

26 יוני 2016

לכבוד  
עו"ד אבי ליכט  
המשנה ליועץ המשפטי לממשלה  
משרד המשפטים

אבי שלום,

**הנדון: הצעת חוק חדלות פרעון ושיקום כלכלי, התשע"ו - 2016 - עמדת איגוד החברות הציבוריות**

1. בהמשך לדיונים קודמים של וועדת חוקה, חוק ומשפט בהצעת החוק שבנדון, ולקראת דיוני הוועדה הקרובים, ברצוננו להביע את עמדת האיגוד בהתייחס לשתי סוגיות העומדות, לתפיסתנו, בבסיס החוק.

2. הסוגיה הראשונה היא **הגדרת המונח "חדלות פירעון"** המופיע בסעיף 2 להצעת החוק.

2.1. הנוסח הקיים (לפיו: **"חדלות פירעון היא מצב כלכלי שבו חייב אינו יכול לשלם את חובותיו במועד"**), מעמיד את המבחן התזרימי בבסיס ההגדרה, מתמקד ביכולת הפירעון של החייב, ובודק האם החייב יוכל לקיים את התחייבויותיו בהגיע המועד לקיומן.

2.2. עמדת האיגוד היא כי אין די במבחן התזרימי, משום שהוא משקף נקודת מבט צרה ומסוכנת העלולה לדרדר חייבים מהר מדי למצב של חדלות פירעון. מנגד, אין להסתפק גם במבחן המאזני כמבחן עצמאי (בחינת סך נכסי החייב למול סך התחייבויותיו, והגדרתו כחדל פירעון מקום בו סך התחייבויותיו גדול מסך נכסיו), משום שהוא מורכב ליישום, ומייצר חוסר וודאות וחוסר יציבות עסקית.

2.3. לנוכח האמור סבור האיגוד כי יש להחיל במצטבר הן את המבחן התזרימי והן את המבחן המאזני, באופן שרק התקיימות של שניהם בצוותא תוביל להגדרה של חדלות פירעון. זאת על מנת שלא להכניס לגבולות הליך חדלות הפירעון תאגידים (או יחידים) שהם סולבנטיים ובכוחם לפרוע את חובותיהם במועד.

2.4. הנוסח המוצע על ידנו לסעיף 2 הוא כדלקמן: **"חדלות פירעון היא מצב כלכלי שבו מתקיימים במצטבר שני התנאים שלהלן: (א) חייב אינו משלם את חובותיו במועד; (ב) סך התחייבויות החייב גדול מסך נכסיו"**.

3. הסוגיה השנייה היא **מתן האפשרות לנושה עתידי לקבל תרופה חקיקתית במקרים בהם טרם הגיע מועד התשלום של חובות התאגיד**, רק משום שהנושים העתידיים סבורים כי התאגיד לא יוכל לשלם (סעיף 9 (ג) להצעת החוק). לשונו של סעיף זה קובעת כי: *"נושה בחוב שטרם הגיע מועד פרעונו אינו רשאי להגיש בקשה לצו לפתיחת הליכים אלא אם כן קיים חשש ממשי כי התאגיד פועל במטרה להונות את נושיו, להעדיף מי מנושיו או להבריח את נכסיו"* (נוסח מקביל לו מופיע בהתייחס לחייבים יחידים בסעיף 109(ב) להצעת החוק).

3.1. על פניו נראה כי הסעיף ממגר את יכולתו של הנושה העתידי לגבות את חובו טרם שזה הבשיל, אך בפועל הסעיף מגדיר חריגים רחבים עד מאד, ולמעשה מאפשר לכל נושה עתידי, בכל רגע נתון, להכניס תאגיד להליך של חדלות פירעון גם קודם להגיעו של זמן פרעון החוב, ומבלי שהתאגיד בכלל נמנע משלמו.

3.2. זאת משום שכל חייב עתידי יסבור בכל רגע נתון כי קיים *"חשש ממשי כי התאגיד פועל במטרה להונות את נושיו, להעדיף מי מנושיו או להבריח את נכסיו"*. שהרי תשלום על ידי התאגיד לכל נושה אחר, שאינו הנושה העתידי (כולל נושה עכשווי שזמן פירעון חובו הגיע), ייראה בעיני הנושה העתידי כהעדפת נושים או הברחת נכסים המאפשרות לו לפתוח בהליכי חדלות הפרעון למול התאגיד המשלם.

3.3. האיגוד סבור כי מתן אפשרות לנושה עתידי לפתוח בהליכי חדלות פרעון תזעזע את אמות הספים בעולם העסקים בישראל, תהווה מכת מוות לניהול העסקים התקין והנורמטיבי, תבריח עסקים מישראל, ועל כן יש למגרה מכל וכל, באופן חד וללא כל חריגים. לשונו של הסעיף צריכה להיות: *"נושה בחוב שטרם הגיע מועד פרעונו אינו רשאי להגיש בקשה לצו לפתיחת הליכים"*.

4. נפרט להלן את עיקר טענותינו בהתייחס לשתי הנקודות שלעיל.

#### **הגדרת "חדלות פירעון" – יש להחיל את המבחן התזרימי והמבחן המאזני במצטבר**

5. לא ראוי להחיל את המבחן התזרימי כמבחן בלעדי

5.1. המבחן התזרימי מתעלם ממספר גדול של חברות (או יחידים) שהגיעו לבעיה תזרימית נקודתית-אך נחלצו ממנה ועלו על פסי הבראה עד חזרתם לתפקוד מלא, וזאת מבלי להכנס להליכי חדלות פירעון או ליתן גילוי פומבי למצבן. כך, נעלמת היכולת להיחלץ ממשבר תזרימי נקודתי חולף, ו"נגזר דינו" של חברות (ויחידים) שנקלעו אליו, למוות ולא לחיים.

5.2. הקושי העיקרי הטמון במבחן התזרימי הוא בעצם היותו תבניתי ו"דוגמטי": ההתמודדות המוצעת בו היא קשיחה, לא גמישה ומשכך אין בה רגישות לשונות בין סוגים שונים של חייבים או סוגים שונים של קשיים או חובות. העדר גמישות זו עלול להוביל להחלה נרחבת מדי של הליכי חדלות פרעון גם במקרים בהם אין מקום להחלתם, או גרוע מכך - גם במקרים בהם עצם הפתיחה בהליכים תהיה בבחינת "נבואה שמגשימה את עצמה": תאגיד שיגיע לחדלות פרעון רק כתוצאה מכדור השלג שיתגלגל לנוכח החלת ההליכים, גם במקרה בו ניתן היה בקלות להבריא אותו.

5.3. כך למעשה אפקט העדר או הסחף הפסיכולוגי יוצרים את התופעה מאליה, גם מקום בו איתנותה של החברה בהחלט יכולה הייתה לאפשר לה התאוששות מהירה, וחזרה לפסים יצרניים וסולבנטיים. הבנה של תופעה זו הנה הכרחית לשם מניעת הנזק הכלל משקי שהצעת החוק עלולה ליצור, דווקא לחברות הראויות להגנה בנקודת הזמן הפגיעה ביותר מבחינתן (מצוקה תזרימית).

5.4. במקרים לא מעטים חברה חדלה להיות סולבנטית רק לנוכח "שמועות" מתגלגלות (גם כאלו שאינן מוצדקות). אלו מביאות ל"סגירת ברז" האשראי באופן מיידי, לעצירה באספקת חומרי גלם מספקים (החוששים לאי תשלום) ולעצירת הזמנות מלקוחות (החוששים מאי אספקת המוצר).

5.5. החלת המבחן התזרימי לבדו תקשה על מיליוני בעלי עסקים וחייבים יחידים את מלאכת ההישרדות הפיננסית היומיומית. בנוסף, היא תרע מאד גם עם הנושים: אלו יימצאו מול שוקת שבורה (חברות ויחידים בחדלות פרעון) במספר רב יותר של פעמים, וכספם יהא מונח על קרן הצבי בתכיפות גדולה יותר, בהשוואה למצב הדברים שקדם להצעת החוק.

## 6. מנגד, החלת המבחן המאזני כמבחן עצמאי לחדלות פירעון - אינה מומלצת אף היא

6.1. זאת משום שהיא מייצרת חוסר וודאות כבד העלול לפגוע במהלך העסקים התקין: לשם יישומו של המבחן המאזני יש צורך בביצוען של הערכות שווי (לבחינת שווי נכסי החייב), ואלו ניתנות לגיבוש במתווה הדומה ל"תפירת חליפה ליתום" - המייצר חוסר וודאות וחוסר יציבות עסקית; שני מאפיינים אלו ממגרים עשייה וכך מונעים צמיחה כלכלית.

6.2. זאת בשעה שהצעת החוק עצמה קובעת כי אחת ממטרותיה המרכזיות היא "הגברת הוודאות והיציבות של הדין", לנוכח "אחד הלקחים העיקריים שנלמדו מהליכי חדלות הפירעון והסדרי החוב בשנים האחרונות. העדרה של נקודת כניסה ברורה הביאה לא אחת לחוסר בהירות לגבי זכויותיהם של הנושים".

6.3. בנוסף, הדיונים סביב הערכות השווי עלולים להיות הן יקרים והן ארוכים באופן שהליכי חדלות הפירעון יהיו דווקא מפלטם של הנושים ה"חזקים", בעלי אורך הנשימה וכושר העמידה, שיבצעו הליך "שופינג" של הערכת השווי הרצויה להם, על חשבונם של הנושים הקטנים.

7. **לטעמנו, יש לעשות שימוש מצטבר בשני המבחנים יחדיו, התזרימי והמאזני, כדי להכריע האם חייב הוא חדל פירעון אם לאו: רק מקום בו החייב אינו עומד הן במבחן התזרימי והן במבחן המאזני, יוכרז כחדל פירעון.** זאת משום שרק ראייה כוללת זו, הדנה הן במצבו הכללי של החייב והן ביכולתו התזרימית הנקודתית, היא ראייה מדויקת ו"רגישה" דיה, המשכללת מספיק נתונים ורואה את התמונה בכללותה. כל כלל אחר יהא בבחינת "ירי מרגמה על הפשפש": שימוש בכלי מחץ של חדלות פירעון בזמן שהבעיה נקודתית וצרה הרבה יותר.

רק שימוש מצטבר במבחן התזרימי בנוסף למבחן המאזני, ייצור שקלול נכון של הנתונים הנדרשים לשם קביעת מהימנה באשר למצבו של תאגיד (וחייב יחיד). כך, בקושי תזרימי נקודתי לא יהיה די, ומנגד, לא תאבד הוודאות הנדרשת להבטחת מהלך העסקים הרגיל.

#### **יש למנוע מנושה עתידי את היכולת לפתוח בהליכי חדלות פירעון**

8. הנקודה הנוספת הראויה להתייחסות מעמיקה היא מעמדו של הנושה העתידי, אשר בהתייחס אליו נוקטת הצעת החוק לשון מבלבלת. דברי ההסבר מתייחסים לפתיחת הליכי חדלות פירעון בידי נושה עתידי כאל תופעה שיש למגרה. כך הם מציינים את "הרצון לקבוע נקודת זמן ברורה וודאית לזכאות הנושה לפתוח בהליכים" כאחד הנימוקים המצדיקים את סגירת השערים בפני נושה עתידי.

9. ברוח זו, ובמבט ראשוני, נראה הכלל הקבוע בסעיף 9 (ג) ככלל ראוי ולפיו: "נושה בחוב שטרם הגיע מועד פרעונו אינו רשאי להגיש בקשה לצו לפתיחת הליכים". כלל זה סוגר את שערי הליכי חדלות הפירעון בפני נושים עתידיים, וטוב שכך. שהרי פתיחת השערים בפני נושים עתידיים הנה מדרון כה חלקלק, שדומה כי אין תאגיד או חייב יחיד אשר יוכל להימנע מלהחליק בו עד לתחתיתו.

10. עם זאת, החריגים המנויים בסוף סעיף 9 (ג), מרוקנים למעשה מתוכן את הכלל הנ"ל, מאחר וכל נושה עתידי יוכל לטעון בקלות להתקיימותם: "אלא אם כן קיים חשש ממשי כי התאגיד פועל במטרה להונות את נושיו, להעדיף מי מנושיו או להבריח את נכסיו". כל תשלום חוב שהתגבש יראה כ"העדפת נושים" או כ"הברחת נכסים", וכל פעולה במהלך עסקים רגיל תיראה כ"הונאת הנושים".

11. לא זו אף זו, נושים עתידיים הם ממילא נושים שתוגמלו ביתר ביחס לנושים נוכחיים, משום שהחזר החוב שלהם עומד בסיכון גבוה יחסית (לנוכח דחיית מועד ההחזר). מאחר והסיכון גבוה, כך גם ה"סיכוי"- קרי, הריבית הנגבית בגין החוב ארוך הטווח גבוהה יותר מזו הנגבית בגין החוב קצר הטווח (שגבייתו וודאית ובטוחה יותר). לשון אחרת, הנושה העתידי כבר קיבל תמורה ראויה בגין הסיכון הטמון בנשייה העתידית (בדמות שיעור הריבית הגבוה), ואין להשוות את הסיכון הגלום במעמדו לסיכון הגלום במעמד הנושה קצר הטווח, שקיבל תמורה פחותה לנוכח וודאות החזר חובו.

12. עוד יובהר, כי מתן "פתחון פה" לנושה עתידי משמעו למעשה הכנסת המבחן המאזני ב"דלת האחורית", כמבחן העומד בזכות עצמו. שהרי מדובר למעשה במעין בחינה מוקדמת של סך התחייבויות החייב (מעין "היוון" והקדמה של התחייבויות עתידיות) למול סך נכסיו כפי שהם במועד הבחינה. בדיוק אותו מצב דברים לא וודאי אותו ביקשה הצעת החוק למנוע.

13. גם הנוסח ה"מרוכך" שהוצע על ידכם במהלך דיוני הוועדה, המחדיר למשוואה את מבחן "תום הלב" של התאגיד, אינו מספיק על מנת לסגור את שערי הליכי חדלות הפירעון בפני הנושה העתידי.

14. יודגש, כי לפתיחת השערים בפני נושה עתידי תהיינה השלכות הרות גורל: תהא זו כליה שתומט על מהלך העסקים הרגיל במדינת ישראל. לא פחות. אנו סבורים כי לא לכך כיוונתם ועל כן יש לשנות את נוסח הצעת החוק בהתאם.

  
בברכה

אילן פלטו, מנכ"ל

העתקים:

ח"כ ניסן סלומינסקי- יו"ר וועדת חוקה חוק, ומשפט

מר דני גולדשטיין, יו"ר איגוד החברות הציבוריות

עו"ד ענת פילצר-סומך, יועצת משפטית (חיצונית) לאיגוד החברות הציבוריות, משרד פילצר-סומך, עו"ד