

עסקאות עם חברה על סף תהום – האם העדפת נושים אסורה או חמצן פיננסי ראוי? / דורון אפיק, עו"ד*

סעיף 98 לפקודת פשיטת הרגל (אשר הוראותיו חלות גם על חברות) מאפשר ביטול של עסקאות עם מי שמצוי בחדלות פירעון. הוראת חוק זו עשויה להיות הרת אסון למי שמוצאים עצמם מנהלים עסקים מול חברות בקשיים ובפועל משמעותה עשוי להיות כי די בשמועות על גשם כדי לגרום לטביעה בשטפון.

הרקע להוראות המונעות העדפת נושים הוא וידוא כי נכסיה של חברה בפירוק, יחולקו באופן שוויוני בין הנושים, בכפוף להוראות החוק בדבר עדיפותם של נושים מסוימים. החוק דורש ארבעה תנאים מצטברים לשלילת תוקף עסקה בשל העדפת נושים: ניתן צו פירוק כנגד החברה (או צו הקפאת הליכים), במועד העסקה לא יכולה הייתה החברה לפרוע חובותיה שהגיע מועד פירעונם, העסקה החשודה נעשתה כדי לתת עדיפות לנושה מסוים או מתוך אילוץ או שידול שלא כדין, והעסקה נעשתה בתוך תקופת שלושת החודשים שקדמו להגשת הבקשה לפירוק (או הקפאת ההליכים).

השאלה המרכזית העומדת דרך כלל לדיון היא האם העסקה נעשתה מתוך כוונה ליתן עדיפות לנושה, כאשר בתי המשפט פסקו, כי לא רק שכוונה להעדיף נושה מספיקה ואין צורך להוכיח כוונת מרמה, אלא גם שניתן להסיק כוונה זו מתוך ראיות נסיבתיות. דרך כלל, עסקה אשר נועדה לשפר מצבו של נושה קיים, או לשלם על חובות עבר (לרבות סירוב לספק סחורה, אלא לאחר פירעון מיידי של חוב עבר) תיחשב להעדפת נושים פסולה. בעניין האחים כאלדי נ' כרם עתאמלה, למשל, הסיק בית המשפט המחוזי בנצרת כוונת העדפה פסולה מכך ששנרשמו משכנתאות והועברו כלי רכב ששוויים הכולל עולה בהרבה על סכום החוב החדש אשר נוצר בעסקה בין החברה לנושה ומכך שבעל מניות בחברה משכן אף הוא נכסים כערובה לחוב של החברה.

עם זאת, בתי המשפט הכירו בצורך של חברה בקשיים לגייס מימון כאשר היא מצויה על סף תהום – מימון אשר מכונה: "חמצן פיננסי" ואף אם ניתן בסמוך למועד קריסת החברה, ייחשב לעסקה לגיטימית. כך למשל, בפרשת דיסקונט נ' גרוס, הוכרה כ"חמצן פיננסי" איגרת חוב אשר נחתמה רק 9 ימים בטרם הגשת בקשת הפירוק, אולם זו נחתמה לאחר שמונה חודשי משא ומתן בהם המשיך הבנק להעמיד מימון והחברה המשיכה במאמציה לספק ביטחונות. להבדיל, בפרשת כספי נ' נס – פסק הדין המנחה בתחום זה, קבע בית המשפט העליון, כי המדובר היה בהעדפת נושים, באשר העסקה היתה זכרון דברים אשר כיוון לחתימה על הסכם מכר, אשר בסופו של דבר לא נחתם בתוך תקופת 45 הימים אשר נקבעה לו, אלא רק שנה וחצי מאוחר יותר, ערב הגשת הבקשה להקפאת הליכים.

בית המשפט בעניין כספי נ' נס קבע, כי "במקום שהעברת הערך מן החברה לאחד מנושיה ערב הפירוק או השיקום הייתה חלק ממערכת יחסים נמשכת בין החברה לבין אותו נושה שמטרתה הזרמת 'חמצן פיננסי' לחברה, ייטה בית-המשפט שלא לפסול את העסקה כהעדפת מירמה. ולהפך: מקום שמדובר בעסקה מבודדת הקרובה בזמן לכניסת החברה לפירוק או לשיקום, ושאיננה חלק ממהלך שהנושה הרלוונטי צד לו של הזרמת 'חמצן פיננסי' לחברה, מתגבר החשד כי בהעדפת מירמה מדובר".

חשוב להדגיש, כי תחום הפירוקים והכינוסים הינו תחום מורכב ועל כל מקרה להיבחן בהתאם לנסיבותיו. כך, בטרם כניסה לעסקה עם חברה בקשיים או אדם על סף פשיטת רגל, חשוב להיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום תוך שקילת מלוא העובדות הידועות.

* עו"ד דורון אפיק הינו נוטריון ועורך דין והוא השותף המנהל של משרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com) המתמקד בדיני חברות, דיני מקרקעין, עסקאות בינלאומיות ופיננסיות, לרבות עסקאות מיזוג ורכישה, ומימון ואף הרצה בתחום במסגרת תואר מנהל עסקים Executive MBA באוניברסיטה העברית בירושלים. עו"ד אפיק בוגר הכשרה של האיחוד האירופי ביישוב סכסוכים בינלאומיים מחוץ לכותלי בית המשפט (גישור ובוררות) ומשמש גם כבורר. לפרטים נוספים: 03-609.3.609 או במייל: afiklaw@afiklaw.com

Transactions with a Company on the Verge of Abyss - Illegal Preference to Creditors or Proper Financial Oxygen?/Doron Afik, Esq. *

Section 98 of the Bankruptcy Ordinance (which also applies to companies) allows the cancellation of transactions with those in insolvency. The provisions of this law may be disastrous for those who find themselves conducting business with companies in difficulties and in practice it may mean that rumors of rain are sufficient to cause drowning.

The background to the directives that prevent creditor preference is to ensure that the assets of a company in liquidation are distributed equally among the creditors, subject to the provisions of the law regarding the preference of certain creditors. The law requires four cumulative conditions for revoking the validity of a transaction because of a creditor's preference: A liquidation order was issued against the company (or a stay of proceedings order). On the date of the transaction, the company could not repay its due debts; the suspicious transaction was made in order to give preference to a certain creditor, and the transaction was made within the period of three months preceding the filing of the request for liquidation (or freezing of proceedings).

The main question that is usually discussed is whether the transaction was made with the intention of giving priority to the creditor, when the courts ruled that not only is the intention to prefer a creditor sufficient and there is no need to prove fraudulent intent, but also that this intention can be deduced from circumstantial evidence. Generally, a transaction designed to improve the condition of an existing creditor or to pay for past debts (including refusal to supply goods, except after immediate repayment of a past debt) will be considered to be an improper creditor preference. In the case of the brothers Kaladi v. Kerem Athamaleh, for example, the Nazareth District Court concluded an improper preference for mortgages and vehicles that were worth much more than the amount of the new debt created in the transaction between the company and the creditor and the fact that the shareholder also holds assets as collateral for the company's debt.

However, the Courts recognized the need for a company in difficulty to raise financing when it is on the verge of abyss - financing called "financial oxygen" and even if it is close to the time of the company's collapse, will be considered a legitimate transaction. For example, in the Discount v. Gross case, a "financial oxygen" was recognized as a "financial oxygen" that was signed only 9 days prior to the request for liquidation, but this was signed after eight months of negotiations in which the Bank continued to provide financing. In contrast, in Caspi v. Ness - the guiding judgment in this area, the Supreme Court held that this was a preference for creditors, since the transaction was a memorandum of understanding aimed at signing a sale agreement, which was ultimately not signed within the 45-day period, but only a year and a half later, on the eve of the application for a stay of proceedings.

The Court held that "Where the transfer of the value from the company to one of its creditors prior to the liquidation or rehabilitation was part of an ongoing relationship between the company and the creditor that aims to inject financial oxygen into the company, the court will not dismiss the transaction as a preference for fraud, And the opposite is true: where the issue is an isolated transaction that is close to the time of the company's entry into liquidation or rehabilitation, and which is not part of a process for which the relevant creditor is a party to injecting financial oxygen into the company,

It is important to emphasize that the field of liquidation and receivership is a complex area, and each case must be examined according to its circumstances. Thus, before entering into a deal with a company in difficulties or a person on the verge of bankruptcy, it is important to consult a lawyer specializing in the field weighing all the known facts.

*Doron Afik is a notary public and an attorney and is the managing partner of Afik & Co., Attorneys and Notaries (www.afiklaw.com). He is admitted to practice law both in Israel and in New York and is also a licensed Notary Public in Israel. Doron served an adjunct professor at Hebrew University Doron teaches Mergers and Acquisitions as part of the EMBA program. Doron's practice focuses primarily on international transactions, including mergers and acquisitions, dispute resolution and issues of public law. He is a graduate of a European Union alternative disputes resolution course and the ICC Master Class for arbitrators and also serves as arbitrator. For additional details: +972-3-6093609 or at the e-mail: afiklaw@afiklaw.com.