

## הצעת חוק החברות (תיקון מס' 17) (הבראת חברות), התשע"א-2011

### תמצית הערות איגוד הבנקים לנושאים מרכזיים בחוק המוצע

1. הצעת החוק נועדה להסדיר באופן מפורט את הפרקטיקה של הבראת חברות, אשר מבוססת כיום בעיקר על חקיקה שיפוטית. על אף שאין ספק שמטרתה של ההצעה ראויה, ההצעה, כפי שהיא מנוסחת כיום, מאפשרת לבתי המשפט ולבעלי תפקיד לפגוע בזכויות הנושים המובטחים, במהלך הליך ההבראה, בין השאר באמצעות מתן אפשרות למכירת נכסים משועבדים שלא במהלך עסקים רגיל, הענקת שעבוד עדיף לגורם המממן הליכי הבראה, ומינוי מנהלי החברה כבעלי תפקיד.

ההצעה אף אינה מעניקה הגנה נאותה לנושים המובטחים במקרה של פגיעה בזכויותיהם: הגדרת המונח "הגנה הולמת" אינה מספקת, אין הגבלה על הפעלה גירעונית (בניגוד לפסיקה הקיימת) ואין הקפדה על מתן זכות טיעון לנושה המובטח לפני פגיעה בזכויותיו.

2. הצעת החוק כפי שהיא מנוסחת כיום, תביא לחוסר וודאות באשר לזכויות הנושים המובטחים, ועלולה גם לפגוע בשווי הבטוחות ולעודד הליכי הבראה ממושכים ולא יעילים. כמו כן, מתוקף הרגולציה החלה על הבנקים, ובכלל זה הוראות באזל II, עלולה ההצעה להוביל, לפגיעה משמעותית בשווי הביטחונות ולכך עלולות להיות השלכות רחב לעניין עלויות האשראי במשק וזמינותו, ולעניין יכולת המערכת הבנקאית להעמיד אשראי לחברות בקשיים.

3. להלן נביא את עיקרי הצעת החוק והצעות איגוד הבנקים. דיון מפורט בהערות איגוד הבנקים, והתייחסויות נוספות, מופיעות בנייר העמדה המפורט שמגיש איגוד הבנקים לוועדת החוקה, חוק ומשפט, לקראת תחילת דיוניה בחוק המוצע.

### הבראת חברות והצעת החוק: רקע

4. כידוע, לא כל חברה הנתקלת בקושי לפרוע את חובותיה צריכה להגיע לפירוק. עם זאת, יש חברות אשר גם לאחר ארגון מחדש של חובותיהן אין ביכולתן להמשיך ולהתקיים כעסק חי ואין מנוס מפירוקן. כללי הבראת החברות צריכים להכריע, מהר ככל הניתן, האם הפתרון הצודק והיעיל לקשיי החברה הוא הבראה או פירוק.

5. עם זאת, הבראת חברות כרוכה במתח מובנה עם זכויות הנושים המובטחים, שכן מימוש הנכסים המשועבדים לנושים המובטחים עלול לפגוע בסיכוי ההבראה.

הצעת החוק מבקשת ליישב את המתח באופן הבא: מחד, מוגבלת (זמנית) יכולתו של הנושה המובטח לממש את הנכס המשועבד בתקופת הקפאת ההליכים ומוענקת לבתי המשפט ולבעלי התפקיד סמכות לפגוע בזכויות הקנייניות של מחזיק השעבוד. מאידך, הצעת החוק מבקשת, לכאורה, להגן על זכויות הנושה המובטח ולא לאפשר, במסגרת הליך ההבראה, פגיעה כלכלית בנושה המובטח באמצעות הפחתת החוב המובטח, שינוי סדרי העדיפות בין הנושים או חיוב הנושים בהוצאות הבראה לא מוצדקות.

6. הצעת החוק מאמצת, במישור ההצהרתי, את העיקרון שלפיו הקפאת ההליכים אינה אמורה לפגוע בסדרי הנשייה או בשווי החוב המובטח. אולם, ניתוח מעמיק של מכלול ההסדרים הקבועים בהצעת החוק מלמד שההשפעה המצטברת של השינויים המוצעים עלולה לפגוע משמעותית בנושים בכלל, ובנושים המובטחים בפרט.

-2-

החוק המוצע מרחיב משמעותית את הצעדים שבעל תפקיד (לעיתים באישור בית המשפט) רשאי לנקוט תוך פגיעה בזכויות הנושים המובטחים, כגון שעבוד נכס משועבד או מכירתו. החוק המוצע אף מאפשר לנושא משרה לכהן כבעל תפקיד במהלך ההבראה, ומרחיב את האפשרות לקבל צו הקפאת הליכים במעמד צד אחד. כל זאת, מבלי שהצעת החוק קובעת מנגנונים מספקים להגנה על זכויות הנושים.

7. להלן נציג את החידושים בחוק בנוגע לפגיעה בזכויות הנושים המובטחים, ולאחר מכן את הבעייתיות בהסדרים הנוספים הכלולים בחוק.

**פגיעה בבטוחות לטובת מממני הליכי הקפאה:**

8. סעיף 350 ח המוצע מסמיך את בית משפט לאשר קבלת אשראי לצורך מימון הפעילות בתקופת ההבראה, תוך הבטחת האשראי בשעבוד, לרבות שעבוד בדרגה גבוהה מזו של הנושה המובטח הקיים.

9. ההצעה מעגנת בחקיקה את המצב הקיים ואשר לפיו הסכומים הנדרשים לפירעון אשראי חדש יהיו במעמד של הוצאות הבראה, דהיינו: יפגעו בשווי השעבודים השוטפים (להבדיל משעבודים קבועים). אולם, מעבר לכך, ההצעה מסמיכה מפורשות את בית המשפט להעניק לספק האשראי החדש שעבוד על נכס משועבד, לרבות שעבוד בדרגה גבוהה יותר מזה של הנושה המובטח. זאת, אם שוכנע שקיימת הגנה הולמת לנושה המובטח.

10. ההצעה להעניק לספק האשראי החדש עדיפות על פני הנושים המובטחים הקיימים בעייתית במספר היבטים:

– היא מנוגדת לעיקרון שהליכי הבראה אינם אמורים לפגוע בסדרי הנשייה.

– לא ברור מדוע לא די בעדיפות הנובעת מן המעמד של הוצאות הבראה (שאף היא פוגעת בזכויות הנושים בעלי השעבוד הצף- השעבוד השוטף - החל בעיקרו על מלאי המצוי בידי חברות, שאף הוא בעל ערך רב) כדי לעודד הענקת אשראי חדש לחברות שמצבן מצדיק זאת.

– ההצעה לוקה בכשל בסיסי: אם שווי הנכסים המשועבדים הוא כזה שדי בו כדי להגן גם על הנושה המובטח הקיים וגם על ספק האשראי החדש, מדוע יש צורך בהענקת עדיפות לספק האשראי החדש דווקא?

– ההצעה תעודד בעלי תפקיד לעשות שימוש בהערכות שווי כלכליות, שהן ספקולטיביות מטיבן, כדי לשכנע את בית משפט לקבוע שלנושה המובטח יש הגנה הולמת ולכן ניתן לפגוע בשעבוד שלו. אולם, הסיכון במקרה של טעות—אם ההבראה תיכשל—נופל על הנושה המובטח בלבד, ועלול לפגוע קשות בזכות הקניין שלו.

11. לאור האמור לעיל, **הצעת איגוד הבנקים** היא להשמיט מהחוק המוצע את האפשרות להעניק לספק אשראי חדש שעבוד על נכס המשועבד בשעבוד קבוע.

**שימוש בנכסים משועבדים ומכירתם:**

12. החוק המוצע מאפשר למכור ללא אישור בית המשפט נכס משועבד של החברה הנמצאת בהקפאת הליכים, ובלבד שמדובר במכירה "במהלך עסקים רגיל", ואף ללא הבטחת "הגנה הולמת" לנושה המובטח. הסעיף קובע הסדר אחיד לשימוש בנכסים המובטחים בשעבוד צף ובנכסים המובטחים בשעבוד קבוע. אולם, בין שני סוגי השעבודים קיים הבדל מהותי מלכתחילה בכל הנוגע לדיספוזיציה (עשיית עסקאות) בנכס המשועבד. הנושה המובטח בשעבוד קבוע דאג מלכתחילה להטלת שעבוד על נכס מסוים של החייב, תוך הסתמכות על נכס זה והנחה כי הוא אשר ישמש כבטוחה להחזר החוב, להבדיל מהנושה המובטח בשעבוד צף (שוטף), היודע כי נכסים המשועבדים בשעבוד כזה יכולים לצאת מתחת ידיה של החברה.

לפיכך, הצעת איגוד הבנקים היא לקבוע שמכירת נכס המובטח בשעבוד קבוע תהיה רק באישור בית המשפט, ובכפוף לשמיעת הנושים המובטחים כמפורט להלן.

13. החוק המוצע מאפשר לבית המשפט לאשר שימוש בנכס משועבד, לרבות מכירה, גם מחוץ למהלך העסקים הרגיל, וזאת ללא שמיעת הנושים ובכפוף לקיומה של הגנה הולמת.

**הצעת איגוד הבנקים:** להתנות את אישור בית המשפט במתן זכות טיעון לנושה המובטח. כמו כן, אין מקום לאפשר מכירת הנכס המשועבד, גם באישור בית המשפט, שלא במהלך עסקים רגיל.

**הגנה הולמת**

14. האמצעי העיקרי לשמירת זכויות הנושה המובטח לפי הצעת החוק היא הסמכת בית המשפט לקבוע שלנושה יש "הגנה הולמת". לפי המצב כיום, קיום הגנה הולמת הוא תנאי רק לעיכוב יכולתו של הנושה המובטח לממש את הבטוחה. לפי החוק המוצע, לעומת זאת, ההגנה ההולמת תבטיח שלא ייפגעו זכויותיו הכלכליות של הנושה במקרה של שימוש בנכס משועבד, מכירתו או הענקת שעבודים לטובת ספקי אשראי. לנוכח מעמדה המרכזי של "ההגנה ההולמת" בחוק המוצע, יש להקפיד על הגדרת המונח. אולם, ההגדרה הקבועה בחוק המוצע בעייתית במספר היבטים.

15. ההגדרה המוצעת מתמקדת בערך החוב המובטח בלבד ומתעלמת ממכלול הזכויות המגולמות בשעבוד ושלחן השלכה על האינטרס הכלכלי של הנושה המובטח. ההגדרה מתעלמת מנתונים נוספים המשפיעים על הערך הכלכלי של החוב המובטח, ובכך עלולה להביא לפגיעה לא מוצדקת דווקא בנושים שמרניים יותר. כך, למשל, נושה המשעבד נכס בשווי 80 ₪ על מנת להבטיח חוב בשווי של 50 ₪ יזכה לאותה הגנה כמו נושה המשעבד נכס בשווי של 50 ₪ כדי להבטיח חוב בשווי של 50 ₪. זאת על אף העובדה שהשעבוד הראשון מגלם ערך כלכלי גדול יותר. בכך, ההגדרה אינה עולה בקנה אחד עם המגמה ברגולציה הבנקאית, כאשר הפיקוח על הבנקים בישראל נוקט בשנים האחרונות מגוון צעדים כדי לחייב את הבנקים לנקוט גישה זהירה בהענקת אשראי, תוך הקפדה על קיומה של כרית ביטחון בנכס המובטח ויחס ראוי בין סכום החוב לשווי הנכס המשועבד (loan to value)<sup>1</sup>, וסוטה ללא הצדקה מההגדרה המקובלת בארה"ב, שממנה שואבת הצעת החוק השראה.

<sup>1</sup> לדוגמה, סעיף 4(א) להוראת ניהול בנקאי תקין 323, רכישת אמצעי שליטה בתאגידים, קובע הגבלה כמותית על הלוואות בנקאיות המיועדות לרכישת שליטה בתאגידים כאשר שיעור המימון עולה על 50% מעלות רכישת השליטה.

-4-

16. ההגדרה המוצעת אף מתעלמת מהבדלים בין נכסים שונים לעניין תנודתיות, סיכון וכיו"ב.

17. **הצעת איגוד הבנקים** היא לשנות את הגדרת "הגנה הולמת", תוך קביעה שיש להבטיח את הזכויות והאינטרסים של הנושה המובטח בנכס המשועבד, לרבות רמת הוודאות שמספק הנכס.

#### מנהלי החברה כבעלי תפקיד

18. **בעל תפקיד**. ניהול החברה במהלך תקופת ההקפאה מתבצע כיום על ידי בעל תפקיד שמונה על ידי בית המשפט, ואשר ביכולתו לנקוט פעולות שישפיעו על זכויותיהם היחסיות של הנושים ובעלי המניות של החברה.

19. סעיף 350ד(א) המוצע מציע שינוי דרמטי, ואשר לפיו יוכל גם נושא משרה בחברה להתמנות כבעל תפקיד. לרוב החברות הישראליות יש בעלי שליטה, ונושאי משרה בחברות הם לרוב נציגים של בעלי השליטה, המצויים בניגוד עניינים מובנה בכל הנוגע להנהגת החברה בזמן חדלות פירעון, בדיקת תביעות חוב ושעבודים ועיצוב הסדר ההבראה. מינוי נושאי משרה כבעל תפקיד אינו מתאים לשוק שבו לרוב החברות יש בעלי שליטה, ועלול לפגוע בכלל הנושים של חברות בקשיים.

20. לפיכך, **הצעת איגוד הבנקים** היא שלא ניתן יהיה למנות נושא משרה כבעל תפקיד בחברה שיש בה דבוקת שליטה. במקרה שבו ימונה בעל תפקיד כזה, לא יוענקו לו סמכויות חקירה ובדיקה, וכן ימונה בעל תפקיד נוסף לפקח עליו.

#### הפעלה גירעונית

21. בניגוד לפסיקה הקיימת, החוק המוצע לא מגביל אפשרות להשתמש בהליכי הבראה לצורך הפעלת חברות אשר, גם במסגרת הקפאת ההליכים, ההכנסות שלהן נמוכות מההוצאות הכרוכות בהפעלתן. לחברות שכאלה אין סיכוי של ממש להבריא, והכנסתן להליכי הקפאה פוגעת בזכויות כלל הנושים שכן היא שוחקת את שווי הנכסים העומדים לחלוקה. יתר על כן, הפעלה גירעונית עומדת בסתירה לקיומה של "הגנה הולמת".

22. לפיכך, **הצעת איגוד הבנקים** היא לקבוע הסדרים מפורשים בחוק, אשר ימנעו מצב של הפעלה גירעונית במהלך תקופת ההקפאה.

32421