

שותף ושותף פושט רגל בשותפות פושטת רגל

מאת

דוד מינץ*

דיני השותפות קובעים אימתי מגיעה שותפות לסוף דרכה. עקרונית, כפי שהסכמה בין השותפים מביאה את השותפות לעולם, כך היא מביאה לפירוקה. ברם במערכת הדינים הייחודית לדיני השותפות המצויה בפקודת השותפויות [נוסח חדש], התשל"ה-1975, אין הוראות מפורטות בדבר חדלות פירעון השותפות, ודינים אלו מצויים בפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980. במאמר תינתן סקירה על אודות אופייה המיוחד של השותפות, על הדינים החלים בה, על דרכי פירוקה ופשיטת רגלה ועל יחסי הגומלין הקיימים בין פשיטת רגלה של השותפות לבין פשיטת רגלם של החברים בה. המאמר עומד על התנגשות דיני השותפות בדיני פשיטת הרגל ועל ניגוד האינטרסים הקיימים בין כל השחקנים הרלוונטיים לעת חדלות פירעון השותפות או חדלות פירעון אחד מהשותפים בה: השותפים הסולבנטיים של השותפות; השותפים פושטי הרגל; הנאמן על נכסי פושטי הרגל; והנושים של השותפות או של החברים פושטי הרגל שבה. המאמר מבקר את דיני פשיטת הרגל החלים על חבר שאינו חדל פירעון בשותפות פושטת רגל, שלפיהם די שהשותפות תוכרז פושטת רגל כדי שגם כל חברה יוכרזו פושטי רגל. בשל תכלית הליך פשיטת הרגל ככלל ועקרון החיוב האינוודואלי בהליך חדלות פירעון בפרט מצד אחד, ובשל עקרונית דיני החיובים ככלל ודיני השותפויות המחייבים פתיחת הליכים נגד כל החברים בשותפות בפרט, מצד אחר, יציע המאמר דין חלופי שלפיו דינו של חבר בשותפות פושטת רגל לא יהיה שונה מזה של כל אדם אחר שאינו חבר בשותפות כזו – שבעניינו חייבת להתקיים עילה עצמאית לפשיטת רגלו.

מבוא. א. מהותה של שותפות. 1. קיומה של השותפות כאישיות משפטית נפרדת; 2. עצמאותה המוגבלת של השותפות; 3. חובת האמון בשותפות לעומת חברה; 4. פירוק השותפות. ב. פשיטת רגלה של שותפות ומעשה פשיטת רגלה של שותפות כעילה לפשיטת רגלו של שותף. 1. דינו של שותף בשותפות פושטת רגל – הדין הקיים; 2. התכליות שבבסיס דרישת מעשה פשיטת רגל; 3. בחינה אם התכליות שבבסיס דרישת מעשה פשיטת רגל תומכות בויתור על קיומו של מעשה פשיטת רגל של שותף בשותפות פושטת רגל; 4. על הצורך בקיומה של עילה עצמאית של פשיטת רגל נגד כל חברי השותפות; ג. בחינת היעדרה של דרישת פשיטת רגל של שותף בשותפות פושטת רגל לאור יחסי השחקנים השונים. 1. ניגוד האינטרסים בין השותפים לבין עצמם ובין לבין הנאמן על נכסי שותף פושט הרגל; 2. ניגוד האינטרסים בין השותפים הסולבנטיים לנושים; 3. הפגת המתחים

* שופט בית המשפט המחוזי בירושלים. מאמר זה נכתב במסגרת מחקר כולל לשם קבלת תואר דוקטור מהאוניברסיטה העברית בירושלים בהנחייתו של פרופ' אסף חמדני. תודתי העמוקה נתונה לפרופ' חמדני אשר השקיע רבות והקדיש שעות רבות מזמנו בעיון, בהנחיה ומתן הערות על המאמר. מודה אני גם לשופטת תמר בזק-רפפורט מבית המשפט המחוזי בירושלים על הערותיה. ולבסוף תודתי נתונה לשופט ד"ר אילן סלע, אשר העיר את הערותיו ותרם רבות הן לסגנון המאמר והן לתוכנו.

ואיזון האינטרסים בין השחקנים השונים שלא באמצעות ויתור על דרישת מעשה פשיטת הרגל של שותף בשותפות פושטת רגל; ד. סיכום.

מבוא

השימוש המקובל במונח "דיני חדלות פירעון" לשם הגדרת דיני פשיטות רגל של יחידים, דיני פירוק חברות ודיני הבראת חברות והקפאת הליכים אינו מדויק ומטעה. לכל אחד מדינים אלו מקור נורמטיבי משלו. פשיטות רגל, בפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980; פירוק חברות, בפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983; הבראת חברות והקפאת הליכים בחברות בחוק החברות, התשנ"ט-1999. השימוש במונח "דיני חדלות פירעון" מטעה מפני שבכל אחד משלושת התחומים אין מדובר, בכל מקרה נתון, בחייב – יהיה זה אדם או תאגיד – שהגיע למצב של אי-יכולת לפרוע את חובותיו. לעתים ייקלע האדם להליך פשיטת רגל, או חברה תמצא עצמה בפירוק או בהבראה שעה שאין מדובר בחדלות פירעון עסקית-תזרימית, ואף תהיה בידם היכולת המעשית המידית לפרוע את חובותיהם.¹ לשון אחר, חרף החלת "דיני חדלות פירעון" על חייב המצוי בהליך פשיטת רגל או על חברה המצויה בהליך פירוק או הבראה, אין הכרח כי הם אינם מסגולים לקיים את התחייבויותיהם כלפי נושיהם.

הליך פשיטת רגל יכול להיפתח באחת משתי דרכים: האחת ביזמת נושה, והשנייה ביזמת החייב. בנתיב הכניסה ביזמת החייב אכן יש דרישה כי הוא יוכיח שאינו יכול לפרוע את חובותיו, וכי סך חובותיו אינו נופל מסכום מסוים (שבעת כתיבת שורות אלו הוא כ-17,500 ש"ח).² בנוסף, עליו לעמוד בכמה תנאים טכניים בעיקרם, כגון צירוף דין וחשבון על נכסיו, צירוף כתב ויתור על סודיות וכיו"ב.³

ואולם, כאשר נושה יוזם את ההליך, עליו לעמוד בכמה תנאים מקדימים. תנאים אלו מפורטים בסעיף 7 לפקודת פשיטת הרגל, הקובע סכום חוב מינימלי (שבעת כתיבת שורות אלו הוא כ-87,400 ש"ח); שהחוב הוא סכום קצוב בכסף שיש לשלמו מיד או בזמן עתיד קבוע; שהחייב יעשה "מעשה פשיטת רגל" בתוך שלושה חודשים לפני הגשת הבקשה. "מעשה פשיטת רגל" מוגדר בסעיף 5 לפקודת פשיטת הרגל, הקובע כי החייב יעשה מעשה פשיטת רגל: אם עשה מעשה מרמה, מעשה שמצביע על התחמקות מתשלום חובותיו, או עוקל נכס מנכסיו ונמכר בהוצאה לפועל על פי צו בית משפט; הגיש לבית המשפט הצהרה שאינו יכול לשלם את חובותיו, או בקשה שיוכרו פושטת רגל לפי הוראות הפקודה; הודיע לנושה מנושיו כי הפסיק, או עומד להפסיק, לשעה או לצמיתות, לשלם את חובו; או לא מילא אחר הדרישות שבהתראת פשיטת רגל תוך זמן נתון. אין בין תנאי פתיחת ההליך דרישה כי תוכח חדלות פירעונו של החייב. היינו כפי שמטיב להגיד זאת דוד האן: "המונח פשיטת רגל מתייחס להליך משפטי, ולא למצב כלכלי".⁴

1 דוד האן דיני חדלות פירעון 129 (2009).

2 ס' 17 לפקודת פשיטת הרגל.

3 שם.

4 האן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 134.

דומה המצב בעילת פירוק של חברה. פקודת החברות קובעת כמה עילות לפירוק חברה, שלא כולן מתייחסות לחדלות פירעונה.⁵ גם חדלות הפירעון של החברה אינה נמדדת לפי פקודת החברות במאזניים אלקטרוניים, אלא קיימת חזקה אימתי החברה נחשבת חדלת פירעון.⁶ ההלכה הפסוקה קבעה מקדמת דנא כי הבחינה לחדלות פירעונה של חברה אינה על בסיס מסת הנכסים הכוללת שלה אל מול חובותיה, כי אם על בסיס תזרים המזומנים שלה ויכולתה לפרוע בפועל את חובותיה.⁷ אלא שנוסחה זו שנקבעה מלפני עשרות שנים אינה תמיד קלה ליישום, ונדרשים לעתים קרובות מבחני עזר לקבוע אם די בתזרים המזומנים שיש לחברה כדי לעמוד בהתחייבויותיה, ואם ביכולתה לפרוע את חובותיה. גם קשה למתוח קו גבול נוקשה בין יכולותיה של חברה לפרוע את חובותיה בזמן נתון לבין מצב שבו החברה מנסה אך להרוויח זמן ולדחות את רוע הגזרה של פירוק.⁸ אך גם בהניח כי אין מחלוקת כנה באשר למצבו של החייב או של החברה, ואין מחלוקת כנה באשר לחובותיהם,⁹ קיימים קשיים אובייקטיביים לדעת אם החייב או החברה מצויים במצב של חדלות פירעון. לעתים החייב בעצמו אינו מכיר את מצבו הכלכלי לאשורו. לעתים הוא אינו

5 כאשר החברה קיבלה החלטה מיוחדת שהיא תפורק בידי בית המשפט; כשהחברה לא התחילה בעסקיה תוך שנה לאחר שהואגדה, או שהפסיקה את עסקיה למשך שנה; כשהחברה הייתה לחדלת פירעון; או שבית המשפט סבור שמן הצדק והיושר הוא שהחברה תפורק (ס' 257 לפקודת החברות).

6 כאשר נושה שמגיע לו מן החברה, על פי המחאה או באופן אחר, סכום העולה על חמישה שקלים שהגיע זמן פירעונו, מסר לחברה במשרדה הרשום דרישה חתומה בידו לשלם לו את חובו, ובמשך שלושה שבועות לאחר הדרישה לא שילמה החברה את החוב ולא נתנה ערובה ולא הגיעה לידי סידור להנחת דעתו הסבירה של הנושה; או כאשר צו הוצאה לפועל או כתב בידיון אחר שניתן על פי פסק דין או צו של בית משפט לטובת נושה של החברה לא קיים כולו או מקצתו; או כאשר הוכח להנחת דעתו של בית המשפט, לאחר שהביא בחשבון את חבויותיה המותנות והעתידות, שאין ביכולתה של החברה לשלם את חובותיה (ס' 258 לפקודת החברות).

7 ע"א 577/74 בנק ארץ-ישראל בריטניה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כט(2) 6 (1975).

8 וראו פר"ק (מחוזי ת"א) 36681-04-13 הרמט"ק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ (פורסם בנבו, 4.5.2013). כדי לפתור את הדילמה באשר לחדלות פירעונה של חברה, נזקק בית המשפט באותו עניין למבחני עזר רבים: היעדר אפשרות לגייס כספים או למחזר חובות; יתרות שליליות של רווחים לחלוקה; שווי החזקות החברה בחברות הבנות נמוך מהתחייבויותיה; הורדת דירוג אגרות החוב; השעיית קובנט (עמידה במוסכם בין החברה והמוסדות הפיננסים לפיו ברשות החברה מזומנים ובטוחות סחירות לתשלום התחייבויותיה); קשיים במימוש נכסים; מכירה בהפסד. אמנם דברים אלו נאמרו במסגרת הליך של הבראת חברה, אך הם נכונים ביתר שאת גם לפירוקה.

9 הכלל הוא כי כשקיימת בבסיס בקשת הפירוק שאלה עובדתית בדבר עצם הנשייה, הדרך המקובלת לכפות את קיומו של חיוב כספי היא באמצעות הגשת תובענה כספית ולא באמצעות הגשתה של בקשת פירוק. הגשת בקשת פירוק היא דרך מתאימה וראויה לכפות את קיום החיוב רק אם אין מחלוקת אמיתית וכנה בדבר החבות ובדבר שיעורה. הטעם להלכה נעוץ, בין היתר, בכך שהליכי הפירוק עלולים לשמש כלי לסחטנות בידי נושים על מנת לאלץ חברה להודות או להתפשר בקשר לחוב שהיא כופרת בו, משום שעצם פתיחת הליך פירוק נגד חברה עלולה להסב לה נזק רב (ראו ע"א 5737/08 חברת בלוק הסלע האדום – מפעל בלוקים בע"מ נ' חברת פנעאמנה לשיווק ומסחר בע"מ (פורסם בנבו, 28.6.2011); ע"א 13/73 ריב"נ' חברת חלקה 708 בגוש 6189 בע"מ, פ"ד כח(1) 179 (1974); ע"א 312/07 ערבות פיתוח הנגב והשפלה (1995) בע"מ נ' מנור (פורסם בנבו, 2.2.2009)).

מודע לסכום התביעות שטרם הוגשו נגדו, ואין צריך לומר כי נושיו נמצאים לא פעם בעלטה מוחלטת בקשר להיקף נכסיו וחובותיו.¹⁰

הדברים מקבלים משנה תוקף שעה שמדובר בשותפות המצויה בהליך "חדלות פירעון". שותפות היא ישות משפטית עמומה: ספק אישיות משפטית נפרדת, ספק לא.¹¹ ביסוד השותפות הסכמת השותפים לקיים ביניהם קשרי שותפות. "קשרי השותפות" מוגדרים בפקודת השותפויות [נוסח חדש], התשל"ה-1975: "קשרים שבין בני אדם המנהלים יחד עסק לשם הפקת רווחים". ו"שותפות" מוגדרת כך: "חבר בני האדם שהתקשרו בקשרי שותפות".¹² עילות הפירוק של השותפות המפורטות בפקודת השותפויות מתמקדות רובן ביחסים הפנימיים שבין השותפים, הן באשר לעילות הפירוק והן באשר להליך הפירוק. קבוצת ההוראות הראשונות מתייחסת לתקופת כינונה של השותפות;¹³ הקבוצה השנייה עוסקת במהלך הפירוק;¹⁴ קבוצת ההוראות השלישית עוסקת בסמכויות בית המשפט בפירוק השותפות.¹⁵ המכנה המשותף להוראות כולן הוא שיוזמי הפירוק הם השותפים עצמם. חרף היותה אישיות משפטית ייחודית, אין בפקודת השותפויות הוראות באשר לפירוק השותפות ביזמת נושי השותפות, כפי שקיים בהליכי פירוק חברה או בפשיטת רגל של יחיד. חיסול עסקי השותפות בשל חדלות פירעון מוסדר בפקודת פשיטת הרגל.

דינים אלו של פשיטת רגל של שותפות במסגרת פקודת פשיטת הרגל הם בבחינת יצור כלאיים. מצד אחד, כאמור, האכסניה שבה נדונה פשיטת רגל של יחידים היא פקודת פשיטת הרגל, ואילו האכסניה שבה נדונה "פשיטת רגל" של תאגיד היא פקודת החברות. יהיה הטעם לערוב אשר יהיה, ככל שהיד מגעת, טרם נדון לעומק בספרות או בפסיקת בתי המשפט בישראל עניינה של פשיטת רגלה של שותפות, וטרם נדונה פשיטת רגלו של אדם ב"כובעו השיתופי". הספרות הישראלית נעדרת עד כה התייחסות לעניין. מאמר זה הוא אפוא ניסיון ראשון לדון ולו במקצת ההשפעות שיש להליך פשיטת רגל על דיני השותפות. נראה כי אחת התרומות העיקריות של המאמר היא לא רק בדיון בסוגיות שטרם נדונו בספרות, כי אם בעריכת דיון במכלול הבעיות המתעוררות בפשיטת רגלה של שותפות באכסניה אחת.

ביסוד השותפות הסכמת השותפים, החבים ביחד ולחוד בכל חיובי השותפות. גם פקודת פשיטת הרגל והתקנות שהותקנו על פיה¹⁶ רואות בשותפות ובחברים בה מקשה אחת. פשיטת רגלה של השותפות מובילה לפשיטת רגלם של השותפים בה,¹⁷ וקיומה של עילה להכריז על השותפות פושטת רגל היא עילה להכריז על החברים בה פושטי רגל.¹⁸

10 ראו האן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 4.

11 ראו דיון להלן בה"ש 24.

12 ס' 1 לפקודת השותפויות. וראו סקירה היסטורית על מוסד השותפות אצל Walter H.E. Jaeger, *Partnership or Joint Venture*, 37 NOTRE DAME L. REV. 138 (1961).

13 ס' 41 לפקודת השותפויות.

14 שם, בס' 42-44.

15 שם, בס' 45.

16 תקנות פשיטת הרגל, התשמ"ה-1985.

17 שם, בת' 134.

18 ס' 191 לפקודת פשיטת הרגל, וראו להלן פרק ב.1.

ברם דיני השותפות ודיני פשיטת הרגל לא חד הם, ולמען הדיוק, התכלית שמאחורי דיני השותפות והתכלית שמאחורי דיני פשיטת הרגל אינן דרות תמיד בכפיפה אחת. אדרבה, מעבר לדין המיוחד הקיים בפשיטת רגלה של שותפות, קיימת התנגשות בין דיני השותפות לבין דיני פשיטת הרגל הבאה לידי ביטוי בניגוד אינטרסים בין השותפים הסולבנטיים לבין הנאמן על נכסי שותף פושט הרגל, כמו גם בניגוד אינטרסים בין השותפים הסולבנטיים לנושים של השותף פושט הרגל.

כך למשל יש אפשרות להכריז על חבר בשותפות פושט רגל רק על בסיס הכרזת השותפות פושטת רגל. לפי הוראות הפקודה והתקנות שהותקנו על פיה, כפי שהן פורשו בבית המשפט,¹⁹ אם נושה זכאי להגיש תובענה נגד מי מהשותפים לפי דיני השותפות, זכאותו להגיש בקשה לפשיטת רגלה של השותפות מזכה אותו להגיש בקשה כזו גם נגד השותפים. כפי שנדון בהמשך, דין זה מוביל להתנגשות עם תכלית הליך פשיטת הרגל שלפיה יש לדון אינדוידואלית במצבו של כל חייב ולא לבוא עמו חשבון אוטומטית בשל מחדליו של זולתו.

תחילה אפוא נעמוד במאמר על מהותה של השותפות, ובכל הנוגע לענייננו, בדינים המיוחדים לה. לכך נייחד את הפרק הראשון של המאמר.²⁰ הפרק השני של המאמר ידון בדיני פשיטת רגל של שותפות, בזיקה לדיני השותפות. במסגרת זו נדון בדרישה לקיומו של מעשה פשיטת רגל כתנאי לקיומו של הליך פשיטת רגל נגד חייב במשפט הישראלי ובהצדקות לכך. נראה כי קשה למצוא הצדקה מכרעת לדרישה זו שאינה קיימת עוד במשפט האנגלו-אמריקאי, אף שבעבר הרחוק בארצות הברית והקרב באנגליה הייתה דרישה כזו. נטען כי במשטר פשיטת הרגל בישראל, שבו קיימת דרישה חד-משמעית למעשה פשיטת רגל, קשה למצוא הצדקה לויתור על הדרישה בפשיטת רגלו של שותף בעקבות פשיטת רגלה של שותפות.²¹ בפרק השלישי נעמוד על המתח שבין דיני השותפויות לדיני פשיטת

19 שם 'ת' 134 לתקנות פשיטת הרגל; ע"א 271/56 כהן נ' ברוידא, פ"ד יא 454 (1957).

20 בתוך כך נעמוד גם על הדין האנגלי. הפנייה לדין האנגלי היא לא רק בבחינת "להגדיל תורה ולהאדירה", אלא גם משום שהדין האנגלי הוא אביו מולידו של הדין הישראלי וגם של הדין האמריקאי המקורי, ופקודת פשיטת הרגל המקורית בישראל המנדטורית משנת 1936 היא העתקה כמעט מדויקת של החוק האנגלי משנת 1914.

21 בפרק זה נפנה גם לדין בארצות הברית. הטעם לכך הוא שכיום קיימת מגמה בחקיקה החדשה בישראל לאמץ במסגרת דיני חדלות הפירעון מקצת מההסדרים שבדין האמריקאי. דוגמה לכך מצויה כבר בס' 19א לפקודת פשיטת הרגל שתוקן ביום 8.2.1996 במסגרת חוק לחיקון פקודת פשיטת הרגל (מס' 3), התשנ"ו-1996, ס"ח 60, שמטרתו להניע חייבים להסדיר את חובותיהם מבלי שיוכרוזו פושטי רגל על דרך ארגון מחדש – שהוא כפי שנראה להלן, המטרה העיקרית המוצהרת בדיני חדלות הפירעון בחוק האמריקאי. אך הדברים אמורים בעיקר על חוק החברות (תיקון מס' 19), התשע"ב-2012, ס"ח 493, שבו נקבעו במסגרת הליך הקפאת הליכים של חברות, כמה הסדרים חדשים השאובים מהדין האמריקאי, ובעיקר כפיית הסדר חובות אף שאין הרוב הדרוש הקבוע בחוק לפי ס' 350ג לחוק החברות ומינוי נושא משרה של החברה כבעל תפקיד לפי ס' 350ד לחוק החברות (וראו דברי ההסבר להצעת חוק החברות (תיקון מס' 17) (הבראת חברות), התשע"א-2011, ס"ח 630). יש לציין כי ניצנים להסדר הראשון מצויים גם בתיקון מס' 3 לפקודת פשיטת הרגל, בו הוסף לפקודה ס' 34(א), הקובע גם הוא כי למרות שלפי ס' 34(א) לפקודת פשיטת הרגל ניתן לאשר הצעת חייב רק אם רוב המצביעים המייצגים שלושה רבעים מערך החובות הסכימו להצעה, בית המשפט יכול לאשר הצעת הסדר במקרים מיוחדים ומנימוקים שיירשמו, אם ההצעה אושרה ברוב הנוכחים המייצגים רק יותר ממחצית ערך החובות.

הרגל ונטען כי התערבות דיני פשיטת הרגל בדיני השותפויות אינה מוצדקת ומסכלת את מגמת דיני השותפויות. שינוי המערך ההסכמי בין השותפים בעת פשיטת רגלו של אחד מהם אינו מוצדק ובעייתי. כך, בכל הנוגע לפשיטת רגלה של השותפות – בשל עקרון האינדיווידואליות הקיים, בין בהליכי חדלות פירעון ובין בדיני החיובים ככלל, הכרזת שותף שאינו בהכרח חדל פירעון כפושט רגל רק משום שהשותפות שהוא חבר בה הוכרזה פושטת רגל, אינה מוצדקת, וודאי לא אוטומטית.

א. מהותה של שותפות

1. קיומה של השותפות כאישיות משפטית נפרדת

הדין מכיר בשותפות רשומה ובשותפות שאינה רשומה. סעיף 66(א) לפקודת השותפויות קובע כי שותפות רשומה לפי פקודת השותפויות היא תאגיד, ויכולה לתבוע ולהיתבע בשמה הרשום.²² לפי סעיף 4 לפקודת השותפויות, שותפות שנתכוננה לשם ניהול עסק חייבת ברישום לפי הוראות הפקודה תוך חודש מן היום שנתכוננה. אין בדין הוראה בדבר האישיות הנפרדת של שותפות לא רשומה. עם זאת סעיף 6 לפקודת השותפויות קובע כי אי-רישומה של שותפות אינו מכריע אם השותפות קיימת ואם לאו. על פני הדברים מתבקשת המסקנה כי גם שותפות שאינה רשומה היא בעלת אישיות משפטית נפרדת, הפְּשֶׁרָה לתבוע ולהיתבע.²³ חרף מסקנה זו לא תמיד אמר בית המשפט דברים ברורים בסוגיה.²⁴ אף שהשאלה טרם הוכרעה, קיימת בפסיקה התבטאות ברורה יותר שלפיה גם שותפות לא

22 ראו ע"א 321/70 פרלברג נ' שחור, פ"ד כה (1) 441 (1971).

23 דוד א' פרנקל וצבי פרנקל דיני השותפות בישראל 116–125 (מהדורה שנייה, 2013).

24 בפסק הדין בעניין ע"א 583/88 ברנע נ' ארקיע קווי תעופה ישראליים בע"מ, פ"ד מה (5) 670, 683–684 (1991), אמר בית המשפט כי שאלת היותה של שותפות לא רשומה בגדר אישיות משפטית נפרדת מהשותפים המרכיבים אותה היא שאלה מורכבת, אשר אין בעניינה הכרעה ברורה בפסיקת בית המשפט העליון. בבג"ץ 194/84 מוניות השחר נתניה בע"מ נ' אגף המכס והבלו תחנת מכס ומע"מ – נתניה, פ"ד לט (1) 522, 525 (1985), נמנע בית המשפט מלומר דברים ברורים אף שבמסגרת פסק הדין הניח שותפות שאינה רשומה היא אישיות משפטית. ראו בעניין זה גם רע"א 3179/12 לנגוצקי נ' רציו חיפשי נפט (1992) – שותפות מוגבלת (פורסם בנבו, 16.7.2012); ע"א 117/47 שרל נ' חברת "מגדן" בע"מ, פ"ד ב 599 (1949). כך, במסגרת ע"א 821/88 א. לוי קבלי בנין בע"מ נ' שמי את סמי אבו חמוד, פ"ד מד (2) 771, 780, פסק דינו של השופט אלוני (1990), אמר בית המשפט כי היות שהמשיבה באותו עניין הייתה שותפות לא רשומה, מתעוררת השאלה אם בתור שכזו הייתה כשירה להיות צד לדיון. גם שם אמר בית המשפט כי השאלה נתונה במחלוקת מלומדים, אך נמנע מלהכריע בה. כן ראו ע"א 367/73 מבורך נ' גרסי, פ"ד כח (1) 749, 750 (1974); ע"א 268/54 ויסמן נ' פקיד השומה, ירושלים, פ"ד ט 1886, 1887 (1955); ע"א 96/60 "היוגב" ארגון פועלים להתישבות שיתופית בע"מ נ' גרינברג, פ"ד יד 1555, 1561 (1960); בג"ץ 29/61 מפעלי עמק הירדן בע"מ נ' מנהל הארנונה ומסי רכוש במשרד האוצר, ירושלים, פ"ד טו 1246, 1248 (1961); ה"פ (מחוזי מרכז) 3544-04-08 סלמה נ' י.מ. כהן ונכסים בע"מ (פורסם בנבו, 12.7.2009). בעבר עמדה השאלה במחלוקת גם בין המלומדים השונים, והיו כאלו שתמכו בטענה כי השותפות הלא רשומה היא בעלת אישיות משפטית נפרדת (ראו למשל ג' פרוקצ'יה התאגיד – מהותו ויצירתו 173 (1965); יוסף כהן דיני חברות כרך 45–46 (1988)), והיו כאלו ששללו זאת (ראו למשל אהרן ברק חוק השליחות, תשכ"ה–1965, 313, ה"ש 18 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי, 1975); זלמן יהודאי דיני שותפויות בישראל 85 (1988)).

רשומה היא ישות כלכלית עצמאית.²⁵ מעמד זה של השותפות כישות כלכלית עצמאית מתחזק גם נוכח ההכרה בה בדין הכללי, המקנה לה כשירויות שונות שתוחמות את פעילותה. בכך שונה השותפות מעסק של אדם יחיד שבעניינו קשה להפריד בין פעילויותיו, נכסיו והתחייבויותיו לבין אלה של עסקו.²⁶ חרף אי-הבהירות באשר לאישיותה המשפטית של השותפות הלא רשומה בפסיקת בית המשפט, פקודת השותפויות אינה מבחינה בין שני סוגי השותפויות ומחילה את ההוראות המהותיות שבה על כל שותפות, בין שהיא רשומה ובין שלא.²⁷ במאמר זה לא נבחין אפוא בין שני סוגי השותפות הרשומה ושאונה רשומה, ובכל מקום שתצוין שותפות סתם, פירושו של דבר שמדובר בשותפות לא מוגבלת.

עיון בסעיף 14 לפקודת השותפויות קובע כי כל שותף הוא שלוח של השותפות ושל שאר שותפיו לכל עניין של עסקי השותפות, ופעולותיו של כל שותף, כשהוא עושה בדרך הרגילה עסק מן הסוג שעושה השותפות שהוא חבר בה, יחייבו את השותפות ואת שותפיו, מלמד די בביורו כי יש לשותפות אישיות משפטית נפרדת משלה. אם לא כן, כיצד אפשר להיות שלוח של גוף שאינו יכול לשמש שולח? זאת ועוד, סעיף 9 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965 קובע כי אם הפר השלוח אחת החובות המוטלות עליו לפי סעיף 8 לאותו חוק, המחייב אותו לנהוג בנאמנות כלפי השולח, זכאי השולח לתרופות הניתנות בשל הפרת חוזה. כך גם לפי סעיף 12 לפקודת השותפויות. שותפות הטוענת שאדם, שותפות, אגודה או חברה נטלו להם את שמה או שם דומה לשמה עד כדי להטעות, וכל אדם, שותפות, אגודה או חברה הטוענים ששותפות פלונית נטלה לה את שמה או שם דומה לשמה עד כדי להטעות, רשאים לבקש מבית המשפט למנוע את השימוש בשם. מכאן שהשותפות בעלת כשרות משפטית לתבוע ולעמוד על זכויותיה הכספיות ועל זכויותיה הקנייניות האחרות.

כאמור, "קשרי השותפות" מוגדרים בפקודת השותפויות כקשרים שבין בני אדם המנהלים יחד עסק לשם הפקת רווחים, ו"שותפות" מוגדרת כחבר בני אדם שהתקשרו בקשרי שותפות.²⁸ הוראות אלו מלמדות כי ביסוד השותפות הסכמה בין שותפים.²⁹ כך נקבע בפסיקה האנגלית לפי המשפט המקובל עוד לפני חקיקת חוק השותפויות האנגלי (Partnership Act) משנת 1890, ולפני חקיקת חוק השותפויות המוגבלות (Limited

25 ע"א 2026/92 פקיד שומה פתח-תקווה נ' שדות חברה להובלה (1982) בע"מ, פ"ד נה(4) 89 (2001) (להלן: עניין שדות). וראו עוד לעניין הכרה בשותפות הלא רשומה בענייני מס אצל א' אלתר "אישיותה המשפטית הנפרדת של השותפות לצורך דיני המס בישראל" רואה החשבון לד' 336 (התשמ"ו). לעומת אי-הבהירות בישראל באשר לאישיותה המשפטית של השותפות, בית המשפט באנגליה אמר דברים ברורים שעל אף יכולתה של השותפות להיות מוגבלת היא איננה אישיות משפטית נפרדת (ראו Re Charles D. Barnard, Martins Bank v. Trustee, [1931] All ER 642 (Ch). ראו עוד בעניין זה DRAKE, LAW OF PARTNERSHIP 3 (3rd ed. 1983); Sadler v. Whiteman, [1910] 1 KB 868, 889; R v. Holden, [1912] 1 KB 483, 487; Meyer and Co. v. Faber, [1923] 2 Ch. 421.

26 עניין שדות, לעיל ה"ש 25, בעמ' 113.

27 רק בס' 66(א) לפקודת השותפויות, העוסק בהגדרתה של שותפות רשומה כתאגיד, ובס' 70(א) העוסק בפנקס השותפויות, יש התייחסות נפרדת לשותפות הרשומה. אדרבה, ס' 31-34, 40, 67(ב) לפקודה מתייחסים לנכסי השותפות כנכסים נפרדים, לבד מנכסי השותפים, והדבר מצביע על אישיותה הנפרדת של השותפות הלא רשומה.

28 ס' 1 לפקודת השותפויות.

29 פרנקל ופרנקל, לעיל ה"ש 23, בעמ' 14-18; יהודאי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 31.

Partnership Act) משנת 1907 ולפני חוק האחריות המוגבלת של שותפויות Limited (Liability Partnerships Act) משנת 2000.³⁰ בחוק משנת 1890 אף נקבע מפורשות כי שותפות היא "Partnership is the relation which subsists between persons carrying on a business in common with a view of profit"³¹ נוסח זה לנוסח שבפקודת השותפויות המקורית משנת 1930 בישראל, שזכה לנוסח חדש באנגלית במסגרת ניסוח הפקודות הארץ-ישראליות בשנים 1933–1937.³² ולשלמות התמונה יצוין כי בארצות הברית דיני השותפויות קבועים בדינים המדינתיים ולא בדין הפדרלי, אם כי בשנת 1914 הוכרו על ה-Uniform Partnership Act (להלן: UPA) אשר תוקן במסגרת ה-Revised Uniform Partnership Act (להלן: RUPA) ואומץ במספר רב של מדינות. במסגרת ה-RUPA שותפות הוגדרה כך: "Partnership means an association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit formed under Section 202, predecessor law or comparable law of another jurisdiction" הסכם שותפות הוגדר כך: "Partnership agreement means the agreement, whether written, oral, or implied, among the partners concerning the partnership, including amendments to the partnership agreement"³³.

2. עצמאותה המוגבלת של השותפות

נצא אפוא מנקודת ההנחה המקובלת שהשותפות בין שרשומה ובין שלא היא בעלת אישיות משפטית נפרדת. ואולם חרף זאת אין השותפות, גם השותפות הרשומה, אישיות משפטית עצמאית. היינו, שלא קיים חיץ בין השותפות לבין חבריה. אדרבה, ביסוד השותפות מונחת

30 Limited Liability Partnership Act 2000, c. 12. וראו Pooley v. Driver, [1876] 5 Ch. 458. כן ראו Hurst v. Bryk, [2000] 2 All ER 193 (H.L.); Mullins v. Laughton, [2002] EWHC 2761 (Ch.), [2003] 4 All ER 94; McPhail v. Bourne, [2008] EWHC (Ch.) 1235, [2008] All ER (D.) 68 (Jun.).

31 Partnership Act 1890, 53 & 54 Vict. c. 39.

32 יצוין כי לפי ס' 61(א) לפקודת השותפויות, ההסכמה איננה חייבת להיות בכתב, אלא אם מדובר בשותפות מוגבלת, שבעניינה קיימת חובה שיהיה הסכם בכתב, והיא יכולה להיות גם הסכם מכליל. כן ראו Drake, לעיל ה"ש 25, בעמ' 50; E.R. Hardy Ivamy, Underhill's Principles of the Law of Partnership 17 (12th ed. 1986). Keith L. Fletcher, The Law of Partnership in Australia and New Zealand 89 (7th ed. 1995).

33 הגדרה רחבה זו גורמת למספר בעיות מפני שאין היא מפרטת אם מדובר אך בהסכמים במהלך העסקים השוטף של השותפות אם לאו. לעניין קשיים אלו ראו Robert W. Hilman, Allan W. Vestal & Donald J. Weidner, General and Limited Liability Partnerships Under the Revised Uniform Partnership Act 11 (1996). כן ראו Stone v. Stone, 292 So. 2d 686 (La. 1974); Frey v. Hauke, 108 N.W.2d 228 (Neb. 1961) בעלת אישיות משפטית נפרדת ובין שלא, הוראות פקודת השותפויות חלות עליה. פקודת השותפויות קובעת כי קשרי השותפות נקבעים נוכח קיום עסקים משותפים. כך גם נקבע בדין האנגלי (ראו Khan v. Miah, [2001] 1 All ER 20 (Comm.) 282; Geary v. Rankine, [2012] EWCA (Civ.) 555, [2012] All ER (D) 04 (Apr.)). יצוין כי גם פקודת פשיטת הרגל אינה מגדירה מהי שותפות, וגם החוק האמריקאי נמנע מלעשות כן. ראו למשל Madison Associates v. Baldante, 183 B.R. 206, 209 (Bankr. C.D. Cal. 1995).

זיקת חבות, ערבות והרשאה בין השותפים לבין השותפות. כל שותף בשותפות, נוסף על אישיותו המשפטית הנפרדת, הוא גם שולח וגם שלוח של השותפות, היינו בעל אישיות כפולה (או משולשת).³⁴ כשולח הוא חב מכוח פעולותיו ופעולות שותפיו עבור השותפות, וכשלוח³⁵ הוא מחייב את השותפות ואת יתר השותפים כאשר הוא פועל מטעם השותפות.³⁶ השותפים מחייבים את השותפות, והשותפות הפועלת על ידיהם מחייבת את השותפים. בכך נבדלת השותפות מחברה הנהנית מאישיות משפטית נפרדת ומאישיות משפטית עצמאית.³⁷ על פי פשוטו של מקרא, האישיות המשפטית הנפרדת של החברה מלווה אותה החל מלידתה ועד לחיסולה.³⁸ החברה נבדלת מבעלי מניותיה – שלהם אישיות משפטית נפרדת של עצמם. כפועל יוצא מכך, וככלל, אחריותה של החברה לחובותיה היא אחריותה שלה, ובהנחה שאחריות בעלי מניותיה מוגבלת, האחריות אינה של בעלי מניותיה.³⁹ לכן כאשר אורגן של החברה פועל בשם החברה ויוצר התחייבות בשמה, החברה היא שאחראית לביצוע ההתחייבות, ואילו האורגן הפועל בשמה יהא חופשי מאחריות אישית למלא אחר אותה התחייבות.⁴⁰ לכלל זה חריגים רבים. עלולים האורגנים של החברה למצוא עצמם בנסיבות שונות אחראים למחדלי החברה ולחובותיה⁴¹ ועלולים הם למצוא את עצמם אחראים למעשיהם שלהם במסגרת פעילותם בחברה. זהו המקרה שבו האורגן נושא באחריות נזיקית או פלילית בשל מעשיו שלו. הסיבה להבחנה זו בין אחריות החברה לבין אחריות בעלי מניותיה נעוצה בהפרדה הרכושית הקיימת בין זו של החברה לבין זו של בעלי המניות. קופתה של החברה אינה קופתם של בעלי המניות, ועושרה של החברה אינו עושרם

34 ראו לעניין זה Sally S. Neely, *Partnerships and Partners and Limited Liability Companies and Members in Bankruptcy: Proposals for Reform*, 71 AM. BANKR. L.J. 271, 274 (1997) המצינת כי אחד המאפיינים הבולטים ביותר בשותפות, תהיה זו שותפות מוגבלת או שותפות לא מוגבלת, הוא שהיא מבוססת על הסכם המפרט את היחסים בין השותפים. במקרים רבים הוראות החוק באות אך כדי להשלים את מה שהחסירו הצדדים להסכם השותפות. למשל, לפי ס' 15 ל-UPA ללא קשר למה שהוסכם בין השותפים, נקבע כי שותפים כלליים חבים כלפי נושי השותפות בשל התחייבויות השותפות. כמו כן דיני השותפות עצמם מבוססים על דיני השליחות. כל שותף כללי הוא שלוח של השותפות ושל השותפים האחרים. וכל שותף כללי יכול לחייב את השותפות ואת השותפים האחרים. וכשם שהשולח אחראי למעשה שלוחו, כך כל שותף כללי אחראי למעשה השותפים הכלליים האחרים שחייבו את השותפות במעשיהם.

35 ס' 14, 18, 19 לפקודת השותפויות.

36 פרנקל ופרנקל, לעיל ה"ש 23, בעמ' 150–155. כן ראו אירית חביב-סגל דיני חברות 172 (2007).

37 ס' 4 לחוק החברות קובע כי חברה היא "אישיות משפטית כשרה לכל זכות, חובה ופעולה המתיישרת עם אופייה וטבעה כגוף מואגד". מכאן האישיות המשפטית הנפרדת של החברה. כך היא גם מוגדרת בכותרת של הסעיף.

38 קיימת הבחנה בין מושג פירוק החברה כמשמעותו בס' 244 לפקודת החברות ובהוראות סימן ב לפרק יב לאותה פקודה, שהוא איסור על המשכת הליכי משפט נגד החברה, ביטול עסקאות שנעשו לאחר מתן צו הפירוק, ביטולי עיקולים כנגד החברה, לבין מושג חיסול החברה לפי ס' 339 לפקודה, שהוא שלב סופי בפירוק החברה שמשמעותו מחיקת החברה וסיום חייה המשפטיים.

39 ס' 35(א) לחוק החברות.

40 חביב-סגל, לעיל ה"ש 36, בעמ' 107.

41 למשל בעת הרמת מסך ההתאגדות מעל פני החברה, לפי ס' 6 לחוק החברות.

של בעלי המניות.⁴² משכך, אין מקום לחייב את בעלי המניות שהשקיעו את כספם בחברה בהתחייבויותיה של החברה שקיבלה אותן עליה מתוך הסתמכות על משאביה שלה שאינם משאביהם של משקיעיה.

לעומת זאת המצב בשותפות שונה לגמרי. בשותפות אין הפרדה רכושית בין זו של השותפות לבין זו של חבריה, ואין הפרדה בין הבעלות על השותפות לבין השליטה בה.⁴³ לפיכך למרות עקרון האישיות המשפטית הנפרדת של השותפות, האחריות בה אינה מוגבלת. שונה המצב בשותפות שמראש מוגבלת על פי הגדרתה בפקודת השותפויות.⁴⁴ בשותפות מעין זו חלה אותה הפרדה הקיימת בחברה בין הנכסים של בעלי המניות לבין הנכסים של החברה. למשל, הנכסים של השותף המוגבל אינם חלק מנכסי השותפות. אותו שותף מוגבל אינו יכול להביא את השותפות לפירוק, ובעלותו נבדלת משליטתו בשותפות, שכן אין לשותף המוגבל כל זכות להשתתף בקבלת ההחלטות בה.⁴⁵

נוסף על האמור, קיימים הבדלים מהותיים בין השותפות הלא מוגבלת לבין השותפות המוגבלת. סעיף ההגדרות (סעיף 1) לפקודת השותפויות קובע כי "שותף מוגבל" הוא מי שהכניס הון לשותפות בשעת ההתקשרות, בכסף או בנכס שהוערך בסכום מפורש, על מנת שלא יהא אחראי לחיוביה של השותפות יותר מן הסכום שהכניס כאמור. ו"שותף כללי" הוא שותף שאינו שותף מוגבל. סעיף 57(א) לפקודת השותפויות קובע כי שותפות מוגבלת תכלול שותף כללי אחד לפחות החב בכל חיוביה ושותף אחד לפחות שאינו חב בהם אלא כדי שיעור הסכום שהכניס להון השותפות.⁴⁶ היינו, בשותפות מוגבלת יש אפשרות להגבלת אחריות חלק מהשותפים, לעומת שותפות רגילה, שאחריות כל חבריה אינה מוגבלת. רק לשותפים הכלליים בשותפות המוגבלת יש הכוח לחייב את השותפות, ואילו בשותפות הלא מוגבלת כל השותפים משתתפים בניהול עסקי השותפות אלא אם נקבע אחרת בהסכם השותפות. בשותפות המוגבלת, על השותפים המוגבלים חל האיסור האמור להשתתף בניהול השותפות,⁴⁷ והשותף המוגבל אינו יכול לפרק את השותפות.⁴⁸ קיומה של השותפות הלא מוגבלת מותנה מצד אחד בכך שהחלה בניהול עסקיה, ומצד אחר הוא אינו מותנה ברישום,⁴⁹ ואילו קיומה של שותפות מוגבלת מותנה ברישומה, ואסור לה להתחיל

42 חביב-סגל, לעיל ה"ש 36, בעמ' 171–172, מכנה את עקרון חלוקת העושר בין החברה לבין בעלי המניות עקרון "אי הפריקות". משמעו של עיקרון זה הוא, כאמור, שאת מקומה של חלוקת העושר המקורית תופסת חלוקה שלפיה המשאבים הכלכליים מרוכזים במאגרים "לא-פריקים", והפרטים – בעלי המניות – אינם מחזיקים אלא בתביעות לא מסוימות נגד אותם מאגרים. מאגר זה נשלט בנפרד מזה של בעלי המניות.

43 ובלשונה של חביב-סגל, שם, בשותפות לא חל עקרון אי-הפריקות.

44 ס' 57 לפקודת השותפויות. וראו בש"א 7484/03 (מחוזי ת"א) שותפות הדרי אביב (1991) ושות' – שותפות מוגבלת נ' עזורה, מפרק השותפות (פורסם בנבו, 22.3.2005).

45 ס' 63(א), 63(ד)(2) לפקודת השותפויות.

46 משמעותו של דבר היא כי אם השותפות לא תוכל לפרוע את חובותיה, אין השותף המוגבל חייב להשתתף בפירעון החובות יותר מהסכום שהשקיע. ברם עד לשעה שבה יתברר כי השותפות אינה מסוגלת לשלם את חובותיה, יהיה עליו להשלים עם הפסדיה. ראו לעניין זה פרנקל ופרנקל, לעיל ה"ש 23, בעמ' 343; 653 (H.L.) [1986] 1 WLR 649. Reed v. Young.

47 ס' 63 לפקודת השותפויות.

48 שם, בס' 63(ד)(2).

49 שם, בס' 6.

3. חובת האמון בשותפות לעומת חברה

בכלל חובת האמון, על השותפים לנהוג זה כלפי זה ביושר ובתום לב ולפעול בראש ובראשונה למען טובתה של השותפות.⁵⁵ אלא שהאמור בסעיף אינו חזות הכול. אין בו למשל התייחסות לאחריות של שותף כלפי רעהו בניזיקין, הנדונה בפקודת הנזיקין.⁵⁶ אחריות זו בניזיקין קיימת לצד חובותיהם של השותפים להתנהל לפי סעיף 29 לפקודת השותפויות, ואין הוראה אחת מוציאה את רעותה,⁵⁷ היינו חלה על השותף חבות כפולה.

57 ע"א 682/87 הפניקס הישראלי, חברה לביטוח בע"מ נ' אקרמן, פ"ד מג(2) 833, 825 (1989).

היות שבין השותפים קיימים יחסי "רעות" ו"קרבה",⁵⁸ מתבקשת מסקנה נוספת והיא שעל שותף לצפות מראש שהתרשלותו עלולה במהלך הרגיל של הדברים לפגוע בשותפיו.⁵⁹ על פני הדברים חובות אלו רחבות מחובות האמון החלות על בעלי מניות בחברה. השותפות כולה מבוססת על חובות האמון הקיימות בין השותפים, ואילו בחברה, אף שחלה חובת אמון על בעלי המניות, אין היא כשלעצמה אחת מתכליות החברה. עם זאת שונה הדבר בחברה פרטית, שבה הדין מגן על אינטרס ההסתמכות של בעלי המניות בחברה מעין זו ומכפיף את המשקיעים בעסק המשותף לחובות אמון, הדומות לאלו החלות בין השותפים במסגרת השותפות.⁶⁰ בית המשפט אף מתחשב באופייה של חברה פרטית, שבה קיימים יחסים קרובים בין בעלי המניות, ובתוך כינויה "מעין-שותפות" הטיל על בעלי המניות חובת גילוי מוגברת זה עם זה, ומייחס להפרת תום הלב חומרה יתרה.⁶¹ מצב זה של הפרתה של חובת תום לב של בעלי מניות זה כלפי זה אף הוביל את בית המשפט למסקנה כי ניתן להורות על פירוק החברה, משל הייתה מעין שותפות.⁶² הלכה זו הניחה שהקשר בין בעלי המניות (דמויי השותפים) יצר בלבם ציפייה לאמון של אלו באלו, וכשהציפייה נכזבה, זכאי כל בעל מניות להפסקת הקשר באמצעות צו פירוק.⁶³ אך כאמור, יחסי האמון שבין בעלי המניות בחברה הפרטית הדומים ליחסי האמון בין שותפים, הם היוצאים מהכלל. הכלל הוא שחובת האמון השוררת בין חברי השותפות היא ייחודית. יחסי הקרבה שבין השותפים

58 לשם בחינת קיומה של חובת זהירות מושגית בנזיקין יש לבדוק קיומם של יחסי "קרבה" או "רעות" בין סוג המזיקים שאליו משתייך הנחבצ לבין סוג הניזוקים שאליו משתייך התובע, לעניין סוג הפעולות שאליו משתייכות פעולות המזיק ולעניין סוגי הנזקים שפעולות אלו עלולות לגרום. ראו לעניין זה ע"א 8133/03 יצחק נ' לוטם שיווק בע"מ, פ"ד נט(3) 66, 77 (2005).

59 ס' 36 לפקודת הנזיקין. וראו ע"א 136/84 אחים אהרונים קבלני בנין בע"מ נ' שמואל, פ"ד מב(1) 635, 641 (1988). עוד יצוין כי בית המשפט שלל בעניין הפניקס, לעיל ה"ש 57, בעמ' 834, את הדין האנגלי שהטיל אחריות נזיקית על שותף רק במקרה שהתרשל התרשלות פושעת. לפי פסק דין זה, שותף יחויב בנזיקין גם ברשלנות רגילה.

60 חביב-סגל, לעיל ה"ש 36, בעמ' 635. כן ראו ע"א 530/65 אליגולשוילי נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד כ(2) 314 (1966); ע"א 381/75 ברקוביץ נ' גבריאלי, פ"ד ל(1) 442 (1975); ע"א 283/62 הסס נ' לסלו, פ"ד יז 758 (1963); ע"א 667/76 ל. גליקמן בע"מ נ' א. מ. ברקאי חברה להשקעות בע"מ, פ"ד לב(2) 281, 287 (1978). לעניין חובת תום הלב החל על בעלי מניות שליטה בחברה ראו עוד ה"פ (מחוזי ת"א) 10419/99 יניב נ' בובליל (פורסם בנבו, 12.6.2001).

61 צפורה כהן בעלי מניות בחברה – זכויות תביעה ותורפות כרך א 370 (2006); ע"א 8817/02 קליר כימיקלים שווק (1994) בע"מ נ' עצמון (פורסם בנבו, 27.3.2008); רע"א 9646/04 חסקי אלון ייזום בניה והשקעות בע"מ נ' אריה מיכלסון חברה ליזמות בע"מ, פ"ד נט(3) 380, 383 (2005).

62 ע"א 97/62 חמרה נ' שפלטין, פ"ד טז 2727 (1962); עניין אליגולשוילי, לעיל ה"ש 60. בעניין עילת הפירוק לפי ס' 257(5) לפקודת החברות הקובע כי בית משפט יכול להורות על פירוק חברה אם הוא סבור שמן הצדק והיושר שהחברה תפורק, צוין בפסק הדין בעניין פר"ק (מחוזי ים-11-05-15262 חברת גילת היקב בע"מ נ' חברת מגדלי הסנהדרין בע"מ (פורסם בנבו, 8.1.2012), כי סעיף זה הוא למעשה "סעיף סל" המקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב ביציקת תוכן למסגרת של "הצדק והיושר" שיובילו להורות על פירוק חברה. לעניין זה ראו עוד רע"א 5596/00 סתוי נ' נאחוס (נחום), פ"ד נז(1) 149 (2002); צפורה כהן פירוק חברות 117 (2000).

63 ע"א 275/89 דוידזון נ' אורנשטיין, פ"ד מו(1) 125, 131 (1991). עם זאת נמתחה ביקורת על ההשוואה המוחלטת של חברה פרטית לדיני השותפות. ראו למשל, Ebrahimi v. Westbourne Galleries Ltd., [1972] 2 All ER 492 (H.L.); D. D. Prentice, *Winding Up on the Just and Equitable Ground: The Partnership Analogy*, 89 L.Q. REV. 107 (1973).

מגבירים את חובת האמון שביניהם ומחייבים אותם לנהוג ביושר ובתום לב זה כלפי זה מלבד המתחייב על פי הוראות הדין הקיימות בכל הנוגע ליחסי האמון הקיימים בין בעלי מניות בחברה.

4. פירוק השותפות

הוראות פקודת השותפויות בדבר פירוק שותפות מתמקדות ביחסים הפנימיים שבין השותפים, הן באשר לעילות הפירוק והן באשר להליך הפירוק. ההוראות הראשונות מתייחסות לעילות הנובעות מתקופת כינונה של השותפות, על פי הסכמה מוקדמת בהסכם השותפות,⁶⁴ או בקרות אירוע המשפיע על המשך כינונה של השותפות, כגון מות אחד מהשותפים, פשיטת רגל של אחד מהם,⁶⁵ או בשל עשיית מעשה הנוגד את עקרונות השותפות, כמו שעבוד חלק מנכסי השותפות בידי אחד מהשותפים,⁶⁶ או בקרות מקרה העושה את ניהול עסקיה של השותפות למעשה אסור.⁶⁷ קבוצת ההוראות השנייה עוסקת בסמכויות בית המשפט לפרק את השותפות ביזמת שותף אחד בשל התנהגותו של שותף אחר⁶⁸ או בשל כך שבית המשפט השתכנע כי אי אפשר לנהל את השותפות אלא בהפסד,⁶⁹ או שנוצרו נסיבות העושות, לדעת בית המשפט, את פירוק השותפות למעשה של צדק ויושר.⁷⁰ המאפיין של הוראות אלו הוא שבשתי הקבוצות יוזמי הפירוק הם השותפים עצמם. אין בפקודת השותפויות הוראות באשר לפירוק השותפות בידי צד שלישי, כפי שקיים בהליכי פירוק חברה או פשיטת רגל של יחיד.⁷¹

קבוצת ההוראות השלישית בפקודת השותפויות הדנה בפירוק השותפות עוסקת במהלך הפירוק. במקרה שכזה פקודת השותפויות מורה כי תחילה יסולקו חובותיה של השותפות כלפי צדדים שלישיים, ורק לאחר מכן יש לחלק את העודף בין השותפים.⁷² לפירעון החובות ישמשו נכסי השותפות.⁷³ סדר סילוק החובות לאחר סילוק החובות החיצוניים והפנימיים הוא סילוק הוצאות הפירוק, החזרת ההשקעות וחלוקת היתרה.⁷⁴ בכך שונה

64 ס' 41 לפקודת השותפויות. וראו Moss v. Elphick, [1910] 1 KB 846; Abbott v. Abbott, [1936] 3 All ER 823 (Ch.), שם נקבע כי בהיעדר מטרה ספציפית תימשך שותפות עד לסיומה לפי הסכם השותפות. יצוין כי הסכם בדבר מועד פירוק השותפות יכול להיות מפורש או משתמע (ראו עניין Hurst, לעיל ה"ש 30; [2005] All ER (D.) 222 (Jul.); [2005] EWCA (Civ.) 898, Chahal v. Mahal).

65 ס' 42 לפקודת השותפויות.

66 שם, בס' 43.

67 שם, בס' 44. וראו Hudgell Yeates & Co. v. Watson, [1978] 2 All ER 363, שם נקבע כי די בכך ששותף אחד מנהל את העסקים שלא כדין.

68 ס' 45(1)–45(4) לפקודת השותפויות. וראו Carmichael v. Evans, [1904] 1 Ch 486.

69 ס' 45(5) לפקודת השותפויות. וראו Wilson v. Church, [1879] 13 Ch 1, 65.

70 ס' 45(6) לפקודת השותפויות. וראו In re Amalgamated Syndicate, [1897] 2 Ch 600; Loch v. John, [1924] All ER 200; Blackwood Ltd., עניין Ebrahimi, לעיל ה"ש 63.

71 וראו פרק יב וס' 257 לפקודת החברות.

72 ס' 47 לפקודת השותפויות.

73 שם, בס' 50.

74 שם, בס' 51(2). וראו Sandhu v. Gill, [2005] EWCA (Civ.) 1297, [2006] 2 All ER 22.

המדרג בפירעון החובות מסדר החלוקה בפירוק חברה, שבמסגרתו הוצאות הפירוק זוכות לעדיפות עליונה.⁷⁵

ב. פשיטת רגלה של שותפות ומעשה פשיטת רגלה של שותפות כעילה לפשיטת רגלו של שותף

1. דינו של שותף בשותפות פושטת רגל – הדין הקיים

פקודת פשיטת הרגל חלה כאמור גם על שותפויות.⁷⁶ זהו חריג לדיני פשיטת רגל, המטפלים, בהגדרה, בחדלות פירעון של בני אדם בשר ודם.⁷⁷ סעיף 199 לפקודת פשיטת הרגל מורה כי כל שותף חב בחובות השותפות ובחויבה לפי דיני השותפויות. עוד מורה פקודת פשיטת הרגל בסעיף 191 שבה כי נושה שחובו מזכה אותו להגיש בקשת פשיטת רגל נגד שותפות אינו יכול להגיש בקשה כאמור נגד שותף או נגד שותפים בשותפות, אלא אם הוא זכאי להגיש תובענה נגדו או נגדם לפי דיני השותפויות. לפי סעיף 20(א) לפקודת

⁷⁵ ס' 340, 354(ד) לפקודת החברות. בנוסף, פקודת השותפויות מונה שורה של הוראות העוסקות בהתחשבות בין השותפים בס' 52–55 שלא כאן המקום להרחיב בהן. ראוי לציין כי נוסף על הדינים החלים על שותפויות בישראל, בפסיקת בתי המשפט באנגליה נקבעו הוראות נוספות בענייני פירוק השותפות. קטגוריות הפירוק סווגו לשתיים: (1) פירוק בשל סיבות טכניות, היינו פירוק בשל קיומו של תנאי טכני בהסכם השותפות; (2) פירוק מסיבות מהותיות כלליות (ראו Summers v. Smith, [2002] EWHC (Ch.) 694). העובדה שהשותפות חדלה מעסקיה אינה מובילה לבדה לפירוק השותפות (ראו National Westminster Bank Plc. v. Jones, [2001] 1 BCLC 98 (Ch.)). רק בנסיבות יוצאות דופן, בהיעדר הסכמה לכך, שותפות חדשה תוכר כממשיכה שותפות שפורקה מסיבות טכניות (ראו עניין Hudgell Yeates and Co., לעיל ה"ש 67). בית המשפט יכול לכפות על שותף אחד למכור את חלקו בשותפות כדי לאפשר לשותפות להמשיך בעסקיה (ראו Mullins v. Laughton, [2002] EWHC (Ch.)). Syers v. Syers, [1876] 1 App. Cas. 174 (H.L.) (Dec.); [2002] All ER (D.) 326 (2761). בית המשפט גם יורה על פירוק השותפות במקרה של הפרת הסכם השותפות שגררה מצב שבו קיום השותפות אינו פרקטי במידה סבירה מפאת קריסת יחסי החברות ושיתוף הפעולה בין השותפים (ראו In re Yenidje Tobacco Co. Ltd., [1916–1917] All ER 1050, 1051 (Ch.)). גם אירועים הנראים במבט ראשון זניחים יכולים להצדיק פירוק בנסיבות מסוימות (ראו Cheeseman v. Price, (1865) 55 Eng. Rep. 849). ככלל, בית המשפט יורה על פירוק שותפות מקום שבו פג האמון בין השותפים (ראו Khurrl v. Poulter, [2003] All ER (D.) 117 (Apr.)). עם זאת יש ספק אם די בכך ששותף אחד אך חש ללא ביטוס כי איבד את אמונם של השותפים האחרים כדי להצדיק פירוק (ראו O'Neill v. Phillips, [1999] UKHL 24, [1999] 2 All ER 961, 972). אי-משיכת רווחים או מעורבות מינימלית של שותף אחד אינן עילה לפירוק השותפות (ראו Hodson v. Rowlands, [2009] EWHC 430 (Ch.)). במהלך הפירוק השותפות יכולה להמשיך להחזיק בנכס של שותף אחד לצורכי הפירוק (ראו Harrison-Broadley v. Smith, [1964] 1 All ER 867). השותפות יכולה גם להתקשר בחוזים חדשים כדי לאפשר את מהלך הפירוק כסדרו (ראו Don King Productions Inc. v. Warren, [1999] 2 All ER 218). בהיעדר מניעה בהסכם השותפות, השותפים יכולים להקים שותפות חדשה בעלת עסקים זהים לשותפות המתפרקת, אך לא באותו שם ובלא לשדל את לקוחות השותפות המתפרקת להתקשר עם השותפות החדשה (ראו Trego v. Hunt, [1896] AC 7 (H.L.); In re David & Matthews, [1899] 1 Ch. 378).

⁷⁶ וראו שלמה לויין ואשר גרוניס פשיטת רגל 52 (מהדורה שלישית, 2010).

⁷⁷ ראו האן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 135.

השותפויות, כל שותף חב בשותפות בהיותו שותף עם שאר השותפים ביחד ולחוד בכל החיובים שהשותפות חבה בהם. צירופן של הוראות אלו מלמד כך: ניתן להגיש בקשת פשיטת רגל נגד שותפות; ניתן להגיש בקשה לפשיטת רגל נגד שותף בשותפות בגין חובותיה של השותפות, אם חלה על השותף אחריות לפירעון חובות השותפות לפי דיני השותפות; עילה להגשת בקשה לפשיטת רגל נגד השותפות תהיה עילה להגשת בקשה לפשיטת רגל נגד שותף. מסקנה זו מתבקשת מסעיף 191 לפקודת פשיטת הרגל, הקובע כאמור כי נושה שחובו מזכה אותו להגיש בקשת פשיטת רגל נגד שותפות אינו יכול להגיש בקשה נגד שותף או שותפים בשותפות, אלא אם הוא זכאי להגיש תובענה נגדו או נגדם לפי דיני השותפויות. מכאן שמכלל לאו אתה שומע הן, כי אם נושה זכאי להגיש תובענה נגד מי מהשותפים לפי דיני השותפות, זכאותו להגיש בקשה לפשיטת רגל של השותפות מזכה אותו להגיש בקשה כזו גם נגד השותפים.⁷⁸

"מעשה פשיטת רגל" מוגדר בסעיף 5 לפקודת פשיטת הרגל, הקובע כי החייב יעשה פשיטת רגל אם עשה מעשה מרמה, או התחמק מתשלום חובות, או נתן הודעה שאינו מתכוון לפרוע את חובותיו ומסרב לפרעם. היינו, על החייב לבצע פעולה מסוימת המוגדרת פעולה שבעטייה זכאי הנושה לבקש את פשיטת רגלו של החייב. על פעולה זו להיות בעלת גוון של תרמית, התחמקות מתשלום חובות, או הצהרתי שאין בכוונת החייב לפרוע את חובותיו. משמעותו של דבר היא אפוא שבמקרה שהשותפות עשתה מעשה פשיטת רגל, אין עוד צורך שהחברים בה יעשו מעשה פשיטת רגל משל עצמם. בנוסף, תקנות פשיטת הרגל מורות כי צו כינוס או צו הכרזת פשיטת רגל שניתן נגד שותפות יראו בו כאילו ניתן גם נגד כל אחד מהשותפים בה.⁷⁹ היינו, מתן צו כינוס נגד השותפות סולל דרך אוטומטית למתן צו כינוס נגד חברי השותפות, והנאמן רשאי לאכוף את תשלום החוב בהגשת בקשה לבית המשפט במסגרת הליכי פשיטת הרגל של השותפות.⁸⁰

נוסף על האמור, סעיף 200 לפקודת פשיטת הרגל מורה כי הוראות הפקודה יחולו, בכפוף לשינויים שבתקנות פשיטת הרגל, על שותפות מוגבלת כאילו הייתה שותפות רגילה, ואם הוכרוז כל השותפים הכלליים שלה פושטי רגל, יוקנו נכסי השותפות לנאמן.⁸¹

78 לוי וגרוניס, לעיל ה"ש 76, בעמ' 53. כן ראו עניין ברוידא, לעיל ה"ש 19. ההצדקה להסדר זה תידון בהמשך. כמו כן ראוי לציין כי כיום הדין באנגליה, חוק חדלות פירעון האנגלי משנת 1986 (Insolvency Act 1986, c. 45) (להלן: חוק חדלות פירעון האנגלי, 1986) קובע בס' 420 כי: "The Lord Chancellor may, by order made with the concurrence of the Secretary of State, provide that such provisions of this Act as may be specified in the order shall apply in relation to insolvent partnerships with such modifications as may be so specified". ואכן, לפי סעיף זה, ניתן צו חדלות פירעון של שותפויות, 1994 (The Insolvent Partnerships Order 1994, SI 1994/2421) (להלן: IPO), שבמסגרתו נקבע כי ניתן לקיים הליכי חדלות פירעון גם נגד שותפויות.

79 ת' 134 לתקנות פשיטת הרגל. וראו פרנקל ופרנקל, לעיל ה"ש 23, בעמ' 327.

80 ת' 140 לתקנות פשיטת הרגל.

81 שותפות מוגבלת לפי ס' 57(א) לפקודת השותפויות היא שותפות שבה שותף אחד לפחות חב בכל חיובי השותפות, ושותף אחד לפחות שהוא מוגבל אינו חב בחיובי השותפות אלא כדי שיעור הסכום שהכניס להון השותפות. ויצוין כי בארצות הברית לפי ס' 109(b) לחוק פשיטת הרגל הפדרלי (United States Bankruptcy Code, 11 U.S.C. (1978) (להלן: USBC), "אדם" יכול להגיש בקשה לפשיטת רגל, ושותפות לפי ס' 101(41) לאותו חוק היא "אדם" לפי הגדרת החוק. אם כי יצוין שהחוק שותק באשר למי שמוסמך להגיש את בקשת פשיטת רגל ביזמת השותפות בשמה. לפיכך עניין זה נחתך לפי דיני

לפי סעיף 21 לפקודת השותפויות, השותפות עצמה וכל שותף בה אינם זכאים לתבוע בפשיטת רגל של שותף אחר אלא רק לאחר נושי השותפות, וכל שותף אינו רשאי לתבוע בפשיטת רגל של השותפות אלא לאחר נושי השותפות. בנוסף, כפי שצינו לעיל, בכפוף להסכם בין השותפים, השותפות מתפרקת במקרה שפשט אחד מהשותפים את הרגל.⁸² בזיקה לסעיף 199 לפקודת פשיטת רגל, הקובע כאמור כי כל שותף חב בחובות השותפות לפי דיני השותפויות, דיני השותפויות לפי פקודת השותפויות אכן מגבילים את

השותפות הרלוונטיים שמחוץ ל-USBC לפי הסכם השותפות הקיים בין השותפים. ברם אם הבקשה מוגשת ללא הסכמת כל השותפים, היא נחשבת בקשה שאינה מוגשת בידי השותפות אלא בקשה בניגוד לדעתה (Involuntary petition) ובית המשפט מתייחס אליה ככזו, כולל התקנות החלות על הגשת בקשות שלא בידי חייב (FED. R. BANKR. P. 1004), המחייבות את המצאת הבקשה לידי כל השותפים הכלליים של השותפות ועוד. וראו Alan N. Resnick, 301-6 (1986) & Henry J. Sommer eds., 16th ed. 2012) COLLIER ON BANKRUPTCY 301/04[1], הגדרת חדלות פירעון לפי ס' 101(32)(B) ל-USBC גם מתייחסת ספציפית לשותפויות. ס' 303(b)(3) לחוק זה גם מפרט מי יכול להגיש בקשת פשיטת רגל נגד שותפות, וס' 303(d) לחוק מאפשר לשותף להתנגד לבקשת פשיטת רגל שהוגשה נגד השותפות בידי שותפים אחרים. לעניין זה, גם "מיום משותף" (joint venture), שמשמעו עסקת אקראי משותפת, דינו כשותפות (ראו In re Roxy Roller Rink Joint Venture, 67 B.R. 479 (S.D.N.Y. 1986); יהודאי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 39). כמו כן ס' 502(a) ל-USBC מאפשר לשותף כללי להתנגד לתביעות חוב שהוגשו נגד השותפות המצויה בפשיטת רגל, וקיימת בס' 508(b) לחוק הוראה בדבר העדפת נושה באמצעות תשלום שבוצע בשם השותפות לנושה בידי שותף שאינו בהליך פשיטת רגל. גורל בני זוג העובדים יחד בעסק משותף, אם מוגדרים כשותפות אם לאו, מוכרע לפי נסיבות העניין ולפי דיני המדינה ומשטר יחסי הממון הקיים בין בני הזוג (ראו E.A. In re Ward, 6 B.R. 93 (bankr. M.D. Fla. 1980); E.A. In re Newman, 875 F.2d 668 (8th Cir. 1989) (Martin Machinery Co. v. Williams)). עוד יצוין כי השותפות אינה יכולה לקבל הפטר לפי פרק 7 ל-USBC שאינו עוסק בארגון מחדש כי אם בחיסול עסקים והפטר, שכן ס' 727(a)(1) לחוק זה קובע מפורשות כי הפטר ינתן רק אם החייב הוא "יחיד" (individual). עם זאת אין להוציא מכלל אפשרות כי שותפות המגישה בקשה להסדרת חובותיה וארגון מחדש לפי פרק 11 ל-USBC יכולה לזכות, עם אישור ההסדר, להפטר לפי ס' 1141(d)(A) ל-USBC. וראו גם סעיפים 1141(a) ו-1227(a) הקובעים כי הסדר לפי אחד מהפרקים 11 או 12 ל-USBC כובלים גם את השותפים הכלליים של השותפות. עם זאת אין זה אומר שהשותפים עצמם יקבלו הפטר עם השותפות יחד (ראו Consolidated Motor Inns v. Bva Credit Corp., 666 F.2d 189 (5th Cir. 1982)). לבסוף יצוין כי שותף שאחריותו מוגבלת עלול להימצא כשותף כללי אם לא שמר על המבנה הפורמלי של הגבלת אחריותו והתנהג כשותף כללי לכל דבר ועניין (ראו In re Verses I, 15 B.R. 48 (Bankr. W.D. Pa. 1981)).

82 ס' 42 לפקודת השותפויות. באנגליה גם נושה של השותפות יכול לזוּם את ההליך וגם שותף יכול לעשות כן. נושה רשאי לפתוח בהליך גם מקום שבו טרם נפתח הליך פשיטת רגל נגד מי מהשותפים של השותפות, וגם במקרה שבו כבר נפתחו הליכים נגד מי מהשותפים. לעומת זאת לפי ס' 10-7 ל-IPO, לעיל ה"ש 78, שותף יכול לזוּם את ההליך הפירוק שעה שטרם נפתח הליך נגד מי מהשותפים או במקרה שבו נפתחו הליכים, אך זאת רק נגד כל השותפים. לפי ס' 19(5) ל-IPO השותפות יכולה לזוּם הליכי הסדר לפי פרק 1 לחוק חדלות פירעון האנגלי, 1986, לעיל ה"ש 78. עצם קיומו של הליך פשיטת רגל נגד השותפות אינו מונע פתיחת הליכי פשיטת רגל נגד השותפים עצמם בגין מחויבותם לשאת בתשלום חובות השותפות, אם אחריות זו קיימת. ככלל, אותם הסדרים המפורטים בחוק חדלות הפירעון בכל הנוגע לפשיטת רגל של יחידים, כשיוזם ההליך הוא החייב עצמו, יחולו גם על בקשות פשיטת רגל המוגשות מטעם השותפים יחדיו, בשל היותם שותפים תוך סיום הפעילות העסקית של השותפות, אף מבלי להיזקק להליכים הפורמליים של פירוק השותפות לפי החוק. וראו 17 HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND para. 1209 (5th ed. 2011).

אחריותו של שותף לשאת בחובות השותפות בכמה מקרים: ראשית, סעיף 20(ב) לפקודת השותפויות מורה כי אי אפשר לחייב שותף מכוח היותו חב לחוד בחיוביה של השותפות אלא אם פורקה השותפות, או אם הנושה בה קיבל פסק דין נגדה בשל החיוב ופסק הדין לא קיים במלואו. מכאן משתמע לכאורה כי כל אימת שהשותפות לא פורקה או כי טרם ניתן פסק דין נגדה, נושה מנוע מלבקש את פשיטת רגלו של השותף. ברם בפסק הדין בעניין ברוידא קבע בית המשפט העליון אחרת. בית המשפט העליון פסק כי לא קיימת תלות הכרחית בין מתן צו כינוס נגד שותף לבין התנאים המתלים שבסעיף 20(ב) לפקודת השותפויות, שאם לא כן, היה הדבר מסכל את האמור בסעיף 5 לפקודת פשיטת רגל, הקובע כי ביצוע מעשה פשיטת רגל לבדו יהיה עילה לבקשת פשיטת רגל.⁸³

עולה אפוא כי לפי הוראות פקודת פשיטת הרגל, ובייחוד סעיף 191 שבה, וכפי שפורשה בפסיקת בית המשפט העליון בפרשת ברוידא, די שקיימת עילה להכרזת השותפות כשותפות פושטת רגל כדי להכריז גם על חברי השותפות פושטי רגל, ואין צורך כי השותפים יעשו מעשה פשיטת רגל משל עצמם. יתר על כן, לפי תקנות פשיטת הרגל (תקנה 134), מקום שבו ניתן צו כינוס נגד השותפות אין צורך שיינתן צו כינוס נוסף או נפרד נגד חברי השותפות. עד כה ראינו כי השותפות היא אישיות משפטית מורכבת ומיוחדת. היא מורכבת ומיוחדת הן מבחינת המבנה הפנימי שלה ומבחינת היחסים הפנימיים בין חבריה והן מבחינת יחסי השותפות כלפי אלו שאינם חבריה. ייחוד זה מתבטא כאמור ביחסים הפנימיים שבין השותפים מבחינת הערכות ההדדית שביניהם; העובדה שהשותפים מחייבים במעשיהם את עצמם, את חבריהם ואת השותפות; חובות האמון המיוחדות השוררות ביניהם. היא גם מיוחדת בכך שהשותפים נושאים בנטלי השותפות ביחד ולחוד כלפי מי שבא בקשרים עמה. ראינו עוד כי גם דיני פשיטת הרגל של שותפות מיוחדים הם. פשיטת רגלה של השותפות יכולה לגרור את פשיטת רגלם של חבריה, ופשיטת רגלו של שותף אחד יכולה להביא לקץ השותפות. נראה להלן שה"שידוך" בין דיני השותפויות לבין דיני פשיטת הרגל אינו תמיד מוצלח, הן ביחסים הפנימיים בין השותפים בינם לבין עצמם, והן ביחסים שבין השותפות והשותפים לעולם החיצוני להם.

2. התכליות שבבסיס דרישת מעשה פשיטת רגל

כאמור, פקודת פשיטת הרגל דורשת כי כדי שתקום עילה לפשיטת רגלו של חייב ביזמת נושה, יעשה החייב מעשה פשיטת רגל.⁸⁴ את מעשי פשיטת הרגל ניתן לסווג כאמור לפי כמה קבוצות: מעשי מרמה של החייב; התחמקויות מתשלום החובות; מתן החייב הודאה מפי החייב כי הוא חדל פירעון או שאינו מתכוון לשלם את חובותיו; סרבנות תשלום. הדרישה כי יעשה מעשה פשיטת רגל היא דרישה דווקנית,⁸⁵ ואין דרישה כי יוכח שהחייב

83 עניין ברוידא, לעיל ה"ש 19, בעמ' 457.

84 ס' 5 לפקודת פשיטת הרגל, כאשר ס' 7(3) לפקודה דורש כי מעשה פשיטת הרגל יעשה תוך שלושה חודשים לפני הגשת בקשת פשיטת הרגל.

85 ראו למשל ע"א 2643/99 קרן חברה להשקעות בע"מ (סגל-פרנקל) נ' בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ, פ"ד נה(2) 441 (2001).

חדל פירעון.⁸⁶ די בהצהרתו של החייב כי הוא חדל פירעון או כי אינו מתכוון להחזיר את חובותיו או כי עשה מעשה המצביע על חוסר יושר. ברם כפי שראינו, ניתן להגיש בקשה לפשיטת רגלו של שותף בגין חובותיה של השותפות, ודי במעשה פשיטת רגל של השותפות כדי להיות עילה להגשת בקשת פשיטת רגל נגד השותף. נבדוק להלן את הגיון ואת תכליתן של הוראות אלו.

קיימת סברה כי מעשה פשיטת רגל נועד לוודא כי החייב אכן אינו מתכוון לשאת בחובותיו ולהודיע על כך לנושיו.⁸⁷ כוונה זו מוסקת מהתנהגותו או מהודעתו המפורשת של החייב.⁸⁸ לכן למשל פסקי דין רבים נסמכים על הודעת החייב כי הוא הפסיק, או עומד להפסיק, לשעה או לצמיתות, לשלם את חובו לפי סעיף 5(5) לפקודת פשיטת הרגל. נקבע בתחילת דרכה של הפסיקה כי לא די בהערת אקראי או באמירה המשרתת מטרה אחרת, אלא צריכה להיות אמירה שהיא פרי החלטה ברורה, הניתנת כביטוי לרצון לתת פומבי לכוונה העולה מתוכה. בתחילה נהגו בתי המשפט לפרש את נוסח הסעיף פירוש מצמצם ביותר: הייתה דרישה לקיומה של הצהרה בכתב, והחייב היה צריך להתכוון בה למסור לכלל נושיו, ולא רק לנושה בודד, הודעה על התליית תשלום חובות; בנוסף, הנסיבות שהוכחו היו צריכות להיות כאלה שעריכת עסקאות בידי החייב לאחר מסירת ההודעה הייתה אמורה להיחשב לא רק מעשה לא נאות אלא גם מעשה מרמה.⁸⁹

ואולם, כל הדרישות הללו אינן מקובלות עוד בפסיקתם של בתי המשפט: אין דורשים עוד קיומה של הודעה בכתב; די גם במסירת ההודעה לנושה כלשהו; אין צורך בצורה מיוחדת של הודעה; אין צורך להוכיח עוד מה הייתה כוונתו של החייב במסירת ההודעה. לעומת זאת נחלקו הפוסקים בשאלה מה טיבה של ההודעה שהחייב צריך לתת לכלל נושיו או לנושה בודד על מנת להביא את עניינו בגדר סעיף 5(5), ומה צריך להיות תוכנה של ההודעה: האם די בהודעה שממנה עשויים הנושים הסבירים ללמוד, לפי מבחן אובייקטיבי,

86 שלא כמו חברה שאחת העילות לפירוקה, לפי ס' 257(4), 258 לפקודת החברות, היא חדלות פירעון החברה. וראו לוין וגרוניס, לעיל ה"ש 76, בעמ' 27.

87 כפי שהוסבר בפסק דין בעניין 448 (H.L.) [1905] AC 442, Clough v. Samuel, מעשה פשיטת הרגל בשל מתן הודעה על התליית תשלום חובות נזכר לראשונה בחוק פשיטת הרגל האנגלי משנת 1883 (Bankruptcy Act 1883, 46 & 47 Vict. c. 52). אז נאמר כי קיומו של מעשה פשיטת רגל נועד כדי לתת תשובה לנוהג שפשה או בין הסוחרים לשלוח לנושיהם הודעה, בה נכתב, שהם עומדים להפסיק את תשלום חובותיהם. המחוקק באנגליה סבר, שאין זה הוגן לאחר שיגור הודעה מעין זו לאפשר לאותם סוחרים להמשיך ולערוך עסקאות נוספות עם ספקיהם, ולכן כלל את המעשה האמור כמעשה פסול וכמעשה הראוי להשתית עליו בקשה לפשיטת רגל נגד חייב.

88 ע"א 271/82 ברנט נ' בנק ברקליס דיסקונט בע"מ, פ"ד (3) 751, 756 (1983). יצוין כי הועברה ביקורת חריפה על הצורך בקיומו של מעשה פשיטת רגל בהליכי פשיטת רגל הננקטים על ידי נושים כנגד חייבים. בקצירת האומר, ביקורת זו מושתתת בעיקר על שלושה נימוקים: האחד, הטלת מעמסה כבדה מדי ולא מוצדקת על הנושים להוכיח קיומו של מעשה פשיטת רגל; השני, התמקדות במעשים שוליים יחסית ופספוס התכלית העיקרית של הליך פשיטת הרגל שהוא מצבו הכלכלי של החייב, פירעון חובותיו ושיקומו; והשלישי, הטבעת חותם שלילי של עברייני על החייב, בעוד שהמגמה כיום היא שלא להשקיף על החייב כאשם, כל עוד הוא מתנהל בתום לב. לעניין הביקורת ראו Note, "Acts of Bankruptcy" in Perspective, 67 HARV. L. REV. 500 (1954); Israel Treiman, Acts of Bankruptcy: A Medieval Concept in Modern Bankruptcy Law, 52 HARV. L. REV. 189, 197, 210 (1938).

89 ע"א 723/83 לינצ'ר נ' בנק ברקליס דיסקונט, פ"ד (3) 771 (1985).

על כוונה להתלות את תשלום החובות? או שמא יש צורך שהכוונה להתלות את תשלום החובות תמצא ביטוי מפורש בנוסח ההודעה ותצביע על כוונתו הסובייקטיבית של החייב להתלות תשלום חובו.⁹⁰ גם כיום, בהיעדר נסיבות מיוחדות, אין במסירת הודעה על חדלות פירעון כפי שהיא לעצמה כדי להביא את העניין בגדר סעיף 5(5), ודרוש, לפחות מבחינה אובייקטיבית, שיהיה ניתן לפרש את ההודעה כהודעה על כוונה להתלות את תשלום החובות. היינו, אין מדובר רק בתיאור החייב עד כמה קשה לו מבחינה כלכלית לפרוע את חובותיו, אלא גם באמירה שממנה ניתן להסיק, והחייב מתכוון כי כך יסיקו מדבריו, כי הוא אינו מתכוון לפרוע עוד את חובותיו.⁹¹ עם זאת ההודעה לפי סעיף 5(5) אינה צריכה להיות בכתב,⁹² והיא יכולה להיות אמירה בעל פה לבעל החוב או לבא כוחו.⁹³ מכל מקום, נטל הראיה להוכחת קיומו של מעשה פשיטת רגל מוטל על הנושה הטוען כי נעשה מעשה פשיטת רגל בעניינו.⁹⁴

השאלה שמתעוררת היא מדוע נושה המעוניין לפתוח בהליך פשיטת רגל נגד חייב מחויב לעמוד בדרישת הוכחת קיומו של מעשה פשיטת רגל בידי החייב. ההנחה המסתברת היא כי נושה יעדיף נקיטת הליך משפטי בדרך הרגילה בדמות הגשת תביעה אישית נגד החייב בניסיון לגבות את המגיע מהחייב על פי פסק דין שיינתן לחובתו באמצעות מערכת ההוצאה לפועל מבלי לחלוק עם שאר הנושים את מה שיצליח לגבות מתוך נכסי החייב בהליך הקולקטיבי של פשיטת רגל.⁹⁵ אכן יש כמה יתרונות בהליך פשיטת רגל שאינם קיימים בהליכי ההוצאה לפועל לפי חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, כגון ביטול הענקות שנעשו בידי פושט הרגל,⁹⁶ ביטול העדפות מרמה⁹⁷ וביטול המחאות לא רשומות.⁹⁸ ברם יתרונות אלו מתגמדים נוכח היתרונות הגלומים בגבייה הבלעדית הלא קולקטיבית המתבצעת במסגרת הליכי הוצאה לפועל, אשר איננה כוללת חלוקה שוויונית של נכסי החייב בין שאר נושיו. כך, רק בנסיבות שבהן יעלה הנושה חרס בידו ולא יצליח לאתר נכסים של החייב באמצעות הליכי ההוצאה לפועל, הוא יפנה בלית ברירה להליך פשיטת רגל כמוצא אחרון, על מנת למנוע מהחייב להבריח את נכסיו. משכך, אם אכן הליך פשיטת רגל ביזמת נושה הוא חלופה מועדפת עליו פחות להליכי הגבייה הרגילים – מקום שבו אלו לא הפיקו לנושה כל תועלת – מדוע יש להטיל עליו מעמסה נוספת של הוכחת מעשה פשיטת רגל מצדו של החייב? ממה נפשך, אם החייב תם לב והוא לא הבריח מעיני נושיו את נכסיו,

90 וראו סקירה אודות המחלוקת בעניין ברנט, לעיל ה"ש 88, בעמ' 754-756.

91 שם, בעמ' 756.

92 עניין Clough, לעיל ה"ש 87, בעמ' 446.

93 362 Ch. 1 [1929] In re a debtor; עניין לינצר, לעיל ה"ש 89, בעמ' 774. בעניין הודעת חייב במסגרת

משא ומתן ראו עוד פש"ר (מחוזי ת"א) 56535-07-12 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' פלדמן (פורסם בנבו, 2.7.2013); ע"א 172/89 סלע חברה לביטוח בע"מ נ' סולל בונה בע"מ, פ"ד מז(1) 311 (1993).

94 המ' (מחוזי ת"א) 2700/97 (פש"ר 250/96) בנק איגוד לישראל בע"מ נ' ענבר (פורסם בנבו, 22.12.1998).

95 וראו לוין וגרוניס, לעיל ה"ש 76, בעמ' 25; האן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 209.

96 ס' 96 לפקודת פשיטת הרגל.

97 שם, בס' 98.

98 שם, בס' 97.

והליכי ההוצאה לפועל נגדו נכשלו משום שאין ברשותו נכסים שניתן באמצעותם לפרוע את חובותיו כלפי הנושים, המסקנה המתבקשת היא כי החייב חדל פירעון, ואין מקום לחייב את הנושה להוכיח דבר מה נוסף שיהיה עילה לפתיחת הליכי פשיטת רגל נגד החייב. לא מן הנמנע שלפני פתיחת הליכי ההוצאה לפועל, או במסגרתם, לא עשה החייב כל מעשה שניתן לסווגו כמעשה פשיטת רגל. הוא לא פעל במרמה, לא התחמק מתשלום חובותיו, לא ברח ולא נתן כל הצהרה שאין בכוונתו להחזיר את חובותיו. הואיל וכאמור הליכי ההוצאה לפועל כשלו, נעילת דלת פתיחת הליכי פשיטת רגל לפני הנושים בשל העובדה שהחייב לא ביצע מעשה פשיטת רגל, תעמיד את הנושים לפני שוקת שבורה. לעומת זאת ויתור על מעשה פשיטת רגל מקום שבו הליכי ההוצאה לפועל לא נשאו פרי, ייטיב עם הנושים שלא יאלצו להמתין ללא תכלית עד אשר יבצע החייב מעשה פשיטת רגל או יעלה בידם להוכיח כי אכן עשה מעשה כזה.⁹⁹

להלן נציג ארבעה נימוקים אפשריים לדרישת קיומו של מעשה פשיטת רגל כתנאי לפתיחת הליך פשיטת רגל נגד חייב ביזמת נושה, ונבדוק את טיבם: מתן הקלה על הנושים ופטירתם מלהוכיח את חדלות פירעונו של החייב; טעמים הנוצצים בשיקולי מדיניות; שימוש בהליך פשיטת רגל כמכשיר סוציאלי-שיקומי; מעשה פשיטת רגל כאמצעי לוודוא שהחייב חדל פירעון.

(א) מתן הקלה לנושים ופטירתם מלהוכיח את חדלות פירעונו של החייב

לפי נימוק אפשרי אחד, ייתכן שקביעת מעשה פשיטת רגל כתנאי לבקשת נושה להכריז על החייב פושט רגל היא קביעה שבאה להיטיב עם הנושים דווקא, מפני שהם יתקשו בשלב ראשון, עוד לפני כניסת החייב להליך, להוכיח את חדלות פירעונו. לפיכך בא המחוקק וקבע שורה של מעשים המקימים חזקה כי אם החייב ביצע אחד מהם, הוא ייחשב חדל פירעון.¹⁰⁰ אלא שתשובה זו לוקה בחסר מפני שהמחוקק קבע שהמבחן לכניסת חייב להליך פשיטת רגל ביזמת נושה אינו חדלות פירעון כי אם עשיית מעשה פשיטת רגל כאשר אין חפיפה בין השניים. הנה כי כן, חייב יכול להיות חדל פירעון, אך מעולם לא העביר דבר מנסיו במרמה. מעולם לא העדיף נושה, לא עזב את הארץ או את ביתו כדי להתחמק מנושיו, ומעולם לא הצהיר כי בכוונתו שלא לפרוע את חובותיו או שיפסיק לעשות כן. נהפוך הוא, ייתכן שמדובר בחייב אשר הצהיר כי ברצונו לסלק את חובותיו, אך קיים פער בין רצונו זה לבין המצב העובדתי האובייקטיבי המוכח שלפיו הוא חדל פירעון. מצבים אלה מראים כי למעשה פעמים רבות דרישת מעשה פשיטת רגל דווקא מכבירה על הנושים ואינה מקלה עמם, והם נעשים בכל יום. נמחיש את העניין באמצעות דוגמה.

נניח כי סך חובותיו הלא מובטחים של החייב הוא 1,000,000 ש"ח. נניח עוד כי בבעלות החייב דירה השווה 500,000 ש"ח המשועבדת לבנק בשל קיומה של הלוואה מובטחת שיתרתה לסילוק היא בסך של 100,000 ש"ח, וכי אין בבעלות החייב נכסים אחרים בני מימוש שמהם ניתן לגבות את החובות. נניח עוד כי אין בשכרו החודשי של החייב אלא כדי

99 וראו מנחם מאוטנר "מעשה פשיטת רגל" – האמנם סוף מעשה במחשבה תחילה? ספר לובנברג 108, 114 (דניאל פרידמן ויצחק שילה עורכים, התשמ"ח).

100 והשוו שם, בעמ' 129.

לפרנסו אך לא כדי לסלק את חובותיו. חשבון אריתמטי פשוט מביא לידי מסקנה כי החייב חדל פירעון מפני שחובותיו הם בסך של 1,100,000 ש"ח, ואילו סכום נכסיו הוא 500,000 ש"ח. כעת נניח שהחייב תם לב ולא עשה כל מעשה פשיטת רגל. במקרה שכזה לא יכלו הנושים לפעול לגביית חובם בהליכי הוצאה לפועל בדרך היחידה העומדת לפניהם והיא מימוש דירתו של החייב, וזאת לו בשל הוראת סעיף 33(א) לחוק הגנת הדייר (נוסח משולב), התשל"ב-1972, הקובע כי אם פקעה זכותו של חייב בנכס מחמת מכירתו בהוצאה לפועל של פסק דין, הוא ייהפך לדייר מוגן של רוכש הנכס בהליכי המימוש. היינו, האפשרות של מימוש דירת מגורים ששווייה 500,000 ש"ח בלבד, שבה החייב יחזיק כדייר מוגן, אינה קיימת. אך אף אם יצליחו הנושים לצלוח את מחסום הדיירות המוגנות, יעמוד לפניהם מכשול נוסף בלבד סעיף 38(א) לחוק ההוצאה לפועל, הקובע כי בעת מימוש דירת מגורים לא יהיה רשם ההוצאה לפועל רשאי להורות על מכירת המקרקעין ועל פינוי החייב ובני משפחתו הגרים עמו מהמקרקעין, אלא לאחר שהוכח, להנחת דעתו, "שיהיה לחייב ולבני משפחתו הגרים עמו מקום מגורים סביר או שיש לו ולבני משפחתו הגרים עמו יכולת כלכלית המאפשרת מימון מקום מגורים סביר, או שהועמד לרשותם סידור חלופי". לכן בנסיבות שפורטו בדוגמה אין מקום לסברה כי העמדת דיור החלופי לחייב תתאפשר פְּעֻלָּת נמוכה משווייה של הדירה. הנושים לא יפיקו אפוא כל תועלת מהליכי ההוצאה לפועל.

לעומת זאת אם נאפשר לנושים לפתוח בהליכי פשיטת רגל נגד החייב, אפשר שהם יפיקו מהליכים אלו תועלת לא מבוטלת. אכן סעיף 86א(א) לפקודת פשיטת הרגל דומה לסעיף 38(א) לחוק ההוצאה לפועל, וגם בעת מימוש דירה בהליכי פשיטת רגל יש לוודא שלחייב ולבני משפחתו הגרים עמו מקום מגורים סביר, או שהועמד לרשותם סידור חלופי.¹⁰¹ כך, סעיף קטן ג' לאותו סעיף קובע כי "הוראות סעיף זה אינן חלות על מקרקעין שדיני הגנת הדייר חלים עליהם, ואין בהם כדי לפגוע בדינים אלה". ואולם, הנאמן על נכסי החייב יוכל לממש את הדירה בצוותא חדא עם הנושה המובטח המשוחרר מכבליהם של דיני הגנת הדייר ויפרע את יתרת החוב המובטח הקטן יחסית,¹⁰² ובידי הנושים בהליך פשיטת רגל האפשרות לנסות את מזלם בביטול ההענקות שהעניק החייב במשך עשר השנים שקדמו להליך פשיטת הרגל.¹⁰³ במצב שכזה צריך להיות די בהוכחת חדלות פירעון החייב כדי לאפשר לנושים לפתוח הליך פשיטת רגל נגד החייב, הליך שהם יכולים להפיק ממנו כאמור תועלת, מבלי להכביד עליהם להוכיח גם קיומו של מעשה פשיטת רגל שבנתוני הדוגמה אינם בנמצא. משמעות הכבדה נוספת זו על הנושים היא סגירת דלת למימוש נכסי החייב בפניהם ללא הצדקה.

לאמור, אפילו אם יוכיחו הנושים בראיות מוצקות שהחייב חדל פירעון, כל אימת שלא יוכח בד בבד עם זה קיומו של מעשה פשיטת רגל, החייב לא יוכרז פושט רגל החייב. אכן נכון, הדוגמה ממחישה את חולשת הטיעון מקום שבו ברור שהחייב חדל פירעון בה בשעה

101 לעניין פרשנות סעיף זה ראו פש"ר (מחוזי-ים) 2268/05 בן עמי נ' כהן, הנאמן על נכסי החייב (פורסם בנבו, 30.1.2011).

102 לעניין מימוש נכס משועבד בידי בעל תפקיד בהליך חדלות פירעון ראו ע"א 8044/13 לוי נ' שיכון ובינוי נדל"ן השקעות בע"מ (פורסם בנבו, 13.2.2014).

103 לפי ס' 96 לפקודת פשיטת הרגל.

שלא ביצע מעשה פשיטת רגל, ואין ספק כי קיימים מקרים רבים אחרים הפוכים שבהם יהיה קושי להוכיח את חדלות פירעונו של החייב לעומת הוכחת קיומו של מעשה פשיטת רגל. אלא שמתוך הדוגמה נלמד כי דרישת קיומו של מעשה פשיטת רגל אינה באה תמיד להקל עם הנושים אלא עלולה במקרים לא מעטים דווקא להכביד עליהם.

(ב) שיקולי מדיניות תומכים

תשובה אחרת לשאלת נחיצותו של מעשה פשיטת רגל יכולה להיות בשיקולי מדיניות התומכים בהכבדה על הגשת בקשות לפתיחת הליכי פשיטת רגל נגד חייבים שלא מיזמתם. שיקול אחד מבוסס על ההשקפה על ייעוד הליכי חדלות פירעון בכלל ופשיטת רגל בפרט כהליך קולקטיבי-קיבוצי. שיקול שני מתייחס לתועלת הכלכלית שבפתיחת הליך פשיטת רגל והנזק הכלכלי שיכול להיגרם מפתיחה מוקדמת מדי של ההליך.

השיקול הראשון מתייחס לאופיו של הליך חדלות פירעון, יהיה זה פירוק חברה או פשיטת הרגל, כהליך קולקטיבי-קיבוצי. לכן כל אימת שנושה מסוים ניצב לבדו, וטרם נודע כי אכן מדובר בבעיה קיבוצית, אין מקום לתת לנושה הבודד את האפשרות לפתוח בהליך, שמעצם טבעו מיועד לפתור בעיה רחבה יותר. לשון אחר, הליך חדלות הפירעון אינו תחליף או חלופה להליכי הגבייה הרגילים. "כללי המשחק" הקבועים בו שונים בתכלית מ"כללי המשחק" בהליך גבייה פרטנית.¹⁰⁴ לפי תפיסה זו, הליך פשיטת רגל אינו הליך עונשי, ומרכז הכובד שלו הוא בפרט המשתמש בהליך חדלות פירעון לשם גביית חובו הפרטי מאת חייב.¹⁰⁵

השיקול השני הוא כאמור שיקול כלכלי. במסגרת שיקול זה אין לאפשר לנושה בודד לפתוח בהליך אשר עצם פתיחתו יכול להוביל את החייב למצב כלכלי גרוע מזה שהוא שרוי בו לפני פתיחת ההליך. הסטיגמה הנדבקת בחייב יש לה כשלעצמה השלכות רבות מלבד החיוב הכספי שהוא חייב לנושה הספציפי המעוניין לפתוח הליך חדלות פירעון נגדו. מהלך מעין זה יסב נזק לא פרופורציונלי לא רק לחייב אלא גם לנושים האחרים, וספק אם יביא תועלת לנושה היוזם את ההליך.¹⁰⁶

104 ראו האן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 67–125; ע"א 10739/07 רשות המיסים – היחידה לפירוקים, כינוסים וגבייה קשה – מכס ומע"מ נ' קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ (פורסם בנבו, 16.6.2011); ע"א 46/11 ויטה פרי גליל (החדשה) בע"מ נ' נוב, כונסת נכסים (פורסם בנבו, 13.11.2013); ע"א 2146/06 ברק נ' אבוקרט, מפרק (פורסם בנבו, 18.11.2010); ע"א 307/12 בלום נ' כונס הנכסים הרישמי (פורסם בנבו, 14.8.2012).

105 ראו פש"ר (מחוזי ת"א) 1828/02 א.פ. השקעות (70) בע"מ נ' הבנק לפיתוח התעשייה בע"מ (פורסם בנבו, 3.9.2002).

106 ראו ע"א 7114/09 בן עמי נ' רבין (פורסם בנבו, 9.5.2012). אכן, אף שלא תמיד ניתן למנוע את חיסולו העסקי של אדם שנכנס להליך פשיטת רגל או את חיסולה של חברה שנקלעה לקשיים ונכנסה להליך של פירוק, יש להסדר נושים במקרים מסוימים יתרונות רבים על פני פשיטת רגל או פירוק, ולא פעם הסדר יכול לגרום שהנושים יקבלו בסופו של דבר סכום גבוה מזה של החייב או של החברה וימנעו מהם, מעובדיו ומצדדים שלישיים הפסד כספי גדול יותר והרס מקור הפרנסה. אין זה אומר כי בכל מקרה נתון ובכל מחיר יש להימנע מפשיטת רגל או מפירוק, וברור כי יש מקרים שאכן פשיטת רגלו של חייב או פירוקה של החברה הם הפתרון האופטימלי. אך כדי להגיע למסקנה שכזו, יש תחילה לבחון ביסודיות את האופציות האחרות העומדות על הפרק ולפסול אותן בוהירות. ראו יחיאל בהט "ארגון מחדש של

ברם שיקולים אלו, ככל שמוצדקים הם, כך אינם מוצקים. כנגדם ניתן להצביע על שיקולים אחרים המחייבים הקלה בהגשת בקשות לפתיחת ההליך מבלי להיזקק למעשה פשיטת רגל. ראשית, ניצבים שיקולי יעילות הגבייה מהחייב. מקום שבו הנושה הבודד לא הצליח לגבות את חובו, הן מפני שהליכי הגבייה לפי חוק ההוצאה לפועל לא הועילו והן מפני שהחייב הצליח להתחמק מתשלום חובותיו, לא זו בלבד שהדעת נותנת כי הקשיים של הנושה הבודד, ככל הנראה, היו או יהיו נחלת כלל הנושים, אלא שיש להקנות גם לנושה הבודד אמצעי יעיל לגבות את חלקו מהחייב, גם במחיר שהחייב ייגרר להליך קולקטיבי.¹⁰⁷ אדרבה, מתן אפשרות לחייב להתחמק מתשלום חובותיו רק מפני שמלכתחילה הליך חדלות הפירעון מיועד לשם גבייה קולקטיבית, מפר את האיזון הקיים בין האינטרס של הנושה לבין זה של החייב. האיזון מושג באמצעות כיבוד קניינו של הנושה מצד אחד ושמירה על כבוד האדם וחירותו של החייב מצד אחר.¹⁰⁸ שמירה על איזון זה גם מגנה על האינטרס הציבורי בפירעון חובות ועל אמון הציבור במערכת הגבייה הממלכתית. לכן תחימת גבול נוקשה בין הליכי הגבייה הפרטיים לבין הליכי הגבייה הכלליים אינה משרתת את העניין הפרטי של הנושה ואף פוגעת בפלל – אותו כלל שעל האינטרס שלו מנגנון הקולקטיב בא לשמור. יתר על כן, העמדת חסמי כניסה חמורים מהווה רף גבוה מדי שספק אם הנושים יוכלו לצלחו. אם הדרישה לחדלות פירעון של החייב היא דרישה קוגנטית נוקשה שבלעדיה אין, ויהיה על הנושה להוכיח את חדלות פירעונו של החייב כדי לאפשר לו לפתוח בהליך פשיטת רגל נגד החייב, ספק אם באותו שלב יוכלו הנושים לעמוד בנטל. אדרבה, רק באמצעות ההליך עצמו יתגלה לעיני הנושים מצבו הכלכלי האמתי של החייב.¹⁰⁹ גם השיקול הכלכלי שבמסגרתו קיים חשש שכניסת החייב להליך חדלות פירעון בטרם עת תסב לו ולנושים האחרים נזק, איננו מצדיק העמדת חסמי כניסה גבוהים בפני הנושה הבודד. הרי הכנסת החייב להליך הקולקטיבי יחייב את אותו נושה לחלוק בנכסיו של החייב עם הנושים האחרים. הנושה הבודד גם יישא, לפחות בתחילת ההליך, בהוצאותיו לבדו, ואילו מפרות השקעתו ייהנו כלל הנושים. עובדות אלו יש בהן כדי לשמש תמריץ שלילי מצד הנושה

חברות כושלות" מחקרי משפט ז' 221 (1989); ע"א 359/88 סולל בונה בע"מ נ' כונס ומפרק של א. כוכב השומרון עמנואל בע"מ (בכינוס נכסים); ב. כוכב השומרון עמנואל (1982) בע"מ (בכינוס נכסים), פ"ד מה(3) 862 (1991). עניין זה, שלפיו יש לבכר הליך של הסדר חובות על פני חיסול עסק, קיבל לאחרונה התייחסות מפורשת בהלכי הקפאת הליכים והבראה בחוק החברות. לפי ס' 350ג(א)(2)(א) לחוק החברות, בית המשפט יכול לאשר הסדר הבראת חברה גם אם ההסדר לא אושר ברוב הדרוש של הנושים כפי הקבוע בס' 350(ט) לחוק, שהוא רוב מספרם של המשתתפים בהצבעה שבידם שלושה רבעים מן הערך המיוצג בהצבעה, אם ישתכנע בית המשפט שאם ההסדר לא יאושר לא יהיה מנוס מפירוק החברה (ראו ע"א 9555/02 זידאן נ' ברית פיקוח לקואופרציה החקלאות העובדת בע"מ, פ"ד נט(1) 538 (2004)).

107 לעניין חשיבות מנגנון גבייה יעיל ראו ע"א 3553/00 אלוני נ' זנד טל מכוני תערוכת בע"מ, פ"ד נז(3) 599, 577 (2003).

108 רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360 (2001).

109 את זאת יעשו הנושים באמצעות מינוי בעל תפקיד אשר יכלו לחקור את החייב ואת החשודים כמחזיקים את נכסיו ולפעול על פי הסמכויות האחרות הניתנות לו, כדוגמת אלו שבס' 60, 60א לפקודת פשיטת הרגל.

לנקיטת הליך סרק או מוקדם מדי של פשיטת הרגל נגד החייב.¹¹⁰ גם אין קדושה בהותרת החייב מחוץ למעגל פשיטת רגל לשם המשך התנהלותו העסקית מקום שבו הוא עושה כן בחוסר יעילות וצובר חובות. מכאן שיש לתור אחר הסבר אחר להעמדת קיומו של מעשה פשיטת רגל כתנאי להגשת בקשת פשיטת רגל נגד חייב בידי נושה.

(ג) פשיטת רגל כמכשיר סוציאלי-שיקומי

הסבר אחר יכול להימצא בהתייחסויות השונות כלפי הליך פשיטת הרגל. גישה הרואה בהליך פשיטת רגל מכשיר סוציאלי-שיקומי של החייב הבא להעמידו במקום ראוי בחברה,¹¹¹ תוך העדפת תכליות אלו על פני האינטרסים של הנושים, תעמיד לפני הנושים היוזמים הליך פשיטת רגל נגד חייב תנאים נוקשים מאלו שיעמדו לפני חייב היוזם בעצמו את ההליך. זאת לעומת גישה אחרת המבכרת את האינטרסים של הנושים על פני האינטרס של החייב שבה יוצבו דווקא לפני החייב חסמי כניסה קשים להליך ותנאים רופפים יותר לפני הנושים. ברם אין לכחד כי חלוקה זו בין שתי הגישות והמסקנות הנובעות מהן אינן תואמות תמיד את כל דיני פשיטת הרגל הנוהגים.

פתיחת הליך חדלות פירעון, ובכלל זה הליך פשיטת רגל נגד אדם, היא אירוע משמעותי בפעילותו הכלכלית והאישית שלו. אירוע מעין זה יכול להועיל לחייב כדי להסדיר את חובותיו ולקבל הפטר על אותם חובות שלא יעלה בידו להחזירם. מנגד, ההליך מיועד גם להפקת תועלת לנושים. שתי התכליות קיימות בבסיס הליכי פשיטת הרגל: כינוס נכסי החייב לצורך פירעון חובותיו מחד גיסא, ומתן הזדמנות לחייב "לפתוח דף חדש" לאחר שיופטר מחובותיו מאידך גיסא. בית המשפט הדגיש כי בעקבות תיקון מס' 3 לפקודת פשיטת רגל¹¹² מודגשת, יותר מבעבר, התכלית השנייה שעניינה בחייב. טרם התיקון היה בעובדה שהכרזה על פשיטת רגל לא תועיל לנושים כדי להיות עילה עצמאית לדחיית בקשתו של חייב.¹¹³ התיקון מתווה גישה שונה, ועל פיו לא זו בלבד שבית המשפט יכול לקבל את הבקשה אף אם פשיטת הרגל לא תועיל לנושים, אלא שהוא רשאי להורות כי "מיד לאחר הכרזת החייב פושט רגל יינתן לו הפטר לאלתר".¹¹⁴ ברם מקום שבו הנושים אלו יוזמי ההליך, ייתכן שמצבו של החייב אינו מצדיק את כניסתו להליך, וכניסה מוקדמת מדי להליך לא תשרת – לא את החייב ואף לא את נושיו. לפיכך נדרשים כללים או חסמי כניסה להליך שעה שיוזמי ההליך הם הנושים.¹¹⁵ בהתאם לכך, נבחנת בשלותו של החייב לכניסה להליך, ומבחן זה יכול לבוא על סיפוקו בקרות כמה אירועים שהם בבחינת "מעשה פשיטת רגל". אירוע אחד הוא כמובן הצהרתו של החייב והסכמתו שהוא אינו יכול לשאת בתשלום חובותיו או כי הוא

110 בעניין זה ראו ע"א 3760/03 עמרן נ' נאמן על נכסי אייפרמן, פ"ד נט(5) 735 (2005) Douglas G. ; Baird, *The Initiation Problem in Bankruptcy*, 11 INT'L REV. L. & ECON. 223 (1991) ; האן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 492–495.

111 וראו פש"ר (מחוזי י-ם) 5762-07-10 סולימנוב נ' כונס הנכסים הרשמי (פורסם בנבו, 21.6.2011).

112 חוק לתיקון פקודת פשיטת הרגל (מס' 3), ובעיקר ס' 4 לתיקון (שהוסיף את ס' 18 לפקודה) וס' 7 לתיקון (שהוסיף את ס' 22 לפקודה).

113 רע"א 2282/03 גרינברג נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נח(2) 810 (2004).

114 ס' 18(א)(3) לפקודת פשיטת הרגל.

115 וראו האן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 212–229.

חובותיו או כי הוא יימנע מפירעון חובותיו במשך תקופה,¹¹⁶ ואירוע שני הוא התעלמות החייב מפניותיו של הנושה לאחר ששלח לו התראת פשיטת רגל.¹¹⁷ גישה זו מקובלת גם בכל הנוגע לעילה לפירוק חברה לפי פקודת החברות,¹¹⁸ והיא מקובלת בשינויים קלים הן בדין בארצות הברית והן בדין האנגלי.¹¹⁹

בארצות הברית למשל, שבה התכלית המוצהרת של הליכי פשיטת רגל היא שיקומית ונועדה בראש ובראשונה לאפשר לחייב להסדיר את חובותיו¹²⁰ ולפתוח דף חדש,¹²¹ אין חסמי כניסה לחייב בכניסה להליך, אך אין חסמי כניסה גם לנושים בפתיחת הליכים לא רצוניים נגד החייב.¹²² סעיף 303 ל-USBC, העוסק בפתיחת הליכים נגד חייב בניגוד לרצונו, קובע תנאים מתונים שבעיקרם מתייחסים אך למספר הנושים הרשאים לבקש את פשיטת הרגל, ואת סכום החובות המינימליים שהחייב חייב. הסעיף קובע גם מבחן חדלות פירעון לא מאזנית אלא מבחן יכולת הפירעון לפי הנכסים הנזילים שבידי החייב.¹²³ לעומת זאת הדין האנגלי עובר לחקיקת חוק חדלות הפירעון האנגלי משנת 1986 ביכר במובהק את האינטרסים של הנושים ואף ראה בהליך פשיטת הרגל מעין הענשת החייבים.¹²⁴ אמנם נקבעו חסמי כניסה לחייב שהגיש בקשת פשיטת רגל מיזמתו, אך בד בבד נקבעו מעשי פשיטת הרגל שהועתקו בעיקרם לפקודת פשיטת הרגל בישראל מתוך חוק פשיטת הרגל האנגלי משנת 1914.¹²⁵ מכאן שצריך להודות כי לפחות במבחן המציאות התאוריה שלפיה חסמי הכניסה נקבעים מגישת המשפט להליך פשיטת רגל, אינה מדויקת.

116 ס' 5(4), 5(5) לפקודת פשיטת הרגל.

117 שם, בס' 5(6).

118 ס' 1258(1), 258(2) לפקודת החברות.

119 ס' 303(h) ל-USBC, לעיל ה"ש 81, קובע כי עילה לכניסה להליך פשיטת רגל ביזמת נושה קיימת כאשר חובות החייב אינם משולמים "בדרך כלל" ("the debtor is generally not paying such debtor's debts"), וס' 122 לחוק חדלות פירעון האנגלי, 1986, לעיל ה"ש 78, קובע, בדומה לפקודת החברות בישראל, כי עילה לפירוק חברה היא אם החברה חדלת פירעון. כך קובע ס' 123(1) לחוק חדלות פירעון האנגלי, בדומה לפקודת החברות בישראל, כי חברה תיחשב חדלת פירעון אם נמסרה לה דרישה בסך של 750 ליש"ט שלא נענתה, או שניתן פסק דין נגד החברה, או שבית המשפט השתכנע שהחברה אינה יכולה לפרוע את חובותיה.

120 United States v. Whiting pools, Inc., 462 U.S. 198 (1983).

121 Local Loan Co. v. Hunt, 292 U.S. 234, 244 (1934); Wright v. Union Central Life Ins. Co. 304 U.S. 502 (1938); Adair v. Bank of America Assn., 303 U.S. 350, 354 (1938); G. Stanley

Joslin, *Bankruptcy: Anglo-American Contrasts*, 29 MOD. L. REV. 149, 151 (1996).

122 כך הוא אכן הדין כיום במסגרת ה-USBC, לעיל ה"ש 81, אך בעבר ועד לשנת 1978 גם בארצות הברית הייתה פתיחת הליכי פשיטת רגל מותנית בעשיית מעשה פשיטת רגל בידי החייב, לפי המסורת האנגלית. ה-USBC נכנס לתוקף ביום 1.10.1979, ובו אומץ ה-Bankruptcy Reform Act משנת 1978, ועד לאותה עת נקבעו דיני פשיטת הרגל בחוק משנת 1898 שהיה ידוע בכינוי ה-Nelson Act, והיו מבוססים כאמור על הדין האנגלי.

123 ס' 303(h)(1) ל-USBC, לעיל ה"ש 81, קובע כי הנושים רשאים לפתוח בהליך פשיטת רגל כנגד החייב "only if the debtor is generally not paying such debtor's debts"; היינו כי החייב נמנע מלשלם את חובותיו בדרך כלל, ואין דרישה כי יוכח כי הוא אכן חדל פירעון בפועל.

124 Joslin, לעיל ה"ש 121, בעמ' 152; מאוטנר, לעיל ה"ש 99, בעמ' 125.

125 Bankruptcy Act 1914, 4 & 5 Geo. c. 59. מעשי פשיטת הרגל המצויים היום בס' 5 לפקודת פשיטת רגל נקבעו בס' 3(2) לפקודת פשיטת הרגל, 1936 המנדטורית, שהייתה בתוקף עד לכניסתו לתוקף של

(ד) אמצעי לוידוא שהחייב אכן חדל פירעון

לבסוף, ויש שיטענו שזהו אף הטיעון הראשון במעלה, ניתן לטעון שהליך פשיטת רגל ביזמת נושה מיועד על פי תכליתו לוודא שהחייב הוא אכן חדל פירעון. לכן כל אימת שלא יוכח כי זהו המצב לאשורו, אין מקום לאפשר גם לנושים שהעלו חרס בהליכי ההוצאה לפועל לפתוח בהליך פשיטת רגל נגד החייב. לכן מעשה פשיטת הרגל נצרך כדי להיווכח שהחייב הוא אכן חדל פירעון: או באמצעות הצהרתו או בתחליף הקרוב לכך באמצעות הסקת מסקנות מהתנהגותו שלא יהיה מניין לגבות את החובות המגיעים ממנו, או בשל מעשיו האקטיביים כגון התחמקויות מנושיו או בשל אדישותו המופגנת כלפי נושיו וכלפי פירעון חובותיו.

זאת ועוד, בהליך פשיטת רגל יש להבחין בין האינטרס של הנושה הספציפי לבין כלל הנושים. בהליכי פשיטת רגל אין מדובר אך ביחסי החייב ונושה בודד שאוחז בפסק הדין נגד החייב, אלא גם באינטרסים של כלל נושיו של החייב.¹²⁶ ביסוד ההליכים הגבייה הקולקטיבית והאינטרסים של כלל הנושים. אינטרס זה נוצר כאשר אין בנכסי החייב די כדי לפרוע את חובותיו, אך היזמה לפתיחת ההליך ננקטת מדרך הטבע, בדרך כלל בידי נושה בודד. אלא שהכנסת החייב להליך ביזמת נושה בודד גוררת לא רק פגיעה בחייב אלא גם פגיעה בנושים האחרים שנקטו הליכי גבייה אינדיווידואליים נגד החייב. עם כניסת החייב להליך פשיטת הרגל נושים אלו מנועים מלפעול נגד החייב. לפיכך יש לוודא שהחייב אכן בא בגדרה של חדלות פירעון, ולו בעשיית מעשה פשיטת רגל.

תפיסה זו, שלפיה נדרשת חדלות פירעון של החייב כדי לאפשר את כניסתו להליך, עולה בקנה אחד עם אותה דרישה הקיימת מקום שבו החייב הוא היוזם את הליך פשיטת הרגל. במקרה שכזה, בדיון המתקיים בבית המשפט בבקשת החייב להכריזו פושט רגל נותן בית המשפט אחת משלוש החלטות: מקבל את בקשת החייב ומכריז עליו פושט רגל; דוחה את הבקשה מפני שהוגשה בחוסר תום לב, כדי לנצל את הליכי פשיטת הרגל, או כי החייב יכול לפרוע את חובותיו; נותן לחייב מיד עם הכרזתו פושט רגל הפטור מחובותיו.¹²⁷ בכך קיימת סימטריה מבחינת הדרישות הקיימות לכניסה להליך, בין שההליך נפתח ביזמת החייב ובין שהוא ביזמת הנושים.

הנוסח החדש של פקודת פשיטת הרגל בשנת 1980. כיום במסגרת חוק חדלות פירעון האנגלי, 1986, לעיל ה"ש 78, אין עוד דרישה למעשה פשיטת רגל, וס' 268 לחוק האנגלי קובע חזקות חדלות פירעון בדומה לס' 258 לפקודת החברות בישראל. עוד יצוין כי הגישות השונות של הדין האנגלי והדין בארצות הברית קבעו גם מדיניות שונה לא רק בנושא תנאי הכניסה להליך פשיטת הרגל אלא גם בנושא זכאות החייב לקבלת הפטר: בארצות הברית קבלת הפטר היא דבר כמעט אוטומטי, ואילו קבלת הפטר באנגליה לא היה דבר של מה בכך, וההתייחסות לחייב הייתה מלאת חשדות, עד כי הייתה נגדו חזקת אָשָׁם. ראו Joslin, לעיל ה"ש 121, בעמ' 152.

126 ראו למשל פש"ר (מחוזי מרכז) 5442-07-10 גולדברג נ' חבר, נאמן (פורסם בנבו, 24.7.2013); פר"ק (מחוזי חי') 1181-01-09 מחלבות גד (שיווק 1992) בע"מ נ' כרסנטי (פורסם בנבו, 30.3.2010).

127 ס' 18 לפקודת פשיטת הרגל. גם אם החייב מבקש להסדיר את חובותיו טרם ניתן נגדו צו כינוס, לפי ס' 19א שם, עליו להצהיר כי אין ביכולתו לפרוע את חובותיו.

אלא שגם הסבר זה לוקה בחסר, שכן אין בו נימוק מדוע התנהגותו הבעייתית של החייב – או משום שהעניק נכסים במרמה,¹²⁸ או משום שבכוונה להתחמק מנושיו עזב את ישראל או את בית מגוריו – מהווה מעשה פשיטת רגל.¹²⁹ מעשים מעין אלו אינם מצביעים בהכרח על חדלות פירעונו של החייב, אלא רק על התחמקותו מתשלום חובותיו. אדרבה, העברת נכסיו לאחר אף יכולה להצביע על כושר פירעונו של החייב דווקא, ומשום כך הוא מבריש את מה שיש לו.

לסיכום ראינו כי יש כמה הסברים אפשריים לקיום הדרישה שנושה המבקש שחייב יוכרז פושט רגל יעשה "מעשה פשיטת רגל", אך לכל "שטר" נמצא "שובר" לצדו: (א) הדרישה באה להקל על הנושים ופוטרו אותם מלהוכיח את חדלות פירעונו של החייב. כנגד זאת ראינו כי ספק אם קיימת כלל דרישה להוכחת חדלות פירעונו של החייב; (ב) הדרישה נעוצה בשיקולי מדיניות התומכים בהכבדה על הגשת בקשות פשיטות שלא ביזמת החייב או מפני אופיו הקולקטיבי של ההליך או מפני חוסר התועלת הכלכלית הקיימת בו. על כך השבנו כי קיימים שיקולי מדיניות נגדיים של כיבוד קניינם של הנושים ושל האינטרס הציבורי בגביית חובות, כמו גם גילוי מצבו הכלכלי האמתי של החייב באמצעות ההליך; (ג) הדרישה נעוצה בהעמדת חסמים בפני הנושים מפני שפשיטת רגל מיועדת להיות מכשיר סוציאלי-שיקומי. על כך השבנו כי במבחן המציאות שיטות משפט שלתפיסתן הליך פשיטת רגל הוא מכשיר מרכזי בארגון מחדש של חייו הכלכליים של החייב, ויתרו על הוכחת קיומו של מעשה פשיטת רגל; (ד) הדרישה מיועדת להוכיח בפועל שהחייב חדל פירעון. אך כנגד זאת נטען כי אין הכרח שמעשי פשיטת הרגל מצביעים על חדלות פירעון החייב.

כעת נבדוק אם הרציונלים שמאחורי דרישת קיומו של מעשה פשיטת רגל כתנאי לבקשת נושה לפשיטת רגלו של חייב מצדיקים ויתור על קיומו של מעשה פשיטת רגל אם מדובר בפשיטת רגלו של שותף בעקבות פשיטת רגלה של השותפות שבה הוא חבר.

3. בחינה אם התכליות שבבסיס דרישת מעשה פשיטת רגל תומכות בויתור על קיומו של מעשה פשיטת רגל של שותף בשותפות פושטת רגל

אם כן, משטר פשיטת הרגל בישראל לעת הזאת הוא שנושה רשאי להגיש בקשה לפשיטת רגל נגד חייב רק אם החייב ביצע מעשה פשיטת רגל. עוד ראינו כי אם נושה זכאי להגיש תובענה נגד מי מהשותפים, זכאותו להגיש בקשה לפשיטת רגלה של השותפות מזכה אותו להגיש בקשה כזו גם נגד השותפים מבלי שהשותף ביצע מעשה פשיטת רגל משלו. כך צו כינוס או צו הכרזת פשיטת רגל שניתן נגד שותפות יראו בו כאילו ניתן גם נגד כל אחד מהשותפים בה. כעת נבחן אם האמור עולה בקנה אחד עם הנימוקים לדרישת מעשה פשיטת רגל שנדונו לעיל.

הנימוק הראשון לנחיצותו של מעשה פשיטת רגל שהועלה היה כאמור שקיומו של מעשה פשיטת רגל מיטיב עם הנושים ופוטרו אותם מלהוכיח את חדלות פירעונו של החייב,

128 שם, בס' 5(1).

129 שם, בס' 5(2).

ואילו ויתור על מעשה פשיטת רגל יקשה על הנושים, ויהיה עליהם להוכיח בפועל את חדלות פירעון החייב. ברם כפי שראינו, טיעון זה בעייתי, ולכן לא נתייחס אליו בשנית. הנימוק השני היה נעוץ כאמור בשיקולי מדיניות. שיקולים אלו היו משני סוגים: האחד, התאמתו של הליך קולקטיבי לגבייה פרטנית מחייב בודד; השני, הנזק הכלכלי שהליך פשיטת רגל יכול להמיט הן על החייב והן על נושיו. לפיכך בא הדין ומחייב מעשה פשיטת רגל כדי לוודא כי לא יינקט הליך בניגוד לשיקולי מדיניות אלו. על פני הדברים שיקולים אלו יפים על דרך קל וחומר שעה שמדובר בשותף ומצדיקים ביתר שאת עשיית מעשה פשיטת רגל על ידיו. הרי הרצון לגבות מהשותף את חובות השותפות אינו עושה את ההליך הפרטני לקולקטיבי יותר. הוא אף עלול לגרום לנזק רב יותר לנושים שייאלצו לחלוק בעוגת הנכסים הן של השותפות והן של השותף גם יחד. לפיכך בשל שיקולי המדיניות קיימת דווקא הצדקה יתרה לעמוד על קיומו של מעשה פשיטת רגל מצדו של השותף. גם הנימוק השלישי, המבוסס על תכלית הליך פשיטת הרגל, שהיא שיקומו הסוציאלי של החייב, יפה לשותף באותה מידה שהיא יפה לכל חייב אחר.

נתמקד אפוא בנימוק הרביעי. לפי נימוק זה כאמור מעשה פשיטת רגל בא לוודא כי החייב הוא אכן חדל פירעון. שלא כנימוק הראשון, אין נימוק זה מתיימר להקל עם הנושים, אלא יש בו במובן מסוים כדי להכביד עליהם. אלא שנימוק זה ודאי אינו נכון לשותף שכל "חטאו" אינו אלא היותו חבר בשותפות כושלת, אך לא מן הנמנע שהוא עצמו אינו חדל פירעון. אדרבה, שותף זה נדרש לתת דין וחשבון על התנהלות כלכלית שהיא לא דווקא שלו אלא של שותפו. אם אפוא הנושים נדרשים להוכיח קיומה של עילת פשיטת רגל נגד חייב שאינו חבר בשותפות בשל התנהלותו הכלכלית הבעייתית, מדוע יש מקום להקל עמם ולפטור אותם מלהוכיח ששותף חבר בשותפות פושטת רגל היה אחראי לחדלות הפירעון של השותפות? קושי זה מתעצם נוכח השלכות הליך פשיטת הרגל על השותף.

הכרזת אדם פושט רגל אינו דבר של מה בכך. מלבד זאת שיש בעצם ההכרזה עניין פורמלי של מעין שינוי מעמדו (status) של החייב,¹³⁰ רכושו של פושט הרגל מוקנה לנאמן,¹³¹ ומוטלות עליו הגבלות לא מעטות. למשל, הוא אינו יכול לעסוק במגוון רחב של מקצועות; להיבחר לתפקידים ציבוריים; להיות נושא משרה בתאגיד, ועוד.¹³² גביית החובות ממנו תיעשה ממועד מתן צו כינוס נגדו בהליך קולקטיבי, והוא ייכנס למשטר כלכלי לא פשוט, אפילו מעיק. לפי סעיף 85 לפקודת פשיטת הרגל, כל נכסיו של פושט הרגל הם בני חלוקה למעט הנכסים המפורטים בסעיף; לפי סעיף 18 בפקודה, בית המשפט מטיל על פושט הרגל תשלומים עתיים לקופת הכינוס; לפי סעיף 42 לפקודה הוא הופך ללקוח מוגבל מיוחד, כמשמעותו בחוק שיקים ללא כיסוי, התשמ"א-1981; חל עליו איסור

130 וראו א' ח' שאקי ואברהם אלתר "תוקפם האקסטר-טריטוריאלי של צווים מקומיים וזרים בפשיטת רגל בין-לאומית" הפרקליט לה 192 (התשמ"ג); פש"ר (מחוזי ת"א) 2193/08 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' Gold & Honey (1995) L.P (פורסם בנבו, 30.10.2008); ע"א 4003/99 קוויץ נ' ליאל, פ"ד (3) 444 (2001); אבנר חי שאקי "פשיטת הרגל – 'סטטוס' אישי?" מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל 428 (גד טרסקי עורך, התשכ"ד); פש"ר (מחוזי י-ם) 6403/09 לויץ נ' לויץ (פורסם בנבו, 2.1.2011).

131 ס' 42 לפקודת פשיטת הרגל.

132 לויץ וגרוניס, לעיל ה"ש 76, בעמ' 183. ראו הרחבה בנושא להלן בה"ש 189 והאסמכתאות שם.

להשתמש בכרטיס אשראי; אסור לו לייסד תאגיד ובית המשפט יכול להורות על הפסקת חברותו בתאגיד או להיות בעל תפקיד בו; יציאתו מהארץ תעוכב לפי סעיף 57א לפקודה. הכרזת אדם שאינו חדל פירעון ושלא עשה מעשה פשיטת רגל כפושט רגל נוגדת גם את עקרונות השיטה ואת תכליתו של הליך פשיטת הרגל. היא יכולה להזיק לא רק לשותפים ללא תכלית אלא גם לנושים באותה מידה. ספק אם העמדת "נשק" מעין זה בידי הנושים מוצדקת בכל מקרה.¹³³

לכאורה אפשר להצדיק את המעבר האוטומטי מפשיטת רגלה של שותפות לפשיטת רגלם של החברים בה מכוח אחריותם המוחלטת של השותפים לשאת בחובות השותפות. לפי תפיסה זו, שותף שאינו יכול לשלם את חובות השותפות, מיניה וביה משמע שהוא אינו יכול לפרוע את חובותיו האחרים, שכן חוב השותפות הוא בכלל חובותיו שלו. תפיסה זו נשענת גם על אישיותה המיוחדת של השותפות.

כאמור לעיל, השותפות היא אישיות משפטית נפרדת אך לא עצמאית. ראינו ששותפות נבדלת מחברה. החברה היא ישות משפטית עצמאית, וקיים חיץ חד וברור (פרט למקרים חריגים של הרמת מסך) בין נושיה לבעלי מניותיה. אף במעגל הפנימי בין החברה לבין בעלי מניותיה אין בעלי המניות חבים לחברה דבר לבד מההון שהתחייבו להשקיע בה. לעומת זאת מצבם של שותפים בשותפות שונה. לפי סעיף 20(א) לפקודת השותפויות, כל שותף חב עם שאר השותפים יחד ולחוד בכל החיובים שהשותפות חבה בהם. גם במעגל הפנימי הקיים בין השותפים לבין השותפות, מצבם של השותפים שונה מזה של בעלי המניות בחברה: בעל מניות בחברה אינו חב לה דבר לבד מההון שהתחייב להשקיע בה, ואילו חבותו של שותף להפסדי השותפות עומדת ביחס ישיר לשיעור ההפסד ולשיעור חלקו בשותפות. מכאן ניתן להסיק, כאמור, שחוב השותפות הוא חוב השותפים בה. בית המשפט אף קבע כי אין בסעיף 31 לפקודת השותפויות, הקובע כי השותפות, בהבחנה מכל אחד מהשותפים בנפרד, היא המחזיקה את נכסי השותפות, כדי לגרוע מאחריותם של השותפים. כשירות זו של השותפות מיועדת אך כדי לאפשר ניהול יעיל של עסק שמנהלים אותו קולקטיבית כמה בעלים ביעילות. אך אין היא יוצרת הבחנה מהותית בין עסק פרטי לבין שותפות כמו זו הקיימת בין בעל מניות לחברה בע"מ.¹³⁴

133 והשוו ת"ע (מחוזי ת"א) 7410/01 עזבון קופמן נ' קופמן (פורסם בנבו, 30.4.2009); ב"ל (אזורי ב"ש) 1774-05-10 עמר – המוסד לביטוח לאומי סניף באר שבע (פורסם בנבו, 22.4.2013); בש"א (מחוזי י-ם) 2811/03 סלע נ' סלע (פורסם בנבו, 1.4.2004).

134 עניין פקיד שומה פתח-תקווה, לעיל ה"ש 25, בעמ' 132–134. בית המשפט אף פירש את ס' 20(א) לפקודת השותפויות כמטיל "הוראה מטריאלית" הקובעת את אחריותו של כל שותף לחובות השותפות. ראו בג"ץ 42/63 שלנגר נ' יושב-ראש משרד ההוצאה-לפועל, תל-אביב-יפו, פ"ד יז 1355, 1358 (1963); ג. פרוקציה "האישיות המשפטית של השותפות הבלתי רשומה" הפרקליט יז 97 (1960). כן ראו Larry E. Ribstein, *The Illogic and Limits of Partners' Liability in Bankruptcy*, 32 WAKE FOREST L. REV. 31 (1997), הטוען כי התכונה החשובה ביותר של השותפות היא האחריות האישית של השותפים לחובות השותפות. ממילא, כך טוען ריבסטיין, רכושם האישי של כל השותפים עומד למימוש לשם פירעון חובות השותפות (ראו שם, בעמ' 45). ויצוין במסגרת זו כי קיימת התלבטות בפסיקת בתי המשפט בארצות הברית אם השותפות לעניין הליכי פשיטת הרגל היא אישיות משפטית עצמאית או אישיות משפטית הנלווית לזו של שותפיה (ראו DANIEL R. COWANS, *BANKRUPTCY* (LAW AND PRACTICE 297 (6th ed. 1994)), אם כי היו בתי משפט שסיווגו בבירור את השותפות

מכאן ניתן לכאורה לעשות את קפיצת הדרך ולהצדיק את פשיטת רגלם האוטומטית של השותפים בשותפות כפועל יוצא ישיר מפשיטת רגלה של השותפות. אדרבה, ניתן אף לטעון כי הכרזת השותפים פושטי רגל בשל פשיטת רגלה של השותפות תתמרץ את השותפים להתנהל באחריות ותמנע את כניסת השותפות לפשיטת רגל מלכתחילה. לעומת זאת הטלת אחריות מוגבלת על השותפים וקביעת תנאים נפרדים לכניסתם של השותפים להליך פשיטת רגל עלולה להוביל את השותפים לאדישות ולהסתכנות העלולות להוביל את השותפות לחדלות פירעון מבלי שהשותפים נושאים בתוצאות הנובעות מכך.¹³⁵

אולם חרף האמור ניתן לטעון נגד תפיסה זו כי היא אינה מספקת הסבר הולם לפשיטת רגלם האוטומטית של השותפים בשל פשיטת רגלה של השותפות. ראשית ייאמר כי שלא כתפיסה הרואה בחדלות פירעון השותפות ככוללת קביעה, מיניה וביה, שגם כל חבריה חדלי פירעון, פקודת פשיטת הרגל עצמה אינה קושרת בהכרח את מצבה הכלכלי של השותפות במצבם הכלכלי של החברים בה, והיא צופה בהחלט מצב שבו לשותפות אין נכסים לפירעון חובותיה, אך יש מבין השותפים החברים (השינוי המוצע משנה את המשמעות הדרושה) בה שותפים בני פירעון. הנה כי כן, סעיף 80 לפקודת פשיטת הרגל דן בפירעון חובותיהם של שותפים. הסעיף אינו מפרט באיזו סיטואציה מדובר, אם בפשיטת רגלה של השותפות או בפשיטת רגלם של השותפים. הרמז היחיד על הנושא שדן בו הסעיף מצוי בכותרת השוליים שבה כתוב "דין שותפים פושטי רגל". אלא שלבד מכוחה הפרשני המוגבל של כותרת שוליים¹³⁶ אין מניעה פרשנית לומר כי הסעיף דן גם בשותפות פושטת רגל. אדרבה, סעיף 80(א) מורה כי הנכסים המשותפים של השותפות ישמשו תחילה לתשלום החובות המשותפים, וסעיף 80(ג) דן במקרה שבו אין נכסים משותפים ואין שותף בר פירעון שאפשר לתבעו לשם פירעון חוב השותפות. משמע אפוא שקיימת הנחת עבודה מסתברת, שגם במצב של חדלות פירעון השותפות ייתכן שיש בנמצא שותפים בני פירעון.

כמו כן לסעיף 20 לפקודת השותפויות שעליו נשענת הקביעה הנורמטיבית, הרואה באחריותם של השותפים לפרוע את חובות השותפות אחריות מוחלטת המצדיקה את פשיטת רגלם כפועל יוצא ישיר מפשיטת רגלה של השותפות, יש שני סעיפי משנה. סעיף משנה 20(א) הוא אותו סעיף הקובע את היקף אחריות השותפים, אך סעיף משנה 20(ב) קובע כי לא יינתן צו הוצאה לפועל נגד שותף מכוח היותו חב לחוד בחיוביה של השותפות כאמור בסעיף קטן (א), אלא אם פורקה השותפות, או אם הנושה בה קיבל פסק דין נגדה בשל החיוב, ופסק הדין לא קוים במלואו. אכן, כפי שראינו לעיל, בית המשפט קבע כי אין

כאישיות משפטית נפרדת היכולה להגיש בקשה לפשיטת רגלה ללא קשר לפשיטת רגלם של שותפיה. ראו למשל Aboussie Brothers Construction Co. V. United Missouri Bank of Kirkwood, 8 B.R. 302 (E.D. Mo. 1981). לפיכך נקבע כי אין זה נכון לפעול במסגרת הליך פשיטת רגלה של השותפות נגד השותפים. משמעותה של פשיטת רגלה של השותפות לפי ס' 723(a) ל-USBC, לעיל ה"ש 81, היא כי ניתן לגבות את מלוא חובות השותפות מכל שותף כללי בשותפות.

135 Ribstein, לעיל ה"ש 134, בעמ' 48. וראו גם יהודאי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 136.

136 וראו לעניין זה אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 231–315 (1993). כן ראו דנ"פ 2980/04 אויקו נ' מדינת ישראל, פ"ד ס (4) 34, 49 (2006) שבו אמר בית המשפט מילים אלו: "[...] מכבר ידענו כי כוחה של כותרת שוליים בפרשנות כוח מוגבל הוא, ובוודאי אין כותרת שוליים אוצרת סמכות להשתלט על גופה של הוראת החוק".

תלות בין מתן צו כינוס נגד שותף לבין התנאים המתלים שבסעיף זה.¹³⁷ אלא שבד בבד עם זה נקבע כי פסק דין נגד השותפות אינו מאפשר נקיטת הליכים נגד השותף, וכל אימת שלא נפתחו הליכים נגד השותפים הספציפיים, אי אפשר לחייבם בחובות השותפות.¹³⁸ ולא בכדי. אף אם נביט על חיובי השותפות כחיוביהם האישיים של השותפים, אין לראות בפסק דין שניתן נגד השותפות פסק דין נגד השותף. ומכאן על דרך קל וחומר, שאין מקום להכריז על חבר בשותפות פושט רגל רק בשל הכרזת השותפות שבה הוא חבר פושטת רגל. גם לא מן הנמנע שיהיו לשותפים כיחידים ברשות עצמם התחייבויות מחוץ לחיי השותפות, וחיובי השותפות הם רק מערכת כלכלית אחת מני מערכות כלכליות אחרות רבות שיש לכל אחד מהשותפים. לפיכך עולה מהסעיף כי אי-פירעון חוב השותפות במישור העיוני אינו צריך להיות שונה מאי-פירעון חוב אחר שייתכן שעל השותף היחיד לשאת בו, כאשר חוב ממין זה אינו מוביל את השותף אוטומטית לפשיטת רגל.

זאת ועוד, ביסוד דיני החיובים חיוב אישי של מי שקיבל עליו התחייבות. אין אדם חייב בשל חיוביו של אחר. המייחד את דיני החוזים והמבחין בינם לבין יתר דיני החיובים הוא שהחיוב החוזי הראשוני הוא בהסכמה, היינו רצון מודע ומכוון של צד לחוזה לקבל עליו חיוב וליצור קשר משפטי-חוזי מחייב.¹³⁹ עיקרון זה אינו משתנה גם כאשר מי שמתקשר בחוזה הוא תאגיד, ואין אדם מתחייב בשל חיוביו של תאגיד שהוא חבר בו, בעל מניות או נושא משרה בו וזולת אם קיבל עליו חיוב אישי משלו.¹⁴⁰ אשר לחברה, הדבר נעוץ באישיות המשפטית הנפרדת שלה, היינו כשרותה המשפטית לפעול כישות עצמאית. כשרות זו מתגלמת בקיום זכויות וחובות. זכויות החברה הן שלה ולא של בעלי המניות או של נושאי המשרה בה, וחובותיה של החברה הן שלה ולא של בעלי המניות או נושאי המשרה בה.¹⁴¹ הבסיס לחיוב בעל מניות או נושא משרה בחיובי החברה הוא רק אם קיבל עליו חיוב חוזי.¹⁴² כך המצב בחברה, אך הדין בשותפות שונה.

137 עניין ברוידא, לעיל ה"ש 19.

138 עניין שלנגר, לעיל ה"ש 134, בעמ' 1359.

139 גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי 14 (2005); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 78–81 (1991).

140 עם זאת במסגרת דיני החוזים הקיימים התנהגותו של אדם תיבחן אובייקטיבית, והוא יכול למצוא עצמו קשור בחוזה אם התנהגותו העידה שהוא מסכים לו (ראו שם).

141 וראו ע"א 407/89 צוק אור בע"מ נ' קאר סקוריטי בע"מ, פ"ד מח(5) 661, 695 (1994); ע"א 10385/02 מכנס נ' ריג'נט השקעות בע"מ, פ"ד נח(2) 53 (2004). עם זאת המתקשר בשם חברה עלול למצוא עצמו מחויב אישית בשלב הטרם-חוזי, אם ניהל את המשא ומתן לקראת החוזה בחוסר תום לב (ראו ד"נ 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673 (1983)).

142 ע"א 4612/95 מתתיהו נ' שטיל, פ"ד נא(4) 769, 790 (1997). לפיכך אם הופרה החובה הראשית וקמה חבות חוזית, הרי החבות היא חבותה של החברה ולא של בעל מניות או של נושא משרה. אכן את כריתת החוזה עושים שלוחי החברה, אך לאחר קיום השליחות נוצרים יחסים חוזיים בין החברה לבין מי שהתקשר עמה. נושאי המשרה אינם חייבים כל חבות חוזית עצמאית, והחבות החוזית היא חבותה של החברה בלבד. כמו כן מקור הזכות או מקור החובה יכולים לנבוע גם ממקור נזיקי, אך עניין זה חורג מתחום הדיון. די אם נאמר כי הטעם להבחנה בין המסלול החוזי לבין המסלול הנזיקי נעוץ בכך שהנושה החוזי הוא נושה רצוני, ואילו הנושה הנזיקי הוא נושה לא רצוני. אדם המתקשר בחוזה עם חברה ואינו עומד על כך שלחווה יצורף גורם נוסף, מקבל עליו את הסיכון הנובע מכך שהחברה היא, ורק היא, בעלת דברו. לעומת זאת בפני מי שניזוק מחמת עוולה נזיקית לא עמדה בחירה שכזו. ראו ע"א 10362/03 א.

כאמור לעיל, ראינו כי בשותפות אין הפרדה רכושית בין רכושה של השותפות ובין זה של חבריה, ואין הפרדה בין הבעלות על השותפות לבין השליטה בה. לפיכך למרות האישיות המשפטית הנפרדת של השותפות האחריות בה אינה מוגבלת, וחיובי השותפות הם חיובי חבריה. ברם מכאן ועד להסקת מסקנה שדי בהכרזת השותפות פושטת רגל כדי שיוכרזו כל חבריה בה פושטי רגל, המרחק רב, רב מדי. ונבהיר.

קיים הבדל ניכר בין עצם קיומו של החיוב לבין דרכי מימושו. כאמור לעיל, מתן פסק דין נגד השותפות או נגד מי מחבריה אינו מהווה פסק דין נגד החברים האחרים של השותפות שלא ניתן נגדם פסק דין המחייבם אישית. פסק דין כזה אינו ניתן להוצאה לפועל נגד אותם שותפים שלא נתבעו בהליך שניתן בו פסק דין. חוק ההוצאה לפועל מגדיר "חייב": "מי שפסק דין ניתן לחובתו". לפיכך ברור כי אי אפשר להוציא לפועל פסק דין שלא ניתן נגד השותף. ממילא אי אפשר לפעול נגדו ולהטיל עליו את כל ההגבלות שניתן להטיל במסגרת הוצאתו לפועל של פסק הדין. כפי שעולה גם מדיונונו ברציונלים שבסיס מעשה פשיטת רגל, ניתן לטעון כי הכרזת אדם פושט רגל אף היא אינדיווידואלית. השיקולים להכריז על אדם פושט רגל הם אינדיווידואליים ואישיים. יותר מכך, אף אם ניתן פסק דין המחייב אדם לשלם את חובו כלפי אחר, לא בהכרח תתאפשר הכרזתו פושט רגל. הכרזת אדם פושט רגל צריכה כאמור לקדם את התכליות של הליך פשיטת רגל; של כינוס נכסיו וחלוקתם בין נושיו באופן שוויוני וליתן לו הפטר או לאשר הסדר נושים בעניינו.¹⁴³ ללא קיום התכליות אין מקום להכריז על אדם פושט רגל, אף אם ניתן נגדו פסק דין.

אכן סעיף 42 לפקודת פשיטת הרגל קובע כי "ניתן על חייב צו כינוס והחליטו הנושים באסיפתם בהחלטה רגילה שהחייב יוכרז פושט רגל, או שלא קיבלו כל החלטה או לא נתכנסו, או שפשרה או הסדר לא אושרו לפי סימן ג' בפרק זה תוך מועד שקבע בית המשפט, יכריז בית המשפט בצו שהחייב פושט רגל, ומשעשה כך יהיו נכסי פושט הרגל ניתנים לחלוקה בין נושיו ויוקנו לנאמן". מכאן משתמע לכאורה כי הכרזת חייב פושט רגל לאחר מתן צו כינוס נגדו היא אוטומטית. ואולם, לא כך סבר בית המשפט, ונקבע כי לבית המשפט שיקול דעת אם להכריז על אדם פושט רגל אם לאו. אף נקבע כי "סעיף 42 לפקודה אינו אלא 'מורה דרך', המנחה וממחיש את דרך יישומה של סמכותו של בית המשפט בדבר הכרזת חייב כפושט-רגל. ואין לראות בו כמצויג רשימה סגורה של נסיבות, כאשר הן מתקיימות, חובה על בית המשפט להכריז על חייב כפושט-רגל, וכאשר אינן מתקיימות אין בית המשפט מוסמך לעשות כן".¹⁴⁴ בתוך כך, שניים מהשיקולים המרכזיים שיש להביאם בחשבון הם התועלת לנושים מההכרזה והיעדר שיקולים זרים בבקשה.¹⁴⁵ רוצה לומר כי גם כאשר

ברזני שירותים ועסקאות בע"מ נ' אחים בן רחמים (צפון) בע"מ (פורסם בנבו, 20.10.2009). כן ראו דיון מעמיק בעניין האחריות הנוזקית החלה על אורגן של חברה בפסק הדין בעניין ע"א 313/08 נשאיבי נ' רינראי (פורסם בנבו, 1.8.2010).

143 וראו ע"א 6416/01 בנבנישתי נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נז(4) 197 (2003).

144 ע"א 3756/92 מנס נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד מח(4) 121 (1994). ראו גם פש"ר (מחוזי חי) 411/08 ברוך נ' כונס הנכסים הרשמי (פורסם בנבו, 8.6.2010).

145 פש"ר (מחוזי חי) 819/06 נג'אר נ' שאהין (פורסם בנבו, 12.6.2008). וראו גם דיון נרחב על זכויות עובדים התלויות בכניסת החייב להליך חדלות פירעון בפסק הדין בעניין ע"א 110/08 המוסד לביטוח לאומי נ' טרבלי (פורסם בנבו, 28.1.14). שם באותו עניין דן בית המשפט בזכאותם של עובדים לגבות

כאשר מדובר בחייב עצמו ולא בשותף בשותפות פושטת רגל, ההלכה הפסוקה אינה מקבלת שהכרזת חייב פושט רגל תיעשה אוטומטית, אלא בכל שלב ושלב של ההליך, אפילו לאחר שניתן נגד החייב צו כינוס, יש לשקול אם להכריז עליו פושט רגל. סבורני כי קל וחומר אפוא כאשר מדובר בחבר בשותפות פושטת רגל, שללא שקילת כל השיקולים קשה עד מאוד להלום הכרזה אוטומטית של שותף פושט רגל רק בשל הכרזת השותפות שבה הוא חבר פושטת רגל.

לפיכך יהיו גבולות האחריות של השותף לפירעון חובות השותפות אשר יהיו, אחריותו של שותף לחדלות פירעון השותפות אינה זהה לאחריות חייב (רגיל) לחדלות פירעונו.¹⁴⁶ בנוסף, כל האמור מקבל משנה תוקף מקום שבו הוכחת עצם קיומה של שותפות אינו דבר של מה בכך, ולא מן הנמנע שאדם ימצא עצמו בגדר חבר בשותפות אף שהשותפות אינה עיקר פעילותו הכלכלית. קושי זה נולד, כפי שנדון בהרחבה לעיל, בשל העובדה שפקודת השותפויות נותנת הגדרה רחבה מאוד של מוסד השותפות וקובעת אך כי קשרי השותפות נקבעים בשל קיום עסקים משותפים.¹⁴⁷ בפסיקת בתי המשפט נקבע כי הכלל הוא כי הדבר המכריע הוא תוכנה האובייקטיבי של ההתקשרות ולא דווקא המונחים שבהם השתמשו הצדדים על מנת להגדיר את טיב היחסים ביניהם. נקבעו כמה סימני היכר אשר יכולים ללמד על קיומה של שותפות, ובהם כוונת הצדדים להיות שותפים; הצגתם כלפי הציבור כשותפים; השתתפות הצדדים ברווחים ובהפסדים; משכם של הקשרים העסקיים בין הצדדים; השתתפות בשימוש ובהחזקה בנכסי השותפות; השתתפות בניהול העסקים; זכות הדדית של הצדדים להטיל חובות הנובעים מהעסק זה על זה.¹⁴⁸ לכן בסופו של דבר נקבע בפסיקה כי השאלה אם נקשר בין הצדדים הסכם להקמת שותפות היא שאלה מעורבת בעלת פן עובדתי ופן משפטי.¹⁴⁹ הנטל להוכחת קיומם של יחסי שותפות מוטל על הטוען

תמלוגים מהמוסד לביטוח לאומי במקרה שהחברה שבה עבדו נכנסה להליך הקפאת הליכים ולא בהליך פירוק. אולם כניסת כל מעביד להליך חדלות פירעון משפיעה גם על מי שהוא מעסיקם כשכירים, ומכאן שיש להביא במניין השיקולים באשר לשאלה אם להכריז על אדם פושט רגל, גם את גורל אלה שהוא מעסיקם כשכירים.

146 ברוח זו השאיר בית המשפט בצריך עיון את גבולות האחריות של שותף שלא היו לו יד ורגל בענייני השותפות או בהשתתפות בהתחייבויות השותפות (ראו רע"א 1291/13 אימבר נ' שיישינובסקי – כונס נכסים זמני (פורסם בנבו, 19.6.2013)).

147 כך גם נקבע בדין האנגלי. ראו למשל עניין Khan, לעיל ה"ש 33; עניין Geary, לעיל ה"ש 33. יצוין כי גם פקודת פשיטת הרגל אינה מגדירה מהי שותפות, וגם החוק האמריקאי נמנע מלעשות כן. ראו למשל עניין Madison, לעיל ה"ש 33, בעמ' 209.

148 ע"א 609/78 קן-תור נ' גלבע, פ"ד לד(1) 239 (1979); ע"א 682/87 הפניקס הישראלי, חברה לביטוח בע"מ נ' אקרמן, פ"ד מג(2) 825 (1989); ע"א 727/88 שוורץ נ' רנן, פ"ד מו(5) 851 (1992); ע"א 167/89 תנעמי נ' חמסי (פורסם בנבו, 7.4.1992); ע"א 654/88 בן אליהו נ' דגן (פורסם בנבו, 10.6.1990); ת"א 1083/06 (מחוזי ת"א) הרמולין נ' בירן (פורסם בנבו, 17.9.2009); ת"א (מחוזי י-ם) 9551/07 עדיקה נ' עדיקה (פורסם בנבו, 12.1.2011); ת"א (מחוזי ת"א) 1122/07 קליין נ' חגואל (פורסם בנבו, 3.4.2012).

149 רע"א 4339/06 חברת אירו פארם בע"מ נ' פיטרמן (פורסם בנבו, 21.8.2006); ת"א (מחוזי ת"א) 2023/04 כחול מקבוצת הפרוס בע"מ נ' מרחבים ירוקים בע"מ (פורסם בנבו, 28.6.2011). כך גם הדין במשפט האנגלי, שבו נקבע שקיומה של שותפות היא שאלה מעורבת של עובדה ושל דין. ראו Keith

זאת.¹⁵⁰ מכאן שהדין הנוהג עלול לגזור על אדם דין שונה רק מפני שייתכן שעל פי אימוץ הגדרה שונה של מושג השותפות ניתן להגדירו חבר בשותפות כאשר על פי הגדרות אחרות הוא אינו כזה. בעקבות זאת הוא עלול למצוא עצמו מוכרז פושט רגל.

מלבד כל האמור, קיים קושי נוסף באימוץ התפיסה הדוגלת בהכרזה אוטומטית של השותף פושט רגל הנוגע גם הוא לכוונת המחוקק, והוא שתפיסה כזו זרה לרוח החדשה הנושבת בפקודת פשיטת הרגל. כאמור לעיל, תיקון מס' 3 לפקודת פשיטת הרגל גרם למהפכה בתפיסת התכלית של הליך פשיטת רגל כפי שהייתה קיימת במשך תקופה ארוכה מאז כינונם של דיני פשיטת הרגל באנגליה. במסגרת התיקון בוצעה שורה ארוכה של תיקונים לפקודת פשיטת הרגל, ובמרכזם הרלוונטיים ביותר לענייננו הם אלה: סעיף 18ה, העוסק כאמור בתנאים שעל החייב לעמוד בהם כדי להיכנס להליך; סעיף 19א, העוסק בהגשת בקשת חייב להסדר חובות לפני כניסה להליך פשיטת רגל ומתן צו כינוס כנגדו; סעיף 22א, העוסק באפשרות של מתן צו כינוס זמני; סעיף 34(א1) וסעיף 35(ו), העוסקים באישור הסדר גם מקום שבו הוא לא אושר בהסדר הנושים ברוב הדרוש והרגיל הקבוע בפקודה; סעיף 62(ב), העוסק באפשרות של מתן הפטר מותנה. סעיפים אלו כאחד מצביעים על הרוח החדשה הנושבת בדיני פשיטת הרגל שעד לתיקון הפקודה העמידו את הנושים ותועלתם במרכזם. החל ממועד כניסת התיקון לתוקף, וכאמור לעיל, גם האינטרסים של החייב תפסו מקום נכבד, והם הושוו לאלו של הנושים. במסגרת זאת הכרזת חייב כפושט רגל אוטומטית אינה מתקבלת על הדעת. לכן הגישה שלפיה עילה להכרזת שותפות פושטת רגל תהיה עילה להכרזת חבר בשותפות פושט רגל או הגישה שלפיה שותף יוכרז פושט רגל מבלי לדון באינטרסים שלו אל מול האינטרסים של הנושים רק משום שהשותפות שבה הוא חבר הוכרזה פושטת רגל – גישות אלה זרות לרוח התיקון, יש בהן ככל הנראה מהגישה הקודמת שלפיה הליכי פשיטת הרגל נועדו בין היתר לבוא חשבון עם החייבים, ולכן גורלו של השותף נקשר בגורל השותפות מבלי לבדוק אם יש בקשירת גורל זו כדי להשפיע על השותף ועל אפשרויות הגבייה ממנו או כדי להשפיע השפעה חיובית על האינטרסים של הנושים.

אכן, ניתן לטעון כי הכרזת השותף פושט רגל אך מיטיבה עמו, והיא תאפשר לו לפתוח דף חדש ולהשכיח מלבו את כישלונה של השותפות שבה היה חבר. אלא שמלבד ההגבלות שהכרזתו פושט רגל יטילו עליו בקשר למשלח ידו;¹⁵¹ מלבד היות משמעותו של דבר שכל נכסיו יוקנו לנאמן על נכסיו,¹⁵² ואם לא ישתף פעולה עם הנאמן, הוא עלול להיעצר;¹⁵³ מלבד זאת שיוטלו עליו כאמור לעיל הגבלות נוספות, כגון הפיכתו ללקוח מוגבל מיוחד

Spicer Ltd. v. Mansell, [1970] 1 All ER 462 (A.C.) 463; Saywell v. Pope (Inspector of Taxes), [1979] STC 824.

150 ה"פ (מחוזי ת"א) 2711/06 סדלינסקי נ' מלינגר (פורסם בנבו, 3.4.2011); ת"א (מחוזי ת"א) 2154/07 אופקים סוכנות לביטוח בע"מ נ' תשובה (פורסם בנבו, 21.8.2011).

151 וראו דיון נרחב בעניין זה בפרק 2.2 להלן.

152 לפי ס' 42 לפקודת פשיטת הרגל. וראו משמעות הקניית הנכסים לנאמן בפסק הדין בעניין ע"א 990/11 מנהל מס שבח מקרקעין תל אביב נ' עזובן איתן (פורסם בנבו, 15.7.2013).

153 לפי ס' 57 לפקודת פשיטת הרגל.

בבנקים, איסור שימוש בכרטיס אשראי, איסור לייסד חברה וכיו"ב,¹⁵⁴ הרי שיש לאפשר לחייב עצמו לשקול אם הוא חפץ ביקרו של הליך פשיטת הרגל, או שמא הוא מעדיף להישאר מחוץ לגבולות ההליך, על כל הקשיים הכרוכים בניהול הליכי הגבייה הננקטים נגדו ללא מטריית ההגנה של הליך פשיטת הרגל.

צא ולמד אפוא כי קשה למצוא שוני בין הנימוקים המצדיקים קיומו של מעשה פשיטת רגל כתנאי לבקשת נושה להכרזת חייב פושט רגל ככלל לבין אלה הרלוונטיים עת עסקינן בהכרזת שותף החבר בשותפות פושטת רגל, פושט רגל. ומשכך, נראה כי הדבר סותר את הדין הקיים הנוגע לשותף בשותפות פושטת רגל, אשר נידון לעיל.¹⁵⁵ בתוך כך ניתן לראות כי אף מפרשנות דברי המחוקק ניתן להסיק כי אין בכוונתו לטשטש את הגבולות בין השותף הסולבנטי לבין השותפות פושטת הרגל, ומכאן שהנכונות על פי פקודת פשיטת הרגל להכריז על שותף החבר בשותפות פושטת רגל כפושט רגל איננה מובנת מאליה.

4. על הצורך בקיומה של עילה עצמאית של פשיטת רגל נגד כל חברי השותפות

כפי שראינו, קיים קושי ניכר בויתור על קיומה של עילה עצמאית לפשיטת רגלם של השותפים אך בשל פשיטת רגלה של השותפות, ויש לתור אחר עילה כזו, בין בלבוש קיומו של מעשה פשיטת רגל ובין בלבוש הוכחת חדלות הפירעון של השותף. גם נדמה כי החקיקה הקיימת יכולה לדור בכפיפה אחת עם עמדה זו.

כאמור, סעיף 199 לפקודת פשיטת רגל קובע כי כל שותף חב בחובות השותפות לפי דיני השותפויות, וכי דיני השותפויות לפי פקודת השותפויות אכן מגבילים את אחריותו של שותף לשאת בחובות השותפות אלא אם פורקה השותפות, או אם הנושה בה קיבל פסק דין נגדה בשל החיוב, ופסק הדין לא קיים במלואו. על פי פשוטו של מקרא אפוא כל אימת שהשותפות לא פורקה או טרם ניתן פסק דין נגדה, יהיה נושה מנוע מלבקש את פשיטת רגלו של השותף. ברם כאמור לעיל, פסיקת בית המשפט היא שקבעה שאין תלות בין מתן צו כינוס נגד שותף בתנאים המתלים שבסעיף 20(ב) לפקודת השותפויות.¹⁵⁶ כמו כן סעיף 191 לפקודת פשיטת הרגל קובע כאמור כי נושה שחובו מזכה אותו להגיש בקשת פשיטת רגל נגד שותפות אינו יכול להגיש בקשה נגד שותף או שותפים בשותפות, אלא אם הוא זכאי להגיש תובענה נגדו או נגדם לפי דיני השותפויות. גם כאן, על פי לשון הכתוב, אין מדובר בהוראה פוזיטיבית הקובעת כי זכאותו של נושה להגיש בקשה לפשיטת רגלה של השותפות מזכה אותו גם להגיש בקשה כזו נגד השותפים. מסקנה כזו היא שוב פרי פרשנות.¹⁵⁷ ברם פרשנויות אלו אינן מחויבות המציאות.

ההנמקה שבבסיס פרשנות בית המשפט שלפיה אין תלות בין מתן צו כינוס נגד שותף בתנאים המתלים שבסעיף 20(ב) לפקודת השותפויות הייתה שהתניית מתן צו הכינוס בהוראות סעיף 20(ב) כאמור הייתה מרוקנת מתוכן את האמור בסעיף 5 לפקודת פשיטת רגל, הקובע כי ביצוע מעשה פשיטת רגל לבדו יהיה עילה לבקשת פשיטת רגל ללא צורך

¹⁵⁴ שם, ס' 42א.

¹⁵⁵ ראו לעיל פרק ב.1.

¹⁵⁶ עניין ברוידא, לעיל ה"ש 19.

¹⁵⁷ שם.

במתן פסק דין נגד השותף. ואולם, לא הייתה כל נחיצות לקשור את גורל פשיטת רגלו של שותף בשל פשיטת רגלה או בשל חובותיה של השותפות בסעיף 5 לפקודת פשיטת הרגל העוסק מדרך הטבע, בדרך כלל, בגורל חייב שאינו חבר בשותפות. אדרבה, מסעיף 20(ב) לפקודת השותפויות משתמע כי המחוקק ביקש לייחד את דינו של השותף ולמנוע נקיטת הליכים נגדו אלא בהתמלא אחד משני התנאים של פירוק השותפות או מתן פסק דין שלא קוים. נהפוך הוא, על פני הדברים פרשנות בית המשפט אמנם מקיימת את תכלית דיני פשיטת הרגל של יחיד, אך מתעלמת מהדין המיוחד החל על חבר בשותפות.

הוא הדין בפרשנות סעיף 191 לפקודת פשיטת הרגל, שעליו נאמר כי ניתן ללמוד מהאמור בו גם את ההיפוך של הכתוב ("מכלל לאו אתה שומע את ההן") לאמור, כשם שנושה שחובו מזכה אותו להגיש בקשה לפשיטת רגל נגד שותפות אינו יכול להגיש בקשת פשיטת רגל נגד שותף אלא אם הוא זכאי להגיש תובענה נגדו לפי דיני השותפויות, כך אם הנושה זכאי להגיש תובענה נגד השותף לפי דיני השותפויות, הוא יכול להגיש בקשה נגד השותף. אלא שגם בהנמקה זו אין די כדי להצדיק הכרזתו האוטומטית של השותף פושט רגל, שכן הזכאות הנצמחת לנושה להגיש בקשה לפשיטת רגל תלויה בזכאותו להגיש תובענה נגד השותף לפי דיני השותפויות, דבר הקבוע כאמור בסעיף 20(ב), אשר מתנה את נקיטת ההליכים נגד השותף בתנאים שפורטו לעיל.

נמחיש את הבעייתיות הקיימת בסעיף 191 לפקודת פשיטת הרגל, או שמא מדויק יותר לומר: בפרשנות הניתנת לסעיף באמצעות דוגמה. נניח כי שותפות של שני שותפים, ראובן ושמעון, עורכי דין במקצועם, חייבת סכום מסוים ללוי. מלבד עסקי השותפות שמעון עוסק עצמאי בעריכת דין ומנהל תיק לקוחות פרטי משלו. נניח עוד כי ראובן הוא שנתבע עם השותפות בבית המשפט על ידי לוי, ופסק הדין שניתן בבית המשפט ניתן אך נגד ראובן והשותפות ולא נגד שמעון. השותפות אינה משלמת את החוב, והיא מוכרזת פושטת רגל בשל הצהרתו של ראובן שאין לשותפות די כספים לשלם את החוב של לוי. נניח עתה כי גם לשמעון, שעד עתה הותיר בידיו של ראובן את ניהול ההתדיינות עם לוי, אין די נכסים וכספים, גם מעסקיו הפרטיים, לשאת בתשלום החוב ללוי במזומן. עם זאת ביכולתו של שמעון לפרוע את החוב לשיעורים סבירים באמצעות תיק הלקוחות הפרטי שלו. לפי הדין הקיים, לוי יכול לעתור להכרזתו של שמעון פושט רגל רק משום שהוא זכאי להגיש תובענה נגד שמעון לפי דיני השותפויות, מהלך שאין ספק שימיט על שמעון אסון כלכלי מצד אחד, וספק אם יניב ללוי תועלת כלשהי מצד אחר, מפאת גדיעת מטה לחמו של שמעון, שכפושט רגל יישלל רישיונו לעסוק בעריכת דין.¹⁵⁸

בעייתיות דומה קיימת בשורה ארוכה של מקצועות חופשיים שבהם פושט רגל מנוע מלעסוק בהם, כמו תיווך במקרקעין, קבלן רשום, קבלן להעסקת כוח אדם ועוד.¹⁵⁹ כמו כן ייתכן שלשותף יש עיסוקים נוספים שאינם קשורים דווקא בפעילות כלכלית, והכרזתו פושט רגל תמנע ממנו לעסוק באותן פעילויות. למשל, הוא יאלץ להפסיק את חברותו במועצה

158 לפי ס' 48(3) לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961.

159 ראו דיון להלן בפרק ג.2.

של רשות מקומית או בתפקידים ציבוריים אחרים; הוא יאלץ להפסיק את פעילותו בעמותות; הוא לא יוכל להתמנות חבר בדירקטוריון של חברה.¹⁶⁰ צא ולמד אפוא כי מתן פרשנות שונה להוראות הרלוונטיות יוביל לתוצאה שונה, ולדעתנו טובה יותר, שלפיה יידרש קיומה של עילה עצמאית להכריז על השותף פושט רגל. אכן אין לחדד כי תקנה 134 לתקנות פשיטת הרגל קובעת תחולה אוטומטית של דיני פשיטת רגל על השותף בשל מתן צו כינוס או צו הכרזת פשיטת רגל נגד השותפות, ולכן ויתור על התחולה האוטומטית הקיימת היום יחייב את ביטול התקנה.¹⁶¹

ג. בחינת היעדרה של דרישת פשיטת רגל של שותף בשותפות פושטת רגל לאור יחסי השחקנים השונים

1. ניגוד האינטרסים בין השותפים לבין עצמם ובינם לבין הנאמן על נכסי שותף פושט הרגל

נשמעה הטענה כי דיני פשיטת הרגל "גורמים לשמות" בהתערבותם בדיני השותפויות.¹⁶² מצד אחד ייתכן שלשותף פושט הרגל ולנושים – אם פניהם להסדר חובות – יהיה אינטרס משותף ששותף פושט הרגל ימשיך לנהל את השותפות באופן שיוכל לארגן מחדש את חובותיו. לעומת זאת לשותפים האחרים שאינם פושטי רגל יש אינטרס נוגד והוא לעמוד על קיומם של דיני השותפות להוציא את השותף שפשט את הרגל מהשותפות ולפדות את חלקו במחיר מוזל.¹⁶³ שותפים אלו גם יהיו מודאגים מן הסתם שהשותף פושט הרגל יימנע מלהתנהל לטובת השותפות ויבכר את האינטרסים הצרים שלו על פני אלו של השותפות. משכך, יש היגיון בכך שעצם כניסת השותף להליך פשיטת רגל תביא לסיום השותפות כפי

160 להלן ה"ש 182.

161 ובשולי הדיון יצוין כי בכל הנוגע לחברה, חברה עלולה להיקלע להליך חדלות פירעון מבלי שהיא אכן חדלת פירעון שלא בטובתה. דבר מעין זה מתאפשר למשל במצב שהיא נמצאת "באזור חדלות פירעון". וראו פר"ק (מחוזי י-ם) 14-07-26836 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' חברת דואר ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 4.9.2014). עוד לגבי הגדרת מושג זה, הנלקח מהמשפט האמריקאי שם הוא מכונה "vicinity of insolvency" או "zone of insolvency", ראו Credit Lyonnais Bank Nederland, N. V. v. Pathe Communications Corp., 1991 WL 277613 (Del. Ch. 1991); Peoples Department Stores Inc. v. Wise, 2004 SCC 68, [2004] 3 S.C.R. 461, 493 (Can.); Cory Dean Kandestin, *The Duty to Creditors in Near-Insolvent Firms: Eliminating the "Near-Insolvency" Distinction*, 60 VAND. L. REV. 1235, 1250 (2007). מכל מקום, כניסתה של החברה להליך חדלות פירעון לעולם אינה גוררת את כניסתם האוטומטית של בעלי המניות לאותו הליך.

162 Larry E. Ribstein, *Partner Bankruptcy and the Federalization of Partnership Law*, 33 WAKE FOREST L. REV. 795, 797 (1998). מאמר זה אמנם עוסק בהתערבותם של דיני פשיטת הרגל הפדרליים בארצות הברית בחקיקה המדינתית בענייני שותפויות, אך הדברים נכונים גם לדיני השותפות ככלל אל מול דיני פשיטת הרגל באשר הם, כולל גם בישראל.

163 שם, בעמ' 798.

הקבוע בדיני השותפויות.¹⁶⁴ לעומת זאת ייתכן שדיני פשיטת הרגל המבכרים את רווחתו של החייב ושיקומו וכן את השאת קופת הנושים יביאו לתוצאה אחרת. דוגמה מובהקת לניגוד אינטרסים זה מצויה בסעיף 194 לפקודת פשיטת רגל, הקובע כי במקרה ששותף הוכרז פושט רגל רשאי בית המשפט להסמיך את הנאמן לפתוח ולהמשיך בכל תובענה בשם הנאמן והשותפות, וכל שחרור מן החוב או מן הדרישה שבתובענה שבא מצד אחד השותפים האחרים – יהיה בטל. אלא שלא מן הנמנע כי החברים האחרים הסולבנטיים של השותפות יחפצו לשחרר מתשלום את אותו גורם החייב לשותפות כספים מפאת שיקולים עסקיים שאינם זהים לאינטרסים של החייב ושל הנאמן המעוניינים שלא למחול על אותו חוב. יתר על כן, תיתכן אפשרות אחרת שבה השותף פושט הרגל יעודד את פירוק השותפות ומכירתה ולו במחיר חיסול אף שערכה של השותפות כעסק חי עולה קרוב לוודאי על ערכה בעת חיסול, ולו משום שלא פעם נכסיה העיקריים של השותפות הם ההון האנושי של השותפים עצמם ולא הנכסים הממשיים שצברו במשך תקופת השותפות.¹⁶⁵ השותף החייב גם מוכן לעתים "לשעבד" את רווחי העתיד של השותפות לשם כיסוי חובות העבר, ורווחיותה העתידית של השותפות אינה בראש סדר העדיפויות שלו. לעומת זאת, מדרך הטבע, השותפים האחרים משקיפים על עסקי השותפות באופן אחר המאזן בין צורכי העבר, ההווה והעתיד שלהם.

לצד מתח זה קיים מתח נוסף בין דיני פשיטת הרגל לבין דיני השותפויות בכך שעם פשיטת רגלו של השותף, מוקנות זכויותיו בשותפות לנאמן על נכסיו.¹⁶⁶ מצב זה יוצר קושי,

164 למשל בישראל, לפי ס' 42 לפקודת השותפויות, הקובע כי בכפוף להסכם השותפות, אם מת אחד השותפים או הוכרז פושט רגל, תפורק השותפות לגבי כל השותפים. כך הוצע גם ב-UPA וב-RUPA שמאז אומץ בלא מעט מדינות בארצות הברית. וראו Neely, לעיל ה"ש 34, בעמ' 277–278.

165 וראו לעניין ניגוד האינטרסים הקיים בין חובת האימון שחב נאמן על נכסי פושט רגל כלפי נושי החייב ובין חובת האימון שחב השותף פושט הרגל לחבריו השותפים האחרים, Lawrence J. La Sala, *Partner Bankruptcy and Partnership Dissolution: Protecting the Terms of the Contract and Ensuring Predictability*, 59 FORDHAM L. REV. 619, 633 (1991).

166 זאת לפי ס' 42 לפקודת פשיטת הרגל, הקובע כי כאשר ניתן נגד חייב צו כינוס, והחליטו הנושים באספתם בהחלטה רגילה שהחייב יוכרז פושט רגל, או שלא קיבלו כל החלטה או לא נתכנסו, או שפשרה או הסדר לא אושרו תוך מועד שקבע בית המשפט, יכריז בית המשפט בצו שהחייב פושט רגל, ומשעשה כך יהיו נכסי פושט הרגל ניתנים לחלוקה בין נושיו ויוקנו לנאמן. כך ב-USBC, לעיל ה"ש 81, בס' 541(a)(6), 541(c)(1), הקובעים גם הם כי זכויות מעין אלו של החייב הופכות לחלק מנכסי ה-estate (קופת הכינוס). כן נקבע כי בכוחו של הנאמן על נכסי השותפות לעתור נגד השותפים שאחריותם מוגבלת בבקשה לראות בהם שותפים כלליים לא מוגבלים (ראו למשל עניין *Verses I*, לעיל ה"ש 81). עם זאת דין זה לא חל בהליך ארגון מחדש לפי פרק 11 ל-USBC אלא בהליך המוגש לפי פרק 7 ל-USBC, שתכליתו כינוס נכסי החייב ומתן הפטר לחייב בסוף ההליך (וראו *Kaveney v. Kaveney*, 60 B.R. 34 (B.A.P. 9th Cir. 1985)). מנגד, נכסים של השותפים שהם למעשה נכסי השותפות חסינים מפני מימוש שלא במסגרת הליך פשיטת הרגל ונהנים מעיכוב ההליכים האוטומטי שניתן על פי ה-USBC (וראו *Don/Mark Partnership V. Jones v. Wingo*, 89 B.R. 54 (B.A.P. 9th Cir. 1988); *James B. Nutter & Co.*, 14 B.R. 830 (D. Colo. 1981)). מנגד, נאמן על נכסי שותף מנוע מלמש את נכסי השותפות עבור פירעון חובות השותף אף שבפועל נכסי השותפות הם בבעלות המשותפת של השותפים (וראו *Walsh Construction, Inc. v. Alaska National Bank of the North*, 669 F.2d 1325 (9th Cir. 1982); *Connolly v. Nuthatch Hill Associates (In re Manning)*, 831 F.2d 205 (10th

מפני שהנאמן אינו כבול בכבלי הסכם השותפות בין השותפים, והוא יכול למכור את חלקו של החייב בשותפות. מצב זה מתאפשר לפי דוקטרינת "הנכס המכבד", הקובעת כי אם היה בין נכסי (חברה שבפירוק או) אדם בפשיטת רגל נכס מכבד, רשאי בעל התפקיד, באישור בית המשפט, לוותר עליו.¹⁶⁷ והוא גם מתאפשר בארצות הברית לפי הוראת החוק המאפשר לנאמן למכור את נכסי החייב.¹⁶⁸ לפי דוקטרינה זו, מיום הויתור יחדלו להתקיים כל הזכויות והחביות של החייב או של החברה בנכס שוויתרו עליו. הבחירה באחת משתי דרכי הפעולה האפשריות – לכבד את ההסכם או לוותר עליו – תלויה בכדאיותן. על הנאמן לשקול מה כדאי לו יותר: ביצוע ההסכם בידי שני הצדדים כאחד או ויתור על יתרונות הביצוע של הצד שכנגד ולחסוך את עלות הביצוע מצדו.¹⁶⁹ ברם יכול שוויתור זה של הנאמן לא יעלה בקנה אחד עם האינטרסים של השותפים האחרים הסולבנטיים.¹⁷⁰

כך נראה כי בכל הנוגע ליחסי השותפים בינם לבין עצמם, יחסי האמון המיוחדים השוררים בין השותפים שהם פועל יוצא מהסכם השותפות קובעים לא רק רמת התנהלות עסקית והתנהגות נאותה בין השותפים בעת קיום השותפות אלא כיבוד דווקני של הסכם השותפות גם בעת פירוקה. ביסוד דיני השותפות הסכמת החברים בה. בהיעדר הסכמה השותפות מגיעה לידי קצה, ואין מקום להנשים אותה מלאכותית כאשר חבר אחד בשותפות הגיע לכדי פשיטת רגל.

דוגמה לכך, כמו גם לאותם מקרים הפוכים שבהם דיני פשיטת הרגל מחייבים את פירוק השותפות או את הכרזת השותפות פושטת רגל, לעומת דיני השותפות שיעדיפו את המשך פעילותה הכלכלית של השותפות, נדונה בפסק הדין בעניין שותפות שדות נפט בע"מ.¹⁷¹ באותו עניין דובר בשותפות העוסקת בתחום חיפושי נפט וגז בישראל. מטרת השותפות הייתה להשתתף בחיפושי נפט או גז בשטח רישיונות מסוימים בחוף אשקלון,

Cir. 1987) (להלן: עניין Manning), זולת אם קיים הסדר מפורש בעניין זה בהסכם השותפות הקובע אחרת (וראו Holywell Corp. v. Smith, 118 B.R. 876 (S.D. Fla. 1990). עוד יצוין כי לפי ס' 522(b) ל-USBC כל נכסי השותפות עומדים למימוש ללא יוצא מהכלל, וזאת בניגוד לחריגים הקיימים בדבר מימוש נכסי חייבים בשר ודם.

167 ס' 360–365 לפקודת החברות בעניין פירוק חברות; ס' 115–122 לפקודת פשיטת הרגל בעניין פשיטת רגל; ס' 350 לחוק החברות בעניין הבראת חברות והקפאת הליכים. כן ראו ע"א 184/77 שגיב נ' כונסי נכסים, מפרקים ומנהלים של צוות ר.ל. לבניה והשקעות בע"מ בכינוס נכסים ובפירוק, פ"ד לב (1) 265, 273 (1977); ע"א 673/87 סאלח נ' מפרק פרץ את איסר חברה לבנין והשקעות בע"מ, פ"ד מג (3) 57, 72 (1989); ע"א 814/88 דוידוביץ נ' מפרק חיים שכטר חברה לבנין והשקעות בע"מ, פ"ד מג (3) 180 (1989); בג"ץ 7609/09 שילוני נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 7.9.2010); בש"א (מחוזי ת"א) 2223/06 (פש"ר 1700/05) הנאמנים של קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי (פורסם בנבו, 5.9.2006); בש"א (מחוזי ת"א) 26546/04 (פש"ר 1708/04) מנהל מיוחד של חברת צמנטכל קרקע ומבנים בע"מ נ' פרידמן חכשורי חברה להנדסה ולבנין בע"מ (פורסם בנבו, 19.4.2005).

168 ס' 363(b)(1) ל-USBC, לעיל ה"ש 81.

169 ע"א 1656/90 זילברמן נ' הנאמן בפשיטת-רגל לנכסי החייב חיים גושן, פ"ד מו (3) 854 (1992).

170 Neely, לעיל ה"ש 34, בעמ' 294 הציעה מספר פתרונות למתח זה שבין שני הדינים, כשאחד מהם הוא לאמץ את דיני השותפות על ראשם, קרבם, וכרעם באופן שייקבע קטגורית כי עם הכרזת שותף פושט רגל תבוא השותפות לידי פירוקה אך תוך שמירה על האינטרסים של הנושים.

171 פר"ק (מחוזי ים) 20212-09-15 שדות נפט בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי – מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 7.10.2015).

אשרוד ופלמחים. לא הייתה מחלוקת כי נכון ליום מתן פסק הדין בבית המשפט לא היו לשותפות נכסי נפט זמינים. לפיכך זימן השותף הכללי של השותפות אספה כללית מיוחדת של כלל השותפים שעל סדר יומה היה גיוס הון מהשותפים בדרך של הנפקת זכויות בסכום כולל של כ-800,000 ש"ח לצורך מימון ההוצאות השוטפות של פעילות השותפות והחזרת החוב לשותף הכללי. האספה הכללית דחתה את ההצעה. לפיכך פנה השותף הכללי לבית המשפט של פשיטת רגל בבקשה למנות לשותפות בעל תפקיד כאשר לטענתה היו כמה עילות המצדיקות את פירוק השותפות: ראשית, על פי הסכם השותפות עצמו נקבע כי קיום השותפות תלוי בקיומו של נכס נפט בר תוקף או זכויות בו, או בנפט או בגז שיופקו; שנית, לפי סעיף 45(4) לפקודת השותפויות, אם אחד השותפים שאיננו השותף הכללי מפר במזיד או בדרך קבע את הסכם השותפות, או מתנהג בעניינים אחרים הנוגעים לשותפות בדרך שאין לשותפים האחרים אפשרות מעשית סבירה להמשיך עמו בניהול עסקי השותפות, יש להורות על פירוק השותפות; שלישית, לפי סעיף 45(5) לפקודת השותפויות, יש לצוות על פירוק השותפות אם אי אפשר עוד לנהל את עסקי השותפות אלא בהפסד; רביעית, לפי סעיף 45(6) לפקודת השותפויות, יש לפרק את השותפות מטעמי צדק ויושר מפני שהשותף הכללי מימן על חשבונו את פעילותה השוטפת של השותפות, ובעקבות זאת נוצר חוב נכבד כלפיו, כאשר יתר השותפים מונעים כל הצעה לקידום עסקי השותפות; חמישית, קופת השותפות ריקה, וכי הלכה למעשה היא חדלת פירעון.

בית המשפט קבע כי יש לבדוק את זכאות השותף הכללי לקבלת הסעד הזמני המבוקש בשני מישורים: במישור הראשון, בדיקת קיומה של עילת הפירוק לפי דיני השותפויות; במישור השני מבחינת קיומה של עילת הפירוק לפי דיני חדלות הפירעון.¹⁷² נקבע כי השיקולים של שני הדינים שונים לחלוטין, גם מהבחינה הדיונית וגם מהבחינה המהותית: עילות הפירוק לפי פקודת השותפויות העוסקות ביחסים הפנימיים של השותפים נדונות בבית המשפט המחוזי האזרחי ה"רגיל", ואילו עילות הפירוק המבוססות על חדלות פירעון השותפות נדונות בבית משפט של פשיטת רגל, ולהבחנה זו משמעות רבות שהן לעתים מרחיקות לכת. כך נקבע כי ככלל, בעת כניסת אדם או תאגיד להליך חדלות פירעון בית המשפט מביא בחשבון מכלול שיקולים, ובהם טובת עובדי החייב או התאגיד, טובת הנושים וטובת הציבור בכללותו הנהנה בין היתר משירותיו של החייב או התאגיד. אף נקבעה הוראה מפורשת בפקודת פשיטת הרגל המסמיך את בית המשפט של חדלות פירעון לשקול שיקולים החורגים מהשיקולים המנחים במקרה הספציפי שלפניו.¹⁷³ בחלק האופרטיבי של פסק הדין נקבע כי העילה האמתית שעליה התבססה הבקשה הייתה המבוי הסתום שאליו נקלעה השותפות בשל הוויכוח שניטש בין השותפים כאשר לתנאי גיוס הון לשותפות, והוספת עילת חדלות פירעון השותפות הייתה מלאכותית. לכן נקבע כי באותו שלב היה מוקדם להספיד את השותפות שעה שגם השותף הכללי היה סבור כי יש לשותפות זכויות כנגד צדדים שלישיים בנכסי נפט וגז טבעי שונים. לכן בשל ההלכה כי אם ניתן

172 שם, פס' 21.

173 ס' 178 לפקודת פשיטת הרגל.

להציל עסק מפירוק יש למנוע זאת, וככל שהדבר אפשרי יש לנסות לנהל עסק תוך כדי ניהולו כעסק פעיל חי ותוסס, הבקשה נדחתה.¹⁷⁴

לאמור, לא זו בלבד שקיים ניגוד אינטרסים בין חברי השותפות לבין עצמם ובין לבין הנאמן על נכסי השותף פושט הרגל, אלא שלא פעם המגמות הסותרות של דיני פשיטת רגל ודיני חדלות פירעון לעומת דיני השותפויות עשויות להוביל בכל הנוגע להמשך ניהול השותפות או פירוקה לתוצאות שונות. נראה להלן כי גם ניגוד האינטרסים הקיים בין השותפים הסולבנטיים של השותפות לבין נושי השותפות או השותף חדל הפירעון יכול להוביל אף הוא לתוצאות שונות שאינן בהכרח מתיישבות עם השאת קופת הנשייה.

2. ניגוד האינטרסים בין השותפים הסולבנטיים לנושים

קיימת שורה ארוכה של הוראות בדין פשיטת הרגל האמריקאי החוסמות את הנושים מלנצל את כניסתו של חייב, ובכלל זה שותפות להליך פשיטת רגל, באמצעות שימוש לרעה בתנאי חוזה שנחתם עם החייב ולהביא לידי ביטולו. הוראות אלו כונו בארצות הברית הוראות Anti-Ipso Facto.¹⁷⁵ אף שלכאורה הוראות אלו מבטיחות יציבות ומונעות מהנושים לגרום נזק לשותף החייב או לשותפות החייבת, הן אינן בהכרח עולות בקנה אחד עם האינטרסים של השותפים הסולבנטיים, שישקלו לגופו של עניין אם ביטול הסכם השותפות עם הנושה הוא לטובתם אם לאו.¹⁷⁶ בישראל למשל קיום החוזה לפי דיני פשיטת הרגל יכול להביא לעתים תועלת לא רק לנושים אלא גם לשותפים הסולבנטיים, אך בנסיבות אחרות דווקא ביטולו יכול להביא להם תועלת. יתר על כן: כאמור, ענינו של השותף החייב אינן נשואות

¹⁷⁴ עניין שדות נפט בע"מ, לעיל ה"ש 171, פסקה 27.

¹⁷⁵ ההוראות מצויות בס' 363(l), 365(b)(2), 365(e)(1), 365(f)(1), 365(f)(3), 541(c)(1)(B) ל-USBC, לעיל ה"ש 81. ויצוין כי בתי המשפט לא פירשו הוראות אלו פירוש אחיד. בפסק הדין בעניין Breeden v. Catron, 158 B.R. 629 (E.D. Va. 1993), *aff'd mem.*, 25 F.3d 1038, 1994 WL 258400 (4th Cir. 1994), אפשר בית המשפט לשותפים לאכוף הסכם שותפות עם חייב ולא חייב את השותפים לקיים את השותפות עם החייב בהיותו פושט רגל. לעומת זאת בפסק הדין בעניין *In re Antonelli*, 148 B.R. 443 (D. Md. 1992), *aff'd mem.*, 4 F.3d 984, 1993 WL 321584 (4th Cir. 1993) חרף הוראות הדין העוסקות בהענקת זכויות ההנהלה בשותפות במקרה של פשיטת רגל (ואשר לפי סעיפי UPA זכויות ההנהלה של שותף כללי שפשט את הרגל מופקעות ממנו), כי זכויות ההנהלה של החייב ייוותרו בידי בתוך מציאת איזון בין זכויות השותפים שאינם חייבים בהשאת הרווחים בעסק לבין האינטרסים של קופת הכינוס. באותה דרך צעד בית המשפט בפסק הדין בעניין *Summit Investment & Development Corp. v. Leroux*, 69 F.3d 608 (1st Cir. 1995), לעומת בית המשפט בפסק הדין בעניין *Manning*, לעיל ה"ש 166, שאימץ את דיני פשיטת הרגל וביכר אותם על פני דיני השותפות מבלי לאזן בין זכויות החייב לפי דיני פשיטת הרגל לזכויות השותפים לפי דיני השותפויות.

¹⁷⁶ בעיה זו המתוארת מתעצמת כיום בישראל בחברה נוכח ס' 350 לחוק החברות, הקובע כי בעל תפקיד רשאי להחליט על המשך קיומו של חוזה קיים או על ויתור עליו, וכי חוזה קיים לא יבוטל בידי הצד השני בשל עילת חדלות פירעון, שמשמעה הוראה בחוזה המקנה זכות ביטול או הקובעת כי החוזה יהיה בטל אך בשל הליכי חדלות פירעון של החברה או בשל קשיים כלכליים שלה. משמעותו של דבר כי חרף רצונו של הצד השני הקשור בחוזה עם החברה לבטל את החוזה הוא מנוע מלעשות כן. בנושא דגן להוראה זו יש משמעות רבה, שכן חברה יכולה להיות שותפה וצד להסכם שותפות, והאינטרסים של השותפים האחרים הם כאלו המתמרצים אותם לבטל את ההסכם, ואילו לדעת בעל התפקיד שמונה לחברה, לשם קידום הבראת החברה השותפה יש לקיים אותו.

תמיד לעתיד, והוא מוכן לעתים לוותר על רווחי העתיד לשם כיסוי חובות העבר. כבר הזכרנו כי בעניין זה האינטרסים של החייב מנוגדים לעתים לאלה של שותפיו הסולבנטיים, שכן לא מן הנמנע שהשותפים הסולבנטיים יחפצו בהמשך קיומה של השותפות, הואיל והם רואים בה פוטנציאל עסקי חיובי, ולעומתם החייב מעוניין בחיסול השותפות ובמכירת נכסיה לשם פירעון חובותיו האישיים. באותה מידה האינטרסים של השותפים הסולבנטיים מנוגדים לאינטרסים של הנושים. בעניין זה ייתכן שיהיה שיתוף אינטרסים בין החייב לבין הנושים המעוניינים גם הם במכירת חלקו של החייב מיד ולא להמתין לקבלת פירעון עתי דחוי של חובות החייב כלפיהם. גם הנושים מעוניינים להשיא את הרווחים ממכירת חלקו של החייב, ואילו השותפים הסולבנטיים מעוניינים לרכוש את חלקו של החייב במחיר נמוך ככל האפשר.

גם במקרה של שותפות הנכנסת בעצמה להליך פשיטת רגל, השותפים הסולבנטיים מעוניינים להקטין עד כמה שאפשר את חלקם בתשלום חובות השותפות. אך לפי דיני השותפות המקובלים, כאמור, השותפים נושאים בחיובי השותפות ביחד ולחוד.¹⁷⁷ פקודת פשיטת הרגל גם מורה כי הנכסים המשותפים של השותפים ישמשו תחילה לתשלום חובותיהם המשותפים, והנכסים הנפרדים של כל שותף ישמשו תחילה לתשלום חובותיו הנפרדים,¹⁷⁸ ואם תופעל תקנה 134 לתקנות פשיטת הרגל, שבה נקבע כאמור כי צו כינוס או צו הכרזת פשיטת רגל שניתן נגד שותפות יראו בו כאילו ניתן גם נגד כל אחד מהשותפים בה, הרי שניתן לגבות מהשותפים ללא תלות בגביית החובות מהשותפות.¹⁷⁹ אלא שאליה וקוץ בה. לפי דיני פשיטת הרגל, עם מתן צו כינוס נגד חייב יהיה הכונס הרשמי שליד בית המשפט הכונס של נכסי החייב, ומכאן ואילך, ובאין הוראה אחרת בפקודה, לא תהיה תרופה לנושה נגד החייב שיש לו חוב בר תביעה, ולא יפתח שום נושה בתובענה או בהליכים משפטיים אחרים אלא ברשות בית המשפט ובתנאים שיראה לקבוע.¹⁸⁰ לכן שעה שרואים

177 ס' 20 לפקודת השותפויות וכן ס' 15 ל-UPA. ב-RUPA נקבע בס' 307(d) כי חיובי השותפים הם אכן ביחד ולחוד, אך הוסף כי על הנושים שיש להם תביעה רק נגד השותפות – ולא נגד השותפים כפרטים – לפנות תחילה לנכסי השותפות ורק לאחר מכן לנכסי השותפים. היוצא מכלל זה הוא מקרה שבו השותפות נכנסה לפשיטת רגל, שאז הנושים אינם מנועים מלפנות לשותפים ללא מגבלה.

178 ס' 80 לפקודת פשיטת הרגל.

179 הדין בארצות הברית בעניין זה שונה מהדין בישראל. כאמור, בישראל, לפי ת' 134 לתקנות פשיטת הרגל, פשיטת רגל של שותפות משמעה הלכה למעשה פשיטת רגלם של החברים בה. לפי ס' 80 לפקודת פשיטת הרגל, קיים יחס ישיר בין זהותו של החייב ובין הגבייה מנכסיו. היינו, תחילה ייגבו חובות השותפות מנכסי השותפות וחובות השותפים מנכסיהם, ורק אם תישאר יתרה במי מהנכסים לאחר פירעון חובות בעליהם, הם יעמדו לפירעון החובות האחרים. לעומת זאת ס' 723(b) ל-USBC, לעיל ה"ש 81, קובע כי "[t]o the extent practicable", על הנאמן לגבות תחילה את חובות השותפות מהשותפים שאינם פושטי רגל. בכך מתנגשים חזיתית דיני פשיטת הרגל עם דיני השותפות הרואים כאמור בחיובי כל השותפים דרגה שווה של "ביחד ולחוד". בעניין זה ראו Ribstein, לעיל ה"ש 134, הטוען כי אין בדין זה השפעה אמיתית על התנהגות הנושים, שכן גם לולי זה הם היו פונים לגביית חובם מהשותפים הסולבנטיים. כן ראו בעניין גביית החובות מהשותפים לפי סיווגי הנושים, Richard Squire, *The Case for Symmetry in Creditors' Rights*, 118 YALE L.J. 806 (2009).

180 ס' 20(א) לפקודת פשיטת הרגל. גם בארצות הברית נקבע כי משמעות עיכוב ההליכים האוטומטי הניתן עם הגשת בקשת פשיטת רגל, לפי ס' 362 ל-USBC, לעיל ה"ש 81, גורר עיכוב הליכים נגד כל השותפים, בהיות גבייה מהם חלק מנכסי קופת הכינוס של השותפות. ראו Litchfield Co. of South

בהליכי פשיטת הרגל המתנהלים נגד השותפות פושטת הרגל כחלים גם על השותפים הסולבנטיים, אין הנושים יכולים לפעול לשם גביית החובות גם משותפים אלו – שחבים כאמור ביחד ולחוד בחובות לפי דיני השותפות – חרף העובדה שבכוחם לפרוע את מלוא החובות של השותפות לנושים.

ניתן לטעון כי עיכוב זה גם כלפי השותפים הסולבנטיים מוצדק כדי לוודא שבבוא היום תהיה חלוקה צודקת בין הנושים וימנעו העדפות מרמה,¹⁸¹ כדי לתמרץ את השותפים הסולבנטיים לשתף פעולה עם ההליך ולהשתתף בפירעון החובות מרצונם החופשי¹⁸² וכדי לדרבן אותם להימנע מהגשה של בקשות פשיטת רגל משל עצמם. ברם כנגד זאת ניתן לטעון כי מתן עיכוב הליכים נגד השותפים הסולבנטיים טורף את הקלפים ופוגע במידה רבה בזכויות הנושים המנועים מלגבות את חובם והנאלצים להמתין עד לסיום הליך פשיטת הרגל נגד השותף החייב – לעתים במשך שנים אחדות.¹⁸³

זאת ועוד, אחת ממטרותיו של הליך פשיטת הרגל היא למנוע את גישת "כל הקודם זוכה", גישה המסכלת את מגמת ההליך למקסם את נכסי החייב כדי לאפשר את חלוקתם בין כלל נושיו.¹⁸⁴ אכן כפי שראינו לעיל, קיימת תכלית אחרת להליכי פשיטת הרגל והיא לאפשר לחייב "לפתוח דף חדש". תכלית זו באה לידי ביטוי מפורש בפקודת פשיטת הרגל,¹⁸⁵ שבה מוקנית לבית המשפט מיד עם הכרזתו של החייב פושט רגל סמכות לתת לו הפטר מחובותיו. ברם התכלית הראשונה אינה נופלת בחשיבותה מהתכלית השנייה, ואם אין בהליך פשיטת הרגל כדי למלא אחר תכליותיו, הוא מאבד מצדקת קיומו. לכן יש במתן עיכוב הליכים נגד השותפים הסולבנטיים שעה שיש ביכולתם לפרוע את חובות השותפות כדי לאיין את עצם קיומו של הליך פשיטת הרגל וכריתת הענף שעליו יושבים אותם שותפים או שמא הענף שעליו יושבים הנושים.

יתר על כן, דיני השותפויות קובעים כאמור כי אם שותף אחד מוכרז פושט רגל בכפוף להסכם השותפות, השותפות באה לידי סיומה.¹⁸⁶ אם אכן זהו המצב וזהו רצון השותפים, ספק אם בעת פשיטת רגלו של חבר אחד בשותפות ימשיכו השותפים הסולבנטיים להשקיע בשותפות – אם השקעה כספית ואם השקעת משאביהם האנושיים. בכל הנוגע לחובות השותפות ולשותפות פושטת רגל, השותפים נושאים בהם במלואם יחד ולחוד ממילא, וכך

Carolina Ltd. Partnership v. Anchor Bank, 135 B.R. 797, 802 (W.D.N.C. 1992);

Steyr-Daimler-Puch of America Corp. v. Pappas, 852 F.2d 132, 136 (4th Cir. 1988)

דעה אחרת, Granite Partners, LP v. Primavera Familienstiftung, 194 B.R. 318, 339 (Bankr. S.D.N.Y. 1996);

Hudgins v. Life Saving Bank, 153 B.R. 441, 443 (Bankr. E.D. Va. 1993);

Chase Bank of Arizona v. Acosta, 880 P.2d 1109, 1115 (Ariz. Ct. App. 1994)

181 נימוק זה שימש את בית המשפט בפסק הדין בעניין Myerson & Kuhn v. Brunswick Associates, LP, 121 B.R. 145 (Bankr. S.D.N.Y. 1990)

182 נימוק זה היווה בסיס למתן צו מגיעה לטובת שותפים סולבנטיים בפסק הדין In re Heron, Burchette, Ruckert & Rothwell, 148 B.R. 660 (D.C. 1992)

183 וראו Ribstein, לעיל ה"ש 134, בעמ' 40.

184 Thomas H. Jackson, Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain, 91 YALE L.J. 857, 859–871 (1982)

185 ס' 18 לפקודת פשיטת הרגל.

186 ס' 42 לפקודת השותפויות.

הנושים יכולים לרדת לנכסיהם של השותפים שאינם פושטי רגל מבלי להיזקק להליך פשיטת רגל נגדם. אדרבה, הכרזת השותפים הסולבנטיים פושטי רגל בשל חובות השותפות או בשל הכרזתה פושטת רגל,¹⁸⁷ לא תגדיל את עוגת החלוקה בין הנושים היכולים ממילא לגבות את המגיע להם מאת השותפים הסולבנטיים. במצב זה אפוא אין לאיש מהצדדים המעורבים כל עניין בהחלת דיני פשיטת הרגל על השותפים הסולבנטיים. גם מעשה פשיטת הרגל של השותפות המיוחס לכל השותפים במצב שכזה אינו מעיד בהכרח שהשותפות חדלת פירעון או כי מי מהשותפים הם עצמם חדלי פירעון. אי-תשלום חובות השותפות או הצהרת אי-תשלום החובות לפי אחת החלופות המשמשות מעשה פשיטת רגל¹⁸⁸ יכולים לנבוע אך מרצון השותפים לחסל את עסקי השותפות ולהימנע מלהמשיך ולהשקיע את משאביהם בניהולו. בהניח כי מרב "נכסיה" של השותפות הם משאבי האנוש שלה, כניסת השותפים הסולבנטיים לתוך ההליך לא תשפר את מצבם של הנושים. הרי ממילא גם ללא הליך פשיטת הרגל הנושים אינם יכולים "לממש" את משאביהם האנושיים של השותפות אלא את נכסי השותפים האחרים בהיותם חייבים ביחד ולחוד בחיובי השותפות.

אכן, האיום של הנושים שיפתחו בהליך פשיטת רגל נגד אותם שותפים שטרם נפתח נגדם הליך פשיטת רגל יכול לתמרץ את השותפים לפרוע את חובות השותפות, אך גם לאיום זה אין משמעות רבה. הרי אם בידי השותפים די נכסים כדי לפרוע את חובות השותפות במלואם, גם בהליכי גבייה רגילים יהיה ניתן לרדת לנכסיהם. מנגד, אם אין בנכסיהם די כדי לפרוע את חובות השותפות, האיום של כניסה להליך לא ישכנע אותם לפעול אחרת.¹⁸⁹ היינו, די באחריותם המשותפת הלא מוגבלת של השותפים כדי לתמרץ אותם לפרוע את

187 ת' 134 לתקנות פשיטת הרגל.

188 לפי ס' 5(4), 5(5) לפקודת פשיטת הרגל.

189 כמובן, גודל האיום כגודל ההפסד. משמעותו של איום לפתיחת הליך פשיטת רגל נגד שותף סולבנטי תלוי במידה רבה במה שיש לאדם כזה להפסיד בהכרזתו פושט רגל. במסגרת תיק פש"ר (מחוזי י-ם) 3101/06 ש"ד נ' שיק, המנהל המיוחד (פורסם בנבו, 7.9.2011), נאמר כי הכרזת אדם פושט רגל פוגעת בכושרו המשפטי ומטילה עליו מגבלות שונות על עיסוקו, עבודתו או משלח ידו. כך למשל אדם שהוכרז פושט רגל לא יוכל לעסוק בתיווך מקרקעין, ויהיה עליו למצוא לעצמו מקצוע אחר (ס' 5(א)(3)), 5(ב) לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996); הוא אינו יכול להיות רשום בפנקס הקבלנים (ס' 8(א)(1) לחוק רישום קבלנים לעבודות הנדסה בנאיות, התשכ"ט-1969); הוא אינו יכול לעבוד כקבלן להעסקת כוח אדם (ס' 6(א)(5) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996); הוא אינו יכול להיבחר לחבר במועצה של רשות מקומית (ס' 7(א)(8) לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965); הוא אינו יכול להיות חבר ועד בעמותה (ס' 33(א)(3) לחוק העמותות, התש"ם-1980); הוא אינו יכול להתמנות חבר דירקטוריון בחברה (ס' 227(א) לחוק החברות, התשנ"ט-1999), ואם היה דירקטור – כהונתו תפקע (ס' 228(א)(4) לחוק החברות); הוא אינו יכול לשמש בתפקידים ציבוריים שונים, ועוד. המשותף לכל אלו הוא שבכל המקצועות והמשרות הנוכחות, העוסק בהם נושא באחריות לכספי הזולת או לכספי הציבור, והמחוקק מצא פגם מהותי בכך שאדם שלא ידע לכלכל את צעדיו הכלכליים אל נכון עד שהגיע לפשיטת רגל באופן שלא היה בידי שולש את חובותיו לנושיו, יעסוק בעיסוקים השונים או יכהן במשרות שפורטו. אך מובן כי מי שאינו מעוניין לעסוק במקצועות אלו לא יחשוש מלהיכנס להליך פשיטת רגל. ברם איום בפתיחת הליך פשיטת רגל נגד שותף כזה יכול להיות רציני אם יש לו נכסים שניתן לגבות מהם, ועצם הליך פשיטת הרגל שאליו ייגרר יביא אותו לסחרור כלכלי מיותר. ראו עוד בעניין זה Ribstein, לעיל ה"ש 134, בעמ' 51.

חובות השותפות, ואין צורך להכריז עליהם פושטי רגל.¹⁹⁰ נהפוך הוא, על פני הדברים נראה כי כדי לתמרץ את השותפים להשקיע בפירעון חובות השותפות, יש להעניק להם חיסיון מפני תביעות אישיות נגדם כל עוד הם פועלים להסדרת חובות השותפות.¹⁹¹ בהיעדר מתן חופש פעולה בידי השותפים, במקום להתגייס לפירעון חובות השותפות הם עלולים להיקלע למצב של "אין בררה" ואף להפתיע את הנושים בהגשת בקשה לפשיטת רגל משל עצמם.¹⁹²

אכן ניתן לטעון כי אין "חדש תחת השמש", וכי ניגוד העניינים שבין השחקנים השונים בהליך חדלות פירעון אינו דבר חדש. אלא שהמתח הקיים בין השחקנים השונים בפשיטת רגלה של שותפות הוא מתח מסוג אחר.

התכליות המשותפות והמכנה המשותף בכל הליך חדלות פירעון לפי סוגיו השונים, יהיה זה פשיטת רגל של יחיד, פירוק חברה או הבראה, הם מתן הגנה לחייבים והשאת קופת הכינוס או הפירוק.¹⁹³ מטרה זו משותפת הן לחייב, הן לבעל התפקיד וודאי לנושים. היא משותפת גם לחייב בפשיטת רגל ולו כדי לרצות את הנושים להגיע להסדר עמו שבמסגרתו עליו לעמוד לעתים בסכומי מינימום לפי משך התקופה של החזרת החובות. למשל, אם הוכחו עובדות שלפיהן היה על בית המשפט – אילו הוכרו החייב פושט רגל – לא לתת לו הפטר, או להתלות את הפטרו או להתנותו בתנאים, יסרב בית המשפט לאשר את ההצעה, זולת אם יש בה ערובה סבירה שישולמו מיד או בזמן קרוב סכומים שונים ממלוא חובותיו באופן פרוגרסיבי, החל מ-35% אם הפשרה הוצעה בתוך שנה מיום מתן צו הכינוס, ועד ל-80% אם הוצעה כעבור חמש שנים או יותר מיום מתן צו הכינוס.¹⁹⁴ או למשל כאשר החייב מציע הסדר עובר לכניסתו להליך פשיטת רגל, שאז הצעתו צריכה להיות 30% מסך חובותיו.¹⁹⁵ אך גם אם החייב נמנה עם אלו החפצים אך להיפטר מחובותיהם בלי התחשבות כלל בנושיהם, הנאמן שימונה על נכסי החייב, והבא במקומו, יחפוץ להשיא ולהעשיר עד כמה שאפשר את קופת הכינוס. המחלוקת המתעוררת בין החייב או בין החברה לנושיהם הן בעיקר בדרך המומלצת להשיג את תכלית ההליך.

190 בעניין זה ובעניין ההבדלים שבין שותפים כלליים לשותפים בעלי אחריות מוגבלת ראו David W. Leebron, *Limited Liability, Tort Victims, and Creditors*, 91 COLUM. L. REV. 1565, 1590 (1991).

191 בעניין זה ראו עניין Myerson & Kuhn, לעיל ה"ש 181; Barry L. Zaretsky, *Co-Debtor Stays in*, Chapter 11 Bankruptcy, 73 CORNELL L. REV. 213, 228 (1988).

192 השוו ע"א 260/71 נאמן על נכסי א' וויטנסקי את מ' קלפקרצ'יק נ' בנק פ.ק.א. בע"מ, פ"ד כו(2) 737 (1972). ויצוין כי נקיטת חייבים הליכי פשיטת רגל אינה ייחודית לשותפים. דחיקת רגלי חייבים אל עבר הליכי פשיטת רגל היא מעשה יום-יום. המחוקק אף נתן את דעתו על סיטואציה מעין זו בס' 77א לחוק ההוצאה לפועל, שבו נקבע כי אם נוכח רשם ההוצאה לפועל, לאחר שבירר את יכולתו של החייב לקיים את פסק הדין במעמד חקירת יכולת, בירור או הבאה, כי אין תועלת בניהול הליכי הוצאה לפועל נגד החייב וסבר כי בנסיבות העניין יהיה בפנייה להליכי פשיטת רגל כדי להביא תועלת, ימסור לחייב ולזוכה מידע בדבר האפשרות לפתוח בהליכי פשיטת רגל.

193 ראו למשל פר"ק (מחוזי י-ם) 46577-06-11 מפרק עמותת מרכז כפרי אלומה נ' רשם העמותות (פורסם בנבו, 9.11.2011).

194 ס' 35(ז) לפקודת פשיטת הרגל.

195 ס' 19א לפקודת פשיטת הרגל.

דוגמה מובהקת של מתח זה שבין החייב או החברה לבין נושיהם היא בעניין אישור הסדר נושים בהקפאת הליכים של חברה. סעיף 350(ט) לחוק החברות קובע כי הסדר נושים יאושר אם בכל אספת סוג שכוונסה הסכימו לפשרה או להסדר רוב המשתתפים בהצבעה למעט הנמנעים שבידם יחד שלושה רבעים מן הערך המיוצג בהצבעה. עם זאת סעיף 350ג לחוק החברות קובע כי על אף הוראות סעיף 350(ט), פשרה או הסדר שמטרתם הבראת החברה יחייבו את החברה ואת כל הנושים או את בעלי המניות או הסוג שבהם, גם אם לא התקבלה הסכמה כאמור באותו סעיף בכל אספות הסוג, ובלבד שמתקיימים התנאים שיותר ממחציתו של סך כל הערך המיוצג בהצבעות בכל אספות הסוג יחד הסכימו להצעה. ובנוסף, בית המשפט אישר את הפשרה או ההסדר לאחר ששוכנע שאם לא יאושרו הפשרה או ההסדר, לא יהיה מנוס מפירוק החברה, והתמורה שהוצעה לסוג שלא הסכים לפשרה או להסדר אינה נמוכה בערכה מהסכום שאותו סוג היה מקבל בפירוק החברה.¹⁹⁶ הוראות אלו מצביעות על אותו מתח שעליו דובר לעיל, כאשר הוויכוח הקיים בין הנושים השונים הוא ברווח המרבי שעשוי לצמוח להם מהליך חדלות הפירעון. אלו טוענים כי מוטב לאמץ את הסדר ההבראה, ואילו אלו טוענים כי מוטב לפרק את החברה. הצד השווה שביניהם הוא בצמצום נזיקהם ובהשאת הקופה שתעמוד לחלוקה ביניהם. כך המצב במקרה שבו עומדת על הפרק כניסת החברה להקפאה שבמסגרתה בית המשפט נדרש לבצע איזונים ולשקול אם דרך ההבראה תוביל להשאת הרווחים או אך לדחיית הקץ של פירוק החברה.¹⁹⁷

מאפיין מרכזי נוסף במתחים הקיימים בין השחקנים השונים בזירת חדלות הפירעון הוא שמשני צדדי המתרחש ימצאו בדרך כלל החייב או החברה לעומת הנושים אשר לצדם עומד בדרך כלל בעל התפקיד מטעם בית המשפט. לעומת זאת בכל הנוגע למתחים הקיימים ולהבדלי התפיסה הקיימים בין השחקנים השונים בפשיטת רגל של שותפות, ראינו לעיל כי מגמות הצדדים שונות, וכי נרקמות בריתות שבהליכי חדלות פירעון אחרים אינן קיימות. לעתים נמצא, כאמור, כי חלק מהשותפים חוברים לנושים ופועלים יחדיו בניגוד לדעת הנאמן אשר חובר לשותף פושט הרגל, ולעתים השותפים הסולבנטיים יכולים לפעול בניגוד לאינטרסים של בני בריתם הקודמים, הנושים. וכפי שראינו, המגמה של כל השחקנים אינה בהכרח השאת קופת הנשייה.

196 וראו פירוש ויישום ההוראה בעניין פר"ק (מחוזי י-ם) 14554-02-14 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' Hadassah Woman's Organization of America Inc. (פורסם בנבו, 22.5.2014).

197 וראו עניין קלאבמרקט, לעיל ה"ש 104, שבו הדגיש בית המשפט כי אפשר שיהיו מצבים שבהם יהיה מוטב להבריא חברה ולשקמה במקום לחסלה. בית המשפט ציין כי הדעה הרווחת כיום היא כי פירוק חברה וחסולה בכל מקרה ובלא הבחנה עלולים לפגוע לא רק בחברה עצמה אלא גם בגורמים שונים הקשורים בפעילותה, ולעתים אף בציבור הרחב. לכן כאשר החברה עורנה בעלת פוטנציאל רווחי, ושווייה כעסק חי ומתפקד יכול לעלות על סך שוויים של נכסיה, וכאשר פירוק וחסול מהירים עלולים לדרדר, כשלעצמם, את מצבה של החברה – במצבים מסוג זה הבראת החברה במקום חיסולה יש בה כדי להועיל לנושים וגם לגורמים נוספים, כגון עובדי החברה ומנהליה, בעלי עסקים העומדים עם החברה בקשרי מסחר, ולעתים – אף למשק כולו. על כן במצבים אלה הנטייה כיום היא למצות את דרכי ההבראה של החברה במקום לחסלה כאשר יש סיכוי להעלותה על פסים יצרניים וכלכליים.

3. הפגת המתחים ואיזון האינטרסים בין השחקנים השונים שלא באמצעות ויתור על דרישת מעשה פשיטת הרגל של שותף בשותפות פושטת רגל

מלבד המתחים שבין השותפים לבין עצמם, שעליהם דובר לעיל, בכל הנוגע ליחסים שבין השותפים לבין הנושים של השותפות פושטת הרגל, די בהטלת האחריות האישית על השותפים לפרוע את חובות השותפות לפי פקודת השותפויות, שלפיה יש גם צורך להגיש תביעה אישית נגד כל אחד מהשותפים מבלי להטיל עליהם סנקציה של פשיטת רגל.¹⁹⁸ הטלת האחריות האישית מתמרצת דייה את השותפים לפרוע את חובות השותפות, ואילו הכרזתם פושטי רגל היא שעלולה להוביל אותם לפעול באופן שיכול להזיק הן לשותפות והן לנושיה. גם קשה לראות את התועלת שתצמח מהכרזת השותפים פושטי רגל. כפי שצינו לעיל, הליך פשיטת הרגל הוא הליך גבייה קולקטיבית. במקרה כזה היה והמשאבים העומדים לרשות השותפים מצומצמים, נושי השותפות אשר יוכלו לפעול לגביית חובם מהשותפים לבדם מחוץ להליך פשיטת הרגל של השותפות יאלצו לחלוק משאבים אלו עם כלל נושיהם של השותפים. אכן כל נושה שוקל שיקול זה שעה שהוא יוזם הגשת בקשה להכרזת בעל חובו פושט רגל. ואולם, במקרה של שותפים החייבים לשאת בחובות השותפות שטרם ננקטו הליכי פשיטת רגל נגדם ההנחה היא כי אותם שותפים, בהתעלם מחובותיהם האחרים, אם קיימים, הם בני פירעון חוב השותפות,¹⁹⁹ והכנסתם להליך הקולקטיבי עלולה להביא למצב שבו לא יוכלו לפרוע את מלוא החוב של השותפות כלפי הנושה בה.

יתרה מזאת, ראינו כי לפי דיני פשיטת הרגל, הנכסים המשותפים של השותפים ישמשו תחילה לתשלום חובותיהם המשותפים, והנכסים הנפרדים של כל שותף ישמשו תחילה לתשלום חובותיו הנפרדים. היינו, כל אימת שהנושים יימנעו מנקיטת הליכי פשיטת רגל נגד השותפים, אין הם מנועים מלפעול נגד השותפים כדי לגבות מהם את חובם מתוך נכסיהם, ובלבד שהגבייה תיעשה תחילה מתוך נכסי השותפות. פקודת פשיטת הרגל מעמידה לפני הנושים גם את האופציה לחלוק את הנשייה עם כל שאר נושיהם של השותפים, ואין נחיצות שהם יפעלו להכרזת השותפים פושטי רגל.²⁰⁰

עם זאת יש מקרים שבהם יש לבכר את האינטרסים של הנושים על פני אלו של השותפים, למשל באותם מקרים שבהם, בדומה לחברה, אין תוחלת לשותפות ולא תצמח כל תועלת לנושים מהמשך קיומה. במקרים כאלו הדרך היא ללא מוצא, ויש להעדיף את האינטרסים של הנושים לצמצם את נזיקהם ולגבות מתוך מימוש נכסי השותפות ומתוך מימוש נכסי החברים בה את מלוא נשייתם באמצעות נקיטת כל הליכי הגבייה העומדים

198 ס' 20 לפקודת השותפויות, וראו ה"ש 140 לעיל.

199 כאמור בס' 80(ג) לפקודת פשיטת הרגל.

200 ס' 80(ג) שם קובע לעניינינו כך: "במקום שאין נכסים משותפים ואין שותף כשר-פירעון שאפשר לתבעו, יוכלו הנושים מן הנכסים המשותפים לתבוע מנכסיו של כל שותף נפרד ולקבל מתוכו דיבידנדים, בשיעור שווה עם כל נושה מן הנכסים הנפרדים [...]". משמעותו של דבר, כי אם לא עלה בידי נושי השותפות לגבות את חובם מתוך נכסי השותפות, בידם לגבות את החובות מתוך נכסיהם הפרטיים של השותפים, אך במקרה שכזה הם יצטרכו לחלוק את כספי המימוש עם שאר נושי השותף, כל נושה לפי חלקו היחסי בנשייה הכוללת כנגד אותו שותף.

לרשותם, כולל הכרזת השותפים פושטי רגל. מקרה אחר שבו יש להעדיף את הנושים על פני השותפים ולאפשר להם להכריז על השותפים פושטי רגל הוא כאשר השותפים ניהלו את עסקי השותפות בתרמית²⁰¹ או בכל דרך שבעטייה היה מורם מסך ההתאגדות מעל פני חברה.²⁰² במקרים כגון אלו לא צריכה להיות רתיעה להכריז על השותפים פושטי רגל.²⁰³ סיכומו של דבר, ניגוד האינטרסים שבין כל השחקנים לעת פשיטת רגלו של חבר בשותפות או לעת פשיטת רגלה של השותפות מוביל לדידי למסקנה כי במקום שבו קיימת התנגשות בין דיני השותפויות לבין דיני פשיטת הרגל, יש לבכר את דיני השותפויות על פני דיני חדלות הפירעון. כלומר, קשה למצוא הצדקה לויתור על הדרישה למעשה פשיטת הרגל של שותף בשותפות פושטת רגל. מסקנה זו נובעת מכמה סיבות: ראינו כי הכנסתם של חברי השותפות הסולבנטיים להליך פשיטת הרגל אוטומטית, בהיעדר מעשה פשיטת רגל מצדם, מונעת את גביית חובות השותפות מהם, דבר המתאפשר לולי הליך פשיטת הרגל לפי דיני השותפויות. בכך ניזוקים נושי השותפות מפני שהם מנועים מלגבות מהשותפים הסולבנטיים את חובות השותפות כלפיהם; ראינו כי הכרזתם האוטומטית של השותפים הסולבנטיים פושטי רגל עלולה להוביל אותם לבחור בדרכים שיזיקו לשותפות, דבר שהיה נמנע לפי דיני השותפויות; ראינו גם כי לפי דיני השותפויות, פשיטת רגלו של שותף מביאה את השותפות לידי פירוקה. תוצאה זו הגיונית, שכן יש להניח שהשותפים האחרים לא יחפצו להמשיך בפעילות השותפות כאשר הם נושאים במלוא עול החיובים הכספיים של השותפות, ודי יהיה להם לפרוע את חובות השותפות שנוצרו עד למועד הפירוק. לעומת זאת אם חדלות הפירעון של השותף תוביל לפשיטת רגלה של השותפות, וזו תוביל לפי דיני פשיטת הרגל להכרזתם האוטומטית של השותפים פושטי רגל, נושי השותפות ייפגעו ולא יוכלו לגבות את חובות השותפות כלפיהם מהשותפים הסולבנטיים. היינו, הענקת בכירות לדיני פשיטת רגל, ודאי הכרזתם האוטומטית של כל השותפים פושטי רגל ללא ביצוע מעשה פשיטת רגל על ידיהם, תסכל את יישומם של דיני השותפויות על היתרונות הגלומים בהם. בכך יינתנו פתרונות טובים פחות לניגוד העניינים הקיים ממילא – בין השותפים לבין עצמם ובין נושיהם ונושי השותפות.

201 בפירוק חברה הדבר מתאפשר נוכח הוראת ס' 373 לפקודת החברות, המורה כי אם בית המשפט ישתכנע שעסקי החברה התנהלו מתוך כוונה לרמות את נושיה או את נושיו של אדם אחר או לכל מטרת מרמה, הוא רשאי להצהיר שכל נושא משרה שלה שהיה שותף בניהול העסק ביודעין, יישא באחריות אישית ללא הגבלה לחביותיה של החברה, כולן או מקצתן.

202 ס' 6(א) לחוק החברות קובע כי בית משפט רשאי לייחס חוב של חברה לבעל מניה בה אם מצא כי בנסיבות העניין צודק ונכון לעשות כן במקרים החריגים שבהם השימוש באישיות המשפטית הנפרדת נעשה באופן שיש בו כדי להונות אדם או לקפח נושה של החברה או באופן הפוגע בתכלית החברה ותוך נטילת סיכון לא סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה.

203 לעומת זאת בחברה קיימת רתיעה להטיל אחריות על נושאי משרה בחברה בת פירעון מפני שיש בהטלת אחריות מוגברת כזו חשש מהרתעת יתר של נושאי המשרה; היא עלולה להוביל לתביעות סרק ולהצפה של תביעות נגד נושאי המשרה; היא גורמת להתערבות שיפוטית בהחלטות עסקיות של נושאי המשרה; היא פוגעת ביתרון הטמון בחשאיותה של ההתנהלות העסקית של החברה (ראו שרון חנס "כלל שיקול-הדעת העסקי" עיוני משפט לא 313, 333–339 (2009)). לעומת זאת שיקולים אלו אינם קיימים בשותפות, שבה השותפים נושאים באחריות מלאה לחובות השותפות, שהיא כאמור בעלת אישיות משפטית לא עצמאית.

כפי שנאמר לעיל, נדמה כי גם במסגרת החקיקה הקיימת, זולת ביטול תקנה 134 לתקנות פשיטת הרגל ניתן להגיע לתוצאה הרצויה, שבמסגרתה הכרזת החברים בשותפות פושטת רגל לא תהיה אוטומטית ללא קיומה של עילה עצמאית כלפי השותפים. עם זאת צריך להודות על האמת, כי קשה למצוא תרופה הולמת לכל ניגודי האינטרסים המובנים הקיימים בין כל השחקנים בזירת פשיטת רגל של שותפות או פשיטת רגל של שותף בשותפות שאינה חדלת פירעון. אך כפי שראינו, הדרך להפיג את המתחים ולאזן בין האינטרסים של השחקנים השונים, עד כמה שניתן, אינה באמצעות הכרזתם האוטומטית של השותפים בני הפירעון של השותפות פושטת רגל.

ד. סיכום

במאמר זה עמדנו על אופייה המיוחד של השותפות ועל דרכי פירוקה. ראינו כי קשה להלום את הפרשנות הקיימת כיום של דיני פשיטת הרגל על כניסתם של חברי השותפות להליך פשיטת רגל רק בשל כניסתה של השותפות להליך פשיטת רגל משלה. אם משטר פשיטת הרגל בישראל עומד על קיומו של מעשה פשיטת רגל כתנאי לפתיחת הליך פשיטת רגל נגד חייב שאינו חבר בשותפות, הוויתור על דרישה זו שעה שמדובר בחבר בשותפות פושטת רגל אינו ברור.

ראינו שבמקרים של התנגשות נכון לבכר את דיני השותפויות על פני דיני פשיטת הרגל ולהכריע בדבר גורלה של השותפות על פי הסכמות חברי השותפות מבלי לערב את השיקולים שבדיני פשיטת הרגל בהמשך ניהולה של השותפות, גם בעת חדלות פירעונו של חבר אחד בה. גם במקום שבו השותפות עצמה נכנסת להליך חדלות פירעון אין מקום לכניסת השותפים להליך פשיטת רגל רק בשל היותם חברים בשותפות פושטת רגל, ודאי כשאין הגדרה מדויקת אימתי אכן קיימת שותפות בין החברים בה. הליך מעין זה אינו מתיישב בהכרח עם האינטרסים של הנושים, והוא נוגד את העקרונות של הליך פשיטת הרגל.

ראינו גם כי האינטרסים של השותף פושט הרגל, של הנושים, של השותפים האחרים בשותפות (שאינה פושטת רגל) ושל הנאמן על נכסי פושט הרגל אינם תמיד זהים. בתוך כך הסברנו כי ויתור על דרישת מעשה פשיטת הרגל של שותף בשותפות פושטת רגל איננו פתרון לאפשרות שכל אחד מהשחקנים ימשוך לכיוון אחר, דבר שלא בהכרח יוביל להשאת התועלת לנושים ולחייב גם יחד, שהיא עיקר תכליתו של הליך פשיטת הרגל.