

## שום דבר לא רגיל ב"מהלך העסקים הרגיל"

יישום הגנת מהלך העסקים הרגיל בגדר חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, תשע"ח–2018

אלון ש. ריחני, עו"ד<sup>2</sup>

### תקציר

מאמר זה עוסק בהגנת "מהלך העסקים הרגיל" הקבועה בסעיף 219(ב)(2) לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, תשע"ח–2018 – הגנה פוזיטיבית שמכוחה עסקאות שבוצעו בתקופת החשד, אשר לכאורה מעדיפות נושה, אינן ניתנות לביטול. חרף חשיבותה המעשית של ההגנה, המחוקק הסתפק בהגדרה לקונית בת שלוש מילים בלבד, ללא תיחום של תוכנה, של נקודת המבט הרלוונטית לבחינתה, של זהות הנושא בנטל ההוכחה או של אמות המידה הראייתיות לבדיקתה. תוצאת הדבר היא לקונה נורמטיבית שהניבה חוסר אחידות ניכר בפסיקת הערכאות הדיוניות, עם השלכות ישירות על הזכויות החומריות של הצדדים.

המאמר מציע מסגרת פרשנית יישומית כוללת לסגירת הפער. ברמה הפרשנית, הוא נשען על עקרונות יסוד של פרשנות החקיקה הישראלית – עקרון לשון החוק, הפרשנות התכליתית ועקרון השוויון בין הנושים כעקרון על – כדי להראות שנקודת המבט הרלוונטית להגנה היא של החייב בלבד, ושהמבחן הראוי הוא סובייקטיבי-עיקרי (דפוסי ההתנהלות ההיסטוריים של החייב הספציפי) עם חלופה אובייקטיבית (נורמות הענף לחייב מסוג זה). ברמת היישום, המאמר מציע שנטל ההוכחה יוטל על הנושה הטוען להגנה ומאמץ את המתודולוגיה הראייתית שגובשה בדן האמריקאי לאורך עשרות שנות פסיקה – תקופת בסיס היסטורית, ניתוח מקטעים ורף ה-80%, שיטת הממוצע כמבחן ראשי, ושיטת הטווח הכולל כמבחן משלים.

באמצעות שילוב של ניתוח פרשני, בחינה השוואתית מקיפה (דן אמריקאי ואנגלי) וסקירה ביקורתית של הפסיקה הישראלית, מציע המאמר מסגרת קוהרנטית הניתנת ליישום בערכאות, שתספק לצדדים – לנושים ולבעלי תפקיד כאחד – ודאות סבירה לגבי אמות המידה שיופעלו, ובכך תחזק את עקרון השוויון בין הנושים שעומד בבסיס הסעיף.

### א. מבוא

בין עקרונות היסוד של דיני חדלות הפירעון נמנה עקרון השוויון בין הנושים, עיקרון הגורס כי כלל הנושים הנמנים על אותה קבוצת נשייה זכאים לחלוק באופן יחסי ושוויוני בנכסי קופת נכסי הנשייה.<sup>3</sup> עיקרון זה אינו מופשט בלבד, והוא עומד ביסוד הכללי הנורמטיבי המרכזי שנועד להגן עליו,

<sup>1</sup> BA, MA אוניברסיטת אוקספורד, ברשימת הנאמנים של הממונה על הליכי חדלות הפירעון במשרד המשפטים, שותף מייסד במשרד ריחני, רחמים ושות'.

<sup>2</sup> תודות לשותפי עו"ד רועי רחמים, לעו"ד יוסף בכריה, סגן מנהלת מחוז ירושלים בממונה על הליכי חדלות הפירעון, ולמערכת כתב העת "המשפט" על הערותיהם למאמר זה.

Many thanks to Mr. Stephen B. Selbst & Mr. Yariv Ben-Ari for their remarks regarding US law, and to Dr. Nathan Tamblyn, His Honour Judge Mark Weekes for their remarks regarding UK law.

<sup>3</sup> ראו: ס' 232 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, תשע"ח–2018; ע"א 5264/23 מאיו נ' יעקוביאן, פסי' 39 לפסק הדין (נבו 11.12.2024).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

האיסור על העדפת נושים וסמכות ביטול ההענקה הנגזרת ממנו, ואולם, עקרון השוויון אינו מוחלט. המחוקק והפסיקה הכירו בכך שמנגנון ביטול אגרסיבי מדי, החולש על כל תשלום שנעשה בסמוך לחדלות הפירעון, עלול לפגוע בהתנהלות המסחר התקין כמו גם באינטרס ההסתמכות של הנושים. לפיכך הכיר המחוקק, בצידו של האיסור, בהגנות שיש בהן לאפשר לנושים מסוימים לשמור על תשלומים שקיבלו.<sup>4</sup>

ההגנה המרכזית כנגד טענת העדפת נושים היא הגנת "מהלך העסקים הרגיל". עד לחקיקת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, תשע"ח–2018 (להלן: "**החוק**" או "**החוק החדש**"), "מהלך עסקים רגיל" לא היווה טענת הגנה בפני עצמה, כי אם מבחן עזר, סימן דרך אינטואיטיבי, בדרך לאיתור כוונה של החייב או לחץ בלתי הוגן אשר הופעל על החייב על מנת להעדיף נושה כזה או אחר. טרם חקיקת החוק, המבחן לקיומה או היעדרה של העדפת נושים היה כוונה של החייב להעדיף את הנושה או תשלום תחת אילוץ או שידול שלא כדין מצידו של הנושה על החייב.<sup>5</sup> לאמור, המבחן היה סובייקטיבי באשר להלך רוחם של החייב או הנושה אשר בגינו בוצע התשלום לנושה. כך, ככל שהתרשם בית המשפט כי התשלום לנושה בוצע במהלך העסקים הרגיל, הביאו הדבר למסקנה כי אין בנמצא אותו הלך רוח סובייקטיבי באותו מקרה, ולפיכך כי אין המדובר בהעדפה אסורה של אותו נושה. משנחקק החוק נהפכה ההגנה על פניה: ממבחן עזר יציר הפסיקה הפך "מהלך העסקים הרגיל" להגנה פוזיטיבית יציר החקיקה, הניצבת כמחסום בפני ביטול עסקאות מחמת העדפת נושים.

השינוי הוא מהותי; הנפקויות – מרחיקות לכת. ברם החוק אינו מגדיר "מהלך עסקים רגיל" מהו<sup>6</sup> ואינו קובע מבחנים ליישומו. תוצאת הדבר היא לקונה משמעותית, המשמשת קרקע פורייה לחוסר ודאות, לחוסר אחידות פסיקתית ולפגיעה ממשית הן בעקרון השוויון בין הנושים והן בעקרון הרמוניית המשפט.

סעיף 219 לחוק קובע כי תשלום שביצע חייב לנושה בתוך שלושה חודשים שקדמו למועד הגשת הבקשה לצו פתיחת הליכים, ושנה אחת מקום שהנושה הוא "קרוב" כמשמעותו בחוק, בר ביטול הוא על ידי בית המשפט לפי בקשת הנאמן.<sup>7</sup> אולם, בצד כלל הביטול האמור, קובע הסעיף חריג: לא יבוטל תשלום שבוצע "במהלך העסקים הרגיל".<sup>8</sup>

בשלוש מילים אלו, מהלך העסקים הרגיל, נאמר הכול, ולא נאמר דבר. הכול, שכן ברי כי מדובר בהגנה ממשית, בעלת נפקות מוחשית לנושים שקיבלו תשלום ומבקשים לשמור עליו. ולא דבר, שכן המחוקק לא ביאר מהו מהלך עסקים רגיל, לא קבע כיצד בוחנים אם התקיים ולא הורה האם יש לבחון את מהלך העסקים מנקודת מבטו של הנושה, של החייב או שמא של שניהם גם יחד, ואף לא ביאר האם מדובר במבחן סובייקטיבי או אובייקטיבי.

<sup>4</sup> דברי ההסבר להצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, תשע"ו–2016, ה"ח הממשלה 1027, 604, 713; דוד האן דיני **חדלות פירעון** 421 (מהדורה שנייה, 2018).

<sup>5</sup> ס' 98 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ס–1980, שהוחל על חברות מכוח ס' 355 לפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג–1983.

<sup>6</sup> ראו: ס' 219(ב)(2) לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, תשע"ח–2018.

<sup>7</sup> ס' 219(א) לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, תשע"ח–2018.

<sup>8</sup> שם, בס' 219(ב).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

שאלות אלו אינן טכניות גרידא. תשובותיהן קובעות, בנסיבות עובדתיות נתונות, אם תשלום, לעיתים בסכומים משמעותיים ביותר, יישאר בידי הנושה שקיבלו, או ייגבה ממנו בחזרה לטובת כלל ציבור הנושים. כפי שיוצג במאמר זה, יישום של כל אחת מן הפרשנויות האפשריות לתיבה "מהלך עסקים רגיל" במשמע סעיף 219 לחוק על אותו מסד עובדתי יכול להוביל לתוצאות שונות בתכלית, דבר המעיד על מידת הדחיפות שבה דרושה הכרעה פרשנית ברורה, ויישומה.

מאמר זה מבקש להתמודד עם לקונה זו, תוך בחינה השוואתית של הדין האנגלי והדין האמריקאי, ותוך ניתוח ביקורתי של הפסיקה הישראלית שהצטברה מאז כניסת החוק לתוקף. מוצעת במאמר מסגרת פרשנית יישומית מפורטת, המיועדת לשמש בידי בתי המשפט, נאמנים ונושים כאחד.

בהינתן הלקונה המתוארת לעיל ולהלן, מאמר זה מתייחס לסוגיות הבאות: הראשונה, מהו הרקע שהביא את המחוקק הישראלי לבטל את מבחן הכוונה ולעגן בחוק הגנה פוזיטיבית של מהלך עסקים רגיל, ומה הייתה כוונת המחוקק בהעניקו להגנה זו את מעמדה הנוכחי? השנייה, כיצד יישמו בתי המשפט הישראליים את ההגנה מאז כניסת החוק לתוקף, והאם ניתן לזהות קו פרשנות עקבי ואחיד בפסיקות בתי המשפט? השלישית, כיצד מיישמים הדין האנגלי והדין האמריקאי הגנות דומות, ומה הם התבחינים שפיתחו לצורך כך? הרביעית: מהי המסגרת הפרשנית הראויה לאימוץ בישראל, ומה על הנאמן ובית המשפט לבחון כדי לקבוע אם תשלום בוצע "במהלך העסקים הרגיל"?

לשם מענה על שאלות אלו, בנוי המאמר כדלקמן: הפרק השני מציג את המצב המשפטי שקדם לחוק, לאמור האיסור על העדפת נושים בפקודת פשיטת הרגל,<sup>9</sup> תפקידו המוגבל של מבחן מהלך העסקים הרגיל כ"מבחן עזר" והקשיים שנצמחו מן הגישה הסובייקטיבית-כוונתית. הפרק השלישי עוסק במהפך החקיקתי שנעשה בסעיף 219 לחוק, מנתח את מלוא האפשרויות הפרשניות שמוותר ניסוחו העמום של הסעיף ובוחר את אופן יישום ההגנה בפסיקת הערכאות הדיוניות הישראליות וחוסר האחידות שנובע ממנה. הפרק הרביעי מציג את הדין המשווה, הדין האנגלי בקצרה והדין האמריקאי לעומק, תוך הצבעה על הדמיון המבני בין הדין האמריקאי לסעיף 219 לחוק. הפרק החמישי מציע מסגרת פרשנית יישומית מפורטת לאימוץ בישראל, הן ברמת העקרונות הפרשניים והן ברמת דרכי ההוכחה הראייתיות. הפרק השישי מסכם את המאמר ומנסח המלצות מעשיות לכל העוסקים במלאכה, לרבות לבית המשפט, לנאמן ולנושים.

<sup>9</sup> פקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ם-1980.

## **ב. הדין שקדם לחוק – האיסור על העדפת נושים והמבחן הסובייקטיבי**

כדי להבין את המהפך שחולל סעיף 219 לחוק בהקשרה של הגנת מהלך העסקים הרגיל, יש להתחיל מן הדין שקדם לו. פרק זה סוקר את הבסיס התחיקתי לדין בדבר העדפת נושים בישראל ערב חקיקת החוק, מציג את המבחן הסובייקטיבי שעמד ביסוד ההסדר הנורמטיבי הישן ומדגים את הקשיים שנצמחו מיישומו בפסיקה. הצגה זו היא תנאי הכרחי להמשך הניתוח, שכן הלקונה שבהגנת מהלך העסקים הרגיל שבסעיף 219 לחוק אינה ניתנת להבנה ולהערכה כראוי מבלי להבין את הרקע ממנה צמחה.

### **ב.1. פקודת פשיטת הרגל – הדין החל על יחידים**

ההסדר הנורמטיבי לביטול העדפת נושים ביחס ליחידים היה קבוע בסעיף 98 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ס–1980 (להלן: "**הפקודה**"). סעיף זה קבע, בלשונו המקורית:

*"מי שאינו יכול לפרוע מכספו את חובותיו כשמגיע זמן פירעונם, וכדי לתת עדיפות לנושה פלוני או למי שערב לחובו או מתוך אילוץ או שידול שלא כדין מצד אותו נושה או מטעמו הוא מעביר נכס או משעבדו, או משלם כסף, או נוטל על עצמו התחייבות, או נוקט הליך משפטי או נכנע לו, לטובת הנושה או נאמנו, ועל סמך בקשת פשיטת רגל שהוגשה תוך שלושה חדשים מיום שעשה כן הוכרז פושט רגל, יראו את מעשהו כמעשה מרמה ויהיה בטל כלפי הנאמן".<sup>10</sup>*

ניסוח זה מגלם שלושה רכיבים מצטברים שהיה על הנאמן להוכיח: ראשית, חדלות פירעון: החייב לא יכול היה לפרוע את חובותיו בעת ביצוע הפעולה. שנית, תחום זמנים: הפעולה בוצעה בתוך שלושה חודשים לפני הגשת בקשת פשיטת הרגל. שלישית, לב ליבו של ההסדר, היסוד הסובייקטיבי הדיראשי: קיום כוונה מצד החייב לתת עדיפות לנושה פלוני, או ביצוע הפעולה מתוך אילוץ או שידול שלא כדין מצד הנושה.

היסוד השלישי הוא הרכיב הסובייקטיבי שהפריד בין העדפה הניתנת לביטול, לבין תשלום רגיל שאינו ניתן לביטול. הביטוי "מעשה מרמה" שבסעיף אינו טעון הוכחת מרמה במובנה הרגיל, קרי הונאה, אלא מהווה כינוי תחיקתי להעדפה אסורה. בעניין **וגנר** חזר בית המשפט העליון והבהיר כי המונח "מרמה" בסעיף 98 אינו מכונן למרמה במובנה הפלילי, אלא לפגיעה בעקרון השוויון בין הנושים, "המרמה" היא ההעדפה עצמה.<sup>11</sup>

הרציונל העומד ביסוד דין ההעדפה הוא עקרון השוויון בין הנושים, עיקרון שהוכר בפסיקה כעקרון על בדיני חדלות הפירעון. בית המשפט חזר וקבע כי תכליתו של סעיף 98 לפקודה היא לשמור על חלוקה שוויונית של נכסי החייב בין נושיו, ולמנוע מצב שבו נושה אחד משתלם על חשבון כלל

<sup>10</sup> ס' 98(א) לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ס–1980 (ההדגשה אינה במקור).

<sup>11</sup> ע"א 9596/04 **וגנר-דוחבני נ' גדות** (נבו 23.10.2006).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

הנושים. בעניין **קרוסו מוטורס**<sup>12</sup> כינה בית המשפט העליון את עקרון השוויון "עקרון על" בדיני חדלות הפירעון. בעניין **שוקחה** נקבע כי עיקרון זה הוא "העקרון הבסיסי ביותר" בתחום, וכי סעיף 98 לפקודה משרת במישרין את הגשמתו.<sup>13</sup>

## **2.2. פקודת החברות – הדין החל על תאגידים**

ביחס לחברות, הוחלו הוראות סעיף 98 לפקודה מכוח הפניה שבסעיף 355 לפקודת החברות, שכלל הוראה מקבילה וקבע את תנאי ביטולה של "העדפת מרמה" בהקשר של פירוק חברה. כך נוצרה מערכת דין אחידה ביסודה, שחלה הן על יחידים מכוח הפקודה, והן על תאגידים מכוח פקודת החברות, ושעמדה בצל אותה דרישה סובייקטיבית-כוונתית.<sup>14</sup>

## **3.3. המבחן הסובייקטיבי הדוראשי – כוונת החייב ואילוץ/שידול הנושה**

הדרישה לאלמנט הסובייקטיבי, הנפשי, קרי כוונה מצידו של החייב, או קיום אילוץ או שידול מצידו של הנושה, הפכה את הוכחת ההעדפה לאחת המשימות הקשות ביותר בדיני חדלות הפירעון. הנטל רבץ על כתפי בעל התפקיד, קרי, הנאמן או המפרק, שנדרש להוכיח לא רק את קיום ההעדפה כעובדה, אלא גם את ההלך הנפשי שעמד מאחוריה.

הנאמן נאלץ להוכיח אחת משתי חלופות קשות כאחת:

החלופה הראשונה, כוונת החייב: על הנאמן להוכיח כי החייב פעל "כדי לתת עדיפות לנושה פלוני", כלומר, שהחייב פעל מתוך כוונה מודעת ורצונית להעדיף נושה אחד על פני שאר הנושים. מבחן זה דרש חדירה אל מחשבתו של החייב, משימה קשה מטבעה, במיוחד כאשר החייב אינו משתף פעולה עם ההליך.

החלופה השנייה, אילוץ או שידול הנושה: על הנאמן להוכיח כי הפעולה נעשתה "מתוך אילוץ או שידול שלא כדין מצד אותו נושה או מטעמו". חלופה זו מבטאת הכרה בכך שלעיתים ההעדפה אינה נובעת מרצונו החופשי של החייב, אלא מלחץ שמפעיל עליו הנושה, ובכל זאת היא פוגעת בעקרון השוויון באותה מידה. הסעיף אינו פוסל כל לחץ מצד הנושה, אלא רק לחץ "שלא כדין", אילוץ או שידול החורגים מגביית חוב לגיטימית. גם מבחן זה דרש חדירה אל מחשבתו של הנושה, ואף היא משימה קשה מטבעה, במיוחד כאשר הנושה מן הסתם יתנגד בכל מאודו לביטול התשלום שקיבל.

מטרת דין זה, כפי שהוגדרה בספרות ובפסיקה, הייתה כפולה: לשמור על הגינות חלוקתית ועל עקרון השוויון בין הנושים מאותו סוג, ובה בעת להכווין את התנהגות החייב ולהרתיע מפני הפעלת לחץ פסול על ידי נושים המבקשים להיפרע על חשבון אחרים.<sup>15</sup>

## **4.4. מבחן מהלך העסקים הרגיל – מבחן עזר לאיתור הכוונה**

<sup>12</sup> ע"א 10208/16 **קרוסו מוטורס נ' Better Place** (נבו 13.12.2017).

<sup>13</sup> ע"א 8158/21 **שוקחה נ' דידי** (נבו 4.1.2022) פסק דין זה מתייחס לצו פתיחת הליכים שניתן על פי החוק, אולם עקרון השוויון בין הנושים נותר כפי שהיה ערב חקיקת החוק; עניין **וגנר**, לעיל ה"ש 11; ע"א 1740/06 **נשר נ' אטיאס** (נבו 26.6.2008); ע"א 8263/16 **אור סיטי נדל"ן מקבוצת ענבל אור בע"מ נ' עו"ד איתן ארז** (נבו 19.3.2018) שם בסעיפים 86–88 לפסק הדין.

<sup>14</sup> ס' 355(א) לפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983.

<sup>15</sup> ע"א 7170/13 **נכסים יזום ופיתוח (נ.י.פ.) בע"מ נ' דן חברה לתחבורה ציבורית בע"מ** (נבו 12.8.2015).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

לנוכח הקושי המתואר לעיל, אשר שרר טרם **החוק החדש**, פותחו בפסיקה מבחני עזר לצורך בחינת הכוונה מצידו של החייב ו/או איתור האילוף מצידו של הנושה. אחד הבולטים שבהם היה מבחן מהלך העסקים הרגיל. בתי המשפט בחנו האם התשלום שבוצע היה חלק ממהלך העסקים הרגיל, ותשלומים מסוג זה לנושה נעשו גם בעיתות "שגרה". אם התשובה היא חיובית, הרי שקשה לאתר בו כוונה להעדיף ו/או לחץ או שידול. אם לא, הרי שניתן להסיק כוונה לסטות מהרגיל.

כך, תפקידו של מבחן מהלך העסקים הרגיל היה מצומצם: הוא שימש אמצעי נסיבתי לחיזוק או לסתירת המסקנה לגבי הכוונה, או האילוף והשידול, ולא כהגנה עצמאית כשלעצמה. מבחן זה לא הוגדר בפסיקה, לא עוגן בחקיקה ולא הוחל בצורה אחידה. ניסוחו ויישומו נעשו על ידי בתי המשפט בצורה אינטואיטיבית, מבלי שנקבעו תבחינים ברורים לתוכנו.<sup>16</sup>

מכל מקום, כל עוד שימש מבחן מהלך העסקים הרגיל מבחן עזר בלבד, ניתן היה "לחיות בשלום" עם איהגדרתו. שכן, כאשר הוא שימש כלי עזר, ולא הגנה עצמאית, לא היה צורך לקבוע את גבולותיו המדויקים, ובית המשפט יכול היה ליישמו על פי ראיות עיניו בהתאם לראיות והנסיבות הספציפיות שלפניו כפי שמתרשם בית המשפט היושב בדיון מכל מסכת ראיות ו/או עדים המעידים לפניו.

## **5.ב. הקשיים ביישום – ניתוח הפסיקה**

### **מנעד עמום ונסיבתי של נטל הראיה המוטל על בעל התפקיד**

לנוכח האמור, מנעד נטל הראיה שהיה על בעל התפקיד להציג לפני בית המשפט הנכבד על מנת להוכיח את האלמנט הנפשי-כוונתי המוזכר לעיל, נע, מכוח ההיגיון הפשוט, בין הוכחות ישירות המוכיחות אותו, כמו למשל תכתובות מזמן אמת בין החייב לבין הנושה, לבין ראיות נסיבטיות, כגון פעילות חריגה מהרגיל בין הנושה לחייב, המעידות על קיומו של אלמנט זה. בהינתן שלעולם יהא בעל התפקיד מצוי בנחיתות אינפורמטיבית, ובהינתן התנגדותם האינהרנטית של החייב ו/או הנושה לספק ראיות כאמור לבעל התפקיד, בדרך כלל, בשורת המעשה מוצגות לפני בית המשפט ראיות נסיבטיות אשר מהן מבקש בעל התפקיד להוכיח את קיומו של האלמנט הנפשי-כוונתי המוזכר לעיל. בתי המשפט הכירו באפשרות של בעל התפקיד להוכיח את האמור על ידי ראיות נסיבטיות. דא עקא, שעצם ההכרה בראיות נסיבטיות מביא בהכרח את מצב הדברים אל תחום איהוודאות באשר לנדרש מבעל התפקיד להוכיח. שהרי, מטבעם של דברים, ראיות נסיבטיות הן תלויות בנסיבות, נסיבות אשר הן פרטניות לכל מקרה ומקרה בנפרד באופן שמקשה מאוד על יצירת תבחין אחיד ואוניברסלי.

### **ההבחנה בין לחץ "לגיטימי" ללחץ "שלא כדין"**

קושי פרקטי נוסף נצמח מן הצורך להבחין בין "לחץ לגיטימי" מצד הנושה ללחץ "שלא כדין". הפסיקה קבעה כי לא כל לחץ מצד נושה פוגם בתוקפו של התשלום, אלא רק לחץ החורג מגבית חוב לגיטימית. ואולם, קו הגבול בין גביית חוב אגרסיבית לגיטימית לבין שידול שלא כדין אינו ברור, ובתי המשפט יישמו אותו בדרכים שונות.

<sup>16</sup> ע"א 7575/12 יפת נ' זלצמן (נבו 4.8.2014); ע"א 4269/11 ברמי נ' אלקלעי (נבו 19.6.2013).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

להלן יובא בקצרה מנעד הפסיקות בהקשר זה על מנת להבהיר את חוסר העקביות והאחידות אשר נבעו מעצם הכללת האלמנט הסובייקטיבי האמור.

בעניין **שוורץ** נקבע כי לחץ מצד נושה, גם כזה שאינו מגיע לכדי כפייה מוחלטת או איומים פליליים, יכול להיחשב כ"אילוץ" לעניין סעיף 98 לפקודה אם הוא כופה על החייב לפרוע חוב באופן לא שוויוני ומחוץ ל"מהלך עסקים רגיל".<sup>17</sup> בעניין **טישמן** הובהר כי הביטוי "שלא כדין" אינו דורש עבירה פלילית, אלא מתייחס ללחץ שאינו נובע משיקולים מסחריים רגילים, אלא מחשש הנושה לקריסת החייב ומרצונו להבטיח חובות עבר.<sup>18</sup>

ספק שאיים להפסיק אספקת חומרי גלם חיוניים, אלא אם ישולם חוב עבר, האם זהו אילוץ שלא כדין? בפסיקה נמצאו החלטות לשני הכיוונים. בעניין **טישמן** הכיר בית המשפט בזכותו של ספק "להדק את תנאי האספקה" כפעולה לגיטימית וקבע כי תשלומים שוטפים כנגד סחורה שסופקה אינם מהווים העדפה אסורה, שכן מדובר בפעולה ב"מהלך עסקים רגיל" שנועדה לשמר את הפעילות.<sup>19</sup> כמו כן, בעניין **אברהם** נקבע כי תשלומים שנעשו ב"מהלך עסקים רגיל", בניסיון כן לחלץ את החברה מקשייה, לא ייחשבו להעדפת נושים כדי למנוע שיתוק פעילותן של חברות בקשיים.<sup>20</sup> בעניין **רייפמן** נקבע כי דרישה בהולה לפרוע חובות עבר, המלווה באיום לנתק קשרים כלכליים, מהווה אילוץ שלא כדין ומקימה עילת ביטול. ההבחנה העדינה בין "הידוק תנאים לגיטימי" ל"איום פסול" הייתה תלויה בנסיבות, ולא הצליחה ליצור כלל ברור.<sup>21</sup>

כפי שהדגימה פרשת **יורקוב**, תשלום מיסים בסמוך לפירוק חברה, כאשר מנהלי החברה חששו מחשיפה לאחריות פלילית אישית, הוביל את בית המשפט לראות בחשש מהסנקציה הפלילית "ראיה נסיבתית מוצקה" לאילוץ, אף שרשות המיסים לא נקטה כל פעולה אקטיבית.<sup>22</sup> פסיקה זו מרחיבה את מושג "האילוץ" מעבר לגבולות הצפויים, שכן היא מעגנת את האילוץ לא בהתנהגות פעילה של הנושה, אלא בחשש סובייקטיבי של החייב; ביתר שאת במקרה הספציפי בעניין **יורקוב** תוך מעין "הרמת מסך" בין החברה לבין מנהלי החברה באשר לחשש מהליכים פליליים.<sup>23</sup>

כפועל יוצא, נושה שחסם אספקה, נושה שפתח בהליכים משפטיים או נושה שאיים בהגשת תלונה פלילית יכול היה לקבל טיפול שונה בהתאם לנסיבות ולגישתו של בית המשפט, מבלי שניתן לצפות מראש את התוצאה. תמונה זו אינה תאונה. התמונה היא תוצאה מובנת של שיטה שכל כולה נשענת על הלך רוחם הסובייקטיבי של הצדדים, ושמוציאה מחוץ לגדר הביטול כל פעולה שהחייב מסוגל לנמק ב"שיקול עסקי לגיטימי". התמונה היא ביטוי מובהק לבעיה שהמחוקק ביקש לפתור בחוק, ואולם, כפי שיוצג בפרק הבא, הפתרון שבחר יצר בעיה חדשה.

### חוסר אחידות ביישום מבחן מהלך העסקים הרגיל

תפקידו של מבחן מהלך העסקים הרגיל כמבחן עזר יצר תוצאה פרדוקסלית: במקרים בהם עלה המבחן כשאלה, הוא יושם אחרת בהתאם לגישת המותב היושב בדיון. בחלק מן ההחלטות בחנו בתי

<sup>17</sup> פש"ר (מחוזי ת"א) 18436-11-10 **שוורץ נ' ולנשטיין** (נבו 26.2.2013); פש"ר (מחוזי מרכז) 56828-06-14 **גולדבלט-לוי נ' מזונייט** (נבו 19.2.2015).

<sup>18</sup> פש"ר (מחוזי ת"א) 1149/03 **דורון טישמן בתפקידו כנאמן בהסדר נושים של החברות ריקמור בע"מ וספידקס בע"מ נ' טיבון ויל אחזקות בע"מ** (נבו 3.3.2004).

<sup>19</sup> שם.

<sup>20</sup> פר"ק (מחוזי ב"ש) 5146/09 **נגר אברהם נ' חשמל עסיס** (נבו 29.2.2012).

<sup>21</sup> פשר (מחוזי ת"א) MASTER CCM 3000/08 **נ' אלי רייפמן** (נבו 3.12.2009).

<sup>22</sup> פר"ק (מחוזי חי') 37547-06-15 **יורקוב ואח' נ' קי.סי.אי** (נבו 26.6.2016).

<sup>23</sup> שם.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

המשפט את מהלך העסקים של החייב בלבד, דהיינו האם היה קיים נוהג לשלם לספק זה בתנאים אלה. בהחלטות אחרות בחנו גם את נקודת מבטו של הנושה, האם מהלך קבלת התשלום תאם את פעולותיו הרגילות. בחלק מן המקרים יושם מבחן אובייקטיבי כלשהו, "האם זה מה שחברות עושות בנסיבות כאלה?".

כך למשל: בעניין **יהלומי בן דור** יושם מבחן מהלך העסקים הרגיל באופן סובייקטיבי הן מנקודת המבט של החייב והן מנקודת מבט של הנושה;<sup>24</sup> בעניין **אשכולות בניה** יושם מבחן מהלך העסקים הרגיל בנקודת מבט אובייקטיבית הבוחנת את התנהלות הנושה והחייב גם יחד;<sup>25</sup> בעניין **פוסטר מדיה** נקבע כי יש לבחון את התנהלות עסקי החייב, ולא את התנהלות עסקי הנושה;<sup>26</sup> בעניין **רגיס**, נבחנו הדברים באופן סובייקטיבי מנקודת מבטו של הנושה.<sup>27</sup>

דוגמה נוספת לחוסר האחידות ניתן למצוא בפרשת **יורקוב**, שם נקבע כי תשלום מע"מ בסמוך לפירוק מהווה העדפת נושים אסורה, תוך התייחסות לכך שהחשש של מנהלי החברה מסנקצייה פלילית שתחול עליהם באופן אישי הוא "ראיה נסיבתית מוצקה" לאילוץ. לאמור כי בעניין דהתם, נקבע המבחן מנקודת מבט סובייקטיבית לא של הנושה עצמו, כי אם של מנהליו באשר, בעוד הנושה עצמו, קרי רשויות המס, כלל לא נקטו מהלך כלשהו.<sup>28</sup>

### **הביקורת על המצב הישן – ספרות ופסיקה**

לנוכח הקשיים שתוארו לעיל, נמתחה ביקורת רבה על המצב התחקיתי הישן, הן בספרות המשפטית והן בפסיקה עצמה. ביקורת זו התמקדה בשלושה ראשים עיקריים:

ראשית, קושי הוכחתי מובנה: על הקושי כשלעצמו פורט בהרחבה לעיל. יתרה מכך, הדרישה להוכחת כוונה סובייקטיבית יצרה מעגל שוטה: ככל שהחייב היה מתוחכם יותר והצליח להסתיר את מניעיו, כך גדלו סיכויו לחמוק מביטול, ואילו חייב שפעל בגלוי ובתמימות עלול היה למצוא עצמו חשוף יותר. פרופ' דוד האן ציין כי דרישת הכוונה יוצרת "מסך מגן" המאפשר לחייב מתוחכם להסתיר את מניעיו האמיתיים, ובכך מרוקנת את הסעיף מתוכנו.<sup>29</sup>

שנית, אי-אחידות בפסיקה: כפי שתואר בהרחבה לעיל, מבחן מהלך העסקים הרגיל, שהפך בפועל למבחן העזר המרכזי, יושם באופן שונה על ידי מותבים שונים. כבוד השופט לזין וכבוד הנשיא גרוניס ציינו כי הדרישה לכוונה דומיננטית, כפי שפורשה בפסיקה, הפכה את נטל ההוכחה לכמעט בלתי אפשרי, שכן כמעט בכל מקרה היה ניתן לטעון ל"שיקול עסקי לגיטימי" שעמד מאחורי ההעדפה. מציאות זו, בה אין ודאות באשר לתוצאה, פגעה לא רק בנושים, אלא גם בחייבים ובצדדים שלישיים שביקשו לכלכל את צעדיהם.<sup>30</sup>

שלישית, ביקורת פסיקתית מפורשת: גם בתי המשפט עצמם הביעו מורת רוח מהמצב הישן. בעניין **ברמי** ביקש בית המשפט העליון "לרכך" את נטל ההוכחה הכבד באמצעות אימוץ מבחן מהלך

<sup>24</sup> פ"ק (מחוזי ת"א) 32527-10-15 **אורי גיל**, מנהל מיוחד של יהלומי בן-דור בע"מ נ' יהודה פריימן, פס' 57 לפסק הדין (נבו 11.11.2017).

<sup>25</sup> פ"ק (מחוזי חי') 38458-03-15 **אופיר ידידי**, המפרק נ' אשכולות בנייה וניהול פרויקטים בע"מ, פס' 15 לפסק הדין (נבו 8.11.2015).

<sup>26</sup> ב"ש (מחוזי תל אביב-יפו) 9554/04 ע"ד **שלמה ז. ורטהיים** – **כונס הנכסים של חברת פוסטר מדיה (ישראל) בע"מ** נ' **שושן ורוד בע"מ**, פס' 2 לפסק הדין (נבו 9.9.2004).

<sup>27</sup> פש"ר (מחוזי חי') 66/02 **רגיס בע"מ** נ' **גבריאל טרבלסי** (נבו 23.2.2004).

<sup>28</sup> שם.

<sup>29</sup> האן **דיני חדלות פירעון**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 421–423.

<sup>30</sup> שלמה לזין ואשר גרוניס **פשיטת רגל** (מהדורה שלישית, 2010), בעמ' 198–200.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

העסקים הרגיל כמבחן עזר, מהלך שהיה בגדר הודאה מכללא בבעייתיות הקיצונית של המבחן הסובייקטיבי הטהור. בעניין **יפת** שב בית המשפט העליון והכיר בקשיים הראייתיים הכרוכים בהוכחת יסוד הכוונה הסובייקטיבית ואישר את השימוש בראיות נסיבתיות ובמבחן מהלך העסקים הרגיל כדי לרכך קשיים אלה. עצם העובדה שבית המשפט העליון נדרש ליצור מבחני עזר לריכוך מעיד יותר מכל על כך שהמבחן המקורי היה קשה מאד ליישום.<sup>31</sup>

## **ב.6. דברי ההסבר להצעת החוק**

המחוקק שם לב לביקורת זו, כפי שמלמדים אותנו דברי ההסבר להצעת החוק. הצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי כללה דברי הסבר מפורטים לסימן ב' לפרק ב' בחלק ד' לחוק המוצע, סימן שעניינו ביטול עסקאות הגורעות מקופת הנשייה. דברי ההסבר מגלים כי המחוקק היה מודע היטב לקשיים שפורטו לעיל, והם מהווים מקור פרשני מרכזי להבנת הרציונל שעמד ביסוד המעבר מן המבחן הסובייקטיבי למבחן האובייקטיבי.<sup>32</sup>

### **ההצדקה לביטול עסקאות – עקרון השוויון**

בפתח דברי ההסבר לסימן ב', הציג המחוקק את הרציונל הבסיסי לביטול עסקאות שנעשו ערב פתיחת ההליכים. לדבריו, "בדרך כלל, קודמת חדלות הפירעון הכלכלית של החייב למועד הצו לפתיחת ההליכים כנגדו. פער זמנים זה מאפשר לחייב להעביר נכסים כאשר הוא כבר בחדלות פירעון, לנושים מסוימים או לאנשים אחרים. כך יכול החייב להעדיף נושים מסוימים על פני אחרים או להבריח את נכסיו מפני הנושים." לפיכך, קבע המחוקק: "יש צורך בהוראות שיאפשרו לבטל עסקאות שנעשו קודם לפתיחת ההליכי חדלות הפירעון. הוראות אלה 'מושכות לאחור' את פתיחת ההליכי חדלות הפירעון הפורמליים אל נקודת הזמן שבה החל החייב להיות חדל פירעון מבחינה כלכלית."<sup>33</sup>

### **ביטול הדרישה לכוונה – החידוש המרכזי**

דברי ההסבר מציינים במפורש כי "החידוש העיקרי בסעיף זה לעומת הדין הקיים הוא ביטול הדרישה לכוונה להעדפה." המחוקק הוסיף ונימק את שיקוליו בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים:<sup>34</sup>

*"לפי סעיף 98 לפקודת פשיטת הרגל, ניתן לבטל פעולה להעדפת נושה רק אם הפעולה נעשת במטרה לתת עדיפות לאותו נושה או מתוך אילוץ או שידול שלא כדין מטעמו של הנושה. כלומר, על פי הדין הקיים אין די בהוכחת היסודות האובייקטיביים של העסקה, אלא נדרש גם קיומו של תנאי סובייקטיבי של כוונה להעדיף את הנושה."*

דברי ההסבר זיהו אפוא את שני הקשיים המרכזיים שתוארו בפרק זה: הקושי ההוכחתי והחוסר בהצדקה עיונית. באשר לקושי ההוכחתי, נכתב כי "הדרישה להוכחת יסוד סובייקטיבי מקשה על השימוש בהליך זה, שכן קיים קושי להוכיח את כוונותיו הסובייקטיביות של החייב בעת ביצוע הפעולה." באשר להצדקה העיונית, נכתב כי "גם במישור העיוני נראה שאין הצדקה לכך. ביטולן

<sup>31</sup> עניין **ברמי**, לעיל ה"ש 16; עניין **יפת**, לעיל ה"ש 16.

<sup>32</sup> דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 711, 713.

<sup>33</sup> שם, בעמ' 711.

<sup>34</sup> שם, בעמ' 711–712.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

של עסקאות להעדפת נושים נועד לקדם את החלוקה השוויונית בין הנושים ולא לשם מניעת פעולות לא הוגנות של החייב.<sup>35</sup>

מן הנימוקים הללו הסיק המחוקק את המסקנה הנורמטיבית המרכזית: "לכן, המבחן הראוי לעניין זה הוא מבחן התוצאה, האם הפעולה הביאה לפגיעה בעקרון השוויון ולהעדפת נושים, ולא מבחן הכוונה." ובהמשך: "מטעמים אלה מוצע לבטל את הדרישה ליסוד סובייקטיבי של כוונה להעדיף נושה."<sup>36</sup>

### הגנת מהלך העסקים הרגיל – הרציונל

המחוקק היה מודע לכך שביטול הדרישה לכוונה וכינון מבחן אובייקטיבי עלולים לפגוע באינטרס ההסתמכות של נושים שניהלו עסקים רגילים עם החייב. דברי ההסבר מציינים במפורש כי "ביטול הדרישה לכוונה להעדפה והמעבר לקריטריונים אובייקטיביים עלולים לפגוע באינטרס ההסתמכות של הנושים שהיו צד לעסקה." עוד צוין כי "לפגיעה באינטרס ההסתמכות השלכות שליליות לא רק על הנושים שמעוניינים בסופו של דבר בגביית חובם, אלא גם על החייב עצמו. הסיכון לביטול עסקאות של החייב עלול לגרום לצדדים שלישיים שלא נהל עסקים עם החייב ולפגוע ביכולתו להמשיך בפעילות גם במצב של קשיים כלכליים."<sup>37</sup>

כדי לאזן בין המעבר למבחן אובייקטיבי לבין הגנה על אינטרס ההסתמכות, הציע המחוקק לעגן בסעיף קטן (ב) כמה הגנות, ובהן, הגנת מהלך העסקים הרגיל. לעניין הגנה זו, מציינים דברי ההסבר כי תכליתה של ההגנה "לאפשר לחייב להמשיך בפעילות הכלכלית השוטפת לפני מתן הצו לפתיחת הליכים." עוד צוין כי "חריג זה מבטיח לספקים, לנותני אשראי ולגורמים נוספים הפועלים מול החייב במהלך העסקים הרגיל, כי התשלומים שמועברים להם הם ודאיים וסופיים."<sup>38</sup>

ניתן לראות אפוא, כי המחוקק הכיר בצורך הכפול: מחד גיסא, לעבור ממבחן סובייקטיבי למבחן אובייקטיבי כדי להתמודד עם הקשיים ההוכחתיים והעיוניים שפורטו לעיל; ומאידך גיסא, לספק הגנה לפעילות העסקית השוטפת, באמצעות הגנת מהלך העסקים הרגיל שבסעיף 219(ב)(2).<sup>39</sup> ואולם, כפי שייראה בפרק הבא, המחוקק הסתפק בהכרזה תמציתית על ההגנה, מבלי לעצב את תוכנה, את מבחניה ואת גבולותיה, וכך יצר לקונה חדשה, חמורה לא פחות מזו שביקש לפתור. שכן, בהיעדר התוויה מדויקת מה בא בגדר מהלך עסקים רגיל, וכיצד הוא נבחן, נותר המצב באשר לשאלה מה הוא מהלך עסקים רגיל בדיוק כפי שהיה עת היווה מהלך עסקים רגיל מבחן עזר, קרי טרם תחולתו של **החוק החדש**. לא זו אף זו, לקונה זו היא בעלת השלכות חמורות יותר, לנוכח העובדה כי כיום, מכוח **החוק החדש**, המדובר בהגנה פוזיטיבית, החותרת תחת עקרון השוויון בין הנושים, בעוד לפני תחולתו של **החוק החדש** היה מדובר רק במבחן עזר כאמור.

<sup>35</sup> שם, בעמ' 712.

<sup>36</sup> שם.

<sup>37</sup> שם, בעמ' 713.

<sup>38</sup> שם.

<sup>39</sup> ס' 219(ב)(2) לחוק חדלות הפירעון ושיקום כלכלי, לעיל ה"ש 6.

## **ג. העמימות בהגנת מהלך העסקים הרגיל וחוסר האחידות בפסיקה**

פרק זה עוסק בליבת הבעיה שבמוקד מאמר זה: העמימות הפרשנית הטמונה במונח "מהלך עסקים רגיל" כפי שהוא מופיע בסעיף 219(ב)(2) לחוק. כפי שנראה להלן, המחוקק בחר לעשות שימוש במונח זה מבלי להגדירו, מבלי לפרט את אמות המידה ליישומו ומבלי להתוות כיוון פרשני כלשהו לבתי המשפט. תחילה יוצגו הפרשנויות השונות שניתן לגזור מן הנוסח הלשוני של ההגנה ולאחר ייבחנו פסקי דין שניתנו מאז כניסת החוק לתוקף, תוך הצבעה על חוסר האחידות ביישום המבחן.

### **ג.1. הלקונה הלשונית שבסעיף 219(ב)(2) לחוק**

סעיף 219(ב)(2) לחוק קובע כי לא יורה בית המשפט על ביטול פעולה לפי סעיף זה, אם "ביצוע הפעולה היה במהלך העסקים הרגיל של החייב והחוב שנפרע בשל הפעולה נוצר במהלך העסקים הרגיל של החייב". נוסח זה, על קיצורו, מעורר מספר רב של שאלות פרשניות יסודיות שהמחוקק לא טרח להשיב עליהן, לא בסעיף עצמו, לא בהוראות הפרשנות שבחוק ולא בדברי ההסבר להצעת החוק.<sup>40</sup>

השימוש בביטוי מהלך עסקים רגיל אינו חדש בדין הישראלי. הוא מופיע בהקשרים שונים כגון בדיני חברות ובדיני שטרות. בדיני חדלות פירעון, שבהם ההגנה נועדה לאזן בין שני אינטרסים מתנגשים, הגנה על קופת הנשייה מחד גיסא, ועידוד המסחר עם חייבים בקשיים מאידך גיסא, יש לפתח מבחן ייחודי, ואולם המחוקק לא עשה כן.<sup>41</sup>

### **ג.2. הפרשנויות האפשריות של מבחן מהלך העסקים הרגיל**

ניתוח לשוני של המונח מהלך עסקים רגיל חושף לפחות שלושה צירים פרשניים נפרדים, אשר כל אחד מהם כולל כמה חלופות. שילוב הצירים מניב מטריצה של פרשנויות אפשריות, אשר כל אחת מהן עשויה להוביל לתוצאה שונה בתכלית. יש לציין כבר בשלב זה כי לשון הסעיף עצמו: "ביצוע הפעולה היה במהלך העסקים הרגיל של החייב והחוב שנפרע בשל הפעולה נוצר במהלך העסקים הרגיל של החייב", מצביעה לכאורה על בחינת מהלך העסקים של החייב בלבד, ועל כן ניתן אף לגזור ממנה שמדובר במבחן הסובייקטיבי של החייב. אולם, כפי שנראה להלן בסקירת הפסיקה, בתי המשפט אינם מפרשים את הסעיף כך בהכרח. על כן, ייסקרו במאמר זה כלל האפשרויות ה"לוגיות" לפרשנות המונח, תוך שבפרשנות הנכונה והמוצעת נדון בהמשך המאמר, לרבות לנוכח לשון הסעיף עצמו.

#### **ג.2.1. הציר הראשון: מבחן סובייקטיבי או אובייקטיבי?**

השאלה הראשונה היא האם המילה "רגיל" מפנה למה שהצדדים נהגו לעשות בפועל, דהיינו, מבחן סובייקטיבי, או למה שצדדים סבירים באותן נסיבות היו עושים, קרי מבחן אובייקטיבי. במבחן

<sup>40</sup> שם.

<sup>41</sup> השו"ס, ס' 23(ג) לפקודת השטרות [נוסח חדש], שם נדרש כי האוחז קיבל את השטר "במהלך הרגיל של עסקים"; הגדרת "עסקה חריגה" בס' 1 לחוק החברות, תשנ"ט–1999, המגדירה עסקה חריגה ככזו שאינה "במהלך העסקים הרגיל" של החברה.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

סובייקטיבי, בית המשפט בוחן את דפוסי ההתנהגות העסקית בפועל של הצדדים המעורבים: לדוגמה מהם תנאי התשלום שנהגו ביניהם? מהו לוח הזמנים שנקבע ושנשמר? מהם היקפי העסקאות המאפיינים את הקשר העסקי ביניהם? במבחן אובייקטיבי, לעומת זאת, בית המשפט בוחן את דפוסי המסחר המקובלים, לא בין הצדדים הספציפיים, אלא בענף הרלוונטי או בשוק בכלל: כגון, מהם תנאי התשלום הנהוגים באותו ענף? מהו הסטנדרט המסחרי המקובל?

ההבדל בין שתי הגישות הוא מהותי. במבחן סובייקטיבי, עסקה שבפועל תואמת את דפוסי ההתנהלות הקודמים של הצדדים תיחשב "רגילה" גם אם היא חורגת מהמקובל בענף. במבחן אובייקטיבי, עסקה שחורגת מהסטנדרט הענפי לא תיחשב "רגילה" גם אם הצדדים נהגו כך מאז ומעולם.

### **ג.2.2. הציר השני: של מי מהלך העסקים הרגיל?**

השאלה השנייה נובעת מכך שבכל עסקה יש שני צדדים (לפחות), ומה שמהווה מהלך עסקים רגיל מנקודת מבטו של צד אחד, אינו בהכרח כזה מנקודת מבטו של הצד השני. לשון הסעיף מציינת פעמיים "מהלך העסקים הרגיל של החייב", הן ביחס לביצוע הפעולה והן ביחס ליצירת החוב, ואינה מזכירה כלל את מהלך עסקיו הרגיל של הנושה. אולם, על אף לשון זו, עולה השאלה האם יש לבחון את הפעולה אך ורק מנקודת מבטו של החייב, או שמא גם נקודת מבטו של הנושה רלוונטית.<sup>42</sup>

ההבדל נעוץ בכך שלחייב ולנושה דפוסי התנהלות עסקית שונים. חייב עשוי לנהוג לשלם לכל ספקיו בתנאי שוטף פלוס שישים יום, בעוד נושה מסוים רגיל לקבל תשלומים מלקוחותיו בתנאי שוטף פלוס עשרה ימים. אם החייב שילם לנושה זה בתנאי שוטף פלוס עשרה, העסקה תואמת את מהלך עסקיו הרגיל של הנושה, אך חורגת ממהלך עסקיו הרגיל של החייב.

### **ג.2.3. הציר השלישי: לאורך איזה פרק זמן נבחנת "רגילות"?**

שאלה נוספת, שאינה זוכה להתייחסות כלל בנוסח הסעיף, נוגעת לתקופת הבחינה. לאמור, לאורך כמה זמן לאחור יש לבחון את מהלך העסקים בין החייב לבין הנושה כדי לקבוע אם העסקה הנבחנת היא "רגילה". המדובר במנעד כרונולוגי לא מוגדר אשר יכול לנוע בין חודשים, לשנים ואולי אף לאורך כל תקופת הקשר העסקי שבין החייב לנושה.

שאלה זו אינה טכנית בלבד, אלא מהותית. ככל שתקופת הבחינה ארוכה יותר, כך סביר יותר שדפוסי ההתנהגות ישתנו. חייב שהיה משלם שוטף פלוס שישים במשך שנתיים עשוי להתחיל לאחר בתשלומים כשנכנס לקשיים, ואז לחזור ולשלם מהר יותר כדי לשמור על ספק קריטי. שינוי הדפוס בחודשים שלפני הקריסה עשוי להיראות "רגיל" אם בוחנים תקופה קצרה, אך חריג אם בוחנים תקופה ארוכה. המחוקק לא קבע כל מסגרת זמן והותיר את הסוגיה לשיקול דעתו של בית המשפט.

### **ג.3. חוסר אחידות בפסיקה – יישום המבחן בבתי המשפט מאז החוק החדש**

בחינת פסקי הדין שניתנו מאז כניסת החוק לתוקף בספטמבר 2019 מגלה כי חוסר הבהירות שתואר לעיל אינו תאורטי בלבד. בתי המשפט המחוזיים, בהיעדר הנחיה ברורה מן המחוקק ובהיעדר הלכה

<sup>42</sup> יצוין כי לשון הסעיף מציינת פעמיים "מהלך העסקים הרגיל של החייב" – הן ביחס לביצוע הפעולה והן ביחס ליצירת החוב. הסעיף אינו מזכיר כלל את מהלך עסקיו של הנושה. על אף לשון ברורה זו, בתי המשפט נחלקו בשאלה האם יש לבחון גם את נקודת מבטו של הנושה, כפי שנראה להלן.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

מחייבת מבית המשפט העליון, נוקטים גישות שונות ולעיתים סותרות ביישום מבחן מהלך העסקים הרגיל. להלן כמה דוגמאות הממחישות את חוסר האחידות.<sup>43</sup>

### ג.3.1. גישת נקודת מבט החייב בלבד

בעניין **היי ווד**, שנדון בבית המשפט המחוזי בנצרת לפני כבוד השופט עאטף עיילבוני, נדרש בית המשפט לשאלה האם פעולת גבייה מהווה העדפת נושים שניתן לבטלה מכוח סעיף 219 לחוק. במסגרת הדיון, קבע בית המשפט באופן חד-משמעי כי מהלך העסקים הרגיל "צריך להבחן מנקודת מבטה של החברה ולא של הבנק". בכך אימץ בית המשפט גישה חד-צדדית, המתמקדת אך ורק בחייב כנקודת מוצא לבחינת מהלך העסקים הרגיל.<sup>44</sup>

משמעות הגישה היא שפעולה שאינה תואמת את דפוס ההתנהגות הרגיל של החייב, גם אם היא תואמת לחלוטין את דפוס ההתנהלות הרגיל של הנושה, לא תיחשב מהלך עסקים רגיל. הנושה, מבחינת גישה זו, אינו נכנס לתמונה כלל. יצוין כי פסק דין זה אינו דן לגופם של דברים האם מדובר בבחינת דפוס התנהגותו הסובייקטיבי של החייב או שמא בחינתו באמות מידה אובייקטיביות.

### ג.3.2. מבחן אובייקטיבי מנקודת מבט החייב – חובה סטטוטורית "כמהלך עסקים רגיל"

בעניין **איי.אס.פי**, שנדון בבית המשפט המחוזי בתל אביב, נבחנה שאלת ביטול תשלומי מס ששילמה החברה לרשות המיסים (מע"מ). בית המשפט קבע כי המבחן הוא מנקודת המבט של החייבת (החברה) בלבד. ואולם, בית המשפט אימץ גישה אובייקטיבית: למרות שתשלום מס מסוג זה לא אירע בעבר בהתנהלות העסקית הספציפית של החברה, קבע בית המשפט כי מדובר בפעולה שבוצעה במהלך העסקים הרגיל, שכן לחברה הייתה חובה סטטוטורית לשלם את המס. כלומר, המבחן אינו בוחן את מה שהחייב עשה בפועל בעבר, דהיינו מבחן סובייקטיבי, אלא את מה שהחייב מחויב לעשות על פי דין, לאמור, מבחן אובייקטיבי מנקודת המבט של החייב.<sup>45</sup>

גישה זו מעניינת משום שהיא מבססת את מבחן מהלך העסקים הרגיל על קריטריון אובייקטיבי-נורמטיבי: לא מה שהחייב עשה בפועל, אלא מה שהחייב מחויב לעשות. החובה הסטטוטורית לשלם מס הפכה את התשלום ל"רגיל" גם אם בפועל החברה לא שילמה מס מסוג זה בעבר. מכאן עולה כי בפסק דין זה המבחן הוא אובייקטיבי מנקודת המבט של החייב.

### ג.3.3. מבחן אובייקטיבי מנקודת מבט החייב – הונאת פונזי כשלילת "מהלך עסקים רגיל"

בעניין **דגן**, שנדון בבית המשפט המחוזי בתל אביב לפני כבוד השופט חגי ברנר, נדרש בית המשפט לבקשת נאמן להשבת כספים שהועברו לגרושתו של החייב בתקופה שקדמה להליכי חדלות הפירעון. בית המשפט קבע כי המבחן הוא מנקודת המבט של החייב, ואימץ גישה אובייקטיבית:

<sup>43</sup> יצוין כי נכון למועד כתיבת מאמר זה טרם ניתנה הלכה מחייבת של בית המשפט העליון בסוגיית פרשנות מבחן מהלך העסקים הרגיל שבסעיף 219(ב)(2) לחוק.

<sup>44</sup> חדל"ת (מחוזי נצרת) 23327-04-20 **היי ווד דבליו.פי.סי תעשיות (2013) בע"מ נ' הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי** (נבו 5.6.2020).

<sup>45</sup> חדל"ת (מחוזי ת"א) 45151-06-20 **איי.אס.פי. פיננשל מנג'מנט בע"מ נ' רשות המיסים בישראל – מכס ומע"מ** (נבו 5.2.2023).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

במקרה זה, כל פעילות החייב הייתה בגדר הונאת פונזי,<sup>46</sup> ולכן קבע בית המשפט כי התנהלות מסוג זה ממילא אינה יכולה להיחשב כ"מהלך עסקים רגיל" של חייב.<sup>47</sup>

גישה זו מלמדת כי כאשר פעילות החייב כולה נגועה בהונאה, המבחן האובייקטיבי מוביל למסקנה שאין כל פעולה שיכולה להיחשב "רגילה". הונאת פונזי, מטבעה, אינה "מהלך עסקים רגיל", ולכן ההגנה שבסעיף 219(ב)(2) לחוק אינה יכולה לחול. קביעה זו מחזקת את הגישה האובייקטיבית, שכן במבחן סובייקטיבי ייתכן שדפוס ההונאה עצמו היה נחשב ל"רגיל" מנקודת מבטו של החייב, שכן זו הייתה התנהלותו בפועל.

### **ג.3.4. נושה בנקאי – פעולות שגרתיות בחשבון עובר ושב כ"מהלך עסקים רגיל" – בחינת התנהלות הנושה**

בעניין **ריחני**, שנדון בבית המשפט המחוזי בתל אביב, נדרש בית המשפט לבקשת נאמן לביטול פעולות העדפה שביצע בנק לאומי בחשבונו של החייב בתקופת ההעדפה. הפעולות כללו חיובים וזיכויים שגרתיים בחשבון העובר ושב, לרבות פעולות קיזוז ומימוש בטוחות. בית המשפט דחה את בקשת הנאמן וקיבל את הגנת הנושה הבנקאי, תוך שקבע כי פעולות אלו בוצעו במהלך העסקים הרגיל. בהנמקתו, הדגיש בית המשפט כי יש להבחין בין פעולות בנקאיות שגרתיות, כגון: ניהול חשבון עובר ושב, ביצוע הפקדות, העמדת אשראי וגביית תשלומים, לבין פעולות חריגות שנעשו בצל ידיעה על חדלות פירעון קרבה. כל עוד הבנק פעל בהתאם לתנאי מסגרת האשראי הקיימת ולא שינה את דפוס ההתנהלות, הפעולות נחשבות "מהלך עסקים רגיל".<sup>48</sup>

פסק דין זה מוסיף נדבך חשוב לפסיקה בשני מישורים. ראשית, בית המשפט אימץ מבחן דריכווני: הוא בחן הן את נקודת מבטו של החייב, לאמור, האם הפעולות תואמות את דפוס ההתנהלות הרגיל שלו, והן את נקודת מבטו של הנושה הבנקאי, דהיינו, האם הבנק פעל בהתאם לפעולות בנקאיות שגרתיות. גישה זו שונה מזו שאומצה בעניין **היי ווד** ובעניין **דגן**,<sup>49</sup> שם נבחנה נקודת מבט החייב בלבד. שנית, בית המשפט הכיר בכך שנושה בנקאי נהנה ממידה מסוימת של הגנה כאשר פעולותיו תואמות את מסגרת ההתקשרות הקיימת, אך הבהיר כי אין מדובר בחסינות מוחלטת וכי יש לבחון כל מקרה לגופו, תוך בדיקה האם הבנק שינה את התנהלותו לנוכח ידיעה על קשיי החייב.

### **ג.3.5. מבחן סובייקטיבי של התנהלות נושה**

בעניין **אקסס קרדיט**, שנדון בבית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט בדימוס אלכסנדר רון, נדרש בית המשפט לביטול תשלומים ששולמו למשקיעה בתקופת ההעדפה. המשקיעה טענה כי החזר ההלוואה שקיבלה מהווה "מהלך עסקים רגיל". בית המשפט דחה את ההגנה וקבע כי המבחן הוא מבחן סובייקטיבי מנקודת המבט של הנושה: "דומני, אפוא, שהשאלה היא, האם עלה בידי הנושה לשכנע, שהיה הוא פועל בדיוק באותה דרך ובאותו מועד, גם אלמלא חדלות הפירעון, ואלמלא שמועות ושאר נסיבות אופייניות למצבים בהם נקלע חייב לסיכון ליציבותו הכלכלית.

<sup>46</sup> הונאה פיננסית אשר בגדרה מוצע למשקיעים לבצע השקעה כלשהי תוך הבטחה לתשואה, גבוהה בדרך כלל. בפועל, כספים שמתקבלים ממשקיע אחד משמשים לתשלום הבטחות ההחזר למשקיעים קודמים, ולמעשה לא מתבצעת שום השקעה באפיקי ההשקעה שהובטחו בתחילה, מהם צפויים היו לנבוע רווחים שהובטחו למשקיעים.

<sup>47</sup> חדל"ת (מחוזי ת"א) 15599-05-21 **דגן נ' כלש בן-ארי** (נבו 20.7.2022).

<sup>48</sup> חדל"ת (מחוזי ת"א) 42840-10-21 **ריחני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ** (נבו 17.7.2022).

<sup>49</sup> עניין **היי ווד**, לעיל ה"ש 44; עניין **דגן**, לעיל ה"ש 47.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

והרי, הוא שאמרנו, זהו בדיוק מהלך העסקים הרגיל: התנהלות שניתן בנקל לקבוע לגביה, שהיתה היא מתרחשת בדיוק באותה צורה רגילה גם במהלך חייו הרגיל של העסק.<sup>50</sup>

### ג.3.6. התמונה המצטברת: חוסר אחידות שיטתי

סקירת הפסיקה מלמדת כי כל אחד מבתי המשפט שנדרש לסוגיה ניגש אליה מזווית שונה: בעניין **היי ווד**: נקודת מבט החייב בלבד;<sup>51</sup> בעניין **איי.אס.פי**: מבחן אובייקטיבי מנקודת מבט החייב, לאמור האם, מנקודת מבט אובייקטיבית, קיום חובה סטטוטורית מצד החייב הופכת את הפעולה ל"רגילה" בין אם נהג כך החייב באותו האופן בעבר ובין אם לאו;<sup>52</sup> בעניין **דגן**: מבחן אובייקטיבי מנקודת מבט החייב, לפיו הונאת פונזי אינה יכולה להוות "מהלך עסקים רגיל" שכן, התנהלות של החייב, בהיותה בלתי חוקית באופן אובייקטיבי, אינה יכולה להתפרש כמהלך עסקים רגיל;<sup>53</sup> בעניין **ריחני**: מבחן דרכיוני הבוחן הן את נקודת מבט החייב והן את נקודת מבט הנושה הבנקאי, תוך הכרה בפעולות בנקאיות שגרתיות כ"מהלך עסקים רגיל";<sup>54</sup> ובעניין **אקסס קרדיט**: פרשנות סובייקטיבית מנקודת המבט של הנושה, קרי בחינת בחינת פעולתו הספציפית של הנושה בהשוואה לפעולותיו שלו.<sup>55</sup> באף אחד מפסקי הדין הללו לא ניתנה תשובה ברורה לשאלה לאורן איזה פרק זמן יש לבחון את "הרגילות".

### ג.4. שאלת נטל ההוכחה

לצד העמימות בשאלת תוכן המבחן ונקודת המבט, סעיף 219(ב)(2) לחוק שותק גם בשאלה מהותית נוספת: על מי מוטל נטל ההוכחה ביחס לרכיבים העובדתיים של הגנת מהלך העסקים הרגיל? האם על הנאמן להוכיח שהפעולה חרגה ממהלך העסקים הרגיל, או שמא על הצד המבקש לחסות בצל ההגנה, בדרך כלל הנושה ולעיתים החייב, להוכיח שהפעולה נעשתה במהלך העסקים הרגיל?

מחד גיסא, סעיף 219(א) לחוק קובע כי בית המשפט "רשאי" לבטל פעולה שנעשתה בתקופת ההעדפה, ולצורך כך על מבקש הביטול, הנאמן, להוכיח את תנאי הסף הקבועים בסעיף, ובכללם כי במועד ביצוע הפעולה היה החייב חדל פירעון.<sup>56</sup> מאידך גיסא, סעיף 219(ב) לחוק מנוסח כחריג: "בית המשפט לא יבטל פעולה המקנה עדיפות לנושים בהתקיים אחד מאלה", ובמבנה כזה ההיגיון המשפטי הטבעי מטיל את הנטל על הצד המבקש להיבנות מן החריג, דהיינו על מי שטוען כי הפעולה נעשתה במהלך העסקים הרגיל.<sup>57</sup>

בחינת הפסיקה מגלה כי בשאלה זו, בערכאות הדיוניות רווחת הדעה כי אכן הנטל רובץ לפתחו של הטוען להגנה. בפסקי דין שניתנו לפי החוק, הגישה הרווחת היא כי הנטל מוטל על הנושה. בעניין **ריחני** קבעה כבוד השופטת נועה גרוסמן מפורשות: "הנטל לעמוד באותן הגנות מוטלות לטעמי על שכם הנושה או החייב הטוען לתחולתן", וזאת לאחר שהבחינה בין שלב ההוכחה של תנאי סעיף

<sup>50</sup> חדל"ת (מחוזי י-ם) 49335-07-20 **אקסס קרדיט נ' הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי**, פס' 5 (ו) לפסק דינו של השופט רון (נבו 25.5.2021).

<sup>51</sup> עניין **היי ווד**, לעיל ה"ש 44.

<sup>52</sup> עניין **איי.אס.פי**, לעיל ה"ש 45.

<sup>53</sup> עניין **דגן**, לעיל ה"ש 47.

<sup>54</sup> עניין **ריחני**, לעיל ה"ש 48.

<sup>55</sup> עניין **אקסס קרדיט**, לעיל ה"ש 50.

<sup>56</sup> ס' 219(א)(2) לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, תשע"ח-2018 קובע חזקה לפיה חייב שהיה חדל פירעון במועד מתן הצו, חזקה שהיה חדל פירעון גם בעת ביצוע הפעולה. חזקה זו מעבירה את הנטל לנושה להפריכה, אך שתיקת הסעיף ביחס לנטל ההוכחה של מהלך העסקים הרגיל מותירה שאלה זו פתוחה.

<sup>57</sup> על המבנה הסעיפי של חריג כמקור לנטל הוכחה, ראו ע"א 78/04 **המגן חברה לביטוח בע"מ נ' שלום גרשון הובלות בע"מ**, פ"ד סא(3) 18 (נבו 5.10.2006), שם נקבע כי הנטל להוכחת חריג מוטל על הטוען לו.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

219(א), המוטל על הנאמן, לבין שלב ההוכחה של ההגנות שבסעיף 219(ב), המוטל על הנושה.<sup>58</sup> גישה דומה הובעה גם בעניין **אקסס קרדיט**, שם קבע כבוד השופט בדימוס אלכסנדר רון כי נטלי הראיה והשכנוע ביחס להגנת מהלך העסקים הרגיל מוטלים על הנושה, וניסח את המבחן כך: "האם עלה ביד הנושה לשכנע שהיה פועל בדיוק באותה דרך ובאותו מועד, גם אלמלא חדלות הפירעון".<sup>59</sup>

בעניין **שם טוב**, שנדון לפי הדין הישן, דהיינו סעיף 98 לפקודת פשיטת הרגל, קבע כבוד השופט דוד מינץ (כשופט בית המשפט המחוזי) כי הנטל להוכיח שעסקה חורגת ממהלך העסקים הרגיל מוטל דווקא על בעל התפקיד, כונס הנכסים, ועליו להוכיח זאת במאזן ההסתברות הנהוג במשפט האזרחי.<sup>60</sup> השופטת גרוסמן **בעניין ריחני נ' בנק לאומי** הזכירה במפורש את פסק הדין בעניין שם טוב, אך סתתה ממנו בקביעתה כי תחת החוק החדש הנטל עבר לנושה. נראה כי לשיטתה, המעבר ממבחן כוונתי למבחן תוצאתי בסעיף 219(א) לחוק החדש, שהקל על בעל התפקיד בשלב הראשון, מצדיק הטלת הנטל על הנושה בשלב השני, שלב ההגנות.<sup>61</sup>

אף שהגישה המטילה את הנטל על הנושה נראית כגישה הרווחת בפסיקה שלאחר החוק החדש, טרם ניתנה לכך הלכה מחייבת של בית המשפט העליון.

## ג.5. סיכום ביניים

הניתוח שנערך בפרק זה חושף כי המונח מהלך עסקים רגיל שבסעיף 219(ב)(2) לחוק טומן בחובו עמימות פרשנית רבת-ממדים. צירוף שלושת הצירים הפרשניים: טיב המבחן (סובייקטיבי או אובייקטיבי), נקודת המבט (חייב, נושה או שניהם) ותקופת הבחינה, מניב מטריצה של אפשרויות, אשר כל אחת מהן עשויה להוביל לתוצאה שונה בתכלית ביחס לאותה מערכת עובדות.

חוסר האחידות בפסיקה (למעט בעניין נטל ההוכחה כאמור) נובע מהלקונה הנורמטיבית והיעדר פסיקה של בית המשפט העליון אשר טרם נדרש לסוגיה באופן ישיר. המצב הנוכחי פוגע הן בוודאות המשפטית והן ביכולתם של צדדים לעסקאות מסחריות לכלכל את צעדיהם, ולטעמי מחייב את המחוקק או את בית המשפט העליון להתוות מסגרת פרשנית ברורה. סוגיה זו תידון בפרק הבא.

<sup>58</sup> עניין **ריחני**, לעיל ה"ש 48, בפס' 18, 21 להחלטתה של השופטת גרוסמן (נבו 17.7.2022). השופטת גרוסמן הבחינה בין נטל ההוכחה של תנאי ס' 219(א) – המוטל על מבקש הביטול – לבין נטל ההוכחה של ההגנות בס' 219(ב) – המוטל על הנושה.

<sup>59</sup> עניין **אקסס קרדיט**, לעיל ה"ש 50: "על פי תמונת המצב הראייתית, בדגש על נטלי ראיה ושכנוע המוטלים על הנושה... האם עלה בידי הנושה לשכנע, שהיה הוא פועל בדיוק באותה דרך ובאותו מועד, גם אלמלא חדלות הפירעון".

<sup>60</sup> פר"ק (מחוזי י-ם) 42398-05-10 **בר הלל נ' ש.י. שם טוב בע"מ**, בפס' 11 לפסק דינו של השופט מינץ (נבו 13.9.2011). כבוד השופט דוד מינץ קבע כי "כונס הנכסים יוכל לדרוש מצד שלישי החזרת כספים שקיבל עובר למותן צו כינוס, אם יוכיח כי מדובר בעסקה החורגת ממהלך העסקים הרגיל", וכי הנטל מוטל לפתחו של כונס הנכסים.

<sup>61</sup> עניין **ריחני**, לעיל ה"ש 48, בפס' 21 להחלטתה של השופטת גרוסמן ציטטה את פסק הדין בעניין שם טוב (שניתן לפי סעיף 98 לפקודת פשיטת הרגל) אך הגיעה למסקנה שונה ביחס לנטל ההוכחה תחת החוק החדש, בקבעה כי "נטל זה מוטל על שכם הבנק".

## ד. מבט השוואתי – הדין האמריקאי והדין האנגלי

לאחר שבפרק הקודם נבחנה הגנת מהלך העסקים הרגיל כפי שעוצבה בדין הישראלי, ונחשפו הקשיים הפרשניים והפערים הנורמטיביים שבה, ראוי להרחיב את המבט אל שתי שיטות משפט מרכזיות אשר השפיעו, במישרין ובעקיפין, על עיצובו של דין חדלות הפירעון הישראלי: הדין האמריקאי והדין האנגלי.

הצורך בהשוואה זו נובע מכמה טעמים. ראשית, דיני העדפות הנושים בישראל, כפי שעוצבו בחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, שואבים השראה ברורה מן הדין האמריקאי, ובפרט מסעיף 547 ל-Bankruptcy Code. שנית, הדין האנגלי, אשר שימש מקור השראה היסטורי לדין הישראלי, נקט גישה שונה מהותית, גישה סובייקטיבית המבוססת על "רצון להעדיף", להבדיל מהגישה האובייקטיבית-תוצאתית הנהוגה בארצות הברית ובישראל. שלישית, בחינת הדרכים בהן פורשה ויושמה הגנת מהלך העסקים הרגיל בפסיקה הזרה עשויה להאיר את הפערים שנותרו פתוחים בדין הישראלי ולספק כלים פרשניים לבתי המשפט.<sup>62</sup>

פרק זה יסקור, ביחס לכל שיטת משפט, את המסגרת הנורמטיבית של דיני העדפות הנושים, את הפסיקה המרכזית אשר פירשה אותה, את סוגיית נטל ההוכחה ואת הדרכים שהתגבשו בפרקטיקה להוכחת ההגנה.

### ד.1. ארצות הברית

#### ד.1.1. המסגרת החקיקתית

דיני העדפות הנושים בארצות הברית מעוגנים בסעיף 547 לקודקס פשיטת הרגל הפדרלי (11 U.S.C. § 547). סעיף 547(b) מסמיך את הנאמן לבטל העברה שנעשתה לנושה בתוך 90 הימים שקדמו להגשת הבקשה לפשיטת רגל (שנה אחת כאשר מדובר בנושה קשור), ובלבד שמתקיימים חמישה תנאים מצטברים: ההעברה נעשתה לטובת נושה; על חשבון חוב קודם; החייב היה חדל פירעון בעת ההעברה; ההעברה נעשתה בתקופה הרלוונטית; וההעברה אפשרה לנושה לקבל יותר מכפי שהיה מקבל בפירוק לפי פרק 7.<sup>63</sup>

כנגד סמכות ביטול רחבה זו, מונה סעיף 547(c) שורה של הגנות העומדות לנושה הנתבע. ההגנה המרכזית לענייננו היא הגנת מהלך העסקים הרגיל הקבועה בסעיף 547(c)(2). בנוסחה המקורי, הגנה זו דרשה מן הנושה להוכיח שני יסודות מצטברים: (א) ההעברה נעשתה במהלך העסקים הרגיל של החייב והנושה (המבחן הסובייקטיבי); ו-(ב) ההעברה נעשתה בהתאם לתנאים עסקיים מקובלים בענף (המבחן האובייקטיבי).<sup>64</sup>

שינוי מהותי חל בשנת 2005, עם חקיקת חוק Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (להלן: BAPCPA). התיקון שינה את המילה "ו" (and) שבין שני היסודות למילה "או" (or), כך שמאז שנת 2005 די בהוכחת אחד משני היסודות, הסובייקטיבי או האובייקטיבי,

<sup>62</sup> לסקירות השוואתיות בתחום דיני העדפות נושים ראו, למשל: Andrew Keay, Preferences in Liquidation Law: A Time for a Change, 2 COMP. FIN. & INSOLVENCY L. REV. 198 (1998).

<sup>63</sup> 11 U.S.C. § 547(b) (2024).

<sup>64</sup> 11 U.S.C. § 547(c)(2) (נוסח טרם תיקון 2005); ראו גם: Charles Jordan Tabb, The Law of Bankruptcy 559–570 (4th ed. 2016).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

כדי להקים את ההגנה. שינוי זה הקל באופן ניכר על נושים נתבעים, שכן נושה המתקשה להוכיח כי תנאי ההתקשרות עם החייב הספציפי היו רגילים, יכול להוכיח חלף זאת כי התנאים היו מקובלים בענף, ולהפך.<sup>65</sup>

### 2.1.1. הפסיקה המרכזית

פסק הדין המנחה של בית המשפט העליון האמריקאי בעניין **Wolas**<sup>66</sup> קבע כי הגנת מהלך העסקים הרגיל חלה גם על תשלומים בגין חובות לזמן ארוך, ולא רק על חובות שוטפים קצרי מועד. בית המשפט דחה את הניסיון לצמצם את ההגנה לחובות סחר בלבד, והבהיר כי לשון החוק אינה מבחינה בין סוגי חובות.

בעניין **In re Tolona Pizza Products Corp**,<sup>67</sup> פירש בית המשפט הפדרלי לערעורים במחוז השביעי את המבחן האובייקטיבי, וקבע כי "תנאים עסקיים מקובלים" אינם דורשים אחידות מוחלטת בענף, אלא מתייחסים לטווח התנאים הנהוגים בקרב עסקים הדומים באופן כללי לנושה הנדון. לפיכך, רק התנהלות כה חריגה עד שהיא חורגת מטווח רחב זה תיחשב כבלתי רגילה. הגדרה זו אומצה באופן נרחב בפסיקה האמריקאית.

לצד הגדרת הטווח הנורמטיבי, התפתחה בפסיקה התייחסות לאופן שבו יש להעריך את ההתנהלות בין הצדדים. בעניין **In re AES Thames**,<sup>68</sup> נקבע כי יש לנקוט מבט הוליסטי על מערכת היחסים העסקית בין הצדדים, ולא להסתפק בממד בודד כגון מספר ימי האיחור בתשלום. בית המשפט מנה כמה שיקולים שיש לשקול: משך הזמן שבו התנהלו היחסים העסקיים; האם חל שינוי בסכומים או באופן התשלומים; האם התקיימה פעילות גבייה חריגה; ונסיבות ביצוע התשלום הספציפי.

בפסיקה מאוחרת יותר, בעניין **In re National Gas Distributors**,<sup>69</sup> נקבע כי לאחר תיקון BAPCPA יש לבחון את המבחן האובייקטיבי של "תנאים עסקיים מקובלים" מנקודת המבט של שני הצדדים, הן של הנושה והן של החייב, ולא רק מנקודת המבט של ענף הנושה. בית המשפט דחה את טענת הנושה שהתשלומים היו מקובלים בענפו, משום שהם "בוודאי לא היו רגילים מנקודת מבטו של החייב".

הלכה חשובה נוספת נקבעה בעניין **In re Conex Holdings**,<sup>70</sup> שם הבהיר בית המשפט כי לאחר תיקון BAPCPA שני היסודות של ההגנה הם עצמאיים זה מזה לחלוטין. אין לייבא את מבחן הנוהג בענף, קרי המבחן האובייקטיבי, לתוך בחינת מהלך העסקים הרגיל בין הצדדים, קרי המבחן הסובייקטיבי, שכן הדבר יהפוך את התיקון לחסר משמעות ו"ישיב את החוק לנוסחו שלפני 2005".

### 3.1.1. נטל ההוכחה

באורח דומה לפסיקה הרווחת בערכאות הדיוניות בישראל,<sup>71</sup> הדין האמריקאי מסדיר סוגיה זו באופן מפורש. סעיף (g)547 קובע חלוקה ברורה: הנאמן נושא בנטל להוכיח כי העברה היא בת

<sup>65</sup> Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005, Pub. L. No. 109-8, § 409, 119 Stat. 106, 23 (2005). לניתוח השינוי ראו 14 David Gray Carlson, The New Ordinary Course of Business Defense, Am. Bankr. Inst. L. Rev. 95 (2006).

<sup>66</sup> **Union Bank v. Wolas**, 502 U.S. 151 (1991).

<sup>67</sup> **In re Tolona Pizza Products Corp.**, 3 F.3d 1029 (7th Cir. 1993).

<sup>68</sup> **LLC, Thames AES re In**, No. 02-50791, Adv. No. 04-5271 (Bankr. D. Conn. 2010).

<sup>69</sup> **Hutson v. Branch Banking & Trust Co.** (In re National Gas Distributors, LLC), 346 B.R. 394 (Bankr. E.D.N.C. 2006).

<sup>70</sup> **Stanziale v. S. Steel & Supply, L.L.C.** (In re Conex Holdings, LLC), 518 B.R. 269 (Bankr. Del. 2014).

<sup>71</sup> נזכיר כי בסוגיה זו טרם ניתנה פסיקה מחייבת של בית המשפט העליון.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

ביטול על פי סעיף 547(b), ואילו הנושה (הנתבע) נושא בנטל להוכיח את ההגנות שבסעיף 547(c), ובכללן הגנת מהלך העסקים הרגיל. מידת ההוכחה הנדרשת בשני המקרים היא "מאזן ההסתברויות" (preponderance of the evidence).<sup>72</sup>

חלוקה זו משקפת את ההיגיון שלפיו מי שמבקש ליהנות מהגנה, הנושה, הוא זה שצריך לשאת בנטל הוכחתה, שכן בידיו הראיות הטובות ביותר בדבר מהלך העסקים הרגיל, הן בהתקשרות הספציפית והן בענפו.

#### ד.1.4. דרכי הוכחת ההגנה

בפרקטיקה האמריקאית התפתחו כמה שיטות מתודולוגיות להוכחת הגנת מהלך העסקים הרגיל. השיטה המרכזית והנפוצה ביותר היא ניתוח עיתוי התשלומים (payment timing analysis): השוואה בין דפוסי התשלום בתקופה ההיסטורית (טרם תקופת ההעדפה) לבין דפוסי התשלום בתקופת ההעדפה. ניתוח זה דורש הגדרת "תקופת בסיס" (baseline period) היסטורית, שצריכה לכלול לפחות שנה אחת של התנהלות עסקית קודמת.<sup>73</sup>

בפסיקה התגבשו שתי שיטות סטטיסטיות עיקריות לניתוח. השיטה הראשונה היא "שיטת הטווח הכולל" (total range method), הבוחנת את הטווח בין מועד התשלום המוקדם ביותר למועד המאוחר ביותר בתקופה ההיסטורית. החיסרון של שיטה זו הוא רגישותה לערכים חריגים, לאמור כי היא מביאה בחשבון גם תשלומים חריגים שבוצעו בנסיבות שונות אשר אינם יכולים בהכרח להעיד על הכלל. השיטה השנייה, שזכתה לאימוץ רחב יותר בפסיקה, היא "שיטת הממוצע" (average lateness method), הבוחנת את ממוצע ימי התשלום בתקופה ההיסטורית ומשווה אותו לממוצע בתקופת ההעדפה.<sup>74</sup>

בעניין *In re Sparrer Sausage*<sup>75</sup> אימץ בית המשפט הפדרלי לערעורים במחוז השביעי את "שיטת הממוצע" בשילוב עם "ניתוח מקטעים" (bucketing analysis), לפיה מקובצות חשבוניות לפי טווחי ימי תשלום ונבחן איזה אחוז מהעסקאות ההיסטוריות נופל בכל מקטע. בית המשפט קבע כי תקופת הבסיס חייבת לכסות את הרוב המכריע של העסקאות ההיסטוריות (לפחות 80%), וכי צמצום שרירותי של הטווח אינו מותר.

לצד ניתוח עיתוי התשלומים, נושים נדרשים להציג חוות דעת מומחים המעידות כי תנאי ההתקשרות אינם "חריגים, יוצאי דופן או אידיosyncratic" בהשוואה לנהוג בענף. מומחים אלה מסתמכים על נתוני ענף, כגון דוחות Dun & Bradstreet, ועל ניסיונם המקצועי. כן ניתן להציג ראיות בדבר נוהגי הגבייה של הנושה עצמו, של חברות קשורות לו ושל מתחריו.<sup>76</sup>

## 2. ד. אנגליה

<sup>72</sup> U.S.C. § 547(g): "the trustee has the burden of proving the avoidability of a transfer under subsection 11 (b) of this section, and the creditor or party in interest against whom recovery or avoidance is sought has the burden of proving the nonavoidability of a transfer under subsection (c) of this section".  
<sup>73</sup> ראו *Co Sausage Sparrer re In*, F.3d 388 (7th Cir. 2016) 826, שם נקבע כי תקופת הבסיס חייבת לכסות לפחות 80% מהעסקאות ההיסטוריות.

<sup>74</sup> להשוואה בין השיטות ראו Bruce H. White, Preference Benchmarking: Choosing Between the Total Range and Average Lateness Tests, 28 Am. Bankr. Inst. J. 22 (2009).

<sup>75</sup> *Co Sausage Sparrer re In*, F.3d 388 (7th Cir. 2016) 826.

<sup>76</sup> *In re Fred's Inc.*, No. 19-12832, גם *Corp Products Pizza Tolona re In*, F.3d 1029 (7th Cir. 1993) 3; ראו גם *Bankr. D. Del.* 2025), שם נקבע כי יש להעריך את "התנאים העסקיים המקובלים" על פי אמת מידה של חייב בריא, ולא על פי נוהגי הענף ביחס לחייבים במצוקה.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

#### ד.2.1. המסגרת החקיקתית

דיני העדפות הנושים באנגליה מעוגנים בסעיף 239 לחוק חדלות הפירעון משנת 1986 (Insolvency Act 1986, Section 239). בדומה לדינים האמריקאי והישראלי, הסעיף עוסק במצב שבו חברה חדלת פירעון העדיפה נושה מסוים על פני נושים אחרים. סעיף 239(4) קובע כי חברה נותנת "העדפה" כאשר היא עושה דבר הגורם לנושה להיות במצב טוב יותר, במקרה של פירוק חדל פירעון, מכפי שהיה באם אותו דבר לא נעשה.<sup>77</sup>

אולם, בשונה מהותית מהדינים האמריקאי והישראלי, סעיף 239(5) קובע כי בית המשפט לא יבטל העברה, אלא אם כן החברה הושפעה בהחלטתה לתת אותה מרצון לגרום לתוצאה המעדיפה ("was influenced in deciding to give it by a desire to produce the effect mentioned in subsection (4)"). דרישה זו מציבה מבחן סובייקטיבי: יש להוכיח כי ברצון החברה, להבדיל מכוונתה האובייקטיבית, היה להעדיף את הנושה. ההבחנה בין "רצון" לבין "כוונה" היא קריטית: כוונה היא מושג אובייקטיבי, ואילו רצון הוא מושג סובייקטיבי.<sup>78</sup>

הסעיף קובע תקופות "חשודות" שונות: שישה חודשים לפני תחילת חדלות הפירעון ביחס לנושים רגילים, ושנתיים ביחס לנושים קשורים.<sup>79</sup> ביחס לנושים קשורים, סעיף 239(6) מקים חזקה הניתנת לסתירה כי החברה הושפעה מרצון להעדיף, כך שנטל הסתירה עובר לנושה הקשור.<sup>80</sup>

#### ד.2.2. הפסיקה המרכזית

פסק הדין המכונן בפרשנות דרישת ה"רצון להעדיף" הוא **Re MC Bacon Ltd**,<sup>81</sup> בו קבע השופט מילט (Millett J) הבחנה יסודית, ולפיה, בפרפרזה,<sup>82</sup> אין ליחס לאדם רצון לכל התוצאות ההכרחיות של מעשיו. חלק מהתוצאות עשוי להיות לטובתו ורצוי לו; אחר עשוי שלא להשפיע עליו והוא אדיש לו מבחינתו; ועוד תוצאות אחרות עשויות להיות לרעתו, ולא רצויות לו, אך הוא רואה בהן מחיר בלתי נמנע להשגת היתרונות הרצויים.

בנסיבות פסק הדין, דירקטורים של חברה רשמו שעבוד צף לטובת בנק כתנאי להמשך מתן אשראי. בית המשפט קבע כי אין מדובר בהעדפה אסורה, שכן הדירקטורים לא רצו להעדיף את הבנק, אלא נאלצו ליתן את השעבוד כצעד הכרחי על מנת להמשיך לפעול ולמנוע פירוק. התוצאה המעדיפה הייתה "מחיר בלתי נמנע" להשגת מטרה עסקית לגיטימית.<sup>83</sup>

לעומת זאת, בעניין **Re Agriplant Services Ltd**,<sup>84</sup> נמצא כי התקיים רצון להעדיף. באותו מקרה, בעל מניות שהיה גם ערב לחוב החברה כלפי חברת מימון הורה על ביצוע תשלום לחברת המימון, כאשר ברקע עמדה הפחתת חבותו האישית כערב. בית המשפט קבע כי הרצון להעדיף היה קיים, שכן התשלום נעשה מתוך מניע אישי של בעל המניות להקטין את חשיפתו.

<sup>77</sup> (UK) 1986, c. 45, s. 239(4) Insolvency Act.

<sup>78</sup> (Millett J) [1990] BCC 78, 87 (Ch D) **Re MC Bacon Ltd**. להרחבה על ההבחנה בין "רצון" ל"כוונה" ראו: Ian Fletcher, *The Insolvency of Law*, paras 12-037–12-042 (5th ed., Sweet & Maxwell 2017).

<sup>79</sup> נושה קשור הוא המקבילה לנושה שהוא קרוב של החייב בדין הישראלי.

<sup>80</sup> (6), s. 249 Insolvency Act 1986, s. 239 ("connected persons"). תקופת ההתיישנות ביחס לנושים קשורים היא שנתיים, בעוד ביחס לנושים רגילים היא שישה חודשים בלבד: Insolvency Act 1986, s. 240(1).

<sup>81</sup> (Millett J) [1990] BCC 78 (Ch D) **Re MC Bacon Ltd**.

<sup>82</sup> ראו הנוסח המקורי בפסק הדין עצמו.

<sup>83</sup> שם, בעמ' 87–88.

<sup>84</sup> (Jonathan Parker J) [1997] BCC 842 (Ch D) **Re Agriplant Services Ltd**.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

בעניין **Re Fairway Magazines Ltd**<sup>85</sup> נקבע כי המועד הקובע לבחינת ה"רצון להעדיף" הוא מועד קבלת ההחלטה, ולא מועד ביצוע ההעברה בפועל. הבחנה זו חשובה, שכן עשוי להיות פער זמנים בין ההחלטה לביצועה, ונסיבות החברה עשויות להשתנות בינתיים.

#### ד.2.3. נטל ההוכחה

חלוקת נטל ההוכחה בדין האנגלי מבחינה בין נושים רגילים לנושים קשורים. ביחס לנושים שאינם קשורים, המפרק או המנהל המיוחד נושא בנטל המלא להוכיח את כל יסודות העילה, ובכלל זה את הרצון להעדיף. מדובר בנטל כבד במיוחד, שכן יש להוכיח מצב נפשי סובייקטיבי של החברה באמצעות הדירקטורים שלה.<sup>86</sup>

ביחס לנושים קשורים, סעיף 239(6) מקים חזקה כי החברה הושפעה מרצון להעדיף. במקרה זה הנטל עובר לנושה הקשור, שצריך להוכיח כי החברה לא הונעה מרצון כזה. בפרקטיקה, מדובר בנטל משמעותי, שכן קשה להפריך טענה בדבר רצון להעדיף כאשר מדובר בעסקה עם גורם קשור לחברה. מן הסתם, **בחוק החדש**, אין עוד כל רלוונטיות ליסוד הנפשי אשר הוביל להעדפה, מחד גיסא. מאידך גיסא, על פי המצב ששרר בישראל טרם **החוק החדש**, עת היסוד הנפשי אשר הוביל להענקה כן היה רלוונטי, הנטל להוכיחו רבץ לפתחו של בעל התפקיד, בין אם מדובר היה בנושה הקשור לחייב ובין אם לאו. במובן זה הדין האנגלי מקל עם בעל התפקיד בהשוואה לדין שחל טרם **החוק החדש**, אולם בהשוואה **לחוק החדש**, הוא מחמיר עם בעל התפקיד.

#### ד.2.4. היעדר הגנה מפורשת של מהלך עסקים רגיל ותחליפיה

בשונה מהותית מהדינים האמריקאי והישראלי, הדין האנגלי אינו מכיר בהגנה עצמאית של מהלך עסקים רגיל. אולם, דרישת ה"רצון להעדיף" ממלאת, הלכה למעשה, תפקיד דומה: עסקאות שנעשו במהלך העסקים הרגיל, כגון תשלום חובות שוטפים, עמידה בהתחייבויות חוזיות, או תשלום בתגובה ללחץ מסחרי, אינן נתפסות כהעדפות אסורות, שכן בדרך כלל לא ניתן להוכיח כי החברה הונעה מ"רצון להעדיף" כאשר היא פעלה מטעמים עסקיים לגיטימיים.<sup>87</sup>

דוקטרינת "המחיר הבלתי נמנע" שנקבעה בעניין **Re MC Bacon** מספקת מגן אפקטיבי לעסקאות במהלך העסקים הרגיל: כאשר חברה משלמת לספק כדי להבטיח המשך אספקת סחורות, או נותנת בטוחה לבנק כתנאי להמשך מתן אשראי, התוצאה המעדיפה נתפסת כתוצאת לוואי בלתי נמנעת, ולא כמטרה רצויה. גישה זו שונה מהותית מהגישות האמריקאית והישראלית, שבהן נדרשת הגנה נפרדת.<sup>88</sup>

עם זאת, יש לציין כי הגנת ה"רצון להעדיף" אינה חופפת לחלוטין להגנת מהלך העסקים הרגיל. הראשונה רחבה יותר, שכן היא עשויה לפטור גם עסקאות שאינן "רגילות" במובן המקובל, אך נעדרות רצון להעדיף.<sup>89</sup> מנגד, היא צרה יותר, שכן עסקה שנעשתה במהלך העסקים הרגיל עדיין עשויה להיחשב כהעדפה אם ניתן להוכיח רצון להעדיף.<sup>90</sup>

<sup>85</sup> **Re Fairway Magazines Ltd** [1992] BCC 924 (Ch D) (Mummery J).  
<sup>86</sup> ראו: 13-130–13-121 paras. 13-121, *Principles of Corporate Insolvency Law* Roy Goode & Kristin van Zwieten, (5th ed., Sweet & Maxwell 2018).

<sup>87</sup> **Re MC Bacon Ltd** [1990] BCC 78, 88 (Ch D).  
<sup>88</sup> לניחות מקיף של היחס בין דרישת ה"רצון להעדיף" להגנת מהלך העסקים הרגיל ראו: Andrew Keay & Peter Walton, *Insolvency Law: Corporate and Personal* ch. 18 (4th ed., LexisNexis 2017).

<sup>89</sup> עניין **Re MC Bacon**, לעיל ה"ש 78.

<sup>90</sup> למשל, תשלום יוצא דופן שנעשה בשל לחץ מסחרי חריג.  
<sup>90</sup> למשל, כאשר דירקטור הורה על תשלום דווקא לנושה שהוא ערב לחובו.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

לסיכום הסקירה ההשוואתית, הטבלאות שלהלן מציגות בצורה תמציתית את הממצאים המרכזיים:

#### טבלה 1: השוואה בין שלוש שיטות המשפט

| היבט                                | ישראל                                                 | ארצות הברית                                              | אנגליה                                                        |
|-------------------------------------|-------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------|
| הגנה פוזיטיבית של "מהלך עסקים רגיל" | כן – סעיף 219(ב)(2) לחוק                              | כן – סעיף 547(c)(2) (מבחן חלופי מאז 2005)                | לא – אין הגנה עצמאית; דרישת "הרצון להעדיף" ממלאת תפקיד דומה   |
| על מי הנטל להוכיח את ההגנה          | לא מוסדר בחוק; חוסר בהירות בפסיקה                     | על הנושה/הנתבע – מפורשות בסעיף 547(g)                    | על המפרק (נושה רגיל); חזקה הפוכה – על הנושה הקשור (ס' 239(6)) |
| נקודת המבט לבחינת ההגנה             | לא הוכרע; ניתן לפרש מנקודת מבט החייב, הנושה, או שניהם | שניהם – מנקודת מבט החייב והנושה (לאחר BAPCPA)            | של החברה (החייבת) – בחינת רצונה הסובייקטיבי                   |
| סוג המבחן                           | לא הוכרע; ניתן לפרש כסובייקטיבי או אובייקטיבי         | חלופי: סובייקטיבי (בין הצדדים) או אובייקטיבי (נוהג בענף) | סובייקטיבי בלבד – "רצון להעדיף"                               |

#### טבלה 2: דרכי הוכחת ההגנה בדין האמריקאי – המבחן הסובייקטיבי מול המבחן האובייקטיבי

| היבט        | המבחן הסובייקטיבי – § 547(c)(2)(A)                                                      | המבחן האובייקטיבי – § 547(c)(2)(B)                                    |
|-------------|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|
| מהות המבחן  | מהלך העסקים הרגיל בין החייב לנושה הספציפי                                               | תנאים עסקיים מקובלים בענף הרלוונטי                                    |
| תקופת בסיס  | היסטוריית ההתקשרות בין הצדדים – לפחות שנה                                               | נוהגי התשלום המקובלים בענף (נתוני Dun & Bradstreet, מומחי ענף)        |
| מדד מרכזי   | עיתוי תשלומים: ממוצע ימי תשלום, טווח היסטורי, דפוס עקבי                                 | השוואה לנורמת הענף: האם התנאים "חריגים, יוצאי דופן או אידיאליסטיים"   |
| שיטות ניתוח | שיטת הטווח הכולל; שיטת הממוצע; ניתוח מקטעים (bucketing) – לפחות 80% מהעסקאות ההיסטוריות | חוות דעת מומחים; נתוני ענף; נהגי מתחרים וחברות קשורות                 |
| נקודת מבט   | בין הצדדים בלבד – מערכת היחסים הספציפית                                                 | דרצדדית: הן ענף הנושה והן ענף החייב (לאחר BAPCPA)                     |
| אמת מידה    | ההתנהלות ההיסטורית בין הצדדים הספציפיים                                                 | "חייב בריא" – לא נהגי ענף ביחס לחייבים במצוקה (In re Fred's)          |
| פסיקה מנחה  | Union Bank v. Wolas; In re Sparrer Sausage; In re AES Thames                            | In re Tolona Pizza; In re National Gas Distributors; In re Fred's Inc |

הסקירה ההשוואתית מגלה שלושה מודלים נורמטיביים שונים לטיפול בהעדפות נושים ובהגנת מהלך העסקים הרגיל. הדין האמריקאי מציג את המודל המפורש ביותר: מנגנון ביטול אובייקטיבי תוצאתי, לצד הגנה מפורשת ומפורטת של "מהלך עסקים רגיל", עם חלוקת נטל הוכחה ברורה בסעיף והתפתחות שיטות הוכחה מתודולוגיות עשירות בפסיקה.

הדין האנגלי מציג מודל שונה מיסודו: דרישת ה"רצון להעדיף" יוצרת מנגנון סינון סובייקטיבי כבר בשלב העילה, כך שהצורך בהגנה נפרדת של "מהלך עסקים רגיל" מצטמצם. המחיר הוא קושי ראיתי משמעותי להוכיח מצב נפשי סובייקטיבי, ותוצאה שבה עסקאות מעדיפות רבות אינן ניתנות לביטול.

הדין הישראלי, כפי שנבחן בפרקים הקודמים, ממוקם בין שני הקטבים: הוא אימץ את המודל האובייקטיבי-תוצאתי בדומה לדין האמריקאי, אך לא אימץ את הפירוט הנורמטיבי ואת חלוקת נטל ההוכחה המפורשת שבדין האמריקאי. היעדר הגדרה למונח "מהלך עסקים רגיל", היעדר הסדרה מפורשת של נטל ההוכחה והיעדר הנחיות בדבר אמות מידה ודרכי הוכחה, כל אלה מותירים פער נורמטיבי שהפסיקה הישראלית טרם מילאה באופן מלא.<sup>91</sup>

<sup>91</sup> השו: ס' 219(ב)(2), 220, 221 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, תשע"ח-2018; 11 § 547(c)(2), 547(b), U.S.C. § 547(g); Insolvency Act 1986, s. 239.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

בפרק הבא יוצעו המלצות לאימוץ כלים מן המשפט ההשוואתי, ובפרט מהדין האמריקאי, אשר עשויים לסייע בצמצום העמימות ובקידום אחדות ביישום הגנת מהלך העסקים הרגיל בדין הישראלי.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

## ה. מסגרת פרשנית מוצעת ודרך יישומה

הפרקים שקדמו זיהו וניתחו את הפער הנורמטיבי שיוצרת הגנת מהלך העסקים הרגיל שבסעיף 219(ב)(2) לחוק. בפרק השני נסקר הדין שקדם לחוק והוצגו השיקולים שהובילו את המחוקק לעבור ממבחן סובייקטיביות למונח המבחן אובייקטיביות. בפרק השלישי נחשפו הקשיים הפרשניים שמעורר המונח מהלך העסקים הרגיל: עמימות לשונית בכמה צירים (טיב המבחן, נקודת המבט, תקופת הבחינה ונטל ההוכחה) וחוסר אחידות שנובע מכך בפסיקה. בפרק הרביעי נבחנו שיטות המשפט ההשוואתי, ובמיוחד הדין האמריקאי, שבמסגרתו פותחה דוקטרינה מורכבת ועתירת ניסיון להגנה מסוג זה.

פרק זה מתבסס על התשתית שהונחה בפרקים הקודמים ומציע מענה כולל לשאלות הפרשניות והיישומיות שזוהו. שתי מטרות לפרק: ראשית, להציע פרשנות קוהרנטית של ההגנה, פרשנות הנשענת על עקרונות יסוד של פרשנות החקיקה הישראלית ועל עקרונות יסוד של דיני חדלות הפירעון; שנית, לתרגם את הפרשנות העיונית למתודולוגיה מעשית הניתנת ליישום בערכאות, על בסיס דרכי ההוכחה שגובשו בדין האמריקאי.

הפרק מחולק לשני חלקים מרכזיים. הראשון עוסק בעקרונות היסוד הבונים את עמדת היסוד הפרשנית. הוא פותח בשני עקרונות העל של פרשנות החקיקה הישראלית: עקרון לשון החוק ועקרון הפרשנות התכליתית. הוא ממשיך אל עקרון השוויון בין הנושים, שהוא עקרון על דיני חדלות הפירעון, ואל הכלל הפרשני שלפיו חריגים לעיקרון זה יפורשו בצמצום. על בסיס עקרונות אלה מוצעות שתי קביעות מרכזיות: ראשית, שלשון הסעיף מחייבת בחינה של מהלך עסקי של החייב בלבד, ולא של הנושה; ושנית, שהמבחן הראוי הוא מבחן סובייקטיבי עיקרי, דפוסי ההתנהלות ההיסטוריים של החייב הספציפי, עם חלופה אובייקטיבית הנכנסת לתמונה כאשר אין דפוס היסטורי לבחון או כאשר הדפוס פסול מיסודו.

החלק השני עובר מן הניתוח העיוני אל היישום המעשי, ומתמודד עם השאלות הדיוניות והראייתיות שמתעוררות בעת בחינת ההגנה. הוא פותח בשאלת נטל ההוכחה ומציע, בהתבסס על שלושה טעמים משלימים, להטיל את הנטל על הנושה הטוען להגנה. לאחר מכן עובר הדיון אל דרכי ההוכחה הקונקרטיות ומציע לאמץ את המתודולוגיה שגובשה בדין האמריקאי, על שתי שכבותיה, הסובייקטיביות והאובייקטיבית, כתשתית מסודרת ומנוסה לבחינת המבחן בערכאות הישראליות.

בשאלות מסוימות הפרק אינו מבקש להכריע, וראוי לסמן מבעוד מועד. הוא אינו עוסק בשיעור הסטייה הכמותית "המשמעותית" שדי בה כדי לשלול את ההגנה (ועל עניין זה נרחיב בהמשך), סוגיה שראוי שתתגבש בפסיקה הישראלית באופן הדרגתי, מתוך התאמה לסוגי המקרים השונים. הוא אף אינו עוסק בהשלכות הפרוצדורליות הרחבות יותר, אופן פריסת הראיות בהליך, אינטראקציה עם תקנות סדר הדין האזרחי ושאלות עדויות מומחים בהקשר זה. סוגיות אלה ראויות לעיון נפרד, ובמובן זה הפרק מבקש לסמן את הקווים העיקריים שעליהם תוכל הפסיקה הישראלית לבסס יישום אחיד וקוהרנטי של ההגנה.

### ה.1. עקרונות יסוד

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

## ה.1.1. עקרון לשון החוק

עקרון יסוד בפרשנות החקיקה הישראלית קובע כי כאשר לשון החוק ברורה וחד משמעית, על בית המשפט ליתן לה תוקף כמשמעה. כבר בעניין **ועקנין קבע הנשיא ברק** כי "כאשר לשון החוק היא ברורה וכאשר הפירוש המתבקש אינו מוביל לתוצאה אבסורדית או בלתי הגיונית בעליל, אין מקום להיכנס לספקולציות בדבר המדיניות המשוערת של המחוקק".<sup>92</sup>

בעניין **קיבוץ חצור** נקבע כי "נקודת המוצא בפרשנות היא הלשון, ומבין קשת האפשרויות הלשוניות יש לבחור אותה משמעות אשר תגשים את מטרת החוק". נוסחה זו, שהפכה לאבן יסוד בפסיקה, מלמדת כי גם במסגרת הפרשנות התכליתית, הלשון מתחמת את גבולות הפרשנות. על בית המשפט לבחור מבין האפשרויות הלשוניות, ולא ליצור אפשרות שהלשון אינה סובלת.<sup>93</sup>

בפסיקה עדכנית חידד בית המשפט העליון את העיקרון. בעניין **שפיר הנדסה** נקבע כי "גבול הפרשנות הוא גבול הלשון",<sup>94</sup> ובעניין **קלמנט** נקבע כי כאשר לשון החוק ברורה, היא מהווה הן את נקודת ההתחלה והן את נקודת הסיום של מלאכת הפרשנות.<sup>95</sup> אף בדיון הנוסף בעניין **קלמנט** אישר בית המשפט העליון כי כאשר לשון החוק ברורה וחד משמעית, ניתן לחתום בה את הדיון הפרשני.<sup>96</sup>

## ה.2.1. עקרון הפרשנות התכליתית

צידו השני של עקרון הלשון הברורה הוא עקרון הפרשנות התכליתית: כאשר לשון החוק סובלת יותר ממשמעות אחת, על בית המשפט לבחור מבין האפשרויות הלשוניות את זו המגשימה באופן מיטבי את תכלית החקיקה. בעניין **זנדברג** עיצב הנשיא ברק את הנוסחה הקנונית: מבין המשמעות הלשוניות שדיבור בחוק סובל, יש לבחור את המשמעות המגשימה את תכלית החקיקה.<sup>97</sup>

תכלית החקיקה מורכבת משני רכיבים: תכלית סובייקטיבית: כוונת המחוקק ההיסטורי כפי שהיא עולה מדברי ההסבר להצעת החוק ומהפרוטוקולים של דיוני הכנסת; ותכלית אובייקטיבית: המטרות, הערכים והאינטרסים שחוק מסוגו של החוק הנדון נועד להגשים במערכת המשפט. בעניין **מרינצ'בה** פירט בית המשפט העליון תהליך תלת-שלבי: בחינת לשון החוק, בחירת הפרשנות המגשימה את התכלית מבין האפשרויות הלשוניות ואיתור התכלית באמצעות מקורות פנימיים וחיצוניים.<sup>98</sup>

בפסיקה עדכנית הודגש כי הלשון קובעת את גבולות הפרשנות, אך התכלית היא שקובעת את המשמעות המשפטית בתוך גבולות אלה. בעניין **נוימן** נקבע כי תפקיד הפרשן הוא לתת ללשון החוק את המשמעות המגשימה באופן מיטבי את תכליתו, וכי אין לסיים את מלאכת הפרשנות בלשון בלבד.<sup>99</sup>

<sup>92</sup> בג"ץ 249/82 **ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים**, פ"ד לו(2) 393 (1983).

<sup>93</sup> ע"א 165/82 **קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות**, פ"ד לט(2) 70 (1985); ע"א 3178/12 **שלמי נ' מנהל מיסוי מקרקעין נתניה** (נבו 17.11.2014): "ראוי לשאוף לפרשנות היוצרת הרמוניה משפטית, אך, כאשר לשון החוק ברורה ואינה מאפשרת זאת, יש להימנע מ'מיתחת' לשון החוק מעבר ליכולתה".

<sup>94</sup> ע"מ 7711/22 **מדינת ישראל נ' שפיר הנדסה חברה אזרחית וימית בע"מ** (נבו 27.6.2024).

<sup>95</sup> ע"מ 2484/23 **קלמנט נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה** (נבו 16.6.2024).

<sup>96</sup> ד"מ 5331/24 **רשות האוכלוסין וההגירה נ' עזניה קלמנט** (נבו 7.12.2025).

<sup>97</sup> בג"ץ 4562/92 **זנדברג נ' רשות השידור**, פ"ד נ(2) 793, 1996, בפס' 9 לפסק דינו של כבוד הנשיא (בדימוס) ברק.

<sup>98</sup> דג"ץ 7335/21 **שרת הפנים נ' ראיסה מרינצ'בה** (נבו 13.11.2023), בפס' 19 לפסק דינו של מ"מ הנשיא פוגלמן; דג"א 4960/18 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ** (נבו 4.7.2021), שם פורטו המקורות לאיתור התכלית: לשון החוק, ההיסטוריה החקיקתית ועקרונות היסוד של השיטה.

<sup>99</sup> בר"מ 4413/23 **מדינת ישראל רשות המיסים נ' ניב נוימן** (נבו 4.11.2025).

לבחון את המבחן האובייקטיבי מעקרו המבט של שני הצדדים. וכן ראו הדיון בפרק הרביעי למאמר זה.

<sup>105</sup> ס' 219(ב)(2) לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי. לעיל ה"ש 6.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

החייב, ושל בלבד. לא ניתן לייבא לתוך הסעיף את מבחן הדין האמריקאי, הבוחן את שני הצדדים, שעה שהמחוקק הישראלי בחר במודע בניסוח המצומצם יותר. מסקנה זו מתחזקת לנוכח עקרון הפרשנות המצמצמת של הגנת מהלך העסקים הרגיל: הרחבת ההגנה גם למהלך עסקיו של הנושה תחטא לתכלית עקרון השוויון העומד בבסיס סעיף 219, שכן היא תרחיב את החריג מעבר למה שהמחוקק התכוון.<sup>106</sup>

טענה נגדית אפשרית היא שאחת מתכליות הגנת מהלך העסקים הרגיל היא להגן על אינטרס ההסתמכות של הנושה, ולפיכך יישום ההגנה מנקודת מבטו של החייב בלבד חוטא לתכלית זו. ואולם, כפי שהוטעם לעיל, הפרשנות התכליתית פועלת אך ורק בתוך מסגרת האפשרויות הלשוניות, קרי מבין המשמעויות שלשון החוק סובלת, יש לבחור את זו המגשימה את התכלית, אך לא ניתן ליצור אפשרות שהלשון אינה סובלת. שעה שהמחוקק בחר לציין מפורשות כי מדובר במהלך העסקים הרגיל "של החייב", לא ניתן לחרוג מהמסגרת המילולית באמצעות פרשנות תכליתית שחורגת מהאפשרויות הלשוניות שהמחוקק תחם. הלשון היא גבול הפרשנות, והתכלית מגשימה עצמה בתוך הגבול, ולא מעבר לו.

## ה.2. המבחן המוצע: מבחן סובייקטיבי עיקרי עם חלופה אובייקטיבית

משקבענו כי נקודת המבט הרלוונטית היא של החייב (חייב בשר ודם או תאגיד) בלבד, נותרה השאלה: האם הבחינה היא סובייקטיבית, לפי דפוסי הפעילות ההיסטוריים של החייב הספציפי, או אובייקטיבית, לפי מה שמקובל בענף שבו פועל החייב? לשון סעיף 219(ב) (2) לחוק מספקת בסיס לשני הרכיבים גם יחד: הביטוי "של החייב" מצביע על ממד סובייקטיבי, מהלך העסקים של חייב זה, על דפוסי הייחודיים, לוחות הזמנים שלו, מערכות היחסים המסחריות שלו ונהגיו הקונקרטיים; ואילו הביטוי "הרגיל" סובל שתי משמעויות לשוניות כאחת: ממד אובייקטיבי-נורמטיבי, דהיינו עסקה שהיא "רגילה" היא כזו התואמת סטנדרט חיצוני של מקובלות, למשל נורמות הענף שבו פועל החייב; וממד סובייקטיבי, קרי "רגיל" במובן של הדפוס השגרתי של החייב עצמו, כלומר התנהלות התואמת את מה שהחייב נהג לעשות בפועל. בהיותו של המונח "הרגיל" לא חד-משמעי, מתאפשר לעגן בלשון הסעיף את שני רכיבי המבחן המוצע, הסובייקטיבי כעיקרי, והאובייקטיבי כחלופה.<sup>107</sup>

מוצע כי המבחן העיקרי הוא סובייקטיבי: יש לבחון האם הפעולה הנבחנת תואמת את דפוסי ההתנהלות ההיסטוריים של החייב הספציפי: לוחות זמנים, תנאי תשלום, סכומים ודפוסי התקשרות, כפי שהתקיימו בפועל בתקופה שקדמה לתקופת החשד. כאשר העסקה תואמת את מה שהחייב עשה מאז ומתמיד, ודבר לא השתנה בהתנהלותו בשלושת החודשים שקדמו להגשת הבקשה לצו פתיחת ההליכים, ההגנה עומדת. רציונל זה ברור: עסקה שהיא המשך טבעי של דפוס קיים ויציב אינה מעידה על ניסיון להעדיף נושה על פני אחרים ואינה פוגעת בציפייה הלגיטימית של שאר הנושים לחלוקה שוויונית.<sup>108</sup>

<sup>106</sup> השוו לעמדה שהובעה בפסיקה לפיה "מצבת הנכסים העומדת לחלוקה תחולק באופן שוויוני בין קבוצות הנושים בעלי אותו מעמד" – עניין **קריסו מוטורס**, לעיל ה"ש 12. הרחבת ההגנה לנקודת המבט של הנושה תאפשר לנושים מתחכמים, שפעולותיהם שגרתיות מנקודת מבטם, אך חריגות מנקודת מבט החייב, להינצל מביטול – תוצאה הנוגדת את תכלית הסעיף.

<sup>107</sup> ס' 219(ב) (2) לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, לעיל ה"ש 6.

<sup>108</sup> השוו לגישה שנקטה בעניין **היי ווד**, לעיל ה"ש 44, שם נבחנה ההגנה מנקודת מבטו של החייב בלבד, תוך בחינת דפוסי ההתנהלות הקונקרטיים שלו.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

ואולם, המבחן הסובייקטיבי אינו יכול לעמוד לבדו בכל מקרה. ישנם מצבים שבהם אין דפוס היסטורי לבחון: עסקה ראשונה עם ספק חדש, סוג תשלום שהחייב מעולם לא ביצע, או מקרים שבהם קיים קושי ראייתי ממשי לשחזר את ההיסטוריה העסקית של החייב. במצבים אלה, נפנה אל המבחן האובייקטיבי כחלופה: יש לבחון האם העסקה תואמת את הנורמות העסקיות המקובלות בענף שבו פועל החייב. אם העסקה עומדת בסטנדרט הענפי, ההגנה תעמוד, גם בהיעדר היסטוריה סובייקטיבית.<sup>109</sup>

שיקול נוסף עניינו פסלות נורמטיבית של הדפוס ההיסטורי עצמו. כאשר מהלך עסקי של החייב היה, מיסודו, בלתי חוקי או תרמיתי, כגון הפעלת מבנה פונזי, הלבנת הון או פעילות בניגוד לדין, לא ניתן להסתמך על הדפוס ההיסטורי כמקנה הגנה, גם אם הדפוס היה עקבי לחלוטין. סייג זה הוא עצמאי, ואינו נבלע בתוך המבחן הסובייקטיבי: אם נקודת המוצא היא סובייקטיבית, "כך החייב תמיד פעל", הרי שחייב שהפעיל תרמית במשך שנים יטען, בצדק פורמלי, שהכול היה "רגיל" מבחינתו. דווקא המבחן האובייקטיבי הוא שחושף את הפסלות: פעילות הנגועה בתרמית או אי-חוקיות אינה "רגילה" בשום ענף ואינה עומדת בשום סטנדרט נורמטיבי.<sup>110</sup>

יש להבחין, בתוך סייג זה, בין שני תרחישים של פסלות נורמטיבית. התרחיש הראשון הוא כאשר הפסלות נעוצה ביחסי החייב עם הנושה הספציפי שהעסקה מושא הדיון נעשתה עימו, למשל כאשר אותו נושה היה שותף לפעילות הבלתי חוקית, או כאשר העסקה הקונקרטית עצמה נגועה באי-חוקיות. התרחיש השני הוא כאשר כלל פעילותו של החייב אינה חוקית, והפסלות היא גורפת ונוגעת למרקם העסקי כולו. ההבחנה בין התרחישים אינה טכנית בלבד, היא מובילה לתוצאות שונות מבחינת הדין.

בתרחיש הראשון, לא ניתן להעדיף מערכת יחסים בלתי חוקית על פני יחסיהם של נושים אחרים עם החייב, שבהם לא נפל רבב. העדפה שכזו תעניק יתרון למערכת יחסים פסולה על חשבון נושים תמי לב, תוצאה שאינה נסבלת. לפיכך, במקרה זה, ההגנה שבסעיף 219(ב) לחוק לא תעמוד לנושה, והעסקה תבוטל. מסקנה זו נשענת על שני יסודות משלימים. ראשית, עקרון השוויון בין הנושים, שהוא עקרון על בדיני חדלות פירעון, מוזן מצווי ההגנות ומעקרונות בסיסיים של יושר ושל דיני היושר.<sup>111</sup> שנית, העיקרון המשפטי הכללי שלפיו בית המשפט לא יושיט את סעדו לעניין בלתי חוקי, הנגזר מן הכלל ש"מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה" (*ex turpi causa non oritur actio*) ומעוגן, בין היתר, בסעיף 30 לחוק החוזים.<sup>112</sup>

בתרחיש השני, כאשר עצם פעילותו של החייב אינו חוקי, מתעוררת שאלה רחבה יותר: ספק רב אם כלל זכאים הנושים ו/או החייב לסעד כלשהו שמציע החוק למי שנקלע לחדלות פירעון, שעה

<sup>109</sup> השוו לעניין **איי.אס.פי**, לעיל ה"ש 45, שם נקבע כי חובה סטטוטורית לתשלום מס הופכת את התשלום ל"רגיל" גם ללא נוהג קודם – קריטריון אובייקטיבי-נורמטיבי שנכנס לתמונה בהיעדר דפוס היסטורי.

<sup>110</sup> עניין **דגן**, לעיל ה"ש 47, שם קבע השופט ברנר כי כאשר כלל פעילותו של החייב הייתה תרמית מסוג פונזי, לא ניתן לראות בה "מהלך עסקים רגיל", ולפיכך ההגנה שבסעיף 219(ב) אינה חלה.

<sup>111</sup> על עיגון עקרון השוויון בצווי ההגנות ובעקרונות היסוד של יושר ראו ע"א 3760/03 **עמרן נ' עו"ד צמיר**, פ"ד נט(5) 735 (24.2.2005), שם נקבע כי תכליתו של סעיף 76 לפקודת פשיטת הרגל – המעגן את עקרון השוויון – מעוגנת ב"צווי ההגנות", וכי דיני פשיטת הרגל והפירוק בנויים כך שעל הנושים מאותה דרגת קדימות לקבל דיבידנד או פיצוי בשווה. ראו גם ע"א 679/17 **מרצה לוגיסטי בי רבוע נדל"ן בע"מ נ' אורתם סהר הנדסה בע"מ** (נבו 11.2.2018), שם הודגש כי דיני קדימות הנשייה מושתתים על עקרון השוויון וכי חריגים ממנו יוצדקו על יסוד "כללי הגינות בסיסיים".

<sup>112</sup> ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 ("חוקה שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל"). על הכלל הרחב שלפיו אין חוטא יוצא נשכר ועל הדוקטרינה של "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה"; ע"א 4079/05 **הוועדה המקומית לתכנון ובנייה שומרון נ' מעונה חברה לבנין בע"מ** (נבו 11.11.2010); ע"א 11172/05 **אלון נ' חדד** (נבו 21.10.2009). בהקשר הספציפי של הגנת מהלך העסקים הרגיל בסעיף 219(ב) לחוק, בעניין **דגן**, לעיל ה"ש 47, נקבע כי פעילות תרמיתית מסוג פונזי אינה יכולה להיחשב "מהלך עסקים רגיל", ולפיכך אין היא חוסה תחת ההגנה.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

שפעילותם של שני הצדדים, הן של החייב והן של הנושה, הייתה בלתי נורמטיבית מיסודה. המסגרת הנורמטיבית של החוק נועדה לאזן בין אינטרסים לגיטימיים של חייב ושל נושיו שנקלעו למצוקה כלכלית בתום לב, ואין היא יכולה לשמש, בלא עיון נוסף, כלי להסדרת יחסים שמיסודם היו מחוץ לדין. סוגיה זו חורגת מגדרו של סעיף 219, ולא נרחיב בה כאן.

מבנה מוצע זה, מבחן סובייקטיבי כברירת מחדל, עם חלופה אובייקטיבית, מתיישב היטב עם המודל שאומץ בדין האמריקאי. סעיף 547(c)(2) ל-Bankruptcy Code כלל מלכתחילה שני יסודות מצטברים: מבחן סובייקטיבי הבוחן את דפוס ההתקשרות בין הצדדים, ומבחן אובייקטיבי הבוחן את הנורמות המקובלות בענף. בשנת 2005, במסגרת תיקון BAPCPA, שינה המחוקק האמריקאי את הדרישה מ"שני היסודות גם יחד" ל"אחד מהם לפחות", כך שמאז די בהוכחת הרכיב הסובייקטיבי או האובייקטיבי בלבד. ההכרה האמריקאית בכך שהמבחן האובייקטיבי יכול לשמש חלופה למבחן הסובייקטיבי מחזקת את ההצעה שלפנינו: כאשר אין דפוס היסטורי לבחון, או כאשר הדפוס ההיסטורי פסול מיסודו, המבחן האובייקטיבי נכנס לתמונה כחלופה.<sup>113</sup>

דיון זה מוביל לשאלה נוספת: מה מקומו של אינטרס ההסתמכות של הנושה, המוזכר בדברי ההסבר להצעת החוק כנימוק ליצירת ההגנה? יש להבהיר כי אינטרס ההסתמכות הוא הרציונל, ההצדקה מדוע בכלל קיימת הגנה, ולא המבחן עצמו. הפיכת ההסתמכות לקריטריון מרכזי תהפוך את ההגנה לנטולת שיניים: בכל מקרה לעניין סעיף 219, מדובר בנושה שקיבל תשלום בגין חוב שהחייב חב לו; נושה כזה כמעט תמיד "מסתמך" על כך שהתשלום הוא סופי, זהו טבעו של כל תשלום. אם ההסתמכות היא שתכריע, ההגנה תעמוד כמעט בכל מקרה, וסעיף 219 לחוק יאבד את משמעותו המעשית.<sup>114</sup>

יתרה מזו, הפיכת ההסתמכות למבחן תחזיר את הדין, בדלת האחורית, אל המסגרת הסובייקטיבית שהמחוקק ביקש לבטל. יש לזכור כי הדין הישן, סעיף 98 לפקודת פשיטת הרגל, כלל מבחן סובייקטיבי דו־ראשי: הן כוונת החייב להעדיף, והן "אילוץ או שידול שלא כדין" מצד הנושה. המחוקק בחר לבטל את שתי החלופות הסובייקטיביות גם יחד ולעבור למבחן אובייקטיבי תוצאתי. אם נפרש את הגנת מהלך העסקים הרגיל כנשענת על הסתמכותו של הנושה, הרי שבצמצם נחליף מבחן סובייקטיבי אחד, דהיינו כוונת החייב או אילוץ הנושה, במבחן סובייקטיבי אחר, לאמור הסתמכות הנושה, ונחתור תחת ההיגיון המרכזי שעמד ביסוד הרפורמה.<sup>115</sup>

טענה אפשרית כנגד מבחן מצמצם היא שהוא עלול ליצור "אפקט מצנן": נושים יחששו לנהל עסקים עם חייב בקשיים, ובכך יזרזו את קריסתו. יש להשיב על כך שלושה מענים. ראשית, תחולתו של סעיף 219 לחוק מוגבלת מלכתחילה לחלון זמנים צר, שלושה חודשים בלבד לפני הגשת הבקשה לצו פתיחת הליכים (שנה לקרובים). בדרך כלל חברה אינה קורסת בבת אחת, ובשלושת החודשים האחרונים סביר שכבר קיימים סימני אזהרה גלויים; הפגיעה בהסתמכות, ככל שיש כזו, מוגבלת

<sup>113</sup> U.S.C. § 547(c)(2) 11 of 2005 (BAPCPA). ראו הדיון המפורט בפרק הרביעי למאמר זה, סעיף ב. ההבדל המרכזי בין ההצעה שלפנינו לבין הדין האמריקאי הוא שבדין האמריקאי המבחן בוחן את שני הצדדים (החייב והנושה), ואילו בדין הישראלי – כפי שהראינו לעיל – המבחן מתמקד בחייב בלבד.

<sup>114</sup> דברי ההסבר להצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 574: "ביטול הדרישה לכוונה להעדיף והמעבר לקריטריונים אובייקטיביים עלולים לפגוע באינטרס ההסתמכות של הנושים שהיו צד לעסקה." על תכלית ההגנה נאמר שם כי היא "לאפשר לחייב להמשיך בפעילות הכלכלית השוטפת לפני מתן הצו לפתיחת הליכים."

<sup>115</sup> שם: "החידוש העיקרי בסעיף זה לעומת הדין הקיים הוא ביטול הדרישה לכוונה להעדיף... המבחן הראוי לעניין זה הוא מבחן התוצאה – האם הפעולה הביאה לפגיעה בעקרון השוויון ולהעדפת נושים, ולא מבחן הכוונה." ראו הדיון המפורט על המבחן הסובייקטיבי הדו־ראשי בפרק השני למאמר זה, סעיפים ג–ד.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

אפוא לתקופה מצומצמת ביותר. שנית, דווקא ה"לחץ" שיווצר מכך שנושים יהיו ערניים למצבו של החייב עשוי לדחוף את החייב ואת נושאי המשרה בו לפעול בהתאם למנגנוני השיקום וההבראה שהחוק מעמיד לרשותם, במקום להמשיך "לגלגל" עסקים בעין הסערה. הנטייה הטבעית של חייב להמשיך לפעול חרף המשבר מעמיקה את הנזק, חושפת נושים נוספים לסיכון ומרחיבה את מעגל הניזוקים.<sup>116</sup>

שלישית, ואולי זהו המענה המשמעותי ביותר, רצונו של המחוקק לדרבן את החייב לנהל את המשבר ולא להתעלם ממנו עולה במפורש מסעיף 288 לחוק. סעיף זה מטיל חובה על נושאי משרה בתאגיד שידעו או שהיה עליהם לדעת כי התאגיד נמצא בחדלות פירעון "לנקוט אמצעים סבירים לצמצום היקפה של חדלות הפירעון". המחוקק לא הסתפק בהענקת כלים לשיקום, הוא חייב את נושאי המשרה לפעול. מכאן עולה תמונה מערכתית שלמה: סעיף 288 מחייב את החייב לפעול לניהול המשבר, וסעיף 219 לחוק, בפרשנות מצמצמת של ההגנה, מבטיח כי עסקאות שנעשו בתקופה שבה החייב היה אמור לפעול ולא פעל, לא ייהנו מהגנה רחבה מדי. שני הסעיפים פועלים יחד ליצירת תמריץ להיכנס להליך מסודר, ולא להמשיך בפעילות עסקית שגרתית בעין הסערה.<sup>117</sup>

לסיכום, המבחן המוצע לבחינת הגנת מהלך העסקים הרגיל שבסעיף 219(ב)(2) לחוק בנוי משלושה רבדים: הכלל, מבחן סובייקטיבי: בוחנים את דפוסי ההתנהלות ההיסטוריים של החייב הספציפי; כאשר העסקה תואמת דפוס יציב וקיים, ההגנה עומדת. חלופה, מבחן אובייקטיבי: כאשר אין דפוס היסטורי לבחון, או כאשר קיים קושי ראייתי ממשי לשחזר את ההיסטוריה, פונים אל נורמות הענף שבו פועל החייב כחלופה. סייג, פסלות נורמטיבית: כאשר הדפוס ההיסטורי עצמו הוא בלתי חוקי או תרמיתי, המבחן האובייקטיבי חושף את פסלותו, שכן פעילות תרמית אינה "רגילה" בשום ענף. מבנה תלת-שכבתי זה נשען על לשון הסעיף, מגשים את תכלית ההגנה ומתיישב עם המודל שאומץ בדין האמריקאי לאחר תיקון BAPCPA.<sup>118</sup>

### ה.3. יישום המבחן – שאלות דיוניות וראייתיות

#### ה.3.1. נטל ההוכחה

משנקבע מהו התוכן הנורמטיבי של מבחן מהלך העסקים הרגיל, מתעוררת שאלה מעשית מכרעת: על מי מוטל הנטל להוכיח את תחולתה או את איתחולתה של ההגנה? כאמור, סעיף 219(ב)(2) לחוק שותק בנקודה זו, ועד כה טרם ניתנה הלכה מחייבת של בית המשפט העליון. הפסיקה שניתנה עד כה במסגרת החוק, בערכאות הדיוניות, הטילה את הנטל על הנושה הטוען להגנה.<sup>119</sup>

מוצע לאמץ עמדה זו כעמדה העקרונית הראויה: נטל ההוכחה ביחס לתחולת הגנת מהלך העסקים הרגיל יוטל על הנושה הטוען לה. עמדה זו, המתישבת עם הפסיקה הקיימת בערכאות הדיוניות, נשענת על שלושה טעמים עיקריים.

<sup>116</sup> סעיף 219(א) לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, לעיל ה"ש 7, על נטיית חייבים "לגלגל" פעילות בתקופה שקודמת לחדלות הפירעון ראו דברי ההסבר, שם: "בדרך כלל, קודמת חדלות הפירעון הכלכלית של החייב למועד הצו לפתיחת הליכים כנגדו. פער זמנים זה מאפשר לחייב להעביר נכסים כאשר הוא כבר בחדלות פירעון."

<sup>117</sup> סעיף 288(א) לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, תשע"ח-2018.

<sup>118</sup> אינטרס ההסתמכות של הנושה, כאמור, הוא הרציונל שביסוד ההגנה, ולא המבחן עצמו. המבחן – סובייקטיבי או אובייקטיבי מנקודת מבט החייב – הוא הפרוקסי שבאמצעותו בוחנים אם ההסתמכות הייתה מוצדקת.

<sup>119</sup> עניין ריחני, לעיל ה"ש 48, שם קבעה השופטת נ' גרוסמן מפורשות כי "הנטל לעמוד באותן הגנות מוטלות לטעמי על שכם הנושה או החייב הטוען לתחולתן"; עניין אקסס קרדיט, לעיל ה"ש 50, שם קבע השופט א' רון כי נטלי הראיה והשכנוע ביחס להגנת מהלך העסקים הרגיל מוטלים על הנושה. ראו הדיון המפורט בפרק השלישי למאמר זה, סעיף ז.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

ראשית, הטעם המשפטי-לוגי. עקרון יסוד במשפט הוא שמי שטוען לקיומה של הגנה הוא שצריך להוכיחה. סעיף 219(ב)(2) לחוק מנוסח במפורש כחריג להוראת סעיף 219(א), המקנה לבעל התפקיד את סמכות הביטול. בעל התפקיד נושא בנטל להוכיח את יסודות עילת הביטול: שהפעולה בוצעה בתקופת החשד, ושהיא הקנתה עדיפות לנושה; ואילו הנושה, המבקש להיחלץ מתוצאת הביטול בהסתמך על קיומו של חריג, נושא בנטל להוכיח כי החריג אכן חל.<sup>120</sup>

שנית, הטעם המבני: עקרון השוויון בין הנושים הוא, כפי שהוצג לעיל, עקרון על בדיני חדלות הפירעון, וכל סטייה ממנו היא חריג שיש להצדיקו. הטלת הנטל על הנושה היא הביטוי הדינוני של עיקרון מהותי זה: הגנת מהלך העסקים הרגיל מותירה בידי הנושה את מה שקיבל על חשבון שאר הנושים, וחלוקה לא שוויונית זו אינה יכולה להיוותר על כנה, אלא אם כן סופקה הצדקה ראייתית חיובית לתחולת החריג. הנטל הראייתי הולך, אם כן, יד ביד עם מעמדו המיוחד של הכלל שהחריג מבקש לסטות ממנו.

שלישית, הטעם הראייתי-הפרקטי: נגישות לראיות. לנושה מצויה הנגישות הטובה ביותר לראיות הרלוונטיות לבחינת המבחן: תיעוד ההתקשרויות עם החייב, היסטוריית תנאי התשלום, המסמכים הפנימיים המעידים על תנאי העסקאות והמידע על נוהגי הענף שבו פועל החייב. בעל התפקיד, מנגד, נכנס לתמונה רק לאחר מתן הצו לפתיחת הליכים, ונאלץ לשחזר את התמונה העסקית מבחוץ, לא אחת על יסוד חומר חלקי בלבד. הטלת הנטל על הצד המחזיק במידע הרלוונטי משקפת היגיון ראייתי מקובל. היגיון זה הוא שעמד גם בבסיס ההסדר המקביל בדין האמריקאי: סעיף 547(g) ל-Bankruptcy Code מטיל במפורש את הנטל להוכחת ההגנות שבסעיף 547(c), ובכללן הגנת מהלך העסקים הרגיל, על הנושה, בעוד הנאמן נושא בנטל להוכחת יסודות עילת הביטול בלבד. הסדר זה, שהוא הסדר הנטל המקובל גם במשפט ההשוואתי, ראוי לאימוץ גם בדין הישראלי.<sup>121</sup>

שלושת הטעמים מתחברים למסקנה אחת קוהרנטית: הן מבחינה לוגית, הן מבחינה מהותית-מבנית והן מבחינה ראייתית-מעשית, נטל ההוכחה של הגנת מהלך העסקים הרגיל צריך לרבוץ על הנושה הטוען לה. הסדר זה משקף נאמנה את היחס שבין הכלל לחריג: הנטל לבסס את החריג רובץ על מי שמבקש ליהנות ממנו.

### ה.3.2. דרכי ההוכחה

משקבענו כי המבחן העיקרי הוא סובייקטיבי, דפוסי ההתנהלות ההיסטוריים של החייב הספציפי, ולצידו עומדת חלופה אובייקטיבית הבוחנת את הנורמות הענפיות של חייב מסוגו של החייב הנדון; ומשנקבע כי נטל ההוכחה מוטל על הנושה הטוען להגנה, נותרה השאלה המעשית: כיצד מוכיחים זאת בפועל? אילו ראיות נדרשות, באילו שיטות מתודולוגיות יש לנתחן, ובאילו אמות מידה כמותיות יש להתחשב?

החוק שותק בנקודה זו, ובפסיקה הישראלית עד כה לא התגבשה מתודולוגיה מפותחת לבחינת המבחן. מצב זה אינו מקרי: סעיף 219 הוא חדש יחסית, וההתמודדות עם הגנת מהלך העסקים

<sup>120</sup> עניין המגן חברה לביטוח בע"מ, לעיל ה"ש 57, העיקרון המסורתי, שלפיו "המוציא מחברו עליו הראיה" וכי הטוען להגנה או לחריג נושא בנטל להוכיח, חל גם בהקשר זה: בעוד בעל התפקיד נושא בנטל להוכיח את עילת הביטול שבסעיף 219(א), הנושה הטוען להגנה שבסעיף 219(ב)(2) הוא הנושא בנטל להוכיח את יסודותיה.

<sup>121</sup> U.S.C. § 547(g): "the trustee has the burden of proving the avoidability of a transfer under subsection (b) of this section, and the creditor or party in interest against whom recovery or avoidance is sought has the burden of proving the nonavoidability of a transfer under subsection (c) of this section." ראו הדין המפורט בפרק הרביעי למאמר זה, סעיף (ב)(3), שם הוצגו הרציונל ויישומו בפסיקה האמריקאית.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

הרגיל בערכאות הדיוניות נעשתה ברובה ברמת ההיגיון המשפטי הכללי, ללא כלי עבודה מתודולוגיים ברורים לבחינת השאלות העובדתיות.

מוצע לאמץ את דרכי ההוכחה שגובשו בדין האמריקאי, על כל מרכיביהן, כתשתית מתודולוגית לבחינת המבחן בדין הישראלי. הצעה זו נשענת על שני שיקולים מרכזיים. ראשית, הלימה עיונית. דרכי ההוכחה האמריקאיות התפתחו במשך עשרות שנים בדיוק לצורך השאלות שזיהינו: כיצד בוחנים אם הפעולה הייתה במהלך העסקים הרגיל של החייב, וכיצד משווים אותה לסטנדרט חיצוני של מקובלות. השיטות שגובשו שם: ניתוח עיתוי תשלומים על בסיס תקופה היסטורית, השוואה סטטיסטית בין הבסיס לתקופת ההעדפה וניתוח מקטעים, מותאמות בדיוק למבנה הדרשכבתי שאומץ במאמר זה. שנית, הערך של הניסיון הדיוני המצטבר. עשרות שנים של פסיקה אמריקאית בסוגיה הניבו תקדימים מנחים, אמות מידה כמותיות מוסכמות ופרקטיקה ראייתית מבוססת. אין הצדקה לבזבז משאבים שיפוטניים על "המצאת הגלגל מחדש" כאשר כלי עבודה מנוסים, מוסכמים ומאומתים זמינים לאימוץ.<sup>122</sup> ישנה חשיבות לא מבוטלת להבהיר כי דרכי ההוכחה שנקבעו בפסיקה האמריקאית, מהותן היא מתודולוגית-טכנית, קרי כיצד מיישמים את המבחנים באשר לסוגיית מהלך עסקים רגיל. לפיכך, ובהינתן אופיין הטכני, אימוצן של אלו אף נטול כל חשש של ממש אשר יכול לנבוע מ"יבוא" כלים שנקבעו בשיטת משפט אחת לאחרת.

### ה.3.2. דרכי ההוכחה למבחן הסובייקטיבי (דפוסי החייב הספציפי)

לבחינת המבחן הסובייקטיבי מוצע להחיל מתודולוגיה בעלת ארבעה שלבים סדורים, השלובים זה בזה ובונים יחד תמונה ראייתית שלמה. אין מדובר בארבעה מבחנים חלופיים, אלא במערכת אחת.

**שלב מקדמי: הגדרת תקופת הבסיס (baseline period).** "תקופת הבסיס" היא תקופה היסטורית שבה פעל החייב באופן רגיל, לפני שנכנס אל "תקופת החשד" שבה ניתן לבטל פעולות מכוח סעיף 219(א) לחוק.<sup>123</sup> על תקופת הבסיס לכלול לפחות שנה אחת של פעילות עסקית, על מנת לכסות תנודות עונתיות וליצור תשתית סטטיסטית מספקת. בתקופה זו ייבחנו דפוסי ההתנהלות של החייב: מועדי תשלום, סכומים, אופן תשלום, תדירות ותנאי התקשרות, כדי לקבע את "המהלך הרגיל" שאליו תשווה הפעולה הנבחנת.

**בסיס הנתונים: ההיסטוריה הדרצדדית בין החייב לנושה.** הנתונים הרלוונטיים לבחינת מהלך העסקים הרגיל של החייב ביחס לפעולה ספציפית הם נתוני ההיסטוריה הדרצדדית בין החייב לבין הנושה הספציפי: חשבוניות, מצב חשבון, רשומות תשלום, הזמנות והתקשרות עסקית. נתונים אלה מצויים, מטבע הדברים, בידי הנושה, והוא הצד המתאים להציגם. ההתמקדות בהיסטוריה הדרצדדית אינה סותרת את הקביעה שהמבחן הוא מנקודת מבט החייב בלבד (כאמור לעיל): קביעה זו עניינה דחיית בחינה נפרדת של מהלך עסקיו הרגיל של הנושה כשלעצמו, ולא הגדרת בסיס הנתונים. ההיסטוריה הדרצדדית היא פשוט המישור שבו מהלך העסקים הרגיל של החייב מתבטא בקשר ספציפי זה, שכן כל מערכת יחסים עסקית היא ייחודית, ו"רגילותו" של תשלום לנושה מסוים נמדדת בהכרח מול ההיסטוריה של הקשר עימו, ולא מול היסטוריית קשרים אחרים של החייב.

<sup>122</sup> לסקירה המפורטת של דרכי ההוכחה שגובשו בדין האמריקאי ובכלל זה תקופת הבסיס, ניתוח עיתוי התשלומים, שיטת הממוצע, שיטת הטווח הכולל וניתוח המקטעים ראו הדיון בפרק הרביעי למאמר זה, והפסיקה המוזכרת שם.  
<sup>123</sup> שלושה חודשים לפני הגשת הבקשה לצו פתיחת הליכים, או שנה כשמדובר בנושה קרוב.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

**שלב 1. בדיקת תקופת הגדרת ה"טווח הרגיל":** ניתוח מקטעים (analysis bucketing) ורף ה'80%. בתוך תקופת הבסיס יש מגוון של עיתויי תשלום. כדי להשוות אליהם את הפעולה הנבחנת, יש לקבוע "טווח רגיל" של ימי תשלום, אך אסור שהטווח יוגדר באופן שרירותי, צר מדי או רחב מדי, מתוך כוונה להכניס או להוציא את הפעולה הנבחנת. בעניין *In re Sparrer Sausage* (7th Cir. 2016) קבע בית המשפט הפדרלי לערעורים את "רף ה'80%": טווח ימי התשלום שיוגדר כ"רגיל" חייב לכלול לפחות 80% מהעסקאות ההיסטוריות שבתקופת הבסיס. כלל זה הוא כלל "אנטי-מניפולציה": הוא מונע מצד כלשהו, הנושה או הנאמן, לצמצם את הטווח באופן שרירותי כדי להציג את הפעולה הנבחנת באור נוח לטענתו. רק לאחר שהוגדר טווח רגיל שעובר את הרף הזה ניתן לעבור אל המבחנים המהותיים.<sup>124</sup>

**דוגמה ממחישה.** בתקופת בסיס שלאורכה שולמו 100 חשבוניות, חולקו ימי התשלום באופן הבא: 50 חשבוניות שולמו תוך 30–40 ימים, 30 תוך 40–50 ימים, 15 תוך 50–65 ימים ו-5 תוך 65–90 ימים. אם הוצע להגדיר את "הטווח הרגיל" כ-30–50 ימים בלבד, הטווח מכסה 80% מהעסקאות (30+50) ועומד ברף; אם הוצע להגדירו כ-30–40 ימים, הוא מכסה רק 50% ויפסל. מנגד, "רגילות" של תשלום שבוצע ביום ה'75 בתקופת ההעדפה תוכל להיבחן רק אם הטווח הרגיל יוגדר באופן הכולל את 65–90 ימים, כלומר את אותם 5% חריגים, מה שמשלעצמו הוא בעייתי.

**שלב 2. המבחן המהותי הראשי:** שיטת הממוצע (method lateness average). לאחר שתקופת הבסיס והטווח הרגיל נבחנו בשלב 1, עוברים לבחינה המהותית. לכל חשבונית בתקופת הבסיס מחושב עיתוי התשלום, קרי מספר הימים שחלפו בין מועד החיוב (מועד הפקת החשבונית, או המועד האחרון לתשלום לפי תנאי ההתקשרות, בהתאם לנסיבות) לבין מועד התשלום בפועל. עיתוי זה מחושב עבור כל אחת מהחשבוניות בנפרד. לאחר מכן מחושב הממוצע של עיתויי התשלום בכלל חשבוניות תקופת הבסיס. זהו "הממוצע ההיסטורי" המייצג את דפוס התשלום הרגיל של החייב בהתקשרות זו. בשלב הבא מחושב, באותו אופן, עיתוי התשלום של הפעולה הנבחנת בתקופת ההעדפה, ומושווה לממוצע ההיסטורי. ככל שהסטייה בין השניים משמעותית, הפעולה חורגת מהדפוס הרגיל, וההגנה לא תעמוד. שיטה זו זכתה לאימוץ הרחב ביותר בפסיקה האמריקאית כאמת המידה הראשית, מכיוון שהיא משקפת את הנטייה המרכזית של דפוס ההתנהלות.

**שלב 3. מבחן משלים:** שיטת הטווח הכולל (method range total). במקביל לבחינת הממוצע, ייבחן גם הטווח הרגיל (שהוגדר בשלב 1) ויתברר אם הפעולה הנבחנת נופלת בתוכו. שיטה זו רגישה לערכים חריגים, ולכן אינה יכולה לעמוד לבדה, אך היא מספקת זווית בחינה משלימה לשיטת הממוצע.

**הכרעה כשהשיטות נותנות תוצאות שונות.** במצב שבו שיטת הממוצע מצביעה על חריגה ושיטת הטווח לא, או להפך, שיטת הממוצע מכריעה: היא המבחן המהותי הראשי, ושיטת הטווח משמשת כסיוע. אם הפעולה הנבחנת נופלת בתוך הטווח הרגיל, אך חורגת מהממוצע באופן ניכר, יש לבחון את עוצמת הסטייה: סטייה זניחה לא תפסול את ההגנה, אך סטייה משמעותית כן. אמות המידה הכמותיות לסטייה "משמעותית" צריכות להתגבש בפסיקה הישראלית.<sup>125</sup>

<sup>124</sup> *In re Sparrer Sausage Co.*, 826 F.3d 388 (7th Cir. 2016). על אימוץ ניתוח המקטעים ורף ה'80% בפסיקה הערכאות הפדרליות שלאחר *Sparrer Sausage* ראו הדיון המפורט בפרק הרביעי למאמר זה, סעיף ב(4).  
<sup>125</sup> בארצות הברית התגבש סטנדרט גמיש שעניינו "סטייה דרמטית" בהקשר העסקי הספציפי.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

**תפקיד בעל התפקיד בהפרכה – חלוקת העבודה הראייתית.** הטלת נטל ההוכחה על הנושה והתבססות על ההיסטוריה הדו־צדדית אינן מצמצמות את התמונה הראייתית להיסטוריה הדו־צדדית בלבד. בעל התפקיד, שבידיו ספרי החייב והגישא המלאה לפעילותו העסקית, יכול להפריך את ראיות הנושה באמצעות נתונים מן התמונה הרחבה. למשל, להראות שהדפוס הדו־צדדי עצמו היה חריג ביחס להתנהלות החייב הכללית, כגון נושה שתמיד קיבל יחס מועדף, או שדווקא בתקופת החשד הדפוסים עם נושים אחרים השתנו, ולא עם נושה זה, דבר המהווה אינדיקציה לכוונת העדפה. חלוקת עבודה ראייתית זו: הנושה מוכיח את הדפוס הדו־צדדי שבחזקתו, ובעל התפקיד יכול להפריך באמצעות התמונה הרחבה שבחזקתו, היא חלוקה טבעית הנובעת ממיקום המידע אצל כל אחד מהצדדים, והיא משלימה את חלוקת הנטל העקרונית שנדונה לעיל.

### **ה.3.2. דרכי ההוכחה למבחן האובייקטיבי (נורמות הענף לחייב מסוג זה)**

לבחינת החלופה האובייקטיבית, הנכנסת לתמונה כאשר אין דפוס היסטורי לבחון או כאשר קיים קושי ראייתי ממשי לשחזרו, מוצע לאמץ את הכלים הבאים:

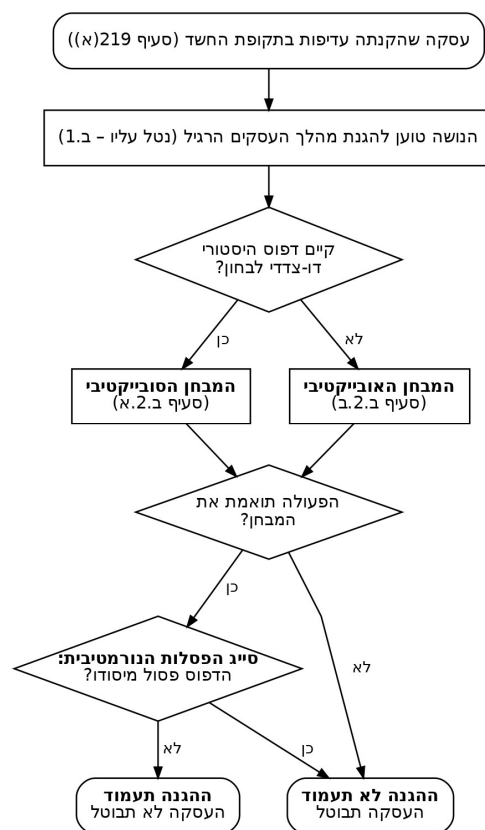
- (1) חוות דעת של מומחי ענף. מומחים בתחום הפעילות הספציפי של החייב, אשר יעידו על דפוס התשלום וההתקשרות המקובלים בענף הרלוונטי.
- (2) נתוני ענף שיטתיים. בארצות הברית נהוג להסתמך על דוחות Dun & Bradstreet ועל פלטפורמות נתונים דומות. בישראל ניתן להישען על מקורות מקבילים: לשכות מסחר, מפרסמי דוחות סקטוריאליים, רשם החברות וגורמים סטטיסטיים מקצועיים.
- (3) השוואה לנוהגי גבייה של מתחרים ושל חברות קשורות. דפוס הגבייה של הנושה עצמו, של חברות קשורות לו ושל מתחריו יכולים לשמש אינדיקטור לסטנדרט הנהוג בענף.
- (4) אבן הבוחן הנורמטיבית, אם תנאי הפעולה תואמים את המקובל בענף, ההגנה תעמוד; אם הם "חריגים", יוצאי דופן או אידייוסינקרטיים", לפי הניסוח שגובש בפסיקה האמריקאית, היא לא תעמוד.

### **ה.4. סיכום**

אימוץ המתודולוגיה האמריקאית, על שתי שכבותיה, יספק לבית המשפט הישראלי תשתית מסודרת, מנוסה ובדוקה לבחינת מבחן מהלך העסקים הרגיל. במקום להמציא את הגלגל מחדש, או להשאיר את המבחן ברמת ההיגיון הכללי בלבד, תינתן בידי בתי המשפט ערכת כלים מוסכמת, מבוססת ראיות וניתנת ליישום אחיד.

תרשים הזרימה שלהלן מציג בתמצית גרפית את תהליך יישום ההגנה כפי שהוצע בפרק זה.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.



הפרק הציע פתרון כולל לעמימות הפרשנית והמתודולוגית שזוהתה בפרקים הקודמים סביב הגנת מהלך העסקים הרגיל שבסעיף 219(ב)(2) לחוק. הפתרון נשען על שני אדנים משלימים: פרשנות עיונית ויישום מעשי, הבונים יחד מסגרת קוהרנטית להפעלת ההגנה.

ברמה הפרשנית, נטען כי לשון הסעיף, יחד עם עקרונות היסוד של פרשנות החקיקה הישראלית: עקרון לשון החוק, הפרשנות התכליתית ועקרון השוויון בין הנושים כעקרון על, מובילים לשלוש מסקנות: נקודת המבט הרלוונטית היא של החייב בלבד, ולא של הנושה; המבחן הראוי הוא סובייקטיבי-עיקרי: דפוסי ההתנהלות ההיסטוריים של החייב הספציפי, עם חלופה אובייקטיבית הנכנסת לתמונה כאשר אין דפוס לבחון; וסייג הפסלות הנורמטיבית המבחין בין פסלות שנוגעת ליחסים עם הנושה הספציפי שמובילה לביטול העסקה, לבין פסלות גורפת בפעילות החייב שמעוררת שאלה רחבה יותר של זכאות לסעד.

ברמת היישום, נטען כי נטל ההוכחה רובץ על הנושה הטוען להגנה מתוקף שלושה טעמים משלימים: לוגי, מבני וראייתי, וכי דרכי ההוכחה הראויות הן אלה שגובשו בדין האמריקאי לאורך עשרות שנות פסיקה. ההמלצה היא לאמץ את המתודולוגיה במלואה: תקופת בסיס היסטורית, רף ה-80% לטווח הרגיל, שיטת הממוצע כמבחן ראשי ושיטת הטווח הכולל כמבחן משלים, לצד הכלים האובייקטיביים של חוות דעת מומחים, נתוני ענף והשוואה לנוהגי מתחרים.

ההצעה אינה רק פתרון תאורטי לקושי פרשני. היא מעמידה לרשות הפסיקה הישראלית כלי עבודה מסודר וניתן ליישום, שיוכל לחסוך לבתי המשפט שנים של ניסוי וטעייה ולספק לצדדים, נושים ובעלי תפקיד כאחד, ודאות סבירה לגבי אמות המידה שיופעלו. אם תאומץ, היא תקדם את התכלית

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

המרכזית שעמדה בבסיס סעיף 219 לחוק: הגנה ממשית על עקרון השוויון בין הנושים, תוך מתן משקל ראוי לציפיות הלגיטימיות של נושים שפעלו בתום לב ב"מהלך עסקים רגיל", ויפה שעה אחת קודם.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

## 1. סיכום

מאמר זה זיהה לקונה נורמטיבית בסעיף 219(ב)(2) לחוק: ההגנה הפוזיטיבית של מהלך העסקים הרגיל עוגנה בחוק מבלי שהמחוקק הגדיר את תוכנה, את נקודת המבט שממנה תיבחן, את מי שנושא בנטל ההוכחה, או את אמות המידה הראייתיות שיופעלו בה. שלוש מילים בלבד, מהלך העסקים הרגיל, נושאות את כל משקל ההכרעה, אך אינן נותנות לבית המשפט כלי עבודה ליישומה. תוצאת הדבר היא חוסר אחידות פסיקתית בעלת השלכות ישירות על הזכויות החומריות של הצדדים.

ניתוח התשתית ההיסטורית, סעיף 98 לפקודה, על המבחן הסובייקטיבי-כוונתי שלו, חשף את ההיגיון שעמד מאחורי המעבר למבחן אובייקטיבי-תוצאתי. בחינת הפסיקה הישראלית שלאחר החוק חשפה ריבוי גישות בכמה צירים מכריעים: טיב המבחן (סובייקטיבי, אובייקטיבי או מעורב), נקודת המבט (חיוב, נושא או שניהם), ונטל ההוכחה. בחינת הדין ההשוואתי, ובמיוחד הדין האמריקאי שבו פותחה דוקטרינה דומה לאורך עשרות שנים, סיפקה תשתית עיונית ומעשית לפתרון.

המסגרת המוצעת מורכבת משני אדנים. ברמה הפרשנית: לשון הסעיף ועקרונות היסוד של פרשנות החקיקה הישראלית: עקרון לשון החוק, הפרשנות התכליתית ועקרון השוויון בין הנושים כעקרון, על, מובילים למסקנה שנקודת המבט הרלוונטית היא של החייב בלבד; שהמבחן הראוי הוא סובייקטיבי-עיקרי עם חלופה אובייקטיבית הנכנסת לתמונה כשאינן דפוס לבחון; ושסייג הפסלות הנורמטיבית מבחין בין פסלות הנוגעת ליחסים עם הנושה הספציפי לבין פסלות גורפת בפעילות החייב כולה. ברמת היישום המעשי: נטל ההוכחה רובץ על הנושה הטוען להגנה, ודרכי ההוכחה הן אלה שגובשו בדין האמריקאי: תקופת בסיס היסטורית, רף ה-80% לטווח הרגיל, שיטת הממוצע כמבחן ראשי ושיטת הטווח הכולל כמבחן משלים, לצד הכלים האובייקטיביים של חוות דעת מומחים, נתוני ענף והשוואה לנוהגי מתחרים.

ההצעה שלפנינו מבקשת להפוך הגנה עמומה לכלי עבודה ניתן ליישום, ולהבטיח שהשאלה "האם הפעולה הייתה במהלך העסקים הרגיל?" תקבל מענים אחידים, מנומקים ובני תחזית, ובכך לתת ביטוי ראוי לעקרון השוויון בין הנושים, בלי לפגוע בציפייה הלגיטימית של נושים שפעלו בתום לב.