

מסמך הכנה לדיון החמישי הקבוע ליום 19.7.2016 –

בהצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ו-2016

סעיפים לדיון נוסף (סעיפים 2 ו-9) – נוסח מעודכן של משרד המשפטים:

2. חדלות פירעון היא מצב כלכלי שבו חייב אינו יכול לשלם את חובותיו במועד, בין אם הגיע מועד פירעונם ובין אם לאו, הכל כאמור בחוק זה.

הערות:

- מדובר בסעיף מפתח בהצעת החוק שכן הגדרת המונח "חדלות פירעון" רלוונטית למכלול ההסדרים הנכללים בהצעת החוק.
- האופן בו נוסחה הגדרת חדלות פירעון במקור ביטאה הכרעה חד-משמעית בעד מה שמכונה "המבחן התזרימי" והעדפתו על פני המבחן החלופי המכונה "המבחן המאזני". המבחן התזרימי בוחן האם תזרים המזומנים של החייב יאפשר לו לשלם את חובותיו השוטפים במועד. מנגד, המבחן המאזני בוחן האם ערך נכסיו הכולל של החייב עולה על סך התחייבויותיו.
- הנוסח המעודכן של משרד המשפטים, מאמץ את הצעת הוועדה, שביקשה להבהיר שמדובר במבחן תזרימי עתידי, הלוקח בחשבון גם היעדר יכולת של החייב לשלם חובות שטרם הגיע מועד פירעונם.
- יש בשינוי זה כדי לקרב את "המבחן התזרימי" ל"מבחן המאזני" שכן הוא מאפשר בחינה רחבה יותר של כלל התחייבויותיו של התאגיד, ואינו מתמקד רק באי תשלום חובות בהווה.
- יודגש כי בדין הקיים שני המבחנים (התזרימי והמאזני) קבילים להוכחת חדלות פירעון (סעיף 258 לפקודת החברות), ומבחינה זו יש גם בנוסח זה שינוי משמעותי מול הדין הקיים.
- לניתוח משפטי נוסף בכל הנוגע למבחנים האמורים – ראו מסמך ההכנה לישיבה השנייה של הוועדה מיום 14.6.2016.

שאלות שונות שעלו בישיבה הקודמת:

- 1) **האם יש מקום לזנוח את המבחן המאזני ולבסס את הגדרת חדלות הפירעון רק על המבחן התזרימי?**
הובעו עמדות שונות ולפיהן יש מקום להותיר את המבחן המאזני כמבחן חלופי או מצטבר למבחן התזרימי. על-פי הטענה, המבחן התזרימי לבדו אינו נותן ביטוי למצבים שבהם לתאגיד אין מספיק נכסים כדי לשלם את סך התחייבויותיו, אולם הוא ממשיך לשלם את חובותיו השוטפים על חשבון נושיו העתידיים. התוצאה של התנהלות מסוג זה עלולה להותיר את הנושים העתידיים בפני "שוקת שבורה". כאמור, נראה כי הוספת המימד העתידי למבחן התזרימי משמשת מענה מסוים לטענה זו, ומכניסה היבט "מאזני" למבחן.
- 2) בנוסף, נטען כי המבחן המוצע לחדלות פירעון רחב מדי ועלול לכלול בגדרו גם מצבים שבהם יש לחייב קושי תזרימי זמני ביותר. נראה כי הרחבת המבחן מהווה מענה גם לטענה זו, משום שהיא מובילה לבחינה רחבה יותר של מצב החייב (זאת ביחד עם השינוי המוצע בסעיף 18 להלן).
- 3) לא ברור מה משמעותה של תוספת התיבה "הכל כאמור בחוק זה".

9. (א) נושה רשאי להגיש בקשה לצו לפתיחת הליכים אם התאגיד נמצא בחדלות פירעון; הוכחת חדלות הפירעון של התאגיד יכול שתיעשה באמצעות החזקה-החזקות שבסעיף 10.

(ב) נושה רשאי לציין במסגרת בקשה לצו לפתיחת הליכים, את העדפתו לעניין פירוק התאגיד או שיקומו הכלכלי ולצרף את הצעתו לעניין זה.

(ג) נושה בחוב שטרם הגיע מועד פירעונו אינו רשאי להגיש בקשה לצו לפתיחת הליכים אלא אם כן מתקיים אחד מאלה: קיים חשש ממשי כי התאגיד פועל במטרה להונות את נושיו, להעדיף מי מנושיו או להבריח את נכסיו.

(1) קיים חשש ממשי כי התאגיד פועל במטרה להונות את נושיו.

(2) קיים חשש ממשי כי התאגיד פועל לגריעת נכס מקופת הנשייה במטרה להבריח נכס מנושיו.

(3) מועד פירעון החוב שלטענת הנושה לא יוכל החייב לפרוע חל בתוך 90 ימים ממועד הגשת הבקשה.

הערות:

- **סעיף-קטן (א)** - על-פי הסעיף המוצע, נושה יוכל להגיש בקשה לפתוח בהליכי חדלות פירעון רק אם התאגיד כבר נמצא בחדלות פירעון, ואינו יכול להגיש בקשה כזאת מראש כדי למנוע הידרדרות של התאגיד למצב של חדלות פירעון, כמו התאגיד עצמו. בדברי ההסבר מובהר כי מכיוון שהמשמעות של פתיחה בהליכי חדלות פירעון היא העברת התאגיד לניהולו של נאמן ופירוק האורגנים של התאגיד מסמכויותיהם, יש הצדקה לכך שהנושה יגיש בקשה כזאת רק כשהתאגיד אינו יכול בפועל לפרוע את חובותיו, ולא לפני כן.
- **סעיף-קטן (ב)** – בסעיף זה מובהר כי נושה רשאי לציין במסגרת הבקשה את העדפתו לעניין פירוק התאגיד או שיקומו הכלכלי, ולצרף את הצעתו בעניין זה. נראה כי מדובר בהבהרה חשובה, כיוון שיש מדינות שבהן הנושה יכול לבקש רק פירוק ולא שיקום. לאחרונה, בשתי החלטות של בתי משפט שהתבססו על סעיף 350 לפקודת החברות, הכיר בית המשפט בכך שגם נושים של החברה יכולים ליזום תכנית הבראה לתאגיד החייב, אף אם התאגיד מתנגד לכך¹.
- עוד יצוין כי, בניגוד לבקשת תאגיד – בקשת נושה לפתיחה בהליכי חדלות פירעון אינה מותנית בקיום חובות בשיעור מינימאלי (אף כי החזקות בסעיף 10 המוצע כוללות הגבלה של סכום מינימאלי). **יש בכך הגיון רב**. ראשית, בשל הקושי של נושים לאמוד את סך חובותיו של החייב. שנית, כדי לאפשר גם לנושים

¹ פרי"ק 13-04-36681 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי. די. בי. חברה לפיתוח בע"מ (החלטה מיום 9.6.2013); פרי"ק 14-07-26836 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' חברת דואר ישראל בע"מ (החלטה מיום 4.9.2014).

שהם עובדים להגיש בקשה לפתיחה בהליכי חדלות פירעון (כדי לממש את זכויותיהם מול הביטוח הלאומי), וזאת גם אם שיעור חובות התאגיד כלפיהם נמוך יחסית.

• **סעיף-קטן (ג) – מוצע לקבוע כי הכלל הוא ש"נושה עתידי" – נושה בחוב שטרם הגיע מועד פירעונו – לא יכול להגיש בקשה לפתיחה בהליכי חדלות פירעון (בכפוף לחריגים כמובהר להלן).** על-פי דברי ההסבר, ההגבלה על האפשרות של נושה עתידי להגיש בקשה לפתיחה בהליכי חדלות פירעון משתלבת עם סעיף 2 להצעת החוק (הגדרת חדלות פירעון) ונועדה לקבוע נקודת זמן ברורה וודאית לכניסה להליכי חדלות פירעון.

לעמדת המציעים, ככל שנושה עתידי מבקש להגן על עצמו הוא יכול לעשות כן באמצעות תניות חוזיות המאפשרות את העמדת החוב לפירעון מיידי, אם החייב אינו עומד בתנאים מסוימים שנקבעו מראש. בעקבות תיקון משנת 2012, כבר כיום סעיף 1ט35 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 מקנה אפשרות לנאמן אג"ח (או למחזיקים בתעודות התחייבות) להעמיד לפירעון מיידי בטוחות המצויות בידיו עם התרחשות של אחד האירועים הנזכרים בסעיף והמעידים על הרעה מהותית בעסקי המנפיק. **אולם, השימוש בכלי זה נחשב לנדיר וחריג ביותר.**

עם זאת, בנוסח המעודכן של משרד המשפטים נעשתה הרחבה מסוימת של החריגים לכלל זה :

- **החריג הראשון** – חשש ממשי כי התאגיד פועל במטרה להונות את נושיו – נותר כשהיה. מדובר בחריג רחב יחסית שנועד לאפשר לנושה להגיש בקשה לחדלות פירעון בכל מצב שבו החייב פועל בצורה פסולה.
- **החריג השני** – חשש ממשי כי התאגיד פועל לגריעת נכס מקופת הנשייה במטרה להבריא נכס מנושיו – החריג נוסח מחדש כך שיתאים להסדר הקבוע בסימן ב' לחלק ד' של הצעת החוק, העוסקת בביטול פעולות של החייב שיש בהן משום גריעת נכס מקופת הנשייה.
- **החריג השלישי** – זהו שינוי משמעותי בנוסח – המאפשר למעשה לנושה עתידי להגיש בקשה לחדלות פירעון אם מועד הפירעון של החוב כלפיו חל בתוך 90 ימים ממועד הגשת הבקשה.

נקודות שנתרו לדיון :

1. **האם ניתן להסתפק בהצעה החדשה להגביל את ההגנה לנושה עתידי רק למי שחובו אמור לעמוד לפירעון בתוך 90 ימים? דומה שיש בכך כדי לשפר את מצבם של ספקים או נושים "קטנים" אחרים שעובדים עם החייב בתנאים של שוטף + 90. ואולם, האם די בכך כדי להגן על האינטרסים של כלל הנושים "הקטנים"?**
2. **האם ניתן להניח כי נושים "ארוכי טווח" יוכלו להגן על עצמם באמצעים חוזיים (דוגמת תניות המאפשרות את העמדת החוב לפירעון מיידי)?**
3. **האם ראוי לקבוע הוראת מעבר מיוחדת לעניין זה, כדי להגן על נושים שהתקשרו בהסכמים קודם לחקיקת החוק?**

דיון המשך - סעיף 18: החלטת בית המשפט בבקשה לצו לפתיחת הליכי חדלות פירעון:

הצעת הוועדה:

18. החלטה בבקשה לצו 18. (א) מצא בית המשפט כי התאגיד נמצא בחדלות פירעון, או, אם הבקשה לפתיחת הליכים לצו לפתיחת הליכים הוגשה על ידי התאגיד, הצו יסייע במניעת חדלות פירעונו ומתקיימים התנאים להגשת בקשה לצו לפתיחת הליכים, ייתן צו לפתיחת הליכים.

(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), מצא רשאי בית המשפט כי מתקיימים שניים אלה רשאי הוא לדחות את הבקשה לצו לפתיחת הליכים - אם שוכנע כי מתן הצו כשלעצמו יפגע באפשרות להביא לשיקומו הכלכלי של התאגיד. לעניין זה יבחן בית המשפט, בין השאר אם דחיית הבקשה תפגע בנושים וכן את יכולתו הכלכלית הכוללת של התאגיד.

(1) — מתקיימות נסיבות מיוחדות שבשלהן מתן הצו כשלעצמו יפגע באפשרות להביא לשיקומו הכלכלי של התאגיד; לעניין זה רשאי בית המשפט להביא בחשבון, בין השאר את יכולתו הכלכלית הכוללת של התאגיד;

(2) — אין בדחיית הבקשה כדי לפגוע בנושים.

הערות:

- בדין הקיים יש לבית המשפט שיקול דעת רחב, וכמעט בלתי מוגבל, בהחלטתו אם לתת צו פירוק לגבי תאגיד (סעיף 263 לפקודת החברות), והאם לתת צו להקפאת הליכים במסגרת תכנית הבראה של התאגיד (סעיף 350 לפקודת החברות). מתן שיקול דעת רחב מותר לבית המשפט מרחב ניכר של גמישות בעיצוב ההסדר המתאים לתאגיד ומתן מענה למקרים מורכבים. מנגד, בנוסח המוצע ניתן דגש ניכר דווקא על הוודאות והצפיות של הכרעת בית המשפט גם במחיר של פגיעה בחופש הפעולה שלו. גישה זו עולה בקנה אחד עם המגמה הכללית של הצעת החוק.

- **הוועדה הציעה מספר שינויים לנוסח הצעת החוק:**

על-פי הצעת הוועדה, בסעיף-קטן (א) יפורט הכלל לפיו במקרים שבהם בית המשפט מצא כי התאגיד מצוי בחדלות פירעון (או הבקשה תסייע במניעת חדלות פירעונו – אם הבקשה הוגשה על-ידי התאגיד עצמו), אזי ייתן צו לפתיחת הליכים.

סעיף-קטן (ב) יקבע את החרג – בית המשפט רשאי לדחות בקשה לצו לפתיחת הליכים, על יסוד קריטריון אחד – אם שוכנע כי מתן הצו יפגע באפשרות להביא לשיקומו הכלכלי של התאגיד. כדי להכריע האם מתקיים קריטריון זה, נדרש בית המשפט לבחון האם דחיית הבקשה תפגע בנושים, וכן לבחון את יכולתו הכלכלית הכוללת של התאגיד. בחינה זו חיונית כדי לוודא שהתאגיד לא ייכנס להליכי חדלות פירעון רק בשל קושי תזרימי נקודתי ובהתעלם מ"יכולתו הכלכלית הכוללת".

סעיפים 31-42 להצעת החוק (הנוסח המוצע על-ידי היעוץ המשפטי לוועדה מובא ב"עקוב אחר שינויים"):

סעיף 31 המוצע: סייג לתחולה על הליכים פליליים ומינהליים

סייג לתחולה על הליכים פליליים ומינהליים

31. (א) הקפאת הליכים לא תחול על הליכים פליליים ועל הליכים מינהליים למעט הליכי גבייה, וכן למעט פעולה או הימנעות מפעולה שמטרתם גביית חובות עבר.

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), בית המשפט רשאי להורות על הקפאת הליכים בהליך פלילי או הליך אכיפה מינהלי בנסיבות חריגות ולתקופה שיקבע, אם מצא כי בנסיבות העניין אין עוד תועלת ממשית בהמשך ניהולם של הליכים אלה.

(ג) בית המשפט רשאי לבקש מרשות מינהלית שבה מתנהל הליך מינהלי הנוגע לתאגיד, לדווח לבית המשפט במועד שייקבע אודות התקדמות הליכים אלה.

...

"הליך מינהלי" – הליך שמנהלת רשות מינהלית, במסגרת מילוי תפקידה הציבורי לפי דין, וכן הליך שעניינו ביקורת שיפוטית על החלטה מינהלית ;

הערות:

- סעיף זה משלים את ההסדר המוצע בסעיף 25(ב) להצעת החוק בו מוצע לקבוע כי אין בצו לפתיחת הליכים כדי לפטור תאגיד מחובות לקיים כל הוראה לפי דין, ובכלל זה החלטה מינהלית.
- שאלת מתן פטור לתאגיד מקיום חובותיו המינהליים והפליליים במסגרת הליכי חדלות פירעון אינה מוסדרת כיום בחקיקה. בשנת 2003 פסק בית המשפט העליון ברע"פ 9008/01 **מדינת ישראל נ' א.מ. ת'ורגמן בע"מ** (2003) כי בתי משפט של חדלות פירעון אינם מוסמכים לעכב הליך פלילי המתנהל נגד חברה בפירוק. בדומה, בע"א 10547/05 **רשם הקבלנים נ' ש.י.א רפאל פרויקטים בע"מ** (2012) קבע בית המשפט שאין להעניק לבית משפט העוסק בחדלות פירעון סמכות בעניין החלטות מינהליות החלות על התאגיד ויש להותיר את ההכרעה בידי הגורמים המינהליים הרלוונטיים.

לדיון: האם ראוי בכל זאת לתת לבית המשפט של חדלות הפירעון סמכות להעניק הקלות רגולטוריות לחייבים בהליכי חדלות פירעון?²

² ראו לעניין זה מאמרו של פרופ' יעד רותם (דיקן הפקולטה למשפטים במרכז האקדמי למשפט ולעסקים), "הסמכות למתן הקלות שלטוניות בהליכי חדלות פירעון", **משפטים** מ 113 (התש"ע).

שיקולים בעד מתן סמכות לבית משפט הזן בחדלות פירעון להידרש בעצמו להליכים מנהליים העוסקים

בתאגיד:

- הרשות הרגולטורית עלולה להיתפס לאכיפת יתר, אף אם אכיפה זו כבר אינה יעילה מבחינה כלכלית.
- הרשות הרגולטורית היא פעמים רבות צד לעניין – בכובעה כנושה, ועלול להיווצר ניגוד עניינים בין הרשות ובין מבקש ההקלה. הדבר נכון במיוחד בכל הנוגע לויתור על חוב או קנס.
- רשות רגולטורית עלולה להעדיף לפעול מול גופים שמהם תוכל להיפרע בעתיד בקלות, אם תידרש להטיל עליהם קנסות או עיצומים. תאגיד חדל פירעון הוא כמובן גוף שקשה מאוד לפעול מולו – שכן היכולת לגבות ממנו קנסות או עיצומים מצטמצמת מאוד.
- לא ברור כי החלטות הרגולטור הן ישימות או נכונות כלכלית לגבי גוף חדל פירעון. כך למשל, עולה השאלה האם יש מקום להטיל על תאגיד המצוי במצב של חדלות פירעון את החובה להנגיש משרדים לבעלי מוגבלויות, על ההוצאות הכרוכות בכך, אם הוא אינו צפוי לשרוד מעבר למספר חודשים?

שיקולים נגד מתן סמכות לבית המשפט הזן בחדלות פירעון לעסוק בהליכים המינהליים הקשורים

בתאגיד:

- מתן אפשרות לבקש עיכוב הליכים בבית משפט של חדלות הפירעון עלולה לעודד forum shopping – ניסיון לעקוף את הרגולטור באמצעות פנייה לבית המשפט של חדלות פירעון.
- יש חשש כי בית משפט שתיק חדלות הפירעון מתנהל בפניו, יבקש לנסות ולפתור את הקושי המינהלי, ויטה לתת פטורים רבים מן הרצוי מבחינת האינטרסים הכלל-מערכתיים. חשש זה עלול ליצור תמריץ לגופים לפנות להליכי חדלות פירעון.
- בית המשפט של חדלות פירעון אינו בעל מומחיות רגולטורית בתחום הרלוונטי בו מתבקשת ההקלה. אף אם הוא יכול ללמוד את הנושא, עדיין יהיה לו קשה להבין את מכלול הנסיבות הרלוונטיות לאותו תחום.
- בפני בית משפט של חדלות פירעון עומס רב ולא ברור כי יעיל שבית משפט זה ייתן הכרעות בנושאים שאינם מתחום מומחיותו.

עמדת המשפט המשווה – הגישה הנהוגה בשיטות משפט אחרות אינה כה גורפת.

בארה"ב – אמנם אין בהקפאת ההליכים כדי להקפיא כל הליך מינהלי נגד התאגיד, אך נקבע למשל בסעיף 525(a) ל-Bankruptcy Code כי רגולטור המעניק רישיונות אינו יכול לשלול, להימנע מלהעניק או להפלות חייב עקב היותו חדל פירעון. בהתאם לכך, ביהמ"ש העליון האמריקאי אסר למשל על רשות התקשורת האמריקאית לשלול רישיון מספק תקשורת שלא שילם את דמי הרישיון, בשל הליכי חדלות פירעון שהוא היה מצוי בהם³.

בקנדה – נקבע בסעיף 11.1 ל-CCAA (חוק חדלות פירעון המאפשר שיקום לחברות שחובותיהם עולים על 5 מיליון דולר) כלל דומה לזה המוצע כאן, ולפיו הקפאת ההליכים אינה חלה על הליכים מינהליים למעט הליכי גבייה. ואולם, לצד זאת, נקבע סעיף חריג המאפשר החלת צו הקפאת ההליכים על הליך מינהלי.

³ FCC v. Nextwave, 537 US 293 (2003)

זאת כאשר בית המשפט הדין בחדלות הפירעון סבור כי הסדר השיקום לא יצלח אם ההליך המינהלי יימשך, ואין זה מנוגד לאינטרס הציבורי שהגוף הרגולטורי יושפע מצו הקפאת ההליכים.

בכל הנוגע לעיכוב הליכים פליליים - קיימים שיקולים משמעותיים להימנעות מעיכובם של הליכים פליליים בשל חדלות פירעון, ובהם העובדה שעייכוב מסוג זה מתנגש עם עקרונות היסוד של שלטון החוק ושוויון בפני החוק, והתפיסה כי היועץ המשפטי לממשלה אמון על ניהול הליך פלילי ועייכוב הליכים, בכפוף לביקורת של בית המשפט. מתן האפשרות לעייכוב הליכים פליליים, עלולה אף להביא להפיכתם של הליכי חדלות הפירעון ל"עיר מקלט".

עם זאת, התעלמות בהליכים פליליים מקיומם של הליכי חדלות פירעון עלולה להביא לקשיים במישור הפרקטי. למשל: ההרשעה עלולה להניא תאגידיים אחרים מרכישת התאגיד או חלקים ממנו, שכן ההרשעה עלולה להקשות על התאגיד הרוכש לזכות במכרזים עתידיים הבוחנים קיומן של הרשעות למתמודד במכרז.

נקודה לדיון: האם אין מקום להרחיב את החריגים לכלל המוצע? בפרט:

- 1) האם אין מקום להרחיב את המונח "הליך גבייה" כך שיכלול גם מצבים של "גבייה פסיבית" (כפי שמוצע בהצעת הוועדה)?
- 2) האם אין מקום לאפשר לבית המשפט, בנסיבות המתאימות, להורות על הקפאה זמנית של הליכים פליליים או הליכי אכיפה מינהליים נגד התאגיד? למשל, בנסיבות שבהן כל נושאי המשרה התחלפו בעקבות הרכישה, או כאשר מדובר בהליך פירוק ולא שיקום. מה הטעם בהמשך ניהול הליכים פליליים או אכיפה מינהלית נגד התאגיד? האם יהיה בכך כדי להרתיע?
- 3) האם אין מקום להתיר לבית המשפט של חדלות הפירעון לקבל דיווחים שוטפים מהרשות המינהלית בדבר התקדמות ההליכים בעניינו של התאגיד? זאת הן כדי לסייע לו בהחלטתו והן, במקרים המתאימים, כדי להבטיח שהרשות המינהלית תהיה מודעת למשמעות החלטתה ביחס להליכי חדלות הפירעון.

סעיף 32 המוצע: הקפאת תקופת ההתיישנות

הקפאת תקופת ההתיישנות 32. התקופה שבה הוקפאו הליכים לפי פרק זה לא תבוא במניין התקופות הקבועות לפי חוק ההתיישנות, התשי"ח-1958.

הערות:

- מוצע כי מירוך ההתיישנות ייעצר באופן זמני עם פתיחת הקפאת ההליכים, ויימשך לאחר סיומם. ההוראה מבוססת על סעיף 350ב(ה) לחוק החברות: "התקופה שבה הוקפאו הליכים לפי סעיף זה לא תבוא במניין התקופות הקבועות לפי פקודת החברות, ככל שהקפאת ההליכים נוגעת להן, או במניין התקופות הקבועות לפי חוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, אלא אם כן הורה בית המשפט אחרת".

לדיון:

- האם לא ראוי לכוונת את הסעיף "עצירת מרוץ ההתיישנות"?

פרק ו': הנאמן – מינויו, תפקידו וסמכויותיו

קביעת מקבלי ההחלטות בחברה הנתונה בחדלות פירעון היא אחת הסוגיות המשמעותיות ביותר בדיני חדלות פירעון. בפרט נכון הדבר ביחס לנאמן האמון על שיקומו של תאגיד, כזרועו הארוכה של בית המשפט.

קיימות שתי גישות עיקריות ביחס לאופי השליטה בתאגיד לאחר מתן צו לפתיחת הליכים – האחת, גורסת כי יש להשאיר את הנהלת החברה על כנה גם בהליכי חדלות פירעון (זו הגישה המקובלת בארה"ב ובקנדה, הנודעת כ-DIP: Debtor In Possession), והשנייה, מעדיפה את החלפת הנהלה בנאמן חיצוני (זו הגישה הנוהגת כיום בישראל והמוצעת במסגרת הצעת החוק).

בספרו של פרופ' האן על חדלות פירעון הוא מונה חמישה שיקולים מרכזיים בבחירה בין שתי הגישות⁴:

(א) **ייחוס חדלות הפירעון לכשלי הנהלה** – התפיסה התומכת בהחלפת הנהלה מניחה לרוב כי חדלות הפירעון נובעת מכישלונה של הנהלה הקודמת, וגורסת שאין לאפשר לה "הזדמנות שניה". מצד שני, יש הטוענים כי קשייה של החברה אינם נובעים בהכרח מהתנהלות לא נכונה אלא מנסיבות חיצוניות, דוגמת משבר כלכלי, אירוע ביטחוני וכו'. יתר על כן, לעתים מנהלי החברה ערב כניסתה לחדלות הפירעון אינם אותם אנשים שהביאו אותה למצבה הקשה, אלא דווקא כאלה שהובאו כדי להצילה.

(ב) **השפעת אובדן השליטה על הנהלה** – התפיסה התומכת בהחלפת הנהלה גורסת שהחלפת המנהלים עם הכניסה לחדלות פירעון תתמרץ אותם לנהוג בזהירות ולהימנע מלקיחת סיכונים מיותרים כדי לא להיכנס לחדלות פירעון ולאבד את השליטה בחברה. מצד שני, יש הטוענים שהחלפת המנהלים תוביל להרתעת יתר ולמצב שבו המנהלים יחששו מלקיחת סיכונים מחושבים ויפסידו הזדמנויות עסקיות.

(ג) **רמת המיומנות המקצועית של השולט והזמן הנדרש לרכישתה** – יכולים להיות מספר חסרונות אפשריים למינוי נאמנים חיצוניים. ראשית, יש חשש שהמיומנויות הניהוליות והעסקיות שלהם יהיו פחותות מאלה של מנהלי החברה; שנית, ההיכרות שלהם עם החברה תהיה פחותה, ועלול להידרש זמן וכסף לצורך היכרות זו. שלישית, החלפת המנהלים של החברה עלולה לעורר התנגדות בקרב עובדיה, או מצדם של ספקים ונותני שירותים. מצד שני, במקרים בהם כשל ניהולי הוביל להתדרדרות במצב החברה, העברת המנהלים מתפקידם עשויה דווקא להגביר את האמון של הגורמים המממנים ונושי החברה, ולהקל על הפעלתה.

(ד) **השפעת אובדן השליטה על מועד הכניסה להליכים** – כאשר הדין קובע כי הנהלת החברה מתחלפת בהליכי חדלות פירעון, יש להניח כי היא תבקש לדחות ככל הניתן את מועד הכניסה להליך חדלות הפירעון, מה שעלול להוביל לכך שהחברה תיכנס להליכים אלה בשלב מאוחר מדי, המקשה על שיקומה. מצד שני, כאשר הנהלת חברה חדלת פירעון נותרת על כנה בעת הליך שיקום, היא עלולה להמשיך ולנקוט בהליכי שיקום, גם כאשר אין סיכוי ממשי לשיקומה של החברה ויש לפרקה.

⁴ ד. האן, דיני חדלות פירעון, בעמ' 288 עד 318.

(ה) **ריכוזיות הבעלות במניות החברה או ביזורה** – כאשר הבעלות בחברה מרוכזת בידי בעל שליטה יש הצדקה רבה יותר למינוי בעל תפקיד חיצוני. זאת משום שבמצב זה מנהלי החברה עלולים להמשיך ולפעול לטובת בעל השליטה גם במצב של חדלות פירעון, שבו הם אמורים לפעול לטובת הנושים. **מנגד**, בחברה שאין בה בעל שליטה מובהק, קיים חשש פחות בהקשר זה.

נוכח השיקולים המפורטים לעיל, בספרו של פרופ' האן הוא מביע תמיכה **בדגם משולב** לפיו בחברה ציבורית, אשר אין לה בעל שליטה ריכוזי, תוסיף הנהלת החברה לשלוט בה גם בעת הליך שיקום; בעוד בכל חברה אחרת, ימונה בעל תפקיד חיצוני אשר יפעל מעל הנהלת החברה ובשיתוף עמה.

שאלה נוספת: האם ראוי למנות נאמן חיצוני אף בחברה פרטית קטנה?

בחברה קטנה השיקולים שפורטו לעיל חלים ביתר עוצמה:
ראשית, בתאגיד קטן ידע רב על החברה מצוי בידי בעל השליטה והמנהלים; **שנית**, בחברה קטנה רבות מן ההתקשרויות נושאות אופי אישי. על כן, הישארותו של בעל השליטה בחזית החברה, עשויה להקל דווקא את המו"מ עם הנושים. **שלישית**, העלויות של נאמן חיצוני אינן מבוטלות, ועלויות "לנגוס" בחלק משמעותי מקופת הנשייה. **רביעית**, בחברה קטנה הבעלים יהיה במקרים רבים גם נושה של החברה (כערב או באמצעות הלוואת בעלים), ולכן יהיה לו אינטרס ניכר בשיקומה של החברה.
מנגד, דווקא בחברה קטנה יש חשש שהמנהלים ימשיכו לפעול לטובת הבעלים גם בחדלות פירעון ולא לטובת כלל הנושים כנדרש במצב זה. בנוסף, בחברה פרטית קטנה עשויה להיות חשיבות רבה יותר לביקורת חיצונית מצד נאמן, משום שהיא אינה מחוייבת בחובות הדיווח של חברה ציבורית.

גם במשפט המשווה קיימות גישות שונות בעניין זה:

בארה"ב – מרבית הליכי חדלות הפירעון נעשים במסגרת פרק 11 ל-Chapter 11) Bankruptcy Code) שבהם **הנהלת החברה נותרת בתפקידה** (מה שמכונה DIP – Debtors in Possession).
בקנדה – בהליך השיקום של חברות חדלות פירעון מעל לרף חובות מסוים המתנהל לפי ה' Companies' Creditors Arrangement Act (CCAA) **הנהלת החברה נותרת בתפקידה** ואין מינוי של נאמן חיצוני.
באנגליה – בהליך חדלות הפירעון **יש מינוי של נאמן חיצוני**, אך נראה כי קיימים בפרקטיקה מקרים לא מעטים שבהם התאגיד עורך הסכמי שיקום מחוץ למסגרת הליכי חדלות הפירעון, כאשר ההנהלה נותרת בתפקידה (מה שמכונה "גישת לונדון").

ההסדר המוצע במסגרת הצעת החוק

במסגרת הצעת החוק, מוצע להמשיך ולנהוג בהתאם לדין הקיים ולפיו עם פתיחתו של הליך חדלות הפירעון **השליטה בתאגיד עוברת מן האורגנים של התאגיד (המנכ"ל, הדירקטוריון ואסיפת בעלי המניות) לבית המשפט, אשר בפועל מנהל את התאגיד באמצעות הנאמן המשמש כזרועו הארוכה.**

עם זאת, כמפורט להלן, במסגרת סעיף 36 להצעת החוק מוצע לאפשר, בנסיבות מסוימות, לנושא משרה בחברה להישאר בתפקידו לצד הנאמן החיצוני. כמו כן, במסגרת חלק י' לחוק, אשר יידון בהמשך, מוצע לאפשר לתאגיד ליהנות מחלק מן היתרונות של הליכי חדלות פירעון במסגרת מה שמכונה מו"מ מוגן, וזאת בלא החלפת המנהלים.

סימן א': מינוי הנאמן

סעיף 33 המוצע: מינוי נאמן

- מינוי נאמן 33.
- (א) בית המשפט ימנה נאמן ליישום הליכי חדלות הפירעון עם מתן הצו לפתיחת הליכים.
- (ב) הנאמן ימונה מתוך רשימת הנאמנים שגובשה לפי סעיף 37 (בסימן זה – רשימת הנאמנים) או לפי סעיפים 35 או 36.
- (ג) הממונה ימליץ לבית המשפט על פנה-מספר מועמדים לתפקיד הנאמן, שלא יפחת משלושה ולא יעלה על חמישה, מתוך רשימת הנאמנים; הממונה יבחר את המועמדים שעליהם ימליץ על פי אמות מידה שוויוניות שיגבש ויפרסם באתר האינטרנט שלו; התאגיד וכל נושה רשאים להציע לבית המשפט מועמדים נוספים לתפקיד הנאמן מתוך רשימת הנאמנים, ואולם, אם מינה בית המשפט נאמן שלא הומלץ על ידי הממונה, ייפרט בהחלטתו את הטעמים לכך.
- (ד) בית המשפט לא ימנה לנאמן מי שעלול להימצא במצב של ניגוד עניינים בין תפקידו כנאמן לבין עניין אישי או תפקיד אחר שלו או של קרובו או של אדם אחר שיש לו עמו קשרים אישיים או כלכליים, ובכלל זה אדם אחר שהוא בא כוח של בעל עניין בהליכי חדלות הפירעון.
- (ה) בית המשפט רשאי למנות כמה נאמנים אם מצא כי הדבר דרוש בשל טעמים מיוחדים שיירשמו הנוגעים למורכבות ההליך; מינה בית המשפט כמה נאמנים, יקבע את חלוקת הסמכויות ביניהם.
- (ו) הממונה יפרסם, באתר האינטרנט שלו, מיהם הנאמנים עליהם המליץ, ומיהו הנאמן שנבחר.

הערות:

סעיף קטן (א) – על פי הצעת החוק, לא ניתן יהיה להתחיל בהליך של הקפאת הליכים ללא מינוי נאמן.

סעיף קטן (ב) – הסעיף המוצע מגדיר כי כל מינוי נאמן ייעשה מתוך רשימת הנאמנים – על פי הצעת הממונה או המלצת התאגיד או נושה. **לדין: האם לא ראוי להבהיר, כי מינוי נאמן יכול שייעשה גם לפי סעיפים 35 או 36 (מינוי שלא לפי רשימת הנאמנים)?**

סעיף קטן (ג) – מוצע לקבוע כי ברירת המחדל במינוי נאמן תהיה מינוי מתוך רשימת הנאמנים הפוטנציאליים של הממונה. בהיותו של הממונה גורם מינהלי, הוא מחויב לפעול בשקיפות ובשוויוניות בקביעת אמות המידה האמורות. לצד זאת, ניתנת האפשרות למנות נאמנים שהוצעו על-ידי התאגיד או כל נושה. **לדין: מינוי נאמן שהוצע על-ידי התאגיד או נושה עלול לעורר חששות בדבר אי התלות שלו. לאור**

זאת, האם לא ראוי לקבוע כי בית המשפט יידרש לנמק את החלטתו כאשר הוא מבקש למנות נאמן שהוצע על-ידי החברה או נושה, ולא נכלל בהמלצות הממונה?

סעיף קטן (ד) – מוצע לקבוע כללים מחמירים לגבי ניגודי עניינים, ובכלל זה לקבוע כי ניגוד עניינים יכול לנבוע גם מקשרים אישיים או כלכליים עם מי שמשמש כבא-כוח של בעל עניין בהליכי חדלות פירעון.

סעיף-קטן (ה) – מוצע לאפשר מינוי מספר נאמנים במצבים חריגים, "ומטעמים מיוחדים שיירשמו" הנוגעים למורכבות ההליך.

לדין: מוצע להוסיף את סעיף קטן (ו) שעניינו הטלת חובה על הממונה לפרסם באתר האינטרנט את רשימת הנאמנים המומלצים על-ידו בכל תיק ואת זהות הנאמן שנבחר. אנו סבורים כי החיוב בפרסום כאמור יגביר את השקיפות ויתרום לשוויוניות רבה יותר במינוי נאמנים.

סעיף 34 המוצע: נאמן זמני

נאמן זמני 34. לא ניתן למנות את הנאמן עם מתן הצו לפתיחת הליכים, ימנה בית המשפט נאמן זמני, ~~מתוך רשימת הנאמנים בהתאם להוראות סעיפים 33, 35 ו-36~~, שיכהן עד למינוי הנאמן.

לדין: מאחר שלעיתים לא ניתן למנות נאמן קבוע, ומאחר שלעיתים מינויו של הנאמן הזמני מקבע את זהות הנאמן הקבוע, מוצע לקבוע כי גם הנאמן הזמני ימונה בהתאם לאותן הוראות החלות על מינוי נאמן קבוע.

סעיף 35 המוצע: מינוי הממונה לנאמן

מינוי הממונה לנאמן 35. בית המשפט רשאי למנות את הממונה לנאמן אם מצא כי קיים אינטרס ציבורי לכך.

הערות:

על-פי הדין הקיים, אם בית המשפט נתן צו פירוק ולא מינה בעל תפקיד או אם התפנתה משרתו של המפרק, ממונה הכונס הרשמי למפרק זמני (זאת לפי סעיפים 300(ד) ו-304 לפקודת החברות). בעקבות השינוי בסמכויותיו של הממונה, מוצע שלא לאפשר את מינויו של הממונה כ"ברירת מחדל", ולאפשר את מינויו של הממונה לנאמן רק במצב שבו "קיים אינטרס ציבורי לכך". למשל, כאשר הליכי חדלות הפירעון נוגעים לתאגיד העוסק במתן שירות חיוני או כזה שלקריסתו יכולות להיות השלכות חברתיות קשות. בכל מקרה, הממונה הוא חלק מכל הליך חדלות הפירעון והוא יכול להביע עמדתו בכל העניין, לרבות בעניין זה.

סעיף 36 המוצע: מינוי נושא משרה בתאגיד לנאמן

מינוי התאגיד או 36. (א) בית המשפט רשאי למנות נושא משרה בתאגיד לנאמן גם אם אינו כלול נושא משרה בתאגיד
לנאמן

ברשימת הנאמנים, אם שוכנע, לאחר שנתן לנושים הזדמנות לטעון את טענותיהם, כי יהיה בכך כדי לסייע להליכי חדלות הפירעון וכי אין בכך כדי לפגוע בנושים; בית המשפט יקבע את סמכויותיו ואת חובותיו של נאמן כאמור בהתחשב, בין השאר, בכך שלא ייווצר ניגוד עניינים בין ובין תפקידו ומעמדו של נושא המשרה בתאגיד.

(ב) (1) מינה בית המשפט נושא משרה בתאגיד לנאמן, ימנה נאמן נוסף מתוך רשימת הנאמנים, ויקבע את חלוקת הסמכויות ביניהם.

(2) בקביעת חלוקת הסמכויות יתייחס בית המשפט, בין היתר, לפעולות המנויות בסעיף 42(ב)(1) עד (3).

הערות:

- כמפורט לעיל, במסגרת הדיון העקרוני בשאלת מינוי נאמן חיצוני לחברה, סעיף 36 המוצע נועד "לרכז" את הכלל ולפיו בהליכי חדלות פירעון הנהלת החברה תוחלף בנאמן חיצוני. בהתאם לכך, מוצע לקבוע כי במצבים שבהם בית המשפט שוכנע כי יהיה בכך כדי לסייע להליכים, ואין בכך כדי לפגוע בנושים, הוא יוכל למנות נושא משרה לנאמן. ואולם, מוצע לקבוע כי מינוי כזה ייעשה רק לאחר שניתנה לנושים ההזדמנות להביע את דעתם בעניין. כמו כן, מוצע שבמצב זה בית המשפט ימנה לצדו של נושא המשרה נאמן חיצוני שיעסוק, בין היתר, בנושאים בהם נושא המשרה עלול להימצא בניגוד עניינים⁵.
- יצוין כי גם בדין הקיים (סעיף 350ד(א) לחוק החברות) ניתנה אפשרות לבית המשפט למנות נושא משרה בחברה ל"בעל תפקיד" ביישום הליכי ההבראה, בתנאים דומים – אם בית המשפט שוכנע "לאחר שנתן לנושי החברה הזדמנות לטעון את טענותיהם לעניין זה, כי יהיה בכך כדי לסייע להבראת החברה וכי אין בכך כדי לפגוע בנושים כאמור". עם זאת, בדין הקיים אין חובה למנות נאמן נוסף (ניתן להותיר את נושא המשרה כבעל תפקיד יחיד או למנות לצדו "מפקח") (סעיף 350ד(ד) לחוק החברות). כמו כן, במסגרת הדין הקיים ניתן שלא למנות נאמן כלל (סעיף 350ד(ה) לחוק החברות).

לדיון:

- האם אין מקום להנחות את בית המשפט כי עליו לקבוע את חלוקת הסמכויות שבין נושא המשרה ובין הנאמן החיצוני, כדי למנוע מראש מחלוקות ביניהם?

סעיף 37 המוצע: רשימת הנאמנים

רשימת הנאמנים 37. (א) רשימת הנאמנים תגובש בידי ועדה שימנה השר שחבריה הם:

(1) שופט בדימוס של בית משפט מחוזי, והוא יהיה היושב ראש;

(2) שני נציגים של הממונה, שייבחרו על-ידו;

⁵ ראו לדוגמה – הליך השיקום של הדסה שבו נותר בתפקידו מנכ"ל הדסה, ד"ר קפלן, ומונו לצדו שני נאמנים חיצוניים: פר"ק (י-ם) 14554-02-14 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' Hadassah Women's Organization of America (11.02.14).

(3) נציג לשכת עורכי הדין, שייבחר על-ידה;

(4) נציג לשכת רואי החשבון, שייבחר על-ידה.

(ב) כשיר להיכלל ברשימת הנאמנים מי שהוא חבר לשכת עורכי הדין או מי שבידו רישיון לפי חוק רואי חשבון, התשט"ו-1955, והוא בעל ניסיון של חמש שנות עבודה במקצועו, או אדם בעל מיומנות מיוחדת או ניסיון מוכח בניהול תאגידים [בהליכי חדלות פירעון], ובלבד שלא ייכלל ברשימה מי שהורשע בעבירה שמפאת מהותה, חומרתה או נסיבותיה, אין הוא ראוי, לדעת הממונה, לכהן כנאמן.

(ג) השר רשאי, בהמלצת הממונה, לקבוע הוראות לעניין גיבוש רשימת הנאמנים לפי סעיף זה ובכלל זה בעניינים אלה:

(1) תנאי כשירות נוספים הדרושים לצורך הכללה ברשימה או סייגים להכללה כאמור, ובכלל זה לדרוש הכשרה מקצועית או עמידה בבחינה מקצועית, ורשאי השר לקבוע תנאי כשירות שונים לסוגים שונים של הליכי חדלות פירעון בהתאם להיקפם ומורכבותם;

(2) סדרי עבודתה של הוועדה, ובכלל זה הוראות לעניין פרסום הרשימה ושינויה לרבות גריעה ממנה.

הערות

- בסעיף מוצע להקים ועדה בה ייוצגו כל הגורמים הרלוונטיים, ובראשה יעמוד שופט ביהמ"ש המחוזי בדימוס. הוועדה תקבע את רשימת הנאמנים שמתוכה ימליץ הממונה על נאמנים לבית המשפט. זהו אחד מחידושי הצעת החוק, ומטרתו לאפשר שוויוניות ושקיפות רבה יותר בהליך המינוי.
- נוכח האחריות הכבדה המוטלת על הנאמן, המשמש כזרועו הארוכה של ביהמ"ש, מוצע כי רק עורכי דין או רואי חשבון עם ניסיון של חמש שנים לפחות במקצועם יוכלו לבקש להיכלל ברשימה, וכי לא יוכלו לכהן מי שהורשעו בעבירות שבשל מהותן או חומרתן פוסלות – לדעת הממונה – מהכללה ברשימה.
- כמו כן, מוצע כי השר, בהמלצת הממונה, יוכל לקבוע הוראות נוספות בכל הנוגע לתנאי הכשירות (היכולים להיקבע בהתאם למורכבותם והיקפם של הליכי חדלות הפירעון), הכשרות מקצועיות, וסדרי עבודת הוועדה.
- חלק מההוראות אותן מוצע לקבוע ביחס לתנאי הכשירות הנוספים וסדרי עבודתה של הוועדה מעוגנות כבר היום בתקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ושכרם), התשמ"א-1981.

נקודות לדיון:

(1) האם אין מקום לקבוע במפורש כי נציגי הממונה, לשכת רואי החשבון ולשכת עורכי הדין ייבחרו על-ידם?
(2) כיום, בתקנה 2 לתקנות הנ"ל מתאפשר למנות "מנהל מיוחד" שהוא "אדם, שבית המשפט ראה כי יש לו ניסיון מוכח בניהול עסק או בנושאים כלכליים או מסחריים או מינהליים הנדרשים למילוי תפקידו באותו עניין". האם אין מקום להותיר אפשרות זו למנות כבעלי תפקיד גם מי שאינם עורכי דין או רואי חשבון אך יש להם מיומנויות ניהוליות, או ניסיון בתחום חדלות הפירעון?

3) האם הממונה הוא הגורם המתאים להכריע בשאלת כשירות הנאמנים או שיש להפקיד סמכות זו בידי

יו"ר הוועדה שהוא שופט בדימוס?

סעיף 38 המוצע: ערובה

ערובה | 38. הנאמן, למעט מי שמונה לפי סעיף 35, יפקיד ערובה להבטחת אחריותו למילוי תפקידו, להנחת דעתו של בית המשפט.

הערות:

- בסעיף מוצע לקבוע כי הנאמן יחויב להפקיד ערובה להבטחת אחריותו למילוי תפקידו. זאת בדומה להוראה הקבועה כיום בסעיף 46 לפקודת פשיטת הרגל.
 - יש כיום לבית המשפט מספר כלים אפשריים לפעול נגד נאמן שגרם נזק או פעל שלא לשביעות רצונו של בית המשפט: הפחתת שכרו של הנאמן והעברתו לשיפוי החברה, בהתאם לתקנה 13(א) לתקנות השכר; הטלת הוצאות ההתדיינות על הנאמן; והסנקציה הקיצונית ביותר – הטלת אחריות אישית מלאה על הנאמן לנזק שנגרם (יתכן והנאמן יוכל להפעיל ביטוח אחריות מקצועית – מה שיגרור בהמשך העלאה של דמי הביטוח שלו).
 - מתי תוטל אחריות אישית על נאמן, ומהי אמת המידה הראויה שיש להציב לבעל תפקיד? השאלה מתעוררת לרוב כשהליך ההבראה נכשל והנושים טוענים לשחיקת בטוחותיהם בשל פעולת הנאמן. לגישת השופטת (בדימוס) אלשייך, החשש העיקרי במקרים של הבראת חברות הוא דווקא **הרתעת יתר** של הנאמן, בפרט כאשר מדובר ברואי חשבון או עורכי דין ולא במנהלים. לשיטתה, יש צורך בהוכחת פעולה בזדון, ברשלנות, בחריגה מסמכות, או בניגוד עניינים מצד הנאמן כדי לבסס הטלת אחריות.⁶
- המקרה הבולט בעניין זה - בש"א 12929/02 **מיאב חברה קבלנית לבניין בע"מ**, בו נדרש בעל תפקיד לשלם על נזקי הנושים לאחר שהגדיל את הגרעון של החברה בניגוד להוראת בית המשפט. באותו מקרה קבע בית המשפט כי קיים סטנדרט גבוה יותר לבעלי תפקיד בחדלות פירעון, והם אינם נהנים מהחזקה לפיה ניהלו את התאגיד באופן סביר. ואולם, דובר בנסיבות חריגות ביותר – חריגה של הנאמן מהוראתו המפורשת של בית המשפט שלא לנהל את הקופה באופן גרעוני.⁷

סעיף 39 המוצע: שכר הנאמן

שכר הנאמן | 39. השר, באישור ועדת החוקה, רשאי לקבוע הוראות לעניין שכרו של הנאמן והוצאותיו, ובכלל זה את ההליך לקביעתם.

כיום מוסדר נושא שכר הטרחה של בעלי תפקיד בפרק ג' לתקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ושכרם), תשמ"א-1981.

⁶ ו.אלשייך, **הקפאת הליכים**, עמ' 223.

⁷ ד. האן, דיני חדלות פירעון, 316-318; ו.אלשייך, **הקפאת הליכים**, עמ' 224.

לדין: מה צפויים להיות הקווים המנחים בקביעת שכרו של הנאמן? בפרט, כיצד יתמודד ההסדר עם החשש מהארכת הליכי חדלות הפירעון, גם כשאין הצדקה לכך, מטעמים הקשורים בשכר הנאמן.

סעיף 40 המוצע: הודעה לרשם

הודעה לרשם 40. מיד עם מינויו ישלח הנאמן הודעה על כך לרשם.

מטרת הודעה זו לתת פומביות למינוי.

סימן ב': תפקיד הנאמן וסמכויותיו

סעיף 41 המוצע: כפיפות הנאמן

- כפיפות הנאמן 41. (א) הנאמן יפעל מטעם בית המשפט ויהיה כפוף להוראותיו ולהנחיותיו.
- (ב) הנאמן רשאי לפנות לבית המשפט בבקשה למתן הוראות בכל עניין הנוגע למילוי תפקידו או להפעלת סמכויותיו לפי חוק זה.

מוצע לקבוע במפורש כי הנאמן הוא שלוחו של בית המשפט, וכפוף להוראותיו והנחיותיו. מובן כי בנוסף לכך, חלות עליו חובות הגינות, תום לב, זהירות וכיו"ב. בנוסף, מוצע להבהיר כי הנאמן רשאי לפנות לבית המשפט בבקשה למתן הוראות בכל עניין הנוגע לתפקידו.

סעיף 42 המוצע: תפקיד הנאמן

- תפקיד הנאמן 42. (א) תפקיד הנאמן לפעול לפירוק התאגיד או להפעיל את התאגיד ולפעול לשיקומו הכלכלי, הכול בהתאם לצו לפתיחת הליכים.
- (ב) במסגרת תפקידו, הנאמן –

- (1) יכריע בתביעות החוב לפי פרק א' לחלק ד';
- (2) יפעל לכינוס נכסי קופת הנשייה וניהולם לפי פרק ג' לחלק ד';
- (3) אם הורה בית המשפט על הפעלת התאגיד לצורך שיקומו הכלכלי – יגבש את הדרך המיטבית לשיקומו, כאמור בסעיף 58, ויפעל ליישומה;
- (4) אם הורה בית המשפט על פירוק התאגיד – יפעל למימוש נכסי קופת הנשייה לפי פרק ד' לחלק ד', ולחלוקתם בין הנושים לפי פרק ה' לחלק ד'.

תפקיד הנאמן הוא ליישם את הליכי חדלות הפירעון. בין סמכויותיו:

- (1) **הכרעה בתביעות חוב** – הכרעה כזו תופסת מקום מרכזי בהליכי חדלות הפירעון, שכן היא קובעת את היקף זכותו של כל נושה. **בתפקיד זה מהווה הנאמן גורם מעין שיפוטי**. הדיון בסמכויות אלה יתקיים במסגרת הדיון **בחלק ד'** של הצעת החוק.

- (2) **כינוס נכסי קופת הנשייה וניהולם** – תפקידו של הנאמן בהיבט זה הוא באיתור נכסי התאגיד, כינוסם וניהולם. הדיון בסמכויות אלה יתקיים אף הוא במסגרת הדיון **בחלק ד'** של הצעת החוק.
- (3) **בפירוק - מימוש נכסי התאגיד וחלוקתם בין הנושים** – אם בית המשפט החליט על פירוק התאגיד, יפעל הנאמן למימוש נכסי הנשייה וחלוקת התמורה בין הנושים בהתאם לסדר הנשייה. הדיון בסמכויות אלה ייעשה במסגרת הדיון **בחלק ד'** של הצעת החוק.
- (4) **בשיקום כלכלי** – הנאמן נדרש לגבש את הדרך המיטבית לשיקומו של התאגיד, כאמור בסעיף 58 להלן. על-פי סעיף 58 המוצע, ניתן לשקם את התאגיד באמצעות תכנית לשיקום כלכלי של התאגיד או באמצעות מכירת פעילותו העסקית.