

Eli Wilchek, LL.M*
Avner Cohen
Omer Gadish, LL.M Notary
Shirly Sofer-Demri
Elad Afari, LL.M
Carmel Rabi
Meirav Barnea, MBA
Ravit Cymant, LL.M
Ido Einat
Ofer Samoch
Rotem Heller
Laura Davidov
Merav Meiri
Oren Diamant
Shiri Levy
Ofir Cohen
Liat Cohen-yahalom
Jonathan Ashkenazi
Karin Segev

Haifa office
Jehuda Cohen, LL.M

*A Member of the New-York Bar



דן אבנר כהן, רמת גן 5250607
14 Abba Hillel Rd. Oz-Building
Ramat-Gan 5250607, Israel
E-mail: cw@cwlaw.co.il
טל: (972) 03-611-9000 פקס: (972) 03-751-9191

www.cwlaw.co.il

אלי וילצ'יק, LL.M*
אבנר כהן
עומר גדיש, LL.M נוטריון
שירלי סופר-דמרי
אלעד עפארי LL.M
כרמית רבי
מירב ברנע, MBA
רוית צימנט, LL.M
עדו עינת
עופר סמוך
רותם הלר
לאורה דוידוב
מירב מאירי
אורן דיאמנט
שירי לוי
אופיר כהן
ליאת כהן-יהלום
יהונתן אשכנזי
קארין סגב

משרד חיפה:
יהודה כהן, LL.M

*חבר לשכת עוה"ד בניו-יורק

18/07/2016

לכבוד
ח"כ ניסן סלומינסקי
יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט
כנסת ישראל

לקראת דיוני הוועדה הבאים בהצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי התשע"ו-2016, אנו מתכבדים להגיש להלן את ההערות המרכזיות של מרשתנו - להב לשכת ארגוני העצמאים בישראל, אשר תפקידה הוא לייצג, לקדם ולפעול בענייניו של מגזר העובדים העצמאיים והעסקים הקטנים והבינוניים בישראל.

בכבוד רב
עו"ד אבנר כהן
עו"ד אלעד עפארי
כהן וילצ'יק ושות', עורכי דין

אין חולק כי הצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי התשע"ו-2016, מיטיבה את מצבם של הנושים הבלתי מובטחים לעומת המצב הקיים היום. עם זאת, אנו סבורים כי אין בה די וכי יש לבצע בה תיקונים נוספים על מנת להעמיק את עיגונו של עיקרון השוויון וזאת לשם הגדלת הנתח הנוותר לנושים הבלתי מובטחים בהליך.

א. עיקרון השוויון – רקע כללי

הצעת חוק חדלות פירעון, אשר מטפלת בנושא זה "מן המסד עד הטפחות", חייבת לצאת מתוך הנחת מוצא כי קיים שוויון בין הנושים, אלא אם כן, ניתן להצביע על טעם ראוי שבגיניו יש להעדיף נושה אחד על משנהו. לעניות דעתנו, יתכנו שלושה נימוקים אפשריים להעדפה של נושה חרף עיקרון השוויון, כך שחריגה מעקרון השוויון תיעשה בכפוף להתקיימותם של אחד מן הנימוקים הבאים:

א. **מתן תוקף להסכמת הצדדים משיקולים מסחריים** – יש להכיר בזכותם של צדדים, אשר השכילו במסגרת היחסים העסקיים ביניהם, וקודם ל"קריסת" החייב, להסכים על מנגנון של "עדיפות" על פני נושים אחרים, כתנאי להענקת אשראי ו/או שירות ו/או סחורה לחייב. לעדיפות זו, יש ליתן תוקף חרף עיקרון השוויון שכן משיקולים מסחריים ומשקיים ברי כי יש מקום לעודד הענקת אשראי ו/או סחורה ו/או שירות במהלך העסקים הרגיל של החייב.

ב. **שיקולי צדק** - לעיתים משיקולי צדק יש מקום ליתן עדיפות לנושה מסוים על פני רעהו. כך לדוג' ההצדקה להכרה בזכות הקיזוז, נעוצה בשיקולי צדק שכן אין זה סביר לחייב אדם לשלם את חובו לגוף חדל פירעון, כאשר אותו גוף אינו משלם את חובו כלפי אותו אדם.

ג. **שיקול סוציאלי** – מתן עדיפות לגורם חלש משיקולים סוציאליים. כך לדוג' מקובל להניח כי מתן העדיפות לעובדים בהליכי חדלות פירעון מוצדק בשל תלותם המוחלטת של העובדים בגוף חדל הפירעון (להבדיל מספקים).

ככל שלא ניתן להצדיק מתן עדיפות לנושה כלשהוא בשל אחד השיקולים שנמנו לעיל – אנו סבורים שיש להורות על ביטול העדיפות.

ב. עדיפות לנושים - רק בהתאם לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי

לדעתנו, יש לקבוע בחוק, כי במקרה בו ניתן צו חדלות פירעון לחייב, לא תהיה לנושה כל עדיפות על פני נושים אחרים, אלא לפי הוראות חוק זה בלבד. בהתאם, עדיפות לנושים המעוגנת בחוקים אחרים – לרבות פקודת המיסים (גביה) לרבות שעבודים שנרשמו מכח הדין, לא תחול בהליך של חדלות פירעון, זולת אם הוכרה במפורש בחוק זה.

ג. הנושים "המועדפים" – האמנם מוצדק?

בהתאם להצעת החוק קיימת רשימה ארוכה ביותר של נושים המקבלים עדיפות על פני הנושים הבלתי מובטחים, אשר מעקרת כמעט מכל תוכן את "עיקרון השוויון". עדיפות זו, מעוגנת בחלקה בהצעת החוק וברובה באמצעות דברי חקיקה חיצוניים לחוק חדלות פירעון. להלן נבקש למנות נושים מועדפים אלו, אשר "נוגסים" מחלקם של הנושים הבלתי מובטחים ונבקש לבחון האם ראוי להעניק להם עדיפות אם לאו בהתאם לשיקולים שנמנו לעיל.

1. שעבוד קבוע

נושה המחזיק בשעבוד קבוע מכת הסכם, מקבל עדיפות על פני יתר הנושים. אולם כאמור, מתן עדיפות במקרה זה הנו מוצדק מטעמים מסחריים. עם זאת שעבוד קבוע שאינו מכת הסכם אלא מכת הדין כגון שעבוד הנרשם באורח חד- צדדי מכת פקודת המיסים (גביה) אין לו כל הצדקה בהליכי חדלות פירעון.

2. שעבוד צף

בהתאם להצעת החוק, סך של 25% משווי השעבוד הצף, ייוחד לנושים הבלתי מובטחים, כאשר מנתח זה השמור לנושים הבלתי מובטחים יזכה ליהנות אף הנושה המובטח ביחסו ליתרת חובו. אנו סבורים כי יש לקבוע כי סכום זה ייועד לנושים הבלתי מובטחים בלבד, כאשר הנושה המובטח לא יהיה זכאי לקבל תמורה מ"נתח" זה. (כפי המצב בדין האנגלי – ראו דוד האן, דיני חדלות פירעון עמ' 553). מנגנון זה הנו ראוי וצודק שכן "שוויון" של השעבוד הצף, עם ביטול חלק הארי מהחובות בדין הקדימה, עלה משמעותית והנושה המובטח הוא זה שנהנה מכך וממילא אין מקום שיהנה אף מהנתח הנותר של ה-25%.

כמו כן, אנו סבורים כי אין כל מניעה להחיל באורח מיידי את ביטול רכיבי דין הקדימה, להבדיל מההפחתה של ה-25% מהשעבוד הצף שכן הנושים "בדין קדימה" לא כלכלו את צעדיהם ולא התנהלו בהסתמך על עדיפות זו.

3. שימור בעלות

בהתאם לעמדתנו, מן הראוי ליתן תוקף להסכמות הצדדים אשר מקנות עדיפות לנושה המחזיק בתניית שימור בעלות בהתאם לתנאים המופיעים בהצעת החוק.

4. עיכבון – אבחנה בין עיכבון הסכמי לעיכבון מכת הדין

בהתאם לדין כיום, נושה בעל זכות עיכבון הנו נושה מובטח, אשר זוכה לעדיפות ביכולת להיפרע מהנכס המעוכב על פני כלל הנושים לרבות נושה מובטח. הצעת החוק מבקשת לשמר דין זה כאשר אין היא מבדילה בין עיכבון מכת הדין לבין עיכבון הסכמי. אנו סבורים כי יש לאבחן בין השניים, כך שבהליך חדלות פירעון יש להכיר כנושה מובטח רק בנושה המחזיק בעיכבון הסכמי וזאת בהתאם לעמדתנו כי מן הראוי ליתן תוקף להסכמת צדדים, אשר השכילו מראש לקבוע את תנאי המסחר ביניהם ובכלל זה קבעו את מנגנוני ההעדפה. טעם זה אינו חל כלל ועיקר כאשר מדובר בנושה המחזיק בעיכבון מכת הדין. לנושה זה אשר מראש לא "דרש" בטוחה כלשהיא, אין ליתן כל עדיפות

על פני נושה אחר רק בשל העובדה (שהיא לעיתים רבות מקרית) כי הוא מחזיק בנכס כלשהוא של החייב. לא למותר לציין כי אבחנה זו בין עיכבון הסכמי לבין עיכבון מכח הדין, הנה פשוטה ביותר ועל כן תייעל ותקצר את ההליך ותייתר התדיינויות משפטיות מורכבות בעניין זכויות העיכבון מכח הדין.

לנוכח האמור, אנו סבורים כי אין להכיר בעיכבון אשר נוצר מכח הוראות החוק הבאות, ולא נוצר בשל הסכם בין הצדדים:

- א. סעיף 31 לחוק המכר, תשכ"ח - 1968 ;
- ב. סעיף 5 לחוק חוזה קבלנות ;
- ג. סעיף 12 לחוק השליחות, תשכ"ה - 1965 ;
- ד. סעיף 8(ג) לחוק הנאמנות, תשלי"ט - 1979 ;
- ה. סעיף 19 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשלי"א - 1970 ;
- ו. סעיף 88 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א - 1961 ;
- ז. סעיף 9 לחוק השומרים, תשכ"ז - 1967 ;

כמו כן אין להכיר אף בעיכבון ייחודי אשר נוצר לנושה מוגדר מכח הדין שאינו מכח הסכמה בין הצדדים כמפורט להלן:

- א. סעיף 13 לחוק מס קניה (טובין ושירותים), תשי"ב-1952, מכיר בזכות עיכבון למדינה בגין חוב מס קניה .
- ב. סעיף 33 חוק רשות שדות התעופה, תשלי"ז-1977 מכיר בעיכבון לנושה ספציפי קרי רשות שדות התעופה ברשותה, בגין טובין שהיא מחזיקה ברשותה.
- ג. סעיף 145 לפקודת המכס [נוסח חדש] מכיר בעיכבון ראשון ועדיף, על פני כל יתר הנושים בגין חוב מכס, לרבות קנסות המגיעים למדינה.

5. ארנונה ותשלומי חובה לרשויות המקומיות

בהתאם לפקודת המסים (גביה) ובהתאם לאכרזות שר האוצר, ארנונה וכל תשלומי החובה לרשויות המקומיות בגין נכס מקרקעין של "החייב", נהנות ממעמד של "שעבוד" והן שוות ערך (פרי פסו) לנושה המובטח (בג"ץ 7009/04 **עיריית הרצליה נ' היועץ המשפטי לממשלה**). בשים לב לשלושת הנימוקים המנויים לעיל לחריגה מעיקרון השוויון, אין כל הצדקה למתן עדיפות זו בייחוד כאשר מחוקק המשנה (שר האוצר) הוא זה שקובע את העדיפות ולא המחוקק הראשי.

6. ניכויים – ביטוח לאומי ומס הכנסה

אנו סבורים כי יש הצדקה לכך שחוב ניכויים לביטוח לאומי יוכר כחוב בדין קדימה. צו חדלות פירעון מהווה "אירוע ביטוחי" אשר בעקבותיו, הביטוח לאומי משלם סכומים נכבדים לעובדי החייב ועל כן מן הראוי ש"תשלומי הביטוח" ייהנו מעדיפות.

עם זאת, אין כל הצדקה למתן עדיפות לניכויים של מס הכנסה. בהקשר זה ראוי לציין כי הלכה למעשה, אין כל דרך ריאלית "לצבוע" את הכספים שנוכו ע"י החייב ועל כן הטיעון של "מעין נאמנות" אינו מוביל למתן עדיפות כספית בכל מצב. בהמשך ישיר לעמדתנו, אנו רואים בחיוב, מתן דין קדימה לרשות המיסים בגין חוב של החייב שנפרס ע"י רשות המיסים וזאת מתוך מטרה לאפשר פריסת חובות של חייב המצוי במצוקה כלכלית.

7. אגף מס ערך מוסף

בהצעת החוק (בניגוד לתזכיר), נקבע כי קרן חוב מס ערך מוסף שנוטר ב-12 החודשים שקדמו למתן הצו, ייהנה ממעמד של דין קדימה. הטעם לעדיפות זו עפ"י הצעת החוק הוא כי "מתקיים הרציונל שלפיו מחזיקים כספי מס ערך מוסף בידי המוכר במעין נאמנות בעבור רשויות המס". אנו סבורים כי טעם זה אינו יכול לעמוד. **ראשית**, הטענה כי כספים אלו מוחזקים במעין נאמנות, נדחתה על ידי בית המשפט העליון (ע"א 4351/01 עו"ד ארז, מפרק חברת ח.א. מזון בע"מ). לעניין זה מן הראוי לציין כי טענה של המוכר- החייב, בדבר אי-קבלת רכיב המע"מ מהקונה איננה מהווה כלל טענת הגנה בעבירה הפלילית של אי-תשלום מע"מ. **שנית**, והיא העיקר, רציונאל זה, לא רלבנטי כלל בהליך של חדלות פירעון שכן יש להעמיד הצדקה להעדפת מע"מ ביחסים מול יתר הנושים ולא ביחסים מול החייב. אין כל הסבר מניח את הדעת לכך שמהסכום הכולל ששילם נושה לחייב, ייוחד סכום בעדיפות למע"מ הגם שהנושה לא קיבל כל תמורה בגין הסכום ששילם.

8. מס רכישה ומס רכוש

בהתאם לפקודת המסים (גביה) חוב מס רכישה ומס רכוש בגין מקרקעין של החייב הנו שעבוד ראשון, וקודם לכל הנושים לרבות נושה מובטח (ע"א 633/91 מנהל מס רכוש ומנהל מס שבח מקרקעין, תל אביב נ' א' שמש, פ"ד מח(1) 841) אף לא אחד מן הטעמים המנויים לעיל, אינו מצדיק מתן עדיפות בגין חובות אלו.

9. מס שבח

בהתאם לסעיף 93 לחוק מיסוי מקרקעין - חוב בגין מס שבח של מקרקעין של החייב, נהנה מעדיפות על פני כל הנושים, לרבות נושה מובטח למעט חוב לעובדים. לא למוטר לציין כי חוב זה, אשר נהנה מעדיפות, כולל אף הפרשי הצמדה וריבית.

לטעמנו, אין כל הצדקה למתן עדיפות זו לחוב מס שבח לרבות במקרה בו הנכס מומש במסגרת הליך חדלות הפירעון (יצויין כי ההכרה בחוס מס שבח לעניין שעבוד ראשון בהתאם לפקודת המיסים (גביה) טרם הוכרעה).

כמו כן, בהקשר של מס שבח, מוצע לעגן בחקיקה, כי הזכות לקזז "הפסדים" של החייב, הנה זכות של הנושים הבלתי מובטחים של החייב ולא של הנושה המובטח כפי שנקבע בע"א 9060/11 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' עו"ד אייל ארנברג, הנאמן על נכסי החייב אברהם וייס**.

10. היטל השבחה

הדין המשפטי ביחס לשאלה האם פקודת המיסים (גבייה) מכח אכרזות שר האוצר - חלה אף ביחס להיטל השבחה – טרם הוכרעה באורח סופי בבית המשפט העליון. מכל מקום, ברי כי אין כל מקום לעדיפות זו.

11. המדען הראשי

בהתאם לחוק לעידוד מחקר ופיתוח בתעשייה, התשמ"ד-1984, השקעות של המדען הראשי זוכות לעדיפות משמעותית על פני כל יתר הנושים (אם מוכרים את פעילות החברה לחברה ישראלית - הרוכש חייב לקחת על עצמו את כל התחייבויות למדען הראשי ובכך תוקטן התמורה לנושים. אם מוכרים את הפעילות/החייב לחברה בחו"ל אזי המדען הראשי זכאי לקבל את החלק היחסי שלו בהשקעות המו"פ, לפני כל יתר הנושים) – אין כל הצדקה לעדיפות זו.

12. רשות מקרקעי ישראל - דמי חכירה ודמי הסכמה

הדין המשפטי ביחס לתשלום דמי חכירה ודמי הסכמה לרשות מקרקעי ישראל אינו ברור, ופעמים רבות, רשות מקרקעי ישראל מתנה את העברת המקרקעין של החייב בתשלום החוב בגין דמי החכירה ובתשלום דמי הסכמה. מן הראוי להסדיר עניין זה ולמנוע עדיפות זו שאינה מוצדקת כלל ועיקר.

13. קיזוז

כאמור לעיל, תחושת הצדק אינה נוחה מכך שאדם או תאגיד ישלמו את חובם לחייב, בשעה שהחייב אינו משלם את חובו. עם זאת, זכות הקיזוז כפי המצב המשפטי כיום (להבדיל מהצעת החוק) יוצרת שני עיוותים: העיוות האחד - זכות הקיזוז היא רחבה ביותר ומעניקה זכות קיזוז אף בגין נזקים עקיפים לרבות אבדן רווח. העיוות השני - רבים מהחייבים עושים שימוש לרעה בזכות הקיזוז. בעלי התפקיד, אשר מנפיקים מכתבי דרישה לתשלום החוב, נפגשים חדשות לבקרים, בטענות קיזוז מופרכות ולא מנומקות מתוך מטרה להימנע מתשלום החוב.

בשל האמור, אנו מבקשים להציע "טיפול" בשני עיוותים אלו באורח הבא:

- א. בתוך 30 יום ממועד צו חדלות הפירעון, או במועד אחר שיקבע בית המשפט מטעמים שירשמו, כל מי שחייב כסף לחברה, יחויב במשלוח הודעת קיזוז מנומקת ומפורטת. (בדומה לחובה להגיש תביעת חוב במועד) ובהעדר הודעת קיזוז – יראו את החייב כמי שוויתר על זכותו לקיזוז.

ב. זכות הקיזוז תצומצם כך שתכלול רק חוב שהתגבש במועד צו חדלות הפירעון וכן חוב בגין נזקים ישירים בלבד. יצוין כי בהצעת החוק, נעשה ניסיון לצמצם את היקפה של זכות הקיזוז. עם זאת אנו סבורים כי התנאים שנקבעו בהצעת החוק, אינם ברורים כלל ועיקר והם "מזמינים" התדיינות משפטיות רבות ומורכבות.

ד. גימלה מאת המוסד לביטוח לאומי לעצמאים

עובדי החייב, בהתאם לדין, זכאים לעדיפות על פני כל יתר הנושים בדרך של תשלום גימלה מאת הביטוח לאומי, כאשר הגימלה עומדת ע"ס מקסימאלי של כ- 130,000 ₪ לכל עובד. אין חולק כי המדובר בסכום משמעותי ביותר. אנו סבורים כי מנגנון זה, של תשלום גימלה בעת חדלות פירעון, ראוי שיחול אף על עצמאים, אשר אף הם משלמים ביטוח לאומי כדין. כשם שהעובדים אשר עלולים לקרוס כלכלית בשל קריסת מעבידיהם, זכאים לקיצבה, אף העצמאים, כפי שקורה לצערנו, חדשות לבקרים, נכנסים לסחרור כלכלי עד כי קריסה בשל חדלות הפירעון של החייב, ועל כן יהא זה מוצדק וראוי לשלם אף להם קצבה. מאחר וככלל ההיקף המסחרי של הפעילות, משפיע על מידת השרידות של העסק, אנו מציעים כי תשלום הגימלה יעמוד על תקרה של 50,000 ₪ וישולם לעצמאים (אשר אינם מאוגדים בחברה) המשלמים לביטוח הלאומי, בהתאם להכנסתם המדווחת בגינה שולמו ניכויים לביטוח הלאומי, וכאשר הם פועלים כעוסק מורשה או כעוסק פטור.