

**מסמך הכנה לדיון בהצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ו-2016 הקבוע ליום  
27.6.2017 – סעיפים 251-256**

בישיבה הקרובה הוועדה אמורה לדון בנושים בעלי זכויות פירעון מיוחדות – סעיפים 243-256 להצעה.  
לעניין סעיפים 243-250 להצעה ראו מסמך ההכנה מיום 11.6.2017 (לקראת ישיבת הוועדה מיום 13.6.2017).  
להלן – מסמך ההכנה הנוגע לסעיפים הבאים – 251-256 להצעה.

**פרק ו': נושים בעלי זכויות פירעון מיוחדות**

**סימן ב': נושה בעל נכס הכפוף לשיוור בעלות**

**סעיפים 251 ו-252 המוצעים: נכס הכפוף לשיוור בעלות והגבלה על העברת חזקה כשעסקי החייב מופעלים**

נכס הכפוף לשיוור 251. נכס הכפוף לשיוור בעלות הוא נכס שמתקיימים בו כל אלה:  
בעלות

(1) הנכס נמכר לחייב והועבר לחזקתו, לפני מתן הצו לפתיחת הליכים;

(2) הבעלות בנכס נותרה בידי המוכר, לפי הסכם המכירה, עד לתשלום התמורה  
בעדו;

(3) הוראות סעיף 2(ב) לחוק המשכון, לא חלות על עסקת המכר.

252. (א) ניתן צו לפתיחת הליכים והורה בית המשפט לעניין חייב שהוא תאגיד – על  
הפעלת התאגיד לצורך שיקומו הכלכלי, או הורה הממונה, לעניין חייב שהוא יחיד –  
על הפעלת עסקו לפי סעיף 158, לא יקבל בעלים של נכס הכפוף לשיוור בעלות את  
החזקה בנכס, בשל אי-תשלום התמורה בעדו בידי החייב, אלא באישור בית המשפט.  
החייב מופעלים

(ב) בית המשפט יאשר העברת חזקה לבעלים של נכס הכפוף לשיוור בעלות  
בהתקיים אחד מאלה:

(1) אין בנכס כדי להבטיח הגנה הולמת לבעליו ולא נקבעו דרכים אחרות  
להבטחת הגנה כאמור;

(2) אין בהעברת החזקה כדי לפגוע באפשרות לשיקומו הכלכלי של החייב,  
שהוא תאגיד, ולעניין חייב שהוא יחיד – באפשרות לשמירת עסקו כעסק פעיל.

## הערות:

- נכס הכפוף לשיוור בעלות הוא נכס שנרכש על ידי החייב והועבר לחזקתו, אך הבעלות בו נותרת בבעלות המוכר, וזאת עד לתשלום התמורה. השימוש בכלי זה נעשה לרוב בעסקאות קונסיגנציה, בהן ספק סיטונאי מעוניין למכור סחורה לקונה קמעונאי, אך קיים חשש שהקמעונאי לא יצליח למכור את הסחורה. במקרה כזה, הסחורה מועברת לקונה, אך נקבעת "תניית שימור בעלות" שלפיה הבעלות על הסחורה תועבר לידי הקונה רק אם יצליח למכור אותה לצד שלישי.<sup>1</sup>
- ההסדר המוצע נועד לאפשר לתאגיד בהפעלה או ליחיד שעסקו מופעל בהתאם לסעיף 158 להצעת החוק **להמשיך ולהשתמש בנכסים הכפופים לשיוור בעלות** (אף שאינם בבעלותם) תוך מתן הגנה הולמת לבעליהם.
- לפי דברי ההסבר להצעת החוק, מוצע להחיל על נכס הכפוף לשיוור בעלות את **אותם הסדרים והגנות החלים על נכסים משועבדים** בשינויים הנדרשים, וזאת למרות שלא מדובר בנכס של החייב המשועבד לנושה, אלא בנכס של הנושה. מוצע לקבוע כי בעל הנכס לא יקבל לידיו את החזקה בנכס, בשל אי תשלום התמורה, אלא באישור בית המשפט. עוד מוצע לקבוע כי בית המשפט יאשר את העברת החזקה לבעלים רק אם התקיים **אחד משני אלה**:  
(1) הנכס אינו מבטיח הגנה הולמת לבעליו, ולא נקבעה דרך אחרת להבטיח הגנה כזאת **אין** (2) אם אין בהעברת החזקה כדי לפגוע באפשרות לשיקומו הכלכלי של תאגיד, ולגבי יחיד – באפשרות לשמירת עסקו כעסק פעיל.
- לפי דברי ההסבר להצעת החוק, **ההסדר המוצע אמור לשמר, בשינויי נוסח, את הדין הקיים המעוגן בסימן ב' לפרק ג' לחלק התשיעי של חוק החברות – פשרה או הסדר שמטרתם הבראת החברה.**<sup>2</sup>

<sup>1</sup> או במקרים נוספים, כגון: שהקונה הודיע על רצונו לקנות את הנכס באופן מוחלט, או שחלפה התקופה המוסכמת לשימוש באופציית ההחזרה.

<sup>2</sup> **350א. הגדרות: בסימן זה – "בעלים של נכס מכוח תניית שימור בעלות"** – מי שמכר נכס לחברה והעביר לחברה את החזקה בנכס, לפני מתן צו הקפאת הליכים לגביה, לפי חוזה הכולל תניית שימור בעלות, והבעלות בנכס הנמכר נותרה בידו בשל אותה תניה, ובלבד שהוראות סעיף 2(ב) לחוק המשכון, התשכ"ז-1967, לא חלות על העסקה;  
**"הגנה הולמת"** – ... (2) לגבי נכס שחלה עליו תניית שימור בעלות – הבטחת תשלום החוב בשל אי-תשלום התמורה בעד הנכס עד לסכום החוב שהיה נפרע ממכירתו בידי הבעלים מכוח תניית שימור בעלות במועד הגשת הבקשה שבה נבחנת טענת ההגנה ההולמת;  
**"נכס שחלה עליו תניית שימור בעלות"** – נכס שנמכר לחברה והועבר לחזקתה, לפני מתן צו הקפאת הליכים לגביה, לפי חוזה הכולל תניית שימור בעלות, והבעלות בנכס הנמכר נותרה בידי המוכר בשל אותה תניה, ובלבד שהוראות סעיף 2(ב) לחוק המשכון, התשכ"ז-1967, לא חלות על העסקה;

**"תניית שימור בעלות"** – הוראה בחוזה למכירת נכס לחברה, שלפיה הבעלות בנכס הנמכר תישאר בידי המוכר עד לאחר תשלום התמורה בעדו.  
**350ב. צו הקפאת הליכים:** (א) בסעיף זה, "הליך" – לרבות הליך לפי חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, אך למעט הליך כאמור שביצעו הושלם כמשמעותו בסעיף 357 לפקודת החברות, לפני מתן צו הקפאת הליכים, ולרבות העברת חזקה בנכס לידי הבעלים של הנכס מכוח תניית שימור בעלות.

(ב) (1) הוגשה בקשת הבראה, רשאי בית המשפט, אם שוכנע כי יהיה בכך כדי לסייע להבראת החברה, לתת צו ולפיו במשך תקופה לא תעלה על תשעה חודשים, לא יהיה ניתן להמשיך או לפתוח בשום הליך נגד החברה אלא ברשות בית המשפט ובתנאים שיקבע; ...  
**350ג. חריגים להקפאת הליכים:** (א) ניתן צו הקפאת הליכים, ונוכח בית המשפט כי מתקיים האמור בסעיף קטן (ב), יתיר, על אף הצו –

(1) לבקשת נושה מובטח – לממש נכס המשועבד לו;  
(2) לבקשת נושה שהוא בעל שעבוד צף – לגבשו;  
(3) לבקשת נושה שהוא בעל שעבוד צף שגובש – לממש נכס אחד או יותר ששעבודו גובש כאמור;  
(4) לבקשת בעלים של נכס מכוח תניית שימור בעלות – לקבל חזקה בנכס, ובלבד שהיתה לו זכות כאמור אלמלא צו הקפאת הליכים.

(ב) **היתר כאמור בסעיף קטן (א) יינתן רק בהתקיים אחד מאלה:**

(1) אין בנכס המשועבד או בנכס שחלה עליו תניית שימור בעלות, לפי העניין, כדי להבטיח הגנה הולמת לנושה או לבעלים של הנכס, ולא נקבעו דרכים אחרות להבטחת הגנה כאמור;  
(2) אין במימוש השעבוד, בגיבוש השעבוד הצף או בקבלת החזקה, לפי העניין, כדי לפגוע באפשרות הבראת החברה.

**350ה. נכסים משועבדים ונכסים שחלה לגביהם תניית שימור בעלות – שימוש, השכרה או מכירה:** (א) בעל תפקיד רשאי לעשות שימוש בנכס של חברה בהקפאת הליכים שהוא נכס משועבד או נכס שחלה עליו תניית שימור בעלות, להשכירו או למכרו, ובכלל זה למכרו כשהוא נקי מכל שעבוד או זכות אחרת של הנושה או הבעלים של הנכס מכוח תניית שימור בעלות, לפי העניין, במהלך העסקים הרגיל של החברה, אלא אם כן שוכנע בית המשפט כי מתקיים אחד מאלה:

(1) השימוש, ההשכרה או המכירה אינם נדרשים לצורך הבראת החברה;  
(2) לאחר השימוש, ההשכרה או המכירה לא יהיה בנכס, בתמורתו או בכל נכס שירכש בתמורה כאמור (בסעיף זה – נכס חלופי), לפי העניין, כדי להבטיח הגנה הולמת לנושה או לבעלים של הנכס מכוח תניית שימור בעלות, ולא נקבעו דרכים אחרות להבטחת הגנה כאמור.

(ב) (1) בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (א), היה הנכס משועבד בשעבוד על נכס מסוים, טעונה מכירתו כאמור אישור בית המשפט, אלא אם כן ניתנה לכך הסכמת הנושה; לעניין זה, "מכירה" – לרבות תשלום באמצעות נכס משועבד בשעבוד על נכס מסוים;

- בסעיף 251(3) מוצע לקבוע את התנאי (הקיים גם בדין כיום), לפיו נכס הכפוף לשיוור בעלות הוא רק כזה **שלא חלות עליו הוראות סעיף 2(ב) לחוק המשכון**. הסעיף האמור בחוק המשכון קובע כי חוק המשכון יחול על כל עסקה "שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, היא כינויה של העסקה אשר יהא", כלומר, הוא בא "לתפוס" גם עסקאות משכון שמוצגות על ידי הצדדים כעסקאות מסוג אחר, במטרה לעקוף את חוק המשכון ("משכון מסווה").
- **סעיף 251(3) המוצע נועד להבטיח כי לא ניתן יהיה לעשות שימוש בתניית שיוור בעלות כדי "לעקוף" את הוראות חוק המשכון**. במלים אחרות, **ככל שחוק המשכון אמור לחול על העסקה אזי יש לבחון אותה בהתאם להוראותיו, ורק אם חוק המשכון אינו חל, כלומר, אין מדובר בעסקת משכון גלויה או "מוסווית", אזי יחולו ההוראות הנוגעות לשיוור בעלות**.
- יצוין כי המשמעות המרכזית של תחולת חוק המשכון על עסקה, היא השאלה בידי מי הבעלות על הנכס. ככל שמדובר בעסקת משכון אמיתית, הרי שהבעלות עברה **לקונה**, בכפוף לשעבוד שיש למוכר על הנכס. בחדלות פירעון, יש לכך משמעות כפולה – האחת, לצורך הכרעה האם הנכס נמצא בבעלות החייב כך שניתן לחלקו במסגרת קופת הנשייה, והשנייה, לצורך הכרעה בשאלת התחולה של השעבוד כלפי צדדים שלישיים (שכן משכון משתכלל כלפי צדדים שלישיים רק ככל שנרשם).
- יצוין כי הצעת החוק מבקשת להימנע מהכרעה בשאלת התחולה של סעיף 2(ב) לחוק המשכון על עסקאות עם תניות שיוור בעלות, אשר הפסיקה עסקה בה לא מעט (פסקי הדין הבולטים בהקשר זה - עניין **קולומבנו**,<sup>3</sup> ו-עניין **קידוחי הצפון**)<sup>4</sup>.

**שאלה לדיון:** כאשר מדובר בתניית שימור בעלות "אמיתית" - מהי ההצדקה להעניק הגנה של **שעבוד בלבד**, למרות שלמעשה מדובר בנכס שנמצא **בבעלותו של הנושה?**

### סימן ג': נושה בעל זכות עיכבון

#### סעיף 253 המוצע: עיכבון

- |                                                                                                                                                                                                                                                                  |               |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| <p>253. נושה שיש לו זכות עיכבון לגבי נכס מנכסי קופת הנשייה, בשל חוב עבר של החייב, יראו אותו ממועד מתן הצו לפתיחת הליכים כמי שהנכס משועבד לטובתו כערובה לחוב האמור; על נושה כאמור יחולו הוראות חוק זה החלות לגבי נושה מובטח, הכול בשינויים המפורטים בסימן זה.</p> | <p>עיכבון</p> |
| <p>4. בחוק זה –</p>                                                                                                                                                                                                                                              | <p>הגדרות</p> |
- "חוב מובטח" – חוב עבר שלהבטחת פירעונו שועבד נכס של החייב, בין בשעבוד קבוע ובין בשעבוד צף, עד לגובה החוב שניתן להיפרע ממימוש הנכס;

(2) אישור בית המשפט לפי פסקה (1) יכול להינתן במסגרת צו הקפאת הליכים, לרבות צו כאמור שניתן במעמד צד אחד, ורשאי בית המשפט לקבוע הוראות לעניין מכירת נכסים המשועבדים בשעבוד על נכס מסוים, ככלל או לגבי סוג של נכסים כאמור.

(ג) (1) **בעל תפקיד רשאי לעשות שימוש בנכס של חברה בהקפאת הליכים שהוא נכס משועבד או נכס שחלה עליו תניית שימור בעלות, להשכירו או למכרו, ובכלל זה למכרו כשהוא נקי מכל שעבוד או זכות אחרת של הנושה או של הבעלים של הנכס מכוח תניית שימור בעלות, אף שלא במהלך העסקים הרגיל של החברה, ובלבד שניתנה הסכמת הנושה או הבעלים כאמור, או שניתן אישור לכך מאת בית המשפט;**

(2) בית המשפט לא ייתן אישור כאמור בפסקה (1), אלא אם כן שוכנע כי השימוש, ההשכרה או המכירה **חיוניים** לצורך הבראת החברה וכי יהיה בנכס, בתמורתו או בנכס החלופי, לפי העניין, גם לאחר השימוש, ההשכרה או המכירה כאמור, כדי להבטיח **הגנה הולמת לנושה או לבעלים של הנכס מכוח תניית שימור בעלות, או שנקבעו דרכים אחרות להבטחת הגנה כאמור.**

(ד) **נמכר נכס לפי סעיף זה (בסעיף קטן זה – הנכס המקורי), כשהוא נקי מכל שעבוד או זכות אחרת של הנושה או הבעלים של הנכס מכוח תניית שימור בעלות, יהיו התמורה בעדו או הנכס החלופי, הניתנים לזיהוי או לעקיבה, משועבדים לטובת הנושה באותה דרגת עדיפות או שיראו אותם כנכסים שחלה עליהם תניית שימור בעלות, לפי העניין, ככל הנדרש להבטחת פירעון החוב המובטח או להבטחת פירעון החוב בשל אי-תשום התמורה, לפי העניין; ואולם הנושה או הבעלים של הנכס מכוח תניית שימור בעלות לא יוכל להיפרע מהנכס החלופי בסכום העולה על שווי של הנכס המקורי, והכל אלא אם כן קבע בית המשפט אחרת.**

<sup>3</sup> ע"א 455/89 קולומבנו, מאכל ומשקה בע"מ מ' הכונס הרשמי (1995).

<sup>4</sup> רע"א 1690/00 קידוחי הצפון בע"מ נ' א. אבגל טכנולוגיה בע"מ (2003).

## הערות:

- **לזכות העיכבון:** זכות עיכבון יכולה להיווצר מכוח הסכם או מכוח הדין. העיכבון מקנה לנושה את הזכות לעכב בידיו נכס של החייב אשר מצוי פיזית בידינו עד לפירעון החוב שהחייב חב לו.
- במסגרת הדין האזרחי-הכללי, נהוג להתייחס לזכות העיכבון כאל זכות דייונית, כלומר לנושה יש זכות לעכב בידיו נכס שאינו שלו בגין חוב המגיע לו. להבדיל מכך, במסגרת הליכי חדלות הפירעון קובע הדין הקיים את זכות העיכבון כזכות מהותית ומקנה למחזיק בה מעמד של נושה מובטח.<sup>5</sup>
- במשך השנים, נשמעה ביקורת על כך שזכות העיכבון נהנית ממעמד של זכות מהותית בחדלות פירעון. בין היתר, נטען כי הדבר פוגע בשוויון בין הנושים – שכן העיכבון מאפשר לנושה אחד לזכות בעדיפות על נושה אחר, מבלי שיש הצדקה עניינית להבחנה ביניהם. כך הוא למשל המקרה ששני ספקים מבצעים תיקון או נותנים שירות לחייב – אחד מהם לוקח את הנכס לתיקון במשרדו והשני מתקן את הנכס ברשותו של החייב – זכות העיכבון תעניק מעמד של נושה מובטח לספק שביצע את התיקון במשרדו ולא במשרדי החייב.
- בין ההצעות שהועלו בהקשר זה (בין היתר, בידי פרופ' דויטש והשופטת אלשיך), היא להבחין בין "עיכבון כללי" המתקיים כאשר לבעל העיכבון אין קשר מיוחד בין החייב לנכס, ובין "עיכבון מיוחד" המבוסס על זיקה מיוחדת לנכס של בעל העיכבון, דוגמת השבחתו של הנכס. על-פי גישה זו, רק הנושה המחזיק ב"עיכבון מיוחד" יחשב לנושה מובטח.
- ואולם למרות הביקורות על המעמד שניתן לזכות העיכבון, הפסיקה דחתה את ההבחנות האמורות בין "עיכבון כללי" ו"עיכבון מיוחד" וקבעה כי כל עיכבון הוא בעל מעמד של נושה מובטח.<sup>6</sup> אף בסעיף 554 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 (הקודקס האזרחי) הוצע לשמור על המעמד הקנייני של זכות העיכבון אולם להגביל זאת רק לעיכבון מכוח חיקוק.<sup>7</sup>
- בהצעת החוק מבקשים לעגן את הדין הקיים בעניין זה ולקבוע כי בעל זכות עיכבון מכוח חיקוק או מכוח הסכם יהיה במעמד של נושה מובטח.
- להגדרת "חוב מובטח": הוועדה החלה לדון בהגדרת "חוב מובטח" בדיון ביום 26.4.17, והוחלט להמשיך את הדיון בה במסגרת הדיון בחלק הנשייה. על-פי המוצע, ההגדרה מתייחסת לחוב עבר (כהגדרתו בהצעת החוק<sup>8</sup>) שלהבטחת פירעונו שועבד נכס של החייב (בשעבוד קבוע או צף), וזאת רק עד לגובה החוב שניתן להיפרע ממימוש הנכס. יתרת החוב, מעבר לסכום שניתן לקבל ממימוש הנכס, כדין שאר חובות החייב שאינם מובטחים.

## שאלות לדיון:

1. מוצע לדון בבחירה שנעשתה בהצעת החוק להעניק לעיכבון מעמד של זכות מהותית של נושה מובטח (להבדיל מזכות פרוצדוראלית בלבד). הנימוק המרכזי בדברי ההסבר לבחירה זו הוא הרצון להגן על הנושים "הקטנים" – נותני השירותים והספקים שהם במקרים רבים בעלי זכות עיכבון. היקף העסקאות שהם מבצעים אינו מצדיק רישום שיעבוד, ועל-כן הם משתמשים בעיכבון כדי להבטיח את חובם. לפיכך, מתן מעמד כאמור לזכות העיכבון יסייע להם להבטיח את חובם ויגביר את השוויון בינם ובין הנושים המובטחים בשעבוד קבוע או צף.

<sup>5</sup> סעיף 1 לפקודת פשיטת הרגל – הגדרות: "1. בפקודה זו – "נושה מובטח" – מי שבידו שעבוד או עיכבון על נכסי החייב או על חלק מהם, בחזקת ערובה לחוב המגיע לו מהחייב".

<sup>6</sup> ע"א 5789/04 המשביר הישן נ' לוגיסטיקר (פורסם בבנו, 10.6.2007).

<sup>7</sup> סעיף 554 להצעת חוק דיני ממונות – עיכבון: "עיכבון הוא זכות של נושה, על פי חיקוק, לעכב נכס המצוי בהחזקתו, כערובה לקיום חיוב שמועדו הגיע".

<sup>8</sup> "חוב עבר" – חוב, לרבות תשלום עונשי, שמתקיים לגביו אחד מאלה: (1) החייב חב בו במועד מתן הצו לפתיחת הליכים, לרבות באופן מותנה; (2) הוא נובע ממועשה או מחדל שעשה החייב לפני מתן הצו לפתיחת הליכים, גם אם החוב נוצר לאחר מתן הצו; (3) הוא נובע מהפרת התחייבות שהחייב התחייב בה לפני מתן הצו לפתיחת הליכים, גם אם ההפרה נעשתה לאחר מתן הצו, ובלבד שההפרה נובעת מהליכי חדלות הפירעון; (4) חוב למוסד לביטוח לאומי הנובע מתשלום גמלה לפי פרק ח' לחוק הביטוח הלאומי; (5) הפרשי הצמדה וריבית שנוספו לחוב כאמור בפסקאות (1) עד (4), עד למועד פירעונו.

**מצד שני**, הכרה בזכות העיכבון כזכות מהותית יוצרת חוסר שוויון בין הנושים הבלתי מובטחים לבין עצמם, כלומר: בין ספקים ונותני שירותים שיכולים לקחת את הנכס לרשותם בעת התיקון או מתן השירות, לבין ספקים שאינם יכולים לעשות זאת.

2. **מוצע לדון בהצעה להעניק את המעמד של נושה מובטח הן לעיכבון מכוח הדין והן לעיכבון מכוח הסכם**. על-פי הדין כיום (סעיף 1 לפקודת פשיטת הרגל, שצוטט לעיל) אין הבחנה בין עיכבון מכוח חיקוק ובין עיכבון מכוח הסכם ושניהם מקבלים מעמד קנייני בחדלות פירעון. ואולם, בהצעת חוק דיני ממונות (הקודקס האזרחי) הציעה הממשלה כי **רק לעיכבון מכוח הדין** יוענק מעמד קנייני, וזאת מתוך הרצון לשמור על האינטרסים של צדדים שלישיים שאינם מודעים ליחסים החוזיים בין החייב וספקיו. עוד יצוין כי בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב שעם התקדמות הליכי החקיקה של הצעת חוק דיני ממונות, ייבחן מחדש מעמדו של העיכבון שנוצר מכוח הסכם גם בדיני חדלות פירעון.

3. **להגדרת חוב מובטח**: פקודת פשיטת הרגל מגדירה **"נושה מובטח"** – מי שבידו **שעבוד** או **עיכבון** על נכסי החייב או על חלק מהם, בחזקת ערובה לחוב המגיע לו מהחייב". להבדיל מכך, לפי הצעת החוק, בעל זכות העיכבון אינו נכנס במסגרת ההגדרה של בעל חוב מובטח, ומוצע בסעיף 253 לקבוע כי **"יראו אותו ממועד מתן הצו לפתיחת הליכים כמי שהנכס משועבד לטובתו כערובה לחוב האמור"**. האם אין מקום לכלול עיכבון בהגדרת נושה מובטח?

#### סעיף 254 המוצע: סמכות להורות על מסירת נכס מעוכב

סמכות להורות על 254. (א) בית המשפט רשאי להורות לנושה המחזיק בנכס מנכסי קופת הנשייה שיש לו מסירת נכס מעוכב לגביו זכות עיכבון, להעביר את הנכס לנאמן, ובלבד שמתקיימים שניים אלה:

(1) בית המשפט הורה, לעניין חייב שהוא תאגיד, על הפעלת התאגיד לצורך שיקומו הכלכלי והנכס דרוש לצורך השיקום כאמור, או שהממונה הורה, לעניין חייב שהוא יחיד, על הפעלת עסקו לפי סעיף 158 והנכס דרוש לצורך שמירת עסקו של היחיד כעסק פעיל;

(2) ניתנה לנושה הגנה הולמת.

(ב) היה הנכס שיש לגביו זכות עיכבון מסמך הדרוש לנאמן לצורך הליכי חדלות הפירעון, רשאי בית המשפט להורות על מסירתו לנאמן גם אם לא מתקיימים התנאים שבסעיף קטן (א), ויראו את החוב שלגביו חל העיכבון **עד גובה עלות ההכנה של המסמך כהוצאות הליכי חדלות הפירעון**; הוראות סעיף קטן זה לא יחולו על מסמך שהוא נייר ערך כהגדרתו בחוק החברות או שיק כמשמעותו בפקודת השטרות<sup>9</sup>.

#### הערות:

- לפי דברי ההסבר להצעה, מעמדה של זכות העיכבון הוא כשל נכס משועבד. לפיכך, גם ביחס לזכות העיכבון מוצע להסמיך את בית המשפט להורות לנושה שיש לו זכות עיכבון בנכס מנכסי קופת הנשייה, להעבירו לנאמן, ובלבד שמתקיימים שני התנאים הבאים: (1) הנכס דרוש לצורך השיקום הכלכלי של תאגיד או שמירת עסקו של היחיד כעסק פעיל, ובנוסף (2) שניתנה לנושה הגנה הולמת.

<sup>9</sup> דיני מדינת ישראל, נוסח חדש 2, עמ' 12.

- מוצע לקבוע חריג לכלל זה, כשהנכס המעוכב הוא **מסמך הדרוש לנאמן לצורך הליכי חדלות הפירעון** (שהוא אינו נייר ערך או צ'ק). לגבי מסמך כאמור, בית המשפט רשאי להורות על מסירתו לנאמן, גם אם לא מתקיימים התנאים שבסעיף קטן (א) (כלומר גם אם אין הגנה הולמת והמסמך אינו דרוש לשיקום). במקרה זה יראו את החוב שלגביו חל העיכבון **עד גובה עלות ההכנה של המסמך**, כהוצאות הליכי חדלות הפירעון (הזוכים למעמד מועדף בסדר הנשייה). ההיגיון בבסיס החריג הוא שלרוב למסמכים אלו יש שווי סובייקטיבי רב לחברה או לנאמן, אך אין להם שווי כספי אובייקטיבי ואין אפשרות לסחור בהם בשוק.

#### שאלות לדיון:

- מוצע לדון באיזון המוצע לעניין זכות העיכבון על מסמכים** – בדברי ההסבר נטען שההבחנה בין עיכבון של מסמכים ובין נכסים אחרים, נובעת מכך שהמסמכים נעדרים שווי אובייקטיבי ולא ניתן למכור אותם בשוק החופשי. מצד שני, הם בעלי ערך רב עבור החייב והנאמן ש"נכנס בנעליו". במצב זה יש חשש שהנושה המחזיק במסמכים יוכל לקבל תמורתם סכום הגבוה משמעותית מעלות הכנתם. ואולם, אין זה ברור מדוע הזכות להיפרע מן המסמכים צריכה להיות מוגבלת **דווקא לעלות הכנתם, ומדוע יש להתייחס אליהם כהוצאות חדלות פירעון?** גם התיבה "עלות ההכנה של המסמך" אינה ברורה דיה. האם הכוונה לעלות עבור מבצע השירות? האם לשכר הטרחה שהוא זכאי לו?
- בנוסף, ברור שעלות הכנה של מסמך נתונה להסכמה סובייקטיבית בין הצדדים ויכולה להיות נמוכה או גבוהה (או סבירה או לא סבירה), כפי שיעצבו ביניהם הצדדים את ההסכם. האם יש לתת לכך ביטוי בנוסח הסעיף?
- מן הסעיף הוחרגו ניירות ערך וצ'קים בלבד - האם אלו המסמכים היחידים שיש להם ערך כלכלי עצמאי?

#### סימן ד': נושה בעל זכות קיזוז

#### סעיפים 255 ו-256 המוצעים: קיזוז והודעה על זכות קיזוז

- קיזוז 255. נושה רשאי לקזז חוב עבר שהחייב חב לו כנגד חוב עבר שהוא חב לחייב, כערכם במועד מתן הצו לפתיחת הליכים, ולהגיש תביעת חוב על היתרה, בהתקיים אחד מאלה:
- חובות החייב והנושה כרוכים זה בזה;
  - נטילת חובות הדדיים והסתמכות על זכות הקיזוז הן חלק ממהלך עסקיו הרגיל של החייב או הנושה;
  - החובות ניתנים לקיזוז לפי חוק קיזוז מסים, התש"ס-1980<sup>10</sup>, או לפי סעיפים 312 או 315 לחוק הביטוח הלאומי.
- הודעה על זכות קיזוז 256. נושה בעל זכות קיזוז יודיע לנאמן על קיום הזכות בתוך 30 ימים מהמועד שבו נודע לו על מתן הצו לפתיחת הליכים.

#### הערות:

- זכות הקיזוז מעניקה למחזיק בה קדימות על פני שאר הנושים, משום שהיא מאפשרת לנושה לגבות את חובו מהחייב באמצעות קיזוז חוב שהוא עצמו חייב לו. כיום מוסדרים דיני הקיזוז בחדלות פירעון בסעיף 74 לפקודת

<sup>10</sup> ס"ח התש"ס, עמ' 50.

פשיטת הרגל.<sup>11</sup> סעיף זה קובע כתנאי לקיזוז כי החובות ינבעו מחובות **אשראי הדדי** או **עסקים הדדיים** ושהם בני תביעה בהליך פשיטת רגל.

- קיימים שני נימוקים עיקריים להצדקת זכות קיזוז בהליך פשיטת הרגל: **(1) הנימוק המוסרי**, לפיו חיוב של נושה לשלם לקופת הנשייה בשעה שלחייב יש חוב כלפיו אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות בסיסיים של צדק. כלומר, ההצדקה נוגעת למצב החובות ההדדיים במועד פתיחת הליכי חדלות הפירעון ואינה נוגעת לאופן בו נוצרו. הביקורת העיקרית כלפי טיעון זה היא שהוא מתייחס רק למערכת היחסים של החייב והנושה ומתעלם מכך שלהפעלת זכות הקיזוז יש השלכות גם על הנושים האחרים; ו- **(2) הנימוק הכלכלי**, לפיו חיי המסחר מבוססים על זכות הקיזוז ובלעדיה תפגע הפעילות השוטפת של החייב **בתקופה הקודמת** לתחילת הליכי חדלות הפירעון. זאת בעיקר מול ספקי שירותים ונותני אשראי שמתבססים על זכות הקיזוז במהלך עסקיהם מול החייב. נוסף על כך קיימת הצדקה מעשית של חיסכון בהליכים משפטיים מיותרים.
- הצעת החוק מבקשת לבסס את זכות הנושה לקיזוז על הטיעון הכלכלי בלבד. על כן, מוצע לקבוע כי זכות הקיזוז תקום לנושה **באחד משלושה מקרים**:

- **חובות החייב והנושה כרוכים זה בזה** – במקרה זה נראה שהצדדים הסתמכו על זכות הקיזוז ביניהם. פגיעה בזכות הקיזוז במקרה כזה עלולה לפגוע ביכולתו של החייב להתקשר בעסקאות מסוג זה.
- **נטילת חובות הדדיים והסתמכות על זכות הקיזוז הן חלק ממהלך עסקיו הרגיל של החייב או הנושה** – גם ביחס לחלופה זו ברור שלפחות אחד מהצדדים הסתמך על זכות הקיזוז כחלק ממהלך עסקיו הרגיל.
- **החובות ניתנים לקיזוז לפי חוק קיזוז מסים<sup>12</sup> או לפי סעיפים 13312 ו-14315 לחוק הביטוח הלאומי** –

<sup>11</sup> "74. **אשראי הדדי וקיזוז**: (א) היו **אשראי הדדי** או **חוב הדדי** או **עסקים הדדיים אחרים** תלויים בין חייב שניתן עליו צו כינוס ובין הבא לתבוע חוב מכוח הצו, **ייערך לפיהם חשבון** על המגיע מכל צד למשנהו, **הסכום המגיע מצד אחד יקוזז** כנגד המגיע מהצד האחר ויתרת החשבון, ולא יותר, ייתבע או ישולם, לפי הענין; הוראות סעיף זה לא יזכו אדם בקיזוז כנגד נכסי החייב אם בשעה שנתן אשראי לחייב ידע שהחייב עשה מעשה שאפשר היה להשתמש בו להגשת בקשת פשיטת רגל נגד החייב ביום שהוגשה בקשה שעל פיה הוכרז פושט רגל.

(ב) הקביעה מה הם העסקים הניתנים לקיזוז לפי סעיף זה תיעשה לפי מצבם ביום שבו ניתן צו הכינוס."

<sup>12</sup> **חוק קיזוז מסים**: 1. **הגדרות**: בחוק זה –

"חוק מס" – חיקוק הודן בהטלת מס או תשלום חובה, ששר האוצר ממונה על ביצועו או על הגביה לפיו;

"חוב מס" – כל סכום שאדם חייב בו על פי חוק מס;

"החזר מס" – כל סכום שיש להחזירו או לשלמו לחייב במס על פי חוק מס, ואשר הגיע המועד להחזרתו או לתשלומו;

"רשות מס" – מי שמונה על פי חוק מס להיות נציב או מנהל לענין אותו חוק וכל אדם המועסק בביצועו של חוק מס.

2. **קיזוז**: (א) החזר מס ניתן לקיזוז כנגד כל חוב מס ובלבד שאין עוד זכות להשגה, לערר או לערעור על סכום החוב.

(ב) רשות מס רשאית לעשות את הקיזוז לאחר מתן הודעה בכתב לחייב במס; החייב במס רשאי לעשות את הקיזוז על ידי שיציג בפני רשות המס הממונה על גביית חוב המס אישור בכתב מאת רשות המס החייבת בהחזר מס או פסק דין חלוט של בית-משפט, בדבר סכום החזר.

(ג) זכות הקיזוז לפי סעיף קטן (א) תהיה קודמת לעיקול שהוטל, ובלבד שלא נתפסו בשלו כספים בטרם התקיימו התנאים הקבועים באותו סעיף קטן, והכול אף אם טרם ניתנה הודעה כאמור בסעיף קטן (ב); הוטל עיקול כאמור תינתן ההודעה האמורה בהקדם האפשרי לאחר מכן.

3. **ביצוע ותקנות**: שר האוצר ממונה על ביצוע חוק זה והוא רשאי, באישור ועדת הכספים של הכנסת, להתקין תקנות בכל ענין הנוגע לביצועו.

<sup>13</sup> "312. **קיזוז**: (א) בסעיף זה, "דמי ביטוח" –

(1) לרבות דמי ביטוח שנערך לגביהם הסכם כאמור בסעיף 368 אף אם עדיין לא הגיע זמן פרעונם לפי ההסכם, ודמי הביטוח שבתשלום חייב בן זוגה של אשה שאינה מבוטחת לפי סעיף 241 כשהיא זכאית למענק לידה;

(2) למעט דמי ביטוח שמעבידו של המבוטח חייב בתשלום.

(ב) המוסד רשאי לקזז –

(1) כנגד גמלאות כסף או תשלום אחר לפי חוק זה או לפי כל דין אחר, המגיעים מהמוסד לזכאי או לאדם אחר מכוח הזכאי, סכומים אלה בלבד:

(א) דמי ביטוח;

(ב) מקדמות שקיבל הזכאי על חשבון הגמלה או התשלום האחר;

(ג) סכומים ששילם המוסד לזכאי בטעות או שלא כדין, בצירוף תוספת לפי שיעור עליית המדד שפורסם לאחרונה לפני יום קיזוז התשלום לעומת המדד שפורסם לאחרונה לפני המועד שבו שולם הסכום בטעות או שלא כדין;

(2) (נמחקה).

(ג) המוסד לא יקזז כנגד קצבה, אם הזכאי לה אינו מבוטח, דמי ביטוח בסכום העולה על מחציתה, זולת אם היא קצבת ילדים.

(ד) (בוטל).

(ה) על אף האמור בסעיף זה ובסעיף 281, המוסד לא יקזז כנגד התגמול לפי פרק י"ב סכום כמפורט בפסקאות משנה (א) עד (ג) שבסעיף קטן (ב)(1), אלא אם כן הסכים לכך הזכאי לתגמול.

(ו) המוסד לא יקזז כנגד סכום החיסכון הצבור הכולל לפי סימן ה' לפרק ד'."

<sup>14</sup> "315. **החזרת גמלאות**: שילם המוסד, בטעות או שלא כדין, גמלת כסף או תשלום אחר לפי חוק זה או לפי כל דין אחר, יחולו הוראות אלה:

במקרה זה ההסתמכות מבוססת על הוראת חוק ספציפית הקובעת כי רשויות מס והביטוח הלאומי זכאיות לקזז חובות כנגד זכויות.

- את זכות הקיזוז ניתן להפעיל, כמו בדין הקיים, רק לגבי חובות עבר. עם זאת, לפי דברי ההסבר, להבדיל מהדין הקיים לפיו אין לקזז חוב מותנה (באופן טיפוסי, חובו של ערב),<sup>15</sup> בחוק המוצע אין הבחנה בין חובות מותנים לחובות שאינם מותנים – כך שניתן לקזז גם חוב מותנה. על-פי הנטען, זאת משום שהתכלית שבבסיס זכות הקיזוז חלה באותה מידה על חובות קיימים ועל חובות מותנים. בנוסף, נטען בדברי ההסבר כי החרגת חובות מותנים מזכות הקיזוז עלולה ליצור תמריץ לנושים עם חוב מותנה לנסות ולהקדים את מועד קיום התנאי (כדי שחובם יהפוך לוודאי), דבר שעלול לפגוע בסיכויי החייב להשתקם.
- בסעיף 256 מוצע לחייב נושה שיש לו זכות קיזוז להודיע על כך לנאמן בתוך 30 ימים מהמועד שבו נודע לו על מתן הצו לפתיחת הליכים, וזאת כדי שהנאמן יוכל לדעת באופן מלא מהו מצבו הכלכלי של החייב.

### שאלות לדיון:

1. מהי ההבחנה בין הרישא של החלופה השנייה "נטילת חובות הדדיים" ובין החלופה הראשונה "חובות החייב והנושה כרוכים זה בזה"? לעניין החלופה השנייה, האם ניתן להסתפק בכך שההסתמכות על זכות הקיזוז שבה מדובר היא חלק ממחלך עסקיו הרגיל של החייב?
2. לעניין ההצעה לאפשר קיזוז גם של חובות מותנים – האם ניתן לאפיין את הנושים שהחובות כלפיהם הם מותנים? מדוע מוצע לשנות את הדין הקיים בעניין זה? יצוין כי הפסיקה עסקה בכך בעיקר בהקשר של ערבות, וסברה שהכרה בערב שלא פרע את חובו כבעל זכות קיזוז תפגע לא רק בעיקרון השוויון בין הנושים, אלא גם בשאיפה שתהיה ודאות ויכולת של צדדים שלישיים לברר את מצב השעבודים והבטוחות שניתנו על ידי החברה.<sup>16</sup>
3. האם יש מקום להגביל את זכות הקיזוז באופן כלשהו (למשל – במקרה של ידיעה בכוח או בפועל על חדלות הפירעון)? ראו למשל הסיפה של סעיף 74(א) לפקודת פשיטת הרגל, שלפיו אפשרות הקיזוז לא תינתן לאדם "אם בשעה שנתן אשראי לחייב ידע שהחייב עשה מעשה שאפשר היה להשתמש בו להגשת בקשת פשיטת רגל נגד החייב ביום שהוגשה בקשה שעל פיה הוכרז פושט רגל".

(1) המוסד רשאי לנכות את הסכומים ששילם כאמור מכל תשלום שיגיע ממנו, בין בבת אחת ובין בשיעורים, כפי שייראה למוסד, בהתחשב במצבו של מקבל התשלום ובנסיבות הענין;

(2) המוסד רשאי לתבוע החזרת כל סכום ששילם, בטעות או שלא כדין, אם מקבל התשלום נהג בקבלת התשלום שלא בתום לב;

(3) המוסד רשאי לנכות או לתבוע את הסכומים ששילם כאמור, בצירוף תוספת לפי שיעור עליית המדד שפורסם לאחרונה לפני יום החזר התשלום בפועל לעומת המדד שפורסם לאחרונה לפני המועד שבו שולם הסכום בטעות או שלא כדין;

(4) סכום שנוכה או שנתקבל לפי סעיף זה שלא לטובת המוסד, יעבירו המוסד למי שנושא במימון התשלום.

<sup>15</sup> ע"א 4316/90 הספקה חברה מרכזית לחקלאים נ' אגרא אבן יהודה אגודה חקלאית שיתופית, פ"ד מט(2) 133 (1995).

<sup>16</sup> שם, בעמ' 175.