

מסמך הכנה לדין בהצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ו-2016 הקבוע ליום

23.7.17 – סעיפים 287-292 (חלק ח': אחריות נושא משרה ובעל תפקיד)

חלק ח' להצעת החוק עוסק באחריות נושאי משרה ובעלי תפקיד בתאגיד הנמצא בחדלות פירעון. החידוש העיקרי המוצע בחלק זה, הוא כי לצד האחריות הקיימת כבר כיום לנושאי משרה ולבעלי תפקיד כלפי החברה,¹ **תוטל על דירקטורים גם אחריות מיוחדת בתקופה שקדמה לכניסה הפורמלית להליך חדלות הפירעון**. נהוג לכנות תקופה זו "אזור חדלות הפירעון" והכוונה היא לתקופה שבמהלכה התדרדר התאגיד מבחינה כלכלית, עד הכניסה הפורמלית להליכי חדלות הפירעון.

בנוסף, מוצע לעגן בשינויים מסוימים את האחריות המוטלת כיום לפי סעיף 373 לפקודת החברות על **נושאי משרה בשל ניהול עסק בתרמית**; וכן, לעגן את המסלול הקיים כיום בסעיף 374 לפקודת החברות לניהול הדיון המשפטי בהטלת אחריות על **בעל תפקיד בשל הפרת חובה כלפי התאגיד** במסגרת הליך חדלות הפירעון. **התיקונים המוצעים מוצגים בתמצית בטבלה שלהלן:**

סעיף	זהות האחראי	מהות האחריות	מישור הזמן	סנקציה
288. אחריות דירקטור שלא פעל לצמצום היקף חדלות הפירעון	דירקטור	ידע או היה עליו לדעת כי התאגיד נמצא בחדלות פירעון ולא נקט אמצעים סבירים לצמצום היקפה	התקופה בה נמצא התאגיד בחדלות פירעון (לפני ואחרי הצו)	אחריות לנזקים שנגרמו לנושי התאגיד בשל מחדלו
289. הפרת חובה בידי בעל תפקיד בתאגיד	בעל תפקיד (חבר התאגיד, נושא משרה, הנאמן או מי שפעל מטעמו, וכונס נכסים)	הפר חובה כלפי התאגיד שמקימה עילה לחיובו בפיצוי, תשלום או השבת נכס לתאגיד	אין מגבלה	פיצוי, תשלום או השבת הנכס
290. ניהול מרמה של נושא משרה	נושא משרה (כהגדרתו בחוק החברות ²)	היה שותף לניהול מרמה של התאגיד	התקופה שקדמה למתן הצו לפתיחת הליכים	אחריות לחובות התאגיד שנוצרו כתוצאה מניהול המרמה; וכן – פסילה מלשמש נושא משרה בכל תאגיד, עד 5 שנים

¹ בעיקר מדובר בחובות זהירות ובחובות האמונים של נושא משרה לפי חוק החברות: **סעיף 252 לחוק החברות – חובת זהירות**: "252. (א) נושא משרה חב כלפי החברה חובת זהירות כאמור בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנוזקין [נוסח חדש]. (ב) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי למנוע קיומה של חובת זהירות של נושא משרה כלפי אדם אחר".

סעיף 254 לחוק החברות – חובת אמונים: "254. (א) נושא משרה חב חובת אמונים לחברה, ינהג בתום לב ויפעל לטובתה, ובכלל זה – (1) יימנע מכל פעולה שיש בה ניגוד עניינים בין מילוי תפקידו בחברה לבין מילוי תפקיד אחר שלו או לבין ענייני האישיים; (2) יימנע מכל פעולה שיש בה תחרות עם עסקי החברה; (3) יימנע מניצול הזדמנות עסקית של החברה במטרה להשיג טובת הנאה לעצמו או לאחר; (4) יגלה לחברה כל ידיעה וימסור לה כל מסמך הנוגעים לעניינה, שבאו לידי בתוקף מעמדו בחברה. (ב) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי למנוע קיומה של חובת אמונים של נושא משרה כלפי אדם אחר."

² **סעיף 1 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".

**חלק ח': אחריות נושא משרה ובעל תפקיד בתאגיד הנמצא
בחדלות פירעון**

סעיף 287 המוצע: הגדרות

הגדרות 287. בחלק זה –

"דירקטור" – חבר בדירקטוריון של חברה או מי שממלא תפקיד דומה בשותפות;

"ניהול מרמה" – ניהול התאגיד מתוך כוונה לרמות את נושיו.

- את הגדרת "דירקטור" – יש לקרוא יחד עם האמור בסעיף 292 המוצע להלן.
- מוצע לדון בהגדרת "ניהול מרמה" ביחד עם סעיף 290 שלהלן.

סעיף 288 המוצע: אחריות דירקטור שלא פעל לצמצום היקף חדלות הפירעון

אחריות דירקטור 288. (א) ידע דירקטור או היה עליו לדעת כי התאגיד נמצא בחדלות פירעון ולא נקט
שלא פעל לצמצום
היקף חדלות הפירעון
אמצעים סבירים לצמצום היקפה, רשאי בית המשפט, לבקשת הנאמן או הממונה,
לאחר מתן הצו לפתיחת הליכים לגבי התאגיד, להורות כי דירקטור יישא באחריות
כלפי התאגיד לנזקים שנגרמו לנושי התאגיד בשל מחדלו.

(ב) לעניין סעיף זה, חזקה כי דירקטור נקט אמצעים סבירים לצמצום היקף
חדלות הפירעון של התאגיד, אם נקט אמצעים להערכת מצבו הכלכלי של התאגיד
ופעל כדי שהתאגיד ינקוט אחד האמצעים כמפורט להלן:

(1) יפעל בהתאם לייעוץ שקיבל בעקבות קבלת שירותים מקצועיים
מגורמים המתמחים בשיקום תאגידיים;

(2) ניהול משא ומתן עם נושי התאגיד כדי להגיע עמם להסדר חוב;

(3) פתיחה בהליכי חדלות פירעון.

(ג) החליט תאגיד על פתיחה במשא ומתן מוגן לפי סעיף 338, לא יישאו
הדירקטורים של התאגיד באחריות לנזקים כאמור בסעיף קטן (א).

הערות:

- מוצע לקבוע כי בית המשפט יהיה רשאי לחייב דירקטור, שידע או שהיה עליו לדעת כי התאגיד נמצא
בחדלות פירעון, ולא נקט אמצעים סבירים לצמצום היקפה, באחריות לנזקים שנגרמו לנושי התאגיד בשל
מחדלו. בית המשפט יהיה רשאי לקבוע כאמור רק לאחר מתן הצו לפתיחת הליכים.
- המשמעות של הסעיף המוצע היא שעל הדירקטורים תוטל חובת זהירות כלפי התאגיד – שתחייב אותם
לנקוט באמצעים סבירים לצמצום היקף חדלות הפירעון. יש לשים לב שנקודת הזמן הרלוונטית להפעלת
החובה היא רק לאחר שהתאגיד נמצא בחדלות פירעון והדירקטור אינו חייב לפעול למניעת הכניסה
לחדלות הפירעון.

- הספרות שדנה בשאלה זו התייחסה לכך שבמשטר משפטי בו מתמנה בעל תפקיד חיצוני (נאמן) בעת הכניסה לחדלות פירעון (כמוצע בהצעת החוק) קיים חשש כי ההנהלה תידחה ככל האפשר את הכניסה להליך חדלות הפירעון. זאת, בין היתר, מאחר שבעת כניסת בעל התפקיד לתפקידו הם מועברים מתפקידם, ומאחר שהכניסה לחדלות פירעון יכולה להוביל להגשת תביעה אזרחית נגד אותם מנהלים בטענה כי הפרו חובותיהם כלפי החברה. לפיכך, בהסדר מסוג זה יש היגיון רב באימוץ כלים המעודדים את ההנהלה לפתוח בהליך חדלות פירעון כשהדבר נדרש, לרבות באמצעות הטלת אחריות משפטית בשל הימנעות מפתיחה בהליכים אלה במועד המתאים.³
- לצד זאת, הובעו גם ביקורות על הטלת האחריות המשפטית בגין המשך ניהול עסקי החברה. בין השאר, נטען כי הדבר עלול להרתיע מנהלים מוכשרים מלשמש בתפקידים בכירים בחברה ואף ליצור הרתעת יתר מלקיחת סיכונים עסקיים נכונים. עוד נטען כי קיים קושי לזהות את הרגע שבו הופכת החברה לחדלת פירעון, ועל כן קשה לדירקטורים להגיב למצב כלכלי שאותו אינם מזהים.⁴
- יודגש כי ההצעה אינה כוללת קביעה של חובת אמון פוזיטיבית של הדירקטורים כלפי הנושים (לא לפני ולא אחרי הכניסה לחדלות פירעון). על-פי דברי ההסבר, אמנם יש היגיון בקביעה של חובה ישירה כלפי הנושים מעת שהתאגיד נמצא בחדלות פירעון, שכן הם בעלי האינטרס השיווי במצב זה, ואולם, קיימים מספר טעמי נגד: הטלת חובות אמון כלפי הנושים בשלב שלפני הצו לפתיחת הליכים עלולה לפגוע בסיכויי השיקום של התאגיד ולגרום לדירקטורים להתנהל בצורה מתגוננת שתמנע נטילת סיכונים ראויים; קשה לפעול באופן ברור לטובת כל הנושים שאינם מקשה אחת; החובה לפעול לטובת הנושים היא כללית ומעורפלת, ובחינתה, שנעשית לרוב רק בדיעבד עלולה להיות מוטה; הוספת חובה כלפי הנושים לצד החובה כלפי בעלי המניות עלולה ליצור קונפליקט לדירקטור מקום שהחובות יסתרו זו את זו.
- מאחר שהחובה לנקוט אמצעים סבירים לצמצום היקף חדלות הפירעון אינה מוגדרת באופן ברור, מוצע לקבוע מספר פעולות, שאם ינקוט בהן הדירקטור, אזי תקום לטובתו חזקה (נינתת לסתירה) כי עמד בחובתו. לפי ההצעה, על הדירקטור לנקוט אמצעים להערכת מצבו הכלכלי של התאגיד, ובנוסף לפעול לכך שהתאגיד ינקוט אחד מהאמצעים הבאים:
 1. קבלת שירותים מגורמים מקצועיים המתמחים בשיקום תאגידיים.
 2. ניהול משא ומתן עם נושי התאגיד כדי להגיע להסדר חוב.
 3. פתיחה בהליכי חדלות פירעון.
- עוד מוצע לקבוע חזקה חלוטה ולפיה הדירקטורים לא ישאו כלל באחריות לנזקים לפי הסעיף המוצע אם התאגיד החליט על פתיחה במשא ומתן מוגן לפי סעיף 338 להצעה. לפי דברי ההסבר, הסיבה לכך היא שאחד התנאים לפתיחה במו"מ מוגן הוא יכולת התאגיד לפרוע את חובותיו שנה קדימה, ולכן קמה חזקה חלוטה שהדירקטורים נקטו את הפעולות הנדרשות למניעה או צמצום חדלות הפירעון במועד המתאים.
- מוצע לקבוע כי ניתן להגיש תביעה לפי הסעיף המוצע רק לאחר מתן הצו לפתיחת הליכים. תנאי זה נועד למנוע מהנושים להגיש תביעה נגד הדירקטורים לפני מתן הצו במטרה לנסות ולהשפיע על פעילות התאגיד.
- דוגמא להטלת אחריות דומה מהמשפט המשווה מצויה באנגליה, בסעיף 214 ל-*insolvency act*⁵ המטיל אחריות על דירקטור במצב שבו החברה נכנסה לחדלות פירעון; הדירקטור ידע או היה צריך לדעת, כי אין

³ דוד האן דיני חדלות פירעון 274, 266-257 (2009).

⁴ שם, בעמ' 267-268.

⁵ 214. *Wrongful trading*: (1) Subject to subsection (3) below, if in the course of the winding up of a company it appears that subsection (2) of this section applies in relation to a person who is or has been a director of the company, the court, on the

כל אפשרות סבירה שהחברה תמשיך ותתנהל בלי להיכנס לפירוק בשל חדלות פירעון; הדירקטור לא נקט כל אמצעי שביכולתו לצמצם את הנזק שעלול להיגרם לנושי החברה מהמשך ניהול עסקיה. עילת התביעה לפי סעיף זה מסורה למפרק בלבד, והפיצוי שבית המשפט רשאי לפסוק ינתן לחברה.

שאלות לדין:

1. לפי דברי ההסבר החובה מוטלת רק על דירקטורים ולא על כל נושאי המשרה בתאגיד מאחר שהדירקטורים הם בעלי היכולת לכוון את פעילות התאגיד ולפעול לצמצום היקף חדלות הפירעון. **ואולם, האם אין הגיון בהטלת אחריות מסוימת גם על נושאי משרה אחרים, דוגמת מנכ"ל? למשל, להטיל עליו חובה לפנות לדירקטוריון בבקשה שהדירקטוריון ינקוט בפעולות לצמצום חדלות הפירעון (השוו למשל לחובת הפעולה המוטלת על דירקטור מכוח ס' 257 לחוק החברות – "יפעל בלא דיחוי לזימון ישיבה של הדירקטוריון")?** יצוין כי סעיף 373 לפקודת החברות חל בעבר רק על דירקטורים, ותוקן כך שיחול על כל נושא משרה בתיקון מס' 14 (במקור 12) משנת 2001.
2. בנוסף, מוצע לחדד בנוסח את השאלה – **כלפי מי תוטל האחריות**. נראה שהפיצוי על-פי הסעיף אמור להיות משולם לתאגיד (לקופת הנשייה) ואין כוונה לאפשר עילת תביעה ופיצוי ישיר לנושים, **על כן מוצע להבהיר בנוסח כי הסעיף המוצע יופעל רק לבקשת הנאמן או הממונה, וכי האחריות היא כלפי התאגיד**. גם באנגליה (כפי שהוצג לעיל), עילת התביעה מסורה למפרק החברה, והפיצוי ינתן לחברה.
3. **האם יוכלו הדירקטורים ליהנות מהסדרים של פטור, שיפוי או ביטוח?** חוק החברות מתייחס באופן מפורש לשאלות אלה באשר לחובות שמוטלות על נושאי משרה מכוחו, ואנו סבורים שיש מקום לדון בכך ולהבהיר מה יהיה הדין בעניין זה גם לגבי החובות שמוצע כעת לקבוע בהצעת החוק.
4. מוצע לדון בהגנות שניתנות לדירקטורים מפני הטלת האחריות. האם אין קושי עם ההגנה המוצעת בסעיף קטן (1)(ב) – "קבלת שירותים מקצועיים מגורמים המתמחים בשיקום תאגידים"? דומה כי להבדיל משתי ההגנות האחרות המוצעות שיש בהן דרישה לפעולה ממשית ואקטיבית של התאגיד, שיש לה גם ביטוי חיצוני מובהק, חזקה זו היא "רכה" יותר, ודורשת רק פעולה פנימית ולא מחייבת של התאגיד. בהקשר זה ניתן לשאול – **האם ראוי כי פעולה כזו תספיק כדי להיחשב כאמצעי סביר לצמצום היקף חדלות הפירעון?**

application of the liquidator, may declare that that person is to be liable to make such contribution (if any) **to the company's assets** as the court thinks proper.

(2) This subsection applies in relation to a person if —

(a) the company has gone into insolvent liquidation,

(b) at some time before the commencement of the winding up of the company, that person **knew or ought to have concluded that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation**, and

(c) that person was a director of the company at that time;

but the court shall not make a declaration under this section in any case where the time mentioned in paragraph (b) above was before 28th April 1986.

(3) The court shall not make a declaration under this section with respect to any person if it is satisfied that after the condition specified in subsection (2)(b) was first satisfied in relation to him **that person took every step with a view to minimising the potential loss to the company's creditors** as (assuming him to have known that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation) **he ought to have taken**.

(4) For the purposes of subsections (2) and (3), the facts which a director of a company ought to know or ascertain, the conclusions which he ought to reach and the steps which he ought to take are those which would be known or ascertained, or reached or taken, **by a reasonably diligent person** having both—

(a) **the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the same functions as are carried out by that director in relation to the company, and**

(b) **the general knowledge, skill and experience that that director has.**

(5) The reference in subsection (4) to the functions carried out in relation to a company by a director of the company includes any functions which he does not carry out but which have been entrusted to him.

(6) For the purposes of this section a company goes into insolvent liquidation if it goes into liquidation at a time when its assets are insufficient for the payment of its debts and other liabilities and the expenses of the winding up.

(7) In this section "director" includes a shadow director.

(8) This section is without prejudice to section 213".

האם עצם קבלת הייעוץ מספיקה כדי למלא את החזקה? האם אין מקום להוסיף דרישה לפעולה אקטיבית של התאגיד בהתאם לשירות המקצועי שניתן?

5. בנוסף, האם יש הגיון במתן פטור מוחלט מאחריות בשל פתיחה במשא ומתן מוגן? האין בכך כדי ליצור

תמריץ חזק מדי להעדיף דווקא דרך פעולה זו?

סעיף 289 המוצע: הפרת חובה בידי בעל תפקיד בתאגיד

הפרת חובה בידי בעל 289. (א) מצא בית המשפט כי מי שהיה בעל תפקיד בתאגיד הפר חובה כלפי התאגיד תפקיד בתאגיד אשר מקימה עילה לחיובו בפיצוי, תשלום או השבת נכס לתאגיד, רשאי הוא, לאחר מתן צו לפתיחת הליכים לגבי התאגיד, להורות לאותו אדם לפצות, לשלם או להשיב את הנכס לתאגיד.

(ב) לעניין סעיף זה, "בעל תפקיד", בתאגיד – חבר התאגיד, נושא משרה בתאגיד, הנאמן או מי שפעל מטעמו וכן כונס נכסים.

הערות:

- בסעיף מוצע לקבוע כי במקרה שבית המשפט מצא שבעל תפקיד הפר חובה כלפי התאגיד, המקימה עילה לחיובו בפיצוי, תשלום או השבת נכס לתאגיד – הוא רשאי לחייבו לעשות כן לאחר מתן הצו לפתיחת הליכים. הסעיף נועד לקבוע מסגרת דיונית מהירה ויעילה להגשת תביעה נגד בעל תפקיד בתאגיד שהפר חובתו כלפי התאגיד.
 - מוצע להגדיר בעל תפקיד לצורך סעיף זה באופן רחב ביותר, הכולל את חברי התאגיד (בחברה – בעלי המניות), נושאי משרה (כהגדרתם בחוק החברות: מנכ"ל, מנהל עסקים ראשי, משנה למנכ"ל, סגן מנכ"ל, כל ממלא תפקיד כאמור בחברה אף אם תוארו שונה, וכן דירקטור, או מנהל הכפוף במישרין למנכ"ל), הנאמן או מי שפעל מטעמו, וכונס נכסים.
 - הסעיף מבוסס בעיקרו על סעיף 374 לפקודת החברות.⁶ בפסיקה הובהר כי מדובר בסעיף המתווה מסלול מהיר ויעיל להטלת אחריות אישית על בעלי תפקידים בגין פעולותיהם בניהול החברה. לרוב נאמר כי מדובר בהוראה דיונית במהותה, אשר לא נועדה להוסיף על עילות התביעה הקיימות על פי הדין הכללי אלא ליצור הליך ייחודי למימוש העילות הקיימות (בעיקר – הפרת חובת אמונים וחובת זהירות שבהן חב נושא המשרה). תכלית נוספת של הסעיף היא הרתעת נושאי משרה מפני התנהלות בלתי נאותה.⁷ יש בכך משום מתן עדיפות לאינטרס הציבורי בזירוז ההליכים, על פני האינטרס האישי של נושאי המשרה הנתבעים (יתכנו חריגים שבהם מאפייני ההליך יובילו למסקנה שהוא אינו מתאים להידון במסגרת הליך לפי סעיף 374 לפקודה, למשל אם מדובר בבירור עובדתי מורכב במיוחד).⁸
- על-פי הפסיקה, לשם הטלת אחריות לפי סעיף 374, יש לבסס כי נושא המשרה הפר את חובות האמון או הזהירות המוטלות עליו באירוע או אירועים ספציפיים, ויש קשר סיבתי בין התנהלותו ובין הנזק שנגרם.⁹

6 סעיף 374 לפקודת החברות – עבירות שנתגלו בפירוק: "374. התברר תוך פירוקה של חברה שאדם שהשתתף בייזומה או בייסודה או שהיה או הינו נושא משרה בה או כונס נכסים, מפרק או מפרק זמני שלה, השתמש שלא כהוגן בכסף או בנכס של החברה, או עיכבם אצלו, או נעשה חב או אחראי עליהם, או עשה מעשה שלא כשורה או שלא כדין במשא ומתן הנוגע לחברה, רשאי בית המשפט, לפי בקשת הכונס הרשמי, המפרק, נושה או משתתף, לחקור בדבר התנהגותו של האדם ולכפות עליו החזרת הכסף או הנכס או חלק מהם בצירוף ריבית בשיעור שייראה לבית המשפט, או לכפות עליו תשלום כסף לזכות החברה ככל שייראה לבית המשפט כפיצוי על מעשיו, ואין נפקא מינה אם העברין עלול להיתבע עליהם בפלילים".

⁷ ראו למשל רע"א 9983/06 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' ד"ר שלמה נס, עו"ד ורו"ח, פסקה 6 (19.8.2008).

⁸ שם, בפסקה 8.

⁹ ע"א 3515/13 עתאמנה נ' איתן ארז כמפרק חברתי בני סלים, פסקה 16 (11.3.2015).

- יצוין עוד כי פרק ז' לתקנות החברות (פירוק), התשמ"ז-1987 קובע הוראות לעניין ניהול ההליך לפי סעיפים 373 ו-374 לפקודת החברות. ממשרד המשפטים נמסר לנו כי לאחר סיום העבודה על הצעת החוק, יבחנו גם את ההסדרים שיש לעדכן בתקנות.

שאלות לדיון:

1. האם הניסוח של הסעיף אינו רחב מדי? האם יש מקום לסייג את הסעיף – למשל לעניין תקופת הזמן שבה יחול, או לעניין הקשר בין הפרת החובה והכניסה לחדלות הפירעון?
2. מעבר לחובת הזהירות וחובת האמונים, אילו חובות נוספות יכולות להיות רלוונטיות לסעיף זה?

סעיף 290 המוצע: ניהול מרמה של נושא משרה

ניהול מרמה של 290. מצא בית המשפט כי מי שהיה נושא משרה בתאגיד, היה ביודעין שותף לניהול מרמה נושא משרה של התאגיד בתקופה שקדמה למתן צו לפתיחת הליכים לגבי התאגיד, רשאי הוא להורות לגביו אחד או יותר מאלה:

- (1) לקבוע כי נושא המשרה יישא באחריות לחובות התאגיד שנוצרו כתוצאה מניהול המרמה;
- (2) לפסול אותו מלשמש נושא משרה בכל תאגיד לתקופה שיורה ושלא תעלה על חמש שנים.

"ניהול מרמה" – ניהול התאגיד מתוך כוונה לרמות את נושיו (ההגדרה בסעיף 287 לעיל).

הערות:

- הסעיף מבוסס בעיקרו על סעיף 373 לפקודת החברות.¹⁰ בפסיקה הובהר, כי הטלת חיוב אישי על נושא משרה בחברה לפי סעיף זה דורשת התקיימותם של ארבעה תנאים מצטברים: התנאי הראשון הוא שהחברה מצויה בהליך של פירוק; התנאי השני הוא כי הוגשה בקשה לחיוב אישי על-ידי המפרק או נושא

10 סעיף 373 לפקודת החברות – ניהול עסק בתרמית: "373. (א) נתן בית המשפט צו פירוק, יקבע דיון בשאלה אם עסק של החברה התנהל תוך כוונה לרמות את נושיה או את נושיו של אדם אחר או לכל מטרת מרמה; התברר בדיון כאמור, או לאחר מכן במהלך פירוקה של החברה, כי עסק של החברה התנהל כאמור, רשאי בית המשפט, על פי בקשת הכונס הרשמי או המפרק או כל נושה או משתתף של החברה ואם נראה לו נכון לעשות כן, להצהיר שכל נושא משרה שלה, שהיה ביודעין שותף בניהול העסק, יישא באחריות אישית ללא הגבלה לחביותיה של החברה, כולן או מקצתן, כפי שיורה בית המשפט; לענין סעיף זה, "נושא משרה" - בין בהווה ובין בעבר, לרבות כל מי שנושאי המשרה היו רגילים לפעול לפי הנחיותיו או הוראותיו.

(א1) בית המשפט יזמן לדיון כאמור בסעיף קטן (א) את המפרק, ורשאי הוא לזמן את הכונס הרשמי וכל אדם אחר כפי שימצא לנכון; המפרק יגיש לבית המשפט, זמן סביר לפני מועד הדיון, את עמדתו, בכתב, באשר לאופן ניהולה של החברה, בהסתמך על העובדות הידועות לו באותו מועד.

(ב) בית המשפט רשאי ליתן הוראות נוספות ככל שייראה לו דרוש להפעלת ההצהרה, ובמיוחד רשאי הוא להורות שכל חבות שהוטלה על נושא משרה על פי ההצהרה תהיה שעבוד על כל חיוב של החברה לנושא המשרה או על כל שעבוד וזכות בשעבוד על נכסי החברה, שבידי נושא המשרה או בידי אדם או חברה הפועלים מטעמו, או בידי אדם התובע בחזקת נמחה שלהם, ורשאי בית המשפט ליתן הוראות נוספות ככל הדרוש לאכיפת השעבוד שהוטל לפי סעיף קטן זה; לענין זה, "נמחה" - כל מי שלזכותו קמו, על פי הוראות נושא המשרה, החיוב או השעבוד או הזכות בו, למעט נמחה שנתן תמורה בת ערך בתום לב שלא דרך נישואין ובלי ידיעת הענינים שהיו עילה להצהרת בית המשפט.

(ג) נושא משרה של החברה, שביודעין היה שותף לניהול עסק של החברה כאמור בסעיף קטן (א), דינו - מאסר שנה אחת. (ד) בית משפט שנתן הצהרה על אדם או הרשיע אותו כאמור בסעיף זה, רשאי גם לצוות כי במשך תקופה שקבע בצו, ושל תעלה על חמש שנים מיום ההצהרה או ההרשעה, לא יוכל האדם לשמש דירקטור או מנהל כללי של חברה או להיות מעורב במישרין או בעקיפין בייסוד חברה או בניהולה אלא ברשות בית המשפט המוסמך לפרק אותה; המפרק צו לפי סעיף קטן זה, דינו - מאסר שנתיים.

(ה) הוראות סעיף זה יחולו אף אם האדם הנדון נושא באחריות פלילית לענינים שהם עילה להצהרה, וההצהרה תיחשב פסק-דין חלוט כמשמעותו בדיני פשיטת רגל.

(ו) הכונס הרשמי או המפרק חייבים להתייבב בשעת הדיון בבקשה למתן רשות לפי סעיף קטן (ד), ורשאים הם בדיון זה ובדיון בבקשה לפי סעיף קטן (א) להעיד בעצמם ולהזמין עדים.

(ז) נתן בית המשפט החלטה לפי סעיף זה, ישלח המפרק העתק החלטה לרשם.

של החברה הנוגעת למי ששימש נושא משרה בחברה; **התנאי השלישי** הוא כי "עסק של החברה התנהל תוך כוונה לרמות את נושיה או את נושיו של אדם אחר או לכל מטרת מרמה" ובהקשר זה נפסק כי אין צורך בהתקיימותו של קשר סיבתי בין התרמית שבוצעה לבין פירוקה של החברה; **והתנאי הרביעי** הוא כי נושא המשרה הנתבע היה שותף בניהול העסק ביודעין.¹¹

- במסגרת הסעיף החדש מוצע להסמיך את בית המשפט להטיל על נושא משרה שהיה שותף לניהול מרמה של תאגיד בתקופה שלפני מתן הצו לפתיחת הליכים את הסנקציות הבאות: (1) אחריות לחובות התאגיד שנוצרו כתוצאה מניהול המרמה; (2) פסילה מלשמש נושא משרה בכל תאגיד, עד 5 שנים.
- **יש לשים לב שבמסגרת הסעיף החדש מוצע לצמצם את גדר האחריות המוטלת מכוח הסעיף ביחס לדין הקיים.** לפי סעיף 373(א) לפקודת החברות, בית המשפט רשאי לחייב את נושא המשרה "באחריות אישית ללא הגבלה לחבויותיה של החברה". אחריות זו התפרשה בפסיקה כאחריות בעלת אופי עונשי (מאחר שאינה מוגבלת לנוקים שנגרמו כתוצאה מהמעשים).¹² בשונה מכך, מוצע בסעיף כי האחריות שתוטל בשל שותפות בניהול המרמה תוגבל ל"אחריות לחובות התאגיד שנוצרו כתוצאה מניהול המרמה". עם זאת, אין ההוראה כוללת דרישה לקיומו של קשר סיבתי בין התרמית לבין הפירוק.¹³
- עוד יצוין כי הדין היום קובע גם עבירה פלילית שבצדה עונש מאסר של שנה בשל ניהול עסק בתרמית (סעיף 373(ג) לפקודת החברות), אותה מוצע לבטל. ממשרד המשפטים נמסר, כי אין צורך בקביעת עבירה מיוחדת לעניין זה וכי המענה הפלילי מצוי ממילא בעבירת קבלת דבר במרמה בחוק העונשין.
- הוראה דומה קיימת היום בדין האנגלי, בסעיף 213 ל-**insolvency act**.¹⁴

שאלות לדיון:

1. מדוע מוצע לצמצם את היקף האחריות, וכן לוותר על ההוראות ההליכיות המיוחדות שהיו קבועות בסעיף 373 לפקודה (למשל, קביעה שכל חבות שהוטלה על נושא המשרה לפיו תהיה שעבוד על כל חיוב של החברה לנושא המשרה)? נראה כי הדבר נובע מן הנטייה הכללית שלא להטיל פיצויים עונשיים במסגרת הליכים אזרחיים, וכן מן ההתאמות הנדרשות של הסעיף לחקיקה מודרנית.
2. התנאי העיקרי להטלת האחריות לפי הסעיף הוא כי נושא המשרה היה "שותף לניהול מרמה" שמוצע להגדיר כ-"ניהול התאגיד מתוך כוונה לרמות את נושיו". בפסיקה שעסקה בסעיף 373 נאמר, כי מדובר במושג רחב שאינו מוגדר באופן ברור וכי יש לתור אחר "ייסוד של אי-יושר ממשי – אשמה מוסרית, חריגה מקוד של ניהול עסקים מקובל והוגן". כך למשל, נפסק כי התנאי מתקיים כאשר חברה המשיכה בניהול עסקיה וקיבלה על עצמה התחייבויות בעת שמנהליה ידעו כי החברה לא תוכל לפרוע אותן (נראה שנסיונות אלה יכנסו במסגרת סעיף 288 המוצע). עם זאת, הובהר כי לרוב לא יכנס לגדר הסעיף מצב שבו נעשה ניסיון אמיתי לגייס הון כדי להציל חברה המצויה בקשיים. כמו כן, בפסיקה הובהר כי לא כל התנהגות כושלת,

¹¹ ע"א 3515/13 עתאמנה נ' איתן ארז כמפרק חברתי בני סלים, פסקה 10 (11.3.2015).

¹² ע"א 125/89 חברת קופל טורס נ' עיזבון המנוחה רוזנברג, פ"ד מו(4) 441 (1992).

¹³ ע"א 7516/02 פישר נ' רוי"ח יוכמן, פ"ד ס(1) 69, 87-88 (2005).

¹⁴ 213. Fraudulent trading.

(1) If in the course of the winding up of a company it appears that any business of the company has been carried on with intent to defraud creditors of the company or creditors of any other person, or for any fraudulent purpose, the following has effect.

(2) The court, on the application of the liquidator may declare that any persons who were knowingly parties to the carrying on of the business in the manner above-mentioned are to be liable to make such contributions (if any) to the company's assets as the court thinks proper".

בלתי זהירה או בלתי ראויה מצד נושא המשרה עולה כדי תרמית – ואין די בהבאת ראיה לניהול רשלני, או להתנהגות שאינה בתום לב.¹⁵

האם אין מדובר בתנאי עמום מדי? כך למשל, ניתן לשאול האם מי שידע על ניהול המרמה ולא פעל כדי למנוע אותו יוגדר כ"שותף" לאותו ניהול מרמה? מדוע אין דרישה לקשר סיבתי בין ניהול המרמה לבין חדלות הפירעון?

3. מדוע הושמט התנאי כי ניהול המרמה נעשה "ביודעין"?

סעיף 291 המוצע: בירור בדבר ניהול מרמה של נושאי משרה

בירור בדבר ניהול מרמה של נושאי משרה | 291. התעורר במהלך ניהול הליכי חדלות הפירעון חשד בדבר ניהול מרמה של התאגיד בידי נושאי המשרה בו בתקופה שקדמה למתן הצו לפתיחת הליכים, רשאי בית המשפט לבקשת הממונה או הנאמן או מיוזמתו, להורות לממונה או לנאמן לברר את הדבר ולהגיש את ממצאיו לבית המשפט.

"ניהול מרמה" – ניהול התאגיד מתוך כוונה לרמות את נושיו (ראו סעיף 287 לעיל).

הערות:

- הסעיף מבוסס בעיקרו על סעיפים 16298 ו-17299 לפקודת החברות.
- במסגרת הסעיף מוצע לקבוע את אופן הבירור של חשד לניהול מרמה של נושא משרה: בית המשפט רשאי להורות לממונה או לנאמן לברר זאת ולהגיש ממצאים לבית המשפט.

שאלות לדיון:

¹⁵ ע"א יוכמן, בעמ' 89-91.

¹⁶ "298. סמכות לערוך חקירה פומבית של מייסדים ונושאי משרה של החברה: (א) הגיש הכונס הרשמי, לאחר מתן צו פירוק, דו"ח נוסף לפי פקודה זו, וציון בו שלפי דעתו נעשתה תרמית בידי פלוני בייזום החברה או בייסודה, או בידי נושא משרה של החברה בנוגע לחברה לאחר ייסודה, רשאי בית המשפט, לאחר שעיין בדו"ח, להורות כי אדם שהיה שותף לייזום החברה או לייסודה או שהיה נושא משרה בה, יתייצב לפני בית המשפט ביום פלוני כדי להיחקר בפומבי בדבר ייזומה או ייסודה של החברה או ניהול עסקיה או בדבר התנהגותו ופעולותיו כנושא משרה בה.

(ב) בית המשפט רשאי לדחות את החקירה מזמן לזמן.

(ג) הכונס הרשמי ישתתף בחקירה ויסב תשומת לבו של בית המשפט לכל דבר הנראה לו שייך לענין, ויכול הוא, ברשות מיוחדת של בית המשפט, להעסיק עורך דין לענין זה, ורשאי הוא להעיד בעצמו או להזמין עדים.

(ד) מפרק החברה, אם איננו הכונס הרשמי, וכל נושה או משתתף של החברה רשאים להשתתף בחקירה בעצמם או על ידי עורך דין.

(ה) הנחקר ייחקר באזהרה ועליו לענות על כל שאלה שבית המשפט ירשה להציג או יציג לו, ובלבד שיינתן לו לפני החקירה ועל חשבונו העתק של דו"ח הכונס הרשמי; הנחקר יוכל להעסיק על חשבונו עורך דין והלה רשאי לשאול אותו כל שאלה שבית המשפט יראה אותה צודקת כדי לאפשר לו להסביר או לסייג כל תשובה שהשיב.

(ו) נחקר שנוקה לדעת בית המשפט מן ההאשמות שהובאו נגדו במפורש או ברמז, רשאי בית המשפט לפי שיקול דעתו לפסוק לו הוצאות.

(ז) פרטי החקירה יירשמו וייקראו לפני הנחקר, או שיקראם בעצמו, ייחתמו בידו ויוכלו לשמש לאחר מכן ראיה נגדו; הם יהיו פתוחים לעיון לכל נושה ומשתתף בכל עת סבירה."

¹⁷ "299. הדיון בבקשת חקירה: (א) הודיע הכונס הרשמי שלפי דעתו נעשה מעשה תרמית כאמור בסעיף 297, רשאי בית המשפט, על פי בקשת הכונס, ליתן צו לפי סעיף 373(ד) כאילו מי שיוחס לו מעשה התרמית ניתנה עליו הצהרה לפי סעיף קטן (א) לאותו סעיף.

(ב) היה בדעת הכונס הרשמי להגיש בקשה לפי סעיף קטן (א), ימסור לאדם שיוחס לו מעשה התרמית הודעה על כך עשרה ימים מראש, ואותו אדם רשאי להתייצב בשעת הדיון בבקשה ולהעיד בעצמו ולהזמין עדים.

(ג) הכונס הרשמי חייב להתייצב בשעת הדיון בבקשתו ולהסב תשומת לבו של בית המשפט לכל דבר שנראה לו שייך לענין, ורשאי הוא להעיד בעצמו ולהזמין עדים."

1. מה המשמעות של "התעורר חשד"? האם כל אדם רשאי לפנות לביהמ"ש ולבקש לחקור? לפי ההסדר כיום, נראה שהכונס הרשמי הוא היחיד שיכול ליזום הליך כזה – אם ציין בדוח שהגיש כי לפי דעתו נעשתה תרמית (ראו סעיף 298(א) לפקודת החברות). האם יש הצדקה להרחבת האפשרות לפנות לבית המשפט בבקשה שיערך בירור בדבר חשד למרמה של נושאי המשרה? מצד אחד, קיים היגיון בצמצום היכולת להתניע הליך חקירתי לגורם רשמי כלשהו, ומצד שני התכלית של גילוי ובירור מעשי מרמה של נושאי משרה תומכת בהגמשת הכלל הקיים היום.

סעיף 292 המוצע: תחולה על מי שמילא בפועל תפקיד של דירקטור

תחולה על מי שמילא 292. הוראות חלק זה יחולו גם על מי שמילא בפועל תפקיד של דירקטור לרבות בניגוד בפועל תפקיד של להוראות סעיף 106 לחוק החברות. דירקטור

הערות:

- מוצע לקבוע כי גם מי שמילא בפועל תפקיד של דירקטור (כלומר שימש כ"דירקטור צללים" מבלי שמונה כדין לכהונה) יחוב באחריות לפי חלק ח' להצעה.
- סעיף 106 לחוק החברות¹⁸ אליו מפנה הסעיף המוצע קובע את הכלל כי אדם לא ימלא תפקיד של דירקטור אלא אם מונה לכך כדין, ולא יפגע בשיקול הדעת העצמאי של דירקטור.
- יצוין, כי **סעיף 1 לפקודת החברות** מגדיר היום "דירקטור" באופן דומה: "דירקטור" - לרבות מי שמשמש בפועל בתפקיד דירקטור, יהא תארו אשר יהא; לעניין זה הפסיקה קבעה כי השאלה העיקרית היא האם האדם המסוים "עסק בפועל בניהולה של החברה", ונפסק, למשל, כי אדם שהיה "מעורב באופן פעיל ומעמיק בקבלת ההחלטות בחברה" נחשב כדירקטור, אף אם לא כיהן ככזה בפועל.¹⁹

¹⁸ "106. שיקול דעת עצמאי והסכמי הצבעה: (א) דירקטור, בכשירותו ככזה, יפעיל שיקול דעת עצמאי בהצבעה בדירקטוריון, לא יהיה צד להסכם הצבעה ויראו באי-הפעלת שיקול דעת עצמאי כאמור או בהסכם הצבעה הפרת חובת אמונים.

(ב) לא ימלא אדם תפקיד מתפקידיו של דירקטור אלא אם כן מונה כדין לתפקיד דירקטור ולא יפגע אדם בשיקול הדעת העצמאי של דירקטור.

(ג) בלי לגרוע מהוראות כל דין, על מי שהפר את הוראת סעיף קטן (ב) יחולו החובות והאחריות החלות על דירקטורים לפי כל דין.

¹⁹ ע"א יוכמן, עמ' 89.