

**מסמך הכנה לדיון בהצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ו-2016 הקבוע ליום
13.6.2017 – סעיפים 243-250 (נושים מובטחים)**

הישיבה הקודמת של הוועדה בעניין סעיפים 230-242 להצעת החוק (פרק ה' – חלוקת נכסי קופת הנשייה) הוקדשה לדיון כללי בסעיפים אלה. בישיבה הקרובה יחל דיון פרטני בסעיפים האמורים, בהתאם לכך, לעניין סעיפים 230-242 ראו מסמך ההכנה מיום 25.5.2017 (לקראת ישיבת הוועדה מיום 29.5.2017).
להלן – מסמך ההכנה הנוגע לסעיפים הבאים – 243-250 העוסקים בנושים המובטחים.

פרק ו': נושים בעלי זכויות פירעון מיוחדות

סימן א': נושה מובטח

סעיף 243 המוצע: נושה מובטח

- (א) 243. נושה מובטח הוא נושה שהחוב שחב לו החייב הוא **חוב מובטח**.
- (ב) ניתן צו לפתיחת הליכים, רשאי נושה מובטח להיפרע את חובו המובטח מהנכס המשועבד לטובתו, בכפוף להוראות סימן זה ולסדר הפירעון.
- (ג) החוב המובטח יכלול הפרשי הצמדה **וריבית** שנוספו עד לפירעונו, למעט **ריבית פיגורים**, קנס פיגורים או תשלום דומה לזה שנוספו ממועד מתן הצו לפתיחת הליכים.
- (ד) פחת סכום החוב המובטח מהתמורה שהתקבלה ממימוש הנכס המשועבד, יהיה ההפרש חלק מנכסי קופת הנשייה העומדים לפירעון יתרת החובות.
- (ה) נותרה, לאחר פירעון החוב המובטח ממימוש הנכס המושעבד, יתרת חוב לנושה, יהיה דינה כדין חובות החייב שאינם חובות מובטחים.

הערות:

- מוצע לקבוע כי **נושה מובטח** הוא נושה שהחוב שלו הוא "**חוב מובטח**", כהגדרת מונח זה בסעיף ההגדרות (סעיף 4 להצעת החוק – בו מוצע לדון יחד עם הדיון בסעיף 253 להצעה). **הנושה המובטח יהיה זכאי לפרוע את חובו מהנכס המשועבד לטובתו**, בכפוף למגבלות שהותוו בסעיף. "חוב מובטח" כולל, לפי ההצעה, חוב שלהבטחת פירעונו שועבד נכס של החייב, בשעבוד **קבוע** או בשעבוד **צף** עד לגובה החוב שניתן להיפרע ממימוש הנכס. בהצעת החוק מוצע להותיר את הגדרת השעבוד הצף כפי שהיא היום בפקודת החברות:

"שעבוד" – משכנתה וכל צורה אחרת של מתן נכסים כערובה;

"**שעבוד צף**" (סעיף 1 לפקודת החברות) – שעבוד על כל נכסיה ומפעלה של החברה או על מקצתם אותה שעה, כפי מצבם מזמן לזמן, אך בכפוף לסמכותה של החברה ליצור שעבודים מיוחדים על נכסיה או על מקצתם;

"שעבוד קבוע" (סעיף 4 להצעת החוק): "שעבוד שאינו שעבוד צף".

- הדין החל על שעבודים הוא מורכב, ובין היתר, חלות על סוגיות השעבודים הוראות **חוק המשכון**, שעוסק בשעבוד נכסים כערובה לחיוב, ופרק ח' **לפקודת החברות** שמסדיר את הדין באשר ליצירת שעבודים על ידי חברה. לפי פרק ח' לפקודה, חברה רשאית לשעבד את נכסיה, בין היתר בשעבוד קבוע או בשעבוד צף.¹
- בפסיקה ניתן למצוא שני מבחנים עיקריים להבחנה בין שעבוד קבוע ושעבוד צף – האחד, מתמקד במידת **השליטה** של הנושה על הנכס המשועבד, והשני מתמקד במידת **המסוימות** (או יכולת הזיהוי) של הנכס המשועבד.²
- ככלל, **שעבוד קבוע** ניתן לגבי **נכס מסוים** והוא אינו מאפשר לחייב להעביר בעלות בנכס המשועבד. בשונה, **שעבוד צף** נועד לאפשר לחברה גמישות כך שהיא יכולה לשעבד את נכסיה המתחלפים (כגון מלאי, או חובות לקוחות), מבלי שיכולת הסחירות בהם תיפגע במהלך העסקים הרגיל. מאחר שהשעבוד הצף הוא רחב בהיקפו (ויכול לחול על כלל נכסי החברה בצורה לא ספציפית), מקובל כי השעבוד הצף הוא בעל עדיפות נמוכה יותר משעבוד קבוע³ וכי במקרה של חדלות פירעון הוא ימצא בסדר הפירעון רק **אחרי** הנושים בדין קדימה.⁴
- בדין הקיים, יש הבדל נוסף בין שני סוגי השעבודים – לאחר תחילת הליכי חדלות הפירעון, ניתן לבטל **שעבוד קבוע** שנוצר לטובת נושה **3 חודשים** לפני תחילת ההליך,⁵ מנגד, שעבוד צף ניתן לבטל אם נעשה לטובת הנושה **6 חודשים** לפני תחילת ההליך.⁶ הבחנה זו מוצע לבטל במסגרת סעיף 219 להצעה שאינו מבחין בין סוגי השעבודים.
- בישראל, שודרג מעמדו של השעבוד הצף, ונקבעה בדין הקיים גם האפשרות להעניק לשעבוד הצף עדיפות על פני שעבוד קבוע, אם הגבלה זו נכללה במסמך היוצר את השעבוד הצף (והגבלה זו נרשמה אצל הרשם), השעבוד הצף יהיה עדיף על שעבוד מאוחר לו.⁷ כך יוצא שהשעבוד הצף בישראל הוא חזק במיוחד: הוא יכול לחול על כלל נכסי החברה ומעניק לנושה את אמצעי השליטה והבקרה הנלווים לכך, ולצד זאת גם מעמיד את הנושה בעדיפות גבוהה לעומת נושים אחרים.
- יצוין כי הצעת החוק מתבססת על ההגדרות הקיימות בפקודת החברות לעניין שעבוד צף וקבוע, ואולם במסגרת **הצעת חוק המשכון המונחת על שולחן הוועדה מוצע לערוך שינויים בהגדרות אלה.**

גביית ריבית על חוב מובטח

- לפי הדין הקיים, אין מגבלה על גביית ריבית שנצברה על חוב מובטח מהנכס המשועבד. כתוצאה מכך, כמתואר בדברי ההסבר, הריבית על החוב המובטח, ובמיוחד ריבית פיגורים, "נוגסת" בנכס המשועבד כך שכמעט לא נותר ממנו דבר לנושים הכלליים.

¹ סעיפים 165, 166 לפקודת החברות

² להרחבה בדבר המבחנים השונים להבחנה בין שעבוד קבוע לשעבוד צף ראו: שלום לרנר **שעבוד נכסי חברה** 74-86 (1996).

³ **רישה סעיף 169(ב) לפקודת החברות – תחולת שעבוד צף**: "(ב) אין שעבוד צף מקנה לבעל איגרת החוב דין קדימה או בכורה על פני בעל משכנתה רשום או קונה בתמורה של מקרקעי החברה, ואפילו היה קיומו של השעבוד הצף ידוע להם בשעת המישכון או המכר; ...".

⁴ **סעיף 354(ג) לפקודת החברות – חובות בני קדימה**: "(ג) מקום שנכסי החברה שמתוכם ניתן לשלם לנושים כלליים אינם מספיקים לפרעון החובות לפי סעיף זה, יהיה לחובות אלה דין קדימה לפני תביעותיהם של בעלי איגרות חוב מכוח שעבוד צף שיצרה החברה, והם ישולמו לפי זה מתוך הנכסים הכלולים בשעבוד או הכפופים לו."

⁵ **סעיף 98 לפקודת פשיטת הרגל – ביטול העדפות**: "98. (א) מי שאינו יכול לפרוע מכספו את חובותיו כשמגיע זמן פרעונם, וכדי לתת עדיפות לנושה פלוני או למי שערב לחובו או מתוך אילוץ או שידול שלא כדין מצד אותו נושה או מטעמו הוא מעביר נכס או **משעבדו**, או משלם כסף, או נוטל על עצמו התחייבות, או נוקט הליך משפטי או נכנע לו, לטובת הנושה או נאמנו, ועל סמך בקשת פשיטת רגל שהוגשה תוך **שלושה חדשים** מיום שעשה כן הוכרז פושט רגל, יראו את מעשהו כמעשה מרמה ויהיה בטל כלפי הנאמן."

(ב) סעיף זה לא יגרע מזכויותיו של אדם שרכש קנין בתום לב ובתמורה בת ערך מידי נושה של פושט הרגל או מכוח נושה כאמור."

⁶ **סעיף 359 לפקודת החברות – יצירת שעבוד צף בסמוך לפירוק**: "359. שעבוד צף על נכסי חברה שנוצר בתוך **ששה חדשים** שלפני תחילת פירוקה, אין לו תוקף אלא כדי הסכום ששולם במזומנים לחברה עקב השעבוד בשעת היווצרו או אחריו, בצירוף הריבית על אותו סכום בשיעור הקבוע לענין זה לפי חוק הריבית (שינוי שיעורים), תשל"ג-1972, זולת אם הוכח שבתכוף לאחר היווצרו של השעבוד היתה החברה כשרת-פרעון."

⁷ **הסיפה לסעיף 169(ב) לפקודת החברות** שנוסף לפקודה בתיקון פקודת החברות (מס' 17), התשמ"א-1980: "(ב) ... ואולם אם נכללה במסמך היוצר שעבוד צף **הגבלה על זכות החברה ליצור שעבודים**, והגבלה זו נכללה בפרטים שמסרו לרישום השעבוד הצף, יהיה השעבוד הצף עדיף על שעבוד שנוצר בניגוד לאותה הגבלה אחרי רישום הפרטים בידי הרשם."

חריג לכך הוא שעבוד ספציפי להבטחת נכס לפי סעיף 169(ד) לפקודה: "(ד) על אף האמור בסעיף קטן (ב), שעבוד נכס שנעשה להבטחת אשראי שאיפשר רכישת נכס, יהיה עדיף על שעבוד צף קודם, אם האשראי שימש בפועל לרכישת הנכס המשועבד, והוא בין שהאשראי ניתן בידי המוכר ובין שניתן בידי אדם אחר; לענין זה, "אשראי" – לרבות מתן התחייבות כספית."

- **הצעת החוק** מבקשת לשנות בהיבט זה את נקודת האיזון לטובת הנושים הכלליים: מוצע לקבוע כי החוב המובטח **יכלול הפרשי הצמדה וריבית שנוספו עד לפירעונו, למעט ריבית פיגורים, קנס פיגורים או תשלום דומה שנוספו ממועד מתן הצו לפתיחת הליכים**. כלומר, **ריבית או קנס פיגורים שנצברו עד מועד הצו לפתיחת הליכים יצטרפו לחוב המובטח** (קטגוריה מס' 1 בסדר הפירעון לפי סעיף 231 המוצע), וריבית פיגורים או קנס פיגורים שנצברו **לאחר הצו לא יצטרפו לחוב המובטח** ודינם יהיה כדין ריבית שנצברה במהלך הליכי חדלות הפירעון (קטגוריה מס' 6 בסדר הפירעון לפי סעיף 231 המוצע).
- יצוין עוד כי החוב המובטח הוא החוב **עד לסכום שניתן להיפרע מהנכס המשועבד**. בהתאם, מוצע לקבוע כי אם התמורה שהתקבלה ממימוש הנכס **נמוכה** מהחוב המובטח, יהיה דינה של יתרת החוב לנושה המובטח כדין חוב כללי. לשם הדוגמא, אם נכס בשווי 100 משועבד להבטחת חוב של 150, אזי הנושה המובטח יוכל לקבל 100 בגין מימוש הנכס המשועבד, ולעניין החוב הנותר (50) הוא יצטרף לנושים הכלליים הלא מובטחים. לעומת זאת, אם התמורה ממימוש הנכס גבוהה מהחוב המובטח – היא תועבר לנכסי קופת הנשייה, ויהיה ניתן לפרוע ממנה את יתרת החובות.

לדין:

1. לפי סעיף 235 המוצע, **חובות כלליים** יכללו ריבית עד **למועד הצו לפתיחת הליכים** בלבד בעוד שפירעון הריבית שנצברה בהליכי חדלות הפירעון תידחה עד לאחר תשלום כל החובות הכלליים. מנגד, לגבי **החובות המובטחים** מוצע לקבוע כי הם יכללו ריבית עד **למועד הפירעון**. ממה נובע ההבדל?
2. האם נשקלה האפשרות לאמץ את גישתו של השופט עילבוני בפרק (נצי') 59819-11-14 **מרדכי בנימין ובניו עבודות עפר (1993) נ' בנק מזרחי טפחות ואח'** (7.5.2015) המגבילה **ביחס לנושים מובטחים** את הריבית ההסכמית הנגבית **לאחר** מועד הצו לפתיחת הליכים **לשיעור הריבית הקבוע בחוק פסיקת ריבית והצמדה?**
3. מוצע לשקול אם קיים צורך להגדיר מהי ריבית פיגורים/קנס פיגורים וכל תשלום דומה? (למשל, כמוגדר בחוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, התשנ"ג-1993 – "ריבית נוספת שנדרש לוה לשלם בשל פיגור בתשלום לפי חוזה ההלוואה, בין שנקראת ריבית פיגורים ובין שנקראת בשם אחר").

סעיף 244 המוצע: הגבלות לעניין שעבוד צף

הגבלות לעניין שעבוד 244. (א) ניתן צו לפתיחת הליכים ~~לגבי חייב שהוא תאגיד~~, יחולו הגבלות אלה לעניין צף שעבוד צף:

(1) השעבוד הצף יחול, עד לסיום הליכי חדלות הפירעון, רק על נכסים של החייב במועד מתן הצו לפתיחת הליכים, וכן על התמורה בעד נכסים כאמור או נכסים חלופיים להם, הניתנים לזיהוי או לעקיבה (בסעיף זה – נכסי השעבוד הצף);

(2) נושה המובטח בשעבוד צף רשאי להיפרע את החוב המובטח מנכסי השעבוד הצף, רק עד סכום השווה ל-75% מהתמורה שהתקבלה ממימוש נכסי השעבוד הצף (בסעיף זה – תקרת השעבוד), ויחולו הוראות אלה:

(א) לא נפרע לנושה המובטח בשעבוד צף מלוא החוב המובטח, בשל הוראות סעיף זה, יהיה דינה של יתרת החוב כדין חובות החייב שאינם חובות מובטחים;

(ב) יתרת השווי של נכסי השעבוד הצף שמעבר לתקרת השעבוד, תשמש לפירעון החובות הכלליים.

(ב) בסעיף זה, "התמורה שהתקבלה מממוש נכסי השעבוד הצף" – התמורה שהתקבלה מממוש נכסי השעבוד הצף בניכוי ההוצאות שהוצאו לשמירת ערכם, להשבתם ולמימושם.

הערות:

- מקובל להצדיק את העדיפות המוקנית לנושים מובטחים בשיקולים של ייעול ושכלול שוק האשראי, ובכך שהנושים המובטחים מפקחים בצורה הדוקה יותר על החייב ומסייעים בכך ליתר הנושים. ואולם, העדיפות הניתנת לנושים המובטחים מובילה לכך שהם מקבלים את עיקר נכסי החייב, בעוד שלנושים האחרים לרוב נותרים נכסים מעטים להיפרע מהם. תוצאה זו פוגעת בעקרון השוויון בין הנושים שבבסיס דיני חדלות הפירעון. הדברים אמורים במיוחד בהתחשב בכך שהנושים הלא מובטחים הם לרוב הנושים הפחות המתוחכמים, כגון ספקים ונותני שירותים, שקשה להם יותר "לגדר" את הסיכון שלהם.
- לפיכך, מוצע בהצעת החוק לשנות את נקודת האיזון ביחסים בין הנושים, כך שהנושים הכלליים יקבלו בהליכי חדלות פירעון חלק גדול יותר מחובם על חשבון הנושים המובטחים, וזאת בשתי צורות:
ראשית, מוצע לקבוע, כי נושה המובטח בשעבוד צף יהיה רשאי להיפרע מנכסי השעבוד הצף רק עד **75% מהתמורה שהתקבלה מממושם** (פסקה (א)(2)). החלק הנותר, בשווי של 25% מהנכסים המשועבדים בשעבוד צף ישמש לפירעון חובותיהם של הנושים הבלתי מובטחים. כפי שתואר במסמך ההכנה לדיון בוועדת החוקה ביום 29.5.2017, מוצע לנקוט במהלך משולב, כך שלצד תיקון זה, יצומצם גם דין הקדימה שקיים בדין הקיים (ראו סעיף 231 להצעה), זאת במטרה שחלק גדול יותר מכספי קופת הנשייה יצליח "לחלחל" עד לקטגוריה של הנושים הכלליים, המצויים נמוך יותר בסדר הנשייה מהחובות בדין קדימה ומהנושים המובטחים בשעבוד צף.
- מוצע לחשב את "התמורה שהתקבלה מממוש נכסי השעבוד הצף", שממנה ייפרע הנושה (כאמור עד גובה 75%) כך שהיא תהיה בניכוי ההוצאות שהוצאו לשמירת ערכם, להשבתם ולמימושם של הנכסים (סעיף קטן (ב)).
- עוד מוצע כי אם לא נפרע לבעל השעבוד הצף מלוא החוב המובטח, יהיה דינה של יתרת החוב כדין חובות שאינם מובטחים – כלומר, יתרת החוב תיפרע לבעל השעבוד הצף יחד עם יתר הנושים הכלליים.
- **שנית**, מוצע להגביל את השעבוד הצף רק לנכסים של החייב במועד מתן הצו לפתיחה הליכים (פסקה (א)(1)). המשמעות היא שבמקרה שייצברו נכסים נוספים בזמן הליך שיקום, הם יחולקו בין כל הנושים ולא ייוחדו לבעל השעבוד הצף. לפי דברי ההסבר, תוצאה זו צודקת מאחר שהסיכון לאי-הצלחת ההפעלה אינו מוטל על כתפי הנושה המובטח שרשאי לדרוש "הגנה הולמת". על פי מה שנמסר על-ידי נציגי משרד המשפטים, אין התייחסות בדין הקיים לשאלת תחולת השעבוד הצף על נכסים שנוספו לאחר פתיחת ההליכים, והשאלה אף לא התעוררה בפסיקה.
- **בסעיף 372 להצעה**⁸ מוצע לקבוע הוראת מעבר לעניין שעבוד צף וחובות בדין קדימה: אם השעבוד הצף וההלוואה ניתנו שניהם לפני יום פרסום החוק – יחול הדין הקיים (הן לעניין שעבוד צף והן לעניין דין קדימה שיחול לפי סעיף 354 לפקודת החברות). אם השעבוד הצף נוצר לפני יום הפרסום אך ההלוואה ניתנה אחרי יום הפרסום (למשל אם היה מיחזור של ההלוואה) – יחול הדין הקיים למשך 5 שנים מיום פרסום החוק.

⁸ סעיף 372 להצעת החוק: "חל על נכס מנכסיו של תאגיד שעבוד צף שנרשם כדין לפני יום פרסומו של חוק זה (בסעיף זה – יום הפרסום) ומתקיים אחד מאלה, לא יחולו בהליכי חדלות הפירעון המתנהלים לגבי התאגיד ההגבלות לעניין שעבוד צף שבסעיף 244 וההוראות לעניין חובות בדין קדימה שבסעיף 234, ויחולו לגבי ההוראות לעניין חובות בדין קדימה הקבועים בסעיף 354 לפקודת החברות, כנוסחה ערב יום התחילה:

(1) השעבוד הצף ניתן בין השאר כערובה להבטחת פירעונו של חוב בשל אשראי שניתן לפני יום הפרסום; לעניין זה, שונה מועד הפירעון או שיעור הריבית אחרי יום הפרסום יראו את האשראי כאילו ניתן לאחר יום הפרסום;

(2) הליכי חדלות הפירעון נפתחו לא יאוחר מתום חמש שנים מיום הפרסום."

1. **מוצע לדון בחידוש העיקרי שבסעיף – הגבלת זכות הפירעון של הנושה המובטח בשעבוד צף רק עד ל-75% משווי**

הנכסים המשועבדים.

ניתן למצוא תמיכה בספרות המשפטית לגישה שאומצה בהצעת החוק. לפי עמדה זו, מתן עדיפות מוחלטת (של 100%) לנושים המובטחים (כמו בדין הקיים) עלולה **שלא לקדם יעילות כלכלית**. בכלל זה, היא עלולה לאפשר לנושה אחד לרכוש מעין "מונופול" על מימון עסקי החייב כך שהוא יוכל לדרוש מחיר מופרז עבור אשראי או למנוע מימון יעיל; העדיפות המוחלטת עלולה לפגוע בתמריץ של הנושה המובטח לפקח כראוי על פעילות החייב מכיוון שחובו מובטח ממילא; ובנוסף העדיפות המוחלטת עלולה להוביל את הנושה המובטח לתת לחייב אשראי גם כשהדבר יגדיל את הסיכון לחדלות פירעון לכלל הנושים מעבר לרמה היעילה, מאחר שחובו שלו מובטח.

בנוסף, הובעה העמדה כי במתן עדיפות מוחלטת לנושים המובטחים יש גם **חסרונות חלוקתיים**, שכן דווקא הנושים ה"קטנים" יספגו הפסד רב יותר לעסקיהם אם חובם לא ייפרע, לעומת הנושים המובטחים שהם לרוב נושים מתוחכמים שיודעים להקטין את הסיכון שנשקף להם מחדלות פירעון של לקוחותיהם.⁹

נוכח חסרונות אלה, הוצע להמיר את העדיפות המלאה הניתנת לנושה המובטח בעדיפות חלקית (בדומה למוצע בסעיף 244(א)(2)).¹⁰

בנוסף, הוצע בספרות לתת אפשרות לשחרר נכסים הנרכשים בהליך חדלות פירעון מן השעבוד הצף – דבר שיקל על חברה בשיקום לקבל אשראי מגורם מממן שאינו בעל השעבוד הצף (בדומה למוצע בסעיף 244(א)(1)).

מבחינת המשפט המשווה: באשר לקביעת עיקרון של עדיפות חלקית, באנגליה נקבע הסדר עדיפות חלקית לפיו התמורה ממימוש השעבוד הצף תחולק באופן הבא: 50% מ-10,000 הפאונד הראשונים ו-20% מיתרת התמורה יוקצו לפירעון החובות הלא מובטחים (אך התמורה לנושים הלא מובטחים מוגבלת בסכום של 600,000 פאונד).¹¹ בינלנד הוגבלה העדיפות המוחלטת של השעבוד הצף ל-60%, כך שהנושים הלא מובטחים מקבלים 40% מהתמורה ממימוש הנכסים שתחת השעבוד.¹²

כך גם, באשר לאי תחולת השעבוד הצף על נכסים חדשים, הסדר דומה קיים בארה"ב. סעיף 552 ל-Bankruptcy Code קובע כי תניית שעבוד נכסים עתידיים שנמצאת בהסכם שיוצר את השעבוד תחדל מפעולתה לאחר פתיחה בהליך חדלות פירעון, כך שהשעבוד לא יחול על נכסים חדשים (בדומה לעיקרון המוצע בסעיף 244(א)(1)).

2. בתזכיר הצעת החוק הוצע להחיל את המגבלה של מימוש 75% מערך הנכסים המשועבדים גם על שעבדים קבועים ולא רק על שעבוד צף. מדוע הצעה זו הוסרה מנוסח הצעת החוק?

3. האם נכון לקבוע את כלל העדיפות החלקית כאחוז מהנכסים המשועבדים (כפי שמוצע בהצעת החוק) או כאחוז מהחוב המובטח לנושה? בספרות עלתה טענה כי דווקא קביעת עדיפות חלקית כאחוז מהחוב המובטח עדיפה. נטען כי קביעת עדיפות חלקית המבוססת על אחוז מהנכסים לא תתמרץ את הנושה לפקח טוב יותר על החייב, שכן הנושה ידרוש כבטוחה שיעור נכסים גבוה דיו, כך שחובו עדיין ייפרע במלואו.¹³ אם כי יתכן ושיקול זה הוא בעל משקל פחות כאשר מדובר בשעבוד צף אשר במקרים רבים ממילא יוחל על כלל נכסי החייב.

4. סעיף 244 המוצע, מנוסח כך שהמגבלות על שעבוד צף יחולו **רק לגבי חייב שהוא תאגיד**. יצוין, כי קיימת פסיקה (השופט סולברג, בהסכמת השופטים זילברטל וגל בבית המשפט המחוזי) בה הוכר שעבוד צף על נכסי יחיד, כל

⁹ דוד האן דיני חדלות פירעון 539-542 (2009).

¹⁰ שם, בעמ' 549-560.

¹¹ סעיף 176A ל-Insolvency Act 1986, שנוסף בסעיף 252 ל-Enterprise Act 2002, וכן Insolvency Act 1986 (Prescribed Part) Order 2003.

¹² ראו תיאור חוק חדלות הפירעון של פינלנד משנת 1993 בהקשר זה אצל האן, בעמ' 557-558.

¹³ האן, בעמ' 557.

עוד הוא נוגע לנכסיו העסקיים (באותו מקרה אדם שעבד בשעבוד צף את המלאי העסקי של חנותו).¹⁴ אף כי **ביהמ"ש העליון פסק אחרת בעניין זה**, אף הוא התייחס לצורך בהסדרה חקיקתית של העניין.¹⁵ אמנם, המקום לדיון מעמיק בהיקף התפרשותו של שעבוד צף הוא במסגרת הדיון בהצעת חוק המשכון המונחת על שולחן הוועדה, אך האם אכן יש צורך להגביל את ההסדר בהצעת החוק דנן רק לתאגידים, במיוחד שהצעת חוק המשכון אמורה לאפשר בתנאים מסוימים שעבוד צף ליחידים?

סעיף 245 המוצע: הגבלת מימוש נכס משועבד כשעסקי החייב מופעלים

הגבלת מימוש נכס 245. (א) ניתן צו לפתיחת הליכים והורה בית המשפט לעניין חייב שהוא תאגיד – על משועבד כשעסקי החייב מופעלים על הפעלת עסקו כאמור בסעיף 158, לא יממש נושה מובטח את הנכס המשועבד לטובתו בשעבוד קבוע, ובשעבוד צף – לא יגבשו, אלא באישור בית המשפט.

(ב) בית המשפט יאשר את מימוש הנכס המשועבד בשעבוד קבוע או את גיבוש השעבוד הצף בהתקיים אחד מאלה:

(1) אין בנכס המשועבד בשעבוד קבוע או בנכס שחל עליו השעבוד הצף כדי להבטיח הגנה הולמת לנושה המובטח, ולא נקבעו דרכים אחרות להבטחת הגנה כאמור;

(2) אין במימוש השעבוד או בגיבוש השעבוד הצף כדי לפגוע באפשרות לשיקומו הכלכלי של החייב שהוא תאגיד, ולעניין חייב שהוא יחיד – באפשרות לשמירת עסקו כעסק פעיל.

הערות:

לפי הדין הקיים:

• **בהליך פירוק או פשיטת רגל: מימוש שעבוד קבוע** נתפס כפעולה שנעשית על ידי הנושה המובטח, מחוץ להליך הקולקטיבי של חדלות הפירעון והוא אינו תלוי בנושים אחרים או בהליכים אחרים. מימוש השעבוד במקרה זה נעשה בהתאם לדינים המיוחדים הקבועים לכך (כגון סעיף 17 ו-18 לחוק המשכון, סעיף 90 לחוק המקרקעין כשמדובר במימוש משכנתה, וסעיף 81 לחוק ההוצאה לפועל)¹⁶, וזאת בהתאם לתפיסה המעוגנת בפקודת פשיטת הרגל ולפיה אין בצו הכינוס כדי לגרוע מכוחו של נושה מובטח לממש את הנכס המשועבד לטובתו.¹⁷

¹⁴ ע"א (י-ם) 6063/05 עצמון, עו"ד נ' עיזבון המנוח בר לבב ז"ל, פ"מ תשס"ד(1) 932 (2005).

¹⁵ רע"א 65/06 עזבון המנוח דוד בר לבב נ' מנחם עצמון, עו"ד (פורסם בנבו, 27.3.2008).

¹⁶ "17. דרכי המימוש: מימוש המשכון יהיה על פי צו בית המשפט, אולם –

(1) במשכון שיש לגביו בדין אחר הוראות מיוחדות לענין זה יהיה המימוש בהתאם לאותן הוראות;

(2) במשכון שהופקד כאמור בסעיף 24(2) או שנרשם כאמור בסעיף 34(3) יכול שהמימוש יהיה על פי צו ראש ההוצאה לפועל;

(3) במשכון שהופקד כאמור בסעיף 24(2) והוא משמש ערובה לחיוב המגיע לגוף מוסדי, וכן במשכון ניירות ערך, יכול שהמימוש יהיה על ידי הגוף המוסדי עצמו ללא צו כאמור; ...

18. **דרכי המימוש בהוצאה לפועל:** מימוש משכון על פי צו בית המשפט או צו ראש ההוצאה לפועל יהיה בדרך של מימוש נכס שהוטל עליו עיקול בהוצאה לפועל של פסק דין, זולת אם הורה ראש ההוצאה לפועל על דרך אחרת שראה אותה יעילה וצודקת יותר בנסיבות הענין.

"90. **מימוש המשכנתה:** מימוש המשכנתה יהיה על פי פסק דין של בית משפט או על פי צו ראש ההוצאה לפועל ובדרך האמורה בסעיף 18 לחוק המשכון, תשכ"ז-1967."

"81 **חיוב שדינו כפסק דין:** משכנתאות רשומות על מקרקעין, וכן החלטות, צווים, פסקי דין ומסמכים שנקבע לגביהם בכל דין כי יש לבצעם כמו פסק דין של בית משפט, יחולו עליהם הוראות חוק זה, בשינויים המחוייבים, ולענין משכנתה על דירת מגורים המשמשת למגורים של יחיד או משכון על זכויות לגבי דירת מגורים כאמור - גם בשינויים המפורטים בסעיף 181."

¹⁷ תפיסה זו מבוססת על סעיף 20(ב) ועל סעיף 22(ד) לפקודת פשיטת הרגל:

"20. **פעולת צו כינוס:** (א) משניתן צו כינוס יהיה הכינוס הרשמי שליד בית המשפט הכונס של נכסי החייב, ומכאן ואילך, ובאין הוראה

- הפסיקה סייגה את עצמאותו של הנושה המובטח במימוש הבטוחה, ונקבע כי **כאשר שווי הנכס המשועבד עולה על גובה החוב** לנושה המובטח קיים לכאורה ניגוד עניינים פוטנציאלי בין הנושה המובטח לבין האינטרס הכללי של הנושים (ובפרט של הנושים הבלתי מובטחים), ועל כן קיימת הצדקה במקרה זה לפיקוח של בית המשפט (באמצעות המפרק או הנאמן) על הליכי המימוש של הנושה המובטח. במקרים חריגים עשוי בית המשפט לסבור כי קיימת הצדקה למינוי בעל תפקיד נוסף לצד כונס הנכסים מטעם הנושה המובטח (ובמקרים חריגים עוד יותר, ייתכן שיהיה מקום אף להורות שהליכי המימוש יתנהלו בבית המשפט ולא במסגרת הליכי הוצאה לפועל).
- לפי הפסיקה, הפיקוח צריך להיות זהיר ומידתי, ואין פירושו זכות להתערבות אקטיבית בהליכי המימוש שנוקט הנושה המובטח. **מנגד**, על מנת שהפיקוח יהיה אפקטיבי נדרש הנושה המובטח לשתף פעולה עם בעל התפקיד ולעדכן אותו מעת לעת בדבר התקדמות הליכי המימוש.¹⁸
- **גיבוש ומימוש שעבוד צף** נעשה לפי סעיף 194 לפקודת החברות, לפיו אין לגבש שעבוד צף אלא ברשות בית המשפט.¹⁹ במקרה כזה ממונה כונס נכסים שפועל לפי סעיף 195 לפקודת החברות.²⁰
- **בהליך הבראה לפי חוק החברות: מימוש שעבוד קבוע או גיבוש ומימוש שעבוד צף** נעשה לפי סעיף 350 לחוק החברות שקובע מגבלות על הנושה המובטח, שלא יוכל לממש את הבטוחה אלא באישור בית המשפט (אם לא קיימת לו הגנה הולמת), וזאת במטרה לאפשר את הבראת החברה.²¹ יצוין עוד כי לפי סעיף 17 לחוק המשכון, מימוש משכון ייעשה רק על פי צו בית משפט, אך סעיף זה יחול רק אם אין בדין אחר הוראה מיוחדת לעניין מימוש אותו משכון.

ההסדר המוצע בהצעת החוק

- **במצב של הפעלת התאגיד בשיקום או הפעלה של עסקי היחיד - מוצע לשמר את הכלל הבסיסי המקובל בדין הקיים ולקבוע שכל מימוש של שעבוד קבוע או גיבוש שעבוד צף בשיקום יחייב קבלת אישור מבית המשפט.**

אחרת בפקודה זו, לא תהיה תרופה לנושה נגד החייב לו חוב בר-תביעה, ולא יפתח שום נושה בתובענה או הליכים משפטיים אחרים, אלא ברשות בית המשפט ובתנאים שיראה לקבוע.

(ב) הוראות סעיף זה אינן באות לגרוע מכוחו של נושה מובטח לממש את ערובתו או לעשות בה בדרך אחרת."

"22. **עיכוב הליכים:** (א) משהוגשה הבקשה רשאי בית המשפט לעכב כל תובענה, הוצאה לפועל ואמצעי אחר על פי דין נגד החייב. ואולם, אם הוגשה הבקשה בידי חייב וטרם ניתן צו כינוס, לא יורה בית המשפט על עיכוב לפי סעיף זה, אלא בכפוף להוראות סעיף 222. ...

(ד) על אף האמור בסעיף זה –

(1) לא יעכב בית המשפט תובענה נגד פושט רגל אם הפטרו לא היה משמש בה הגנה;

(2) לא יעכב בית המשפט בעל משכנתה או נושה מובטח אחר בהפעלת תרופותיהם המשפטיות לענין הערובה שברשותם."

¹⁸ ע"א 8044/13 ששון לוי נ' שיכון ובינוי נדל"ן השקעות בע"מ (פורסם בנבו, 13.2.2014).

¹⁹ "194. **אכיפה הטעונה אישור מבית המשפט:** מקום שאיגרות חוב מובטחות בשעבוד צף, בשעבוד הון שטרם נדרש תשלום, בדרישות תשלום שטרם נפרעו או במוניטין, אין לאכוף את זכויותיהם של בעלי איגרות החוב לגבי השעבוד אלא ברשות בית המשפט; ואם הוגשה לבית המשפט בקשת אכיפה, רשאי בית המשפט ליתן כל סעד שאפשר לקבלו על פי בקשה כאמור בבתי המשפט באנגליה, כולל מינוי כונס ומתן צו למכירת הנכסים וחלוקתם."

²⁰ "195. **חובות בדין קדימה באכיפת שעבוד צף:** נתמנה לחברה רשומה בישראל כונס מטעם בעלי איגרות חוב מובטחות בשעבוד צף, או שהם או נציגיהם נטלו את ההחזקה בנכסים הכלולים בשעבוד צף או שהשעבוד חל עליהם, והחברה אינה עומדת אותה שעה בפירוק - ייפרעו החובות, שלפי חיקוק יש להם בכל פירוק דין קדימה, מתוך הנכסים שהגיעו לידי הכונס או לידי המחזיק כאמור, לפני כל תביעה לקרן או לריבית של איגרות החוב; התשלומים לפי סעיף זה ייגבו, ככל האפשר, מנכסי החברה הזמינים לתשלום חובות של נושים כלליים."

²¹ סעיף 350 לחוק החברות: "350. **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 ההליכים.

(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."

- בית המשפט יאשר את המימוש או הגיבוש בהיעדר "הגנה הולמת", או אם אין בהם כדי לפגוע באפשרות לשיקום.
- **כאשר לא מתנהל הליך שיקום** (או אין "הגנה הולמת" לנושה המובטח), הליך המימוש של **שעבוד קבוע** המוצע יהיה כמפורט להלן בסעיפים 247-248.
- **כאשר למימוש שעבוד צף** - סעיף 359 להצעת החוק כולל תיקון עקיף לפקודת החברות, בו מוצע לתקן את סעיף 194 העוסק באכיפת זכויות של נושים המובטחים בשעבוד צף. בסעיף מוצע לקבוע כי על הליכי כינוס נכסים של שעבוד צף יחולו הוראות החוק המוצע, וכי עם מינוי כונס נכסים יראו את החברה כאילו ניתן לגביה צו לפתיחת הליכים – כלומר שאכיפת השעבוד הצף תתנהל תמיד במסגרתו של הליך קולקטיבי (בשונה מהקיים היום).²² באופן כזה, הנושים המובטחים בשעבוד צף יאבדו את השליטה הקיימת להם היום על הליכי המימוש.
- **הגדרת "הגנה הולמת"** נדונה בוועדה ביום 15.8.16 ולמען הנוחות תובא בשנית עם התיקון שהוצע בה באותו דיון: "הגנה הולמת" –

(1) לגבי נכס המשועבד בשעבוד קבוע, נכס שחל עליו שעבוד צף או נכס שיש לגביו זכות עיכבון – שמירת הערך המובטח לנושה בבטוחה, בהתחשב, בין השאר, ברמת הוודאות לפירעון החוב מהנכס; לעניין זה, "הערך המובטח לנושה בבטוחה" – התמורה שהיה מקבל הנושה ממימוש הנכס אילו בית המשפט היה מאפשר לו, במועד הגשת הבקשה שבמסגרתה נבחנה טענת ההגנה ההולמת, לממש את הנכס באופן עצמאי, שלא במסגרת הפעלת התאגיד לפי פרק ז' לחלק ב' ולעניין חייב שהוא יחיד – שלא במסגרת הפעלת עסקו כאמור בסעיף 158;

(2) לגבי נכס הכפוף לשיור בעלות – הבטחת תשלום התמורה בעד הנכס אך לא יותר מהתמורה שהיתה מתקבלת בעד הנכס אילו היה נמכר בידי בעליו במועד הגשת הבקשה שבה נבחנת טענת ההגנה ההולמת;

סעיף 246 המוצע: פידיון הנכס המשועבד בידי הנאמן

פידיון הנכס המשועבד בידי הנאמן רשאי, בכל עת, לפדות את הנכס המשועבד; על פידיון הנכס המשועבד יחולו הוראות חוק המשכון, בשינויים המחויבים. השר, באישור ועדת החוקה, רשאי לקבוע הוראות לעניין זה.

הערות:

- מוצע לקבוע שהנאמן יהיה רשאי בכל עת לשלם לנושה את שוויי של החוב המובטח ו"לפדות" את הנכס המשועבד. על פדיון הנכס המשועבד יחולו הוראות חוק המשכון, ובהם סעיף 13, שעוסק בפדיון המשכון וקובע אפשרות לפדות את הנכס בכל עת; חובה לתשלום הריבית (אם לא הוסכם אחרת); וההוראה לפיה הזכות לפדיון היא לפדיון מלא של המשכון (ולא חלק ממנו).²³

²² סעיף 359 להצעת החוק: "359. בפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 –

.... (3) בסעיף 194, האמור בו יסומן "(א)" ואחריו יבוא:

"(ב) הורה בית משפט שהוגשה לו בקשת אכיפה כאמור בסעיף קטן (א) על מינוי כונס לשם אכיפת זכויותיהם של בעלי איגרות חוב שהובטחו בשעבוד צף –

(1) יחולו על הכונס, ובכלל זה על דרך מינויו וזהותו, הוראות פרק ו' לחלק ב' לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ו-2016 (בסעיף זה – חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי); בעל איגרת חוב המובטחת בשעבוד צף רשאי להציע מועמד שישמש כונס, בהתאם להוראות הפרק האמור;

(2) יראו את החברה כאילו ניתן לגביה צו לפתיחת הליכים לפי חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי והליכי אכיפת הזכויות בידי הכונס יתנהלו בהתאם להוראות אותו חוק.

(ג) השר רשאי לקבוע הוראות לעניין שכרו של כונס שמונה לפי סעיף זה."

(4) סעיפים 195 עד 201 – בטלים;

(5) פרקים י"א עד י"ז – בטלים."

²³ סעיף 13 לחוק המשכון: "13. פדיון המשכון: (א) החייב וכל אדם שזכותו עלולה להיפגע ממתן המשכון או ממימושו, רשאים לפדות את המשכון על ידי קיום החיוב לאחר המועד לקיומו; והוא אף אם יש קביעה אחרת בהסכם המיכון.

(ב) החייב וכל אדם שזכותו עלולה להיפגע ממתן המשכון או ממימושו, רשאים לפדות את המשכון על ידי קיום החיוב לפני המועד לקיומו, ובלבד שבחיוב לתשלום כסף הנושא ריבית ישלמו לנושה גם את הריבית שהיתה מגיעה לו עד המועד לקיום החיוב או בעד ששה חדשים אחרי התשלום, הכל לפי התקופה הקצרה יותר; סעיף קטן זה לא יחול אם יש קביעה אחרת בהסכם המיכון ולא

- ממה שנמסר מנציגי משרד המשפטים נראה שבפרקטיקה לא נעשה שימוש רב באפשרות הפדיון בחדלות פירעון.
לדיון: האם אין מקום להסמיך את השר לקבוע הוראות לעניין אופן ביצוע הפדיון כפי שמוסדר כיום בתקנות פשיטת הרגל, למשל, לעניין מחלוקת בעניין שומת הנכס הנפדה?

סעיף 247 המוצע: הודעה על כוונת מימוש

הודעה על כוונת מימוש 247. (א) נושה מובטח המבקש לממש נכס המשועבד לטובתו, יודיע לנאמן על כוונתו לעשות כן, ובלבד שהגיש תביעת חוב לפני מתן ההודעה או יחד עמה.

(ב) הודיע נושה מובטח על כוונתו לממש את הנכס המשועבד לטובתו, רשאי הנאמן, בתוך 14 ימים ממועד קבלת ההודעה, לפדות את הנכס המשועבד כאמור בסעיף 246.

הערות:

- מוצע לקבוע את הפרוצדורה למימוש נכס על ידי נושה מובטח במקרים שהוא רשאי לממשו (כלומר, שבית המשפט לא הורה על הפעלת העסק או שהורה כאמור אך אישר את המימוש לפי סעיף 245(ב) המוצע). מוצע לחייב את הנושה להודיע לנאמן על כוונתו לממש את הנכס, ולהגיש תביעת חוב. ב-14 הימים שלאחר מתן ההודעה, רשאי הנאמן לפדות את הנכס.
 - פרוצדורת המימוש של נכס משועבד קבועה היום בסימן ד' לפרק ד' בתקנות פשיטת הרגל, שעוסק ב"תביעת נושה מובטח" (תקנות 83-91). לפי התקנות, יש לתת הודעה לנאמן על כוונת מימוש ולציין בה את שומת שווי הערובה. לנאמן יינתנו 3 חודשים לממש את הנכס ואם לא עשה כן יוכל הנושה לממשו בעצמו. התקנות מסדירות את הפרוצדורה במקרה שהנאמן אינו מסכים לשומת הנושה, וניתן לקיים מכרז פומבי למכירת הנכס.
- לדיון:** האם יש צורך לקבוע מסגרת זמן ספציפית לפדיון הנכס (סעיף קטן (ב)) ולא ניתן להסתפק בהוראה הכללית? האם ראוי לשם כך להשהות ב-14 ימים את מימוש הנכס בידי הנושה המובטח אף כשיש הצדקה לכך?

סעיף 248 המוצע: הליכי מימוש נכס משועבד

הליכי מימוש נכס 248. (א) לא פדה הנאמן את הנכס המשועבד בתוך התקופה האמורה בסעיף 247(ב), משועבד יחולו לעניין מימוש הנכס המשועבד הוראות אלה:

- (1) היה אומדן שווי הנכס המשועבד שהגיש הנושה המובטח לפי סעיף 210(ה) (בסעיף קטן זה – אומדן שווי הנכס המשועבד) **גבוה באופן מובהק** מהחוב המובטח – ימומש הנכס בידי הנאמן;
- (2) לא היה אומדן שווי הנכס המשועבד גבוה באופן מובהק מהחוב המובטח – ימומש הנכס בידי הנושה המובטח;

יחול על משכון שניתן להבטחת סדרה של איגרות חוב.
 (ג) מושכן נכס בנסיבות האמורות בסעיף 5, רשאים בעל הנכס או האדם שהיה זכאי להחזיקו לפדות את המשכון לפי סעיף קטן (ב) אף אם יש קביעה אחרת בהסכם המישכון.
 (ד) אין בהוראות סעיף זה כדי להקנות זכות לפדות חלק מן המשכון על ידי קיום חלק מן החיוב, זולת אם הוסכם על כך בהסכם המישכון."

(3) מצא בית המשפט כי אומדן שווי הנכס המשועבד שהגיש הנושה אינו סביר או שהנושה המובטח לא הגיש אומדן כאמור, רשאי בית המשפט לקבוע בעצמו את האומדן, ויחולו על המימוש הוראות פסקאות (1) או (2) בהתאם לאומדן שקבע.

(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), רשאי בית המשפט, לבקשת נושה מובטח, להורות כי מימוש הנכס המשועבד ייעשה בידי הנושה המובטח אם מצא כי הדבר מוצדק בנסיבות העניין וכי אין בכך כדי לפגוע בעניינם של שאר הנושים.

(ג) במימוש נכס משועבד בידי הנאמן לפי סעיף קטן (א) יפעל הנאמן בהתאם להנחיות הנושה המובטח ואולם אם סבר הנאמן כי יש בהנחיות הנושה המובטח כדי לפגוע בעניינם של שאר הנושים רשאי הוא לבקש מבית המשפט הנחיות לעניין דרך פעולתו.

(ד) בית המשפט רשאי לקבוע שמימוש הנכס המשועבד בידי הנושה המובטח יהיה תחת פיקוח הנאמן, כפי שיקבעהשר רשאי לקבוע הוראות לעניין אופן מימוש נכס משועבד בידי הנושה המובטח ופיקוח הנאמן ובית המשפט על מימוש כאמור.

(ה) השר רשאי, באישור ועדת החוקה, לקבוע הוראות לעניין אופן מימוש הנכס המשועבד.

הערות:

- בסעיף זה מוצע להתוות את הדרך למימוש נכס משועבד. מוצע להפריד בין הליך מימוש בידי נושה **המובטח ביתר** לבין הליך מימוש בידי נושה **המובטח בחסר** :
 - (1) כשווי הבטוחה גבוה באופן מובהק מהחוב ייעשה מימוש הנכס בידי הנאמן (פסקה (א)(1)). זאת מאחר שבמקרה כזה לנושה המובטח ולנושים הכלליים יש אינטרסים שונים. לנושה המובטח ביתר אין תמריץ להשיא את ערך הבטוחה מעבר לגובה החוב, והוא יעדיף למכור את הבטוחה מהר ככל האפשר, בניגוד לאינטרס של יתר הנושים להשיא את התמורה שתקבל מהבטוחה. כאיזון לכך שהמימוש נעשה בידי הנאמן, מוצע כי הנאמן יפעל במקרה זה בהתאם להנחיות הנושה המובטח, אלא אם סבר שהנחיותיו פוגעות בעניינם של יתר הנושים, ואז הוא רשאי לבקש הנחיות מבית המשפט (פסקה (ג)).
 - (2) כשווי הבטוחה אינו גבוה באופן מובהק מהחוב המימוש ייעשה על ידי הנושה המובטח (פסקה (א)(2)). במקרה כזה לנושה המובטח ולנושים הכלליים יש אינטרס זהה לממש את הבטוחה במחיר הגבוה ביותר (כי הנושה המובטח רוצה לקבל החזר על החלק הגדול ביותר מחובו). כדי להותיר מידה מסוימת של פיקוח גם על הליך מימוש עצמי כאמור, מוצע כי השר יהיה רשאי לקבוע הוראות לעניין אופן מימוש הנכס המשועבד על ידי הנושה ופיקוח הנאמן ובית המשפט על המימוש (סעיף קטן (ד)).
- מוצע **להותיר לבית המשפט שיקול דעת לאפשר מימוש עצמי** בידי הנושה בכל מקרה (גם כשהנושה מובטח ביתר), אם מצא שהדבר מוצדק בנסיבות העניין ושאינן בכך כדי לפגוע בעניינם של יתר הנושים (סעיף קטן (ב)).
- מוצע לקבוע כי **אומדן שווי הבטוחה יעשה על ידי הנושה המובטח**. ברי שלנושה המובטח יש אינטרס לקבוע אומדן בחסר כדי לאפשר לו מימוש עצמי. לכן, מוצע לאפשר לבית המשפט לבקר את האומדן שהגיש הנושה. אם בית המשפט מצא שהאומדן אינו סביר או שהנושה לא הגיש אומדן, רשאי בית המשפט לקבוע את האומדן בעצמו (פסקה (א)(3)).

לדיון:

1. האם לא יכול להיות פער באינטרסים בין הנושים הכלליים והנושים המובטחים גם כשהנושה מובטח בחסר? למשל, כשהנכס המשועבד "מכסה" את רוב החוב לנושה המובטח הוא עשוי להעדיף מכירה מהירה על פני השאת ערכו של הנכס המשועבד? האם אין מקום להעניק לבית המשפט אפשרות לפקח על הנושה המובטח גם במצב זה?
2. מדוע ברירת המחדל היא שהנושה המובטח יקבע את אומדן שווי הנכס?
3. האם נכון לקבוע כי רק הפרש "מובהק" מחייב את מעורבותו של הנאמן בהליך המכירה?
4. האם לא נדרשת הסמכת השר לקביעת הוראות לעניין אופן מימוש נכס משועבד גם על ידי הנאמן עצמו? מה צפוי להיקבע בהוראות אלה?

סעיף 249 המוצע: משכון לחיוב המגיע לגוף מוסדי

משכון לחיוב המגיע 249. הוראות סעיפים 247 ו-248 לא יחולו על משכון כאמור בסעיף 17(3) לחוק המשכון, לגוף מוסדי ועל מימושו יחולו הוראות החוק האמור.

הערות:

- מוצע לקבוע כי הוראות סעיפים 247 ו-248 לחוק המוצע (ההוראות העוסקות במימוש שעבוד קבוע ופדיונו), לא יחולו כאשר חל על העניין הוראות סעיף 17(3) לחוק המשכון. סעיף 17 לחוק המשכון קובע כי ככלל, מימוש משכון יהיה על פי צו של בית משפט. ואולם, בסעיף 17(3) נקבע חריג לכלל זה – כשמדובר במימוש של משכון מופקד²⁴ המשמש ערובה לחיוב המגיע לגוף מוסדי, או במשכון של ניירות ערך – המימוש יכול להיעשות בידי הגוף המוסדי עצמו וללא צו מבית משפט.²⁵
- רשימת הגופים שנחשבים "גוף מוסדי" לפי סעיף 17(3) לחוק המשכון היא רשימה רחבה, וכוללת תאגיד בנקאי, בנק ישראל, חברות ביטוח, חברה מנהלת, חבר בורסה וכל גוף נוסף ששר המשפטים קבע באישור ועדת החוקה.
- לפי סעיף 19 לחוק המשכון, אופן המימוש יהיה במכירה בדרך מקובלת בשוק, או בהיעדר שוק – בדרך מסחרית סבירה. הגוף המוסדי חייב לתת הודעה לפני המימוש לחייב ולכלל אדם שזכותו עלולה להיפגע מהמימוש.²⁶

²⁴ סעיף 24(2) לחוק המשכון מגדיר מהו משכון מופקד: "4. כוחו של המשכון כלפי נושים אחרים: כלפי נושים אחרים של החייב יהיה כוחו של משכון יפה - ... (2) בנכסים נדים ובניירות ערך שאין לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לענין זה והם הופקדו בידי הנושה או בידי שומר מטעם הנושה שאיננו החייב - עם הפקדתם כאמור וכל עוד הם מופקדים".

²⁵ "17. דרכי המימוש: מימוש המשכון יהיה על פי צו בית המשפט, אולם -
(1) במשכון שיש לגבו בדין אחר הוראות מיוחדות לענין זה יהיה המימוש בהתאם לאותן הוראות;
(2) במשכון שהופקד כאמור בסעיף 24(2) או שנרשם כאמור בסעיף 4(3) יכול שהמימוש יהיה על פי צו ראש ההוצאה לפועל;
(3) במשכון שהופקד כאמור בסעיף 24(2) והוא משמש ערובה לחיוב המגיע לגוף מוסדי, וכן במשכון ניירות ערך, יכול שהמימוש יהיה על ידי הגוף המוסדי עצמו ללא צו כאמור;
בפסקה זו -
"גוף מוסדי" - כל אחד מאלה:

(1) תאגיד בנקאי כהגדרתו בחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981;
(2) בנק ישראל כמשמעותו בחוק בנק ישראל, התשי"ד-1954;
(3) מבטח כהגדרתו בחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981;
(4) חברה מנהלת כהגדרתה בחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005;
(5) מי שהוא חבר בורסה בהתאם לתקנון הבורסה כמשמעותו בסעיף 46 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (בפסקה זו - חוק ניירות ערך);
(6) גופים נוספים שיקבע שר המשפטים באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת;
"משכון ניירות ערך" - משכון המשמש ערובה לחיוב המגיע לגוף מוסדי, שהוא אחד מאלה:
(1) משכון שהוא ניירות ערך הרשומים לזכות החייב אצל הגוף המוסדי;
(2) משכון שהוא ניירות ערך הרשומים לזכות הגוף המוסדי אצל גוף מוסדי אחר או אצל מסלקה כהגדרתה בסעיף 50א לחוק ניירות ערך;
(3) משכון שהוא ניירות ערך שלגביהם ניתן לגוף המוסדי יפוי כוח להקנות בהם זכות לאחר;
"ניירות ערך" - ניירות ערך כהגדרתם בסעיף 52 לחוק ניירות ערך, הרשומים למסחר בבורסה, וכן יחידות של קרן פתוחה כמשמעותן בחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994, לרבות זכות לניירות ערך כאמור;
(4) במשכון שהוא זכות יכול שהמימוש יהיה כאמור בסעיף 20.

²⁶ "19. דרכי המימוש על-ידי גוף מוסדי: (א) מימוש של משכון כאמור בסעיף 17(3) יהיה במכירה בדרך מקובלת בשוק שבו נמכרים

- על פי דברי ההסבר ההוראה המוצעת עולה בקנה אחד עם סעיף 37 להצעת חוק המשכון, המאפשר במקרים מסוימים מימוש עצמי של משכון בידי גוף מוסדי.

לדין:

1. מדוע הוחלט להותיר את ההסדר הקבוע בחוק המשכון לעניין מימוש עצמי של גופים מוסדיים ושל ניירות ערך, ולהחריגם מהאיזון שהוצע בסעיף 248 להצעה?
2. האם נכון לאפשר מימוש עצמי לכל הגופים המנויים בסעיף 17(3) לחוק המשכון? אילו גופים נוספים קיבלו היתר למימוש עצמי משר המשפטים?

סעיף 250 המוצע: חלוקת התמורה ממימוש נכס משועבד

חלוקת התמורה 250. (א) התמורה מפדיון או ממימוש הנכס המשועבד תיזקף תחילה לחשבון ההוצאות ממימוש נכס שהוצאו לשמירת ערכו, להשבתו ולמימוש, ולאחר מכן תיזקף לכל אחד מרכיבי משועבד החוב המובטח שלהלן, בהתאם לחלקו היחסי בחוב המובטח:

(1) קרן החוב והפרשי הצמדה וריבית שנוספו עד מועד מתן הצו לפתיחת הליכים;

(2) הפרשי הצמדה וריבית שנוספו ממועד מתן הצו לפתיחת הליכים עד לפרעון החוב המובטח כאמור בסעיף 243(ג).

(ב) הושלם מימוש נכס משועבד וטרם הוכרעה תביעת החוב של הנושה המובטח, ראשי הנאמן לעכב תחת ידו את התמורה שהתקבלה מהמימוש עד להכרעה בתביעת החוב או לדרוש ערובה מהנושה המובטח כתנאי להעברת התמורה לידי.

הערות:

- מוצע לקבוע כי התמורה ממימוש נכס משועבד תיזקף תחילה לחשבון הוצאות הליכי המימוש ושמירת ערך החוב המובטח. לאחר מכן תיזקף יתרת התמורה לפירעון הקרן והפרשי הריבית וההצמדה שנוספו לחוב טרם מתן הצו לפתיחת הליכים ולבסוף להפרשי הצמדה וריבית שנצברו במהלך ההליכים.
- זקיפת הקרן והריבית בהתאם לחלקן היחסי רלוונטית בעיקר לנושה המובטח בחסר, מאחר שהיא מגדירה כיצד תסווג יתרת החוב שלא נפרעה – כקרן (שתסווג כחוב כללי) או כריבית (שתידחה לאחר תשלום החובות הכלליים).
- עוד מוצע לקבוע כי אם הושלם מימוש הנכס אך טרם הוכרעה תביעת החוב של הנושה המובטח, יוכל הנאמן לעכב אצלו את תמורת המימוש עד להכרעה בתביעה, או לדרוש ערובה מהנושה המובטח כתנאי להעברת התמורה לידי.
- ההסדר המעוגן כיום בסעיף 134(ב)(3) לפקודת פשיטת הרגל, שונה מן ההסדר המוצע משום שאינו קובע באופן גורף כי הפרשי הצמדה וריבית שנצברו במהלך ההליכים יזקפו כולם לאחר הקרן והריבית וההצמדה שנוקפו לפני מתן הצו, אלא קובע כי הזקיפה תהיה יחסית, בהתאם ליחס שבין הקרן לריבית²⁷.

נכסים מאותו סוג, ובאין שוק כזה – בדרך מסחרית סבירה.

(ב) לא יפתח הגוף המוסדי במימוש המשכון אלא לאחר שנתן לחייב ולכל אדם שזכותו עלולה להיפגע מן המימוש – והוא ומענו ידועים לגוף המוסדי – הודעה במועד סביר מראש על הצעדים שהוא עומד לנקוט למימוש המשכון.

(ג) הגוף המוסדי אחראי כלפי החייב וכל אדם כאמור בסעיף קטן (ב) לנזק שנגרם להם בשל מימוש המשכון שלא בהתאם להוראות חוק זה. (ד) בסעיף זה, "גוף מוסדי" – כהגדרתו בסעיף 17(3)."

²⁷ "היה החוב מובטח, והערובה מומשה אחרי צו הכינוס או שוויה הוערך ונכלל בתביעה, הסכום שמומש או הוערך יהיה מיועד לתשלום קרן וריבית ביחס שבין הקרן לבין הסכום המשתלם כריבית לפי השיעור המוסכם".