

## האם הקורונה תוציא את הצדק החלוקתי אל האור?

פיני יניב\*

רבים בישראל צופים כי משבר הקורונה יגרום לעלייה דרמטית בפנייה להליכי חדלות פירעון. דיני חדלות הפירעון פוטרים את חדל הפירעון מחובותיו, ומאפשרים לו לצאת לדרך חדשה ולהשתקם, אך בה בעת לפעולה זו יש השפעה ישירה על נשיו של חדל הפירעון. יש לתת את הדעת על כך שגלי ההדף מאירועי חדלות פירעון רבים עלולים לגרום לאירועי חדלות פירעון נוספים בקרב הנושים עצמם, שלא יוכלו לעמוד בהתחייבויותיהם בעקבות קריסתם של החייבים להם. כשמדובר בנושים מוחלשים ההשפעה עליהם עלולה להיות רת גורל.

המאמר דן בסיוע שמעניק משפט חדלות הפירעון לקבוצות נושים מוחלשות כגון ספקים, עובדים, רוכשי דירות, ונושים לא־מובטחים בכלל. המאמר מראה כיצד סיוע כזה לנושים לא־מובטחים מוענק, הלכה למעשה, על ידי בתי המשפט באופן סמוי, ללא בסיס נורמטיבי ברור, ומדגים באילו פרקטיקות נעשה הדבר. הסיוע לנושים הלא־מובטחים אומנם ניתן מעת לעת בפועל, אולם השאלות **מדוע** יוכנסו עקרונות של "חלוקה צודקת" למשפט חדלות הפירעון, ו**מדוע** הגדלת הצדק החלוקתי היא בכלל תכלית ראויה ולגיטימית של דיני חדלות הפירעון, לא נדונו. המאמר מציע אפוא, לראשונה, הצדקה תאורטית נורמטיבית לנוכחותו החזקה של צדק חלוקתי בדיני חדלות הפירעון.

נוסף על כך טוען המאמר שבתקופה זו של משבר הקורונה, ובפרט לאחר חקיקתו של חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי התשע"ח-2018, יש לצפות שסיוע כזה ייעשה בריש גלי ויהפוך למוצר מבוקש. מגמה זו משתלבת היטב במגמה אקטואלית אחרת. בשנים האחרונות מתנהל בעולם המשפט האקדמי והפרקטי דיון ער בשאלה של תכלית החברה: האם על מנהלי התאגיד לדאוג רק לאינטרס של בעלי המניות (stockholders) או שמא עליהם לדאוג (כעניין של חובה משפטית, ולא כמעשה של חסד) גם לבעלי עניין אחרים (stakeholders) דוגמת עובדים, לקוחות, ספקים, הסביבה והחברה (society) בכלל. דיון זה

\* בוגר תואר שני במשפטים באוניברסיטת תל אביב, שותף במשרד מיתר | עורכי דין. תודתי מסורה לפרופ' עלי בוקשפן על הערותיו המועילות לטיוטת המאמר.

מתנהל ביחס לחברות סולבנטיות, אך ניתן להשליך ממנו גם על משפט חדלות הפירעון.

המאמר מוסיף וטוען כי לא נכון ולא ראוי שהחדרת עקרונות של צדק חלוקתי לדיני חדלות הפירעון תיעשה בדרך של חקיקה שיפוטית. מערכת השפיטה מטפלת ב"תאונות משפטיות" מקריות, ולא בהסדרה מתוכננת ושיטתית. כפי שמראה המאמר, גם הפנמת הצדק החלוקתי בדיני חדלות הפירעון בדרך שבה נעשה הדבר בחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, לוקה בפגם של אקראיות, ומטילה נטל על הצדדים הספציפיים שנקלעו לאירוע חדלות פירעון מסוים. המאמר מבקר דרך זו, ומתווה קווים ראשוניים לפתרונות אחרים שיוכלו להתגבר על חיסרון מרכזי זה.

## מבוא

רבים בישראל צופים כי מגפת הקורונה תגרום לעלייה דרמטית בפנייה להליכי חדלות פירעון. הואיל ובעת כתיבת שורות אלה מלווים פיננסיים עדיין אינם ממהרים לנקוט הליכים נגד חייבים, משכירים עדיין מגיעים להסדרים עם השוכרים, ובנקים מאפשרים ללווים תקופות חסד של אי-פירעון הלוואות (תקופה העומדת להסתיים בקרוב),<sup>1</sup> דומה שהגל הגדול של קריסות כלכליות עוד לפנינו.

חששות מפני גל גדול של קריסות כלכליות כבר הביאו לנקיטת פעולות שונות המכוונות לסייע למתקשים לעמוד בהתחייבויותיהם. מאז פרוץ המגפה בישראל, ניתן להצביע על לא מעט ניסיונות סיוע מצד הממסד הממלכתי והעסקי, כמו הקלות בתשלומי הלוואות מצד בנקים, הלוואות בערבות מדינה, וכן תיקוני חקיקה;<sup>2</sup> כמו גם על רוח של סולידריות חברתית<sup>3</sup> וערבות הדדית העולה מארגונים ומיחידים שתורמים אף הם את חלקם.<sup>4</sup>

אלא שגלי ההדף מאירועי חדלות פירעון רבים עלולים לגרום לאירועי חדלות פירעון נוספים בקרב נושים שלא יוכלו לעמוד בהתחייבויותיהם בעקבות קריסתם של החייבים

1 "הפיקוח על הבנקים מודיע על גיבוש מתווה נוסף לדחיית תשלומי משכנתאות והלוואות צרכניות, שאומץ על ידי המערכת הבנקאית" בנק ישראל (30.11.2020) <https://bit.ly/3B0Slqx>.

2 במאמר 2021 פורסם תיקון מספר 4 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, שעניינו עידוד תאגידים ויחידים להגיע להסדרי חוב חלף פתיחה בהליכי חדלות פירעון. התיקון יוצר מסלול מיוחד (כהוראת שעה) של עיכוב הליכים לשם גיבוש הסדר חוב, ללא מינוי נאמן וללא "צו פתיחת הליכים". התיקון מחייב תאגידים ויחידים שיבחרו בו להתחיל בניהול משא ומתן לגיבוש הסדר חוב מייד עם מתן עיכוב ההליכים תוך הגדרת לוחות זמנים לתהליך. חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי (תיקון מס' 4 – הוראת שעה – נגיף הקורונה החדש), התשפ"א-2021, ס"ח התשפ"א 318.

3 לי ירון "האבטלה בשחקים, העמותות קורסות – אך 165,000 ישראלים החלו להתנדב לראשונה מאז משבר הקורונה" הארץ (18.9.2020) <https://bit.ly/3B2tmn6>.

4 כך למשל, "הבית לסולידריות חברתית", מיסודם של ענת ואמנון שעשוע, הכריזו על תרומה של 100 מיליון ש"ח לאלפי עסקים קטנים שאינם זכאים לסיוע ממשלתי כי נפתחו רק בשנת 2019.

להם. דיני חדלות הפירעון פוטרים את חדל הפירעון מחובותיו, ומאפשרים לו לצאת לדרך חדשה ולהשתקם, אך בה בעת לפעולה זו עלולה להיות השפעה הרת גורל על נושיו של חדל הפירעון.<sup>5</sup> יש מקום לתת את הדעת כבר עתה, למצבם של נושיהם של אותם חייבים שיופטר, נושים שפטור זה עלול להיות הרסני ואף קריטי לגביהם. מאמר זה דן אפוא בסיוע שמעניק משפט חדלות הפירעון לקבוצות אינטרס מוחלשות כגון ספקים קטנים, עובדים, רוכשי דירות, ונושים לא־מובטחים בכלל.

לטענתי שלושה רבדים: ראשית, נושים לא־מובטחים אכן מקבלים, בדיעבד, סיוע ממערכת השפיטה מעת לעת, אך לרוב הדבר נעשה באופן לא עקבי, מהוסס וסמוי, ללא הנמקה תאורטית מגובשת; שנית, יש טעם ויש הצדקה לכך שהללו יזכו לסיוע מצד דיני חדלות הפירעון; ושלישית, ראוי למסד סיוע זה, להגדיר אותו מראש, ולא בדיעבד, ולעשותו גלוי ומובהק.

מהלך הצגת הטיעון יהיה כדלקמן: שני הפרקים הראשונים יהוו מעין מבואות. פרק א' יציג את העקרונות השולטים בדיני חדלות פירעון: עקרון העדיפות המוחלטת ועקרון השוויון המוחלט. פרק ב' יציג את העקרונות של צדק חלוקתי ושל צדק מתקן ואת "חלוקת העבודה" ביניהם בענפי המשפט השונים. כמסגרת פרק זה ארחיב בשאלה העקרונית של החדרת עקרונות צדק חלוקתי למשפט האזרחי הפרטי בכלל, ולמשפט חדלות הפירעון בפרט, ואדון בשאלה האם ומדוע יהיה זה ראוי ונכון להכיר במפורש ובגלוי במקומם של עקרונות של "חלוקה צודקת" במשפט חדלות הפירעון. מחלוקת ידועה היא האם תכליות דיני חדלות הפירעון קשורות בפירעון חובות הנושים בלבד (הגישה הידועה כ"גישה הכלכלית") או שמא ישנן תכליות נוספות, לבר־נשייתיות, שעל דיני חדלות הפירעון לקדם ("הגישה החברתית"),<sup>6</sup> וביניהן המטרה של חלוקה הוגנת ושוויונית יותר.<sup>7</sup> מקובל לומר שמחלוקת אקדמית זו הוכרעה, לפחות בישראל, על ידי אימוץ של הגישה החברתית הן על ידי המחוקק הן על ידי בתי המשפט.<sup>8</sup> ועם זאת, מן הספרות נעדר דיון במקומו המיוחד של צדק חלוקתי בהקשר זה. המאמר יציע בסיס נורמטיבי־תאורטי לנוכחותו החזקה של צדק חלוקתי בדיני חדלות הפירעון. הצדקה תאורטית זו היא אינהרנטית לדיני חדלות פירעון, באופן המבחין בינם לבין שאר ענפי המשפט הפרטי.

5 השימוש במונחים "חייב", "חברה" או "חדל־פירעון" במאמר נובע משיקולים סגנוניים בלבד. הדיון כולו מתייחס במידה שווה לפושט רגל בשר ודם ולחברה בע"מ. זו היא גם גישתו הכללית של חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018, הקובע בסעיף 1 לחוק כי הוא "נועד להסדיר את פירעון חובותיו של חייב שהוא יחיד או תאגיד, הנמצא או העלול להימצא במצב של חדלות פירעון".

6 לסקירה מקיפה ראו דוד האן דיני חדלות פירעון 59 ואילך (מהדורה שנייה, טובה אולשטיין עורכת, 2018).

7 שם, בעמ' 87.

8 עומר קמחי "דיני חדלות־פירעון – מגישה חברתית לגישה כלכלית" עיוני משפט 419, 459 (2013); אבנר כהן ואלעד עפארי "אישור הסדר נושים – היקף שיקול הדעת של בית המשפט" ספר שטרסברג 385, 411 (אהרון ברק ואח' עורכים, 2017) ואסמכתאות נוספות שם.

בפרק ג' אטען, כי בתי המשפט משתדלים בדיעבד לרכך את תוצאותיה הקשות של החלה דווקנית של כלל השוויון המוחלט וכלל העדיפות המוחלטת, ולשם כך הם פונים לעזרתם של כללים של צדק חלוקתי. בפרק זה אפרט ואדגים באילו פרקטיקות נוהגים בתי המשפט להשתמש על מנת לרכך את עקרון העדיפות המוחלטת, ואטען כי הדבר נעשה בעבר באופן מעודן ונחבא אל הכלים. לאחר מכן, בפרק ד', אטען שבתקופה הנוכחית של משבר הקורונה, ובפרט לאחר חקיקתו של חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי התשע"ח-2018 (להלן: חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי), ניתן לצפות שסיוע לנושים לא-מובטחים יתרחב ויהפוך למוצר מבוקש מאוד.

חלקו האחרון של המאמר יבחן בצורה ביקורתית את תיקוני החקיקה שנעשו לאחרונה כדיני חדלות הפירעון, לאור ההכרה בהיותם של עקרונות הצדק החלוקתי אבן יסוד לגיטימית במשפט חדלות הפירעון. פרק זה גם יציע שינויי חקיקה נוספים, שלא נכללו בחוק החדש, ובהנחה שמגמה זו היא ראויה, יבחן מהן הדרכים הנכונות לקידומה.

### א. כלל השוויון המוחלט וכלל העדיפות המוחלטת

מדרג הנשייה בחדלות פירעון עשוי מדרגות-מדרגות. מבלי להיכנס כאן לכל פרטיו ודקדוקיו של מדרג הנשייה, ניתן לומר שככלל נפרעים תחילה הנושים המובטחים בעלי שעבודים קבועים על נכסי החייב, אחריהם נושים בעלי דין קדימה (עד תקרות מסוימות הקבועות בחוק),<sup>9</sup> אחריהם בעלי השעבודים הצפים, ולבסוף הנושים הרגילים (המכונים בחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי "נושים כלליים"). שני כללי יסוד חלים כאן במקביל: כלל השוויון המוחלט וכלל העדיפות המוחלטת.<sup>10</sup> כלל השוויון המוחלט קובע כי נושים מאותה דרגת נשייה יזכו להיפרע מקופת הנשייה בשיעור שווה, פרט-ראטה, מתוך חובם. אולם "שוויון זה אינו עיוור לסוגי הנושים השונים".<sup>11</sup> לצידו של כלל השוויון חל כלל העדיפות המוחלטת, הקובע כי יש להפלות נושים לפי מדרג קבוע, כך שנושים מן הדרג העליון יקבלו את מלוא חובם לפני שנושים מדרג נמוך יותר יקבלו אגורה שחוקה: נושים מובטחים ייפרעו לפני נושים כלליים, נושים בעלי דין קדימה ייפרעו לפני שייפרעו נושים בעלי שעבוד צף; אלה וגם אלה ייפרעו את מלוא חובם לפני שייפרעו הנושים הכלליים.

פסיקת בתי המשפט חזרה וקבעה כי עקרון השוויון הוא עקרון-על כדיני חדלות הפירעון.<sup>12</sup> ועם זאת, פירושו המעשי של כלל העדיפות המוחלטת הוא שכאשר אין די

9 ס' 234 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018.

10 עקרונות אלה חקוקים היום בסעיפים 231-232 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018. לדיון מפורט בשאלה אם עקרון השוויון הוא עקרון היסוד בחדלות פירעון או שדווקא עקרון העדיפות המוחלטת הוא עקרון היסוד ראו האן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 484-518.

11 ע"א 679/17 מרכז לוגיסטי בי רבוע נדל"ן בע"מ נ' אורתם סהר הנרסה בע"מ (נבו 11.2.2018).

12 ע"א 4316/90 הספקה חברה מרכזית לחקלאים בע"מ (בפירוק) נ' אגרא – אבן יהודה אגודה חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מט(2) 133, 169 (1995); רע"א 6649/04 ארגון הקניות של מושבי הדרום והמרכז בע"מ נ' אליאב (נבו 12.2.2007).

לכולם, והרי זהו מצב הדברים הרגיל בחדלות פירעון, הנושים המובטחים יצאו בדרך כלל מספקים במידה כזו או אחרת, בעוד הנושים הלא-מובטחים יצאו כשבידם אחוז זעום מנשייתם, אם בכלל.

כידוע, בכתביה המשפטית נעשו ניסיונות שונים לאתר את ההצדקות להעדפתם של הנושים המובטחים על אלה שאינם מובטחים, אך עד היום אין תאוריה המקובלת על הכול בעניין זה.<sup>13</sup> דומה כי עצם ההבחנה בין נושים מובטחים (שהם בעלי זכות קניינית בנכסי החייב) לנושים לא-מובטחים (שאינן להם אלא זכות חוזית כלפי החייב), מהווה חלק מאתוס רחב יותר של הגנה הדוקה על הקניין לעומת הגנה רופפת יותר על החוזה. ניתוח חברתי-היסטורי של הסיבות לתחולה הרחבה של עקרון העדיפות המוחלטת עשוי ללמד שהסיבות לכך קשורות ברצון לשמר את הסדר החברתי הקיים, ולצמצם את האפשרות לחלוקה מחדש של ההון, ושלמעשה זהו דיון פוליטי על חלוקת כוח ומשאבים בחברה (במובן society).<sup>14</sup> אם נכונה טענה זו, הרי שניתן לומר שתכליתו האמיתית והמוסווית של כלל העדיפות המוחלטת היא להתרחק, ככל הניתן, מצדק חלוקתי, שכל עניינו הוא חלוקה מחדש של ההון.

כך או כך, התוצאה היא שבחיי המעשה ישנן שתי קבוצות נושים עיקריות. האחת, לרוב נושים פיננסיים מקצועיים, שמומחיותם וכוח המיקוח שלהם מאפשרים להם

13 יהושע ויסמן דיני קניין: זכויות קדימה ופרקי משכון 99 (2014), מסכם ואומר שבאין תשובה לחידת עדיפות של הנושה המובטח, יש להתייחס לעדיפות זו כאל עובדת מצייאות שאי-אפשר בלעדיה. לסקירה ביקורתית ממצה של התאוריות המקובלות להצדקת עדיפותו של הנושה המובטח ראו G. Ray Warner, *The Anti-Bankruptcy Act: Revised Article 9 and Bankruptcy*, 9 AM. BANKR. INST. L. REV. 3, 9 (2011). וכן האן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 503 ה"ש 80 שם. התאוריות המקובלות לעניין זה הן שמתן עדיפות לבעל השעבוד מקדם את היעילות, מקטין את עלויות המימון של הפירמה, וכך מקטין את עלויות הפיקוח והמידע של כלל הנושים. לסקירה ביקורתית של חלק מן התאוריות המימוניות להצדקת עדיפותו של השעבוד המובטח ראו אירית חביב סגל "דיני השיעבודים במימון הפירמה" עיוני משפט טו 83 (1990). אחד השיקולים המוזכרים תדיר בהקשר זה הוא שריבית משקפת סיכון והפחתת הסיכון עבור הנושה המובטח תביא להפחתת הריבית שהוא דורש מן החייב. הביקורת על הסבר מקובל זה הן, בעיקר, שנושים רבים אינם יכולים למעשה לבטא את הסיכון בקביעת שער ריבית כרצונם; שקשה להלום שריבית גבוהה מכסה את הסיכון והופכת את הנושה לאדיש לאפשרות אי-הפירעון של החוב; ועוד (ראו סגל, שם, בעמ' 104 ואילך, וכן: Warner, שם, בעמ' 10). הפחתת הריבית משאירה יותר כסף פנוי בתזרים המזומנים של החייב וכך מועילה לעסקיו של החייב, ובעקיפין מועילה כך גם לכל שאר נושיו (הלא-מובטחים) של החייב. למרות הביקורת עליו, התקבע נימוק זה בפסיקת בתי המשפט בישראל כנימוק מכריע להצדקת עדיפותו של השעבוד הקבוע: ראו ע"א 1226/90 בנק לאומי לישראל בעמ' נ' הסדרות הרבנים דאמריקה, פ"ד מט(1) 177, 205 (1995).

14 לביקורת מפורשות בהקשר זה ראו למשל: Kenneth N. Klee, *Barbarians at the Trough: Riposte in Defense of the Warren Carve-Out Proposal*, 82 CORNELL L. REV. 1466, 1468 (1997); William J. Woodward, *The Realist and Secured Credit: Grant Gilmore, Common-Law Courts, and the Article 9 Reform Process*, 82 CORNELL L. REV. 1511, 1529 (1996-1997); Elizabeth Warren, *Making Policy with Imperfect Information: The Article 9 Full Priority Debates*, 82 CORNELL L. REV. 1373 (1997).

לקבוע שיעורי ריבית שונים לכל לקוח על פי מידת הסיכון הגלומה בהתקשרות החוזית, וליטול בטוחות כנגד האשראי שהם מעמידים; הקבוצה השנייה, נושים שאינם נושים מקצועיים, אלא שעסקיהם הביאו אותם להיות נושים של חדל הפירעון. הללו אינם שולטים בדרך כלל בשיעור הריבית של החובות כלפיהם. בקבוצה זו יש לא רק נושים בלתי-רצוניים,<sup>15</sup> אלא גם נושים רצוניים, כדוגמת ספקים, קבלני משנה,<sup>16</sup> עובדים ועוד. על פי רוב הם אינם נוטלים ביטחונות,<sup>17</sup> וביום פקודה יחשבו לנושים לא-מובטחים.<sup>18</sup> הכרעת הדין ביחס לזכויות הנושים היא, אם כן, בינארית, בהתאם לדרגתם במדרג הנשייה. הנושה עשוי לזכות בכל הקופה, או להפסיד את כל הקופה: מתן עדיפות מוחלטת לנושה המובטח על פני הנושה הלא-מובטח, תביא להדחיה מוחלטת של חובו של האחרון. זכייתו של הנושה המובטח פירושה זכייה במלוא חובו, ואי לכך הנושים הבאים אחריו נשארים עם מעט מאוד או עם לא-כלום. הכרעה שיפוטית על פי עקרון העדיפות המוחלטת אינה אמורה לערב שיקולים אמורפיים של צדק, אלא לפעול על פי כללים ברורים וחדים.

אם כן, כלל העדיפות המוחלטת מורה ש"בין הקבוצות [של הנושים] ישנו מדרג נשייה הנקבע מכוח החוק, ולא ניתן לסטות ממנו".<sup>19</sup> אך למרות זאת, ואולי דווקא בגלל התוצאה הקשה הזאת, ובשל תחושות צדק אישיות של שופטים, מוכיחה המציאות כי לא פעם נטו בתי משפט לרכך תוצאה קשה זו. בהמשך המאמר אסקור מקצת הדרכים שבהן נעשה הדבר. כפי שנראה, פעמים רבות נעשה ריכוך התוצאה הקשה דרך פנייה לעקרונות של צדק חלוקתי. על כן, הפרק הבא יוקדש למאפייניו של הצדק החלוקתי ולנוכחותו במשפט האזרחי הפרטי בכלל ובדיני חדלות הפירעון בפרט.

15 לנושים נזיקיים לא-רצוניים ראו למשל ע"א 2223/99 קריספי נ' ח. אלקטרוניקה (1988) בע"מ, פ"ד נז(5) 116, 131; Woodward (2003); לעיל ה"ש 14, שם.

16 ספקים וקבלני משנה יקבלו ערבויות בנקאיות לעיתים מזומנות, וכלכלית יהיו "מובטחים" באופן זה, אך לרוב לא יקבלו שעבודים, ולא יהפכו לנושים מובטחים.

17 ראו ע"א 2146/06 ברק נ' עו"ד אבוקרט, בעמ' 16 (נבו 18.11.2010), שם מתייחס בית המשפט לכך שבמערכות היחסים עם נושים "קטנים" כגון ספקים של חומרי גלם, מצרכים ושירותים, לא נהוג לקחת ביטחונות.

18 שני כלים שיכולים לעיתים לסייע לחלק מן הנושים האלה הם זכות הקיזוז וזכות העיכבון, המקנות בנסיבות מסוימות ובתנאים מסוימים, הלכה למעשה, מעמד של נושים מובטחים. ראו סעיפים 253 ו-255 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018. בית המשפט העליון עמד על כך שאחת המטרות שזכויות אלה נועדו להגשים היא סיוע לנושים חלשים, שאין להם אמצעי פיקוח על מידת הסיכון בכל התקשרות שוטפת וגם אין להם כוח מיקוח ליטול לעצמם ביטחונות: עניין ברק, שם, בעמ' 15-17. מדברי השופטת פרוקצ'יה שם עולה שהסיבה ליתן מעמד של נושה מובטח (בגדרי זכות הקיזוז) לנושה חלש כזה היא דווקא חולשתו. או במילים פשוטות: הטעם לתת מעמד של נושה מובטח לנושה, הוא שאותו נושה איננו נושה מובטח. זוהי דוגמה מובהקת לרטרוריקה של הגדלת הצדק החלוקתי בחדלות פירעון.

19 שם, עמ' 12.

## ב. צדק מתקן וצדק חלוקתי

## 1. צדק מתקן וצדק חלוקתי במשפט האזרחי הפרטי

צדק הוא מושג אמורפי. כבר ביוון הקלאסית הבחינו בכך שהמונח צדק משמש לפחות לשני מושגים שונים. האחד הוא צדק מתקן, אשר בא להשיב את המצב לקדמותו בעקבות אירוע שיצר עיוות הטעון תיקון, תוך הטלת העלויות של השבת המצב לקדמותו על מי שאחראי על אותו אירוע. ניתן לומר, אם כן, שמטרתו של הצדק המתקן היא לשמור על הסדר שהיה קיים. המושג האחר הוא צדק חלוקתי ובמובן מסוים, מטרתו הפוכה, כי הוא נועד דווקא לשנות את הסדר הקיים, על ידי חלוקת המשאבים בין הפרטים בחברה.<sup>20</sup> לא ניתן לדבר על צדק חלוקתי ללא דיון בקריטריונים לחלוקה צודקת של המשאבים בין הפרטים בחברה, ובמסגרת זו אוכל לאזכרם רק ממעוף הציפור. ניתן לדבר על חלוקה שווה של המשאבים בין הפרטים, על חלוקה של "כל אחד לפי צרכיו", על חלוקה לפי מעמד, מוצא ועוד. שתי הגישות העיקריות לצדק חלוקתי בהקשר של המשפט האזרחי בכלל ושל חדלות פירעון בפרט הן של חלוקה תועלתנית, אשר תגדיל את סך התועלת המצרפית בחברה (שבה תומכת הגישה הכלכלית למשפט), ושל חלוקה אשר תגדיל את השוויון בין הפרטים בחברה (שבה תומכת הגישה החברתית למשפט).<sup>21</sup>

כאשר מדובר על צדק חלוקתי יש גם להבחין בין הסתכלות *ex-ante* לבין הסתכלות *ex-post*. ייתכן שקביעות משפטיות ידועות מראש (היינו, דברי חקיקה) שנועדו להגדיל את השוויון, יגרמו לתוצאה הפוכה. ייתכן, למשל, שאיסור על חוזים המבטיחים עדיפות לנושה אחד על פני נושה אחר, ייקר את האשראי, יעכב חדשנות, ימנע פיתוח מפעלים, וכיוצא באלה. ומנגד, ייתכן שקביעות משפטיות לאחר מעשה (היינו, קביעות שיפוטיות) שנועדו להגדיל את השוויון יגרמו לרעה לעתיד לבוא, משום שיפגעו בוודאות הכלכלית שבה פועלים לוויים ומלווים, ואי-הוודאות הכלכלית תיקר את הפעילות הכלכלית ותזיק לכל הפועלים במשק.

העמדה הרווחת בספרות ובפסיקה היא כי במסגרת החלטות של רשויות השלטון על חלוקה של משאבי המדינה, ישמשו עקרונות של צדק חלוקתי כאמת מידה לצורך קבלת החלטות,<sup>22</sup> ולעומת זאת הצדק שאותו נועדו להגשים דיני החיובים הוא צדק מתקן.<sup>23</sup> כך,

20 Aristotle, *Nicomachean Ethics* Bk. V Pt. II (D.P. Chase, trans., 2011).

21 רונן פרי ריקושטים כלכליים במשפט: נוקים כלכליים טהורים, הנובעים מפגיעה רשלנית בגופו או ברכושו של צד שלישי או ברכוש שאין לו בעלים 457, 458 (2002); קמחי, לעיל ה"ש 8.

22 הדוגמות הבולטות לכך הן דיני המס, וכן השימוש במשאבי הטבע והקרקע של המדינה: בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד (נו) 25 (2002); בג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל (נבו) 9.6.2011; בג"ץ 3734/11 דודיאן ואח' נ' כנסת ישראל (נבו) 15.8.2012.

23 אין בכך כדי לטעון שאין אמירות, ואף פסיקות, במשפט האזרחי הפרטי שמקדמות ערכים של צדק רחב יותר. ניתן לראות היבטים של "צדק ביחסים" בפסיקה מרכזית במשפט הפרטי. ראו למשל, ע"א 3833/93 לוינ' נ' לוינ', פ"ד מח(2) 862 (1994); ע"א 8661/10 נעמה נ' טורקיה (נבו) 19.2.2012; ע"א 3912/90 Eximin S.A. תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ, פ"ד מז(4) 64 (1993). עם זאת, פסיקות אלה הן, כך נראה לי, יוצא מן הכלל המעיד על הכלל. כיוצא

דיני החוזים מכוונים לקיום חוזים ולתיקון הפרות חוזה או מתן פיצוי עליהן, והכלל הוא שמאפייניהם הספציפיים של הנפגע והמפר אינם רלוונטיים לקביעת הפיצוי.<sup>24</sup> באורח דומה, דיני הנזיקין מכוונים להשיב את מצבו של הנזוק לקדמותו, והמשפט בוחן את יחסי הצדדים רק באספקלריה הצרה של הנזק שנגרם.<sup>25</sup> ניתן לומר שהצדק המתקן מגן על כל המתקשר מפני נזק הנובע מאינטראקציות שעשה, כלי קשר לצדקת החלוקה של המשאבים החברתיים לפני האינטראקציה.<sup>26</sup>

בדומה לכך, גם במשפט חדלות הפירעון, שהוא ענף מענפי המשפט האזרחי הפרטי, מצבו הכספי של הנושה אינו רלוונטי לקביעת חלקו בקופת הנשייה: הדין הפורמלי אינו מבחין בין נושים גדולים וחזקים לנושים קטנים וחלשים, או בין נושים עניים לנושים עשירים. ההבחנה הרלוונטית היא אך ורק שאלת מיקומו של הנושה במדרג הנשייה, ובחלוקה גסה: ההבחנה בין נושים מובטחים לנושים לא־מובטחים. אכן, החלת עקרונות של צדק מתקן משמעה, בין היתר, שיכולתם הכלכלית של הצדדים איננה רלוונטית לדיון על התרופה שיקבלו או שישלמו.

יש להודות ש"חלוקת העבודה" בין הצדק החלוקתי לצדק המתקן, כפי שהוצגה לעיל, איננה כה חדה ודיכוטומית. תאורטיקנים לא מעטים סבורים שלא ניתן להשתית את המשפט האזרחי הפרטי על תאוריה אחת של צדק מתקן או צדק חלוקתי (בין שהחלוקה היא תועלתנית ובין שהיא אחרת), ומצביעים על חקיקה<sup>27</sup> ופסיקה<sup>28</sup> המערבות אלמנטים של צדק חלוקתי, ועל כך שהמשפט האזרחי הפרטי מגשים יותר ממטרה אחת, כמו יעילות למשל, וכי על בית המשפט לאזן באופן הרמוני בין תכליות מתחרות.<sup>29</sup> ועם זאת,

בזה, גם אין באמור כדי לטעון שאין תאוריות מסדרות אחרות לדיני החיובים ולמשפט האזרחי. התאוריה המרכזית האחרת היא גישת הניתוח הכלכלי של המשפט, ולפיה המשפט הפרטי מיועד להגדיל את סך הרווחה החברתית, והוא עושה זאת על ידי מתן תמריצי התנהגות יעילים.

24 השוו ל־IZHAK ENGLAND, CORRECTIVE AND DISTRIBUTIVE JUSTICE: FROM ARISTOTLE TO MODERN־TIMES 57-59 (2009).

25 ע"א 10064/02 מגדל חברה לביטוח בעמ' נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13, 26 (2005) (להלן: עניין אבו חנא).

26 פרי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 462.

27 לדוגמאות בחקיקה האזרחית לכך שהמשפט האזרחי הפרטי מקדם גם יעילות וצדק חלוקתי (למשל חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 וחוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם-1980) ראו עמוס הרמן דיני נזיקין 20 (מהדורה שנייה, 2020).

28 על כך שבתי משפט נכונים לשקול את ה"הכבדה" על מפר חוזה כשיקול בין שיקולי צדק אחרים נגד איכפה, כשמצבו של המפר קשה במיוחד ראו אריאל פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כב 647, 655 (1999).

29 לרשימה מפורטת של מקורות בנושא תאוריות פלורליסטיות בהקשר של דיני נזיקין ראו: Ariel Porat, *Questioning the Idea of Correlativity in Weinrib's Theory of Corrective Justice*, 2(1) THEORETICAL INQU. L. 161 (2001). בהקשר של דיני נזיקין, ראו גם פרי, לעיל ה"ש 21. עוד בהקשר של דיני נזיקין: אריאל פורת נזיקין 85 (2013), וכן Avihai Dorfman, *Review of Philosophical Foundations of the Law of Torts*, U. NOTRE DAME (Jan. 21, 2015) <https://bit.ly/3piocBc>. בהקשר של דיני חוזים ראו פורת, לעיל ה"ש 28, בעמ' 654.



דומה שאלה הם בבחינת יוצאים מן הכלל, הבאים לידי ביטוי במקרים קשים וחריפים של אי-צדק, ואשר מעידים על הכלל הרחב.

בהמשך המאמר אדגים כיצד על אף "חלוקת העבודה" המקובלת בין הצדק החלוקתי לצדק המתקן, ולמרות דין חדלות הפירעון הפורמלי שהוא "בינארי" ו"מוחלט", פונים בתי המשפט בפועל בהכרעות בתיקי חדלות פירעון לכללים שירככו את התוצאה, כללים של צדק חלוקתי. הדבר נעשה באופן אינטואיטיבי וללא בסיס נורמטיבי ברור. להלן אנסה להציג הצדקה תאורטית לכך, ואטען, שעקרונות של צדק חלוקתי מצויים בבסיס הקונספטואלי של משפט חדלות הפירעון.

## 2. צדק חלוקתי במשפט האזרחי הפרטי: טיעונים בעד ונגד

בכתיבה המשפטית עלו טיעונים עיוניים בהקשר של שילוב כללים של צדק חלוקתי במשפט האזרחי הפרטי, אך הדבר נעשה בדרך כלל בהקשר של המשפט האזרחי הפרטי בכללו, ולא דווקא בהקשר של דיני חדלות פירעון. הכתיבה המשפטית בישראל עמדה על הטיעונים המקובלים נגד החדרת עקרונות של צדק חלוקתי למשפט האזרחי הפרטי.<sup>30</sup> הטיעון הראשון והמרכזי נגד הוא המקריות ("הרנדומליות"). המשפט האזרחי הפרטי מטפל ב"תאונות משפטיות", ולא בהסדרה מתוכננת ושיטתית. בעוד שבחלוקה (אם בדיני המס והביטוח הלאומי, ואם בחלוקת משאבי המדינה בקרקעותיה) יש תכנון והסדרה שיטתיים, הרי שהמשפט האזרחי הפרטי מטפל באירועים לא מתוכננים, שאיש לא חפץ להיקלע אליהם. המקריות של מיהות הצדדים שנלכדו בזירת הסכסוך האזרחי הפרטי, מביאה לכך שזירת ההתדיינות האזרחית איננה המקום הנאות לצמצום הפערים בין עניים לעשירים בחברה. הניסיון לעשות צדק רחב על גבם של פרטים בודדים, יגרום דווקא לאי-צדק. טיעון זה גורס, כי אם יש לעשות תיקון חברתי, כי אז לא הוגן ולא צודק לעשותו על מיעוט מקרי, אלא יש לעשותו בהיקף הרחב ביותר, כך שיחול על הכול. צדק חלוקתי מחייב שיטתיות, סדר והחלה על כלל הפרטים בחברה. צדק חלוקתי מחייב בחינת כלל המשאבים בחברה אל מול כלל הפרטים בחברה, ובחינה כזו אינה אפשרית בהליך בין כמה פרטים בודדים.<sup>31</sup> טיעון המקריות הוא טיעון כבד משקל והוא חל במידה רבה גם בדיני חדלות פירעון. הסובייקטים הכפופים לחלוקה שתיעשה באירוע חדלות הפירעון הם מיעוט מקרי, ויצירת הסדר צודק בין מעטים אלה עלולה

30 ארבעת הטיעונים שיוואו ראשונים להלן נמנו אצל צחי קרן-פז "לי זה עולה יותר: דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענות כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי" משפט וממשל ז 541 (2004); ארבעת הטיעונים שיוואו לאחר מכן נמנו אצל חגי ויניצקי ומיכל טמיר "מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי" המשפט יד 469 (2010); חלק מן הטיעונים הללו נזכרים אצל חנוך דגן "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין" עיוני משפט כא(3) 491, 509 ואילך (1998); חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 57 ואילך (2005) (להלן: דגן קניין). אף שהדיון שם הוא בקניין, נראה כי הדברים יפים בשינויים המחויבים לכלל ענפי המשפט האזרחי הפרטי. וראו גם איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 100-107 (1996).

31 פרי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 498.

להוות אי-צדק במבט רחב יותר. הנושים המתחרים על נכסי חדל הפירעון הם צדדים שנפגשו במקרה רק בגלל אותה תאונה משפטית.<sup>32</sup> מקריות זו, וחוסר הקשר שבין נושים לבין עצמם, מחריפים את התמיהה על הדרישה שהללו יסייעו זה לזה (למשל, בדרך של הקמת "קרן סיוע הדדי"). אחת התשובות לטיעון זה, היא שבמבט רחב על מאות ואלפי תיקים, ייעשה בסך הכול יותר צדק מאשר אי-צדק. בהקשר זה יש כדיני חדלות פירעון ייחוד מסוים: בהתדיינות מסוג חדלות פירעון יש בדרך כלל שחקנים חוזרים (בעיקר בנקים, שהם בדרך כלל הנושים המובטחים). על כן, במבט רחב, יש לצפות שבסך הכול יוטל עליהם יותר נטל מאשר על אחרים. אומנם עובדת היותם שחקנים חוזרים מרמזת שיש אי-צדק בהטלה חוזרת ונשנית של הנטל דווקא עליהם, אך זו איננה המסקנה ההכרחית. בנקים הם מפזרי נזק טובים, ויש לצפות שהנשיאה בנטל תתפזר בין לקוחותיהם, היינו בין כלל היחידים והפירמות במשק.

טיעון המקריות הוא טיעון מרכזי וחשוב. יש להודות שפתרונות המתפתחים באופן קוואיסיטי הם מעצם טיבם בבחינת טלאי על טלאי, ולא משום יצירת דין שלם, קוהרנטי והרמוני המבטא תפיסת עולם. השפיטה אינה מעשה מתוכנן, הנולד מתוך ראייה רחבה, אלא פתרון נקודתי הנולד מתוך פתרון סכסוך בין צדדים ספציפיים. אלא שניתן להקהות את עוקצו של טיעון זה בבחירת הדרך להחדרה של צדק חלוקתי למשפט חדלות הפירעון. קביעת כללים מערכתיים החלים על הכול, כלומר בחקיקה – ולא בשפיטה, יכולה לעקר חלק ממשקלו של טיעון זה.

טיעון שני נגד הפעלת צדק חלוקתי במשפט האזרחי הפרטי הוא היעדר הלגיטימיות. עניינו של טיעון זה הוא שאין לרשות השופטת לגיטימיות להפעיל כלים חלוקתיים, משום שחלוקה מחדש של העושר בחברה היא עניין פוליטי שצריך להיות מסור לרשות המחוקקת. יש טעם בטיעון זה, אך כאן באופן מובהק אין זה טיעון נגד עצם ההחדרה של צדק חלוקתי למשפט הפרטי, אלא בדבר האופן שבו נכון שיעשה הדבר. אם החדרת עקרונות צדק חלוקתי תיעשה על ידי המחוקק, ולא בידי בתי המשפט, יושתק טיעון זה.<sup>33</sup> טיעון שלישי הוא חוסר האפקטיביות, שעניינו הוא שהמשפט הפרטי אינו מסוגל לקדם תוצאות חלוקתיות רצויות.<sup>34</sup> מנגד, יש מי שסבורים שטיעונים כגון טיעון חוסר האפקטיביות הם גורפים מדי, וכי עקרון הצדק החלוקתי ניתן ליישום לא רק ביחס להקצאת כלל המשאבים בין כלל הפרטים בחברה, אלא גם בהקצאות צנועות יותר ומורכבות פחות, שבתו המשפט כשירים להתמודד עימן. במילים אחרות עקרון הצדק החלוקתי עוסק בהקצאה של משאבים בין מספר אנשים לפי קריטריון מסוים, וכדי לבצע

32 היחסים בין הנושים לבין עצמם הם תמיד לא-רצוניים; היחסים בין חדל הפירעון לנושיו הם בחלקם רצוניים (נושים חוזיים) וחלקם בלתי-רצוניים (נושים נזיקיים).

33 והשוו להצעת מודל התחולה העקיפה המסווג של ויניצקי וטמיר, לעיל ה"ש 30.

34 ראו גם דגן קניין, לעיל ה"ש 30, בעמ' 58.

חלוקה צודקת, די בכך שקריטריון החלוקה יהיה צודק ושהפרטים הנכללים בחלוקה נבחרו על פי היגיון צודק.<sup>35</sup>

טיעון רביעי הוא העלות המוגזמת ("העלות ההזדמנותית"), שעיקרו הוא שגם אם ניתן הדבר להיעשות, הרי שהגשמת מטרות שוויוניות באמצעות המשפט האזרחי הפרטי כרוכה בהפסדים מבחינת יכולתו של המשפט הפרטי לקדם ערכים אחרים כמו צדק מתקן,<sup>36</sup> חירות, יעילות<sup>37</sup> ועוד, ולכן ראוי שהמשפט האזרחי הפרטי יימנע מכך. בבסיסו של טיעון זה עומדת הנחה מוניסטית, שלפיה משפט יכול וצריך לקדם מטרה אחת בלבד, אך הנחה זו איננה מחויבת המציאות.<sup>38</sup>

טיעון חמישי הוא הטיעון העקרוני מדוע בכלל יש להגן על העניים ולסייע להם. הרציונל של טיעון זה הוא שייתכן שהעני והחלש אשמים במצבם, ואז אין החברה הליברלית אחראית לסייע להם להיחלץ ממנו. בעולם חדלות הפירעון אין תוקף לטיעון זה. ה"עני" שאנו בוחנים אם ראוי לסייע לו, הוא לא מי שאשם במצבו. מי ש"אשמים" במצבו הם דיני חדלות הפירעון שקבעו שיעמוד בתחתית מדרג הנשייה.<sup>39</sup>

טיעון שישי הוא עלות ההתדיינות, הגורס כי הצורך להוכיח מי הוא "עני" ומי הוא "חלש" ייצר עלויות התדיינות מיותרות ומכבידות. התמשכות ההליכים וסיבוכם יזיקו לכלל הנושים, ועלות ההתדיינות היא אכן בעיה מעשית חשובה. גם פתרונה של בעיה זו צריך להימצא במישור המעשי ולא במישור העקרוני. הפתרון שייבחר צריך לכלול נוסחאות קבועות מראש, שרירותיות במידת מה, המאפשרות סיווג של הנושים ללא עלויות התדיינות משמעותיות.

טיעון שביעי הוא התמריץ הכלכלי השלילי, אשר הילוכו הוא שצדק חלוקתי *ex-ante* יביא לייקור חוזים לעניים, משום שהמתקשר עם העני יעריך שבית המשפט יקל עם העני, ולכן ידרוש מראש בטוחות שייקרו את העסקה או אף יהפכו אותה לבלתי-מושגת מבחינתו של העני, וכך יצא שכרו בהפסדו. יש לתת את הדעת על כך שדיני חדלות הפירעון, ובפרט עקרון העדיפות המוחלטת של הנושה המובטח, יוצקים לטיעון זה תוכן מיוחד: ייקור האשראי. הטיעון הנפוץ בזכות עדיפותו של בעל השעבוד, הוא שידיעת הצדדים מראש על תחולת כללים של צדק חלוקתי תביא לייקור האשראי לכלל השוק,<sup>40</sup> היינו שהניסיון להיטיב עם החלשים סופו דווקא להרע עימם. פסיקת בתי המשפט הסבירה לא פעם שפגיעה בבטוחות הנושים המובטחים עלולה לפעול כחרב פיפיות נגד נושים לא-

35 פרי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 499.

36 ויניצקי וטמיר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 476.

37 קרן-פו, לעיל ה"ש 30, בעמ' 558.

38 להרחבה על ביקורת נגד טיעון העלות המוגזמת, ראו קרן-פו, שם, בעמ' 586 ואילך.

39 כנגד זה יש הטוענים שהמתקשר החוזי אכן אחראי למצבו, ויכול היה או צריך היה לדאוג לעצמו לחווה טוב יותר, שידרג אותו גבוה יותר במדרג הנשייה. לשאלה עד כמה מצוי הדבר בכוחו וביכולתו של הנושה לתמחר את סיכוני חדלות הפירעון למחיר העסקה ראו להלן בה"ש 58.

40 ראו ע"א 1057/18 עו"ד עברון נ' ורדי, פס" 20 (נבו 2019.1.23); ע"א 332/88 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' נאמן, פ"ד מד(1) 254, 263 (1990).

מובטחים. זאת, מתוך הבנה שההסתמכות על בטוחות היא המאפשרת למלווה להפחית את שיעור הריבית שבו יישא הלווה. במידה רבה טיעון זה הוא קונקרטיזציה של רעיון רחב יותר, המצביע על כך שכל מעשה של חקיקה שיפוטית מייצר חוסר ודאות.<sup>41</sup> חוסר הוודאות הוא שיגרום לנושים לייקר מלכתחילה את הריבית שהם מעמידים בה אשראי. אכן, חוסר ודאות של צדדים מתדיינים בדבר תוצאות ההליך המשפטי, הוא דבר גרוע. כאשר מדובר בקביעות לגבי מעמדן של בטוחות, חוסר הוודאות הזה מיתרגם להגשמת התמריץ הכלכלי השלילי: הוא מתמרץ את נותני האשראי (ובעיקר בנקים) להתכסות בביטחונות מעבר לנדרש ביחס לסיכונים האמיתיים שהם חשופים להם ולהבטיח עצמם באמצעות ריבית גבוהה מפני סיכון תאורטי, גבוה יותר מן הסיכון האמיתי. בכך נגרם נזק לכלל היחידים והפירמות הנזקקים לאשראי. כמבט רחב יותר, אי-ודאות זו מביאה להקטנת הצמיחה במשק ולעלייה ביוקר המחיה.

טיעון שמיני ואחרון הוא עידוד רשלנות ועוני, היינו שהדיעה של העני *ex-ante* שהמשפט יבוא לעזרתו עלולה ליצור אצלו תמריץ לא לדאוג לעצמו ולא לטיפול אחריות על מצבו. אחת הדרכים להימנע מעידוד התנהגות חסרת אחריות, היא לשים דגש על היקף העזרה הזו. אם העזרה שיעניק המשפט למתדיין החלש תהיה רק רשת ביטחון סוציאלית, לא יהיה בה משום עידוד לרשלנות ועוני.

הכתיבה המשפטית בישראל בזכות החלת עקרונות צדק חלוקתי במשפט האזרחי הפרטי בכלל, ובחדלות פירעון בפרט, הייתה זהירה ומדודה. גם התומכים בהרחבת ההחרדה של ערכי הצדק החלוקתי למשפט הפרטי הציעו לעשות זאת באופן מסויג, מוגבל וזהיר. דגן ודורפמן סבורים כי יש להביא בחשבון מצבים מסוימים של אי-שוויון כלכלי בבואנו להכריע אם מיושם צדק ביחסים בין פרטים. זאת, למרות היותם מודעים לטיעונים בדבר המקריות, היעדר השיטתיות, וחוסר האפקטיביות.<sup>42</sup> דגן הטעים בעבר שדיני הקניין, כחלק מן המשפט הפרטי, כוללים בתוכם, כ"יסוד מכונן" אינהרנטי, ולא כמגבלה החלה עליהם מבחוץ, את הערך של צדק חלוקתי,<sup>43</sup> וכי המשפט מכיל את המטרה של צמצום פערים כחלק ממטרות המשפט בכלל. אלא שדגן סייג את דבריו בכך שאין הוא סבור שיש להפעיל את הערך של צדק חלוקתי כמנוף להשגת תוצאות חלוקתיות צודקות, אלא כ"תמרור אזהרה" מפני כללים שיש בהם כדי להעצים את אי-השוויון.<sup>44</sup> טיעון זה יכול להביא לכלל מסקנות שונות, ואף סותרות, על מדרג הנשייה בחדלות הפירעון. אפשר להקיש מטיעונו של דגן שההצדקה להטיל חבות הדדית בין נושים מקריים בתיקים ספציפיים, כך שיערכו אלה לאלה ויסייעו להם בשעת צרה, עשויה

Lucian Arye Bebchuck & Jesse Fried, *The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy*, 105 YALE L. J. 857, 911-912 (1996) 41

הנוך דגן ואביחי דורפמן "צדק ביחסים" עיוני משפט מא 307, 333 (2019). 42

דגן קניין, לעיל ה"ש 30, בעמ' 55. 43

שם, בעמ' 56. וראו גם אלון הראל "קניין על פרשות דרכים: הערות ביקורתיות על ספרו של הנוך דגן קניין על פרשת דרכים" עיוני משפט ל(2) 435, 438, 441 (2007). 44

לנבוע מכללים של אחריות קהילתית-חברתית. עם זאת, העקרונות המנחים של תאוריית ה"צדק ביחסים" של דגן ודורפמן, שלפיהם המשפט האזרחי הפרטי מיועד לקדם את האוטונומיה של הפרט, מאירים את סוגיית חדלות הפירעון גם באור מזווית שונה לגמרי ועשויים להביא למסקנה שיש להימנע מהחלטות *ex-post* שפוגעות ביכולת הנושה להסתמך על חוזה הנשייה שערך מבעוד מועד.

גם כותבים אחרים הציעו מודלים זהירים ומסויגים בהתייחס למשפט הפרטי. ויניצקי וטמיר הציעו את "מודל התחולה העקיפה המסויג", מודל ליישום צדק חלוקתי במשפט הפרטי, המיועד להגביל את הפעלת הצדק החלוקתי במשפט האזרחי הפרטי.<sup>45</sup> המודל מטיל כמה וכמה מגבלות על החלה של צדק חלוקתי בהכרעות שיפוטיות, וביניהן, שבתי המשפט ימלאו בהקשר זה תפקיד פרשני בלבד, רק כאשר החוק מתיר זאת (במפורש או דרך מושגי שסתום), רק כאשר לשון החוק תואמת את תפיסת הצדק החלוקתי, ובמגבלות נוספות. קרן-פז הוא הפחות מסויג מבין הכותבים. לשיטתו, ניתן וראוי לקדם שוויון וצמצום פערים בחברה באמצעות המשפט האזרחי הפרטי. הוא סבור שזו אחת ממטרותיו של המשפט, באשר המשפט הוא כלי לקידום ערכים.<sup>46</sup>

בארצות הברית הובעו עמדות נועזות יותר, ודווקא בהקשר הספציפי של דיני חדלות פירעון. וודוורד (Woodward) יצא נגד הפתרונות הרואים ב"יעילות" את חזות הכול. לטענתו, העדפת הנושה המובטח היא רגרסיבית: היא נותנת עדיפות לגופים פיננסיים (חזקים) על פני נושים לא-מובטחים, שהם בדרך כלל גם חוליות חלשות בחברה כמו נושים נזיקיים ועובדים. גם אם העדפת הנושים הפיננסיים היא "יעילה", אין זה אומר שזה המעשה הרצוי. וודוורד אינו מצביע על נימוק מבורר להצדקת ההחלטה של צדק חלוקתי למשפט חדלות הפירעון, אך מניתוח הדברים עולה שלשיטתו המשפט מחויב מעצם טיבו לחברתיות ולהגינות. וודוורד מראה שישנם תיקונים נוספים שנעשו מנימוקים חברתיים (ולא כלכליים), כמו ביטול המאסר בגין אי-תשלום חוב, יצירת ההפטר בדיני פשיטת רגל, הגנת השכר מפני עיקול וכיו"ב, אשר בכולם, לטענתו, גברו שיקולים חלוקתיים של הגינות על שיקולים של יעילות. לטענתו, יחסי מלווה-לווה צריכים לשמור על הגינות גם כלפי אלה שלא הצליחו לעמוד בהתחייבויותיהם (החייבים), וגם כלפי מי שבכלל חיצוניים לאותה מערכת יחסים (הנושים שלא הצליחו לקבל ביטחונות).<sup>47</sup>

גם אליזבט וורן שמה את הדגש על תקיפת העדיפות המוחלטת, ובפרט על טיעוני היעילות הכלכלית.<sup>48</sup> וורן הדגישה שהעדיפות המוחלטת אינה "באמת" מוחלטת, ובין היתר הצביעה על כך שהבנקים והנושים הפיננסיים מוכנים להעמיד הלוואות גם כאשר

45 ויניצקי וטמיר, לעיל ה"ש 30.

46 קרן-פז, לעיל ה"ש 30, בעמ' 554. אף אם נסכים שהמשפט הוא כלי להשגת יעדים שונים, ניתן לבקר טיעון זה בכך שהוא מניח את המבוקש, בקביעתו שהערכים שאותם על המשפט לקדם הם דווקא ערכים של שוויון.

47 Woodward, לעיל ה"ש 14, שם.

48 Warren, לעיל ה"ש 14, שם.

הם יודעים שרשויות המס ובעל העיכבון הקבלני ייהנו לפנייהם מתמורות קופת הנשייה. יש, אם כן, ממילא "חלוקה": יש קבוצות שנהנות מעדיפות על פני הנושה העדיף, ונותר רק להחליט מי יהיו אותן קבוצות ומה יהיה שיעור ההנאה שלהן. במילים אחרות, כל כלל נורמטיבי מייצר איזושהי חלוקה; והכלל הקיים, שנגדו יצאה וורן בתקיפות, הוא כלל המנציח חלוקה לא-חברתית בעליל: הרחקת ערך מנושים לא-רצוניים, נושים לא-מיוצגים, חלשים פוליטיים, ושאינם מסוגלים לפזר נזקים, והעברת ערך לנושים רצוניים, מתוחכמים, מקושרים ומסוגלים לפזר נזקים בקלות.

וורנר טען, שאף אם צודקים אנשי הניתוח הכלכלי בטענתם, שאשראי מובטח מגדיל את היעילות המצרפית, עדיין עולה השאלה הנורמטיבית והערכית, האם נכון להגדיל את עושרם של נושים מובטחים על חשבונם של נושים לא-מובטחים.<sup>49</sup> לעומת הכותבים ה"חברתיים" הללו, תקפו בבצ'וק ופריד את כלל העדיפות המוחלטת של הנושה המובטח, על בסיס נימוקים כלכליים של יעילות גרידא. בשני מאמרים שפורסמו בשנות התשעים של המאה הקודמת הם טענו, כי מעבר לעיקרון של עדיפות חלקית (לעומת מוחלטת) דווקא יגדיל את היעילות המצרפית. הם גם העירו, כי נוכח זאת שממילא יש בחיי המעשה שחיקה בעקרון העדיפות המוחלטת, מוטב שהדבר ייעשה בשקיפות, במודע, ותוך שמירה על ודאות.<sup>50</sup>

הכתיבה האקדמית בישראל כמעט שלא ייחדה התייחסות לשילוב של עקרונות צדק חלוקתי במשפט חלולות הפירעון דווקא. יוצא מן הכלל הזה הוא פרופ' האן, שהציג גישה ברורה בהקשר זה, ולפיה יש לצמצם את תחולת עקרון העדיפות המוחלטת ולעבור למודל של עדיפות חלקית. האן הציע שמתוך תמורות המימוש של בעל השעבוד יופרש אחוז מסוים לפירעון לנושים הלא-מובטחים.<sup>51</sup> בהצעתו משלב האן גם נימוקים של יעילות כלכלית וגם נימוקים ערכיים של צדק חלוקתי וסיוע לקבוצות נושים "חלשות". עמדות שלפיהן המשפט האזרחי הפרטי, בכללו, צריך ליישם כללים של צדק חלוקתי, לא התקבלו בדרך כלל בפסיקת בתי המשפט בישראל. לפי הגישה השלטת בפסיקה, המשפט האזרחי הפרטי מכוון להגשמת מטרות של צדק מתקן, ולא של צדק חלוקתי.<sup>52</sup> גם אם יש מקרים בודדים של קבלה או יישום במפורש או במשתמע של צדק חלוקתי במשפט האזרחי הפרטי, הרי כלל האצבע הוא שאין המשפט האזרחי הפרטי מתכוון על פי עקרונות של צדק חלוקתי. כאשר נדרש בית המשפט העליון לדיון בעמדותיהם

49 Warner, לעיל ה"ש 13, שם.

50 Lucian Arye Bebchuck & Jesse Fried, *The Uneasy*, וכך, שם, ובן Lucian Arye Bebchuck & Jesse Fried, *Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy: Further Thoughts and a Reply to Critics*, 82 CORNELL L. REV. 1279 (1997).

51 האן, לעיל ה"ש 6, עמ' 550-555.

52 ראו קרין-פז, לעיל ה"ש 30, טקסט בסמוך לה"ש 170, המציין ששתי התאוריות המובילות של המשפט האזרחי הפרטי היום הן צדק מתקן וניתוח כלכלי של המשפט. אין באמור כדי להתעלם מתאוריות אחרות המסבירות את המשפט האזרחי הפרטי, וראו לעיל ה"ש 23, ולעיל ה"ש 29.

של תומכי הגדלת השוויון והצדק החלוקתי, הוא דחה אותן, וקבע שהמשפט האזרחי הפרטי יפעל על פי מצפן הצדק המתקן.<sup>53</sup>

עם זאת, פסיקות כאלה ניתנות תמיד ביחס לתפקידו של בית המשפט כפרשן של החוק. החדרת עקרונות חלוקתיים דרך חקיקה, ולא דרך פסיקת בתי המשפט, תיתן מענה הולם לאחדים מהטיעונים המרכזיים שנימנו נגד החדרת צדק חלוקתי למשפט הפרטי.<sup>54</sup>

### 3. המקרה המיוחד של משפט חדלות הפירעון בהקשר של צדק חלוקתי

טענה מרכזית של מאמר זה היא כי דיני חדלות הפירעון, הגם שהם ענף מענפי המשפט האזרחי הפרטי, הם שונים ומיוחדים. לשוני זה יש משמעות דרמטית דווקא בהקשר של העדפת הגשמתו של צדק חלוקתי לעומת הגשמתו של צדק מתקן. בפסקאות הבאות אציג הסבר לכך.

#### (א) אי־צדק מוסדי – הנסיגה מן הצדק המתקן

בתי המשפט נמנעים בדרך כלל מהפעלת שיקולי צדק חלוקתי בבואם לדון בסכסוכים אזרחיים. הם מתירים לעצמם לחרוג מכך במקרים נדירים שבהם מצבו הכלכלי של אחד הצדדים הוא קשה במיוחד. אלא שבעולם חדלות הפירעון, המצב הוא מצב קיצון קשה בהגדרה. בתיקי חדלות פירעון ניצבות הערכאות השיפוטיות פעם אחר פעם מול מצבים אנושיים קשים המעוררים, באופן אינהרנטי ממש, תחושות של אי־צדק ואי־נוחות.<sup>55</sup> האובדן (הכספי) לנושים הלא־מובטחים עלול להיות בגובה מלוא נשייתם. מספר הנושים הנפגעים בכל מקרה ומקרה כזה עשוי להיות גבוה. הנזק לגורמים המוחלשים עלול להיות הרסני ומסוכן (להם עצמם וכתוצאה מכך לחברה כולה) הרבה יותר מאשר במצבי כושר פירעון.

לטענתי, אין מדובר בתחושות אי־צדק מקריות ואינטואיטיביות של שופט זה או אחר, אלא באי־צדק מוסדי. ראינו שהמשפט האזרחי הפרטי מתעלם בדרך כלל מן ההבדלים שבין בעלי הדין ומתייחס רק לסכסוך "נטו", ובפרט לנזק שגרמה ההפרה או העוולה. זוהי מהות הגשמת הצדק המתקן. המשפט מטיל על החייב להחזיר חוב, לתקן עוול, לפצות על נזק, להשיב מה שקיבל וכיוצא באלה. בכך דואג המשפט שהעוול יבוא על

53 עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 25, בעמ' 36. ניתן אומנם לטעון שפסק הדין דווקא נוהג על פי ההיגיון של צדק ביחסים (בקביעה שיש לפסוק לנפגע פיצוי לפי ממוצע ארצי, ולא לפי נתונים סטטיסטיים שמצביעים על כך שאנשים מקבוצת ההשתייכות של הנפגע צפויים להרוויח פחות); ועם זאת, בית המשפט מזהיר באתו פסק דין במפורש שהמשפט האזרחי הפרטי הנוהג דוחה את הצדק החלוקתי ושהמצפן המכוון אותו הוא הצדק המתקן. השוו דגן ודורפמן, לעיל ה"ש 42; וראו גם ENGLARD לעיל ה"ש 24, בעמ' 6.

54 והשוו מודל התחולה העקיפה המסויג של ויניצקי וטמיר, לעיל ה"ש 30.

55 ראו דברי השופט אלשייך בפר"ק (ת"א) 12230-04-12 דלק נדל"ן בע"מ נ' רוניק פז נבו נאמנויות בע"מ ואח', בעמ' 6 (נבו 27.9.2012), וכן ראו את דברי השופטת נאור בע"א 1689/03 כרטיסי אשראי לישראל בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נח(6) 126, 137 (2004) (להלן: עניין אשראי לישראל).

תיקונו, בבחינת "והיה העקוב למישור". אכן, אלה הם העקרונות המתאימים לענפי המשפט האזרחי הפרטי על פי טבעו, והם מזוהים עימו מקדמת דנא.<sup>56</sup> אולם לא כאלה הם פני הדברים במשפט חדלות הפירעון.

המשפט האזרחי הפרטי בכללותו מניח שמי שגרם לנזק לא רק יחויב לתקנו, אלא גם יקיים את חיובו זה. ומה כאשר המעוול או המפר אינו משלם את מה שהוא חייב לשלם? מה כאשר החייב אינו מבצע את החיוב? שאלה זו מצויה מחוץ לגדרי הדיון של המשפט האזרחי הפרטי. זוהי שאלה שאינה "מעניינת" את המשפטן של דיני החוזים, דיני הנזיקין או דיני הקניין. הדין הכללי עוסק בשאלות מסדר ראשון, של קביעת כללים להטלת החיוב. דיני החיובים יקבעו אימתי תוטל חבות, מה יהיה היקפה, כיצד יחלקו בחבות במקרה של ריבוי חייבים או ריבוי נושים, וכיצא באלה שאלות מסדר ראשון. לשם אכיפת חיובים יש למשפט פתרונות מסדר שני, המטפלים בבעיות "דיוניות" או "טכניות" של אכיפה והוצאה לפועל.

המצב שונה לחלוטין כאשר אנו עוסקים בדיני חדלות פירעון. כאן השאלה, מה הדין כאשר החייב אינו יכול לשלם, הופכת לשאלה עקרונית, מסדר ראשון (של קביעת זכויות וחובות). כאן המשפט סוטה מן הכלל הבסיסי של המשפט האזרחי הפרטי, וקובע שאין החייב חייב לשלם את מה שהוא חייב בו. המשפט פוטר את החייב מתשלום, ומוותר על הגשמת עקרונות הצדק המתקן (ויתור שהצדדים למקרה הקונקרטי יתקלו בו רק לאחר מעשה, *ex-post*). זהו המצב המאפיין כדבר שבשגרה את דיני חדלות הפירעון, ובכך הוא מהווה חריג לדין האזרחי הכללי. ניתן לטעון שדין חדלות הפירעון, בהעניקו הפטר, הולך בליט ברירה בעקבות המציאות, ולא דווקא מיישם החלטה ערכית. אך לא ניתן להתעלם מכך שישנה מגמה מבוססת-ערכים חד-כיוונית בהתפתחות דיני חדלות הפירעון: מפגיעה בגופו של חדל הפירעון (עבדות או מאסר של מי שאינו משלם את חובו) להסתפקות בפגיעה בזכויות ממוניות, ומהטלת קלון על מי שפשט רגל לתובנה שזהו סיכון אינהרנטי של חיי העסקים ולשימת דגש על שיקום החייב ועל שילובו במרקם החיים הכלכליים תוך שמירה על כבודו. בין שמדובר במגמה ערכית, ובין שמדובר בכורה המציאות, התוצאה היא אחת: החיוב אינו מקיים, ואף אינו נדחה – הוא מתבטל ומאויץ. הדין מורה כי הנושה לא יזכה בנשייתו, אף שהדין מכיר בכך שהוא זכאי למלוא הנשייה. המשפט עצמו קובע שהצדק המתקן לא יוגשם. תחושת אי-הצדק איננה מקרית – היא מבטאת עניין שהוא מוסדי לשיטה.

ניתן לטעון נגד הטענות הנה, שמתן עדיפות לנושה המובטח היא דווקא הגשמת עקרונות של צדק מתקן. ניתן לגרוס שכל מי שמתקשר בעסקה מתמחר מראש את הסיכון של חדלות הפירעון לתוך המחיר או הריבית, וממילא החוזים של חדל הפירעון עם נושיו פשוט מתמחרים סיכונים. על כן, כך הטענה, אין בפטור של חדל הפירעון מתשלום חובות משום פגיעה בציפיות הצדדים: גם לפני מעשה ידע כל נושה לאיזה



סוג מערכת חוזית, ולרבות לאיזה סוג נשייה, הוא נכנס. במילים אחרות, טענת הנגד היא שהעדיפות של הנושה המובטח נובעת מחוזה טוב יותר שהוא השכיל לערוך עם החייב מבעוד מועד, כך שעדיפותו אינה אלא הגשמת העיקרון של כיבוד זכויות. טענות אלה לוקות בכמה פגמים. ראשית, ישנם כמובן נושים לא־רצוניים, שהם נושים לא־מובטחים, ואשר איש לא שאל אותם לאיזה סוג מערכת חוזית הם רוצים להיכנס. נתון זה לבדו מחורר חור גדול בפרדיגמה שלפיה הצידוק להעדפת נושה מובטח הוא התמחור מראש. אך הפרדיגמה הזו מחוררת מסיבה נוספת וחשובה לא פחות: היא פשוט מתעלמת, במידה לא מבוטלת של היתממות, מן המציאות. לקבוצות נושים רבות אין כל אפשרות ריאליית להשיג במשא ומתן תנאים מועדפים וביטחונות, נושים אלה גם אינם יכולים לתמחר בהתאם את האשראי שהם מעמידים לחייב כאשראי "מסוכן" ויקר. לדוגמה, ספק של שירות או מוצר, שאמור לקבל תשלום בשיטת "שוטף פלוס" שהיא עניין שבשגרה במשק הישראלי,<sup>57</sup> מעניק אשראי לא־מובטח של שבועות או חודשים, שאין בצידו לא ריבית ולא ביטחונות. אלה הם אותם נושים "קטנים" שבית המשפט מתייחס אליהם כאל מי שזקוקים להגנה.<sup>58</sup>

57 להתייחסויות לכך שזהו נוהג הסוחרים: ע"פ 6201/18 טובול נ' מדינת ישראל, בעמ' 15 (נבו 28.10.2019); פש"ר (מחוזי חי') 66/02 עוז עתיד אינטרנשיונל בע"מ נ' טרבליסי, בעמ' 25 (נבו 10.2.2004).

58 ראו למשל: ע"א 5789/04 המשביר הישן בע"מ נ' לוגיסטיק בע"מ, בעמ' 16-17 (נבו 10.6.2007), וכן עניין ברק, לעיל ה"ש 17. ההנמקה של בית המשפט העליון בנקודה זו בעניין ברק ראויה לעיון נפרד. בקצרה ייאמר, שזוהי דוגמה ממשית לנקיטת עמדה של בית המשפט אל מול חוסר היכולת של נושים "קטנים" לתמחר את סיכוני חדלות הפירעון למחיר העסקה. לאחר שבית המשפט מונה את ההצדקות שנוכרו בפסיקה לקיומה של זכות הקיזוז, כחריג לעקרון השוויון (כגון מניעת עוול ואי־צדק לנושה, העלול להידרש לפרוע את מלוא חובו לחייב, בעוד שהתחייבות החייב כלפיו תקינה רק בחלקה, על פי יחסיות הפירעון שתיקבע ביחס ליתר הנושים; מתן ביטוי למכלול היחסים בין הצדדים, שיש בו כדי לשקף את המהות האמיתית של יחסי הצדדים; חיסכון בהליכים משפטיים; והקטנת הסיכון למפולת גופים אחרים בעקבות חדלות פירעון החייב, והקטנת עלויות הפיקוח של נושים על תפקודו השוטף של אותו גורם) מעלה שם בית המשפט טעם חדש ומקורי להצדקתו של הקיזוז המיוחד בחדלות פירעון, והוא הבטחת מערכות היחסים ההדדיות בין הנושים "הקטנים" (ספקי מצרכים, שירותים ואשראי) לבין הפירמה. הטעם המרכזי בעיני בית המשפט לקיומה של זכות הקיזוז ה"בטוחתית" הוא שמדובר בנושים קטנים, המספקים חמצן חיוני לפירמה, ושכמערכות היחסים המסחריים הללו "לא נהוג לקחת ביטחונות". בהמשך הדברים מוסיף בית המשפט טעם נוסף המצדיק מתן מעמד "בטוחתי" זה דווקא לנושים קטנים, והוא כי לנושים מסוג זה לא עומדים, בדרך כלל, אמצעי פיקוח ובדיקה של מידת הסיכון הנלווית לכל התקשרות שוטפת שהם מבצעים עם הפירמה; שנושים כאלה גם לא ישיגו ערבויות שיגנו עליהם מפני חדלות פירעון של הפירמה; ושכוחם היחסי במשא ומתן העסקי לא יעמוד להם כדי להגן על עצמם מפני סיכוני חדלות פירעון (שם, עמ' 15-17). למרות הרטוריקה, שממנה משתמע כי בית המשפט בחר אחת "מכל התכליות שנמנו בפסיקה" להבהרת הרציונל של זכות הקיזוז בחדלות פירעון, הרי הטעם הזה לא נזכר עד אז בפסיקת בתי המשפט. האסמכתא היחידה המובאת לתכלית זו היא מספרו של Derham על דין הקיזוז, והיא אינה תומכת ברעיון שיש לייחד את הזכות לנושים "קטנים". דומני, שמאחורי הדגשת ההגנה על אותם נושים "קטנים" מסתתר מבט ריאלי, ללא היתממות, על המציאות המסחרית אשר בה נושים רבים אינם יכולים באמת לתמחר סיכוני חדלות פירעון לתוך העסקה שבה הם מתקשרים.

טענת המאמר היא שעל המשפט מוטלת האחריות "לתקן את הצדק המתקן" בענף משפטי מיוחד זה, אשר בו המשפט עצמו מסיג לאחור את הצדק המתקן. מי שהתקשר עם אחר מצפה שבמקרה של כשל, המשפט יביא לו מזור. הפטור שניתן לחייב נתפס לעיתים קרובות בעיני הנושים כ"בלתי-צודק", שעה שהנושה עצמו (המפסיד את נשייתו) אינו זוכה לכל הקלה או הטבה.

אם כן, ההצדקה לנוכחות החזקה של עקרונות הצדק החלוקתי במשפט חדלות הפירעון היא מוסדית ואינהרנטית לדיני חדלות פירעון בשל עצם טיבם ומהותם, בראש ובראשונה בשל אי-הגשמת הצדק המתקן.

בכתיבה האקדמית הושמעה טענה שלפיה בתי המשפט עוינים כבר מאות שנים את הנושים המובטחים.<sup>59</sup> סברה זו, שבתי המשפט עוינים את הנשייה המובטחת, מתיישבת היטב עם הטענה המועלית כאן: ניתן להסביר עוינות זו כנובעת ממש מן הסתירה האינהרנטית בין המשפט האזרחי הפרטי (שמציע לנושים ולחייבים פתרונות של צדק מתקן) לבין משפט חדלות הפירעון (שאינו מציע לנושים הכלליים פתרון צודק).

#### (ב) נקודת ההשקפה

היבט אחר המייחד את דיני חדלות הפירעון מכללו של המשפט האזרחי הפרטי הוא שדין חדלות הפירעון מקנה נפקות ליכולתו (ולקשייו) של הפרט המתקשר: דין חדלות הפירעון מוחל לחייב, יחיד או תאגיד, על חובו בשל מצבו הסובייקטיבי, והחוב מתבטל. גם זו אבחנה מוסדית, וגם היא עומדת בבסיס דיני חדלות הפירעון. אבחנה זו (של התייחסות למצבו הסובייקטיבי של המתקשר) מושתתת על עיקרון זר למשפט הפרטי, אך הוא מעקרונות הצדק החלוקתי: בחינת מאפיינים הקשורים ליכולותיו הכספיות של המתקשר. קביעתו של דין חדלות הפירעון שהצדק המתקן לא יוגשם, נובעת מן ההתמקדות בחייב, ביכולתו, בנכסיו, באמצעיו. זהו כשלעצמו מאפיין של צדק חלוקתי. שהרי שאר ענפי המשפט האזרחי הפרטי אינם מקנים, בדרך כלל, כל משקל לאלמנטים הנוגעים לחייב עצמו, ליכולתו ולמצבו הכספי. הדין הכללי מתעניין רק במערכת המצומצמת של החיובים בין הצדדים. כאשר משפט חדלות הפירעון מתבונן דווקא בחייב ובתכונותיו הספציפיות, הרי הוא עושה בכך מעשה של צדק חלוקתי. המבט המיוחד הזה מתקיים ביחסים שבין החייב לנושים, במסגרת מהלך שעניינו הכרה בכך שהחייב לא יוכל לשלם את מלוא החוב.

התבוננות בקשיי החייב, שהיא מעשה של צדק חלוקתי ביחסים שבין החייב לנושיו, איננה יכולה להיות סוף הדרך. יש לכך המשך בלתי-נמנע, תולדה מיידית: היחסים שבין הנושים לבין עצמם. התנכרות לאותו עניין עצמו (מאפייני הצד המתקשר) בעת בחינת

59 Woodward, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1516. לטענתו, במקום להבין את העוינות הזו כמסר של צדק חלוקתי, יצרו המשפטנים מערכת רישום פומבית לשעבודים, שלכאורה מאפשרת לדעת מה מצב הביטחונות שנתן החייב.

היחסים התחרותיים בין הנושים, יוצרת אי-צדק מובנה, מוסדי. ואם כן, הצורך בחלוקה צודקת ומאוזנת בין הנושים אינו אלא תולדה של אותו מעשה ראשוני של צדק חלוקתי.

### (ג) מיהות הצדדים לסכסוך ואופי הסכסוך

היבט שלישי המייחד את דיני חדלות הפירעון לעומת שאר המשפט האזרחי הפרטי הוא שבמשפט הפרטי עומדים זה מול זה נושים וחייבים. בין שמדובר במזיקים וניזוקים ובין שמדובר במפרים ונפגעים, משני צידי המתרחש עומדים מי שבאו במגע זה עם זה. לעומת מערכת רגילה זו, במצב של חדלות פירעון חל שינוי דרמטי במיהותם של הצדדים הניצים ומשתנה גם אופי הסכסוך. על מנת לקיים את עקרון השוויון בין הנושים, כל ניהול פירעון החובות של גוף חדל פירעון נעשה באופן קולקטיבי, שהרי בהינתן שמסת הנכסים אינה מספיקה לתשלום מלוא החובות, כל העדפה פסולה של נושה אחד פוגעת בשאר הנושים.<sup>60</sup> על כן, לעת חדלות פירעון, התחרות והעימות הם בין הנושים לבין עצמם, ולא עוד בינם לבין החייב. החייב עצמו הופטר מחובו ויצא מן התמונה. מצב מיוחד זה מחייב שההתייחסות הערכית של הדין תהא שונה בתכליתה.<sup>61</sup> בגלל השינוי במיהות הצדדים, היינו בגלל שהצדדים המתעמתים הם נושיו השונים של החייב, שעד חדלות הפירעון לא היה ביניהם שום קשר משפטי, גם אופי הסכסוך משתנה: זוהי כבר איננה סיטואציה של תיקון (תיקון עוולה, תיקון הפרה) אלא סיטואציה של חלוקה. בין הנושים מתקיימת תחרות על האופן שבו יחולק משאב מוגבל: קופת הנשייה, מסת הנכסים. בשונה מרוב הסכסוכים במשפט האזרחי הפרטי,<sup>62</sup> הסכסוך שצריכים לפתור דיני חדלות הפירעון איננו בין הנושה לחייב. היחסים עם החייב כבר הוכרעו על ידי הדין בפטור שקיבל החייב. מעתה הבעיה שיש להסדיר איננה כלל בעיה של תיקון, כי אם בעיה של חלוקה: חלוקת הקופה.

הפעולה הלוגית והעניינית שעוסק בה משפט חדלות הפירעון היא חלוקה, ולכן אך טבעי לבצעה תוך הפעלת עקרונות של צדק חלוקתי. בפרק הבא אדגים כיצד נעשה הדבר הלכה למעשה בפסיקות בתי המשפט.

### ג. הכרסום בעקרון העדיפות המוחלטת בעשורים שחלפו

התוצאה הבינארית הקשה של "הכול או לא כלום" גרמה לבתי המשפט לנסות ולרכך את הדין בפסיקתם. בחלק זה אסקור את מקצת הדרכים שבהן נעשה הדבר, וניווכח כי פעמים רבות הדרך לריכוך התוצאה הקשה עוברת בפנייה לעקרונות של צדק חלוקתי. בפסקאות הבאות אציג את הכלים ששימשו את בתי המשפט כבואם לכרסם בעקרון

60 עניין מרכז לוגיסטי בי רבוע נדל"ן בע"מ, לעיל ה"ש 11, בעמ' 17.

61 פרופ' האן אומר דברים דומים כאשר הוא מנתח את ההנמקה של בית המשפט המחוזי בעניין זכות העיכבון בפש"ר (מחוזי ת"א) 1001/00 פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 נ' סדיטק בע"מ (נבו 3.2.2002). ראו האן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 598.

62 במידה מסוימת דומה תחרות זו לתחרות הקלאסית בדיני חיובים שבין שני צדדים תמי לב, לאחר שהצד שהונה את שניהם יצא מן התמונה.

העדיפות המוחלטת באמצעות התבוננות בכמה פרשות שהגיעו לפתחם בעשורים האחרונים. מאפיין בולט של ארגז הכלים הזה הוא היותו סמוי מן העין. ההכרעות נעשות בעידון, בזהירות ואף בתחכום. כל המקרים שיתוארו להלן נדונו לפני חקיקת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי.

**כלי ראשון הוא שימוש בסעיף 350 לחוק החברות,**<sup>63</sup> שהיה השער להליכי הסדר והבראה בחקיקה טרם חקיקתו של חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי. סעיף זה אפשר לבתי המשפט שדה נרחב של גמישות. בית המשפט העליון פסק כי יש לבכר גמישות באשר למתווה המשפטית בתחילת הליכי השיקום, משום שגמישות זו תגדיל את הסיכויים להצלחת הליכי השיקום,<sup>64</sup> וכי יש להעדיף שיקום על פני פירוק.<sup>65</sup> אמרות כאלה שימשו לערכאות הדיוניות קרדום לחפור בו כבואן להפעיל את סעיף 350 וליתן צווי הקפאת הליכים, שנועדו להבראת חברות (להבדיל מפירוקן) גם בשעה שברור היה שאין כל תוכנית להבראתה של החברה ושסופה להגיע לפירוק. יש להסביר כאן, ששיקום חברה (והסעד הזמני הנלווה אליה – צו הקפאת הליכים) מבוסס על אי-מימוש הנכסים המשועבדים, לפחות לתקופת מה.<sup>66</sup> במוכן זה עצם מתן צו הקפאת ההליכים משדר את המערכות ויוצר איזון חדש ושונה בין קבוצות הנשייה.

מבחינת הדין הפורמלי צווים כאלה היו מנוגדים לחלוטין ללשון החוק: על פי סעיף 350(ב)(1) לחוק החברות, תנאי למתן צו הקפאת הליכים היה שהוגשה "בקשת הבראה" המוגדרת בחוק כבקשה "לפשרה או להסדר שמטרתם הבראת החברה"; ותנאי נוסף היה שבית המשפט "שוכנע כי יהיה במתן הצו כדי לסייע להבראת החברה". לשון החוק קבעה חדר־משמעית כי אין כלל סמכות ליתן צו הקפאת הליכים, כאשר אין מדובר בהליך של הבראה. ובכל זאת היה זה חזון נפרץ.

השימוש בסעיף 350 אינו מקדם, כשלעצמו, ערכים של צדק חלוקתי. פועלו הוא בהכנסת ההליך לשרה שבו לבית המשפט יש חופש לנהוג בגמישות ולא לפי מערכת כללים קשיחה. במוכן זה, הוא מהווה מסגרת המאפשרת את הפעלת הכלים שיפורטו להלן. **כלי נוסף, רב עוצמה, הוא יצירת קרן לטובת הנושים הלא-מובטחים** על חשבון הנושים המובטחים. הקמת קרן כזו היא הגשמה מובהקת של עקרונות של אחריות הדדית וסולידריות חברתית: אלה שיש להם תורמים לקרן לטובת אלה שאין להם. המקור הכספי לקרן הוא כספים שיזרימו אליה קבוצות הנושים החזקות יותר. אין צריך לומר, שאין בדיני חדלות הפירעון שום מקור משפטי המכוון לפתרון מסוג זה. גם אין צריך לומר, שהסדר כזה מנוגד ניגוד חזיתי לעקרונות העדיפות המוחלטת. רעיון זה מיישם עיקרון של עדיפות חלקית ופגומה, ולא של עדיפות מוחלטת. שימוש בכלי זה יבטיח שסיווגו

63 עם חקיקת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018 בוטל סעיף 350 וכל סעיפי המשנה שלו שיאוזכרו להלן.

64 ע"א 3782/09 לגין אריוות מזון בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, בעמ' 10 (נבו 25.2.2014).

65 קמחי, לעיל ה"ש 8, שם; האן, לעיל ה"ש 6, שם.

66 האן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 355-356.

של נושה כ"נושה מובטח" או כ"נושה לא-מובטח" לא יביא לתוצאה הבינארית, אלא לתוצאה מאוזנת יותר. מכיוון שאין בדין שום אילן להיתלות בו לשם יצירת קרן כזו, אין מדובר בכלי שהשימוש בו נפוץ, אך עדיין יש בנמצא לא מעט הסדרי נושים סולידריים מסוגים שונים, כפי שיודגם להלן. מובן גם שלא ניתן לכפות יצירת קרן כזו על הנושים, ועל כן גם הכוח הכופה של בית המשפט יופעל באורח סמוי, כמבואר להלן.

**כלי אחר**, אשר הולך יד ביד עם הקמת קרן אחריות הדדית כזו, הוא **כפיית הסדר**. לכאורה, אין בידי בית המשפט לכפות הסדר על הצדדים. בית המשפט יכול רק לאשר הסדר נושים המובא בפניו. אולם, בחיי המעשה יש ויש בידי הערכאה הדיונית כלים שאינם כתובים בספר החוקים. כוחו של בית המשפט עימו ללחוץ על הצדדים בדרכים שונות, ולהביאם לכלל הסדר, כך שפסק הדין שיינתן לא יכריע לכאורה בין צדדים ניצים, אלא פעולתו תהא להלכה (אך לא למעשה), רק אישור הסכם ביניהם. הכוח הכופה הוא סמוי מן העין; הוא אינו בא לידי ביטוי בהחלטות כתובות ובהנמקות מסודרות. לעיתים רחוקות הוא עשוי להיוודע מרמזים בפסקי הדין, כפי שיודגם בפרק זה.

**כלי נוסף** הוא השימוש בעיקרון של מתן "הגנה הולמת" לנושה שנמנע ממנו לממש את בטוחתו. עיקרון זה, כשמו כן הוא, נועד להבטיח מידתיות בעת שמונעים מנושה מובטח את מימוש בטוחתו. למרות הרטוריקה של הגנה על הנושה המובטח, הרי למעשה השימוש בכלי זה יגרום לרוב לפגיעה בו. על פי החוק,<sup>67</sup> ימנע בית המשפט מנושה מובטח לממש את בטוחתו רק אם הובטחה לו "הגנה הולמת". למעשה, ההגנה הניתנת לנושה המובטח נופלת מזו שהייתה לו אילו היה מממש את הנכס המשוועבד ללא דיחוי. כרסום זה בזכויות הנושה המובטח בא לידי ביטוי בשני היבטים. האחד, בכך שבתי המשפט קבעו, בחקיקה שיפוטית, כי יש להבטיח לנושה המובטח רק "ערך פירוק" של בטוחתו, דהיינו את הרף התחתון שניתן לצפות שאפשר יהיה לגבות מן הנכס.<sup>68</sup> גישה זו אינה מבטיחה לנושה המובטח את שוויו של הנכס על פי הערכת שווי או על פי מחיר שוק ממשי, אלא דוגלת בהפחתת עלויות מימוש שונות על פי הערכה, וההגנה ההולמת ניתנת ל"סכום שהיה נפרע הנושה ממכירת הנכס בפירוק החברה כמועד הגשת הבקשה".<sup>69</sup> הערכת השווי נעשית על ידי ניסיון לחזות תוצאות של מכירה תאורטית של הנכס. היא גוזלת מן הנושה המובטח את הסיכוי לכסות חלק גדול יותר של חובו: הניסיון מלמד, כי במכירה בפועל ובתהליך התמחרות מוצלח, ייתכן שהמחיר שיושג לא רק שלא יפחת, אלא אף עשוי לעלות על הערכת השווי. אפשרות מעשית זו של הנושה המובטח לקבל את הערך המלא שניתן להפיק ממימוש הנכס המשוועבד נשללת ממנו.<sup>70</sup>

67 בעבר סעיף 350 לחוק החברות. כיום עיקרון דומה מגולם בסעיפים 61 ואילך לחוק חדרות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018.

68 הלכה זו גובשה להוראת דין בראשית 2013 עת נכנס לתוקפו תיקון 19 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, שקבע לראשונה הגדרה חקיקתית למונח "הגנה הולמת". עיקרון זה נשמר בחוק חדרות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018.

69 בסייגים שונים ניתנת בדיקת השווי להיעשות גם כמועד אחר.

70 הדברים נכונים כמובן רק במצבים שבהם הערך למימוש בפירוק נמוך מיתרת החוב.

מבחינת מערכת התמרוץ לנושים, הרי שהנזקים הנגרמים לנושים מובטחים מהבטחת ערך הפירוק בלבד עשויים ליצור להם מוטיבציה לתמוך בחלופת הפירוק. אצל מי שיוודע כי כל שיקבל בהסדר נושים הוא ממילא ערך הפירוק בלבד, פוחתת המוטיבציה לתמוך בהסדר נושים (אשר בו תיעשה הערכה מוטית כלפי מטה של הנכס) וגוברת המוטיבציה להגיע לפירוק, שם תבצע מכירה אמיתית ולא רעיונית, ובה אולי יזכה לקבל יותר. היבט שני של פגיעה בנושה המובטח תוך יישום "ההגנה ההולמת" הוא שהמונח הגנה הולמת נושא עימו באופן כמעט אינהרנטי פגיעה בזכותו של הנושה המובטח להיפרע את מלוא הריבית. כזכור, על פי הדין שהיה קיים טרם חקיקתו של חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, היה זכאי נושה מובטח לעדיפות בגביית מלוא התמורה ממימוש הנכס המשוועבד לו עד לכיסוי מלוא החוב כלפיו, לרבות כל הריבית שהוסכם עליה.<sup>71</sup> בסופו של התהליך, אם הנכס יימכר במסגרת הליך ההבראה, ייטה בית המשפט לפסוק שיעור ריבית נמוך יותר לנושה המובטח, על מנת להותיר יותר עודף לקופת החברה המבריאה.<sup>72</sup> אדגים את השימוש האפקטיבי בכלים אלה בכמה אירועי חדלות פירעון שהובאו לפני בתי המשפט בעשורים האחרונים.

### 1. פרשת חפציבה

קבוצת חברות הבנייה של איש העסקים בועז יונה קרסה בשעה שאלפי דירות עמדו בבנייתן.<sup>73</sup> עם קריסתה של קבוצת החברות התברר כי רוכשי הדירות שילמו לה מאות מיליוני שקלים בלי שקיבלו ערבויות בנקאיות לפי חוק.<sup>74</sup> אלפי רוכשי דירות נותרו ללא הדירות וללא הכסף, ומכאן שאלפי בתי אב היו נושים לא-מובטחים. יש להסביר ששיטת מימון הבנייה הנפוצה בישראל (ושנהגה גם במקרה זה) של "ליווי פיננסי סגור" מחייבת את הרוכשים לשלם את תמורת הדירה אך ורק לחשבון בנק מסוים של המוכר (הוא חשבון הליווי), והבנק המלווה מחויב להנפיק ערבויות חוק מכר רק למי שהפקידו את כספי התמורה לאותו חשבון. הזרמת אותם מאות מיליוני שקלים מכספי רוכשי הדירות לחשבונות בנק שאינם חשבונות הליווי הפיננסי הסגור,<sup>75</sup> הביאה לכך שהכסף שאבד ירד לטמיון, מפני שלפי ההסכמים שעליהם היו חתומים רוכשי הדירות, הבנק

71 ע"א 2703/07 פישר נ' ר"ח יוכמן, פס' 19 (נבו 17.4.2011); ע"א 4303/15 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' קוגן נאמן בומגרטרן נאמנה (נבו 16.11.2017).

72 Bebhuck & Fried, לעיל ה"ש 41, בעמ' 912.

73 בש"א (מחוזי ירושלים) 26 6720/07 חברות מקבוצת חפציבה נ' הכונס הרשמי בתפקידו כנאמן זמני בהליך ההקפאה (נבו 3.9.2007).

74 חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974. בעקבות הפרשה תוקן החוק על מנת להקשות על מכירת דירות ללא מתן ערבויות לרוכשי דירות.

75 להרחבה בעניין העקרונות של שיטת מימון בנייה בליווי פיננסי סגור (construction loan) ראו למשל אבי וינרוט ובעוז אדלשטיין "אחריות בנק מלווה כלפי רוכשי דירות ובעלי קרקע" הפרקליט מה 68 (התשס"ה); יחיאל בהט "מימון בנייה ב"פרויקט סגור" – בטוחות ואחריות הבנק" הפרקליט מה 56 (התש"ס-התשס"א).

המלווה של כל פרויקט לא היה חייב להכיר באותם תשלומים כאילו התקבלו בכלל.<sup>76</sup> רוכשים שכספיהם הוזרמו לחשבון שאיננו חשבון הליוי, נחשבו על פי ההסכמים עימם למי שלא שילמו עבור דירתם. מעשי מרמה אלה הותירו בתי אב רבים בהפסדי עתק, ועבור משפחה ממוצעת מדובר במשבר קריטי ממש. כבר בפתחו של ההליך המשפטי נתן בית המשפט לחברה צו הקפאת הליכים, אף שלא הוצגה כל תוכנית הבראה, והגם שהיה ברור שהשבר גדול כל כך עד כי החברות אינן ניתנות לשיקום. הנאמן להקפאת ההליכים הציע מתווה, אשר כלל הקמת קרן מיוחדת שתבטיח פתרון, ולו חלקי, של בעיית הרוכשים. קרן זו, כך הוצע, תמומן מתוספת קטנה מצד הרוכש ותוספת משמעותית מצד הנושים המובטחים:

המנהל המיוחד הציע מתווה שנועד לאפשר השלמת בניית הפרויקטים והשתתפות רוכשי דירות ובנקים בהוצאות הכספיות הדרושות לשם כך. המתווה מבוסס, בין השאר, על תוספת כספית של דיירים בין 2–30 אחוז מסכום רכישת הדירה ותוספת תשלום של הבנקים. המתווה הינו פרי של מבט מקיף ושלם על משבר גדול שבמרכזו עומדים רוכשי הדירות המהווים קצה קרחון של בעיה גדולה, קצה חלש ובר-המסה. במתווה עצמו ישנה גמישות מסוימת שניתן להתאימה במידת מה לכל פרויקט ופרויקט.<sup>77</sup>

עינינו הרואות: הנימוק של בית המשפט להענקת סעד משפטי לנושים הלא-מובטחים ("קצה קרחון בר-המסה"), איננו שיש להם זכויות משפטיות המצדיקות הגנה על פי הדין, אלא דווקא שזכויותיהם המשפטיות חלשות ואינן זוכות להגנת הדין. 78 הטעם לסיוע לחלש הוא היותו חלש. אנו רואים שמדובר בהפעלת אינטואיציה שיפוטית של עשיית צדק *ex-post* בניגוד לכללים הנוקשים שהיו ידועים מראש לכל המתקשרים עם החברה. אי-אפשר להתעלם גם מבחירת המילים של בית המשפט העליון כשנדרש לערער על החלטות הערכאה הדיונית (ורחח את הערעור). בית המשפט העליון לא נקט את המונח המשפטי "נושים" אלא מונח הלקוח משדה סמנטי אחר לחלוטין: "משפחות". מונח זה אינו מתחבר לנושא הדין המשפטי, אך הוא מתחבר היטב לרגשות של סולידריות חברתית ואחריות הדדית:

הנאמן הזמני והמנהל המיוחד הציעו מתווה אחד לפתרון כולל, בלא אבחנה בין פרויקט לפרויקט. [...] הנושים המובטחים יצטרכו לתרום להסדר הכולל

76 ורדה אלשיך וגרעון אורבך הקפאת הליכים – הלכה למעשה 644 (מהדורה שנייה, 2010).  
77 בש"א (י"ם) 6971/07 מטרי, כונס נכסים על נכסים של חברות מקבוצת חפציבה נ' כונס הנכסים הרשמי (נבו 10.4.2008) (ההדגשה הוספה). הציטוט מתייחס לאחד ההסדרים, אך עקרונות דומים יושמו בכל הפרויקטים. להבדלים הזניחים ביניהם אין חשיבות לענייננו.  
78 אותו הנימוק ממש, של היחלצות לעזרה לטובת מי שהדין דווקא אינו מגן עליו, היה כזכור נימוק המרכזי של פסק הדין בעניין ברק, לעיל ה"ש 17, לצורך הכרה בזכות הקיוזו בידיהם של נושים חלשים.

ולקרן כללית שתוקם. המתווה האמור ייתן מזור, ולו חלקי, גם לאותן משפחות שכספן לא הופקד בחשבונות הליווי ושאינן מחזיקות בערבויות.<sup>79</sup>

יהיה זה תמים לסבור שהנושים המובטחים אכן התנדבו לתרום להסדר הכולל ולקרן הכללית שהוקמה. למעשה, הנושים המובטחים התנגדו למתווה המוצע, ודרשו לממש את בטוחותיהם על פי הדין הפוזיטיבי.<sup>80</sup> הערכאה הדיונית לא יכלה לכפות על הנושים המובטחים לוותר על זכויותיהם, אך יכלה למנוע מהם את מימוש בטוחותיהם לאורך חודשים ארוכים. כל אימת שאיזה מן הבנקים, הנושים המובטחים, ביקש לאכוף את השעבוד, מנע זאת ממנו בית המשפט המחוזי.<sup>81</sup> הבנקים טענו שצו הקפאת הליכים אינו מוצדק כלכלית או ערכית, וכי משפטית הצו פוגע בהגנה ההולמת שהם זכאים לה על פי החוק.<sup>82</sup> כאשר ערערו הנושים המובטחים לבית המשפט העליון על העיכוב שנגרם להם בלי צידוק חוקי, סירב בית המשפט העליון להתערב, תוך שהוא, גם כאן, נוקט מונח לשוני משדה סמנטי זר להחלטות שיפוטיות, ומכנה את המקרה "מקרה עצוב מאוד".<sup>83</sup> בסופו של דבר, אחרי חודשים ארוכים, הביא הלחץ לאימוץ המתווה על ידי כלל הנושים המובטחים. בית המשפט המחוזי לא נאלץ לנמק בהחלטותיו את פסקי דינו בנימוקים של צדק חלוקתי, ולא תיאר את המאבקים של הנושים המובטחים נגד ההסדר הכפוי. כל שנתר לו היה לברך על ההגעה להסדר צודק ושוויוני.<sup>84</sup>

פרשה זו מדגימה היטב כיצד מגמישים את העקרונות הבינאריים של עקרון העדיפות המוחלטת. ראשית, שימוש בכלי של צו הקפאת הליכים והסדר נושים בשעה שלכאורה אין סמכות ליתן צו כזה. זאת, על מנת להשיג את מרחב הגמישות הנחוץ לבית המשפט בהמשך הדרך. שנית, הופעלו על הנושים המובטחים לחצים, סמויים מן העין הציבורית, על מנת שאלה ייאלצו להסכים להסדר החורג מעקרון העדיפות המוחלטת. הכוח הכופה בא לידי ביטוי במניעת אכיפת השעבודים של הבנקים, ובהתבטאויות מפורשות של בית המשפט בדבר הצורך בפתרון "סולידרי".<sup>85</sup> וכמובן, התוצאה הסופית שעיקרה יישום

79 רע"א 10695/07 שביט (שטריקס) נ' דניה סיבוס בע"מ (נבו 12.2.2008) (ההרגשה הוספה). פסק הדין עסק בהסדר אחר, אך כאמור, אין לכך חשיבות לעניין הנדון כאן.

80 לדוגמה: בש"א (מחוזי י"ם) 6779/07 חפציבה בניה פיתוח והשקעות בע"מ (בהקפאת הליכים) נ' דניה סיבוס בע"מ (נבו 18.9.2007); בש"א (מחוזי י"ם) 6779/07 חפציבה בניה פיתוח והשקעות בע"מ נ' דניה סיבוס בע"מ (נבו 16.11.2007); ב"ש (מחוזי י"ם) 6779/0 חפציבה בניה פיתוח והשקעות בע"מ (בהקפאת הליכים) נ' דניה סיבוס בע"מ (נבו 12.12.2007); בנק ירושלים וכלל חברה לביטוח בב"ש (מחוזי ירושלים) 7563/07 בנק ירושלים בע"מ נ' הכונס הרשמי (נבו 12.12.2007); ועוד.

81 שם.

82 לעיל ה"ש 73.

83 לעיל ה"ש 79.

84 לדוגמה: בש"א (מחוזי ירושלים) 7293/07 רוכשי המגרשים בביתר עילית 68 ו-72 נ' בנק אדנים למשכנתאות בע"מ (נבו 15.1.2008); בש"א (מחוזי ירושלים) 7264/07 רותן וסבטלנה לוי ואח' נ' עור"ר פיני יניב, כונס הנכסים מטעם בנק מזרחי-טפחות (נבו 25.3.2008).

85 ראו האסמכתאות לעיל בה"ש 80.



הסדר של עדיפות חלקית ודחיית עקרון העדיפות המוחלטת על ידי הקמת קרן לטובת הנושים הלא-מובטחים אשר ממומנת על ידי הנושים המובטחים. יאמר מי שיאמר, שאירוע קריסה כה גדול, שפתח את כל מהדורות החדשות, והותיר אלפי רוכשי דירות כשידם על ראשם, הוא חריג. הגם שיש בכך מן האמת, ולא בכל מקרה נחלצים בתי המשפט לסייע למוחלשים, נעיין להלן במקרה כמעט אלמוני, המלמד שפתרונות כאלה אינם כה נדירים.

## 2. פרשת אלומות הנדסה

פסק הדין בעניין אלומות הנדסה<sup>86</sup> ניתן גם הוא בעניינה של חברת בנייה שקרסה. גם שם הוצע הסדר אשר במסגרתו תוקם קרן מיוחדת לטובת אלה שאין להם, שתמומן על ידי רוכשי דירות "חזקים" ועל ידי הנושים המובטחים. באותו הסדר נקבע גם שיעוכב מימוש בטוחותיהם של הנושים המובטחים, מתוך תקווה שיושבחו בינתיים, וכך יוכלו לפרוע חובות גם לנושים שאינם מובטחים, תוך מתן "הגנה הולמת" לנושה המובטח בעל השעבוד.<sup>87</sup>

גם כאן נעשה הסדר לפי סעיף 350, גם כאן הוקמה קרן לטובת הנושים הלא-מובטחים אשר ממומנת על ידי הנושים המובטחים, וגם כאן מדובר בכפייה על הנושים המובטחים ש"נאלצו להסכים", תוך שהם זוכים ל"הגנה הולמת". ההגנה הולמת שלה זכו הייתה הבסיס המשפטי שעליו נבנתה דחיית זכותם. בית המשפט הסביר שזכותם של הנושים המובטחים רק נדחית בזמן, ובהמשך הם יזכו למלוא נשייתם, כך שהנכסים המשועבדים ישמשו ליצירת הכנסות לטובת הנושים האחרים, הכנסות שלא היו נוצרות בהליכי מימוש אחרים.

בדחותו התנגדויות של נושים מובטחים לאישור ההסדר חשף בית המשפט מקצת מן הלחצים שהיו מנת חלקם:

השימוש המבוזר וההגיוני בנכסי החברה המשועבדים לנושים מובטחים אשר זכו להגנה הולמת ואיפשרו או נאלצו להסכים להעמיד את הנכסים לצורך שימוש הנאמן לעשות בהם וליצר באמצעותם הכנסות לטובת הנושים, כל אלו יביאו להכנסות שלא היו מגיעות בהליכים אחרים. דמי ההשתתפות וויתורי נושים שונים יביאו לאיזון ומיקסום מקורות ההכנסה וצמצום ההוצאות והחובות כך יוצר מאזן ותוצאה צודקת ומאוזנת בין כל משתתפי חברות אלומות בין מרצונם ובין בעל כורחם.<sup>88</sup>

אנו רואים אפוא שבית המשפט מאמץ כלל של עדיפות חלקית, ולא מוחלטת, לשם השגת "תוצאה צודקת ומאוזנת", בעל כורחו של הנושה המובטח, תוך אמירה לא מנומקת

86 בש"א (י"ם) 3510/08 אלומות מ.ג. הנדסה בע"מ (בהקפאת הליכים) נ' כונס נכסים (כרמיה) (נבו) 14.8.2008.

87 שם, פסקאות 10-11 לפסק הדין.

88 שם, בפס' 31 (ההדגשה הוספה).

שתכלית החוק היא לשים לנגד עינינו את "טובת כלל הנושים".<sup>89</sup> מילים כמו "טובת כלל הנושים" ו"תוצאה צודקת ומאוזנת" מעוררות באופן אינטואיטיבי הזדהות אצל הקורא, אך בעיון נוסף יש מקום להרהר אחריהן ולשאול מדוע זה השגת תוצאה המאזנת בין כלל הנושים היא תכלית ראויה? שהרי עקרון העדיפות המוחלטת מחייב את ההפך הגמור. בשולי פסק הדין ראה לנכון השופט להוסיף תחת הכותרת "הגיגים" את הדברים הבאים:

הנאמן אכן ראה את התמונה כולה לרבות בעייתם של הרוכשים ה"בלתי מוגנים", הקיימים בפרויקטים השונים, ולשם כך יצר מתווה בדרך של "צדק חלוקתי" כדי לאזן בין הנושים השונים, בדרך של תוספת תשלום מכל רוכש ורוכש וכן מעורבות והשקעות כספיות של הנושים המובטחים. [...] האפשרות השנייה שעמדה לפני הנאמן הייתה הפסקת הליך ההקפאה ומעבר להליכי פירוק או אז מצבם של הנושים בדין קדימה ובפרט של הנושים שאינם מובטחים, החלשים יותר, יורע והם היו מוצאים עצמם בפני שוקת שבורה.<sup>90</sup>

השופט מצביע על כך שהפיתרון ההסדרי עדיף על חלופת הפירוק משום שבפירוק "מצבם של הנושים שאינם מובטחים, החלשים יותר, יורע והם היו מוצאים עצמם בפני שוקת שבורה". שמע מינה: התכלית אשר לשמה נדרשים נושים מובטחים לסכן את בטוחתם ולהשקיע השקעות כספיות נוספות למעין קרן סולידריות, היא הטבת מצבם של הנושים הלא-מובטחים. שוב אנו רואים שקיימת איזו הנחה סמויה שלפיה ראוי בכלל להחיל עקרונות של צדק חלוקתי על הנושים, ללא בחינה תאורטית עיונית של השאלה. אלא שהאזכור של הצדק החלוקתי כאן הוא (שוב) מעודן. רטוריקה זו רק מאשרת הסדר שאושר באסיפות הנושים. נימוק זה איננו מבסס את הרציונל-סידנדי של פסק הדין, כך שגם לא ניתן לערער על הקביעה. הצדק החלוקתי אינו מהווה הנמקה להכרעה, אלא רק תוספת רטורית.

ניתן היה לסבור שבתי המשפט מערבים שיקולי צדק חלוקתי רק במקרה המיוחד של רוכשי דירות, משום שאלה אינם נושים מסחריים, אלא יחידים שעושים עסקה גדולה וחרגה מבחינתם, של רכישת דירת מגורים. הדוגמה הבאה ממחישה שלא כך הוא.

### 3. פרשת מגה קמעונאות

בקיץ 2015 ביקשה רשת המרכולים "מגה" לכנס אסיפות נושים לאישור הסדר נושים בין החברה לסוגים מסוימים של נושיה.<sup>91</sup> ההסדר המוצע חילק את הנושים לאסיפות סוג לא על פי דרגות הנשייה השונות, אלא על פי מיון ענייני וקבע שלושה סוגי נושים: בנקים, ספקים ומשכירי נכסים. בכל הנוגע לספקים הציעה החברה שני הסדרים שונים:

89 שם, בפס' 30.

90 שם, בפס' 28.

91 פרק (מרכז) 15-06-1098-61 מגה קמעונאות בע"מ נ' אלון רבוע כחול ישראל בע"מ ואח' (נבו) 1.7.2015.

האחד לספקים שחובותיה אליהם היו עד 800,000 ש"ח (הספקים ה"קטנים"), והאחר לספקים שחובותיה אליהם עלו על 800,000 ש"ח (הספקים ה"גדולים").<sup>92</sup> לספקים הקטנים הוצע הסדר שעל פיו ייפרע להם מלוא חובם. לספקים הגדולים הוצע הסדר הכולל דחייה ופריסה של 30% מן החוב על פני כמה שנים.<sup>93</sup> הטעם היחיד לאפליה בין הנושים ה"גדולים" ל"קטנים" היה החשש מגלי ההדף של הקריסה: ההנחה הייתה שהנושים הקטנים פשוט לא יעמדו בדחייה ממושכת של פירעון 30% מחובם למשך כמה שנים, ושהפסד כספי כזה עלול להביא לקריסתם-הם.

לאחר משא ומתן על הצעת ההסדר כונסו ארבע אסיפות נושים: בנקים; ספקים גדולים; ספקים קטנים; ומשכירי נכסים. באסיפת הנושים הקטנים אושר ההסדר פה אחד, ובאסיפת הנושים הגדולים ההסדר אושר ברוב גדול. אולם, חלק מן הנושים הגדולים לא השלימו עם אישור ההסדר באסיפות וטענו נגדו בבית המשפט, מן הטעם של אפליה לא חוקית. אומנם ההסדר אושר ברוב גדול באסיפות הנושים, אך ההלכה היא שגם אם אושר הסדר באסיפות, עדיין לבית המשפט יש סמכות שלא לאשרו אם מדובר בהסדר מפלה או בהסדר הסותר את הדין.<sup>94</sup> זו בדיוק הייתה טענתם של אותם ספקים גדולים. הם טענו כי ההסדר מנוגד לכללי היסוד של חדלות הפירעון: הוא מפלה בין נושים שונים מאותה דרגת נשייה (נושים לא-מובטחים), על בסיס הנתון הבלתי-רלוונטי והאקראי של היקף החוב כלפיהם ביום הגשת הבקשה. זהו מקרה מיוחד אשר בו הצדק החלוקתי לא בא לפגוע בעקרון העדיפות המוחלטת, אלא דווקא בעקרון השוויון המוחלט. נגר פגיעה זו יצאו אותם נושים שהתנגדו להסדר בבית המשפט. עצם האפליה בין נושים מאותו מעמד, ובוודאי החיתוך דווקא ברף של 800,000 ש"ח, אין להם שום בסיס בדין. התוצאה הכלכלית של אפליה אסורה זו, כך טענו אותם ספקים גדולים, היא שהם מממנים את ההסדר עבור הספקים הקטנים. אין ספק שאלה הן טענות כבדות משקל. לבית המשפט הייתה כאן הזדמנות לזון ולפסוק בטענות שלב-ליבן הוא האם יש מקום לצדק חלוקתי בחדלות פירעון, ולקבוע קביעות תקדימיות בקשר לחובה משפטית (ולא רק מוסרית) של נושים גדולים לסייע לנושים קטנים וחלשים, או באשר לכללים של אחריות חברתית הדדית. אלא שבית המשפט אשר דן בהסדר, הציע לנושים הגדולים

92 דומה שהכוונה הייתה להבחין בין נושים "קטנים" ל"גדולים", או בין "חלשים" ל"חזקים", ושכך גם נתפסה הצעת ההסדר בעיני הנושים, אך יש להעיר, שבעובדה שחובה של "מגה" ביום הקובע כלפי ספק מסוים עומד על סכום גדול (או קטן), אין כדי ללמד שהוא נושה גדול (או קטן), אלא רק שהחוב כלפיו היה כזה באתו יום. אלה ואלה הם נושים לא-מובטחים, ואופן החיתוך וההבחנה ביניהם נעשו כפי שנעשו, יש להניח, רק מפני שאין דרך יעילה ופשוטה להבחין בין נושים "חזקים" ל"חלשים" בתוך אותה קבוצת נשייה.

93 לספקים הגדולים הוצעה גם אפשרות להמיר חוב נדחה זה למניות. ההסדר לא תואר בפסק הדין, וגם ההחלטה שאישרה את ההסדר לא פורסמה במאגרים, אך הם פורסמו במלואם באתר שהוקם לצורך זה: "הקפאת הליכים – מגה" מגה (13.7.2015) <https://bit.ly/3peL58v>.

94 פרק (ת"א) 1585-09 אלרן (ד.ד.) השקעות בע"מ נ' הבורסה לניירות ערך (נבו 1.8.2010); פרק (ת"א) 10-09-19933 ארזים השקעות בע"מ נ' סלע ואח' (נבו 22.6.2011); אלשיך ואורבך, לעיל ה"ש 76, בעמ' 617.

לחזור בהם מטענותיהם, על מנת שלא ייאלץ לדרון בהן, וכך אכן היה. ההסדר אושר בלי מתן נימוקים בשל הצורך הדוחק במתן החלטה להצלת החברה. נעשה כאן שימוש כמעט בכל הכלים שעניינם צדק חלוקתי מתוך ארגז הכלים של בתי המשפט לריכוך התוצאה ולהגדלת השוויון. ראשית, נעשה שימוש בגמישות שמאפשר סעיף 350, תוך חלוקה של הנושים לאספות סוג באופן יצירתי (וללא בסיס חוקי מוצק). שנית, נעשה שימוש בכוח הכופה של בית המשפט. השימוש בכוח הכופה נרמז בדברי בא כוחם של הספקים הגדולים שנאלץ להסכים "להמלצת בית המשפט לוותר על הטענה"<sup>95</sup>, נוכח אזהרתו של בית המשפט שאי-אישורו של ההסדר יביא לאובדן פרנסתם של אלפי עובדים. משחזר בו, לא היה על בית המשפט לדרון בטענה, וההחלטה המאשרת את ההסדר הייתה קצרה, מעשית ובלתי-מנומקת. ושלישית, נעשה שימוש בעיקרון של הקמת קרן שאליה תורמים הנושים ה"גדולים" וממנה נהנים הנושים ה"קטנים". אומנם, במקרה זה לא הוקמה קרן כזו באופן מעשי, אך המשמעות הכלכלית של אישור ההסדר היא בדיוק זו: הספקים הגדולים מממנים את ההסדר עבור הספקים הקטנים.

#### ד. עידן הקורונה – הכוכבים הסתדרו היטב לצדק החלוקתי

ראינו שעקרון העדיפות המוחלטת מעורר תחושת אי-צדק, ושהפתרון הבינארי הוא פתרון קשה. היטיבה להמחיש זאת כבוד השופטת נאור כשאמרה באחת הפרשות, שהשמיכה קצרה, וכל משיכה לטובת נושה אחד תחשוף לקור נושה אחר, שהשמיכה נמשכה ממנו.<sup>96</sup> ראינו גם כיצד בחרו בתי משפט בהזדמנויות שונות בפתרון שנראה להם "צודק", תוך שימוש בעקרונות מובהקים של צדק חלוקתי, אך בלי בסיס תאורטי-נורמטיבי ברור. נראה כי יש לצפות לכך שהכרסום בזכויות הנושים המובטחים יעשה גלוי ובוטה יותר בפסיקות שתביא עימה התקופה שלפנינו. כמה גורמים ותהליכים משתלבים יחד ליצירת ציפייה זו.

ראשית, יש לצפות שמגפת הקורונה תביא לגל גדול של קריסות כלכליות. להשלכות הבריאותיות של הנגיף נלוו השלכות כלכליות: פעילות המשק צומצמה במידה ניכרת, עסקים אולצו לשבות ורבים מצאו עצמם מחוץ למעגל העבודה. המגבלות על פתיחת חנויות ובתי עסק, סגרים מלאים וחלקיים, האיסור על קבלת קהל בבתי עסק, סגירת חנויות וקניונים, איסור על שהיית כמה אנשים יחדיו במתחמים סגורים, ועוד מיני מגבלות שהוטלו על מנת להילחם בנגיף, עדיין לא הביאו, למיטב הידיעה, להגדלה דרמטית במספר תיקי חדלות הפירעון הנפתחים, אך הציפייה היא שכך יקרה, וכי ברבות החדושים נהיה עדים לגל גדול של קריסות של יחידים וחברות.

כל אירוע חדלות פירעון מייצר גלי הדף. קריסתם של גופים גדולים וכינוניים עלולה למוטט גופים הקשורים בקשרים עסקיים עם הגוף חדל הפירעון, אם כתוצאה ישירה

95 ראו עמ' 67 לפרוטוקול הדיון מיום 14.7.2015 בפרק (מחוזי מרכז) 61098-06-15 מגה קמעונאות בע"מ נ' אלון רבוע כחול ישראל בע"מ ואח' <https://bit.ly/3peL58v>.

96 עניין אשראי לישראל, לעיל ה"ש 55, שם.

מחדלות פירעונו, בשל אי-כיבוד התחייבויות שלו, אם כתוצאה עקיפה, כגון בשל אובדן הלקוח שקרס וירידה בהיקף הפעילות והרווחים עקב כך.<sup>97</sup> ואכן, הממונה על הליכי חדלות פירעון במשרד המשפטים, צוטטה במחצית 2020 כמי שאמרה שאם בתחילת המשבר עוד אפשר היה לדבר על גידול צפוי של עשרות אחוזים בפשיטות רגל של יחידים וקריסות של חברות – הרי שהצפי המעודכן יותר הוא עלייה של מאות אחוזים.<sup>98</sup> על פי נתוני משרד המשפטים, בשנת 2020 נרשמה עלייה של כ-40% במספר הבקשות לפשיטות רגל וחדלות פירעון לעומת 2021.<sup>99</sup> גם נתוני שוק העבודה עשויים להתרועע על חשש לעלייה בהיקף פשיטות הרגל בעקבות משבר הקורונה. לאחר שהמשק כבר החל להיפתח מחדש, באפריל 2021, עמד שיעור האבטלה<sup>100</sup> על כ-10% ואף יותר מכך לפי ההגדרה המרחיבה.<sup>101</sup> שיעורי אבטלה הנעים בסביבות 10% ויותר הם גבוהים מכל מה שהכיר המשק בשנים האחרונות, ופירושם מאות אלפי משקי בית בסכנה קריטית.

זאת ועוד, אירועים בסדר גודל לאומי ואף עולמי, כדוגמת משבר הקורונה, צפויים לייצר גם אווירה ציבורית שתקל על חקיקה ופסיקה המשדרות סולידריות חברתית ואחריות הדדית. המחוקק ובית המשפט, בתוך עמם הם יושבים. הביקורת על הגידול

97 פש"ר (מחוזי ת"א) 1048/02 מדרשת רופין – מוסד להשכלה גבוהה נ' המרכז האקדמי – רופין (עמותה רשומה), פס' 6 (נבו 17.9.2002).

98 אפרת נוימן "סיגל יעקבי: עם כל כך הרבה פשיטות רגל המערכת כולה עלולה לקרוס" TheMarker (05.7.2020). <https://bit.ly/3phr6Gj>

99 הנתונים לקוחים מהודעה לתקשורת שפרסם משרד המשפטים בנובמבר 2020 וכוללים את אחד עשר החודשים הראשונים של 2020. על פי אותה הודעה לתקשורת, בשנת 2020 הוגשו 18,990 בקשות לפתיחת הליכי חדלות פירעון של יחידים, לעומת 13,441 בקשות כאלה בשנת 2019. אולם יש לקבל נתונים אלה בזהירות: כל שינוי סטטיסטי בין השנים 2019 ו-2020 עשוי להיות מוסבר בשינויים החקיקתיים שהביא עימו חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי שנכנס לתוקף ספטמבר 2019. עם חקיקת החוק החדש בוטלו שני הליכים שהיו, בפועל, הליכים חלופיים לפשיטת רגל של יחידים – בקשות להפטר מחובות ובקשות להכרזה על חייב מוגבל באמצעים. שני סוגי ההליכים הללו התנהלו ברשות האכיפה והגבייה עד ספטמבר 2019, ולכן לא נכללו בתיקים שנספרים על ידי הממונה על חדלות פירעון במשרד המשפטים. הוספת הנתון הזה למספר הבקשות לחדלות פירעון שנפתחו בשנת 2019, מראה שלא רק שלא נרשם גידול במספר הליכי חדלות הפירעון בשנת 2020, אלא שאף נרשם קיטון מה במספר התיקים שנפתחו. את הקיטון במספר התיקים מייחס משרד המשפטים לקשיי הנגישות למערכת המשפט שגרמו הגבלות וסגרים שהוטלו על הציבור במהלך 2020.

100 בישראל יש שלושה גופים שונים המפרסמים שלושה מדדים שונים ביחס למצב התעסוקה. המוסד לביטוח לאומי מפרסם נתונים על מספר ה"מובטלים" (על פי מספר הקצבאות המשולמות), שירות התעסוקה מפרסם נתונים על "דורשי עבודה" (על פי מי שנרשם בלשכת התעסוקה) והלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מפרסמת נתונים על ה"בלתי-מועסקים" (על פי סקר). בתקופת הקורונה נוצר הצורך למנות גם את מי שיש להם מקום עבודה אך נעדרו ממנו, שכדרך כלל לא נחשבו מחוסרי עבודה, כדי לכלול את מי שהוצאו לחל"ת, וכן את מי שחדלו לחפש עבודה כי התייאשו מכך. הוספת שתי קבוצות אלה הולידה את המונח "אבטלה לפי ההגדרה המרחיבה".

101 הנתונים לקוחים מהודעה לתקשורת שפרסמה הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה ביום 7.4.2021 <https://bit.ly/3DU3bt>

באיה-השוויון החברתי ועל הקשיים הכספיים של עסקים לשרוד, היא ביקורת תוססת שאינה נסתרת מעיניהם. הדיבורים על שוויון וסולידריות, שקברניטי המדינה חוזרים ואומרים שהם נדרשים "מכולנו" – מגיעים גם לאוזניהם. כך גם הוגשה בתקופת הקורונה, למשל, הצעת חוק פרטית הקוראת להקנות מעמד של נושה בדין קדימה לבעלי עסקים קטנים, שמחזור עסקיהם אינו עולה על רף מסוים.<sup>102</sup> שיח של סולידריות שמאפיין עיתות משבר, משתלב היטב במגמה אקטואלית אחרת, הגם שאין בין שניהם קשר ישיר. בשנים האחרונות יש שיח ער בשאלה של תכלית החברה: האם על מנהלי התאגיד לדאוג רק לאינטרס של בעלי המניות (stockholders) או שמא עליהם לדאוג (כעניין של חובה משפטית, ולא כמעשה של חסד) גם לבעלי עניין אחרים (stakeholders) דוגמת עובדים, לקוחות, ספקים, הסביבה (environment) והחברה (society) בכלל.<sup>103</sup> ניצנים ראשונים לעניין זה נראו כבר לפני שנים,<sup>104</sup> אך כיום זהו דיון ער ותוסס שמתנהל בעולם המשפט האקדמי,<sup>105</sup> בשדה הפרקטי<sup>106</sup> ובמרחב הפוליטי.<sup>107</sup> דומה שבשלב זה המגמה מתממשת למעשים רק בתאגידים החשופים לעין הציבורית,

102 הצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי (תיקון – מתן דין קדימה לבעלי עסקים קטנים כנושים), התש"פ-2020.

103 לדעה נוגדת, שלפיה ניתוח כלכלי מלמד כי יש להעדיף את הפרשנות המצמצמת את תכלית החברה להשאת רווחי בעלי המניות בלבד ראו זוהר גושן "מבט ביקורתי על חוק החברות החדש: תכלית החברה, הצעות רכש והתובענה הייצוגית" משפטים לב 381 (התשס"ב). לדעה שלפיה ניתוח כלכלי של יעילות (ולא הערך של צדק חלוקתי) מלמד כי יש להעדיף מבט רבגוני יותר על תכלית החברה ראו ירידה שטרן "האם חברות נועדו להשיא את רווחיהם של בעלי המניות? ניתוח כלכלי ביקורתי" משפט ועסקים א 105 (התשס"ד).

104 ראו, למשל, ד"ר 7/81 פנידר חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד (4) 673, 696 (1983); ע"א 4263/04 קיבוץ משמר העמק נ' מנור, מפרק אפרוחי הצפון בע"מ, פ"ד סג(1) 548, 593 (2009).

105 ראו, למשל, לאחרונה: עלי בוקשפן "עשרים ומאה שנים לשאלת תכלית החברה – הצעה להתאמת סעיף 11 לחוק החברות לעידן התאגידי המודרני" המשפט כו 141 (2021); וכן רונית דוניץ-קירר ועופר סיטבון "דיני החברות בישראל משיח של תכלית לשיח של חובות ואחריות" המשפט כו 237 (2021).

106 להתייחסויות מעולם הפרקטיקה, ראו Martin Lipton et al., *Remarks by SEC Chair Gensler at the CFO Network Summit*, Remarks by SEC Chair Gensler at the CFO Network Summit (June 9, 2021) <https://bit.ly/3aSyLIU>. לפירוט עוד יוזמות ומסמכי עמדה כאלה, ראו עלי בוקשפן "הקורונה מחדדת את האחריות החברתית של תאגידים" *TheMarker* (1.6.2020) <https://bit.ly/3FXU7wF>.

107 במהלך מגפת הקורונה, בנובמבר 2020, לאחר שחברת דיסני פיטרה עשרות אלפים מעובדי פארקי השעשועים שלה בעקבות מגפת הקורונה, הטיחה הסנאטורית אליזבט וורן ביקורת חריפה בדיסני על שורת החלטות עסקיות, שהיטיבו עם בעלי המניות והמנהלים הבכירים שלה, וקראה לבחון מחדש את עליונות בעלי המניות על בעלי העניין האחרים בחברה. הצטרפה אליה בתמיכה בביקורתה זו לא אחרת מאשר אביגיל דיסני. Abigail Disney, *Elizabeth Warren is Right to Call Out Disney's Bad Behavior*, CNN BUSINESS (Oct. 20, 2020) <https://cnn.it/2Z5znlC>.

הבורסה והתקשורת, ובאימוץ וולונטרי של עקרונות סולידריות חברתית למיניהם;<sup>108</sup> אך נראה שטרם נאמרה המילה האחרונה, וכי המצב המתהווה מול עינינו הוא שלאחריות החברתית של חברות מתלוות גם השלכות משפטיות וכלכליות.<sup>109</sup> ברמת הפשטה גבוהה יותר, שאלת היריבות בין הנושים בחדלות פירעון מהדהדת את שאלת היריבות בין בעלי מניות לכין בעלי עניין אחרים בדיון על תכלית החברה. בתקופה שבה השיח המשפטי על תכלית החברה (הסולבנטית) נע מדאגה לעניינם של בעלי המניות בלבד לדאגה לקבוצות עניין נוספות, הרי אך טבעי שאותה תנועה של השיח המשפטי תתקיים גם ביחס לחברה שאיננה סולבנטית. למעשה, הדאגה לקבוצות העניין האחרות היא דאגה לקבוצות "עשירות" פחות, ועניינה העברת הון מבעלי ה"קפיטל" לגורמים אחרים התורמים לפירמה הספציפית ולכלכלה בכלל. האופן שבו תכלית החברה מיושמת כיום בעולם התאגידי הסולבנטי מאירה גם על הדיון ביחסי נושים בחברה חדלת פירעון.

ניתן לומר שאותה "סכיזופרניה"<sup>110</sup> הקיימת בדיני החברות ביחס לתכלית החברה וחובות הדירקטוריון, קיימת בדיני חדלות פירעון ביחס לתכלית דיני חדלות הפירעון ותפקידו של בית המשפט. בדיון על חברות סולבנטיות, כאשר נדונות תכלית החברה וחובותיו של הדירקטוריון, מדובר על מתח בין בעלי המניות כבעלי העסק, שעניינם הוא להשיא את רווחיהם, לבין בעלי עניין חלשים יותר, שנקרו על דרכה של החברה. בהקשר זה בית המשפט העליון כבר הביע עמדתו שהפועלים בשם החברה מחויבים לשקול לא רק את טובת החברה ובעלי מניותיה, אלא להביא בחשבון גם את עניינם של עובדים, צרכנים, נושים והציבור הרחב.<sup>111</sup> לעומת זאת, בדיון ביחס לחברה חדלת פירעון מדובר במתח בין שחקנים אחרים: בין נושים מובטחים לבין נושים לא-מובטחים. ובכל זאת, מדובר בשאלות קרובות. כך למשל, מציגות פרופ' קתרין גיבסון ופרופ' ג'ולי גרהם מקרה ותיק, משנות השמונים של המאה הקודמת, אשר בו אישר בית המשפט מכירת מפעל למציע שהצעתו לא הייתה הגבוהה ביותר, ושהבטיח להשאיר את המפעל פתוח

108 בחודש אפריל 2021 פרסמה רשות ניירות ערך קריאה לכלל התאגידים המדווחים, לפרסם לציבור המשקיעים ושאר מחזיקי העניין בהם, דוח אחריות תאגידית שנתי, תוך ציון שקריאה זו של הרשות היא על בסיס וולונטרי בלבד. ראו הרשות לניירות ערך גילוי אודות אחריות תאגידית וסיכוני ESG-מתווה מוצע (אפריל 2021).

109 להתפתחות האבולוציונית של דיני החברות בהקשר זה (בחברות סולבנטיות) ראו בוקשפן, לעיל ה"ש 105, בעמ' 7. לנטייתם של משקיעים להעדיף חברות המקפידות על פרמטרים חברתיים וסביבתיים ראו אמיר ברנע "האם עשיית כסף יכולה ללכת יחד עם חתירה לצדק? מתברר שכן, ועוד איך" הארץ 4.12.2020.

110 William T. Allen, *Our Schizophrenic Conception of the Business Corporation*, 14 CARDOZO L. REV. 261 (1992-1993).

111 ע"א 4263/04 קיבוץ משמר העמק נ' מנור, מפרק אפרוחי הצפון בע"מ, פ"ד סג(1) 548, 593-592 (2009).

עבור מאות עובדיו, ולא לבעל ההצעה הגבוהה ביותר שהתכוון לסגור את המפעל, בתתו משקל לבעלי עניין שאינם בעלי המניות.<sup>112</sup>

ולבסוף, בעת הזאת דיני חדלות הפירעון הישראלים מצויים בעידן חדש: עידן חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי. החוק שנכנס לתוקפו בספטמבר 2019, הביא עימו שינויים רבי-משמעות ממש בסוגיות שאנו עוסקים בהן כאן, של שחיקת עקרון העדיפות המוחלטת. החוק פגע וכרסם בזכויות הנושים המובטחים בכמה היבטים. באשר לנושים מובטחים בשעבודים קבועים, הגביל החוק את ההנאה של הנושה המובטח מתמורות המכר של הנכס המשועבד לו, כך שלא יוכל להיפרע את הריבית שהוא זכאי לה מן המימוש מעל לריבית ההסכמית הרגילה. על ריבית הפיגורים הזו, שהנושה המובטח היה זכאי לגבותה במלואה מתוך תמורות הנכס המשועבד לו,<sup>113</sup> נכתב בעבר שהיא "ריבית אוכלת כל".<sup>114</sup> חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי מנחית את מעמדו של הנושה המובטח בכל הנוגע לריבית הפיגורים לעומת הנושים הכלליים, וקובע כי הנושה המובטח יפרע את ריבית הפיגורים רק אחרי שכלל הנושים הלא-מובטחים נפרעו את מלוא חובותיהם,<sup>115</sup> כלומר מרב הסיכויים שריבית הפיגורים לא תשולם לו. השינוי בסוגיה זו הוא תיקון חלוקתי מן המדרגה הראשונה, והוא עשוי להעביר כספים בהיקף משמעותי לדרגי הנשייה הנמוכים יותר.

חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי ביטל גם את מרבית העדיפויות מסוג דין קדימה, ובין היתר דין הקדימה של המשכיר, רוב העדיפות של דין הקדימה של שכר עבודה,<sup>116</sup> מרבית העדיפויות של המדינה כנושת מיסים,<sup>117</sup> וכיוצא באלה. על מנת להעביר יותר כסף לנושים הכלליים, הלא-מובטחים, הגביל החוק במקביל את ההנאה של הנושה המובטח בשעבוד צף מתמורות המכר של הנכס המשועבד לו, כך שלא יוכל להיפרע מן המימוש אלא כדי 75% מתמורות המימוש. רבע מתמורות המכירה של הנכסים הכפופים לשעבוד צף יחולקו בין הנושים הלא-מובטחים.<sup>118</sup> תיקון משלים זה נועד להבטיח שבעל השעבוד הצף לא יגרוף את כל ההנאה מביטול דין הקדימה, שהנאה זו תזרום מטה במדרג הנשייה, ושייוותר דיכדנד לנושים לא-מובטחים. גם זהו תיקון חלוקתי מן המדרגה הראשונה. ביטול דין הקדימה של רשויות המס, מיטיב אוטומטית עם מי שבא במדרג הנשייה אחרי בעלי דין הקדימה, כלומר עם בעל השעבוד הצף. על מנת שההטבה

J. K. GIBSON-GRAHAM, THE END OF CAPITALISM (AS WE KNEW IT) (2006) 112

113 להלכה הקודמת ראו לעיל ה"ש 71.

114 פרק (מחוזי ת"א) 2901/09 נ.ל.י. נדל"ן בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי (נבו 30.6.2015). פ"ש ר

(מחוזי ת"א) 1425/98 עיריית פתח תקוה נ' רוח' להב (נבו 21.11.2007).

115 סעיף 231 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018.

116 סעיף 234 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018. הדרך שנקטה לעניין זה היא שהעובדים אומנם זכאים לדין קדימה, אך זאת בניכוי הגמלה שתשולם להם מן המוסד לביטוח לאומי, תוך שנקבע שהמוסד לביטוח הלאומי יוכל אומנם לחזור לקופת הנשייה אך זאת במעמד של נושה רגיל.

117 שם.

118 סעיף 244 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018.



תזרם מטה במדרג, ותגיע לנושים הכלליים, יש לפגוע בעדיפות המוחלטת של בעל השעבוד הצף. פגיעה זו גולמה באופן שרירותי בנוסחה המעבירה לידיהם של הנושים הכלליים אחוז קבוע מתמורות המימוש של הבטוחה. אומנם נוסחה קבועה לעולם אינה משקפת את ההטבה שניתנה לבעלי השעבוד הצף במקרה ספציפי, ושאותה היה צריך לגרוע מהם, אך האינטרסים של חיזוק הוודאות ושל מניעת התדיינויות הכריעו את הכף לטובת נוסחה אחידה וקבועה.

הרעיון הועתק במידה רבה מאנגליה, שם אומצו כבר לפני שני עשורים בחקיקה כללים מכומתים שבאו לקדם צדק חלוקתי ולכרסם בעדיפות הנושים המובטחים. בשנת 2002 חוקק באנגליה ה-Enterprise Act 2002, אשר הביא עימו שינויים נרחבים במגוון תחומים ובין השאר כלל שינוי דומה. גם שם בוטל מעמד דין הקדימה של רוב חובות המס למדינה,<sup>119</sup> ובמקביל נקטמה הנאת בעל השעבוד הצף. התיקון שם קבע נוסחה שונה ליצירת קרן לטובת הנושים הלא-מובטחים מתוך תמורות מימוש השעבוד הצף: הנושים הלא-מובטחים מקבלים שם 50% מתוך 10,000 פאונד ראשונים המתקבלים ממימוש נכסי השעבוד הצף ועוד 20% מיתרת המימוש של נכסים אלה עד תקרה של 600,000 פאונד.<sup>120</sup> כך הובטח דיבידנד מינימלי לנושים הלא-מובטחים, במקרים שבהם הם לא היו מקבלים מאומה על פי הדין הקודם.<sup>121</sup> זוהי, כמובן, פגיעה חזיתית בעקרון העדיפות המוחלטת, ונכון יהיה להבינה כחתימה להגשמת מטרות חברתיות חלוקתיות.<sup>122</sup> אם ניוזכר במנגנונים יציר הפסיקה הישראלית שהוצגו לעיל, ליצירת קרן מיוחדת להבטחת דיבידנד מסוים לנושים לא-מובטחים, ההבדל ברור: הפתרון שננקט בפסיקה היה מקרי, בלתי-צפוי, פוגע בוודאות ולא קוהרנטי. ההגנה ניתנה רק לנושים מסוג מסוים ורק בתיק מסוים. לעומתו, הפתרון החקיקתי מייצר ודאות, הוא קובע פתרונות כמותיים מדויקים, הוא מייצר אחידות וקוהרנטיות, והוא גם נותן מענה לתחושת הצדק. פרק זה הצביע בקצרה על כמה אירועים ומגמות שהתלכדו יחד בתקופה הנוכחית. ניתן להעריך בסבירות רבה כי השילוב של כל אלה – משבר הקורונה הכלכלית, אווירה ציבורית תומכת, עידן חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, השינויים המתחוללים בדיני החברות והדיון הער בתכלית החברה תוך שימת דגש על הגנת ענייניהם של בעלי עניין

119 Art. 251 Enterprise Act (2002).

120 סעיף 252 ל-Enterprise Act (2002), אשר הוסיף את סעיף A176 ל-Insolvency Act (1986). המחוקק הותיר את הסמכות לקביעת הסכום שיוקצב לקרן המיוחדת בידי ה-Secretary of State. הצו שהוצא מכוח הסמכה זו קובע את השיעורים הללו. ראו Insolvency Act 1986 (Prescribed Order 2003 (Part)).

121 כמו שהוסבר לעיל ביחס לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018, השינוי השני בא להבטיח את העברת הערך מביטול דין הקדימה לידיהם של הנושים הכלליים.

122 בשנת 2011 עוד נכתב שמוקדם עדיין להעריך את השפעת החקיקה החדשה על הפרקטיקה. לדיון בחקיקה האנגלית ראו David Milman, *Promoting Distributional Justice on Corporate Insolvency in the 21st Century*, in MASS JUSTICE CHALLENGES OF REPRESENTATION AND DISTRIBUTION 169 (Jenny Steele, Willen H. Van Boom, eds., 2011).

(stakeholders) – יביא לידי ביטוי יותר ויותר עקרונות של צדק חלוקתי בעת הכרעות על חלוקת קופת הנשייה בין הנושים.

### ה. ביקורת תיקוני החקיקה

בפרק ג' הצבעתי על הצדקות תאורטיות-נורמטיביות לשחיקת הנוקשות של כלל השוויון המוחלט וכלל העדיפות המוחלטת, לטובת כללים מרוככים של צדק חלוקתי. ועם זאת, דומה שלא ראוי שהדבר ייעשה באמצעות בתי המשפט, כדיעבד. שינויים באמצעות חקיקה, *ex-ante*, מייצרים ודאות, ומאפשרים אחידות וקוהרנטיות. המגמה, שהודגמה בפרק ד, של החדרת צדק חלוקתי לדיני חדלות הפירעון באופן סמוי ומוסווה, לאחר מעשה, על ידי בתי המשפט – אינה רצויה. היא מקדמת אקראיות, היא פוגעת בוודאות ובציפיות הלגיטימיות של המשתתפים, והיא אינה קוהרנטית. מן הסתם, היא גם תוצאה של היעדר חקיקה בתחום זה.

הוודאות שיוצרים שינויים באמצעות חקיקה עשויה לסייע לשחקנים השונים, ובעיקר לשחקנים החזקים והמתוחכמים לתכנן מראש את צעדיהם. כפי שכבר נאמר לעיל,<sup>123</sup> אי-וודאות עשויה, למשל, לגרום לייקור הריבית לכלל הלווים. פגיעה בשווי הבטוחות עלולה לגרום לנושה שמקבל שעבוד להעריך אותו כשווה פחות, ולכן לדרוש עוד בטוחות או להעלות את שיעור הריבית, כדי להגן על עצמו. פעולות אלה ייעשו בחזית רחבה, מול כלל הלקוחות. טיעון התמריץ השלילי עולה כאן במלוא תוקפו, ויש לו משקל נכבד. צינתי לעיל שפגיעה בכלל הלקוחות בהקשר זה היא לאו דווקא חיסרון, כי היא למעשה פעולה של פיזור נזק. כאשר מדובר במעשה חקיקה ובמערכת כללים ידועה מראש, יכול הנושה להעריך את מצבו בוודאות יחסית סבירה ולתמחר נכון יותר את מחיר האשראי ואת גובה הסיכון. פגיעה בנושים שהם שחקנים חוזרים (בעיקר בנקים), עשויה להיות מפזרת נזק טובה. דא עקא, שנושים מובטחים הם לא רק בנקים. נושים מובטחים הם גם חברות ויחידים. הפגיעה בהם לאו דווקא תאפשר פיזור הנזק, ובכל מקרה יש כאן הטלת עלויות על גורם אקראי.

תיקון חקיקה נוסף שעשוי להוות צעד באותו כיוון, ואשר עולה מדי פעם על המדוכה הוא הכלל אשר קוטם את הנאת בעל השעבוד הקבוע מפירות המימוש של השעבוד, בדומה לכלל שאומץ בחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי ביחס לשעבודים צפים. כלל זה הוצע הן בישראל הן בארה"ב, אך נדחה על הסף. כך, בישראל הופיע רעיון זה בסעיף 224 של תזכיר הצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי,<sup>124</sup> אך בשל ביקורת מצד נושים חזקים, הושמט הסעיף כבר בשלב של הכנת הצעת החוק. על פי ההצעה המקורית, כפי שנכללה בתזכיר הצעת החוק, ביקש החוק לקבוע מינימום של חלוקה לנושים הלא-מובטחים (בשיעור של 25% מסך כל החובות הלא-מובטחים או 1,000,000 שקלים חדשים, לפי הנמוך). הכלל שהוצע היה שאם לא יושג מינימום זה, ייהנו הנושים

123 לעיל, בפרק ג(2).

124 תזכיר חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ה-2015 משרד המשפטים (3.8.2015).

הלא-מובטחים מחלק מוגבל מתמורות המימוש של השעבודים הקבועים. בדברי ההסבר של הצעת החוק נאמר, כי התיקונים שנכללו בה בהקשר של פגיעה בנושה המובטח הם זהירים ומתונים, משום החשש לעליית מחיר האשראי ואף צמצום היצע האשראי. ייתכן שבחלוף שנים מספר מחקיקת החוק יתברר שהחשש התברר ושניתן לצעוד צעד נוסף באותו כיוון.

שלושים שנה קודם לכן הגישה פרופ' וורן (Warren) הצעה ל-American Law Institute לתיקון סעיף 9 של ה-UCC (החוק המסחרי האחיד הבין-מדינתי בארה"ב), שלפיה 80% בלבד מתמורות מימוש הנכס המשועבד לנושה המובטח יוקצו לנושה המובטח, בעוד ש-20% יוקצו לכיסוי חובות לנושים לא-מובטחים. ההצעה נדחתה פה אחד.<sup>125</sup> אין להתעלם מכך שבכל הפתרונות שנמנו לעיל, בין אלה שהתקבלו ובין אלה שנדחו, יש חיסרון בולט – האקראיות. צמצום זכותו של בעל השעבוד הקבוע רק בדיעבד, מטיל את הנטל על נושה מובטח אקראי שנקלע לאירוע הספציפי. גם הכלל שאומץ בחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, המבטל את זכאות המדינה לדין קדימה (יחד עם צמצום זכותו של בעל השעבוד הצף) מנציח מקריות מכיוון שעצם קיומם (וקל וחומר היקפם) של חובות מס לרשויות הוא עניין מקרי לחלוטין. ישנם אירועי חדלות פירעון שבהם אין חובות מס ותשלומי חובה, כך שוויתור על עדיפות הרשויות לא יועיל במאומה. התוצאה היא, שבמקרה אחד ייהנו הנושים הנאה מרובה מן הוויתור של המדינה, משום שהחייב באותו עניין צבר במקרה חובות מס כבדים, ובמקרה אחר יישארו הנושים ללא כל הטבה, משום ששם לא היו כל חובות שהמדינה תוותר על עדיפותה לגביהם. אם כן, פתרונות אלה אומנם מקדמים צדק חלוקתי, אך אין הם מתמודדים בהצלחה עם הטיעון המרכזי נגד החדרת צדק חלוקתי למשפט האזרחי הפרטי: טיעון המקריות. צדק חלוקתי אינו עניין למקריות, ואין לקדם פתרון המותיר את החלוקה ה"צודקת" ליד הגורל.

פתרונות המבוססים על קיומם של מקורות בתוך קופת הנשייה, יסבלו תמיד מחסרון האקראיות. זהו טעם חשוב שלא לאמץ הצעות אלה כמות שהן, אלא לתור אחר פתרון שיטיל את הנטל על הציבור הרחב, ולא על הנושים באירוע הקונקרטי, כלומר שהמינימום שמעוניינים להבטיח לנושים הכלליים יובטח על ידי הקופה הציבורית. כל הפתרונות שנמנו לעיל מבוססים רק על קופת הנשייה הספציפית, וכאן חולשתם. האומנם יש טעמים ענייניים המצדיקים חלוקה "צודקת" רק בקרב הנושים באותו אירוע ספציפי שבו נאספו אותם כספים? עמדה כזו אינה נטולת היגיון. יש היגיון בטענה שמי שהתקשר עם חייב מסוים על בסיס היכרותו עם החייב, עשה כך לנוכח היקף הסיכונים הצפוי לו, וכי אין לקשור בינו לבין מי שהתקשר עם חייבים מסוכנים יותר או מסוכנים פחות. אך טיעון זה הוא מוקשה. ראשית, טיעון זה מניח שלנושים יש יכולת לבחון, ושהם אף בוחנים בפועל, את סיכוני האשראי הגלומים בהתקשרות שהם עושים, בשעה שזהו המצב בפועל רק ביחס לנושים מקצועיים. ושנית, וזה העיקר, קשה לאתר הצדקה עניינית לכך. לא

125 ראו Woodward, לעיל ה"ש 15, בעמ' 1512, 1523.

היינו מצפים שנפגע עשיר בתאונת דרכים יפצה במידת מה את הנפגע העני באותה תאונה, ואם כך מדוע נבקש מן הנושה העשיר של חדל הפירעון לפצות במידת מה את הנושה העני של אותו חייב?<sup>126</sup>

גם אם הרעיון של הטלת הנטל על הקופה הציבורית נשמע רדיקלי ברגע הראשון, הרי שרעיונות דומים מיושמים כבר כיום במקרים מתאימים. כך, למשל, הקים חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 תאגיד ציבורי ("קרנית") לטיפול בנזקי גוף של נפגעי תאונות דרכים שאין בידם לתבוע מבטח היכול לפצותם, ואשר ממומן מפרמיות ביטוח החובה שמשלמים כלל הנהגים.

למעשה, אף בדיני חדלות פירעון קיים כלל דומה, והוא מתקבל כמובן מאליו לגבי נושים מסוג אחד: עובדים. עובדיה של חברה שהתפרקה יקבלו את שכרם (במגבלות מסוימות) מן המוסד לביטוח לאומי, גם אם קופת הנשייה ריקה לחלוטין. מדוע יש להגביל כלל זה לעובדים בלבד? מה ההצדקה להיטיב עם עובדים שסיפקו לפירמה כוח עבודה ולא קיבלו את משכורתם, יותר ממה שמיטיבים עם ספקים אשר סיפקו שירותים וחומרי גלם לפירמה שהתפרקה? האם יש הבחנה בין עובדים לבין נושים אחרים, המצדיקה הגבלה של תמיכת הקופה הציבורית (המוסד לביטוח לאומי או כל קרן אחרת) רק לעובדים? באין הצדקה כזו, יש לשקול את הרחבת ההגנה הסוציאלית המינימלית גם לנושים אחרים.

הצדקה אפשרית אחת להבחנה בין עובדים לנושים אחרים היא שהעובד עובד במקום אחד, ופרנסתו תלויה בעסק שהתמוטט, בעוד שלעומתו ספק של מוצרים או שירותים מספק את תוצרתו או את שירותיו ללקוחות רבים, ואינו צפוי לקריסה. תשובה זו אינה מספקת. היא מושתתת על הנחה עובדתית המוטלת בספק: יש לא מעט ספקים שהעסק שלהם תלוי בצרכן מרכזי אחד. הצדקה אפשרית אחרת היא שיש עניין לתמרץ עובדים שלא ינטשו חברה בקשיים, אלא יגלו נאמנות וימשיכו לעבוד בשעת משבר תוך ביטחון ששכרם מובטח. גם תשובה זו אינה משכנעת. שיקול זה קיים גם ביחס לספקים, וגם אותם נדרש לתמרץ כדי שלא יעזבו את הספינה כשהגלים סוערים.<sup>127</sup> הצדקה אפשרית שלישית לאפלייתם לטובה של עובדים על פני נושים אחרים נעוצה בשיקול התמריץ השלילי: ידיעה *ex-ante* של נושה על קיומה של קרן לאומית שתבוא לעזרתו עלולה לתמרץ אותו ליטול סיכון מופרז על סמך קיומה של קרן או קיומו של ביטוח. שיקול זה אינו חל על עובדים. לגביהם אין חשש שיגדילו את הנשייה שלהם בחברה בהסתמך על קיומה של הקרן. אלא שגם נימוק זה אינו משכנע: מינימום סוציאלי איננו השקעה "מוצלחת" והבטחת מינימום כזה איננה מהווה תמריץ להגדלת סיכונים. ההבחנה בין עובדים לעצמאים ולחברות היא היסטורית, ובמידה רבה אנכרוניסטית ושגויה. נוכחנו בקושי שמייצרת הבחנה זו עקב משבר הקורונה, כאשר לפתע עלה לדיון במלוא עוזו

126 ורוקו: אין נימוק זה מונע, עקרונית, מתן סיוע מצד המדינה לטובת הנושה העני בנסיבות המתאימות. 127 ואכן, שיקול זה ממש הוזכר ביחס להצדקת העדפתם של ספקים קטנים בעניין ברק, לעיל ה"ש 17, בפס' 26.

נושא תשלום דמי אבטלה לעצמאים.<sup>128</sup> לא נראה אפוא שישנה הצדקה ראויה להבחנה בין נושים שהם עובדים שכירים לנושים אחרים.

פתרון שיימנע מאקראיות עשוי להיות הקמת קרן שתבטיח מינימום מסוים לנושים לא־מובטחים. מקורותיה של קרן זו יכולים להיות לא רק אותם מקורות מימון מפזרי נזק (בין נושים מובטחים ובין קופת המדינה). מקור נוסף יכול להיות שיעור מסוים מכל תיק של חדלות פירעון (בדומה לתשלום אגרת השגחה).<sup>129</sup> איסוף הכספים לקרן וחלוקתם לפי מפתח ידוע יצמצם את האקראיות הגלומה בפתרון שייבחר. ניתן להעלות על הדעת דרכים אחרות לסיוע ממשלתי: למשל לקבוע שהמדינה לא תוותר על מלוא דין הקדימה שלה במקרה הקונקרטי, אך בד בבד לקבוע שכל סכומי הכסף שייגבו יועברו אך ורק לאותה קרן.

באשר לחלוקת הכספים על ידי הקרן ניתן להעלות על הדעת דרכי חלוקה מתוחכמות אשר יסייעו בהקטנת אי־השוויון, למשל, חלוקה לפי מידת הנזקקות של הנושה לקבל את חובו. יש הבדל דרמטי בין נושים שמבחינתם אי־גביית חוב תביא אותם־עצמם כמעט לפשיטת רגל, לעומת נושים שמבחינתם אי־קבלת חובם תשפיע מזערית על מצבם. הרעיון של קרן כזו לוקה בכמה מגרעות שאין להתעלם מהן. ראשית, בחינה קונקרטית של מצב הנושים עלולה ליצור קושי משמעותי בחזית עלות ההתדיינות. היא תייצר אין־ספור משפטי זוטא על אודות נזקקותו של כל נושה לכספים שהוא מייחל לקבל. לכן, אין לאפשר בדיקה פרטנית כזו בכל מקרה ומקרה אלא יש לפתח נוסחת חלוקה קשיחה וידועה מראש, אשר תפטור את המערכת השיפוטית מצורך להכריע בעניינים אלה. כפי שחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי קבע נוסחה קשיחה וידועה מראש להעברת ערך מן הנושה בעל השעבוד הצף לנושים הכלליים, ניתן לקבוע נוסחאות קבועות מראש גם לעניין זה. למשל, שיטה אשר מביאה בחשבון נתונים מסוימים מן הדוחות הכספיים של הנושה כמדד לקביעת חלקו של אותו נושה בחלוקה. נתונים אלה יכולים להיות עודפים ראויים לחלוקה, הון עצמי, ממוצע של מחזור, רווחים, מיסים ששולמו בשנים אחרונות או כל כיוצא באלה. על הנוסחה לקבוע, שכל שמצבו של הנושה לפי אותו מדד יהיה טוב יותר, כך יקטן חלקו בחלוקה.<sup>130</sup> שנית, ניתן לטעון נגד הקמתה של קרן כזו שהסתמכות *ex-ante* של נושה על קיום הקרן, תביא אותו לכלל העמדת אשראי מסוכן, תוך שהוא מטיל את הסיכון לכך על כלל הציבור. ואולם, אין מדובר בקרן שתכסה את

128 צו הביטוח הלאומי (סיווג מבוטחים וקביעת מעבדים) (תיקון), התש"ף-2020. בראשית 2021 הציגה הממשלה תוכנית של תשעה צעדים להזנקת הכלכלה, וכללה דמי אבטלה לכל עצמאי שירצה בכך אך הדבר לא יצא אל הפועל <https://bit.ly/3DYWA7U>.

129 אגרת השגחה הייתה משולמת לכונס הנכסים הרשמי לפי תקנות פשיטת רגל (אגרות), התש"מ-1985 בשיעור קבוע משכר הטרחה שהיה נפסק לנאמן.

130 שיטה כזו כבר קיימת בחקיקה הישראלית, גם אם בהיפוך, ובתחום שונה לחלוטין. כוונתי לתיקון לחוק הבחירות לכנסת (נוסח משולב), התשכ"ט-1969 הירוע כתיקון באדר־עופר, הקובע את חלוקת עודפי הקולות לצורך חלוקת המושבים בכנסת, באופן המעדיף את המפלגות הגדולות על פני המפלגות הקטנות.

כל נזקי הנושה, ואף לא חלק ניכר מן ההפסד, אלא על פיצוי מינימלי, מוגבל בתקרות, שנועד רק למנוע קטסטרופה של קריסות נוספות כתוצאה מ"גלי ההדף" של קריסת החייב. כאשר הפיצוי המובטח הוא מינימלי, הוא אינו מפתה ליטול סיכונים. הוא רק מניח את הדעת שתימנענה פשיטות רגל נוספות.

אלה הם רק כמובן רעיונות ראשוניים. כאשר דנים ברעיונות מסוג זה ישנן שתי שאלות יסודיות הטעונות דיון והכרעה. הראשונה, מה הוא המקור הכספי לתיקון המתבקש, או במילים אחרות, מי צריך לשאת בנטל של צמצום הפערים והגדלת השוויון? השאלה השנייה, מה הדרך הראויה לחלוקת הכספים שייאספו מאותם מקורות, באיזה אופן יש לחלק כספים אלה, על פי איזה מפתח, ולידי מי? שרטטתי כאן קווים כלליים שיכולים להוות בסיס לדיון עתידי כזה.

### סיכום

במאמר זה ביקשתי לטעון כי עקרונות של צדק חלוקתי מצויים בבסיס הקונספטואלי של דיני חדלות הפירעון. המאמר מציע הצדקה תאורטית-נורמטיבית להחלת עקרונות של צדק חלוקתי בדיני חדלות פירעון. הטענה היא שעצם קיומם של דיני חדלות פירעון, עצם קיומו של הפטר, ובמילים כלליות יותר: עצם הוויתור שמוותר המשפט על אכיפת החיוב (ועל הגשמת הצדק המתקן) כלפי החייב – נובעים כולם מנקודת המבט של המשפט, המתבוננת בקושי של חדל הפירעון לעמוד בהתחייבויותיו. זוהי ראייה זו, היינו, מתן נפקות למצבו הכלכלי של צד לסכסוך המשפטי, כאילו היה זה אלמנט רלוונטי לתוצאת הסכסוך, אינה מאפיינת את הצדק המתקן ואת המשפט האזרחי הפרטי. ההתמקדות במצבו של צד לסכסוך היא אלמנט מובהק של צדק חלוקתי. משפט חדלות הפירעון – בניגוד לרוב רובו של המשפט האזרחי הפרטי – אינו מקדם צדק מתקן, אלא להיפך, מתנכר להגשמת הצדק המתקן. המאמר הוסיף והצביע גם על כך שבניגוד לסכסוך אזרחי רגיל, שם המחלוקת היא בין החייב לנושה, הרי שבדיני חדלות פירעון המחלוקת אינה בין החייב לנושה, אלא בין הנושים עצמם, כך שהסיטואציה היא חלוקתית מעצם טיבה.

הצבעתי על כך שבתי המשפט עושים, הלכה למעשה, שימוש בעקרונות של צדק חלוקתי במגוון דרכים. המאמר הראה שדרכים אלה מתאפיינות בהיותן נחבאות אל הכלים, ושכאשר נדרשים בתי המשפט לבסס את הכרעותיהם, הם נרתעים משימוש בעקרונות של צדק חלוקתי כנימוק פורמלי. הצבעתי גם על כך שתהליכים אלה מתחוללים ללא בסיס תאורטי וללא בירור ההצדקה הנורמטיבית לקיומם. היעדרו של בסיס כזה מקשה על פרשנותם של תהליכים אלה, על הבנתם ועל הגשמת ציפיות הצדדים.

בהמשך, הצביע המאמר על מגמות עולמיות בשיח המשפטי האקטואלי, ובפרט ביחס להתפתחות המואצת שעוברים כיום דיני התאגידים. בחלק זה הזכיר המאמר גם את המגמה המקדמת צדק חלוקתי שהביא עימו חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי. המאמר הראה שהחוק החדש עשה צעדים משמעותיים קדימה בהבאת עקרונות של צדק חלוקתי

אל קדמת הבמה, הן בהצהרה של החוק על שיקום החייב כתכלית מרכזית, הן ביישומם של כמה מופעים קונקרטיים של צדק חלוקתי בחלוקת הקופה.

מגמות אלה יחד עם משבר הקורונה יכולים להוות הזדמנות להכיר במפורש ובריש גלי במקומו של הצדק החלוקתי כיסוד פנימי של דיני חדלות הפירעון, לא עוד כבן לוויה נחבא אל הכלים, לא עוד כתוספת רטורית או "הגיגים" הנשרכים באחרית ההכרעה השיפוטית, אלא כעקרון-על מרכזי ומוביל.

בחלקו האחרון של המאמר טענתי כי לא ראוי שהחדרת אלמנטים של צדק חלוקתי תיעשה בדרך מקרית-קזואיסטית על ידי בתי המשפט, וכן שזהו תפקידו של המחוקק, והצבעתי על כך שגם הפתרונות שנכללו בחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי החדש לוקים בפגם האקראיות. צעדים נוספים בכיוון צריכים להיעשות תוך הפחתה, ככל הניתן, של יסוד המקריות בפתרון הנבחר. לא ראוי לו, לצדק, שייעשה באופן מקרי. הצבעתי על רעיונות וכיווני חשיבה שעשויים להתפתח לכדי פתרונות מקריים פחות מאלה הקיימים היום.

ככל עקרון-על, גם תורה זו, של דיני חדלות פירעון צודקים יותר, טעונה הסדרה וקונקרטיזציה. מלאכה זו מונחת עתה לפתחם של המחוקק בדרכו הסדורה מחד גיסא ושל בתי המשפט בדרכם המתפתחת-ממקרה-למקרה, מאידך גיסא. עליהם הנטל לפעול להסדרה ולהמחשה של תורה זו בגדרו של משפט חדלות הפירעון. על אחת כמה וכמה כאשר מצויים אנו בתקופת משבר כלכלי גדול.

