



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4842/23

לפני:

כבוד השופט דוד מינץ
כבוד השופט עופר גרוסקופף
כבוד השופט יחיאל כשר

המערערת:

חברת אבי אלקיים בע"מ

נגד

המשיב:

הממונה על הליכי חדלות פירעון

ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בבאר שבע מיום
27.4.2023 בחדל"ת 59976-09-22 שניתנה על ידי כבוד
השופט עאטף עילבוני

תאריך ישיבה:

כ"ד בניסן התשפ"ד (2.5.2024)

בשם המערערת:

עו"ד יעד רותם; עו"ד אסף גולד

בשם המשיב:

עו"ד חיים זקס

פסק-דין

השופט ע' גרוסקופף:

דירקטור בחברה פרטית שאינה פעילה מזה שנים מגיש בקשה לפתיחה בהליכי חדלות פירעון בעניינה (להלן: חברה בלתי פעילה ו-יחזם הליך הפירוק, בהתאמה). קופת החברה הבלתי פעילה ריקה, ומהנסיבות עולה חשש מבוסס שבסוף הליכי הפירוק תיוותר קופת הנשייה ריקה מנכסים, כך שלא ימצא מקור למימון ההוצאות הכרוכות בפירוק, ובראשן שכרו של הנאמן בהליך. האם רשאי בית המשפט של חדלות פירעון להתנות את פתיחת הליכי הפירוק, או את קידומם, בהפקדת ערובה לכיסוי הוצאות הנאמן? ואם כן, על מי מוטלת החובה להפקדת הערובה האמורה ומהם התנאים שיש לקבוע ביחס להפקדתה? שאלות אלו הן העומדות במוקד הערעור שלפנינו.

רקע והשתלשלות העניינים

1. ואלה הנסיבות הפרטניות במסגרתן התעוררו השאלות שהוצגו בפתיח: חברת אבי אלקיים בע"מ, המערערת דנן (להלן: החברה או המערערת), היא חברה שאינה פעילה משנת 2008, ואשר אינה מגישה דו"חות שנתיים לרשם החברות בהתאם לדרישות החוק מאז שנת 2004. האדם העומד מאחורי החברה (מחזיק 199 מתוך 200 מניותיה, ומשמש

בה כדירקטור יחיד), הוא מר אלברט (אבי) אלקיים (להלן: הבעלים אלקיים). על פי תיאורי החברה, לאחר שהתאגדה בשנת 1991 היא פעלה בתחום עבודות הבנייה במשך כ-17 שנים, אולם בשלב זה, בעקבות קריסתם הכלכלית של שניים מלקוחותיה הגדולים, אשר הביאה קשיים פיננסיים אף לפתחה שלה, הפסיקה את פעילותה. חובותיה של החברה נאמדים כיום בסך של כ-1.75 מיליון ש"ח.

2. ביום 12.9.2022 הגישה החברה לבית המשפט המחוזי בנצרת בשבתו כבית המשפט המוסמך לדון בהליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי (להלן: בית המשפט של חדלות פירעון), בקשה למתן צו פתיחת הליכים לפי חלק ב' לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018 (להלן: חוק חדלות פירעון, הבקשה לפתיחת הליכים ו-צו פתיחת הליכים, בהתאמה). הבקשה הוגשה בשם החברה על ידי עו"ד אסף גולד, המתמחה בפירוק חברות בלתי פעילות (להלן: עו"ד גולד). על התצהיר שהוגש בתמיכה לבקשה לפתיחת הליכים חתום הבעלים אלקיים כ"דירקטור ו/או בעל מניות" בחברה. במסגרת הבקשה לפתיחת הליכים, לצד תיאור השתלשלות העניינים האמורה, הצהיר הבעלים אלקיים כי נכון למועד כתיבת הבקשה אין לה "זכויות ו/או נכסים כלשהם, ברי מימוש ו/או עיקול", וכי בנוסף לחובות הנזכרים לעיל היא עודנה צוברת חוב בגין אי תשלום אגרה לרשם החברות. לאור מכלול הנתונים המתואר, ונוכח רצונו של הבעלים אלקיים להימנע מהטלת עיצומים כספיים אישיים נגדו בשל רישומו כדירקטור בחברה (לפי סעיפים 354 ו-360 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות)), כך הוסבר בבקשה לפתיחת הליכים – הוגש ההליך דנן, במסגרתו מתבקש חיסול החברה על דרך של פירוקה.

3. ביום 30.3.2023 הגיש הממונה על הליכי חדלות פירעון, הוא המשיב (להלן: הממונה), את עמדתו ביחס לבקשה לפתיחת הליכים לבית המשפט של חדלות פירעון. הממונה הבהיר כי אין לו התנגדות למתן צו פתיחת ההליכים, ואולם, הוא גרס כי "בנסיבות התיק והסיבות בגינן מתבקש חיסול התאגיד [...] יהא נכון שמתן הצו יהא בכפוף להפקדת סך של 2,500 ש"ח להבטחת הוצאות ניהול ההליך" (ההדגשה במקור; תשלום זה יכונה להלן: הערובה להוצאות). את הצורך בהפקדת הערובה להוצאות הסביר הממונה במסגרת דיון שערך בית המשפט של חדלות פירעון בבקשת החברה לפתיחת הליכים. לגישתו, במקרים דוגמת זה הנדון, בהם אין צפי לגביית כספים אל קופת הנשייה או לאיתור נכסים או זכויות, ולפיכך התועלת היחידה בניהולם צומחת לדירקטור היוזם את הליך הפירוק – לא ייתכן שהנאמן יבצע את עבודתו ללא כל תגמול. אשר למקור סמכותו של בית המשפט לדרוש ערובה להוצאות, הממונה הצביע על תקנה 92 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי או התקסד"א), העוסקת במינוי

מומחה מטעם בית המשפט, כעוגן מספק לעניין זה. החברה, מן העבר השני, התנגדה להפקדה המבוקשת, תוך שהיא גורסת כי לא קיים בסיס חוקי לדרישה זו, ותוך העלאת חשש כי הסדר המחייב הפקדת ערובה להוצאות כתנאי לפתיחה בהליכי חדלות פירעון נגד חברות כלתי פעילות ירתיע בעלי עניין בחברות שכאלו מלהגיש בקשות רצויות לפירוקן.

4. בהחלטה מיום 27.4.2023 נדרש בית המשפט קמא (כב' השופט עאטף עילבוני) לטענות הצדדים מזה ומזה, ואימץ את עמדת הממונה (להלן: ההחלטה קמא). בית המשפט עמד תחילה על הנסיבות המאפיינות את המקרה הטיפוסי שבעניינו הוא מתבקש להכריע: כאשר מינוי הנאמן הוא הכרחי לצורך ניהול הליך חדלות הפירעון; כאשר אין ספק שקופת הנשייה תיוותר ריקה בסופו של ההליך; וכאשר ליוזם ההליך – בעל המניות או הדירקטור – יש אינטרס אישי מובהק במתן צו הפירוק, מפני שזה ימנע הטלת עיצומים כספיים אישיים נגדו. ממאפיינים אלה הסיק בית המשפט, "בהיבט הערכי" (עמ' 3 להחלטה קמא), כי במקרים מסוג זה ראוי שהוצאות הנאמן יוטלו על יוזם הליך הפירוק ולא על הנאמן שיתמנה. בית המשפט הדגיש כי הוא מבכר מסקנה זו, מבלי להתעלם מהערך הציבורי הקיים בהגשת בקשות פירוק של חברות לא פעילות, בדומה למקרה דנן. במישור הסמכות, בית המשפט קמא הדגיש את היותו של הליך חדלות פירעון הליך אזרחי בעיקרו, ועל רקע זה הפנה להוראות המסמיכות את בית המשפט לחייב בהפקדת ערובה להבטחת הוצאות של גורם בהליך במסגרת התקנות (תקנות 63(8), 84, ו-157 לתקסד"א), וגזר מהן גזירה שווה. על רקע מכלול השיקולים הללו, קבע בית המשפט קמא כי יש להבטיח את הוצאותיו של הנאמן, הגם שבסכום מתון, ולפיכך הורה כי "יש לחייב את בעל המניות, יוזם ההליך, להפקיד סכום מתון יחסי[ת] בסך כולל של 2,500 ש"ח לצורך הבטחת הוצאות הנאמן בהליך". עוד פסק בית המשפט כי "ככל שלא יופקד הסכום, יימחק ההליך" (עמ' 4 להחלטה קמא).

5. החברה לא הפקידה את הערובה להוצאות עליה הורה בית המשפט קמא כתנאי לפתיחה של הליכי הפירוק בתוך פרק הזמן שנקצב לה. על כן, בהתאם לאמור בהחלטה קמא – הורה בית המשפט על מחיקת הליך הפירוק בפסק דין מיום 1.6.2023 (להלן: פסק הדין). על ההחלטה קמא ועל פסק הדין נסוב הערעור שלפנינו.

6. לשיטת החברה, החלטת בית המשפט קמא שגויה ומנוגדת לדין ממגוון טעמים, אשר עיקריהם יוצגו כעת. ראש וראשית, נטען כי הכפפת פתיחת הליך פירוק לתנאי דוגמת זה שקבע בית המשפט קמא מנוגדת באופן מובהק להוראות חוק חדלות פירעון ולתכליותיו. החברה מצביעה בהקשר זה על סעיף 18(א) לחוק חדלות פירעון, שלפיו מתן צו פתיחת הליכים הוא תוצאה הכרחית, ללא תנאי נוסף וללא סייג, של התקיימות התנאים המנויים בסעיפים 7 או 9 לחוק זה – תנאים שאינם כוללים הפקדת ערובה כדוגמת זו עליה הורה בית המשפט קמא. החברה מוסיפה כי לצד לשונם הברורה של סעיפי החוק, אשר מתווים את המסגרת הנורמטיבית לפתיחת הליכי פירוק לחברה, גם תכליותיהם הסובייקטיבית והאובייקטיבית תומכות בשלילת האפשרות להתנות את פתיחתם של הליכי פירוק בהפקדת ערובה כאמור. על כוונת המחוקק ניתן ללמוד, כך נטען, מדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט, בגדרם ניתן ביטוי לרצון לעודד פתיחת הליכי פירוק בעניינין של חברות בלתי פעילות, תוך הסרת חסמים ותנאים שיעכבו גישה אליהם. אשר לתכלית האובייקטיבית, החברה גורסת כי זו נעוצה בהחשת הליכי חדלות הפירעון בעניינו של תאגיד שאין עוד הצדקה לקיומו, וזאת לטובת הציבור כולו. בהמשך לאמור, החברה מפנה לפסיקה האוסרת, לשיטתה, על "חקיקה שיפוטית" בדיני חדלות פירעון בכלל, ובמקרים דוגמת זה הנדון, בפרט. לגישתה, איפוא, אל לו לבית המשפט ליצור הסדר "יש מאין", כפי שנעשה בהחלטה קמא. החברה טוענת עוד כי השתת הערובה שגויה גם לנוכח הוראות חוק יסוד: משק המדינה, וכן לנוכח הדינים המסדירים את אחריותם של נושאי משרה בתאגיד. משמעותה המעשית של ההחלטה קמא, כך נטען בעניין אחרון זה, היא השתת חבות כספית על אלו העומדים מאחורי מסך ההתאגדות של החברה, כאשר אין ספק שנוסיבות המקרה אינן מצדיקות הרמת מסך לפי המבחנים המקובלים.

7. ביחס למקור הסמכות לקביעתו של בית המשפט קמא, החברה גורסת כי תקנה 92(ב) לתקסד"א, עליה הסתמך הממונה, איננה רלוונטית לענייננו. לגישתה של החברה, תקנה זו מסמיכה את בית המשפט להורות על הפקדת ערובה על ידי "בעלי הדין או [...] מי מהם...", אך בערובה דנן מחויב צד שלישי שאינו בעל דין. לכך מוסיפה החברה כי בשונה מקביעותיו של בית המשפט קמא, לא הרי נאמן הממונה כבעל תפקיד ליישום הליכי חדלות פירעון כהרי מומחה מטעם בית המשפט, ועל כן אין לגזור מדינו של זה על דינו של זה.

8. בשולי הדברים, המערערת מדגישה כי במצב המשפטי הנוכחי, פירוקה של חברה בלתי פעילה, שאינה סולבנטית, דוגמת המערערת, מתאפשר אך ורק במסלול הקבוע בחלק ב' לחוק חדלות פירעון. הטעם לכך הוא ביטולם של הסדרים שהיו קבועים בעבר בפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 (להלן: פקודת החברות), אשר אפשרו מסלול של "פירוק באין הצהרת כושר פרעון". את העובדה שהמסלול בו נקטה הוא המסלול היחיד הרלוונטי עבורה מבקשת המערערת כי נזקוף לטובתה.

9. הממונה, מנגד, מקדיש את תשובתו (שתכונה להלן: תשובת הממונה) לחיזוק והצדקת פסיקתו של בית המשפט קמא. בתחילה, וכרקע לדברים, הממונה מציב את המקרה הנדון בהקשר הראוי לו. לדבריו קיימת בשנים האחרונות תופעה רחבת היקף, בגדרה מוגשות בקשות לפירוק חברות בלתי פעילות, שכל עניינן הוא החשש מפני הטלת עיצומים כספיים על בעלי העניין בחברה, כאשר לתופעה זו "השלכות רוחב מערכתיות" בהיותה "משפיעה על תקינות הליכי הפירוק" (פסקה 19 לתשובת הממונה). הפסול בבקשות אלו, לטעמו של הממונה, נעוץ ב"החצנת עלויות" של החברות הרוצות בפירוק על הליכי חדלות הפירעון בכללותם, באשר הנושא בעלויות הנלוות לבקשותיהן הוא הנאמן, אשר לא מקבל בגין עבודתו ביחס לפירוק חברות אלה כל תמורה. השלכות הרוחב השליליות להן טוען הממונה נוגעות בעיקר למערך התמריצים של נאמנים בהינתן המצב המתואר – הן ביחס לניהול ההליך הספציפי, הן ביחס לנכונותם של נאמנים לנהל הליכי פירוק ולעלות הליכים אלה.

10. גם בסוגיית הסמכות תומך הממונה בעמדה אותה אימץ בית המשפט קמא. ראשית, הממונה מבהיר כי בית המשפט של חדלות פירעון אינו מוגבל למסלולים הקבועים בתקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ושכרם), התשמ"א-1981 (להלן: תקנות השכר) בעניין פסיקת שכר לנאמן. בהמשך לכך, ובניגוד לעמדת החברה, הממונה גורס כי כחלק מסמכותו האמורה רשאי בית המשפט להשית את הוצאות ההליך אף על יוזם הליך הפירוק, ככל שהדבר מתבקש מטעמי צדק ויושר. לצד פסיקה המעגנת עמדה זאת, הממונה מפנה אף לפסיקה בה נקבע כי לבית המשפט סמכות טבועה להטיל הוצאות על מי שאינו בעל דין, וזאת בכפוף למבחנים של חיוניות וצדק. הממונה מוסיף וטוען כי לא רק סמכות טבועה של בית המשפט מאפשרת לו להטיל את תשלום הוצאות הנאמן על יוזם ההליך, אלא גם סמכות נלווית לסמכותו למנות נאמן. לדידו, לא ייתכן שבית המשפט הוסמך למנות גורם שיפעל כזרועו הארוכה מבלי שיינתן לו הכוח

גם להבטיח תשלום ראוי לאותו גורם. מקור נורמטיבי נוסף להטלת ההוצאות על יוזם הליך הפירוק, לשיטת הממונה, הוא דיני עשיית עושר ולא במשפט.

11. הממונה מתייחס, לבסוף, לטענות החברה בעניין המתח שקיים לכאורה בין השתתף ערובה להוצאות לבין הוראות הדין ביחס להרמת מסך וביחס למגבלות החלות על חיוב באגרה או במס לפי חוק יסוד: משק המדינה. אשר לראשון, הממונה סבור כי הטלת הערובה בנסיבות הנדונות אינה דומה, "אפילו דמיון רחוק", כלשונו, להרמת מסך התאגיד או להטלת אחריות אישית על נושא משרה. אשר לשני, הממונה דוחה את ההשוואה לה טוענת החברה (בין השתתף ערובה לבין חיוב באגרה או במס) הן משום שהחיוב בערובה במקרה דנן אינו לטובת המדינה, והן משום שאין מדובר בחיוב בסכום קבוע (כהגדרתו של "תשלום חובה" לפי סעיף 1 לחוק יסוד: משק המדינה).

12. הצדדים הוסיפו ושטחו את טענותיהם בדיון שהתקיים לפנינו ביום 2.5.2024 (להלן: הדיון). במסגרת הדיון התבקשו הצדדים להביע עמדה גם ביחס לאפשרות שלפיה הפקדת הערובה להוצאות תיעשה כתנאי למינוי הנאמן, במקום כתנאי למתן צו לפתיחת הליכים. באי-כוח החברה טענו כי גם דרך זו אינה מרפאת את הפגם הקיים לשיטתם בסמכות בית המשפט לחייב בהפקדת ערובה להוצאות, וכי גם היא מהווה הלכה למעשה "חקיקה שיפוטית" בלתי ראויה בדיני חדלות פירעון. בא-כוח הממונה, מן העבר השני, תמך בדרך זו, ככל שהיא תוביל לתוצאה הרצויה מבחינתו – הבטחת שכרו של נאמן העובד לקידום הליכי הפירוק של חברה בדרך של חיוב הגורמים הרלוונטיים בחברה.

עמדות הצדדים בערעור נאספו איפוא. עתה ההכרעה.

דיון והכרעה

13. אכן, כפי שציין בית המשפט קמא, לפנינו סוגיה עקרונית, שמן הראוי כי נכריע בה. חשיבותה של הסוגיה נובעת לא רק מקרבתה לסוגיות מרכזיות בהליך חדלות פירעון של חברות, אלא גם בשל העובדה שהיא מתייחסת להתנהלות רווחת של בעלי שליטה ודירקטורים (גם אם באמצעות אותו בא-כוח) ביחס לחברות בלתי פעילות. די אם אציין, בהקשר זה, את הנתון שהביא בפנינו הממונה, ולפיו מאז כניסתו לתוקף של חוק חדלות פירעון (15.9.2019) הגיש בא-כוח החברה דנן (עו"ד גולד) למעלה מ-1,300 בקשות למתן צו לפתיחת הליכים בעניין של חברות בלתי פעילות – מספר שמהווה יותר מ-20% מהליכי חדלות הפירעון שנפתחו ביחס לתאגידים בתקופה זו. אכן, המקרה הניצב

בתשתית הערעור דנן הוא מקרה אחד מני רבים – אשר כונו על ידי הממונה כ"תופעה רווחת מאד" (פסקה 9 לתשובת הממונה) – בהם פוגשים בתי המשפט של חדלות פירעון בנסיבות דומות.

14. לנקודות אלו, המלמדות על חשיבות הסוגיה דנן, יש להוסיף את חוסר האחידות בפסיקת בתי המשפט של חדלות פירעון ביחס אליה. כפי שמפורט בתשובת הממונה, פסיקת בתי משפט אלו בשאלה שלפנינו – שאלת סמכותו של בית המשפט להשית מראש את הוצאות הנאמן על יוזם הליך הפירוק, כתנאי לפתיחה בהליך זה – נחלקת לשתי אסכולות המחזיקות בעמדות דומות לעמדות הצדדים שלפנינו בתיק דנן: זו מכירה בסמכות בית המשפט לחייב בערובה כאמור, כפי שנהג בית המשפט קמא (ראו, למשל: חדל"ת (חי') 56197-10-22 פ.י. קבלנים (2005) בע"מ נ' ממונה על חדלות פירעון – מחוז חיפה והצפון (5.2.2023) (כב' השופטת עפרה אטיאס); ת"א (כלכלי ת"א) 19884-02-23 לשקט בע"מ נ' ממונה על חדלות פירעון – מחוז תל אביב (18.9.2023) (כב' השופטת סיגל יעקבי)), וזו שוללת קיומה של סמכות כזו (ראו, למשל, את החלטותיו של סגן הנשיא, השופט חגי ברנר בחדל"ת (מחוזי ת"א) 38604-12-22 קלינהנדלר נ' הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי (20.7.2023) (להלן: עניין קלינהנדלר); ובחדל"ת (מחוזי ת"א) 38193-07-23 ענטופ בע"מ נ' הממונה על חדלות פירעון ושיקום כלכלי (18.9.2023) (להלן: עניין ענטופ)). הכרעה בערעור שלפנינו חשובה איפוא אף לשם שמירה על אחידות ביישום הדין.

15. כפי שיפורט בפסקאות הבאות, כמו הממונה, אף אני סבור כי דרך ההתמודדות הראויה עם התופעה הנדונה בערעור זה עוברת בגלגול הוצאות הנאמן לפתחה של החברה בדרך של חיוב בהפקדת ערובה במקרים מתאימים. יחד עם זאת, בשל הקושי הטמון בהוספת תנאי על הדרישות הקבועות בדין למתן צו פתיחת הליכים לחברה, המנגנון הראוי לטעמי להשגת תוצאה כאמור, במקרים המתאימים, הוא התנייתו של מינוי הנאמן, ולא של מתן צו פתיחת ההליכים, בהפקדת ערובה לכיסוי הוצאות הנאמן על ידי החברה (להלן: המנגנון המוצע). בהתאם לכך, במישור האופרטיבי, אציע לחבריי כי נקבל את הערעור שלפנינו כך שההחלטה קמא ופסק הדין יבוטלו, וההליך קמא ימשיך להתנהל בהתאם למנגנון המוצע, שיסודותיו ועקרונותיו יפורטו להלן. אפתח במישור הדין הרצוי, ומשם אפנה לסקור את הדין הקיים הרלוונטי להכרעה בערעור דנן, תוך דחיית עיקר טענות הנגד שמציגה המערערת, הרלוונטיות למנגנון המוצע.

הערה: חרף ההבדל במשמעותם של המונחים "הוצאות" ו"שכר טרחה" (ראו, למשל, תקנה 6 לתקסד"א), ועל אף שעל פני הדברים עיקר הגמול הרלוונטי ביחס למלאכת הנאמן בהליך הפירוק, בנסיבות ענייננו, הוא השכר שניתן על טרחתו, במסגרת חוות דעת זו אעשה שימוש במונח "הוצאות הנאמן", וזאת מתוך כוונה הן להוצאות "הנובעות מפעולות שביצע הנאמן או מי מטעמו במסגרת הליכי חדלות הפירעון" והן לשכר טרחת הנאמן (וראו סעיף 233(א)(1) לחוק חדלות פירעון).

כיסוי הוצאות הנאמן – מישור הדין הרצוי

16. ענייננו בחברות בלתי סולבנטיות, בלתי פעילות, והנעדרות זכויות או נכסים. אין חולק כי מן הראוי להביא לחיסולן של חברות אלה, ולמחיקתן ממרשם החברות, שכן המשך קיומן כרוך בעלויות, ואינו משרת כל מטרה ראויה. השאלה בה עוסק ערעור זה היא מי נדרש לשאת בהוצאות הכרוכות בפירוק חברות מסוג זה.

17. מבחינה משפטית, בהיעדר מנגנון במסגרתו המדינה או כל צד שלישי אחר נושאים במימון הוצאות הנאמן, ניתן להציע שלוש חלופות למענה על שאלה זו: החברה, יוזם הליך הפירוק או הנאמן שימונה לחברה. ואולם, בהינתן שהחברה ריקה מנכסים, מבחינה כלכלית החלופות העומדות על הפרק הן הותרת ההוצאות הכרוכות בפירוק החברה על כתפי הנאמן או הטלתן על יוזם הליך הפירוק. ויובהר, הטלת הוצאות הנאמן על כתפי יוזם הליך הפירוק יכולה להתבצע בשתי דרכים: במישרין, באמצעות הטלת חבות משפטית על יוזם הליך הפירוק לשאת בהוצאות הנאמן; או בעקיפין, באמצעות הותרת החיוב על החברה, תוך יצירת מנגנון המתנה את פירוק החברה בכך שתעמוד בחבות האמורה (התניה שמשמעה כי ככל שיוזם הליך הפירוק מעוניין בהגשמת רצונו בחיסול החברה, יידרש לשאת בתשלום בעבור החברה).

18. זאת ועוד, החלופה לפיה לנאמן אין דרך לקבל שיפוי ביחס להוצאות הנאמן בהליך הפירוק של חברה בלתי פעילה (דהיינו הוצאות אלה אינן מוטלות במישרין או בעקיפין על יוזם הליך הפירוק), אין משמעה בהכרח כי גם מבחינה כלכלית ציבור הנאמנים הם הנושאים בעלויות פירוק חברות בלתי פעילות. ככל שציבור הנאמנים אינו מפוצה במישרין בעבור עלויותיו בהליכי פירוק של חברות בלתי פעילות ייתכן כי הן מגולגלות על ידם להליכי פירוק אחרים, בהם קופת הפירוק אינה ריקה, באופן המביא לכך שהעלות הכרוכה בפירוק חברות במשק הישראלי מתייקרת (כך, למשל, באמצעות העלאה מתאימה של שכר הנאמן בהליכי פירוק בהם יש באפשרותו לגבות את שכרו;

להלן תכונה האפשרות שמתקיים "סבסוד צולב" בין הליכי פירוק: מנגנון סבסוד צולב). ודוק, לכאורה שכרו של הנאמן בכל הליך פירוק נקבע על פי מנגנון מוסדר שאינו מתחשב בעבודה שביצע במסגרת הליכי פירוק אחרים, באופן המקשה על היווצרות "סבסוד צולב" בין הליכי פירוק. ואולם, מאחר שהשחקנים בהם מדובר – דהיינו הנאמנים ובית המשפט של פירוק – הם "שחקנים חוזרים", אין לשלול אפשרות שהתחשבות כזאת מתאפשרת, ולו באופן בלתי מודע, כך שהלכה למעשה מתקיים מנגנון סבסוד צולב. אפשרות אחרת היא שקיים מנגנון שוק המביא לתוצאה דומה (ירידת היצע הנאמנים באופן המביא להגדלת שכרם בכל הליכי הפירוק). מכל מקום, ככל שקיים מנגנון סבסוד צולב מסוג זה או אחר, הרי שהמשמעות הכלכלית של אי מימון עלויות הנאמן על ידי יוזם הליכי הפירוק, היא גלגולן באופן מלא או חלקי על שכמם של הגורמים המעורבים בהליכי פירוק אחרים. אם אכן כך, הרי שמבחינה כלכלית השאלה המונחת לפתחנו היא האם הגורם שראוי כי יישא בהוצאות הנאמן בהליך פירוק של חברה הוא זה המעוניין בהליכי הפירוק בחברה דנן (קרי, יוזם הליך הפירוק) או כלל בעלי העניין בהליכי פירוק במשק הישראלי (ובקירוב, הציבור בכללותו).

19. לדידי המצב הנוכחי, בו הנאמן הוא הנושא בעלויות האמורות (ובעקיפין, ככל שקיים מנגנון סבסוד צולב, הציבור בכללותו), הוא מצב בלתי רצוי, ובהמשך לכך, ככלל, ראוי לטעמי שהגורמים המעוניינים בהליך הפירוק הספציפי, הלא הם יוזמי הליך הפירוק, יישאו בעלויות אלו. מספר טעמים לדבר.

20. חברה, כידוע, איננה יציר הטבע. בנוהג שבעולם, החברה היא בריאה של אדם או של קבוצת אנשים, אשר יוצרים, מכוח הוראות הדין, כלי משפטי להשאת רווחיהם (ראו, מני רבים: ע"א 2026/92 פקיד שומה פתח-תקווה נ' שדות חברה להובלה (1982) בע"מ, פ"ד נה(4) 89, 102 (2001); ע"פ 6790/18 טטרו נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (29.7.2020); זוהר גשן ואסף אקשטיין דיני חברות 39 (2023)). במקרה שלפנינו, כמו במקרים רבים דומים לו, החברה הפסיקה לשרת, בשלב מסוים בחייה, את הגורמים השולטים בה. המכשיר המשפטי נותר חסר תועלת, כ"פסולת משפטית", אם נרצה. בנסיבות אלו, אך טבעי הוא שבעלויות גריסתו-פירוקו של כלי זה יישאו אלו שביקשו להפיק ממנו תועלת כשהיה קיים, ושהותירוהו בקרן זווית כבר-פירוק, בבחינת "המזהם ישלם".

21. המסקנה האמורה מתחזקת שעה שפתיחת הליך הפירוק עצמו נעשית, בראש ובראשונה, לטובתו של הגורם השולט בפעולות החברה בעת הגשת הבקשה לצו פתיחת

הליכים (אשר למען הנוחות יכונה להלן הדירקטור). כפי שהדגיש בפנינו הממונה, מטרתן המובהקת של בקשות הפירוק שמגישות חברות במקרים מושא דיוננו היא מניעת הטלת עיצומים כספיים אישיים על הדירקטור בחברה. חברות "מוזנחות", דוגמת החברה שלפנינו, חשופות לעיצומים, למשל בשל אי-תשלום אגרות או אי-הגשת דיווחים לרשם החברות (ראו סעיף 354 לחוק החברות), ובהיעדר יכולת פירעון, הדירקטורים העומדים מאחוריהן עשויים לספוג עיצומים אלו בעצמם (ראו סעיף 360(א) לחוק החברות). אין חולק על כך שזהו הטעם לפתיחת ההליך גם במקרה שלפנינו, בו החברה לא הגישה דוחות לרשם החברות מאז שנת 2004, והחל מיום 9.12.2014 היא רשומה כחברה מפרת חוק, על פי האמור בכתב הערעור. אכן, כפי שמציינת החברה, כחלק מהליכי חקיקת חוק חדלות פירעון ביטל המחוקק את פרק י"ג לפקודת החברות, שכלל מסלול פירוק מתאים לחברה הנושאת בחובות ללא יכולת פירעון ("פירוק באין הצהרת כושר פרעון") (תיקון מספר 21 לפקודת החברות), מה שהותיר לחברה כזו אך מסלול הפירוק הקבוע בחוק חדלות פירעון. ואולם, אין בעניין זה כדי להעלות או להוריד מהעובדה הפשוטה שלפיה בעלי השליטה בחברה הם הנהנים מהליך הפירוק הנדון; וראוי שהנהנה – ישלם.

22. טעם נוסף להטלת הוצאות הנאמן על יוזמי הליך הפירוק נעוץ בהשלכות אפשריות של נשיאת הנאמן בעלויות עבודתו על מערך התמריצים שלו. החשש המערכתי אותו מביע הממונה, לפיו איכות עבודתו של נאמן אשר ידוע שלא תהיה מתוגמלת במישרין – עשויה להיפגע מכך – מתיישב עם השכל הישר. כך, בין אם נניח קיומו של מנגנון סבסוד צולב ובין אם לאו (שכן גם אם קיים מנגנון כזה, ספק אם הוא מספק תמריצים נאותים להשקיע את המאמץ הראוי בהליך פירוקה של חברה בלתי פעילה). יתרה מכך, ככל שאין בנמצא מנגנון לסבסוד צולב, הרי שנאמן פוטנציאלי היודע שכלילתו ברשימת הנאמנים (ראו סעיף 37 לחוק חדלות פירעון) תגרור לעיתים עבודה ללא תמורה, עשוי להימנע מלצרף שמו לרשימה, מה שמטבע הדברים יפגע באיכות הנאמנים, וממילא גם בניהולם המיטבי של הליכי חדלות פירעון (על חיוניותה של עבודה הנאמן בהליך חדלות הפירעון, ראו, למשל: בג"ץ 7194/21 סיבוני נ' הוועדה הציבורית לגיבוש רשימת נאמנים-יחידים, פסקאות 15-16 (23.1.2022); רע"א 1102/23 עו"ד מיכה צמיר מפרק שער הגבינות שיווק מזון בע"מ נ' אופיר, פסקה 13 (28.8.2023); רע"א 2387/24 הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי נ' עים מוסא הנאמן לחברת משק ב. שיווק חן בקר בע"מ, פסקה 11 (31.7.2024)). היעדרו של תשלום בגין עבודת הנאמן עשוי איפוא לפגוע, כעניין מערכתי, בתקינותם של הליכי פירוק בבתי משפט של חדלות פירעון, וזאת, כמובן, מבלי להתעלם מכך שהנאמן משמש כ"זרועו הארוכה של בית המשפט", ומשכך מחויב לשים בראש מעייניו את טובתו של בית המשפט ושל ניהול

ההליך (הצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018, ה"ח 1027, בעמ' 632; וראו: סעיף 41 לחוק חדלות פירעון; רע"א 9370/17 לוי נ' עו"ד גיא גיטין בתפקידו כבעל התפקיד להסדר הנושים של החברה, פסקה 35 (30.1.2018); ע"א 3823/21 שימר נ' עו"ד חבר, נאמן, פסקה 15 (21.7.2021)). גם טעמים אלו תומכים, אם כן, במציאת מקור למימון "חיצוני" של עלויות העבודה כאמור.

23. לבסוף, אף אם נניח מנגנון סבסוד צולב, ונתייחס לשאלה שלפנינו במשקפיים כלכליות, כמבטאת את הבחירה שבין הטלת עלויות פירוקן של חברות בלתי פעילות על בעל העניין הישיר בחברה אותה מבקשים לחסל (קרי, יוזם הליך הפירוק) או על כלל בעלי העניין במנגנון פירוק חברות (ובקירוב כלל הציבור), הרי שקשה לראות מה ההצדקה להעניק מימון ציבורי, לא כל שכן מימון ציבורי מלא, להוצאה של חיסול חברה בלתי פעילה (לשאלות הכרוכות בהענקת מימון ציבורי ראו ברק מדינה "חובתה של המדינה לספק צרכים בסיסיים: מ'שיח של זכויות' ל'תיאוריה של מימון ציבורי" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 131 (יובל רבין ויובל שני עורכים, 2004)). אכן, לציבור עניין בכך שחברות בלתי פעילות יחוסלו, ויימחקו ממרשם החברות. ואולם, עניין ציבורי אינו מצדיק בהכרח מימון ציבורי. כפי שכבר הובהר, חברה פרטית היא מכשיר עסקי שהמדינה מעמידה לרשות בעלי העניין בחברה, וככזו הגורם שאמור לשאת בעלויות הכרוכות בפעילותה, החל משלב יצירתה ועד לחיסולה, הם בעלי העניין בחברה. ככל שלמדינה אינטרס בסבסוד פעילות זו (למשל, בשל החצנות חיוביות הכרוכות בה), הרי שהדבר מוצא ביטוי במימון ציבורי הניתן לפעילות התומכת במנגנון החברה הפרטית (ככל שקיים מימון כזה). ואולם מעבר לכך, מהיבטים של מדיניות מימון ציבורי, אין הצדקה שהציבור בכללותו יישא בעלויותיה של פעילות עסקית מסוג זה. ולראיה, המחוקק לא מצא לנכון ליצור מנגנון של מימון ציבורי לטובת פירוק חברות. חלף זאת, קבע מנגנון המתמרץ דירקטורים בחברות אלה לנקוט בהליכים המביאים לחיסולן. בכך שיקף את הבחירה כי המדובר בהוצאה שבנטל הכלכלי הכרוך בה צריכים לשאת בעלי העניין בחברה, ולא הציבור בכללותו.

24. מהאמור עד כה עולה כי כעניין של דין רצוי, אין הצדקה לכך שהעלות של פירוק החברה, במקרים בהם עסקינן, תגולגל על גורם שאינו נמנה על הגורמים העומדים מאחוריה, אשר הפיקו ממנה תועלת (או לפחות ביקשו לעשות כך) בזמן שהייתה קיימת, ואשר יוזמים כעת את הליך פירוקה למען טובתם האישית – בוודאי לא על הנאמן בהליך, אף לא על הציבור בכללותו.

25. למסקנה האמורה אבקש להוסיף שתי הבהרות.

ראשית, בחוק חדלות פירעון קיים מנגנון המאפשר לבית המשפט של חדלות פירעון למנות את הממונה כנאמן לחברה בפירוק, וזאת "אם מצא כי יש עניין ציבורי בכך" (סעיף 35 לחוק). הניתוח שהוצג לעיל יפה, בשינויים המחויבים, גם לגבי שימוש בסמכות זו. דהיינו, יש בו כדי להבהיר מדוע, הגם שקיים "עניין ציבורי" בחיסול חברות בלתי פעילות, אין הצדקה, ככלל, כי הדבר ייעשה באמצעות מינוי הממונה כנאמן, באופן המטיל על קופת הציבור את העלות הכרוכה בכך. דרך המלך שנקבעה בחוק חדלות פירעון היא מינוי נאמן מתוך רשימת הנאמנים בהתאם לסעיף 33 לחוק, כאשר הוצאות הנאמן צריכות להיות משולמות על ידי הגורמים בעלי העניין בהליך הפירוק בו מדובר.

שנית, השאלה בה עסקינן, דהיינו מיהו הגורם הנדרש לשאת בהוצאות הנאמן כאשר קופת הנשייה ריקה, מתעוררת גם כשמדובר בהליכים המתייחסים ליחידים. לפיכך, חשוב להבהיר כי הדיון לעיל מתייחס להליכי חדלות פירעון של תאגיד, ולא ניתן לגזור ממנו גזירה שווה ביחס להליכי חדלות פירעון של אדם פרטי (הליכים שכוננו בעבר "הליכי פשיטת רגל"). הטעם לכך כפול: ראשית, בשונה מחברה, שכל שאינה פעילה ניתן להביא לחיסולה, אדם פרטי, גם אם כשל בעסקיו, נותר בן החברה, ולמדינה יש עניין מיוחד לדאוג לשיקומו הכלכלי. שנית, בעוד שחברה היא מכשיר משפטי, שמאחוריו עומדים בני אדם בשר ודם העושים בו שימוש, אדם פרטי הוא מטרה בפני עצמה, ולא ניתן לראות בו מכשיר בשימושם של אחרים (ראו והשוו, ביחס לשתי נקודות אלו, בעמ' 594 לדברי ההסבר להצעת חוק חדלות פירעון). אותיר איפוא את הדיון בשאלה המקבילה ביחס להליכי חדלות פירעון של יחידים לעת מצוא, ולא אביע לגביה כל עמדה.

26. בטרם סיום חלק זה יצוין כי עיון בפסקי הדין אליהם מפנה החברה ככאלו התומכים בעמדתה מעלה, למעשה, כי במישור הדין הרצוי גם הם שותפים למסקנה זו – דהיינו כי ככלל ראוי להשית את עלויות עבודתו של הנאמן על גורם הקשור בחברה (ראו, למשל: חדל"ת (מחוזי ת"א) 57003-10-21 שניצל איילה מילניוס בע"מ נ' הממונה על חדלות פירעון – מחוז תל אביב (8.2.2023) (סגן הנשיא, כב' השופט חגי ברנר); עניין קלינהנדלר, בפסקה 51). הטעם לסטייה המצויה בהם מהעמדה המשתקפת בהחלטה קמא נעוץ איפוא במישור הדין המצוי, ובפרט בגבולות סמכויותיו של בית המשפט של חדלות פירעון. לגבולות אלו אפנה כעת.

המנגנון שקבע בית המשפט קמא: התניית פתיחתו של הליך חדלות פירעון בהפקדת ערובה

27. כפי שפורט זה לא מכבר, התרופה שמצא בית המשפט של חדלות פירעון במסגרת ההחלטה קמא למצב הלא רצוי שביסוד דיוננו, היא התניית מתן צו לפתיחת הליכים, כמבוקש על ידי המערערת, בהפקדת ערובה. בדומה לעמדת המערערת, גם אני סבור כי הסדר זה אינו עולה בקנה אחד עם הוראות חוק חדלות פירעון העוסקות בפתיחת הליך חדלות פירעון של חברות. אסביר.

28. סעיף 7(א) לחוק חדלות פירעון מורנו כי "תאגיד רשאי להגיש בקשה לצו לפתיחת הליכים" בהתקיים שני תנאים (שיכוננו להלן: תנאי סעיף 7):

(1) הוא נמצא בחדלות פירעון או שהצו יסייע למנוע את חדלות פירעונו;

(2) סך חובותיו עולה על 27,771.21 שקלים חדשים.

לפי סעיף 18(א) לחוק זה, שכותרתו "החלטה בבקשה לצו לפתיחת הליכים" – "מצא בית המשפט כי מתקיימים התנאים המצויים בסעיף 7 או 9, ייתן צו לפתיחת הליכים". בהינתן שסעיף 9 עוסק בהגשת בקשה לפתיחת הליכים על ידי נושה – מקרה שאינו מענייננו – הוראת המחוקק בסעיף 18(א) הרלוונטית למקרה דנן היא כי בהתקיים שני תנאי סעיף 7, הנזכרים לעיל, נדרש בית המשפט של חדלות פירעון לתת צו לפתיחת הליכים, לבקשתו של תאגיד. אם כן, בבוחנו בקשה לפתיחה בהליכי חדלות פירעון לגבי תאגיד, על בית המשפט לבחון את היותו של התאגיד חדל פירעון או את פוטנציאל סיועו של צו לפתיחת הליכים במניעת הגעתו למצב כזה, וכן את שיעור חובותיו של התאגיד – הא ותו לא. ממילא, ככל שבחינה כאמור תוביל את בית המשפט למסקנה לפיה מתמלאים תנאי סעיף 7, עליו להיענות לבקשה ולתת צו לפתיחת הליכים.

29. אל לשון החוק הברורה, לפיה נדרש בית המשפט של חדלות פירעון להיענות לבקשת החברה למתן צו לפתיחת הליכים בהתמלא תנאי סעיף 7, כאמור, מצטרפת כוונת המחוקק כפי שהיא באה לידי ביטוי, למשל, בדברי ההסבר לסעיף 18 לחוק חדלות פירעון:

לפי הדין הקיים יש לבית המשפט שיקול דעת רחב בהחלטה אם לתת צו פירוק לגבי חברה [...]. למתן שיקול דעת רחב לבית המשפט במתן הצו חשיבות רבה. הוא

מאפשר לבית המשפט לתת מענה ייחודי למקרים מורכבים שבהם מתן הצו אינו פתרון מיטבי ולהתאים את ההליך לנסיבות המקרה. ואולם לשיקול דעת רחב זה גם חיסרון משמעותי והוא הפגיעה בוודאות. לוודאות ולקביעתם של כללי משחק ברורים ויציבים ערך רב לפיתוחו של שוק אשראי משוכלל. ודאות משפטית תאפשר לתאגיד ולנותני האשראי שלו לכלכל את צעדיהם בעת מתן האשראי ולתמחרו כראוי. על הדין לאזן בין שני אינטרסים נוגדים אלה. בהתאם לכך, מוצע לקבוע כי הכלל יהיה שאם הוכח לפני בית המשפט שמתקיימים התנאים להגשת הבקשה לצו לפתיחת הליכים, יהיה עליו לתת את הצו. בכך מקדמת ההצעה את עקרון הוודאות (דברי ההסבר להצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ו-2016, ה"ח 6,604-6,620-19 (להלן: דברי ההסבר להצעת חוק חדלות פירעון)).

מדברים אלה נמצאנו למדים, כי בהתקינו את סעיף 18 לחוק חדלות פירעון, המחוקק ביקש לצמצם את שיקול הדעת הרחב שניתן לבית המשפט בדונו בבקשה למתן צו לפתיחת הליכים במסגרת המצב החוקי שהתקיים בטרם תוקן חוק חדלות פירעון (ראו סעיף 263 לפקודת החברות, שבוטל זה מכבר). צמצום זה של שיקול הדעת בא בדרך של קביעת כלל, כנזכר לעיל, לפיו בהתקיים תנאי סעיף 7 – על בית המשפט לתת צו לפתיחת הליכים. המחוקק אומנם קבע חריג אחד לכלל זה בסעיף 18(ב) לחוק חדלות פירעון, אך חריג זה תוחם למקרים בהם בית המשפט "מצא כי מתן הצו כשלעצמו יפגע באפשרות להביא לשיקומו הכלכלי של התאגיד", ועל כן הוא אינו רלוונטי לנסיבות המושא הערעור דין.

30. נוכח האמור, סבורני כי בהוראה שנתן בית המשפט קמא לדירקטור של המערערת להפקיד ערובה להבטחת הוצאות הנאמן בהליך קמא כתנאי למתן צו לפתיחת הליכים ישנו קושי משמעותי, אשר מצדיק את ביטול ההחלטה קמא. בהוראה זו יש כדי ליצור תנאי חדש למתן צו לפתיחת הליכים, וזאת בניגוד לרצונו של המחוקק, כפי שזה עולה מלשונן המפורשת של הוראותיו בנדון ומתכליתן המוצהרת. ממילא, נשמט גם הבסיס לפסק הדין, אשר ניתן על סמך הוראה זו, ומשכך אף דינו להתבטל. המסקנה בדבר ביטול הכרעות אלה של בית המשפט קמא מתחזקת, בהינתן שכפי שיוצג כעת, זו איננה סותמת את הגולל על האפשרות לשפות את הנאמן בגין עבודתו, במקרים המתאימים, בדרך של חיוב החברה המגישה בקשה לפתיחת הליכים בהפקדת ערובה כאמור. בדרך בה ראוי להגיע לתוצאה רצויה זו אדון כעת.

המנגנון המוצע: התניית מינוי הנאמן בהפקדת ערובה לכיסוי הוצאותיו

31. בהינתן הקושי המשמעותי "להציב" את הפקדת הערובה כתנאי לפתיחת הליך חדלות פירעון של חברה, ועל רקע הטעמים החזקים להשתת עלויות עבודת הנאמן על יוזמי ההליך, כמפורט לעיל, סבורני כי הפתרון נעוץ בהצבתה, במקרים המתאימים ובאופן המתאים (ועל כך ראו פסקה 43 להלן) – כתנאי למינוי הנאמן על ידי בית המשפט של חדלות פירעון לפי סעיף 33(א) לחוק חדלות פירעון.

32. ויובהר, על פי חוק חדלות פירעון מינוי הנאמן אומנם אינו חלק מצו פתיחת ההליכים, ואולם, ככלל, זוהי פעולה שעל בית המשפט לבצע עם מתן צו פתיחת ההליכים (ראו סעיפים 25(א)(4) ו-33(א) לחוק). זאת ועוד, ככל שלא ניתן למנות נאמן עם מתן צו פתיחת ההליכים, על בית המשפט למנות נאמן זמני לפי סעיף 34 לחוק. מכאן, שבית המשפט אינו יכול להימנע ממינוי נאמן (ולמצער נאמן זמני), בד בבד עם מתן צו פתיחת ההליכים. עם זאת, אין מניעה שבית המשפט יורה על מינוי הנאמן, תוך התניית תחילת עבודתו בכך שתופקד ערובה להוצאותיו, כפי שמקובל ביחס למינוי נושאי תפקידים אחרים בידי בית המשפט, כדוגמת מינוי מומחה מטעם בית המשפט או בודק בתובענה ייצוגית. "התניית מינוי הנאמן" אין משמעה, אם כך, הצבת הדרישה להפקדת ערובה כתנאי לקביעת זהותו של הנאמן, אלא הצבת הדרישה כתנאי לתחילת פעולתו של הנאמן בתפקיד שהטיל עליו בית המשפט.

33. ככל שלא תופקד הערובה על ידי החברה בהתאם להוראת בית המשפט, הרי שהליך הפירוק לא יוכל להתקדם, ובמקרה זה, לאחר מתן ארכה מתאימה, רשאי בית המשפט להורות על מחיקת צו פתיחת ההליכים. לתוצאה זו ניתן להגיע באמצעות הפעלת ההסדר הכללי לעניין מחיקה מחמת חוסר מעש (ההוראות בעניין מחיקה מחמת חוסר מעש קבועות כיום בתקנה 45 לתקסד"א, והן חלות בענייננו מכוח תקנה 2(א) לתקנות חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ט-2019 (להלן: תקנות חדלות פירעון)), ואולם סבורני כי ניתן להורות עליה גם במישורין מכוח סמכותו של בית המשפט למחוק הליך משלא מולאה הוראה להפקדת ערובה שניתנה על ידו (לסמכות זו, ומקורות אפשריים שלה, השוו: רע"א 7687/18 מדינת ישראל - דשות המסים - מנהל מע"מ לוד נ' מרעב חסן בנייה וסחר בע"מ (15.7.2020) (להלן: עניין מרעב)).

34. מבחינה פורמאלית, מיקום הדרישה להפקדת ערובה בצמוד למינוי הנאמן, גם אם כתנאי לתחילת עבודתו כנאמן, מונעת סתירה עם סעיפי החוק המתווים את התנאים לפתיחת הליך של פירוק חברה. ניתן לטעון, אומנם, כי גם החלטה שיפוטית כזו מצרה את שערי הליך הפירוק הלכה למעשה, באופן שפוגע בתכלית סעיף 18 לחוק חדלות פירעון – צמצום שיקול הדעת השיפוטי ביחס להכנסת חברה בשערי הפירוק לצרכי ודאות ויעילות. אלא שהצרה כזו לא מתנגשת עם הוראות החוק בעניין זה, ובהינתן הצורך הממשי בהסדר שיפתור את הכשל הנדון, וכן לאור התנאים שיפורטו להלן, שרק בהתקיימם תושט ערובה כזו, אין די ב"צרימה" האמורה כדי לדחות פתרון זה. אין ספק, לדידי, כי הקושי העולה מהותרת הנאמן נטול שכר על עבודה שמשרתת את בעלי החברה – חזק וכואב יותר.

35. ומה מקור כוחו של בית המשפט של חדלות פירעון, ישאל השואל, להורות על הפקדת ערובה להבטחת הוצאות הנאמן, כתנאי למינויו? לטעמי, ניתן למצוא מקור זה בתקנות סדר הדין האזרחי, ולמצער בסמכותו הטבועה של בית המשפט. אפרט.

תקנה 2(א) לתקנות חדלות פירעון קובעת כי "תקנות סדר הדין האזרחי יחולו על הליכים בבית המשפט לפי החוק ולפי תקנות אלה, בשינויים המחויבים לפי העניין, אלא אם נקבע אחרת בתקנות אלה". תקנה 92 לתקנות סדר הדין האזרחי מורה כי בית המשפט רשאי להורות "על שכרו והוצאותיו של מומחה מטעם בית המשפט ועל אופן תשלומם" (ההדגשה אינה במקור – ע"ג) (תקנה 92(א)), ובהמשך לכך כי הוא רשאי "להורות בכל עת לבעלי הדין... להפקיד ערובה, להבטחת תשלום שכרו והוצאותיו של המומחה מטעם בית המשפט..." (תקנה 92(ב)). סמכותו של בית המשפט להתנות מינוי בעל תפקיד מטעמו בהפקדת ערובה לכיסוי הוצאותיו מוכרת איפוא בתקנות סדר הדין האזרחי (ובצידה מוכרות גם סמכויות דומות של בית המשפט ביחס להוצאות עדים) (תקנות 63(ב)(8) ו-84 לתקסד"א) וביחס להוצאותיו של נתבע (תקנה 157 לתקסד"א)). בהיעדרו של "שינוי מחויב" המונע את שאיבתה של סמכות זו לענייננו, סבורני כי די בכך כדי להקים את הסמכות הנדרשת להורות על הפקדת ערובה להבטחת תשלום שכרו של הנאמן שמהווה, כזכור, "זרועו הארוכה של בית המשפט" (ראו פסקה 22 לעיל).

אם לא די באמור, הרי שכפי שמפורט בתשובת הממונה, שיטת המשפט שלנו מכירה בסמכותו הטבועה של בית המשפט להשתמש בכלים דיוניים "למען ההגנה על יכולתו התפקודית-מוסדית, להבטחת אי-ניצול לרעה ומניעת אי-צדק בולט", וזאת אף כאשר אלו נעדרים עיגון מפורש ומלא בחוק (פנחס גולדשטיין "הסמכות הטבועה של בית

המשפט" עיוני משפט י 37, 39-42 (1984); וראו גם: ע"א 4845/95 ניר נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(2) 639, 646 (1995); יששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי 227-229 (2015)). על רקע זה, אף העובדה שהתקנות הנזכרות אינן תואמות באופן מלא את המקרה שלפנינו, למשל משום שנאמן איננו "מומחה" (אליו מתייחסת תקנה 92 לתקסד"א), אינה שוללת את ההכרה בסמכות הרצויה. בהינתן הצורך במציאת מקור לשיפוי של הנאמן על עבודתו בהליך הפירוק, הסמכות הנדרשת להתניית מינוי הנאמן בהפקדת ערובה לצורך זה עומדת לבית המשפט של חדלות פירעון, בין אם על סמך תקנות סדר הדין האזרחי הנזכרות ובין אם על סמך סמכותו הטבועה.

36. המערערת גורסת, כזכור, כי קושי נוסף במציאת מקור סמכות להחלטה קמא נובע מכך שתקנות סדר הדין האזרחי מסמיכות את בית המשפט להורות על תשלום ערובה כאמור על ידי בעלי הדין, כאשר החברה, ולא הדירקטור שלה – עליו הטיל בית המשפט את הפקדת הערובה – היא בעלת הדין בענייננו. תשובתי לטענה זו היא כי על פי המודל המוצע, על בית המשפט של חדלות פירעון להטיל את הפקדת הערובה על החברה המגישה את הבקשה למתן צו לפתיחת הליכים, ולא באופן ישיר על יוזם הליך הפירוק. ודוק, הטלת חיוב כאמור על החברה, כאשר ידוע שקופתה ריקה, משמעותו המעשית היא כי יוזם הליך הפירוק (או גורם אחר המעוניין בפירוק החברה) יידרש ליטול על עצמו את הנטל הכלכלי הכרוך בהפקדת הערובה, שכן אם לא יעשה כן הליך הפירוק לא יקודם, וייתכן שאף יתבטל. ואולם, מבחינה משפטית-פורמאלית, אין החובה להפקיד ערובה מוטלת על גורם שאינו צד להליך. כתוצאה מכך, יש במהלך האמור כדי להפחית קשיים אחדים עליהם עומדת החברה, דוגמת הקושי בסוגיית הסמכות כאמור, גם אם במישור הפורמאלי. זה המקום לציין כי בהטלתה של הפקדת הערובה על החברה ניתן מענה אף לטענת המערערת שלפיה השתת החיוב הכספי על דירקטור החברה אינו ראוי משום שהוא "לא היה צד לה ולא נשמע" (פסקה 54 לכתב הערעור), ולטענותיה המבוססות על זיהוי החיוב בהפקדת ערובה כאמור כהרמת מסך (וראו גם פסקה 38 להלן).

האם בנסיבות העניין יש להימנע מיוזמה שיפוטית לנוכח שתיקת המחוקק?

37. משנמנעו מלהוסיף תנאי לפתיחת הליכי חדלות פירעון על ידי תאגיד, ומשנמצא מקור סמכות להתניית מינוי הנאמן בהפקדת ערובה לכיסוי הוצאותיו, דומה כי טענת המערערת העיקרית הניצבת לפתחנו היא כי בהיעדר הסדר מפורש בהוראות החוק לעניין הנדון, על בית המשפט להימנע מלהסדירו על דרך של חקיקה שיפוטית. טענה זו של

החברה נשענת, בעיקרם של דברים, על שני טעמים: מבחינה פורמאלית, נטען כי המחוקק קבע הסדר מפורט לדיני חדלות פירעון בכלל, ולסוגיות הרלוונטיות לענייננו (התנאים לפתיחה בהליך חדלות פירעון לגבי תאגיד וסוגיית שכרו של הנאמן) בפרט, וכי אם נמנע המחוקק מהסדרת הסוגיה הנדונה במסגרת החוקים הרלוונטיים – חוק חדלות פירעון וחוק החברות (בחלקו העוסק בחיובים כספיים אישיים של נושאי משרה) – הרי שיש לראות בכך הסדר שלילי; מבחינה מהותית, נטען כי זהו מסוג הנושאים שלא ראוי להסדיר באמצעות חקיקה שיפוטית, וזאת בעיקר בהינתן טיבם של דיני חדלות פירעון, משום שמדובר בהטלת "חבות כספית חדשה" על צד להליך, כלשון באי-כוח המערערת (פסקה 50 לכתב הערעור), ולאור מורכבותה הנטענת של הסוגיה. מהטעמים שאציג כעת, אין בידי לקבל את טענת המערערת – לא את ראשה הפורמאלי, אף לא את ראשה המהותי.

38. אשר לצידה הפורמאלי של הטענה, הרי שלפי מיטב הכרתי, הסוגיה בה עסקינן עולה כדי חסר הקיים בדין (לקונה) – דהיינו נסיבות אליהן לא התייחס המחוקק בהוראות שקבע – ולא כדי הסדר שלילי. כידוע, שאלת הסיווג של "שתיקת המחוקק" ביחס לסוגיה מסוימת, אם כלקונה ואם כהסדר שלילי, היא שאלה פרשנית (ראו: בג"ץ 5030/22 תנועת רגבים נ' שר הביטחון, פסקה 15 והאסמכתאות המובאות שם (20.8.2023) (להלן: עניין רגבים)). בענייננו, לא מצאתי בטענות המערערת כל ראייה לכך שמכלל ה"ה"ן של הוראות החוק הרלוונטיות – בין אלו שבחוק חדלות פירעון ובין אלו שבחוק החברות – יש לשמוע "לאו" ביחס להתניית מינוי נאמן בהפקדת ערובה, על פי התנאים שיפורטו להלן (ראו: עניין רגבים, בפסקה 15; אהרן ברק פרשנות במשפט כרך א 427, 467-469 (1992) (להלן: ברק)). די אם אתייחס לשלוש נקודות פרטניות לצורך עניין זה.

ראשית, במסגרת הדיון שהתקיים בפנינו, טען בא-כוח המערערת לקיומו של הסדר שלילי הקבוע בסעיפים 231 ו-233(ג) לחוק חדלות פירעון, אשר לגישתו מלמדים על כך שהמחוקק "צפה מצב שבו לא יהיה די בכספי קופת הנשייה" לכיסוי הוצאות ההליך, ובכל זאת בחר להותירן כחוב הממתין לפירעון מנכסי קופת הנשייה (עמ' 1-2 לפרוטוקול הדיון). ואולם, הפוך והפוך בסעיפי החוק האמורים ולא תמצא בהם התייחסות של המחוקק למצב בו אין בקופת הנשייה כל מקור לכיסוי הוצאות הנאמן – לא התייחסות מפורשת, אף לא התייחסות משתמעת. ודוק, הוראת סעיף 233(ג), אותה הזכיר בא-כוח המערערת, מתייחסת למצב בו "אין די בנכסי קופת הנשייה שאינם משועבדים כדי לפרוע את הוצאות הליכי חדלות הפירעון" (ההדגשה הוספה), וברי שמהוראה זו לא ניתן ללמוד על עמדת המחוקק ביחס למצב בו אין כל מקור לכיסוי ההוצאות כאמור. כך בוודאי,

כאשר עסקינן בהחלטה שיפוטית מראש (ex-ante), בטרם מונה הנאמן, שברקעה התופעה הנרחבת והאתגר המערכתי שהיא יוצרת, כמתואר בפסקאות 13, 16-26 לעיל.

הנקודה השנייה, עניינה בטענתם של באי-כוח המערערת כי ההחלטה קמא אינה עולה בקנה אחד עם "דיני הרמת המסך", אשר על פי הנטען אינם מותירים מקום להשתתף חייב על נושאי משרה או בעלי מניות, כפי שנעשה במקרה דנן. כפי שכבר צוין, ניסיון זה אינו יכול להצליח ביחס לדרך הפעולה המוצעת (התניית מינוי הנאמן בהפקדת ערובה), כבר מהטעם שמבחינה פורמאלית המודל המתואר מטיל את החייב בערובה על החברה, ולא על יוזם הליך הפירוק, ולפיכך אינו מהווה כלל התעלמות מ"מסך ההתאגדות". כזכור, על פי המנגנון המוצע החברה היא הנושאת בחובה להפקיד את הערובה, ויוזם הליך הפירוק, כמו גורמים רלוונטיים אחרים, מוזמן לשאת בעלות זו ככל שהוא חפץ בקידום ההליך (והשוו לתקנה 45 לתקנות חדלות פירעון, המורה כי "הוצאות משפט הכרוכות בכל הליך עד למתן צו לפתיחת הליכים יחולו על מי שנקט את ההליך, אלא אם כן ציווה בית המשפט אחרת"; וכן לרע"א 6344/10 הוועדה המקומית לתכנון ובני רמת השרון נ' בלורי בע"מ, פסקה 7 (14.12.2011)). ברי כי מנגנון רצוני כזה אינו שקול ל"הרמת מסך" כפויה.

שלישית, יובהר כי אף תקנות השכר, אשר חלות בהליכי חדלות פירעון גם כיום לאור סעיף 378 לחוק חדלות פירעון, אינן משמיעות הסדר שלילי בנדון דידן (לשימוש בתקנות אלו כנימוק לביסוס עמדת החברה בנדון דנן, ראו: עניין קלינהנדלר, בפסקאות 25-31; עניין ענטופ, בפסקאות 4-6). תקנות השכר אומנם מסדירות את סוגיית שכר הטרחה של הנאמן כבעל תפקיד, ומטבע הדברים שואפות לעשות זאת באופן ממצה. ואולם, כפי שמזכיר הממונה, כבר נפסק כי בית המשפט אינו כבול להסדרים הקבועים בהן בבואו לפסוק את שכרו של נאמן (ראו, למשל, את החלטתו של חברי, השופט דוד מינץ, בפר"ק (מחוזי י-ם) 34085-01-16 מניף שירותים פיננסיים בע"מ נ' עו"ד פני יניב, כונס נכסים (1.11.2016); בקשת רשות ערעור על החלטה זו נדחתה ברע"א 9276/16 מניף שירותים פיננסיים בע"מ נ' עו"ד פני יניב, כונס נכסים (15.12.2016), תוך שנקבע כי אכן ישנם מקרים בהם ניתן וראוי לפסוק שכר טרחה שלא על בסיס המסלולים הקבועים בתקנות השכר). ודוק, הפסיקה האמורה מתייחסת אומנם למסלולי חישוב השכר, ולא למנגנוני הבטחת תשלומם (אשר הם נושא דיוננו), אך נראה שיש בה כדי לשלול עמדה לפיה תקנות השכר מהוות הסדר ממצה ביחס לאופנים בהם מתבצע תשלום שכר הנאמן – תנאי התשלום כמו אופן חישוב השכר (ראו, למשל: עניין ענטופ, בפסקאות 4-5). ברי איפוא, לדידי, כי תקנות השכר אינן סותמות את הגולל על יכולתו של בית המשפט לקבוע

מנגנון חדש להבטחת תשלום שכר הנאמן, דוגמת המנגנון המוצע, כאשר הדבר נצרך לצורך שיפוי של בעל התפקיד בגין עבודתו (צורך שעל פני הדברים אף עולה בקנה אחד עם תכליותיהן של תקנות השכר).

39. לחתימת סוגיה זו, ולנוכח טענות המערערת בעניינה, דומה שאין אלא להוסיף ולהדגיש את המובן מאליו: אף במקרים בהם פועל המחוקק ליצור הסדר מקיף ומפורט, כפי שעשה בהתקינו את חוק חדלות פירעון, נותרות בהסדר זה לקונות (ובלשונו של פרופ' אהרן ברק: "הקודקס שואף לשלמות, אך שאיפה זו אינה ברת השגה במלואה" (ברק, בעמ' 473)); ופשיטא כי כשופטים היושבים על מדין – מחובתנו למלא אותן (על מרכזיותה של פעולה זו במלאכת השיפוט, ראו: ברק, בעמ' 456; יורם דנציגר, יואב פויזנר ורענן בן-ישי "חקיקה שיפוטית בדיני חדלות-פירעון" משפט ועסקים יג 61, 89-86 (להלן: דנציגר, פויזנר ובן-ישי)). על רקע הפירוט שהוצג לעיל, לטעמי אין ספק כי עסקינן במקרה במסגרתו קיים חסר בדין אשר אותו עלינו להשלים.

40. בהמשך לאמור, גם הטעם המהותי עליו סומכת המערערת את טענתה איננו משכנע. ראשית, אף אם נפסק בעבר שכאשר עסקינן בדיני חדלות פירעון נכון, במקרים מסוימים, "להמתין למחוקק" בטרם השלמת חסר בדין (ראו, למשל, ע"א 1689/03 כרטיסי אשראי לישראל בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נח(6) 126, 138-140 (2004); ע"א 10547/05 רשם הקבלנים נ' ש.י.א. רפאל פרויקטים בע"מ, פסקה 30 (9.9.2012)), ברי כי אין פסיקה זו עולה כדי "הלכה פסוקה האוסרת על חקיקה שיפוטית בדיני חדלות פירעון", כדברי המערערת (בסעיף ג.2. לכתב הערעור). ההחלטה האם להשלים את החסר הקיים היא חלק ממלאכת השיפוט, ומשכך היא נתונה, בסופו של יום, לשיקול דעתו של בית המשפט הדן במקרה שלפניו – בענף משפט זה, כמו בכל ענף משפט (ראו, למשל: רע"א 9983/06 כלל חברה לביטוח נ' נס, פסקה 6 (19.8.2008) (להלן: עניין כלל); דנ"א 7980/08 ויניגר נ' נס (15.6.2009); ובאופן כללי: ברק, בעמ' 473, 477; דנציגר, פויזנר ובן-ישי, בעמ' 86-89). יתרה מכך, השלמת הלקונה בענייננו היא לא רק "נסבלת", אלא אף רצויה: ההסדר בו עסקינן מקנה לבית משפט של חדלות פירעון סמכות נוספת, שאינה מפורשת בדין, וזאת בכדי לתת מענה למצב פגום, כמתואר לעיל, אליו לא נתן המחוקק את דעתו. גישה שלפיה אף בהינתן צורך חיוני מעין זה נדרש בית המשפט להמתין לפעולתו של המחוקק, משמעה הגבלת שיקול הדעת השיפוטי באופן שימנע תוצאה רצויה במגוון רחב של מקרים, או יחייב פתרונות שרירותיים (ראו והשוו: עניין כלל, בפסקה 6; חוות דעתי בעניין מרעב).

41. לבסוף, יובהר כי אף הישענותה של המערערת על כך שענייננו, לשיטתה, בהטלת חבות כספית חדשה על נושאי משרה או על בעלי מניות בתאגיד, אינה משנה מהמסקנה האמורה. מעבר לכך שלבית המשפט מוקנה שיקול הדעת אף במקרה כזה, מהטעמים שנזכרו לעיל, אינני מקבל את התמונה שמתארת החברה ביחס למשמעות המנגנון המוצע (ויוזכר, בהקשר זה, כי חלק ניכר מהערעור מופנה למנגנון בו השתמש בית המשפט קמא, ולא למנגנון המתואר בחוות דעת זו). כך, שכן אנו עוסקים בחיוב בהפקדת ערבות (אשר כפי שיובהר להלן, תעמוד, ככלל, על סכום נמוך) על החברה (ורק בעקיפין על יוזם הליך הפירוק) לצורך הבטחת הוצאות הנאמן, ככל שהדבר יידרש, ולא בחבות כספית ישירה ו"מהותית", בעלת תוכן ומשמעות נורמטיביים. ענייננו, אם כן, הוא בתיקונו של מנגנון דיוני חיוני, ולא, כפי שמבקשת המערערת לצייר, בכינונו של הסדר נורמטיבי חדש ודרמטי, המשנה סדרי עולם בהקשרים שונים.

42. סיכומו של דבר, חרף טענותיה של המערערת, לא מצאתי טעמים המצדיקים הימנעות מהשלמה שיפוטית בדמות השימוש במנגנון המוצע בחוות דעת זו, שמטרתו הבטחת הוצאות הנאמן בנסיבות המקרה דנן. כפי שתואר בפסקאות האחרונות: קיימת סמכות שבדין להתניית מינוי הנאמן בהפקדת ערובה להוצאות הנאמן על ידי החברה שבעניינה ניתן צו פתיחת ההליכים (במובן זה שהנאמן שמונה לא יחל פעולתו עד שהערובה תופקד); בחינת סעיפי החוק הרלוונטיים מעלה כי שתיקת המחוקק מגלמת חסר ("לקונה"), וממילא אינה מבקשת לחסום הסדרה שיפוטית של הסוגיה; ואין מדובר במקרה בו קיים טעם מיוחד להימנעות ממילוי החסר הקיים בדברי החוק, אדרבה – קיימים טעמים של ממש למלאו. ודוק, אין משמעותן של קביעות אלו כי לא קיים צורך בהסדרה חוקית מפורשת של הסוגיה דנן. נהפוך הוא, יש לקוות כי המחוקק יידרש לתופעה בה עוסק ערעור זה, ויתקין לה פתרון באמצעות דבר חקיקה. כל שהובהר, איפוא, הוא כי בהיעדר הסדרה כזו של המחוקק, רשאי – ואף חייב – בית המשפט לפעול למילוי החסר הקיים בדין.

התנאים להפקדת הערובה

43. על רקע דיוננו עד כה, אם תשמע דעתי, בית המשפט של חדלות פירעון אשר לו מוגשת בקשה למתן צו לפתיחת הליכים על ידי תאגיד שמאפייניו דומים למאפייניה של המערערת (דהיינו חברה שאינה פעילה, הרשאית להגיש בקשה לצו פתיחת הליכים לפי סעיף 7 לחוק חדלות פירעון, ואשר יש בסיס לחשוש כי נכסיה לא יספיקו לכיסוי הוצאותיו של הנאמן בהליך), יפעל על פי הקווים המנחים שלהלן:

(1) בית המשפט ייתן צו לפתיחת הליכים בהתאם לסעיף 18 לחוק חדלות פירעון, וכן ימנה את הנאמן בהתאם להוראות סעיף 33 לחוק.

(2) ככל שימצא לנכון, רשאי בית המשפט לקבוע כי תחילת פועלו של הנאמן מותנית בהפקדת ערובה על ידי החברה שתשמש לכיסוי הוצאות הנאמן במקרה הצורך. קבע כך בית המשפט, לא יחל הנאמן שמונה בביצוע תפקידו, אלא לאחר שתופקד הערובה להוצאות בהתאם לקביעת בית המשפט.

(3) יודגש, כי דרישה להפקדת ערובה להוצאות כאמור לעיל נתונה לשיקול דעת בית המשפט על פי נסיבותיו הפרטניות של המקרה שלפניו. למען הסר ספק מובהר כי באפשרותו של בית המשפט גם להימנע מדרישה כאמור, ככל שיסבור שאין בכך צורך או ככל שימצא כי קיימות נסיבות אחרות המצדיקות זאת.

(4) מובהר כי בית המשפט רשאי לקבוע ערובה להוצאות, ולהורות כי תחילת פועלו של הנאמן יותנה בהפקדתה, גם בעקבות פנייה של הנאמן לאחר מתן צו פתיחת ההליכים. כן רשאי בית המשפט בכל עת לבטל את דרישת הערובה להוצאות, או לשנותה, כפי שימצא לנכון.

(5) הסכום שיידרש כערובה להוצאות ייקבע בהתאם להיקף הפעולות הנדרשות מהנאמן לצורך יישום תקין של הליכי הפירוק, על פי שיקול דעתו של בית המשפט. יודגש עם זאת כי סכום זה ייקבע בשיעור מתון, שלא יעלה על אלפי שקלים חדשים בודדים, אלא בהינתן קיומה של הצדקה ייחודית לכך (והשוו ל"שכר הבסיס" שנקבע בתקנה 106 ב לתקנות חדלות פירעון לעניין שכר נאמן בהליכי חדלות פירעון של יחידים העומד על 4,730 ש"ח בתוספת מע"מ).

(6) ככל שתחילת פועלו של הנאמן הותנתה בהפקדת ערובה להוצאות, והערובה להוצאות לא הופקדה במועד שקבע בית המשפט, רשאי בית המשפט להורות, לאחר מתן ארכה, על ביטול צו פתיחת ההליכים.

(7) התברר בסופו של ההליך כי אין צורך בכספי הערובה להוצאות, כולם או חלקם, לצורך מימון הוצאות הנאמן, הם יוחזרו לגורם שהפקידם.

44. נוכח כל האמור, אם תישמע דעתי, נקבל את הערעור, במובן זה שנורה כי החלטת בית המשפט קמא – בטלה, ועקב כך בטל גם פסק הדין שניתן בעקבותיה. עוד נורה כי בית המשפט קמא יפעל על פי האמור בפסקה 43 לעיל, ובתוך כך יחייב את החברה להפקיד ערובה להבטחת שכרו של הנאמן כתנאי לתחילת פועלו, בכפוף לשיקול דעתו. לבסוף אציע כי בהינתן התוצאה אליה הגענו לא ייעשה צו להוצאות.



עופר גרוסקופף
שופט

השופט ד' מין:

מסכים אני עם חברי השופט ע' גרוסקופף כי לבית המשפט נתונה הרשות להורות על הפקדת ערובה להבטחת הוצאות הנאמן, אם כי דעתי שונה משלו בכמה היבטים. בעיקר, לשיטתי, בית המשפט רשאי להורות במקרים המתאימים על הפקדת ערובה כתנאי למתן צו לפתיחת הליכים, ולא רק כתנאי למינוי הנאמן.

1. נקודת המוצא לדיון היא כי הוצאות ניהול ההליך, ובכלל זה שכר טרחת בעלי התפקיד (לשם הנוחות, אלו ואלו יכוננו יחדיו להלן: הוצאות ניהול ההליך) הן הוצאות הכרחיות לצורך קיום הליך חדלות הפירעון. לא בכדי הן זוכות מעצם טבען לעדיפות נשייתית; ולא בכדי ניתנת בחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018 (להלן: חוק חדלות פירעון או החוק) קדימות ל"הוצאות הליכי חדלות פירעון", ובכלל זה שכר הנאמן, על פני חובות בדין קדימה (סעיפים 231 ו-233 לחוק חדלות פירעון; וראו בקשר למעמדן של הוצאות ההליך בהליכי פירוק חברות בדין הישן: סעיף 354(ד) לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983; צפורה כהן פירוק חברות כרך ב' 740-733 (מהדורה שנייה, 2016)). הנחת היסוד היא כי דירוגן הגבוה של הוצאות ניהול ההליך בסדר הפירעון, הוא אך מתבקש והכרחי, והוא נועד להבטיח כי תשלומים אלה – הן שכר טרחת בעל התפקיד אשר מוטל עליו לפעול בשקידה ראויה למילוי תפקידיו; והן הוצאות ההליך ההכרחיות והדרושות לצורך ניהולו – אכן ישולמו כסדרן ובמועד שנקבע

לתשלומן (ראו גם: דברי ההסבר להצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ו-2016, ה"ח הממשלה 1027, עמ' 718 (להלן: דברי ההסבר)).

2. אלא מאי, במקרים מסוימים אין די באותה עדיפות נשייתית על מנת להבטיח כי תשלומים אלה אכן ישולמו בבוא העת. כך למשל בנסיבות המקרה שלפנינו, בהן מדובר בחברה חדלת פירעון, בלתי פעילה, הנעדרת זכויות ונכסים כלשהם. השאלה הניצבת לפנינו היא אפוא האם רשאי בית המשפט להורות, במקרים כגון אלו, על הפקדת ערובה להבטחת הוצאות אלו כתנאי לפתיחת ההליך? לטעמי התשובה לשאלה זו היא חיובית.

3. סבור אני, בשונה מעמדת חברי השופט גרוסקופף, כי אין בהוראות סעיף 18 לחוק כדי לשלול קיומה של סמכות להורות על הפקדת ערובה להבטחת הוצאות ניהול ההליך. אינני סבור, כי יש לראות בהוראת סעיף 18 לחוק כהוראה המאיינת חסמים או תנאים פרוצדורליים-דיוניים אחרים. ואסביר.

4. המחוקק הכתיב בגדרי סעיף 18 לחוק מהם תנאי הכניסה להליך שעל חברה לעמוד בהם כדי שיוכל להינתן לגביה צו לפתיחת הליכים. תנאים אלה מתייחסים למאפיינים המהותיים המרכזיים של הליך חדלות הפירעון, כהליך שבמרכזו עומדת חברה שאינה יכולה לשלם את חובותיה במועד, ומטרותיו השאת שיעור החוב שייפרע לנושים ושיקומה הכלכלי (וראו: סעיפים 1 ו-2 לחוק חדלות פירעון). על כן התנאים שנקבעו בסעיף 18 לחוק כוללים הידרשות למצבה הכלכלי של החברה ובכלל זה להיקף חובותיה. במסגרת זו, על בית המשפט לבחון אם החברה חדלת פירעון או שהצו יסייע למנוע את חדלות פרעונה (סעיף 7(א)(1) לחוק) וכן את סך חובותיה, אם עולים הם על הסך הנקוב בסעיף 7(א)(2) לחוק. בזיקה לתכלית הליך חדלות הפירעון, קובע סעיף 18(ב) לחוק כי בית המשפט רשאי לדחות את הבקשה אם מצא שמתן הצו יפגע באפשרות שיקומה של החברה, בין היתר בהתחשב באפשרות כי תיגרם פגיעה בנושים וביכולתה הכלכלית של החברה. אכן, כפי שציין חברי, בהפנותו לדברי ההסבר, קביעת תנאים ברורים אלה נועדה להביא לקידום הוודאות והמשפטיות והיציבות באופן המיטיב עם חיי הכלכלה. כך גם לפי דברי ההסבר: "לוודאות ולקביעתם של כללי משחק ברורים ויציבים ערך רב לפיתוחו של שוק אשראי משוכלל. ודאות משפטית תאפשר לתאגיד ולנותני האשראי שלו לכלכל את צעדיהם בעת מתן האשראי ולתמחרו כראוי" (עמ' 620).

5. אם כן, בגדרי סעיף 18(א) לחוק בחר המחוקק להתוות תנאי כניסה מהותיים להליך, והסייג להם (הקבוע בסעיף 18(ב)) לצידם. תנאים אלה כאמור קשורים בקשר

מהותי לתוכנו ולתכליתו של הליך חדלות הפירעון. ברם, לא ניתן ללמוד מעצם העובדה שהמחוקק בחר להתוות תנאי כניסה מהותיים להליך לשם קידום הוודאות המשפטית והיציבות, כי המחוקק ביקש לוותר או לאסור על קביעת תנאי כניסה דיוניים. אף כי ההבחנה בין הפרוצדורה למהות איננה חדה בהכרח (וראו למשל: איסי רוזן-צבי "פרוצדורה ומהות: חשיבה מחודשת על קטגוריות ישנות" משפט, חברה ותרבות 45 (2014)), במקרה זה היא מסייעת לחידוד ההבחנה הבסיסית בין ההסדרים השונים. לצד הדין המהותי, הבא לידי ביטוי בענייננו בהוראת סעיף 18 לחוק המכתיבה את התוכן המהותי הנחוץ לצורך כניסה להליך; הוראות דין אחרות (אשר יפורטו להלן) מכתיבות כללים דיוניים אשר מהווים אף הם "שער כניסה" להליך. אין מלכות נוגעת בחברתה.

6. כך למשל, לפי תקנה 3(5) לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007 (להלן: תקנות האגרות) ולפרט 10א לתוספת לתקנות האמורות, בקשה למתן צו לפתיחת הליכים בעניינה של חברה כרוכה בתשלום אגרה בסך של 1,561 ש"ח. אם לא תשולם האגרה, לפי הוראת סעיף 2(ג) לתקנות האגרות, "לא ייזקק" בית המשפט להליך. מדובר בתשלום חובה המוטל על המגיש בקשה למתן צו פתיחת הליכים, כמו על כל מתדיין בהליך אחר המתנהל בבית המשפט, בהתאם לתקנות האגרות. התכליות העומדות בבסיס דרישה זו לשאת בתשלום אגרת בית משפט, הן כידוע גילום השתתפות חלקית של ציבור המתדיינים בעלות ההליך המשפטי כנגד השירות המתקבל ממערכת המשפט; ויצירת תמריץ שלילי לשימוש לרעה בהליכי משפט, לנקיטת הליכי סרק ולמניעת הגשת תביעות בסכומים מופרזים (רע"א 4014/10 מונדז נ' שבטאי בירן, רו"ח, פסקה 9 (21.9.2010); רע"א 9567/08 כרמל אולפנינס בע"מ נ' תעשיות אלקטרוכימיות 1952 בע"מ (בפירוק), פסקה 19 (5.1.2011); רע"א 3106/16 עו"ד יעקב כהן – המפרק הקודם לקלרין טבריה חברה לבניין בע"מ (בפירוק) נ' עו"ד איתן ארז – מפרק קלרין טבריה חברה לבניין בע"מ (בפירוק), פסקה 18 (30.11.2017); אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 1653-1651 (מהדורה 13, 2020)). בהתחשב בתכליות אלה, ובזכות הגישה לערכאות הניצבת מנגד, יצר מחוקק המשנה הסדר ברור לעניין האגרה בתקנות האגרות. בתוך כך נקבעה בתקנות האגרות החובה לתשלום אגרה לגבי כל הליך (כאמור, בתקנה 2); נקבעו העניינים ובעלי הדין הפטורים מאגרה באופן סטטוטורי (תקנות 19 ו-20); ונקבעו התנאים למתן פטור מתשלומה בתנאים מסוימים (תקנה 14). על פי תקנות האגרות, על בעל הדין הנוקט אפוא הליך משפטי לשלם אגרה כמפורט בתקנות. מדובר בחסם דיוני משמעותי, שכן אם לא תשולם האגרה, ההליך שנקט יימחק.

7. כאמור, גם בבקשה למתן צו לפתיחת הליכים המוגשת על ידי חברה, על יוזם ההליך לשאת בתשלום האגרה. שאם לא כן, ההליך יימחק. ויוער, מחוקק המשנה מצא לנכון לחייב את מגיש הבקשה למתן צו לפתיחת הליכים בתשלום אגרה אף כי לא כל הרציונלים שנמנו לעיל רלוונטיים במקרה מעין זה, וביניהם הרציונל שעניינו מניעת הגשת תביעה בסכומים מופרזים. שכן, הליך חדלות פירעון הוא הליך שלא עומדת במרכזו תביעה כספית לסכום מסוים ועל כן אין בקביעת חובת תשלום אגרה (הנקבעת באופן יחסי לסכום התביעה בהליך אזרחי "רגיל") כדי לאיין חשש כזה. ברם, מחוקק המשנה לא ויתר על חסם דיוני זה, גם בהליך חדלות פירעון.

8. האם ניתן לומר אפוא כי מחיקת בקשה למתן צו לפתיחת הליכים בשל אי-תשלום אגרה אינה בסמכותו של בית המשפט משום שהדבר אינו מוזכר כ"תנאי" אחד מתנאי סעיף 18 לחוק? פשיטא שלא כך הדבר. האם יש בכך כדי לפגוע באותם עקרונות של ודאות משפטית ויציבות אותם ביקש המחוקק לקדם בחקיקת סעיף 18 לחוק? ברור שלא. המחוקק שהסדיר בחקיקת סעיף 18 את תנאי הכניסה להליך, לא ביקש לפגוע או לבטל הסדרים מסוג זה כגון חובת תשלום אגרה.

9. כך גם, בחקיקת סעיף 18 לא ביקש המחוקק לבטל הסדרים אחרים הקבועים בתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: "התקסד"א) אשר חלות לפי תקנה 2(א) לתקנות חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ט-2019, בשינויים המחויבים לפי העניין, אלא אם נקבע אחרת. בתוך כך, כפי שגם ציין חברי, קובעת תקנה 92(ב) לתקסד"א כי בית המשפט רשאי להורות לבעלי דין להפקיד ערובה להבטחת תשלום שכרו והוצאותיו של מומחה מטעם בית משפט; וכן קובעת תקנה 157(א) לתקסד"א כי "בית המשפט רשאי, אם נראה לו הדבר, לצוות על תובע לתת ערובה לתשלום הוצאותיו של נתבע" (תקנה כמעט זהה לתקנה 519 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 בדין שקדם לתקסד"א). תכליתה של ערובה בהקשר זה, היא למנוע הגשת תביעות סרק ולהבטיח תשלום הוצאותיו של הנתבע (וראו: ע"א 2877/92 אל לטיף נ' מורשת בנימין למסחר ולבניה (קרני שומרון) בע"מ, פ"ד מז(3) 846, 850 (1993); רע"א 2146/04 מדינת ישראל נ' עזבון המנוח באסל נעים אברהים, פ"ד נח(5) 865 (2004); רע"א 10376/07 ל. נ הנדסה ממוחשבת בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פסקה 8 (11.2.2009); רע"א 5740/15 אברבון נ' Otkritie International Investment Management Ltd, פסקה י (10.9.2015)).

10. אכן, בפסיקת בית משפט זה הודגש כי יש מקום לנקיטת גישה זהירה ומתונה ביחס לסמכות להתנות את זכותו של תובע בהפקדת ערובה, נוכח האיזון הנדרש מול

הפגיעה האפשרית בזכות הגישה לערכאות (רע"א 3601/04 ו'נצ'ון נ' מדינת ישראל – מנהלת ההגירה/משטרת ישראל, פסקה 8 (18.10.2007); רע"א 5738/13 אבו סעלוק נ' שירותי בריאות כללית, פסקה 6 (14.11.2013); רע"א 2142/13 נעמאת נ' קרמין, פסקה 7 (13.11.2014); רע"א 1007/08 עזבון המנוח עלי ג'אליה נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (31.1.2010); רע"א 6353/12 אברהם נ' יגרמן, פסקה 5 (16.1.2013)); ברם המחוקק ראה לנכון לקבוע הוראה מיוחדת לעניין הפקדת ערובה כאשר מדובר בהליך המוגש על ידי חברה בע"מ, המבטאת נקודת איזון שונה. כך בסעיף 353א לחוק החברות, התשנ"ט-1999 נקבע כי ככלל, יש לחייב חברה בהפקדת ערובה להבטחת תשלום הוצאות, לבקשת נתבע, והימנעות מחיוב כאמור היא החריג, השמורה למקרים בהם סבר בית המשפט כי "נסיבות העניין אינן מצדיקות את חיוב החברה [...] בערובה" או אם "החברה הוכיחה כי יש ביכולתה לשלם את הוצאות הנתבע אם יזכה בדין". שני חריגים אלה פורשו בפסיקה בצמצום, כאשר הנחת היסוד היא כי הנטל להוכחת קיומן של נסיבות המצדיקות שלא לחייב את החברה בהפקדת ערובה, מוטל על החברה (רע"א 9618/11 ארט יודאיקה בע"מ נ' ג. טלי עד שינוע בע"מ, פסקה 6 (29.12.2011); רע"א 237/19 כוכב היובל בע"מ נ' אל-הר הנדסה ובנין בע"מ, פסקה 5 (16.1.2019); רע"א 537/19 ניסקו חשמל ואלקטרוניקה בע"מ נ' אלקטרולייט שיווק (1994) בע"מ, פסקה 10 (14.2.2019) (להלן: עניין ניסקו); רע"א 7687/18 מדינת ישראל – רשות המסים – מנהל מע"מ לוד נ' מרעב חסן בנייה וסחר בע"מ, פסקאות 12-13 (15.7.2020) (להלן: עניין מרעב)). ברירת מחדל זו שקבע המחוקק לגבי חברה, לעניין הפקדת ערובה, נולדה על רקע כך שהמחוקק אינו רואה בעין יפה "הגשת תובענה ללא ערובה, שבה התובעת, שהיא חסרת יכולת כספית, מסתתרת, כביכול מאחורי האישיות המשפטית שלה כדי להימנע מתשלום הוצאות" (רע"א 544/89 אויקל תעשיות (1985) בע"מ נ' נילי מפעלי מתכת בע"מ, פ"ד מד(1) 647, 650 (1990); רע"א 10905/07 נאות ואזיס מלונות בע"מ נ' זיסר, פסקה 6 (13.7.2008); עניין מרעב, פסקה 13). דברים אלה רלוונטיים אפוא, בשינויים המחויבים, גם לענייננו.

11. אוסיף כי גם התנאים המהותיים שנקבעו בסעיף 18 לחוק, שמשמעותם צמצום שיקול הדעת של בית המשפט, אין בכוחם להביא לאיון שיקול הדעת השיפוטי. בית המשפט אינו "חותמת גומי", וגם בעת בחינת כניסתה של חברה להליך, עליו להפעיל שיקול דעת מהותי וקפדני. בתוך כך, אין משמעותו של סעיף 18 לחוק כי בית המשפט מנוע מלעשות שימוש בכלים אחרים הנתונים לו מכוח עקרונות כלליים נוספים החולשים על מערכת המשפט כולה. כך למשל עיקרון תום הלב שמשמעותו כי בעל זכות צריך להפעיל את זכותו ביושר ובהגינות (ע"א 2643/97 גזן נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385, 400 (2003)), בוודאי בהליך חדלות הפירעון עליו "חולש" עיקרון תום

הלב ביתר שאת נוכח הפגיעה המובנית הצפויה בנושים בגדרי ההליך (וראו לעניין יחיד: ע"א 1193/21 רחמני נ' כונס הנכסים הרשמי, פסקאות 4-5 (3.5.2021); ע"א 7375/18 גל נ' מוטי בן ארצי, עו"ד, פסקאות 12-14 (2.10.2019) בו גם נאמר כי "עיקרון תום הלב ימשיך לשמש תמרור מנחה בבחינת בקשותיהם של חייבים"; ע"א 6892/18 רפאל נ' עו"ד יעקב זיסמן – מנהל מיוחד, פסקה 9 (18.12.2019); וראו גם: סעיף 15 לחוק). זאת לצד הכלל האוסר על שימוש לרעה בהליכי משפט הבא לידי ביטוי בין היתר בגדרי סמכותו של בית המשפט למחוק על הסף תובענה "טרדנית או קנטרנית" (תקנה 41(א)(2) לתקסד"א).

12. על כן, אף מבלי להידרש לשאלה אם די בהכרה ב"סמכותו הטבועה" של בית המשפט לצורך חיוב יוזם הליך בהפקדת ערובה (וראו למשל: ע"א 732/80 ארנס נ' "בית אל – זכרון יעקב", פ"ד לח(2) 645, 658-661 (1984); וכן ראו לעניין סמכותו הטבועה של בית המשפט לחיוב בהוצאות גם מי שאינו בעל דין: ע"א 4845/95 שמחה ניר, עו"ד נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(2) 639 (1995)), לדעתי קיימות בנמצא כאמור די והותר הוראות המקנות סמכות לבית המשפט לחייב יוזם הליך בהפקדת ערובה להבטחת הוצאות ניהול ההליך, שאין בכוחו של סעיף 18 לחוק לפגוע בהן.

13. כפועל יוצא מהאמור לעיל, לשיטתי גם אין מקום להבחנה שערך חברי בין שלב מתן הצו לפתיחת הליכים לבין שלב מינוי הנאמן, כאשר לשיטתו מתן הצו לפתיחת הליכים אינו צעד הנתון לשיקול דעת בית משפט, ועל כן אין מקום ליצירת "תנאי חדש" בשלב זה; אולם אינו מוצא בעייתיות בהתניית מינוי הנאמן בהפקדת ערובה. זאת על שום שלפי החוק, מינוי נאמן נמנה בגדר "התוצאות" של מתן הצו לפתיחת הליכים. וכך קובע סעיף 25 שכותרתו "תוצאות צו לפתיחת הליכים":

- (א) עם מתן צו לפתיחת הליכים –
- (1) נכסי קופת הנשייה יעמדו לפירעון חובות העבר של התאגיד והוצאות הליכי חדלות הפירעון, בלבד;
 - (2) לא ייפרעו חובות העבר של התאגיד מנכסי קופת הנשייה אלא לפי הוראות חוק זה;
 - (3) יוקפאו ההליכים נגד התאגיד לפי הוראות פרק ה'; הקפאת הליכים;
 - (4) בית המשפט ימנה נאמן ליישום הליכי חדלות הפירעון של התאגיד לפי הוראות פרק ו': הנאמן – מינוי, תפקידו וסמכויותיו.

אכן, מינוי נאמן הוא פעולה שעל בית המשפט לעשות, ולא פעולה הנכנסת לתוקף עם מתן הצו, כיתר ה"תוצאות" המפורטות בסעיף 25(א) האמור. ברם, לא בכדי

המחוקק מנה פעולה זו כאחת מ"תוצאות" הצו (ראו גם דברי הסבר, עמ' 625). היינו, מינוי נאמן הוא צעד מתחייב והכרחי כפועל יוצא ממתן הצו לפתיחת הליכים, והוא אינו מסור לשיקול דעת. ממילא, שעה שמדובר בהליכים הכרוכים זה בזה, קשה בעיני עמדת חברי כי התניית מתן הצו לפתיחת הליכים בהפקדת ערובה אינה באה בחשבון על רקע העובדה שמדובר בעניין מעין "אוטומטי" לשיטתו; אולם אינו מוצא פסול בהתניית ההוראה לעניין מינוי נאמן, שהיא פעולה "אוטומטית" אף יותר (שכן המחוקק לא סייג אותה בכל סייג, בניגוד לסייג הקבוע בסעיף 18(ב) לעניין מתן צו לפתיחת הליכים). חברי אמנם אינו מתעלם מכך, בציינו בפסקה 32 לחוות דעתו כי "התניית מינוי הנאמן" הלכה למעשה משמעותה "הצבת הדרישה כתנאי לתחילת פעולתו של הנאמן" (ההדגשה אינה במקור) ולא מינוי הנאמן כשלעצמו. כך שבית המשפט אכן יורה על מינוי הנאמן כדרישת המחוקק, אך יקבע כי תחילת עבודתו תחל רק לכשתופקד הערובה. ברם, פתרון מעין זה יכול היה חברי ליישם גם לעניין מתן הצו לפתיחת הליכים. היינו, אם כמצוות המחוקק וכשיטת חברי אין מנוס ממתן צו לפתיחת הליכים לפי הוראת סעיף 18 לחוק, ניתן היה לומר כי בית המשפט יורה על מתן הצו, אולם יתנה את תחילת "יישומו בפועל" בהפקדת ערובה.

מכל מקום, לעמדת מתן אפשרות להורות על הפקדת ערובה אינה בבחינת הכרח בל יגונה או כורח המציאות בהינתן מציאת צורך ממשי להתמודדות עם "כשל" כפי זה שתיאר חברי (למשל בפסקה 34 בחוות דעתו). מדובר בכלי דיוני ברור העומד לרשות בית המשפט במקרים המתאימים לשם, בין היתר, הבטחת תקינות ההליך והבטחת הוצאותיו.

14. ומהכלל אל הפרט. אינני רואה אפוא כל קושי בחיובו של יוזם הליך (קל וחומר כאשר מדובר בחברה) בהפקדת ערובה להבטחת הוצאות ניהול הליך במקרים כגון אלה, כאשר, כפי שציין בית המשפט המחוזי עולה כי הטעם היחידי העומד מאחורי הבקשה הוא רצונו של הדירקטור להימנע מהטלת עיצומים אישיים כלפיו. הכלי שעניינו הפקדת ערובה, נועד לאפשר מנגנון פשוט להבטחת תשלום ההוצאות, ודאי בנסיבות שבהן מדובר בחברה המעוררות מעצם טיבה קושי נוכח מאפייניה הבסיסיים של אישיות משפטית זו. בענייננו, כאשר הקופה ריקה, נכסים – אין, ובית המשפט התרשם כי נדרש מנגנון נוסף (מעבר למנגנון הקדימות הנשייתית) על מנת להבטיח כי הוצאות ניהול ההליך ישולמו, אין כל פגם ביישום דרישה זו.

15. בהקשר זה אוסיף כי המערערת מרחיקה לכת בטענה כי חיובו של יוזם ההליך, דירקטור בחברה שהוא גם בעל מניות בה, בהפקדת ערובה, עולה כדי "הרמת מסך", שהוא סעד קיצוני שאין מקום לנקוט בו. זאת מפני שערובה להבטחת הוצאות יכולה ללבוש פנים שונות, כגון ערבות בנקאית או אישית, לרבות ערבות אישית של בעל מניות או נושא משרה (וראו למשל החלטת חברי בעניין ניסקו, פסקה 12). טיבה של הערובה יבחן בכל מקרה לגופו, בהתאם לשיקול דעת בית המשפט, ואין פגם במתן הוראות בהקשר זה לבעל מניות או נושא משרה, במקרים המתאימים (והשוו להידרשות לעניינם של בעלי מניותיה ומנהליה של חברה לגבי בקשה לפטור מתשלום אגרה או מהפקדת ערובה: רע"א 6344/10 הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת השרון נ' בלורי בע"מ, פסקה 7 (14.12.2011); ער"א 6716/21 פלונית נ' פקיד שומה רחובות, פסקה 4 (20.10.2021); ער"א 2598/22 י.ב. שיא משאבים בע"מ נ' רשות המיסים, פסקה 2 (26.4.2022)). ודאי שלא נפל פגם במקרה זה בו כאמור מדובר בבקשה שהמניע היחיד העומד מאחוריה הוא אינטרס אישי של יוזם ההליך.

סופו של יום, לעמדתי לא נפל כל פגם בהחלטת בית המשפט שהורה כי על יוזם ההליך להפקיד סכום מתון ביותר בסך של 2,500 ש"ח להבטחת הוצאות ניהול ההליך.

אם דעתי תשמע אפוא, נדחה את הערעור באופן שבו החלטת בית המשפט ופסק הדין שניתן בעקבותיה המוחק את ההליך, יעמדו על כנם.



דוד מינץ
שופט

השופט י' כשר:

1. הגם שלפי חוות דעתו של חברי השופט ע' גרוסקופף דין הערעור להתקבל במובן זה שהתיק יוחזר לבית המשפט קמא; ואילו לפי חוות דעתו של חברי השופט ד' מינץ דין הערעור להידחות – הפער שבין עמדותיהם לגופם של דברים הינו צר: שני חבריי מסכימים כי התשובה לשאלת הרוחב שהועמדה לפתחנו בערעור דנן, הינה כי ניתן לחייב תאגיד היוזם הליכי חדלות פירעון בעניינו, בהפקדת ערובה להבטחת הוצאות הנאמן,

כתנאי לקידום הליכי חדלות פירעון, בנסיבות מסוג הנסיבות שהיוו את הבסיס להחלטה נשוא הערעור.

המחלוקת שבין חבריי מתמקדת אפוא בשאלה האם בית המשפט של חדלות פירעון יכול להורות כאמור כתנאי למתן צו לפתיחת הליכים (כגישתו של השופט מיינץ) או רק כתנאי לתחילת פועלו של הנאמן, לאחר שניתן צו לפתיחת הליכים ומונה נאמן (כגישתו של השופט גרוסקופף).

במחלוקת זו, מצרף אני את דעתי לדעתו של השופט מיינץ, הגם שהנמקתי לכך מעט שונה מזו שלו. אבהיר:

2. גישתו של השופט גרוסקופף מבוססת על ההשקפה לפיה הוראת סעיף 18(א) לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018 (להלן: חוק חדלות פירעון או החוק), על ההפניה שבה להוראת סעיף 7 לחוק, יוצרת הסדר שלילי שאינו מאפשר להתנות את מתן הצו לפתיחת הליכים כתנאי נוסף כלשהו. מכאן עמדתו שההתניה לעניין המצאת ערובה להבטחת הוצאות הנאמן, יכולה להיעשות רק לאחר מתן הצו לפתיחת הליכים, לאחר מינוי נאמן וכתנאי לתחילת פועלו של הנאמן שמונה.

לעומת זאת, גישתו של השופט מיינץ מבוססת על הבחנה בין הוראות מהותיות לבין הוראות דיוניות ועל ההשקפה לפיה הוראת סעיף 18(א) לחוק חדלות פירעון יוצרת הסדר שלילי בהקשר המהותי ולא בהקשר הדיוני. משכך, והואיל שהחיוב בערובה להוצאות הינו בתחום הדיוני, עמדתו של השופט מיינץ הינה שבית המשפט מוסמך להורות על המצאת ערובה כאמור כתנאי למתן הצו לפתיחת הליכים.

ברם, דומה כי אימוץ ההבחנה בין מהות לפרוצדורה, לענייננו, יוצרת קושי (מעבר לקשייה ה- "רגילים" של הבחנה זו, עליהם עמד השופט מיינץ בחוות דעתו). בחוות דעתו, עומד השופט מיינץ על כך שעקרון תום הלב חל גם בהליכי חדלות פירעון, ומציין כי על בסיס עקרון זה רשאי בית המשפט של חדלות פירעון שלא להוציא תחת ידו צו לפתיחת הליכים כאשר הוא מגיע למסקנה שהבקשה הוגשה שלא בתום לב ותוך ניצול לרעה של הליכי בית משפט (ראו בפסקה 11 לחוות דעתו). עמדתו של השופט מיינץ לעניין תחולת עקרון תום הלב, כאמור לעיל, מקובלת כמובן גם עליי, אלא שספק רב אם סיווגו הנכון של עקרון תום הלב הינו דווקא ככלל דיוני ולא ככלל מהותי.

האמור לעיל מלמד, לדעתי, גם על קושי בגישתו של השופט גרוסקופף: אני מניח כי גם השופט גרוסקופף יסכים כי אם וכאשר בית המשפט מגיע למסקנה שהבקשה למתן

צו לפתיחת הליכים הוגשה שלא בתום לב ותוך ניצול לרעה של הליכים, מוסמך הוא לדחות את הבקשה. ברם, משמעות עמדה זו הינה כי יש להכיר בקיומו של חריג לגישה לפיה סעיף 18(א) לחוק חדלות פירעון מחייב את בית המשפט להוציא צו לפתיחת הליכים בהתקיים תנאי סעיף 7 לחוק ויוצר הסדר שלילי לגבי כל מכשיר משפטי אחר. ואם כך הוא, מה ההבדל העקרוני בין הכרה בסמכותו של בית המשפט שלא ליתן צו לפתיחת הליכים בשל חוסר תום לב בהגשת בקשה, למרות שדרישת תום הלב אינה מוזכרת בסעיף 7 לחוק, לבין התניית הוצאתו של הצו בהפקדת ערובה להוצאות הנאמן?

3. לשיטתי, סעיף 18(א) לחוק חדלות פירעון יוצר הסדר שלילי, בהקשר מסוים – התנאים במישור חדלות פירעון למתן צו לפתיחת הליכים – ובהקשר זה בלבד. זאת מהטעם שיוסבר להלן.

השופט גרוסקופף מפנה לדברי ההסבר בהצעת החוק לנוסחו של סעיף 18(א) לחוק חדלות פירעון, בהם צוין כי הגדרת תנאים ברורים אשר בהתקיימם נדרש בית המשפט ליתן צו לפתיחת הליכים, נועדה ליצור וודאות. לשיטתי, דברים אלו יש לקרוא יחד עם דברי ההסבר, בהצעת החוק, לסעיף 7 לחוק, מהם ניתן ללמוד מהי אותה סוגיה שבהקשרה ביקשה המחוקק להגביר את הוודאות:

”נציין כי סעיף 350ב(1) לחוק החברות קובע כי בית המשפט רשאי להורות על הקפאת הליכים ולפתוח בהליכי הבראה אם שוכנע כי יהיה בכך כדי לסייע להבראת החברה. ההגדרה בחוק החדש מבוססת על הגדרה זו אך מנוסחת באופן מצמצם יותר, כך שאין די בכך שיש בהליכים כדי לסייע לשיקומו של התאגיד אלא יש צורך להראות כי ההליכים נדרשים למניעת חדלות הפירעון של התאגיד. ההוראה המוצעת יוצרת איזון ראוי יותר בין החשיבות שבמתן אפשרות לשימוש בכלים הייחודיים שמעניקים הליכי חדלות הפירעון ובכללם הקפאת ההליכים לשם שיקום התאגיד, לבין הפגיעה בנושים שהליכים אלה יוצרים.”

לדעתי, הוראות סעיפים 18(א) ו-7 לחוק יוצרות הסדר חוקי מדויק ומתוחם לגבי השאלה מה צריך להיות מצבו הכלכלי של תאגיד כדי שיוכל לפנות בבקשה למתן צו לפתיחת הליכים – על התאגיד להיות במצב של חדלות פירעון או שהצו נדרש כדי למנוע את חדלות פירעונו, ועל סך חובותיו לעלות על סכום הנקוב בדין – לא יותר ולא פחות (לדיון מעמיק בהקשר זה ראו: דוד האן, דיני חדלות פירעון, 239-249 (מהדורה שנייה, 2020)).

על כן, עמדתי היא שסעיף 18(א) לחוק אינו יוצר הסדר שלילי אלא בהקשר דלעיל בלבד.

התוצאה היא שסמכותו של בית המשפט להורות על הפקדת ערובה להוצאות הנאמן אינה נשללת בהוראת סעיף 18(א) לחוק, כך שבית המשפט מוסמך להורות על הפקדת ערובה כאמור, בנסיבות המתאימות, כתנאי למתן צו לפתיחת הליכים.

למען הסר ספק, בכפוף לאמור, הנמקותיו ומסקנותיו של השופט גרוסקופף, בחוות דעתו המעמיקה, מקובלים עליי.



יחיאל כשר
שופט

הוחלט ברוב דעות (השופטים ד' מינץ ו-י' כשר), נגד דעתו החולקת של השופט ע' גרוסקופף, לדחות את הערעור.

ניתן היום, כ"ז חשוון תשפ"ה (28 נובמבר 2024).



יחיאל כשר
שופט



עופר גרוסקופף
שופט



דוד מינץ
שופט