

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 38604-12-22 ג'יני אנטרפרייז בע"מ נ' ממונה על חדלות פירעון – מחוז תל אביב ואח'

מספר בקשה: 4

לפני כב' השופט חגי ברנר, סגן נשיא

בעניין: חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח – 2018

ובעניין: ג'יני אנטרפרייז בע"מ

החברה

ובעניין: עו"ד יצחק צבי (ג'ין) קלינהנדלר

על-ידי ב"כ עו"ד אלון פרנס

המבקש

ובעניין: עו"ד יקיר ניידיק, בתפקידו כנאמן לחברה

לעצמו

הנאמן

ובעניין: הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי

על-ידי ב"כ עו"ד אמילי מנסור

הממונה

כתבי עת:

פנחס גולדשטיין, "הסמכות הטבועה, של בית המשפט", עיוני משפט, י (תשמ"ד-תשמ"ה) 37
קובי ורדי, "השפעת שיקולי צדק ויושר על ההליך השיפוטי האזרחי", המשפט, יב, ספר עדי אור ז"ל (תשס"ז) 203

ספרות:

ורדה אלשיך, גדעון אורבך הקפאת הליכים – הלכה למעשה

צפורה כהן פירוק חברות

דוד האן דיני חדלות פירעון 2018 ()

יששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי 2015 ()

חקיקה שאוזכרה:

חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, תשע"ח-2018: סע' 2, 7(א), 12, 18, 39, 43, 46, 128(א), 128(ב), 231, 231(2), 233(א)(1), 279, 378

תקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018: סע' 88, 92, לפרק יד

חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979: סע' 1

פקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983: סע' 303

תקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ושכרם), תשמ"א-1981: סע' 6(ג), 6(ה), 7, 8, א8, 10(ב), 10(ג)
כללי פשיטת הרגל (מינוי כונסי נכסים ונאמנים ושכרם), תשמ"ה-1985: סע' 1
תקנות חדלות פירעון ושיקום כלכלי, תשע"ט-2019: סע' 2, 13, 14, 15, 45, 56, 106ב, 106ג, 106ד, 106ד(ג), 106ה, 106
תקנות החברות (פירוק), תשמ"ז-1987: סע' 4, 4, 54, 65, 67
חוק החברות, תשנ"ט-1999
כללי לשכת עורכי הדין (התעריף המינימלי המומלץ), תש"ס-2000
תקנות בתי המשפט (אגרות), תשס"ז-2007
חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984: סע' 75

החלטה

מבוא

1. האם ניתן לחייב את יוזם הליך חדלות הפירעון בשם תאגיד לשאת בשכר טרחתו של נאמן המתמנה לחברה הנעדרת פעילות ונכסים? זו השאלה הטעונה הכרעה במקרה דנן.
2. לפניי בקשה מטעם עו"ד יצחק צבי (גין) קלינהנדלר (להלן: "המבקש") אשר כיהן כדירקטור בחברת גייני אנטרפרייז בע"מ (בפירוק) (להלן: "החברה"), במסגרתה מבוקש להורות לעו"ד יקיר ניידיק, בתפקידו כנאמן לחברה (להלן: "הנאמן"), לחתום ולהגיש לרשות המסים את הדו"ח הכספי של החברה לשנת 2021 (להלן: "הדו"ח הכספי").
3. החברה בה עסקינן הינה חברת הזנק אשר נקלעה למצב של חדלות פירעון. ביום 18.12.2022 היא הגישה (באמצעות המבקש) בקשה למתן צו פתיחה בהליכים בעניינה. במעמד הגשת הבקשה סך חובותיה של החברה נאמד בכ-350,000 ₪. לחברה אין נכסים כלשהם, זולת חברת בת הרשומה במדינת דלאוור שבארצות הברית, שגם לה אין נכסים.
4. ביום 15.2.2023 ניתן לחברה צו פתיחת הליכים בחלופה של פירוק, וביום 16.2.2023 מונה הנאמן לתפקידו.
5. במסגרת פגישה בין המבקש לנאמן עדכן המבקש כי דוחותיה הכספיים של החברה לשנים 2021-2022 צפויים להיות מוכנים וכי במועד זה יתבקש הנאמן לפעול להגשתם לרשות המסים. לאחר השלמת הדו"ח הכספי של החברה לשנת 2021 פנה המבקש לנאמן בבקשה כי האחרון יפעל לחתימה ולהגשה של הדו"ח.
6. ביום 22.5.2023 הודיע הנאמן כי הוא מתנה את חתימתו על הדו"ח הכספי והגשתו לשלטונות המס בכך שבעלי השליטה יישאו בשכר טרחתו. המבקש סירב להיענות לדרישה זו ומכאן הבקשה שלפניי.

טענותיו של המבקש

7. המבקש טוען כי מרבית בעלי המניות של החברה הם משקיעים מארצות הברית אשר האמינו בחברת ההזנק הישראלית ואיבדו עקב כך השקעות בהיקף של כ-15 מיליון דולר. אי לכך, ישנו קושי להפנות אליהם את הדרישה להשקעה כספית נוספת, ללא כל מקור שבדין או הוראה מתאימה מבית המשפט. המבקש מוסיף וטוען כי הגשת הדוחות הכספיים הינה חלק מעבודתו של הנאמן. הנאמן אינו מתבקש להכין את הדו"ח הכספי, אשר כבר הוכן על ידי רואה החשבון של החברה ובמימון בעלי המניות, אלא אך ורק לפעול לחתימתו ולהגשתו לרשות המסים.

8. עוד נטען כי המבקש מוכן לסייע לנאמן בתהליך, כך שבעל התפקיד לא יידרש להשקיע זמן ומאמץ בביצוע הפעולה המבוקשת. המבקש מוסיף וטוען כי העובדה שאין כספים בקופת החברה אינה מצדיקה השתת תשלום שכרו של הנאמן על בעלי המניות.

תשובת הנאמן

9. הנאמן טוען כי לשם הכרעה בבקשה יש למקד את הדיון בשני נושאים. הראשון, עניינו בשאלה האם ניתן לחייב בעל תפקיד לחתום על דוחות כספיים אשר לא נערכו על ידו, שעה שהדוחות מתייחסים לתקופה הקודמת למתן צו פתיחת ההליכים ומינויו של הנאמן. השני, עניינו בשאלה האם יש להסכים עם מצב בו בעל תפקיד הממונה על ידי בית המשפט יעבוד "חינם אין כסף", עת בעל המניות שיזם את הליך הפירוק ייהנה מפירות עבודתו של הנאמן מבלי לשלם על כך דבר. הנאמן מוסיף וטוען כי שאלה נוספת המתעוררת בהקשר זה היא האם יש מקום לאפשר לחברות לפטור עצמן מעול החובות המוטל עליהן באמצעות נקיטה בהליך זול יחסית על חשבון הקופה הציבורית מבלי לשלם שכר טרחה לבעל התפקיד עבור פעילותו בתיק חדלות הפירעון.

10. בהתייחס לנושא הראשון, הנאמן טוען כי לו היה מדובר בהגשת דו"ח כספי עבור התקופה שלאחר מתן הצו לפתיחת ההליכים, אזי אין חולק כי היה עליו לטפל בנושא מתוקף תפקידו. ואולם, המבקש מעוניין כי הנאמן יחתום על דו"ח כספי בגין פעילות עבר של החברה. אמנם הנאמן רשאי לעשות כן, אך לדידו, אין הוא חייב לפעול כאמור, במיוחד שעה שהמבקש איננו מוכן לשלם שכר כלשהו לנאמן עבור עבודתו, ומאידך הוא מצפה שהנאמן יעבוד ללא שכר בנושא שכלל אינו חלק מהליך הפירוק ואשר ככל הנראה מיטיב עם המבקש.

11. בהתייחס לנושא השני, טוען הנאמן כי המבקש היה מודע לכך שהחברה נעדרת פעילות ונכסים בעת הגשת הבקשה למתן צו פתיחה בהליכים. לדידו של הנאמן, במסגרת בקשות כגון דא נעשה שימוש במנגנון הציבורי על מנת להפטיר את החברה מחובות אותם היא

הייתה יכולה לפרוע בין בעצמה ובין באמצעות בעלי מניותיה על דרך של פנייה למסלול חלופי של פירוק מרצון. הדעת נותנת שהמבקש נושא בשכר טרחת עורך דינו ובשכר רואה החשבון המטפל בהכנת הדוחות הכספיים. עובדה זו מחדדת, לטענת הנאמן, את חוסר הצדק הנובע מכך שדווקא הנאמן אשר נושא במרבית העול בתיקים שכאלו, לא מקבל כל תגמול בגין עבודתו.

12. הנאמן הפנה לשתי החלטות שניתנו לאחרונה, בהן נקבע שיש לפסוק לנאמן שכר טרחה בתיקים מעין אלו על חשבון יוזם ההליך (חדל"ת (מחוזי נצ') 59976-09-22 **אבי אלקיים בע"מ נ' ממונה על חדלות פירעון מחוז חיפה והצפון** [פורסם בנבו] (27.4.2023) (לא פורסם) (להלן: "**אלקיים**"); חדל"ת (מחוזי ת"א) 22159-01-22 **א. י. מרקוביץ השקעות (1990) בע"מ נ' הממונה על חדלות פירעון ושיקום כלכלי** [פורסם בנבו] (24.5.2023) (להלן: "**מרקוביץ**"). הנאמן הפנה עוד לנייר עמדה שהוציא תחת ידיו הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי (להלן: "**הממונה**") ביום 11.5.2023 שכותרתו: "**נייר עמדה בנוגע להפקדת סכומים לצורך כיסוי הוצאות ושכרו של בעל תפקיד בתיקי פירוק**" (להלן: "**נוהל הממונה**"). לפי נוהל זה, יש מקום לפסוק לנאמן שכר מראש "בתיקי אפס" (קרי, תיקי פירוק של חברות שאין להן נכסים כלשהם), בו יישא יוזם ההליך, על מנת למנוע מצב לא ראוי בו הנאמן עמל לחינם ואילו יוזם הליך הפירוק נהנה מפירות עבודתו מבלי לשלם פרוטה.

תגובת המבקש

13. בתגובתו, דוחה המבקש את עמדת הנאמן וטוען כי הצורך בחתימה על הדו"ח הכספי היה ידוע מתחילת ההליך, ואף בבקשה לצו פתיחת ההליכים נמצאה התייחסות לעובדה שרואה החשבון של החברה מכין את הדוחות הכספיים, אך כעת חתימתם מצויה בסמכות הנאמן.

14. המבקש טוען כי הנאמן מודה שהוא רשאי לחתום על הדוחות הכספיים בגין התקופה שקדמה למינויו. כך נטען כי קיימת חובה שבדין להגיש את הדוחות הכספיים והגורם היחיד אשר רשאי לחתום עליהם הוא הנאמן, שרשאי להוסיף הסתייגות כמקובל. סירובו של הנאמן לחתום על הדו"ח הכספי והתניית חתימתו בתשלום שכר טרחה עלולים להוביל להפרת הוראות הדין, מניעת האפשרות לקיימן על ידי בעלי המניות וכן לנזקים שונים נוספים.

15. עוד נטען על ידי המבקש כי מצד הנאמן אין כל טרחה הכרוכה בחתימה על הדוחות משעה שהם כבר הוכנו במלואם על ידי רואה החשבון של החברה ובמימון בעלי המניות, בעוד שהמבקש אף מוכן לטפל בעצמו בהגשה הטכנית של הדוחות החתומים. המבקש טוען כי בנסיבות אלה, לא דומה המקרה בענייננו למקרים אחרים אליהם הפנה הנאמן בתשובתו, בהם נדרשה טרחה רבה מצד הנאמן.

16. מוסיף המבקש וטוען כי הנאמן הפנה למקרים קיצוניים בהם החברות שנקלעו להליכי חדלות פירעון לא היו פעילות מזה שנים ארוכות, וחויב בעלי המניות בסכום נמוך לכיסוי שכרו של הנאמן נפסק עוד בתחילת ההליך וכתנאי כניסה לשערי. לעומת זאת, המקרה בענייננו שונה בתכלית, שהרי ההליך מצוי בעיצומו ולפתע פתאום מבקש הנאמן להטיל חבות אישית על בעלי המניות ללא כל מקור חוקי.

17. עוד טען המבקש כי גם נוהל הממונה מתייחס לכיסוי הוצאות ההליך ושכר הנאמן בשלב הגשת הבקשה למתן צו לפתיחת הליכים בלבד, ולא בשלב מאוחר יותר.

18. לבסוף, נטען על ידי המבקש כי ככלל קיימת מחלוקת פוסקים בשאלה האם ניתן לחייב בעל מניות בתשלום שכר טרחת נאמן במקרים של היעדר כספים בקופת הפירוק.

עמדת הממונה

19. בתגובה קצרה טוען הממונה כי הדין עם הנאמן. הממונה סבור שאין מקום להורות לנאמן לחתום על הדוחות הכספיים הרלוונטיים לתקופה בה לא כיהן בתפקידו. לא רק שאין מדובר בחובה, אלא שלא מצופה מהנאמן לעשות זאת, שעה שכל המידע הרלוונטי אודות פעילותה של החברה לא היה באמתחתו, קל וחומר כשניהול החברה לא היה בשליטתו.

20. עוד מבהיר הממונה כי הוא רואה עין בעין את בקשת הנאמן לתשלום הוצאותיו ושכר טרחתו לנוכח העובדה כי החברה נעדרת פעילות עסקית וריקה מנכסים. לכן, יש מקום לחייב את המבקש לשאת בשכרו והוצאותיו של הנאמן.

דיון והכרעה

21. לאחר עיון בטיעוני הצדדים באתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה להתקבל.

22. תחילה נציין כי הדיכטומיה שערך הנאמן בין שני נושאים נפרדים ושונים במסגרת טיעוניו הינה במידה רבה מלאכותית. ברי כי המניע האמיתי לסירובו של הנאמן לחתום על הדוחות הוא נושא שכר טרחתו. הנאמן לא סיפק כל הסבר מדוע הוא פטור מהגשתם של הדוחות הכספיים של החברה בגין התקופה שקדמה למינויו (תוך שמירה על הסתייגויות מקובלות בקשר עם אמיתות הנתונים). והרי כידוע, עם מינויו לתפקיד, הנאמן נכנס בנעלי האורגנים של החברה (סעיף 43 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018 (להלן: "**חוק חדלות פירעון**")). משכך, הנאמן הוא הגורם האחראי לביצוע הפעולות השוטפות הכרוכות בהליכי פירוק החברה, לרבות הגשת דוחותיה הכספיים למוסדות הרלוונטיים. ככל ולנאמן הסתייגויות מוצדקות לענין חתימת הדוחות שלא נערכו על ידו או מי מטעמו (שאינן נוגעות לתשלום שכרו), אזי רשאי הנאמן להיעזר במידת הצורך בנושאי המשרה לשעבר בחברה כגון המבקש (ראו סעיף 46 לחוק חדלות פירעון). משכך, השאלה האמיתית שעל הפרק היא

שאלת שכרו של הנאמן מקום בו עסקינן בחברה שאין לה פעילות או נכסים ולכן אין גם מקור ממנו יוכל הנאמן להיפרע בגין שכרו.

23. ייאמר כבר עתה כי הפניותיו של הנאמן להחלטות שניתנו בענין **אלקיים** ובענין **מרקוביץ** אין בהן כדי לסייע לו. בהחלטות אלו (ובהחלטות נוספות אשר יוזכרו בהמשך) נפסק כי בית המשפט מוסמך להורות בשלב הגשת הבקשה לצו פתיחת הליכים על הפקדת ערובה של מגיש הבקשה לכיסוי הוצאות בעל התפקיד, כתנאי סף למתן הצו. ואולם, בהליך שבפני לא הוגשה בקשה להפקדת ערובה כאמור במעמד פתיחת ההליכים בעניינה של החברה, ולכן אין בהחלטות אלה כדי להשליך על ההליך דנן. אדרבא, בענין **מרקוביץ** נדחתה במפורש בקשת בעל התפקיד לחייב בדיעבד את בעל המניות בתשלום שכר טרחת בעל התפקיד, לאחר שכבר ניתן צו פתיחת ההליכים לתאגיד (ראו שם בפסקה 18). משאלו הם פני הדברים, ומשעה שהנאמן לא הפנה למקור אחר בחקיקה או בפסיקה אשר מכוחו ניתן לחייב את בעל המניות בתשלום שכר טרחת בעל התפקיד לאחר פתיחת הליכי חדלות הפירעון, הרי שדי בטעם זה לבדו כדי לדחות את בקשת הנאמן.

יחד עם זאת, בהינתן שמדובר בסוגיה עקרונית שחוזרת על עצמה לאחרונה בתיקים רבים מספור, ראוי להידרש לגופו של ענין לסוגיית שכרו של נאמן במקרים מעין אלה.

24. לאחרונה ניתנו החלטות אשר חייבו את יוזם הליך חדלות הפירעון שהוא גם בעל האינטרס בחיסול החברה, בהפקדת ערובה לכיסוי הוצאות הנאמן, וזאת כאשר ברור מלכתחילה כי החברה נטולת פעילות ונכסים וכי הנאמן לא יקבל שכר עבור פועלו בסופו של יום. החלטות אלה ניתנו מתוך תפיסה לפיה אין לאפשר מצב בו בעל תפקיד יבצע עבודתו נאמנה בלא כל תמורה (**אלקיים**, בעמ' 3-4; **מרקוביץ**, בפסקאות 19-26; חדל"ת (מחוזי חי') 56197-10-22 **י.י.פ. קבלנים (2005) בע"מ נ' ממונה על חדלות פירעון מחוז חיפה והצפון** (5.2.2023) (לא פורסם) [פורסם בנבו]; חדל"ת (מחוזי חי') 2188-09-22 **טי.אר.אמ.ג'י ב"ה בע"מ נ' הממונה על חדלות פירעון - מחוז חיפה והצפון** (נבו 19.3.2023); חדל"ת (מחוזי חי') 41732-10-22 **רומטקס גרופ בע"מ נ' ממונה על חדלות פירעון מחוז חיפה והצפון** (נבו 1.5.2023); חדל"ת (מחוזי חי') 28575-08-22 **ידידיה הובלות בע"מ נ' ממונה על חדלות פירעון מחוז חיפה והצפון** (נבו 29.5.2023) (**להלן: "ידידיה"**); חדל"ת (מחוזי חי') 15362-09-22 **עמוס ומנחם קלוש (1989) בע"מ נ' ממונה על חדלות פירעון מחוז חיפה והצפון** (נבו 29.5.2023) (**להלן: "קלוש"**); חדל"ת (מחוזי י-ם) 45802-04-23 **ש.ל.ב. שרות לועד הבית בע"מ נ' הממונה על חדלות פירעון מחוז ירושלים** (נבו 11.6.2023); פר"ק (מחוזי י-ם) 50-03-23 **עו"ד בן זריהן נ' שי ברק חברה לבניין בע"מ** (נבו 12.6.2023)).

הנימוקים שניתנו בהקשר זה היו מגוונים. כך למשל, בענין **אלקיים** נעשה היקש מתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (**להלן: "תקנות סדר הדין האזרחי"**), בנוגע לחיוב תובע בערובה להוצאות הנתבע; בענין **מרקוביץ** נעשה שימוש בסמכות לפי סעיף 279 לחוק חדלות

פירעון; בענין ידידיה ובענין קלוש נעשה שימוש בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979.

אקדים ואומר כי עמדתי בסוגיה זו היא שונה. דעתי היא שבלא מקור נורמטיבי המסמך במפורש את בית המשפט לחייב את מגיש הבקשה לשאת בשכר טרחתו של הנאמן, אזי לא ראוי להורות כן, לא בדרך של חיוב בהפקדת ערובה ולא בכל דרך אחרת, והכל כפי שיפורט כעת.

25. נקודת המוצא לענייננו היא בחקיקה המסדירה את נושא שכר טרחתו של בעל התפקיד בהליכי חדלות פירעון. בזמנו, הוראת סעיף 303 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 (להלן: "פקודת החברות") קבעה בזו הלשון:

(א) נתמנה למפרק אדם שאינו הכונס הרשמי, יקבל משכורת או שכר אחר, לפי אחוזים או בדרך אחרת, כאשר יורה בית המשפט על פי כללים שקבע השר, ואם נתמנו כמה מפרקים, יחולק השכר ביניהם לפי יחס שיקבע בית המשפט.

(ב) השר, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי לקבוע כללים בדבר שכרו והוצאותיו של מפרק על פי סעיף קטן (א).

(ג) השר, בהתייעצות עם שר האוצר, רשאי לקבוע שחלק משכרו של מפרק ישולם מאוצר המדינה.

בהתאם לסמכותו, פעל שר המשפטים להתקנת תקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ושכרם), התשמ"א-1981 (להלן: "תקנות השכר"). תקנות השכר הוחלו גם על בעלי התפקיד בהליכי פשיטת הרגל (ראו סעיף 1 לכללי פשיטת הרגל (מינוי כונסי נכסים ונאמנים ושכרם), התשמ"ה-1985) ובתיקי הקפאת הליכים והסדרי נושים (ראו למשל ע"א 3332/19 רוי"ח חן ברדיצ'ב נ' כונס הנכסים הרשמי (נבו 3.11.2020)).

26. כיום, עם ביטול מרביתן של הוראות פקודת החברות שנגעו להליכי הפירוק והחלפתן בהוראות חוק חדלות פירעון, סעיפים 39 ו-128(א) לחוק חדלות פירעון מסמיכים את השר, באישור ועדת החוקה, לקבוע הוראות לענין שכר הנאמן והוצאותיו, ובכלל זה את ההליך לקביעתם. עם זאת, תקנות חדשות לא הותקנו, כך שתקנות השכר נותרו על כנן. למעשה, מחוקק המשנה הפנה להסדרים הקבועים בתקנות השכר בכל הנוגע לבקשות לפסיקת שכר טרחת נאמן בהליכי חדלות פירעון של יחידים (ראו תקנות 106ב-106 לתקנות חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ט-2019) (להלן: "תקנות חדלות פירעון"). לפיכך, ההסדרים הקבועים בתקנות השכר, וההלכות שנפסקו בעקבותיהם, עומדים בעינם גם כיום (ראו בהקשר זה את פש"ר (מחוזי ת"א) 39586-10-16 עו"ד יורם יוסיפוף ז"ל נ' כונס הנכסים הרשמי תל-אביב, בפסקה 25 (נבו 2.9.2018)).

27. תכליתן של תקנות השכר היא בראש ובראשונה לתגמל את בעל התפקיד עבור פועלו (ע"א 438/85 **איתן ארזי ושות' בניה והשקעות בע"מ נ' אריה חיימסון**, פ"ד מא(2) 718, 723 (1987)). הן נועדו לאזן בין הרצון ליתן לבעל התפקיד תמריץ ראוי לבצע את מלאכתו על הצד הטוב ביותר, לבין הרצון שלא להרע יתר על המידה את מצבם של הנושים הזכאים לקבל דיבידנד בהליך, שהרי שכר הטרחה משולם באופן כזה או אחר מתוך נכסי קופת הנשייה:

"נראה כי התקנות מנסות לאזן בין הצורך לתגמל את בעל התפקיד על עבודתו, לבין החשש כי עלותו של בעל התפקיד תנגוס נתח גדול מדי מקופת הנושים (ובמיוחד הנושים הבלתי מובטחים). לפיכך, מתקין התקנות הציב מגבלות על שיעור שכרם של בעלי התפקיד..." (ע"א 6166/07 **צחי פלדמן, עו"ד בתפקידו ככונס נכסים על זכויות צמרות נ' א.י.ע. יובלים השקעות בע"מ**, בפסקה 37 (נבו 10.1.2010) (להלן: **"פלדמן"**)).

(ראו גם ע"א 3410/22 **אבי אזולאי, כלכלן בתפקידו כנאמן לחברת החייבים נ' עו"ד יעקב אמסטר בתפקידו כמנהל מיוחד לנכסי החייב**, בפסקה 13 (נבו 21.7.2022)).

28. תקנה 6(ה) לתקנות השכר קובעת כי **"השכר ייקבע לבעל תפקיד לפי הכללים שבתקנות עד 11"**. שכר הטרחה ייקבע בין אם על פי מסלול שכר ניהול ובין אם על פי מסלול שכר חלוקה. תקנות 7, 8 ו-8א לתקנות השכר מציבות שלוש דרכים שונות ונפרדות לחישוב שכר טרחת בעל התפקיד – בין אם על פי אחוז מתקבולי ההכנסה שבניהול עסקי החברה ונכסיה; בין אם בהתאם לאחוז מתקבולי מימוש נכסי החברה; ובין אם כנגזרת מסכומי חלוקת הדיבידנד לנושים (**פלדמן**, בפסקה 18; רע"א 6535/00 **רמי רוזנצווייג נ' דן אחיעזר**, בפסקה 5 (נבו 29.4.2001); ע"א 3133/18 **עו"ד איל כהן, בתפקידו כנאמן על נכסי החייב נ' דימטרי קוז'ימיאקין**, בפסקה 6 (נבו 4.4.2019)). המשותף לשלוש האפשרויות הוא ששכר הטרחה משולם "על חשבון" ומתוך נכסי קופת ההליך ולא ממקור חיצוני כלשהו.

29. מושכלות יסוד עליהן עמד בית המשפט העליון הן כי **"תקנות השכר מסדירות באופן ממצה ומקיף את דרכי מינויים של בעלי תפקיד בהליכי חדלות פירעון ואת אופן חישוב שכר טרחתם ... בקשתו של בעל תפקיד לפסיקת שכר טרחה חייבת להתבסס על תקנות השכר ועליהן בלבד"** (ע"א 4486/14 **עו"ד עופר שפירא, כונס נכסים נ' עו"ד אמיר בר טוב יעקב אמסטר, בתפקידם כנאמנים לנידר חברה לבניין ופיתוח בע"מ**, בפסקאות 14-15 (נבו 24.6.2015) (להלן: **"שפירא"**) (ההדגשות אינן במקור)).

ראו גם את הדברים שהובאו בענין **פלדמן**:

"שכר טרחתם של בעלי תפקיד מחושב, באופן בלעדי, על ידי התקנות, ובעל התפקיד אינו רשאי לנסות ולעקוף את המגבלות הקבועות בתקנות בדרך כלשהי..." (שם, בפסקה 20).

באופן דומה נפסק כי: "לשון התקנות ומטרתן מבהירה לכל עורך-דין המעוניין במינוי כבעל תפקיד בהליכי חדלות פירעון, כי שכרו יהיה נגזרת (במידה זו או אחרת) של הישגיו בתפקיד ו/או של פעילות החברה." (פש"ר (מחוזי ת"א) 1896/02 נגה אלקטרוטכניקה בע"מ נ' עו"ד צוריאל לביא, בפסקה 2 (נבו 2.12.2002)).

30. עינינו הרואות כי ככלל, שכר טרחתו של בעל התפקיד ייפסק בהתאם לתקנות השכר, ואין לעקוף את מגבלות השכר באמצעות קביעה של מנגנוני תגמול חלופיים (ראו בין היתר את החלטותי בפ"ק (מחוזי ת"א) 37024-04-18 עו"ד שאול קוטלר נ' כונס הנכסים הרשמי, בפסקה 6 (נבו 6.3.2023) (להלן: "קוטלר"); פר"ק (מחוזי ת"א) 5085-12-12 ארז חבר, בתפקידו כמפרק של ר.פ. אירועים וגנים בע"מ נ' דיאט שמחות בע"מ (בפירוק), בפסקה 10 (נבו 27.4.2023) (להלן: "חבר"); פש"ר (מחוזי ת"א) 36924-05-17 ליאור כספי נ' כונס הנכסים הרשמי, בפסקה 2 (נבו 1.5.2023)).

31. יתרה מכך, תקנה 10(ג) לתקנות השכר מורה לנו באופן אשר אינו משתמע לשני פנים כי "בעל תפקיד לא יקבל שכר או תמורה אחרת, בין במישרין ובין בעקיפין, נוסף על הקבוע בתקנות אלה בשל תפקידו בחברה, אלא באישור בית המשפט; קיבל בעל תפקיד שכר כאמור בלא אישור בית המשפט, רשאי כל נושה לפנות לבית המשפט בבקשה להשבתו לחברה או לחלוקתו." באופן דומה מרחיבה תקנה 54 לתקנות החברות (פירוק), התשמ"ז-xxxxx (להלן: "תקנות הפירוק") ומצווה עלינו כי "מפרק, כונס נכסים, מי שמונה בידי בית המשפט בהליך לפי סעיף 350 לחוק החברות, תשנ"ט-1999 (להלן - חוק החברות), לתפקיד של נאמן לביצוע הסדר נושים או לתפקיד אחר במסגרת אותו הליך, ומנהל מיוחד בחברה, לא יקבלו במסגרת מילוי תפקידם בה, בין במישרין ובין בעקיפין, כל שכר, מתנה, תמורה או טובת הנאה כספית אחרת, לבד מן השכר שקבע להם בית המשפט לפי הפקודה ותקנותיה." (לענין תוקפן של תקנות שהותקנו עובר לעיגון הדין החדש ראו את סעיף 378 לחוק חדלות פירעון).

בהתאם לכך, חידד בית המשפט העליון את הכלל והבהיר כי:

"בנקודה זו רואה אני לנכון להדגיש כי תקנות השכר קובעות במפורש כי אין לפסוק שכר טרחה באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הוראות התקנות, אלא באישור בית המשפט. תקנה 10(ג) לתקנות השכר קובעת סייג מפורש לפיו "בעל התפקיד לא יקבל שכר או תמורה אחרת, בין במישרין ובין בעקיפין, נוסף על הקבוע בתקנות אלה בשל תפקידו בחברה, אלא באישור בית המשפט", וקובעת עוד כי שכר טרחה שנגבה בניגוד להוראות תקנות השכר יוחזר לקופת הנושים על מנת שיחולק ביניהם. הוראה זו נועדה להגן על הנושים בהליך חדלות הפירעון, אשר במרבית המקרים נאלצים להסתפק בקבלת חלק יחסי מנשייתם ואשר נושאים הלכה למעשה בשכר טרחתו של בעל התפקיד. לפיכך, בקשתו של בעל תפקיד לפסיקת שכר טרחה חייבת להתבסס על תקנות השכר ועליהן

בלבד. " (ע"א 5479/11 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' ע"ד יעקב אמסטר בתפקידו ככונס נכסים בנק לאומי לישראל בע"מ, בפסקה 16 (נבו 12.2.2013) (ההדגשות אינן במקור)).

וראו גם את שנפסק ברע"א 8449/14 יוסף רוטמן נ' עו"ד ליאור מזור מנהל מיוחד, בפסקה 19 (נבו 15.2.2015):

"שכרו של בעל תפקיד, כהגדרתו בתקנות, מוסדר באופן בלעדי על-ידי התקנות, כאשר תקנה 10(ג) קובעת במפורש כי בעל תפקיד לא יקבל כל שכר או תמורה אחרת, בין במישרין ובין בעקיפין, נוסף על הקבוע בתקנות, אלא באישור בית המשפט." (ההדגשה אינה במקור).

(ראו גם שפירא, בפסקה 14; רע"א 11356/05 דף רץ שירותי הדפסה בע"מ נ' דן אנד ברדסטריט (ישראל) בע"מ, בפסקה 13 (נבו 10.4.2007); בש"א (מחוזי ת"א) 18349/07 עו"ד עופר שפירא בתפקידו כמנהל מיוחד של חברת דיגיטל וריפיקיישן בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי, בפסקה 1 (נבו 26.11.2008)).

ובמילים אחרות, פסיקת שכר הטרחה של בעל התפקיד אמורה ככלל להיעשות על פי תקנות השכר ובהתאם להוראותיהן.

32. אמנם במקרים חריגים סטו בתי המשפט מן ההסדר הקבוע בתקנות השכר, אך זאת רק כאשר פסיקת שכר הטרחה על פי תקנות השכר אינה נותנת מענה הולם למאמציו של בעל התפקיד נוכח נסיבות חריגות המחייבות פנייה למנגנון אחר, דוגמת פסיקת שכר שעתי או ברוח הכללים הקבועים בכללי לשכת עורכי הדין (התעריף המינימלי המומלץ), התש"ס-2000 (ראו למשל פש"ר (מחוזי ת"א) 3000-08 אלי רייפמן נ' כונס הנכסים הרשמי (נבו 9.2.2014); פר"ק (מחוזי י-ם) 34085-01-16 מניף שירותים פיננסיים בע"מ נ' עו"ד פניני יניב, כונס הנכסים, בפסקה 5 (נבו 1.11.2016) שאושר בבית המשפט העליון ברע"א 9276/16 מניף שירותים פיננסיים בע"מ נ' פניני יניב כונס נכסים (נבו 15.12.2016); חדל"ת (מחוזי חי') 17278-01-20 בטחון שירותים אבידר בע"מ נ' הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי מחוז חיפה, בפסקה 26 (נבו 12.7.2020)). כך למשל אישר בית המשפט העליון את מימון שכר טרחתו של המפרק על ידי קבוצת רוב בעלי המניות מכיוון שזו הייתה הדרך היחידה לממן את פועלו של המפרק בהגשת תביעה נגד בעלי מניות המיעוט, והדבר נעשה בהסכמת בעלי המניות (רע"א 6535/00 רמי רוזנצווייג נ' דן אחיעזר (נבו 29.4.2001)). ואולם, אין בנמצא פסיקה של בית המשפט העליון אשר השיתה את עול שכר הטרחה של בעל התפקיד על מי שייזם את הליך הפירוק, וודאי כאשר הדבר נעשה שלא בהסכמתו.

33. כפי שצויין קודם, נותרתי בדעתי שאין בידי הסמכות לחייב את מי שמבקש צו פתיחה בהליכים לשאת בשכרו של הנאמן רק בשל העובדה שהוא זה שייזם את ההליך, גם אם

הדבר מוביל לתוצאה קשה מבחינתו של אותו נאמן. לטעמי, עמדתי זו מתיישבת היטב עם ההלכה הנוהגת בדבר הפרשנות של תקנות השכר. עיון בהחלטות אשר קבעו כי תקנות השכר אינן מונעות את חיובו של יוזם ההליך לשאת בשכרו של הנאמן, מלמד שאין בהן התייחסות לתקנה 10(ג) לתקנות השכר ותקנה 54 לתקנות הפירוק המורות לנו כי בעל התפקיד לא יקבל שכר או כל תמורה אחרת מלבד השכר שייקבע על פי תקנות השכר. יתרה מכך, אין בהן התייחסות לפסיקה אשר קבעה מפורשות כי בקשתו של בעל תפקיד לפסיקת שכר טרחה חייבת להישען על תקנות השכר ואין בלתן. אמנם לכלל זה ישנם אי אילו חריגים כפי שפורט לעיל, אך מדובר במקרים חריגים ויוצאי דופן אשר אינם יכולים מעצם טיבם לבוא תחת כנפי תקנות השכר. והרי ככל שנסטה מתקנות השכר כל אימת שבעל התפקיד לא צפוי לקבל שכר עבור פועלו, אזוי נהפוך את החריג לכלל ותקנות השכר תרוקנה במידה רבה מתוכן.

34. בנוסף, וזה העיקר, עקרון היסוד בפסיקת שכרם של בעלי תפקיד הוא שהמקור לתשלום שכרם הוא לעולם נכסי התאגיד שביחס אליו הם מונו לתפקידם. כך למשל, גם כאשר בנסיבות חריגות מתאפשר לסטות ממנגנון השכר הקבוע בתקנות השכר לטובת פסיקה של שכר שעתי או שכר גלובלי, לעולם המקור לתשלום אותו שכר יהיה או נכסי התאגיד, או כספים שיגיעו לתאגיד בזכות פועלו של בעל התפקיד (למשל, בעקבות תביעה שתוגש על ידי בעל התפקיד נגד צד שלישי, בשמו של התאגיד, או פעולות גביה או ניהול). ואילו במקרה דנן, מבוקש למעשה לסטות מכלל בסיסי זה, ולקבוע כי המקור לתשלום שכרו של בעל התפקיד יהיה חיצוני- יוזם ההליך- ולא נכסי התאגיד.

35. זאת ועוד, חיובו של יוזם ההליך לשאת בשכר טרחתו של נאמן כתנאי בלעדי אין למתן הצו לפתיחה בהליכים, לא עולה בקנה אחד עם העובדה שבדין נקבעו תנאים מסויימים ואין בלתם, לשם מתן צו פתיחה בהליכים לבקשת תאגיד (מעבר לתשלום אגרת הליך מכח תקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007)). כך, סעיף 7(א) לחוק חדלות פירעון מונה שני תנאים מצטברים למתן צו כאמור. האחד, כי התאגיד נמצא בחדלות פירעון או שהצו יסייע למנוע את חדלות פירעונו (להגדרת חדלות פירעון ראו בסעיף 2 לחוק חדלות פירעון); השני, כי סך חובותיו עולה על סכום הנקוב בחוק המתעדכן מפעם לפעם. כמו כן, בהתאם לסעיף 12 לחוק חדלות פירעון, על יוזם ההליך לתמוך בקשתו בתצהיר ולצרף אסמכתאות ומסמכים שונים (ראו תקנות 13-15 לתקנות חדלות פירעון). סעיף 18 לחוק חדלות פירעון קובע כי: **"מצא בית המשפט כי מתקיימים התנאים המנויים בסעיף 7 או 9, ייתן צו לפתיחת הליכים."** ומכלל הן אתה שומע לאו, דהיינו החוק לא מעמיס תנאי סף נוספים על יוזם ההליך מלבד אלו הקבועים בדין. מכאן שאם הצו לפתיחה בהליכים יותנה בנוסף בהבטחת שכרו של הנאמן, המשמעות היא דחיית הבקשה במקרה של סירוב לשאת בשכרו של הנאמן. יוצא איפוא שהוספנו בדרך זו תנאי כניסה חדש שאיננו קבוע בחוק.

36. עינינו הרואות כי המחוקק לא ביקש להטיל תשלומים וחובים נוספים על יוזם ההליך מעבר לתשלום אגרת המשפט. ככל שכוונתו היתה אחרת, חזקה עליו שהיה עושה כן באופן מפורש (כפי שבעבר נדרש מבקש הפירוק להפקיד פקדון בסך 400 ₪ כמקדמה לכיסוי הוצאותיו של הכונס הרשמי כתנאי לקבלת בקשת הפירוק בבית המשפט (ראו תקנה 4 לתקנות הפירוק).

37. בנוסף על כך, חיובו של מי שמבקש צו פתיחה בהליכים לשאת בשכרו של הנאמן שלא לפי תקנות השכר הוא הלכה למעשה גביית תשלום בגין קבלת שירות, ובמילים אחרות, מעין הטלת אגרה (אך בשונה מאגרה, הנדרשת בגין שירות מסויים שהרשות השלטונית מעניקה, כאן מדובר בתשלום בגין שירות שהנאמן מספק). נזכיר כי אגרה היא תשלום חובה בזיקה עם שירות מסויים שהשלטון נותן לפרט. אגרה נבדלת ממחיר בכך ששיעורה אינו מותנה בערך השירות שבגינו היא ניתנת (ע"א 474/89 **עודד קריב נ' רשות השידור**, פד"א כ 583, 586 (1992)). ואולם, הטלת אגרה מחייבת הסמכה מפורשת על פי דין. כלל זה הוא נגזרת של עקרון חוקיות המנהל, אשר כלל רשויות המדינה כפופות אליו, ולפיו אין לו לשלטון אלא מה שהוקנה לו בחוק (בג"ץ 1405/14 **פרופ' שמעון סלון נ' המשנה למנכ"ל משרד הבריאות**, בפסקה 23 (נבו 7.8.2014); רע"א 2327/11 **פלוני נ' פלוני**, בפסקה 13 (נבו 28.4.2011) (**להלן: "פלוני"**); בש"פ 4972/07 **עאטף פואז נ' מדינת ישראל**, בפסקה 6 (נבו 20.3.2008)). משכך, לא ניתן להטיל אגרה אלא על פי הסמכה מפורשת. על כן, חיובו של מי שמבקש צו פתיחה בהליכים לשאת בשכרו של הנאמן שלא לפי תקנות השכר ושלא מתוך נכסי התאגיד, אינה אלא הטלת אגרה שלא על פי הסמכה בדין, באופן המנוגד לעיקרון חוקיות המנהל (ראו והשוו להחלטתי בחדל"ת (מחוזי ת"א) 5936-10-19 **עזבון המנוח אמיל בינטר ז"ל נ' הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי**, בפסקאות 31 ו-33 (נבו 28.5.2023) וההפניות שם).

38. חיזוק למסקנתי זו נמצא בפסיקה ובספרות שניתחה את סוגיית שכר טרחתו של בעל התפקיד. כך למשל נדחתה עתירתו של מפרק לחייב את כונס הנכסים הרשמי, קרי המדינה, בשכר טרחתו במקרה שבו קופת הפירוק הייתה ריקה לחלוטין (פש"ר (מחוזי ת"א) 1547/98 **עו"ד אריה ארבמוביץ בתפקידו כמפרק חברת מריקה מריטקס (1987) בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי** (נבו 1.5.2007)). כך, במקרה אחד בו השקיע בעל התפקיד מאמצים רבים בהליך חדלות הפירעון ובכל זאת לא זכה לשכר טרחה ראוי, נפסק כי:

"עניין לנו, למעשה, במצב בו מנוהל הליך פירוק או פשיטת רגל, המניב תוצאות דלות בכלל (או לעיתים, כבנסיבות המקרה שבפני, הקופה נותרת ריקה), וזאת חרף מאמצים ארוכים וכנים מצד בעל התפקיד. לעניין זה, אמנם, חלה ההלכה הבסיסית (אשר דומה כי המבקש בפני אינו חולק עליה), כי במצב כזה הרי שחרף כל הצער שבדבר, לא ניתן לגייס "יש מאין" שכר-טרחה בעבור בעל התפקיד, והוא עלול לסיים את תפקידו בלא שכר-טרחה

(או בשכר-טרחה זעום אשר נמוך בהרבה ממצוות התקנות), וזאת חרף כל מאמציו. מצב זה, עד כמה שהינו בלתי ראוי ובלתי צודק בגישת Ex-post, הינו במידה רבה בגדר "הכרח בל יגונה" בראיה מערכתית ורחבה יותר ... מן הבחינה המשפטית, הרי שהדין יוצר מניה וביה קורלציה בין מידת הצלחתו של בעל התפקיד לבין שיעור שכר-טרחתו ... זאת, חרף העובדה כי קיימים מקרים בהם נוצרת תוצאה עגומה, העולה בקנה אחד עם איזון האינטרסים הבסיסי בין בעל התפקיד לצרכי הנושים, ועם הרצון לדרבן את בעלי התפקיד להעדיף פעולה בדרך של מאמץ קצר ויעיל, להבדיל מהשקעת שעות רבות בדרכים שהן יעילות פחות. זאת, על-ידי כך כי המחוקק בוחר, ולא בכדי, לגלגל את הסיכון שטמון במאמץ שלא נשא פרי לפתחם של בעלי התפקיד, אשר לעיתים קרובות הינם בגדר "שחקנים חוזרים" בעלי נסיון, שכניסתם אל תיק חדלות הפרעון הינה רצונית (להבדיל מנושי הגוף חדל הפרעון). " (בש"א (מחוזי ת"א) 12317/09 עו"ד יואב מ. בלייכר נ' בני זילברמן, בעמ' 4-3 (נבו 22.10.2009)).

ובענין פר"ק (מחוזי ת"א) 504-97 עו"ד יצחק גולדנצויג נ' כונס הנכסים הרשמי, בפסקה 2 (נבו 3.1.2010) נפסק:

"כפי שהובהר לא אחת, הרי עצם נטילת התפקיד של מפרק או נאמן כרוכה בנטילה מחושבת של סיכון מצד המתמנה, קרי – הדין קבע, ולא בכדי, כי הסיכון שהעבודה בתיק חדלות הפרעון לא תשא פרי ותהפך לא רווחית חרף מאמציו הכנים של בעל התפקיד, מגולגל במובהק על בעל התפקיד. הוא נתפש כגורם היעיל והטוב יותר לשאת בסיכון – הן משום כניסתו הרצונית לתפקיד (להבדיל מהנושים), הן משום שבהיותו פרקליט המבין בדיני פרעון (או כך לפחות מצפה ממנו הדין), יכול לערוך את שיקוליו שלו ולהחליט האם התפקיד כדאי לו. יכולתו לצפות את הדברים טובה משל חלק גדול מהנושים, שהינם בעלי ידע מועט בחדלות פרעון; והן בשל העובדה, כי בעל התפקיד עצמו הוא הגורם היעיל בכל הנוגע לפיקוח וויסות של מאמץ לעומת תועלת." (ההדגשה במקור).

39. ואכן, כבר הבעתי דעתי כי "בחלק ניכר מתיקי הפירוק לא זוכה הנאמן לתשלום שכר טרחתו, משום שמדובר בתאגידים חסרי כל נכסים, ושכרו של בעל התפקיד נגזר מכספים שעולה בידו לגבות לטובת הנושים. מכאן שמצב בו נאמן משקיע מזמנו וממרצו אך לא זוכה לשכר, איננו חריג, גם אם מדובר בתופעה מצערת." (חדל"ת (מחוזי ת"א) 7603-03-21 דוד הרשקוביץ נ' איתמר מרקור, בפסקה 11 (נבו 13.11.2022)). עוד ציינתי כי:

"הדין איננו מאפשר לחייב את יוזם הפירוק לשאת בשכר טרחתו של בעל התפקיד או בהוצאות ההליך, והדבר גם אינו עולה בקנה אחד עם תקנות השכר. בנסיבות אלה, הטלת חיוב כזה על יוזם ההליך כמוהו כהטלת מס או אגרה בלא ביסוס חוקי. אכן, מדובר בתופעה בלתי רצויה בה בעלי תפקיד מבצעים מלאכתם נאמנה בלא שיזכו לתגמול כספי כלשהו, אלא שפתרון המצב צריך להיעשות בדרך של חקיקה." (חדל"ת (מחוזי ת"א)

57003-10-21 שניצל איילה מילניום בע"מ נ' ממונה על חדלות פירעון – מחוז תל אביב (8.2.2023) (לא פורסם)).

כך גם סברה חברתי כב' השופטת ס' רסלר-זכאי בחדל"ת (מחוזי ת"א) 36270-11-22 ממונה על חדלות פירעון מחוז תל אביב נ' ג.ח. טיב מוסכים בע"מ (נבו 8.7.2023), שם נדחתה בקשת הממונה לחייב את התאגיד המבקש לעצמו צו פתיחת הליכים בהפקדת ערובה בסך של 5,000 ₪ להבטחת תשלום שכר טרחת והוצאות הנאמן. נפסק שם בין היתר כי הואיל ותקנה 45 לתקנות חדלות פירעון מורה כי הוצאות משפט הכרוכות בכל הליך עד למתן צו לפתיחת הליכים יחולו על מי שנקט את ההליך, הרי שלאחר מתן הצו לא יחוב מי שנקט בהליך בהוצאותיו, ואין בסמכות הכללית של בית המשפט כדי לשנות מכך בהעדר מקור נורמטיבי אחר המאפשר להורות כן. כך גם נפסק כי סעיף 39 לחוק חדלות פירעון קובע כי שר המשפטים, באישור ועדת החוקה, יקבע את ההוראות לענין שכר הנאמן והוצאותיו, ועל כן ידי בית המשפט כבולות בענין זה, שהרי המחוקק אמר את דברו.

בהקשר דומה אך לא זהה, ראו גם את החלטתו של כב' השופט י' פרסקי אשר לפיה לא ניתן להסב תשלום אגרות בעבור הגשת תביעות חוב לכיסוי שכרו של הנאמן ללא הסמכה מפורשת של המחוקק, ובהיעדר נכסים לא יהא זה מעשי לפסוק שכר טרחה לבעל התפקיד (חדל"ת 55899-11-21 פרפקט הייר בע"מ נ' ממונה על חדלות פירעון – מחוז באר שבע והדרום (13.12.2022) (לא פורסם)).

בנוסף, בספרם של ורדה אלשיך וגדעון אורבך הקפאת הליכים – הלכה למעשה 747 (מהדורה שניה 2010) נכתב בהקשר זה:

"נוסף לסיכונים הכרוכים בתפקודו של בעל התפקיד, קיים במינוי חדלות פירעון סיכון אינהרנטי נוסף, שאינו תלוי בבעל התפקיד. ייתכנו מצבים שבהם פעל בעל התפקיד באורח יעיל ומשביע רצון וחרף כך היתה התמורה לנושים דלה. כך לדוגמא, במקרים שבהם הוברר כי החברה נעדרת נכסים בעלי שווי מספיק ... במקרים אלה, קובעת הפסיקה כי – חרף כל הצער שבדבר – אין מזור לבעל התפקיד. אף במצב דברים זה, אין הוא יכול להטיל את החובה לשלם את שכרו על צד שלישי אשר אינו מחויב על פי דין לעשות כן."

ולבסוף ראו אף את הדברים שהובאו בספרה של צפורה כהן פירוק חברות כרך א (מהדורה שנייה 2016):

"המפרק עלול לא לקבל שכר במקרים הבאים: ... (ב) כאשר אין לחברה די נכסים לתשלום השכר המגיע לו ... כאשר אין לחברה די נכסים לתשלום הוצאות הפירוק האחרות, המפרק אינו זכאי לתת לתשלום השכר המגיע לו עדיפות על הוצאות אחרות

בפירוק ... ההצדקה לכך היא שהמפרק נמצא במצב הטוב ביותר מבחינת הנגישות למידע על אודות מצבה הכספי של החברה. על כן, הוא יכול לדאוג לעצמו על-ידי סירוב להמשיך בתפקידו כמפרק, אלא אם כן יובטח תשלום שכרו בידי הנושים או בעלי המניות."

40. אינני סבור שתקנות סדר הדין האזרחי יכולות לשמש אמצעי שמכוחו ניתן להטיל על יוזם ההליך לשאת בשכרו של הנאמן. אכן, תקנות סדר הדין האזרחי, החלות מכח תקנה 2 לתקנות חדלות פירעון בשינויים המחוייבים גם על הליכי חדלות פירעון, מאפשרות לחייב תובע בהפקדת ערובה להוצאות הנתבע. ברם, הנאמן איננו הנתבע בהליך חדלות פירעון, ומכל מקום, ערובה להוצאות נועדה למקרה שבו התובע הפסיד בהליך, ואילו בעניינו נקודת המוצא היא הפוכה: יוזם ההליך דווקא זכה ב"תביעתו", שהרי ניתן לבקשתו צו לפתיחה בהליכים. בנוסף, הבקשה לצו פתיחה בהליכים היא בקשת התאגיד, גם אם מי שעומד מאחורי הבקשה הוא בעל השליטה, וגם מטעם זה של אישיות משפטית נפרדת בין בעל השליטה לבין התאגיד אין מקום להטיל על בעל השליטה לשאת בשכרו של הנאמן.

41. בענין **מרקוביץ** נעשה שימוש בסמכותו הכללית של בית המשפט לפי סעיף 279 לחוק חדלות פירעון. סעיף זה קובע כי **"בית המשפט מוסמך, בכפוף להוראות לפי חוק זה, להחליט בכל שאלה שבמשפט או שבעובדה, המתעוררת בעניין הליכי חדלות פירעון שלפניו או אם מצא כי הכרעה בה נדרשת לשם ייעול ההליכים כאמור..."**. ואולם, הוראה זו נועדה אך ורק להסמיך את בית המשפט להכריע, על פי הדין, גם בשאלות המסורות לסמכות העניינית של ערכאה אחרת בעניינים אזרחיים (למשל בענייני משפחה ועבודה). היא לא נועדה ליצור דין מהותי חדש, וגם לא לפרוץ פתח ברוחבו של אולם רק על מנת שבית המשפט יעניק סעדים ככל העולה על רוחו, משיקולי צדק בלבד ושלא על פי הדין המהותי.

42. הוא הדין באשר להסתמכות על סמכותו הטבועה של בית המשפט לפי סעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. קיומה של סמכות טבועה לא נועד לשחרר את השופט מעולו של הדין ואגב כך להטיל חיובים כספיים שלא על פי הדין הקיים. נזכיר כי **"ככלל הגישה המקובלת היא כי השימוש בסמכות הטבועה מיועד בעיקרו לנושאים בעלי אופי דיוני"** (פלוגי, בפסקה 18). על כן, חיוב יוזם ההליך לשאת בשכרו של הנאמן, מכח סמכות שנועדה לעניינים דיוניים בלבד, וזאת בניגוד לקביעת הדין המהותי המעוגן בתקנות השכר, הוא דבר המוקשה בעיניי.

זאת ועוד, שומה על בית המשפט אשר נדרש לעשות שימוש בסמכותו הטבועה, לעשות כן בזהירות המתבקשת ובמקרים חריגים ומיוחדים בלבד:

"ניתן לטעון, כי בשיטה משפטית בה מבוססות סמכויות בית המשפט ושאר כללי הפרוצדורה על דין מפורש ומפורט, אין עוד מקום, מבחינה עקרונית, להכרה בסמכות נוספת, מה גם שנקודת המוצא שלה היא אי-הגדרת גבולות מראש. יצירתם של אי-ודאות

וחוסר-אחידות בנושאי סמכויות וסדר הדין, עומדת בניגוד גמור לכל מטרתה של הפרוצדורה, שהיא קביעת אחידות, סדר ומסגרת. מכאן המגמה היסודית להסדרו התחיקתי המפורט של ענף משפט זה. הסדר כזה נועד, למעשה, למנוע שרירות דעת שיפוטית, באצטלה של שיקול דעת שיפוטי ובאמתלה של צורך ב'עשיית צדק', שתוצאתו, עשיית כל שופט כטוב בעיניו, אשר אין בינן לבין 'רדיפת' צדק ולא כלום" (פנחס גולדשטיין "הסמכות הטבועה של בית המשפט" עיוני משפט י(1) 37, 42 (1984)).

ואכן, בית המשפט העליון פסק זה מכבר כי הואיל והסמכות הטבועה מהווה חריג לעיקרון החוקיות, אזי השימוש בה ייעשה אך בנסיבות חריגות ויוצאות דופן:

"אך כשם שראוי לו לבית המשפט שלא להירתע מעשיית שימוש בסמכותו הטבועה, במקרה שנסיבותיו מחייבות זאת, כך מוטל עליו להישמר מפני עשיית שימוש בסמכות האמורה במקרה שבו אין ההימנעות מכך מובילה לאי-צדק ברור ובולט. ראוי לזכור, שבעצם השימוש בסמכות האמורה יש משום פגיעה בעקרונות הכלליים המקובלים ... על רקע זה נתגבש הכלל, כי רק במקרים מיוחדים וחריגים, ובהתקיים נסיבות כבדות משקל ויוצאות דופן, רשאי בית המשפט לעשות שימוש בסמכותו האמורה." (ע"א 230/87 יצחק שקולניק נ' יגאל זכאי, פ"ד מו(3) 279, 285 (1992)).

(ראו גם מיני רבים את פלוני, בפסקאות 20-21; ע"א 748/81 אסתר סוקולבר נ' עידית הרפז, פ"ד לח(2) 688, 695 (1984); ע"א 4845/95 שמחה ניר נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(2) 639, 646 (1995); ע"א 6185/00 עו"ד מאהר חנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 366, 379 (2001); קובי ורדי "השפעת שיקולי צדק ויושר על ההליך השיפוטי האזרחי" המשפט יב 203, 212 (2007); יששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי 227-229 (2015)).

43. סיכום ביניים – מכל האמור לעיל המסקנה המתבקשת היא שבדין הקיים אין מקור נורמטיבי אשר מכוחו ניתן לחייב את יוזם הליך חדלות הפירעון לשאת בשכרו של הנאמן.

44. לא ניתן לחתום החלטתי זו מבלי להתייחס לעמדתו של הממונה בסוגייה, כפי שהיא משתקפת בנוהל הממונה שצורף לתשובת הנאמן. לנהלים שמפרסם הממונה אין תוקף מחייב כלפי בית המשפט, אך הממונה הוא בבחינת יועצו המקצועי של בית המשפט, ובין שלל סמכויותיו, הוא מוסר את המלצותיו לבית המשפט בסוגיות הנוגעות לשכר טרחת נאמנים. כך, תקנה 6(ג) לתקנות השכר קובעת כי "המשיב בבקשה לשכר בפירוק יהיה הכונס הרשמי, והוא יהיה רשאי, בנוסף לסמכותו לפי כל דין, לחוות את דעתו על הדו"ח ולייעץ לבית המשפט הדן בבקשה בכל ענין הכרוך בה". על כן, לעמדתו של הממונה נודעת חשיבות רבה, הגם שכאמור, היא אינה מחייבת (ראו קוטלר, בפסקה 9; חבר, בפסקה 12; דוד האן דיני חדלות פירעון 321 (מהדורה שנייה 2018)).

45. בקצירת האומר, נוהל הממונה סוקר את התופעה שרווחה לאחרונה, שבה חברות נטולות פעילות עסקית שנותרו ריקות מתוכן, "מייצאות" את העלויות הכרוכות בהליך הפירוק כך שהן תוטלנה על כתפי הנאמנים. בסעיף 6 לנוהל הממונה מודגש כי עניינו של נייר העמדה בבקשות וולונטריות של תאגידים נטולי נכסים שבחרו להיכנס להליכי חדלות פירעון ובסמכות בית המשפט להורות על הפקדת סכומים לקופת הפירוק לצורך כיסוי הוצאותיו של הנאמן (כפי שהודגש במקור. הבעייתיות הכרוכה בשימוש במושג זה תידון מיד). נוהל הממונה עומד על כך שהנאמן זכאי לקבל את שכר טרחתו והוצאותיו בעדיפות על פני פירעון החוב לנושים שאינם מובטחים (סעיפים 231(2) ו-233(א)(1) לחוק חדלות פירעון), מאחר ואלו הוצאות הדרושות לצורך ניהול ההליך. על אף שלכאורה הליכי פירוקן של חברות אלה אינם מורכבים, הנאמן עדיין נדרש לבצע פעולות ובדיקות שונות, והכל בלא תמורה. עמדת הממונה ניצבת על שלושה אדנים שלדעתו מקנים לבית המשפט סמכות לחייב את יוזם ההליך להפקיד ערובה לכיסוי הוצאות הנאמן.

46. ראשית, נוהל הממונה מבחין בין מה שהוא מכנה שכר הנאמן, אשר נקבע בהתאם לתקנות השכר עבור פעולות שביצע בעל התפקיד ובזיקה להיקף הנכסים שהצטברו בקופת הנשייה, לבין הוצאותיו בניהול הליכי הפירוק. לעמדת הממונה, תקנות השכר אינן כובלות את בית המשפט לקבוע סכומים שיש להפקיד לצורך תשלום הוצאות ההליך מקום שלא ניתן לפסוק שכר. ברם, הבחנה זו של הממונה היא במידה רבה מלאכותית ופיקטיבית ולא נועדה אלא להכשיר תשלום שכר באמצעות הצגתו כהחזר הוצאות, וזאת במצבים שתקנות השכר אינן מאפשרות פסיקת שכר לנאמן.

במה דברים אמורים- נוהל הממונה לוקה בסתירה פנימית מפני שהוא מערבב בין שכר טרחה לבין הוצאות, ולעיתים עושה בהם שימוש מקביל כדי לתאר את אותו הדבר ממש – תשלום תמורה עבור עבודתו של הנאמן. מבחינה מעשית, נוהל הממונה לא מכוון להחזר הוצאות בעין אותן הוציא הנאמן במסגרת מילוי תפקידו, אלא לתמורה שתשלום לנאמן בגין עמלו, ובמילים אחרות, שכר טרחה. כידוע, החזר הוצאות על פי המובן המקובל של הדברים מתייחס להוצאות שהוצאו בעין, כגון תשלומים עבור נסיעות, שליחויות, אגרות ומשלוח מכתבים. וכפי שהובהר: "הוצאות ההליך כוללות הוצאות שהוציא הנאמן באופן ישיר כגון הוצאות בגין שמאות, אגרות, פרסומים ושכר לבעלי מקצוע, אך גם הוצאות הקשורות עם מימוש הנכסים כגון תשלום ארנונה על נכס, מס שבח והיטל השבחה אם הוטל לאחר הצו לכינוס הליכים וכיוצא באלו. הוצאות אלו עלולות לכלול גם הפסדים של חברה בתקופת ההפעלה על ידי הנאמן..." (עודד מאור ואסף דגני הפטר כרך א 594 (2019) (להלן: "מאור ודגני")). ודוק. פעולות שוטפות הנדרשות מהנאמן בגדר הליך הפירוק כמו איתור נכסי החברה, חקירות, בדיקות, עריכת דוחות תקופתיים והגשת בקשות לבית המשפט אינן אמורות לזכות אותו בהחזר הוצאות, אלא בתשלום שכר טרחה.

47. מכל מקום, יש להדגיש בהקשר זה כי אף הוצאות ההליך, כמו שכר הטרחה, משולמות לעולם מתוך נכסי קופת הנשייה ולא מכיסו של צד שלישי כזה או אחר. ואכן, סעיף 231 לחוק חדלות פירעון קובע כי **"חובות החייב והוצאות הליכי חדלות הפירעון ייפרעו מנכסי קופת הנשייה"**. באשר להכנתם של דוחות כספיים, קובעת תקנה 56 לתקנות חדלות פירעון כי **"הנאמן ישלם למי שהכין את הדוח או השתתף בהכנתו מתוך נכסי קופת הנשייה את ההוצאות שהוציא לשם כך, ובלבד שבית המשפט אישרן מראש"**. לשם השוואה, בהליכי חדלות פירעון של יחידים, תקנה 106ד(ג) לתקנות חדלות פירעון מסמיכה את הממונה להורות על תשלום החזר של הוצאות ההליך מקופת הנשייה בסכומים קבועים (ראו והשוו לתקנות 65 ו-67 לתקנות הפירוק). לענין זה, יפים דברי כב' השופט ד' מינץ בפר"ק (מחוזי י-ם) 759/03 ד"ר רענן קופ נ' יום ליום הוצאה לאור 1992 בע"מ, בפסקה 8 (נבו 21.5.2015):

"ללמדך, כי בהליכי חדלות פירעון, הן של חברה בפירוק או בהסדר נושים, והן של אדם פרטי בפשיטת רגל, הוצאות ההליך משולמות מתוך הנכסים העומדים לחלוקה, ואין מחייבים כל גורם חיצוני (כגון משקיע שנחלץ לעזרת החברה), אלא אם נקבע אחרת, לשאת בתשלומן..." (ההדגשה אינה במקור).

מכאן שגם הנסיון להציג את השכר כאילו מדובר בהוצאות, לא יצלח, שכן ממילא לא ניתן להשית את הוצאות ההליך על מי שייזם אותו, ואלה אמורות להיות משולמות לנאמן מתוך נכסי התאגיד.

48. שנית, נוהל הממונה מפנה לפסיקת בית המשפט העליון בע"א 796/92 מ.ל.ת. - **מבנים לתעשייה בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ**, פ"ד מט(5) 203 (1996) (להלן: **"מ.ל.ת."**), אשר נדרש לסוגיית הוצאותיו של מפרק זמני שמינוי בוטל. לדידו של הממונה מכאן ניתן ללמוד על סמכותו הנלווית של בית המשפט להורות על תשלום הוצאותיו של הנאמן. ואולם, בענין **מ.ל.ת.** נדון מקרה שבו התמנה מפרק זמני לחברות במעמד צד אחד, אך לאחר 40 יום התברר כי לא הייתה הצדקה לכך ומינויו בוטל. משכך, לא בכדי חוייב יוזם ההליך לשאת בשכרו של המפרק הזמני, ואין בכך כל רבותא, שהרי מי שנקט בהליך נִפְלָל אמור לשאת בהוצאות שנגרמו אגב כך. ברי כי לא זה מצב הדברים בו הליך חדלות הפירעון הוכתר בהצלחה במובן זה שניתן צו לפתיחה בהליכים לבקשתו של יוזם ההליך, שאזי אין עילה להטיל הוצאות על היוזם שבקשתו נמצאה מוצדקת.

כמו כן, בתיקון לתקנות השכר שהותקן בשנת 2000 הותקנה תקנה 10(ב) לתקנות השכר אשר מחריגה במפורש את נושא שכרו של מפרק זמני שנתמנה לשמירת נכסי החברה, וקובעת כי **"נתמנה כונס נכסים או מפרק זמני לפי צו פירוק, לשם תפיסת הרכוש ושמירתו בלבד, לא יחולו הוראות פרק זה, ושכרו ייקבע על ידי בית המשפט בהתחשב בהיקף עבודתו"**. לכן, ממילא לא ניתן להקיש מפסיקה זו לענייננו ולא ניתן ללמוד ממנה על סמכותו של בית המשפט לחייב את יוזם ההליך בכיסוי שכר טרחתו של בעל תפקיד (ראו

והשוו גם לע"א 438/85 **איתן ארזי ושות' בניה והשקעות בע"מ נ' אריה חיימסון**, פ"ד מא(2) 718, 726-727 (1987)).

49. לבסוף, נוהל הממונה מפנה לפרק י"ד לתקנות סדר הדין האזרחי במסגרתו נקבע כי בית המשפט מוסמך לפסוק את שכרו והוצאותיו של מומחה מטעם בית המשפט. על כן, לעמדת הממונה, סמכות בית המשפט למנות בעל תפקיד או מומחה מטעמו לפי תקנה 88 לתקנות סדר הדין האזרחי מולידה מניה וביה את הסמכות לפסוק שכר והוצאות לנאמן. אלא מאי, תקנה 92 לתקנות סדר הדין האזרחי, אשר מסמיכה את בית המשפט לחייב את בעלי הדין לשאת בשכרו של מומחה מטעם בית המשפט, אין בכוחה לגבור על תקנות השכר, שהן הדין הספציפי בהקשר זה. לא בכדי, שכרם של בעלי תפקידים המתמנים בהליכי חדלות פירעון נקבע על פי תקנות השכר, ולא לפי פרק י"ד לתקנות סדר הדין האזרחי. יהא זה בלתי סביר בעליל לקבוע כי נאמן בהליכי חדלות פירעון כמומחה שממנה בית המשפט בהליכים אזרחיים.

50. מכל המקובץ לעיל מתבקשת המסקנה כי בית המשפט אינו מוסמך ואינו אמור לחייב את יוזם הליך חדלות הפירעון לשאת בשכר טרחתו של הנאמן, לא כתנאי לפתיחת ההליך וגם לא בשום שלב אחר.

51. אין לכחד כי התוצאה המתקבלת אינה משביעת רצון. אין זה צודק שבעל התפקיד יעמול בלא כל תגמול עבור טרחתו. כך גם מספרן הרב של חברות נטולות נכסים המתדפקות על שערי בית המשפט במטרה "להתחסל" ולהתמרק מחובותיהן מבלי שהנאמנים יהיו זכאים לשכר בגין כך רק מעמיק את תחושת אי הנוחות המתעוררת כל אימת שיש למנות נאמן לחברות כאלה, מתוך ידיעה ברורה שבמרבית המקרים הוא לא יוכל לקבל שכר בגין עמלו. למעשה, הנאמנים נתונים במילכוד שאין ממנו מוצא, משום שעל מנת להיכלל ברשימת הנאמנים שמפרסם הממונה, הם אינם רשאים לסרב להתמנות בתיקים שבהם לא צפוי להיות משולם להם שכר טרחה. בלית ברירה הם נאלצים איפוא לקבל על עצמם מינויים בתיקים מעין אלה, מתוך תקווה שביום מן הימים יזכו לקבל מינוי בתיק ששכרו בצידו. הדבר עלול גם בטווח הארוך להרתיע נאמנים מלבקש להיכלל ברשימת הממונה. דא עקא, הפתרון הנדרש בנסיבות אלה איננו עיקום הדין כדי להשיג תוצאה צודקת, אלא פתרון סטטוטורי. המחוקק הוא שנדרש ליתן דעתו לבעיה זו, ולמצוא לה פתרון מערכתי. והרי לשם כך ממש הוסמך מחוקק המשנה להתקין תקנות בדבר שכר טרחתו והוצאותיו של הנאמן. ראו למשל את סעיף 128(ב) לחוק חדלות פירעון בנוגע להליכי חדלות פירעון של יחידים הקובע כי **"השר, בהסכמת שר האוצר ובאישור ועדת החוקה, רשאי לקבוע כי חלק משכרו של הנאמן ישולם מאוצר המדינה"**. כלומר, המחוקק פתח את הצוהר להכרה במצבים שבהם שכר הטרחה של בעל התפקיד המתקבל בגדר ההליך אינו עולה כדי תגמול הולם. כמו כן, **"תשלום הוצאות ההליך מאוצר המדינה יפה למקרים שבהם קופת הכינוס**

ריקה, מתוך הכרה כי אין זה ראוי לחייב את הנאמן לעבוד ללא שכר הנשייה." (מאור ודגני, בעמ' 589). משום מה, הוראה דומה אינה קיימת ביחס להליכי חדלות פירעון תאגידים.

סוף דבר

52. מכל הטעמים אשר פורטו לעיל, אין לחייב את המבקש לשאת בשכר טרחתו של הנאמן עבור פעולותיו במסגרת הליך הפירוק של החברה, לרבות הגשתם של דוחות כספיים. אשר על כן, הבקשה מתקבלת. הנאמן יחתום על הדו"ח הכספי כמתחייב מתפקידו, בכפוף להסתייגות המקובלת באשר להעדר ידיעה אודות אמיתות הנתונים.

53. המזכירות תשלח את ההחלטה לצדדים.

ניתנה היום, ב' אב תשפ"ג, 20 יולי 2023, בהעדר הצדדים.