

הסמכות למתן הקלות שלטוניות בהליכי חדלות פירעון

מאת

יעד רותם*

חייב הנתון בקשיים פיננסיים זקוק לעתים להקלה שלטונית – כלומר: לווייתור מצד המדינה על חיוב שהמדינה מופקדת על אכיפתו – וזו עשויה להתבקש במגוון הקשרים שבהם המדינה מבצעת רגולציה. בפרשת קריסתה בשנת 2005 של רשת קלאבמרקט, למשל, ראינו כיצד נתבקש הממונה על ההגבלים העסקיים לאשר באופן חריג מיזוג בין חברות הפוגע בתחרות, בנסיבות שבהן אחת מהן עמדה לפני קשיים פיננסיים שאיימו על המשך קיומה. מה הדין אם הרגולטור (למשל, הממונה על ההגבלים העסקיים) מסרב להעניק את ההקלה המבוקשת? האם בית המשפט של חדלות פירעון מוסמך לדון בעניין במקומו ולהתערב בהחלטתו? בקשה למתן הקלה שלטונית לחייב הנתון בהליך של פירוק, של הקפאת הליכים או של פשיטת רגל מעוררת שתי בעיות עקרוניות: הראשונה נוגעת לזהותו של הגורם המוסמך לדון במתן ההקלה השלטונית המבוקשת; השנייה עניינה האיזון בין האינטרס הציבורי שבא-מתן ההקלה השלטונית לבין האינטרסים במתן ההקלה של החייב ושל הקהילות האחרות שגורלן נכרך בגורלו. פתרון הבעיה האחרונה מחייב הכרעה ערכית במובהק (למשל, את עניינו של מי להעדיף: כלל הציבור או עובדיה של רשת קלאבמרקט?). לפיכך, לזהותו של מקבל ההחלטה יש משמעות רבה. הרשימה הנוכחית מבקשת להציג את מגוון ההקשרים שבהם נתבקשו במשפט הישראלי ובמשפט המשווה הקלות שלטוניות בהליכי חדלות פירעון, ולהציע תשתית עיונית להסדרת הכלל בעניין סמכותו של בית המשפט של חדלות פירעון לדון במתן הקלות שלטוניות. המאמר מעלה בהקשר זה שני טיעונים: ראשית, בית המשפט העליון פסק בשנת 2003, בפרשת תורג'מן, כי בתי משפט של חדלות פירעון אינם מוסמכים לעכב הליך פלילי המתנהל נגד חברה בפירוק. אף שהמתודולוגיה שאימץ בית המשפט העליון באותה פרשה ישימה גם בהקשר להקלות שלטוניות נוספות (כגון בתחום המיסוי, בתחום הפיקוח על מסחר בניירות ערך, בתחום הגנת הסביבה וכולי), מתברר כי בתי המשפט של חדלות פירעון אינם מזהים הלכה זו – שניתנה בהקשר להקלה שלטונית מסוימת (עיכוב הליך פלילי המתנהל נגד החייב) – כהלכה הרלוונטית גם להקלות שלטוניות המתבקשות בהקשרים אחרים (כגון בתחום המיסוי). שנית, והוא העיקר, הלכת תורג'מן עצמה מעוררת קשיים. ניתוח מפורט של תכליות הדין מלמד כי הכלל המשפטי שנקבע בפרשת תורג'מן פשטני מדי ועל כן יש לשקול לאמץ חריגים

* מרצה, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים. תודתי נתונה לזוהר גושן, לרון רוגין, לאריאל בנדור ולחברי מערכת כתב-העת משפטים.

לכלל שנקבע. חריג אחד נוגע לשאלת פרשנותם של "סעיפי הסמכה כלליים", היינו: הוראות חוק דוגמת סעיף 267 או סעיף 268 לפקודת החברות.

א. מבוא. ב. סוגי הקלות שלטוניות. 1. אכיפה מנהלית ביוזמת הרשות; 2. אכיפה מנהלית ביוזמה של בעל התפקיד; 3. גביית כספים; 4. מניעת אישור; 5. הליכים פליליים; ג. למי הסמכות: ניתוח פוזיטיבי. 1. הבעיה; 2. ההסדר המשפטי; ד. למי הסמכות: ניתוח נורמטיבי. 1. תכליות הדין; 2. סמכות למתן הקלה שלטונית לאור תכליות הדין; 3. קווים מנחים להסדר הרצוי; ה. סיכום.

א. מבוא

מעורבותה הרבה של המדינה בחיינו היומיומיים אינה פוסחת גם על אירועי חדלות פירעון של חייבים. קריסה פיננסית של חייב – יהא זה יחיד או תאגיד – היא אמנם אירוע פרטי, המשפיע בראש ובראשונה על החייב עצמו; ברם, במסגרת הפיקוח הציבורי שהמדינה מקיימת על מגוון רחב של פעילויות פרטיות¹ היא נוטלת על עצמה להסדיר אף את מאמצי הנושים והחייב להציל את רכושם.² המדינה עושה זאת בעיקר כדי להתגבר על כשלי שוק הנוצרים כשחייב נקלע לחדלות פירעון,³ כמו גם כדי לסייע

- 1 ראו, למשל, יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב 67 (2005); אורי ארבל-גנץ (בהנחיית דוד נחמיאס וידידיה צ' שטרן) "רגולציה – הרשות המפקחת" נייר עמדה מס' 37 של המכון הישראלי לדמוקרטיה (2003). הפיקוח הציבורי על פעילות פרטית יכונה להלן גם "רגולציה". "רגולציה" מוגדרת (בתרגום חופשי) כ"פיקוח נמשך וממוקד שמפעילה רשות ציבורית על פעילויות שהן בעלות ערך לקהילה". ראו, למשל, Philip Selznick, *Focusing Organizational Research On Regulation*, in REGULATORY POLICY AND THE SOCIAL SCIENCES 363 (Roger Cass R. Sunstein, *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State* 47-71 (1990)).
- 2 כלומר: מדובר ברגולציה שמבחינה עקרונית אפשר היה לבצעה גם באמצעות רשות מנהלית מתמחה ולא באמצעות בית המשפט. ראו Theodore Eisenberg, *Bankruptcy in the Administrative State*, 50 L. & CONTEMP. PROBS. 3, 5 (footnote 11) (1987); Ronald J. Mann, *Bankruptcy and the Entitlements of the Government: Whose Money is it Anyway?*, 70 N.Y.U. L. REV. 993, 1054 (1995).
- 3 בהקשר זה אפשר לתאר לפחות שלושה כשלי שוק: ראשית, כבר בשלב שבו החייב גולש למצב של חדלות פירעון נושיו הלא מובטחים נקלעים למרוץ בעל פוטנציאל הרסני, מכיוון שכל אחד מהם חושש כי אם ימתין ויימנע מהליך גבייה כלפי נכסי החייב יקדים אותו האחר, באופן שיותיר את הממתין במצב גרוע יותר. ראו ע"א 6526/06 נאמן התכופ בע"מ נ' התכופ בע"מ, פס"מ 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 31.7.2007), וכן Douglas G. Baird & Thomas H. Jackson, *Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy*, 51 U. CHI. L. REV. 97 (1984).

לקבוצות שונות של בעלי עניין (עובדים, למשל) שגורלן נכרך בזה של החייב.⁴ הגוף המבצע רגולציה זו הוא כידוע בית המשפט המחוזי, בשבתו כבית משפט של חדלות פירעון (להלן: בית המשפט של חדלות פירעון).⁵ לשם כך הוא נעזר, בין היתר, בכונס הרשמי⁶ ובבעל תפקיד – עורך-דין או רואה-חשבון – שהוא ממנה בעצמו.⁷ רגולציה זו מתבצעת במסגרת הליך משפטי הקרוי "הליך חדלות פירעון" (להלן גם: "הליך קולקטיבי"): הליך פשיטת רגל ליחיד, הליך פירוק או הקפאת הליכים לחברה בע"מ. מה הדין כשהרגולציה של אירוע חדלות פירעון מתנגשת עם הרגולציה של תחומים אחרים בחיינו?⁸ התנגשות כזו עלולה להתרחש כשמתבקשת הקלה שלטונית לגבי חייב הנתון בהליך קולקטיבי.

חייב הנתון בקשיים פיננסיים זקוק פעמים רבות להקלות שלטוניות, כלומר: לסיוע מן המדינה. כך, למשל, חברה המפעילה ערוץ טלוויזיה על-פי רישיון מאת משרד התקשורת עשויה לבקש כי יימחל לה על קיום מקצת חיוביה על-פי תנאי הרישיון או כי ישונו תנאים אלו לטובתה.⁹ בדומה, הממונה על ההגבלים העסקיים עשוי להתבקש

שנית, אף כשהנושים פועלים כקולקטיב לצורך גבייה מן החייב, איכות הגבייה נפגעת עקב בעיה של "רוכב חופשי": עקרון השוויון בין הנושים פועל כתמריץ שלילי לעניין עידוד מעורבות של הנושים בהליכי חדלות הפירעון. ראו ע"א 3760/03 עמרן נ' הנאמן על נכסי אייפרמן, פ"ד נט(5) 735, 749-750 (2005). שלישיית, כאשר השווי של נכסי החייב המשועבדים לטובת נושה מובטח עשוי לעלות על גובה נשייתו, לנושה המובטח אין תמריץ מתאים להשיא את שווי נכסי החייב בעת מימושם והתנהגותו עלולה לפגוע בנושים הלא מובטחים. ראו פש"ר (מחוזי ת"א) 466/93 גרבש נ' שלף (פורסם בנבו, 24.12.2000); דוד האן "שעבוד כ'קניין" ספר ויסמן 43, 51 (שלום ולרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002). כן ראו אירית חביב-סגל "המטרות של דיני הפירוק והשיקום: שחרור נכסי החברה מהתחייבויות לא יעילות" משפט ועסקים ב 249 (2005).

4 ראו, למשל, ורדה אלשיך וגדעון אורבך הקפאת הליכים 9-7 (2005); Elizabeth Warren, *Bankruptcy Policy*, 54 U. CHI. L. REV. 775 (1987).

5 לעניין פשיטת רגל של יחיד ראו ס' 172 (א) לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980, ס"ח 639; לעניין פירוק של חברה בע"מ ראו ס' 256 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, ס"ח 764; לעניין הקפאת הליכים לחברה בע"מ ראו הגדרת "בית המשפט" בס' 1 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189.

6 ראו, למשל, ס' 18-18 ד לפקודת פשיטת הרגל; ס' 200 (ג) לפקודת החברות; תק' 57 לתקנות החברות (בקשה לפשרה או להסדר), התשס"ב-2002, ק"ת 868.

7 ראו, למשל, ס' 42 ו-45 לפקודת פשיטת הרגל; ס' 300-316 לפקודת החברות; ס' 350 לחוק החברות.

8 H. Hamner Hill, *Bankruptcy vs. the Environmental Protection: A Case Study in Normative Conflict*, 11 CAN. J.L. & JURISPRUDENCE 245 (1998).

9 ראו, למשל, ענת באלוינט "משרד התקשורת יעניק לערוץ 10 הקלות בסך 100 מיליון שקלים" הארץ 6.4.2005.

לאשר באופן חריג מיזוג בין חברות הפוגע בתחרות, וזאת בניכונת שבהן אחת מהן עומדת לפני קריסה פיננסית.¹⁰ רשות המסים עשויה להתבקש על-ידי נישום הנתון בקשיים להעניק לו דחייה במועד ההעברה של מס שנוכה¹¹ או לוותר על מקצת חובו.¹² הבורסה לניירות ערך עשויה להתבקש להעניק לחברה ציבורית דחייה במועד ההגשה של דו"חות כספיים, ויתור על הגשת דו"ח או הקלה במתכונת הגשתו; המשרד להגנת הסביבה עשוי להתבקש לוותר לחברה על חובתה לנקות קרקע שזיהמה. כל המקרים הללו ומקרים אחרים דומים אינם עוסקים במתן הקלה שלטונית במובן שיידון רשימה זו. אכן, כל עוד מדובר בחייב הנתון בקשיים פיננסיים שלא נפתח בעניינו הליך של חדלות פירעון לא מתעורר קושי מיוחד. מצבו של חייב הנתון כאמור בקשיים פיננסיים הוא מן

10 ראו, למשל, את נימוקי החלטתו של הממונה על הגבלים העסקיים, עו"ד דרור שטרם, בדבר אישור של מיזוג בתנאים – קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ (בהקפאת הליכים) ושופרסל בע"מ (2.11.2005): "מיזוגן של קלאבמרקט ושופרסל מקים הסתברות ממשית לפגיעה משמעותית בתחרות, וזאת במכלול ההיבטים הנוגעים לניתוח השפעות המיזוג על התחרות. במצב עניינים רגיל מקימה מסקנה כלכלית זו חובה משפטית להתנגד למיזוג ולעוצרו. חריג יחיד ונדיר לכך מתקיים, כאשר מתברר שעקב קריסתה הפיננסית של החברה הנרכשת אין כל אפשרות להמשך קיומה כמתחרה בשוק, וזאת תחת הבעלות של החברה הרוכשת, וכי פירוק החברה ויציאתה מן השוק שלא על דרך מיזוג אינו עדיף מבחינה תחרותית על פני התרת המיזוג. זוהי, על רגל אחת, הדוקטרינה הידועה בכינוי 'דוקטרינת החברה הכושלת'. במקרה כזה הפגיעה התחרותית היא למעשה תוצאה בלתי נמנעת שאינה תלויה עוד בהחלטת הממונה במיזוג. הבסיס הרעיוני והמשפטי עליו מושתתת דוקטרינת החברה הכושלת הוא אפוא ניתוק הקשר הסיבתי בין ביצוע המיזוג לבין הפגיעה התחרותית. כפי שיוסבר להלן, עקרונות דוקטרינת החברה הכושלת ישימים בענייננו".

ראוי להזכיר כי באותה פרשה נדרש הממונה על הגבלים העסקיים לאשר את המיזוג הגם ש"בשל לחץ הזמנים המתחייב מקצב ההתרחשויות, לא השלים הממונה על הגבלים העסקיים באותו מקרה את כל היבטיה של הבחינה התחרותית ובעיקר לא מוצו בדיקותיו בקשר עם הבחינה של ההיבטים הארציים של המיזוג, להבדיל מן ההיבטים הגיאוגרפיים". ראו מיכל הלפרין "דוקטרינת הפירמה הכושלת" תאגידים ג' (5) 21, בה"ש 4 (2006). ראו גם גיא רולניק "המצילים" זרקו עוגן <http://www.themarkeronline.com/tmc/article.jhtml?ElementId=24.8.2006> TheMarkerOnline skira20060824_754236&layer=law&layer2=law (אם מישוה זכאי לבונוס על המחיר הגבוה שבה נמכרה קלאבמרקט – 765 מיליון שקל שיחולקו בין הנושים, הבנקים והספקים – הרי זהו הממונה לשעבר על הגבלים העסקיים שאישר לשופרסל לרכוש את החברה, למרות החשש הכבד לתחרות בשוק בעקבות העסקה").

11 ראו והשוו ת"פ (שלום י-ם) 4743/01 מדינת ישראל נ' עץ בן אבו בע"מ (פורסם בנבו, 26.10.2005); ע"פ (מחוזי י-ם) 9902/05 מדינת ישראל נ' עץ בן אבו בע"מ, פ"מ התשס"ד (2) 385 (2006).

12 ראו והשוו פש"ר (מחוזי ת"א) 2175/03 כונסת הנכסים על מניות בר-זוהר הרקיע בע"מ נ' טופר מפעלי אופנה (1977) בע"מ, פס" 2 (פורסם בנבו, 23.3.2004) (הגם שהויתור של רשויות המס על המגיע להן נעשה לכאורה במסגרת הליך חדלות פירעון).

הסתם מצער; אך הפתרון למצוקתו טמון בפנייה אל הרשות השלטונית הרלוונטית (להלן: הרשות השלטונית המגורית) בבקשה שתשקול את נסיבותיו המיוחדות בגדרי החלטה על הפעלת סמכויותיה.¹³ הדין העניק סמכויות שלטוניות לרשות השלטונית המגורית, ועל כן היא רשאית – ואולי אף חייבת – לשקול את העובדה שהחייב נתון בקשיים פיננסיים ולקבל החלטה מתאימה. הבעיות שבהן רשימה זו עוסקת עלולות להתעורר כשנפתח הליך של חדלות פירעון בעניינה של החברה שבה מדובר. למשל, כשחברה הנתונה בהקפאת הליכים או בפירוק המבקשת כי הבורסה לניירות ערך תעניק לה דחייה במועד ההגשה של דו"חות כספיים, תוותר על הגשת דו"ח או תקל על הדרישות באשר למתכונת הגשתו;¹⁴ כי הממונה על ההגבלים העסקיים יאשר לה להתמזג עם חברה אחרת חרף הפגיעה בתחרות שמיזוג כזה מביא עמו; או כי המשרד להגנת הסביבה יוותר לחברה על חובתה לנקות קרקע שזיהמה.¹⁵ הבעיות שבמוקד רשימה זו

13 מעניין לציין כי מחקרים מראים שלחייבים בעלי קשרים פוליטיים סיכויים רבים יותר לזכות בהקלות שלטונית. ראו Mara Faccio, Ronald W. Masulis & John J. McConnell, *Political Connections and Corporate Bailouts*, 61 J. FIN. 2597 (2006). ככל שמדובר בתופעה שאינה רצויה, הדרך להתמודד עמה איננה באמצעות דיני חדלות פירעון. אכן, ממילא התערבותו של בית המשפט של חדלות פירעון מתבקשת רק במקרים שבהם הרשות השלטונית המגורית מסרבת להעניק את ההקלה השלטונית.

14 ראו, למשל, פש"ר (מחוזי ת"א) 1739/02 פויכטוונגר תעשיות בע"מ נ' הנאמן על הסדר הנושים של אפקון תעשיות בע"מ (פורסם בנבו, 1.2.2006); אמיר הלמר "רשות ני"ע נגד רובין" www.themarkeronline.com/tmc/article.jhtml?ElementId=ah_26.11.2002 **TheMarkerOnline** 20021126_04&layer=law&layer2=law; "דוחות כספיים של חברות בקשיים (פירוק, כינוס, הקפאת הליכים) ובקשות ארכה של חברות בקשיים להגשת דוחות" נייר עמדה של רשות ניירות ערך, 11.12.2002 www.isa.gov.il/Download/IsaFile_866.pdf; החלטה של רשות ניירות ערך "הגשת דוחות כספיים של חברות בקשיים (פירוק, כינוס, הקפאת הליכים), על פי חוק ניירות ערך התשכ"ח-1968" 28.4.2003. כן ראו טיוטת תקנות ניירות ערך "דו"חות תקופתיים ומיידיים" (תיקון מס' 3), תשס"ד-2004 (תיקון), התשס"ה-2005. העמדה של הרשות לניירות ערך היא שיש להבחין בין חברות בקשיים שניתן נגדן צו פירוק לבין חברות בקשיים שלא ניתן נגדן צו פירוק. חברות מן הסוג האחרון מחויבות להמשיך בהגשת דו"חות. נקבע כי בקשותיהן למתן ארכה להגשת הדו"חות תיבחנה "באופן סובלני יותר, תוך התחשבות בנסיבותיו של כל מקרה לגופו ובאילווצים המיוחדים לענין היכולת לעמוד בחובות הדיווח הנובעים מן המצב בו נתונה החברה, זאת הן לעצם מתן הארכה והן לענין משך הארכה שתינתן" (ראו עמדת הרשות מתאריך 28.4.2003).

15 ראו והשוו, למשל, בש"א (מחוזי חי') 9462/04 תעשיות אלקטרוכימיות בע"מ (תחת ניהול מיוחד) נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 13.6.2004); Pennsylvania Department of Environmental Resources v. Conroy, 24 F.3d 568 (3rd Cir. 1994). כאשר הוצאות הניקוי הפכו זה מכבר לחוב, לרשות השלטונית העוסקת בגבייתו ראו Ohio v. Kovacs, 469 U.S. 274 (1985). ההתלבטות בהקשר של הגנת הסביבה היא, בלשונו הקולעת של Hill, לעיל ה"ש 8, בעמ' 249, בין "clean slate" (לחייב) לבין "clean site" (לכלל הציבור).

עלולות להתעורר גם כשנבחנת התחולה של צו להקפאת הליכים (בהליך שיקום חברה) או של צו לעיכוב הליכים (בהליך של פשיטת רגל או של פירוק חברה) על פעולות שונות שהרשות השלטונית נוקטת נגד החייב.¹⁶ בקיצור, רשימה זו תעסוק אך ורק ב"התנגשות רגולציות" – מצבים שבהם לא זו בלבד שהחייב הנזקק להקלה שלטונית נקלע לקשיים פיננסיים, אלא שנפתח בעניינו הליך פשיטת רגל (אם מדובר ביחיד) או הליך פירוק או הקפאת הליכים (אם מדובר בחברה).¹⁷ ליתר דיוק, הבעיות שידונו מתעוררות כאשר בעקבות סירובה של הרשות השלטונית המגזרית להעניק את ההקלה השלטונית המבוקשת החייב פונה אל בית משפט של חדלות פירעון ומבקש ממנו כי יתערב. מתן הקלה שלטונית במסגרת הליך קולקטיבי כרוך בכל מקרה בפגיעה באינטרס הציבור. מאפיין זה הוא המבדיל את סוגיית ההקלות השלטוניות מן המצבים – השגרתיים, יש לומר – שבהם בית משפט של חדלות פירעון מתבקש לפגוע בזכויות

16 ראו והשוו, למשל, *FCC v. NextWave Personal Communications, Inc. (In re NextWave Personal Communications, Inc.)*, 200 F.3d 43, 54 (2nd Cir. 1999); *In re NextWave Personal Communications, Inc.*, 244 B.R. 253, 266-268 (Bankr. S.D.N.Y. 2000); *In re FCC*, 217 F.3d 125, 141 (2000). בארצות-הברית מדובר במקרים רבים בצו הפסקת ההליכים (automatic stay) (אזקק למונח "הפסקת הליכים" לתיאור המשפט המשווה כדי להבחינו מ"הקפאת ההליכים" הרלוונטית למשפט הישראלי): עם הכניסה להליך הקולקטיבי שם מטיל ס' 362(a)(1) ל-"Bankruptcy Code, 11 U.S.C.S (1978) – the commencement or continuation [...] of a judicial, administrative, or other action or proceeding against the debtor that was or could have been commenced before the commencement of the case under this title, or to recover a claim against the debtor that arose before the commencement of the case under this title".

ס' 362(a) מוסיף ומפרט סוגי הליכים המופסקים לאלתר. בקנדה מדובר במקרים רבים בס' 11(4)(c) ל-"Companies' Creditors Arrangement Act" (להלן: CCAA), הקובע: "[a] court may, on an application in respect of a company other than an initial application, make an order [...] prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of or proceeding with any action, suit or proceeding against the company".

באנגליה מדובר במקרים רבים בס' 11(3)(d) ל-"Insolvency Act, 1986", הקובע: "During the period for which an administration order is in force [...] no other proceedings and no execution or other legal process may be commenced or continued, and no distress may be levied, against the company or its property except with the consent of the administrator or the leave of the court and subject (where the court gives leave) to terms as aforesaid".

17 להסבר מפורט על התשחית המשפטית להיווצרות של התנגשות זו במשפט המשווה – למשל, במשפט האמריקני – ראו Rafael Ignacio Pardo, *Comment: Bankruptcy Court Jurisdiction and Agency Action: Resolving the NEXTWAVE of Conflict*, 76 N.Y.U. L. REV. 945, 947-951 (2001).

מוקנות¹⁸ אלו ואחרות כדי להגשים את מטרות ההליך הקולקטיבי; כלומר: כדי לסייע לחייב, לנושיו או לקבוצות אחרות של בעלי עניין התלויות בחייב.¹⁹ ראוי לשים לב כי במצבים "השגרתיים" של פגיעה בזכויות מוקנות הנפגע נמנה בקבוצה מוגדרת של אנשים פרטיים;²⁰ אך במקרה של מתן הקלה שלטונית "הנפגע" הטיפוסי הוא הציבור בכללותו.²¹ אכן, הפנייה לבית משפט של חדלות פירעון נובעת מכך שהרשות השלטונית המגזרית, המופקדת על האינטרס הציבורי, סירבה להעניק את ההקלה השלטונית המבוקשת, ועתה בית המשפט של חדלות פירעון מתבקש להתערב בהחלטתה. משמעות מעשית אחת שיש להבדל זה היא שבעלת-ריבם של מבקשי הקלה שלטונית היא לעולם הרשות השלטונית המגזרית (זו המכונה לעתים "רגולטור"), שאלמלא הליך חדלות הפירעון שבו נתון החייב לא היה עוררין על כך שהסמכות לדון במתן ההקלה השלטונית נתונה לה בלבד.

18 ברשימה זו "זכות מוקנית" היא כל זכות שמאן שהוא מפיק ממנה תועלת והתקיימה טרם פתיחת ההליך הקולקטיבי. אכן, ניתוח כלכלי של ההשפעה שתהא לפגיעה בזכויות מוקנות מיתר את הצורך לסווג זכויות מוקנות אלו בהתאם למעמדן הנורמטיבי או בהתאם לטיבן כזכות קניינית או אובליגטורית. במקום זאת, החשוב בזכות המוקנית הוא שווייה הכלכלי.

19 דוגמה לפגיעה בזכויות מוקנות של צד שלישי כזה ראינו, למשל, כשנדרש בית משפט של חדלות פירעון להוציא צו האוסר על עובדים של חברה להתחרות בה, בנסיבות שבהן נקלעה החברה לכינוס נכסים והוחלט על מכירתה לצד שלישי, ותחרות מצד עובדי החברה עלולה הייתה לפגוע בהצלחת המכירה. בית המשפט של חדלות פירעון הוציא צו כאמור אגב פגיעה בזכותם המוקנית של העובדים, שסוגיית הפגיעה של מעסיקם בחופש העיסוק שלהם למצער תידון על-ידי בית הדין לעבודה (שלו לכאורה הייתה נתונה הסמכות הייחודית לדון בכך). ראו פש"ר (מחוזי ת"א) 2193/03 כונס הנכסים של חברת אדאנת בע"מ נ' רוזנטל (פורסם בנוב, 12.1.2004). באותה פרשה נכנסה חברת אדאנת להליך של כינוס נכסים ונמכרה לחברת טלדור. עובדי החברה פנו אל חברת מחשוב ישרי בע"מ, המתחרה באדאנת, והתקשרו עמה בחוזה העסקה. לאחר מכן הודיעו העובדים לכונס אדאנת כי הם עוזבים. הכונס פנה אל בית המשפט המחוזי, וזה הוציא צו האוסר על העובדים לפנות ללקוחות אדאנת או לנהל עמם מגעים במשך חצי שנה. בית המשפט המחוזי ציין כי בתקופת הביניים של מכירת החברה בהליכי כינוס נכסים יש לו סמכות עניינית לדון בכל מחלוקת המתעוררת בין כל צד שהוא. לדוגמה קנדית דומה, הממחישה את ההבדל בין פגיעה בזכויות מוקנות של קבוצה מוגדרת לבין פגיעה באינטרס הציבורי, ראו GMAC Commercial Credit Corporation – Canada v. T.C.T. Logistics Inc., 2006 SCC 35.

למשל, בדוגמה לעיל היו אלו עובדי החברה שזכותם המוקנית נפגעה.

21 לכאורה ניתן היה לטעון כי כל עוד לא קיים החייב את כל חיוביו כלפי השלטון אין לו זכות קיום או זכות לדרוש סיוע כלשהו מן המדינה. טענה זו חורגת מממסגרת הרשימה הנוכחית, שאינה מבקשת לעסוק בשאלת האיוון בין האינטרסים המתנגשים, אלא בשאלה המצומצמת שעניינה זהות הגוף המוסמך לדון במתן ההקלה השלטונית המתבקשת (כלומר: זהותו של הגוף המוסמך לדון באיוון האינטרסים).

בקשות למתן הקלה שלטונית לחייב הנתון בהליך קולקטיבי מעוררות אפוא שתי בעיות עקרוניות.²² הבעיה הראשונה נוגעת לזהותו של הגוף המוסמך לקבל החלטה בעניין ההקלה השלטונית המתבקשת (להלן: בעיית הסמכות). שני רגולטורים שונים – בית המשפט של חדלות פירעון מצד אחד והרשות השלטונית המגזרית מן הצד השני – עשויים להידרש להפעיל את סמכותם.²³ האם בית המשפט המחוזי, בשבתו כבית משפט המפקח על הליך של חדלות פירעון, מוסמך לקבל החלטה בעניין ההקלה השלטונית המתבקשת – או שמא הסמכות במקרה זה נתונה אך ורק לרשות השלטונית המגזרית?²⁴ במרבית ההקשרים שבהם מתבקשת במשפטנו הקלה שלטונית בהליך של חדלות פירעון נמנע המחוקק מקביעה מפורשת באשר לרגולטור המוסמך להחליט על מתן ההקלה השלטונית.²⁵

22 אף הרגולטור עצמו עשוי לבקש לנצל את הליך חדלות הפירעון כדי לקדם את עניינו. ראו, למשל, בש"א (מחוזי ת"א) 18215/02 מנהל מיוחד ונאמן לחברת משב קרור תעשיות בע"מ נ' הרשות לניירות ערך, פ"מ התשס"ב(1) 558 (2002), שם ביקשה הרשות לניירות ערך מבעל תפקיד שמונה לחברה בהקפאת הליכים – וככזה בא בנעלי דירקטוריון החברה – כי יותר על חסיון עורך-דין-לקוח שממנו נהנית החברה. רשימה זו אינה מתייחסת למצבים אלו.

23 רשימה זו מתייחסת אפוא למצבים שבהם עומדת על הפרק אכיפה מנהלית, במובחן מרגולציה הנעשית באמצעות אכיפה פרטית.

24 לעתים מהלך הרברים הוא כזה שבעיית הסמכות כלל אינה מתעוררת מבחינה מעשית. כך מתרחש כשהמחוקק קובע במפורש כי בית המשפט המחוזי (לאו דווקא בשבתו כבית משפט של חדלות פירעון) הוא ערכאת ערעור על החלטת הרגולטור הרלוונטי. ראו, למשל, ס' 47(ב) לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, ס"ח 234, קובע כי "הרואה עצמו נפגע מהחלטת הבורסה שאינה כאמור בסעיף קטן (א) ואינה החלטה תוך כדי המסחר בבורסה, רשאי לערער עליה לבית המשפט המחוזי [...] ופשו"ר (א) 1975/02 (מחוזי ת"א) ארט אין טכנולוגית אינטרנט נ' הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ (פורסם בנבו, 31.7.2005). למהלך עניינים דומה ראו ע"ש (מחוזי ת"א) 122/96 בר-סול בע"מ נ' הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ, פסק דינו של סגן-הנשיא ישי לויט (טרם פורסם, 1.4.1996).

25 לעומת זאת, במשפט האמריקני סוגיית הסמכות מוסדרת למעשה באמצעות החוקה וחוק חדלות הפירעון הפדרלי (Bankruptcy Code, 1978). כך למשל, כאשר הרשות השלטונית המגזרית היא רשות שלטונית של מדינה-אחות (state), היא נהנית בדרך כלל מחסינות מפני הליך חדלות הפירעון, המובטחת לה מכוח התיקון ה-11 לחוקה. על כן הרשות השלטונית הזו יכולה לבטל, למשל, רישיון הימורים של חייב שנקלע להליך של חדלות פירעון, ולבית המשפט של חדלות פירעון אין סמכות לבטל את ההחלטה. ראו *In re Tri-City Turf Club*, 203 B.R. 617 (Bankr. E.D. Ky. 1996). עם זאת ראו ס' 106 ל-*Bankruptcy Code*, 1978, שחוקתיותו טרם נבחנה על-ידי בית המשפט העליון האמריקני, המבטל את חסינותן של רשויות שלטוניות מגזריות מדינתיות בהקשרים שונים. לדיון בחסינות של מדינות-אחיות (states) מפני הליכים של חדלות פירעון בארצות-הברית, ובחריגים לחסינות זו, ראו Adam Feibelman, *Federal Bankruptcy Laws and State Sovereign Immunity*, 81 TEX. L. REV. 1381 (2003); Kenneth N. Klee, James O. Johnston & Eric Winston, *State Defiance of Bankruptcy Law*, 52 VAND. L. REV. 1527 (1999).

הבעיה השנייה מתעוררת במקרים שבהם מתברר, אם בכלל, כי בית המשפט של חדלות פירעון מוסמך לקבל החלטה בעניין ההקלה השלטונית. או אז נדרש איזון בין האינטרס הציבורי באימתן ההקלה השלטונית לבין האינטרס במתן הקלה כאמור – בדרך כלל אינטרס של החייב או של קבוצות בעלי-העניין שגורלן נכרך בשלו. כיצד יש לערוך איזון זה, שהוא באופן מובהק פרי העדפה ערכית?²⁶ (להלן: בעיית איזון האינטרסים). אף בהקשר זה אין במשפט הישראלי הדרכה מפורשת מאת המחוקק.

הן בעיית הסמכות והן בעיית איזון האינטרסים מתעוררות במשפטנו בראש ובראשונה, כאמור, בגלל בעיה של חוקיות עמומה.²⁷ המחוקק – שגם כך ממעט בתחום של חדלות פירעון להדריך את בתי המשפט של חדלות פירעון באמצעות הסדרים תחיקתיים מתאימים²⁸ – נמנע מהתייחסות מובנית ומסודרת לבעיות המתעוררות בהקשר למתן הקלות שלטוניות.²⁹ כך, למשל, מעולם לא נערך במשפט הישראלי דיון בהבחנה האפשרית בין פעולות שלטוניות נגד החייב שנפתחו טרם כניסתו להליך הקולקטיבי לבין פעולות שלטוניות שנפתחו נגדו לאחר מכן; מעולם לא נדונה ההבחנה בין פעולות

26 ראו Hill, לעיל ה"ש 8, בעמ' 265, הטוען כי חוסר העקביות שבפסיקה האמריקנית – "stems from the fact that judges have precious little guidance as to how to proceed when dealing with a conflict that is fundamentally about policy preferences"

27 ראו והשוו מרגית כהן "רגולציה וחוקיות עמומה: המעורבות הממשלתית במשק הדלק הישראלי" ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה 535 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005), המבחינה כי מגדט חקוק, שהוא האפשרות המועדפת, צריך להיות מאופיין בספציפיות, בפירוט ובייחודיות.

28 בעיה זו בולטת במיוחד בתחום של שיקום חברות. ראו, למשל, ע"א 1689/03 כרטיסי אשראי לישראל בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נח(6) 126, 133 (2004); ע"א 6010/99 המנהל המיוחד של חברת תבור תעשיות שיש בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נו(1) 385, 415-416 (2001); רע"א 7125/00 כונס הנכסים של קבוצת אספלט בע"מ נ' רוסטום שלבאנה, פ"ד נו(3) 507, 516 (2002); ע"א 1728/01 כונס נכסים זמני לשלמי עד בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פס' 52 לפסק דינה של השופטת מרים נאור (פורסם בנבו, 23.6.2003); ע"א 3911/01 כספי נ' נס, פ"ד נו(6) 752, 762 (2002); רע"א 292/99 שיכון עובדים בע"מ נ' המנהל המיוחד של חברות טש"ת חברה קבלנית בע"מ (בניהול מיוחד), פ"ד נה(2) 56, 61-62 (2000); ע"א 7954/03 אמדאוס דוולופמנט אינג. נ' הבנק למסחר בע"מ (בפירוק), פ"ד ס(2) 576, פס' 48 לפסק הדין (2005). כן ראו דוד האן "התפתחות דיני הבראת חברות: מן הכנסת אל משרד המשפטים דרך בתי-המשפט" קריית המשפט ה(3) 76 (2005).

29 לדיון באפשרות שמדובר במהלך מכוון מצד המחוקק ראו Hill, לעיל ה"ש 8, בעמ' 247-248. התייחסות חלקית מאוד לסוגיה נשוא רשימה זו אפשר למצוא בדו"ח הוועדה הציבורית לשם בדיקת נחיצותה של רפורמה בדיני פשיטת-רגל ופירוק חברות (יו"ר ד"ר שלמה לוי), דו"ח מספר 1: שיקום חברות (התש"ן). ס' 243(ג) להצעה קובע כי "על אף האמור בכל דין, לא יינקטו אמצעי אכיפה מינהליים כלפי השקם, החברה או נכסיה, בשל חובות מס ותשלומי חובה המתייחסים, או נובעים ממעשה או מחדל בתקופה שלפני תחילת השיקום אלא בהתאם לקבוע בתכנית השיקום או ברשות בית המשפט". ראו גם ס"ק (ד) ו-(ה).

שלטוניות שיסודן באירועים שקדמו לכניסת החייב להליך הקולקטיבי לבין פעולות שלטוניות שיסודן באירועים מאוחרים לרגע זה.³⁰ דיני חדלות פירעון הישראליים – כלומר: דיני פשיטת הרגל ודיני פירוק חברות ושיקומן – אינם מסדירים אפוא את סוגיית ההקלות השלטוניות במפורש.³¹ כל שאפשר למצוא לעתים הוא סעיפים כלליים, דוגמת סעיפים 267 או 268 לפקודת החברות (להלן: סעיפי ההסמכה הכלליים), המעניקים סמכות זו או אחרת לבית המשפט של חדלות פירעון – אך לפחות על-פי לשונם אין הם דנים בהקשר המיוחד של מתן הקלות שלטוניות.³² על-פי רוב הפתרון אינו בנמצא אף במסגרת התחיקה שעליה מבוסס מערך הרגולציה המגזרי המתנגש (כלומר: דיני ניירות ערך, דיני המסים, דיני איכות הסביבה

30 שאלת ההצדקה לעריכת הבחנות אלו חורגת ממסגרת רשימה זו, המבקשת, כפי שיובהר מיד, לעסוק בשאלה מצומצמת אחת: מי מוסמך לדון בבקשה למתן הקלה שלטונית במצב שבו החייב נתון בהליך קולקטיבי.

31 השוו, למשל, למשפט האמריקני, שבו Bankruptcy Code, 1978 כולל כמה סעיפי חוק רלוונטיים: ס' 105 (בית המשפט של חדלות פירעון "may issue any order, process, or judgment that is necessary or appropriate to carry the provisions of this title". הוראה זו פורשה באופן שאפשר לבתי המשפט של חדלות פירעון להורות על הפסקת הליכים שנקטה רשות שלטונית מגזרית); ס' 362(b)(1) (צו הפסקת ההליכים – automatic stay – אינו חל על "the commencement or continuation of a criminal action or proceeding against the debtor"); ס' 362(b)(4) (צו הפסקת ההליכים – automatic stay – אינו חל על הליכים שהרשות השלטונית המגזרית נוקטת כזו לאכוף את "police and regulatory power" שלה. ראו להלן הדיון בסעיף ד.1.2.ב.1); ס' 525(a) (איסור על רשות שלטונית מגזרית המעניקה רישיונות להפלות חייבים עקב הימצאותם בהליך קולקטיבי); ס' 1129(a)(6) (שלילת האפשרות להשתמש בהסדר נושים לחברה בע"מ כדי לחמוק מ"rate setting regulatory functions"); ס' 1129(d) (איסור לאשר תכנית לארגון מחדש של חברה אם מטרתה העיקרית של התכנית היא להימנע מתשלום מס). כן ראו ס' 959(b) ל-28 Title (החייב או בעל התפקיד – "shall manage and operate the property in his possession [...] according to the requirements of the valid laws of the State in which such property is situated". עם זאת, גם תשתית תחיקתית זו לוקה בחסר. ראו Eisenberg, לעיל ה"ש 2, בעמ' 12; Debra L. Baker, *Bankruptcy: The Last Environmental Loophole?*, 34 S. TEX. L. REV. 379, 404 (1993); Ingrid M. Hillinger & Michael G. Hillinger, *Environmental Affairs in Bankruptcy: 2004*, 12 AM. BANKR. INST. L. REV. 331, 333 (2004).

32 ס' 267 לפקודת החברות, שכותרתו "צו פירוק מעכב הליכים", קובע: "משניתן צו פירוק, או משנתמנה מפרק זמני, אין להמשיך או לפתוח בשום הליך נגד החברה אלא ברשות בית המשפט ובכפוף לתנאים שיקבע". ס' 268 לפקודת החברות, שכותרתו "תחילת הפירוק מבטלת כל עסקה והעברה", קובע: "כל עסקה בנכסי החברה וכל העברת מניות או שינוי במעמד של חברי החברה, שנעשו לאחר תחילת הפירוק – בטלים, זולת אם הורה בית המשפט הוראה אחרת". תחילת הפירוק מוגדרת בס' 265(א) לפקודת החברות כ"יום שבו הוגשה בקשת הפירוק".

וכיוצא באלה).³³ במצב דברים זה לכאורה אפשר היה לצפות כי בתי המשפט ישלימו את שהחסיר המחוקק; ברם ההתמודדות של בתי המשפט עם סוגיית ההקלות השלטוניות הייתה עד כה נקודתית בלבד, וכפי שאראה, לעתים אף לקויה.

ברשימה הנוכחית אבקש להציג את מגוון ההקשרים שבהם התעוררה במשפטנו (ובמשפט המשווה) השאלה של מתן הקלה שלטונית בהליך של חדלות פירעון,³⁴ ולהציע תשתית עיונית להסדרת הבעיה הראשונה (בלבד) מבין שתי הבעיות המתעוררות – בעיית הסמכות.³⁵

אבקש להדגיש כי ההתמקדות בבעיית הסמכות רחוקה מלהיות שולית, טורדנית או פרוצדורלית. הסיבה לכך היא שקשה להימלט מן התחושה כי ההכרעה בבעיה השנייה –

33 למיטב ידיעתי, חריג יחיד אפשר למצוא בתק' 10(ב) לתקנות רישום קבלנים לעבודות הנדסה בנאות (סיווג קבלנים רשומים), התשמ"ח-1988, ק"ת 1082, שזו לשונה: "מינה בית המשפט כונס נכסים זמני או קבוע או מנהל עסקים לעסקי הקבלן, רשאי הרשם להתלות את סיווגו של הקבלן; ההתליה תהיה בתוקף כל עוד לא ביטל בית המשפט את החלטתו [...] הרשם ישתמש בסמכותו כאמור רק לאחר מתן הזדמנות לקבלן לטעון את טענותיו בפני הועדה המייעצת [...] החברה שהייתה בפירוק או בכינוס נכסים ומנייתיה הועברו לאחרים, לא תבוטל התליית הסיווג והוא לא יחודש אלא לאחר שתניח דעת הרשם בדבר מילוי כל התנאים הקבועים בתקנות אלה [...] החליט כונס הנכסים או המנהל להפעיל את החברה או לשקם את החברה, באישור בית המשפט, לא יותלה סיווגה של החברה, ואם הותלה – תבוטל ההתלייה עד למתן החלטה אחרת של בית המשפט".

ראו בעניין זה בש"א (מחוזי ב"ש) 5599/05 ש.י.א. רפאל פרוייקטים בע"מ נ' רשם הקבלנים (פורסם בנבו, 14.9.2005); רע"א 8129/02 ארגיל שירותי הובלה (1993) בע"מ נ' הנאמן על חברת דן רולידר בע"מ (בהקפאת הליכים), פ"ד נו(5) 481 (2003). חריג נוסף אפשר למצוא אולי כשמחבקשת הקלה שלטונית בתחום של מחקר ופיתוח בתעשייה. ס' 47(ב) לחוק לעידוד מחקר ופיתוח בתעשייה, התשמ"ד-1984, ס"ח 100, מטפל במצב שבו מתבקשת הקלה שלטונית מן המדען הראשי של המנהל למחקר ופיתוח תעשייתי. ראו בש"א (מחוזי ת"א) 7457/03 ברנשטיין נ' Wecco Briot International L.T.D. (פורסם בנבו, 8.12.2003) (להלן: פרשת פרויליזר). סעיף זה, שכותרתו "החזרת הטבות", קובע: "קיבל תאגיד הטבות לפי חוק זה וניתן עליו צו פירוק או צו לכינוס נכסים או החליט על פירוק מרצון, לפני שביצע את התכנית המאושרת כולה ולפני שקיים את כל תנאי האישור – יראוהו כאילו נתחייב בהחזרת הטבות לפני מתן צו הפירוק או צו הכינוס או קבלת ההחלטה, וזולת אם החליטה ועדת המחקר שלא יוחזרו הטבות או שיוחזרו רק מקצתן; והוא הדין ביחיד שניתן עליו צו כינוס נכסים בהליכי פשיטת רגל. אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לגרוע מזכות המדינה לקבל תמלוגים על פי סעיף 21, מכל הכנסה כמשמעותה באותו סעיף, אשר נתקבלה לאחר מתן צו הפירוק, צו הכינוס או ההחלטה על הפירוק מרצון". עם זאת, הוראת חוק זו אינה מטפלת בבעיית הסמכות.

34 הרשימה אינה דנה באפשרות שהמדינה תבקש בעתיד להשיב טובת הנאה שנתנה. לענין זה ראו עופר גרוסקופף "הרשות השלטונית כמזכה" משפטים לד' 517 (2004).

35 הרשימה הנוכחית אינה עוסקת אפוא בבעיית איוון האינטרסים. עם זאת, יש לשים לב כי גם שאלת הסמכות עצמה מושפעת משיקולי מדיניות, ואלו יידונו במאמר.

בעיית איזון האינטרסים, המצטיירת לכאורה כחשובה יותר – היא בעיקרה הכרעה ערכית וממילא מושפעת עמוקות מזהותו של מקבל ההחלטה. טלו, למשל, את פרשת קלאבמרקט,³⁶ שבה נתבקש אישור חריג של מיזוג בין חברות הפוגע בתחרות, בנסיבות שבהן אחת מהן עומדת בפני קריסה פיננסית. כלום ניתן לשלול את הטענה שההכרעה בשאלה זו – המחייבת לשקול מצד אחד את האינטרסים המגוונים של נושים, עובדים וספקים של רשת קלאבמרקט, ומצד אחר את האינטרס הציבורי במניעת פגיעה בתחרות בשוק – אינה אלא הכרעה ערכית? לדעתי, על רקע זה אין מנוס מליבון קפדני של בעיית הסמכות.

במסגרת ההתמודדות עם בעיית הסמכות אציג, ראשית, טיעון פוזיטיבי. בבית המשפט העליון נפסקה בשנת 2003, בפרשת תורג'מן,³⁷ הלכה בעניין סמכותם של בתי המשפט המפקחים על הליכים של חדלות פירעון לעכב הליך פלילי המתנהל נגד חייב שנקלע להליך קולקטיבי. באותה פרשה קבע בית המשפט העליון, לאחר שבחן את השאלות המתעוררות בהקשר זה, כי בתי המשפט של חדלות פירעון אינם מוסמכים להורות על עיכוב הליך פלילי כאמור. הדעת נותנת כי הלכת תורג'מן, שנפסקה בהקשר להקלה שלטונית מסוימת – עיכוב הליך פלילי המתנהל כנגד החייב – תשמש הלכה רלוונטית גם בהקשר להקלות שלטונית אחרות כגון בתחום המיסוי, בדיני ניירות ערך, בהגנת הסביבה וכיוצא באלה. אכן, המתודולוגיה שאימץ בית המשפט העליון באותה פרשה ישימה גם להקלות שלטונית בהקשרים אחרים; ברם, הגם שבית המשפט העליון לכאורה אמר את דברו, מתברר כי בתי המשפט של חדלות פירעון – בבואם להתמודד עם בקשות של חייבים למתן הקלה שלטונית – אינם מזהים הלכה זו, שניתנה בהקשר להקלה שלטונית מסוימת (בתחום הפלילי), כהלכה הרלוונטית גם להקלות שלטונית המתבקשות בהקשרים אחרים (כגון בתחום המיסוי). מצב דברים זה בעייתי ואינו מוצדק.

שנית אטען, כעניין נורמטיבי, כי הלכת תורג'מן עצמה מעוררת קשיים וכי על המחוקק לשקול לאמץ בחוק הסדר הסוטה ממנה. בהקשר זה אבקש להרחיב את התשתית העיונית שעליה יש לבסס את הדיון בסוגיית ההסדר המשפטי הרצוי, מעבר לדיון התמציתי שהוצג בפרשת תורג'מן. ניתוח של תכליות הדין מלמד כי הכלל המשפטי שנקבע בפרשת תורג'מן פשטני מדי וכי יש לשקול לאמץ חריגים לכלל השולל את סמכותם של בתי המשפט של חדלות פירעון לדון במתן הקלות שלטונית. למרבה הצער, לא נדרש בית המשפט בפרשת תורג'מן לדון בחריגים אלו. חריג אחד, שגם על-פי המצב המשפטי הנוהג כיום יש להכיר בו, נוגע לשאלת פרשנותם של סעיפי ההסמכה הכלליים. בהקשר זה אטען כי פירוש ראוי של סעיפי ההסמכה הכלליים מביא למסקנה

36 לעיל ה"ש 10 והטקסט שלידה.

37 רע"פ 9008/01 מדינת ישראל נ' א.מ. תורג'מן בע"מ, פ"ד נז(5) 799 (2003) (להלן: הלכת תורג'מן).

שהם מעניקים לבתי המשפט של חדלות פירעון סמכות – גם אם מצומצמת – לדון במתן הקלות שלטוניות. סעיפי ההסמכה הכלליים מרחיבים את סמכותם של בתי המשפט של חדלות פירעון לגבי פעולות של הרשות השלטונית המגזרית שאותן יכול לבצע גם אדם פרטי (acta jure gestionis), אך אינם מקנים להם סמכות על פעולות של הרשות השלטונית המגזרית שאותן רק היא, כרשות שלטונית, יכולה לבצע (acta jure imperii). זה יהיה סדר הבאת הדברים: בפרק השני אציג את סוגי ההקלות השלטוניות בהליך של חדלות פירעון שנתבקשו עד כה במשפט הישראלי ובמשפט המשווה. המיון של סוגי ההקלות ייעשה על-פי חמישה הקשרים שבהם עשויה להתעורר סוגיית ההקלות השלטוניות בהליכים של חדלות פירעון. בפרק השלישי אדון בבעיית הסמכות ואנתח את הכלל שנקבע בפרשת תורג'מן. הפרק הרביעי יצביע על הקשיים הטמונים בהלכת תורג'מן ויציע מסגרת עיונית רחבה יותר לניתוח הסוגיה של הקלות שלטוניות בהליכים של חדלות פירעון. בין היתר תידון סוגיית פרשנותם של סעיפי ההסמכה הכלליים. לאחר מכן אסכם.

ב. סוגי הקלות שלטוניות

כפי שאראה להלן, בפירוט שאיננו ממצה כלל ועיקר, הקלות שלטוניות לחייבים בהליך קולקטיבי עשויות להידרש במגוון תחומים ונסיבות ובכמה הקשרים משפטיים. פרק זה יציג דוגמאות מישראל, מארצות-הברית, מקנדה ומאנגליה למקרים שבהם נתבקשו הקלות שלטוניות. מיון הדוגמאות ייעשה על-פי דגם ההתרחשות העובדתית המעורר את השאלה המשפטית של מתן ההקלה השלטונית. אפשר לזהות לפחות חמישה דגמים חוזרים ונשנים של התרחשות עובדתית: "אכיפה מנהלית ביוזמת הרשות", "אכיפה מנהלית ביוזמה של בעל התפקיד", "גביית כספים", "מניעת אישור" ולבסוף "הליכים פליליים".³⁸ אדון בדגמים אלו כסדרם.

1. אכיפה מנהלית ביוזמת הרשות

בדגם התרחשות זה הרשות השלטונית המגזרית מפעילה את סמכותה כדי לקיים את הוראות החוק שמכוחו היא פועלת, אלא שבכך יש כדי להרע את מצבו של החייב הנתון בהליך קולקטיבי. כך, למשל, בפרשת אדאקום טכנולוגיות בע"מ³⁹ ובפרשת ארט אין

38 תיחכן, כמובן, גם חפיפה בין הדגמים השונים. כך, למשל, גביית כספים עשויה להיחשב סוג של אכיפה מנהלית.

39 המ' (מחוזי חי') 26194/97 (פש"ר 115/94) אדאקום טכנולוגיות בע"מ (בכינוס נכסים ובפירוק) נ' כונס הנכסים הרשמי (פורסם בנבו, 7.9.1997).

טכנולוגית אינטרנט בע"מ⁴⁰ החליטה הבורסה לניירות ערך, מכוח סמכותה לפי סעיף 46(א)(5) לחוק ניירות ערך, להורות על הפסקת המסחר במניות של חברה שהוגשה בקשה לפירוקה או שמונה כונס לנכסיה, בהתאמה. מאוחר יותר, משניתן צו לפירוק החברה או לכינוס של נכסיה, בהתאמה, החליטה הבורסה למחוק את מניות החברה מן הרישום למסחר. או אז פנה המפרק אל בית המשפט של חדלות פירעון וביקש לעכב את ביצוע החלטתה של הבורסה בדבר מחיקת המניות מן הרישום למסחר, כדי לאפשר לו למצוא קונה ל"שלד הבורסאי" של החברה. המפרק הטעים כי מהלך זה נועד כמובן לסייע לנושי החברה ולבעלי מניותיה (להלן יחד: בעלי התביעות כנגד החברה).⁴¹ בפרשת אדאקום טכנולוגיות בע"מ,⁴² גם לאחר שבית המשפט של חדלות פירעון העניק למפרק כמה ארכות לצורך מיצוי המהלך של מכירת ה"שלד הבורסאי" של החברה, לא נסתייע הדבר. למרות זאת, משעמדה הבורסה לבצע את החלטתה בדבר מחיקה של מניות החברה, פנה המפרק אל בית המשפט של חדלות פירעון בבקשה לעכב את מחיקת המניות מן הרישום למסחר – ואף הפעם קיבל ארכה של יותר מחמישה חודשים.⁴³ בפרשת ארט אין טכנולוגית אינטרנט בע"מ נדחתה בקשת החברה לאחר שבית המשפט המחוזי קבע, בין היתר, כי החלטת הבורסה הייתה סבירה ומתחייבת מתקנון הבורסה. עוד נדחתה הטענה כי בית המשפט המחוזי מוסמך מכוח סעיף 108 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984⁴⁴ להאריך את המועדים הרלוונטיים.⁴⁵ בפרשת תעשיות

40 לעיל ה"ש 24.

41 בפרשת אדאקום טכנולוגיות בע"מ, למשל, על-פי הערכת המפרק, מכירת ה"שלד הבורסאי" צפויה הייתה להניב לבעלי התביעות נגד החברה סכום שבין 0.8 ל-1 מיליון דולר. ראו פרשת אדאקום טכנולוגיות בע"מ, לעיל ה"ש 39, בפס' 3(א) להחלטה. המפרק למד זאת, ככל הנראה, מהצעה קונקרטית שקיבל לרכישת ה"שלד הבורסאי" מצד שלישי, שהייתה אמורה להניב לבעלי התביעות נגד החברה סך של כ-812 אלף דולר. עסקה זו לא יצאה אל הפועל בסופו של דבר מכיוון שהרשות לניירות ערך התנתה את הסכמתה לעסקה בהכנה ובמסירה של דו"חותיה הכספיים של החברה לשנים 1994-1997. עמידה בדרישה זו הצריכה השקעה כספית שהמזיע סירב ליטול על עצמו. המזיע נסוג מהצעתו ואף קיבל חזרה פיקדון בסך 100 אלף דולר שהפקיד בידי המפרק. ראו שם, בפס' 2(ו)-2(י) להחלטה.

42 שם.

43 לדוגמאות נוספות מן הדין הישראלי ראו לעיל ה"ש 14. לדוגמה מן המשפט האמריקני ראו SEC v. First Financial Group, 645 F.2d 429 (5th Cir. 1981).

44 ס"ח 198.

45 הקלות דומות לחברות בהליך קולקטיבי ניתנו גם בקנדה בפרשת *United Keno Hill Mines Ltd.* Toronto Stock Exchange Inc. v. United Keno Hill Mines Ltd. [2000] 19 C.B.R. (4th) 299. בפרשה זו פנתה דווקא הרשות השלטונית המגורית – Toronto Stock Exchange, Inc. (הפועלת מכוח Toronto Stock Exchange Act וואכפת את הוראות ה- Securities Act) – לבית המשפט של חדלות פירעון שפיקח על הליך לפי CCAA של חברה לכריית פחם הנסחרת בבורסה. הרשות השלטונית ביקשה להחריג מצו הפסקת ההליכים שניתן בעניינה של החברה הליך שימוע

אלקטרוכימיות בע"מ⁴⁶ הוציא המשרד לאיכות הסביבה צו לפינוי רעלים לחברה בהליך קולקטיבי – תחילה בהקפאת הליכים ולאחר מכן בפירוק זמני ובפירוק – שבגדרו הורה לה, מכוח סמכותו על-פי סעיף 16א לחוק החומרים המסוכנים, התשנ"ג-1993,⁴⁷ לפנות מתחומי מפעלה שבעכו חומרים רעילים (EDC, VCM ופרוקסידים אורגניים) ששימשו את החברה בתהליך של הפקת PVC (חומר גלם בתעשיית הפלסטיקה).⁴⁸ במסגרת הליך הפירוק הזמני עתרו המנהלים המיוחדים לבית המשפט המחוזי בחיפה, שפיקח על ההליך הקולקטיבי שבו הייתה החברה נתונה, וביקשו להורות "כי האחריות לטיפול בסילוק המטרדים האקולוגיים המצויים במפעל החברה, לרבות נשוא צו פינוי הרעלים, תוטל על המשרד לאיכות הסביבה ועליו לשאת במלוא עלויות הטיפול".⁴⁹ בקשתם נדחתה.⁵⁰

פרשת *NextWave*⁵¹ העלתה במשפט האמריקני, בדגם ההתרחשות של אכיפה מנהלית, שאלה שעניינה מתן הקלה שלטונית בתחום התקשורת. מכוח חוק Federal Communications Act, 1934) העניקה רשות התקשורת האמריקנית – Federal Communications Commission (להלן: FCC) – רישיונות ספקטרום לעסקים קטנים המציעים לרכוש את הרישיון במכרז. תכלית ההסדר הוגדרה כקידום של התחרות והיעילות הכלכלית.⁵² כדי לאפשר גם לגופים קטנים להשתתף התיירה FCC לרוכשי

שביקשה לקיים לחברה, זאת טרם קבלת ההחלטה אם להשעות את מניות החברה מן המסחר בבורסה. בקשת הרשות השלטונית המגזרית נדחתה. לפרשה קנדית נוספת, שתוצאתה הייתה דומה, ראו *Re Versatech Group, Inc.*, [2000] O.J. No. 3785.

46 לעיל ה"ש 15.

47 ס"ח 28.

48 המשרד לאיכות הסביבה אף הורה לחברה כי דרך הפינוי הנכונה היא סילוק החומרים משטח המפעל ולא פינויים בדרך של ייצור. תחילה נפתח בעניינה של החברה הליך הקפאת הליכים, אך זה נכשל, בין היתר, נוכח עמדתו של המשרד לאיכות הסביבה שלפיה המשך הפעלתו של המפעל כרוך בסכנות לסביבה. ראו בש"א (מחוזי חי') 6177/05 קיבוץ עין המפרץ נ' תעשיות אלקטרוכימיות (1952) בע"מ (בפירוק) (פורסם בנבו, 25.7.2005).

49 שם.

50 ראו בש"א (מחוזי חי') 11288/04 תעשיות אלקטרוכימיות (1982) בע"מ נ' בנק לאומי לישראל (פורסם בנבו, 21.7.2004) ("אני מוכנה לקבל את עמדת המדינה שלא לתת כנגדה צווים לביצוע פעולות כלשהן, וכל שאני עושה במסגרת החלטה זו של ביהמ"ש של הפירוק, היא לאפשר לממונה לדאוג לסילוק החומרים המסוכנים ולבצע את המוטל עליו לפי החוק, כאשר הפינוי יהיה לפי שיקול דעתו המלא, והוא אינו צריך או נדרש לבקש הוראות מביהמ"ש על הפינוי").

51 ראו *Federal Communications Commission v. NextWave Personal Communications, Inc.*, 537 U.S. 293 (2003).

52 מדובר בחידוש מהותי במשפט האמריקני, משום שבמשך שנים רבות היו בארצות-הברית ויכוחים על האופן שבו הוקצו רישיונות כאלו. תחילה היו עושים זאת על-ידי עריכת שימועים לכל אחד מן המציעים; בהמשך הורה הקונגרס לעשות הגרלות של ממש; בסופו של דבר הוחלט על שיטת מכרז.

הרישיונות לשלם בתשלומים את תמורת הרישיון. חברת NextWave השיגה כך רישיון למתן שירותי פס רחב (שירותי סלולר) ללקוחות פרטיים⁵³ ושילמה מקדמה על הרישיון שקיבלה. בחוזה שנכרת בין NextWave לבין ה-FCC הוסכם כי תוקף הרישיון יהא מותנה בתשלום תמורתו וכי אי-תשלום התמורה יוביל לביטול הרישיון. חברת NextWave אף שעבדה את זכויותיה מכוח הרישיון לטובת ה-FCC.

חברת NextWave לא הצליחה לעמוד בלוח התשלומים שנקבע לה. על רקע זה קבעה ה-FCC לחברת NextWave ולעוד חברות כמותה, שהתקשו בעמידה בתשלום דמי הרישיון, מועד אחרון לבחור במסלול תשלומים שונה – 8.6.1998 ומועד אחרון לחדש את התשלומים עבור הרישיון – 29.10.1998. ברם, כעבור זמן מה, בתאריך 8.6.1998, כדי להימנע מתשלום דמי הרישיון הגבוהים שהחברה הייתה חייבת בהם, הכניסה עצמה חברת NextWave להליך של חדלות פירעון (Chapter 11) וביקשה הגנה מפני נושיה; בעקבות זאת אף הפסיקה לפרוע את חובותיה לנושיה ו-FCC בכללם.⁵⁴ ה-FCC, שהתנגדה לתוכנית הארגון-מחדש שהציעה NextWave לנושיה, הודיעה כי הרישיון שקיבלה NextWave התבטל אוטומטית ברגע שחברת NextWave לא עמדה בתשלומים עבורו וביקשה להעמיד רישיון זה למכרז חדש. ניסיונה של חברת NextWave להביא לביטול החלטה זו לא צלח אף הוא.⁵⁵ לאחר שסורבה בקשה של NextWave מ-FCC כי תעין

הרעיון היה שמדובר בשיטה שוויונית, חוסכת זמן ועלויות (כולל עיכובים בירוקרטיים), שתשיא את שווי הרישיונות; אבל כדי למנוע ריכוז של כל הרישיונות בידי מעטים הוסמכה ה-FCC לאפשר את התשלום תמורת הרישיונות בדרכים שונות ולא דווקא במומן. ראו גם John A. Rogovin & Rodger D. Citron, *Lessons From the NextWave Saga: The Federal Communications Commission, The Courts, and the Use of Market Forms to Perform Public Functions*, 57 ADMIN. L. REV. 687, 691-696 (2005).

53 מדובר בשני סוגי רישיונות, האחד בסכום כולל של 4.74 מיליארד דולר והאחר בסכום של 123 מיליון דולר.

54 ראו פרשת *NextWave*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 837. לפירוט של השתלשלות הפרשה ראו גם William J. Perlstein & Kenneth A. Bamberger, *At the Intersection of Regulation and Bankruptcy: Pardo v. Nex Wave*, 59 BUS. LAW. 1 (2003-2004), לעיל ה"ש 17, בעמ' 951-955. ניסיונה של חברת NextWave לטעון כי החלטת FCC כפופה לתחולת הצו להקפאת ההליכים (ה-*automatic stay*) נדחה. ראו *In re NextWave Personal Communications, Inc.*, 235 B.R. 277 (Bankr. S.D.N.Y. 1999), *aff'd* 241 B.R. 311 (S.D.N.Y. 1999); *FCC v. NextWave Personal Communications, Inc. (In re Next Wave Personal Communications, Inc.)*, 200 F.3d 43, 54-56 (2nd Cir. 1999). ליתר דיוק, חברת NextWave ניסתה להימנע מתשלום סכום של 4.7 מיליארד דולר בטענה שמדובר ב-*fraudulent conveyance*, כלומר: הענקה אסורה. לנוסח החוק שמכוחו הוצא צו הפסקת ההליכים ראו לעיל ה"ש 16.

55 ראו *In re NextWave Personal Communications, Inc.*, 244 B.R. 253, 266-268 (Bankr. S.D.N.Y. 2000); *In re FCC*, 217 F.3d 125, 141 (2nd Cir. 2000).

מחדש בהחלטתה, פנתה NextWave בעתירה מנהלית והביאה לביטול ההחלטה של ה-FCC.⁵⁶

במשפט המשווה אפשר למצוא דוגמאות נוספות להקלות שלטוניות בדגם התרחשות זה – בתחום הפיקוח על הבנקאות,⁵⁷ בתחום ההגנה על יחסי עבודה,⁵⁸ בתחום הפיקוח על התחבורה⁵⁹ ועוד.⁶⁰

2. אכיפה מנהלית ביוזמה של בעל התפקיד

בדגם זה של התרחשות בעל התפקיד פונה מיוזמתו ומבקש הקלה שלטונית כדי לקדם את מטרת ההליך הקולקטיבי המתנהל בעניינו של החייב – פירוק, שיקום או פשיטת רגל לחייב יחיד.

בפרשת פרו-לייזר⁶¹ נדונה בקשה להקלה שלטונית לפי החוק לעידוד מחקר ופיתוח בתעשייה. מכוחו של חוק זה הוקם המנהל למחקר ופיתוח תעשייתי, שבראשו עומד המדען הראשי, המעניק ליזמים תמיכה כספית בתמורה לתמלוגים (בשיעור 3.5%) מכל הכנסה הנובעת מן המוצר שהיזום מפתח.⁶² חברת פרו-לייזר בע"מ, שעסקה בפיתוח ובמחקר של מערכות אוטומציה לייצור והשלמה של הרכבת משקפי ראייה, קיבלה מהמדען הראשי מענק של כ-864 אלף דולר, נקלעה לקשיים ונכנסה להליכי פירוק. המנהל המיוחד שמונה לחברה הצביע על קונה – Wecco Briot International – שביקשה לרכוש את קניינה הרוחני של פרו-לייזר תמורת 320 אלף אירו בתוספת מע"מ. על-פי

56 חברת NextWave פנתה לבית המשפט לערעורים של מחוז קולומביה וזה קבע כי החלטת FCC מנוגדת לס' 525(a) ל-Bankruptcy Code, 1978, שיידון להלן. ראו NextWave Personal Communications, Inc. v. FCC, 254 F.3d 130 (D.C. Cir. 2001). ערעורה של FCC לבית המשפט העליון האמריקני נדחה. ראו עניין NextWave, לעיל ה"ש 51. בסיכומו של יום נמשכה ההתדיינות חמש שנים, שבהן התקבלו כשבע החלטות שיפוטיות שונות, לרבות חמש החלטות ופסקי דין של בתי משפט פדרליים.

57 ראו Board of Governors of the Federal Reserve System v. MCorp Financial, Inc., 502 U.S. 32 (1991).

58 ראו National Labor Relations Board v. P*I*E Nationwide, Inc., 923 F.2d 506 (7th Cir. 1991); National Labor Relations Board v. Superior Forwarding, Inc., 762 F.2d 695 (8th Cir. 1985); Brock v. Rusco Industries, 842 F.2d 270 (11th Cir. 1988). ראו והשוו גם לפרשה קנדית: Re Hawkair Aviation Services Ltd., [2006] 22 C.B.R. (5th) 11. ראו והשוו גם לפרשה אנגלית: Carr v. British International Helicopters Ltd., [1994] ICR 18.

59 ראו פסק הדין האנגלי, Winsor v. Bloom, [2002] 3 All E.R. 140.

60 ראו, למשל, פסקי הדין האנגליים Air In re Paramount Airways Ltd., [1990] 2 All E.R. 493; Ecosse Ltd. v. Civil Aviation Authority, [1987] 3 BCC 492.

61 לעיל ה"ש 33.

62 למטרות החוק ראו ס' 1 לחוק לעידוד מחקר ופיתוח בתעשייה, התשמ"ד-1984, ס"ח 100.

הוראות החוק לעידוד מחקר ופיתוח בתעשייה, מכירה זו הצריכה את אישור המדען הראשי. סעיף 19 לחוק לעידוד מחקר ופיתוח בתעשייה אפשר לוועדת המחקר של המנהל למחקר ופיתוח תעשייתי לאשר העברת ידע לאחר בתנאי שתמשיך לחול חובת תשלום התמלוגים. הקונה והמנהל המיוחד של פרו-לייזר בע"מ התייצבו אפוא לפני ועדת המחקר אך זו סירבה לוותר על תשלום התמלוגים.⁶³

או אז הגיש המנהל המיוחד של פרו-לייזר בע"מ לבית המשפט המחוזי בקשה לאשר את מכר הקניין הרוחני של פרו-לייזר לקונה, תוך ויתור על החיוב בתשלום תמלוגים. המנהל המיוחד מסר לבית המשפט כי אין הצעות נוספות לרכישת הקניין הרוחני וכי קופת הפירוק ריקה. עוד הטעים המנהל המיוחד כי אם לא יאושר המכר, לא ישולם דיבידנד לנושים.

לאחר שפירש את הוראות החוק לעידוד מחקר ופיתוח בתעשייה קבע בית המשפט המחוזי כי בנסיבות העניין, המדען הראשי וועדת המחקר רשאים לעמוד על חיוב הקונה בתשלום התמלוגים כתנאי לאישור מכר הקניין הרוחני, ועל כן אין לאשר את המכר כפי שביקש המנהל המיוחד. בית המשפט המחוזי הבהיר כי הגיע למסקנה זו על יסוד שיקולי מדיניות הנוגעים לחוק לעידוד מחקר ופיתוח בתעשייה כגון החשש מפגיעה בתמיכות עתידיות של המדינה ביוזמים; וכן על יסוד החשש שבעלי מניות של חברות שקיבלו תמיכה לפי החוק לעידוד מחקר ופיתוח בתעשייה יוכלו להיפטר מהחובה לשלם תמלוגים על-ידי מכירת החברה במסגרת הליך של חדלות פירעון. עם זאת, הוסיף בית המשפט וקבע:⁶⁴

אין מחלוקת כי ועדת המחקר מכוח סמכותה בסעיף 47 לחוק, רשאית למחוק חלק מהחוב. על כן מוצע; כי ועדת המחקר והמציעה ישובו וינהלו משא ומתן באשר לשיעור התמלוגים. הסכמה בין הצדדים, מחד גיסא לא תפגע במטרת [החוק לעידוד מחקר ופיתוח בתעשייה], באשר שיקול הדעת נתון לוועדת המחקר וכל מקרה ומקרה ידון לגופו, ומאידך גיסא לא יגרום נזק כבד מנשוא לנושי החברה.

בפרשת עיזבון המנוח עזרא הראל ז"ל⁶⁵ נתבקשה הרשות לניירות ערך למסור למפרק חברה, שקרסה בהותירה חובות העולים על מאה מיליון ש"ח, את "כל החומר והמסמכים אשר התקבלו אצלה [...] וכן כל חומר חקירה, לרבות תמלילי חקירות או תשאלים, אשר

63 ס' 47 לחוק לעידוד מחקר ופיתוח בתעשייה קובע כי כל הטבה שקיבלה חברה לפי החוק הנ"ל תיהפך לחוב ברתביעה בפירוק וכי אין בהוראת סעיף זה כדי לגרוע מזכות המדינה לקבל תמלוגים מכל הכנסה המתקבלת לאחר הכניסה להליך הקולקטיבי.

64 פרשת פרו-לייזר, לעיל ה"ש 33, בפס' 29 להחלטה.

65 פש"ר (מחוזי ת"א) 1630/02 כונס הנכסים הרשמי נ' עזבון הראל (פורסם בנבו, 26.10.2004).

בוצעו על-ידי הרשות בקשר לחברה⁶⁶ – זאת לצורך בדיקה שקיים המפרק בדבר נסיבות קריסתה של החברה. בקשת המפרק התייחסה לחומר חקירה שנאסף על-ידי הרשות לניירות ערך בגררי חקירה עצמאית שביצעה, סמויה וגלויה, בעניינה של החברה. סעיף 288 לפקודת החברות, שכותרתו "סמכות לחקור חשודים בהחזקת נכסי החברה", קובע כי בית המשפט רשאי, במסגרת הליך פירוק, להזמין "כל אדם [...] [ה]יכול, לדעת בית המשפט, למסור מידע בדבר ייזום החברה, ייסודה, מסחרה, עסקיה או נכסיה";⁶⁷ וכן "לדרוש מאדם שהוזמן לפי סעיף זה להגיש לו פנקסים שברשותו או בשליטתו בנוגע לחברה".⁶⁸ על יסוד הוראת חוק זו קבע בית המשפט המחוזי כי נתונה בידיו הסמכות לחייב את הרשות לניירות ערך למסור למפרק את חומר החקירה שנתבקש;⁶⁹ בכפוף לטענות חיסיון שטרם נתבררו הורה בית המשפט המחוזי לרשות לניירות ערך למסור למפרק את ההודעות שגבתה ואת המסמכים שתפסה.⁷⁰

בפרשת אוזון⁷¹ ביקש בעל השליטה בחברה בכינוס נכסים כי בדיון בבקשת כונס הנכסים לחייבו להשיב לקופת החברה כמיליון דולר, תוזמן להעיד גם מנהלת מחלקת החקירות ברשות לניירות ערך. בקשה זו נדחתה על-ידי בית המשפט המחוזי, שהבהיר כי היא "מנוגדת לדיון ולפסיקה [...] אף הטעם הענייני מאחורי חקירה שכזו הינו מועט ותמוה [...]".⁷²

במשפט המשווה אפשר למצוא דוגמאות לדגם התרחשות זה, למשל בהקשר של הגנת הסביבה.⁷³

66 ראו שם, בפס' 1 להחלטה.

67 ראו ס' 288(א) לפקודת החברות.

68 ראו ס' 288(ב) לפקודת החברות.

69 ראו פרשת עזבון הראל, לעיל ה"ש 65, בפס' 4 להחלטת השופטת דניאל קרת-מאיר.

70 שם, בפס' 6 להחלטה.

71 פש"ר (מחוזי ת"א) 2136/02 עו"ד צוריאל לביא בתפקידו ככונס הנכסים של חברת נגה השקעות בטכנולוגיות בע"מ נ' אוזון (פורסם בנבו, 26.10.2005).

72 שם.

73 ראו Midlantic National Bank v. New Jersey Department of Environmental Protection, 474 U.S. 494 (1986); לדוגמאות נוספות להקלות שלטוניות בתחום הגנת הסביבה ראו לעיל, ה"ש 15. כן ראו *In re Commonwealth Oil Refining Co., Inc.*, 805 F.2d 1175 (5th Cir. 1986), cert. denied, 483 U.S. 1005 (1987); CHARLES J. TABB, *THE LAW OF BANKRUPTCY*, 175-177 (1997); Hillinger & Hillinger, לעיל ה"ש 31; Hill, לעיל ה"ש 8, בעמ' 254 ואילך. ראו גם Adam M. Back, *Crossroads: The Collision of Bankruptcy's Automatic Stay and Environmental Law's Injunctive Relief*, 20 J. NAT. RESOURCES & ENVTL. L. 103 (2005-2006).

3. גביית כספים

בדגם זה של התרחשות הרשות השלטונית המגזרית פועלת כדי לגבות כספים המגיעים לה והחייב מבקש הקלה שלטונית על דרך הפסקה של הליך הגבייה. הרשות השלטונית המגזרית עשויה לעשות בהקשר זה שימוש בסמכויות שלטוניות שהוקנו לה. עם זאת, לעתים הרשות השלטונית המגזרית עשויה גם להיזקק להליכי גבייה "רגילים", כלומר: מן הסוג שגם גוף פרטי עשוי לעשות בהם שימוש, כגון הליך הוצאה לפועל. גם במקרה כזה פעילותה של הרשות השלטונית המגזרית מתייחדת – בהשוואה לכל פעילות גביית כספים פרטית אחרת – בכך שפעילותה של הרשות נועדה בסופו של יום לקדם אינטרס ציבורי ואת הגדלת הקופה הציבורית.

בפרשת מפרק ח.א. מזון בע"מ (בפירוק)⁷⁴ שילמו שתי חברות שנקלעו לקשיים כלכליים שני תשלומים של מס ערך מוסף לרשויות המס – האחד בסכום של כ-600 אלף ש"ח והאחר בסכום של כמיליון ו-784 אלף ש"ח – בעקבות שתי עסקאות שביצעו למכירת סניפיהן. ברם, תשלומי מס ערך מוסף אלו בוצעו לאחר שהוגשו בקשות לפירוק החברות. על רקע זה טען המפרק שמונה כי על רשויות המס להשיב לידי קופת הפירוק את סכומי מס ערך מוסף ששולמו. המפרק, שפנה לשם כך בבקשה למתן הוראות לבית המשפט המחוזי שפיקח על הליך הפירוק, טען כי מדובר בנכסים של החברות שהועברו בניגוד לסעיף 268 לפקודת החברות. בפרשה זו אמנם קבע בית המשפט העליון, בדעת רוב, כי המפרק לא עמד בנטל לשכנע כי הכספים ששולמו בגין מס ערך מוסף אמנם שולמו על-ידי החברה ולא על-ידי צד שלישי ולכן יש לדחות את ערעורו על דחיית בקשתו; אך השופט אשר גרוניס, בדעת יחיד, סבר כי הכספים שהועברו לרשויות המס אמנם היו נכס של החברה והעברתם היוותה "עסקה" בנכסי החברה במובן של סעיף 268 לפקודת החברות. על יסוד הנחות אלו המשיך השופט גרוניס לדון בשאלה אם על בית המשפט המחוזי לאשר בדיעבד את העברת הכספים – מכוח הסמכות שהוקנתה לו בסעיף 268 סיפא לפקודת החברות (להורות "הוראה אחרת"). את תשובתו החיובית ביסס השופט גרוניס בעיקר על החשש מכך שהימנעות ממתן אישור בדיעבד להעברת הכספים לרשויות המס פירושה יהא מתן פטור בעתיד לחברות במצב דומה מתשלום מס ערך מוסף ואולי אף מדיווח לרשויות המס; זאת לתקופה שמיום הגשתה של בקשת הפירוק ועד יום מתן צו הפירוק, העשויה להימשך אף חודשים מספר.⁷⁵ אף שלא כינה אותה כך (וגם לא בחן אותה במסגרת העבודה שתוצג ברשימה הנוכחית), סבר השופט גרוניס כי אין הצדקה למתן הקלה שלטונית זו.

74 ע"א 4351/01 מפרקן של ח.א. מזון בע"מ נ' מדינת ישראל, אגף המכס והמע"מ, פ"ד ס(1) 467 (2005).

75 שם, בפס' 21 לפסק דינו של השופט גרוניס.

4. מניעת אישור

בדגם זה של התרחשות הרשות השלטונית מסרבת להפעיל את סמכויותיה ולהעניק אישור שהחייב מבקש כי תיתן. לעתים קרובות הרשות השלטונית עושה כן כדי להפעיל לחץ על החייב לשלם חוב המגיע לה.

כך, למשל, בפרשת אפקון תעשיות בע"מ⁷⁶ ביקשה חברה שהייתה נתונה בהקפאת הליכים מעיריית אשדוד כי תספק אישורים שיאפשרו רישום של מקרקעין מסוימים על שם החברה, כדי שתוכל למכור את המקרקעין לצד שלישי.⁷⁷ עיריית אשדוד, שלא הגישה תביעת חוב לנאמן שמונה ואף לא עשתה שימוש באמצעי האכיפה המוקנים לה בפקודת המסים (גבייה), התנתה את מתן האישורים בתשלום היטלי השבחה, מסים עירוניים, אגרות ביוב ותיעול וכיוצא באלו תשלומי חובה שהחברה הייתה חייבת לה. העירייה תמכה יתדותיה בהקשר זה בסעיף 324 לפקודת העירונית [נוסח חדש],⁷⁸ ברם בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו קיבל את בקשת החברה והורה לעיריית אשדוד לספק את האישורים המתאימים. בהחליטו כך התבסס בית המשפט המחוזי על פסק הדין בבג"ץ קהילת ציון אמריקאית (בפירוק),⁷⁹ שבו נקבע כי חוב בגין היטל השבחה הוא

76 פש"ר 1765/02 (מחוזי ת"א) נאמן ומנהל מיוחד של חברת פויכטוונגר השקעות 1984 בע"מ נ' אפקון תעשיות בע"מ (פורסם בנוב, 16.5.2004). לדוגמה מהמשפט האמריקני ראו *In re Hoffman*, 65 B.R. 985 (D. R.I. 1986).

77 בקשה דומה הופנתה לרשויות מיסוי מקרקעין, שסירבו אף הן למתן האישורים כל עוד לא הוסדרו חובות החברה אליהן. רשויות מיסוי מקרקעין תמכו יתדותיהן בס' 16 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), התשכ"ג-1963, ס"ח 156.

78 ג"ח 197, שכותרתו "העברת מקרקעין טעונה תעודה על תשלום חובות לעירייה", קובע כי "לא תירשם בפנקסי המקרקעין כל העברה של נכס, אלא אם הוצגה לפני הרשם, או לפני עוזר הרשם, תעודה חתומה בידי ראש העירייה, המעידה שכל החובות המגיעים לעירייה מאת בעל הנכס ביחס לאותו נכס עד ליום מתן התעודה והנובעים מהוראות הפקודה או מדין אחר – סולקו במלואם או שאין חובות כאלה". סעיף דומה הוא ס' 10(א) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ס"ח 467. הסעיף, שכותרתו "הבטחת אכיפה של תשלום ההיטל", קובע כי "לא תירשם בפנקסי המקרקעין פעולה שהיא בבחינת מימוש זכויות במקרקעין, אלא לאחר שהוצגה בפני הרשם תעודה חתומה ביד יושב ראש הועדה המקומית או ביד מי שהסמיכו לכך, המעידה כי שולמו כל הסכומים המגיעים אותה שעה כהיטל החל על המקרקעין [...]".

79 בג"ץ 199/88 קהילת ציון אמריקאית (בפירוק) נ' יו"ר הוועדה לתכנון ולבניה, קרית אתא, פ"ד מג(1) 89 (1989). באותה פרשה היו לעותרת שלוש חלקות קרקע בקרית-אתא. העותרת נכנסה להליכי פירוק בשנת 1983. אושר לה למכור את החלקות בדרך של מכרז. בשנת 1987 הודיעה העירייה למפרק כי יש חוב בגין היטל השבחה. המפרק דרש מן העירייה תעודות (לפי ס' 10(א) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה) המעידות כי אין לעירייה התנגדות שתירשמה פעולות בפנקסי המקרקעין ביחס לחלקות. העירייה התנתה את מתן התעודות הנדרשות בפירעון מלוא חוב

חוב ברתביעה בפירוק (משום שהחוב בהיטל ההשבחה נוצר במועד הכניסה של תכנית המתאר לתוקפה, כלומר: לפני שניתן צו הפירוק), שהוא במעמד של חוב בלתי-מובטח; נקבע כי כדי למנוע פגיעה בעקרון השוויון בין הנושים, העירייה אינה רשאית להתנות את מתן האישורים הנדרשים בפירעונו.⁸⁰

גישה מנוגדת לזו שאימץ בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (גם בפרשות נוספות⁸¹) אומצה על-ידי בית המשפט המחוזי בחיפה. בפרשת רו"ח מייזלס⁸² ביקשה החברה הקבלנית בלוס ג'ד, שעסקה במיזם בנייה כרמיאל, הקלה תכנונית על דרך היתר לבניית תוספת של שמונה יחידות דיור. הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה כרמיאל אישרה את מתן ההקלה אך התנתה זאת, בין היתר, בתשלום של היטל השבחה. החברה חלקה על גובה החוב ובין הצדדים התנהלו מגעים לקראת פשרה. ביני לביני נכנסה החברה להקפאת הליכים ומונה לה מנהל מיוחד בעל סמכויות של כונס נכסים קבוע. או אז הוציאה הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה כרמיאל צווי הפסקה מנהליים נגד המשך ביצוען של עבודות הבנייה במיזם, לכאורה מן הטעם שהחברה עסקה בבניית שמונה יחידות הדיור ללא היתר בנייה. המנהל המיוחד, שפנה לבית המשפט המחוזי שפיקח על הקפאת ההליכים, טען כי לאמיתו של דבר צווי הפסקה המנהליים הוצאו כדי להפעיל עליו לחץ לפרוע את החוב בגין היטל ההשבחה. המנהל המיוחד ביקש אפוא כי בית המשפט המחוזי יקבע כי חוב היטל ההשבחה הוא חוב רגיל, שניתן לפרועו רק על-פי סדרי הנשייה הרגילים. בית המשפט נדרש לשאלה אם חוב היטל ההשבחה צריך להיות משולם מקופתו של המנהל המיוחד לפני תשלום כספים לנושים האחרים, מובטחים או רגילים. באבחנו את פסק הדין בבג"ץ קהילת ציון אמריקאית (בפירוק), קבע בית המשפט בפרשת רו"ח מייזלס⁸³ כי הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה רשאית הייתה להתנות את מתן היתר הבנייה בפירעון החוב בגין היטל השבחה, מכיוון שתשלום של היטל ההשבחה היה מלכתחילה תנאי מקדים למתן היתר הבנייה. המנהל המיוחד חויב אפוא בתשלום היטל ההשבחה במסגרת הוצאות הניהול המיוחד.⁸⁴

החברה אליה. בית המשפט הגבוה לצדק קיבל את העתירה והורה לעירייה לספק את התעודות הנדרשות.

80 ראו והשוו גם רע"א 7037/00 עיריית ראשון לציון נ' וינבוים, פ"ד נו(4) 856 (2002).

81 ראו פש"ר (מחוזי ת"א) 1717/05 כונס הנכסים של חברת עופר אחזקות והשקעות (1994) בע"מ נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו, 21.11.2007).

82 בש"א (מחוזי חי') 8412/04 מייזלס נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה כרמיאל (פורסם בנבו, 1.7.2004).

83 ש.מ.

84 לדוגמה, בהקשר למניעת אישור עקב אי-תשלום של היטל השבחה בהליך כינוס נכסים לפי חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, ס"ח 116, ראו בש"א (מחוזי חי') 12622/07 ליר גידור ופיתוח בע"מ (בפירוק) נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה שומרון (פורסם בנבו, 21.1.2008) והשוו לבש"א

5. הליכים פליימים

הקלה שלטונית נוספת עשויה להתבקש כאשר כנגד חייב הנתון בהליכי חדלות פירעון נפתח קודם לכן, או באותה עת, הליך פליימי.⁸⁵ מנקודת מבטם של דיני חדלות הפירעון – המשקפים כאמור בעצמם מהלך של רגולציה – ההליך הפליימי מבקש להשלים מהלך רגולטיבי מתנגש. אכן, המשפט הפליימי אינו אלא חלק מהפיקוח הציבורי על פעילות פרטית שהמדינה מקיימת. במקרה זה, הרגולציה של המשפט הפליימי היא על מגוון התנהגויות אנושיות שהמדינה מבקשת למנוע: רצח, אונס, שוד, גנבה, העלמת מס וכיוצא באלה.⁸⁶ ההליך הפליימי הוא אפוא חלק מרגולציה זו, באשר הוא מבקש לאכוף את נורמות ההתנהגות שקבעה המדינה.⁸⁷ בהקשר זה הרגולטור הוא היועץ המשפטי לממשלה, המחליט אם להגיש כתבי אישום. ברם, משימת הרגולציה שהיועץ המשפטי לממשלה מבקש לבצע עלולה לפגוע במשימות שהגדירה לעצמה המדינה בגדר הפיקוח על חדלות הפירעון של החייב.

(מחוזי ת"א) 18370/05 עיריית רעננה נ' כונס הנכסים על גוש 7656 חלקה 266 (פורסם בנבו, 4.9.2006).

85 ראו, למשל, העובדות שנדונו בפרשת תורג'מן, לעיל ה"ש 37; ת"פ (מחוזי ב"ש) 381/89 מדינת ישראל נ' מפעלי פיתוח והספקה בע"מ (פורסם בנבו, 31.12.1990); עמ"ק (שלום ראש"צ) 7655/03 עיריית ראשון לציון נ' אייטרייכר (פורסם בנבו, 28.6.04); בש"א (מחוזי חי') 8223/05 מפרקת פריצקר יזמות בע"מ (בפירוק) נ' פריצקר יזמות בע"מ – שותפות (פורסם בנבו, 21.9.2005). לדוגמאות מן המשפט האמריקני ראו TABB, לעיל ה"ש 73, בעמ' 174-172. לדוגמה מקנדה ראו R. v. Fitzgibbon, [1990] 1 S.C.R. 1005 (S.C.C.).

86 האמת היא שהקלה שלטונית כזו בדרך כלל תתבקש על דרך עיכוב של הליך פליימי שנפתח נגד החייב מכוח חקיקה "מגורית", דוגמת פרק ד' לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ס"ח 128. ראו והשוו לפרשות "מגורית", דוגמת פרק ד' לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ס"ח 128. ראו נפתח כנגד חברה ב-Chapter 11 הליך פליימי בגין עברה על ניצול לרעה של כוח שוק; *In re Rhondda Waste Disposal Ltd.*, [2000] 3 W.L.R. 1304 (C.A.) (אנגליה), שבה נפתח כנגד חברה שהייתה נתונה בהליך קולקטיבי הליך פליימי בגין הפרה של תנאי רישיון לסילוק פסולת; *Milner Greenhouses Ltd., v. Saskatchewan* [2004] 50 C.B.R. (4th) 214 (קנדה), שבה הוגש נגד חברה שביצעה הובלה של מטען צמחים, שבמהלכה נפצע עובד, כתב אישום מכוח הוראות ה-*Saskatchewan Occupational Health and Safety Act, 1993*, הקובע הוראות להגנה על בטיחות עובדים. כתב האישום הוגש בעת שהחברה הייתה נתונה בהליך לפי CCAA. כן ראו *Re Oak Mines*, Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *Deterring Murder: A Reply*, 58 STAN. L. REV. 847, 849 (2005); John C.P. Goldberg, *Style and Skepticism in the Path of the Law*, 63 BROOK. L. REV. 225, 265-266 (1997).

87 ראו למשל Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *Deterring Murder: A Reply*, 58 STAN. L. REV. 847, 849 (2005); John C.P. Goldberg, *Style and Skepticism in the Path of the Law*, 63 BROOK. L. REV. 225, 265-266 (1997).

הקלה שלטונית בעניינים פליליים עשויה להתבקש, למשל, על דרך עיכוב של הליך פלילי המתנהל נגד חברה בע"מ שנקלעה להליך פירוק. כך אירע בפרשת תורג'מן,⁸⁸ שבה הוגש כתב אישום כנגד חברה העוסקת בעבודות בניין ונגד שני מנהליה, אברהם ומשה תורג'מן, בגין עברות על פקודת מס הכנסה⁸⁹ ובגין עברות על חוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975.⁹⁰ הנאשמים הורשעו בבית משפט השלום וזוכו מחלק מן העבירות בבית המשפט המחוזי. המדינה הגישה בקשת רשות ערעור על הזיכוי לבית המשפט העליון, אלא שאז הודיעה החברה כי נכנסה להליכי פירוק וביקשה כי ההליכים נגדה יעוכבו, בין היתר, מכוח סעיף 267 לפקודת החברות. סעיף זה, שכותרתו "צו פירוק מעכב הליכים", קובע כי "משניתן צו פירוק, או משנתמנה מפרק זמני, אין להמשיך או לפתוח בשום הליך נגד החברה אלא ברשות בית המשפט ובכפוף לתנאים שיקבע". בין היתר התעוררה השאלה אם סעיף 267 לפקודת החברות מביא לעיכובו של הליך פלילי נגד החברה או שמא כלל אין בהליך הפירוק כדי להשפיע על המשך ההליך הפלילי כנגד החברה. אכן, כפי שהוסבר, אפשר להצביע על נימוקים המצדיקים עיכוב הליכים פליליים, בעיקר לנוכח הפגיעה הצפויה מן ההליכים לנושאים.⁹¹

הקלה שלטונית אחרת נתבקשה בפרשת דור עדן חן בע"מ,⁹² שבה נתנה הערכאה המוסמכת, לבקשת המדינה, צו זמני לחילוט כספים של החברה לנוכח אישומים שהוגשו נגד בעליה, בני רביזדה, בגין עברות על חוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000.⁹³ מהלך החילוט מנע מנושי החברה להיפרע את החובות המגיעים לה, שכן משמעותו היא הקטנת המאסה של נכסי החברה. הנושאים פתחו בהליך לפירוק החברה והגישו לבית המשפט שפיקח על הפירוק בקשה למתן הוראות, שבגדרה עתרו כי יורה על צמצום של צו החילוט.

הקלה שלטונית בעניינים פליליים עשויה להתבקש, למשל, גם על דרך מתן פטור מהותי מנשיאה באחריות פלילית. טלו, למשל, את העברה של ניהול עסק ללא רישיון. תכופות, במצבים של קשיים פיננסיים, החייב או מנהליו מתקשים לעמוד בדרישות החוק שהן תנאי לניהול כל עסק – כגון השגת רישיון מן הרשות המקומית לניהול העסק – ואגב כך גם אישור מרשויות כגון מכבי האש. השאלה במקרה כזה היא אם החייב, או מי

88 לעיל ה"ש 37.

89 התשכ"א-1961, נ"ח 120.

90 ס"ח 791. עוד לעניין זה, ראו לעיל ה"ש 85. כתב האישום כלל עברות של הסתמכות על חשבונות פיקטיביות לצורך ניכוי מס תשומות.

91 ראו ציפורה כהן פירוק חברות 371 (2005).

92 ראו פש"ר (מחוזי ת"א) 2408/04 המנהל המיוחד של חברת דור עדן חן בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.1.2007).

93 ס"ח 293.

שביצע מטעמו עבירות על החוק, יופטר מאחריותו הפלילית בנסיבות שבהן בעת ביצוע העבירות הפליליות היה החייב נתון בהליך קולקטיבי.⁹⁴ הקלה שלטונית בעניינים פליליים עשויה להתבקש גם על דרך בקשה להשיב חפצים שנתפסו מכוח סעיף 32(א) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969,⁹⁵ בנסיבות שבהן התפיסה נעשתה בנימוק שיש יסוד סביר להניח כי ייעשה בחפצים שימוש לביצוע עברה פלילית.⁹⁶ לבסוף, הקלה שלטונית בעניינים פליליים עשויה להתבקש גם על דרך בקשה לוותר על פיצוי שנפסק נגד החייב במסגרת הליך פלילי.⁹⁷

ג. למי הסמכות: ניתוח פוזיטיבי

1. הבעיה

הדרישה למתן הקלה שלטונית, המועלית בעת שהחייב נתון בהליך של חדלות פירעון, מעוררת בעיה של סמכות, כלומר: בעיה הנוגעת לזהות הגוף השלטוני המוסמך לקבל החלטה על מתן ההקלה השלטונית.⁹⁸ בעיית הסמכות מתעוררת במשפט הישראלי בעיקר משני טעמים מצטברים. ראשית, מכיוון שהמחוקק נמנע בדרך כלל⁹⁹ מהתייחסות מפורשת למצב שבו מתבקשת הקלה שלטונית בעת שהחייב נתון בהליך של חדלות פירעון,¹⁰⁰ שנית, מכיוון שבתי המשפט של חדלות פירעון מורגלים, למרבה הצער,

94 ראו והשוו עובדות עפ"א (מחוזי ת"א) 80067/06 שביט נ' עיריית תל-אביב-יפו (פורסם בנבו, 27.3.2008).

95 נ"ח 284.

96 ראו והשוו עובדות בש"פ 342/06 חברת לרגו עבודות עפר בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.3.2006).

97 ראו, למשל, *In re Chateaugay Corporation*, 115 B.R. 28 (Bankr. S.D.N.Y. 1988).

98 בעיית הסמכות מתעוררת כשהרשות השלטונית המגורית – שאלמלא ההליך הקולקטיבי לא היו חולקין על סמכותה לדון במתן ההקלה השלטונית המתבקשת – מסרבת להעניק אותה. ראו, למשל, פרשת תורג'מן, לעיל ה"ש 37, בעמ' 814 (הגדרת השאלה כשאלת סמכותו של בית המשפט של פירוק להורות על עיכוב הליך פלילי נגד חברה בפירוק כשהתביעה בוחרת לנהל הליך כאמור).

99 חריג אפשר למצוא, כאמור, במקרה כמו זה של ס' 47(ב) לחוק ניירות ערך, שבעטיו באורח מעשי לא מתעוררת בעיית הסמכות. ראו לעיל ה"ש 24.

100 יש לשים לב כי לעתים מיטשטש קו הגבול בין בית המשפט של חדלות פירעון לבין הרשות השלטונית המגורית, הואיל והמחוקק קבע כי הרגולטור הרלוונטי הוא רשות שיפוטית כלשהי (למשל: בית המשפט המחוזי או בית הדין האזורי לעבודה). כך, למשל, התעוררה בפסיקה השאלה אם בית משפט של חדלות פירעון מוסמך להוציא צו האוסר על עובדי חברה להתחרות בה, כשהסמכות הייחודית בעניין צווים מסוג זה נתונה לבית הדין לעבודה. כידוע, אכיפה של הסכם

לפעול שלא על יסוד הסדר תחיקתי מגובש; הם אינם נרתעים – בשמשם ממילא פורום להתמודדות עם הבעיות המתעוררות במצב של חדלות פירעון של החייב – מהטיית אוזן לבקשות למתן הקלות שלטונית. החשיבות הרבה שיש לליבון של בעיית הסמכות מתבחרת משמאמצים את ההנחה שההכרעה באיזון האינטרסים היא ביסודו של דבר הכרעה ערכית מובהקת (בין האינטרס הציבורי לבין אינטרס החייב והקהילות התלויות בו). נמצא, כי נדרשת מסגרת עבודה מסודרת וקוהרנטית לפתרון של בעיית הסמכות, המתעוררת כשמתבקשת הקלה שלטונית בעת שהחייב נתון בהליך של חדלות פירעון.

בין היתר נדרש מענה לשאלה אם סעיפי ההסמכה הכלליים – דוגמת סעיפים 267 ו-268 לפקודת החברות¹⁰¹ – הם מסגרת נורמטיבית רלוונטית כשמתבקשת מבית המשפט של חדלות פירעון הקלה שלטונית, וכיצד יש לפרשם בהקשר זה. כזכור, סעיפי ההסמכה הכלליים הללו מעוררים אף הם שאלה של סמכות בית המשפט של חדלות פירעון לדון במתן הקלה שלטונית. כך אירע כאשר נתבקשה בפרשת תורג'מן הקלה שלטונית על דרך עיכוב של הליך פלילי שהתנהל כנגד חברה שנקלעה לפירוק, וזאת מכוח סעיף 267 לפקודת החברות, המורה על "עיכוב הליכים". כך אירע כשנתבקשה הקלה שלטונית על דרך מתן פטור מהעברה של תשלומי מס ערך מוסף בפרשת מפרק ח.א. מזון בע"מ (בפירוק).¹⁰² בפרשה אחרונה זו נאלץ בית המשפט לפרש את סעיף 268 לפקודת החברות הכוללני, הקובע כי "תחילת הפירוק מבטלת כל עסקה", כדי להכריע במתן ההקלה השלטונית.

חשוב להבהיר כי שאלת הסמכות אינה עוסקת בשאלת הערעור על החלטת הרשות השלטונית המגזרית. אכן, בפני החייב פתוחה תמיד הדרך לפעול במסלול "המנהלי" ולתקוף בהליך ערעורי מתאים את החלטת הרשות השלטונית המגזרית. ברם, ניסיון החיים מלמד כי חייבים אינם עושים כן – מן הסתם מכיוון שעל-פי כללי המשפט המנהלי, היקף ההתערבות בערעור בשיקול דעתה של הרשות השלטונית המגזרית הוא מצומצם יחסית – ומעדיפים דווקא לפנות לבית משפט של חדלות פירעון, המתבקש

עבודה נתונה לסמכותו הייחודית של בית הדין לעבודה. ס' 24(א)(א) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, ס"ח 70, קובע כי לבית הדין האזורי לעבודה סמכות ייחודית לדון בתביעה שעילתה בחוזה עבודה או לאחר שנסתיימו יחסים כאמור. עם זאת, ס' 24(א) לחוק בית הדין לעבודה קובע כי "האמור בסעיף קטן (א) אינו בא לגרוע מהוראת כל דין לענין השיפוט בהליכי פשיטת-רגל, פירוק חברה או פירוק אגודה שיתופית". ראו לעיל, הדיון בה"ש 19. פרשה זו יכולה הייתה להמחיש את טשטוש הגבולות בין בית משפט של חדלות פירעון לבין הרשות השלטונית המגזרית, אילו "הנפצע" מהתערבותו של בית המשפט של חדלות פירעון היה הציבור בכללותו ולא קבוצה מסוימת של פרטים.

101 כעולה מן התסריטים שתיארתי בפרק ב', סעיפים נוספים העלולים לעורר את בעיית הסמכות הם ס' 361 לפקודת החברות (ויתור על נכס מכביד), ס' 354 לפקודת החברות (עם ס' 324(א) לפקודת העיריות וס' 10(א) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה) וס' 288 לפקודת החברות.

102 לעיל ה"ש 74.

למעשה לדון מחדש במתן ההקלה השלטונית המבוקשת. שאלת הסמכות עניינה בזהות הגוף השלטוני המוסמך להכריע בנושא מלכתחילה.

2. ההסדר המשפטי

מבחינה כרונולוגית, לדיון בבעיית הסמכות בפסק הדין בפרשת תורג'מן קדם דיון קצר, שנערך בשנת 1989 בבג"ץ קהילת ציון אמריקאית (בפירוק).¹⁰³ בפרשה זו נדונו הפירוש לסעיף 10(א) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה וכן סמכותו של בית המשפט של חדלות פירעון להורות לרשות שלטונית, שהיא גם נושה, לספק את האישור הנדרש ממנה לצורך מכירת מקרקעין ולהימנע מלהתנות את מתן האישור בפירעון של מלוא החוב אליה. נקבע כי ההכרעה בין שתי מערכות הדינים המתנגשות – זו של דיני חדלות פירעון מחד גיסא וזו של דיני המס (באותו מקרה) מאידך גיסא – תיעשה על-פי הכלל של "חוק מיוחד גובר על חוק כללי" (lex specialis derogat generali).¹⁰⁴ עוד נקבע, כי הדין "המיוחד" הוא דווקא דיני חדלות פירעון.¹⁰⁵ בחירתו של בית המשפט בדיני חדלות פירעון כדין המיוחד נראית שרירותית והיא אף לא נומקה;¹⁰⁶ אך בין כה ובין כה אימץ לאחרונה בית המשפט העליון עצמו – בפסק הדין בפרשת תורג'מן – גישה שונה, המבוססת על בחינה של תכליות הדין.¹⁰⁷

כאמור, ההקלה השלטונית שנתבקשה בפרשת תורג'מן הייתה עיכוב ההליך הפלילי נגד חברה בפירוק.¹⁰⁸ בית המשפט, מפי השופטת איילה פרוקצ'יה, דחה בפרשה זו את

103 לעיל ה"ש 79.

104 שם, בעמ' 93-94.

105 שם, בעמ' 93.

106 בית המשפט פסע בעניין זה בעקבות פרשה מוקדמת יותר – בג"ץ 243/60 הנאמנים בפשיטת רגל של בולימובסקי נ' ראש עיריית רמת גן, פ"ד יד 2265 (1960).

107 הרשימה הנוכחית תציג אף היא דרך פרשנית להכרעה בין שתי מערכות הדינים המתנגשות, שאיננה מסתפקת בסיווגן לדין כללי ולדין מיוחד. עם זאת, כפי שאראה, הדיון בתכליות הדין בפרשת תורג'מן, לעיל ה"ש 37, לא היה ממצה.

108 מפרק החברה טען כי ככל שמדובר בעיכוב הליכים פליליים, יש להבחין בין יחיד פושט רגל לבין חברה בפירוק: אין אינטרס בהעמדת חברה לדין. שלא כמו לגבי יחיד, שפשיטת רגלו אינה מעלה ואינה מורידה מן ההצדקה שבהעמדתו לדין פלילי בגין עברות שביצע, יש חשש שלחברה בפירוק לא יהיה אינטרס להתגונן מפני ההליך הפלילי וחברות כאלו יורשעו גם בהיעדר אשמה מצדן. עוד טען מפרק החברה כי כשם שהליך פלילי לאדם נפסק עם מותו (ראו ס' 236 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 43, שכותרתו "מות הנאשם" ולפיו "נפטר אדם ייפסק כל הליך פלילי נגדו"), כך צו הפירוק שקול למות החברה. הכפפת חברה בפירוק להליך פלילי פשוט פוגעת בנושי החברה.

טענת החברה שיש לעכב את ההליך הפלילי המתנהל נגדה.¹⁰⁹ תחילה נדרש בית המשפט לפירושו של סעיף 267 לפקודת החברות וקבע כי תכלית הסעיף היא להגן על הנושים על-ידי חלוקה שוויונית של נכסי החברה שבפירוק.¹¹⁰ אכן, הסביר בית המשפט, עיכוב הליכים נקשר ישירות למנגנון הקולקטיבי של פירעון החובות. מטרה נלווית בהקשר זה היא לתת לחברה שבפירוק מרווח נשימה בלא לחץ של נושים, כדי שתוכל – במקרים מתאימים – לפנות לאפיק של שיקום.¹¹¹ אולם – הוסיף בית המשפט – אילו היה סעיף 267 לפקודת החברות כולל גם עיכוב הליכים פליליים, הייתה בכך פגיעה באינטרס הציבורי באכיפה שוויונית של המשפט הפלילי;¹¹² על כן, פירוש סעיף 267 הנ"ל כך שאינו חל על הליך פלילי הוא הפירוש הנכון, חרף הפגיעה שפוגע ההליך הפלילי המתנהל נגד החברה באינטרסים שונים ובמיוחד באינטרסים של נושי החברה.¹¹³ אלו האחרונים מעוניינים, מן הסתם, שקופת הפירוק לא תתבזבז על התגוננות במסגרת הליך פלילי או על תשלום קנסות פליליים.¹¹⁴ עוד נקבע, כי לשיקול של פגיעה בנושי החברה אין משקל מכריע מול האינטרס הציבורי;¹¹⁵ שיקול הפגיעה בנושים יבוא לכלל ביטוי בשלב גזר הדין או במסגרת שיקול דעתה של הרשות השלטונית המגזרית – היועץ המשפטי לממשלה – אם לעכב את ההליך הפלילי.¹¹⁶

109 עם זאת, בקשת רשות הערעור לגופה לא נדונה במסגרת זו אלא בנפרד. ראו עניין תורג'מן, לעיל ה"ש 37, שבגדרו נתקבל ערעור המדינה ובוטל בעיקרו פסק דינו של בית המשפט המחוזי.

110 שם, בעמ' 807.

111 ראשית, נראה כי בית המשפט הבין שהעובדה שמדובר מבחינה טכנית בהליך פירוק דווקא אינה משנה, אלא יש להתייחס להליך חדלות פירעון באופן כללי כשמפרשים את הסעיף. שנית, ההתייחסות בפסיקה לשוויון כמטרה של הליכי חדלות פירעון אינן אלא טעות נפוצה בהתבוננות: השוויון הוא כלל החלוקה השיוויוני בדניי חדלות פירעון ואילו כלל החלוקה העיקרי הוא חלוקה לפי מדרג עדיפויות, כשכל שלב במדרג נהנה מעדיפות מוחלטת (זכאי לפירעון 100% מחובו) על השלב שמתחתיו.

112 פרשת תורג'מן, לעיל ה"ש 37, בעמ' 809.

113 שם, בעמ' 811-812.

114 השופטת פרוקצ'יה העירה שככל הנראה מדובר בהוצאות פירוק, שיש להן עדיפות בחלוקה על החובות לנושים הרגילים. ראו שם, בעמ' 812.

115 שם.

116 לעומת זאת, באנגליה הוכפף הליך פלילי לצו הפסקת הליכים. ראו פרשת *Rhondda Waste Disposl Ltd.*, לעיל ה"ש 86. המשמעות היא שנדרשת הסכמה של בעל התפקיד המנהל את החברה בעת שהותה בהליך הקולקטיבי, או היתר מבית המשפט, כדי להמשיך בהליך הפלילי. לעומת ישראל ואנגליה, בקנדה נקבע הסדר שונה: נקבע כי הליך פלילי לא יוכפף לצו הפסקת הליכים (שם – מכוח ס' 11(4)(c) ל-CCAA או מכוח ס' 69 ל-*Bankruptcy and Insolvency Act*) ולפיכך גם לא יופסק; אך אכיפת התוצר השיפוטי שינביע ההליך הפלילי תימנע מכוחו של צו הפסקת הליכים. ראו בקנדה *Milner Greenhouses Ltd. v. Saskatchewan*, [2004] 50 C.B.R. (4th) 214, פס' 25 להחלטה (בהקשר להליכי שיקום חברה); ראו *In re Lévis Automobiles Inc.: Gingras v. Cour des*

לאחר מכן נפנה בית המשפט לבחון שאלה נוספת – אם "לבית-משפט של פירוק נתון הכוח להורות על עיכוב הליך פלילי כנגד חברה בפירוק במסגרת סמכויותיו הכלליות לנהל את ענייני פירוק החברה".¹¹⁷ במילים אחרות, השאלה שעלתה הייתה אם בית המשפט המחוזי, שבפניו מתנהל הליך חדלות הפירעון, מוסמך להורות במסגרת סמכויותיו הכלליות על עיכוב הליך פלילי המתנהל כנגד החברה בנסיבות שבהן הרשות השלטונית המגזרית – היועץ המשפטי לממשלה – בוחרת לנהל הליך כאמור.¹¹⁸ תשובתו של בית המשפט העליון הייתה לאו מוחלט:¹¹⁹

במסגרת הוראות הדין בישראל אינני רואה בסיס חקיקתי דומה להכרה בסמכותו של בית-משפט של פירוק להורות על הפסקת הליכים פליליים המתנהלים כנגד חברה בפירוק מקום שהיועץ המשפטי לממשלה רואה לנכון להמשיך בהם ולא לעכבם. פרשנות המקימה סמכות כזו בלא הסדר חקיקתי מפורש חורגת מן המסגרות המקובלות של פרשנות חוק, בייחוד כאשר מדובר בפרשנות הנוגעת לסמכות בית-משפט להורות על הפסקת הליך שיפוטי המתנהל בערכאה שיפוטית אחרת, ומה גם שמדובר בהליך פלילי. אילו קבענו על דרך פרשנות כי לבית-משפט של פירוק סמכות להפסיק הליך פלילי המתנהל נגד חברה בפירוק, הייתה משמעות הדבר הכפפת סמכות ראש התביעה הכללית בניהול ההליך הפלילי לסמכות בית-משפט של פירוק תוך סטייה מחלוקת הסמכויות המקובלת הנתונה לרשויות השונות, כמקובל בהסדר החוקתי הנוהג בישראל. סמכות ההכרעה בדבר ניהול הליך פלילי כנגד חברה בפירוק ושיקול-הדעת באילו נסיבות לעכבו נתונים בידי היועץ המשפטי לממשלה, בכפוף לביקורתו של בית-המשפט הגבוה לצדק, וקיומם בידיו מתיישב עם עקרונות יסוד הנוגעים לחלוקת התפקידים והסמכויות בין התביעה הכללית לבין בית-המשפט. אין מקור בחקיקה המקומית המצביע על כוונה לסטות מעיקרון זה לגבי חברה בפירוק, וספק אם ניתן למצוא לסטייה כזו הצדקה כלשהי מטעמים ענייניים שבאינטרס הציבור.

R. v. Fitzgibbon, [1990] 1 Sessions de la Paix, [1973] C.A. 670, 12 C.C.C. (2d) 182 S.C.R. 1005 (S.C.C.) (בהקשר להליכי פשיטת רגל). עם זאת, בפרשה קנדית אחת נקבע אגב אורחא כי גם הליך פלילי יוכפף לצו הפסקת הליכים. ראו 2000, [2000], Re Oak Mines, Inc., CarswellOnt 3686 (Ont. S.C.J. [Commercial List]).

117 פרשת תורג'מן, לעיל ה"ש 37, בעמ' 814.

118 שם.

119 שם, בעמ' 815-816.

בית המשפט העליון קבע אפוא בפרשת תורג'מן שתי הלכות חשובות: ראשית, כי מכוח סעיף 267 לפקודת החברות, שאינו מתייחס מפורשות להקשר המיוחד של הקלות שלטונית, אי-אפשר להעניק לחייב את ההקלה השלטונית של עיכוב הליך פלילי המתנהל נגדו. שנית, כי הרשות המוסמכת לקבל החלטה על עיכוב הליך פלילי נגד חייב הנתון בעיצומו של הליך חדלות פירעון הוא היועץ המשפטי לממשלה, ולבית המשפט של חדלות פירעון אין סמכות לדון במתן ההקלה השלטונית (להלן: הלכת היעדר הסמכות). הנה כי כן, דווקא לעניין ההקלה השלטונית של עיכוב הליך פלילי נפסקו אפוא במשפטנו שתי הלכות חד-משמעיות, שלכאורה פותרות בהקשר זה את בעיית הסמכות. הקושי הראשון עם הלכת תורג'מן נוגע לעובדה שבית המשפט בפרשה זו לא הבחין בין שתי הבעיות המתעוררות בהקשר למתן הקלה שלטונית במסגרת ההליך הקולקטיבי – בעיית הסמכות מחד גיסא ובעיית איזון האינטרסים מאידך גיסא. אכן, אף אם סעיף 267 לפקודת החברות חל על ההליך הפלילי ועשוי להביא לעיכובו, אין מתחייב מכך בהכרח כי ההליך הפלילי ימשיך להיות מעוכב. ייתכן שבית המשפט של חדלות הפירעון, לאחר שיאזן בין האינטרסים הרלוונטיים, יקבע – בהתאם לסעיף 267 לפקודת החברות – כי יש להתיר את המשך התנהלותו של ההליך הפלילי. במילים אחרות, אפשר לפרש את סעיף 267 לפקודת החברות כך שיחול גם על הליך פלילי – ובדרך זו לקבוע כי בית המשפט של חדלות פירעון מוסמך לדון במתן ההקלה השלטונית – אך לקבוע בד בבד כיצד על בית המשפט של חדלות פירעון לאזן בין האינטרסים המתנגשים שעל הפרק.

קושי שני אינו נוגע להלכת תורג'מן עצמה כי אם לעובדת אי-יישומה. ההלכות שנפסקו בפרשת תורג'מן יושמו – וככל הנראה תמשכנה להיות מיושמות – בהקשר להקלה השלטונית של עיכוב הליך פלילי. כך, למשל, בפרשה אחת שנדונה בבית המשפט לעניינים מקומיים בראשון-לציון – פרשת אייסטרייכר¹²⁰ – הוגש כתב אישום נגד חייב שביצע עבירה על חוק עזר עירוני כשהשאיר את רכבו במקום ציבורי באופן שגרם מטרד לציבור. החייב לא שילם את הקנס שהוטל עליו, לא התייצב לדיון במשפטו ונגזר עליו קנס של 640 ש"ח או שישה ימי מאסר תמורתו. כאשר ניסתה העירייה לבצע את העונש הודיע החייב לעירייה כי עוד לפני שניתן הקנס הוצא בעניינו צו כינוס במסגרת הליך של פשיטת רגל. ברם, בית משפט השלום – תוך יישום ההלכות שנפסקו בפרשת תורג'מן – הורה להמשיך את ההליך העונשי כנגד החייב.

עם זאת, דומה כי בתי המשפט אינם רואים את ההלכות שנפסקו בפרשת תורג'מן כהלכות רלוונטיות בעניין הקלות שלטונית בהליכי חדלות פירעון. למרבה הצער, הם נמנעים מהיזקקות להלכות אלו גם לעניין הקלות שלטונית אחרות.¹²¹ כך, למשל, ראינו

120 לעיל ה"ש 85.

121 בעיה דומה קיימת גם במשפט הקנדי. כך נפסקו הלכות הפוכות: בעוד שבהקשר להקלה שלטונית בפלילים נקבע כי בית המשפט של חדלות פירעון אינו מוסמך להורות על הפסקת הליך פלילי

בפרשת פרוי-לייזר¹²² כי בית המשפט של חדלות פירעון כלל לא הזכיר את פסק הדין בפרשת תורג'מן. כתוצאה מכך גם קשה לדעת אם בית המשפט ראה עצמו שם מוסמך לדון במתן ההקלה השלטונית שנתבקשה אם לאו. אף בפרשת מפרק ח.א. מזון בע"מ נמנע בית המשפט העליון מלהזכיר את ההלכות שנפסקו בפרשת תורג'מן בהקשר להקלה השלטונית שנתבקשה, ושם בית המשפט אף ראה עצמו מוסמך לדון במתן ההקלה השלטונית. אפילו כאשר בית המשפט של חדלות פירעון מסרב בסופו של דבר לדון במתן הקלה שלטונית, הוא אינו מאזכר את ההלכות שנפסקו בפרשת תורג'מן.¹²³ מצב דברים זה, שבגדרו בתי המשפט נמנעים מלפעול על-פי ההלכות שנקבעו בפרשת תורג'מן, הוא בעייתי. אכן, דומה שמבחינת המתודולוגיה המשפטית המשמשת להכרעה אין סיבה להבחין בין הקלה שלטונית המתבקשת בתחום הפלילים לבין הקלה שלטונית המתבקשת בתחום של איכות הסביבה, ניירות ערך, הגבלים עסקיים, תקשורת, מיסוי וכיוצא באלה. גם זו וגם זו בקשות השואפות לשנות זכויות מוקנות של הציבור כולו – כלומר: לפגוע באינטרס הציבור – לטובת החייב או הקהילות התלויות בו; גם זו וגם זו אינן אלא עתירות המבקשות מבית המשפט של חדלות פירעון להתערב בהחלטת הרשות השלטונית המגזרית (הרגולטור) הרלוונטית, לאחר שהעמדה המקצועית שזו אימצה גררה דחייה של הבקשה למתן הקלה שלטונית.

אמנם אפשר לטעון כי העניין החברתי בקיומו של הליך פלילי נגד מי שמואשם במעילה, בגנבה או בשוחד אינו דומה לעניין החברתי באכיפת נורמות מתחום ההגבלים העסקיים או מדיני ניירות הערך; אפשר לטעון כי אין צריך להיות דין אחד בעניין זה לתביעה הפלילית, המבקשת למצות את הדין עם המואשם בגנבה, ולרשות ניירות ערך, המבקשת לאכוף על חברה חדלת פירעון לגלות מידע, חרף קשייה הכספיים וקוצר משאביה לעשות כן, לפי דיני ניירות ערך.¹²⁴ ברם, מנקודת המבט של דיני חדלות הפירעון, הבדלים אלו נוגעים אך ורק לעוצמה או למשקל היחסיים של האינטרס הציבורי שבאימתן ההקלה השלטונית: בהקשר הפלילי אפשר אולי לטעון כי משקלו של האינטרס הציבורי בהשלמת ההליך הפלילי גדול עד כדי כך שבאיוון הנאות האינטרס הציבורי עשוי לדחוק לחלוטין, או בכל מקרה, את האינטרס של החייב ושל הקהילות

המתנהל כנגד החייב (ראו לעיל ה"ש 116), בהקשר להקלה שלטונית בניירות ערך נקבע כי הרשות השלטונית המגזרית מנועה מלפעול מכוח צו הפסקת ההליכים (ראו לעיל ה"ש 45 והכיתוב הנלווה לה).

122 לעיל ה"ש 33.

123 להיעדר התייחסות לפרשת תורג'מן ראו, למשל, פרשת תעשיות אלקטרוכימיות בע"מ, לעיל ה"ש 50.

124 בדומה אפשר לטעון שיש הבדל גם בין ההקשרים השונים שבהם מתבקשת הקלה שלטונית כגון בין ההקשר של אכיפה של עקרונות גילוי על-ידי רשות ניירות ערך לבין ההקשר של הטלת עלויות ניקוי זיהום סביבתי על החייב.

התלויות בו בהפסקת ההליך הפלילי. בכל אופן, ההבדל בין ההקשר הפלילי לבין ההקשרים האחרים שבהם מתבקשת הקלה שלטונית אינו נוגע לאיסור על בית המשפט של חלולות פירעון – שכיום מוכתב, לפי טענתו, מכוחה של הלכת היעדר הסמכות שנקבעה בפרשת תורג'מן – להיות זה שיעסוק בעצמו באיזון האינטרסים. במילים אחרות, ההבדל בין ההקשר הפלילי לבין ההקשרים האחרים שבהם מתבקשת הקלה שלטונית רלוונטי לאיזון האינטרסים ואינו רלוונטי לשאלה שבמוקד המאמר הנוכחי – שאלת הסמכות. כאשר על הפרק עומדת שאלת "פלישתו" של בית המשפט של חלולות פירעון לתחום סמכותה של הרשות השלטונית המגזרית, אין הבדל בין היועץ המשפטי לממשלה, כמי שאמון על הרגולציה של הנורמות המוגנות באמצעות איסורים פליליים, לבין כל רשות שלטונית מגזרית אחרת כגון רשות ניירות ערך או הרשות להגבלים עסקיים.

זאת ועוד: כפי שאסביר להלן, בין שהקלה השלטונית המתבקשת היא בתחום הפלילי ובין שהיא באחד התחומים האחרים שהוזכרו, הרציונל שממנו יש לגזור את ההסדר המשפטי הרצוי הוא זהה.

ד. למי הסמכות: ניתוח נורמטיבי

בפרק זה ענייננו בביקורת על הלכת תורג'מן. מהו הטעם העומד ביסודה של הלכת היעדר הסמכות – ההלכה הקובעת כי בהיעדר הוראת חוק מפורשת אין לבית המשפט של חלולות פירעון סמכות (כללית) לדון במתן ההקלה השלטונית? בית המשפט העליון בפרשת תורג'מן נמנע מלהרחיב דווקא בשאלה עקרונית זו¹²⁵ ועל כן אנסה להשלים את החסר. כן אנסה להציע פירוש ראוי לסעיפי ההסמכה הכלליים.

ניתוח נורמטיבי כרוך כמובן בבירור יסודי של תכליות הדין. תכליות אלו מושפעות מן המאפיינים המשמעותיים ביותר של בקשה למתן הקלה שלטונית, המופנית אל בית המשפט של חלולות פירעון בנסיבות שבהן הרשות השלטונית המגזרית סברה שאין לתת את ההקלה המבוקשת – הפגיעה באינטרס הציבורי. בפרק זה אציג אפוא שלוש תכליות – טעם "כלכלי", טעם "חוקתי-אנכי" וטעם "חוקתי-אופקי" – שהפגיעה באינטרס הציבורי מחייבת דיון בהן טרם ההחלטה על היקף סמכותו של בית המשפט של חלולות פירעון לדון במתן הקלות שלטונית. לאחר מכן אנתח את הדין הרצוי לאור תכליות אלו כדי לחשוף את מורכבות ההכרעה שעל הפרק. לבסוף אנסה להתוות קווים מנחים להסדר הרצוי במשפט הישראלי ואטען כי יש להציב חריגים להלכת תורג'מן.

125 הימנעות זו של בית המשפט העליון מקורה, בין היתר, בכך שבית המשפט לא בחן באופן כולל את הסוגיה של מתן הקלות שלטונית בהליכי חלולות פירעון, אלא התמקד בהקלה השלטונית המסוימת שנתבקשה בפרשה – עיכוב הליך פלילי שהתנהל נגד החברה שבפירוק.

1. תכליות הדין**(א) הטעם הכלכלי**

הליך חדלות פירעון משנה זכויות מוקנות. חייהם של הפרטים במשק מתנהלים באופן שגרתי על-פי כללי המשפט הפרטי – ובמרכזם דיני החוזים, הקניין והתאגידים – עד לשלב שבו נפתח הליך משפטי פורמלי של פירוק או הקפאת הליכים לחברה בע"מ או של פשיטת רגל ליחיד. ההליך הקולקטיבי אינו אלא התערבות של המדינה, באמצעות בית משפט של חדלות פירעון, בחייהם של הפרטים; התערבות זו משפיעה על זכויות מוקנות שרכשו פרטים טרם פתיחתו של הליך חדלות הפירעון. בלשון אחרת, ההליך הקולקטיבי עניינו חלוקה מחדש.¹²⁶ ניתן להגדיר "חלוקה מחדש" כיצירת זכות שלא הייתה עובר לפתיחת ההליך הקולקטיבי או באיון זכות שהייתה קיימת עובר לפתיחתו.¹²⁷ כך, למשל, ההליך הקולקטיבי מונע מנושה לא מובטח של החייב להשלים עיקול של נכסי החייב כדי להיפרע את מלוא חובו מן החייב,¹²⁸ ובמקום זאת מכפיף את הנושה הלא מובטח לתכנית חלוקה "שוויונית" המעניקה לו בדרך כלל דיבידנד בשיעור מסוים בלבד מן החוב המגיע לו.¹²⁹ אלמלא נפתח ההליך הקולקטיבי רשאי היה הנושה הלא מובטח לממש את זכותו המוקנית לעקל את נכסי החייב כדי להיפרע את חובו מן החייב. בדומה, הליך קולקטיבי מסוג הקפאת הליכים מונע מן הנושה המובטח, למצער לפרק זמן מסוים, מלממש את זכותו הקניינית – זכות השעבוד – בנכס של החייב.¹³⁰

126 מדובר בחלוקה מחדש מכיוון שפגיעה בזכותו המוקנית של פלוני נעשית לטובתו של אלמוני. אכן, אין מחלוקת על כך שכל אחד מאירועי שינוי הזכויות המוקנות (כלומר: אירועי החלוקה מחדש) שיתוארו להלן נועד להגשים מטרה ראויה. כאמור, מקובל לחשוב, שמטרה ראויה זו של ההליך הקולקטיבי היא להתגבר על כשלי שוק, המסכלים גבייה יעילה מן החייב (ראו לעיל ה"ש 3) או אולי – כפי שיש הסוברים – להשיג מטרות "חברתיות" רחבות יותר.

127 ראו, למשל, THOMAS H. JACKSON, THE LOGIC AND LIMITS OF BANKRUPTCY LAW, 22 (1986); Rizwaan J. Mokal, *An Agency Cost Analysis of the Wrongful Trading Provisions: Redistribution, Perverse Incentives and the Creditors' Bargain*, 59 CAMBRIDGE L.J. 335 (2000). מקובל להבחין בין חלוקה מחדש של ערך סתם לבין חלוקה מחדש של עושר. כך ניתן לומר, כי אם בעלים של זכות מוקנית כלשהי היה מודע מלכתחילה, טרם רכישת הזכות המוקנית, שיש אפשרות שבגדרי הליך קולקטיבי תיפגע זכותו המוקנית – הוא לא יוכל לטעון כי עושרו נפגע. זאת, מכיוון שבמקרה כזה ניתן להניח כי בעל הזכות המוקנית דרש וקיבל תמורה המשקפת את הסיכון שהזכות המוקנית תיפגע בעתיד במסגרת הליך קולקטיבי שייקלע אליו החייב. ראו Barry E. Adler, *Bankruptcy and Risk Allocation*, 77 CORNELL L. REV. 439, 464 (1992). לצורך הדיון ברשימה זו אפשר להסתפק בהגדרת התופעה של חלוקה מחדש של ערך סתם. אכן, די בתופעה זו כדי לגרום להשפעות היעילות שיתוארו להלן.

128 ראו, למשל, ס' 20(א) לפקודת פשיטת הרגל; ס' 267 לפקודת החברות; ס' 350(ב) לחוק החברות.

129 ראו, למשל, ס' 76 לפקודת פשיטת הרגל.

130 ראו ס' 350(ב) לחוק החברות.

"Forum Shopping", מכיוון ששיקפה התלבטות בין ניהול מאבקיו של החייב עם נושיו בפני בתי המשפט האזרחיים "הרגילים" לבין ניהולם בפני בית המשפט של חדלות פירעון.¹³⁵

אכן, בארצות-הברית, למשל, נשמעת יותר ויותר הטענה שלפיה ההליך הקולקטיבי חדל זה מכבר להיות רלוונטי רק עבור חייבים כושלים פיננסית, ושניתן להצביע על תופעה ממש של חייבים שאינם נתונים בחדלות פירעון פיננסית ובכל זאת בוחרים להכניס את עצמם להליך קולקטיבי בבחינת "חדלות פירעון אסטרטגית".¹³⁶ לא זו בלבד אלא ששחקני השוק יודעים לזהות אימתי ההליך הקולקטיבי מתנהל על רקע "אסטרטגי" ואימתי הוא מתנהל בעטיים של כישלון פיננסי וחדלות פירעון – ולתת לכך ביטוי מתאים בהערכותיהם את שווי החייב.¹³⁷

ההנחה השנייה שהטעם הכלכלי מבוסס עליה היא שהיווצרות התמריצים לבעלי עניין להשפיע על מועד כניסתו של החייב (אם בכלל) להליך הקולקטיבי איננה יעילה, מכיוון שהתמריצים מעצימים את הסיכון שהחייב ייכנס להליך הקולקטיבי בעיתוי שאיננו אופטימלי מבחינתו (לרבות הסיכון שהחייב כלל לא ייכנס להליך קולקטיבי שהיה אמור להיכנס אליו או שייכנס להליך קולקטיבי הגם שלא היה אמור להיכנס אליו).

1978, 11 U.S.C.S §§ 365(a), 365(g) (לענין זכות אובליגטורית) וס' 361, 362(d)(1) (לענין ההגנה ההולמת הנדרשת לזכות קניין). ראו עוד: Blake Rohrbacher, *More Equal than Others: Defending Property-Contract Parity in Bankruptcy*, 114 YALE L.J. 1099 (2004)

135 ראו Butner v. United States, 440 U.S. 48, 55 (1979). המונח מתייחס לאפשרות שבעלי האינטרסים יגרמו לכך שזכויותיהם תידונה בפני הפורום של בית המשפט של חדלות פירעון במקום בפני בית המשפט האזרחי הרגיל. כך הסביר בית המשפט העליון האמריקני את הדין הרצוי בהקשר זה (שם): "Property interests are created and defined by state law. Unless some federal interest requires a different result, there is no reason why such interests should be analyzed differently simply because an interested party is involved in a bankruptcy proceeding. Uniform treatment of property interests by both state and federal courts within a State serves to reduce uncertainty, to discourage forum shopping, and to prevent a party from receiving 'a windfall merely by reason of the happenstance of bankruptcy'". בפרשה זו התעוררה השאלה אם נושה המובטח במשכנתה על מקרקעין של החייב זכאי לדמי שכירות בגין המקרקעין בסכום של כ-\$162,971, שהצטברו מעת שנפתח הליך קולקטיבי בעניינו של החייב ומונה לו נאמן. בית המשפט העליון האמריקני פסק כי מכיוון שחוק חדלות הפירעון האמריקני, שהוא חוק פדרלי, איננו קובע מאומה בסוגיה זו, שאלה זו תוכרע בהתאם לדין המדינה-האחות (state) הרלוונטית (באותו מקרה הייתה זו צפון-קרוליינה).

136 ראו, למשל, Ena Rose-Green & Mark Dawkins, *Strategic Bankruptcies and Price Reactions to Bankruptcy Filings*, 29 J. BUS. FIN. & ACCOUNT. 1319 (2002); Timothy Swanson & Robin Mason, *Monitoring For Latent Liabilities: When Is It Necessary and Who Should Do It?*, 20 RES. L. & ECON. 387 (2002).

137 ראו Rose-Green & Dawkins, שם, בעמ' 1321-1320.

אכן, כניסה להליך הקולקטיבי בעיתוי שאינו אופטימלי משמעותה הקצאה כלכלית שגויה של נכסי החייב (שימוש לא אופטימלי בהם). כך, למשל, ייתכן שחברה הנתונה בקשיים פיננסיים, שהייתה יכולה להיחלץ מהם באמצעות הסדר וולונטרי עם נושיה או באמצעות הסדר וולונטרי חלקי,¹³⁸ "תידחף" במקום זאת להליך קולקטיבי יקר יותר¹³⁹ ויעיל פחות.¹⁴⁰ חוסר יעילות דומה עלול להיווצר אם כתוצאה מהתנהגות אסטרטגית כמתואר לעיל, חברה הנתונה בקשיים פיננסיים וזקוקה נואשות לסיוע מאת מנגנון הכפייה של בית המשפט של חדלות פירעון לשם גיבוש הסדר נושים, תיותר מחוץ להליך קולקטיבי שיכול היה לסייע בארגון מחדש של מבנה ההון שלה.

138 מתכונת זו של הסדר נושים קרויה "prepackaged bankruptcy". במתכונת זו החייב מגבש הסדר נושים מחוץ להליך הקולקטיבי, וכאשר הוא מצליח להשיג את הסכמתם של חלק ניכר מנושיו, הוא מכניס את עצמו להליך קולקטיבי פורמלי כדי להסתייע ביכולתו של בית המשפט לכפות את ההסדר על כלל הנושים. ראו, למשל, John J. McConnell & Henry Servaes, *The Economics of Prepackaged Bankruptcy*, 4 J. APP. CORP. FIN. 93 (1991).

139 די לזכור כי התנהלות הליך קולקטיבי גובה מחיר לא מבוטל מנכסי החייב (ובעקיפין מהיקף החוב שיוכלו הנושים להחזיר לעצמם). מקובל להזכיר בהקשר זה הן עלויות ישירות (כגון שכר טרחה של עורכי-דין, רואי-חשבון, יועצים כלכליים וכיוצא באלו) והן עלויות עקיפות, הנגרמות למשל משום שמנהלי חברה הנקלעת להליך קולקטיבי נדרשים לעסוק בהתמודדות עם ההליך המשפטי במקום לעסוק בנייהול החברה. למקצת מן הכתיבה הענפה בנושא זה ראו Arturo Bris, Ivo Welch & Ning Zhu, *The Costs of Bankruptcy: Chapter 7 Liquidation Vs. Chapter 11 Reorganization*, 61 J. FIN. 1253 (2006) (המבהירים במחקרם המקיף, בין היתר, כי העלויות הן הטרורגניות ומשתנות מחברה לחברה ועשויות לנוע בין 2% לבין 100% משווי נכסי החברה; וכי בהליכים לפירוק חברות מרבית הערך נלקח על-ידי בעלי המקצוע המסייעים); Arturo Bris, Alan Schwartz & Ivo Welch, *Who Should Pay for Bankruptcy Costs?*, 34 J. LEGAL STUD. 295 (2005); Lynn M. LoPucki & Joseph W. Doherty, *The Determinants of Professional Fees in Large Bankruptcy Reorganization Cases*, 1 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 111 (2004); Ben Branch, *The Costs of Bankruptcy – A Review*, 11 INT'L REV. FIN. ANAL. 39 (2002); Stephen P. Ferris & Robert M. Lawless, *The Expenses of Financial Distress: The Direct Costs of Chapter 11*, 61 U. PITT. L. REV. 629 (2000); Stephen J. Lubben, *The Direct Costs of Corporate Reorganization: An Empirical Examination of Professional Fees in Large Chapter 11 Cases*, 74 AM. BANKR. L.J. 509 (2000). בהקשר זה, של הדיון בעלויות ההליך הקולקטיבי, יש להזכיר גם את האפשרות שהחייב או קברניטיו יעדיפו להשקיע משאבים בניסיון להיקלט בתוך הליך קולקטיבי ולא בניסיון להיחלץ מן הקשיים הפיננסיים.

140 ראו Douglas G. Baird & Edward R. Morrison, *Bankruptcy Decision Making*, 17 J.L. ECON. & ORG. 356, 357-358, 366-368 (2001) המתארים את הבעיות הנוצרות כשהחלטה על סגירת העסק מופקדת בידי שופט של חדלות פירעון שאינו שחקן שוק; הם מבהירים כי בעיות אלו קיימות בכל מתכונת של הליך קולקטיבי.

ההנחה האחרונה, בדבר התגברות הסיכון לכניסת החייב להליך הקולקטיבי בעיתוי שאיננו אופטימלי עבורו, מקפלת בתוכה שתי הנחות-משנה. הנחת-המשנה האחת גורסת כי אמנם יש מועד אופטימלי לכניסתו של חייב להליך הקולקטיבי. מועד אופטימלי כזה עשוי להיווצר, יש לשער, הן מנקודת מבט "פנימית" (בהתחשב במצבו המיוחד של החייב הקונקרטי) והן מנקודת מבט "חיצונית" (בהתחשב במצב הענף או המשק כולו).

כדי לאשש את קיומו של מועד אופטימלי – מנקודת המבט הפנימית – לכניסת החייב להליך הקולקטיבי אפשר להזכיר את התאוריות המימוניות שעניינן השפעת התזמון של גיוס ההון של הפירמה על מבנה ההון שלה.¹⁴¹ בשנים האחרונות פורסמו מחקרים המראים כי לסוגיית התזמון של גיוס ההון יש השפעה כבדת-משקל על מבנה ההון הסופי של הפירמה. כך, למשל, נחשפה ההשפעה שיש לעיתוי של גיוס ההון באמצעות הנפקות על מבנה ההון של חברות ציבוריות הנסחרות בבורסה;¹⁴² כך תועד גם מנהגן של חברות הסובלות ממינוף כבד לגייס הון דווקא בעיתוי המסוים שבו השוק מעריך פחות את שווי מניותיהן בהשוואה לשווי נכסיהן בספרים, כמו גם מנהגן של חברות שמיונפן נמוך לגייס הון דווקא בעיתוי המסוים שבו השוק מעריך יותר את שווי מניותיהן כאמור.¹⁴³ אכן, בהקשר זה אף נטען כי מבנה ההון של חברות אינו אלא תוצאה מצטברת של ניסיונות עבר (עד תקופה של יותר מעשר שנים!) לתזמן את מועד גיוס

141 עד לאחרונה, מבנה ההון של הפירמה הוסבר בעזרת שתי תאוריות עיקריות: האחת היא Pecking Order Theory, הגורסת כי הפירמה מעדיפה מימון פנימי (הלוואות) ממימון חיצוני (הנפקת ניירות ערך), ותפנה לגיוס מימון חיצוני רק בליח ברירה. התאוריה השנייה היא Trade-Off Theory, הגורסת כי הפירמה חותרת על פני זמן למבנה הון מסוים תוך שהיא מקבלת החלטות המחייבות אותה להחליט על יחס תמורה הרצוי בעיניה בין, למשל, הוזלת מחיר ההון על-ידי נטילת הלוואה (ותוצאות המס הנובעות מן היכולת לנכות את הריבית כהוצאה) לבין העלויות שתישא בהן כתוצאה מקשיים פיננסיים. ראו, למשל, RICHARD A. BREALEY, STEWART C. MYERS & FRANKLIN ALLEN, *CORPORATE FINANCE* 488-495 (8th ed. 2005).

142 ראו, למשל, Aydogan Altı, *How Persistent is the Impact of Market Timing on Capital Structure?*, 61 J. FIN. 1681 (2006); Malcolm Baker & Jeffrey Wurgler, *Market Timing and Capital Structure*, 57 J. FIN. 1 (2002); Amy Dittmar & Anjan Thakor, *Why Do Firms Issue Equity?*, 62 J. FIN. 1 (2007).

143 Baker & Wurgler, לעיל ה"ש 142, בעמ' 2. הסבר אפשרי אחד לתופעות אלו הוא זה: מנהלי החברה מתזמנים את השוק ומנפיקים מניות כשהמניות מוערכות ביתר על-ידי משקיעים לא רציונליים. לאישוש מתכונת התנהגות זו של חברות ראו, למשל, Vivien Beattie, Alan Goodacre & Sara Jane Thomson, *Corporate Financing Decisions: UK Survey Evidence*, 33 J. BUS. FIN. & ACCOUNT. 1402 (2006).

ההון האופטימלי.¹⁴⁴ על רקע זה ניתן להסביר את חשיבות התופעה של תזמון מועד הכניסה להליך הקולקטיבי באופן האינטואיטיבי הבא: כאשר חברה ניצבת בפני אפשרות מסוימת של השקעה או צמיחה, הליך קולקטיבי – על הדינמיקה ההרסנית האופיינית לו – עלול לסכל את מימושה. לפיכך על החברה לתת את הדעת לסיכון זה בעת ההחלטה אימתית, אם בכלל, להיכנס להליך קולקטיבי.¹⁴⁵

כדי לאשש את קיומו של מועד אופטימלי – מנקודת המבט החיצונית – לכניסת החייב להליך הקולקטיבי, אפשר להזכיר את הטענה שסיכוייה של חברה להשתקם במסגרת ההליך הקולקטיבי תלויים במידה רבה בתנאים הכלכליים הכלליים השוררים במשק.¹⁴⁶ זאת ועוד: יש הטוענים שממילא יש פרק זמן אופטימלי לשהות בהליך קולקטיבי של חברה הנתונה בקשיים פיננסיים, וכי פרק זמן זה מושפע, בין היתר, מהמצב של ענף התעשייה שבו פועלת החברה ואף ממצבו הכללי של המשק.¹⁴⁷ אם טענה אחרונה זו נכונה, ברי כי כניסה להליך קולקטיבי עלולה להתרחש בעיתוי נוח פחות מבחינתו של החייב (כגון שבעת הכניסה מצב ענף התעשייה או המשק הוא ככי רע, או שיעורי הריבית גבוהים), באופן שתהיה לעיתוי הכניסה השפעה שלילית על השימוש בנכסי החברה.

הנחת-המשנה השנייה גורסת כי אמנם הסיכון לכניסת החייב להליך הקולקטיבי בעיתוי שאינו אופטימלי מתעצם עם התגברות התמריצים הנ"ל; כלומר: כי לבעלי האינטרסים, שהתמריצים פועלים עליהם, יש אמנם יכולת להשפיע על מועד כניסת החייב להליך הקולקטיבי. אכן, מקובל להניח כי מועד כניסת החייב להליך הקולקטיבי

144 Baker & Wurgler, לעל ה"ש 142, בעמ' 27; Ayla Kayhan & Sheridan Titman, *Firms' Histories and Their Capital Structures*, 83 J. FIN. ECON. 1, 4 (2007).

145 מנהלי כספים (CFO's) של חברות מודים כי הם מנסים לתזמן את החלטות המימון של החברה וכי סוגיית התזמון משפיעה במידה ניכרת על החלטות המימון של החברה. ראו John R. Graham & Campbell R. Harvey, *The Theory and Practice of Corporate Finance: Evidence From the Field*, 60 J. FIN. ECON. 187, 219-222, 223 (2001).

146 Harlan D. Platt & Marjorie B. Platt, *A Re-examination of the Effectiveness of the Bankruptcy Process*, 29 J. BUS. & ACCOUNT. 1209, 1212, 1235 (2002); רן שהרבני "פירוק חברות מסיבות מקרו-כלכליות" סקר בנק ישראל 78, 131 (2005) (בוהן את ההשפעה של משתנים מקרו-כלכליים על שיעור החברות שהתפרקו בשל חדלות פירעון, ומוצא כי שיעור החברות המתפרקות עולה כשהאינפלציה בפועל, לאורך זמן, נמוכה מזו שהייתה צפויה (משום שהריבית הריאלית בדיעבד הופכת גבוהה) וכשהריבית הנומינלית או הריאלית עולה); Dirk Hackbarth, Jianjun Miao & Erwan Morellec, *Capital Structure, Credit Risk, and Macroeconomic Conditions*, 82 J. FIN. ECON. 519, 520 (2006).

147 Daniel M. Covitz, Song Han & Beth Anne Wilson, *Are Longer Bankruptcies Really More Costly?* (Finance and Economics Discussion Series, Federal Reserve Board Working Paper No. 2006-27) (2006), <http://ssrn.com/abstract=891486>.

הוא אנדוגני בעליל.¹⁴⁸ על כוחם של מנהלי החברה, למשל, להשפיע על העיתוי של כניסת החייב להליך קולקטיבי – אין צורך להרחיב; אך מופר היטב בהקשר זה גם כוחם של נושים גדולים כגון בנקים להשפיע באופן דומה על גורלו של החייב.¹⁴⁹ דוגמה מרתקת לאנדוגניות המאפיינת את עיתוי הכניסה להליך הקולקטיבי היא פרשת *NextWave*.¹⁵⁰ בפרשת *NextWave* ראינו כיצד חברת *NextWave* הכניסה את עצמה להליך הקולקטיבי בדיוק במועד האחרון שקצבה לה הרשות השלטונית המגזרית להודיע לרשות אם היא בוחרת בפריסה מחדש של החוב.¹⁵¹ דווקא בפרשה זו מתעורר חשש כבד שהליך חדלות הפירעון נפתח כאן שלא לצורך.¹⁵² אכן, בספרות מקובל להניח כי "חברה של נכס אחד", או חברה עם נושה אחד (עיקרי), בדרך כלל אינה זקוקה להליך חדלות פירעון פורמלי כדי להגיע להסדר נושים.¹⁵³

148 ראו Michael Bradley & Michael Rosenzweig, *The Untenable Case for Chapter 11*, 101 YALE L.J. 1043, 1045 (1992); Paul Povel, *Optimal "Soft" or "Tough" Bankruptcy Procedures*, 15 J. L. ECON. ORGAN. 659, 659-660 (1999).

149 Robert E. Scott, *Relational Theory of Secured Financing*, 86 COLUM. L. REV. 901, 926-927 (1986); Lucian Arye Bebchuk & Jesse M. Fried, *The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy*, 105 YALE L.J. 857, 903 (1996); Ivo Welch, *Why is Bank Debt Senior? A Theory of Asymmetry and Claim Priority Based on Influence Costs*, 10 REV. FINANC. STUD. 1203, 1208-1209 (1997); Stuart C. Gilson, *Bankruptcy, Boards, Banks, and Blockholders: Evidence on Changes in Corporate Ownership and Control When Firms Default*, 27 J. FIN. ECON. 355, 373-374 (1990); Julian Franks & Oren Sussman, *Resolving Financial Distress by Way of a Contract: An Empirical Study of Small UK Companies* (Working Paper), 5 (2000), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=236098. לדוגמה טיפוסית לכווחו של הבנק ראו רע"פ 4844/00 ברקאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו"ד (2) 37, 39 (2001). כוח זה של הבנקים מבוסס, ראשית, על מעורבותו הטיפוסית של הבנק בכל מהלך כלכלי משמעותי שהחייב מבקש לקדם; שנית, הוא מבוסס על יכולתו של הבנק לעשות שימוש בכוח האדם המיומן שברשותו, במידע שהוא אוגר (לרבות מידע פרטי שלאחרים אין נגישות אליו), באמצעים הטכניים העומדים לרשותו ובאמצעי לחץ משפטיים על החייב, שהבנק בדרך כלל מצטייד בהם מראש.

150 לעיל ה"ש 51.

151 FCC קבעה לחברת *NextWave* ולעוד חברות שהתקשו בעמידה בתשלום דמי הרישיון מועד אחרון לבחור במסלול תשלומים שונה – 8.6.1998. בתאריך זה ממש עתרה *NextWave* לבית המשפט של חדלות פירעון בהליך לפי Chapter 11.

152 ראו The Supreme Court, 2002 Term: Leading Cases: III. Federal Statutes and Regulations: A. Bankruptcy Code, 117 HARV. L. REV. 390, 395 (n. 53) (2003).

153 ראו Stuart C. Gilson, Kose John & Larry H. P. Lang, *Troubled Debt Restructuring: An Empirical Study of Private Reorganization of Firms in Default*, 27 J. FIN. ECON. 315, 323-324 (1990) (ככל שאין פערי מידע לגבי שווי נכסיה של החברה קל יותר להשיג הסדר נושים

יש לשים לב כי חוסר היעילות הנובע מן ההתנהגות האסטרטגית המתוארת לעיל של בעלי עניין שונים איננו מתבטא רק ex post אלא גם ex ante. מנקודת מבטו של נושה רצוני של החייב, המתמחר את הסיכון שבהיקלעות החייב לחדלות פירעון ואת ההשפעה של סיכון זה על יכולתו להיפרע מן החייב את החוב המגיע לו, ככל שבגדרי ההליך הקולקטיבי מתרחשת פגיעה בזכויות מוקנות – כך מתעצם הסיכון שהנושה הרצוני נושא בו. זאת, משום שהקצאה לא אופטימלית של נכסי החייב – שהיא כאמור תוצאת ההתנהגות אסטרטגית שתוארה לעיל – פירושה עבור הנושה הרצוני אחד: דיבידנד נמוך יותר. ככל שנושה רצוני זה מתמחר את סיכוני האשראי לתוך מחיר האשראי שהוא דורש מן החייב, הוא צפוי לדרוש מן החייב מחיר גבוה יותר.¹⁵⁴ לכך יש השפעה שלילית על הרווחה החברתית: עליית המחיר בשוק האשראי פירושה פחות מיזמים טובים שייצאו אל הפועל כתוצאה מהיעדר מימון.

לכאורה, אם מקבלים את סדרת ההנחות שפורטה לעיל, המסקנה העולה היא שכל אירועי החלוקה מחדש המתרחשים בגדרי ההליך הקולקטיבי הם, כשלעצמם, לא יעילים. ברם, כדי להבין כיאות את הטעם הכלכלי יש לדייק: כל עוד נועד אירוע חלוקה מחדש זה או אחר לקדם מטרה ממטרות ההליך הקולקטיבי, אין לומר עליו שהוא לא יעיל בעליל. זאת, משום שלאירוע החלוקה מחדש יש "ערך מפצה" – קידום מטרה ממטרות ההליך הקולקטיבי. כך, למשל, לתוצאה החלוקתית הנובעת מצו הקפאת הליכים, המונע נושה מובטח מלפעול כדי להיפרע את חובו מן הבטוחה, יש ערך מפצה: פתיחת פתח לאפשרות שיקומה של החברה. אולם, כאשר אירוע חלוקה מחדש מסוים איננו מתחייב ממטרותיו של ההליך הקולקטיבי כפי שהוגדרו מראש – כלומר: הוא נעדר ערך מפצה – אז ודאי יש לקבוע כי אירוע החלוקה מחדש אינו יעיל: הסיכון לשימוש תת-אופטימלי בנכסי החייב מחריף ומנגד אין ערך מפצה.

השאלות שיש לשאול כדי ליישם את הטעם הכלכלי (לענייננו – סוגיית ההכרה בסמכותו של בית המשפט של חדלות פירעון לדון במתן הקלות שלטוניות) הן אפוא: מה חומרת החשש להתנהגות אסטרטגית שאירוע החלוקה מחדש המדובר מעורר מחד גיסא, ובאיזו מידה מובטח קיומו של ערך מפצה מאידך גיסא (כלומר: אם בכלל יש ערך מפצה, ואם התועלת ממנו עולה על נזקי ההתנהגות האסטרטגית הצפויה).

(ב) הטעם החוקתי האנכי והטעם החוקתי האופקי

הטעם ה"חוקתי" מבוסס על המותר והאסור לרשויות השלטון במשטר דמוקרטי ביחסיהן עם האזרח (מישור היחסים האנכי), וביחסיהן עם רשויות שלטון אחרות (מישור היחסים

וולונטרי); Arturo Bris & Ivo Welch, *The Optimal Concentration of Creditors*, 60 J. FIN. (2005), 2193, 2195 (סיכויי הצלחתו של נושה אחד באכיפת החיוב אליו, באמצעות משא-ומתן עם החייב, רבים יותר בהשוואה לסיכוייהם של נושים רבים מפוזרים, אלא אם כן נפתח הליך קולקטיבי).
154 ראו Paul B. Lewis, *Bankruptcy Thermodynamics*, 50 FLA. L. REV. 329, 356-357 (1998).

האופקי). הטעם החוקתי אוסר על חלוקה מחדש מיותרת משיקולים שיסודם במישורי היחסים האנכי והאופקי גם יחד.

נפתח בהבהרת הטעם החוקתי במובנו האנכי. כידוע, כל רשות שלטונית – ובית משפט של חדלות פירעון אף הוא רשות שלטונית – אינה יכולה להפעיל אלא סמכות שהוקנתה לה לפי חוק.¹⁵⁵ לא כל שכן כשהרשות השלטונית מבקשת – במקרה זה, בגדרי ההליך הקולקטיבי – להתערב בחיי הפרט ולפגוע בזכויות כגון זכות הקניין או חופש החוזים שלו. בהיעדר הסמכה בחוק, במישרין או בעקיפין, במפורש (על-פי לשון החוק) או במשתמע (על-פי תכליתו), המתירה לבית משפט של חדלות פירעון לפגוע בזכות מוקנית, אסור לבית משפט של חדלות פירעון, כמי שמבצע את הרגולציה של חדלות פירעון, לפגוע בזכות כזו אך בגלל השאיפה – הלגיטימית כשלעצמה – לקדם את מטרות ההליך הקולקטיבי כגון סיוע לנושים בגבייה או לעובדים של חברה הנתונה בקשיים פיננסיים בשמירה על מקור פרנסתם.

פסיקתו של בית המשפט העליון בתחום של דיני חדלות פירעון תרגמה בשנים האחרונות עיקרון זה לכלל מנחה, שלפיו על בתי משפט של חדלות פירעון להימנע – למצער במקרים מסוימים – מלהשלים בעצמם את שהחסיר המחוקק בדיני חדלות פירעון.¹⁵⁶ כלל מנחה זה משקף לטעמי את ההבנה כי להתערבות בית משפט של חדלות

155 זהו עקרון חוקיות המנהל. ראו ברוך ברכה משפט מינהלי כרך א 35 (1986); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 49 (1996).

156 ראו והשוו ע"א 4548/91 משקי עמק הירדן אגודה מרכזית חקלאית שיתופית בע"מ נ' הספקה חברה מרכזית לחקלאים בע"מ (בפירוק), פ"ד נגד (4) 8, 21 (1999) (סירוב לפסול פעולה של נושה הפוגעת בעקרון השוויון בין הנושים, כפעולה המנוגדת לעקרון תום-הלב, וזאת, בין היתר נוכח "הרצון להימנע מלפגוע על דרך פסיקה בחופש החוזים..."); רע"א 3849/99 האלונים ייצור בלוקים בע"מ נ' טש"ת חברה קבלנית לבניין בע"מ (בניהול מיוחד), פ"ד נו(1) 365, 361 (2001) (סירוב לפסול פעולה של נושה הפוגעת בעקרון השוויון בין הנושים: "מועד מתן צו הפירוק מוגדר אפוא כמועד שעד אליו רשאים הצדדים להתקשר בהסכמי קיזוז, והדין מכיר בהתקשרותם. כלל זה מבטיח כי הצדדים לחוזה ייהנו מוודאות משפטית ויוכלו להתקשר בעסקאות כלכליות בלי לחשוש שמא פגיעה מסתברת בצד ג' תיטול מהן בדיעבד את תוקפן המחייב. התפיסה העומדת בבסיסה של הלכה זו היא כי הגבלת כשרותם של צדדים להתחייב בחוזה, גם אם היא ראויה כשלעצמה, מן הדין שתיעשה באופן המשמר את בהירותו של הדין ואת הוודאות המשפטית אשר נגזרת ממנו. בעניין זה מצא המחוקק לקבוע כי זכאותם של הצדדים לחוזה להתקשר באופן חופשי משתרעת על פרק הזמן הקודם למתן צו פירוק, ואילו זכותם של הנושים למנוע פגיעה במסת הנכסים מוגנת בפרק הזמן שלאחריו"). יש להעיר כי במקרה אחד הפגין בית המשפט העליון גישה הפוכה, כשקלט את ס' 98 לפקודת פשיטת הרגל אל דיני שיקום החברות. ראו פרשת כספי, לעיל ה"ש 28, בעמ' 762 ("ככל שהסדר בס' 350 [לחוק החברות] ובתקנות החדשות אינו מלא, ניתן להשלים את החסרים שבו מתוך דיני הפירוק שבפקודת החברות ובהשראתם [...]") ובעמ' 767 ("טענת המערערות שלפיה לא היה הנאמן מוסמך לבטל את הסכם המכר מחמת העדפת מירמה, היא חסרת בסיס. סמכויות הנאמן בשיקום חברה אינן מוגדרות במפורש בחוק; זהו אחד מן החסרים הרבים שבהסדר החוק של דין

פירעון בזירת ההתרחשויות סביב היקלעות החייב לקשיים פיננסיים יש תוצאות חלוקתיות מובהקות. למעשה נפסק כי בהיעדר הסמכה מתאימה מן המחוקק, אל לו לבית משפט של חדלות פירעון לקחת מפלוני את זכותו המוקנית ולהעבירה לאלמוני. מהו הטעם החוקתי במובנו האופקי? טעם זה יסודו בהבנה שבמדינה דמוקרטית, שבה משימות רגולטיביות מבוזרות בין רשויות שלטוניות שונות, ייתכן – והעניין טעון בדיקה בכל הקשר והקשר על-פי תכליתו – כי היעדר הסמכה מפורשת מן המחוקק לרשות שלטונית פלונית (לפגוע בזכותו המוקנית של פלוני לטובת אלמוני) משקף הכרעה חדה וברורה של המחוקק כי הוא מעדיף שדווקא רשות שלטונית אחרת היא זו שתעסוק במלאכת החלוקה מחדש. לשם המחשה, הטענה היא שאם רשות מנהלית א' מופקדת מכוח חוק על רגולציה בתחום של הפעלת אמצעי תקשורת, ורשות מנהלית ב' מופקדת מכוח חוק על רגולציה בתחום התעופה, אזי בקשה להפעיל אמצעי תקשורת מתוך מטוס תהא בגדרי סמכותה של רשות א' דווקא. למסקנה זו אפשר להגיע קודם כל מכיוון שהחוק המסמיך את רשות ב' אינו מסמיך אותה במפורש לדון בבקשות להפעלת אמצעי תקשורת מתוך מטוסים; אולם – ועיקר – מכיוון שהמחוקק הסמיך במשתמע את רשות א' בדיקת תכליות הדין – הן אלו הנוגעות לרגולציה של אמצעי תקשורת, הן אלו הנוגעות לרגולציה של ענף התעופה – מגלה כי לרשות א' יתרון מובהק על רשות ב' ברגולציה של הפעלת אמצעי תקשורת; מנגד, העובדה שנעשה כאן שימוש במטוס אינה בעלת חשיבות כזו המצריכה את התערבותה של רשות ב'. במילים אחרות, ההנחה הנלווית לטעם החוקתי במובנו האופקי, שלפיה היעדר הסמכה מן המחוקק מבטא את עמדת המחוקק המעדיפה את רשות א' על רשות ב', היא הנחה הניתנת לסתירה שיש לבחון אם נכון לאמצעה לאור שיקולי המדיניות הרלוונטיים.

זאת ועוד: הטעם החוקתי במובנו האופקי משקף גם את הצורך ביחסי כבוד הדדיים בין רשויות השלטון. צורך זה מתעורר על רקע החשש שהיעדר כבוד הדדי בין הרשויות

שיקום החברות. כפי שהמפרק זקוק לסמכויות רחבות על-מנת להגשים את מטרת הפירוק – מימוש נכסי החברה וחלוקתם בין המחזיקים בזכויות כנגד החברה – כך הנאמן זקוק לסמכויות רחבות על-מנת להגשים את מטרת השיקום). פסק הדין בפרשת כרטיסי אשראי לישראל בע"מ, לעיל ה"ש 28, בעמ' 134, הפך, כך נראה, מגמה זו ("הנמקתה של הערכאה הראשונה נראתה לי, במבט ראשון, משכנעת, אך ככל שההרתי בדבר הגעתי לכלל מסקנה כי התפקיד להסדיר את השאלה אם יחול הדין המיוחד שבסעיף 74 [לפקודת פשיטת הרגל] על ענייננו, שבו לא הושג הסדר נושים, תפקידו של המחוקק הוא, ולא תפקידו של בית-המשפט"). ראו גם ע"א 7954/03 אמדאוס דוולופמנט אינק נ' הבנק למסחר בע"מ (בפירוק), פ"ד ס(2) 576 (2005); וכן בש"א (מחוזי ת"א) 9554/04 כונס הנכסים של חברת פוסטר מדיה (ישראל) בע"מ נ' שושן ורוד בע"מ (פורסם בנבו, 9.9.2004) (סירוב להחיל את דיני ביטול העדפות על הליך כינוס נכסים בהיעדר הוראת חוק מפורשת המסמיכה את בית המשפט של חדלות פירעון לעשות כן), הגם שגישתם של בתי המשפט המחוזיים היא בדרך-כלל הפוכה, והם אינם מהססים להקנות לעצמם סמכויות שהמחוקק לא העניק להם במפורש.

יוביל לתוהו ובוהו. כך, למשל, יש להעניק לחוקים המסמיכים את רשות א' ו-ב' בדוגמה לעיל פירוש שימנע ריב סמכויות או החלטות מנוגדות.

2. סמכות למתן הקלה שלטונית: ניתוח לאור תכליות הדין

עתה יש לבחון כיצד ראוי לעצב את הכלל המשפטי בסוגיית הסמכות למתן הקלות שלטוניות בגדרי ההליך הקולקטיבי, בהתחשב בתכליות החוקתיות והכלכליות. כפי שאראה מיד, התמונה העולה מבדיקה של תכליות הדין היא מורכבת. הטעם החוקתי-האנכי תומך במשטר המשפטי שמכתיבה הלכת היעדר הסמכות מפרשת תורג'מן, אך הטעם החוקתי-האופקי והטעם הכלכלי עשויים להביא למסקנה הפוכה. הדיון להלן מעורר אפוא כמה ספקות לגבי רציונליות של הלכת היעדר הסמכות מפרשת תורג'מן.

(א) על-פי הטעם החוקתי "האנכי"

כאמור, מתן הקלה שלטונית בגדרי ההליך הקולקטיבי הוא אירוע של חלוקה מחדש. כתוצאה ממתן ההקלה השלטונית נפגעת זכות מוקנית של הציבור, או, בלשון הפסיקה, "אינטרס הציבור"¹⁵⁷. כך למשל, לציבור – באמצעות המשרד להגנת הסביבה – זכות מוקנית לתבוע מחייב פלוני לנקות קרקע שזיהם. אלמלא נקלע פלוני להליך קולקטיבי לא היה חולק על חובתו לנקות את הקרקע שזיהם. הקלה שלטונית שתינתן לפלוני, על דרך מחילה על חובתו לנקות את הקרקע שזיהם, פוגעת בזכות המוקנית לציבור. האם העובדה שהזכויות המוקנות הנפגעות במקרה זה הן של הציבור בכללותו, ולא של פרט יחיד, משנה את גדרי סמכויותיה של הרשות השלטונית – כלומר: של בית המשפט של חדלות פירעון? לטעמי יש להשיב על שאלה זו בשלילה. העובדה ש"הנפגע" מאירוע החלוקה מחדש הוא הציבור כולו ולא פרט יחיד אינה צריכה להשפיע על דרך הניתוח ולהוות שיקול לסטייה מן הכלל האוסר על חלוקה מחדש בהיעדר הסמכה מפורשת או משתמעת מאת המחוקק. במשטר דמוקרטי רק המחוקק רשאי להסמיך את בתי המשפט של חדלות פירעון לבצע חלוקה מחדש, אף במקרה – ואולי דווקא במקרה – שבו הזכות המוקנית שנטילתה עומדת על הפרק היא זכות המשויכת לציבור כולו. אף אם תאמר כי הזכות המוקנית שעל הפרק אינה זכות של ממש שיש להגן עליה, בדומה לחופש החוזים או לזכות הקניין, עדיין קשה לחלוק על זכותו המוקנית של

157 ראו פרשת תורג'מן, לעיל ה"ש 37, בעמ' 816. לדרך הסתכלות שונה, ככל הנראה, על הדברים ראו Rasmussen, לעיל ה"ש 132, הנמנע מהצגת התוצאה של מתן הקלה שלטונית כפגיעה בזכות מוקנית של הציבור. עם זאת, אפילו המחבר עצמו מבהיר, כדוגמה, כי פתיחת ההליך הקולקטיבי אינה היתר לחייב לעסוק במכירת סמים, אף-על-פי שמדובר בפעילות רווחית במיוחד, שתוכל לשרת את המטרה של שיקום פיננסי. ראו שם, בעמ' 1570.

הציבור כי ההכרעה בשאלה הערכית של מתן הקלה שלטונית, שבגדרה נדרש איזון בין שתי מערכות אינטרסים שונות – זו של דיני חדלות פירעון וזו של המערך הרגולטיבי המגזרי – תתקבל על-ידי הרשות השלטונית שהוסמכה לכך במפורש, ולא על-ידי בית המשפט של חדלות פירעון. במובן זה, לציבור זכות מוקנית למצער לערובה פרוצדורלית ראויה, המבטיחה תהליך תקין של קבלת החלטות.

לנוכח ההקשר הכלכלי המובהק שבו מתבקשת ההקלה השלטונית – כדי לסייע לחייב להתמודד עם קשייו הפיננסיים – אפשר להציג את הטעם החוקתי גם כפגיעה בזכות המוקנית לפרט – הזכות לשוויון.¹⁵⁸ טלו חברה שפלונית, מתחרתה, נקלעה לקשיים פיננסיים ונפתח בעניינה הליך קולקטיבי. שתי החברות התחרו באותו שוק ובאותם תנאים. בין היתר נדרשו שתי החברות לעמוד בדרישות המשרד להגנת הסביבה. החברה האחת כלכלה את פעולותיה בתבונה, ואף שנאלצה להקריב משאבים כדי לעמוד בדרישות המשרד להגנת הסביבה, הצליחה לקיים עצמה ולהפיק רווחים. מתחרתה, לעומת זאת, נכשלה ונקלעה כאמור להליך קולקטיבי, לא לפני שזיהמה קרקע שהייתה בחזקתה. הנה עתה, במסגרת ההליך הקולקטיבי, מתבקשת בעניינה של החברה שבקשיים הקלה שלטונית – שפירושה אינו אלא שהחברה הנתונה בקשיים מבקשת לשנות בדעיכה את התנאים שעל-פיהם התחרתה עם החברה המצליחה. מובן כי

158 ראו והשוו בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191 (1991), שבו נדונו שני מצבים הרלוונטיים לענייננו: במצב האחד (המכונה שם "מצב הדברים השני"), "אין לפלוני ולאחרים זכות המוגנת בדין. אין גם לרשות הציבורית שיקול דעת מינהלי להעניק אותה הזכות. חרף זאת, מעניקה הרשות אותה טובת הנאה לאחרים ואינה מעניקה אותה לפלוני". ראו שם, בעמ' 202-203 לפסק הדין. במצב זה, כך נפסק, הגם שהמופלה אינו יכול לדרוש כי אף לו תינתן הקלה שלטונית שניתנה לאחר שלא כדין, עדיין הוא יכול לדרוש את ביטולה (התרופה בעלת ההיבט "השלישי"). ראו שם בעמ' 203-204 לפסק הדין.

במצב הדברים האחר (המכונה שם "מצב הדברים השלישי"), "החוק אינו מעניק לפלוני ולאחרים זכות. עם זאת, החוק מעניק לרשות המוסמכת שיקול דעת להעניק את הזכות האמורה על-פי שיקול דעתה. שיקול דעת זה יוצר מיתחם של אפשרויות סבירות. במסגרתן של אלה קובעת הרשות השלטונית מדיניות לפיה היא מעניקה טובת הנאה לאחרים, ונמנעת מלהעניק טובת הנאה זו, מטעמים מפלים, לפלוני. מה כוחה של האפליה הפסולה במצב דברים זה? התשובה מתבקשת מאליה: פלוני זכאי ליחס שוויוני מטעם הרשות השלטונית [...] טול רשות שלטונית המחליטה להעניק סובסידיות לגופים שונים. אם הרשות השלטונית היתה מחליטה שלא להעניק סובסידיה לאיש, הייתה פועלת במסגרת סמכותה. משהחליטה להעניק סובסידיה לאחרים ולמנוע את הסובסידיה מפלוני, השווה בתכונותיו לאותם אחרים, הריהי יוצרת בכך אפליה כנגד פלוני, וזכותו לקבל סובסידיה ככל האחרים". ראו שם, בעמ' 205 לפסק הדין. הנה כי כן, ככל שניתן לטעון כי פלוני הופלה לרעה (משום שלא זכה לקבל את ההקלה השלטונית שנתבקשה במסגרת ההליך הקולקטיבי אך ורק מכיוון שהוא עצמו לא היה נתון בהליך קולקטיבי אף שהיה נתון בקשיים פיננסיים), יש בסיס משפטי לדרישה לתקן את אי-השוויון.

האחרונה לא תזכה להקלה שלטונית דומה.¹⁵⁹ כלום רשאי בית משפט של חדלות פירעון – אף שלא הוסמך לכך במפורש על-ידי המחוקק – לדון במתן הקלה שלטונית כאמור! דומה כי עצם הימצאותה של החברה בהליך קולקטיבי – במובחן מסוגיית קשייה הפיננסיים – אינה צריכה לשמש נסיבה המצדיקה את שינוי זהותו של מקבל ההחלטה בעניין ההקלה השלטונית שנתבקשה.

טלו עתה חברה שכמו פלונית, מתחרתה הזוהה, נקלעה אף היא לקשיים פיננסיים.¹⁶⁰ חברה זו נאבקה מחוץ להליך הקולקטיבי כדי להגיע להסדר עם נושיה ובין היתר נדרשה לעמוד בדרישות המשרד להגנת הסביבה. לשם כך הוציאה סכום כסף מסוים. לעומתה, פלונית בחרה לפתוח בהליך קולקטיבי ובמסגרתו ביקשה הקלה שלטונית, על דרך של ויתור על דרישות המשרד להגנת הסביבה. כלום רשאי בית המשפט של חדלות פירעון, אף שלא הוסמך לכך במפורש על-ידי המחוקק, לדון במתן הקלה שלטונית שכזו – ששווייה הכספי ברור (סכום הכסף המסוים שנדרשה החברה שלנו להוציא) – לחברה פלונית, הגם שהחברה שלנו לא קיבלה אותה! ? ואידך זיל גמור.¹⁶¹

(ב) על-פי הטעם החוקתי האופקי

מהי המסקנה הנגזרת מן הטעם החוקתי במובנו האופקי? האומנם יש לקבוע כי בית משפט של חדלות פירעון אינו מוסמך – כל עוד לא קבע המחוקק במפורש אחרת – לדון במתן הקלה שלטונית זו או אחרת? כלום אין זה אפשרי, למשל, כי נקבע שהמחוקק

159 ראו והשוו לטענתה של טלעד, שהפסידה במכרו לערוץ 2, לנוכח ההקלות השלטוניות המתבקשות על-ידי הזכיינים שזכו: אפרת אדיר "בני גאון: לאפשר לטלעד להציג עמדתה בהקלות לזכיינות" BizPortal 29.10.2006, www.bizportal.co.il/shukhahon/biznews02.shtml?mid=127124&fontSize=7; ראו גם גידי וייץ "הילד עם האצבע בסכר" הארץ 22.2.2007, המראיין את ד"ר ירון זליכה, החשב הכללי, המספר כיצד החברה לישראל בע"מ ביקשה לשנות את תנאיו של חוזה שנכרת עמה לאחר שזכתה במכרו להקמה ותפעול של תחנת כוח ברמת חובב תמורת סכום של 170 מיליון דולר, ודרשה תמורת ההקמה והתפעול של התחנה (לפי דברי המראיין) סכום של 315 מיליון דולר ("זו דוגמה לאיך גופים שונים היו מגישים הצעות נמוכות באופן לא ריאלי, זוכים במכרו ולאחר מכן מוצאים מסילות משונות על מנת להביא לפתיחת החוזים שוב ושוב, תמיד לטובתם. עכשיו, עזוב יעילות כלכלית, שכח מיעילות כלכלית, רק תחשוב על שוויוניות. מה באותו יום חושב אדם שהפסיד במכרו אחרי שהגיש הצעה של 200 או 210 מיליון דולר?").

160 הדוגמה מבוססת על 173-174 (3rd ed. 2001) DOUGLAS G. BAIRD, THE ELEMENTS OF BANKRUPTCY

161 לטיעון של פגיעה בשוויון בהקשר להחלטת מתחרים אם להשתתף במכרזים ראו Andrea J. Serlin, *NextWave v. FCC: Battle for the C-Block Licenses*, 50 CATH. U. L. REV. 219, 261-262 (2000). אכן, ההחלטה על מתן הקלה שלטונית בפרשת *NextWave*, לעיל ה"ש 51, אינה הוגנת כלפי מציעים שהתחרו עם חברת *NextWave* במכרז, צייתו להוראות ועל כן הגישו – שלא כמו חברת *NextWave* – הצעות ששיקפו את יכולתם הכלכלית האמיתית.

הסמיך את בית המשפט של חדלות פירעון במשתמע, אם לא במפורש, לדון במתן הקלות שלטוניות? כאמור, הבדיקה הנכונה נוגעת לא רק לקיומה של הסמכה במפורש (על-פי לשון החוק) אלא גם לקיומה האפשרי של הסמכה במשתמע (על-פי תכליתו). דווקא בהקשר המיוחד של הקלות שלטוניות, כאחד ההקשרים שבהם בית משפט של חדלות פירעון נדרש לבצע מהלכים חלוקתיים בגדרי ההליך הקולקטיבי, ולנוכח ההתנגשות האפשרית בין שתי רשויות שלטוניות המבצעות רגולציה, יש חשיבות יתירה לשיקולים שבמישור היחסים האופקי, כלומר: היחסים שבין בית המשפט של חדלות פירעון, כרשות שלטונית המבצעת רגולציה, לבין הרשויות השלטוניות המגזריות. בית משפט של חדלות פירעון מופקד כאמור על רגולציה של אירועי חדלות פירעון;¹⁶² אך האם יש לאפשר לו להשתלט, תוך ביצוע תפקידו, על הרגולציה של תחומים אחרים בחיינו, תוך דחיקת הרשות השלטונית המגזרית שהייתה מטפלת בכך אילולא פתיחת ההליך הקולקטיבי? כך, למשל, אם נמנע המחוקק מהסמכת בית המשפט של חדלות פירעון לדון במתן הקלה שלטונית בהקשר לאישור מיזוג בין חברות הפוגע בתחרות, האם המסקנה שיש להסיק היא שהמחוקק למעשה הסמיך רק את הרשות להגבלים עסקיים לדון בבקשה להקלה שלטונית?¹⁶³

(1) נגד סמכות לבית משפט של חדלות פירעון

בהקשר זה יש לזכור כי בהשוואה לרשויות השלטוניות המגזריות, בית המשפט – כמוסד המבצע רגולציה מגזרית (בתחום ההגבלים העסקיים, איכות הסביבה, תקשורת, וכיוצא בזה) – עשוי להיתפס כרגולטור נחות.¹⁶⁴ אכן, בהקשר זה אף יש להבין את המתכונת המוגבלת של ביקורת שיפוטית שמכתיב המשפט המנהלי ועל-פיה בתי המשפט אינם מחליפים את שיקול דעתה של הרשות השלטונית המגזרית בשיקול דעתם הם. נחיתותו של בית משפט של חדלות פירעון כרגולטור מגזרי, בהשוואה לרשות השלטונית המגזרית, נובעת מכמה מקורות.

ראשית, מתכונת ההליך השיפוטי – על מאפייניו המיוחדים, ובמרכזם עצם התנהלותו בזירה אדוורסרית – מגבילה במידה רבה את יכולתו של בית המשפט לבצע בהצלחה רגולציה מגזרית. כך, למשל, ההליך השיפוטי הוא הליך אד-הוק. הצלחתו לקדם מטרות רגולטיביות כלשהן תלויה במידה רבה בהיקף העניינים ובסוג העניינים שאחרים – המתדיינים – בוחרים להביא לפני בית המשפט. בשונה מן הרשות השלטונית המגזרית,

162 ראו לעיל הטקסט שאחרי ה"ש 1 וכן ה"ש 2 עצמה.

163 ראו והשוו גם דיויד גילה "מיזוגים במשבר – האינטרס של בית המשפט בפירוק חברה מתנגש עם רצון דיני ההגבלים להגן על הצרכנים" גלובס 24.2.2009 (סבור כי כל עוד המיזוג כפוף לחוק ההגבלים העסקיים, הרי שבעימות בין דיני ההגבלים העסקיים לבין דיני פירוק חברות המחוקק הכריע "באופן חד [...] לטובת הצרכנים ולרעת הנושים והעובדים של החברה שבפירוק").

164 ראו Rasmussen, לעיל ה"ש 132, בעמ' 1578-1582, 1591-1592.

בית משפט של חדלות פירעון, כמוסד, מנותק מזירת ההתרחשות המגזרית ומבודד מהקשרים הנרקמים בין רשות שלטונית מגזרית לבין אלו הכפופים לפיקוחה ומאלה שבינה לבין מעצבי מדיניות.¹⁶⁵

שנית, בהשוואה לרשות שלטונית מגזרית העוסקת ברגולציה מגזרית (בתחום ההגבלים העסקיים, איכות הסביבה, תקשורת וכיוצא באלה), היקף העניינים הרב יחסית שבו נדרש לטפל שופט חדלות הפירעון אינו מאפשר להתמודד כיאות עם מורכבותה של הרגולציה המגזרית.¹⁶⁶ בית משפט של חדלות פירעון אינו יכול לפתח מומחיות ספציפית, עקבית¹⁶⁷ או שוויונית כפי שיכולה לפתחה הרשות השלטונית המגזרית המופקדת מלכתחילה רק על תחום מסוים.¹⁶⁸

טלו כדוגמה את הבעיה שכונתה בספרות "פיקוח על חבויות סמויות" (monitoring of latent liabilities) או "ביזה" (looting).¹⁶⁹ בעיה זו נוצרת כאשר חברות בעירבון מוגבל מנצלות את עקרון האחיות המוגבלת ופועלות במתכונת של "פגע וברח", למשל בהקשר לזיהום הסביבה. פעילותה הרווחית של החברה בע"מ מבוססת, בטווח הארוך, על כך שהתוצאות המזהמות של פעילותה אינן מתגלות אלא לאחר פרק זמן ממושך יחסית. כאשר תוצאות אלו נחשפות, החברה מכניסה עצמה להליך קולקטיבי – פירוק או שיקום – כדי להשתחרר מחבותה.¹⁷⁰ בשונה מנטילה מופרזת של סיכונים והצנתם על ניזוקים, הבעיה של looting אינה כרוכה מבחינתה של החברה בע"מ או מבחינת בעליה בנטילת סיכונים רבים.¹⁷¹ אף שאפשר לזהות מראש חברות בע"מ המבצעות looting

165 ראו Mary K. Olson, *Regulatory Agency Discretion Among Competing Industries: Inside the FDA*, 11 J.L. ECON. & ORG. 379, 380-381, 404-405 (1995); Terry M. Moe, *Control and Feedback in Economic Regulation: The Case of the NLRB*, 79 AM. POL. SCI. REV. 1094, 1095, 1114 (1985) (המתאר כיצד רשות שלטונית מגזרית מעצבת מדיניות, המהווה איזון בין אינטרסים ומשתנה על-פני רצף של זמן, כל זאת תוך אינטראקציה עם גורמים שונים). ראו גם Eisenberg, לעיל ה"ש 2, בעמ' 21.

166 לתיאור המורכבות הכרוכה בהחלטות רגולטיביות ראו, למשל, Mark Armstrong & David E.M., *Sappington, Regulation, Competition, and Liberalization*, 44 J. ECON. LIT. 325, 326 (2006).

167 כך, למשל, הרשות השלטונית המגזרית עשויה להעדיף מדיניות של מתן אישור מוקדם לפעולות שמבצעים מושאי הרגולציה על-פני ענישה מאוחרת של מפרי חוק, ולהעמיד לשם כך תמריצים מתאימים. ראו Marc T. Law, *How Do Regulators Regulate? Enforcement of the Pure Food and Drugs Act, 1907-38*, 22 J.L. ECON. & ORG. 459, 461-462 (2005).

168 ראו Eisenberg, לעיל ה"ש 2, בעמ' 21.

169 ראו Swanson & Mason, לעיל ה"ש 136, בעמ' 388.

170 התאוריה פותחה לראשונה על רקע משבר Savings and Loan האמריקני. ראו George A. Akerlof, Paul M. Romer, Rober E. Hall & N. Gregory Mankiw, *Looting: The Economic Underworld of Bankruptcy for Profit*, 2 BROOKINGS PAPERS ON ECONOMIC ACTIVITY 1 (1993).

171 ראו Swanson & Mason, לעיל ה"ש 136, בעמ' 399.

(חברה כזו מאופיינת במבנה הון דק, בהון עצמי נזיל ועתיר נכסים סטנדרטיים שאפשר למוכרם בקלות, ובהשקעה של מעט משאבים במניעת נזק בטווח הארוך), הזיהוי מבוסס בין היתר על ידע שיש לרגולטור על התעשייה כולה ועל הסיכונים לטווח הארוך הטמונים בפעילות מסוימת של חברה בע"מ.¹⁷² בשונה מן הרגולטור המגזרי, בית משפט של חדלות פירעון אינו מסוגל, כמוכך – אל מול פני מקרה מסוים שבו מתבקשת הקלה שלטונית – לזהות או ליישם מדיניות לטיפול בתופעת של looting.

טלו דוגמה נוספת, בהקשר לשאיפה לפתח מדיניות רגולציה מגזרית שוויונית. החלטה של בית משפט של חדלות פירעון לתת הקלה שלטונית עלולה, למשל, ליצור מצב שבו חייב א' יקבל הקלה שלטונית מסוימת מכיוון שנפתח בעניינו הליך קולקטיבי ואילו חייב ב', הזהה בתכונותיו לחייב א', לא יקבל את אותה הקלה רק מכיוון שלא נפתח בעניינו הליך קולקטיבי, ועל כן בקשתו למתן ההקלה נדונה על-ידי הרשות השלטונית המגזרית. ממילא גם אין לשופט חדלות הפירעון גישה מספקת – כפי שיש לרשות השלטונית המגזרית – לכלים המגזריים הרלוונטיים להתמודדות עם הרגולציה הנדרשת. כך, למשל, לבית משפט של חדלות פירעון אין תמיכה של מחלקה כלכלית כפי שיש לממונה על ההגבלים העסקיים, או של אנשי מקצוע בתחום החומרים המסוכנים כפי שיש למשרד להגנת הסביבה.

שלישית, בהשוואה לרשות השלטונית המגזרית, בית המשפט אינו נדרש לעמוד למשפט הציבור בגין החלטותיו ואין בו את תכונת "אחריות הדיווח" (accountability), התורמת למשילות איכותית.¹⁷³ הבעיה מחריפה ככל שאין מדובר בבית משפט סתם אלא בבית משפט של חדלות פירעון.¹⁷⁴ דווקא התמקצעותו והתמקדותו הנושאת של בית המשפט הזה בתחום של חדלות פירעון מכבידים על יכולתו "לראות את התמונה הכוללת" ולהפנים את מלוא המשמעויות החברתיות של החלטותיו. בית משפט של חדלות פירעון, כמוסד, עלול להמעית יתר על המידה מחשיבותם של אינטרסים שאינם מיוצגים בפניו ישירות, כלומר: אינטרסים שלא מתוך דיני חדלות פירעון.¹⁷⁵ המתכונת שבה מיוצגים בפני בית משפט של חדלות פירעון האינטרסים המגוונים הפועלים בזירה מעוותת את משקלם היחסי. כך, באופן כללי אפשר לומר כי האינטרסים של בעלי

172 שם, בעמ' 402.

173 ראו Eisenberg, לעיל ה"ש 2, בעמ' 21.

174 ראו Feibelman, לעיל ה"ש 25, בעמ' 1405-1406.

175 ראו Hill, לעיל ה"ש 8, בעמ' 266. בית המשפט של חדלות פירעון עלול להמעית גם בחשיבות של אינטרסים לא שגרתיים כגון האינטרס של ניווקים עתידיים. טלו כדוגמה חברה בע"מ שמוצרים שייצרה (אסבסט או תרופות) גרמו נזקים שטרם ידועים אפילו לניזוקים עצמם. שאלה – שקשה להשיב עליה באורח א-פריורי – היא בפני מי ייוצגו טוב יותר האינטרסים של ניווקים עתידיים אלו: בפני בית משפט של חדלות פירעון או בפני הרשות השלטונית המגזרית. לדעה התומכת בבית המשפט דווקא ראו Eisenberg, לעיל ה"ש 2, בעמ' 25.

קבוצות עניין שבאורח מסורתי קרובות יותר לחייב (כגון נושים או עובדים) מיוצגים טוב יותר לפני בית משפט של חדלות פירעון מאינטרסים אחרים (כגון האינטרסים של הציבור כולו).¹⁷⁶

טלו, למשל, החלטה של רשות שלטונית, הממונה על מתן רישיונות להימורים, לבטל רישיון הימורים לחברה בע"מ שעיקר עיסוקה ניהול הימורים, שנקלעה לקשיים והפסיקה לשלם תמלוגים עבור הרישיון.¹⁷⁷ באופן טבעי, במסגרת הליך קולקטיבי, בית משפט של חדלות פירעון מן הסתם ייטה לראות – כתוצאה המשמעותית ביותר של ביטול הרישיון – את הפגיעה בנושי החברה, בבעלי מניותיה ואף בעובדיה, כתוצאה מכך שהמדינה נטלה את הנכס העיקרי של החברה. ברם, בעשותו כן עלול בית המשפט של חדלות פירעון להחמיץ את המשמעות החשובה – אולי אף יותר – הנובעת מהגשמה של אינטרס כלל-חברתי: הפקדת פעילות כה טעונה כמו הימורים בידי גוף בעל יציבות פיננסית. אכן, באופן מובנה יש חשש ששופט חדלות הפירעון ייכשל במשימת האיזון בין שני האינטרסים הנ"ל, אם זו תופקד בידי. לשופט חדלות הפירעון אין הכשרה, ניסיון או מיומנות ברגולציה של פעילויות הימורים. שופט חדלות הפירעון אף לא יידרש לתת דין וחשבון לפני הציבור שיושפע מהחלטתו להעדיף דווקא את האינטרס של בעלי המניות, של הנושים או של עובדי החברה. נטייתו של שופט חדלות הפירעון תהיה להעניק משקל גדול יותר לאינטרסים שאת הגשמתם הפקידו בידי דיני חדלות פירעון – תחום מומחיותו. לעומת זאת, לרשות השלטונית המגורית, הממונה על מתן רישיונות להימורים, צפוי להיות ניסיון בהתמודדות עם בעלי רישיונות שנקלעו לקשיים כספיים. מדובר ברשות שלטונית שמכלול האינטרסים מופר לה, לרבות של קהילות בעלי העניין התלויים בחייב, דווקא מכיוון שהתופעה של קשיים פיננסיים היא חלק בלתי-נפרד מחיינו. בקיצור, רב הסיכוי כי בזמן שבית משפט של חדלות פירעון ייתקל לראשונה במתן הקלה שלטונית במגזר המסוים שבו נתבקשה, הרשות השלטונית המגורית תהא מנוסה בהתמודדות עם מתן הקלות שלטונית לחייבים הנתונים בקשיים פיננסיים.

רביעית, לבית משפט של חדלות פירעון, כמי שתפקידו הקלאסי איננו ביצוע רגולציה מנהלית, חסרה תכונה שהיא מרכזית בכל משטר רגולציה ואותה מכנים אנשי מדע המדינה "תרבות רגולטורית" (regulatory culture). אכן, בהקשר זה ניתן להצביע על דפוסי התנהלות שונים של הרגולטור: יש שהרגולטור יעדיף ליישב מחלוקות עם אלו

176 שיקול זה מקבל משנה-תוקף ככל שמאמצים את התפיסה הרואה את ההליך המנהלי כהליך שתכליתו להעניק ייצוג הולם (representation) לאינטרסים. לתפיסה זו ראו, למשל, Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 HARV. L. REV. 1667 (1975); Robert B. Reich, *Public Administration and Public Deliberation: An Interpretive Essay*, 94 YALE L.J. 1617 (1985).

177 ראו והשוו *In re Tri City Turf Club*, 203 B.R. 617 (Bankr. E.D. Ky. 1996); והניתוח אצל Feibelman, לעיל ה"ש 25, בעמ' 1407-1408.

הנתונים לרגולציה על-ידי התנצחות נוקשה בבית המשפט ויש שהרגולטור יעדיף בהקשר זה דווקא משא ומתן שקט, לעתים לא פורמלי, עם הגופים המפוקחים על-ידו.¹⁷⁸ תהא התרבות הרגולטורית המקובלת על הרשות השלטונית המגזרית המסוימת שבה מדובר אשר תהא, ברי כי בית המשפט של חדלות פירעון אינו יכול לדבוק בה אף הוא.

הטעם החוקתי במובנו האופקי מלמד אפוא כי יש משמעות מרחיקת-לכת לעובדה שהמחוקק הסמיך מפורשות דווקא רשות שלטונית אחרת – היא הרשות השלטונית המגזרית בכל הקשר שבו מתבקשת הקלה שלטונית (הממונה על ההגבלים העסקיים, המשרד לאיכות הסביבה, רשות המסים, רשות ניירות ערך, וכיוצא באלה) – לטפל, בין היתר, במתן ההקלות השלטוניות. הסמכה זו, כפי שיש להבינה בסיוע הטעם החוקתי במובנו האופקי, משקפת את העדפת המחוקק את הרשות השלטונית המגזרית כגוף הרלוונטי לקבלת ההחלטה בעניין ההקלה השלטונית המתבקשת. הרשות השלטונית המגזרית התמחתה והתמקצעה, ראשית, בטיפול באינטרסים הכלל-חברתיים הרלוונטיים לתחום שבו מתבקשת ההקלה השלטונית; ושנית, באיזון הנדרש בין אינטרסים אלו לבין אינטרסים של בעלי מניות, נושים, עובדים וכיוצא באלו בעלי עניין התלויים בחייה.

178 DAVID VOGEL, NATIONAL STYLES OF REGULATION: ENVIRONMENTAL POLICY IN GREAT BRITAIN AND THE UNITED STATES (1986). ראו, כדוגמה, את התנהלותה של הרשות לניירות ערך מול בנק הפועלים בע"מ בפרשת הבנוסים ששולמו לבכירי הבנק: ארנון בן-יאיר "המשפטים בישלו דייסה, נחמה נאלץ להיענות לרחשי הציבור" הארץ 22.10.2006 ("במהלך המשא ומתן אמר טרי ניו"ר הרשות לניירות ערך] לבכירי הבנק שאם ישיבו את הסכומים המפורזים של 2005, הוא לא יבחן רטרואקטיווית אם העסקות שנעשו במשך השנים היו באמת לטובת החברה. ברשות [לניירות ערך] מסבירים את המהלך בכך שגם אצלם לא רצו להגיע לבית המשפט. ניסיון העבר לימד שלעתים עדיף להגיע לפשרה סבירה, מאשר להותיר את העניין לביורר משפטי שייקח שנים, וטוב לא ייצא ממנו, נאמר שם"); גיל סמסונוב "יורם מוקדי לא התאהב בכוח" nrg מעריב 22.10.2006 www.nrg.co.il/online/4/ART1/494/854.html ("מוקדי פיתח מודל שאומר אם יש כשל בתערוב, אם אין – אל תתערב". בעיני הוא אמר בשפת הכדורגל: רגולציה זה לא המגרש וגם לא השחקנים, זה הקווים. הגבולות. החריגות. הכשלים. ולכן התערב גם התערב כשהיו חריגות, הטיל קנסות וגבה אותם – למשל, כאשר הוצגו לצופים בכבלים חידוני סקס לילדים. דווקא אחרי שנלחם כנגד סגירת שידורי הארוטיקה, הטיל מוקדי קנסות כאשר שהשידורים חרגו לפורנוגרפיה. מועצת הכבלים והלווין בראשות מוקדי דגלה באי התערבות בתכנים, מתוך אמונה צרכנית כמעט שמוצרים פחות טובים או משמינים או מזיקים נמכרים בסופרמרקטים – אך הצרכן הבוגר מספיק נבון לצרוך אותם בחוכמה, בשיקול דעת ובמידה [...] מודל מוקדי יכול להוות דוגמה לרגולציה שהיא השופט שלא גונב את ההצגה. שלא בולט יותר מהשחקנים. רגולציה שמסמנת את הקווים, מקפידה, מענישה את החורגים. ולא מנהלת את השוק. שהתחרות תנהל את השוק"). לדוגמה נוספת ראו ערן גבאי "הסבלנות כלפי הסחבת סביב הסדר המימון בכבלים פוקעת: יורם מוקדי שב ודורש מכירה מהירה של מניות הבנקים בחבל" **TheMarkerOnline** 30.8.2006 www.themarket.com/tmc/article.jhtml?ElementId=/ibo/repositories/stories/m1_2000/skira20060830_254.xml

הסמכה זו משקפת את העדפת המחוקק את הרשות השלטונית שתישא באחריות ציבורית להחלטותיה על-פני בית המשפט של חדלות פירעון, שאיננו חשוף לאחריות ציבורית.¹⁷⁹

(2) בעד סמכות לבית משפט של חדלות פירעון

חשוב להבהיר כי המסקנה בדבר עדיפותה של הרשות השלטונית המגזרית, כרגולטור המתבקש להחליט על מתן הקלה שלטונית לחייב בקשיים, מבית המשפט של חדלות פירעון, אינה נקייה מספקות.

ראשית, כל עוד הרשות השלטונית המגזרית היא גם נושה של החייב שבעניינו נתבקשה ההקלה השלטונית, מתעורר חשש שהחלטת הרשות בעניין ההקלה השלטונית תושפע יתר על המידה משאיפתה – הטבעית, יש לומר – להיפרע את חובה מן החייב או לא להיהפך כלל לנושה שלו. במצב דברים זה, ההחלטה בבקשת החייב להקלה שלטונית עלולה לשמש בידי הרשות השלטונית מנוף ללחוץ על החייב לפרוע את חובו לרשות או להימנע מיצירת חוב כספי כלפיה. בהקשר זה חשוב לזכור כי כל אימת שהרשות השלטונית המגזרית מפעילה סמכות שלטונית מול חייב חדל-פירעון – בעיקר חייב שהוא חברה בע"מ – מתעוררת האפשרות שהדרך היחידה להפעלת סמכויותיה תהא השתתפות סנקציה כספית על החייב, שפירושה הוא שהרשות השלטונית המגזרית תיהפך לנושה.

האומנם יש לחשוש כי הרשות השלטונית המגזרית תאפשר לשיקול הכספי הצר להשתלט על שיקול דעתה? אכן, אפשר היה להיאחז בתפיסה רומנטית של רשויות השלטון ולקבוע כי חזקה על רשויות השלטון המגזריות שתימנענה מהפעלת לחץ על חייבים כאחרון הנושים, באמצעות ה"מנוף" שברשותן – יכולתן לשלול או להעניק את הקלה השלטונית שנתבקשה; ברם, ניסיון החיים מלמד כי במציאות התנהגותן של רשויות השלטון רחוקה מן האידאל הרומנטי, ולעתים הן עלולות לפעול כשהן רואות לנגד עיניהן אך ורק את האינטרס הכספי הצר שלהן.¹⁸⁰ המחשה לכך אפשר למצוא, למשל, בפרשת גיל חברה לתעשיות.¹⁸¹ בפרשה זו משך בעל מניות של חברה בע"מ דיבידנד של עשרה מיליון דולר מן החברה והעביר את הכסף לחו"ל תוך ששילם לפקיד השומה סכום מסוים כניכוי מס במקור. משיכת הדיבידנד הייתה שלא כדין, החברה

179 לטיעון דומה ראו פרשת *Rhonda Waste Disposal Ltd.*, לעיל ה"ש 86.

180 מדובר בחשש לא מבוטל. השוו זאת לחשש אחר העלול להתעורר, שהוא בנסיבות העניין רחוק ומעורפל יותר: הרשות השלטונית המגזרית – במיוחד ככל שהייתה מעורבת יותר בפקוח על פעילותו של החייב – עלולה להיות מושפעת יתר על המידה מהחשש שאחריותה למצבו הפיננסי הכושל של החייב תיחשף ברבים, ועל כן עלולה לקבל החלטות שיעיקר מטרתן הוא הסוואת כשלונה שלה. ראו Eisenberg, לעיל ה"ש 2, בעמ' 24-25.

181 רע"א 6360/99 מדינת ישראל נ' גיל חברה לפיתוח ותעשיות בע"מ (בפירוק), פ"ד נד(4) 554 (2000).

נקלעה להליך פירוק והמפרק תבע את החזרת הכספים הן מבעל המניות והן מפקיד השומה. בתביעה נגד בעל המניות קיבל המפרק פטור מאגרת בית המשפט, בהסכמת המדינה (שהיא כידוע צד רלוונטי לבקשות של בעלי דין לפטור מאגרה). לעומת זאת, בתביעה נגד פקיד השומה התנגדה המדינה למתן פטור מאגרה (בסכום של 520 אלף ש"ח), אך לא הסבירה במה שונה תביעה זו מן התביעה הקודמת (שבה הסכימה כי ינתן פטור מאגרה). בית המשפט העליון דחה את בקשת המדינה למתן רשות ערעור (ואפשר בכך את מתן הפטור מאגרה) תוך שצייין:

אכן, אין להוציא מכלל אפשרות שהחברה תהא פטורה מתשלום אגרה במקרה האחד ותחויב בתשלום אגרה במקרה האחר. ואולם משנפטרה מתשלום האגרה בתביעה הראשונה – בהסכמתה-למעשה של המדינה – מצפים היינו לשמוע מפי המדינה טעם-של-ממש במה נשתנתה שנייה מראשונה. טעם מעין-זה לא שמענו. אין פלא בדבר אפוא שטענת החברה לפנינו היא כי נתחלפו לה למדינה כובע בכובע – כובעה כריבון, כזוכה בתשלום האגרה – בכובעה כבעל-דין, בהיותה פקיד שומה, וכי ברצונה לסכל את תביעת החברה נגד פקיד השומה טוענת היא לאי-פטור מאגרה.

אכן, באופן שגרת רשויות שלטוניות נוהגות, כאמצעי גבייה, לקשור בין חובת האזרח לשלם את חובו לרשות לבין זכות האזרח לדרוש כי הרשות תפעיל את סמכותה לטובתו. כך, למשל, בפרשת ר"ח מייזלס, כזכור, ביקשה חברה קבלנית שעסקה במיזם בנייה בכרמיאל הקלה על דרך היתר לבניית תוספת של שמונה יחידות דיור. הוועדה המקומית לתכנון ובנייה אישרה את מתן ההקלה אך התנתה זאת, בין היתר, בתשלום של היטל השבחה. החברה חלקה על גובה החיוב ובין הצדדים התנהלו מגעים לקראת פשרה. ביני לביני נכנסה החברה להקפאת הליכים. סמוך לאחר שניתן צו הקפאת הליכים הוציאה הוועדה צו הפסקה מנהלי לעבודות הבנייה. לטענת החברה, הוועדה המקומית עשתה כן כדי ללחוץ על החברה לשלם את היטל השבחה.

טלו דוגמה נוספת. בפרשת רותם פיתוח ובניין¹⁸² התחייבה חברת על יש חברה לפיתוח (תלפיות) בע"מ (להלן: המוכרת) למכור נכס ברחוב האומן 18 בירושלים. בהסכם המכר נקבע כי המוכרת מתחייבת לשאת בכל תשלומי המסים והאגרות עד למועד המכירה. למוכרת חוב ארנונה לעיריית ירושלים בסך של 588,813 ש"ח, אך היא נקלעה לחדלות פירעון ואין לה נכסים. הקונה ביקשה צו לפירוק המוכרת משום שעיריית ירושלים סירבה להמציא לקונה אישור על היעדר חובות (כדי שהקונה תוכל לרשום את הנכס על שמה במינהל מקרקעי ישראל). כידוע, סעיף 324(א) לפקודת העיריות קובע כי

182 בש"א (מחוזי י-ם) 5171/04 עיריית ירושלים נ' רותם פיתוח ובניין (1990) בע"מ (פורסם בנבו, 8.12.2004).

לא תירשם כל העברה של נכס אלא אם סולקו בגינו כל החובות לעירייה. סעיף זה מקנה לעירייה את הכוח למנוע העברת רישום של נכס אם לא שולמו חובות הארנונה.¹⁸³ נשאלת השאלה: בהנחה שהרשות השלטונית אכן צפויה להשתמש בהחלטתה בעניין ההקלה השלטונית המתבקשת כדי לחוץ על החייב לפרוע את חובו או שלא ליצור חוב – מה פסול בכך? אפשר לטעון כי פירעון החוב באופן זה לרשות השלטונית (או אי-יצירתו) מנוגד לעקרון השוויון בין הנושים. אם נאפשר לרשות השלטונית לקשור בין שני כובעיה – כרגולטור וכנושה – נאפשר לה לשפר את מצבה לעומת נושים אחרים. אם מאפשרים לרשות השלטונית לקבוע כי אם החייב אינו משלם כספים שנתחייב לשלם תמורת רישיון שקיבל אזי יתבטל הרישיון שהעניקה לו – נאפשר לרשות השלטונית "לברוח מן הספינה הטובעת". ייתכן שאם החייב אינו מקיים את תנאי הרישיון, המדינה נהפכת לנושה. מצד אחד, מתן אפשרות לרשות השלטונית לנצל כך את כוחה פוגע בעקרון השוויון בין הנושים; אם במסגרת הליך קולקטיבי נאפשר לרשות השלטונית להשתמש בהחלטתה בעניין ההקלה השלטונית כמנוף להפעלת לחץ על החייב, יהיה בכך כדי לכרסם במטרות שלמענן נפתח מלכתחילה הליך חדלות הפירעון.¹⁸⁴ מן הצד האחר אפשר לטעון כי יכולתה של הרשות השלטונית להתנות את הפעלת סמכותה בהסדרת החוב אליה קיימת גם מחוץ להליך הקולקטיבי – ולפיכך אין יסוד להגביל יכולת זו בתוככי ההליך הקולקטיבי. זאת ועוד: הטיעון הרואה את הרשות השלטונית כשווה בין שווים (יתר הנושים הלא מובטחים) אינו נקי מספקות. אכן, יש הטוענים כי יש להבחין בין הרשות השלטונית כנושה לבין כל נושה פרטי אחר, למצער בהקשר לאופן שבו נתפסת בעיני הדין החלטתה להשתמש בכוחותיה המיוחדים כדי לשפר את גביית חובה מן החייב.¹⁸⁵ בהקשר זה נטען כי מאמציה של הרשות השלטונית לגבות חובות המגיעים לה אינם אלא מאמצים לגבות כספים השייכים לציבור כולו; כי מדובר בכספים שממילא מיועדים כך או אחרת לקידום המטרה הרגולטורית שהרשות השלטונית הופקדה עליה;¹⁸⁶ וכי הרשות השלטונית ממילא כפופה למגבלות בפעילותה שנושה

183 אולם סמכות זו של העירייה אינה מתקיימת כשנוצר חוב בטרם נכנסה החברה החייבת להליכי פירוק, שאז הוראות סדרי הנשייה בפירוק (שהן הסדר מיוחד) גוברות על ההוראה בס' 324(א) לפקודת העיריות (ראו פרשת קהילת ציון אמריקאית (בפירוק), לעיל ה"ש 79). כלומר: אם תיכנס החברה להליכי פירוק, כבקשת המשיבה, העירייה תהיה נושה רגיל בלבד (שהרי החובות נוצרו לפני כניסת החברה להליכי פירוק) ולא תוכל להפעיל את זכותה למנוע את העברת הנכס על שם המשיבה. העירייה התנגדה לבקשת הפירוק בטענה שהמשיבה אינה נושה ובטענה שהבקשה הוגשה בחוסר תום לב. ההתנגדות נדחתה ונקבע כי הסכם המכר הוא חוזה לטובת צד שלישי (עיריית ירושלים), וכי למשיבה זכות לדרוש מן החברה כי תקיים את החיוב כלפי העירייה – ולכן המשיבה היא בגדר נושה.

184 ראו והשוו לפרשת *Nextwave*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 845.

185 ראו *Feibleman*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 1408-1409.

186 להבחנה בין אינטרס כספי המניע את הרשות השלטונית לבין אינטרס רגולטורי ראו *Feibleman*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 1409-1410.

פרטי אינו כפוף להן. כך, למשל, בדרך כלל היא אינה חופשייה להעלות את המחיר שהיא דורשת ממקבלי אשראי ממנה – כפי שיכול לעשות נושה פרטי – כדי לשקף נזק שנגרם לה עקב חדלות פירעון של חייבים.

יש נימוק נוסף המצדיק לראות כלא לגיטימית את האפשרות שהרשות השלטונית תשתמש בהחלטתה בעניין ההקלה השלטונית המתבקשת כדי ללחוץ על החייב לפרוע את חובו או שלא ליצור חוב. נימוק זה עניינו החשש מפני הפגיעה באיכות ההחלטה השלטונית. אכן, הפעלת לחץ מצד הרשות השלטונית על חייב תוך שימוש בהחלטתה בעניין ההקלה השלטונית עשויה להיחשב לא לגיטימית מכיוון שיש בלחץ זה כדי לעוות את שיקול דעתה במילוי תפקידה כרגולטור. החלטתה של הרשות בעניין ההקלה השלטונית המתבקשת עלולה להיות מושפעת אך ורק מן האינטרס הכספי הצר שלה במקרה הקונקרטי שהובא בפניה חלף מכלול האינטרסים שעל הגשמתם היא מופקדת. בניסוח שונה, בהתנתה את הפעלת סמכותה בכך שהחייב יפרע את חובו או יימנע מליצור חוב, הרשות השלטונית כובלת את שיקול דעתה ומשעבדת אותו לטובת האינטרס הכספי הצר שלה במקרה שבפניה. על פני הדברים, כבילה זו מנוגדת לתפקיד שהטיל המחוקק על הרשות השלטונית. בין היתר, המחוקק העניק לרשות השלטונית סמכות לתת הקלה שלטונית מתוך הנחה שהרשות אינה רואה לנגד עיניה אך ורק את האינטרס הכספי הצר שלה במקרה זה או אחר, אלא שוקלת את מכלול השיקולים הרלוונטיים. החלטת הרשות השלטונית עלולה אפוא להיות לא סבירה.

שנית, אפשר לטעון כי ההקשר של כניסת חייב להליך של חדלות פירעון הוא הזדמנות נאותה לרסן את הרשות השלטונית המגזרית. כך, למשל, טעם אחד המצדיק מהלך מרסן, שבגדרו יוטל על בית המשפט של חדלות פירעון להחליט בסוגיית ההקלה השלטונית, נובע מהיותה של הרשות השלטונית המגזרית – כך יש הטוענים – לכודה (captured) במידה מסוימת בידי גופים פרטיים. גופים אלו, שהם בדרך כלל מאורגנים ומבוססים היטב, משתמשים במרחב הציבורי הרגולטורי כדי לקדם את האינטרסים שלהם, בין היתר כדי להכות את מתחריהם הקטנים והעניים.¹⁸⁷ מתכונתם של הליכי החקיקה, וכן העובדה שבעלי האינטרסים המאורגנים והעשירים באים במגע עם הרגולטור פעמים רבות יותר, הם המאפשרים זאת. טלו כדוגמה את פרשת חברות הבנייה מקבוצת חפציבה שנקלעו לחדלות פירעון בחודש אוגוסט 2007. אחד ממיזמי הבנייה של הקבוצה היה מיזם שכונת "מתחיהו מזרח" במודיעין עילית שבשטחים. הבנייה במיזם זה העלתה טענות קשות מצד תושבי הכפר הפלסטיני בילעין, שאליהם הצטרפו

187 לטקסטים הקלאסיים ראו MARVER H. BERNSTEIN, REGULATING BUSINESS BY INDEPENDENT COMMISSION (1955); Samuel P. Huntington, *The Marasmus of the ICC: The Commission, the Railroads and the Public Interest*, 61 YALE L.J. 467 (1952); George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 BELL J. ECON. & MGMT SCI. 3 (1971); Samuel Peltzman, *Toward a More General Theory of Regulation*, 19 J.L. & ECON. 211 (1976).

ארגוני זכויות אדם, כי המדינה שיתפה פעולה, במעשה או במחדל, עם הפרות שונות של חוקי התכנון והבנייה בשכונה וכך אפשרה את הבנייה.¹⁸⁸ אפשר להמשיך ולטעון כי בהנחה שהבנייה בשכונה אמנם מצריכה הקלה שלטונית, כניסת הקבוצה להליך קולקטיבי היא הזדמנות טובה לתקן עיוות שאולי נוצר כשהרשות השלטונית המגזרית החליטה על מתן הקלה שלטונית. עם זאת, גם התומכים בטיעון זה יודו כי הוא שנוי במחלוקת.¹⁸⁹

שלישית, ייתכן כי ההקשר של כניסת החייב להליך של חדלות פירעון תאפשר להקל במידת-מה על בעיות מוכרות וידועות בתהליך קבלת ההחלטות שמהן סובלות רשויות שלטוניות מגזריות. טלו, למשל, בעיה מופרת, המכשילה רשויות שלטוניות מגזריות הנדרשות לפקח על פעילויות פרטיות עתירות-סיכון, דוגמת ייצור תעשייתי הכרוך בזיהום הסביבה – הבעיה של tunnel vision.¹⁹⁰ בתמצית, בעיה זו נוצרת כשהתמקדותה של הרשות השלטונית המגזרית במטרה מסוימת (נניח: ניקוי קרקע מזהמת) דוחפת אותה לפעול בקנאות רבה עד כדי גרימת נזק העולה על התועלת שבפעילותה. כך, למשל, התעקשות של רשות שלטונית כי חברה שזיהמה קרקע תנקה את הקרקע לחלוטין גורמת לבזבוז כספים על ניקוי שאריות של החומר המזהם, הגם שאין לכך כל הצדקה עניינית.¹⁹¹ ייתכן כי העברת הסמכות לקבל החלטה – בהקשר הספציפי של חייב הנתון בהליך קולקטיבי – מהרשות השלטונית המגזרית אל בית משפט של חדלות פירעון תאפשר לתקן בעיות של tunnel vision ודומותיהן. ברם, בטיעון אחרון זה ניכר כשל

188 ראו בג"ץ 143/06 תנועת שלום עכשיו – ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 15.3.2006). ראו גם עקיבא אלדר "ביקור בג'ונגל" הארץ 5.8.2007.

189 לביקורת על "capture theory" ראו, למשל, STEPHEN G. BREYER, REGULATION AND ITS REFORM (1982); JAMES Q. WILSON, THE POLITICS OF REGULATION (1980); Daniel P. Carpenter, *Protection Without Capture: Product Approval by a Politically Responsive, Learning Regulator*, 98 AM. POL. SCI. REV. 613 (2004). למחקר אמפירי המפריך את תוקפה של התאוריה הזו ראו Olson, לעיל ה"ש 165, בעמ' 404-405.

190 לתיאור מפורט של בעיה זו ראו STEPHEN BREYER, BREAKING THE VICIOUS CIRCLE: TOWARD EFFECTIVE RISK REGULATION, 11-19 (1993).

191 במקרה לדוגמה שהמחבר מתאר חייבה הרשות השלטונית המגזרית מזהם קרקע להוציא סכום של 9.3 מיליון דולר כדי לסלק שאריות של חומר מסרטן מאתר שזיהם, הגם שהסיכון לבריאות הציבור שהיה טמון בשאריות אלו היה מזערי. אילו היו ילדים משחקים באתר הם יכולים היו לאכול מעט עפר מן האתר מדי יום במשך שבעים ימים תמימים ועדיין לא לחלות. העלאת האתר באש הייתה מאפשרת לילדים היפותטיים אלו לאכול כמויות קטנות מן העפר במשך 245 ימים ועדיין לא לחלות. המחבר ממשיך ומספר כי האתר המדובר שכן באזור של ביצה, כך שממילא גם לא היה מקום לחשש שילדים ישחקו בו בעתיד הקרוב או הרחוק; ממילא החומר המסוכן עתיד היה להתנדף בתוך שנים ספורות. ראו שם בעמ' 12-11 (תיאור פרשת United States v. Ottati & Goss, Inc., 900 F.2d 429 (1st Cir. 1990)).

ברור: הבעיה בהזקקות להקשר של ההליך הקולקטיבי כדי להתמודד עם בעיות אופייניות של קבלת החלטות על-ידי רשויות שלטוניות מגזריות טמונה כמובן בכך שההתמודדות נהפכת במקרה הטוב למקריית וספוראדית – ככל שחייבים רלוונטיים נקלעים להליך קולקטיבי – ועל כל פנים בית משפט של חדלות פירעון אינו יכול, על-ידי הפיכתו במקרה זה או אחר לרגולטור, לספק פתרון שיטתי וסדור לבעיה.

(ג) על-פי הטעם הכלכלי

לכאורה, אף הטעם הכלכלי מצדיק את ההלכה בדבר היעדר הסמכות שנקבעה בפרשת תורג'מן. למעשה, אפשר שבית המשפט העליון בפרשת תורג'מן רמז לכך בעצמו בהבהירו, בהקשר להקלה השלטונית של עיכוב הליך פלילי נגד חייב הנתון בהליך קולקטיבי, כי "[...] עיכוב הליכים אוטומטי של הליך פלילי כנגד חברה בפירוק עלול לעודד הליכי פירוק כדי שישמשו מקלט מפני אחריות פלילית של התאגיד".¹⁹² אכן, הטעם הכלכלי עניינו השפעות היעילות השליליות שתיווצרנה אם הפיתוי ליהנות מן התוצאה של העברת הדיון במתן ההקלה השלטונית מן הרשות השלטונית המגזרית אל בית המשפט של חדלות פירעון יגרום לבעל אינטרס זה או אחר לדחוף את החייב (במיוחד חברות בע"מ) להליך של חדלות פירעון. החשש הוא שהחייב יעשה שימוש בהליך הקולקטיבי רק כדי לנסות ולהיפטר מחיוביו כלפי השלטון.

בהקשר זה חשוב לזכור כי מכל השינויים החלוקתיים האפשריים בגדרי ההליך הקולקטיבי, דווקא ההשפעה של מתן הקלה שלטונית על תמריציהם של בעלי אינטרסים שונים להתנהג באורח אסטרטגי, ולנסות להשפיע על עיתוי כניסת החייב להליך הקולקטיבי (לרבות על עצם כניסתו) – היא המשמעותית ביותר. המשמעות של מתן ההקלה השלטונית בגדרי ההליך הקולקטיבי היא שהחייב מקבל הטבה שאחרים במעמדו אינם יכולים לקבל. להטבה זו עשוי להיות ערך כלכלי רב עבור כלל בעלי העניין בחייב. כך, למשל, כאשר מדובר בחברה בע"מ הנקלעת לקשיים פיננסיים ונפתח בעניינה הליך קולקטיבי, המשמעות האמיתית של מתן הקלה שלטונית היא שהחברה מקבלת אפשרות לפעול – ולהתחרות במתחרותיה – בתנאים מועדפים! אין ספק שההבטחה למתן הקלה שלטונית בגדרי ההליך הקולקטיבי יוצרת תמריץ ופיתוי רב-עצמה להשתמש בהליך הקולקטיבי כדי להשיג את ההקלה המבוקשת. קשה להימנע מן המסקנה שהסיכון הנובע ממתן הקלה שלטונית בגדרי ההליך הקולקטיבי – סיכון להתנהגות אסטרטגית מן הסוג שהטעם הכלכלי מתאר (היינו: שהשפעותיה שליליות) – הוא אפוא ניכר.

האם עצם העברת הדיון במתן ההקלה השלטונית מן הרשות השלטונית המגזרית אל בית משפט של חדלות פירעון יוצרת אף היא סיכון דומה (להתנהגות אסטרטגית שהשפעותיה על הקצאתם היעילה של נכסי החברה שליליות)? דעתי היא שיש להשיב על שאלה זו בחיוב. ראשית, הסברתי לעיל כי מהלך העניינים הרגיל יביא לכך שהחייב

192 ראו פרשת תורג'מן, לעיל ה"ש 37, בעמ' 810.

יפנה תחילה לרשות השלטונית המגזרית, ורק אם זו תסרב למתן ההקלה השלטונית ינסה את כוחו בבית משפט של חדלות פירעון.¹⁹³ משסורבה בקשת החייב למתן ההקלה השלטונית, סביר להניח כי בעל העניין השואף לקבל את ההקלה השלטונית יעדיף כי מקבל ההחלטה – במסגרת מעין "בקשה לעיון מחדש" – יהיה בית משפט של חדלות פירעון ולא הרשות השלטונית המגזרית שכבר סירבה למתן ההקלה השלטונית (או ערכאת ערעור עליה, שהתערבותה בהחלטת הרשות ממילא מצומצמת יחסית מכוח דוקטרינות המשפט המנהלי).

שנית, הובהר לעיל כי הטעם הכלכלי אינו שואף סתם לאסור על מהלכים חלוקתיים אלא רק על כאלו שאין להם ערך מפצה. בהקשר זה אני בדעה כי ראוי לאמץ כהנחה סבירה את ההבנה שיש משמעות משפטית להיעדרה (או לקיומה) של הסמכה מפורשת מאת המחוקק למהלך החלוקתי שעל הפרק – בענייננו: הכרה בסמכותו של בית המשפט של חדלות פירעון לדון במתן ההקלה השלטונית המבוקשת. אכן, בהיעדר הוראה מפורשת מן המחוקק, המסמיכה את בית המשפט של חדלות פירעון לדון במתן הקלה שלטונית – בהיעדר הוראה שאפשר ללמוד ממנה על קיומו של ערך מפצה שכזה – אי-אפשר (במסגרת הבדיקה של הסמכה משתמעת) להניח כי יש ערך מפצה כאמור. יתר על כן: במצב כזה, שופט חדלות הפירעון מחויב למעשה לבחון ולקבוע בעצמו אם יש ערך מפצה למהלך החלוקתי הנשקל, כלומר: אם המהלך שעל הפרק מגשים תכלית של דיני חדלות פירעון. ערך מפצה כזה אמנם עשוי להימצא, למשל, במסקנה שההכרה בסמכותו של בית המשפט של חדלות פירעון לדון במתן הקלות שלטוניות עשויה לסייע לחלץ מקשיים חייבים הנפגעים, שלא בטובתם, מכשלים בהליך המנהלי, כגון כשהרשות השלטונית המגזרית היא גם נושה של החייבים הללו והחלטותיה בעניינים של הקלות שלטוניות ניתנות מתוך ניגוד עניינים. אולם, החשש המובנה הוא שאם תוטל על שופט חדלות הפירעון המשימה של איתור הערך המפצה בעצמו, אפשר יהיה לצפות בהשפעות שליליות של בעיית נציג.¹⁹⁴ בתמצית, השופט עלול להיות מוטה מלכתחילה לאשר את המהלך החלוקתי (הכרה בסמכותו) גם אם הערך המפצה אינו ברור. בעיה זו מחריפה, במצטבר, ראשית, ככל שהשופט נדרש להגדיר בעצמו את מטרת ההליך הקולקטיבי (ואת תכלית ההכרה בסמכותו לדון במתן הקלה שלטונית); שנית, ככל שהשופט נדרש לקבוע אם המהלך החלוקתי של הכרה בסמכותו לדון במתן ההקלה השלטונית אכן מגשים את המטרה שקבע; שלישית, ככל שהשופט נדרש לקבוע אם התועלת שבמהלך החלוקתי של מתן ההקלה השלטונית עולה על נזקיו. ודוק: בבעיית הנציג הזו המיוצג הוא הציבור כולו. סיכומו של דבר, המסקנה הנובעת מן הטעם הכלכלי לגבי סמכותו של בית המשפט

193 אפשר שזו אף צריכה להיות דרישה מוקדמת כשמתבקשת הקלה שלטונית, שכן אם תיענה הרשות השלטונית המגזרית לבקשה יפתרו מאלהן בעיית הסמכות ובעיית איוון האינטרסים.

194 ראו Yaad Rotem, *Pursuing Preservation of Pre-Bankruptcy Entitlements: Corporate Bankruptcy Law's Self-Executing Mechanisms*, 5 BERKELEY BUS. L.J. 79, 87 (2008).

של חדלות פירעון במצב דברים שבו המחוקק שותק, היא שמצד אחד אין אפשרות להניח שיש ערך מפצה ומצד שני מתעורר חשש שהטלת המשימה של איתור הערך המפצה על בית המשפט תגרום לבית המשפט לראות ערך מפצה כזה גם כשאין כזה. על רקע זה ניתן לסבור אפוא כי אכן יש הצדקה להלכה בדבר היעדר הסמכות, כפי שנפסקה בפרשת תורג'מן.

חרף כל האמור לעיל, דומה שהטעם הכלכלי – כהצדקה להלכה בדבר היעדר הסמכות, הנובעת מפרשת תורג'מן – רחוק מלשכנע. החשש מפני התנהגות אסטרטגית במתכונת של "פורום שופינג" אינו חשש של ממש בהקשר הישראלי, לפחות כשהחייב הוא חברה בע"מ. הסיבה העיקרית לכך נעוצה בתמריץ המניע את מנהלי החברה, שהם הקבוצה העיקרית העשויה להתעניין בניצול האפשרות לקבל הקלה שלטונית במסגרת ההליך הקולקטיבי. בחברות אמריקניות, הכניסה להליך קולקטיבי אינה מרתיעה את מנהליהן (במיוחד כניסה להליך שיקום לפי Chapter 11) מכיוון שעל-פי ההסדר בדין האמריקני הם עשויים להמשיך ולכהן כמנהלי החברה (במסגרת ההסדר הידוע כ-Debtor-in-Possession); לעומתם, מנהלים של חברות ישראליות משתדלים לדחות ככל שאפשר את מועד כניסתה של החברה להליך של פירוק או של הקפאת הליכים. זאת, משום שהמשמעות המיידית המעשית של כניסת החברה להליכים כאמור היא אבדן משרתם ו"שליטתם" בחברה. אכן, עם כניסת החברה להליך קולקטיבי בית המשפט המחוזי משתלט על ניהולה וממנה בעל תפקיד – מפרק או נאמן בהקפאת הליכים – שינהל את החברה במקום מנהליה הקודמים.¹⁹⁵ בין שמדובר בחברה פרטית ובין שמדובר בחברה ציבורית, מנהליה ישתדלו להימנע ככל שאפשר מפנייה למסלול של הליך קולקטיבי. שימוש אסטרטגי בהליך הקולקטיבי בדרך כלל איננו אפשרות עבור מנהלי חברות ישראליות.¹⁹⁶

למסקנה דומה ניתן להגיע, בהקשר הישראלי, גם לגבי תמריציהם של נושים מובטחים ובמיוחד בנקים. ככלל, בנקים אינם מעוניינים בפתיחת הליך קולקטיבי בעניינו של החייב מכיוון שבדרך כלל די להם בהליך גבייה אינדיבידואלי – כינוס נכסים או הוצאה לפועל – כדי להיפרע מן החייב את המגיע להם.

195 גם אם לעתים בית המשפט מאפשר לדירקטוריון החברה להמשיך ולכהן (למשל, גם לאחר שניתן צו הקפאת הליכים), מדובר בהסדר זמני. ראו בש"א (מחוזי י-ם) 5180/08 כונס הנכסים הרשמי נ' טברסקי (פורסם בנבו, 24.2.2009).

196 ייתכן שחריג לכך הן חברות בענף ההיי-טק, אך בעניין זה דרושה בדיקה אמפירית. יש לזכור גם כי חולשת ההסדר הישראלי, הגורם לכך שכניסה להליך קולקטיבי משמעותה כמעט תמיד הפקעה של השליטה בחברה מידי המנהלים (ולכן נוצר תמריץ למנהלי החברה לא להיעזר בהליכי חדלות פירעון כדי להיחלץ מקשיים פיננסיים) – עשויה בעתיד להביא לשינויו. ראו David Hahn, *Concentrated Ownership and Control of Corporate Reorganizations*, 4 J. CORP. L. STUD. 117 (2004); Yaad Rotem, *Contemplating a Corporate Governance Model for Bankruptcy Reorganizations: Lessons from Canada*, 3 VA. L. & BUS. REV. 125 (2008).

נמצא, כי אם בוחנים בהקשר הישראלי את השחקנים המרכזיים מגלים כי בעלי העניין התלויים בחייב, כמו גם החייב עצמו, ודאי יעדיפו שמקבל ההחלטה על מתן ההקלה השלטונית – כלומר: מי שיוסמך לכך – יהיה בית משפט של חדלות פירעון ולא הרשות השלטונית המגזרית. על כן, לכאורה, הסיכון להתנהגות אסטרטגית מצדם צפוי להחריף, אולם התמריצים המשפיעים עליהם בפועל למעשה משמיטים את הקרקע תחת הטענה שיש לחשוש משימוש אסטרטגי שיעשו חברות בקשיים בהליך הקולקטיבי.

(ד) שיקולים נוספים

עם זאת, הכלל שנקבע בפרשת תורג'מן עולה בקנה אחד אף עם שיקולי יעילות אדמיניסטרטיבית ועם השאיפה לוודאות.

אכן, אפשר היה לתהות אם אין זה ראוי שבכל מקרה שבו מתבקשת הקלה שלטונית יידרש בית המשפט של חדלות פירעון – כדי לקבוע אם הוא מוסמך לדון במתן ההקלה השלטונית אם לאו – לבחון את הטעמים הכלכלי והחוקתי, כפי שהגשמתם משתקפת מעובדות המקרה הקונקרטי שבפניו. כך, למשל, יידרש בית המשפט לבחון אם יש תשתית עובדתית לטענה שמתן ההקלה השלטונית על-ידו בגדרי ההליך הקולקטיבי ייצור תמריץ שלילי להתנהגות אסטרטגית. בדומה, על-פי גישה זו יידרש בית המשפט לבחון אם יש תשתית עובדתית לטענה שלעניין ההקלה השלטונית המסוימת המתבקשת, הרשות השלטונית המגזרית הרלוונטית עדיפה בכישוריה מבית המשפט של חדלות פירעון.

גישה זו אינה ראויה מטעמי יעילות אדמיניסטרטיבית. כידוע, ההליך הקולקטיבי אמור להיות הליך מהיר, החוסך ככל שאפשר בבירורים עובדתיים ארוכים ומורכבים. גישה זו אינה ראויה אף לנוכח השאיפה לוודאות דווקא בהקשר זה של הליכים המתנהלים נגד החייב.¹⁹⁷

3. קווים מנחים להסדר הרצוי

הדיון לעיל חשף, יש לקוות, את מורכבותה של שאלת הסמכות למתן הקלות שלטוניות בהליכי חדלות פירעון. הלכת תורג'מן אמנם נקטה עמדה חד-משמעית השוללת את סמכותם של בתי המשפט של חדלות פירעון להעניק הקלות שלטוניות במקרים שבהם הרשות השלטונית המגזרית סירבה לתיתן; אך דיון בטעמים החוקתיים ובטעם הכלכלי חושף את חולשותיה של הלכת תורג'מן. כאמור, בעוד שהטעם החוקתי-האנכי – כמו גם שיקולים של יעילות אדמיניסטרטיבית – תומכים בהלכת תורג'מן, הטעמים החוקתי-אופקי והכלכלי מצביעים על הצורך במעורבות גדולה יותר של בית המשפט של

197 לשיקול זה ראו פרשת *Winsor v. Bloom*, לעיל ה"ש 59, בפס' 31.

חדלות פירעון בתהליך הרגולטורי המלווה את ההחלטה על מתן הקלה שלטונית לחייב בקשיים פיננסיים.

כיצד ראוי אפוא לעצב את ההסדר המשפטי בעניין הסמכות להעניק הקלה שלטונית לחייב הנתון בהליך קולקטיבי? דעתי היא שבעוד שהכלל צריך אמנם להיות שלילת סמכותם של בתי המשפט של חדלות פירעון לרונן במתן הקלה שלטונית, אין להירתע מהצבת חריגים לכלל. ליתר דיוק, לדעתי ראוי להציב לפחות שלושה חריגים: הראשון – והוא ודאי מובן מאליו – עניינו מצב שבו המחוקק הסמיך מפורשות את בית המשפט של חדלות פירעון לתת הקלה שלטונית; החריג השני עניינו מצב שבו הרשות השלטונית המגזרית היא נושה בפועל או בכוח של החייב ומתעורר החשש שהחלטתה על הפעלת סמכויותיה מושפעת יתר על המידה מן האינטרס הכספי הצר שלה; החריג השלישי עוסק בסמכותו של בית המשפט של חדלות פירעון להעניק הקלה שלטונית ארעית במקרים שבהם הרשות השלטונית המגזרית מעכבת, מטעמים שונים, את החלטתה בבקשה שהוגשה אליה למתן הקלה שלטונית.

אף שהמאמר הציג לעיל את התשתית העיונית הרלוונטית לדיון בכל שלושת החריגים, עקב קוצר היריעה אסתפק בליבון החריג הראשון בלבד; את הדיון בשני החריגים האחרים אשאיר להזדמנות אחרת.

כאמור, החריג הראשון עניינו מצב שבו המחוקק הסמיך מפורשות את בית המשפט של חדלות פירעון לתת הקלה שלטונית. אכן, הטעם "החוקתי-האנכי" מלמד כי המחוקק רשאי להסמיך את בית המשפט של חדלות פירעון לבצע חלוקה מחדש (שינוי של זכויות מוקנות) הפוגעת בזכות מוקנית של הציבור. אף הטעם החוקתי-האופקי והטעם הכלכלי מביאים למסקנה דומה. ההנחה היא שבהסמיכו את בית המשפט של חדלות פירעון לתת הקלה שלטונית ביטא המחוקק את השקפתו שלפיה הערך המפצה הטמון בכך גדול מן הנזק האפשרי (הטעם הכלכלי) וכי זהו ביזור הסמכויות הראוי (הטעם החוקתי-האופקי). בהקשר זה מתעוררת בעיה בעניין סעיפי ההסמכה הכלליים. במקרים מסוימים שבהם מתבקשת הקלה שלטונית בהליך של חדלות פירעון, לכאורה חולשת על שאלת הסמכות לדון במתן ההקלה השלטונית התחיקה העוסקת בסמכות הכללית של בית המשפט של חדלות פירעון – אך אינה מתייחסת למקרה המיוחד של מתן הקלה שלטונית לחייבים בהליך כאמור. כך, למשל, התעוררה בפרשת תורג'מן, כזכור, גם השאלה אם בית משפט של חדלות פירעון רשאי לעכב את ההליך הפלילי שנפתח נגד החברה מכוח סמכותו בסעיף 267 לפקודת החברות. סעיף 267 הנ"ל, שכותרתו "צו פירוק מעכב הליכים", קובע כי "משניתן צו פירוק, או משנתמנה מפרק זמני, אין להמשיך או לפתוח בשום הליך נגד החברה אלא ברשות בית המשפט ובכפוף לתנאים שיקבע". עם זאת, סעיף 267 לפקודת החברות אינו כולל התייחסות למצב המיוחד שבו מתבקשת הקלה שלטונית, כלומר: למצב שבו ההליך שעוכבו מתבקש הוא הליך שנקטה בו הרשות השלטונית המגזרית. כיצד יש אפוא לפרש את סעיף 267 לפקודת החברות? האם סעיף זה מסמיך

בית משפט של חדלות פירעון לרון בעיכובו של ההליך פלילי כנגד החברה?¹⁹⁸ בדומה התעוררה בפסיקה השאלה אם יש לפטור חברה שהוגשה לגביה בקשת פירוק מן החובה להעביר תשלומי מס ערך מוסף לרשויות המס. בפרשת מפרק ח.א. מזון בע"מ (בפירוק) עלתה שאלה זו בנסיבות שבהן תשלומים כאמור הועברו, והמפרק דרש כי בית המשפט של חדלות פירעון, מכוח סמכותו בסעיף 268 לפקודת החברות שלא לאשר העברות כאלו לאחר תחילת הפירוק, יורה לרשויות המס להשיב את הכספים שקיבלו כך. סעיף 268 הנ"ל נועד למנוע "כל עסקה בנכסי החברה וכל העברת מניות או שינוי במעמדם של חברי החברה, שנעשו לאחר תחילת הפירוק" והוא מבטל כל עסקה כזו אם נעשתה בניגוד לסעיף; הסעיף גם מעניק לבית המשפט של חדלות פירעון סמכות להורות "הוראה אחרת". עם זאת, סעיף 268 לפקודת החברות אינו כולל התייחסות למצב המיוחד שבו מתבקשת הקלה שלטונית לחברה בפירוק.

במשפט האמריקני, הגשת בקשה לפתיחה של כל הליך קולקטיבי גוררת אוטומטית – וללא צורך בהחלטה שיפוטית, כמקובל למשל במשפט הישראלי¹⁹⁹ – מתן צו (ה-automatic stay) להפסקת כל ההליכים המתנהלים נגד החייב.²⁰⁰ לצו זה, שתוקפו מעוגן בסעיף 362 ל-Bankruptcy Code, 1978, יש כמה חריגים, המנויים בסעיף-קטן (b). אחד החריגים הוא סעיף 362(b)(4), שזו לשונו:²⁰¹

The filing of a petition under [...] this title [...] does not operate as a stay [...] of the commencement or continuation of an action or proceeding by a governmental unit [...] to enforce such governmental unit's [...] police and regulatory power, including the enforcement of a judgment other than a money judgment, obtained in an action or proceeding by the governmental unit to enforce such governmental unit's [...] police or regulatory power.

198 כוזור, בפרשת תורג'מן השיב על כך בית המשפט העליון בשלילה. ראו לעיל הכיתוב לאחר ה"ש 109.

199 השוו לנוסח ס' 267 לפקודת החברות וס' 350(ב) לחוק החברות, המעגנים את שיקול דעתו של בית המשפט.

200 להיעדר הצורך בהחלטה שיפוטית ראו, למשל, Sunshine Dev., Inc. v. FDIC, 33 F.3d 106, 113 (1st Cir. 1994).

201 ראו גם ס' 362(b)(15), 362(b)(16) ו-362(b)(25).

סעיף זה משקף איזון בין הרצון להקל על שיקום של חייבים בקשיים²⁰² לבין השאיפה לא להפוך את ההליך הקולקטיבי ל"מקלט לחוטאים" ("a haven for wrongdoers").²⁰³ בתי המשפט פירשו סעיף זה באופן שאפשר לכלל הרשויות השלטוניות המגזריות לפעול מול החייב כדי לקדם את המטרות הרגולטוריות שעליהן הופקדו, ללא המגבלות המוטלות מכוחו של צו ההפסקה הניתן עם פתיחת ההליך הקולקטיבי. כך, למשל, נקבע כי אין לבחון במסגרת הסעיף את מידת הלגיטימיות של ההליך שנקטה הרשות השלטונית המגזרית.²⁰⁴ מנגד לא אפשרו בתי המשפט לרשויות השלטוניות המגזריות לנקוט פעולות שמטרתן אך הגנה על אינטרס כספי גרידא שלהן מול החייב.²⁰⁵ שני מבחנים חלופיים אומצו בהקשר זה במשפט האמריקני²⁰⁶: האחד – מבחן "המטרה הכספית" ("Pecuniary Purpose") – בודק אם פעולת הרשות השלטונית המגזרית קשורה בעיקר להגנה על אינטרס כספי של הרשות, במובחן מפעולה הקשורה בעיקרה לעניינים של מדיניות ציבורית כגון הגנה על בריאות הציבור. מטרת המבחן, המתמקד בפעולה השלטונית עצמה, היא למנוע מן הרשות השלטונית המגזרית להשתמש בסמכויותיה כדי להשיג יתרון על נושים אחרים של החייב.²⁰⁷ מבחן זה למעשה מחריג מגדר צו ההפסקה כל פעולה שלטונית שאיננה באופן ישיר פעולה שמטרתה קבלת כספים מן החייב.²⁰⁸ המבחן האחר – מבחן "המדיניות הציבורית" ("Public Policy" או "Public Purpose") – בודק את מניעיה של הרשות השלטונית המגזרית, כלומר: אם באמצעות המהלך שנקטה כלפי החייב הרשות מנסה להגשים מדיניות ציבורית או אך להגן על זכויותיה לפי המשפט הפרטי. לפי מבחן זה, פעולת הרשות השלטונית לא תוכפף לצו ההפסקה אם היא נועדה לסייע לציבור שאינו מסוים.²⁰⁹

202 ראו Frank R. Kennedy, *Automatic Stay Under the New Bankruptcy Law*, 12 U. MICH. J.L. REFORM 1, 64 (1978).

203 ראו פרשת *Lockyer v. Mirant Corp*, לעיל ה"ש 86, בעמ' 1107; Universal Life Church, Inc. v. United States (*In re Universal Life Church*), 128 F.3d 1294, 1297 (9th Cir. 1997); *United States v. Seitles*, 106 B.R. 36 (S.D.N.Y. 1989).

204 ראו פרשת *Board of Governors*, לעיל ה"ש 57, בעמ' 40.

205 לסקירת פסיקה רלוונטית ראו § 12:30 Bankruptcy Litigation 2.

206 ראו פרשת *Universal Life Church*, לעיל ה"ש 203, בעמ' 1297; *NLRB v. Continental Hagen Corp.*, 932 F.2d 828 (9th Cir. 1991).

207 ראו פרשת *Lockyer v. Mirant Corp*, לעיל ה"ש 86, בעמ' 1109.

208 ש.ם.

209 ש.ם.

קשה להתעלם מכך שההבחנות שהותוו בפסיקה האמריקנית הן בעייתיות וקשות ליישום.²¹⁰ אכן, במשפטנו כבר נקבע, גם אם בהקשר אחר, כי בכל פעולה של המדינה יש גוון ציבורי, היכול להטעות את המבקש לסווג את הפעולה כפרטית או כציבורית.²¹¹ טלו, למשל, הקלה שלטונית דוגמת זו שנתבקשה בפרשת מפרק ח.א. מזון בע"מ (בפירוק)²¹² – ויתור בתקופת ההליך הקולקטיבי על החובה להעביר לרשות השלטונית תשלומי מס. אם תפעל רשות המס נגד חברה הנתונה בהליך קולקטיבי כדי לוודא שזו מעבירה את תשלומי המס, יהיה קשה מאוד לקבוע אם פעולה זו מיועדת להגן על אינטרס כספי של רשות המס או קשורה לעניינים של מדיניות ציבורית (נניח: אכיפת חוקי המס על נישומים בתקופות שהם שרויים בקשיים פיננסיים). כמו כן קשה לבדוק את מניעה של רשות המס: האם היא מנסה להגן על חוב הנישום אליה או להגשים את המדיניות שעליה היא מופקדת? לא זו בלבד שלא ברור כלל כי ניתן להבחין בין השניים, אלא שניסיון לזהות את מניעה של הרשות השלטונית המגזרית עלול להיות כרוך בבירור שיפוטי ארוך ויקר. אכן, יש הסבורים כי הפסיקה האמריקנית שפירשה את סעיף 362(b)(4) דווקא התמקדה בבחינת זהותו של הגוף שממנו נתבקשה הקלה – כדי לבדוק אם אכן מדובר ברשות שלטונית המפעילה סמכויות מכוח החוק אם לאו – ולא בניחוח מניעה ההחלטה שעל הפרק.²¹³

כדי לענות על השאלה אם סעיפי ההסמכה הכלליים²¹⁴ טומנים בחובם הסמכה מאת המחוקק לדון במתן הקלה שלטונית,²¹⁵ יש לפרש סעיפים אלו על-פי הטעמים החוקתיים והטעם הכלכלי שהוצגו לעיל.

בהקשר זה דעתי היא שפירוש של סעיפי ההסמכה הכלליים על-פי טעמים אלו מלמד כי סעיפים אלו חלים אך על פעולות של הרשות השלטונית המגזרית שיכול לבצע גם

210 כן הוער כי יש חפיפה מסוימת בין שני המבחנים. ראו פרשת *Lockyer v. Mirant Corp*, לעיל ה"ש 86, בעמ' 1108.

211 רע"א 7092/94 *The Queen in Right of Canada* נ' אדלסון, פ"ד נא(1) 625, 655 (1997). ראו להלן, בפס' שלאחר ה"ש 218, הסבר על ההקשר שבו נאמרו דברים אלו.

212 לעיל ה"ש 74.

213 ראו Pardo, לעיל ה"ש 17, בעמ' 962-963. עם זאת, ראוי להזכיר מבחן-עזר שנקבע בפסיקה כדי לקבוע אם תוחרג הפעולה השלטונית מצו ההפסקה: האם הפעולה השלטונית משפיעה על הצדדים הישירים להתדיינות בלבד או שמא גם על קבוצה רחבה יותר של נמענים? אם הפעולה היא מהסוג השני, היא תוחרג מצו ההפסקה. ראו פרשת *Seitles*, לעיל ה"ש 203.

214 שאלה עשויה להתעורר גם בהקשר להקפאת הליך שנוקטת הרשות השלטונית המגזרית, מכוח ס' 350(ב) לחוק החברות. למיטב ידיעתי, שאלה זו טרם התעוררה בפסיקתנו.

215 יש להדגיש כי הכוונה להקלה שלטונית מתאימה. בהקשר לס' 267 לפקודת החברות הכוונה היא להקלה שלטונית במתכונת של עיכוב הליך שנקטה הרשות השלטונית נגד החייב. בהקשר לס' 268 לפקודת החברות, הכוונה היא להקלה שלטונית במתכונת של ויתור לחייב על העברת כספים או נכס לרשות השלטונית.

אדם פרטי (acta jure gestionis) – ואין הם חלים על פעולות של הרשות השלטונית המגזרית שאותן רק היא, כרשות שלטונית, יכולה לבצע (acta jure imperii). כך, למשל, אם הרשות השלטונית המגזרית פועלת כדי לגבות חוב המגיע לה באמצעות הליך של הוצאה לפועל, דינה – לעניין סעיפי ההסמכה הכלליים – יהיה כדין כל אחד מנושיו הפרטיים של החייב. כפי שיובהר מיד, פירוש זה, המאמץ מבחן צורני של טיב או מהות הפעולה שנוקטת הרשות השלטונית המגזרית,²¹⁶ משקף איזון בין תכליתם (הקונקרטי) המובנת מאליה של סעיפי ההסמכה הכלליים – למנוע את הפגיעה בנכסי החייב – לבין התכליות הכלליות של דיני ההקלות השלטוניות בהליך חדלות פירעון – הטעמים הכלכליים והחוקתי שהוצגו לעיל. עם זאת, מתברר, המבחן המוצע שונה משני המבחנים המקובלים במשפט האמריקני, שיישומם מעורר קשיים.

לדעתי, כוחו המשכנע של הקריטריון המוצע, הבוחן את טיבה או את מהותה של הפעולה שנוקטת הרשות השלטונית המגזרית – פעולה המתייחדת לגופים שלטוניים או פעולה שגם גוף פרטי יכול לנקוט – טמון בין היתר בכך שהוא אומץ זה מכבר במשפטנו בהקשר אחר, חרף הביקורת האפשרית על ישימותו, ובתי המשפט בישראל ממילא כבר הונחו לעשות בו שימוש. אכן, ההבחנה בין פעולות שלטוניות לפי טיבן כפעולות המיוחדות לשלטון משמשת במשפט הישראלי כדי להסדיר את סוגיית חסינותן של מדינות זרות מפני תביעה אזרחית בבתי המשפט הישראליים.²¹⁷ כך הוסבר:²¹⁸

הדעה המקובלת – גם אם לא האחידה – במשפט הבין-לאומי המנהגי [לעניין חסינות מדינה זרה מפני תביעות אזרחיות] הינה, כי המבחן המכריע – גם אם לא הבלעדי – הוא מבחן הטיב והמהות (ה-nature) של פעולת המדינה, ולא מבחן המטרה (ה-purpose) של הפעולה [...]

216 מבחן אפשרי אחר שאפשר היה לאמץ בהקשר זה הוא מבחן המטרה. ברם, כפי שצוין, "ביסוד הדעה, כי מטרת הפעולה (להבדיל מהמבנה המשפטי שלה) אינה מבחן ראוי להבחנה בין פעולה במשפט הפרטי לפעולה במשפט הציבורי, מונחת התפיסה, כי מבחן המטרה עשוי להביא לביטול ההבחנה בין פעולת שלטון לפעולה פרטית, שכן גם ביסוד הפעולה הפרטית [של הרשות השלטונית] מונחת לרוב מטרה ציבורית". ראו פרשת *The Queen in Right of Canada*, לעיל ה"ש 211, בעמ' 655.

217 ראו שם, בעמ' 650, 652. במשפט האמריקני ראו *In re Bacon*, 212 B.R. 66 (Bankr. E.D. Pa. 1997). כן ראו ס' 1 ו-3 לחוק חסינות מדינות זרות, התשס"ט-2008, ס"ח 76, שנחקק לאחרונה. ס' 3 לחוק זה קובע כי "למדינה זרה לא תהא חסינות מפני סמכות שיפוט בתביעה שעילתה עסקה מסחרית". ס' 1 לחוק זה מגדיר "עסקה מסחרית", שבעניינה אין לריבון הזר חסינות מפני תביעה אזרחית נגדו, כ"כל עסקה או פעולה שהיא מתחום המשפט הפרטי ובעלת אופי מסחרי [...] ואשר אינה כרוכה, במהותה, בהפעלת סמכות שלטונית". הוראה זו מאמצת בעיקרו של דבר את מבחן האופי או הצורה של הפעולה.

218 ראו פרשת *The Queen in Right of Canada*, לעיל ה"ש 211, בעמ' 653, 655.

ביסוד הדעה, כי מטרת הפעולה (להבדיל מהמבנה המשפטי שלה) אינה מבחן ראוי להבחנה בין פעולה במשפט הפרטי לפעולה במשפט הציבורי, מונחת התפיסה, כי מבחן המטרה עשוי להביא לביטול ההבחנה בין פעולת שלטון לפעולה פרטית, שכן גם ביסוד הפעולה הפרטית מונחת לרוב מטרה ציבורית [...]

אין לכחד, כי המבחן של טיב הפעולה ואופייה הוא צורני במהותו. עשויים בוודאי להיות מקרים שבהם מבחן זה לא יהיה ראוי, ויהיה מקום לפנות למבחנים מהותיים.

מדוע ראוי לאמץ מבחן זה בענייננו? בהקשר להגשמת התכלית של מניעת הפגיעה בנכסי החייב, החשש הוא שאם יותר לרשות השלטונית המגזרית לנהל כל הליך שהוא, ובעיקר הליכי גבייה שגרתיים נגד החייב, כאחרון הנושים, אזי ייווצר לרשות השלטונית המגזרית ולכל נושה אחר – על רקע דאגתם מפני התדלדלותם העתידית של נכסי החייב – תמריץ לפעול בכל הכוח כדי לגבות מן החייב את חובם, אפילו יאיץ מהלך זה את קריסתו הפיננסית.²¹⁹

מנגד, הפירוש המוצע מעניק משקל לצורך בהגשמת הטעמים החוקתיים והטעם הכלכלי. ראשית, הטעם הכלכלי. סעיפי ההסמכה הכלליים מלמדים כי המחוקק הגדיר מטרה לגיטימית של ההליך הקולקטיבי, ולשם הגשמתה הסמיך את בית המשפט של חדלות פירעון לבצע חלוקה מחדש ולפגוע בזכויות מוקנות. המחוקק העריך אפוא כי רב הסיכוי שיהיה למהלך זה ערך מפצה שתועלתו עולה על הנוזקים האפשריים של החלוקה מחדש. הערכה זו של המחוקק אינה משתנה בהכרח גם אם מתברר כי הפגיעה המדוברת כאן היא באינטרס הציבורי, המיוצג על-ידי הרשות השלטונית. אכן, אם למשל בעל החוב הגדול ביותר של החייב הוא דווקא נושה פרטי כלשהו ולא הרשות השלטונית המגזרית, ממילא הסיכון הרב ביותר להתנהגות אסטרטגית לא יעילה נשקף לא מכיוונה של הרשות השלטונית המגזרית אלא מכיוונו של אותו נושה פרטי. טלו את הדוגמה של עיכוב הליך למימוש של פסק דין כספי מכוח סעיף 267 לפקודת החברות: הערכת המחוקק המשתקפת מלשונו של הסעיף היא שהתועלת מעיכוב הליכים למימוש של פסקי דין כספיים גבוהה מן הנוזק העלול להיגרם עקב התנהגות אסטרטגית של בעלי עניין, שישפיעו לרעה על עיתוי כניסתו של החייב להליך הקולקטיבי. ברי כי הערכה זו תקפה בין שפסק הדין הכספי המדובר ניתן לטובת גוף פרטי ובין שניתן לטובת רשות שלטונית. מנקודת מבטו של בעל עניין – שמצדו נשקפת הסכנה להתנהגות אסטרטגית

219 לטעון זה, בהקשר המתאר את נקודת מבטה של הרשות השלטונית המגזרית, ראו והשוו McVey Tracking, Inc. v. Secretary of State (*In re McVey Trucking, Inc.*), 812 F.2d 311, 328 (7th Cir. 1987).

לא יעילה – ברי כי אין משמעות לזהותו של בעל החוב (נושה פרטי או רשות שלטונית מגזרית) כי אם לגובה החוב.

שנית, הטעם החוקתי במובנו האנכי. כזכור, טעם זה עניינו מניעת הפגיעה בזכויות מוקנות ללא הסמכה מאת המחוקק, בין היתר מטעמי שוויון. טעם זה מוביל למסקנה הפרשנית המוצעת מכיוון שסעיפי ההסמכה הכלליים משקפים, למרות הכול, את החלטת המחוקק להסמיך את בית המשפט של חדלות פירעון לבצע חלוקה מחדש ולפגוע בזכויות מוקנות מסוימות (בענייננו, של הציבור בכללותו) לטובת מטרותיו של ההליך הקולקטיבי. על כן, סעיף 267 לפקודת החברות, למשל, מורה על עיכוב הליכים המתנהלים נגד החייב. כידוע, עיכוב הליכים זה נועד לאפשר משטר של גבייה מרוכזת עבור נושיו הלא מובטחים של החייב, שהמחוקק סבור כי הוא עדיף על משטר של גבייה מפורזת, שבגדרו כל נושה לא מובטח פועל בנפרד כדי להיפרע מן החייב. משכך, מתן צו לפירוק חברה בע"מ מביא לעיכוב של הליך למימוש פסק דין המחייב את החברה לשלם סכום כסף לנושה. ברי כי עיכוב ההליך פוגע בזכותו המוקנית של נושה פרטי לממש פסק דין שניתן לטובתו נגד החייב. האם יש טעם להבחנה בין הליך למימוש פסק דין כספי הננקט על-ידי נושה שהוא רשות שלטונית מגזרית לבין אותו הליך ממש הננקט על-ידי נושה שהוא גוף פרטי? גם אם אפשר היה לסבור אחרת (שכן הרשות השלטונית המגזרית עוסקת בגבייה עבור כלל הציבור), הרי בהקשר שבו הרשות השלטונית המגזרית נוקטת הליך גבייה שאותו יכול לנקוט גם כל נושה פרטי (acta jure gestionis) – כגון הליך הוצאה לפועל – אין יסוד להבחין בין הרשות השלטונית המגזרית לבין כל נושה פרטי אחר. כאשר הרשות השלטונית אינה מפעילה לטובת הציבור – שזכויותיו המוקנות נפגעות – את הסמכויות שרק היא כרשות שלטונית יכולה להפעיל, אין היא אלא נושה לא מובטח ככל הנושים הלא מובטחים.²²⁰ ממילא, מבחינה מהותית מעמדה במדרג הנשייה זהה למעמדם של יתר הנושים הלא מובטחים.²²¹ יכולתה לשדרג את מעמדה

220 תמיכה במסקנה זו אפשר למצוא בסעיפים כמו ס' 354 לפקודת החברות, שעניינו סדר הקדימויות בין חובות בפירוק, המלמדים כי בכובעה כנושה המבקש לגבות חובות, מעמדה של הרשות השלטונית המגזרית זהה למעמדו של כל נושה אחר שהוא גוף פרטי.

221 השאלה צפויה להתעורר, למשל, לגבי הליכים שנוקטת הרשות השלטונית מכוח פקודת המסים (גבייה), ח"א"י ב 1374. בפסיקה נקבע, גם אם בהקשר שונה, כי אין מקום להבחין בין הליכים (כגון עיקול) לפי פקודת המסים (גבייה) לבין הליך הוצאה לפועל, והחוב מכוח הליך לפי פקודת המסים (גבייה) נמצא במעמד שווה למעמדו של כל חוב פסוק (ולא מובטח) אחר. ראו ע"א 1167/01 עיריית ראשון-לציון נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד ס(3) 553 (2005) (לעניין האפשרות להטיל עיקול על נכסי החייב שבידי צד שלישי שהוא תאגיד בנקאי); ת"א (שלום ת"א) 34388/06 דאטה פרו בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 20.2.2007) (לעניין עדיפות בפירעון החוב בלשכת ההוצאה לפועל). השאלה אם סעיפי ההסמכה הכלליים חלים על הליכים מכוח פקודת המסים (גבייה) תתעורר מחדש בענייננו, מכיוון שלכאורה הליך לפי פקודת המסים (גבייה) הוא הליך שרק רשות שלטונית יכולה לנקוט.

במדרג הנשייה עשויה לנבוע רק בעקיפין, אם יותר לה להמשיך ולנהל הליך גבייה מול החייב. לעומת זאת, כבר הובהר מדוע נדרשת – כמתחייב מן המשטר החוקתי שלנו – הסמכה מפורשת של המחוקק את בית המשפט של חדלות פירעון כדי לשלול מן הרשות השלטונית המגזרית את סמכותה לנקוט הליך תוך שימוש בסמכויות שלטוניות שיש לה, ושאר גוף פרטי אחר איננו נהנה מהן. זו, כאמור, איננה בנמצא כשמדובר בסעיפי ההסמכה הכלליים.

שלישית, הטעם החוקתי במובנו האופקי. כאשר ההליך שנוקטת הרשות השלטונית ממילא יכול להינקט גם על-ידי נושה פרטי, הטעם החוקתי במובנו האופקי מורה כי יש להכיר בסמכותו של בית משפט של חדלות פירעון לבצע את הרגולציה הרלוונטית. כזכור, הטעם החוקתי במובנו האופקי התמקד ביתרון שיש לרשות השלטונית המגזרית כרגולטור על בית המשפט של חדלות פירעון כרגולטור. והנה, סעיפי ההסמכה הכלליים – דוגמת סעיף 267 לפקודת החברות – מלמדים כי המחוקק בחר להפקיד דווקא בידי בית המשפט של חדלות פירעון את משימת הרגולציה הרלוונטית. כך, למשל, במסגרת סעיף 267 לפקודת החברות הופקד בית המשפט של חדלות פירעון על משימת הגבייה המרוכזת בשמם של כלל הנושים הלא מובטחים של חברה הנתונה בפירוק. המחוקק סבר כי את המשימה הזו – הכרוכה בקטיעה של הליכי הגבייה השגרתיים שנוקטים נושים לא מובטחים (למשל, הליך הוצאה לפועל של פסק דין), לטובת גבייה קולקטיבית עבורם במסגרת פירוק החברה – ייטיב לבצע דווקא בית משפט של חדלות פירעון. משכך, מדוע לא יבצע בית המשפט של חדלות פירעון משימה זו גם במקומה של הרשות השלטונית המגזרית? במילים אחרות: אם סבר המחוקק, בגדרם של סעיפי ההסמכה הכלליים, כי בעניינו של חייב הנתון בקשיים פיננסיים הדרך הטובה ביותר לגבות חובות לטובת נושיו היא להמיר, למשל, אוסף של הליכי הוצאה לפועל שנושים אלו מנהלים בהליך קולקטיבי אחד שיתנהל לפני בית המשפט של חדלות פירעון – ממילא אין נפקות לכך שאחד מהליכי הוצאה לפועל הללו נפתח על-ידי רשות שלטונית מגזרית. על כן, לדעתי, המבחן הקובע צריך להיות המבחן הצורני המתמקד בטיב הפעולה ולא במטרה שהפעולה נועדה לשרת.

יש להוסיף ולהעיר כי מבחן זה מציע גם קריטריון שיחסית קל ליישמו ואינו מצריך ברור שיפוטי ארוך, כפי שהדבר דרוש למשל בהקשר של בדיקת המטרה הציבורית שביסוד פעולת השלטון.

מן הפירוש המוצע לסעיפי ההסמכה הכלליים אפשר לגזור כמה מסקנות.

ראשית, על-פי ההלכה בדבר היעדר הסמכות שנקבעה בפרשת תורג'מן, וכפי שנגזר גם מן הטעמים החוקתיים והכלכליים שהוצגו ברשימה זו, במצב שבו המחוקק לא הסמיק מפורשות את בית המשפט של חדלות פירעון לדון במתן הקלה שלטונית – לא יהא בית המשפט של חדלות פירעון מוסמך לדון בה. אין די בעניין זה בהוראת חוק, שלכאורה עולה ממנה הסמכה בעקיפין לדון במתן הקלה שלטונית. כך, למשל, בפרשת תורג'מן

אפשר היה לעגן הסמכה עקיפה זו בהוראת סעיף 267 לפקודת החברות ובפרשת מפרק ח.א. מזון בע"מ (בפירוק) אפשר היה לעגן אותה בסעיף 268 לפקודת החברות. אולם, בית המשפט העליון פסק בפרשת תורג'מן כי אין לראות בהוראת חוק כמו סעיף 267 לפקודת החברות משום הסמכה למתן הקלה שלטונית.²²² הלכה זו ראוי ליישם בכל ההקשרים שבהם מתבקשת הקלה שלטונית; בין היתר ראוי היה ליישמה בפרשת מפרק ח.א. מזון בע"מ (בפירוק).

שנית, סעיפי ההסמכה הכלליים דוגמת סעיפים 267 ו-268 לפקודת החברות יחולו גם יחולו על הרשות השלטונית המגזרית, ככל שפעולותיה עשויות להתבצע על-ידי כל אדם פרטי אחר. על כן, הרשות השלטונית המגזרית תהא מנועה מכוחם מלנקוט הליכי גבייה סתם כגון הליך הוצאה לפועל. בהקשר זה, סעיפים 267 ו-268 לפקודת החברות יעכבו או ימנעו, בהתאמה, הליכי גבייה כאלו ודינה של הרשות השלטונית המגזרית יהא כדינו של כל נושה פרטי אחר.²²³

שלישית, לפי הפירוש המוצע לסעיפי ההסמכה הכלליים, ברי כי התוצאה בפרשת תורג'מן הייתה מוצדקת: ההליך הפלילי שנקטה הרשות השלטונית המגזרית שם (היועץ המשפטי לממשלה) היה הליך שרק רשות שלטונית יכולה לנקוט. לפי מבחן זה אף התוצאה בפרשת מפרק ח.א. מזון בע"מ (בפירוק) הייתה נכונה, שכן גביית המסים היא מהלך שרק רשות שלטונית, ולא אדם פרטי, יכולים לעשות.

באופן דומה אפשר לנתח גם את הפסיקה בפרשות אפקון תעשיות בע"מ²²⁴ ורו"ח מייזלס,²²⁵ ואת הלכת בג"ץ קהילת ציון אמריקאית (בפירוק).²²⁶ במקרים שבהם הרשות השלטונית המגזרית – בהקשר זה, העירייה או הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה – מתבקשת לספק אישור כמתחייב מסעיף 324 לפקודת העיריות או מסעיף 10(א) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבנייה, וזאת כדי שהחייב יוכל לבצע פעולה במקרקעין,

222 ראו לעיל הכיתוב ליד ה"ש 119.

223 זהו, אגב, הדין גם במשפט האמריקני, שבו בכל מקרה נאסר על הרשות השלטונית המגזרית לבצע את החוליה האחרונה בהליכים שנקטה נגד החייב, אם חוליה זו כרוכה בתפיסה של נכסיו. זאת, מכוח ס' 362(a)(3) ו-362(a)(6) ל-Bankruptcy Code, 1978, המחילים את automatic stay על כל מהלך שמטרתו לתפוס "property of the estate" או להיפרע חוב שצמח קודם לפתיחת ההליך הקולקטיבי. ראו, למשל, דברים שנאמרו אגב אורחא בפרשת Board of Governors, לעיל ה"ש 57, בעמ' 40-41. בעבר קבע ס' 362(b)(5) ל-Bankruptcy Code, 1978, הסדר שלפיו צו הפסקת ההליכים – automatic stay – אינו חל על הליך לאכיפה של פסק דין שניתן אגב פעולת הרשות השלטונית המגזרית במסגרת "police and regulatory power" שלה, ובלבד שאין מדובר בפסק דין הנושא חיוב כספי. כלומר, על הרשות השלטונית המגזרית נאסר לגבות כספים שמקורם בפסק דין שניתן לטובתה. סעיף זה בוטל בשנת 1998.

224 לעיל ה"ש 76

225 לעיל ה"ש 82

226 לעיל ה"ש 79

לכאורה ניתן לדון בסוגיה לאור סעיף הסמכה כללי – סעיף 354 לפקודת החברות. אפשר לטעון כי מסעיף זה משתמעת הסמכה של המחוקק את בית המשפט של חדלות פירעון להורות לעירייה או לוועדה המקומית לתכנון ולבנייה לספק את האישור הנדרש, כדי לא לעקוף את הוראת סעיף 354 לפקודת החברות בדבר מעמדן בסדר הנשייה. ברם, כפי שהובהר, מכיוון שמתן אישור הוא לכאורה פעולה שהעירייה או הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה מבצעות כרשות שלטונית (acta jure imperii) – אין לפרש כך את סעיף 354 לפקודת החברות ולפיכך אין לבית המשפט של חדלות פירעון סמכות לדון בעניין. אכן, אין לראות בסעיף הסמכה כללי זה משום הסמכה לבית המשפט של חדלות פירעון לדון (וממילא להעניק) הקלה שלטונית.²²⁷ מנגד עשויה להתעורר הטענה שלפיה כאשר הרשות השלטונית המגזרית מתנה את מתן האישור בתשלום החובות המגיעים לה, אין היא מפעילה סמכויות שרק רשות שלטונית יכולה להפעיל אלא מבצעת גבייה (תוך שימוש באמצעי הלחץ העומדים לרשותה במסגרת כובעה כרשות שלטונית). על-פי טיעון זה, מדובר בפעולה שגם אדם פרטי יכול לבצע. אכן, כאשר הרשות השלטונית המגזרית משתמשת בסמכותה לתת אישור כאמצעי גבייה ואינה מפעילה שיקול דעת לגבי ההצדקה העניינית שבמתן האישור, אין מדובר בפעולה שלטונית אמיתית. לפי קו טיעון זה – המלמד כי ההבחנה בין פעולות של הרשות השלטונית המגזרית שאותן יכול לבצע גם אדם פרטי (acta jure gestionis) לבין פעולות של הרשות השלטונית המגזרית שאותן רק היא, כרשות שלטונית, יכולה לבצע (acta jure imperii) איננה הבחנה טכנית – הפסיקה בפרשות הנ"ל הייתה נכונה.

ה. סיכום

רשימה זו ביקשה לפתוח במלאכת מילוי של הפער שהותירו המחוקק ובתי המשפט בישראל בסוגיית הסמכות למתן הקלה שלטונית לחייב הנתון בהליך קולקטיבי. הרשימה הציגה את ההקשרים שבהם עשויה להתבקש הקלה שלטונית ואת ההלכה שנפסקה במשפט הישראלי – הלכת תורג'מן – על רקע החלל שהותיר המחוקק בהיעדר הסדר תחיקתי. הרשימה הצביעה על כך שהלכת תורג'מן מוזכרת רק בהקשר להקלה השלטונית הקונקרטיית שנתבקשה בגדרה (בתחום הפלילי) ואיננה מוזכרת בהקשרים נוספים (כמו תחום המיסוי). בהמשך הוצגו תכליותיו של ההסדר המשפטי כדי לבסס את הטענה שהלכת תורג'מן אינה נקייה מקשיים והמחוקק ודאי יידרש ליתן דעתו עליה מחדש בעת עיצובו של הסדר תחיקתי.

227 מסקנה זו משמעותה שהלכת בג"ץ קהילת ציון אמריקאית (בפירוק) (שם) וההלכות שנפסקו בעקבותיה (ראו לעיל, הכיתוב לאחר ה"ש 79) הן, בכל הכבוד, שגויות.

על כל פנים, טרם נשלמה המלאכה. הלכת תורג'מן האירה רק מקטע מן ההסדר המשפטי הדרוש. לכלל היסודי שקבעה אפשר להציב לפחות שלושה חריגים, שרק אחד מהם לובן ברשימה זו. הדיון בחריג זה – מצב שבו המחוקק מסמיך במפורש את בית המשפט של חדלות פירעון לדון במתן הקלה שלטונית – התעורר על רקע שאלת פירושם הנכון של סעיפי ההסמכה הכלליים דוגמת סעיף 267 לפקודת החברות. כאמור, מן הדיון ברשימה עולה כי חריג אפשרי שני שיש לשקול את אימוצו עוסק במצב הדברים המיוחד המתעורר כשהרשות השלטונית המגזרית היא נושה, בפועל או בכוח, של החייב המבקש ממנה הקלה שלטונית. חריג אפשרי שלישי עוסק בסמכותו של בית משפט של חדלות פירעון להעניק הקלה שלטונית ארעית במקרים שבהם הרשות השלטונית המגזרית מעכבת את החלטתה בבקשה שהוגשה אליה למתן הקלה שלטונית. חריגים אלו מחייבים מחשבה ודיון נפרדים, שאותם אפשר יהיה לקדם על יסוד התשתית העיונית שהוצגה ברשימה הנוכחית.