קורה אם כונס הנכסים מוכר את הנכס לא בשווי המלא שלו, אלא בסכום שמספיק לנושה המובטח גרידא, בעיקר כאשר יש נושים נוספים על הנושה המובטח.

אצל נושה מובטח, מלכתחילה יכול להיווצר פער בין האינטרס הכלכלי שלו בנכס המשועבד, לבין האינטרס הכלכלי השלם בנכס המשועבד.

דוג': נניח שיש נושה עם שעבוד על נכס של החייב בשווי 100, רק שהנכס של החייב שווה 200. אין הכרח ששווי הנכס המשועבד יהיה בדיוק אותו שווי כגובה החוב. נקודת המוצא שבהליכי הוצלפ הכונס לא יקבל את הערך המלא של ה200, אבל אולי אפשר לקבל עליו 160. מה יקרה אם יבוא מישהו ויציע לכונס 101? כל עוד שזה מספיק לשכה"ט של הכונס ולשווי החוב של הנושה המובטח, הוא עשוי להסכים לזה.

המצב הזה נקרא "נושה מובטח ביתר" – הוא מובטח בנכס שווה יותר מערך החוב.

נושה מובטח ביתר נמצא בניגוד אינטרסים מובנה, ההפרש בין שווי החוב לערך הנכס יכול להיות משמעותי לנושה אחר ואפילו לחייב עצמו. על כן, אם הנכס יימכר במעל ל101, הדלתא של ההפרש תשמש כמקור פירעון לנושים נוספים.

על כן, אם נושה מבוטח ביתר ישלוט בלעדית במכירת הנכס – ייווצר מצב של זה נהנה ואלה חסרים. מכאן שביהמ"ש החל לייצר מעין מנגנון מאזן, אשר בא לידי ביטוי בפס"ד **ששון לוי**.

בעצם יש שני פונקציונרים שפועלים זה מול זה:

1. כונס נכסים – מונה על מנת למכור את הנכס ולפרוע לאותו נושה מובטח, המנדט שלו זה רק הנושה עם השעבוד.
2. מפרק/נאמן – פונקציונר שמתמנה אם החברה נכנסת להליכי פירוק. הוא כפוף לסמכויות ביהמ"ש, מקבל הוראות ממנו ותפקידו לדאוג לכלל הנושים.

לעתים נוצר מתח ביניהם, כונס הנכסים ינסה למכור בכל מחיר שיפרע את החוב של הנושה המובטח, בעוד שהנאמן דואג לנושים הנוספים.

דוג' נוספת נוגעת לעיתוי – אחד אומר אפשר למכור את הנכס והשני גורס שעוד לא, לדוג' במקרה שהנכס הוא בהליכי פיתוח ובנייה.

ביהמ"ש בוחן את השאלה – **מי בעצם יקבל לידיו את מושכות ההובלה והשליטה בהליכי המכירה של הנכס המשועבד**?

נקודת המוצא היא שמי שאמור לנווט בעניין זה כונס הנכסים, כי הזכות לפירעון היא הזכות של הנושה המובטח בשעבוד. כאן ביהמ"ש נדרש לסוגיית הנושה המובטח ביתר.

בשאלה זו אומר ראשית ביהמ"ש שזו שאלה נסיבתית ותלויה מאד בנסיבות העניין.

גם לאחר שקבענו שמדובר בנושה מובטח ביתר, נשאלת השאלה האם בנסיבות העניין הכונס מתנהל בצורה ראויה או בצורה שלא מנסה למקסם ערך?

* אם הכונס פועל בצורה ראויה – ביהמ"ש יאפשר לו להמשיך לפעול.
* אם ביהמ"ש יתרשם שהכונס לא ממקסם את שווי הנכס / חשש לאי מיצוי ערך עבור צדדים שלישיים – עשוי ביהמ"ש על פי שיקול דעתו להוסיף להליכי השליטה והמכירה בנכס המשועבד "תוספים".

התוספים יכולים להיות בצורות שונות, תלוי ברמת הבעייתיות במקרה.

* אם החשש קטן – דיווח פיקוח ע"י המפרק.
* אם החשש יותר משמעותי – שלילת הסמכות הבלעדית של הכונס, במובן זה שמצרפים לכונס גם את המפרק והליכי הניהול והמכירה של הנכס המשועבד יהיו בהחלטה משותפת של הכונס והמפרק. הכונס במקרה זה תלוי במפרק, הוא לא יכול להגיע להחלטה בלי הסכמה איתו **(פס"ד ששון לוי)**.
* במקרים קיצוניים – ביהמ"ש עשוי לשלול לחלוטין את סמכות ניהול הנכס ומימושו מן הכונס, ויעביר אותה באופן בלעדי למפרק.

**נושה מובטח ביתר – גישת המחוקק ס'248**

בניגוד לשיקול הדעת הרחב לביהמ"ש שנקבע בפסיקה, נקודת המוצא של המחוקק היא יותר קשיחה ודווקנית.

"יחולו לעניין הנכס המשועבד הוראות אלה" – הס' בא לידי ביטוי כאשר יש הליך למימוש נכס משועבד, כלומר **כשאין לנו הקפאת הליכים**.

אם הנושה המובטח כפוף להקפאת הליכים כי החברה בהליכי הבראה, הסעיף הזה נכנס לפעולה רק כשאנחנו בהליכי מימוש הנכס המשועבד.

למשל, בפירוק, כאשר אין הקפאת הליכים, אז **ס'248** מאד ישים ורלוונטי. לחלופין, יש הקפאת הליכים להבראה, אבל הנושה פונה לביהמ"ש על פי **ס'245** וביקש שביהמ"ש יחריג אותו מהקפאת ההליכים.

התנאים **בס'248**:

1. **ס'248(א)(1)** "אומדן גבוה באופן מובהק מהחוב המובטח – ימומש הנכס בידי הנאמן".

**ס'210** אומר שברגע שנפתח הליך יש פרוצדורה לפיה כל נושה פונה אל הפונקציונר שמתמנה (הנאמן), ומבצע פרוצדורה שנקראת "הגשת תביעת חוב", שכוללת את המסמכים המוכיחים את החוב (הסכם הלוואה/פסק דין נזיקי וכו').

הנושה צריך להעביר לנאמן הערכת שווי, אם הערכת השווי היא גבוהה באופן מובהק משווי החוב – ברירת המחדל היא **שהנאמן יממש את הנכס**.

הניסוח "באופן מובהק" משאיר סימן שאלה מאד גדול, מה נחשב באופן מובהק? 120 אחוז / 150 אחוז? לא ברור.

1. **ס'248(א)(3)** "לא היה גבוה באופן מובהק מהחוב המובטח – ימומש הנכס בידי הנושה המובטח". כלומר – בידי כונס נכסים.
2. **ס'248(ב)** – נותן פתח לשק"ד של ביהמ"ש. ברירת המחדל היא שאם הנכס גבוה באופן מובהק, הנושה המובטח יכול לפנות לביהמ"ש ולבקש אישור לממש את הנכס בעצמו.
3. **ס'248(ד)** "בפיקוח הנאמן ובתנאים שייקבעו על ידי ביהמ"ש" – מתכתב מאד עם פס"ד ששון לוי.

ההבדל בנקודות המוצא:

* **טרם החוק** – המימוש בידי הנושה המובטח, בנסיבות מסוימות יוטלו תנאים.
* **לאחר החוק** – המימוש בידי הנאמן, וכל המבקש ללכת לכיוון אחר עליו הנטל לשכנע את ביהמ"ש שזה לא יפגע בשאר הנושים.

**נאמן בהליך חדל"פ**

תוצאה שנובעת תמיד מפתיחת הליך חדל"פ – מינוי של נאמן. אחד הדברים המשמעותיים כאשר חייב נכנס להליך חדל"פ (חברה לפי חלק ב' של חוק חדל"פ, אדם פרטי לפי חלק ג' של חוק חדל"פ), זה שמתמנה לאותו חייב נאמן (שבעבר נקרא מפרק).

פרק ו' לחלק ב', החל מס'33 ואילך, עוסק במינוי, תפקידיו וסמכויותיו של הנאמן.

תפקידיו וסמכויותיו של הנאמן – לפי **ס'33(א)** יש חובה למנות נאמן במקרה של פתיחה בהליכי חדל"פ. התפקיד שלו – ליישם את הליך החדל"פ, לפעול לפירוק התאגיד / להבריא את התאגיד, הכל בהתאם לקביעת בימ"ש.

**שס'41** קובע מפורשות שהנאמן יפעל מטעם ביהמ"ש ויפעל לפי הוראותיו והנחיותיו – זה מתחבר **לפסד מיאב**.

זה מלמד אותנו שבימ"ש לחדל"פ קצת שונה מהתפקיד הקלאסי של ביהמ"ש, מעבר להכרעה בסכסוכים, הוא גם בימ"ש מנהל את האופרציה של החייב. מי שעושה את זה בפועל זה הנאמן, אבל כאמור הנאמן כפוף לביהמ"ש, כך שלביהמ"ש יש כאן תפקיד הרבה יותר משמעותי מהכרעה בסכסוכים, אלא ניווט והובלה של תהליך שלם.

במסגרת תפקידו – **ס'42**:

1. **יכריע בתביעות חוב** – כל נושה מגיש לנאמן תביעת חוב והוא צריך להפעיל סמכות מעין שיפוטית ולהכריע אם לאשר את החוב.
* גם אם תביעת החוב על 700 אלף, הנאמן יכול לאשר רק 400 אלף בשל חומר נוסף שמשנה את התביעה / הנאמן יכול גם לדחות את התביעה לגמרי בשל טענות הגנה שונות, התיישנות וכו'.
* הנושה זכאי לערער על החלטת הנאמן לביהמ"ש לחדל"פ שמינה את הנאמן.
1. **יפעל לכינוס נכסי קופת הנשייה** – ריכוז הנכסים של החייב אצל הנאמן.
* לעתים חלק מהזכויות של החברה זה לקוחות שלא שילמו עדיין – התפקיד של הנאמן לגבות מהם, כדי שלבסוף יוכל לפרוע את הנושים.
* אם לחברה יש זכות תביעה – הנאמן ימצה אותה.
1. **יגבש את הדרך המיטבית לשיקומו** – יקדם את הבראת החברה.
2. **מימוש נכסי קופת הנשייה וחלוקתם בין הנושים**.

אם לוקחים את 1, 2 ו4 בס'42, זה כל תפקידיו של הנאמן. בתוך התפקיד הזה, יש לשים לב לעוצמת התפקיד, שבאה לידי ביטוי **בס'43**.

**ס'43** – "עם מינוי הנאמן יועברו לידיו הסמכויות הנתונות לאורגנים של התאגיד ולנושאי המשרה בו והוא ישתמש בהם לשם מילוי תפקידו". האורגנים של החברה **ס'46 לחוק החברות** – האסיפה הכללית, הדירקטוריון והמנכ"ל. בא **ס'43 לחוק חדל"פ** ואומר שכל הסמכויות הללו עם מינוי הנאמן – יועברו לידי הנאמן.

כלומר, הנאמן הוא פונקציונר שכפוף לביהמ"ש, שמרכז בידו עוצמה אדירה בחברה, הוא בו זמנית גם המנכ"ל, גם כל הדירקטוריון וגם האסיפה הכללית של החברה – אין עוד חלוקת סמכויות, יש ריכוז סמכויות בכתובת אחת שמעליה רק ביהמ"ש.

המשמעות של זה מבחינת החברה – מתן צו פתיחת חדל"פ משנה מן הקצה אל הקצה את כל הממשל התאגידי של החברה ברגע אחד. מחברה שיש בה מספר דרגי מקבלי החלטות, עם היררכיה והפרדת סמכויות, יש כרגע סמכות אחת.

בנוסף, הנאמן איננו גורם שביום יום מתעסק בניהול חברה, הוא מתעסק בעריכת דין / ראיית חשבון. אם זה בהבראה זה הרבה יותר מורכב, אבל אפילו בפירוק זה יכול להיות בעייתי.

הפירוק לוקח זמן, בזמן הפירוק יש לקבל החלטות שונות יומיומיות. לדוג' האם לחדש פוליסת ביטוח / לשלם משכורות וכו'.

הנאמן יכול לפנות לביהמ"ש על כל שאלה ולקבל את אישורו על הפעולה מראש.

מצד שני, יוצא שבשונה משגרה ביהמ"ש לחדל"פ נדרש להמון דברים שבדרך כלל הוא לא נדרש אליהם, כמו הדוג' של להחליט אם לחדש פוליסת ביטוח. ביהמ"ש יורד לזירה העסקית ועוסק בשאלות שהן עסקיות במהותן.

מכאן, שמקום בו הנאמן בוחר "להגדיל ראש" וללכת מעבר לגבולות הגזרה שקבע לו ביהמ"ש, זה בעצם המקום בו הוא לוקח סיכון שהוא יהיה חשוף לאחריות (**פס"ד מיאב**).

האן שואל את השאלה, האם לטובתו של נאמן ניתן היה להעמיד לרשותו את כלל שיקול הדעת העסקי כהגנה פוטנציאלית על שיקול הדעת שלו?

אולי כשמדובר בנושאי משרה שצורת ההתנהלות השוטפת שלהם היא לא דרך בימ"ש, יש להם יותר גמישות בפעילות שלהם. אבל כשמדובר בנאמן, הסמכות שלו היא מכוח מה שאפשר לו ביהמ"ש ועל כן כל מה שעשה מעבר לגבולות שהוצבו לו, זה מעין "לעשות דין לעצמו".

**בפס"ד מיאב** קובעת הש' אלשייך כי בהחלטות משמעותיות יותר על הנאמן לפנות לביהמ"ש, לקבל אישורו ובכך יגן על עצמו מפני הטלת אחריות.

**ס'47-49 לחוק** – סמכויות של הנאמן לדרוש מידע ולחקור נושאי משרה בחברה לאיסוף מידע, כדי לראות האם יש בסיס לתביעות אזרחיות.

**חוזים נמשכים וספקים חיוניים (השלמה ממספר מחברות)**

בחינת טיב ההתקשרויות העסקיות של חברה משנקלעה להליך חדל"פ, שאלת גורלם של חוזים – **גורלן של התקשרויות עסקיות** בשעה שהחברה נקלעה להליך חדל"פ שמגמתו היא **הבראה**.

מלבד זווית הוויתור על נכס מכביד (נלמד בהמשך), לא הייתה התייחסות למתח בין דיני חוזים לדיני חדל"פ בחקיקה, כיום ישנה התייחסות **בס'66-75 לחוק חדל"פ.**

**פס"ד חירם גת:** קריסתה של החברה הקבלנית חירם גת, שניהלה את פרויקט הקמת טרמינל 3. כשהיא נקלעה להליכי חדל"פ, התעוררה שאלה הנוגעת למתח בין דיני חוזים לבין דיני חדל"פ.

רקע – קבלן משנה טורקי שעסק בעבודות אלומיניום עבור הקבלן הראשי - חירם גת - שהיה אחראי על פרויקט בניית טרמינל 3 בנתב"ג. הקבלן הראשי נכנס להליכי חדל״פ. הנאמן/מפרק ביקש שקבלן-המשנה ימשיך לעבוד, אך קבלן המשנה רוצה כסף עבור מה שהגיע לו עד עכשיו על עבודותיו, והמפרק מתנגד לכך. קבלן המשנה מסרב להמשיך לעבוד והפרויקט נתקע.

השאלה המשפטית - האם המפרק יכול לשלם לטורקים את הפיגורים שהיו עד עכשיו ע"מ שימשיכו לעבוד או שלא? ואם הוא אינו משלם, האם הטורקים חייבים להמשיך לעבוד לפי החוזה?

השופטת אלשיך:

* + 1. הולכת עם הקו הבסיסי של דיני החוזים: מבחינה משפטית, **אי-תשלום מהווה הפרת חוזה** ולכן, הטורקים – הנפגעים מההפרה – **רשאים לבטל את החוזה**, לפי חוק החוזים (תרופות).
		2. לגבי חובת התשלום (פיגורים שנצברו על חובות העבר): יכול להיות שהמפרק מעדיף לשלם כי האלומיניום בסיסי לצורך סיום הפרויקט והכנסת כספים. עם זאת, השופטת אומרת שאפילו את התשלום עצמו אסור למפרק לעשות, מכיוון שיש הקפאת הליכים. לכן, ייווצר מצב שהמפרק משלם לנושה אחד על חשבון נושה אחר - **העדפת נושים אסורה**.
		3. התוצאה הפרקטית של סירוב שתי ההוראות הללו – היא **שלחייב אין מוצא**, אין לו דרך להמשיך את פרויקט האלומיניום – אם החברה רוצה להבריא, אין לה שום דרך לקדם את הבראתה. אם היא לא משלמת, הטורקים זכאים לעצור את החוזה ולא להמשיך. ומנגד, אם המפרק יחליט שהם רוצים להמשיך לשלם, הם לא יכולים – הם בהליך חדל"פ ותיווצר העדפת נושים אסורה. אולם, הצדדים יכולים לנהל מו"מ ולכרות ביניהם **חוזה חדש** (יכולים לגבות סכום גבוה יותר, שיגלם את התשלומים הקודמים שלא שולמו).

**האן** – ביקורת:

* מחד, השופטת פוסקת שצד אינו רשאי לשלם חוב קודם לנושה שלו כשהוא בהליך חדל"פ, משום שמדובר בהעדפת נושים פסולה. אך מנגד, היא מציעה אפשרות נוספת, שמשמעותה זהה (כריתת חוזה חדש וגילום הפיגורים בתוכו). כלומר, בדרך הראשית היא אוסרת, אבל פותחת פתח לדלת האחורית. גישת ביהמ״ש שלא ניתן לשלם, יוצרת קושי מבחינה פרקטי להמשך קיום היחסים החוזיים.
* האן טוען שאם ביהמ"ש מבין את החשיבות של העניין, יש לתת אישור בדלת הראשית ואם לא ניתן אישור בדלת הראשית, אין לתת אור ירוק בדלת האחורית.
* זה הובן בחקיקת חוק חדל״פ, וחוק החדל״פ עדכן מעבר למה שכתוב בפס״ד חירם גת.

בהקשר לדיני חדל"פ – כשחייב מגיע לחדל"פ הוא נושא באמתחתו מספר הפרות חוזים, הוא "מפר חוזים סדרתי". הוא כבר מפגר בתשלום השכירות / הלוואה / מאחר בתשלום משכורות לעובדים / מפר תשלומים עם ספקים וכו'. זה קורה לעתים קרובות רק מעצם הסיטואציה של חדל"פ.

מנקודת המבט של דיני חוזים – החייב הוא המפר, הצד האחר הוא הנפגע מהפרת חוזה ולכן נפעיל לפי דיני החוזים את כל הסעדים לטובתם ונגד החייב.

ניקח את אחד הסעדים החזקים שמציע חוק החוזים תרופות – **ביטול**.

* ניתוק היחסים כלפי העתיד, מנגד פיצוי על העבר.
* ביטול החוזה עלול להוות פגיעה קשה מבחינה עסקית, ביכולת של אותו חייב חדל"פ להגיע להבראה.
* דוג' רשת חנויות שנקלעת להליכי חדל"פ, הפזורה במתחמי קניות שונים וקיבלה צו הבראה מטעם ביהמ"ש. הבסיס לכל ניסיון ההבראה מתחיל בהמשך הפעלת החנויות, אם הן לא עובדות אין מקום להבראה, כל ההכנסות של העסק זה ממכירה ללקוחות.

אבל החנויות האלה הן לא בבעלות העסק, אלא בשכירות מהבעלים של הקניון. אם החייב לא שילם שכירות, אזי הוא הפר חוזה ואם המשכיר יפעיל את הסעד של ביטול, המשמעות היא שמחר יכנס שוכר אחר ולא תהיה אפשרות לחייב להבריא.

דיני חדל"פ המודרניים שמבקשים לקדם הליכי הבראה, קובעים שהביטול לא מוחלט ואוטומטי.

כלומר, דיני החדל"פ מסייגים את המוחלטות של הסעדים בגין הפרת חוזה ובפרט סעד הביטול, בשל השיקול הכלכלי הנוסף – של הבראת החברה. מה שעשוי להועיל גם לחברה ככזו וגם לשאר נושיה.

יש פה קונפליקט בין הנפגע מהפרת החוזה לבין זכויות של גורמים נוספים שניתן לשפר את התוצאה כלפיהם, באמצעות הבראת החברה – שעוברת דרך המשך קיום יחסי השכירות.

לכן, **המוחלטות של סעד הביטול מסויגת בהליך חדל"פ** (לא נשללת).

האופן בו היא מסויגת – כפופה לשק"ד משפטי של ביהמ"ש לחדל"פ, לעתים יאשר את הביטול ולעתים ישהה אותו.

יש פה סמכות לביהמ"ש שאנחנו לא מכירים מדיני החוזים.

**חקיקה ביחס ליחסים החוזיים הנמשכים בין חייב חדל"פ לנושה: העדכון בחוק חדל״פ - סעיפים 67-72**

בעבר לא היו ס' ספציפיים שעסקו בסיטואציה שבה יש הבראה. בשונה ממה שנקבע בעניין חירם גת, ס' 350ח לחוק החברות, כיום ס'68 לחוק חדל"פ, קובעים באופן מפורש **שכאשר חברה נכנסת להליך חדל"פ וביהמ"ש מצווה על הבראתה, לא יכול צד שני שקשור איתה בחוזה כלשהו לבטל את החוזה באופן חד צדדי**, אם הבסיס לביטול נובע מהפרת החוזה מחמת חדל"פ.

**ס'68 לחוק חדל"פ** – **הגבלת זכות הביטול של הצד השני לחוזה קיים בשל חדלות פירעון**

**ס'68(א):** "הצד השני לחוזה קיים לא יבטלו בשל הפרתו בידי התאגיד, אלא לפי הוראות סימן משנה זה."

**ס'68(ב):** "אין בפתיחת הליכי חדל"פ לגבי תאגיד או היותו בחדל"פ כדי להביא לביטולו של חוזה קיים או להקנות לצד השני לחוזה זכות לבטלו, גם **אם נקבע בחוזה כי החוזה יתבטל בנסיבות אלה** או שנקבעה בו **הוראה המקנה לצד השני לחוזה זכות לבטלו בנסיבות אלה**."

כאשר קיים בחוזה תנאי מפסיק (בלי בהכרח שהייתה הפרת חוזה), כעיקרון ניתן לקבל סעד של ביטול החוזה. תנאי מפסיק הוא כמו תאריך קלנדרי לא ידוע, כלומר, החוזה יפסיק אם יקרה משהו מסוים שנקבע בחוזה (למשל אם יהיה ליקוי חמה החוזה מפסיק). הסעיף מחיל את אותם הכללים לעיל גם כאן. ביהמ"ש יבחן האם יש לתת תוקף לתנאי המפסיק או להמשיך את החוזה למרות אותו תנאי מפסיק.

**ס'72 לחוק חדל"פ** – **החלטת ביהמ"ש בבקשת הנאמן להמשך קיום החוזה ותוצאותיה:**

הס' מנחה את ביהמ"ש לבחון מהו הצפי שבו החברה תמשיך לקיים את חיוביה, לשלם באופן שוטף ולקיים את החוזה. אם קיים צפי כזה והחברה תוכל להציג ערובות על כך, ביהמ"ש יטה לסייג את סעד הביטול.

ייתכן שתוקפו הקלאסי של סעד הביטול (הרתעה מהפרות) לא כ"כ יעיל כאן, מכיוון שהחברה מפרה את החוזה מאונס ולא מרצון.

\*\*כל זה רלוונטי בהליך חדל"פ של **הבראה**, אולם אם מדובר על **פירוק**, לביהמ"ש אין סמכות לסייג את סעד הביטול.

**סדרי העדיפות בפירעון החובות (השלמה ממספר מחברות)**

סדר הפירעון מפורט בפרק ה' של החוק (נשייה). קיימת היררכיה שבה ישנן קבוצות שונות. סדר פירעון זה הוא בעדיפות, מי שראשון בתור יהיה עדיף על פני מי שאחריו בתור.

\*\* בעבר הסדר היה פרי הפסיקה, אך היום הוא מעוגן בס'231.

**ס'231** - חובות החייב והוצאות הליכי חדלות הפירעון ייפרעו מנכסי קופת הנשייה בסדר עדיפות זה:

(1) **חובות מובטחים-** קבוצת העילית, הראשונים בתור; אין היררכיה פנימית; שוויון בפירעון (עיקרון יסוד); מועד הפירעון שנקבע לפני הליך חדל"פ לא נלקח בחשבון.

(2) **הוצאות הליכי חדלות הפירעון –** הוצאות שהוצאו מכוח הליך החדל"פ, כמו למשל חוב לנאמן.

(3) **חובות בדין קדימה (ס'234)-** אסיפת חובות (אין בניהם בהכרח מכנה משותף חוץ מזה שהם שלישיים בתור).

(4) **חובות שלהבטחת פירעונם שועבד נכס בשעבוד צף**- למרות ששעבוד צף הוא חוב מובטח, הוא רביעי בתור.

(5) **חובות כלליים-** חובות לא מובטחים. קבוצה זו היא ברירת המחדל.

(6) **ריבית נוספת-** להבדיל מהריבית הסטנדרטית שתהיה כלולה באחת מהקטגוריות למעלה.

(7) **חובות נדחים-** במקור, ככל הנראה זה היה אמור להשתבץ בקטגוריות לעיל, אך מטעמים מסוימים מופעלת כנגדו סנקציה משפטית ומורידים אותו בכוונה בתור. למשל הלוואת בעלים.

(8) **החייב עצמו** - תיאורטית, ברמה המעשית לא בדרך כלל לא מגיעים אליו. קורה בתרחיש אופטימלי, בו החייב הצליח לפרוע את כל החובות שלו (מאד נדיר).

**ס'232 – שוויון:** כל עוד מישהו לא משובץ לאחת מהקטגוריות הללו, נק' המוצא היא שהוא שייך לחוב לא מובטח (חובות כללים, 5 בתור). בתוך קבוצת הנושים הלא מובטחים אין היררכיה והעדפה, אף אחד לא עדיף על פני השני, אלא כולם זכאים באותו מידה וקיים שוויון פירעון. **ס'232 לחוק** **מבטא את עיקרון השוויון**. השוויון הוא לא בסכום הפירעון (כל אחד נפרע באופן שונה בהתאם לחוב כלפיו), אלא באחוז הפירעון (למשל כל אחד יפרע ב-10%).

**נושים מובטחים**

**ס'4** הוא סעיף הגדרות: **"חוב מובטח"** – חוב עבר שלהבטחת פירעונו שועבד נכס של החייב, בין בשעבוד קבוע ובין בשעבוד צף, עד לגובה החוב שניתן להיפרע ממימוש הנכס. כלומר חוב שנוצר לפני שהחברה הגיעה למצב של חדלות פירעון. מי שמגבה את עצמו בשעבוד נכס של החייב, יוכל להיות כלול בקבוצה זו, מי שלא כנראה (לא בהכרח) שלא.

**ס'253** משתמש במונח משפטי אחר: **"נושה בעל זכות עיכבון"**.

שורה תחתונה, מי שנכנס לקבוצת הפירעון הראשונה הם נושים המגובים באחת משלוש הזכויות:

1. נושה מובטח (**ס'243**)
2. נושא בעל זכות עיכבון (**ס'253**), נחשב גם לנושה מבוטח.
3. קיזוז לפי **ס'255**.

**זכות השעבוד** היא הנפוצה ביותר. זכות המתייחסת לנכס מסוים של החייב, ומטרתה לשפר את הסיכויים של הנושה להיפרע. זכות זו מוסדרת בראש ובראשונה **בחוק המשכון**. מקורה של זכות זו היא בהסכמת הצדדים (**ס'3 לחוק המשכון**).

הזכות תלויה בפעולות מסוימות – נושה בעל שיעבוד יהיה נושה מובטח – ועדיף על נושים אחרים, בהתקיים פעולות מסוימות שביצע הנושה ע״מ להפוך עצמו לנושה מובטח וששעבודו יהיה **״שעבוד משוכלל כדין״**.

המשכון – שעבוד = משכון. החוק המרכזי העוסק בשעבוד קבוע. הנק׳ המרכזית בחוק – כדי להיות נושה מובטח, עליך לדאוג שהשעבוד ייווצר.

כיצד נוצר משכון (שעבוד)? בהסכם בו מוסכם בין הצדדים ש-א׳ מסכים לשעבד ל-ב׳ נכס מסוים.

* + 1. שלב **"יצירת השעבוד" - דרושה הסכמה מפורשת על השעבוד בין הצדדים (החייב והנושה)**. זה בדר״כ חלק **מהסכם ההלוואה** בין המבקש למלווה [הנושים הנפוצים ביותר שמשעבדים נכסים בכפוף להלוואה הם בנקים]. השעבוד לא צריך להיות במסגרת הסכם מיוחד ונפרד, מספיק שישנם מס' סעיפים במסגרת הסכם הלוואה או הסכם כללי אחר = שנוגעים להבטחת החזר ההלוואה ולשעבוד נכס שהחייב יעמיד למלווה כבטוחה. לאחר מכן, ע״מ לתת לו תוקף של ״נושה מובטח״.
		2. שלב **״שכלול השעבוד״** (Perfection) – המתקיים באמצעות אחד משני אמצעים הנותנים מעמד של פומביות השעבוד:
			1. **מסירתו** הפיזית/ **הפקדתו** בידי הנושה המובטח (בנכס **מיטלטלין** מוחשי).
			2. **רישום** (**ס'4(2) לחוק המשכון**) הנכס המשועבד במרשם השעבודים הרלוונטיים (מתאים לכל סוג של נכס). ברירת המחדל לרישום שעבודים היא **רשם המשכונות**.

**מה קורה כאשר חברה משעבדת נכס מקרקעין?** הרי כשאדם פרטי משעבד נכס מקרקעין יש לרשום אותו רק ברשם המקרקעין, וכשחברה משעבדת נכס אחר שהוא לא מקרקעין היא תרשום אותו ברשם החברות. התשובה היא שצריך לרשום **בשני המרשמים**. אם אין רישום בשניהם, המשמעות היא שהשעבוד לא שוכלל.

מהות השעבוד הקבוע, שוויון בין נושים של חייב בחדל"פ ושעבוד שני של אותו נכס –

**ס'2 לחוק המשכון** – אומר שכוחו של השעבוד יפה כלפי נושים אחרים, בשינויים המחויבים בהתאם לסוג הנכס.

**ס'6 לחוק המשכון** – אומר כי בעל השעבוד הקודם בזמן על אותו נכס – עדיף על נושה בעל שעבוד קבוע על אותו הנכס מבחינת סדרי הפירעון:

* הגבלת עיקרון השוויון בין הנושים בחדל"פ – יש כאן למעשה **סתירה בין ס'6 לחוק המשכון לבין ס'232 לחוק החדל"פ**, שמבטא את עיקרון **השוויון בין הנושים** באותה קבוצה (לעיל). למרות הוראות סעיף 232 לחוק החדל"פ – **אין שוויון מהותי בין נושים מובטחים** בהליכי חדל"פ. הנושה ששכלל שיעבוד על נכס מסוים לפני נושה אחר, הוא בעל העדיפות בפירעון מן הנכס המשועבד.
* יש בסעיף 6 לחוק המשכון נקודה חשובה נוספת - הסיפא – לנושה ששעבד נכס ראשון יש עדיפות פירעון מהנכס על פני נושה שני ששעבד את אותו הנכס של החייב, או לחלופין – הנושה הראשון זכאי לסילוק מלא של החוב של החייב כלפיו (וסילוק השעבוד כתוצאה מכך), אם הנושה השני רוצה להיפרע מהנכס המשועבד.

אם זהו המצב – לכאורה לא אכפת לנושה הראשון בעל השעבוד אם החייב שעבד בשנית את אותו הנכס בלי רשותו.

אם כן, למה המחוקק קבע שהחייב רשאי לעשות כך רק אם ההסכם בין החייב לנושה הראשון לא הגביל פעולת שעבוד נוספת על אותו הנכס? התשובה היא שלמרות שיש עדיפות לנושה הראשון בפירעון, הנושה הראשון לא בהכרח רוצה שהנכס ששעבד ייפרע, הוא כברירת-מחדל רוצה שהחייב ייפרע את החוב שלווה ממנו בתוספת הריבית. **הוא רוצה הכנסה קבועה ושוטפת**, ולצורך זה הוא נתן את ההלוואה מלכתחילה, לא בשביל לפרוע את הנכס במקרה של חדל"פ החייב.

**אבל**, אם החייב המשיך לשלם לנושה הראשון בהתאם להלוואה, אך לא החזיר את ההלוואה לנושה השני ששעבד את אותו הנכס פעם שנייה – החייב ייכנס להליך של חדלות פירעון והנכס המשועבד או החוב לנושה הראשון – **ייפרעו לנושה הראשון קודם, למרות שהוא לא רצה בכך**, בהיותו הנושה שקיבל בזמן את החזרי ההלוואה. הוא בכלל לא רצה שהחייב ייכנס להליך חדל"פ, הוא רצה החזרי הלוואה שוטפים עם ריבית.

בגלל זה – קבע המחוקק **שניתן להגביל שעבוד שני** על הנכס בהסכם ההלוואה והשעבוד הראשון. כמובן שאם החייב בכל זאת משעבד את הנכס פעם שנייה ללא הסכמת בעל השעבוד הראשון (אם נקבע בחוזה ביניהם שאסור לו לשעבד) – השעבוד השני הוא בעל תוקף, והחייב ביצע הפרת חוזה בכך שביצע שעבוד נוסף. עצם הפרת החוזה מהווה הרתעה לחייב מלבצע שעבוד נוסף, אך מנגד, הנושה הראשון יגלה על ההפרה רק כשהחייב נכנס להליך חדל"פ ומתגבש סדר הנושים בהליך החדל"פ. כיוון שהליך החדל"פ **מאיין תוקפם של חוזים בין החייב לצדדי ג' בנסיבות מסוימות** (ראה לעיל בחלק הקודם במחברת) – יש בכך בעייתיות לנושה הראשון.

**זכותו של מי תיפרע תחילה?** עניין של לוחות זמנים, קדימות בזמן תזכה בעדיפות. השאלה, קדימות בזמן ביחס למה? יש את השלב של יצירת השעבוד ואת השלב של שכלול השעבוד.

התשובה מתפצלת ל2, משתנה לפי מי הבעלים של הנכס המשועבד. אם הבעלים הוא אדם פרטי, נפנה לרשם המשכונות/רשם המקרקעין. אם הבעלים הוא חברה, יש צורך לפנות לרשם החברות.

1. **כשמדובר ברשם המשכונות / רשם המקרקעין לאדם פרטי** – הקדימות בזמן נבחנת לפי מועד שכלול השעבוד (מהרגע שהשעבוד נרשם בגוף הרלוונטי). זה בעצם "מרוץ אל הרשם".
2. **כשמדובר ברשם החברות** – **ס'179(א)** לפקודת החברות (אחרי **ס'178** שקובע שצריך לרשום את השעבוד), קובע שהצדדים נדרשים להגיש את המסמכים לרשם החברות תוך 21 יום מיום יצירת השעבוד (חתימת ההסכם). ביהמ"ש העליון שאל את עצמו מה האינטרס של המחוקק לקצוב זמן, הרי זה האינטרס של הנושה לבצע את הרישום, אין בזה היגיון. אלא אם כן, המחוקק קוצב 21 יום על מנת ללמד שאם וכאשר מגיע הנושה לרשם החברות בתוך פרק הזמן הזה, הרי שעדיפותו בנכס המשועבד תחול רטרואקטיבית מיום יצירת השעבוד, לא מיום שכלול השעבוד. ביהמ"ש גורס שאם הרישום רטרואקטיבי, אז יש היגיון בזה שהמחוקק קוצב את זה בזמן.
* קביעת זמן ארוך יותר הייתה מובילה לחוסר ודאות וחוסר יכולת הסתמכות בעולם העסקי.
* למה בכל זאת הוסיפו את זה? מבחינה פרקטית מאד קשה לרשום מיד לאחר יצירת השעבוד. לפעמים צריך נוטריון / יועצים / נסיעה לרשם הרלוונטי וכו'. אלה תפיסות של ראשית המאה ה20, היום כבר אפשר לרשום שעבוד דרך האינטרנט, אבל זה עדיין לא תוקן / בוטל.
* הצעת חוק המשכון החדש, שאמורה להחליף את חוק המשכון הנוכחי ואת הסעיפים הרלוונטים בפקודת החברות, לא תפעיל כללי שעבוד רטרואקטיביים. נכון להיום, אנחנו עדיין עם השארית ההיסטורית הזו וזה הדין הקובע.

מה שברור בשני המקרים האלה, זה **שאין שוויון בין הנושים האלו.** עד שהחייב לא יפרע את השקל האחרון לנושה הראשון, הוא לא ישלם שקל לנושה השני. זה לא עובד לפי אחוזים. לכן ההוראה שקבועה **בס'232** שיש שוויון היא הוראה שגויה, זה לא נכון לכל קבוצה, השוויון רלוונטי רק לנושים לא מובטחים.

**זכויות נוספות שאינן בגדר שיעבוד, אבל בעלות פוטנציאל להנות מיתרון העדיפות של הקבוצה הראשונה:**

1. תנית שיור בעלות
2. זכות העיכבון
3. זכות הקיזוז

**תנית שיעור הבעלות – ס'251 לחוק**

על פניו, זה משהו שלא קשור לעולם הלוואות, אלא לעסקאות מסוג מכר. מדובר בנכסי מיטלטלין (לא מקרקעין), בהם הקונה רוכש את הנכס מהמוכר, אבל מוסכמים ביניהם 2 דברים:

1. שהמוכר מוסר פיזית את הנכס לידי הקונה באותו רגע.
2. הקונה ישלם את תמורת הממכר למוכר בשלב יותר מאוחר (שוטף פלוס 30/60/90, תנאי תשלום מקובלים עם לקוחות מסחריים).

הרבה פעמים במצב של חדל"פ, בין מצבת הנושים השונה, מתייצב המוכר שמכר סחורה, שסוכם עליה תשלום שוטף פלוס משהו וטרם הגיע מועד התשלום.

הטענה של המוכר – כשהוא מכר את הסחורה, הוסכם שהבעלות בממכר שהוא מוסר נותרת אצלו עד גמר התשלום. כלומר, בעצם הוסכם על פיצול מבחינת לוחות זמנים, בין מועד מסירת האחזקה לבין העברת הבעלות המשפטית.

מסירת האחזקה הייתה בעת העברת הסחורה, אבל מועד העברת הבעלות מבחינה משפטית נדחה עד למועד התשלום בפועל. אם הבעלות לא עברה, הסחורה שנמצאת אצל החייב היא בבעלות המוכר, היות והיא בבעלותו הוא פשוט בא ולוקח אותו.

אם נחדד את זה משפטית, המוכר הוא אפילו לא נושה, הוא יותר טוב מנושה – החייב מחזיק סחורה שהיא שלו והוא לוקח נכס ששייך לו.

כל זה רלוונטי רק כאשר קיימת סחורה שניתן לקחת בחזרה, בכל מצב אחר המוכר יהפוך לנושה לא מובטח.

**האם הטענה הזו תקפה מבחינה משפטית?**

יש מתח בין 2 סעיפי חוק שרלוונטים לסיטואציה:

1. **ס'33 לחוק המכר** – קובע שהבעלות בממכר עוברת בעת מסירת ההחזקה בנכס מיטלטלין, אלא אם כן הוסכם אחרת בין הצדדים. כלומר, המחוקק קובע מועד העברת בעלות דיספוזטיבי (שניתן להנות עליו). לפי סעיף זה, הבעלות באמת לא עברה.
2. **ס'2(ב) לחוק המשכון** – קובעה שהוראות חוק המשכון יחולו על כל עסקה שכוונה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא תיעודה אשר יהא. כלומר, המחוקק אומר שהשאלה האם הוראות חוק המשכון תקפות לא נקבעת על פי הכותרת של החוזה, אלא לפי המהות של העסקה. האם במהותה מדובר בעסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב?

הדיון בשאלה עלה **בפס"ד ויטה פרי גליל**:

* הנאמן טען לפרשנות מהותית - הבעלות עברה בעת מסירת ההחזקה, הלשון לפיה הבעלות לא עוברת היא בעצם מנגנון שמשעבד את הנכס לטובת המוכר.
* יחד עם זאת, כדי שהשעבוד יהיה אפקטיבי ויינתן לנושה עדיפות, היה על הנושה לרשום את השעבוד ולשכלל אותו. מבחינה מעשית, רוב המוכרים בתנאי שוטף פלוס עובדתית לא רושמים את זה אצל רשם החברות. לכן, מדובר בבעל זכות שעבוד לא משוכללת – כלומר נושה לא מובטח.
* **תקנה 12(ב) לתקנות חוק החברות** – מאפשרת למוכר להנות מכל העולמות. הוא יכול לרשום כשעבוד, תוך הוספת הערה שאין בעצם רישום השעבוד כדי להוות הודאה שאכן מדובר בשעבוד. כלומר, אני רושם את השעבוד כדי להיות על הצד הבטוח, כדי שאם בעתיד יגיד נאמן שזה לא בעלות – תישמר זכותי לשעבוד. עדיין, מבחינה פרקטית, ב90% מהמקרים הספקים לא מחתימים על שעבוד.
* **אין פסיקה אחידה בביהמ"ש האם זה לעולם שעבוד או לעולם בעלות, הכל לפי נסיבות העניין** (לא נכנס לשיקולים).יש מקרים שבהם יגידו שהבעלות באמת של המוכר, אבל יש מקרים שביהמ"ש יגיד שזה שעבוד שלא שוכלל ולכן מדובר בשעבוד לא מובטח. לכן אם המוכר בחר לא לרשום שעבוד, זה יהיה צל"ש או טר"ש, או שיקבל הכל או שלא יקבל כלום.

חוק חדל"פ בכל הנוגע למכר עם תנית שיור בעלות:

**פרק ו' לחלק ד' של החוב – נושים בעלי זכויות פירעון מיוחדות.**

**ס'252 לחוק:**

1. נושה שמובטח בשעבוד.
2. מוכר בעל תנית שיור בעלות.

הסעיף לא נותנת תשובה לשאלה המשפטית בנוגע לבעלות – האם הבעלות נשארה אצל המוכר, או שהבעלות עברה לקונה וכל מה שנותר למוכר זו זכות שעבוד אותה הוא צריך לרשום? המחוקק לא נוגע בנקודה הזו, לכן הפסיקה העדכנית של פרי הגליל נותרת, שזה תלוי בנסיבות העניין.

השאלה שהאן עורר – מזווית המבט של דיני חדל"פ, מכר עם שיור בעלות מעלה 2 שאלות:

1. **מה מעמד הפירעון** – האם הוא מקום ראשון, כי הוא הבעלים של הסחורה ואז הוא לוקח אותה. או שהוא בעל שעבוד ואם הוא שכלל את השעבוד הוא מובטח. התשובה לזה, כאמור, בפס"ד פרי הגליל.
2. **מה דינו של מוכר סחורה כאמור בהליך הבראה**?
* כשנפתח הליך הבראה, אחד הדברים המיידיים שמתרחש הוא הקפאת הליכים – עוצר כל נושה מלגעת בנכסי החברה. ס'245, גם נושה שמובטח בשעבוד לא יכול לממש את נכסו בהליך של הבראה, גם הוא כפוף להקפאת הליכים. אז מה לגבי המוכר עם תנית שיור הבעלות? הוא כפוף להקפאת הליכים או לא?
* המשמעות של הקפאת הליכים – צו מניעה רוחבי, שאמור לעצור כל נושה של החברה מלפעול ולגבות מהנכסים של החברה.
* אם אני מוכר עם תנית שיור בעלות וייקבע לפי נסיבות העניין שהבעלות נותרה אצלי, על פניו, צו הקפאת הליכים לא אמור לעצור אותי.
* מבחינה פרקטית התוצאה מאד בעייתית, נטילת הסחורות על ידי הספקים תביא לכרסום משמעותי בחברה, מה שהקפאת הליכים מנסה לעצור.
* לדוג' – עוד לפני תיקון 19, הייתה חברת טלוויזיה בכבלים בשם תבל, שהייתה בהליך הבראה. בעקבות ההליך, תבל מוזגה והפכה בסופו של דבר לחלק מהוט. בראשית הדרך, כל הכוח של תבל היה הממיר שמותקן ומספק שירותים. יצרנית הממירים הייתה חברת בזק. בהסכם בין בזק לתבל היה סעיף שיור הבעלות, תבל אמורה לשלם על הממירים והבעלות נשארת של בזק עד תשלום מלוא התמורה. כשתבל נקלעה להליך חדל"פ, בזק ביקשה לאסוף בחזרה את הממירים שבבעלותה לאור התניה. אבל, אם בזק לוקחת את כל הממירים, אין מה לדבר על הבראה – מבחינה מעשית זה הורג את החברה.
* לאור האירוע של תבל, האן אמר בוועדת החקיקה, שצריך לענות על השאלה – האם כמדיניות מבקשים להחיל את הקפאת ההליכים הרחבה והכוללת גם כלפי מוכר עם שיור בעלות, אפילו אם נקבע משפטית שהבעלות נותרת אצלו. האן הוכיח שזה הדין גם באנגליה, הכנסת קיבלה את זה וכך נכנס הסעיף בתיקון 19 לחוק החברות.
* לאחר התיקון – אפילו במקום שהבעלות נותרת של המוכר, **המוכר כפוף להקפאת הליכים כמו נושים מובטחים**. זו המשמעות של ס'252, החלה של הקפאת ההליכים גם על מוכר עם תנית שיור בעלות.

**זכות הקיזוז - ס'255 לחוק**

התקשרות בין חייב שהוא חדל"פ לבין צד אחר שבקשר איתו (שהמחוקק קורא לו נושה), קיימת אפשרות לקזז בין שניהם חיובים הדדיים. אנחנו לא קוראים לו נושה, כי הוא באותה עת גם נושה של החדל"פ וגם חייב לחדל"פ.

נניח ששמעון חדל"פ, ראובן נושה בשמעון 100 שקלים ומכוח הקשר אחר, גם שמעון נושה בראובן 100 שקלים. ההיגיון הבסיסי, שמגולם גם בדין האזרחי (ס'53 לחוה"ח) – אם שניהם נושים בסמכות שווה, ניתן לקזז את החיובים בדרך לפירעון חובות. אבל זה לא כזה פשוט.

דוג': שמעון הוא חדל הפירעון, יש לו שני נושים: ראובן ולוי, כל אחד נושה בו 100. נניח שבשלב הזה לא נותרו לשמעון שום נכסים בעולם, למעט העובדה ששמעון נושה ביהודה 100. נניח שהתמנה נאמן בהליכי חדל"פ של שמעון, הוא פונה ליהודה ודורש 100 ממנו. יהודה משלם, ה100 הגיעו לידי הנאמן ויש 2 נושים, הוא יחלק לכל אחד מהם 50 50 (נושים לא מובטחים).

דוג' נוספת, עם שינוי עובדתי קטן: לשמעון יש זכות לקבל 100, אבל לא מיהודה, מראובן. שמעון חייב לראובן 100, אבל הוא גם חייב לו 100. אם נמשיך בקו עקבי, הנאמן יפנה לראובן ויגיד לו שהוא חייב לשמעון 100, נא לשלם, ראובן היה משלם 100. יבוא הנאמן לפרוע חובות לשני נושים, הוא יחלק 50 50 לכל נושה. **זה לא מה שהדין אומר**. הדין אומר שיש אפשרות שבין ראובן לשמעון יהיה קיזוז כנגד ה100.

המשמעות של הקיזוז – פירעון של 100 אחוז לטובת ראובן. לפי הקו שהזכרנו בדוגמה הראשונה, ראובן היה אמור להיפרע רק ב50, אבל לפי הוראת החוק הוא יפרע בכל סכום החוב שלו, בעוד שלוי לא יקבל כלום.

**כלומר, הקיזוז במהותו נותן פירעון שהוא עדיף על נושים אחרים**, מי שיכול להנות מזכות הקיזוז הוא מבחינה מהותית נושה מובטח, הוא עדיף על נושים אחרים.

האם זה מוצדק? מזווית המבט של נושים אחרים, זה לא כל כך טריוויאלי שנושה אחד יהנה מכל הסכום והנושים האחרים לא יקבלו כלום.

המחוקק הבין את המתח הזה והגביל את זכות הקיזוז בתנאים (**מספיק שאחד יתקיים**):

1. **ס'255(1) - שני החובות המנוגדים** (שאנחנו רוצים לקזז ביניהם), **כרוכים זה בזה**. כלומר, החובות הגיעו מאותו שורש, בדרך כלל מאותה עסקה. ברוב המקרים זה לא כך.
2. **ס'255(2) – קיזוז חיובי הדדי וההסתמכות על הקיזוז היא חלק ממהלך העסקים הרגיל של החייב או הנושה**.
* ביקורת של האן: ניתן לקזז רק אם הקיזוז הוא חלק ממהלך העסקים הרגיל של הצד האחר בלבד, לא של החדל"פ. הצד האחר רוצה להנות מזכות הקיזוז, לכן הוא צריך להראות קודם - כל שזה חלק אינטגרלי מפעילותו השוטפת, שככה הוא מנהל עסקים.
* המחוקק בעצם ניסה לתחום את זכות הקיזוז לגורמים שבאמת עוסקים ככה. בעיני האן, הסקטור העיקרי הרלוונטי הוא גורמים פיננסיים (בנקים וחברות ביטוח), כי זה חלק מובנה מניהול העסקים שלהם, כי יש להם חיובים הדדים עם לקוחות.
* זה לא אומר שלא יהיו עוד גורמים שצריכים להיות זכאים לזכות קיזוז, זה סעיף חדש שעדיין לא פותח מספיק בפסיקה.

**זכות העיכבון – ס'253**

דרך היווצרות הזכות היא שונה משעבוד או תנית שיור – זכות העיכבון נוצרת כתוצאה מהדין, הדין קובע שבנסיבות מסוימות הדין קובע שיש לנושה זכות עיכבון. בניגוד לכך, שעבוד ותנית שיור נוצרות בהסכם.

**ס'11 לחוק המיטלטלין** – שמתעסק עם עיכבון, מזכיר בין השאר שניתן ליצור עיכבון בהסכם בין החייב לבין הנושה. האן מעביר ביקורת על הסעיף הזה, כי אמנם ניתן ליצור עיכבון בהסכם, אבל בפועל זה שיעבוד לכל דבר לפי ס'2 לחוק המשכון, שבוחן בחינה מהותית.

העיכבון שנעסוק בו, הוא עיכבון על פי דין, הוא קורה בנסיבות שראשיתן היא הסכמה בין הנושה לחייב. כלומר, קיימת איזשהי התקשרות עסקית בין הצדדים, אבל ההתקשרות הזו לא כוללת הסכמה לשעבוד נכס, זה מגיע לאחר זמן **בניגוד לרצונו של החייב**.

לדוג', אדם השאיר רכב במוסך לתיקון. הוא הסכים להשאיר את הרכב, הוסכם שהמוסך יתקן את הרכב ובתמורה האדם ישלם. לא הוסכם בין השניים שהמוסך רשאי להחזיק את הרכב אצלו במידה ובעל הרכב לא משלם את התמורה. יחד עם זאת, כל עוד החייב לא משלם את התמורה החוזית, יש זכות על פי דין למוסך שלא לשחרר את ההחזקה ברכב ולא למסור אותו בחזרה לחזקה בידי הבעלים. הבעלים לא יוכל לטעון שמדובר בעוולת גזל, על עיכוב נכס שלא כדין, בעל המוסך מעכב את הנכס שלו כדין (ס'5 לחוק חוזה קבלנות).

דוג' נוספת יש גם בחוק השומרים, שהשומר רשאי להחזיק אצלו את הנכס עד שיקבל את התמורה. יש דוגמאות נוספות בדין לזכות עיכוב בדין האזרחי.

כעת, אם וכאשר החייב לא סתם לא שילם, הוא גם כלכלית הפך לחדל פירעון ונמצא בהליך חדל"פ, יש לו עוד נושים שגם להם הוא לא שילם. המוסכניק יגיד שהוא לא משחרר את הרכב, הנאמן יגיד לו לשחרר את הרכב ושהוא יכנס לתור של הנושים. על פי דין, **למוסכניק יש זכות לעכב את הנכס אצלו**. לפי **ס'253 לחוק חדל"פ** - לא מדובר בזכות טכנית, אלא זכות מהותית הנותנת לנושה עדיפות על פני נושים אחרים. **זכות העיכבון נותנת למוסכניק זכות שעולה על זכות בנכס משועבד.**

הסעיף נכנס בתיקון, לאחר פסיקה ארוכת שנים שנתנה לזכות עיכבון עדיפות על בעל שיעבוד.

מה ההצדקה של זכות העיכבון:

1. הפסיקה מדגישה ששיקול מרכזי במתן עדיפות לזכות העיכבון, זה שבדרך כלל מי שטוען לזכות העיכבון **ביצע פעולות השבחה ביחס לנכס**. הנכס היה זקוק לשירות / תיקון, המוסכניק בעצם השביח את ערך הנכס, אלמלא התיקון הנכס היה נמכר בפחות. על כן, יש היגיון בדבר שמי שתרם את הערך המוסף הכלכלי לנכס, נשלם לו תחילה בעד השירות ממנו גם שאר הנושים יהנו בסופו של דבר (המכונית תימכר כעת ביותר ממה שהייתה אלמלא התיקון).

הרבה פעמים שיעור החוב על ההשבחה הוא נמוך יותר משווי מכירת הנכס, לכן הערך הכלכלי הנוסף מצדיק עדיפות למי שהשביח אותו על פני נושים אחרים (לדוג', לפני התיקון הרכב היה שווה 100, התיקון עלה 50 ולאחריו הרכב שווה 200, הנושים האחרים גם יהנו מההשבחה).

1. שיקול נוסף שלעתים מעלה הפסיקה הוא **מהלך עסקים רגיל / שוטף** – האן היה קורא לו שיקול של תקנת שוק, לפיו אם לא תתן לו עדיפות, אז הוא יימנע מלטפל ברכב או ידרוש תשלום מראש.

להאן יש ביקורת על ההצדקות האלה:

* אם נגיד שיש היגיון בזכות העיכבון כדי לאפשר מהלך עסקים תקין, זה הגיוני בכל הנוגע למוסכניק, הוא באמת יוכל להיות רגוע. מנגד, מה בנוגע לנושים האחרים? אם ניתן למוסכניק את זכות העיכבון, האם הנושים האחרים כן ירצו לנהל איתי עסקים אחר - כך? בעצם מהלך העסקים הרגיל נפגע בכל אופן.
* כאמור, זכות העיכבון ניתנת למי שמחזיק פיזית בנכס של החייב. בעידן המודרני, יש כל כך הרבה נושים במהלך עסקים רגיל שיתנו או לא יתנו שירות, השבחה או אי השבחת נכס, מבלי שלרגע הם מחזיקים באיזשהו נכס מוחשי פיזי, אבל בלעדיהם העסק שלך לא שווה כלום (למשל שירותי תמיכה טכנית). האם זכותו של התומך הטכני נמוכה מזכותו של המוסכניק? שניהם נתנו ערך לחברה, ייתכן שהתומך הטכני אפילו יותר, אבל התומך לא מחזיק בנכס של החייב והמוסכניק כן. מבחינה עסקית, הטענה שהוא לא יעשה איתך עסקים אם לא תשלם לו בעדיפות – נכונה לגבי כולם. אז למה התומך הטכני כן והמוסכניק לא?
* זו חשיבה מיושנת בעיני האן, היות והיא מקדשת זכויות בנכסים מוחשיים, שזה כבר לא מוקד העניין בעולם המודרני.
* יחד עם זאת, הוא כן מקבל את ההיגיון הבסיסי של השימוש בזכות העיכבון כמנוף לצורך תשלום לפירעון לנושה על פני חייב שהוא לא חדל"פ, אבל הוא משחק התשלום. בהליכי חדל"פ, מתן עדיפות לזכות העיכבון בא על חשבון הנושים האחרים. הנימוקים של השבחת הנכס ומהלך העסקים הרגיל הם נחמדים מסורתית, אבל לא משכנעים לגמרי.
* במקרים קיצוניים אפילו יותר, יש זכות עיכבון לפי ס'19 לחוה"ח תרופות. אם הגיע במקרה לידיו של נפגע מהפרת חוזה נכס של המפר, הוא יכול להחזיק אותו עד לתשלום הסעד על הפרת החוזה. פה אין בכלל שום השבחה, אז מה ההיגיון, למה במקרה כזה הוא צריך להיות עדיף על כל הנושים?

**חובות בדין קדימה – ס'234 לחוק**

אסופת חובות שהמחוקק בחר לתת לה עדיפות מסוימת על פני שיעבוד צף ונושים לא מובטחים.

יש לנו 2 גורמים מרכזיים שעשויים להנות מחובות בדין קדימה:

1. **עובדים של החייב החדל"פ** – עובדים שלא שולם להם שכר עבודה / הפרשות סוציאליות וכו'.
2. **רשויות השלטון** – תשלומי מס וחובה כאלה ואחרים.
3. **מזונות** – רק במקרה של אדם פרטי.

אין ביניהם מכנה משותף מהותי, אלא פרוצדורלי, לכל אחד מהם יש עדיפות על שיעבוד צף ונושים לא מובטחים, אבל בגלל סיבות שונות.

עובדים של החייב החדל"פ:

* ההנמקה בנוגע ללמה לעובדים מגיע להנות מקדימות מסוימת, היא דיי אינטואיטיבית. העובדים נתפסים כחוליה יחסית חלשה, זה לא חוב של הלוואה, מדובר על שכר שהוא מקור פרנסתם וכו' – כסף מאד חיוני בחייהם.
* לעובדים יש דין קדימה, הם נהנים מעדיפות על פני נושים אחרים, אבל **זה מוגבל בסכום**. נכון להיום, ההיקף הכספי הוא עד 33 אלף ש"ח לכל עובד, מדובר על בין חודש ל3 חודשים של משכורת. כל מה שמעבר לזה, ייחשב לחוב רגיל לא מובטח.
* אם כבר נוגעים בזכויות הפירעון של עובדים ביחס לשכר / הפרשות שלא שולמו להם לפני הליך חדל"פ – יש מקור תשלום נוסף לזכותם של העובדים מלבד החברה החדל"פ – **המוסד לביטוח לאומי**. חוק הביטוח הלאומי קובע שאם וכאשר ניתן צו לפתיחת הליך חדל"פ של אותו מעביד, אזי העובדים זכאים לתבוע מהמוסד לביטוח לאומי גמלה בגין השכר / ההפרשות הסוציאליות שלא שולמו להם. תקרת הסכום בביטוח הלאומי היא הרבה יותר גבוהה, לכן העובדים קודם כל יפנו לביטוח הלאומי.
* אם לעובד חייבים 70 אלף ש"ח והוא קיבל את זה מביטוח לאומי, הוא כבר לא ידרוש מהחברה. כעת הביטוח הלאומי הופך לנושה של החברה החדל"פ והוא תובע ממנה את הסכום. יחד עם זאת, החוק קובע שלביטוח לאומי, כשהוא תובע את הסכום ששילם לעובד, אין דין קדימה. החוליה החלשה אליה כיוון החוק הוא העובד, לא הביטוח הלאומי, לכן **תביעה של הביטוח הלאומי תהיה תביעה של נושה רגיל**.
* אם העובד לא נפרע בכל החוב מהביטוח הלאומי – נניח שהעובד נושה בחברה ב200 אלף ש"ח, ביטוח לאומי שילם לו 150 אלף ש"ח, נותרו עוד 50 אלף ש"ח לחוב. העובד יוכל לגבות את החוב שלו מהחברה החדל"פ בדין קדימה, עד 33 אלף ש"ח שקובע החוק.
* בחוק חדל"פ יש חידוש – לפני חוק חדל"פ, קבע ביהמ"ש העליון שעובדים זכאים לגמלת ביטוח לאומי רק במקרה שניתן כנגד החברה סעד של **פירוק.** בחוק חדל"פ הדבר תוקן ונקבע במפורש שהעובדים יהיו זכאים לגמלה גם בהליך של **הבראה**, אם כי גמלה יותר מצומצמת.

דין קדימה לרשויות השלטון:

בעיקר רשויות מס. **הצדקה למתן עדיפות** – התשובה האמיתית היא כי הם יכולים, זה היסטורי, יש את זה גם במדינות אחרות. המדינה לא תיפול מאי גביית המס מכמה חברות שהפכו לחדל"פ, לכן בעיני האן זה לא משכנע.

**3 רכיבי חובות לרשויות שעשויים להנות מדין קדימה:**

1. חוב מע"מ ב12 החודשים האחרונים שלפני מתן הצו לחדל"פ.
2. ניכוי במקור של מס הכנסה וביטוח לאומי – סכומים שהחייב ניכה במקור ואמור היה להעביר לרשות המיסים לפי פקודת מס הכנסה או למוסד לביטוח לאומי לפי חוק ביטוח לאומי, אבל טרם העביר.
3. חוב כלפי מספר רשויות: ביטוח לאומי, רשות המיסים (כל סוג של חוב לרשות המיסים), חוב ארנונה לרשות מקומית. החובות האלה זוכים לדין קדימה רק אם ביחסים קודם לכן, הלכה הרשות והסכימה לאותו חייב לפרוס את החוב בהסדר פריסת תשלומים. אם למרות זאת הוא נכנס להליך חדל"פ ולא הספיק לשלם, הם יהנו מדין קדימה על קרן החוב (לא ריבית), רק על חיובים שנוצרו 3 שנים לכל היותר לתוך הסדר הפריסה (לא משנה על איזה 3 שנים מתוך החיובים).

ניכוי במקור – **ס'234(2)**:

* את הרכיב הזה ניתן יותר לקבל ולהבין את ההצדקה למתן יתרון פירעון לרשות המיסים. ניכוי מס במקור זה חוב מס לא של המעביד, זה לא מס חברות או מס הכנסה לחברה. מתוך המשכורות שהחברה משלמת לעובדים, היא מפרישה את מס ההכנסה שלהם (ככה זה בישראל, לא בארה"ב). בישראל, עובדים לא מקבלים את רכיב הברוטו המלא, אלא את הנטו, כאשר המעביד מנכה את המס של העובד ומעביר במישרין למס הכנסה. כנ"ל לגבי רכיב הביטוח הלאומי, שהמעביד מנקה משכר העובד ומעביר ישירות לביטוח הלאומי. בעצם, המעביד פה משמש כסוכן תשלומים עבור העובד מול הרשויות.
* כשמעביד נכנס להליך חדל"פ, קורה מידי פעם שהוא לא משלם בפועל את רכיב ניכוי המס במקור, שהוא אמנם הפריש מהשכר של העובד, אבל הוא לא העביר בפועל לרשויות.
* נקודה נוספת: אי תשלום כזה עלול לחשוף את נושאי המשרה בחברה לאחריות פלילית (לא נדון בזה בהרחבה).
* אם חושבים על זה, זה לא חוב של החברה, זה חוב של העובד שהחברה מחזיקה אותו עבור הרשויות, לכן יש היגיון בלתת לחוב הזה מעמד גבוה יותר בהיררכיה.

מע"מ – **ס'234(4)**:

* שני הרכיבים האחרים, של מע"מ וחוב כלפי רשויות, לא היו קיימים בחוק הקודם. בחוק הישן היו רכיבים אחרים של מס הכנסה, כולל 12 חודש על כל חוב מס, את זה הורידו. אבל השלימו את זה ביחס למע"מ, לו נתנו דין קדימה ל12 החודשים האחרונים.
* רציונל – יש שאומרים שגם על רכיב המע"מ אתה לא הבעלים האמיתיים, אלא אתה מנכה ומעביר אותו לרשויות המע"מ עבור הלקוח שלך, לכן נכון שהן יקבלו עדיפות. גם את ההסבר הזה האן לא מאד אוהב.
* בעיני האן, השאלה האמיתית היא שאם בפועל זה כסף של מע"מ ולא של החברה, אז המחוקק צריך היה לעשות את זה כמו בניכוי במקור, ללא הגבלה ל12 חודשים, אלא כל הסכום שהצטבר לאורך כל התקופה.

הסדר הפריסה – **ס'234(5)**:

* חידוש, לא היה קיים בדין הקודם ואפילו לא בהצעת החוק המקורית, זה נכנס תוך כדי דיונים בוועדת חוקה. מדובר בחידוש ישראלי, לא קיים דבר כזה בעולם.
* **הצדקה –** נועד לעודד את רשויות המס שחייבים מתקשים בתשלום להן, לייצר להם הסדר פריסה. אם אתה לא מייצר להם הסדר פריסה והחברה נכנסת להליך חדל"פ, לא יהיה לך דין קדימה. אבל אם אתה תפרוס לו ואז הוא יכנס להליך חדל"פ, אז תקבל דין קדימה – זה בעצם מה שיעודד את הרשויות לפרוס וזה טוב לחייבים שיש הסדרי פריסה.
* **לדעת האן-** נכון שזה טוב לחייבים שיהיו הסדרי פריסה, אבל לטענתו מדובר על רשות שלטונית ולא עסק פרטי, לכן אין היגיון לייצר לה תמריץ כלכלי כדי שתגיע להסדר. אם חושב המחוקק שנכון שרשויות השלטון יפרסו חובות כמדיניות, יש להוציא הנחייה שלטונית כזו, אין צורך בדין קדימה שיבוא על חשבון נושים אחרים.

בין 3 הרכיבים האלו של רשויות המס שמקבלים דין קדימה, וכן שכר העבודה של העובדים – יש סדר פנימי. כשדיברנו על ס'232 אמרנו שאין באמת שוויוניות פנימית בכל מדרגה בין כל הנושים, זה רלוונטי רק לנושים לא מובטחים.

גם פה, הרישא המפורשת של **ס'234(א)** קובעת: חובות העבר המפורטים להלן הם חובות בדין קדימה והם **ייפרעו בסדר עדיפות זה**: עובדים; ניכוי במקור לרשויות; מזונות; מע"מ; הסדרי פריסה.

כלומר, החובות **לא** ישולמו באופן שוויוני, בצורה של אחוזים לכל אחד מהרכיבים, אלא לכל רכיב ישלמו את מלוא גובה החוב וימשיכו הלאה. זאת עד שייגמר הכסף בקופת החברה וגם אם חלק מהרכיבים לא יקבלו תשלום כלל.

**שעבוד צף – ס'231(4)**

הבחנה בין 2 סוגי שעבודים:

1. שעבוד קבוע – דנו לעיל.
2. שעבוד צף – שעבוד שיש לו עדיפות על חובות לא מובטחים, אבל הוא כפוף לחובות בדין קדימה.

הגדרה: שעבוד על היקף רחב של נכסים, בדרך כלל לא על נכס אחד מסוים / ללא פירוט הנכסים המשועבדים. כאשר יש תחלופה פעמים רבות בנכסים המשועבדים, תוך זכות של הבעלים להנות ולפעול בנכסים.

הבעיה שנובעת מהצורה הקלאסית של שעבוד, שעבוד קבוע, היא שהוא מקפיא את הנכס.

מנגד, כל הרעיון של חברות מסחריות זה להמשיך לסחור בנכסים שלהן באופן שוטף, לפחות בנכסים שהם בני תחלופה שוטפת בעסק. למשל, מלאי עסקי. גם לנושה עצמו יש אינטרס שתפעל בנכסים, כי האינטרס המרכזי שלו הוא לא השעבוד, אלא פירעון החוב. השעבוד זה אמצעי ביטחון למקרה שמשהו משתבש, זה לא העיקר. את החוב החייב פורע מתוך ההכנסות שהוא מייצר, את ההכנסות הוא מייצר מתוך זה שהוא מוכר. אז אם השעבוד יקפיא את יכולת המכירה, הנושה בעצם יורה לעצמו ברגל - כך נולד הרעיון של שעבוד צף.

עדיפות הפירעון בין שעבוד צף לקבוע:

* במשפט הישראלי נוצר טויטס ישראלי בשעבוד הצף, שקיבל שדרוג פרקטי ומשפטי. באופן מסורתי, על פי ס'169(ב) לפקודת החברות, נקבע ששעבוד צף הוא שעבוד נחות בעדיפותו לעומת כל שעבוד אחר על נכס. כלומר, אם יש שעבוד על כלל נכסי החברה ולצד זאת שעבוד קבוע על נכס ספציפי, בעל השעבוד הספציפי יגבור על בעל השעבוד הצף, לא משנה מי מהם שוכלל ראשון.
* ס'169(ב) תוקן ונוספה לו סיפא שמשנה את כל האמור, לפיה אם במסמך שיוצר את השעבוד הצף (הסכם ההלוואה והשעבוד), נכללה הוראה שמגבילה את זכותה של החברה ליצור שעבודים מאוחרים יותר, בניגוד לשעבוד הצף וללא הסכמתו של בעל השעבוד הצף, וההוראה הזאת נכללה בטופס שהוגש לרשם החברות לרישום השעבוד ונרשמה על ידי הרשם – **קובע החוק שהשעבוד הצף יהיה עדיף על שעבוד קבוע שנוצר מאוחר יותר בניגוד לאמור**.
* היום כבר כל השעבודים הצפים משודרגים, אין כבר שעבודים ללא ההגבלה הזאת. אז כשנשאלת השאלה מי עדיף, שעבוד צף או קבוע – התשובה היא **המוקדם בזמן**.
* לא ייתרנו את חשיבות סיווג השעבוד – כי יש הבדל לא בתחרות בין שעבודים, שם אין הבדל בין שעבוד צף או קבוע. אבל בשאלה של התמודדות של נושה בעל שעבוד שרוצה להיפרע מהנכס המשועבד לו, מול נושים שיש להם חובות בדין קדימה, מי יפרע קדימה? תלוי באיזה שעבוד מדובר.
1. שעבוד קבוע – נפרע לפני כולם, גם לפני חובות בדין קדימה.
2. שעבוד צף – נפרע במדרגה ה4, לאחר חובות בדין קדימה.

נוסף על החסירון לשעבוד צף בסדר הפירעון, ס'244 לחוק חדל"פ הוסיף נקודת תורפה נוספת, שהיא כשלעצמה מעוררת את החשיבות בסיווג השעבוד, קבוע או צף.

**ס'244** – ניתן צו לפתיחת הליכים, יחולו הגבלות אלה לעניין שעבוד צף:

**ס'244(א)(2)** – נושה המובטח בשעבוד צף, רשאי להיפרע את החוב המובטח מנכסי השעבוד הצף, בסכום שלא יעלה על 75% מהתמורה שהתקבלה ממימוש נכסי השעבוד הסף (בסעיף זה – תקרת השעבוד), ויחולו הוראות אלה:

**ס'244(א)(2)(א)** – לא נפרע לנושה המובטח בשעבוד צף מלוא החוב המובטח, בשל הוראות סעיף זה, יהיה דינה של יתרת החוב כדין חובות החייב שאינם חובות מובטחים.

**ס'244(א)(2)(ב)** – יתרת השווי של נכסי השעבוד הצף שמעבר לתקרת השעבוד, תשמש לפירעון החובות הכלליים.

הסבר לסעיף: לשעבוד הצף אין עדיפות של 100 אחוז על הקבוצה הבאה, אלא עדיפות של עד כדי 75%. הורידו 25 אחוז מהתמורה המתקבלת ממימוש הנכסים המשועבדים לטובת הנושים הלא מבוטחים. אין הורדה כזו בשעבוד קבוע, שעבוד קבוע נפרע בעדיפות מלאה ב100% לפני שעוברים למדרגה הבאה.

הטענה של האן: נושה שמבין עניין, מתוחכם, יכול לקבל שעבוד צף ולהיפרע לפי ההיררכיה שלו 100% מחובו לפני הנושים הלא מובטחים. הטענה היא שהנושה יכול לעדכן את הLTV (אחוזי ההלוואה משווי הנכס – היחס בין גובה החוב לשווי של הנכס המשועבד שמבטיח את החוב).

ייתכן מצב בו גוף מבקש הלוואה, המלווה מבקש שעבוד צף על כל נכסי החברה. כדי להתמודד עם הקושי שהסעיף מעלה, הנושה יכול לתת הלוואה נמוכה מסך שווי הנכסים, כך שבעת הפירעון לפי ס'244, 75 האחוזים שהסעיף מקנה יכסו את מלוא החוב.

דוג': נניח ששווי הנכסים של החברה הוא 400, הבנק יסכים להלוות 300 שמהווים 75% מתוך ה400. הסעיף קובע שכשמגיעים למימוש, **הנושה המובטח במדרגה 4 ייפרע ב75%** **מהתמורה שהתקבלה,** לא 75% מהחוב. 75% מ400 זה 300, וכך הבנק יכול להיפרע במלוא סכום החוב.

"הטריק" הזה לא פוגע בנושים הלא מובטחים, עדיין ישארו 100 לנושים הלא מובטחים וזה מה שהמחוקק רצה, לדאוג גם להם בנוסף לנושה המובטח בשעבוד צף.

לסיכום – 2 נקודות השוני בין שעבוד קבוע לשעבוד צף:

1. שאלת היחס לחובות בדין קדימה – שעבוד קבוע עדיף על דין קדימה, שעבוד צף נחות מפני דין קדימה.
2. בשעבוד קבוע לא מורידים 25% מהתמורה, אלא מקבלים את כל ה100%. בשעבוד צף מקבלים 75% מהתמורה שהתקבלה מכלל הנכסים המשועבדים בשעבוד צף.

**חובות נדחים – ס'237**

חובות ריבית **ס'231(6)** וחובות נדחים **ס'231(7)** - במרבית המקרה לא נגיע לשם, הכסף ייגמר קודם.

איך חוב הופך להיות חוב נדחה?

1. **מכוח הסכם** – הנושה הסכים להיות אחרון בתור. מאד נדיר, בדרך כלל לא קורה.
2. **בשביל כסף** – אף אחד לא יעשה את זה בחינם, הנושה ידרוש משהו בתמורה. למשל, יגבה ריבית גבוהה. להסכים להיות חוב נדחה מתקרב מאד להיות בעל מניות, זה כמעט הון עצמי, אתה אחרי כל הנושים אבל קצת לפני בעלי המניות.

למה חשוב להכיר חוב נדחה, אם פרקטית לא נגיע לפירעון? כי המקור לקטלוגו של חוב מסוים כחוב נדחה, זה בעצם סעד שבדין. כלומר, לא הסכם שם את הנושה כחוב נדחה, אלא הדין קובע את זה (לדוג' חוב לא מובטח). לאור זאת, המשמעות הפרקטית של קביעה שיפוטית שחוב מסוים הוא נדחה – היא שהחוב הזה לא ייפרע.

בדינמיקה בחדל"פ, מי שינסה לעתים ליזום ו"להתלבש" על חוב כלפי נושה מסוים ולטעון בביהמ"ש שהחוב הזה צריך להיות חוב נדחה, זה הרבה פעמים הנאמן. הנאמן בעצם פונה לביהמ"ש ומבקש סעד של קביעת חוב כחוב נדחה.

**השאלה היא באילו נסיבות הפסיקה תקבע שחוב הוא חוב נדחה?**

הסמכות של ביהמ"ש – **ס'6(ג)** לחוק החברות "הרמת מסך". הס' מדבר על כך שלביהמ"ש יש את האפשרות (בהתקיים נסיבות ברישא של הסעיף), הסעדים שיכול לתת ביהמ"ש:

1. הרמת מסך.
2. להורות כי החוב כלפי בעל מניות יידחה מפני חובות אחרים. לזה בדיוק מכוון ס'231(1) שדן בחובות נדחים, הוא מפנה לחוק החברות שמסמיך את ביהמ"ש להוריד חוב לסוף התור. אבל כאמור, זה לא תמיד, רק כשמתקיימות הנסיבות להרמת מסך.

פס"ד קלאסי בעניין של הרמת מסך – **אפרוחי הצפון**:

עוסק בשאלת הרמת מסך כן או לא, בשאלת המימון הדק. עמדת הרוב היא שיש מקום להרים מסך שכן היה מימון דק, אבל הסעד האופרטיבי שקובע ביהמ"ש לאור המסקנה הזו, לאחר שנקבע שראוי להרים מסך ועובדתית היה חוב של החברה כלפי בעלי המניות, הוא דחיית החוב שלהם לסוף התור.

בעלי מניות בחברה, פעמים רבות עשויים להיות בעלי קשר משפטי כפול ביחסים שלהם עם החברה:

1. מניות בתמורה להשקעת הון.
2. נושים של החברה כמלווים.

היות והחברה היא אישיות משפטית בפני עצמה, יכולים להיות לה קשרים משפטיים עם בעלי המניות בה. פעמים רבות קורה שבעלי המניות משקיעים סכום כסף בחברה כנגד העברת מניות, ובנוסף מעבירים סכום כסף נוסף בפורמט של הלוואה. כיוון שהמלווה הוא בעל מניות, ההלוואה הזו נושאת את הכינוי "הלוואת בעלים".

זה מה שהיה באפרוחי הצפון ועל הלוואות הבעלים האלה, קבע ביהמ"ש סעד אופרטיבי של דחיית הלוואת הבעלים, מכוח הסמכות שלו בסעיף 6(ג) לחוק החברות.

מבחינה פרקטית, החוב הזה לא ייפרע, כי לא יהיה פירעון של 100% לנושים הלא מובטחים.

כזכור, בפס"ד סלומון נקבע שבעל המניות לא חב בחובות החברה. יחד עם זאת, בפס"ד הייתה נקודה נוספת. הטענה של סלומון הייתה שלא רק שהוא לא צריך להוסיף כסף, אלא הוא גם נושה בחברה כי הוא נתן לה הלוואה. ולא רק זה, הוא גם גיבה את ההלוואה בשעבוד, לכן הוא הראשון בתור בהיררכיה. גם בטענה הזו סלומון זכה. זה מקרה מוקצן, נשים אותו בצד.

נוריד לרגע את אלמנט השעבוד, פעמים רבות בחברות בעלי המניות מעבירים כסף לחברה באופן מפוצל כאמור, באמצעות רכישת מניות ובאמצעות הלוואה. מבחינה פרקטית, מאד נפוץ שהרכיב הכספי של ההלוואה גדול משמעותית מהרכיב הכספי של ההשקעה במניות.

השיקולים בפיצול כזה:

1. **הקמת חברה חדשה –** מי שיקים אותה גם ככה יהיה בעל שליטה בחברה, לכן זה פחות משנה לו כמה מניות יהיו לו. בסופו של דבר, מניות זאת השקעה הונית, ממנה הוא ייפרע אחרון בסדר השעבוד. לכן, משתלם לו לשלם X על המניות, להנות מהזכויות הגלומות במניות, ובנוסף להיות נושה של החברה למקרה שהיא תגיע למצב של חדל"פ.
2. **מיסוי** – גם לבעל המניות המלווה וגם לחברה שמקבלת ממנו את הכסף, יכולים להיות יתרונות בהטבות מס מסוימות אם הכסף יעבור במתכונת של הלוואה ולא כהשקעה הונית.
3. **בהשקעה הונית** – יבוא יום שהחברה תשיב לבעל המניות בדיבידנד. לפני חלוקת הדיבידנד, החברה צריכה לשלם מס הכנסה ולאחר מכן לחלק דיבידנד. בעל המניות שקיבל דיבידנד, צריך לשלם 20 אחוז מס – פעמיים אירוע מס.
4. **הלוואה** – כשהחברה משלמת לבעל המניות את הכסף, הפעולה המשפטית נקראת "פירעון חוב". לכן, הקרן של החוב היא לא הכנסה מבחינת בעל המניות, הוא צריך לשלם מס רק על הריבית. מהצד של החברה, כל מה שהיא משלמת, כולל הריבית, זו הוצאה מוכרת שהיא מנקה מההכנסה שלה. דיבידנד לא נחשב להוצאה מוכרת.
5. **חברה קיימת שמחפשת מקור מימון נוסף** – הנפקת מניות נוספת תדלל את השליטה של בעלי המניות האחרים. אם זאת תהיה הלוואה ולא השקעה הונית, המשקיע לא יקבל מניות והיחסים בין בעלי המניות יישארו אותו דבר.

כלומר, יש כל מיני שיקולים עסקיים לקבוע חלק מהכסף שבעל המניות מעביר לחברה כהלוואה ולא כהשקעה הונית.

עכשיו, השאלה היא באיזה נסיבות ביהמ"ש יגיד שלמרות שזה עוצב כהלוואה – מורידים אותה לסוף התור?

* הרבה פעמים היחס הכספי בין שיעור ההשקעה לבין ההלוואה הוא לא פרופורציונלי. המתבונן מהצד עשוי לומר שיש הרבה יותר חוב מאשר הון עצמי, להלן מימון דק (אי יצירת הון עצמי מספק להתנעת החברה), להלן הרמת מסך, להלן דחיית חובות.
* **אבל(!)** זה לא קורה אוטומטית, זה לשיקול דעת ביהמ"ש לבחינה בנסיבות העניין.
* צריך להבין שחברות רבות מממנות את פעילותן באופן לא מאוזן בין היקף ההשקעה שלהן לבין היקף ההתחייבויות שהן נוטלות, לזה אנחנו קוראים חברה ממונפת (שנשענת על אשראי). לא בכל מצב כזה צריך לקבוע שזה מימון דק ולדחוף את המממנים לסוף התור, כי זו התנהלות טבעית של חברות מסוימות. אי אפשר ללכת לקיצון כזה או אחר, תמיד לדחות או תמיד לא לדחות – הכל תלוי בנסיבות העניין.

**פס"ד התחנה המרכזית החדשה תל אביב (התמח"ת):**

* התעוררה נקודה מעניינת בעניין הדחיית חובות כלפי בעל מניות, שהיא שונה מהאב טיפוס הקלאסי של מימון דק, הרמת מסך וכו'. הסיפור העובדתי של התמח"ת שונה מהתרחיש הזה, שכן בעלת המניות, חברת נצבה, מעולם לא הלוותה שום הלוואה לתמח"ת.
* לתמח"ת היה חוב מובטח כלפי בנק דיסקונט, בשווי של 180 מיליון ש"ח. היא נקלעה לקשיים כלכליים וחברת נצבה ניצלה את המצב. מבלי ידיעת החברה, נצבה פנתה לבנק דיסקונט והציעה לרכוש ממנו את החוב. היא רוכשת מבנק דיסקונט את החוב ב100 מיליון ש"ח, מחיר נמוך יותר שכן בשל מצב הדברים של תמח"ת, הסיכון בחוב גדל. **ונצבה הופכת להיות נושה של החברה - ללא ידיעת החברה**.
* כאשר תמח"ת נכנסה לפירוק, נצבה מתייצבת כאחד הנושים על חוב של 180 מיליון ש"ח (למרות ששילמה 100 מיליון ש"ח).
* כשהמפרקים באים לפרק את החברה, נצבה מציעה 200-220 מיליון ש"ח על הנדל"ן של התמח"ת, אבל מזכירה שהחברה חייבת לה גם 180 מיליון ש"ח בחוב מובטח. אז בעצם **נצבה מציעה לקזז את החובות, לשלם 20 מיליון ולקבל את הנדל"ן.**
* המפרקים לא הרגישו עם זה נוח, הם פנו לביהמ"ש ואמרו שאם נצבה רוצים את הנדל"ן, שישלמו, אבל לא בדרך של קיזוז. לטענתם, לאור ההתנהלות של נצבה, כסנקציה, צריך לדחות את החוב שלהם לסוף התור.
* לטענת המפרקים, ההתנהלות של נצבה הייתה התנהלות שמפרה את חובת ההגינות של בעל המניות כלפי החברה. אופן ההתנהלות של נצבה לא היה בתום לב, אלא מחושב ולכן מדובר בהפרת חובת ההגינות. הרי נציגים של נצבה ישבו בישיבת דירקטוריון של החברה, הבינו שיש בעיה עם בנק דיסקונט, העבירו את המידע לבעל השליטה של נצבה, שבלי לדבר עם אף אחד קונה את החוב בזול ומציג אותו כחוב מול החברה על מלוא ה180.
* כבעל שליטה, הוא יכל להעמיד ערבות ולעזור לחברה להתייצב, אבל הוא לא ניסה לדבר עם החברה ולסייע לה. הוא בעצם ניצל את האירוע להזדמנות עסקית עבורו לרכישת הנדל"ן של תמח"ת.
* זה לא שכבעל מניות אתה לא יכול לקנות חוב, אבל צורת ההתנהלות שכללה העדר שיתוף החברה בנעשה, לא תקינה.
* נפסק: אכן נצבה הפרה את חובת ההגינות, עליה לפי החוק אמורים לחול סעדים של הפרת חוזה - אבל זה לא מה שנעשה. ביהמ"ש קובע שלמרות שהחוב הוא במקור לא הלוואת בעלים, אלא המחאת זכות של חוב שהיה במקור של נושה חיצוני לחברה, מגובה בשעבוד ונראה כחוב אותנטי, יש מקום להטיל סנקציה כנגד הפוזיציה שלה כנושה. **ביהמ"ש דוחה את החוב כלפי נצבה לסוף התור, ואם היא בסוף התור לא ניתן לבצע קיזוז**.
* לכן, המפרק ימכור את הנכסים, הוא יפרע את התשלום קודם כל לנושים לא מובטחים ורק לאחר מכן, יעבירו את ההפרש לנצבה.

מדובר בהדחיית חוב יותר מרחיבה מהקלאסית של אפרוחי הצפון, של הדחיית חוב לבעל מניות גם אם הפורמט המקורי של החוב לא היה הלוואה של בעל המניות לחברה.

**ריבית הסכמית – ס'231(6)**

ריבית הסכמית שתצטבר מצו פתיחת ההליכים ואילך, תיחשב כריבית נוספת ותיפרע רק לאחר החובות הלא מובטחים (אף פעם), כולל **ריבית פיגורים** שהייתה קודם לפתיחת ההליך.

לחוב מובטח מחשבים ריבית הסכמית (ולא ריבית פיגורים), בגין התקופה שלפני פתיחת ההליך ובגין התקופה שההליך מתרחש. ברגע שריבית הסכמית היא חלק מהחוב המובטח, היא אך ורק בתנאי שיש בנכס מספיק כדי לכסות גם על הריבית וגם על קרן החוב. מכיוון שהריבית ההסכמית לא מובטחת, היא תלך לקומה 6 במדרגות הפירעון.

**ביטול עסקאות הגורעות מקופת הנשייה – ס'219-220**

**ס'219-220** לחוק החדל"פ הם סעיפים מאוד חשובים.

**ס'219** – העדפת נושה: במקרה שבו החייב פורע חוב סמוך להליך, ביהמ"ש בהתאם לבקשת הנאמן, יבטל את תוקף הפעולה הזו. לא מדובר פה על פעולה חשודה, אלא על פירעון חוב.

ניתן לתקוף פעולה זו כאשר מתקיימים 3 תנאים מצטברים:

1. מועד ביצוע הפעולה חל בתקופה שתחילתה 3 חודשים לפני מועד בקשת הצו לפתיחת ההליכים. לגבי נושה שהוא קרוב לחייב, שנה לפני בקשת הצו.
2. במועד ביצוע הפעולה, היה החייב בחדלות פירעון.
3. בשל הפעולה ייפרע לאותו נושה חלק גדול יותר מהחוב, לעומת החלק שהיה נפרע לו במסגרת הליכי חדלות הפירעון לפי סדר הפירעון. אם נושה נפרע יותר ממה שהיה צריך, עליו להחזיר את הכסף ולאחר מכן יוכל להגיש תביעה לפרוע את חובו.

הרכיב הכי מהותי הוא הרכיב השני- **שהחייב חדל פירעון**. אם הוא בר פירעון ולא חדל פירעון, הוא לא עושה פעולה לא נכונה אלא ההפך, כל הכבוד לו שפורע חובות. עושים כאן איזון אינטרסים, מצד אחד רוצים לעשות סדר בין הנושים, מצד שני רוצים לשמור על זכויות הנושה. לכן לא כל פירעון לנושה יבוטל, אלא רק אם התשלום עמד בתנאים לעיל.

בדין הישן, בכדי לבטל פעולה של העדפת נושים היה צריך להוכיח יסוד נפשי. כלומר, שהחייב התכוון לפרוע לנושה יותר או שעשה זאת מכורח/ אילוץ מצד הנושה. דין זה שונה וכעת מתייחסים לשאלת התוצאה, האם בפועל יש אפקט של העדפה לטובת נושה מסוים.

העדפת נושים יכולה לבוא לידי ביטוי ע"י מגוון של פעולות (לא בהכרח פירעון חוב כמו שדיברנו לעיל), שיש בהן כדי להביא לתוצאה של פירעון חוב של הנושה/ קידומו בסדר הפירעון. למשל ע"י שעבוד נכס כתנאי שהנושה לא ייפתח בהליך כנגד החייב. במצב כזה, השעבוד יהיה מבוטל, הוא יוכר כנושה, אך לא כנושה מובטח. \*\*גם כאן נדרש לעמוד בתנאים המצטברים.

**פס"ד צ' גורן-** בוצעה פעולה שכתוצאה ממנה נושה לא מובטח של החברה, טען שהוא כן מובטח מכיוון שקיימת לו זכות קיזוז המבטיחה לו פירעון של 100%. נקבע שאם הזכות נוצרה בתוך 3 החודשים האחרונים של פתיחת ההליך, בשעה שבה החייב היה חדל פירעון, ניתן לא להכיר בהעדפת הנושה ובזכות הקיזוז. החוק מוכן להרחיב את תקופת החשיפה לביטול כהעדפת נושים, מ-3 חודשים לשנה אחרונה, זאת בתנאי שמדובר על נושה קרוב לחייב (נושה משרה, בעל שליטה וכדומה).

**דוג'- נושה מובטח ביתר:** לחברה יש 3 נושים: א', ב', ג'. א' הוא נושה מובטח ב100 שמגובה בנכס שמשועבד לטובתו בשווי 200, כך שיש כיסוי של 100% לחוב שלו. נושים ב' ו-ג' נושים ב-100 אך הם לא מבוטחים. נושה ב' המחה לנושה א' זכות שהייתה לו. כעבור חודשיים המפרק שם לב שהייתה המחאת זכות עוד בזמן שהחברה הייתה חדלת פירעון מבחינה עובדתית. החברה אמנם לא מעורבת בשום פעולה, אלא ההסדר הזה הוא בין הנושים לבין עצמם. כשבוחנים לפי מבחן התוצאה, רואים שהמחאת הזכות מובילה לכך שב' מקבל זכויות פירעון טובות יותר. אם לא הייתה המחאת זכות, נושה א' היה נמחה ב-100, כך שנשאר רק 100 מהנכס (200-100=100), כך שנושה ב' ונושה ג' יקבלו 50 כל אחד. לאחר המחאת הזכות, נושה ב' נמחא ב100, ולנושה ג' לא נשאר כלום, הוא נמחא ב-0. נושה ב' לא פראייר, הוא המחה את זכותו לנושה א' בתשלום, קיבל על זה פחות מ-100 ויותר מ-50. ס' 219ג מאפשר לבטל את המחאת הזכות הזאת כהעדפת נושה, ולקבוע שהחוב הוא לא מובטח.

**ס'220** – העברה בפחות משווה ערך (הביטוי שמופיע בנוסח החוק לא מוצלח לדעת האן). מדובר על פעולה שבוצעה בין החייב חדל הפירעון בזמן שהוא חדל פירעון, לבין אדם שלישי. כאשר במסגרת הפעולה הזו החייב העביר נכס או שווה ערך כלכלי וקיבל תמורה שלא הולמת (פחות משווה ערך), או לא קיבל תמורה בכלל. הפעולה בעצם גורעת מקופת הנשייה ופוגעת בנושים בכך שכעת יש פחות כסף שניתן לפרוע להם. למשל העברת נכסים מהתאגיד לבעל השליטה, או מאבא לבן, כאשר האדם האחר הוא אינו הנושה של החייב. אם מדובר על פעולה מול נושה של החייב, **הסעיף הרלוונטי הוא 219 (העדפת נושים) ולא ס'220**. זאת לא רק כאשר מדובר על פעולה שנעשתה במרמה, אלא גם אם מדובר על פעולה בלתי סבירה. בתנאים מסוימים ניתן להסמיך את הנאמן שיוכל לבטל את הפעולה, או לחלופין לדרוש מהצד השלישי להשלים את הכסף (כי שילם פחות). לשם כך צריך להתקיים כמה תנאים:

1. נכון לשעת הפעולה, החייב היה חדל פירעון. שאלה זו היא שאלה עובדתית.

2. מה שמקבל הנכס שילם כנגד הנכס הוא פחות משווה הנכס, כלומר תמורה לא הולמת, נמוכה מידי/ ללא תמורה.

3. מגבלת זמן של שנתיים לפני הבקשה לפתיחת ההליך, אם מדובר על קרוב הזמן יהיה 4 שנים. לפי הדין הקודם, היה ניתן לבטל פעולות כאלו עד 10 שנים אחורנית (לא היה מוצדק ועורר ביקורת רבה).

עולה השאלה מדוע בהעדפת נושים הייתה מגבלת זמן של 3 חודשים וכאן של שנתיים? מכיוון שלא מדובר על אותה הפעולה. כאשר מדובר על העדפת נושים מדובר על פעולה לגיטימית כלפי נושים אחרים. לעומת זאת, הפעולה של ס'220 היא פחות טריוויאלית, אין כאן אינטרס מוגן של נושה שמצפה לכסף שלו, אין אינטרס הסתמכות ולכן הזמן ארוך יותר.

עוד לפני שהכרנו את ס'220, ראינו ביטול פעולה בין חייב לנושה שאינו החייב שלו, בחלוקת דיבידנד. כאשר לא עוברים את מבחן יכולת הפירעון, חוק החברות לא מאפשר חלוקת דיבידנד, במידה ומתבצעת חלוקה יש לבצע השבה. זה בעצם מקרה פרטי קונקרטי של ס' 220 לחוק החדל"פ. סעיף זה הוא כולל ולא חל רק על בעלי מניות.