

מעמדם וזכויותיהם של העובדים בהליך הקפאת הליכים – מבט השוואתי

עומר קמחי*

מאמר זה עוסק בנקודת המפגש שבין הליכי חדלות-פירעון, ובפרט הליך הקפאת הליכים של מעביד, לבין דיני העבודה. צומת זה עלול לפגוש את העובדים בשני כובעים שונים: הן ככובעם כנושים של המעביד על תביעות-עבר והן ככובעם כמקבלי שכר. המאמר בוחן את שתי הסוגיות מפרספקטיבה השוואתית, ועל בסיס זה נותן המלצות לגבי הדין הרצוי. ככובעם כנושים העובדים בישראל מקבלים עדיפות על נושים אחרים, אולם טיב העדיפות משתנה בין הליכי חדלות-הפירעון השונים. בעוד בהליך הפירוק העובדים מקבלים גם גמלה מהביטוח הלאומי וגם דין קדימה במסת הנכסים של החייב, בהליך הקפאת ההליכים הם מקבלים דין קדימה בלבד. המאמר מבקר מצב זה, וטוען כי יש לשנותו בהתאם למודל הגרמני. בהתאם למודל המוצע, דין הקדימה במסת הנכסים יבוטל, ובמקומו, הן בהליך הפירוק והן בהליך הקפאת ההליכים, יקבלו העובדים גמלה על חובות-העבר שלהם מהביטוח הלאומי.

לגבי העובדים ככובעם כמקבלי שכר המאמר בוחן את השאלה אם הניסיון לשקם חברה בקשיים, ובפרט הצורך בהקטנת הוצאות השכר לטובת השיקום, מצדיקים פגיעה בזכויות המגיעות לעובדים על-פי דיני העבודה (למשל, זכויות על-פי הסכמים קיבוציים או חוק עבודת נשים). המאמר מראה כי במדינות אירופה יש נטייה לפגוע בזכויות העובדים לצורך השיקום, אך הוא מבקר את הגישה האירופית. לגישתנו, שיקום החברה אינו מצדיק פגיעה בזכויות העובדים.

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. המחקר למאמר זה מומן באמצעות מענק מטעם קרן גרמניה-ישראל למחקר ולפיתוח מדעי (GIF). המחבר מבקש להודות למארגני הכנס Rethinking Stakeholders שנערך במרכז הבינתחומי בהרצליה ולמשתתפיו. כמו-כן המחבר מודה למרדכי מירוני, להדר ז'בוטינסקי, לאבנר כהן, לאלעד עפארי ולחברי מערכת **משפט ועסקים** שיר גנון, אלכס פלדשר וירדן שניאור על הערותיהם המועילות.

מבוא

פרק א : העובדים כנושים

1. הדין בישראל
2. משפט משווה
3. הדין הרצוי

(א) הרציונל למתן עדיפות לתביעות עובדים

(ב) טיב העדיפות שראוי לתת לתביעות עובדים

4. פסיקת בית המשפט העליון בפרשת קלאבמרקט

פרק ב : הגנה על התעסוקה בהליך הקפאת הליכים

1. הדין בישראל
2. משפט משווה

3. הדין הרצוי והבעייתיות בשינוי דיני העבודה

(א) הגישות השונות לדיני חדלות-פירעון

(ב) הדגמת בעיית ה"פורום שופינג" בשינוי דיני העבודה באירופה

(ג) הדין הרצוי בישראל לאור הניתוח ההשוואתי

סיכום

מבוא

באמצע יולי 2005 קרסה רשת השיווק קלאבמרקט. לרשת היו כ-1.4 מיליארד שקל חובות לעומת 140 מיליון שקל של נכסים נזילים, והיא לא הייתה מסוגלת לשלם את חובותיה במועד פרעונם.¹ בשל מצבה הקשה של החברה הוציאה השופטת אלשיך צו הקפאת הליכים, וניהולה של החברה הופקד בידי נאמנים שמונו על-ידי בית המשפט.² עובדי החברה, שמספרם היה כ-3,500, נפגעו באופן קשה מקריסתה. ראשית, עוד לפני תחילתו של הליך ההקפאה לא שילמה הרשת את מלוא מחויבויותיה לעובדים. כאשר נפתח הליך ההקפאה, כבר היו לעובדים תביעות בסך כולל של עשרות מיליוני שקלים, אשר תשלומן המלא היה מוטל בספק.³ שנית, איום פיטורים ריחף מעל ראשם של העובדים. היה חשש כבר שהרשת תיסגר וכל העובדים יאבדו את מקור פרנסתם. בסופו של דבר הצליחו הנאמנים של רשת קלאבמרקט למכור אותה לרשת שופרסל המתחרה,

1 יצחק דנון "בית המשפט הוציא צו הקפאת הליכים למשך חודש לרשת השיווק קלאבמרקט" **גלובס** 13.7.2005 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=933960

2 פש"ר (מחוזי ת"א) 1700/05 **חוק החברות, התשנ"ט-1999 נ' קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ** (פורסם בנבו, 13.7.2005).

3 יצחק דנון "הבור של קלאבמרקט: חובות ענק של 1.378 מיליארד שקל, מהם 867 מיליון שקל לנושים לא מובטחים" **גלובס** 12.7.2005 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=933178

אך לצורך המכירה נאלצו העובדים לוותר על זכויות ותנאים סוציאליים שהגיעו להם על-פי חוק והסכמים קיבוציים.⁴

מצבם של עובדי קלאבמרקט אופייני במידה רבה לעובדים בהליך הקפאת הליכים באופן כללי.⁵ העובדים שמעבידם מצוי בהליכים אלה נתונים בלחץ כפול. מחד גיסא, הם מעוניינים בתשלום חובות-העבר המגיעים להם. חברות רבות אינן משלמות לעובדים את מלוא תנאיהם בימים שערב הקפאת ההליכים, והעובדים, כמו נושים אחרים של החייב, תובעים את החוב שנוצר במסגרת הליך ההקפאה. מאידך גיסא, ולהבדיל מרוב הנושים אחרים, לעובדים יש גם אינטרס לבר-נשייתי צופה פני עתיד: הם מעוניינים לשמור על מקור הפרנסה שלהם, ונדרשים לעיתים לוותר על זכויות המגיעות להם על-פי דיני העבודה על-מנת שהמעביד יוכל להשתקם ולהבריא. במאמר זה נבקש לבחון את מעמדם וזכויותיהם של העובדים בהליך הקפאת הליכים בשני כובעיהם אלה. נבחן מהם היתרונות שניתנים לעובדים בכובעם כנושים, ועד כמה הזכויות שמשפט העבודה מעניק להם באופן כללי נשמרות גם במסגרת הליך הקפאת הליכים. בחינת שתי סוגיות אלה תיעשה בפרספקטיבה השוואתית. נבחן את הדין הישראלי בהשוואה לדין החל בשיטות משפט אחרות, וננסה להסיק מסקנות ביחס לדין הרצוי.

חלקו הראשון של המאמר דן בכובעם של העובדים כנושים בהליכי חדלות-פירעון בכלל ובהליך הקפאת הליכים בפרט. בישראל, על-פי פסק-הדין של בית-המשפט העליון בפרשת קלאבמרקט,⁶ מצבם של העובדים בכובעם כנושים תלוי בסוגו של הליך

4 פש"ר (מחוזי ת"א) 1700/05 ריידר נ' נאמני קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ (פורסם בנבו, 5.12.2007). השופטת אלשיך מציינת כי במסגרת הקפאת ההליכים "...עלה בידי הנאמנים לייצב את הרשת באורח זמני, ולאחר מכן למוכרה לידי שופרסל בע"מ (להלן: 'הרוכשת'). הצעת רכש זו טמנה בחובה אחוז דיבידנד משמעותי עבור נושיה של קלאבמרקט, אולם במידה רבה באה על חשבון האינטרס הבר-נשייתי של עובדיה. זאת, כאשר שופרסל התנתה את קליטת עובדי קלאבמרקט בויתור על הזכויות שצברו, לרבות ובעיקר ותק, וקליטתם כעובדים חדשים – על כל המשתמע מכך". שם, פס' 1 לפסק-דינה של השופטת אלשיך.

5 ראו שחר חי "מעריב – צו הקפאת הליכים והפגנות עובדים" *ynet* 20.9.2012 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4284013,00.html; גרעון לוי "ב'פניציה' לא מבהירים צמיגים" *הארץ* 18.8.2012 www.haaretz.co.il/magazine/1.1803313; חיים ביאור "ממחר: שביתה בפרי גליל; העובדים מתכננים להתבצר במפעל" *TheMarker* 15.11.2011 www.themarker.com/career/1.1566976; אחיקם משה-דוד "עובדי 'עוף העמק' בהפגנה סוערת: 'אנחנו מובלים כמו עופות לשחיטה'" *מעריב* 8.3.2009 www.nrg.co.il/online/16/ART1/863/112.html; רועי צ'יקי ארד "סגירת מפעל כיתן: כרוניקה של הצתת צמיגים ידועה מראש" *הארץ* 27.12.2012 www.haaretz.co.il/news/education/1.1895043; ניו יורק טיימס "אנשי קומנדו הסתערו על מפעל סניונג בדרום קוריאה בו מתבצרים 500 עובדים" *TheMarker* Thomas Crampton, *Workers on Strike*; www.themarker.com/wallstreet/1.549203 5.8.2009 *over Dealat France Soir*, NY TIMES 13.4.2006 www.nytimes.com/2006/04/13/business/worldbusiness/13iht-soir.html.

6 ע"א 110/08 המוסד לביטוח לאומי נ' רו"ח טרבלסי ועו"ד נס (פורסם בנבו, 28.1.2014) (להלן: פרשת קלאבמרקט).

חדלות-הפירעון שנפתח. בעוד בהליך פירוק העובדים מקבלים גם תשלומים בדין קדימה מהחייב וגם גמלה מהביטוח הלאומי (עד לסכום מרבי מסוים), בהליך הקפאת הליכים הביטוח הלאומי אינו משתתף. הטענה היא שמכיוון שהעובדים ממשיכים לקבל משכורת מהחייב, אין הצדקה לכך שהביטוח הלאומי ייתן להם גמלה ביחס לחובות-העבר. אנו מבקרים מצב זה, וטוענים כי יש לשנותו.

המאמר, בניגוד להלכה שנפסקה בבית-המשפט העליון, טוען כי קרן ציבורית חיצונית להליך, דוגמת הביטוח הלאומי, היא שצריכה לשלם לעובדים את חובות-העבר שלהם – גם בפירוק וגם בהקפאת הליכים. לקרן צריכה להיות זכות לחזור ולקבל את הכספים ששילמה בתביעת שיבוב כלפי החייב, כך שבסופו של דבר לא ישתנה גובה חובותיו של החייב כתוצאה מתשלומי הקרן לעובדים.⁷ אנו מראים כי מודל זה ניתן בשורה של יתרונות בהשוואה לדין הקיים. ראשית, הוא מאפשר לעובדים לקבל את כספם גם כאשר לחייב אין די נכסים לשלם להם, שכן בניגוד לחייב, הקרן החיצונית אינה חדלת-פירעון, ולכן אין חשש שלא ייוותרו מספיק נכסים לצורך התשלום לעובדים. שנית, המודל מטיל את העלות של העדפת העובדים על הגורם היעיל יותר – הציבור. הטלת עלות זו על הציבור מפזרת את הנזק בצורה נכונה, ומונעת פגיעה בנושים חלשים אחרים (מלבד העובדים), כגון ספקים או נושים לא-רצוניים. שלישיית, אנו מראים כי המצב הקיים בישראל, שבו תשלומי הביטוח הלאומי משולמים לעובדים רק בפירוק, ולא בהקפאת הליכים, יוצר תמריצים מעוותים לצדדים. מצב זה, בפרט לאחר תיקון מס' 19 לחוק החברות, עלול לגרום חברות רבות יותר לפירוק במקום לשיקום – דבר העומד בניגוד גמור לכוונת המחוקק. אנו מציעים אפוא לבטל את דין הקדימה, ולאפשר לעובדים לקבל את מלוא תביעותיהם (עד תקרת שכר מסוימת) מהביטוח הלאומי (או מקרן ציבורית אחרת). הצעה זו גם תגן על העובדים בצורה טובה יותר וגם תיעל את הליכי חדלות-הפירעון.

חלקו השני של המאמר נוגע בנקודת המפגש שבין זכויות העובדים (סטטוטוריות או על-פי הסכם קיבוצי) לבין דיני חדלות-הפירעון במצב שבו החברה חדלת-הפירעון ממשיכה לתפקד כעסק חי (הליך הקפאת הליכים). בחלק זה אנו בוחנים עד כמה דיני חדלות-הפירעון צריכים לאפשר לנאמן לפעול תוך התעלמות מזכויות העובדים (למשל, בפיטורי עובדים או בשינוי תנאי העסקתם), וזאת על-מנת להקל את המשך קיומו של החייב. הדין הישראלי בהקשר זה אינו ברור כל צורכו. קיימות התבטאויות של בתי-

7 זכות שיבוב (או בלועזית subrogation) היא זכותו של צד (בענייננו – הקרן המשלמת) להיכנס לנעליו של צד אחר (בענייננו – העובד שקיבל את התשלום מהקרן) כדי ליהנות מזכות התביעה שלו כלפי צד ג (בענייננו – החברה החייבת חדלת-הפירעון). זכות השיבוב יכולה להיות הסכמית או סטטוטורית (למשל, ס' 9 לחוק הערבות, התשכ"ז-1967, הקובע כי "הערב [זכאי] לחזור על החייב ולהיפרע ממנו מה שנתן למילוי ערבותו", או ס' 14 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967, הקובע כי כאשר משכון נפדה לא על-ידי החייב, "הפודה [זכאי] לחזור אל החייב ולהיפרע ממנו") או להיגזר מעקרונות משפטיים כלליים, כגון עשיית עושר ולא במשפט. להסבר מקיף בעניין זכות השיבוב ראו דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 384–305 (מהדורה שנייה, 1998).

המשפט המחוזיים שלפיהן במקרים המתאימים, כאשר הדבר נדרש לצורך השיקום, יש מקום לאפשר לנאמן לפגוע בזכויות העובדים (בפרט בזכויות הקבועות בהסכם קיבוצי), אך טרם נקבעה הלכה בעניין בבית-המשפט העליון, וגם המחוקק טרם אמר את דברו.

לצורך בחינת השאלה התבוננו אפוא על שלוש מדינות אירופיות שבהן ההגנה הסטטוטורית שניתנת לעובדים היא גבוהה בדרך-כלל – גרמניה, צרפת והולנד. בחינת דיני חדלות-הפירעון של מדינות אלה מגלה כי חלק משמעותי מההגנות הניתנות לעובדים, בפרט הגנות מפני פיטורים, אינן חלות כאשר המעביד נכנס להליך חדלות-פירעון. ממעביד חדל-פירעון, גם כאשר הוא ממשיך לתפקד כעסק חי, נדרשות פחות דרישות מהותיות ופחות הליכים פרוצדורליים בבואו לצמצם את כוח-האדם במפעל. בין היתר, ההצדקה שמעבידים צריכים לתת על-מנת לפטר עובדים נחלשת או נעלמת כליל, וקיימת אפשרות לפיטורים אגב מכירת המפעל, כולו או חלקו, לצד שלישי (דבר שאסור באופן רגיל).

אף שלכאורה השינויים שדיני חדלות-הפירעון יוצרים בדיני העבודה נועדו להקל את המשך קיומה של החברה כעסק חי, המאמר מראה כי לא ברור שאכן כך הם פני הדברים. השינויים בדיני העבודה יוצרים תמריצים מעוותים לחייב ולנושים, משום שעל-מנת ליהנות מהשינויים בדיני העבודה, חייבים עלולים לפנות להליכי חדלות-פירעון גם כאשר אין בהם צורך כלכלי. חברות רבות יותר מגישות בקשות לחדלות-פירעון, וחברות רבות יותר מגישות בקשות לחדלות-פירעון במסלולים שמציעים הקלות בפיטורים מאשר במסלולים אחרים, שאינם מציעים הקלות אלה (תופעת ה"פורום שופינג").⁸ המאמר מדגים את הדברים לגבי צרפת והולנד, ומראה, בין היתר, כי בשל השינויים בדיני העבודה פחות חברות מסיימות הליכי שיקום בהצלחה.

הגישה שהמאמר מבקש לקדם היא של אחידות בין הדין המהותי שחל מחוץ להליך חדלות-הפירעון לבין הדין המהותי שחל בתוכו. לעמדתנו, תכליתו של הליך חדלות-הפירעון צריכה להיות קולקטיביזציה של הליכי הגבייה (על-מנת להשיא את הגבייה מהחייב), והשפעתם של הליכים אלה על זכויות העובדים צריכה להיות מינימלית. גם אם נדמה שפגיעה בזכויות העובדים עשויה להקל את הליכי ההבראה של חייבים, בסופו של דבר שכרה של הפגיעה עלול לצאת בהפסדה.

8 "פורום שופינג" ("forum shopping") מתאר את הפרקטיקה שבה כאשר יש יותר מפורום משפטי אחד שיכול לדון בתביעה (למשל, בתי-משפט במקומות שונים או בענייננו – המערכת המשפטית הרגילה מול המערכת המשפטית של חדלות-הפירעון), מתדיינים מחפשים את הפורום שבו הסיכוי שיקבלו את טענותיהם המשפטיות הוא הגדול ביותר. ראו: BLACK'S LAW DICTIONARY 726 (9th ed. 2009).

פרק א: העובדים כנושים

חדלות-פירעון של חברה מתרחשת כאשר החברה אינה יכולה להחזיר את חובותיה במועד פרעונם. גובה החובות עולה על שווי הנכסים, ומכאן שהחברה לא תוכל להחזיר לפחות לחלק מנושיה את האשראי שנתנו לה.⁹ במשפט הישראלי קיימים שני הליכים משפטיים עיקריים שנועדו לטפל במצב של חדלות-פירעון – הליך פירוק והליך הקפאת הליכים (להלן באופן כללי: הליכי חדלות-פירעון).¹⁰ הליך הפירוק הוא הליך של חיסול החברה. במסגרת הליך הפירוק מתמנה לחברה בעל-תפקיד (מפרק), אשר מממש את נכסיה של החברה ומחלק את התמורה המתקבלת בין הנושים. בתום ההליך החברה נמחקת מרישום, ופעילותה נפסקת.¹¹ הליך הקפאת הליכים (הנקרא לעיתים "הליך שיקום" או "הליך הבראה"), לעומת זאת, הוא הליך שבו החברה ממשיכה לתפקד כעסק חי. במסגרת ההליך מתמנה לחברה בעל-תפקיד (נאמן), אשר מנהל את החברה כידו הארוכה של בית-המשפט ובמקביל מגיע להסדר חוב מול הנושים. הסדר החוב יכול לכלול את מכירת החברה (כעסק חי) לצד שלישי – ואז הנושים יקבלו את כספם מהתמורה שהתקבלה – ולעיתים הנושים עצמם מקבלים חלק מהבעלות בחברה כתחליף לתשלום החוב במזומן.¹²

מכיוון שמעצם ההגדרה ברי כי חברה חדלת-פירעון אינה יכולה לשלם את חובותיה במלואם, הדין קובע סדר עדיפות בין הנושים בקבלת הכספים הן בהליך הפירוק והן בהליך הקפאת הליכים. סדר עדיפות זה הוא מורכב, ואין זה המקום לפרט את כולו, אולם באופן גס ניתן לחלק את הנושים לקבוצות כדלקמן: הקבוצה בעלת העדיפות הגבוהה ביותר (מבין הקבוצות שאליהן אנו מתייחסים במאמר זה) היא קבוצת הנושים המובטחים.¹³ לנושה מובטח יש שעבוד על נכס ספציפי מנכסי החברה, ויש לו הזכות לממש את הנכס ולקבל את התמורה מהמימוש עד לגובה החוב כלפיו. הקבוצה בעלת העדיפות הנמוכה ביותר היא קבוצת הנושים הרגילים (המכונים גם נושים בלתי-מובטחים). לנושה רגיל יש זכות אובליגטורית בלבד כלפי החברה, והוא עומד אחרון

9 לדיון בהגדרת חדלות-פירעון ראו דוד האן **דיני חדלות פירעון** 128–134 (2009).
 10 נוסף על שני הליכים אלה קיים גם הליך פשיטת-רגל. הליך פשיטת-רגל הוא הליך חדלות-פירעון של יחיד בשר-ודם, ואיננו מתייחסים אליו במאמר זה.
 11 הליך הפירוק מוסדר בדין הישראלי בפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 (להלן: פקודת החברות). לתיאור מקיף של הליך הפירוק ראו צפורה כהן **פירוק חברות** (2000).
 12 הליך הקפאת הליכים מוסדר בס' 350–350ט לחוק החברות, התשנ"ט-1999. לתיאור מקיף של הליך הקפאת הליכים ראו ורדה אלשיך וגדעון אורבך **הקפאת הליכים: הלכה למעשה** (מהדורה ראשונה, 2005).
 13 איננו מתייחסים במאמר זה לשעבודים על-פי ס' 11א לפקודת המסים (גביה), 1929, שעשויים לקבל מעמד גבוה יותר אפילו משעבוד ספציפי.

(יחד עם שאר הנושים הרגילים) בתור לקבלת הכספים.¹⁴ בתוך שבין הנושים המובטחים לבין הנושים הרגילים יש סוגי נשייה נוספים. לצורכי המאמר נתייחס לשתי קבוצות עיקריות – נושים של הוצאות פירוק/הקפאה ונושים בדין קדימה. נושים של הוצאות ההקפאה מקבלים את כספם לאחר הנושים המובטחים, והנושים בדין קדימה יקבלו את כספם לאחר תשלום הוצאות ההקפאה.

השאלה שאנו מבקשים לברר בחלק זה של המאמר היא כיצד יש לסווג חובות של החברה לעובדיה.¹⁵ האם העובדים כמוהם כנושה רגיל לכל דבר (כמו מחזיקי אג"ח או נותני אשראי) או שמא עלינו לתת להם עדיפות כלשהי ביחס לנושים אחרים? בתשובתנו לשאלה זו נתמקד בהליך הקפאת הליכים. עם זאת, על-מנת להבהיר את הבעייתיות שנוצרת לעובדים בהקפאת הליכים, נתייחס גם להליך הפירוק. נראה כי בישראל קיים פער בין זכויות העובדים (כנושים) בהקפאת הליכים לבין זכויותיהם בפירוק, ופער זה הוא בעייתי ועלול ליצור תמריצים לא-נכונים לצדדים.

1. הדין בישראל

באופן כללי ניתן לתת לעובדים (בכובעם כנושים) שני סוגי עדיפות במהלכם של הליכי חדלות-פירוק. הסוג האחד הוא עדיפות לעובדים ביחס לנושים אחרים בהליך. במקום שתביעות העובדים יסווגו כתביעות רגילות בסדר עדיפות הנשייה, נעניק להם מעמד גבוה יותר שיאפשר לעובדים לקבל את כספם לפני נושים אחרים. סוג העדיפות האחר הוא מתן אפשרות לעובדים לקבל פיצוי מקרן חיצונית שאינה תלויה במצבת החובות והנכסים של המעביד הספציפי. במקום שהעובדים יקבלו את כספם מתוך מסת הנכסים של החייב, הם יקבלו אותו מצד ג – קרן ציבורית כלשהי.¹⁶

הדין הישראלי מכיר בשני סוגי ההעדפה שצוינו לעיל. מחד גיסא, קיימת העדפה של העובדים ביחס לנושים אחרים בסדר עדיפות הנשייה (העדפה אשר ניתנת בכל הליכי חדלות-הפירוק), ומאידך גיסא, במקרים מסוימים העובדים מקבלים תשלומים מקרן חיצונית – היא הביטוח הלאומי. אולם שני סוגי יתרונות אלה ניתנים בצורה מוגבלת,

14 לבעלי המניות יש הזכות לקבל רווח שיווי, דהיינו, לקבל את נכסי החברה לאחר ששולמו כל חובותיה לנושים.

15 המאמר יוצא מנקודת הנחה שהתובעים הם עובדים המקיימים את המבחנים המוכרים של יחסי עובד ומעביד. לדיון בשאלה אם חברת כוח-אדם ששילמה לעובדיה את שכרם רשאית להיכנס לנעליהם בקבלת חובותיה מחייב שאצלו הועסקו העובדים בפועל, ראו רע"א 4381/03 ש.כ מאגרי אנוש בע"מ נ' ז.מ. מותגי אופנה בע"מ (פורסם בנוב, 14.4.2005).

16 לדיון מקיף בצורות ההעדפה לעובדים הנהוגות במדינות שונות ראו: International Labour Conference (ILC), 91st Sess., Report III (Part 1B) (2003), available at www.ilo.org/public/english/standards/reln/ilc/ilc91/pdf/rep-iii-1b.pdf (להלן: "דוח ועדת המומחים"). כן ראו: Arturo S. Bronstein, *The Protection of Workers' Claims in the Event of the Insolvency of Their Employer: From Civil Law to Social Security*, 126 INT'L LAB. REV. 715 (1987).

בפרט בהליך הקפאת ההליכים, שבו העובדים אינם זכאים לתשלומי הביטוח הלאומי כלל.

באשר לסוג ההעדפה הראשון של העובדים – המתבטא במיקומם בסדר העדיפות במסמך הנכסים של החייב – הדין הישראלי מבחין בין שני סוגי תביעות: האחד, שכר עבודה המגיע לעובדים במהלכו של הליך הקפאת הליכים (שבו החברה ממשיכה כאמור לתפקד כעסק חי); והאחר, חובות צופים פני עבר (שהמעביד חב לעובדים עוד לפני תחילת הליך ההקפאה).

שכר העבודה שצריך להיות משולם לעובדים בעבור עבודתם במהלכו של הליך הקפאת הליכים נחשב הוצאות הקפאה.¹⁷ סיווג זה מאפשר את תשלום השכר במעמד גבוה יחסית – לפני חובות רגילים, לפני חובות בדין קדימה, ובתנאים מסוימים אפילו לפני החובות המובטחים.¹⁸ עדיפות זו מאפשרת בדרך-כלל את תשלום השכר במלואו, אולם התעוררו ספקות באשר לסיווגם של תשלומים אחרים המגיעים לעובדים בזמן ההקפאה, ובפרט באשר לתשלומים המגיעים להם בשל פיטורים שנעשו תוך כדי הליך.¹⁹ כך, למשל, בעניין **מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ** קבעה השופטת גילאור כי פיצויי פיטורים של עובד שפוטר במהלך ההקפאה אינם נחשבים הוצאות הקפאה. על-פי פסיקתה, פיטורי העובדים אינם חלק מהתפעול השוטף של החברה, ולכן אינם יכולים להיחשב הוצאות שהוצאו להבראתה.²⁰ לעומת פיצויי הפיטורים, סיווגם של דמי ההודעה המוקדמת של עובדים שפוטרו במהלכו של הליך הקפאת הליכים טרם הוכרע. בעניין **קופרמן** קבע השופט שפירא, מבית-המשפט המחוזי בירושלים, כי דמי ההודעה המוקדמת, כמו פיצויי הפיטורים, נחשבים חוב-עבר.²¹ לעומתו, השופטת אלשיך קבעה בעניין **קיטל** כי ההודעה המוקדמת היא חלק משכר העבודה של העובד, וככזו יש לסווגה כהוצאות הקפאה.²²

בניגוד לשכר עבודה שמשולם במהלך הקפאת ההליכים, חובות-העבר כלפי העובדים מסווגים (עד תקרה מסוימת) כחובות בדין קדימה.²³ חובות אלה משולמים לפני החובות לנושים הרגילים ולנושים המובטחים בשעבוד צף, אך רק לאחר החובות לנושים המובטחים בשעבוד קבוע והוצאות ההקפאה. לכאורה ניתנת כאן עדיפות לעובדי החברה בקבלת חובם, אך בפועל עדיפות זו אינה מספקת בהכרח. ראשית, במקרים שבהם מרבית נכסי החברה משועבדים לנושים המסחריים בשעבוד קבוע,

17 ת' 66 לתקנות החברות (פירוק), התשמ"ז-1987.

18 ס' 354(ד) לפקודת החברות. בנוגע לשאלת העדיפות הניתנת להוצאות ההקפאה מול הנושים ראו אלשיך ואורבך, לעיל ה"ש 12, בעמ' 395-402.

19 פש"ר (מחוזי ת"א) 1092/09 **קיטל נ' נאמני נורטל נטוורקס ישראל (מכירות ושיווק) בע"מ**, פס" 5 לפסק-דינה של השופטת אלשיך (פורסם בנבו, 7.6.2009).

20 בש"א (מחוזי חי') 14032/00 **חב' מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ נ' כדורי** (פורסם בנבו, 28.11.2000).

21 פר"ק 6379/09 (מחוזי י"ם) **דטהסייף גרופ נ' קופרמן** (פורסם בנבו, 25.7.2010).

22 עניין **קיטל**, לעיל ה"ש 19.

23 ראו ס' 354(א) לפקודת החברות.

העובדים עלולים לצאת וידם על ראשם. הנכסים שעליהם רובץ השעבוד משמשים לתשלום החובותיהם של הנושים המובטחים, ובמסת הנכסים לא נותרים די נכסים לתשלום החובות לעובדים. שנית, התקרה שקבע הדין הישראלי לגובה החוב שיסווג בדין קדימה היא נמוכה יחסית.²⁴ לפי סעיף 354(א) לפקודת החברות, סך כל השכר או גמול התעסוקה שיש בעבורו דין קדימה לא יעלה על 23,379 ש"ח,²⁵ ובמקרה שמגיעים לעובד גם פיצויי פיטורים, סכום זה גדל פי 1.5, דהיינו, 35,069 ש"ח.²⁶ אם תביעות העובדים עולות על סכומים אלה, ייחשבו העובדים בהקשר של הסכומים העודפים כנושים רגילים, ויקבלו עליהם החזר מזערי בלבד.²⁷

בשל בעיות אלה הציעה מיכל הורוביץ להעניק לעובדים שעבוד מובנה שממנו יוכלו להיפדע את חובות-העבר המגיעים להם מהמעביד במקרה של חדלות-פירעון.²⁸ לפי הצעתה, כל חברה מעבידה תשעבד מראש חלק מנכסיה כבטוחה לתשלום לעובדים, ובמקרה של חדלות-פירעון יוכלו העובדים לממש את הבטוחה ולקבל מהמעביד את חובם.²⁹ הצעתה של ד"ר הורוביץ אף אומצה בשנת 2006 על-ידי כמה חברי-כנסת, שהגישו הצעת חוק פרטית ברוח זו.³⁰ אומנם ההצעה לא התקבלה, אך דומה שהמגמה של המחוקק היא אכן להגדיל את תקרת דין הקדימה, כך שלפחות חלק גדול יותר של תביעות העובדים יינה מעדיפות. גם התקרה הנוכחית היא תוצאה של תיקון חקיקה משנת 2009, אשר העלה את התקרה הקודמת ב-50%.

ההעדפה השנייה שהדין הישראלי מקנה לעובדים היא כאמור זכותם לקבל את כספם מהביטוח הלאומי, אולם יתרון זה חל רק כאשר ניתן נגד המעביד צו פירוק. במקרה של פירוק העובד זכאי לגמלה בגובה חוב שכר העבודה ופיצויי הפיטורים שהמעביד חייב לו מ-12 החודשים שקדמו לניתוק יחסי העבודה או לצו הפירוק, וזאת עד לסכום מרבי של 110,331 ש"ח.³¹ גמלה זו נותנת יתרון משמעותי לעובדים. הביטוח הלאומי הוא גוף ציבורי (בר-פירעון), כך שגובה ההחזר של העובדים אינו תלוי במצבת הנכסים והחובות

24 אלשיך ואורבך, לעיל ה"ש 12, בעמ' 465.

25 ס' 354(א) לפקודת החברות. הסכום הנקוב בסעיף הוא 21,000 ש"ח, אך הוא מעודכן מדי שנה.

26 ס' 27 לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963. על-פי הסעיף, פיצויי הפיטורים ושכר העבודה לא יעלו יחדיו על 150% מהסכום הקבוע לדין קדימה בפקודת החברות.

27 שי תקן "עניי עירך קודמים" – שמירת אינטרס העובדים בהליכי פירוק והבראת חברות" **תאגידים** ז(1) 48, 50 (2010).

28 מיכל הורוביץ **הגנה על זכויות עובדים במסגרת הבראת חברות** 360–363 (2003).

29 שם.

30 הצעת חוק שמירה על זכויות עובדים בעת שיקום חברה, התשס"ט-2009, פ/60/18/09, www.knesset.gov.il/privatelaw/data/18/60.rtf.

31 ס' 182–183 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, (להלן: חוק הביטוח הלאומי). סכום הגמלה מחושב כמכפלה של סכום הגמלה הבסיסי, המוגדר בס' 1 לחוק, ב-13. הסכום מתעדכן בהתאם למדד המחירים לצרכן, והסכום הנקוב בגוף המאמר נכון לינואר 2013. ראו המוסד לביטוח לאומי – מינהל המחקר והתכנון "עדכון קצבאות ינואר 2013" 27–28 (2013) www.btl.gov.il/Publications/benefits_update/Documents/shiur13_01.pdf.

של המעביד. גם אם למעביד יש מעט מאוד נכסים, וגם אם רוב נכסיו של המעביד משועבדים שעבוד ספציפי, עדיין יקבלו העובדים את התשלומים המגיעים להם. עם זאת, זכותו של העובד לגמלה מותנית בכך שהמעביד נמצא בהליך פירוק. לפי לשונו של חוק הביטוח הלאומי, כאשר ניתן למעביד צו הקפאת הליכים, לעובדים אין זכות לקבל את הגמלה.³²

הבחנה זו של המחוקק בין ההליכים השונים היא תמוהה ובעייתית. מבחינת העובדים הרי אין הבדל אם הם אינם מקבלים את חובות-העבר כלפיהם בשעה שהמעביד שלהם מחוסל כליל או בשעה שהוא נמצא בהליך שיקום.³³ בשני המקרים חובות אלה נהפכים לחוב בר-תביעה, ובשני המקרים העובדים עלולים לקבל בסופו של ההליך רק חלק קטן מהחוב. מדוע אפוא העובדה שהחברה נמצאת בהליך פירוק מצדיקה תשלום גמלה בגין חובות אלה, ואילו כאשר החברה מצויה בהליך שיקום נשללת זכותם של העובדים לתשלום מהביטוח הלאומי?³⁴ יתר על כן, וכפי שנבהיר עוד בהמשך, הכלל שלפיו עובדים מקבלים את כספם מהביטוח הלאומי רק בהליך פירוק יוצר תמריצים מעוותים לצדדים. הוא גורם להעדפה של הליך חדלות-פירעון מסוים (פירוק או שיקום) בשל נימוקים הקשורים לקבלת הגמלה, וזאת בלי קשר ליעילותו הכלכלית של ההליך.

בשל נימוקים אלה קבעה השופטת אלשיך בפש"ר קלאבמרקט כי חובת תשלום גמלה תחול גם בהינתן צו הקפאת הליכים.³⁵ בית-המשפט המחוזי דחה את טענות הביטוח הלאומי שלפיהן עלות התשלום לעובדים כבדה, וחייב את הביטוח הלאומי בתשלום לעובדי קלאבמרקט.³⁶ אולם בית-המשפט העליון הפך את קביעתו של בית-המשפט המחוזי, וקבע כי הביטוח הלאומי אינו מחויב בתשלום גמלה במסגרת הליך הקפאת הליכים, וכי חובה זו חלה רק בהליכי פירוק. בית-המשפט העליון מציין כי תשלום גמלה במהלכו של הליך הקפאת הליכים אינו עומד בקנה אחד עם תכליתו של

32 ס' 182 לחוק הביטוח הלאומי ("מבוטח יהיה זכאי לגמלה לפי פרק זה אם ניתן לגבי מעבידו של העובד המבוטח אחד מאלה, לפי הענין: ... (2) צו שניתן לפי פקודת החברות לפירוק חברה, שותפות או אגודה שנוסדה לפי החוק העותמאני על האגודות... והוא פירוק שנעשה בידי בית המשפט או בהשגחתו").

33 אלשיך ואורבך, לעיל ה"ש 12, בעמ' 472.

34 האן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 653-655.

35 פש"ר (מחוזי ת"א) 1700/05 נאמני חברת קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי – היחידה לפירוקים (פורסם בנבו, 7.11.2007). ראו את התייחסותה של השופטת אלשיך לפסק-הדין בכתבתו של איתי הר אור "אלשיך: 'בגלל סחבת של המחוקק, אני צריכה להיות כמו גננת'" כלכליסט 2.6.2009 www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3297162,00.html

36 השוו בש"א (מחוזי חי') 18061/04 מפעלי אלקטרודות זיקה בע"מ (בפירוק) נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 11.1.2005). במקרה זה ניתן צו פירוק לחברת מפעלי אלקטרודות זיקה בע"מ, אך צו הפירוק עוכב על-מנת לאפשר למפרק למכור את השלד הבורסאי של החברה. השופט גינת חייב את הביטוח הלאומי לשלם את הגמלה לעובדים, וזאת בניגוד לטענת הביטוח הלאומי כי החוק אינו חל מקום שצו הפירוק עוכב.

חוק הביטוח הלאומי, וכי מכיוון שבמסגרתו של הליך הקפאת הליכים ממילא נמשכת העסקתם של רוב העובדים, ההצדקה לתשלום חובות-העבר על-ידי הביטוח הלאומי נחלשת.

בהמשך המאמר נבקש להתמודד עם נימוקים אלה ואחרים של בית-המשפט, אך בטרם נעשה כן נפנה את מבטנו אל המשפט המשווה, ונבחן כיצד מדינות אחרות פותרות את הדילמה של מעמד העובדים כנושים בהליכי חדלות-פירעון.

2. משפט משווה

כמו בישראל, גם בשיטות משפט אחרות ניתן לראות את שני סוגי ההגנה על תביעות העובדים – מתן עדיפות במסת הנכסים של החייב ותשלום על-ידי קרן חיצונית³⁷ – אולם אופן השימוש בשני סוגי ההגנה אלה משתנה ממדינה למדינה. חלק מהמדינות משתמשות בשני אמצעי ההגנה המפורטים, ואילו אחרות משתמשות רק באמצעי ההגנה אחד.

בארצות-הברית דיני חדלות-הפירעון הפדרליים אינם מעניקים כל הגנה בדמות תשלום תביעות העובדים על-ידי קרן חיצונית.³⁸ המעביד הוא שאמור לשלם את תביעות העובדים, ואם אין למעביד די נכסים לעשות כן, יקבלו העובדים רק חלק מהכסף המגיע להם. ההגנה שהדין האמריקאי מעניק לעובדים היא הגנת העדיפות במסת הנכסים בלבד: לעובדים יש זכות לקבל את כספם מהחייב, עד סכום מסוים, לפני הנושים הרגילים. בהקשר זה גם הדין האמריקאי, כמו זה הישראלי, מבחין בין הוצאות שכר במהלך תפעול החברה בחדלות-פירעון לבין תביעות-עבר. כאשר מדובר בהוצאות שכר במהלך שיקום החברה, הקוד מאפשר לבית-המשפט להעניק להוצאות אלה מעמד של הוצאות תפעול שישולמו בעדיפות גבוהה.³⁹ לתביעות-עבר, לעומת זאת, ניתן מעמד הדומה לדין קדימה אצלנו, ועדיפות זו מוגבלת לגובה של 10,000 דולר ולתביעות שנוצרו עד 180 יום לפני שניתן צו חדלות-הפירעון.⁴⁰ סכומים גבוהים יותר או כאלה שנוצרו לפני התקופה המוכרת יסווגו כתביעות רגילות. מעניין בהקשר זה שהסכום המרבי של תביעות העובדים הוגדל בשנת 2005, וכך גם טווח הזמן להיווצרות התביעה. עד 2005 הוגבלה העדיפות לסכום מרבי של כ-5,000 דולר ולתביעות שנוצרו עד 90 יום בלבד לפני שניתן צו חדלות-הפירעון.⁴¹

37 "דוח ועדת המומחים", לעיל ה"ש 16; Bronstein; לעיל ה"ש 16, בעמ' 716.

38 יש מספר מצומצם של מדינות, כגון אורגון ומיין, שבהן יש תשלום מקרן חיצונית (בדומה לגמלת הביטוח הלאומי), אך ברובן המכריע של המדינות תשלום כזה אינו קיים. ראו Bronstein, לעיל ה"ש 16, בעמ' 725; "דוח ועדת המומחים", לעיל ה"ש 16, בעמ' 192, ה"ש 155.

39 11 U.S.C. § 503(b)(1) (1994).

40 11 U.S.C. § 507(a)(4) (1994). להרחבה בעניין זה ראו: 4 COLLIER ON BANKRUPTCY ¶ 507.05[1] (Lawrence P. King ed., 16th ed. 2011).

41 The Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (BAPCPA), Pub. L. No. 109-8, 119 Stat. 23 (2005).

לעומת ארצות-הברית, האיחוד האירופי נותן עדיפות לסוג ההגנה השני. דירקטיבה 2008/94/EC של האיחוד דורשת מהמדינות החברות להקים קרן חיצונית שתשלם לעובדים לפחות חלק מתביעותיהם במקרה של חדלות-פירעון של המעביד.⁴² הדירקטיבה חלה בכל מקרה שבו נפתח הליך חדלות-פירעון שבמסגרתו ממנים מפרק או נאמן לצורך ניהול נכסיו של המעביד.⁴³ בצד יצירת החובה להקים את קרן התשלומים, הדירקטיבה מאפשרת למדינות החברות להגביל את יכולת התביעה של העובדים מהקרן. יכולת התביעה יכולה להיות מוגבלת הן בתקופה שלגביה ניתן לתבוע והן בסכום שניתן לתבוע, אולם חובה שתקרת האחריות תאפשר את הגשמת המטרות העומדות בבסיס הדירקטיבה, דהיינו, דאגה לרווחת העובדים.⁴⁴ כל המדינות החברות באיחוד האירופי מגינות אפוא על תביעות-העבר של העובדים באמצעות גמלה המשולמת על-ידי קרן חיצונית, אולם בחלק מהמדינות זוהי ההגנה היחידה או העיקרית, ורק בחלקן נעשה שימוש בשני סוגי ההגנות.

בגרמניה, למשל, החל בשנת 1999 לא ניתנת כל עדיפות לתביעות-העבר של העובדים. תשלום שכרם של העובדים במהלך תקופת ההקפאה מסווג אומנם (כמו בישראל ובארצות-הברית) בעדיפות גבוהה, אך חובות כלפי עובדים שנוצרו לפני תקופת ההקפאה מסווגות כתביעות רגילות.⁴⁵ במקום מתן עדיפות ביחס לנושים אחרים, העובדים מקבלים את כספם בגין תביעות אלה מקרן העובדים הפדרלית. התביעות מהקרן אינן מוגבלות בסכום, אך חייבות להיווצר בתקופה של שלושת החודשים שקדמו למועד שבו ניתן צו חדלות-הפירעון.⁴⁶ בהולנד המגמה דומה. אומנם בהולנד ניתנת לתביעות-העבר של העובדים עדיפות על התביעות הבלתי-מובטחות הרגילות, אולם עדיפות זו נמוכה יחסית לחובות מועדפים אחרים (בפרט חובות המס של המעביד למדינה). כתוצאה מכך, פעמים רבות, על-אף העדיפות הניתנת, העובדים אינם יכולים לקבל את מלוא כספם מהמעביד.⁴⁷ כתחליף הם רשאים לתבוע את חובות המעביד

42 Directive 2008/94/EC (OJ L 283/36, 28.10.2008) (להלן: דירקטיבה 2008/94/EC). מקורה של דירקטיבה 2008/94/EC הוא בדירקטיבה מוקדמת שנחקקה עוד בשנת 1980 – Directive 80/987/EEC (OJ L 283/23, 28.10.1980). דירקטיבה מוקדמת זו תוקנה פעמים מספר, עד שבשנת 2008 התקבלה דירקטיבה 2008/94/EC, אשר איחדה את התיקונים השונים או יצרה קודיפיקציה שלהם. ראו ס' (1) לסעיפי ההקדמה של הדירקטיבה (סעיפי ה-Whereas). כן ראו: Nicolae Voiculescu, *Developments in the Community Legislative Protection of Employees in the Event of Employer Insolvency*, 2009 LAW ANNALS TITU MAIORESCU U. 76 (2009).

43 הנאמן יכול להחליט בעצמו לפתוח את הליכי התביעה של העובדים מול הקרן או לקבוע כי המעביד לא יוכל לשלם את מלוא תביעותיהם של העובדים מתוך נכסיו. ראו ס' 2 לדירקטיבה 2008/94/EC, לעיל ה"ש 42.

44 שם, ס' 4.

45 R. BLANPAIN & A.T.J.M. JACOBS, *EMPLOYEE RIGHTS IN BANKRUPTCY: A COMPARATIVE-LAW ASSESSMENT* 8–9 (2002).

46 שם, בעמ' 17.

47 Antoine T.J.M. Jacobs, *The Individual Employment Relationship and Labour Market* 47

משפט ועסקים יט, תשע"ו מעמדם וזכויותיהם של העובדים בהליך הקפאת הליכים

כלפיהם מקרן מדינתית (הקרן הכללית לאבטלה). כמו בגרמניה, תביעות אלה אינן מוגבלות בסכום, אך החוב צריך להיווצר עד 13 שבועות לפני יום סיומם של יחסי ההעסקה.⁴⁸

בצרפת, לעומת זאת, נעשה שימוש בשני סוגי ההגנות. העדיפות שהעובדים מקבלים נחלקת לשלוש שכבות. בשכבה הראשונה העובדים מקבלים עדיפות מוחלטת (absolute priority) בתביעות שכר עד לסכום מרבי מסוים, ובלבד שהן נוצרו במהלך 60 הימים שקדמו לזו חדלות-הפירעון.⁴⁹ עדיפות מוחלטת זו מדורגת לפני כל תביעה אחרת כלפי המעביד, כולל של נושים מובטחים, ואף לפני הוצאות הפירוק.⁵⁰ תביעות שכר שאינן משולמות במסגרת העדיפות המוחלטת מקבלות עדיפות כללית (general priority). העדיפות הכללית מאפשרת תשלום של תביעות שנוצרו במהלך ששת החודשים שקדמו לזו חדלות-הפירעון לפני הנושים הרגילים, אך רק לאחר הנושים המובטחים והוצאות הפירוק.⁵¹ תביעות של עובדים שאי-אפשר לשלמן מתוך נכסי המעביד מכוסות על-ידי קרן תשלום חיצונית – ה-AGS.⁵² קרן ה-AGS מבטיחה את כל חובות המעביד שנובעים מחוזה ההעסקה של העובד, לרבות תשלומים שנוצרו לאחר תחילתו של הליך חדלות-הפירעון ונובעים מפיטורי העובד במהלך תקופת ההקפאה או חודש למן אישור התוכנית.⁵³ תשלומי ה-AGS מוגבלים בסכום שנקבע על-פי נוסחה המתבססת על השכר

Regulation, in INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA FOR LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS 45, 77 (R. Blanpain ed., 2003): "...in 97 per cent of the cases such pre-bankruptcy-claims cannot be recovered whatever the legal preferences are. So this workers' preference is often worthless"

48 שם, בעמ' 71.

49 העדיפות המוחלטת מוגבלת לפעמיים השכר החודשי המשמש לחישוב ההפרשות הסוציאליות לביטוח לאומי (המקביל לשכר-מינימום). Bronstein, לעיל ה"ש 16, בעמ' 719.

50 Gordon W. Johnson, *Insolvency and Social Protection: Employee Entitlements in the Event of Employer Insolvency* 18 (2006), available at www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/38184691.pdf; Andrew Tetley, *Insolvency Law in France*, in WORLD INSOLVENCY SYSTEMS: A COMPARATIVE STUDY 195, 268 (Otto Eduardo Fonseca Lobo ed., 2009).

51 שם.

52 קרן ה-AGS (או בשמה המלא – Association pour la Gestion du régime de garantie des créances des Salariés) מנהלת את התשלומים לעובדים, וממונת בעיקרה על-ידי תשלומים שוטפים של מעבידים.

53 Malcolm Sargeant, *Implementation Report Directive 80/987/EEC Amended by Directive 2002/74/EC on the Protection of Employees in the Event of the Insolvency of Their Employer in the EU Member States* 49–51 (2007), available at ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4523&langId=en

החודשי המשמש לחישוב ההפרשות הסוציאליות לביטוח לאומי.⁵⁴ שימוש דומה בשני סוגי ההגנות על התעסוקה נעשה גם בספרד.⁵⁵

3. הדין הרצוי

ריבוי המודלים של הגנה על עובדים בכובעם כנושים מעורר מטבע הדברים את השאלה מהו המודל הרצוי. האם רצוי שתביעותיהם של העובדים יקבלו עדיפות על תביעותיהם של נושים אחרים (כמו בארצות-הברית או בישראל בהליך הקפאת הליכים), האם עדיף להעניק להם זכות לפיצוי מקרן תשלומים חיצונית שאינה תלויה במצבת נכסיו של החייב (כמו בגרמניה) או שמא נכון לשלב את שני המודלים (כמו בצרפת או בישראל בהליך פירוק)? כדי לענות על שאלה זו נבקש להבחין בין שתי שאלות-משנה הקשורות זו לזו. ראשית, מדוע מגיעה לעובדים בכובעם כנושים עדיפות על יתר הנושים בחדלות-פירעון? שנית, מה אופי העדיפות שנכון ליתן להם?

(א) הרציונל למתן עדיפות לתביעות עובדים

יש הגורסים כי העובדים אינם זכאים לקבל עדיפות על נושים אחרים כלל.⁵⁶ גישה זו מתבססת על ההנחה שכל נושי החייב נפגעים מאירוע חדלות-הפירעון על לא עוול בכפם, ועל-כן ראוי שכל הנושים, למעט אולי נושים שרכשו זכות קניין בנכסי החייב,⁵⁷ יישאו בעוצמת הפגיעה במידה שווה.⁵⁸ העובדים, לפי גישה זו, אינם נושים חלשים

54 שם, בעמ' 51.

55 Bronstein, לעיל ה"ש 16, בעמ' 719, 721, 725.

56 Douglas G. Baird, *Loss Distribution, Forum Shopping, and Bankruptcy: A Reply to Daniel Warren*, 54 U. CHI. L. REV. 815, 817-818 (1987) (להלן: Baird, *Loss Distribution*); Keating, *The Fruits of Labor: Worker Priorities in Bankruptcy*, 35 ARIZ. L. REV. 905, 926 (1993): "Perhaps the best solution to the worker-priority issue is to eliminate the formal priorities and simply allow the workers to exercise what may be their best leverage anyway: their ability as valuable employees to affect whether or not their employer will prosper as viable going-concern".

57 יש המטילים ספק גם במתן עדיפות לנושים בעלי זכות קניין. ראו: Lucian Arye Bebchuck & Jesse M. Fried, *The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy: Further Thoughts and a Reply to Critics*, 82 CORNELL L. REV. 1279 (1996-1997); Wei Zhang, *The Paradoxes of Secured Lending: Is There a Less Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy?* (2011), available at ssrn.com/abstract=1986908.

58 עקרון השוויון הוא אחד העקרונות המרכזיים ביותר בהליך חדלות-הפירעון. ראו: Charles Seligson, *Preferences Under the Bankruptcy Act*, 15 VAND. L. REV. 115, 115 (1961): "Equity is equality. That maxim is a theme of bankruptcy administration – one of the cornerstones of the bankruptcy structure. All persons similarly situated are entitled to equality in treatment in the distribution of the assets of the bankrupt estate". השונות לעקרון השוויון ראו האן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 475-483.

בהכרח, ואין הצדקה להעדיפם על נושים אחרים. מצבם של ספקים, בעלי אג"ח או לקוחות של החברה עלול להיות אף גרוע מזה של חלק מהעובדים, בפרט כאשר מדובר בעובדים שמשכורתם גבוהה. יתר על כן, מתן זכות עדיפה לעובדים בחללות-פירעון עלול ליצור תמריצים מעוותים לעובדים או לנושים. העובדים עלולים להיות מעוניינים בכניסתו של המעביד להליך חללות-פירעון כדי לקבל את מלוא כספם, אף אם הליך כזה אינו דרוש,⁵⁹ ואילו הנושים עלולים להתנגד להליך כדי למנוע מהעובדים תשלום גבוה על תביעותיהם.⁶⁰ עדיף אפוא להתייחס לכל הנושים הבלתי-מובטחים בצורה שווה, מבלי שהליך חללות-הפירעון יתערב באופי זכותם של העובדים ובעדיפותה.

אולם על-אף ההיגיון הטמון בעמדה זו, אנו סבורים כי יש טעמים טובים להעניק לעובדים יחס מועדף. ראשית, המשכורת שהעובדים מקבלים מהמעביד מהווה בדרך-כלל חלק משמעותי ממקורות ההכנסה שלהם. אי-קבלת משכורת, בוודאי במשך חודשים מספר, עלולה ליצור אצל עובדים קשיים ניכרים, ואף למנוע מהם את היכולת לממן את צורכי החיים הבסיסיים, כגון מזון ודיוור.⁶¹ בניגוד לנושים אחרים (לרבות ספקים ולקוחות), לעובדים אין יכולת לגוון את השקעותיהם ולצמצם את הסיכון שהם נוטלים במקרה של חללות-פירעון של המעביד. הם עובדים, מטבע הדברים, אצל מעביד אחד בלבד, וקריסתו של מעביד זה עלולה לפגוע בהם באופן אנוש.⁶²

שנית, בניגוד לנושים מסחריים אחרים, קשה לראות את העובדים כמי שנטלו על עצמם מרצון את הסיכון של חללות-פירעון של המעביד. בנקים ומחזיקי אג"ח, ובמידה מסוימת אפילו ספקים, בחרו להשקיע בחייב. הם יכלו לאסוף עליו מידע, להעריך את מצבו הכלכלי ולתמחר את הסיכון הטמון במתן אשראי לו. ככל שהסיכון שהם נוטלים גבוה יותר, הם יבקשו כפיצוי ריבית גבוהה יותר או יקבעו את תנאי העסקה בהתאם. העובדים, לעומת זאת, הם במידה רבה נושים לא-רצוניים (או במינוח מדויק יותר – mal-adjusting creditors). פעמים רבות הם אינם יודעים את מצבו הכלכלי של מעסיקם לאשורו. מעבידים אינם נוהגים לספק מידע מסוג זה לעובדים, וספק אם העובדים יכולים להשיג את המידע באופן עצמאי ולהעריכו במדויק. גם במקרים שבהם יש לעובדים המידע הדרוש, לא ברור אם הם יכולים לעשות בו שימוש. העובדים הרי אינם יכולים לתמחר את הסיכון לחללות-פירעון של המעביד בשכר שהם מקבלים, ואין להם הכוח לשנות את תנאי העסקה. להפך – במידה רבה העובדים שבויים בידי המעביד. חלופה תעסוקתית אינה זמינה להם תמיד, ובמקרים רבים הם יהיו מוכנים להמשיך לעבוד גם כאשר הסיכוי שיקבלו את שכרם יורד. דברים אלה אמורים במיוחד בעובדים חלשים,

59 בישראל, לשם השוואה, עובדים מעדיפים לעיתים הליך פירוק על הליך שיקום כדי לקבל כספים מהביטוח הלאומי.

60 Keating, לעיל ה"ש 56, בעמ' 926, פס' 2; Baird, *Loss Distribution*, לעיל ה"ש 56, בעמ' 818.

61 ראו עניין **ש.כ. מאגרי אנוש בע"מ**, לעיל ה"ש 15, פס' 13 לפסק-דינו של השופט ריבלין, שם נאמר כי "התכלית להצדקת העדפתם של עובדים על-פני נושים אחרים של החברה היא התכלית הסוציאלית. לאמור, החשש הוא פן יוצר מצב בו יתקלו העובדים – התלויים לפרנסתם בשכר המשולם להם מעבודתם – בחוסר אפשרות לקבל את שכרם על כל ההשלכות הנובעות מכך".

62 Keating, לעיל ה"ש 56, בעמ' 907; אלשיך ואורבך, לעיל ה"ש 12, בעמ' 414–415.

דהיינו, בעובדים מבוגרים או בעובדים במקומות מוכי אבטלה. במקרים אלה מאזן הכוחות בין העובדים לבין המעביד נוטה בבירור לטובת המעביד, ועל סף חדלות־פירעון האחרון עלול לנצל עובדה זו ולא לשלם לעובדים את שכרם.⁶³

שלישית, כאשר המעביד עובר הליך שיקום או נמכר כעסק חי לצד שלישי, גורלו תלוי במידה רבה בשיתוף־פעולה מצד העובדים. הצלחת ההליך תלויה בהמשך עבודתם התקינה, ולעיתים גם בהסכמתם לויתור על תנאי העסקה ואף לפיטורים של חלקם. ספק אם עובדים שיודעים כי הם עתידים לקבל רק חלק קטן מהכספים המגיעים להם יסכימו לשותף פעולה עם המעביד ולהירתם בהתלהבות להליך שיקום אפשרי. התלות בעובדים, והעובדה שמדובר במערכת יחסים שהחלה לפני הליך חדלות־הפירעון ותימשך גם אחריו, מהוות גם הן גורם המשפיע על היחס שהעובדים צריכים לקבל במסגרתו של הליך חדלות־פירעון.⁶⁴

חוזקם המצטבר של נימוקים אלה מצדיק, להערכתנו, מתן עדיפות לתביעות העובדים. אכן, כפי שראינו, כך נוהגות כל המדינות שנבחנו במסגרת המחקר, וכך נוהגות גם מדינות רבות נוספות.

(ב) טיב העדיפות שראוי לתת לתביעות עובדים

לאחר שהובהר הצורך בהעדפת העובדים על נושים אחרים, נותר לבחון איזה מבין המודלים שהצגנו קודם לכן הוא המודל הרצוי. בעניין זה נבקש לטעון לטובת המודל הגרמני. כלומר, לדעתנו, אף שתביעות שכר של עובדים במהלך הקפאת ההליכים צריכות ליהנות מעדיפות גבוהה ביחס לנכסי החייב, תביעות־העבר של העובדים אינן צריכות ליהנות מעדיפות מסוג זה כלל. תחת זאת יש לאפשר לעובדים לקבל פיצוי מקרן חיצונית להליך, אשר תקבל בתורה זכות שיכוב כלפי החייב. נבהיר.

אף שקיימות סיבות טובות להגן על תשלום חובות־העבר של העובדים, חשוב לשים לב שהגנה זו אינה באה ללא מחיר. התשלום לעובדים מגיע על־חשבון גורמים אחרים, וכל אחד מהמודלים השונים למתן ההגנה מחלק את העלות בצורה שונה. מודל שמעניק עדיפות לעובדים במסת הנכסים של החייב בחדלות־הפירעון (סיווג חובותיהם כהוצאות פירוק או דין קדימה) מטיל את העלות על נושים אחרים הנמצאים בעדיפות נמוכה יותר. מכיוון שהעובדים מקבלים את כספם לפני הנושים הרגילים (ולפני אלה בעלי השעבוד הצף), שווי הנכסים שנותר לאחרונים פוחת, ושיעור התשלום שהם יקבלו קטן גם הוא בהתאמה.⁶⁵ לעומת זאת, מודל שמעניק לעובדים אפשרות לקבל את חובם מקרן חיצונית

Donald R. Korobkin, *Employee Interests in Bankruptcy*, 4 AM. BANKR. INST. L. REV. 5 63 (1996).

שם, בעמ' 7-6; Keating, לעיל ה"ש 56, בעמ' 907; אלשיך ואורבך, לעיל ה"ש 12, בעמ' 418-419.

65 כך, למשל, נניח שלחייב יש חובות בסך כולל של 200, שמתוכם 50 הוא חייב לעובדים. אם שווי נכסיו של החייב הוא 100, ושום נושה (לרבות העובדים) אינו מקבל עדיפות, יקבל כל נושה (שוב – לרבות העובדים) מחצית מהחוב כלפיו (100 שווי נכסים לחלק ל-200 סך חובות). לעומת זאת, אם לעובדים יש עדיפות על הנושים האחרים, יקבל כל עובד תשלום מלא בגין תביעתו, וכל אחד

מטיל את העלות על משלם המיסים (בישראל – על משלמי הביטוח הלאומי). על-פי מודל זה, הכסף אינו יוצא ממסת הנכסים של החייב, אלא תשלומי המס הם שמממנים את פעילות הקרן, המשלמת בתורה לעובדים. מטבע הדברים, ככל שהתשלומים לעובדים גבוהים יותר, גם תשלומי המס לקרן צריכים לגדול. את השאלה מהו מודל ההעדפה הרצוי ניתן אפוא לנסח כשאלה של נושא העלות היעיל: האם נושא העלות היעיל הוא קבוצת הנושים של החייב או שמא קבוצת משלמי המיסים?⁶⁶ התשובה לשאלה זו תלויה בסוג התביעה של העובדים.

ככל שמדובר בתביעות שכר של עובדים במהלך תקופת ההקפאה, נכון לדעתנו שהמימון ייעשה מתוך מסת הנכסים של החייב, על-חשבון הנושים האחרים. עבודת העובדים במהלך תקופת ההקפאה מאפשרת את המשך קיומו של החייב כעסק חי, והמשך קיומו של החייב עשוי להגדיל את שווי, וכתוצאה מכך להגדיל את התשלום שקבוצת הנושים כולה תקבל מהחייב בהליך חדלות-הפירעון. מכיוון שקבוצת הנושים כולה נהנית מפירות עבודתם של העובדים, היא גם זו שצריכה לממנה. אין סיבה שהנושים ייהנו מהמשך הפעלת החייב אך גורם אחר יישא בעלותה של הפעלה זו.⁶⁷ הטלת עלות השכר על מסת הנכסים של החייב מאפשרת גם בחירה נכונה יותר בין הליך פירוק לבין הליך שיקום. היא גורמת לכך שהנושים יפנימו את עלות השיקום, ושהם יבחרו באפשרות של הקפאת הליכים רק כאשר יגיעו למסקנה כי התועלת שתושג מהמשך קיומו של החייב כעסק חי תהא גבוהה מעלויות הפעלתה של החברה.⁶⁸ המצב שונה ככל שמדובר בתביעות-העבר של העובדים. כאן הפתרון הנכון, לדעתנו, הוא תשלום חובות-העבר של העובדים באמצעות קרן חיצונית, ומתן זכות שיכור לקרן

הנושים האחרים יקבל רק שלישי מחובו, שכן לנושים האחרים יישארו נכסים של 50 לתשלום בגין תביעות בסך 150.

66 ראו: Richard A. Posner & Andrew M. Rosenfield, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. LEGAL STUD. 83, 90 (1977). בהקשר של אירוע חדלות-פירעון של יחיד ראו: Thomas H. Jackson, *The Fresh-Start Policy in Bankruptcy Law*, 98 HARV. L. REV. 1393, 1399–1401 (1985).

67 מצב שבו גורם אחד נהנה מתועלתה של החלטה או פעולה אך גורם אחר נושא בעלותה (כולה או חלקה) הוא מצב של החצנה (externality). הספרות הכלכלית מלמדת כי במצב של החצנות מתקבלות החלטות ונעשות פעולות שאינן יעילות. ראו: Carl J. Dahlman, *The Problem of Externality*, 22 J. LAW & ECON. 141 (1979).

68 השווו אירית חביב-סגל "זכויות בעלי שעבודים בשיקום חברות" **עיוני משפט** טז 263 (1991). חביב-סגל דנה במאמר זה בזכויותיו של הנושה המובטח אל מול מממן חדש בהליך הקפאת הליכים. היא מציעה כי הנושים המובטחים ייהנו מעדיפות מוחלטת על המממן החדש עד לשווי המכירה הכפויה של הנכס המובטח, ואילו המממן החדש יקבל את כספו רק אם שווי הנכס המובטח גבוה יותר. הצעתה זו מבוססת, בין היתר, על ההנחה שחלוקה זו של הנכסים תתמוך מימון הקפאות הליכים יעילות בלבד, כלומר, הקפאות שיניבו ערך מוסף שיצדיק את שיקום החברה. בענייננו, הטלת עלות השכר של העובדים על מסת הנכסים של החייב תביא לידי כך שהנושים יבחרו בהליך הקפאת הליכים רק אם המשך עבודתם של העובדים יגדיל את שווי החייב.

כלפי החייב.⁶⁹ פתרון זה מאזן בצורה נכונה את האינטרסים השונים, והוא מוצדק יותר מבחינה חברתית. טענתנו זו מבוססת על שלושה אדנים שונים.

סיבה ראשונה להעדיף את התשלום מקרן חיצונית היא שמתן דין קדימה לא יעניק בהכרח לעובדים את התשלום המגיע להם. דין הקדימה אומנם מאפשר לעובדים לקבל את תביעותיהם לפני הנושים הבלתי-מובטחים, אך עדיפות זו אינה מבטיחה שהעובדים יקבלו את מלוא תביעותיהם. ייתכן בהחלט שלמעביד אין כמעט נכסים בבעלותו או שמרבית נכסיו משועבדים בשעבוד ספציפי, ובמצבים כאלה לא יזכו העובדים לקבל את שכרם או את פיצויי הפיטורים. תשלום מקרן חיצונית, לעומת זאת, מבטיח את התשלום. הקרן החיצונית אינה קשורה למסת הנכסים של החייב, ואינה חדלת-פירעון, ולפיכך היא תשלם בהכרח לעובדים את תביעותיהם (כפוף לתשלום המרבי המוגדר בחוק), גם אם למעביד אין נכסים כלל. ככל שאנחנו סבורים, מן הטעמים שצוינו לעיל, כי לעובדים מגיע תשלום על תביעות-העבר, רצוי לעשות זאת, אפוא, באמצעות קרן שהינה חיצונית להליך.

נימוק שני להעדפתו של מודל הקרן החיצונית נוגע באופן פיזור של העלות. כפי שציינו לעיל, מתן עדיפות לעובדים מתוך מסת נכסים מטיל את עלות העדיפות על קבוצת הנושים הבלתי-מובטחים. דא עקא, קבוצת הנושים הבלתי-מובטחים של החייב היא קבוצה קטנה יחסית, שהרכבה הוא מקרי ואשר חלקה עלול להיות נושים חלשים. מתן עדיפות גבוהה לחובות-העבר של העובדים יוביל לתשלום נמוך יחסית לנושים אלה – דבר שאינו מוצדק בהכרח מבחינה חברתית. אומנם לעובדים מגיעה עדיפות כלשהי, אך ספק אם רצוי להטיל את עלותה של אותה עדיפות דווקא על נושים אחרים, שאינם בהכרח חזקים (כגון ספקים, לקוחות או בעלי אג"ח פרטיים). תשלום חובות-העבר של העובדים על-ידי קרן חיצונית, לעומת זאת, מפזר את עלות ההעדפה בצורה רחבה. כעת העלות תוטל על כלל ציבור משלמי המיסים, כך שתוספת המס שייאלץ כל משלם מיסים לשלם בשל מתן העדיפות לעובדים היא קטנה יחסית. כמו-כן, את המס ניתן לגבות בצורה פרוגרסיבית:⁷⁰ בעלי הכנסה גבוהה ישלמו מס גבוה יותר מבעלי הכנסה נמוכה, כך שעלות ההעדפה תתחלק בצורה צודקת יותר.

אולם, יקשה הטוען, מדוע שהעלות לא תוטל רק על הנושים החזקים? הרי פעמים רבות בין הנושים הבלתי-מובטחים של החייב נמצאים גם בנקים, קרנות פנסיה, קופות גמל וכולי.⁷¹ נושים אלה הם נושים גדולים ורווחיים, ולכן יוכלו לספוג את העלות של

69 זו גם עמדתם של ציפורה כהן ודוד האן. ראו כהן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 624; האן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 650–656.

70 עומר קמחי "דיני חדלות-פירעון – מגישה חברתית לגישה כלכלית" **עיוני משפט** לו 417, 431–432 (2013).

71 יצוין כי נושים חזקים הם לעיתים קרובות נושים מובטחים. כאשר מדובר בנושים מובטחים בשעבוד ספציפי, העדיפות הניתנת לעובדים בדין קדימה לא תשפיע עליהם, משום שממילא הנושים המובטחים קודמים לנושים בדין קדימה בקבלת מסת הנכסים. עם זאת, לא תמיד הנושים החזקים הם במעמד של נושה מובטח. לעיתים, כמו במקרה IDB, למשל, חלק ניכר מהלוואות הבנקים

התשלום המועדף לעובדים. מוצדק להטיל את העלות של העדפת העובדים על נושים אלה, משום שכך תיחסך הטלת המס על הציבור הרחב. אולם טענה זו, לדעתנו, אף-על-פי שהיא שובת-לב, בטעות יסודה. יש להניח כי אותם נושים חזקים יתמחרו את העדיפות הניתנת לעובדים. כאשר העובדים מקבלים תשלום בדין קדימה, הנושים הבלתי-מובטחים (ובכלל זה הבנקים ושאר הנושים החזקים) מקבלים את כספם רק אחרי העובדים, ולכן גובה ההחזר שהם יקבלו על ההלוואה (ה-recovery rate) קטן. מכיוון שהבנקים מקבלים פחות בחדלות-פירעון, הם יפצו את עצמם באמצעות ריבית גבוהה יותר. הריבית משקפת את הסיכון שבמתן ההלוואה, ומכיוון שהסיכון גדל, הריבית תעלה בהתאם. אלא שהעלאת מחיר האשראי במשק מאיטה את הפעילות המשקית. הריבית הגבוהה מחייבת עסקים להוציא הוצאות מימון מיותרות, ומצמצמת את התמריץ העסקי להשקיע כספים בפרויקטים יצרניים (גם כאשר מדובר בפרויקטים רווחיים).⁷² פחות עסקים מתפתחים וצומחים, ויותר עסקים עלולים להיקלע לקושי. יתר על כן, סביר שהבנקים לא יעלו את גובה הריבית לכל העסקים במשק, אלא בעיקר לאותם עסקים שקיים סיכוי גבוה שייכנסו לחדלות-פירעון ולא יוכלו להחזיר את ההלוואות. כלומר, הריבית תעלה דווקא לאותם עסקים שזקוקים לאשראי נוסף כאוויר לנשימה: עסקים קטנים ובינוניים, עסקים במשבר, עסקים חדשים וכיוצא בהם. העלאת ריבית כזו בוודאי אינה יעילה, ותגבה מהמשק מחיר גבוה. עסקים יתקשו להתפתח, מספר העובדים שיועסקו יפחת, הצמיחה תקטן, ועימה יקטנו גם תקבולי המיסים.

ומדוע נכון שהציבור בכללותו ישלם את העלות של העדפת העובדים? כאן אנו מגיעים לנימוק השלישי לעמדה שלפיה יש לשלם לעובדים מקרן חיצונית, והוא נוגע ברציונל להעדפת העובדים. כפי שהובהר לעיל, מקור העדפת העובדים הוא סוציאלי בעיקרו – העובדים תלויים במעביד לקבלת המשכורת המקיימת אותם, הם מתקשים לתמחר את מצבו הכלכלי (mal-adjusting creditors), ואנו כחברה מעוניינים לסייע להם בעת משבר. אולם אם הנימוק להעדפה הוא סוציאלי – כלומר, הציבור בכללותו (ה-society) מעוניין בהעדפת קבוצת העובדים – אזי הציבור הוא שצריך לשלם על העדפה זו (במסגרת תשלומי המס). אין סיבה שנושי החייב ישלמו בעבור עקרונות חברתיים שלא הם בחרו ואשר אין הם נהנים מהם יותר מכל תושב אחר.⁷³

ודוק, טענתנו אינה מתייחסת לגובה ההעדפה שהעובדים צריכים לקבל מהקרן החיצונית. דבר זה צריך להיות תלוי, לדעתנו, בהשקפת-העולם הכלכלית של מרבית הציבור. ייתכן שבמדינה מסוימת תתקבל הכרעה דמוקרטית לשלם לעובדים את מלוא תביעותיהם מהמעביד, בעוד שבמדינה אחרת יוגבלו התשלומים לשכר הממוצע, ואילו באחרת – לשכר-המינימום. טענתנו מצומצמת יותר, ונוגעת רק בכלי המשפטי המשמש

ומההלוואות של הנושים המוסדיים הן הלוואות בלתי-מובטחות. במקרה כזה, כאשר העובדים יהיו נושים בדין קדימה, הם יקבלו את מלוא חובם לפני שיפגעו אותם נושים חזקים.

72 Alan Schwartz, *A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy*, 101 YALE L.J. 1807, 72 (1998) 1812–1814.

73 השו"קמחי, לעיל ה"ש 70.

למתן ההעדפה. אנו טוענים כי אם הציבור מעוניין במתן העדפה לעובדים, הדרך לתיתה היא באמצעות תשלומים מקרן חיצונית (בישראל – הביטוח הלאומי), ולא באמצעות מתן דין קדימה לעובדים ממסת הנכסים. מתן דין קדימה לעובדים יוצר מסך מסוים של הסוואה. המחוקקים במדינות שונות (דוגמת ישראל וארצות-הברית) מעלים את גובה דין הקדימה (כלומר, את גובה העדיפות לעובדים), משום שלכאורה אין להעלות עדיפות זו כל עלות. העובדים נהנים מתשלומים גבוהים יותר בחדלות-פירעון של המעביד, והציבור אינו משלם מס גבוה יותר. אולם, כפי שהבהרנו לעיל, טענה זו אינה נכונה. גם כאשר הבנקים וקרנות הפנסיה נושאים בנטל ההעדפה, הציבור משלם מחיר, ואף מחיר יקר, בדמות האטת הפעילות הכלכלית של המשק (בשל העובדה שהריבית מתייקרת).⁷⁴ אלא שמחיר זה אינו שקוף. הוא מועבר בצורה עקיפה ונסתרת מן העין, דרך גובה הריבית, ולא בצורה ישירה, דרך גובה המיסים שהתושבים משלמים. כאשר העדיפות ניתנת באמצעות קרן חיצונית, לעומת זאת, הקשר בין העדיפות לבין תשלומי המס ברור. ככל שהציבור, כפי שהוא מיוצג בפרלמנט, סבור כי יש להעדיף את העובדים, הוא ישלם על כך באופן ישיר. אנו סבורים כי הטלת העלות על הציבור בצורה ישירה היא מהלך נכון ויעיל יותר. באופן זה ישקף גובה העדיפות בצורה מדויקת את העדפות הציבור, ולא הלכירוח פופוליסטיים של המחוקק.

מוצדק אפוא שהקרן תשלם לעובדים את תביעותיהם, אך במקביל יש להעניק לה את הזכות לתבוע מהחייב את ששילמה לעובדים (זכות שיבוב).⁷⁵ ללא זכות השיבוב ימצאו החייב ונושיו מתעשרים על-חשבון הציבור: חובות העובדים ישולמו על-ידי הקרן במקום על-ידי החייב, וכך כל נושה יקבל תשלום גבוה יותר מזה שהוא היה אמור לקבל מלכתחילה (במצב שבו העובדים תובעים את חובם מהחייב ככל נושה אחר). לכך אין כל הצדקה. הנושים האחרים, שחלקם אף תמחרו את הסיכון לחדלות-פירעון, אינם אמורים להתעשר בשל הבחירה לחזק את קבוצת העובדים המוחלשת. הם אמורים לקבל את חלקם היחסי מתוך מסת הנכסים של החייב, כאשר החוב לעובדים נחשב ככל חוב רגיל אחר. בהתאם, תביעת השיבוב של הקרן כלפי החייב צריכה להיות מסווגת כתביעת חוב רגילה.⁷⁶ סיווג אחר של תביעה זו, למשל כתביעה בדין קדימה, יוביל לתשלום לקרן לפני הנושים הרגילים האחרים, וכך יטיל על הנושים את עלות העדפה – דבר שרצינו למנוע. לעומת זאת, סיווג תביעת השיבוב כתביעה רגילה יחלק את העלויות בצורה

74 ראו Schwartz, לעיל ה"ש 72.

75 להסבר על זכות השיבוב ראו לעיל ה"ש 7. יצוין כי אף שבישראל הביטוח הלאומי הוא שמשמש הקרן החיצונית (בסיטואציות של פירוק), אין הדבר מחויב-המציאות. הקרן החיצונית יכולה להיות כל קרן ציבורית אחרת שתשלם את חובות העובדים ממיסים שישולמו על-ידי הציבור, ובפרט על-ידי הציבור המעבידים.

76 על-פי הדין הישראלי (ס' 182 לחוק הביטוח הלאומי), זכות השיבוב של הביטוח הלאומי בגין הגמלה המשולמת בהליך פירוק מקנה לה מעמד של נושה בדין קדימה. זוהי טעות, לדעתנו. מתן זכות קדימה לקרן יגרום לכך שעלות ההעדפה תיפול על הנושים האחרים (כאילו נתנו זכות קדימה לעובדים עצמם), וזה בדיוק מה שביקשנו למנוע. ראו גם כהן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 624; האן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 655–656.

נכונה. העובדים יקבלו תשלום מלא על תביעותיהם דרך הקרן,⁷⁷ ואילו הקרן תקבל תשלום כנושה רגיל בלבד. ההפרש בין הסכומים אומנם יוצא מכיסה של הקרן, אך זוהי תוצאה רצויה: מוצדק שמשלם המיסים הוא שיישא בעלות של העדפת העובדים, ולא קבוצת הנושים.

פתרון זה גם מצמצם תמריצים מעוותים שיש לצדדים השונים בהשוואה למצב שבו ניתנת לעובדים (או למי שנכנס לנעליהם) זכות קדימה או למצב שבו נשללת מהקרן זכות השיבוב. מחד גיסא, על-פי הדין המוצע, הנושים והחייב אינם נפגעים מההגנה הניתנת לעובדים. התשלום העודף לעובדים אינו ניטל ממסת הנכסים, ולכן העדיפות שהעובדים מקבלים אינה נעשית על-חשבון שאר הנושים או החייב. מאידך גיסא, החייב והנושים אינם מרוויחים מהפתרון המוצע. זכות השיבוב מאפשרת לקרן החיצונית לתבוע את החייב כנושה רגיל, כך שמצבת החובות של החייב אינה קטנה בשל מתן ההגנה. צמצום התמריצים המעוותים מאפשר שימוש יעיל יותר בהליכי חדלות-הפירעון, ומקטין את עלויות המשפט. לנושים אין אינטרס להתנגד לפתיחתם של הליכי חדלות-הפירעון או לחלופין ליזום פתיחה של הליכים אלה רק בשל מעמדן של תביעות-העבר של העובדים.

4. פסיקת בית-המשפט העליון בפרשת קלאבמרקט

אחר הדברים האלה נבקש לסגור את המעגל ולבחון את פסיקתו של בית-המשפט העליון בפרשת קלאבמרקט. בעניין זה קבע בית-המשפט, בניגוד לעמדה שהוצגה על-ידינו, כי עובדים בחברה הנמצאת בהליך הקפאת הליכים אינם זכאים לגמלה מהביטוח הלאומי. בית-המשפט סירב לתת פרשנות מרחיבה לסעיף 182 לחוק הביטוח הלאומי, ופסק כי בהליך הקפאה על העובדים להסתפק בדין הקדימה שניתן להם על-פי פקודת החברות. בית-המשפט מנמק הלכה זו בשורה של נימוקים, ובתת-פרק זה נבקש להתייחס אליהם.

הנימוק הראשון שבית-המשפט מבסס עליו את הכרעתו הוא החשש שהגמלה לא תיטיב עם עובדי החברה, אלא עם יתר נושיה. בית-המשפט מציין כי בניגוד להליך פירוק, שבו חלוקת הנכסים נעשית באופן ברור בהתאם לסדר עדיפות הנשייה, כאשר מדובר בהסדר חוב לנושים, קיימת אפשרות להשפיע בצורה ניכרת על האופן שבו יחולקו הכספים. כך, הנושים יכולים "ליצור" חוב שכר עבודה ופיצויי פיטורים יש מאין, ולגלגל חוב זה על כתפי הביטוח הלאומי. בית-המשפט מבסס חשש זה על מקרה קלאבמרקט עצמו. במקרה זה נעשתה הפנייה לביטוח הלאומי רק לאחר שקבוצת נושים מסוימת התנגדה להסדר משום שחששה כי התמורה שתקבל במסגרתו לא תהא מספקת. כדי לפתור את הסבך פנו הנאמנים למוסד לביטוח לאומי, במטרה שיתרום גם הוא את חלקו. אילו שילם הביטוח הלאומי את חלקו, היו גם נושים נוספים (מלבד העובדים)

77 המדינה גם יכולה להגביל את גובה התשלום שהיא משלמת לעובדים במסגרת ההליך – למשל, לשכר הממוצע במשק. כך לא יימצא שעובדים שמשכורתם ברגיל היא גבוהה במיוחד נהנים בחדלות-הפירעון על-חשבון הציבור.

מרוויחים, ובית-המשפט סבור כי אין זה מוצדק. תכלית הגמלה היא לסייע לעובדים, ולא להגדיל את חלקם של נושים אחרים בעונה.⁷⁸ נימוק זה של בית-המשפט, עם כל הכבוד, אינו נראה לנו הצדקה מספקת לשלילת הגמלה. את החששות שבית-המשפט מביע בהקשר זה ניתן להפריד לשניים: חשש אחד הוא שהנושים ייצרו חוב שכר עבודה ופיצויי פיטורים שאינו קיים באמת; וחשש אחר הוא שהנושים האחרים הם שייחגו מהגמלה, ולא העובדים. החשש הראשון נראה לנו מוצדק, אך הוא אינו מהווה עילה לשלילת הגמלה. ייתכן אומנם שתשלום זכויות העובדים על-ידי הביטוח הלאומי יוליד ניסיון לנפח את התביעות, אך לביטוח הלאומי יש – או למצער אמורים להיות לו – מנגנונים לבדיקת נכונותן של התביעות. כשם שתביעות לנזקי גוף נבדקות על-ידי המוסד לביטוח לאומי, גם כאן המוסד צריך לוודא שהעובדים והחברה לא סילפו נתונים, ולהטיל עליהם סנקציות חמורות אם מתברר כי הם עשו זאת. מדיניות כזו תצמצם את התמריצים לניפוח התביעות, ותוביל למצב שבו הביטוח הלאומי ישלם רק תביעות עובדים מוצדקות. החשש השני שבית-המשפט מעלה בהקשר זה אינו נראה לנו בעייתי כלל, וזאת בהנחה שהביטוח הלאומי מקבל זכות שיכוב כלפי החברה. על-פי הדין הקיים (בפירוק), הביטוח הלאומי נכנס לנעלי העובדים. את מה שהעובדים קיבלו ממנו כגמלה הוא רשאי לתבוע מהחייב בדין קדימה. כיצד אפוא יכולים הנושים האחרים להרוויח אם את מה שהיו העובדים אמורים לקבל ממסת הנכסים מקבל כעת הביטוח הלאומי? מסת הנכסים אינה יוצאת לא ברווח ולא בהפסד. יצוין כי לפי הדין המוצע על-ידינו, הביטוח הלאומי יהיה זכאי לתבוע את מסת הנכסים רק כנושה רגיל, ולא כנושה בדין קדימה. במקרה זה הנושים האחרים אומנם מרוויחים (בהשוואה למצב שבו העובדים תובעים את החברה בדין קדימה), אולם רווח זה, כפי שצינינו, הוא מוצדק לדעתנו. הנושים האחרים אינם צריכים לשאת בעלות של העדפת העובדים, משום שהעדפת העובדים נעשית משיקולים ציבוריים, ולא בהכרח לטובת הנושים.⁷⁹

נימוק שני שבית-המשפט מסתמך עליו הוא העובדה שבהליך הקפאת הליכים, בניגוד להליך פירוק, רוב העובדים שומרים על מקום עבודתם. מכיוון שהעובדים אינם מפוטרם, קובע בית-המשפט, מוצדק פחות לשלם להם גמלה בגין חובות-העבר. העובד ממילא נהנה מתשלום שכר, ולכן אין צורך שהקופה הציבורית תישא בנטל עלותם של חובות-העבר כלפיו.⁸⁰

78 פרשת קלאבמרקט, לעיל ה"ש 6, פס' 30–32 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.

79 ראו חלק א3(ב) לעיל. מקרה קלאבמרקט רק ממחיש נקודה זו. במקרה זה שקלה אחת מקבוצות הנושים לסרב להסדר החוב, משום שסברה כי בפירוק היא עשויה לקבל החזר גבוה יותר. סירוב הקבוצה היה עלול לגרום את קלאבמרקט לפירוק, ולגרום נזקים ציבוריים קשים: אלפי עובדים היו מפורטים, והמדינה הייתה נאלצת לשלם דמי אבטלה ולאבד הכנסות ממיסים. אם הנזקים הציבוריים מפירוק הם כה קשים, מדוע לא תכניס המדינה את היד לכיס ותשלם לעובדים את הגמלה שממילא היא אמורה לשלם להם בפירוק? מדוע לדרוש מהנושים לספוג את העלות של העדפת העובדים כאשר לא הם אלה שריווחו מהמשך העסקתם?

80 פרשת קלאבמרקט, לעיל ה"ש 6, פס' 33–36 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.

אולם גם הצדקה זו להלכה שקבע בית-המשפט נראית לנו מוקשית. ראשית, לא ברור לנו מדוע הצורך בתשלום מהיר של חובות-העבר לעובד מקרן חיצונית פוחת כאשר העובד ממשיך לקבל שכר. ההצדקות שפירטנו לעיל באשר למתן עדיפות לעובדים חלות, לדעתנו, בין אם העובד ממשיך לעבוד בחברה ובין אם לאו, שכן בכל מקרה, ובניגוד לרוב הנושים, העובד מסתמך באופן כבד על קבלת השכר, ואינו מסוגל לתמחר את מצבו הכלכלי של המעביד (הוא mal-adjusting creditor).⁸¹ מכיוון שהנימוקים למתן הגמלה חלים בין אם העובד נשאר במקום עבודתו ובין אם לאו, אין לשלול את הגמלה בהקפאת הליכים. שנית, הצורך של העובד בתשלום מהיר של חובות-העבר עלול להיות משמעותי גם אם העובד ממשיך להיות מועסק. במקרים רבים משפחות שאינן מקבלות שכר במשך חודש או חודשיים נוטלות הלוואות למימון הוצאותיהן. יש להניח שהן צריכות להחזיר הלוואות אלה לנושים, ועליהן למצוא מקור כספי להחזר זה. ללא תשלום מהיר לעובדים מקרן חיצונית, מניין ימצא מקור להחזר ההלוואות? אילוץ העובדים להמתין עד לקבלת תשלום בדין קדימה בסיומו של הליך הקפאת הליכים אינו מוצדק, ועלול לפגוע בהם. שלישי, גם אם נקבל את הקביעה כי עובדים שממשיכים לקבל שכר אינם זכאים לקבל את חובות-העבר כלפיהם על-חשבון הקופה הציבורית, אין בכך כדי להצדיק את ההבחנה בין הליך הפירוק לבין הליך ההבראה. הרי קיימים עובדים לא-מעטים שמפוטרים במסגרת הליך הבראה, ויש אחרים שמצליחים למצוא עבודה מייד אחרי פיטוריהם בהליך פירוק. מדוע אפוא יש להעדיף עובד שמפוטר בפירוק על עובד שמפוטר בהקפאה? האם נכון לשלם גמלה לעובד הייטק שפוטר במסגרת פירוק ומצא חיש קל עבודה בחברה אחרת, אך לשלול את הגמלה מעובד ייצור במפעל באזור עדיפות לאומית שפוטר במסגרת הקפאת הליכים? כפי שצינו, אנו סבורים כי יש לתת גמלה בהקפאת הליכים (כמו בהליך פירוק) בין אם העובדים מועסקים ובין אם לאו, אך גם אם עמדנו לא תתקבל, ההבחנה בין ההליכים השונים נראית לנו לא-רלוונטית. ההבחנה צריכה להיות בין עובד שמועסק (מקבל משכורת שוטפת) לבין עובד שאינו מועסק, בלי קשר להליך שבמסגרתו נעשו הפיטורים.

נימוק שלישי שבית-המשפט מציין הוא החשש כי הזכאות לגמלה תנוצל לרעה על-ידי מנהלים ובעלי שליטה. החשש בהקשר זה הוא שמנהלים ובעלי שליטה יבקשו להימנע מתשלום חובותיהם לעובדים, ובשל כך יגישו בקשה להקפאת הליכים. במסגרת הקפאת ההליכים יפנו הנאמנים את תביעות העובדים לביטוח הלאומי, וכך תתחמק החברה מתשלום החובות בעצמה (לתועלתם של בעלי מניות השליטה). בית-המשפט מציין כי התמריץ לניצול לרעה של הזכאות לגמלה משמעותי הרבה יותר בהליך שיקום מאשר בהליך פירוק, משום שבהליך פירוק המנהלים ובעלי השליטה מאבדים בהכרח את מעמדם בחברה. בהליך שיקום, לעומת זאת, מעמדם של המנהלים ובעלי השליטה אינו נפגע בהכרח, ולכן יש להם תמריץ להגיש בקשות הקפאה לא לצורך.⁸² כפי שיובהר גם בהמשך, אנו סבורים כי נימוקים מהסוג של ניצול לרעה של הליכי

81 להרחבה ראו חלק א3(א) לעיל.

82 פרשת קלאבמרקט, לעיל ה"ש 6, פס' 37-39 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.

חדלות-פירעון (bankruptcy abuse) הם נימוקים משמעותיים שהדין חייב להתחשב בהם. תמרוץ בעלי שליטה להגיש בקשות חדלות-פירעון ללא צורך הוא מסוכן, ועלול לשבש את יעילותם של הליכי חדלות-הפירעון. דא עקא, אנו חולקים על קביעתו של בית-המשפט כי מתן גמלה לעובדים בהקפאת הליכים יחריף תופעות של ניצול לרעה. להפך – אנו סבורים כי כלל שלפיו בהליך פירוק ניתנת גמלה אך בהליך הקפאת הליכים היא נשללת הוא שייצור בעיות של ניצול לרעה ויפחית את יעילותו של הליך השיקום. אחד הכללים היסודיים ביותר בחלוקת הנכסים בהליכי חדלות-פירעון הוא כלל העדיפות המוחלטת (ה-"Absolute Priority Rule").⁸³ לפי כלל זה, נושה בסדר עדיפות נמוך לא יקבל דבר בגין תביעותיו אלא אם כן נושים בסדר עדיפות גבוה יותר קיבלו את מלוא תביעותיהם. כלומר, כפי שמעוגן גם בסעיף 350ג(א)(2) לחוק החברות, כל עוד הנושים הבלתי-מובטחים – בוודאי נושים בדין קדימה – לא קיבלו את מלוא תביעתם, בעלי המניות אינם יכולים לקבל תמורה כלשהי בהסדר, ואף אינם יכולים להמשיך להחזיק במניותיהם. יישומו של כלל העדיפות המוחלטת (סעיף 350ג(א)(2) לחוק החברות) בענייננו מגלה כי אם הביטוח הלאומי זכאי לתבוע תביעת שיכוב, בין כנושה רגיל ובוודאי כנושה בדין קדימה, אזי הסכנה לניצול לרעה של הליכי חדלות-פירעון על-ידי בעלי שליטה אינה משמעותית. הרי ממה נפשך: אם שווי נכסיו של התאגיד גבוה משווי חובותיו (כלומר, הבקשה הוגשה תוך ניצול לרעה של ההליך), אזי אין שום בעיה – בעלי השליטה אומנם יוכלו להמשיך להחזיק במניותיהם, אך הביטוח הלאומי יקבל את מלוא כספו בחזרה במסגרת תביעת השיכוב, כלומר, הציבור לא ייפגע, ובעלי השליטה לא ירוויחו; לעומת זאת, אם שווי הנכסים נמוך מגובה החובות, אזי אין כאן ניצול לרעה של ההליך – תביעות העובדים אומנם ישולמו על-ידי הביטוח הלאומי, אך בעלי השליטה לא ייהנו מתשלום זה, משום שלפי סעיף 350ג(א)(2) הם לא יוכלו להמשיך להחזיק במניותיהם, שכן הביטוח הלאומי ו/או נושים אחרים לא יקבלו את תביעתם במלואה. כלל העדיפות המוחלטת מעקר אפוא את התמריצים לניצול לרעה שעלולים להיות בתשלום הגמלה על-ידי קרן חיצונית, וזאת בהנחה שהקרן החיצונית זכאית לתביעת שיכוב כלפי החברה.

אולם לא זו בלבד שמתן גמלה לעובדים בהקפאת הליכים אינו מספק תמריץ לניצול הליכי חדלות-פירעון לרעה, דווקא שלילת הגמלה עלולה לעשות זאת. כאשר הנושים (העובדים והנושים האחרים) יודעים שהגמלה תשולם לעובדים בהליך פירוק אך לא בהליך הקפאת הליכים, הם עלולים להעדיף הליך כזה או אחר בשל נימוקים הקשורים למתן הגמלה, בלי קשר ליעילותו הכלכלית של ההליך. כך, למשל, העובדים עלולים להעדיף את פירוק החייב על שיקומו רק על-מנת להשיא את הכסף שיקבלו על תביעות-העבר שלהם.⁸⁴ המדינה, לעומת זאת, עלולה להעדיף את המשך קיומו של החייב כעסק חי, גם בשעה שהמשך התפעול הוא גרעוני ועלול להסב הפסדים לנושים. תמריצים אלה

83 לחשיבותו של כלל ה-"Absolute Priority Rule" וליישומו בדין האמריקאי ראו: DOUGLAS G. BAIRD, THE ELEMENTS OF BANKRUPTCY 58–77 (5th ed. 2010).

84 שם; אלשיך ואורבך, לעיל ה"ש 12, בעמ' 472.

עלולים להוליד סכסוכים מיותרים בין הצדדים, ולהוביל להפחתת שווי החייב גם לעובדים וגם לנושים האחרים.

יתר על כן, העובדה שגמלת הביטוח הלאומי משולמת רק במקרה של פירוק היא בעייתית במיוחד בשל סעיף 350ג לחוק החברות (שנחקק במסגרת תיקון מס' 19 לחוק). לפי סעיף 350ג(ג), בית-המשפט לא יאשר פשרה או הסדר שמטרתם הבראת החברה אם התמורה שהוצעה לנושה כלשהו שלא הסכים להסדר נמוכה בערכה מהסכום שאותו נושה היה מקבל בפירוק החברה.⁸⁵ מכיוון שבהליך הקפאת הליכים העובדים אינם מקבלים את גמלת הביטוח הלאומי בעוד בפירוק הם צפויים לקבלה, התמורה שהם צפויים לקבל במסגרת הסדר חוב (בגין חובות-העבר כלפיהם) עלולה להיות קטנה מהתמורה שיקבלו בפירוק. בעוד בפירוק הם יקבלו מהביטוח הלאומי את מלוא תביעתם (עד לסכום המרבי הקבוע בסעיף 182 לחוק הביטוח הלאומי), בהקפאת הליכים הם יקבלו רק דין קדימה (וגם זאת עד לסכום מרבי נמוך יחסית). ייתכן בהחלט שרוב העובדים יעדיפו בכל-זאת לוותר על גמלת הביטוח הלאומי הניתנת בפירוק, על-מנת לשמור את מקום עבודתם במסגרת הסדר אפשרי בהקפאת הליכים, אך גם אם יהיה ולו עובד אחד שיתנגד להסדר, יהיה בית-המשפט חייב, על-פי סעיף 350ג(ג), לפסול את ההסדר המוצע. זאת, משום שעל-פי סעיף 350ג(ג), אם הצליח הנושה המתנגד להוכיח כי בפירוק יקבל יותר מאשר בהסדר המוצע, על בית-המשפט להימנע מלאשר את ההסדר, גם אם הרוב באספת הסוג (בענייננו – העובדים) הצביע בעדו. זהו פתח לסחטנות, אשר עלול להוביל לפירוקים מיותרים או להסדרים שאינם יעילים. דווקא עובדים חזקים, שיודעים כי יוכלו למצוא עבודה חלופית בקלות יחסית, יוכלו למנוע הסדרי חוב, ובכך להביא את החברה לידי פירוק ולפגוע בעובדים אחרים חלשים יותר. נראה אפוא כי הנימוק של "פורום שופינג" וניצול לרעה של הליכי חדלות-הפירעון פועל הפוך מהכיוון שאליו התייחס בית-המשפט הנכבד, וכי דווקא בשל נימוק זה ראוי לקבוע כלל שלפיו הביטוח הלאומי ישלם את הגמלה גם בפירוק וגם בהקפאת הליכים. וכך אנו מגיעים אל הנימוק האחרון של בית-המשפט, והוא שאין זה ראוי לערוך שינוי משמעותי כל-כך בדיני חדלות-הפירעון במסגרת חקיקה שיפוטית. לחיוב הביטוח הלאומי בתשלום גמלה, מציין בית-המשפט, יש השלכות תקציביות מרחיקות-לכת, וראוי לתת למחוקק להחליט בנושא. עניין זה מקבל משנה תוקף לנוכח העובדה שגם נושא השתתפותו של הביטוח הלאומי באספות הנושים אינו מוסדר נכון להיום בחקיקה. השתתפות זו עלולה לעורר קשיים (בין היתר של לוחות-זמנים), ובית-המשפט סבור כי ראוי שהמחוקק הוא שיכריע בקשיים אלה, ולא הוא.⁸⁶

85 ס' 350ג(ג) לחוק החברות קובע כי "בית המשפט לא יאשר פשרה או הסדר שמטרתם הבראת החברה אם שוכנע כי תמורה שהוצעה לנושה שלא הסכים לפשרה או להסדר נמוכה בערכה מהסכום שאותו נושה היה מקבל בפירוק החברה, גם אם אסיפת הסוג שעמה נמנה הנושה הסכימה לפשרה או להסדר".

86 פרשת קלאבמורקט, לעיל ה"ש 6, פס' 40–44 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס. יצוין כי בית-המשפט התייחס לחמישה נימוקים, אך אנו חיברנו את הנימוק הרביעי והחמישי לנימוק אחד.

אף שלדעתנו גם נימוק זה אינו נקי מספקות, המאמר הנוכחי אינו המקום לדון באופי הפרשנות של חקיקת דיני חדלות־פירעון. זוהי סוגיה סבוכה, שמערכת שאלות של אקטיביזם שיפוטי שאינן רלוונטיות לנושא המאמר. עם זאת, ככל שהנימוקים שפרשנו עד כה משכנעים, מן הראוי שהמחוקק יאמר את דברו. המצב הקיים, שבו עובדים בהקפאת הליכים אינם מקבלים גמלה מהביטוח הלאומי בעוד עובדים בהליכי פירוק מקבלים גמלה כזו, הוא מצב בלתי־רצוי. הוא פוגע בעובדים, שאינם מקבלים עדיפות נאותה על תביעות־העבר שלהם; הוא פוגע בנושים האחרים, שנאלצים לספוג את העדיפות הניתנת לעובדים בדין קדימה; והוא פוגע ביעילותו של הליך הקפאת ההליכים. גם הציבור בכללותו נפגע מהמצב הקיים, משום שבמצב זה קיים סיכוי מוגבר, בעיקר לנוכח סעיף 350ג(ג), שחברות לא יצליחו לאשר הסדר חוב ויאלצו לפנות לפירוק. ראוי לדעתנו לתקן עיוות זה.

פרק ב: הגנה על התעסוקה בהליך הקפאת הליכים

עד כה דנו בזכויות העובדים בכובעם כנושים. אולם דיון זה מהווה רק חלק מתמונת האינטרסים של העובדים. לעובדים, בניגוד לנושים רגילים, יש נוסף על אינטרס הנשייה גם אינטרס צופה פני עתיד: הם מעוניינים לשמור על מקום העבודה שלהם ותנאי העסקתם, על־מנת שיוכלו להמשיך להתפרנס ממנו גם בהמשך. בהקשר זה עלול להיווצר לעיתים קונפליקט בין צרכיו של הנאמן לבין האינטרסים של חלק מהעובדים, הנוגע בנקודת המפגש שבין דיני חדלות־הפירעון לבין דיני העבודה. נבהיר.

פעמים רבות חלק מהסיבות שהובילו את החייב למצב של חדלות־פירעון קשורות לעלויות תעסוקה גבוהות. החייב העסיק מספר גדול מדי של עובדים או שילם להם שכר גבוה ממחיר השוק, והוצאות אלה הן שהובילוהו למשבר הכלכלי שאליו נקלע.⁸⁷ לצורך שיקום החברה הנאמן צריך אפוא להקטין את הוצאות השכר. עליו לערוך שינויים (רפורמות) הקשורים לכוח העבודה – לפטר חלק מהעובדים או לשנות את תנאי עבודתם. כל עוד השינויים המבוקשים מותרים על־פי דיני העבודה, לא נוצרת בעיה. הנאמן פועל במסגרת סמכותו כמנהל החברה המעבידה, והוא זכאי לגמישות תעסוקתית כמו כל מעביד אחר. אולם ספק עולה במצב שבו הנאמן מבקש לערוך שינויים שמשפט העבודה אוסר או מגביל. האם דיני חדלות־הפירעון צריכים לאפשר לנאמן לערוך את השינויים הדרושים למרות המגבלות שבדין, על־מנת שיוכל להביא לידי שיקום החברה, או שמא הוא צריך להיות כפוף לדיני העבודה הרגילים בהליך חדלות־הפירעון, וזאת גם

87 ראו, למשל: Harry DeAngelo & Linda DeAngelo, *Union Negotiations and Corporate Policy: A Study of Labor Concessions in the Domestic Steel Industry During the 1980s*, 30 J. FIN. & ECON. 3 (1991); Joon- Kyung Kim & Chung H. Lee, *Insolvency in the Corporate Sector and Financial Crisis in Korea*, 7 J. ASIA PAC. ECON. 267 (2002).

במחיר של פירוק החברה? כך, למשל, בחלק מהמקרים, כמו במקרה קלאבמרקט המוזכר לעיל, תנאי העובדים מעוגנים בהסכמים קיבוציים. שינוי חד-צדדי של הסכם קיבוצי הוא אסור, ומהווה הפרה של דיני העבודה. אולם מה קורה כאשר החברה מגיעה לחלואת-פירעון, והנאמן סבור כי קיום תנאיו של ההסכם הקיבוצי יוביל לקריסת החברה? האם דיני חלואת-הפירעון אמורים לאפשר לו לשנות את ההסכמים באופן חד-צדדי, כדי לנסות להשאיר את החברה כעסק חי, או שמא הליך חלואת-הפירעון צריך להיות כפוף לדיני העבודה הרגילים, גם במחיר של קריסת החברה?⁸⁸

מטבע הדברים, הליך חלואת-הפירעון שבו אנו מתמקדים בחלק זה של המאמר הוא הליך הקפאת ההליכים. בהליך זה החברה ממשיכה לתפקד כעסק חי, ולכן נוצר קונפליקט בין הרצון לשקם את החברה לבין זכויות העובדים על-פי דיני העבודה. בהליך פירוק קלסי, לעומת זאת, החברה מתחסלת, ולכן ממילא מקיץ הקץ על יחסי עובד ומעביד ואין עוד צורך או משמעות בעריכת רפורמות בכוח העבודה של החייב.⁸⁹

1. הדין בישראל

על-אף חשיבותה של סוגיית ההגנה על זכויות העובדים במהלך הקפאת הליכים, הדין במדינת-ישראל אינו עוסק בה כמעט. אין מקור משפטי שמטפל בנושא בצורה ברורה ויסודית, והן המחוקק והן בית-המשפט העליון לא הציבו קווי מתאר באשר לנקודות ההשקה בין שני התחומים המשפטיים.

עד לסוף שנת 2012, שאז נכנס תיקון מס' 19 לחוק החברות לתוקפו, הוסדר הליך הקפאת ההליכים כולו בסעיף אחד – סעיף 350. סעיף זה התייחס לעניינים המרכזיים ביותר בהליך ההקפאה, ונושא העובדים לא הוזכר בו כלל.⁹⁰ תיקון מס' 19 מתייחס

88 יש הסבורים כי לעובדים יש זכות מעין-קניינית במקום העבודה (ראו מיכל הורוביץ "בחנינת מעמדה הנורמטיבי של זכות העובדים לביטחון תעסוקתי" **עבודה, חברה ומשפט** ח 127 (2001)). גישה זו מתבססת על הסתמכותו של העובד על מקום עבודתו (הקשר הנמשך שבין העובד למקום העבודה), על העיקרון של דמוקרטיה תעשייתית ועל התפיסה של זכות הקניין כזכות חברתית (ראו רות בן-ישראל "העסקת עובדים על-ידי קבלני כוח אדם והבטחת זכויות עובדים לעת חלואת פירעון של מעסיק בפועל" **הפרקליט** מז 9 (2003)). גישה זו תתמוך כמובן בהגנה גבוהה על המשך העסקת העובדים במקום עבודתם, ותאפשר שותפות של העובדים בניהול מקום העבודה. במאמר זה איננו מבקשים להביע עמדה בנוגע לגישה זו, ואיננו מסתמכים עליה בטענותינו. כפי שנראה בהמשך, טענתנו צנועה הרבה יותר. התפיסה שאנו מבקשים לקדם היא שככל שהדין הכללי מעניק לעובדים הגנות או שיתוף בניהול מקום העבודה (אם בשל תפיסות קנייניות ואם מסיבות אחרות, כגון יעילות כלכלית), הגנות אלה צריכות להתקיים גם במסגרת הליך חלואת-פירעון. השאלה אם הדין צריך להעניק הגנות כאלה מלכתחילה חורגת מתחום עיסוקו של המאמר.

89 כהן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 499.

90 ראו נוסחו של ס' 350 לפני התיקון – חוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189 – וכן את התיקונים לו: חוק החברות (תיקון מס' 3), התשס"ה-2005, ס"ח 238; חוק החברות (תיקון מס' 18), התשע"ב-2012, ס"ח 490.

בקצרה לנושא העובדים, אך גם הוא אינו נותן פתרון לסוגיה דא עסקינן. על-פי סעיף 350ג(ב), בית-המשפט רשאי להביא בחשבון שיקולים הנוגעים בעובדי החברה במסגרת החלטתו לאשר או לדחות הצעה של הסדר חוב, אולם החוק אינו מבהיר אם הנאמן רשאי לסטות מדיני העבודה כאשר הוא מפעיל את החברה במהלך ההליך או שמא דיני העבודה חלים באופן דווקני גם עליו.⁹¹

גם פסיקתם של בתי-המשפט אינה נותנת תשובה חד-משמעית בנושא. בתי-המשפט המחוזיים ובית-הדין הארצי לעבודה נטו דווקא לאפשר לנאמנים לפגוע בזכויות העובדים, אך כאשר הגיעה הסוגיה לבית-המשפט העליון, סירב האחרון להכריע בנושא בצורה ברורה. כך היה, למשל, בפרשת **ביקור חולים**.⁹² במקרה זה ניתן צו פירוק לעמותת ביקור חולים, ומונה לה מפרק מפעיל. אף שהצו לא היה צו הקפאת הליכים, אלא צו פירוק, לא הייתה מחלוקת בין הצדדים שמטרתו של הליך חדלות-הפירעון אינה חיסול העמותה, אלא הבראתה. כחלק מהליך ההבראה ביקש המפרק לפטר חלק מהעובדים או לשנות את תנאי עבודתם, וזאת בניגוד להסכם הקיבוצי שנחתם עימם. ההסתדרות הרפואית בישראל התנגדה, והעניין הגיע להכרעתו של בית-המשפט המחוזי שעסק בפירוק. בית-המשפט המחוזי אישר את צעדי ההתייעלות של המפרק המפעיל. השופט שפירא קבע כי כאשר יש סכנה שיישום דיני העבודה בפירוק יגרום לקריסתה של החברה, אי-אפשר להעמיד את המפרק במצב השולל ממנו את אפשרות ההבראה. במצב זה על המפרק לנקוט את צעדי ההתייעלות, ועל בית-המשפט המפקח לוודא כי שילת הזכויות של העובדים אכן הכרחית.⁹³ השופט שפירא חייב את המפרק להיוועץ עם נציגות העובדים ולקיים עימה משא-ומתן בתום-לב, אך קבע כי אין להחיל בזמן המשא-ומתן את ההסכמים הקיבוציים. קיום ההסכמים עלול לטרפד את הליך המשא-ומתן, או למצער את הניסיון לסיימו בהצלחה, ובכך להכשיל את הליך ההבראה כולו.⁹⁴ ערעור שהוגש לבית-המשפט העליון בסוגיה זו נדחה, אם כי בית-המשפט העליון סירב להכריע בשאלה העקרונית של סמכות המפרק המפעיל.⁹⁵

ורדה אלשיך, מן השופטות הבולטות בארץ בתחום דיני חדלות-פירעון, וגדעון אורבך מביעים בספרם עמדה דומה לזו של בית-המשפט המחוזי בפרשת **ביקור חולים**.

91 ס' 350ג(ב) לחוק החברות.

92 פש"ר (מחוזי י"ם) 839/03 **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' הכונס הרשמי בתפקידו כמפרק הזמני של עמותת ביקור חולים**, פ"מ התשס"ד(1) 211 (2005) (להלן: פרשת **ביקור חולים**).

93 שם, פס' 16 לפסק-דינו של השופט שפירא.

94 שם. ראו גם מיכל הורוביץ ואהוד נורי "שוויון כוחות במשא ומתן בין השקם לבין ארגון העובדים באספקלריה של עיקרון היעילות הכלכלית – ניתוח סעיף 1113 לפרק 11 לקוד האמריקאי" **מאזני משפט** ב' 245 (2002).

95 רע"א 5222/05 **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' הכונס הרשמי בתפקידו כמפרק קבוע של עמותת ביקור חולים הוספיטל** (פורסם בנבו, 25.8.2005). בית-המשפט העליון קובע כי ההסתדרות בחרה לא להשיג על אישור תוכנית ההבראה במסגרת ההליכים בבית-המשפט המחוזי, ולכן היא מושתקת מלטעון נגד יישום צעדים שנעשים על-פי התוכנית, גם אם צעדים אלה אינם עולים בקנה אחד עם הוראות ההסכמים הקיבוציים.

הדוקטרינה המשפטית שאלשיך ואורבך משתמשים בה היא דוקטרינת הנכס המכביד, המאפשרת לנאמן או למפרק המפעיל לבטל הסכמים הפוגעים במסת הנכסים של החייב.⁹⁶ על-פי דוקטרינה זו, אם בית-המשפט קובע כי חוזה מסוים הוא חוזה ללא רווח, המפרק יכול לבטלו (להשתחרר ממנו), כך שגם החייב וגם הצד האחר לא יחויבו לקיים את הוראות החוזה.⁹⁷ אלשיך ואורבך טוענים כי חוזה עבודה, לרבות הסכם קיבוצי, יכול להיחשב "חוזה ללא רווח". לעמדתם, "כאשר מדובר בעובדים אשר הנאמן חפץ בהמשך העסקתם, אך, לפי דעתו, הסכמי העבודה הקיימים אינם יעילים ותורמים למצבה העגום של החברה, מדובר באופן מובהק בהתחייבויות משפטיות אשר אי-כיבודן יתפוח את מצבת הנשייה של החברה. אי לכך, אין מניעה כי הסכם עבודה, לרבות הסכם קיבוצי, ייחשב ל'חוזה ללא רווח' – לנכס מכביד".⁹⁸ עמדה זו אף מתחזקת לאחר תיקון מס' 19 לחוק החברות, שכן כעת החוק מאפשר לנאמן בהקפאת הליכים לוותר על חוזה קיים של החברה גם אם לא הוכיח כי מדובר בחוזה ללא רווח. סעיף 350ח מגדיר חוזה קיים כ"חוזה שחברה בהקפאת הליכים היא צד לו, מועד כריתתו קדם למועד תחילת הליכי ההבראה וביצועו טרם הושלם בידי שני הצדדים במועד האמור...". ומבחינה לשונית, לפחות, הסכם קיבוצי יכול להיכנס לגדר הגדרה זו. משמעות הדבר היא שהנאמן יוכל לוותר על הסכם קיבוצי (לשנות את תנאי העבודה) באופן חד-צדדי, וזאת בניגוד מוחלט לדיני העבודה.

עמדתם של אלשיך ואורבך עולה בקנה אחד גם עם פסיקתו של בית-הדין לעבודה בעניין **שילוני**.⁹⁹ בעניין זה דובר בחברת ספנדקס, שנכנסה לחדלות-פירעון בפברואר 2002. בתחילתו של הליך חדלות-הפירעון מונה לחברה מפרק זמני, שניסה לשקמה ולהעבירה לפסים של רווחיות. כחלק ממאמציו אלה החליט המפרק, בניגוד להסכמי העבודה הקיימים, להפחית משכרו של מנכ"ל החברה מר שילוני. על-אף התנגדותו של מר שילוני למהלך, אישר בית-הדין הארצי לעבודה את צעדיו של המפרק הזמני, בקובעו כי אף שצו הפירוק הזמני אינו מסיים את יחסי העבודה, הנאמן יכול להתייחס לחוזה העבודה כאל נכס מכביד ולבטלו. שכרו של המערער "הכביד" את הנסיונות למכור את מפעל המשיבה כעסק חי, ולכן לא הייתה מניעה לפעול להקטנת השכר, אפילו באופן חד-צדדי, כפי שביקש המפרק.¹⁰⁰ הפרשה הגיעה לבית-המשפט העליון בשבתו כבג"ץ,

96 ס' 365 לפקודת החברות; ס' 350 לחוק החברות ("ויתור על חוזה קיים").

97 ביטול החוזה אינו תלוי בהפרה או בעילה חוזית אחרת שמקנה בדרך-כלל זכות ביטול. גם אם הצד האחר לחוזה התנהג בתום-לב וקיים את כל חיוביו בדיוק כנדרש לפי ההסכם, עדיין (אם החוזה ייכנס לגדר "נכס מכביד") יוכל המפרק להשתחרר ממנו. אם הביטול גורם נזקים לצד האחר לחוזה, רשאי הלה לתבוע נזקים אלה מהחייב באמצעות תביעת חוב למפרק/לנאמן, אולם מכיוון שהחייב הוא חדל-פירעון, הוא לא יזכה מן הסתם במלוא סכום הפיצויים החוזיים המגיעים לו. לפי ס' 365 לפקודה, תביעת הפיצויים של הצד האחר לחוזה כמוה כתביעת חוב של נושה רגיל של החייב, ולכן ישולם עליה דיווידנד בלבד.

98 אלשיך ואורבך, לעיל ה"ש 12, בעמ' 447.

99 ע"ע (ארצי) 579/07 **שילוני** – המפרק הזמני של ספנדקס ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 29.6.2009).

100 שם, פס' 24 לפסק-דינו של השופט צור.

אך גם כאן סירב בית-המשפט העליון להכריע.¹⁰¹ השופטת נאור מבהירה כי לדעתה ספק אם צדק בית-הדין כאשר החיל את דוקטרינת הנכס המכביד על הסכם העבודה בין עובד למעביד, אולם ספק זה אינו מקים עילה להתערבות בפסק-הדין של בית-הדין לעבודה.¹⁰²

אי-הבהירות באשר לתחולתם של דיני העבודה בחדלות-פירעון קיימת לא רק בנוגע ליכולתו של הנאמן לפעול בניגוד להסכם עבודה רגיל או קיבוצי, אלא אפילו בנוגע לחקיקת-המגן. כך הדבר, למשל, בנוגע לפיטורי עובדת הרה במהלכו של הליך חדלות-פירעון. הדרה בר-מור ניתחה את פסקי-הדין של בית-המשפט המחוזי בנושא, והגיעה למסקנה כי מחלק מפסקי-הדין ניתן ללמוד שדיני האפליה נסוגים מפני דיני ההבראה. לטענתה, בתי-המשפט של חדלות-פירעון פוגעים לעיתים בזכויות העובדים (במקרה זה בזכויותיהן של עובדות הרות), וזאת על-מנת להשיא את קופת הנאמן.¹⁰³ בר-מור מבססת את טענתה על פסקי-הדין גולן וקיסר, שבהם קבע בית-המשפט כי בחדלות-פירעון ניתן לפטר עובדת הרה ללא אישור הממונה על עבודת נשים, ואפילו כאשר הממונה על עבודת נשים מסרב לתת אישור כאמור.¹⁰⁴ היא מבהירה כי פסיקה זו פוגעת בסמכותו של הממונה, שאמור לשמור על זכויות הנשים, ופוגעת בנשים עצמן ברמה הפיננסית. יצוין, עם זאת, כי טענתה של בר-מור אינה נקייה מספקות. במקרים שעליהם היא מסתמכת, אף שמבחינה פורמלית דובר בהליך חדלות-פירעון מסוג הקפאת הליכים, ביקש הנאמן לפטר את כל העובדים במפעל או לפחות את כל העובדים במערך העבודה שבו עבדה העובדת הרה. בתי-המשפט מציינים כי עובדה זו מקרבת אותנו להליך פירוק קלסי, ולכן אין צורך באישור הפיטורים על-ידי הממונה על עבודת נשים.¹⁰⁵

101 בג"ץ 7609/09 שילוני נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 7.9.2010).

102 שם, פס' 13–14 לפסק-דינה של השופטת נאור.

103 הדרה בר-מור "הקפאת הליכים ופיטורי עובדת הרה – דיני הבראה ושוויון אופקי מול דיני אפליה וצדק חלוקתי" תאגידים ה(4) 3 (2008).

104 ראו פש"ר (מחוזי ת"א) 1615/03 גולן סחר נ' נאמן חברת גולן מלאכת מחשבת תעשיות (1993) בע"מ (פורסם בנבו, 23.8.2005). בפרשה זו דחה הנאמן של חברת גולן מלאכת מחשבת (1993) בע"מ תביעת חוב שהגישה עובדת בהיריון בגין פיטורים לא כדין. לטענת העובדת, פיטוריה נעשו לא כדין משום שהיא פוטרה כאשר הייתה בהיריון, מה-גם שהממונה על עבודת נשים סירב לאשר את הפיטורים משום שהבקשה הוגשה אליו לאחר שהפיטורים כבר נעשו. השופטת אלשיך אישרה את החלטת הנאמן, ודחתה את תביעת החוב של העובדת. היא קבעה כי לבית-המשפט של חדלות-פירעון יש סמכות להתערב בהחלטת הממונה על עבודת נשים, וכי הממונה היה אמור לאשר את בקשת הפיטורים רטרואקטיבית. ראו גם בש"א (מחוזי ים) 8092/07 המנהל המיוחד נ' קיסר (פורסם בנבו, 4.9.2008).

105 ראו גם פש"ר (מחוזי ת"א) 2309/04 מנהל מיוחד של חברת מיטב השדה בע"מ נ' בוחבוט, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת אלשיך (פורסם בנבו, 23.11.2006), שם מציינת השופטת אלשיך כי "סוגית פיטוריה של עובדת הרה במסגרת הליך חדלות פירעון, נידונה בעבר, בהרחבה, במסגרת החלטתי בעניין גיליאן גולן סחר נ' רוי"ח משה לאון ואח'... אותה החלטה קבעה כי המנגנון הקבוע בסעיף 9(א) לחוק עבודת נשים, נכון ויפה כאשר עסקינן בחברה סולבנטית, אולם אין אלה פני הדברים כאשר עסקינן בחברה שנקלעה להליך של חדלות פירעון בכלל, ופירוק במוכנו 'הקלאסי' בפרט. או

מן המקובץ עולה כי אף שהדין הישראלי טרם הכריע באופן סופי בסוגיית הקשר שבין דיני העבודה לבין הליך חדלות-הפירעון, המגמה המסתמנת היא קידום הליך השיקום של החברה החייבת על-חשבון זכויות העובדים. אומנם, בית-המשפט העליון והמחוקק טרם פסקו את פסוקם, אך ההלכות עד כה מאפשרות את הגמשת דיני העבודה. אנו נבקש לטעון נגד מגמה זו. לעמדתנו, צריכה להיות אחידות בין דיני העבודה החלים מחוץ להליכי חדלות-פירעון לבין דיני העבודה החלים בתוכם. שינוי הדין פוגע לא רק בעובדים, אלא גם ביצילות ההליך, ועלול בסופו של דבר להקשות את הבראתן של חברות.

כדי לבסס את הטענה, נבקש ראשית לבדוק את הדין הנוהג בשלוש מדינות אירופיות: הולנד, צרפת וגרמניה. בחירה זו אינה מקרית. בכל שלוש המדינות דיני העבודה הכלליים מעניקים לעובדים הגנות מפליגות (משמעותיות הרבה יותר מאשר בישראל), אך בשלושתן גם נעשים שינויים משמעותיים בדיני העבודה בתוך הליך חדלות-הפירעון. מעניין אפוא לבחון מה השפעתם של שינויים אלה על שיקום חברות בקשיים, ואם הם תורמים תרומה חיובית להבראת חברות. לצורך בחינת הדברים נסקור תחילה את הדין החל במדינות אלה – הן את דיני העבודה הרגילים והן את השינויים הנערכים בתוך הליכי חדלות-פירעון.

2. משפט משווה

באופן כללי ניתן לסווג את ההגנות הניתנות לעובדים מפני פיטורים במדינות האירופיות בשלוש קטגוריות: דרישה למתן סיבה מוצדקת לפיטורים, דרישה לקיום הליך פרוצדורלי לפני פיטורים (בדרך-כלל הליך מורכב יחסית) ואיסור מוחלט של פיטורים הנעשים אגב מכירת החברה ו/או נכסיה לצד ג. שלוש הקטגוריות קיימות בשלוש המדינות, אם כי במידה שונה בכל אחת מהן.

במסגרת הקטגוריה הראשונה של ההגנות מוטלת על המעביד חובה לתת סיבה מוצדקת לפיטורים. המעביד אינו יכול לפטר עובדים מכל סיבה שהיא או בלי סיבה כלל (כמו בארצות-הברית), אלא עליו להוכיח את קיומן של נסיבות מסוימות שאינן מאפשרות את המשך ההעסקה.¹⁰⁶ נסיבות אלה מתחלקות בדרך-כלל לשני סוגים: נסיבות אישיות הקשורות לעובד, ונסיבות כלכליות הקשורות למעביד. הוכחת קיומן של נסיבות מוצדקות לפיטורים אינה פשוטה כל עיקר. בצרפת המעביד צריך להוכיח כי

אז, גובר הדין הספציפי והמיוחד של חדלות הפירעון, על פני הדין החל על כל המעסיקים והעובדות כמכלול" (ההדגשה הוספה; ההדגשות במקור הוסרו).

106 ראו קוד העבודה הצרפתי – CODE DU TRAVAIL (C-TRAV.) art. 1232-1, 1233-2 (Fr.) (להלן: קוד העבודה הצרפתי); הקוד האזרחי ההולנדי – Burgerlijk Wetboek (Civil Code) (established – in 1992) (BW) art. 7:685 (1992); וכן החוק הגרמני להגנה מפני פיטורים לא-הוגנים – Kündigungsschutzgesetz Kündigungsschutzgesetz (KSchG) (Protection Against Dismissal Act), Aug. 10, 1951, (BGBl. I) (Ger.).

נסיבות אלה הינן ממשיות ורציניות ("cause réelle et sérieuse");¹⁰⁷ בגרמניה המעביד צריך להראות כי האינטרס שלו בפיטורים חזק מהאינטרס של העובד בהמשך ההעסקה;¹⁰⁸ ובהולנד המעביד צריך לבקש אישור מהרגולטור או מבית-המשפט כתנאי מוקדם לפיטורים, ולהוכיח את קיומה של סיבה מוצדקת לפיטורים כתנאי למתן האישור.¹⁰⁹

נוסף על ההצדקה המהותית של הפיטורים, הליך הפיטורים בשלוש המדינות הוא הליך פרוצדורלי מורכב. ראשית, שלוש המדינות דורשות הודעה מוקדמת לפיטורים. בהולנד ובגרמניה משך ההודעה המוקדמת הוא משמעותי מאוד, ויכול להגיע עד ל-4 חודשים בהולנד ועד ל-8 חודשים בגרמניה.¹¹⁰ שנית, במיוחד כאשר מדובר בפיטורים של עובדים רבים יחסית ("פיטורים קיבוציים"), הליך הפיטורים חייב לכלול משא-ומתן או לפחות התייעצות עם ארגוני העובדים. החוק במדינות השונות קובע מספר מסוים של גגישות שצריכות להתקיים מול העובדים,¹¹¹ ובגרמניה אף נקבע הליך מעין-גישורי שבאמצעותו הצדדים צריכים להגיע להסכמות ("reconciliation of interests").¹¹² שלישית, כאשר מדובר בפיטורים קיבוציים, החוק בגרמניה ובצרפת דורש שהמעביד יסכים מול ארגוני העובדים על תוכנית חברתית (בצרפת: "plan de sauvegarde de l'emploi").¹¹³ במסגרת תוכנית זו על המעביד להראות כי ניסה לשמור על תעסוקתם של עובדים רבים ככל האפשר, וכי נקט צעדים על-מנת למצוא לעובדים שפוטרו עבודה חלופית. כמו-כן, התוכנית מפרטת את הפיצויים שישולמו לעובדים שפוטרו או לעובדים ששונו תנאי עבודתם. עמידה בכל התנאים הפרוצדורליים הללו היא תנאי לפיטורים תקינים, ואם המעביד לא עמד בהם, העובד זכאי לפיצויים או אפילו לקבלת משרתו בחזרה.

107 M. DESPAX & J. ROJOT, INTERNATIONAL : להרחבה על טיב ההוכחה הנדרשת ראו: ENCYCLOPEDIA FOR LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS 160–163 (R. Blanpain .ed., 1977)

108 Thomas C. Kohler & Michael Kittner, *Conditioning Expectations: The Protection of the Employment Bond in German and American Law*, 21 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 263, 304–308 (2000).

109 Jacobs, לעיל ה"ש 47, בעמ' 101–105.

110 שם, בעמ' 108.

111 שם, בעמ' 111–112; DESPAX & ROJOT, לעיל ה"ש 107, בעמ' 171–174.

112 EBERHARD BRAUN, COMMENTARY ON THE GERMAN : לתיאור ההליך בגרמניה ראו: INSOLVENCY CODE 253–255 (2006); Heiner Heseler & Ulrich Muckenberger, *The Management of Redundancies in Europe: The Case of Germany*, 13 LABOUR 183, 212–218 (1999).

113 באשר לצרפת ראו קוד העבודה הצרפתי, לעיל ה"ש 106, ס' 61–1233; DESPAX & ROJOT, לעיל ה"ש 107, בעמ' 173. באשר לגרמניה ראו Heseler & Muckenberger, לעיל ה"ש 112, בעמ' 220–222. בהולנד אין דרישה סטטוטורית לתוכנית חברתית לעובדים המפוטרים, אולם דרישה כזו מופיעה ברוב ההסכמים הקיבוציים. ראו: Jacobs, לעיל ה"ש 47, בעמ' 112–114.

קטגוריה שלישית של הגנה על העובדים נוגעת במצב שבו המפעל נמכר לצד שלישי ("transfer of business").¹¹⁴ בשלוש המדינות שנבחנו מכירה של עסק, כולו או חלקו, לצד שלישי אינה יכולה להיות עילה לפיטורים של עובדים, והרוכש חייב לכבד את כל התנאים המופיעים בהסכמי ההעסקה שנחתמו עם העובדים לפני הרכישה. פיטורים שנעשו כתוצאה מרכישת עסק הם בטלים, והעובדים זכאים לחזור לעבודתם. כמו-כן, בשלוש המדינות הרוכש חייב לשלם את כל תביעות העובדים כלפי המעביד הקודם.¹¹⁵ אולם על-אף החשיבות שהולנד, צרפת וגרמניה מקנות להגנת התעסוקה של עובדים בשגרה, המצב בהן משתנה כאשר חברה נכנסת לחדלות-פירעון. בחינת הדינים של שלוש המדינות מגלה כי כל הקטגוריות של הגנות על התעסוקה שצוינו לעיל נחלשות בחדלות-פירעון, כך שלמעביד במצב זה קל יותר לצמצם את כוח-האדם. אומנם עוצמת השינוי ואופיו משתנים ממדינה למדינה, אך גם כאן ניתן בהחלט לראות מאפיינים דומים בין השלוש.

באשר לקטגוריה הראשונה, דיני חדלות-הפירעון מבטלים או מחלישים את הדרישה למתן סיבה מוצדקת לפיטורים. בהולנד, במקום שהנאמן יפנה לרשות הרגולטורית או לבית-המשפט ויאלץ להוכיח סיבה מספקת לפיטורים, בחדלות-פירעון הוא רשאי לבקש את אישור בית-המשפט של חדלות-הפירעון. העובד אינו צד להליך המתקיים לפני בית-המשפט של חדלות-פירעון, ובפועל בקשות כאלה לפיטורים אינן נדחות כמעט.¹¹⁶ בצרפת פיטורי העובדים מאושרים על-ידי בית-משפט של חדלות-פירעון במסגרת אישור תוכנית ההבראה. במסגרת התוכנית הנאמן צריך לפרט את מספר העובדים המפוטרים ואת הקטגוריות הכלליות של העבודה שבהן הם מועסקים, אך הוא אינו צריך להוכיח את קיומה של סיבה מוצדקת לפיטורים באשר לכל אחד מהמפוטרים.¹¹⁷ בגרמניה הנאמן צריך עדיין להוכיח סיבה מוצדקת לפיטורים גם בחדלות-פירעון, אולם חובה זו מתייתרת אם הוא הגיע להסכמה עם ארגוני העובדים על רשימה שמית של מפוטרים. במקרה של הסכמה כאמור יש חזקה שהפיטורים מוצדקים

114 עניין זה מוסדר בדירקטיבה של האיחוד האירופי – Directive 2001/23/EC (OJ L 82/16, 22.3.2001) – שאליה כפופות שלוש המדינות שנבחנו במסגרת המחקר. הדירקטיבה קובעת את זכויות העובדים במקרה שהמפעל נמכר לצד שלישי, ואת יכולתם של הקונה והמוכר לפטר עובדים או לשנות את תנאי העבודה אגב המכירה.

115 שם, ס' 4. לגבי צרפת ראו קוד העבודה הצרפתי, לעיל ה"ש 106, ס' 1224-1; Pierre Bailly, *Les Licenciements et Les Procédures Collectives*, GAZETTE DU PALAIS 3626, 3630 (Recueil, 2008). לגבי הולנד ראו Jacobs, לעיל ה"ש 47, בעמ' 91; BLANPAIN & JACOBS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 50. לגבי גרמניה ראו: Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) (Civil Code), Aug. 18, 1896900; REICHSGESETZBLATT (RGL.) § 613 (Ger.) ; BLANPAIN & JACOBS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 46.

116 Jacobs, לעיל ה"ש 47, בעמ' 114; BLANPAIN & JACOBS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 24–25.
117 ראו הקוד המסחרי הצרפתי – CODE DE COMMERCE (C. COM.) art. L. 631-19 (Fr.) (להלן: הקוד המסחרי הצרפתי); Tetley, לעיל ה"ש 50, בעמ' 271; Bailly, לעיל ה"ש 115, בעמ' 3629.

מבחינה כלכלית, והנטל עובר לעובד להוכיח אחרת.¹¹⁸ מעניין שבגרמניה פיטורי עובדים בחדלות-פירעון מותרים גם אם הם נעשים בניגוד להוראותיו של חוזה ההעסקה או אפילו בניגוד להוראותיו של הסכם קיבוצי. אף שפיטורים כאלה אסורים מחוץ לחדלות-הפירעון, סעיף 113 לקוד חדלות-הפירעון הגרמני קובע כי הפיטורים בחדלות-פירעון יהיו תקפים בניגוד לכל קביעה הסכמית אחרת.¹¹⁹

באשר לקטגוריה השנייה – ההליכים הפרוצדורליים שלפני הפיטורים – השינויים שהליך חדלות-הפירעון מביא עימו הם משני סוגים. ראשית, בגרמניה ובהולנד תקופת ההודעה המוקדמת לפיטורים מתקצרת: בגרמניה, שבה תקופת ההודעה המוקדמת יכולה להגיע עד ל-8 חודשים, התקופה בחדלות-פירעון מתקצרת עד ל-3 חודשים;¹²⁰ ובהולנד, שבה תקופת ההודעה המוקדמת המרבית היא 4 חודשים, תקופת ההודעה בחדלות-פירעון מתקצרת לפרק-זמן מרבי של שישה שבועות.¹²¹ שנית, בגרמניה ובצרפת, שבהן יש פרוצדורה מורכבת של התייעצות או משא-ומתן עם ארגוני העובדים, התקופה (מספר הפגישות) שבה חובה על הצדדים להתדיין על-פי חוק מתקצרת.¹²² עם זאת, חשוב לציין כי כוחו של ארגון העובדים במשא-ומתן והחובות הפרוצדורליות של המעביד כלפי העובדים כקבוצה אינם משתנים. כלומר, המעביד חייב עדיין להכין תוכניות סוציאליות לקבוצת העובדים המפוטרים, ולנסות למצוא להם עבודה חליפית במידת האפשר. ככל שיש למעביד חובה לפטר את העובדים בסדר מסוים (למשל, על-פי ותק או על-פי גיל), ייעשו הפיטורים לפי סדר זה, וככל שברגיל נדרשת הסכמה של ארגון העובדים לפיטורים או נדרשת התייעצות איתו, דרישות אלה נשארות גם בהליך חדלות-הפירעון (גם אם בפרוצדורה מקוצרת).¹²³

באשר לאיסור המוחלט של פיטורים הנעשים אגב מכירתו של מפעל – כאן הליך חדלות-הפירעון יוצר שינויים משמעותיים ביותר. בצרפת ובהולנד דיני חדלות-הפירעון מבטלים למעשה את האיסור. בהולנד, בהנחה שבית-המשפט של חדלות-הפירעון אישר

118 ראו קוד חדלות-הפירעון הגרמני – Insolvenzordnung (InsO) (Insolvency Code), Jan. 1, 1999 – § 125 (Ger.) (1999) (להלן: קוד חדלות-הפירעון הגרמני); BRAUN, לעיל ה"ש 112, בעמ' 259–261.

119 קוד חדלות-הפירעון הגרמני, שם, ס' 121–122.

120 שם, ס' 113.

121 ראו קוד פשיטת-הרגל ההולנדי – Faillissementswet (Bankruptcy Code) (Fw) § 40(1); וכן Jacobs, לעיל ה"ש 47, בעמ' 114.

122 בנוגע לצרפת ראו קוד העבודה הצרפתי, לעיל ה"ש 106, ס' 58–1233. סעיף זה קובע אילו סעיפים מתוך קוד העבודה יחולו כאשר הפיטורים נעשים במהלכו של הליך חדלות-פירעון. על-ידי הפניה לחלק מהסעיפים, ולא לאחרים, נוצרות ההקלות בהליכי חדלות-פירעון. ראו: PATRICK MORVAN, RESTRUCTURATIONS EN DROIT SOCIAL 676–680 (2nd ed. 2010). כך, למשל, במקרים שבהם יש יותר מ-10 עובדים במפעל, יש לקיים רק פגישה אחת עם נציגות העובדים, ולא שתיים. בנוגע לגרמניה ראו קוד חדלות-הפירעון הגרמני, לעיל ה"ש 118, ס' 121–122; BRAUN, לעיל ה"ש 112, בעמ' 252–255; BLANPAIN & JACOBS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 26–27.

123 ראו ההפניות בה"ש 122 לעיל.

את המכירה, אין שום מניעה לפטר עובדים במסגרתה, ואין שום מניעה לשנות את תנאי עבודתם.¹²⁴ בצרפת הפיטורים אפשריים, אך בית-המשפט של חדלות-הפירעון צריך לוודא, לאחר שמיעת עמדתם של ארגוני העובדים, שהרוכש ישיא את מספר העובדים שיועסקו במפעל.¹²⁵ בגרמניה האיסור לפטר עובדים אגב מכירת המפעל נשאר בתוקפו גם אם המוכר חדל-פירעון, אולם דיני חדלות-הפירעון מאפשרים הקלות וחריגים.¹²⁶ כך, למשל, אם נקבעה רשימה שמית של מפורטים בשיתוף עם ארגון העובדים, אזי הפיטורים ייחשבו תקינים גם אם הם נעשו אגב מכירת המפעל.¹²⁷ נוסף על כך, כאשר מכירת מפעל נעשית בחדלות-פירעון, הרוכש אינו חייב לשלם תביעות של עובדים כלפי המוכר (המעביד הקודם). הנאמן אף רשאי לבטל הסכמים קיבוציים לפני המכירה, וזאת כדי שתנאי ההעסקה של העובדים לא יחייבו את הרוכש.¹²⁸

הנה כי כן, באירופה, לפחות בכל הנוגע בהגנות על התעסוקה, דיני חדלות-הפירעון אינם עקביים ביחס לדיני העבודה הכלליים. ככלל, רמת ההגנה על העובדים שם גבוהה, אך דיני חדלות-הפירעון מפחיתים אותה כאשר המעסיק חדל-פירעון. רוז'ה בלנפן, שבחן את נושא ההגנה על העובדים בבריטניה, בבלגיה, בגרמניה ובהולנד, הגיע גם הוא למסקנה דומה:

*"Employees' protection against dismissal is extremely limited in the context of bankruptcy... General bans on dismissal for specified categories of grounds for dismissal and dismissal situations play a role, at most, when the receiver is pursuing a strategy of selective dismissals."*¹²⁹

3. הדין הרצוי והבעייתיות בשינוי דיני העבודה

הגישה האירופית, היוצרת שינויים מהותיים בדיני העבודה בתוך הליך חדלות-הפירעון, נובעת כמובן מהרצון לסייע לחברות בקשיים לעבור שיקום. החלה של מלוא ההגנות על התעסוקה גם על מעבידים חדל-פירעון תמנע שינויים בכוח העבודה, ועלולה להביא מעבידים כאלה לידי קריסה. המחוקק, שמעוניין בהמשך קיומם של המפעלים, נדרש אפוא לרכך את תחולתם של דיני העבודה בחדלות-פירעון, על-מנת לאפשר לחברות רבות יותר להשתקם ולהמשיך לתפקד כעסק חי. במילים אחרות, מערכת חדלות-הפירעון באירופה משמשת במידה רבה גורם שמאזן את מערכת דיני העבודה. ההנחה

Jacobs 124, לעיל ה"ש 47, בעמ' 92; BLANPAIN & JACOBS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 51.

125 ראו הקוד המסחרי הצרפתי, לעיל ה"ש 117, ס' 642-5; L. וכן Bailly, לעיל ה"ש 115, בעמ' 3631.

126 BLANPAIN & JACOBS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 47.

127 ראו קוד חדלות-הפירעון הגרמני, לעיל ה"ש 118, ס' 128; BRAUN, לעיל ה"ש 112, בעמ' 263-266.

128 BRAUN, לעיל ה"ש 112, בעמ' 264.

129 BLANPAIN & JACOBS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 42 (ההדגשה הוספה).

היא שללא איזון כזה ירבו הליכי השיקום שייכשלו, וחברות רבות יותר ייאלצו להתפרק, לרעת כל הגורמים המעורבים.

אלא שהשימוש בדיני חדלות-הפירעון להקלת דיני העבודה לטובת שיקום אפשרי של החייב גובה גם מחיר. השינוי בדין הכללי יוצר תמריצים מעוותים לצדדים המעורבים בהליך, ועלול לגרום בשל כך לתופעות של "פורום שופינג" וניצול לרעה של הליכי חדלות-הפירעון. בחלק זה נבקש להבהיר את מהות המחיר המדובר, ולהדגים את הדברים בנוגע לדיני חדלות-הפירעון באירופה.

(א) הגישות השונות לדיני חדלות-הפירעון

באופן כללי קיימות שתי גישות תיאורטיות מרכזיות להליך חדלות-הפירעון – הגישה המסורתית (שנקראת גם "הגישה החברתית") והגישה הפרוצדורלית (שנקראת גם "הגישה הכלכלית"). הגישה המסורתית מאפיינת את הדין האירופי, ואילו זו הפרוצדורלית מאפיינת את הדין האמריקאי.¹³⁰

הגישה המסורתית רואה בשיקום החברה את התכלית העיקרית של הליך חדלות-הפירעון. לפי גישה זו, לפירוק החברה עלולות להיות תוצאות קשות, ועל מערכת המשפט לנסות, במידת האפשר, לשמור על החייב כעסק חי. פירוק החייב יגרום לפיטורי עובדים, לפגיעה בלקוחות, להקטנת ההכנסות ממיסים וכולי, ויש למנוע תוצאות קשות אלה – או לפחות לצמצמן – באמצעות ניסיון לשקמו.¹³¹ לצורך מטרה זו, על-פי הגישה המסורתית, ניתן גם לשנות את הדין המהותי. כך, למשל, ניתן לשנות את דיני העבודה (כמו-גם את דיני החוזים, דיני איכות הסביבה או דיני ההגבלים העסקיים), על-מנת לאפשר לנאמן לערוך שינויים ארגוניים בצורה פשוטה יותר.¹³²

אל מול הגישה המסורתית התפתחה, בסוף שנות השבעים של המאה העשרים, גישה נוספת לחדלות-הפירעון, היא הגישה הפרוצדורלית (הכלכלית).¹³³ גישה זו רואה את דיני חדלות-הפירעון כהליך פרוצדורלי, שמהותו הבלעדית היא קולקטיביזציה של הגבייה מהחייב. הקולקטיביזציה של הליכי הגבייה מגדילה את סך השווי שתקבל קבוצת הנושים כאשר החייב הוא חדל-הפירעון, וכך מייעלת את שוק האשראי ומוזילה את מחירן של ההלוואות.¹³⁴ מכיוון שמהותו של ההליך היא פרוצדורלית, חסידיה של גישה זו גם

130 קמחי, לעיל ה"ש 70.

Donald R. Korobkin, *Rehabilitating Values: A Jurisprudence of Bankruptcy*, 91 COLUM. L. REV. 717 (1991); Elizabeth Warren, *Bankruptcy Policymaking in an Imperfect World*, 92 MICH. L. REV. 336 (1993).

Elizabeth Warren, *Bankruptcy Policy*, 54 U. CHI. L. REV. 775 (1987); Conrad K. Cyr, 132 *Bankruptcy Courts in Transition Toward Debtor Rehabilitation*, 22 ME. L. REV. 333, 333–334 (1970).

Douglas G. Baird, *A World Without Bankruptcy*, 50 LAW & CONTEMP. PROBS. 173 (1987); 133 Thomas H. Jackson, *Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain*, 91 YALE L.J. 857 (1982).

134 THOMAS H. JACKSON, *THE LOGIC AND LIMITS OF BANKRUPTCY LAW* 7–19 (1986). לפי

תומכים בזהות של הדין המהותי החל בתוך הליך חדלות-הפירעון עם זה החל מחוץ לו. לדעתם, שינוי של הדין המהותי, ובכלל זה של דיני העבודה, אינו דרוש לצורך הליכי הגבייה, ועלול אף להפחית מיעילותם.¹³⁵

אין זה המקום לפרט באופן ממצה את הטעמים שיש לכל אחת מהגישות, וכבר עמדנו על הדברים בהרחבה במקום אחר.¹³⁶ אולם ראוי להבהיר בקצרה את טענתה המרכזית של הגישה הפרוצדורלית ואת הרלוונטיות שלה לענייננו. בלב הגישה הפרוצדורלית עומדת התפיסה כי אין עדיפות אינהרנטית להליך שיקום על הליך פירוק. אומנם לעיתים שיקומו של עסק (המשך קיומו כעסק חי) ישיא את הרווחה החברתית, אך לעיתים דווקא פירוק עדיף. פירוק עשוי לפנות עובדים והון לפעילויות יצרניות ויעילות יותר (למשל, תעשיות שבהן יש למשק יתרון יחסי), כך שבמקומה של החברה שקרסה תצמח אולי חברה אחרת מוצלחת וגדולה יותר.¹³⁷ מכיוון שממילא אי-אפשר לדעת מראש איזה הליך עדיף – פירוק או שיקום – תכליתם של דיני חדלות-הפירעון, מבחינת הרווחה המצרפית, צריכה להיות השאת התקבולים שיקבלו הנושים. כאשר שווייה של חברה כעסק חי גבוה משווי נכסיה, דיני חדלות-הפירעון צריכים לאפשר את המשך קיומה של החברה כעסק חי, לטובת כל הצדדים המעורבים. אולם כאשר שווייה של נכסי החברה גבוה משווי החברה כעסק חי, משמעות הדבר היא שהחברה אינה עושה בנכסים שימוש נכון, והדין צריך לאפשר את מכירתם של הנכסים למי שיכול לעשות בהם שימוש יעיל יותר.¹³⁸

בהתאם לגישה הפרוצדורלית, מכיוון שהליך שיקום אינו עדיף אינהרנטית על הליך פירוק (או להפך), אין סיבה שדיני חדלות-הפירעון ישנו את הדין המהותי על-מנת להקל הליך שיקום אפשרי. הדין המהותי, לפי גישה זו, משקף בחירה של השיטה המשפטית בנוגע לזכויותיהם של הצדדים המעורבים. המחוקק (הרגולטור) החליט להעניק לצד

הגישה הפרוצדורלית, דיני חדלות-הפירעון נועדו לפתור בעיות פעולה משותפת של נושים. ללא דיני חדלות-פירעון, כל נושה פועל באופן עצמאי (יחידני) לגביית חובו של החייב כלפיו. מצב זה מוביל למירוץ בין הנושים אל נכסי החייב, ומונע בהכרח את המשך קיומו של החייב כעסק חי, גם אם המשך קיומו של החייב כעסק חי פדאי לנושים. קבוצת הנושים עלולה להפסיד ערך, ובשל כך היא גם מעלה את מחירי האשראי במשק. דיני חדלות-הפירעון נועדו למנוע מצב הרסני זה. באמצעות עיכוב הליכים או הקפאת הליכים, דיני חדלות-הפירעון כופים על הנושים פעולה קולקטיבית (קבוצה), כך שכלל קבוצת הנושים (באמצעות המפרק/הנאמן) יכולה להחליט כיצד ניתן להשיא את שווייה של נכסי החייב, ואם כדאי ללכת להליך של פירוק או שמא לשמור על החייב כעסק חי. להרחבה ראו קמחי, לעיל ה"ש 70, בעמ' 426–432.

135 JACKSON, שם, בעמ' 20–27.

136 קמחי, לעיל ה"ש 70.

137 Baird, *A World Without Bankruptcy*, לעיל ה"ש 133, בעמ' 184; Robert K. Rasmussen & David A. Skeel Jr., *The Economic Analysis of Corporate Bankruptcy Law*, 3 AM. BANKR.

INST. L. REV. 85, 87–88 (1995).

138 Matthias Kahl, *Financial Distress as a Selection Mechanism: Evidence from the United States* (2002), available at www.escholarship.org/uc/item/0dg192r9

מסוים (בענייננו – העובדים) מעמד או זכות, והחלטה זו משקפת בחירה פוליטית או אידיאולוגית לגבי הדין הרצוי. חסידי הגישה הפרוצדורלית טוענים כי העובדה שחייב כלשהו הוא חדל-פירעון אינה מהווה הצדקה לשינוי הבחירה הכללית שנעשתה. ככל שהבחירה נכונה מחוץ לחדלות-פירעון, אין סיבה לא לאכוף אותה גם כאשר חייב הוא חדל-פירעון.¹³⁹ כך, למשל, לגבי הגנה על תעסוקה של עובדים. דיני העבודה קובעים רמה מסוימת של הגנה על העובדים הן כיחידים והן במסגרת של איגודים מקצועיים (הסכמים קיבוציים). במסגרת זו הדין קובע כי אי-אפשר לפטר עובדים אלא בנסיבות מסוימות ובהליך פרוצדורלי מסוים – בפרט כאשר העובדים מאוגדים בהסכם קיבוצי. ככל שבחירה זו נכונה באופן כללי, מדוע יש לסטות ממנה בחדלות-פירעון? העובדה שמעביד כלשהו אינו יכול להחזיר את חובותיו אינה מהווה הצדקה ליטול מעובדיו זכויות שברגיל אנחנו חושבים כי נכון ליתן להם.¹⁴⁰ מן הצד האחר, ככל שהבחירה של השיטה אינה נכונה, ואנו סבורים כי יש להעניק למעבידים יתר גמישות תעסוקתית, מדוע לערוך את השינוי רק כאשר המעביד כבר חדל-פירעון? הענקת הגמישות התעסוקתית מלכתחילה תוכל לסייע למעבידים להימנע מלהגיע למצב של חדלות-פירעון, במקום להקל הליך שיקום רק אחרי שכבר נקלעו למשבר כלכלי.

יתר על כן, שינוי הדין המהותי על-מנת לאפשר הליך שיקום של חייב הוא לא רק בלתי-מוצדק, אלא אף מזיק. שינוי הדין יוצר תמריצים מעוותים לצדדים המעורבים, ופוגע ביעילות ההליך ובהשאת הגבייה מהחייב. כאשר דיני חדלות-הפירעון נותנים לצד כלשהו – חייב או נושה – זכויות מעבר למה שהדין הכללי מעניק לו, יש לאותו צד אינטרס לפתוח בהליך חדלות-פירעון רק בשל אותה זכות ביתר שתוקנה לו. אותו צד ירצה לנצל את היתרון שברגיל אין הוא זוכה בו, ולכן יבקש לפתוח בהליך חדלות-פירעון גם כאשר ההליך אינו יעיל מבחינת שאר הנושים. לעומת זאת, צדדים הנפגעים משינוי הדין המהותי יבקשו למנוע את כניסת החייב להליך חדלות-פירעון. מבחינתם, תחולתו של הדין הכללי עדיפה גם אם פתיחת ההליך מוצדקת מבחינה כלכלית. במילים אחרות, החלת דין שונה על חייב בר-פירעון ועל חייב חדל-פירעון מעוותת את האינטרסים של הצדדים ומובילה לבחירתם של הליכים לא-יעילים ("פורום שופינג").¹⁴¹ העיוות גורם לשימוש לא-נכון בהליכים אלה, וזאת בהתאם לאינטרסים נקודתיים של החייב או של נושה מסוים, ולא לצורך השאת שווי החייב לקבוצת הנושים

JACKSON, לעיל ה"ש 134, בעמ' 20–27; Baird, *Loss Distribution*, לעיל ה"ש 56, בעמ' 822–824.

JACKSON, לעיל ה"ש 134, בעמ' 112: "The function of the labor law rules seems directed at preferring the protected group of union members by giving them a set of nonwaivable procedural rights effective both against the debtor and its other claimants... If the analysis rightly captures the relevant considerations of non-bankruptcy law and policy, then bankruptcy law should mirror the rights established by labor law by enforcing them as they exist or by respecting their relative value". (ההדגשה במקור).

Baird, *Loss Distribution*, לעיל ה"ש 56, בעמ' 824–828; JACKSON, לעיל ה"ש 134, בעמ' 21.

בכללותה.¹⁴² זאת ועוד, ככל שסטייה מהדין הכללי נעשית בהתאם לשיקול-דעתו של בית-המשפט (ולא בצורה של כלל ברור), הדבר גורם לחוסר ודאות ולעלויות דיוניות מיותרות. יתפתח מירון סמכויות הרסני בין הליכי הגבייה השונים, וכל צד יאלץ להוציא הוצאות מיותרות על-מנת לנסות להעביר את ההליך לפסים הנוחים לו. עלויות אלה פוגעות ביעילות ההליך, ורצוי לצמצמן.¹⁴³

דגלס בירד ממחיש את בעיית ה"פורום שופינג" באמצעות הדוגמה הבאה.¹⁴⁴ נניח שיש שתי ערים (רחוקות יחסית זו מזו) שבכל אחת מהן יש בית-משפט. הקמת שני בתי-המשפט נועדה לאפשר לתושבי כל אחת מהערים לפתור סכסוכים בבית-משפט הסמוך למקום המגורים, כך שהתושבים לא יאלצו לבזבז זמן ומשאבים בנסיעה לצורך ההתדיינות. אלא שמטרה זו תסוכל אם שני בתי-המשפט יחילו דין מהותי שונה. במקרה זה יבחרו המתדיינים את בית-המשפט בהתאם לדין המהותי שהוא מחיל (כלומר, הם יבחרו בבית-המשפט ששיא את סיכויי הצלחתם), ולא בהתאם למרחק מבית המגורים. בזבוז הזמן והמשאבים בנסיעות יימשך, ושוב לא יהיה טעם בהקמת שני בתי-משפט. מערכת חדלות-הפירעון היא הנמשל בדוגמה זו. המשפט יצר שתי מערכות גבייה מקבילות – מערכת אחת (המערכת הרגילה) שנועדה לחייבים בני-פירעון ומערכת אחרת (דיני חדלות-פירעון) שנועדה למצבים שבהם החייב אינו יכול לשלם את חובותיו במלואם. מטרת יצירתם של דיני חדלות-הפירעון הייתה השאת שוויו של חייב חדל-פירעון באמצעות קולקטיביזציה של מאמצי הגבייה של נושיו. דא עקא, אם דיני חדלות-הפירעון יפעילו דין מהותי שונה מהדין הכללי (גם כאשר הדבר אינו דרוש לצורך הקולקטיביזציה של מאמצי הגבייה מהחייב), אזי הצדדים המעורבים יבחרו במערכת שמחילה את הדין המהותי הנוח להם ביותר. לא יבחר ההליך שמשא את שוויו של החייב, אלא ההליך שמיטיב עם מתדיין כזה או אחר (אולי עם זה שהקדים את פנייתו לבית-המשפט). כך תסוכל מטרתם של דיני חדלות-הפירעון – השאת שווי החייב – ותיפגע הרווחה המצרפית.¹⁴⁵

142 פרי אדלר, דגלס בירד ותומס ג'קסון – שלושה מבכירי החוקרים של דיני חדלות-הפירעון בארצות-הברית – מבהירים נקודה זו כדלקמן: "The most sensible approach to interpreting the Bankruptcy Code is usually one that begins by assuming that Congress intended to vindicate the policy in question with as little disturbance as possible to the nonbankruptcy baseline. To do more, as the Court observed in *Butner*, would treat people differently merely by the happenstance of bankruptcy. It would invite people to seek or avoid the bankruptcy forum for reasons that have nothing to do with the policies bankruptcy law advances". BARRY E. ADLER, DOUGLAS G. BAIRD & THOMAS H. JACKSON, *BANKRUPTCY, CASES, PROBLEMS AND MATERIALS* 29 (3rd ed., 2001).

143 בנוגע לחשיבותו של עקרון הוודאות במשפט המסחרי ראו: Roberta Romano, *Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle*, 1 J. L. ECON. & ORG. 225, 226–227 (1985).

144 Baird, *Loss Distribution*, לעיל ה"ש 56, בעמ' 825–826.

145 שם. השוו פש"ר (מחוזי ת"א) 1320/08 ז'אנה נ' כונס הנכסים הרשמי – מחוז ת"א (פורסם בנבו, 31.7.2011). במקרה זה תבעה עובדת את מעבידה בגין אי-תשלום שכר. בית-הדין פסק לטובת

זו בדיוק הסכנה בשינוי דיני העבודה. השינוי גורם לבחירה לא-נכונה של הצדדים המעורבים, ומפחית את יעילותם של דיני חלולת-הפירעון. כך נגרם בסופו של דבר הפסד לציבור – גם לציבור העובדים וגם לציבור בכללותו.

(ב) הדגמת בעיית ה"פורום שופינג" בשינוי דיני העבודה באירופה

בשל הנימוקים שצוינו לעיל אימץ בית-המשפט העליון בארצות-הברית את הגישה הפרוצדורלית. בפסק-דין *Butner* קבע בית-המשפט כי אחידות הדין בתוך הליך חלולת-הפירעון ומחוץ לו מגבירה את הוודאות המשפטית ומפחיתה את תופעת ה"פורום שופינג".¹⁴⁶ באירופה, לעומת זאת, הגישה היא מסורתית, כפי שראינו. הדין רואה בשיקום הליך עדיף, ומאפשר – במיוחד בהקשר של דיני העבודה – שינוי משמעותי מהדין הכללי. מעניין לבחון אפוא מה השפעתם של השינויים על הליכי חלולת-הפירעון. האם הסטייה מהדין הכללי מקדמת את הליך השיקום, כפי שטוענים חסידי הגישה המסורתית, או שמא היא פוגעת ביעילותם של הליכי חלולת-הפירעון השונים ויוצרת מירוץ הרסני בין הליכי הגבייה, כפי שטוענים חסידי הגישה הפרוצדורלית? אף שאין נתונים אמפיריים מדויקים בעניין זה, קיימות אינדיקציות חזקות לכך ששכרם של השינויים יוצא במידה רבה בהפסדם. אף שהשינויים נועדו לקדם הליכי שיקום, לא ברור אם מטרה זו מוגשמת או שמא מושגת התוצאה ההפוכה דווקא. הקושי הראשון שהשינוי בדיני העבודה מעורר הוא ניצול לרעה של הליכי חלולת-פירעון. הכוונה היא למצבים שבהם חייבים משתמשים בהליכי חלולת-פירעון גם כאשר

העובדת, וקבע כי אם המעביד לא ישלם את השכר בתוך שלושים יום, יישא הסכום גם פיצויי הלנת שכר. על-אף פסיקתו של בית-הדין המשיך המעביד להימנע מלשלם לעובדת, והסכום צבר פיצויי הלנה. לאחר שסכום החוב עלה וצמח, הגיש המעביד בקשה לפשיטת-רגל, טען כי יש לבטל את פיצויי ההלנה שנפסקו. המנהל המיוחד אכן דחה את תביעת החוב של העובדת בכל הנוגע בהלנת שכר, והעובדת פנתה לבית-המשפט המחוזי. בית-המשפט המחוזי דחה את החלטתו של המנהל המיוחד, וסירב להפחית את פיצויי ההלנה בשל הליך פשיטת-הרגל. השופט נחליאלי-חיאט קבעה כי "מלבד עקרון השוויון בין הנושים... קיימים שיקולים נוספים, וביניהם מניעת ניצול לרעה של הליכי חלולת הפרעון על-ידי חייב חסר תום-לב" (שם, פס' 7 לפסק-הדין; ההדגשה במקור). פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי אושר על-ידי בית-המשפט העליון. ראו ע"א 7898/11 קיזלזי נ' מלניק (פורסם בנבו, 13.2.2013).

146 ראו: *Butner v. United States*, 440 U.S. 48 (1979). פסק-הדין ניתן בהקשר של זכויות של נושים מובטחים במדינת קרוליינה הצפונית, אולם העיקרון שנקבע בו – אחידות הדין המהותי בתוך הליך חלולת-הפירעון ומחוץ לו – הוא עיקרון כללי בדיני חלולת-פירעון. ראו ADLER, BAIRD & JACKSON, לעיל ה"ש 142, בעמ' 28-30: "Although Butner involved a narrow question of North Carolina real estate law... the Butner principle applies in almost every bankruptcy case". ראו גם JACKSON, לעיל ה"ש 134, בעמ' 21: "The problem of changing relative entitlements in bankruptcy not only underlies this book's normative view of bankruptcy law but also forms the basis of the bankruptcy system that has been enacted. The Supreme Court made this point in a case that is as important for recognizing it as the actual issue decided is unimportant".

אין בהליכים אלה הכרח כלכלי, וזאת על-מנת ליהנות מהיתרונות שדיני חדלות-הפירעון מקנים ביחס לדין הרגיל. בענייננו, הכוונה ליתרונות בהקשר של דיני העבודה.¹⁴⁷ חברות שמעוניינות לפטר עובדים עלולות להגיש בקשת חדלות-פירעון (אף שאינן חדלות-פירעון באופן אמיתי), וזאת כדי להקל ולהוזיל את הליך הפיטורים. הנזק מניצול לרעה של הליכי חדלות-פירעון הוא כפול. ראשית, ההגנה שהעובדים היו אמורים לקבל אינה ניתנת להם – במקום שהעובדים יקבלו את הזכויות (הפרוצדורליות והממוניות) המגיעות להם, הם מקופחים משום שהחברה מציגה את עצמה (לא בצדק) כחדלת-פירעון. שנית, הליך חדלות-הפירעון עצמו הוא הליך יקר. מעורבים בו עורכי-דין, שופטים, יועצים כלכליים ועוד, ובזבוז הכספים הכרוך בו בא על-חשבונם של הנושים, ובמידה מסוימת על-חשבון הציבור בכללותו.¹⁴⁸ אין סיבה לבזבוז כספים על הליך חדלות-פירעון שאינו נחוץ באמת.

למרבה הצער, לא נערכו באירופה מחקרים אמפיריים רבים על היקף התופעה של ניצול לרעה של הליכי חדלות-פירעון כתוצאה מהשינוי בדיני העבודה שחל שם בחדלות-פירעון. עם זאת, ממחקרים אחדים שנעשו בהולנד ניתן ללמוד כי התופעה קיימת בהחלט. בשנת 1996 בחן רוז'ה קנחט 286 חברות שנכנסו לחדלות-פירעון, וראיין את הנאמנים ובעלי-התפקידים בחברה על ההליכים ועל הגורמים שהובילו להגשת הבקשה להליך. הוא גילה כי כ-8% מכלל הבקשות לחדלות-פירעון דווח הצורך לפטר עובדים כשיקול מרכזי בהחלטה להגיש את הבקשה. אף שהדבר אסור מבחינה פורמלית, ההנהלה ובעלי המניות של אותן חברות השתמשו בדיני חדלות-הפירעון כאמצעי לעקוף את דיני העבודה הנוקשים.¹⁴⁹ מחקר חדש יותר, משנת 2005, מאשש את הממצאים של קנחט משנת 1996, אם כי בהיקפים נמוכים יותר. לפי מחקר זה, כ-4% מכלל הבקשות לחדלות-פירעון בהולנד הוגשו על-מנת לצמצם את כוח העבודה. כמו-כן, רוב הנאמנים שהשתתפו במחקר הודו כי כמעט בכל התיקים שהם מטפלים הם נוטים לשקול בקשת חדלות-פירעון "טכנית", כדרך לגיטימית לפתור את הקשיים הכלכליים של חברה.¹⁵⁰

147 Norman I. Silber, *Cleaning Up in Bankruptcy: Curbing Abuse of the Federal Bankruptcy Code by Industrial Polluters*, 85 COLUM. L. REV. 870 (1985); Rachael M. Jackson, *Responding to Threats of Bankruptcy Abuse in a Post-Enron World: Trusting the Bankruptcy Judge as the Guardian of Debtor Estates*, 2005 COLUM. BUS. L.J. 451 (2005).

148 Edward I. Altman, *A Further Empirical Investigation of the Bankruptcy Cost Question*, 39 J. FIN. 1067 (1984) (אלטמן מעריך את עלויותיו הממוצעות של הליך חדלות-פירעון ב-11% עד 17% משווי החברה החייבת, ולעיתים עלויות אלה עולות על 20% משווי החברה).

149 Ronald M. Beltzer & Robert Knegt, *Faillissementen en het afvloei van personeel; over misbruik van het faillissementsrecht*, 26 JUSTITIËLE VERKENNINGEN 44 (2000), available at dare.uva.nl/document/2/9024.

150 R. Knegt, A.M. Beukelman, J.R. Popma, P. Van Wlligenburg & I. Zaal, *Fraude en misbruik bij faillissement: Een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de*

משמעות הדברים היא כי לפחות חלק מהליכי חדלות-הפירעון בהולנד אינם מחויבי-המציאות, ונפתחים רק כדי לצמצם את כוח העבודה בצורה פשוטה וזולה יותר.¹⁵¹ החוקרים מעריכים את הנזק שנגרם למשק ההולנדי מניצול לרעה של הליכי חדלות-פירעון ב-220 מיליון אירו לשנה (כחצי אחוז מהתוצר), וזאת, לדבריהם, בהערכה שמרנית.¹⁵²

אולם תופעת הניצול לרעה של הליכי חדלות-פירעון אינה הנזק היחיד מהשינוי בדיני העבודה. נזק נוסף, ואולי אף משמעותי יותר, נוצר כאשר מדינה מציעה כמה סוגים של הליכי חדלות-פירעון, וחברות ונושים בוחרים דווקא את ההליך שמאפשר הקלות בדיני עבודה על מסלולי חדלות-פירעון אחרים שעשויים להיות יעילים יותר. לשם הבהרת טיעון זה, נפרט ראשית לאילו סוגים של הליכי חדלות-פירעון אנו מתכוונים, ולאחר-מכן נבהיר את הקושי שהשינוי בדיני העבודה יוצר.

באופן מסורתי חייבו דיני חדלות-הפירעון באירופה מינוי של בעל-תפקיד לצורך ניהולו של הליך חדלות-הפירעון. כאשר חברה הגישה בקשה לחדלות-פירעון, גם אם הבקשה הייתה להליך שיקום, ההנהלה הקיימת של החברה הפסיקה את תפקידה, ובמקומה מונה בעל-תפקיד (נאמן) שניהל את החברה עד שהיא נמכרה כעסק חי ונחתם הסדר חוב. הרציונל של כלל זה היה הרצון לסיים את שליטתה של ההנהלה שהביאה לידי קריסת החברה, ולמנות במקומה אדם אחר (נאמן). אולם בשנים האחרונות חל כרוסום ברציונל זה. התברר כי לעיתים דווקא השארת ההנהלה הקיימת בתפקידה, כפי שנעשה בפרק 11 האמריקאי,¹⁵³ מיעלת את ההליך ומעודדת שיקומים. היתרון בהשארת ההנהלה הקיימת בשליטה הוא כפול. ראשית, רמת המקצועיות של ההנהלה והידע שלה בניהול החברה מהווים בדרך-כלל נכס משמעותי של החברה שבחדלות-פירעון. ההנהלה מכירה כבר את הלקוחות ואת העובדים, והמשך תפקודה יוצר רציפות

mogelijkheden van bestrijding (Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut, 2005), available at wodc.nl/onderzoeksdatabse/faillissementsfraude.aspx (להלן: Knegt et al.).

151 ראו גם: Sefa Franken, *The Debtor-Oriented Model Versus the Creditor-Oriented Model of Corporate Bankruptcy Law: A US-Dutch Comparison* 21 n. 97 (Faculty of Law & Company Law, Tilburg U. Netherlands, Working Paper, version 15, 2003), available at pure.uvt.nl/portal/files/83844s2/2003-014.pdf. כן ראו BLANPAIN & JACOBS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 51 והמקורות שהם מְפנים אליהם בה"ש 44 (רוז'ה בלנפן מציין כי בהולנד יש מגמה הולכת וגוברת של נקיטת אמצעים חקיקתיים למניעת הליכי חדלות-פירעון המוגשים ב"תרמית").

152 ראו Knegt et al., לעיל ה"ש 150.
153 פרק 11 של קוד חדלות-הפירעון האמריקאי קובע כי תהליכי ארגון מחדש של חברה ינוהלו על-ידי Debtor in Possession, וס' 1101 מגדיר את המונח Debtor in Possession כחייב בהליך חדלות-הפירעון (ראו 11 U.S.C. §1101 (1984)). כלומר, בררת-המחדל בהליכי השיקום האמריקאיים היא שהנהלה של החייב ממשיכה בתפקידה גם לאחר הגשת הבקשה לחדלות-פירעון, אלא אם כן החליט בית-המשפט למנות נאמן חיצוני לבקשת הנושים. סמכויותיו של ה-Debtor in Possession הן כסמכויותיו של נאמן חיצוני (ראו 11 U.S.C. §1107 (1984)).

ומפחית את הזעזוע שבכניסה להליך.¹⁵⁴ שנית, החלפת ההנהלה הקיימת בנאמן עם הכניסה להליך חדלות-פירעון גורמת לעיכוב בכניסה להליך.¹⁵⁵ המנהלים המכהנים אינם מעוניינים מן הסתם לאבד את שליטתם בחברה, ולכן הם מנסים לדחות ככל האפשר את הגשת הבקשה לחדלות-פירעון. אלא שבמהלך עיכוב זה עלול להיגרם לחברה (ולנושיה) נזק רב. ההידרדרות הכלכלית נמשכת, ובזמן החולף עד שהחברה מגישה בקשה להליך חדלות-פירעון יכולתה להבריא קטנה באופן משמעותי.¹⁵⁶ במקרים רבים כבר לא תצליח החברה להשתקם במועד מאוחר זה, ותיאלץ להפסיק לפעול.

אכן, מחקרים אמפיריים שמשווים בין משטרי חדלות-פירעון שמשאירים את ההנהלה הקיימת בשליטה לבין כאלה שדורשים מינוי נאמן מגלים עדיפות לראשונים. במשטרים שבהם מתמנה נאמן, כמו באירופה, שווי החברות בחדלות-פירעון יורד, וחברות רבות יותר מגיעות בסופו של דבר לפירוק.¹⁵⁷ כך, בגרמניה, בצרפת ובהולנד אחוז החברות שעוברות הליך שיקום בהצלחה הוא נמוך ביותר, וזאת למרות העדפתם של המחקקים שם להליכי שיקום (כפי שבאה לידי ביטוי בשינויים החלים בדיני העבודה באותן מדינות עם כניסתן של חברות להליכי חדלות-פירעון).¹⁵⁸ על-פי נתונים

154 האן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 292–294; ההקדמה של פונור לספר CORPORATE BANKRUPTCY: ECONOMIC AND LEGAL PERSPECTIVES xi–xii (Jagdeep S. Bhandari & Lawrence A. Weiss eds., 1996).

155 Douglas G. Baird, *The Initiation Problem in Bankruptcy*, 11 INT'L REV. L. & ECON. 223 (1991).

156 האן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 294–295.

157 ראו: Carlos Lopez Gutiérrez, Begoña Torre Olmo & Sergio Sanfilippo Azofra, *Firms' Performance under Different Bankruptcy Systems: A Europe-USA Empirical Analysis*, 52 ACCT. & FIN. 849 (2012). גוטיירז ועמיתיו מראים כי שוויין של פירמות במשטרים שבהם מתמנה נאמן הוא נמוך בהשוואה למשטרים שבהם לא מתמנה נאמן, בפרט בתקופה שבה הפירמות השרויות במצוקה כלכלית טרם הגישו בקשה לחדלות-פירעון. הסיבה לכך, על-פי החוקרים, היא שבמשטרים שבהם מתמנה נאמן מועד הגשת הבקשה נדחה יתר על המידה (שם, בעמ' 854, 864). כן ראו: Barry E. Adler, Vedran Capkun & Lawrence A. Weiss, *Value Destruction in the New Era of Chapter 11*, J. L. ECON. & ORGAN. (2012). אדלר ועמיתיו מדגימים נקודה זו באמצעות התבוננות על שינויים חקיקתיים שנעשו בארצות-הברית בזכויותיהם של נושים מובטחים, אשר מאפשרים לנושים הללו שליטה רבה יותר בהליך לפי פרק 11. החוקרים מראים כי שינויים אלה גרמו לדחייה במועד הגשתן של בקשות לחדלות-פירעון ולירידה בשווי הפירמות במועד הכניסה להליך חדלות-הפירעון. כן ראו: Vaughn S. Armstrong & Leigh A. Riddick, *Bankruptcy Law Differences Across Countries, Managerial Incentives and Firm Value* (2003), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=420560. ארמסטרונג ורידיק משווים בין המודלים השונים של חדלות-פירעון הנהוגים בשבע מדינות. הם מראים כי השיטות השונות משפיעות על התנהגותם של המנהלים לפני הכניסה לחדלות-פירעון, וכי בשיטות שבהן ההנהלה נשארת בתפקידה ערכן של החברות בחדלות-פירעון גבוה יותר.

158 Maria Brouwer, *Reorganization in U.S. and European Bankruptcy Law*, 22 EUR. J. LAW &

של מריה בראואר, בעוד בארצות-הברית כ-5% מכלל החברות שמגיעות לחדלות-פירעון מסיימות הליך שיקום בהצלחה, בצרפת ובהולנד מדובר בכ-2%-2.5%, ואילו בגרמניה – 0.4% בלבד.¹⁵⁹

לנוכח מחקרים אלה ניסו בשנים האחרונות יותר ויותר מדינות באירופה ליצור הליכי חדלות-פירעון מיוחדים (נוסף על הליכי חדלות-הפירעון המסורתיים) שבהם הנהלת החברה יכולה להישאר בתפקידה. בהולנד ובצרפת, לדוגמה, נוצרו הליכים מיוחדים שאינם מחייבים מינוי נאמן חיצוני לחברה, בניסיון לעודד פנייה מוקדמת לבית-המשפט. אלא שהמחוקק חשש להחיל בהליכים חדשים אלה את השינויים בדיני העבודה שתוארו לעיל (שקיימים בהליכים המסורתיים). מכיוון שבהליכים החדשים הנהלה הקיימת נותרת בתפקידה, לא רצה המחוקק לאפשר להנהלות לנצל לרעה את הליכי חדלות-הפירעון החדשים לצורך פיטורים, וקבע כי דיני העבודה שיחולו במסגרתם יהיו דיני העבודה הרגילים. כלומר, המחוקקים יצרו שני מסלולים של הליכי חדלות-פירעון (שבהם החייב יכול להישאר כעסק חי): מסלול אחד שבו מתמנה בעל-תפקיד חיצוני לחברה וחלים שינויים בדיני העבודה; ומסלול חדש שבו לא מתמנה נאמן אך גם דיני העבודה אינם משתנים. דא עקא, ניתוח נתוני חדלות-הפירעון מגלה כי ההליכים החדשים נכשלו: חברות ממעטות להשתמש בהם, וההליכים אינם מגשימים את התקוות שתלו בהם המחוקקים מבחינת שיקומן של חברות בקשיים. אחת הסיבות לכישלון הוא דיני העבודה. חברות מעדיפות להגיש בקשה (גם אם באיחור) להליכי חדלות-פירעון שיאפשרו פיטורי עובדים מאשר לפנות להליך חדלות-הפירעון החדש.

צרפת מהווה דוגמה מצוינת לתופעה זו. בצרפת יש שני הליכים מקבילים של שיקום חברה: הליך ה-redressement judiciaire והליך ה-sauvegarde.¹⁶⁰ הליך ה-redressement

ECON. 5, 19 (2006): "Reorganization is more rare in European bankruptcy cases than in the US... We can explain this by pointing out that management, who is a main beneficiary of US reorganizations is either ousted or subject to the orders of an administrator in European bankruptcies. Hence, we cannot expect European managers to be as willing to initiate reorganization proceedings as their US counterparts" "It is not surprising, in this context, to find a high percentage of bankruptcies being channeled to judicial liquidation instead of redressement [the reorganization proceedings – O.K]. The stated goal of firm survival may be subverted by management's perverse incentives to sail the firm into harm's way rather than guide the Robert Weber, *Can the damaged ship into the protective harbor of redressement? A Comparative Look at Chapter 11 and French Bankruptcy Law from an Agency Cost Perspective*, 27 MICH. J. INT'L L. 257, 296 (2005).

159 Brouwer, שם, בעמ' 9.

160 נוסף על הליכים אלה יש כמובן גם הליך פירוק. לסקירה על הליכי חדלות-הפירעון השונים בצרפת ראו: RIM AYADI-BEN LAKHAL, REORGANIZATION OF BANKRUPT FIRMS IN FRANCE: FINANCIAL AND ECONOMETRIC ANALYSIS 45-58 (2011), available at biblioweb.u-cergy.fr/theses/2011CERG0558.pdf.

judiciaire הוא הליך השיקום המסורתי, שבו מתמנה בעל-תפקיד וחלים השינויים בדיני העבודה שתוארו קודם לכן במאמר.¹⁶¹ הליך ה-*sauvegarde*, לעומת זאת, הוא הליך שיקום חדש יחסית, משנת 2005, שבו לא ממונה נאמן אך גם אין שינוי בדיני העבודה.¹⁶² בחינת הסטטיסטיקה של ההליכים השונים מגלה כי חברות ממצטות להשתמש בהליך ה-*sauvegarde*. בשנים 2009–2011 נפתחו במסגרת הליך זה כ-1,000 בקשות בשנה, שהיוו רק כ-2% מכלל הבקשות לחדלות-פירעון של חברות בצרפת וכ-7% מהבקשות שהוגשו לשיקום.¹⁶³ הסיבות לכשלונו של הליך ה-*sauvegarde* הן מגוונות, אך פטריק מורוון, אחד המומחים לדיני חדלות-פירעון בצרפת, מצביע דווקא על הנושא של דיני העבודה. הוא סבור כי העדר ההקלות בדיני העבודה במסגרתו של הליך זה הוא שמניא מעבידים מלהגיש בקשות לקיימו. לדבריו:

"מבחינה משפטית, הליך ה-*sauvegarde* הוא לא יותר מאשר הליך *redressement* מוקדם, ואין שום הצדקה להכפיף את שני ההליכים הללו לשני משטרים שונים כל-כך של דיני עבודה. ההגבלות שקיימות בדיני העבודה הכלליים עלולות לעודד מעבידים להעדיף פתיחה של הליך *redressement*, בניגוד לכוונת המחוקק, וזאת על-מנת להקל הליכי פיטורים."¹⁶⁴

בהולנד הבעיה דומה. גם שם קיימים שני הליכים מקבילים של חדלות-פירעון: האחד, *surseance van betaling*, נועד לשיקום חברות (בדומה להליך הקפאת ההליכים הישראלי); ואילו האחר, *faillissement*, נועד למכירת נכסי החברה – אם בנפרד ואם כעסק חי (מעין שילוב של הליך פירוק והליך הקפאת הליכים בישראל).¹⁶⁵ במסגרת הליך *surseance van betaling* ההנהלה של החברה ממשיכה בתפקידה, ואילו במסגרת הליך ה-*faillissement* ההנהלה של החברה מוחלפת על-ידי נאמן.¹⁶⁶ בפועל, למרות האטרקטיביות לכאורה של הליך ה-*surseance van betaling*, אין בו כמעט שימוש. רובן המכריע של החברות המצויות בקשיים פונות בסופו של דבר להליך ה-*faillissement*, וזאת גם כאשר העסק ממשיך כעסק חי (בהולנדית: "doorstart").¹⁶⁷ גם כאן, כמו

161 שם, בעמ' 50–54.

162 שם, בעמ' 55–58. ראו גם Weber, לעיל ה"ש 158, בעמ' 297–300.

163 הנתונים לקוחים מהאתר של רשם משרד המסחר בצרפת: www.greffes.com.

164 MORVAN, לעיל ה"ש 122, בעמ' 686.

165 Oscar Couwenbreg & Stephen J. Lubben, *The Costs of Chapter 11 in Context: American and Dutch Business Bankruptcy*, 85 AM. BANKR. L.J. 63, 67–68 (2011); Peter J.M. Declercq, *Restructuring European Distressed Debt: Netherlands Suspension of Payment Proceeding... The Netherlands Chapter 11?*, 77 AM. BANKR. L.J. 377, 384–388 (2003).

166 Declercq, שם, בעמ' 385–386.

167 Couwenbreg & Lubben, לעיל ה"ש 165, בעמ' 67: "The Dutch bankruptcy law system is best characterized as an auction system, with a rudimentary reorganization provision" ראו גם

בצרפת, אחת הסיבות המרכזיות להעדפת הליך ה־faillissement היא שכל ההטבות שפורטו לעיל בקשר לדיני העבודה חלות בהליך זה בלבד. עסק הנמצא בהליך של surseance van betaling כפוף לדיני העבודה הרגילים, ואינו נהנה מגמישות תעסוקתית מוגברת.¹⁶⁸ סֶפָה פרנקן מבהירה את חשיבותם של דיני העבודה בבחירה של הליך חדלות־הפירעון:

"The reduced protection of employee rights in liquidation bankruptcy [faillissement – O.K.] may be an important reason for debtors to prefer liquidation to suspension of payments [surseance van betaling – O.K.] since it allows them to get rid of employees against lower costs."¹⁶⁹

הנה כי כן, בשל השינויים בדיני העבודה החלים במסלולים השונים של חדלות־פירעון, חברות אינן בוחרות במסלול חדלות־הפירעון היעיל ביותר, אלא במסלול שמעניק להן את האפשרות לפטר עובדים בצורה הזולה ביותר. חברות אינן משתמשות באפשרות שהעניק להן המחוקק לפנייה מוקדמת לשיקום. הן נכנסות להליך חדלות־הפירעון בעיכוב, ובסופו של דבר רבות מהן מפסיקות את פעילותן ומתפרקות.

(ג) הדין הרצוי בישראל לאור הניתוח ההשוואתי

תיאור המצב באירופה מראה, בהתאם לניתוח התיאורטי של הגישה הפרוצדורלית, כי סטייה מדיני העבודה הרגילים במהלך חדלות־הפירעון עלולה ליצור אצל הצדדים המעורבים בהליך תמריצים מעוותים. בעלי המניות, המנהלים והנושים עלולים להגיש בקשת חדלות־פירעון רק על־מנת ליהנות מהיתרונות בדיני העבודה, ובכך ליצור עלויות מיותרות ולגרור לחוסר יעילות.

סכנה זו קיימת גם בישראל. ככל שבת־המשפט (או המחוקק) ישנו את דיני העבודה באופן ספציפי במצב של חדלות־פירעון, תופעת הניצול לרעה של הליכי חדלות־הפירעון עלולה להרים את ראשה גם אצלנו. עד 2012 לא הייתה סכנה זו משמעותית. הדין בישראל חייב מינוי של נאמן חיצוני, וההנהלה הקיימת נאלצה לסיים את תפקידה בחברה. במצב זה היה להנהלה אינטרס מועט להגיש בקשות חדלות־פירעון לא לצורך, שהרי לא הייתה לה דרך ליהנות מבקשת הקפאת ההליכים כאשר זו שמה קץ לשליטתה.

"About 7 percent of all Dutch insolvent firms file for reorganization (surseance van betaling) and 2 percent are actually reorganized"

Jacobs, לעיל ה"ש 47, בעמ' 115.

169 Franken, לעיל ה"ש 151. ראו גם Jacobs, לעיל ה"ש 47 בעמ' 115: "...the fact that most of the special rules on dismissals in case of bankruptcy do not apply to the pre-bankruptcy procedures [i.e. suspension of payments – O.K.]... has severely sharpened the differences between bankruptcy and the pre-bankruptcy procedure. It has made this latter procedure less attractive for reorganizing businesses"

אולם בהמשך למגמה באירופה, גם בישראל חל שינוי חקיקתי. בתיקון מס' 19 לחוק החברות אפשר המחוקק לבית-המשפט למנות נושא-משרה בחברה כבעל-תפקיד בהליך הקפאת הליכים, כך שנושאי-המשרה שמכהנים בתפקיד לפני הגשת בקשת ההקפאה יכולים כעת, במקרים המתאימים, להמשיך בתפקידם במסגרת ההליך.¹⁷⁰

כפי שהובהר לעיל, השארת נושאי-המשרה בתפקידם מאפשרת הקדמה של הגשת בקשות לחדלות-פירעון. ההנהלה אינה משלמת בתפקידה על הגשת הבקשה, ויש לה תמריץ להגיש בקשה לחדלות-פירעון ברגע הכניסה לחדלות-פירעון, ולא להתעכב עם הפנייה יתר על המידה. אולם בצד יתרון זה טמונה גם סכנה. אם הדין הישראלי יאפשר הקלות בדיני העבודה במסגרת הליך הקפאת הליכים, עלול להיווצר להנהלה (כמורגם לבעלי המניות ולנושים) תמריץ להגיש בקשת חדלות-פירעון לא לצורך. הגשת בקשת חדלות-פירעון תאפשר להנהלה ליהנות מהקלות בדיני העבודה (שהרי כעת היא נשארת בתפקידה), ותיצור לה אינטרס לנצל את הליך ההקפאה לרעה. זוהי סכנה משמעותית, ועל בתי-המשפט להיות מודעים לה ולהישמר מפניה.

במידה מסוימת בתי-המשפט של חדלות-פירעון נמצאים כיום בנקודת צומת. אפשרות אחת היא להמשיך את המצב הקיים כיום, דהיינו, שבתי-המשפט לא ישתמשו בסמכות שניתנה להם בתיקון מס' 19 ויימנעו מינוי נושאי-משרה כבעל-תפקיד בהליך ההקפאה. כפי שראינו, מחירה של אפשרות זו הוא עיכוב בפנייה להליכי חדלות-פירעון, וכתוצאה מכך שיעורי שיקום נמוכים יחסית.¹⁷¹ אפשרות אחרת היא שבתי-המשפט יעשו שימוש בסמכות שניתנה להם לאפשר מינוי נושאי-משרה כבעל-תפקיד בהליך חדלות-הפירעון. בחירה זו יכולה לקדם פנייה להליכי שיקום ולהביא לידי ייעולם של הליכי חדלות-הפירעון, אולם היא מחייבת אחידות בין הדין המהותי (ובפרט משפט העבודה) החל מחוץ להליך חדלות-הפירעון לבין זה החל בתוכו. אם המחוקק או בתי-המשפט יאפשרו שינוי משמעותי של דיני העבודה, יוכלו חברות, בקלות יחסית, לנצל לרעה את הליכי חדלות-הפירעון תוך פגיעה בעובדים.

אנו סבורים כי מינוי נושאי-המשרה כנאמנים הוא רצוי, ובית-המשפט צריך להשתמש בסמכותו זו. גם המחוקק הביע למעשה את עמדתו שמינוי כאמור הוא רצוי (ולו בחלק מהמקרים), שהרי ברוח זו תיקן את החוק. הגישה שאנו מבקשים לקדם,

170 ס' 350 לחוק החברות.

171 זו למעשה הבחירה שנעשתה בגרמניה. בגרמניה, החל בשנת 1999, קוד חדלות-הפירעון מאפשר את מינוי ההנהלה כבעל-תפקיד. המחוקק הגרמני אומנם לא יצר מסלול חדלות-פירעון נפרד שבו באופן קבוע אין ממנים נאמן חיצוני (כמו בצרפת ובהולנד), אך הוא העניק לבתי-המשפט את הסמכות לאשר נושא-משרה קיים כבעל-תפקיד (קוד חדלות-הפירעון הגרמני, לעיל ה"ש 118, ס' 270-285). דא עקא, בתי-המשפט אינם משתמשים בסמכות הניתנת להם על-פי החוק. כמעט תמיד מתמנה נאמן חיצוני, והמחיר שגרמניה משלמת על כך הוא כבד. אחוז הליכי השיקום שמסתיימים בהצלחה הוא נמוך מאוד, בין היתר משום שעד שחברה בקשיים מגיעה לבית-המשפט, מצבה הכלכלי כבר חמור מאוד וקשה להבריאה. ראו BRAUN, לעיל ה"ש 112, בעמ' 483; Annerose Tashiro, *The German Self-Reorganisation Systems in Insolvency Proceedings*, 2 INT'L CORP. RESCUE 153 (2006).

אפוא, היא של אחדות הדין המהותי החל בתוך הליך חדלות-הפירעון ומחוץ לו, בפרט בדיני העבודה. בניגוד לעמדה שהוצגה בבית-המשפט המחוזי ובבתי-הדין לעבודה, אין לדעתנו הצדקה לתת לחייב חדל-פירעון הקלות בדיני העבודה על-מנת להקל את הליך השיקום,¹⁷² ועליו לפעול בהתאם לכללים ולפרוצדורות המחייבות את כלל המעבידים. הדברים אמורים בעיקר ביכולת לפטר עובדים או לשנות את תנאי העסקתם. לשיטתנו, הן הפרוצדורה של הפיטורים (לרבות הדרישות של הודעה מוקדמת, שימוע וכולי) והן הדרישות המהותיות מהמעביד (למשל, דרישת תום-הלב או הדרישות על-פי חוק עבודת נשים) צריכות להישאר זהות. העובדה שמעביד הוכרז חדל-פירעון אינה יכולה לשמש תירוץ להתחמקות מחובות הקשורות לפיטורים, ואינה עלולה לפגיעה בזכויות העובדים. בהתאם, העובדה שחייב הוא חדל-פירעון גם אינה מצדיקה ביטול או שינוי חד-צדדי של הסכם קיבוצי. מכיוון שעל-פי משפט העבודה הרגיל המעביד אינו רשאי לבטל או לשנות באופן חד-צדדי את תנאי העבודה הקבועים בהסכם קיבוצי,¹⁷³ על בית-המשפט לאסור גם על מעביד חדל-פירעון לעשות כן. להסכם הקיבוצי יש מעמד בכורה ביחסי העבודה,¹⁷⁴ וחדלות-הפירעון של המעביד אינה צריכה לפגוע במעמד זה. לפיכך בפרשת **ביקור חולים**, למשל, היה אסור לדעתנו לפגוע בזכויות העובדים על-פי דיני העבודה, וגם במקרה של בית-החולים הדסה (שמתרחש בימים שבהם מאמר זה נכתב) אין לעשות כן. הנאמן חייב לנהל משא-ומתן מול ארגוני העובדים, ורק אם תושג הסכמה על שינוי ההסכם הקיבוצי (כפי שהושגה בפרשת **קלאבמרקט**), יהיה אפשר לשנות את תנאי העבודה.

אומנם, ייתכן שבמקרה ספציפי מתן הקלות למעבידים חדל-פירעון בדרישות דיני העבודה יוכל לסייע בשיקום החברה – החברה תוכל לצמצם את כוח-האדם ולהקטין את עלויות העבודה. אך בהסתכלות כוללת שינוי כאמור עלול לגרום דווקא לחוסר יעילות ולנזק. כפי שהראינו לגבי צרפת והולנד, מתן זכויות ביתר למעבידים בחדלות-הפירעון יוצר תמריצים מעוותים, ושכרו עלול לצאת בהפסדו. לא רק שהעובדים מפסידים במצב זה, אלא שדיני חדלות-הפירעון נהפכים ליעילים פחות. על בתי-המשפט להימנע אפוא מלנסות לסייע לחברה בהקפאת הליכים לעבור הליך של הבראה על-ידי פגיעה בזכויות העובדים. עליהם להתבונן על התמונה הכוללת, ולצמצם תופעות של "פורום שופינג" וניצול לרעה של הליכי חדלות-הפירעון על-ידי האחדה של הדין המהותי החל מחוץ להליכים ובתוכם.

172 להרחבה באשר לעמדתנו שאין עדיפות להליך שיקום על הליך פירוק ראו קמחי, לעיל ה"ש 70.

173 ס' 20 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957.

174 ראו, למשל, ע"ע (ארצי) 600031/97 לוי – **הממונה על תשלום גמלאות, משרד האוצר**, פס" 8 לפסק-דינו של השופט כהן (פורסם בנבו, 25.2.2004).

סיכום

אירוע חדלות-פירעון הוא אירוע מצער לכל הצדדים המעורבים. הנושים, על לא עוול בכפם, אינם מקבלים בחזרה את מלוא האשראי שנתנו לחייב, ונאלצים להגיש תביעות חוב ולהסתפק בתשלום חלקי בלבד. אולם מבחינת עובדי החייב אירוע חדלות-הפירעון הוא קשה במיוחד. לא זו בלבד שהחייב אינו משלם להם את מלוא חובות-העבר, גם מקור הכנסתם בעתיד מוטל בספק. במאמר זה בחנו את זכויות העובדים במסגרת הליך הקפאת הליכים משתי פרספקטיבות אלה: הן כנושים והן כמשתכרים.

באשר לעובדים בכובעם כנושים של חובות-עבר טענו כי אין להעניק להם עדיפות במסות הנכסים של החייב. עדיפות מסוג כזה באה על-חשבון הנושים האחרים, ואין הצדקה שהנושים של החייב יקבלו שיעור נמוך יותר מחובם בשל הרצון לחזק את מעמד העובדים. הפתרון שהצענו חיצוני אפוא להליך חדלות-הפירעון. כמו במודל הגרמני, העובדים צריכים לקבל את תביעות-העבר שלהם מקרן חיצונית (למשל, מהביטוח הלאומי), ולקרן תינתן זכות שיבוב כלפי החייב.

באשר לעובדים בכובעם כמקבלי משכורת (אינטרס צופה פני עתיד) אנו סבורים כי דיני חדלות-הפירעון אינם צריכים לאפשר לנאמן בהקפאת הליכים לערוך רפורמות בכוח העבודה (לפטר או לשנות את תנאי העסקה) בניגוד לדיני העבודה. כפי שהראינו לגבי הדין האירופי, שינוי כזה עלול לגרום להגשת בקשות חדלות-פירעון אסטרטגיות ולפנייה להליכים רק לצורך השגת גמישות תעסוקתית (ניצול לרעה של הליכי חדלות-הפירעון). לשיטתנו, השפעתו של הליך חדלות-הפירעון על העובדים צריכה להיות מינימלית. העובדים נקלעו להליך חדלות-הפירעון לא באשמתם, ומבלי שיש להם יכולת להקטין את הסיכון או לתמחרו. המערכת צריכה אפוא לצמצם את הפגיעה בהם, אך זאת מבלי לפגוע בצדדים האחרים להליך.

יצוין כי טענתנו באשר לאחידות הדין המהותי בתוך הליך חדלות-הפירעון ומחוץ לו (מה שמכונה בארצות-הברית "עקרון Butner") חלה לא רק בהקשר של זכויות העובדים, אלא גם בהקשרים נוספים, כגון דיני החוזים, דיני איכות הסביבה ודיני ההגבלים העסקיים. אנו סבורים כי זכויות הצדדים אמורות להיקבע בהתאם לדין הכללי, ולא באופן ייחודי לסיטואציה של חדלות-הפירעון, אלא אם כן שינוי הדין דרוש לצורך הקולקטיביזציה של הליך הגבייה. כל שינוי של הדין המהותי לא לצורך זה עלול ליצור תמריצים מעוותים לצדדים, והמחוקק ובתי-המשפט צריכים להיות מודעים לתמריצים אלה ולצמצמם ככל האפשר.

משפט ועסקים יט, תשע"ו

עומר קמחי