

על ארבעה וחמישה : מניעת רכוש מנושים של חברה חדלת פירעון

מאת

דוד האן*

משנקלעה חברה לחדלות פירעון ונפתח בעניינה הליך רשמי דוגמת פירוק או הבראה, בעלי התפקיד שמינה בית המשפט עלולים לגלות שקופת החברה העומדת לפירעון לנושיה דולדלה ונפגעה טרם קריסתה הסופית. יש במשפט הנוהג דינים העשויים להתמודד עם דלדול כאמור שנגרם עקב מהלך מחושב ולא תקין מצד החייב או נושהו; אחדים מהם, העשויים לתקן את הקלקול שנגרם, מתמקדים ברכוש שנגרע מקופת החברה. ארבעה דינים כלולים בקבוצה זו: העברת רכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון, העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך, חלוקה אסורה ודחיית חובות. ברשימה זו אציג את הקשר הרעיוני בין דינים אלה ואבליט את הבדלי הפרטים ביניהם. אראה כיצד דינים אלה עשויים להשיב לקופת החברה רכוש שנגרע ממנה, או למנוע נושה המבקש לממש זכות נטענת מלמשה עקב קעקוע בסיס הלגיטימיות שביסוד תביעתו. עוד אראה כי בנסיבות עובדתיות מורכבות עשויים בתי המשפט לשלב באופן מעשי בין אחדים מן הדינים למען הגנה ראויה על קופת החברה וזכויות נושיה. לבסוף אעמוד על היחס בין הדינים האמורים לבין דין הרמת המסך. אטען כי הפופולריות של דין הרמת המסך בבתי המשפט נובעת, בין השאר, ממגבלת ההתפרשות של דין העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך ומדחיית חובות לפי המשפט הנוהג. לפיכך, בסוף הרשימה אקרא למחוקק לתקן ליקויים אלה ולאפשר לבתי המשפט להרחיב את השימוש בדינים האמורים; את דין הרמת המסך, לעומת זאת, ראוי לצמצם ולשמור כדין שיורי.

א. מבוא. ב. הגנה על קופת החייב: ארבעה דינים. 1. העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך; 2. חלוקה אסורה; 3. העברת רכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון; 4. דחיית חובות; ג. היחס בין ארבעת הדינים. 1. זהות הנהגה מן הפעולה; 2. הגנה מפני גריעה מן הקופה; 3. מועד הפעולה וכשרותה הנחוצה; 4. תקופת הזמן לתקיפת הגריעה מן הקופה; 5. יצירת שעבוד בעת חדלות פירעון; ד. הזנה והשלמה הדדית בין הדינים. 1. נטילת רכוש כראיה התומכת בדחיית חובות; 2. דחיית חובות כאמצעי עזר להשבת רכוש שניטל; ה. בין ארבעת הדינים לבין הרמת מסך. 1. דחיית חובות מול הרמת מסך; 2. העברות רכוש והרמת מסך; 3. הדין הרצוי: הרמת מסך כדין שיורי; ו. סיכום.

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. אני מודה לחברי מערכת משפטים ובעיקר לעורכים אלידור בליטנר ורועי קונפינו על הערותיהם המצוינות שתרמו להשבחת מאמר זה.

א. מבוא

משנקלע חייב לחדלות פירעון ניצבים נושיו לפני קשיים רבים. המחסור במשאבים מונע מהחייב לפרוע את מלוא התביעות של כל הנושים. אחדים מן הנושים ייפרעו באופן חלקי בלבד ואחדים עלולים שלא להיפרע כלל. עדיפות הפירעון המוקנית לכל חוב תקבע את מידת פירעונו. לפי כלל העדיפות המוחלטת, חובות מובטחים ייפרעו בראשונה, אחריהם חובות בדין קדימה ואחריהם חובות לא-מובטחים. כאשר החייב הוא חברה, בעלי המניות לא יהיו זכאים לקבל כל ערך כספי שהוא מקופת החברה כל עוד לא נפרעו כל הנושים את מלוא חובותיהם.¹ אלו עובדות מוגמרות. ברם, לעתים מתברר כי אחד הגורמים שגרמו לשבר הפוקד את נושי החייב, או למצער העמיקוהו, הוא התנהגות מודעת של החייב או של אחד הנושים, שדלדלה את היתרה בקופה העומדת לטובת כלל הנושים עובר לפתיחת ההליך של חדלות הפירעון. הוצאת רכוש מן הקופה לטובתו הפרטית של נושה, בעל מניות או אדם לא קשור פוגעת פגיעה ישירה בשווי של קופת החברה שתשמש מקור פירעון לנושיה.

פגיעות מכוונות בקופת החברה מעוררות את הצורך לקבוע דינים שיגנו על כלל נושי החברה מפני תוצאותיהן הנפסדות. המשפט הישראלי אכן מציע מגוון של דינים העשויים להתמודד עם פגיעות מכוונות בקופת החברה ולפצות את נושיה בגין הפגיעה האמורה.² דרכי ההתמודדות האפשריות נחלקות בעיקרן לשתי קבוצות. קבוצה אחת היא הדינים המקנים עילות תביעה אישיות נגד האחראים לפעילות הנפסדת. קבוצה זו כוללת עילות תביעה נגד נושאי המשרה בחברה בשל הפרת חובותיהם כלפי החברה³ ועילת

- 1 לתיאור כלל העדיפות המוחלטת ופועלו ראו דוד האן דיני חדלות פירעון 473-474 (2009); DOUGLAS G. BAIRD, THE ELEMENTS OF BANKRUPTCY 62-74 (3rd ed. 2001). המונח "absolute priority rule" הוטבע לראשונה אצל James C. Bonbright & Milton M. Bergerman, *Two Rival Theories of Priority Rights of Security Holders in a Corporate Reorganization*, Walter J. Blum & Stanley A. Kaplan, *The*: 28 COLUM. L. REV. 127 (1928). ראו עוד: Alan Schwartz, *The Absolute Priority Rule and the Firm's ex ante Investment Policy*, 72 WASH. U. L.Q. 1213 (1994). לביקורת על כלל העדיפות המוחלטת ולהמלצה להמירה בכלל העדיפות החלקית ראו האן, שם, בעמ' 552-560.
- 2 מבחינה כלכלית הפגיעה היא בכלל נושי החברה, אך מבחינה משפטית רשמית הנפגע הוא החברה עצמה, כאישיות משפטית. לפיכך, עילת התביעה הרשמית תינתן לחברה ותופעל מטעמה על-ידי דירקטוריון החברה (ס' 49 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 190), או בעל מניות או דירקטור באמצעות התביעה הנגזרת (ס' 194 לחוק החברות). עם כניסת החברה לפירוק יוסמך המפרק לברו להגיש תביעות משפטיות כאמור מטעמה (ס' 205 לחוק החברות).
- 3 חובות אלה הן חובות הזהירות וחובות האמונים כאמור בס' 252 ו-254 לחוק החברות, בהתאמה.

תביעה נגד נושאי המשרה של חברה בפירוק בגין ניהול עסקי החברה במרמה.⁴ דין נוסף שעניינו תביעה אישית הוא הרמת המסך.⁵ ברם, בשונה מן העילות הקודמות, הרמת מסך היא דין המכוון נגד בעלי המניות של חברה ולא נגד נושאי המשרה בה.⁶ הקבוצה השנייה היא קבוצת דינים המקנים סעד מתקן, המשיב לקופת החברה ערך כלכלי שהוצא ממנה לטובת מי שפעל במכוון להשאת תועלתו הפרטית בנסיבות לא ראיות.⁷ קבוצה זו כוללת את הדינים בדבר העדפת נושים,⁸ הענקה,⁹ חלוקה אסורה¹⁰ ודחיית חובות.¹¹ הקבוצה הראשונה, הכוללת בעיקר עילות תביעה אישיות נגד נושאי משרה בחברה, נדונה בהרחבה בספרות.¹² עם זאת ראוי לציין כי חרף היותן של עילות התביעה האישיות נגד נושאי המשרה מקור אפשרי לפיצוי החברה, יעילות הפיצוי לפי תביעות אלה עלולה להתגלות כמוגבלת. החובות שבגין הפרתן קמות עילות אלה יעילות לצורך הרתעה מלכתחילה של נושאי משרה – לבל יפעלו באופן לא ראוי ותוך פגיעה בחברה.

- 4 ס' 373 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, נ"ח 761. על פועלה של עילת תביעה זו ראו בהרחבה צפורה כהן פירוק חברות 743-768 (2000).
- 5 ס' 6 לחוק החברות.
- 6 הרמת מסך תידון להלן בפרק ה'. בסיס נוסף לתביעה אישית נגד הפועלים בשמה של החברה הוא התנהגות בחוסר תום לב, תוך הפרה של ס' 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 694. סעיף זה מקנה זכות תביעה אישית לנפגע כלפי מי שפעל כלפיו בחוסר תום לב, אפילו אם הפועל איננו צד רשמי לחוזה כי אם פועל מטעם צד כאמור. לפיכך, בעל מניה או נושא משרה בחברה שפעל כלפי צד שלישי בחוסר תום לב עלול לחוב אישית בשל כך. ראו ד"נ 7/81 פנידר נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673 (1983); ע"א 10582/02 בן אבו נ' דלתות חמדיה בע"מ, פסק הדין של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 16.10.2005). אולם, ראו ע"א 4612/95 מתתיהו נ' שטיל (פורסם בנבו, 27.10.1997) (הפרת חובת תום הלב בעת קיום חוזה מטעם חברה איננה מקנה עילת תביעה אישית כלפי מנהל החברה, שכן הפרת חובה זו היא הפרת החוזה על-ידי החברה עצמה). עילת תביעה זו איננה שייכת לדיון במאמר זה. חוסר תום לב הוא עילת תביעה אישית לטובתו של צד שלישי מסוים כלפי אדם שפעל מטעם החברה וניסה לפעול לטובתה בכך שנמנע מגילוי מידע מזיק על אודותיה לצד השלישי. ראו עניין פנידר, שם, בעמ' 691. מאמרי עוסק בעילות תביעה של החברה (וכאמור, בעקיפין, של כלל נושאי) וסעדים לטובתה בשל פגיעה בקופתה.
- 7 על היחס בין הדינים מהקבוצה השנייה לעילות תביעה מהקבוצה הראשונה (קרי: עילות תביעה נגד נושאי המשרה בחברה שהפרו את חובותיהם בהחליטם על פעולות כאמור) ראו Laura Lin, *Shift of Fiduciary Duty upon Corporate Insolvency: Proper Scope of Directors' Duty to Creditors*, 46 VAND. L. REV. 1485, 1513-1518 (1993).
- 8 ס' 98 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980, נ"ח 639 וס' 355 לפקודת החברות.
- 9 ס' 96 לפקודת פשיטת הרגל.
- 10 ס' 301-302 לחוק החברות.
- 11 ס' 6(ג) לחוק החברות.
- 12 ראו אירית חביב-סגל דיני חברות 341-350 (2007); עמיר ליכט "הרמת מסך והדחיית חוב לאחר תיקון 3 לחוק החברות: מה נשתנה?" תאגידים ב 65, 72-71, 82-80 (2005).

ברם, ספק אם הסעדים הנפסקים בתביעות על סמך עילות אלה יסייעו לפצות את החברה לאחר שנפגעה בפועל מפעולות כאמור. כפי שיובהר להלן, אחדות מן הפעולות שבהן עוסקת רשימה זו – ובראשן העברת רכוש מקופת החברה לידיים אחרות בלא קבלת תמורת בת-ערך מקביל – הן פעולות שבהן נושאי המשרה פוגעים בחברה ביודעין; זו איננה רשלנות גרידא. אשר על כן, בנסיבות כאמור ילקן נושאי המשרה על-פי רוב בהפרה של חובת האמונים שלהם. דא עקא, לנושאי משרה אין כיסוי ביטוחי בגין הפרה של חובת האמונים.¹³ עולה אפוא כי המקור היחיד לפיצוי החברה הוא רכשו האישי של נושא המשרה. ספק רב אם יש בהונו האישי של נושא המשרה די שווי כדי לפצות את החברה על הנזק שהסב לה. לפיכך, חשוב כי נוסף על עילות התביעה האישיות תוכל החברה לפצות את עצמה באמצעות דינים אחרים.¹⁴

אף כי כל אחד מן הדינים הכלולים בקבוצה השנייה נדון בעבר לכשעצמו, טרם התקיים עד כה דיון הולם בספרות בדינים אלה כקבוצה בעלת מכנה משותף. לפיכך, רשימה זו מבקשת להאיר את הקבוצה השנייה. אלה מטרותיה: ראשית, הרשימה מבקשת לבסס את דבר היותם של דינים אלה בני משפחה אחת ולא אוסף אקראי של דינים;¹⁵ שנית, הרשימה מבקשת להציג הבדלים אחדים במשפט הנוהג בין העדפת נושים, הענקה, חלוקה אסורה ודחיית חובות, ולבחון עיונית אם הבדלים אלו ראויים; שלישית, הרשימה תראה כי במשפט הנוהג מתקיימת גם הזנה הדדית בין הדינים שבקבוצה השנייה וכי הזנה זו מועילה; לבסוף, הרשימה תטען כי בתי המשפט נוטים להשתמש

13 ס' 261 לחוק החברות.

14 ראו גם Production Resources Group v. NCT Group, 863 A.2d 772, 787 (Del. Ch. 2004) ("Typically, creditors may not allege fiduciary duty claims against corporate directors. It is presumed that creditors are capable of protecting themselves through the contractual agreements that govern their relationships with firms. Furthermore, a specific body of law – the law of fraudulent conveyance – exists precisely to protect creditors. And, of course, important elements of federal bankruptcy law also protect creditors. Given that these legal tools exist to protect creditors, our corporate law (and that of most of our nation) expects that the directors of a solvent firm will cause the firm to undertake economic activities that maximize the value of the firm's cash flows primarily for the benefit of the residual risk-bearers, the owners of the firm's equity capital. So long as the directors honor the legal obligations they owe to the company's creditors in good faith, as fiduciaries they may pursue the course of action that they believe is best for the firm and its stockholders. Indeed, in general, creditors must look to the firm itself for payment, rather than its directors or stockholders, except in instances of fraud or when other grounds exist to disregard the corporate form")

15 Robert C. Clark, *The Duties of the Corporate Debtor to Its Creditors*, 90 HARV. L. REV. 505 (1977).

בדין הרמת המסך לתיקון פגיעות בקופת החברה לנוכח המגבלות שבמשפט הנוהג על הפעלת דין הענקה (דין מהקבוצה השנייה) ותקרא לתיקון עניין זה. לאחר שיתוקן העניין בחוק או בפסיקה אפשר יהיה לצמצם את השימוש בדין הרמת המסך ולהותירו כאמצעי שיורי.

מבנה הרשימה הוא כדלקמן: פרק ב' יציג את ארבעת הדינים שנועדו לתקן פגיעה בקופת החברה ולהשיב לה ערך כלכלי שהוצא ממנה תוך פגיעה בכלל נושיה. פרק זה יבהיר את פועלם של דין העדפת נושים, דין הענקה, דין חלוקה אסורה ודין דחיית חובות. הדיון בחלק זה יבהיר את הזיקות הרעיוניות שבין דינים אלה.

פרק ג' יחדד את פועלו הייחודי של כל אחד מהדינים. הדיון ידקדק בנסיבות הטיפוסיות שבהתקיימן נכון להפעיל כל דין. הדיון יעמוד על רכיבים אחדים שבהם נבדלים הדינים זה מזה: זהות הנהנה מהעברת הרכוש, הסעד האופרטיבי שייפסק בגין הפעולה, מועד הפעולה וכשרותה הנחזית ותקופת הזמן שבה פעולה כאמור חשופה לתקיפה בדיעבד. פרק זה אף יבחן קונקרטי איזה מארבעת הדינים מתאים יותר לבחינת מעמדו של שעבוד שנוצר בעת חדלות פירעון של החייב.

פרק ד' של הרשימה יבחן נסיבות מורכבות מעט יותר, שבהתקיימן יש מקום שבתי המשפט יסתייעו – ולו באופן עקיף או סמוי – בפועלו של אחד הדינים המגנים על ענייניהם של הנושים כאמצעי שיסייע בידיהם להפעיל באופן ישיר דין אחר ממשפחת דינים זו. פרק זה ידגיש את ההשלמה שהדינים משלימים זה את זה. הדיון יראה כי חרף מגבלות בחוק, המונעות את ההפעלה הישירה של אחד הדינים בקבוצה הנדונה, לעתים אפשר להשתמש בפעולות שביסוד הדין האמור כראיה נסיבתית מחשידה או כאמצעי עזר הסולל לבית המשפט את הדרך להפעיל במישור דין חלופי מן הקבוצה.

פרק ה' של הרשימה יעמוד על היחס בין הדינים שבקבוצה הנדונה לבין דין הרמת המסך. חלק זה יטען כי הריבוי היחסי של השימוש בדין הרמת המסך בבתי המשפט נובע, בין השאר, מן המצב המשפטי הלקוי בישראל, שאיננו מאפשר לבטל העברת רכוש מן החברה בלא תמורה שוות ערך כהענקה פסולה. בחלק זה אקרא למחוקק לתקן ליקוי זה ואמליץ להותיר את דין הרמת המסך כאמצעי שיורי בלבד. השימוש בו ייעשה אפוא רק אם ייכשלו יתר הדינים בהגנה על קופת החברה ועל זכויות נושיה או אם עלות השימוש בדינים אלה עלולה לעלות על התועלת שבהם.

ב. הגנה על קופת החייב: ארבעה דינים

חדלות פירעון של חברה היא אבן הבוחן להערכה של סיכוני פעילותה העסקית. לכל משקיע יש מעמד חלוקתי מסוים בעת חדלות פירעונה. מעמדו של כל משקיע נגזר ממידת הסיכון שקיבל על עצמו (אם הוא משקיע רצוני) ומהמדיניות המשפטית של

חלוקת ההפסדים בין הנושים (ביחס לנושים לא רצוניים). מידת הסיכון מגולמת בכלל החלוקה המוכר בשם "כלל העדיפות המוחלטת".¹⁶ כלל זה קובע כי כל בעל תביעה ייפרע מן החברה לפי מעמדו החלוקתי, בעדיפות מלאה על כל בעלי התביעות הנחותים ממנו במדרג החלוקה. אלה שהתקשרותם עם החברה כרוכה בדרגת סיכון גבוהה יחסית ממוקמים בתחתית המדרג. מדרג החלוקה מבכר את הנושים המובטחים על הנושים הלא-מובטחים ואת אלה – על בעלי המניות. מפרק חברה אמור לחלק את הכספים המתקבלים ממימוש נכסיה בהתאם לכלל העדיפות המוחלטת. לשם כך, עליו למפות תחילה את בעלי התביעות כלפי החברה ולהגדיר את שיעור תביעותיהם. עם זאת, במהלך תפקידו המפרק מזהה לא אחת פעולות או עסקות שנערכו בעברה של החברה שהיה בהן כדי לעוות את הקצאת הסיכונים הבסיסית המגולמת בכלל העדיפות המוחלטת. עיוותים אלה נגרמים עקב ניצול השפעה או מידע שבידי אחד מבעלי התביעות לשם "שיפור עמדה". משפחת הדינים האמורה נועדה בעיקרה לשמש מענה משפטי לשיפורי עמדות כאמור בנסיבות שבהן הם לא ראויים, פוגעים בקופת החברה ומעוותים את הקצאת הסיכונים הכללית. באופן כללי ומעט מופשט אפשר לומר כי שיפורי עמדות נעשים על-פי רוב באחת משתי דרכים אופייניות – נטילת רכוש בפועל מן הקופה או שריון הזכות באופן הנחזה ככשר, ובאחת משתי תקופות זמן – בעת שהחייב כבר נעשה חדל פירעון או בטרם נעשה החייב חדל פירעון, כצעד צופה פני חדלות פירעון. ארבעה דינים קמים נגד פעולות אלה ונגד פגיעתן בקופת החייב העומדת לפירעון החובות לכלל נושיו. משותף לדינים אלה המעקב שהם עוקבים במישור אחר רכוש החייב שניטל או שורייין. דינים אלה הם: (א) העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך; (ב) חלוקה אסורה; (ג) העברת רכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון; (ד) דחיית חובות. להלן נראה כי שלושת הדינים הראשונים מתמקדים בעיקר בנטילת רכוש בפועל מקופת החייב. לעומתם, הדין הרביעי מתמקד בעיקרו בהתמודדות מול זכויות תביעה הנחזות על פניהן ככשרות, שמימושן נתבע במסגרת הליכים רשמיים של חדלות פירעון.

1. העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך

לא אחת אדם מעביר, מרצונו החופשי, רכוש שהיה בבעלותו לאדם אחר בלא תמורה שוות ערך.¹⁷ העברת רכוש של אדם לידי הזולת בלא שניתנת נגדה תמורה שוות ערך מדלדלת את קופת המעביר. אם המעביר כפוף להתחייבויות כספיות ונתון בקשיים פיננסיים, או שייקלע לקשיים פיננסיים עקב ההעברה האמורה, אזי העברת רכוש כאמור מצדו, בטרם נפרעו נושיו את חובותיהם, היא פעולה המעוותת את הקצאת הסיכונים הגלומה בכלל העדיפות המוחלטת. לפי כלל זה, תחילה נפרעים כל הנושים, בטרם

16 על כלל זה ראו לעיל ה"ש 1.

17 באין תמורה כלל העברה זו היא מתנה. ראו חוק המתנה, התשכ"ח-1968, ס"ח 102.

ייוותר ערך להנאתו האישית של החייב עצמו (או של בעלי מניותיו, במקרה של חייב תאגידי). העברת רכוש המסכלת פירעון מלא לנושים היא אפוא העברה שאין להכיר בתוצאותיה. האמצעי המשפטי האמור להתמודד עם העיוות הזה בהקצאת הסיכונים ולתקנו לאחר מעשה הוא דין הענקה.¹⁸ במקום אחר הצעתי לכנות דין זה בשם העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך.¹⁹ דין זה מאפשר לבטל את הוצאת הרכוש מקופת החייב וכופה על הנעבר להשיב לידי הקופה את שנטל ממנה. לפי סעיף 96(א) לפקודת פשיטת הרגל, אם העברת הרכוש מן החייב לידי הנעבר התקיימה בשנתיים שקדמו ליום שנעשה החייב פושט רגל,²⁰ העברת הרכוש בטלה בלי להידרש לבירור אם היה המעביר חדל פירעון באותה שעה. המחוקק מניח כחזקה חלוטה כי המעביר היה חדל פירעון באותה שעה.²¹ לפי סעיף 96(ב) לפקודה האמורה, אם העברת הרכוש מן החייב לידי הנעבר התקיימה בין שנתיים לעשר שנים לפני שנעשה החייב פושט רגל, העברת הרכוש בטלה אלא אם כן יוכח שהמעביר היה בר-פירעון בשעת ההעברה.

המחשה לסעדי הביטול וההשבה הגלומים בדין העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך ניתנה בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין לויין.²² בעניין זה ויתר בעל לאשתו על חלקו בבית מגוריהם המשותף ללא קבלת כל תמורה כלכלית. ויתור זה קדם בארבעה ימים למכירה של בית המגורים. מלוא התמורה מן המכירה הועברה אפוא בלעדית לידי האשה. באותה תקופה כבר נקלע הבעל לחובות ולקשיים כספיים. כעבור כארבע שנים החל הליך פשיטת רגל של הבעל. הנאמן בפשיטת הרגל טען כי הוויתור של הבעל על חלקו בבית המגורים הוא העברה של נכס מצד החייב לידי אדם אחר, שנעשה בין שנתיים לעשר שנים לפני תחילת פשיטת הרגל. מכיוון שהנעברת (האשה) לא הוכיחה כי בעת

18 ראו ס' 96 לפקודת פשיטת הרגל; ע"א 3853/98 המנהל המיוחד של עזבון רוזנטל בפשיטת רגל נ' רוזנטל, פ"ד נז(4) 699, 710-709 (2003). לניתוח דין הענקה כאביו ההיסטורי של כלל העדיפות המוחלטת ראו Bruce A. Markell, *Following Zaretsky: Fraudulent Transfers and Unfair Risk*, 75 AM. BANKR. L.J. 317, 328-329 (2001); Bruce A. Markell, *Owners, Auctions and Absolute Priority in Bankruptcy Reorganizations*, 44 STAN. L. REV. 69, 74-90 (1991) Marie T. Reilly, *The Latent Efficiency of Fraudulent Transfer Law*, 57 LA. L. REV. 1213 גם (1997) המספק ניתוח של דין ההענקה מנקודת ראות כלכלית – כדין שנועד להקצות את הסיכונים שבחדלות הפירעון של החייב בין הנושים לבין הנוטל מן הקופה. לעתים מונע הסיכון הזול יהיה זה הנוטל מן הקופה (ואז ראוי להפעיל את דין ההענקה), ולעתים יהיו אלה דווקא הנושים (ואז יש להימנע מהפעלת דין זה).

19 ראו האן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 397-398.

20 לפי ס' 84 לפקודת פשיטת הרגל, יום מעשה פשיטת הרגל של חייב הוא יום תחילת פשיטת הרגל. האירועים המהווים מעשה פשיטת רגל קבועים בס' 5 לפקודה האמורה. ע"א 5709/99 לויין נ' הנאמן על נכסי פושט הרגל לויין, פ"ד נה(4) 925, 943-945 (2001).

21 לביקורת על סעיף זה ועל ההנחה הגלומה בו ראו האן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 419-420.

22 לעיל ה"ש 20.

הוויתור היה בעלה בר-פירעון, הייתה זו העברה שיש לבטלה כאמור בסעיף 96(ב) לפקודת פשיטת הרגל. בית המשפט קיבל את עמדת הנאמן ופסק כי גם ויתור על זכות כלכלית הוא העברת נכס, וכל עוד לא עמד נעבר בנטל ההוכחה של היות המעביר בר-פירעון בעת ההעברה, ויתור כאמור שלא התקבל כנגדו ערך כלכלי הוא העברה בת-ביטול. מכיוון שלא הייתה עוד יכולת לעקוב ישירות אחר הנכס שהועבר (קרי: חלקו של הבעל בבית המגורים) נדרשה הנעברת להשיב לקופת החייב השבה כספית של שווי הזכות שהועברה לה.²³

בארצות-הברית מעוגן דין הביטול של העברות כאמור ב־Uniform Fraudulent Transfer Act (UFTA), שאומץ בחקיקה של רבות מהמדינות. חלופות ההענקה הניתנות לביטול מכוח ה-UFTA הן כדלקמן:

- (1) לגבי נושים קיימים ועתידיים (קרי: נושים שתביעתם נולדה לאחר ביצוע ההענקה) –
- (א) אם החייב העביר רכוש במטרה להונות, לעכב או לאחר בתשלום לנושה כלשהו שלו;²⁴ או
- (ב) אם לא ניתנה תמורה שוות ערך להעברה זו כשהחייב התקשר בעסקה שביחס אליה שווי הנכסים שנותרו לו היה קטן במידה לא סבירה;²⁵ או
- (ג) אם לא ניתנה תמורה שוות ערך להעברה זו והחייב התכוון להיכנס לחובות, או שהחייב ידע או היה עליו לדעת שהוא נכנס לחובות, שהם מעבר ליכולתו לשלם בהגיע מועד פירעונם.²⁶

- (2) לגבי נושים קיימים תיחשב העברה לאסורה בשני תרחישים נוספים:
- (א) אם לא ניתנה תמורה שוות ערך כנגד ההעברה והחייב היה חדל פירעון באותה שעה, או נהפך לחדל פירעון כתוצאה ממנה;²⁷ או
- (ב) אם הנעבר הוא איש פנים, ההעברה בוצעה בשעה שהחייב היה חדל פירעון, ולאיש הפנים הייתה סיבה סבירה להאמין שהחייב חדל פירעון.²⁸
- דין ביטול העברות כאמור מופיע בארצות-הברית גם בחוק חדלות הפירעון הפדרלי.²⁹ כאמור, עד היום הסתפק המחוקק בישראל בסעיף 96 לפקודת פשיטת הרגל בקביעה שהעברות רכוש מידי חייב חדל פירעון, שלא ניתנה כנגדן תמורה שוות ערך, הן "הענקה" וניתנות לביטול.

23 ש.ם.

24 Uniform Fraudulent Transfer Act § 4(a)(1) (1984).

25 ש.ם, ס' 4(a)(2)(i).

26 ש.ם, ס' 4(a)(2)(ii).

27 ש.ם, ס' 5(a).

28 ש.ם, ס' 5(b).

29 Bankruptcy Code, 11 U.S.C. § 548 (2010).

2. חלוקה אסורה

בדומה לדין ביטול של העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך, גם דין חלוקה אסורה מתמודד עם נטילת רכוש מקופת החייב.³⁰ הגורם העיקרי המועד להוצאת רכוש מן החברה בטרם פרעה את חובותיה לנושיה הוא קבוצת המשקיעים בעלי ההשפעה בחברה – בעלי המניות.³¹ טרם העברת רכוש כאמור יש לבעלי המניות עניין שיורי בלבד בערך הכלכלי הגלום בקופת החברה. זכותם לקבלת נתח מקופה זו כפופה לקדימותם של הנושים. העברת רכוש מידי החברה לבעלי המניות משבשת את העדיפות המוחלטת שממנה אמורים ליהנות הנושים, ומקנה לבעלי המניות בלעדיות ברכוש המועבר אליהם כשהוא ממורק מכל זכות של נושי החברה. מירוק עניינם של הנושים בהעברה כאמור נובע מהיותו של כל בעל מניות אישיות נפרדת מן החברה. אם הועברה הבעלות ברכוש מן החברה לאישיות אחרת (בעל המניות), כבר אין לנושי החברה תביעה משפטית ביחס לרכוש האמור.³²

דין החלוקה הקבוע בחוק החברות הוא אמצעי מעשי לשלילה של העברת רכוש כאמור לידי בעלי המניות על חשבון עניינם של הנושים אגב פגיעה בזכויותיהם. דין החלוקה מתיר לחברה לחלק מרכושה לבעלי מניותיה בהתקיים שני תנאים מצטברים: (א) החלוקה נעשית מתוך רווחי החברה ו-(ב) החלוקה לא תפגע ביכולת החברה לפרוע את חובותיה.³³ החוק מתיר לחלק מרכוש החברה לבעלי המניות כאשר החלוקה נעשית שלא מתוך רווחי החברה בשני תנאים מצטברים: אם החלוקה לא תפגע ביכולת הפירעון

30 ס' 301-313 לחוק החברות.

31 כוונת הדברים היא שיש לבעלי המניות השפעה יתרה בחברה בהשוואה לנושים. אכן, מידת השפעה זו נמדדת בכלים יחסיים. בחברות שניירות הערך שלהן נסחרים בציבור ייתכן מצב שבו עיקר השליטה מרוכז בידי ההנהלה ואין בעל מניות דומיננטי. ראו, MARK J. ROE, STRONG MANAGERS, WEAK OWNERS: THE POLITICAL ROOTS OF AMERICAN CORPORATE FINANCE (1994). עם זאת, אף בחברות אלה תקפה הטענה שיש לבעלי המניות השפעה גדולה משל הנושים על קבלת ההחלטות בחברה ועל פעולותיה. דברים אלה נגזרים מן העובדה שמכוח זכויות ההצבעה הצמודות למניותיהם יש לבעלי המניות אמצעי השפעה על מינוי הדירקטורים ועל פיטוריהם, ואילו הנושים אינם נהנים מהשפעה כאמור.

32 אלא אם כן נושה של החברה רכש קודם לכן זכות קניינית בנכס דוגמת שעבוד. זכות כאמור תעקוב אחר הנכס ותהיה תקפה גם כלפי בעליו החדש. ראו ס' 4 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967, ס"ח 48.

33 ס' 302 לחוק החברות. הסעיף קובע כי מבחן הרווח מתקיים כשהחלוקה נעשית מתוך רווחי החברה; "רווח" מוגדר שם כ"תרת עודפים או עודפים שנצברו בשנתיים האחרונות, לפי הגבוה מבין השניים, והכל על פי הדוחות הכספיים המותאמים האחרונים, המבוקרים או הסקורים, שערכה החברה [...] ובלבד שהמועד שלגביו נערכו הדוחות אינו מוקדם ביותר משישה חודשים ממועד החלוקה". מבחן יכולת הפירעון בודק "שלא קיים חשש סביר שהחלוקה תמנע מן החברה את היכולת לעמוד בחביותיה הקיימות והצפויות, בהגיע מועד קיומן".

של החברה ואם אושרה מראש על-ידי בית המשפט.³⁴ חלוקה שלא עמדה בדרישות האמורות של החוק הריהי אסורה. אם בוצעה חלוקה אסורה, החברה זכאית לטרוף מידיהם של בעלי המניות את שקיבלו מן החברה ולהשיבו לקופתה לצורך פירעון לנושים.³⁵ במהותם של דברים, חלוקה לבעלי מניות איננה אלא מקרה פרטי של "העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך". חוק החברות מגדיר את המונח "חלוקה" כ"מתן דיבידנד [...] וכן רכישה".³⁶ דיבידנד מוגדר שם כ"כל נכס הניתן על ידי החברה לבעל מניה מכוח זכותו כבעל מניה, בין במזומן ובין בכל דרך אחרת, לרבות העברה ללא תמורה שוות ערך ולמעט מניות הטבה".³⁷ חלוקה היא אפוא העברת רכוש חד-סטרי, מהחברה אל בעל מניה, בלא שבעל המניה ישלם כנגדה באותה שעה תמורה שוות ערך.³⁸ אם החלוקה נעשתה באופן הפוגע ביכולת הפירעון של החברה, החלוקה היא אסורה שכן בעלי המניות הנהנים מן החלוקה מקודמים שלא כראוי וזוכים לנתח כלכלי מן החברה בלא להותיר די לקיום ההתחייבויות לנושים. בהיותה העברת רכוש חד-סטרי, בלא תמורה שוות ערך, חלוקה היא לא אחרת מאשר "הענקה" לבעלי המניות של החברה. זהו מקרה פרטי של הדין שנדון קודם לכן.

34 ס' 303 לחוק החברות.

35 עם זאת, בעל מניות שלא ידע ולא צריך היה לדעת כי החלוקה אסורה לא יידרש להשיב את סכום החלוקה שקיבל לידי (ס' 310(א) לחוק החברות). נוסף על כך החוק קובע כי הדירקטורים שהיו שותפים להחלטה על החלוקה האסורה הפרו את חובתם כלפי החברה (ראו ס' 311 לחוק). מכיוון שאין לצפות מן הדירקטורים ומבעלי המניות (הנהנים מן החלוקה) לנקוט יוזמה ולאכוף את זכות התביעה האמורה של החברה כלפי הדירקטורים, הפקיד החוק את היכולת לאכוף את זכות החברה בידי הנושים: אלה זכאים להגיש תביעה נגזרת בשם החברה בגין החלוקה האסורה; ראו ס' 204 לחוק החברות. אם נקלעה החברה לפירוק חל ס' 205 לחוק החברות, שלפיו הזכות להגיש תביעה מטעם החברה שמורה למפרק לברו.

36 ס' 1 לחוק. לצורך הגדרה זו מוגדרת שם "רכישה" כ"רכישה או מתן מימון לרכישה, במישרין או בעקיפין, בידי חברה או בידי חברה בת שלה או בידי תאגיד אחר בשליטתה, של מניות החברה או של ניירות ערך שניתן להמירם למניות החברה או שניתן לממשם במניות החברה".

37 שם (ההדגשה הוספה).

38 חלוקה לבעלי מניות אמנם נעשית לאור השקעה כספית שהם השקיעו בחברה בעבר; בדומה, העברת רכוש לנושה תבוטל, כאמור, מדין העדפת נושה, אף-על-פי שהפירעון עתה לנושה נעשה בשל אשראי שהזרים לחברה קודם לכן. כלומר: החברה המחלקת לבעלי המניות או פורעת לנושה קיבלה מהם תמורה בעבר. אכן, תמורה מוקדמת זו היא שיצרה את זכותם לקבלת כסף מן החברה (בדומה לכל נושה אחר שרכש את זכותו על סמך העברת ערך לחברה בעבר). דא עקא, בשעת החלוקה או הפירעון מן החברה לידיהם אין נעברים אלה מזרימים לחברה שווי כלכלי תואם. רכוש החברה העומד לפירעון ליתר הנושים מוסיף להצטמק ופוגע בזכויותיהם. לפיכך, העברה כאמור על-ידי החברה פוגעת בהקצאת הסיכונים הבסיסית בין כל המשקיעים בה.

3. העברת רכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון

דרך נוספת העלולה לעוות את הקצאת הסיכונים הבסיסית הגלומה בכלל העדיפות המוחלטת היא נטילה בפועל של רכוש על-ידי נושה בעקבות מידע פרטי על קשייו הפיננסיים של החייב. נטילה כאמור נעשית בדרך כלל במסגרת פעולה שעל פניה אין בה כל רבב משפטי: הנושה פשוט יגבה את חובו – פעולה שהיא לכאורה זכות מוגנת על-פי דין. לא כך הם הדברים לאשורם. אם הנושה איננו בעל עדיפות פירעון עליונה מן החייב, המתנה מסודרת בתור הנושים המתהווה בהליך חדלות הפירעון הממשמש ובא לא תזכהו בפירעון מלא של תביעתו בשל מיעוט המזומנים שנותרו בקופת החייב לאחר פירעון החובות העדיפים ממנו.³⁹ גבייה מקופת החייב בשעה שזה כבר חדל פירעון מזכה אפוא את הנושה-הנוטל בפירעון מלא של חובו, תוך סטייה מכלל העדיפות המוחלטת. ההתמודדות המשפטית עם העיוות האמור של הקצאת הסיכונים ותיקונו לאחר מעשה נעשים באמצעות דין העדפת נושים.⁴⁰ במקום אחר הצעתי לכנות דין זה בשם העברת ערך לידי נושה בעת חדלות פירעון.⁴¹ לפי סעיף 98 לפקודת פשיטת הרגל, אם חייב חדל פירעון העביר ערך לידי נושה מתוך כוונה להעדיף את הנושה האמור או עקב אילוץ או שידול שלא כדין מצד הנושה, והעברה זו התקיימה בשלושת החודשים שקדמו להגשת בקשה שהובילה לפתיחת הליך של חדלות פירעון של החייב, אפשר יהיה לבטל את ההעברה האמורה והנושה יידרש להשיב לקופת החייב את שנטל הימנה. המחשה לסעדי הביטול וההשבה הגלומים בדין העברת רכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון ניתנה בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין כספי.⁴² בפרשה זו הלווה כספי

39 נושים שאינם בדרגות עדיפות מיוחדות נחשבים נושים לא-מובטחים. בין הנושים הלא-מובטחים מתקיים כלל של שוויון, רוצה לומר: כל נושה יזכה לאחוז פירעון זהה לאחרים. ראו ס' 76 לפקודת פשיטת הרגל; ע"א 6010/99 המנהל המיוחד של חברת תבור, תעשיות שיש בע"מ (בפירוק) נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נו(1) 385, 402-403 (2001); ע"א 3225/99 שיכון עובדים בע"מ נ' טש"ת חברה קבלנית לבנין בע"מ, פ"ד נג(5) 97, 119-120 (1999).

40 ראו ס' 98 לפקודת פשיטת הרגל וס' 355 לפקודת החברות. לניתוח הדין ופועלו ראו גם דוד האן "העברת ערך לנושה והמחאת זכות על-ידי נושה: על העדפת נושים בחדלות פירעון" מחקרי משפט טז 197 (2001) (להלן: האן "העדפת נושים בחדלות פירעון"); כהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 404-441. מקרה פרטי של העדפת נושים בדרך של יצירת שעבוד צף להבטחת חובות עבר של נושה קבוע בס' 359 לפקודת החברות. ההבדל היחיד בינו לבין הדין הכללי של העדפת נושים הוא בפרק הזמן הכפול שסעיף זה קוצב כתקופת הזמן החשודה שבה פעולה כאמור מועדת לביטול מדין העדפת נושים. בעוד הדין הכללי שבס' 98 לפקודת פשיטת הרגל וס' 355 לפקודת החברות קוצב תקופה בת שלושה חודשים, ס' 359 קוצב תקופה בת שישה חודשים לביטול השעבוד הצף החדש. ראו שלום לרנר שעבוד נכסי חברה 401-412 (1996). לשאלה אם ראוי לתקוף יצירת שעבוד כאמור מדין העדפת נושים או מדין דחיית חובות ראו להלן בס' 5 לפרק ג.

41 האן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 397-398.

42 ע"א 3911/01 כספי נ' הנאמן לנכסי דיור לעולה, פ"ד נו(6) 752 (2002).

כסף לחברת דיור לעולה. בד בבד העניקה החברה לכספי אופציה לרכישת דירה שהיא בונה במחיר זהה לסכום ההלוואה. כעבור כשנה וחצי מימש כספי את האופציה שעמדה לרשותו וכתת עם החברה הסכם לרכישת דירה, וסכום ההלוואה שטרם נפרעה קוזז ממחיר הדירה שאותו נדרש לשלם. פחות משבועיים לאחר כריתת ההסכם לרכישת הדירה נפתח הליך חדלות פירעון של חברת דיור לעולה.⁴³ בעל התפקיד שניהל את ההליך טען כי מכירת הדירה לכספי לא הייתה אלא פירעון של חוב ההלוואה,⁴⁴ שנעשה שעה שהחברה החייבת הייתה חדלת פירעון ובתוך שלושת החודשים שקדמו לפתיחת הליך חדלות הפירעון בעניינה. לאחר שהוכח לבית המשפט כי המכירה נעשתה מתוך כוונה של החברה להעדיף את הנושה כספי מנושים אחרים, קיבל בית המשפט את עמדתו של בעל התפקיד וביטל את תוקפו של הסכם רכישת הדירה בהיותו העברת רכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון.⁴⁵

4. דחיית חובות

שיפור עמדות וסיכול פועלו של כלל העדיפות המוחלטת עלולים להתבצע גם בדרכים שאינן ניכרות לעין, לכל הפחות בהתרשמות ראשונה של המתבונן. אפשר לשפר עמדה מראש, כבר בעת יצירת הקשר המשפטי בין בעל התביעה לבין החברה. דרך זו איננה כרוכה בנטילה בפועל מקופת החייב: המשקיע ידאג מלכתחילה לשריין לעצמו זכות עדיפות בפירעון של כלל חובות החייב ויבקש לממשה במסגרת הליך רשמי לחדלות פירעון. המשקיע יישאר נושה של החייב ולא ייפרע מחוץ למסגרת ההליך הקיבוצי. ברם, במסגרת ההליך הוא יתבע מבעל התפקיד המרכז את תביעות החוב של כלל הנושים להכיר בזכותו ששוריינה זה מכבר ולפרוע לו בהתאם למעמדה. שריון זכות מראש כדרך לשיפור עמדה יתרחש על-פי רוב בשלב מוקדם, טרם חדלות הפירעון של החייב.⁴⁶ על

43 ההליך שנפתח במקרה זה היה הליך להבראת חברה, שנפתח עם מתן צו להקפאת הליכים לפי ס' 350(ב) לחוק החברות.

44 ביסוד הדברים עומדת ההבנה המשפטית כי עם כריתת חוזה לרכישת הדירה זכה כספי לאלתר במלוא הזכויות המהותיות בדירה – או בכינוי המשפטי המוכר: "זכויות מעין-קנייניות" – אף שהדירה טרם נרשמה במרשם המקרקעין על שמו; זאת, בהסתמך על הלכת אהרונוב (ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג' (4) 199 (1999)). ראו עניין כספי, לעיל ה"ש 42, בעמ' 761-760.

45 הראיות ששכנעו את בית המשפט כי התקיימה כוונת הערפה היו: (א) הסכם המכר נחתם שנה וחצי לאחר מתן האופציה, ערב הגשת בקשת החברה למתן צו הקפאת הליכים, ולא בתוך התקופה המקורית למימוש האופציה (45 ימים בלבד); (ב) מלבד סכום ההלוואה לא ניתן כל ערך נוסף עבור הדירה; (ג) לבעל השליטה בחברה היה עניין אישי בפירעון ההלוואה לכספי משום שערב אישית לפירעונה. שם, בעמ' 765.

46 להלן תידון האפשרות לשריין זכות לטובת נושה אף בעת חדלות הפירעון של החייב. ראו להלן ס' 3 לפרק ג.

פניו, שריון של זכות פירעון – כנושה מובטח או כנושה לא-מובטח – נתפס בעיני המתבונן ככשר למהדרין. פעולה כאמור נחשבת להקצאת סיכונים מחושבת במסגרת חופש ההתקשרות החוזית. עם זאת, יש שפעולה כאמור תלקה אף היא וכשרותה עלולה להתערער. כך יהיה בהתקיים נסיבות נוספות המטילות צל וחשד על עצם הכשרות שברכישת העדיפות על-ידי אותו נושה.

שיפור עמדות בדרך של שריון זכות פירעון אפשרי, בין היתר, בנסיבות שבהן בעל מניות שליטה בחברה מתקשר עם החברה גם כנושה. בעבר טענתי כי מימון חברה בדרך של הלוואה או ערבות של בעלי מניות הוא לכשעצמו התקשרות חוקית, שכן יש שיקולים עסקיים אחדים התומכים באופן מימון כאמור ובהכרה בו כחוב כשר לכל דבר ועניין.⁴⁷ עם זאת, הלכה למעשה, בעל מניות שליטה קובע בעצמו איזה סכום כספי ישקיע בחברה כהשקעה הונית ואיזה סכום כספי יעמיד לה כאשראי. בעניין זה הוא נתון בניגוד עניינים מובנה מול יתר נושי החברה. הוא עלול לנצל את השפעתו היתרה בחברה, לממנה ולהפעילה באופן המגדיל את הסיכונים של יתר הנושים. בעל המניות יעדיף להשקיע סכום נמוך ככל האפשר כהשקעה הונית ולתעל את מרבית כספיו אל החברה בדרך רשמית של אשראי. שיקוליו עלולים להיות שיקולי תועלת פרטית, תוך החצנת סיכונים אל יתר הנושים. בעל המניות מכלכל כי אם החברה תרוויח מן הפעילות האמורה ייהנו מכך רק בעלי המניות, שכן הנושים אינם חולקים ברווחי החברה. לעומת זאת, אם תקרוס החברה ותיהפך חדלת פירעון לנוכח עומס ההתחייבויות, יחלוק בעל המניות עם יתר הנושים בהפסדים בהפרעו באופן יחסי בכשירותו כנושה. עיצוב המימון של החברה באופן לא הולם – קרי: השקעת הון עצמי נמוך מדי ולא מידתי לשיעור התחייבויותיה הצפויות ולצדה הלוואת בעלים גדולה⁴⁸ – הוא מקרה בולט המעורר חשד שמא בעל השליטה דאג להיטיב עם עצמו תוך התעלמות מעניינם של יתר הנושים.⁴⁹ רבים מן

47 דוד האן "דחיית חובות" מחקרי משפט כג 33, 52 (2006). עוד הסקתי שם כי יש לפסול קטגוריית שעבוד נכס של החברה להבטחת הלוואת בעלים ולאפשר לבעל השליטה לזכות לכל היותר במעמד פירעון של נושה לא-מובטח. שם, בעמ' 52-54.

48 מימון באשראי של בעל מניות לחברה מכונה בעגה המסחרית "הלוואת בעלים". זה גם המונח שבו השתמש בית המשפט העליון בע"א 4263/04 קיבוץ משמר העמק נ' מפרק אפרוחי הצפון בע"מ (פורסם בנבו, 21.1.2009). הון עצמי לא הולם מכונה לעתים "מימון דק". ראו אוריאל פרוקצ'יה "מימון דק", הרמת המסך והגבלת האחריות בדיני חברות" עיוני משפט ו 526, 527 (1978). בעניין אפרוחי הצפון הציע השופט רובינשטיין לכנות זאת "מימון חסר" או "תת-מימון"; שם, בפס' ט"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין. לעניות דעתי, הביטוי הראוי הוא "הון עצמי לא הולם". ביטוי זה מדגיש את הבחינה של רכיב ההון העצמי לכשעצמו, תוך בידודו מסך המימון (כולל אשראי) שהעמיד בעל המניות לחברה ואת היעדר ההלימה ביחס בין ההון העצמי לנכסי החברה.

49 להתחבטות בשאלה אם יש לחשוך גם בהלוואה שבעל מניות מלווה לחברה העומדת לקרוס כדי לייצבה, ראו Martin Gelter, *The Subordination of Shareholders Loans in Bankruptcy*, 26 INT'L REV. L. & ECON. 478 (2006); David A. Skeel, Jr. & Georg Krause-Vilmar,

הנושים החיצוניים אינם יכולים לתמחר סיכונים מוגדלים אלה המועמסים על שכמם⁵⁰ ואינם יכולים לפזר את הסיכונים האמורים.⁵¹

הדין הקיים במשפט להתמודדות מול שריון של זכות תביעה, כשהשריון מצמק שלא כדין את קופת החייב שתיוותר לפירעון ליתר נושיו בעת חדלות פירעונו, הוא דחיית חובות.⁵² באמצעות דין זה אפשר לקעקע את בסיס הכשרות של זכות התביעה וכפועל יוצא מכך להוריד את הטוען לזכות לרמת פירעון נמוכה יותר מזו שהוא טוען לה. כך, למשל, אפשר לדחות את תביעתו של הטוען בנושה מובטח ולהופכו לנושה לא-מובטח או אף לנושה הנדחה מפני כל הנושים. אף הטוען להיותו נושה לא-מובטח עלול להידחות מכוח דין זה, ולהיחשב נושה הנדחה מפני כל יתר הנושים.

המקור החוקי לדין דחיית החובות הוא סעיף 6(ג) לחוק החברות.⁵³ דין זה נדון והופעל בבית המשפט העליון לפני שנים ספורות בעניין קריספי⁵⁴ ולאחרונה אף בעניין אפרוחי הצפון.⁵⁵ בעניין קריספי דובר בחברה בשם ח' אלקטרוניקה שביקשה לקבל אשראי בנקאי למימון פעילותה. לפי דרישת הבנק חתם בעל מניות השליטה בחברה, מר קריספי, כערב לחיובי החברה כלפיו. לאחר שנקלעה החברה לפירוק נאלץ קריספי לממש את ערבותו ופרע את חובה לבנק. כערב שפרע לנושהו של החייב העיקרי⁵⁶ הגיש קריספי תביעת חוב נגד החברה. המפרק דחה את תביעת חובו וקבע כי עצם העובדה שהבנק דרש ערבות לחיובי החברה מלמד שהונה העצמי של החברה לא היה הולם ושספק אם הייתה לחברה יכולת פירעון עצמאית. האשראי הבנקאי הפיק טובת הנאה פרטית לבעל השליטה בחברה, שייחנה מרווחיה, אגב החצנה של סיכוני הכישלון המוגדלים אל יתר נושיה. לפיכך ביקש המפרק לדחות את תביעת קריספי, בעל השליטה הערב, מפני כל הנושים. בית המשפט העליון קיבל את עמדת המפרק ודחה את תביעת קריספי.⁵⁷ בעניין אפרוחי הצפון נדונו נסיבות של חברה שבעלי המניות מימנוה באשראי כאשר – לפי בית המשפט – הונה העצמי לא הלם את התחייבויותיה. בשני המקרים לא

Recharacterization and the Nonhindrance of Creditors, 7 EUR. BUS. ORG. L. REV. 259 (2006).

50 ידידיה צ' שטרן "האם חברות נועדו להשיא את רווחיהם של בעלי המניות? ניתוח כלכלי ביקורתי" *משפט ועסקים* א 105, 152-156 (2004); חביב-סגל, לעיל ה"ש 12, בעמ' 365-366.

51 חביב-סגל, שם, בעמ' 357.

52 האן "דחיית חובות", לעיל ה"ש 47; חביב-סגל, לעיל ה"ש 12, בעמ' 301-306; ליכט, לעיל ה"ש 12, בעמ' 86-91.

53 לביקורת על מיקומו של דין דחיית חובות בחקיקה ראו להלן, פרק ה.

54 ע"א 2223/99 קריספי נ' ח. אלקטרוניקה (1988) בע"מ, פ"ד נז(5) 116 (2003).

55 לעיל ה"ש 48. ראו גם ע"א 2146/06 ברק נ' עו"ד ברוך אבוקרט – מפרק (פורסם בנבו, 18.11.2010).

56 ס' 9 לחוק הערבות, התשכ"ז-1967, ס"ח 46.

57 לביקורת על פסיקתו של בית המשפט בעניין קריספי ראו האן "דחיית חובות", לעיל ה"ש 47, בעמ' 57-58.

היסס בית המשפט להפעיל את הדין האמור משהגיע למסקנה שפעילותם של בעלי המניות בחברה הייתה לא תקינה ופגעה שלא כדין בזכויות הפירעון של נושי החברה.⁵⁸

ג. היחס בין ארבעת הדינים

ארבעת הדינים האמורים קרובים בפועלם: כולם מגנים על קופת החייב שתעמוד לפירעון חובות לנושיו ומסכלים את דלדולה שלא כדין באופן זה או אחר. בצד הדמיון, הדינים נבדלים האחד מחברו בפרטים אחדים. להלן נעמוד על הבדלים אלה ונציע הסבר לפשרם.

1. זהות הנהנה מן הפעולה

הדינים מתמקדים בגריעת שווי כלכלי מקופת החייב ובייחודה לטובת אדם מסוים בנסיבות שהדבר פוגע שלא כדין ביתר נושי החייב. זהותו של הנהנה מכל אחת מהפעולות הנדונות שונה. העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך עניינה העברת רכוש לידי אדם שאיננו נושה של החייב.⁵⁹ אם הנעבר הוא בעל מניות בחברה תיחשב ההעברה לחלוקה אסורה.⁶⁰ לעומת זאת, העברת רכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון כשמה כן היא: מדובר בהעברת רכוש דווקא לידי נושה ולא לידי אדם אחר;⁶¹ כלומר: זהו דין היוצא כנגד פירעון חוב תקף משפטי. לפי החקיקה כיום, דין דחיית חובות הוא דין העשוי לפעול רק נגד תביעת חוב של נושה שהוא גם בעל מניות בחברה.⁶²

2. הגנה מפני גריעה מן הקופה

צוין לעיל, כי ניתן לגרוע מהשווי הכלכלי של הקופה בכמה דרכים. מבחינה כלכלית כל גריעה פוגעת בנושי החברה באורח דומה, אך מבחינה רשמית דרכי הגריעה נבדלות זו מזו והמענה המשפטי להן שונה בהתאמה. דרך אחת לגרוע מקופת החייב היא נטילה בפועל של רכוש, בכסף או בשווה כסף, והעברתו לידי הנהנה מן הפעולה. המענה המשפטי לנטילת רכוש בפועל מן הקופה הוא סעד ההשבה. זה הסעד הניתן בגין העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך, העברת רכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון וחלוקה

58 להלן אטען כי קביעתו של בית המשפט בפרשה זו כי נסיבות המקרה מלמדות על מימון החברה בהון עצמי לא הולם איננה נקייה מספקות; ראו להלן ס' 1 לפרק ד.

59 עניין לוי, לעיל ה"ש 20.

60 ראו לעיל בסמוך להערות 36-38.

61 רע"א 86/89 פריצקי נ' מפרקי גני אביב, הנדסה ובנין בע"מ, פ"ד מג(1) 424 (1989).

62 לביקורתי על גישה צרה זו של המחוקק ראו להלן ס' 2 לפרק ה.

אסורה.⁶³ כאמור לעיל, דרך חלופית לגריעת ערך מן הקופה היא שריון זכות של נושה. בדרך זו, בעת ריכוז קופת החייב בהליך חדלות פירעון רשמי, הנושה טרם נפרע בפועל את חובו; אדרבה: במסגרת ההליך המשפטי הנושה תובע באופן רשמי לכבד את זכותו הנטענת במלואה. לפיכך הסעד במקרה זה איננו השבה, שכן בפועל טרם נלקח דבר מן הקופה. הסעד המשפטי הרלוונטי בנסיבות כאמור הוא קביעה שיפוטית שהחוב הנטען יידחה ויהיה זכאי לפירעון רק בשלב מאוחר יותר.⁶⁴

3. מועד הפעולה וכשרותה הנחזית

דין העברת רכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון תוקף העברות רכוש שבוצעו שעה שהחייב כבר היה חדל פירעון. זהו המכנה המשותף לדין זה, לדין העברת ערך בלא תמורה שוות ערך ולדין חלוקה אסורה: דינים אלה כולם תוקפים העברות רכוש שבוצעו שעה שהחייב כבר היה חדל פירעון.⁶⁵ עם זאת, גריעה מן הקופה אפשרית גם כמהלך הצופה פני חדלות פירעון. הן העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך והן חלוקה לבעלי מניות עלולות להתבצע על-ידי חייב בטרם נקלע לחדלות פירעון, אולם הן עלולות לדרדרו למצב זה. הדינים האמורים יתקפו אף העברות כאמור.⁶⁶ בתקיפה של מהלך הצופה פני חדלות פירעון חולקים שני הדינים האמורים מכנה משותף עם דין דחיית חובות; שריון זכות הוא אכן מהלך אופייני המתבצע טרם היקלעותו של החייב לחדלות פירעון.⁶⁷

בהמשך למועדי הפעולה, הדינים נבדלים זה מזה אף בכשרותם הנחזית. העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך נתפסת כפעולה כשרה פחות לכשעצמה. על פני הדברים קשה להצדיק העברת רכוש של חייב לידי אדם אחר, שאין לחייב חיוב משפטי כלפיו,

63 לעניין העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך ראו ס' 96 לפקודת פשיטת הרגל ("ההענקה בטלה כלפי הנאמן"); עניין רוזנטל, לעיל ה"ש 18. לעניין העברת רכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון ראו ס' 98 לפקודת פשיטת הרגל (מעשה העברת הרכוש לידי הנושה "יהיה בטל כלפי הנאמן"). לעניין חלוקה אסורה ראו ס' 310 לחוק החברות. עם זאת, לפי הדין החל יש גם העברת רכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון, שהסעד בגינה הוא דחיית החוב ולא השבה בפועל לקופה. זאת, אם ההעברה בוצעה בדרך של שעבוד נכס לטובת הנושה. ראו על כך להלן ס' 5 לפרק ג.

64 לאפשרות של שילוב סעד הדחייה וסעד ההשבה ראו להלן ס' 2 לפרק ד.

65 דינים התוקפים העברות רכוש שבוצעו בעת שהיה החייב חדל פירעון הם במהותם מתיחה לאחור – בדיעבד – של עיכוב ההליכים החל בהליך חדלות הפירעון הרשמי של אותו חייב. ראו האן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 398-400.

66 ס' 96(ב) לפקודת פשיטת הרגל ("אם לא הוכיחו התובעים מכוח ההענקה כי בזמן שנעשתה ההענקה היה המעניק כשר-פירעון של כל חובותיו בלי להיזקק לנכס הכלול בהענקה"), וס' 302 לחוק החברות ("ובלבד שלא קיים חשש סביר שהחלוקה תמנע מן החברה את היכולת לעמוד בחבויותיה הקיימות והצפויות") (ההדרגות הוספו).

67 על האפשרות לשריין זכות שעה שהחייב כבר נעשה חדל פירעון ראו להלן ס' 5 לפרק ג.

בלא קבלת תמורה שוות ערך בשעה שהחייב כבר נעשה חדל פירעון או, למצער, בשעה שהפעולה צופה פני חדלות פירעון הקרבה ובאה. לעומת זאת, העברת רכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון היא פעולה הנחזית כשרה יותר. סוף סוף מדובר בפירעון של חיוב משפטי ולא בהעברה רצונית חסרת פשר כלכלי. יתרה ממנה פעולה של שריון זכויות. שריון זכות, כפעולה הצופה פני חדלות פירעון, נתפס על פניו כפעולה כשרה למהדריין. רצונו הטבעי של המתקשר החוזי הוא להגן על זכות תביעתו באמצעים העומדים לרשותו בדין. ככלל, כל פעולה הנעשית בטרם נקלע החייב לחדלות פירעון, ואפילו היא צופה פני חדלות פירעון עתידית, נחזית כשרה יותר מפעולה הנעשית בעת שכבר נעשה החייב חדל פירעון. אשר להתקשרות של בעל מניות עם חברה כנושה, הערתי לעיל באופן פרטני שיש אינטרסים עסקיים כשרים לשריון זכותו כנושה.⁶⁸ אמנם, מחמת השיקולים הכשרים של עיצוב מימון של בעל מניות שליטה אף בדרך של הלוואה לחברה, המלצתי בעבר כי עסקה כאמור תיחשב בבחינת "כשר אבל חשוד" ואין לראותה פגומה ככזו.⁶⁹ עם זאת, לנוכח ניגוד העניינים שבו נתון בעל מניות השליטה בעיצוב העסקה, כאשר יציג מפרק חברה לבית המשפט ראשית ראייה בדבר היעדר הון עצמי הולם בחברה, פגם בתנאי מימון הבעלים, או פגם באופן ניהול החברה – ראוי כי בית המשפט ידחה את מימון הבעלים לירכתי תור הנושים אם לא שכנעו בעל השליטה כי מימון החברה עומד במבחן ההגינות המלאה.⁷⁰

4. תקופת הזמן לתקיפת הגריעה מן הקופה

הדינים הנדונים פועלים את פעולתם בדיעבד, במסגרת הליך שיפוטי רשמי. עם זאת, הם נבדלים בתקופת הזמן המרבית לייחוס לאחור ולפסילת הפעולה שנעשתה. העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך ניתנת לביטול עד עשר שנים אחורה, אלא אם כן יוכיח הנעבר

68 האן "דחיית חובות", לעיל ה"ש 47.

69 שיקולים עסקיים ראויים לבחירה בהלוואת בעלים במקום השקעת הון עצמי הם מיסוי, שמירת האפשרות להחזיר השקעה מוקדם אף טרם הצגת רווחים על-ידי החברה, התגברות על בעיית הדילול של זכויות הצבעה של בעלי מניות נוספים והיות הלוואה מקור אשראי חלופי ונוח יותר לחברה (בהשוואה לאשראי חיצוני). שיקולים בעייתיים במתן הלוואות בעלים הם חשש מפני חוסר ההלימה של ההון וחשש מפני תנאי הלוואה חריגים הפוגעים בחברה. ראו שם, בעמ' 38-52.

70 שם, בעמ' 77-80. עם זאת ראו Steven L. Schwarcz, *Collapsing Corporate Structures: Resolving the Tension Between Form and Substance*, 60 BUS. L. 109 (2004) (הטוען כי ברירת המחול של דיני החברות, המתירה התאגדות תוך הגבלת אחריות של בעלי המניות ללא דרישת הון עצמי מינימלי, צריכה לחול ולהיות עדיפה מבידור לעומק של המהות הכלכלית בהסדר המימוני, כל עוד לא הוכח שההחצנות שבהסדר מימוני זה עולות על תועלתיו).

שהמעביר היה בר-פירעון בעת ההעברה.⁷¹ העברת רכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון ניתנת לביטול רק אם בוצעה בשלושת החודשים שלפני הגשת הבקשה לפתיחת הליך חדלות הפירעון.⁷² דחיית חובות וחלוקה אסורה ניתנות לתקיפה בדיעבד בלא שהמחוקק קצב זמן מרבי לייחוס האפשרי לאחור.

הבחנות אלה הגיוניות בחלקן. ההבחנה בין תקופת הייחוס לאחור לתקיפה של העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך לבין התקופה לתקיפת העברת רכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון היא הבחנה מובנת. כאמור לעיל, העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך בעת חדלות פירעון או העברת רכוש הצופה פני חדלות פירעון היא מוקשית; מלכתחילה קשה למצוא טעם להצדיקה. לפיכך, החוק מתיר לתוקפה לאחור לתקופה ניכרת.⁷³ לעומתה, העברת רכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון אמנם בעייתית מבחינתם של יתר נושי החייב, אולם נגדה ניצב ועומד עניינו הכשר של הנושה הזכאי לפירעון חובו. העברה זו לא באה לעולם בחלל ריק אלא עקב חיוב משפטי כלפי הנושה. תקיפה לאחור של פירעון כאמור מערערת את ביטחוננו של הנושה ואת ודאותו באשר לסופיות הפירעון. את זאת המחוקק מאזן באמצעות הגבלה של תקופת הייחוס לאחור לשלושה חודשים בלבד.⁷⁴

לעומת שני דינים אלה, דין דחיית החובות איננו מוגבל בזמן. לעיל ציינו שיש אינטרסים עסקיים לגיטימיים לשריון זכות מראש. ראוי כי המחוקק יגן על פעולות שיש להן רציונל עסקי כשר. אחת מדרכי ההגנה האפשריות היא תיחוס הזמן המרבי לתקיפה בדיעבד של הפעולה. לפיכך, מפליא שדווקא את זמן התקיפה לאחור בדין דחיית חובות

71 ס' 96(ב) לפקודת פשיטת הרגל; אם ההעברה בוצעה בשנתיים שקדמו למועד שבו נעשה החייב חדל פירעון, היא תבוטל בכל מקרה, בלי ששאלת חדלות הפירעון של המעביר או כושר פירעונו יבוררו בבית המשפט (ס' 96(א) לפקודת פשיטת הרגל).

72 ס' 98 לפקודת פשיטת הרגל.

73 האן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 418. עם זאת, בארצות אחרות בחר המחוקק לקצר את תקופת הייחוס לאחור ולהציבה על שנים מעטות יותר; ראו שם.

74 שם, בעמ' 405; לרנר, לעיל ה"ש 40, בעמ' 419. לביקורת בדבר המבחן הכפול שבס' 98 לפקודת פשיטת הרגל, הקובע שאפשר לבטל רק העברה שבוצעה הן בשלושת החודשים האמורים והן עקב כוונת העדפה של החייב או אילוץ או שידול שלא כדין של הנושה-הנעבר, ראו האן, שם, בעמ' 410-411.

לא תחם המחוקק.⁷⁵ ייתכן כי הדבר נובע מכך שביסודו דין זה קובע סעד מן היושר ולפיכך עוצב באופן גמיש, בלי להציב תמרורי הגבלה נוקשים.⁷⁶ קושי נוסף הוא חוסר העקביות שבין הייחוס לאחור בהעברת רכוש בלא תמורה שוות ערך (עשר שנים) לבין היעדר הקציבה של תקופת ייחוס לאחור מוגדרת בדין חלוקה אסורה. בהיות החלוקה האסורה מקרה פרטי של העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך, דומה כי חוסר הכשרות של הפעולה מצדיק טיפול עקבי. לפיכך, טוב היה עושה המחוקק לו קצב מפורשות אף את תקופת הייחוס לאחור של חלוקה אסורה. הטבלה הבאה מסכמת את הנסיבות שבהן כל אחד מארבעת הדינים עשוי לסייע להגנה על קופת החברה ולשמירה על זכויות הפירעון של נושיה:

שריון זכות	נטילת רכוש מן הקופה	
דחיית חובות ⁷⁷	העברה לידי נושה העברה בלא תמורה שוות ערך חלוקה אסורה	בעת חדלות פירעון
דחיית חובות	העברה בלא תמורה שוות ערך חלוקה אסורה	צופה פני חדלות פירעון

ארבעת הדינים להגנת קופת החברה וזכויות הפירעון לנושיה

5. יצירת שעבוד בעת חדלות פירעון

הדין והטבלה לעיל מלמדים כי הדין האופייני לתקיפה של שריון זכות הוא דחיית חובות. עם זאת, נושה של חייב שכבר נהפך חדל פירעון עלול אף בשעה זו – בטרם נפתח הליך רשמי של חדלות פירעון בעניין אותו חייב – לנסות לשריין את זכותו ולשדרגה. כך, למשל, נושה לא-מובטח עלול לדרוש מן החייב כי ישעבד לו נכס בשעה זו ובתמורה לא ילחצנו הנושה יתר על המידה ולא יפתח בהליכי גבייה בגין חובו התלוי ועומד.

לפי סעיף 98 לפקודת פשיטת הרגל, שעבוד שנוצר כאמור מחמת כוונת העדפה של החייב או מחמת אילוץ או שידול שלא כדין מצד הנושה, בתוך שלושת החודשים שלפני

75 עם זאת, איזון מסוים בין הכשרות של שריון זכות כאמור לבין החשד בה נסיבות אחרות עשוי להתקבל אם יאומץ המבחן שהצעת, שלפיו רק עם הבאת ראיה בדבר חוסר תקינות בהתנהלות של החייב או של הנושה האמור יידרש הנושה הטוען לזכות לשכנע כי שריון הזכות התקיים בתנאי "הגינות מלאה". ראו לעיל בסמוך להערות 69-70.

76 על היותו של דין דחיית חובות סעד מן היושר יעיד שמו של הדין בארצות-הברית – equitable subordination; ראו 11 U.S.C. § 510. Bankruptcy Code.

77 לדיון בשאלה אם שריון זכות בעת חדלות פירעון עלול להיתקף גם מדין העברה לידי נושה בעת חדלות פירעון ראו להלן ס' 5 לפרק ג.

הגשת הבקשה שהובילה להליך חדלות הפירעון של החייב – יבוטל בהיותו העברת רכוש לידי הנושה בעת חדלות פירעון (ובלשון הסעיף: העדפה).⁷⁸ אכן, משמעו של השעבוד הוא רכישת עדיפות פירעון עבור נושה זה מיתר הנושים הלא-מובטחים. לפיכך המחוקק משתמש בדין המתמודד עם העדפת נושה אחד מיתר הנושים כדי לבטל את היתרון שיצר לעצמו אותו נושה שלא כדין בעת שהחייב כבר היה חדל פירעון. מבחינה כלכלית, לכשימומש, עתיד השעבוד שנוצר לגרוע שווי כלכלי מקופת החייב וכך לפגוע בפירעון ליתר הנושים. ברם, לפי שעה טרם ניטל רכוש בפועל מן הקופה: הסעד שיידרש להתמודדות עם השעבוד האמור איננו סעד של השבה. רק כשיתבע הנושה את ההכרה בשעבודו ויבקש לממשו במסגרת הליך חדלות הפירעון, יבקש בעל התפקיד בהליך לקעקע את שדרוג הנושה למעלת נושה מובטח. או אז יבקש בעל התפקיד מבית המשפט סעד הצהרתי שלפיו השעבוד נוצר שלא כדין ואינו ברתוקף. אם כן, לפי הבחנותי דלעיל סעד זה אינו אלא סעד של דחיית חובות וכך אכן ראוי לסווגו. כפועל יוצא מכך, לשיטתי, לא ראוי להגביל את תקופת הייחוס לאחור לשלושה חודשים בלבד לשם תקיפתו של שעבוד שנוצר בעת חדלות פירעון. יש לאפשר את תקיפתו בהתאם לתקופת הייחוס לאחור שתיקצב במשפט הרצוי לדחיית חובות.

ד. הזנה והשלמה הדדית בין הדינים

ראינו לעיל כי קבוצת הדינים המיועדים לשמירה על זכויות הנושים ולעיגון מהותי של כלל העדיפות המוחלטת נחלקת בין דינים שהסעד שהם מקנים הוא השבת רכוש שניטל מקופת החייב (העברת רכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון, העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך וחלוקה אסורה) לבין דין הדוחה זכות ששורינה קודם לכן ומימושה נתבע מבית המשפט או מבעל התפקיד המרכז את הליך חדלות הפירעון של החייב (דחיית חובות). הבחנה שניונית זו מראה כי כל דין מתאים לתרחיש עובדתי אחר. עם זאת, במציאות יש מקרים שבהם מעורבות נסיבות עובדתיות העלולות להקשות על הפעלה של אחד הדינים האמורים. נוסף על כך, לעתים אפילו הפעלה של אחד הדינים האמורים לכשעצמו לא תפתור את מלוא הבעיה המתגלעת. בנסיבות אלו, דינים שאי-אפשר להפעילם במישרין עשויים לפעול את פעולתם בעקיפין. העובדות שבשלן נקבעו הדינים האמורים עשויות לשמש רקע עבור הצובע בצבעים מחשידים אף את הפעולות האחרות, שהדין המתמודד עימן במישרין הוא ברה-הפעלה בנסיבות העניין. הרקע העובדתי האמור יסייע לבתי המשפט להסיק כי בשלו התנאים לשימוש בדין שהוא ברה-הפעלה בנסיבות

78 אם השעבוד שנוצר להבטחת חוב העבר הוא שעבוד צף אפשר לבטלו מכוחו של ס' 359 לפקודת החברות – אם הוא נוצר בששת החודשים האחרונים שלפני הגשת בקשת הפירוק בעניינה של החברה.

האמורות. בדומה, לעתים אפשר יהיה להפעיל שני דינים אולם רק באופן עוקב, כלומר: הפעלה של דין אחד תסלול לבית המשפט את הדרך להפעלת הדין האחר בהמשך. בלי להפעיל את הדין הראשון אי-אפשר יהיה להפעיל גם את הדין האחר. הפסקאות הבאות יציגו שתי דוגמאות טיפוסיות, הפוכות, לנסיבות עובדתיות מורכבות כאמור. הפרשה הראשונה היא פרשת אפרוחי הצפון,⁷⁹ המדגימה היוקקות לנטילת רכוש מקופת החייב כרקע לביסוס של דחיית החובות על-ידי בית המשפט; הדוגמה השנייה היא פרשת תעשיות חלב,⁸⁰ המדגימה היוקקות לדחיית חובות כדין סולל דרך להשבת רכוש שניטל בפועל מקופת החייב.

1. נטילת רכוש כראיה התומכת בדחיית חובות

עניין אפרוחי הצפון עסק כאמור במעמד הפירעון הראוי של תביעת חוב שהגישו בעלי מניות השליטה בחברה. על פני פסק הדין הוסכם על כל שופטי ההרכב בבית המשפט העליון כי מבחינה עובדתית מומנה החברה באמצעות הלוואות בעלים⁸¹ וכי הונה העצמי של החברה לא היה הולם.⁸² המחלוקת המשפטית בין השופטים הייתה אם די בהון עצמי לא הולם זה, לכשעצמו, כדי לבסס דחייה של הלוואות הבעלים לתחתית תור הפירעון, לאחר הנושים החיצוניים של החברה, אם לאו. דעת הרוב של השופטות פרוקציה וארבל גרסה שדי בממצא העובדתי של הון עצמי לא הולם כדי להצדיק דחייה

79 לעיל ה"ש 48.

80 פש"ר (ת"א) 240/96 כונס נכסי חברת תעשיות מפעלי חלב (י.ל.) בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי (פורסם בנבו, 10.1.1998).

81 לאמתו של דבר, בעלי המניות בחברת אפרוחי הצפון היו קיבוץ רמת יוחנן ואגודה שיתופית בשם "התארגנות העמק", והמממנים שלה באשראי היו – מלבד רמת יוחנן – מושבים וקיבוצים שהיו חברי התארגנות העמק. בית המשפט לא הבחין מהותית בין חברי האגודה השיתופית לאגודה עצמה ולצורך הדיון החשיב מהותית את המושבים והקיבוצים החברים באגודה כבעלי מניות של אפרוחי הצפון.

82 לפי בית המשפט, ההון העצמי שאיננו הולם את עסקיה של חברת אפרוחי הצפון הסתכם ב-190 שקלים בלבד שאותם השקיעו בעלי המניות בחברה כנגד קבלת המניות בה. השקעה זו היא מזערית ביחס להיקף פעילותה העסקית של החברה, שמחזור מכירותיה עמד על סדר גודל של עשרה מיליון ש"ח בשנה. פעילות החברה התבססה בעיקר על הזמנה באשראי של חומרי גלם (ביצים לדגירה) מספקיה ועל מכירת מוצריה (העופות) ללקוחות, כאשר הפירעון לספקים נעשה מן הכספים שהתקבלו מהמכירות ללקוחות. לחברה לא היה רכוש עצמאי רב והיו לה חובות של מיליוני שקלים, ללא בסיס הוני מספק שיוכל לעמוד לזכות הנושים בעת צרה. אם יקטנו מכירות החברה ולו במעט היא תיקלע מיידית למצוקת פירעון ונושיה ייפגעו (עניין אפרוחי הצפון, לעיל ה"ש 48, בפס' 83 לפסק דינה של השופטת פרוקציה).

של הלוואות הבעלים לירכתי תור הנושים.⁸³ דעת המיעוט של השופט רובינשטיין הייתה שלא די בממצא עובדתי זה לכשעצמו כדי להצדיק את דחיית החובות, וכי אם לא נמצא ממצא שלילי נוסף ("דבר מה נוסף", כלשונו), אין מקום לדחות את החובות כלפי בעלי המניות.⁸⁴ לכאורה אפוא פרשה זו עוסקת באופן בלעדי בשריון זכותם של בעלי המניות באמצעות הלוואות בעלים, כשההון העצמי המושקע אינו הולם את פעילות החברה. הדין המתאים לסיכול שריון זכות כאמור, בנסיבות שבהן הסיכול נדרש, הוא דחיית חובות. אם כן, על פני הדברים עסק פסק הדין של בית המשפט בשאלת הנסיבות שבהן ראוי לסכל שריון זכות כאמור.

ברם, התבוננות מעמיקה יותר בעובדות הפרשה מציגה תמונה מורכבת יותר. יש כמה רכיבים עובדתיים נוספים המעוררים ספק אם אכן מדובר בנסיבות של הון עצמי לא הולם ואם מדובר בהלוואות בעלים חשודות או לא.⁸⁵ הספק הראשון נובע מהנסיבות הבאות: בשנת פעולתה הראשונה הרוויחה החברה מיליון וחצי ש"ח. נראה כי החברה הייתה יכולה לחלק סכום זה לבעלי המניות כדיבידנד,⁸⁶ אולם בעלי המניות זקפו את הדיבידנד הפוטנציאלי כהלוואות בעלים מטעמם;⁸⁷ כלומר: בפועל נותר סכום זה, או למצער רובו, בקופת החברה.⁸⁸ לאחר שהתפרקה החברה והוגשו תביעות חוב למפרק, קבע המפרק

83 עניין אפרוחי הצפון, שם, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. לגישה שיפוטית דומה ראו *In re McFarlin's, Inc.*, 49 B.R. 550 (Bankr. W.D.N.Y. 1985). זו גם גישתו של אוריאל פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 48. חביב-סגל סוברת כי לא כל מימון בהון עצמי לא הולם לכשעצמו מצדיק דחייה של תביעות החוב של בעלי מניות. לטעמה השאלה היא שאלה של מידה: הון עצמי לא הולם במידה קיצונית עלול ללמד על היעדר רצינות עסקי למימון כאמור, ובנסיבות אלו יהיה מוצדק לדחות את תביעות החוב של בעל המניות; ראו חביב-סגל, לעיל ה"ש 12, בעמ' 303-306.

84 עניין אפרוחי הצפון, שם, בפס' 12 לפסק דינו של השופט רובינשטיין. כפי שצוין בפסק הדין, גישת השופט רובינשטיין תואמת את הגישה של בית המשפט הפדרלי לערעורים ב-7th Circuit בארצות-הברית. ראו *In re Lifschultz Fast Freight*, 132 F.3d 339 (7th Cir. 1997). זו גם גישתה של צפורה כהן; ראו כהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 712, 714-715. לגישה שלפיה הון עצמי לא הולם אמנם נחשב לניהול לא נאות של חברה – אולם לא יבסס לכשעצמו דחיית חובות של בעלי מניות אם לא הוכחה התנהגות לא נאותה נוספת, ראו *In re Fabricators, Inc.*, 926 F.2d 1458, 1467-1469 (5th Cir. 1991).

85 הלימות הון היא שאלה עובדתית; ראו עניין *Lifschultz*, שם, בעמ' 349.

86 כאמור, לפי ס' 302 לחוק החברות, חברה יכולה לחלק לבעלי מניותיה את רווחיה ובלבד שלא תיפגע יכולת הפירעון של החברה עקב החלוקה. בעניין אפרוחי הצפון, לעיל ה"ש 48, אין כל פירוט עובדתי על אודות יכולת הפירעון של החברה או היעדרה בתום שנת פעילותה הראשונה.

87 לדוגמה דומה, שבה זקפו בעלי מניות כספים שהחברה חבה להם עקב רכישת מניותיהם על-ידי החברה ובית המשפט דחה חוב זה לתחתית תור הנושים בעת חדלות פירעון של החברה, ראו *Reiner v. Washington Plate Glass Co.*, 27 B.R. 550 (D.D.C. 1982).

88 אף כי בעלי המניות טענו בסיכומיהם לבית המשפט כי כל הסכום נזקף בהלוואות בעלים ונותר בקופת החברה, בית המשפט קבע כממצא עובדתי כי 600 אלף ש"ח חולקו לבעלי המניות בפועל כדיבידנד

מיידידת כי את הפירעון של הלוואת הבעלים האמורה הוא דוחה לאחר הפירעון לכל יתר הנושים. בעלי המניות לא חלקו על קביעה זו של המפרק ולא ערערו עליה; כלומר: בפועל, מנקודת ראותם של נושי החברה, בסיסה ההוני (קרי: הבסיס הכספי שכפוף לזכויותיהם וישמש לפירעון עבורם תחילה) עמד על סדר גודל של כמיליון שקלים,⁸⁹ ולא על 190 השקלים הראשונים שהשקיעו בעלי המניות כנגד קבלת המניות בה בלבד. לפיכך, השאלה שצריך היה לשאול היא אם בסיס ההוני של מיליון שקלים הוא הולם ומספק עבור חברת שמחזור מכירותיה השנתיות הוא פי עשרה ומרבית התחייבויותיה הן התחייבויות תשלום לטווח קצר האמורות להיפרע בתוך חודש מן המכירות.⁹⁰ על כן, ספק אם לאור קביעתו של המפרק בדבר דחיית הלוואת הבעלים הזקופה (מרווחי החברה), שבעלי המניות לא השיגו עליה, היוו הנסיבות של חברת אפרוחי הצפון נסיבות של הון עצמי לא הולם והצדיקו את דחיית חלקה הנוסף של תביעת החוב של בעלי המניות (בגין הספקת ביצים שתמורתם לא שולמה).⁹¹

הספק השני המתעורר ביחס לניתוח העובדתי של בית המשפט העליון הוא, כאמור, אם יתר חובות החברה לבעלי מניותיה הם הלוואות בעלים חשודות. ספק זה נובע מכך שחובות אלה לא נוצרו בהלוואה כספית כי אם באשראי ספקים: בעלי המניות, שהיו

ורק 900 אלף ש"ח נותרו בקופת החברה ונוקפו לטובתם כהלוואת בעלים. ראו עניין אפרוחי הצפון, לעיל ה"ש 48, בפס' 83 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. ראו גם שם, בפס' מ"ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין, שממנה עולה האפשרות שממצא עובדתי זה של בית המשפט נובע מאימוץ שוגג של עמדת המפרק בבית המשפט, הסותרת את דו"ח המפרק שלפיו אכן נותרו בקופת החברה כל מיליון וחצי מיליון השקלים שהרוויחה – והסכום כולו נוקף כהלוואת בעלים.

89 בדיני החברות הכלליים אין אמת מידה מוגדרת ליחס בין הון עצמי לנכסים הנחשב הולם דיו לפעילות חברה. מובן שהדבר תלוי בין השאר בתחום עיסוקה של החברה, בהתחייבויות הצפויות ובסיכונים הצפויים הנובעים מפעילותה. עם זאת, דומני כי לא למותר יהיה לציין שדווקא בתחום הבנקאות, שבו תנאי הלימות ההון מחמירים יחסית לתחומי עסקים אחרים, הדרישה הבין-לאומית לפי אמנת בול השנייה היא ליחס הון עצמי או נכסי סיכון בשיעור שלא יפחת מ-8%. ראו The Basel Committee on Banking Supervision, Basel II: International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework – Comprehensive Version § 40 (June 2006), available at www.bis.org/publ/bcbs128b.pdf

90 המכירות ללקוחות היו בתנאי אשראי של 90 ימים ואילו התחייבויות התשלום לספקי הביצים עמדו לפירעון בתוך 120 ימים מן ההספקה. מכאן אפשר להסיק גם שכל עוד הקפידו הספקים לא לספק ביצים נוספות בטרם נפרעו חובות התשלום בגין ההספקות הקודמות, ממוצע ההתחייבויות של החברה העומדות לפירעון לספקיה לא עלה בכל חודש נתון על מיליון שקלים.

91 בארצות-הברית נפסק כי הון עצמי לא הולם ימצא באחת משתי נסיבות: (א) אם לפי דעתו של אנליסט פיננסי מיומן לא די בהון זה כדי לתמוך בעסק בסדר גודל של עסקו של החייב ובתחום עיסוקו, בהתחשב בנסיבות שהתקיימו בעת מימון החייב; או (ב) אם בשעה שניתן המימון לא יכול היה החייב ללוות סכומי כסף דומים ממקור חיצוני בעל מידע על אודותיו; ראו *In re Mobile Steel Co.*, 563 F.2d 692, 703 (5th Cir. 1977).

מושבים וקיבוצים חקלאיים העוסקים בפיתוח של ביצי עופות לדגירה, סיפקו לחברה את המוצר המרכזי שנדרש לעסקיה – ביצים לדגירה. זהו העיסוק שלשמו קמה החברה מלכתחילה. לפיכך, רכישת ביצים ממשקים אלה, שהם גם בעלי מניות בחברה, היא הצעד המסחרי המתבקש לצורך פעילותה העסקית. נסיבות אלו שונות מהלוואה שבעל מניות מלווה לחברה. אפשר לשאול מדוע – מבחינה כלכלית ומשפטית כאחת – הלוו בעלי המניות לחברה כסף ולא השקיעוהו בה כהשקעת הון עצמי; ברם, ביחס להספקת חומר הגלם הדרוש לחברה לא ניתן לעורר קושיה דומה. אם משקים אלו עוסקים בפיתוח ביצים מן הזן שבו החברה עוסקת או מיועדת לעסוק, מה הייתה החלופה שלא נבחרה? אין זה מתקבל על הדעת כי בית המשפט מצפה שחברה תוקם על-ידי משקים חקלאיים העוסקים בתוצרת החקלאית האמורה אולם תרכוש חומרי גלם חקלאיים מן הסוג האמור רק מספקים זרים. דבר זה איננו הגיוני מבחינה עסקית. לפיכך, ספק אם יש לראות אשראי ספקים זה לכשעצמו כהלוואת בעלים האומרת דרשני ומועדת לדחייה מפני יתר נושי החברה.⁹²

לפיכך, חרף הרטוריקה של בית המשפט העליון בעניין אפרוחי הצפון, המציגה את המחלוקת העקרונית בין דעת הרוב לדעת המיעוט כמחלוקת פרשנית על אודות השאלה אם החוק מאפשר לדחות חובות של בעלי מניות בגין היעדר הלימת הון לכשעצמו, דומה כי הלכה למעשה פסיקתו של בית המשפט נסמכה דווקא על ממצאים עובדתיים נוספים שקבע בית המשפט, אף אם קביעות אלה הובלעו משהו בפסיקתו.⁹³ לפי דעת הרוב בבית המשפט העליון נפלו פגמים אחדים בהתנהלות של החברה ושל בעלי מניותיה עובר לפירוקה. פגם אחד נמצא בכך שהקיבוצים והמושבים שהיו בעלי מניות בחברה סיפקו לה ביצים במחירי הפסד. הספקים האמורים חייבו את החברה עבור הביצים במחיר קבוע מראש, והוסיפו לחייבה במחיר זה אפילו כשנאלצה למכור את האפרוחים ששיווקה במחיר נמוך מעלות ייצורם. הספקים, שהיו גם בעלי המניות בחברה, לא הסכימו להפחית ממחיר ההספקה של הביצים ולהתאימו לתנאים הכלכליים שבהם פעלה החברה.⁹⁴ פגם שני מצא בית המשפט בהתנהלות של בעלי המניות ושל החברה בכך שבשבעת החודשים וחצי החודש האחרונים שקדמו להגשת בקשת הפירוק נגדה, פרעה החברה לבעלי המניות הספקים חובות בהיקף של כשלושה מיליוני ש"ח. לעומת זאת, בתקופה זו הגדילה החברה את התחייבויותיה הכספיות לספקים חיצוניים בכארבעה מיליוני ש"ח. הנה כי כן, בית המשפט זיהה שני אופנים של העברות רכוש בפועל מקופת

92 לביקורת דומה ראו הדרה בר-מור "הדחיית חוב מוסרנית ומימון דק – הרהור ביקורתי על הלכת 'אפרוחי הצפון'" תאגידים 3, 18-19 (2009).

93 שם, בעמ' 7.

94 הספקים שהם בעלי המניות בחברה הסכימו להפחית כאמור רטוראקטיבית, לאחר שכבר נקלעה החברה לקשיים, אולם הפחתה זו לא עשתה רושם על בית המשפט. עניין אפרוחי הצפון, לעיל ה"ש 48, בפס' 88-89 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

החברה לטובת בעלי מניותיה: האחד באמצעות מחיר גבוה יתר על המידה שבעלי המניות, כספקים, חייבו בו את החברה תוך ניצול שליטתם בה לטובתם הפרטית.⁹⁵ ההפרש בין המחיר הראוי, הכלכלי, של הביצים לבין המחיר הגבוה יותר שבו חויבה החברה הוא טובת הנאה כלכלית שבעלי המניות נטלו מקופתה.⁹⁶ האופן האחר שבו נטלו בעלי המניות מקופת החברה הוא פירעון חובות שפרעה להם החברה בחודשים שקדמו להגשה של בקשת הפירוק נגדה. בלשון בית המשפט, פירעון כאמור נראה כהעדפת נושים אלה מנושים אחרים.⁹⁷

לנוכח הממצאים העובדתיים המורכבים האמורים השתכנע בית המשפט העליון כי יש לפצות את קופת החברה (ובעקיפין את נושיה האחרים, שאינם בעלי מניותיה). מה הדרך האפשרית לתיקון הקלקול במקרה זה? לפנינו מקרה מורכב, שבו הצד שפעל שלא כדין – בעלי המניות – נפרע כבר חלק מחובו, והוא אף קיבל לידיו, כאמור, ערך כלכלי יתר על החוב הראוי בחודשים שקדמו לפירוק, ואילו חלק אחר מחובו טרם נפרע. לפי הדין החל ניצבה לפני בית המשפט דילמה כפולה: אשר לחלק החוב שנפרע התעורר קושי משום שאי-אפשר לפסוק על השבת הכסף לקופת החברה, שכן ביטול העברות רכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון אפשרי לפי החוק החל רק אם בוצעה ההעברה בשלושת החודשים שקדמו לבקשת הפירוק; אשר לחלק החוב שטרם נפרע התחבט בית המשפט אם ההון העצמי לא הולם במידה שיש בה כדי לדחות את תביעת החוב בגין חלק זה. לעניות דעתי, השתמש בית המשפט בנסיבה העובדתית שחלק מן החוב לבעלי המניות נפרע בעבר, בנסיבות לא ראיות, כראיה תומכת לכך שראוי למצער לדחות את חלק החוב שלא נפרע. כלומר, למעשה, חרף הגישה העקרונית של דעת הרוב כי די בהון עצמי לא הולם לשם דחייה של חוב שלא נפרע, למעשה נשענה דעת הרוב על "דבר מה נוסף" לדחיית החוב במקרה האמור. לשון אחר: חרף מגבלות החוק החל, השולל השבת חוב שנפרע לנושה יותר משלושה חודשים טרם בקשת הפירוק, עדיין מצא בית המשפט לנכון להשתמש בנסיבה זו כראיה התומכת בחשדו הגובר והולך כלפי כשרותו של חלק החוב שלא נפרע – ולפיכך דחהו.⁹⁸ נמצאנו למדים כי לעתים נטילת רכוש בפועל מקופת החייב, בנסיבות שהחוק החל מונע מלתוקפה במישרין, עשויה לשמש בעקיפין אמצעי

95 שם, בפס' 88 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. בית המשפט אף מצא כי הן מנכ"ל חברת אפרוחי הצפון והן יו"ר הדירקטוריון שלה פעלו בניגוד עניינים.

96 לפי המשפט הרצוי, הפרש זה ראוי להיות מושב לקופת החברה מדין העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך.

97 פרשת אפרוחי הצפון, לעיל ה"ש 48, בפס' 88 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

98 עם זאת, אם לנוכח הצטברות הנסיבות המחשירות הסיק בית המשפט כי יש מקום לקעקע את בסיס הלגיטימיות של חובם של בעלי המניות, קרי: לדחותו, לא ברור מדוע לא יכול היה בית המשפט, על סמך הדחייה לכשעצמה, להוסיף ולצוות אף על השבת חלק החוב שכבר נפרע, כפי שעשה בית המשפט המחוזי בעניין תעשיות חלב, לעיל ה"ש 80; ראו להלן ס' 2 לפרק ד.

ראייתי תומך לקעקוע של ניסיון גריעה נוסף מן הקופה, הנשען על הגשה של תביעת חוב רשמית במסגרת הליך של חדלות הפירעון. אכן, במקום אחר הצעתי כי בנסיבות של העברת רכוש לידי נושה שהוא מנהל או בעל שליטה בחברה, יש להאריך את תקופת הייחוס לאחור של דין העברת הרכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון כך שאפשר יהיה לתקוף העברות כאמור שבוצעו חודשים רבים לפני שנפתח הליך חדלות הפירעון.⁹⁹ אם יתוקן החוק וכך ייקבע, אפשר יהיה לבטל את פירעון החובות בפועל לבעלי מניות ולהורות על השבה לקופת החברה בנסיבות כאלה של עניין אפרוחי הצפון מכוח דין זה לבדו. עם זאת, אפילו לפי החוק המתוקן לא יסייע דין זה לבדו לסיכול תביעה של בעלי המניות באשר ליתרת החוב שלא נפרעה. כמו כן, אף החוב שנפרע והושב יחזור ויתעורר כתביעת חוב של בעלי המניות, כדין נושים לא-מובטחים. ככל שהנסיבות המצטברות שם מעידות כי כשרות כל החוב כלפיהם מוטלת בספק, עדיין יידרש בית המשפט אף לדין דחיית חובות כדי להגן על יתר נושי החברה.

2. דחיית חובות כאמצעי עזר להשבת רכוש שניטל

צוין לעיל כי דין דחיית חובות הוא דין הפועל את פעולתו כלפי זכות ששוריינה אך טרם נגבתה בפועל עובר לפתיחת הליך חדלות הפירעון של החייב. עם זאת, בנסיבות מסוימות דין זה עשוי לסלול את הדרך אף להשבת חוב שנגבה או שמצוי בעיצומם של הליכי גבייה. דחיית חוב שנגבה או שמצוי בעיצומם של הליכי גבייה עשויה לפעול בראש ובראשונה נגד בעל שליטה שהקדים ונקט יזמה משפטית, טרם פירוק החברה שבשליטתו, לאכיפת תביעתו כנושה בחברה. עד שתיקלע החברה לפירוק רשמי כבר יספיק בעל השליטה להשלים את גביית חובו באמצעות הליכי גבייה משפטיים רשמיים – הליך הוצאה לפועל או הליך כינוס נכסים לפי פקודת החברות.¹⁰⁰ לא פעם מתברר במהלך הפירוק כי בעל השליטה נקט פעולות אלה במסגרת מהלך מתוכנן וציני שנועד לשמר את שליטתו בנכסי החברה תוך הרחקתם מהישג ידם של נושים אחרים. אב טיפוס של תרחיש כאמור התרחש בעניין תעשיות חלב.¹⁰¹ בפרשה זו נקטה בעלת שליטה בחברה הליך של כינוס נכסים לאכיפת שעבוד צף ושעבוד קבוע על קו הייצור

99 ראו האן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 405-406. בארצות-הברית אפשר לבטל פירעון חוב לידי נושה שהוא איש פנים של החייב אם נעשה הפירעון בעת שהיה החייב חדל פירעון ובתוך שנה לפני פתיחת הליך חדלות הפירעון; ראו Bankruptcy Code, 11 U.S.C. § 547(b)(4)(B).

100 כינוס נכסים יינקט לפי ס' 194 לפקודת החברות אם החוב מובטח בשעבוד צף על נכסי החברה.
101 לעיל ה"ש 80. פרשה בעלת מאפיינים דומים התעוררה בבית המשפט העליון של ארצות-הברית בסוף שנות השלושים של המאה העשרים. פסיקתו של בית המשפט שם, שציוותה לדחות את תביעת החוב של בעל מניות השליטה, נחשבת עד היום כאבן היסוד של הדוקטרינה בדבר דחיית חובות בפירוק ובפשיטת רגל. ראו Pepper v. Litton, 308 U.S. 295 (1939).

של החברה, שהבטיחו הלוואות שהעמידה לחברה.¹⁰² במסגרת כינוס הנכסים עמדה בעלת השליטה לרכוש את הנכסים המשועבדים (קרי: כל קו הייצור של החברה) בסכום הנמוך מסכום תביעתה בחברה אך עולה על התביעה של כל נושה אחר בחברה, ולהעבירם לחברה אחרת שבשליטתה.¹⁰³ החברה האחרת המשיכה ופעלה באופן זהה לחברה הראשונה. הנפגעים ממהלך זה היו יתר נושי החברה הראשונה, שכן חברה זו חדלה לפעול הלכה למעשה ונמנעה מהם כל יכולת להיפרע מנכסי החברה, ואילו בעלת השליטה המשיכה ליהנות כלכלית מנכסים אלה במסגרת אישיות משפטית אחרת.¹⁰⁴ מבחינה רשמית, בתרחיש זה מועברים בפועל נכסים מקופת החברה החוצה, אל אחד מנושיה. עם זאת, בחינה מהותית של הנסיבות מלמדת כי מדובר בניצול כוחה של בעלת השליטה לשם העברת רכוש מן החברה החוצה, תוך חשיפה של יתר בעלי התביעות – הנושים – לחדלות פירעון של החברה. ההעברה כמעט זכתה בברכתו הרשמית של בית המשפט, שהסתמך לתומו על עובדות שפורטו לו על-ידי כונסי נכסים שלקו בליקוי מאורות ולא הבהירו כל צורכם את ליקויי ההתנהלות של בעלת השליטה ואת החשד בכשרות מהלכיה.

לשם התמודדות עם נטילת רכוש שלא כדין על-ידי הנושה בעל השליטה בנסיבות כאמור נדרש בית המשפט להפעיל סעד של השבה. סעד כאמור הוא הסעד הניתן בגין העברת רכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון ובגין העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך. דא עקא, אף לא אחד משני דינים אלה לכשעצמו היה יכול לסייע כאן למפרק לתקוף את העברת הרכוש של החברה לידי בעל השליטה. ההעברה בנסיבות האמורות בוצעה באצטלה של פירעון חוב לנושה ומשום כך אין בנסיבות האמורות לכשעצמן משום

102 תיאור עובדתי מפורט של עובדות הפרשה ראו עניין תעשיות חלב, שם, בפס' 2, 21, ו-23 לפסק הדין. החברה "הסכימה" ליזמת כינוס הנכסים של בעלת השליטה – "הנושה". ברי כי הסכמה זו איננה הסכמה של ממש משום שבעלת השליטה החזיקה ב-99% ממניות החברה, ובנה החזיק באחוז הנוסף ושימש מנהל יחיד של החברה.

103 החוב הנטען לבעלת השליטה הסתכם בכשלושה מיליון ש"ח. תביעת הנושה הגדול החיצוני של החברה (משכיר נכסים) עמדה על כ-800 אלף ש"ח, והשווי של קו הייצור לא עלה בכל מקרה על 550 אלף ש"ח. לפיכך, בעלת השליטה יכולה הייתה בכל מקרה להגיש הצעה לרכישת קו הייצור בכל סכום שבין 800 אלף ש"ח לשלושה מיליון ש"ח (ללא שום קשר לערכו האמיתי של קו הייצור), תוך הצעה לקזז את סכום הרכישה המוצע כנגד חובה הנטען. הצעת רכישה כאמור בהכרח תהיה גבוהה מכל הצעה מתחרה מצד אחד מנושי החברה האחרים. עוד ראוי לציין שכאשר פרסם כונס הנכסים הזמנה להציע הצעות לרכישת קו הייצור, לא הוגשו כל הצעות רכישה זולת הצעתה של בעלת השליטה; ראו שם.

104 תמיהה נוספת בהתנהלות של בעלת השליטה הייתה העובדה שהיא הובילה את החברה שבשליטתה לחתום על הסכם פשרה שקיבל תוקף של פסק דין עם הנושה-המשכירה (הסכם שעיקרו את תביעת האחרונה בסכום של 800 אלף ש"ח) לאחר שכבר פתחה בהליך כינוס הנכסים לאכיפת השעבודים ותוך הסתרת מידע זה מן הנושה-המשכירה; ראו שם.

העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך או חלוקה אסורה.¹⁰⁵ גם דין העברת רכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון לא היה מסייע בנסיבות אלה למפרק. החוב שחבה החברה לבעל השליטה הובטח בשעבוד צף על כל נכסי החברה. חוב המובטח בשעבוד צף קודם בפירעונו לחובות לא-מובטחים. לפיכך, לכשעצמה אין בפעולה של פירעון החוב לנושה בעל השליטה משום העדפה של נושה זה מנושים אחרים. לשון אחר: בהשוואת אחוז הפירעון בפועל (קרי: 100% פירעון) לאחוז הפירעון ההיפותטי שלו היה זוכה נושה זה אילו המתין לפירעון מבוקר במסגרת הליכי פירוק של החברה, לא נמצא כי הנושה בעל השליטה הגדיל את חלקו בפירעון מקופת החברה. בהתאמה לא נגרע חלקם של יתר הנושים.¹⁰⁶

עולה אפוא כי אף שיש בפעולת המימוש שנקטה בעלת השליטה משום ניצול ציני של השפעתה בחברה לשם שיפור מצבה האישי תוך החצנה ביודעין של ההפסדים הכרוכים בכך אל עבר שאר נושי החברה, הדינים המקנים סעד של השבה נכשלים לכשעצמם לספק מענה מניח את הדעת לנסיבות כמו בעניין תעשיות חלב. לטעמי, בנסיבות כאמור, דין דחיית חובות כפי שהפעיל בית המשפט בעניין תעשיות חלב, יכול לשמש פתרון הולם לבעיה.¹⁰⁷ ניתוח נסיבות העניין בפרשה זו הוביל את בית המשפט, בצדק, למסקנה שהמהלך שנקטה בעלת השליטה היה מהלך מחושב של העברת רכוש החברה לידיה תוך פגיעה מודעת ביתר נושי החברה. כאמור, המהלך אף ננקט במסגרת דל"ת אמותיו של הליך שיפוטי, היינו: כינוס הנכסים.¹⁰⁸ אופן ההתערבות הראוי למצב זה הוא אפוא קעקוע הבסיס המשפטי שעליו נסמכה מלכתחילה התביעה של בעלת

105 ראו עניין גני אביב, לעיל ה"ש 61; הגדרת "חלוקה" ו"דיבידנד" בס' 1 לחוק החברות, בהתאמה. יצוין כי עניין תעשיות חלב נדון לפי הדין שקדם לחוק החברות. בפקודת החברות לא הייתה הגדרה סטטוטורית מפורשת למונח "חלוקה".

106 ראו האן "העדפת נושים בחדלות פירעון", לעיל ה"ש 40, בעמ' 209.

107 לטיעון דומה בנוגע למהלך שנקט בית המשפט העליון של ארצות-הברית בעניין *Pepper v. Litton*, לעיל ה"ש 101, ראו David G. Carlson, *The Logical Structure of Fraudulent Transfers and Equitable Subordination*, 45 WM. & MARY L. REV. 157, 200-201 (2003): "[T]he very case that invented equitable subordination, *Pepper v. Litton*, was a fictional debt case. In *Pepper*, however, X obtained a valid judgment against D. Without an avoidance theory, X's fictional claim had to be allowed as a matter of res judicata. Equitable subordination therefore was invented to be and continues to exist as a reproach to res judicata – a function it shares with fraudulent transfer law." And 213: "[O]ne major purpose of equitable subordination, then, is to strike a blow against res judicata, where application of that doctrine comes at the expense of the creditors".

108 ראו את ביקורתה של השופטת אלשיך על המהלך שנקטו בעלי השליטה בחברה; עניין תעשיות חלב, לעיל ה"ש 80, בפס' 18-23 לפסק הדין.

השליטה.¹⁰⁹ כאמור, זה בדיוק תפקידו של דין דחיית חובות. באמצעות דחיית החוב מאפיין בית המשפט מחדש את תביעת בעלת השליטה לפי מהותם של דברים. ההתנהגות הפסולה של בעלת השליטה בהליכי מימוש החוב משמשת בידי בית המשפט ביטוי ראייתי לאופיו האמיתי של "חוב" זה, עם או בלי מירכאות. כאשר בית המשפט דוחה את התביעה של בעלת השליטה ופוסל את חוקיות החוב המובטח, מאליו קורס גם הבסיס החוקי להליך כינוס הנכסים שכבר ננקט.¹¹⁰ לנוכח זאת יש להשיב את הגלגל לאחור, להשיב את שנגבה לקופת הפירוק (או – ככנסיות שם – למנוע ברגע האחרון את גבייתו) ולפרוע מתוך נכסי החברה לנושיה לפי סדר העדיפויות האמיתי והראוי. לשון אחר: בנסיבות אלה, שבהן הקדים בעל השליטה ונקט פעולה עוד לפני הפירוק, משמש דין דחיית חובות אמצעי לקעקוע בסיס הלגיטימיות של נשיית בעל השליטה. אמצעי עזר זה סולל את הדרך להגשמת המטרה של הסבת הגלגל אחורנית ותיקון עיוותי החלוקה שגרם בעל השליטה בנטילתו רכוש (בכסות של הליך משפטי) מקופת החברה. שימוש מרחיב כאמור בדין דחיית חובות הוא ראוי. הפעלת דין זה נגד הנושה בעל השליטה אף בנסיבות שבהן נמנע בעל השליטה מהגשת תביעת חוב רשמית מסייעת אפוא למלא את החסר שנוצר עקב מגבלות התחולה הרשמית של הדינים האחרים. בנסיבות אלה סלל דין דחיית החובות את הדרך לבית המשפט להפעלת סעד השבה. במהותם של דברים, משרחה בית המשפט את תביעת בעלת השליטה נסללה הדרך להפעלה עוקבת של דין העברת רכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון.

109 מכיוון שתקיפת התשלום לנושה בעל השליטה לא נעשתה על-ידי החברה שהייתה צד להעברה כאמור, כי אם על-ידי הנושים או המפרק המייצג את ענייניהם, לא תחול כאן כל מניעות של מעשה בית דין. ראו נינה זלצמן מעשה בית-דין בהליך אזרחי 159-158 (1991); Chandler v. Thompson, 120 F. 940, 941 (7th Cir. 1902): "The case, thus presented, is not that of an attack collaterally upon the judgments by the parties thereto, or their privies. It is the case of an attack by the trustee of third persons, strangers to the judgment, whose rights and interests would be injuriously affected, if the judgments were allowed to stand proved as claims. As to such persons, a judgment procured through the collusion of the parties thereto, and founded upon no real debt, is to be treated as void, and open to collateral attack whenever, and wherever it may come in conflict with their rights or interests"

110 לשיטתי הלוואת בעלים לא תוכר משפטית כחוב מובטח ואפילו גובתה בשעבוד לטובת המלווה בעל המניות; הלוואת בעלים תוכל להקנות לבעל המניות לכל היותר מעמד של נושה לא-מובטח. ראו האן "דחיית חובות", לעיל ה"ש 47, בעמ' 54-52. לפי שיטתי אפוא הדין העיקרי יכול להתייחס למערכת נסיבות שבה נושה בעל שליטה שאיננו מובטח בשעבוד על נכסי החברה הקדים ופרע, ובשל מגבלת הזמן אי-אפשר לתקוף את פעולת המימוש של הנושה כהעדפת נושים.

ה. בין ארבעת הדינים לבין הרמת מסך

הפרקים הקודמים הראו כי ארבעת הדינים הנדונים ברשימה זו עשויים לספק מענה משפטי יעיל לפעולות העלולות לגרוע נכסים מקופת החייב ולפגוע בנושיו. המענה עשוי להיות באמצעות שימוש באחד הדינים או בשילוב שלהם. עם זאת, קשה להתעלם מכך שפעולות רבות של גריעת נכסים מקופת חברה מעוררות את בתי המשפט לשקול להרים את מסך ההתאגדות ולייחס את חובות החברה לבעלי מניותיה. יתר על כן: לפחות אחד מארבעת הדינים – דין דחיית חובות – קבוע כיום בחוק החברות כתת-סעיף של הרמת מסך. בפרק זה אעמוד על היחס שבין הדינים הנדונים לבין הרמת מסך. טענתי היא שהשימוש בהרמת מסך במשפט הנוהג נובע, בין השאר, מכשל חקיקתי ושכמשפט הרצוי ראוי להסתמך יותר על הדינים האמורים, בצד קבוצת עילות התביעה האישיות,¹¹¹ ולהותיר את דין הרמת המסך כדין שיורי.

1. דחיית חובות מול הרמת מסך

לפי כותרתו, סעיף 6 לחוק החברות עוסק בהרמת מסך. לפי מבנה הסעיף דין דחיית החובות נראה אפוא כתחליף מקומי להרמת המסך. גם בית המשפט העליון בעניין אפרוחי הצפון ראה את דין דחיית החובות שבסעיף 6 לחוק החברות כדין שהוא נגזרת של דין הרמת המסך, אף כי סבר שזהו דין מרוכך מהרמת המסך.¹¹² עם זאת, לעניות דעתי, חרף קרבה רעיונית ביניהם, דין דחיית החובות איננו קשור בטבורו לדין הרמת המסך וראוי שיעמוד על רגליים עצמאיות.¹¹³ יש לזכור כי בטרם נחקק חוק החברות לא הרמת המסך ולא דחיית החובות עוגנו בחקיקה. דין דחיית החובות אף לא פותח כל-כך בפסיקת בתי המשפט. דין זה נחקק בסעיף 6 לחוק בלא מסורת משפטית נכבדה מקדימה.¹¹⁴ דומני כי שגה המחוקק בכוללו את דחיית החובות כתת-סעיף של הרמת מסך. הרמת מסך עניינה ייחוס חובות של החברה לבעלי המניות והתעלמות מהאישיות הנפרדת של החברה. לעומתה, דחיית חובות של בעלי מניות איננה שוללת את הפרדה

111 על קבוצת עילות התביעה האישיות ראו לעיל בסמוך לה"ש 3-4. על העדיפות של עילות התביעה האישיות מהרמת מסך ראו לעיל ה"ש 12 והאסמכתאות המובאות שם.

112 עניין אפרוחי הצפון, לעיל ה"ש 48, בפס' 6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. ראו גם עניין קריספי, לעיל ה"ש 54, בעמ' 134. אוריאל פרוקצ'יה כינה בשעתו את דחיית החובות בשם "הרמת מסך חלקית"; פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 48, בעמ' 558.

113 בשלב מאוחר יותר גם פרוקצ'יה הבחין עיונית בין דחיית החובות לבין הרמת המסך; ראו אוריאל פרוקצ'יה דיני חברות חדשים בישראל: דין נוהג, דין רצוי והדרך לחקיקה 75 (1989). בית המשפט העליון רואה את דין דחיית החובות כדין מרוכך מהרמת המסך.

114 ראו ליכט, לעיל ה"ש 12, בעמ' 90.

בינם לבין החברה אלא אך מעצבת מחדש את סדרי הפירעון בין אותם בעלי מניות ליתר נושי החברה. לפיכך, בנסיבות כאמור בסעיף 6(א), שבהתקיימן אפשר להרים מסך (קרי: לייחס חובות של החברה לבעלי המניות) או לדחות חוב של בעל מניות, ראוי לעניות דעתי לבכר את דין דחיית החובות המרוכך על דין הרמת המסך, שלדעת רבים הוא דין מרחיק-לכת.¹¹⁵ בדחיית חובות אין בעל המניות נדרש להוסיף מהונו האישי מעבר למה שכבר השקיע וסיכן (בין בדרך של השקעה הונית ובין כאשראי); חובות נוספים של החברה אינם מושגים עליו. בהרמת מסך, לעומת זאת, אף חובות נוספים מושגים על בעל המניות.

אף לשונו של סעיף 6(ג) צרה מדי, שכן היא מסמיכה את בתי המשפט לדחות תביעת חוב של בעל מניות בלבד. בכך החטיא המחוקק את האפשרות להסמיך את בתי המשפט לדחות תביעת חוב של נושה שאיננו בעל מניות בנסיבות שבהן הדבר נדרש.¹¹⁶ אכן, במשפט האמריקני דין דחיית חובות איננו קבוע בחקיקת החברות ואיננו נחשב כתת-מקרה של הרמת מסך: הוא קבוע כדין עצמאי בחוק חדלות הפירעון ומאפשר לדחות חוב של כל נושה, בין שהוא בעל מניות בחברה ובין שלא.¹¹⁷ לפיכך, המלצתי למחוקק היא להוציא את דין דחיית החובות מסעיף 6 לחוק החברות ולקובעו כדין עצמאי המאפשר לבית המשפט, בנסיבות הראויות לכך, לדחות חוב של כל נושה באשר הוא, בין בעל מניה ובין לאו. תיקון חקיקתי כאמור יאפשר גם ליישם את דין דחיית חובות כלפי שעבוד שנוצר בעת חדלות פירעון להבטחת חוב קיים.¹¹⁸

2. העברות רכוש והרמת מסך

הדינים העיקריים המבקשים להשיב לקופת החייב רכוש שניטל ממנו הם העברה לידי נושה בעת חדלות פירעון, העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך וחלוקה אסורה. בחינת התיקים הרבים המתנהלים בבתי המשפט שבהם מתעוררת הסוגיה של הרמת המסך

115 שם, בעמ' 70, 86, 90.

116 לדיון בנסיבות כאמור ראו האן "דחיית חובות", לעיל ה"ש 47, בעמ' 59-66. המלצתי שם לבתי המשפט הייתה כי יפעילו שיקול דעת רחב ולא יהססו לדחות חוב של נושה חיצוני בנסיבות שהדבר נדרש, אף בטרם תיקבע להם סמכות מפורשת לכך בחוק. בתי המשפט יוכלו לצוות כך מכוח עקרון תום הלב; שם, בעמ' 66-67. לעניות דעתי, כוחם לצוות כך מקבל משנה תוקף מאחר שבתי המשפט הדנים בתיקי חדלות פירעון הם בתי משפט של יושר; ראו ע"א 447/92 רות נ' אינטרקונטיננטל קרדיט קורפריישן, פ"ד מט(2) 102 (1995); ע"א 689/74 בשמת נ' עיריית אילת, פ"ד כט(2) 281 (1975).

117 Bankruptcy Code, 11 U.S.C. § 510(c).

118 לטענה שיצירת שעבוד כאמור ראויה לטיפול מדין דחיית חובות ולא מדין העברת רכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון ראו לעיל, ס' 5 לפרק ג.

מלמדת כי בתי המשפט משתמשים תדיר דווקא בדין זה להגנת עניינם של נושים שנפגעו עקב הוצאת נכסים מן החברה.¹¹⁹ במחקר אמפירי שנערך לאחרונה תחת הנחייתי נמצאו הממצאים הבאים:

(א) מאז נחקק תיקון מס' 3 לחוק החברות בשנת 2005 הועלתה הטענה להרמת מסך ב-434 תיקים בבתי המשפט;

(ב) בתיקים אלה הורם המסך ב-136 פסקי דין;

(ג) ב-54 פסקי דין (קרי: 40% מכלל הרמות המסך) הושתתה הרמת המסך על הברחות נכסים.¹²⁰

אמנם ייתכן כי פשר ההיזקקות לדין הרמת המסך בנסיבות של העברת רכוש של החברה החוצה ומניעתו מנושיה נעוץ בתפיסה שיפוטית שלפיה אין להתיר לבעלי מניות ליהנות מעקרונת האישיות המשפטית הנפרדת כשהם עצמם מתנהגים בחוסר יושר.¹²¹ ברם, לעניות דעתי יש סיבה נוספת לריבוי היחסי בהיזקקות המערכת השיפוטית לדין הרמת המסך. טעם זה נעוץ בחסר חקיקתי המונע את הפעלת הדין המתאים מכל לתקיפה של העברות רכוש כאמור: ביטול העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך. המשפט בישראל לוקה בכך שהדין האמור לא חל בפירוק חברה אלא רק בפשיטת רגל של יחיד.¹²² ההיסטוריה השיפוטית העגומה של ביטול העברות רכוש בלא תמורה שוות ערך מנעה אפוא את הפעלתו הראויה של דין זה לשם הגנת עניינם של נושים בחברות חדלות פירעון.¹²³ לנוכח הפסיקה האמורה של בית המשפט העליון נותרו בתי המשפט בלא אמצעי אפקטיבי וראוי להתמודדות עם הוצאת נכסים מן החברה בדרך המקצינה את

119 ראו, למשל, ע"א 478/74 "נהר" השקעות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(3) 712, 706 (1976); ראו גם ע"א 69/84 שפר נ' תדע בונה, פ"ד מ(2) 656-655, 645 (1986); ת"א (מחוזי י-ם) 3190/01 מנהל מקרקעי ישראל נ' רפאלי (פורסם בנבו, 20.7.2008); ע"א (מחוזי י-ם) 9584/06 ד.ג.ש. שירותי דלק בע"מ נ' מוניות און ליין בע"מ (פורסם בנבו, 10.2.2008); ת"א (מחוזי ת"א) 3125/00 מתוק אפרים ובניו בע"מ נ' אפיבן יוזמות בע"מ (פורסם בנבו, 1.8.2007); ת"א (מחוזי נצ') 1245/04 דוד נ' דראושה (פורסם בנבו, 25.4.2007).

120 המחקר נערך על ידי עו"ד מיכל אמסטר-שחר ועתיד להתפרסם במסגרת עבודת מאסטר שהיא כותבת באוניברסיטת בר-אילן. ממצאי המחקר מצויים בימים אלה בעיבוד סטטיסטי מתקדם.

121 ראו חביב-סגל, לעיל ה"ש 12, בעמ' 289.

122 ע"א 471/68 יעקב נ' המפרקים של מקיף חברה להשקעות בע"מ, פ"ד כג(1) 68, 65 (1969); עניין גני אביב, לעיל ה"ש 61. לביקורת הלכה זו ראו אוריאל פרוקצ'יה דיני פשיטת רגל והחקיקה האזרחית בישראל 259-258 (1984); כהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 434-438.

123 לניתוח חוסר הבהירות בפסיקת בית המשפט העליון בעניין ההחלה של דיני פשיטת רגל גם בפירוק חברה והבראתה, והסבילות השיפוטית היחסית שבית המשפט העליון מגלה בפרשנות של דיני חדלות פירעון, ראו האן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 162-178.

הסיכונים של היעדר פירעון לנושים.¹²⁴ משום כך, כדיעבר נאלצו בתי המשפט להשתמש בחלופה הכבדה יותר – הרמת מסך – לשם תיקון המעוות. אמנם, כאשר מדובר בהעברת רכוש בלא תמורה שוות ערך לידי בעלי מניות של החברה, הדין הנכון לסיכול העברה כאמור – אף לפי החוק החל – הוא חלוקה אסורה ולא הרמת מסך; ברם כשהעברת הרכוש נעשתה לידי אדם שאיננו בעל מניות בחברה, כגון העברת רכוש לחברה-בת, אין כיום לבית המשפט מענה ישיר לסיכול ההעברה זולת הרמת מסך. לשיטתי, הפתרון המשפטי הראוי להברחות הנכסים איננו היזקקות לדין הרמת המסך כי אם תיקון חקיקתי מפורש שיאפשר לבטל העברות רכוש מקופת החברה בלא תמורה שוות ערך. דין זה עדיף בעיניי מהרמת המסך בהיבטים אחדים. ראשית, משמעותה העיונית של הרמת מסך היא קעקוע ההפרדה שבין האישיות המשפטית של החברה לאישיות המשפטית של בעל המניות. אשר על כן, שימוש תדיר בהרמת המסך מרוקן מתוכן את עקרון הבסיס של דיני התאגידים; שכרו של הדין עלול לצאת בהפסדו.¹²⁵ לעומת הרמת המסך, דין העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך אינו מתעלם מן האישיות התאגידית. תחת זאת הוא מתרכז אך ורק בתקיפת הפעולה מסכלת הפירעון לנושים, קרי: ההעברה לידיים אחרות. שנית, דין הרמת המסך הוא בעל אופי לא מידתי.¹²⁶ חבויות החברה כולן מושגות אישית על בעלי המניות, ללא כל יחס וקשר סיבתי בין שיעור העיוות שגרמה העברת הנכסים החוצה לבין סך התחייבויות החברה.¹²⁷ במילים אחרות,

124 לניסיון להתגבר על החסר הנובע מאי-התחולה של דין העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך בפירוק באמצעות החלת אחריות אישית על נושאי משרה שנתנו ידם להעברה, ראו כהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 438-440; האן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 424-425.

125 ראו אירית חביבי-סגל "מגמות חדשות בהלכות הרמת המסך" עיוני משפט יז 197 (1992). לדיון כללי על הרמת מסך ראו FRANK H. EASTERBROOK & DANIEL R. FISCHER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW 54-62 (1991); Dan D. Prentice, *Veil Piercing and Successor Liability in the United Kingdom*, 10 FLA. J. INT'L L. 469, 473-480 (1996) להצעה לביטול דין הרמת המסך והמרתו בעקרונות אחריות אישיים של בעלי מניות הנגועים באשם (כגון בגין העברות מרמה) ראו Stephen M. Bainbridge, *Abolishing Veil Piercing*, 26 J. CORP. L. 479 (2001). לניסיון התמודדות פילוסופי עם הסתירה המובנית לכאורה בדיני התאגידים בין עקרון האישיות הנפרדת של התאגיד לבין דין הרמת המסך ראו Jason W. Neyers, *Canadian Corporate Law, Veil-Piercing, and the Private Law Model Corporation*, 50 U. TORONTO L.J. 173 (2000).

126 ראו ע"א 407/89 צוק אור בע"מ נ' קאר סקיריטי בע"מ, פ"ד מח(5) 661, 701 (1994): "הסרת המחיצה האופפת את אישיות החברה עלולה לחייב את בעלי המניות באחריות בהיקף עצום, ללא בחינה מדויקת של אחריותם האישית בהתאם למכשירים המקובלים במשפטנו האזרחי".

127 אמנם לשון הסיפא של ס' 6(א) לחוק החברות, לאחר תיקון מס' 3, מורה כי חובות ייוחסו לבעל מניות 'ובלבד שבעל המניה היה מודע לשימוש [הפוגע], ובשים לב לאחזקותיו ולמילוי חובותיו כלפי החברה לפי סעיפים 192 ו-193". לשון זו עשויה ללמד כי המחוקק ביקש לרכך אף את אופיו הלא מידתי של דין הרמת המסך. השו"ג ע"א 4747/93 דומת טקסטיל בע"מ (בפירוק) נ' ביטי, פ"ד נ(2) 27, 36 (1996) (בית המשפט איננו מחויב להשית על דירקטור את מלוא התחייבויות

העיוות שממנו נפגעו הנושים הוא בשיעור שווי הנכסים שהוצאו מן החברה. אף-על-פי כן, בהרמת המסך בעלי המניות עלולים להתחייב בשיעור כל התחייבויות החברה, אפילו שיעור זה עולה על שווי הנכסים שהוצאו מן החברה שלא כדין. מנגד, דין ביטול העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך קובע סעד מידתי.¹²⁸ דין זה מתרכז אך בשווי הנכסים שהועברו, בבחינת "והשיב את הגזילה אשר גזל".¹²⁹ לעניות דעתי, בשל היבטים אלה די לנושים בסעד הביטול של דין העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך, ודין הרמת המסך יישמר לנסיבות אחרות כפי שיובהר להלן.¹³⁰

3. הדין הרצוי: הרמת מסך כדין שיורי

דין הרמת המסך מקעקע בפועלו את עקרון האישיות הנפרדת. זהו דין רב-עצמה ובעל השלכות מרחיקות-לכת. על כן ראוי לגלות מתינות ולא להפעילו כל עוד יש אמצעים חלופיים יעילים לתיקון המעוות הפוגעים פחות בעקרון האישיות הנפרדת.¹³¹ בפסקאות הקודמות הראינו כי ארבעת הדינים המתחקים אחר רכוש שנגרע מקופת החברה הם דינים מתונים, כאמור, ואשר על כן עדיף לנקוט אותם. לפיכך, כאמור, דין הרמת המסך צריך להישאר דין שיורי שיופעל רק בנסיבות שבהן קצרו ידיהם של יתר הדינים מלהושיע את הנפגעים.¹³² נסיבות אלו הן:

- א. מרמה או הונאה בידועין באמצעות האישיות המשפטית של החברה;
- ב. הון עצמי לא הולם באין מימון בעלים.¹³³

המקרה הראשון להרמת מסך הוא כשאישיותה המשפטית של החברה נוצלה לצורך מרמה בידועין של אדם או רשות שלטון. כוונתי בכך לתרמיות שאינן הברחות נכסים. כך,

החברה לפי ס' 373, אף שהוא מוסמך לעשות כן. בית המשפט עשוי להשית על הדירקטור חבות חלקית בלבד לחיובי החברה). עם זאת, ס' 6 עדיין איננו מגביל את סמכותו של בית המשפט, והפוטנציאל להטלת אחריות על בעל המניות למלוא התחייבויות החברה, בין אלה הקשורות להתנהגותו הפוגעת ובין אלה שאינן, עדיין קיים.

Clark 128, לעיל ה"ש 15, בעמ' 507-517.

129 ויקרא ה 23.

130 עם זאת, כאשר העברת הנכסים החוצה נעשתה באורח שיטתי ומתמשך, כגון בתרחיש של חברות קשורות, עלויות ההתדיינות של ניתוח כל העברה לכשעצמה ברמת דיוק של אזמל מנתחים עלולות לעלות על התועלת הגלומה בשימוש בדין העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך. ראו Clark, לעיל ה"ש 15, בעמ' 530-532. לפיכך, כשיקול תועלתני, בנסיבות כאמור יש מקום להפעיל את דין הרמת המסך. ראו Frederick Tung, *Limited Liability and Creditors' Rights: The Limits of Risk Shifting to Creditors*, 34 GA. L. REV. 547, 561-569 (2000).

131 זו גם גישתו העקרונית של הנשיא ברק בעניין בן אבו, לעיל ה"ש 6.

132 לגישה דומה ראו גם Bainbridge, לעיל ה"ש 125.

133 להצעה להמרה של בחינת הלימות ההון העצמי במבחן השליטה בחברה בחוסר אחריות פיננסית ראו David Millon, *Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility, and the Limits of Limited Liability*, 56 EMORY L.J. 1305 (2007).

למשל, כאשר חברה מנוצלת כ"איש קש" לקשירת עסקה מסוימת או להשגת מכרז מסוים שבעל המניה בה היה מנוע מלהשיג לו ידע הצד השני על קיומו. בנסיבות כאמור, משנודע הדבר, יטען הצד האחר, ובצדק, להרמת מסך לשם זיהוי בין החברה לבעל המניה כדי לאיין את ההתקשרות האמורה.¹³⁴

המקרה השני הוא כשחברה מתנהלת על בסיס הון עצמי לא הולם ובעלי המניות בה לא הלוו לה הלוואת בעלים או לא ערכו לחובתיה כלפי נושה מסוים. כאשר חברה מנהלת פעילות עסקית הכרוכה בסיכונים נזק למשתמשים במוצריה בלא שיושקע בה כמעט כל הון עצמי ובלא לבטח את החברה נגד הסיכונים האמורים, וכל תביעה נזיקת של המשתמשים במוצרים עלולה למוטטה כלכלית – הפעלת החברה בלא כל גיבוי של הון עצמי עשויה להצדיק הרמת מסך. בנסיבות אלה, בעלי המניות ערים לסיכון המוגבר שפעילות החברה משיתה על הנושים וממשיכים להפעילה על אף זאת. הפעלה כאמור בלא לגלות דאגה ראויה לסיכונים הנושים תצדיק את שלילת החסינות הכספית מבעלי המניות.

1. סיכום

רשימה זו ביקשה להדגיש את המכנה המשותף של קבוצת דינים שייעודם להגן על קופת חברה חדלת פירעון ועל זכויות הפירעון של נושה. דינים אלה הם: (א) העברת רכוש לידי נושה בעת חדלות פירעון; (ב) העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך; (ג) חלוקה אסורה; (ד) דחיית חובות. הרשימה סקרה את קווי המתאר המשותפים לדינים אלה אך גם עמדה על ההבדלים הרשמיים ביניהם. הבדלים אלה מתייחסים לזהות הנהנה מן הפעולה שאותה מבקשים לתקוף, למועד הפעולה, לתקופת הייחוס לאחור לתקיפת הפעולה ולסעד המעשי שיפסוק בית המשפט.

לאחר בחינה מדוקדקת של כל אחד מארבעת הדינים לכשעצמו ולאחר הבהרה של היקף פועלו העצמאי, הדגימה הרשימה כיצד בנסיבות מורכבות, שבהן כל אחד מן הדינים לבדו לא יגן כראוי על קופת החייב ועל זכויות נושיו, בתי המשפט עשויים לשלב בין פועלם של דינים אחדים מן הקבוצה האמורה לשם הגנה ראויה כאמור. לבסוף, הרשימה עמדה על היחס בין פועלם של ארבעת הדינים הנדונים בה לבין דין הרמת המסך. בעניין זה טענתי כי אחת הסיבות לדומיננטיות של דין הרמת המסך בשיח השיפוטי בישראל לפי הדין החל הוא קוצר-יד חקיקתי, המגביל את התפרשותם הראויה של שניים מן הדינים האמורים – ביטול העברת רכוש בלא תמורה שוות ערך ודחיית חובות. אשר על כן הרשימה קוראת לתיקונים חקיקתיים שיאפשרו לבתי המשפט להרחיב כראוי את שימושם בדינים האמורים. את דין הרמת המסך יש לשמור כדין שיורי.

134 הרמת מסך זו תיעשה לפי ס' 6(ב) לחוק החברות. השוו לתרחיש ההפוך בע"א 543/89 החברה להוצאת אנציקלופדיות בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד מה(1) 529 (1990).