

## התמודדות של חברה המנוהלת על-ידי בעל-תפקיד עם תחרות של נושא-משרה\*

### יהודית קורן\*\*

המאמר עוסק בדרכים למניעת הנוק שעלול להיגרם לחברה אשר נתונה בהליכי הבראה (פירוק, כינוס נכסים, הסדר נושים) והעסק שלה מנוהל על-ידי בעל-תפקיד (מפרק, מפרק זמני, כונס נכסים, נאמן או מנהל בהסדר נושים) כתוצאה מתחרות שמנהל נגדה נושא-משרה שכהונתו הושעתה או הופסקה בעקבות מינויו של בעל-התפקיד.

המאמר דן בהשפעת מינויו של בעל-התפקיד על מעמדו של נושא-המשרה, מצביע על הסיכון שעלול להיגרם לחברה כתוצאה מתחרות של נושא-המשרה, ומצביע על הדרכים הקיימות כיום כדין לשם התמודדות עם הבעיה. כמו-כן המאמר מצביע על חסרונותיהם של אמצעי ההתמודדות הקיימים, ומציע פתרון חקיקתי בדמות תוספת להגדרת המונח "נושא-משרה", שתחיל את חובת האמונים על נושא-משרה של חברה המצויה בהליכי הבראה.

מבוא

פרק א: הצגת הסוגיה

1. איסור התחרות החל על נושא-משרה בחברה, ואינטרס הציבור בהבראת חברות
2. סוגים של הליכים להבראת חברות הקיימים כיום בדין הישראלי (א) פשרה או הסדר לפי סעיף 350 לחוק החברות

---

\* המאמר מבוסס על הרצאה שניתנה במכון להשתלמות שופטים על-שם י' זוסמן בחודש מרס 2001.

\*\* עמיתת-הוראה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה (הוראת הקורס "חובות נושאי משרה בחברה") ושותפה במשרד עורכי-דין. תודת המחברת נתונה לחברי מערכת משפט ועסקים על הערותיהם המועילות.

- (ב) שיקום החברה בניהול (קדם) מפרק זמני  
 (ג) ניהול העסק של החברה במסגרת הליכי פירוק ("מפרק מפעיל")  
 (ד) ניהול עסקיה של החברה על-ידי "כונס מפעיל" (כונס נכסים ומנהל)
3. תחרות של נושא-משרה – סיכון של פגיעה בסיכויי ההבראה  
 4. העדר הסדר סטטוטורי להתמודדות עם הסיכון
- פרק ב: השפעתם של הליכי ההבראה על מעמדו של נושא-המשרה ועל חובת האמונים שלו כלפי החברה
1. מעמדו וחובותיו של נושא-המשרה בעקבות מינוי כונס נכסים על-פי איגרת-חוב  
 2. מעמדו וחובותיו של נושא-המשרה בעקבות מינוי מפרק על-ידי בית-המשפט  
 3. מעמדו וחובותיו של נושא-המשרה בעקבות מינוי מפרק זמני  
 4. מעמדו וחובותיו של נושא-המשרה בהליך של פשרה או הסדר לפי סעיף 350 לחוק החברות  
 5. סיכום ומסקנות לגבי קיומה של חובת אמונים של נושא-משרה כלפי חברה המצויה בהליכי הבראה
- פרק ג: שימוש בעילות משפטיות קיימות לשם התמודדות עם תחרות של נושא-משרה נגד חברה המצויה בהליכי הבראה
1. שימוש בדוקטרינה של ניצול ההזדמנות העסקית (Corporate Opportunity Doctrine)  
 2. מניעת תחרות באמצעות ההגבלות החלות על עובד שמתחרה במעבידו-לשעבר  
 (א) השפעת הליכי ההבראה על יחסי עובד-מעביד שהתקיימו בין נושא-המשרה לחברה  
 (ב) תחרות של נושא-משרה לאחר הפסקת יחסי עובד-מעביד בינו לבין החברה המצויה בהליכי הבראה  
 (ג) מגבלות השימוש בעקרונות שפותחו בדיני העבודה  
 3. שימוש באיסור הפרעה לבעל-תפקיד  
 (א) ההלכה  
 (ב) החלת האיסור להפריע לבעל-תפקיד על הסוגיה מושא דיונו
- פרק ד: סיכום והמלצות

## מבוא

חברה פלונית נעשית חדלת-פירעון, קרי: סך התחייבויותיה עולה על מסת נכסיה. החברה או אחד מנושיה פונים לבית-המשפט בבקשה למינוי כונס נכסים על-פי איגרת-חוב, בבקשה למתן צו פירוק או בבקשה לפשרה או להסדר לפי סעיף 350 לחוק החברות,<sup>1</sup> ובית-המשפט ממנה לחברה בעל-תפקיד.<sup>2</sup> בית-המשפט מסמיך את בעל-התפקיד להמשיך לנהל את העסק של החברה כעסק חי, אם משום שהשתכנע כי סיכויי הבראתה טובים ואם משום שלחברה יש נכסים לא-מוחשיים (מוניטין, סודות מקצועיים, מערך שיווק מיומן וכיוצא בהם), שניתן למכור אותם לאחרים ולהגדיל את מסת הנכסים העומדת לחלוקה בין הנושים. הפסקת פעילותה של החברה, לעומת זה, תוריד נכסים אלה לטמיון. לאחר שבעל-התפקיד מתחיל לנהל את העסק של החברה, מתברר לו כי מנכ"ל החברה – או נושא-משרה<sup>3</sup> אחר שכהונתו הופסקה בעקבות מינויו של בעל-התפקיד – הקים חברה מתחרה או הצטרף לחברה מתחרה, פונה ללקוחות החברה ולספקיה בתחומים שהחברה פועלת בהם, ופעולותיו מאיימות על המשך ניהול העסק של החברה כעסק חי. כיצד יתמודד בעל-התפקיד עם הבעיה שנוצרה? בשאלה זו יעסוק מאמרנו.

מאמרנו מבוסס על ההשקפה שב"תחרות" בין זכותו של נושא-המשרה לחופש העיסוק לבין זכותה של החברה המנוהלת על-ידי בעל-תפקיד להגן על קניינה יש להעדיף את ההגנה על קניינה של החברה מטעמים של טובת הציבור, כפי שיפורט בהמשך. הדין הקיים ואף הדין שבדרך (תזכיר הצעת חוק לתיקון פקודת החברות (שיקום חברות), התשנ"ה-1995) אינם מסדירים את הסוגיה של תחרות של נושא-משרה נגד חברה

1 חוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189 (להלן: חוק החברות).

2 המונח "בעל-תפקיד" יכלול במאמר זה כונס נכסים, מפרק, מפרק זמני, קדם מפרק זמני, נאמן או מנהל מיוחד בהסדר נושים, או כל אדם אחר שמונה על-ידי בית-המשפט לנהל את עסקיה של חברה שנקלעה לקשיים.

3 "נושא-משרה" מוגדר בסעיף 1 לחוק החברות, לעיל הערה 1, באופן הבא: "דירקטור, מנהל כללי, מנהל עסקים ראשי, משנה למנהל כללי, סגן מנהל כללי, כל ממלא תפקיד כאמור בחברה אף אם תוארו שונה, וכן מנהל אחר הכפוף במישרין למנהל הכללי". להגדרה רחבה זו, שהועתקה בשינויים לא-משמעותיים מההגדרה שהופיעה בסעיף 96כד לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 (להלן: פקודת החברות), יש להוסיף את הגדרת המונח "דירקטור" בסעיף 1 לפקודה: "לרבות מי שמשמש בפועל בתפקיד דירקטור, יהא תוארו אשר יהא". ההגדרה נחשבת לכוללת אף "דירקטור צללים". למשמעות המונח "דירקטור צללים", ראו את הסיפא של סעיף 373(א) לפקודת החברות. כמו-כן ראו: ת"א (ת"א) 2244/81 קומפני פריזיין דה פרטיסיפסיון נ' פלאטו שרון ואח', פ"מ תשמ"ד(2) 10; אברהם פלמן, הדרה בר-מור דיני חברות בישראל הלכה למעשה (מהדורה רביעית, הדרה בר-מור עורכת, 1994, כרך א) 110, 536.

שמנוהלת על-ידי בעל-תפקיד. ספק אם איסור התחרות, שהינו חלק מחובת האמונים המוסדרת בסעיף 254 לחוק החברות, חל על נושא-משרה שמועבר מכהונתו לאחר מינויו של בעל-תפקיד. קיימים כלים משפטיים, שנצביע עליהם בהמשך מאמרנו, העשויים לסייע לבעל-תפקיד בהתמודדות מול נושא-המשרה המתחרה; דא עקא, שכלים אלה, ברובם, לא פותחו לשם מתן מענה לבעיה שתיארנו, ומכאן חולשתם ומגבלות השימוש בהם לענייננו. מספרן הרב של החברות המנוהלות כיום על-ידי בעל-תפקידים (מתוצאותיו המצערות של המיתון המתמשך), ושכיחותה של הסוגיה שתיארנו, דורשים מתן מענה חקיקתי. הצעה למענה כזה, בדרך פשוטה יחסית של הרחבת ההגדרה של המונח "נושא-משרה", מובאת בפרק האחרון של מאמרנו. לאחר הצגת הסוגיה בפרק הראשון של המאמר, נצביע בפרק השני על ההצדקה להמשך ניהולה של החברה כעסק חי במקרים מסוימים, ונפרט את ההסדרים המשפטיים המוכרים שבמסגרתם החברה מנוהלת על-ידי בעל-תפקיד (הליכי הבראה). נצביע על הסיכון הרב שתחרות של נושא-משרה עלולה לגרום לחברה המנוהלת על-ידי בעל-תפקיד, וכן נצביע על העדרו של הסדר ספציפי להתמודדות עם סיכון זה. בפרק השלישי ננתח כיצד הליכי הבראה השונים משפיעים על מעמדו של נושא-המשרה ועל חובות האמונים שלו כלפי החברה, כדי לבדוק עד כמה הוא ממשיך להיות כפוף לאיסור התחרות הסטטוטורי. בפרק הרביעי נצביע על עילות משפטיות קיימות שניתן להסתייע בהן לצורך התמודדות עם תחרות של נושא-משרה. בפרק האחרון והמסכם נציע כאמור תיקון חקיקתי שמיועד לפתור את החסר הסטטוטורי, ויוסברו העקרונות שעליהם הוא מושתת.

## פרק א: הצגת הסוגיה

### 1. איסור התחרות החל על נושא-משרה בחברה, ואינטרס הציבור בהבראת חברות

חובת האמונים החלה על נושא-משרה בחברה כוללת איסור להתחרות בעסקיה של החברה. סעיף 254(א) לחוק החברות, התשנ"ט-1999 קובע:

"נושא משרה חב חובת אמונים לחברה, ינהג בתום לב ויפעל לטובתה, ובכלל זה - ...  
(2) יימנע מכל פעולה שיש בה תחרות עם עסקי החברה..."

אם נושא-משרה בחברה הפר את חובת האמונים והתחרה בעסקי החברה - אם באמצעות עסק שבבעלותו, אם כשכיר בעסק אחר, ואם, בעקיפין, כ"דירקטור צללים"

בחברה שמצויה לכאורה בשליטתו של אחר<sup>4</sup> - מוקנות לחברה תרופות יעילות נגד נושא-המשרה המפר: החברה זכאית לצו מניעה אשר ימנע את נושא-המשרה מלנהל עסק מתחרה, וביכולתה לעתור לצו מניעה זמני עד לסיום ההליכים בתביעתה.<sup>5</sup> אם גרמה התחרות נזקים כספיים לחברה, החברה זכאית לעתור גם לפיצויים.<sup>6</sup> יתרה מזו, רווחיו של נושא-המשרה המפר חובת אמונים מן הפעילות המפרה נחשבים לכספים השייכים לחברה, והיא זכאית לתובעם מידו במסגרת תביעת השבה.<sup>7</sup> כל האמור לעיל כוחו יפה כל עוד החברה מתנהלת "כרגיל"; ברם, השאלה היא מהו הדין כאשר החברה נקלעת לקשיים והעסק שלה ממשיך אומנם להתנהל אולם עובר לניהולו של בעל-תפקיד, ולא של נושא-המשרה, במסגרת הליכים המכוונים להביא לידי הבראת החברה.<sup>8</sup> בישראל - בעקבות ארצות-הברית, אנגליה וארצות נוספות - התפתחה בשנים האחרונות תפיסה שלפיה כאשר יש לחברה הנתונה בקשיים כלכליים סיכויי הבראה טובים, יש לתת עדיפות להמשך ניהול עסקיה של החברה על פירוקם או חיסולם.<sup>9</sup> הטעם לגישה זו הוא שמהבראת החברה יוצאים נשכרים נושיה של החברה, עובדיה ובעלי מניותיה, ובחברות שיש בהן עניין לציבור - גם הציבור כולו. מכירת נכסיה של חברה במסגרת פירוק מחמת חדלות-פירעון עלולה להפחית באופן משמעותי את ערך נכסיה: המוניטין של החברה יורדים לטמיון, הסכמי זיכיון שהיא קשורה בהם פוקעים, ועובדים שהושקעו משאבים

- 4 דוגמת עובדותיו של פסק-הדין הידוע *Gilford Motor Co. Ltd. v. Horne*, [1933] Ch. 935, All E.R. Rep. 109.
- 5 יוסף כהן דיני חברות (1991 כרך ב) 300; פלמן ובר-מור, לעיל הערה 3, בעמ' 680.
- 6 פלמן ובר-מור, שם, בעמ' 681-682.
- 7 פלמן ובר-מור, שם, בעמ' 682; כהן, לעיל הערה 5, בעמ' 300; דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (מהדורה שנייה, תשנ"ח, כרך א) 566-568.
- 8 במונח "הליכים להבראת החברה" כוונתנו להליכים משפטיים שהינם יצירי החוק או הפסיקה. להלן נשתמש במונח זה הן לגבי הליכים שמכוונים להביא לידי חילוץ של החברה מקשייה הפיננסיים והשבתה למסלול פעילות תקין, והן לגבי הליכים שמטרתם להמשיך את פעילותה של החברה לתקופת-ביניים בלבד, לצורך מכירה של העסק או של חלקים ממנו לאחרים.
- 9 לדיון נרחב בהסדרי ההבראה הקיימים וביתרונותיהם האפשריים, לעומת פירוק תוך הפסקת פעילות החברה, ראו: יחיאל בהט דיני הבראת חברות (מהדורה שניה, תשנ"ב); יחיאל בהט הסדרי הבראה - בבית המשפט ומחוץ לבית המשפט (תשנ"ו); יחיאל בהט חברות - החוק החדש והדין (מהדורה חמישית, תשס"ג) 961-992. ציפורה כהן "פירוק חברה על פי בקשת נושה - קווים מנחים בהפעלת שיקול הדעת של בית המשפט" מחקרי משפט יב (תשנ"ה) 37, 59; שלום לרנר שעבוד נכסי חברה (תשנ"ו) 19-20; יוסף כהן דיני חברות (תשנ"ד, כרך ג) 607-675. על רקע גישה זו נוסח תזכיר הצעת החוק לתיקון פקודת החברות (שיקום חברות), התשנ"ה-1995. לביטוי של הגישה האמורה בפסיקה, ראו: ע"א 673/87 סאלח ואח' נ' כוכבי, מפרק פרץ את איסור חברה לבנין והשקעות בע"מ (בפירוק) ואח', פ"ד מג(3) 57; ע"א 359/88 סולל בונה בע"מ נ' נאמן, כונס ומפרק של כוכב השומרון עמנואל בע"מ (בכינוס נכסים) ואח', פ"ד מה(3) 862.

בהכשרתם עוברים לעבוד במקומות אחרים. ברוב המקרים, הנושים המובטחים בשעבוד קבוע הם היחידים הזוכים להיפרע, ונושים שאינם מובטחים זוכים בחלק קטן בלבד מנשיונם. מכירת העסק של החברה כ"עסק חי" עשויה להניב במקרים רבים רווח גדול יותר מאשר מכירה של כל אחד מנכסי החברה בנפרד. הדבר אמור במיוחד לגבי חברות המנהלות את עסקן על מקרקעין שכורים, שכלי-הרכב והציוד העיקרי שלהן נרכשו בהחכר ("ליסינג"), שאין להן מלאי משמעותי, וכנגד זה יש בבעלותן פטנט, סודות מסחריים או ערוצי שיווק שעשויים להפך לרווחיים בניהול המאפשר את מכירתם.<sup>10</sup> המשך ניהול החברה כעסק חי עשוי להשיא את התמורה שתשולם בעבור נכסי החברה ולהגדיל את ה"עוגה" שתעמוד לחלוקה בין נושיה ומשתתפיה של החברה. נוסף על כך, הדבר עשוי למנוע או לצמצם את פטוריהם של העובדים, לצמצם את הסיכון של היווצרות מונופולים ולהגביר את התחרות במשק. כל השיקולים הללו מוליכים למסקנה שהבראת חברה משרתת את טובת הציבור. מסקנה זו כפופה כמובן לכך שעלויות הניהול של הליכי ההבראה לא יעלו על שיעור התועלת שתופק מהם.

10 דוגמה מובהקת לחברה כזו ניתן למצוא בפש"ר (ת"א) 2094/03, בש"א 19611/03 שוודנט בע"מ נ' עו"ד שלו, מפרק זמני של חברת היפר דנטל בע"מ (טרם פורסם; החלטת השופטת ורדה אלשיך מיום 4.11.2003). החברה "היפר דנטל", אשר מונה לה מפרק זמני, עסקה בשיווק ציוד רפואי ודנטלי בדרך של שיווק בטלפון (טלמרקטינג) באמצעות מוכרניות שפיתחו קשר ישיר עם לקוחות החברה. לבקשת המפרק הזמני, ניתן צו מניעה נגד מנהל החברה המתחרה "שוודנט" ונגד המוכרניות למניעת הפעלתן של המוכרניות של חברת "היפר דנטל" בחברה המתחרה. הטעם לצו המניעה היה ש"העברת רשימת הלקוחות, המוניטין וכן הקשר האישי עם הלקוחות תרוקן מכל תוכן את החברה", וכי "החברה תיוותר ללא ערך", דבר שיגרום "פגיעה קשה וממשית בנושי החברה" ו"יסכל כל אפשרות למכירת החברה לצד ג'". באופן דומה פעלה השופטת ורדה אלשיך בפש"ר (ת"א) 2193/03, בש"א 22877/03 רייף, כונס נכסים של חברת אדאנת תקשורת בע"מ נ' רוזנטל ואח' (טרם פורסם; החלטה מיום 12.1.2004), כאשר הוציאה צו מניעה נגד עובדי חברת תקשורת שפעילותה נמכרה על-ידי כונס נכסים. הצו אסר על העובדים להתחרות ברוכש ולפגוע בכך בנכס שנמכר. האינטרס שבו הושם הדגש במסגרת ההחלטה היה האינטרס הציבורי: "נושיה של חברה חדלת פרעון, אשר ממילא לא זוכים לפירעון מלוא נשייתם, מבקשים למקסם את התמורה המתקבלת ממכירת פעילות החברה. מתן היתר לעובדים, בתקופת הביניים, להתחרות בחברה ו/או לרוקן את נכסיה ירתיע רוכשים פוטנציאליים רבים מלנסות ולרכוש את פעילותן של חברות חדלות פרעון." יוער כי בשני המקרים ניתנו צווי המניעה נגד עובדים מן השורה, ולא נגד נושאי-משרה, ולמשך פרקי-זמן קצרים ביותר. שני המקרים מדגימים כיצד פעילות מתחרה של עובד שאינו בכיר עלולה לאיין את הנכס העיקרי של החברה המנוהלת כעסק חי, ולפגוע בנושים; קל וחומר כאשר התחרות מנוהלת על-ידי נושא-משרה.

## 2. סוגים של הליכים להבראת חברות הקיימים כיום בדין הישראלי

בישראל נעשה עד כה שימוש בארבעה סוגים של הליכים משפטיים על-מנת לשקם ולהבריא חברה שנקלעה לקשיים, כמפורט להלן.

### (א) פשרה או הסדר לפי סעיף 350 לחוק החברות

הליך זה, שלא מכבר הותקנו תקנות להסדרתו,<sup>11</sup> הינו ההליך המקובל ביותר כיום להבראתה של החברה. בעקבות הגשת בקשה לפשרה או להסדר, בית-המשפט ממנה בעל-תפקיד (המכונה בדרך-כלל "נאמן להסדר" או "מנהל מיוחד"), שסמכויותיו עשויות לכלול ניהול של החברה, פיקוח על ניהולה ושמירה על נכסיה.<sup>12</sup>

### (ב) שיקום החברה בניהול של (קדם)<sup>13</sup> מפרק זמני

מפרק זמני עשוי להתמנות לאחר שהוגשה בקשת הפירוק ולפני שניתן צו פירוק.<sup>14</sup> לאחר מתן צו הפירוק, הכונס הרשמי ממונה למפרק הזמני מכוח משרתו עד שהוא או אדם אחר ימונו למפרק.<sup>15</sup> ידועים מקרים<sup>16</sup> שבהם מפרק זמני שמונה לחברה שנקלעה לקשיים ניהל במשך שנים את עסקיה של החברה, תוך שמירה על קשריה עם הלקוחות והספקים והמשכת המכירות או מתן השירותים.<sup>17</sup>

11 תקנות החברות (בקשה לפשרה או הסדר), התשס"ב-2002, ק"ת 868.

12 תקנה 14 לתקנות החברות (בקשה לפשרה או הסדר), שם.

13 מוסד קדם-המפרק-הזמני אינו מעוגן בחוק, והוא פרי יצירתו של שופט בית-המשפט המחוזי בתל-אביב לשעבר שלמה הלמוט לובנברג ז"ל. ראו: שלמה לויין "הקוסם מארץ עוזן: היכול בית משפט ליצור יש מאין?" מתוך ספר לובנברג (דניאל פרידמן, יצחק שילה עורכים, תשמ"ח) 33; יוסף כהן, לעיל הערה 9, בעמ' 611.

14 סעיף 300(ב) לפקודת החברות, לעיל הערה 3.

15 סעיף 300(ד) לפקודת החברות, שם.

16 המ' (ת"א) 12844/86 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' בלס, מפרק חברות קופל טורס בע"מ (בפירוק) קופל נסיעות (1970) בע"מ (בפירוק) ואח', פ"מ תשמ"ט(1) 45; ע"א 272/83 מעוף נתיבי אויר בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל - משרד התחבורה, פ"ד לט(3) 561; המ' (ת"א) 5088/81 וולף ואח' נ' רבינא ואח', פ"מ תשמ"ו(3) 221; ת"א (ת"א) 842/88, המ' (ת"א) 155/95 אליאנס מפעלי צמיגים וגומי בע"מ (בפירוק) (טרם פורסם).

17 העובדות וההליכים הקשורים לחברות מובאים בספרו של בהט, דיני הבראת חברות, לעיל הערה 9, בעמ' 353-356. למינוי מפרק זמני ככלי שיקומי, ראו בהט, הסדרי הבראה, לעיל הערה 9, בעמ' 28; להבראה על-ידי מפרק זמני, ראו שם, בעמ' 89. ראו גם יוסף כהן, לעיל הערה 9, בעמ' 612-614.

(ג) ניהול העסק של החברה במסגרת הליכי פירוק ("מפרק מפעיל")

סעיף 307(א) לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, קובע:

"המפרק מוסמך באישור של בית המשפט או של וועדת הביקורת – ... (2) לנהל את עסקי החברה במידה הדרושה לפירוקה המועיל."

המפרק רשאי להמשיך לנהל את עסקי החברה לתקופה מסוימת אם לפי שיפוטו העסקי יש בכך צורך לשם מימוש יעיל יותר ורווחי יותר של נכסי החברה ומכירתם כעסק חי.<sup>18</sup> במקרה כזה צו הפירוק אינו מוביל לסיום פעילותה העסקית של החברה. זאת ועוד, במקרים אחדים הורו בתי המשפט בישראל על פירוק החברה בדרך של מינוי "מפרק מפעיל", מתוך כוונה לא לחסל את עסקי החברה, אלא דווקא להבריאה.<sup>19</sup> אף בפירוק מרצון, העסק של החברה עשוי להיות מנוהל באופן זמני כעסק חי לשם מכירתו בשלמות, אם המפרק סבור בתום לב ובאופן סביר שזו הדרך הנכונה לפירוק.<sup>20</sup>

(ד) ניהול עסקיה של החברה על-ידי "כונס מפעיל" (כונס נכסים ומנהל)

"כונס מפעיל" הוא כונס אשר ממונה לחברה מכוח איגרת-חוב המובטחת בשעבוד צף על כל נכסי החברה, בעקבות בקשת אכיפה המוגשת על-פי סעיף 194 לפקודת החברות. בית המשפט רשאי למנות לחברה "כונס מפעיל", אשר יכול לתפוס את רכושה, להמשיך לנהל את עסקיה ולמכור את החברה כעסק חי לצורך סילוק החוב לבעלי אגרות-החוב. בשל סמכותו של הכונס להפעיל את עסקיה של החברה, היו מקרים שבהם נעשה שימוש במוסד זה לשם הבראת חברות.<sup>21</sup>

### 3. תחרות של נושא-משרה – סיכון של פגיעה בסיכויי ההבראה

כפי שצינו, קיימת כיום הכרה באינטרס שיש לציבור בהצלחתם של הליכי הבראה. הליכי הבראה מוליכים לשינויים בגופים ובאישויות שמנהלים את עסקיה של החברה, ועשויים להביא לידי כך שאנשים אשר קודם לכן נשאו משרות רמות בחברה יחדלו לכהן במשרתם. אנשים כאלה, היוצאים ממעגל הפעילות העסקית של החברה, עלולים לנהל פעילות

18 בהט, דיני הבראת חברות, לעיל הערה 9, בעמ' 349.

19 ציפורה כהן, לעיל הערה 9, בעמ' 59.

20 בהט, דיני הבראת חברות, לעיל הערה 9, בעמ' 349-350.

21 בהט, שם, בעמ' 371; בהט, הסדרי הבראה, לעיל הערה 9, בעמ' 39. מקרים ידועים של ניהול חברה על-ידי כונס נכסים ומנהל, המובאים בספרו של בהט, הם: אתא, פריזוה ופרי ניר. ראו גם יוסף כהן, לעיל הערה 9, בעמ' 614-615.



שתתחרה בעסקיה של החברה. התחרות של מאן שהוא בעסקיה של חברה המצויה בהליכי הבראה עשויה, מטבע הדברים, להקטין את הכנסותיה, וכתוצאה מכך לפגום בסיכויי הבראתה. אם כך הדבר לגבי תחרות סתם, יפים הדברים שבעתיים כאשר מדובר בתחרות של נושא-משרה, שכן במסגרת התחרות על ליבם וכיסם של הלקוחות והספקים, יש לנושא-המשרה עדיפות ברורה על בעל-התפקיד, וזאת מן הטעמים הבאים:

הקשר האישי – כאשר מדובר בנושא-משרה שלאורך תקופה משמעותית קיים מטעם החברה את הקשר עם הלקוחות והספקים, ויצר עימם קשרי עבודה תקינים, הדעת נותנת כי הלקוחות והספקים יעדיפו להמשיך לעבוד עם האדם שעזמו התרגלו לסחור.

הידע הנובע מהכרת הלקוחות והספקים – נושא-המשרה שעבד מטעם החברה מול הלקוחות והספקים מכיר את העדפותיהם, יודע אילו מחירים הם שילמו או שולמו להם, מכיר את תנאי התשלום שעליהם ניתן להתנות עם הלקוחות והספקים, ומיטיב לקלוע לרצונם ולעשות עימם את העסקות בתנאים המיטביים לכל הצדדים.

הרתיעה מפני עשיית עסקות עם חברה המצויה בהליכי הבראה – לחברה המצויה בהליכי הבראה נלווים, באופן טבעי, סממנים של חוסר יציבות וחוסר ודאות לגבי עתידה. אם מדובר בחברה המנוהלת על-ידי מפרק זמני, אזי החשש הוא שיינתן צו פירוק; אם מדובר בחברה המנוהלת כעסק חי על-ידי מפרק, קיים תמיד סיכוי שהמפרק יגיע לכלל מסקנה כי אין כדאיות בהמשך ניהול החברה; אם מונה לחברה נאמן להסדר, אין כל ביטחון כי יעלה בידו להוביל להסדר או שההסדר יוליך להבראת החברה. על כך יש להוסיף את הרתיעה מהתקשרות עם חברה חדלת-פירעון, במקרים שבהם חדלות-הפירעון היא-היא הסיבה לכניסת החברה להליכי הבראה (וברוב המקרים זו אכן הסיבה). לקוחה הקונה מוצר שנלווית אליו "תקופת אחריות" יחשוש שמא תחול תקלה במוצר לאחר שהעסק של החברה יפסיק להתנהל, ולא יהיה למי לפנות לצורך תיקונו או לשם רכישת חלפים. ספק יחשוש שהחברה המצויה בהליכי הבראה לא תעמוד בתשלומים, ולפיכך ידרוש את התשלום מראש ויסרב לתת אשראי.

שיקולים אלה ואחרים עלולים להוביל להעדפת ההתקשרות עם נושא-המשרה על התקשרות עם החברה. מכאן ברורה החשיבות של מניעת תחרות של נושא-משרה נגד חברה המצויה בהליכי הבראה. ראוי לפיכך לבדוק אילו אמצעים משפטיים, אם בכלל, עומדים לרשותו של בעל-תפקיד שהופקד על ניהול חברה המצויה בהליכי הבראה ברצותו למנוע פעילות עסקית של נושא-משרה אשר תתחרה בפעילותה של החברה שבניהולו.

#### 4. העדר הסדר סטטוטורי להתמודדות עם הסיכון

בחוק החברות ובפקודת החברות אין כל התייחסות לחובת אמונים החלה על נושא-משרה כלפי החברה כאשר זו מצויה בהליכים של הסדר נושים, פירוק או כינוס נכסים. הדעה המקובלת היא שאיסור התחרות, שמקורו בחובת האמונים ואשר כלול בסעיף 254 לחוק החברות, תקף אך ורק בתקופה שבה מתקיימים יחסי האמון – קרי: בתקופה שבה

בעל-החובה הינו בבחינת "נושא-משרה" – וכי עם תום כהונתו של נושא-המשרה, האיסור מפסיק לחול עליו.<sup>22</sup> אף שהגדרת המונח "נושא-משרה" הינה רחבה ביותר, השאלה היא אם היא סובלת פירוש שיכלול בגדרה גם "נושא-משרה-לשעבר" שכהונתו הופסקה בעקבות הליכי הבראה, כל עוד העסק של החברה ממשיך להיות מנוהל על-ידי בעל-תפקיד. עם שאלה זו נתמודד בפרק הבא של מאמרנו.

### פרק ב: השפעתם של הליכי הבראה על מעמדו של נושא-המשרה ועל חובת האמונים שלו כלפי החברה

על-מנת לתת מענה לשאלה אם איסור התחרות הכלול בסעיף 254 לחוק החברות ממשיך לחול על נושא-משרה של חברה לאחר שהחברה נכנסה להליכי הבראה, עלינו לערוך בדיקה מהו מעמדו של נושא-המשרה בכל אחד ממצבי הבראה השונים, כלומר, באיזו מידה, אם בכלל, הליכי הבראה מחוללים שינוי במעמדו, וכיצד הדבר משפיע על חובות האמונים שלו כלפי החברה.

#### 1. מעמדו וחובותיו של נושא-המשרה בעקבות מינוי כונס נכסים על-פי איגרת-חוב

ההלכה באנגליה, כפי שהיא מובאת בספרו של Kerr,<sup>23</sup> היא שמינוי כונס ומנהל לנכסים ולעסק של חברה אינו מפרק או מחסל את החברה, אולם משעה אותה לחלוטין מניהול עסק זה, ושולל ממנה את הכוחות להתקשר בחוזים בקשר לאותו עסק, וכן למכור, למשכן או להעביר בכל דרך אחרת את הרכוש שנמסר לחזקתו או לפיקוחו של כונס הנכסים. סמכויותיהם של הדירקטורים מושעות לחלוטין ככל שהדבר נוגע באותו עסק של החברה,

22 פלמן ובר-מור, לעיל הערה 3, בעמ' 632; Pennington מסכם את ההלכה באופן הבא: "A director's fiduciary duties towards his company come to an end when he ceases to be a director. He then no longer has any legal power to influence the conduct of the company's affairs and the transactions it enters into, and the corollary of this is that he ceases to owe it the duties of a director in connection with the future conduct of its affairs." Robert R. Pennington *Directors' Personal Liability* (Oxford, 1987) 92

Sir Raymond W. Kerr *On the Law and Practice as to Receivers and Administrators* 23 (London, 17th ed. by Sir Raymond Walton & Muir Hunter, 1989) 219

והכוחות הרלוונטיים של החברה מופעלים על-ידי הכונס על-פי הוראותיו של בית- המשפט.<sup>24</sup> מינויו של הכונס נוטל את הסמכויות לניהול נכסיה של החברה מידיהם של הדירקטורים, ומעביר אותן לידי של כונס הנכסים.

למעשה, הדירקטורים נעשים "Functus Officio";<sup>25</sup> ככלל, לא זו בלבד שאין להם כל שליטה בכונס, הם אף חייבים לציית להוראותיו.<sup>26</sup> עם זה, הדירקטורים נשארים במשרתם ורשאים להמשיך להפעיל אותם סמכויות וכוחות שאינם מתנגשים עם סמכויותיו של הכונס. כך, למשל, נמשכת חובתם לקיים ניהול חשבונות, וזכותם לדרוש מן הכונס לצייד אותם במידע הדרוש למטרה זו.<sup>27</sup> השאלה מהן הסמכויות השיוריות הנותרות בידי דירקטורים של חברה בעת כינוס נכסים נותרה עדיין פתוחה באנגליה.<sup>28</sup> כך, למשל, טרם הוכרע בפסיקה האנגלית הדיון בשאלת היקפה של זכות תביעה שיש לדירקטורים בשמה של החברה כאשר הכונס נמנע מהגשת תביעה, ואף בשאלת הזכות להגיש תביעה נגזרת בשם החברה נגד כונס הנכסים עצמו או נגד בעל איגרת-החוב שמינה אותו.<sup>29</sup> בארץ

24 ההלכה הינה פרי ניסוחו של לורד Atkins ב-"*Moss Steamship Co. Ltd. v. Whinney*," [1912] A.C. 254, 263.

25 L.C.B. Gower *Gower's Principles of Modern Company Law* (London, 5th ed., 1992) 763.

26 *Meign v. Wickenden*, [1942] 2 K.B. 160, 2 All E.R. 68; *Re Emmadart Ltd.*, [1979] Q.B. 540, 1 All E.R. 599; *Re Scottish Properties Pty. Ltd.*, (1977) 2 A.C.L.R. 264; David Milman & Christopher Durrant *Corporate Insolvency: Law and Practice* (London, 2nd ed., 1994) 209.

27 Sir Gavin Lightman & Gabriel Moss *The law of Receivers of Companies* (London, Pennington, *supra* note 22, at 11–13 (1994). דעה שונה מציג Pennington בספרו; p. 94. המחבר מציין כי אם חווה ההעסקה של הדירקטור מגיע לקיצו על-פי דין (לדוגמה, על-ידי צו של בית-משפט לפירוק החברה או למינוי כונס לנכסי החברה, שהוצא לבקשת מחזיקי איגרת-חוב), הדירקטור מפסיק לאלתר לאחוז במשרתו, ובד בבד נפסקות חובות האמון שלו.

28 Milman & Durrant, *supra* note 26, at pp. 210–229.

29 *Newhart Development Ltd. v. Cooperative Commercial Bank Ltd.*, [1978] 2 W.L.K. 638. במקרה זה נקבע כי לאחר מינוי כונס נכסים נותר בידי הדירקטורים הכוח להגיש תביעות בשם החברה בתנאי שאין הדבר מפריע לפעולת הכונס. באותו מקרה הורשו דירקטורים להגיש תביעה בגין הפרת חוזה נגד הבנק שמינה את כונס הנכסים. בעניין *Watts and other v. Midland Bank Plc, and others*, [1986] B.C.L.C. 15 שדירקטורים יכולים להגיש תביעה נגזרת נגד כונס הנכסים עצמו. מאידך גיסא, בעניין *Gomba Holdings UK Ltd. and other v. Homan and others*, [1986] 3 All E.R. 94, 1 W.L.R. 1301 סירב השופט Hoffman להכיר באפשרות קיומה של סמכות מקבילה על נכסי החברה בעת כינוס נכסים. ראו: Milman & Durrant, *ibid*, at p. 155. בעניין *Browne-Tudor Grange Holdings Ltd. v. Citibank N.A.*, [1992] C. 53

הוחלה ההלכה שלפיה סמכות הדירקטורים בחברה שמונה לה כונס נכסים מכוח איגרת חוב – מושעית. בעניין פפרבוים נ' שריזלי, מפרק אורובט שירותי אויר בע"מ ואח' 30 ניתן הביטוי הבא להלכה, מפי השופט חיים כהן: 31

"הדין הוא שצו מינוי כונס נכסים כמותו כצו מניעה האוסר על מנהלי החברה לעשות בנכס אשר עליו חל צו כינוס הנכסים, אף על פי שהנכס נשאר נכס החברה, ואף על פי שהמנהלים נשארים מנהלי החברה..."

בעניין בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' גיל אלקטרוניקה בע"מ 32 קבע השופט מישר כי "כאשר מתמנה כונס לרכושה ולעסקיה של החברה מושעית סמכותם של מנהליה להמשיך בתפקידם בניהול העסקי הנדרש להמשך מהלכם הרגיל של עסקיה, והשליטה הבלעדית בענייניה, במגעה ויחסיה עם העולם החיצון, לרבות ניהול עסקיה, עוברת לכונס הנכסים". יש להוסיף על דברים אלה את ההסתייגות שקביעתו של השופט מישר חלה אך ורק על מקרה שבו כונס הנכסים ממונה מכוח איגרת חוב הכוללת שעבוד צף על נכסי החברה. "מינוי כונס נכסים על מפעל או על נכס מסוים של חברה, שהיא בעלת נכסים או מפעלים נוספים, אינו מעביר את השליטה בחברה לידי הכונס ואינו מפקיע את סמכויות ההנהלה", 33 למעט אותה שליטה ואותן סמכויות הקשורות למפעל או לנכס המסוים שלגביהם מונה כונס הנכסים. עם סיום פעילותו של כונס הנכסים, פגה השעייתם של המנהלים, והם חוזרים למלא את תפקידם בחברה באופן מלא. 34 באותה רוח נכתב בהחלטתו של סגן הנשיא ישי לויט (כתוארו אז) בעניין רביב עמק חפר – תשתיות ובניה: 35

"ככלל, כונס הנכסים אינו בא במקום הנהלת החברה, אם כי הוא נוגס בסמכויותיה, ככל שהדברים קשורים לנכסים המשועבדים."

Wilkinson על הבעייתיות שעלולה להתעורר אם שתי מערכות שונות של אנשים – המנהלים וכונס הנכסים, שהינם בעלי עמדות ואינטרסים שונים – יהיו מוסמכות לפתוח בהליכים באותה עילת תביעה. הצעה לפתירת הבעיה מוצגת אצל: Lightman & Moss, *supra* note 27, at pp. 15–16.

30 ע"א 141/74 פפרבוים נ' שריזלי, מפרק אורובט שירותי אויר בע"מ ואח', פ"ד ל(1) 20.

31 שם, בעמ' 27.

32 המ' (ת"א) 10171/84 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' גיל אלקטרוניקה בע"מ, פ"מ תשמ"ה(1) 372, 389.

33 יוסף כהן, לעיל הערה 9, בעמ' 541.

34 אליעזר וולובסקי כונס נכסים בדיני החברות (תשנ"ב) 94.

35 תיק פירוק (ת"א) 40/97, המ' 947/97 רביב עמק חפר – תשתיות ובניה (1982) בע"מ (בכינוס נכסים ובפירוק) (טרם פורסם; החלטה מיום 18.6.1999) (להלן: תיק פירוק רביב עמק חפר) 10.

אם כן, כהונתו של נושא-המשרה אינה נפסקת כתוצאה ממינויו של כונס הנכסים. מה קורה לחובות האמון שנושא-המשרה חב כלפי החברה, ובמיוחד לחובה לא להתחרות בחברה, בתקופת כהונתו של כונס הנכסים? לדעת וולובסקי:<sup>36</sup>

"השעיית מנהלים מסמכותם אינה משחררת אותם מחובות כגון... חובת נאמנות לחברה."

אנו מצטרפים, בכל הכבוד, לדעה זו. קיום תחרות עם החברה הינו, באופן מובהק, פעולה תוך ניגוד עניינים עם החברה, העלולה לגרום לה נזק. העובדה שהשעיית סמכויותיהם של הדירקטורים בתקופת כינוס הנכסים הינה זמנית בלבד, ולפעמים אף חלקית, והעובדה שעם תום כהונתו של כונס הנכסים הדירקטורים שבים לכהונתם מובילות למסקנה כי איסור התחרות עם החברה, שהינו חלק מחובת האמונים, ממשיך לחול על הדירקטורים בעת כינוס הנכסים. כפועל יוצא ממסקנה זו מוקנים לחברה המצויה בכינוס נכסים מכוח איגרת-חוב כל הסעדים אשר מוקנים לחברה בדרך-כלל נגד נושא-משרה המתחרה בעסקיה, כפי שפורט לעיל.

## 2. מעמדו וחובותיו של נושא-המשרה בעקבות מינוי מפרק על-ידי בית- המשפט

סעיף 333(3) לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, הכלול בפרק יג על פירוק מרצון, קובע:

"משנתמנה מפרק תחדל סמכותם של הדירקטורים, זולת אם החברה באסיפה כללית או המפרק החליטו שסמכותם תימשך ובמידה שהחליטו על כך."

מכך נובע כי בפירוק מרצון, המפרק או האספה הכללית רשאים להחליט שסמכויות הדירקטוריון לא יילקחו מידי.<sup>37</sup> כאשר מדובר במפרק שממונה על-ידי בית-המשפט, אין בפקודת החברות הוראה שדנה בהשפעת המינוי על מעמדו של הדירקטוריון, אולם דומה שאין מחלוקת כי עם מינויו של המפרק חדלים הדירקטורים מלכהן בתפקידם, וסמכויותיהם נשללות.<sup>38</sup> הדבר נקבע

36 וולובסקי, לעיל הערה 34, שם.

37 יוסף כהן, לעיל הערה 9, בעמ' 137.

38 Lightman & Moss, *supra* note 27, at p. 23; Milman & Durrant, *supra* note 26, at p. 210-211; Roland Pennington *Pennigton's Corporate Insolvency Law* (London, Edinburgh & Dublin, 1997) 92.

בפסק־דין אנגלי ישן משנת 1889, *In Re Ebsworth & Tidy's Contract*,<sup>39</sup> ואומץ אצלנו בפסק־הדין החברה המרכזית לשיכון ובניין בע"מ נ' מפרק חברה "פלרוד".<sup>40</sup> מה קורה לחובת האמונים של הדירקטורים עם מינוי המפרק? למיטב ידיעתנו, טרם נערך על כך דיון בפסיקה, ואף בספרות על פירוק חברות לא מצינו דיון משמעותי בסוגיה. יש הסבורים כי לא חל כל שינוי בחובת האמונים חרף שלילת סמכויותיהם של המנהלים.<sup>41</sup> דעה שונה מצאנו בספרו של יוסף כהן.<sup>42</sup> לגישתו, מרגע מינוי המפרק "פוקעת אחריות הדירקטור, כמו גם חובותיו, זכויותיו וסמכויותיו, וכהונתו נפסקת מאליה, אלא אם ממשיכה החברה להעסיקו תחת פיקוחו של המפרק". ובמקום אחר<sup>43</sup> אומר המחבר כי ממועד מינוי המפרק "פוקעות גם חובותיו של הדירקטור, כגון החובה שלא להתחרות בעסקי החברה". לדעת כהן, גישה זו היא הגישה הרצויה, "שכן לא נראה בעינינו מצב שבו הדירקטור מחד, נושא באחריות, אך מאידך משולל הוא מכל סמכות שתסייע בידו לשאת באחריות".

עם כל הכבוד, אין זו לדעתנו הגישה הרצויה בסוגיה מושא דיונונו. מבלי לקבוע בשלב זה עמדה בסוגיה הכוללת - קרי: אם ראוי שחובות האמונים והזהירות של נושא־משרה יסתיימו עם מינויו של מפרק - אנו סבורים כי לא זה הדין הרצוי במקרה שבו העסק של החברה ממשיך להתנהל כעסק חי תחת שרביטו של המפרק. במקרה האמור, הגישה הרצויה לטעמנו היא לאסור על הדירקטור לפעול תוך ניגוד עניינים עם החברה ולהתחרות בה, וזאת מן השיקולים שפורטו בראשית המאמר.

בהעדר תשובה ברורה בתחום דיני החברות על השאלה אם הפירוק גורם לסיום חובותיו של נושא־המשרה כלפי החברה, ניתן להסתייע בדיני השליחות, לנוכח "המעמד הכפול" שיש לנושא־המשרה כאורגן וכשלוח.<sup>44</sup>

39 *In Re Ebsworth and Tidy's Contract*, (1889) 42 Ch. D. 23. בעמ' 43 לפסק־הדין קובע הלורד Asher את הדברים הבאים: "If a registered company goes into liquidation the court has power to appoint an official liquidator; and if it does so, what is the position of the persons who were the directors? To my mind they have ceased to exist. The official liquidator is put in their place, and is empowered to do everything which the directors might have done before"

40 ע"א 347/62 החברה המרכזית לשיכון ובניין בע"מ נ' מפרק חברה "פלרוד" חברה ישראלית לסלילת כבישים ולבניין בע"מ (בפירוק) ואח', פ"ד יז(1), 399, 409-410.

41 Milman & Durrant, *supra* note 26, at p. 211.

42 יוסף כהן, לעיל הערה 9, בעמ' 277.

43 שם, בעמ' 77, בהערת־שוליים 16.

44 לתיאוריית המעמד הכפול, ראו: אהרן ברק חוק השליחות (תשנ"ו, כרך א) 69-72 (להלן: ברק, חוק השליחות); אהרן ברק "חוק השליחות ותורת האורגנים" עיוני משפט ב (תשל"ב) 302. לדעה אחרת, ראו: גואלטירו פרוקצ'יה "חוק השליחות, תשכ"ה-1965 ומנהלי החברה" עיוני משפט א (תשל"א) 234; גואלטירו פרוקצ'יה דיני שליחות בישראל (תשמ"ו) 97-135 (להלן: פרוקצ'יה, דיני שליחות בישראל).

סעיף 8(5) לחוק השליחות, התשכ"ה-1965, אוסר על השלוח לפעול בניגוד עניינים עם השולח. קיום תחרות הינו דוגמה מובהקת לפעילות תוך ניגוד עניינים.

מתי חובת הנאמנות של השלוח מסתיימת?

ברק<sup>45</sup> ופרוקצ'יה<sup>46</sup> מבחינים בין חובות נאמנות הממשיכות לחול לאחר סיום השליחות לבין חובות נאמנות המסתיימות עם סיום השליחות. חובות אשר דרושות להגשמה ראויה של השליחות המקורית נמשכות גם לאחר סיום השליחות, אולם לא כן לגבי האיסור לפעול תוך ניגוד עניינים. שני המלומדים מאוחדים בדעה כי עם סיום השליחות רשאי השלוח לעמוד במצב של ניגוד עניינים עם ענייני השולח, ובכלל זה להתחרות בו.<sup>47</sup> מכאן שהאיסור להתחרות בשולח מגיע לסימו עם סיום השליחות.

השאלה הבאה שיש לבדוק היא מהו מועד סיומה של השליחות כאשר השולח הינו חברה. לפי סעיף 14(א) לחוק השליחות, הדן בסיום השליחות כאשר השולח הינו תאגיד, השליחות מסתיימת עם פירוקו של התאגיד. מהו, אם כן, מועד פירוקה של חברה המצויה בהליכי פירוק על-ידי בית-משפט לפי סעיף 14 לחוק השליחות? לשאלה זו יש שלוש תשובות אפשריות: הראשונה, מועד הגשת הבקשה לפירוק;<sup>48</sup> השנייה, המועד שבו ניתן צו הפירוק וממונה המפרק; והשלישית, המועד שבו ניתן צו החיסול, לאחר סיום הפירוק.<sup>49</sup>

לדעת ברק<sup>50</sup> יש לפרש את הביטוי "פירוק" כחל על כל אחת מהדרכים שבהן מסתיימת אישיותו המשפטית של התאגיד. אישיותה המשפטית של חברה הנתונה בהליכי פירוק מגיעה לסימו רק עם מתן צו החיסול של החברה, ומכאן נובע לכאורה שהשליחות נמשכת כל עוד הליכי הפירוק נמשכים, ועימה נמשכות גם חובות הנאמנות החלות על השלוח-המנהל, ובכללן איסור התחרות.

דעה שונה הציג פרוקצ'יה בספרו.<sup>51</sup> לדעתו, צו בית-המשפט לפירוק החברה הינו אירוע הפוגע ביחסי האמון שבין השולח לשלוח, ומטעם זה יש לראות בשליחות כמסתיימת עם הפעולה הפורמלית של הפירוק. יישום גישתו של פרוקצ'יה לשאלה שבה עסקינן יביא לידי כך שהשלוח נושא-המשרה יהיה חופשי להתחרות בחברה מן הרגע שבו הוציא בית-המשפט צו לפירוקה של החברה.

שתי הדעות אינן מבחינות בין מקרה שבו ניהול עסקיה של החברה נפסק עם מתן צו הפירוק לבין מקרה שבו העסק של החברה ממשיך להתנהל כעסק חי, ומכאן החיסרון הטמון ביישומן לענייננו.

45 ברק, חוק השליחות, שם, בעמ' 1048-1049.

46 פרוקצ'יה, דיני שליחות בישראל, לעיל הערה 44, בעמ' 290-292.

47 פרוקצ'יה מפנה ל- Restatement, Second, Agency, para. 396, p. 223, שם נאמר מפורשות כי עם סיום השליחות לא חל על השלוח כל איסור להתחרות בשולח, אלא אם כן הוסכם אחרת.

48 סעיף 265(א) לפקודת החברות, לעיל הערה 3.

49 סעיף 315 לפקודת החברות, שם.

50 ברק, חוק השליחות, לעיל הערה 44, בעמ' 1238-1239.

51 פרוקצ'יה, דיני שליחות בישראל, לעיל הערה 44, בעמ' 346-347.

### 3. מעמדו וחובותיו של נושא-המשרה בעקבות מינוי מפרק זמני

ברגיל, אין דירקטור מאבד את סמכויות הניהול שלו בעקבות הגשת בקשה לפירוק חברה;<sup>52</sup> אבל אם עלה בידי המבקש לשכנע את בית-המשפט למנות מפרק זמני, כִּי־אז גוברות סמכויותיו של המפרק הזמני על אלה של הדירקטורים כל אימת שמתגלית סתירה ביניהן.<sup>53</sup> השפעת מינויו של המפרק הזמני על סמכויותיהם של הדירקטורים תלויה במידה רבה בסמכויות ובשליטה שהוקנו למפרק הזמני על-ידי הצו שמינה אותו. ברור, מכל מקום, כי אם קיבל מפרק זמני את השליטה בנכסי החברה, סמכויות הדירקטורים בהקשר של נכסים אלה פוקעות. במקרה כזה צו המינוי פועל להעברת סמכויותיהם של הדירקטורים, ובעיקר סמכויות הניהול, אל המפרק הזמני.<sup>54</sup>

מה צריכה להיות השפעת מינויו של המפרק הזמני על חובות האמון של הדירקטור? בסוגיה זו לא מצאנו כל דיון, בין בפסיקה בין בספרות, למעט הערתם הכללית של המחברים Milman ו־Durrant, שלפיה חובות האמון של הדירקטורים ממשיכות להתקיים בכל סוג של חדלות-פירעון, על-אף השלילה או ההשעיה של סמכויותיהם.<sup>55</sup> מינוי המפרק הזמני אינו מוביל בהכרח למתן צו פירוק לחברה. לעיתים קרובות הדירקטורים עצמם מתנגדים להמשך כהונתו של המפרק הזמני ולמתן צו פירוק לחברה. בשל זמניותו של התהליך, ולנוכח הסיכוי כי צו הפירוק יבוטל והחברה תשוב למהלך עסקיה הרגיל, הדין הרצוי הוא שמינויו של המפרק הזמני לא יחולל כל שינוי בחובות האמון של הדירקטור כלפי החברה.

### 4. מעמדו וחובותיו של נושא-המשרה בהליך של פשרה או הסדר לפי סעיף 350 לחוק החברות

ההסדר המצוי בסעיף 350 לחוק החברות לוקה בחסר בנושאים שונים, לרבות הוראות המסדירות את ניהול החברה שבהסדר. בהט מותח ביקורת על כך שהחוק הקיים מאפשר לשייר את השליטה בחברה שבהסדר בידי המנהלים שנכשלו, ללא הגבלות כלשהן וללא

52 Milman & Durrant, *supra* note 26, at p. 156; וולובסקי, לעיל הערה 34, בעמ' 95-96; ע"א (ת"א) 207/83 האחים מרגולין - הנדסה וייעוץ בע"מ נ' שאולי ואח', פ"מ תשמ"ד (2) 3;

ע"א 272/83 מעוף נתיבי אויר בע"מ נ' מדינת ישראל, לעיל הערה 16, בעמ' 570.

53 *Re Mawcon Ltd.*, [1969] 1 W.L.R. 78, 82.

54 יוסף כהן, לעיל הערה 9, בעמ' 276; בהט, דיני הבראת חברות, לעיל הערה 9, בעמ' 77; Pennington, Lightman & Moss, *supra* note 27, at p. 22 מציג עמדה חד-משמעית בסוגיה: עם מינויו של מפרק זמני נפסקת, באופן אוטומטי, כהונתם של הדירקטורים. Pennington אינו מבחין לעניין זה בין מינוי מפרק לבין מינוי מפרק זמני; שניהם מוליכים לדעתו לתוצאה וזהה. Pennington, *supra* note 22, at p. 92.

55 Milman & Durrant, *supra* note 26, at p. 211.



פיקוח של נאמן, של בית-משפט או אף של ועדת נושים.<sup>56</sup> עם זה, תקנה 14 לתקנות החברות (בקשה לפשרה או הסדר), התשס"ב-2002, מעניקה סמכות לבית-המשפט למנות בעל-תפקיד לשם ניהול החברה או לשם פיקוח על ניהולה, וזאת בכל עת לאחר הגשת הבקשה לפשרה או להסדר. אם ההנהלה הקיימת נשארת בתפקידה, אין כל שאלה – נושאי-המשרה ממשיכים לכהן בתפקידם, והחובות החלות על נושאי-משרה ממשיכות לחול עליהם. זו גם התוצאה כאשר בעל-התפקיד ממונה רק לשם פיקוח על ניהולה של החברה. אולם כאשר בעל-התפקיד ממונה לשם ניהולה של החברה – וזה המקרה השכיח – שאלת מעמדם וסמכויותיהם של נושאי-המשרה מתעוררת במלוא עוזה.

שאלה כאמור הועלתה בעניין פויכטונגר תעשיות בע"מ,<sup>57</sup> שבו טען דירקטור כי יש לו זכות להתנגד להסדרים שהוצעו על-ידי מנהל מיוחד שמונה לחברה. הדירקטור נימק את זכות העמידה שלו בחובות האמון והזהירות המוטלות עליו כלפי החברה. השופט אלשיך דחתה את התנגדותו של הדירקטור מטעמים הקשורים לגופו של עניין, ולא הכריעה בשאלה אם הצו שמינה את המנהל המיוחד נטל את סמכויות הדירקטוריון אם לאו. עם זה ציינה השופטת אלשיך כי אם טענתו של המתנגד נכונה – קרי, שזכויותיו ומעמדו כדירקטור לא הסתיימו עם מתן הצו להקפאת ההליכים – אזי גם חובות האמון שלו לא הגיעו לידי סיום, ועליו להמשיך לפעול להשאת רווחיה של החברה.

לעניות דעתנו, השפעת מינויו של בעל-תפקיד, בהליך לפי סעיף 350 לחוק החברות, על מעמדם וחובותיהם של נושאי-המשרה בחברה דומה להשפעת מינויו של כונס נכסים לחברה. סמכויות הניהול ניטלות מידי הדירקטוריון ונושאי-המשרה, בהתאם לסמכויות שבית-המשפט מקנה לבעל-התפקיד, אולם הדירקטורים ממשיכים לכהן בתפקידם, ונותרים בידיהם כל אותם סמכויות וכוחות שיוריים שלא הוענקו לבעל-התפקיד. מסקנתנו זו מבוססת על ההשקפה שתכלית ההליך היא להביא לידי הבראת החברה והמשך קיומה וניהולה, וזאת באמצעות דירקטוריון שסמכויותיו וכוחותיו עשויים לחזור אליו עם תום ההסדר והעלאת החברה על דרך-המלך.

מכאן גם נגזרת התוצאה שנושאי-המשרה בחברה המצויה בהליך של הסדר נושים ממשיכים לחוב כלפי החברה חובות אמון וזהירות בפרק-הזמן שבו החברה מנוהלת על-ידי בעל-תפקיד.

## 5. סיכום ומסקנות לגבי קיומה של חובת אמונים של נושאי-משרה כלפי חברה המצויה בהליכי הבראה

סקירתנו את מצב הדין והספרות באשר לחלותה של חובת האמונים של נושאי-משרה כלפי חברה המצויה בהליכי הבראה מעלה כי: א. כאשר ממונה לחברה כונס נכסים או

56 בהט, חברות – החוק החדש והדין, לעיל הערה 9, בעמ' 992.

57 פש"ר (ת"א) 1739/02, בש"א 17870/02 פויכטונגר תעשיות בע"מ (לא פורסם; פסק-דין של השופטת אלשיך מיום 20.10.2002).

בעלת-תפקיד בהליך של פשרה או הסדר, חובת האמונים של נושא-המשרה כלפי החברה ממשיכה ככל הנראה להתקיים; ב. כאשר ממונה לחברה מפרק זמני, לא ברור מה עולה בגורלה של חובת האמונים שנושא-המשרה חב כלפי החברה; ג. כאשר ממונה לחברה מפרק, קיימות גישות סותרות לגבי השאלה אם חובת האמונים ממשיכה להתקיים.

חברה המנוהלת על-ידי בעלת-תפקיד שמונה על-פי סעיף 350 לחוק החברות, או על-ידי כונס נכסים, יכולה אפוא לפעול נגד נושא-משרה המקיים פעילות מתחרה באמצעים הרגילים המוקנים לחברה נגד נושא-משרה המפר את חובת האמונים כלפיה. המצב שונה כאשר החברה מנוהלת על-ידי מפרק או מפרק זמני. הגישה הגורסת שחובות האמון פוקעות עם פקיעת כהונתו של הדירקטור בעקבות מינוי של מפרק או מפרק זמני מוליכה לכך שנושא-המשרה יהיה משוחרר לאחר מינויו של בעלת-תפקיד מאיסור התחרות הכלול בסעיף 254 לחוק החברות. אין זה, לטעמנו, הדין הרצוי. ההנמקה העומדת בבסיס הגישה הדוגלת בפקיעת חובת האמונים של נושא-המשרה כלפי החברה בעת מינוי מפרק היא, כאמור, שבמקום שאין סמכות, הצדק מחייב שלא תוטל חבות. בתשובה על הנמקה זו יש לומר כי ראוי להבחין בין הטלת חובה לפעול, הכרוכה בהפעלת סמכויות, לבין החלת חובה להימנע מפעולה, שאינה מצריכה הפעלת סמכות. החובה להימנע מתחרות נמנית עם הסוג השני. זאת ועוד, הטעם האמור, המכוון לעשות צדק עם נושא-המשרה, כוחו יפה, לכל היותר, להליכים שבעקבותיהם עסקיה של החברה מפסיקים להתנהל. כאשר עסקיה של החברה ממשיכים להיות מנוהלים על-ידי מפרק או מפרק זמני, קיימים שיקולים נוספים שיש להתחשב בקיומם, קרי: שיקולים של טובת הציבור, טובת הנושים וטובת העובדים. הנטייה הגוברת לאפשר הבראה לחברות שיש סיכוי להבראתן נובעת, כאמור, מטעמים של טובת הציבור. אם אנו מכירים בכך שהמשך ניהולם של עסקי החברה על-ידי בעלת-תפקיד עולה בקנה אחד עם טובת הציבור, אזי שומה עלינו להקנות לאותו בעלת-תפקיד כלים שיאפשרו לו למנוע הפרעות למילוי התקין של תפקידו, לרבות אמצעים שיאפשרו לו להתמודד עם נושא-משרה אשר מקים עסק מתחרה ופוגע בסיכויי הבראתה של החברה. הראינו לעיל כי האפשרות להשתמש בסעיף 254(א) לחוק החברות שנויה במחלוקת כאשר עסקינן בפירוק או בפירוק זמני, וגם כאשר מדובר בכינוס נכסים או בהסדר נושים אין הדבר נקי מספקות. קיימת אומנם אפשרות להרחיב את גבולותיו של סעיף 254(א) לחוק החברות בדרך פרשנית. בעריכת פרשנות מרחיבה זו, ניתן להסתייע בהלכת קוסי,<sup>58</sup> הקובעת כי רשימת המצבים שבהם חלה חובת אמון אינה סגורה, ובתכלית החברה המכוונת להשאת רווחיה, כאמור בסעיף 11 לחוק. נוסף על כך ניתן להצביע על סעיף 377 לפקודת החברות, אשר עולה ממנו כי כוונת המחוקק היא לחייב את נושא-המשרה

58 ע"א 817/79 קוסי ואח' נ' בנק י. ל. פויכטונגר בע"מ ואח', פ"ד לח(3) 253, 277-280.

במתן סיוע למפרק או לפחות בהימנעות מהפרעה למלאכת המפרק, על-מנת שפירוק החברה ייעשה באופן יעיל ושוויוני. אולם בפרשנות מרחיבה כזו אין, לטעמנו, משום פתרון נכון של הסוגיה. נושא-משרה שכהונתו מופסקת, ואשר בעקבות זה מופסק גם תשלום שכרו על-ידי החברה, יבקש מטבע הדברים למצוא את פרנסתו בעיסוק אשר בו מומחיותו, כשלימינו עומדת זכות-היסוד לחופש העיסוק. ראוי שההכרעה בין האינטרס וזכות-היסוד הללו לבין האינטרס של החברה בהבראתה, וקביעת האזון הנכון ביניהם, ייעשו בחקיקה אשר תצמצם את הפגיעה בנושא-המשרה עד למינימום ההכרחי. בכך יעסוק הפרק הרביעי במאמרנו.

אולם קודם לכן, בפרק הבא של המאמר, נצביע על כלים משפטיים חלופיים העשויים לעמוד לימינו של בעל-התפקיד בהתמודדותו עם תחרות של נושא-משרה שכהונתו הושעתה או הופסקה.

## פרק ג: שימוש בעילות משפטיות קיימות לשם התמודדות עם תחרות של נושא-משרה נגד חברה המצויה בהליכי הבראה

### 1. שימוש בדוקטרינה של ניצול ההזדמנות העסקית (Corporate Opportunity Doctrine)

השימוש בדוקטרינת ההזדמנות העסקית עשוי לסייע בהתמודדותה של חברה המצויה בהליכי הבראה מול נושא-משרה-לשעבר המנהל עסק מתחרה, אולם נראה כי סיוע זה מוגבל בהיקפו.

סעיף 254(א) לחוק החברות, התשנ"ט-1999, המחיל על נושא-המשרה חובת אמונים כלפי החברה, קובע בסעיף קטן (3) את האיסור הבא:

"(3) יימנע מניצול הזדמנות עסקית של החברה במטרה להשיג טובת הנאה לעצמו או לאחר".

מקורו של איסור זה במשפט המקובל, והוא ידוע כ-"Corporate Opportunity Doctrine".<sup>59</sup> לשאלה באיזו מידה חובת האמונים ממשיכה לחול על נושא-המשרה כאשר

59 להרחבה על דוקטרינת ההזדמנות העסקית ועל אפשרויות השימוש בה להגנת האינטרסים של החברה כנגד נושא-המשרה, ראו יהודית קורן "דוקטרינת ההזדמנות העסקית - אמצעי להגנת עסקיה של חברה" הפרקליט מה (תשס"ה) 350.

החברה מצויה בהליכי הבראה שונים התייחסנו לעיל, בפרק השני למאמרנו, וכל אשר נאמר שם לגבי חלותו של איסור התחרות על נושא-המשרה במצבי הבראה השונים יפה גם לעניין חלותו של איסור ניצול ההזדמנות העסקית. עם זה, אופייה המיוחד של הדוקטרינה, כפי שיוסבר מייד, מאפשר שימוש בה (במגבלות שיובהרו להלן) גם לאחר סיום כהונתו של נושא-המשרה בחברה ופקיעת חובת האמונים שלו כלפי החברה.

דוקטרינת ההזדמנות העסקית של החברה רואה בהזדמנות העסקית "נכס" שעל נושא-המשרה נאסר "לגזול" אותו מטעמים הדומים להגנה קניינית. השאלה העוברת כחוט-השני בפסקי-הדין השונים שניתנו באנגליה ובארצות-הברית היא אם מדובר בהזדמנות אשר "שייכת" לחברה. ההזדמנות נחשבה לשייכת לחברה אם היא נקרתה בדרכו של נושא-המשרה בשעה שמילא את תפקידו בחברה. בחלק מן המקרים (בעניין *Cooley*,<sup>60</sup> בעניין *Canadian Aero*,<sup>61</sup> בעניין סאנסטאר<sup>62</sup> ובמקרים אחרים) הוחלה הדוקטרינה על נושאי-משרה לאחר שחדלו לכהן במשרתם. יש כאן הרחבה, מחד גיסא, וצמצום, מאידך גיסא: הרחבה - על-שום שמשך חלותו של האיסור אינו מצומצם לפרק-הזמן שבו נושא-המשרה מכהן במשרתו, דהיינו, גם נושא-משרה שכהונתו פקעה עם מינויו של מפרק אינו רשאי לעשות שימוש בהזדמנות עסקית השייכת לחברה; וצמצום - על-שום שמדובר רק בהזדמנויות שנקרו בדרכו של נושא-המשרה בתקופת כהונתו כנושא-משרה בחברה, ולא בהזדמנות או בקשר עסקי חדשים שנקרו בדרכו לאחר הפסקת כהונתו, אף אם השימוש בהם עומד בתחרות או בניגוד עניינים עם החברה המצויה בהליכי הבראה. יכולתה של החברה המצויה בהליכי הבראה להסתייע בדוקטרינת ההזדמנות העסקית נגד תחרות של נושא-המשרה-לשעבר מוגבלת, אם כן, למקרים שבהם ניתן להוכיח כי נושא-המשרה עושה שימוש בהזדמנויות עסקיות השייכות לחברה.

מגבלה נוספת שיש לזכור בהקשר של דוקטרינת ההזדמנות העסקית נוגעת בסעד שבית-המשפט מעניק: השימוש בדוקטרינת ההזדמנות העסקית מכוון להעניק סעד של השבה; התוצאה הנובעת מקביעה של בית-המשפט כי ההזדמנות העסקית שייכת לחברה היא חיובו של הנתבע בתשלום כספים לחברה. למיטב ידיעתנו, אין בפסקי-הדין שניתנו בסוגיה ולו אחד שבו נעשה שימוש בדוקטרינה לשם קבלת סעד של צו מניעה. השימוש שנעשה בדוקטרינה לא נועד למנוע את עצם השימוש בהזדמנות, אלא רק את ההתעשרות-לא-כצדק שבאה בעקבותיו. על כך יש להוסיף את הביקורת הנמתחת על הדוקטרינה בשל הפגיעה הכרוכה בה בזכותם של המנהלים לחופש העיסוק, ואת הטענה שלפיה הדוקטרינה עומדת בניגוד לאינטרס הציבורי בקיומו של חופש תחרות.<sup>63</sup>

*Industrial Development Consultants Ltd. v. Cooley*, [1972] 2 All E.R. 162, 1 60  
W.L.R. 443

*Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1972] 1 O.R. 592 61

ת"א (ת"א) 2122/83 סאנסטאר יבואנים (1978) בע"מ נ' צנג ואח' (טרם פורסם). 62

Pat K. Chew "Competing Interests in the Corporate Opportunity Doctrine" 67 63

*North Carolina L. Rev.* (1989) 435; Victor Brudney & Robert C. Clark "A New

דוקטרינת ההודמנות העסקית פותחה כאמצעי הגנה על חברות "בריאות"; היא לא נועדה לתת מענה לבעיותיה המיוחדות של חברה הנתונה בהליכי הבראה. חברה כזו עשויה אומנם, במקרים מסוימים, להסתייע בדוקטרינה של ניצול ההודמנות העסקית כדי למנוע תחרות של נושא-משרה, אך אין בדוקטרינה פתרון שלם לבעיה מושא דיוננו.

## 2. מניעת תחרות באמצעות ההגבלות החלות על עובד שמתחרה במעבידו-לשעבר

מקום שהתקיימו יחסי עובד-מעביד בין נושא-המשרה לבין החברה המצויה בהליכי הבראה ערב תחילתם של הליכי הבראה, ניתן לעשות שימוש, לצורך התמודדות עם תחרות עסקית של נושא-המשרה, בעקרונות שפותחו בסוגיה של התחרות של עובד במעבידו ובמעבידו-לשעבר, כמפורט להלן.

### (א) השפעת הליכי הבראה על יחסי עובד-מעביד שהתקיימו בין נושא-המשרה לחברה

כפי שנראה להלן, יש הבדל ב"עוצמתו" של איסור התחרות בין מי שהינו עובד לבין מי שחדל להיות עובד. לפיכך יש טעם לבחון תחילה מה השפעתם של הליכי הבראה, לסוגיהם השונים, על מעמדו של נושא-המשרה כעובד. בפסיקה האנגלית נקבע<sup>64</sup> כי מינויו של כונס נכסים על-ידי בית-המשפט מביא באופן אוטומטי לידי סיומם של חוזי ההעסקה של עובדי החברה. ההסבר שניתן להלכה זו הוא שחוזי העבודה הינם בעלי אופי אישי, ולכונס יש אישיות משפטית נפרדת מזו של החברה. ברם, על ההלכה האמורה נמתחה באנגליה ביקורת,<sup>65</sup> ונראה כי בכל מקרה אין מקום להחלתה כאשר כונס הנכסים מונה לשם תפיסתו של נכס אחד או מספר מוגבל של נכסים מנכסי החברה. הרדוף גורסת כי אין במינוי כונס, כשלעצמו, כדי להפקיע את חוזי העבודה, ורק ממכלול הנסיבות ניתן להסיק מסקנה בדבר הימשכותם או סיומם של חוזי העבודה.<sup>66</sup> תימוכין לדעה זו ניתן למצוא אצל פלמן ובר-מור.<sup>67</sup> בכמה פסקי-דין שניתנו על-ידי בתי-משפט מחוזיים בארץ אומצה ההלכה

Look at Corporate Opportunities" 94 *Harv. L. Rev.* (1981) 997; Bruce Welling "Former Corporate Managers, Fiduciary Obligations, and the Public Policy in Favour of Competition" 31 *Le Cahiers de Drois* (1990) 1095

*Reid v. Explosive Co., Ltd.* (1887) 19 Q.B.D. 264; *Nicoll v. Cutts*, (1985) 1 B.C.C. 64 .99, 427; Milman & Durrant, *supra* note 26, at p. 157

חנה הרדוף זכויות עובדים בחילופי מעבידים בפירוק חברה ובכינוס נכסים (1988) 104-105 וכן האסמכתות בעמ' 172, הערת-שוליים 30.

הרדוף, שם, בעמ' 104.

67 פלמן ובר-מור, לעיל הערה 3, בעמ' 976. הטעם לכך נוסח באופן הבא: "כונס נכסים אינו משנה את אישיותה המשפטית של החברה. פני הכינוס אינן מכוונות לחיסול החברה וסיום

האנגלית ונקבע כי מינוי כונס נכסים על-ידי בית-המשפט כמוהו כהודעת פיטורים לעובדי החברה,<sup>68</sup> אולם בית-המשפט העליון טרם נדרש להכריע בסוגיה. קבלת החלטה על פירוק מרצון אינה נחשבת בהכרח לפעולה הגורמת לפיטורי עובדים.<sup>69</sup> לעומת זה, מתן צו פירוק ומינוי מפרק על-ידי בית-המשפט נחשבים, באנגליה וככל הנראה גם בישראל, לפיטורים אוטומטיים של העובדים ונושאי-המשרה.<sup>70</sup> מינוי מפרק זמני נחשב אף הוא, בדרך-כלל, לפעולה המפקיעה את חווי העבודה שבין החברה לבין העובדים.<sup>71</sup> הרדוף חולקת בספרה<sup>72</sup> על הגיונה של הלכה אחרונה זו. לדעתה, מינוי מפרק זמני אינו יכול להפקיע את חווי העבודה מאחר שאין ודאות כי יינתן צו פירוק.

על כל פנים, בעלת-הפיקד עשוי למצוא תועלת בהמשך העסקתו של נושא-המשרה בתקופה של כינוס הנכסים, הפירוק הזמני, הפירוק או הסדר הנושים. נושא-המשרה, המעורה בניהולה ובעסקיה של החברה, עשוי לתרום רבות להליכי ההבראה של החברה, אם הוא משתף פעולה עם הנאמן, הכונס, המפרק או המפרק הזמני. מכאן, שיתכן המשך קיומם של יחסי עובד-מעביד בין נושא-המשרה לבין החברה בכל המצבים של הליכי ההבראה בחברה. נושא-משרה כזה, אף אם לא יהיה כפוף עוד לחובות האמון של נושא-משרה כלפי החברה,<sup>73</sup> עשוי להיות כפוף לחובות החלות על עובד כלפי מעבידו, ובכללן ההגבלות החלות על עובד בהקשר של התחרות במעבידו. קיומם של יחסי עובד-מעביד מחייב את העובד לנהוג בנאמנות כלפי מעבידו, וקיימת דעה כי חובת

חיה. לפיכך אין כל יסוד משפטי לקביעה כי חוזה העבודה פוקע אוטומטית, ממש כפי שחוזים מסחריים רגילים אינם מסתיימים עם מינוי כונס נכסים לחברה".

68 ת"א (ת"א) 4097/64 גרינברג נ' תבלין בע"מ, פ"מ ס 160; המ' (חי') 4827/84 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' אתא חברה לטכסטיל בע"מ ואח' (טרם פורסם); המ' (ת"א) 9701/84, 11681/84 אלסקה ספורטלייף בע"מ, פ"מ תשמ"ו(2) 287, 290, 292.

69 הרדוף, לעיל הערה 65, בעמ' 51-53.

70 *Re Chapman's Case*, (1866) L.R. 1 Eq. 346; Lightman & Moss, *supra* note 27, at p. 292; יוסף כהן, לעיל הערה 9, בעמ' 79, 277. השתמשנו בביטוי "ככל הנראה" לגבי הדין הישראלי מאחר שבפסק-דין שניתן על-ידי בית-הדין הארצי לעבודה - דב"ע ל/22-3 לנצר נ' הידרוכים בע"מ, פד"ע ב 169 - הייתה דעת הרוב שונה. לביקורת על פסק-דין זה, ראו הרדוף, שם, בעמ' 57-59. לעומת זה, בתזכיר הצעת החוק לתיקון פקודת החברות (שיקום חברות), התשנ"ה-1995, מוצע לקבוע, בסעיף 243כז(א) כי "מתן צו הבראה או מינוי שקם אין בהם, כשלעצמם, כדי לפגוע בתוקפו של חוזה עבודה...", ומוסבר שם כי "זאת במובחן מהדין הנוהג כיום עם מינוי של מפרק לחברה". מכאן עולה שלדעת מנסחי התזכיר, מינוי של מפרק לחברה פוגע על-פי הדין הקיים בתוקפם של חווי העבודה.

71 ת"א (ת"א) (פירוק) 2737/85, 2741 המ' 10900/85 אייזנר ואח' נ' רובין ואח', פ"מ תשמ"ו(2) 525; יוסף כהן, לעיל הערה 9, בעמ' 613.

72 הרדוף, לעיל הערה 65, בעמ' 54-55.

73 ראו דיונו לעיל בפרק השני לחיבורנו.

הנאמנות שהעובד חב למעבידו הינה אף מעבר לחובת הקיום בתום-לב הקבועה בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי).<sup>74</sup>

אחת התוצאות מקיומה של חובת נאמנות זו היא החובה להימנע מהתחרות בעסקו של המעביד. בעל-התפקיד המנהל את עסקיה של החברה כ"עסק חי" לא יתקשה, אם כן, למנוע נושא-משרה המועסק על-ידי מלהתחרות בחברה המצויה בהליכי הבראה. אולם לצורך דיוננו מעניינת יותר מידת יכולתו של בעל-התפקיד למנוע תחרות של נושא-משרה שעבודתו בחברה הופסקה בעקבות מינויו של בעל-התפקיד. על כך – בחלק הבא.

**(ב) תחרות של נושא-משרה לאחר הפסקת יחסי עובד – מעביד בינו לבין החברה המצויה בהליכי הבראה**

בדוננו בנושא-משרה שהעסקתו על-ידי החברה הופסקה בעת קיום הליכי ההבראה, נבחין בין שני מצבים: (1) קיימת תניה חוזית בין נושא-המשרה לבין החברה אשר אוסרת על נושא-המשרה להתחרות בחברה לאחר סיומם של יחסי העבודה ביניהם; (2) אין תניה חוזית כאמור. נדון להלן באפשרות למנוע את התחרות של נושא-המשרה בכל אחד מן המקרים האמורים.

1. קיימת תניה חוזית האוסרת תחרות לאחר סיום קשרי העבודה –

הוראה חוזית אשר מגבילה את יכולתו של נושא-המשרה להתחרות בחברה לאחר סיום קשרי העבודה עימה יכולה להיכלל בחוזה העבודה האישי שנחתם בין נושא-המשרה לבין החברה, ויכולה גם להיכלל בהסכם קיבוצי או בהסדר קיבוצי אשר חלים על הצדדים.<sup>75</sup> ההלכה החלה על תניות חוזיות המגבילות את התחרות של עובד עם פרישתו מן העבודה עברה תהפוכות בעשור האחרון – מהעדפת ההגנה על קניינו של המעביד (בנסיבות של עובד מדרג נמוך והעדר חוזה כתוב בינו לבין מעבידו)<sup>76</sup> ועד להעדפת ההגנה על חופש העיסוק של העובד (בנסיבות של עובד בכיר בתחום ההיי-טק וקיומן של תניות חוזיות

74 מנחם גולדברג "תום לב במשפט העבודה" בתוך ספר בר-ניב (תשמ"ז) 139, 143-146; דב"ע מב/3-74 ורדי נ' עירית נתניה, פד"ע יד 59, 65.

75 ניתן למצוא בהסכמי עבודה קיבוציים ובהסדרים קיבוציים הוראות המגבילות את חירותו של העובד לעבוד אצל מעביד אחר, או כעצמאי, אף לאחר תקופת קיומם של יחסי עובד-מעביד. ראו מנחם גולדברג "חופש העיסוק – מזכות יסוד לחוק יסוד" הפרקליטי מא(3) (תשנ"ד-1994) 291, 318. במקרים אחדים הועלתה הטענה כי הוראה בהסכם עבודה קיבוצי אשר מגבילה את חופש העיסוק לאחר סיומם של יחסי העבודה אינה תקפה, אולם הטענה נדחתה על-ידי בתי-המשפט: ת"א (ת"א) 2959/80 בלמוט בע"מ נ' המזרחי (לא פורסם); ת"א (ת"א) 123/88, המ' 711/88 קירוסאי בע"מ נ' זולברג ואח' (טרם פורסם); ת"א (ת"א) 1778/88 אלמי בע"מ נ' ימין (טרם פורסם) – הוזכרו אצל גולדברג, שם.

76 בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח', פ"ד מז(4) 702. ביקורת על העדר האיוון בהלכה זו נמתחה במאמרה של נילי כהן "תחרות מסחרית וחופש עיסוק" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 353.

מפורשות שאסרו עליו להתחרות במעבידו.<sup>77</sup> בפסק־דין שניתן לאחרונה על־ידי בית־הדין הארצי לעבודה, שבה המטוטלת ונעה לכיוון ההגנה על קניינו של המעביד.<sup>78</sup> בפסק־דין של הנשיא אהרן ברק בעניין סער<sup>79</sup> נקבע כי ההכרעה בין האינטרסים המנוגדים – זה של העובד, המוגן על־ידי זכות־היסוד לחופש העיסוק, וזה של המעביד, המוגן על־ידי הגנת הקניין הקבועה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – תיעשה באמצעות שימוש ב"תקנת הציבור". השימוש בשיקולים של תקנת הציבור בסוגיה שבה עסקינן עשוי להוליך להעדפת זכותה של החברה למנוע תחרות על זכותו של נושא־המשרה לחופש העיסוק.

תקנת הציבור דורשת כי הבראת חברה, אשר ראוי להבריא, לא תסוכל בשל תחרות שינהלו נגדה נושאי־משרה־לשעבר, אשר ייטלו מן החברה את לקוחותיה ואת ההודמנויות העסקיות שלה על־ידי הקמת עסקים מתחרים או על־ידי הצטרפות לעסק מתחרה קיים והגברת יכולת ההתחרות שלו בחברה המצויה בהליכי הבראה. בידיהם של מנהלים ונושאי־משרה בכירים מצויים, כאמור, הכלים והידע הטובים ביותר להתחרות בחברה שקודם לכן עמדו בראשה. מדובר באנשים שייצגו את החברה ופעלו בשמה בטרם נכנסה החברה להליכי הבראה. יכולתם לגרום נזק לחברה הינה גבוהה לפיכך במיוחד. זאת ועוד, נושאי־המשרה הבכירים הם לעיתים קרובות אלה שבגין פעולותיהם או מחדליהם הגיעה החברה לשפל שבעטיו נצרכה להליכי הבראה. מתן אפשרות למנהלים כושלים להתחרות בחברה שאותה הכשילו אינו עולה בקנה אחד עם דרישות הצדק, ונראה מנוגד לתקנת הציבור.

לנוכח מכלול הטעמים האמורים אנו סבורים כי השיקולים של תקנת הציבור דורשים לאכוף על נושא־משרה, אשר התחייב בחוזה לא להתחרות בחברה לאחר שיפסיק לעבוד בה, את קיום התחייבותו זו כאשר החברה נכנסת להליכי הבראה.

נבדוק עתה באילו מבחנים צריכה לעמוד תניית איסור התחרות הכלולה בחוזה שבין נושא־המשרה־לשעבר לבין החברה המצויה בהליכי הבראה, על־מנת שתוכר כבת־תוקף. ברגיל, בית־משפט המגיע למסקנה כי יש לאכוף על עובד־לשעבר תניה בדבר אי־תחרות, ממשיך ובודק את סבירותה של תניה כזו. סבירות התניה נבחנת לפי היסודות הבאים המרכיבים אותה: ראשית, נושא ההגבלה והיקף ההגבלה – הגבלה אשר מצומצמת לענף המסחרי המסוים של המעביד תיחשב לסבירה, ולא תיראה כנוגדת את תקנת הציבור;<sup>80</sup> שנית, תקופת ההגבלה – תקופת הגבלה של שנה אחת נחשבת ברגיל לאיזון נכון בין

77 ע"ע 164/99 פרומר ואח' נ' רדגארד בע"מ, פד"ע לד 294.

78 ע"ע 189/03, 201/03 גירית בע"מ נ' אביב ואח' (טרם פורסם); פסק־דין מיום 18.12.2003.

79 ע"א 6601/96 AES SYSTEM Inc. נ' סער ואח', פ"ד נד(3) 850.

80 ע"א 310/79 ורשבסקי נ' י.מ.ש. אילן ניהול והשקעות בע"מ, פ"ד לד(2) 743; דב"ע

נא/148-3 צור גיסלר בע"מ ואח' נ' כהן ואח', פד"ע כג 115, 121; ע"א 136/56 פוקס נ'

אילון את עציוני בע"מ, פ"ד יא 358, 362; גולדברג, לעיל הערה 75, בעמ' 314-315.



חופש העיסוק לבין חופש ההתקשרות החוזית,<sup>81</sup> פרק-זמן של שנתיים נחשב אף הוא לסביר,<sup>82</sup> ואף שלוש שנים נחשבו במקרים מסוימים לתקופה שאינה בלתי-סבירה;<sup>83</sup> שלישית, התחום הגיאוגרפי של ההגבלה – הגבלה שנקבעת בחוזה לתחום גיאוגרפי מוגבל תורמת לקבלתה כעומדת במבחן הסבירות, ולהפך.<sup>84</sup> עם זה, במקרים אחרים, אף שההגבלה לא צומצמה מבחינה גיאוגרפית, לא ראה בכך בית-המשפט סיבה לפסול אותה.<sup>85</sup>

2. העדר תניה חוזית מפורשת האוסרת תחרות לאחר הפסקת יחסי עובד – מעביד – בהעדר תניה חוזית מפורשת האוסרת על נושא-המשרה להתחרות בחברה לאחר הפסקת עבודתו, תוכל החברה להסתייע בהגנה הפרושה על סודות מסחריים השייכים לה.<sup>86</sup> המהות המשפטית של הסודות המסחריים אינה ברורה עדיין, וקיימים כמה מודלים שיש בכוונת להסבירה (קנייני,<sup>87</sup> מעין-קנייני,<sup>88</sup> תניה מכללא בחוזה,<sup>89</sup> חובה הנגזרת מעקרון תום-הלב<sup>90</sup>). הנשיא ברק בחר לכנותה "תופעת משפט",<sup>91</sup> מבלי להכריע בטיבה של תופעה זו.

81 דב"ע נד/110-3 שירות מחלקה ראשונה בע"מ נ' קוסקאס ואח', פד"ע כו 451; דב"ע נד/95-3 איזוטופ בקרת איכות בע"מ נ' ניטוב (פורסם אצל דורון מיבלום חופש העיסוק – הלכות (תשנ"ו) 191).

82 ע"א 1/73 צפדיה נ' קלדי בע"מ, פ"ד כז(1) 785, 787; ע"א 2600/90 עלית חברה ישראלית לתעשיית שוקולד וסוכריות בע"מ ואח' נ' סרנגה ואח', (פורסם אצל מייבלום, שם, בעמ' 283).

83 ע"א 566/77 דיקר נ' מוך ואח', פ"ד לב(2) 141, 147; ע"א 618/85 מעיינות הגליל המערבי בע"מ ואח' נ' תבורי – ביח"ר למשקאות קלים בע"מ ואח', פ"ד מ(4) 343, 350.

84 ע"א 4/74 ברמן נ' משרד להובלות משאות פרדס-חנה – כרוכר והסביבה "עמל" בע"מ, פ"ד כט(2) 718, 721; ע"א 312/74 החברה לכבלים ולחוטי חשמל בע"מ נ' קריסטיאנפולר ואח', פ"ד כט(1) 316, 319.

85 ע"א 566/77 דיקר נ' מוך ואח', לעיל הערה 83; דב"ע נא/148-3 צור גיסלר בע"מ ואח' נ' כהן ואח', לעיל הערה 80, שם. הטעם שניתן לכך הוא זה: "מבחינת השטח, אמנם היא חלה על כל השטח של המדינה, אך בהתחשב בממדיה של ישראל אין להגיד כי האינטרס הלגיטימי של המשיבים היה בא על סיפוקן על-ידי צמצום שטח ההגבלה לחלק מהמדינה בלבד" (ע"א 566/77 דיקר נ' מוך ואח', שם בעמ' 141, 147). גם בדב"ע נד/110-3 שירות מחלקה ראשונה בע"מ נ' קוסקאס ואח', לעיל הערה 81, בעמ' 458, נקבע כי לנוכח מהות המוצר ושיטת הפצתו, אין החלת ההגבלה על כל שטח המדינה חורגת ממתחם הסבירות, ואין היא פוגעת בתקנת הציבור.

86 להרחבת הדיון בסוגיה, ראו מיגל דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר (תשס"ב-2000); יצחק לובוצקי חוזה עבודה וזכויות העובד (מהדורה שנייה, 2001), פרק 10, עמ' 131-150.

87 יעקב פוטשבוצקי "בעלות בידע והגבלת חופש העיסוק" הפרקליט לד (תשמ"ב) 433.

88 פרידמן, לעיל הערה 7, בעמ' 494-504.

89 ע"א 312/74 החברה לכבלים ולחוטי חשמל בע"מ נ' קריסטיאנפולר ואח', לעיל הערה 84, שם; ע"א 206/72 מיגן ואח' נ' פאר ואח', פ"ד כז(1) 576, 578.

90 דרורה פלפל "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 והזיקה לדין הגרמני" הפרקליט לו (תשמ"ד) 53, 66.

הגדרת "סוד מקצועי", כפי שהיא מופיעה בספרות, בפסיקה ובסעיף 5 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, הינה רחבה ביותר: סוד מקצועי אינו רק המצאה או ידע טכני מיוחד, אלא גם רשימת לקוחות, ארגון טכני ומנהלי, שיטות עבודה ותהליכי עבודה,<sup>92</sup> הספקים שהמעביד רוכש מהם, שלבי הייצור, סדרי עבודה עם קבלני-משנה, וידע על תפוקה, יעילות ופרודוקציה.<sup>93</sup> תוכן החובה המוטלת על העובד בכל הקשור לסודות המסחריים של מעבידו הוא "לשמור על סודות עסקיים של המעביד, לא לנצלם לצרכיו הוא או לצורכי זולתו ולא לגלותם אלא ברשות המעביד".<sup>94</sup> יסוד קיומה של החובה לשמור על סודות מסחריים אינו מותנה בהכרח בקיומה של התחייבות חוזית בחוזה העבודה. מרכיב חיוני זה בהגנה על הסוד המסחרי נקבע הן בפסיקה<sup>95</sup> והן בחקיקה.<sup>96</sup> העדר תניה חוזית האוסרת תחרות עם מעביד או מעביד- לשעבר אינו צריך לפיכך להפריע מקום שניתן להראות כי התחרות פוגעת בסודות מסחריים השייכים למעביד. בעניין עלית נ' סרנגה<sup>97</sup> נקבע כי בקונפליקט שבין הזכות לחופש העיסוק ועקרון התחרות החופשית לבין האינטרס של בעל העסק בהגנה על הסודות המסחריים שלו, ידו של האחרון על העליונה. משך

91 בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח', לעיל הערה 76, בעמ' 703.

92 ג' טדסקי "סודות עסקיים" הפרקליט לה (תשמ"ג) 5. רשימת לקוחות הוכרה כסוד מסחרי גם בפסקי-הדין הבאים: ע"א 137/90 דמתי ואח' נ' גנור ואח', פ"ד מד(4) 847; המ' 5125/88 תעשיות אלקטרוכימיות (פרוטאום) בע"מ נ' משיח ואח' (טרם פורסם); דב"ע נג 177-3 דוברת שרם ושות' ואח' בע"מ נ' גלובס פבלישר עיתונות (1983) בע"מ ואח', פד"ע כה 395; ורבים אחרים.

93 דיון מס' נג/12-1753 גוטקס מודלס בע"מ ואח' נ' אוהנה (טרם פורסם); פסקי-דין מיום 25.3.1993. פסקי-הדין מאוחר מאוחר אצל גולדברג, לעיל הערה 74, שם. סעיף 5 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, מגדיר "סוד מסחרי" כ"מידע עסקי מכל סוג, שאינו נחלת הרבים ואינו ניתן לגילוי כדין בנקל על ידי אחרים, אשר סודיותו מקנה לבעליו יתרון עסקי על פני מתחריו, ולבד שבעליו נוקט אמצעים סבירים לשמור על סודיותו".

94 בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח', לעיל הערה 76, בעמ' 703.

95 שם; ע"א 206/72 מיגן בע"מ נ' פאר ואח', לעיל הערה 89, בעמ' 589; ופסקי-דין נוספים המפורטים במאמרו של גולדברג, לעיל הערה 75, בעמ' 326, הערת-שוליים 286. לביקורת על הלכה זו, ראו רות בן-ישראל "דיני עבודה: התפתחות דיני העבודה בשנים תשנ"ד-תשנ"ו", ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ו) 543, 573.

96 בחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, נקבע בסעיף 11 כי גזל סוד מסחרי הינו עוולה בנויקין. סעיף 6(ב) לחוק מגדיר "גזל סוד מסחרי" כ"נטילת סוד מסחרי ללא הסכמת בעליו באמצעים פסולים, או שימוש בסוד על ידי הנוטל" (סעיף 6(ב)(1) לחוק), וכן "שימוש בסוד מסחרי ללא הסכמת בעליו כאשר השימוש הוא בניגוד לחיוב חוזי או לחובת אמון המוטלים על המשתמש כלפי בעל הסוד" (סעיף 6(ב)(2) לחוק).

97 ע"א 2600/90 עלית חברה ישראלית לתעשיית שוקולד וסוכריות בע"מ ואח' נ' סרנגה ואח', לעיל הערה 82.

קיומה של החובה לשמור על סוד מקצועי אינו קשור למועד סיומם של יחסי העבודה, להבדיל מחובת איסור התחרות.<sup>98</sup>

ההגנה הניתנת לסודות המסחריים, אשר עיקריה נסקרו לעיל, מרחיבה במידה ניכרת את יכולתה של החברה המצויה בהליכי הבראה להתגונן מפני תחרות שמנהל נגדה נושא-משרה-לשעבר כאשר התחרות כרוכה בשימוש בסוד מסחרי השייך לחברה. כאמור, רשימת לקוחות עשויה אף היא להיחשב לסוד מסחרי. אין מדובר רק בשמות הלקוחות, אלא גם בטיב הקשרים העסקיים עימם, במדיניות המסחר, בכמויות הצריכה ובשיטות התמחיר.<sup>99</sup> כך הדבר גם לגבי רשימת הספקים.

עיקר הסיכון, כפי שצוין לעיל, נובע מיכולתו של נושא-המשרה לפנות ללקוחות ולספקים שאותם הכיר במסגרת עבודתו בחברה, ולהניעם לעבוד עימו במקום עם בעל-התפקיד. כאמור,<sup>100</sup> נושא-המשרה-לשעבר נהנה מעדיפות ברורה על בעל-התפקיד בכל הנוגע ליכולת ההתקשרות עם לקוחות וספקים, ועדיפות זו מאפשרת לו להתחרות בהצלחה בחברה המצויה בהליכי הבראה ולגרום לה נזקים. מטעם זה יש חשיבות רבה לעובדה שרשימות של לקוחות וספקים, וכל הנלווה לקשרי המסחר עימם, נכללים בקטגוריה של סודות מסחריים.

כפי שציינו, יכולתה של החברה למנוע את העובד-לשעבר מלעשות שימוש בסוד המסחרי אינה מוגבלת בזמן (עד אשר הסוד המסחרי חדל להיות סוד), להבדיל מתניה בדבר אי-תחרות, אשר מקנה הגנה המוגבלת לשנה עד שלוש שנים לאחר סיום קשרי העבודה. עוד ראוי לציין כי האיסור לעשות שימוש בסודות מסחריים של החברה חל על כל אדם, ולא רק על מי שהינו עובד של החברה, ובכלל זה גם על נושא-משרה שאינו עובד.

### (ג) מגבלות השימוש בעקרונות שפותחו בדיני העבודה

בסעיפים קודמים בפרק זה הצבענו על כך שהחברה עשויה להסתייע, לצורך התמודדות עם תחרות שמנהל נגדה נושא-משרה, בהלכות מתחום דיני העבודה אשר מגבילות את התחרות של עובד נגד מעבידו. בנסיבות שבהן קיימים יחסי עבודה בין נושא-המשרה לבין החברה המצויה בהליכי הבראה, תסוכל התחרות באמצעות שימוש בחובת הנאמנות שעובד חב למעבידו, הכוללת את החובה להימנע מתחרות. בנסיבות שבהן בעקבות הליכי

98 בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח', לעיל הערה 76, בעמ' 707: "חובה זו מוטלת על העובד במשך קיומם של יחסי העבודה ואף לאחר סיומם והיא באה לסיומה רק כאשר הסוד העסקי חדל להיות סוד שלא מיוזמת העובד". חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, אינו תוחם בזמן את ההגנה שהוא מעניק לסוד מסחרי.

99 גולדברג, לעיל הערה 74, בעמ' 327, ופסקי-הדין שפורטו במאמרו בהערת-שוליים 293; ת"א (ת"א) 2546/02, בש"א 23075/02 דאטה פול בע"מ נ' יניב טכנולוגיות מדיה בע"מ ואח' (טרם פורסם; החלטת השופט י' זפט מיום 3.3.2003).

100 לעיל בת-פרק א3 לחיבורנו.

ההבראה הופסקו יחסי העבודה שהתקיימו בין נושא-המשרה לבין החברה, החברה עשויה להתגונן מפני נושא-המשרה-לשעבר, אף אם לא התחייב כלפיה להימנע מתחרות עם סיום קשרי העבודה, באמצעות אחת העילות הבאות: (1) קיומה של תניה מכללא בדבר איסור תחרות מעצם קיום יחסי עובד-מעביד; (2) הפרת חובת תום-הלב לפי סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973; (3) שימוש אסור בסודות מסחריים. בעוד שהיקף ההגנה הניתנת למעביד באמצעות העילות הראשונה והשנייה (שהינן עילות שפותחו על-ידי נשיא בית-הדין הארצי לעבודה לשעבר, השופט מ' גולדברג, בעניין יבין פלסט)<sup>101</sup> צומצם במידה ניכרת לאחר פסק-דין צ'ק פוינט,<sup>102</sup> קיבלה ההגנה הפרושה על סודותיו המסחריים של המעביד משנה חיווק בעקבות חקיקת חוק עוולות מסחריות. זאת ועוד, איסור השימוש בסודות מסחריים אינו מוגבל בזמן, בעוד איסור התחרות מוגבל לפרקי-זמן של שנה עד שלוש שנים לכל היותר. אין ספק שההלכות שפותחו בתחום דיני העבודה משפרות את יכולתה של החברה להתמודד עם תחרות שמנהל נגדה נושא-משרה. יש לזכור, עם זה, כי השימוש בעילות שמקורן ביחסי עבודה מותנה, כמובן, בקיומם של יחסי עובד-מעביד בין החברה לבין נושא-המשרה. זאת ועוד, במערך היחסים שבין עובד לבין החברה המעסיקה, העובד נתפס כצד החלש, הזקוק להגנתה של מערכת המשפט. ביחסים שבין נושא-משרה לבין החברה, לעומת זה, החברה היא הנתפסת כצד הראוי להגנה, בשל קיומם של יחסי כוח-כפיפות בין נושא-המשרה לחברה. מכיוון שכך, העברת הדיון למערך היחסים חברה-נושא-משרה צפויה להצמיח הגנה מוגברת לחברה, לעומת הדיון במישור היחסים חברה-עובד.

### 3. שימוש באיסור הפרעה לבעל-תפקיד

#### (א) ההלכה

לפי הלכה אנגלית מקדמת דנא,<sup>103</sup> שסימנים לקליטתה אצלנו מצויים בפסקי-דין ובספרות המשפטית,<sup>104</sup> כאשר כונס נכסים ממונה על-ידי בית-המשפט, כ-אז החזקת הנכסים על-ידי כמותה כהחזקתם על-ידי בית-המשפט. הפרעה להחזקה כזו מהווה בזיון בית-

101 דב"ע נג/26, 3-17 טועמה נ' טכנו גומי ליסיצקי בע"מ ואח', פד"ע כה 227.

102 ע"א 164/99 פרומר ואח' נ' רבגארד בע"מ, לעיל הערה 77.

Kerr, *supra* note 23, at p. 143; *Halsbury's Laws of England* (4th ed., 2001) Vol. 103, 39, 451-452.

104 המ' (ת"א) 285/48 לוסטיג נ' קרדוש, פ"ד ה' 31, 192; ע"א 56/68 סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ נ' מוסכי "בריסטול" בע"מ ואח', פ"ד כב(1) 598, 605; ע"א 522/72 מדינת ישראל נ' כונס נכסים של וולטקס צימרון בע"מ ואח', פ"ד כז(2) 393, 398; וולובסקי, לעיל הערה 34, בעמ' 96-99; פלמן ובר-מור, לעיל הערה 3, בעמ' 978; אליהו הרנון בזיון בית משפט על-ידי אי-ציות (תשכ"ה) 260-261.

המשפט, והינה בת-ענישה באמצעות פקודת בזיון בית-המשפט. קל וחומר, ניתן להפסיק או אף למנוע הפרעה כזו באמצעות הסעד של צו מניעה.<sup>105</sup> בבסיסה של הלכה זו מצויה ההשקפה העיונית הרואה בכונס הנכסים פקיד בית-המשפט ("officer of the court").<sup>106</sup> כאשר כונס הנכסים מתמנה לשם ניהולה של החברה כעסק חי, והרכוש המופקד בידיו כולל את המוניטין של החברה, יפעל בית-המשפט למניעת פעולות המכוונות לפגוע במוניטין של החברה, בין שהן נעשות על-ידי מי מן הצדדים הקשורים לחברה ובין שהן נעשות על-ידי צד שלישי.<sup>107</sup> בין פסקי-הדין הנזכרים בספרות כדוגמות להתנהגות המהווה הפרעה לכונס במילוי תפקידו מצויים שניים שעניינם תחרות עסקית של מי שהיה קשור לעסק לפני כינוס הנכסים: באחד<sup>108</sup> הייתה ההתנהגות המפריעה פיתוי עובדים לעזוב את העסק שהתנהל בפיקוחו של בית-המשפט, ולהצטרף לעסק מתחרה שהוקם; והאחר<sup>109</sup> עסק בשותף בעסק שמונה לו כונס נכסים, אשר החל לנהל עסק מתחרה ושלח חוזרים ללקוחות של העסק המקורי שבהם נטען כי העסק המקורי אינו מתנהל עוד. הערכאות השיפוטיות שדנו במקרים אלה ראו בהתנהגויות האמורות משום הפרעה למלא-תפקיד, אשר יש לעצור אותה באמצעות צו מניעה.

#### (ב) החלת האיסור להפריע לבעל-תפקיד על הסוגיה מושא דיוננו

הדוקטרינה של איסור הפרעה לבעל-תפקיד פותחה דווקא בהקשר של פעילותו של כונס נכסים הממונה על-ידי בית-המשפט, וככל הידוע לנו היא לא יושמה מעולם לגבי מפרק (לרבות מפרק זמני). כאמור, הבסיס הרעיוני להלכה זו הוא ראיית כונס הנכסים כנהנה ממעמד של פקיד בית-המשפט. הגישה הרואה בכונס הנכסים פקיד בית-המשפט אינה נקייה מספקות,<sup>110</sup> אולם לא כך פני הדברים לגבי המפרק; תקנה 37 לתקנת החברות

<sup>105</sup> *Halsbury's Laws of England*, supra note 103, at pp. 451–452.

<sup>106</sup> Lightman & Moss, supra note 27, at p. 16; לרנר, לעיל הערה 9, בעמ' 151.

<sup>107</sup> Kerr, supra note 23, at p. 227.

<sup>108</sup> *Dixon v. Dixon*, [1904] 1 Ch. 161; Kerr, *ibid*; *Halsbury's Laws of England*, supra note 103, at p. 452.

<sup>109</sup> *King v. Dopson*, (1911) 56 So. L. Jo. 51; Kerr, *ibid*; *Halsbury's Laws of England*, 109 *ibid*.

<sup>110</sup> לדיון במעמדו של כונס הנכסים ובגישות השונות הקיימות בפסיקה, ראו לרנר, לעיל הערה 9, בעמ' 147–161. עם זה, כאשר מדובר בכונס נכסים מן הסוג המכונה "כונס מפעיל" (הוא כונס הנכסים שבו עוסק מאמרגן), נראה כי אין מחלוקת שמעמדו כמעמד של פקיד בית-המשפט. ראו פש"ר 1621/01, בש"א 3551/02 ע.ב.ר.ב. בנין לפיתוח והשקעות בע"מ (בכינוס נכסים) נ' סולל בונה בע"מ ואח', פ"מ תשס"ב(1) 49 החלטה מיום 18.7.2002, שם קבעה השופטת אלשיך כי מעמדו של "כונס מפעיל" "אשר תופס את החברה כולה ומפעיל אותה כעסק חי על מנת למקסם את ערך נכסיה (ואולי אף למכור אותה כעסק חי בבוא היום)... חורג ממעמדו הרגיל של כונס נכסים", וכי "עסקינן בבעל

(פירוק), התשמ"ו-1987, קובעת מפורשות כי "המפרק ישמש כפקיד בית המשפט" וימלא את תפקידו כפוף להשגחתו. המפרק הזמני נחשב אף הוא לפקיד בית המשפט,<sup>111</sup> וכמוהו גם הנאמן או המנהל המיוחד בהסדר נושים.<sup>112</sup>

מכיוון שהמפרק, המפרק הזמני והנאמן (או המנהל המיוחד) בהסדר נושים הינם כולם "פקידי בית המשפט", ההלכות שפותחו כדי למנוע הפרעה לתפקידו של כונס הנכסים המפעיל – ואשר הרציונל העומד בבסיסן הוא מעמדו של הכונס כפקיד בית המשפט – חלות על בעלי-התפקידים האמורים בבחינת קל וחומר. ההלכה העולה משני פסקי-הדין שהזכרנו לעיל היא שפעילות הגורמת נזק לעסקיה של חברה המנוהלת על-ידי פקיד בית המשפט, לרבות נזק למוניטין של החברה ולקשריה עם לקוחותיה, נחשבת להפרעה לבעל-תפקיד שניתן למונעה באמצעות צו מניעה. הלכה זו מספקת לנו, אם כן, אמצעי נוסף שעשוי לסייע לבעל-התפקיד בהתמודדות מול נושא-המשרה-לשעבר המקיים עסק מתחרה.

## פרק ד: סיכום והמלצות

חיבורנו מבוסס על ההנחה שיש תועלת לציבור בהבראה של חברות אשר קיים סיכוי כלכלי להבראתן. סיכויי הבראתה של החברה עלולים להיפגע מחמת תחרות שינהל נגדה נושא-משרה-לשעבר שכהונתו הופסקה בעקבות מינויו של בעל-התפקיד. תחרות המנוהלת על-ידי נושא-משרה-לשעבר עלולה לפגוע בחברה במידה גדולה יותר מתחרות המנוהלת על-ידי צד שהינו זר לחברה.

מפי נושא-המשרה-לשעבר עשויה להישמע הטענה כי משהופקעה משרתו בחברה, עליו לדאוג לפרנסתו, וכי הטלת הגבלות על פעילותו באמצעות האיסור על תחרות עם החברה פוגעת בזכותו לחופש העיסוק. לטעמנו, טובת הציבור מחייבת את העדפתם של שיקולי הבראתה של החברה על שיקולי חופש התחרות וחופש העיסוק של נושא-המשרה שמתחרה בחברה. מפאת חשיבותה של מניעת תחרות של נושא-משרה, מחד גיסא, ולנוכח העדר הסדר שמסייע לחברה המצויה בהליכי הבראה להתמודד עם התחרות האמורה, מאידך

תפקיד מטעם בית המשפט". ראו גם: ע"א 522/72 מדינת ישראל נ' כונסי הנכסים של וולטקס צמרון תשלובת טקסטיל בע"מ (בפירוק ובכינוס נכסים), פ"ד כז(2) 398, 393; ע"א 1034/92 רמות זכרון בע"מ (בכינוס נכסים) ואח' נ' וולף ואח', פ"מ תשנ"ד(3) 339, 346.

Lightman & Moss, *supra* note 27, at p. 22 111

112 תיק פירוק רביב עמק חפר, לעיל הערה 35, בפסקה 10.

גיסא, ניסינו להצביע על כלים משפטיים אחדים העשויים לסייע בידי החברה בהתמודדות האמורה.

הגענו למסקנה כי האיסור להתחרות, שמקורו בחובת האמונים, ממשיך לחול על נושא-משרה בחברה הנמצאת בהליכי פשרה או הסדר לפי סעיף 350 לחוק החברות, ועל נושא-משרה בחברה הנמצאת בכינוס נכסים, אולם ספק אם הוא חל על נושא-משרה בחברה שמונה לה מפרק זמני, ולדעת רוב המלומדים הוא מפסיק לחול על נושא-משרה שכהונתו הופקעה בעקבות מינוי מפרק לחברה.

כלי משפטי אחר שניתן להסתייע בו הוא הדוקטרינה של ניצול ההודמנות העסקית, שפותחה באנגליה, בארצות-הברית ובקנדה. בדוקטרינה זו ניתן להשתמש כלפי נושא-משרה העושה שימוש בהודמנות אשר נחשבת לשייכת לחברה. חסרונה העיקרי של דוקטרינה זו הוא היותה מוגבלת להודמנויות שנקרו בדרכו של נושא-המשרה בתקופה שבה כיהן כנושא-משרה. הצבענו גם על העובדה שנעשה בה שימוש לקבלת סעד של השבה בלבד, אולם אין אנו רואים מניעה שיוענק על יסוד עילה זו סעד של צו מניעה.

בהמשך הצבענו על האפשרות להשתמש בהגבלות החלות על עובד בכל הנוגע להתחרות במעבידו-לשעבר. כלי התמודדות זה ניתן להפעלה בתנאי שהתקיימו קשרי עבודה בין החברה לנושא-המשרה, והוא מוגבל מבחינת משך הזמן (למעט איסור השימוש בסודות מסחריים, שבאופן עיוני אינו מוגבל בזמן כל עוד הסוד אינו מתפרסם). חסרונם של האמצעים האמורים נעוץ בעובדה שהם לא פותחו לצורך פתרון הבעיה מושא דיונונו, ועל-כן הפתרונות שהם נותנים הינם חלקיים ובלתי-מספקים.

עילה משפטית קרובה יותר לבעיה שבה עסקינן היא האיסור להפריע לממלא-תפקיד. עילה זו פותחה בפסקי-דין ישנים, בין היתר לשם התמודדות עם פגיעה במוניטין ועם שידול לקוחות, אולם היא הוחלה עד כה רק לגבי כונס נכסים. הצבענו על כך שההנמקה המשפטית העומדת ביסוד עילה זו – היות הכונס פקיד בית-המשפט – יפה שבעתיים לגבי מפרק, מפרק זמני ובעל-תפקיד בהסדר נושים, ולכן ניתן להרחיב את השימוש בעילה של הפרעה לממלא-תפקיד לכל מצבי הבראה הקיימים.

כאמור, חלקי-הארי של העילות שנסקרו בחיבורנו לא פותחו לשם התמודדות עם הבעיה מושא דיונונו. האינטרס הציבורי בהבראתן של חברות ראויות מחייב מתן מענה לבעיית התחרות של נושא-משרה באמצעות שינוי בחקיקה הקיימת. עם זה, יש לעשות זאת תוך התחשבות באינטרסים לגיטימיים אחרים, שכן כנגד ההגנה שיש לספק לחברה המצויה בהליכי הבראה עומדים זכותו של נושא-המשרה לחופש העיסוק והאינטרס הציבורי בקיומו של חופש תחרות. האיזון הנכון בין האינטרסים השונים מצוי, כך אנו סבורים, בהטלת איסור סטטוטורי על נושא-המשרה לנהל עסק מתחרה, אך זאת – לפרק-זמן מוגבל. ניתן לעשות זאת על-ידי הרחבת ההגדרה של "נושא-משרה" שחייב בחובת אמונים בדרך של הוספת פסקה שלישית לסעיף 254 לחוק החברות, כדלקמן:

(ג) "נושא-משרה" לעניין סעיף זה – לרבות מי שהיה נושא-משרה בחברה וחדל להיות נושא-משרה בעקבות מינויו של כונס נכסים, מפרק

זמני, מפרק או כל בעל-תפקיד אחר שמונה על-ידי בית-המשפט לשם ניהול החברה, ובלבד שהחברה לא הפסיקה את ניהול עסקיה וטרם חלפה שנה מן המועד שבו חדל להיות נושא-משרה.

כפי שציינו, מינויו של כונס נכסים או בעל-תפקיד בפשרה או הסדר (נאמן או מנהל מיוחד) אינו מפקיע את משרתו של נושא-המשרה, וחובותיו כלפי החברה נותרות בעינם. לפיכך, לכאורה, לא היינו צריכים להתייחס לשני מצבי הבראה אלה בהגדרה שהצענו לעיל. עם זה, אנו ערים לסיכון שמא העדרם מן ההגדרה יתפרש בטעות כהסדר שלילי, כלומר, כהוצאת נושאי-משרה כאלה מכלל החייבים בחובת אמונים כלפי החברה. על-מנת למנוע פרשנות מוטעית כאמור, מוצע לכלול אף אותם בהגדרה.

שקלנו אם מיקומה הנכון של ההגדרה הוא בסעיף המסדיר את חובת האמונים בחוק החברות או שמא בפקודת החברות, בפרק העוסק בתוצאות הפירוק על-ידי בית-המשפט (פרק יב, סימן ב). העדפנו את האפשרות הראשונה משני טעמים: ראשית, הגדרת המונח "נושא-משרה" בחוק החברות רחבה מהגדרת המונח בפקודת החברות; שנית, הפירוק אינו אלא אחד ממצבי הבראה שעליהם חלה ההגדרה שאנו מציעים.

את החלת חובת האמונים על מי שאינו חב בה על-פי החוק הקיים נימקנו בהעדפת האינטרס הציבורי בהבראת החברה על האינטרס של נושא-המשרה. יש הצדקה לאיסור התחרות כל עוד עסקה של החברה מתנהל כעסק חי. והיה אם ייפסק ניהול עסקה של החברה או יימכר ויועבר לאחרים, יהיה נושא-המשרה בן-חורין לעסוק בכל עיסוק שבו עסקה החברה קודם לכן.

לעיתים העסק של החברה ממשיך להתנהל כעסק חי פרק-זמן ממושך לאחר שנפסקה כהונתו של נושא-המשרה. איוון אינטרסים ראוי מחייב שבמקרה כזה ישוחרר נושא-המשרה מחובתו כעבור פרק-זמן מינימלי מסוים. מהו פרק-הזמן הראוי? לדעתנו, פרק-הזמן שנבחר ברוב פסקי-הדין של בתי-הדין לעבודה – קרי: שנה – משקף איוון נאות. פרק-זמן ארוך מזה עלול לפגוע בנושא-המשרה פגיעה שאינה מידתית. מאידך גיסא, חלוף הזמן יחליש את כושר התחרות של נושא-המשרה, ויקל על בעל-התפקיד לעמוד בתחרות עם נושא-המשרה.

התנאים שמנינו לתחולת החובה (החברה לא הפסיקה את ניהול עסקיה וטרם חלפה שנה ממועד הפסקת הכהונה) הינם תנאים מצטברים. יושם אל לב כי הרחבת ההגדרה של "נושא-המשרה" כמוצע על-ידינו תוביל להחלת כל חובות האמונים הכלולות בסעיף 254 על נושא-משרה של חברה המצויה בהליכי הבראה, ולא רק להחלת האיסור להתחרות בחברה. תוצאה זו נראית בעינינו רצויה שכן כל שאר החובות הכלולות בסעיף (איסור פעולה בניגוד עניינים, איסור ניצול הזדמנות עסקית וחובה לגלות לחברה כל ידיעה ומסמך הנוגעים בענייניה) הינן חובות שקיומן עשוי לתרום לניהולה היעיל של החברה כעסק חי. מאידך גיסא, איננו סבורים שיש להרחיב מעבר לכך את היקף החובות המוטלות על נושא-משרה שחדל להיות נושא-משרה. לטעמנו, אין מקום להחיל את חובת הזהירות על נושא-משרה שחדל מכהונתו, באשר אין הוא פועל עוד למען החברה.