

מסמך הכנה לדיון השישי הקבוע ליום 24.7.2016 –

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

סעיפים 2, 9, 18, 33 ו-37 להצעת החוק לא יעלו לדיון בישיבה

סעיפים 31-56 להצעת החוק (הנוסח המוצע על-ידי הייעוץ 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 שיקבע 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.

שיקולים בעד מתן סמכות לבית משפט הון 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 הון 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, וייטה 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 בהם.²

¹ 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).

² FCC v. Nextwave, 537 US 293 (2003)

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.** 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 שעיכוב מסוג זה מתנגש עם עקרונות היסוד של שלטון החוק ושוויון בפני החוק, והתפיסה כי היועץ המשפטי לממשלה אמון על ניהול הליך פלילי ועיכוב הליכים, בכפוף לביקורת של בית המשפט. מתן האפשרות לעיכוב 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-עצירת 32. התקופה שבה הוקפאו הליכים לפי פרק זה לא תבוא במניין התקופות תקופת-מירוץ ההתיישנות

הערות:

- מוצע כי מירוץ 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".

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 ההנהלה בנאמן חיצוני (זו הגישה הנהגת כיום בישראל והמוצעת במסגרת הצעת החוק).

בספרו של פרופ' האן על חדלות פירעון הוא מונה חמישה שיקולים מרכזיים בבחירה בין שתי הגישות³:

(א) **ייחוס חדלות הפירעון לכשלי ההנהלה** – התפיסה התומכת בהחלפת ההנהלה מניחה לרוב כי חדלות הפירעון נובעת מכישלונה של ההנהלה 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 ההנהלה** – התפיסה התומכת בהחלפת ההנהלה 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.

³ 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 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.

לדיון: 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 נושא משרה בתאגיד 36. (א) בית המשפט רשאי למנות נושא משרה בתאגיד לנאמן גם אם אינו כלול 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 בינו 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 "לרכך" 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 נושה 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 עניינים⁴.

- 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 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) אלשיך, 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 אחריות⁵.
- 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

⁴ 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).

⁵ ו.אלשיך, **הקפאת הליכים**, עמ' 223.

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.

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.

לדיון: מה צפויים להיות הקווים המנחים בקביעת שכרו של 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.

לדיון: אנו סבורים כי ראוי להוסיף סעיף נפרד המסדיר את הטיפול בתביעות המוגשות על-ידי התאגיד (כתובע) (הקפאת ההליכים של תביעות המוגשות נגד התאגיד קיימת בסעיף 29(5) המוצע). אף כי לתביעות המוגשות נגד התאגיד השלכה ישירה על הליכי חדלות הפירעון, אף לתביעות המוגשות, או יכולות להיות מוגשות, על-ידי התאגיד יכולה להיות השפעה על מצבת הנכסים העומדים לזכות התאגיד לפירעון התחייבויותיו, ולכן יכולה להיות גם להם השלכה על הליכי חדלות הפירעון.

למיטב ידיעתנו, אין כיום הסדרה בדין של עניין זה, והדברים נעשים במסגרת בקשות למתן הוראות לבית המשפט של חדלות פירעון.

אנו סבורים שבמסגרת ההסדר הראוי יש להבחין בין תביעות המנוהלות בדרך של בקשה למתן הוראות ובין תביעות חדשות או תביעות תלויות ועומדות שימשיכו להתברר בערכאה שבה הן הוגשו. **משרד המשפטים אמור להעביר נוסח מוצע ברוח זו.**

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.

סעיף 43 המוצע: הקניית סמכויות האורגנים ונושאי המשרה לנאמן

הקניית סמכויות האורגנים ונושאי המשרה, לנאמן 43. עם מינוי הנאמן יעברו לידי הסמכויות הנתונות לאורגנים של התאגיד ולנושאי המשרה בו, והוא ישתמש בהן במידה הדרושה לו לצורך ביצוע תפקידו.

...
"אורגנים", של תאגיד – אורגנים בחברה כמשמעותם בחוק החברות וכל גוף הממלא תפקיד מקביל בשותפות;

"נושא משרה" – כהגדרתו בחוק החברות, ולגבי שותפות – כל הממלא תפקיד דומה בשותפות וכן שותף כללי;

בחוק החברות :

האורגנים של החברה הם : האסיפה הכללית, הדירקטוריון, המנהל הכללי וכל מי שעל פי דין, או מכוח התקנון רואים את פעולתו בעניין פלוני כפעולת החברה לאותו ענין (סעיף 46 לחוק החברות)

נושא משרה – "מנהל כללי, מנהל עסקים ראשי, משנה למנהל כללי, סגן מנהל כללי, כל ממלא תפקיד כאמור בחברה אף אם תוארו שונה, וכן דירקטור, או מנהל הכפוף במישרין למנהל הכללי" (סעיף 1 לחוק החברות).

הערות :

עם כניסתו של הנאמן לתפקיד, פוחתות ולעיתים אף מופקעות לחלוטין, סמכויות האורגנים ועוברות לנאמן, המקבל את ניהול החברה ואת שיקול הדעת הנלווה לו. ואולם, למרות כניסתו של הנאמן במובנים רבים ל"נעלי החברה" ולמרות שהקניית הסמכויות הניתנות לו רחבה ביותר, הוא **יכול לעשות שימוש בסמכויותיו במידה הנדרשת למילוי התפקיד בלבד** - להגשים את הוראות בית המשפט לעניין הפירוק או השיקום בלבד.

סעיף 44 המוצע: סמכויות שהפעלתן טעונה אישור בית משפט

סמכויות שהפעלתן 44. (א) הסמכויות המפורטות להלן יופעלו בידי הנאמן באישור בית משפט בלבד :
טעונה אישור בית משפט

- (1) תביעה או התגוננות בהליך משפטי בשם התאגיד ;
- (2) העסקת אדם מטעם הנאמן לצורך סיוע בביצוע תפקידו ;
- (3) פירעון חוב לנושים מסוג מסוים ;
- (4) פשרה עם נושה או חייב של התאגיד בנוגע לגובה החוב ואופן תשלומו, שיש לה השפעה מהותית על היקף נכסי קופת הנשייה ;
- (5) כל סמכות אחרת הטעונה אישור בית המשפט לפי חוק זה או לפי הנחיות בית המשפט.

(ב) אישור בית המשפט כאמור בסעיף קטן (א) יכול שיינתן דרך כלל או לעניין מסוים.

על פי דברי ההסבר לסעיף זה – אישורו של בית המשפט נדרש בפעולות מהותיות שעשויות להיות להן השלכות ניכרות על עתיד התאגיד. הפעילויות שדורשות אישור מראש הן פעולות עקרוניות או מהותיות שראוי שיתקבלו לאחר שנשמעו עמדות הממונה, הנושים הרלוונטיים ובעלי עניין נוספים. להלן רשימת הסמכויות שמוצע לקבוע :

- א. **תביעה או התגוננות בהליך משפטי בשם התאגיד** – הליכים אלו עלולים להיות ארוכים, ממושכים ויקרים, ומימנם עלול לגרוע מקופת הנשייה, ולכן יש מקום לבחון את נחיצותם.
- ב. **העסקת אדם מטעם הנאמן** – הנאמן נבחר על ידי המשפט על סמך מסוגלותו האישית. לכן, לצד ההבנה כי הנאמן עצמו לא יכול תמיד לנהל ולטפל בכל ענייני הפירוק או השיקום, העברת חלק מתפקידיו של

הנאמן לאחר מחייב את אישור בית המשפט. הדברים אמורים במיוחד בהתחשב בכך שהעסקת אדם נוסף עלולה להביא לתוספת עלות.

ג. **פירעון חוב לנושים מסוג מסוים** – יש בפירעון חוב לנושים מסוג מסוים רגישות מיוחדת משום זה עלול להיות העדפת נושים. על כן, נדרש אישורו של בית המשפט.

ד. **פשרה עם נושה או חייב של התאגיד, בנוגע לגובה החוב ואופן תשלומו, שיש לה השפעה מהותית על היקף נכסי קופת הנשייה** – פשרה מהותית עם נושה עלולה להיות העדפת נושים ופגיעה בנושים אחרים. יש לשים לב כי כיום בסעיף 307 לפקודת החברות נקבע שהנאמן זקוק לאישורו של בית המשפט גם לאישור פשרה שאינה מהותית. **מכאן שההוראה המוצעת מרחיבה את שיקול הדעת של הנאמן, ומאפשרת לו להכריע באופן עצמאי בפשרות שאינן מהותיות.**

ה. **כל סמכות אחרת הטעונה אישור בית משפט לפי חוק זה או לפי הנחיות בית המשפט** – בנוסף, בית המשפט רשאי לקבוע כי על הנאמן לקבל את אישורו גם לפעולות נוספות שהוא מבקש לבצע. מטרת הוראה זו היא להתאים את ההוראות לנאמן, לסוג התיק ולנסיבותיו.

סעיפים 45 ו-53 המוצעים: דוח על מצב עסקי התאגיד ושיתוף פעולה עם הנאמן על ידי מי שהיה נושא משרה

דוח על מצב עסקי התאגיד 45. הנאמן רשאי לדרוש ממי שהיה נושא משרה בתאגיד, להגיש לו, בתוך תקופה שיוורה, דוח על מצב עסקי התאגיד; בדוח יפורטו נכסי התאגיד, חובותיו והתחייבויותיו, פרטי זהותם של הנושים וכל מידע אחר שיוורה הנאמן, הדרוש לו לשם מילוי תפקידו; דין ההוצאות הכרוכות בעריכת הדוח, כפי שיוורה הנאמן, כדין הוצאות הליכי חדלות הפירעון.

....

שיתוף פעולה עם הנאמן 53. מי שהיה נושא משרה בתאגיד יסייע לנאמן וישתף עמו פעולה ככל הדרוש לצורך מילוי תפקידו.

הערת נוסח: האם לא ראוי לאחד את סעיפים 45 ו-53 לסעיף אחד, ולהתייחס להגשת הדוח כמקרה פרטי של

"מתן סיוע" לנאמן בידי נושא המשרה?

נוסח משולב מוצע:

שיתוף פעולה עם הנאמן 45. מי שהיה נושא משרה בתאגיד יסייע לנאמן וישתף עמו פעולה ככל הדרוש לצורך מילוי תפקידו. **בכלל זה, הנאמן רשאי לדרוש ממי שהיה נושא משרה בתאגיד, להגיש לו, יגיש לנאמן, לבקשתו, בתוך תקופה שיוורה, דוח על מצב עסקי התאגיד; בדוח יפורטו נכסי התאגיד, חובותיו והתחייבויותיו, פרטי זהותם של הנושים וכל מידע אחר שיוורה הנאמן, הדרוש לו לשם מילוי תפקידו; דין ההוצאות הכרוכות בעריכת הדוח, כפי שיוורה הנאמן, כדין הוצאות הליכי חדלות הפירעון.**

הערות:

- כפי שמובהר בדברי ההסבר, לנושא המשרה שכיחן בתאגיד יש מידע רב אודות עסקי התאגיד, אשר לעתים הוא היחיד המחזיק בו. למידע זה חשיבות רבה להליכי חדלות הפירעון, ולכן יש חשיבות במתן האפשרות לנאמן לדרוש את קבלת המידע שיאפשר לקדם את ההליכים בצורה טובה. נוכח תכלית זו של הדוח, מוצע לקבוע כי העלויות הכרוכות בעריכת הדוח (שעשויות להיות משמעותיות ביותר) ייחשבו להוצאות הליכי חדלות הפירעון אשר ניתן לשלמן באופן מיידי לנושא המשרה (ראו סעיף 233(ב) להצעה).
- בדין הקיים הגשת דוח על-ידי נושא המשרה מוסדרת בסעיף 292 לפקודת החברות הקובע כך:
"א) נתן בית המשפט צו פירוק, או שנתמנה מפרק זמני, ייערך ויוגש לכונס הרשמי דו"ח על מצב עסקי החברה, ובו יפורטו נכסיה, חובותיה וחבויותיה, שמות נושיה, מענם ומשלח דם, הערובות וכל מידע אחר שנקבע או שהכונס דרש אותו.
ב) הדו"ח יינתן בטופס שנקבע, יאומת בתצהיר ויוגש תוך חודש מתאריך הצו; בית המשפט או הכונס הרשמי רשאי מטעם מיוחד להאריך את המועד להגשתו.
ג) בית המשפט רשאי, בצו, לוותר על הדו"ח אם ראה שרצוי לעשות כן.
ד) המכין את הדו"ח, משתתף בהכנתו או מאמתו ישלם לו הכונס הרשמי מתוך נכסי החברה את ההוצאות שהוציא לשם כך, כפי שייראו סבירות בעיני הכונס ובכפוף לערעור לבית המשפט."
- לצד סעיף 45 המוצע, בסעיף 53 המוצע נקבעת הוראה כללית המחייבת נושאי משרה לשתף פעולה עם הנאמן במילוי תפקידו.
- בנוסף, בסעיף 346(א)(3) להצעת החוק מוצע לקבוע **עבירה פלילית** החלה, בין היתר, על נושא משרה בתאגיד שניתן לגביו צו לפתיחת הליכים, אשר **'לא מסר מידע או מסר מידע חלקי או כוזב לנאמן, לממונה או לרשם ההוצאה לפועל, במטרה לפגוע בהליכי חדלות הפירעון'**.
- ככל שנושא משרה אינו משתף פעולה עם הנאמן, אך אינו עושה זאת במטרה לפגוע בהליכי חדלות הפירעון, אזי שמורה לנאמן האפשרות לפנות לבית המשפט בבקשה לתת צו המופנה לנושא המשרה, ובמידת הצורך אף לפתוח בהליכי ביזיון בית משפט (ראו לעניין זה – סעיף 282(2) להצעה).

לדיון:

- בניגוד לסעיף 45 המוצע, בסעיף 292 לפקודת החברות, יש דרישה כי הדוח ייתמך בתצהיר ונקבע סד זמנים ברור להגשתו. האם יש צורך לקבוע הוראה דומה גם בסעיף 45?

סעיף 46 המוצע: דרישת נכסים ומסמכים של התאגיד

- | | | |
|-------------------------------|-----|--|
| דרישת נכסים ומסמכים של התאגיד | 46. | א) הנאמן רשאי לדרוש מכל אדם להעביר לידיו נכס או מסמך שברשותו, שלדעת הנאמן יש לתאגיד זכות בו, ואותו אדם יעבירם לנאמן במועד שציין בדרישתו. |
| | | ב) היתה לאדם זכות עיכבון בנכס או במסמך כאמור בסעיף קטן (א), יימסר הנכס או המסמך אם הורה על כך בית המשפט לפי סעיף 254. |

(ג) מחלוקת לעניין זכות התאגיד בנכס או במסמך שדרש הנאמן להעביר לידי תתברר בבית המשפט שבו מתנהלים הליכי חדלות הפירעון.

"נכס" – מיטלטלין, מקרקעין או זכויות;

הערות:

- הסדר מוצע זה מבוסס על תקנה 36 לתקנות החברות (פירוק) התשמ"ז-1987 ("סמכות לדרוש נכסים"), הקובע כי "המפרק רשאי לדרוש מכל אדם להעביר אליו נכסים שבידו אשר לחברה זכות לכאורה עליהם, לרבות מאזנים, פנקסי חשבונות ומסמכים אחרים, והמחזיק יעבירם למפרק תוך המועד שצויין בדרישתו".
- ביסוד הסעיף המוצע עומדת התפיסה כי על מנת שהנאמן יוכל לרכז את נכסי קופת הנשייה, יש לאפשר לו לדרוש מכל אדם להעביר לידי נכס, שלדעת הנאמן יש לתאגיד זכות בו. על-פי המוצע, כל מחלוקת על סמכות הנאמן לתפוס נכסים אלה תתברר בפני בית המשפט של חדלות הפירעון.
- לעניין נכסים שיש לאדם זכות עיכבון עליהם – הסעיף המוצע מפנה לסעיף 254 להצעת החוק העוסק בהסדר לעניין עיכבון – ונדון בו כשנגיע לסעיף זה.

סעיף 47 המוצע: בדיקת נכסי התאגיד המוחזקים בידי אחר

בדיקת נכסי התאגיד 47. היה נכס של התאגיד מוחזק בידי אדם אחר, רשאי הנאמן לבדוק את הנכס, לאחר המוחזקים בידי אחר שהודיע לאותו אדם על כוונתו לעשות כן.

הערות:

במקרים בהם מוגבלת זכותו של הנאמן לקבל את הנכס לידי, למשל, כשיש למחזיק הנכס זכות עיכבון (שדינו כדין שיעבוד), מוצע לקבוע שתהיה לנאמן הזכות לבדוק את הנכס. הסעיף מבוסס על סעיף 129 לפקודת פשיטת הרגל, הקובע כך:

"(א) היו נכסים של חייב שניתן נגדו צו כינוס מוחזקים בידי אדם אחר דרך משכון או ערובה אחרת, רשאי הכונס הרשמי או הנאמן לבדוק את הנכסים, לאחר מתן הודעה בכתב על הכוונה לעשות כן.

(ב) משניתנה הודעה לפי סעיף קטן (א) לא יהיה המחזיק זכאי לממש את ערובתו לפני שנתן לנאמן הזדמנות סבירה לבדוק את הנכסים ולהשתמש בזכותו לפדותם אם יראה לעשות כן"

לדיון: בניגוד לדין הקיים, בסעיף המוצע אין הגבלה על מימוש הנכס בידי המחזיק בו, עד שניתנה לנאמן

האפשרות לבדוק אותו. אנו מבינים כי בנוסח המוצע הושמטה הגבלה זו משום שהגבלות הללו מצויות ממילא

בדינים המהותיים הספציפיים.

דרישת מידע 48. לצורך ביצוע תפקידו רשאי הנאמן לדרוש כל מידע הנוגע לענייניו של התאגיד, שהתאגיד או נושא משרה בו היו רשאים לקבלו.

על פי דברי ההסבר להצעת החוק זהו סעיף מבהיר בלבד, שכן ממילא לנאמן מוקנות כל סמכויות האורגנים של התאגיד, לרבות הסמכות לקבל מידע שהתאגיד או נושאי משרה בו היו רשאים לקבל (על-פי סעיף 43 להצעה).

סעיף 49 המוצע: מידע מתאגיד בנקאי ומרשות המסים

מידע מתאגיד בנקאי 49. (א) על אף האמור בכל דין, רשאי בית המשפט, לבקשת הנאמן, להורות לתאגיד ומרשות המסים בנקאי או לרשות המסים בישראל למסור לנאמן מידע כמפורט להלן, גם אם לא מתקיים האמור בסעיף 48, אם שוכנע כי מסירת המידע נדרשת כדי לסייע לו לברר את מצבו הכלכלי של התאגיד, **והתועלת שבמסירת המידע עולה על הפגיעה בפרטיותו של אדם אחר** :

(1) לעניין תאגיד בנקאי – מידע הנוגע לנכסיו, חובותיו ועסקיו של התאגיד, כפי שיורה בית המשפט ;

(2) לעניין רשות המסים – מידע בדבר נכסיו של התאגיד.

(ב) בית המשפט יורה על מסירת מידע מרשות המסים לפי סעיף זה רק במקרים מיוחדים ומטעמים שיירשמו ולאחר שנוכח כי לא עלה בידי הנאמן להשיג בדרך אחרת ובמאמץ סביר את המידע הדרוש לו וכי אין במסירת המידע כדי לחשוף את מקורות המידע של רשות המסים או את דרכי איסופו, או לפגוע בחקירה שמנהלת רשות המסים.

(ג) בית המשפט רשאי לקיים את הדיון בבקשה למסירת מידע מרשות המסים, בדלתיים סגורות, ובמקרים מיוחדים – אף בלא נוכחות הנאמן, וכן לקבוע כי המידע יימסר באופן שימנע את חשיפת מקורותיו.

(ד) מידע שבית המשפט הורה על מסירתו לפי סעיף זה יימסר לנאמן בלבד, בדרך שהורה בית המשפט, אלא אם כן הסכימו התאגיד הבנקאי או רשות המסים למסירתו גם לנושים.

(ה) השר ושר האוצר **באישור ועדת החוקה**, רשאים לקבוע בתקנות הוראות לעניין דרכי מסירת מידע מתאגיד בנקאי או מרשות המסים לפי סעיף זה ; לא נקבעו תקנות – יורה בית המשפט על דרכי מסירת המידע.

(ו) בית המשפט ייתן הוראות לפי סעיף זה לאחר שנתן לתאגיד הבנקאי או לרשות המסים, לפי העניין, הזדמנות לטעון את טענותיהם לפניו.

הערות:

- כאמור, בסעיף 48 מוצע להעניק לנאמן את הסמכות לדרוש כל מידע שהתאגיד או נושא משרה בו היה רשאי לקבל. לעיתים מידע זה אינו מספיק כדי לברר באופן מלא את מצבו הכלכלי של התאגיד. בהתאם לכך, מוצע בסעיף זה לאפשר לבית המשפט להורות לרשות המסים ולתאגידים הבנקאיים לחשוף מידע הנוגע לנכסי התאגיד, אף אם אין מדובר במידע שהתאגיד היה יכול לקבל במצב רגיל.
- מובהר כי המידע שיימסר יהיה רק כזה הנוגע לנכסי התאגיד, חובותיו ועסקיו ולא לתוצרי עבודה פנימיים של התאגידים הבנקאיים ורשות המסים. המידע יימסר לנאמן בלבד (אלא אם הסכימו התאגידים הבנקאיים או רשות המסים, לפי העניין, למסירתו גם לנושים).
- בכל הנוגע למידע הנמסר מרשות המסים – בית המשפט צריך לעמוד ברף גבוה יותר – "מקרים מיוחדים ומטעמים שיירשמו"; לאחר שנוכח כי לא עלה בידי הנאמן להשיג את המידע בדרך אחרת; ואין במסירת המידע משום חשיפת מקורות מידע של רשות המסים או פגיעה בחקירה של הרשות.
- הסעיף המוצע מבוסס על סעיף 60א לפקודת פשיטת הרגל (החלה כידוע, רק על יחידים).

לדיון: האם אין מקום לחייב את בית המשפט לשקול אם התועלת במסירת המידע עולה על הפגיעה בפרטיותו של צד שלישי?

סעיף 50 המוצע: סמכות חקירה

סמכות חקירה 50. הורה בית המשפט לפי סעיף 281(ד) כי חקירה כאמור באותו סעיף תבצע באמצעות הנאמן, תהיה נתונה לנאמן סמכות החקירה כאמור, הכול בכפוף להוראות אותו סעיף ולאופן ולתנאים שהורה בית המשפט.

סעיף 50 להצעת החוק מפנה לסעיף 281(ד) המוצע העוסק בסמכות החקירה של בית המשפט של חדלות הפירעון. על פי דברי ההסבר, הפניה זו הוספה מאחר שסמכות החקירה היא תפקיד מרכזי של הנאמן, המופקד בידיו בידי בית המשפט.

בסעיף 281 להצעת החוק מוצע כדלקמן:

חקירה בבית המשפט 281. (א) היה לבית המשפט יסוד סביר להניח כי ברשותו של אדם מידע בדבר נכסיו, הוצאותיו, חובותיו, התחייבויותיו או נושיו של חייב שמתנהלים לגביו הליכי חדלות פירעון או בדבר התנהלותו הכלכלית, או כי אדם מחזיק בנכס או במסמך של חייב כאמור או חב לו חוב, רשאי הוא לצוות על אותו אדם להתייצב לפניו לחקירה, אם סבר כי החקירה דרושה לצורך הליכי חדלות הפירעון; סמכויות החקירה לפי סעיף קטן זה יהיו נתונות לבית המשפט גם לגבי החייב.

(ב) בית המשפט יזהיר את הנחקר לפני חקירתו, בלשון המובנת לו, כי עליו להעיד את האמת בלבד ואת האמת כולה וכי יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן; הנחקר ישיב כי הבין את האזהרה וכי הוא מתחייב לעשות כן.

(ג) בית המשפט רשאי להציג לנחקר כל שאלה שתיראה לו; על הנחקר להשיב על כל שאלה ששאל בית המשפט.

(ד) בית המשפט רשאי לבצע את החקירות באמצעות הנאמן; השר, באישור ועדת החוקה, יקבע את האופן והתנאים לחקירה כאמור, ואם לא הורה – יורה על כך בית המשפט באופן ובתנאים שיורה.

(ה) חקירה שבוצעה באמצעות הנאמן לפי סעיף קטן (ד), תתועד בפרוטוקול שיימסר לנחקר, ואולם רשאי הנאמן לדחות את מסירת הפרוטוקול עד לסיום כל החקירות והבירורים הנוגעים להליכי חדלות הפירעון.

הערות:

• סעיף 281 המוצע (החל הן על תאגיד והן על יחידים) מסדיר את סמכות החקירה של בית המשפט והנאמן.

סעיף-קטן (א) מגדיר מבחינה מהותית את הזכות לחקירה -

תכלית החקירה היא לצורך הליכי חדלות הפירעון.

סמכות החקירה היא כלפי:

- מי שיש לו מידע בדבר נכסיו, הוצאותיו, חובותיו, התחייבויותיו או נושיו או התנהלותו הכלכלית של חייב;
- אדם המחזיק בנכס או במסמך של חייב;
- מי שחב לחייב חוב.

מדובר בסמכות נרחבת יחסית, החלה על כל אדם שיש לו מידע רלוונטי, אך בניגוד לדין הקיים אין התייחסות ספציפית ל"נושאי משרה" כאחד הגורמים שניתן לחקור.

יש בנוסח זה מענה לשאלות שעלו בפסיקת בתי המשפט באשר לתחולת סמכות החקירה על צדדים שלישיים שאינם קשורים ישירות לחברה (למשל, ע"א 1211/96 כהן נ' נשיונל קונסולטנטס, שם נדונה סמכות החקירה ביחס לחברה שהכינה הערכת שווי לחברה שבחדלות פירעון, וביהמ"ש קבע שיש להעניק פרשנות מרחיבה לסמכויות החקירה וניתן לחקור כל צד שלישי העומד בתנאי הסעיף גם אם אינו קשור לחברה, ואולם היקף סמכות החקירה משתנה בהתאם לסוג הנחקר).

• סעיפים-קטנים (ב) ו-(ג) קובעים הוראות הליכיות: בית משפט צריך להזהיר את הנחקר לפני חקירתו כי עליו להעיד אמת, ורשאי להציג לנחקר כל שאלה שתיראה לו והנחקר נדרש להשיב על כל שאלה.

• סעיפים קטנים (ד) ו-(ה) עוסקים בחקירה בידי הנאמן:

בסעיף-קטן (ד) מוצע לקבוע כי בית המשפט רשאי לבצע את החקירות באמצעות הנאמן. בסעיף-קטן (ה) מוצע לקבוע שחקירה שבוצעה באמצעות הנאמן תתועד בפרוטוקול שיימסר לנחקר, ואולם הנאמן רשאי לדחות את מסירת הפרוטוקול עד לסיום החקירות והבירורים.

כיום מוסדרות סמכויות החקירה שמבצע בעל תפקיד בסעיף 288 לפקודת החברות (לעניין תאגידים) ובסעיף 60 לפקודת פשיטת הרגל (לעניין יחידים). סעיף 288 קובע כדלקמן:

"(א) בית המשפט רשאי בכל עת, לאחר שמינה מפרק זמני או לאחר שנתן צו פירוק, להזמין נושא משרה בחברה או כל אדם הידוע כמחזיק נכסים של החברה או החשוד בכך או הנראה כמי שחייב לה כסף או שהוא יכול, לדעת בית המשפט, למסור מידע בדבר ייזום החברה, ייסודה, מסחרה, עסקיה או נכסיה, ורשאי הוא לחקור אותו באזהרה בכל העניינים האלה, בעל פה או בשאלון שבכתב, לרשום את תשובותיו ולדרוש שיחתום עליהן.

(ב) בית המשפט רשאי לדרוש מאדם שהוזמן לפי סעיף זה להגיש לו פנקסים שברשותו או בשליטתו בנוגע לחברה; ואולם אם האדם טוען שיש לו עכבון על הפנקסים שהגיש, לא תפגע הגשתם באותו עכבון, ובית המשפט יוכל בפירוק להכריע בכל שאלה הנוגעת לעכבון.

(ג) מי שהוזמן לפי סעיף זה והוצע לו סכום סביר לכיסוי הוצאותיו, אך סירב לבוא לפני בית המשפט בזמן שנקבע, ולא היתה לפני בית המשפט בישיבתו כל הודעה המניחה דעתו על סיבה כדין שמנעה אותו מלבווא, רשאי בית המשפט לצוות שייצער ויבא לפניו לחקירה".

נקודות לדיון:

- 1. האם אין מקום לקבוע בתקנות את כללי החקירה בידי הנאמן, זאת במיוחד נוכח היותו אדם פרטי המשמש כזרועו הארוכה של בית המשפט? למשל, לקבוע את אופן זימונם של הצדדים לחקירה, מיקומה, נוכחות של אנשים אחרים בחקירה וכיו"ב.**
- 2. מסירת פרוטוקול לנחקר – מדוע מוצע לקבוע כי הנאמן רשאי לדחות את מסירת פרוטוקול החקירה לנחקר, בהתחשב בכך שפרוטוקול חקירה בבית המשפט ניתן בסיוע הדיון לנחקר? האם ראוי לצמצם את זכות הנחקר דווקא בחקירה בידי נאמן?**
- 3. לעניין מטרת החקירה - האם לא ראוי להכריע בצורה מפורשת ביחס לשאלה אם ביהמ"ש/הנאמן יכולים לנהל חקירה שנועדה לסייע בהגשת תביעה נגד נושאי משרה בתאגיד? נראה שעמדת הפסיקה כיום היא שניתן לנהל חקירה, גם אם היא נועדה לסייע בעתיד בהגשת תביעה נגד נושאי משרה, ובלבד שאין מדובר בתביעה שכבר מתנהלת, או בתביעה שאמורה להיות מוגשת בעתיד הקרוב, ברמה גבוהה מאוד של ודאות (ראו, רע"א 8997/07 צלר נ' גבריאל (פורסם בנבו, 22.12.2008); רע"א 10/89 פקר נ' פ.י.ט., פ"ד מב(4) 573 (1989)). האם יש מקום לעגן הלכה זו בחוק?**
- 4. האם אין מקום להסדיר את סוגיית החיסיון מפני הפללה עצמית? בתי המשפט סברו בעבר שלמי שנחקר על-ידי בעל תפקיד בחדלות פירעון אין זכות להימנע מחקירה, אף אם זו עלולה להביאו לכדי הפללה עצמית (ראו, ע"א 3322/92 פלוק נ' זינגל, פס" 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.12.93)). ואולם, בפסק דין מאוחר יותר (צלר) שהוזכר לעיל, ציין כב' השופט מלצר (מבלי להכריע) כי יש הגיון לאמץ דין שונה לעניין הזכות להימנע מהפללה עצמית ולהבחין בין נושאי משרה בתאגיד ובין צדדים שלישיים, בדומה לגישה שאומצה באנגליה. לפי גישה זו – בעוד שנושא משרה אינו יכול להימנע מלהשיב על שאלות בחקירת הנאמן, צד שלישי יכול (במצבים מסוימים) להימנע מלענות לשאלות כדי למנוע הפללה עצמית, או שתישמר לו הזכות לטעון נגד השימוש בחומרים שהושגו בצורה זו בעתיד.**
- בהקשר זה, האם יש לקבוע חובה להזהיר את הנחקר מפני הפללה עצמית? ומה דינם של דברים שאמר נחקר לאחר שביקש לשמור על זכותו להימנע מהפללה עצמית?**

5. **האם יש מקום לייצוג על ידי עורך דין? מובן כי שאלה זו קשורה למטרת החקירה ולשאלת החיסיון מפני הפללה עצמית. ככל שהחקירה מאפשרת השגת מידע שימש בתביעות עתידיות גובר הצורך בייצוג משפטי בעת החקירה. עמדת הפסיקה בעניין זה אינה חד-משמעית, כך למשל בפש"ר (ת"א) 1700/05 רן קרול נ' אבנר כהן (פורסם בנבו, 21.5.2006), הוכרה האפשרות של הנחקר לקבל ייצוג של עורכי דינו בעת חקירתו בידי בעל התפקיד (הנאמן/המפרק), ואולם ביהמ"ש הטיל הגבלות רבות על הייצוג.**

סעיף 51 המוצע: שמירה על סודיות

שמירה על סודיות 51. הנאמן וכל אדם הפועל מטעמו לא יעשה שימוש במידע שהגיע אליו תוך כדי מילוי תפקידו ועקב מילוי תפקידו ולא יגלה אותו לאחר, אלא במידה הדרושה לביצוע תפקידו או על פי צו של בית משפט.

הערות:

בשל המידע הרב שהנאמן נחשף עליו, מוטלת עליו חובה לשמור על סודיות ולעשות שימוש במידע רק לצורך מילוי תפקידו. הוראה משלימה בעניין זה נמצאת בסעיף 258 להצעת החוק, שעניינה זכות עיון של נושים במסמכים.

סעיף 52 המוצע: דוחות הנאמן

- דוחות הנאמן 52. (א) הנאמן יגיש לבית המשפט ולממונה דוח תקופתי לעניין נכסי קופת הנשייה, תביעות החוב שאישר ותביעות חוב תלויות ועומדות, והפעולות שביצע במסגרת תפקידו.
- (ב) הדוח התקופתי יוגש אחת לשנה-לשישה חודשים לפחות או בתדירות גבוהה יותר אם הורה כך בית המשפט או הממונה.
- (ג) בית המשפט או הממונה רשאי לדרוש מהנאמן להגיש לו דוח מיידי על אירוע מסוים הנוגע להליכי חדלות הפירעון.
- (ד) הממונה רשאי לקבוע כללים לעניין דוחות הנאמן ובכלל זה לעניין אופן עריכת הדוחות והפרטים שייכללו בהם.
- (ה) כל בעל עניין בהליכי חדלות הפירעון רשאי לעיין בדוחות הנאמן ולהעתיקם; השר באישור ועדת החוקה רשאי לקבוע הוראות לעניין זכות העיון לפי סעיף קטן זה.
- (ו) בהכנת הדוח יתן הנאמן דעתו לפרטיותם של מי שמוזכרים בדוח, ויימנע מלכלול פרטים אישיים שגילויים אינו נחוץ להליך.

הערות:

מוצע לקבוע כי הנאמן יגיש דוח על התקדמותו לממונה ולבית המשפט אחת לשנה או באופן מיידי ביחס לאירוע מסוים. עוד מוצע לקבוע כי הכללים לעניין הדוחות ייקבעו על ידי הממונה שהוא בעל הידע המקצועי בעניין זה וכי תהיה זכות עיון בדוח זה לכל בעל עניין בהליך חדלות הפירעון.

לדיון:

1. האם פרק זמן של שנה הוא פרק זמן סביר בהתחשב באופיו של ההליך?
2. האם אין מקום כי הממונה יקבע הוראות לעניין שמירה על הפרטיות, והימנעות מחשיפת פרטים אישיים שגילויים אינו נחוץ להליך חדלות הפירעון?

סעיף 53 המוצע: שיתוף פעולה עם הנאמן

ראה דיון במסגרת סעיף 46

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 רשאי לפנות לבית המשפט בבקשה לבטל או לשנות את ההחלטה או הפעולה או לתת מפעולת הנאמן 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 ההחלטה. יש בכך ביטוי לעובדה שהנאמן הוא "זרועו הארוכה" של ביהמ"ש.

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 שנדרשו 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 של הנאמן ולמנוע אפשרות להפעלת לחצים עליו. עוד מוצע לקבוע כי טרם קבלת החלטה על העברה מתפקיד, תינתן לנאמן הזדמנות להשמיע דברו ותישמע דעתו של הממונה.

לדיון: 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. ביהמ"ש יורה על סיום כהונת הנאמן אם ראה כי הנאמן סיים לבצע את תפקידו או אם החיסול נרשם.