**חדלות פירעון- סיכום הספר של דוד האן + תוספות למבחן**

**"פשיטת רגל"**- הליך משפטי ולא מצב כלכלי, הוא לרוב תוצאה של המצב הכלכלי של חדל"פ אך לא מותנית בכך אלא בהוצאת צו שיפוטי הקובע זאת. להליך 2 מטרות עיקריות-

* **הסדרת פירעון החובות לנושים** לפי סדרי העדיפות הקבועים בדין.
* **מתן אפשרות לחייב להיפטר מעול חובותיו** הבלתי פרועים.

הסדרת פירעון החובות אפשרית באחת מ-2 דרכים-

* **מימוש נכסי החייב** ופירעון החובות מתוך התמורה המתקבלת בעדם.
* **גיבוש הסדר תשלומים** בין החייב לנושיו הפורס את חובותיו ע"פ תשלומים רבים המייתר את הצורך לממש את נכסיו.

ההליך מוסדר בפקודת ותקנות פשיטת הרגל, ומיועד לחייב שאינו חברה/ אגודה שיתופית שכן חדל"פ שלהם מוסדרת בהליכים אחרים ע"פ פקודת החברות/ פקודת האגודות השיתופיות בהתאמה (הקודקס האזרחי מאחד זאת). לפיכך, עיקר תיקי פשיטת הרגל הם של יחידים, ולכן ניתן לפטר את החייב מחובותיו בסוף ההליך וכן להשאיר בידי החייב אמצעי מחיה בסיסיים גם בשעת מימוש נכסיו לפירעון חובותיו לנושים. נושה שיכול להגיש בשה לפשיטת רגל הוא נושה שיש לו חוב שאינו שנוי במחלוקת בסכום קצוב, קיים או עתידי בסכום שאינו נמול מ- 82,441 אלא מטעמים מיוחדים. העילה היא מעשה פשיטת רגל 3 חודשים לפני הגשת פשיטת רגל- הפקודה קובעת מעשים שהם מעשי פשיטת רגל שמחולקים למעשים פסולים של החייב כמו כוונה לחמוק מנושים או העברת מרמה ומעשים המצביעים על מצבו הכלכלי של החייב. קו הגבול בין הליכי פשיטת רגל להליכי הוצל"פ- ההבדל בין חייב שלא רוצה לשלם את חובותיו (הוצל"פ) לכזה שלא יכול לשלם אותם (פשיטת רגל), לכן דיני הוצל"פ מוטים לטובת הנושה והליכי פשיטת רגל לא. חריג- פרק ה"חייב המוגבל באמצעים" בחוק ההוצל"פ (חייב הנתון בקשיים כספיים המטופל בדרך של פריסה שוויונית של תשלומי חובותיו לנושים השונים וריכוז תיקי ההוצל"פ שלו בלשכת הוצל"פ אחת, מהותית- זהו פרק של חדל"פ. השוני מפשיטת רגל- אי קבלת הפטר בסיום הטיפול. הסיבה לקביעת ההליך- "נעילת שערי פשיטת רגל בפני בנ"א פרטיים" בעבר).

**"פירוק"**- הליך הביא לידי חיסול האישיות המשפטית של תאגיד משיקולים שונים ולאו דווקא מחדל"פ. לפי חיסולו המשפטי של התאגיד יש לדאוג לרוקנו מכל תוכן כלכלי ולכן עיקר הליך הפירוק הוא מימוש נכסי התאגיד, הכספים המתקבלים מכך משמשים תחילה לפירעון חובותיו בשעת פירוקו, אם נשאר כסף. בתאגיד למטרות רווח הוא הולך למשקיעי ההון העצמי בתאגיד, אם לא לפי הוראות התקנון, אם אין הוראות- לקידום מטרות הדומות למטרות התאגיד. הפקודה מכירה ב-3 סוגי פירוק-

* **פירוק מרצון-** הליך פירוק המתנהל מחוץ לביהמ"ש, לרוב רלוונטי בחברה בת פירעון.
* **פירוק מרצון בפיקוח ביהמ"ש-** בשל המתח בין בעלי המניות עצמם או בינם לנושים ביהמ"ש משמש כמפקח על.
* **פירוק בידי ביהמ"ש** (הנפוץ ביותר)- דורש הוכחת עילת פירוק הקבועה בחוק ע"י מבקש הפירוק, העילה המרכזית- חדל"פ של החברה. דומה להליך פשיטת רגל- גם בו מתמנה בעל תפקיד לרכז את תביעות הנושים ונכסי החייב ומטרת בעל התפקיד היא לדאוג למימוש הנכסים ופירעון החובות לנושים לפי סדרי העדיפות שבדין.

ההבדל בין פירוק להבראה מנק' מבט החייב- פירוק מביא את החייב לקץ דרכו המשפטית, ואילו הבראה מאפשרת לו להוסיף להתקיים כאישיות משפטית גם בתום ההליך. מנק' מבט הנושים- אופן פירעון החובות ומועדם שונה- בפירוק מהכספים המתקבלים ממימוש נכסי החייב ואילו בהבראה מתוך תזרים ההכנסות העתידי של החייב (דומה לשתי אפשרויות הפירעון מחייב בהליך פשיטת רגל).

**"הבראת חברה"**- ההליך המשפטי המלא המתמודד עם חברה בקשיים כספיים ונמנע משימוש גורף בנכסיה וחיסול פעילותה העסקית ע"מ לפרוע את חובותיה. בזמן זה החברה כפופה לכללים משפטיים ייחודיים (לרוב דיני חדל"פ). קו הפתיחה של הליך ההבראה- **מתן צו הקפאת הליכים,** קו הסיום- **אישור תוכנית ההבראה-** משלב זה ואילך דיני חדל"פ לא חלים יותר.

**"הקפאת הליכים"-** צו הקפאת הליכים הינו צו שיפוטי לעצירה זמנית של פעולות גבייה יחידניות מצד הנושים- השלב בו הנושים מועברים למשטר משפטי קיבוצי, אך זה לא פותר את מצוקת החברה/ הנושים. **"תוכנית ההבראה"** מובאת לאישור ביהמ"ש שתחייב את החברה ונושיה (היעד הסופי של הליך ההבראה( המתגבשת לאחר נתינת צו הקפאת ההליכים באמצעות מו"מ. היא כוללת 2 חלקים: **(1) חלק כלכלי עסקי-** התווית תוכנית פעולה עסקית לחברה להמשך דרכה (איך תפעל מעתה). **(2) חלק משפטי-** הגדרת זכויות נושי החברה ואופן פירעון חובותיהם (היקף החובות, סדרי עדיפויות ומועדי התשלומים). בפרקטיקה= "הסדר נושים". תוכנית ההבראה היא הסדר חוזי שזכה לתמיכת הנושים לסוגיהם ואישור ביהמ"ש (=הסכם פשרה עם תוקף של פס"ד). הליך ההבראה מוסדר בס' 350 לחוק החברות ובתקנות ההבראה, הס' מתמקד ב-2 עניינים בלבד-

* הסמכת ביהמ"ש המחוזי לצוות על **הקפאת הליכים**.
* **קביעת אופן אישור תוכנית ההבראה-** דרישה כי התוכנית תקבל את אישור כל סוגי הנושים בהתכנסם באסיפות נפרדות ברוב של 50% מנוכחי האסיפה שבידיהם 3/4 מסך החובות המיוצגים באסיפה.

**"כינוס נכסים"**- קבלת נכסים של אדם מסוים לשם שליטה בהם, זהו סעד שיפוטי בעל תכליות שונות בחקיקות שונות (תקסד"א, הוצל"פ, שעבודים משוכללים, שסל"ן, שעבוד צף על נכסי חברה). אומנם תיאורטית הליך זה לא קשור להליכי לחדל"פ (אין בו היבט קיבוצי) אך בפועל הוא השתרבב להליכים המטפלים בחדל"פ מ-2 סיבות-

* **שילוב בין שיקול מעשי לטבע השעבוד הצף-** השעבוד הצף ניתן לרוב ע"י בנקים, אך לא בטוח שהפרת החוזה נ' הבנק היא בשל חדל"פ. אך בשל טיב השעבוד הצף- שליטת כונס הנכסים בכל מקורות הפירעון של החברה הופכת את משבר פירעון הנושה המובטח בשעבוד צף למשפיע על יכולת הגבייה של הנושים האחרים.
* **טעם היסטורי-** הליך הפירוק היה בעבר ההליך היחיד שהסדיר את הליך הבראת חברה ולכן שופטים לא יכלו להבריא גם חברות בעלות סיכוי להשתבח עפ"י החוק ולכן נקטו דרכים יצירתיות- השתמשו בהליכים הקבועים בפקודת החברות כמו כינוס נכסים ופירוק זמני- הם מינו לנכסי החברה כונס נכסים ככונס מפעיל (כדי שלא יממש את הנכסים) והיה עליו לקבל את השליטה בנכסים ולהפעיל את החברה כעסק פעיל.

**"כינוס נכסים"≠צו כינוס** (קבלת הבקשה להכריז על אדם כפושט רגל) צו כינוס זה השלב בו נושי החייב מוכפפים למשטר הקיבוצי ומעוכבים מלגבות מן החייב בעצמם, ובו מכונסים נכסי החייב. **ייעוד צו כינוס** הוא ריכוז ושמירה על הנכסים ולא מימושם המהיר אלא מימוש לאחר שיוכרז פושט רגל. צו כינוס בפשיטת רגל פועל **למען כלל הנושים** ואילו כינוס הנכסים מיועד **לאכיפת זכותו של נושה מסוים.**

**בעלי תפקידים** ("פקידי ביהמ"ש")**-**

* **"מפרק"=** בעל התפקיד השולט בהליך הפירוק.
* **"כונס נכסים"=** בעל התפקיד המופקד על גביית חוב מובטח בשעבוד צף באמצעות הליך כינוס נכסי החייב.
* **"נאמן בפשיטת רגל"=** בעל התפקיד המרכז את הליך פשיטת הרגל.

בהבראת חברה- מונחים רבים- **"בעל תפקיד"**, **"הנאמן להקפאת ההליכים"**, **"הנאמן להסדר הנושים"**, **"המנהל המיוחד"** (כל שם מבליט תפקיד אחר). לעיתים יש יותר מבעל תפקיד אחד.

המצב המאתגר הוא מצב בו החייב צריך לצמצם ולרסן פעילותו ע"מ שלא ייקלע למשבר חמור בהמשך כשהוא כבר קשור בהתחייבויות משפטיות שאינו יכול לקיימן כלפי נושים כספיים וכלפי נושי התחייבויות קיום (להשכיר נכס, לתת שירות, להעסיק עובדים וכד'). קשה לקבוע את מצבו הכלכלי המדויק של החייב, יש חשש שהוא חדל"פ, לצורך הקביעה יש לבחון בעיקר את שווי נכסיו וכושר ייצור המזומנים העתידי שלו (כולל היוון שלו) מחד ושווי התחייבויותיו מאידך, זה אפשרי בהערכה כללית בלבד. הגורמים המעורבים במשבר רבים (החייב עצמו, נושיו, עובדיו, לקוחותיו, רשויות הלשון ובעלי המניות שלו (אם הוא תאגיד)) שהעדפותיהם שונות. בנפול חברה לבעלי המניות אין מה להפסיד ולכן הם ינסו להשיבה לפעילות עסקית בכל דרך אפשרית גם במחיר זמן רב וכדאיות כלכלית נמוכה. כך גם מחזיקי אופציות לקבלת מניות שטרם מומשו שברובם הינם נושאי משרה ועובדים בכירים בחברה. העדפות הנושים הכספיים שונות בשל ההבדל ביניהם בסדרי העדיפויות שמקנה הדין במצב של חדל"פ (נושים מובטחים לנושים לא מובטחים). אורך נשימה כלכלי שונה הוא גורם נוסף לפער בין נושים שונים- אבחנה בין נושים שמחזורם העסקי מושתת להעמדת אשראי קצר מועד לחייביהם (כמו- ספקים) שלא ירצו לפרוס את חובם לטווח ארוך למוסדות פיננסים שיסכימו לכך. **חדל"פ היא מצב כלכלי בו התרחיש האופייני הוא של התנגשות העדפות בין הדמויות המעורבות** ולכן ההליכים המשפטיים במצב זה טעונים מאוד.

* בעלי תביעה כספית
* **"נושה"=** כל מי שזכאי לתבוע מן החייב בתביעה משפטית תשלום כסף המגיע לו עפ"י דין הנובעת מעילות שונות שהנפוצה ביניהם מבוססת על חוזה בו מתקשה לעמוד החייב שנקלע למשבר כספי (נושה חוזי).
* **"נושים נזיקיים"=** נושים שזכותם הכספית נובעת מעילה נזיקית.
* **רשויות השלטון** גם הן נושים (תשלומי מיסים, תשלומי חובה שונים, קנסות מנהליים/ עונשיים וכן מכוח חוזה).
* בעלי עניין שאינו חוב כספי גרידא-לצד זכויות הנושים הכספיים המשבר הכלכלי של החייב משפיע על **ציבורים נוספים** באופן שלילי.
* **עובדים**-העובדים הם נושים ככלל הנושים.השוני בינם לבין תביעה כספית גרידא- מקום העבודה הוא מקום פרנסתם העיקרי, הם אינם מפזרים את סיכוני חדל"פ- בין מעסיקים שונים ולכן עתידם הכלכלי מושפע מעתיד מעבידם.עניין העובד בהמשך העסקתו הוא תלוי נסיבות המשתנה לפי מידת ניידותו ממקום עבודה אחד לאחר וכוח משיכתו היחסי בשוק העבודה.מציאת עבודה חלופית גם אם היא אפשרית כרוכה בעלויות וזמן.
* **ספקים ולקוחות**-אומנם בזכותם לתבוע כספית את החייב אך גם להם יש עניין בגורל החייב, כי פעמים רבות היחסים ביניהם נמשכים ולפיכך מכילה הסתמכות ולפיכך התמוטטותו של החייב משפיעה עליהם. כך היה בקלאבמרקט- שכשהתמוטטה (והייתה אחת מ-3 רשתות המזון הגדולות בישראל) נפגעו מיד ספקים קטנים שחלק ניכר ממחזור מכירותיהם התבסס על הספקה שוטפת לרשת מזון זו.
* **המדינה**-עניין המדינה בגורל עסק נתון נובע מ-3 שיקולים-

1. **חיוניות העסק ומשאביו לחוסן הלאומי-** במידה ומרוכזים בידי החייב משאבים ייחודיים בעלי משמעות לתשתית לאומית שהמדינה מאמינה שיש לדאוג להמשך אחזקתם בידיו המשך קיומה חרף קשייה הכספיים יהיה חשוב למדינה. זה לא סותר את מגמות ההפרטה של ניהול עסקי תשתית (שיקול זה הוא מעבר לשיקול הכלכלי גרידא).
2. **אובדן הכנסות מס מהנושים-** השפעה עקיפה- ככל ששיעור פירעון הנושים יהיה נמוך יותר, יגדל שיעור החוב שלא נפרע- "מס אבוד" (חובות אבודים הם הפסד של הנושה שהוא יכול לנכות מהכנסתו החייבת במס). יכול להיות בכך ניגוד אינטרסים בין המדינה לנושים.
3. **תעסוקת עובדי החייב-** עובדים יכולים לעבור להיות תלויים בתקציבי רווחה של המדינה, הרחבת מעגל האבטלה, טיפול בקשיי המפוטרים.

* **החייב ובעלי המניות**- החייב הוא האישיות המשפטית חדל"פ המתקשה לפרוע את חובותיו כסדרם. האם טובתו האישית מהווה שיקול בדיני חדל"פ? יש להבחין בין חייב פרטי לתאגיד.
  + **חייב פרטי-** יש לכך משמעות עצומה על חייו, יש לו תכלית קיום משל עצמו.
  + **חייב תאגידי-** חשיבות המשך קיום החייב מצד עצמו שנויה במחלוקת- האם יש להגן על המשכיותה או שכל תכליתה זה תועלת ורווחה כלכלית (של מי?!)

**בעלי המניות**- אינם זכאים לפירעון סכום כסף מהחברה במועד נקוב- אין להם זכות תביעה כספית מול החברה אלא ציפייה לקבלת נתחים כספיים בלבד. שיעור הכספים שבעל מניות עשוי לקבל מהחברה כשציפייתו תתגשם אינו מוגבל לשיעור השקעתו בחברה, אך זכותו שיורית. לפיכך הם בעלי זכות ההצבעה וההשפעה באסיפה הכללית של החברה בשלב חיי החברה אך לא בחדל"פ כי אין להם כבר עניין בקופה המשותפת שאין בה כדי לפרוע אפילו לנושים- מבחינת זכויותיהם וחובותיהם לחברה.

**תכלית דיני חדלות פירעון**

* אנשי הגישה הכלכלית למשפט גורסים כי מטרת המשפט היא להשיא את העושר הכלכלי, כל קביעה משפטית צריכה להיבחן לפי מדד היעילות הכלכלית. ככל שכוחות השוק יפעלו באופן חופשי ונטול התערבויות זרות יזרמו המשאבים השונים בעולם ויגיעו לידי משתמשיהם היעילים ביותר. החוזה מגשים מבחינה משפטית את רעיון השוק החופשי.
* יעדים חברתיים- ההליך הקיבוצי נועד לקדם את גביית החובות לנושים, אך קיימות מטרות חברתיות חשובות לא פחות:
* חלוקה הוגנת וראויה של משאבי החייב בין נושיו השונים
* הבטחת תעסוקה ראויה לעובדי החברה
* צמצום הנטל על הקופה הלאומית
* דאגה ללקוחות החברה
* דאגה לספקים התלויים בהמשך קיום החברה
* חילוץ בעלי מניות בעסקים קטנים עד בינוניים.

גישה כלכלית מול חברתית- הכלכלית ממקדת את כל מבטה בהשאת ערך קופת החייב לנושיו. השאת הערך תושג באמצעות כיבוד דקדקני ככל האפשר של הזכויות המקוריות של כל נושה, זכויות שרכש לפני חדלות הפירעון, תוך הימנעות ככל האפשר משינוי טיב זכויותיהם של הנושים. המסגרת הקיבוצית תשמר את ערך קופת החייב לשם פירעון הנותר ע"פ סדרי העדיפויות המוכרים בדין ההשקפה הכללית מדירה רגליה מהתעסקות על זכויות של גורמים הקשורים לחייב בקשר שאינו ניתן לכימות. לפי הגישה הכלכלית הגנה על עובדים, בעלי מניות, נושים חלשים יחסית, לקוחות חברה וכו' אינם חלק מדיני חדלות הפירעון. לעומת ההשקפה הכלכלית הקפיטליסטית ניצבת הגישה החברתית שמטרתה הגנה על קבוצות הכוללות בין השאר את בעלי המניות בחברות הקטנות והבינוניות, את עובדי החברה, לעיתים לקוחותיה ולעיתים ספקיה, את הרשות המקומית בשטחה מצוי העסק ואחרים. אחריות חברתית מחייבת מתן משקל גם לעניינים אלה, אף במחיר פגיעה מסויימת ביעד היעילות. תפקידו של משפט צודק הוא לבטא את מכלול הערכים הכרוכים בסוגיה תוך חתירה מתמדת למציאת שיווי המשקל.

חדלות פירעון היא מצב בו אישיות משפטית אינה יכולה לפרוע את חובותיה לנושיה, אין מדובר במצב משפטי אלא **מצב כלכלי** שהחייב נתון בו הסיבות להידרדרות הכספית עלולות להיות מגוונות:

* חבות משפטית בלתי צפויה
* שינויים כלליים בשיעורי המימון
* משברים כלכליים זמניים בענף מסוים או מדינה מסוימת או אזור מסוים.
* אשם אישי- כשל ניהולי של החייב
* שינויים בשוק המוצרים, העדפות צריכה, טכנולוגיה נלווית וכו'.
* מעשי רמייה במזיד

אי קיום התחייבות כלפי נושה אחד מני רבים אינו עולה כדי חדלות פירעון- **ריבוי נושים** הוא המודגש. ההגדרה המשפטית לחדלות פירעון אינה אחידה. שני מבחנים מקובלים:

* המבחן המאזני- בחינה והשוואה כספית בין שווי נכסי החייב מזה ושווי התחיבותיו מזה. אם ערך הונו העצמי של החייב חיובי או שלילי. **ערך ההון העצמי של אדם = ערך התחייבויותיו - ערך נכסיו**. הונו העצמי של אדם מייצג את הערך הכלכלי השיורי הנקי שלו לאחר שקיים את התחייבויותיו כלפי נושיו. חייב ייחשב לחדל"פ אם שווי הונו העצמי שלילי. **מצד אחר**, המבחן המאזני אינו מבטא במלוא העוצמה את גורם הזמן בקיום ההתחייבויות. הוא בוחן את כלל המשאבים ורואה בהם מקורות פירעון אפשריים להתחייבויות שונות, אך מתעלם מגורם הזמן שיידרש למימוש נכסים מסוימים וממידת היכולת לממש נכסים קבועים בניהול שוטף של העסק.
* מבחן הנזילות- מבחן חדלות הפירעון המסחרית. מבחן זה מתמקד בממד הזמן והשפעותיו על קיום התחייבויות כלפי נושים. עמדת המוצא שלו היא שהתחייבות היא תלוית זמן. קיים מועד נקוב לפירעון החוב, יכול הפירעון צריכה להימדד נכון לשעת יעודה, לפיכך יעסוק מבחן זה בשאלה האם חייב מסוגל לקיים את התחייבויותיו **בהגיע מועד קיומן**. מבחן הנזילות נדרש בין השאר לבחינה מאזנית של **חלק** מנכסי החייב והתחייבויותיו. יעומתו זה לעומת זה הנכסים הנזילים של החייב והתחייבויותיו השוטפות. ייבחנו נכסים הניתנים למימוש ולהמרה למזומן במהלך הניהול השוטף של העסק ובטווח זמן קצר יחסית. מאידך, אף ההתחייבויות שייבחנו יהיו אלה קצרות הטווח (ככל שהבחינה תבקש להרחיק ראות לעתיד, מהימנות הסתברותה תפחת). בחינת העבר הקרוב של החייב ישמש אבן בוחן ליכולת קיום התחייבויותיו במועד.

**ייזום הליכים ע"י הנושה**

הליך חדל"פ מתנהל בבימ"ש ואינו מתחיל מאליו. לפני פתיחת ההליך החייב פועל במשטר משפטי יחידני שבו כל מערכת יחסים משפטית שהוא מקיים עם אישיות משפטית אחרת מתקיימת בגפה ואין מערכת יחסים אחת נוגעת בחברתה. משנפתח הליך חדל"פ עובר החייב ועמו כל בעלי הזכויות כלפיו למשטר משפטי קיבוצי, בו תושעה זכותו של נושה לגבות את חובו מן החייב, מערך יחסי העבודה בתאגיד עשוי להשתנות ועשויות לפעול תניות חוזיות המסיימות היחסים בין חייב לנותני שירות. גם אופן ניהול עסקיו של החייב עשוי להשתנות:

* זהותם של מקבלי ההחלטות העסקיות- לפני ההליך החברה מנוהלת ע"י מנכ"ל החברה הכפוף לפיקוח הדירקטוריות, כאשר החלטות מסוימות מצויות בסמכות האסיפה הכללית של החברה. משנפתח הליך חדל"פ יתמנה על-פי רוב בעל תפקיד שיהפוך למקבל ההחלטות העליון בחברה.
* שינוי בדפוס הניהול של החברה- משנפתח הליך חדל"פ ביהמ"ש נכנס בעובי הקורה והופך למעורב בניהול עסקי החברה החייבת. כל צעד וכל החלטה ניהוליים לעניין בעל משמעות מיידית לכל הצדדים. ביהמ"ש הופך בעל כורחו לשחקן מרכזי במגרשה של החברה. יהיו צדדים שמעורבות ביהמ"ש תצנן את נכונותם לנהל עסקים עם החברה החייבת ויהיו כאלו שמעורבות ביהמ"ש תהא רצויה בעיניהם.

לעיתים מצבו של החייב עדיין אינו מצדיק מעבר למשטר משפטי קיבוצי. שימוש נמהר ופזיז בהליך חדל"פ עלול לפגוע בהשאת ערכו של החייב, בזכויות משפטיות של נושים ויתר בעלי העניין בו. בהיעדר וודאות באשר למצבו הכלכלי קשה להצביע על נק' הזמן המדויקת בה החייב בשל להיכנס להליך חדל"פ. קיים חשש מפני התנהגות אנוכית של החייב או של הנושה אשר יבקשו להקדים או לאחר את מועד פתיחת ההליכים, זאת בשל פער מידע בין החייב לנושיו.

**הנושה** ההוא המועמד הטבעי, בהיותו בעת זכות לקבל כספים מהחייב, הנושה יעקוב אחר מצבו הכלכלי של החייב. אם יסיק כי לחייב לא נותרה עוד יכולת לפרוע את חובו, יבקש הנושה להגן על זכויותיו. בפועל נדירים המקרים בהם ניתקל ביוזמת הבראה של חברה שננקטה ע"י נושה בלבד (בד"כ החברה תיזום- לה האינטרס). יוזמת הנושה לפתוח הליך חדל"פ, שהינו הליך לעומתי שבו הנושה חפץ ואילו החייב מבקש להדפו. הליך לעומתי זה הוא הליך פשיטת רגל (אצל חייב בשר ודם) או הליך פירוק (אצל חייב תאגידי). פנייה לעומתית של נושה צריכה להיות מושתת על **עילה מוכרת בדין:**

* אי פירעון חוב לנושה במשך תקופת זמן מוגדרת- כאשר נושה של החייב סובל מכך שהחייב לא פרע לו את חובו במועד יוכל הנושה בתגובה לבקש את פירוקו של החייב או את פשיטת רגלו. די אפוא בהפרת חוזה דו צדדי. הוראות אלו יעסקו בשני פרטים- שיעור החוב המזערי אשר בגינו יהיה הנושה זכאי לבקש את הבקשה ומשך תקופת הפיגור שלאחריה יורשה הנושה לבקש בקשה. לפי ס' 257 לפקודת החברות העילה העיקרית לה גשת בקשת פירוק היא היות החברה "חדלת פירעון"- חדלות פירעון מוגדרת בס' 258 לפקודת החברות:
* נושה שמגיע לו מהחברה סכום העולה על חמישה ש"ח שהגיע זמן פירעונו ובמשך **שלושה שבועות** לאחר ה**דרישה בכתב** לא שילמה החברה את החוב.- לכאורה די בחוב אחד מסוים שהחייב לא פרעו כדי להצמיח זכות לבקש פתיחת הליך פירוק. יתר יסודות העילה הם פרטים דיוניים אשר נועדו להבטיח את מיצוי ההליכים.
* צו הוצל"פ או כתב בית דין אחר שניתן ע"פ פס"ד או צו בימ"ש לא קוים חלקו או מקצתו.
* הוכח להנחת דעתו של ביהמ"ש שאין יכולתה של החברה לשלם את חובותיה.
* החייב ככלל אינו משלם את חובותיו בהגיע מועד קיומם- הנושה יצטרך להצביע על כך שהחייב אינו מקיים בפועל את חובותיו או אינו יכול לקיים את חובותיו. יצטרך להראות כי כשל הפירעון של החייב אינו חד פעמי או אקראי כי אם תופעה מתמשכת- "חדלות פירעון מסחרית"/"היעדר נזילות". ככל שיוצגו סימנים מעידים מצטברים רבים יותר כך יקל על הנושה לשכנע את ביהמ"ש שהחייב נתון במצב חוסר נזילות ויש להכניסו למשטר קיבוצי. **עילה זו מציבה אתגר מעשי גדול יותר לנושה המבקש ליזום הליך של חדלות פירעון.** ביהמ"ש קבע **בפס"ד יהושע בן ציון** כי לשם ביסוס בקשת פירוק על סמך ס' 258(3) לפקודת החברות יידרש המבקש לשכנע את ביהמ"ש כי החברה חדל פירעון לפי המבחן המאזני או לפי מבחן הנזילות. כאשר נושה יכול להסתפק בהצגת חובו הבלתי פרוע כבסיס לפתיחת הליך חדל"פ (עילה ראשונה) נגד החייב למה לו לטרוח ולשקוד על הגשת בקשה מקיפה בפרטיה.
* החייב נעשה חדל פירעון במובן מאזני- חדל"פ מאזנית היא הביטוי המזוקק מכל לחדלות פירעון. בהתקיימה כל הנושים מצויים במירוץ תחרותי למהר ולגבות מנכסי החייב. השימוש במונח חדל"פ כשלעצמו נוטה בד"כ למובנו המאזני, שהינו האובייקטיבי מכל. מימד הזמן יקבל ביטוי במבחן זה בהיוון ערכים כספיים של נכסים ושל התחייבויות. פעולת ההיוון מערבת שק"ד והערכה רחוקה מלהיות פעולה אובייקטיבית טכנית. קיים שק"ד האם לבחון את ערכה המאזני של חברה כעסק פעיל או ככזה לפני מכירת חיסול.

קיימים מספר שיקולים התומכים בהקלה בהגשת בקשות לפתיחת הליך:

* שיפור אכיפה- מערכת ההוצל"פ האמונה על גביית חובות אזרחיים פסוקים אינה יעילה דיה, מספר תיקי הוצל"פ העומדים ותלויים רב עד כי הדבר כשלעצמו מעיד על כישלון המערכת. על פניו קיים אמצעי יעיל מאין כמותו לגרום לחייב לשלם: איום ממשי בפתיחת הליך חדלות פירעון נגדו. חייב החפץ בחיים כלכליים יבקש להימנע מכך שתוגש נגדו בקשה ולפיכך יזדרז לשלם לנושה כנדרש ממנו.
* קושי ראייתי להציג תמונה כלכלית מלאה- הנושה אינו מכיר את כלל הקשרים המשפטיים של החייב, שיעור התחייבויותיו הכולל, זהות נושיו האחרים או את מידת עמידותו במועדי הפירעון כלפי נושים אחרים. הנושה אף לא בהכרח מכיר את נכסי החייב ותזרים המזומנים שלו. בהתחשב במידע המוגבל, לא מעשי לדרוש מנושה אשר חובו לא נפרע במועד כי יתכבד ויציג לפני ביהמ"ש תמונה כלכלית מלאה ומעודכנת אודות חדל"פ החייב כתנאי סף להגשת בקשה לפתיחת הליך. קוצר ידו עשוי למנוע ממנו להגיש בקשה לפתיחת הליך על סמך מבחן כלכלי מלא של חדל"פ, לפיכך הסתפקות במבחן מקל יותר מסייעת בידי הנושים לנקוט יוזמה ולהכניס חייבים להליך טרם יהיה מאוחר מידי. מחדל אי תשלום עשוי לשמש ראיה ראשונית לחדל"פ של חייב. הנטל יוטל על חייב להגיב על הבקשה ולשכנע את ביהמ"ש כי אי פירעון לנושה המבקש אינו נובע מקשייו הכספיים כי אם מסיבה אחרת.

קיימים שיקולים התומכים בהכבדת ההגשה של בקשות לפתיחת הליך:

* הייעוד של הליך חדל"פ- מדובר בהליך שהוא מטבעו רב צדדי, זהו תנאי מקדמי לכניסה להליך. כל עוד אין ראיות לקיומה של בעיה כללית די לנושה כי יוסיף לפעול לגביית חובו באמצעות ההוצל"פ. ייתכן כי מערכת גביית החובות בישראל לוקה בחוסר יעילות אולם אין בכך בכדי להצדיק שימוש בבקשות לפתיחת הליך חדלות פירעון, אין זה מכשיר ענישתי.
* הנזק הכלכלי של בקשות מוקדמות מידי- לחשיפה זו יש פן מסוכן מבחינת החייב. חייב אשר מוגשת בקשה לפתיחת הליך כנגדו מופיע בעל כורחו במבזקי בחדשות ובעיתונות הכלכלית, כאשר עילת הבקשה וסיכוייה פחות בולטים ומשפיעים פחות על הקוראים ביניהם נושים שונים, ספקים משקיעים, לקוחות ועובדים. משהוגשה הבקשה רבים ירתעו משמירה על קשרים עסקיים עם החייב.

קיימים גורמים אשר בכוחם למתן את החששות האמורים מפני ייזום הליכים בטרם עת:

* תמריץ שלילי לנושה בודד- הנושה עשוי להיות ער לכך שבקשה כאמור אם תתקבל תעביר את החייב ואת כלל נושיו למשטר קיבוצי. משטר קיבוצי יחליש את יכולת הגבייה של הנושה היוזם , הנושה יאבד מעט מן השליטה שהייתה בידיו קודם לכן בהתקדמות גביית חובו. הכנסת החייב להליך קיבוצי מצריכה השקעת משאבים מצדו (זמן וטרחה) ואילו מפירות השקעתו ייהנו כל הנושים באופן יחסי, דבר היוצר תמריץ שלילי ומוכר בשם "בעיית הטרמפיסט".
* יכולת החייב להיכנס להליך הבראה- דברים אלה יפה כוחם גם בנוגע לחייב בשר ודם. בקשת הבראה עשויה להיות מוגשת לבימ"ש בתגובה לפתיחת הליך ע"י הנושה. הליך הבראה הינו אמנם הליך קיבוצי אך במהלכו החייב ממשיך לתפקד כעסק פעיל, לפיכך הנזק הכלכלי שייגרם לו עקב הגשת הבקשה ע"י נושה שלא נפרע חובו אינו משמעותי כפי שנחזה. למרות זאת, בישראל כבארצות נוספות, הליך ההבראה מתאפיין בין השאר בהחלפת השולט בחברה ע"י בעל משרה מטעם ביהמ"ש.

איכות המידע הנדרש לביסוס הבקשה ומהימנותו- גישה מחמירה יחסית תדרוש מידע מבוסס ומהימן שמקורו בחייב עצמו או בנושיו לשם הוכחת הקשיים הכספיים. גישה מקלה יותר תסתפק בידיעות חיצוניות שמקורן בדוחות המתפרסמים ע"י גופים רשמיים או בדוחות של גופים עסקיים מקצועיים המתמחים בהערכת עסקים ושוויים. כאשר חייב הוא חברה ציבורית ראוי לדרוש מן הנושה המבקש להציג לבימ"ש מידע מהימן המבוסס על מסמכים רשמיים שיצאו מתחת לידה של החברה או של גופים שלטוניים אשר החברה נתונה לפיקוחם. כאשר החייב הוא חבר פרטית או אדם בשר ודם ראוי להקל מעט ע הנושים ולאפשר להם להסתמך אף על מידע חיצוני שלא יצא מתחת ידו של החייב.

מלווה שהחייב לא פרע לו את חובו במועד ודאי שייחשב לנושה הזכאי להגיש בקשה בהתקיים אחת מהעילות שלעיל. גם בעל דין שזכה בדינו כנגד החייב ונפסק סכום כסף לטובתו. **האם אדם הטוען כי הוא נושה בחייב, אך החוב שנוי במחלוקת ביניהם או אדם שהוא נושה מותנה בחייב, זכאי להגיש בקשת פירוק?** בישראל גם נושה אשר חובו מותנה זכאי להגיש בקשת פירוק נגד חברה, בתנאי שיפקיד ערובה בבית המשפט. לעומת זאת, כאשר אדם טוען לקיומו של חוב של החברה כלפיו, אולם החברה חולקת בכנות ובתו"ל על עצם קיומו של החוב, אותו אדם אינו נחשב לנושה הזכאי לבקש את פירוקה.

**האם נושה יכול להגיש בקשה להבראה**? הדין הקיים אל קובע על עילה לבקשת הבראה, ביהמ"ש רשאי לעשות זאת אם הוא משוכנע שזה יסייע להבראת החברה. אם הנושה לא הוכיח מצב של חדל"פ איך הוא יוכל לקבוע שהחברה תיכנס להליך של הבראה? השופט אורנשטיין **בפרשת סלע קפיטל** טען כי נושה לא יכול לבקש הבראה, אלא רק החברה. לעומת זאת, ב**פרשת IDB**, IDB טענה שצריך לפסול את בקשת הנושים לפתיחה בהליך הבראה בדיוק מסיבה זו, השופט אורנשטיין אל פסל זאת על הסוף ואמר שבמצב שהחברה חדל"פ יש לבחון זאת, כי במידה וקיים חדל"פ ויש סכנה לפירוק עדיף לפנות להליך הבראה, ולכן יש לשקול זאת. ס' 350 קובע כי נושה יכול להגיש בקשה. החברה מיועדת להשיא רווחים לבעלי המניות, הערך השיורי שייך להם. מהרגע שחברה עוברת לחדל"פ הערך השיורי עובר לנושים, לכן לא ניתן לתת להם להתערב לפני חדל"פ, אנו נותנים להם כח שלא מגיע להם, לא ראוי שיגישו בקשה. **בעניין אנג'ל**- הנושה הגיש בקשה ללא הסכמת החברה, השופטת אלשיך אומרת שזה לא הגיוני, ושנושה שרוצה צריך להגיש בקשה לפירוק. אורנשטיין למעשה מתנה את זה בחדל"פ של החברה, ואלשיך מתנה זאת בחדל"פ ופירוק, כלומר במסגרת הליך פורמאלי של פירוק ניתן לעבור למצב של הבראת החברה.

**ייזום הליכים ע"י החייב**

החייב עשוי לנקוט יוזמה עצמית ולפנות לביהמ"ש בבקשה לפתוח הליך. פניית חייב בשר ודם עשויה לחלצו מידי נושיו ולפתוח לו פתח של תקווה לסילוק סופי של חובותיו, בין בדרך של מימוש נכסיו ובין בדרך של הסדר תשלומים שיסוכם איתם. פניית החברה לביהמ"ש עשויה להתגלות כיעילה עבור כלל בעלי העניין בחברה. כניסה להליך חדלות פירעון בעתו עשויה לשמר את ערכו הכלכלי של רכוש החייב שעוד נותר ולהצילו מפני כיליון. חברות רבות הנתונות בקשיים פונות כיום לבתי המשפט בבקשה לפתוח הליך הבראה עבורן. מבחינה מעשית ייפתח הליך הבראה, כמעט בכל המקרים, ביוזמתו של החייב המגיש לשם כך בקשה לביהמ"ש (ס' 350 לחוק החברות). משהוצעו פשרה או הסדר, החברה, נושה או בעל מניה בה רשאים לבקש מביהמ"ש להורות לכנס אסיפות לפי עניין. לשם פתיחת תהליך ההבראה ס' 350 לחוק דורש כי הבקשה תוגש מש"הוצעו פשרה או הסדר"- שפורשו בפסיקה כמחייבת הצגת תוכנית הבראה בשלב הגשת הבקשה לפתיחת הליך (תקנה 38(3) לתקנות ההבראה. תקנה 42(א) מסמיכה את ביהמ"ש לדחות את מועד ההגשה ב-30 ימים בכל פעם ובלבד שהתוכנית תוגש לא יאוחר מ-120 ימים לפני תום המועד המרבי שנקבע לצו הקפאת הליכים בחוק). המחוקק שותק ואינו מפרש באיזה שלב בחייה של חברה ובאיזה מצב כספי ניתן לבקש את הבראתה. תקנות ההבראה מורות כי המבקש מבימ"ש לנקוט מהלך של הבראת החברה יפרט שורה ארוכה של פרטים אודות החברה.

* תיאור עסקי של החברה, תחומי פעילותה, התפלגות ספקיה ולקוחותיה וגורמי סיכון הייחודיים לענפים בה היא פועלת.
* תיאור השולט בחברה, שיעור החזקותיו ותחומי פעילותו בחברה ומחוצה לה.
* תיאור נושיה המהותיים של החברה ונושים שהם גם בעלי מניות בה.
* פירוט תזרים המזומנים הצפוי לחברה בתקופת הליך הבראתה.
* תוכן תכנית ההבראה המוצעת ופרטים נלווים כגון תיאור ביטחונות וערובות, הערכת עלויות וסכומי תשלום בעד שירותים הכרוכים בגיבוש התכנית וביצועה, הנתונים וההערכות שעליהם תוכנית ההבראה מתבססת.
* פירוט כל המוצע לנושים השונים בתוכנית ההבראה והשפעת המוצע על זכויותיהם המקוריות, לרבות ציון הסכומים שהנושים לסוגיהם היו מקבלים לו החברה הייתה נקלעת לפירוק.
* עמדת הנושים המהותיים כלפי הבקשה האמורה.
* כל מידע מהותי נוסף באשר לתכנית ההבראה.

לחייב אינטרס לפתוח הליכי חדל"פ:

* למנוע מנושים אחרים לרדת לנכסי החברה- צו הקפאה יקפיא את הנושים הישנים ויאפשר קבלת הלוואות חדשות.
* כניסה להליך עשויה לתת להם פטור מערבויות אישיות.
* הפטר במסגרת פשיטת רגל.

החסרונות של פתיחת הליך:

* ירידת האמון של השוק בחברה- ירידת ערך החברה.
* איבוד השליטה על החברה.
* בחייב יחיד- הגבלות, פגיעה במוניטין ובמעמד.

**בפשיטת רגל**- החוב צריך להיות יותר מ- 16,490 (כשהחייב פותח לעצמו) והחייב צריך לטעון כי אינו יכול לשלם את חובותיו. מטרת ההליכים היא להגן על החייב ולכן קיימת דרישת תו"ל. בנוסף מנסים לשקם את החייב. הגישה החדשה אומרת כי גם במידה והחייב אינו תם לב נקל איתם את ההליך כדי שיוכלו להשתקם ולהשיב את הכסף, אך נמנע מהם את ההפטר וההטבות.

ככל שניתן לדייק יותר ולהכניס את החברה להליך הבראה סמוך להתהוות קשייה הכספיים תגדל יעילותו של ההליך המשפטי. שני חששות מנוגדים עלולים להתעורר:

* חשש מפני פתיחה מוקדמת מידי של הליך קיבוצי- כדי להתגונן מפני נושה נוקשה או אפילו משיקולי נוחות אנוכיים לחלוטין החברה עלולה להחליט כי ברצונה לבקש מבימ"ש להיכנס להליך קיבוצי ולארגן מחדש את מערך חובותיה והונה. ההליך הקיבוצי מסיר מעליה את הלחץ של נושיה, שכפופים להקפאת ההליכים. החשש הוא כי החברה תיזום צעד כזה אף אם מצבה הכספי אינו דורש זאת לפי שעה. אמצעים אפשריים להרגעת החשש:
* הצבת חדלות פירעון או היעדר נזילות כתנאי סף להגשת בקשת הבראה.
* דרישת תו"ל בהגשת בקשת הבראה.
* הטלת אחריות אישית על נושאי המשרה של החברה בגין בקשות סרק.
* אמצעים חוזיים תאגידים המאפשרים לנושה לשלוט בפתיחת הליך חדלות הפירעון.

בישראל אחת התוצאות המיידיות של מתן צו לפתיחת הליך הבראה היא חילופי בעלי תפקידים בחברה. דירקטוריון יודע כי בפנותו לביהמ"ש בטרם עת ובבקשתו לפתיחת הליך קיבוצי הריהו חותם לעצמו על מכתבי הפיטורין. לא סבירה ההנחה כי דירקטורים יחליטו להקריב את כהונתם האישית על מזבח מהלך טקטי מיותר, שכל תכליתו להשהות מעט הליכי אכיפה של נושה זה או אחר.

* חשש מפני דחייה ממושכת מדי של ההליך הקיבוצי- בזמן כל הליכי ההצלה שחברה עשויה לנקוט, היא נותרת חשופה לגבייה יחידנית מצד נושים נוספים. פעולות גביה כאלה ובהן הטלת עיקולים או מינוי כונס נכסים עלולות לשבש את כל ההתנהלות העסקית של החברה ולסחררה לקראת התרסקות כלכלית סופית. בתנאיי המצוקה הכספית שהחברה שרויה בהם אין לקברניטיה השקט הדרוש לשם קבלת החלות עסקיות שקולות ומדודות. דחית הליך ההבראה והותרת החברה במשטר גביה יחידני מביאות אפוא לעיתים לידי תוצאות כלכליות הרסניות אשר יכרסמו עוד יותר בערכה הכלכלי של החברה. אמצעים אפשריים להרגעת החשש:
* הותרת הנהלת החברה על מכונה בזמן קיומו של הליך ההבראה- זהו תמריץ חיובי.
* הטלת אחריות משפטית בגין דחיית פתיחת הליך חדל"פ של מי שגרם לדחייה זו- יש בישראל ביטוי מסוים להטלת אחריות על מנהלי חברות שהמשיכו את ניהול עסקי החברה כשכבר הייתה נתונה בקשיים כספיים ונמנעו מלהכניסה לטיפול משפטי באמצעות הליך קיבוצי. בסיס האחריות הוא "ניהול חברה במרמה" לפי ס' 373 לפקודת החברות הקובע כי בימ"ש רשאי להצהיר כי כל נושא משרה שלה שהיה ביודעין שותף לניהול העסק יישא באחריות אישית ללא הגבלה לחבויותיה של החברה, כולן או מקצתן. זאת כאשר נסיבות הימנעות מכניסה להליך קיבוצי הייתה כרוכה בטובת הנאה אישית למנהל. ב**פס"ד ארנרייך**- הוטלה חבות אישית על מנהל חברת כוכב השומרון בגין אחריותו להמשך ניהול עסקי החברה והתקשרויותיה החוזיות עם רוכשי דירות חדשים, לאחר שהחברה כבר נקלעה לקשיים כספים. עניינו האישי של מר ארנרייך היה שלצד כהונתו בחברת כוכב השומרון ניהל גם את חברת "בית ונחלה" שעסקה בתיווך עסקאות נדל"ן ואשר הייתה בשליטה מלאה שלו ושל אשתו. על כל התקשרות חדשה דרך חברת בית ונחלה היא נהנתה כמתווכת. ביהמ"ש ראה אותו כמונע מטובת הנאה כלכלית אישית. גם הימנעות מכניסה להליך חדל"פ לנוכח חובותיה של חברה והעברת כספים בה בעת ע"י המנהל ובעל השליטה בה לפירעון הלוואת בעלים יימצאו בנסיבות שבהן המנהל מפר את אחריותו כלפי החברה, ובעקיפין כלפי נושיה. הטלת אחריות בשל אי פתיחת הליך משפטי רישמי עלולה ליצור אוירה נוקשה ולהרתיע מנהלים מוכשרים מלכהן בתפקידים בכירים (הרתעת יתר). בנוסף, קיים קושי מעשי של הדירקטורים לזות את הרגע הנכון שבו חברה הופכת לחדל"פ. הטלת אחריות משפטית לא תוכל לכוון את הדירקטורים כראוי ואף עשויה להזיק יותר מלהועיל. **התוצאה היא הטלת אחריות אזרחית לכל חובות החברה, אחריות פלילית ואחריות אישית.** לפי ס' 374- אם בזמן פירוק של חברה התברר כי נושה משרה בה, מפרק או כונס השתמשו שלא כהוגן בכסף או בנכס של החברה, ביהמ"ש רשאי לחקור ולכפות החזרה של הכסף או הנכס בצירוף ריביות או פיצוי כפי שיראה לנכון.

המדיניות המשפטית הראויה היא לצמצם ככל האפשר את פער הזמנים שבין זיהוי המצב הכלכלי של חדל"פ לבין התגובה המשפטית הראויה. המועמד הטוב ביותר לזהות את הקיים של החייב הוא החייב עצמו. כאשר מדובר בחייב תאגידי יהיו אלו נושאי המשרה בחברה אשר יזהו ראשונים את קשיי הכספיים. על המשפט לעצב כללי אשר יעודדו כראוי את נושאי הנשרה להתכבד וליזום הליך חדל"פ סמוך לאחר כניסת החברה לקשיים כספיים. עלולים להתעורר חששות מנוגדים: מצד אחד החשש מפני פתיחה מוקדמת מידי מאידך חשש מפני דחיית פתיחת הליך ההבראה. בשיטת משפט שבה הנהלת החברה ממשיכה לשבת על כסאה כבעבר גובר החשש מפני פתיחה מוקדמת מידי של הליך הבראת החברה וניצולו לרעת נושים. לעומת זאת בשיטת משפט בה נושאי המשרה מסיימים את תפקידם בפתיחת ההליך ומעבירים את השליטה בחברה לידי בעל תפקיד חיצוני יתהפכו היוצרות ויהא חשש לדחייה לאין קץ של פתיחת ההליך.

**עיכוב הליכים**

משנפתח ההליך מעוכבים ההליכים השונים התלויים ועומדים כנגד החייב. עיכוב הליכים הוא סעד ראשוני וחיוני בכל הליך של חדל"פ, זהו האמצעי המנתב את הנושים השונים לזירה המשפטית הקיבוצית. בלעדי סעד זה יקשה לקדם מהלך קיבוצי בקרב כלל הנושים. קיימת יכולת לנצל סעד זה כנגד הפתעות בלתי רצויות מצד נושים המתנגדים למו"מ ההולך ונרקם בין החברה לנושיה. הוא מונע בעד נושים המתנגדים לפעול על דעת עצמם ולתקוע טריז אשר יסכל את תוכנית ההבראה הרוקמת עור וגידים. בפשיטת רגל חל עיכוב הליכים עד קבלת צו הפטר (בהליכי פשיטת רגל יש רצון לתת לחייב אפשרות לפתוח דף חדש, לא ראוי שחובותיו יירדפו אותו כל חייב, לא נותן תמריץ להמשיך לעבוד, לכן לאחר שמשלם חלק מחובו כפי שנקבע לא ניתן לפנות אליו עוד), בפירוק עד סיום פירוק החברה ובהבראה עד אישור תוכנית ההבראה.

צו זה חל על הליכי הוצל"פ. **בהליכים אזרחיים**- הכלל הוא כי תביעות אזרחיות מטרתן להשיג כסף ולכן הם מעוכבים. החריג לכך הוא תביעת נזיקין כיוון שהחוב הינו מורכב ולא קצוב, ולכן אין סיבה שבעל התפקיד יברר את החבות הנזיקית לכן ניתן להמשיך לתבוע את החוב. **בהליכים פליליים**, לעומת זאת נקבע כי אינם מעוכבים. האינטרס להמשיך לקיים את ההליך הפלילי הוא הרתעה, קיום שלטון החוק ואכיפה שוויונית. קיים קושי בניהול הליך פלילי בחברה בחדל"פ. הכסף בסופו של דבר נלקח מהנושים- שנענשים על משהו שלא ביצעו. לעיתים בעלי המשרה שגרמה לעבירה בחברה מתחלפים, אך לפי תפיסת האישיות המשפטית הנפרדת אנו נגיש כתבי אישום נגד החברה, בפועל העונש ינוכה מהנושים במקרה של פירוק. בפשיטת רגל כשאדם ביצע עבירה הרבה יותר פשוט להמשיך את ההליכים נגדו- אין הפטר וניתן לתבוע אותו בעתיד.

יש לעשות הבחנה בין קנס שניתן לפני חדל"פ ונכנס לרשימת חובות החברה והוא חוב בר תביעה רגיל שאין עליו הפטר (ס' 69 לפקודת פשיטת הרגל קובע כי אין הפטר על קנס פלילי. מוחל על חברות גם אך אין לזה משמעות כי החברה נעלמת) לבין קנס שיינתן לאחר חדל"פ ויכול להיחשב להוצאות פירוק שיקדמו לכל הנושים. ב**פס"ד תורג'מן**- ביהמ"ש אומר כי יש שק"ד לרשויות במס' צמתים, למשל בשאלה האם כלל יש להגיש כתב אישום- יש לבחון את חומרת העבירה, בנוסף יש סמכות לעיכוב הליכים פליליים לבקשת הנאשם מסיבות שונות. דרך אחרת היא בגזר הדין- לתת קנס מזערי כך שלא יפגע בנושים.

**בהליכים מנהליים**, של המדינה במסגרת חדל"פ, נקבעה הלכה כי אין עיכוב, אך עדיין על ביהמ"ש לקחת בחשבון כי החברה בחדל"פ. ב**פס"ד תעשיות אלקטרו כימיות**- חברה שנמצאת בחדל"פ ומזהמת את הקרקע, האם המשרד להגנת הסביבה רשאי להטיל עליהם צו להפסקת הזיהום וניקיון? האם יש בכך טעם ועל מי תוטל העלות? ב**פס"ד בטר פלייס**- דובר על צי מכוניות שחיכו להימכר ובשל הליכי הקפאת הליכים אל הוצאו מהמחסנים בזמן. הוראה של משרד התחבורה אומרת שאי אפשר למכור מעל ל12 חודשים ממועד הייצור. ביהמ"ש עיכב את ההליכים המנהליים. ב**פס"ד רשם הקבלנים**- הרשם רצה להוריד את הדירוג של חברת קבלנים שהייתה בחדל"פ בלי אישור ביהמ"ש, ביהמ"ש קבע כי במקרה הזה הוא השתמש בסמכותו מכח העילות האחרות ולא מכח עילת חדל"פ ולכן אין לעכב את ההליכים. **יש שיקולים ציבוריים להמשיך בהליכים מנהליים.** **במקרה אחר** בו רשות ני"ע כרגולטור, דרשה דיווחים והיה עיכוב בהמצאת הדיווחים, הנאמן רצה למנוע את הדיווחים. ביהמ"ש קבע בניגוד לעמדת הרשות כי אין צורך בדיווחים, הרשות ניסתה להגן על ציבור בעלי המניות, השותפים להליכי החדל"פ, הליך חדל"פ נותן בעצמו הגנה לצדדים בו ולכן אין בכך צורך. כיוון שהופסק המסחר אין צורך בדיווחים נוספים. אם נגן על ציבור בעלי המניות זה יהיה על חשבון הנושים.

נושה מובטח- סעד זה נועד לעצור את הגבייה הנפרדת של כל נושה מן החייב. עיכוב הליכים כופה על הנושה מערכת יחסים משפטית קיבוצית שבה הנושים פועלים כמקשה אחת ביחסיהם עם החייב ולא כיחידות משפטיות נפרדות. המשטר הקיבוצי נועד להגשים פירעון חובות ע"פ סדרי העדיפויות הקבועים בדין. לשם כך, המשפט נדרש לעצור תחילה כל נושה ולמנוע ממנו המשך גבייה עצמית אשר אינה מתחשבת במעמדו היחסי בסולם בעלי החוב. התכלית השנייה של המשטר הקיבוצי היא למנוע גבייה מהירה מידי העלולה לפגוע בערכה הכולל של קופת החייב ולדלדלה יותר, מכך ייפגעו החייב ושאר הנושים.

בס' 20 לפקודת פשיטת הרגל ובס' 267 לפקודת החברות מעגן המחוקק את **העיכוב**. לעומת זאת בס' 350(ב) לחוק החברות המחוקק מסמיך את ביהמ"ש לצוות על **הקפאת הליכים** בצו המופנה כלפי נושי החברה הנתונה בהליך הבראה. מעת מתן צו הכינוס במקרה של פשיטת רגל ומעת מתן צו פירוק בהליך של פירוק חברה **מעוכבים** כל ההליכים התלויים ועומדים בין החייב חדל הפירעון ובין נושיו. **נושה מובטח אינו מעוכב בפשיטת רגל ופירוק והוא זכאי להמשיך להיפרע מן החייב באמצעות מימוש הבטוחה העומדת לרשותו, בהתעלם מעיכוב ההליכים.** ס' 20(ב) לפקודת פשיטת הרגל אומר כי אין בהוראות הסעיף בכדי לגרוע מכוחו של נושה מובטח, הפסיקה החילה הוראה זו אף במקרים של פירוק חברה מכח ייבוא הדינים הכללי שבס' 353 לפקודת החברות (אין לכך התייחסות ספציפית בחקיקה). לעומת לשון החוק בפשיטת רגל ופירוק חברה, בהבראת חברה החוק נוקט לשון הקפאת הליכים ולא עיכוב. הקפאת הליכים נחרצת יותר מעיכוב הליכים בהיקף הנושים הכפופים לסעד. בהבראת חברה הקפאת ההליכים מעכבת את כל נושי החברה, מובטחים ושאינם מובטחים.

ס' 350(ו) מסמיך את ביהמ"ש להתיר לנושה מובטח לממש את בטוחתו אם השתכנע ביהמ"ש כי **לא הובטחה לנושה המובטח הגנה הולמת לזכויותיו בבטוחה זו אם או השתכנע שמימוש הבטוחה לא יפגע בגיבוש תכנית ההבראה ובאישורה** **(נכס שאינו חיוני להבראת החברה)**, מכאן כי נושה מובטח כפוף גם הוא להקפאת ההליכים. בפשיטת רגל ופירוק הנחת המוצא של המחוקק היא כי ההליך נועד לממש את נכסי החייב לשם פירעון לנושיו, כלומר הגשמת סדרי העדיפות בין הנושים. לעומת זאת בתהליך הבראה סעד הקפאת ההליכים מגן על דתי תכליות, גם הגשמת סדרי העדיפות וגם שימור נכסי החברה יחדיו לשם הפעלתם, השאת ערכם והבראת החברה בעקבות זאת. מימוש נכסים שבידי החברה מנוגד לתכלית זו וחותר תחתיה.

* המחוקק האמריקני מחיל את סעד עיכוב ההליכים על כל נושי החייב בלא יוצא מן הכלל. הטעם הוא שגם בהליך למימוש נכסים עלול להיווצר פער בין טובתם הפרטית של הנושים המובטחים המממשים לבדם את בטוחותיהם לבין טובת כלל הנושים והחייב כאחד.

בעיית הנציג שבין נושה מובטח לבין יתר נושי החייב והחייב עצמו באשר למימוש הבטוחה עלולה להופיע כל אימת שערך הבטוחה גבוה משיעור חובו של הנושה המובטח. בעניין זה צומצם הפער שבין שיטת הפסיקה הישראלית לאמריקאית ב**פס"ד גרבש**-נדרשה השופטת אלשיך לבעיית הנציג במימוש בטוחות ע"י נושה המובטח ביתר. אלשיך קבע כי גם בפשיטת רגל יידרש נושה מובטח המבקש להמשיך במימוש בטוחותיו באמצעות הוצל"פ לבקש היתר להמשך המימוש מביהמ"ש המרכז את תיק פשיטת הרגל של החייב. כאשר הצהרת הנושה- מבקש מלמדת כי הוא מבוטח ביתר יוכפף הליך מימוש הבטוחה בהוצל"פ לפיקוחם המלווה של הנאמן בפשיטת הרגל והכונס הרישמי. ביהמ"ש עדיין מחיל מנגנון בקרה שנועד להתריע בפני בזבוז המשאבים שבו עלול ללקות מימוש בטוחה הנשלט ע"י הנושה המובטח לבדו. **בישראל,** נק' המוצא היא כי גביית חוב של נושה מובטח באמצעות מימוש בטוחתו מותרת אלא אם כן היא נאסרה במפורש ע"י ביהמ"ש. על כן הנטל לפנות לערכאות ולבקש את עיכוב מימוש הבטוחה או פיקוחו מוטל על החייב ויתר הנושים או על בעל התפקיד המייצג את עניינם.

סעד הגנה הולמת- במהלכו של הליך חדל"פ זכויותיו של נושה עלולות להישחק ולהיפגע מבחינה כלכלית. כל עוד צו עיכוב ההליכים תקף הנושה המובטח נותר "נושה בעל כורחו". הנושה זקוק להגנה מפני ירידת הערך האפשרית אשר מצויה כאמור בס' 350(ו) לחוק החברות. הס' אומר כי ניתן צו להקפאת הליכים, ביהמ"ש רשאי להתיר:

* לבקשת נושה מובטח- לממש נכס המשועבד לו.
* לבקשת נושה שהוא בעל שעבוד צף- לגבשו.
* לבקשת נושה שהוא בעל שעבוד צף שגובש- לממש נכס אחד או יותר.

כל זאת נוכח כי לא הובטחה הגנה הולמת לזכויותיו של הנושה בנכס. המונח הגנה הולמת יובא ע"י המחוקק הישראלי מדיני חדל"פ האמריקאים. סעד ההגנה ההולמת מעגן את זכויות הנושה המובטח בנוגע לנכס המשועבד לו: הנושה אינו זכאי לשמור על זכויות בנכס בעין, אולם הוא זכאי להגנה על שוויו הכלכלי של הנכס. סעד זה נועד למתן את המתח המובנה הקיים בין ושים בעלי עדיפויות שונות. למרות זאת סעד זה כמעט ואינו בא לידי ביטוי בפסיקה. שוני זה נובע מן ההבדל המעשי שבין ניהול הליך חדל"פ בישראל לזה שבארה"ב. בארה"ב עיכוב ההליכים נכנס לתוקפו משהגיש החייב למזכירות ביהמ"ש את בקשתו לפתיחת הליך חדל"פ. לעומת זאת בישראל עיכוב ההליכים הוא תוצר שיפוטי. בהבראת החברה שבה מעוכבים גם נושים מובטחים אין עיכוב הליכים בלא החלטה מפורשת בנדון של ביהמ"ש. בנוסף, בישראל התפתחה מעין תורה שבע"פ בפסיקת ביהמ"ש המחוזיים לפיה הליכי הבראת חברות ייפתחו כעניין שבשגרה רק בתמיכתם של הנושים המובטחים. משכך פוחת מאליו הצורך בסעד ההגנה ההולמת.

**תיקון 19** טיפל בנושא ההגנה ההולמת, וניסה להנגיש אותה לביהמ"ש כדי שישתמש בה יותר וכך הרחיבו לעוד מקרים של התנגשות בין הנושים המובטחים בחברה. החוק לפני כן דיבר רק על פשרה או הסדר ועל האפשרות להקפאת הליכים, התיקון נכנס גם לשימוש בנכסים משועבדים ומתן אשראי חדש. נקבע כי תנאי לקבלת הגנה הולמת הוא שמישהו צריך להוכיח פגיעה בתום הליכי ההבראה. ניתן להוכיח זאת בשני דרכים: (1) להראות כי הוא באמת יפגע מתהליכי ההבראה ע"י ירידת ערך הנכס בסוף הליכי ההבראה. (2) עלייה בגובה החוב בשל ריבית שלא ניתן יהיה לפרוע אותה (בארה"ב הוחלט כי ההגנה ההולמת לא צריכה לשקף ריבית, בארץ עוד לא הגיע לביהמ"ש). יש להבטיח כי הנושה יוכל לקבל את ערך החוב ולא ערך השעבוד.

הייתה מחלוקת לגבי **מהו שוויי הנכס?** נקבע לפי ערך פירוק, ערך מימוש כפוי, זהו הערך הנמוך ביותר (במקרה של מכירת הנכס- אפשרי בשעבוד צף- נקבע חריג בה קובעים לא לפי ערך פירוק אלא ערך מכירה שמשקף מכירה רגילה). הרציונאלים לקביעת ערך פירוק:

* סתירת הרציונאל למתן הגנה הולמת- תנאי להגנה הולמת הוא שהנושה המובטח אומר כי כתוצאה מהבראה החוב המובטח יפגע, ועכשיו הוא מבקש ערך של עסק חי. יש כאן סתירה.
* איזון מול נושי תקופת ההקפאה- מי שמשפר את הנכס, נותן אשראי חדש, זכאי לקבל את הפירות. יש אולי חוסר צדק בכך שהנושה המובטח זכאי לערך הנכס בפירוק.
* מסננת להבראות יעילות- יכניס כסף רק אם ההבראה יעילה, אם הכל היה הולך לנושה הקודם, לא היה נכנס מימון חדש.
* הנכס נותר בחברה להבדיל ממכירה או שעבוד.

אמצעים כלכליים לסיפוק הגנה הולמת:

* תשלום במזומן, ביטוח או ערבות- חרף השימוש המועט בסעד ההגנה הולמת בבתיה משפט בישראל, עדיין תיוודע חשיבות לסעד זה בנסיבות בהן ישתמש ביהמ"ש בסמכותו ע"פ חוק לצוות על הבראת החברה שלא על דעת הנושים המובטחים או שלא על דעת אחדים מתוכם. החייב עשוי לשלם כסף מזומן בשיעור הפיחות הצפוי בערך הבטוחה, לשעבד לטובת הנושה נכס נוסף או חלופי, לרכוש לטובת הנושה ביטוח לערך הבטוחה, או להעמיד לטובת הנושה ערבות של צד שלישי. חלופות תתאפשרנה כאשר החייב ישכיל בפתח הליך חדל"פ לגייס מימון בשיעור שיאפשר לו להוציא כספים לשם מתן הגנה הולמת לנושה מובטח.
* יתרת שווי הבטוחה- ניצול עצם קיומה של יתרת שווי בבטוחה, העודפת על שיעור החוב המובטח. יתרת שווי בבטוחה עשויה להקל על החייב לספק הגנה הולמת לנושה המובטח באמצעותה. נושה אשר שווי בטוחתו נמוך משיעור חובו אינו זכאי בשל כך בלבד להגנה הולמת, כל עוד לא הוכח ששווי בטוחתו צפוי לפחות במרוצת הזמן.

קיימים נושים אחדים מבוטחים ולא מבוטחים כאחד אשר בתי המשפט מאפשרים להם להימלט מזרועות עיכוב ההליכים:

* סעדים חוץ שיפוטיים- ס' 350(ח) לחוק החברות מגדיר את המושג הליך לרבות הליך הוצל"פ. הפסיקה קבעה כי הליך משמעו פעולה או סעד המערבים החלטה של רשות שיפוטית, וכי ס' 350 מכוון להליך שיפוטי ולא לצעד משפטי חד צדדי אוטונומי. פרשנות זו מאפשרת אפוא לנושים להפעיל סעדים מוכרים עצמאיים וחד סטריים באופיים. כל פעולה או סעד שאינם דורשים מעורבות שיפוטית אינם בבחינת הליך ולפיכך אינם מעוכבים על מפתן הליך ההבראה:
* קיזוז חיובים- פעולה לסילוק הדדי של חיובים כספיים. אם שני צדדים לעסקה אחת חבים זה לזה סכום כספי מתוך עסקה זו והגיע מועד לקיום החיובים האמורים, רשאי כל צד לקזז את חיוביהם ההדדיים במשלוח הודעה לצד האחר. ס' 53 לחוה"ח מאפשר את פעולת הקיזוז כפעולה חד צדדית בהיעדר הסכם קיזוז בין הצדדים. כאשר יש הסכם קיזוז יפעלו על-פיו. חיובים כספיים ניתן לקיזוז אף אם הם נובעים מעסקאות שונות, אם הם קצובים. הקפאת ההליכים לא תעכב בעד נושה כאמור לקזז את חיוביו ההדדיים, כך עולה מפרשנות ביהמ"ש למונח "הליך". לעומת נושים אחרים של החברה, לרבות נושים מובטחים, אשר כפיפותם לעיכוב ההליכים תכלול אותם בתכנית הבראה קיבוצית, ייפרע הנושה המקזז לאלתר במלוא חובו בר הקיזוז. כאשר ייווכחו נושים שונים כי נושים שחוותיהם בני קיזוז כבר נפרעו בלא צורך להתפשר תפחת נכונותם להתפשר בעצמם.
* ביטול חוזה שכירות והשבת המושכר- כאשר חוזה מופר זכאי הצד הנפגע להשתמש בכל הסעדים העומדים לרשותו (לפי חוה"ח: אכיפה, פיצויים וביטול חוזה). ביטול חוזה אף כרוך בחובת השבה הדדית בין הצדדים. סעד האכיפה וסעד הפיצויים דורשים מן הנפגע לפנות לביהמ"ש אך סעד הביטול לעומתם הינו סעד עצמי, כל שנדרש הוא משלוח הודעת ביטול לצד המפר. לפי פרשנות בתי המשפט המחוזיים יוכל הנפגע לבטל את החוזה ולדרוש את השבת הנכסים שמסר לידי החברה כחלק מקיום החוזה. המשכיר יוכל לבטל את החוזה ולדרוש מן החברה את פינוי המושכר והשבתו.
* עיכבון- סעד ע"פ דין המזכה נושה המחזיק בנכס של חייב לעכב אצלו את הנכס האמור עד שהחייב יפרע לו את חובו (ס' 11(א) לחוק המיטלטלין). העיכבון הוא קלף מיקוח בידי הנושה. בהנחה שהחייב מעוניין לנצל את השווי הכלכלי הגלום בנכס המעוכב, הוא יידרש לשלם תחילה לנושה את החוב. טרם פירעון החוב, הנושה המעכב יוסיף להחזיק בנכס. צו הקפאת הליכים לא יסייע לחברה להוציא את הנכס המעוכב מידי הנושה, זולת אם תשלום לו את חובו.
* תנית שימור בעלות- ב**פס"ד קידוחי צפון**, ספקים המוכרים לחברה נכסי מיטלטלין באשראי נוהגים להתנות בהסכם ביניהם על מועד העברות הבעלות בממכר. בתניה החוזית נקבע על-פי רוב כי הבעלות בממכר תעבור לידי הקונה רק בגמר תשלום תמורת הממכר. כך נמצא שכאשר החברה הקונה נקלעת לקשיים כספיים בטרם הספיקה לשלם את תמורת הממכר זכאי הספק להשיב לעצמו את הממכר, בהיות הממכר בבעלותו. ביהמ"ש פסק שיש לכבד את תנית שימור הבעלות כפי שהיא. ספק המשיב את הממכר לידיו אינו נוגס בנכסי החברה כלל ועיקר, אלא נוהג מנהג בעלים. צו הקפאת הליכים יעכב את יתר הנושים מלגבות מן החברה אך לא את הספק.

קיימת פסיקה של השופטת אלשיך בה היא אומרת שמעוכבים גם הליכי קיזוז ועכבון.

עיכוב הליכים כלפי צדדים שלישיים- נכסי צד שלישי אשר חייב אף הוא חבות כספית לאחד מנושי החייב חדל הפירעון, אינם צריכים להיות חסינים מפני נטילה ושימוש. לעיתים צדדים שלישיים חבים כלפי אחדים מנושי החברה.

* ערבות של בעל מניות עיקרי או מנהל החברה- הבנקים המלווים מקפידים לדרוש חתימת ערבות אישית של אחד ממנהלי החברה או מבעלי מניותיה העיקריים כתנאי להסכמתם להלוות. דרישה זו באה בתגובה לאישיות המשפטית הנפרדת של החברה והאחריות המוגבלת של בעלי מניותיה. זהו מענה חוזי מקובל בשוק שמטרתו ריסון בעלי המניות מפני ניווט החברה להסתכנות יתר. זו בעצם התניה חוזית על עקרון האחריות המוגבלת, ההופכת את בעל המניות לרגיש להפסדי החברה. חברות לוות רבות הן לקוח חדש של הבנק המלווה, בלב זה אין לבנק מידע פרטי אודות עברה של החברה ואיכותה כלווה. בנסיבות כאמור, לא פעם יבקש הבנק להסתפק בתחליף נוח והזמין של ערבות אישית במקום לימוד דקדקני של עסקי החברה וייתכנותם הכלכלית.

יש הטוענים כי בעל מניות הערב אישית לחובות החברה עודנו מוגן מפני כילוי נכסיו. ההגנה תבוא לידי ביטוי באמצעות צו הפטר שיקבל בעל המניות כאמור אם וכאשר ייקלע לחדלות פירעון וייפתחו הליכי פשיטת רגל בעניינו. מצד אחד הערבות האישית חושפת בעלי מניות לאחריות אישית לחובות החברה. חובות אלה עלולים להיות בשיעור גבוה יחסית להונו האישי של בעל המניות ולחושפו לסיכוני חדל"פ אישיים. מצד אחר, הגנת בעל המניות באמצעות הליך פשיטת רגל אישי אינה חלופה מושכת, עקב העכבות המשמעותיות שחייבים חשים כלפי ההליך האמור. האן טוען כי ניתן לאזן בין הגורמים האמורים באמצעות איחוד הדיון בחדל"פ של החברה החייבת ובין הטיפול בקשייו הכספיים של בעל המניה שערב לחובותיה- כך עיכוב ההליכים המורחב יגונן אף על בעל המניה הערב.

* ערבות בנקאית עצמאית לטובת נושה של החברה- רבים מבקשים להימנע מההיזקקות לבתי המשפט. הם מבקשים לגונן על עצמם מפני אי קיום החוזה באמצעות עירובו של צד שלישי, אשר לרוב הוא תאגיד בנקאי, החותם על התחייבות לשיפוי צד לחוזה החושש מפני הפרה. התחייבות זו מנותקת מגורל החיוב הבסיסי שלפי חוזה היסוד. צד לחוזה אשר נפגע מהפרתו ואשר דאג להוצאת התחייבות לשיפוי לטובתו בשלב כריתת החוזה, יפנה לבנק המתחייב וידרוש ממנו לממש את התחייבותו. התחייבות זו תפצה לרוב את הצד הנפגע על נזקיו ותשמש מבחינתו תחליף מהיר וזול לדיון משפטי בהפרת החוזה. התחייבות בנקאית לשיפוי משמשת חברות בנייה רבות כאמצעי הביטחון שהן מספקות ללקוחות המתקשרים עמן בחוזה לרכישת דירה. אמצעי ביטחון זה הוא אחד החלופות הנדרשות בחוק המכר (דירות). רבות מן הערבויות וההתחייבויות לשיפוי אינן ניתנות להבטחת חובת תשלום, כי אם להבטחת התחייבות לבצע מלאכה או שירות. פנייתו של הנפגע מהפרת החוזה למימוש הערבות או ההתחייבות לשיפוי היא הכרזה משתמעת מצידו כי הוא בוחר למצות את זכויותיו כלפי הצד המפר. זו בעצם בחירה בפיצוי כספי במקום אכיפה חוזית. כאשר מדובר בפירוק, אין לבחירה זו של הנפגע השפעה של ממש על ההליך הקיבוצי, שכן החברה אינה מתעדת לקיים את חיוביה החוזיים. לכשישלם הערב או המשפה לנפגע יהפוך המשלם לנושה החליפי של המפר חדל הפירעון. המשפה יורש את הזכות לגבות מקופת הפירוק את שהיה זכאי לגבות קודם לכן הנפגע מהפרת החוזה. הדברים שונים כאשר מדובר בהליך הבראה, בנסיבות הללו מימוש הערבות עלול לחתור תחת הליך ההבראה כולו. מימוש הערבות או ההתחייבות לשיפוי משנה את אופי התביעה המופנית כלפי קופת החברה. זכות זו עלולה לסכל את האפשרות לפעול למען שיקום המערך העסקי של החברה. הבנק שישפה את רוכשי הדירות יתבע את החברה בתביעה כספית מכח דין, התחייבות כספית זו תכביד על החברה מחד גיסא, ומאידך רוכשי הדירות ששופו לא ישלמו עוד את יתרת התמורה החוזית שלה ציפתה החברה.

**עיקרי יסוד בפירעון חובות**

המשפט בישראל כמו גן שיטות משפט רבות בעולם מאמץ שני עיקרים החולשים על סדר פירעון החובות לנושים ומשלב ביניהם: עיקרון השוויון ועיקרון העדיפות המוחלטת. לפי **עקרון השוויון** נושים לא יועדפו זה מזה בפירעונם, כי אם יפרעו באופן יחסי שווה (ס' 76 לפקודת פשיטת הרגל). כל נושה ייפרע באופן יחסי לשיעור חובו. **עקרון העדיפות המוחלטת** קובע כי כאשר יש לחייב שני נושים או יותר ואחד מהם נהנה מעדיפות בפירעון לעומת זולתו, עדיפות זו היא מוחלטת, כלומר הנושה העדיף זכאי להיפרע במלוא חובו תחילה טרם יפרע הנושה שלאחריו. אחד ממפתחות הדירוג הוא **קדימה בזמן של חוב** אחד לעומת אחר. קדימה היא המפתח לקביעת העדיפות בין חובות המובטחים בשעבוד. מפתח אחר מבכר חוב אחד על פני אחר על בסיס **מהות הבטוחה.** כך למשל עיכבון קודם לשעבוד. מפתח דירוג שלישי מעדיף חובות מסוימים על פני זולתם על בסיס של **סוג נושה**- למשל חוב בגין שכר עבודה לעובדים ייהנה מעדיפות לעומת חובות אחרים. סדר הפירעון הנקבע:

כל אחד מן החובות העומדים לפירעון ממוין בחלוקה ראשונית לאחת משלוש קבוצות. קבוצה אחת של **חובות המובטחים** (באמצעות שעבוד או עיכבון נכס), הקבוצה השנייה היא **חובות בדין קדימה** הכוללת אוסף אקראי של חובות נטולי מכנה משותף אשר המחוקק קבע לכל אחד מהם עדיפות פירעון לעומת החובות הלא מובטחים מטעמים שונים. הקבוצה השלישית היא **החובות הלא מובטחים**. בין שלוש הקבוצות פועל עקרון העדיפות המוחלטת. **חובות מובטחים נפרעים במלואם תחילה, אחריהם ייפרעו חובות בדין קדימה ולסוף ייפרעו החובות הלא מובטחים.**

קבוצת החובות המובטחים תיפרע בינה לבין עצמה לפי עקרון העדיפות המוחלטת, כאשר שני חובות מובטחים בשעבוד על אותו נכס ייפרע זה שקדם בזמן תחילה ורק אם יוותר שווי עודף בנכס, ייפרע ממנו החוב המובטח המאוחר בזמן. חוב המובטח בעיכבון לעומת זאת ייפרע כאמור בעדיפות מלאה לעומת חוב המובטח בשעבוד, בלא תלות במועד היווצרות הזכויות. פירעון חובות בדין קדימה- החקיקה העניקה לחובות אלה את המעמד דין קדימה ואף קבעה את סדר פירעונם הפנימי: (1) חובות לעובדים בגין שכר עבודה (2) ניכויי מס במקור שהפרישה החברה כמעביד משכר העבודה של עובדיה ואשר טרם העבירה אותם לידי רשות המיסים (3) חובות שונים: חובות מס למדינה, חובות תשלום לרשות מקומית (בהליכי פשיטת רגל גם מזונות) ודמי שכירות מקרקעין שטרם שילמה החברה למשכיר. החובות נפרעים כך שהתת קבוצה הראשונה נפרעת תחילה לאחריה השנייה ואז השלישית. אם חסרים מקורות כספיים לפרוע את כל החובות במלואם ייפרעו חברי התת קבוצה לפי עקרון השוויון. לבסוף יגיע תור קבוצת החובות הלא מובטחים להיפרע, כשהם ייפרעו בינם לבין עצמם לפי עקרון השוויון.

מגרעות הנטענות של עקרון השוויון:

* קיטוב התחרות בין הנושים לבין עצמם- הנושה יודע כי אם ימתין עד אשר ייקלע החייב לחדל"פ הוא לא יוכל לגבות את מלוא החוב וייאלץ לחלוק פירעון שוויוני עם יתר הנושים שטרם גבו, ואולם אינו יודע כמה נושים נוספים יש. פירעון שוויוני יאיץ בכל נושה למהר לגבות מן החייב לפני הכניסה להליך. התוצאה הכללית שתתקבל היא שנושים ינקטו הליכי גבייה חריפים מוקדם מן הדרוש. תחרות מואצת זו תדלדל את ערך נכסי החייב שלא לצורך ותגרום לאובדן ערך כלכלי במקום השאתו. לבעיית מרוץ הגביה ההרסני יש מענה משולב בדיני חדל"פ. כל נושה או החייב עצמו המזהה דלדול מואץ של נכסי החייב עשוי לבולמו באמצעות פניה לביהמ"ש בבקשה לפתוח בהליכים קיבוציים בעניין החייב. פתיחת הליכים כאמור תחיל את דין עיכוב ההליכים ותבלום את המהלך ההרסני. בנוסף, **דין ביטול העברת רכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון של החייב**. דין זה מאפשר לתקוף בדיעבד פירעון חוב לנושה אשר נפרע לאחר שהפך החייב לחדל פירעון.
* החלשת הפיקוח על התנהגות החייב עובר לחדלות הפירעון- הנושים חשופים לפגיעה בערך השקעותיהם הנגרמת עקב ההחלטות העסקיות שהחייב מקבל ביודעין. יש לנושים עניין לפרח על התנהלות החברה ולעקוב אחר החלטות הנהלתה מקרוב, בפיקוח שילווה באמצעי אכיפה חוזיים או על פי דין. פיקוח ואכיפה עשויים להפחית את סיכון חדל"פ של החברה. במשטר של שוויון בפירעון לנושים פוחתת ביותר נכונותו של נושה לייחד זמן ומשאבים לאיסוף מידע על התנהלות החייב ולמעקב אחריו בפועל. הנושה נושא לבדו בעלויות הפיקוח, ומתוצאות הפיקוח ייהנו כולם (בעיית הטרמפיסט).
* סבילות בפתיחת הליכי חדלות פירעון ובמהלך ניהולם- הפירעון השוויוני עלול לסכל או למצער לדחות יתר על המידה את פתיחתם של הליכי חדל"פ. השוויון דוחף נושים לגלות סבילות אנוכית ולהימנע מלנקוט פעולות חיוניות בעניינו של החייב. בהכניסו את החייב להליך חדל"פ רשמי הנושה מביא על עצמו פירעון שוויוני. לעומת זאת כל עוד לא ייכנס החייב להליך חדל"פ יוכל לנסות לגבות ממנו את מלוא החוב בלא לחלוק עם אחרים. נושים הנפרעים באופן שוויוני ידירו רגליהם מאסיפות נושים ויגלו אדישות כלפי הנעשה בהליך המוצע להם בסופו. כל נושה יסיק כי חישובי עלות- תועלת אישיים מורים לו שלא לטרוח להתייצב לאסיפות נושים.

יתרונות העדיפות המוחלטת:

* הוזלת עלויות הפיקוח הכוללות עקב יתרונות יחסיים של אחדים מן הנושים- יש נושים הנהנים מיתרונות יחסיים באשר להפעלת פיקוח על ניהול עסקי החייב. נושים אלה עשויים ליהנות מנגישות גבוהה יחסית למידע על אודות עסקי החייב ועשויים לדעת להעריך באופן מקצועי יחסית את המידע האמור. עלות הפיקוח עבורה זולה יותר מאשר עבור נושים אחרים שאינם נהנים מנגישות ומיומנות. מעצם קיום יחסים שוטפים מגוונים ומתמשכים עם חייביהם, הבנקים הם בעלי נגישות רבה למידע אודות ההתנהלות הכספית של חברות שהן מלקוחותיו. בבנק קיימות מחלקות ייעודיות המתמקצעות באשראי עסקי ובניתוח סיכוניו. בשל יתרון הגודל הבנק נהנה אף מיתרונות אכיפה זולים יחסית בהשוואה לנושים אחרים.
* הוזלת עלויות פיקוח עקב ריכוז האשראי בידי קבוצת נושים מצומצמת ומקצועית- בישראל עיקר האשראי במשק עודנו מסופק על-ידי המגזר הבנקאי. הבנקים הם הנושים העיקריים המשתמשים בשעבודים ובאמצעים דומים להשגת עדיפות פירעון. הוזלת האשראי במגזר הבנקאי עקב מתן עדיפות, מאפילה אפוא על הייקור היחסי באשראי החוץ בנקאי. התוצאה הסופית היא הוזלת העלות הכוללת של האשראי. אלא העדיפות עסקים רבים ובפרט עסקים חדשים יחסית וחברות קטנות- בינוניות היו מתקשים להשיג אשראי כלל ועיקר.
* עיצוב ההלוואה לחייב כהלוואה ריכוזית- מתן עדיפות באמצעות שעבודים הוא עצמו תורם לעיצוב הלוואה ריכוזית לחייב. מכיוון שנושה מסוים ייהנה מעדיפות בכל הנוגע לנכסי החייב, ידיר הדבר כל נושה בכח אחר מלהתקשר עם החייב ולממנו. הדרה זו היא חיובית, היא מרכזת את ההלוואה לחייב בידי נושה עיקרי, אשר יפקח על התנהלות החייב ביעילות רבה יותר. שנית, ריכוז ההלוואה האמור יפתח יחסי לווה ומלווה נמשכים בין החייב והבנק, המממן יהפוך לשותף ויועץ לחברה בקבלת החלטותיה העסקיות. שלישית, ריכוז ההלוואה אף יוזיל את העלויות המנהליות של הליך חדל"פ לכשזה כבר יתחיל.
* חלוקת משימת הפיקוח והצבת מפקחים נפרדים לנכסים שונים- חלוקה עניינית של משימת הפיקוח בין נושים שונים הנהנים מעדיפות. ניתן להפקיד בידי נושים שונים אשר יפקחו ע נכסים שונים של החייב, כל נושה יקבל עדיפות בנוגע לנכס שבפיקוחו. לפי השקפה זו כל נכס הופך למעשה למעין "מדד פירעון" נפרד לנושה. חלוקה זו של נטל הפיקוח תניב יתרונות כלכליים אחדים. היא תמקד את משימת הפיקוח של כל נושה.
* ריסון עצמי של חייב מפני מימון יתר- העדיפות תבלום מעצמה את החייב מפני העמסת התחייבויות יתר על שכמו. כל מתן עדיפות בנוגע לנכס של החייב מוריד את ערכו יחסי של אותו נכס למממנים- בכח נוספים ומרחיק אותם ממנו. לפיכך יסרב מממן חדש לממן את החייב כל עוד החייב לא יעמיד לרדותו נכס נקי מעדיפותם של נושים אחרים. כך ייווצר מאליך תהליך של צמצום יכולתו של החייב לגייס אשראי נוסף למימון פעולותיו, ויימנע ממנו להשקיע השקעות יתר.
* תגמול הנושה- המפקח בעד שירותיו- מתן עדיפות לנושה מסוים עשוי להתמודד בהצלחה עם בעיית הטרמפיסט הקיימת בפירעון השוויוני. מתן עדיפות פירעון לחובו הוא תמריץ לנושה זה לפקח לבדו פיקוח המיטיב עם כל הנשים, כלומר עדיפות הפירעון לנושה היא למעשה התשלום הכלכלי שיתר הנושים משלמים לו בתמורה להנאתם משירותי הפיקוח שנושה זה מעמיד לרשותם.

חסרונות העדיפות המוחלטת:

* העדיפות עלולה לכבול את ידי ההנהלה יתר על המידה- צמצום מספר המממנים העומדים בפועל לרשותה של חברה. בשל השעבוד מממנים בכח רבים נמנעים מלהעמיד לה אשראי לאחר שהחברה כבר לוותה ממממן אחר ושעבדה לו כנגד ההלוואה את עיקר נכסיה. המממן יוכל לשלוט בחברה כראות עיניו. נושה הוא לא בהכרח שמיא הערך המיטבי של מיזם עסקי.
* העדיפות עלולה להרדים את המפקח היעיל- מתן עדיפות לנושה מסוים יסייע בדרך זו או אחרת לבקר את פעילות החייב וימתן את הסיכונים לנושים הכרוכים בפעילותו. דווקא העדיפות המוחלטת הופכת את הנושה לשומר בלתי יעיל. משקיבל הנושה שעבוד על נכסי החייב או אמצעי עדיפות אחר הוא יודע כי אפילו ייקלעו עסקי החייב לקשיים ולא ייוותר די לפירעון מלאו החובות הוא בכל זאת ייפרע בזכות היותו נושה מועדף. הוא יכול להרשות לעצמו להפחית את עליות הפיקוח והבקרה על עסקי החייב.
* העדיפות עלולה להחצין סיכונים אל ער נושים אחרים- הפחתת תמריצי הפיקוח והבקרה עלולים לגרום למלווים המובטחים להלוות אפילו בנסיבות בהן מתן אשראי אינו מוצדק מבחינה כלכלית. בשל השעבוד המבטיח את פירעונו הבלעדי והמועדף הנושה המובטח יגלה אדישות יחסית כלפי שימושו של החייב באשראי.
* העדיפות תביא לידי דחייה מוגזמת של פתיחת הליך חדל"פ- מתן עדיפות מוחלטת לנושה משנה את התייחסותו להליכי חדל"פ. נושים רגילים אשר אינם נהנים מעדיפות יטו בשלב מסוים שבו החייב סובל מקשיי תשלום להכניסו להליך קיבוצי. לעומתם לנושה הנהנה מעדיפות פירעון לא תצמח תועלת של ממש מהכנסת החייב להליך קיבוצי, ולכן לא פעם ישקוט על שמריו ויאפשר לחייב להוסיף לפעול אף לנוכח קשייו.

הנהנים העיקריים במציאות מאמצעי עדיפות כגון שעבודים וקיזוז הם בנקים. הבנק הוא נושה המפזר את סיכוני חדל"פ של לקוחותיו. הבקרה העיקרית של ניהול עסקי החייב היא בקרה בנקאית. הבנק הוא הנושה המתאים לקיים בקרה כאמור והוא מפעילה הלכה למעשה. אפילו לא תינתן לבנק עדיפות לעומת נושאים אחרים עדיין שיעור החוב הגדול לבנק מהווה תמריץ חזק דיו לפקח על התנהלות החייב.

**שיעבוד נכסים**

שיעבוד נכסים הוא האמצעי העיקרי שבאמצעותו הופך נושה בעיני החוק ל"נושה מובטח". תחילה עליו לכרות הסכם עם החייב ועל פיו ישעבד החייב לנושה נכס או נכסים להבטחת חיובו. שלב זה מכונה שלב יצירת השעבוד. אחר כך על הנושה לדאוג לשריון תוקף השעבוד כלפי כולי עלמא, כלומר לקיבוע עדיפותו בפירעון החוב לעומת כל נושה אחר של החייב- זהו שלב שכלול השעבוד. שעבוד ישוכלל באמצעות העברת ההחזקה בו לידי הנושה, או באמצעות רישום זכות השעבוד במרשם ציבורי המיועד לכך.

מקום הרישום נקבע לפי הצלבה של שני משתנים: סוג האישיות המשפטית של החייב וסוג הנכס המשועבד. כאשר המשועבד הוא אישיות משפטית שאינה חברה או אגודה שיתופית והנכס המשועבד הוא מיטלטלין או זכויות, השעבוד טעון רישום אצל רשם המשכונות. לעומת זאת, אם נכס משועבד הוא מקרקעין השעבוד טעון רישום אצל רשם המקרקעין. אם הנכס המשועבד הוא פטנט אצל רשם הפטנטים. שעבוד כלי טיס אצל רשם כלי הטיס ושעבוד של כלי שיט אצל רשם כלי השיט. כאשר האישיות המשפטית בעלת הנכס הנתון לשעבוד היא חברה או אגודה שיתופית יהא השעבוד טעון רישום אצל רשם החברות במקום רשם המשכונות. אם מדובר במיטלטלין אן צורך ברישום נוסף, אם מדובר במקרקעין, השעבוד טעון רישום תחילה אצל רשם המקרקעין ורק לאחר מכן רישום אצל רשם החברות.

בין שני נושים מובטחים בעלי זכות שעבוד על אותו נכס מתקיים כלל העדיפות המוחלטת, העדיפות תינתן לפי מפתח זמנים. התוצאה שונה כאשר מדובר בשכלול שעבודים בנוגע לנכסי חברה. כאשר נושה יצר שעבוד של נכס של חברה שאינו מקרקעין ומסר את פרטי השעבוד לרשם החברות תוך 21 מיום היווצרות השעבוד, הנושה ייהנה מעדיפות למפרע מיום יצירת השעבוד, לעומת נושים מובטחים אחרים. כאשר שועבד נכס מקרקעין של החברה והנושה מסר את פרטי השעבוד לרשם החברות תוך עשרים ואחד ימים מהיום שבו אישר רשם המקרקעין את העקה לרישום, תיוחס העדיפות למפרע ליום האישור של רשם המקרקעין. אם הנושה יגיע אל רשם החברות כחלוף יותר מעשרים ואחד ימים הוא לא יוכל להנות מעדיפות למפרע, כי אם רק מעדיפות לעומת שעבודים מתנגשים מכאן והלאה. ניתן לסכם:

* לשם רכישת העדיפות נדרש מעשה לוי לעין כל בין שהוא החזקה בנכס או רישום הזכות במרשם ציבורי.
* זכות השעבוד פתוחה להנאתו של כל נושה רצוני החפץ בה.
* בין שעבודים לבין עצמם נוהג כלל העדיפות המוחלטת כאשר העדיפות נקבעת על בסיס קדימה בזמן.
* היקף הנכסים המשועבדים אינו תלוי בהיקף החובות לנושה.

שעבוד צף­- הגיע מדיני היושר שהפסיקה האנגלית הנחילה למשפט. שעבוד זה מאפשר לחברה לשעבד היקף רחב של נכסים ובתוכם את נכסיה המתחלפים בלי שהשעבוד ירבוץ כאבן ריחיים על הנכסים המשועבדים. השעבוד אמנם קיים אולם חרף קיומו נותרת לחברה חירות לסחור בנכסים אלה במהלך עסקיה, כאילו השעבוד לא חל עליהם. יכולת זו של החברה משרתת גם את הנושה- מכירת מלאי עסקי היא דרך עיקרית להזרמת כסף מזומן לקופת החברה, באמצעות כסף זה תפרע החברה את חובותיה. נכסים הנוספים לחברה לאחר יצירת השעבוד הצף יוכפפו אליו מאליהם, ואילו נכסים שהחברה מוכרת במהלך עסקיה השוטפים ישוחררו מלפיתת השעבוד הצף. נקבע כי **השעבוד הצף נדחה מפני שעבוד קבוע.** בעניין עדיפות פרעון חובות, נושה המובטח בשעבוד צף נחשב לאחרון הנושים המובטחים וכנחות שביניהם. סדר הזמנים ביצירת השעבודים ובשכלולם אינו חשוב כלל ועיקר לעניין זה. נושה המובטח בשעבוד צף, יפרע אף לאחר נושים שלחובותיהם דין קדימה, ואף להינגף ע"י ספק בעל תנית שימור בעלות. עדיפותו היחידה היא על פני חובות לא מבוטחים. יתרונו הגדול של השעבוד הצף הוא בפיקוח והשליטה שהוא מעניק לנושה ולא בעדיפות הפירעון. השעבוד הצף נועד להכפיף אל הנושה את אותם נכסים אשר מטבעם של עסקי החייב אינם יכולים להיות משועבדים- כמו מלאי עסקי. היתרון השני הוא שלנוכח השגת שעבוד כל נכסי החברה יעמוד לרשות הנושה המובטח סעד אכיפה של השעבוד במקרה של הפרת הסכם ההלוואה עמו. סעד זה הוא כינוס הנכסים שיאפשר לנושה לקבל שליטה מעשית בכל המערך העסקי של החברה. כשיזהה הנושה את הידרדרות החבר יוכל לנקוט בצעדים להחלפת ההנהלה וייצוב עסקיה של החברה מבעוד מועד.

שעבוד צף משופר- ברבות השנים ביקשו לבצר את מעמדו של השעבוד הצף באמצעות הכללת תניה חוזית בהסכם ההלוואה והשעבוד שקבעה כי החברה אינה רשאית לשעבד נכס מין הנכסים הכפופים לשעבוד הצף בשעבוד נוסף בלא הסכמת הנושה המובטח בשעבוד צף. העליון קבע ב**פס"ד אלקטרוג'ניקס** שאפילו שנכללה תניה כאמור בפרטים שנמסרו לרשם החברות, אין בה כדי להעניק לשעבוד הצף עדיפות לעומת שעבוד קבוע מאוחר, אולם בהמשך הדרך תוקן ס' 169(ב) לפקודת החברות- אם נכללה במסמך היוצר שעבוד צף הגבלה על זכות החברה ליצור שעבודים, והגבלה זו נכללה בפרטים שנמסרו לרישום השעבוד הצף, יהיה השעבוד הצף עדיף על השעבוד שנוצר בניגוד לאותה הגבלה אחרי רישום הפרטים בידי הרשם. מכאן ואילך נושה בעל שעבוד צף עשוי ליהנות מעדיפות פירעון לעומת שעבודים שנוצרו אחריו, קבועים או צפים.

* למרות זאת שעבוד קבוע עדיף מחובות בדין קדימה ואילו שעבוד צף נדחה מפניהם.
* שעבוד קבוע שנוצר לשם הבטחת חוב ישן בשעה שהחברה החייבת הייתה חדלת פרעון עלול להיות מבוטל מתוקף דין העברת רכוש לידי נושה בעת חדל"פ של החייב רק אם טרם חלפו שלושה חודשים משעת יצירתו ועד להגשת הבקשה לפירוק. לעומתו שעבוד צף שנוצר לשם הבטחת חוב ישן בשעה שהחברה הייתה חדל"פ עלול להיות מבוטל מתוקף דין זה אם טרם חלפו שישה חודשים מעת יצירתו.

נושה המבקש לשכלל את השעבוד יעשה זאת באמצעות רישומו במרשם ציבורי. בדומה לזכויות אחרות התקפות כלפי כולי עלמא אף זכות השעבוד טעונה ממד של פרסום פומבי כתנאי לתוקף. הפרסום הפומבי של קיומה הוא באמצעות מרשם שעבודים המתקיים ע"פ דין ואשר פתוח לעיון כל אדם. מבחינת העברת מידע הודות עדיפותו של הנושה לנושים אחרים של החברה, הרישום אינו נותן תרומה של ממש, ונושה שירצה לחשב את הסיכון ולתמחרו יהיה זה בבחינת ניחוש מושכל. בנוסף, עבור נושים רבים מרשם הזכויות אינו נגיש- למשל נושים בלתי רצוניים כגו נושים נזיקיים או רשויות השלטון שאינם מחשבים את תביעותיהם ואת סיכוני אי הפירעון מצד החייב לנוכח מעמדם היחסי לעומת נושים אחרים שלו, למעשה הם אינם מחשבים את הסיכונים כלל. מרשם השעבודים אמנם נגיש אולם בדיקה כאמור פשוט לא מתיישבת עם הניהול השוטף של העסקים. בדומה לכך גם לקוחות החברה ששילמו לה טרם קיימה את התחייבותה לא ייבדקו במרשם.

שלום לרנר טען כי ייתכן שהדרישה לרישום השעבוד לא נועדה להעביר מידע לנושים אחרים של החייב כי אם לשמש ביטוי חיצוני לעצם קיומו של השעבוד. עצם הרישום במאגר מידע פומבי המתנהל על פי דין מצמצם את החשש מפני טענת שווא של נושה כי קיבל זכות שעבוד המקנה לו עדיפות לעומת יתר הנושים. הרישום נועד לאותת ליתר הנושים על קיומו של נושה מובטח.

**אשראי ספקים**

בחיי המסחר עסקים נוהגים לרכוש מוצרים בכלל ומלאי עסקי בפרט בתנאי אשראי. המוכר והקונה מסכימים כי הקונה יקבל את הסחורה לחזקתו ושימושו אולם את תמורת הממכר הוא ישלם למוכר רק כעבור זמן. נוהג שכיח של מוכרים בעסקאות מכר כאמור הוא לכלול בהסכם עם הקונים תניה הקובעת כי המוכר יוותר הבעלים החוקי של הממכר עד לגמר התשלום מצד הקונה, אף שהחזקה בממכר עוברת לידי הקונה- זוהי **תנית שימור בעלות**. משנפתח הליך חדל"פ הספק שטרם נפרע במלוא התמורה מבקש להשיב לידיו את הסחורה שבידי החייב, בהתבססו על תנית שימור הבעלות. לעומתו בעל התפקיד מעורר טענות נגד שימור הבעלות, אם יצליח בעל התפקיד יהפוך הספק לנושה לא מובטח. חוק המכר תומך לכאורה בהכרה מלאה בתנית שימור בעלות כפשוטה בס' 33 לחוק המכר- הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, **אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת הבעלות.** הצדדים להסכם מכר מיטלטלין חופשיים לקבוע בינם לעצמם את מועד העברת הבעלות. לאורך השנים בחן ביהמ"ש העליון את תוקפה המשפטי של תנית שימור הבעלות בישראל. ב**עניין קולומבו**- קבע ביהמ"ש כי תנית שימור בעלות נועדה להבטיח את תשלום דמי המכר לספק אינה אלא התחייבות חוזית המובטחת באמצעות שעבוד נכס למוכר. ביהמ"ש הסיק כי כל רצונו של הספק הוא להבטיח שיקבל את דמי הממכר אף אם מזמין הסחורה יהפוך לחדל"פ, מטרת הספק לא הייתה לשמור את זכות הבעלות כשלעצמה כי אם להשתמש במכשיר הבעלות כאמצעי ביטחון לקיום התחייבות החייב. לפי חוק המשכון בס' 2(ב)- הוראות החוק יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה יהא כינויה אשר יהא. תנאי לתוקפו של שעבוד נכס של חברה כלפי צדדים שלישיים הוא רישום השעבוד אצל רשם החברות. משלא רשם הספק בעניין קולומבו את זכותו היא בטלה. ב**עניין קידוחי הצפון**- ביטל ביהמ"ש את הלכת קולומבו. עניין קידוחי הצפון הכיר בתניות שימור בעלות שספקים כוללים בהסכמי המכר הנכרתים ביניהם לבין החברות המזמינות סחורות. מעתה כל עוד לא קיבל הספק את מלוא דמי המכר בעד הסחורה הספק זכאי ליטול את רכושו שלו מידי החברה. באופן מפתיע הלכה זו כמעט אינה מיושמת בפועל בבתי משפט המחוזיים ומאז שנפסקה שופטי המחוזי העוסקים בחדל"פ נמנעים בעקביות מלכבד תניות שימור בעלות המובאות לפניהם כפשוטן, רבות מהחלטות אלה ניתנו בהליך הבראה של החברה. למעשה כיבודה של תנית שימור הבעלות אינו מתיישב עם דיני חדל"פ. תנית שימור בעלות חותרת תחת היסודות הקיבוציים של ההליך ומקדשת את חירות הנושה היחיד. ביהמ"ש נימק את ההחלטה בכך שזכות השעבוד ממילא אינה פומבית, למרות רישומה. דרישת הרישום היא גזירה שאין ציבור הספקים יוכל לעמוד בה, כיבוד התניה מאפשר את אשראי הספקים ומוזילו. כמו כן יש לכבד את חופש ההתקשרות החוזית של הצדדים. בעניין קידוחי הצפון לא נדרש ביהמ"ש כלל להשפעת פסיקתו על אפשרות הבראת חברה. המשמעות היא שצו עיכוב הליכים בהבראת חברה לא יעכב בעד ספק להשיב לרשותו את הסחורה. כיבוד תנית שימור הבעלות מאפשר לספק לקבל לידיו כח מכריע בדבר המשך פעולתה של החברה.

* הצ"ח המשכון קובעת כי תנית שימור הבעלות כמשכון, לכן העדיפות מותנית בשכלול. **תיקון 19**- אומר כי זה תלוי בסיווג ביהמ"ש. אם יסווג זאת כבעלות מחלישים את בעל תנית שימור הבעלות ע"י כך שהופכים אותו לנושה מובטח בלי רישום. אם ביהמ"ש קבע שמדובר במשכון, זהו משכון שלא שוכלל ולכן אין עדיפות.

**מעמד הפירעון לפי הדין הנוהג**

* נושים נזיקיים- אינם נהנים מכל עדיפות שהיא. חוב לא מובטח שנפרע לצד יתר החובות הלא מובטחים לפי עקרון השוויון.
* רשויות השלטון- החובות לרשויות השלטון שונים מחוב נזיקי. הללו זוכים בתנאים מסוימים לעדיפויות פירעון לעומת יתר נושי החייב. חלק מן החובות עשויות ליהנות מעדיפות כחוב מובטח בשעבוד על נכס של החייב. חובות נוספים לרשויות שלטון זוכים לעדיפות פירעון מכח הוראת הדין כחוב בדין קדימה. לפי פקודת המיסים (גביה) חוב לרשות שלטון עשוי ליהנות ממעמד של חוב מובטח: האחד מקנה לחוב לרשות השלטון עדיפות הגוברת על כל חוב מובטח אחר. ס' 11א(1) לפקודת המסים (גביה)- שעבוד ראשון. השעבוד הראשון תקף מכח החוק בלא כל צורך ברישומו במרשם הציבורי כדין שעבודים לטובת נושים רצוניים. הס' האמור מזכה רשות שלטון בשעבוד ראשון של מקרקעי החייב אך בנוגע למס המגיע לה בעד אותם מקרקעים. הפסיקה צמצמה רק למסים אשר עצם חבותם נובע מהיותו של החייב בעל זכויות במקרקעין- מס רכוש ומס רכישה. מין אחר של חוב ובטח הנתון לרשויות השלטון הוא שעבוד רגיל על מקרקעין של החייב או המיטלטלין שלו. שעבוד כאמור יהיה תקף רק אם נרשם במרשם הציבורי המתאים, בין מרשים המקרקעין ובין המרשם של נכסי המיטלטלין מאותו סוג של הנכס המשועבד. עדיפותו של שעבוד תחול רק מיום הרישום ואילך.

הדין הנוהג מקנה יתרון עדיפות נוסף לרשויות השלטון, בלא שתידרשנה לעשות כל מעשה מיוחד לשם כך. ס' 354 לפקודת החברות והן ס' 78 לפקודת פשיטת הרגל מזכים את רשויות השלטון בעדיפויות פירעון מוגבלות לעומת חובות לא מובטחים- **"חובות בדין קדימה"**.

1. ניכויי מס במקור משכר העבודה ששל עובדי חדל הפירעון שנוכו על-פי פקודת מס הכנסה אך לא הועברו בפועל לפקיד השומה.
2. מסים ותשלומי חובה לרשויות המקומיות שהגיעו מאת החייב ביום מתן הצו לפתיחת הליך קיבוצי ואשר החייב נתחייב בהם או שזמן פירעונם הגיע, תוך 12 החודשים שקדמו לאותו יום.
3. מסים המשתלמים לאוצר המדינה שנישומו והוטלו על החייב עד סוף השנה האזרחית הקודמת לתאריך פתיחת ההליך הקיבוצי, ואשר סך כולם אינו יותר מהשומה של שנה אחת, ומסים אחרים המשתלמים לאוצר המדינה שהחייב מתחייב בהם או שזמן פירעונם הגיע במשך 12 חודשים שקדמו לאותו יום.

* חובות שכר לעובדים- חובות שכר לעובדים שנצברו עובר להליך חדל"פ של החייב- המעביד עשויים לזכות בפירעון מועדף. הדרך האחת היא מתן דין קדימה לחובות כאמור. הדרך האחרת היא קביעת זכאות של העובדים להיפרע בשיעור חובה האמור מצד שלי הלא הוא המל"ל: פקודת החברות ופקודת פשיטת הרגל קובעות כי לחובות שכר של מעביד כלפי עובדיו בגין תקופת עבודתם עובר לצו הפירוק או ליום הגשת בשת פשיטת הרגל נגדו מוקנה דין קדימה. בשכר עבודה זה כלולים כל רכיבי השכר וההטבות הכספיות שהעובד זכאי להם. דין הקדימה מוגבל לסכום- 7,907 ש"ח (פקודת פשיטת הרגל) ובפקודת החברות לעניין פירוק- 7,119 ש"ח. אף פיצויי פיטורין ייהנו מדין קדימה. כאשר עובד זכאי לפיצויי פיטורין ולשכר עבדה הוא ייהנה משניהם במצטבר בשיעור של 150% בלבד מן הסכום מרבי. בנוסף עובד זכאי לקבל את חלק שכרו הבלתי פרוע באמצעות גמלה מהמל"ל. שיעור הגמלה שעובד זכאי לה הוא סכום חוב שכר העבודה ופיצויי הפיטורין שהמעביד חייב לו בכפוף לשתי מגבלות:

1. הגמלה לכל עובד לא תחרוג מעשר פעמים "הסכום הבסיסי" הקבוע בחוק הביטוח הלאומי.
2. הגמלה בעד חוב שכר עבודה לא תשום בעד תקופה שלפני 12 החודשים שקדמו ליום ניתוק יחסי עבודה בין הצדדים, או ליום הכרזת המעביד כפושט רגל או מתן צו הפירוק נגדו, לפי המוקדם שבין שני התאריכים הללו.

מששילם המל"ל את הגמלה, נהנה מזכות חזרה כלפי קופת חדל"פ של המעביד.

* חובות בדין קדימה ושעבודים צפים- חובות בדין קדימה נפרעים לאחר חובות מובטחים. לפי ס' 354(ג) לפקודת החברות ייפרעו החובות בדין קדימה המנויים בס' 354(א) לפני חוב המבוטח בשעבוד צף. כפיפותו של שעבוד צף לעדיפות הפירעון של חובות בדין קדימה מציבה אותו באופן מסורתי במעמד פירעון חלש בהשוואה לנושים המובטחים בשעבוד קבוע. בישראל תוקנה פקודת החברות כך ששעבוד צף עדיף משעבוד, קבוע או צף, שנוצר אחריו. לעומת זאת סדר הפירעון שבין שעבוד צף לבין חובות קדימה לא שונה ע"י המחוקק. **שלום לרנר** סובר כי מדובר בשעבוד שונה בתכלית מן השעבוד הצף המסורתי. לשיטתו הוראתו של ס' 354(ג)לפקודת החברות הדוחה שעבוד צף מפני חובות בדין קדימה אינה מכוונת לסוג שעבוד חדש כי אם למסורתי בלבד. **דוד האן וצפורה כהן** חולקים על גישה זו. לטעמם כאשר תיקן המחוקק את ס' 169(ב) סיפה לפקודת החברות הוא לא התכוון לשנות מן היסוד את השעבוד הצף כי אם לשפר את מעמדו רק לעומת שעבודים מאוחרים. לשיטתם ס' 354(ג) לפקודה חל אף על שעבוד צף משופר. בתי משפט מתייחסים לכל השעבודים הצפים כאל שעבודים הנחותים בעדיפותם לעומת חובות בדין קדימה, בלי להבחין בין שעבוד צף רגיל למשופר. נטילתו של שעבוד צף משופר מונעת תדירות מן החברה הלווה לשעבד נכס מנכסיה לאחר מכן אף בשעבוד קבוע. לפיכך על-פ רוב לא ייווצרו הנסיבות המעגליות והתמודדות הפירעון היחידה תהיה בין השעבוד הצף המשופר לבין חובות בדין קדימה.

עדיפות לרשויות השלטון- מתן העדיפות לרשויות השלטון מרמז על תפיסה ערכית לפיה תשלומי החובה של האזרח לרשויות חשובים יותר מפירעון חובות לגורמים פרטיים. הטעם להטלת תשלומי חובה ע"י רשויות השלטון על האזרחים א התושבים הוא הצורך החברתי לממן את השירותים הציבוריים שכל אזרח במדינה או תושב ברשות המקומית מצפה לקבל מן השלטון. בסופו של דבר חובות התשלום לרשויות השלטון הן חוב כלכלי כנגד קבלת ערכים כלכליים מהן. רשויות השלטון פועלות במרחב הציבורי ומספקות שירותים למגזרים שלמים. הספקת השירותים האלה היא חובה של הרשויות המוטלת עליהן בחוק או על פיו. לפיכך אי פירעון חוב של אזרח או תושב מסוימים לא יניאו רשות שלטון מלספק את השירותים האמורים. אף השבחת הפיקוח על התנהגות החייב אינה שיקול המתאים למקרה של תשלומי חובה לרשויות השלטון. רשויות השלטון אינן עוסקות במעקב מקרוב אחר מצבו הכספי של האזרח וכושר פירעונו. לא לרשויות אלה המלאכה לפקח ולהרתיע מבעוד מועד על קשיים כספיים של החייב. באין פיקוח יעיל מצידן אין כל הצדקה להקנות לרשויות השלטון מעמד פירעון עדיף. שיקולי צדק והגינות- אף הם אינם מצדיקים מתן עדיפות לחובות כלפי רשויות השלטון. בהשוואה לכל נושה מן המגזר הפרטי יכולה האכיפה והגבייה של רשויות השלטון גבוהה לאין ערוך. החקיקה מקנה לרשויות השלטון אמצעים חלופיים יעילים ומגוונים כלפי חייבים, רשויות השלטון יכולות לעקל נכסי מיטלטלין ולמוכרם בהליך מהיר. הרשויות מוסמכות גם לעכב אישורים ורישיונות שונים שהאזרח נזקק להם. אף רשויות השלטון המקומיות נהנות מסמכויות דומות. לרשויות השלטון יש הזדמנות משופרת להיפרע מחייביהן מבעוד מועד בטרם ישפיע הדבר אף על נושים אחרים של החייבים. אם הרשויות לא מיצו את ההזדמנות בשלב זה אין להן אלא להלין על עצמן. יש נושים נוספים שאינם רצוניים להם אין את היתרון שיש לרשויות. בנוסף, המדינה היא הכיס העמוק, יש לה יכולת לפזר את הנזק על כלל הציבור.

**השליטה בהליך חדל"פ**

משנפתח הליך חדל"פ ועד גמר ההליך מושל בכיפה ביהמ"ש המלווה את ההליך הנושאים המשפטיים המהותיים מובאים לפניו למען יפסוק בהם. ביהמ"ש אינו מנהל את ענייני החייב השוטפים, ואינו יכול להוות תחלי, למוסדות החברה האחראים לפעולות כספיות מהותיות כמו מימון למשל. לקביעת מקבלי ההחלטות בהליך תשפיע על יכולתם של נושים שונים לבטא את זכויותיהם בהליך ועל נכונות המנהלים ובעלי המניות להחלטות העסקיות והמשפטיות המתקבלות בהליך, על עמדות המיקוח במו"מ לגיבוש תוכנית הבראה ועוד. בהליך חדל"פ בישראל מתמנה לחברה בעל תפקיד חדש, שעובר להליך לא היה קשור לחברה ולא היה מעורב בניהול עסקיה, ע"י ביהמ"ש ובהמלצת מבקש הפירוק או ההבראה. כינויו- מפרק (ס' 300(א) לפקודת החברות) ובהליך הבראה- בעל תפקיד(תקנה 14 לתקנות ההבראה). לשם ביצוע תפקידו מפרק חברה מוסמך באישור ביהמ"ש או ועדת הביקורת (תתמנה לחברה בפירוק ע"י ביהמ"ש לפי בקשת המפרק או הכונס הרישמי), לתבוע או להתגונן בשם החברה בכל תובענה משפטית, לנהל את עסקי החברה במידה הדרושה לפירוקה המועיל, לפרוע לנושים מסוג מסוים את חובותיהם, להתפשר עם כל הטוען שהוא נושה של החברה ולהתפשר עם כל מי שחייב לחברה. המפרק גם מוסמך לבצע כל פעולה הדרושה לשם כינוי נכסי החברה וחלוקתם. בד"כ מדובר באדם יחיד על אף שהוא מוקף צוות עוזרים ויועצים חיצוניים. בפירוק, כשיר להתמנות למפרק רק אדם שהוא חבר לשכת עוה"ד או בעל רישיון לראיית חשבון בישראל. לעומת זאת בהבראה- תקנות ההבראה אינן קובעות כל אמת מידה, וכל בעל מקצוע רשאי להתמנות. ניהול עסקים הוא מקצוע הדורש מיומנויות ייחודיות, שלא בהכרח יש לעו"ד ורואי חשבון.

בשיטות משפט בעולם קיימת חלופה משפטית לפיה הנהלת החברה מוסיפה לשלוט בחברה ולא ממונה לה בעל תפקיד כלל. עם זה לייצוג עניינים של כלל הנושים כלפי ההנהלה מתמנה ועדת נושים. ועדה זו עוקבת אחר ניהול ענייני החברה והנהלת החברה נדרשת לתאם עימה את צעדי החברה ולנהל עימה מו"מ לגיבוש תוכנית הבראה. ישנם מספר גורמים המשפיעים על עיצוב דגם השליטה הרצוי בחברה:

* ייחוס חדלות הפירעון לכשלי ההנהלה- הטענה היא כי הנהלת החברה היא האשמה במצבה הכושל של החברה, לא ראוי שיהיו אלו שיחלצו את החברה מהמשבר. החלפת הנהלה כושלת יכולה להיות פעולה יעילה לחברה. למרות זאת, יש חברות שכישלונן העסקי נובע מגורים חיצוניים שאינם תלויים בהנהלת החברה. וכן לעיתים הרכב אנשי ההנהלה בשעה שהחברה נקלעת לחדל"פ לא בהכרח חופף להרכב ההנהלה הכושלת.
* השפעת השליטה על נטיית ההנהלה לסיכונים עסקיים- החלפת מנהלים בבעל תפקיד בחדל"פ תשפיע על תהליך קבלת ההחלטות של המננהלים ותצמצם את בעיית הנציג. רק משטר המחליף את המנהל הכושל יוביל לקבלת החלטות בכובד ראש. ריסון זה ישפר את מעמד החברה בעיני נושיה, לפיכך תוכל החברה ליהנות מדירוג אשראי גבוה יותר וממימון זול. מאידך, החלפת מנהלים עלולה להביא לידי אובדן הזדמנויות עסקיות רווחיות.
* רמת המיומנות המקצועית של השולט והזמן הנדרש לרכישתה- יתרון ההנהלה לעומת בעל תפקיד הוא כפול- המיומנות המקצועית הכללית של המנהלים בניהול עסקים ע"פ רוב גבוהה מזו של עו"ד או רו"ח. יתרונה השני הוא שהנהלת החברה נהנית מידע פרטי אודות המתרחש בחברה ועל אודות האופן הרצוי להפעלתה, כזה שנרכש במרוצת הזמן ומתוך עיסוק מתמיד ויומיומי בענייני החברה. מאידך ישנן נסיבות בהן לבעל התפקיד יתרון עיסקי- כאשר מדובר בחברה שהתדרדרה לקשיים עקב כשלי ניהול, בעל תפקיד חדש עשוי לנסוך ביטחון בבנקים ובספקי החברה.
* השפעות השליטה על הכניסה להליך חדל"פ- בשיטה משפטית בה בעל תפקיד חיצוני מתמנה לחברה בהליך הבראה, ההנהלה צפויה לנסות לדחות את הקץ עד שלב בו כניסה להליכי חדל"פ תהיה מאוחרת מידי.
* ריכוזיות הבעלות במניות החברה או ביזורה- דגם השלישה של בעל תפקיד חיצוני בהליך הבראה מתאים יותר לחברות בבעלות ריכוזית ואילו שליטת ההנהלה בהליך ההבראה עשויה להתברר כיעילה בחברות מבוזרות יותר.
* ריכוזיות החובות הכספיים או ביזורם- התמודדות עם ניגודי העניינים שבין בעלי המניות בחברה לבין נושיה תהיה יעילה יותר בחברות אשר להן חובות כספיים מרוכזים, שעלויות התיאום בין הנושים פוחתות. החלפת הנהלה בבעל תפקיד חיצוני תיטיב את הפיקוח האמור של הנושים על הסיכונים מטעם בעלי המניות. בחברות שמאופיינות בחובות כספיים מרוכזים מתאים דגם השליטה של בעל תפקיד חיצוני בהבראת החברות.

**תיקון 19**- קובע במפורש שלבימ"ש יש יכולת למנות **נושא משרה של החברה** להיות בעל תפקיד **במצב של הבראה.** הביקורת- נותנים לבעלי השליטה לנהל את החברה במצב של חדל"פ למרות שברור שהם לא דואגים לאינטרסים של הנושים. כתגובה לכך נקבעה ברירת מחדל הפוכה שקבעה שנושא משרה לא יכול להתמנות אלא אם ביהמ"ש, לאחר ששמע את הנושים, נוכח שזה יסיעע להבראת החברה ולא ייפגע בנושים. אם מונה נושא משרה להיות בעל תפקיד ימנו לצידו מפקח נוסף, אלא אם מינוי כזה לא נדרש בנסיבות העניין. כאשר השולט בחברה הנתונה בחדל"פ מרכז בידיו סמכויות כה רחבות, יש לבחון כיצד מבטיח המשפט כי השולט יפעל כמצופה ממנו:

* מגבלות בקרת הנושים- כל אימת שהנושים יזהו פעולה בלתי תקינה מצד השולט, או יסברו כי הוא חסר כשירויות מתאימות הם יוכלו להעבירו מתפקידו. לאפשרות זו **מגבלות:** (1) הנושים הם אוכלוסייה מגוונת ועניינו הכלכלי של כל אחד מהם נוגד לא פעם את של האחרים. (2) כינוסם של נושים באסיפות הוא עניין קשה ומסורבל מבחינה מעשית. (3) בחברות בהן החובות מבוזרים, קיצוני פי כמה חוסר המעורבות של הנושים (ניתן למתן ע"י מינוי ועדת נושים). (4) הליך חדל"פ מרוכז מעיקרו בידי ביהמ"ש, ולא ניתן להעביר את בעל התפקיד מתפקידו בלא מעורבותו ותמיכתו של ביהמ"ש.
* בקרה שיפוטית- בקרת השולט תעשה באמצעות ביהמ"ש. לנושים תשמר הזכות לפנות ולהלין על פעולות השולט ומחדליו. הנושים והכנ"ר עשויים לשמש פעמון התרעה חשוב אשר יסב את תשומת ליבו של ביהמ"ש לליקויים בתפקוד השולט. הבקרה המהותית של תפקוד השולט תעשה בידי ביהמ"ש, זאת ע"י קביעת חובות התנהגות אשר הפרתן מעוררת עילות לתביעה אישית נגד הנציג (בדיני החברות ס' 252(א) לחוק- חובת זהירות וחובת אמונים של נושאי משרה). נושא המשרה נהנה מחזקה ראייתית רבת עוצמה לפיה הוא פעל באופן סביר והפעיל שיקול דעת ראוי- "**כלל שיקול הדעת העסקי**". ביהמ"ש לא ידקדק עם השולט ולא יהרהר בדיעבד אחר שיקוליו והחלטתו. בעל תפקיד לא יישא באחריות אישית כל עוד החלטתו הייתה פרי שק"ד עסקי. **בעניין מיאב**- החברה עברה מתהליכי הבראה לפירוק והתמנתה כונסת נכסים שהגישה תביעה כנגד בעל התפקיד הקודם בטענה שהפר את חובתו כלפי החברה. בעל התפקיד טען כי הפעיל שק"ד עסקי. ביהמ"ש קבע כי דינו של בעל תפקיד בהליך חדל"פ שונה מדינו של נושא משרה בחברה עסקית. בעל תפקיד אינו נהנה מכלל שיקול הדעת העסקי, בעל תפקיד כפוף לחובות אמון וזהירות מוגברות כלפי הנושים, ביהמ"ש וצדדי ג' הבאים עימו במגע, זאת בשל היות החברה במצב כספי רגיש מעיקרא, עליו להימנע מנטילת סיכונים עסקיים. הגדלת הגירעון הכספי עקב יצירת התחייבויות חדשות מהווה הפרה של חובות בעל התפקיד.

**חוזים נמשכים**

קיום חוזה ע"י שני צדדים מתוכנן לעיתים להמשך תקופה ארוכה. אם רוצים להבריא את החברה אז חייבים להמשיך את ההתקשרויות הטובות, כדי לשמור על העבודה השוטפת ולהשתחרר מהחוזים הלא טובים. עולה השאלה האם חדל"פ מזכה את הצד שכנגד בזכות להביא לידי סיום החוזה אף בלא הפרה מצד חדל הפירעון. במקרה בו עובר להליך חדל"פ הפר הצד החדל"פ את החוזה עם הצד שכנגד (הפרה שכיחה מכל אי תשלום- ברוב החוזים מוגדר כהפרה יסודית). עומדת לרשות הצד שכנגד הזכות לבטל את החוזה, כל שנדרש ממנו לשם כך הוא לשלוח הודעת ביטול לצד המפר. השימוש בסעד הביטול אינו כשלעצמו התנהגות חסרת תו"ל. **הגנה מפני הפרה נוספת**- המשפט מבקש לגונן על הצד הנפגע מן ההפרה ולחסנו מפני פגיעה חוזרת ונשנית שהמפר עלול להסב לו אף בעתיד. **הרתעה מלכתחילה**- אם מפר בכח ידע כי הפרת חוזה מצדו תמנע בעדו לקצור את פירות החוזה העתידיים הוא ישקול היטב את צעדיו בטרם יפר את החוזה.

למרות זאת, חוזה נמשך עשוי להתגלות כחיוני ביותר לחדל הפירעון. כריתת חוזה חלופי היא אפשרות בלתי מעשית עבור החייב נוכח מצבו הכספי הדחוק. אחד מסוגיה חוזים הנמשכים שחשיבותם עלולה להתגלות כמכרעת הוא חוזה שכירות ארוכת טווח של נכס מקרקעין. הנכס המושכר עשוי להיות בעל חשיבות מכרעת לעסקי החייב. הליך ההבראה של החברה לעיתים תלוי בהמשך קיום רצוף של העסק. כל עצירה או עיכוב במחזור העסקים השוטף של החברה ישבש את היכולת המעשית לחלצה מן המשבר הכספי שבו היא נתונה. יש לשמור על ספקיה מזה ואת לקוחותיה מזה. לפי דיני החוזים הסיכונים והנזקים הנובעים מהפרת חוזה רובצים לפתחו של המפר, בלי לבדוק מה גרם להפרה. למרות זאת, ייתכן כי ראוי לסייג את זכותו של הנפגע בנסיבות אלו. בהליך חדלות פירעון שולט בחייו ובפעולותיו בעל תפקיד ממונה מטעם ביהמ"ש- שינוי זה בתנאי הפעולה מצמצם את החשש מפני הפרה נשנית של החוזה. זאת ועוד, הפרת חוזה מחמת חדל"פ משמעותה אי קיום החיוב לנוכח מחסור של חדל"פ באמצעים כלכליים. בהליך חדל"פ לא אחת משכיל בעל התפקיד לגייס מימון בנקאי חדש לפעילות שוטפת, מה שעשוי לסייע לקיים את ההתחייבויות החוזיות. הפרת חוזה בעבר לא בהכרח מעידה על אשר צפוי לקרות בהמשך היחסים החוזיים. תכלית ההרתעה מפני הפרות בכח אינה מצדיקה ביטול חוזה בעקבות הפרתו מחמת חדלות פירעון. בכל מקרה, כל עוד לא נפתח הליך חדל"פ לא תסויג זכות הביטול. **בעניין חברת בורגר-קינג**, הטענה בבימ"ש הייתה כי ביטול החוזה זה לא הליך שעיכוב ההליכים מונע. **תיקון 19** פתר את הבעיות בהוראות לגבי אימוץ וויתור על חוזים- כל נושא של חוזים שלא היה צריך להיכנס תחת עיכוב הליכים, על ביהמ"ש להכריע האם לכפות על צד לחוזה להמשיך לקיים את החוזה בניגוד לרצונו. זה קיים היום רק בהליכי הבראה, כל עוד מבטיחים לו את המשך התשלום, אין כל סיבה לאפשר לו לפרוע את חוב העבר כעת.

**תיקון 19**- קבע כי בעל תפקיד רשאי להחליט על המשך קיומו ל חוזה קיים (אימוץ) או על ויתור עליו, ואולם אימוץ חוזה כשלצד השני זכות לבטלו או שבוטל כדין לפני תחילת הליכי הבראה בשל הפרתו ע"י החברה או ויתור החוזה שיהיה רק באישור ביהמ"ש (דומה להסדר ויתור על נכס מכביד- ס' 360 לחוק החברות). בחדל"פ הרעיון של הפרה יעילה פשוט יותר כי החוזה יישאר באותו שווי אבל התשלום בצד השני יהיה קטן יותר, ככה החברה מניבה רווח של 100% מהחוזה ומשלמת רק 50%. **בפס"ד שגיב** נקבע כי שיקולי כדאיות כלכלית לא מספיקים כדי להצדיק הפרה יעילה, רק מצב בו באמת אי אפשר לקיים את החוזה, למשל אם החברה **מתפרקת** ואין באמת סיכוי שהיא תבנה את הפרויקטים אליהם התחייבה. במקרה של **הבראה**, השופטת אלשיך אמרה **בפס"ד יובל גד** כי נק' המוצא בחדל"פ היא שכל החוזים לא יתקיימו ולכן השאלה היא את מה כן אפשר להציל. באיזון של חדל"פ זה לא יראה כל כך לא צודק כי יש פה חיסכון שהולך לנושים אחרים. **תיקון 19** הוסיף שזה צריך לתרום להבראה.

* ס' 127 לחוק המקרקעין מדבר על הערת אזהרה שהיא זכות מעין קניינית- הפסיקה יצרה מצב של איזון בכך שהיא קבעה שצריך לעשות השבה מלאה של הסכום.

לפני תיקון 19 היה מצב בו ספק חיוני יכל לסחוט את החברה ולומר שאינו ממשיך את ההתקשרות עד לכיסוי חוב העבר או לחלופין העלה את מחיר השירות ככיסוי לחוב העבר (**פס"ד הום מארט**). לכאורה יש רציונאליים של הרתעה וחשש מהפרה נוספת לאפשר לו לבטל את החוזה. תיקון 19 קבע תנאים לאימוץ חוזה:

* ביהמ"ש שוכנע כי החברה תקיים את חיוביה ממועד האימוץ.
* מעמד החיוב ממועד האימוץ יהיה מעמד של הוצאות ההליך (החיובים ישולמו במלואם- יש להם קדימה).
* מעמד החיובים הקודמים לאימוץ יהיה מעמד של חוב בר תביעה- כלומר לא ישולמו במלוא אלא במקרה שיצדיק חיבור החוב וישולם במעמד הוצאות ההליך.
* הפגיעה היחידה בצד השני היא שלילת הבחירה האישית לנתק החוזה.

ניתן להמחות את החוזה, **חוק המחאת חיובים** קובע כי אין בעיה להמחות זכות אך במקרה של חיוב יש צורך בהסכמת הצד השני, כיוון שבהבראה רוצים למכור את הנכס כערך חי יש להמחות את כל ההתחייבויות של החברה ולכן לא צריך את אישור החברה. הספקת שירות או מצרך חיוני- במקרה זה אין חוזה ארוך טווח אלא מדובר ב**ספק חיוני** הדרוש להמשך פעולת החברה, אשר סיפק לחברה שירות לפני תחילת ההליכים או בסמוך לתחילתם ובלבד שלא ניתן להחליפו באופן מיידי או שיש בכך קושי. ביהמ"ש רשאי להאריך את תקופת הכפייה על הספק כל פעם ל-60 ימים. אם הספק מסרב מטעם כלכלי ענייני לא כופים עליו, אך במידה ומדובר בסחטנות כן יכפה עליו להיקשר באותם תנאים. במקרה של **שירותי תשתית** אין צורך להוכיח כי הם חיוניים, ברירת המחדל שהוא חייב להמשיך לספק ולא צריך לפנות לביהמ"ש כדי לכפות עליו.

**העדפת נושים**- "העדפת מרמה"

כאשר נושה שנפרע מתויג כנותן ידו לפעולת "מרמה" הרי הוא מתקומם כנגד הדרישה ומתבצר עוד יותר בסירובו להשיב. בס' 98 לפקודת פשיטת הרגל מעוגנת העילה אף בפירוק חברה, ומכח מצוותו של ס' 355 לפקודת החברות ובהבראת חברות לאור **הלכת דיור לעולה**. לשם ביסוסה של העברת רכוש לידי נושה בת ביטול יש להראות:

* החייב פושט רגל/בפירוק/ ניתן נגדו צו לפתיחת הליכים.
* בעת ההעברה, החייב לא היה יכול לפרעו מכספו את התחייבויותיו בהגיע מועד קיומם.
* ההעברה בוצעה בתוך שלושת החודים שקדמו להגשת הבקשה לפתיחת הליך חדל"פ.
* ההעברה בוצעה בכוונה של החייב להעדיף את נושהו, או מתוך אילוץ החייב או שידולו שלא כדין ע"י הנושה.

יסודות עילת הביטול הם **חלופיים**! אם יבקש בעל התפקיד לתקוף העברת רכוש לידי נושה שהועברה לפני שלושת החודשים האמרים הוא עדיין יוכל לעשות כן, ויהיה עליו להוכיח כי החייב היה חדל פירעון בעת ההעברה. הס' הקובע העדפת מרמה דורש שתהיה כוונה להעדיף נושה אחד על נושה אחר, במידה וזה לא נעשה ע"י החייב עצמו לא ניתן לבטל את הפעולה, וביהמ"ש יאשר זאת. הרציונאליים הם של פגיעה בשוויון, יכולת השפעה על התנהגות נושים ערב פתיחת ההליכים ומשיכת ההליך הקולקטיבי למועד חדל"פ.

העברת רכוש לנושה מידי צד שלישי- נושה עשוי ליהנות מהעברות רכוש לידיו, לשפר את שיעור פירעונו ולגרוע בהתאמה מזה של הנושים האחרים אפילו כאשר מקור העברת הרכוש אינו החייב עצמו. הרכוש עשוי לעבור לידי הנושה מידי נושה אחר של החייב או מידי חייבו של החייב. ס' 98 אינו מתמודד בהצלחה עם דרכים שונות של נושים לשים לאל את דיני חדל"פ, תוך פגיעה מודעת ביתר הנושים.

העברת רכוש לנושה לטובת צד שלישי- ס' 98 לפקודת פשיטת הרגל מאפשר לתקוף העברות רכוש מן החייב לידי נושה. יש להראות כי החייב התכוון בהעברה האמורה להעדיף את נושהו או את מי שערב לחובו, שכן ערב שפרע הוא חליפו של הנושה העיקרי.

התנאים לביטול העדפות:

* יסוד התנהגותי של החייב- העברה של תשלום/ נכס או שעבודו, התחייבות, נקיטת הליך- פעולה אקטיבית (**פס"ד משקי הירדן**).
* תקופת זמן מוגבלת, 3 חודשים- המועד הרלוונטי הוא מועד חדל"פ. יש קושי של חוסר וודאות, נושים יחששו להתקשר עם החייב. יש הצדקה להארכת התקופה לנושים שידעו על חדלות הפירעון. יש חריג רטרואקטיבי למועד השעבוד (ראה שעבודים). בשעבוד צף התקופה הוארכה ל-6 חודשים (כמו כן אין צורך ביסוד סובייקטיבי, לא חל לגבי ערך חדש והנטל עובר למשעבד).
* חדלות פירעון תזרימית- נטל ההוכחה הוא על בעל התפקיד.
* יסוד הכוונה- הפסיקה **בפס"ד כספי נ' נס** יצרה ראיות נסיבתיות היוצרות את היסוד הנפשי:
* סמיכת לפתיחת ההליכים
* עסקה בודדה ולא חלק ממערכת יחסים ממושכת
* לא במהלך העסקים הרגיל
* ערבות אישית של בעל שליטה

**הוצאות ההליך**

לפי ס' 354 לפקודת החברות, החובות בדין קדימה ישולמו מיד ככל שיש בנכסים כדי פירעונם ובלבד שיעוכבו הסכומים הדרושים לכיסוי הוצאות הפירוק. ס' זה קובע כי הוצאת ההליך קודמות לנושים בדין קדימה, שגוברות על בעלי השעבוד הצף והנושים הרגילים. לכל פעילות שנעשית לאחר שהחברה נכנסת לחדל"פ קוראים הוצאות ההליך (שכר, אגרות וכו'). שעבוד קובע גובר להוצאות ההליך אך יש לכך חריג שהינו הוצאות קודמות או שההוצאות והשכר באו לצורך שמירת שלמותם של נכסי החברה או לצורך מימושם. אם שעבוד קבוע מומש במהלך הליכי חדל"פ הוצאות המימוש שהוצאו ע"י בעל התפקיד שביצע את הפעולה גוברות לשעבוד הקובע. **בפס"ד ליבי אשקלון**- במקרה זה השעבוד הצף גובש לפני הליכי הפירוק ולכן הוא הגיע להליכי פירוק כשעבוד קבוע. עשו הפרדה ונקבע כי הוצאות ההליך לא יכולות לגבור עליו אך חובות בדין קדימה שנוצרו עד תחילת ההליך של חדל"פ גוברות על שעבוד צף. נוצר מצב אבסורד בו ההוצאות שגוברות על דין קדימה נדחו ודין הקדימה גבר על השעבוד הצף. השופטת אלשיך ב**פס"ד באדנאת** לוקחת את זה צעד קדימה וקובעת שצו הקפאת הליכים משמעו היתר להמשיך לנהל את החברה, על ההוצאות הכרוכות בכך. על הנושה להתנגד להקפאת ההליכים או לבקש הגנה הולמת אם הוא מבקש להגן על עצמו מפני עדיפות. הוא יכול ליזום הליך של הגנה הולמת (תיקון 19), אם לא עשה כן תופסים אותו כאילו הסכים לכך שהוצאות ההליך קודמות.

חובות שנדחים מעבר לחובות הרגילים, אך לפני בעלי המניות:

* ס' 83 לפקודת פשיטת הרגל- הלוואה לבן זוג שפשט רגל.
* ס'6 לחוק החברות- הרמת מסך. ס' קטן ג' קובע שאם התקיימו העילות להרמת מסך ניתן לנקוט סעד פחות דרסטי ולהדחות את החוב של בעל המניה אחרי שכל הנושים הרגילים נפרעו.
* **פס"ד אפרוחי הצפון**- דעת הרוב קבעה כי די במימון דק לצורך הדחיית חוב. ס' 6(ג) דורש שיתקיימו תנאי ס' 6(א) על מנת להדחות חוב, יש צורך במודעות של בעל המניה (פותר את המחלוקת לגבי תו"ל).
* ס' 52יד(1) לחוק ניירות ערך- הדחיית חוב של בעל שליטה בתאגיד מדווח בקשיים- בעל שליטה שמחזיק באג"ח, למעט זה שהונפק בהנפקה הראשונית, נדחה לאחר יתר מחזיקי האג"ח.

**שימוש בנכסים משועבדים**

* במהלך העסקים הרגיל- ניתן לעשות שימוש בנכסים משועבדים אלא אם הוכח לביהמ"ש כי השימוש אינו נדרש לצורך הבראת החברה או שלא ניתנה הגנה הולמת. ניתן למכור את מלאי החברה, אם נושה רוצה להתנגד עליו להתנגד למתן צו הקפאת הליכים בבקשה להוציא אותו מהליכי הבראה ולממש את הנכס שלו או לדרוש הגנה הולמת. חריג- מכירת נכס משועבד (קבוע) רק באישור ביהמ"ש.
* שלא במהלך העסקים הרגיל- יש אפשרות לבקש מבימ"ש למכור את הנכס כיוון שזה לא משהו שהיה ניתן לצפות אותו במסגרת מתן צו להקפאת הליכים. ביהמ"ש יתיר זאת במידה וזה חיוני להבראת החברה וניתנה הגנה הולמת. השווי של ההגנה ההולמת הוא כשווי של ערך פירוק הנכס אולם במקרה ש מכירת נכס יראו את התמורה או את הנכס החלופי משועבדים ככל שנדרש להבטחת פרעון החוב.

**אשראי חדש**

ביהמ"ש רשאי לאשר קבלת אשראי חדש הדרוש להמשך הפעלתה של החברה. כדי לעודד מתן אשראי חדש הוא מקבל מעמד של הוצאות הבראה (עדיפות). אם לא ניתן לקבל אשראי במעמד של הוצאות הבראה אזי קיים מדרג חלוקה אחר:

* שעבוד של נכס שאינו משועבד או שעבוד שנדחה על נכס משועבד.
* שעבוד על נכס משועבד (כאילו הוא הראשון בזמן למרות שהנכס כבר משועבד).
* שעבוד עדיף על נכס משועבד- למרות שמישהו נתן אשראי קודם, מי שייתן אשראי חדש יגבר עליו.

**בפס"ד רסטון**- כדי לעודד הבראות יעילות היינו רוצים שהנושה המבוטח יקבל ערך פירוק והנושה החדש יקבל את כל מה שמעבר לזה (החלק ששווה לשיפור שלו של הנכס). **תיקון 19** אימץ את הפס"ד.

**הענקות**

לפי ס' 36 לפקודת פשיטת הרגל מדובר במצב בו נותנים נכס שלא בתמורה ראויה מתחת לערך הנכס. כאשר מדובר על שנתיים לפני מועד החדל"פ אין צורך בשום תנאי אלא רק להוכיח כי הייתה הענקה וכי לא חלפו שנתיים עד למועד בו נעשה פושט רגל. במרחק זמן של שנתיים עד עשר שנים קיימת דרישה נוספת להוכיח שהייתה הענקה. הנטל עובר לתובעים להראות שהחייב היה חדל"פ במועד ההענקה. ס' זה חל בפשיטת רגל של יחיד בלבד. נק' המוצא היא כי מדובר בעסקה חשודה שתוצאתה שינוי נקודת האיזון. הרציונאל הוא שימור נכסי החייב. קיימת לכאורה בעיה לקבוע מהי התמורה הראויה כיוון שישנה מצוקה כלכלית ולכ הנכסים נמכרים במחיר נמוך ממה שהיו נמכרים במצב רגיל. כדי להשיג רציונאלים דומים בחברות:

* חלוקה אסורה- הגבלת יכולת החברה לחלק דיבידנדים- יש לעמוד במבחן הרווח ומבחן יכולת הפירעון.
* הגבלות של ביצוע עסקאות עם בעלי שליטה- צריך לפעול לפי פרק עסקאות עם בעלי עניין בחוק החברות.
* ס' 374, **פס"ד חניון מרכבה וברנוביץ**- פעילות לא תקינה של נושא המשרה ניתן לבטל אותה ולבצע השבה. בפס"ד מרכבה הייתה המחאת זכות לבעל השליטה.

**אישור פשרה או הסדר**

שני הסדרים בולטים הם מכירת החברה כעסק חי או הסדר בו החברה נשאר אותה חברה, אך ניתן לראות גם הסדרים מגוונים אחרים. לנושים אינטרס להגיע להסדר בפיקוח ביהמ"ש שמוודא כי אין העדפה. לחברה אין כסף ורוצה להגיע לתספורת, במצב כזה היא צריכה את הסכמתם של כל אחד ואחד מהנושים כי מדובר בויתור על זכות קניינית שלהם. למרות זאת ס' 350 מאפשר לכפות הסדר על מיעוט מתנגד במידה והוא מאושר ע"י ביהמ"ש, זאת כדי למנוע בעיית סחטנות (holdout). התנאים לאישור הסדר:

* אישור בכל אחת מאסיפות סוג- אסיפות סוג יסווגו לפי אינטרסים, לעיתים אף יש ורך באסיפות מקדמיות.
* אישור ביהמ"ש ששוקל שירולים חברתיים, לבר נשיתיים, פגיעה בקניין הנושים, פגיעה במיעוט (לא מתערב בשיקולים כלכליים).
* נדרש רוב מספרי + 75% מערך החוב המיוצג בהצבעה- כי למנוע מטרה של סחיטה.