

מסמך הכנה: הצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ו-2016

חלק א' פרק א' – עקרונות יסוד

סעיף 1 המוצע: מטרת החוק

מטרת החוק 1. חוק זה בא להסדיר את פירעון חובותיו של חייב שהוא יחיד או תאגיד, הנמצא או העלול להימצא במצב של חדלות פירעון, במטרה –

(1) להביא ככל האפשר לשיקומו הכלכלי של החייב;

(2) להשיא את שיעור החוב שייפרע לנושים;

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

...

– "תאגיד"

(1) חברה, כמשמעותה בחוק החברות, למעט חברה לתועלת הציבור כמשמעותה בסעיף 345א לחוק האמור;

(2) שותפות, כמשמעותה בפקודת השותפויות;

הערות:

סעיף 1 כולל למעשה שלוש הכרעות עקרוניות עיקריות: האחת, נוגעת לסוג החייבים שבהם עוסק החוק (הרישא של הסעיף); השנייה, נוגעת לתחולתו על כל שלבי חדלות הפירעון (הרישא של הסעיף) והשלישית, נוגעת לתכליות היסוד העומדות בבסיס ההסדר המוצע (המשך הסעיף).

הרישא של הסעיף:

- החוק יחול על יחיד או "תאגיד" - כבר כאן יש משום חידוש ביחס למצב הקיים, שכן מוצע להסדיר חדלות פירעון של יחידים ושל תאגידים במסגרת חקיקתית אחת

ולא במסגרת שתי פקודות נפרדות כמו המצב כיום. נראה כי יש טעם רב ביצירת מסגרת אחודה מסוג זה.

גישה זו עולה בקנה אחד עם חוק חדלות הפירעון האמריקאי – אשר עוסק בחדלות פירעון של יחידים ושל תאגידים במסגרת חקיקתית אחת. יצוין כי גם בחוק האנגלי שנחקק בשנות ה-80 המסגרת החקיקתית היא אחת אך יש בה הפרדה רבה בין יחידים ותאגידים¹.

יש לשים לב שלמרות שהמסגרת החקיקתית היא אחת, הצעת החוק כוללת הן חלקים ייחודיים העוסקים באופן ספציפי בתאגידים או ביחידים והן חלקים משותפים. למשל, יש הפרדה בין חלק ב' העוסק באופן ניהול הליכי חדלות פירעון של **תאגידים** וחלק ג' העוסק באופן ניהול הליכי חדלות הפירעון של **יחידים**. מצד שני, חלק ד' לחוק העוסק בנשייה (היקף הנכסים הנכלל בקופת הנשייה, סדר הנשייה ומעמדם של נושים מובטחים וכיו"ב) הוא **משותף** גם ליחידים וגם לתאגידים.

- ההגדרה של "תאגיד" בפרק ב' כוללת **חברות** ציבוריות או שאינן ציבוריות (פרטיות) למעט חברה לתועלת הציבור, **ושותפויות** מכל הסוגים, קרי: רשומה או בלתי רשומה, ציבורית או שאינה ציבורית. זאת בשונה מן המצב הנוכחי שבו פירוק של שותפויות מוסדר בפקודת פשיטת הרגל העוסק בחדלות פירעון של יחידים.
- נראה כי במקרים רבים יש הצדקה לצרף שותפויות להליכים העוסקים בתאגידים ולא לאלה העוסקים ביחידים, נוכח הדימיון הרב יותר מבחינת אופיו של ההליך ותכליותיו בין שותפות ותאגיד, **ואולם, האם ראוי כי ההסדר החל על תאגידים יחול על כל השותפויות?**
- עוד מובהר כי ההחלה של ההסדר על גופים אחרים דוגמת עמותות, חברות לתועלת הציבור ואגודות שיתופיות תיעשה בנפרד².

נקודות לדיון:

1. האם יש מקום לכלול בהגדרת תאגיד גם אגודות שיתופיות שהליכי חדלות הפירעון בעניינן מנוהלים כיום בפני רשם האגודות השיתופיות, אף כי במקרים רבים מדובר באגודות שיתופיות בעלות היקף נכסים גדול? מובן כי שינוי שכזה גם יחייב עריכת תיקון עקיף בפק' האגודות השיתופיות.

¹ גם פרופ' דוד האן בספרו על דיני חדלות פירעון המליץ לחוקק הסדר אחד שיטפל הן ביחידים והן בתאגידים – דוד האן, דיני חדלות פירעון, עמ' 187-188.

² יצוין כי סעיף 354 להצעת החוק מאפשר לשר להחיל בצו את הוראות החוק גם על חבר בני אדם שאינם חברה או שותפות. מטבע הדברים, הסעיף ידון בהמשך, אבל כבר עתה יודגש כי קיימת בעינינו בעייתיות רבה בהחלת הסדר מורכב מסוג זה על-ידי הרשות המבצעת בלא מעורבות של הרשות המחוקקת.

2. האם יש מקום לערוך הבחנה בין סוגים שונים של שותפויות, כך שלחלק יתייחסו כמו ל"תאגיד" ואחרות כ"יחיד". למשל, האם יש מקום להבחין בין שותפויות מוגבלות (או שותפויות מוגבלות ציבוריות) ושותפויות אחרות?

- **לעניין התחולה על שלבי חדלות הפירעון** - מובהר כי החוק בא להסדיר את פירעון החובות של חייב, "הנמצא או העלול להימצא במצב של חדלות פירעון". כלומר: החוק מסדיר את כל שלבי הטיפול בחדלות הפירעון, לרבות בשלב שבו החייב נמצא במה שמכונה "אזור חדלות הפירעון" – הוא עדיין לא חדל פירעון אבל "עלול" להימצא במצב זה. **גם לכך יש הצדקה** שכן חלק בלתי נפרד מהטיפול בחדלות פירעון הוא העיסוק במערך התמריצים **שיסייע להימנע מכניסה לחדלות פירעון ולוודא שהכניסה לחדלות פירעון תהיה במקרים המתאימים ובעיתוי המתאים.**

פירוט מטרות החוק:

- **הסעיף מונה שלוש מטרות להליכי חדלות הפירעון – להביא ככל האפשר לשיקומו הכלכלי של החייב; להשיא את שיעור החוב שייפרע לנושים; לקדם את שילובו מחדש של חייב שהוא יחיד במרקם החיים הכלכליים.**
- ההסדר המוצע שם דגש רב על השיקום הכלכלי של חייבים, מתוך תפיסה כי יש בכך הן כדי להיטיב עם הנושים והן כדי לקדם ערכים חברתיים רחבים יותר. כשמדובר **בחברה** - במקרים רבים הנושים יפיקו יותר מחברה הממשיכה לפעול מאשר מחברה בפירוק אשר נכסיה נמכרים ב"מכירת חיסול". בנוסף, מבחינה חברתית שיקום התאגיד יכול לשמר מקומות עבודה ולמנוע קריסה של ספקים וגורמים אחרים הבאים במגע עסקי עם התאגיד. כשמדובר **ביחידים** – שיקומם המהיר ושילובם מחדש בחיים הכלכליים, תורם הן בהיבטים של שמירה על כבוד החייב והן בהיבטים הכלכליים – השבת החייב להיות גורם יצרני במשק תורמת לרווחה הכלכלית.

● **לדין:** חשוב לזכור כי למרות החשיבות בשיקום כלכלי, היעד המרכזי של דיני חדלות פירעון הוא **להשיא את שיעור החוב שייפרע לנושים**, וגם בהמשך הצעת החוק מוצע שלא לאפשר לבית המשפט לאשר הסדר שיקום כלכלי אם אין בו כדי להיטיב עם הנושים.

לכן, אנחנו סבורים שיש להבהיר בסעיף המטרה שהשאת שיעור החוב שייפרע לנושים היא המטרה העיקרית של ההסדר, לפחות כשמדובר בתאגידים, ושהמטרה שעניינה שיקום כלכלי של החייב חייבת להיות מוגשמת בהתחשב במטרה זו (מבחינה זו התיבה "ככל האפשר" המופיעה בפסקה (1) היא דו-משמעית). כמו כן, דומה שהמטרה שעניינה שיקום כלכלי נוגעת בעיקר לתאגידים, בעוד שמטרה (3) נוגעת ליחידים.

בהתאם לכך, אנו מציעים להחליף את הסדר של סעיפים קטנים (1) ו-(2) ולשנות את הנוסח של הסעיף העוסק בשיקומו הכלכלי של החייב, כך שיתן ביטוי לצורך בהשאת שיעור החוב שייפרע לנושים.

נוסח מוצע לדין:

1. מטרת החוק חוק זה בא להסדיר את פירעון חובותיו של חייב שהוא יחיד או תאגיד, הנמצא או העלול להימצא במצב של חדלות פירעון, במטרה –

(1) להביא ככל האפשר לשיקומו הכלכלי של החייב, להשיא את שיעור החוב שייפרע לנושים;

(2) להשיא את שיעור החוב שייפרע לנושים, להביא לשיקומו הכלכלי של חייב שהוא תאגיד, בהתחשב בזכויות הנושים;

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

סעיף 2 המוצע: הגדרת חדלות פירעון

2. חדלות פירעון היא מצב כלכלי שבו חייב אינו יכול לשלם את חובותיו במועדם.

הערות:

- מדובר בסעיף מפתח בהצעת החוק שכן הגדרת המונח "חדלות פירעון" רלוונטית למכלול ההסדרים הנכללים בהסדר המוצע. האופן בו נוסחה הגדרת חדלת פירעון מבטאת הכרעה חד-משמעית בעד מה שמכונה "המבחן התזרימי" ודחיית המבחן החלופי המכונה "המבחן המאזני".
- יודגש כי בדין הקיים שני המבחנים (התזרימי והמאזני) קבילים להוכחת חדלות פירעון (סעיף 258 לפקודת החברות), ומבחינה זו יש בהצעת החוק משום שינוי משמעותי מול הדין הקיים. מבחינה היסטורית בתי המשפט העדיפו לרוב לעשות שימוש במבחן התזרימי (למשל, ע"א 577/74 בנק ארץ ישראל בריטניה נ' היועמ"ש; ע"פ 173/75 מדינת ישראל נ' בן ציון)³. עם זאת, לאחרונה, נעשתה בחינה של חדלות פירעון בהתאם

³ ציפורה כהן, פירוק חברות (2000), בעמ' 113.

למבחן המאזני בהליכי חדלות הפירעון של קבוצת אי.די.בי., אם כי בסופו של דבר, בשל קיומן של חוות דעת מנוגדות בהקשר זה, לא נעשתה קביעה שיפוטית רק על סמך מבחן זה⁴.

- המבחן **התזרימי** הוא מבחן הבוחן האם תזרים המזומנים של החייב יאפשר לו לשלם את חובותיו השוטפים במועד. בניגוד אליו, המבחן **המאזני** בוחן האם ערך נכסיו הכולל של החייב עולה על סך התחייבויותיו. אף כי יתכן **שהמבחן המאזני** משקף בצורה מלאה יותר את מצבו של החייב, משהוא בוחן את מכלול נכסיו ומשווה אותם למכלול חובותיו של החייב, מדובר במבחן שקיימת מורכבות רבה ביישומו משום שלרוב הוא יחייב הערכות שווי מורכבות שעלול להיות בהן מימד ספקולטיבי ניכר, **ולכן מבחן זה עלול להוביל לפגיעה בודאות המשפטית**.

מנגד, על פני הדברים, **המבחן התזרימי** פשוט וודאי יותר משום שהוא מתמקד ביכולת הפירעון של החייב ולא בערך הכולל של נכסיו. בפועל, המבחן מבוסס על השוואה בין הנכסים הנזילים של החייב, שניתן לממש ולהמיר לכסף בקלות יחסית, ובין חובותיו השוטפים⁵.

החיסרון העיקרי של התבססות רק על המבחן התזרימי, הוא שהמבחן עלול שלא לבטא באופן מלא את מצבו הכלכלי של החייב ולאפשר העדפת נושים. לדוגמא, יכול להיות מצב שבו ערך התחייבויות של החייב גדולות מנכסיו, אך החייב אינו נחשב לחדל פירעון על-פי המבחן "התזרימי" משום שהוא פורע את חובותיו לנושים המיידים באמצעות "מכירת חיסול" של נכסי החברה. במצב כזה, החייב מרוויח עוד כמה חודשי "שקט" על חשבון הנושים העתידיים שמועד פירעונם טרם הגיע. אולם כשיגיע מועד פירעון החובות כלפי הנושים העתידיים לא יישאר דבר בקופת החברה. **המענה האפשרי**: נושים יוכלו להשתמש בהגנות חוזיות דוגמת תניות להעמדה לפירעון מיידים אם מצבו הכספי של החייב מתדרדר.

- קיימת מורכבות נוספת **במבחן התזרימי** והיא שאלת **מסגרת הזמנים הרלוונטית** לבחינת יכולת הפירעון של החייב:

קיימות בעולם גישות שונות בעניין זה – גישה אחת עוסקת בבחינת חוסר יכולת לתשלום **בהווה**, וגישה שנייה, הנפוצה יותר, הבוחנת במבט **צופה פני עתיד** (לרוב, מדובר בעתיד הקרוב), אם החייב יוכל לפרוע את חובותיו במועד. **יצוין כי אם**

⁴ פרק (תי"א) 13-04-36681 הרמטיק נאמנות (1975) נ' אי. די. בי. חברה לפיתוח (החלטה מיום 4.5.2013).

⁵ דוד האן, דיני חדלות פירעון (2009), בעמ' 132-133.

המבט העתידי הוא ארוך מאוד, אזי המבחן התזרימי הופך בעצמו לספקולטיבי ולא ודאי ומתקרב באופיו למבחן המאזני⁶.

- **הגישה הראשונה** – הבוחנת את חוסר האפשרות לשלם חובות **בהווה**, **מחד**, יוצרת ודאות רבה יותר וקלה להפעלה, **מאידיך** - (1) היא מקלה מאוד את הכניסה למצב של חדלות פירעון, שכן היא מתעלמת מן האפשרות שבעתיד, אף בעתיד הקרוב, יתקבלו כספים נוספים אצל החייב שיאפשרו לו לשלם את חובו, ועלולה לדרדר לתוך הליכי חדלות פירעון חייב שלמעשה אינו חדל פירעון⁷; (2) בנוסף, לכאורה היא יכולה להתמקד בחוב אחד שלא שולם במועד כבסיס לקביעה בדבר חדלות פירעון; (3) היא פחות מקובלת במשפט המשווה.
 - **הגישה השנייה** – בוחנת את היכולת של החייב לשלם את חובותיו באופן שוטף **בעתיד הקרוב** - **מחד**, גישה זו יוצרת לכאורה חוסר ודאות מסוימת, בשל המימד הספקולטיבי הגלום בה בדבר יכולתו העתידית של החייב. **מאידיך** - (1) היא משקפת בצורה טובה יותר את מצבו הכלכלי האמיתי של החייב; (2) היא מתיישבת טוב יותר עם הגישה הנהוגה במשפט המשווה.
- כך למשל, סעיף 123(1)(e) לחוק חדלות הפירעון האנגלי (Insolvency Act) קובע כי המבחן לחדלות פירעון הוא: "if it is proved to the satisfaction of the court that the company is unable to pay its debts as they fall due." מדובר בניסוח זהה למעשה לנוסח הצעת החוק והוא פורש בפסיקה האנגלית, למשל בפסק הדין בעניין BNY Corporate Trustee Services Ltd. v. Eurosil (מיום 9.5.2013), המבחן פורש ככזה שאינו רואה בחוסר יכולת לשלם חוב בודד כמכריע לעניין חדלות הפירעון אלא בוחן את מכלול החובות של החייב במבט צופה פני עתיד⁸.

נקודות לדיון:

1) האם אכן יש מקום לזנוח את המבחן המאזני ולבסס את הגדרת חדלות הפירעון

רק על המבחן התזרימי?

כך למשל, כבי' השופט אורנשטיין, העומד בראש מחלקת הפירוקים והכינוסים

בביהמ"ש המחוזי בתל-אביב, הביע דעתו כי יש להותיר בחוק אפשרות לעשות

⁶ Stearn & Kandestin, *Delaware's Solvency Test: What is it and Does it Make Sense? A Comparison of Solvency Tests Under the Bankruptcy Code and Delaware Law*, 36 Del. J. Corp. L. 165, 187 (2011)

⁷ שם

⁸ "The range is wider because section 123(1)(e) focuses not on a single debt (which under paragraphs (a) to (d) has necessarily accrued due) **but on all the company's debts "as they fall due"** (words which look to the future as well as to the present)."

שימוש במבחן המאזני כדי להגן על נושים עתידיים (ראו עוד בהמשך – דיון בסעיף 9 להצעת החוק).

בהקשר זה יש לברר מה זהותם הטיפוסית של הנושים העתידיים העלולים להיפגע מביטול המבחן המאזני – ככל שמדובר בנושים "חזקים" ניתן להניח כי הם יכולים להגן על עצמם באמצעים חוזיים (דוגמת תניות המאפשרות העמדת החוב לפירעון מיידי), אך כאשר מדובר בנושים "קטנים" או בלתי מובטחים, סביר להניח כי במקרים רבים לא תהיה להם אפשרות כזאת. מן הצד השני, ניתן לטעון כי ממילא ספק אם נושים "קטנים" יוכלו לבסס חדלות פירעון על-פי המבחן המאזני, הדורש מידע רב אודות ענייניו הכספיים של התאגיד.

2) לחלופין, אם נותרים רק עם המבחן התזרימי, האם אין מקום לציין במפורש בהגדרת חדלות פירעון, כי במסגרת המבחן התזרימי ניתן לקחת בחשבון גם חובות שטרם הגיע מועד פירעונם, וזאת גם אם לא ניתן לבסס על חובות עתידיים בקשה לפתיחה בהליכי חדלות פירעון (ראו בהמשך)?

3) חשוב להדגיש שההכרעה בעניין זה קשורה קשר הדוק לשאלת העילה לפתיחה בהליכי חדלות פירעון בסעיפים 9 ו-109 להצעה שבהם מוצע לקבוע כי נושה עתידי אינו יכול להגיש בקשה לפתוח בהליכים אלא אם קיים חשש ממשי שהחייב פועל במטרה להונות את נושיו, להעדיף מי מנושיו או להבריח את נכסיו. בכל מקרה, נוכח קיומם של חריגים אלה ממילא ידרש בית המשפט לבדוק בנסיבות מסוימות את חדלות הפירעון גם במבט עתידי, ולכן ראוי לכלול התייחסות מפורשת להיבט העתידי בהגדרת חדלות הפירעון.

נוסח מוצע לדיון:

2. חדלות פירעון היא מצב כלכלי שבו חייב אינו יכול לשלם את חובותיו במועדם, בין אם הגיע מועד פירעונם ובין אם לאו.

סעיף 3 המוצע: המשמעויות של הכרזה על חייב כחדל פירעון

3. הכרזה כי חייב הוא חדל פירעון (א) הוכרז, בצו, כי חייב הוא חדל פירעון וכי ייפתחו לגביו הליכי חדלות פירעון לפי חוק זה (בחוק זה – צו לפתיחת הליכים), יוסדרו יחסיו של החייב עם נושיו, במאוחד, בהתאם להוראות לפי חוק זה, עד לסיום הליכי חדלות הפירעון.

(ב) פתיחה בהליכי חדלות פירעון לגבי חייב שהוא חדל פירעון תהיה ביוזמת החייב, הנושה או היועץ המשפטי לממשלה.

הערות:

- בסעיף מוצע לקבוע כי המשמעות העיקרית של הכרה בחייב כחדל פירעון היא שיחסיו עם נושיו מפסיקים להיות יחסים דו-צדדיים המוסדרים באמצעות החוזים שבין החייב ונושיו ובאמצעות הדינים הספציפיים (חוזים, נזיקין וכו'), ובמקום זאת מנוהלים באופן קולקטיבי. זאת מתוך רצון למנוע, בין היתר, מתן עדיפות לא מוצדקת לנושים מסוימים על פני נושים אחרים, ותחרות בין נושים שתוביל ל"השמדת ערך" ולחורבנו הכלכלי של החייב, אשר עלולה להזיק גם לאינטרסים של הנושים עצמם.
- הגדרה זו עולה בקנה אחד עם סעיף המטרות שנדון לעיל.
- בכל הנוגע לפסקה (ב) – ברור שהמצב הטיפוסי הוא שפתיחת הליכי חדלות הפירעון תיעשה ביוזמת החייב או הנושה. אך הסעיף מאפשר גם ליועץ המשפטי לממשלה ליזום הליכים, במצבים שבהם קיים אינטרס ציבורי לכך גם אם החייב ונושיו אינם עושים זאת.

פרק ב': הגדרות

ההגדרות לא ידונו במאוחד, אלא יובאו לדיון בצמוד לפרק בחוק שהן נוגעות לו.