

חברות ונירות ערך

התפתחות דיני הבראת חברות: מן הכנסת אל משרד המשפטים דרך בתי-המשפט

מאת

ד"ר דוד האן*

"מקץ שבע שנים תעשה שמיטה"
(דברים טו, א)

מאמר זה סוקר את ההתפתחות המדורגת שעברו דיני הבראת חברות בישראל בשנים המכוננות, תשנ"ה עד תשס"ב. בתשנ"ה נחקק "חוק הקפאת הליכים". חוק זה מקפיא כל הליך התלוי ועומד נגד חברה בקשיים אשר הגישה בקשה לנסות להבריא את עצמה באמצעות הליך של פשרה או הסדר. הקפאת ההליכים השפיעה מהותית על הליך הפשרה או ההסדר ועיצבה אותו מחדש באור ידידותי להבראת חברות. דיני ההבראה עובו בשנת תשס"ב עם התקנת תקנות המשלמות את הוראות החוק בעניין פשרה או הסדר. המאמר בוחן מקרוב את ההתפתחויות שחלו בדיני הבראת חברות בשנים אלה, בין בשל שינויי חקיקה ובין בשל פרשנות יוצרת של בתי המשפט. ראשית, מתעכב המאמר על חוק הקפאת הליכים והשלכותיו המהותיות. המאמר יבליט את עוצמת השינויים שחולל החוק האמור, ובפרט בעיצוב מחדש של זכויות הנושים המובטחים. חוק זה מעבירם מבעלי זכויות בעין לבעלי זכויות בשווי הנכס. החלק הבא של המאמר מנתח את שדרוג זכויות היסוד המוגנות בשנות התשעים והשלכות השדרוג האמור על התפתחויות דיני חדלות פרעון בכלל ודיני הבראת חברות בפרט בשנים אלה. חלק זה יבליט את הפער שבין הכבוד שרוחש בית המשפט העליון לזכויות חייבים בתיקי הוצאה-לפועל לבין חוסר הכבוד הניכר מהחלטותיו בתיקי חדלות-פירעון. חלקו הבא של המאמר מתמקד בפיתוח דיני הבראת חברות באמצעות פסיקת בתי-המשפט. חלק זה יבחן את תרומותיהן היחסיות של

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. תודתי נתונה לאודליה מינס ולניר פרידמן על עזרתם המחקרית המסורה.

ערכאות השיפוט השונות. בית המשפט העליון חולל מפנה באחדו מהותית את דיני הבראת חברות עם דיני הפירוק. בכך ייתר בית המשפט את הדיונים הטרחניים אודות הפערים הפרוצדורליים בין הליכים מקבילים אלה. בתי המשפט המחוזיים עיצבו את דפוסי השליטה בחברה העוברת הבראה, במנותם נאמן שינהל את החברה בתקופת הביניים, ואת דפוסי תכניות ההבראה, בצוותם על ניהול התמחרות בין רוכשי שליטה פוטנציאליים.

א. מבוא

ב. החקיקה

1. החקיקה המנדטורית

2. שלהי שנות ה-80: יוזמת הרפורמה של ועדת לוין

3. תשנ"ה: חוק הקפאת הליכים

(א) תפקידו של סעד הקפאת ההליכים

(ב) הבראה כחלופה מקבילה לפירוק

(ג) ההשלכה על נושים מובטחים

(ד) חלקיות החקיקה

4. תשס"ב: תקנות ההבראה

(א) ההוראות הדיוניות

(ב) ההוראות המהותיות

ג. ההיבט החוקתי

1. הרטוריקה השיפוטית בדיני ההוצאה-לפועל: כבוד החייב

2. הרטוריקה השיפוטית בדיני חדלות-פירעון: זכות הקניין של הנושים

3. המהפכה בחקיקה: מערך חקיקה שיקומית

ד. הפסיקה

1. בית-המשפט העליון

(א) מימון הליכי הבראה: מתשלובת שטיחי כרמל ועד קבוצת אספלט

(ב) החלת דיני הפירוק על הליכי הבראה

2. בתי-המשפט המחוזיים

(א) דפוסי שליטה בחברה העוברת הליכי הבראה: מינוי מנהל מיוחד

(ב) דפוסי תכנית ההבראה: התמחרות

ה. סיכום

א. מבוא

דיני חדלות-הפירעון החלים על חייב בשר-ודם עוסקים, מעצם טבעם, הן במימוש נכסי החייב לצורך פירעון חובותיו לנושים¹, והן בהפטר החייב מן החובות הבלתי-פרועים

1 ראו פקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ם-1980, דמ"י 639 (להלן – "פקודת פשיטת

ומתן האפשרות לפתיחת דף חדש בחייו הכלכליים². לעומת זאת, התייחסות המשפט בישראל לחדלות-הפירעון של תאגיד הייתה, באופן מסורתי, התייחסות חד-ממדית. עד לפני שנים אחדות עסקו דיני חדלות הפירעון בישראל בפירוק חברה בלבד. אכן, חדלות-הפירעון היא אחת מן העילות הקבועות בחוק לפירוק חברה³. המשפט הישראלי לא ראה בהליך הפירוק אך את אחד המסלולים האפשריים להתמודדות משפטית עם חדלות-הפירעון של חברה, כי אם את המסלול העיקרי, אם לא הבלעדי, לכך. המחוקק לא נתן את דעתו על אפשרות קיומו של הליך הבראת החברה כהליך משפטי חלופי לפירוקה. ככלל, אף בתי-המשפט החרו החזיקו אחרי המחוקק וציוו על פירוקן של חברות מחמת חדלות פירעונן. אמנם, בתי-המשפט מילאו תפקיד חשוב ומאזן בכך שלא פעם הפעילו השופטים שיקול דעת ונמנעו מלצוות על פירוק. כך החליטו כאשר נוכחו לראות, כי לפירוק תהיינה השלכות כלכליות מרחיקות לכת על הקשורים בחברה חדלת-הפירעון⁴. בהיעדר כלים חוקיים מתאימים, השתמשו בתי-המשפט בהליכים משפטיים קיימים, אשר ייעודם המקורי היה שונה, לשם ניסיונות הבראתה של חברה חדלת-הפירעון⁵. עם זאת, כאמור, ניסיונות אלה היו בבחינת חריגים אשר לא העידו על

הרגל"), סעיף 56(ג) (חובת פושט הרגל לעזור במימוש נכסיו בין הנושים), סעיף 67 (חובת פושט רגל לעשות כן, אף אם קיבל הפטר). כמו כן, ראו: ע"א 92/76 בן ציון נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(1) 164; ע"א 5503/92 קירצמן נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד מט(1) 749, 755; ע"א 2629/92 אבו שדיד נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד מז(1) 388, 390-391. לתיאור מטרות הנושים בפשיטת רגל, ראו: נ' תל-צור הפטר בפשיטת רגל (1999) 27-34.

2 ראו סעיפים 61, 62 ו-69 לפקודת פשיטת הרגל (בנוגע להפטר), סעיף 85(א1)-(ג1), סעיפים 86 ו-88 (באשר לנכסי פושט הרגל שאינם ניתנים לחלוקה), וסעיף 127 (באשר לתשלומים לפושט הרגל). ראו גם: ע"א 149/90 קלאר נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד מה(3) 61, 64; ע"א 5335/92 סייג נ' האפוטרופוס הכללי, תקדין עליון 94(3) 721, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט חשין; פש"ר (ת"א) 466/93 גרבש נ' הנאמן על ענייני פושט הרגל יחיאל גרבש, פדאור 2000(5) 437 (מטרת פריעת חובות החייב היא להגיע למצב בו יפטרו את החייב מחובותיו); ת"א (ת"א) 3165/87 רגב נ' הכונס הרשמי, דינים מחוזי לב(2) 9; פש"ר (ת"א) 310/97 לוינ' נ' שילר, תקדין מחוזי 2001(2) 22099, בפסקה 15; ש' לוינ' וא' גרוניס פשיטת רגל (מהדורה שנייה תשס"א) 14-19, 91-103; 24-23. *K. Gross Failure and Forgiveness* (1997).

3 סעיף 257(4) לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, דמ"י 761 (להלן – "פקודת החברות"). להגדרה החוקית של המונח "חדלות-הפירעון", ראו סעיף 258(3) לפקודת החברות, הקובע לאמור: "הוכח להנחת דעתו של בית המשפט, לאחר שהביא בחשבון את חביותיה המותנות והעתידות, שאין ביכולתה של החברה לשלם את חובותיה".

4 "בהט דיני הבראת חברות (תשנ"ב) 40-43, 47-69; "בהט חברות – החוק החדש והדין (מהדורה שלישית מורחבת תשס"א) 972-975 (להלן – "בהט"); רע"א 6418/93, 6422 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' כונס נכסים ומנהל של החברות, פ"ד מט(2) 685, 697 (להלן – "עניין תשלוכת שטיחי כרמל"); ע"א 359/88 סולל בונה בע"מ נ' הכונס והמפרק של כוכב השומרון עמנואל בע"מ (בכינוס נכסים) ושל כוכב השומרון עמנואל (1982) בע"מ (בכינוס נכסים), פ"ד מה(3) 862, 864-865, 873 (להלן – "עניין כוכב השומרון"); ת"א (ב"ש) 148/90 בעניין יובל גד בע"מ (בפירוק זמני), תקדין מחוזי 96(1) 1661, פסקות 4 ו-19; צ' כהן פירוק חברות (תש"ס) 11. על שימוש במפרק זמני לשם ניסיון הבראה ראו: ע"א 272/83 מעוף נתיבי אוויר בע"מ ואח' נ'

הכלל. במוקד התפיסה המשפטית בישראל את החברות חדלות-הפירעון ניצבה ההכרה כי חברות כאלה ראויות לפירוק.⁶

בשנת תשנ"ה נחקק לראשונה על-ידי הכנסת חוק אשר מגמתו המוצהרת היא לקדם ניסיונות הבראה של חברות מסחריות תחת פירוקן. במסגרת החוק לתיקון פקודת החברות (תיקון מס' 10), התשנ"ה-1995,⁷ הוסיפו לסעיף 233 לפקודת החברות, אשר עניינו הסדר או פשרה בין החברה לבין בעלי-מניותיה או נושיה, סעיף-קטן המסמיך את בית-המשפט לצוות על הקפאת הליכים.⁸ חוק זה, הגם שמצומצם הוא בהיקפו לכדי סעיף אחד בלבד, חולל מהפך מחשבתי ומעשי בעולם חדלות-הפירעון המסחרית בישראל. מחשבתית, חוק הקפאת הליכים פתח אפיק משפטי חדש לטיפול בחברות הנתונות בקשיים פיננסיים. אפיק חדש זה משנה את תפיסת היסוד הישנה, לפיה לחברה חדלת-פירעון אין כל מוצא משפטי בלתי אם פירוקה. תפיסת היסוד המודרנית היא מגוונת יותר ומורכבת יותר. לפי הגישה כיום, בפני חברה חדלת-פירעון, ניצבות שתי חלופות משפטיות שוות מעמד: הבראה או פירוק.⁹ מחשבתית, קירב חוק הקפאת

מדינת ישראל, משרד התחבורה, פ"ד לט(3) 561, 564-565; עניין יובל גד בע"מ, שם, בפסקה 4; בהט, שם, בע' 353-357. על כונס מפעיל ומסגרת סמכותו ראו: בש"א (ת"א) 3551/02 כונס נכסים לחברה נ' ע.ב.ר.ב. בנין לפיתוח והשקעות בע"מ (בכינוס נכסים), תקדין מחוזי 2002(2) 8962, 8971-8972. לשימוש בכונס-מפעיל לשם ניסיון הבראה, ראו: ת"א (ת"א) 97/93 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' תעשיות שטיחי נצרת בע"מ (בפירוק), פ"מ תשנ"ד(3) 391; בהט, שם, בע' 371-377; "קנטור" נושים מובטחים - מול חברה קורסת וחברה בשיקום: פתרון לדורות - והצורך בפתרון לשעה" רבעון לבנקאות כט (תשנ"א) 85, 91-94.

6 ראו, למשל: פש"ר (ב"ש) 5048/97 קרגל בע"מ נ' גילן אריות בע"מ, פדאור 98(6) 159. לביקורת על מגמה זו ראו צ' כהן "פירוק חברה על-פי בקשת נושה - קווים מנחים בהפעלת שיקול הדעת של בית המשפט" מחקרי משפט יב (תשנ"ה) 37; מ' מאוטנר "מעשה פשיטת רגל" - האמנם סוף מעשה במחשבה תחילה?" ספר לובנברג (תשמ"ח) 108, 121-124. יש לציין, כי בתי המשפט פירשו את המונח "חדלות-פירעון" בצורה דווקנית ומצמצמת, ולא היו מוכנים להורות על פירוק חברה ללא קיום כל ההוראות שבפקודת החברות, ראו לדוגמא: המ' (י"ם) 129/97 דניה סיבוס - חברה לבניה בע"מ נ' חשמל אור הבירה בע"מ, דינים-מחוזי לב(1) 904; וכן בש"א (חי') 13321/01 ד.ע. דירות עלית בע"מ נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל, תקדין מחוזי 2001(3) 3947.

7 ס"ח 204.

8 לצורך הדיון במאמר זה, חוק זה, כמו גם יורשו, סעיף 350 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189 (להלן - "חוק החברות"), ייקראו להלן - "חוק הקפאת הליכים".

9 אכן, רטוריקה כאמור נמצאה בפסיקה עוד לפני חוק הקפאת הליכים. ראו, לדוגמא, דברי השופט לויין בעניין תשלובת שטיחי כרמל, לעיל הערה 4, בע' 695-696; ע"א 673/87 סאלח נ' מפרק פרץ את איסר חברה לבנין והשקעות בע"מ (בפירוק), פ"ד מג(3) 57, 68; עניין כוכב השומרון, לעיל הערה 4, בע' 869, בו קובע השופט ד' לויין כי "הסדר פשרה סביר ומאוזן, המקובל על מרבית הנושים, עדיף ברוב המקרים על פירוק כפוי"; ע"א 4316/90 הספקה חברה מרכזית לחקלאים בע"מ (בפירוק) נ' אגרא - אבן יהודה אגודה חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מט(2) 133, 168. ראו גם את דברי השופטת גילאור באשר לעדיפות הליך ההבראה כיום על הליך כינוס הנכסים בפש"ר (חי') 274/01, בש"א 7933/01 בנק הפועלים בע"מ נ' תעל תעשית עץ לבדו קבוצת משמרות בע"מ, תקדין מחוזי 2001(2) 7462.

הליכים את ההתמודדות עם חדלות הפירעון של תאגיד לזו של חייב בשר-ודם¹⁰. בזו אף בזו נשקלים האינטרסים של הנושים להשאת ההחזר שיזכו לראות מן החייב מצד אחד, והאינטרסים של החייב מצד שני¹¹. נבהיר דברים אלה: פירוק חברה מתמקד בעיקרו במימוש נכסי החייב הנותרים וחלוקת התמורה לנושים. האינטרס הדומיננטי הנשקל לכל אורך התהליך הוא אינטרס השאת הפירעון לנושי החברה. אינטרסים אחרים אינם מובאים לידי ביטוי. נהפוך הוא: עצם ההכרעה המשפטית להכניס את החברה חדלת-הפירעון להליך הפירוק מעקרת כל אינטרס אחר, שכן הכרעה זו משמעותה היא הובלת החברה לסיום חייה המשפטיים. כל גורם אשר יש לו אינטרס בחברה ובפעילותה נאלץ, אפוא, לתרגם את האינטרס שלו, במידת האפשר, לסכום נשייה כספי ולהסתפק בפירעון חלקי של סכום זה. לעומת זאת, בהבראת חברה נשקלים אף שיקולי טובת החייב, ובתוכם שיקולי התועלת שבקיום החברה לבעלי-מניותיה, עובדיה, ספקיה,

10 במובן זה, יש בחוק כדי לקרב את המשפט הישראלי צעד נוסף לכיוון של דין חדלות-פירעון אחיד לחייבים בשר-ודם ולחייבים מאוגדים. במקום אחר הבעתי את דעתי התומכת באינטגרציה של דיני חדלות-הפירעון והחלתם באופן קוהרנטי ללא תלות בזהות אישיותו המשפטית של החייב. ראו: ד' האן "פירוק חברות" מאת ציפורה כהן" מחקרי משפט טז (תשס"א) 487.

11 ראו תקנה 45(א) לתקנות החברות (בקשה לפשרה או הסדר), התשס"ב-2002, ק"ת 868. למחלוקת בנוגע לתכלית דיני חדלות-פירעון של חברה, ובפרט בשאלה האם הם צריכים לכלול גם את שיקולי טובת החייב ראו כהן, לעיל הערה 4, בע' 9-13; I. Haviv-Segal "Insolvency ; 327, 328 Law" in *Introduction to the Law of Israel* (Deventer: Kluwer, 1995) 327, 328. נושא זה הנו סלע המחלוקת בין העוסקים בתחום, כפי שמוגדר במאמרה של S. Block-Lieb 503 *U. Ill. L. Rev.* 2001 *U. Ill. L. Rev.* 503 "The Logic and Limits of Contract Bankruptcy" 2001 *U. Ill. L. Rev.* 503 היא ה-"Great Divide" בין שני זרמים עיקריים. זרם אחד הוא הזרם הקלאסי. לשיטתו, לדיני חדלות הפירעון קיימת תכלית נוספת מעבר לחלוקת הנכסים בין הנושים בצורה הכי יעילה. ראו לדוגמא: E. Warren "The Untenable Case for Repeal of Chapter 11" 102 *Yale L.J.* (1992) 437, 467; D.R. Korobkin "Value and Rationality in Bankruptcy Decisionmaking" 33 *Wm. & Mary L. Rev.* (1992) 333, 334-338; D.R. Korobkin "Rehabilitating Values: A Jurisprudence of Bankruptcy" 91 *Colum. L. Rev.* (1991) 717, 766; J.W. Bowers "Groping and Coping in the Shadow of Murphy's Law: Bankruptcy Theory and the Elementary Economics of Failure" 88 *Mich. L. Rev.* (1990) 2097, 2111-2113; E. Warren "Bankruptcy Policy" 54 *U. Chi. L. Rev.* (1987) 775, 777-778, 795-797. הזרם הרואה בדיני חדלות פירעון דינים שמטרתם היחידה היא לפתור את ה-"common pool problem" הפוגעת בהשאת ההחזר לנושים. מצדדי זרם זה הם בעיקר בעלי הגישה הכלכלית למשפט. ראו, לדוגמא: T.H. Jackson *The Logic and Limits of Bankruptcy Law* (1986) 1-6; D.G. Baird "Loss Distribution, Forum Shopping, and Bankruptcy: A reply to Warren" 54 *U. Chi. L. Rev.* (1987) 815; D.G. Baird & T.H. Jackson "Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy" 51 *U. Chi. L. Rev.* (1984) 97, 102-110; B.E. Adler "Financial and Political Theories of American Corporate Bankruptcy" 45 *Stan. L. Rev.* (1993) 311, 312-315; M. Bradley & M. Rosenzweig "The Untenable Case for Chapter 11" 101 *Yale L.J.* (1992) 1043-1044.

צרכניה ולקהילה בכלל¹². קשת השיקולים העומדת לעיני מקבל ההחלטה על גורל החברה, הוא בית-המשפט המחוזי¹³, מגוונת. בית-המשפט נדרש לעמת בין שיקולי תועלת לנושים לשיקולי טובתם של קהלים נוספים הקשורים בחברה. טובת קהלים אלה עשויה להתבטא דווקא בהמשך קיומה של החברה. אינטרסים אלה לא אחת אינם מבוטאים בסכום נשייה כספי גרידא, כי אם בתועלות צופות פני עתיד, כמו הבטחת המשך מקום עבודה לעובדים או הבטחת קיום החברה כלקוח מרכזי של הספק וכדומה¹⁴. אכן, עיונית ניתן להבחין קהלים אלה מן החברה, אשר סוף סוף היא החייב¹⁵. עם זאת, כיוון שלקהלים אלה אינטרס בהמשך קיומו של החייב (החברה), אפילו יהיה כרוך הדבר בפשרה מצד הנושים על מקצת מחובותיהם, ניתן לדמות את האינטרסים של קהלים אלה עם אינטרס חייב בשר-ודם. אלה אף זה מעוניינים בהמשך כלכלי, אשר איננו עולה בהכרח בקנה אחד עם האינטרסים של הנושים בחייב. חוק הקפאת הליכים, אשר ייעודו המוצהר הוא להעמיד כלים משפטיים אשר יאפשרו להבריא חברות תחת פירוק¹⁶, התיר גם לאינטרסים של החייב התאגידי לבוא בקהל. זה המהפך המחשבתי שנתחולל.

המהפך המעשי שחולל חוק הקפאת הליכים בא לידי ביטוי דבר יום ביומו בין כותלי בתי-המשפט המחוזיים ומחוצה להם. טרם חקיקת חוק זה לא היו בידי החברה, כחייב, כלים משפטיים אפקטיביים לקדם ניסיונות הבראה והיחלצות ממשבר פיננסי. הדרך היחידה שחברה, מיוזמתה, יכולה הייתה לקדם הליכי הבראה שלה הייתה באמצעות השגת הסכמה מצד נושיה, והנושים המובטחים בפרט¹⁷, להימנע מנקיטת הליכי פירוק וכניסה להליכי משא-ומתן לגיבוש פשרה או הסדר בין החברה לנושיה¹⁸.

12 ראו כהן, לעיל הערה 6 (אף שכהן ניתחה את ההחלטה על בקשת פירוק, השיקולים שהיא בוחנת עניינית עוסקים בשאלת השאלות: האם יש לנקוט לגבי חברה בקשיים הליכי פירוק או הבראה?).

13 הסמכות העניינית של בית המשפט המחוזי לדון בפירוקים קבועה בסעיף 256 לפקודת החברות. סעיף 1 לחוק החברות מגדיר כי "בית המשפט" הנו בית המשפט המחוזי, ועל-כן הוא גם בית-המשפט המוסמך לצורך סעיף 350 לחוק זה.

14 על נושים בעלי אינטרס קיום, להבדיל מאינטרס כספי גרידא, ראו: A. Chaver & J.M. Fried "Managers' Fiduciary Duty Upon the Firm's Insolvency: Accounting for Performance of Creditors" 55 *Vand. L. Rev.* (2002) 1813.

15 Baird תמיד טוען שאין כלל "חייב" בחולות-פירעון של תאגיד, אלא יש רק קונפליקטים בין משקיעים. D.G. Baird "A World Without Bankruptcy" 50 *Law & Contemp. Probs.* (1987) 173. לגישה הפוכה, לפיה החברה היא בהחלט "חייב", אולם אין לזהות את אינטרס קהלים השונים עם האינטרס העצמאי שלה – ראו: י' צ' שטרן "החברה כאישיות משפטית חסרת בעלים: תיאוריה, דין ומציאות", יראה אור במחקרי משפט כא (תשס"ד).

16 ראו דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת החברות (מס' 12), התשנ"ה–1995, ה"ח 405.

17 סעיף 1 לפקודת פשיטת-הרגל מגדיר "נושה מובטח" כדלקמן: "מי שידו שעבוד או עיכון על נכסי החייב או על חלק מהם, בחזקת ערובה לחוב המגיע לו מהחייב".

18 על הסדרים מחוץ לבית-המשפט ראו י' בהט "הבראת תאגידים בקשיים בסיוע בנקים – הסדרים מחוץ לבית המשפט כאלטרנטיבה להליכים פורמליים" רבעון לבנקאות ל (1992) 60 ; י' בהט הסדרי הבראה בבית המשפט ומחוץ לבית המשפט (1996) פרק 14 ; G.K. Smith "Conflicts of

אולם, לא הייתה בנמצא כל מסגרת משפטית מחייבת האוכפת על הנושים לפעול, ולו זמנית, לפי אמות-המידה של קידום הליכי הבראה. כל נושה חופשי היה לסטות מן הדרך ולפעול למימוש זכויותיו, אם בדרך של הטלת עיקול, מימוש שעבוד או הגשת בקשת פירוק. פעולות אלה סירסו כל מאמץ קיבוצי לשיקום החברה וחילוזה מן הקשיים. ככל שהחריף המשבר הפיננסי, וככל שנושה כלשהו נקט יוזמה עצמאית למימוש זכויותיו, הכלי המשפטי היחיד שנותר בידי יתר נושי החברה — אשר על-פי רוב הם החלשים והאיטיים שבנושים מבחינת יכולת מימוש הזכויות — היה להכניס את החברה לפירוק. תיקי הפירוק משלו בכיפה. אך לא עוד. מאז נחקק חוק הקפאת הליכים, נפתחים בבתי-המשפט המחוזיים תיקי הבראה רבים, יהיו שיבכרו ויאמרו רבים מדי¹⁹, לצד תיקי הפירוק. בקשות לצו הקפאת הליכים המוגשות על-ידי חברות בקשיים פיננסיים הפכו חזון נפרץ. דומה, כי כיום, בשונה מן העבר, המסלול הראשוני להתמודדות עם קשיים פיננסיים של חברה הוא מסלול ההבראה, הנפתח, על-פי רוב,

Interest in Workouts and Bankruptcy Reorganization Cases” 48 *S. C. L. Rev.* (1997) 798, 852–876; C.B. Duberstein “Out-of-Court Workouts” 1 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* (1993) 347; A. Schwartz “Bankruptcy Workouts and Debt Contracts” 36 *J. L. & Econ.* (1993) 595; L. Lin “The Information Content of a Bank’s Involvement in Private Workouts” 3 *Geo. Mason Ind. L. Rev.* (1994) 97, 98–101; R.E. Mendales “We Can Work it Out: The Interaction of Bankruptcy and Securities Regulation in the Workout Context” 46 *Rutgers L. Rev.* (1994) 1213, 1221–1245; S. Abe “Recent Developments of Insolvency Law and Cross-Border Practices in the United States and Japan” 10 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* (2002) 47, 49–58. לנטייה הכללית בארץ להעדיף פשרות מחוץ לבית המשפט על פני התדיינות בתחומו ראו י” צ’ שטרן “יישוב סכסוכים שעניינם דיני חברות: הבחירה בין התדיינות לפשרה” עיוני משפט יז (תשנ”ג) 323. ברור שאף בעידן חוק הקפאת הליכים יכולים חברה ונושה להסכים על ניסיון הבראה הסכמי בדרך של הסדר מחוץ לכותלי בית-המשפט. דבר זה אף רצוי ומבורך הוא. עם זאת, גם חברה בה מתגבש הסדר רצוני עשויה לבחור להיכנס למסגרת החוק בדבר אישורי פשרה או הסדר. דבר זה ייעשה על-פי רוב בשלב בו כבר גיבשו החברה והנושים העיקריים את ההסדר. הכניסה למסגרת החוק בשלב זה נעשית לשם ניצול יתרונות הגמישות של החוק, הנותן תוקף משפטי מחייב להסדר שאושר ברוב. מחוץ לחוקי חדלות-הפירעון, כל הסדר הסכמי ידרוש את האישור של כל נושה. מאליו יובן, כי אישור כזה קשה ביותר להשגה מבחינה פרקטית. הפרקטיקה של גיבוש הסדרים רצוניים מחוץ לכותלי בית-המשפט, תוך היוקקות למסגרת המשפטית של Chapter 11 בשלב ההצבעה על אישור ההסדר, מכונה בארצות-הברית “prepackaged reorganization plans”. אף באנגליה, בה קיים הליך הבראה בחוק, נוהגות לא מעט חברות, בשיתוף עם הנושים הפיננסיים הגדולים, ליזום מהלך של הסדר רצוני מחוץ לכותלי בית-המשפט. מהלך זה מכונה בשם “The London Approach”. ראו על כך: J. Armour & S. Deakin “Norms in Private Insolvency: The ‘London Approach’ to the Resolution of Financial Distress” 1 *J. Corp. L. Stud.* (2001) 21; J. Armour, B.R. Cheffins & D.A. Skeel Jr. “Corporate Ownership Structure and the Evolution of Bankruptcy Law: Lessons from the United Kingdom” 55 *Vand. L. Rev.* (2002) 1699, 1754–1762

19 ראו, לדוגמא, דברי השופטת דברת בפש”ר (ב”ש) 6289/01 מגה באי בניה מתקדמת ומבנים ניידים בע”מ נ’ א.ד.פ.א. בע”מ, תקדין מחוזי 2001(3) 6744, בפסקה 3 (להלן — “עניין מגה”); בהט, לעיל הערה 4, בע’ 991.

ביוזמת החברה עצמה²⁰; ורק אם הגיע בית-המשפט למסקנה כי אין כל פוטנציאל הבראה לחברה זו²¹, או אם ניסיון ההבראה כשל²², תסיים החברה את חייה בפירוק. זה המהפך המעשי שחולל חוק הקפאת הליכים בישראל.

מאמר זה יסקור את התפתחות דיני הבראת חברות בישראל בשנים האחרונות. במסגרת זו, נעמוד על מגמות ההתפתחות של המשפט הישראלי בתחום זה כפי שהן משתקפות בחקיקה ובפסיקה. לשם עמידה על השינוי בדין ופיתוחו נחלק את הסקירה לשלושה חלקים. החלק הראשון יעמוד על יוזמות החקיקה בתחום ההבראה. חלק זה יצביע על כך שעיקר התמורות בדיני ההבראה בפרט, ודיני חדלות-הפירעון בכלל, נובע מן המחוקק. תמורות אלה לא אחת הן חדשניות ובאות ללא סלילת דרך שיפוטית מקדימה. בעקבות הדיון בתמורות החקיקה בדיני הבראת חברות, יתמקד החלק השני בבחינת החקיקה שנסקרה בראי חוקי היסוד שהתקבלו במקביל בראשית שנות התשעים. חלק זה יראה כי בעניין זה נפער פער בין דיני חדלות הפירעון לדיני ההוצאה לפועל. בדיני ההוצאה לפועל, הדגישה הפסיקה את חשיבות זכויות החייב, לצד זכויות הנושה, לאור עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לעומת זאת, בדיני חדלות הפירעון, משום מה, הוסיפה הפסיקה ודבקה ברטוריקה של זכויות הנושים, עד אשר בא המחוקק וסלל את הדרך לכלילת זכויות החייבים במשוואה החוקתית. החלק השלישי יעמוד על חלקם של בתי-המשפט בהתפתחות דיני הבראת החברות הלכה למעשה. הנקודה שתובלט בחלק זה היא, כי בית-המשפט העליון נדרש אך מעט להיבטים הקונקרטיים בהבראת חברות. עם זאת, תרם בית-המשפט העליון לפיתוח ההלכה בסוגיה מרכזית אחת בתחום, והיא שאלת העדיפויות בין נושים מוקדמים של החברה, קרי: נושיה מן התקופה שלפני ההבראה, לבין נושיה מתקופת ההבראה. בנוסף נקט לאחרונה בית-המשפט העליון צעד משמעותי, באחדו למעשה את דיני ההבראה עם דיני פירוק החברות. עיקר העשייה השיפוטית בתחום מסחרי זה מרוכזת, באופן טבעי, בבתי-המשפט המחוזיים. אכן, תרומתם של בתי-המשפט המחוזיים להטמעת דיני ההבראה בישראל משלימה את יוזמות החקיקה בתחום זה. בית-משפט מחוזי המרכז תיק חדלות-פירעון, אם במסלול פירוק ואם במסלול הבראה, מהווה שחקן מרכזי המעורב בתיק ראשו ורובו. ככזה, בית-המשפט מיישם את הכלים

20 הנחת המוצא היא, כי החברה תבכר הבראה בעוד הנושים (המובטחים) יטו להתנגד ולהעדיף הליכי מימוש. ראו על-כך: ד' האן "הגנה הולמת לחובות מובטחים בהבראת חברות" משפטים לב (תשס"ב) 247, 254-256, 291-294; א' חביב-סגל "זכויות בעלי שעבודים בשיקום חברות" עיוני משפט טז (תשנ"ב) 263, 291.

21 ראו, לדוגמא, דברי השופט ביין בע"ש (חי) 679/01 מקור הפורמייקה בע"מ נ' שרת התעשייה והמסחר, פדאור (4)01 791, פסקות 4 ו-16.

22 לדוגמאות לניסיונות הבראה שכשלו והסתיימו בפירוק, ראו: ע"א 6010/99 המנהל המיוחד של תבור, תעשיות שיש בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נ(1) 385 (להלן — "עניין תבור תעשיות שיש"); בש"א (חי) 11448/01 חברת מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ נ' כור תעשיות בע"מ, תקדין מחוזי 2001(3) 21402, 21404.

המשפטיים העומדים לרשותו על-ידי המחוקק ויוצק בהם תוכן קונקרטי. שתי מגמות מרכזיות מבית-מדרשם של בתי-המשפט המחוזיים תיסקרנה בהקשר זה. הראשונה, עניינה יציקת דפוס שליטה בחברה העוברת הבראה, בצלמו של מנהל מיוחד הממונה על-ידי בית-המשפט. השנייה, עניינה בעיצוב כללי משחק לאישור תכניות הבראה, תוך מתן ביטוי להעדפת תהליך ההתמחרות כמכשיר להשאת שווי החברה העומד לחלוקה לנושיה.

ב. החקיקה

1. החקיקה המנדטורית

החקיקה בישראל בתחום חדלות-הפירעון איננה ישראלית. שני עמודי התווך, יכין ובוטז, של דיני חדלות הפירעון בישראל הם פקודות מנדטוריות. פשיטת-רגל של חייב בשר-ודם, כמו גם של שותפויות, מוסדרת בעיקרה בפקודת פשיטת הרגל. משלימה אותה פקודת החברות, העוסקת בפירוק חברות²³. פקודות אלה תוקנו פעמים אחדות לאורך השנים. ואולם, ביסודן, במתכונתן ובעיקר בהיקף תוכנן, נותרו פקודות אלה נאמנות לגישה המשפטית אשר שלטה באנגליה בשליש הראשון של המאה העשרים, עת נחקקו פקודות אלה בארץ-ישראל המנדטורית²⁴. בתחום חדלות-הפירעון ההשקפה האנגלית המסורתית הייתה, ויש אומרים אף נותרה, בעלת נטייה לטובת הנושים²⁵. רוצה לומר: ההשקפה האנגלית גרסה, כי המדיניות העיקרית אותה באים דיני חדלות-הפירעון לשרת היא השאת הפירעון לנושים²⁶. הבעיה בחדלות-פירעון היא, כי אין די משאבים כלכליים לספק את תביעות החוב של כל הנושים. לפיכך, עיקר מעייניו של הדין הוא בהתוויית כללים לחלוקת המשאבים הנותרים לסיפוק (חלקי) של תביעות החוב. הדגש הוא על הפקת המרב האפשרי לנושים בנתונים הקיימים. השקפה זו מושתתת על היסוד

23 חוק החברות לא ביטל את פרקי פקודת החברות העוסקים בעניין שעבוד נכסי חברה (פרק ח') ובעניין פירוק חברות (פרקים י"א-י"ז) והותירם על כנם, מתוך מדיניות מוצהרת של יוזמי החוק, כי פרקים אלה יוחלפו במסגרת רפורמה בדיני השעבודים ובדיני חדלות-הפירעון. על כך ראו: האן, לעיל הערה 10, בע' 495-498. על יוזמת הרפורמה בדיני חדלות-הפירעון, ראו להלן בפרק 2.ב.

24 בעניין תפיסות היסוד המנדטוריות בתחום חדלות הפירעון עסקתי במקום אחר. ראו: ד' האן "שעבוד כקניין" ספר ויסמן (תשס"ב) 43.

25 F. Tolmie *Introduction to Corporate and Personal Insolvency Law* (London, 1998) ch. 5; I.F. Fletcher *The Law of Insolvency* (London, 3rd ed., 2002) 21-23.

26 V.M. Lester *Victorian Insolvency, Bankruptcy, Imprisonment for Debt, and Company Winding-Up in Nineteenth-Century England* (Oxford, 1995) 1-6, 222-239; P.R. Wood *Principles of International Insolvency* (London, 1995) 2-9; S. Atkinson & J. Douglas "England and Wales" in *Collier International Business Insolvency Guide* (New York, 2001) ¶ 21.05.[1].

לפיו חובות יש לשלם. כל עוד לא נפרעו הנושים במלואם, החייב אינו זכאי ליהנות מן המשאבים הכלכליים. היישום המעשי של השקפה זו בהקשר התאגידי הוא שבמצב בו חברה היא חדלת-פירעון, קרי: נכסיה אינם מספיקים לצורך פירעון מלוא חובותיה לנושים, לא יוכלו עוד שאר בעלי האינטרסים בחברה ליהנות ממשאביה. לפיכך, דין החברה הוא להתפרק²⁷. ואכן, לאור תפיסה זו, הסדירה פקודת החברות בהרחבה את הליך הפירוק, אולם לא העמידה כל חלופה אשר תאפשר את המשך הקיום העסקי של החברה חרף קשייה הפיננסיים. דיני הבראה לא נחקקו. עם זאת, אף כי לא היו בנמצא דיני הבראה, החורבן הכלכלי שהייתה גורמת התמוטטותן של חברות שונות בישראל הוליד את הצורך המעשי במתן פתרונות משפטיים אשר יאפשרו את המשך ניהול החברה כעסק פעיל. משום כך, נקטו בתי-המשפט בישראל יוזמות שיפוטיות חדשניות לשם התוויית חלופות הבראה לחברות עסקיות. יוזמות אלה כללו הן יצירת מסלולים דיוניים חדשים, דוגמת קדם-המפרק, והן ניצול מסלולים דיוניים קיימים בעלי תכלית שונה, דוגמת הפירוק הזמני²⁸ וכינוס הנכסים²⁹. בתי-המשפט הנחו את התפקידנים השונים שמינו לפעול בחברה ולנווטת תוך ניסיון למצוא את הדרך להמשך הפעלתה כעסק חי. עם זאת, יוזמות אלה היוו "אלתור מבורך"³⁰, בעל אופי אד-הוקי. מענה משפטי מובנה ושיטתי להבראת חברות בקשיים חסר.

27 Tolmie, *supra* note 25, at pp. 166–169; Fletcher, *supra* note 25, at pp. 570–572
 28 ש' לוי "הקוסם מארץ ערץ: היכול בית משפט ליצור יש מאין?" ספר לובנברג (תשמ"ח) 33;
 ח' אבנור "המפרק הזמני" ספר לובנברג (תשמ"ח) 199, 204–205. לביקורת בנוגע לשימוש
 ב"מפרק-זמני", ראו: פש"ר (ת"א) 1875/01 כונס זמני נ' מפרק זמני, תקדין מחוזי 2001(3)
 1974, בפסקה 7.
 29 תכליתו של הליך כינוס נכסים לפי סעיף 194 לפקודת החברות היא, כפי שמלמדת כותרת סעיף
 זה, אכיפת זכותו של נושה המובטח בשעבוד צף. ראו: א' וולובסקי כונס נכסים בדיני חברות
 (1992) 123–126; ע"א 522/72 מדינת ישראל נ' כונס נכסים של החברה וולטקס צמרון, פ"ד
 כז(2) 393, 398, 405; על כונס-מפעיל ראו, למשל, עניין ע.ב.ר.ב., לעיל הערה 5. אף כי בית
 המשפט דרש מכונס הנכסים לנהוג בתום לב ובהגינות לטובת כל הנושים (ראו, למשל, פש"ר
 (ת"א) 165/96 בעניין מחצבות מוריה בע"מ, פדאור (3)01 (433), מבחינה עיונית כינוס הנכסים
 נועד לקדם את גביית החוב של נושה אחד מסוים, חשוב ומרכזי ככל שיהיה. כינוס נכסים אינו
 עוסק במתן פתרון משפטי לבעיות פירעון קולקטיביות של חברה כלפי נושיה השונים. עם זאת,
 שעבוד צף חל במרבית המקרים על כל נכסי החברה. לפיכך, ההשלכה הכלכלית של הליך כינוס
 הנכסים רחבה ויש בה להשפיע מידית גם על מעמד יתר נושי החברה. מטעם זה, היה נוח
 לבתי-המשפט לנצל את הליך כינוס הנכסים כהליך המשפטי אשר באמצעותו ינסו לקדם מהלך
 כלכלי של שיקום עסקי החברה. עוד על כינוס נכסים כהליך הבראה ראוי, ראו: J. Armour &
 S. Frisby "Rethinking Receivership" 21 *Oxford J. Leg. Stud.* (2001) 73.
 30 כלשון השופט ד' לוי בעניין תשלובת שטיחי כרמל, לעיל הערה 4, בע' 697: "אילו ניתנו לבית
 המשפט כלים נאותים וסדורים יותר לקידום הדרך הזו, אילו היו לפנינו כבר הכללים החשובים
 והדרושים, העדכניים והמודרניים, שצריכים להיקבע על ידי המחוקק כדי שיועמדו למימוש בידי
 אלה העוסקים במלאכה, כי אז היה הליך זה, שעוסקים אנו בו, פשוט וללא מכשלות ומהמורות.
 אולם כיוון שההליך מתקיים עדיין בדרך לא סלולה, שיש בה לא מעט מהאלתור הרצוי והמבורך
 של בית המשפט, ניתן למעוד..."

2. שלהי שנות ה-80: יוזמת הרפורמה של ועדת לוין

בחודש דצמבר 1986, מינה שר המשפטים ועדה ציבורית בראשות שופט בית- המשפט העליון שלמה לוין "לבחינת נחיצותה של רפורמה בדיני פשיטת-רגל ופירוק חברות, מתוך מגמה להתאמת הדינים הקיימים בתחומים אלה לתקופתנו"³¹. בכתב המינוי של הוועדה היא התבקשה לעסוק בעדיפות ראשונה באימוץ הסדרים משפטיים שיעמדו לרשות חברות בקשיים פיננסיים כחלופה לפירוק. הוועדה התרכזה בראשונה בגיבוש הסדר להבראת חברות. בראשית שנת 1990, הגישה הוועדה לשר המשפטים את המלצותיה בדבר גיבוש דיני הבראת חברות לישראל. דו"ח ועדת לוין עסק פחות בהסדרים קונקרטיים לתקופת הביניים של ניהול החברה שבין פתיחת הליכי ההבראה לשלב אישור תכנית ההבראה³², והתרכז באופן ממוקד בשלב פתיחת ההליכים ושלב אישור התכנית³³. אשר לאופן ניהול החברה בשלב הביניים האמור, בחר דו"ח ועדת לוין לאמץ על דרך הייבוא את הסדרי המסגרת הנוהגים בפירוק חברות³⁴. הנחת עבודה חשובה של הוועדה הייתה, כי מספר השופטים שיעסוק בישראל בתחום יהיה מצומצם. קבוצת שופטים מצומצמת זו תתמחה בתחום וניסיונה יקנה לה מקצועיות ומיומנות. לפיכך, "אין צורך בקיומם של הסדרים מפורטים לפרטי פרטים אלא די בקביעתם של עקרונות היסוד והמבנה הארגוני של הליכי השיקום תוך מתן שיקול דעת רחב לבית-המשפט להתאים את הדין לנסיבות החברה המיוחדת המועמדת לשיקום"³⁵.

3. תשנ"ה: חוק הקפאת הליכים

חלפו שנים אחדות מאז גובשו המלצות ועדת לוין לחקיקה בשיקום חברות, אולם דבר לא נעשה לקידום החקיקה בעניין זה מצד הממשלה. המלצות הוועדה נותרו כהמלצות בלבד ולא נודע להן המשך פעיל אשר יתרגמן לכדי מעשה חקיקה. אחת הסיבות לכך הייתה מגבלת המשאבים במחלקת החקיקה במשרד המשפטים. מחלקה זו, אשר מקדמת את הליכי החקיקה השונים, הייתה עסוקה ראשה ורובה ברפורמה הגדולה של חקיקת חוק חברות ישראלי תחת פקודת החברות המנדטורית. יוזמת חקיקה זו, אשר ראשיתה עוד בכינון ועדת הרפורמה בראשות השופט פרופ' אהרן

31 הוועדה הציבורית לשם בדיקת נחיצותה של רפורמה בדיני פשיטת-רגל ופירוק חברות, דו"ח מס' 1 – שיקום חברות (להלן – "דו"ח ועדת לוין"), עמ' 1 (מיום 22.1.90).
 32 למיקוד דיני הבראת חברות בשלב ביניים זה, ראו להלן פרק ב.3(א).
 33 ראו דו"ח ועדת לוין, מבוא, פסקה 7, פסקות משנה א-ג (עיקרי הדו"ח ביחס לכשירות לפתיחת הליכי הבראה), ז-ח (עיקרי הדו"ח ביחס להליכי תכנית ההבראה והמרת ההליך בהליך הפירוק).
 34 שם, בפסקות משנה ד-ו (עיקרי הדו"ח בדבר ניהול החברה על-ידי בעל-תפקיד בשם "שקם" ואימוץ הסדרי החקיקה הקבועים ביחס להליך הפירוק).
 35 שם, בפסקה 6.

ברק בשנות השמונים, הגיעה לשלביה האחרונים והעיסוק בה תבע את מיטב זמנה של מחלקת החקיקה במשרד המשפטים. העיסוק האינטנסיבי בחוק החברות שהתגבש והלך לא אפשר הובלת מהלך מקביל של רפורמה כללית בדיני חדלות-הפירעון, ואפילו לא את יישומן המלא של המלצות ועדת לויין בתחום שיקום החברות. יחד עם זאת, השכיל משרד המשפטים להוביל מהלך חקיקה קצר וענייני אשר בא להחזיר לשוק בישראל מכשיר משפטי אשר הוא אמצעי להבראת חברות. בשנת תשנ"ה, נחקק בכנסת חוק לתיקון פקודת החברות (תיקון מספר 10), הוא חוק הקפאת הליכים. חוק זה יצר בישראל את צו הקפאת הליכים. על-פי חוק הקפאת הליכים, צו הקפאת הליכים יינתן על-ידי בית-המשפט המחוזי מקום שהוצעה פשרה או הסדר בין החברה לבין נושיה או בעלי-מניותיה ובית-המשפט שוכנע כי יהיה במתן הצו כדי לסייע לגיבושה או לאישורה של תכנית שנועדה להבריאה את החברה.³⁶ יוזמיו העידו כי חוק הקפאת הליכים לא נתפס אצלם מעולם כחוק הבראת חברות מקיף. הוא אף לא מהווה ביטוי חקיקתי להמלצות ועדת לויין. חוק זה נחקק כאמצעי עזר אשר נועד לפתור בעיה אקוטית נקודתית המתעוררת בכל יוזמת הבראה, אפילו הסכמית. באין כל מנגנון משפטי אשר ימנע בעד נושה אינדיבידואלי מלנקוט הליכי אכיפה עצמאיים, קשה לקדם הליכים קולקטיביים של פשרה וארגון מחדש של הון החברה.³⁷ חוק הקפאת הליכים נועד לזמן לחברות ולנושים המתאמים עמן את יוזמת ההבראה סעד מניעתי כאמור. ייתכן, כי בשל עצם המונח "הבראה", מקובל מאוד בתחום הבראת החברות לתאר את ההליכים הננקטים על דרך המשל מעולם הרפואה.³⁸ החברה היא "חולה", התפקידן הוא "הרופא" (ובית-המשפט יהיה מן הסתם "בית-החולים"), וההסדר המשפטי אשר מארגן מחדש את ההון בסופו של יום נתפס כ"ניתוח"³⁹. ברוח תיאורים אלה, נתפס חוק הקפאת הליכים כ"עזרה ראשונה" בלבד לחברה, קרי: כאמצעי זמני בדרך לטיפול המהותי אותו היא תעבור.⁴⁰ ברור היה לכל, כי חוק זה איננו מיצוי חקיקת דיני הבראת

36 ראו סעיף 233(א1) לפקודת החברות, וכן, כיום, סעיף 350(ב) לחוק החברות.
 37 לניתוח הבעיות שנותרו אף לאחר חקיקת התיקון, ראו: "בהט" הסדרי הבראה לאחר התיקון שהתקבל בפקודת החברות" רבעון לבנקאות לד (תשנ"ו) 13; רע"א 7125/00 כונס נכסים של קבוצת אספלט בע"מ נ' שלבאנה, תקדין עליון 2002 (1) 858, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט ש' לויין (להלן – "עניין קבוצת אספלט"); ע"א 3225/99, 3254 שיכון עובדים בע"מ נ' טש"ת חברה קבלנית לבניין בע"מ, פ"ד נג(5) 97, 113–116 (להלן – "עניין טש"ת").
 38 ברוח דומה התבטא לאחרונה שר האוצר, בנימין נתניהו, כאשר למצב המשק הישראלי ואופן הטיפול הדרוש לו. שר האוצר התייחס למשק הישראלי כאל "חולה", וראה בתכנית הכלכלית אותה הציג אמצעי "הבראה" אשר יביא "להפסקת הדימום". ראו נ' כהן "נתניהו במסיבת עיתונאים: המשק חולה; אין כסף בקופה" – <http://www.nfc.co.il/archive/001-21412-00.html?tag=18-> (מיום 18.3.03).
 39 ראו א' פרוקצ'יה דיני חברות חדשים לישראל – דין נוהג, דין רצוי והדרך לחקיקה (תשנ"ד) 541; א' וינוגרד "שיקום חברות – מה חידשה הוועדה" רבעון לבנקאות כט (תשנ"א) 111, 112.
 40 ד' לחמן מסר "עקרונות תזכיר חוק שיקום חברות" רבעון לבנקאות לד (תשנ"ו) 24, 24–25.

החברות בישראל. אמנם החוק נתפס כצעד משמעותי בכיוון מיסוד ההבראה, אולם, בסופו של דבר, נותר הוא צעד אחד בלבד⁴¹. בשל השתוות החקיקה, היה ברור כי מוטב לחוקק לפי שעה את סעד הקפאת ההליכים מאשר לא לחוקק כלל בתחום הבראת החברות. בבתי-המשפט הצטברו תקדימים, בהם לשם מתן אפשרות מעשית לבחון חלופה של הבראה נדרשו בתי-המשפט לעכב את הליכי אכיפת החובות של נושים שונים. לשם כך השתמשו בתי המשפט, לעתים, ב"סמכותם הטבועה" לתת כל סעד הדרוש לפי דין⁴². אך אל לו לבית-משפט במדינה מתוקנת להישען כעניין של הרגל על סמכות טבועה⁴³. עיכוב ההליכים טעון היה חקיקה. חוק הקפאת הליכים בא כמענה של המחוקק לצורכי השעה⁴⁴. ואולם, למציאות ולפרקטיקה הנוהגת דינאמיקה ומשקל משלהן. מאז תשנ"ה ועד היום, משמש חוק הקפאת הליכים, חרף חלקיותו, מכשיר מרכזי לטיפול בחברות הנתונות בקשיים פיננסיים⁴⁵. כפי שנראה להלן, את החוק השלימו פרקטיקות שפותחו בפסיקת בתי-המשפט ואשר נועדו לנתב את הליך ההבראה לכיוונים ראויים, תוך התחשבות באינטרסים של הנושים מזה ושל החייב מזה⁴⁶. לחוק הקפאת הליכים נודעת חשיבות מרכזית בשינוי הגישה המשפטית לחדלות הפירעון של חברות בקשיים. מצד שני, כאמור, חוק זה אינו חוק הבראת חברות שלם ורב החסר על

41 לתיאור ענייני החקיקה בהבראה שהיו חסרים ונותרו כאלה אף לאחר חוק הקפאת הליכים, ראו להלן פרק 3.ב.ג).

42 המ' (ת"א) 947/97 בעניין רביב עמק חפר – תשתיות ובניה (1982) בע"מ, פדאור 99 (4) 162, בפסקה 6 (להלן – "עניין רביב עמק חפר"); המ' (י"ם) 4870/97 רהיטי אבגי מוריס בע"מ נ' רוח דרור מיזרף (הנאמן הזמני), תקדין מחוזי 98 (2) 1991, 1992; ת"א (ת"א) 2629/86, 2630 גני אביב, הנדסה ובנין בע"מ (בפירוק) נ' פריצקי, פ"מ תשנ"א (1) 177. סעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198, מסמך את בית המשפט לתת כל סעד במשפט אזרחי, כפי שיראה לנכון בנסיבות שלפניו.

43 ראו, לדוגמא: בש"א (נצ') 1955/98 עיריית טייבה נ' האפוטרופוס הכללי, תקדין מחוזי 98 (4) 178, בפסקה 5; קנטור, לעיל הערה 5, בע' 101.

44 באורח פרדוקסלי משהו, נחקק חוק הקפאת הליכים באמצע שנות ה-90, בראשית הפריחה היוזמת בענפי הטכנולוגיה העילית והתקשורת. אף כי היו חברות שנקלצו אותה עת לקשיים פיננסיים, מועט היה מספרן לאין ערוך בהשוואה למצב החברות במשק כיום, בעת שהמיתון הכלכלי מחריף לממדים קשים מתמיד. עולה, אפוא, כי דווקא בשנות השובע התקין המחוקק את בתי-המשפט לשנות הרעב שפקדונו אחר השובע. מצב זה שונה ממה שנאלצו להתמודד עמו היפנים בשלהי שנות ה-90. המיתון הכלכלי הגלובלי לא פסח על אימפריית השמש העולה וגבה את קורבנותיו אף שם. יפן לא הייתה ערוכה להתמודדות משפטית עם בעיית האכיפה והגבייה האינדיבידואליות ולא היה לה מכשיר משפטי לקידום אפקטיבי של הבראות. לפיכך, תחת לחץ המשבר הפיננסי המתדרדר שם, נאלצה יפן לחוקק חקיקת הבראה חפוזה, תוך הסתמכות על המודל הבולט בעולם בתחום, הלא הוא Chapter 11 האמריקאי. ראו: S. Walker "Asian Insolvency Regimes Feel Strain" *The National Law Journal* 4.5.98.

45 בש"א (ת"א) 19229/01 אלרוד ייזום ונדל"ן בע"מ נ' רשות לניירות ערך, דינים מחוזי לג (5) 837, בפסקה 21 (להלן – "עניין אלרוד").

46 על פיתוח זה בפסיקת בתי-המשפט, ראו להלן בפרק ד.2.

המצוי בו⁴⁷. להלן נסקור את השלכותיו הישירות של חוק הקפאת הליכים על חדלות פירעון של חברות בישראל.

(א) תפקידו של סעד הקפאת ההליכים
 סעד הקפאת ההליכים הוא כלי-עזר, אמצעי, שנועד להוביל אל המטרה העיקרית, הלא היא אישור תכנית ההבראה. ככלל, דיני חדלות-הפירעון מתייחסים לתקופת זמן שונה מאשר התקופה בה מתנהלים ענייניו של החייב לפי הדין האזרחי-המסחרי הרגיל. כך, דיני הפירוק חלים על תקופת הזמן בה נתונה החברה בהליך פירוק וחיסול אישיותה המשפטית, ואינם מחילים, לפחות לא במישרין, נורמות על חברה שטרם נכנסה לפירוק. נורמות כאמור תימצאנה בדיני החברות⁴⁸. דיני הבראת החברות מתייחסים אף הם לתקופת זמן מוגדרת ומוגבלת, המובחנת מן התקופה בה החברה מתנהלת כעסק פעיל לפי הדין האזרחי-המסחרי הרגיל. ברם, בשונה מפירוק חברה, הליך הבראת חברות קוטע את חיי החברה ומחלקם לשלושה פרקי זמן, לא שניים בלבד. שלושת פרקי הזמן הם:

- (א) תקופת טרום-הבראה;
- (ב) תקופת ההבראה;
- (ג) תקופת בתר-הבראה⁴⁹.

בתקופה הראשונה והשלישית פועלת החברה לפי הוראות הדין האזרחי-מסחרי הרגיל. התקופה בה חלים דיני הבראת החברות היא התקופה השנייה בלבד. מהן נקודות הציון בהן עוברת החברה מתקופת זמן אחת אל האחרת, ובהתאמה ממסגרת משפטית אחת לרעותה? הווה אומר: מהו שער הכניסה אל דיני ההבראה ומהו שער היציאה מהם? הכניסה אל מערכת דיני חדלות פירעון מתאפיינת במעבר

47 ראו דברי השופט אנגלרד בעניין טש"ת, לעיל הערה 37, בע' 112.
 48 הסיוג בגוף הטקסט, לפיו נורמות הפירוק אינן חלות במישרין על חברות שטרם נקלעו לפירוק, נובע מכך שההוראות המהותיות של דיני הפירוק עדיין מקרינות בעקיפין ככללי מוצא מכווני התנהגויות על פעילות מקבלי ההחלטות בחברות-שלפני-פירוק. תפיסה זו ודאי תואמת את הלך המחשבה של אנשי הגישה הכלכלית למשפט, הבוחנים נורמות משפטיות לפי השלכותיהן הלכתחיליות (*ex ante*) על התנהגות הפועלים במשפט. על המשפט ככללים מכווני התנהגות, ראו: 1 (1996) 1 *Israel L. Rev.* "On the Pure Theory of Law" H. Kelsen; י' אנגלרד מברא לתורת המשפט (תשנ"א) 7, 15-21. על התחולה העקיפה של נורמות מתחום הפירוק כמכוונת התנהגויות של הנושים ושל החייב לפני הפירוק, ראו ד' האן "העברת ערך לנושה והמחאת זכות על-ידי נושה: על העדפת נושים בחדלות-פירעון" מחקרי משפט טז (תשס"א) 197, 201-202.
 49 D.R. Cowans *Bankruptcy Law and Practice* (St. Paul, Minn., 1998) 121 (המחבר מציין כי chapter 11 בקוד האמריקאי חל על התקופה שבין בקשת הצו ועד לאישור התכנית); J. Davis "Cramming Down Future Claims in Bankruptcy: Fairness, Bankruptcy Policy, Due Process and the Lessons of the Piper Reorganization" 70 *Am. Bankr. L. J.* (1996) 329, 332.

ממשטר משפטי אינדיבידואלי, בו כל נושה פועל בעצמו לאכיפת זכותו כלפי החייב, למשטר הקולקטיבי של דיני חדלות הפירעון⁵⁰. עם מתן צו כינוס בתיק פשיטת-רגל של חייב בשר-ודם⁵¹, כמו גם מתן צו פירוק כנגד חברה, מעכב החוק את ההליכים המשפטיים וצעדי האכיפה שרשאים היו נושים לנקוט נגדם עד אותה שעה⁵². זהו קו התיחום הסטוטורי בו עובר החייב ממשטר משפטי "רגיל" למשטר המשפטי של דיני חדלות הפירעון. הקפאת הליכים אינה אלא מונח נרדף לעיכוב ההליכים המוכר לנו באופן מסורתי מדיני פשיטת-רגל ופירוק חברות. מכאן נמצאת למד, כי אף בהליך הבראת חברות משמש צו הקפאת ההליכים שער הכניסה בעדו נכנסת חברה אל משטר חדלות הפירעון. מתן צו הקפאת ההליכים הוא נקודת הפתיחה של תקופת ההבראה. מן העבר השני, נקודת הסיום של תקופת ההבראה היא מועד אישור תכנית ההבראה. עם אישורה, משחררת תכנית ההבראה את החברה ממשטר דיני ההבראה והיא חוזרת לפעול כעסק פעיל לכל דבר ועניין לפי כללי המשפט האזרחי-מסחרי. אמנם, ייתכן כי זכויות הנושים (מתקופת טרום-ההבראה) שונו במסגרת התכנית ועל-כן זכויות התביעה שלהם ויכולת אכיפת נשייתם בתקופת בתר-ההבראה תשתנינה בהתאם. זכויות הנושים בתקופת בתר-ההבראה כפופות באופן בלעדי להוראות תכנית ההבראה. ואולם, אין בכך כדי להחיל לאחר אישור התכנית את דיני חדלות הפירעון. תכנית ההבראה אינה אלא הסדר חוזי, אשר זכה לתמיכת הנושים לסוגיהם, ואשר אושר על-ידי בית-המשפט⁵³. לשון אחר: זהו הסכם פשרה שקיבל תוקף של פסק-דין⁵⁴. בהתאמה, כל תביעת נושה תיעשה על-פי מערכת הזכויות ההסכמית הגלומה בתכנית ההבראה⁵⁵.

50 ראו: רע"א 5035/01 מ. מגן אינטרנשיונל – חברה לבניין והשקעות בע"מ (באמצעות הנאמן) נ' חברת דיור לעולה בע"מ, פ"ד נו(5) 145, 153–154 ("ההליך הקולקטיבי המתנהל לפי סעיף 350 לחוק החברות נועד לרכז את ההתמודדות עם סוגיית פירעון חובות החייב לנושיו השונים בפני פורום אחד, וזאת בכדי שתינקט אמת-מידה שוויונית כלפי כלל הנושים, בהתאם לסדר העדיפויות שנקבע לפירעון החובות").

51 הליך פשיטת-הרגל חל גם על שותפויות. ראו סעיף 2(א)4 לפקודת פשיטת הרגל; סעיף 191 לפקודת השותפויות [נוסח חדש] תשל"ה–1975, דמ"י 549; לוינ' וגרוניס, לעיל הערה 2, בע' 50–51; ע"א 271/56 כהן נ' ברוידא, פ"ד יא(1) 454.

52 ראו סעיף 20(א) לפקודת פשיטת הרגל וסעיף 267 לפקודת החברות, בהתאמה.
53 סעיף 350(ט) לחוק החברות; ראו גם עניין תבור תעשיות שיש, לעיל הערה 22, בפסקה 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; 5th Cir. 1993, 863, 635 F.2d 365, 863 (5th Cir. 1981); *In re Linsmeyer*, 997 F.2d 581, 588 (9th Cir. 1993); *In re Hillis Motors*, 2003 U.S. App. LEXIS 23635 (6th Cir.) ההסדר. ראו: פש"ר (ב"ש) 5105/97, בש"א 2365/99 כונס הנכסים הרשמי נ' הנאמנים לחברת מחסני הסל (1993) בע"מ, תקדין מחוזי 99(3) 7633.

54 ראו פש"ר (ב"ש) 6145/01, בש"א 9189/02 שיקרצי בע"מ נ' פרוגרס (1984) ביח"ר לשוקולד בע"מ (בפירוק), תקדין מחוזי 2003(1) 780, פסקות 6–7.

55 מטעם זה אני סבור כי גם אין כל צורך בהוראת חוק או בצו שיפוטי מיוחד המאריך את תקופת הקפאת ההליכים לחודשי ביצוע ההסדר ויישומו. לחוסר בהירות של הפסיקה בעניין הצורך בצו

נמצאנו למדים, אפוא, כי תחולת דיני הבראת חברות מוגבלת בזמן ומעצם טבעם דינים אלה עוסקים בתקופת ביניים בלבד. נקודת הסיום של תקופת ההבראה, אישור תכנית ההבראה, היא התכלית של ההליך כולו. כל דיני ההבראה נועדו לסלול את הדרך המשפטית לגיבוש תכנית ההבראה ואישורה. במובן זה, סעד הקפאת הליכים מהווה אמצעי ראשון בדרך להשגת המטרה היעודה. ודוק: סעד הקפאת ההליכים הוא האמצעי, לא המטרה. בתוך תקופת ההבראה, סעד הקפאת ההליכים הוא ראשית הדרך בלבד. זהו הסעד המשפטי המאלץ את הנושים לפעול מול החברה באורח קולקטיבי ואשר נותן לחברה את פסק-הזמן מנשיפות הנושים למען תוכל לשאת ולתת עמם בשוכה ונחת יחסיים על גיבוש תכנית הסדר מוסכמת⁵⁶. אכן, הליך ההבראה איננו מתמזה בהקפאת הליכים. צו הקפאת הליכים אשר איננו מלווה במהלכים אמיתיים לגיבוש תכנית הסדר עבור החברה ונושיה טוב לו שלא יינתן כלל.

מעיקרא, חוק הקפאת הליכים נועד לתת מענה נקודתי לבעיה קונקרטית. טרם בואו של חוק זה לעולם, היה קבוע בסעיף 233 לפקודת החברות מנגנון הצבעה על אישור הסדר או פשרה בין החברה לבין נושיה או בעלי-מניותיה. מנגנון זה שימש מנגנון-סל להסדרת כל פעולה או שינוי ביחסים בין החברה למשקיעים אשר לא נקבע להם הליך אישור ספציפי בפקודת החברות⁵⁷. מנגנון זה לא ייחד עצמו להשגת הסדר בהקשר של חברה בקשיים דווקא. כך, למשל, שימש מנגנון זה להשוואת זכויות הצבעה של בעלי-מניות לקראת ביצוע הנפקת מניות לציבור⁵⁸. ברם, הוראתו

הקפאת הליכים לאחר אישור הסדר הנושים, ראו, למשל, ע"א 7192/02 גבאי נ' המכון הארצי לתחבורה (טרם פורסם) (ניתן ביום 11.6.03) (הארכת הקפאת הליכים גם לתקופת בתר-הבראה), לעומת: בש"א (ת"א) 10834/03 נאמן בהקפאת הליכים של חברת אמדר לבניין (אילת) בע"מ נ' חברת אמדר לבניין (אילת) בע"מ (בהקפאת הליכים), תקדין מחוזי 2003 (2) 3899 (סיום צו הקפאת הליכים עם אישור תכנית ההבראה). לסיום הקפאת ההליכים עם אישור תכנית ההבראה בארצות-הברית, ראו (d)(1)(A), (b), (c)(1), (2)(C), 1141(b), (d)(1)(A), § 362(c)(1), (2)(C), Bankruptcy Code. עם זאת, רשאים הצדדים לתכנית ההבראה לכלול בתכנית הוראה בדבר המשך עיכוב ההליכים עד לגמר יישומה. ראו, למשל, *In re Boston Regional Medical Center, Inc.*, 285 Bankr. 87, 95-96 (2002).

56 לפועלו של צו הקפאת הליכים כ"פסק זמן", ראו: רע"א 5741/00 מגאסון אלקטרוניקה ובקרה 1978 בע"מ נ' ר.פ. הנדסה וביצוע עבודות חשמל בע"מ, פ"ד נד(4) 332, 335-336; עניין בנק הפועלים בע"מ, לעיל הערה 9; 734 F.2d 426, 431 *In re American Mariner Industries*; 9th Cir. 1984; C.J. Cuevas "Bankruptcy Code Section 105(a) Injunctions and State and Local Administrative and Civil Enforcement Proceedings" 4 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* (1996) 365, 367-368; R. Brubaker "Nondebtor Releases and Injunctions in Chapter 11: Revisiting Jurisdictional Precepts and the Forgotten Callaway v. Benton Case" 72 *Am. Bankr. L. J.* (1998) 1, 10.

57 ראו בהט בספרו, לעיל הערה 18; L.C.B. Gower *Gower's Principles of Modern Company Law* (London, 6th ed., 1997) 762.

58 ע"א 70/92 כלל תעשיות בע"מ נ' לאומי-פיא, פ"ד מז(2) 329, 338-339. השוואת זכויות הצבעה של מניות בחברה המציעה מניותיה לציבור נקבעה בחוק לתיקון חוק ניירות ערך (תיקון

הכללית של סעיף 233 לפקודת החברות, כמו גם גמישותו כמאפשר החלת הסדר על קבוצה של נושים לאחר תמיכת רוב מקרבם, הפכוהו למקור משיכה עבור חברות בקשיים שניסו להיחלץ מן הקשיים באמצעות ארגון מחדש של הונן⁵⁹. דא עקא, גיבוש הסדר לחברה המצויה בקשיים פיננסיים אורך זמן. זהו המשאב היקר החיוני לחברה. אולם, באמצעות הפעלת הליכי גבייה אינדיבידואליים יכול כל נושה אינדיבידואלי לשלול משאב זה מן החברה. גבייה פרטית של נושה תיצור אפקט דומיננטי של קריסה, תאיץ גבייה ומימושי נכסים על-ידי הנושים האחרים (המתחרים בנושה הראשון על עדיפות)⁶⁰, ותסכל כל אפשרות ריאלית לגיבוש הסדר כולל. בנוסף, זקוקים העוסקים במשאומתן לגיבוש תכנית ההבראה לשקט תעשייתי מפניות פרטיות של נושים, אפילו כשלא מדובר בפניות בהן מעורבת גבייה בפועל⁶¹. סעד הקפאת ההליכים נחקק כמענה נקודתי לבעיה זו. הסעד בא כאמצעי אשר יאפשר לקדם מהלכי הבראה. סעד הקפאת ההליכים כמוהו כצו מניעה זמני כללי נגד כל נושי החברה⁶². כאמור, הוא אמצעי אך לא חזות הכל.

(ב) הבראה כחלופה מקבילה לפירוק

אף כי סעד הקפאת ההליכים מתמקד בעניין אחד, הוא השגת שקט תעשייתי זמני עבור החברה, השלכותיו המעשיות רחבות ביותר. חוק הקפאת הליכים חולל מהפכה

מס' 11), התשנ"ב-1992, אשר הוסיף את סעיף 46 לחוק ניירות-ערך התשכ"ח-1968, ס"ח 234 (להלן – "חוק ניירות ערך"). ראו: י' בן-דור "תיקון 11 לחוק ניירות ערך" רואה החשבון מ(1) 53 (1991). ראו עוד: בג"צ 555/77 בבצ'וק נ' הבורסה לניירות-ערך בע"מ, פ"ד לב(2) 377. ככלל, לפי הדין האזרחי-המסחרי הרגיל, הנושים זרים זה לזה ופועלים באורח אינדיבידואלי. לפיכך, ללא הוראה מיוחדת, כל פשרה שהחברה מבקשת להחיל בינה לבין נושיה, תהיה טעונה הסכמת כל הנושים. להוראה מיוחדת כאמור בעניין נושים, ראו: סעיף 135 לחוק ניירות ערך (היכולת לשנות ברוב מיוחד תנאים בשטר הנאמנות של מחזיקי אג"ח).

60 *Farm Credit, ACA v. Polk*, 160 Bankr. 870, 873 (M.D. Fla. 1993); E. Warren "Bankruptcy Policymaking in an Imperfect World" 92 *Mich. L. Rev.* (1993) 336, 345; E.S. Adams & J.L. Baillie "A Privatization Solution to the Legitimacy of Prepetition Waivers of the Automatic Stay" 38 *Ariz. L. Rev.* (1996) 1, 9-10.

61 ראו: פש"ר (ת"א) 1361/02, בש"א 9735/02 **AGICOA — Association for the International Collective Management of Audiovisual Works** דינים מחוזי לג(6) 340 ("עיכוב הליכים 'חיצוניים' כנגד חברה בהקפאת הליכים או פירוק לא נועד למנוע צבירת חובות חדשים (שכן חובות כאלו יכולים להתווסף מניה וביה על-ידי הגשת תביעות חוב), אלא בראש ובראשונה כדי למנוע את הטרדה והקושי, כמו גם את ההכרח להשקיע משאבים בהליכים חיצוניים אלו, דבר אשר עשוי לחבל בניהולם התקין של ההליכים. קרי, להתרכז בנסיון להבריא את החברה או לגבש הסדר אחר").

62 ראו: *In re Robert Gruntz*, 202 F.3d 1074, 1081 (9th Cir. 2000); C.J. Havard "Reconciling the Dormant Conflict: Crafting a Banking Exception to the Fraudulent Conveyance Provision of the Bankruptcy Code for Bank Holding Company Asset Transfers" 75 *Den. U. L. Rev.* (1997) 81, 84-95; R.A. Eisenberg & F. Gecker "Due Process and Bankruptcy: A Contradiction in Terms?" 10 *Bank. Dev. J.* (1993-1994) 47, 77-78.

קונספטואלית. משנחקק, החלו החברות בישראל, הנושים, היועצים המשפטיים ובתי-המשפט להתייחס לדיני ההבראה ברצינות. מאז תשנ"ה עומדות שתי חלופות אפשריות בפני חברה המצויה בקשיים פיננסיים: החלופה האחת היא פירוק החברה וחיסולה. אך במקביל לה ניצבת חלופה שנייה, היא חלופת ההבראה. יכולתה של החברה לשאת ולתת עם נושיה ולגבש תכנית הבראה הפכה פתאום למציאות בת-השגה. כללי המשחק המשפטיים בעניין זה השתנו. לפני חוק הקפאת הליכים, גיבוש הסדר או פשרה היה תלוי בלעדית בהסכמת כל הנושים להשעות את פעולות האכיפה שלהם נגד החברה. דא עקא, תקופת המשא-ומתן הייתה נתונה לכללי המשחק האינדיבידואליסטיים של המשפט האזרחי-מסחרי. רוצה לומר: כל נושה שהיה פורש מן הכלל ונוקט הליכי גבייה עצמאיים עלול היה לטרפד את גיבוש הסדר ההבראה. חולשה זו של הדין הקשתה עד למאוד על גיבוש אפקטיבי של תכנית הסדר. לפיכך, אך טבעי היה המצב, שחלופת הפירוק היא אשר שלטה בכיפה. הפירוק שימש, למעשה, כמשטר הנושים הקולקטיבי היחיד בישראל. חוק הקפאת הליכים שילב אל תוך הדין הישראלי חלופה קולקטיבית נוספת, בעלת מטרת-קצה שונה. לא עוד חיסול החברה בהכרח, כי אם ניסיון לאישושה. אף כי סעד הקפאת ההליכים אינו תכלית דיני ההבראה ולא חזות כל דינים אלה, אין הוא סתם כלי-עזר. סעד זה הוא אמצעי ראשון במעלה להשגת תכלית דיני ההבראה, הלא היא תכנית ההבראה. זהו הסעד המכונן את המשטר המשפטי הנדרש לתקופת הביניים המובילה אל תכנית הבראה. אם תכנית ההבראה היא הטרקלין, הקפאת ההליכים היא הפרוזודור המוביל אליו. שינוי תפיסתי זה חלחל במהרה אל ציבור הפרקטיקנים וכיום הגשת בקשה להקפאת הליכים קודמת לבקשות פירוק כדבר יום ביומו. חלופת ההבראה הפכה לחלופה ממשית ובעלת מעמד מקביל לפירוק. אין היא נתפסת עוד כחריג, כי אם כדרך פעולה מקובלת עבור חברות בקשיים⁶³. משהבהיר המחוקק את המגמה הראויה בעיניו בחוק הקפאת הליכים, הקרין הדבר גם על פסיקת בתי-המשפט. ראשית, בתי-המשפט הפנימו כי הבראת חברות היא הליך משפטי מרכזי עבור חברות בקשיים פיננסיים, ובהתאם הם מצווים על הקפאות הליכים וסוללים לחברות רבות במשק את הדרך לניסיונות הבראה בטרם תונף עליהן גיליוטינת הפירוק⁶⁴. שנית, בתי-המשפט פירשו את החוק, כראוי, כמכוון להחיל משטר קולקטיבי לצורך גיבוש הסדר נושים.

63 ראו: בש"א (חי') 2413/03 חי נ' נס, תקדין מחוזי 2003(1) 2287, בפסקה 9 ("... תהליך הבראה, מוסכם על הכל, יש לו יתרון ממשי על-פני הליכי כינוס או פירוק..."; פש"ר (ת"א) 1048/02 נאמן לביצוע תכנית ההסדר נ' מדרשת רופין, מוסד להשכלה גבוהה, תקדין מחוזי 2002(3) 6478, בפסקה 16.

64 לרטוריקה ברוח זו, ראו: פש"ר (ת"א) 1896/02 המנהל המיוחד של חברת גרופר-קורן בע"מ נ' משרד הביטחון – אגף הכספים, תקדין מחוזי 2003(1) 3519, בפסקה 5; פש"ר (ת"א) 1361/02 הוטל. קום בע"מ נ' נאמן ומנהל מיוחד לחברות תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ וגוונים טלוויזיה בכבלים בע"מ, תקדין מחוזי 2003(1) 1422, בפסקה 36.

לפיכך, בניגוד למצב המשפטי שקדם לחוק, התנגדותו של נושה אחד או יותר להקפאת ההליכים לא משמשת עוד בהכרח מכשול בדרכה של החברה. בתי-המשפט יצוו על הקפאת הליכים, כהוראת המחוקק, גם לנוכח התנגדות נושה⁶⁵. זאת ועוד: כפי שיורחב להלן, מאז חוק הקפאת הליכים, מנסים בתי-המשפט באופן עקבי לקרב בין דיני הפירוק לדיני ההבראה, ומחילים בהדרגה את פרטי הדין החלים בפירוק אף על חברה בהקפאת הליכים⁶⁶. כך חותרת הפסיקה להשיג הרמוניה ראויה בין שני הליכים חלופיים אלה ומייצבת אותם על בסיס נורמטיבי משותף⁶⁷. ההאחדה אף נוטלת את העוקץ מניסיונות הצדדים לנצל את ההליכים החלופיים ניצול אסטרטגי ומניפולטיבי ולהשתמש בחלופה מסוימת אך משום שבאמצעותה יכול אותו צד להשיג את התוצאה הנוחה לעניינו⁶⁸.

65 ראו פש"ר (ת"א) 48/98 הבנק הבינלאומי נ' סיבית שירותי מיקרו מחשבים בע"מ, תקדין מחוזי 1352, (4)2001; עניין בנק הפועלים בע"מ, לעיל הערה 9; פש"ר (ת"א) 1689/02 טבת יבוא מוצרי הגיינה בע"מ נ' זיקה תעשיות בע"מ, תקדין מחוזי 19065 (2)2002. דוגמא נוספת יכולה לשמש גם החלטת הסרת ההקפאה של השופטת גילאור בפש"ר (חי') 438/02 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' הייל אחזקות (1965) בע"מ, תקדין מחוזי 2878 (3)2002 (להלן – "עניין חייל"). בעניין זה, הסרת הקפאת ההליכים נעשתה מן הטעם שהנכס לא היה חיוני להבראה, אך לא משום סירובו של הנושה להקפאת ההליכים גרידא. עם זאת יצוין, כי פרקטית ללא תמיכת מרבית הנושים המובטחים (ובעיקר הבנקים), פעמים רבות בתי-המשפט נמנעים מלצוות על הקפאת הליכים. ראו, למשל, עניין מגה, לעיל הערה 19 (אחד הנימוקים לדחיית הבקשה); פש"ר (חי') 415/01 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' אלתי שירותי תקשורת חיפה (1997) בע"מ, פ"מ תשס"א(1) 944, בפסקה 6 (להלן – "עניין אלתי"). כאשר רוב הנושים המובטחים תומכים בהקפאת ההליכים, יצווה בית-המשפט על הקפאה חרף התנגדות נושה מובטח יחיד. ראו: פש"ר (ת"א) 1242/02 שבירו תעשיות זכוכית בע"מ נ' הנאמן, תקדין מחוזי 2971 (2)2002; עניין רביב עמק חפר, לעיל הערה 42, בע' 18–19.

66 ראו, למשל: ע"א 3911/01 כספי נ' נס, תקדין עליון 2721 (3)2002, בפסקה 8 (להלן – "עניין דיור לעולה"); רע"א 292/99 שיכון עובדים בע"מ נ' טש"ת חברה קבלנית לבניין בע"מ (בניהול מיוחד) באמצעות המנהל המיוחד והנאמן, פ"ד נה(2) 56, 61–63; פש"ר (ת"א) 1664/00 אוקיינוס שירותי נופש בע"מ (בכינוס נכסים ובפירוק) נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, דינים מחוזי לג(7) 64, בפסקות 37–39. ראו עוד: פש"ר (ת"א) 11448/02 מנהל מיוחד של חברת רונדופלס בע"מ (בהקפאת הליכים) נ' קרגו אמרפורד אינטרנשיונל (1980) בע"מ, תקדין מחוזי 2002(2) 4906, בפסקה 25 (להלן – "עניין רונדופלס"); בש"א (חי') 15074/00, 14032 חברת מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ נ' כדורי, פדאור 00(5) 752, בפסקה 5.

67 על חשיבות ההרמוניה בחקיקה, ובעיקר בין ענפי משפט הקשורים רעיונית ומהותית, ראו: א' ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית (תשנ"ד, כרך א) 155, 537–540; J. Raz *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System* (1970) 78, 172.

68 על בעיית ה-maneuvering ופתרונה בדרך של harmonization of the law, ראו: J. E. Moliterno, "Why Formalism?" 49 *Kan. L. Rev.* (2000) 135, 142–143. ידידיה שטרן הביע בעבר חשש מפני מניפולציה המשתמשת בעסקת המיזוג כאמצעי לעקיפת דרישת הרוב המיוחס באסיפה הכללית לשם שינוי תקנון החברה. ראו י' שטרן רכישת חברות (תשנ"ו) 558–559. חשש זה איננו מתקיים עוד בעידן חוק החברות, שכן החוק מסתפק ברוב פשוט באסיפה הכללית הן לשינוי תקנון החברה והן לאישור מיזוג. ראו סעיפים 20(א), 85 ו-320(א) לחוק החברות.

(ג) ההשלכה על נושים מובטחים

חידוש עצום שחידש חוק הקפאת הליכים לסביבה המשפטית של נושים וחייבים בישראל נוגע למעמדם של נושים מובטחים. נושה מובטח הוא מי שבידו שעבוד או עיכבון על נכס מנכסי החייב⁶⁹. עמדתו המסורתית של המשפט הישראלי הייתה, כי לנושה מובטח מעמד מיוחד בעת חדלות-פירעון של החייב. בעוד יתר נושי החייב מוכפפים למשטר קולקטיבי, נהנה נושה בעל בטוחה מן הזכות להמשיך בהליכי גבייה אינדיבידואליים, משל היה המשטר הקולקטיבי כלא היה⁷⁰. זכות-יתר זו מקובלת על מסורת המשפט באנגליה ובנותיה⁷¹, אולם איננה נוהגת כלל בארצות-הברית⁷². בישראל, בין בפשיטת-רגל ובין בפירוק, חופשי, אפוא, הנושה המובטח לממש את בטוחתו בהתאם לכללי המימוש הקבועים בחוק המשכון, תשכ"ז-1967⁷³ או בפקודת החברות⁷⁴. בהסברים

69 סעיף 1 לפקודת פשיטת הרגל; ע"א 261/88, 558, 793, איטונג בע"מ נ' לוי דוד ובניו בע"מ (בפירוק), פ"ד מח (2) 102.

70 הבסיס בחוק לזכות-יתר זו של נושה מובטח מצויה בהוראת סעיף 20(ב) לפקודת פשיטת-הרגל, הקובעת לאמור: "הוראות סעיף זה [קרי: סעיף 20(א) הקובע, כי משניתן צו כינוס, לא יוכל נושה לפתוח בהליכים משפטיים כנגד החייב, אלא ברשות בית המשפט — ד"ה] אינן באות לגרוע מכוחו של נושה מובטח לממש את ערובתו או לעשות בה בדרך אחרת". ראו בעניין סעיף זה: בש"א (ת"א) 7217/02 מפרק זמני של אברהם כהן ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי, תקדין מחוזי 2002(2) 6356; פש"ר (נצ') 337/98 אתגר נ' כונס הנכסים הרשמי, תקדין מחוזי 98(2) 3078, בפסקות 5-6; בש"א (ב"ש) 6420/00 "ניו הורייזן" — תעשיות טכסטיל בע"מ נ' זפט-פייגלין, עו"ד, תקדין מחוזי 2000(2) 8274, בפסקה 4. הוראת סעיף 20(ב) לפקודת פשיטת הרגל הוחלה גם על חברות בפירוק, מכוח צינור הקליטה המצוי בסעיף 353 לפקודת החברות. ראו: ע"א 5821/92 חזרי, עו"ד נ' פישלר, פ"ד מט(5) 833.

71 ראו באנגליה: Insolvency Act, 1986 § 130(2); באוסטרליה: Corporations Law § 471B; בקנדה: Bankruptcy and Insolvency Act § 69(1).

72 Bankruptcy Code § 362(a) מחיל עיכוב הליכים כללי, המחייב אף נושים מובטחים, בכל הליכי חדלות הפירעון בהם עוסק קוד זה: liquidation (chapter 7), adjustment of debts of a municipality (chapter 9), reorganization (chapter 11), adjustment of debts of a family farmer with regular annual income (chapter 12), adjustment of debts of an individual with regular annual income (chapter 13). ראו: Bankruptcy Code §§ 103(a) & 109(a). על עיכוב ההליכים והתייחסותו לנושים מובטחים בארצות-הברית, ראו: G.R. Warner "The Anti-Bankruptcy Act: Revised Article 9 and Bankruptcy" 9 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* (2001) 3, 61-62; T.J. Holthus "A Debtor as a 'Creditor' and the Automatic Stay" 62 *Am. Bankr. L. J.* (1988) 377, 377-378; J.B. Johnston "The Bankruptcy Bargain" 65 *Am. Bankr. L. J.* (1991) 213, 259-266.

73 ס"ח 48. סעיף 17(2) לחוק המשכון קובע, כי משכון אשר הופקד בידי הנושה או נרשם על-ידי ממשכן בשר ודם אצל רשם המשכונות או על-ידי חברה אצל רשם החברות, ימומש דרך לשכת ההוצאה לפועל. בנוסף, קובע סעיף 81א לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1976, ס"ח 316 (להלן — "חוק ההוצאה לפועל"), כי משכנתא רשומה (במרשם המקרקעין) תמומש דרך ההוצאה לפועל.

74 ביחס לשעבוד צף קובעת פקודת החברות מנגנון מימוש ספציפי. סעיף 194 לפקודת החברות קובע, כי אכיפת זכותו של נושה המובטח בשעבוד צף תיעשה על-ידי כונס נכסים שימונה על-ידי בית-המשפט המחוזי. עוד על כונס הנכסים, ראו לעיל הערה 29.

את הרציונל העומד ביסוד חריג זה לעיכוב ההליכים הכללי, נקטו בתי-המשפט ברטוריקה קניינית. לפי הפסיקה, פשיטת-רגל או פירוק אינם גורעים מזכותו של נושה מובטח לממש את בטוחתו, שכן השעבוד נותן בידי הנושה זכות קניינית. כקניין של הנושה, גורע השעבוד את הבטוחה ממאגר נכסי החייב העומד לחלוקה⁷⁵. לטעמי, הרטוריקה הקניינית איננה דרושה לשם נתינת טעם לחריג הנושה המובטח. תחתיה, די להידרש לתפיסות היסוד של סדר חלוקת הנכסים בין נושי החייב⁷⁶. נבהיר דברים אלה: בפשיטת-רגל ובפירוק, עיכוב ההליכים נועד להגשים את סדרי החלוקה הקבועים בדין. החלת המשטר הקולקטיבי מונעת את האפשרות כי נושה יחיד יאכוף את זכותו כלפי החייב ויפרע מאה אחוזים (100%) על חובו בעוד שלשאר הנושים ייוותר שיעור חלוקה נמוך יותר⁷⁷. עיכוב ההליכים מאפשר חלוקה ריכוזית של הנכסים על-ידי תפקידן ממונה, אשר יחלק לכל הנושים באופן מסודר ולפי סדרי העדיפות שבדין. נושים לא-מובטחים כפופים לעיכוב ההליכים משום שרק כך ניתן לתעלם לחלוקה השוויונית (*pro rata*) שקובע הדין בעניינם⁷⁸. ברם, מכאן אף נובע, כי אין כל טעם בעיכוב נושה שממילא עדיף על-פי סדרי החלוקה על כל יתר הנושים. זהו בדיוק המקרה של הנושה המובטח. עיכובו לא ישרת כל תכלית, שהרי אין כל נושה אחר אשר ייפגע ממימוש הבטוחה על-ידיו⁷⁹. אם-כן, מתן האישור לנושה המובטח לסטות מהוראת עיכוב ההליכים נגזרת מהיות דין עיכוב ההליכים אמצעי שנועד

75 ע"א 261/88 עניין איטונג בע"מ, לעיל הערה 69, בע' 122–125.

76 במקום אחר הרחבתי על טעם רתיעתי מן הרטוריקה הקניינית בהקשר של שעבודים. ראו: האן, לעיל הערה 24. הסטייה מן הרטוריקה הקניינית מאפשרת, לדעתי, להתייחס לתכליות דיני חדלות-הפירעון בצורה נקייה ולשקלל לתוכם רציונלים של הגנת קבוצות וקהילות נוספות הקשורים בחדל-הפירעון. ראו על כך להלן פרק ד(1).

77 ראו ע"א 400/88 סוקול ג' כלנית ניהול ואחזקה בע"מ (בפירוק), פ"ד מה(2) 866, 869–870 ("הרציונאל העומד מאחורי הוראה זו [עיכוב ההליכים שבסעיף 267 לפקודת החברות – ד' ה' הינו הרצון להגן על נושי חברה הנמצאת בפירוק, כך שהאינטרסים של כלל הנושים יתבררו במסגרת הליך אחד (בפני המפרק או בפני בית-משפט של פירוק), ובכך יימנע מצב בו יתנהל מאבק לא מכוון בין התובעים וקיימת הסכנה שנושים אחדים ייטלו את כל רכוש החברה המתפרקת"); ע"א 2643/99 קרן חברה להשקעות בע"מ (סגל-פרנקל) ג' בנק מרכזית דיסקונט בע"מ, פ"ד נה(2) 441, 445–446. אכן, זהו עיקר תפיסת דיני חדלות הפירעון כדינים קיבוציים. הדור הראשון של הגישה הכלכלית לדיני חדלות הפירעון קידם את התפיסה, כי דיני חדלות-פירעון כדין קולקטיבי נועדו לשמש מענה למרוץ בלתי יעיל שעלול להתפתח בין הנושים למימוש נכסי החייב, תוך הצגת חשש זה כדילמת אסיר קלאסית. ראו על כך: T.H. Jackson, "Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain" 91 *Yale L.J.* 73–84 (1982); W.E. Williams *Games Creditors Play* (Durham, NC, 1998) 857, 864–865.

78 ראו: פש"ר (ת"א) 1361/02 נאמן ומנהל מיוחד של תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ ג' **Warner Bros. International Television Distribution**, פ"מ תשס"ב(2) 19, בפסקה 66.

79 אולם, אם יש צפי להשבחת הנכס עד שלב החלוקה, עדיין תיתכן תכלית לעיכוב ההליכים כלפי נושה מובטח. ראו: L.A. Bebchuk & J.M. Fried "A New Approach to Valuing Secured Claims in Bankruptcy" 114 *Harv. L. Rev.* 2386, 2396–2398 (2001); Johnston, *supra* note 72. נקודה זו היא ביטוי פרטי לבעיה הכללית יותר של קיום ניגודי אינטרסים בין הנושה המובטח לבין שאר הנושים. מימוש פרטי על-ידי הנושה המובטח עלול להיות בלתי-יעיל, שכן הנושה

להגשים את תכלית חלוקת הנכסים לפי סדרי העדיפות. מקום שתכלית זו איננה ניתנת לשיבוש, בהיות נושה מובטח עדיף ממילא על-פי הדין, אין עוד טעם בהצבה מלאכותית של האמצעי (עיכוב ההליכים) בדרכו של נושה זה.

בחוק הקפאת הליכים הכפיף המחוקק לראשונה אפילו את הנושים המובטחים למהלך הקיבוצי המתקדם. אמנם, החוק נמנע מלהורות מפורשות על הקפאת הליכים אף כנגד נושים מובטחים כהוראת עשה. יחד עם זאת, הוראתו מפורשת וחד-משמעית. בסעיף 350(ו) לחוק החברות קבע המחוקק כי הקפאת ההליכים תוסר כלפי נושה מובטח רק אם לא הובטחה הגנה הולמת לזכויותיו של הנושה בנכס⁸⁰. כל עוד זכויות הנושה בנכס מוגנות באופן הולם, כפוף הנושה המובטח להקפאת ההליכים⁸¹. זהו האיזון החדש שיצר חוק הקפאת הליכים. מחד גיסא, לראשונה מעוכב נושה מובטח ממימוש בטוחתו ומצורך להליכי חדלות-פירעון קיבוציים. מאידך גיסא, דורש החוק להבטיח כי זכותו של הנושה בנכס המשועבד לו לא תיפגע⁸². מדוע, אפוא, בחר המחוקק לצרף את הנושים המובטחים על הנושים הלא-מובטחים ולהכפיף את כולם כאחד להקפאת ההליכים? הלא בהליכים החלופיים, פשיטת-רגל ופירוק, הופטר הנושה המובטח מעונשו של עיכוב ההליכים משום היותו בלאו הכי עדיף בחלוקה על-פני כל יתר הנושים? התשובה היא שאף כי התפקיד של הקפאת הליכים חופף לתפקיד עיכוב

המובטח אינו משיא הערך היעיל של הבטוחה, בהיות האינטרס האישי שלו מוגבל לכדי שיעור נשייתו בחייב, אפילו ערך הבטוחה גבוה יותר. השופטת אלשיך הייתה ערה לבעייתיות זו. משום כך, בתיק פשיטת רגל בו הנסיבות העידו על חשש למימוש בלתי-יעיל על-ידי הנושה המובטח, הכפיפה השופטת אלשיך את הליך המימוש הפרטי שנקט הנושה המובטח לפיקוח צמוד של בית-המשפט, לשם הבטחת עניינם של הנושים הנחותים יותר ועניינו של החייב בהשאת השווי המתקבל במימוש הבטוחה. ראו עניין גרבש, לעיל הערה 2.

80 בחוק הקפאת הליכים המקורי נקבעה הוראה זו בסעיף 233(א2) לפקודת החברות.

81 סעד ההגנה ההולמת יובא אל הדין הישראלי מן הדין האמריקאי. אפילו שמו של הסעד הוא תרגום לשוני של סעד ה-adequate protection הקבוע ב-361 § Bankruptcy Code. את טיבו של סעד ההגנה ההולמת ומהותו ניתחתי במאמרי, לעיל הערה 20. עוד עסקו בסעד ההגנה ההולמת בישראל אירית חביב-סגל ויחיאל בהט. ראו: א. חביב-סגל, לעיל הערה 20; בהט בספרו, לעיל הערה 18, בע' 161-162. לניתוח סעד ה-adequate protection בארצות-הברית והצבתו ככריח מרכזי בהליכי חדלות-הפירעון, ראו: L.P. King "An Overview of Recent Developments and Future Prospects in the United States" in *Current Developments in International Comparative Corporate Insolvency Law* (J.S. Ziegel ed., Oxford, 1994) 29, 31; R.T. Nimmer "Secured Creditors and the Automatic Stay: Variable Bargain Models of Fairness" 68 *Minn. L. Rev.* (1983) 1, 3-4; E.D. Flaschen "Adequate Protection for Oversecured Creditors" 61 *Am. Bankr. L.J.* (1987) 341; R.A. James & J.D. Kirkland Jr. "Adequate Protection Through Augmented Interests in Reorganization Plans" 58 *Am. Bankr. L.J.* (1984) 69, 71-77.

82 ההקשר העסקי העיקרי שבו מתעורר הצורך בהבטחת הגנה הולמת הוא חשש מפני ירידת ערך הבטוחה במהלך תקופת הקפאת ההליכים. וריאנט נוסף הנדון במסגרת ההגנה ההולמת, אף כי לאמיתו של דבר הוא ביטוי לתחרות עדיפויות בין נושים, הוא מעמדו של הנושה המובטח לנוכח הזרמת אשראי חדש לחברה למימון מהלך הבראה. ראו: האן, לעיל הערה 20, בע' 287-292.

ההליכים בפשיטת-רגל ופירוק, כזה אף זה הנם אמצעי להחלת המשטר הקיבוצי לצורך הגשמת תכלית ההליך, נבדלת ההבראה מן ההליכים החלופיים בתכלית ובאופן הגשמתה. בפירוק, כמו גם בפשיטת-רגל, נקודת-הקצה האולטימטיבית של ההליך היא מימוש בפועל של נכסי החייב, המרתם בכסף מזומן ופירעון באמצעותו לנושיו⁸³. לעומת זאת, בהבראה אמור ההליך להסתיים בארגון מחדש של ההון של החברה ופירעון לנושים באמצעות תשלומים דחויים מתוך ההכנסות העתידיות של החברה או באמצעות הקצאת ניירות-ערך חדשים כנגד חובם הישן⁸⁴. מבחינה עסקית, מושגת הבראת חברות על המשך קיום עסקי החברה. שמירת נכסי החברה חיונית לשם המשך ניהול עסקיה. כל נטילת נכסים מקופת החברה חותרת תחת היכולת הכלכלית להבראתה. לפיכך, כיוון שאופן הגשמת ההבראה נבדל מאופן הגשמת הפירוק, שונה אף היקף תחולתו של אמצעי-העזר הסולל את הדרך להגשמת תכליתו של כל אחד משני הליכים אלה. כאשר מעייני המשפט נתונים בלעדית לאופן חלוקת התמורה במזומנים המתקבלת ממכירת נכסי החברה, יכול סעד עיכוב ההליכים להצטמצם ולהחיל עצמו על הנושים הלא-מובטחים בלבד⁸⁵. לעומת זאת, כאשר אופקי המשפט מתרחבים ושוקלים הן את סדר החלוקה בין הנושים והן את היכולת המעשית להגשים חלוקה זו באופן אשר ינצל את תפוקת ההכנסות של החברה תחת היזקקות למימוש נכסיה, נדרשת הקפאת הליכים רחבה ומקיפה. הקפאת ההליכים התואמת את מטרת-הקצה של הבראת חברות היא, אפוא, הקפאת הליכים המונעת כל מימוש נכסים של החברה, בין על-ידי נושה לא-מובטח ובין על-ידי נושה מובטח⁸⁶. זהו פשר ההרחבה שנקט המחוקק בחוק הקפאת הליכים. עניינם

83 בהט, לעיל הערה 4, 965-966.

84 ראו: בש"א (חי') 5617/00 נאמן של מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ ואח' (בהקפאת הליכים) נ' עירית עכו, תקדין מחוזי 2000(3) 987, 990. את ההבחנה בין פירוק חברה לבין הבראתה ניתן לדמות לחילוף תפוקה כלכלית מפרה. פירוק חברה משול לביתור הפרה וחלוקת נתחיה לנושים. לעומת זאת, הבראת חברה משולה להעמדת הפרה חיה לשם חליבתה. החלב המופק מן הפרה יחולק לנושים תחת פגר הפרה.

85 באופן מדויק יותר, חל עיכוב ההליכים בפשיטת רגל ובפירוק גם על חובות בדין-קדימה וגם על חובות לא-מובטחים. ראו לוין וגרוניס, לעיל הערה 2, בע' 114-117. עיכוב הליכים לפי סעיף 20 לפקודת פשיטת הרגל אינו חל על נושה מובטח כהגדרתו בסעיף 1 לפקודת פשיטת הרגל, כלומר: חובות בדין קדימה אינם כלולים בחריג זה. אכן, בספרות המשפטית המסורתית מזוהים החובות בדין-קדימה כחובות לא-מובטחים אשר המחוקק העניק להם קדימות על-פני יתר החובות הלא-מובטחים. ראו, לדוגמא, צ' כהן, לעיל הערה 4, בע' 604-606.

86 אכן, המבחנים של המחוקק להסרת הקפאת ההליכים תואמים תפיסה זו. מקום בו הנכס המשועבד אינו חיוני, מבחינה עסקית, לצורך הפעלת עסקי החברה, ממילא ניטל הערך המותר של הבראה על פירוק. בהתאמה, בנסיבות אלה יצווה בית-המשפט על הסרת הקפאת ההליכים כלפי אותו נכס ויתיר את מימושו על-ידי הנושה המובטח. ראו סעיף 233(א) לפקודת החברות; עניין חייל, לעיל הערה 65. ראו גם את הוראת Bankruptcy Code § 362(d)(2)(b); וכן: *In re Bonner Mall Partnership* 2 F.3d 899, 902, 917 (9th Cir., 1993); *Empire Enters., Inc. v. Koopmans* 22 B.R. 395, 396-398 (Bankr. D. Utah 1982); D.A. O'Connor "Application of the 'Feasibility' Test Under Section 362(d)(2): Did Timbers Really Change Anything?" 9

הפרטי של הנושים המובטחים נסוג קמעא מפני התכלית הרחבה של הבראת חברה⁸⁷. כנגד זאת זיכה חוק הקפאת הליכים את הנושים המובטחים לסעד ההגנה ההולמת לשם שמירה על שווי זכותם בנכס המשועבד⁸⁸.

(ד) חלקיות החקיקה

חוק הקפאת הליכים נחקק כמענה קונקרטי מפאת צורך השעה. אולם, המחוקק לא התיימר למצות את דיני הבראת החברות בהוראה בודדת זו, מרכזית ככל שתהיה. עם שילוב צו הקפאת הליכים בחקיקה, כוללת החקיקה הישראלית בנושא הבראת חברות שני עניינים בלבד. העניין האחד הוא צו הקפאת הליכים וסעד ההגנה ההולמת המאזן כנגדו. העניין האחר הוא מסגרת ההצבעה על תכנית ההבראה באסיפות הנושים⁸⁹. עם זאת, צדקה הפסיקה אשר מאז שנת תשנ"ה ועד היום חוזרת ומדגישה כי החקיקה בישראל בעניין הבראת חברות היא "הסדר שהפרוץ בו רב על העומד"⁹⁰. החוק טרם הסדיר מספר עניינים המהותיים להבראת חברות, כמו גם עניינים דיוניים החיוניים לניהול כל הליך של חדלות-פירעון. עניין ראשון שטרם הוסדר בחקיקה הוא מעמדו החלוקתי של נושה המעמיד אשראי חדש למימון הליכי הבראה⁹¹. אשראי חדש חיוני

Bankr. Dev. J. (1992) 133; D.J. Warren "Relief From the Automatic Stay: Section 362(d)"

3 Bankr. Dev. J. (1986) 199, 210-215

87 המגמה של סיוג זכויות הפרט בשל שיקולים חברתיים נותחה בהרחבה במאמרו של ח' דגן "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" צדק חלוקתי בישראל (תשס"א) 97, 104-116. על המתח בין תחום הפרט לתחום הרבים בהקשר זה, ראו את הדיון המאלף ברע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 275-281.

88 להבחנה בין הגנה על הזכות לשווי הנכס לבין הגנה על הזכות לנכס בעין, ראו האן, לעיל הערה 20, 254-256. לשון החוק תומכת בפרשנות ההגנה ההולמת כמכוונת לשמירה על שווי הנכס דווקא. סעיף 350(ו) לחוק החברות מזכה את הנושה המובטח בהגנה הולמת לזכויותיו של הנושה בנכס. כלומר, ההגנה אינה מוענקת לנושה ולזכויותיו ככזה, אלא רק לזכויות המתייחסות לנכס המשועבד ככזה. פרשנות מילולית זו מתיישבת אף עם תכלית סעד ההגנה ההולמת, שם, בע' 270-271. בדבר התאמת פרשנות לשונית ופרשנות תכליתית, ראו ברק, לעיל הערה 67, בע' 381-383, 398-399.

89 ההוראה בעניין כינוס אסיפות נושים ובעלי-מניות והרוב הדרוש בכל אסיפה לשם אישור ההסדר הייתה קבועה בפקודת החברות מראשיתה ושימשה, כאמור, הוראת-סל של דיני החברות. ראו לעיל הערה 57.

90 עניין טש"ת, לעיל הערה 37, בפסקה 23. לציטוטים באותה רוח בפסיקה נוספת, ראו: עניין תשלובת שטיחי כרמל, לעיל הערה 4, בפסקה 23; עניין אלתי, לעיל הערה 65, בע' 952; עניין רביב עמק חפר, לעיל הערה 42, בפסקה ד'.

91 עניין זה נדון בפרשת תשלובת שטיחי כרמל, לעיל הערה 4, בפסקה 27. ההלכה שקבע בית-המשפט בעניין זה היא, כי המממן החדש לא יוכל לזכות בכל עדיפות על נושה מובטח מוקדם, אלא אם הסכים הנושה המובטח לדחית נשייתו מפני המממן החדש, או אם הסכימו לכך 75% מכלל הנושים. עם זאת, בית-המשפט הדגיש שם, בע' 697, כי זו הלכה הנקבעת לשעה אך לא דווקא לדורות, שכן תקוותו של בית-המשפט הייתה שהנושא יוסדר בהקדם על-ידי המחוקק ("אילו ניתנו לבית המשפט כלים נאותים וסדורים יותר לקידום הדרך הזו, אילו היו לפנינו כבר

במקרים רבים לשם הפעלת עסק הנתון בקשיים פיננסיים בתקופת הביניים של הקפאת ההליכים. כיוון שהחברה כבר קרסה כלכלית, ייזהר מממן חדש שבעתיים בטרם יעמיד אשראי לחברה. אחד השיקולים הראשונים במעלה אותם ישקול הוא מעמדו החלוקתי ביחס לנושים האחרים בחברה (הנושים המוקדמים), בפרט למקרה שההבראה תיכשל וההליך יומר לפירוק⁹². עניין שני, שסתם לגביו המחוקק ולא פירש, הוא זהות הגורם אשר ישלוט בהליך ההבראה. טרם חוק הקפאת הליכים הייתה מוגשת בקשה לבית-המשפט לכנס אסיפות נושים לשם אישור הסדר מוצע. ברם, כפי שראינו, כינוס אסיפות הנושים הוא סוף מסלול ההבראה. לפיכך, לא הייתה בנמצא כל תקופת ביניים בה התנהלה החברה מול נושיה באורח קיבוצי. כפי שהבהרנו לעיל, אחת ההשלכות המעשיות של חוק הקפאת הליכים היא שנוצרה תקופת ביניים שבה מתנהלת החברה באורח קיבוצי ובה חלים עיקר דיני ההבראה. כיוון שאינטרס הנושים ניצב בחזית שיקוליה של החברה, מתעוררת השאלה האם ההנהלה הישנה היא זו שתוסף לשלוט בחברה אף בתקופת ההבראה⁹³, או שמא יש למנות לחברה תפקידן חיצוני⁹⁴. לשאלה זו לא נמצא עד כה כל מענה בחוק, אף כי בתי-המשפט המחוזיים פיתחו לעצמם תורה שבעל-פה לפיה הם ממנים תפקידן חיצוני לניהול הליכי ההבראה⁹⁵. העניין השלישי הטעון הסדרה על-ידי המחוקק הוא מעמד ההתקשרויות החוזיות בהן קשורה החברה. מצד אחד, יש להבהיר האם חוזה בו קשורה החברה ואשר על-פי תנאיו הופר על-ידיה חשוף לביטול על-ידי הצד הנפגע, או שמא תסויג זכות ביטול זו משיקולי הבראה וטובת יתר הנושים⁹⁶. מצד שני, יש לבחון את התנאים בהם יותר לחברה להשתחרר

הכללים החשובים והדרושים, העדכניים והמודרניים, שצריכים להיקבע על ידי המחוקק כדי שיועמדו למימוש בידי אלה העוסקים במלאכה, כי אז היה הליך זה, שעוסקים אנו בו, פשוט וללא מכשולות ומהמורות. אולם כיוון שההליך מתקיים עדיין בדרך לא סלולה, שיש בה לא מעט מהאלתור הרצוי והמבורך של בית המשפט, ניתן למעורר...". להוותנו, אין זו הפעם הראשונה בה נכזבת תקוותו של בית-המשפט שיוחש מעשה החקיקה הדרוש. לשיקולי המדיניות התומכים בהלכה שקבע בית-המשפט בעניין מעמד האשראי החדש, ראו האן, לעיל הערה 20, בע' 287–294; חביבי-סגל, לעיל הערה 20, בע' 294–297. עוד על הלכת תשלובת שטיחי כרמל, ראו להלן פרק ד.1(א).

92 לשימות תחרות העדיפויות בין הנושים המוקדמים לבין המממן החדש, בעיקר במקרה של הבראה שכשלה והומרה לפירוק, ראו האן, לעיל הערה 20, בע' 289–290.

93 זהו הכלל בהליכי הבראה לפי Chapter 11 של קוד פשיטת הרגל האמריקאי. ראו: Bankruptcy Code § 1107.

94 זהו הכלל בהליכי הבראה באנגליה ובארצות רבות אחרות. ראו, לדוגמא: The Insolvency Act 1986, § 8(2), Sch. B1 ¶ 10; The Japanese Corporate Reorganization Law (Kaisha Kosei Ho).

95 ראו על כך להלן פרק ד.2(א). לאחרונה, הצטרף אל בתי-המשפט גם מחוקק המשנה. תקנה 14 לתקנות החברות (בקשה לפשרה או הסדר), התשס"ב–2002, ק"ת 868 (להלן – "תקנות ההבראה") קובעת, כי בכל עת לאחר הגשת הבקשה לצו הקפאת הליכים מוסמך בית-המשפט למנות לחברה בעל-תפקיד. להתייחסות מפורטת לתקנות ההבראה, ראו להלן פרק ב.4.

96 בהקשר הרחב, שאלה זו אוצרת בחובה את עוצמת ההתחבטות של דיני חדלות-הפירעון בדבר מידת הישימות של עקרונות המשפט האזרחי הקלאסי במצב של חדלות-הפירעון. בהקשר

מקימו של חוזה בו היא קשורה ואשר הצד השני מעוניין בהמשך קיומו⁹⁷. אף כי עניין

הקונקרטי, מעמתת שאלה זו בין תכלית הבראה מצד אחד לבין עקרון חופש החוזים מצד שני. בעניין זה מן הראוי לשים לב, כי ישנה הבחנה בין הפרת חוזה במובנה הקלאסי, לאמור: אי-קיום התחייבות מצד החברה (בחברה חדלת-פירעון, ההפרה השכיחה מכל היא פיגור בתשלומים), לבין הפרה הנובעת מעצם כניסת החברה לאחד ההליכים המשפטיים המטפלים בחולות-פירעון (פירוק, פירוק זמני, הבראה או כינוס נכסים). אכן, לא אחת כוללים חוזים מסחריים תניות הקובעות כי עצם פתיחת אחד ההליכים האמורים מהווה הפרה יסודית ומזכה את הצד שאינו חדל-פירעון לבטל את החוזה. תניות אלה מוכרות כתניות ביטול *ipso facto*. אף כי הוראות חוזיות אלה מנוסחות כתניות בנות-הפרה, במהותן הן דומות לתנאי מפסיק המכוון להביא את היחסים החוזיים לידי סיום בהפתח אחד מהליכי חולות-הפירעון. בארצות-הברית, בעוד הפרה בשל אי-תשלום חושפת את החוזה לביטול גם בחולות-פירעון (אף כי עומדת לחול-הפירעון הזדמנות לתקן ההפרה, ראו Bankruptcy Code § 365(b)), פסל המחוקק תניות ביטול *ipso facto* בשל חתירתן תחת מדיניות ההבראה ופגיעתן ביתר הנושים העשויים להיבנות מהבראה. ראו: § Bankruptcy Code 365(e). לביקורת הוראת חוק זו, ראו: A. Schwartz "A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy" 107 *Yale L.J.* (1998) 1807, 1844-1847. בישראל, נדרש בית-המשפט המחוזי לשאלת ביטול חוזה על-ידי הצד שאינו חדל-פירעון בגין הפרתו בפרשות הום מארט (המ' ת"א) 6483/97 הום מארט בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי, תקדין מחוזי 97(2) 124, 127-131; ונור (המ' ת"א) 1446/97, 1761 נור פרסום חוצות (ייצור והפקה) בע"מ נ' אביב ושות', חברה קבלנית לעבודות ציבוריות, תקדין מחוזי 97(2) 469. בעניין הום מארט אישרה השופטת אלשיך את ביטולו של חוזה שכירות מצד הבעלים של קניין בשל הפיגורים בתשלומים מצד החברה השוכרת. בנוסף, באמרת-אגב קצרה, הוסיפה השופטת אלשיך, כי ודאי שזכות הביטול עומדת למשכיר, לאור תניית ה-*ipso facto* שהייתה מצויה בחוזה השכירות. אולם ראו לאחרונה: בש"א (ת"א) 9258/01 "בוק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ, תקדין מחוזי 2002(2) 3334, בפסקות 40-49. התייחסות ערכית לשאלת מעמד חוזה שהופר חורגת ממסגרת מאמר זה ועל כן תידון על-ידי אי"ה בכמה אחרת. עד כה נדרש בישראל לשאלה זו ע' גרוסקופף "ויתור על נכס מכביד" המשפט ו (תשס"א) 33, 46-51.

97 במקום בו רשאי על-פי דין התפקידן המנהל את קופת חולת-הפירעון להשתחרר מחוזים, ההשתחררות היא רק מקימו של החוזה, אולם אין היא מבטלת את החוזה ומעקרת אותו מתוכן. לשון אחר: ההשתחררות נתפסת כרשיון על-פי דין להפר את החוזה. אולם רשיון זה אינו אלא להפר מבלי להיחשף לסעד האכיפה. הצד האחר לחוזה ייחשב כצד שנפגע מהפרה ויהיה זכאי לפיצויים. ראו, סעיפים 363 ו-365 לפקודת החברות. ברם, תביעת הפיצויים תהיה חוב לא-מובטח כלפי חולת-הפירעון. ראו גם: Bankruptcy Code § 365(g). החוק האמריקאי אינו מגדיר מהו חוזה מכביד, וההגדרה המקובלת כיום היא זו שנוסחה במאמרו של V. Countryman "Executory Contracts in Bankruptcy: Part 1" 57 *Minn. L. Rev.* (1973) 439. קובעת כי חוזה מכביד הוא "A contract under which the obligation of both the bankrupt and the other party to the contract are so far unperformed that the failure of either to complete performance would constitute material breach excusing the performance of the other party". ההשתחררות מחוזה כאמור (rejection of an executory contract) גוררת אחריה סעד של פיצויים בלבד לצד הנפגע. כאמור, פיצויים אלה יהיו חוב לא-מובטח. ראו: *In re Metro Transp. Co.*, 87 *Bankr.* 338, 344-345 (*Bankr. E.D. Pa.* 1988); M.T. Andrew "Executory Contracts in Bankruptcy: Understanding 'Rejection'" 59 *U. Colo. L. Rev.* (1988) 845, 900-901; L.B. Bartell "Revisiting Rejection: Secured Party Interests in Leases and Executory Contracts" 103 *Dick. L. Rev.* (1999) 497; J.L. Westbrook "A Functional Analysis of Executory Contracts" 74 *Minn. L. Rev.* (1989) 227, 252-257.

זה מוסדר רשמית בדיני הפירוק ומוכר כדין "נכסים מכבידים"⁹⁸, טרם אמר המחוקק את דברו בנדון בהקשר של הבראה. האמירה הנדרשת כאן איננה רק לשם הסדרה פורמאלית של הסוגיה אף בהליך ההבראה. דווקא הליך ההבראה הוא אשר צופה המשך קיום לחברה. על-כן, לדידי, שאלת המשך קיומם של חוזים בהם קשורה החברה או פקיעתם הופכת אקוטית בהרבה לעומת הליך הפירוק. אין זה, אפוא, מובן מאליו כי אמות המידה להשתחררות מקיום חוזה בפירוק הן גם אלה שתונהגנה בהבראה. ההחלה של דין נכס מכביד בהבראה חשובה וחיונית מאין כמותה והמחוקק חייב לומר את דברו בעניין זה. עניין רביעי בו חסר החוק הוא תחולת דיני ביטול עסקות בהבראת חברות. דין ביטול העדפת נושים⁹⁹, כמו גם הוראה בדבר ביטול עסקות שנעשו בנכסי החברה לאחר שהוגשה בקשת הקפאת ההליכים¹⁰⁰, לא נקבעו עדיין בחקיקה הישראלית. עם זאת, כפי שיפורט להלן, דומה כי חסר זה הושלם לאחרונה על-ידי הפסיקה¹⁰¹. לבסוף, חרף העלאת נושא הבראת חברות לסדר-היום החקיקתי בישראל, טרם נדרש המחוקק לסוגיית סיווג הנושים לקבוצות בעלות אינטרסים זהים והיכולת האפקטיבית לאשר תכניות הבראה כאשר חלק מקבוצות אלה יאשר את התכנית אך חלקן יתנגד. כפי שהעיר בצדק ד"ר יחיאל בהט עוד בעקבות פרשת כוכב השומרון¹⁰², חוסר היכולת

98 "נכס מכביד" מוגדר בסעיף 360(3) לפקודת החברות כ"חוזה ללא רווח".

99 לניתוח דין ביטול העדפת נושים בישראל, ראו האן, לעיל הערה 48.

100 השו, בפירוק, את הוראת סעיף 268 לפקודת החברות. לעניין תכלית הוראת סעיף זה, ראו: ע"א 126/89 מפרק קופל טורס בע"מ נ' חברת מלונות דן בע"מ, פ"ד מו (3) 441, 451-452 ("... באופן בלתי נמנע, חולף תמיד פרק זמן כלשהו מיום הגשת הבקשה לפירוק ועד למתן החלטה שיפוטית המצווה על פירוק כאמור. הניסיון מלמד, כי בנסיבות אלו... נוצר לחץ, מצד גורמים שונים הקשורים לחברה, אשר מטרתו לחלץ מתוכה כל שניתן כדי לספק את חוב החברה כלפיהם, הכול בטרם ימונה לחברה מפרק האמון על חלוקת נכסיה באופן המיטיב עם כלל נושיה. זאת ועוד, בתקופת הביניים האמורה נוצר לעתים קרובות מצב של אי-סדר ניהולי, אשר אותו עלולים נושים מסוימים לנצל לשם ביצוע עיסקאות אשר ייטיבו עימם, אך ירעו את מצבם של שאר נושי החברה... הצורך בסעיף 268 מתעורר דווקא במקרים בהם לעיסקה יכול שיהיה תוקף לפי הדין הכללי, והסעיף בא, כמוסבר לעיל, להציב מחסום בפני עיסקאות כאלו, על-מנת למנוע ריקון החברה על ידי גורמים שונים בה...").

101 ראו עניין דיור לעולה, לעיל הערה 66. לדיון בהשלכות פסק-דין זה, כמו גם לפשר לשוני המהוססת קמעא בטקסט ("דומה כי"), ראו להלן פרק 1.1(ב).

102 פרשת כוכב השומרון עסקה בקריסה הכלכלית של פרויקט הייזום של העיר החרדית בשומרון, עמנואל. פרשה זו הביאה לפתחו של בית-המשפט העליון, פעמיים, את שאלת סיווג נושים לצורך הצבעה על הסדר נושים. פעם אחת, עלה הנושא בהקשר של סיווג נושים מובטחים, כאשר השאלה שהתעוררה הייתה האם ניתן לסווג נושה מובטח בעל ערבות אישית, אשר במסגרת ההסדר נדרש לוותר על ערבותו, עם נושים מובטחים אחרים נטולי ערבות אישית. בעניין זה קבע בית-המשפט, כי אין לסווגם יחד ואין לאכוף על הנושה בעל הערבות האישית לוותר על ערבותו ללא הסכמתו. בית-המשפט סייג הכרעה זו באומרו, כי היה וההסדר שביטל את הערבויות האישיות יפצה את מחזיקי הערבויות בדיבידנד משופר, אזי אין חובה אוטומטית להפריד את הנושים בעלי הערבויות, ובלבד שהפיצוי לבעלי הערבויות הוא בשיעור ריאלי יחסי לויתור הנדרש מהם. ע"א 332/88 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' כונס נכסים של כוכב השומרון

במשפט הישראלי לאכוף הסדר נושים על קבוצה מתנגדת הוביל את בתי-המשפט לסווג נושים לקבוצות רחבות ככל האפשר¹⁰³. בצמצום את מספר הקבוצות, הקטינו בתי-המשפט את ההסתברות כי קבוצת אינטרסים מצומצמת תנטרל את ההסדר ותטיל עליו וטו אפקטיבי¹⁰⁴.

נוסף על ההוראות המהותיות, חסר החוק הסדרה של ההיבטים הדיוניים החיוניים לניהול הליך של חדלות-פירעון. כך, למשל, החוק אינו נדרש לשאלה מי זכאי להציע תכנית הבראה, מהם כללי הגילוי הנדרשים ממזיע תכנית כאמור ומי הצדדים הרשאים להתייחס לתכנית ולאופן הגשתה. האם, בנוסף לנושים, זכאים בעלי-מניות להצביע או שהדבר תלוי בנסיבות? מהו מעמד רשויות השלטון, כגורמי אכיפה מנהליים, בהליכים אלה? האם חלים דיני ניירות-ערך או דיני ההגבלים העסקיים ככתבם וכלשונם ללא כחל ושרק אף בהליכי הבראה?¹⁰⁵ ובהתאמה, האם יש לנציגי

בע"מ וכוך השומרון עמנואל (1982) מניות בע"מ ואח', פ"ד מד(1) 254, 260–264. בפעם השנייה, עלה הנושא בהקשר של סיווג נושים לא-מוכסחים. השאלה שהתעוררה היא, האם ניתן לסווג יחדיו את הקבלנים, הנושים כספית בחברה, עם רוכשי-הדירות, שעניינם בקבלת הדירות (אף כי נדרשו במסגרת ההסדר לוותר על אחריות מסוימת של החברה ביחס לדירות). זאת הפעם, קבע בית-המשפט שנושים אלה יסווגו יחדיו, שהרי לשניהם יש אינטרס משותף בקיום ההסדר, בהיותו צפוי להניב להם יותר מחלופת הפירוק. עניין כוכב השומרון, לעיל הערה 4.
103 ראו י' בהט "כפייה על קבוצה מתנגדת בהסדר על-פי סעיף 233 לפקודת החברות" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 445, 457–459.

104 את הזיקה הישירה בין אופן סיווג הקבוצות לבין יכולת האישור של תכנית הבראה בהיעדר מנגנון הכופה את ההסדר על קבוצה מתנגדת, ניתח גם השופט אנגלרד בעניין טש"ת, לעיל הערה 37, בפסקה 27 באומרו: "וזאת לדעת, ריבוי הסוגים של נושים, המתכנסים באסיפות נפרדות, מעניק כוח לנושה היחיד, משום שמשקלו עולה ככל שהקבוצה קטנה יותר. כי העיקרון הוא שהרוב הנדרש לאישור ההסדר חייב להתקבל בכל קטגוריה לחוד. נמצא, כי אם קבוצה מסוימת מורכבת מנושה אחד ויחיד, לנושה זה זכות וטו על מכלול ההסדר. כוח זה עשוי להעניק לנושה יחיד כוח מיקוח רב, עד כדי יכולת 'סחיטה'". בהמשך הדברים, בפסקה 28, מציין השופט אנגלרד כי לרשות בית-המשפט עומדים שני אמצעים למיתון כוח המיקוח המוגדל של נושה יחיד: "האחד, מניעת ריבוי סוגים של נושים, והאחר, החלת עקרון תום הלב, כאשר סירובו של נושה נראה — על רקע מכלול הנסיבות — בלתי מוצדק בעליל". להתחבטות האם עקרון תום-הלב צריך לשמש כמקור לכפייה על קבוצה מתנגדת, ראו: ז' גושן "הצבעה תוך ניגוד אינטרסים בדיני חברות" משפטים כט (תשנ"ח) 17, 44, ה"ש 61 (המצדד בכפייה מכוח עקרון תום-הלב); ד' האן "כפייה בין-קבוצתית במיזוג חברות" משפטים לב (תשס"ב) 419, 443 (המבכר הוראת חוק חרותה וקונקרטיית לשם הסדרת הכפייה על קבוצה מתנגדת).

105 ראו תקנה 57 לתקנות ההבראה (בעניין זכות ההתייצבות של רשות ניירות ערך בבית-המשפט כדי להביע את עמדתה). בארצות-הברית, יש ל-SEC זכות התייצבות והבעת עמדה בהליכי הבראה, אולם נשללה מהם במפורש כל זכות ערעור על החלטות בית-המשפט לפשיטת-רגל. ראו: Bankruptcy Code § 1109. המדיניות המשפטית בארצות-הברית היא גם להגביל את המשקל שייחס בית-המשפט לעמדת ה-SEC. הטעם לכך הוא, שבתיקי חדלות-פירעון ה-SEC אינה נתפסת כרשות ציבורית אובייקטיבית, כי אם כמייצגת צד, הוא ציבור המשקיעים בניירות-ערך (ובעיקר מניות) בחברה. ברם, עניינו של צד זה עומד לא אחת בניגוד לעניינם של ציבורים אחרים בחברה, ובהם הנושים, העובדים ועוד. לבית-המשפט לפשיטת-רגל התפקיד המורכב

רשויות אלה זכות התערבות לצד בית-המשפט בתוכן תכנית ההבראה? בנוסף, רועמת שתיקת המחוקק באשר למסגרת ניהול ההליך בראשיתו. החוק חסר כל הוראה בעניין אופן הגשת הוכחות-חוב מצד הנושים, מועדים לאישור הוכחות-החוב ופרוצדורות לערעור על החלטות בעניין זה. עניין זה נדרש לשם קביעת שיעורי הנשייה לצורך ההצבעה של הנושים באסיפותיהם ולשם קביעת שיעורי החלוקה לפי סדרי העדיפות שבדין. עניין דיוני נוסף בו לוקה החוק הוא קביעת מנגנוני מעבר מהליך להליך. אם הבראה אינה מצליחה והחברה מוסיפה להיכשל, יש להסדיר את אופן המעבר מהליך ההבראה להליך הפירוק. בעניין זה יש להסדיר את שאלת זהות השולט, לקבוע את מעמד שכר-הטרחה וההוצאות שהוצאו במסגרת ניסיונות ההבראה בסולם העדיפויות שבתיק הפירוק, ולהורות על מועדי הייחוס הרלוונטיים לתיק הפירוק לעניין תביעות-חוב וביטולי עסקות. רוצה לומר: יש לקבוע האם המועדים הקובעים לצורך עניינים אלה יהיו המועדים של פתיחת הליכי הפירוק או המועדים המוקדמים יותר, של פתיחת תיק ההבראה¹⁰⁶.

לסיכום עניין חלקיות החקיקה מן הראוי להדגיש, כי מקצת מן הלקונות שהותיר המחוקק לא עומדות עירום, אלא מושלמות, כנדרש על-פי שיטתנו המשפטית, באמצעות הפסיקה¹⁰⁷. בנוסף, לאחרונה, התקין מחוקק המשנה תקנות להשלמת חוק הקפאת הליכים¹⁰⁸. ועם זאת, מקובלת על-י לחלוטין הערתו הנוקבת של בית-המשפט העליון בעניין טש"ת, כי מבלי לגרוע מן הפרקטיקה שהתפתחה עם השנים בפסיקת בית-המשפט, החוסר שבהוראות החוק הוא בהכרח "בעוכרי הפרקטיקה הנזכרת. הוא

לשקלל את האינטרסים של כל הצדדים. לפיכך, עמדת ה-SEC תישקל על-ידי בית-המשפט כעמדתו של צד מעוניין. ראו על כך, *Collier on Bankruptcy* (New York, 15th ed., Revised, כרך: 1009.LH[1]d] § 1009.LH[1]d) (Lawrence P. King editor-in-chief, 2003).

106 דוגמא מעשית להסתבכות עם עניין זה עקב חוסר הסדרתו בישראל היא עניין תבור תעשיות שיש, לעיל הערה 22, בפסקאות 12-16. בפרשה זו התחבט בית-המשפט העליון בשאלה מה דינו של נושה אשר ערעורו על שיעור הוכחת החוב שאושרה לו התקבל לאחר אישור הסדר הנושים, אולם שיעור ההפרש טרם שולם לו עד כניסת החברה לפירוק. השאלה הייתה האם יש לראות בשיעור הפרש זה משום חוב רגיל לא-מובטח בפירוק (שכן במועד פתיחת הליכי הפירוק זה היה מעמדו), או שמא יש לתת לו עדיפות בפירוק משום היותו חלק מן ההסדר הכולל (המוקדם לפירוק) במסגרת ניסיון הבראת החברה (ניסיון שכשל לבסוף) ומשום שרוב כספי ההסדר שולמו עוד לפני תחילת הליך הפירוק. אף כי הסכימו על התוצאה, הביעו השופטת פרוקצ'יה והשופט (כתוארו אז) אור עמדות עקרוניות שונות בשאלה זו. השופטת פרוקצ'יה סברה, שאין כל מקום לבחון את ההיסטוריה של החוב העומד לפירעון ועל-כן מעמדו נקבע לפי פתיחת הליכי הפירוק. לעומתה, השופט אור התנגד להתעלמות הקטגורית מן ההיסטוריה של החוב במסגרת ההבראה. לניתוח מרחיב של עמדות השופטים בעניין תבור תעשיות שיש, ראו י' בהט "תחולתו של עקרון השוויון בדיני שיקום חברות" מאזני משפט ב (תשס"ב) 281.

107 חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, ס"ח 163; ברק, לעיל הערה 67, בע' 485-493; א' ברק פרשנות תכליתית במשפט (תשס"ג) 106-111.

108 תקנות ההבראה. לניתוח תקנות אלה, ראו להלן פרק ב.4.

יוצר חוסר ודאות בטיב ההליכים ובכך עשוי לפגוע במשק האשראי. מן הראוי אפוא כי המחוקק ייתן את דעתו על החסר בהסדר הקיים"¹⁰⁹.

4. תשס"ב: תקנות ההבראה

עקב המיתון הפוקד את המשק כולו, השנים האחרונות מתאפיינות בריבוי חסר תקדים של חברות הנתונות בקשיים כלכליים. בשל כך, תפחה ההיזקקות להליכי חדלות-פירעון בכלל, ולהליך ההבראה בפרט, לשיאים חדשים. תופעה זו מיקדה את תשומת הלב המשפטית לדיני הבראת חברות וחשפה רבים בפרקטיקה ובשפיטה למגרעות החוק ומגבלותיו בנושא. בהינתן איטיות הרפורמות החקיקתיות בישראל, נדרש מחוקק המשנה לפני כשנתיים לעניין הבראת חברות וביקש למסור בידי העוסקים בתחום, פרקטיקנים ושופטים כאחד, כלי-עבודה מעשיים העונים על הבעיות שהתעוררו עקב הלאקוניות של חוק הקפאת הליכים. לשם כך, יזם משרד המשפטים את התקנת תקנות ההבראה¹¹⁰. תקנות אלה מפורטות ביותר ומקיפות נושאים רבים ושונים בתחום. בתקנות אלה מעורבים להם יחדיו היבטים דינוניים נדרשים עם הוראות מהותיות בתחום.

(א) ההוראות הדינוניות

ההיבטים הדינוניים מקיפים את העניינים הבאים: תוכן הבקשה להסדר או פשרה והמידע שיש לכלול בה¹¹¹; התוכן הנוסף הנדרש בבקשה לצו הקפאת הליכים¹¹²; אופן פרסום הבקשה להסדר על-ידי המבקש והמצאת העתקים ממנה לצדדים מעוניינים¹¹³; דיווח לרשם החברות על הגשת הבקשה¹¹⁴; הוראות המסדירות את הגשת תביעות-החוב על-ידי הנושים, בדיקתן ואישורן¹¹⁵; הוראות בדבר כינוס אסיפות הנושים¹¹⁶; הוראות המסדירות את אופן הגשת ההסדר לאישור בית-המשפט (לאחר ההצבעה באסיפות

109 עניין טש"ת, לעיל הערה 37, בע' 112.

110 על-פי כותרתן ותוכנן, תקנות ההבראה אינן מוגבלות להליכי הסדר או פשרה במסגרת הבראת חברה. התקנות באות להסדיר את ההליכים הדינוניים בכל בקשה לפשרה או הסדר המוגשת לפי סעיף 350 לחוק החברות. כאמור לעיל בהערות 57 ו-58, והטקסט המפנה אליהן, בקשות אלה יכולות להתעורר על רקע עסקי שונה, כמו איחוד הון המניות לקראת הנפקה ציבורית. במובן זה, כינוי התקנות בשם "תקנות ההבראה" חוטא בחוסר דיוק מסוים. עם זאת, בקשות להסדר או פשרה על רקע ניסיון הבראת חברות אשר אליהן מתלווה בקשה לצו הקפאת הליכים, תופסות מקום מרכזי בתקנות אלה. בנוסף, עיקר השימוש שנעשה כיום במנגנון ההסדר או הפשרה הוא בהקשר של הבראת חברות. מכאן החירות שנטלתי להתייחס אל תקנות אלה כאל תקנות ההבראה.

111 תקנות 7 ו-38 לתקנות ההבראה.

112 תקנה 41 לתקנות ההבראה.

113 תקנות 2-5 לתקנות ההבראה.

114 תקנה 9 לתקנות ההבראה.

115 פרק ג (תקנות 15-24) לתקנות ההבראה.

116 תקנה 25 לתקנות ההבראה.

הנושים)¹¹⁷; ואופן הגשת בקשה על-ידי נושה מובטח למימוש הבטוחה¹¹⁸. אין כל ספק, כי יש לברך על עצם הסדרת העניינים האמורים בחקיקה מאורגנת. יוזמה זו אמורה להשליט סדר במערכת, לייצב את ניהול תיקי ההבראה ולהעמיד את כל הצדדים המעורבים על זכויותיהם וחובותיהם הדיוניות מראש. כך יוכלו הכל לכלול את צעדיהם בדעת ובהשכל. עם זאת, לטעמי, לוקות ההוראות הדיוניות שבתקנות ההבראה בשני עניינים מרכזיים. ראשית, התקנות נמנעות מקביעת הוראות מפורשות בעניין המועד להגשת תביעות-חוב ובעניין בדיקתן ואישורן¹¹⁹. בכך נפגע עקרון הוודאות, עיקרון אשר אמור היה להיות התועלת העיקרית של תקנות ההבראה¹²⁰. שנית, תקנות ההבראה מגזימות לפי כל אמת-מידה בדרישות הדיווח והפירוט שהן דורשות לשם ביטוס בקשה לפתיחת הליכי הבראה. ההוראה המרכזית לעניין זה היא תקנה 41(א) לתקנות ההבראה, הקובעת לאמור:

”בקשה להקפאת הליכים המוגשת לבית המשפט תאומת בתצהיר ותצורף אליה, בכפוף לתקנה 42, בקשה לפשרה או להסדר להבראת החברה והמסמכים המצורפים לה, כמפורט בתקנות 7 ו-38”.

תקנה זו מצרפת יחד את פרטי הדיווח של לא פחות משלוש תקנות לשם הגשת בקשה לצו הקפאת הליכים. תקנה 41 לתקנות ההבראה גופה דורשת את פירוט העניינים הבאים:

- (1) כל העובדות הנוגעות לבקשה להקפאת הליכים, פרק הזמן שלגביו מבוקשת הקפאת ההליכים והנימוקים למתן צו הקפאת הליכים;
- (2) פירוט תזרים המזומנים, היקף ועלויות הייצור, היקף ועלויות השיווק ושינויים ארגוניים בתקופה שבה יוקפאו ההליכים;
- (3) עמדתם של הנושים המהותיים, ככל שידועה למבקש”.

117 תקנות 32–35 לתקנות ההבראה.

118 תקנה 51 לתקנות ההבראה.

119 תקנה 15 לתקנות ההבראה קובעת כי: ”בית המשפט רשאי, אם ראה צורך בכך, בכל עת לאחר פתיחת הליכים על פי תקנות אלה, לקבוע מועד להגשת תביעות חוב”. בנוסף, קובעת תקנה 24(א) כי: ”בעל התפקיד יבדוק כל תביעה ויחליט, במועד שיקבע בית המשפט, אם לאשרה או לדחותה, כולה או חלקה”. דומה, כי הימנעות מחוקק המשנה מקציבת מועדים להגשת תביעות-חוב ולבדיקתן נובעת מחוסר הוודאות באשר לתקופת הקפאת ההליכים. רוצה לומר: כיוון שאורך תקופת הקפאת ההליכים נקבע על-ידי בית-המשפט, השאיר לו המחוקק גם את קביעת התקופות להגשת תביעות-חוב ולבדיקתן. עם זאת, לעניות דעתי, ראוי היה לקבוע תקופת זמן מרבית להגשת תביעות-חוב, בצירוף הוראה שתקופת זמן זו תקוצר בתיקים בהם תקופת הקפאת ההליכים נקבעה לפרק זמן קצר יותר. בפירוק חברה ניתן להגיש תביעות-חוב במשך 6 חודשים מיום צו הפירוק. תקנה 53 לתקנות החברות (פירוק), התשמ”ז–1987, ק”ת 884, ותקנה 76(א) לתקנות פשיטת הרגל, התשמ”ה–1985, ק”ת 1072.

120 ראו על כך את דברי השופט אנגלרד בעניין טש”ת, המצוטטים לעיל בסמוך להערה 104.

בנוסף, תקנה 7 לתקנות ההבראה דורשת את פירוט העניינים הבאים:

- ... (א)''
- (1) תיאור החברה ועסקיה בהתייחס לפעילות המשתקפת בדוחותיה הכספיים המאוחדים וכן יפורטו, בין השאר, ענינים אלה:
 - (א) הענפים שבהם פועלת החברה, מאפייני רישוי, מיסוי ופיקוח ממשלתי עליהם, ככל שהם מיוחדים לחברה;
 - (ב) אפיון הלקוחות של החברה וכן מידת התלות בהם, ותיאור התקשרויות מהותיות עם לקוחות שהיקף המכירות עמם עולה על 10% מסך כל המכירות בשנה שקדמה למועד הגשת הבקשה; ניתן לתאר ההתקשרויות מבלי לציין את שמות הלקוחות;
 - (ג) תלות בספקים, לרבות במשווקים או תלות במקורות חומרי גלם;
 - (ד) המאפיינים הייחודיים וגורמי הסיכון בפעילותה של החברה ככל ענף שבו היא פועלת.
 - (2) הצעת הפשרה או ההסדר ונימוקיה;
 - (3) שם כונס הנכסים או המפרק, אם נתמנה לחברה או לנכסיה לפי החלטה של בית משפט או של לשכת הוצאה לפועל, אשר מינויו תקף ביום הגשת הבקשה;
 - (4) תיאור היתרונות, לרבות התשלומים, מההסדר או הפשרה, הצומחים לנושא משרה בחברה, בין בתוקף מעמדו כנושא משרה, ובין בתוקף מעמדו כבעל מניות או כנושא;
 - (5) שמו של היחיד השולט בחברה במישרין או בעקיפין, שיעור החזקותיו בחברה, סוג ניירות הערך המוחזקים על ידו ועיסוקו העיקרי, לרבות פירוט התאגידים שבאמצעותם הוא מחזיק במניות החברה שיעור החזקותיהם בחברה, סוג ניירות הערך המוחזקים על ידם ועיסוקם העיקרי ...;
 - (6) המניות לסוגיהן בציון מה שמוצע לבעלי המניות בפשרה או ההסדר, והשפעת הפשרה או ההסדר על זכויותיהם הקיימות, לרבות ויתורים שיידרשו מהם על זכויותיהם ותיאור הזכויות המוצעות תמורתן;
 - (7) הנושים המהותיים של החברה, סך כל החוב להם, הביטחונות לחובותיהם, סך כל החוב לנושים הלא מהותיים של החברה;
 - (8) ערבויות, בטוחות או ביטחונות אחרים שניתנו לחברה לצרכי הפשרה או ההסדר, או שמוצע שינתנו, בציון פרטיו המזהים המלאים של הנותן;

- (9) פירוט הסכומים ששולמו בעד שירותים והוצאות והערכת העלות של השירותים וההוצאות שיידרשו בשל הצעת הפשרה או ההסדר;
- (10) הוצע בעל תפקיד לביצוע הפשרה או ההסדר – פרטיו, הסכמתו לשמש בעל תפקיד, סמכויותיו ותפקידיו המוצעים, הסכומים המוצעים לתשלום בעד פעולותיו והפעולות בשלהן יהיה זכאי לקבל החזר הוצאות, ואם הוא בעל ענין בחברה או בעל זיקה לבעל ענין או לנושה מהותי, תפורט זיקתו;
- (11) כל מידע מהותי אחר מכל סוג שהוא, אשר דרוש לנושה סביר או בעל מניות סביר, בקבלת ההחלטה אם להסכים להצעת הפשרה או ההסדר.
- (ב) לבקשה לפשרה או להסדר המוגשת לבית המשפט יצורפו כל אלה:
- (1) דוח בדבר נכסי החברה וחובותיה, מעודכן ליום הגשת הבקשה, ערוך לפי טופס 4 שבתוספת;
- (2) רשימה מפורטת של ההסכמים המהותיים שהחברה צד להם, מעודכנת ליום הגשת הבקשה, ערוכה לפי טופס 5 שבתוספת;
- (3) רשימת ההליכים המשפטיים המהותיים שהחברה צד להם, ערוכה לפי טופס 6 שבתוספת;
- (4) רשימה מפורטת של נושאי המשרה בחברה ביום הגשת הבקשה, ושל נושאי המשרה בחברה שעזבו בשנה שקדמה ליום הגשת הבקשה, ערוכה לפי טופס 7 שבתוספת;
- (5) מרשם בעלי המניות ומרשם בעלי המניות המהותיים, מעודכן ליום הגשת הבקשה;
- (6) דוחות כספיים שנתיים של החברה לרבות הדוחות המאוחדים, לשנתיים שקדמו לשנת הגשת הבקשה, מבוקרים כדין בידי רואה חשבון;
- קדם תאריך המאזן הכלול בדוח הכספי השנתי האחרון ביותר משישה חודשים למועד הגשת הבקשה, יצורפו גם דוחות סקורים אחרונים, ובלבד שתאריך המאזן בדוח הסקור לא יקדים ביותר מחמישה חודשים את המועד שבו הוגשה הבקשה לפשרה או להסדר (להלן – כל המפורטים בפסקה זו – הדוחות הכספיים);

ואם לא די בכך, דורשת עוד תקנה 38 לתקנות ההבראה את פירוט העניינים הבאים:

- (1) "מספר המועסקים בחברה ביום שקדם בשנה ליום הגשת הבקשה וסמוך לפני יום הגשת הבקשה;
- (2) תיאור מה שמוצע לנושים לסוגיהם בהצעת הפשרה או ההסדר והשפעת

- הפשרה או ההסדר על זכויותיהם, לרבות ויתורים שיידרשו מהם על זכויותיהם ותיאור הזכויות המוצעות תמורתן;
- (3) התכנית המוצעת להבראת החברה, הדרכים לביצועה, לרבות מקורות המימון לתכנית המוצעת ועלות המימון, תזרים המזומנים הצפוי, היקף הייצור הצפוי ועלויותיו, היקף השיווק הצפוי ועלויותיו, רווח והפסד צפויים, שינויים ארגוניים צפויים, המועדים שבהם יבוצעו האירועים המהותיים הנדרשים לביצוע התכנית, ההערכות והנתונים שעליהם מתבססת התכנית, וכן ההערכות והנתונים שעליהם מתבססת המסקנה בדבר עדיפות התכנית על פני המצב הקיים (להלן – תכנית ההבראה); והכל בציון המועד אליו מתייחסת ההערכה, המודל הכלכלי ששימש לה, ופירוט העובדות, ההנחות, החישובים והצפי עליהם מבוססת ההערכה;
- (4) הסכומים המשוערים שהיו הנושים ובעלי המניות מקבלים אילו היתה החברה בפירוק באותו מועד, לרבות ההערכות והנתונים שעליהם מתבסס הפירוט;
- (5) הנכסים המהותיים של החברה שהועברו בששת החודשים שקדמו ליום הגשת בקשת הפשרה או הסדר, תיאורם, שוויים, התמורה ששולמה בגינם ולמי הועברו;
- (6) היו בין הנושים גם בעלי מניות של החברה, יצוין הדבר תוך פירוט החזקותיהם;
- (7) פרטיו המזהים של כל מי שמוצע שישמש נושא משרה בחברה לאחר אישור הצעת הפשרה או ההסדר, ואם הוא בעל ענין או בעל זיקה לבעל ענין או לנושה מהותי, תפורט זיקתו, וכן יפורטו תנאי כהונתו, שכרו ותגמולו, לרבות ניירות ערך או כל תמורה אחרת, במישרין ובעקיפין;
- (8) פרטים לגבי נושים בעלי זיקה לחברה;
- (9) רשימת ההליכים המשפטיים שהחברה צד להם.¹²¹
- (ההדגשות בכל הציטוטים הוספו – ד' ה')

נעלה מכל ספק, כי תקנות 7 ו-38 לתקנות ההבראה באות לבסס מסמך גילוי מפורט ביותר, אשר נועד לשטוח בפני הנושים ובעלי-המניות שעומדים להצביע על תכנית הבראה מוצעת את כל המידע הדרוש להם לשם גיבוש החלטתם¹²¹. מידע זה סוקר בהרחבה את מבנה החברה, תיאור עסקיה, בעלי-השליטה בה, וחשוב מכל: את פרטי תכנית ההבראה. אכן, לשם גיבוש עמדה ביחס לתכנית הבראה מוצעת נדרש מידע על התכניות העסקיות של החברה מכאן ולהבא, אופן מימון עסקיה וכמובן פירוט הקצאת

121 דבר זה בולט יותר מכל בהוראות תקנות 7(א), (2), (6), (8) ו-11(3), (2), (3), (4) ו-7 לתקנות ההבראה.

הזכויות החדשות בחברה לקבוצות הנושים ובעלי-המניות השונים¹²². ברם, השלב בו נדרש מידע זה עבור המצביעים הוא שלב אישור תכנית ההבראה, לא שלב פתיחת הליכי ההבראה! בכך לוקות תקנות ההבראה בחטא הקדמון של עירוב הזמנים בהליך ההבראה. חטא קדמון זה הוא תוצר מובהק של חקיקת הטלאים בתחום. נבהיר דברים אלה: לעיל הסברנו, כי דיני הבראת חברות עוסקים אך ורק בתקופת-הביניים המתחילה עם מתן צו הקפאת ההליכים ומסתיימת עם אישור תכנית ההבראה¹²³. לא זאת אף זאת: הדגשנו, כי עיקר התכלית בצו הקפאת ההליכים הוא השגת שקט תעשייתי עבור החברה, למען תוכל לשאת ולתת עם הנושים באווירה רגועה ומשוררת יחסית מאימי הגבייה האינדיבידואלית. משא ומתן זה נדרש לשם גיבוש תכנית הבראה מוצעת. כלומר, הקפאת ההליכים היא שלב מכין הסולל את הדרך לגיבוש תכנית הבראה. ברם, חוק החברות, ובעקבותיו אף תקנות ההבראה, הופכים את היוצרות באופן בלתי מושכל בעליל. על-פי הוראותיהם, לשם קבלת צו הקפאת ההליכים, קרי: קבלת הסעד אשר יאפשר לחבר תכנית הבראה, דורשים החוק והתקנות צירוף תכנית הבראה מגובשת ומפורטת (על כל רכיבי המידע המפורטים בתקנות ביחס לתכנית)¹²⁴. אולם, אם בראשית הדרך כבר השכילה החברה להתוות את תכנית ההבראה המוצעת, הקפאת ההליכים למה לה? כל שנדרש הוא בקשה מהירה לבית-המשפט לכינוס אסיפות נושים לשם הצבעה על התכנית¹²⁵. אכן, זו הייתה הוראתו המקורית של סעיף-הסל בדיני

122 לענין הגילוי הנדרש לקראת אישור תכנית הבראה בארצות-הברית, ראו Bankruptcy Code § 1125.

123 ראו לעיל פרק ב(3)(א).

124 לדרישה של בתי-המשפט להציג בפניהם תכנית הבראה (או לפחות שלדים של תכנית כאמור) כתנאי מקדים לקבלת הקפאת ההליכים, ראו: עניין מגה, לעיל הערה 19, בפסקה 3; פש"ר (ת"א) 2118/02 רובננקו שמואל אחזקות בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי, תקדין מחוזי 2002(4) 163, בפסקות 3-4. עם זאת, ראוי לציין כי בית-המשפט בוחן את הנסיבות הספציפיות בכל מקרה ומקרה, כאשר הנסיבות יכולות להשפיע על החלטתו האם לצוות על הקפאת ההליכים או להאריך צו הקפאת ההליכים שעומד לפוג. לתיקים מורכבים, בהם גילה בית-המשפט גמישות יחסית בעניין הצגת תכנית הבראה כתנאי מקדים, ראו פש"ר (ת"א) 1896/02 נגה אלקטרוטכניקה בע"מ נ' הנאמן, דינים מחוזי לג(5) 161; פש"ר (ת"א) 1739/02, 1734, 1764 בעניין פוייכטונגר תעשיות בע"מ, תקדין מחוזי 2002(3) 1268, בפסקאות 30-33 (להלן – "עניין פוייכטונגר").

125 ניתן אמנם לתרץ קושיה זו בכך שהמחוקק ביקש להקפיא את הליכי הגבייה האינדיבידואלית נגד החברה לפרק הזמן בן הימים, או השבועות הבודדים, החולף מאז גובשה כבר תכנית הבראה והוצעה ועד לכינוס בפועל של אסיפות הנושים. ברם, תירוץ זה יידחה משני טעמים, האחד פרשני-לשוני והאחר מהותי. לפי לשונו של סעיף 350(ב) לחוק החברות, נועד צו הקפאת ההליכים לסייע "לגיבושה או לאישורה של תכנית שמטרתה להבריא את החברה". שנית, לו התייחס צו הקפאת ההליכים רק לתקופת המעבר שבין גיבוש תכנית ההבראה ועד לכינוס האסיפות בפועל, מדוע אפשר המחוקק לצוות על הקפאת ההליכים לתקופה של עד תשעה חודשים? תקופת המעבר האמורה אינה אורכת יותר מארבעה עד שישה שבועות לכל היותר. השוו לתקנה 25(ב) לתקנות ההבראה, המתייחסת למועדים לפרסום פרטים על כינוס האסיפות ומועדי הכינוס בפועל, וקובעת כי על בעל התפקיד לפרסם הודעה על כינוס האסיפות "בלא דיחוי".

החברות, הוא סעיף 233 לפקודת החברות. אלא, שהמציאות הוכיחה כי משא ומתן עם הנושים וגיבוש תכניות הבראה אורכים זמן. במשך זמן זה עלול כל נושה בודד לסכל את כל המהלך על-ידי אכיפת נשייתו בהליכי הוצאה-לפועל אינדיבידואליים. על-כן, על שום הרצון לאפשר משא ומתן לגיבוש תכנית הבראה, הוסף לסעיף 233 לפקודת החברות סעיף-קטן (א) המסמיך את בית-המשפט לצוות על הקפאת הליכים "אם שוכנע כי יהיה בכך כדי לסייע לגיבושה או לאישורה של תכנית שמטרתה להבריא את החברה". דא עקא, סעיף-קטן (א) הוסף מבלי ששונתה ולו אות אחת בסעיף-קטן (א) הפותח במילים "הוצעו פשרה או הסדר". כאן מצוי, לטעמי, החטא הקדמון אשר יצר את המעגליות הלוגיות, לפיה יש להציע פשרה או הסדר (קרי: תכנית הבראה) כתנאי מקדים לקבלת צו הקפאת הליכים שנועד לקדם גיבוש תכנית הבראה משנחקק חוק החברות, הועתק סעיף 233 לפקודת החברות בשלמותו לסעיף 350 לחוק החברות מבלי שאיש יסדיר את הכשל הלוגי האמור. כאמור, תקנות ההבראה ממשיכות ונכשלות בכשל זה. דרישות הגילוי של תקנות 7 ו-38 לתקנות ההבראה אינן שייכות כלל ועיקר לשלב בקשת הקפאת ההליכים. גילוי, כאמור בהוראותיהן, שייך רק בשלב הסיום של הליך ההבראה, לקראת כינוס אסיפות נושים לשם הצבעה על תכנית ההבראה שגובשה בתקופת הקפאת ההליכים. לעומת זאת, בשלב הראשון, שלב בקשת הקפאת ההליכים, טרם גובשה כל תכנית ואין עדיין פרטים להצגה בפני הנושים. יתר על כן: בשלב זה טרם הוגשו תביעות חוב ולפיכך ספק אם החברה יודעת לפרט את כל נושיה על סכומי נשייתם¹²⁶. לפיכך, יש לתקן את התקנות כך שתדרושנה את חובות הגילוי המפורטות ביחס לתוכן תכנית ההבראה רק כדרישה מקדימה לכינוס אסיפות הנושים ובעלי-המניות, המיועדות להצביע על אישור התכנית המוצעת. שלב הבקשה לצו הקפאת הליכים צריך לכלול בקשה פשוטה וקצרה בהרבה¹²⁷.

אף מן ההיבט המעשי לוקות התקנות בעניין זה. חברה המגיעה לשלב בו היא נדרשת להקפאת הליכים היא, על-פירוב, חדלת-פירעון. משמעות הדבר היא, כי אין לחברה זו תזרים מזומנים שוטף לפירעון חובות שוטפים, כגון הלוואת קצרות מועד, אשראי ספקים ומשכורות¹²⁸. חברה במצב פיננסי כה רעוע איננה מסוגלת, פשוטו כמשמעו, להוציא את ההוצאות הכספיות העצומות הכרוכות בגילוי מפורט לפי תקנות

126 זו הבעיה הקונקרטיית הגלומה בהוראת תקנה 7(א)(7) לתקנות ההבראה.
 127 מובן לי החשש, כי בקשה סתומה ועמומה להקפאת הליכים, הנקייה מכל פירוט ענייני אודות עסקי החברה ותכניותיה במסגרת ההבראה, עלולה לשמש פתח לניצול לרעה של הליך ההבראה. ברם, לשם פתרון חשש זה אל לנו לשפוך את התינוק עם המים. מספר השופטים המטפלים בפירוקים והבראות הוא מצומצם, ושופטים אלה רוכשים מיומנות בתחום. לאור זאת, ניתן לסמוך על שופטים אלה כי כאשר יתעורר חשדם לניצול לרעה של ההליך לא יצוו על הקפאת הליכים או למצער יגבילו את תקופת ההקפאה לתקופה קצרה ביותר ויתנו את המשכה בהצגת פרטים אודות התקדמות לקראת גיבוש הסדר ההבראה. אכן, פרקטיקה זו נפוצה. לטעמי, יש בה מענה הולם לבעיית ניצול ההליכים לרעה.

128 ראו, למשל, עניין פויכטונגר, לעיל הערה 124, בע' 1-4.

7 ו-38 לתקנות ההבראה. גילוי זה מתקרב לרמות הגילוי הנדרשות לפי דיני ניירות-ערך. ברם, ההבדל בהקשר הוא כפול: ראשית, כאן, כאמור, מדובר בחברה במצב רעוע אשר בשלב זה אין באפשרותה לממן שכירת בעלי-מקצוע לחיבור מסמך גילוי כאמור. שנית, תקנות ההבראה חלות על כל חברה, אפילו פרטית. האמנם לשם קבלת סעד שבמהותו הוא צו מניעה זמני, יהיה מקיף אשר יהיה, תידרש חברה פרטית לחבר מסמך גילוי משל מציעה היא ניירות-ערך לציבור?¹²⁹ משכך הן דרישות הגילוי נטולות הסבירות של תקנות ההבראה, לא ייפלא, אפוא, שבהזדמנות הראשונה שנדרש בית-המשפט המחוזי בתל-אביב ליישם דרישות אלה, בתיק ההבראה בעניין פוייכטונגר, בחר הוא שלא להחילן¹³⁰. בית-המשפט תירץ את החלטתו בכך שמחוקק המשנה ודאי לא התכוון לדרוש דרישות כה מחמירות ומכבידות עבור תיקי הבראה סבוכים של אשכול חברות שלם¹³¹. לאמיתו של דבר, טמון העוקף בהחלטה זו של בית-המשפט בקביעתו כי "ספק ... אם ניתן היה 'להציל', בזמנו, את חברת 'כור' אם התקנות הנוכחיות כפי נוסחן והדרישות העולות מהן, היו נר לרגליו של בית המשפט בזמנו¹³²".

129 ראו עוד ביקורתו של נשיא בית-המשפט המחוזי בתל-אביב, השופט גורן, בעניין אלרוד, לעיל הערה 45, על חוסר שיקול-הדעת של רשות ניירות-ערך, אשר ביקשה להחמיר בדרישות הגילוי עם חברה המצויה בהליך של הבראה לפי סעיף 350 לחוק החברות. ביקורת זו של הנשיא גורן, אשר התייחסה לדרישות הגילוי בשלב אישור תכנית ההבראה, יפה מדין קל וחומר לעניין דרישות הגילוי בשלב בקשת צו הקפאת הליכים.

130 ראו: עניין פוייכטונגר, לעיל הערה 124, בפסקה 31 ("תמוהה בעיני עמדתו של בנק דיסקונט, הקובל על כך כי לא הוצגה בפניו תוכנית הבראה מגובשת בתוך 30 יום. אמנם, זוהי מצוות התקנות החדשות לעניין הקפאות הליכים; אלא, שספק גדול בעיני אם התכוונו התקנות דן לחול בנסיבות השונות בתכלית מהמקרה ה'רגיל' וה'פשוט' של חברה בודדת שנקלעה לקשיים. נקל לראות, כי כאשר עסקינן בקונצרן מסועף, בעל מערכים מורכבים של אחזקות ונשיה, הרי עמידה על דרישות פורמאליות של צורות ומועדים קצרים הינה חסרת הגיון; אין משמעותה, למעשה, אלא ויתור מראש על כל ניסיון רציני להבריאת את הקונצרן. דומה, כי לא לכך התכוון מחוקק המשנה כאשר אמר דברו. לא זאת אלא אף זאת; התקנות החדשות, ככל דבר חקיקה, אינן עומדות אך ורק בפני עצמן, אלא יש לקוראן בכפוף ובהרמוניה עם הדין הקיים ואף, כפי שקבעה ההלכה הפסוקה לא פעם, עם עקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית, השואפת לעודד הבראת חברות בקשיים ולא לחבל בה. כמו כן, אין בתקנות החדשות כדי להפקיע את שיקול הדעת השיפוטי, על גמישותו והתאמתו לנסיבות המקרה"). ברם, השוו: עניין הוטל. קום בע"מ, לעיל הערה 63, בפסקות 42-43 ("... כאשר בחברה קטנה יחסית עסקינן, אשר עסקיה תחומים וברורים... פתרונה של שאלת המידע הינו פשוט וברור יחסית... שונה הוא המצב בהסדרים גדולים ומורכבים הנוגעים לחברות ענק... במקרים אלו עשוי ההסדר עצמו להיות מורכב ביותר... במצבים אלו גובר עד מאוד יתרונם של בעלי השליטה על הנושים... דומה כי, ככל שנסיבות ההסדר מסתככות ומתרבים החשדות והטענות, הרי שהתשובה המרכזית לכך, כפי שנאמר לא אחת, הנה 'מידע, מידע ועוד מידע'"). וראו עוד שם, בפסקה 45 – "גילוי מהותי ובתום לב... הינו תנאי להקפאת הליכים אף בתחומי מדינת ישראל, זאת גם ובעיקר כאשר בהקפאת הליכים של חברות גדולות ומורכבות עסקינן").

131 שם, בפסקה 33 ("התקנות כלשונו תואמות מקרים 'קלאסיים' אם ניתן לומר כך, של חברה בקשיים, הן קשות ביותר ליישום במקרים מורכבים וקשים כגון אשכול חברות, ובמיוחד זה שבפנינו").

132 שם, בפסקה 32. לאחרונה, נודע לי מפי עורכי-דין העוסקים בפרקטיקה של הבראת חברות, כי

(ב) ההוראות המהותיות

בנוסף לעניינים הדיוניים, שזורות בתקנות ההבראה שלל הוראות מהותיות אשר ספק בעיניי אם מקומן יכירן בחקיקת משנה. הסדרים ראשוניים טעונים חקיקה ראשית¹³³. שיטה משפטית המכירה בעקרון הפרדת הרשויות דורשת, כי הסדרים כאמור ייקבעו על-ידי הרשות המחוקקת, לא הרשות המבצעת. אלמלא היה הדבר כן, ניתן היה להסתפק בחקיקת משנה על-ידי משרדי הממשלה השונים, חקיקה אשר מעצם טיבה היא מהירה יותר, גמישה יותר ומקצועית יותר¹³⁴. אולם, כל עוד המערכת הדמוקרטית מותירה את תפקיד החקיקה לכנסת, הכללת הוראות מהותיות בחקיקת משנה מהווה עירוב מין בשאינו מינו והתערבות בלתי ראויה של הרשות המבצעת בעבודת הרשות המחוקקת¹³⁵. לכגון דא יפים הדברים: הכוונה רצויה אך המעשים אינם

מאז החלטת השופטת אלשיך בעניין פויכטונגר, מנהג שכיח הוא לבקש מבית-המשפט לפטור את מבקש הקפאת ההליכים מדרישות הגילויי הקבועות בתקנות. הבסיס הפורמאלי לפטור כאמור מצוי בתקנות גופן. ראו תקנות 42(א) ו-43 לתקנות ההבראה.

133 להבחנה בין הסדרים ראשוניים להסדרים משניים ואופן חקיקתם הראוי, ראו: בג"צ 24/01, 26, 1984 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד נו(2), 699, 716-718; "ה' קלינגהופר" שלטון החוק וחקיקת משנה" ספר קלינגהופר (תשנ"ג) 105, 108-109 ("... במדינה בה שורר שלטון החוק, הסמכות לקביעת הסדרים ראשוניים (פרימאריים) מסורה למחוקק, בעוד שארגוני המנהל רשאים לקבוע הסדרים משניים (סקונדאריים) בלבד, במסגרת החוק"); "זמיר" חקיקה מינהלית: מחיר היעילות" משפטים ד (תשל"ב) 63, 70-73, (זמיר סובר, כי הכנסת חייבת למלא את התפקיד המרכזי שלה – קביעת העקרונות הכלליים בדרך של חוק, ואם היא לא עושה כן היא שומטת את האופי לבסיס הדמוקרטי של המשטר); א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית מורחבת תשנ"ז) 803-807 (רובינשטיין גורס, כי ראוי שהמחוקק הראשי יחוקק הסדרים ראשוניים, בעוד שמחוקק המשנה יסדיר רק הסדרים משניים, אך מצוין כי קביעת הסדרים ראשוניים על יד מחוקק המשנה אין בה, כשלעצמה, כדי לפגום בתקפות חקיקת המשנה, אם המחוקק הורה כן. אולם, ישנה חזקה פרשנית לפיה המחוקק לא התכוון להסמיך את מחוקק המשנה לקבוע הסדרים ראשוניים).

134 למעלותיה של חקיקת משנה, ראו: ב' ברכה משפט מינהלי (תשנ"ו) 81-83; "זמיר הסמכות המינהלית (תשנ"ו) 68-69; זמיר, לעיל הערה 133, בע' 63-65.

135 ביקורת מסוימת של הרשות המחוקקת על תקנות ההבראה התקיימה, לכאורה, בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת. ועדה זו דנה בתקנות המוצעות ואף אישרה אותן. ברם, עיון מהיר בפרוטוקול ישיבת הוועדה בה אושרו התקנות חושף את אוזלת היד של הפיקוח הפרלמנטרי. התקנות אושרו בוועדה פה אחד ... פיו של יושב-ראש הוועדה וחבר-הכנסת היחיד שנכח בדיון, אופיר פינס. ראו: הכנסת החמש-עשרה, מושב רביעי, פרוטוקול מס' 467 משיבת ועדת החוקה חוק ומשפט מיום א' בסיון התשס"ב (12.5.02), <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2002-05-12.html>. אכן, דומה כי אף ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת הפנימה את חוסר התקינות המשפטית של שילוב הוראות מהותיות אל דיני הבראת חברות באמצעות חקיקת-משנה. דבר זה בא לידי ביטוי בוועדת-המשנה לתיקוני חקיקה של חוק החברות. יושב-ראש ועדת המשנה, ח"כ רשף חן, הבהיר כי בכוונתם לתקן את סעיף 350 לחוק החברות, כך שיסמיך מפורשות את השר להתקין תקנות בענין "מינוי בעל תפקיד, הוראות בדבר שיפוי וביטוח לבעל תפקיד וקביעת סמכויותיו ע"י בית המשפט". ראו: הכנסת השש-עשרה, מושב שני, ועדת החוקה חוק ומשפט, פרוטוקול מס' 5 משיבת ועדת המשנה לענין הצעות חוק החברות (תיקון), התשס"ב-2002, מיום ג' טבת תשס"ד (28.12.03), בע' 30, <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/>

רצויים¹³⁶. הסדרים ראשוניים שהותקנו באמצעות חקיקת משנה ניתנים לפסילה על בסיס חוקתי¹³⁷. מבין ההוראות המהותיות בתקנות ההבראה שראוי היה כי תעוגנה בחקיקה ראשית אציין את העיקריות: ראשית, מסדירות תקנות ההבראה לראשונה את אשר החלו בו בתי-המשפט כתורה פסיקתית שבעל-פה, בקובען כי בית-המשפט מוסמך למנות בעל תפקיד לחברה שהוגשה לגביה בקשה להסדר או פשרה¹³⁸. בעל תפקיד זה ירכז את השליטה בחברה לתקופת מינויו¹³⁹. הוראה משפטית המנטרלת את תפקוד הנהלת

תקנות ההבראה. [.html/huka/2003-12-28.html](http://html/huka/2003-12-28.html) הסמכה כאמור, לכשתוחק, תהווה הסמכה בדיעבד להתקנת

136 ראו, להבדיל, יהודה ב"ר שמואל אבן שמואל ספר הכוזרי לר' יהודה הלוי (תשנ"ד) א. בעניין זה ראוי לזכור עוד, כי משנקבעו הוראות בחקיקת משנה, אף שינוין בעתיד יוכל להיעשות על-ידי מחוקק המשנה לבדו. נמצאת למד, כי משפעל מחוקק המשנה פעם אחת מחמת צורך השעה והשתהותו של המחוקק הראשי, סלל מחוקק המשנה באותו עניין "מסלול עוקף כנסת" לדורות. ראו בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב (5) 481, 528–529.

137 תקנה 14 לתקנות ההבראה.

139 תקנה 14(א)(1) לתקנות ההבראה. השוואה מעניינת קיימת בין הוראות תקנות ההבראה בעניין בעל-התפקיד לבין תפקיד מפרק חברה לפי הוראות פקודת החברות ותקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ושכרם), התשמ"א–1981, ק"ת 646 (להלן – "תקנות מינוי מפרקים ושכרם"). ראשית, בית-המשפט מוסמך למנות את בעל התפקיד על-פי בקשה כבר משעת הגשת הבקשה לפשרה או הסדר. בהבראת חברות, לבקשה זו תילוה בקשה לצו הקפאת הליכים. אולם, בעל תפקיד יכול להתמנות עוד בטרם צו הקפאת הליכים. דבר זה נובע, מן הסתם, מכך שבקשות להסדר או פשרה מוגשות, על-פי רוב, ביוזמת החברה. לפיכך, לדעת מחוקק המשנה, יש מקום להסיט את השליטה בחברה לידי תפקידן מקצועי כבר מאותה שעה. לעומת זאת בפירוק, בדרך-כלל לא מתמנה מפרק לחברה אלא משעה שהוצא צו פירוק (ראו סעיף 300(א), (ד) לפקודת החברות) (כחריג, רשאי בית-המשפט למנות מפרק זמני כבר משעת הגשת בקשת הפירוק. ראו סעיף 300(ב) לפקודת החברות). דחיית מועד מינוי המפרק למועד צו הפירוק נובעת מכך שבקשות פירוק מוגשות, על-פי רוב, על-ידי הנושים, בניגוד לדעתה של החברה. כל עוד לא השתכנע בית-המשפט כי אכן יש מקום לנהל הליכים קולקטיביים, אין כל הצדקה להחליף את הנהלת החברה במינוי תפקידן חיצוני. ברם, לדעתי, אף בהליכי פשרה או הסדר אין מקום למינוי תפקידן חיצוני מיד עם הגשת הבקשה לפשרה או הסדר. במקרים בהם מוגשת בקשה זו שלא בהקשר של הבראת חברות, כי אז אין מתנהל הליך ממושך, וחשוב מכך, אף לא מוחל הליך קולקטיבי. לפיכך, מינוי בעל תפקיד תחת הנהלת החברה כלל אינו נדרש. במקום שהבקשה מוגשת יחד עם בקשה לצו הקפאת הליכים, מן הראוי היה לקבוע בדומה לפירוק כי בעל תפקיד ימונה רק עם מתן צו הקפאת הליכים ולא מיד עם הגשת הבקשה לצו כאמור. אמנם, על-פי-רוב, החברה מגישה בקשות לצו הקפאת הליכים, אולם אף בקשות כאלה עלולות להיתקל בהתנגדות הנושים. לנוכח התנגדות כזו, ייתכן כי בית-המשפט כלל לא ייתן צו כאמור. ראו, לדוגמא, עניין אלטן, לעיל הערה 65. לפיכך, לדעתי, אין להקדים ולמנות בעל-תפקיד טרם ישוכנע בית-המשפט כי הגיעה השעה לפתוח בהליכים קולקטיביים. שנית, כשירות בעל התפקיד לפי תקנות ההבראה שונה מן הכשירות הנדרשת על-פי תקנות מינוי מפרקים ושכרם. בעוד שהתקנות האחרונות מחייבות מינוי עורך-דין או רואה-חשבון לתפקיד מפרק (תקנה 2(א)(1)), תקנות ההבראה אינן מגבילות את תנאי הכשירות להתמנות כבעל תפקיד לבעלי המקצועות האמורים בלבד. תחת זאת קובעת תקנה 14(א)(2) כי: "בית המשפט ימנה בעל תפקיד לאחר ששוכנע כי המועמד מתאים לתפקיד לאור כישוריו או ניסיונו בניכוש הסדרי

החברה, שמונתה לתפקידה באופן רצוני על-ידי המשקיעים, וממנה תחתיה באופן כופה בעל תפקיד חיצוני, איננה הוראה דיונית גרידא. זו הוראה הקובעת את זהות השולט בחברה. שאלת זהות השולט בהליכי הבראה היא שאלה כבדת משקל, הנתונה במחלוקת כבדה בין שיטות משפט שונות¹⁴⁰ ובאקדמיה המשפטית¹⁴¹. יש בה כדי להשליך במישרין על צביון ההבראה, על זכויות הנושים, כמו גם על מספר בקשות ההבראה שתוגשנה. מן ההכרח כי נושא כה מרכזי להליך הבראת חברות יוסדר בחקיקה ראשית של הכנסת. התמהמהות הכנסת בעניין זה מאכזבת ביותר. כשלעצמה, יש בהתמהמהות זו כדי לשמש משקל רלוונטי בייזום חקיקה על-ידי אחת מרשויות השלטון האחרות¹⁴². אולם, דומני, כי בהינתן החקיקה השיפוטית בעניין מינוי בעל תפקיד וקיטום

פשרה או הסדר". שלישי, שכרו של בעל-התפקיד אינו ככול להוראות תקנות מינוי מפרקים ושכרם. תקנה 14(ב) לתקנות ההבראה מתייחסת בפירוש לאפשרות כי סכום התשלום לבעל התפקיד יהיה שונה מן האמור בתקנות מינוי מפרקים ושכרם.

140 ראו לעיל הערות 93–94 והטקסט הנלווה להן.

141 ראו: D.A. Skeel, Jr. "An Evolutionary Theory of Corporate Law and Corporate Bankruptcy" 51 *Vand. L. Rev.* (1998) 1325; Skeel, Jr., Armour & Cheffins, *supra* note 18 (המחברים מסבירים את ההבדל בין השיטה האמריקאית, בה שולטת ההנהלה בהליך ההבראה, לבין שיטות משפט אחרות, בהן שולט בעל תפקיד ממונה, בשוני שהתפתח על רקע התפתחות אבולוציונית הן של תפיסות פוליטיות והן של מבנה שוקי ההון בארצות השונות). ראו עוד: D.G. Baird & R.K. Rasmussen "Control Rights, Priority Rights and the Conceptual Foundations of Corporate Reorganizations" 87 *Va. L. Rev.* (2001) 921 שאלת השליטה בהליך ההבראה כשאלה החשובה ביותר בתחום, בניגוד לדעה הרווחת לפיה שאלת סדר העדיפות בחלוקת המשאבים היא השאלה הקריטית). לביקורת חריפה על שליטת ההנהלה בחברה המצויה בהליכי הבראה לפי chapter 11 בארצות-הברית, ראו: Bradley & Rosenzweig, *supra* note 11. לגישה התומכת בשליטת ההנהלה בהבראת חברות ציבוריות, בהן הבעלות מבוזרת, אך הקוראת לשליטה משותפת של ההנהלה ובעל תפקיד ממונה בהבראת חברות בבעלות מרוכזת, ראו: D. Hahn "Concentrated Ownership and the Control of Corporate Reorganizations" 4 *J. Corp. L. Stud.* 117 (2004).

142 א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 286–287. ראו עוד בסוגיה זו, לאחרונה, רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, תקדין עליון 2003(2) 108 (להלן – "עניין א.ש.ת."). פסק-דין זה נדרש לשאלה האם יש מקום להתבסס, בדרך של פרשנות שיפוטית רחבה, על תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984, ק"ת 342, כבסיס סטטוטורי להגשת תובענות ייצוגיות או שיש צורך בחקיקה ראשית של הכנסת לשם כך. שופטי הרוב סברו, שאין להסתפק בתקנה ויש צורך בחוק ראשי. ראו בעיקר את פסקות 4–7 ו-9 לפסק דינה של השופטת ביניש, המנמקת את פסיקתם בכך שמבחינה היסטורית התקנה לא נועדה להנהגת תובענה ייצוגית, וחסרים בה התנאים החיוניים שקיימים בהוראות חוק ספציפיות בנוגע להגשת תובענות ייצוגיות בחוקים השונים. לדעתה, אין זה רצוי לקבוע את התנאים הנ"ל בדרך שיפוטית, אף שניתן לעשות כן, כאשר עלול הדבר לפגוע ביציבות ובביטחון המשפטי; כן ראו פסקות 2 ו-6 לפסק דינו של השופט אנגלרד, הסובר כי ההסדר צריך להיות באמצעות חקיקה ראשית, וכי אין לבית המשפט סמכות להשלים באמצעות חקיקה שיפוטית מה שהחסיור המחוקק הראשי ומחוקק המשנה). מנגד, ראו את פסקות 2 ו-4–8 לפסק דינו של הנשיא ברק, לפיו ניתן לפתח בדרך שיפוטית את עקרונות התובענה הייצוגית. הנשיא מציין – בניגוד לדעת השופט אנגלרד – כי ברוב המדינות בעולם מוסדר הנושא בחקיקה משנית, וכך אף ראוי,

של תזכיר הצעת-חוק בעניין שיקום חברות, אין בהתממהות זו כדי להצדיק חקיקת משנה¹⁴³. לא יהיה זה למותר לציין, על דרך ההשוואה, כי ההוראה המקבילה, המורה על מינוי מפרק אכן קבועה בחוק¹⁴⁴. שנית, תקנות ההבראה קובעות הוראות בעניין שיעורי החוב אותם זכאי לתבוע נושה בתביעת חוב. כך, קובעות תקנות ההבראה, כי שיעור החוב העודף על שווי בטוחה שמומשה על-ידי נושה ניתן לתביעה במסגרת תביעת חוב¹⁴⁵. בנוסף, קובעות תקנות ההבראה, כי תביעות החוב תשוערכנה לפי המועד המוקדם מבין יום הגשת הבקשה לפשרה או הסדר או יום בקשת צו הקפאת ההליכים¹⁴⁶. קציבת שיעורי התביעה המותרים משפיעה מהותית על שיעור החובות הכולל ועל פירעון החובות לפי סדר עדיפות הנושים. אף עניין מהותי זה ראוי היה לו למצוא את מקומו בחוק ולא בתקנה. שלישית, תקנות ההבראה מסדירות את הזכאות להצביע על ההסדר או הפשרה המוצעים. כך, שוללות תקנות ההבראה את זכות ההצבעה מנושה שלדעת בעל התפקיד חובו אינו ניתן לאומדן הוגן¹⁴⁷. בנוסף, קובעות תקנות ההבראה את אופן ההצבעה של נושה. באסיפת נושים זכאי נושה להצביע בעצמו, באמצעות שלוח או באמצעות מסירת כתב-הצבעה¹⁴⁸. להבנת התמיהה על כי עניין זה נקבע בתקנות די להפנות, על דרך ההשוואה, לחוק החברות גופו. חוק החברות קובע, כי בעל-מניה באסיפה כללית של החברה רשאי להצביע בעצמו או באמצעות שלוח¹⁴⁹, ובחברה ציבורית אף על-ידי

כיוון שמדובר בנושא של סדרי דין. על-ידי מתן פרשנות חדשה לתקנה מבצע בית המשפט את תפקידו הקלאסי, ומגשים את אחד מתפקידיו העיקריים, כאשר דווקא הימנעות מפיתוח פרשני תפגע בשלטון החוק.

143 על החקיקה השיפוטית בדבר מינוי נאמן לניהול הליכי ההבראה, ראו להלן פרק ד.2(א). ליתרון הנורמטיבי של חקיקה שיפוטית היוצקת תוכן לחוק הקפאת הליכים על-פני חקיקת משנה לביצועו, ראו ברק, לעיל הערה 142, בע' 163.

144 סעיף 300(א) לפקודת החברות. בדומה לכך, תנאי כשירות מפרק ושכרו מפורטים, אמנם, בתקנות מינוי מפרקים ושכרם, אך זאת לאור אצילת סמכות מפורשת בסעיפים 302(ב) ו-303(ב) לפקודת החברות, בהתאמה.

145 תקנה 19 לתקנות ההבראה.

146 תקנה 20 לתקנות ההבראה.

147 תקנה 24(ב) לתקנות ההבראה. לפי לשון התקנה, נשללת מנושה כאמור זכות ההצבעה דווקא. מכאן, כי זכותו להשתתף בחלוקת הנכסים נותרת בעינה. כך גם קובעת במפורש תקנה 24(ג) לתקנות ההבראה. נשאלת, אפוא, השאלה כיצד יש להתייחס לנושה זה. שהלא ממה נפשך: אם לא ניתן לאמור את חובו, על בסיס איזה שיעור חוב הוא ישתתף בחלוקת הנכסים לפי תכנית ההסדר או הפשרה? ואם תאמר כי סוף סוף ניתן לקצוב את שיעור חובו לצורך החלוקה, מדוע זה תיפקד השתתפותו של נושה זה מאסיפת הנושים המצביעה על החלוקה המוצעת בתכנית ההסדר או הפשרה?! לביקורת על היסוסם של בתי-המשפט להחיל את חוקת השיתוף על ההשתכרות העתידית של בן-זוג מחמת קשיי אומדן שיעור השתכרות זה, ראו ש' ליפשיץ על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של השיתוף הזוגי במשפט הישראלי (טרם פורסם, יראה אור בשנת תשס"ד).

148 תקנה 29(א) לתקנות ההבראה.

149 סעיף 83(ב) לחוק החברות. סעיף קטן זה מאפשר בחברה פרטית להתנות על אופן ההצבעה באמצעות קביעה נוגדת בתקנון החברה.

כתב-הצבעה¹⁵⁰. לאחר קביעת ההוראה המהותית, הותר החוק את אופן הפעלת מנגנון כתב-הצבעה לקביעה בתקנות¹⁵¹. זוהי חקיקה ראויה. רביעית, וזה כשל עיקרי בעיניי, קובעת תקנה 45(א) לתקנות ההבראה כי:

”בית המשפט, בבואו לקבוע את משך תקופת הקפאת ההליכים, ישקול, בין השאר, את התועלת שתצמח לחברה ממשך תקופת הקפאת ההליכים המבוקשת אל מול הפגיעה האפשרית בנושי החברה.”

סעיף 350(ב) לחוק החברות מגביל את הקפאת ההליכים שמוסמך בית-המשפט לצוות לתקופה שלא תעלה על תשעה חודשים¹⁵². לאחר שהמחוקק הראשי תחם ”טכנית” את תקופת הזמן של הקפאת ההליכים, משלים אותו מחוקק המשנה ותוחם מהותית את שיקול-הדעת השיפוטי בעניין תקופת הקפאת ההליכים. תקנה 45(א) לתקנות ההבראה מנחה את בית-המשפט מה הם השיקולים הענייניים אותם יש לשקול וביניהם יש לאזן במסגרת הבראת חברות. תקנה זו מורה כי שיקול הפגיעה בנושים יונח מצד אחד של המאזניים, ומן הצד השני יונח שיקול התועלת לחברה מהקפאת ההליכים. בהציבו את כל נושי החברה מזה ואת ”התועלת לחברה” מזה, קבע מחוקק המשנה כי על בית-המשפט לשקול את שיקול טובתן של קהילות נוספות הקשורות בחברה, לבד מן הנושים, בקיום הליכי ההבראה. זו קביעה ערכית מאין כמותה! קביעה זו מעצבת את גבולות הגזרה למכלול דיני הבראת חברות. בהוראה זו יש משום הנחלת הערכים המהותיים שעל בסיסם יתפתחו דיני הבראת החברות בישראל. דא עקא, השאלה מה הם הערכים השייכים למסגרת הבראת חברות נתונה במחלוקת משפטנים נוקבת. מחד גיסא, יש הגורסים, כי שיקולי טובת הנושים לבדם הם השייכים בחדלות-פירעון של חברה ואין להכיר כלל ועיקר בשיקולי התועלת לחברה¹⁵³. מאידך גיסא, אחרים גורסים, כי אל מול שיקולי טובת הנושים יש לשקול גם את שיקולי טובת החברה ועובדיה¹⁵⁴. כיצד,

150 סעיפים 83(א) ו-87(א) לחוק החברות.

151 סעיף 89 לחוק החברות. סעיף 377(1) לחוק החברות קובע, כי סעיפים 87–89 לחוק זה, העוסקים בהצבעת בעלי-מניות בחברה ציבורית באמצעות כתב-הצבעה, ייכנסו לתוקף רק לאחר פרסום התקנות לביצוען, ובמועד שייקבע באותן תקנות. נכון למועד חיבור מאמר זה טרם הותקנו תקנות כאמור. להשלכות ההצבעה באמצעות כתב-הצבעה על האפשרות להשתלט השתלטות עוינת על חברה ציבורית בישראל, ראו ש' חנס ”הצורך בהגנות משפטיות מפני השתלטות עוינת על חברות בישראל” עיוני משפט כו (תשס”ג) 819, 851–852.

152 להארכת צו הקפאת הליכים, חרף הוראת חוק זו, מעבר לתשעה חודשים, ראו: פש”ר (ת”א) 1361/02 בעניין תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע”מ (טרם פורסם) (פסק דין מיום 9/12/02); וכן פש”ר (ת”א) 1361/02 תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע”מ נ’ נושים שונים, דינים מחוזי לג(7) 435.

153 ראו: Baird, *supra* note 15. לדעות הגוררות כי הטובה היחידה שיש לשקול היא הוזלת עלויות האשראי *ex ante* ראו R.K. Rasmussen “Debtor’s; Alder, *supra* note 11, at pp. 322–323; Choice: A Menu Approach to Corporate Bankruptcy” 71 *Tex. L. Rev.* (1992) 51.

154 Warren & Korobkin, *supra* note 11.

אפוא, הרהיב מחוקק המשנה להכריע לבדו בסוגיה כה מהותית וטעונה ולא הותירה להכרעת הכנסת? נפלא הדבר ממני. אכן, ההוראה המקבילה בדיני החברות, ההוראה שכותרתה "תכלית החברה", לא הושארה כלאחר יד לחקיקת משנה, כי אם זכתה — כראוי לה — למקום של כבוד בשער הפתיחה של חוק החברות, בסעיף 11 בו¹⁵⁵.

ג. ההיבט החוקתי

חוק הקפאת הליכים נחקק בשנת תשנ"ה, שלוש שנים בלבד לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁵⁶. חוק היסוד הוביל את בית-המשפט העליון לבחון את החקיקה החדשה של שנות התשעים מנקודת המבט של העקרונות החוקתיים הגלומים בחוק היסוד האמור. בחינה של פסיקת בית-המשפט העליון בתחום דיני חייבים ונושים מלמדת על שניות מופלאה. כאשר נדרש בית-המשפט העליון לדיני ההוצאה-לפועל, הוביל בית-המשפט את המהפכה בתחום. לאור הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו פיתח בית-המשפט את עקרונות ההגנה על כבוד החייבים בהוצאה-לפועל, כמשקל מאזן לזכות הנושה-הזוכה לגבות את חובו הפסוק¹⁵⁷. המחוקק החרה-החזיק אחרי בית-המשפט ותיקן את חוק ההוצאה לפועל ברוח העקרונות שקבע בית-המשפט¹⁵⁸. לעומת זאת, כאשר נדרש בית-המשפט לתיקי חדלות-פירעון, הבליט הוא דווקא את זכויות הקניין של הנושים כערכים מוגנים לפי חוקי היסוד וביטא פחות את חשיבות ההגנה על החייבים, חברות כבני-אדם. את ההגנה על חייבים חדלי-פירעון ומתן אפשרות משפטית לארגון מחדש של חובותיהם הוביל דווקא המחוקק¹⁵⁹. בית-המשפט הטמיע את האיזון בין זכויות הנושים לבין ערך ההגנה על חייב חדל-פירעון וניסיון שיקומו רק בעקבות רפורמות מפורשות בחקיקה.

155 לניתוח פרשני של חוק החברות לאור סעיף 11 בו, ראו י' צ' שטרן "תכלית החברה העסקית — פרשנות והשפעות מעשיות" משפטים לב (תשס"ב) 327.

156 ס"ח 150.

157 ראו בג"צ 5304/92 פר"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת — עמותת נ' שר המשפטים, פ"ד מז(4) 715, פסקות 37-40; ד' בר-אופיר "בג"צ פר"ח ומה שאחריו" כבוד האדם וחירותו בדרכי ההוצאה לפועל: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית (מ' אלון עורך, מהדורה שנייה, תש"ס) 326, 351-357; רע"א 7208/93 וייסגלס נ' וייסגלס, פ"ד מח (4) 529, פסקות 11-13.

158 ראו חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 15), התשנ"ד-1994, ס"ח 284; חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 18), התשנ"ו-1996, ס"ח 88. ראו עוד להלן פרק ג.3.

159 החקיקה הבולטת בתחום זה בשנות התשעים היא, לפי הסדר הכרונולוגי: (א) חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון), התשנ"ג-1993, ס"ח 178 (להלן — "חוק גל"); (ב) חוק הקפאת הליכים; ו-(ג) פקודת פשיטת הרגל (תיקון מס' 3), תשנ"ו-1996, ס"ח 60. ראו על כך להלן פרק ג.3.

1. הרטוריקה השיפוטית בדיני ההוצאה-לפועל: כבוד החייב

דיני חייבים ונושים נחלקים, בעיניי, מהותית לפי קו-השבר הבא: דיני ההוצאה-לפועל נועדו להתמודד עם חייב שאיננו רוצה לשלם מרצונו הטוב את החוב הפסוק¹⁶⁰. לעומתם, דיני חדלות-פירעון נועדו להתמודד עם חייב שאיננו יכול לשלם את חובותיו¹⁶¹. מכאן נובע כי, על פניו, הצד הנפגע בתיק הוצאה-לפועל הוא הנושה, הנאלץ לכתת רגליו ולהוציא כספים על הליכי גבייה נגד חייב-סרבן שהפסיד לו בדין. לכאורה, המסקנה הנגזרת מהצבה מערכתית זו היא, כי דיני ההוצאה-לפועל יתמקדו בזכויות הנושה ויקדמו בכל מאורם את יכולת הגבייה האפקטיבית של נשיתו¹⁶². עם זאת, לאחר קבלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בכנסת, הוביל בית-המשפט העליון מהפכה בדיני ההוצאה-לפועל. מבשר המהפכה הוא ללא ספק בג"צ פר"ח¹⁶³. בפסק-דין זה פסל בית-המשפט העליון את הפרקטיקה של מאסר חייבים ללא הבאתם תחילה לפני בית-המשפט ועריכת חקירת יכולת להם¹⁶⁴. בפרשה זו הדגיש בית-המשפט, כי מוקד דיני ההוצאה-לפועל מוסט מאמצעי אכיפה המופעלים נגד החייב לאמצעי אכיפה המופעלים נגד רכושו¹⁶⁵. מאז, הוביל בית-המשפט קו עקבי, לפיו יש לאזן במסגרת דיני ההוצאה-לפועל בין התכלית לסייע לזוכה לגבות את חובו במהירות וביעילות, לבין התכלית הסוציאלית להגן על חייבים מפני גבייה אשר היא מעבר ליכולתם הכלכלית¹⁶⁶. בית-המשפט הבלויט בפסיקותיו את השפעתו הישירה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על פרשנות חוק ההוצאה לפועל. לאור זאת, פעל בית-המשפט לאיזון פגיעתם הרעה של אמצעי גבייה נוספים המנויים בחוק ההוצאה-לפועל ובחקיקת

160 השוו דברי המשנה לנשיא אלון בבג"צ פר"ח, לעיל הערה 157, בע' 754 ("המאסר על חוב [לפי דיני ההוצאה לפועל — ד' ה' לא ישמש בשום מקרה ואופן, בכל צורה שהיא, כאמצעי שיש בו משום הענשת החייב על אי תשלום החוב, אלא כאמצעי של כפיית החייב, שהוא בעל יכולת, שיש לו רכוש ואמצעים לתשלום החוב, אם כולו ואם לשיעורין, אך הוא מסתיר את רכושו ומבריחו" (ההדגשה שלי — ד' ה')).

161 במצב חדלות-פירעון, הדגש הוא על חוסר היכולת לשלם חובות, בלשון רבים, לנושים שונים. כאן נוצרת הבעיה הקיבוצית שדיני חדלות-פירעון נועדו לפתור. ראו לעיל הערה 77. לעומת זאת, התרחיש הבסיסי של דיני ההוצאה-לפועל הוא התמודדות פרטית בין נושה-זוכה מסוים לחייב.

162 אכן, נקודת-המוצא של דיני ההוצאה-לפועל היא כי יש לאכוף את זכותו של הנושה ולגבותה באורח יעיל מן החייב. ראו רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, תקדין עליון 2001(1)1440, בפסקה 22 (להלן — "עניין גמזו").

163 לעיל הערה 157.

164 לניתוח היסטורי מקיף של סוגיית מאסר החייבים במדינת ישראל, ראו ר' חריס "נפילתו ועלייתו של מאסר החייבים" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 439.

165 כלשונו הצורנית של המשנה לנשיא אלון בעניין פר"ח, לעיל הערה 157, בע' 721: "מטרתם של הליכי ההוצאה לפועל היא לממש את פסק דינו של בית המשפט על ידי ירידה לנכסי החייב, ולא על ידי ירידה לחייו של החייב" (ההדגשה במקור — ד' ה').

166 עניין גמזו, לעיל הערה 162, בפסקות 17-18.

המסים, לבד ממאסר החייבים. כך, למשל, פסק בית-המשפט כי יש לקרוא הגבלת זמן לתוך הוראת עיכוב היציאה מן הארץ הקבועה בסעיף 115(ב) לחוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975 (להלן – "חוק מס ערך מוסף")¹⁶⁷, לאור חוק היסוד. טעמו של בית-המשפט היה, כי אף שחוק מס-ערך-מוסף עצמו איננו קובע כל מגבלת זמן על צעד אכיפה זה, יש לקצוב את תקופת עיכוב היציאה "על מנת שמידת הפגיעה בזכותו היסודית של הנישום לא תהא למעלה מן הנדרש"¹⁶⁸. מדין קל וחומר פעל בית-המשפט לאור ההגנה על הרכוש בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ואיזן כנגד זכות הזוכה את ההגנה על נכסי צדדים שלישיים. לפיכך, שלל בית-המשפט את יכולת הזוכה להטיל עיקול על נכסים המוחזקים בידי צד שלישי כל עוד לא הוכיח הזוכה את קיום הנכסים בידי אותו צד שלישי. לפיכך, אפילו התעלם הצד השלישי מצו עיקול שנשלח אליו, אין לחייב את הצד השלישי בתשלום החוב הפסוק כל עוד לא עמד הזוכה בנטל ההוכחה אודות קיום הנכסים אצל הצד השלישי¹⁶⁹. את עמדתו הערכית של בית-המשפט העליון ביחס לפרשנות דיני ההוצאה-לפועל ביטא הנשיא ברק בעניין גמזו. בהציבו לצד התכליות המיוחדות של חוק ההוצאה-לפועל את התכליות הכלליות החלות על כל דברי החקיקה¹⁷⁰, קובע הנשיא כדלקמן:

"בצד שתי תכליות מיוחדות אלה עומדות שתי תכליות כלליות, התומכות בהן. תכליות אלה נגזרות מערכי היסוד של השיטה... הן מעוגנות, בין השאר, בחוקי היסוד בכלל ובחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בפרט... לצד התכלית המיוחדת שעניינה גבייה מהירה ויעילה של החוב מונחת התכלית הכללית שעניינה הגנה על הקניין. תכלית זו מעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא מתבטאת בהוראת חוק היסוד המגינה על הקניין (ראו סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). זכותו של זוכה על פי פסק דין היא חלק מקניינו. חוק היסוד מגן על זכות זו ומבקש לקיימה ולהגשימה. הוצאה לפועל מהירה ויעילה מגינה כראוי על זכות הקניין של הזוכה. הוצאה לפועל איטית או כזו שאינה מאפשרת הגשמת הפסק, פוגעת בקניינו של הזוכה... בצד התכלית המיוחדת שעניינה מניעת ירידה לחייו של החייב, מונחת התכלית הכללית שעניינה הגנה ושמירה על כבוד האדם והחירות של החייב... תכלית זו מעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כבודו של האדם כולל בחובו, כפי שראינו, הגנה על מינימום הקיום האנושי... אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם

167 ס"ח 52.

168 רע"א 4990/98 סדרס נ' מדינת ישראל, תקדין עליון 2000(4) 261, בפסקה 6.

169 רע"א 5222/93 גוש 1992 בנין בע"מ נ' חברה חלקה 168 בגוש 6181 בע"מ, תקדין עליון 94(2) 1458; רע"א 4083/00 קוטב חברה לסחר ושירותים בע"מ נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, תקדין עליון 2001(1) 1689.

170 על היחס בין התכליות המיוחדות של דבר חקיקה מסוים לבין התכליות הכלליות, ראו ברק, לעיל הערה 107, בע' 159-164.

נפגע; אדם הרעב ללחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים הוא אדם שכבודו כאדם נפגע"¹⁷¹.

כאמור, את המהפכה שהביאה לשקלול זכויות החייב במסגרת דיני ההוצאה-לפועל הוביל בית-המשפט העליון. אחריו צעד המחוקק. בתיקוני החקיקה של חוק ההוצאה-לפועל בשנות התשעים, יישמה הכנסת את העקרונות שהציב בית-המשפט העליון. מגמה זו באה לידי ביטוי בעיקר בחוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 15), התשנ"ד-1994¹⁷². תיקון זה בא בעקבות עניין פר"ח. תיקון מס' 15 קבע מסגרת חדשה, אשר נועדה להבטיח כי מאסר החייבים ישמש אך ורק למטרת אכיפה ולא למטרת ענישה. במסגרתו הוסמך ראש ההוצאה-לפועל לתת צו הפורס את תשלומי החוב על פני תקופה¹⁷³. בנוסף, קבע תיקון זה את המסגרת המשפטית החדשה שיוחדה ל"חייב מוגבל באמצעים"¹⁷⁴. ראש ההוצאה-לפועל יצווה על איחוד כל תיקי ההוצאה לפועל התלויים ועומדים נגד חייב מוגבל באמצעים¹⁷⁵, יקיים לגביו בדיקת יכולת וייתן צו תשלומים בהתאם ליכולת הכלכלית של אותו חייב¹⁷⁶. איחוד התיקים והגבייה המרוכזת כנגד אותו חייב אינה אלא ביטוי להליך קיבוצי כנגד חייב שאיננו יכול לפרוע¹⁷⁷. אף כי מקומו הגיאוגרפי של דין חייב מוגבל באמצעים הוא בחוק ההוצאה לפועל, מבחינה מהותית דין זה שייך למערכת דיני חדלות-הפירעון במובנה הרחב. כיום, מלא חוק ההוצאה-לפועל במנגנוני הגנה המסייעים לחייב לקיים את החוב הפסוק במסגרת יכולתו הכלכלית ומונעים בעד הזוכה מלנקוט אמצעי אכיפה הפוגעים בחירויות היסוד של החייב מעבר לנדרש¹⁷⁸.

- 171 עניין גמזו, לעיל הערה 162, בפסקות 19-20 (ההדגשות שלי - ד' ה').
- 172 לעיל הערה 158.
- 173 סעיף 7 לחוק ההוצאה לפועל.
- 174 פרק 1' לחוק ההוצאה לפועל. לפי סעיף 169ג(א) לחוק ההוצאה-לפועל, ראש ההוצאה לפועל מוסמך להכריז על חייב כ"חייב מוגבל באמצעים" אם החייב ביקש לפרוס את תשלום חובו לתקופה העולה על:
- (1) שנתיים — אם סכום החוב אינו עולה על 20,000 שקלים חדשים;
- (2) 3 שנים — אם סכום החוב עולה על 20,000 שקלים חדשים ואינו עולה על 100,000 שקלים חדשים;
- (3) 4 שנים — אם סכום החוב עולה על 100,000 שקלים חדשים.
- 175 סעיף 169 לחוק ההוצאה לפועל.
- 176 סעיף 169 לחוק ההוצאה לפועל.
- 177 ראו הצעת חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 14) (צווי הבאה וחייבים מוגבלים באמצעים), התשנ"ד-1994, ה"ח 292; תזכיר חוק ההוצאה לפועל (תיקון) — צווי הבאה וחייבים חסרי אמצעים), התשנ"ג-1993, הצעות תזכיר להצעות חוק, 85-87.
- 178 מצד שני, תיקוני חקיקה מאוחרים יותר, כגון חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 19), התשנ"ט-1999, ס"ח 138, באו לאזן את מנגנוני ההגנה האמורים, למען לא ישמשו פתח לחייב בעל יכולת לנצל לרעה את הדין ולחמוק מקיום החוב הפסוק. לסקירה מקיפה אודות פתחי-המילוט שאותם בא תיקון מספר 19 לסתום, ראו: בר-אופיר, לעיל הערה 157.

2. הרטוריקה השיפוטית בדיני חדלות-פירעון: זכות הקניין של הנושים

לנוכח ההגנה החוקתית שפרס בית-המשפט העליון על חייבים במקרה הקל, קרי בתיקי הוצאה-לפועל, סביר היה למצוא מהלך שיפוטי דומה בעוצמתו במקרה הקשה באמת, זה של החייבים שאינם יכולים לפרוע. אך ראו זה פלא, דווקא בתיקי חדלות-הפירעון של חייבים, נקט בית-המשפט העליון קו נוקשה של קידוש זכויות הנושים ללא כל איזון מניח את הדעת להגנת החייבים חסרי האמצעים. דוגמא מובהקת לכך היא הרטוריקה העקבית של בית-המשפט בדבר כיבוד זכותם הקניינית של הנושים והתייחסות לכל נגיסה בזכות, אם בדרך של העדפת נושה אחר על פניה¹⁷⁹, אם בדרך של דחיית מימוש הזכות, או אם בדרך של הפחתת שיעור הנשייה¹⁸⁰, כפגיעה בקניין המצריכה משנה זהירות מצד בית-המשפט בטרם ייתן ידו לכך. לטעמי, בכך ביטא בית-המשפט מדיניות בה "קניין הנושה" משמש נקודת-מוצא לתחום כולו. כך, למשל, בעניין תשלובת שטיחי כרמל הבהיר בית-המשפט, כי ללא הסכמת רוב מיוחס של הנושים המובטחים לא יוכל מממן חדש לזכות בעדיפות חלוקתית על פני נושים אלה, שכן נשיתם המובטחת היא קניין המוגן מפגיעה כערך יסודי¹⁸¹. ואולם, בית-המשפט איננו בוחן האם שיקולי חדלות-פירעון של החייב ומדיניות הבראה מצדיקים איזון מסוים, אשר בהכרח ינגוס משהו במוחלטות זכות הנשייה המובטחת¹⁸². בנוסף, כל עוד לא נקט המחוקק כל צעד לקידום הבראת חברות, נמנע בית-המשפט העליון מהובלת

179 ראו עניין תשלובת שטיחי כרמל, לעיל הערה 4.

180 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט (4) 221 (להלן – "עניין מגדל").

181 עניין תשלובת שטיחי כרמל, לעיל הערה 4, בפסקות 25–28. במקום אחר הבעתי את דעתי, כי יש לעקור את הדיון בנשייה המובטחת מן המישור החוקתי, ראו: האן, לעיל הערה 24.

182 לכך שכל איזון בהכרח פוגע בשלמות הזכות, ראו: בג"צ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל אביב-יפו, תקדין עליון 2002(2) 603, בפסקה 22 לפסק דינו של הנשיא ברק ("הקושי [הפרשני] מתעורר... שעה שקיימת התנגשות בין התכליות השונות. במצב דברים זה יש לאזן בין התכליות הנוגדות. איזון זה משקף את ההכרה כי התכליות השונות אינן מוחלטות... מאחורי המטאפורה של איזון עומדת התפיסה, כי ההכרעה צריכה להיות סבירה. משמעותה של הסבירות היא, שיש להתחשב בכל הערכים והעקרונות הרלוונטיים, ויש להעניק לכל אחד מהם את משקלו הראוי"); בג"צ 7144/01 גוש שלום עמותה רשומה נ' רשות השידור, פ"ד נו (2) 887, 890 ("... בדומה לחירויות אחרות, חופש הביטוי אינו ערך מוחלט... מקום שחופש הביטוי מתנגש בערכים אחרים אשר לחברה האינטרס להגן עליהם, יש לאזן בינו לבין הערכים המתחרים..."); ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גזש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, 890 ("רבים וטובים מדברים ... על איזון בין אינטרסים מנוגדים. איני משוכנע כי דימוי זה מתאר נכונה את ההליך השיפוטי שבו אנו חייבים, בסופו של יום, לדחות זכות אחת מעל פני זכות אחרת"); א' ענבר המשפט החוקתי בראי ההלכה הפסוקה (תשס"ב) 358–359, מסביר כי מטרת האיזון האנכי היא למזער ככל האפשר את הפגיעה בזכות אדם, גם כאשר האינטרס הציבורי גובר עליה, ואילו מטרת האיזון האופקי היא להפחית ככל האפשר את הפגיעה בשתי הזכויות המתנגשות, על-ידי ויתור הדדי המאפשר הגשמת השתיים כאחת, אם כי לא בהיקף מלא.

כל מהלך שיפוטי כאמור¹⁸³. כך, למשל, לפני שנת תשנ"ה נמנע בית-המשפט העליון מלהחיל על הליכי הסדר או פשרה את הדינים החלים בפירוק חברה. דיני הפירוק מאפשרים לבטל עסקות בין החברה לבין נושה מסוים שנערכו ערב הפירוק מדין העדפת נושים. ברם, בית-המשפט העליון הסתייג מהחלטה של בית-המשפט המחוזי אשר החילה דין זה אף בהסדר או פשרה לפי סעיף 233 לפקודת החברות¹⁸⁴. פסיקה זו פגעה ביכולת הפירעון הקיבוצית במסגרת הליכי פשרה או הסדר ויצרה לנושים תמריץ מלאכותי לבכר פירוק על הסדרי הבראה משיקולים אסטרטגיים לא ענייניים¹⁸⁵. ואם יטען הטוען, כי סבילותו השיפוטית של בית-המשפט נובעת מאופי האישיות המשפטית של החייב, רוצה לומר: בשונה מדיני ההוצאה-לפועל, בהם נדרש בית-המשפט להגן על חייב בשר-ודם, בהקשר של הבראת חברות בית-המשפט איננו נזעק להגן על זכויות חייב תאגידי, באשר אינו חשוף לפגיעה בחירויות ובכבוד כבן-אדם, אף אני אומר שתיים אלה: ראשית, ממה נפשך, אם חייבים תאגידיים אינם שייכים למסגרת ההגנה שפורס חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי אז אין מקום גם לנושים תאגידיים לחסות בצל חוק היסוד. סוף כל סוף, הנושים העיקריים בתיקי חדלות-הפירעון הם הבנקים המסחריים. ואם לפי פסיקת בית-המשפט העליון זכויות נושים אלה ראויות להגנת חוק היסוד וזכות בו¹⁸⁶, מדוע לא ישוקללו הזכויות המנויות בחוק היסוד גם להגנת החייבים התאגידיים? שנית, אפילו בהקשר של חייבים בשר-ודם חדלי-פירעון גילה בית-המשפט העליון סבילות שיפוטית לא אופיינית. במחצית הראשונה של שנות התשעים, הוציא בית-המשפט העליון מתחת ידיו שורת פסקי-דין אשר עסקו בשאלת זכאותו של חייב חדל-פירעון להיות מוכרז פושט-רגל על-פי בקשתו. בפסיקה זו אימץ בית-המשפט את "מבחן התועלת לנושים" כמבחן חד-ממדי וכמעט בלעדי לשם הכרעה אם להכריז על חייב חדל-פירעון פושט-רגל או לא¹⁸⁷. הבסיס הפורמאלי

183 אכן, כאשר כבר חוקקה הכנסת בתחום, בוחן בית-המשפט את הפגיעה בזכויות הנושים, שהיא כאמור נקודת המוצא לדיונו, לפי אמות המידה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. דוגמא לכך היא בחינת ההסדרים של התיקון לחוק גל על-ידי בית-המשפט בעניין מגדל.

184 רע"א 86/89 פריצקי נ' מפרקיה של גני אביב, הנדסה ובנין בע"מ, פ"ד מג(1) 424. אף כי לא קבע קביעה מפורשת בנושא, ציין בית-המשפט, באמרת-אגב, כי הפעלת הייחוס לאחור של העדפת נושים לתקופה של שלושה חודשים מיום מינוי הנאמן על הסדר הנושים (מועד אשר קדם ליום הגשת בקשת הפירוק) היא פרובלמטית כשלעצמה. לגופו של עניין, הפך בית-המשפט העליון את החלטת הערכאה הראשונה בקובעו כי לא הוכח שהנעבר של הכספים היה "נושה". בכך כשלו המפרקים לבסס את עילת "העדפת נושים".

185 על השלכת דין העדפת נושים על התנהגות הנושים ערב ההליך הקיבוצי, ראו האן, לעיל הערה 48, בע' 206–208.

186 ראו, למשל, עניין תשלובת שטיחי כרמל, לעיל הערה 4, פסקות 24–26; בג"צ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז(4) 702. ראו עוד: "בהט" ההגנה החוקתית על הקניין – הלכה למעשה" שערי משפט א (תשנ"ז) 15, 34–37.

187 ראו: עניין אבו שדיד, לעיל הערה 1, בע' 390 ("הליכי פשיטת-רגל מן הנכון שיינקטו, אם יש

לפסיקה זו נטוע היה בהוראות סעיפים 18 ו-55 לפקודת פשיטת-הרגל. לפי סעיף 18 (לפני תיקונו), היה על בית-המשפט לשקול את בקשת החייב ולצוות על פשיטת-הרגל אם "בשים לב להליכי ההוצאה לפועל שננקטו או שעדיין ניתן לנקוט נגד החייב, ובשים לב לשאר נסיבות העניין, הליכי פשיטת-הרגל הם הדרך הנאותה"¹⁸⁸. מכאן הסיק בית-המשפט, כי הליכי פשיטת-הרגל ראויים רק אם הם יביאו תועלת לנושים ויקדמו את פירעון חובותיהם¹⁸⁹. לסעיף 18 לפקודת פשיטת הרגל, שעסק בבקשת החייב, צירף בית-המשפט את מבחן התועלת לנושים שהופיע בסעיף 55(ב) לפקודת פשיטת הרגל, הגם שסעיף אחרון זה עסק בשיקולים של ביטול הכרזה על פשיטת-הרגל לאחר שהליך נפתח וכבר נמשך זמן מה. ברם, בפסיקה זו פירש בית-המשפט ביוכש את הוראת החוק תוך שהוא נמנע מלנקוט כל דרך של פרשנות ערכית אשר תאזן את מבחן

בהליכי ההוצאה לפועל שננקטו או שניתן לנקוט ובשאר נסיבות הענין כדי להצביע על כך שהליכי פשיטת הרגל הם הדרך הנאותה (סעיף 18 לפקודת פשיטת רגל [נוסח חדש]), תש"מ-1980). כאשר אין פשיטת הרגל אלא מסלול מעבר קצר — היינו בגדר דרך להשגת הפטר ללא מאמץ לתשלום חלקי — אין מעניקים לחייב זכות להימלט מחובותיו על-ידי הגשת בקשה לצו כינוס. במקרה כזה שומה על בית המשפט לתת דעתו להילטי מחובותיו על-ידי הגשת ושעדיין ניתן לנקוט בהם ... לאור רוחם ומגמתם של סעיפים 55(ב) ו-63 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], אין סיכוי להפטר אם אין סיכוי לתשלום כלשהו לנושים; ולצורך הפטר בלבד אין טעם בהכרזת פשיטת-הרגל" (ההדגשה הראשונה במקור, ההדגשה השנייה שלי — ד' ה'; ע"א 5752/91 חרזאן נ' כונס הנכסים הרשמי, תקדין עליון 93 (2) 1445, בפסקה 2 (בטרם דחיית הערעור של החייב, מתייחס בית-המשפט העליון להחלטת בית-המשפט המחוזי כדלקמן: "בית המשפט ציין, כי הוא ער להחמרת מצבו של חייב לאור תיקון מס' 12 מהתשנ"א-1991 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, ואולם אין בכך כדי לפתוח לרווחה בפני חייבים את דלתות פשיטת הרגל. על פי פקודת פשיטת הרגל (נוסח חדש), התש"ם-1980, ובמיוחד סעיפים 18 ו-55(ב) שלה, האינטרס של התועלת לנושים גובר על האינטרס של החייב המעוניין לפתוח דף חדש בחייו אחרי קבלת פשיטת רגל והפטר. לא נראה שיש להשתמש בהליכי פשיטת הרגל כמכשיר נוח למחיקת חובות של הנושים ולהגן בכל מחיר ובצורה בלתי מאוזנת על החייב"; ע"א 5877/92 שפיר נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד מז(4) 710, 712 ("הליכי פשיטת-הרגל לפי בקשת חייב לא יינקטו, כאשר על פני הדברים או בעיקרי הדברים כל מטרת החייב היא להינצל מתביעות נושיו ולמצוא מקלט מפניהם תחת כנפי פשיטת הרגל. מערכת עשיית הצדק, מהבחינה העקרונית והערכית, נוטה לראות אדם כמי שראוי להגנה מפני נושיו כל עוד מתקיים ההליך המשפטי ולא הוחלט בפסק הדין כי הוא אכן חייב לנושה סכום פלוני. בשלב הזה הכף נוטה לטובת הנתבע, שלא יינקטו נגדו הליכי גביה כל עוד התביעה הכספית תלויה ועומדת. אולם, משנפסק כי הנתבע חייב כספים לנושה-התובע, צריך בית המשפט להעמיד את הכלים העומדים לרשותו כדי לסייע בידי התובע לגבות את חובו, על מנת שפסק הדין לא יישאר בגדר נייר חסר ערך וחסר משמעות. לשם כך מופעלים הליכי ההוצאה לפועל על-פי דין, ורק בהתקיים נסיבות מיוחדות שתצדקנה זאת, יינקטו הליכי פשיטת-הרגל על פי בקשתו של החייב" (ההדגשות שלי — ד' ה').

188 הוראה זו של סעיף 18 לנוסח החדש [סעיף 7 לנוסח הישן של הפקודה — ד' ה'] הוכנסה לפקודה במסגרת החוק לתיקון פקודת פשיטת הרגל (מספר 6), תשל"ו-1976, ס"ח 280. תיקון זה בא כמענה לקלות הבלתי נסבלת בה היו מתקבלות בקשות חייבים למתן צווי כינוס נגדם. ראו דברי ההסבר להצעת החוק, ה"ח 280.

189 עניין שפיר, לעיל הערה 187.

תועלת הפירעון לנושים כנגד זכותו של החייב להשתחרר משעבוד החובות תחתיהם הוא רובץ ולפתוח דף חדש בחייו הכלכליים¹⁹⁰. כך יצא, שדווקא בשנות התשעים, שנות ההגנה על חירותו של אדם וכבודו, נותר החייב דל האמצעים, אשר לא היה עשיר דיו כדי ליהנות מן ההפטר בפשיטת-רגל, חשוף להליכי גבייה חוזרים ונשנים של נושיו בהוצאה-לפועל מבלי שתהיה לו כל הגנה משפטית שתשים קץ לצרותיו הכלכליות¹⁹¹. פסיקתו של בית-המשפט בחדלות-הפירעון של חייבים בשר-ודם מלמדת על סבילות שיפוטית, או, חמור מכך, על מדיניות משפטית חוקתית מוטה לצד הנושים. כאמור, השניות שבגישת בית-המשפט העליון לזכויות החייב בדיני ההוצאה-לפועל לעומת זכויותיו בדיני חדלות-הפירעון בלתי מובנת. הדברים קשים שבעתים בהבינונו כי

190 ביטוי חריג בפסיקת בית-המשפט העליון בעניין זה השמיע השופט כב"ע 4892/91 אשכנזי נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד מח(1) 45, 56 באומרו: "במסגרת שיקול דעתו על בית-המשפט לאזן בין האינטרס הלגיטימי של החייב לשמיטת חובות ולפתיחת פרק חדש בחייו, לבין האינטרס הלגיטימי של נושיו להיפער מנכסי החייב בסכומי נשייתם בו".

191 רגישות למצבו הבלתי-אפשרי של חייב חדל-פירעון לאור מגמת הפסיקה ופרשנותה לפקודת פשיטת-הרגל גילה המשנה לנשיא אלון בעניין פר"ח, לעיל הערה 157, בע' 725-726, באומרו: "טעם שלישי שבעטיו חייבים חסרי יכולת אינם פונים לעזרת המערכת המשפטית נעוץ בתיקון שנעשה בעת האחרונה בחוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 12), תשנ"א-1991. עד לחקיקת תיקון זה, חייב, שפעלו נגדו מספר זוכים, יכול היה לבקש שהתיקים המתנהלים נגדו בהוצאה לפועל יאוחדו, ואם בקשתו נענתה, קיבל ההליך אופי קולקטיבי, היינו, הזוכה היחיד לא יכול היה עוד לפעול באופן עצמאי לגביית החוב המגיע לו, אלא הגבייה נתבצעה במרוכז, כשכל זוכה מקבל תשלום לפי הערך היחסי של חובו ... עם התיקון, נקבע כתנאי לאיחוד התיקים של החייב, כי לחייב תהיה יכולת פירעון מסוימת. חייבים חסרי יכולת אינם עומדים בתנאי זה, ולפיכך הם אינם זכאים לאיחוד תיקים. חייבים אלו נתונים ללחץ מאסיבי של מספר זוכים, ולעתים עשויות לעמוד נגדם פקודות מאסר רבות בשל חובותיהם השונים, כשלא תמיד חקירת יכולת בתיק האחד תסייע להם בתיקים האחרים. תיקון החוק האמור יסודו בכך שדיני ההוצאה לפועל מטרתם גביית חובות: 'חייבים שהם חדלי פירעון, אין מקומם בהסדר איחוד התיקים בהוצאה לפועל כי אם במסגרת דיני פשיטת רגל. עניינם של יחידים שהם חדלי פירעון מטופל כעת בוועדה שהקים משרד המשפטים, העורכת בחינה מחודשת של דיני פשיטת רגל' (דברי ההסבר להצעת חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 11), תשנ"א-1991, בעמ' 224). דא עקא, שעברו שנתיים ימים, 'ובחינה מחודשת' זו טרם נעשתה, לא בדרך של חקיקה ולא בדרך של פסיקה... כתוצאה מכך, חייבים שהם חסרי כול אינם מוכרזים כפושטי-רגל, והם יוצאים, אפוא, קירחים מכאן ומכאן. בעניין זה נאמרו מפי השופט ח' כהן, בימים שבהם ניתן היה להכריז על חייב חסר-כול כפושט-רגל, הדברים הבאים: 'אילולא היו קיימים הליכי פשיטת-רגל, צריך היה להמציאם למטרה זו, להציל אסיר מידי אוסריו. אילולא מוצא יחיד זה הפתוח לפניו, אין לו לאחיך האביון אשר 'יכולתו' לשאת בתשלומים חדשיים נקבעה סופית בצו היושב-ראש, דרך אחרת להימלט ממאסר'... כיום הזה, משתוקנו דיני ההוצאה לפועל ולא שונו דיני פשיטת הרגל, אם בחקיקה ואם בדרך הפסיקה, לא ניתן להכריז על חייב שהוא חסר-כול כפושט-רגל, ולא ניתן 'להציל אסיר מידי אוסריו' (ההדגשה שלי - ד' ה'). עם זאת, כיוון שפסק-דין זה עסק במאסר חייבים לפי דיני ההוצאה-לפועל, לא הרים בית-המשפט אף כאן את הכפפה ולא פרץ דרך להגנת חייבים חדלי-פירעון במסגרת דיני פשיטת-הרגל.

חדלות-הפירעון היא המצב של חייב שאיננו יכול לפרוע. הלא כרי לכל כרי-כריב כי דוקא אז ראוי החייב להגנה מיוחדת מפני הנושים.

3. המהפכה בחקיקה: מערך חקיקה שיקומית

לנוכח הסבילות השיפוטית באשר לעניינם של חייבים חדלי-פירעון, זאת הפעם יזם המחוקק שינויים שנשאו בחובם בשורה לחדלי-הפירעון. שלושה חוקים מרכזיים הועברו בכנסת בשנות התשעים, אשר המכנה המשותף שלהם הוא קידום אפשרות של שיקום חייבים חדלי-פירעון. כל אחד מן החוקים עסק בחייב בעל מאפיינים שונים. מבחינה כרונולוגית, הראשון שבחוקים אלה הוא חוק גל משנת תשנ"ב¹⁹². חוק זה הועבר בכנסת לשם העמדת כלים אשר יאפשרו למשקים חקלאיים משפחתיים להיחלץ מן המשבר הכלכלי שפקד את החקלאות בישראל. עיקר הוראות החוק הוא בריכוז תביעות החוב כלפי משק חקלאי אצל תפקידן ממונה, קביעת שיעורי החוב המוכרים על-פי דין ומחיקת חלק מן החובות¹⁹³. באמצעות ההקלה הפיננסית ביקש המחוקק לסייע בידי המשקים החקלאיים הקטנים להוסיף ולקיים את משלח ידם החקלאי, תחת סגירתו הסופית של המשק וחיסול התוצר החקלאי שהניב¹⁹⁴. אף כי רבה הייתה הביקורת שהוטחה על מחיקת החובות שבחוק גל¹⁹⁵, הביין בית-המשפט כי הדבר נדרש כדי להגשים את המדיניות של הצלת ענף החקלאות בישראל. לפיכך, אושרו הוראותיו גם לנוכח המתקפה החוקתית עליהן¹⁹⁶. השני בסדרת החוקים האמורה הוא חוק הקפאת הליכים משנת תשנ"ה, מושא מאמר זה. כאמור, חוק זה בא להניע את הליך ההבראה של חייבים תאגידיים, אף כי רחוק הוא מלהיות חזות ההליך

192 ראו חוק גל, לעיל הערה 159.

193 שם, בסעיפים 9, 11-12, 15-26.

194 ה"פ (ח"י) 982/95 החברה לנאמנות של בנק אגוד בע"מ נ' בית חנניה — מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, תקדין מחוזי 98(3) 1393, בפסקה 11; ה"פ (י"ם) 225/95 בנק ירושלים נ' מושב צלפון (טרם פורסם) (מובא בת"ח 8/21 צימרמן נ' בנק הפועלים בע"מ, תקדין גל 98(2) 1, בפסקה 23); ת"ח 8/18/9/50 יואב שוב נ' בנק הפועלים בע"מ, תקדין גל 95(3) 42, פסקאות 6-7; ת"א (ת"א) 1202/91 בארותיים מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, תקדין מחוזי 92(3) 992; א' גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט (תשנ"ח) כא 405, 415-416; י' דותן "המעמד החוקתי של זכות הקניין" משפטים כח (תשנ"ז) 535, 552-556.

195 ראו דברי השופט ש' לויין ברע"א 3466/92 ארטרכט נ' זלבסקי, פ"ד מז(2) 573, 577: "הוראות החוק הן מרחיקות לכת וללא ספק פוגעות הן בדיעבד בזכויות קניין של הנושים הבאים בגדרו..." להשפעות חקיקת חוק גל על הבנקים ראו כתבתה של ד' צוקר ב"גלובס" לפיה מאז חוק גל הבנקים ממעטים לתת אשראי למגזר החקלאי (כתבה מיום 21/4/03), נמצא ב: <http://www.globes.co.il/serve>. ראו גם: א' פוזנר "חוק גל כמשל — ההגנה על זכות הקניין" משפטים כח (תשנ"ז) 581, 590-596.

196 עניין מגדל, לעיל הערה 180.

כולו. עם זאת, השלכותיו של החוק והשפעתו על אפשרויות ההבראה של חברות בישראל הנן נרחבות. חוק הקפאת הליכים בהחלט חולל מהפכה שקטה ביחס לחברות חדלות-פירעון בישראל¹⁹⁷. סמוך לאחריו, הושלמה בכנסת הצלע השלישית במשולש החקיקה. בשנת תשנ"ו התקבל תיקון מספר 3 לפקודת פשיטת-הרגל¹⁹⁸. תיקון זה נדרש לעוול הגדול שנגרם לחייבים חדלי-פירעון אשר הידרדרו כלכלית באורח חמור במיוחד. כזכור, פקודת פשיטת-הרגל, כפי שעוגנה בפסיקת בית-המשפט העליון, חסמה בעד חייבים את שערי פשיטת-הרגל כאשר מצבם הכלכלי לימד כי הנושים לא יפיקו כל תועלת מן ההליך הקיבוצי. כאשר קופתם של חייבים הייתה ריקה לגמרי, נמנע מהם הליך פשיטת-הרגל. כתוצאה מכך, נותרו חייבים אלה חשופים לנושיהם בלשכות ההוצאה-לפועל. הנושים יכולים היו להוסיף ולהפעיל נגדם אמצעי אכיפה ומושיע אין לחייבים אלה. כגלדיאטור המושלך לגוב החיות הטורפות ומוצא אין לו בלתי אם להוסיף ולהילחם עד תש כוחו, כך הלכו חייבים אלה מדחי אל דחי. תיקון מספר 3 נחלץ לעזרתם. תיקון זה חולל מהפך מחשבתי בדיני פשיטת-הרגל, ברוח העקרונות ודפוסי החשיבה של חוק היסוד. המחוקק ביטל את מבחן התועלת לנושים כמבחן בלעדי להצדקת פתיחת הליך פשיטת-רגל על-פי בקשת חייב. תחת זאת קבע המחוקק שתי הוראות מרכזיות, אשר אינן אלא שני פנים משלימים של התפיסה המודרנית: מחד גיסא, תחת סעיף 18 הישן, קובע עתה סעיף 18(א)(3) לפקודת פשיטת הרגל, כי בית-המשפט מוסמך לקבוע כי מיד לאחר ההכרזה על החייב כפושט-רגל "ייתן לו הפטר לאלתר, מהטעם שאין בניהול הליכי פשיטת רגל כדי להביא תועלת לנושים". שנית, סעיף 55(ב) לפקודת פשיטת הרגל תוקן וכיום קובע כי הכרזה על פשיטת-הרגל תבוטל אם נוכח בית-המשפט כי החייב ניצל לרעה את הליכי פשיטת הרגל. סעיפים אלה זונחים את מבחן התועלת לנושים כאמת-המידה הבלעדית להכרזה על פשיטת-רגל. תחת זאת, שילב המחוקק בהוראות אלה אל תוך מערכת השיקולים הערכיים את הגנת החייב חדל-הפירעון. לפיכך, חייב מחוסר-כל, פשוטו כמשמעו, יכול בהחלט להיכנס בעד שערי פשיטת-רגל ולזכות בהפטר המיוחד. כך יוכל לפתוח דף חדש בחייו. לא זאת אף זאת: מבחן (היעדר) התועלת לנושים, אשר בעבר שימש כחסם בפני החייב, מעבירו היישר אל נקודת הסיום של ההליכים, ההפטר. כלומר, בהעדר תועלת לנושים, החייב אינו מושלך עוד מפשיטת-הרגל, אלא להפך: עניינו הוא היחיד הזוכה למענה מצד הדין! מאידך גיסא, האיזון בא בצורה של הגנה על הנושים מפני חייבים ציניקנים המבקשים לנצל את הליכי פשיטת הרגל לרעה לשם משיכת זמן ללא כל שיתוף פעולה אמיתי עם הנושים ובית-המשפט¹⁹⁹.

197 לניתוח מקיף של השלכות חוק הקפאת הליכים, ראו לעיל פרק ב. להשפעת החוק על דפוסי החשיבה של בית-המשפט, ראו להלן פרק ד.

198 ראו תיקון מס' 3 לפקודת פשיטת הרגל, לעיל הערה 159.

199 כדי לסייע לבית-המשפט לבחון אם אין בבקשת פשיטת הרגל של החייב משום כסות לניסיון לניצול לרעה של ההליך, הוסיף תיקון מס' 3 לפקודת פשיטת הרגל חובת גילוי וויתור על סודיות

לנגד עינינו מתבהרת, אפוא, תמונה מעניינת של זרמים הפוכים בהתפתחות דיני חייבים ונושים בישראל בשנות התשעים של המאה העשרים, שנות מיסוד זכויות הפרט לאור חוקי היסוד. בתיקי הוצאה-לפועל, הוביל בית-המשפט העליון מהלך של שינוי ערכי בהתמודדות שבין החייב ונושהו. מדין שמעייניו נתונים ראשם ורובם לביצוע פסק-הדין ופירעון לנושה, הפכו דיני ההוצאה-לפועל לדין מאוזן יותר, המשקלל אף את שיקולי כבוד החייב וחירויותיו. מהלך זה של הפסיקה נתמך בהמשך גם בשינויי החקיקה אשר יישמו בחוק ההוצאה לפועל את אותם עקרונות שקבע בית-המשפט. לעומת זאת, בהתמודדות בין חייבים חדלי-פירעון לנושיהם לא נשמע ברמה קולה של הפסיקה. דינים אלה נותרו מוטים יתר על המידה לטובת הנושים מבלי שהוצבו לעומתם מנגנוני איזון אשר יבטאו את ההגנה על החייבים. בית-המשפט יישם בתיקי חדלות-הפירעון מדיניות של אכיפת חיובים מבלי לשקול לעומק מדיניות של שמיטת חובות או פריסתם. המהפך בתחום זה נולד דווקא אצל המחוקק, אשר בשלושה חוקים הטמיע את מדיניות שיקום החייבים כשיקול מאזן לשיקולי השאת הערך לנושים. להלן נראה, כי משאמר המחוקק את דברו, אכן יושם השינוי המחשבתי בפסיקה החדשה.

ד. הפסיקה

1. בית-המשפט העליון

פסיקת בית-המשפט העליון בתחום חדלות פירעון בכלל ובתחום הבראת חברות בפרט איננה עשירה²⁰⁰. עם זאת, מספר ערעורים שנידונו בבית-המשפט העליון שפכו אור על התייחסותו לתחום ועל מסכת השיקולים שמזינה את קבלת ההחלטות השיפוטיות

מצד החייב, במשולב עם שורה של אמצעי-עזר מנהליים. כך, דורש כיום סעיף 17(א)(3) לפקודת פשיטת הרגל, כי חייב יצרף לבקשת פשיטת רגל גם הרשאה בכתב לכונס הרשמי, ובה הסכמתו למסירת מידע או מסמכים לכונס הרשמי או למי שהוסמך על-ידי ביחס לנכסיו, הכנסותיו והוצאותיו, חשבונות הבנק שלו, וכל מידע נוסף ביחס למצבו הכלכלי. סעיפים 18 ג ו-18 ד מסמיכים את הכונס הרשמי לערוך לחייב חקירה מקיפה בדבר מצבו הכלכלי של החייב ולסכם את ממצאיו בחוות-דעת שתוגש לבית-המשפט. את החלטתו אם לבטל את ההכרזה על פשיטת הרגל בשל ניצול לרעה של ההליך על-ידי החייב יסמוך בית-המשפט, במידה לא מבוטלת, על מידת שיתוף הפעולה של החייב עם הכונס הרשמי בחקירה ועל חוות-הדעת של הכונס הרשמי. ראו סעיף 18 ג) לפקודת פשיטת הרגל. איזון נוסף שערך המחוקק לטובת הנושים בתיקון מס' 3 הוא העלאת סכום החובות המינימאלי הקבוע בסעיף 17(א)(1) לפקודת פשיטת הרגל כתנאי זכאות לחייב המבקש פשיטת רגל מאלף שקלים (1,000 ש"ח) לעשרת אלפים שקלים (10,000 ש"ח).

200 לניתוח הסבילות השיפוטיות בדיני החברות הכלליים גם בעשורים קודמים, ראו י' צ' שטרן "אנטומיה של פסיביות שיפוטית בדיני חברות – קוצר הנורמה הפוזיטיבית" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 811.

בעניין זה. בין השנים תשנ"ה לתשס"ב, התקופה מושא מאמר זה, ניתנו בבית-המשפט העליון החלטות בעלות משמעות בתחום הבראת החברות בעניינן של תשלובת שטיחי כרמל²⁰¹, קבוצת אספלט²⁰² ודיור לעולה²⁰³. ההחלטות בעניינן של קבוצת אספלט ודיור לעולה מלמדות על תפנית בגישתו של בית-המשפט העליון לתחום הבראת החברות. מהתייחסות חד-ממדית, הבוחנת את זכויות הנושים כחזות בלעדית אין, עובר בית-המשפט בהדרגה לבחינה מורכבת יותר של התחום, תוך הבנה כי אינטרס הנושים מזה ואינטרס החייב מזה יעומתו, ישוקללו ויאוזנו לצורך פסיקת הדין. בעניין דיור לעולה נקט בית-המשפט צעד משמעותי, כאשר קירב עד למאוד את דיני הבראת החברות לדיני הפירוק. פסיקה זו מיסדה והשרישה סופית בישראל את המהפכה שהחלה עם חקיקת חוק הקפאת הליכים.

(א) מימון הליכי הבראה: מתשלובת שטיחי כרמל ועד קבוצת אספלט אחד הצרכים הדחופים מכל של חברה הנקלעת להליכי הבראה הוא מימון. מלכתחילה, קשיים כספיים, ובעיקר מחסור במזומנים, דוחקים חברה לנקוט הליכי הבראה. אכן, ללא מימון חדש לא יקומו מרבית החברות. צורך זה מוליד את הדילמה המשפטית הבאה: מחד גיסא, מימון חדש יכול להינתן לפי כללי המשחק הרגילים, כלומר: החברה תפנה למלווים אפשריים והללו יבחנו האם לנוכח תזרים המזומנים הצפוי של החברה היא צפויה לעמוד בפירעון ההלוואה במועדים שייקבעו. בנוסף, יתמחרו המלווים את הסיכון הכרוך בהעמדת ההלוואה ויבקשו ביטחונות למזעור הסיכונים. הלוואה זו תהיה ככל הלוואה אחרת, ואם ההבראה לא תצליח ידורג החוב הנובע מהלוואה זו לפי סדרי העדיפות הנוהגים בין נושים בחדלות-פירעון. דא עקא, מנקודת מבט לכתחילית, מעטים יהיו הגורמים המוכנים להתקשר עם חברה המצויה ממילא בקשיים פיננסיים לפי כללי משחק רגילים אלה. כאמור, מממן חדש שוקל, לצד שיקולי הרווח, את הסתברות הסיכון שבכישלון מאמצי ההבראה. מבחינתו, הוא אמור להתמודד בסדרי העדיפות מול כל הנושים של החברה אשר כבר מצויים שם עובר לכניסתה להבראה. לא יקשה לשער את האפקט המצנן שיש לרשימת הנושים המתארכת, הכוללת על-פירוב נושים מובטחים אשר להם שועבדו כבר כל נכסי החברה, על המממן האפשרי. מדיניות משפטית המבקשת לעודד ניסיונות הבראה נאלצת, אפוא, לשקול יצירת חריגי עדיפות אשר יכירו בככורת מממני ההבראה על-פני הנושים הקודמים. ההתלבטות איזה נושה להעדיף הנושה המוקדם או הנושה המאוחר, משקפת, אפוא, עימות בין השיקול הערכי של כיבוד זכויות הנושים מזה

201 עניין תשלובת שטיחי כרמל, לעיל הערה 4.

202 עניין קבוצת אספלט, לעיל הערה 37.

203 עניין דיור לעולה, לעיל הערה 66.

(העדפת הנושה המוקדם) לבין השיקול הערכי של עידוד ניסיונות שיקום של חברות בקשיים טרם גדיעתן הסופית, מזה.

התלבטות זו באה לידי ביטוי בעניין תשלובת שטיחי כרמל וקבוצת אספלט. בשתי הפרשיות נדון עניין של חברות שניסיון ההבראה שלהן כשל²⁰⁴. משכשל הניסיון, נחשפו הגורמים שהתקשרו עם החברה במסגרת הפעלתה במהלך ניסיון ההבראה לתחרות עדיפות מול הנושים המובטחים מתקופת טרום-ההבראה²⁰⁵. בעניין תשלובת שטיחי כרמל, היה זה הבנק לפיתוח התעשייה, אשר מימן את ניסיונות ההבראה של התשלובת, ואשר התחרה על העדיפות מול בנקים אחרים, בעלי שעבודים להבטחת חובות מתקופת טרום-ההבראה. בעניין קבוצת אספלט, היו אלה חברות קבלניות אשר ביצעו עבור קבוצת אספלט עבודות בקבלנות משנה במתחם המושבה הגרמנית בחיפה, אשר התחרו מול בנק לאומי, שהיה מובטח בשעבוד צף על כל נכסי הקבוצה להבטחת חובות מתקופת טרום-ההבראה.

בטרם נחקק חוק הקפאת הליכים, ביטא בית-המשפט העליון את גישתו לתחרות העדיפות האמורה בעניין תשלובת שטיחי כרמל באופן הבא: ראשית, הציב בית-המשפט את התכלית העומדת מאחורי הליכי שיקום. לשיטתו, תכלית זו נועדה לסייע, בראש ובראשונה לנושים, ובתוכם בעיקר לנושים המובטחים²⁰⁶. אמנם, בפסקה בה מתייחס בית-המשפט לערכים המשקללים במסגרת הליכי הבראה נזכר שהשיקום נועד גם לטובת החברה, אולם דבר זה נאמר בחצי משפט, ללא בחינה עצמאית לגופו של עניין²⁰⁷. ניכר בפסיקתו של בית-המשפט, כי אינטרס ההגנה על זכות הנושים המובטחים הוא — וכמעט שאומר (חרף הרטוריקה "המאזנת ערכים") הוא ואין בלתו — הניצב לנגד עיניו. כפי שהמשיך בית-המשפט וציין, נקודת המוצא לשקילת הערכים

204 בשני המקרים כשלו הניסיונות עוד לפני שאושר הסדר נושים. אכן, זהו המקרה השכיח יותר של הבראות שכשלו. למקרה פחות שכיח, בו כשלה ההבראה בשלב ביצוע תכנית הבראה שכבר אושרה, ראו: עניין תבור תעשיות שיש, לעיל הערה 22.

205 להבחנה בין תקופת טרום-ההבראה, תקופת ההבראה ותקופת בתר-ההבראה, ראו לעיל הערה 49.

206 כלשון בית-המשפט בעניין תשלובת שטיחי כרמל, לעיל הערה 4, בע' 695: "התכלית העומדת מאחורי ההליך היא להושיע את הנושים ככל האפשר, ועל אחת כמה וכמה את הנושים המובטחים. אולם, היא זה משגה, בהרבה מן המקרים, לממש את רכוש החברה ומשאביה כשהם חדלי מעש, מוקפאים ומאבדים כל ערך. ראוי ככל שניתן, לטובת הנושים ולטובת החברה שבמשבר, להקדים ולעשות מאמץ לשקם את החברה ולהבריאה ככל שרק ניתן, ולמצער, לקדם את הליך הפירוק והחיסול שעה שהעסק חי ופעיל".

207 היעדר בחינה ערכית של הסיסמה "טובת החברה" בולט במיוחד במבנה פסק-הדין. בעוד שזכות הנשייה המובטחת, משמעותה, חבילת הזכויות שהיא אוצרת בתוכה ועצמתה החוקתית, זוכות לתת-פרק עצמאי בן 6 פסקות בפסק-הדין (פסקות 29–24) תוך הבאת אסמכתאות לרוב לביסוס מעמד זכות זו, אין כל פסקה, ודאי לא תת-פרק, המנתח את שיקולי טובת החברה, להבדיל מטובת הנושים (ובפרט הנושים המובטחים). כל שיש הוא אותה אמירה בחצי-משפט בציטוט המובא שם, בהערה 206. אמנם, בפסקות 22 ו-23 לפסק-הדין מצטט בית-המשפט מתוך אסמכתאות שנועדו להצביע על העדפת ניסיון הפעלה של חברה בטרם חיסולה, אולם התכלית העומדת ביסוד מדיניות זו אינה מבוטאת בפסקות אלה.

היא כי לנושים מובטחים יש זכות קניינית מוגנת. זו עמדה ערכית²⁰⁸. עמדה ערכית זו משמשת לא רק כנקודת-המוצא, אלא גם כתחנת הסיום של שיקול-הדעת השיפוטי של בית-המשפט. בית-המשפט קבע, הלכה למעשה, כי בעניין תחרות העדיפות בין המממן החדש לנושים מובטחים מתקופת טרום-ההבראה יועדפו הנושים המובטחים המוקדמים, אלא אם כן הסכימו נושים אלה להכפפת עדיפותם לזו של המממן החדש²⁰⁹. אין כאן כל איזון אשר מביא לידי ביטוי ערך מתנגש, קרי: טובת קהלים אחרים בחברה. ההנמקה מושתתת כל כולה על הזכות הקניינית הגלומה בנשייה המובטחת²¹⁰. לפיכך, בהיעדר הסכמה מצד הנושים המוקדמים לא ניתן בכל דרך שהיא להשיג מימון להליכי הבראה המתבססים על נכסי החברה המשועבדים²¹¹. במרבית החברות, דבר זה חוסם את המממן החדש מנגישות לכל נכס שהוא של החברה, באשר כל נכסי החברה משועבדים לנושים בנקאיים קודמים בשעבוד צף.

208 מ' ד' בירנהק "הנרסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט (תשס"ג) 591, 598-601, 610-611 (הבחירה) (הלכאורה טכנית) בנוסחה מסוימת משפיעה על התוצאה אליה יגיע בית-המשפט).

209 עניין תשלובת שטיחי כרמל, לעיל הערה 4, בפסקות 27-28. אם להיות נאמנים לפסיקתו של בית-המשפט, הרי שעדיפות הנושים המובטחים מוגבלת לשווי הפירוק של בטוחותיהם (קרי: השווי שהיה מתקבל במכירה כפויה של הנכסים במסגרת חיסול העסק), בעוד שבשווי השיקום, או שווי העסקה-החי, ייהנה המממן החדש מעדיפות עליהם. ראו שם, שם. ואולם, במקום אחר כבר הראיתי, כי לאמתו של דבר, לא ניתן לפרש את פסיקתו של בית-המשפט ביישום מעשי, אלא על דרך שכוונתו האמיתית היא לקבוע עדיפות מוחלטת של הנושים המוקדמים על פני המממן החדש. ראו: האן, לעיל הערה 20, בע' 289-290.

210 אישית, אני תומך בתוצאת פסק-הדין, אולם לא מטעמי של בית-המשפט. לשיטתי, לשיח החוקתי אין מקום של ממש בהקשר של זכויות נשייה מובטחת. ראו על כך האן, לעיל הערה 24. בעיניי, הטעם העיקרי להעדפת הנושים המוקדמים הוא, שמהות השעבוד היא מתן עדיפות ביחס לשווי הנכס כפונקציה של השימוש בנכס בידי החברה הלווה. תכונת העדיפות, לא בנכס שבעין, כי אם בשוויו, היא לבה של זכות השעבוד. המממן החדש לא ינגוס, אפוא, בעדיפות זו. עדיפות של המממן החדש בנכסים שכבר משועבדים לנושים המוקדמים עלולה לעוות את תמריצי המממנים ולנתבם לממן הליכי הבראה חרף הערכתם האובייקטיבית כי לא נותר כל שווי עסק-חי בחברה זו. ראו האן, לעיל הערה 20, בע' 292-294.

211 ראו עניין תשלובת שטיחי כרמל, לעיל הערה 4, בע' 698 ("הכלל הוא שאין לפגוע בזכותו הקניינית של הנושה המובטח אלא בהסכמתו המפורשת, וטעמים טובים לכך גם במישור הזכות החוקתית וגם במישור השיקולים הפרגמטיים המתבקשים"), ובע' 699-700 ("אפשר לשקול, במקרה מתאים, פגיעה בזכותו הקניינית של הנושה המובטח, כחלק מגיוס אשראי חדש לחברה המשתקמת, בהתקיים אחד מהמצבים הבאים: (1) הנושים המובטחים נתנו הסכמתם לכך במפורש; (2) אם לא ניתנה הסכמתם, צריך שהמתנגדים יהיו מיעוט מבוטל (פחות מ-25% מהערך המיוצג בהצבעה), והמשך שיתוף הפעולה מטעמם חיוני להמשך הליכי השיקום כולל גיוס האשראי; כמו כן הוענקה 'הגנה הולמת' לזכותם המובטחת"). החרג השני שקובע בית-המשפט אף הוא חריג הדורש את הסכמת הנושים המובטחים המוקדמים לעדיפות המממן. חריג זה בא להתמודד עם מצב של חילוקי דעות פנימיים בין הנושים המובטחים המוקדמים ולהחיל עליהם כלל הכרעה של רוב מיוחס, אשר יהיה בכוחו לחייב את המיעוט. על כלל הכרעה של רוב מיוחס בדיני החברות, ראו גושן, לעיל הערה 104, בע' 33-35.

כאמור, פסיקה זו של בית־המשפט באה בעידן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך טרם חקיקת חוק הקפאת הליכים. נראה עתה כיצד השפיע חוק הקפאת הליכים על פסיקת בית־המשפט העליון בהקשר הפרטני של תחרות עדיפות בין גורמים חדשים, המתקשרים עם החברה במסגרת ניהול הליכי ההבראה, לבין נושים מובטחים מוקדמים. השפעה זו ניכרת בעניין קבוצת אספלט. בפרשה זו, התקשרה החברה במספר חוזים לפיתוח מיזמי נדל"ן באזור חיפה. מעל כל נכסי החברה ריחף שעבוד צף לטובת בנק לאומי. בטרם היה סיפק בידי החברה להשלים את המיזמים, נקלעה לקשיים פיננסיים וניתן צו הקפאת הליכים להגנתה. המנהל המיוחד שהתמנה לחברה התקשר עם קבלני משנה שהשלימו את העבודות במיזמים השונים. מהשלמת אחד המיזמים, במושבה הגרמנית, קיבלה החברה תמורה בת כמיליון וחצי המיליון שקלים. מכוח השעבוד המבטיח את נשייתו טען בנק לאומי לעדיפות בכספי התמורה על קבלני המשנה מבצעי העבודות. זאת הפעם, פסק בית־המשפט העליון לעדיפות קבלני המשנה, כלומר: לעדיפות הגורמים המתקשרים עם החברה בתוך תקופת ההבראה, על־פני נושה מובטח מוקדם. בפוסקו כך, היה בית־המשפט ער לכך שתוצאה זו איננה תואמת את התוצאה בעניין תשלובת שטיחי כרמל. הסדרת שתי פרשיות אלה על־ידי בית־המשפט יכולה, אפוא, להיעשות באחת משתי דרכים: או לאבחן את שני העניינים זה מזה, או לקבוע בגלוי כי הפסיקה החדשה סוטה מן הקודמת²¹². בעניין קבוצת אספלט, בחר בית־המשפט בדרך הראשונה מבין השתיים. בהשוותו את הפרשה שלפניו לעניין תשלובת שטיחי כרמל, הצדיק בית־המשפט את העדפת הנושה המובטח שם לאור חוסר ההסכמה של הנושים המובטחים לנקיטת צעדי הבראה לחברה, בעוד שבפרשה שלפניו נתן בנק לאומי את הסכמתו להקפאת ההליכים²¹³. בנוסף, ציין בית־המשפט בצורה תמציתית וללא הבהרות נוספות של כוונתו, כי בעניין תשלובת שטיחי כרמל הקשר בין מימון הליכי ההבראה לבין התועלת לנושה המובטח היה חלש ולא ניתן למדידה של ממש. לפיכך, בהיעדר תועלת אמיתית לנושה המובטח במימון זה, לא יזכה המימון החדש לעדיפות על־פני החוב המובטח המוקדם. לעומת זאת, בעניין קבוצת אספלט, סבר בית־המשפט, כי לאור הסכמת בנק לאומי להוצאת צו הקפאת ההליכים, "בנסיבות המקרה צמחה לנושה המובטח (או עשויה הייתה לצמוח) תועלת מיצירת החובות האמורים"²¹⁴. לפיכך, דין הוא שהחובות החדשים לקבלני המשנה, חובות אשר נועדו להועיל גם לשווי חובו המובטח של בנק לאומי, ייפרעו תחילה.

212 לניתוח פסיקת בית המשפט העליון משנות המנדט ועד ימינו באשר לחוסר הרצון לסטות מתקדים, ראו י' שחר "לכידות ובין־דורות בבית המשפט העליון – הפוליטיקה של התקדים" מחקרי משפט טז (תשס"א) 161; י' שחר "משכן כמשפטו" מחקרי משפט יט (תשס"ג) 397, 411.

213 עניין קבוצת אספלט, לעיל הערה 37, בפסקה 9.

214 שם, בסוף פסקה 6.

כאמור, האבחון שערך בית-המשפט מושתת על הסכמת בנק לאומי להקפאת ההליכים. זוהי ההסכמה המפורשת היחידה שהייתה בעניין קבוצת אספלט. הסכמה מפורשת להכפפת זכותו של הבנק לזו של קבלני המשנה לא ניתנה. את קיומה של הסכמה זו הסיק בית-המשפט מתוך עצם הסכמת הבנק להקפאת ההליכים²¹⁵. נקודה זו איננה מחויבת המציאות, באשר ייתכן כי הבנק יסכים להקפאת ההליכים במובן של הימנעות זמנית ממימוש בטוחתו, אולם עדיין יבקש הוא ליהנות מעדיפותו המוחלטת בבטוחה לכשתמומש בעתיד. לשון אחר: ניתן לומר כי הסכמת הנושה המוקדם להימנעות ממימוש הבטוחה איננה גוררת בהכרח גם הסכמה להכפפת עדיפותו מפני נושה מאוחר. הפתח שפותח הנושה לחברה בהסכמתו להקפאה נועד לאפשר לה להמשיך לפעול, אולם ככל שיכולתה זו כרוכה בהתקשרות עם נושים אחרים, הללו יידרשו ליהנות מדרגת עדיפות שנייה, לאחר עדיפותו המוחלטת של הבנק²¹⁶. אין זאת, אלא שמשפטית בית-המשפט מוסיף ללכת בתוואי המשפטי שקבע בעניין תשלובת שטיחי כרמל. המדיניות השיפוטית היא לתחום את עדיפותו של הנושה המוקדם לפי שווי הפירוק של בטוחתו, כפי שהיה מתקבל ממכירה כפויה נכון ליום צו ההקפאה²¹⁷. על בסיס קביעה משפטית זו, אכן יכול היה בית-המשפט לאבחן עובדתית בין נושה מוקדם המסכים להליכי הבראה לבין נושה מוקדם המתנגד להם. בית-המשפט מניח כי בנק לאומי כנושה מובטח ער להלכת תשלובת שטיחי כרמל, המגבילה את זכות הנושה המוקדם לשווי הפירוק של הבטוחה. ממילא, כל הסכמה של הבנק להליכי הבראה מהווה גם ויתור משתמע על עדיפותו המוחלטת ביחס לשווי המוסף המתקבל בניהול החברה במסגרת הליכי הבראה.

אף כי, כאמור, עמדת האישית בסוגיית תחרות העדיפויות שונה, מוכן אני להציע פירוש אחר, התואם הן לשיטתי והן לשיטתו של בית-המשפט, להבהרת השוני התוצאתי בין עניין תשלובת שטיחי כרמל לבין עניין קבוצת אספלט. כאמור, המדיניות השיפוטית של בית-המשפט היא להגביל את עדיפות הנושה המוקדם לשווי הפירוק של בטוחתו. הערך המוסף, המכונה גם שווי שיקום או שווי עסק-חי, זמין לעדיפות

215 שם, בפסקה 9 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ש' לוי (בעניינינו היה הבנק שותף מלא ואקטיבי בהליך השיקום. הוא נתן את הסכמתו להוצאת צו ההקפאה. הוא אף המשיך להזרים כספים רבים לחברה. משכך, לא תשמע טענתו כי הפעולות שנעשו בידיעתו ותוך שיתוף פעולה עמו לא כוונו כדי להיטיב עימו. התועלת לה ציפה הבנק ברורה ומדודה. בנסיבות אלה, בהן הוצאו הוצאות לטובת נושה מובטח בידיעתו ובאישורו, אין נדרשת הסכמתו המפורשת למתן עדיפות להוצאות אלה על פני החוב כלפיו") (ההדגשות שלי – ד' ה'). השופט אנגלרד היה נחרץ אף יותר בהסיקו את קיומה של הסכמת הבנק, וכמעט שקבע כי מדובר בהסכמה מפורשת של הבנק לעדיפות קבלני המשנה (ראו שם, בפסקות 12–13 לפסק-דינו של השופט אנגלרד).

216 זו גישתי בסוגיית מימון הליכי הבראה. ראו האן, לעיל הערה 20, בע' 292–294.

217 עניין קבוצת אספלט, לעיל הערה 37, בפסקה 6 ("עדיפות תוקנה לנושים המובטחים רק ביחס לגובה החוב המובטח כלפיהם ביום מתן צו ההקפאה").

נושים חדשים המתקשרים עם החברה²¹⁸. ההבדל התוצאתי בין שתי הפרשיות נובע מזהותו השונה של המתקשר המאוחר. בעניין תשלובת שטיחי כרמל, המתקשר המאוחר היה גורם מימון בנקאי שהעמיד אשראי חדש לחברה לצורך הפעלתה השוטפת. אשראי זה, כשלעצמו, איננו יוצר בחברה כל ערך מוסף שלא היה בה בלעדיו. לפיכך, אין זה פלא כי משנכשלה ההבראה, לא נמצא בחברה כל שווי שיקום עודף על שווי הפירוק ממנו יכול ליהנות הנושה המאוחר²¹⁹. לעומת זאת, בעניין קבוצת אספלט, המתקשרים המאוחרים היו קבלני משנה שתרומתם לקופת החברה הייתה בהשלמת מיזמי הפיתוח והשבחת שוויים כתוצאה מכך. זוהי תרומה ספציפית היוצרת ערך שיקום מוסף. לפיכך, אף כי בסופו של דבר ההבראה כשלה, אכן נמצא שווי שיקום מוסף עליו מתחרים הנושה המובטח המוקדם והמתקשרים המאוחרים. לשיטת בית-המשפט, יזכו המתקשרים המאוחרים בעדיפות משום שממילא מוגבלת עדיפותו של הנושה המוקדם לשווי הפירוק של הבטוחה בלבד. לשיטתי, נהנה הנושה המובטח מעדיפות מוחלטת במלוא שווי הבטוחה (לרבות שווי השיקום) על-פני ממשן המזרים אשראי חדש. ואולם, במה דברים אמורים? בממשן חדש המאפשר הפעלה כללית של החברה, אך אין הוא משביח במישרין את הנכס נשוא הבטוחה²²⁰. לעומת זאת, בנסיבות כשל עניין קבוצת אספלט, בהן עבודת קבלני המשנה היא אשר יוצקת אל תוך הבטוחה את ערכה המוסף, יש מקום אף לשיטתי לתת לקבלני המשנה עדיפות ביחס לערך המוסף אותו יצרו²²¹.

218 להבחנה בין שווי פירוק לשווי עסקי, ראו האן, לעיל הערה 20, בע' 266–271.

219 נקודה זו היא תמצית ביקורתי בדבר חוסר המציאותיות שבגישתו של בית-המשפט העליון, לפיה מחלקים את הבטוחה לשווי פירוק ולשווי שיקום העודף עליו. ראו, שם, בע' 289–290.

220 לעומת זאת, בתחרות בין שני שעבודים, שעבוד צף מוקדם (הכולל תניית הגבלת עסקות) ושעבוד נכס לטובת ממשן רכישתו, יגבר הממשן המאוחר על השעבוד הצף המוקדם. ראו סעיף 169(ד) לפקודת החברות. ברם, עדיפות הממשן קיימת כאשר מתקיימת זיקה ישירה בין האשראי לבין הנכס הנרכש, ולא כנגד מימון שוטף לחברה. ראו: ע"א 6400/99 מיראז' חברה לבניין והשקעות בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, סניף אשדוד, פ"ד נו(4) 830.

221 הצדקת התוצאה של עניין קבוצת אספלט, לפי שיטתי, תואמת את המדיניות המשפטית בישראל להעדיף את זכות העכבון בנכס לטובת קבלן, אפילו נוצרה מאוחר, על-פני משכון מוקדם הרובץ על הנכס. אף הלכה זו מושתתת על שיקול השבחת הנכס בידי בעל העיכבון. ראו: ע"א 790/85 רשות שדות התעופה בישראל נ' גרוס, פ"ד מד(3) 185, 212; נ' זלצמן עיכבון (תשנ"ט) 314–317; א' הרטמן וד' נוימן "סדר העדיפויות בין זכות המשכון ובין זכות העיכבון" משפטים י (תש"ס) 535, 540; ת"א (ת"א) 1854/91 מרכזי תעשיות (מ.ש.) בע"מ נ' ע.ק. מתכות בע"מ, פ"מ תשנ"ג(3) 59, 71–72. הנמקה מעין זו נמצאת בעניין קבוצת אספלט, לעיל הערה 37, בפסקה 6 (נושים המתקשרים עם חברה בהבראה "זכאים להניח כאשר הם מתקשרים עם חברה שהוצא כלפיה צו הקפאה, כי אין מצפים מהם להניח את כספם על קרן הצבי, וכי כספים המתקבלים בזכות ההתקשרות עמם ישמשו קודם כל לפירעון חובם, ולא לפירעון חובם של אחרים") (ההדגשה שלי – ד"ה). שיקול נוסף להעדפת העיכבון הוא שיקול תקנת-שוק. לאמור: כמדיניות, איננו מעוניינים להשית על בעל-מלאכה המתקשר עם מזמין עבודה לבחון את טיב הזכויות הרובצות על הנכס ולהחליט אם לטפל בנכס או לא על-סמך סבך הזכויות

הדין עד כה מראה, לכאורה, כי קו אחד עובר בין עניין תשלובת שטיחי כרמל לעניין קבוצת אספלט. המדיניות המשפטית אותה קובע בית-המשפט העליון היא עקבית. ביחס לשווי הפירוק של הבטוחה שמורה לנושה המובטח המוקדם הבכורה בתחרות העדיפות. ברם, באמרת אגב קצרה אך משמעותית ביותר, הוסיף בית-המשפט העליון קביעה ערכית המיישמת את תפיסות היסוד של חוק הקפאת הליכים. בית-המשפט מציין כי:

“לדידי לא הוותה עצם הסכמת הבנק לתהליך ההבראה תנאי מוקדם לקיום זכויותיהם של המשיבים כפי שנקבעו בפסק הדין, שהרי רשאי היה הבנק לטעון שתהליך ההבראה לחוד וזכויותיו כנושה מובטח לחוד; גם אלמלא ההסכמה, כאמור, רשאי היה בית המשפט להורות על קיומו של הליך הבראה, תוך הבטחת 'הגנה הולמת' לנושים המובטחים”²²².

באמירה זו, גילה בית-המשפט העליון את מדיניותו, לפיה לא נדרשת הסכמה של נושה מובטח כתנאי מקדים לקיום הליכי הבראה. במסגרת עידוד הליכי הבראת חברות, נוקט בית-המשפט קו, לפיו אף בהיעדר הסכמה של נושה מובטח להליך, הליך ההבראה יכול להתנהל וגורמים המתקשרים עם החברה במסגרתו יועדפו (ביחס לשווי השיקום) על הנושה המובטח המוקדם. דומני, כי מדיניות זו שבפסיקת בית-המשפט העליון מהווה הטמעה של העקרונות אליהם כיוון המחוקק בחוק הקפאת הליכים. בעוד אשר עניין תשלובת שטיחי כרמל, אשר נפסק לפני חוק הקפאת הליכים, קידש את מעמדו המוחלט של הנושה המובטח וכמעט שנטרל כל יכולת לנהל הליכי הבראה ללא תמיכתו של הלה, בעניין קבוצת אספלט פותח בית-המשפט פתח — רחב, לטעמי, מפתחו של מחט אף כי ודאי צר מפתחו של אולם — לניהול הליכי הבראה, חרף התנגדות נושה מובטח מוקדם, ולהסדרת סדרי העדיפות בין נושה זה לנושים חדשים²²³. זוהי תמורה במדיניות הפסיקה, אשר אף כי אין להפריז בחשיבותה,

המשפטיות התלויות בו. שחרור בעל-המלאכה מנטל זה נעשה באמצעות קביעת עדיפותו על-פני בעלי השעבודים המוקדמים בנכס. שיקול זה יפה גם בעניין קבלנים המתקשרים עם חברה בהבראה. על המדיניות מאחורי תקנות השוק למיניהן — שחרור מבדיקת ההיסטוריה של הזכויות בנכס — ראו: א' זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968 (תשמ"ז) 687-686, 695-696; א' שטרומן "תקנת השוק" הפרקליט (תשמ"א) לד' 353, 354-353; "ציגנלאוב" תקנת השוק: התפתחותה של תקנה ופיתוחו של דין" משפטים לא (תשס"א) 837, 881-882.

222 עניין קבוצת אספלט, לעיל הערה 37, בסוף פסקה 9.
223 הקורא חד-העין ודאי שם לבו לכך, שההסכמה בה מדובר בפרשת תשלובת שטיחי כרמל ו(חוסר) ההסכמה הנזכרת באמרת-האגב בעניין קבוצת אספלט אינן ממיין אותו עניין. בעניין תשלובת שטיחי כרמל דרש בית-המשפט הסכמה של הנושה המובטח להכפפת עדיפותו בשווי הפירוק לזכותו של המממן החדש. אולם בית-המשפט לא נדרש, לפחות לא ברובד הגלוי והמפורש של פסק-הדין, להסכמת הנושה המובטח לעצם ניהול הליכי הבראה. לעומת זאת, בעניין קבוצת אספלט, נדרש בית-המשפט באמרת-האגב דווקא להסכמה לעצם ניהול הליכים. יחד עם זאת, לעניות דעתי, יש מקום לבחון את התמורה שבין שני פסקי-דין אלה. ראשית, פסק-הדין בעניין

יש בה ביטוי נאמן לשינוי שחולל חוק הקפאת הליכים. תחת נקודת מוצא של בכורת הנשייה המובטחת לכל דבר ועניין, לרבות זכות המילה האחרונה ביחס לעצם ניהול תיק ההבראה, מאלץ היום חוק הקפאת הליכים את בתי-המשפט לאזן בין זכויות הנושה העדיף על אחיו לבין שיקולי השאת שווי הנכסים לפירעון מוגדל אף של נשייותיהם, כמו גם לשיקולי שיקום החברה לטובת קהלים נוספים.²²⁴

(ב) החלת דיני הפירוק על הליכי הבראה²²⁵

אם בעניין קבוצת אספלט זיהינו תמורה מסוימת בגישתו של בית-המשפט לניהול תיקי הבראה, אך נזהרנו מלייחס לה חשיבות מופרזת, הנה בפרשת דיור לעולה²²⁶ קשה יהיה להמעיט מן החשיבות, הלכה למעשה, שיש לפסק-דינו של בית-המשפט העליון על דיני הבראת חברות. בפרשה זו נדרש בית-המשפט לסוגיה של העדפת נושה ערב פתיחתם של הליכי הבראה. חברת דיור לעולה נקלעה לקשיים פיננסיים ומכרה לבני-הזוג כספי דירה שבבעלותה, אחד-עשר יום לפני הגשת בקשה למתן צו הקפאת הליכים להגנתה.²²⁷ עיקרו של הערעור נסב על שני יסודות מרכזיים בדין

תשלובת שטיחי כרמל משדר תפיסה נחרצת בדבר מעמד-העל של הנושה המובטח ונחיצות תמיכתו בכל מהלך בהליכי ההבראה. לעומת זאת, עניין קבוצת אספלט מיישם את עמדת המחוקק בחוק הקפאת הליכים, לפיה ניתן להמיר את בטוחת הנושה המוקדם ב"הגנה הולמת", קרי: בביטחון ממין אחר, ולנהל הליך הבראה אף ללא הסכמתו. כלומר, בעניין קבוצת אספלט מיישם בית-המשפט עקרונות שיקומיים מנקודת-מבט רחבה, לכל הפחות של כלל הנושים, ודוחה מפניהם את האספקלריה היחידנית של הנושה המובטח הבודד. ראו עניין קבוצת אספלט, לעיל הערה 37, בפסקה 6 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ש' לוי ("אין ספק בדבר ששיקומה של חברה או ארגונה מחדש טומנים בחובם שינוי במעמדו של הנושה המובטח. מכאן ואילך הוא לא יוכל כבר — ללא סייג — לממש את בטוחתו באופן מיידי וכך להכשיל את תכנית השיקום, והוא יהיה כפוף לפעולותיו של המנהל המיוחד הן באשר לשימוש בנכס המשועבד והן באשר להמרתו בבטוחה אחרת"). שנית, בית-המשפט מבהיר בעניין קבוצת אספלט, כי הנושים המאוחרים עשויים לזכות בעדיפות אף במקום שהנושה המוקדם כלל לא הסכים להליך ההבראה. עם זאת, כאמור, נקודה זו האחרונה לא באה לכלל ביטוי בעניין תשלובת שטיחי כרמל, באשר שם לא הייתה כל ליטת שומן של שווי שיקום אשר עליה ניתן היה לקיים תחרות עדיפות כאמור.

224 עניין קבוצת אספלט, לעיל הערה 37, בפסקה 8 לפסק-דינו של השופט אנגלרד ("לרוב, יש הבדל מהותי בין הליכי פירוק, המכוונים בעיקרם למימוש הנכסים של חברה לשם פירעון החובות, לבין הליכי שיקום בעת הקפאת ההליכים, שמטרתם לקיים את החברה כעסק חי").

225 לאחר שרשימה זו נמסרה לדפוס פסק בית-המשפט העליון ביום 15.7.04 בע"א 1698/03 כ"א ל נף הכונס הרשמי ואח'. פסיקה זו של בית-המשפט חוזרת ומגלה כבעבר הרחוק שאיפוק שיפוטי כבעבר ובמידה לא מבוטלת מונעת מלצעוד קדימה בתחום הבראת חברות באופן המנותח בפסקה שלהלן.

226 עניין דיור לעולה, לעיל הערה 66.

227 הרקע העסקי למכירת הדירה היה עסקת הלוואה אשר נערכה בין הצדדים כשנה ורבע קודם לכן. כנגד קבלת הלוואה מכספי, העמידה החברה ביטחונות שונים להבטחת הפירעון. אחד הביטחונות היה זיכרון-דברים עליו חתמה החברה ובו נתנה אופציה לכספי לרכוש ממנה את הדירה תמורת סכום ההלוואה. בית-המשפט התייחס לזיכרון-דברים זה כאל משכון מוסווה, מכוח הוראת סעיף 2(ב) לחוק המשכון, תשכ"ז-1967. מכיוון ששעבוד זה לא נרשם אצל רשם

העדפת נושים: ראשית, האם עקב העברת הרכוש זכה הנעבר (קרי: בני-הזוג כספי) בחלק גדול יותר מן הנתח בו היה זוכה במסגרת הליכי חדלות-הפירעון ללא קיום ההעברה²²⁸. שנית, האם להעברה נלוותה כוונת העדפה מצד החברה-החייבת²²⁹. לגופו של עניין, קבע בית-המשפט, ובצדק, כי התמלאו כל יסודותיו של דין העדפת נושים. ברם, לא בכך חידושו של פסק-הדין וחשיבותו. עיקר החידוש הוא בעצם הסכמת

החברות, כנדרש בסעיפים 178 ו-179 לפקודת החברות, קבע בית-המשפט כי שעבוד זה בטל. לאור זאת, ראה בית-המשפט את מכירת הדירה ערב הליכי ההבראה כהעברת ערך עצמאית, שנועדה לפרוע את ההלוואה, ולא כמימוש משכון. לאור בטלות השעבוד, הייתה ההלוואה בגדר חוב לא-מובטח. פירעונו באמצעות מכירת הדירה היווה, אפוא, העדפת נושים. ראו על כך, עניין דיור לעולה, לעיל הערה 66, בפסקה 6. על עסקות מכר-מותנה של מקרקעין כמשכון מוסווה להבטחת הלוואות, ראו: ע"א 2328/97 כוכבי נ' ארנפלד, פ"ד נג(2) 353; ע"א 196/87 שוייגר נ' לוי, פ"ד מו(3) 2; ש' לרנר "מהותו של המכר המותנה" משפטים יג (תשמ"ד) 305, 314-316; י' ויסמן חוק המשכון, תשכ"ז-1967 (תשל"ה) 70-75. לגישה, כי מכר כאמור אינו נופל ברשתו של חוק המשכון, ראו, לאחרונה, רע"א 1690/00 מ.ש. קידוחי הצפון בע"מ נ' מפרקת זמנית ומנהלת מיוחדת לברת א. אבגל טכנולוגיה בע"מ (בפירוק זמני), פ"ד נו(4) 385. ראו גם: נ' זלצמן וע' גרוסקופף "הסוואת משכון" – הצעה לעיון חוזר בהלכת קולומבר" עיוני משפט כו (תשס"ב) 79. יושם אל לב, כי בית-המשפט ראה בחווה מכירת הדירה, אשר נערך כאמור 11 יום בלבד לפני פתיחת הליכי ההבראה, העברה של מלוא הזכויות בדירה לנושה, ולא שלב חיובי בלבד. מכאן גם הצורך בניתוח האם הייתה זו העדפה פסולה. שהרי, לו חווה המכירה היה נתפס כשלב חיובי בלבד בעסקת המכר, לא היה הדבר מועיל לכספי ולא פוגע ביכולתם של שאר הנושים הלא-מובטחים להיפרע מן הדירה בחלק יחסי שווה לכספי. אין זאת, כי אם בעצם חווה המכירה נגרעת הדירה מקופת נכסי החברה העומדת לחלוקה בין כלל הנושים לפי סדרי החלוקה. נקודת-מוצא זו לדיון של בית-המשפט נשענת על חיזוק השלב החוזי בעסקות מקרקעין מעבר לשלב החיובי אל עבר שלב קנייני מושלם אף בטרם אישור העסקה לרישום אצל רשם המקרקעין. חיזוק זה נקבע, כמוכר, בהלכת אהרונוב (ראו ע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199). בעניין דיור לעולה מצייין בית-המשפט מפורשות, כי ניתוחו מושתת על "העברת הזכות האהרונובית" מידי דיור לעולה לידי כספי. ראו עניין דיור לעולה, לעיל הערה 66, בפסקה 7. כלומר, בית-המשפט מרחיב את תחולת הלכת אהרונוב גם להקשר של רכישת זכות במקרקעין מידי מעביר, אשר בטרם השלמת העסקה ברישום נקלע להליכי פשיטת-רגל או פירוק. ראו גם פש"ר (ת"א) 241/89, בש"א 9849/01 בענין יצחק בילו (פושט רגל) (טרם פורסם) (ניתן ביום 11/9/03). דעה דומה הביע גם פרופ' מיגל דויטש. ראו: מ' דויטש "נפילתה (?) ועלייתה של הזכות שביושר במשפט הישראלי – המשפט בעקבות המציאות" עיוני משפט כד (תשס"א) 313, 340-345. שאלה זו חורגת ממסגרת הדיון של מאמר זה ולפיכך אמנע מלהביע עניין לגביה.

228 עניין דיור לעולה, לעיל הערה 66, בפסקה 7. יסוד זה, הגם שאינו נזכר מפורשות בלשון החוק (ראו סעיף 98 לפקודת פשיטת-הרגל), הוא תנאי חיוני לקיומה של העדפה פסולה. במקום אחר כינתי יסוד זה "אפקט העדפה". ראו האן, לעיל הערה 48, בע' 209-210. יסוד זה מעוגן מפורשות במבחני העדפת נושים לפי החוק האמריקאי. ראו: Bankruptcy Code, § 547(b)(5). 229 עניין דיור לעולה, לעיל הערה 66, בפסקות 9-11. לביקורת על מבחן כוונת ההעדפה מצד החייב ולהצעות להמרתו במבחנים חלופיים, ראו האן, לעיל הערה 48, בע' 210-218 (הצעה לאמץ מבחן חלופי של מודעות הנושה לחדלות-הפירעון של החייב); כהן, לעיל הערה 4, בע' 418 (הצעה לאמץ מבחן אובייקטיבי, כבאצות-הברית, אשר אינו נדרש כלל ליסוד תודעתי או לכוונות, בין של החייב ובין של הנושה-הנעבר).

בית-המשפט לדון בדין העדפת נושים ולהחילו על הליכי הבראת חברות. נבהיר דברים אלה: כפי שהבהיר מאמר זה בראשיתו²³⁰, החקיקה בדיני הבראת חברות היא מצומצמת. היא מתמקדת במספר עניינים מוגבל ואיננה נדרשת כלל להיכטים כמו מעמד חוזים בהבראה, ביטול עסקות ועוד. חוסר זה בולט שבעתיים לנוכח שלל ההוראות החקוקות בעניינים אלה בהליכי חדלות-הפירעון המקבילים, פשיטת-רגל ובמידה פחותה יותר אף בפירוק חברה²³¹. והנה, באבחנת פסקה בודדת בעניין דיור לעולה בא בית-המשפט העליון ונוקט את הצעד המתבקש ומחיל בדרך של פרשנות שיפוטית את דיני פשיטת-הרגל והפירוק החקוקים על הליכי הבראה²³². בית-המשפט מוצא קווי דמיון בין הליך הבראת חברות להליך הפירוק ונכון, אפוא, לקבוע כי דין העדפת נושים, החל בפירוק חברה כמצוות סעיף 355 לפקודת החברות, חל אף בהבראת חברות. מבחינה יישומית, דין העדפת נושים תוקף העברות לנושים שנעשו בתקופת שלושת החודשים שקדמו ליום הגשת בקשת הפירוק. ההתאמה להליכי הבראה ברורה, ותקופת שלושת החודשים החשודים תימדד אחורה מיום הגשת הבקשה לצו הקפאת ההליכים.

קביעה זו של בית-המשפט נעשתה בפסק-הדין כעניין של מה בכך, ללא הקדשת דיון מלא ומתחבט לסוגיה זו. אף כי, בעיניי, החלה פסיקתית זו של דיני חדלות-הפירעון החקוקים גם על הליכי הבראה היא דבר כמעט טריוויאלי, מעניין לגלות כי בית-המשפט סוטה כאן למעשה ממדיניות (משתמעת) שונה לחלוטין שהייתה מנת חלקו משך שנים. בפרשת הקריסה הכלכלית של חברת גני אביב, מקבוצת החברות של אברהם גינדי, ביטל בית-המשפט המחוזי העברת מקרקעין שבוצעה על-ידי החברה חמישה-עשר ימים לפני הגשת בקשה להסדר לפי סעיף 233 לפקודת החברות, אך

230 ראו לעיל פרק ב.

231 הסייג לגבי פירוק נובע מכך שהוראות דין מהותיות רבות בענייני מהוות אף הן יבוא מדיני פשיטת הרגל. ראו על כך א' פרוקציה דיני פשיטת רגל והחקיקה האזרחית בישראל (תשמ"ד) 245–255; האן, לעיל הערה 10.

232 כלשון בית-המשפט בעניין דיור לעולה, לעיל הערה 66, בפסקה 8: "ככל שההסדר בסעיף 350 ובתקנות החדשות אינו מלא, ניתן להשלים את החסרים שבו מתוך ובהשראת דיני הפירוק שבפקודת החברות. ... הטעם להשלמה זו הוא, שבין השיקום והפירוק קיים דמיון ניכר. מטרת הליכי השיקום היא להציל מרכוש החברה ככל שניתן, בעיקר עבור הנושים. יש והליכי שיקום במסגרת פירוק, נסתיימו בהבראת החברה." אף כי אבהיר בטקסט דלקמן שפסיקה זו של בית-המשפט מוצדקת ורצויה בעיניי, דומני כי ההנמקה המצוטטת כאן לפסיקה זו אינה מדויקת. הדמיון המאפשר היקש לדיני הפירוק והחלתם בהבראת חברות אינו בשל כך שהליכי פירוק הסתיימו, לעתים, בהבראת חברות. זוהי החלפת הסיבה במסובב. כפי שכבר הסברתי (ראו לעיל פרק א), מבחינה היסטורית שימשו הליכי פירוק, ובעיקר פירוק זמני, להבראת חברות בהיעדר דיני הבראה מוסדרים. בעיניי, אפוא, ההיקש מוצדק בשל הדמיון הענייני בין ההליכים. הן פשיטת-רגל, הן פירוק חברה והן הבראתה כולם הליכים משפטיים שנועדו להתמודד משפטית עם מצב כלכלי זהה: חדלות-פירעון של חייב. הדין המהותי מתמודד עם בעיה כלכלית זו באמצעות טיפול קיבוצי בנושים ועימות זכויותיהם מול החייב. זהו המכנה המשותף להליכים משפטיים אלה. מקיומו של מכנה משותף נגזר, אפוא, גם ההצדקה לעריכת היקש בין ההליכים והחלת הוראות החוק המתייחסות לפירוק באופן אחיד אף על שאר ההליכים.

כארבעה חודשים וחצי החודש לפני יום הגשת בקשת פירוק עוקבת²³³. ברם, החלטה זו נהפכה על-ידי בית-המשפט העליון²³⁴. ההנמקה הפורמאלית של בית-המשפט הייתה, כי לא הוכח שהנעבר היה נושה של החברה, יסוד חיוני לפי החקיקה העוסקת בעניין העדפת נושים²³⁵. עם זאת, הסתייג בית-המשפט באמרת-אגב מהחלטת בית-המשפט המחוזי לקבוע את הייחוס לאחור מבקשת ההסדר ולא, כקבוע בפקודת החברות, מיום בקשת הפירוק²³⁶. נמצאנו למדים, כי עמדתו המסורתית של בית-המשפט הייתה כי דיני הפירוק אינם מוחלים באמצעות הפסיקה לבדה על מסלולים משפטיים חלופיים. ברם, פרשת גני אביב נדונה בסוף שנות ה-80, טרם חוק הקפאת הליכים, עת הליך ההסדר או הפשרה טרם עוצב לכדי מסגרת משפטית של ממש של הליך הבראה. דומני, כי בעניין דיור לעולה מפנים בית-המשפט העליון את המהלך (הזמני?) של המחוקק להיתלות בהליך ההסדר או הפשרה המשופר, קרי: זה שגובה בצו הקפאת ההליכים, כעמוד-השדרה של דיני הבראת חברות בישראל, עד ייחוק חוק מקיף ומקורי בנדון. בפסיקתו בעניין דיור לעולה, משלים בית-המשפט העליון את מהלכו של המחוקק, בקורמו עור וגידים על עמוד-שדרה זה. בפסק-דין זה זונח בית-המשפט את הסבילות היחסית שגילה בעבר בפיתוח הפסיקתי של דיני חדלות-פירעון. בעניין זה עבר בית-המשפט משלב ההצהרות גרידא על חשיבות הבראת חברות לפסיקה מעשית היוצקת כלי-עבודה משפטיים שיאפשרו את ניהול תיקי הבראה. נדמה בעיניי, כי בית-המשפט מחולל כאן מהפכה בדיני הבראת חברות, כאשר באורח מוזר-משהו בית-המשפט עצמו כלל לא מכריז על כך, כמעט שאומר: לא מתכוון לכך. חוק הקפאת הליכים הניע, אפוא, מהלך ליצירת דיני הבראת חברות ישראלים. את שכלול המהלך ביצע בית-המשפט, לאחר שהפנים כי חוק הקפאת הליכים אינו חוק בעל יישום נקודתי, כי אם חוק שתפסתו השורשית דורשת פיתוח שלם של דיני הבראת חברות.

ההשלכות של קביעתו העקרונית האמורה של בית-המשפט בעניין דיור לעולה רחבות ביותר. ראשית, מתבטאת תרומתו של פסק-דין זה, הלכה למעשה, במסגרת הליכי הבראה קיימים. משהסיר בית-המשפט העליון כל עכבה מעל הדרך, והחיל את דיני הפירוק החקוקים אף על הליכי הבראה, נפתרות שאלות טכניות רבות, אשר שחקו בעבר באופן בזבזני ומיותר את האנרגיה השיפוטית ביחס להבראת

233 ראו עניין גני אביב, לעיל הערה 42.

234 עניין פריצקי, לעיל הערה 184.

235 שם, בע' 426.

236 שם, שם ("אפילו צדק השופט המלומד בהשקפתו, שלעניין סעיף 98 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש] מביאים בחשבון כתאריך קובע את יום מינויו של קדם המפרק ולא את יום הגשת בקשת הפירוק (ולעניין החלטה זו, הפרובלמטית כשלעצמה, אין אנו מחוויים דעה), לא הובא לפני בית המשפט המחוזי כל חומר ראייתי מטעם המפרקים, שיש בו להראות, שיסודותיו של סעיף 98 הנ"ל נתקיימו, למשל, שניתנה עדיפות לנושה פלוני או למי שערב לחובו") (ההדרגה שלי – ד' ה').

חברות. כוונתי לכך, שכיום אין כל צורך להקדיש דיונים משפטיים לשאלה העקרונית האם דין פלוני או הוראה אלמונית מדיני הפירוק חלים במקביל גם בתיקי הבראה. התשובה הפשוטה והראויה היא: כן. לפיכך, דיני הקיזוז החלים בפשיטת-רגל ובפירוק יחולו גם בהבראה²³⁷. בדומה, לא נותרה עוד כל מניעה מלהחיל את דין נכסים מכבידים בהבראה²³⁸. עניין זה הוא חשוב ביותר, כאשר נכסים מכבידים כוללים חוזים בהם קשורה החברה. בחינת מערך ההתקשרויות החוזי בו קשורה חברה הפותחת הליכי הבראה היא עניין מהותי מאין כמותו. מערך התקשרויות זה יקבע במידה רבה האם תוכל החברה להתמודד עם התחייבויותיה הכספיות מכאן ואילך או לא. יתר על כן: יישום מרחיב של עניין כספי יאפשר להחיל גם את דיני-העזר בהבראה. דיני הפירוק קובעים סמכויות חקירה רחבות, באמצעותן יכול המפרק לדרוש ולברר את אירועי העבר בחברה, ומתוכם לדלות את הסיבות לכישלונותיה²³⁹. אם מצא המפרק בחקירתו כי מנהלים בחברה אחראים לליקויים שונים והסבו נזק לחברה, מעמידים דיני הפירוק לרשותו עלילות תביעה אישיות נגד המנהלים, הנוספות על העילות הקיימות בדיני החברות הכלליים²⁴⁰. בירור ההיסטוריה העסקית של החברה הנו צורך חיוני לשם הבראתה. מבלי לעמוד על פשר הכישלון העסקי, לא ניתן יהיה להתוות את דרכי התיקון. על-כן,

237 עניין אוקיינוס, לעיל הערה 66 (השופט אלשיך קובעת, כי המועד הקובע לתחלת דין הקיזוז המיוחד של פשיטת-רגל הוא יום מתן צו הקפאת ההליכים). ואולם ראו: בש"א (נצ') 1095/02 דחפור הגולן עבודות עפר ופיתוח נ' פריצקר יזמות בע"צ, תקדין מחוזי 2002(1) 1772 (צו הקפאת הליכים אינו מונע הפעלה של סעד הקיזוז החוץ-שיפוטי שלפי דיני החוזים, שכן "הליך חובק בתוכו רק פעולות הדורשות התערבות של רשות שיפוטית"). יצוין, כי השופט אלשיך בעניין אוקיינוס מפרשת את דיני הבראת חברות הקבועים בסעיף 350 לחוק החברות באופן רחב, בהסתמך על קו הפרשנות שנקט בית-המשפט העליון בעניין דיור לעולה. פרשנות זו של השופט אלשיך מהווה סטייה מפרשנות המוקדמת לחוק הקפאת הליכים. לפני שנים אחדות, פירשה השופט אלשיך את החוק פרשנות צרה והחילה אותו, באופן דומה לפסיקת בית-המשפט המחוזי בנצרת בעניין דחפור הגולן, רק על הליכים הטעונים מעורבות שיפוטית. ראו: עניין הום מארט, לעיל הערה 96.

238 "נכס מכביד" מוגדר בסעיף 360 לפקודת החברות כדלקמן: "(1) מקרקעין העמוסים תנאים מכבידים; (2) מניות של חברות, שלא נפרעו במלואן; (3) חוזים ללא רווח; (4) כל נכס אחר שלא ניתן למוכרו, בכלל או על נקלה, מפני שהוא מחייב את המחזיק בו לבצע פעולה מכבידה או לשלם סכום כסף". עיקרו של דין נכסים מכבידים (סעיפים 360-365) מאפשר למפרק לוותר על נכס כאמור. בהקשר החוזי, משמעות הוויתור היא "הפרה על דעת המחוקק". לשם הגנה על אינטרס הצד השני, דורשת הפסיקה כי ויתור מצד המפרק יקבל את אישורו המוקדם של בית-המשפט (ע"א 673/87 סאלח נ' מפרק פרץ את איסר חברה לבניין והשקעות בע"מ (בפירוק), פ"ד מג(3) 57). הנפגע מן הוויתור יוכל להגיש תביעת-חוב על הפיצויים המגיעים לו עקב ההפרה (סעיף 365), אולם חוב זה יהיה חוב לא-מובטח ויאלץ להתחלק עם יתר הנושים הלא-מובטחים. עוד על דין נכסים מכבידים, ראו: גרוסקופף, לעיל הערה 96.

239 על סמכויות חקירה בפירוק, ראו: סעיפים 223-224, 228-230, 288, 298-299, 314(ב) לפקודת החברות.

240 ראו סעיפים 373 ו-374 לפקודת החברות. לפרשנות סעיפים אלה ראו כהן, לעיל הערה 4, בע' 743-776; פרוקצ'יה, לעיל הערה 39, בע' 632-635.

ראוי ליישם את עניין דיור לעולה אף בהקשר הדיוני, ולהחיל את כל סמכויות-העזר של המפרק גם בהליכי הבראה²⁴¹. עם זאת, ברור שאיחוד הדינים בחדלות-פירעון בדרך ההלכה הפסוקה אינו מיתר חקיקה עתידית בתחום. אין חולק, כי דרך המלך להסדרה ראויה, ערוכה ומאורגנת כדבעי של תחום משפטי מקיף היא באמצעות חוק כולל. חוק מסודר, המארגן את הדין באורח מושכל ומובנה תורם לבהירות המשפטית, לוודאות הדין ולתאימות איבריו השונים²⁴². לפיכך, רפורמה חקיקתית בתחום חדלות-הפירעון היא צורך אשר המחוקק לא יוכל לדחותו עוד זמן רב.

השלכה חשובה שנייה הנגזרת מעניין דיור לעולה היא, שפסיקה זו מעקרת במידה רבה שיקולים טקטיים ולא-ענייניים של נושים, חייבים ועורכי-דינים כאשר לדרך הפעולה בה ינקטו. השאלה אם לפנות להליך של פירוק או הבראה תושפע פחות מפרצות משפטיות כאלה או אחרות, מחוסר בתחולת נורמות משפטיות בהליך מסוים או מריבוין. שיקולי בחירת ההליך שיינקט יושתתו יותר מבעבר על השיקולים הענייניים בדבר מצבה הכלכלי של החברה ומהו ההליך המתאים יותר לטיפול במצב כלכלי כאמור²⁴³.

2. בתי-המשפט המחוזיים

בעוד בית-המשפט העליון אינו מרבה לעסוק בתחום חדלות-הפירעון המסחרית, הנה בתי-המשפט המחוזיים כורעים תחת עומס תיקי הפירוק וההבראה המגיעים לפתחיהם. המשבר הכלכלי של השנים האחרונות אך העצים עומס זה. בתיקי הבראה, ההחלטות הנדרשות משופט דורשות מיומנות עסקית, תגובה מהירה לדינאמיקה המתפתחת בהליך ומעורבות גבוהה בניהולו. דבר זה מוליד כמובן אוסף נכבד ביותר של החלטות שיפוטיות. עם זאת, יש לזכור כי כנגזר מאופי בקשות הביניים הרבות המוגשות במסגרת תיק הבראה וכמתחייב מדרישת התגובה המהירה, החלטות רבות בתחום הנן קצרות ובלתי-מנומקות. ואפילו כך, אוסף ההחלטות המנומקות היוצא תחת ידי שופטי

241 לעניין דיור לעולה קיים יישום אפשרי נוסף, אף כי הוא בדיני הפירוק. משקבע בית-המשפט העליון בפרשה זו, שכאשר תכליות ההליכים המשפטיים העוסקים בחדלות-פירעון דומות, מן הראוי להחיל דינים שווים בהליכים אלה, סלולה, לעניות דעתי, הדרך בפני הפסיקה לסטות במפורש מן ה-*ratio decendi* של עניין מפרקי גני אביב, ולהחיל את דין "הענקה", הקבוע בסעיף 96 לפקודת פשיטת-הרגל, גם בפירוק חברות. דבר זה ייתר את האנרגיה השיפוטית המבוזבזת על בחינת התנאים ל"הרמת מסך" לשם התמודדות עם תופעת הברחת נכסים מן החברה חדלת-הפירעון החוצה.

242 עניין א.ש.ת., לעיל הערה 142, בפסקות 6 ו-9 לפסק דינה של השופטת ביניש ובפסקה 2 לפסק דינו של השופט אנגלרד.

243 עם זאת, שיקולים טקטיים אלה לא ייעלמו לגמרי אף במצב הנוכחי. כך, למשל, פער בולט הקיים בין ההליכים הוא תחולת עיכוב ההליכים על נושים מובטחים בהבראה לעומת אי-תחולתו בפירוק.

בתי-המשפט המחוזיים בשנים האחרונות בתחום הבראת חברות הולך ותופח יותר מאי פעם בעבר. מאמר זה עניינו בבחינה מערכתית, ממעוף הציפור, של מגמות הפיתוח של דיני הבראת חברות בשנים תשנ"ה–תשס"ב. לפיכך, אינני מתיימר במסגרת זו להתייחס התייחסות פרטנית להחלטות הרבות מבית-היוצר של בתי-המשפט המחוזיים, כי אם לעמוד על מגמות הניבטות מבעד החלטות אלה, אשר לטעמי נודעת להן חשיבות עקרונית בתחום. בהכללה, דומני כי ניתן לאתר שתי מגמות בולטות בהן ניכרה תרומתם הסגולית של בתי-המשפט המחוזיים בפיתוח "תורה-שבעל-פה" לדיני הבראת חברות ישראלים בשנים האחרונות. המגמה הראשונה היא עיצוב דפוסי השליטה בחברה העוברת הליכי הבראה. המגמה השנייה היא עיצוב דפוסים חדשים לתכנית ההבראה. שתי מגמות אלה תיסקרנה להלן בסדר בו נמנו.

(א) דפוסי שליטה בחברה העוברת הליכי הבראה: מינוי מנהל מיוחד אחת השאלות השנויות במחלוקת חריפה בתיאוריה של דיני הבראת חברות היא, מה צריכה להיות זהותו של השולט בחברה העוברת הליכי הבראה²⁴⁴. אסכולה אחת סבורה, כי הניהול היעיל ביותר של חברה בקשיים יושג אם תוסיף ההנהלה הקיימת לנהל את עסקי החברה. דבר זה ימנע זעזועים, ישמור על קשרים עסקיים עם ספקים ולקוחות, ויחסוך את המשאבים הכרוכים בעקומת הלמידה של בעל-תפקיד חיצוני²⁴⁵. לעומת זאת, לפי דעה אחרת ראוי לנטרל את הנהלת החברה מהמשך שליטתה בחברה לתקופת ההבראה. דעה זו נסמכת על ההנמקות הבאות: ראשית, הנהלת החברה הקיימת הייתה מעורבת בכישלון העסקי של החברה. ככזו, אין זה מן הדין ואף לא מן ההיגיון העסקי להותירה על כנה. עליה לפנות את מקומה לגורם חדש, אשר רבב כישלון טרם דבק בו²⁴⁶. שנית, יש חשש כי ההנהלה הקיימת לא תנהל את החברה ואת המשא-ומתן מול הנושים על תכנית ההבראה באופן ענייני, כי אם לפי שיקולים מוטים של טובתם האישית של המנהלים. כך, למשל, יש חשש כי המנהלים ינקטו פעולות ויציעו הצעות אשר עיקרן נועד לכסות על מחדלי העבר שלהם ולפטרם מאחריות למחדלים אלה²⁴⁷.

244 ראו לעיל הערות 93 ו-94.

245 ראו: P.F. Coogan, R. Broude & H. Glatt "Comments on Some Reorganization Provisions of the Pending Bankruptcy Bills" 30 *Bus. Law.* (1975) 1149, 1156 (בדרך כלל, יעדיפו הנושים את ההנהלה הרגילה של החברה, מאשר גורם שלישי חיצוני); G.G. Triantis "A theory of the Regulation of Debtor-in-Possession Financing" 46 *Vand. L. Rev.* (1993) 901, 918 (המחבר גורס, כי בתי המשפט מעדיפים את שיקול דעת ההנהלה באשר להחלטות כלכליות בנוגע לחברה, כיוון שלהנהלה יש יותר מידע וניסיון בנושא); J.S. Bhandari & L.A. Weiss *Corporate Bankruptcy: Economic and Legal Perspectives* (Cambridge, 1996), in the Foreword by the Honorable Richard A. Posner (פוזנר מצוין, שזוהי המטרה העיקרית הניצבת מאחורי קביעת הקוד לפיה תישאר ההנהלה בתפקידה בתקופת ההבראה).

246 *Skeel, supra* note 141.

247 Bradley & Rosenzweig, *supra* note 11; V.S. Armstrong & L.A. Riddick "Evidence that

חוק הקפאת הליכים לא נקט כל עמדה מפורשת בסוגיה זו. כזכור, לכתחילה, נקט המחוקק יוזמה נקודתית: קביעת סעד הקפאת הליכים לשם קידום משא ומתן לפשרה או הסדר. שאר הסוגיות הקשורות בהליך ההבראה הושארו על-ידי המחוקק לרפורמה מקיפה עתידית. עם זאת, החוק יצר את תקופת הזמן המכונה "הליך הבראה", שראשיתה בהקפאת הליכים וסופה באישור הסדר הבראה. שתיקת המחוקק בשאלת השליטה בחברה במהלך תקופת זמן זו הותירה את הנושא פתוח לפרשנות שיפוטית²⁴⁸. בתי-המשפט המחוזיים נקטו עמדה נחרצת ואחידה בתיקי ההבראה השונים שנפתחו אצלם מאז נחקק חוק הקפאת הליכים. בתי-המשפט לא הסכימו להותיר את השליטה בחברה בידי ההנהלה הקיימת. תחת זאת, החליטו בתי-המשפט למנות לחברות מנהלים מיוחדים²⁴⁹. המנהל המיוחד הוא למעשה אחיו הלא-תאום של הנאמן בפשיטת-רגל או המפרק. כאלה, אף המנהל המיוחד מתמנה על-ידי בית-המשפט, משמש כזרוע הארוכה²⁵⁰, ונוטל את מושכות השליטה בחברה מידי ההנהלה הקודמת. עם זאת, ההיבטים המעשיים של תפקידו רחבים מאלה של נאמן בפשיטת-רגל או מפרק ממוצע. מעצם טיבם של הליכי הבראה, נדרשת במסגרתם הפעלה רציפה של החברה כעסק פעיל. מנהל מיוחד, בשונה ממפרק, אינו יכול להרשות לעצמו לקחת "פסק זמן" מן הניהול השוטף של החברה. עם זאת, בד בבד עם הניהול העסקי השוטף, על המנהל המיוחד לבצע את הפעולות הייחודיות לבעלי-תפקיד בחברה חדלת-פירעון, קרי: לרכז את תביעות החוב של הנושים השונים, לאשרן או לדחותן, ולרכז את מצבת נכסי החברה²⁵¹. בנוסף, שלא כמו מפרק המתרכז במימוש הנכסים, נדרש המנהל המיוחד לנהל משא-ומתן עם הנושים ולגבש תכנית הבראה לחברה. תכנית ההבראה תכלול היבטים עסקיים של הפעלת החברה ולצדם חלק משפטי אשר יעסוק בעיצוב זכויות הנושים מכאן ולהבא. אכן, אין להמעיט במורכבות התפקיד²⁵².

מקור הסמכות הפורמאלי למינוי בעל-תפקיד על-ידי בתי-המשפט לא הובהר

Differences in Bankruptcy Laws Among Countries Affect Equity returns", available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=269709.

248 כזכור, הנושא הוסדר רק בשנת תשס"ב בתקנה 14 לתקנות ההבראה, המסמיכה את בית-המשפט הדין בבקשה לפשרה או הסדר למנות לחברה "בעל-תפקיד".

249 בש"א (י"ם) 3070/00 טש"ת – חברה קבלנית לבניין בע"מ נ' "טפחות" – בנק למשכנתאות והלוואות בע"מ, תקדין מחוזי 2000(3)10503, בפסקה 16 (השופטת אור מציגה את האלטרנטיבות העומדות בפני טש"ת, כשהשנייה היא מתן צו הקפאת הליכים ומינוי מנהל מיוחד); פש"ר (חי') 486/99 שלבאנה נ' כונס הנכסים לחברת קבוצת אספלט בע"מ, תקדין מחוזי 2000(3)30722 572; עניין רביב עמק חפר, לעיל הערה 42; עניין רונדופלס, לעיל הערה 66.

250 ראו: פש"ר (ת"א) 2043/01 פלג נ' גן אורנים בע"מ (בפירוק), תקדין מחוזי 2002(2)4796, בפסקה 11.

251 ראו כהן, לעיל הערה 4, בע' 259–276, 288–294.

252 להשוואה בין תנאי הכשירות של בעל תפקיד או מנהל מיוחד, לאלה של מפרק או כונס, ראו לעיל הערות 28 ו-29.

כראוי. בדומה, בתי-המשפט גם מיעטו לשפוך אור על המניע האמיתי העומד מאחורי הבחירה בבעל-תפקיד כחלופה עדיפה על הותרת ההנהלה הקיימת. עם זאת, נראה כי ישנו הסבר אפשרי הנותן מענה לשני עניינים אלה, מקור הסמכות והמניע. הסבר זה הוא הסבר היסטורי-תרבותי. עד שנחקק חוק הקפאת הליכים, לא היה בנמצא בישראל כל מסלול טיפול בחברה בקשיים, אשר בו ההנהלה נותרת על כסאה. צו שיפוטי המניע הליכים קיבוציים ביחס לחברה חדלת-פירעון מאז ומעולם היה כרוך בהחלפת השולט בחברה. בפירוק, כמו גם בכינוס נכסים או פירוק-זמני, נאלצת ההנהלה לפנות את כסאה לטובת בעל-תפקיד חיצוני המתמנה על-ידי בית-המשפט. זאת המערכת המוכרת לשופטי בתי-המשפט בישראל. סדרי עבודה המוכרים מימים ימימה אינם "מאיימים" ונתפסים כמתאימים ויעילים. כאשר סלל המחוקק נתיב חדש לחברות חדלות-פירעון, הוא נתיב ההבראה, וסתם ולא פירש כיצד תופעלנה החברות הפוסעות בנתיב זה, היה זה אך טבעי לבתי-המשפט לפרש את החוק העמום כמתיישב עם הליכי חדלות-הפירעון המקבילים והמוכרים²⁵³. כל עוד לא הורה המחוקק כי בהליך ההבראה יחול משטר שליטה שונה בחברות, אימצו בתי-המשפט את משטר השליטה המוכר מדיני הפירוק²⁵⁴. פער תרבותי זה בא לידי ביטוי בעניין *TWA*²⁵⁵. בפרשה זו, נקלעה חברת התעופה האמריקאית לקשיים פיננסיים. כדי לפתור את בעיותיה, נכנסה החברה להגנת Chapter 11 בבית-המשפט לפשיטות-רגל של דלאוור. במסגרת זו, ניהלה החברה משא-ומתן לרכישתה בידי חברת תעופה אחרת (American Airlines). תכנית הרכישה שקרמה עור וגידים עמדה לבטל קווי תעופה מסוימים של TWA ברחבי העולם ובתוכם הקו לישראל. משמעות התכנית הייתה פיטורי העובדים הישראליים של TWA. הללו פנו לבית-המשפט המחוזי בתל-אביב וביקשו מינוי של מפרק מקומי בישראל, לשם הגנה על זכויותיהם. השופט אלשיך נענתה לבקשתם. חלק משיקוליה למינוי מפרק מקומי היה העדרו של בעל-תפקיד בתיק העיקרי שהתנהל בדלאוור. כלשון ההחלטה:

"לו התמנה בארה"ב בעל תפקיד בעניין הנוכחי יתכן כי התוצאה אולי, ורק אולי, היתה שונה. היה לבית משפט זה אידך גיסא 'לשוחח עימו', כפי שקרה בעניין טאוור אייר עד למתן צו הפירוק. אלא שבמקרה הנוכחי בית המשפט

253 הערה זו נעשית מעניינת שבעתים על רקע העובדה כי בית-המשפט העליון לא ערך כל השנים הקבלה מלאה בין הליכי חדלות-הפירעון השונים. לפני פסיקתו בעניין דיוור העולה, נזוהר בית-המשפט העליון והחיל את ההסדרים הקבועים בהליך חדלות-פירעון אחד על ההליך האחר רק בהתאם להוראות מפורשות של המחוקק. ראו על כך את הדיון לעיל פרק ד.1(ב).

254 אכן, שינוי מדין קודם מחייב חקיקה מפורשת. ראו: בג"צ 5070/95 נעמת – תנועת נשים עובדות ומתנדבות נ' שר הפנים, תקדין עליון 2002(1) 634, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט טירקל, בפסקה 12 לפסק דינו של השופט אנגלרד; דנ"א 1558/94 נפיסי נ' נפיסי, פ"ד נ(3) 573, פסקה 22; ע"א 1915/91 אסתר יעקבי נ' עזרא יעקבי, פ"ד מט(3) 529, פסקה 23.

255 פש"ר (ת"א) 1225/01 ברמן נ' Trans World Airlines, Inc., תקדין מחוזי 2001(1) 29448.

בדלוואר, ארה"ב (גם בעניין טאוור אייר היה זה בית המשפט בדלוואר) הוציא צו הקפאת הליכים כללי מבלי למנות בעל תפקיד. דומה בעיני שדבר זה אומר, אם לא את הכל, הרי כמעט את הכל"²⁵⁶.

הותרת השליטה בחברה במסגרת Chapter 11 בידי ההנהלה הקיימת היא השגרה בארצות-הברית²⁵⁷. בניגוד להליכי פירוק, בהליכי הבראה בארצות-הברית לא נזקקים כלל ועיקר לבעל-תפקיד ממונה. זוהי תפיסת הפעלה שונה של החברה. ברם, בעיני בית-המשפט בישראל, הליך, בו יש הקפאת הליכים אולם אין כל בעל-תפקיד ממונה, אינו הליך משפטי מקובל של חדלות-פירעון, כי אם מסגרת לוקסוס לניהול משא-ומתן. דומני, כי דוגמא זו מבטאת יותר מכל את הליך המחשבה ההיסטורית-תרבותית שהשתרש בפסיקה הישראלית. הליך מחשבה זה הוביל לפרשנות המשפטית אשר יצרה את בעל-התפקיד להליכי הבראה יש מאין²⁵⁸.

הנה כי כן, פסיקת בתי-המשפט המחוזיים יצקה את דפוס הניהול של הליכי הבראה בישראל. דפוס הניהול שנקבע יוצר תאימות בנושא זה בין הליכי הפירוק להליכי הבראה. בקובעם דפוס ניהול כאמור קירבו בתי-המשפט את דיני הבראה הישראלים למקביליהם האנגליים²⁵⁹. אלה גם אלה דוחים את תפיסת הניהול המקצועי של ההנהלה הקודמת שקנתה לה שביתה ב-Chapter 11 האמריקאי²⁶⁰.

256 שם. בהמשך ההחלטה מוסיף בית-המשפט ומציין, כי בעינינו "איננו מדברים כלל במקרה של פירוק בארה"ב. דבר אשר גם לו השלכה והשפעה על העובדים כאן בישראל. הייתי מכנה את ההליך שמתנהל בארה"ב 'משא ומתן דה-לוקסוס'. בית המשפט בארה"ב מאפשר ניהול מו"מ בין החברות בסביבה ובאקלים שקטים, בלתי מופרעים, בלתי מוטרדים והבאתו לידי סיום מוצלח".

257 ראו: Bankruptcy Code § 1107. לספרות המסבירה את היות עניין זה עקרון יסוד של Chapter 11, ראו: R.T. Nimmer & R.B. Feinberg "Chapter 11 Business Governance: Fiduciary Duties, Business Judgment, Trustees and Exclusivity" 6 *Bank. Dev. J.* (1989) 1, 20; H.R. Miller "The Changing Face of Chapter 11: A Reemergence of the Bankruptcy Judge as Producer, Director, and Sometimes Star of the Reorganization Passion Play" 69 *Am. Bankr. L. J.* (1995) 431, 440-444; E.S. Adams "Governance in Chapter 11 Reorganizations: Reducing Costs, Improving Results" 73 *B. U. L. Rev.* (1993) 581, 592-593.

258 ודוק: אין להבין מדבריי כאן, כי הנני חולק בהכרח על עמדת בתי-המשפט בישראל. אכן, אף אני תומך במינוי בעל תפקיד לחברות העוברות הבראה בישראל. ברם, ההצדקה העניינית של סוגיה זו חורגת ממסגרת מאמר זה (להצדקת מינוי בעל-תפקיד, ראו: Hahn, *supra* note 141). כל שבאתי להציג כאן הוא את הגורמים העומדים מאחורי היוזמה השיפוטית הישראלית למינוי בעלי תפקיד בשנים בהן שתק המחוקק בעניין זה.

259 ראו: 10 § 8(2), Sch. B1, Insolvency Act, 1986.

260 להשוואת תפיסות הניהול האמריקאית והאנגלית של חברות הבראה, ראו: Hahn, *supra* note 141.

(ב) דפוסי תכנית ההבראה: התמחרות

להליך המשפטי של הבראת חברות יש מטרה מוגדרת. מטרה זו היא תכנית ההבראה. כל מהותו של ההליך היא לאפשר לחברה ולנושיה לנהל משא-ומתן ענייני ולגבש תכנית הבראה שתאושר ותחייב את כל הצדדים. ברם, החוק אינו נדרש לשאלה מה תוכן יהיה לתכנית ההבראה ומי זכאי להציע תכנית כאמור. ואמנם, תוכן תכנית ההבראה הוא עניין גמיש וקשה לתיחום בכללים והגדרות נוקשות. תכנית הבראה נדרשת להתוות את התכנית העסקית של החברה מכאן ולהבא. תכנית עסקית זו לא תתאם בהכרח את הפעילות העסקית של החברה ערב ההבראה. אף בצד המימוני עשויה החברה לשרטט בתכנית ההבראה תמונה שונה מבעבר. מאליו יוכן, אפוא, כי תכנית ההבראה יכולה להתגבש בהתאם לשלל אפשרויות עסקיות²⁶¹. התכנית יכולה להציע מיזוג של החברה המובראת עם חברה אחרת; רכישת השליטה בחברה המובראת, שלא בדרך של מיזוג, על-ידי משקיע חדש; מכירת חלקים מן המערך העסקי של החברה; או המשך ההפעלה של החברה כימים ימימה על-ידי בעלי-המניות והמנהלים ההיסטוריים. כל אחת מדרכים אלה משפיעה גם על אופן החלוקה לנושים במסגרת תכנית ההבראה. תכניות הבראה, המושתתות על השקעת כסף מזומן חדש, עשויות לפרוע לנושים את חובותיהם במזומן ובטווח זמן קצר יחסית²⁶². תכניות הבראה המתמקדות בארגון מחדש של תביעות הנושים יטו לפרוס את התשלומים לנושים על-פני זמן או להמיר את החובות בזכויות הוניות בחברה²⁶³.

קיבוע תכנית הבראה למסגרות נוקשות איננו אפשרי, אפוא. לעומת זאת, קביעה משפטית מי זכאי להגיש תכנית הבראה, היא תוכנה אשר יהא, אפשרית ואפילו נדרשת לשם מניעת ריבוי הצעות עסקיות. ריבוי הצעות אשר תוגשנה באופן בלתי מבוקר, ללא תחימת לוחות זמנים לשם הגשתן וההצבעה עליהן יפגע ביעילות הליכי ההבראה. חוק הקפאת הליכים אינו מציין מי זכאי להגיש תכנית פשרה או הסדר²⁶⁴. במשטר שליטה בו מתמנה לחברה בעל תפקיד חיצוני, אחד התפקידים המרכזיים המוטלים עליו הוא לגבש את תכנית ההבראה המוצעת²⁶⁵. בעל התפקיד מרכז בידיו את סמכויות הניהול של החברה ואת סמכויות גיבוש התכנית. בעל התפקיד נתפס כגורם אובייקטיבי שאינו מוטה לטובת קבוצת נושים זו או אחרת או לטובת בעלי-המניות. לפיכך, תכנית

261 למגוון האפשרויות העסקיות השונות הניתנות לשימוש במסגרת תכנית הבראה, ראו: Bankruptcy Code § 1123.

262 ראו T.H. Jackson "Comment on Baird, 'Revisiting Auctions in Chapter 11'" 36 *J. L. & Econ.* (1993) 655, 657-658.

263 דוגמא בולטת בישראל לתכנית הבראה המושתתת על המרת החוב בזכויות הוניות היא ההבראה של חברת גילת לווינים. ראו: א' גבאי "בעלי האג"ח של גילת לווינים אישרו את תוכנית ההבראה; תכריז בקרוב על ספליט הפוך" גלובס 5.2.03.

264 סעיף 350(א) לחוק החברות נוקט לשון "הוצעו פשרה או הסדר", מבלי לקבוע כל הוראה בדבר זהות המציע. באורח מפתיע, גם תקנות ההבראה לא קבעו הוראה מפורשת בעניין זה.

265 ראו: Gower, *supra* note 57, at pp. 827-828.

הבראה המוגשת מטעמו נתפסת כתכנית עניינית ואובייקטיבית. לא ייפלא, אפוא, כי את הפרקטיקה של בתי-המשפט בישראל למנות בעלי-תפקיד בתיקי הבראה, מלווה הענקת הסמכות לאותם בעלי-תפקיד לגבש את תכניות ההבראה המוצעות ולהביאן לאישור.²⁶⁶ אולם, בתי-המשפט לא הסתפקו במינוי בעלי-תפקיד ובהסמכתם לגבש תכניות הבראה. יחד עם בעלי-תפקיד, פיתחו בתי-המשפט המחוזיים, בהדרגה, תורה שבעל-פה ישראלית אודות אופי תכניות ההבראה. כמדיניות, בתי-המשפט מעודדים התמחרות על השליטה בחברה כהליך אשר יבשיל את תכנית ההבראה שתאושר.²⁶⁷ ההתמחרות אינה אלא מכירה פומבית של השליטה בחברה.²⁶⁸ במכירה פומבית זו, המנוהלת על-ידי בעל התפקיד, זכאי להגיש הצעות כל גורם עסקי – רוכש חדש כמו גם בעלי-השליטה או המנהלים הקודמים בחברה. באמצעות ההתמחרות שואפים בתי-המשפט להשיא את הערך המתקבל עבור פעילות החברה כעסק-חי.²⁶⁹ השאת הערך תגדיל את החלוקה לנושים ותאפשר להוסיף ולהפעיל את החברה. בשונה ממימוש נכס בודד, הרכוש נשוא ההתמחרות בתיקי הבראת חברות הוא כלל נכסי החברה כחבילה. לשון אחר: מציעי ההצעות מתמודדים על רכישת השליטה במערך עסקי פעיל. המימון

266 לגיבוש תכניות הבראה והבאתן לאישור על-ידי המנהל המיוחד או הנאמן, ראו: עניין תבור תעשיות שיש, לעיל הערה 22; בש"א (חי) 438/02, 2191, 1452 חייל אחזקות (1965) בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, תקדין מחוזי 2003(1) 2209 (המנהל המיוחד והנאמן גיבוש תוכנית הבראה); בהט, לעיל הערה 4, בע' 991.

267 ראו, למשל: פש"ר (ת"א) 1202/02 תדירגן (מתכת) בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, דינים מחוזי לג(7) 786; פש"ר (ת"א) 1153/02 בעניין המשביר לצרכן ישראל בע"מ (טרם פורסם) (התמחרות בנוגע לזארה – ז.מ. מחסני אופנה); עניין פוייכטונגר, לעיל הערה 124; פש"ר (חי) 555/02 עמיטקס את אמדאי 1991 נ' אופנת קפה (בפירוק זמני), תקדין מחוזי 2003(1) 2962; פש"ר (ב"ש) 3169/02 כונס הנכסים של חברת נאות מדבר בע"מ נ' חברת אביסרור משה ובניו עבודות בנין ופיתוח בע"מ, תקדין מחוזי 2003(1) 1322 (להלן – "עניין נאות מדבר").

268 ראו ע"א 509/00 לוי נ' הנאמן בפשיטת רגל לנכסי יצחק בילו, פ"ד נה(4) 410, 422–423 (בפסקה 7). בפסק-דין זה, שעסק במימוש נכסי פושט-רגל, הבחין בית-המשפט בין הליכי מכירה פומבית או התמחרות, לבין עריכת מכרו. בעוד הליך התמחרות הוא פומבי והצעות המתחרים מתוקנות בהתאם להצעות המתחרות, הליך המכרו שומר על סודיות ההצעות, דבר המוביל לכך שההצעות קבועות ולמציעיהן לא ניתנת הזדמנות לשיפור ההצעה. ראו עוד: ע' דקל חובת המכרו של גופים מינהליים (תשס"א) 59–64, 158–164. על הליך ה-auction במסגרת הליכי חדלות-פירעון מסחריים, ראו גם: B.A. Markell "Owners, Auctions and Absolute Priority" 44 *Stan. L. Rev.* (1991) 69, 107–116; E.M. Ryland "Bracing for the 'Failure Boom': Should a Revlon Auction Duty Arise in Chapter 11?" 90 *Colum. L. Rev.* (1990) 2255, 2271–2276; R.K. Rasmussen & D.A. Skeel, Jr., "The Economic Analysis of Corporate Bankruptcy Law" 3 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* (1995) 85, 104–106, 108–109; M. Abramowicz "The Law-and-Markets Movement" 49 *Am. U. L. Rev.* (1999) 327, 332–335; D.G. Baird "Revisiting Auctions in Chapter 11" 36 *J. L. & Econ.* (1993) 633.

269 עניין נאות מדבר, לעיל הערה 267, בפסקה 15.

של הצעות כאלה הוא מורכב. יש ומציע הצעה יכול לממנה ממקורותיו העצמיים, יש ויממנה באמצעות אשראי, ויש ויבקש לממן לפחות את חלקה בתשלומים דחויים ופרוסים על פני זמן. מכאן, שעריכת התמחרות אינה מחייבת תמורה בכסף מזומן שיחולק לנושים מיידית. תיתכנה התמחרויות, בהן ההצעות המוצעות נוקבות לחברה שווי גבוה, אך מבקשות לפרוע לנושים (אשר "מוכרים" את נכסי החברה לרוכש זה כנגד סילוק תביעותיהם) באמצעות תשלום מתוך תקבוליה העתידיים של החברה או באמצעות הקצאת ניירות-ערך על בסיס השווי המוצע. ואכן, בעוד בתי-המשפט מעודדים את הליך ההתמחרות כהליך רצוי במסגרת גיבוש תכניות הבראה, אין הם דורשים כי התמורה המוצעת בהתמחרות תהיה במזומן דווקא²⁷⁰.

עידוד הליך ההתמחרות על-ידי בתי-המשפט רצוי בעיניי. יש בו מענה לבעיות של הצעת תכניות הבראה הנגועות בניגוד-עניינים והלוקות ביתרון בלתי הוגן למסד ההיסטורי של החברה²⁷¹. פומביות המכירה מובילה להשאת ערך לטובת הנושים, ובכך מבטיחה הן את יעילות הבראה והן את הגינותה. עם זאת, חשובה בעיניי לא פחות המגמה הזוהירה הניבטת מבעד החלטות בתי-המשפט המחוזיים, לפיה אין להחיל פתרון מסגרת אחד לכל תיקי הבראה. תנאי השוק עלולים להשתנות מתקופה לתקופה. יש תקופות שפל, בהן לא תוצע כמעט כל הצעה לרכישת השליטה בחברות מענף עסקי מסוים²⁷². לחלופין, מיעוט ההצעות יכול לנבוע מייחודיות העיסוק של החברה בתחום בו פועלים גורמים עסקיים מעטים ביותר. בנסיבות כאלה, ראוי לאפשר לבעל-התפקיד לגבש תכנית הבראה בדרך של ניהול משא-ומתן פרטי עם נושי החברה²⁷³. בנוסף, גם כאשר מתקיים הליך של מכירה פומבית, פעמים שבעל-התפקיד המנהל את המכירה מסייג את התחייבותו לבחור בהצעה הגבוהה ביותר²⁷⁴. לעיל הבהרתי את

270 לעומת זאת, בשבדיה, דורש החוק קיום התמחרות במזומן על חברה חדלת-פירעון. ראו: B. Espen-Eckbo & K.S. Thorburn "Overbidding vs. Fire-Sales in Bankruptcy Auctions" available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=305619

271 מגמה דומה פותחה לפני שנים אחדות בפסיקת בית-המשפט העליון של ארצות-הברית. על-פי Chapter 11, נהנית הנהלת החברה – השולטת בה אף בעת הבראה – מתקופת בלעדיות בת 120 ימים בה מותר לה בלבד להגיש תכנית הבראה. תכניות הבראה לא מעטות שהוצעו הותירו ערך לבעלי-המניות ההיסטוריים אף שלנושים לא הקצו ערך כדי מלוא חובם. תופעה זו נעצרה על-ידי פסק-הדין בעניין *Bank of America National Trust and Savings Assoc. v. 203 North Lasalle St. Partnership*, 526 U.S. 434 (1999). בפרשה זו, קבע בית-המשפט העליון שם, כי כל אימת שמוגשת תכנית הבראה המקצה ערך לבעלי-המניות ההיסטוריים בלא לפרוע 100% מחובות הנושים, אוטומטית מסתיימת תקופת הבלעדיות האמורה והזכאות להגשת תכניות הבראה נפתחת לתחרות פומבית.

272 ראו: A. Shleifer & R.W. Vishny "Liquidation Values and Debt Capacity: A Market Equilibrium Approach" 47 *J. Fin.* (1992) 1343; P. Aghion, O. Hart & J. Moore "The Economics of Bankruptcy Reform" 8 *J. L. Econ. & Org.* (1992) 523

273 השוו גם: עניין לוי, לעיל הערה 268, בע' 421.

274 עם זאת, במכרזים שעורכות רשויות מנהליות, מוטלת עליהן חובה להתקשר בהתקשרות האופטימאלית. ראו: דקל, לעיל הערה 268, בע' 60–67.

ההבדל שבהתמחרות על המערך העסקי השלם של החברה לעומת התמחרות הנערכת בהקשרים אחרים על רכישת נכס בודד. מערך עסקי של חברה כולל את קשריה העסקיים עם ספקים ולקוחות מסוימים, עמידתה בתנאי כשירות של מכרזים שלטוניים או של זיכיונות מסוימים, ואת העסקתם של עובדי החברה. בטרם תיבחר ההצעה הזוכה ראוי שייבחנו בכובד-ראש, לצד גובה הצעות המחיר השונות המוגשות לבעל התפקיד, אופן ההפעלה של החברה על-ידי המציעים השונים והשלכותיו על השיקולים שנמנו לעיל. דוגמא בולטת מן השנה האחרונה לעניין זה היא ההתמחרות שנערכה בעניינה של חברת פויכטונגר תעשיות בע"מ. בהתמחרות זו, אישר בית-המשפט המחוזי לבעל-התפקיד לדחות את ההצעה הגבוהה ביותר שהתקבלה עבור החברה ולקבל תחתיה את ההצעה השנייה בגובהה משום שמציע ההצעה השנייה התחייב להעסיק את עובדי החברה בעוד מציע ההצעה הגבוהה ביותר נמנע מלהתחייב כן.²⁷⁵

ה. סיכום

בשנת תשנ"ה שילבה הכנסת את חוק הקפאת הליכים בתוך ספר החוקים של מדינת ישראל. מהלך זה לא זכה בשעתו להד תקשורתי יוצא דופן. לא הייתה כאן יומרה למהפכה כוללת של ענף משפטי. מבחינה תודעתית ראשונה, לא היה כאן קול ענות גבורה דוגמת חקיקת חוק החברות בשנת תשנ"ט²⁷⁶. ועם זאת, מאמר זה סקר את הדרך הארוכה שפסע דין הבראת החברות הישראלי מני שנת תשנ"ה ועד היום. הראיתי את כוחו הרב של סעיף-קטן אחד, זה אשר הסמיך את בתי-המשפט לתת צו הקפאת הליכים, קרי: צו מניעה זמני נגד כלל נושי החברה. סעיף זה, אשר מלכתחילה נועד לספק לחברה בקשיים פיננסיים אמצעי-עזר זמני, קידם את דין הבראת חברות והצעידו מרחק רב קדימה. לראשונה, קיימת בישראל חלופה ממשית ובת-ביצוע להליך הפירוק. עם זאת, נסקרו אף החסרים הרבים שחוק הקפאת הליכים הותיר. עם כל חשיבותו, לעתים נדמה היה כי זהו חוק ישראלי שעוצב במפעל גבינות שוויצרי. ברם, תמורות נוספות שהתחוללו בעקבותיו, בחקיקת המשנה משנת תשס"ב ובפסיקת בתי-המשפט, סתמו רבים מחורים אלה. אולם, סתימות אלה, הנעשות טלאים טלאים, טובות לשעתן, אך אינן יצירה משפטית אידיאלית. על אחת כמה וכמה שהסתייגות זו יפה לאור הפקפוקים שהעליתי במאמר בדבר חוקתיות חלק מהוראות תקנות ההבראה. יש לקוות, אפוא, כי הצטרפותי כאן לקולו הקורא של בית-המשפט העליון, המפציר במחוקק להשלים את

275 פש"ר (ת"א) 1739/02, בש"א 18849/02 בעניין פויכטונגר תעשיות בע"מ (טרם פורסם) (ניתן ביום 30.10.02) פסקות 10-11.

276 במקום אחר הערתי, כי הרעש התקשורתי שליווה את חוק החברות רב בהרבה מן התמורות המהותיות שחולל חוק זה בדין שהיה קיים ערב קבלתו. ראו: האן, לעיל הערה 104, בע' 420.

המלאכה ולחוקק את הרפורמה המקיפה בדיני חדלות-פירעון, תיפול סוף סוף על אזניים קשובות.

מלבד הדגשת החשיבות המרובה של חוק הקפאת הליכים כשלעצמו, הצביע המאמר על מספר תהליכים ומגמות מעניינים בפיתוח דיני חדלות-הפירעון הישראליים בתקופה הנסקרת. ראשית, עמדה הרשימה על העמדה המאופקת שגילה בית-המשפט העליון בפיתוח דיני הבראת חברות עד לפריצת הדרך אותה אפשר בהחלטתו מרחיקת הלכת בעניין כספי, בראשית שנת תשס"ג. עמדה שמרנית יחסית כאמור מצד בית-המשפט העליון בדורו הנוכחי איננה אופיינית למוסד. שנית, המאמר ביקש לנתח את סוגיית הסבילות היחסית של בית-המשפט העליון בהקשר רחב יותר מדיני הבראת חברות, ולהציג סבילות זו ביחס לכל תחום חדלות-הפירעון. המאמר השווה בין פיתוח דיני חדלות-פירעון לבין פיתוח דיני ההוצאה-לפועל בשנות התשעים, שנות ההגנה החוקתית על זכויות. בעניין זה הצבעתי על מגמה הפוכה בפיתוח הדין. בתחום ההוצאה-לפועל צעד בית-המשפט כעמוד הענן לפני המחנה ועיגן את זכויות החייב כמשקולת נוספת במאזני הזכויות. המחוקק צעד בעקבות בית-המשפט ובתיקוני חקיקה מאוחרים קבע את זכויות החייב בחוק ההוצאה-לפועל. והיפוכו בתחום חדלות-הפירעון: בתחום זה, הייתה זו דווקא הכנסת אשר שינתה את כללי המשחק והפכה הן את דיני פשיטת-הרגל והן את דיני חדלות-הפירעון התאגידית מדין המשקלל את זכויות הנושים לבדן, לדין מאוזן המשקלל עם זכויות אלה אף את זכויות החייב. בתי-המשפט המחוזיים החלו בהטמעת עניין זה בפסיקותיהם בתיקי הבראה. בשנתיים האחרונות נרתם אף בית-המשפט העליון למגמה זו. נראה היה כי המהלך הושלם אך למרבה האכזבה, בשבועות האחרונים סב בית-המשפט העליון לאחור ולא ההין להשלים בפסיקה את האיחוד המהותי בין דיני הפירוק ודיני הבראת חברות²⁷⁷.

277 ראו לעיל, הערה 225.

