

**שוויון כוחות במשא ובמתן בין השקם לבין ארגון העובדים
באספקלריה של עיקרון היעילות הכלכלית – ניתוח סעיף
1113 לפרק 11 לקוד האמריקאי**

מיכל הורוביץ * ואהוד נורי**

מבוא

פרק ראשון – מעמדו של ההסכם הקיבוצי בחברה משתקמת בדין הישראלי

1. הדין הנוהג בנוגע לשיקום חברה בישראל

2. מעמד ההסכם הקיבוצי בדין הנוהג

2.1 כללי

2.2 מעמד ההסכם הקיבוצי בפירוק

2.3 הצעה לרפורמה בדיני שיקום חברות

פרק שני – הדין האמריקאי

1. הרקע לחקיקתו של סעיף 1113

1.1 המתח בין עקרונות דיני פשיטת הרגל לבין עקרונות דיני העבודה

1.2 הלכת בילדיסקו

2. עקרונות הבסיס של ההסדר האמריקאי

2.1 סקירה כללית

עיקרון ראשון – ההסכם תקף; כניסה להליך שיקום איננה מובילה לביטול אוטומטי של

ההסכם הקיבוצי

עיקרון שני – במידה ונערכים שינויים בהסכם עליהם להיות מינימליים והכרחיים לשם

שיקומה של החברה.

עיקרון שלישי – יצירת קרקע נוחה למשא ומתן פורה בין צדדים שווי כוח.

2.2 חיוק מעמדם של העובדים כצד למשא ומתן

2.3 חיוב הצדדים לנהל משא ומתן ממשי בתם לב

3. סיכום

פרק שלישי – ניתוח ההסדר הקיים באספקלריה של יעילות כלכלית

1. יעילות כלכלית

1.1 הטוב החברתי

* ד"ר, מרצה בבית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה.

** עו"ד, דוקטורנט בחוג לפילוסופיה, אוניברסיטת בר-אילן.

ברצוננו להודות לפרופ' ג'סי פריד מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת ברקלי, ארצות-הברית על הערותיו המועילות למאמרנו זה.

- 1.2 הפתרונות לבעייתיות הגלומה בעיקרון מקסום האושר:
 - עיקרון מקסום העושר
 - עיקרון השיפור של Pareto
2. בחינת יעילותו הכלכלית של ההסדר
 - 2.1 הגדרת המסגרת המושגית
 - עיקרון ראשון – ההסכם תקף אלא אם כן הכרחי לשנותו
 - עיקרון שני – התרת שינויים מינימליים והכרחיים בלבד
 - עיקרון שלישי – יצירת קרקע נוחה למשא ומתן בין צדדים שווים כוח
 - 2.2 שוויון כוחות במשא ומתן כאמצעי להתכנסות הדרגתית למצב אופטימלי
 - 2.3 מקסום העושר, חיסכון בעלויות חיצוניות למשק
3. סיכום
 - פרק רביעי – סיכום ומסקנות

מבוא

מבחינה משפטית מוגדרת החברה כאישיות משפטית עצמאית בעלת כשירות לשאת זכויות וחובות משל עצמה. מסלול חייה של החברה מורכב משלבים שונים. החברה "נולדת" עם היווסדה ו"מתה" עם פרוקה. במהלך חייה של החברה פוקדים אותה מאורעות רבים המשנים את אופייה; היא גדלה, מסתעפת, מתמזגת, הופכת לחברה בינלאומית ועוד... יציבותה ו"בריאותה" של החברה משתנים אף הם מעת לעת. לעיתים נכנסת החברה למצב בו אין די בנכסיה של החברה כדי לכסות את חובותיה. מצב זה מוגדר כחדלות פרעון והוא עלול להוביל לפרוקה.

פירוק חברה הוא הליך שמטרתו להביא לידי חיסולה של החברה וחלוקת נכסיה בין הנושים. פירוק חברה גורר אחריו השפעות רחבות על הגורמים הנמצאים במגע עם החברה כגון עובדים, ספקים, שותפים, וכן המשק בכללותו ולפיכך לא בכל מקרה של קושי כלכלי חולף, יש להכריז על פרוקה. ישנם מקרים בהם במקום לפרק חברה חדלת פרעון נעשה ניסיון לשקמה. הליך השיקום מהווה למעשה אלטרנטיבה לפרוקה של החברה. המטרה של הליך השיקום היא לספק לחברה מרחב נשימה אשר יאפשר לה להיכנס להליך של התייעלות, ובכך יוציאה ממצב חדלות הפרעון וימנע את פירוקה. ההחלטה לנקוט בהליך שיקום היא החלטה מורכבת אשר מדרך הטבע איננה פתוחה בפני כל החברות. העדפתו של הליך השיקום, על פני הליך הפירוק, נובעת, בין השאר, מההנחה כי ההשקעה הכרוכה בניסיון לשקם את החברה תניב תשואה גדולה יותר בעתיד. כפי שמציין פרוקצ'ה:

"מבחינה כלכלית, כדאי ליזמים להשקיע את הונם במפעל פלוני, אם ורק אם התשואה על ההשקעה באותו מפעל עולה על תשואת ההשקעה במפעלים אלטרנטיביים. אם, בניגוד לציפיות, התשואה על ההשקעה באותו מפעל נופלת

מן התשואה האלטרנטיבית, תשואה שניתן לפרש אותה כעלות ההזדמנות שירדה לטמיון, אפשר לאמר על אותה השקעה ש"נכשלה" מבחינה כלכלית: ההוצאות הכרוכות בה, לרבות ההוצאה האלטרנטיבית של אובדן ההזדמנות, עולות על ההכנסות הנצמחות ממנה.¹

גם במידה ומתקבלת החלטה לנסות ולשקם את החברה, הרי שהבראתה וחזרתה לפסי רווחיות אינם מובטחים. הליך השיקום הוא מורכב וארוך, הוא מעלה סוגיות משפטיות מורכבות ומחייב את החברה לערוך שורה של צעדי התייעלות מכאיבים, אשר ברובם מחייבים את בעלי העניין השונים בחברה, בהם העובדים, להתפשר ולערוך וויתורים אישיים. במקרה של חברה משתקמת אשר תנאי העבודה בה מוסדרים במסגרת הסכם עבודה קיבוצי עולות, במסגרת הליך השיקום, שאלות מהותיות הקשורות למעמדו ולתוקפו של הסכם זה, המחייבות מענה כגון: האם כניסתה של החברה להליך השיקום מובילה לביטול אוטומטי של ההסכם הקיבוצי או שמא נותר ההסכם בתוקף? אילו שינויים, אם בכלל, מותר לערוך בהסכם הקיבוצי? מי הצדדים המנהלים את המשא והמתן על גורלו של ההסכם הקיבוצי? מה מידת מעורבותו של בית המשפט בהליך?

במאמר זה נבקש לסקור את התשובות אותן מציע הדין האמריקאי לשאלות אלה. סקירה זו תתבצע באופן ביקורתי לאור עקרונות של יעילות כלכלית ותוצג בשלושה חלקים מרכזיים.

בחלק הראשון נבקש להציג את ההסדר הישראלי בסוגיית השיקום בכלל ובמעמדו של ההסכם הקיבוצי בפרט. מאחר וכפי שנראה להלן, ההסדר הישראלי בסוגיה זו לוקה בחסר באופן מהותי, נפנה, בחלק השני, לדין האמריקאי, נציג וננתח את ההסדר האמריקאי לסוגיית מעמדו ותוקפו של ההסכם הקיבוצי בחברה משתקמת ואת לאור סעיף 1113 לפרק 11 ל-Bankruptcy Code² (הידוע בכינויו כ"צ'פטר 11").

1 א' פרוקצ'יה, דיני חברות חדשים לישראל (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר), ירושלים, תשנ"ד 542. (להלן "פרוקצ'יה").

2 Bankruptcy Reform Act of 1978, Pub.L. No. 95-898, 92 Stat. 2549, codified as 11 U.S.C. as amended by the Bankruptcy Amendments and Federal Judgeship Act OF 1984, Pub. L. (1982), No. 98-353, 98 Stat 333. פרק 11 לקוד מאפשר לחברה או לנושיה לפנות לבית המשפט בבקשה לשיקום או לארגון מחדש במסגרתו. לפי הפרק אין צורך שהחברה תהיה חדלת פירעון. ביסוד פרק זה טמון רעיון ה"התחלה המחודשת", דהיינו, הותרת נכסים ואמצעים מסוימים בידי חברה בקשיים, אשר יאפשרו לה להתארגן, להתייעל ולבנות מחדש את עסקיה. אם נעתר בית המשפט לבקשה, תזכה החברה להגנה נרחבת, שבמסגרתה יעוככו לתקופה קצרה כל ההליכים נגדה באורח אוטומטי, לרבות בגין חובות קודמים, עיקולים, ומימוש ביטחונות. במאמר זה נעסוק כאמור בסעיף 1113 שזו לשונו:

Article 1113. Rejection of collective bargaining agreement (11 u.s.c. 1113)

(i) The debtor in possession, or the trustee if one has been appointed under the provisions of this chapter, other than a trustee in a case covered by subchapter IV of this chapter

בחלק השלישי, נבקש לנתח הסדר זה באספקלריה של יעילות כלכלית. ניתוח זה יעשה אף הוא בשני חלקים:

בחלק הראשון נבצע סקירה תאורטית קצרה של מושג היעילות הכלכלית ונציע שני פתרונות רווחים לבעייתיות הגלומה בעיקרון מקסום האושר, כאמת מידה מבחינה ליעילות כלכלית ובחלק השני נבחן את ההסדר הקיים לאור פתרונות אלה.

ניתוח כפול זה יכול לשמש כמצע או כאבן בוחן לעקרונות המתגבשים בסוגייה

and by title I of Railway Labor Act, may assume or reject a collective bargaining agreement only in accordance with the provisions of this section.

- (b) (1) Subsequent to filing a petition and prior to filing an application seeking rejection of a collective bargaining agreement, the debtor in possession or trustee (hereinafter in this section "trustee" shall include a debtor in possession), shall —
- (A) make a proposal to the authorized representative of the employees covered by such agreement, based on the most complete and reliable information available at the time of such proposal, which provides for those necessary modification in the employees benefits and protections that are necessary to permit the reorganization of the debtor and assures that all creditors, the debtor and all of the affected parties are treated fairly and equitably; and
- (B) provide, subject to subsection (d)(3), the representative of the employees with such relevant information as is necessary to evaluate the proposal.
- (2) During the period beginning on the date of the making of a proposal provided for in paragraph (1) and ending on the date of the hearing provided for in subsection (d)(1), the trustee shall meet, at reasonable times, with the authorized representative to confer in good faith in attempting to reach mutually satisfactory modifications of such agreement.
- (C) The court shall approve an application for rejection of a collective bargaining agreement only if the court finds that —
- (1) the trustee has, prior to the hearing, made a proposal that fulfills the requirements of subsection (b)(1);
- (2) the authorized representative of the employees has refused to accept such proposal without good cause; and
- (3) the balance of the equities clearly favors rejection of such agreement.
- (d)
- (e) If during a period when the collective bargaining agreement continues in effect, and if essential to the continuation of the debtor's business, or in order to avoid irreparable damage to the estate, the court, after notice and a hearing, may authorize the trustee to implement interim changes in the terms, conditions, wages, benefits, or work rules provided by a collective bargaining agreement. Any hearing under this paragraph shall be scheduled in accordance with the needs of the trustee. The implementation of such interim changes shall not render the application for rejection moot.
- (f) No provision of this title shall be construed to permit a trustee to unilaterally terminate or alter any provisions of a collective bargaining agreement prior to compliance with the provisions of this section

זו בדין הישראלי הנמצא בהליכי חקיקה.³ השוואה עתידית של הפתרונות אותן מציע הדין הישראלי המתגבש לפתרון האקטואלי הנוהג בארצות הברית מאפשרת פיתוחה של ביקורת בונה לדין הישראלי המתהווה.

פרק ראשון – מעמדו של ההסכם הקיבוצי בחברה משתקמת בדין הישראלי

1. הדין הנוהג בנוגע לשיקום חברה בישראל

דיני החברות במדינת ישראל מאמצים תפיסה ארכאית, הדוגלת בגישה כי אין מקום לשיקומה של חברה, ולפיכך האופציה העיקרית העומדת בעת חדלות פירעון היא אופציית הפירוק. מצב זה מעלה קשיים רבים ואינו מתאים למציאות הכלכלית והעסקית של ימינו, כמו כן, המנגנון הקיים מתעלם מההשלכות הרבות האחרות הכרוכות בהליכי הפרוק על גורמים נוספים כגון ציבור העובדים, הלקוחות, הספקים, נותני השירותים והציבור כולו העלול להיפגע מההליך.⁴

הדין בישראל בנושא השיקום אינו מגובש, ומלומדים רבים מצביעים על אי-מספיקותו. הסדר השיקום בישראל אינו מעוגן בחקיקה והוא מבוסס כולו על הפסיקה. ההסדר הקיים הוא בעצם, דין כזואיסטי ואינו פרי של חשיבה ותכנון מוקדמים, ולכן הוא לוקה בחסר במידה רבה.

ההכרה בחשיבותו של הליך השיקום מחד גיסא, ואי-מספיקותו של הדין הקיים בנושא, מאידך גיסא, הביאו את מערכת המשפט ואת המערכת העסקית לטרוח ולמצוא פתרונות מקוריים להצלת חברות מסוימות במקרים ראויים, גם במסגרתו של הדין הדל הקיים.⁵

לפיכך, בתי המשפט עשו שימוש בטכניקות משפטיות שונות שמטרתן הייתה לנסות להציל חברה בקשיים בלא פירוקה, ולאפשר לה להשתקם, וזאת בכמה דרכים שונות והן:

3 בענין זה ראו דיון להלן בפרק זה, בפסקה 2.3.

4 "גרוס" שיקום חברות – Chapter 11 תוצרת ישראל" רואה חשבון לט 2 (תש"ן–1990) 119.
5 לעניין זה ראו: "י' בהט" חוק שיקום חברות – מה צריך לצפות ממנו" רבעון לבנקאות כט (תשנ"א) 127: "הנטייה לפרק גרמה נזקים רבים, גם לגורמים שלא נשאו באשם לגבי המצב שהגיע אליו העסק. נזק נגרם לנושים, שבפירוק לא הצליחו לקבל תמורה מספיקה במכירת העסק, לאור המגמה של ירידת מחירים דראסטית עקב המצוקה, ובמיוחד כאשר נמכרו הנכסים כבודדים, ולא כעסק חי. נזק נגרם גם לעובדים, שנאלצו במקרים האחרונים, להיעקר ממקום העבודה שלהם, אבדן המשאבים, הכרוך בפירוק ואיבוד מקומות תעסוקה, עלול להזיק גם למשק בכללותו. קיים אף חשש לתגובות שרשרת, קריסת מפעל אחר מפעל. מטבע הדברים, יצר המשפט המסחרי פתרונות למצב האמור בארץ במיוחד, בהיות המערכת המשפטית להבראת חברות מפגרת, נוסו אל תורים שונים משך השנים".

1. הסדר על פי סעיפים 350 ו-351 לחוק החברות החדש⁶ – סעיף 350 יוצר את האפשרות המרכזית לשימוש בהליכי שיקום חברה במסגרת החוק הקיים, וזאת, בין שהחברה נכנסה להליכי פירוק ובין שלא. הליכי הפשרה או ההסדר במסגרת סעיף 350 נועדו למנוע את הנזקים העשויים להיגרם עקב הפירוק הן לחברה והן לנושים. נקודת המוצא של סעיף זה היא, שכאשר חברה נקלעת לקשיים, האינטרס שלה ושל נושיה הוא, בדרך כלל, שהחברה תתאושש ותשלם לפחות חלק מחובותיה ולא תחסל את עסקיה ותתמוטט. הסעיף מאפשר לחברות, בין שהן בפירוק ובין שלא, להגיע להסדר עם נושיהן, או עם חבריהן, או עם כל סוג נושים אחר.

יחד עם זאת, סעיף זה לוקה בחסר,⁷ ועל כן כמעט לא נעשה בו שימוש. זאת מאחר שחברות בו הוראות בדבר מתן עדיפות לנושה המממן את החברה מימון ביניים עד לאישור ההסדר, בדבר אופן ניהול החברה המשתקמת ובדבר השימוש ברכוש החברה, ואינו מגדיר "סוג נושים".⁸ כן חסרות בו הוראות בכל הקשור לכפיית הסדר על סוג נושים מתנגד.⁹ מעיון בסעיף 350 עולה כי הוא אינו כולל, בנוסף על האמור לעיל, גם הוראות אחרות חשובות ביותר לשיקום,¹⁰ כגון העמדת אשראי חדש לחברה במצוקה, הקלות מס ויתור על נכס מכביד. מעניין לציין, כי הסדר זה אינו מתייחס לשאלת זכויות העובדים אלא מאפשר להשתמש בפשרה כתוכנית הבראה כללית לחברה. הסדר זה מותיר, בעצם, את שאלת הזכויות של הנושים השונים, ובכלל זה העובדים, למשא ומתן בין הצדדים. בהסדר קיימת התעלמות מוחלטת משאלת מעמדם של העובדים וזכויותיהם ונקודת הראות של העובדים איננה באה לידי ביטוי. כפי שאנו רואים, ההסדר החקיקתי לשיקום חברות לוקה בחסר, ולפיכך נעשה שימוש בטכניקות משפטיות אחרות כמפורט להלן.

2. קדם מפרק זמני, מפרק זמני ומפרק מפעיל – קדם מפרק זמני, מפרק זמני ומפעיל, דומים במהות תפקידם ובסמכויותיהם. הפסיקה עשתה שימוש במונחים אלו בלא הבחנה מדויקת ביניהם. על פי המצב המשפטי הנוהג בישראל כיום, כוללים המונחים האלה בחובם מעין סתירה פנימית. תפקידו של המפרק, כפי שמצווה החוק, הוא לממש את נכסי החברה בערכם המקסימלי לטובת כלל הנושים, וסמכותו להפעיל את עסקי החברה היא סמכות זמנית וארעית הנתונה לו רק אם הדבר דרוש "לשם פירוקה המועיל של החברה".¹¹ על אף מגבלות אלו, עשו כתי המשפט

6 התשנ"ט–1999, ס"ח תשנ"ט, 1711.

7 'י' בהט "ארגון מחדש של חברות כושלות" מחקרי משפט ז (תשמ"ט) 221.

8 בנוגע לסוג נושים ראו: ע"א 691/69 השותפות בשרבסקי ואח' נ' בנק לסחר חוץ, פ"ד כה (1) 465.

9 לדיון מורחב בעניין ראו: 'י' בהט "כפייה על קבוצה מתנגדת בהסדר על פי סעיף 233 לפקודת החברות" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 445.

10 'י' גרוס "שיקום חברות – Chapter 11 תוצרת ישראל" רואה חשבון לט (תש"ן–1990) 124. (להלן: גרוס – שיקום).

11 סעיף 307 (ב) לפק' החברות.

בארץ שימוש בהליכי פירוק לצורך שיקום חברה בדרך של מינוי קדם מפרק זמני, מפרק זמני ומפרק מפעיל.

קדם מפרק זמני הוא יצירה שיפוטית מקורית שפיתח בית המשפט הישראלי. זמן רב לפני שנחקקה במדינות רבות באירופה חקיקה שמגמתה להציל חברה שנקלעה לקשיים ולשקמה במקום לחסלה, חזה השופט לובנברג – שופט בית המשפט המחוזי בתל-אביב – את הנולד, ויצר מוסד מקורי מעניין, המכונה "קדם מפרק זמני". במסגרת סעיף 300 (ב) לפקודת החברות¹² הכולל הוראות בדבר מינוי מפרק זמני, נהג השופט לובנברג לאפשר במקרים מסוימים שיקום של חברה, לאחר שהוגשה בקשה לפירוקה ולפני שניתן צו פירוק, וזאת מבלי שהיה לכך בסיס בחקיקה.¹³ מכוח הסעיף הנ"ל נהג השופט לובנברג למנות לחברה "קדם מפרק זמני", מונח שכלל אינו מופיע בחקיקה, ולקבוע בצו כי הלה יפעיל את החברה פרק זמן קצר, תוך שהוא מעניק לו סמכויות ניהול רחבות, שמטרתן למנוע הברחת נכסי החברה. מינוי קדם מפרק זמני נועד, בעצם, למנוע את הנזק, הבלתי הפיך כמעט, הנובע ממינוי מפרק זמני, והוא איפשר לבית המשפט לקבל דוח בדבר אפשרויות השיקום וההצלה של החברה, ארגונה מחדש וכיוצא באלה. אחד המקרים הידועים לשימוש בהליך של הבראה באמצעות מינוי מפרק זמני, היה בפרשת אל-על.¹⁴

בפרשת מספנות ישראל¹⁵ ובפרשת אליאנס¹⁶ נעשה שימוש בהליכי פירוק לצורך שיקום חברה, בניהול מפרק מפעיל. הן בפרשת אל-על והן בפרשת מספנות ישראל ואליאנס הוקנו למפרק הזמני ואחריו למפרק הקבוע, סמכויות רחבות יותר החורגות מן הסמכויות הרגילות. יצוין כי במקרים אלו מונה הכונס הרשמי למפרק, מה שהקנה לפירוק "תוקף" מעין ממלכתי.

12 פקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983, נ"ח תשמ"ג 716. (להלן: פק' החברות). חוק החברות החדש לא שינה את הוראות פקודת החברות בנוגע להליכי פירוק.

13 ש' לויין "הקוסם מארץ עוץ: היכול בית המשפט ליצור יש מאין?" ספר לובנברג (עורכים ד' פרידמן, י' שילה, תשמ"א-1988) 33 (להלן: לויין); ח' אבנור "המפרק הזמני" ספר לובנברג, לעיל, בע' 204-205.

14 בקשה למינוי מפרק זמני, ראו: ת"א (י"ם) 1611/82 בעניין אל על נתיבי אוויר לישראל (לא פורסם). (להלן: פרשת אל-על). במקרה זה מונה מפרק זמני ולא קדם מפרק זמני. חברת אל-על, שסבלה מהפסדים כבדים שנצברו בעיקר עקב סכסוכי עבודה ממושכים, תחרות עולמית קשה והעדר שיתוף פעולה מצד העובדים בהסדרי התייעלות קיבלה החלטה מיוחדת לפרוקה בידי בית המשפט. במקביל, הוגשה לבית המשפט בקשה למינוי מפרק זמני, בטענה שהחברה אינה בת פירעון ולכן יש צורך במינויו כדי שיבטיח חלוקה הוגנת ומסודרת של נכסי החברה ושמירה על האינטרסים של הנושים השונים. בית המשפט נעתר לבקשה, מינה את כונס הנכסים הרשמי כמפרק זמני, והעניק לו, לצורך ביצוע תפקידיו, סמכויות ניהול נרחבות, לרבות סמכות לפטר עובדים או להעסיקם לפי שיקול דעתו וכן סמכות ללוות כספים, לחסל את עסקי החברה ולשלם חובות שונים.

15 ת"פ (י"ם) 88/86 מספנות ישראל נ' רשות החברות הממשלתיות (לא פורסם). (להלן: פרשת מספנות ישראל).

16 ת"א (ת"א) 842/88 אליאנס מפעלי צמיגים וגומי בע"מ (לא פורסם).

יצוין, כי טכניקה זו של מינוי מפרק זמני או מפרק מפעיל, אשר התפתחה על ברכי הניסיון שנצבר בפירוק אל-על, מספנות ישראל ואליאנס, קיבלה אישור עקיף של בית המשפט העליון בפרשת מעוף נתיבי אוויר בע"מ נ' מדינת ישראל.¹⁷ בית המשפט העליון הכיר במתן סמכויות רחבות למפרק הזמני, בקובעו כי:

"מפרק זמני יכול להמשיך ולנהל את עסקי החברה ואפילו ללוות כספים למטרה זו".¹⁸

בפרשת מעוף נדחתה, הלכה למעשה, ההשקפה שאין אפשרות מבחינה משפטית פורמלית על פי המשפט הנהוג בישראל, להסמיך מפרק זמני לשקם חברה על פי דיני חברות. בפרשה זו הבחין בית המשפט בין התקופה שלפני מתן צו הפירוק – שבה מוסמך מפרק זמני לפעול כאמור ואין מניעה שהחברה תמשיך בפעילותה ובניהול עסקיה – לבין התקופה שלאחר מתן צו הפירוק, שמשמעותו החלטה על תהליך המביא לידי חיסולה של החברה.¹⁹

בשנים האחרונות מאמץ בית המשפט המחוזי בתל אביב במקרים רבים את הטכניקה של מינוי מפרק זמני, שמטרתו להפעיל את החברה ולנסות לשקמה. כך, למשל, בפרשת הקבלן אברהם גינדי,²⁰ פסק השופט וינוגרד, כי ביום שבו מונה על ידו נאמן לנכסי החברות שתפקידו היה לתפוס את הרכוש, לכנסו ולשמרו, מונה למעשה מעין מפרק זמני והופעל על ידו מכוח סמכותו הטבעית של בית המשפט, הליך דמוי פרק 11 של החוק האמריקאי.

בפרשת כור²¹ הדגיש בית המשפט המחוזי את סמכותו הטבועה לעשות כל דבר שנראה לו צודק, לטובת האינטרסים שהוא מופקד עליהם, והסביר כי מאחר שחברת כור תעשיות בע"מ, שכנגדה הוגשה בקשת פירוק על ידי בנק אמריקני Bankers Trust, היא חברת ענק בממדים ישראליים החולשת על נתח גדול של התעשייה הישראלית והמשק הישראלי, הרי שזעזוע בה עלול להוביל לזעזוע במערכת הכלכלית של המדינה ולפגוע באלפי המועסקים בה ובתעשיות הקשורות בה, במישרין או בעקיפין. השופט וינוגרד מאמץ את הטכניקה של שיקום חברה, בקבעו כי בית המשפט יעשה כל שניתן על מנת שלא לפרק חברה אם יש בכך כדי להביא תועלת לנושים, שכן הוראות הפירוק שבפקודת החברות, אין מטרתן לפרק חברות החייבות כספים בכל מחיר.

17 ע"א 272/83 מעוף נתיבי אוויר בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ל"ט (3) 561. (להלן: פרשת מעוף).

18 שם, בע' 574 מול האות ה'.

19 שם, בע' 574 מול האות ג'.

20 ת"א (ת"א) 7386, 2629/86 גני אביב הנדסה ובנין בע"מ (בפירוק) נ' פריצקי ואח', פ"מ תש"ן (1) 177.

21 ת.א. (ת"א) 1901/88, המ' 11615/88 בקשה לפירוק כור שהוגשה על ידי בנק אמריקני (לא פורסם).

במקרה זה לא מונה מפרק זמני, אך הוקמה ועדת היגוי של הבנקים הזרים הנושים בכור וזו פיקחה על פעילותה העסקית של כור וניסתה להגיע להסדר נושים עם כור. ההחלטות האלה עומדות בניגוד לרעיון העומד ביסוד הליך הפירוק. עם זה, המציאות הוכיחה, כי הן הביאו תועלת וברכה לכל המעורבים, שכן כור נחלצה מקשייה הכלכליים ועסקיה הבריא לחלוטין. לו היה השופט וינוגרד נוהג בהתאם ל"חוק היבש", היה נגרם, ככל הנראה, נזק עצום לכלכלת המדינה, לעובדים, לנושים ועוד.

כפי שעולה מן האמור, הפתרונות של מינוי קדם מפרק זמני, מפרק זמני ומפרק מפעיל הם פתרונות ביניים, שאומצו בידי בתי המשפט בישראל בשל העדר הסדר חקיקתי ממצה בסוגיה. פתרונות אלו עדיפים בנסיבות מסוימות מתהליך פירוק החברה, וזאת, כאמור, בעיקר כשמדובר בחברה שעל פי נתוניה אפשר לשקמה ולהבריאה ועדיף, לטובת כל הצדדים הנוגעים בדבר, לעשות כן ולא לפרקה. יחד עם זאת, להליכים אלו חסרונות רבים שיפורטו בקצרה להלן:

א. השימוש בהליך שנועד לפירוק – מינוי קדם מפרק זמני, מפרק זמני או מפרק מפעיל – לצורך שיקום – יוצר בלבול ומקפח במידה מסוימת את הנושים. הבעיה נובעת מכך שקדם מפרק זמני מצויד בסמכות לעיכוב הליכים מכוח סעיף 267 לפקודת החברות, כתוצאה מכך, מימוש זכויותיהם של הנושים הרגילים מושהה בלא מגבלת זמן ברורה בחוק. זאת, בניגוד לנושים המובטחים, המורשים לממש שיעבודים אף בהליכי פירוק.

ב. לשם יישום תוכנית הבראה הדרושה לצורך שיקום החברה בהצלחה נדרש מימון שוטף, בסכומים ניכרים, ברור כי לא יימצא מממן שיסכים להזרים כספים בסכום שהוא מעבר ליחס סביר וזהיר לנכסים שבידי החברה, אלא אם תובטח לו עדיפות לקבל את מלוא כספו בערכו הריאלי. הדרך היחידה להשגת בטוחה ועדיפות מוחלטת כזו על כל יתר הנושים, היא על ידי החלטת בית המשפט שאשראי כזה ייחשב להוצאות הפירוק. החלטה כזו היא בעייתית ביותר, אם בכלל אפשרית מהבחינה המשפטית לפי הדין הקיים, לבד מהסיכון הכלכלי הנגרם לכלל הנושים.

ג. כדי לשקם חברה בהצלחה, דרוש הסדר נושים שיקבע את פעולות הנושים בתקופת הפירוק המפעיל. ההסדרים הקבועים בסעיפים 350 ו-351 לחוק החברות החדש אינם מתאימים לפירוק מפעיל, שכן מטרתם היא פירוק וחסול עסקי החברה ולא שיקומה. כמו כן, ההסדרים האלה הם בעייתיים ביותר במקרה של ריבוי נושים בעלי אינטרסים מנוגדים. חוסר אמון של הנושים בתוכנית ההבראה מכשיל על הסף אפשרות של שיקום. לכן, הסכמתם של כלל הנושים היא תנאי שבלעדיו אין לשיקום. ד. קדם מפרק זמני, מפרק זמני ומפרק מפעיל מוסמכים לפטר עובדים ולייעל את עסקי החברה בלא התערבות הארגונים המקצועיים, ולפיכך השיקולים שהם שוקלים אינם נתונים לביקורת חיצונית.

אנו רואים אפוא כי גם מינוי קדם מפרק זמני, מפרק זמני ומפרק מפעיל אינו מספק את ההסדר המיטבי לשיקום חברה. הוא לא יוצר הליך מאוזן שבא לשרת את כלל הנושים והמשק וחסרונותיו רבים.

הן במקרה של מינוי מפרק מפעיל והן במקרה של מינוי קדם מפרק זמני או מפרק זמני, אפשר לעקוף את ההסכמים הקיבוציים ולכפות את תוכנית ההבראה על העובדים. בפעולה זו יש משום שימוש לרעה בהליך הפירוק הזמני. מינוי קדם מפרק זמני או מפרק מפעיל יוצר, בעצם, מצב שבו נשמרות לנושה המובטח כל זכויותיו והוא יכול לבקש מינוי כונס נכסים בכל עת, ובו בזמן נעשה ניסיון לשקם את החברה, וזאת תחת האיום המתמיד לפרקה בכל עת. הסדרים אלו הם הסדרים כזואיסטיים, יצירי פסיקה, אשר לא נעשו מתוך תכנון ומחקר השוואתי, ובמסגרתם לא הובאו בחשבון זכויות העובדים והאינטרסים המיוחדים שלהם בהליך. ההסדרים האלה יוצרים מצב שבו נמצאים העובדים בעמדת חולשה קיצונית אשר איננה מאפשרת להם להגן על האינטרסים שלהם.

3. כונס בונה – העדרם של מנגנונים סטטוטוריים לשיקום חברות הביא גם לידי שימוש בהליך כינוס הנכסים למטרת הסדרים המיועדים לשיקום חברה. כונס הנכסים מתמנה לחברה מכוח איגרת חוב הכוללת שיעבוד צף על נכסי החברה. באיגרת החוב קובעים המלווה (בדרך כלל בנק) והלווה (החברה) תנאים ובטוחות לפירעון החוב שנטלה החברה, וכן את המנגנון לאכיפת השבת החוב על ידי החברה, לרבות מינוי כונס נכסים, מנהל מיוחד וכדומה.²²

בהתאם לסעיף 194 לפק' החברות, אם מובטחות זכויות בעלי איגרות חוב על ידי שיעבוד צף או על ידי שיעבוד הון בלתי נדרש או שיעבוד ההון הנדרש או מוניטין, אין לאכוף את השיעבוד אלא ברשות בית המשפט. בית המשפט רשאי ליתן במסגרת הסעיף הנדון צווים וסעדים מסוגים שונים, כגון מינוי כונס נכסים, מנהל מיוחד, והוצאת צווי מניעה, אשר מטרתם אכיפת השיעבוד הכלול באיגרת החוב. כונס הנכסים תופס את הרכוש המשועבד, בדרך כלל, נכסיה של החברה ומפעלה, כדי למוכרם, ולעתים הוא מפעיל את החברה כ"עסק חי" עד למכירתה. כך, למשל, במקרה של חברת יצהר מונה כונס נכסים לחברה על ידי בעלי איגרות החוב והם ניהלו את החברה כעסק חי, המשיכו בתהליכי הייצור ומכרו אותה לחברת טית"בית כעסק חי וכיום זו חברה משגשגת.

בית המשפט הבחין היטב בין כונס נכסים הפועל לפירוקה של חברה ומימוש נכסיה, לבין "כונס בונה" הפועל כלשון בית המשפט, "לקימום החברה שהפיח בה רוח חיים ושב והעמידה על רגליה".²³ בית המשפט מסביר, כי מלאכתו של כונס בונה, ברוב המקרים, קשה יותר ומורכבת יותר ממלאכתו של כונס המפרק חברה. גם

22 בענין זה ראו: א' וולובסקי כונס נכסים דיני חברות (תשנ"ב-1992) 33. (להלן: וולובסקי).

23 המ' (י"ם) 588/80 2328/85 פרידמן ואח' נ' פרידמן ואח', פ"מ תשמ"ט (2) 27, בע' 31.

מדיניות שיפוטית נכונה וגם מדיניות כלכלית וחברתית נכונה מחייבות להעדיף כונס בונה או מפרק בונה ממפרק הפועל למימוש נכסי החברה והעברתה מן העולם. לדעת בית המשפט, מן הראוי לעודד כונסים או מפרקים לנסות לשקם את החברה קודם שהם באים לממש את נכסיה. הבחנה זו עשה בית המשפט לצורך תשלום שכר טרחה לכונס, בקובעו כי כונס בונה ראוי לשכר הוגן על בסיס כמות העבודה שהשקיע, גודל האחריות שנטל על עצמו ומידת הצלחתו בתפקידו ולא על יסוד תוצאות הפירוק וכמות הכסף שהושגה ממימוש נכסי החברה.

במקרים מסוימים, כאשר מכירת הנכסים אינה מממנת את החלק הארי של החוב, מעדיף הנושה שמינה את כונס הנכסים לאפשר לחברה להמשיך ולהפעיל את עסקיה, ואפילו להעניק לה סיוע נוסף שיאפשר את המשך פעילותה, שכן רק בדרך זו יקבל את כספו. ברם, פק' החברות אינה מעניקה לכונס הנכסים כל מנגנוני סיוע, כגון עיכוב הליכים,²⁴ המוענקים בהליכי פירוק באורח אוטומטי מכוח סעיף 267 לפק' החברות. במצב זה, קשה להאמין שבלא הסכמתם של כל הצדדים יצליח כונס בונה לשקם את החברה, שכן במקביל לפעולתו יכולים נושים אחרים להמשיך בהליכים לגביית חובם ולפרק את החברה.

בנוסף, יש לזכור כי מטרתו העיקרית של כונס נכסים אינה שיקום חברה, אלא כינוס נכסיה ומימושם, לשם תשלום חוב לבעלי איגרות החוב. חובותיו הראשונות של הכונס מופנות כלפי בעלי איגרות החוב, ושיקום החברה הוא בעבורו משימה משנית, שנועדה להשביח את נכסי החברה ולהקל את גביית החוב. מובן, לכן, כי בעל תפקיד זה אינו יכול, מטבעו, להיות גורם מועיל בהליך השיקום.

4. הסדר מחוץ לכותלי בית המשפט – על פי דיני החוזים הרגילים, יכולה חברה שנקלעה לקשיים פיננסיים לכרות הסכם שיכלול הסדר בינה לבין נושיה, עובדיה, בעלי מניותיה, ספקיה וכל צד שלישי אחר. טכניקה זו מתבססת, בעצם, על הסכם לא פורמלי, מחוץ לכותלי בית המשפט, והיא, בעצם, הסדר משלים לחוק גם במדינות שבהן יש הסדר חקיקתי מתאים, אך היא נטולת אמצעי כפייה כל שהוא על נושים מתנגדים ומכאן חולשתה. בדרך כלל ייכללו בהסכם הוראות בסוגיות האלה:

1. מחילה על חובות או חלק מהם.
2. פריסת חובות, הארכת מועד לפירעונם ומימוש ביטחונות.
3. החלפת מניות החברה המשתקמת או איגרות חוב שלה בנכסים או בסכומי כסף של הגוף המסייע.
4. העמדת אשראי חדש לרשות החברה המשתקמת.
5. צמצום מצבת העובדים וייעול עסקי החברה.

²⁴ לעניין הנימוקים בעד ונגד עיכוב הליכים בכינוס ראו: וולובסקי, לעיל הערה 21, בע' 302; י' בהט דיני הבראת חברות (מהדורה 2, התשנ"ב–1991) ע' 383; ר"ע 74/86 אתא טכסטיל (בכינוס נכסים) נ' לוי שטראוס בע"מ, פ"ד מ(2) 301, בע' 303.

6. מכירת נכסים שאינם חיוניים לעסקי החברה המשתקמת והקצאת התמורה לשם שיקומה או לנושיה.

להסכם זה יתרון מסוים בכך שאפשר לכרות אותו במהירות יחסית, והוא מאפשר לחברה להוסיף ולהתנהל כעסק חי. הסכם זה אינו מטיל על החברה את התדמית השלילית המתלווית בהכרח לחברה הנמצאת בפירוק או בהסדר נושים.

לצד היתרונות האלה קיימים בהסכם זה חסרונות אחדים:²⁵

1. ההסכם תלוי אך ורק ברצון הצדדים הקשורים בו. מובן שבלא הסכמת כל הנושים לתוכנו של ההסדר, עשוי נושה בודד שלא בא על סיפוקו, להמשיך בהליכים נגד החברה, בין על ידי נקיטת הליכי הוצאה לפועל ובין על ידי הגשת בקשה לפירוק.
2. הסעדים העומדים בפני חברה בתקופת הפירוק, כגון עיכוב הליכים, סמכות לוותר על נכסים מכבידים ועוד, אינם עומדים לרשותה במסגרת הסדר הסכמי.
3. מאחר שאין אמצעי כפייה משפטי שבו הרוב יכול לכפות דעתו על המיעוט, התנאים של הסכם זה מיטיבים עם המיעוט, שהוא המהווה קבוצת לחץ בהשגת הסכם כאמור.

החיסרון העיקרי הנוגע לענייננו נובע מהעובדה, כי כל הסכם המושג בדרך של הסדר מחוץ לכותלי בית המשפט מבוסס, בעצם, על משא ומתן בין צדדים המודעים למצב המשפטי הקיים. צד מסוים לא ייטה לחרוג חריגה מהותית ממה שהוא יודע כי ביכולתו להשיג, אם יפנה את סכסוכו לערכאה משפטית. לנוכח העובדה כי ההסדר המשפטי הקיים הנוהג בנושא שיקום חברות מעניק את מרב המשקל והזכויות לנושה המובטח, ולשקם הבא בנעליו של המעביד, חזקה עמדת הפתיחה שלהם בכל משא ומתן לגיבושו של הסכם מחוץ לכותלי בית המשפט.

2. מעמד ההסכם הקיבוצי בדין הנוהג

2.1 כללי

שאלת תוקפו של חוזה עבודה – אישי או קיבוצי – בעת כניסתה של חברה לחדלות פירעון נחתכת לאור שאלות יסוד הנוגעות לרציפות חוזה העבודה²⁶ ולאישיות

25 "קנטור" נושים מובטחים – מול חברה קורסת וחברה בשיקום פתרון לדורות – והצורך בפיתרון לשעה" רבעון לבנקאות כט (תשנ"א) 85, בע' 89. (להלן: קנטור).

26 לדיון מורחב בנושא זה ר' בן – ישראל "הממד המשפטי של מעמד האיגוד המקצועי, ההסכם הקיבוצי וזכויות העובדים בתהליך שינוי סטטוס מקום העבודה" המפעל (1992) 15. לדעתה, בנסיבות האלה יש חשיבות עצומה לשאלת מעמד החוזה הישן – החוזה החל על העובדים טרם הוחלפה הבעלות. כפי שמציינת בן ישראל, במקרה כזה קיימות שתי אופציות: האופציה האחת קובעת שיחסי העבודה עם המעביד המקורי, כלומר, עם המעביד הראשון, הסתיימו, חוזה העבודה פקע ולכן על העובדים לחתום על חוזה עבודה חדש עם המעביד החדש. האופציה השנייה היא זו: המעביד או הבעלים החדשים נכנסים לנעלי המעביד היוצא ומקבלים עליהם את כל

המשפטית של החברה בפירוק²⁷ והיא אחת השאלות המרכזיות בכל הסדר שיקום. בשל היעדרם של הסדר חקיקתי ופסיקה בעניין זה בנוגע לשיקום, יש ללמוד על סוגיה זו מהמתרחש בעת פירוקה של חברה.

שאלת תוקפם של חוזי העבודה היא קריטית הן בהליכי הפירוק והן בהליכי השיקום. כאשר מדובר בהליכי פירוק המכוונים לחיסולה של חברה, אם רואים בהליכי הפירוק מעשה פיטורין המפקיע את חוזה העבודה, יהיה העובד זכאי לפיצויים וחופשי לחפש עבודה אחרת. לעומת זה, אם ייקבע כי הכרזת הפירוק כשלעצמה אינה משליכה מיידית על מעמדו של העובד, אלא היא מעין "הפרה יסודית" של חוזה העבודה, הרי שנפתחות לפני הצדדים אפשרויות התנהגות שונות.

2.2 מעמד ההסכם הקיבוצי בפירוק

בישראל אין בחוק הוראה מפורשת לעניין מעמדם של עובדי חברה שהוצא לה צו פירוק. בהעדר הסדר סטטוטורי לחברה בהליכי שיקום ברור כי אין כל התייחסות בדין הישראלי למעמד חוזה עבודה בחברה בהליכי שיקום. על פי פקודת החברות תהליכי הפירוק אינם בעלי השלכה משפטית על אישיות החברה וגם הפסיקה בסוגיה זו דלה ביותר. הסיבה העיקרית לכך היא שבתי המשפט מעניקים למפרקים ולכונסי הנכסים סמכויות רחבות בכל הנוגע להעסקת העובדים ולפיטוריהם, והם יכולים לעשות זאת בהתאם לשיקול דעתם הבלעדי. לפיכך, מקום שמונו מפרק זמני או כונס נכסים זמני המעוניינים להמשיך ולהפעיל את החברה, הם זקוקים לשיתוף פעולה מצד העובדים, ואז קרוב לוודאי שיעשו כמיטב יכולתם כדי להגיע להבנה ולהסכמה

המחויבויות שהיו למעביד היוצא, כאן יש המשכיות אבל הדבר אמור באותם יחסי עובד-מעביד. בן-ישראל מוסיפה, כי לבחירה הנכונה בין שתי האופציות הללו יש השלכות מרחיקות לכת על מערכת יחסי העבודה, בעיקר כאשר המעביד החדש מעוניין לשנות את תנאי ההעסקה של העובדים – וזה בדרך כלל מה שקורה. במצב כזה אם מדובר בחוזה חדש, אין למעביד החדש בעיה, הוא חופשי להציע לעובדים תנאים חדשים, והעובדים רשאים להסכים או להתנגד. לעומת זה, אם האופציה השנייה נבחרה כאופציה הנוהגת, והוחלט שמדובר ביחסי עבודה נמשכים, ברור שהמעביד החדש קשור להתחייבויות של המעביד היוצא מהבחירה המשפטית.

27 שינוי באישיותה המשפטית של חברה בפירוק עלול להשליך על מעמדם של העובדים שקשרו עם החברה חוזה עבודה שכן חוזה עבודה הוא חוזה לשירות אישי בין שני הצדדים לחוזה. שינוי קיומי של אחד הצדדים משמיט את בסיס ההתקשרות. לדיון מורחב בשאלה זו ראו ה' ש' לובנברג ר"י וינרוט דיני פירוק חברות בישראל (שוקן, תשל"ח) 20 הסבורים כי מאחר שיעודה של חברה בפירוק הוא השמטת בסיסה הקיומי, הרי הוא מבסס מציאות שונה לחלוטין מזו של חברה חיה. מציאות חדשה זו יוצרת אישיות משפטית שונה, שאותה מאמצת החברה בשלב הסופי של קיומה. לעומתם יש הסוברים כי אין שינוי בזהותה של האישיות המשפטית של החברה, היא מוסיפה להתקיים עד שתחוסל עקב פעולת הדין, ראו: ג' פרוקציה "ה.ש. לובנברג – י. וינרוט: דיני פירוק חברות בישראל" עיוני משפט ו (תשל"ט) 674, בע' 677–678; ה' בר מור "השפעת השינוי באישיותה המשפטית של החברה בפירוק על מעמד העובדים" שנתון משפט העבודה ה (תשנ"ה 1995) 47 (להלן: בר-מור).

בנוגע לזכויותיהם ולתנאי העסקתם של העובדים, עם הארגון היציג. גם העובדים, מצדם, מודעים לסכנת פיטוריהם, בשל החשש שהכונס או המפרק הזמני יאלצו לצמצם את מצבת כוח האדם כדי להבריא את העסק. לכן, הצדדים משתדלים להגיע לעמק השווה ורק במקרים בודדים מגיעה הסוגיה להתדיינות בבית המשפט. בעיקרון, ההלכה הנוהגת בארץ²⁸ היא כי עם פירוק החברה, ייחשב צו הפירוק להודעת פיטורין.²⁹ הלכה זו אינה מתייחסת להליך של שיקום חברה, אלא להליך של פירוק. במקרים אחדים, שבהם מינה בית המשפט מפרק זמני על יסוד בקשה לצו פירוק, נעשה, כפי שצינו, שימוש בהליך של מפרק זמני ככלי להבראת החברה ולשיקומה. במקרים אלו, השאלה הנשאלת היא אם ההסכם הקיבוצי או החוזה האישי פוקע בעקבות מינוי מפרק זמני הפועל כשקם. ההיגיון מחייב כי עצם מינוי מפרק זמני אינו יכול להפקיע את חוזה העבודה, כיוון שאין ודאות כי צו הפירוק, אכן יינתן. אך הפסיקה בסוגיה זו אינה ברורה ואינה מצביעה על אחידות דעים או על הלכה מחייבת.³⁰

28 ע' בלום "הרצאה ביום עיון בנושא שיקום חברות" רבעון לבנקאות כט (תשנ"א) 119, בע' 124.
 29 הלכה זו מצוטטת בפסיקה בארץ כבר בשנות החמישים, וכבר אז ההתייחסות אליה הייתה כאל "הלכה פסוקה", אם כי בנסיבות אותו מקרה לא היה מקום ליישמה. ראו: ת.א. (ת"א) 1691/56, המ' 736/57 מקבל הנכסים הרשמי נ' פלס חברה לפרסומים, פס"מ (ת) 25. ראו לענין זה: בר-מור, בע' 63. היא סבורה כי יש הצדקה להלכה זו מאחר והמשך העסקת העובדים במועד מתן צו הפירוק, אינו תואם את המדיניות של המחוקק לחיסול חברה מתפרקת. כך למשל המשך תשלום המשכורות לעובדים, על פי ההסכמים הקיימים, לא יהיה לטובת כל הנושים ויעמוד בסתירה לרעיון הצדק החלוקתי בפירוק. ראו גם ח' הרדוף "הסדרת זכויות עובדים בהליך לשיקום חברה" רבעון לבנקאות כט (תשנ"א) 75. הרדוף סבורה כי זו לא הייתה ההלכה בארץ מאחר ש"שאלת פגיעתם האוטומטית של חוזה עבודה עקב הליכי פירוק, מעולם לא ניצבה לפני בית המשפט כעניין מרכזי הטעון הכרעה; בית המשפט העליון טרם נדרש לה".
 30 בפרשת אל-על ובפרשת מספנות ישראל בע"מ, מונה הכונס הרשמי כמפרק זמני. בצווי המינוי נאמר במפורש, כי המפרק הזמני מוסמך לפטר את עובדי החברה או מי מהם לפי ראות עיניו. מכאן אפשר אולי להבין שבית המשפט סבר, כי עצם מינוי מפרק זמני אינו שם קץ להסכמים הקיבוציים, אם כי ייתכן כי ניסוח זה מיועד למנוע ספקות בסוגיה. על אף צו המינוי המפורש, פחות מחודש לאחר מינויו, ביקש המפרק הזמני בעניין אל-על את אישורו של בית המשפט לכריתת שני הסכמים קיבוציים מיוחדים חדשים עם עובדי החברה. ההסכם הקיבוצי האחד הסדיר את תנאי העבודה בחברה, ואילו השני קבע את תנאי הפרישה מהחברה של עובדים שיפוטרו במהלך שנת כהונתו הראשונה של המפרק הזמני.
 ייתכן שמבקשה זו אפשר להסיק כי בפועל רואים הצדדים את ההסכם הקיבוצי כפוקע עם מינוי המפרק הזמני ולכן ההלכה דלעיל, אכן, חלה גם במקרה של שיקום. בפרשת מספנות ישראל לעומת זה, לאחר סכסוכים קשים בין העובדים לבין המפרק הזמני, ביקש המפרק הזמני מבית המשפט, בהסכמת נציגות העובדים, לחתום על הסכם קיבוצי מיוחד המשנה את מקצת הוראות ההסכם הקיבוצי הישן, בנוגע לפיטורי עובד שהסית או שידל לשביתה, עובד ששבת בניגוד להסכם העבודה וכד'. במקרה זה אפשר להסיק מסקנה הפוכה, הצדדים התייחסו להסכם הקיבוצי כהסכם בר תוקף החל גם בינם לבין המפרק הזמני וביקשו לחתום על הסכם נוסף רק לגבי נושאים שלא הוסדרו בהסכם הראשון.
 עינינו הרואות כי אי אפשר להצביע על פסיקה חד משמעית בנדון, אם כי הנטייה המסתמנת היא, כפי הנראה, לראות את ההסכם העבודה כפוקע בעקבות מינוי מפרק זמני הפועל כשקם.

2.3 הצעה לרפורמה בדיני שיקום חברות

כפי שראינו, הנוהג הקיים איננו מאוזן והוא, בעצם, פועל יוצא של הפעילות העסקית ושל מערכת הכוחות בה. נוהג זה אינו יציר עבודת הכנה ומחשבה, שמביאה בחשבון את מגוון השיקולים והאינטרסים של הנוגעים בדבר. מצב זה הוביל לצורך ברפורמה. לשם כך מונתה ב-21 בדצמבר 1986 ועדה ציבורית, בראשות שופט בית המשפט העליון ש' לוי (להלן: הוועדה), והוטל עליה לבדוק את נחיצותה של רפורמה בדיני פשיטת הרגל ופירוק חברות והתאמתה לתקופתנו. בוועדה השתתפו, בין השאר, נשיא בית המשפט המחוזי בתל אביב, א' וינוגרד, המשמש שופט בית משפט של פירוק במשך שנים רבות, וכן מומחים ידועי שם מהאקדמיה ומעולם המעשה העוסקים בתחומים הקשורים לשיקום, כגון דיני מסים ודיני עבודה. הוועדה הגיעה למסקנה כי יש להוסיף לפקודת החברות פרק חדש – 1/ – אשר יעסוק בשיקום חברות. הוועדה בחנה הסדרים חקיקתיים בארצות אחרות, ואימצה חלקים מהם, אך החליטה כי אין מקום לאמץ בישראל כחטיבה אחת את ההסדר האמריקני, או כל הסדר זר אחר.

ב-22 בינואר 1990 הגישה הוועדה דוח³¹ המפרט את הצעתה להסדר מקיף בסוגיית השיקום, ובין השאר, להסדר בנוגע ליחסי העבודה ומעמד העובדים בחברה בשיקום. משרד המשפטים אימץ את הדוח כ"תזכיר הצעת חוק לתיקון פקודת החברות (שיקום חברות), התש"ן-1990". עבודת הוועדה ותזכיר הצעת החוק מצביעים על חשיבות הנושא, אך אף על פי כן עד כתיבת שורות אלה, לא עברו מסקנות הוועדה את שלב הצעת החוק,³² והמצב בפועל מוסיף להיות חלקי ולא מאוזן.

הנושא העיקרי הרלוונטי לענייננו, המוסדר בהצעתה, מתייחס למעמד חוזה העבודה בשיקום. הוועדה הציעה לקבוע, כי ככלל אין במינוי שקם לחברה כדי לפגוע בתוקפו של חוזה העבודה או הסכם קיבוצי. עם זה, במקרה שהשקם נוכח כי אין באפשרותו להוסיף ולהעסיק את העובדים בתנאי העבודה הקיימים, הוא רשאי להציע לעובדים ולנציגיהם הסכמי עבודה חדשים. אם הצדדים לא יגיעו להסכמה לעניין תנאי ההסכם החדש, יקבע בית המשפט הדין בשיקום את תנאי ההסכם החדש במגבלות מסוימות.³³ בנוסף, הציעה הוועדה לקבוע כי כאשר מתקיים דיון פומבי בדבר פתיחת

31 הוועדה הציבורית לשם בדיקת נחיצותה של רפורמה בדיני פשיטת – רגל ופירוק חברות, דוח מס' 1, שיקום חברות (22.1.99) (להלן: דוח הוועדה).

32 תזכיר חוק לתיקון פקודת החברות (שיקום חברות), התשנ"ה-1995 (להלן: התזכיר).

33 ראו סעיף 243כז לתזכיר. בית משפט הקובע או מאשר הסכם חלופי כאמור, צריך גם לקבוע אם יש בתנאי ההסכם החלופי משום הרעה מוחשית בתנאי העבודה כפי שהיו בתוקף לפני הגשת הבקשה לצו שיקום, ובשים לב למצבה של החברה. עובד שחל עליו ההסכם החלופי, רשאי בעקבות קביעה כזו של בית המשפט להתפטר בתוך שלושה חודשים מיום הקביעה ויחולו עליו תנאי סעיף 11 לחוק פיצויי פיטורים. העובד רשאי גם, כמובן, להסכים מראש לקבל עליו את ההסכם החלופי.

הליכי שיקום, יש להזמין אליו גם את העובדים כ"מי שעלול להיפגע עקב מתן צו לפתיחת הליכי שיקום".³⁴

3. סיכום

מסקירת הדין הישראלי בענייננו, עולה כי ההסדרים הקיימים כיום לשיקומה של חברה, דוגמת קדם מפרק זמני, מפרק מפעיל, כונס בונה והסדרי הפשרה למיניהם אין בהם משום פתרון מקיף וממצה לסוגיה. הסדרים אלו מיועדים לתת פתרון אד-הוק לבעיה מסוימת שעלתה. ברוב המקרים הם אינם מביאים בחשבון שיקולים של ביטחון תעסוקתי לעובדים ומטרתם איננה להגן על האינטרסים של העובדים. מאחר שההסדרים האלה הם הסדרים יצירי פסיקה הרי שבנקודות רבות הם חסרים. כך, למשל, מעמד חוזה העבודה בכלל וההסכם הקיבוצי בפרט במסגרת שיקום חברה לא נדונו דיון ממצה והפתרונות שהושגו לגביהם היו פרטניים ולא ממצים. בפרק הבא נציג את הדין הנוהג בסוגיה זו במשפט האמריקני. הדין האמריקני מעניק הגנה איתנה לזכויות העובדים בנוגע למקום עבודתם. דין זה מעניק לעובדים כלים להתמקח על תנאי עבודתם החדשים בעת שיקום, ואופן שינויו של ההסכם הקיבוצי בעת שיקום חברה זכה לטיפול מקיף וממצה במשפט האמריקאי ומכאן חשיבותו לענייננו.

פרק שני – הדין האמריקאי

1. הרקע לחקיקתו של סעיף 1113

אופן שינויו של ההסכם הקיבוצי זכה לטיפול המקיף ביותר בשיטת המשפט האמריקני. ההסדר המשפטי בסוגיה זו ידע שינויים רבים, שנבעו מהמתח שנוצר בין דיני פשיטת הרגל לבין דיני העבודה. התנגשות זו, ששיאה היה בפרשת "בילדיסקו"³⁵ הובילה לביקורת רבה שהייתה הבסיס לחקיקתו של סעיף 1113 לפרק 11 לקוד.

1.1 המתח בין עקרונות דיני פשיטת הרגל לבין עקרונות דיני העבודה

כדי לשקם חברה בקשיים מוסמך, ולעיתים אף חייב, מי שהתמנה מטעם בית המשפט

³⁴ שם, סעיף 243א.

³⁵ *NLRB V. Bildisco & Bildisco*, 465 U.S. 513, 523, 104 S.Ct. 1188, 1149, 79 L.E.d.2d 482, 1984 (C.B.C. 2d 1219, 1226) 493 (להלן: הלכת בילדיסקו).

(להלן: השקם) לדחות, בנסיבות מסוימות, חוזים שעדיין לא הסתיים מועד ביצועם. סמכות זו שהוענקה לשקם, עולה בקנה אחד עם הרצון להעניק לשקם סמכויות אשר יאפשרו את שיקומה של החברה, אולם, יחד עם זאת, היא מתנגשת עם המדיניות הכללית בדיני העבודה, המעודדת קיום הסכמי עבודה קיבוציים ושמירת תנאי העבודה המוסכמים.³⁶ התנגשות זו בין דיני פשיטת רגל, הנותנים עדיפות לזכויות החברה והשקם, לבין דיני עבודה, המעדיפים כי הוראות הסכם העבודה הקיבוצי לא ישונו כלל, התרחשה בבתי המשפט בארה"ב במשך תקופה ארוכה ולמעשה הובילה לחקיקתו של סעיף 1113.

על פי סעיף 365 (A) לקוד פשיטת רגל, 1978,³⁷ החל טרם חקיקתו של סעיף 1113, היה השקם זכאי לדחות הסכמים שעדיין לא הסתיים ביצועם. המבחן לדחיית הסכמים כאלה היה מבחן עסקי טהור וכונה "Business Judgment" – על פיו השיקול הרלוונטי הוא אם החוזה מכביד על נכסי החייב או אם אפשר להחליפו בהסדר טוב יותר לחייב.³⁸ קוד פשיטת רגל, בנוסחו המקורי לא קבע כי יש לבחון דחיית הסכמים קיבוציים באופן שונה מדחיית הסכמים אחרים. כאשר דנו בתי המשפט בסוגיה של דחיית הסכמים קיבוציים, הם קבעו כי המונח חוזים שזמן ביצועם טרם הסתיים, המופיע בסעיף 365, כולל גם הסכמים קיבוציים, אך יש להתייחס להסכמים קיבוציים בכפוף להוראות NLRA³⁹ קביעה זו יצרה התנגשות ישירה בין העקרונות המנחים השונים של שתי קבוצות הדינים, התנגשות אשר הגיעה לשיאה בפרשת בילדיסקו כמפורט להלן.

1.2 הלכת בילדיסקו

המקרה המפורסם ביותר שהביא לידי חקיקת סעיף 1113 לקוד, ושעסק בסוגיה של דחיית הסכמים קיבוציים היה הלכת "בילדיסקו". באותו מקרה נדונה שותפות (להלן:

36 מדיניות זו מוצאת את ביטוייה בחקיקה בסעיף (d) 8 ל-National Labor Relation Act (להלן: NLRA) וכן ב-29 U.S.C 158(d). סעיף זה מטיל על המעביד חובה לנהל משא ומתן קיבוצי בתום לב ואוסר על מעביד לסיים באופן חד צדדי הסכמים קיבוציים. סעיף זה קובע דרך מפורטת שצריך לנקוט צד המעוניין לשנות או לבטל הסכם קיבוצי. בין השאר נקבע כי החובה לנהל משא ומתן קיבוצי משמעותה כי צד לא ישנה את הוראות ההסכם ולא יביאו לידי סיום, אלא לאחר משלוח הודעה בכתב 60 יום לפני המועד לסיום החוזה. לאחר משלוח ההודעה על הצדדים להיפגש לשם ניהול משא ומתן על הסכם קיבוצי חדש או על שינוי ההסכם הקיבוצי הקיים וכיו"ב. מעביד שאינו מקיים אחר הוראות סעיף (d) 8 יוצר "נוהג לא הוגן ביחסי העבודה".

37 Bankruptcy Reform Act of 1978, Pub. L. No. 95-898, 92 Stat. 2549, codified as 11 U.S.C (1982).

38 גישה זו מקורה עוד בחוק פשיטת רגל מ-1878 (להלן: חוק פשיטת רגל הישן) והיא לא השתנתה בקוד פשיטת רגל. הפסיקה מקורה בפסיקה המבוססת על חוק פשיטת רגל הישן. *Group of Inst. Inv. v. Chicago, Milwaukee, St Paul and Pacific R. Co.*, 318 U.S. 523, S.Ct. 727, 87 L.Ed. 959 (1943).

39 *International Bhd. of Teamsters V. IML Freight, INC.*, 789 F.2d 1460 (10th Cir. 1986)

בילדיסקו) שעסקה במכירה ובהפצה של חומרי בניין וחתמה עם עובדיה על הסכם קיבוצי לתקופה של שלוש שנים.

בילדיסקו פנתה לבית המשפט המוסמך (להלן: ביהמ"ש לפש"ר) וביקשה לדחות את ההסכם הקיבוצי על פי סעיף 365 (A) לקוד. בית המשפט נעתר לבקשתה. על החלטה זו הוגש ערעור, והיא אושרה הן בבית המשפט המחוזי והן בבית המשפט לערעורים, ולבסוף נדונה בבית המשפט העליון. בית המשפט העליון קבע כי השקם ראוי לשנות תנאים בהסכם קיבוצי בניגוד להוראות NLRA הקובעות במפורש את הדרך לשינוי הסכמים מסוג זה, וכי שינוי-חד צדדי של הסכם קיבוצי לא יוצר "נוהג לא הוגן במסגרת יחסי עבודה"⁴⁰ מאחר שעצם הגשת בקשה לפתיחת הליכים על פי פרק 11 לקוד משמעותה, במישור יחסי עבודה, שמעתה ההסכם הקיבוצי אינו אכיף, וייתכן שלא יהיה אפשר לאוכפו לעולם.⁴¹ בקצרה, בהתנגשות בין העקרונות המנחים של דיני פשיטת הרגל לבין אלו של דיני העבודה העדיף בית המשפט העליון את דיני פשיטת הרגל.

פסיקת בית המשפט העליון של ארצות הברית בפרשת בילדיסקו עוררה ביקורת נרחבת בקרב אנשי אקדמיה, בקרב שדולת ארגוני העבודה ובקרב האיגודים המקצועיים בארצות הברית. מאמרי ביקורת רבים נכתבו בנושא.⁴² הטענה העיקרית שהועלתה הייתה כי קביעת בית המשפט העליון, המאפשרת לחברה לשנות הסכמים קיבוציים במהלך שיקומה על פי פרק 11 לקוד, שינתה באופן משמעותי את מערכת היחסים שבין השקם לבין ארגוני העובדים והקשתה על פעילות ארגוני העובדים השואפים להבטיח ביטחון תעסוקתי ושכר הוגן לחבריהם. בעקבות הלכת בילדיסקו עלה חשש כי כל חברה שמצבה הכלכלי קשה תעשה שימוש בהגנה של פרק 11 לקוד כדי לשנות תנאי ההסכם הקיבוצי או לדחותו וזאת בקלות יחסית ובלא שתיחשב כאילו ביצעה "נוהג לא

40 בנוגע למונח זה, ראו ה"ש 36 לעיל.

41 465 U.S. at 534, 104 S.Ct. at 1200, 79 L.Ed 2d at 501

42 R.J. Filema "Rejection of Collective Bargaining Agreements Before and after the 1984 Code Amendments" 68 *Marq. L. Rev.* (1985) 351; R. George "Collective Bargaining in Chapter 11 and Beyond" 95 *Yale L. J.* (1985) 300; G.D. Pontius "Section 1113: A Catalyst for Negotiated Contract Modifications Between Unions of Debtors During Chapter 11 Reorganization" 13 *J. Corp.L.* (1987) 187; M.J. Massco "From Legislation to Consternation: Has Section 1113 Really Changed Bildisco?" 12 *Delaw. Cor. L.* (1987) 167; C.B. Craver "The Use of Bankruptcy Proceedings to Modify Bargaining Agreement Obligations in the United States" 50 *M.L.R.* (1987) 855 J.J. Cosetti & S.A. Kirshenbaum "Rejecting Collective Agreements Under Section 1113 of the Bankruptcy Code-Judicial Precision of Economic Reality" 26 *Duquense L.Rev.* (1988) 181; C.B. Craver "The Impact of Financial Crises Upon Collective Bargaining Relationships" 56 *G.W.L.R.* (1988) 465

הוגן במסגרת יחסי העבודה". קביעה זו העמידה את האיגודים המקצועיים במצב של אי־ודאות, והייתה בלתי נסבלת מבחינת יחסי העבודה בארצות הברית.⁴³ על רקע פרשת בילדיסקו, נחקק סעיף 1113.⁴⁴ הוראות סעיף 1113 היוו תשובה ישירה של הקונגרס לפסיקת בית המשפט העליון בפרשת בילדיסקו.⁴⁵

2. עקרונות הבסיס של ההסדר האמריקאי

2.1 סקירה כללית

ניתן להצביע על שלושה עקרונות מרכזיים המאפיינים את ההסדר בסעיף 1113 :
 א – הסעיף קובע כי ההסכם הקיבוצי תקף וניתן לשנותו רק באישור בית המשפט. משמעותה של קביעה זו היא שכניסתה של חברה להליך השיקום אינה מובילה לדחייה אוטומטית של ההסכם הקיבוצי.⁴⁶
 ב – במידה ונעשים שינויים בהסכם עליהם להיות מינימליים והכרחיים לשם שיקומה של החברה והעלתה חזרה לפסי רווחיות.⁴⁷
 ג – משא ומתן מקדים בין הצדדים מהווה תנאי הכרחי לשם הגשת בקשת דחייה לבית המשפט. לשם כך יוצר ההסדר קרקע נוחה למשא ומתן פורה, המתקיים בתום לב, בין צדדים שווי כוח.⁴⁸
 נסקור עקרונות אלה.

עיקרון ראשון – ההסכם תקף, כניסה להליך שיקום איננה מובילה לביטול אוטומטי של ההסכם הקיבוצי

השינוי העיקרי אותו קבע סעיף 1113 ביחס להלכת בילדיסקו מתבטא בקביעה חד משמעית כי כניסתה של חברה להליך שיקום אינה מובילה לביטולו של ההסכם הקיבוצי. כפי שניתן לראות מקריאת סעיפים (a) ו־(f) לסעיף 1113, עריכת שינויים בהסכם הקיבוצי מותרת רק על פי הנחיות הסעיף, ושינויים חד צדדיים אסורים:⁴⁹

P. Kohl & B. Stephens "Altering the Impact of Bildisco: Multiple Options for Labor Unions" 35 *Labor L.J* (1984) 560 (להלן: הצעות לארגון העובדים) 43

Bankruptcy Amendments and Federal Judgeship Act of 1984, Pub.L.No 98-353, 98 Stat. 391 (1984) (BAFJA) הסעיף חל על בקשות לשיקום שהוגשו לאחר יום החקיקה, למעט בקשות לשיקום תחנות רכבת. 44

130 Cong. Rec. 56182 (Daily ed. May 22, 1984) (Statement of Sen. Mitchel) 45

ראו ה"ש 2, סעיפים (a), (c) and (f) להסדר. 46

ראו ה"ש 2, סעיף (b)(1)(A) להסדר. 47

ראו ה"ש 2, סעיף (b) להסדר. כפי שנראה שוויון הכוחות בעת המשא והמתן אינו מוסדר על ידי קביעה ישירה אלא מתבטא בחיזוק מעמדם של העובדים כצד למשא והמתן. 48

במקרה חרום בו קיימת חובה לערוך שינויים מהירים לשם הצלתה של החברה מאפשר סעיף (e) 49

(a) The debtor in possession, or the trustee if one has been appointed under the provisions of this chapter, other than a trustee in a case covered by subchapter IV of this chapter and by title I of Railway Labor Act, *may assume or reject a collective bargaining agreement only in accordance with the provisions of this section.*

(f) No provision of this title shall be construed to permit a trustee to unilaterally terminate or alter any provisions of a collective bargaining agreement prior to compliance with the provisions of this section."⁵⁰

ניתן אם כן לראות כי על פי ההסדר שנקבע בסעיף 1113 כניסתה של החברה להליך שיקום איננו גורע ממעמדו המחייב של הסכם העבודה הקיבוצי. הליך השיקום אינו מוביל לביטולו של ההסכם הקיבוצי אלא רק פותח את הדרך להליך של שינוי ההסכם הקיבוצי באופן המוסדר בסעיף. כל שינוי בהוראות ההסכם הקיבוצי, חייב להתבצע בהתאם לקבוע בסעיף 1113 ואין דרך לבצע שינויים חד צדדים. חשיבותו של עיקרון זה ברורה, במקרה הפוך בו היה נקבע כי כניסתה של חברה להליך שיקום מובילה לדחייה אוטומטית של ההסכם הקיבוצי, לא היה עולה הצורך לקבוע נוהל לשינויו של ההסכם הקיבוצי.

עיקרון שני – במידה ונערכים שינויים בהסכם עליהם להיות מינימליים והכרחיים לשם שיקומה של החברה

הקביעה כי כניסה להליך שיקום איננה פוגעת בתוקפו של ההסכם הקיבוצי, אלא רק מאפשרת, במקרים מסוימים לערוך בו שינויים, מעלה שאלות שונות בנוגע לשינויים אותם מתיר סעיף 1113 לערוך בהסכם. האם יש להתיר כל שינוי אשר לדעת השקם ראוי לערוך בהסכם העבודה הקיבוצי או שמא יש להגביל את השינויים באופן זה או אחר. גם בנושא זה קביעתו של סעיף 1113 ברורה. כפי שניתן להבין מקריאת סעיף (b)(1)(A), הרי שבמידה ונערכים שינויים בהסכם, עליהם להיות שינויים מינימליים והכרחיים ("necessary modification") הנובעים מהצורך לשקם את החברה בנסיבות החדשות.

(b) (1) Subsequent to filing a petition and prior to filing an application seeking rejection of a collective bargaining agreement, the debtor in possession or trustee (hereinafter in this section "trustee" shall include a debtor in possession), shall-

(A) make a proposal to the authorized representative of the employees

לכית המשפט להתיר שינויים זמניים הנחוצים לשם הצלתה המיידית של החברה. למעט הסדר זה כל שינוי בהסכם הקיבוצי חייב לעמוד בדרישות הסעיף.
50 ראו ה"ש 2, הדגשות לא במקור.

covered by such agreement, based on the most complete and reliable information available at the time of such proposal, which provides for those *necessary modification in the employees benefits and protections that are necessary to permit the reorganization* of the debtor and assures that all creditors, the debtor and all of the affected parties are treated fairly and equitably;⁵¹

בית המשפט פרש סעיף זה באופן צר ומחמיר וקבע כי כל שינוי המוצע על ידי השקם יבחן לאור אמת המידה של שינויים הכרחיים, משמע, לא מספיק כי ההצעה לשינוי בכללותה תהיה חיונית לשם שיקומה של החברה⁵² אלא כל הצעה לשינוי תבחן בפני עצמה.

עיקרון שלישי – יצירת קרקע נוחה למשא ומתן פורה בתום לב בין צדדים שווי כוח סעיף (b) הוא הסעיף המרכזי העוסק בהסדר הפרוצדוראלי של המשא והמתן על עתידו של ההסכם הקיבוצי. מניתוח הסעיף עולה המסקנה כי המחוקק האמריקאי ביקש ליצור הסדר אשר יקטין את מידת מעורבותו של בית המשפט ויאפשר לצדדים להגיע בכוחות עצמם להסכם חדש. על פי סעיף זה אמור המשא ומתן להתנהל באופן עצמאי בין צדדים שווי כוח מתוך כוונה אמיתית להגיע להסדר לשביעות רצונם של שני הצדדים. במסגרת המשא ומתן נעשה שימוש באמות מידה של תום לב. נעמוד על נקודות אלה.

2.2 חיזוק מעמדם של העובדים כצד במשא ומתן

נחיתותם היחסית של העובדים בעת המשא ומתן על עתידו של ההסכם הקיבוצי ברורה. העובדים מגיעים למשא ומתן מתוך חרדה ממשית לגורלו של מקום עבודתם ומתוך ידיעה שכפי הנראה פגיעה בתנאי עבודתם היא כורח המציאות. יכולתם להעריך כלכלית את מצבה של החברה ואת ההצעות המוצעות להם דורשת מיומנויות ומידע

51 שם, הדגשות לא במקור.

52 See *Truck Drivers Local 807 etc. v. Carey Transp. Inc.*, 816 F.2d 82, 86, 16 C.B.C.2d 799 (2nd Cir. 1986); *In re Valley Kitchens, Inc.*, 52 B.R. 493, 497 שיקום לעובדים ולכלול בה את כל השינויים המבוקשים בנוגע לשכר עבודה, שעות נוספות, קצבאות פנסיה וכן שינויים בזכויותיהם של הגמלאים. השקם יכול להציע שינויים בהסכם הקיבוצי אך ורק בנושאים הקשורים למצבו הפיננסי ולשיקומו (*Wheeling — Pittsburgh Steel Corp. v. USW*, 791 F.2d 1074 (3rd Cir. 1986) (להלן: פלדת פיטסבורג)). נקודה זו מתבטאת לדוגמא בכך שהשקם יכול להציע הפחתה בשכר אך לא שינוי בשיטת חישוב הוותק, אלא אם כן הוא מוכיח כי שינוי זה גורר יתרון כלכלי לשקם. במקרה שהשקם מציע שינויים בהסכם הקיבוצי שלחלקם יש יתרון כלכלי ולחלקם אין, ההצעה כולה עלולה לא להתקבל (*In re William P. Brogna & Co.*, 15 C.B.C 2d 626 (B.Ct., E.D. Pa. 1986) (להלן: וויליאם)).

שלא תמיד נמצאים בידם, ומבחינה ארגונית מעמדו של ארגון העובדים היציג לוטה בערפל. במצב זה עמדת הכוח של השקם במשא ומתן היא על העליונה ויכולתם של העובדים לנהל משא ומתן ממשי על עתידם מוטלת בספק. לאור זאת מבקש סעיף 1113 לחזק את עמדתם של העובדים במשא ומתן, בהנחה שחזוק זה יהווה בסיס ליצירת קרקע פוריה לניהול משא ומתן הוגן וממשי שבסופו ייחתם הסכם קיבוצי המבטא את שביעות רצונם של שני הצדדים.⁵³

חיזוק מעמדם של העובדים נעשה בשלוש דרכים עיקריות:

ראשית, כפי שצינו לעיל, נקודת המוצא של סעיף 1113 היא כי ההסכם הקיבוצי תקף וכי אין לשנותו אלא במידה והדבר הכרחי לשם הבראתה של החברה וגם אז רק באופן מינימלי. שקם המעוניין לפנות לבית המשפט בבקשה להתיר לו לדחות הסכם קיבוצי חייב להקדים לפנייתו לבית המשפט פנייה לעובדים אשר במסגרתה עליו להציע הצעה לשינוי הוראות ההסכם. רק במידה ותידחה הצעתו זו, ללא סיבה מספקת, על ידי העובדים, יבחן בית המשפט את האפשרות לדחות את ההסכם הקיבוצי.⁵⁴ הנחת מוצא זו מחזקת את מעמדם של העובדים ומאפשרת להם להיכנס למשא ומתן מתוך נקודת כוח יחסית הנובעת מהידיעה כי השקם איננו יכול להתנער ללא כל הסבר מההסכם, וכי כוחו לשנותו מוגבל באופן ניכר.

שנית, סעיף (b)(1)(A) מחייב את השקם לספק לעובדים כל מידע אשר חיוני להם לשם קבלת ההחלטה בנוגע להצעתו של השקם.⁵⁵ שלישית, סעיף (b)(1)(A) קובע כי המשא ומתן יתנהל בין השקם לבין הנציגות הרשמית של העובדים.

קביעות אלה מחזקות באופן ניכר את מעמדם של העובדים בעת המשא ומתן. מול השקם ניצבים העובדים כאשר הם מיוצגים על ידי ארגון העובדים הרשמי שלהם, בידו של ארגון העובדים נמצא כל המידע החיוני לשם ניהול המשא ומתן והוא חמוש בדיעה כי השקם מוגבל באופן ניכר ביכולתו לשנות את ההסכם הקיבוצי.⁵⁶

53 ההנחה היא כי במידה ועמדתו של צד אחד במשא ומתן חזקה יותר, הוא יוכל לכפות הסכם אשר יטיב לשקף את רצונותיו.

54 למעשה קובע סעיף (c) שלושה תנאים מצטברים לדחייתו של ההסכם הקיבוצי על ידי בית המשפט: א – השקם הגיש הצעה חלופית לעובדים, הצעה העומדת בדרישות סעיף (b)(1) ב – ההצעה נדחתה ללא סיבה מספקת ג – מאזן הצדק נוטה באופן ברור לכיוון דחיית ההסכם הקיבוצי.

55 הצעתו של השקם צריכה להיות מבוססת על המידע האמין והמקיף ביותר שאפשר להשיג. "Most Complete and Reliable Information Available..." – על השקם לכלול בהצעתו ניתוח היסטורי של חשבון רווח והפסד ושל תוכניות כלכליות עתידיות, תוך פירוט צרכים להקטנת הוצאות החברה. אפשר גם לכלול נתוני רקע לגבי מצב השוק בתחום שבו פועלת החברה, בעיקר במקרים בהם החברה פועלת בענף תעשייתי המצוי בקשיים כלכליים. כל זאת במטרה שהעובדים יוכלו לשקול את החלטתם בהתבסס על נתונים מדויקים ועכשוויים בנוגע למצבה של החברה.

56 יש לציין כי אין בהסדר זה כדי להבטיח באופן ודאי כי כוחם של העובדים ישתווה לכוחו

2.3 חיוב הצדדים לנהל משא ומתן ממשי בתם לב

עיון בסעיף 1113 מצביע על העובדה כי המחוקק האמריקאי התייחס בכובד ראש לאופיו של המשא ומתן המתנהל בין הצדדים. על פי סעיף (b)(2) מחויבים הצדדים לקיים משא ומתן בתם לב ומתוך מטרה להגיע להסכם המקובל על שני הצדדים:

“.. the trustee shall meet at reasonable times, with the authorized representative to confer in *good faith* in attempting to reach *mutually satisfactory modifications* of such agreement”.⁵⁷

אמות מידה אלה מחייבות את הצדדים לנהל משא ומתן ממשי ומונעות מהם את האפשרות לנהל משא ומתן רק כדי לצאת ידי חובה. בית המשפט האמריקאי הגדיר תם לב כהתנהגות המעידה על מאמץ כנה להגיע להסכם אשר יבצע מהמשא ומתן.⁵⁸

3. סיכום

הן המחוקק האמריקאי והן בתי המשפט מעוניינים כי הצדדים ינהלו משא ומתן אשר יסתיים בהסכם חדש אשר יהיה לשביעות רצונם של שני הצדדים. מטרת המחוקק האמריקאי היא כי השינויים בהסכם יערכו כתוצאה מהתדיינות ממשית בין הצדדים, התדיינות אשר תקטין את הצורך של בית המשפט להתערב בסוגייה. לפיכך, המחוקק האמריקאי יצר הסדר משפטי המאפשר יצירת קרקע נוחה למשא ומתן פורה בתם לב בין צדדים שווי כוח. שוויון הכוח בין הצדדים נובע מחיזוק מעמדם של העובדים כצד למשא ומתן ומהקביעה כי המשא ומתן צריך להתקיים בתום לב מתוך כוונה ממשית להגיע להסכם אשר ישקף את רצונם של שני הצדדים. מסיבה זו, יצר המחוקק, בסעיף 1113 הליך נוקשה לדחייתו של הסכם קיבוצי המכיל, כאמור,⁵⁹ שלושה עקרונות בסיסים.

של השקם. עיקר נחיתותם של העובדים נובעת מחוסר מיומנות מקצועית, מהעובדה כי לעיתים קרובות האינטרסים של העובדים אינם עשויים מקשה אחת ולעיתים קרובות קיימים בקרבם חילוקי דעות עזים. יתירה מכך, מבחינה פסיכולוגית האיום בחיסולה של החברה מרחף מעל צווארם. למרות כל זאת מונע סעיף 1113 את המצב בו מול שקם מקצועי המגובה בצוות של מומחים יתייצבו העובדים ללא ייצוג רשמי, מבלי אפשרות לקבל מידע החיוני להם ומתוך ידיעה כי החוק מאפשר לשקם לשנות את ההסכם כפי שימצא לנכון.

57 סעיף (b)(2) לחוק. הדגשות לא במקור.

58 See *In Re Blue Diamond Coal Co.*, 25 C.B 2d 867 (B. Ct., E.D. Tenn. 1991)

59 ראו לעיל, פרק שני, פסקה 2.1.

כנגד הסדר זה עלולה להתעורר ביקורת המתבססת על הטענה כי – ההסדר מעדיף את טובת העובדים על פני צרכיו הכלכליים של המשק, או במילים אחרות, שבשל מגמתו הסוציאלית מקריב הסעיף את היעילות הכלכלית על מזבח הרצון להגן על העובדים. במהלך הפרק הבא, ננסה להתמודד עם ביקורת אפשרית זו, על ידי הצגת הטענה כי העקרונות שנקבעו בהסדר שבסעיף 1113 לקוד, מיטיבים לשקף את עקרונות היעילות הכלכלית, וזאת למרות מגמתו "הסוציאלית". במילים אחרות, ברצוננו להראות כי למרות נטייתו של הדין האמריקאי לחיזוקם של העובדים כצד למשא ומתן, ניתן להצדיק את ההסדר הנדון באמות מידה של יעילות כלכלית.

פרק שלישי – ניתוח ההסדר הקיים באספקלריה של יעילות כלכלית

במהלכם של העשורים האחרונים גדלה השפעתו של הענף המשפטי העוסק בניחות כלכלי של המשפט.⁶⁰ ענף זה מבקש בין היתר לקבוע עד כמה ראוי להכיר בהסדרים משפטיים מסוימים⁶¹ לאור אמות מידה וכלי ניתוח כלכליים.⁶² במהלכו של פרק זה נבקש לבחון את מידת יעילותו הכלכלית של ההסדר האמריקאי אשר מוסדר באמצעות סעיף 1113 לפרק 11. נפתח בהבהרה קצרה של מושג היעילות הכלכלית והמונחים אשר ישמשו אותנו לשם בחינת יעילות כלכלית ונמשיך בניסיון לבחון הלכה למעשה את יעילותו של ההסדר, תוך התמקדות בעיקרון היעילות של PARETO.

60 כפי שמצביע עלי זלצברגר במאמרו "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט" משפטים כב (תשנ"ג) 261 (להלן: הפן הנורמטיבי), בפרספקטיבה רחבה – מבחינת היקף וזמן התופעה הקרויה הגישה הכלכלית למשפט לא תיראה תופעה חריגה, זאת מאחר ואנו מצויים כיום בעיצומו של עידן חדש במדעי החברה. במסגרת זו הסוציולוגיה, מדעי המדינה, הפסיכולוגיה ואפילו הפילוסופיה, כמו גם המשפט, מושפעים מ"אימפריאליזם" של מדע הכלכלה. צורת המחשבה הכלכלית, מתודות הניתוח, כלי המחקר ואפילו הפילוסופיה הכלכלית מיושמים בכל אחת מדיסציפלינות אלו (שם, בע' 262).

61 כפי שמציין פלגריב, The New Palgrave — A Dictionary of Economics (London, J. Eatwell, 1987) "EFICIENCY: PRESCRIBING LAWS" — "The use of economic analysis to determine what the law ought to be starts with one simple and controversial premise — that the sole purpose of law should be to promote economic efficiency"

62 פלגריב מוסיף ומסביר:

"The economic analysis of law involves three distinct but related enterprises. The first is the use of economics to predict the effects of legal rules. The second is the use of economics to determine what legal rules ought to be. The third is the use of economics to predict what the legal rules will be."

1. יעילות כלכלית

כפי שמציע מילון וובסטר⁶³ מוגדרת יעילות כ:

“Effective operation as measured by a comparison of production with cost (as in energy, time, and money).”

ואילו יעיל מוגדר כ:

“Productive without waste”

“פעולה יעילה”, אם כן, תשאף למקסימום תוצרת במינימום השקעה ובהשוואה, “פעולה יעילה יותר” תוגדר כפעולה אשר בהשקעה נתונה תביא לתוצרת גדולה יותר מפעולות אחרות. שימוש בהגדרה זו של יעילות מחייב הבהרה מסוימת של מושג התוצרת, התוצאה אותה אנו מבקשים למקסם. הבהרה זו תהיה פשוטה יחסית במקרים בהם התוצרת היא ברורה ומדידה (כגון – תוצרת של כסאות או יצור של יחידות אנרגיה), במקרה זה ברור כי ככל שהליך מסוים יצליח להביא ליצורם של יותר יחידות תוצרת בעלות נתונה נגדיר אותו כיעיל יותר ולהפך.

הגדרה פשוטה זו של יעילות הופכת למורכבת הרבה יותר כאשר מבקשים ליישמה במדעי החברה. ניסיון לברר האם ריבון מסוים פועל באופן יעיל בנוקטו בפעולה מסוימת, יחייב בשלב ראשון מענה על השאלה מהי התוצרת החברתית אשר אותו ריבון מבקש להשיג או בלשון אחרת, מהי אותה תוצרת אשר את כמותה עלינו למדוד כאשר אנו בוחנים את יעילותם של פעולה כלכלית או הסדר משפטי.⁶⁴

1.1 הטוב החברתי

אחת התשובות הראשונות לשאלה מהו “הטוב” האנושי אליו יש לכוון, ניתנה כבר בתקופה הקלאסית של הפילוסופיה היוונית על ידי אריסטו (בשנים 384–322 לפנה"ס), אשר גרס כי לאור העובדה כי האושר הוא דבר מה בו אנו מעוניינים לשם עצמו אין לנו אלא לקבוע כי האושר הוא הטוב אליו עלינו לכוון את פעולותינו:

63 M. Websters *Collegiate Dictionary* (10th Edition), Springfield, Massachusetts, 199

64 כפי שמצייין אריסטו: (אריסטו אתיקה – מהדורת ניקומאכוס, תרגם י. ג. ליבס, שוקן ישראל 1985, להלן: האתיקה הניקומכית) “ומכאן שתכלית המדע המדיני אינו אלא ה'טוב' בתחום האנושי. שאף אם הפרט והמדינה תכליתם אחת ויחידה, הרי ברור שנעלה ומושלם יותר התפקיד להשיג את התכלית למדינה ולדאוג לקיומה של זו. אמנם אין לזלזל גם בהשגת התכלית לאדם אחד בלבד, אך משובח ואלוהי יותר הוא להשיגה בשביל אומה מן האומות ובשביל המדינות.” ע' 6.

"ואילו הטוב מכל חזקה עליו שהוא דבר מושלם. אם יש, אפוא, רק תכלית אחת שיש בה משום שלמות, תהא זו מבוקשנו, ואם ישנן כמה יהא מבוקשנו המושלמת ביותר שבהן. והלא דבר ששואפים אליו בשל עצמו, יקרא בפנינו מושלם יותר מזה ששואפים אליו לשמו של דבר אחר, ודבר שלעולם לא יבחר בו אדם לשמו של דבר אחר הריהו מושלם יותר מאותם הדברים שבחורים בהם הן בשל עצמם הן לשם זולתם; ובמלוא מובן המילה מושלם הוא אותו העניין שתמיד בוחרים בו בשל עצמו, ולעולם לא לשמו של משהו אחר. לפיכך נראה ששלמות מעין זו מיועדת בראש ובראשונה לאושר, שהרי בו נבחר תמיד בשל עצמו, ולעולם לא לשמו של משהו אחר."⁶⁵

ביטוי רב השפעה לתפיסה זו ניתן על ידי הוגה הדעות האנגלי ג'רמי בנטהם (1748–1832). לטענתו, מטרתה של כל חברה היא לגרום לכמות האושר הגדולה ביותר, למספר הרב ביותר של בני אדם ועליה לפעול מתוך הנחת המוצא כי האינטרס העצמי התועלתני הוא המניע המרכזי בפעולתו של הפרט. כפי שמגדיר זאת בנטהם עצמו:

"...Of this fundamental axiom, it is the greatest happiness of the greatest number that is the measure of right and wrong"⁶⁶

לאור תפיסה זו ניתן לטעון כי הסדר משפטי יוגדר כיעיל במידה והוא יפעל באופן אשר יביא את מירב האושר למירב האנשים וזאת בעלות הנמוכה ביותר.⁶⁷ תיאוריה זאת גורסת כי לחוק אין ערך בפני עצמו, אלא הוא רק מכשיר להשגת האושר המרבי. הערכה של כל כלל משפטי (בין אם מדובר בחוק, ובין אם מדובר בהחלטה שיפוטית) תהיה על פי האפקט שלו על סכום כל התועלות של כל הפרטים (האושר המצרפי), כלל

65 שם עמ' 24.

66 ראו: J. Bentham, *A Fragment on Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, 3 (להלן פרגמנט). יש לציין כי בנטהם לא היה הראשון אשר אימץ את התפיסה התועלתנית, שיקולים כאלה רווחו בתיאולוגיה, בכלכלה, בפוליטיקה ובפילוסופיה המוסרית של המאה ה-18 (ראו J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislations*, Clarendon Press, Oxford 1996, Introduction by F.Rozen, p. 11).

שורשיה של ההנחה התועלתנית, משמע את ההנחה כי האדם בוחר את מה שמועיל לו ביותר, קדומים הרבה יותר וניתנים ליחוס כבר אצל סוקרטס (399–470 לפנה"ס). כפי שמציין אריסטו (אריסטו האתיקה הניקומכית) בכותבו על סוקרטס "שהלא סוקרטס לחם מכל וכל בדעה שזה אפשרי, ואף טען שאין כניעה ליצר; ששום אדם אינו פועל בניגוד למה שטוב לו ביותר, אלא מתוך אי ידיעה" ע' 160. קביעתו זו של אריסטו זוכה לחיזוק מקסנופן, כפי שמפנה בהערת שולים ליביאס לציטוט המיוחס לסוקרטס מ'זכרונות' לקסנופן: "כשנשאל אם אנשים היודעים מה צריך לעשות, ועושים את ההיפך, הם לפי דעתו חכמים הנכנעים ליצרם, אמר: בשום פנים לא, אלא שוטים הנכנעים ליצרם. שלפי דעתי, הכל בוחרים במה שלפי דעתם מועיל להם ביותר, וזאת הם עושים." שם, שם, ה"ש 4.

67 כזכור הגדרת היעילות דנה בתוצרת ביחס לעלות.

המגדיל את האושר המצרפי הוא חיובי וכלל המקטין את האושר המצרפי הוא שלילי. הכלל הטוב ביותר, אם כן, הוא זה הממקסם את האושר המצרפי.⁶⁸

1.2 הפתרונות לבעייתיות הגלומה בעיקרון מקסום האושר

אחת הבעיות הקשות ביותר העומדות בפני מי שמבקש לעשות שימוש בעיקרון זה, עיקרון "מקסום האושר", כאמת מידה מבחינה ליעילותו של כלל משפטי מסוים, נעוצה באופיו הסובייקטיבי והבלתי מדיד של האושר האנושי. ניסיון לקבוע כי כלל משפטי מסוים יעיל מכיוון שהוא גורם מרב אושר למרב האנשים מעלה בעיות פרקטיות רבות הנעוצות בחוסר היכולת לכמת ולהשוות אושר אנושי. מורכבותו זו של עיקרון "מקסום האושר" מקשה על השימוש בו כאמת מידה מבחינה, ומחייבת מציאת פתרונות ישימים לבחינת יעילותם של כללים משפטיים. לאור זאת התפתחו מספר פתרונות אופרטיביים המאפשרים לבחון את יעילותם של הסדרים משפטיים. בשלב זה ברצוננו להציג בקצרה שניים מהם:

א – עיקרון מקסום העושר

ב – עיקרון השיפור של PARETO

עיקרון מקסום העושר ועיקרון השיפור של PARETO

אסכולת כלכלת המשפט ניסתה, במהלך העשורים האחרונים לתת פתרון לקושי במדידתו של האושר האנושי.⁶⁹ אסכולה זו השפיעה מאוד על בחירת הכלים למדידת האושר האנושי. כפי שטוען פאונר, ממייסדיה הבולטים של אסכולה זו, יש לזנוח את עיקרון מקסום האושר ולהתמקד במידת יכולתו של כלל משפטי מסוים למקסם את עושרה⁷⁰ של החברה. לטענתו מקסום העושר החברתי יביא למקסום שאר הטובות

⁶⁸ הפן הנורמטיבי, לעיל הערה 60, בע' 275.

⁶⁹ ברצוננו להדגיש כי יתכן וניתן למדוד את אושרו של אדם ביחס לעצמו בנקודות זמן שונות בחייו, או אפילו ביחס למספר מוגבל של פרטים וזאת על ידי מילוי שאלונים וניתוחם. אולם משימה זו הופכת לבלתי אפשרית כאשר אנו מבקשים לפעול בקנה מידה ארצי. כיצד ניתן למדוד האם הסדר חוקי הקובע כי ההסכם הקיבוצי תקף בעת שיקומה של חברה, מביא לכמות אושר רבה יותר למספר רב יותר של אנשים בהשוואה להסדר הקובע כי ההסכם בטל והשקם רשאי לשנותו. ניסיון למדוד את כמות האושר המתווספת לעובדים כתוצאה מההסדר הראשון בהשוואה לכמות האושר הנגרמת לבעלי החברה כתוצאה מההסדר השני תהיה בלתי אפשרית. יתרה מכך, אפשר יהיה לטעון כי במידה ואנו מבטלים את ההסכם הקיבוצי, אנו גורעים ממידת האושר של העובדים אולם אנו מגדילים את מידת האושר של אנשים רבים התלויים בחברה ושל המשק בכללותו אשר ייהנה מחברה רווחית יותר. בקצרה, נכון להיום לא ניתן להצביע על כלים מחקרניים אשר מאפשרים לבצע השוואה כזו. לאור זאת, בבואנו לבחון את מידת יעילותו של הסדר משפטי, עלינו להשתמש באחד מהפתרונות הישימים יותר דוגמת עקרון מקסום העושר או עיקרון השיפור של PARETO.

⁷⁰ מקס וובר, האתיקה הפרוטסטנטית ורוח הקפיטליזם (עם עובד תשמ"ד 1984), הצביע על השפעתה של האתיקה הפרוטסטנטית האסקטית על התפתחותו והתפשטותו של הקפיטליזם. אחת

החברתיות ולפיכך יש לבחון עד כמה ראוי להכיר בכללים משפטים לאור עיקרון אחרון זה:

“In a recent article I argued that a society which aims at maximizing wealth, unlike a society which aims at maximizing utility (happiness), will produce an ethically attractive combination of happiness, of rights (to liberty and property), and of sharing with the less fortunate members of society.”⁷¹

פתרון מקובל נוסף לבעייתיות הגלומה בעיקרון מקסום האושר ניתן על ידי המלומד PARETO. PARETO יצר דרך אשר מאפשרת להשוות בין מידת יעילותם של אלטרנטיבות כלכליות וזאת מבלי להשוות או למדוד את מידת שביעות רצונם או אושרם של אינדיבידואלים. לטענתו כאשר משק אשר פועל בתנאי תחרות מושלמת, מגיע לשווי משקל, הוא נכנס למצב אופטימלי. מצב זה, מצב המכונה *Pareto*

הנקודות המעניינות עליהן מצביע וובר נוגעת להקשר אשר נעשה בדורות מאוחרים בין הצלחה כלכלית לבין הבחירה האלוהית. הרווחה הכלכלית וההצלחה העסקית זוהו כסימן לסמיכת ידיו של האל. רצונו הבלתי ניתן לידיעה של האל עבר מודיפיקציה לכלל הצלחה כלכלית, מודיפיקציה אשר לטענתו של וובר מהווה את אחד היסודות הבסיסיים ברוחו של הקפיטליזם. כפי שמציין וובר “היזם הבורגני החדור הכרה שהוא שרוי במלוא חסדו של האלוהים ורואה בחוש את ברכתו, מאמין, שכל זמן שאינו חורג מגדר ההגיונות הפורמלית ואין דופי בהתנהגותו המוסרית, והוא משתמש ברכושו כראות, רשאי הוא, ואפילו מצווה לפעול בהתאם לאינטרסים העסקיים שלו. כמו כן העמיד לו כוח האקסטוזה הדתית עובדים מיושבים, אחראיים וחרוצים מאין כמוהם, הרואים את העבודה כתכלית שהציב האל לחייהם. ולבסוף עוד העניק לו את הביטחון המרגיע, כי החלוקה הבלתי שווה של טוב העולם הזה היא מעשה ידי ההשגחה העליונה, הסדר מיוחד, שבדומה להסדר הפרטיקולרי מטרתו נעלמה מידיעתנו.” (שם, בע' 87). יתכן ובמעבר מעיקרון “מקסום האושר” לעיקרון “מקסום העושר” ניתן לראות ביטוי מסוים של “רוחו של הקפיטליזם”. עמדתו זו של וובר פותחת פתח לביקורת אפשרית על עיקרון מקסום העושר כאמת מידה מבחינה לקביעה האם כלל משפטי הוא ראוי לשימוש בהקשר זה, ביקורת הטוענת לבלבול מושגי בסיסי. במובנים רבים השימוש בעיקרון מקסום העושר הופך את העושר מאמצעי למטרה. העושר הופך לדבר הנכסף לשם עצמו ולא לשם דבר מה אחר. מהפך זה מצביע על בלבול מושגי, שהרי עושר על פי הגדרה מהווה לא יותר מאמצעי להשגתן של טובות אחרות.

אריסטו מצביע על נקודה זו: “אשר לחיים המוקדשים לעשיית רווחים, אין בוחרים בהם אלא מתוך כפיית מה, וברור שלא העושר הוא הטוב המבוקש, שהרי אינו אלא מועיל, ומשמש לשם מה שהוא אחר.” (ראו לעיל, אריסטו, ה"ש 33 בע' 20), לאור זאת הפיכתו למטרה בפני עצמה מבלבלת את היוצרות.

אכן, כפי שמדגיש פאוזנר, בבסיס הרעיון למקסום העושר כאמת מידה מבחינה לקבוע האם כללים משפטים הם ראויים, עומדת ההנחה כי מקסומו של העושר יוביל למקסום שאר הטובות, שהן למעשה מהות את המטרה האמיתית, אולם הלכה למעשה העושר עצמו הופך לתוצאה היחידה אותה יש למדוד. אין ביכולתנו במסגרתו של מאמר זה לפתח ביקורת שכזו על עיקרון מקסום העושר, לפיכך נסתפק בהערות אלה.

71 R. A. Posner “The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication” 8 *Hofstra L. Rev.* (1987) 487

Optimal (Po) מאופיין בכך שלא ניתן להגדיל את אושרו של אף אחד מהפרטים הפועלים במערכת מבלי לפגוע באושרו של אחר. בצורה זו מתחמק PARETO מהצורך להשוות בין העדפויותיהם של הפרטים השונים. לטענתו, במידה וקיימת אלטרנטיבה כלכלית אשר בה ניתן להגדיל את אושרו של אחד מהפרטים מבלי לפגוע באושרו של אף אחד מהפרטים האחרים תהווה אלטרנטיבה זו שיפור *Pareto Improvement (PI)* על פני האלטרנטיבה הקיימת ויש לבחור בה.⁷² מונחים אלה ישמשו אותנו בבואנו לבחון את מידת יעילותו הכלכלית של ההסדר המשפטי בסעיף 1113 לפרק 11.

2. בחינת יעילותו הכלכלית של ההסדר

כזכור יוצר סעיף 1113 סדר פעולות מחייב לשם מתן אישור לדחיית ההסכם הקיבוצי. הנחת המוצא של הסעיף, וזאת בניגוד להלכה עליה התבססו בהלכת בילדיסקו, היא כי ההסכם תקף וכי השינויים המותרים בו הם רק שינויים מינימליים והכרחיים לשם שיקומה של החברה. בשלב זה נבקש לבחון את יעילותם הכלכלית של הנחות מוצא אלה ולקבוע האם הנחות אלה משרתות את עיקרון היעילות הכלכלית או שמא יעיל יותר לנקוט בגישה העולה בקנה אחד עם הלכת בילדיסקו, משמע, מתן אפשרות לשקם להשתחרר מההסכם הקיבוצי בהתאם לדיני פשיטת הרגל. בחינה זו תעשה לאור עיקרון השיפור של PARETO. במילים אחרות, בשלב זה נבקש לבחון האם השארת ההסכם הקיבוצי בתוקף והתרת עריכת שינויים מינימאליים בלבד עונה לדרישות השיפור של PARETO.

2.1 הגדרת המסגרת המושגית

סעיף 1113 עוסק בחברה משתקמת. כניסתה של חברה להליך שיקום מעידה על כך

⁷² כפי שמציין ד. הוסמן (*Routledge Encyclopedia of Philosophy*, E. Craig (Ed), London) 1998, Vol. 3, p. 208) "A different allocation is a Pareto Improvement, if and only if it makes at least one person better off (in terms of preference satisfaction) and makes no one worse off. An allocation is efficient or Pareto optimal, if no other allocation is Pareto improvement compared to it...The great attraction of this notion for economists is that it permits a partial ranking of resource allocations or of social states which is responsive to individual preferences without employing any interpersonal comparisons of utility" נקודה מעניינת להשוואה תהיה בין עקרון השיפור של PARETO לבין אמות המידה הנהוגות במשפט העברי: זה נהנה וזה נהנה; זה נהנה וזה אינו מפסיד; זה נהנה וזה מפסיד. בהשוואה לעקרונות אלה ניתן לטעון כי PARETO מאפשר התקדמות רק במצב של זה נהנה וזה אינו מפסיד (קל וחומר במצב של זה נהנה וזה נהנה). במידה ומושגת התקדמות מסוימת על "חשבון" צדדים אחרים (זה נהנה וזה מפסיד) קובע PARETO כי התקדמות זו לא תהיה יעילה.

כי החברה נכנסה למצב של חדלות פרעון. רווחיותה של החברה קטנה באופן ניכר והחברה זקוקה להליך שיקום אשר יחזיר אותה לפסי רווחיות וימנע את פרוקה. במצב זה הן החברה⁷³ והן העובדים נמצאים במצב שאינו אופטימלי ולפיכך מטרתו של הליך השיקום היא לשפר את המצב הקיים.⁷⁴

חוסר האופטימליות במצבה של החברה גלוי לעין. רווחיותה ירדה באופן ניכר (ביחס למצב טרום חדלות פרעון), ובמידה ולא יינקטו צעדים לייעולה של החברה, יהיה עליה להתפרק. ניתן אם כן לטעון, כי מטרתה של החברה בהיכנסה להליך של שיקום היא לשפר את מצבה ולחזור לפסי רווחיות.

חוסר האופטימליות שבמצבם של העובדים מורכב מעט יותר וכולל בחובו שני פרמטרים עיקריים:

א – חוסר יציבותו של מקום עבודתם.

ב – אפשרות של פגיעה ממשית בתנאי עבודתם: קרי שכר, תנאים סוציאליים וכד'. מטרתם של העובדים⁷⁵ אם כן היא להגדיל את מידת היציבות שבמקום עבודתם⁷⁶ ולהקטין ככל האפשר את הפגיעה בתנאי עבודתם.

⁷³ במונח חברה כוונתנו לבעלי המניות, לבעלי השליטה וכיו"ב.

⁷⁴ יש לזכור כי גם הליך פרוק יכול להיות שיפור במצב הקיים. הבחירה בהליך השיקום מורכבת ומערבת שיקולים רבים. כך למשל, לדעת פרוקצ'יה (ראו פרוקצ'יה, ה"ש 1 בע' 542) מטרתו היחידה של הליך הארגון מחדש היא להביא לידי הגדלת נתח העוגה העומדת לחלוקה. השגתה של מטרה זו תביא להשגת מטרות נוספות, כגון מטרות חברתיות או מוסריות.

לעומת זאת, יש הגורסים כי בהחלטה אם לשקם או לפרק גלומים שיקולים נוספים כגון שיקולים חברתיים וסוציאליים, כפי שניתן להבין מדבריו של השופט וינוגרד: "כור היא חברת ענק בממדים ישראליים, החולשת על נתח נכבד של התעשייה הישראלית ושל המשק הישראלי. על כן זעזוע בה עלול להוביל לזעזוע במערכת הכלכלית של המדינה, שלא לדבר על אלפי המועסקים בה ועל עשרות ואולי מאות העסקים והתעשיות, הקשורות בפעילותה בצורה זו או אחרת, אם במישרין ואם בעקיפין. על כן, חייב בית המשפט לשקול כל עניין הכרוך בחברה זו, גם לאור אספקטים אלה." (החלטת השופט וינוגרד בת.א (ת"א) 1901/88 המ' 11615/88 בעניין הבקשה לפירוק כור שהוגשה על ידי בנק אמריקני Bankers Trust (לא פורסם)). בכל מקרה עובדת ההודקות לסעיף 1113 מעידה כי שיקולים אלה נלקחו בחשבון וכי הוחלט כי יעיל יותר או כי נכון יותר לנסות ולשקם את החברה על פני פרוקה.

⁷⁵ יתכן וניתן להצביע על מטרות נוספות העומדות לנגד עיניהם של העובדים כגון הגדלת רווחיותה של החברה, שיפור נוסף בתנאי עבודתם, וכיו"ב אולם לשם הפשטה נתמקד בשתי מטרות אלה: הגדלת הביטחון התעסוקתי של העובדים ושימור תנאי עבודתם, כפי שהיו קיימים בטרם הפכה החברה להיות חדלת פרעון.

⁷⁶ כידוע, שלב חדלות הפרעון מתאפיין בחוסר יציבות מובהק, כפי שמציינת דר' חביב סגל, המאמרה "זכויות בעלי שיעבודים בשיקום חברות" עיוני משפט טז (תשנ"ב) 263, 334 כי שלב זה מתאפיין בסחרור כלכלי אשר יכול להוביל לדלדול מיותר של נכסיה הנתרים של החברה, כדבריה: "...שחשיבותה המרכזית של חלופת השיקום היא בתמריץ הנכון שזו יוצרת למפעילי החברה בקשיים אליהם היא נקלעה, ולהשבתה לפעילות עסקית נורמלית. מכאן הסקנו שחשיבותה המרכזית של חלופת השיקום היא בתמריץ הנכון שזו יוצרת למפעילי החברה בקשיים להקדים את כניסתה למסגרת ההליכים הקולקטיביים – לפני שדוללו נכסיה באשראי יקר ובעסקות מסוכנות במיוחד. כן מביאה חלופת השיקום להקטנת העלויות המאפיינות את הסחרור של טרום-הפרוק."

לשם הפשטה נסמן את רווחיותה של החברה באות P. לפני כניסתה של החברה לחדלות פרעון הייתה רווחיותה $+P$ וכעת רווחיותה היא P. באופן פשוט וכוללני ניתן לטעון כי מטרתה של החברה היא לחזור למצב של $+P$. בהתאמה נסמן את ביטחונם התעסוקתי של העובדים באות S ואת תנאי עבודתם באות B. לפני כניסתה של החברה לחדלות פרעון ניתן היה לאפיין את מצבם של העובדים כ B, S ואילו כעת מצבם הוא $-S, B$. ניתן לטעון כי מטרתם של העובדים היא לחזור למצב של S (יציבות טרום חדלות פרעון) תוך כדי פגיעה מינמלית ב B (תנאי עבודתם הנוכחיים⁷⁷). כאמור, סעיף 1113 מכיל שלושה עקרונות בסיסים לצורך דחייתו של הסכם קיבוצי. נבחן עתה האם עקרונות אלו עומדים במבחן היעילות של PARETO.

עקרון ראשון – ההסכם תקף אלא אם כן הכרחי לשנותו עקרון זה קובע כי במידה וניתן להחזיר את החברה לפסי רווחיות מבלי לפגוע בהסכם הקיבוצי יש לבחור באפשרות זו ואין לשנות את ההסכם. נשאלת השאלה האם קביעה זו עומדת במבחן היעילות של PARETO. בחינה של עיקרון זה מראה כי הוא אכן עומד בתנאים אותם מציב עיקרון השיפור של PARETO. במידה והחברה תשפר את מצבה ותשתקם (משמע תחזור לפסי רווחיות) וזאת מבלי לפגוע בהסכם, ישפרו כל הצדדים את מצבם (בחזקת זה נהנה וזה נהנה). במצב זה החברה חוזרת ל P + והעובדים מצדם חוזרים ל S, B. בהשוואה, על פי הלכת בילדיסקו יתכן מצב בו החברה הייתה חוזרת ל $+P$ אולם במחיר פגיעה בעובדים, מצב אשר אינו עומד בקריטריון השיפור של PARETO.

לאור כל זאת ניתן לקבוע כי העיקרון הראשון המנחה את ההסדר בסעיף 1113 מוביל להתרחשות יעילה העומדת בעיקרון השיפור של PARETO.

עיקרון שני – התרת עריכת שינויים מינימליים והכרחיים בלבד העיקרון השני קובע כי במידה והכרחי לערוך שינויים בהסכם הקיבוצי, השינויים צריכים להיות מינימליים והכרחיים לשם שיקומה של החברה. משמע, המטרה הראשונית של הסעיף היא שיקומה של החברה (יצירת $+P$ אשר יוביל ל S). אולם על פי ההסדר הקיים יש להשיג מטרה זו בעזרת שינויים מינימליים, משמע במחיר פגיעה מינימלית ב B (תנאי העבודה).

נשאלת השאלה האם הסדר זה יעיל ופועל לפי עקרון השיפור של PARETO?

⁷⁷ יש לזכור כי למרות שאיפתם הטבעית של העובדים לשפר את מצבם ככל האפשר, הרי שעובדת היותה של החברה חדלת פרעון מרמזת על כך כי הסיכויים לשפר את תנאי העסקתם הם קלושים מאוד. למעשה מתמקדת מטרתם של העובדים בשימור ההסכם הקיים, משמע פגיעה קטנה ככל האפשר בתנאי עבודתם. בהמחשה ניתן לטעון כי מטרתם של העובדים בעת המשא ומתן על עתידו של ההסכם הקיבוצי איננה לעבור ממצב B למצב של $+B$ אלא להימנע ממעבר ממצב B למצב B2 או B3. מטרתם היא שימור ולא שיפור.

מדוע לא לקבוע כי יש להשיג רווחיות גדולה ככל האפשר גם אם רווחיות זו מושגת במחיר פגיעה גדולה יותר בתנאי עבודתם של העובדים. לטענתנו, התשובה לשאלה זו ברורה, כל שינוי מעבר למינימום הדרוש לחברה לשם שיקומה, יהווה פגיעה בעובדים, לפיכך הנאתה של החברה תושג תוך כדי פגיעה בעובדים (בחזקת זה נהנה וזה מפסיד) ותהווה הפרה של עיקרון השיפור של PARETO.

נמחיש טענה זו בדוגמא: נניח כי הסעיף היה קובע כי ניתן לערוך לא רק שינויים "מינימליים והכרחיים" אלא אף שינויים "שיטיבו וישפרו את מצבה של החברה באופן ניכר". משמע, על פי הסעיף ניתן היה לא רק להחזיר את החברה לפסי הבראה אלא אף להביאה למצב טוב יותר ממצבה טרום חדלות הפרעון – מצב אותו ניתן לבטא כ $++P$. ואכן בתום המשא ומתן עם העובדים מושג המצב שלהלן: $++P$; $B3, S$. משמע החברה לא רק חזרה למצב של טרום חדלות פרעון אלא אף יצרה מצב בו רווחיותה תגדל מעבר לו, יציבותם של העובדים במקום עבודתם חזרה, 79 והסכם העבודה נפגע ב-66%. לטענתנו, מצב זה מהווה פגיעה בעובדים ולפיכך אינו מותר על פי עקרון השיפור של PARETO. בהשוואה למצב זה מהווה מצב $S; +P$, B או מצב $B2, S, +P$ שיפור ולפיכך ניתן להוכיח כי החברה שיפרה את מצבה "על חשבון" העובדים. שיפור כזה איננו עונה לדרישות השיפור של PARETO ומוביל למצב שאינו יעיל. רק שינוי מינימלי בהסכם הקיבוצי מהווה PI וזאת מהעובדה הפשוטה כי כל שינוי מעבר למינימום יהווה פגיעה בעובדים, פגיעה האסורה על פי עקרון השיפור של PARETO.

לאור כל זאת, ניתן לטעון כי גם העיקרון השני המוסדר בסעיף 1113, משמע חיוב שינויים מינימליים והכרחיים בלבד לשם שיקומה של החברה, עומד בקריטריונים של עקרונות PARETO ולפיכך יעיל כלכלית.⁸⁰

78 יש לזכור כי בכל הנוגע למידת רווחיותה של החברה אנו דנים בערך ספקולטיבי אשר יושג רק בעתיד. אולם לשם הפשטת הדיון נייחס לו ערך ממשי.

79 כמובן שבמידה ומצב $++P$ יוביל להתפתחותה של החברה יוביל הדבר להעסקתם של עוד עובדים ואולי אף להחלפתם של העובדים הישנים בעובדים חדשים וכד'. משמע, הערך S במצב $+P$ או במצב $++P$ אינו משתנה.

80 ניתן אם כן לראות כי סעיף 1113 מחייב בדיקה הדרגתית, ניסיון לשיפור מצבה של החברה מבלי לפגוע בעובדים ובמידה וזה בלתי אפשרי, שיפור מצבה במחיר פגיעה מינימאלית בתנאי העסקה. יש לזכור כי במידה ובסוף המשא ומתן על ההסכם הקיבוצי יושג מצב בו ייפגעו זכויותיהם של העובדים ב-50% (בהנחה וזו פגיעה מינימלית), יהפוך הסדר זה לנקודת המוצא כך שבמידה ובעתיד תצליח החברה להגדיל את רווחיה מ $+P$ ל $++P$ תוך כדי שמירה על- $B/2$ היא תוכל לעשות זאת מבלי שיהיה אפשר לטעון לחריגה מעיקרון השיפור של PARETO. ההסכם שיושג יהווה נקודת מוצא חדשה ולפיו $++P$ יושג, לכאורה, מבלי לפגוע בעובדים (גרסה "משופרת" לזה נהנה וזה אינו מפסיד).

יש לציין כי במסגרת החוק, קיימת אפשרות להימנע ממצב כזה, זוהי אפשרות ה-"snap back". אפשרות זו מאפשרת הכנסת שינויים זמניים בהסכם, שינויים אשר יבוטלו עם חזרתה של החברה לפסי רווחיות. במקרה זה החוק מאפשר להימנע משיפור במצבה של החברה מעבר למצב טרום

עיקרון שלישי – יצירת קרקע נוחה למשא ומתן פורה בתם לב בין צדדים שווי כח כפי שראינו, העיקרון השלישי אשר בא לידי ביטוי במסגרת סעיף 1113 הוא יצירת קרקע נוחה למשא ומתן פורה בין שני צדדים שווי כוח. עיקרון זה מתבטא בחיזוק מעמדם של העובדים במשא ומתן, חיזוק הנעשה על ידי מתן מעמד מחייב לארגונים היציג, הטלת מגבלות על האפשרות לשנות את ההסכם מעבר לשינויים הכרחיים וחיוב השקם לספק לעובדים את כל המידע החיוני להם לשם קבלת החלטות. לטענתנו, גם עיקרון זה ניתן להצדקה באמות מידה של יעילות כלכלית וזאת משתי בחינות:

א – יצירת הסדר אשר יבטיח ככל הניתן כי השינויים הנערכים בהסכם הם לשביעות רצונם של שני הצדדים ומהווים מינימום הכרחי.

ב – חיסכון בעלויות חיצוניות למשק (עלויות של התדיינות משפטית הנחסכות בשל הסכמת הצדדים לשינויים הדרושים בהסכם הקיבוצי).

2.2 שוויון כוחות במשא ומתן כאמצעי להתכנסות הדרגתית למצב אופטימלי

כפי שצינו עריכת שינויים מינימליים והכרחיים היא קריטריון מהותי אשר אי עמידה בו תוביל למצב אשר איננו עומד בעיקרון השיפור של PARETO. לפיכך, כדי שהסדר יעמוד בקריטריון מהותי זה, עליו לכלול דרך פרוצדורלית אשר תוביל לכך שבמידה ונערכים שינויים בהסכם, עליהם להיות מינימאליים והכרחיים. נשאלת השאלה כיצד נוודא כי השינויים הנעשים בהסכם הקיבוצי מהווים את המינימום הנדרש לשם שיקומה של החברה וזאת במצב בו כל אחד מהצדדים המנהלים את המשא ומתן מעוניין למקסם את האינטרס העצמי שלו.⁸¹ אחת הדרכים

חדלות הפירעון, במחיר של פגיעה בעובדים, למרות שזו נעשתה בעבר (מצב המוצג בדוגמא שבהערה זו לעיל).

⁸¹ ראו ה"ש 66. המחשה מאירת עיניים לתרגומו של עיקרון התועלתנות האישית למשא ומתן ניתן למצוא בחיבורו של אדם סמית "עושר האומות" (Adam Smith, *The Wealth of Nations*.) (The modern library, N.Y 1965, p. 14). חיבור זה מהווה את אחד מאבני היסוד של הכלכלה המודרנית. כפי שמציין אדם סמית, "In almost every other race of animals each individual when it is grown up to maturity, is entirely independent, and in its natural state has occasion for the assistance of no other living creature. But man has almost constant occasion for the help of his brethren, and it is in vain for him to expect it from their benevolence only. He will be more likely to prevail if he can interest their self-love in his favour, and show them that it is for their own advantage to do for him what he requires of them. Who ever offers to another a bargain of any kind, proposes to do this. Give me that which I want, and you shall have this, which you want, is the meaning of every such offer; and it is in this manner that we obtain from one another the far greater part of those good offices which we stand in need of. It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker, that we expect our dinner, but from their regard to their own interest. We address ourselves, not to their humanity but to their self-love, and never talk to them of our own necessities but of their advantages"

היעילות ביותר להשיג מטרה זו היא ליצור שוויון כוחות במשא ומתן בין הצדדים המתדיינים. כאמור, שוויון כוחות במשא ומתן מונע מצב בו ידו של אחד הצדדים תהיה על העליונה, והוא יוכל לכפות על הצד השני שינויים מרחיקי לכת אשר יובילו לפגיעה בעיקרון מקסום האושר כמו גם לבחירה באפשרות אשר איננה מהווה PI. נמחיש טענה זו:

נניח כי מאזן הכוחות בין השקם לבין העובדים נוטה לכיוונו של השקם, אם בשל כמות המידע הנמצאת בידיו, אם בשל הסדר משפטי המאפשר לו לזנוח את ההסכם הקיבוצי בכל עת או מכל סיבה אחרת. במצב זה ישאף השקם למקסם את האינטרס של החברה, משמע, להחזיר אותה לפסי רווחיות במהירות הגדולה ביותר. לאור העובדה כי מאזן הכוחות נוטה לכיוונו של השקם, יוכל זה לכפות על העובדים שינויים מהותיים בהסכם הקיבוצי, שינויים שאינם דווקא חיוניים להחזרתה של החברה לפסי היעילות. יתכן ושינויים אלה אכן יחסכו לחברה כסף ויאפשרו לה להגדיל את רווחיותה אף מעבר למצב טרום החדלות פרעון, אולם הם יהיו מעבר לנחוץ לה לשם חזרתה לפסים של רווחיות. הסדר כזה ישפר את מצבה של החברה אולם יפגע במצבם של העובדים, בהשוואה למצב בו הפגיעה בהסכם הקיבוצי תהיה קטנה יותר, הוא יהווה PI ביחס להסדר שהושג. ניתן לטעון כי חוסר שוויון הכוחות במשא ומתן הוביל למצב עניינים שאינו עומד בעיקרון השיפור של PARETO, מצב אשר אינו עונה לדרישת היעילות הכלכלית.⁸²

צמצום פערי הכוחות בעת המשא ומתן עשוי להוביל לצמצומה של בעיה אפשרית כזו. בעזרת יצירת איזון כוחות בין השקם לבין העובדים, נוכל להגדיל את הסבירות כי אכן השינוי הנעשה בהסכם הקיבוצי מהווה את המינימום הנדרש לשם שיקומה של החברה. שוויון הכוחות במשא ומתן מונע את האפשרות שאחד מהצדדים יכפה על הצד השני שינויים מרחיקי לכת אשר ירחיקו את ההסכם המתגבש מ-PO. במצב של שוויון כוחות, מתנהל משא ומתן בין שני צדדים המעוניינים למקסם את תועלתם אולם מודעים לעובדה כי אין הם מסוגלים לכפות ויתורים מרחיקי לכת האחד על האחר. במצב של שוויון כוחות במאזן הכוחות במשא ומתן, יושג ההסדר החדש בצורה של ויתורים הדרגתיים והתכנסות לתוך PO.

2.3 מקסום העושר, חיסכון בעלויות חיצוניות למשק

העלויות המשפטיות הכרוכות בהתערבות בית המשפט במשא ומתן בין השקם לעובדים יכולות להצטבר לכדי נטל ממשי על המשק. בית המשפט חייב להיכנס

⁸² טענה זו נכונה גם במצב בו מאזן הכוחות נוטה לכיוונו של העובדים. במצב זה יוכלו העובדים המעוניינים למקסם את האינטרס האישי שלהם לכפות על השקם הסכם אשר ימנע מהחברה לחזור לפסי רווחיות. מצב כזה לא יהווה PI וזאת מכיוון ששיפור מצבם של העובדים יעשה על ידי פגיעה ברווחתה של החברה ולכן אינו יעיל.

לעובי הקורה בכל תיק מסוג כזה המתנהל בפניו, הוא מחויב ללמוד את המצב הקיים בחברה, להקשיב לדעות מומחים ולהניח לצדדים להציג את עמדתם. הליך מסוג זה הוא מטבע הדברים הליך ארוך ויקר, ברור כי הימנעות ממנו מביאה לחסכון גדול בעלויות למשק.

העובדה כי סעיף 1113 יוצר קרקע פורייה למשא ומתן בין צדדים שווי כוח מקטינה את הצורך של בית המשפט להתערב. הצדדים עצמם מצויים בכל נככי מצבה הכלכלי של החברה וההתדיינות ביניהם איננה עולה כסף למשלם המסים. בנוסף לכך, התדיינות כזו יכולה להיות קצרה יותר מהליך פורמלי בבית המשפט, יהא קצר ככל שיהא. הסכם הנחתם בעקבות משא ומתן בין הצדדים מקצר את שלב אי הבהירות לכל הקשורים עם החברה, וחוסך למשק תקופה ארוכה של חוסר פרודוקטיביות מצדה של החברה כגורם במשק הכלכלי. לאור זאת, ניתן לטעון כי הקטנת התערבותו של בית המשפט, יצירת קרקע פורייה למשא ומתן וחיוב הצדדים להתדיין בתם לב עד להגעה לפתרון המקובל על שני הצדדים, מקטינה את הצורך של בית המשפט להתערב במשא ומתן וחוסכת למשק עלויות רבות.

3. סיכום

ניתן לסכם ולומר כי מהניתוח שערכנו עולה כי ההסדר הנוצר כתוצאה מיישומו של סעיף 1113 הוא הסדר יעיל כלכלית. יעילותו הכלכלית נובעת מהעובדה כי הוא מוביל להתרחשות עניינים מהותית העולה בקנה אחד עם אמות המידה של PARETO ולאור מגמתו הפרוצדורלית לחסוך את עלויות ההתדיינות למשק. הסדר זה שולל את האפשרות שחברה תכנס להליך שיקום רק בכדי להיפטר מהסכם שלה עם העובדים ומקטינה את האפשרות שנטל השיקום ינטה בברור לכוון אחד.

פרק רביעי – סיכום ומסקנות

סעיף 1113 לפרק 11 לקוד נחקק בארצות הברית לאחר סערה ציבורית גדולה אשר התרחשה בעקבות הלכת בילדיסקו. בפסק דין זה העדיף בית המשפט העליון של ארצות הברית את עקרונות דיני פשיטת הרגל על פני עקרונות דיני העבודה. סעיף 1113 הפך מגמה זו ויצר הסדר אשר חיזק את מעמדם של העובדים ואת מעמדו של ההסכם הקיבוצי. נשאלת השאלה מדוע פעל המחוקק האמריקאי בצורה זו. תשובה אפשרית לשאלה זו יכולה להתבסס על הטענה כי המחוקק האמריקאי "נכנע" ללחצים מצד שדולות חברתיות שונות ויצר הסדר המעדיף שיקולים סוציאליים על

פני שיקולים כלכליים, או במילים אחרות, המחוקק הקריב את היעילות הכלכלית על מזבח השיקולים החברתיים.

במאמר זה כוונתנו הייתה להוכיח כי הסבר כזה הוא מוטעה. לטענתנו למרות מגמתו החברתית המעניקה כוח לעובדים, ההסדר אשר נוצר בסעיף 1113 איננו "מקריב" את עקרון היעילות הכלכלית,⁸³ אלא יוצר הסדר אשר מבטיח כי השינויים הנערכים בחברה משתקמת יעשו על פי עיקרון השיפור של PARETO וזאת בעלות מינימלית למשק. כפי שהראנו היפוך המגמות אשר התרחש עם חקיקתו של סעיף 1113 לאחר הלכת בילדיסקו ניתן להצדקה בכלים תיאורטיים של יעילות כלכלית וזאת למרות מגמתו ה"סוציאלית" של סעיף 1113.

כפי שצינו בדברי המבוא, סוגייה משפטית זו, הנוגעת למעמדו המשפטי של ההסכם הקיבוצי בעת שיקומה של חברה, לא זכתה עדיין להסדר ממצה בדין הישראלי. לאור זאת, שאלת איזון הכוחות בין השקם לבין ארגון העובדים במשא ומתן על עתידו של ההסכם הקיבוצי עדיין נותרה ללא הסדר ממצה. ניתוח זה של הדין האמריקאי, לאור אמות מידה של יעילות כלכלית, יכול להוות קנה מידה מפרה לבחינת הצעת החוק המתגבשת בדין הישראלי. הצעת החוק הישראלית שונה במספר נקודות יסוד מההסדר האמריקאי ולפיכך בחינה השוואתית יכולה להעלות מספר טענות באשר ליעילותה הכלכלית. במאמר עתידי נבקש לסקור את הצעת החוק, להצביע על מספר בעיות עקרוניות המצויות בה ולהציע הסדר המשפר את הצעת החוק והופך אותה לראויה יותר לאור אמות מידה חברתיות וכלכליות.

⁸³ יש לציין כי עובדה זו איננה מפתיעה. המשק האמריקאי הוא משק קפיטליסטי אשר מערך הכוחות בו נוטה בברור לכוון יעילות כלכלית. מערך כוחות זה מבטיח כי סיכויי של הסדר משפטי "יעיל כלכלית" לשרוד הם גדולים יותר מהסדר אשר אינו משקף את עיקרון היעילות הכלכלית. טענה זו מתבססת על ההנחה כי בחברות מסוימות, בזמן מסוים, נוהג דגם של כוח. כוח זה משתקף בכל מערכי החיים כולל מערכת המשפט. לפיכך, כפי שסביר להניח כי הסדר משפטי אשר נהג בברית המועצות שיקף את העקרונות הקומוניסטיים ואת רוחה של המפלגה, כך סביר להניח כי הסדר משפטי נוהג במשפט האמריקאי ישקף את עקרונות החברה הקפיטליסטית וביניהם את עיקרון היעילות הכלכלית. לאור זאת אין להתפלא כי גם ההסדר אשר הושג במסגרת סעיף 1113 (וזאת למרות מגמתו ה"חברתית") משקף את עיקרון היעילות הכלכלית.

לשם הבהרה של מושג הכוח החברתי, ראו: מישל פוקו, תולדות המיניות, הרצון לדעת, הקיבוץ המאוחד, 1997, בע' 65: "הכוח אינו מוסד ואף לא מבנה, הוא אינו סוג של עוצמה שאחדים נתברכו בה, אלא הוא השם שמעניקים למצב אסטרטגי מורכב המתקיים בחברה נתונה." מצב אסטרטגי זה בא לידי ביטוי בכל המנגנונים החברתיים ובכללם מנגנוני החקיקה. לענין זה ראו בע' 59: "הכוח עושה את עבודתו באופן מסיבי; הוא מתפקד כביכול דרך המנגנונים הפשוטים והמשוכפלים לאין סוף של החוק, האיסור, והצנזורה: אפשר למצוא את אותה צורה כללית של כוח, אם כי בקני מידה משתנים, בתחום שפרוש מן המדינה ועד למשפחה, מן הנסיך ועד לאב, מבית המשפט ועד לפרוטות של הענישה היומיומיות, מרשויות השליטה החברתית ועד למבנים המכוננים את הסובייקט עצמו...".