

חקיקה שיפוטית בדיני חדלות-פירעון*

יורם דנציגר, ** יואב פויזנר, רענן בן-ישי***

בתום עשר שנות פעילותה המליצה הוועדה לחקיקת חוק החברות, בראשות אהרן ברק, לא לכלול את דיני פירוק החברות במסגרת החוק, להותיר על כנם את ההסדרים הקיימים בתחום דיני הפירוק ודיני פשיטת-הרגל, ולחוקק חוק ייעודי שיקבע מסגרת אחידה לדינים אלה הן לגבי תאגידים וחברות והן לגבי פרטים.

אכן, חוק החברות קובע כי כל הסעיפים בפקודת החברות הנוגעים בשעבודים ובפירוק ימשיכו לחול אף לאחר כניסתו של חוק החברות לתוקף. זאת, אף שחלק מן הסעיפים הללו לא עודכנו מאז נחקקו במסגרת פקודת החברות המנדטורית. בינתיים חלפו להן יותר מעשר שנים מאז נכנס חוק החברות לתוקפו, אך המחוקק טרם אמר את דברו בעניין זה.

שופטי בתי-המשפט המחוזיים העוסקים בתחומים הרלוונטיים (כינוס נכסים בחברה, פירוק חברות, הקפאת הליכים והסדרי נושים) מתמודדים בשנים האחרונות עם מצבים שבהם הפקודה אינה נותנת מענה מספק לבעיות העומדות לפתחו של בית-המשפט. בשל כך השופטים מפתחים הסדרים חדשים אשר משמשים פתרונות נקודתיים למקרים הנידונים לפנייהם, ובדרך זו מפתחים את המשפט. בתי-המשפט מצאו אם כן את עצמם נאלצים לעשות, בדרך של "חקיקה שיפוטית", את שהיה על המחוקק לעשות בחקיקה ראשית.

* מבוסס על הרצאה שניתנה על-ידי השופט יורם דנציגר בכנס השנתי של לשכת עורכי-הדין באילת ב-26.5.2008. ברצוננו להודות לשופטי בתי-המשפט המחוזיים השונים העוסקים בתחום של חדלות-פירעון - השופטים בלהה גילאור, ורדה אלשיך, דני קרת-מאיר, יוסף שפירא, יעקב צבן ושרה דברת - על הערותיהם והארותיהם. תודתנו נתונה גם לקוראים ולמעירים שהעמידה מערכת כתב-העת משפט ועסקים - אמיר לזר ויונתן ברוורמן - על הערותיהם המועילות ועל עבודתם המדויקת והמסורה. האחריות לכל הטעויות היא שלנו, כמובן.

** דוקטור למשפטים, שופט בית-המשפט העליון.

*** תלמידים לתואר שני במשפט עסקי, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

גם בתחום של הסדרי נושים והקפאת הליכים היו בתי-המשפט יצירתיים במיוחד – אף שתחום זה זכה בהסדרה תחקיתית חדשה (אם כי חלקית) בחוק החברות – בהוסיפם על הדין החרות דין יציר פסיקה.

במאמר זה נסקור מקרים שונים שהגיעו לפתחם של בתי-המשפט, ואשר בהם נמצאו ההסדרים שבחוק חסרים ובלתי-מתאימים. מקרים אלה ישמשו לנו רקע לדיון התיאורטי בחקיקה השיפוטית ובסמכותם של השופטים ליצור הסדרים שאינם מעוגנים בחוק הכתוב, שונים ממנו או אף מצויים בניגוד מסוים לאמור בו. בהמשך אף נבחן, לשם השוואה, את הדרכים שבהן המחוקק ובתי-המשפט האנגליים מתמודדים עם השינויים והאתגרים שההתפתחות הבלתי-פוסקת בעולם העסקים מציבה בפניהם, ונעמוד על ההבדלים בין המצב באנגליה למצב בישראל.

אנו סבורים כי החקיקה השיפוטית הנעשית בבתי-המשפט המחוזיים היא תופעה מבורכת ורצויה, שכן בתחומים העסקיים הדינמיים אי-אפשר להמתין למחוקק שיאמר את דברו. אין ספק שהדין הרצוי והאידיאלי הוא קידום חקיקה ראשית, אחידה, מקיפה וברורה, אשר תנחה את בתי-המשפט כיצד לפעול בתחום דיני חדלות-הפירעון, ותספק כלים והסדרים פרטניים לבעיות שיוצגו להלן ולבעיות נוספות המתעוררות מדי יום בבתי-המשפט. אולם לנוכח קצב התקדמות החקיקה בתחום נראה כי השלמת מהלך חקיקתי כזה תארך עוד זמן רב. לפיכך, ועד אשר יואיל המחוקק לעגן את הדין הראוי בחוק, ניתן למצוא בחקיקה השיפוטית משום פתרון יעיל, איכותי וזמין לבעיות חדשות ומורכבות שהחוק הקיים אינו מספק להן פתרונות.

מבוא

פרק א: בעיית החסר בדיני החברות

1. כינוס נכסים

(א) החלת סעיף 374 לפקודת החברות על כנוס נכסים

(ב) הקניית סמכויות חקירה לכנוס נכסים

(ג) תפיסת נכסים משועבדים

(ד) ויתור על נכס מכביד

(ה) סיכום-ביניים – לעניין הקניית סמכויות לכנוס נכסים באמצעות

חקיקה שיפוטית

2. הסדרי נושים והקפאת הליכים

(א) פתרונות שיפוטיים בהעדר חקיקה בהבראת חברות

(ב) הסדרים חקיקתיים שאינם תואמים את הבעיה המשפטית

(ג) הקפאת הליכים נגד בעלי חברות בחקיקה שיפוטית

(ד) החלת סעיף 374 לפקודת החברות לגבי הליך של הסדר נושים שאין

בו צו פירוק

(ה) החלת סמכויות החקירה שבסעיף 288 לפקודת החברות לגבי הליך של הקפאת הליכים

(ו) סיכום-ביניים – לעניין הסדרי נושים והקפאת הליכים

פרק ב: ההצדקות התיאורטיות לחקיקה השיפוטית

1. פרשנות

2. השלמת חסר

3. פיתוח המשפט המקובל

פרק ג: התפתחות הדין במשפט האנגלי

סיכום

מבוא

עד שנת 2000 הדין שחל בענייני חברות בישראל היה פקודת החברות המנדטורית משנת 1929,¹ שנוסחה מחדש בשנת 1983,² ואשר הוראותיה היו מיושנות וחסרות מאוד ולכן חייבו התאמה למציאות המודרנית. לצורך יישום הרפורמה, ולקראת חקיקת החוק החדש, הוקמה בשנת 1985 ועדה בראשות השופט אהרן ברק.³ בתום עשר שנות פעילותה של ועדת ברק ועם פרסומה של הצעת חוק החברות⁴ – כחמש שנים לפני שנכנס חוק החברות⁵ לתוקפו – התברר כי תחומים משפטיים מסוימים, ובפרט דיני פירוק חברות, לא יוסדרו במסגרת חוק החברות. המלצתה של ועדת ברק הייתה לחוקק חוק ספציפי שיאגד תחתיו את דיני הפירוק עם דיני פשיטת-הרגל, תוך קביעת מסגרת אחידה לעניין הן לגבי תאגידיים והן לגבי יחידים.⁶ בדברי ההסבר להצעת החוק נקבע כי עד לחקיקתו של חוק זה ייוותרו על כנם ההסדרים הקיימים בתחומים אלה בפקודת החברות⁷ (הסדרים שחלקם לא עודכנו אף מאז הותקנה פקודת החברות המנדטורית לפני יותר משמונים שנה). בינתיים חלפו להן יותר מעשר שנים נוספות מאז נכנס חוק החברות לתוקפו, ב-1.2.2000, אך המחוקק טרם אמר את דברו בעניין זה.⁸

- 1 פקודת החברות, ח"א"י כב 155 (להלן: הפקודה המנדטורית).
- 2 פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, דמ"י [נוסח חדש] 37 (להלן: פקודת החברות או הפקודה).
- 3 משרד המשפטים דין וחשבון הועדה לחקיקת חוק חברות חדש (התשנ"ה-1994) (להלן: דוח ועדת ברק).
- 4 הצעת חוק החברות, התשנ"ו-1995, ה"ח 2 (להלן: הצעת חוק החברות).
- 5 חוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189.
- 6 דוח ועדת ברק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 6, ס' 8 לשער הראשון, וכן בעמ' 13.
- 7 ס' יא(1) בדברי ההסבר להצעת חוק החברות.
- 8 בימים אלה מונח לפתחה של ועדת החוקה, חוק ומשפט תזכיר חוק שנכתב על-ידי משרד

שופטי בתי-המשפט המחוזיים העוסקים בתחומים הרלוונטיים (פירוק חברות וכינוס נכסים בחברה) מצאו את עצמם נאלצים לעשות, בדרך של "חקיקה שיפוטית",⁹ את שהיה על המתקוק לעשות בחקיקה ראשית. גם בתחום של הסדרי נושים והקפאת הליכים היו בתי-המשפט יצירתיים במיוחד – אף שתחום זה זכה בהסדרה תחיקתית חדשה בחוק החברות¹⁰ – בהוסיפם על הדין החרות דין יציר פסיקה.

הפרק הראשון למאמר יסקור את הבעייתיות שנוצרה בדין המצוי באמצעות דוגמאות אחדות של חקיקה שיפוטית העולות מפסיקתם של בתי-המשפט המחוזיים העוסקים בתחומים של כינוס נכסים והסדרי נושים. הדוגמאות יראו כיצד השופטים מחילים הסדרים מדיני הפירוק על דיני הקפאת הליכים וכינוס נכסים, הן בנוגע לסמכויותיהם של הנאמן וכונס הנכסים והן בנוגע להיקף תחולתן של החובות שבדין על בעלי-התפקידים בחברה. בפעולות אלה השופטים מרחיבים למעשה את סמכויותיהם שלהם עצמם, תוך יצירת הסדרים חדשים אשר חלקם אינם קבועים בחוק וחלקם אף שונים מן האמור בו במפורש. דוגמאות אלה של חקיקה שיפוטית ממחישות את הפתרון שמצאו בתי-המשפט להתמודדות עם החסר הקיים זה שנים בדין המצוי לנוכח ההתפתחות הבלתי-פוסקת של הפרקטיקה העסקית והיווצרותן של בעיות חדשות שלא נמצא להן פתרון חקיקתי.

הפרק השני יתמקד בדיון התיאורטי בשאלה מהי הדרך הנכונה להתמודדות עם בעיית החסר הקיימת בחוק. במסגרת הדיון ננסה להגדיר את היקף החסר בחוק הקיים, ואת האמצעים שעל בית-המשפט לנקוט על-מנת להשלים את החסר ואף לפתח את המשפט.

בפרק השלישי נסקור את הדין האנגלי ואת הדרכים שמצאו השופטים שם להתמודדות עם בעיות החסר. נקדים ונציין כי למרות הדמיון הבולט בנקודת הפתיחה (חוק החברות האנגלי נחקק בשנת 1929,¹¹ ומייד לאחר-מכן נחקקה הפקודה המנדטורית, שהתבססה על

המשפטים המציע לחדש את דיני הבראת החברות בישראל. תזכיר החוק המוצע מבקש לתקן חלק מהליקויים שעליהם יצביע מאמר זה בהמשך. ראו תזכיר חוק החברות (תיקון – הבראת חברות), התש"ע-2010, זמין ב- www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/82AEBA2F-4732-49BB-95EB-67C1368187E5/18220/tazirhok.pdf (להלן: תזכיר החוק בעניין הבראת חברות או תזכיר החוק).

9 ביטוי זה, שהינו תרגום של המונח האנגלי "judicial legislation", הוא המונח השגור ליצירת משפט על-ידי שופטים, אך הוא מבלבל משום שסמכות החקיקה אינה מסורה לשופטים, אלא אך ורק לכנסת. הכוונה היא ל-"judicial lawmaking", כלומר, ליצירת משפט על-ידי שופטים, והמילה "חקיקה" במונח "חקיקה שיפוטית" מתייחסת להיבט הפונקציונלי, ולא להיבט המוסדי. ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 233 (2004). ראוי עוד לציין כי ברק מתייחס למונח זה במסגרת הפעולה השיפוטית שהוא מכנה "פיתוח המשפט המקובל", בעוד אנו נשתמש בו גם במקרים שבהם הפעילות השיפוטית תוגדר כפרשנות או כהשלמת חסר. להבחנה בין שלוש פעולות אלה (פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט המקובל) ולחלוקת הדוגמאות בהתאם להבחנה זו ראו להלן בפרק ב למאמר.

10 פרק ג לחוק החברות.

11 Companies Act, 1929, c. 23 (Eng.)

החוק האנגלי, באנגליה עודכן החוק לראשונה כבר בשנת 1948¹² (בעוד בישראל נעשו לאורך השנים שינויים נקודתיים בלבד, עד לשינוי המהותי הראשון בחקיקה בשנת 1983, כאשר נקבע הנוסח החדש לפקודה, ושוב בשנת 2000, כאשר נחקק חוק החברות), ובשנת 1986 נחקק חוק ספציפי להסדרתם של דיני חדלות-הפירעון,¹³ ממש כפי שהמליצה ועדת ברק לחוקק בישראל. לכאורה, במשך כארבעים שנה, עד לחקיקת החוק הספציפי, היה המצב באנגליה דומה לקיים בישראל כיום. בפרק זה נבחן כיצד התמודד המשפט האנגלי עם הבעיות שהתעוררו עקב התפתחותה של הפרקטיקה העסקית, ואם השופטים האנגלים נתקלו בבעיות דומות לאלה שהשופטים הישראלים מתמודדים עימן עד היום.

פרק א: בעיית החסר בדיני החברות

חוק החברות קובע¹⁴ כי כל הסעיפים בפקודת החברות הנוגעים בשעבודים ובפירוק ימשיכו לחול אף לאחר כניסתו של חוק החברות לתוקף. בשנים האחרונות השופטים מתמודדים עם מצבים שבהם הפקודה אינה נותנת מענה מספק לבעיות העומדות לפתחו של בית-המשפט בתחום חדלות-הפירעון. בשל כך השופטים מפתחים הסדרים חדשים אשר משמשים פתרונות נקודתיים למקרים הנידונים לפניהם, ובדרך זו מפתחים את המשפט.¹⁵ להלן דוגמאות אחדות המייצגות את "החקיקה השיפוטית" בתחום כינוס הנכסים ובתחום הסדרי הנושים. באמצעות דוגמאות אלה ננסה להמחיש את הבעייתיות הקיימת כיום בדיני חדלות-פירעון, ובעזרתן נבסס את הדיון התיאורטי שלאחריהן.

1. כינוס נכסים

ידוע לכל מי שעוסק בתחום זה כי סמכויותיו, תפקידיו וחובותיו של כונס הנכסים אינם מוסדרים בצורה מפורטת או מספקת בפקודת החברות. היטיב לתאר את המצב אליעזר וולובסקי בספרו:

12 .Companies Act, 1948, c. 38 (Eng.)

13 .Insolvency Act, 1986 (Eng.)

14 בס' 367(1).

15 ראו, למשל, רע"א 292/99 שיכון עובדים בע"מ נ' טש"ת חברה קבלנית לבניין בע"מ (בניהול מיוחד), פ"ד נה(2) 56, 61-62 (2000) (להלן: עניין שיכון עובדים), שם העיר השופט אנגלרד כי "ההסדר התחיקתי של שיקום חברות... לוקה בחסר ולכן נוצר בפרקטיקה השיפוטית מעין שילוב בין דיני הסדר נושים למטרת שיקום לבין דיני הפירוק. בתחומים רבים דיני הפירוק משמשים מקור להשלמת החסרים בדיני הסדר נושים".

"מתוך הסעיפים הרבים שבפקודת החברות [נוסח חדש] אשר מתייחסים לאגרות חוב מובטחות, שעבודים ופירוק, ואשר נותרו בתוקפם גם לאחר כניסתו לתוקף של חוק החברות התשנ"ט-1999, רק 10 סעיפים עוסקים בכונס נכסים של חברה... מאידך, בהליכי פירוק של חברה דנים 139 סעיפים... השוואת התוכן של הסעיפים בפקודת החברות [נוסח חדש] העוסקים בנושא כונס נכסים של חברה... לתוכנם של הסעיפים המקבילים בפקודת החברות המנדטורית מצביעה על כך שההוראות הקיימות ב-9 מתוך 10 הסעיפים הנ"ל לא נשתנו זה למעלה מ-70 שנה."¹⁶

בסעיפים 195, 196, 197 ו-199 לפקודה יש מספר מצומצם ביותר של הוראות בתחומים אלה,¹⁷ ואין להתפלא על כך שאת המקור העיקרי לסמכויות הכינוס ניתן למצוא בתנאיה של איגרת החוב ובהחלטת בית המשפט שמינה את הכונס. יצוין כי סעיף 382 לפקודת החברות הסמיך את שר המשפטים להתקין תקנות "לשם השגת מטרותיה של פקודה זו הנוגעות לפירוק חברות..."¹⁸ בלבד, וייתכן שמסיבה זו לא הותקנו תקנות מיוחדות הנוגעות בכינוס נכסים בחברה. על-אף האמור לעיל היה השר יכול לשלב הוראות מתאימות להשלמת החסר במסגרת תקנות הפירוק,¹⁹ שהרי לפי הסמכות שהוקנתה לו בסעיף 395 לפקודה, תקנות הפירוק יכולות לעסוק גם בנושאים המתייחסים לכינוס נכסים לפי דיני החברות (ודוגמא לכך מופיעה בתקנה 74 לתקנות הפירוק, המתייחסת במפורש גם לכונס נכסים), אך השר לא עשה כן במהלך עשרים ושלוש השנים מאז הותקנו תקנות הפירוק. אין להתפלא אפוא שבהעדר חקיקה מספקת נאלצו בתי המשפט להשלים את החסר גם בעניינים הנוגעים בסמכויותיהם של כונסי נכסים. להלן דוגמאות אחדות מן הפסיקה.

(א) החלת סעיף 374 לפקודת החברות על כונס נכסים

דוגמא ראשונה לחקיקה שיפוטית ניתן לראות בקביעה כי ניתן לחייב את מי ששימש כמנהל הכספים וכחשב של קבוצת חברות קבלניות מסוימת, אשר מונה להן כונס נכסים, להשיב לקופת הכינוס שלהן 4.5 מיליון ש"ח שאותם משך לא כדין, וזאת מכוח הוראת סעיף 374 לפקודת החברות.²⁰ "האקט החקיקתי" בקביעה זו טמון בהחלתו של סעיף 374 על קבוצת חברות שלא ניתן צו לפירוקן, וזאת על-אף מילותיו המפורשות של הסעיף, הקובעות כי

16 אליעזר וולובסקי כונס נכסים בדיני החברות 10-11 (מהדורה שנייה, 2004) (ההדגשה במקור). נכון להיום מדובר כבר בשמונים שנה מאז נחקקה פקודת החברות המנדטורית.

17 הוראות אלה, למעט ס' 195 לפקודה, נושאות אופי טכני במהותן, ועוסקות בחובות הדיווח והפרסום לגבי מינוי כונס נכסים ולגבי סיום תפקידו. ראו גם וולובסקי, שם, בעמ' 158-159.

18 ס' 382 לפקודת החברות.

19 תקנות החברות (פירוק), התשמ"ז-1987, ק"ת 884 (להלן: תקנות הפירוק).

20 ראו בש"א (חי') 3369/05 ע"ד גרנות, כונס נכסים קבוע נ' שלום (פורסם בנבו, 6.5.2008), אשר נפסק על-ידי השופטת גילאור, נשיאת בית המשפט המחוזי בחיפה (להלן: פרשת שלום).

תנאי מקדמי להחלתו הוא קיומו של צו פירוק.²¹ סעיף 374 לפקודה קובע כי אם התברר במהלך פירוקה של חברה שנושאי-משרה שלה השתמש בכספיה או בנכסיה של החברה לא כדין או לא "כהוגן", בית-המשפט מוסמך לחייבו בנזק שנגרם. השופטת גילאור נימקה את החלטתה להחיל הוראה זו גם על חברה בהליכי כינוס נכסים כדלקמן:

"מקום בו בחברה חדלת פירעון עסקינן, אין טעם טוב להבחין... בין חברה שניתן נגדה צו פירוק לבין חברה המצויה בהליכי כינוס נכסים. בשני המקרים נודעת חשיבות רבה לשימוש בכלים דיוניים יעילים ומהירים לברור... לשם הגנה על האינטרסים של ציבור הנושים ועל מנת לסייע בידי בעל התפקיד למלא תפקידו כידו הארוכה של בית המשפט".²²

ראוי לציין כי בקביעתה זו הלכה השופטת גילאור בדרך שהתווה בית-המשפט העליון בפרשת כספי נ' נס, כאשר הורה כי ניתן להקיש מדיני הפירוק לדיני הקפאת הליכים.²³ יתר על כן, בפרשת פויכטונגר²⁴ הבהירה השופטת אלשיך כי הנחיתו של בית-המשפט העליון בפרשת כספי נ' נס חלה גם בעניינו הספציפי של סעיף 374.²⁵

(ב) הקניית סמכויות חקירה לכונס נכסים

פקודת החברות מקנה למפרק של חברה סמכויות חקירה בתחומים שונים, לרבות ייזום והשתתפות בחקירות פרטיות של נושאי-משרה ואחרים²⁶ ובחקירות פומביות של מייסדים ונושאי-משרה.²⁷ לכונס נכסים, לעומת זאת, הפקודה אינה מקנה סמכויות דומות, וזאת על-אף העובדה שגם הכונס נתקל לעיתים בנושאים המחייבים חקירה, שהינה הכרחית לצורך מילוי תפקידו אף שהיא אינה כרוכה ישירות במימוש הנכסים המשועבדים של החברה.²⁸ לכן ראו בתי-המשפט לנכון להקנות סמכויות חקירה לכונס אף שאלה לא הוקנו לו פורמלית בפקודת החברות. בפרשת מ.י.ל.ה.²⁹ קבעה השופטת גילאור:

- 21 ס' 374 לפקודת החברות מתחיל במילים "התברר תוך פירוקה של חברה...".
- 22 פרשת שלום, לעיל ה"ש 20, בעמ' 3.
- 23 ע"א 3911/01 כספי נ' נס, פ"ד נו(6) 752, 762 (2002) (להלן: פרשת כספי נ' נס).
- 24 פש"ר (ת"א) 1739/02 פויכטונגר נ' רו"ח ברדיצ'ב (פורסם בנבו, 1.2.2006) (להלן: פרשת פויכטונגר).
- 25 שם, פס' 8.
- 26 ס' 288 לפקודת החברות. ראו יורם דנציגר הזכות למידע אודות החברה 431-421 (2000).
- 27 ס' 298 לפקודת החברות. ראו דנציגר, שם, בעמ' 432-437.
- 28 השוו וולובסקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 138-139.
- 29 פר' (חי') 70/95; המ' (חי') 917/95 מ.י.ל.ה. שיווק אלקטרוניקה 1994 בעמ' נ' תפארת המכונית בע"מ, תק"מ 613 (1)96 (1996) (להלן: פרשת מ.י.ל.ה.).

"אכן כונס הנכסים מתמנה לבקשת הנושה המבוטח, אולם הוא משמש כפקיד ביהמ"ש ויש טעם בהשוואת סמכויותיו ותפקידו לתפקיד מפקד.³⁰"

וכן:

"כונס הנכסים נתקל לעיתים בנושאים המחייבים חקירה. אי מתן סמכויות חקירה לגילוי מסמכיה ונכסיה של החברה עלול ליצור חלל ריק ולעקר את סמכויות כונס הנכסים... יש לאפשר להם [לכונסי הנכסים] להיעזר בכל הנדרש לבירור מצב החברה ועסקיה דווקא מאלו שנשאו בפעילותה, כמו נושאי משרה או מי שפעילות החברה בוצעה דרכם."³¹

בפסקי-דין אחדים שניתנו לאחר פרשת מ.ל.ה הלכו בתי-המשפט השונים בדרכה של השופטת גילאור לעניין הקניית סמכויות חקירה לכונס נכסים. בפרשת בולוס קבע השופט שפירא כי –

"...יש לאפשר לכונס הנכסים לבצע חקירה במטרה לגילוי נכסים הנמצאים אצל ובשליטת החברה אשר הוא מונה לכונס על נכסיה וזאת כאשר מנהלי החברה מסרבים לשתף פעולה..."³²

גם בפרשת מגדליה נקבע כי –

"...גם אם לא מוקנות לכונס נכסים סמכויות על פי סעיפים 373 ו-352 לפקודת

30 שם, בעמ' 614. אין זו הפעם הראשונה שביית-המשפט יוצר השוואה בין כונס נכסים למפקד ומתייחס לכונס נכסים כאל פקיד מטעם בית-המשפט, אף שמונה לבקשתו של נושה ספציפי. כבר בשנת 1975 קבע בית-המשפט העליון הלכה דומה: "...למן הרגע שנתמנה כונס אין הוא רשאי לדאוג רק לתביעת הנושה שביקש את מינויו. תפקידו דומה לזה של המפקד, והוא מופקד לא רק על כלל נכסי החברה החייבת, אלא גם על האינטרסים של כלל נושי החברה החייבת." ראו ע"א 141/74 פפרבוים נ' שריזלי, כמפרק אוירובט שירותי אויר בע"מ, פ"ד ל(1) 20, 23 (1975).

31 פרשת מ.ל.ה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 614 (התוספת שלנו). על עמדתה זו חזרה השופטת גילאור בבש"א (חי') 3814/05 ער"ד גרנות נ' שלום, תק"מח (1)05 13455 (2005). כן ראו אבנר כהן ואלעד עפארי "חקירות בחברות חדלות פירעון" תאגידים ז/2, 47, 59 (2010).

32 בש"א (חי') 11821/01 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' בולוס גריניט ופיש בע"מ, תק"מח (3)01 4674, 4675, פס" 3 (2001). כן ראו בש"א (ת"א) 1357/05 מיאב חברה קבלנית לבניין בע"מ (בכינוס נכסים) נ' שרייבר, תק"מח (1)05 2084 (2005); כהן ועפארי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 59.

החברות, הרי שמוקנית להם הסמכות לחקור ולדרוש מידע ומסמכים מאת נושאי המשרה של החברה...³³

(ג) תפיסת נכסים משועבדים

דוגמא נוספת לחקיקה שיפוטית בתחום כינוס הנכסים נוגעת בביטול עסקאות ובתפיסת נכסים בגין הברחת נכסים משועבדים. סמכויותיו של מפרק לנקוט פעולות לביטול עסקאות בגין הברחת נכסים או העדפת נושה מסוים על נושים אחרים קבועות בסעיף 355 לפקודת החברות. סמכויות אלה מאפשרות למפרק לפנות לבית-המשפט ולבקש את ביטול העסקאות כאשר נראה כי אלה נעשו תוך "העדפת-מרמה" של נושי החברה.³⁴ שלום לרנר תיאר בספרו את ההבחנה שבין סמכויות המפרק לסמכויות הכונס לעניין זה:

"מפרק חברה רשאי לבטל, בהתמלא תנאים מסויימים, עסקאות שנועדו להעדיף אחד הנושים על פני האחרים. הוראות אלה חלות על פירוק ולא על כינוס נכסים, וכונס נכסים לא יוכל לכאורה להביא לביטולן של עסקאות דומות."³⁵

על-אף האמור לעיל, לרנר סבור כי -

"הכונס יוכל לבטל עסקאות דומות על סמך הטענות שהן חורגות ממהלך העסקים הרגיל. לפי גישה זו, יתכן כי מצבו של כונס הנכסים שמונה מכוח אגרת חוב של שעבוד צף, יהא עדיף על מצבו של מפרק. בית המשפט רשאי לבטל עסקאות על פי בקשת מפרק, רק בהתאם לתנאים שבסעיף 355 לפקודה, ואילו שיקול הדעת אם להיעתר לבקשה דומה של כונס נכסים, רחב יותר."³⁶

מאז נרשמו דברים אלה הגיע הדיון בסמכויותיו של כונס נכסים לבטל עסקאות גם לפתחם של בתי-המשפט. בפרשת שפע מזון³⁷ טענו המערערים (שנגדם הגיש הכונס תביעה בגין הברחת רכוש החברה שבכינוס) כי אין כל יריבות בינם לבין המשיב, הואיל והמשיב הוא כונס נכסים, ולא מפרק, ואין הוא מוסמך לנקוט פעולות באשר לנכסים מוברחים. הנשיא ברק והשופט דורנר החליטו להשאיר בצריך עיון את השאלה העקרונית בדבר

33 בש"א (ת"א) 17505/06 עו"ד אהרוני, כונס הנכסים נ' מגדליה חברה לבניין בע"מ, תק"מ (1)07, 2237, 2242 (2007).

34 עילות הביטול שס' 355 מונה הן "כל העברה, משכנתה, מסירת טובין, תשלום, הוצאה לפועל וכל פעולה אחרת בנכסים". צעדים כאלה, אם "נעשו בידי חברה או נגדה", יראו אותם, בפירוקה, כהעדפת מרמה של נושיה, ולא יהיה להם תוקף.

35 שלום לרנר שעבוד נכסי חברה 68-69 (1996).

36 שם, בעמ' 69.

37 ע"א 3942/98 הבר שפע מזון לדרום בע"מ נ' כונס הנכסים של חברת אלי צבעוני סוכנויות מזון אקספרס בע"מ, פ"ד נד(5) 132 (2000) (להלן: פרשת שפע מזון).

סמכותו של כונס נכסים לתפוס נכסים שהועברו לצד שלישי ואשר נחזים בעיניו של הכונס כמוברחים, מכיוון שטענות אלה של המערערים הועלו רק בשלב הסיכומים ולכן לא נידונו בערכאה הדיונית. לפיכך לא ראו השופטים לנכון להידרש לשאלה לראשונה בערכאת הערעור.³⁸ לעומתם, השופט אנגלרד, בדעת יחיד, סבר כי יש להידרש לשאלת סמכותו של כונס הנכסים. לדידו של השופט, עם מינויו של כונס הנכסים על-פי סעיף 194 לפקודה, מוקנות לו כל הסמכויות המנויות באיגרת-החוב, לרבות הסמכות לאתר ולתפוס נכסים משועבדים, וכן "לתפוס נכסים החשודים כנכסים ש'הוברחו' מהחברה בתרמית, לאחר קבלת אישור מבית המשפט בהליך של בקשה למתן הוראות".³⁹ עם זאת, לדעת השופט אנגלרד, סמכותו של כונס הנכסים לתפוס נכסים אשר נחזים בעיניו כמוברחים אינה גורפת כסמכותו של מפרק, אלא קיימת רק כאשר יש הפרה של הוראה מפורשת המצויה באיגרת-החוב אשר לשם אכיפתה הוא התמנה.

בתי-המשפט המחוזיים נדרשו לשאלה זו בכמה מקרים למן פרשת שפע מזון. בפרשת שושן ורוד⁴⁰ הדגישה השופטת אלשיך כי אין די בהפרה של סעיף ההגבלה באיגרת-החוב, וכי יש להוכיח כי מדובר בעסקה שחורגת ממהלך העסקים הרגיל.⁴¹ חשוב לציין כי תניה המגבילה עסקאות החורגות ממהלך העסקים הרגיל קיימת בחיי המעשה כמעט בכל איגרת-חוב,⁴² משמע, סמכותו של כונס הנכסים למנוע הברחת נכסים מכוח תניה כזו באיגרת-החוב קיימת כמעט בכל מקרה של שעבוד צף.

38 שם, בעמ' 138.

39 שם, בעמ' 142.

40 ב"ש (ת"א) 9554/04 עו"ד ורטהיים – כונס הנכסים של חברת פוסטר מדיה (ישראל) בע"מ נ' שושן ורוד בע"מ (פורסם בנבו, 9.9.2004).

41 "זכותו של הנושה המובטח לבטל עסקאות, אמנם תעמוד לו במקרה של עסקאות חריגות ותמוהות המשמשות למעשה כסות להברחת נכסים מהחברה... כאשר נושה נותן ידו בידועין לפעולה חריגה שמקומה לא יכירנה במהלך עסקים רגיל, הוא חושף עצמו לסיכון כי נושה מובטח בשעבוד צף יוכל לדרוש בטלותה... דבר זה אף עולה בקנה אחד עם דבריו של כב' השופט אנגלרד, שביקש להגן על בעלי שעבוד מפעולות שלא במהלך עסקים רגיל. לא בכדי, מעיר השופט המלומד, כי לכונס נכסים הזכות לבטל בנסיבות מסוימות העברות נכסים (להבדיל מסמכות גורפת כל אימת שקיימת תנייה מגבילה), ולאחר מכן מפרש דבריו ומדבר על 'סמכות לתפוס נכסים החשודים כנכסים שהוברחו מהחברה בתרמית'... ככל שאמורים דברים בדרישה מצד ג' להתחזיר כספים או נכסים שקיבל לחזקתו בטרם צו הכינוס, הרי אין די בסעיף הגבלה באיגרת החוב, ועל הכונס להוכיח (לפי מאזן ההסתברות הנהוג במשפט אזרחי), כי עניין לנו בעסקה החורגת ממהלך העסקים הרגיל, וכי הנושה היה מודע לכך." שם, פס' 7.

42 "עניין לנו בתנאי שגרתי המופיע בחיי המעשה כמעט בכל איגרת חוב נשוא שעבוד צף, האוסרת על החברה להעביר נכסים שלא במהלך עסקים רגיל." שם, פס' 6.

בפרשת טופ אין⁴³ חוזרת השופטת קרת-מאיר על דבריו של השופט אנגלרד בפרשת שפע מזון, ומדגישה:

"משמוקנית לכונס הנכסים הסמכות לקבל לרשותו את הרכוש המשועבד, נלווית לסמכות זו הסמכות לעקוב אחר הנכסים המשועבדים לאתר אותם ולתפוס אותם. מכאן, שקמה לכונס הנכסים הסמכות לדרוש השבת נכסים במקרים מסויימים, גם כאשר נכסים אלה הוצאו מרשותה של החברה לפני מתן צו כינוס הנכסים."⁴⁴

כלומר, השופטת מבארת כי המועד הקובע לעניין סמכותו של כונס הנכסים הוא המועד שבו הונפקה איגרת-החוב על-ידי הצדדים, ולא המועד שבו ניתן צו הכינוס על-ידי בית-המשפט. מצאנו כי הגישה שהציג לרנר בספרו אומצה בפסיקתם של בתי-המשפט השונים. אולם בעוד שהפסיקה ביססה את סמכויות הכונס בהוראות איגרת-החוב, והתנתה את קיום הסמכויות בפירוטן באיגרת, אנו סבורים כי אף בהעדר הוראה תחיקתית מפורשת, ואף באותם מקרים שבהם איגרת-החוב אינה מקנה סמכות מפורשת לכונס הנכסים לתפוס נכסים שנחזים בעיניו כמוברחים, בית-המשפט רשאי, מכוח "חקיקה שיפוטית", להסמיכו לפעול בדרך זו. ההצדקה לכך טמונה ברציונל שבבסיס השעבוד. מטרתו של הנושה המובטח היא להבטיח את עדיפותו על נושים אחרים, אך זאת תוך שמירה על חופש הפעולה של נושאי-המשרה בתחומי הפעילות של החברה. על החברה, מאידך גיסא, לשמור על האינטרס של הנושה המובטח ולפעול במהלך העסקים הרגיל שלה. חריגה מפעילות זו מהווה פגיעה באינטרסים של הנושה המובטח, ומכאן ההצדקה של בית-המשפט לאפשר בחקיקה שיפוטית את ביטולן של פעולות אלה, גם אם תניה זו לא נכתבה במפורש באיגרת-החוב.⁴⁵

(ד) ויתור על נכס מכביד

הדוגמא האחרונה בתחום זה נוגעת בשאלה אם כונס נכסים מוסמך לוותר על נכס מכביד. גם בעניין זה העניק המחוקק סמכויות למפרק⁴⁶ ואף לנאמן בפשיטת-הרגל,⁴⁷ אך נמנע מלהעניק סמכות כזו לכונס נכסים. אולם –

43 בש"א (מחוזי ת"א) 19854/04 כונס נכסים זמני לטופ אין בע"מ – עו"ד ווהב נ' פריץ (פורסם בנבו, 16.1.2005).

44 שם, פס' 4 (ההדגשה הוספה). יש לציין כי גם בפרשה אחרת קבעה השופטת קרת-מאיר כי סמכות הכונס חלה עוד לפני מתן צו הכינוס, וכן כי "סמכותה של הכונסת היא לדאוג לכך כי כל נכסי החברה אשר היו מוקנים לה ערב הכינוס יאותרו ויהוו חלק מנכסי הכינוס". בש"א (מחוזי ת"א) 17279/03 בנק הפועלים בע"מ – סניף פולג נתניה נ' קבוצת לב אופיר בע"מ, פס' ד (פורסם בנבו, 22.12.2004).

45 השוו לרנר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 65.

46 ס' 360-365 לפקודת החברות.

47 ס' 115-122 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ס-1980, נ"ח 639 (להלן: פקודת פשיטת-הרגל).

"בפרקטיקה, יש לעתים צורך חיוני כי חברה שאינה מסוגלת לכבד את התחייבויותיה ומונה לה כונס נכסים לפי דיני החברות, תוכל להשתחרר מחוזה שנחתם על-ידי החברה עובר למינוי בעל תפקיד זה, וזאת כאשר נסיבות העניין מצדיקות זאת, הגם שלא ננקטו נגדה הליכי פירוק או שננקטו אך טרם נתמנה לה מפרק (קבוע)."⁴⁸

גם בתחום זה השלימו בתי-המשפט את הקסר בדרך של חקיקה שיפוטית. בתי-המשפט קבעו כי ניתן לאשר לכונס נכסים, במסגרת בקשה למתן הוראות, להתעלם מחוזה מכביד שביצעו יגרום נזק לנושים המובטחים, בכפוף לתנאים שייראו לבית-המשפט בנסיבות העניין:

"יוצא שאין לנו הוראות חקוקות המסדירות את דרך פנייתו של כונס נכסים אל בית-המשפט בבקשת הוראות במקרה כגון זה שלפנינו. אך אין ללמוד מזה שדרך זו אינה קיימת. עצם מינויו של כונס נכסים מעמיד אותו תחת פיקוחו והדרכתו של בית-המשפט ומכאן שאם הוא זקוק להדרכה בענין מסויים הנוגע למילוי תפקידו, יוכל לפנות לבית-המשפט בבקשת הוראות."⁴⁹

עם זאת, בית-המשפט מגביל את הטעמים שלפיהם יורה לכונס "להתעלם" מחוזה שהחברה מחויבת אליו:

"בית המשפט לא יתן צו כזה אלא רק כשמדובר בחוזה שהחברה צריכה לבצע אותו ומתעוררת השאלה אם על הכונס לבצעו בשם החברה, וכשנסיבות העניין מצדיקות אי ביצוע החוזה."⁵⁰

(ה) סיכום-ביניים – לעניין הקניית סמכויות לכונס נכסים באמצעות חקיקה שיפוטית

סקירת הסמכויות שהחקיקה השיפוטית מקנה לכונס נכסים מצביעה על שיטתיות: בתי-המשפט שאבו את הסמכויות מאלה שניתנו בחקיקה למפרק, והחילו אותן גם במצבים שבהם לא ניתן צו פירוק ולא מונה מפרק, תוך הקניית הסמכויות הרלוונטיות לכונס הנכסים. דומה שפעולות אלה נבעו מהצורך להשלים אותו קסר שבחקיקה, אשר מפרטת אומנם רבות לגבי הסמכויות הניתנות למפרק בפירוק, אך שותקת לגבי כונס נכסים. עם זאת, אין להתכחש להבדלים הגדולים בין מפרק לכונס נכסים, שהרי לא האחד כרעהו, וגם הדרך והטעמים למינוים אינם דומים. כמו-כן, שני בעלי-תפקידים אלה נבדלים

48 וולובסקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 271.

49 ע"א 635/71 שיווק מוצרי אוטוקרס בע"מ נ' מרגוליס, פ"ד כו(1) 682, 687 (1972).

50 ע"א 471/73 מקבלי נכסים זמניים של אלקטרוניקס בע"מ נ' אלסינט בע"מ, פ"ד כט(1) 121, 131 (1974). כן ראו בעניין זה ע"א 593/76 איילון נ' ועד הבית מרחוב מורדי הגטאות, פ"ד לא(1) 808, 811 (1977). להרחבה בעניין ראו גם וולובסקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 271-273.

מתפקיד הנאמן הממונה לנהל חברה בקשיים. אולם מבחינת הסמכויות שמוקנות לנאמן בחוק, מצבו דומה לזה של כונס נכסים, שכן "סמכויות הנאמן בשיקום חברה אינן מוגדרות במפורש בחוק; זהו אחד מן החסרים הרבים שבהסדר החקוק של דין שיקום החברות".⁵¹ חסר זה בחקיקה הושלם בפרשת כספי נ' נס על-ידי השופטת שטרסברג-כהן באמצעות חקיקה שיפוטית, בנימוק הבא:

"כפי שהמפרק זקוק לסמכויות רחבות על-מנת להגשים את מטרת הפירוק... כך הנאמן זקוק לסמכויות רחבות על-מנת להגשים את מטרת השיקום... לפיכך נלך גם בסוגיית סמכויות הנאמן אחרי הפרקטיקה המשפטית והשיפוטית המשלימה את החסרים שבדיני שיקום החברה מתוך דיני הפירוק, ונקבע כי בידי הנאמן אותן הסמכויות המוקנות בדיני הפירוק למפרק."⁵²

דומה שבהשוואת סמכויותיו של הנאמן לאלה של המפרק עשתה השופטת את המהלך הראשון, ומכאן קצרה הדרך להצדיק גם את השוואת סמכויותיו של כונס הנכסים לאלה של הנאמן.

עם זאת, קיימים לדעתנו מצבים שבהם אין להקנות לכונס נכסים סמכויות כשל מפרק באמצעות חקיקה שיפוטית, וזאת כאשר כונס הנכסים ממונה לבקשת נושה מובטח ספציפי ולצורך טיפול בנכס ספציפי, שכן במקרה כזה, למרות היותו "פקיד בית-המשפט", כאמור, מינויו מטעם הנושה מחייב את פיקוחו של בית-המשפט על טיפולו בנכס ואת צמצום סמכויותיו העצמאיות.⁵³ רק כאשר כונס הנכסים ממונה על שעבוד צף, או לחלופין על מרבית נכסי החברה, ניתן לראותו כבעל סמכות דומה לזו של המפרק ולהקנות לו סמכויות דומות.⁵⁴

51 פרשת כספי נ' נס, לעיל ה"ש 23, בעמ' 767.

52 שם.

53 ראו לעניין זה את פסק-דינה של השופטת אלשיך בפש"ר (ת"א) 466/93 גרבש נ' שלף, נאמן על ענייני פושט הרגל גרבש (פורסם בנבו, 24.12.2000).

54 בתזכיר החוק בעניין הבראת חברות, לעיל ה"ש 8, מציע המחוקק, בס' 350ד(א), כי בית-המשפט יהיה רשאי למנות בעל-תפקיד לחברה כדי שיפעל למען הבראתה. הסעיף קובע כי אם לא קבע בית-המשפט את סמכויותיו של בעל-תפקיד, בררת-המחדל תהא שיוקנו לו סמכויות של מפרק, בשינויים המחוייבים. ניתן להסיק מכך כי כאשר ממנים אדם לפעול בשם החברה ולדאוג לאינטרסים שלה, בין שהפעולה נעשית לשם הבראתה ובין שהיא נעשית לשם פירוקה, המחוקק רואה חשיבות גדולה בהקניית סמכויות פעולה לאותו אדם כדי שיוכל למלא את תפקידו. כאשר הכונס ממונה לדאוג לאינטרסים של כלל הנושים או רובם – בניגוד למצב שבו הוא ממונה על נכס ספציפי או לטובת נושה ספציפי שרק חלק קטן מהנכסים משועבדים לטובתו – נוצר מצב דומה, אשר מצריך לדעתנו הקניית סמכויות אף אם אלה לא נקבעו בחוק, בדומה לסמכויות הניתנות לבעל-תפקידים אחרים.

2. הסדרי נושים והקפאת הליכים

גם בתחום של הסדרי נושים והקפאת הליכים הרבו שופטי בתי-המשפט המחוזיים להשלים בהחלטותיהם את שלא השכיל המחוקק להסדיר.

הגישה הקלסית, שהייתה שלטת בעבר, גרסה כי חברה, בהיותה גוף מלאכותי המהווה הסדר של אגד זכויות משפטי, אינה נהנית מחזקת קיום בכל מצב כפי שאדם נהנה מהזכות לחיים. על-פי גישה זו, משנהפכה חברה לחדלת-פירעון, היא איבדה את זכותה להתקיים, ודינה פירוק וחלוקת רכושה הנותר בין נושיה. גישה זו קיבלה ביטוי בפקודת החברות המנדטורית, אשר מבוססת כאמור על חוק החברות האנגלי משנת 1929, ומייצגת תפיסה שהייתה מקובלת באנגליה בתחילת המאה הקודמת.⁵⁵

עם התפתחותם של חיי הכלכלה התרחקה התפיסה הרווחת מהגישה הקלסית, והלכה והתגבשה ההבנה כי עצם הגעתה של חברה למצב של חדלות-פירעון אינה סותרת את הגולל על חייה. משמע, אין דיכוטומיה של לחיות או לחדול, מכיוון שקיימים מצבי-ביניים רבים שבהם החברה נקלעת לקשיים, ואף מגיעה לחדלות-פירעון, אך בפעולות מסוימות ניתן להוביל להבראתה. תפיסה זו מושתתת על ההבנה שאם החברה אכן מצליחה להבריא, גם במחיר של דחיית תשלום חובותיה, בסיכומו של דבר כל הצדדים מרוויחים מהבראתה.⁵⁶

(א) פתרונות שיפוטיים בהעדר חקיקה בהבראת חברות

התפיסה הקלסית הובילה לכך שבמשך שנים רבות לא אמר המחוקק את דברו בתחום הבראת החברות. בחלל זה התמודד בית-המשפט עם מצבים שבהם עמדה מולו חברה חדלת-פירעון, אך ההשלכות הציבוריות, החברתיות והכלכליות של פירוקה היו הרסניות, והאינטרס הציבורי חייב נקיטת פעולות שיפוטיות להבראתה. דוגמא בולטת לכך היא פרשת קריסתו של קונצרן כור במהלך שנות השמונים של המאה הקודמת.⁵⁷ בפרשה זו הציע השופט וינוגרד פתרון לבעייתיות הנובעת מהעדר חלופות לפירוק בחוק:

55 להרחבה ראו גם דוד האן דיני חדלות פירעון 152–154 (2009).

56 השוו ורדה אלשיך וגדעון אורבך הקפאת הליכים: הלכה למעשה 2–5 (2005).

57 ת"א (מחוזי ת"א) 368/88 כור (לא פורסם), שנפסק על-ידי השופט וינוגרד, נשיא בית-המשפט המחוזי בתל-אביב (להלן: פרשת כור). קונצרן כור היווה גוף מרכזי בתעשייה הישראלית עד שנות השמונים, וקריסתו הייתה עלולה לסכן את כלכלת המדינה כולה. יפים לכך דבריו של השופט וינוגרד בפסק-הדין: "חברת כור אינה עוד חברה כדוגמת החברות הרבות שבקשות לפירוקן מובאות חדשות לבקרים לבית משפט זה. כור היא חברת ענק במימדים ישראלים החולשת על נתח נכבד של התעשייה הישראלית ושל המשק הישראלי. על כן, זעזוע בה עלול להוביל לזעזוע במערכת הכלכלית של המדינה, שלא לדבר על אלפי המועסקים בה ועל עשרות ואולי מאות העסקים והתעשיות הקשורות לפעילותה בצורה זו או אחרת, אם במישרין ואם בעקיפין. על כן, חייב בית המשפט לשקול כל עניין הכרוך בחברה זו, גם לאור אספקטים אלו."

"בית המשפט בענייני פירוק הוא הממונה מטעם החוק על האינטרסים של כלל הנושים... תפקידו הוא... לחפש דרכים שיאפשרו לשלם לנושים את כל החובות שמגיעים להם... בחיפושיו אחר דרכים אלה יעשה בית המשפט ככל שניתן לשמור על החברה החייבת במצב חי ופעיל, שכן הוראות הפירוק שבפקודת החברות אין מטרתן לפרק חברות החייבות כספים בכל מחיר, היפוכו של דבר הוא הנכון, בית המשפט יעשה כל שיש לאל ידו שלא לפרק את החברה, אם יש בכך כדי להביא תועלת לנושים."⁵⁸

כלומר, באמצעות פרשנות תכליתית של דיני הפירוק יצר השופט את חלופת השיקום, בעוד החקיקה עצמה לא הסדירה ואף לא הזכירה חלופה כזו כלל.⁵⁹ בעקבות פסיקה זו, כמו גם בעקבות השינוי התפיסתי שחל מהגישה הקלסית, תיקן המחוקק בשנת 1995 את פקודת החברות,⁶⁰ והסדיר בחקיקה ראשית, בין היתר, את הקפאת ההליכים ואת אישורו של הסדר נושים. בהמשך אף הותקנו תקנות⁶¹ להסדרה ולפירוט של הקפאת הליכים. עם זאת, נשמעה ביקורת לא-מעטה על מידת התערבותו של המחוקק בתחום הבראת החברות:

"אין ספק, כי מצב זה [הדין הקיים]... הוא טוב לאין ערוך מן המצב עימו נאלץ להתמודד הנשיא וינוגרד בעת שפעל באורח חדשני ומקורי להצלת קונצרן כור. אלא שחרף זאת עומדים אנו עדיין במצב הרחוק מלהשביע רצון. הסוגיות הסבוכות והבלתי שגרתיות העולות יום-יום בנסיבותיו של המצב המיוחד של הפעלה בחדלות פירעון, דורשות הסדר מפורט בחקיקה ראשית מודרנית. הבעיות שהתעוררו בחלקן הן רחבות היקף ויוצרות התנגשויות עם חקיקה אזרחית, באורח שהוא מעל ליכולתה, ואולי אף לסמכותה, של החקיקה השיפוטית... אין לטעות ולחשוב כי ההסדרים השיפוטיים שהושגו בתחום בעשור האחרון, מפורטים ככל שיהיו, מהווים הסדר מספק, בלשון המעטה."⁶²

יש להדגיש כי סעיף 350 לחוק החברות אינו מתייחס להליכי שיקומה והבראתה של חברה, אלא עוסק בסמכות לגיבוש פשרה או הסדר בין חברה לבין נושיה או בעלי מניותיה, וקובע בתוך כך כללים למתן צו הקפאת הליכים. לפיכך החיבור שהשופטים עושים בין

58 ש.ם.

59 האקט השיפוטי הכולל הוא פיתוח המשפט המקובל, תוך התבססות על פרשנות תכליתית של דיני הפירוק והקשה מכך לטובת הרכבתה והסדרתה של דוקטרינת שיקום חברות. ראו הרחבה על כך להלן בפרק ב למאמר זה.

60 חוק לתיקון פקודת החברות (מס' 10), התשנ"ה-1995, ס"ח 204. התיקון הוסיף את ס' 233(א1)-(א4), שנהפכו בשנת 1999 לס' 350(ב)-(ח) בחוק החברות.

61 תקנות החברות (בקשה לפשרה או להסדר), התשס"ב-2002, ק"ת 868 (להלן: תקנות ההסדר).

62 אלשיך ואורבך, לעיל ה"ש 56, בעמ' 11 (התוספת שלנו).

הסדרי הנושים והליכי הפשרה לבין תחילתו של הליך השיקום של החברה מהווה, כשלעצמו, פעולה של פרשנות תכליתית. הרציונל שעומד מאחורי חיבור זה הוא פשוט: אם החברה מזיקה יותר בחייה מאשר במותה, מוטב להמיתה; אם לא כן – יש לעשות הכל כדי לשקמה.

(ב) הסדרים חקיקתיים שאינם תואמים את הבעיה המשפטית

קיימים גם מקרים שבהם המחוקק קובע הסדר סטטוטורי אשר נראה על פניו סביר אך בחיי המעשה מתברר כי אין מנוס מהחלטה שיפוטית החורגת ממנו. כך, למשל, חוק החברות קובע כי בית-משפט שהוגשה לו בקשה לפשרה או להסדר רשאי לתת צו להקפאת הליכים נגד החברה שלפיו "במשך תקופה שלא תעלה על תשעה חודשים, לא ניתן יהיה להמשיך או לפתוח בשום הליך נגד החברה, אלא ברשות בית המשפט ובתנאים שיקבע".⁶³

תקנות ההסדר שהותקנו בראשית שנת 2002 מורות כי על-מנת לקבוע מהי התקופה הנאותה להקפאת הליכים, על בית-המשפט לשקול את התועלת שתצמח לחברה מתקופת ההקפאה המבוקשת אל מול הפגיעה האפשרית בנושי החברה. עוד קובעות התקנות כי בית-המשפט רשאי בכל עת להאריך את הקפאת ההליכים שקבע לתקופות נוספות, ובלבד שהתקופה הכוללת לא תעלה על התקופה הקבועה בחוק, דהיינו – תשעה חודשים.⁶⁴

על-אף האמור לעיל, ואף שברוב-רובם של המקרים קבעו בתי-המשפט תקופות הקפאת הליכים שאינן חורגות מהתקופה שקבע המחוקק, במקרים מספר תירו בתי-המשפט הקפאת הליכים לתקופה ארוכה מתשעה חודשים.

הסנונית הראשונה הייתה פרשת תעשיות שיש תבור, משנת 1997,⁶⁵ שבה קבעה השופטת אלשיך כי בית-המשפט מוסמך להאריך את הקפאת ההליכים מעבר לתקופה שקבע המחוקק, שכן תקנה 528 לתקנות סדר הדין האזרחי מסמיכה את בית-המשפט לדחות מועדים או להאריך פרקי-זמן שנקבעו בחיקוק מטעמים מיוחדים שיירשמו.⁶⁶ השופטת אלשיך קבעה, ולדעתנו בצדק, כי מהעובדה שפקודת החברות (אשר באותה עת הייתה עדיין בתוקף)⁶⁷ תחמה את תקופת הקפאת ההליכים אין ללמוד על שלילת סמכותו הטבעית של בית-המשפט לעכב הליכים.⁶⁸ השופטת אלשיך הוסיפה כי מטרת הארכתה של הקפאת

63 ס' 350(ב) לחוק החברות (ההדגשה הוספה).

64 תק' 45 לתקנות ההסדר.

65 פש"ר (מחוזי ת"א) 2456/96, המ' 1293/97 תעשיות שיש תבור בע"מ נ' מיכאל תעשיות אבן ושיש בע"מ (לא פורסם, 1997) (להלן: פרשת תעשיות שיש תבור).

66 תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 2220.

67 כאמור, מדובר בס' 233(א1), שנהפך לס' 350(ב) בחוק החברות.

68 ראו פרשת תעשיות שיש תבור, לעיל ה"ש 65, פס' 5-7: "תקנה 528 לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת כי כאשר מועד מסויים נקבע בחיקוק מסור לבית המשפט שיקול הדעת להאריך את המועד... מדובר במקרה הנוכחי בהארכת מועד שנקבע בחיקוק. מועד כזה ניתן גם ניתן להאריך, אך מתקין התקנות חייב את בית המשפט לרשום טעמים מיוחדים. האמור בהחלטתי להלן יצביע על כך שבמקרה הנוכחי עומדים גם עומדים טעמים מיוחדים... אין

ההליכים היא למנוע את ירידתם לטמיון של המאמצים שהושקעו בהצלת החברה ובהצלחת הסדר הנושים המתגבש. אלשיך ואורבך מרחיבים על כך בספרם:

"מן הראוי להבין, כי הקפאת ההליכים והמתרחש במסגרתה אינם, בדרך כלל, אלא השלב הראשון של השיקום במובנו הרחב. שלב זה כולל את הפעילויות הדרסטיות של ייצוב, צמצום והתייעלות. אלא ששיקום יסודי נמשך לא פעם תקופה ארוכה מתשעת חודשי ההקפאה, ובעיקר היכולת לחזור ולפעול לאורך זמן בלא מיטריית ההגנה של בית המשפט."⁶⁹

לעיתים, במקרים חריגים, השלב הראשוני של הקפאת ההליכים מתמשך אף מעבר לתשעת החודשים הקבועים בחוק. גדיעתו של שלב זה באיבו, ללא אפשרות הארכה לצורך שיקום, פוגעת לא רק בחברה, אלא אף בנושים המצפים להשבת כספם. הליך הקפאת ההליכים פוגע אומנם בנושים בכך שחובם "מוקפא", אך הארכת משכו של הליך זה במקרים חריגים תגדיל את סיכוייהם להשבת כספם, כולו או חלקו.

בפרשת תבל⁷⁰ שבה הושפטה אלשיך וקיבלה החלטה דומה להאריך את הקפאת ההליכים מעבר ל"מחסום" תשעת החודשים, בהבהירה שוב כי אין היא סבורה שניתן ללמוד מהעובדה של תחילת התקופה בחוק על שלילה של "סמכות טבעית" או "סמכות טבועה" של בית המשפט להאריך תקופה זו.

גם בבית המשפט המחוזי בחיפה הוכר בכמה מקרים שונים הצורך בהארכת תוקפה של הקפאת ההליכים מעבר לתקופה הקצובה בחוק. כך, בפרשת מפעלי פלדה מאוחדים⁷¹ האריכה הושפטה גילאור את הקפאת ההליכים בשישה חודשים נוספים מעבר לתשעת החודשים שבהם "הסתפק" המחוקק, תוך שהיא סומכת את החלטתה על הסכמת הצדדים.⁷²

נפקא מינה אם הצעת החוק דיברה על תקופה של שישה חודשים, כמתן סיכוי להבראת חברה לבין העובדה שבסופו של דבר נקבעו תשעה חודשים בחוק, כדי ללמוד שאותה הגבלה באה כדי לשלול את הסמכות הטבועה של בית המשפט... נאמר במפורש בהצעת החוק כי יש הרואים את סמכות בית המשפט 'כסמכותו הטבעית', כאשר הכוונה היא לעכב הליכים... אינני סבורה שניתן ללמוד מהעובדה של תחילת מועד, שלילה של סמכות טבעית."

69 אלשיך ואורבך, לעיל ה"ש 56, בעמ' 21.

70 בש"א (מחוזי ת"א) 2964/03 (פש"ר (ת"א) 1361/02) תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ נ' נושים שונים (פורסם בנבו, 3.2.2003).

71 בש"א (מחוזי חי') 17974/00 (פש"ר (חי') 224/00) חב' מפעלי פלדה מאוחדים – כולן בהקפאת הליכים נ' כור תעשיות בע"מ (לא פורסם, 7.1.2001) (להלן: פרשת מפעלי פלדה מאוחדים).

72 ראו את החלטת-הביניים בפרשת מפעלי פלדה מאוחדים (לא פורסמה, 31.12.2000). המחלוקת בין הצדדים בעניין זה לא הייתה לגבי עצם האפשרות להאריך את הקפאת ההליכים מעבר לתשעת החודשים המנויים בחוק, אלא על משך ההארכה הנוספת – אם זו תימשך שלושה חודשים או שישה. לבסוף, לאחר שבוע של משא-ומתן, הסכימו הצדדים על שישה חודשים, ולכך ניתן תוקף בהחלטה המוזכרת לעיל בה"ש 71.

לעומת זאת, בפרשת מלון נוף הכרמל⁷³ האריכה השופטת גילאור את הקפאת הליכים בארבעה חודשים מעבר למגבלת החוק, וזאת לצורך ביצוע כמה פעולות, בעיקר הערכות שמאי שונות, על-מנת שיהיה אפשר להגיע להסדר נושים הוגן יותר כלפי כל הנושים מזה שהוצע על-ידי הנאמן במהלך תשעת החודשים הראשונים להקפאת הליכים. הצדקה דומה – של מתן ארכה נוספת לשם שיפור ההצעה להסדר הנושים – ניתנה על-ידי השופט קיסרי בפרשת אגפל.⁷⁴

לדידנו, קביעת מסגרת-הזמן של תשעה חודשים להקפאת הליכים של חברה כדי להגיע להסדר עם נושיה, אף שהיא עשויה להתאים ברוב המקרים, עלולה להוות בעיה במקרים אחרים, ויפות לכך הדוגמאות שסקרנו לעיל. טיפול בחברה הניצבת בפני קריסה הינו טיפול ייחודי ופרטני, המשתנה ממקרה למקרה בהתאם לנסיבות. קביעת כלל נוקשה של מסגרת-זמן, מבלי להשאיר פתח לסטייה ממנו על-פי שיקול-דעתו של בית-המשפט, אפילו במקרים חריגים המצדיקים סטייה כזו, עלול להביא לידי קריסת החברה, אף שייתכן שהיה אפשר להצילה. תוצאה זו אינה כדאית למי מן הצדדים. נראה כי דרך-המלך לפתרון בעיה זו היא שינוי חקיקתי שיאפשר הארכה של מסגרת-הזמן על-ידי בית-המשפט במקרים חריגים המצדיקים הארכה כזו. ורדה אלשיך וגדעון אורבך קוראים בספרם להתערבות חקיקתית דומה:

"...פתרון זה [של הארכת התקופה על-ידי בית-המשפט במסגרת הדין הקיים] הוא דחוק, ולו היה אחד הנושים המהותיים מתנגד ומערער עליו, לא ברור מה היתה התוצאה. בעיה זו, שנחשפה בעניין תבל, מצדיקה בלא ספק התערבות חקיקתית אשר תאפשר את הארכת הצו בפרקי זמן נוספים, במקרים מיוחדים אשר בהם:

א. עסקינן בקוצרן סבוך או בחברה גדולה בעלת עסקים סבוכים במיוחד.

ב. קיימת הסכמה גורפת לכך בקרב הנושים (לפחות 75% מכל קבוצת נשייה).

ג. בית המשפט מוצא כי צודק ונכון לעשות כן, מטעמים שיירשמו.

...אין תחליף לדין גמיש, המותר מקום לפיתוח שיפוטי ולהתחשבות בחריגים... שיקום חברה דורש, לצד זהירות ואחריות, גם תעוזה ותושיה – ולא פעם, גם מידה רבה של גמישות וחדשנות. מסיבה זו, אחד העקרונות החשובים שיש לשמור עליהם בקודיפיקציה חדשה של דיני שיקום, הוא מתן סמכות לערכאות השיפוטיות לעשות כן.⁷⁵

אין ספק שהצעה זו היא הדין הרצוי והאופטימלי. אכן, לאחרונה, במסגרת תזכיר החוק

73 בש"א (מחוזי חי') 1246/03 (פש"ר חי') (438/02) מלון נוף הכרמל חיפה בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, תק-מח 2003(2) 12658 (2003).

74 פר"ק (מחוזי חי') 123/08 אגפל פ.ג. (1989) בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי (פורסם בנבו, 30.11.2008).

75 אלשיך ואורבך, לעיל ה"ש 56, בעמ' 579 (התוספת שלנו).

העוסק בהבראת חברות, הציע משרד המשפטים לשנות את המסגרת הנוקשה הקיימת כיום בחוק ולקבוע מנגנון חדש:

"לאור הצורך בהארכת התקופה במקרים מסויימים, מוצע להקנות לבית המשפט סמכות מפורשת להאריך את התקופה. עם זאת, על מנת לנסות לצמצם את הפגיעה בנושים כתוצאה מצו הקפאת ההליכים, מוצע לקבוע כי הארכה כאמור תהיה רק מטעמים מיוחדים שירשמו. בנוסף מוצע לקבוע כי הארכה כאמור תתאפשר לתקופה של שלושה חודשים בכל פעם, זאת על מנת לחייב קיום בדיקה עיתית כל שלושה חודשים בדבר נחיצות הארכתה של התקופה."⁷⁶

לנו נראה כי עד שיוסדר העניין בחקיקה החדשה, לבית-המשפט יש אכן סמכות טבועה להאריך את הקפאת ההליכים אם מצא לכך צידוקים מיוחדים, כפי שמשמע מתקנה 528 לתקנות סדר הדין האזרחי.

(ג) הקפאת הליכים נגד בעלי חברות בחקיקה שיפוטית

דוגמא נוספת לחקיקה שיפוטית בתחום הסדרי הנושים ניתן למצוא בהחלטות של בתי-המשפט המחוזיים שמכוחן הוקפאו הליכים נגד בעליה של חברה המצויה בהקפאת הליכים. הגם שהקפאת הליכים בהסדרי נושים נועדה למנוע פתיחה או המשך של הליך נגד החברה, פסקו בתי-המשפט המחוזיים, ללא הסמכה מפורשת בחוק, כי ניתן להרחיב את צו ההקפאה כך שיחול אף על הליכים נגד מי שערבו לחובותיה של החברה. בפרשת רובננקו ניסחה השופטת אלשיך את הכלל הבא, הנובע מלשון החוק ומתכליתו:

"הקפאת הליכים מכוונת לחברה ולא למי שערב לחברה, בין אם הוא מנהלה ובין אם לאו. אין מקום להרחיב את הצו גם לנכסיהם הפרטיים של בעלי המניות הערבים... אם מבקשים הם בכל זאת לעכב את ההליכים נגדם עומדת בפניהם הדרך בפקודת פשיטת הרגל."⁷⁷

לכלל זה נקבעו חריגים בפסיקה. בפרשת שבירו תעשיות זכוכית⁷⁸ התבקש בית-המשפט לפטור את הערבים מערבויותיהם באמצעות עתירה להקפאת ההליכים נגד בעלי המניות במקביל לעתירה להקפאת הליכים נגד החברה. השופטת אלשיך מדגישה כי מהלך כזה

76 תזכיר החוק בעניין הבראת חברות, לעיל ה"ש 8, בעמ' 3-4.

77 פש"ר (מחוזי ת"א) 2118/02 רובננקו שמואל אחזקות בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי, פס' 5 (פורסם בנבו, 2.12.2002) (להלן: פרשת רובננקו).

78 פש"ר (מחוזי ת"א) 1242/02 שבירו תעשיות זכוכית בע"מ (בהקפאת הליכים) נ' קמיל (פורסם בנבו, 18.6.2002) (להלן: פרשת שבירו).

אינו מעוגן בלשון החוק.⁷⁹ תכלית החוק, לדידה, היא לטפל בהקפאת הליכים נגד חברה, להבדיל ממשנתפיה.⁸⁰ אולם אין בכך כדי למנוע מבית-המשפט את הסמכות לחייב את בעלי הערבויות האישיות לוותר על היכולת להיפרע מן הערבים במסגרת הסדר נושים.⁸¹ אכן, הגנה כזו לערבים ניתנה בפרשת סוכנות שמרלינג.⁸² השופט אלשיך סמכה את קביעתה על מערכת התמריצים של הערבים ובעלי השליטה. בפרשה זו נדרשו הליכי גבייה מצדדים שלישיים וכן הליכים הכרחיים אחרים, אשר חייבו מאמץ אקטיבי ושיתוף-פעולה כן ומתמשך מצד בעלי השליטה. הפטרם מערבותם או עיכוב מימושה נועדו ליצור להם תמריץ חיובי לשתף פעולה באופן שלא היה אפשר להשיגו על-ידי הטלת חובה פורמלית גרידא.⁸³

(ד) החלת סעיף 374 לפקודת החברות לגבי הליך של הסדר נושים שאין בו צו פירוק

כאמור, על-אף ההתניה המפורשת בסעיף 374 לפקודת החברות, בדבר תחולתו "תוך פירוקה של חברה" בלבד, נקבע בפסיקה כי ניתן להחיל את הוראות הסעיף גם על חברות הנמצאות בכינוס נכסים, וזאת אף אם לא הוצא להן צו פירוק.⁸⁴ באופן דומה קבע בית-המשפט העליון, בפרשת ד"ר נס,⁸⁵ כי מן הראוי להחיל את סעיף 374 גם לגבי הליך של הסדר נושים שאין בו צו פירוק.

השופט גרוניס הדגיש בהקשר זה כי סעיף 374 מתווה מסלול מהיר ויעיל להטלת אחריות אישית על בעלי-תפקידים מסוימים בגין פעולותיהם בניהול החברה. מדובר בהוראה דיונית במהותה אשר נועדה, בין היתר, להרתיע נושאי-משרה בחברה מפני התנהלות לא-נאותה, באמצעות הצבתם בפני הסיכון שהם יידרשו לשאת באופן אישי בחובות החברה.⁸⁶

79 הכוונה היא לס' 350 לפקודת החברות.

80 ראו פרשת שבירו, לעיל ה"ש 78, פס' 20 לפסק-הדין.

81 שם, פס' 28. השופט אלשיך מסיקה מהדברים כי: "...אילוין בעלי הערבויות האישיות לוותר על 'נכסם הנוסף' הינו אפשרי, אולם כרוך בחובת הנמקה כבדה ומפורטת על הנסיבות והשיקולים כבדי המשקל אשר הניעו את בית המשפט לפגוע באופן אשר כזה בזכותם הקניינית של המתנגדים. זאת, למרות הרוב (ואף אם מדובר ברוב גדול) בו אישרו כלל הנושים את ההסדר".

82 בש"א (מחוזי ת"א) 9021/02 (פש"ר (ת"א) 644/97) סוכנות שמרלינג בע"מ נ' לוסיקה (פורסם בנבו, 5.2.2003) (להלן: פרשת סוכנות שמרלינג).

83 בפרשה נוספת סיכמה השופטת אלשיך את ההלכה השיפוטית העולה מפסקי-הדין שפורטו לעיל. ראו פש"ר (מחוזי ת"א) 1734/02 (בש"א (ת"א) 20756/02) הנסון (ישראל) בע"מ נ' מיאב חברה קבלנית לבניין בע"מ, פס' 3-4 (פורסם בנבו, 24.2.2003). כן ראו בעניין זה את החלטתו של השופט גינת, סגן נשיא בית-המשפט המחוזי בחיפה, בבש"א (חי') 501/03 (פש"ר (חי') 612/02) גל נ' חי גל מהנדסים וקבלנים בע"מ (פורסם בנבו, 12.2.2003).

84 ראו לעיל פרק א1 (א) למאמר זה.

85 רע"א 9983/06 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' ד"ר נס (פורסם בנבו, 19.8.2008) (להלן: פרשת ד"ר נס).

86 שם, בעמ' 6, תחילת פס' 6 לפסק-הדין.

כמו-כן ציין השופט גרוניס כי החסר הקיים בדיני השיקום וההבראה בכל הנוגע למסלול דיוני ייחודי להטלת אחריות אישית על נושאי-משרה עלול ליצור תמריצים לא-ראויים. זאת, לנוכח העובדה שבמקרים רבים היוזמה לעתירה להקפאת הליכים ולקידום מהלכים של הסדר נושים הינה של מנהלי החברה. בהתאם לכך, אם ייקבע כי אי-אפשר לנקוט נגד המנהלים את ההליך הקבוע בסעיף 374 לפקודת החברות כאשר החברה מצויה בהליכי שיקום והבראה, יהווה הדבר תמריץ ממשי למנהלים להביא לידי אישורו של הסדר נושים אך ורק על-מנת לחמוק מנקיטת הליך כאמור נגדם.⁸⁷

לפיכך קבע השופט גרוניס כי לנוכח תכליותיו של סעיף 374, ולנוכח ההסדרה המצומצמת של סוגיית הסדר הנושים בסעיף 350 לחוק החברות, שהותירה מרחב גדול לשיקול-דעת שיפוטי, יש להשלים את החסר הקיים בדיני ההבראה והשיקום על-ידי פנייה להליך המקביל הקיים בדיני הפירוק, ולהחיל את ההסדר הדיוני הקבוע בסעיף 374 אף ביחס לחברות המצויות בהליכי שיקום והבראה.⁸⁸

המבקשים בפרשת ד"ר נס הגישו עתירה לדיון נוסף בפסק-דין זה, וכך קבעה הנשיאה ביניש בהחלטתה לדחות עתירה זו:

"אכן, בהכרעה שניתנה בפסק הדין נשוא העתירה, לפיה ניתן לנקוט את ההליך הקבוע בסעיף 374 לפקודת החברות גם ביחס לחברה המצויה בהליך של הסדר נושים ולא רק ביחס לחברה המצויה בהליך פירוק יש משום חידוש הלכתי. חידוש זה הוא אף ביחס לפסיקה קודמת של בית משפט זה, שבה נקבע כי מתן צו פירוק הוא תנאי לתחולתו של סעיף 374 לפקודת החברות (ראו: ע"א 3016/90 ארנרייך נ' ד"ר נאמן (פורסם בנבו, 5.10.94); ע"א 7516/02 פישר נ' ר"ח יוכמן, פ"ד ס(1) 69, 85 (2005); אם כי באותם פסקי דין צויין כי הוראת סעיף 374 היא הוראה דינית במהותה, ובע"א 3016/90 הנ"ל אף נקבע כי אין להבחין בין הליך של פירוק שסופו פירוק לבין הליך של פירוק שסופו הסדר). עם זאת, שוכנעתי כי הפרשות שאומצה בפסק הדין נשוא העתירה, לפיה ניתן להטיל אחריות אישית על נושאי משרה בחברה בהתאם להליך הקבוע בסעיף 374, גם כאשר מדובר בחברה המצויה בהליך של הסדר נושים, עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט זה בשנים האחרונות, בה נקטה גישה ברורה של השלמת החסרים הקיימת בתחום דיני השיקום וההבראה באמצעות היקש מהסדרים מקבילים מתחום דיני הפירוק (ראו: עניין שיכון עובדים, בעמ' 61-62; עניין כספי נ' נס, בעמ' 767). בנסיבות אלה

87 שם, בעמ' 7, פס' 6 לפסק-הדין. השופט גרוניס מפנה בפסק-דינו לדיון בקושי זה אצל אלשיך ואורבך, לעיל ה"ש 56, בעמ' 560-562.

88 שם, בעמ' 8 לפסק-הדין. השופט גרוניס שב ומדגיש כי אין מדובר בייבוא של הוראת דין מהותית, המקימה עילות חדשות, לתוך דיני השיקום וההבראה, אלא אך באימוץ מסלול דיוני מקוצר וייחודי למימוש העילות הקיימות בדין. לשם תמיכה בעמדה זו הוא מפנה, בין היתר, לאלשיך ואורבך, לעיל ה"ש 56, בעמ' 233-234, וכן לוולובסקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 591-595.

החידוש שנקבע בפסק הדין נשוא העתירה בכל הנוגע לפרשנות סעיף 374 לפקודת החברות אינו מצדיק, על אף חשיבותו, קיום דיון נוסף בפסק הדין.⁸⁹

(ה) החלת סמכויות החקירה שבסעיף 288 לפקודת החברות לגבי הליך של הקפאת הליכים

באופן דומה להחלת הוראות סעיף 374 גם לגבי חברות המצויות בהליך של כינוס נכסים או בהליך של הסדר נושים למרות לשון הסעיף המפורשת המורה אחרת, החילו בתי-המשפט גם את הוראות סעיף 288 לפקודה, בדבר הקניית סמכויות חקירה, הן לגבי חברות המצויות בכינוס נכסים⁹⁰ והן לגבי חברות המצויות בהליכי הבראה ושיקום. זאת, אף שלשון הסעיף מתנה את תחולתו במינוי מפרק או במתן צו פירוק.

בפרשת קלאבמרקט⁹¹ בחנה השופטת אלשיך את שאלת הפרשנות הנכונה להלכת כספי נ' נס,⁹² שלפיה קיים כאמור חסר חקיקתי מוחלט כמעט בנוגע להוראות מהותיות המגדירות את סמכויותיו של הנאמן ואת הקפאת ההליכים בכלל, ולפיכך בתי-המשפט נדרשים לאמץ גישה מהותית ותכליתית אשר מתבססת על הדמיון הגדול בין הליכי פירוק לבין הליכים של הסדר נושים בהקפאת הליכים, ואי-לכך מנחה ומחייבת להקיש מהראשונים על האחרונים.⁹³

השופטת אלשיך קבעה כי הנאמן, ממש כמפרק, מבקש לממש את נכסי החברה כדי להשיא את התמורה ולמזער את נזקי הנושים, ובעיקר את אלה הלא-מובטחים. לפיכך יש לראות בחקירת חשדות בקשר לפעולות שנעשו לפני קריסת החברה כחלק בלתי-נפרד מאותה תכלית של השאת התמורה, שכן גילוי פעולות שנעשו לא כדין עשוי לחשוף מקורות נוספים לתשלום לנושים, ולעיתים הוא אף נדרש לשם עצם העברתו ואישורו של הסדר הנושים.⁹⁴

בהקשר של פרשת קלאבמרקט קבעה השופטת אלשיך כי קיומה של חקירה מקיפה בדבר נסיבות הקריסה של הרשת הינה חלק בלתי-נפרד מההליך של הקפאת הליכים, ובפרט מהמאמצים להגיע להסדר נושים, הן לשם השאת התמורה מההסדר והן לשם מראית פני הצדק והפגת חששותיהם של הנושים. החלת סעיף 288 לפקודת החברות בהקפאת הליכים הינה נכונה, ומחויבת הן מהגיבנה של הלכת כספי נ' נס והן מן המושכלה הברורה שבהעדר יכולת לחקור חקירה ממצה ומקיפה בהקפאות הליכים, או בהעדר יכולת להפעיל את סעיפי פקודת החברות שנועדו לפעול נגד בעלי שליטה לשעבר, תיהפך הקפאת ההליכים עד-מהרה ל"עיר-מקלט" בעבור מנהלים שפעלו לא כדין המבקשים להימנע מפירוק ומסמכויות החקירה המקיפות הקמות בעת פירוק לפי סעיף 288 לפקודה. מצב זה

89 דנ"א 7980/08 ויניגר נ' ד"ר נס (פורסם בנבו, 15.6.2009) (להלן: דנ"א ד"ר נס).

90 ראו לעיל פרק א1(ב) למאמר זה.

91 פש"ר 1700/05 קרול נ' עו"ד כהן (פורסם בנבו, 21.5.2006) (להלן: פרשת קלאבמרקט).

92 לעיל ה"ש 23.

93 פרשת קלאבמרקט, לעיל ה"ש 91, פס' 4 להחלטה.

94 שם, פס' 5 להחלטה.

יוביל לחשדנות-יתר של הנושים, ועלול לגרום לכך שאספות נושים יסרכו במקרים רבים לקבל הסדרים כדאיים, אף במצבים שבהם חקירה הייתה מבהירה כי לא נפל פגם אמיתי בהתנהלותם של המנהלים ובעלי השליטה לשעבר.⁹⁵ בהתאם לכך, והיות שהחשש מפני "הימנעות" של בעלי השליטה והמנהלים מחקירה דומה לחשש מפני התחמקותם, באמצעות אישור הסדר נושים, מנשיאה בחבות אישית לפי סעיף 374 לפקודה,⁹⁶ ומכיוון שמדובר בסמכויות חקירה שהינן דיוניות במהותן, ניתן לומר שגם הקביעה כי בידי נאמן בהקפאת הליכים מצויות סמכויות חקירה כבידי מפרק עולה בקנה אחד עם פסיקת בית-המשפט העליון בעת האחרונה.⁹⁷

(ו) סיכום-ביניים – לעניין הסדרי נושים והקפאת הליכים

ראינו כי פעמים רבות בתי-המשפט נתקלים במקרים שבהם החלת ההסדר הקיים בחוק היא בבחינת "מיטת סדום", שכן הכללים הנוקשים הקבועים בחוק יובילו לתוצאה לא-צודקת ואף הרסנית לכלל הצדדים. בתי-המשפט מבינים זאת ומפעילים באופן אקטיבי פרקטיקות שונות אשר חורגות מהדין החקוק ומאפשרות להם להגיע לתוצאה הצודקת בכל מקרה לגופו.

במקרים אחרים לא אמר המחוקק את דברו כלל, ובתי-המשפט נאלצים ליצור יש מאין הסדרים המאפשרים הבראה ושיקום של חברות הניצבות בפני חדלות-פירעון. אין ספק שמצב עניינים זה אינו רצוי, וטוב יהיה אם ירים המחוקק את הכפפה ויפתח את החקיקה בכל הנוגע לדיני השיקום. בעבר נקרא המחוקק לא אחת לקבוע הסדרים סטטוטוריים חדשים בסוגיות ספציפיות שאינן מטופלות כלל בחוק או שהטיפול בהן מיושן ו/או לוקה בחסר. מעבר לקשת המקרים שעליהם הרחבנו לעיל, התבקש המחוקק להסדיר סוגיות שונות, כגון צמצום זכות הוטו של הנושה היחיד בהסדרי נושים, על-מנת למנוע מצבי "hold out";⁹⁸ ריסון מעמדם של ספקי החברה, באמצעות קביעת דין קדימה חדש שיחליף את מנגנון שמירת הבעלות;⁹⁹ ביטול הגדרתו של בעל עיכבון כנושה מובטח, או לכל-הפחות אימוץ הדרישה לקשר מהותי בין הנושה בעל העיכבון לבין הנכס (כגישתו של פרופ' מיגל דויטש);¹⁰⁰ הסדרת מעמדה של הבקשה למתן הוראות ככלי לניהולם של ענייני חדלות-פירעון;¹⁰¹ וכן הסדרת מעמדו של בית-המשפט גם לגבי התקופה שלאחר אישורו של הסדר הנושים.¹⁰²

95 שם, פס' 6 להחלטה.

96 ראו לעיל ה"ש 87 והטקסט הצמוד אליה.

97 כדברי הנשיאה ביניש בדנ"א ד"ר נס, לעיל בטקסט הצמוד לה"ש 89. ראו גם כהן ועפארי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 58.

98 אלשיך ואורבך, לעיל ה"ש 56, בעמ' 562-563.

99 שם, בעמ' 574.

100 שם, בעמ' 574-575, וכן מיגל דויטש קניין כרך ב, עמ' 202 ואילך (1999).

101 אלשיך ואורבך, לעיל ה"ש 56, בעמ' 575.

102 שם, בעמ' 576-577.

נכון למועד כתיבתם של דברים אלה טרם ערך המחוקק שינויים משמעותיים בדיני השיקום. תזכיר החוק מציע אומנם שינויים אחדים בהקשר של הליקויים המוצגים לעיל, אך הליך החקיקה טרם הסתיים, ואף אין ודאות כי בסיומו של ההליך אכן יתקבלו התיקונים המוצעים.¹⁰³ יתר על כן, תזכיר החוק אינו מספק מענה לבעיות רבות אחרות, שחלקן מצוינות במאמר זה. בתנאים אלה אין מנוס מהשלמת הדין על-ידי בתי-המשפט, באמצעות חקיקה שיפוטית נרחבת, אל מול ההתפתחויות הרבות והמגוונות בעולם העסקים.

פרק ב: ההצדקות התיאורטיות לחקיקה השיפוטית

אחד משני תפקידיו העיקריים של השופט הוא גישור על הפער בין המשפט לבין מציאות החיים המשתנה.¹⁰⁴ האמצעים העיקריים העומדים לרשות השופט במסגרת המשפט הישראלי נחלקים לשלושה סוגים של פעולות שיפוטיות: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט המקובל.¹⁰⁵ כדי להצדיק את החקיקה השיפוטית בדיני חדלות-פירעון, נציג את מקורות הסמכות לכל אחת מהפעולות, נציע קווים מנחים ליצירת החקיקה, ונבחן את יישומם באמצעות הדוגמאות של חקיקה שיפוטית שהצגנו לעיל.¹⁰⁶

103 תזכיר החוק בעניין הבראת חברות, לעיל ה"ש 8.

104 ברק, לעיל ה"ש 9, בעמ' 21. תפקיד נוסף שברק מצביע עליו הוא הגנה על החוקה ועל ערכיה. לענייננו, במסגרת החקיקה השיפוטית בדיני חדלות-פירעון, נראה כי ביצירת החקיקה השיפוטית השופט מגשים את תפקיד המגשר בין המשפט לבין מציאות החיים, בעוד תפקיד ההגנה על החוקה וערכיה משמש לצורך הנחיה והדרכה לשופט בקביעת תוכנה ומהותה של החקיקה עצמה.

105 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך א 427 (1992). ראו גם שמעון אגרנט "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" עיוני משפט י 233 (1984). במאמר זה חילק אגרנט את הפעולות לשני סוגים – פרשנות ומילוי לקונות – אך תחת הכותרת "מילוי לקונות" הביע את דעתו כי אף שהחקיקה השיפוטית הוגבלה עד לזמן כתיבת המאמר למילוי "החללים הריקים" שהתגלו בדברי חקיקה, יש לשקול, לנוכח חקיקת חוק יסודות המשפט, את הרחבת תפקידו של השופט כ"יוצר חקיקה". להבנתנו, בכך הצביע אגרנט על הצורך להכיר בסמכותו של השופט לפעול גם בדרך השלישית – היא פיתוח המשפט המקובל.

106 כאמור בה"ש 9 לעיל, הכוונה ב"חקיקה שיפוטית" היא ליצירת משפט על-ידי שופטים. אומנם, הכוונה במושג זה היא בדרך-כלל לפיתוח המשפט המקובל, שבו נעסוק בהמשך, אך כוונתנו כאן היא ליצירת המשפט באמצעות שלושת המכשירים העומדים לרשות השופט: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט המקובל.

1. פרשנות

פרשנות הינה פעילות שיפוטית שבה השופט נותן מובן מעשי לטקסט משפטי.¹⁰⁷ במשפט הישראלי התפתחה התפיסה כי מטרת הפרשנות היא להגשים את תכליתו של המשפט, כלומר, המשפט מהווה מכשיר להגשמת ייעוד חברתי.¹⁰⁸ תנאי בסיסי ומתבקש לשימוש בפרשנות של טקסט הוא עצם קיומו של הטקסט, אשר מהווה ביטוי לרצונו של כותב הטקסט ומתווה את הדרך שבאמצעותה ראה הלה לנכון להסדיר את הבעיה המשפטית מושא הטקסט. אולם לצורך יישום הוראות הטקסט "היבשות", השופט נדרש לפרש את מילותיו. בהתאם לכך, כאשר שופט נדרש להפעיל הוראה כתובה, עליו להקנות לה משמעות אופרטיבית בהתאם למטרות שלשמן נקבעה ובהתאם לערכים ולאינטרסים שאותם היא נועדה להגשים.¹⁰⁹ את המשמעות האופרטיבית עליו ליישם על העובדות הספציפיות של המקרה שבו הוא דן ועל הצדדים הספציפיים לסכסוך. פעולות אלה טבועות ותוויות בסמכותו להפעיל את החוק, שכן אי-אפשר להפעיל את החוק מבלי לתת לו מובן מעשי.¹¹⁰ יתר על כן, אם נוצר פער בין הוראות הטקסט "היבשות" לבין מציאות החיים המשתנה, בסמכותו של השופט לפרש את הטקסט במידת הגמישות הנחוצה על-מנת להתאימו לשינויים.¹¹¹

בפרק הקודם עמדנו על דוגמאות אחדות שבהן השתמשו השופטים בכלי הפרשנות לצורך קביעת המשמעות האופרטיבית של הוראות כתובות. בפרשת שפע מזון, למשל, פירש השופט אנגלרד את הוראותיה של איגרת-החוב, שכמוה כחווה, וקבע לפיהן את סמכויותיו של הכונס לעקוב אחר נכסים מוברחים על-אף החסר בחוק.¹¹² גם הארכה של הקפאת הליכים מעבר לתשעה חודשים הינה פעילות פרשנית תכליתית. בפרשת תעשיות שיש תבור¹¹³ עמדה השופטת אלשיך על כוונת המחוקק ועל התכלית שלשמה נקבע הרף של תשעה חודשים.¹¹⁴ כאמור, השופטת פירשה את תקנה 528 לתקנות סדר הדין האזרחי כמקנה סמכות להאריך את משך התקופה אם נמצאו לכך סיבות מיוחדות. כמו-כן מצאה השופטת בהצעת החוק עדות לכך שגם המחוקק ראה את הסמכות להקפיא את הליכים כסמכותו הטבעית של בית-המשפט. בהתאם לכך נמנעה השופטת מלפרש את

107 אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 39 (2003); יואל זוסמן "בתי המשפט והרשות המחוקקת" משפטים ג 213, 213-215 (1971).

108 ראו ברק, לעיל ה"ש 9, בעמ' 183.

109 ראו ברק, לעיל ה"ש 107, בעמ' 398; אגרנט, לעיל ה"ש 105, בעמ' 237.

110 משה לנדוי "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו" משפטים י 196, 197 (1980).

111 ראו זוסמן, לעיל ה"ש 107, בעמ' 215; ברק, לעיל ה"ש 9, בעמ' 55-76.

112 פרשת שפע מזון, לעיל ה"ש 37. פרשנות זו מאפשרת אומנם מתן סמכות עקיבה לכונס על-אף העדר הוראה כזו בחוק, אך היא מוגבלת בכך שהיא תלויה בקיומה של תניה באיגרת-החוב. לעומתה, הצעתנו להקנות לכונס סמכות עקיבה אף בהעדר תניה באיגרת-החוב (ראו לעיל בטקסט הצמוד לה"ש 45) מתגברת אומנם על תלות זו, אך ראוי לציין כי היא חורגת מגבולות הפרשנות גרידא, ומהווה פיתוח של המשפט המקובל.

113 לעיל ה"ש 65.

114 ראו לעיל ה"ש 68 והטקסט הצמוד אליה.

הגבלת התקופה כשלילת סמכותו הטבועה של בית-המשפט להקפיא הליכים.¹¹⁵ לעומת זאת, תכליתה של הקפאת ההליכים הוגדרה על-ידי השופטת אלשיך כהענקת "פסק-זמן" חופשי מ"רעשי-רקע" בדמות תביעות והטרדות מצד הנושים השונים,¹¹⁶ וזאת על-מנת לאפשר לחברה המצויה בקשיים להגיע להסדר מול נושיה, לבחון את כדאיות הפעלתה ואם ניתן לשקמה, ולהעלותה מחדש על מסלול פעילות חיובי. בהתאם לתכלית זו סברה השופטת אלשיך כי בנסיבות המצדיקות זאת ראוי לחרוג מההגבלה הטכנית שבחוק.

דוגמא נוספת להבהרתם של כללי הקפאת הליכים באמצעות פרשנות היא הקפאת ההליכים נגד ערבים ובעלים של חברה, נוסף על הקפאת ההליכים נגד החברה עצמה. כפי שתואר לעיל, בפרשות רובננקו ושבירו¹¹⁷ קבעה השופטת אלשיך כי תכלית החקיקה היא הקפאת הליכים נגד החברה, להבדיל מהערבים לה, אך קבעה גם כי אין בתכלית זו או בחוק עצמו כדי למנוע את בית-המשפט מלחייב הפטר ערבים במסגרת הסדר נושים. אכן, בפרשת סוכנות שמרלינג¹¹⁸ יישמה השופטת את הסייג, וזאת בשל התכלית הכוללת של הקפאת הליכים – שיקום החברה ושיפור סיכויי הבראתה – ותוך התחשבות בתמריצים הכלכליים שיילוו להפטר הערבים.

פרשנות, יצירתית ככל שתהיה, הינה המקרה הקל ביותר לקבלה ולהבנה, הן על-ידי הצדדים לסכסוך והן על-ידי הקהילה המשפטית, שכן מחד גיסא, הפרשנות הינה הכלי העיקרי מבין המכשירים העומדים לרשותו של השופט לצורך הכרעת הדין במקרה נתון, והוא עושה בו שימוש כדבר שבשגרה, ומאידך גיסא, מעמדה של הלכה שיפוטית המפרשת חקיקה זהה למעמדה של החקיקה עצמה, שכן כוחה של הפרשנות נובע מכוחו של הטקסט המתפרש עצמו – הוא החוק.¹¹⁹

2. השלמת חסר

לצד הפרשנות, השלמת חסר הינה הפעילות השיפוטית החשובה ביותר לצורך מילוי תפקידו של השופט כמגשר על הפער שבין המשפט לבין מציאות החיים המשתנה. בין שהחסר הינו היסטורי, כלומר שהחוק נוצר כשהחסר טבוע בו, ובין שהוא נוצר בשלב מאוחר יותר – כתוצאה משינויים בחקיקה, במציאות החברתית או בתפיסות הערכיות בה – השלמת החסר

115 "רק כדי למסד ולבסס ולהצביע על כך שבית המשפט במקרה הזה לא רק שיש לו סמכות טבועה, אלא יש מקום לעגן אותה בחוק וכדי לא להשאיר את הסמכות הזו בלתי מוגבלת בזמן, תחם המחוקק פרק זמן של תשעה חודשים." ראו פרשת תעשיות שיש תבור, לעיל ה"ש 65, פס' 7.

116 השוו אלשיך ואורבך, לעיל ה"ש 56, בעמ' 13.

117 לעיל ה"ש 77 ו-78, בהתאמה.

118 לעיל ה"ש 82.

119 ראו אגרנט, לעיל ה"ש 105, בעמ' 244. מעמדה זה של הפרשנות שונה ממעמדו של המשפט המקובל, אשר פועל במקום שאין בו חקיקה ואשר מעמדו נמוך מזה של חקיקה. ראו ברק, לעיל ה"ש 9, בעמ' 232.

נועדה לגשר על הפער שבין החוק לבין מציאות החיים כפי שהיא משתקפת בסכסוך שלפני בית-המשפט.¹²⁰

חסר בחוק הינו רק אחד מבין שלושה מובנים שניתן לייחס לשתיקת החוק בנושא מסוים, ולפיו פירושו התכליתי של החוק מצביע על אי-שלמות בו, שכן אף שהחוק מתיימר להסדיר פתרון מלא לסוגיה המשפטית שהוא עוסק בה, אין הוא מספק הסדר כזה.¹²¹ יתר על כן, החקיקה בתחום שמאמר זה עוסק בו מוסדרת בשלושה חוקים ספציפיים שונים (חוק החברות, פקודת החברות ופקודת פשיטת-הרגל), ומציאות זו יוצרת אי-סימטריה בדרך שבה המחוקק מטפל בשאלות משפטיות משיקות בכל חוק וחוק (לדוגמא, שאלת סמכות החקירה של מפרק לעומת סמכותו של כונס נכסים). מציאות זו מעלה שאלה פרשנית ייחודית: האם דרך פעולתו של המחוקק בחוק אחד, אל מול שתיקתו בעניין בחוק אחר, יוצרת הסדר חקיקה שלילי המונע מהשופטים את האפשרות להשלים את המשפט בדרכים המקובלות, או שמא השופט יכול להקיש לגבי חוק אחד, להשלימו או לפרשו בעזרת חוק אחר.¹²² במקרה זה, לדעתנו, אין לראות בשתיקת המחוקק משום הסדר חקיקה שלילי.¹²³

120 ראו ברק, לעיל ה"ש 9, בעמ' 214, 217; ברק, לעיל ה"ש 105, בעמ' 480; אגרנט, לעיל ה"ש 105, בעמ' 239.

121 שני המובנים האחרים הם שהחוק מסדיר את הסוגיה אך ההסדר עולה במשתמע, ולא במפורש, או שהחוק אינו עוסק כלל בסוג המצבים שהסוגיה משתייכת אליו, ואלה מוסדרים בחקיקה אחרת. ראו ברק, לעיל ה"ש 105, בעמ' 458.

122 ראו האן, לעיל ה"ש 55, בעמ' 162-165.

123 ניתן להסיק זאת מן ההקשר של המאמר כולו, אך ברצוננו להדגיש שלוש נקודות עיקריות אשר מחזקות לטעמנו דעה זו: הראשונה, פער השנים המשמעותי בין החוקים השונים, והעובדה שעיקר ההשלמה נעשית דווקא בחקיקה המיושנת שלא עודכנה; השנייה, העובדה שכל הגורמים שעסקו בפיתוח התחום, ביניהם ועדת ברק וועדת לוין (הוועדה הציבורית לשם בדיקת נחיצותה של רפורמה בדיני פשיטת רגל ופירוק חברות דו"ח מס' 1 - שיקום חברות (התש"ן-1990) (להלן: דוח ועדת לוין)), המליצו על רפורמה מרחיבה בדיני חדלות-הפירעון וכן על איחוד החקיקה השונה בתחום תחת קורת-גג אחת, אחידה ומעודכנת (המלצות אשר לא נדחו על-ידי המחוקק, אלא טרם קרמו עוד וגידים לכלל חוק); השלישית, בית-המשפט העליון גדרש פעמים מספר לשאלת הפרשנות בתחום דיני חדלות-הפירעון, וההלכה שיצאה מפסקי-דינו אינה אחידה. בפרשת דיור לעולה (ע"א 3911/01 כספי נ' הנאמן לנכסי דיור לעולה, פ"ד נו(6) 752 (2002)) קבע בית-המשפט העליון כי ניתן להחיל דין העברת רכוש לידי נושה בעת חדלות-פירעון גם על הבראה, חרף העדרה של הוראת חוק בעניין (בס' 350 לחוק החברות, העוסק בהבראת חברות), תוך שהוא מקיש מסמכות מפורשת בס' 98 לפקודת פשיטת-הרגל וכן מס' 355 לפקודת החברות, העוסקים בהליכי פשיטת-רגל ופירוק, בהתאמה. הלכה זו נסתרה בפרשת אוקיינוס (ע"א 1689/03 כרטיסי אשראי לישראל נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נח(6) 126 (2004)), שבה קבע בית-המשפט העליון כי יש לפרש את החוק כלשונו. מעיון במכלול הנמקותיה של השופטת נאור בפרשת אוקיינוס ניתן להסיק כי פרשנותה המצמצמת נובעת מהנסיבות הספציפיות של המקרה, וכי ייתכן שבנסיבות אחרות היא הייתה מוכנה להחיל דין קיוויו אף בלא הוראת חוק מסמיקה: "...הגעתי לכלל מסקנה כי התפקיד להסדיר את השאלה אם יחול הדין המיוחד שבסעיף 74 על ענייננו, שבו לא הושג

סמכות השופט להשלים חסר בחוק נקבעה במפורש בחקיקה משחר קיומו של המשפט הישראלי. שיטת המשפט הישראלית דומה במובן זה לשיטות המשפט האזרחיות הקונטיננטליות.¹²⁴ עד שנת 1980 הפנה החוק את השופט, אם לא נמצא פתרון לבעיה משפטית בחקיקה הקיימת בישראל, אל עקרונות המשפט המקובל ואל דוקטרינות היושר במשפט האנגלי.¹²⁵ למן אותה שנה, עם חקיקתו של חוק יסודות המשפט,¹²⁶ החוק קובע כי אם לא נמצאה תשובה לשאלה משפטית – לא בדבר חקיקה, לא בדבר הלכה ולא באמצעות היקש – עליו לפנות לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל כדי למצוא הכרעה.

על-אף ההפניה לעקרונות אלה של מורשת ישראל, החשיבות העיקרית בחוק יסודות המשפט טמונה בקביעה כי בהעדר תשובה בחוק או בפסיקה, על השופט לפעול להשלמת החסר באמצעות היקש.¹²⁷ קביעה זו חשובה מאוד לענייננו, מכיוון שמכשיר ההיקש הינו אחד הכלים השימושיים והזמינים ביותר לשופט, וראינו זאת בדוגמאות שהובאו לעיל, שבהן הקישו השופטים מסמכויותיו של מפרק בהתמודדותו עם מצבים מסוימים, והעניקו סמכויות דומות לכונס נכסים המתמודד עם מצבים דומים.

דוגמא אחת להשלמת חסר בדרך זו ניתן לראות בהקניית סמכויות חקירה לכונס נכסים. כאמור, החוק אינו מתייחס לעניין זה כלל, להבדיל מפירוט הסמכויות לגבי מפרק. לפיכך, באין טקסט המאפשר פרשנות, ובהנחה שפקודת החברות היא המקום שבו החקיקה אמורה לספק פתרון לסוגיה המשפטית הנידונה – קרי, מהן סמכויותיו של כונס נכסים וכיצד עליו לפעול כאשר הוא נזקק לחקור ולהבין אירועים ועסקאות בחברה – מדובר בחסר בחוק המחייב השלמה. את החסר השלימו השופטים באמצעות היקש מסמכויותיו של המפרק,

הסדר נושים, תפקיד של המחוקק הוא ולא של בית המשפט... אני מוכנה להניח, כאמור, כי גם כשמושג הסדר נושים יחול אותו הדין מכוח הדמיון שבין מוסד הוכחת החוב בפירוק לזה של הוכחת החוב בהסדר נושים, ומשום שיש הכרח – באין הוראה בחוק להסדיר את הכללים שינחו את הנאמן בהכרעתו בעניין הוכחת החוב. ראו שם, בעמ' 134, פס' 16 (ההדגשה במקור). להרחבה בעניין ראו גם האן, לעיל ה"ש 55, בעמ' 165–176.

124 בכמה משיטות המשפט הקונטיננטליות סמכות השופט להשלים חסר בחוק קבועה באופן מפורש בקודקס האזרחי. ראו, לדוגמא, ס' 12 לקודקס האזרחי האיטלקי, המורה על שימוש בהיקש, ואם אי-אפשר, אזי על השלמה על-פי העקרונות הכלליים של השיטה; וכן ס' 14(1) לקודקס הספרדי, המפנה להיקש מהוראות דומות. בשיטות אחרות של המשפט הקונטיננטלי הסמכות מובנית בשיטת המשפט, והשלמת חסר על-ידי השופטים הינה פעולה מקובלת ומובנת מאליה. זה המצב בגרמניה ובצרפת, לדוגמא. לעומת זאת, בשיטות המשפט המשתייכות למשפחת המשפט המקובל, בעיית החסר אינה מוגדרת ככזו, היות שהמשפט הינו יציר פסיקה בעיקרו, ולפיכך במקרה של חסר השופטים פונים לפיתוח המשפט המקובל.

125 ס' 46 לדבר המלך במועצתו 1922. להרחבה ראו גד טדסקי "בעיית הליקויים בחוק (Lacunae) וסעיף 46 לדבר המלך במועצתו" מחקרים במשפט ארצנו 54 (התשי"ב).

126 חוק יסודות המשפט, התש"ס-1980, ס"ח 978 (להלן: חוק יסודות המשפט).

127 ברק, לעיל ה"ש 9, בעמ' 219.

בהתאם להוראת חוק יסודות המשפט. תהליך דומה התרחש גם בדוגמא אחרת שאותה הצגנו – הקניית הסמכות לכונס לוותר על נכס מכביד.

3. פיתוח המשפט המקובל

נוסף על השלמת חסר, היקש משמש כאמצעי המרכזי גם ביצירת חקיקה יש מאין, כלומר, בפיתוח המשפט המקובל.¹²⁸ עיקר הביקורת כלפי החקיקה השיפוטית בכלל, ובהקשר של חדלות-פירעון בפרט, מופנית כלפי פעולות שיפוטיות שבהן המחוקק יוצר הסדרים שאין להם ביסוס או עיגון במילות החוק עצמן, ואשר אינם מבוססים אפילו על פרשנות מרחיבה של החוק. הסדרים אלה הם תוצאה, מחד גיסא, של השלמת חסר כמתואר לעיל, ומאידך גיסא, ובמתכונת רחבה ומקיפה יותר, של יצירת הסדרים באמצעות הלכה פסוקה, כמנהג המשפט המקובל.

השאלה הראשונה שיצירת הלכה פסוקה מעלה היא שאלת הסמכות – מניין השופט שואב את סמכותו ליצור משפט באמצעות פסיקה? התשובה לכך טמונה במסורת של שיטת המשפט הישראלית ובהשתייכותה למשפחת המשפט המקובל.¹²⁹ ניכר אומנם כי הסדרים רבים והשפעה ניכרת נשאבו למשפט הישראלי גם משיטות משפט אחרות, ובכלל זה הליך השלמת החסר שבו דנו לעיל, וכן שחלקים נרחבים במשפט הישראלי פותחו באופן מקורי ועצמאי. אולם מבחינה מבנית, כמו-גם מבחינת הדרך שבה תפקיד השופט ודרך פעולתו נתפסים, שיטת המשפט שלנו דומה לשיטות המשפט המקובל. בכלל זה אומצה במשפט הישראלי התפיסה כי שופט אינו מוגבל בפסיקתו אך לכלי הפרשנות והשלמת החסר, וכי הוא מוסמך גם ליצור משפט הלכתי.¹³⁰

בהנחה שסמכות החקיקה השיפוטית אכן טבועה בתפקיד השופט בשיטת המשפט שלנו, ושהוא מוסמך למלא את תפקידו של המחוקק מקום שהלה הותיר חלל ריק – מהן הגבלותיה של אותה סמכות?¹³¹ על המחוקק הרי חלות הגבלות רבות, טכניות כמו-גם מהותיות, ועולה

128 זאת, בין שהשופט מקיש מהוראת חוק אחרת ובין שהוא מקיש ממקרה דומה למקרה המונח לפניו באמצעות אינדוקציה ודדוקציה מן הפרט אל הכלל ולהפך. ראו ברק, לעיל ה"ש 9, בעמ' 235.

129 ברק, לעיל ה"ש 9, בעמ' 229-231, שבהם הוא מצטט קביעות רבות ברוח זו מפי שופטים רבים, ביניהם הנשיאים זמורה, לנדוי ושמגר.

130 ראו לנדוי, לעיל ה"ש 110, בעמ' 197, שם השיב השופט לנדוי על טענות שהועלו נגד החקיקה השיפוטית באומרו כי זו אינה אך סמכותו של בית-המשפט, כי אם גם חובתו הקונסטיטוציונית.

131 בהקשר של שאלה זו ראוי לציין כי לגבי סמכותו של בית-המשפט להעניק סעד לפי ס' 7(א) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, נאמר: "סמכות זו אין לה תחומים וגבולות מלבד אלה שבית המשפט מוצא לנכון לתחום בעצמו, אם מפני שטיב הענין נראה לו כבלתי-ניתן להכרעה שיפוטית ואם מפני שפשוט אינו רואה צורך להתערב בדבר מפני שהענין או העותר אינם ראויים לכך". ראו את דבריו של השופט ברנזון בבג"ץ 298/70 פולק בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד כה(2) 3, 9 (1971).

השאלה לגבי ההגבלות החלות על השופט בכואו למלא את תפקידו של המחוקק, לשון אחר – בהנחה שהסמכות נתונה, מהם העקרונות המנחים שופט בכואו ליצור חקיקה שיפוטית? דומה שההגבלה הראשונה נובעת מפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹³² לאחר ההכרה בזכויות-היסוד כעליונות על החקיקה הרגילה, והגבלת הפגיעה בזכויות אלה רק באמצעות חוק מידתי ולתכלית ראויה, נשאלת השאלה בענייננו אם חקיקה שיפוטית כלולה במונח "חוק" שבפסקת ההגבלה.¹³³ דומה שבשאלה זו האפשרות להכיר בהלכות פסוקות כ"חוק", ובכך להגביל את סמכות החקיקה השיפוטית למסגרת הוראותיה של פסקת ההגבלה, עדיפה והגיונית יותר מהאפשרויות האחרות.¹³⁴

נוסף על הדרישה החוקתית של מידתיות, ספרות המשפט המקובל מצביעה על ארבעה עקרונות מנחים ליצירת חקיקה שיפוטית: אובייקטיביות, היתמכות/הסתמכות, ניתנות לשחזור ולצפייה, ורגישות לתגובות החברה.¹³⁵ עקרון האובייקטיביות מבוסס על העדר מושא-פנים, כמו-גם על אוניוורסליות. כלומר, על בית-המשפט לתת לסכסוך הספציפי פתרון שנראה לו מתאים גם למקרים אחרים, ומתוך אמונה שכך יפסוק גם בעתיד.¹³⁶ עקרון ההיתמכות או ההסתמכות מנחה כי הפתרון הנבחר צריך להיתמך על-ידי הערכים שהחברה מושתת עליהם ועל-ידי העקרונות העומדים בבסיסה של השיטה המשפטית. בכך בית-המשפט נבדל מהמחוקק, אשר יכול לאמץ גם כללים שאינם נתמכים באותו אופן. הבדל זה נובע מן השוני בתפקידו החברתי של כל מוסד ובאופן קבלת ההחלטות בו. עיקר ההבדל טמון ברטרופקטיביות של הפסיקה, לעומת החקיקה הראשית, שהינה צופה פני עתיד. לפיכך, במונחים של הגינות, בית-המשפט מחויב לתמוך את פתרונו לסכסוך בעקרונות ובכללים שנהגו בחברה בזמן שנעשו הפעולות שהובילו לסכסוך הנידון, ואשר עליהם יכלו הצדדים לסכסוך להסתמך.¹³⁷ העיקרון המנחה השלישי דורש כי יהיה אפשר לשחזר את תהליך המחשבה וההנמקה לפסיקה, לעמוד על הרציונלים שבבסיסה, וכן לצפות את תוצאת הפסיקה לגבי מקרה מסוים עוד בטרם הגיע לדיון בבית-המשפט. דרישה זו לוודאות

132 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150 (להלן: פסקת ההגבלה).

133 לשון פסקת ההגבלה: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו." (ההדגשות הוספו).

134 אי-הכרה בפסיקה כ"חוק" והוצאתה מתחולתה של פסקת ההגבלה יוצרות שתי חלופות: האחת – שהלכה פסוקה אינה יכולה לפגוע בשום דרך בזכויות-יסוד; והאחרת – שפגיעה בזכויות באמצעות פסיקה אינה כפופה להגבלות שחלות על חקיקה הפוגעת בזכויות באופן דומה. בעוד האפשרות הראשונה מחסלת למעשה את אופייה של שיטת המשפט הישראלית כשיטה של משפט מקובל, האפשרות השנייה מעמידה את הפסיקה כעליונה על חקיקה של המחוקק הראשי. שתי האפשרויות אינן מתיישבות עם "השכל הישר". ראו ברק, לעיל ה"ש 105, כרך ג, בעמ' 507-512.

135 Objectivity, Support, Replicability, Responsiveness. ראו, למשל: MELVIN ARON (1988) 8-14 THE NATURE OF THE COMMON LAW. (EISENBERG).

136 שם, בעמ' 8-9.

137 שם, בעמ' 9-10.

משפטית חשובה לא רק לבתי-המשפט, אלא בעיקר לעורכי-הדין, על-מנת שיוכלו לייעץ באופן מושכל ללקוחותיהם, ואף ליישב סכסוכים על-פי הדין המשווער (אם זה אכן חסר ולא ברור, וכאשר קיימת אפשרות סבירה שבית-המשפט יודקק לחקיקה שיפוטית) גם מחוץ לכותלי בית-המשפט.¹³⁸ העיקרון הרביעי מספק אמת-מידה לחקיקה השיפוטית – תגובתה של החברה על הפסיקה, תוך שימת דגש בתגובתה של הקהילייה המשפטית. עיקרון זה משמש בתפקיד כפול: הן כמנגנון לקבלת משוב וביקורת והן כמכשיר להבעת תמיכה מקצועית ולחיזוק הלגיטימיות של החקיקה השיפוטית.¹³⁹

בהתאם לכך, אין פלא שההיקש נבחר לאמצעי העיקרי להשלמת חסר כמו-גם לפיתוח המשפט המקובל, קרי, לקביעת החקיקה השיפוטית. נראה שהיקש עומד בכל ההגבלות והעקרונות המנויים לעיל, שכן אם לגבי מקרה מסוים הפתרון שנקבע בחוק "עובד", על פניו נראה שהפתרון לגיטימי גם לגבי מקרה דומה שבו החוק אינו מפרט את הפתרון.

ניתן לראות לעניין זה שתי דוגמאות שתוארו לעיל. הראשונה היא השימוש בכלי ההיקש להחלת פתרון קיים בחוק על בעיה דומה שהחוק אינו נותן לה מענה – למשל, החלת סעיף 374 לפקודת החברות על כונס נכסים, אף שעל-פי לשון הפקודה הסעיף חל רק על חברה בפירוק. מהפסיקה שתוארה לעיל ניתן להבחין בקרבה הרבה שבין תפקידו של המפרק לבין תפקידו של כונס הנכסים באותו צומת קריטי של השבת נכסים (לרבות כספים) שהוצאו מן החברה במרמה או בפעילות שאינה כדין. הדמיון בין שני התפקידים, בשילוב העובדה שסעד ההשבה אכן מספק פתרון אפקטיבי לחברה המצויה בפירוק, מאפשרים להניח כי הקשה של סעד זה לחברה אשר טרם נכנסה לפירוק אך הוצאו ממנה נכסים במרמה או לא כדין תספק תשובה מתאימה לבעיה שהחוק שותק לגביה. ניתן לראות בהחלת סעיף 374 על כונס נכסים פעולה רחבה יותר מהשלמת חסר בסיסי בחוק. פעולה כזו יוצרת למעשה כלל משפטי חדש באמצעות כלי ההיקש, ולפיכך יש לראותה כ"פיתוח המשפט המקובל".

דוגמא נוספת מגיעה מתחום הפתרונות השיפוטיים בהעדר חקיקה קיימת. השימוש הנרחב שעשה השופט וינוגרד בפרשת כור בסמכויותיו הטבועות של בית-המשפט כדי ליצור ולהמציא דיני שיקום יש מאין, באופן חדשני ומקורי, הינו דוגמא קלסית לפיתוח המשפט המקובל על-ידי חקיקה שיפוטית, ונראה כי הוא עומד בכל אחד מהעקרונות המנחים שמנינו לעיל.¹⁴⁰

לסיכום הפרק ראוי לציין כי ביצירת החקיקה השיפוטית בדיני חדלות-פירעון ייצאו שלוש הפעולות שמנינו לעיל – פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט המקובל – בערוביה פעמים רבות. היטיב לתאר את הסיבה לכך אהרן ברק:

138 שם, בעמ' 10-12.

139 שם, בעמ' 12-13. גם אהרן ברק מציע להיזקק לאמת-המידה של "הקהילייה המשפטית" – ראו ברק, לעיל ה"ש 9, בעמ' 29-30.

140 לעניין פרשת כור ראו לעיל ה"ש 57 והטקסט הצמוד אליה. את פירוט העקרונות המנחים ראו לעיל בטקסט הצמוד לה"ש 135-139.

"המשפט המקובל ה'קלאסי' פועל במקום שבו אין חקיקה... עם ריבוי החקיקה... הולך חלקו של המשפט המקובל ה'קלאסי' ופוחת... עם זאת היצירה השיפוטית אינה פוחתת. אחת הסיבות לכך היא שלעתיים הטקסט החקיקתי הוא כללי מאוד ויש בו אך הדרכה מעטה לשופט המפרש אותו. על 'ווי' חקיקתי דל נתלות הלכות שיפוטיות נרחבות. מבחינה דוגמטית השופט עוסק בפירוש החוק. למעשה הוא מפתח משפט הלכתי במסגרת החוק."¹⁴¹

פרק ג: התפתחות הדין במשפט האנגלי

פקודת החברות המנדטורית, שהיוותה את נקודת הפתיחה של החקיקה הישראלית בדיני החברות, התבססה בעיקרה על חוק החברות האנגלי שנחקק בשנת 1929. כאמור לעיל, הדין האנגלי התפתח במהלך השנים והתעדכן בקצב מהיר בהרבה מהדין הישראלי, אשר עודכן באופן מהותי לראשונה רק בשנת 1983, עם כתיבת הנוסח החדש של הפקודה. כמו-כן, בשנת 1986 נחקק באנגליה חוק ספציפי העוסק בדיני חדלות-פירעון.¹⁴² גם בישראל המליצה ועדת ברק, שעסקה בהכנת חוק החברות החדש, לחוקק חוק ספציפי שיעסוק בדיני חדלות-פירעון, אולם המלצה זו לא יושמה עד היום. בפרק זה ננסה ללמוד מן הדרך שבה התמודדו האנגלים עם החסרים בחקיקה עד חקיקת החוק הספציפי בשנת 1986. על-פי הדוח של ועדת Cork לבדיקת החקיקה וההסדרים הנוהגים בחדלות-פירעון,¹⁴³ אשר קדם לחקיקת חוק חדלות-פירעון (Insolvency Act) בשנת 1986, לא אוגדו ההסדרים בנושא זה תחת חוק מקיף, אחיד ויחיד. חדלות-הפירעון הוסדרה באמצעות שילוב של כמה הוראות חוק שונות, בדומה למצב הנוכחי בישראל.¹⁴⁴ ועדת Cork הוקמה במטרה לערוך מחקר מקיף של ההסדרים החוקיים המסדירים את תחום חדלות-הפירעון, ולבחון את האפשרות לגבש דבר חקיקה מקיף וממצה שיבוא תחתיהם. זאת, בעקבות רצונה של אנגליה להצטרף ל-EEC (השוק האירופי המשותף), דבר אשר אילץ אותה לחתום על האמנה האירופית בעניין חדלות-פירעון ולהתאים את החקיקה באנגליה לרוח האמנה.¹⁴⁵ בעקבות

141 ברק, לעיל ה"ש 9, בעמ' 231.

142 Insolvency Act, 1986 (Eng.)

143 REPORT OF THE REVIEW COMMITTEE ON INSOLVENCY LAW AND PRACTICE (Cmnd. 8558, 1982) (להלן: דוח ועדת Cork).

144 ראו, למשל, Bankruptcy Act, 1914 (Eng.), שעסק בפשיטות-רגל של פרטים; Deeds of

Companies Act, 1914 (Eng.), Arrangements Act, 1914 (Eng.), שקבע את דיני הסדרי הנושים; חלקים מתוך ה-

County Court Act, 1948 (Eng.), שעסקו בחדלות-פירעון ובפירוק חברות; וכן חלקים מתוך ה-

County Court Act, 1959 (Eng.) שהסמיכו את בתי-המשפט לפעול בתחום. כך גם בישראל, שבה ההוראות העוסקות

בתחום חדלות-הפירעון נמצאות בחוק החברות, בפקודת החברות, בתקנות החברות ובתקנות סדר

הדין האזרחי, וההוראות העוסקות בפשיטת-רגל של פרטים מעוגנות בפקודת פשיטת-הרגל.

145 ראו האן, לעיל ה"ש 55, בעמ' 179.

מחקרה של ועדה זו, ועל בסיס המלצותיה וממצאיה, נוסחה הצעת החוק אשר נהפכה לימים לחוק חללות-פירעון משנת 1986.

ועדה זו הינה אחת מני רבות שעסקו בתחום, וממחקריה ניתן להסיק רבות על הדרך שבה בחר הדין האנגלי להתמודד עם הבעיות והקשיים שהתעוררו בתחום. החל בתחילת המאה התשע-עשרה ניתן לזהות מאמצים מצד המחוקק האנגלי לתת מענה לקשיים שהתעוררו בחיי המסחר. הבעיות "הוצפו" ועלו אל שולחנו של המחוקק מהפרקטיקה של השווקים העסקיים, והמחוקק נקט פעולות לבדיקת אמיתותן של הטענות ולבחירת הצורך במתן מענה חקיקתי להן באמצעות שינוי החוק או עדכוןו. כך הוקמו בין השנים 1906 ו-1981 לא פחות מעשרים ושלוש ועדות בדיקה שונות בתחומי ה-Commonwealth האנגלי, מהן חמש-עשרה באנגליה עצמה.¹⁴⁶ בשנים-עשרה הזדמנויות שונות במהלך תקופה זו נעשו שינויים בחקיקה, אשר הבולטים מביניהם נבעו ברובם ממסקנותיהן ומהמלצותיהן של הוועדות.¹⁴⁷ דוגמא לכך היא ועדת Muir Mackenzie, שהוקמה בשנת 1906 על-מנת לבחון את חוק הסדרי הנושים משנת 1887, ואשר המלצותיה הן שהובילו לחקיקת חוק הסדרי נושים בשנת 1914.¹⁴⁸ דוגמא אחרת להמשכיות התהליך ניתן למצוא בעבודתה של ועדת Cork, אשר הובילה לחקיקת חוק חללות-פירעון בשנת 1986.

דומה כי ניתן ללמוד מנתונים אלה (שינוי חקיקתי כל שש שנים בממוצע) על מגמה הפוכה מזו הנוהגת בדין הישראלי. בניגוד למחוקק הישראלי – אשר מתמהמה כבר כשמונים שנה (מהן יותר משישים שנה כריבון עצמאי) בעדכון הדינים המיושנים בתחומי חללות-הפירעון, כינוס הנכסים ופירוק החברות, וזאת אף שהמלצותיה של ועדת ברק לעדכון הדינים בחוק ספציפי מונחות על שולחנו של המחוקק זה כחמש-עשרה שנים – המחוקק האנגלי אינו נרתע מעריכת שינויים תכופים בדיני החברות, בדיני פשיטת-הרגל או בדיני חללות-הפירעון, בהתאם לצורכי המציאות בעולם העסקים ובחברה בכלל. מדיניות זו הינה בגדר מסורת, ומהווה נדבך חשוב בשיטה האנגלית. עוד בתקופתה של המלכה אליזבת הראשונה נעשו שינויים בחקיקה בתחום דיני פשיטת-הרגל לצורך התגברות על קשיים שהתעוררו ביישום החקיקה מתקופת הנרי השמיני.¹⁴⁹ כך גם נבחנו ההסדרים בעקבות משברים כלכליים ושערוריות עסקיות, דוגמת משבר הים הדרומי בשנת 1720 ומפולת הבנקים וחברת הרכבות בשלהי המאה התשע-עשרה.¹⁵⁰

כתוצאה ממדיניות זו בתי-המשפט האנגליים נדרשים לעקוב באופן רציף אחר השינויים בדין הנעשים על-ידי המחוקק בתגובה על שינויי המציאות. עם זאת, חרף השינויים התכופים, הדין האנגלי נתפס כיציב וכעקבי, שכן בתי-המשפט הנדרשים להכריע בסכסוכים מזדמנים אינם נוהגים על-פירוב לסטות מעקרונות הדין החקוק הנוהג באותה עת. בתי-המשפט האנגליים אינם נדרשים להפגין אותה מידה של אקטיביזם שיפוטי ופרשנות יצירתית

146 לרשימה המלאה ראו דוח ועדת Cork, לעיל ה"ש 143, בעמ' 4-6.

147 שם, בעמ' 7-8.

148 שם, בעמ' 22, פס' 62-65.

149 שם, בעמ' 16.

150 שם, בעמ' 14.

הגדרת מבתי-המשפט הישראליים, שכן המחוקק האנגלי מעדכן את הדין החרות לעיתים תכופות הרבה יותר מן המחוקק הישראלי.

כך, בתחום של השבת נכסים לחברה שלא מונה לה מפרק,¹⁵¹ המצב באנגליה אחרי חקיקת חוק החברות האנגלי משנת 1948 היה דומה למצב החקיקתי הנוכחי בישראל. סעיף 332 לחוק האנגלי¹⁵² דרש שהחברה תימצא בהליכי פירוק כדי שיהיה אפשר להחיל את הסעדים הקיימים בו, הן בפן האזרחי שלו והן בפן הפלילי שלו.¹⁵³ בשנת 1981 עודכן חוק החברות האנגלי, וסעיף 96 לחוק החדש, שהחליף את סעיף 332, כבר לא הציב דרישה זו כתנאי מוקדם להחלת הסעיף.¹⁵⁴ השינוי בחוק הוביל להתייעלות ההליכים, שכן נחסך הצורך הפורמלי להכניס את החברה מושא ההסדר לפירוק רק כדי שיהיה אפשר להפעיל את שני הסעיפים נגד נושאי-משרה ודירקטורים שלה.¹⁵⁵

גם בתחום סמכויות החקירה ניתן לראות הליך דומה בחקיקה האנגלית. בתחילה ניתנו סמכויות אלה למפרק בחוק ספציפי, משנת 1890,¹⁵⁶ שעסק בסיום חייה של חברה, ואשר קבע כי כאשר בית-המשפט מכריז כי חברה עוברת ממצב של כינוס נכסים לפירוק, הכונס הרשמי מקבל כובע נוסף של מפרק החברה, ועימו סמכויות החקירה הניתנות למפרק.¹⁵⁷ לאחר הגשת מסקנותיה של ועדת Cork, ועם חקיקתו של חוק חדלות-פירעון בשנת 1986, קבע המחוקק האנגלי כי ניתן לאשר סמכויות חקירה גם לכונס נכסים עוד בטרם הוכרזה החברה כחברה בפירוק.¹⁵⁸

חקירת חברה (וצדדים הקשורים אליה) באנגליה הייתה הליך נפוץ גם לפני חקיקת החוק החדש. לא אחת אישרו רשמים בקשות של מפרקים וכונסים לחקור גורמים שונים

151 ראו לעיל פרק א1(א) למאמר זה.

152 Companies Act, 1948, s. 332 (Eng.) אשר מקביל לס' 373 לפקודת החברות המנדטורית.

153 כך ניתן לראות בפרשנות שניתנה לסעיף זה בפסק-הדין של בית-הלורדים בעניין DPP v. Schildkamp, [1971] A.C.1, שם קבעה דעת הרוב כדלקמן: "Before a prosecution could be initiated in respect of fraudulent trading while the company was a going concern, the company had to be in liquidation. It was impossible to suppose that if Parliament had intended to create a criminal liability while the company was a going concern, it would not have imposed a civil liability at the same time, whereas subsection (1), which imposed a civil liability, limited that liability to cases where the company was being wound up"

154 ראו: R. v. Sutcliffe — Williams, [1983] Crim. L.R. 255.

155 כפי שכבר צוין, אלשיך ואורבך מציעים בספרם לאמץ עיקרון זה גם בדין הישראלי, מאותן סיבות המנויות לעיל, שכן במצב דהיום נדרשת התעלמות ממילותיו הברורות של כל אחד משני הסעיפים בפקודה (ס' 373 וס' 374) כדי שיהיה אפשר להחילם במקרה של חברה שאינה בפירוק. ראו אלשיך ואורבך, לעיל ה"ש 56, בעמ' 561.

156 Companies (Winding Up) Act, 1890 (Eng.)

157 ראו הרחבה על כך ברוח ועדת Cork, לעיל ה"ש 143, בעמ' 26.

158 Insolvency Act, 1986, s. 289 (Eng.)

בחברות.¹⁵⁹ בעניין *Norton*¹⁶⁰ התווה בית-המשפט את האופן שלפיו יש לקיים הליכים מסוג זה. פסק-הדין קבע כי יש צורך במתן שאלון כהליך מקדמי לחקירה על-ידי המפרק, וכל זאת בהליך של פירוק מרצון. לענייננו, בפסק-דין זה נראה כי בית-המשפט התווה את התנהגות המפרק על-פי המתבקש מהנסיבות, במטרה לאפשר את התנהלותו התקינה של ההליך, ולא רק על-פי לשונו של חוק החברות משנת 1948, אשר לא היה מפורט דיו. בית-המשפט הבין את הצורך בהקניית גמישות לפרוצדורה הקבועה בחוק לגבי כינוס ופירוק של חברות, לעיתים עד כדי התאמה אד-הוק של דרך ניהול ההליך לנסיבותיו הייחודיות של כל מקרה לגופו. בעניין *Razor* נעשתה התאמה זו באמצעות השאלה מהליכי פשיטת-רגל:

"There is here an extraordinary and secret mode of obtaining information necessary for proper conduct of the winding up. The process, borrowed from the law of bankruptcy, can be described as being sui generic..."¹⁶¹

יתר על כן, חשוב לציין כי בהליך האמור היו מעורבים בשלבים השונים הן מפרקים והן כונסי נכסים. מכאן ניתן להסיק כי בית-המשפט האנגלי ראה במתן הסמכות גם לכונס הנכסים בבחינת צורך אמיתי – צורך שאכן מצא ביטוי בחקיקה מאוחרת יותר. דוגמא יפה לשינוי מהותי שנערך בחוק האנגלי בתחום הסדרי הנושים ניתן לראות במקרה של ועדת Muir Mackenzie, אשר מונתה על-ידי מועצת המסחר בשנת 1906 כדי לבחון את חוק פשיטת-הרגל האנגלי. לאחר בדיקה של הוועדה התגלה כי הפרקטיקה שנהגה אז אפשרה, על-פי חוק פשיטת-הרגל משנת 1887, ניצול של החוק לרעה על-ידי חייבים תוך קיפוח נושים מסוימים. כדוגמא לכך ציינה הוועדה כי על-פי החוק היה חייב יכול, ללא כל התייעצות עם אספת הנושים שלו, למנות על כל נכסיו נאמן, וכל אדם שנבחר על-ידיו היה כשיר למלא את התפקיד. התנאי היחיד להכשרת ההסדר היה הסכמת אחד הנושים למינוי (ופעמים רבות הושגה הסכמתו תוך הבטחת תשלום גדול יותר מהחוב היחסי כלפיו), ובית-המשפט היה מאשר את ההסדר באופן שרירותי וללא כל בדיקה של הנאמן מבחינת יכולתו, נסיונו, כשרונו או הכשרתו למלא את התפקיד. מצב זה אפשר הונאת נושים על-ידי חייבים וכן העדפת נושים ספציפיים. הוועדה הגישה את המלצותיה לשינוי החקיקה הקיימת, ובעקבות זאת נחקק חוק¹⁶² אשר הסדיר את תחום הסדרי הנושים ומנע הישנות מקרים מעין אלה בעתיד.¹⁶³

ניתן לראות, אם כן, שתהליך התפתחותם של דיני חדרות-הפירעון באנגליה הינו דינמי

159 ראו, למשל: *Re Norton Warburg Holdings Ltd and Norton Warburg Investment Management Ltd*, [1983] BCLC 235 (להלן: עניין *Norton*); *In re Rolls Razor Ltd*, [1968] 3 All E.R. 698 (להלן: עניין *Razor*).

160 שם.

161 ראו: Companies Act 1948, s. 268 (Eng.), והפרשנות שניתנה לו בפסיקה בעניין *Razor*, לעיל ה"ש 159, בדבריו של השופט Megarry.

162 Deeds of Arrangement Act, 1914 (Eng.).

163 להרחבה ראו דוח ועדת *Cork*, לעיל ה"ש 143, בעמ' 22.

והמשכי, ומשלב פעילות במישורים שונים. מרכיב עיקרי בפיתוח הדין נובע מפעילותן של ועדות הבדיקה (Review Committees), הממונות על-מנת לבחון את יישומן של הוראות החוק, את הקשיים שיישום זה מעורר וכן את השפעותיהם של שינויים חברתיים או מסחריים, שעורריות עסקיות או משברים קיצוניים. מישור התפתחות אחר של הדין הוא יישום המלצותיהן של הוועדות בחקיקה, אשר אינה קופאת על שמריה. המישור השלישי, אשר באנגליה ממלא תפקיד מינורי בעוד בישראל ניתן לו תפקיד מרכזי, הוא פרשנות ופיתוח של המשפט המקובל על-ידי בתי-המשפט.

ההבדל בין התפתחותם של דיני חדלות-הפירעון באנגליה לבין התפתחותם בישראל ברור. באנגליה כל ועדת בדיקה שמונתה במאה ועשרים השנים האחרונות תרמה לרפורמה בחוקים הספציפיים הקשורים לדיני חדלות-הפירעון. הגדילה לעשות ועדת Cork, שהובילה למהפכה של ממש בדין ולחקיקתו של חוק אחד המאגד תחתיו את כל ההוראות הרלוונטיות לתחום. כל שנותר לבתי-המשפט האנגליים הוא ליישם את הוראות החוק. בישראל, לעומת זאת, אף בפעמים הספורות שבהן מוגו ועדות בדיקה לצורך עריכת רפורמות בדיני חדלות-הפירעון, המלצותיהן של הוועדות לא יושמו עד היום. יתר על כן, המחוקק אף לא טרח להביע את הסכמתו או את התנגדותו להמלצות אלה. כך אירע לגבי המלצותיה של ועדת לוין,¹⁶⁴ שנכללו בדוח שהוגש בשנת 1990, בנוגע לרפורמה בדיני פשיטת-רגל ופירוק חברות;¹⁶⁵ וכך אירע גם לגבי המלצתה של ועדת ברק לאגד את דיני חדלות-הפירעון תחת חוק אחד, שנתרה יתומה מאז ניתנה לפני כחמש-עשרה שנים.

סיכום

במאמר זה סקרנו בעיות אחדות בדיני חדלות-הפירעון הישראליים, כדי להדגים את הבעייתיות הנובעת מכך שדינים אלה נחקקו עוד בשנת 1929, בתקופת המנדט הבריטי, ועברו שינויים מינוריים בלבד במהלך כל השנים, בעוד שבמקביל, במישור המעשי, התפתחו חברות ועסקים מסוגים שונים, ובתי-המשפט נאלצו להתמודד עם בעיות שונות

164 ועדת לוין הניחה כי השופטים שיעסקו בתחום יהיו שופטים מומחים בעלי ניסיון ומקצועיות, ולכן "אין צורך בקיומם של הסדרים מפורטים לפרטי פרטים, אלא די בקביעתם של עקרונות היסוד והמבנה הארגוני של הליכי השיקום, תוך מתן שיקול דעת רחב לבית המשפט להתאים את הדין לנסיבות החברה המיוחדת המועמדת לשיקום". ראו דוח ועדת לוין, לעיל ה"ש 123, פס' 6 לפרק המבוא.

165 חשוב לציין כי בעניין ספציפי בחר המחוקק לא להתעלם לחלוטין מהמלצותיה של ועדת לוין. כך, בתיקון לפקודת החברות שהתקבל בשנת 1995 נוסף ס' 233(א1), שמטרתו הייתה להכשיר אמצעים להסדרת הבראה של חברות על-ידי מתן צו להקפאת הליכים. גלגול נוסף של סעיף זה נוצר עם חקיקת חוק החברות החדש, ונמצא בס' 350(ב) לחוק החברות, המוזכר בהרחבה לעיל בפרק 2א למאמר זה.

ומורכבות שלא נמצא להן פתרון בחוק. במהלך השנים פיתחו השופטים העוסקים בתחום חדלות-הפירעון פרקטיקות שונות הסוּטות מן הכתוב בחוק, כדי לספק לאותן בעיות תשובות שיובילו לתוצאה צודקת וראויה, וכדי למנוע כשלים שעלולים להיווצר במגזר העסקי בשל העובדה שהחוק הכתוב מפגר אחר הפרקטיקה בעשרות שנים. נראה כי אין מנוס משינוי המצב הקיים כיום ומעדכון החקיקה הסטטוטורית. יפים לכך דבריו של דוד האן בספרו:

"...יש לבחון אילו שינויים ראוי לשנות בדיני חדלות פירעון הישראליים למען יתאימו למציאות העדכנית ולתפיסות הרווחות כיום והמשתקפות בחקיקת ארצות אחרות. המשפט העסקי בארצות רבות בעולם נוטה לאמץ הסדרים משפטיים המקובלים גם אצל ארצות עמיתות, בעיקר אלה שעמן מתקיימים קשרי מסחר ענפים. יתרה מזו, גופים בין-לאומיים שונים שוקדים על פיתוח חוקים מסחריים לדוגמה... רבים מאמינים כי מגמה משפטית זו תגביר את שיתוף הפעולה הכלכלי בעולם ותקדם את המסחר העולמי. גם מקומם של דיני חדלות פירעון לא נפקד ממגמה זו."¹⁶⁶

יש הסבורים כי ניתן ורצוי לעגן את ההסדרים הסטטוטוריים החדשים הנדרשים בתוך המסגרות הסטטוטוריות הקיימות,¹⁶⁷ ויש הקוראים לעגנם בחוק חדש שיטפל בכל הסוגיות של חדלות-הפירעון, בדומה לחוק חדלות-פירעון האנגלי.¹⁶⁸ ויכוח זה משולב לא אחת במחלוקת מהותית נוספת, והיא שאלת הצורך בהקמתו של בית-משפט ייחודי שיעסוק בדיני חברות ובדיני ניירות-ערך.¹⁶⁹ שאלות אלה טעונות ליבון ודיון מעמיקים, החורגים

166 האן, לעיל ה"ש 55, בעמ' 185. האן מציג חמש המלצות שיש לפעול לפיהן, לדעתו, בעת שינוי עיתי בחקיקה: הראשונה, לחתור לחקיקה מקיפה בדיני חדלות-פירעון, אשר תסדיר את התחום כולו מן המסד ועד הטפחות; השנייה, לחוקק חוק אחיד להסדרת כל הליכי חדלות-הפירעון, כפי שקיים בארצות-הברית ואף באנגליה במידה מסוימת; השלישית, לאתחל שלבים ומועדים, כדי למנוע בעיות של חוסר תאימות בין השלבים והמועדים בהליכי חדלות-הפירעון השונים – בעיות שהעסיקו לא מעט את הפסיקה בישראל; הרביעית, להדגיש בחוק החדש פיתוח מפורט של הפרק שיעסוק בהסדר ההבראה של חייב תאגידי; וההמלצה החמישית והאחרונה, להסדיר במפורש את התוצאות המשפטיות של המעבר מהליך חדלות-פירעון אחד למשנהו. לעיתים קורה שהליך אחד אינו מצליח ומוחלף באחר (לדוגמה, הבראת חברה שנכשלת ומוחלפת בכינוס או בפירוק). מעבר זה יוצר בעיות משפטיות לא-מעטות סביב התנגשויות בין מועדים קבועים וזכויות נושים בשני ההליכים. להרחבה ראו שם, בעמ' 185-190.

167 כגון חוק החברות, פקודת החברות ופקודת פשיטת-הרגל.

168 כפי שהומלץ בדוח ועדת ברק, לעיל ה"ש 3.

169 בתחילת 2006 הגישה הוועדה לבחינת קוד ממשל תאגידי בישראל (ועדת גושן) את המלצותיה לרשות לניירות-ערך. אחת מהמלצותיה של הוועדה הייתה להקים בית-משפט ייחודי לחברות בישראל. לדברי הוועדה: "ככלל, בית המשפט העוסק בתחומי החברות וניירות ערך מתמודד

מנושא-הליכה של מאמר זה.

באופן אישי אנו סבורים כי חקיקה שיפוטית מהסוגים שתוארו בהרחבה במאמר זה היא תופעה מבורכת ורצויה, שכן בתחומים העסקיים והדינמיים שהוזכרו אי-אפשר להמתין למחוקק שיאמר את דברו. אין ספק שהדין הרצוי והאידיאלי הוא קידום חקיקה ראשית, אחידה, מקיפה וברורה, אשר תנחה את בית-המשפט כיצד לפעול בתחום דיני חדלות-הפירעון, ותספק כלים והסדרים פרטניים לבעיות שהוצגו לעיל ולבעיות נוספות המתעוררות מדי יום בבית-המשפט, אשר קצרה היריעה מלהתייחס לכולן במאמר זה. עם זאת, אין זה ברור אם חקיקה מפורטת וקשיחה, כפי שקיימת כיום בארצות-הברית, למשל, תתאים למשפט הישראלי. ייתכן שיש מקום להותיר בחקיקה החדשה גמישות אשר תאפשר לבתי-המשפט לגשר על הפער שבין החוק היבש לבין הפרקטיקה הדינמית, בדיוק כפי שמוצע בתזכיר החוק החדש העוסק בהבראת חברות.¹⁷⁰

לנוכח קצב התפתחותה של החקיקה בתחום זה בעשרים השנים האחרונות, מאז הגישה ועדת לוי את המלצותיה, ניתן להסיק כי השלמת מהלך חקיקתי כזה תאריך כנראה עוד תקופה ארוכה. יש לברך אומנם על יוזמת משרד המשפטים לקידום חקיקה חדשה להבראת חברות בישראל ולתיקון חוק החברות בתחום זה,¹⁷¹ אך חשוב לזכור שמדובר עדיין בעדכון שפותר רק חלק מהבעיות שהתעוררו בפרקטיקה העסקית. בתחום השיקום והבראת החברות קיימים ליקויים נוספים, לא מעטים, אשר התיקון המוצע אינו מטפל בהם. נוסף על כך

עם סוגיות כלכליות ומימוניות מורכבות ביותר, מכיוון שעולם העסקים הדינמי מפתח כל הזמן מבני עסקאות מיוחדים שיענו על צרכי מיסוי, חשבונאות, ורגולציה... קיומו של בית משפט מתמחה שיש בכוחו למנוע את עושיק וקיפוח המיעוט מהווה גורם מרכזי בשיפור איכות ניהולן של חברות ציבוריות, בהתפתחות שוק ההון, ובשיפור הכלכלה. מחקרים אמפיריים מראים קשר ברור בין איכות ההגנות הניתנות לציבור המשקיעים לבין צמיחה כלכלית ושוקי הון מפותחים. "רשות ניירות ערך דו"ח הועדה לבחינת קוד ממשל תאגירי (Corporate Governance) בישראל 44 (2006). הוועדה אף הביאה כדוגמא את בית-המשפט המתמחה במדינת דלוור בארצות-הברית: "אכן, איכותו של בית משפט זה מוכרת כסיבה מרכזית לכך שלמעלה משני שלישים מן החברות הציבוריות בארה"ב מתאגדות בדלוואר, וכופפות עצמן לדין בדלוואר." ראו שם. לאחרונה התקבל בכנסת תיקון 59 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984, אשר אימץ את מסקנותיה של ועדת גושן, ולפיו תוקם מחלקה כלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, שבה יכהנו שופטים בעלי ידע וניסיון בתחומים הכלכליים האמורים. על-פי תיקון זה, שופטים אלה ידונו בעניינים כלכליים וכן בהליכים מנהליים בתחומים הרלוונטיים, ובכלל זה בהליכים אזרחיים ופליליים לפי חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, ס"ח 234, לפי חוק החברות, לפי חוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994, ס"ח 308, ולפי חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995, ס"ח 416; בתובענות ייצוגיות על-פי חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ס"ח 264; בתביעות נגזרות על-פי חוק החברות; בסכסוכים בין בעלי מניות הנוגעים בזכויותיהם או בחובותיהם ככאלה המוסדרות בתקנון החברה או בחוזה אחר; וכן בערעורים על פסקי בוררות העוסקים בסכסוך כלכלי על-פי הגדרתו בחוק.

170 תזכיר החוק בעניין הבראת חברות, לעיל ה"ש 8.

171 שם.

משפט ועסקים יג, התש"ע

חקיקה שיפוטית בדיני חדלות-פירעון

יש לציין כי תחום כינוס הנכסים, שאף אותו סקרנו לעיל, אינו צפוי לפי שעה לעבור הליך עדכון מהותי כלשהו. בתי-המשפט של חדלות-פירעון עוסקים ימים כלילות בבעיות חדשות ומורכבות, אשר החוק הקיים אינו יודע לספק להן פתרונות. לדעתנו, יש לראות את החקיקה השיפוטית בתחום זה כפתרון זמני, אם כי יעיל, איכותי וזמין, אשר יעמוד בעינו רק עד אשר יואיל המחוקק לעגן את הדין הראוי בחוק.

