**מבוא**

הגדרה כללית – חדל"פ היא חוסר היכולת לפרוע חובות.

שני קונפליקטים מרכזיים: בין החייב לנושה/ים; בין הנושים לבין עצמם (היררכיה).

מושגי יסוד:

פשיטת רגל / פירוק / הבראה: הליכים שונים בטיפול בחברה חדל"פ.

* **פשיטת רגל ופירוק באופן היסטורי** – שני הליכים המוסדרים בחוק נפרד.
* **פשיטת רגל**: בעבר, פקודת פשיטת הרגל, עבור מצבי חדל"פ של אנשים ושותפויות.
* **פירוק**: בעבר, פקודת החברות. כאשר חברה הייתה חדל"פ יכלה להגיע רק לפירוק.
* **הבראה:** מסלול שהתפתח עם השנים באבולוציה מתונה, שינוי הדין שאפשר בעבר רק פירוק לחברה שבהליכי חדל"פ.
* בתי המשפט היו אלו שדחפו לקידום חלופות לפירוק, היות והמסלול החד גוני שהחוק יוצר מביא לתוצאה קשה – פירוק החברה.
* חיסרון מסוים במסלול הבראה הוא פגיעה מסוימת בנושים, אך הערך של לאפשר לחברה להתאושש ולחזור לפעולה עסקית מתגבר.
* **גרעין ראשון בנושא הבראה** – הקפאת הליכים בסמכות ביהמ"ש (בשנת 1995, טרם חוק החברות), אמצעי קריטי בדרך להבראה.
* **1999, חקיקת חוק החברות** – הליך פירוק חברה לא נכלל בחוק, מכאן שהפקודה עדיין נותרה המקור הסטטוטורי היחיד לפירוק.
* מנגד, הליך הבראה דווקא כן מצא מקום בחוק החברות, שהועתק כלשונו לס'350, כולל הס' של הקפאת הליכים.
* **עד שנת 2018** – המקור להליך פשיטת רגל היה בפקודת פשיטת הרגל; המקור להליך פירוק היה בפקודת החברות; המקור להליך הבראה עבר לחוק החברות.
* בשנת 2012 נוסף פרק לחוק החברות, בין ס'350 לס'351, שמשלים את נושא ההבראה.
* בשנת 2018 חוקק חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי תשע"ח-2018 (נכנס לתוקף ב15.9.2019), והוא כולל בתוכו את כל ההליכים האמורים; פשט"ר, פירוק והבראה.
* המונח פשיטת רגל לא קיים בחוק חדל"פ החדש, כיום נקרא "הליך חדל"פ של היחיד".
* חלק ב' של החוק – הליך חדל"פ של החברה, מאפשר פירוק או הבראה.

**כינוס נכסים:** הליך בו גורם מסוים מקבל סמכות לקבל נכסים של אדם אחר.

* אכיפת זכות: בסיס הליך כינוס נכסים: מצב בו אדם לא משלם ומנגד עומד נושה מובטח המבקש לאכוף את זכותו. אותו נושה יוכל למנות גורם, בד"כ עו"ד, ככונס על הנכס המשועבד. אותו גורם יקבל סמכויות על הנכס המשועבד ותפקידו יהיה להעמיד את הנכס למכירה, ומהכסף שיתקבל לפרוע את החוב של הנושה.

כלומר, זהו **הליך שמטרתו קידום מכירת הנכס המשועבד ושימוש בתמורה לפירעון החוב**.

* איך ממונה כונס: לפי חוק המשכון, 2 אפשרויות: הוצל"פ / בימ"ש.
* הקשר לחדל"פ: לרוב כשחייב לא משלם לנושה מובטח זה בגלל שהוא חדל"פ.
* האם כינוס נכסים דוחה הבראה/פירוק? לא בהכרח, יכול להתקיים במקביל.

**נאמן:** פונקציונר שממונה ע"י ביהמ"ש לניהול הליך פשט"ר, פירוק או הבראה. לרוב יהיה עו"ד או רו"ח. בעבר נקרא מפרק, היום נקרא נאמן, לא באמת משנה.

**הוצל"פ (עיקול):** הגוף השלטוני שאמון על גביית חובות אזרחיים, נקרא "רשות האכיפה והגבייה".

* אדם עם פס"ד לזכותו יכול לפנות לרשם ההוצל"פ בבקשה לפתוח בהליך, לרשם סמכות לתת צווים שיפעילו אמצעי גבייה נגד החייב (עיקול / כונס נכסים).
* מוסדר בחוק ההוצאה לפועל (סמכות; סעדים; התנגדות להוצל"פ).
* על פניו, להוצל"פ מטרה אחת ייעודית והיא גבייה; לא תמיד יהיה מדובר בחייב חדל"פ.
* הקשר לעולמות החדל"פ: בעבר, היו מעצורים חקיקתיים שמנעו מאדם בהליך של פש"ר לנהל את המשבר הכלכלי שלו. כאשר לאדם היו מספר נוספים, שכל אחד מהם פונה ופותח תיק בהוצל"פ ומסתכל רק על עצמו, לא הייתה אפשרות לחייב לנסות להגיע להסכמות עם הנושים. על מנת לאפשר ראייה כוללת בוצע תיקון בחוק הוצל"פ, בו נוסף תהליך שנקרא "איחוד תיקים". הליך זה שיפר במידה מסוימת את ההתייחסות בטיפול באותם חייבים.
* הלכה למעשה, למרות שהמטרה המקורית של הוצלפ היא גביית חובות, לאורך השנים המערכת החלה לעסוק בחייבים חדל"פ, מה שהסיט את המערכת מהייעוד המקורי שלה.
* החל הליך שהושלם כשהאן כיהן ככונס הרשמי, שמטרתו הייתה פיתוח רשות האכיפה והגבייה כגורם שלא רק יאכוף את זכות הנושה, אלא יעשה איזונים בין הנושה לחייב.
* נפתחו 2 דרכים להתמודד עם חובות: פש"ר; איחוד תיקים בהוצל"פ.
* מאז, הוצל"פ משחק תפקיד באיזון בין זכויות הנושה לבין התחשבות בחייב. תיקים מתחת ל150 אלף ש"ח ינוהלו בהוצלפ, מעל סכום זה יהיה בבימש שלום.

המונח הבראה לא קיים בחוק חדל"פ : נשתמש במונחים הפעלה של חברה/תוכנית לשיקום חברה.

מקורות השוואתיים לחדל"פ – אנגליה וארה"ב:

* **אנגליה:** השפעה רבה בשל החקיקה המנדטורית + החוק האנגלי The Insolvency Act .
* **ארהב:**
* **Bankruptcy** – מבחינה מילולית המשמעות היא פשיטת רגל, אך יש פרשנויות שונות באנגלית בריטית ואנגלית אמריקאית:

1. בריטית – המונח קיים בחוק הבריטי ומשמעותו היא הליך חדל"פ 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 חדל"פ 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, כאשר המטרות ה1 וה3 מתלכדות:

1. **ס'1(1)** – סיוע ושיקום החייב. כל החייבים באשר הם, פרטיים וחברות.
2. **ס'1(2)** – קידום פירעון לטובת הנושה ככל האפשר.

**ס'4** הוא סעיף ההגדרות של החוק (**ס'1** מטרת החוק; **ס'2** הגדרת חדל"פ; **ס'3** הימשכות ההליך).

האן בספרו, "דיני חדל"פ": 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".

2 מבחנים חלופיים בס'2 לחוק: (1) "במועדם" – מבחן תזרימי; (2) "נכסים מול התחייבויות" – מבחן מאזני.

**המבחן המאזני NAV**

הגדרה: חייב שסך התחייבויותיו עולה על סך נכסיו הוא חדל"פ.

הערה ראשונה: לא מדובר בדוח מאזן שחברה מפרסמת אחת לתקופה לפי חוק, המספרים שם לא תמיד מעודכנים. לפעמים מדובר בערך היסטורי (נכון ליום הרכישה), לעתים מדובר בשיטות שונות להערכת שווי. הדוחות התקופתיים נועדו לתפעול שוטף לחברה, הם יכולים להוות נקודת מוצא לבחינת הנכסים, אבל לא נקודת הסיום. השאלה לפי המבחן היא – אם מחר החייב מוכר את כל נכסיו, האם יש בהם די כדי לעמוד בהתחייבויותיו? כדי לענות על שאלה זו, נצטרך מידע מדויק.

הערה שנייה: בשפה הפיננסית, המבחן המאזני נקרא NAV – ערך הנכסים נטו. ה"נאב" מהווה את ערך החברה. אם הנכסים שווים 100 וההתחייבויות 80, הנאב של החברה חיובי.

הערה שלישית (לשני המבחנים): שני המבחנים לא מהווים מדע מדויק. במבחן התזרימי המחוקק הוסיף את המשפט "בין אם פירעונם הגיע ובין אם לאו", מה שמעורר את השאלה **כמה קדימה?**

אין תשובה ברורה כמה קדימה, מדובר במבחן צופה פני עתיד ולכן זה בעיקר הערכות.

בנוסף, אין תשובה ברורה כמה תשלומים על חברה לפספס כדי להיחשב חדל"פ – תיבחן ההתנהלות הכללית של החברה, שיכולה לכלול מספר סימנים מעידים:

* צופה פני עבר (אי תשלום בפועל): כמות תשלומים / על פני כמה זמן / היקף הסכומים.
* צופה פני עתיד: התחייבויות צפויות / הכנסות צפויות וכו'.

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

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

"במועדם" – לכל חוב יש לוח זמנים לפירעון במועד מסוים, והזכאות של הנושה היא להיפרע באותו מועד. לכן, אם חייב לא פורע את חובותיו במועדם, גם אם יש לו "נאב" חיובי, הוא חדל"פ תזרימי.

שני נתונים לבחינה: (1) יתרה בבנק; (2) תחזית ריאלית להכנסות עתידיות מול התחייבויות.

**פס"ד בן ציון:** פס"ד שטרם למבחנים, בו השופט לינדוי קבע שחייב שסך הנכסים שלו עולה על ההתחייבויות שלו, אשר חשבון הבנק שלו מוקפא ואין לו יכולת בפועל לפרוע חובות – הוא חדל"פ.

הערה: דיני חלוקת דיבידנדים (ס'320 לחוק החברות), קובעים שני מבחנים שעל חברה לקיים כדי שתוכל לחלק דיבידנד. המבחן השני של החלוקה (והחשוב ביותר) – הוא **מבחן יכולת הפירעון.**

מבחן יכולת הפירעון לפי חוק החברות והשוואה למבחן לפי חוק חדל"פ:

* הגדרה: "ובלבד שלא קיים חשש סביר שהחלוקה תמנע מן החברה את היכולת לעמוד בהתחייבויותיה הקיימות והצפויות, **בהגיע מועד קיומן**" – זה **המבחן התזרימי.**
* "התחייבויות הקיימות והצפויות" לעומת חוק חדל"פ "בין אם הגיע מועד הפירעון או לא", קיים דמיון בין המבחנים.
* גם בחוק החברות וגם בחוק חדל"פ – לא מופיע כמה לתוך העתיד יש לבחון את "הצפויות".

**פס"ד מלרד** – בחינת יכולת הפירעון לפי חוק החברות:

נפסק: החוק לא מגביל בזמן את נושא ההתחייבויות הצפויות ולכן זה אין סופי. יש להתייחס להוצאות צפויות גם אם הן לעוד 5 שנים, כל עוד מדובר בעובדה ולא בהנחה. מובן שחיזוי לעתיד הרחוק הוא לא מדויק, אך עדיין יש להתייחס אליו גם אם ברמות הסתברות שונות.

האן: זה לא ריאלי, יש לתחום את תקופת הזמן העתידית. ההצעה של האן – לבחון את הצפויות עד שנתיים קדימה, כך עובדות הדרישות של עולם ניירות הערך וחברות יודעות לעבוד עם זה.

אחריות דירקטורים: ניתן לבחון אחריות דירקטורים בין היתר לפי השאלה האם החברה היא חדל"פ או לא לפי המבחן התזרימי. גם פה אין תשובה על כמה קדימה צריך לבחון.

ההקשרים שבהם אנחנו נתקלים במונח "חדל"פ":

* האם בשלה השעה לפתוח הליך משפטי מסוים בעניינו של אותו חייב – בין השאר תלוי בשאלה אם הוא חדל"פ. אם כן, יש מקום להיכנס להליך. אם לא, אז לא. לפי המבחנים.
* **חלק ב' של החוק – ס'5,** הוראות אופרטיביות בעניין חדל"פ שמתייחסות לחברות.
* חלק ג' – הליכי חדל"פ של אדם פרטי.

בהקשרים רבים יש חפיפה בין החלקים, כאשר ההבדל הוא אדם פרטי לעומת חברה.

* **שאלת אחריות נושא משרה** – **ס'288 לחוק**, אחריות של נושא משרה. אחד מיסודות הסעיף מבחינת אחריות זה לבחון האם מדובר בחברה חדל"פ.
* **סעיפי סמכות לנאמן – ס'220 לחוק**. בחינה בדיעבד של הפעולות שעשה החייב טרם פתיחת הליך חדל"פ, כאשר הטענה שהפעולות לא היו תקינות ולכן צריך סעד אזרחי (פיצוי/ביטול).

מי יכול להתחיל הליך חדל"פ: החייב עצמו (**ס'6+7)**, וכל אחד מהנושים (**ס'9+10**), יכולים לפנות לבימ"ש כדי לקבל צו.

משמעות פתיחת הליך חדל"פ: עצם הגשת הבקשה היא הדרמה, תוך זמן קצר זה יגיע לעיתונות וגם אם הבקשה תידחה, כולם יזכרו רק שהוגשה מלכתחילה. הגשת הבקשה יוצרת שרשרת אירועים שליליים כלפי החברה, יש שיקראו לזה "נבואה שמגשימה את עצמה". כך חברה שנפתח מולה הליך יכולה למצוא את עצמה ללא ספקים, להפסיד במכרזים וכו'. הדרך למגר את ההשפעה הרעה – סעיף שקובע שבגין הגשת בקשה לפתיחת הליך חדל"פ שלא בתו"ל יקבעו פיצויים נזיקיים מוגדלים.

תנאים לפתיחת הליך חדל"פ:

* **בקשת נושה לפתיחת הליך חדל"פ – ס'9**: החברה צריכה להיות חדל"פ.
* **בקשת חברה לפתיחת הליך חדל"פ – ס'7(א)**. תנאים חלופיים: (1) החברה צריכה להיות חדל"פ; (2) ההליך עצמו יעזור לחברה להימנע מחדלפ (טיפול מונע).

הסיבה להבדל בין הנושה לחברה: ההגמשה כלפי החברה נובעת מהאפשרויות בחלק ב' לחוק – הבראה או פירוק. המחוקק מאפשר את הגמישות על מנת לסייע לחברה להימנע ממצב של חדל"פ. לרוב כשחברה תגיש בקשה, זה יהיה להבראה. לבימ"ש עדיין יש את השק"ד אם לאשר את הבקשה.

מנגד, מטרת הנושה היא קבלת הכסף שלו, גם אם המשמעות היא פירוק החברה. לכן, למרות שמבחינת החוק נושה יכול לבקש הבראה, לרוב הוא לא יעשה את זה.

בעיית פער המידע: כדי שנושה יפתח הליך חדל"פ, הוא צריך להראות שחברה חדל"פ. פרקטית זה אתגר גדול, לרוב יהיה פער בין המידע של החברה למידע של הנושה.

למעט נושים חזקים (בנקים שדורשים דיווחים וכו'), לרוב הנושים יהיה קושי לדעת מה סך הנכסים, ההתחייבויות של החברה וכו' (בעיקר נושים חלשים, כמו ספקים/עובדים).

**ס'10 פותר את בעיית פער המידע**: "חזקת חדל"פ" בנסיבות מסוימות שעובדת לטובת הנושה. החזקה תקום ככל והנושא מגיש דרישת תשלום הגבוהה מ90 אלף להסדרה תוך 30 יום, שאלמלא יוסד התשלום יתחיל הליך חדל"פ. אם החברה לא שילמה תוך 30 יום, קמה החזקה. את החזקה החברה תוכל לסתור בביהמ"ש באמצעות ראיות שהיא אינה חדל"פ.

כדי שנושה יוכל להפעיל את ס'10 – הוא צריך להוכיח שעצם החוב לא שנוי במחלוקת בין הצדדים. לדוג' החברה לא שילמה בהתאם לחוזה ההלוואה, החוב לא שנוי במחלוקת.

מנגד, לדוג' סכסוך שוכר-משכיר על תקלות בנכס, זו טענה שתצטרך בירור חוזי בבימש.

**פס"ד IDB**: תזכורת: **ס'9** דן במתי אפשר להגיש בקשה, **ס'10** קובע איך מגישים אותה.

**ס'9(ג)** – בקשת נושה לפתיחת הליך חדל"פ בהתקיים אחד מהתנאים הבאים: (1) התאגיד פועל במטרה **להונות** את נושיו; (2) התאגיד פועל **לגריעת נכס מנכסי התאגיד במטרה להבריח** אותו מנושיו; (3) התאגיד **לא יכול לפרוע את החוב**, ובלבד **שמועד פירעון החוב חל בתוך שישה חודשים** ממועד הגשת הבקשה.

הס' מצמצם את האפשרות שלנושה לפתוח הליך חדל"פ, גם אם הוכיח שהחברה חדל"פ.

ס'10 גם לא יעזור לנושה, הוא קובע שמועד הפירעון הוא תוך 30 יום ופה מדובר על חצי שנה קדימה.

ההוראה בס'9(ג) וגם הגדרת חדל"פ בס'2, נולדו כתוצאה מפרשת IDB. בפרשה, מי שהגיש את הבקשה היה הנושים של החברה, מחזיקי אג"ח שמועד הפירעון היה עוד למעלה משנה. הטענה שלהם הייתה שבעוד שנה החברה תדרדר עוד יותר ובכך גם הפגיעה שלהם תחמיר.

השאלה המשפטית – האם החברה חדל"פ או לא?

* IDB לא הייתה חברה עם פעילות עסקית, אלא חברה שמחזיקה במניות במספר חברות ומרבית הכנסותיה הן פסיביות, דרך דיבידנדים. טענת הנושים – החברה חדל"פ מאזנית, יש לה עודף התחייבויות על נכסים. החברה עצמה התנגדה להליך. כל צד הגיע עם חוו"ד סותרת, עם הפרש של כ2 מיליארד ש"ח בין החוו"ד.
* איך קורה פער כזה? זו הערכה כלכלית וזה לא מדע מדויק, זו תורה של הערכות.
* השופט אורנשטיין מצביע על אינדיקציות למצבה של החברה: (1) אפשרות למכירת נכסים – כבר נדון בעבר ולא התקדם; (2) דירוג אשראי שירד בשנה האחרונה; (3) מכירות והפסד. ניכר קו שלילי של הפעילות הכלכלית, אבל זה לא קובע אוט' שהחברה חדל"פ.
* הש' מבקש לבצע בדיקה נוספת, הוא ממנה עו"ד שילווה את החברה. כדי להתמודד על הפערים בין החוו"ד של הצדדים, הש' מזמין הערכת שווי עצמאית מטעם ביהמ"ש.
* ייחודיות המקרה – הנושים ביקשו לפתוח בהליך של הבראה, לא פירוק. הנושים לא טענו לאי תשלום מ2 סיבות:

1. מועד הפירעון טרם הגיע, לכן לא יכלו ללכת לס'10. הם פעלו בתחכום, הבקשה הוגשה לפי ס'350 לחוק החברות, המאפשר לפתוח לחברה הליך הסדר.
2. אמונה שניתן לשקם את החברה – והנושים אפילו הציעו פתרון מטעמם (בעוד שהחברה טוענת שהיא בכלל לא חדל"פ ומתנגדת לפתיחת ההליך)

* בחוו"ד העצמאית שביקש ביהמ"ש קובע פרופ' ברנע שהחברה בת פירעון מבחינה מאזנית. מנגד, הוא קובע שמבחינה תזרימית החברה תוכל לעמוד בהתחייבויותיה לשנה הקרובה, אבל לא באלה בעתיד הרחוק יותר.
* המהלך של IDB הותיר דעות חלוקות – האם ראוי שבימ"ש יאשר מהלך של הבראה (ולא פירוק), כאשר החברה עצמה מתנגדת לו.

2 הצעות חוק כריאקציה לפרשת IDB:

1. **ס'9(ג)** – מועד פירעון עד חצי שנה כתנאי להגשת בקשה (לעיל).

* בוועדת חוקה עלו טענות שאין למנוע את הסעד מנושה שיכול להוכיח שהחברה חדל"פ, גם אם מועד הפירעון שלו הוא שנה קדימה.
* התשובה – הכנסת "סעיף האצת תשלומים" לחוזה ההלוואה. לפיו, אם תנאי העמדת ההלוואה לא מתקיים, הנושה יכול להעמיד את החברה לחדל"פ.
* שונתה הקביעה בIDB שמאפשרת לנושים רחוקים להגיש תביעות, לחצי שנה קדימה.

1. **הגדרת המונח חדל"פ בס'2 – הפסיקה פירשה כמבחן תזרימי ומבחן מאזני** (**בן ציון**).

* בדיונים בכנסת ביקשו להוריד המבחן המאזני ולהשאיר רק התזרימי. ניכר שזה בא כתוצאה מIDB, שכן המחוקק נדרש למצב בו הנושה מבקש הבראה כשלחברה עוד יש כסף. המחוקק פספס ולא התייחס לזה שלרוב נושה מבקש הליך פירוק ולא הבראה.
* האן לא הסכים עם הצעת החוק והיו דיונים בכנסת. במהלך הדיונים על החוק, הש' אורנשטיין מצא הזדמנות בפרשת אור סיטי נדל"ן (ענבל אור), בה החברה הייתה חדל"פ לפי שני המבחנים. הוא קבע שהמבחן התזרימי צר מידי וצריך את 2 המבחנים.
* בפועל, הוכנס המבחן התזרימי וזה ס'2 כמו שאנו מכירים אותו היום. במקרה זה, IDB לא השפיע ישירות, בניגוד לס'9 שנתן לאירוע משקל רב בקביעת תנאי מועד פירעון.

**אחריות של נושא משרה בעת שהחברה חדל"פ - ס'288+290**

מצב בו חברה חדל"פ לפי ס'2 ועדיין לא בהליך בביהמ"ש, נושאי משרה עדיין מקבלים החלטות בה.

אם היא כבר בהליך אז: נושאי משרה לא יקבלו החלטות בכלל / יקבלו החלטות במגבלות ההליך.

**ס'290:** נושא משרה שהיה שותף ביודעים למרמה יישא באחריות אישית (ס'287, הגדרה למרמה – "ניהול בכוונה לרמות את הנושים".

**ס'290(1)**: "יישא באחריות כתוצאה מנזקים שנגרמו במרמה" – קשר סיבתי, נזיקי.

בדין הישן – **ס'373 לחוק החברות**, הטיל את האחריות במקרה של כוונה לרמות את הנושים.

ההבדלים בין הסעיפים:

1. **סנקציה פלילית** – ס'373 הטיל גם סנקציה פלילית, נוסף על האחריות האזרחית.
2. **היקף הסעד** – בס'373 לא היה קשר בין המרמה להיקף התשלום, נושאי המשרה נשאו באחריות של כל חובות החברה. סעד עצום ודרמטי, שלא תמיד ביהמ"ש נתן.
3. **הגדרת אורגן** – בעברת ס'373 חל רק על דירקטורים. ס'373 תוקן עוד טרם המעבר לס'290, וכיום האחריות חלה על כל נושאי המשרה בחברה.

**פס"ד אנרייך – קלאסי לעניין אחריות נושאי משרה, עוד בתקופת ס'373:**

* חברת "כוכב השומרון" נקלעה לקשיים כספיים ופירוק. במהלך הפירוק, הוגשה תביעת פיצויים נגד ארנרייך, בטענה שניהל את החברה בכוונה לרמות את נושיה.
* אחת השאלות המאתגרות – הוכחת יסוד נפשי של "כוונה" לרמות. ישנה חזקה שאדם התכוון לתוצאות מעשיו. בפועל, הדרך הכי טובה להוכיח כוונה תהיה דרך מסמך / עד.
* לאנרייך הייתה חברה פרטית שתיווכה בעסקאות בין "כוכב השומרון" לרוכשי הדירות.
* תחת ניהולו, החברה ממשיכה לקחת על עצמה התחייבויות, למרות מצבה הכלכלי ולמרות שניתן להגיד שברור שלא תוכל לעמוד בהן, אבל הוא עשה את זה עבור דמי התיווך, שמהווים טובת הנאה אישית עבורו.
* מצא קובע: עצם טובת ההנאה מספיקה כדי לבסס את הוראות ס'373. כלומר, ביהמ"ש מסיק כוונת פגיעה בנושים כאשר טובת ההנאה האישית של נושא המשרה משחקת תפקיד.
* לכאורה, יכלו להגיש תביעה לפי ס'254+256 לחוק החברות, הנוגעים לחובת אמונים. בסעיפים אלו אין צורך להוכיח כוונה, אלא רק ניגוד עניינים. אז למה בעצם צריך את ס'373? לדעת האן, ס'373 הוא שריד היסטורי שקדם לחובת האמונים (שנחקקה בשנות ה90'). באותו זמן לא הייתה חובה כללית ולכן המחוקק נדרש לנושה זה, שהוא מצא רגיש ועדין. לדעת האן, משחוקקה חובת האמונים, ניתן היה להשתמש בסעיפים אלו כדי להגיע לאותה תוצאה.
* יש שיגידו שיש הבדל, כי תביעה מכוח ס'373 מובלת ע"י נאמן, בפרוצדורה, סדרי דין וכו'.
* בתביעה לפי ס'290 תדון מחלקת חדל"פ, בעוד שבתביעה לפי חובת האמונים תדון המחלקה הכלכלית, אלה לא אותם שופטים ולכן זה משחק של ערכאה. האן לא משתכנע, לא פעם מעבירים תיקים בין מחלקת חדל"פ לביהמ"ש הכלכלי.
* הובלה על ידי נאמן – ס'290 דורש שהחברה תהיה חדל"פ ותובל ע"י נאמן.

**ס'288:** חובה על דירקטור / מנכ"ל לנקוט אמצעים סבירים על מנת לצמצם את היקף החדל"פ (מזכיר את חובת הזהירות). הס' לא מדבר על מניעת חדל"פ, זה מצב נתון, אלא צמצומו.

רכיבים של **ס'288(א)**: (1) דירקטור/מנכ"ל; (2) חדל"פ; (3) ידע/היה עליו לדעת; (4) לא נקט אמצעים סבירים לצמצום היקף החדל"פ.

"היה עליו לדעת" ו"סבירים", מחזיר לפס"ד ועקנין, עוולת הרשלנות בנזיקין, משם לעוולת הזהירות בדיני החברות שמהווה ביטוי קונקרטי לעוולת הרשלנות.

היסטוריה:

* הס' לא היה קיים בחקיקה הישנה, מקורו בחקיקה האנגלית העדכנית. בשל המקור, נקבע שמי שנושא באחריות זה "דירקטור", בניגוד לס'290 שעבר להגדרה של "נושא משרה". בכנסת נשאל למה רק דירקטור ולא מנכ"ל, וכך נוסף לסעיף "דירקטור או מנכ"ל".
* **הרציונל להוספת הסעיף על אף חובת הזהירות**: חובת הזהירות היא כלפי החברה, בעוד שס'288(א) מקים חובה כלפי נזק שנגרם לנושים.
* לעתים שיקולי טובת החברה וטובת הנושים מתלכדים, אך לפעמים הם סותרים זה את זה.
* **החלת BJR על ס'288** – מקור הס' בחוק האנגלי, הBJR הוא דוק' אמריקאית, עדיין אין הלכה האם ניתן להחיל אותה על הס' האנגלי. האן במאמרו מציע 1 מ2:

1. ביטול הסעיף – מספיקה חובת הזהירות. טובת החברה כוללת בתוכה גם את הנושים.
2. איזון הסעיף עם BJR – הרבה אקדמאיים לא אהבו את הרעיון.

* אמרת אגב בעניין רוט(לא הלכה): מינץ דן **בס'288** וקובע שהוא שונה מחובת הזהירות. בנוסף, לא נכון להחיל את הBJR על ס'288, שכן המחוקק קבע הגנות ספציפיות בס'288(ב).
* בבחינה שנייה, האן הבין שיש הבדל בין ס'288 לחובת הזהירות:
* החובה בס'288 כלפי הנושים, בעוד שחובת הזהירות כלפי החברה וזה לא תמיד חופף.
* במאמר האן מביא דוגמה מספרית לחידוד ההבחנה בין הסעיפים:

לדוג' חברה חדל"פ מבחינה מאזנית, נאב שלילי של 500 (עודף התחייבויות על נכסים 500). היא עדיין לא בהליך חדל"פ, היא רק חדל"פ מבחינה מאזנית.

בפני הדירקטוריון מונחת הצעה שיש לה פוטנציאל של 50 אחוז לרווח של 2000, אבל בהתאמה אותו פוטנציאל להפסד של 600.

* כשהדירקטוריון בוחן את טובת החברה: האפשרויות: 50% לרווח 2000, 50% להפסד 600. תוחלת העסקה היא: 50%\*2000 + 50%\*600- = 700.
* מהצד של טובת הנושים: המקסימום שהם יכולים לקבל זה 500, כי זה החוב כלפיהם. לכן תוספת הערך המקסימלית של הנושים היא 500. תוחלת העסקה עבור הנושים: 50%\*500 + 50%\*600- = 50-. תוחלת כללית שלילית.
* לסיכום, ס'288 מהווה נורמה עצמאית, למרות הדמיון לחובת הזהירות.
* מכאן, ש3 חובות חלות על דירקטורים כשהחברה חדל"פ: (1) חובת הזהירות; (2) חובת האמונים; (3) ס'288 לחוק חדל"פ.

אין תשובה בפסיקה מה יגבר, כנראה שס'288 כי ספציפי יותר (זה מה שקרה באנגליה).

הניסוח בס'288 ובס'290 מסורבלים, ככל הנראה בגלל שהועתקו, כך נוצר מצב ש:

* **ס'290** קובע שנושא משרה אחראי לנזקים שנגמרו לתאגיד בשל מרמה, כאשר הוא מפנה להגדרה בס'287 שמגדירה מרמה ככוונה לרמות את הנושים. כך נוצר מצב שההתנהלות המדוברת נוגעת לנושים, אבל החובה האחריות היא כלפי נזק שנגרם בכלל לתאגיד.
* **בס'288 המצב הפוך** – האחריות היא על נזקים שנגרמו לנושים, אבל היא כלפי החברה.

סמכות הגשת תביעה מכוח ס'288 (בעבר ס'373): בעבר, סמכות למפרק ולכל אחד מהנושים. האן הציע למקד את זה ושרק הנאמן/המפרק יוכל להגיש תביעה כזו. זה מה שנעשה והיום היחיד שיכול להגיש תביעה מכוח ס'288+290 זה המפרק/נאמן, מה שמעקר מתוכן את החובה "כלפי החברה".

**ס'288(ב):** מציע 3 דרכים לדירקטורים לצמצום החשיפה לאחריות. דירקטור שנקט באחד מהדרכים הבאות, יראו בו כמי שנקט את האמצעים הסבירים לצמצום היקף החדל"פ:

1. **קבלת סיוע מגורמים המתחמים בשיקום תאגידים** – כלכלן/משפטן מומחה בתחום.
2. **ניהול מו"מ עם הנושים במטרה להגיע להסדר חוב**.
3. **פתיחה בהליכי חדל"פ** – בקשה מצד הדירקטוריון עצמו. אמצעי קיצוני, כניסה לביהמ"ש משנה את כללי המשחק. לפי האן זו אופציה אחרונה, התנאי של היועץ יותר פשוט. אם יפנו ליועץ, יצרכו לפתוח הליך חדל"פ רק אם הוא ימליץ על כך.

**פס"ד ברוט – אמרת אגב של הש' מינץ:**

רקע: בקשה לתביעה נגזרת לאחריות דירקטורים על רקע חלוקת דיבידנד בדסק"ש. האינטרס המוגן הראשי בחלוקת דיבידנדים הוא נושי החברה. משכך, מינץ הוסיף אמרה שלא קשורה לגוף הדיון של הדיבידנדים, אלא לאחריות שקיימת לנושאי משרה בהקשר של נושים (ס'288).

השאלה המשפטית: האם נכון להחיל את כלל הBJR בהקשר של ס'288?

תזכורת – הBJR מרים מטל ראיה גבוה לתובע בהתקיים התנאים הנדרשים.

מינץ באמרת אגב קובע – אין מקום להחיל את הBJR היות והמחוקק נדרש להגנות בס'288(ג). מקום שהמחוקק ציין הגנות במפורש, ביהמ"ש לא נדרש להוסיף עוד ולכן אין להחיל את הBJR.

מול חובות הזהירות והאמונים אין הגנות סטטוטוריות, לכן הפסיקה מצא לנכון להיכנס לוואקום ולאזן את החובות והאחריות של נושאי משרה.

זו אמנם אמרת אגב, אבל האן סובר שזה יהיה הקו בפסיקה כשהנושא יעלה לדיון.

**ס'288(ג):** ניתן לעשות ביטוח לאחריות לפי ס'288. לא ניתן לפטור/לשפות.

**ס'259(א) לחוק החברות**: מאפשר לפטור בתקנון נושא משרה מחובת הזהירות (מראש/בדיעבד).

**ס'259(ב)**: על אף האמור בס"ק א', לא ניתן לפטור מחלוקת דיבידנד אסורה (ביטוח מותר).

למה ביטוח כן ופטור לא: פטור ניתן באסיפה הכללית ע"י בעלי המניות. מטרת דיני חלוקת דיבידנדים היא הגנה על הנושים מפני דברים שיטיבו עם בעלי המניות, לכן אין היגיון לאפשר לבעלי המניות לפטור מאחריות מהלך שעשוי לפגוע בנושים. בעלי המניות יכולים לפטור רק מנזק כלפיהם. מאפשרים ביטוח כי זה כיס עמוק וכך הנושים יקבלו את כספם, הרציונל מתקיים.

**הקפאת / עיכוב הליכים**

התנהלות לאחר כניסת החברה להליך חדל"פ. לאחר הבקשה לפתיחה, בימ"ש צריך להוציא צו. מהרגע שניתן הצו יש שני שינויים מהותיים: (1) עיכוב הליכים; (2) מינוי נאמן.

עיכוב הליכים: מונע מנושה לנקוט צעדי אכיפה / תביעות משפטיות. הליכים משפטיים שהחלו טרם מתן הצו נעצרים, אלא אם בימ"ש של חדל"פ נותן אישור להמשך ההליך. הרבה פעמים ביהמ"ש יאפשר, אבל אלמלא האישור לא ניתן לקיים הליך מול החייב בהליך חדל"פ בשום ערכאה.

בימ"ש של חדל"פ הופך להיות שחקן מרכז לכל ההליכים בענייני החייב, גם בערכאות גבוהות ממנו.

מהרגע שיש הליך חדל"פ – הנושים לא יכולים יותר לפעול באופן עצמאי, אלא רק כקבוצה.

**ס'25:** התוצאות המשפטיות של צו פתיחת הליך חדל"פ שנותן בימ"ש, בין היתר עיכוב הליכים. עיכוב הליכים הוא מהלך דרמטי שמשנה את מאזן הכוחות, הנושה כבר לא יכול לפעול בפני עצמו.

רציונל: שלילת "כל דאלים גבר" – לא כל הקודם זוכה ולא כל מי שחזק גובר, יש צורך בהסתכלות מערכתית. בחדל"פ המציאות היא של "משחק סכום אפס", מה שאחד יקבל יבוא על חשבון השני. כדי לאפשר את הראייה הכוללת, קודם כל צריך להגיד לכולם – עצרו. ללא העצירה לא יהיה ניתן להגשים סדר פירעון בין נושים.

אינטרס של נושה להגיש בקשה לחדל"פ: כאמור, הליך חדל"פ מוביל לעיכוב הליכים שכובל את הנושה, אז לכאורה זה מנוגד לאינטרס שלו. דה פקטו, מי שלרוב יגיש בקשה יהיה נושה חלש, כדי לעצור את הנושים החזקים. נושים חזקים עשויים לפתוח בהליך כדי לקבל את הסעד השני של ס'25, החלפת הנהלת החברה, במקרים שהם לא מרוצים מהתנהלותה. הרבה פעמים מי שמגיש את הבקשה זה עובדים של החברה, שכן יש להם גם תמריץ מביטוח לאומי לעשות כן (בהמשך).

**ס'29:** הקפאת הליכים נגד התאגיד.

**ס'29(2)**: קובע שנושה מגובה בשעבוד יוכל לממש את הנכס לפי פרק ו' לחלק ד' של החוק.

**פרק ו' חלק ד' – ס'245:** נושה לא רשאי לממש נכס משועבד של חייב הנמצא בהליך חדל"פ לכיוון של **הבראה**. לא כתוב כלום על פירוק, מכאן שחדל"פ לכיוון פירוק לא עוצרת את הנושה המבוטח.

רציונל **ס'245**: נושה מובטח נמצא ראשון בסדר הפירעון. אם החברה בחדל"פ שמוביל לפירוק, אין היגיון להקפיא לו את האפשרות לממש את הנכס, שכן מטרת הקפאת ההליכים היא לאפשר פירעון לפי הסדר והוא גם כך הראשון בתור.

כשאנו מדברים על הבראה, יש שיקולים נוספים: (1) פירעון לפי סדר הנשייה; (2) הבראת החברה.

על מנת לאפשר את הבראת החברה לא ניתן לכרסם בנכסיה, לכן מקפיאים את הנושה המובטח.

נושה רשאי לפנות לבימ"ש בטענה שהנכס לא חיוני להבראת החברה, לשק"ד בימ"ש אם להסכים.

**ס'30:** אפשרות שהקפאת ההליכים תורחב ותוחל גם על צדדים שלישיים, **בהבראה בלבד.** בסמכות בימ"ש ולשיקול דעתו, לאחר בקשה קונקרטית, אם להחיל הקפאת הליכים על צד שלישי מסוים.

דוג' לצדדים שלישיים:

* כדי לקיים הליך הבראה יש צורך בניהול מו"מ עם הנושים, לפעמים ע"י נושאי המשרה בחברה. מתוך הבנה שלא יוכלו לעשות זאת תוך תביעות אישיות (זהירות/אמונים), מאפשר החוק להחיל הקפאת הליכים גם על נושאי המשרה מלבד החברה.
* המרכז הרפואי הדסה (פחות שכיח): הדסה הייתה בהליך חדל"פ, שבמהלכו התברר שלהדסה אין גיבוי כספי לתביעות רשלנות רפואית עד סכום של 5 מיליון ש"ח (הייתה לה פוליסה שכיסתה החל מ5 מיליון). כלומר, הסכומים הראשוניים משולמים ע"י הדסה.

בד"כ תובעים גם את הרופא וגם את ביה"ח, אבל את ביה"ח לא ניתן לתבוע בגלל הקפאת הליכים. נוצר מצב שתובעים את הרופא, הרופא פונה להדסה לשיפוי והופך להיות נושה. בשל אי הגיבוי, הצוות הרפואי חשש והפסיק לבצע טיפולים חודרניים. ללא עבודת הצוות, ביה"ח לא יוכל לעבור הליך הבראה.

מינץ קיבל את הבקשה להקפאת הליכים, כך שתגן גם על הצוותים הרפואיים כצד שלישי.

כפיפות רשויות המדינה להקפאת הליכים: על בימ"ש כן חל הצו להקפאת הליכים, שכן לא יוכל להמשיך הליך משפטי ללא אישור בימ"ש לחדל"פ. האינטרקציות בין רשויות המדינה לחייב יכולות להיות במגוון תחומים, כנושה, כרגולטור וכמאשימה בדין פלילי:

* **פן מנהלי:**
* קיום הליך פלילי נגד חברה המואשמת בפלילים, אכיפת סנקציות / קנסות, בהבראה.
* **פס"ד רשם הקבלנים:** רשם הקבלנים מבקש להוריד את הסיווג הקבלני של חברה שבהליך חדל"פ. המשמעות היא "הורדת ליגה" לפרויקטים בהיקפים נמוכים יותר. החשש של הרשם היה שהחברה לא תעמוד ברמה הבטיחותית הנדרשת לבנייה.

נפסק: ערך הבטיחות גובר על הרצון לסייע לחברה בהבראה, לכן אין לשלול את הסמכות של רשם הקבלנים. אם הסיבה הייתה קשורה לאינטרס כספי זה היה שונה.

* היום, **ס'31 לחוק חדל"פ** – רשויות השלטון לא כפופות לצו, אלא אם פועלות כנושה.

לדוג': לרשות מקומית סמכות לעכב הליכים בביצוע עסקאות נדל"ן בשל חוב כלפיה. נפסק שבמקרים כאלה הרשות היא נושה לכל דבר ואין לה סמכות להפעיל כוח שלטוני כמנוף לגביית כספים. בימ"ש יכול להורות לרשות לתת אישורים למכירת הנכס.

* **פן פלילי:** עוד קובע ס'31 שהליך חדל"פ לא עוצר הליך פלילי. רציונל: האינטרס בהליך הפלילי הוא לא גביית כסף, אלא הרתעת עבריינים.

**נושה מובטח יתר – גישת ביהמ"ש**

**פס"ד ששון לוי** (קדם לחקיקת ס'248, נדון בהמשך):

רקע: כדי שנושה יוכל להיפרע מנכס משועבד יש צורך בכונס נכסים, שימכור את הנכס ויעביר את הכסף לנושה. השאלה נוגעת למצב בו הכונס מוכר את הנכס לא בשווי המלא שלו, אלא רק בסכום שמספיק לנושה המובטח ולא לנושים האחרים.

לדוג' יש נכס ששווה 200 והחוב הוא 100, הכונס יכול למכור ב101 ובכך לכסות את החוב לנושה ואת שכה"ט שלו. מצב זה נקרא "נושה מבוטח ביתר" – מבוטח יותר מערך החוב. נושה שכזה נמצא בניגוד אינטרסים מובנה, שכן הדלתא שבין החוב לשווי הנכס יכולה לשמש לפירעון נושים אחרים. מתן בלעדיות לנושה כזה על נכס, יצור מצב של זה נהנה וזה חסר. זו השאלה בפס"ד ששון לוי.

2 פונקציונרים בהליך חדל"פ הפועלים במקביל:

1. כונס נכסים – המנדט שלו הוא מכירת הנכס ופירעון רק של הנושה המובטח.
2. מפרק/נאמן – מתמנה עם צו חדל"פ, כפוף לסמכויות בימ"ש ותפקידו לדאוג לכלל הנושים.

יכול להיווצר מתח ביניהם הן בעניין של שווי הנכס והן בעניין של עיתוי המכירה.

השאלה המשפטית בפס"ד:מי יקבל את המושכות בהליכי המכירה של הנכס המשועבד?

לכאורה, מי שאמור לנווט זה כונס הנכסים, כי הזכות לפירעון היא של הנושה המובטח. בימ"ש קובע שמדובר בשאלה נסיבתית ותלויה מאד בנסיבות העניין. אם הכונס פועל בצורה ראויה, יאפשרו לו להמשיך לפעול. אם בימ"ש מתרשם שהכונס לא ממקסם את שווי הנכס / עולה חשש לאי מיצוי ערך עבור צדדים שלישיים, ביהמ"ש יכול להכניס להליכי המכירה "תוספים".

התוספים משתנים, בהתאם לחומרת המצב: בחשש קטן, יידרש דיווח פיקוח ע"י המפרק. בחשש משמעותי יותר, שלילת הסמכות הבלעדית של הכונס וצירוף המפרק להליכי המכירה. במקרה זה הכונס תלוי במפרק ולא יכול להגיע להחלטה ללא הסכמתו (ששון לוי). במקרים קיצוניים, ביהמ"ש עשוי לשלול כליל את סמכויות הכונס ולהעבירן למפרק באופן בלעדי.

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

ס'248 קובע תנאים למימוש נכס משועבד במצב בו אין הקפאת הליכים, כאשר מצטמצם השק"ד של ביהמ"ש לעומת מה שנקבע בפס"ד ששון לוי. יהיה רלוונטי במצב בו: (1) ס'248, חדל"פ לכיוון של פירוק; (2) ס'245, החרגה מהקפאת הליכים (נכס לא חיוני להבראה).

**ס'248** תנאים:

1. **ס'248(א)(1)** – כששווי הנכס גבוה באופן מובהק מהחוק המובטח הנכס ימומש ע"י נאמן. (ס'210 קובע פרוצדורה לפיה כל נושה צריך להגיש לנאמן תביעת חוב, הכוללת את גובה החוב והערכת שווי).
2. **ס'248(א)(3)** – אם לא גבוה באופן מובהק, ימומש בידי כונס נכסים.
3. **ס'248(ב)** – שק"ד לבימ"ש אם לאשר לנושה לממש בעצמו גם כשהפער מובהק.
4. **ס'248(ד)** – "בפיקוח נאמן ובתנאים שייקבעו ע"י ביהמ"ש". מתכתב עם פס"ד ששון לוי.

ההבדל בנקודות המוצא:

* **טרם החוק** – המימוש בידי הנושה המובטח, בנסיבות מסוימות יוטלו תנאים.
* **לאחר החוק** – מימוש בידי נאמן. מי שמבקש אחרת, עליו הנטל לשכנע את ביהמ"ש.

**נאמן בהליך חדל"פ**

מינוי נאמן זה תוצאה קבועה של פתיחת הליך חדל"פ.

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

**ס'33(א) – תפקידיו וסמכויותיו של הנאמן:** חובה למנות נאמן במצב של חדל"פ. התפקיד שלו – ליישם את הליך החדל"פ, לפעול לפירוק / הבראת התאגיד, בהתאם לקביעת ביהמ"ש.

**ס'41** – הנאמן יפעל מטעם ביהמ"ש לחדל"פ ולפי הוראותיו והנחיותיו (פס"ד מיאב). כלומר, בימ"ש לחדל"פ לא רק מכריע בסכסוכים, אלא מנהל את האופרציה של החייב.

**ס'42 – במסגרת תפקידו:**

1. **יכריע בתביעות חוב** – סמכות מעין שיפוטית להכריע אם לאשר חוב (הנאמן רשאי לדחות תביעות בגלל טענות הגנה שונות, הנושה יכול לערער לביהמ"ש לחדל"פ).
2. **יפעל לכינוס נכסי קופת הנשייה** – ריכוז נכסי החייב (גביית חובות/מיצוי זכות תביעה).
3. **יגבש את הדרך המיטבית לשיקומו** – קידום הבראת החברה.
4. **מימוש נכסי קופת הנשייה וחלוקתם בין הנושים**.

**ס'43 – עוצמת הסמכות:** הנאמן יקבל לידיו את כל הסמכויות הנתונות לאורגנים ולנושאי המשרה בתאגיד (ס'46 לחוק החברות – אסיפה כללית, דירקטוריון ומנכ"ל). הנאמן מרכז בידו עוצמה אדירה, אין יותר חלוקת סמכויות – כל התפקידים מתלכדים תחת הנאמן, שכפוף לביהמ"ש.

המשמעות לחברה: אין יותר היררכיה והפרדת סמכויות, יש רק סמכות אחת. נקודה נוספת, הנאמן לא מתעסק בניהול חברה ביום יום, לרוב מדובר בעו"ד / רו"ח. בהבראה ולפעמים גם בפירוק (עד לרגע הפירוק צריך לקבל החלטות), על הנאמן לקבל החלטות בנושאים שונים הקשורים לעתיד החברה. ביהמ"ש קובע לנאמן גבולות גזרה, על כל מה שחורג מגבולות אלו על הנאמן להתייעץ עם ביהמ"ש לחדל"פ, אחרת עשוי להיות חשוף לאחריות (פס"ד מיאב).

החלת BJR על נאמן: פחות הגיוני בגלל בסיס הסמכות. סמכות של נאמן היא רק מה שבימ"ש קבע שיהיה בסמכותו, בניגוד לנושאי משרה שההתנהלות השוטפת שלהם לא כפופה לאישור בימ"ש.

**ס'47-49:** לנאמן סמכות לדרוש מידע ולחקור נושאי משרה בחברה, כדי לבחון בסיס לתביעות.

**חוזים נמשכים וספקים חיוניים**

שאלת **גורלן של התקשרויות עסקיות** בשעה שחברה נקלעה להליך חדל"פ שמגמתו היא **הבראה.**

בעבר, לא היתה התייחסות למתח בין דיני חוזים לדיני חדל"פ, עד שחוקקו את ס'66-75 לחוק.

**פס"ד חירם גת:**

רקע: הקבלן הראשי של בניית טרמינל 3, חירם גת, נקלע להליך חדל"פ. הנאמן ביקש שקבלן המשנה ימשיך לעבוד, אך לא הסכים לשלם לו על העבודה שבוצעה עד כה וקבלן המשנה סירב.

השאלה המשפטית: האם ניתן לשלם לקבלן המשנה על מה שנעשה עד כה? אם לא, האם ניתן לחייב את קבלן המשנה להמשיך לעבוד לפי החוזה?

הש' אלשייך:

1. הולכת עם הקו הבסיסי של דיני חוזים: מבחינה משפטית, אי תשלום מהווה הפרת חוזה ולכן קבלן המשנה רשאי לבטל את החוזה (לפי חוק החוזים תרופות).
2. חובת תשלום על זכויות עבר: לא אפשרי, שכן מדובר בהעדפת נושים אסורה.
3. תוצאה פרקטית: לחייב אין מוצא, אי אפשר יהיה לקיים את הליך ההבראה. אולם, הצדדים יכולים לנהל מו"מ ולכרום ביניהם חוזה חדש.

האן – ביקורת:

* מחד הש' לא מאפשרת תשלום בטענה של העדפת נושים פסולה, אך היא מאפשרת חוזה חדש שיאפשר את זה בדלת האחורית. הגישה לפיה לא ניתן לשלם יוצרת קושי פרקטי להמשך קיום היחסים החוזיים.
* אם בימ"ש רואה חשיבות בתשלום, יש לאפשר אותו בדלת הקדמית ולא מהאחורית.
* חוק חדל"פ שנחקק מאוחר יותר הבין את הרציונל ושינה את ההלכה של חירם גת.

המשך חוזה בהקשר של חדל"פ: כשחייב מגיע לחדל"פ ככל הנראה הוא כבר הפר מספר חוזים.

מנקודת המבט של דיני חוזים: החייב הוא המפר, לכן יחולו סעדים לטובת הנפגע מההפרה.

ביטול חוזה: מביא לניתוק היחסים כלפי העתיד ופגיעה קשה ביכולת של החייב להגיע להבראה (לדוג' רשת בהבראה שיש לה חוב שכירות לקניון, ביטול החוזה משמעו סגירת הרשת).

משכך, דיני חדל"פ קובעים שהביטול לא מוחלט ואוטומטי, הם מסייגים את הסעדים בגין הפרת חוזה ובפרט את סעד הביטול. מדובר באיזון בין הנפגע מהפרה לבין החברה ושאר נושיה, אשר עשויים לשפר את התוצאה כלפיהם באמצעות הבראת החברה. לכן, המוחלטות של סעד הביטול **מסויגת** בהליך חדל"פ (לא נשללת), וכפופה לשק"ד בימ"ש אם לאשר את הביטול או לא (סמכות רחבה לביהמ"ש שאנו לא מכירים מדיני החוזים).

העדכון בחוק חדל"פ – **ס'67-72** יחסים חוזיים נמשכים בין חייב חדל"פ לנושה:

לאחר חירם גת, נחקק ס'350(ח) לחוק החברות, שהפך לס'68 לחוק חדל"פ – קובע **שכאשר חברה נכנסת להליך חדל"פ וביהמ"ש מצווה על הבראתה, לא יכול צד שקשור איתה בחוזה לבטלו באופן חד צדדי,** אם הבסיס לביטול נובע מהפרת חוזה מחמת חדל"פ.

**ס'68:** הגבלת הזכות הביטול של הצד השני לחוזה קיים בשל חדל"פ.

**ס'68(א)**: לא יבוטל חוזה בשל הפרתו בידי התאגיד, אלא לפי הוראות סימן משנה זה.

**ס'68(ב)**: לא ניתן לממש את הזכות לתנאי מפסיק בחוזה באופן אוטומטי. לשק"ד ביהמ"ש אם לתת תוקף לתנאי המפסיק או להמשיך בחוזה חרף התנאי.

**ס'72** – החלטת ביהמ"ש בבקשה נאמן להמשך קיום חוזה ותוצאותיה:

על ביהמ"ש לבחון את הצפי להמשך קיום התחייבויות החברה. אם קיים צפי כזה, ביהמ"ש יטה לסייג את סעד הביטול.

\*\*תוקפו הקלאסי של סעד הביטול הוא הרתעה מהפרות, לא יעיל כאן כי החברה לא מפרה מרצון.

\*\*רלוונטי רק להבראה. בהליך פירוק, לביהמ"ש אין סמכות לסייג את סעד הביטול.

**סדרי העדיפות בפירעון חובות**

בעבר הסדר היה פרי פסיקה, היום מפורט בפרק ה' של החוק, ס'231, קובע היררכיית פירעון.

**ס'231** – חובות החייבי והוצאות הליכי חדל"פ ייפרעו מנכסי קופת הנשייה בסדר עדיפות זה:

1. **חובות מובטחים** – קבוצת עלית, ראשונים בתור; אין ההיררכיה פנימית; שוויון בפירעון (עקרון יסוד); דוחה מועדי פירעון שנקבעו לפי הליך חדל"פ.
2. **הוצאות הליכי חדל"פ** – הוצאות מכוח ההליך עצמו, לדוג' חוב לנאמן.
3. **חובות בדין קדימה** – חובות לעובדים; רשויות שלטון; מזונות (רק פרטיים).
4. **שיעבוד צף**.
5. **חובות כלליים לא מובטחים** – קבוצת ברירת מחדל לחובות לא מובטחים.
6. **ריבית נוספת** – להבדיל מהריבית הסטנדרטית שכלולה לעיל.
7. **חובות נדחים** – לרוב מכוח סנקציה משפטית. לדוג' במקרה של הלוואת בעלים.
8. **החייב עצמו** – מעשית לא נגיע אליו, רק בתרחיש אופטימלי ביותר.

**ס'232 – שוויון פירעון**: כל מי שלא משובץ לאחת מהקטגוריות לעיל, נראה בו כחוב כללי לא מובטח. בתוך קבוצה זו אין היררכיה והעדפה, כולם זכאים באותה מידה וקיים שוויון באחוז הפירעון.

**נושים מובטחים**

**ס'4** (הגדרות) – **"חוב מובטח"**: חוב עבר שבגינו שועבד נכס בשעבוד קבוע / צף, עד לגובה החוב שניתן להיפרע ממימוש הנכס. חוב שנוצר לפני שהחברה חדל"פ.

**ס'253** – **"נושה בעל זכות עיכבון".**

סוגי החובות המובטחים הם: (1) נושה מובטח (ס'243); (2) זכות עיכבון (ס'253); (3) קיזוז (ס'255).

זכות השעבוד: הנפוצה ביותר, נוגעת לנכס מסוים של החייב. מוסדרת בחוק המשכון, ומקורה של זכות זו היא בהסכמת הצדדים (ס'3 לחוק המשכון).

יצירת השעבוד/משכון: כדי לקיים שעבוד שיבטיח את העדפת הנושה, על הנושה לבצע פעולות מסוימות כדי להפוך לנושה מובטח וששעבודו יהיה "**שעבוד משוכלל כדין**". השלבים:

1. **יצירת השעבוד**: דרושה הסכמה מפורשת על השעבוד בין החייב לנושה. אין צורך בהסכם ייחודי לשעבוד, יכול להיות סעיפים בתוך החוזה הראשי (לדוג' הסכם הלוואה).
2. **שכלול השעבוד**: 1 מ2 אמצעים הנותנים מעמד של פומביות השעבוד:
3. **במיטלטלין** – מסירתו הפיזית / הפקדתו בידי הנושה המובטח.
4. **במקרקעין** – רישום (**ס'24 לחוק המשכון**), במרשם הרלוונטי (לדוג' רשם המשכונות).

* כשחברה משעבדת נכס – צריכה לרשום גם ברשם המקרקעין וגם ברשם החברות. אם אין רישום בשני המרשמים, המשמעות שהשעבוד לא שוכלל.

מהות השעבוד הקבוע – שוויון בין נושים ושעבוד שני על אותו נכס:

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

**ס'6 לחוק המשכון** – כשיש 2 נושים בעלי שעבוד על אותו נכס, העדיפות תינתן לקודם בזמן:

* הגבלת עקרון השוויון בין הנושים בחדל"פ – סתירה בין ס'6 לחוק המשכון לס'232 לחדל"פ (שוויון בין נושים). בפועל, אין שוויון מהותי בין נושים בהליכי חדל"פ – מי ששכלל את השעבוד ראשון הוא בעל העדיפות בפירעון מהנכס המשועבד.
* **ס'6 סיפא**: לנושה הראשון עדיפות להיפרע מהנכס. לאחר סילוק מלא של החוב, יוכל הנושה השני להיפרע ממה שנשאר.

לכאורה, נראה שלפי החוק הנושה הראשון אמור להיות אדיש לשעבודים נוספים על הנכס, כי בכל מקרה ייפרע קודם. ועדיין, המחוקק הגביל אפשרות לשעבד נכס פעמיים רק למצבים בהם חוזה השעבוד הראשון לא הגביל את החייב לכמות שעבודים. הסיבה היא שלפעמים הנושה הראשון לא מעוניין לממש את הנכס המשועבד, הוא מעוניין שייפרע החוב כלפיו כולל ריבית. למרות זאת, אם החייב משלם לנושה הראשון ולא לנושה השני, הנושה השני יכול לדרוש לממש את הנכס. כך, הנושה הראשון יאלץ להיפרע מחובו על ידי הנכס המשועבד, גם אם הוא לא רוצה בכך.

\*\* ביצוע שעבוד שני למרות תנאי מגביל – השעבוד תקף, אבל החייב הפר חוזה. את הפרת החוזה הנושה הראשון יגלה כנראה רק כשהחייב יהיה חדל"פ, מה שעשוי לאיין את תוקף החוזה (ס'68).

**זכותו של מי תיפרע תחילה –** לפי הראשון ליצור את השעבוד או הקודם לשכלל את השעבוד:

1. **רשם המשכונות / מקרקעין לאדם פרטי** – לפי מועד שכלול השעבוד. "מרוץ אל הרשם".
2. **רשם החברות** – **ס'179** לפקודת החברות קובע שלצדדים יש 21 יום להגיש את המסמכים מיום יצירת השעבוד (חתימת ההסכם). הרציונל שלמד ביהמ"ש העליון מהקצבת הזמן – כדי לקבוע עדיפות רטרואקטיבית מיום **יצירת השעבוד**.

* קביעת זמן ארוך מזה הייתה מובילה לחוסר ודאות וחוסר יכולת הסתמכות.
* הוסיפו את זה כי בעבר הבירוקרטיה לרשימת שעבוד הייתה ארוכה, תפיסות של ראשית המאה ה20. היום כבר אפשר לרשום שעבוד דרך האינטרנט, אבל זה עדיין כך.
* בהצעת חוק המשכון החדש זה אמור להשתנות ולרדת, כרגע זה הדין הקובע.

השורה התחתונה היא ש**אין שוויון בין הנושים.** עד שהחייב לא יפרע את השקל האחרון לנושה הראשון, לא ישלם לשני. לכן ההוראה בס'232 לא נכונה לכל קבוצה, רק לנושים לא מובטחים.

זכויות נוספות שאינן שעבוד, אבל בעלות פוטנציאל להנות מהעדיפות של הקבוצה הראשונה: (1) תנית שיור הבעלות; (2) זכות העיכבון; (3) זכות הקיזוז.

**תנית שיעור הבעלות – ס'251 לחוק**

קשור לעולם המכר בנכסי מיטלטלין (לא מקרקעין), כאשר הקונה רוכש את הנכס מהמוכר עם 2 הסכמות: (1) המוכר מוסר לקונה פיזית את הנכס באותו רגע; (2) תשלום התמורה במועד מאוחר יותר (שוטף פלוס).

כשחברה נקלעת לחדל"פ, פעמים רבות המוכר הופך להיות נושה של החברה.

טענת המוכר – יש פיצול בלו"ז, בין מועד מסירת האחזקה לבין העברת הבעלות המשפטית. מסירת האחזקה הייתה במקום, אבל מועד העברת הבעלות נדחה למועד התשלום בפועל. לכן, הסחורה שנמצאת אצל הקונה שייכת למוכר, שפשוט יכול לקחת את הסחורה שכן היא בבעלותו.

בעצם המוכר עדיף על נושה – החייב מחזיק סחורה שהיא שלו והוא לוקח את הנכס שלו חזרה. רלוונטי כמובן למצבים שקיימת סחורה שניתן לקחת, בכל מצב אחר הוא נושה לא מובטח.

תוקף טענת המוכר מבחינה משפטית – מתח בין 2 סעיפי חוק:

1. **ס'33 לחוק המכר** – הבעלות עוברת בעת מסירת החזקה, אלא אם הוסכם אחרת.
2. **ס'2(ב) לחוק המשכון** – הוראות חוק המשכון חלות על כל עסקה שכוונתה שעבוד, לא משנה הכותרת של ההסכם. כלומר, בוחנים האם במהותה מדובר בעסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב.

השאלה עלתה לדיון **בפס"ד ויטה פרי גליל:**

* הנאמן טען לפרשנות מהותית – הקביעה שהבעלות לא עוברת במהותה משעבדת נכס.
* מעשית, כדי שהנכס ייחשב למשועבד צריך לשכלל את השעבוד, מה שרוב המוכרים בתנאי שוטף פלוס לא עושים. לכן, זכות השעבוד לא משוכללת והנושה לא מובטח.
* תקנה 12 לחוק החברות – מאפשרת לרשום שעבוד כערובה, למקרה שהנאמן יגיד שזה לא בעלות. עדיין, פרקטית ב90% מהמקרים הספקים לא מחתימים על שעבוד.
* אין פסיקה אחידה בביהמ"ש האם זה לעולם שעבוד או לעולם בעלות, הכל לפי נסיבות העניין.

תנית שיור בעלות בחוק חדל"פ: **פרק ו' לחלק ד' של החוב – נושים בעלי זכויות פירעון מיוחדות**:

**ס'252 לחוק**: (א) נושה שמובטח בשעבוד; (ב) מוכר בעל תנית שיור בעלות.

הס' לא נותן תשובה לשאלה המשפטית בנוגע לבעלות, האם של המוכר או של הקונה, ההלכה של פרי הגליל נותרת.

עמדת האן – מזווית המבט של דיני חדל"פ, מכר עם שיור בעלות מעלה 2 שאלות:

1. **מה מעמד הפירעון** – האם הוא הבעלים של הסחורה ואז מקום ראשון, או שהוא בעל שעבוד שזכותו מותנית בשכלול השעבוד. התשובה לזה – בפס"ד פרי הגליל.
2. **מה דינו של מוכר סחורה כאמור בהליך הבראה**?

* האם כפוף להקפאת הליכים כמו נושה מבוטח (**ס'245**), במקרה של הבראה?
* לכאורה אם ייקבע לפי נסיבות העניין שהבעלות של המוכר, צו ההקפאה לא אמור לעצור אותו. הבעיה – לקחת הסחורה תכרסם בסיכויי החברה להגיע להבראה.
* דוג' – **תבל**: בזק סיפרה לתבל ממירים והכניסה בחוזה תניית שיור בעלות. כשתבל נכנסה לחדל"פ, בזק דרשה את הממירים שלה חזרה, מה שמעשית היה הורג את תבל.
* לאור מקרה תבל, האן דרש לקבוע בחוק שתנית שיור בעלות, כמו נושה מובטח, תהיה כפופה להקפאת הליכים, גם אם נקבע משפטית שהבעלות שלו. האן הוכיח שזה הדין באנגליה, הכנסת קיבלה את הצעתו והסעיף נחקק בתיקון 19 לחוק החברות.
* לאחר התיקון – **ס'252**: גם במקום שהבעלות נותרת של המוכר, המוכר עדיין כפוף להקפאת הליכים.

**זכות הקיזוז – ס'255 לחוק**

קיזוז חיובים הדדיים בין חייב שהוא חדל"פ לבין צד אחר שבקשר איתו. זכות מכוח הסכם.

אם שמעון חדל"פ והוא חייב לראובן 100, ונניח שבהקשר אחר ראובן חייב לשמעון גם 100, ניתן יהיה לקזז את החובות של השניים.

כך נוצר מצב שאם לשמעון 2 נושים, ראובן ויהודה, ולשמעון אין נכסים מלבד החוב של ראובן כלפיו – החובות של ראובן ושמעון אחד כלפי השני יקוזזו וייווצר מצב שראובן ייפרע במלוא הסכום, בעוד שהחוב כלפי יהודה לא יפרע כלל.

זה מנוגד להתנהלות הרגילה של דיני חדל"פ, שלפיה אמור היה להתמנות נאמן, שיגבה מראובן את ה100 ואז יחלק אותם בין ראובן ליהודה באופן שווה (נושים לא מבוטחים).

כלומר, נוצר מצב **שהקיזוז במהותו נותן פירעון שהוא עדיף על נושים אחרים** – מי שיכול להנות מזכות הקיזוז הוא מבחינה מהותית נושה מובטח, מה שפוגע בשוויון בין נושים לא מובטחים.

המחוקק הבין את המתח ובחר להגביל את זכות הקיזוז, בהתקיים 1 מ2 תנאים:

1. **ס'255(1)** – שני חובות מנוגדים הכרוכים זה בזה (נובעים מאותה עסקה, דיי נדיר).
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 חלק ממהלך העסקים הרגיל של הצד האחר בלבד, לא של החדל"פ. נטל ההוכחה הוא על מי שמבקש להנות מהזכות.

הסקטור העיקרי שמהלך העסקים הרגיל שלו הוא חיובים הדדים זה גופים פיננסיים. עדיין ייתכנו גורמים נוספים שיהיו זכאים לקיזוז, טרם פותח בפסיקה.

**זכות העיכבון – ס'253**

דרך היווצרות שונה משעבוד או תניות שיור, הזכות נוצרת מכוח דין שקובע את נסיבות ההיווצרות.

**ס'11 לחוק המיטלטלין** – קובע שניתן ליצור זכות עיכבון גם בהסכם. ביקורת האן: יצירת עיכבון בהסכם מהווה שיעבוד לכל דבר לפי ס'2 לחוק המשכון, שבוחן בחינה מהותית.

אנו נעסוק בזכות עיכבון לפי דין, בנסיבות שראשיתן היא הסכמה בין נושה לחייב. כלומר, קיימת התקשרות עסקית בין הצדדים, אבל היא לא כוללת הסכמה לשעבוד, זה קורה בניגוד לרצון החייב.

דוג': התקשרות בין מוסך ללקוח, ההסכמה שהמוסך יתקן והלקוח ישלם. לבעל המוסך יש זכות לפי דין שלא לשחרר את החזקה ברכב ולא למסרו לידי בעליו, כל עוד החייב לא משלם את התמורה החוזית. החייב לא יוכל לטעון לגזל / עיכוב שלא כדין, העיכוב מבוצע כדין (ס'5 לחוק חוזה קבלנות).

אם מדובר בחייב חדל"פ: המוסך יכול לסרב לדרישת הנאמן למסירת החזקה בנכס, **יש לו זכות לעכב את הנכס לפי ס'253** – מדובר בזכות מהותית הנותנת לנושה עדיפות על פני נושים אחרים. מדובר בזכות שעולה על הזכות בנכס משועבד.

ההצדקה של זכות העיכבון:

1. ביצוע פעולות השבחה – הנכס היה זקוק לשירות, המוסכניק השביח את ערכו שכן אלמלא התיקון הנכס היה שווה פחות. יש היגיון לתעדף את המוסכניק, כמי שתרם לערך הכלכלי של הנכס, ממנו יהנו גם שאר הנושים.
2. מהלך עסקים רגיל / שוטף – האן קורא לזה "תקנת השוק". ללא זכות העיכבון, לא יטפלו בנכס / ידרשו תשלום מראש.

ביקורת על ההצדקות – האן:

* בשביל להצדיק מהלך עסקים רגיל, צריך לאפשר את זכות העיכבון לכל הנושים, לא רק למוסכניק, אחרת גם הנושים האחרים לא ירצו לנהל עסקים עם החייב.
* טענת ההשבחה לא רלוונטית בעידן המודרני, לעתים רבות השבחת נכס יכולה להיעשות מרחוק וללא החזקה פיזית בנכס (תמיכה טכנית). זו חשיבה מיושנת שמתמקדת בנכסים מוחשיים.
* מוכן לקבל את ההיגיון כשמדובר בחייב לא חדל"פ, אבל כשמדובר בחייב חדל"פ מתן עדיפות לזכות עיכבון באה על חשבון נושים אחרים.
* נקודה נוספת שמחלישה את ההצדקות – ס'19 לחוה"ח תרופות, שמאפשר לנפגע מהפרת חוזה זכות עיכבון בנכס של המפר שהגיע לידיו. פה אין שום השבחה, לכן אין היגיון להעדפה.

**חובות בדין קדימה – ס'234 לחוק**

אסופת חובות לה עדיפות מסוימת בחוק על פני שעבוד צף ונושים לא מבוטחים: (1) עובדים של החייב החדל"פ (שכר עבודה / הפרשות סוציאליות); (2) רשויות שלטון; (3) מזונות לחייב פרטי.

אין בין החובות מכנה משותף מהותי, אלא פרוצדורלי – העדפתו על נושה לא מובטח ושעבוד צף.

עובדים של החייב החדל"פ:

* העובדים נתפסים כחוליה חלשה, מדובר על מקור פרנסתם – כסף מאד חיוני בחייהם.
* **מוגבל בסכום** – עד 33 אלף ש"ח, 1-3 משכורות. מעבר לזה ייחשב לחוב רגיל לא מובטח.
* **חוק ביטוח לאומי** – אם וכאשר ניתן צו לפתיחת הליך חדל"פ של מעביד, העובדים זכאים לתבוע מהמוסד לביטוח לאומי גמלה בין השכר / הפרשות סוציאליות שלא שולמו להם. התקרה הרבה יותר גבוהה, לכן העובדים ייטו לפנות לביטוח לאומי.
* **תביעת שיפוי של הביטוח הלאומי** – לאחר שביטוח לאומי משלם לעובד, הוא הופך להיות נושה של החברה בעצמו. ועדיין, אין לו לביטוח הלאומי בתביעת השיפוי דין קדימה. החוליה החלשה היא העובד, לא הביטוח הלאומי, לכן הוא הופך לנושה רגיל לא מובטח.
* **הפרשים שהעובד זכאי לאחר מיצוי הזכויות בביטוח לאומי** – נניח שהעובד קיבל את התקרה המקסימלית מהביטוח הלאומי, אבל זה לא פרע לחלוטין את כל החוב. על ההפרשים יוכל העובד לתבוע את המעביד בדין קדימה עד 33 אלף ש"ח, כפי שקובע החוק.
* **חידוש בחוק חדל"פ** – עובדים זכאים לגמלת ביטוח לאומי גם בהליך הבראה.

רשויות השלטון: בעיקר רשויות מס. ההצדקה לדין קדימה, היא פשוט כי הם יכולים, זה היסטורי וקיים גם במדינות אחרות. הרשויות אינן חוליה חלשה ולכן האן לא רואה הצדקה אמיתית.

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, אבל לא העביר בפועל לרשויות הרלוונטיות.
3. **חוב כלפי מספר רשויות**: ביטוח לאומי, רשות המיסים, ארנונה. יהנו מדין קדימה רק אם טרם מתן הצו, ניתן לחייב הסדר תשלומים והוא עדיין לא עמד בו והפך חדל"פ. דין קדימה רק על קרן החוב (לא ריבית), על חיובים שנוצרו לכל היותר 3 שנים לתוך הסדר הפריסה.

ניקוי במקור – **ס'234(2)** – הצדקה:

* יותר מובן, כי ניקוי המס זה לא של המעביד, אלא זה מתוך ההפרשות של משכורות העובדים. בישראל המעביד מנכה עבור העובד את המס והביטוח הלאומי ומעביר לרשויות.
* אי תשלום שכזה עשוי לחשוף את נושאי המשרה בחברה לאחריות פלילית.
* זה הגיוני כי זה לא חוב של החברה, זה חוב של העובד אותו המעביד מחזיק עבור הרשויות.

מע"מ – **ס'234(4)**:

* חידוש מהחוק הישן. בעבר היו רכיבים שכללו 12 חודשים על כל חוב של מס הכנסה, זה ירד ונכנס במקום זה דין קדימה למע"מ על 12 חודשים אחרונים.
* רציונל: ניתן להגיד שגם על מע"מ אתה לא הבעלים האמיתיים כמו ניקוי במקור.
* האן לא אוהב את הרציונל הזה, בעיניו אם זה באמת כסף של המדינה ולא של החייב, אז זה היה צריך להיעשות כמו ניקוי במקור, ללא הגבלה של 12 חודשים, אלא על כל הסכום.

הסדר הפריסה – **ס'234(5)**:

* חידוש, לא היה קיים בדין הקודם וגם לא קיים בשום מקום אחר בעולם.
* הצדקה: עידוד רשויות מס ליצור הסדרי פריסה לחייבים, אלמלא זה לא יהנו מדין קדימה.
* גישת האן: אמנם הסדרי פריסה טובים לחייבים, אבל היות ומדובר ברשות שלטונית אין היגיון ליצור לה תמריץ כלכלי כדי להגיע להסדר. המחוקק יכול היה פשוט לקבוע שעל רשויות שלטוניות לפרוס חובות כמדיניות, ולא לתת עדיפות על נושים אחרים.

גם על חובות אלה לא חל ס'232 שקובע שוויון בין נושים. ס'234(א) קובע שחובות שנהנים מדין קדימה ייהנו בסדר הבא: עובדים; ניכוי במקור; מזונות; מע"מ; הסדרי פריסה.

כלומר, כל נושה יקבל את מלוא התשלום לפי הסדר טרם המעבר לנושה הבא.

**שעבוד צף – ס'234(4)**

2 סוגי שעבודים: (1) קבוע (לעיל); (2) צף – קודם לחובות לא מובטחים, לאחר חובות בדין קדימה.

הגדרה: שעבוד על היקף רחב של נכסים, לא נכס מסוים / ללא פירוט הנכסים המשועבדים. כאשר לרוב, יש תחלופה בנכסים המשועבדים וקיימת לבעלים זכות להנות ולפעול בנכס.

שעבוד קבוע קלאסי, מקפיא את הנכסים ובכך פוגע ביכולת של חברות מסחריות לסחור בנכסיהן באופן שוטף. לדוג' מלאי עסקי. לנושה יש אינטרס שהחברה תפעל בנכס, כי האינטרס המרכזי שלו הוא לא השעבוד, אלא פירעון החוב. השעבוד הוא אמצעי ביטחון למקרה שמשהו שמשתבש. כדי שהנושה ייצר הכנסות ויפרע את החוב, עליו לסחור במלאי.

עדיפות הפירעון בין שעבוד צף לקבוע:

* **ס'169(ב) לפקודת החברות** – שעבוד צף נחות בעדיפותו לעומת כל שעבוד אחר, השעבוד הספציפי גובר על שעבוד כללי.
* **התיקון** – סיפא שמשנה את כל האמור, לפיה אם במסמך שיוצר את השעבוד הצף ישנה הוראה המגבילה את זכות החברה ליצור שעבודים לאחר מכן, וההוראה נכללה בטופס שהוגש לרשם החברות לרישום השעבוד ונרשמה על ידי הרשם – **השעבוד הצף יהיה עדיף על שעבוד קבוע שנוצר מאוחר יותר בניגוד לאמור**.
* **היום כל השעבודים כוללים את ההוראה הזאת –** לכן העדיפות תהא **למוקדם בזמן**.
* ההבדל בין סוג השעבודים הוא לא בפירעון ביניהם, אלא בפירעון כאשר קיימים גם חובות בדין קדימה: שעבוד קבוע – נפרע לפני כולם, גם לפני חובות בדין קדימה; שעבוד צף – נפרע במדרגה ה4, לאחר חובות בדין קדימה.

**ס'244** – חשיבות סיווג השעבוד:

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

**ס'244(א)(2)** – נושה בשעבוד צף ייפרע עד 75% מסך התמורה שהתקבלה ממימוש השעבוד.

**ס'244(א)(2)(א)** – דין הפרש החוב שנותר לנושה לאחר ה75% כדין חוב לא מובטח.

**ס'244(א)(2)(ב)** – היתרה ממימוש השעבוד תשמש לפירעון החובות הכלליים.

כלומר, לשעבוד צף אין עדיפות של 100% על הקבוצה הבאה, אלא של 75%. 25% מהתמורה המתקבלת ממימוש הנכסים המשועבדים נותרת לטובת נושים לא מובטחים. ייחודי לשעבוד צף.

עמדת האן: נושה מתוחכם יוכל להיפרע ב100% גם במצב של שעבוד צף, באמצעות עדכון הLTV (אחוזי ההלוואה משווי הנכס – היחס בין גובה החוב לשווי הנכס המשועבד שמבטיח את החוב).

בעצם, המלווה יתן הלוואה נמוכה משווי הנכסים, עד לשיעור של 75% משוויים, כך שיוכל להיפרע.

דוג': אם הנכסים שווים 400, הבנק ילווה 300, שהם 75% מ400. לפי החוק, **הנושה המובטח בדרגה 4 ייפרע ב75% מהתמורה שהתקבלה**, לא 75% מהחוב.

הטריק הזה לא פוגע בנושים הלא מובטחים, שבכל אופן ייוותרו להם 25% משווי הנכסים.

2 נקודות שוני בין שעבוד קבוע לצף: (1) שעבוד קבוע קודם לדין קדימה; (2) שעבוד צף נפרע ב75%.

**חובות נדחים – ס'237 לחוק**

דרך היווצרות: (1) **הסכם** – הנושה הסכים להיות אחרון, לרוב לא קורה; (2) **בשביל כסף** – למשל ריבית גבוהה. בעל חוב נדחה קרוב לבעל מניות, הוא ייפרע אחרי כל הנושים, אבל לפני בעלי המניות.

פרקטית, לרוב חוב נדחה לא יגיע לפירעון כי יגמר כל הכסף. ובכל זאת, המקור לקטלוג חוב כחוב נדחה הוא סעד שבדין. כלומר, הדין קובע את מעמדו ומשכך המשמעות הפרקטית של קביעה שיפוטית שחוב מסוים הוא נדחה – היא שהחוב הזה לא ייפרע. לרוב, הנאמן יהיה זה שיפנה לביהמ"ש ויבקש סעד של קביעת חוב כחוב נדחה.

**נסיבות בהן הפסיקה תקבע שחוב הוא חוב נדחה:**

סמכות ביהמ"ש – **ס'6(ג) לחוק החברות**: לביהמ"ש האפשרות לקבוע שני סעדים מכוח הס': (1) **הרמת מסך**; (2) **הפיכת חוב כלפי בעלי מניות לחוב נדחה**. ס'231(1) שדן בחובות נדחים, מפנה לחוק החברות שמסמיך להוריד חוב לסוף התור, בהתקיים הנסיבות להרמת מסך (ברישא של הסעיף).

פס"ד קלאסי להרמת מסך – **אפרוחי הצפון:** הרמת מסך במקרה של מימון דק. עמדת הרוב קבעה שיש מקום להרים מסך בשל המימון הדק, אבל הסעד האופרטיבי שניתן היה דחיית החוב כלפי בעלי המניות לסוף התור.

לבעלי מניות ייתכן קשר משפטי כפול עם החברה: (1) **מניות מכוח השקעה**; (2) **נושים כמלווים**.

היות והחברה אישיות משפטית בפני עצמה, היא יכולה לנהל קשרים משפטיים עם בעלי המניות בה. הלוואה שכזו, שניתנה ע"י בעל המניות לחברה, נקראת "הלוואת בעלים".

באפרוחי הצפון הייתה הלוואת בעלים וביהמ"ש דחה את החוב כלפי בעלי המניות, מכוח ס'6(ג).

**פס"ד סלומון – מקרה קיצון**: מעבר לטענה שהחברה היא אישיות משפטית בפני עצמה, סלומון גם טען שהוא נושה מובטח בחברה (גיבה את ההלוואה בשעבוד), ולכן הוא הראשון בתור להיפרע. גם בטענה הזו סלומון זכה, אבל לא נעסוק בכך מעבר.

לבעלי מניות מספר שיקולים לפיצול סכומי ההשקעה שלהם בחברה (הלוואה/השקעת הון):

1. **הקמת חברה חדשה** – המקים גם כך יהיה בעל השליטה, לכן כמות המניות לא חשובה. מניות היא השקעה הונית, לכן יהיה אחרון בסדר השעבוד. לכן, משתלם לו לפצל את ההשקעה שלו למניות + הלוואה, למקרה שהחברה תהיה חדל"פ.
2. **מיסוי** – הטבות מס גם לבעל המניות וגם לחברה שמקבלת את הכסף:
3. השקעה הונית – החברה תצטרך לשלם דיבידנד. לפני חלוקת דיבידנד, החברה תשלם 20% מס ולאחר מכן גם בעל המניות שקיבל ישלם 20% מס – פעמיים אירוע מס.
4. הלוואה – תשלום בגין הלוואה לבעל המניות נקרע "פירעון חוב", בעל המניות ישלם מס רק על הריבית. מבחינת החברה, כל מה שהיא משלמת זו הוצאה מוכרת שהיא מנקה מהכנסותיה, בניגוד לדיבידנד שלא נחשב להוצאה מוכרת.
5. **חברה קיימת שמחפשת מקור מימון נוסף** – הנפקת מניות תדלל את השליטה של בעלי המניות האחרים. בצורה של הלוואה, המשקיע לא יקבל מניות ויחסי הכוחות לא ישתנו.

הנסיבות בהן ביהמ"ש יקבע שלמרות שמדובר בהלוואה – היא יורדת לסוף התור:

* **מימון דק** – יחס לא פרופורציונלי בין ההלוואה לשיעור ההשקעה. במקרה זה ניתן לטעון שיש יותר חוב מהון עצמי, לכן זה מימון דק, שיביא להרמת מסך ודחיית חובות.
* **אבל!** – זה לא אוטומטי, זה לשק"ד ביהמ"ש לבחינה בנסיבות העניין.
* קורה לא מעט שחברות ממנות את פעילותן באופן לא מאוזן בין ההשקעה שלהן לבין היקף ההתחייבויות שנטלו, זה נקרא חברה ממונפת. לא כל מצב כזה נחשב למימון דק שיעביר את המממנים לסוף התור – הכל תלוי בנסיבות העניין.

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

רקע: לתמח"ת היה חוב מובטח כלפי בנק דיסקונט, בשווי 180 מיליון ש"ח, היא נקלעה לקשיים כלכליים. חברת נצבה הייתה בעלת מניות בתמח"ת, היא פנתה מבנק דיסקונט והציעה לרכוש ממנו את החוב ב100 מיליון. **נצבה הופכת להיות נושה של החברה – ללא ידיעת החברה**.

תמח"ת נכנסה לפירוק ונצבה התייצבה כנושה בדרישת חוב של 180 מיליון (למרות ששילמה 100).

ההצעה של נצבה – 200-220 ש"ח על הנדל"ן של התמח"ת, כאשר יקזזו זאת מהחוב של ה180 מיליון, שהיה חוב מובטח, כך נצבה תשלם 20-40 מיליון על כל הנדל"ן של תמח"ת. המפרקים פנו לביהמ"ש וביקשו לדחות את נצבה לסוף התור, בשל הפרת חובת ההגינות כלפי החברה.

נפסק: נצבה הפרה את חובת ההגינות, אבל לא מופעלים עליה סעדים של הפרת חוזה. במקום זאת, ביהמ"ש קובע שלמרות שהחוב לא הלוואת בעלים במקור, י**ש להטיל סנקציה כנגד הפוזיציה שלה כנושה**. החוב כלפי נצבה נדחה לסוף התור, ואם הוא בסוף התור לא ניתן לבצע קיזוז.

**ריבית הסכמית – ס'231(6)**

ריבית הסכמית שנצברת מרגע צו פתיחת ההליכים ואילך, תיחשב לריבית נוספת ותיפרע רק לאחר החובות לא מובטחים (אף פעם), כולל ריבית פיגורים שהייתה קודם לפתיחת ההליך. ריבית הסכמית לא מובטחת נמצאת במדרגה 6 בסדר הפירעון.

לחוב מובטח מחשבים ריבית הסכמית (לא ריבית פיגורים), בגין התקופה שלפני פתיחת ההליך והגין התקופה שההליך מתרחש. ריבית הסכמית תהא חלק מהחוב המובטח אך ורק בתנאי שיש בנכס מספיק כדי לכסות גם על הריבית וגם על החוב.

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

**ס'219** – העדפת נושה: לבקשת הנאמן, בסמכות בימ"ש לבטל תוקף של תשלום חוב לנושא, מקום שהפירעון בוצע סמוך למתן הצו לחדל"פ. ביטול הפעולה יחייב השבה מצד הנושה שנפרע.

לשם ביטול פעולה זו יש לעמוד ב3 תנאים מצטברים:

1. **הפעולה בוצעה 3 חודשים לפני מועד בקשת הצו**. נושה שהוא קרוב לחייב, שנה.
2. **במועד ביצוע הפעולה, היה החייב חדל"פ** – התנאי המשמעותי ביותר. כל עוד החייב לא חדל"פ, אין פסול בזה שהוא פורע את חובותיו, להפך.
3. בשל הפעולה **הנושה ייפרע בסכום גדול יותר** ממה שהיה נפרע לפי סדר הפירעון.

בדין הישן – כדי לבטל פעולה של העדפת נושים היה צורך ביסוד נפשי, הוכחה שהחייב התכוון לכך או שעשה זאת מכורח/אילוץ. הדין השתנה והיום מתייחסים לתוצאה, האם בפועל הייתה העדפה.

העדפת נושים יכולה לבוא לידי ביטוי בפעולות נוספות על פירעון מוקדם, שעשויות להביא לתוצאה של פירעון חוב של הנושה / קידומו בסדר הפירעון. דוגמאות:

1. **שעבוד נכס כתנאי שהנושה לא יפתח בהליך נגד החייב –** השעבוד יבוטל, הוא יוכר כנושה אך לא כנושה מובטח, בהתאם לתנאים בס'219.
2. **זכות קיזוז – פס"ד גורן:** גם זכות קיזוז שנוצרה בתוך 3 החודשים האחרונים שקדמו לפתיחת ההליך, בשעה בה החייב היה חדל"פ, לא תוכר. במקרה של נושה שהוא קרוב לחייב, עד שנה טרם ההליך.
3. **המחאת זכות בין נושים** – מצב בו יש 3 נושים ואחד מהם הוא נושה מובטח. סך הנכסים לא מספיקים בשביל לפרוע את החובות של כולם, לכן אחד מהנושים ממחה את זכותו לנושה המובטח ובכך הנושה השלישי נותר היחיד שלא מובטח. הנושה שימחה את זכותו יעשה זאת עבור סכום גדול ממה שצפוי להיפרע ללא ההסכם, אבל פחות מהסכום המקורי.

**ס'220 – העברה בפחות משווה ערך:** פעולה שבוצעה בין החייב החדל"פ, בזמן שהוא חדל"פ, לבין אדם שלישי, כאשר במסגרתה העביר החייב נכס או שווה ערך כלכלי וקיבל תמורה לא הולמת, או לא קיבל תמורה כלל. הפעולה גורעת מקופת הנשייה ופוגעת בנושים. לדוג', העברת נכסים מהתאגיד לבעל השליטה / קרוב משפחה, כאשר האדם שהועברו אליו הנכסים אינו נושה של החייב.

\*\*כשמדובר על העברת נכסים לחייב – הסעיף הרלוונטי הוא ס'219.

הנאמן רשאי לפנות לביהמ"ש בבקשה לביטול הפעולה, או לחילופין לדרוש מהצד השלישי להשלים את התמורה הראויה עבור הנכסים. 3 תנאים:

1. **נכון לשעת הפעולה, החייב היה חדל"פ** – שאלה עובדתית.
2. מקבל הנכס נתן **תמורה לא הולמת / לא נתן תמורה בכלל**.
3. **שנתיים טרם פתיחת ההליך / כשמדובר בקרוב, 4 שנים לפני פתיחת ההליך** (הדין הקודם אפשר ביטול עד 10 שנים אחורה, עורר ביקורת רבה).

למה בהעדפת נושים מגבלת הזמן היא 3 חודשים ופה שנתיים – לא מדובר על אותה פעולה. העדפת נושים נוגעת לפעולה לגיטימית כלפי נושים אחרים. מנגד, העברת נכסים לא כוללת אינטרס מוגן של נושא המצפה לכספו, אין אינטרס של הסתמכות ולכן הזמן הוא ארוך יותר.

בדומה **לס'220**, בחוק החברות קיים סעיף הקובע שכאשר החברה לא עומדת במבחן הפירעון, לא ניתן לחלק דיבידנד ובמידה וחולק יש לבצע השבה. זה מקרה פרטני של ס'220 הרחב.