

הערה לחקיקה – שיקום חברות והסדרים חלופיים לפירוק

עו"ד יוסי כהן*

א. מבוא – היעדר חקיקה הולמת

דיני החברות בישראל אינם מספקים פתרונות משביעי רצון בשאלת ההסדרים החלופיים לפירוק, כגון מוסד שיקום, הסדר נושים, ארגון מחדש וכיוצא באלו. למרות שהפירוק הוא סער קיצוני ביותר, פקודת החברות אינה מעניקה סעד ביניים, המאפשר לנושים לפדות את חובותיהם מבלי להביא את החברה לקיצה¹. למרות שינוי המגמה בעניין זה בחקיקה האנגלית², עדיין הנחת היסוד בפקודת החברות היא כי דין חברה חדלת פירעון כדין פושט רגל. נושיה של החברה זכאים לקבל את כספם, ולצורך זה הם רשאים לבקש את פירוקה, לכנס את נכסיה, לממשם ולפדות מתוכם את חובם, בהתאם לסדרי הנשייה³.

מובן כי מכירת נכסי חברה במסגרת פירוק מחמת חדלות פירעון, עשויה לגרום לעיתים נזק רב לנושיה ולבעלי מניותיה של החברה ולהפחית באופן משמעותי את ערך נכסי החברה, שכן בדרך כלל המוניטין של חברה שנקלעה להליכי פירוק יורדים לטמיון, הסכמי זיכיון שהיא קשורה בהם פוקעים וכו'. בדרך כלל הנושים היחידים שמקבלים את כספם בהליכי פירוק מחמת חדלות פירעון הם בעלי השעבודים המובטחים, ואילו בעלי שעבודים נחותים יותר מקבלים, אם בכלל, רק

* דוקטורנט למשפטים ומרצה לדיני חברות, מחבר שלושת הספרים "דיני חברות בישראל".
1 "כהן דיני חברות (תשנ"א, כרך ג) 607; "בהט" ארגון מחדש של חברות כושלות" מחקרי משפט ז (תשמ"ט) 221, 224-225; "בהט דיני הבראת חברות (מהדורה שנייה, 1989).
2 כהן, לעיל הערה 1, בע' 656.
3 שם, בע' 607.

חלק מזערי מכספם. לבעלי המניות, שהם "הנושים" האחרונים בתור לחלוקה, לא נותרת ברוב המקרים יתרת נכסים לחלוקה בפירוק.⁴

אף כי לא ניתן ולא רצוי למנוע בכל המקרים את חיסולה של חברה שנקלעה לקשיים, יכול לפעמים פרק זמן קצר, שבו ינסו לשקמה, להעשיר את קופת הפירוק. במקרים מסוימים יש לשיקום, לארגון מחדש של חברה או להסדר נושים יתרונות רבים על פני הפירוק, והם עשויים לגרום לכך שהנושים יקבלו בסופו של דבר סכום גבוה יותר מהחברה, וימנעו ממנה, מעוכדיה, מצדדים שלישיים ומבעלי מניותיה הפסד כספי והרס מקור הפרנסה.⁵ גם אם ניסיון השיקום לא יצלח במלואו, תכניס בדרך כלל מכירת החברה "כעסק חי" רווח יותר גדול מאשר מכירה כפויה, המתבצעת בלחץ נושה אחד אשר לנגד עיניו, מטבע הדברים, עומד אך ורק האינטרס הצר שלו בקבלת כספו. "הסתערות" נושים על חברה שנקלעה להליכי פירוק גורמת כמעט בוודאות, לחיסול מידי של עסקיה, וכך "יוצא שכרם של הנושים בהפסדם", תוך גרימת נזק לכלכלת המדינה, המסבסדת את חובות החברה (בין אם במישרין בדרך של תשלום לעובדים שלא קיבלו את שכרם, ובין אם בעקיפין, כגון בדרך של הפסד מס, תשלום דמי אבטלה וכו').

ב. הדין הקיים

סעיף 233 לפקודת החברות, מהווה כיום, לצד סעיף 234, את המנגנון הכמעט יחידי שבמסגרתו ניתן לקבל סעדים שיאפשרו את שיקומה והצלתה של חברה בקשיים ללא פירוקה. סעיף 233 מאפשר לחברה לקבל גושפנקא חקיקתית לארגון מחדש, הסדר או פשרה עם נושיה או חבריה של חברה, בין אם נכנסה לפירוק ובין אם לאו,⁶ ואילו סעיף 234 לפקודת החברות מאפשר לחברה להתמזג עם חברה אחרת ולהעביר אליה את מפעלה.⁷

אין חולק כי אפשרויות השיקום בסעיפים 233–234 לפקודת החברות הן דלות ובלתי מספקות, וניסיון העבר מלמד כי לא יצרו כל תמריץ לשיקום. סעיף 233 לוקה בחסר ואינו כולל הוראות החשובות ביותר לשיקום, כגון העמדת אשראי חדש לחברה במצוקה, הקלות מס, ויתור על נכס מכביד וכיוצא באלו. כתוצאה מכך, אין כמעט כל הבחנה בדין הישראלי בין חברה שמצבה הפיננסי הרעוע, באופן בלתי הפיך, מצדיק את פירוקה וחיסולה, לבין חברה בעלת פוטנציאל רווחיות גבוה שנקלעה לקשיים ארעיים. במקרה האחרון יש כמובן הצדקה לסייע לחברה, שכן הנזק שייגרם לציבור, לעובדים וכו' כתוצאה מפירוקה עלול להיות רב לאין ערוך

4 הבנקים, בעלי האג"ח הכוללות שעבודים קבועים וצפים, הם בדרך כלל המלווים הראשונים ולפיכך הם זוכים במרבית כספיהן של חברות בקשיים.

5 כהן, לעיל הערה 1, בע' 609.

6 ביתר הרחבה ראו שם, בע' 622.

7 ביתר הרחבה ראו שם, בע' 642.

מהנזק שייגרם לנושים אם ימתינו קמעא עד לפירעון חובם; מה גם שלעתים אף האינטרס של הנושים מחייב ניסיון לשיקומה של החברה ומכירתה כ"עסק חיי". מאידך גיסא, אל לנו לשכוח כי גם לנושים, אשר בדרך כלל הלוו לחברה את מיטב כספם, יש אינטרס לגיטימי להשבת כספם, החייב למצוא את ביטויו בהסדר⁸. הנה כי כן עלינו לערוך בכל הסדר נושים, שיקום או ארגון מחדש של חברה, איוון אינטרסים שתכליתו בחינת מאזן ההפסד והרווח שייגרמו לכל הצדדים המעורבים. יש ליתן בעת עריכת מאזן זה משקל ראוי לטובת החברה, הציבור, בעלי המניות והעובדים מחד, לבין טובת הנושים וזכאותם לקבל את כספם, מאידך. בהיעדר איוון נאות בין האינטרסים האמורים, עשוי כל הסדר או ניסיון שיקום להסתיים בכישלון. כך למשל, עשויה הגנת יתר על חברה בקשיים לגרום לניצול לרעה של הליכי ההסדר ולפגיעה בנושים, העשויה לחזור ולפגוע ככומרנג בכלל החברות, שכן מלווים פוטנציאליים עלולים להירתע מהקצאת אשראי לחברות מתוך חשש לגורל כספם, ולגרום להתייקרות עלות האשראי⁹.

ג. פתרונות חלופיים

בהעדר מנגנוני שיקום חקיקתיים, יצרו בתי המשפט בישראל, בחינת "יש מאין", מוסדות מקוריים מעניינים. החל בכך השופט לובנברג ז"ל, נשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב לשעבר, אשר יצר את מוסד "קדם המפרק הזמני", שנועד, בין היתר, לבדוק את השאלה האם ניתן לשקם את החברה לאחר שמונה לה מפרק זמני ולפני שניתן צו לפירוקה¹⁰. במוסד זה נעשה שימוש ממושך בשיקומה של אל-על, המוביל הלאומי של מדינת ישראל¹¹. לאחר מכן הומצאו "פטנטים" מקוריים נוספים, כגון "כונס מפעיל", "מפרק מפעיל", והגדיל עשות בעניין זה נשיא בית המשפט המחוזי לשעבר, השופט וינוגרד, אשר בהחלטה מקורית ואמיצה החיל בפרשת כור עקרונות מסוימים מ-Chapter 11 האמריקאי, תוך ניסיון לשיקומה¹². ספק רב אם החלטת השופט וינוגרד היתה עומדת במבחן הביקורת השיפוטית. יחד עם זאת, הוכיחה המציאות כי החלטה זו הביאה תועלת וברכה לכל המעורבים, שכן כור נחלצה מקשייה הכלכליים ועסקיה הבריאו כמעט לחלוטין. לו היה השופט

8 שם, בע' 610.

9 ראו למשל, חוק הסדרים במגור החקלאי המשפחתי, התשנ"ב – 1992.

10 כהן, לעיל הערה 1, בע' 611.

11 שם, בע' 612.

12 ובעיקר הצו להקפאת הליכים, שאינו מעוגן כאמור באופן מפורש בחוק. ראו ת"א (ת"א)

1901/88 כור תעשיות בע"מ (לא פורסם) (להלן: עניין כור).

וינוגרד נוהג בהתאם ל"חוק היבש", היה נגרם נזק עצום לכור, לכלכלת המדינה, לעובדים, לנושים וכו'¹³.

מובן כי כל הנסיונות הללו, על אף מקוריותם, אינם יכולים לחפות על החסר הגדול בחקיקה הישראלית בסוגיית השיקום, הארגון מחדש והסדרי נושים. ואכן בשנים האחרונות אנו עדים לניצנים של מהפך חקיקתי בסוגיה זו. ביום 22.12.88 הגיש ח"כ שטרית שמעון הצעת חוק להבראת תאגידים בקשיים, אשר זכתה ביום 15.10.90 לנוסח שני, אך עדיין לא גובשה לדבר חקיקה מחייב¹⁴. ביום 22.1.90 הוגשו לשר המשפטים המלצותיה של הוועדה לשם בדיקת נחיצותה של רפורמה בדיני פשיטת רגל ופירוק חברות בישראל. בראשות הוועדה הועמד שופט בית המשפט העליון שלמה לוין, בר סמכא בדיני פירוק ופשיטת רגל, והרכבה כלל מומחים מהטובים בארץ: ד"ר וינוגרד (לשעבר נשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב, העוסק שנים בפירוק חברות), פרופ' י' הדרי (מומחה לדיני מיסים מאוניברסיטת תל-אביב) ועוד¹⁵.

ד. עקרונות ההצעה של הוועדה בראשות ש' לוין

עקרונות ההצעה של ועדת לוין "הוצאו לפני זמן קצר מן המגירה", ולאחר שעברו "שינוי קוסמטי" קל הוגשו למשרדי הממשלה כתזכיר של משרד המשפטים. מכיוון שלהמלצותיה של ועדת לוין סיכויים טובים ביותר להתקבל כדבר חקיקה, נביא בתמצית את העקרונות שהנחו אותה בעבודתה ואת עיקרי המלצותיה. ועדת לוין הגיעה למסקנה כי יש להוסיף לפקודת החברות פרק חדש אשר יעסוק בשיקום חברות, אך סברה שאין מקום לאמץ בישראל כתטיבה אחת את ההסדר האמריקאי או כל הסדר זר אחר, וזאת מכמה טעמים: ראשית, הרקע חברתי והכלכלי בארצות אלה שונה מאשר בישראל. חברה טיפוסית בישראל הטעונה שיקום, שונה בממדיה מחברה טיפוסית בארצות-הברית, ואפילו מערכת יחסי העבודה בישראל היא ייחודית.

שנית, מטבע הדברים יהיה מספר השופטים בישראל שיטפלו בשיקום חברות קטן, ולפי הנוהג המקובל בארץ מדובר בשופטים מומחים בתחום זה. 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. עם זאת, לא התעלמה ועדת לוין מן ההסדרים החקיקתיים בארצות אחרות ומצאה לנכון לאמץ כמה מהם, כאשר מצאה שהם מתאימים לתנאי הארץ.

13 בימים אלה אנו עדים לניסיונות למכירת חלק מכור בסכומי עתק, העולים בעשרות מונים על התמורה שהייתה מתקבלת ממימושה בפירוק.

14 תזכיר הצעת החוק של פרופ' ש' שטרית (טרם פורסם). לעקרונותיו בהרחבה ראו כהן, לעיל הערה 1, בע' 658.

15 לעקרונות ההצעה של ועדת לוין בהרחבה ראו כהן, לעיל הערה 1, בע' 666.

כך, למשל, קבעה הוועדה שבמהלך השיקום יעמוד בתוקפו צו הקפאה של ההליכים, שיחייח גם לנושים המובטחים. נקבעו גם הסדרים מסוימים הנוגעים להליכי בדיקתן של תכניות השיקום והגילוי הנאות לציבור בעלי המניות והנושים. אפשר לסכם את גישתה העקרונית של ועדת לוי כדלקמן:

(א) הליכי שיקום מיועדים רק לחברה חדלת פירעון או לחברה שהכונס הרשמי אישר בכתב, שלנוכח הנסיבות קיים חשש ממשי שתהפוך לחדלת פירעון תוך זמן קצר, או שבהיות חובותיה עולים על נכסיה יש לכאורה מקום לנקוט לגביה בהליכי שיקום;

(ב) בקשה לשיקום חברה תוגש על ידי החברה, אך יכול ותוגש על ידי צדדים אחרים, כגון נושה או בעל מניות. כאשר המבקשת היא החברה, עליה לצרף לבקשתה הצעת תכנית שיקום;

(ג) הוצגה דרישת סף למבקש ועליו להוכיח קיומם של תנאים מסוימים. כמו כן רשאי בית המשפט להביא בחשבון גם את טובת הציבור;

(ד) אם עבר המבקש את המשוכה הראשונה וקיבל צו לפתיחת הליכים, מתמנה בו במעמד שקם, שהוא אדם חיצוני, אשר מוקנות לו סמכויותיו של מפרק. לשקם ניתנו סמכויות רחבות של תפיסת נכסים וניהולם, אך התפקיד המרכזי המוטל עליו הוא לערוך חקירה ולדווח לבית המשפט אם קיים סיכוי לשקם את החברה. אם החליט השקם כך, יצרף דו"ח שיגיש את "הצעת השקם", אשר תשמש בסיס להליכי השיקום. אושר דו"ח השקם וניתן צו שיקום, יפקח השקם על ביצוע התכנית. בדומה לדגם האנגלי, ייקבעו תנאי הכשירות של השקם בתקנות כשהכוונה היא להקים מאגר "שקמים" בעלי הכשרה מיוחדת לתפקיד זה;

(ה) הוועדה לשיקום ראתה לפני כדגם בסיסי חברה, שלשם שיקומה היא מתנהלת על ידי השקם וסמכויות האורגנים של החברה מוקנות לו, אם כי ניתנו לבית המשפט גם אפשרויות אחרות למתן צווים המותירים לחברה חופש פעולה; (ו) ועדת לוי סברה שיש להחיל על השקם, בשינויים המחוייבים, את הוראות פקודת החברות הנוגעות לפירוק. חלק מהוראות אלה טעונות שיפור, אך הוועדה מצאה לנכון, לבד מכמה מקרים, לבצע את הרפורמה הכוללת של הוראות אלה רק בשלב הבא של עבודתה;

(ז) ההצעה כוללת אפשרויות של המרת צו שיקום בצו פירוק והמרת צו פירוק בצו שיקום;

(ח) הוועדה הגמישה את דרישות הרוב הדרוש לאישור הצעת השקם והסמיכה את בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, להחליט על צו שיקום גם ללא הרוב הדרוש, אם מתוך שקילה כוללת של דעותיהם ועניינם של כלל הנושים והמשתתפים, סבור הוא כי מן הראוי לאשר את התכנית.

ה. החוק החדש – מטרתו והיקפו

על רקע החסר החקיקתי הממשי בפתרונות הולמים לחברה בקשיים, ולאור

היקפן הגדול של חברות בקשיים, נוצר צורך חיוני ודחוף לתקן את פקודת החברות ולהכניס בה הוראות המתייחסות להסדרים חלופיים לפירוק ולשיקום חברות. ואכן, ב-5 באפריל 1995 נתקבל בכנסת החוק לתיקון פקודת החברות (מס' 10), התשנ"ה – 1995¹⁶, אשר מטרתו כפולה: מחד, לעגן בחוק את סמכותו של בית המשפט לעכב לתקופה מוגדרת הליכים משפטיים כנגד חברה שהגישה בקשה להסדר או פשרה במסגרת סעיף 233 לפקודת החברות. מאידך, לאפשר לבית המשפט, במקרים מסוימים, לאפשר מימוש בטוחות או שעבודים של נושים שהאינטרס שלהם בנכס אינו מוגן באופן הולם.

יטודו של החוק החדש, שנתקבל בחופזה ותוך התעלמות מהמלצות ועדת לרין וועדת שטרית, בהצעת חוק פרטית של חברי הכנסת דדי צוקר וגדליהו גל¹⁷. למעשה הזרו העיקרי לחקיקתו הוא פסק דינו של השופט וינוגרד בעניין כור. החוק החדש הוכנס כתוספת ארבע פסקאות משנה לסעיף 233(א) לפקודת החברות ומפאת חשיבותו נביאו כלשונו:

"(1א) (1) בית המשפט שהוגשה לו בקשה לפשרה או להסדר כאמור בסעיף קטן (א) (להלן: התכנית), רשאי, אם שוכנע כי יהיה בכך כדי לסייע לגיבושה או לאישורה של תכנית שמטרתה להבריא את החברה, ליתן צו, לפיו, במשך תקופה שלא תעלה על תשעה חודשים, לא ניתן יהיה להמשיך או לפתוח בשום הליך נגד החברה, אלא ברשות בית המשפט ובתנאים שיקבע (להלן: צו הקפאת הליכים).

(2) צו הקפאת הליכים יכול שיינתן במעמד המבקש בלבד, אם שוכנע בית המשפט כי נסיבות העניין מצריכות זאת, ובלבד שהודעה על מתן צו הקפאת הליכים תפורסם ברבים ותימסר לכל מי שעשוי להיפגע ממנו, הכל כפי שיראה בית המשפט.

(3) מי שנפגע מצו הקפאת הליכים, שניתן במעמד המבקש בלבד, רשאי לפנות לבית המשפט שנתן אותו בבקשה לבטלו; בית המשפט ידון בבקשות לביטול אם הוגשו כאלה, במועד שיקבע ובלבד שהדיון ייערך בתוך שלושים ימים מיום מתן הצו כאמור.

(4) בית המשפט רשאי, מטעמים מיוחדים שיירשמו, לרדן בבקשת נושה לביטול צו הקפאת הליכים גם אם חלף המועד הקבוע בפסקה (3), אם שוכנע שמיום שניתן צו הקפאת הליכים חל שינוי משמעותי בנסיבות, העלול לגרום לפגיעה מהותית בזכויותיו של הנושה.

(2א) ניתן צו הקפאת הליכים, יתיר בית המשפט –
(1) לבקשת נושה מובטח – לממש נכס המשועבד לו;

16 נ"ח 37. החוק פורסם בס"ח 204 (להלן: "החוק החדש").

17 הצעת חוק לתיקון פקודת החברות (מספר 12) (הקפאת הליכים במסגרת הליכי הסדר ופשרה), תשנ"ה – 1995.

- (2) לבקשת נושה שהינו בעל שעבוד צף – לגבשו;
- (3) לבקשת נושה שהינו בעל שעבוד צף שגובש – לממש נכס אחד או יותר כאמור; והכל אם נוכח כי לא הוכטחה הגנה הולמת לזכויותיו של הנושה בנכס, או כי אין במימוש השעבוד או בגיבוש השעבוד הצף כדי לפגוע באפשרות לגבש ולאשר את התכנית.
- (3א) התקופה שבה הוקפאו הליכים לפי סעיף זה לא תבוא במנין התקופות הקבועות לפי פקודה זו ככל שהקפאת ההליכים נוגעת להן, או במנין התקופות הקבועות לפי חוק ההתיישנות, התשי"ח – 1958, אלא אם כן הורה בית המשפט אחרת.
- (4א) בסעיפים קטנים (1א) עד (3א), "הליך" – לרבות הליכים לפי חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז – 1967, אך למצט הליך שביצעו הושלם ערב מתן הצו, אף אם טרם הועברו הכספים שנתקבלו בשלו.

ו. עקרונות החוק החדש

(1) זכות עמידה לכל דיכפין

סעיף 233(א) סיפא, בצירוף פסקה (1א) לחוק החדש, יוצרים מצב לפיו כל אדם, לרבות אנשים וגופים שאין להם כלל נגיעה לחברה, רשאים להגיש בקשת הצעה לפשרה, יהיו אשר יהיו מניעיהם ומטרותיהם¹⁸. מובן כי מצב זה אינו תקין. הגשת הצעה להסדר פשרה יכול שתגרום נזק רב ביותר לחברה ותהפוך למנגנון סחיטה של נושים, בעלי מניות מיעוט וכיוצא באלו. פרסום הבקשה באמצעי התקשורת, כשלעצמו, עשוי לגרום גם הוא נזק רב לחברה, אף אם מצבה איתן, שכן נושי החברה עשויים להסתער עליה, לתבוע את חובם ולהכניסה לקשיים פיננסיים¹⁹. למרות שסעיף 233(א) לפקודת החברות אינו מגדיר את בעלי זכות העמידה הרשאים להגיש את הפשרה או ההסדר לבית המשפט, היה זה רצוי שהחוק החדש יגדיר ויתחם את בעלי זכות העמידה להגשת הצעה לפשרה לחברה וימנע את הצורך להתמודד עם סוגיה זו בערכאות.

(2) צו הקפאת הליכים

בהתאם לסעיף 233(1א) לחוק החדש, רשאי בית המשפט, אם שוכנע כי יהיה בכך כדי לסייע לגיבושה או לאישורה של תכנית שמטרתה הבראה, ליתן צו לפיו,

18 סעיף 233(א) לפקודת החברות מורה: "הוצעו פשרה או הסדר בין חברה לבין נושיה או חבריה..." ואינו מתחם את בעלי זכות העמידה להגשת הצעה.

19 נושי חברה השומעים כי הוצע הסדר בין נושיה, עשויים, מטבע הדברים, לסבור כי מצבה הפיננסי הרעוע מחייב את מימוש זכויותיהם בהקדם.

במשך תקופה שלא תעלה על תשעה חודשים, לא ניתן יהיה לפתוח בשום הליך נגד החברה אלא ברשות בית המשפט²⁰.

הוראה זו יוצרת שלוש בעיות:

האחת: היא מקנה לבית המשפט שיקול דעת בלעדי ומכריע בשאלת מתן הצו. בית המשפט רשאי ליתן את הצו רק אם שוכנע כי הדבר יסייע לגיבושה של תכנית הבראה. מלשונו המפורשת של החוק עולה גם כי בית המשפט רשאי ליתן סעדים מכוח החוק רק אם שוכנע "כי יהיה בכך כדי לסייע לגיבושה או לאישורה של תכנית שמטרתה להבריא את החברה". משמע לבית המשפט אין סמכות ליתן סעדים במקרה שבו מטרת הבקשה אינה הבראת החברה אלא חיסולה לשם פשרה. תיחום סמכויותיו של בית המשפט למטרה כה צרה עלול למנוע במקרים מסוימים הענקת סעדים העשויים למזער את חסרון הכיס של הנושים. כך, למשל, חברה כושלת המעוניינת להגיע להסדר עם נושיה, אשר במסגרתו יקבלו הנושים חלק מכספם והיא תחוסל, לא תוכל לקבל סעדים במסגרת זו, שהרי מטרת הבקשה אינה הבראת החברה אלא חיסולה.

השנייה: מניין לבית המשפט הידע, הזמן והכלים להכריע בנושאים כלכליים, עסקיים וחשבונאיים כה מובהקים: מהן אמות המידה שלאורן יכריע בית המשפט בשאלה האם ליתן צו הקפאה או לסרב לתיתו?

התשובה: בתי המשפט נמנעו מאז ומתמיד להכריע בשאלות כלכליות וחשבונאיות מובהקות והותירו אותן למומחים. בית המשפט יצטרך אפוא להכריע בעניין לאור דו"חות של מומחים ומומחים שכנגד, ולפעמים אף למנות מומחים מטעמו שיכריעו בין חוות דעת נוגדות. הליכים שכאלה אורכים מטבע הדברים זמן רב, ומוכן שבמקרים רבים ייגרם כתוצאה מכך נזק להליך השיקום, וייתכן שהניסיון יסוכל אף באיבו. ניתן היה לצמצם לפחות את פרק הזמן האמור על ידי קביעת פרקי זמן קצרים בחוק, שבהן תוגשנה הבקשות, וכן על ידי הקביעה שלא תתקבל הצעה לפשרה שאינה מלווה בתכנית הסדר מפורטת הנתמכת בחוות דעת של מומחים.

השלישית: פרק הזמן המרבי שמוותר לבית המשפט לעכב הליכים (תשעה חודשים), על פניו, אינו מספק וקיים חשש שבמקרים רבים לא ניתן יהיה לגבש במסגרתו את תכנית ההבראה. ראוי לציין כי בהצעת החוק הועמד פרק הזמן על שלושה חודשים, תוך הענקת סמכות לבית המשפט להאריך את תוקפו של הצו בשלושה חודשים נוספים "אם שוכנע, כי בשים לב לפעולות שנקטו לעניין התכנית, יש בהארכת התקופה כדי לקדם את הסיכויים לאישורה".

לשון החוק הנה מנדטורית ועולה ממנה, במיוחד נוכח השוואתה להצעת החוק, כי בית המשפט אינו מוסמך להאריך את צו ההקפאה מעבר לתשעה החודשים הראשונים. מובן כי תחת העומס הרב שבו מתנהלים הדיונים בבית המשפט

המחוזי, המוסמך עניינית לרון בהצעת הפשרה, ייתכנו מקרים רבים בהם עד שייקבע מועד דיון, תוגש הצעת הסדר בצירוף דו"חות מטעם מומחים ומומחים שכנגד והעניין יישקל לגופו, עשוי כל ההליך להיות עקר מיסוד ולהחמיץ את מטרתו. מפליא אפוא מדוע התעלמו מנסחי החוק מהצעתה של ועדת ש' לרון בעניין זה, הממליצה להעניק לבית המשפט סמכות ליתן צו עיכוב ההליכים – אמנם לצורך השיקום עצמו ולא כהליך ביניים – למשך תקופה שלא תארך מחמש שנים.

(3) רשות לפתוח או להמשיך בהליכים

פסקה (3) לחוק החדש מקנה לבית המשפט סמכות להתיר למבקש שנפגע מצו הקפאת הליכים לפתוח בהליכים או להמשיך בהם ללא כל הגבלה. הוראה זו מקבילה במידת מה להוראות סעיפים 267, 268 לפקודת החברות²¹, המקנות לבית המשפט סמכות להתיר הליכי תביעה כנגד חברות בפירוק, במיוחד במקרים שבהם לא יקבל הנושה את סעדו במסגרת הפירוק. החוק החדש אינו קובע מהם השיקולים שעל בית המשפט לשקול בבואו לרון בבקשה, ונראה כי לעניין זה ימשיך לחול המבחן הקודם שפותח ובוסס לראשונה בפרשת כור. במסגרת מבחן זה שואל בית המשפט האם צו לשיקום חברה ימזער את נזקם של הנושים וימכסם את כמות הנכסים של החברה, ורק אם הוא מוצא שהנושים יקבלו סכום גדול יותר ללא פירוק, הוא מקפיד את ההליכים²². ואולם אליה וקוץ בה: כאמור, ברוב המקרים חייב בית המשפט להסתמך בעניין זה על חוות דעתם של מומחים חיצוניים, בדרך כלל לא אובייקטיביים, ועליו ליטול אחריות כבדה להמשך תפעולה של החברה או חיסולה, למרות שלא תמיד יש בידו את הכלים, המידע והידע הדרושים לקבלת ההחלטה.

ניתן היה לצפות שהמחוקק יקבע לעניין זה לפחות אמות מידה כלליות שישמשו כמורה דרך לבתי המשפט, ויסירו מעליהם מעט מהאחריות הכבדה הכרוכה בקבלת החלטות כה משמעותיות, תוך הנהגת אמות מידה אחידות ככל בתי המשפט בארץ. העובדה שצו הקפאה יכול שיינתן במעמד צד אחד בהתאם לשיקול דעתו של בית המשפט, מחייבת לדעתנו את המסקנה כי על כל הצעת פשרה להיות נתמכת בתכנית מפורטת היורדת לפרטי פרטים ובחוות דעת מומחים שונים בהתאם לעניין.

(4) ביטול צו ההקפאה

ביטול צו הקפאת הליכים כנגד חברה שהגישה בקשה לפשרה או הסדר, משמעותו – ברוב המקרים – הסתערות כללית של נושים היודעים כי החברה מצויה בקשיים וחיסול החברה. על בית המשפט שנתן צו להקפאת הליכים במעמד צד

21 לסעיפים אלה בהרחבה ראו כהן, לעיל הערה 1, בע' 263, 281.

22 עניין כור, לעיל הערה 12.

אחד לשקול אפוא היטב את מתן הצו וההשלכות הנובעות מהענקתו וביטולו על ידי נושה שנפגע ממנו.

(5) אי פגיעה בנושים מובטחים

מרגע שניתן צו הקפאת הליכים, רשאי בית המשפט:

(א) להתיר לנושה מובטח לממש נכס המשועבד לו;

(ב) להתיר לנושה שהנו בעל שעבוד צף לגבשו;

(ג) להתיר לנושה שהנו בעל שעבוד צף שגובש לממש את הנכס שנכלל בשעבוד²³.

(6) תנאים למימוש הבטוחות וגיבוש השעבודים

הענקת הסעדים האמורים מותנית בכך שבית המשפט נוכח כי לא הובטחה לנושה העותר הגנה הולמת לזכויותיו בנכס או כי מימוש השעבוד או גיבוש השעבוד הצף לא ימנעו את האפשרות לגבש ולאשר את התכנית²⁴.

(7) הגנה הולמת

בעל שעבוד, ובפרט בעל שעבוד קבוע, הנו בעל זיקה קניינית לנכס המשועבד. אין כל הצדקה לפגוע בקניינו על מנת להיטיב עם החברה או עם נושים אחרים. לעניין זה יחולו הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע בסעיפים 3 ו-8 כי אין פוגעים בקניינו של אדם אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

מכיוון שמדובר בנורמה הקבועה בחוק יסוד, הגוברת מטבעה על נורמות סותרות הקבועות בחוק רגיל, נראה כי בכל המקרים שבהם הנושה סבור כי בטוחתו נפגעה שלא לצורך, הוא עשוי לעתור לבג"צ או לערכאת הערעור ולתקוף את החלטת בית המשפט שנתן את הצו. למרות זאת, החוק אינו מגדיר את משמעות המונח "הגנה הולמת", ואינו מתייחס למצבים הרבים שבהם עשויה הבטוחה להישחק גם אם היא הולמת במעמד מתן הצו, או למקרים בהם הבטוחה אינה הולמת בעת מתן הצו אך עשויה להיות הולמת לאחר הענקתו²⁵.

מכל מקום, לדעתנו סיכויי הצלחתה של כל תכנית שיקום מותנים בהענקת סמכות לבית המשפט לחייב נושה לוותר על מימוש בטוחתו או על גיבוש שעבודו גם ללא קבלת הגנה הולמת. למצער, היה מן הדין להעניק לבית המשפט סמכות

23 סעיף 233(א)(2) לחוק החדש, לעיל הערה 16.

24 שם, סיפא.

25 להבהרת המונח "הגנה הולמת" ביתר הרחבה ראו כהן, לעיל הערה 1, בע' 655; בהט דיני הבראת חברות, לעיל הערה 1, בע' 236-242, 271-292.

לפגוע בשעבודים של נושים מסוג אחד על חשבון שעבודים של נושים מסוג אחר, אם יביא הדבר תועלת גדולה למכלול הנושים ולחברה שבהסדר. נתאר למשל מצב שבו הנכס העיקרי של חברה – מכונה המהווה אמצעי הייצור היחיד שלה – משועבד בשעבוד קבוע לנושה המבקש לאכוף ולממש את שעבודו אלא אם יקבל הגנה הולמת. אם מצבה הפיננסי של החברה אינו מאפשר לה ליתן לנושה הנ"ל הגנה הולמת, יממש הנושה את השעבוד ופעילותה של החברה תשוק תוך גרימת נזק רב לכל הנושים. מובן כי מצב שכזה אינו רצוי והיה עדיף כי לבית המשפט יינתן שיקול דעת שלא לשחרר שעבודים או לממשם, גם אם לא הוענקה לבעל השעבוד הגנה הולמת, והכל בתנאי שכית המשפט סבור כי הנושה יזכה בסופו של דבר בסכום גבוה יותר מהסכום שיקבל בפירוק²⁶.

ז. הדין הרצוי

עד כה דנו בהוראות המעטות שהוכנסו בחוק החדש, אך לא דנו בהוראות הרבות החיוניות בהליכי שיקום חברה, הנעדרות ממנו לחלוטין, כמו למשל:

- (1) כישוריו, סמכויותיו, חובותיו ותפקידיו של האדם המופקד על ביצוע נאות של הליך השיקום ("שקם" בלשון הצעת ועדת לוין) לא הוגדרו בחוק, שכלל אינו מתייחס לבעל תפקיד שכזה.
- (2) העמדת אשראי חדש לחברה, שישמש לשיקומה.
- (3) כפיית ספקים חיוניים – כגון בזק, מקורות וחברת החשמל, להמשיך ולספק שירותים לחברה שניתן כנגדה צו הקפאה, בלא להתנות את הענקת השירות השוטף בתשלום חובות העבר.
- (4) קביעת קריטריונים ברורים להענקת צו ההקפאה – לרבות הוראות שימנעו שימוש לרעה בחוק החדש.

אמצעי ההגנה המוענקים לחברות בארצות־הברית מכוח Chapter 11 הם כה חריפים, עד שמתעוררת השאלה מי יגן על הנושים מפני שימוש לרעה באמצעים אלה. לאחרונה אף מסתמנת בארצות־הברית מגמה התומכת בהקטנת השימוש בפרק זה ובהידוק הפיקוח על האופן שבו תוענקה ההגנות הכלולות בו²⁷.

ח. סיכום ביניים

החוק החדש הנו בבחינת מעט מדי ומאוחר מדי. לא מן הנמנע כי לא ניתן יהיה כלל ליישמו עקב הלאקונות הרבות שבו. מאד מוזר שהמחוקק התעלם מהצעותיהן

26 לעיל הערה 12.

27 כהן, לעיל הערה 1, בע' 656.

המקיפות של הוועדות בראשות השופט ש' לויץ ופרופ' ש' שטרית, ובמקום זאת חוקק בחופזה הסדר חסר, הלוקה בפגמים כה רבים. יש אפוא לחוקק במהירות הסדר מלא, מושלם ומקיף ככל האפשר, אשר יחליף לחלוטין את החוק החדש וסעיף 233 לפקודת החברות, ולחדול אחת ולתמיד משיטת הטלאים היוצרת בעיות יותר מאשר מסדירה אותן.

ט. המלצות למחוקק

במערכת השיקולים שתנחה את המחוקק בסוגיה זו, יש לדעתנו לשקול את השיקולים הבאים:

(1) יש להגן על הנושים שהלוו את כספם לחברה ויש להם ציפיות וזכאות לגיטימית לקבלו חזרה. בכל מקרה אסור שמצבם של נושים אלו יורע כתוצאה מניסיון ההבראה, שכן הרעה שכזו יכול שתגרום לכך שמלווים יסרכו להעמיד בעתיד אשראי לחברה, באופן שהנוק יגבר על התועלת. במקרים שבהם ככל זאת יידרשו הנושים לוותר על חלק מחובם, יש להתנות זאת בהענקת פיצוי הולם והשתתפות ברווחי החברה לאחר שיקומה.

(2) לעניין זה יש להבחין בין נושים מובטחים לבין נושים שאינם מובטחים. במקרה הראשון יש להשאיר את הבטוחות על כנן, ואם הוחלט כי תשמשנה לצורך השיקום, למשל על ידי שימוש בהן במפעלי החברה, חובה ליתן לבעליהן בטוחות חלופיות בעלות ערך זהה. כמו כן יש להעניק לבית המשפט סמכות לדחות תשלום חובות לנושי החברה, לרבות חובות מובטחים וחוב מס.

(3) בכל מקרה שבו יוחלט על שיקום חברה, יש למנות לצורך זה אדם מקצועי חיצוני, שאינו נמנה על נושאי המשרה בה ("השקם"). גם אם יחליט השקם להשאיר את האורגנים ונושאי המשרה הקודמים בתפקידם, יתבצע הליך השיקום תחת פיקוחו ואחריותו.

(4) יש להקים גוף מקצועי ניטרלי, המאוּש במומחים בכלכלה, בעורכי דין, ברואי חשבון וכו', אשר ידריך ויכוון את החברות המשוקמות, בין אם על ידי הנפקת הוראות כלליות ובין אם לצורך הכרעה בעניין מסוים, אדי-הוק.

(5) יש להגדיל את פרק הזמן המרבי של צו ההקפאה לפחות לחמש שנים ולהעמיד לחברה מקורות מימון חלופיים שיסייעו בידה לשוב לאינתנה.

(6) הקפאת ההליכים תותנה בכך שהחברה תגיש, תוך פרק זמן קצר ממועד תחילת ההקפאה, תכנית הבראה או הסדר מאושרים על ידי האורגנים המוסמכים והשקם. תכנית ההבראה או ההסדר ייבחנו על ידי הוועדות המקצועיות, הנושים והחברים ויאושרו על ידי גוף מוסמך שייקבע לצורך זה (לאו דווקא בית המשפט).

(7) תוענק לבית המשפט סמכות לכפיית ההסדר או תכנית ההבראה על מתנגדים מטעמים שונים, תוך פגיעה מזערית בזכויותיהם, וכן תוענק למתנגדים זכות ערעור לבית המשפט.

8) יוענק לחברה, במקרים מסוימים, מימון ביניים ואשראי נוסף לצורך שיקומה, ובלבד שאלו יובטחו בכטוחות נאותות.

מובן כי הכנסתה של חקיקה מקיפה בשאלת ההסדרים החלופיים לפירוק עשויה לעורר בתחילה קשיי קליטה ובעיות רבות. ברם, תקוותנו היא כי המלצות הוועדות הנ"ל לא ייזנחו כאבן שאין לה הופכין, וכי החוק החדש לא ישמש תחליף קבוע להסדר מקיף וממצה.