

# דיני חדלות פרעון

**פתח דבר : חדלות פרעון בראי דילמת האסיר**

מה מקור הבעיה ב"עולם" חדלות הפרעון ?

לשם התחלה, נפתח בניתוח דילמת האסיר מן הניתוח הכלכלי של המשפט. דילמת האסיר כוללת שני שחקנים אשר לכל אחד מהם שתי דרכי פעולה אפשריות. החלטותיו של שחקן נובעות לא רק מהעדפות שלו עצמו, אלא גם מתוך הנחות והערכות כיצד יפעל השחקן האחר. אמור מעתה – 'החלטות אסטרטגיות'. כידוע, הסיפור מאחורי דילמת האסיר מדבר על שני עבריינים שנתפסו ע"י המשטרה והובלו לחקירה. המשטרה אינה יכולה להרשיע אותם על העבירה, אלא על עבירה הרבה פחות חמורה מכך, אלא אם כן מישהו מהם ילשין על חברו. אי לכך, מציעה המשטרה לכל אחד מהם לסגור עסקת טיעון ולהפליל את חברו בתמורה לשחרור מיידי. בנוסף ידוע כי אם שניהם ישתקו – הם יורשעו בגין העבירה הפחות חמורה בלבד. שני החשודים אינם יכולים לשוחח או לתאם עמדות ביניהם. אם כן, לכל אסיר שתי דרכי פעולה – שתיקה, או הפללה. כיצד עדיף להם לפעול? התשובה היא ששניהם יפלילו זה את זה, מכיוון שלכל אחד מהם אסטרטגיה דומיננטית להפליל את חברו, מחשש שחברו יפליל אותו או מתוך רצון לצאת לחופשי אם החבר ישתק. אנו רואים כי **לב הבעיה בדילמת האסיר הוא חוסר יכולת תקשורת ותיאום יחד עם ניגוד עניינים אינהרנטי**.

כל שחקן מבקש לבצע פעולה לפי אסטרטגיה דומיננטית אישית בניגוד לאינטרס הכללי.

ניתן לתרגם את דילמת האסיר לעולם חדלות הפרעון, כך: שני נושים רודים בחייב אחד אשר חייב להם יחד \$6,000. האפשרויות שלהם הן לגבות את החוב באופן מיידי או להמתין. אם שניהם ממתנינים – הם יקבלו \$4000. אם שניהם יגבו – הם יקבלו \$2000 האחד (מכיוון שהחייב 'ירים ידיים'). אם אחד יגבה והשני ימתין – האחד יקבל \$5000 והשני מאומה. עיננו רואות כי התוצאה החברתית הרצויה היא ששניהם ימתינו, אך כל אחד מן הנושים 'יפליל' או 'יגבה' מן החייב מתוך רצון לשרת את האינטרס של עצמו. לכן, התוצאה תהא ששניהם יבקשו לגבות את החוב באופן מיידי.

## **הגדרת הבעיה**

הבעיה האמיתית בעולם חדלות הפרעון הוא חוסר משאבים – יש מעט מדי. לא משנה כיצד נחלק את העוגה, אין מספיק לכולם. לכן, אנו מעוניינים שהנושים ישתפו פעולה עם חדל-הפרעון וכן בינם לבין עצמם כדי להגיע לתוצאה הטובה ביותר עבור כולם. השאיפה היא לבחון כל פעולה שנעשית או מתבקשת לעשות – וכיצד היא משפיעה על שאר השחקנים. לכן, כל עוד האובייקט שלנו הוא בר-פרעון, עולם המשפט משיא את חופש החושים. אך כשאותו אובייקט הופך חדל פרעון, עולם המשפט מבקש לאזן בין האינטרסים של הנושים שונים. בהנתן המשבר הנ"ל, אנו מעוניינים ליצור מערכת שתמזער את הנזקים, ובין היתר תוך הפעלת יחס צודק ויחס הוגן לאוכלוסיות שונות.

## מבוא כללי

נושה הוא, מבחינה משפטית, מי שיש לו זכות תביעה כלשהי כלפי חייב. זכות תביעה זו יכולה לבוא מזוויות שונות, כגון: נושה יכול להיות בנק שהקנה הלוואה, או לחילופין עובד שמשכורתו לא שולמה. ההגדרה כוללת ביותר. לכן, נבקש למצוא מכנה משותף רחב ככל שניתן בין נושים, וכן – לנסות לתת מענה והתייחסות פרטנית לנושים השונים (מי יכול לספוג הפסדים ומי לא).

בהנתן מצב של חדלות פרעון, יש לתת לסיטואציה כלכלית זו – מענה משפטי. פשיטת רגל, פירוק וחדלות פירעון אינן שלוש מילים נרדפות. האחרונה מתארת מצב כלכלי, השתיים הראשונות מתארות מצב משפטי.

### **ביאור מושגים**

סעיף 9 לפשר"ג קובע כי "לא תוגש בקשת פשיטת רגל נגד תאגיד או חבר בני אדם שניתן לפרקם לפי פקודת החברות או לפי פקודת האגודות השיתופיות". המחוקק ביקש להבחין ולקבוע כי **פשיטת רגל** היא הליך משפטי הנועד להתמודד עם מצב של חדלות פירעון של אנשים בשר ודם. אז ממילא, מונח אחר כגון "פירוק" של חברה, הוא למעשה הליך משפטי מקביל אלא שהוא מתייחס לאוכלוסיה אחרת, אוכלוסיית חייבים של תאגידים. שני התהליכים עוסקים באותה מהות. הוראות רבות בהן כמעט אחידות. בנקודות קטנות, בשוליים, ישנו שוני בין המצבים.

במסגרת הליכים של פשיטת רגל או פירוק, אנו נתקלים במונחים משפטיים מגוונים –

- **הקפאת הליכים ו-הסדר נושים**: אלו הם שני קצוות של אותו חבל – **הבראת חברות**. הקפאת הליכים הוא סעד זמני אך מרכזי, שאם מצווה עליו ביהמ"ש, הרי שניתן להניע את הגלגל המשפטי של נסיונות ההבראה של החברה. הסדר נושים היא תכנית ההבראה, אליה אנו שואפים להגיע, ע"מ להסדיר את ענייניה הכספיים של החברה ובכך להחזירה לעולם העסקים. שני המושגים אינם מנותקים זה מזה, אלא חוסים תחת נושא ההבראה (להבדיל, מפירוק).
- **כינוס נכסים**: בתאוריה, כינוס נכסים אינו קשור כלל לדיני חדלות הפירעון. זהו מכשיר משפטי הקיים במשפט לצרכי אכיפת זכויות. מוסד כינוס הנכסים מוזכר בחיקוקים רבים, וביניהם תקסד"א, חוק ההוצל"פ ופקודת החברות.

### **כינוס נכסים בחיקוקים שונים**

מהות פעולת הסעדים בחוק ההוצל"פ ובתקסד"א, שונה. בחוק ההוצל"פ מטרתם לאפשר גביה בפועל. בתקסד"א, סעדים זמניים אלו מטרתם אינה גביה אלא לשמש סעדי ביניים כל עוד מתנהל ההליך האזרחי ועד להחלטה בעניין חבות הצדדים זה לזה.

- כונס נכסים המתמנה מכח חוק ההוצל"פ תפקידו לפרוע חוב פסוק. הכונס מתמנה בצו שיפוטי, של ראש ההוצל"פ, לכנוס את הנכס. משמע – לקבל שליטה בנכס ע"מ לממשו (במכירה) כדי לפרוע את החוב.
- כונס נכסים מכח תקסד"א תפקידו להשאיר את המצב על כנו אף להקפיאו, ע"מ שהתובע לא יצא וידידו על ראשו מפאת הברחת נכסים ע"י הנתבע. כל זאת, עד לבירור תביעתו. גם כאן, הכונס עושה עבודתו ע"י תפיסת הנכס ושליטה בו.

## כונס הנכסים ופקודת החברות

בתחום בו אנו עוסקים, חדלות פירעון של תאגידים, הדין הקובע הוא פקודת החברות. כונס נכסים מצוי **בסעיף 194** לפקודת החברות. הסעיף קובע כי כונס נכסים ימונה לצורך אכיפת זכויות של נושה שזכותו מובטחת בשעבוד צף.

*אם כן, כיצד "השתרבב" מוסד כינוס הנכסים למצב חדלות הפירעון?*

לכינוס נכסים אין קשר אינהרנטי לחדלות פירעון או לטיפול משפטי בחדלות פירעון. אלא שכינוס נכסים מוגדר לטפל בבעל שעבוד צף, כהגדרת הסעיף. בכל אופן, מבחינה פרקטית התפתח בישראל מוסד כינוס הנכסים לטיפול במצבים של חדלות פירעון, בדומה לדין האנגלי. נבחן את הסעיף: כונס הנכסים מקבל לידי שליטה בנכסי החברה בצורה גורפת בדרך-כלל. המשמעות היא שהכונס מקבל שליטה על כל התוכן הכלכלי של החברה. זאת למרות שמבחינת ההגדרה היבשה שבסעיף – מטרתו לשרת את האינטרסים של נושה אחד ויחיד. כך נכנס מוסד כינוס הנכסים לעולם חדלות הפירעון.

עד 1995, לא היה בישראל שום מכשיר לטיפול בהבראתה של חברה. לכן, בפני נושים עמדה רק האפשרות של כינוס נכסים. בתי המשפט הבינו שיש לדאוג לאינטרסים של הנושים מחד, אך היססו לאפשר לכונס לפעול בסמכות מלאה שהרי אז – זה יביא לסוף חייה של החברה. לכן, ניסו בתי המשפט לתת לחברה הזדמנויות שונות להמשיך את חייה, זאת ע"י חיוב כונס הנכסים בצו לתפוס את נכסי החברה החייבת כדי לנסות בראש ובראשונה לייצב את מצבה הכלכלי ולנסות להחיותה, ורק אז לפרוע את חובו של הנושה. הנה כי כן, בתי המשפט הם אלו אשר יצקו תוכן לתוך מוסד כינוס הנכסים בהקשר לנסיונות הבראת חברה וחדלות פירעון.

בתיקון העשירי לפקודת החברות נכנס לתוקף מכשיר הנושא את השם "**צו הקפאת הליכים**" בסעיף 233 לפקודת החברות (סעיף 350 לחוק החברות כיום, ראו למטה). מתן צו הקפאת הליכים מקנה לביהמ"ש סמכות למנות "**בעל תפקיד**" (כך שמו). זהו פונקציונר המרכז את נסיונות ההבראה של החברה. לצורך העניין, הנושים ה'אכזריים' ביותר – הם הבנקים, לא הפסיקו להגיש בקשות לכינוס נכסים מכח סעיף 194, אלא שכעת דנים בתי המשפט בשאלה האם אכן יש הגיון במינוי כונס נכסים לחברה פלונית, או שמא להתחיל בנסיונות הבראה.

**סעיף 350** לחוק החברות (סעיף 233 לפקודת החברות שהתבטל) הוא הסעיף הדין בנושא הבראת חברות. מדוע ביטלו את הסעיף הרלוונטי בפקודה והעבירוהו לחוק? יתכן כי סעיף 233 בשעתו, וסעיף 350 כיום, הוא סעיף שמטפל לא רק בהבראת חברות, אלא שהשימוש הפוטנציאלי שלו הוא כסעיף סל. דרכו, ניתן לבצע כל הסדר משפטי שרוצים בדיני החברות שלא נעשה הוראות סטטוטוריות אחרות (כגון: שווי זכויות הצבעה בטרם הנפקה בבורסה).

## ריבוי חיקוקים – בעיה שורשית

חדלות הפירעון זוכה להתייחסות בחיקוקים שונים, בהם: פקודת החברות, חוק החברות ופקודת פשיטת הרגל. כדי להתמודד עם הכפילויות, השוני והסתירות, ביקש המחוקק המנדטורי להחיל את פשר"ג על חברות בפירוק באמצעות **סעיף 353** לפקודת החברות – "**בחברה חדלת פירעון ינהגו עפ"י דיני פשיטת הרגל החלים על נכסיו של מי שהוכרז פושט רגל...**". אך פתרון זה אינו מושלם ומעורר בעיות שונות, **הנה**:

**ע"א 73/63 חברה א"י לתעשיות כותנה נ' אושפיז** : ביהמ"ש עושה הבחנה בין שני סוגי דינים בתוך דיני חדלות הפרעון. סעיף 353, הוא קובע, מתייחס לסוג דינים אחד אך לא מתייחס לסוג הדינים האחר. משמע – חלק מן הדינים "מייבאים" לדיני הפירוקים וחלק לא – ראייה לכך שנסיון הגישור אינו מושלם. סעיף 353 מייבא מדיני פשיטת הרגל אל דיני הפירוק את אותם דינים העוסקים במהות זכויותיהם וחובותיהם של נושים בהליכי פשיטת הרגל. אך הוא אינו מייבא אל דיני הפירוק את הדינים העוסקים בהיקף נכסיו של החייב.

דוגמאות :

- **ע"א 5821/92 חורי נ' עו"ד פישלר** : סעיף 267 לפקודת החברות קובע כי במצב של פירוק חברה מתקיים עיכוב הליכים לגביה נושיה. אך מכח סעיף 353 לפקודה, קובע ביהמ"ש, ניתן לייבא את החריג הקיים בפשר"ג בנוגע לאי תחולת עיכוב ההליכים כלפי נושים מובטחים, ולהחילו על חברה בפירוק.
- סעיף 96 לפשר"ג עוסק בהענקה (=הברחת נכסים). הסעיף קובע כי בהתמלא תנאים מסויימים, יכול נאמן בפשיטת רגל, לתקוף את התוקף המשפטי של ההענקה למרות שהיא בוצעה, ואם ביהמ"ש יקבל את גרסת הנאמן ויראה כי התמלאו התנאים שבסעיף – להכריז עליה כעל הענקה פסולה ולבטלה. למרות שדין זה כביכול ניתן לייבוא לדיני הפירוק, בחר ביהמ"ש במסגרת **פריצקי נ' מפרקי גני אביב**, שלא להחיל את דין ההענקה בפירוק חברות – זאת למרות סעיף 353. מדוע? כי הוא מתייחס לקבוצת הדינים השניה (לעיל) – נכסי החברה.
- סעיף 74 לפשר"ג עוסק בקיזוז. אם ישנם חובות הדדיים בין נושה כלשהו לבין פושט הרגל, בהתקיים תנאים מסויימים ניתן לקזז את החובות. לאיזו קבוצת דינים משתייך הקיזוז – זכויות הנושה או נכסי החייב? תשובה לשאלה זו תקבע האם דין הקיזוז חל בפירוק. התשובה היא גם וגם! כל עוד עומדת בתוקף אותה פסיקה בנוגע להענקה – אנו נשוב וניתקל בבעיה של סיווג לזכויות ונכסים ובסופו של דבר כפילות מיותרת ונפילה בין הכסאות.

# פירוק

## רקע

פקודת החברות מבחינה בין כמה סוגים של פירוק, בהתאם ל**סעיף 244**.

- פירוק מרצון.
- פירוק בפיקוח ביהמ"ש.
- פירוק בידי ביהמ"ש.

מה ההבדל בין פירוק מרצון לבין פירוק בפיקוח ביהמ"ש? פירוק מרצון הוא פירוק המתנהל מחוץ לכתלי ביהמ"ש. להבדיל, פירוק בפיקוח ביהמ"ש, כשמו כן הוא – מתנהל בתוך כתלי ביהמ"ש ותחת עינו הבוחנת. אם כן, השוני המהותי ביניהם נעוץ בשאלה כיצד ההליך מתנהל. בדרך-כלל, הליכי הפירוק הנובעים מחדלות פרעון, יהיו באמצעות פיקוחו של ביהמ"ש.

## פירוק מרצון בפיקוח ביהמ"ש

זהו פירוק שתחילתו בפירוק מרצון, אך בשלב כלשהו כנראה התעוררו בעיות אמון בין מנהלי ההליך ולכן הם ביקשו את פיקוחו של ביהמ"ש ע"מ שהלה יבחן את שקורה. אין הדבר שביהמ"ש מנהל מעתה את הפירוק, אלא שהוא מפקח ומנחה באם מתעוררות טענות ובעיות.

## פירוק בידי ביהמ"ש

פירוק בידי ביהמ"ש הוא הליך שיפוטי אשר אינו יכול להתחיל מעצמו, אלא אם כן מתקיימת סיבה מוכרת-בדין המתחילה את ההליך. לצורך פירוק חברה, ישנן מספר עילות מצומצמות:

- **סעיף 1)257**: אם החברה החליטה, בהחלטה מיוחדת, שהיא תפורק בידי ביהמ"ש<sup>1</sup>.
- **סעיף 3)257**: מספר בעלי המניות בחברה פחת. [הערת המרצה: לא ברור מדוע עילה זו נשארה, שהרי כיום ניתן להקים חברה עם בעל מניות אחד].

הבעיות הנוגעות לפירוק מרצון בדרך-כלל מתעוררות כאשר בעלי המניות מסוכסכים זה עם זה. במצב דברים שכזה, עליהם להגיש בקשה לביהמ"ש שיפתח להם תיק פירוק בפיקוחו. אך שוב, הסכסוך ביניהם יכול להביא לחוסר הסכמה בעניין. מה הפתרון? בשביל מצב זה, חוקק המחוקק המנדטורי את **סעיף 5)257** – "ביהמ"ש סבור שמן הצדק והיושר הוא שהחברה תפורק". זוהי עילת סל המאפשרת לביהמ"ש. חשיבות סעד זה פחותה מאשר בעבר, וכך קובע השופט כהן בר"ע **110/82 רובינשטיין נ' רוזנברג**: ישנן אלטרנטיבה לסעד הצדק והיושר שבסעיף 5)257 כאשר בעלי המניות מנסים להכשיל זה את זה והוא **הסעד למקרה קיפוח** (המצוי כיום בחוק החברות החדש). אכן, סעיף 191 לחוק החברות מאפשר לביהמ"ש לקבוע מנגנון שיחייב בעל מניות אחד לרכוש את מניותיו של בעל מניות אחר. כך, בעל מניות המעוניין להציל את השקעתו, ובעל המניות האחר מכשיל אותו – יכול לצאת מן העסק.

כעת נבחן את העילה המרכזית והפרקטית יותר לפירוק בידי ביהמ"ש:

<sup>1</sup> להדגיש: חוק החברות ביטל את הקונספציה אשר היתה בפקודה בדבר 'החלטה מיוחדת' בסעיף 115. זהו אחד הסעיפים הבודדים שעדיין מזכיר את המושג. לא ברור כיום מה הדין – איזה רוב נדרש לצורך פירוק מרצון ע"י בעלי המניות.

## עילת חדלות פרעון: סעיף 257(4)

**סעיף 258** לפקודה מגדיר מהו מצב של חדלות פרעון:

- אם החברה חייבת לכל אדם שהוא חמישה שקלים או יותר, ואותו אדם הגיש דרישת תשלום בכתב כלפי החברה שתשלם לו, וזו לא עשתה דבר לאחר 21 יום.
- אי קיום החלטה או צו שיפוטית ע"י החברה.
- הוכח להנחת דעתו של ביהמ"ש, לאחר שהביא בחשבון את חבויותיה המותנות והעתידיות, שאין ביכלתה של החברה לשלם את חובותיה.

### **אי קיום החלטה שיפוטית – סעיף 258(2)**

**סעיף 258(2)** מוגדר ע"י המחוקק כמצב של חדלות פרעון, אך זהו למעשה מצב של בזיון בית-משפט. אם ישנו בזיון, מדוע להרוס עסק שלם בגלל אי קיום צו שיפוטי? יש לזכור כי חברה לכשעצמה אינה יכולה להכנס לכלא למרות אישיותה המשפטית העצמאית, אלא שניתן לטפל במנהליה מכח תורת האורגנים ובכך ליצור את ההרתעה הדרושה לשם קיום הצו השיפוטי. כך, אם האשם הוא בגין אותם אנשים שמפעילים את החברה וכוונת המחוקק היא הרתעה – אזי נטפל בהם כך וניצור הרתעה מבלי לפרק את החברה.

### **שתיקת החברה – סעיף 258(1)**

עילה זו מאפשרת לטרדנים וסחטנים לבקש את פירוקה של החברה כל אימת שיתעורר ביניהם לבניה סכסוך. הרף, לפי סעיף זה, הוא נמוך ביותר. הערת המרצה: אין שום סיבה להרוס חברה בגלל שלנושה אחד יש סכסוך עם החברה. חדלות פרעון, כעילת פירוק, צריכה להיות מצב בו אנו עוברים לטפל באופן ריכוזי וקולקטיבי בכל הטוענים כנגד החברה. הרלוונטיות של פירוק מתעוררת רק כאשר יש בעיה כללית בדמות **סעיף 258(3)**.

### **אי עמידה בחבויות מותנות ועתידיות – סעיף 258(3)**

מקירת הסעיף, ניתן לראות כי המדובר בחובות מותנים ועתידיים, ללא כל התייחסות לחובות מן העבר. אכן, הניסוח אינו ברור, אך ניתן לפתור זאת כך: **סעיף 259** קובע מי הם אלו הזכאים לבקש את פירוקה של החברה – החברה, נושה (לרבות נושה מותנה או עתידי), ובעל מניות. נוסף על כך את **סעיף 260(ב)**. בשני סעיפים אלה, ביקש המחוקק להרחיב את קבוצת הגורמים היכולים להגיש בקשת פירוק – נושה, נושה מותנה ונושה עתידי. אי לכך, הגדרת סעיף 258 כסעיף אשר אינו מתייחס לחבויות שבהווה, אינו עולה בקנה אחד עם סעיפים 259 ו-260. כך גם הפרקטיקה לפיה נוהגים בתי המשפט.

### **חדלות פרעון – מהי? חיקוקים שונים**

לצורך ההגדרה, נבחן ארבעה סעיפים הנוגעים לחדלות פרעון בחיקוקים שונים, ונראה מה הם המבחנים לאמוד את יכולת הפרעון של החברה:

- **סעיף 258(3) לפקודת החברות – עילות פירוק**: מה צריך להיות המבחן להערכת יכולת הפרעון של חברה? הפסיקה בע"פ **164/75 מ"י נ' בן-ציון** העלתה שני מבחנים פוטנציאליים להוכחת מצב של חדלות פרעון. די בהוכחת קיומן של אחד משני מבחנים אלו כדי לקבוע כי חברה הינה חדלות פרעון.
  - מבחן חדלות הפרעון המאזנית: עריכת מאזן של חברה, האיזון הוא בין ס"כ הנכסים של החברה לבין ס"כ התביעות שיש כלפיה. אם נמצא כי ס"כ נכסי החברה גדול משווי ההתחייבויות שלה, הרי שיש לה כושר פרעון. להדגיש: אין המדובר במאזן חשבונאי, אלא ערכים כלכליים אמיתיים.

○ מבחן חדלות הפרעון המסחרית (ידוע גם כמבחן הנזילות): בחינת יכולת החברה לעמוד בדרישות שוטפות (משמע: בהגיע מועד פרעון) של פרעון חובותיה.

▪ **סעיף 322 לפקודת החברות – תצהיר כושר הפרעון**: סעיף זה דן בפירוק מרצון. כותרתו "פירוק באין הצהרת כושר פרעון". חשוב לדעת כי בתוך הליך פירוק מרצון, יש שתי דרכים פוטנציאליות לנהל אותו. הראשון, פירוק בשליטת בעלי המניות. השני, פירוק מרצון שיתנהל בשליטת הנושים. הסעיף קובע כי אם ניתן תצהיר כושר פרעון מטעם הדירקטורים לפני משלוח ההזמנות לאסיפה הכללית, ואחר כך התבקש פירוק מרצון – יחא הוא בשליטת בעלי המניות. אך אם לא הוציאו הדירקטורים תצהיר כושר פרעון לפני משלוח ההזמנות, הרי שההליך ינהל בידי הנושים.

מבחן חדלות הפרעון מוגדר בסעיף זה כ"שיש בידה לשלם את כל חובותיה במלואם תוך שנים עשר חודשים לאחר תחילת הפירוק". ניכר כי המדובר במבחן כושר פרעון מאזני. ההקשר בסעיף זה, שונה מן ההקשר בסעיף 3258(3). בזמן שבסעיף האחרון השאלה העולה היא "האם אנו מתכוונים לפרק את החברה, אם לאו". בסעיף הנוכחי, השאלה שונה – "מי ינהל את הליך הפירוק?", העובדה שהחברה עומדת להתפרק, אינה שנויה במחלוקת.

▪ **סעיף 302 לחוק החברות – מבחני חלוקה**: הסעיף עוסק בדיני חלוקת הדיבידנדים. במסגרת פעולת החלוקה, משמע כי החברה מבקשת לקחת כספים מקופתה ולהעבירם לבעלי המניות, ללא תמורה מצד בעלי המניות. הסעיף קובע שני מבחנים מצטברים שרק כאשר הם מתקיימים, מותר לה לחברה לבצע חלוקה. המבחן הראשון הוא "מבחן הרווח". השני והחשוב יותר, "מבחן יכולת הפרעון". הרציונאל בבסיס הסעיף הוא הרצון להגן על הנושים, שהרי פעולת חלוקה מדללת את הונה של החברה, כך שאם מבחן יכולת הפרעון לא מתקיים וקיים חשש לא תוכל לפרוע את חובותיה לנושים – הדבר אסור עפ"י דין.

מבחן יכולת הפרעון במקרה זה יהא מבחן כושר פרעון מסחרי, מלשון "בהגיע מועד קיומן". אך האם יש מקום לשלב במקרה זה את המבחן המאזני? הערת המרצה: המבחן הראוי לדעת ד"ר האן הוא המבחן המאזני, מכיוון שהשאלה הרלוונטית היא "האם התשלום לבעלי המניות יפגע במה שיקבלו הנושים?" ככלל, אך מבחינה פרגמטית-מעשית המחוקק ביקש להשתמש במבחן המסחרי מכיוון שהוא קל יותר להוכחה מבחינה ראייתית.

▪ **סעיף 98 לפשר"ג – העדפת נושים**: פושט רגל שפורע את חובו שלושה חודשים לפני שפשט את הרגל דה-פקטו, יכולים נושים אחרים לאחר ההכרזה על פשיטת הרגל 'לתקוף' את הלגיטימיות של פרעון החוב עד כדי החזרתו לקופת פושט הרגל.

המבחן בסעיף לשונו "מי שאינו יכול לפרוע מכספו את חובותיו כשמגיע זמן פרעונם". מלשון הסעיף, עולה כי המבחן הוא מבחן הנזילות. הערת המרצה: דווקא כאן, המבחן הרלוונטי צריך להיות המבחן המאזני, זאת מכיוון שמועד הפרעון אינו רלוונטי יותר שהרי האדם כבר פושט רגל (או שהחברה כבר נמצאת בהליכי פירוק), לכן צריכים לבחון את קופתו בהיבט כל הנושים. השאלה איננה "מתי יקבל נושה את חובו?", אלא "כמה יקבל הנושה?". אך שוב, יתכן כי המחוקק ביקש בכל זאת ליישם את מבחן הנזילות מסיבות מעשיות.

## הזכאים לבקש פירוק

הנה אנו רואים כי נושא חדלות הפרעון מוגדר בכל מקום בחקיקה לפי ההקשר הגלום בו, מהי התכלית שבגינה אנו משתמשים במושג חדלות פרעון. נשוב כעת לחדלות פרעון כעילת פירוק. נניח כי ביססנו את עילת חדלות הפרעון, כעת לביהמ"ש שיקול דעת האם לתת צו פירוק אם לאו. בעבר, צווי הפירוק היו מעשה שבשגרה. כיום, כאשר ישנם הליכים יותר מוסדרים (בעזרת סעיף 350 לחוק החברות), לא תמיד ניתן צו פירוק, אלא שבמקרים רבים החברה מבקשת לגשת למסלול של הבראה (צו הקפאת הליכים). מכלול השיקולים של ביהמ"ש הוא אחד מן הצמתים בהם שיקול דעתו קריטי ביותר.

פרופ' צ' כהן, במאמרה "פירוק חברה על-פי בקשת נושה", מונה שיקולים משיקולים שונים שכולם רלוונטים להחלטתו של ביהמ"ש, וביניהם טובת העובדים, טובת הקהילה, טובת הנושים השונים לסוגיהם. דא עקא, תאוריות אלו אינם מסייעים במישור הפרקטי-החלטתי. אך לפני בחינת שיקולים אלו, נברר למי הזכות להגיש בקשת פירוק.

ראינו כי סעיף 259 קובע כי נושה בודד יכול להגיש בקשת פירוק. להבדיל, בארה"ב שלושה נושים או יותר יכולים להגיש בקשת פירוק – בכך יש כדי לשכנע כי הבעיה איננה בעיה פרטית בין הנושה לחברה, אלא ישנה בעיה קולקטיבית-שורשית, דעת המחוקק האמריקאי. בל נשכח כי בארץ, כאשר מוגשת בקשת פירוק, זה כשלעצמו הרה אסון מכיוון שהבקשה מתפרסמת בו ביום ברשומות. לכן, נקודת הזכאות להגשת בקשת פירוק היא רגישה ביותר.

**ת"א (ת"א) 1828/02 א.פ. השקעות 70 בע"מ נ' הבנק לפיתוח התעשייה:** הבנק נכנס לקשיים כלכליים. שלושה לקוחות שלו הגישו בקשת פירוק לביהמ"ש המחוזי בתל-אביב. טענתם היא כי עילת חדלות הפרעון מתקיימת לגבי הבנק. על הנושים להוכיח כי זכותם לבקש פירוק, והם סומכים ידיהם על לשון סעיף 259 – "נושה". מסתבר כי שלושה אלו לוו כסף מן הבנק בתמורה לשיעבוד נכס שהיה בבעלותם. טוענים השלושה, כי לפי דיני השיעבודים, אם לא יפרעו את חובם, יכול הוא לממש את הנכס שלהם. הדין קובע שאם שווי הנכס יהיה יותר מן החוב, את היתרה אמורים להחזיר להם. כך, שלבנק עשויה להיות חובת השבה כלפיהם. אם לא ישיב להם את היתרה, הרי שקמה להם זכות תביעה כנגד הבנק. בנוסף אומרים השלושה, שהם נושה מותנה למצער. השופטת אלשיח דחתה את תביעתם מן הסיבה שהם אינם "נושה". היא מוסיפה וקובעת כי כדי לבסס בקשת פירוק לגיטימית, יש לעמוד בדרישה משולשת:

1. מגיש הבקשה צריך להיות "נושה".
2. יש להראות כי מתקיימת עילת פירוק.
3. הגשת הבקשה צריכה להיות בתום-לב ולא כמכשיר טקטי להתפשרות או הפעלת לחצים.

כעת נבחן מה הן התוצאות המשפטיות לאחר הגשת בקשת פירוק לגיטימית:

## תוצאות משפטיות מיידיעות עקב תחילת הפירוק

**סעיף 268** לפקודה קובע כי כל עסקה שנכסי החברה, או העברת מניות, או שינוי במעמד של חברי החברה, שנעשו לאחר תחילת פירוקה של החברה – בטלים, זולת אם הורה ביהמ"ש אחרת (**סעיף 265** לפקודה קובע כי תחילת הפירוק הוא **יום הגשת הבקשה**). הרציונאל העומד בבסיס סעיף זה הוא הרצון למנוע הברחת נכסים ע"י

נושאי המשרה בחברה. להדגיש: מדובר בעיקר באותם נכסים המהווים את לב פעילות החברה, ולא בעסקים השוטפים של החברה אשר הגבלתם יכולה לחנוק אותה מבחינת היום-יום.

מאידך, **סעיף 267** לפקודה, החל **מיום מתן צו הפירוק**, קובע כי בהנתן צו הפירוק מעוכבים כל ההליכים נגד החברה אלא ברשות ביהמ"ש ובכפוף לתנאים שיקבע. הרציונאל הוא שהטיפול הנכון והיעיל יותר בחברה בפירוק, כאשר אין "מספיק" לכולם – הוא לרכז אותו תחת קורת גג אחת, בפיקוח.

ההבדל בין שני הסעיפים הוא בשאלת מי הנמען של ההוראה. בסעיף 268 – הנמענים הם נושאי המשרה בחברה ומעין "התראה" כנגדם שלא יבריחו נכסים או יפעלו בצורה שלילית. סעיף 267 מופנה לנושים – למען לא יזדרזו לבקש את פרעון חובם ובכך ירוקנו את קופת החברה על-חשבון נושים אחרים.

יחד עם זאת, היות שיש לעיתים בעיה שמוגשת בקשת פירוק וטרם ניתנה החלטה בעניין או שטרם ניתן צו, אצים להם נושים זריזים ותובעים את חובם מן החברה, מכיוון שאין עדיין עיקוב הליכים. הפתרון במצב זה הוא פניה ל**סעיף 264** המקנה לביהמ"ש סמכות בנסיבות מסויימות, לעכב את ההליכים נגד החברה, עוד לפני מתן צו הפירוק, אם ימצא כי ישנה בעיה בין הנושים.

#### החריג: נושים מובטחים

ובכל זאת, ישנו חריג לעיכוב ההליכים. סעיף 267 לפקודה, הוא המקביל לסעיף 20(א) לפשר"ג, הקובע כי משניתן צו כינוס לפושט-רגל, מעוכבים הליכים תלויים ועומדים נגדו, ואין לתבוע אותו אלא ברשות ביהמ"ש. סעיף 20(ב) לפשר"ג קובע כי אין בסעיף זה כדי לפגוע בזכותו של נושה מובטח לממש את חובו. אין הוראה כזו בפקודת החברות, אך ראינו קודם לכן כי בפרשת **פישלר נ' חורי** – שסעיף 20(ב) חל בפירוק חברה מכח סעיף 353 לפקודת החברות. כך, **שנושים מובטחים של חברה בפירוק יכולים לממש את זכותם ולתבוע את חובם מן החברה**, אף אם ניתן בעניינה צו פירוק.

## סדרי החלוקה בפירוק

נושא סדרי החלוקה והזכויות בפירוק חברות מוסדר במידה מסויימת בחקיקה, אך גם הפסיקה הוסיפה הלכותיה לשם הבנתו והסדרתו. בבחינת פקודת החברות והוראותיה בענייני פירוק, כמעט ולא נמצא סעיפי חקיקה הדנים בסדרי העדיפויות בין הנושים בעת פירוק, כך גם בפשר"ג, ומעט הוראות בחיקוקים כלליים. המיקום ה"גאוגרפי" של סעיף החוק אינו מעלה או מוריד לענייננו, אלא שיש לבחון את מכלול ההוראות הנוגעות לנושא.

לפני שנתחיל, נציין שני כללי יסוד עליהם בנויים סדרי החלוקה:

א. **עקרון השוויון** – ישנו שוויון פנימי בחלוקה בין בעלי תביעות שונות המשתייכים לאותה קבוצה (למעט חריגים).

ב. **כלל העדיפות המוחלטת** – בין הקבוצות לבין עצמן חל עקרון העדיפות המוחלטת, לפיו כאשר קבוצה מסויימת על קבוצה אחרת, הרי שהיא קודמת לה בתור עד לשקל האחרון שבקופתו של החייב.

לעניין הקבוצות ה"שונות" הקיימות אותן הזכרנו לעיל, ניתן לפרט חמש קבוצות עקריות:

1. חובות מובטחים.
2. חובות בדין קדימה.
3. חובות לא מובטחים.
4. חובות נדחים.
5. בעלי מניות והחייב עצמו.

נושים מגבילים את מערכת הזכויות שלהם כלפי החברה לסכום מוגדר – מה שנקבע בינהם, או בפסק-דין שניתן בעניינם. להבדיל, לבעלי מניות ישנו פוטנציאל לראות רווחים גדולים יותר מן החברה, בהנחה שהיא רווחית. אך כנגד כל יתרון שישנו – עומד חסרון. אם נושה מגביל עצמו לסכום, הרי שהוא קודם לבעל מניות בזמן פירוקה של החברה. אותו הדבר יפה גם לגבי בעל מניות, שנפרעים אחרונים.

### **חובות מובטחים**

סעיף 1 לפשר"ג מגדיר מיהו נושה מובטח: "מי שבידו שעבוד או עכבון על נכס של החייב בחזקת ערובה". אם לפלוני יש שעבוד או עכבון, הרי שהוא נושה מובטח ואזי הוא עדיף על אחרים בזמן פירוק.

### **חובות בדין קדימה**

זוהי קבוצה "נחותה" בעדיפותה מנושים מובטחים אך עדיפה על אחרים. היא כוללת בתוכה אוסף מגוון של חובות לנושים שונים שהמכנה המשותף ביניהם הוא אקראי לחלוטין, אך המחוקק, משיקולים שונים, קבע כעקרון כי הם ידורגו בדרגת הביניים הזו. בקבוצה זו נפגוש בין היתר, שכר עובדים, חובות מס מסויימים, חובות תשלום לרשויות המקומיות, ושכר דירה.

### **חובות לא מובטחים**

כל חוב שלא ניתן לקטלג אותו לאחת מן הקבוצות האחרות בזמן פשיטת-רגל או פירוק, בגון: נושים נזקיים. להדגיש: גם שלטונות המס וגם עובדי החברה יכנסו למעמד זה (למעט אותו חלק מחובם שנכנס למסגרת קבוצת החובות בדין קדימה).

## חובות נדחים

אלו הם חובות שמדורגים מתחת לכל שאר החובות, בד"כ מכח הסכם או שהדין החליט "לקנוס" נושים מסויימים ולזרוק אותם לתחתית סולם העדיפויות. כגון: חובות של בעלי שליטה בחברה.

## חובות מובטחים

ראינו לעיל, כי קבוצה זו כוללת בעלי זכות שעבוד ועכבון. נגדיר את המושגים:

- שעבוד הוא בד"כ סוג של בטחון שנוצר לטובת נושה בדרך רצונית-הסכמית; החוק העקרי המסדיר שעבודים בישראל הוא חוק המשכון, אם כי ניתן למצוא בפקודת החברות וחוק המקרקעין מעט פרטים בעניין.
- עכבון נוצר מכח הדין על אף שהנושה לא היה מעוניין בכך; עכבון מוסדר בעיקר בסעיף 11 לחוק המטלטלין.

## שעבוד

המונח "משכון" והמונח "שעבוד", הם למעשה בעלי תוכן משפטי זהה. השימוש בהם מתחלף ואקראי. סעיף 1 לפקודת החברות מגדיר שעבוד כך: "משכנתה וכל צורה אחרת של מתן נכסים כערובה". הגדרה זו אינה ממצה בעליל, לכן עלינו לתור אחר סעיפים בחוק המשכון שיצקו תוכן להגדרת השעבוד והמשכון, ויבהירו לנו מדוע ירצה נושה לפנות למוסד השעבוד במסגרת עסקיו עם החייב.

## היתרון הפרוצדוראלי:

כך קובע סעיף 1 לחוק המשכון: "מישכון הוא שיעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון אם לא סולק החוב". ניכר כי חוק המשכון מקנה לנושה מכוחו יתרון פרוצדוראלי עצום, שהרי מאפשר לנושה ליקח את הנכס, למוכרו, ולהפרע את חובו – ישירות בהוצאה לפועל, מבלי להגיש תביעה לביהמ"ש.

הוראה דומה ניתן למצוא גם בדיני השטרות: מי שאוחז בידו שטר (כגון: המחאה) ואינו מצליח לגבות אותו גם כן אינו צריך להגיש תביעה לביהמ"ש, אלא הדרך להוציא לפועל פתוחה בפניו. זאת, מכח סעיף 81א לחוק ההוצאה לפועל.

## היתרון המרכזי:

היתרון הפרוצדוראלי הוא יתרון יפה, אך לב ליבו של מוסד השעבוד מצוי בסעיף 4 לחוק המשכון, אשר קובע כי "כלפי נושים אחרים יהא כוחו של המשכון יפה" אם התקיימו התנאים שבסעיף. הנה מצאנו את הסיבה העיקרית בגינה מבקשים נושים לעשות שיעבודים על נכסי החייבים – שעבוד מקנה עדיפות על יתר הנושים בכל מצב, לרבות בפשיטת רגל או פירוק (בניגוד לזכויות אחרות שיש להן יתרונות פרוצדוראליים – אך יתרונות אלו אינם באים לידי ביטוי בפירוק או פשיטת רגל, כגון שטר).

ניתן למצוא רמז ברור לתחולתו של היתרון שבשעבוד, במסגרת פשר"ג. כשדנו קודם לכן בתוצאות המיידיות של פירוק – הזכרנו כי עיכוב הליכים חל לגבי כל הנושים, למעט נושים מובטחים. נושים מובטחים יכולים להמשיך בהליכים המימוש ללא קשר להליכי הפירוק. הסיבה לכך היא שהנושים המובטחים הם ממילא ראשונים בסדר העדיפויות, לכן אין "טעם" למנוע מהם להמשיך בהליכי המימוש שלהם. **סעיף 20(ב)** לפשר"ג קיים בעולם על רקע תפיסת יסוד לפיה שעבוד מקנה מעמד של "ראשון בתור".

**אך למה יש לשעבוד יתרון על פני אחרים?**

**מדוע לתת לנושה מובטח מכח שעבוד עדיפות על-פני אחרים?**

המלווה המרכזי במערכת האשראי – הם הבנקים. אמת, מלווים אחרים שילוו לחברה יקחו ריבית גבוהה יותר מן הבנקים, אך שיעורי ההלוואות שהם יתנו בהשוואה לשיעורי ההלוואות שיתנו הבנקים, הם קטנים בהרבה. בנקים ילוו מליונים לחברה בתמורה לשיעבוד נכסיה. מלווים אחרים לא יעשו כן, מחמת חוסר יכולת. בנוסף, במציאות, לבנקים יש כח כלכלי רב והשפעה על המחוקק, כך שאף אחד לא ימעיט בערכו של השעבוד והחובות ה"מובטחים". לא ברור לחלוטין האם ישנה הצדקה למתן עליונות למוסד השעבודים. בנסיון לתת לכך מענה, אירית חביב-סגל טוענת במאמרה "שעבוד נכסים במימון הפירמה" כי מנגנון השעבוד מהווה "ווסת עצמי" ליכולת ההלוואה של החברה. משלא ישארו לה נכסים לשעבוד – הרי שהחברה תחדול מלקחת הלוואות ותעשה חושבים בינה לבין עצמה כיצד להמשיך בחייה הכלכליים.

למרבה הצער, הבנקים מנצלים את זכותם ליטול ממלווים באשר הם שיעבודים ובכך מנטרלים את יכולתם של נושים אחרים לקבל שעבוד על הנכסים. אין פורפורציונאליות בין גובה החוב לבין ס"כ הנכסים המבטיחים את החוב. יש בכך משום ניצול כוחם לרעה. דוקא כאן יש מקום להתערבות של המחוקק לשם יצירת כללים ברורים לגבי שיעבודים, ולא לבטל את המוסד כולו.

#### **שעבוד: על מה?**

שעבוד ניתן להטיל על נכסים, כך בחוק המשכון. עקרונית, כל נכס הוא בר שעבוד. אם כן, מה נופל במסגרת המונח "נכס"? נכס מוגדר כדבר שיש לו ערך כלכלי אובייקטיבי, בד"כ מנקודת מבטם של הנושים. נבחין בין שלושה סוגי נכסים: מקרקעין, מטלטלין, וזכויות.

#### **זכות כספית:**

זכויות גם הן נכס שניתן, עקרונית, לשעבדו. זכות כספית היא נכס שניתן להופכו ל"מוצר", שניתן לבצע בו עסקאות. חוק המחאת חיובים הוא החוק הרלוונטי לפעולות שנעשות בזכויות, כך שלנושה בעל זכות כספית מול חייב, מותר לו להמחות את זכותו הכספית לצד שלישי. לאחר העברת הזכות, הנושה המקורי איננו עוד נושה של החייב, אלא הצד השלישי. כל פעולת ההמחאה אינה נוגעת לחייב כלל. אנו נבקש לבחון נושא זה מנקודת מבטו של ממחה הזכות (זה שהמחה את זכותו, על דרך השעבוד, לצד השלישי).

מהו היחס בין חוק המחאת חיובים לחוק המשכון? ישנה מחלוקת מסורתית לגבי איזו מערכת חוקים חלה על המחאת זכויות בדרך של שעבוד. **פרופ' טדסקי** סבור כי חל בעניין זה חוק המחאת חיובים, מכיוון שהוא ספציפי יותר מחוק המשכון. **פרופ' ויסמן** סבור כי המחאת זכות על דרך השעבוד, חל עליה חוק המשכון, וכתוצאה מכך, למשל, פעולה שכזו טעונה רישום ברשם המשכונות. הוא מסביר את דבריו כי חוק המחאת חיובים אינו מסדיר את יחסי הממחה והנמחה (אלא שהוא מסדיר את יחסי הנושה והחייב). בין הממחה לנמחה ישנם יחסים חוזיים, לכן החוקים החוזיים יחולו – ובמקרה זה, חוק המשכון. להדגיש: אילו לנושה א' ישנה זכות כספית כלפי החייב, והזכות משועבדת גם בנכס, סעיף 5 לחוק המחאת חיובים קובע כי כאשר הנושה ימחה את זכותו על דרך השעבוד לצד שלישי, עוברות כל זכויות הלוואי שהיו לו מול החייב, לצד השלישי, כמות שהן.

## שעבודים לטובת שלטונות המס

כשדנו לעיל בחוק המשכון, נתנו דגש לכך שמשכון נוצר בהסכם בין החייב לבין הנושה מכח סעיף 3 לחוק. כעת נדבר על שעבוד שנוצר שלא בהסכם, אלא מכח הדין. שעבודים אלו הם בד"כ לטובת רשויות השלטון – מדוע? מכיוון שהרשויות רוצות ויכולות לדאוג אצל עצמן. הטיעון המבקש להצדיק שעבודים לטובת שלטונות המס הוא שלא תהיה לרשויות המס שום דרך אחרת לאכוף ולדאוג לתשלום הלכה למעשה, מכיוון שאין יחסים רצוניים בינה לבין הנישום. טיעון הנגד הוא שגם נושה נזיקי אינו נכנס למערכת יחסים רצונית בינו לבין החייב – אך הנושה הנזיקי הלא-רצוני, אינו נושה מובטח! החקיקה המסדירה את זכויותיהן של הרשויות בעניין זה היא **פקודת המיסים (גביה)**, ובה אמצעים מגוונים כגון: עיקול. שעבוד לטובת שלטונות המס מופיע בשלושה סעיפים בפקודה.

### ▪ **סעיף 11א** – נכסי מקרקעין של סרבני מס:

**סעיף 11א(1)** הוא סעיף פוגע ביותר, ותוצאתו דרקונית מבחינת הנישום עצמו, וכן מבחינת נושים אחרים של הנישום. הסעיף קובע כי כל מס המגיע בעד מקרקעין המגיע מן הנישום, יהיה שעבוד ראשון על אותם מקרקעין לתשלום המס. משמע, כאשר ישנם שני שעבודים על נכס מקרקעין, האחד – שעבוד הסכמי. השני – שעבוד לטובת שלטונות המס בגין חוב המס המגיע מאותן מקרקעין. **שלטונות המס גוברים.**

יוצא מכך כי "שעבוד ראשון" הוא **שעבוד ראשון בעדיפות, אשר אינו טעון רישום, ואין זה משנה מתי הוא נוצר.**

מהו "מס המגיע בעד מקרקעין"?

- **מס רכוש ומס-רכישה:** בע"א 633/91 מנהל מס-רכוש נ' שמש קבע השופט לוי כי המדובר במס המוטל בגין עצם היות אדם בעל זכות במקרקעין. לכן, מס בדמות מס רכוש או מס-רכישה (אותו אנו נדרשים לשלם כדי להתחיל ולהנות מן הזכות שבמקרקעין) יהא שעבוד ראשון. להדגיש: מאז 1999 כבר לא קיים מס רכוש במדינת ישראל, אך אם נישום כלשהו חייב מס רכוש מלפני שנת 1999, הרי שהחוב שלו הוא בבחינת שעבוד ראשון.
- **מס-שבח:** מיסי רווח-הון, הושארו בצריך עיון בפרשת שמש. השופט לוי סבור כי ניתן לטעון לגבי מס-שבח שהוא אינו מס המגיע בעד זכויות, שהרי קורים מקרים בהם אדם יושב במקרקעיו ולא עושה מאומה אך ערך מקרקעיו עולה.
- **מס מכירה:** אין הכרעה בשאלה זו, אלא טיעונים בעד ונגד בראי הגישה של פרשנות מצמצמת לסעיף.
- **ארנונה:** לכאורה, המחוקק הסדיר נושא זה בסעיף 354(א)(3) לפקודת החברות ומיקם את הארנונה בקטגוריית חובות בדין קדימה. אך שוב, עצם תשלום הארנונה נובע מקיומה של זכות במקרקעין. מאידך, חישוב הארנונה נעשה ביחס לשטחה של דירה – וזו כאמור, איננה באה בהכרח בצידה של בעלות או זכות במקרקעין. גם בעניין ארנונה, אין הכרעה. רע"א 2911/95 אברהם נ' עיריית רמת-גן: העירייה טענה כי יש לה שעבוד ראשון בגין חוב ארנונה, והמפרק טען להיפך. ביהמ"ש העליון פסק לטובת המפרק אך לא קבע שארנונה היא לא "מס המגיע בעד מקרקעין", וממילא לא נקבע האם היא בגדר מס המגיע במסגרת סעיף 11א(1), אלא שקבע ביהמ"ש שארנונה איננה מס בכלל – אי לכך, פקודת המיסים (גביה) אינה חלה. ארנונה, כך נקבע, היא תשלום חובה לרשות המקומית מכח פקודת העיריות. בעקבות פסיקתו של ביהמ"ש, הכריז שר האוצר כי תשלומי ארנונה ותשלומי חובה אחרים – תחול עליהם פקודת המיסים (גביה). ושוב, טרם הוכרע האם ארנונה היא "מס המגיע בעד מקרקעין".

**סעיף 11א(2)** קובע כי על כל מס אחר שחייב המס לא פרע לשלטון, גם לגביו ניתן לשעבד נכס מקרקעין לטובת השלטון. אלא שישנם שני הבדלים בינו לבין סעיף 11א(1) – הוא טעון רישום בטאבו. שנית, הוא אינו גובר על שעבודים קודמים שהיו לגביו, אלא רק על אילו שנרשמו אחריו.

▪ **סעיף 12א – נכסי מטלטלין של סרבני מס:**

סעיף זה דומה לסעיף 11א(2), אלא שהוא מתייחס לנכסי מטלטלין. הסעיף קובע כי שלטונות המס יכולים להטיל שעבודים רק לגבי נכסים שהעברת הבעלות בהם חייבת רישום לפי כל דין, כגון: כלי שיט וטיס.

**שעבודים שונים: מי עדיף?**

כאשר מדובר במספר שעבודים שהוטלו על אותו נכס, הכלל הבסיסי בתחרות בין שעבודים הוא – הקודם בזמן היא הקודם בזכות. הוקדם בזמן, משמע, ביצירת השעבוד. נבחין בין כמה מושגים הקשורים בעניין:

▪ **יצירת השעבוד** הוא השלב החוזי.

▪ **שכלול השעבוד** הוא השלב המשפטי אשר מקנה לשעבוד עדיפות על צדדים שלישיים (=נושים אחרים), **סעיף 4** לחוק המשכון קובע כי שכלול השעבוד נעשה ע"י **רישום**<sup>2</sup> (אצל רשם המשכונות) או **הפקדה** (של נכס המטלטלין בידיו של המשעבד, ראו בעניין סעיף 4(2) לחוק). **סעיף 4(1)** לחוק המשכון קובע כי כאשר ישנו דין אחר הנוגע לשעבודים, יש לפנות לאותו החוק ע"מ לברר מהי פעולת השכלול (משמע: אם מדובר במקרקעין, חוק המקרקעין מחייב רישום אצל רשם המקרקעין).

כך גם, לגבי חוק המטלטלין – יש לרושמו ברשם המשכונות. אך למותר לציין: אם משעבד הנכס היא חברה, קובעים **סעיפים 178-179 לפקודת החברות**, יחד עם **תקנה 16 לתקנות המשכון (סדרי רישום ועיון)**, כשהחברה משעבדת נכס מטלטלין שלה – כדי לשכלל את השעבוד יש לרושמו ברשם החברות, ולא רשם המשכונות. הרישום הוא קונסטטיטוטיובי, שאם השעבוד לא ירשם בפנקסו של רשם החברות, הרי שהוא בטל כלפי המפרק וכל נושה אחר. כל זה נכון, אלא אם כן מדובר בנכס מטלטלין שהופקד בידיו של הנושה, מכח **סעיף 178א(3)** לפקודה.

עיננו רואות כי קיימת סתירה, לכאורה, בין הוראות פקודת החברות וחוק המשכון. פקודת החברות קובעת כי שעבוד על נכס של החברה שלא נרשם, בטל כלפי כל נושה, אף אם הוא ידע על כך. להבדיל, חוק המשכון קובע תוצאה אחרת – סעיף 4(3) קובע כי נושה שידע או שהיה עליו לדעת על קיומו של שעבוד, אף אם לא שוכלל, כן כפוף לו.

ניתן להסביר את השוני בין החוקים ולומר כי ההסדר המצוי בפקודת החברות הוא טוב יותר. מדוע? כדי למנוע מצבים של **עדיפויות מעגליות** היכולים להוצר מכח חוק סעיף 4 לחוק המשכון, או במילים אחרות: מעגל שוטה. על כך, בהמשך.

<sup>2</sup> קודם לכן נוכחנו לגלות כי שעבוד קודם לכל, אף אם בא החייב בעסקאות עם אחרים קודם הטלת השעבוד. אם כן, מה בכל זאת טעמו של הרישום? פרופ' לרנר הציע, לפני שנים מספר, סברה לפיה אחד מן התפקידים של הרישום הוא ראייתי. משמע, כאשר יגיע החייב למצב של חדלות פרעון, הרי שבמקום בירור מי קדם למי, ולא יזה נושה מגיע כמה וכדומה, הרי שהרישום מהווה ראייה לכאורה לגבי זכותו של מי קדמה.

## רישום כפול

קודם לכן קבענו כי כאשר ישנו חוק ספציפי, הרי שהוא גובר על חוק כללי. נבחן זאת בהיבט נכסי מקרקעין: חוק המקרקעין קובע כי שכלול שעבוד על נכסי מקרקעין נעשה ע"י רישום, מכח סעיף 7. בנוסף, שכלול משכון על נכס מקרקעין נעשה ע"י משכנתה, מכח סעיף 91 – זוהי דרישה צורנית מסויימת. רישום השיעבוד אצל רשם המקרקעין מייתר את דרישת הרישום אצל רשם המשכונות – מכח העובדה שחוק המקרקעין ספציפי, וחוק המשכון הוא כללי. "משכנתה" מוגדרת בחוק המקרקעין כ"משכון מקרקעין". ניכרת כאן בעיה פרשנית.

חברה המשעבדת נכס מקרקעין זקוקה, כפי שהזכרנו לעיל, לרישום כפול – גם אצל רשם המקרקעין, וגם אצל רשם החברות. **סעיף 179(א)(2)** לפקודה קובע כי ראשית יש לרשום את שעבוד נכס המקרקעין אצל רשם המקרקעין, ורק לאחר מכן (עד 21 יום) יש לרושמו אצל רשם החברות.

האם יש לרשום אצל רשם החברות גם הערת אזהרה שנרשמה אצל רשם המקרקעין? ביהמ"ש העליון, **בפרשת איטונג**, קבע שהתשובה לכך חיובית, מכיוון שהערת אזהרה עולה כדי שעבוד. אי לכך, אם דינה כדין שעבוד, הרי שיש לרשום אותה גם ברשם החברות, ולא רק רשם המקרקעין. באותה הפרשה, משלא נרשמו הערות האזהרה, הרי שלא היה להן תוקף כלפי מפרק החברה. המחוקק שינה את חוק המקרקעין וקבע בסעיף 127 לחוק המקרקעין, שאין צורך ברישום כפול – אלא שהערת אזהרה טעונה רישום בטאבו בלבד. יוצא איפה אבסורד: הערת אזהרה שלא נרשמה ברשם החברות, הרי שמי שנרשמה לטובתו – נושה מובטח הוא. מאידך, משכנתה שלמה שלא נרשמה ברשם החברות, הרי שהיא בטלה כלפי בעל המשכנתה, שהלווה לחייב את הכסף.

21 ימים לעניין רישום:

**סעיף 179(1)** לפקודה קובע כי המועד לרישום השעבוד (על נכסי מטלטלין) ברשם החברות, הוא 21 יום ממועד יצירת השעבוד (ראו לעיל). בע"א 315/89 ביאלוסטוצקי נ' ניירגרף (בפירוק) שאל השופט גולדברג מדוע קצב המחוקק זמנים לעניין רישום השעבוד ברשם החברות, הרי שזהו אינטרס של הנושה להקדים ולרשום את השעבוד שהטיל. אלא מה, נקבע כי 21 הימים הללו הם תקופת "חסד" שאם מסרת במסגרתם את הפרטים הנדרשים לרשם החברות, הרי ששעבודך יחשב כתקף מיום יצירתו כלפי צדדים שלישיים, גם רטרואקטיבית.

**נבחן את המצב הבא:**

1.12.2002 – יצירת שעבוד א'.

8.12.2002 – יצירת שעבוד ב'.

15.12.2002 – הגשת ב' לרישום.

20.12.2002 – הגשת א' לרישום.

מי גובר על מי? לפי ההלכה לעיל, ולפי סעיף 179(1) לפקודה, הרי ש-א' גובר, מכיוון ששעבודו קודם ובנוסף הרי שהוא נרשם תוך 21 ימים, לכן זכותו נזקפת לו רטרואקטיבית. כיצד ב' היה יכול "לבטח" עצמו? היה עליו לכתוב חוזה על תנאי עם החברה, לפיו יעביר לה את הכסף רק לאחר 21 ימים, וכך הוא לא יופתע לגלות מישהו שקדם לו בזמן.

לעומת זאת, בחוק המשכון אין חובת רישום תוך זמן קצוב לעניין מטלטלין, אלא ששעבוד תקף מיום רישום השעבוד בפועל אצל רשם המשכונות. מה שברור הוא שאין הזכות נזקפת לטובת הנושה רטרואקטיבית.

## בחינת חוק המשכון

סעיפים 4 ו-6 לחוק המשכון קובעים כי בהתמודדות נושים על אותו הנכס, הרי שהקודם בזמן (לעניין שכלול השעבוד) קודם בזכות. מוסיף סעיף 6 וקובע כי חייב יכול למשכן את הנכס במשכון נוסף, בלי נטילת רשות מן הנושה הראשון, אך עדיין יהא הנושה השני כפוף לזכותו של הראשון. "והכל באין קביעה אחרת בהסכם המישכון הקודם", לשון הסעיף.

**בפרשת טקסטיל ריינס** דובר על זוג שחתמו על חוזה על מנהל מקרקעי ישראל לקבלת זכות חכירה במקרקעין. בשלב זה, החוזה מקנה אך זכות חוזית לקבלת זכות חכירה. המנהל הוא החייב במובן זה, שכאשר תהא פרצליציה בקרקע, הרי שהיא תוכתר לבני הזוג. מטבע הדברים, פרצליציה לוקחת שנים. לכן, בני הזוג מכור את זכותם לקבלת זכות חכירה, לאחר. הלכה היא כי זכות לקבלת זכות במקרקעין, הרי שהיא זכות חוזית ולא קניינית. אי לכך, חל עליה חוק המחאת חיובים ולא חוק המקרקעין. דא עקא, המנהל דורש בחוזים עליהם הוא חותם כי יש לבקש את הסכמתו מראש לפני העברת הזכות. אכן, סעיף 1 לחוק המחאת חיובים קובע כי המחאת הזכויות מותרת, כל עוד זה לא הוגבל. בפרשה זו קבלן כלשהו היה הממחה (בעל הזכות החוזית לחכירה מן המנהל), ואדון רייד (בני הזוג) היה הנמחה. בנוסף, היתה חברת טקסטיל ריינס נושה של הקבלן. כאשר הקבלן נכנס להליכי פירוק, קבעה חברת ט"ר כי משלא נתבקשה הסכמתו של המנהל – הרי שזכות זו עודנה של הקבלן, ולא של רייד. אי לכך, יכולה היא להטיל על זכות זו עיקול לשם מימוש חובותיו של הקבלן כלפיה. השופט וינוגרד קבע כי אין ממש בטיעונה של טקסטיל ריינס. הגבלת העבירות נועדה להגן על האינטרסים של מנהל מקרקעי ישראל, ולא על טקסטיל ריינס, ולכן היא אינה יכולה להיבנות ממנה. רק אילו המנהל היה אומר שהוא לא מכיר בריינס כקונה של הזכות, אז ורק אז היתה קמה לטקסטיל ריינס זכות.

פרופ' לרנר סבור כי סעיף 6 מבקש להגן על **אינטרס השליטה במימוש**. נבחן זאת כך: נניח מצב בו נושה נתן הלוואה שמועד פרעונה בעוד 5 שנים, בתמורה לשעבוד נכס, ונושה שני נתן הלוואה שמועד פרעונה עוד שנה, על אותו הנכס – הרי שמתעוררת כאן בעיה. הנושה הראשון אינו מעוניין שימכרו את הנכס בהגיע מועד פרעון חובו של הנושה השני, ובכך "יפריעו" לו להנות מריביות על כל איחור בפרעון החוב. השעבוד השני מפריע לשליטתו של הנושה הראשון בנכס, שהרי מכירת הנכס בתום שנה מתחייבת מתוך החוזה בין החייב לבין הנושה השני. אמנם זכותו לפרעון חובו מתוך הנכס קודמת עדיין לנושה השני, אך זו לא היתה כוונתו. לכן, כאשר הנושה הראשון מכניס תניה לחוזה בינו לבין החייב המגביל את יכולתו של החייב למשכן אותו שוב – נועדה להגן על שליטתו בנכס. פרופ' לרנר מציע כי השעבוד השני יהיה תקף אך "מסורס", משמע: ניתן לו תוקף אך ורק בכפוף לאינטרס המוגן של הנושה הראשון.

## שעבוד צף (floating charge)

פקודת החברות מגדירה שעבוד צף ככזה החל על "כל נכסיה ומפעלה של החברה או מקצתם, כפי מצבם מזמן לזמן, אך בכפוף לסמכותה של החברה ליצור שעבודים מיוחדים על נכסיה או על מקצתם". המאפיין המובהק של השעבוד הצף הוא שהוא חל על קבוצת נכסים שהתוכן שלהם משתנה, וכן על נכסים עתידיים. מוסד השעבוד הצף הוא יציר פסיקת דיני היושר ומטרתו להתאים את מוסד השעבודים לאופי הדינאמי של עולם העסקים – שהרי לא הגיוני שבכל פעם שסוחר יקבל סחורה, הוא ישעבד אותה מחדש שוב ושוב בכל פעם שהיא מתחלפת. לכן הכיר המשפט המקובל ביצירת שעבוד על קבוצת נכסים אשר תוכנה משתנה מעת לעת, לרבות נכסים עתידיים, מבלי צורך לשעבדם מחדש בכל פעם. כך, החייב יכול לנהל את עסקיו ללא טרחות מיותרות, והנושה יכול להיות בטוח ששעבודו עומד.

דא עקא, מאז ומתמיד נחשב השעבוד הצף "חלש יותר". המחוקק ביקש לתקן זאת באמצעות סעיף 169(ב) לפקודת החברות.

■ איך נזהה שעומד מולנו שעבוד צף?

נתחיל בהגדרת שעבוד צף בסעיף 1 לפקודה: "שעבוד על כל נכסיה ומפעליה של החברה או מקצתם אותה שעה, כפי מצבה מזמן לזמן, אך בכפוף לסמכותה של החברה ליצור שעבודים מיוחדים על נכסיה או על מקצתם". במשפט האנגלי, החוק שתק לעניין הגדרתו של שעבוד צף, אלא שהמוסד פותח בפסיקה. עד היום, החוק האנגלי נמנע מהגדרה חד משמעית פורמאלית למונח, אלא שהוא נבחן בבחוק האנגלי בהיבט מאפייניו. שלושה מאפיינים נקבעו בחוק האנגלי, ואלו הם:

- 1) השעבוד אינו מתייחס לנכס מסויים אלא לקבוצה שלמה של נכסים (אין הכוונה בהכרח לכל נכסי החברה);
- 2) קבוצת הנכסים המשועבדת כוללת בתוכה גם נכסים עתידיים;
- 3) נותר חופש בידי החברה להמשיך ולפעול בנכסים הללו במהלך עסקיה הרגילים, על אף קיומו של השעבוד.

ציינו השופטים האנגליים כי שעבוד הצף "מרחף כענף" בכל זמן קיומו, עד אשר הוא מתגבש בבוא יום פקודה. מסגרתו של השעבוד עומדת על כנה, אך התוכן שלו משתנה מעת לעת, מטבע הדברים. עיננו רואות כי המאפיינים לשעבוד הצף בדין האנגלי דומה כמעט לחלוטין לדין הישראלי. נותרת השאלה מהי אותו "יום פקודה" המממש את השעבוד הצף. הדין האנגלי קבע שלושה אירועים אשר גורמים לגיבוש השעבוד הצף:

- 1) הפסקת ניהול עסקים מצד החברה החייבת;
- 2) מינוי כונס נכסים;
- 3) פירוק.

הקו המשותף לשלושת האירועים הוא – הפסקת ניהול העסקים השוטף של החברה. והרי כל מטרתו של השעבוד הצף הוא לאפשר לחברה להמשיך ולנהל עסקים באופן חופשי. משהפסיקה, מתגבש השעבוד. אך בכל זאת יש ביניהם שוני. נבחן אותם: הפסקת ניהול העסקים קשה ביותר לזיהוי. האם מדובר ביום שסגרו את שערי המפעל? או ביום שהפסיקו לענות לטלפונים? קשה להצביע על אותו היום שממנו הפסיקה החברה לפעול. פירוק, גם כן אינו חשוב בהיבט גיבוש השעבוד, מכיוון שאם הגיעה חברה לפירוק ממילא מונה לה כונס נכסים קודם לכן.

עיקר החשיבות לעניין גיבוש השעבוד מצוי באופציה של מינוי כונס הנכסים. לענייננו, כונס הנכסים מתמנה בהתאם להוראות פקודת החברות, מכת **סעיף 194**. הסעיף מגדיר את **תפקידו של כונס הנכסים – אכיפת זכויות המובטחות בשעבוד צף**.

למועד גיבוש השעבוד הצף היתה השלכה רצינית לעניין סדר העדיפות בין הנושים. במה דברים אמורים? מבחינה הסטורית, חשיבות גיבוש השעבוד הוגדר בשני סעיפים שונים בפקודת החברות. הראשון, בסיפא לסעיף 1 לפקודה: "בכפוף לסמכותה של החברה ליצור שעבודים מיוחדים על נכסיה או על מקצתם". השני, סעיף 169(ב) לפקודה. הרישא של הסעיף, קובעת כי שעבוד אחר גובר על השעבוד הצף, אפילו נוצר אחריו ואפילו היה ידוע לבעל השעבוד המאוחר. הנחה היא, שלא רק אם פלוני ידע על קיומו של השעבוד הצף הוא גובר על אלמוני בעל השעבוד הצף, אלא הסעיף התמודד גם עם מצבים בהם בעלי שעבוד צף ניסו להתחכם ולהגביל את החייב מיצירת שעבודים נוספים, באופן חוזי. בתי המשפט לא כיבדו את החוזים הללו, בטענה כי הם לא חוקיים – בניגוד לרישא של סעיף 169(ב). בתיקון לפקודה הוספה הסיפא לסעיף (בהשפעת הבנקים). הסיפא המקנה לשעבוד הצף יתרון

על-פני שעבודים אחרים, אם הוסכם כך בהסכם בין הנושה לבין החברה. לכך קוראים "שעבוד צף מגביל עסקאות" – שעבוד הגובר על שעבודים אחרים שנוצרו אחריו. לפיכך, שאלת חשיבות מועד הגיבוש פחתה.

כיום, הבנקים מנצלים את מוסד השעבוד הצף בצורה קצת מוגזמת. כפי שאמרנו, במקור מוסד השעבוד הצף נוצר לשירות צרכים מסויימים. הבנקים, כמעט כחוויה סטנדרטי, מוסיפים את סעיף ההגבלה בחוזה ההלוואה שלהם. בנוסף, הם אינם יוצאים מנקודת הנחה שניתן לשעבד רק חלק מן הנכסים, אלא שהם משעבדים את כל הנכסים באשר הם. ולמרבה ההפתעה, הבנקים מוסיפים גם שעבוד קבוע על הנכסים מעבר לשעבוד הצף. כל זאת מדוע? התשובה לכך היא כי למרות "שעבוד הצף מגביל העסקאות", עדיין קיימות לו חולשות מסויימות. כאשר חברה מגיעה לפירוק, הרי שחובות בדין קדימה גוברים על שעבוד צף, אך הם לא גוברים על שעבוד קבוע. כך, פתרו הבנקים את בעיותיהם הפוטנציאליות.

בשנת 2001, ניערה שופטת אלשיך (בש"א 12145/01 אחזקות אבוקדו 1999 בע"מ) ואמרה כי רשימת הזכויות הקנייניות היא רשימה סגורה, ולא ניתן ליצור זכויות קנייניות חדשות שלא מוכרות עפ"י הדין. זה מה שבעצם מנסים הבנקים לעשות. היא קובעת: "מסיבה זו לא ניתן שעבוד שהינו קבוע וצף [ביחד על אותם הנכסים – דכ].".

שיפור מעמדו של השעבוד הצף יצר לראשונה בעיה אפקטיבית. יוצא, כי מהרגע הראשון בחייה של חברה – כל נכסיה, כולל כולם, כבר משועבדים לבנק. כך לעולם אף נושה אחר לא יוכל לקבל בכל נכס שהוא בחברה שעבוד מדרגה ראשונה. **סעיף 169(ד)** לפקודה הוא נסיון מסויים להתמודד עם התופעה הזו, באמצעות חיקוי סעיף 9-312 ל-UCC. הסעיף הוא חריג לשעבוד הצף מגביל העסקאות. הוא קובע כי כאשר ישנו מצב בו לנושה מסויים שעבוד על נכסים עתידיים של החייב, אך יש לו לחייב הזה מוכר או נותן אשראי שנתן לו מימון לרכישת נכס ספציפי – הרי שהשעבוד הנ"ל שנוצר עדיף על שעבוד צף אשר קדם לו. לכך, קוראים **שס"ן**.

**דוגמא:** במצב דברים בו ישנה חברה שכל נכסיה משועבדים בשעבוד צף ובשעבודים קבועים לפלוני, אך היא רוכשת ממוכר אלמוני כלשהו נכס מסויים בתשלומים – הרי שהשעבוד הזה שנוצר בעסקת התשלומים, גובר על השעבוד הצף שיש לפלוני.

הפסיקה הוסיפה את התנאים הבאים להכרה בשס"ן:

- ייעוד המימון צריך להיות לשם רכישת הנכס.
- השימוש בפועל בכסף אכן היה לרכישה כזו.

**ע"א 6400/99 מיראז' נ' בנק הפועלים:** ביהמ"ש העליון התחבט בשאלה מה הדין כאשר המממן או נותן אשראי מעמיס על השס"ן התחייבויות נוספות כלפי החייב. האם "מעמד" השס"ן נלקח ממנו והוא אינו גובר יותר על השעבוד הצף שקדם לו בזמן? קבע ביהמ"ש העליון כי ניתן לפצל את חוזה ההלוואה בין נותן האשראי לבין החברה. הראשון, חוזה הלוואה בו החברה משעבדת החברה לבנק את הנכס שהיא מתעתדת לרכוש באמצעות המימון שזה עתה קיבלה. השני, חוזה לשעבוד שאר נכסי החברה אם לא תעמוד בפרעון ההלוואה. שואל עצמו ביהמ"ש, האם זה משנה הלכה למעשה אם החוזה פוצל אם לאו? התשובה לכך שלילית, ולכן הם קבעו את ההלכה הבאה: כאשר מעמיסים התחייבויות נוספות על חוזה הלוואה – שאר התחייבויות שנכנסו לחוזה ההלוואה לא יהנו ממעמד שס"ני, אלא שהן תהיינה כפופות לשעבוד הצף אשר קדם להן. הנכס אותו רכשה החברה באמצעות כספי המימון, כן יהנה מן המעמד.

## עכבון

כפי שראינו קודם לכן, נכנסו שעבודים ועכבונות לאותה ההגדרה בסעיף 1 לפשר"ג: "מי שבידו שעבוד או עכבון על נכס של החייב בחזקת ערובה". הנוסח האנגלי המקורי נקט בלשון "Lean". התרגום שמצא ביטוי בפקודה, אינו מדויק – ויתכן שהכוונה היתה שעבוד גרידא, ללא עכבון.

### העכבון מעוגן במספר דברי חקיקה:

סעיף 11 לחוק המטלטלין.

חוק החוזים (ובעקבותיו חוק המכר, חוק השומרים, חוק חוזה קבלנות וכדומה).  
חוק לשכת עורכי הדין.

רוב סעיפי העכבון בחיקוקים השונים באים בסמוך לסעיפים העוסקים בקיזוז. סעיפים אלו מאפשרים לקיים חובות שנולדים מאותו חוק, אם ע"י עיכוב נכס, או קיזוז, ע"מ להשלים את העסקה. אך במצבים של התמודדות מול מספר נושים, לעכבון יש משמעות רבה יותר, שהרי הוא מקנה לנושה יתרון עצום על אחרים.

בעניין מהותו של העכבון, קבעה הפסיקה כי ישנו יחס הדדי בין חוק המטלטלין מחד, לבין שאר החוקים שיש בהם סעיפי עכבון מאידך. החוקים הספציפיים (לענייננו – חוקי החוזים) באים לענות על שאלה מרכזית אחת, והיא "אימתי נולדת זכות העכבון". משנולדה, שאלות לגבי מה תוקפה, מהותה ופרטיה של הזכות ימצאו את תשובותיהן בחוקים כלליים (לענייננו – חוק המטלטלין). זהו ניתוח של השופט גולדברג בע"א 790/85 רשות שדה"ת נ' גרוס.

אך האם קו פרשני זה עדיין תקף היום או האם גישתו של ביהמ"ש העליון לדיני העכבון השתנתה בעקבות ע"א 1776/97 אורליה ליבוביץ' נ' אוברזון?

### עכבון: ההצדקה לקיומו

ביחסים הפרטיים בין החייב לנושה, זכות העכבון נתפסת כ"סעד עצמי" שהמחוקק מכיר בלגיטימיות שלה במצבים בהם האינסטינקט האנושי מחייב זאת. המאפיין המרכזי בו נבדלת זכות העכבון מזכות המשכון הוא דרך ההוצרות שלהם. סעיף 3 לחוק המשכון קובע כי משכון נוצר בהסכם. עכבון, הוא מצב בו נוצרת בטוחה לטובת הנושה ללא הסכמת החייב. ההנחה היא שהחייב איננו מסכים שהנכס ישאר ביד הנושה. אלמלא הלגיטימציה מצד הדין, המשך החזקת הנכס שלא על דעת בעליו – הרי הוא עוולה נזיקית.

מהי ההצדקה להכיר בעכבון ביחסים שבין הנושה המחזיק בו אל מול הנושים האחרים?

▪ **סעיף 5 לחוק חוזה קבלנות** – הסעיף מכיר בעליונותו של עכבון מכח חוזה-שירות, משתי סיבות:

- השבחת הנכס: המחזיק בנכס, בד"כ מבצע בו עבודות או תיקונים ובכך משבחי אותו.
- תקנת השוק: האינטרס הוא שבעלי עסקים המקבלים נכס לעבודה, לא יתחילו לבדוק ולדקדק האם הנכס ממושכן, אם יש עליו עיקולים, או האם הלקוח יכול לשלם עבור השירות וכדומה. הרצון הוא לעודד דרכי מסחר פשוטים ללא טרדות ועומסים.

האם אותם רציונאליים לקיומו של עכבון המפורטים בחוק חוזה קבלנות, קיימים גם בסעיפים אחרים מחוץ לחוק חוזה קבלנות, כגון חוק החוזים או חוק השומרים? השופט גולדברג קבע בפרשת גרוס כי המדיניות הראויה היא

שכל עוד לא פרע החייב את תשלום השירות שקיבל, אם מקבלן שומר, או שלוח, הרי שניתן לעכב את הנכס לצורך כך. הבעיה מתעוררת עם **סעיף 19 לחוק החוזים (תרופות)** המקנה זכות עכבון לנפגע מהפרת חוזה, לצורך תשלום כספים המגיעים לו עקב ההפרה. מה ההצדקה למתן עדיפות לנפגע מהפרת חוזה על-פני כל הנושים האחרים של החייב? יוצא איפה, שכמעט בכל עסקה שיש לה ביטוי ספציפי באחד מחוקי החוזים הספציפיים, נגררת לצידה זכות עכבון מכח סעיף 19 לחוק התרופות.

כל זאת, למעט חריג: נתונה עסקת מכר פשוטה – המוכר סיפק לקונה נכס פגום. זוהי הפרה. אך הקונה אינו מעוניין להשיב את הנכס למוכר, אלא לעכב אותו עד אשר ישלם לו המוכר פיצויים בגין הפרת החוזה. בעסקה זו לא מתקיים הרציונאל של השבחת הנכס או כל רציונאל אחר אותו הזכרנו בנוגע להצדקת זכות העכבון. ובכל זאת, סעיף 19 לחוק התרופות מקנה לקונה הנפגע מעמד של נושה מובטח. מדוע? אין לכך תשובה ברורה, וזוהי תמצית הביקורת כנגד הסעיף.

*כעת נבחן האם מדיניותו של ביהמ"ש העליון השתנתה מאז פרשת גרוס.*

**ע"א אודליה ליבוביץ' נ' גדעון אוברזון:** במקרה זה נבחנה השאלה מהי "עסקה". המדובר ביחסים שבין מתפרת ליבוביץ' לבין המעצב אוברזון. הלה שלח סחורה גלמית למתפרה, וזו שלחה אותה חזרה לאחר התפירה. כך, הלך ושוב, סחורה חדשה נכנסה ויצאה. כתוצאה מחובות שחב אוברזון למתפרה, ביקשה היא לעכב את הסחורה. השאלה היא, האם למרות יציאת הסחורות מידיה בכל פעם, יכולה המתפרה לעכב את הסחורה הנוכחית הנמצאת בידה, מכיוון שהיא במסגרת אותה "עסקה"? השופט טירקל מציין כי מוקד ההכרעה בפרשת גרוס היה סעיף 11(ד) לחוק המטלטלין. במקרה זה, חזר טירקל על כיוון הניתוח של גולדברג (להזכיר: חוקים ספציפיים לצורך השאלה האם קמה הזכות, וחוקים כלליים לצורך בחינת פרטי הזכות), אך לא השתמש בו בפועל. הניתוח המשפטי של טירקל מתמקד בסעיף 5 לחוק החוזה קבלנות מבלי לפנות לחוקים אחרים. חשוב לציין כי טירקל לא השתמש בסעיף 5 רק לצורך מענה לשאלה "האם קמה זכות עכבון?", אלא מוצא גם את פרטי הזכות בתוך הסעיף.

כיצד ניתן לאבחן את השוני בין **פרשת גרוס** לבין **פרשת ליבוביץ'**? ניתן לומר כי הסיטואציה העובדתית בשתי הפרשיות היא שונה, ולכן עפ"י שונה זה – ניתן לאבחן גם את התוצאה השונה. בפרשת גרוס דובר על מטוסים שעברו טיפולי שירות שלא ניתן תשלום בגינם. המטוסים כמובן המריאו ונחתו ללא הפרעה, כך שפג העכבון בכל פעם שהם עזבו למעט הפעם האחרונה (ראו מטה לעניין פקיעת זכות העכבון). העובדות בפרשת ליבוביץ' שונות – בפרשה זו אמנם הנכס המעוכב יצא מידיה של המעכב, אך החייב מסר במקומו נכס אחר. עלתה השאלה האם ניתן לעכב נכס זה למרות שלא מדובר בחוזה הקבלנות הספציפי. טירקל קבע שבהנתן עובדות אלו, ניתן לעשות זאת.

#### פקיעת הזכות:

סעיף 11 לחוק המטלטלין קובע כי אם נכס שעוכב שוחרר ע"י המעכב מרצון, הרי שפגה זכות העכבון. **חריג:** כאשר מונה לחברה מפרק לצורך הבראה, והלה מעוניין בנכס המעוכב ע"י פלוני, ופלוני מסרב, יכול המפרק לפנות לביהמ"ש ולבקש צו שיחייב את המעכב להשיב לחברה את הנכס, אך זכות העכבון שלו לא פוקעת, אלא נשמרת – וכך גם עדיפותו (**ע"א סאדיליין**).

## חובות בדין קדימה

כפי שציינו קודם לכן, מעמדם של חובות בדין קדימה נסוג מפני חובות מובטחים, אך עולה על חובות שאינם מובטחים. חובות אלו מעוגנים בסעיף 354 לפקודת החברות, והם כוללים (לפי סדר עדיפות):

1. **שכר עבודה שהצטבר לטובת עובדים עד לתקרת סכום השכר הממוצע במשק.** בכך לא נסתיימה הנשייה של העובד כלפי החברה, אלא שהיתרה תהא בדמות חוב לא מובטח. לא למיותר לציין כי לעובדים ישנו מנגנון הגנה נוסף, כאשר החברה בה עבדו נכנסה לפירוק, והוא – ביטוח לאומי. מששילם הביטוח הלאומי לעובד את אשר מגיע לו, נכנס הוא בנעליו כלפי המעביד והופך לנושה עם חוב בדין קדימה.

2. **ניקוי מס במקור משכר העבודה.**

3. **תשלומי חובה שונים לרשות המקומית (לרבות מועצות דתיות):**

א. ארנונה, היטל השבחה, היטל ביוב וכדומה.

ב. דמי שכירות מקרקעין על השנה האחרונה לפני צו הפירוק.

מהו הרציונאל מאחורי בעליו של נכס מקרקעין עד כדי שדמי השכירות אשר לא שולמו לו עולים כדי חובות בדין קדימה? אין לכך תשובה, אלא שזהו שריד לחקיקה המנדטורית אשר קידשה את הקרקע והבעלות עליה. חשוב לציין כי **סעיף 354(א)(4)** מקנה לביהמ"ש סמכות שלא לתת לחובות בס"ק (1) ו-(3) מעמד של חובות בדין קדימה.

### **חובות בדין קדימה ו-שעבוד צף**

**סעיף 354(ג)** קובע כי חובות בדין קדימה משולמים בטרם תשלום החובות הבלתי מובטחים, לרבות שעבוד צף. בכך, ניתן לסכם את ה"חסרון" שהיה לשעבוד הצף מאז ומתמיד – שהוא נסוג מפני מרבית החובות האחרים.

*אך מה הדין לגבי שעבוד צף משופר, זה המגביל עסקאות?*

*האם חובות בדין קדימה עולה עדיפותם גם עליו?*

נראה כי, בהתמודדות השעבודים והחובות השונים, ישנו מעגל עדיפויות המתואר כאן:

שעבוד ספציפי גובר על חובות בדין קדימה.

חובות בדין קדימה גוברים על שעבוד צף.

שעבוד צף משופר גובר על שעבוד ספציפי מאוחר לו.

שעבוד ספציפי גובר על חובות בדין קדימה.

### בעניין זה מחלוקת מלומדים:

- **פרופ' לרנר:** כאשר תיקנו את החוק וקבעו את מנגנון השעבוד הצף מגביל העסקאות, בכך יצר המחוקק שינוי תפיסתי כולל. השעבוד הצף מגביל העסקאות אינו שעבוד צף כלל אלא "יצור חדש". הוא שעבוד כללי על נכסים, אך לא במובן "הצף". לכן, בהתמודדות פרטית שלו מול חובות בדין קדימה, הרי שהוא גובר עליהם.
- **ד"ר האן ופרופ' כהן:** השינוי שנעשה בסעיף 169(ב) לפקודה היה שינוי נקודתי בלבד, כראקציה לפרשת אלקטרו-ג'ניס. המחוקק לא ביקש לעשות רפורמה בדיני השעבוד הצף. לכן ישנו מעגל, מבלי התחלה או סוף. החובות בדין קדימה אמורים לגבור גם על שעבוד צף מגביל עסקאות.

לא ניתן להכריע באופן חד משמעי איזו שיטה ראויה יותר. אך ניתן להבין איזה כיוון מוצדק יותר ע"י בחינת האינטרס בבסיס חובות בדין קדימה. אילו היינו משנים כעת את החוק, ומכללילים תחת קורת הגג של חובות בדין קדימה רק את שכר העובדים ותשלום לנושים נזיקיים – מה היינו סוברים אז? יתכן בדוגמא זו היינו מעוניינים שהשעבוד הצף מגביל העסקאות יסוג מפני חובות בדין קדימה.

לצורך בחינת השאלה האם קיים מעגל אם לאו, ננסה לבחון את המקרה הבא:

סעיף 4(3) לחוק המשכון דן ברעיון של עסקאות נוגדות ותחרות בין נושים. רוב הסעיפים בחקיקה הישראלית הדנים ברעיון זה, מדגישים את עדיפותו של המאוחר שקנה את זכותו בתום לב ובתמורה. הסעיף קובע כי אילו נושה רשם את שעבודו ברשם המשכונות – הרי שהמשכון שלו תקף כלפי כולי עלמא. אך אם הנושה לא רשם (או לא הפקיד) את המשכון אצל הרשם?

- סעיף 178 לפקודת החברות, בכל מקה שהנושה לא רשם את שעבודו אצל רשם החברות – יהא הוא בטל כלפי המפרק וכלפי כל נושה אחר, אפילו ידע הצד האחר על קיומו של השעבוד.
- בסעיף 4(3) קובע כי משכון שלא נרשם ולא הופקד, יהא תקף כלפי נושה שידע או היה עליו לדעת על קיומו.

במצב דברים שכזה:

א – נושה בעל שעבוד לא רשום.

ב – נושה בעל שעבוד רשום, שידע על שעבודו של א.

ג- נושה בעל שעבוד רשום, שלא ידע ולא היה צריך לדעת על א.

יוצא אפוא, לפי סעיף 4(3) לחוק המשכון:

ביחסי א-ב, א' גובר.

ביחסי ב-ג, ב' גובר (שהרי רשם את שעבודו ו-ג היה צריך לדעת על כך).

ביחסי ג-א, ג' גובר.

הפתרון למעגל העדיפויות יכול להיות זה:

נציב את שלושת הנושים, [א] שעבוד צף מגביל עסקאות [ב] שעבוד ספציפי מאוחר [ג] חובות בדין קדימה, ונעשה כך:

1. מתוך הנכסים שיש לחברה, שכולם "כפופים" לשעבוד הצף, ראשית נקצה את גובה הנשייה (=סכום החוב) של הנושה בעל השעבוד הצף.
2. מתוכו נשלם תחילה את החובות בדין קדימה.
3. והיה אם נותרה יתרה – תלך היא לבעל השעבוד הצף.
4. לאחר מכן, ישולם חלקו של הנושה בעל השעבוד הספציפי.
5. לאחר מכן, אם נותר חוב לחובות בדין קדימה – נשלים אותו.
6. לאחר מכן, אם נותר חוב לבעל השעבוד הצף – נשלים אותו.

פתרון שני, יכול להיות כך:

ניקח כל אחד מן הנושים, [א], [ב], ו-[ג], ובוחנים מה היא הציפייה הכספית של כל אחד מהם, לעומת הנושה האחר. אם נכנסים ערכים מספריים לסכום הנשייה של כל אחד מהם, נגיע לאותה התוצאה כמו בפתרון הראשון.

מאי משמע? נקודת המוצא לחלוקה בין הנושים צריכה להיות שיקולי מדיניות. נכון להיום, שעבוד צף מוגבר משתלם ביותר והוא גובר על שעבוד ספציפיים מאוחרים, אך אין פסיקה או החלטה כלשהי לגבי עדיפותו על פני חובות בדין קדימה. נותרה, אם כן, מחלוקת המלומדים.

## קיצוץ

חוב רגיל שכנגדו עומד חוב אחר – ניתן לקיצוץ. בדיני חדלות הפרעון, כללי המשחק מעט שונים. סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי) קובע כי בהנתן חובות הדדיים, ובהעדר הסכמה בין הצדדים, יכול צד לשלוח לחברו הודעה לפיה הוא מקיז את חובו, מתוך החוב שחייב לו חברו.

בפשר"ג ישנו סעיף ספציפי העוסק בקיצוץ במצב של פשיטת רגל, המדובר **בסעיף 74(א)**: *היו אשראי הדדי או חוב הדדי או עסקים הדדיים אחרים תלויים בין חייב שניתן עליו צו כינוס ובין הבא לתבוע חוב מכוח הצו, ייערך לפיהם חשבון על המגיע מכל צד למשנהו, הסכום המגיע מצד אחד יקוזז כנגד המגיע מהצד האחר ויתרת החשבון, ולא יותר, ייתבע או ישולם, לפי הענין... **סעיף 74(ב)**: הקביעה מה הם העסקים הניתנים לקיצוץ לפי סעיף זה תיעשה לפי מצבם ביום שבו ניתן צו הכינוס.*

הסעיף חל גם בפירוק חברה, כפי שלמדנו בתחילתו של הקורס. משמע: אם ישנם חובות הדדיים בין החברה בפירוק לבין אחד הנושים נכון ליום צו הפירוק – ניתן לקיז אותם. יוצא מכאן כי לנושה בעל זכות קיצוץ יש מעמד בטוחתי כלפי כל שאר הנושים, יהא מעמד הרשמי אשר יהא – שהרי זו הנקודה התחתונה במבחן התוצאה, הוא, מקבל את כספו מייד ע"י הפעלת זכות הקיצוץ.

*מה רציונאל ליתרון זה?*

*מדוע גובר נושה עלום בעל זכות קיצוץ על פני הנושים האחרים?*

ניתן להצדיק את הקיצוץ ע"י שיקולי תועלת, משמע – מתן זכות קיצוץ תגדיל את האשראי שהנושים נותנים, ובכך חיי המסחר לא יעצרו מלכת. אך יש להניח את הקלפים על השולחן, שהרי הבטוחות והזכויות מקדמות את טובתם של סקטורים מסויים, הם הבנקים. אלו הם נותני האשראי העיקריים, והם אלו שרוצים להסתמך על כך שיוכלו לקיז את חובם מתוך חשבונותיהם של החייבים.

**ע"א 4316/90 הספקה (בפירוק) נ' אגרא אבן-יהודה**: הספקה נושה באגרא מכיוון שהעניקה לה סחורות באשראי בס"כ \$300,000. הבנקים, נושיה של הספקה, ביקשו כי אגרא תעמיד להם ערבות אישית בסך \$600,000 עבור האשראי שהספקה מעניקה להם. נוצר מצב בו הספקה נושה באגרא, ואגרא גם נושה בהספקה. לימים, כאשר הספקה התפרקה, מימש הבנק את הערבות שניתה ע"י אגרא. אגרא, החייבת כספים להספקה, קיזזה את הסכום מתוך העברות ששילמה לבנק. המפרק של הספקה תבע את הכסף, בטענה שאגרא אינם יכולים לקיז, אלא אך ורק להגיש תביעה בגינו, כלשון סעיף 71(א) לפשר"ג: *"חוב וחבות קיימים או עתידיים, ודאים או מותנים, החלים על החייב... יהיו חובות בני תביעה"*. אגרא טענו, כי למרות שהערבות שולמה לאחר מתן צו הפירוק, הרי שהחוב היה קיים לפני מתן הצו, ואי לכך מותר לקיזו מכח סעיף 74(א) לפשר"ג.

המחלוקת בין דעת הרוב לדעת המיעוט היא כפולה – מחלוקת פרשנית ומחלוקת הנוגעת לשיקולי מדיניות.

המחלוקת הפרשנית היא האם יש זיקה הדדית בין סעיפים 71 ל-74, משמע: ברגע שחוב כלשהו הוא בר תביעה בפשיטת רגל, ממילא הוא גם חוב רלוונטי לדין הקיזוז?

▪ דעת הרוב (אור) שללה זאת וקבעה כי המדובר בשני סעיפים נפרדים שכל אחד עומד בפני עצמו – אין ביניהם זיקה.

▪ דעת המיעוט (חשין) סברה כי בהנתן חוב בר תביעה, קיים או מותנה, הרי שניתן לקחתו בחשבון לצורך קיזוז.

לעניין המדיניות, נחלקו הדעות גם כן:

▪ דעת המיעוט, שכאמור ביקשה לקבוע שיש זכות קיזוז ציינה כי קיזוז לכשעצמו מוצדק בפשיטת רגל מתוך שיקולי צדק. אם היכרנו בלגיטימיות של זכות הקיזוז בפשיטת רגל – אין טעם לחלק באופן שרירותי את מעמד הזכות בהתחשב בעובדה האם היה החוב קיים לפני צו הפירוק, או אחרי צו הפירוק. הרי "מימוש" הערבות והפיכת החוב מ"מותנה" או "עתידי" לחוב בר-קיימא תלויה בשרירות ליבו של הבנק.

▪ דעת הרוב ערערה את מוסד הקיזוז בפשיטת רגל, והעמידה אותו בספק. דא עקא, קבעו, הזכות קיימת מכח הוראת המחוקק. אי לכך, יש לצמצמה, ורק מה שנכנס במסגרת הלשון המדוייקת של החוק – יהא בר קיזוז.

## חובות לא מובטחים

חובות לא מובטחים נחלקים שווה בשווה, כברירת מחדל. הרציונאל לשוויון זה, כך אומרים, הוא שיקולי צדק. ההסבר לרציונאל הוא שהעלות לחישוב לאיזה נושה לא מובטח מגיע איזה סכום, גבוה מדי. חלוקה שוויונית היא חלוקה יחסית (=prorata), משמע: השוויון אינו בא לידי ביטוי בסכום החלוקה, אלא באחוז הפרעון. נקודה מעניינת היא שגם תחת קטגוריית החובות הלא מובטחים קיימת בכל זאת תת קטגוריה נמוכה יותר, והיא מוגדרת "החובות הנדחים".

### **חובות נדחים**

הדחיית חוב יכולה להתעורר בשני מקרים:

- הדחיה בהסכם: מצב בו מישוהו בחוזה הסכים להוריד עצמו מדרגה ממה שהדין, עקרונית, מאפשר לו. הסיכון נלקח ע"י האדם בד"כ מתוך שיקולים כספיים.
- הדחיה מכח הדין: הפעלת מדיניות משפטית, לפיה בנסיבות מסוימות מגיע לקנוס נושה מסויים, ורק לאחר טיפול במרבית הנושים – נפנה לטפל בחוב שלו. כיום, מוסדר מוסד ההדחיה ב**סעיף 6(ה) לחוק החברות**. סעיף זה מעניק לביהמ"ש סמכות להעניק סעדים נוספים במסגרת הרמת מסך ההתאגדות, מלבד הרמת המסך, לרבות הדחיית חובותיהם של בעלי המניות.

כעת ננסה להסביר מהי המדיניות הראויה, מלבד הרמת מסך ההתאגדות, כנגד מי שנטל מימון דק, הבריח נכסים או עסק בתרמית תוך שהוא מנצל את האחריות המוגבלת.

הרמת מסך בד"כ מתעוררת כאשר חברה כלשהי מגיעה למצב של חדלות פרעון. שופטת ביהמ"ש המחוזי, ורדה אלשיך, מביאה שתי דוגמאות בהן ראוי להדחות את חובותיו של בעל מניות ובכך "לקנוס" אותו, במקום להרים את מסך ההתאגדות של החברה:

**פרשת תעשיות חלב**: המדובר בהלוואת בעלים (מצב בו בעל מניות שליטה מזרים כספים לחברה בדמות הלוואה, ולא השקעה הונית). כך היה במקרה זה, הגברת לאה חכמי, בעלת השליטה, הקצתה משאבים כספיים לחברה בתור הלוואה, ואף הגדילה לעשות ושעבדה את כל נכסי החברה בשעבוד צף בתמורה להלוואה זו. כשהחברה נקלעה לקשיים, ביקשה חכמי מביהמ"ש למנות לחברה כונס נכסים כדי לממש את השעבוד הצף. במסגרת עבודתו של הכונס, הוא קיבל הצעות מן הציבור לרכש קו הייצור של החברה. חכמי הציעה לכונס בעצמה כי תשלם 700,000 ₪, תעבירו לחברה אחרת שהיא זה עתה הקימה, ובכך תוותר על חובה של החברה כלפיה (כאילו החברה פרעה את חובה כלפיה). שאר נושי החברה הרגישו כי משהו לא בסדר. השופטת אלשיך טוענת בפסק דינה כי בנסיבות מסוימות יש מקום להדחות חובות, נסיבות שהן חוסר תום-לב מצד בעל שליטה, או לחילופין ניהול כושל מצד בעלי השליטה, או מימון דק.

*מהו פוטנציאל הבעייתיות בהלוואת בעלים?*

אין כל פסול בהלוואת בעלים, אלא שהיא מעוררת בעיה אחת אינהרנטית – הקביעה איזה חלק מן ההשקעה של אותו בעל שליטה יוזרם לחברה כהשקעה הונית, ואיזה חלק יוזרם כהלוואה, קובע רק צד אחד להסכם, והוא...בעל השליטה (זהו ניגוד עניינים אינהרנטי). הוא או חוז בחבל בשני קצותיו. ניגוד עניינים זה יכול להוביל לפגיעה בנושיה האחרים של החברה, שהרי במצב בו ניתנה הלוואה מצד בעל השליטה, הרי שהוא מצטרף לשאר

הנושים וחולק איתם את קופתה. להדגיש: בשל חופש ההתאגדות וחופש החוזים, לא נקבע כי הלוואת בעלים לכשעצמה מהווה עילה להדחיית חובות, מכיוון שפעמים רבות היא לגיטימית לחלוטין.

לכן, קבעה השופטת אלשיך כי **ביהמ"ש ידחה חובות כאשר ישנה הלוואת בעלים ולצידה נסיבה נוספת היכולה להוות עילה להדחיה**, כגון חוסר תום הלב של בעל השליטה (דוגמא: בעל השליטה, במסגרת הלוואת הבעלים קבע לה ריבית חסרת פורפורציות). במקרה זה, עצם מינוי כונס הנכסים ע"י לאה חכמי למימוש השעבוד הצף שלה, בסמוך לכך שהקימה חברה חדשה שנועדה לעסוק באותו העיסוק של החברה הכושלת, מהווה חוסר תום-לב וניצול ציני של ביהמ"ש.

**ויטאלי קריספי נ' ח. אלקטרוניקה**: קריספי היה בעל מניות השליטה בחברת ח. אלקטרוניקה. כשהיא נכנסה לפירוק, הגיש קריספי מספר תביעות כנגדה, ואחת מהן היא על כך שבכובעו כאדם פשוט שימש ערב לחובותיה של החברה כלפי בנק הפועלים. השופטת אלשיך קובעת כי נכון הדבר, והחברה חבה כלפי קריספי כתוצאה מערבותו לבנק הפועלים, אך דינו של החוב להדחות לסוף התור.

השופטת אלשיך מסבירה את קביעתה: מתן הערבות מצד קריספי לבנק הפועלים היא למעשה התנאה חוזית על האחריות המוגבלת שלו כבעל מניות השליטה, זוהי מעין "הרמת מסך פרטית". בנסיבות אלו, עולה הענקת הערבויות שהעניק קריספי לכדי מימון דק. הוא זכה במימון חיצוני נדיב מצד הבנק, ובהתאם לדיני הערבות חזר אל החברה בדרישה לפרעון חובו. המשמעות היא שהמערער גילגל לפתח הנושים הרגילים, חסרי הערבויות, את הסיכון שנטל ע"י נטילת ההלוואה בשם החברה, מבלי ששיתף אותם בכך. הוא נהנה מצד אחד מ"דובשה" של החברה, בתור בעל שליטה היכול להנות מרווחיה, ומצד שני ביקש גם להנות בתור נושה שלה ע"י כך שנתן להלוואה ערבות באופן אישי.

פסיקתה של אלשיך מעט קשה, מכיוון שהבנק לא ביקש לשעבד את כל נכסיה של החברה, אלא אך דרש ערבות מצד בעל השליטה לשם מתן ההלוואה. כך, החברה יכולה היתה להמשיך ולהתפתח, ונכסיה לא היו כפופים לשעבוד דרקוני מצד הבנק. כעת חוזר קריספי ועומד כשווה בין שווים בתור של הנושים הבלתי מובטחים. עולה מכאן כי השופטת אלשיך "מפחידה" את בעלי השליטה מלתת ערבות אישית בעתיד, ומשחקת לטובת השחקנים החזקים – הבנקים, תוך שהיא מזניחה את שאר הנושים (זאת כמובן במצב בו לא הוכח כי לקריספי היו מקורות כספיים נאותים, שאותם מיאן מלהשקיע בחברה).

אך נראה כי קביעתה של אלשיך ממשיכה את הקו שהחלה הסולד מתופעת המימון הדק מצד מקימיה של החברה. אלשיך סולדת מן העובדה שקריספי פיזר את הסיכון על כל שאר הנושים, בזמן שאילו דברים היו אחרת, והחברה היתה רווחית, רק הוא היה נהנה מכך.

## ביטול עסקאות בפשיטת רגל ופירוק

ישנם ביטולי עסקאות שונים, וביניהם ביטולים טכניים הבוחנים האם בוצעה פעולה מסויימת אם לאו, כגון ביטול שעבוד בלתי רשום או המחאת זכות בלתי רשומה. המבחן בביטולים אלו היא השאלה "נרשם או לא?". אנו נתרכז בשתי עילות מרכזיות מהותיות בביטול עסקאות – העדפת נושים והענקה. השאלות בתחום זה אינן טכניות, אלא לגופו של עניין.

### העדפת נושים

#### **העדפת נושים – מהי ?**

כאשר אנו פורעים חוב לנושה מסויים סמוך לפני הליך פשיטת רגל או פירוק, הרי שבהתמלא מספר תנאים – הדין מתייחס אליה כאל העדפת נושה, וככזו היא אינה תקינה או נעדרת סמכות. לכן, הנאמן או המפרק רשאי לתקוף את הפעולה, לבטלה ולא להכיר בתוצאותיה המשפטיות.

#### **הבעיה**

במצב של פרעון לנושה, אנו מניחים כי אם אנו משלמים לאחד, מן הסתם נשאר פחות לאחרים. כל פעולה אינדיבידואלית כלפי אחד, מפחיתה מן הסך שישנו לאחרים. זהו ביטוי קלאסי לשוני של דיני חדלות הפרעון כמערכת, לבין הדין האזרחי הרגיל. עפ"י הדין האזרחי, פרעון חוב לנושה הוא דבר לגיטימי לחלוטין ואף מבורך. עפ"י מערכת דיני חדלות הפרעון, אנו רואים בכך פעולה שיש לבטלה, פעולה שהיא לא תקינה.

מדוע הדין מתיר לתקוף הענקה או פרעון שנעשה עוד לפני מצב חדלות הפרעון? התשובה לכך היא שמכיוון שקיים פער זמנים מסויים בין המצב הכלכלי שנקרא חדלות פרעון לבין הטיפול המשפטי-פורמאלי במצב זה, הדין מתיר זאת. הליכי חדלות הפרעון הם תגובה משפטית למציאות כלכלית. אי לכך, קיים חשש כי החייב היה עוד לפני כן במצב של חדלות פרעון (אם כי לא פורמאלית), ולכן הדין מאפשר של שליחת הזרוע ע"מ לתקוף פעולות שנעשו בעבר.

#### **ביטול העדפה – באילו נסיבות?**

לא כל פעולה שבוצעה בשלושת החודשים האחרונים לפני פשיטת רגל או פירוק נחשבת כהעדפה. התנאים הקבועים לכך **בסעיף 96 לפשר"ג ו-355 לפקודת החברות**, הם שלושה:

- מבחינה טכנית מדובר על תשלום לנושה.
- יש להראות שבאותה השעה היה החייב חדל פרעון.
- יש להוכיח כוונת העדפה מצד החייב או לחילופין שידול שלא כדין מצד הנושה.

הרעיון מאחורי העדפת נושים הוא כי יש כללי חלוקה מסויימים ואין אנו מעוניינים לתת לגורם כלשהו "לקפוץ" ראשון וליטול עצמאית את חלקו, תוך שבכך הוא מסרס את משחק החלוקה שאמור להעשות בתוך הליכי פשיטת הרגל או הפירוק. ביטול העדפתו מונע זאת, ע"י כך שהנושה משיב את הכסף לקופת החייב ויהא עליו להגיש תביעת חוב מסודרת.

אך אם העדפה זו אינה מסרסת את משחק החלוקה, האם אין בכך לבטל את ביטול ההעדפה?

**בת"א 2191/91 מנהל מיוחד של חברת סאבי ליין נ' רחמני:** במקרה זה היה מדובר על ספק שהיה לו עכבון על סחורה של החייב הנמצאת אצלו, ומפרק החברה ביקש שהסחורה תשוחרר ע"י בעל העכבון ותגיע לקופת החברה. עוד הסתבר כי חוץ מעניין העכבון, היה גם תשלום כלשהו מצד החברה לאותו ספק, כנושה, בתוך שלושת החודשים שלפני הפירוק. **השופט וינוגרד** קובע שאכן התשלום היה העדיפה פסולה, ולכן – על הנושה להשיב את הסכום שנפרע לקופת החברה. אשר לעכבון, קבע וינוגרד כי ספק הסחורה צריך לשחרר את העכבון מתחת ידיו, אך תשמר לו זכות העכבון על הסכומים שהחברה חייבת לו. הכיצד? מכיוון שהסחורה יצאה מתחת ידיו נגד רצונו.

יתכן כי ניתן להסיק כי העדפה היא פסולה, אם ורק אם קיים בה יסוד נוסף, אשר לו נקרא "אפקט העדפה". משמע: יש לבדוק מה היתה התוצאה החלוקתית אלמלא בוצעה הפעולה, אותה אנו מעוניינים לתקוף. אלמלא בוצעה הפעולה והספק של סאבי-ליין היה מגיש תביעת חוב רגילה, והוא היה מקבל את חלקו לאחר נושים אחרים (בתור) – הרי שהעדפתו אכן פסולה. אך אילו נראה כי הספק בין כה וכה היה נפרע ראשון, הרי שהפעולה שבוצעה אינה גורעת מאף נושה אחר, ולכן אין להתייחס אל הפעולה כהעדפה.

אם כן, האם ניתן להסיק כי פרעון לנושה מובטח בתוך שלושת החודשים, אין לראות בה העדיפה פסולה?

*לצורך הדיון, נמשיך ונבחן את שאר יסודות ההעדפה:*

### **מצב של חדלות פרעון**

כפי שנכתב לעיל, כדי שהעדפה תהיה פסולה, אנו מדברים על סיטואציה שבאותה שעה היה החייב חדל פרעון, וכן כי נלווה לפעולה יסוד נפשי כלשהו.

**סעיף 98(א)** לפשר"ג מגדיר חדל פרעון כ"מי שאינו יכול לפרוע מכספו את חובותיו כשמגיע זמן פרעונם...". בתחילת הקורס, דנו בשאלה איזה מבחן יסייע לנו בקביעת מיהו חדל פרעון. דנו במבחן מסחרי ומאזני.

**ד"ר האן:** כאשר אנו מצויים כבר במצב של פירוק, ראוי יהא להעדיף את המבחן המאזני, מכיוון שהשאלה האם גוף מסויים יוגדר כחדל פרעון או לא, כבר אינה רלוונטית. כאן, אנו יוצאים מתוך נקודת הנחה כי כבר יש פירוק. ההליך אליו אנו צועדים הוא טיפול כללי בכל הנושים. כדי לבדוק האם התרחש "אפקט העדפה", אנו צריכים לעשות שימוש במבחן המאזני. אך מבחינה פרקטית קשה הרבה יותר להוכיח חדלות פרעון מאזנית, בייחוד כאשר מנסים להוכיח את מעמדו של החייב בעבר. לכן, החוק דווקא בוחר במבחן המסחרי.

### **יסוד נפשי של כוונה או שידול ואילוץ**

בעבר, יסוד הכוונה היה היסוד היחיד שבסעיף, ובתיקון הוסף יסוד השידול או האילוץ. בגלל הקושי שנוצר לנאמנים ומפרקים להוכיח כוונה מצד החייב, נדרשה הכנסת לחולשה זו והוסיפה כחלופה גם אם לא הוכחה כוונת העדפה גם אילוץ או שידול מצד נושה. זאת, כדי לבסס את תנאיה של עילת ההעדפה ולהקל על הנאמנים והמפרקים.

**ד"ר האן**: יסוד הכוונה הוא מוטעה ואין לו מקום בחוק, מכיוון שמטרתנו לבחון את תוצאות של ההעדפה הפסולה. מערכת היחסים אותה אנו מעוניינים לבחון היא בין הנושה שהועדף לבין שאר הנושים, ולא את מערכת היחסים של החייב והנושים.

**פתרון אפשרי ליסוד הנפשי**: יתכן ואפשר ליצור מנגנון איזון לפיו נושה שנפרע בתום לב (במובן שהוא איננו מודע למצבו הכלכלי הקשה של החייב) – יוגן, והפעולה לא תבוטל. נראה בכך מעין תקנת שוק. להבדיל, אם ידע הנושה על מצבו הכלכלי של החייב, הרי שההעדפתו תהיה פסולה ויהא עליו להשיב את אשר קיבל. המבחן יהיה המודעות של הנושה.

### **העדפה ע"י יצירת שעבוד להבטחת חוב**

נושא ההעדפה גם יכול לבוא לידי ביטוי לא רק בתשלום ממשי לנושה, אלא גם בהעברת נכס כלכלי לידי של הנושה, או לחילופין יצירת שעבוד חדש לצורך הבטחת חוב ישן עבור הנושה, במסגרת שלושת החודשים החשודים (ראו **כספי נ' נס**). מבחן "אפקט ההעדפה" מקבל משנה תוקף במצבים שכאלה, שהרי הוא מסייע לנו לבחון כל פעולה. להדגיש: גם במקרים אלו יש צורך להוכיח את כל שלושת התנאים.

לעניין יצירת שעבוד להבטחת חוב במסגרת התקופה ה"מפוקפקת", הדין הישראלי מבחין בין יצירת שעבוד צף לבין שעבוד קבוע. ההבחנה היא לתקופת הייחוס אחורה, משמע: עד כמה אחורה ניתן לחזור כדי לתקוף את הפעולה. כאשר מדובר ביצירת שעבוד קבוע, תקופת הייחוס היא 3 חודשים אחורה. כאשר מדובר ביצירת שעבוד צף, תקופת הייחוס היא כפולה – 6 חודשים מכח **סעיף 359** לפקודה.

### **קיזוז כהעדפה**

**משקי עמק הירדן נ' הספקה**: במקרה זה התעוררה שאלה מעניינת ובעייתית. מדובר בחברת הספקה אשר לה היו שלושה נושים [לצורך העניין א, ב, ו-ג]. מצד שני, לחברה ישנו חייב שהיא נושה בו. הסתבר שחודשיים לפני שהוגשה נגד החברה בקשת פירוק, בוצעה פעולה של המחאת זכות. נושה א' של החברה המחאה את זכותו כלפי החברה לאדם אחר, החייב של הספקה. כשהגיע מפרק החברה, הוא ביקש מן החייב של הספקה לשלם את חובו לחברה. החייב טען שקמה לו זכות קיזוז, מכיוון שנושה א' המחאה לו את זכותו כלפי הספקה.

**סעיף 74** לפשרי"ג קובע בסיפא: "הוראות סעיף זה לא יזכו אדם בקיזוז כנגד נכסי החייב אם בשעה שנתן אשראי לחייב ידע שהחייב עשה מעשה שאפשר היה להשתמש בו להגשת בקשת פשיטת רגל נגד החייב ביום שהוגשה בקשה שעל פיה הוכרז פושט רגל". משמע: אם אדם שנתן אשראי לחברה, ובאותה שעה ידע כי יש עילת פירוק כנגדה (דהיינו, ידע שהיא חדלת פרעון), הרי שלא קמה לו זכות קיזוז.

הוראת סעיף 74 אינה רלוונטית לפרשת משקי עמק הירדן, מכיוון שאותו חייב לא נתן אשראי לחברה. לכן, הסייג שבסעיף 74 אינו חל והקיזוז תקף. האם ניתן לתקוף זאת בהיבט העדפה פסולה? לכאורה, התוצאה הכלכלית ברורה, שהרי החייב שנכנס בנעליו של נושה א', מקזז את חלקו ולא משאיר מאומה בקופת החברה, ולכן שני הנושים האחרים יוצאים ללא כלום.

ביהמ"ש העליון קבע כי פעולה זו, שנעשתה במסגרת שלושת החודשים, היא תקפה ולא ניתן לבטלה. העדפה, אומר ביהמ"ש, היא פעולה בה מעורב חדל הפרעון. במקרה זה לא היה מעורב חדל הפרעון, אלא חייב שלו ונושה שלו.

**ד"ר האן**: למרות קביעתו של ביהמ"ש, **בפרשת משקי עמק הירדן** היתה פעולה קלאסית היוצרת מצב של העדפת נושים, ויש לשנות את החוק. כל פעולה, תהא מעורבותו של חדל הפרעון אשר תהא, היוצרת מצב של העדפת נושים – יש לבטלה.

## **הענקה**

הענקה דומה להעדפת נושים, אך לא זהה. הענקה היא פעולה שנעשית ללא תמורה או ערך ריאלי. המקרה הקלאסי הוא הברחת נכסים ע"י חייב, מתוך הנחה שנושיו יכולים להפרע אך מנכסיו, ולא מנכסים שהוציא מבעלותו. המשפט רואה פעולות אלה כבלתי תקינות.

**סעיף 96** לפשר"ג יוצר עילת ביטול הענקות. תקופת הייחוס אחורה בהענקה היא עצומה –

- עד שנתיים אחורה מבלי להוכיח שהמעניק היה חדל פרעון.
- עד עשר שנים אחורה ובלבד שהוכח כי בזמן זה החייב לא היה כשר פרעון.

הנקודה הבעייתית ביותר בדיני פירוק חברות עולה בפרשת **פריצקי נ' מפרקי גני אביב**. ביהמ"ש העליון קבע במקרה זה כי **ביטול הענקות הוא דין שלא נקלט מדיני פשיטת רגל אל מוסד פירוק חברות**. דין העדפת נושים כן חל בפירוק חברות מכיוון שישנו סעיף מפורש שמחיל אותו. היות ואין סעיף מפורש המחיל את דין הענקה, והיות שהוא לא יכול להקלט דרך סעיף 353 לפקודת החברות עפ"י הלכת ביהמ"ש, נקבע חד משמעית – אין דין הענקה בפירוק חברות.

*מדוע המחוקק לא אץ לתקן זאת?*

ביהמ"ש מצא דוקטרינות שונות להתמודד עם תופעת הברחת הנכסים, ובהן – **הרמת מסך**, או **חובות נושאי משרה** (וכן סעיפים 373 ו-374 לפקודת החברות). אך יש לציין כי חלופות אלו דרקוניות ביותר. אם בביטול הענקה אנו תרים אחר הנכס ומשיבים אותו לחברה, הרי שבחלופות לעיל מגיעים עד לכיסם האישי של בעלי המניות של החברה ואף זורקים אליהם את כל חובותיה של החברה באשר הם.

**ד"ר האן**: גם כשאין דין הענקה בפירוקים, יש לנקוט באמצעים אחרים לפני פניה להרמת מסך, וזאת ע"י פניה ל**סעיף 302 לחוק החברות** – דיני החלוקה. המבחן המרכזי בכללי החלוקה הוא לא אחר מאשר **מבחן כושר הפרעון**. סעיף 1 לחוק החברות מגדיר בפירוש חלוקה כ"לרבות העברת נכס מן החברה לבעל המניות, ללא ערך". החוק אוסר חלוקה שכזו ומחייב את בעל המניות להשיב את אשר קיבל, השבה זו היא במילים אחרות – ביטול הענקה.

סוף דבר הוא שהמחוקק צריך להכניס ביטול הענקה אל תוך דיני הפירוקים.