

**מסמך הכנה לדיון השביעי הקבוע ליום 15.8.2016 –**

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

**סעיפים 54-76 להצעת החוק (הנוסח המוצע על-ידי הייעוץ המשפטי לוועדה מובא ב"עקוב אחר שינויים"):**

**סעיף 54 המוצע: פניה לבית המשפט בידי מי שנפגע מפעולות הנאמן**

פנייה לבית המשפט 54. מי שנפגע או עלול להיפגע מהחלטה של הנאמן או מפעולה שעשה או שבכוונתו לעשות בידי מי שנפגע **או ממחדל של הנאמן**, רשאי לפנות לבית המשפט בבקשה לבטל או לשנות את מפעולת הנאמן ההחלטה או הפעולה או לתת כל הוראה אחרת שיראה לנכון.

**הערות:**

הסעיף המוצע, המנוסח בצורה רחבה, מאפשר לכל מי שנפגע מהחלטה או פעולה של הנאמן לפנות לבית המשפט בבקשה לבטל את החלטה. יש בכך ביטוי לעובדה שהנאמן הוא "זרועו הארוכה" של ביהמ"ש וכן להרחבת הסמכויות של הנאמן המוצעת במסגרת הצעת החוק. הסדר דומה לא מופיע בחוק כיום, ואולם אין בכך כדי ללמד על העדר נחיצותו.

**לדיון:** האם לא ראוי לאפשר פניה גם בקשר למחדל של הנאמן? אמנם, מאחר שמדובר לא רק במעשה אלא "בהחלטה" – ניתן לטעון כי גם החלטה שלא להחליט היא החלטה, ואולם יתכן כי יש מקום להבהרה זו בגוף החוק.

**סעיף 55 המוצע: התפטרות הנאמן או העברתו מכהונתו**

התפטרות הנאמן 55. (א) בית המשפט רשאי להפסיק את כהונתו של הנאמן, לבקשת הנאמן או אם או העברתו מכהונתו מצא, **לרבות לבקשת בעל עניין בהליכי חדלות הפירעון**, כי מתקיים אחד מאלה:

- (1) הנאמן אינו ממלא את תפקידו כראוי;
  - (2) נבצר מהנאמן למלא את תפקידו דרך קבע;
  - (3) חדל להתקיים בנאמן תנאי מהתנאים שגדרשו למינויו.
- (ב) החלטת בית המשפט על הפסקת כהונתו של הנאמן תינתן לאחר שקיבל את עמדת הממונה בעניין ולאחר שנתן לנאמן הזדמנות להשמיע את טענותיו.
- (ג) התפנתה משרתו של הנאמן, ימנה בית המשפט אחר במקומו.

## הערות:

מוצע לקבוע כי בקשה להפסקת כהונתו של נאמן יכולה לבוא מצדו של הנאמן או מצדו של כל בעל עניין. על פי דברי ההסבר, הקניית הסמכות להעברת הנאמן מתפקידו **לבית המשפט בלבד**, נועדה לחזק את עצמאותו ולמנוע אפשרות להפעלת לחצים עליו. עוד מוצע לקבוע כי טרם קבלת החלטה על העברה מתפקיד, תינתן לנאמן הזדמנות להשמיע דברו ותישמע דעתו של הממונה.

**לדין: האם לא ראוי להבהיר כי גם בעל עניין יכול להגיש בקשה להעברת הנאמן מתפקידו?**

## סעיף 56 המוצע: סיום כהונתו של נאמן

- סיום כהונתו של נאמן
56. (א) סיים הנאמן לבצע את תפקידו, יגיש לבית המשפט ולממונה דוח מסכם של פעילותו.
- (ב) נוכח בית המשפט, לאחר קבלת עמדת הממונה, כי הנאמן סיים לבצע את תפקידו, ואם הורה בית המשפט על חיסול התאגיד כאמור בסעיף 99 – כי החיסול נרשם במרשם, יורה על סיום כהונתו של הנאמן.
- (ג) הנאמן ישלח לרשם הודעה על סיום כהונתו.

## הערות:

מוצע כי הדוח המסכם של הנאמן על סיום תפקידו יוגש לבית המשפט ולממונה. בהימ"ש יורה על סיום כהונת הנאמן אם ראה כי הנאמן סיים לבצע את תפקידו או אם החיסול נרשם. כיום, ההוראה הנוגעת לסיום כהונתו של בעל תפקיד מצויה בתקנה 17 לתקנות החברות (פירוק), התשמ"ז-1987.

## **פרק ז': הפעלת התאגיד ושיקומו הכלכלי**

פרק זה עוסק בכל הנושאים הנוגעים לשיקומו של התאגיד. **הפרק מחולק לחמישה סימנים:** סימן א' – הסימן הכללי – שעניינו דרכי השיקום הכלכלי.

סימן ב' עוסק בהפעלת התאגיד לצורך שיקומו הכלכלי; סימן זה מחולק לשלושה סעיפי משנה: (ב1) פעולות ועסקאות בנכסי קופת הנשיה; (ב2) חוזים קיימים של תאגיד בהפעלה ו-3ב) הספקת שירותים ומצרכים חיוניים לתאגיד בהפעלה. **סימן זה מבוסס במידה רבה על ההסדר שנחקק בתיקון מס' 19 לחוק החברות שנחקק בשנת 2012, עם מספר שינויים מהותיים וכן שינויי נוסח.**

סימן ג' – עוסק בתכנית לשיקום כלכלי – ההוראות לעניין גיבוש ההצעות לתכנית השיקום, הגשתן לבית המשפט וההליך הדרוש לאישורן. סימן זה מבוסס בעיקרו על הוראות פרק ג' לחלק התשיעי לחוק החברות, אך נערכו בו שינויי נוסח ומספר שינויים מהותיים.

סימן ד' – עוסק במכירת פעילותו העסקית של התאגיד בלא תכנית לשיקום כלכלי וחלוקת התמורה בין הנושים. סימן ה' – עוסק במעבר להליכי פירוק (אם נכשל הליך השיקום).

**סימן א': כללי**

- הפעלת התאגיד בידי 57. (א) ניתן צו לפתיחת הליכים לגבי תאגיד והורה בית המשפט על הפעלתו (בפרק זה הנאמן – תאגיד בהפעלה), יפעיל הנאמן את עסקי התאגיד כדי לאפשר את המשך קיומו כעסק פעיל עד לשיקומו הכלכלי, ויחולו לעניין ההפעלה הוראות סימן ב'.
- (ב) הורה בית המשפט על הפעלה זמנית של התאגיד לפי סעיף 24, יורה בית המשפט על ההוראות לפי סימן ב' שיחולו לעניין ההפעלה, בהתחשב במידת נחיצותן להפעלה הזמנית.

**הערות:**

בסעיף 23 להצעת החוק מוצע לקבוע שאם בית המשפט שוכנע כי יש סיכוי סביר לשיקומו של התאגיד והפעלתו לא תפגע בנושים – עליו להורות על הפעלתו לשם שיקומו. סעיף 57 המוצע משלים את סעיף 23 וקובע את תכלית הפעלתו של התאגיד והיקפה - "כדי לאפשר את המשך קיומו כעסק פעיל עד לשיקומו הכלכלי", זאת בשל הזמן שיידרש עד לגיבושו של מתווה לשיקומו הכלכלי של תאגיד והוצאתו לפועל.

בסעיף-קטן (ב) מוצע לקבוע כי הוראות סימן ב' יחולו גם בעת הפעלה זמנית של התאגיד (הנעשית בהתאם לסעיף 24 להצעת החוק), ואולם, החלת ההוראות לפי סימן ב' תהיה מצומצמת והן יופעלו בהתחשב במידה נדרשת להפעלה הזמנית.

**סעיף 58 המוצע: דרכי השיקום הכלכלי**

- דרכי השיקום הכלכלי 58. (א) במקביל להפעלת התאגיד יפעל הנאמן לגיבוש דרכי השיקום הכלכלי של התאגיד.
- (ב) שיקום כלכלי של תאגיד יכול שיהיה באמצעות תכנית לשיקום כלכלי, בדרך של מכירת פעילותו העסקית של התאגיד בלא תכנית כאמור, או שילוב ביניהן.

**הערות:**

בסעיף קטן (א) מוצע להבהיר כי הפעלת התאגיד נעשית במקביל לגיבוש דרכי השיקום הכלכלי. הבהרה זו נועדה לחדד כי הפעלת התאגיד היא **האמצעי**, בעוד המטרה היא השיקום הכלכלי.

(ב) – כיום, אין הגדרה של דרכי השיקום של חברה. כל שנקבע בסעיף 350 לחוק החברות הוא כי "יבקשת הבראה" – בקשה לפי סעיף 350 לפשרה או להסדר **שמטרתם הבראת החברה**".

בסעיף המוצע מפורטות **שתי אפשרויות** לשיקום הכלכלי של תאגיד: באמצעות **תכנית לשיקום כלכלי** או באמצעות **מכירת פעילותו העסקית**. ההבדל העיקרי בין שתי החלופות הוא באופן החלוקה של נכסי החברה בין הנושים: **בתכנית לשיקום כלכלי** – מכיוון שהתכנית מקבלת את אישור הנושים וביהמ"ש, **אין הכרח לעמוד בסדר הנשייה שנקבע בחוק**.

לעומת זאת, כשהשיקום מתבצע על ידי מכירת הפעילות העסקית של התאגיד – חובה לעמוד בסדר הפירעון הקבוע בחלק ד' להצעת החוק.

האפשרות השלישית - שילוב של שתי האפשרויות – כגון כאשר מבקשים למכור את פעילותו העסקית של התאגיד, אך לחלק את התמורה באופן שונה מסדר הנשייה הקבוע בחוק. במקרים אלו יהיה צורך לאשר את החלוקה כתכנית לשיקום כלכלי.

### סימן ב': הפעלת התאגיד

הפעלת תאגיד המצוי במשטר של חדלות פירעון מחייבת הוראות ייחודיות. ההפעלה, הדורשת פעמים רבות שימוש בנכסים משועבדים, שמירת התקשרויות קיימות או יצירת התקשרויות חדשות, ולעיתים אף לקיחת אשראי, והכל במצב שבו התאגיד הוא חדל פירעון ומתקשה בתשלום חובותיו.

### סימן משנה א': פעולות ועסקאות בנכסי קופת הנשייה של תאגיד בהפעלה

#### סעיף 59 המוצע: עסקאות חריגות

עסקאות חריגות 59. הנאמן לא יבצע עסקה בנכסי קופת הנשייה של תאגיד בהפעלה, שהיא עסקה חריגה כהגדרתה בחוק החברות, אלא אם כן אישר בית המשפט כי העסקה נחוצה לצורך שיקומו הכלכלי של התאגיד; אישור כאמור יכול שינתן מראש לסוג מסוים של עסקאות.

#### הגדרת "עסקה חריגה" בחוק החברות:

"עסקה חריגה" – עסקה שאינה במהלך העסקים הרגיל של החברה, עסקה שאינה בתנאי שוק או עסקה העשויה להשפיע באופן מהותי על רווחיות החברה, רכושה או התחייבויותיה;

#### הערות:

פעילותו של התאגיד בשלב זה היא זמנית במהותה ונועדה למנוע הידרדרות במצב הכלכלי של התאגיד עד לגיבוש תכנית לשיקום כלכלי ואישורה, או עד למכירת פעילותו העסקית. לכן, ההנחה היא כי בתקופה זו על התאגיד להתמקד בפעולות שוטפות. מכאן הצעה לקבוע כי הנאמן לא יבצע כל עסקה "חריגה" בנכסי קופת הנשייה, אלא אם קיבל את אישור בית המשפט כי העסקה נחוצה לשיקומו הכלכלי של התאגיד. ואולם, כדי לאפשר גמישות לנאמן מוצע לקבוע כי בית המשפט יוכל לתת אישור כללי לסוג מסוים של עסקאות.

#### סעיף 60 המוצע: הגבלות על נושים בעלי זכויות פירעון מיוחדות

הגבלות על נושים 60. היה תאגיד בהפעלה יחולו על מימוש נכסים המשועבדים בשעבוד קבוע, גיבוש שעבוד בעלי זכויות פירעון צף, מסירת נכסים שיש לגביהם זכות עיכובן וקבלת חזקה בנכסים הכפופים לשיוך בעלות, המגבלות הקבועות בסעיפים 245, 252, 253 ו-254.

"שעבוד צף" – כהגדרתו בפקודת החברות;

"שעבוד" (כהגדרתו בפק' החברות) - משכנתה וכל צורה אחרת של מתן נכסים כערובה;  
"שעבוד צף" (כהגדרתו בפק' החברות) - שעבוד על כל נכסיה ומפעלה של החברה או על מקצתם אותה שעה, כפי מצבם מזמן לזמן, אך בכפוף לסמכותה של החברה ליצור שעבודים מיוחדים על נכסיה או על מקצתם;

"שעבוד קבוע" – שעבוד שאינו שעבוד צף;

"נכס הכפוף לשיוור בעלות" – כמשמעותו בסעיף 251;

"נכס הכפוף לשיוור בעלות" (לפי ס' 251 להצעת החוק) – נכס הנמכר לחייב והועבר לחזקתו לפני מתן הצו לפתיחת הליכים, אך הבעלות בנכס נותרה בידי המוכר, לפי הסכם המכירה, עד לתשלום התמורה בעדו (ושלא חל עליו שעבוד מכוח חוק המשכון).

### **הערות:**

הפעלת התאגיד כיחידה כלכלית אחת מחייבת לרוב שימוש בכלל נכסיו (למשל, מכונות הייצור, מלאי המצוי ברשותו וכד'), גם אם מדובר בנכסים המשועבדים לטובת הנושים או נכסים שיש לנושה זכות בעלות לגביהם. ואולם, הטלת הגבלות על היכולת של הנושים לממש את השעבוד, תניית שימור הבעלות או העיכון שיש להם – עלולה לא רק לעכב את יכולתם להיפרע באופן מיידי, אלא אף להביא לפגיעה בזכויותיהם ממש, ככל שייפגע ערכו של הנכס שיש להם זכות לגביו. היא אף חותרת תחת הרעיון של שעבוד או עיכון – המאפשר לנושה לפעול באופן מהיר ויעיל לפירעון חובו, מה שעלול להביא גם לייקור האשראי בעתיד. **לכן, יש להעניק לנושה הגנות מתאימות שימנעו פגיעה בו.**

**הדיון הספציפי בהוראות סעיפים 245, 252, 253 ו-254 להצעת החוק ייעשה כשנגיע לסעיפים אלה כסדרם.** ואולם, כבר עתה נציין כי שלושת הסעיפים מבוססים על עיקרון אחד - ניתן להגביל נושה בעל זכות פירעון מיוחדת (שעבוד, עיכון או תניית שימור בעלות) מלפעול לגביית חובו, ואף לעכבו מלעשות שימוש בנכס אשר לגביו יש לו זכות פירעון מיידי, וזאת בהתקיים **שני תנאים מצטברים**:  
**א. ניתנת לנושה "הגנה הולמת" מפני פגיעה בערך הנכס שעלולה להיגרם כתוצאה מהעיכון בגבייה או מהשימוש בנכס.**  
**ב. הנכס או השימוש בו נדרשים לצורך שיקומו הכלכלי של התאגיד.**

**כאשר מדובר בנושה שיש לו שעבוד על נכסים או תניית שימור בעלות** - אם אחד משני התנאים האמורים אינו מתקיים הוא יכול לפנות לבית המשפט ולקבל את אישורו לממש את זכות הפירעון המיוחדת שלו.  
**כאשר מדובר בנושה בעל זכות עיכון** - בגלל שהנכס מצוי בידי הנושה בעל העיכון, אזי דווקא הנאמן צריך לפנות לבית המשפט כדי לקבל חזקה בנכס, והוא יקבל אותה רק אם מתקיימים שני התנאים האמורים, קרי: יש "הגנה הולמת" לנושה והנכס נדרשים לצורך שיקומו הכלכלי של הנכס.

**נוכח חשיבות המונח "הגנה הולמת" בהקשר זה, יש מקום לבחון את ההגדרה המוצעת ולעמוד על מרכיביה:**

(1) לגבי נכס המשועבד בשעבוד קבוע, נכס שחל עליו שעבוד צף או נכס שיש לגביו זכות עיכבון – **שמירת ערך הבטוחה החוב המובטח**, בהתחשב, בין השאר, ברמת הוודאות לפירעון החוב מהנכס; לעניין זה, **”ערך הבטוחה החוב המובטח”** – התמורה שהיה מקבל הנושה ממימוש הנכס אילו בית המשפט היה מאפשר לו, במועד הגשת הבקשה שבמסגרתה נבחנה טענת ההגנה ההולמת, **לממש את הנכס באופן עצמאי**, שלא במסגרת הפעלת התאגיד לפי פרק ז' לחלק ב' ולעניין חייב שהוא יחיד – שלא במסגרת הפעלת עסקו כאמור בסעיף 158;

(2) לגבי נכס הכפוף לשיור בעלות – הבטחת תשלום התמורה בעד הנכס אך לא יותר מהתמורה שהיתה מתקבלת בעד הנכס אילו היה נמכר בידי בעליו במועד הגשת הבקשה שבה נבחנת טענת ההגנה ההולמת;

#### הערות:

- הגנה הולמת היא למעשה נכס או זכות אחרת המוענקת לנושה כתחליף לנכס שיש לו לגביו זכויות פירעון מיוחדות (שיעבוד, עיכבון או תניית שימור בעלות) כדי שלא ייפגע מכך שלא ניתנת לו האפשרות לממש באופן חופשי את הנכס שיש לו לגביו זכויות מיוחדות. על כן, כדי לבחון את הצורך בהגנה הולמת וכדי להגדיר את רמת ההגנה שצריכה להינתן, יש לבחון את ההסתברות ששווי הנכס יפחת ואת היחס שבין שווי הבטוחה ושווי החוב לנושה.
- כפי שמסביר פרופ' האן בספרו, ההגנה ההולמת יכולה לבוא לידי ביטוי בתשלום כסף מזומן (למשל, במקרה שהבטוחה היא קרקע חקלאית, ותזרים המזומנים הוא תלוי עונה), שעבוד נכס נוסף (למשל, מלאי עסקי או חובות של לקוחות), מתן ערובה על ידי צד שלישי, או אף שימוש בבטוחה עצמה כהגנה הולמת (ככל שיש מרווח מספק בין גובה הבטוחה ובין גובה החוב).
- בבחינת קיומה של ”הגנה הולמת” קיימות מספר שאלות המצריכות דיון –
  - (1) **מה מובטח?** האם יש להבטיח לנושה שמירה על ערך **החוב המובטח** או על **ערך הנכס המשועבד**.
  - (2) **האם יש להתייחס לסיכויי הפירעון?** כלומר – האם יש לקחת בחשבון את הסיכון שהנושה לא יכול להיפרע מן הנכס המשועבד גם אם לא יוגבל.
  - (3) **מהו מועד הבחינה הרלוונטי?** כלומר – האם יש לבחון את שווי הנכס אילו מומש במועד הגשת הבקשה להגנה הולמת או במועד מאוחר יותר.
  - (4) **מהו השווי הרלוונטי?** למשל, האם יש לבחון את ”שווי הפירוק” של הנכס או שווי אחר.
- סעיף 361 ל-Bankruptcy Code האמריקאי העוסק ב”הגנה הולמת” מותיר שיקול דעת נרחב יחסית לבית המשפט בשאלת אופן חישוב שוויה של ההגנה ההולמת לכל מקרה ומקרה.
- בדומה, השופטת ורדה אלשיך ועו”ד גדעון אורבך בספרם ”הקפאת הליכים – הלכה למעשה” הביעו עמדתם כי יש להותיר **הגדרה גמישה** למונח ”הגנה הולמת” וכי יש להעניק הגנה מצומצמת יחסית - **ברף התחתון** של שווים האפשרי של הנכסים המשועבדים, כפי שהיה עומד לרשות הנושה המובטח בעת פירוק (עמדה שהובאה בהסכמה בבש”א (י-ם) 3510/08 **אלומות מ.ג. הנדסה נ’ יוסי וקנין** (14.8.2008)).

- מנגד, בדין הישראלי הקיים – המעוגן סעיף 350א לחוק החברות<sup>1</sup> ובהצעת החוק, נכללים הסדרים מפורטים יותר המבקשים להבנות את שיקול הדעת של בית המשפט בעניין זה. ההגדרה בסעיף 350א לחוק החברות היא כדלקמן:

”הגנה הולמת” –

- (1) לגבי נכס משועבד – שמירת ערך החוב המובטח בשעבוד, בשים לב, בין השאר, לרמת הוודאות לפירעון החוב מהנכס; לעניין זה, ”ערך החוב המובטח” – הסכום שהיה נפרע הנושה ממכירת הנכס בפירוק החברה במועד הגשת הבקשה שבה נבחנת טענת ההגנה ההולמת או במועד שבית המשפט קבע בהחלטה מנומקת שהוא מוצדק והוגן יותר בנסיבות העניין, והכל אלא אם כן קבע בית המשפט אחרת, מטעמים שיירשמו;
- (2) לגבי נכס שחלה עליו תניית שימור בעלות – הבטחת תשלום החוב בשל אי-תשלום התמורה בעד הנכס עד לסכום החוב שהיה נפרע ממכירתו בידי הבעלים מכוח תניית שימור בעלות במועד הגשת הבקשה שבה נבחנת טענת ההגנה ההולמת;

נראה כי קיימים שלושה הבדלים המרכזיים בין הדין הקיים ובין הנוסח המוצע –

- **ראשית**, על-פי הנוסח המוצע ההגנה ההולמת נועדה לשמור על ערך הבטוחה, המוגדר כ”התמורה שהיה מקבל הנושה ממימוש הנכס”, בעוד שבדין הקיים ההגנה ההולמת אמורה לשמור על ערך החוב המובטח. לכאורה יש בכך משום הרחבת ההגנה לנושה המובטח, אף כי ניתן לגרוס כי “התמורה שהיה מקבל הנושה ממימוש הנכס” הוא למעשה ערך החוב המובטח, ובמובן זה אין שינוי מהותי בנוסח. **שנית**, בנוסח המוצע ההגנה היא לתמורה שהיה מקבל הנושה ממימוש הנכס באופן עצמאי ולא מערך הפירוק כמו בדין הקיים. המשמעות היא הרחבת ההגנה הניתנת לנושה המובטח כי ערך מימוש עצמאי של נכס בידי הנושה יהיה לרוב גבוה יותר מערך פירוק. **שלישית**, בניגוד לדין הקיים, בנוסח המוצע מבקשים לקבוע כי מבחינת מועד הערכת השווי – יהיה מועד גמיש יותר – שהיה נבחר על-ידי הנושה אם היה מקבל אישור לממש באופן עצמאי את הנכס, והיה בוחר במועד המתאים לפי בחירתו, ולא דווקא המועד שבו בית המשפט בוחן את העניין. מצד שני, לא מותירים לבית המשפט שיקול דעת לבסס את החישוב על מועד הנראה לו צודק לפי קביעתו.

#### **לדין:**

1. האם לא עדיף להותיר בנוסח התייחסות ל”שווי החוב המובטח” במקום ”שווי הבטוחה”?
2. באיזה אופן יש לבחון את שווי הנכס – האם במימוש עצמאי של הנכס בידי הנושה או שווי בפירוק? נראה כי הבחירה של הצעת החוק בערך מימוש עצמאי הגיונית מבחינת ההגנה על הנושה המובטח.
3. מהו המועד הראוי לבחינת שווי הנכס? נראה כי הבחירה של הצעת החוק במועד בו היה נמכר הנכס אילו נתן בית המשפט אישור לנושה למכרו באופן עצמאי, הגיונית מבחינת ההגנה על הנושה המובטח.

<sup>1</sup> יוער, כי קודם לתיקון מס' 19 - הייתה ההגדרה "הגנה הולמת" - שמירת ערך החוב המובטח בשעבוד או הבטחת תשלום התמורה בעד נכס שחלה לגביו תניית שימור בעלות עד לסכום התמורה שהיה מתקבל בעד מכירת אותו נכס במועד מתן צו הקפאת ההליכים ובצירוף הפרשי הצמדה וריבית".

**סעיף 61 המוצע: נכס משועבד ונכס הכפוף לשיוור בעלות – שימוש, השכרה ומכירה במהלך העסקים הרגיל**

נכס משועבד ונכס 61. (א) הנאמן רשאי, במהלך העסקים הרגיל של תאגיד בהפעלה – הכפוף לשיוור בעלות – שימוש, השכרה ומכירה במהלך עסקים רגיל

(1) לעשות שימוש בנכס מנכסי קופת הנשייה שהוא נכס המשועבד בשעבוד קבוע, נכס שחל עליו שעבוד צף או נכס הכפוף לשיוור בעלות, או להשכירו, אלא אם כן הוכח לבית המשפט כי מתקיים אחד מאלה:

(א) השימוש או ההשכרה אינם נדרשים לצורך שיקומו הכלכלי של התאגיד;

(ב) לאחר השימוש או ההשכרה לא יהיה בנכס כדי להבטיח הגנה הולמת לנושה המובטח או לבעלים של הנכס, ולא נקבעו דרכים אחרות להבטחת הגנה כאמור;

(2) למכור נכס מנכסי קופת הנשייה שהוא נכס שחל עליו שעבוד צף או נכס הכפוף לשיוור בעלות, ובכלל זה כשהוא נקי מכל שעבוד או זכות אחרת, אלא אם כן הוכח לבית המשפט כי מתקיים האמור בפסקה (1)(א) או (ב);

(3) למכור נכס מנכסי קופת הנשייה שהוא נכס המשועבד בשעבוד קבוע, ובכלל זה כשהוא נקי מכל שעבוד או זכות אחרת, בהתקיים אחד מאלה:

(א) הנושה המובטח הסכים לכך;

(ב) בית המשפט אישר את המכירה לאחר ששוכנע כי מתקיימים שניים אלה:

(1) המכירה נדרשת לצורך שיקומו הכלכלי של התאגיד;

(2) יש בתמורה שתתקבל בעד הנכס או בכל נכס שיירכש בתמורה כאמור (בסימן משנה זה – נכס חלופי), כדי להבטיח הגנה הולמת לנושה המובטח או שנקבעו דרכים אחרות להבטחת הגנה כאמור.

(ב) אישור בית המשפט לפי סעיף קטן (א)(3)(ב) יכול שיינתן מראש, דרך כלל או לגבי סוגים של נכסים משועבדים.

**הערות:**

בסעיף מוצע לקבוע שבמהלך העסקים הרגיל, יהיה רשאי הנאמן:

(1) לעשות שימוש בנכס או להשכיר נכס שיש לנושה זכויות בו כמצוין לעיל (לא כולל עיכובן);

(2) למכור נכס בשעבוד צף או נכס הכפוף לתניית שימור בעלות, כשהוא נקי מכל שעבוד.

כלומר, **כברירת מחדל**, מוצע לתת לנאמן רשות להשתמש בנכסים שיש לנושים זכויות מיוחדות לגביהם, ואין הוא נדרש **לאישור מראש של בית המשפט**. עם זאת, בסיפא נקבע כי רשות זו יכולה להישלל ממנו אם **'הוכח לבית המשפט'** כי אין הגנה הולמת או כי הנכס אינו נדרש לשיקום התאגיד.

**החריג להסדר**: בפסקת משנה (א)(3) - **מכירת נכס בשעבוד קבוע** – מכיוון שמדובר במצב שבו הנושה מוותר על נכס המשועבד לו באופן ספציפי, חייבים להבטיח לו הגנה מיוחדת. על כן, מוצע לקבוע **ברירת מחדל שונה**: הנאמן אינו רשאי למכור נכס המשועבד בשעבוד קבוע אלא אם קיבל את **הסכמת הנושה** **או אישור בית המשפט**. בית המשפט יתן הסכמתו אם התקיימו **שני תנאים**: **המכירה נדרשת לצורך השיקום** של התאגיד וניתנת לנושה **הגנה הולמת**. בסעיף-קטן (ב) מובהר כי אישורו של בית המשפט לפי סעיף קטן (א)(3) יכול שיינתן מראש, דרך כלל, או לגבי סוגים של נכסים משועבדים.

### נוסח הסעיף המקביל כיום:

350ה. (א) בעל תפקיד רשאי לעשות שימוש בנכס של חברה בהקפאת הליכים שהוא נכס משועבד או נכס שחלה עליו תניית שימור בעלות, להשכירו או למכרו, ובכלל זה למכרו כשהוא נקי מכל שעבוד או זכות אחרת של הנושה או הבעלים של הנכס מכוח תניית שימור בעלות, לפי העניין, **במהלך העסקים הרגיל של החברה**, אלא אם כן שוכנע בית המשפט כי מתקיים אחד מאלה:

- (1) השימוש, ההשכרה או המכירה אינם נדרשים לצורך הבראת החברה;
- (2) לאחר השימוש, ההשכרה או המכירה לא יהיה בנכס, בתמורתו או בכל נכס שיירכש בתמורה כאמור (בסעיף זה – נכס חלופי), לפי העניין, כדי להבטיח הגנה הולמת לנושה או לבעלים של הנכס מכוח תניית שימור בעלות, ולא נקבעו דרכים אחרות להבטחת הגנה כאמור.
- (ב) (1) בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (א), היה הנכס משועבד בשעבוד על נכס מסוים, טעונה מכירתו כאמור אישור בית המשפט, אלא אם כן ניתנה לכך הסכמת הנושה; לעניין זה, "מכירה" – לרבות תשלום באמצעות נכס משועבד בשעבוד על נכס מסוים;
- (2) אישור בית המשפט לפי פסקה (1) יכול להינתן במסגרת צו הקפאת הליכים, לרבות צו כאמור שניתן במעמד צד אחד, ורשאי בית המשפט לקבוע הוראות לעניין מכירת נכסים המשועבדים בשעבוד על נכס מסוים, ככלל או לגבי סוג של נכסים כאמור.

**נראה כי בהצעת החוק לא מוצע לשנות את הסעיף מהותית, למעט את הגדרת המונח "הגנה הולמת" שנדון לעיל.**

### **סעיף 62 המוצע: נכס משועבד ונכס הכפוף לשימור בעלות – שימוש, השכרה ומכירה שלא במהלך העסקים הרגיל**

נכס משועבד ונכס הכפוף לשימור בעלות – שימוש, השכרה ומכירה שלא במהלך עסקים רגיל

(א) הנאמן רשאי, **שלא במהלך העסקים הרגיל** של תאגיד בהפעלה, לעשות שימוש בנכס מנכסי קופת הנשייה שהוא נכס המשועבד **בשעבוד קבוע**, נכס שחל עליו **שעבוד צף** או נכס הכפוף לשימור בעלות, להשכירו או למכרו, ובכלל זה למכרו כשהוא נקי מכל שעבוד או זכות אחרת, בהתקיים אחד מאלה:

- (1) הנושה או הבעלים של הנכס הכפוף לשימור בעלות הסכים לכך;

(2) בית המשפט אישר זאת לאחר ששוכנע כי מתקיים האמור בפסקאות (1) ו-2 של סעיף 61(א)(3)(ב).

(ב) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מהצורך באישור בית המשפט לעסקה חריגה לפי סעיף 59.

#### **הערות:**

הסעיף המוצע עוסק בעסקאות הנעשות **שלא במהלך העסקים הרגיל** – לגביהם מוצע לקבוע כי הנאמן יהיה רשאי למכור או לעשות שימוש בנכס שיש לנושה זכויות בו כמצוין לעיל, רק אם הנושה הסכים לכך **או** אם ניתן לכך אישור בית המשפט, שיינתן אם מכירת או השכרת הנכס נדרשים לשיקום התאגיד וכן קיימת הגנה הולמת. ציון כי הצורך לקבל אישור פרטני נובע מכך שמדובר בעסקה **שלא במהלך העסקים הרגיל**, ולכן לכאורה הנושה אינו יכול לחזות מראש כי יעשה שימוש מסוג זה בנכס.

בסעיף-קטן (ב) מוצע להבהיר כי מתן האפשרות לנאמן לעשות שימוש שלא במהלך העסקים הרגיל בנכסי התאגיד אינו משחרר אותו מן הצורך לקבל אישור של בית המשפט לכל עסקה חריגה, כאמור בסעיף 59 להצעה. **נוסח זה תואם את נוסח הסעיף המקביל בחוק החברות כיום:**

350ה(ג) (1) בעל תפקיד רשאי לעשות שימוש בנכס של חברה בהקפאת הליכים שהוא נכס משועבד או נכס שחלה עליו תניית שימור בעלות, להשכירו או למכרו, ובכלל זה למכרו כשהוא נקי מכל שעבוד או זכות אחרת של הנושה או של הבעלים של הנכס מכוח תניית שימור בעלות, **אף שלא במהלך העסקים הרגיל של החברה, ובלבד שניתנה הסכמת הנושה או הבעלים כאמור, או שניתן אישור לכך מאת בית המשפט;**

(2) בית המשפט לא ייתן אישור כאמור בפסקה (1), אלא אם כן שוכנע כי השימוש, ההשכרה או המכירה חיוניים לצורך הבראת החברה וכי יהיה בנכס, בתמורתו או בנכס החלופי, לפי העניין, גם לאחר השימוש, ההשכרה או המכירה כאמור, כדי להבטיח הגנה הולמת לנושה או לבעלים של הנכס מכוח תניית שימור בעלות, או שנקבעו דרכים אחרות להבטחת הגנה כאמור.”

#### **סעיף 63 המוצע: נכס משועבד שהוא מזומנים, פיקדונות או ניירות ערך סחירים**

נכס משועבד	63.	תשלום באמצעות נכס המשועבד בשעבוד קבוע או שחל עליו שעבוד צף, שהוא <b>זכות</b>
שהוא מזומנים,		<b>לקבלת תשלום באמצעות מזומנים, פיקדונות כספיים, ניירות ערך סחירים או נכס</b>
פיקדונות או ניירות ערך סחירים		<b>דומה, יראו אותו לעניין סעיפים 61 ו-62 כמכירה.</b>

#### **הערות:**

בסעיף זה מוצע להבהיר כי תשלום באמצעות מזומנים ונכסים דומים מהווים מכירה של הנכס – שכן לאחר המכירה יהיה קשה לעקוב אחריהם. סעיף זה אינו מצוי בחוק הקיים.

**לדין:** האם לא ראוי להבהיר בסעיף כי כוונתו ל**זכות לקבלת תשלום** (באמצעות מזומנים, פיקדונות כספיים וכיו"ב) שהרי פחות סביר שהמזומנים עצמם ישועבדו?

## סעיף 64 המוצע: עקיבת זכויות

עקיבת זכויות 64. נמכר נכס לפי סעיפים 61 או 62 (בסעיף זה – הנכס המקורי), כשהוא נקי מכל שעבוד או זכות אחרת, יהיו התמורה בעדו או הנכס החלופי, הניתנים לזיהוי או לעקיבה, משועבדים לטובת הנושה באותה דרגת עדיפות או שיראו אותם כנכסים הכפופים לשיוור בעלות, לפי העניין, ככל הנדרש להבטחת פירעון החוב המובטח או להבטחת תשלום התמורה בעד הנכס הכפוף לשיוור בעלות, ואולם הנושה או הבעלים של הנכס לא יוכל להיפרע מהנכס החלופי בסכום העולה על שווי של הנכס המקורי.

### הערות:

בסעיף מוצע לקבוע כי בכל מקרה בו נמכר נכס משועבד במסגרת הפעלת התאגיד כשהוא נקי משעבוד, תעקוב זכותו של הנושה לתמורה שתתקבל בעד הנכס, אם זו ניתנת לזיהוי או לעקיבה, ויראו את הנכסים שניתנו בתמורה משועבדים באותה דרגת עדיפות או כפופים לשיוור בעלות. מובהר כי העקיבה האמורה היא ל:

(1) הבטחת פירעון החוב המובטח, או

(2) הבטחת תשלום התמורה בעד הנכס הכפוף לשיוור בעלות ואולם לא יותר משווי של הנכס המקורי.

### נוסח הסעיף המקביל כיום:

”350ה (ד) נמכר נכס לפי סעיף זה (בסעיף קטן זה – הנכס המקורי), כשהוא נקי מכל שעבוד או זכות אחרת של הנושה או הבעלים של הנכס מכוח תניית שימור בעלות, יהיו התמורה בעדו או הנכס החלופי, הניתנים לזיהוי או לעקיבה, משועבדים לטובת הנושה באותה דרגת עדיפות או שיראו אותם כנכסים שחלה עליהם תניית שימור בעלות, לפי העניין, ככל הנדרש להבטחת פירעון החוב המובטח או להבטחת פירעון החוב בשל אי-תשלום התמורה, לפי העניין; ואולם הנושה או הבעלים של הנכס מכוח תניית שימור הבעלות לא יוכל להיפרע מהנכס החלופי בסכום העולה על שווי של הנכס המקורי, והכל אלא אם כן קבע בית המשפט אחרת.”

הסעיף המוצע שונה מהנוסח כיום משום שאינו מותיר לבית המשפט שיקול דעת, ואינו מאפשר לו לקבוע למשל כי "שווי העקיבה" יהיה גבוה מגובה החוב. נראה כי יש הגיון בהשמטת אפשרות זו בנוסח המוצע, ואין מקום להותיר אפשרות להיפרע מהנכס החלופי בסכום העולה על שווי של הנכס המקורי.

**לדין: באופן טיפוסי, אילו נכסים משועבדים אינם ניתנים לזיהוי או עקיבה?**

## סעיף 65 המוצע: אשראי חדש

מכיוון שגם סעיף מוצע זה מבוסס במידה רבה על הסעיף הקיים, בשינויים מסוימים, יובא להלן נוסח הסעיף כשצמוד לכל סעיף קטן נוסח הסעיף הקטן המקביל לו בדין הקיים (סעיף 350יב לחוק החברות)

(א) בית המשפט רשאי להתיר לנאמן להתקשר בחוזה לקבלת אשראי הדרוש לשם מימון פעילותו של התאגיד בהפעלה, או לקבוע מסגרת אשראי שהנאמן יהיה רשאי ליטול לשם מימון הפעילות כאמור, והכול למטרות ובתנאים שיקבע בית המשפט (בסעיף זה – אשראי חדש).

**בחוק כיום:**

”350ב. (א) בית המשפט רשאי להתיר לבעל תפקיד להתקשר בחוזה לקבלת אשראי הדרוש לשם מימון המשך פעילותה של החברה בהקפאת הליכים, או לקבוע מסגרת אשראי שבעל התפקיד יהיה רשאי ליטול לשם מימון המשך הפעילות כאמור, והכל למטרות ובתנאים שיקבע בית המשפט (בסעיף זה – אשראי חדש).”

(ב) דין הסכומים הנדרשים לפירעון אשראי חדש שניתן באישור בית המשפט לפי הוראות סעיף קטן (א), כדין הוצאות הליכי חדלות הפירעון, אלא אם כן קבע בית המשפט אחרת.

**בחוק כיום:** ”(ב) דין הסכומים הנדרשים לפירעון אשראי חדש שניתן באישור בית המשפט לפי הוראות סעיף קטן (א), כדין הוצאות הבראה, אלא אם כן קבע בית המשפט אחרת.”

(ג) שוכנע בית המשפט כי לא ניתן לקבל אשראי חדש בסכום הנדרש בנסיבות העניין, שעל פירעונו יחולו הוראות סעיף קטן (ב), רשאי הוא להתיר לנאמן ליטול אשראי חדש בסכום שיקבע, שפירעונו יובטח בשעבוד על נכס מנכסי קופת הנשייה שאינו משועבד או בשעבוד נדחה על נכס משועבד או על נכס הכפוף לשיוור בעלות, ובלבד שזכות הבעלים של הנכס הכפוף לשיוור בעלות להיפרע מהתאגיד בשל אי-תשלום התמורה תהיה עדיפה על זכותו של נותן האשראי החדש.

**בחוק כיום:** ”(ג) שוכנע בית המשפט כי לא ניתן לקבל אשראי חדש בסכום הנדרש בנסיבות העניין, שעל פירעונו יחולו הוראות סעיף קטן (ב), רשאי הוא להתיר לבעל תפקיד ליטול אשראי חדש בסכום שיקבע, שפירעונו יובטח בשעבוד על נכס מנכסי החברה שאינו משועבד או בשעבוד נדחה על נכס משועבד או על נכס שחלה עליו תניית שימור בעלות, ובלבד שזכות הבעלים של הנכס מכוח תניית שימור הבעלות להיפרע מהחברה בשל אי-תשלום התמורה תהיה עדיפה על זכותו של נותן האשראי החדש.”

(ד) שוכנע בית המשפט כי לא ניתן לקבל אשראי חדש בסכום הנדרש בנסיבות העניין, שעל פירעונו יחולו הוראות סעיף קטן (ג), וכי קבלת האשראי חיונית לשיקומו הכלכלי של התאגיד, רשאי הוא להתיר לנאמן ליטול אשראי חדש בסכום שיקבע, שפירעונו יובטח בשעבוד על נכס מנכסי החברה, שהוא נכס משועבד או נכס הכפוף לשיור בעלות, באותה דרגת עדיפות של השעבוד הקיים או זכות הבעלים של הנכס, לפי העניין.

**בחוק כיום:** "ד) שוכנע בית המשפט כי לא ניתן לקבל אשראי חדש בסכום הנדרש בנסיבות העניין, שעל פירעונו יחולו הוראות סעיף קטן (ג), וכי קבלת האשראי חיונית להבראת החברה, רשאי הוא להתיר לבעל תפקיד ליטול אשראי חדש בסכום שיקבע, שפירעונו יובטח בשעבוד על נכס מנכסי החברה, שהוא נכס משועבד או נכס שחלה עליו תניית שימור בעלות, באותה דרגת עדיפות של השעבוד הקיים או זכות הבעלים של הנכס מכוח תניית שימור בעלות, לפי העניין."

**בחוק כיום (לא מופיע בהצעת החוק):**

"ה) שוכנע בית המשפט כי לא ניתן לקבל אשראי חדש בסכום הנדרש בנסיבות העניין, שעל פירעונו יחולו הוראות סעיף קטן (ד), וכי קבלת האשראי חיונית להבראת החברה, רשאי הוא להתיר לבעל תפקיד ליטול אשראי חדש בסכום שיקבע, שפירעונו יובטח בשעבוד על נכס מנכסי החברה, שהוא נכס משועבד או נכס שחלה עליו תניית שימור בעלות, בדרגת עדיפות גבוהה מהשעבוד הקיים או מזכות הבעלים של הנכס מכוח תניית שימור בעלות, לפי העניין."

(ה) בית המשפט לא יתיר לנאמן ליטול אשראי חדש כאמור בסעיף קטן (ד), אלא אם כן, לאחר שעבוד הנכס לפי אותו סעיף קטן, יהיה בנכס המשועבד או בנכס הכפוף לשיור בעלות, לפי העניין, כדי להבטיח הגנה הולמת לנושה המובטח או לבעלים של הנכס, או שנקבעו דרכים אחרות להבטחת הגנה כאמור.

**בחוק כיום:** "ו) בית המשפט לא יתיר לבעל התפקיד ליטול אשראי חדש כאמור בסעיפים קטנים (ד) או (ה), אלא אם כן, לאחר שעבוד הנכס לפי אותם סעיפים קטנים, יהיה בנכס המשועבד או בנכס שחלה עליו תניית שימור בעלות, לפי העניין, כדי להבטיח הגנה הולמת לנושה המובטח או לבעלים של הנכס מכוח תניית שימור בעלות, או שנקבעו דרכים אחרות להבטחת הגנה כאמור; לגבי נכס משועבד, ערך החוב המובטח לעניין הבטחת הגנה הולמת לפי סעיף קטן זה יהיה הסכום שהיה נפרע הנושה מהנכס המשועבד, במועד ובדרך שקבע בית המשפט, בהחלטה מנומקת, שהוא מוצדק בנסיבות העניין."

(ו) הודעה על בקשת הנאמן לקבלת אשראי חדש תימסר לכל לנושי התאגיד, פולח או חלקם, כפי-אלא אם שיוורה בית המשפט אחרת.

**בחוק כיום:** "ז) הודעה על בקשת בעל תפקיד לקבלת אשראי חדש תימסר לנושי החברה, כולם או חלקם, כפי שיקבע בית המשפט."

#### **הערות:**

בסעיף זה מוצע לקבוע הוראות הנוגעות לקבלת אשראי חדש הנדרש לצורך הפעלת התאגיד בעת שיקומו הכלכלי, לרבות לגבי שימוש בנכסי התאגיד לצורך קבלת אשראי חדש.

**בסעיף קטן (א)** – מוצע לאפשר לבית המשפט לאשר לתאגיד לקבל אשראי חדש או מסגרת אשראי. בסעיף זה אין שינוי מסעיף 350ב(א) הקיים.

**סעיף קטן (ב)** – מוצע לקבוע כי לאשראי זה (ולנושה של אשראי זה) יהיה **מעמד מועדף** בסדר הפירעון – הם יחשבו הוצאות הליכי חדלות הפירעון – אלא אם כן קובע בית המשפט אחרת. מעמד זה נועד להקל על לקיחת אשראי של התאגיד. אף הסדר זה זהה מבחינת תוכנו להסדר הקיים כיום בסעיף 350יב(ב).

**סעיפים קטנים (ג) עד (ה)** – מוצע שבמקרים בהם מתן העדיפות האמורה אינה מספיקה מבחינת נותן האשראי, יהיה הנאמן רשאי, באישור בית המשפט, ליטול אשראי חדש שיובטח **בשעבוד על נכס מנכסי קופת הנשיה**. ואולם, כדי שלא לפגוע בנושים המובטחים מוצע לקבוע כי על הנאמן לנסות ולקבל ראשית אשראי כנגד שעבוד של **נכס שאינו משועבד או כפוף לשיוור בעלות**. אם לא ניתן לעשות כן – יוכל בית המשפט לאשר קבלת אשראי בכפוף לשעבודו של נכס שכבר יש לגביו שעבוד, **כאשר זכות הנושה הקודם עדיפה על זכותו של נותן האשראי החדש** (סעיף קטן ג). הסדר זה תואם ההסדר הקיים כיום בסעיף 350יב(ג) לחוק החברות.

אם אין די בכך – בהצעת החוק מוצע לקבוע כי בית המשפט רשאי להתיר לנאמן ליטול אשראי חדש שפירעונו יובטח בשעבוד על נכס משועבד או נכס הכפוף לשיוור בעלות, **באותה דרגת עדיפות של השעבוד הקיים** או זכות הבעלים של הנכס, ואולם זאת בתנאי שתובטח לנושה הגנה הולמת ונטילת האשראי "חיונית" לשיקום הכלכלי של התאגיד (סעיפים קטנים ד ו-ה). הסדר זה תואם את ההסדר הקיים כיום בסעיף 30יב(ד ו-ו).

**ההבדל ביחס לדין הקיים**: השמטת האפשרות ליטול אשראי חדש שפירעונו יובטח בשעבוד על נכס משועבד או נכס שחלה עליו תניית שימור בעלות, **בדרגת עדיפות גבוהה מהשעבוד הקיים** או מזכות הבעלים של הנכס מכוח תניית שימור בעלות.

**סעיף קטן (ו)** – הודעה על בקשת נאמן לקבלת אשראי חדש מחייבת הודעה לנושי החברה, אך בית המשפט רשאי לקבוע כי הודעה זו תימסר רק לחלק מנושי החברה.

## **לדין:**

1. האם יש מקום להוסיף תנאי ש"קבלת האשראי חיונית לשיקומו הכלכלי של התאגיד" לכל מצב שבו נלקח אשראי על-ידי התאגיד (סעיף-קטן א), או לכל הפחות, למצב שבו האשראי מובטח בשעבוד כלשהו (סעיף-קטן ג) ולא להסתפק בקיומו של תנאי מסוג זה ("קבלת האשראי חיונית לשיקומו הכלכלי של התאגיד") רק בסעיף-קטן ד), וזאת בשל הפגיעה בנושים כתוצאה מלקיחת אשראי נוסף?

2. מדוע הושמטה האפשרות לקבל אשראי בדרגת עדיפות גבוהה יותר מזו של נושים נוכחיים? לכאורה מעת שהנושים זוכים ל"הגנה הולמת" האינטרסים שלהם אינם נפגעים. בנוסף, האפשרות לקבלת אשראי להליך השיקום יגדיל את סיכויי הצלחתו והנושים עשויים ליהנות מפירות שיקום מוצלח. יצוין כי בסעיף 364 ל-bankruptcy code האמריקאי ניתנת האפשרות לחברה בהליכי חדלות פירעון לקבל אשראי באותה דרגת עדיפות או בדרגת עדיפות גבוהה יותר מזו של נושי עבר, בתנאי שלא ניתן לקבל את האשראי בדרך אחרת ושניתנת הגנה הולמת.

3. מכיוון שמעמדם של הנושים הלא מובטחים מורע כתוצאה ממתן השעבודים החדשים, והם אינם זכאים להגנה הולמת, נראה כי ראוי לקבוע שברירת המחדל תהיה מתן הודעה לכלל הנושים אלא אם קבע בית המשפט אחרת ולא כנוסח סעיף-קטן ו) המוצע המותיר את העניין לשיקול דעת בית המשפט.

**סימן משנה ב': חוזים קיימים של תאגיד בהפעלה**

סימן משנה זה עוסק בסמכותו של הנאמן להמשיך בהתקשרות בחוזים קיימים – גם כאשר יש לצד השני לחוזה זכות חוזית להפסקת ההתקשרות, ומן הצד השני – בסמכותו של הנאמן לשחרר את התאגיד מחוזים מכבידים. ההסדר המוצע דומה להסדר המעוגן כיום בסעיפים 1350 עד 1350א לחוק החברות.

#### **סעיף 66 המוצע: הגדרת חוזה קיים**

הגדרת חוזה קיים 66. בסימן משנה זה, "חוזה קיים" – חוזה שתאגיד בהפעלה הוא צד לו, שמועד כריתתו קדם למועד מתן הצו לפתיחת הליכים לגבי התאגיד ושביצעו טרם הושלם בידי הצדדים לו עד אותו מועד.

#### **הערות:**

בסעיף מוצע לקבוע כי חוזה קיים הוא חוזה שנכרת לפני מתן הצו להקפאת ההליכים ושביצעו טרם הושלם. בדברי ההסבר מובהר כי יש לקרוא את הסעיף יחד עם סעיף 76 המחיל את הוראות סעיף 66 המוצע גם על חוזה שבוטל כדין "בסמוך" לפני מועד תחילת הליכי חדלות הפירעון, וזאת כדי למנוע מצב בו מבוטל החוזה עם פתיחת הליכי חדלות הפירעון או בסמוך אליהם – כדי לחמוק מתחולת ההוראות המיוחדות של חדלות הפירעון על החוזה.

תחולה על חוזה 76. ההוראות החלות לפי סימן משנה זה על חוזה קיים יחולו, בשינויים המחויבים, גם על חוזה שהתאגיד בהפעלה היה צד לו, שבוטל כדין **בסמוך** לפני מועד מתן הצו לפתיחת הליכים ושביצעו טרם הושלם בידי הצדדים לו במועד ביטולו. לפני מתן הצו לפתיחת הליכים

#### **הערות:**

הסדר דומה מאוד קיים כבר בדין הקיים (סעיף 350חא) לחוק החברות) - "חוזה קיים" – חוזה שחברה בהקפאת הליכים היא צד לו, מועד כריתתו קדם למועד תחילת הליכי ההבראה וביצעו טרם הושלם בידי שני הצדדים במועד האמור, **אף אם בוטל כדין בסמוך לפני אותו מועד**;

#### **סעיפים 67 ו-70 המוצעים: זכות הנאמן לבטל חוזה קיים שאין עילה לביטולו**

זכות הנאמן לבטל 67. הנאמן רשאי, באישור בית המשפט, לבטל חוזה קיים, גם אם אין לו עילה לביטולו, חוזה קיים שאין עילה לביטולו

הליכים לביטול חוזה 70. (א) ביקש הנאמן לבטל חוזה קיים שאין לו עילה לביטולו, כאמור בסעיף 67, יודיע קיים שאין עילה לביטולו בידי הנאמן על כך לצד השני לחוזה.

(ב) לא הסכים הצד השני לביטולו של החוזה בתוך זמן סביר מהודעת הנאמן כאמור בסעיף קטן (א), רשאי הנאמן להגיש לבית המשפט בקשה לאישור הביטול (בסעיף זה – בקשה לאישור ביטול), ובלבד שהבקשה תוגש בתוך 90 ימים ממועד מתן הצו לפתיחת הליכים לגבי התאגיד; בית המשפט רשאי להאריך את התקופה האמורה אם מצא כי הדבר מוצדק לאור מורכבות הליכי חדלות הפירעון.

(ג) לא הגיש הנאמן לבית המשפט בקשה לאישור הביטול בתוך התקופה האמורה בסעיף קטן (ב), רשאי הוא להגיש את הבקשה במועד מאוחר יותר רק אם השתנו הנסיבות או התגלו עובדות חדשות המצדיקות זאת.

(ד) בית המשפט רשאי לאשר את ביטול החוזה לאחר שנתן לצד השני לחוזה הזדמנות להשמיע את עמדתו, אם מצא כי הביטול נדרש לשם שיקומו הכלכלי של התאגיד או שיביא להשאת שיעור החוב שייפרע לנושים.

(ה) משבוטל חוזה קיים לפי סעיף זה, יחדלו ממועד זה כל הזכויות והחייבים של התאגיד לפי החוזה, ואולם לא יהיה בביטול כדי לפגוע בזכויותיו ובחבובותיו של אדם אחר אלא במידה הנחוצה לשחרר מחבות את התאגיד ואת נכסיו.

#### **הערות:**

- הסעיפים המוצעים מבקשים להגדיר את סמכותו של הנאמן לבטל, באישור בית המשפט, חוזה ה"מכביד" על התאגיד, גם אם אין עילה חוזית לביטולו. תכליתה של סמכות זו היא להפסיק התקשרויות לא יעילות ולהשיא ערך לקופת הנשייה. הסמכות שמוצע להעניק במסגרת הסעיף חורגת מדיני החוזים הכלליים שאינם מכירים בהפרה יעילה כעילה מוצדקת לביטול חוזה. ההצדקה להסדר חריג זה: למנוע את הגדלת החובות לנושים, ובמיוחד למנוע מצב שבו החובות שיצטברו לאחר צו חדלות הפירעון מכוח החוזה "המכביד" יזכו למעמד עדיף על חובות קודמים.
- זכות הביטול אין משמעה כי הצד השני לא יהיה זכאי לפיצוי בשל הביטול. ואולם, מעמדו של פיצוי זה הוא של "חוב עבר" שאין לו עדיפות, ולכן הנושה של חוב זה יוכל להיפרע עם יתר הנושים.
- **המבחן המנחה את בית המשפט באישור הביטול**: אם מצא כי הביטול יסייע לשיקום הכלכלי אנ יביא להשאת שיעור החוב שייפרע לנושים.
- **זכות הביטול מוגבלת בזמן**: על הנאמן לבקש את הביטול **בתוך 90 ימים** מיום מתן הצו לפתיחת הליכים או אם השתנו הנסיבות או התגלו עובדות חדשות. זאת על מנת להעניק לצד השני לחוזה ודאות ואפשרות לכלכל את צעדיו. בית המשפט יכול להאריך את המועד רק אם מצא כי הדבר מוצדק **לאור מורכבות הליכי חדלות הפירעון**.
- עוד מוצע כי הביטול יהיה מצומצם כך שלא יפגע בזכויותיו ובחובותיו של אדם אחר, אלא במידה הדרושה לשחרור מחבות את התאגיד או נושיו.

נוסח החוק כיום (סעיף 350חג) לחוק החברות): **"בעל תפקיד רשאי להחליט על המשך קיומו של חוזה קיים (בסימן זה – אימוץ) או על ויתור עליו, ככל שהדבר דרוש לשם הבראת החברה בהקפאת הליכים, ואולם אימוץ**

חוזה קיים, שלצד השני זכות לבטלו או שבוטל כדין בסמוך לפני תחילת הליכי ההבראה בשל הפרתו בידי החברה, או ויתור על חוזה קיים, יהיו באישור בית המשפט".

כמו כן, בסעיף 350 לחוק החברות ניתנת אפשרות לצד השני לחוזה לבקש מבעל התפקיד להודיע לו אם בכוונתו לבטל את החוזה, ואם בעל התפקיד מבקש לבטלו הוא חייב להגיש בקשה לאישור הביטול בתוך 45 ימים (אלא אם קבע בית המשפט אחרת).

#### **השינויים העיקריים בנוסח המוצע ביחס לדיון הקיים:**

**ראשית**, הרחבת האפשרות לביטול החוזה גם למצבים שבהם הביטול יסייע בהשאת שיעור החוב שייפרע לנושים, ולא רק למצבים שבהם "הדבר דרוש לשם הבראת החברה".

**שנית**, הושמטה האפשרות של הצד השני לחוזה לבקש לקבל "הבהרה" באשר לכוונת הנאמן לבטל את החוזה. מנגד, נקבע הליך מובנה לביטול החוזה ביוזמת הנאמן, שנפתח בהודעה של הנאמן על כוונתו לבטל את החוזה.

#### **לדיון:**

1. האם לא ראוי לאפשר לבית המשפט לבטל את החוזה **באופן חלקי בלבד?**

2. מדוע הושמטה האפשרות של הצד השני לחוזה לבקש לקבל "הבהרה" באשר לכוונה לבטל את החוזה?

#### **סעיף 69 המוצע: ביטול חוזה קיים בהסכמה**

ביטול חוזה קיים 69. הנאמן והצד השני לחוזה קיים רשאים להסכים בכל עת במהלך הליכי חדלות פירעון בהסכמה על ביטולו של חוזה קיים.

#### **הערות:**

סעיף זה הוא סעיף מבהיר בלבד – המבהיר כי הנאמן יחד עם הצד השני לחוזה רשאים להסכים על ביטול חוזה קיים.

#### **סעיפים 68, 71 ו-72 המוצעים: הגבלת זכות הביטול של הצד השני לחוזה קיים**

סעיפים אלו עוסקים בזכות של הנאמן לכפות על הצד השני לחוזה להמשיך בהתקשרות עם התאגיד, אף אם עומדת לו עילה לביטולו של החוזה, וזאת כדי לאפשר את המשך פעולתו של התאגיד ולמנוע ביטול נרחב של ההתקשרויות עמו. הוראה זו סוטה מהוראות דיני החוזים הכלליים המאפשרים, לצד השני לחוזה לסיים אותו בהתאם לתנאיו או בשל הפרתו.

הגבלת זכות הביטול של הצד השני לחוזה קיים 68. (א) חוזה קיים לא יבוטל בידי הצד השני לחוזה בשל הפרתו בידי התאגיד, אלא לפי הוראות סימן משנה זה.

(ב) פתיחה בהליכי חדלות פירעון לגבי תאגיד או היותו בחדלות פירעון לא יביאו להתבטלות של חוזה קיים ולא יקנו לצד השני לחוזה זכות לבטלו, גם אם נקבע בחוזה כי החוזה יתבטל בנסיבות אלה, או שנקבעה בו הוראה המקנה זכות ביטול.

#### הערות:

מוצע לקבוע כי הצד השני לחוזה לא יוכל לבטלו, אלא לפי הוראות סימן משנה זה, אף אם התאגיד הפר את החוזה ואף אם נקבע בחוזה כי יתבטל בנסיבות אלה, אלא בכפוף לחריגים המוצעים בסעיף 72 להלן. זאת בדומה למה שנקבע כיום בסעיף 350ח(ב) לחוק החברות.

הליכים לביטול חוזה 71. (א) היתה לצד השני לחוזה קיים זכות לבטלו בשל הפרתו בידי התאגיד, וביקש קיים בידי הצד השני לחוזה לבטלו, יודיע על כך לנאמן.

(ב) מסר הצד השני לחוזה קיים הודעה לנאמן כאמור בסעיף קטן (א), וסבר הנאמן כי המשך קיומו של החוזה דרוש לצורך שיקומו הכלכלי של התאגיד, רשאי הנאמן לבקש מבית המשפט, בתוך 45 ימים ממועד מסירת ההודעה, כי יורה על המשך קיום החוזה לפי סעיף 72 (בסעיף זה – בקשה להמשך קיום החוזה); בית המשפט רשאי לקצר או להאריך את התקופה כאמור אם מצא כי הדבר מוצדק בנסיבות העניין.

(ג) הנאמן לא רשאי להגיש בקשה להמשך קיום החוזה על חוזה שהוא חוזה עבודה, חוזה למתן שירות אישי, או חוזה למתן אשראי.

(ד) לא הגיש הנאמן לבית המשפט בקשה להמשך קיום החוזה בתוך התקופה האמורה בסעיף קטן (ב), יבוטל החוזה בתום אותה תקופה.

החלטת בית המשפט 72. (א) הגיש הנאמן לבית המשפט בקשה להמשך קיום החוזה, לפי סעיף 71(ב), רשאי בית המשפט להורות על המשך קיומו של החוזה הקיים בידי הצדדים לו אם שוכנע כי המשך קיומו של החוזה דרוש לצורך שיקומו הכלכלי של התאגיד או שיביא להשאת שיעור החוב שייפרע לנושים וכי התאגיד יקיים את חיוביו לפי החוזה ממועד החלטת בית המשפט על המשך קיומו ואילך; בית המשפט רשאי לקבוע דרכים להבטחת קיום החיובים לפי חוזה קיים כאמור, ובכלל זה מתן ערובה.

(ב) בית המשפט לא יורה על המשך קיומו של חוזה קיים שהוא חוזה עבודה, חוזה למתן שירות אישי או חוזה למתן אשראי.

(ג) הורה בית המשפט על המשך קיומו של חוזה קיים, לא יבוטל החוזה בידי הצד השני לו בשל הפרה שביצע התאגיד קודם לכן; דחה בית המשפט את בקשת הנאמן להמשך קיום החוזה – יבוטל החוזה במועד החלטת בית המשפט.

## הערות:

ההליך המאפשר המשך קיומו חוזה למרות רצונו של הצד השני לבטלו כולל **שלושה שלבים**:

- א. בשלב ראשון - הצד השני לחוזה מודיע לנאמן שהוא מבקש לבטל את החוזה.
  - ב. הנאמן מסכים לביטול או פונה לביהמ"ש כדי שיררה על המשך קיום החוזה בתוך 45 ימים ממועד קבלת ההודעה.
  - ג. בית המשפט רשאי להורות על המשך קיום החוזה אם שוכנע כי המשך קיום החוזה דרוש לשיקומו של התאגיד או שיביא להשאת שיעור החוב שייפרע לנושים, וכי התאגיד יקיים את חיוביו לפי החוזה ממועד ההחלטה ואילך.
- בית המשפט רשאי לקבוע דרכים כדי להבטיח שהתאגיד יקיים את חיוביו לפי החוזה בעתיד לרבות מתן ערובה.
- החריגים**: בית המשפט לא יורה על המשך קיום חוזה עבודה, חוזה למתן שירות אישי או חוזה למתן אשראי.
- בחוק הקיים** – קיים הסדר דומה בסעיפים 350 ח ו-350 לחוק החברות.

**לדין**: מכיוון שהסדר המחריג חוזים מסוימים בסעיף 72(ב) המוצע הוא הסדר מהותי ולא פרוצדוראלי, האם

לא הגיוני יותר לכלול אותו בסעיף 71?

## סעיף 73 המוצע: דין ההוצאות לקיום חיובי התאגיד לפי חוזה קיים לאחר מתן צו לפתיחת הליכים

73. דין ההוצאות לקיום חיובי התאגיד לפי חוזה קיים לאחר מתן צו לפתיחת הליכים

(א) לא בוטל חוזה קיים לפי הוראות סימן משנה זה, לרבות אם הורה בית המשפט על המשך קיומו לפי סעיף 72, יהיה דין ההוצאות לקיום חיובי התאגיד לפי החוזה, ממועד מתן הצו לפתיחת הליכים ואילך, כדין הוצאות הליכי חדלות הפירעון.

(ב) בוטל חוזה קיים לפי הוראות סימן משנה זה, יהיה דין ההוצאות לקיום חיובי התאגיד לפי החוזה, ממועד מתן הצו לפתיחת הליכים עד למועד ביטולו, כדין חוב עבר, ואם מצא בית המשפט כי הדבר מוצדק בנסיבות העניין – כדין הוצאות הליכי חדלות הפירעון.

(ג) על אף הוראות סעיף קטן (ב), פנה הצד השני לחוזה קיים, לנאמן, בבקשה שיודיע לו אם בכוונתו לפעול לביטול החוזה, או הודיע הצד השני לחוזה קיים לנאמן כי הוא מבקש לבטלו כאמור בסעיף 71(א), יהיה דין ההוצאות לקיום חיובי התאגיד לפי החוזה, ממועד הבקשה או ההודעה כאמור עד להחלטה לעניין ביטול החוזה או המשך קיומו, לפי העניין, כדין הוצאות הליכי חדלות הפירעון.

## הערות:

סעיף מוצע זה עוסק במעמד של ההוצאות לקיום חוזה לאחר מתן צו לפתיחה בהליכי חדלות פירעון. העיקרון העומד בבסיס ההסדר המוצע הוא כי אם הצד השני לחוזה מחויב להמשיך בקיום החוזה בהתאם להוראות בית המשפט או הנאמן, אזי החוזה נחשב לכזה הנדרש להפעלת התאגיד, ולכן ההוצאות הנדרשות

לקיום חיובי החוזה נחשבות **לבעלות עדיפות בסדר הנשייה** – הוצאות הליכי חדלות פירעון. בהתאם לכך, הסעיף המוצע קובע את ההוראות הבאות:

- **במקרה בו הצד השני לחוזה ממשיך בקיום החוזה** – בין אם הנאמן לא ביקש לבטל, ובין אם ביהמ"ש כפה על הצד השני שלא לבטל – דין ההוצאות לקיום חיובי החוזה **כהוצאות הליכי חדלות פירעון** (בעדיפות).
- **במקרה בו החוזה בוטל** – הרי שלכאורה הוא לא היה דרוש לצורך הליכי השיקום, ולכן ההוצאות נחשבות ל"חובות עבר" – בעלות עדיפות נמוכה יותר בסדר הנשייה. ואולם, ביהמ"ש יכול לקבוע אחרת במקרים המתאימים.
- בתקופת הביניים שבין הפנייה של הצד השני לביטול החוזה ובין ההחלטה בעניין – ייחשבו ההוצאות של התאגיד לקיום החוזה **להוצאות הליכי חדלות הפירעון**, זאת כדי לא לפגוע בצד השני לחוזה בתקופה שבה הוא שרוי באי ודאות והוא מחויב להמשיך ולפעול לפי החוזה כשאינו יודע אם יקבל תמורה.
- כיום מוסדר העיקרון העומד ביסוד הסעיף המוצע בסעיפים 350א(א) ו-ד(ד) לחוק החברות, ואולם, הניסוח בסעיף המוצע ברור ושיטתי יותר.

#### **סעיף 74 המוצע: פגיעה בשל הפרת חוזה קיים שקדמה להחלטה על ביטול או המשך קיום**

פגיעה בשל הפרת 74. (א) בוטל חוזה קיים ונפגע אדם בשל הפרת החוזה בידי התאגיד שנעשתה לפני חוזה קיים שקדמה להחלטה על ביטול או המשך קיום

ביטולו או מחמת הביטול יראו אותו כנושה של התאגיד כדי סכום הפגיעה, והסכום האמור ייחשב לחוב עבר.

(ב) הורה בית המשפט על המשך קיומו של חוזה קיים לפי סעיף 72 ונפגע הצד השני לחוזה בשל הפרתו בידי התאגיד לפני מועד מתן הצו לפתיחת הליכים, יראו אותו כנושה של התאגיד כדי סכום הפגיעה, והסכום האמור ייחשב לחוב עבר, **ואולם רשאי בית המשפט להורות כי דין סכום הפגיעה כאמור כדין הוצאות הליכי חדלות הפירעון אם שוכנע כי הפרדת החיוב שהופר לפני החלטת בית המשפט מהחיוב שקיים לאחריה, אינה סבירה ואינה צודקת בנסיבות העניין**, וכי הצד השני לחוזה מקיים את חיוביו לפי החוזה בתקופה שלאחר מתן הצו לפתיחת הליכים.

#### **הערות:**

על-פי הנוסח המוצע, ביטולו של חוזה קיים לא יפגע בזכותו של הצד השני לפיצוי בגין ביטול החוזה. ואולם, ביטול או נזק מהפרה שאירעו לפני מועד צו פתיחת הליכים ייחשבו **לחוב עבר** (לא יקבלו מעמד מועדף), וזאת בין אם החוזה בוטל ובין אם ביהמ"ש הורה להמשיך ולקיימו. זאת כדי לא לפגוע בשוויון בין הנושים.

**החריג:** אם ביהמ"ש הורה על המשך קיומו של החוזה, ושוכנע כי אין זה סביר וצודק להפריד בין החיוב שהופר לפני ההחלטה להמשיך עם קיום החוזה ובין החיוב שקיים לאחריה, וכי הצד השני מקיים את חיוביו לפי החוזה – אז הוא רשאי לקבוע כי הנזק שנגרם לצד השני ייחשב ל"הוצאות הליכי חדלות פירעון", כלומר: יקבלו מעמד מועדף.

הוראות אלה מבוססות על סעיפים 350א(ב) ו-ג(ג) לחוק החברות.

## **סעיף 75 המוצע: המחאת זכויות וחבויות לפי חוזה קיים**

75. המחאת זכויות וחבויות לפי חוזה קיים
- (א) על אף הוראות חוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969, רשאי בית המשפט לאשר המחאת זכויות וחבויות של תאגיד בהפעלה לנמחה שיאשר, גם אם נקבעה בחוזה הקיים הוראה המונעת המחאה כאמור, ולעניין המחאת חבות – גם בלא הסכמת הצד השני לחוזה, ובלבד שההמחאה דרושה לצורך שיקומו הכלכלי של התאגיד ואין בה כדי לפגוע בצד השני לחוזה.
- (ב) בית המשפט רשאי לקבוע תנאים להמחאה לפי סעיף זה, לרבות דרכים להבטחת קיום החיובים שהומחו, בידי הנמחה, ובכלל זה מתן ערובה.

### **הערות:**

הסעיף המוצע מבקש להתיר לבית המשפט של חדלות פירעון **לחרוג מהוראות חוק המחאת חיובים** ולאפשר המחאת זכויות וחבויות גם אם נקבעה בחוזה שבין התאגיד וצד שני הוראה האוסרת זאת. כמו כן, בחריגה מהחוק, מוצע לאפשר להמחות חבות, גם ללא הסכמת הנושה. כל זאת, אם בית המשפט מגיע למסקנה כי ההמחאה דרושה לשיקום החברה ואין בה כדי לפגוע בצד השני לחוזה. הוראה זו נועדה, בין היתר, לאפשר למכור את התאגיד או חלקיו כ"עסק חי".

נוסח זה דומה מאוד לסעיף 350 לחוק החברות, **ההבדל העיקרי** – המבחן להחלתו, בדין הקיים ניתן להמחות את החיובים אם ההמחאה "**חיונית**" להבראת החברה, ובנוסח המוצע די בכך שההמחאה "**דרושה**" לשיקום החברה. **דין: האם מדובר בהקלה מכוונת?**