

פרק ג'1:

כונס הנכסים - כללי

כינוס נכסים הינו מונח כולל למיגוון של סעדים אשר אופייים ותוכנם המשפטיים משתנים בהתאם להקשר החקיקתי שהם מופיעים בו ובהתאם לסוג הנכסים שהכונס מופקד עליהם... המיוחד בהליכים אלו והמיוחד אותם הוא, שבכולם מתמנה אדם מטעם בית-המשפט או 'רשות מוסמכת אחרת'... לביצוע משימות שונות.¹ מינוי כונס נכסים על-ידי בית-משפט יכול שיהא בתחומים מגוונים, על-כן, יש לבדוק מתוקף איזה חוק מונה הכונס על-מנת להבין את מכלול הסמכויות, חובות וזכויות הכונס בכל מקרה לגופו. כפי שכבר קבע כב' השופט טירקל ברע"א 9911/01²: "אקדים ואומר כי אופיו ותוכנו המשפטי של הסעד של

כינוס נכסים משתנה לפי ההקשר החקיקתי שבו מופיע המונח ולפי סוגי הנכסים שעל כינוסם מופקד כונס הנכסים (לדוגמה: כונס נכסים לפי תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: "תקנות סדר הדין האזרחי"); כונס נכסים לפי חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967 (להלן: "חוק ההוצאה לפועל"); כונס לפי פקודת המיסים (גביה); כונס לפי פקודת החברות (נוסח חדש); כונס נכסים לפי פקודת השותפויות (נוסח חדש) ועוד". בחיבור זה נתמקד במינוי כונס נכסים על-פי פקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983. תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 וחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967.³

1. כונס נכסים בפקודת החברות

להלן נבחן את הוראת סעיף 194 לפקודת החברות על פיו: "מקום שאיגרות חוב מובטחות בשיעבוד צף, בשיעבוד הון שטרם נדרש תשלום, בדרישות תשלום שטרם נפרעו או במוניטין, אין לאכוף את זכויותיהם של בעלי איגרות החוב לגבי השיעבוד אלא ברשות בית-המשפט; ואם הוגשה לבית-המשפט בקשת אכיפה, רשאי בית-המשפט ליתן כל סעד שאפשר לקבלו על-פי בקשה כאמור בבית-המשפט באנגליה, כולל מינוי כונס ומתן צו למכירת הנכסים

סימן ו' בפרק ח' בפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983 (להלן: פקודת החברות), בסעיפים 194-201 לפקודה, עוסק במינוי של כונס נכסים על-מנת לאכוף איגרת חוב מובטחת בשיעבוד צף. המדובר בסעד לצורך מימוש יעיל של בטוחה שניתנה לבעל חוב. סעיף 272 לפקודה עוסק אף הוא במינוי כונס, ובו נדון מינויו של הכונס הרשמי לכונס נכסים.⁴

1. ע"א 447/92 רות נ' אינטרקונטיננטל קרדיט קורפוריישן, פ"ד מט(2) 102, 109.
2. רע"א 9911/01 טלפז תדלוק והשקעות בע"מ נ' פז חברת נפט, פ"ד נו(6) 550.
3. חוקים נוספים בהם מופיע מינוי כונס הם פקודת פשיטת הרגל (נוסח חדש), התש"ס-1980 - ראה ע"א 4892/91 שבתאי אשכנזי נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד מח(1) 45; פקודת השותפויות (נוסח חדש), התשל"ה-1975; חוק הבוררות, התשכ"ח-1968; פקודת המיסים (גביה); חוק המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות, התשנ"ה-1995. ראה ע"א 6034/97 משה כובשי בע"מ נ' מדינת ישראל מנהל מס ערך מוסף, פ"ד נד(3) 437 וחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999.
4. סעיף 272 לפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1984 קובע כי "הוגשה לבית-המשפט בקשה למנות כונס נכסים מטעם בעלי איגרות החוב או נושים אחרים של חברה שבפירוק, רשאי הוא למנות לכך את הכונס הרשמי".

והלוקתם.

סעד כינוס הנכסים, מחד, מפקיע את שליטת בעלי החברה בנכסיה ומושעת סמכות המנהלים להמשיך בניהולם העסקי, בדומה לפעולת המפרק, ומאידך, נשארת הישות המשפטית של החברה בידי בעליה המקוריים, בניגוד לפעולת הפירוק.

כך קבעה גם כב' השופטת אלשיך בפ"ש"ר 1378/00⁵ באומרה כי:

"כאמור, החברה שבכינוס מצויה בכינוס נכסים משמע, כונס הנכסים מטעם הנושה המובטח תפס אך ורק את הנכסים ששועבדו באיגרת החוב.

כונס הנכסים לא תפס את אישיותה המשפטית של החברה ולחברה אישיות משפטית עצמאית שרירה וקיימת. אין זה עניינו של הנושה המובטח כיצד בכוונתם של הנושים הבלתי-מובטחים לאכוף את התחייבויות החברה כלפיהם.

אין כל הצדקה לכך שהחברה שאינה בפירוק תהפוך לגוף חסין מפני תביעה על-ידי נושה."

מינוי כונס נכסים על-פי פקודת החברות, נועד על-מנת לאכוף את זכותו של בעל אגרות חוב המובטחות בשיעבוד צף, עליו יכולים להסכים חברה או אגודה שיתופית בלבד.⁶

סעיף ההגדרות בפקודת החברות הגדיר "שיעבוד" - כמשכנתה וכל צורה אחרת של מתן נכסים כערובה. "אגרת חוב" מוגדרת בסעיף ההגדרות של חוק החברות, התשנ"ט-1999 כ:

"מסמך שהנפיקה חברה המעיד על קיומה של התחייבות כספית שחבה החברה, ומגדיר את תנאיה, למעט שטרי חוב או שטרי חליפין שנתנה החברה במהלך עסקיה. כאשר איגרת חוב מובטחת היא איגרת חוב שהתחייבות החברה לפיה מובטחת במשכון על נכסי החברה, כולם או מקצתם."

על-פי פקודת החברות⁷, קיימים מספר אופנים בהם ניתן לשעבד איגרות חוב או נכסים אחרים של החברה: א. שיעבוד קבוע - שיעבוד ספציפי, קרי שיעבוד על נכס מסויים שאינו משתנה ואינו מוחלף עד לתשלום החוב במלואו.

בכלל הגדרה זו, על-פי נוהג, נמנים גם שיעבודים על

נכסים שאינם מוחשים - הון מניות שטרם נדרש תשלום, דרישות תשלום שטרם נפרעו, חובות לקוחות או מוניטין⁸. ב. שיעבוד צף - שיעבוד שוטף, המוגדר בסעיף ההגדרות של פקודת החברות כ:

"שיעבוד על כל נכסיה ומפעלה של החברה או מקצתם אותה שעה, כפי מצבם מוזמן לזמן, אך בכפוף לסמכותה של החברה ליצור שיעבודים מיוחדים על נכסיה או על מקצתם."

דוגמה לשיעבוד צף היא שיעבוד על מלאי החברה, ציוד החברה וכל נכס אחר שהוא משתנה בעת ניהול החברה, ביניהם נכסים קיימים ועתידיים.

למעשה, כל שיעבוד על נכס שבו רשאית החברה להשתמש טרם תשלום החוב במלואו, הינו שיעבוד צף. ייחודו של השיעבוד מתבטא בין השאר ביכולת החברה לסחור, למכור ולמשכן את נכסיה ללא אישור הנושה המובטח, עד לנקודת הזמן בו נוקט המלווה אמצעים לגביית החוב, אז מתגבש השיעבוד וחל על כל הנכסים הנמצאים באותה השעה בידי החברה.

יצויין כי כל רכוש שנרכש לטובת החברה מיום שנוצר השיעבוד הצף, חוסה תחת השיעבוד ללא אקט משפטי נוסף ליצירת שיעבוד.

על-אף הגדרה רחבה זו, ברוב המקרים נקבע באגרת החוב תנאי המגביל את העברת הנכס למהלך עסקיה הרגיל של החברה בלבד ותנאי זה מחייב את החברה, כפי שכבר קבע כב' השופט כהן בפ"ע"א 471/73⁹:

"קיומו של שיעבוד צף אינו גורע מכוחה של החברה לסחור, למכור ולמשכן את רכושה, אלא אם הוטל איסור על כך בהסכם השיעבוד; איסור כזה כוחו יפה כלפי קונה בתום-לב ובתמורה, רק אם אותו קונה ידע על קיום האיסור, כי ידיעה כזו שוללת את תום-ליבו של הקונה, אך לא די בכך שהקונה ידע על עצם קיום השיעבוד הצף, ולא ידע על התניה בעניין האיסור שהוטל על החברה להעביר את נכסיה."

ג. התפתחות נוהג זה של הגבלת השיעבוד הצף יצר בסופו של יום, סוג נוסף של שיעבוד, המהווה מעין כלאיים של שני סוגי השיעבודים הקודמים המצויינים לעיל, והוא "שיעבוד צף בעל תניה מגבילה", בהשתלשלות ההכרה בסוג זה של שיעבוד עוסק, בין השאר בפ"ע"א 10907/03¹⁰:

5. פ"ש"ר 1378/00 פקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983 נ' טיטן בנץ בע"מ, פדאור (2) 01:770.

6. סעיף 164 לפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983.

7. סעיפים 165-166 לפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983.

8. וולובסקי אליעזר, כונס נכסים בדיני החברות, מהדורה שניה (תשס"ד-2004), עמ' 13.

9. ע"א 471/73 מקבלי נכסים זמניים ומנהלים נ' אלסינט בע"מ, פ"ד כס"א (1) 121, 128-129.

10. ע"א 10907/03 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות ואח', תק-על 2005 (2) 3593.

כלל על-ידי מינוי של כונס נכסים, "מתגבש" השיעבוד והענן יורד ומתפשט על אותם נכסים המצויים אותה שעה, שעת הגיבוש, בידי החברה... כל עוד השיעבוד הצף נשאר כענן בשמיים, כוחה של החברה לעשות בנכסיה, ולמשכנם בכלל זה, בעינו עומד, ומשנתגבש השיעבוד ותופס באותם הנכסים שהיו בידי החברה אותה שעה, אין הוא תופס אלא במה שיש אז לחברה.

יתרונותיו של השיעבוד הצף, בשל חופש הפעולה העסקי שהוא מאפשר לחברה החייבת, ברורים וגלויים. אך מבחינת הנושה שלטובתו ניתן השיעבוד הצף, יש ביתרונות אלה כדי להפחית מכוחו של השיעבוד כבטוחה אפקטיבית. ואכן, השיעבוד הצף נחשב כבטוחה נחותה בעוצמתה לעומת שיעבודים אחרים המוכרים בדין (ראו סעיפים 169(ב) רישא ו-195 לפקודת החברות; כהן, דיני חברות, 536). על-מנת להגביר את האפקטיביות של השיעבוד הצף, נוהגים בעלי איגרת חוב מסוג זה לכלול בה תניה מגבילה, האוסרת על החברה להתקשר ללא הסכמתם בעסקאות הנוגעות לרכוש המשועבד, שאינן עסקאות במהלך העסקים הרגיל (להלן: התניה המגבילה). תניות אלה מקנות לבעל השיעבוד הצף פיקוח ושליטה על היקף הנכסים שיעמדו לרשותו בעת גיבוש השיעבוד הצף, ומונעות מצב שבו החברה תקנה לנושה מאוחר זכות עדיפה, שתרוקן מתוכן את השיעבוד הצף שניתן לטובתו (ראו ש' לרנר, שיעבוד נכסי חברה (תשנ"ז), 93-96 (להלן: לרנר, שיעבוד). דא עקא, ככל שתניות מגבילות אלה מצטמצמות לאיסור החל ביחסים החוזיים שבין הנושה, בעל השיעבוד הצף, והחברה החייבת, אין בהן כדי לספק לבעל השיעבוד הגנה אפקטיבית מפני זכויות נוגדות שרכשו צדדים שלישיים בנכסים המשועבדים. על-כן, כפי שנראה, פיתח הדין הישראלי, תחילה בפסיקה ומאוחר יותר גם בהוראת חוק מפורשת, נורמות אשר מכוחן ניתן לתניה המגבילה הכלולה בשיעבוד צף תוקף כלפי צדדים שלישיים, בהתקיים תנאי הרישום שנקבעו לעניין זה בצווים ובתקנות שיפורטו להלן.

התהליך אשר הרחיב את תחולתה ואת היקף התפרשותה של התניה המגבילה גם אל עבר היחסים שבין הנושה, בעל השיעבוד הצף, ובין צדדים שלישיים, החל בעניין בנק לאומי. באותו עניין נקבע כי כאשר הוטל על נכסי חברה שיעבוד צף בעל תניה מגבילה, כפוף צד שלישי לתניה זו מכוח דיני היושר אם הנכסים הועברו אליו בניגוד להגבלה, והוא ידע עליה (ראו: שם, 476 וכן ראו הסייגים לכך שם, 477-478; ראו גם ע"א 542/85 המועצה הישראלית לייצור ושיווק כותנה בע"מ נ' אתא חברה לטקסטיל בע"מ וטתה בע"מ, פ"ד מב(4) 559, 562-563 (להלן: עניין המועצה הישראלית)). מספר שנים לאחר-מכן, ב"ע"א 471/73 מקבלי נכסים זמניים של אלקטרוניקס (ישראל) בע"מ נ' אלסינט בע"מ, פ"ד כט(1) 121 (להלן: עניין אלקטרוניקס), הדגיש בית-משפט זה מפי כב' השופט י' כהן כי זכותו של צד שלישי תהא כפופה לשיעבוד רק אם היתה לו ידיעה ממשית על דבר קיומה של התניה המגבילה, ואין לייחס לו

במקרה הנדון המדובר בחברת "יונית", המנהלת בית-אבות. החברה חתמה על איגרת חוב ובה שיעבדה בשיעבוד צף לטובת הבנק "את מפעלה ואת כל הנכסים והזכויות, מכל מין או סוג שהם, שיש (לה) כעת או שיהיו לה בעתיד", להבטחת חובותיה כלפיו. בסעיף 5(ג) לאיגרת החוב נקבעו הגבלות על זכותה של יונית לערוך עסקאות ברכוש המשועבד, לא למכור (פרט למכירות במהלך הרגיל של עסקי החברה), לא להשכיר, לא למסור ולא להעביר (או להמחות) בכל אופן אחר את הרכוש המשועבד או כל חלק הימנו למישהו אחר, ולא להתיר לאחרים להחזיקו, להשתמש בו או להפעילו, בלי הסכמת הבנק לכך מראש בכתב.

למרות איסור זה ובניגוד לו, העבירה יונית אל "יונית 2000" את כל זכויותיה בהפעלתו ובניהולו של בית-האבות וכן את הבעלות והחזקה בכל המלאי, הרכוש והציוד שבו. העברה גורפת זו של כלל הנכסים והזכויות, אינה יכולה להיחשב כמכירה במהלך העסקים הרגיל ומשמעותה אינה אלא ריקון יונית מתוכן והפסקת פעילותה העסקית בבית-האבות. בית-משפט קמא סבר, כי אף שהעברה זו מהווה הפרה של התניה המגבילה הרי משלא התגבש השיעבוד הצף, אין להעברה זו משמעות במישור היחסים שבין הבנק ובין יונית 2000.

על קביעה זו הוגש ערעור ובו דנה כב' השופטת חיות בהתגבשותו ובמהותו של השיעבוד הצף הכולל תניה מגבילה:

"השיעבוד הצף (floating charge) נקלט במשפטנו מן הדין האנגלי. שיעבוד זה נועד לאפשר לחברה לגייס אשראי כנגד העמדת נכסי החברה כבטוחה, מבלי שהדבר ימנע בעדה מלהמשיך ולסחור באותם נכסים, לרבות מכירתם או שיעבודם בשיעבוד קבוע (ראו א' פלמן, ה' בר-מור, דיני חברות בישראל להלכה ולמעשה, כרך ב' (תשנ"ד), 940-941 (להלן: פלמן, "דיני חברות"); י' כהן, דיני חברות, כרך ב' (תשנ"א), 526-527 (להלן: כהן, "דיני חברות")). שיעבוד צף, על-פי מהותו, אינו מתייחס לנכס מסוים וקבוע אלא למסגרת כללית של נכסים, המתחלפים מוזמן לזמן, בהתאם לפעילותה העסקית של החברה. ייחודו של השיעבוד הצף הוא בכך שהתהוותו נעשית בשני שלבים, ולא במהלך אחד: השלב הראשון הוא שלב עריכת השיעבוד בו נוצרת בטוחה "המרחפת" על הנכסים ששועבדו, אך היא אינה מגבילה את כוחה של החברה לסחור בהם כרצונה. השלב השני הוא שלב גיבוש השיעבוד. בשלב זה יורד השיעבוד ולוכד ברשתו את אותם נכסים מבין הנכסים ששועבדו, המצויים באותה שעה בידי החברה. ב"ע"א 603/71 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' בנק ארץ-ישראל בריטניה בע"מ, פ"ד כו(2) 468, 473 (להלן: עניין בנק לאומי) ממחיש בית-המשפט באופן ציורי את מהלך התהוותו הדו-שלבי של השיעבוד הצף כך:

(...) השיעבוד הצף, בלשונו של GOWER, שם, נע לו כענן על נכסי החברה בהרכבם המשתנה, בלא לגרוע מכוחה לסחור, למכור ולמשכן רכושה כאוות נפשה. רק כאשר המלווה נוקט אמצעים לשם גביית החוב המובטח, בדרך-

ידיעה קונסטרוקטיבית בעניין זה וכך קבע:

הפרטים של שיעבוד, שיש לרשום אותם אצל רשם החברות, נקבעו בצו החברות (פרטי משכנתות ושיעבודים), התשי"א-1951. אין בין פרטים אלה כל דבר בעניין הגבלות שבהסכם השיעבוד הצף על העברת נכסי החברה. על-כן עיון ברישום אצל הרשם לא היה מגלה למשיבה את קיום ההגבלה, אין, איפוא, לייחס למשיבה ידיעה קונסטרוקטיבית על קיום ההגבלה ומכיוון שלא נטען ולא הוכח שהיתה לה ידיעה ממשית על כך, הרי היא רשאית ליהנות מזכותה לפי ההמחאה, זכות שאותה היא רכשה בתמורה ובתוס'לב (שם, 131).

בשנת 1975, בעקבות פסק-הדין בעניין אלקטרוג'ניקס, תוקן צו החברות (פרטי משכנתות ושיעבודים), התשי"א-1951, ונקבע בו כי פרטיה של תניה מגבילה הכלולה בהסכם לשיעבוד צף טעונים רישום אצל רשם החברות בד-בבד עם רישומו של השיעבוד. הוראה זו פתרה את הקושי עליו עמד בית-המשפט בעניין אלקטרוג'ניקס, ואפשרה ייחוס ידיעה קונסטרוקטיבית לצד שלישי על דבר קיום התניה המגבילה (ראו: ע"א 3942/98 הבר שפע מזון לדרום בע"מ נ' עורך-דין יצחק מירון, בתפקידו ככונס הנכסים של חברת אלי צבעוני סוכנויות מזון אקספרס בע"מ, פ"ד נד(5) 132, 142; י' ויסמן, "דין שיעבוד צף המגביל עסקאות", משפטים יא (תשמ"א) 554, 555-556 (להלן: ויסמן, שיעבוד צף); לרנר, שיעבוד, 102-104; כהן, דיני חברות, 537; פלמן, דיני חברות, 946-947). הוראה לפיה יש לציין את קיומה של תניה מגבילה בפרטי השיעבוד מצאה את מקומה גם בתקנות החברות (אגרות, פרטי רישום וטפסים), התשמ"ט-1989, אשר החליפו את הצו הנ"ל, ואותה הוראה קבועה גם בתקנות החברות (דיווח, פרטי רישום וטפסים), התש"ס-1999, שהינן התקנות התקפות כיום.

בשנת 1980, במסגרת תיקון מס' 17 לפקודת החברות, נוספה בפקודה כנוסחה הקודם, הוראת סעיף 123(3) סיפא. מתוך דברי ההסבר עולה כי תוספת זו נולדה אף היא בעקבות פסק-הדין בעניין אלקטרוג'ניקס (ראו ה"ח התשל"ט, 110, 118), ובה עוגנה זכותו העדיפה של שיעבוד צף, הכולל תניה מגבילה שנרשמה כנדרש, על פני שיעבודים שנוצרו בניגוד לאותה הגבלה אחרי הרישום. סעיף 123(3) הוחלף בשנת 1983 בסעיף 169(ב) לפקודת החברות כנוסחה החדש, וזו לשונו:

אין שיעבוד צף מקנה לבעל איגרת החוב דין קדימה או בכורה על פני בעל משכנתה רשום או קונה בתמורה של מקרקעי החברה, ואפילו היה קיומו של השיעבוד הצף ידוע להם בשעת המשכון או המכר; ואולם אם נכללה במסמך היוצר שיעבוד צף הגבלה על זכות החברה ליצור שיעבודים, והגבלה זו נכללה בפרטים שנמסרו לרישום השיעבוד הצף, יהיה השיעבוד הצף עדיף על שיעבוד שנוצר בניגוד לאותה הגבלה אחרי רישום הפרטים בידי הרשם.

הוראה זו שבסעיף 169(ב) סיפא, כמו הוראת הסיפא של סעיף 123(3) שקדמה לה, מדברת בשיעבודים שנוצרו

בניגוד להגבלה ולא בהעברת נכסים. אולם, נראה כי לא יהא זה נכון לצמצם את העדיפות המוקנית לשיעבוד צף הכולל תניה מגבילה שנרשמה, רק למקרים של תחרות בין שיעבודים. עניין אלקטרוג'ניקס, אשר בעקבותיו נוספה, כאמור, הוראת הסיפא הנ"ל, לא עסק בתחרות בין שיעבודים אלא בקדימותו של שיעבוד צף ובו תניה מגבילה על פני העברת נכסים על דרך של המחאת זכות ונקבע שם כי לבעל שיעבוד צף (הכולל תניה מגבילה שפרטיה נרשמו כנדרש), עדיפות על פני נעבר של זכות בנכסי החברה (אם זו הוקנתה לו בניגוד להגבלה לאחר הרישום). הלכה זו ראוי לה כי תמשיך לחול, בבחינת קל וחומר, לצד הוראת הסיפא של סעיף 169(ב) המתייחסת, כאמור, לשיעבודים בלבד (ראו: ויסמן, שיעבוד צף, 559-560; פלמן, דיני חברות, 947. לעניין פירושו של סעיף 169(ב) באופן כללי ראו גם דברי נשיא בית-המשפט המחוזי בבאר-שבע השופט י' טירקל (כתוארו אז) ב-בר"ע (ב"ש) 1245/88 א' חיימסון, עורך-דין, כונס נכסי חברת הוד הדריים בע"מ (כינוס נכסים) נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"מ מט(ג) 265, 269. בכך הועתקה למעשה נקודת הכובד ממועד גיבוש השיעבוד אל מועד רישומו בכל הנוגע לשיעבוד צף הכולל תניה מגבילה. עדיפותו של נושה בעל שיעבוד צף כאמור, על פני צד שלישי שרכש זכויות בנכסי החברה בניגוד להגבלה, אינה תלויה עוד בגיבושו של השיעבוד והיא נולדת במועד הרישום (ראו: לרנר, שיעבוד, 379). בכך, רחק הדין הישראלי מן הדין האנגלי, שאין בו הוראה דומה להוראת סעיף 169(ב) לפקודת החברות, ועשה ככרת דרך אל עבר הדין האמריקאי, שאף בו המועד הקובע לקביעת סדר הקדימויות בין הנושים הוא מועד הרישום בלשכת הרישום הציבורית (ראו: לרנר, שיעבוד, 130-132; ראו גם: סעיף 322(a)(1)9 Uniform Commercial Code (אשר החליף בשנת 2000 את סעיף 312-319(a)(5) (א) וה- J.J. White, R.S. Official Comment הצמודה לו; Summers Uniform Commercial Code (1995) 856-858). בגישה דומה נוקט גם הפרק השלישי ("משכון") להצעת חוק דיני ממונות (ראו אתר משרד המשפטים: www.justice.gov.il).

הנה כי כן, על-פי הדין הישראלי, צד שלישי המתקשר עם חברה שנכסיה משועבדים בשיעבוד צף הכולל הגבלה שנרשמה כדין, מוחזק כמי שידע על ההגבלה והזכויות שרכש או קיבל מן החברה, כפופות לשיעבוד ואינן גוברות עליו. יוצאים מכלל זה המקרים שבהם בוצעה הרכישה בתנאי תקנת השוק (ראו: ע"א 716/72 רוזנשטרייך נ' חברה א"י לאוטומובילים בע"מ, פ"ד כז(2) 709; עניין המועצה הישראלית, 562-563; ויסמן, שיעבוד צף, 556-557, א' זמיר, חוק המכר, התשכ"ח-1968, ג' טדסקי עורך (תשמ"ז), 704-705), אם כי נראה שהאפשרות לקיומה של "נקודת חיכוך" בין תקנת השוק ובין הוראותיה של תניה מגבילה בשיעבוד צף, היא נדירה למדי שהרי בדרך-כלל התניה המגבילה אינה אוסרת לכתחילה העברת נכסים הנעשית במהלך העסקים השוטף

הוא למעשה הנכס העיקרי, אם לא היחיד, שהיה ליונית והועבר ליונית 2000? שאלות אלה שאלות נכבדות הן, אך בית-משפט קמא לא נתן עליהן את דעתו... נראה לי כי מן הראוי להחזיר את הדיון אל בית-המשפט קמא, על-מנת שישמע טענות ויחליט בשאלות הנוגעות לגיבושו של השיעבוד הצף בנסיבותיו המיוחדות של המקרה שבפנינו (לעניין גיבושו של שיעבוד צף במקום שבו חדלה הפעילות העסקית של החברה החייבת, ראו: לרנר, שיעבוד, 171-173; א' וולובסקי, כונס נכסים בדיני החברות (2004), 30-29; וכן *Re Woodroffes (Musical Instruments)* Ltd. (in liq) [1985] 2 All E.R. 908, 913-914). סעיף 178 לפקודת החברות (נוסח חדש) קובע מהם השיעבודים הטעונים רישום. בין היתר, נקבע במסגרת השיעבודים הטעונים רישום גם שיעבוד צף בדרך של איגרת חוב.

שיעבוד זה יהיה בטל כלפי מפרק ונושה של החברה, וזולת אם פרטי השיעבוד שנקבעו והמסמך היוצר אותו או מעיד עליו, נמסרו לרשם או נתקבלו אצלו בדרך הקבועה בסעיף 179 לפקודת החברות.

סעיף 179 קובע את הפרטים ואת המסמכים הנוגעים לשיעבודים הטעונים רישום.

סעיף 179(א)(1) קובע כי המועד למסירת הפרטים והמסמכים לעיל, בהיעדר הוראה אחרת, הינו תוך 21 יום מיום שבו נוצר השיעבוד.

משנמסרו הפרטים במהלך תקופה זו ונרשם השיעבוד - תוקפו כלפי המפרק ונושים אחרים של החברה מתחיל מיום יצירתו ולא מיום רישומו. כלומר, ניתן לשיעבוד תוקף רטרואקטיבי מיום רישומו ליום יצירתו¹¹.

כמו-כן, כשמילאה חברה את הדרישה למסירת הפרטים לרשם החברות תוך 21 יום, מיום יצירת המשכון, אין רלוונטיות אם הרשם רשם את המשכון והוציא את תעודת הרישום אחרי חלוף 21 יום, שתקופה זו אינה בשליטת הצדדים.

של החברה.

במקרה הנדון, כיוון שאיגרת החוב והתניה המגבילה נרשמו כדין אצל רשם החברות, נקבע כי זכותה של יונית 2000 בנכסים שהעבירה אליה יונית, כפופה לשיעבוד הצף הרשום לטובת הבנק מכוח איגרת החוב. יתרה מכך, במקרה דנן היתה ליונית 2000 גם ידיעה של ממש ולא ידיעה קונסטרוקטיבית בלבד על דבר קיומה של התניה המגבילה, ועל כך שהעברת הזכויות בנכסי יונית לידיה מהווה הפרה של תניה זו (בעלי המניות ביונית 2000 הם בתו של לוי, בעל השליטה ביונית, ודב פינקל, אשר השקיע כספים רבים ביונית), ועל-כן אף מטעם זה, נקבע כי יונית 2000 כפופה לשיעבוד שנוצר באיגרת החוב ולתוצאותיה של הפרת ההגבלה הקבועה בה.

משום כך, העברת כלל הנכסים והזכויות של יונית אל יונית 2000 מהווה פעולה בניגוד לתניה המגבילה שבאיגרת החוב.

בית-המשפט קבע במקרה הנדון, כי בדרך הרגיל, העובדה שיונית הפרה את התניה המגבילה בהעבירה את נכסיה ליונית 2000 ללא הסכמת הבנק, יכולה להוות עילה לגיבוש השיעבוד, אך היא כשלעצמה אינה מגבשת אותו, זאת משום שאיגרת החוב אינה כוללת הוראה בדבר התגבשותו של השיעבוד; לא ננקטו בעניינה של יונית הליכי פירוק; והבנק לא נקט בהליך למינוי כונס נכסים לצורך גיבוש ומימוש השיעבוד הצף שבידיו.

אולם, הסתייג בית-המשפט מקביעה גורפת כדלעיל בכל המקרים וציין כי, משהוברר כי יונית העבירה באופן גורף את כלל נכסיה ואת פעילותה העסקית ליונית 2000 ולמעשה חדלה בעצמה מכל פעילות לאחר אותה העברה:

"נשאלת השאלה האם במצב דברים מיוחד וחריג זה, אין מקום לקבוע כי השיעבוד הצף נתגבש? ולמצער, האם העובדה שזמן לא רב לאחר אותה העברה (כחצי שנה), חדל בית-האבות מלפעול, אין בה כדי לסמן את מועד גיבושו של השיעבוד הצף, נוכח העובדה כי בית-האבות

מתי יתגבש שיעבוד צף?

ב. במקרה שבו הופסקה פעולת החברה, באופן זמני או סופי ויש חשש כי בעל החוב לא יוכל לעמוד בתשלומו, כפי שנקבע ב"ע"א 5507/91¹². במקרה זה טען הבנק כי סגירת חנות תכשיטים, מעידה על אי-יכולתה של החייבת

א. בפירוק חברה, עם פירוקה או עם מתן צו הפירוק, מתגבש השיעבוד הצף מיידית, זאת משום שהפירוק מפסיק את ניהול עסקיה הרגילים של החברה, ובמילא, לא ניתן להמשיך לפעול עם נשוא השיעבוד במהלך העסקים הרגיל.

11. ע"א 315/89 ביאלוסטוצקי בע"מ נ' נייר גרף בע"מ (בפירוק), פ"ד מה(1) 698, 701.

12. ע"א 5507/91 ק.ד. תכשיטי דורנה אילת נ' בנק המזרחי, תק"על 94(2) 1679, 1681.

השיעבוד או כאשר הנכסים המשועבדים בשיעבוד הצף נתונים בסכנה כתוצאה מאחד הבאים:

1. לחץ נושים.
2. הנכס עלול להתקלקל.
3. הנכס עלול לאבד שיעור ניכר מערכו.
4. זכויות הצדדים עלולות להיפגע מסיבה אחרת¹³.

משמעות גיבוש שיעבוד צף, הינה הפיכת השיעבוד הצף לשיעבוד ספציפי על אותם הנכסים הנכללים באותה העת בשיעבוד הצף.

ערך השיעבוד נמדד מיום השיעבוד ועל כל תשואה עתידית שלו מיום זה אולם לא יחול על נכסים חדשים שלא נכללו בשיעבוד הצף ביום גיבוש השיעבוד.

לשלם ומשכך התגבש השיעבוד הצף. לעומת הבנק טענה החייבת כי סגרה את החנות באופן זמני, על רקע המצב של ערב מלחמה במפרץ הפרסי ומחלתה, ואילו גיבוש השיעבוד ייתכן רק במקום שבו ניהול העסקים מופסק באופן סופי ומוחלט. כב' השופט טירקל קבע כי הבנק היה רשאי "לפעול למימוש זכותו, אם הוברר לו שסגירת החנות - אף שהיא זמנית ואינה מלווה בכוונה לחסל את העסק - מהווה, כשלעצמה, מאורע העלול לפגום ביכולתה הכספית של המעוררת. ונסיבות שביססו חשש זה אכן התקיימו בענייננו".

ג. מקרה נוסף שבו יתגבש השיעבוד הצף הוא כאשר ניתן צו בית-המשפט למינוי כונס נכסים, לאחר בקשת הנושה המובטח לגבש את השיעבוד אם הופר תנאי מתנאי

מינוי כונס לאכיפת שיעבוד

בלימה ללא סעד עיקרי שהוא יכול להיתלות בו... הערעור מתקבל במובן זה שהחלטת בית-המשפט המחוזי תתבטל אם לא יגיש המשיב תוך 15 ימים בקשה לתיקון כתב התביעה על-ידי הוספת סעד בגדרו של סעיף 194 לפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983; לכשיתוקן כתב התביעה יראו את החלטת בית-המשפט המחוזי כסעד זמני בגדרו. אין צורך לומר שבמקום לתקן את כתב התביעה יוכל המשיב לעתור לאכיפת אגרת חוב על דרך של המרצה הפותחת הדיון.

יודגש כי רק מתן הצו הוא המביא לגיבוש השיעבוד ולא הגשת הבקשה למתן רשות לגיבוש השיעבוד, זאת משום שבעת הגשת הבקשה, עדין יכולה החברה לנהל את עסקיה כרגיל, ולאחר צו הכינוס משתנה מערך הזכויות של החברה וכך גם יכולתה לפעול באופן הרגיל, כפי שכבר נקבע ב"ע"א 4752/92¹⁵ על-ידי כב' השופט טירקל:

"כינוס הנכסים על-פי אגרת חוב מגבש את זכותו של בעל השיעבוד הצף ועושה אותה לשיעבוד ספציפי העלול לשנות את מערך הזכויות והחובות של החברה כלפי נושיה המובטחים והבלתי-מובטחים ובין הנושים לבין עצמם".

משום כך למשל, גורס וולובסקי בספרו, כונס נכסים בדיני החברות¹⁶ כי מינוי כונס נכסים זמני או מפרק זמני, ראוי שלא יהווה אחת מהעילות לגיבוש שיעבוד צף, אולם טרם

על הבקשה למינוי כונס, להישען על מימוש אגרת החוב והשיעבוד, כך למשל ב"רע"א 258/90¹⁴ בוטל מינוי כונס זמני על-פי אגרת חוב כשהתביעה היתה לסעד כספי בלבד.

במקרה הנדון הבנק, המשיב, תבע את המבקשת בסדר דין מקוצר לתשלום סכום של 1,247,682 ש"ח.

בגדרה של התובענה הגיש הבנק בקשה בה עתר - כסעד ביניים - "לקבל לרשותו 8 אוטובוסים אשר (המבקש) שעבדה לטובת (הבנק) לפי אגרת חוב... על-ידי מינוי כונס נכסים". בית-המשפט המחוזי נעתר לבקשה אך נמנע מלהעניק לכונס סמכות למכור את האוטובוסים, כל עוד לא ניתן פסק-דין בתיק העיקרי, על כך נסב הערעור.

כב' השופט לזין קבע כי בקשה למימוש אגרת חוב על-ידי מינוי כונס נכסים היא "הליך עיקרי" המצדיק מתן סעד העומד בפני עצמו, ואילו, המבקשת הגישה בקשה לסעד זמני.

אין בכתב התביעה כל עתירה להסמיך את הכונס לממש את אגרת החוב על-ידי מכירת האוטובוסים והסעד הכספי עצמו, אינו מצדיק, לכאורה, בנסיבות מקרה זה, מינוי כונס נכסים זמני, לדבריו:

"אכן אם תתקבל התביעה, מה יהיה גורלו של הכונס? התוצאה היא שבמצב הנוכחי ישאר הסעד הזמני תלוי על

13. סעיף 21 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967.

14. רע"א 258/90 משה כובשי נ' בנק הפועלים בע"מ, תק"על (1)90, 714.

15. ע"א 4752/92 מקט בע"מ (כינוס נכסים) נ' החברה לביטוח, פ"ד נא(2) 214, 224-225.

16. וולובסקי אליעזר, כונס נכסים בדיני החברות, מהדורה שניה (תשס"ד 2004), עמ' 28.

בפירוק, כבענייננו, וכל נכסיה וזכויותיה מכוונסים ומרוכזים ממילא על-ידי המפרק.

בית-המשפט הוסיף, כי עיקר הזכויות המושעבדות לטובת המשיב 1 הן זכויות תביעה נגד לקוחות של החברה, הדורשות שיתוף פעולה מלא מצד המבקש - שלו המידע הרלוונטי למחלוקות אלה. הואיל והסיכוי לשיתוף פעולה כזה מצידו של המבקש הוא קלוש, אין לראות בעיכוב הגשת התביעות על-ידי הבנק ויתור על השיעבוד. כנגד החלטה זו הוגש ערעור זה.

טענות הערעור בעיקרן הן כי משחלפו 5 שנים מגיבוש השיעבוד, ולא נעשה כל צעד, כולל בקשה למינוי כונס, על-מנת לממש, הרי שהובעה דעתו של המשיב שלא לאכוף את השיעבוד כלל.

המשיבים טוענים, בין השאר, כי לאור הדמיון בין תפקידיו של כונס הנכסים לתפקידיו של המפרק, הרי משמונה לחברה מפרק קבוע, לא היה עוד טעם של ממש במינוי כונס נכסים מטעם המשיב 1.

כב' השופט א' ריבלין דחה את הבקשה וקבע כי: "אין די באי-מינוי של כונס נכסים על-מנת להוכיח ויתור על שיעבוד, במיוחד כאשר לחברה החייבת מונה מפרק אשר ממלא את התפקידים שיכול היה למלא כונס הנכסים, לו מונה. משכך, היה על המבקש להוכיח התקיימותן של ראיות אחרות לויתור כביכול על השיעבוד."

סעיף 194 שלעיל עוסק כאמור במינוי כונס נכסים על-ידי בית-המשפט רק בשיעבוד צף ובנכסים הניתנים לשיעבוד צף, על-פי מהותם ולא רק על-פי הגדרתם כפי שנוסחה על-ידי הצדדים.

מינוי הכונס לפי דיני החברות מטרתו להוציא לפועל את השיעבוד, זאת משום שראש ההוצאה לפועל אינו מוסמך לטפל באכיפת שיעבוד צף¹⁷.

יצוין כי בית-המשפט, בדונו בבקשה לאכיפת שיעבוד צף, ושיעבודים אחרים, ייטה למנות רק כונס נכסים אחד ולרכז בידיו את האחריות הכוללת על-מנת לייעל את המימוש ולהפיק ממנו את המירב, באותו האופן, יש להגיש את הבקשה למינוי כונס לאכיפת שיעבוד צף, לבית-המשפט שכבר מטפל בפירוק החברה.¹⁸

בתגובה לבקשה מוסמך בית-המשפט לתת אחד או יותר מהבאים:

- א. רשות לאכיפת השיעבוד.
- ב. מינוי כונס נכסים או גם מנהל מיוחד.
- ג. לתת אחד או יותר מהצווים הבאים: צו למכירת הנכס

ניתנה החלטה תקדימית בנדון.

אכיפת שיעבוד צף באיגרת חוב אפשרית רק לאחר מתן רשות מראש על-ידי בית-המשפט, גם אם השיעבוד הצף מתגבש מאליו, עקב פירוק החברה למשל הוראה זו אינה ניתנת להתנאה בחתימת אגרת החוב.

בית-המשפט יאשר מינויו של כונס נכסים רק כאשר אין ספק בתוקפו של השיעבוד.

כך נקבע ברע"א 289/00¹⁷ בו המשיבה מס' 1 (להלן: "מ.א.ש. פון") הוציאה אגרת חוב לטובת המשיב מס' 2 (להלן: "הבנק"), לפיה שיעבדה את כל נכסיה להבטחת חיוביה כלפיו (באגרת החוב התחייבה מ.א.ש. פון לא לשעבד את נכסיה לאחר בלי הסכמתו של הבנק) ובמועד מאוחר יותר הוציאה אגרת חוב לטובת המבקשת שגם לפיה שיעבדה את נכסיה להבטחת חיוביה כלפיה.

לפי בקשתה של המבקשת מינה בית-המשפט המחוזי את בא-כוחה להיות כונס נכסים זמני לנכסי מ.א.ש. פון ששועבדו לטובתה. מ.א.ש. פון והבנק ביקשו לבטל את מינוי כונס הנכסים. בית-המשפט המחוזי ביטל את מינויו של הכונס הזמני.

המבקשת ביקשה להרשות לה לערער על ההחלטה. כמו-כן ביקשה לתת לה סעד זמני של "השארת מינוי כונס הנכסים הזמני בתוקף".

בית-המשפט המחוזי לא ראה מקום להשאיר את הכינוס הזמני על כנו, ועל כך הוגש ערעור.

כב' השופט י' טירקל דחה את הערעור, "בעיקר, מן הטעם שקיים ספק גדול בדבר תוקפו של השיעבוד שיצרה מ.א.ש. פון לטובת המבקשת, ספק שדי בו כדי לערער את הבסיס למתן צו מינוי כונס נכסים זמני על-פי אותו שיעבוד".

רע"א 10622/02¹⁸ דנה בערעור על דחיית בקשת המבקש לקבוע כי המשיב 1 ויתר על זכויותיו מכוח שיעבוד צף.

המבקש הינו בעל מניות של חברה, אשר עד לפירוקה כיהן גם כמנהלה. בשנת 1995 שיעבדה החברה, בשיעבוד שוטף כללי, את כל נכסיה, לטובת המשיב 1. בשנת 1997 החלו הליכי פירוק נגד החברה. המשיב 1 לא מינה כונס נכסים לצורך מימוש איגרות החוב של השיעבוד השוטף. המבקש ביקש מבית-המשפט קמא לקבוע כי המשיב 1 ויתר על זכויותיו לפי השיעבוד, כיוון שגילה במחדליו את אירעונו להנות מזכויותיו. בית-המשפט קמא דחה את הבקשה וקבע כי אין די בעובדה שלא מוגשת בקשה למינוי כונס נכסים על-ידי בעל אגרת חוב, על-מנת להעיד על זניחת הזכויות על-פי אותה אגרת חוב. במיוחד, כאשר החברה נמצאת

17. רע"א 289/00 ע.נ.ת סלולארי בע"מ נ' מ.א.ש. פון תקשורת, תק"על 2000 (2) 386.

18. רע"א 10622/02 אילן בן עמי נ' בנק הפועלים בע"מ ור"א, תק"על 2003 (2) 3427.

19. וולובסקי אליעזר, כונס נכסים בדיני החברות, מהדורה שניה (תשס"ד-2004), עמ' 39.

20. וולובסקי אליעזר, כונס נכסים בדיני החברות, מהדורה שניה (תשס"ד-2004), עמ' 49.

הסעד הפוגע פחות במהלך חיי החברה, לפחות כל עוד לא התבררה עד סופה בקשת מינוי הכונס. לשם כך, משתמש בית-המשפט גם בסעד הביניים לרישום הנכסים, שברובו משמש כפתרון ביניים לפני מינויו של מפרק קבוע, המעניק סמכות מוגדרת ומוגבלת לרישום נכסי החברה, הנמסרים לממונה עליידי החברה, בלבד.

המשועבד וחלוקת התמורה, צו לסדר הקדימויות של נושי החברה, צו המונע הברחת רכוש ועקיבה. ד. סעד זמני על-פי הצורך. ה. הוראות לכונס או לצדדים לתיאום ההליכים ויישום הסעדים שניתנו. יצויין כי מבין הסעדים האפשריים, בית-המשפט מעדיף את

מינוי כונס

א. כונס וכונס מפעיל

חברה חסרת-פעילות אשר חובה לנושה מובטח עולה לאין ערוך על ערך הנכסים. כמו-כן, אין עסקינן אף בכונס שתפס נכס ספציפי של החברה לשם מימושו לטובת נושה מובטח פלוני.

דומה, כי שיקולי מדיניות משפטית והגיון דוחפים לכך, כי כונס מפעיל, אשר תופס את החברה כולה ומפעיל אותה כעסק חי על למנת למקסם את ערך נכסיה (ואולי אף למוכרה כעסק חי בבוא היום), הינו בעל מעמד מיוחד, החורג ממעמדו הרגיל של כונס נכסים. כמו מפרק, הוא תופס למעשה את החברה בכללותה...

...נקודת המבט המשפטית על כונס מפעיל תהיה דומה לזו של נאמן בהקפאת הליכים. בין היתר, כונס מפעיל מייצג ופועל לא רק לטובת הנושה המובטח, אלא אף לטובת כלל ציבור הנושים של החברה, באשר ככל שתצליח ההפעלה יותר, כך גדל הסיכוי כי הנושים הבלתי-מובטחים יזכו לראות דיבידנד משמעותי על-חשבון חובם. כונס מפעיל, אם כן, אינו בגדר שלוחו של נושה מובטח בלבד, קל וחומר שלא חליף גרידא לאורגנים המקוריים של החברה.

כונס הנכסים המפעיל משמש כמנהל החברה ועסקיה, מתוך הנחה כי מכירת החברה כעסק חי עדיפה על מכירת נכסים בודדים. לשם כך, צריך הכונס להתמנות בצו המפרט את סמכותו כמפעיל במפורש וכן לקבל את הסמכויות הנדרשות לביצוע תפקידו זה כגון הסמכות להגיע להסדר נושים, והסמכות להתנער או לקיים חווים של החברה²¹.

בדומה למפרק, גם לגבי תפקיד הכינוס נעשתה הבחנה בייעודו של המינוי - כונס וכונס מפעיל.

בית-המשפט נוטה לתמוך בהליך שיקום החברה, על פני פירוקה, לשם כך למשל, גובר השימוש בהליך הקפאת ההליכים²¹, מינוי מפרק מפעיל בהליכי פירוק וכן בנוגע לענייננו, מינוי כונס מפעיל.

על כונס מפעיל (בדומה למפרק מפעיל) לפעול ולהפעיל את החברה כעסק חי, ולפיכך מוקנות לכונס זה סמכויות שונות ונוספות.

בשונה ממפרק מפעיל, היוזמה למינויו של הכונס היא של הנושים המובטחים ומטרתה להגדיל עד כמה שניתן, את תמורת הנכסים המשועבדים כדי להגדיל, בהתאמה, את פרעון חוב החברה.

כב' השופטת אלישיך²² הבחינה והגדירה את מהותו של הכונס המפעיל:

"עסקינן בחברה שמונה לה כונס מפעיל. מהי מהותו של זה, לעניין האופי בו יש לתפוס את ישותה של החברה ומטרותיה, והשפעת פרשנות זו על התקשרויות בין החברה לבין צדדים שלישיים?

אמנם, אין עסקינן במפרק, ועל כך אין חולק. קרי, אין עסקינן בבעל תפקיד אשר תופס באופן פורמלי את ישות החברה על-מנת לחלק במישרין את נכסיה בין כל נושה ולאחר-מכן לחסלה. מאידך גיסא, אין עסקינן אף בכונס "רגיל" מן הסוג שעניינו נידון בסיפא להחלטה ב-פ"ד 1001/00 סדיטק, אשר אין עיסוקו אלא במימוש נכסיה של

21. על-פי סעיף 350 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, ותקנות החברות (בקשה לפשרה או הסדר), התשס"ב-2002, בהליך הקפאת ההליכים היוזמן לנקיטת ההליך היא, על-פי רוב, של משתתפי החברה מתוך כוונה להתחזיר להיות סולונטית, אך אין הליך זה מעניינו של חיבורנו.

22. בש"א (ת"א-יפו) 3551/02 בניהו לאבל נ' ע.ב.ר.ב. בניין, תק"מח 2002(2) 8962, 8971.

23. ראה, לדוגמה, בש"א 10863/01 עורך-דין עופר שפירא, בתפקידו ככונס הנכסים של נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד ס(2) 591, 597.

ב. מינוי כונס - סדרי דין

דין או רואה-חשבון, בעל רישיון, אלא-אס-כן מתמנה, בהמלצת הכונס הרשמי, אדם בעל כשירות מקצועית דרושה, שאינו עורך-דין או רואה-חשבון.

תנאי התקנה שוללים מינויו של תאגיד לתפקיד הכונס אולם, סעיף 317(ב) לפקודת החברות, מתייחס לתאגיד שמונה ככונס נכסים ולא מילא את אחת מחובותיו, על-פי הסעיף:

"(ב) תאגיד שנתמנה כונס נכסים או מפרק או מפרק זמני ולא קיים חובה כאמור בסעיף-קטן (א), הרי בלי לגרוע מאחריותו של התאגיד, יראו בכך עבירה של כל אחד מחבריו אם לא הוכיח אחת מאלה:

(1) העבירה נעברה שלא בידיעתו, ותפקידו לא חייבו לדעת את המעשה;

(2) הוא נקט כל האמצעים הסבירים כדי למנוע את ביצוע העבירה."

בפועל, עד עתה לא מונה לתפקיד כונס נכסים תאגיד. תקנות 3-4 לתקנות השכר אוסרת קיומו של ניגוד עניינים בין המתמנה לדרישות התפקיד, ובמידה שהכונס הרשמי סבור כי המועמד אינו ראוי, עליו להודיע על כך לבית-המשפט ולנקט עמדתו.

מינוי כונס ינתן כמענה לבקשה בכתב, בדרך-כלל במסגרת התביעה הכללית לאכיפת איגרת החוב, המוגשת בפני בית-המשפט.

כאמור, מוסמך בית-המשפט למנות כונס זמני או קבוע מכוח איגרת החוב.

כונס נכסים זמני, יכול שיתמנה בבקשה במעמד צד אחד, בדרך-כלל לצורך תפיסת הרכוש ושמירתו, מבלי להסמיכו לממש את הרכוש, כאשר על דרך הרוב, יקבע דיון במעמד שני הצדדים לאחר שבעה ימים.

בבקשה למינוי מפרק זמני, שנדונה ב"פש"ר (ת"א-יפו) 1602/02²⁴ מפרטת כב' השופטת אלשיך את הנימוקים למינוי כונס זמני, שלדעתה זהים לשיקולי מינוי מפרק זמני, לדבריה:

"הסמכות למנות כונס נכסים זמני לנכסי חברה מסורה לבית-המשפט של כינוס בסעיף 194 לפקודת החברות, והינה דומה מאד למינוי מפרק זמני, זאת הן במהותה, הן בהשפעותיה על החברה המשיבה, והן בשיקולים אותם

סעיף 198 לפקודת החברות קובע כי:

"השר, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי לקבוע כללים בדבר דרך מינויו של כונס לפי פקודה זו ובדבר דרך הדיון של בית-המשפט בהצעה, לעניין זה, שתבוא מאת בעל איגרת חוב או נושה מובטח; הכללים יקבעו את תנאי הכשירות של יחיד או תאגיד למינוי זה ותנאים אחרים שכונס חייב למלא לצורך מינויו ואת דרך החלוקה של התפקידים בין המועמדים הכשירים למינוי."

בפקודת החברות אין כללים בדבר אופן המינוי של הכונס או בדבר הגבלות על זהותו.

וולובסקי, בספרו כונס נכסים בדיני החברות²⁴, מציע כי יתאפשר לנושים להתנות תנאי באשר לבחירת הכונס נכסים, כבר במעמד החתימה על איגרת החוב, כאשר האישור הסופי לבחירת הנושים יהיה בידי בית-המשפט.

לטעמו, כיוון שלנושה בעל איגרת החוב יש זכות קניינית בנכס המשועבד, האינטרס שלו בהצלחת תפקיד הכונס גדול ולכן ראוי, אם לא קיים ניגוד עניינים, שבית-המשפט יאשר את הכונס המוצע על-ידי הנושה.

בעל התפקיד הממונה על-ידי בית-המשפט הינו פקיד בית-המשפט, הוא פועל בשם בית-המשפט ועל-כן הוא מחוייב לאובייקטיביות ודאגה לטובת כלל הנושים, החברה והמשתתפים, על-כן, אם השתכנע בית-המשפט כי קיים ניגוד עניינים או חשש של ממש להיווצרות ניגוד עניינים לא ימונה כונס מטעם נושה, לתפקיד²⁵.

כב' השופטת אבנור²⁶ גורסת (לעניין תקנות סדר הדין האזרחי, ולדעתי נכונים דבריה אף לענייננו) כי בכל מקרה של מינוי כונס יש לבדוק את מטרת המינוי - כאשר המטרה במינוי הכונס היא רישום פעולה, אין סיבה שלא למנות את בא-כוח התובע, ואילו כאשר מטרת המינוי היא למשל, אכיפת צו בניה, מוטב שכונס הנכסים שיתמנה, יהיה ניטרלי.

סעיף 198 לפקודת החברות מסמיך את השר לקבוע כללים ב-"דרך מינויו של כונס", כללים, שכאמור, תוקנו בתקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ושכרם), התשמ"א-1981 (להלן: תקנות השכר) דנה בכשירות למינוי.

תקנה 2 לתקנות השכר קובעת כי על הכונס להיות עורך-

24. וולובסקי אליעזר, כונס נכסים בדיני החברות, מהדורה שניה (תשס"ד-2004), עמ' 72.

25. תקנה 3 לתקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ושכרם), התשמ"א-1981 על פיה: "לא ימנה בית-המשפט אדם לתפקיד אם מצא שקשריו עם החברה, מעמדו בה או כלפיה או עיסוקיו האחרים, עלולים ליצור ניגוד עניינים עם מילוי התפקיד."

26. אבנור חנה, "כונסי נכסים לפי תקנה 264", הפרקליט ל"ג 1980, עמ' 376.

27. פש"ר (ת"א-יפו) 1602/02 בנק לפיתוח תעשייה נ' בית אדרת, תק"מח 2002(3) 179.

לגורלם ולערכם של הנכסים המשועבדים. אמנם, מינוי כונס נכסים זמני על נכסי חברה בטרם מתן פסק-דין, פוגע בחברה, ולא על נקלה ימנה בית-המשפט כונס נכסים זמני. אולם, מנגד עומדת זכותו של הבנק כנושה שגם היא ראויה להגנה.

כאמור, מינוי הכונס מוצדק כאשר מתקיימות העילות למימוש איגרת החוב או השיעבוד, על-פי ההסכם בין הצדדים וקיימת סכנה לגורלם וערכם של הנכסים המשועבדים.

פשי"ר (ב"ש) 6153/00²⁹ מתייחס למחלוקת שבין הצדדים, האם היתה הצדקה שבנק לאומי לישראל בע"מ (להלן: "הבנק"), יבקש מבית-המשפט, מינוי כונס נכסים זמני על נכסי המשיבה, סופר אפיק (1999) בע"מ (להלן: "המשיבה"). ההכרעה במחלוקת היא לצורך קביעת ההוצאות שנלוו למינוי הכונס ולאור העובדה שמינויו בוטל, כיוון שבמהלך הדיון הגיעו הצדדים להסכמה לגבי שאר השאלות בעניינם.

במקרה הנדון המשיבה הינה חברה פרטית שניהלה עסק מסוג מרכול (סופרמרקט). המשיבה ניהלה חשבון בנק, בבנק המבקש, והיה זה חשבון דביטורי. להבטחת יתרת החוב והאשראי, חתמה המשיבה על אגרת חוב, לטובת הבנק ובאגרת חוב זו שיעבדה המשיבה את כל רכושה לטובת הבנק. אגרת החוב היתה להבטחת כל האשראי, שהמשיבה תקבל מהבנק והשיעבוד על פיה, היה של כל נכסי המשיבה לרבות זכויות בהווה ובעתיד. אגרת החוב נרשמה כדין אצל רשם החברות.

בסעיף 12 של אגרת החוב נאמר:

"(א) בקרות אחד מן המקרים המפורטים בסעיף הקודם, יהיה הבנק רשאי להשתמש בכל האמצעים שימצא לנכון, כדי לגבות את הסכומים המובטחים מהחברה, וכמו-כן - בלי לגרוע מכלליות זכויותיו - לממש את הרכוש המשועבד, בין על-ידי מינוי מקבל נכסים, כונס נכסים או כונס נכסים ומנהל ובין בכל דרך אחרת שימצא לנכון..."

כב' השופט ג' גלעדי קבע כי כיוון שהמשיבה הפרה מספר התחייבויות כלפי הבנק, לבנק היתה עילה לפנות לבית-המשפט, ולבקש מינוי כונס נכסים על נכסי המשיבה.

לגבי השאלה, אם לא ניתן היה להסתפק, בסעד פחות חריף, קבע כב' השופט, שבמקרה ספציפי זה, לאור העובדה, שהמשיבה מכרה את עסקה היחיד (המרכול), לחברה אחרת, וחובותיה של המשיבה היו רבים (על-פי דבריה), כל סעד אחר, עלול היה להתברר כבלתי-יעיל. לאחר שמונה הכונס, והמשיבה ביקשה לבטל מינוי זה,

שוקל בית-המשפט כאשר מונחת בפניו הבקשה למתן הסעד הזמני.

לעניין מעמדה של בקשה לפירוק זמני, הערתי בפשי"ר 1020/02, בש"א 1536/02 נוי נ' שיא, כדלקמן:

"מפרק זמני הינו, תמיד, סעד שבשיקול-דעת בית-המשפט. מטרתו העיקרית הינה למנוע היווצרות מצב עובדתי או משפטי בלתי-הפיך עד מועד הדיון בבקשת הפירוק, אשר עשוי להעמיד את הנושים אל מול ישות משפטית ריקה מנכסים, או לשנות את מצבם לרעה בצורה אחרת.

הבעיה המרכזית לעניין מינוי מפרק זמני, הינה כי מינוי שכזה עשוי, לא פעם, לגרום נזק בלתי-הפיך לחברה, וזאת עוד בטרם נידונה והוכרעה שאלת קיומה או היעדר קיומה של עילת פירוק. זאת, בהתחשב בכך כי מינוי מפרק זמני הוא סעד ביניים דרסטי ופוגעני במיוחד, אשר לא פעם מכריע למעשה את גורל התיק העיקרי טרם שנדון..."

השיקולים הבסיסיים אותם שוקל בית-המשפט בדונו בבקשה לפירוק זמני... הינם כדלקמן:

א. קיומה של עילה ראויה לכאורית, המבוססת על ראיות מהימנות ומשכנעות לכאורה, אשר מצדיקות את מתן הסעד העיקרי המבוקש.

ב. הוכח בראיות מהימנות, כי אי-מתן הסעד צופן סכנה לנושים ברמה המצדיקה את "הפקעת" ניהול החברה או העמותה מידי מנהלה טרם הדיון בסעד העיקרי..."

דין זה יפה, בשינויים המחוייבים, אף לבקשה ליתן צו כינוס זמני..."

עולים חששות לערך הבטוחה. חששות אלו, בנסיבותיו המיוחדות של מקרה זה ולאור סיכוייה של בקשת הכינוס הקבוע להתקבל, מספיקים במשקלם כדי ליתן בידי הבנק את הסעד הזמני המבוקש, ואי-לכך דין הבקשה להתקבל." כאמור לעיל, שיקול-הדעת במינוי כונס הנכסים תלוי במצב הבטוחה בעת הגשת הבקשה.

על המבקש מינוי כונס נכסים לשכנע את בית-המשפט כי אכן קיים חוב שעל-אף שמועד פרעונו חלף הוא לא נפרע, החוב נדרש וקיים חשש לשינוי מצבו לרעה.

כאשר הסכנה לבטוחה הינה ודאית וממשית וקיימת הפרה מוכחת של הוראה מפורשת באגרת החוב, ימונה הכינוס ללא הפעלת שיקול-דעת נוסף, אולם בנסיבות אחרות יפעיל בית-המשפט את שיקול-דעתו טרם מינוי הכונס.

בר"ע"א 8459/02²⁸ קבעה כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן את הסיטואציה ה-"קלאסית" בה ייעתר בית-המשפט למינוי כונס זמני על חברה שלא פרעה את חובה:

"...חייבת החברה לבנק חוב, שמועד פרעונו חלף, הבנק דרש את פרעונו באופן חד-משמעי וקיים חשש סביר

28. רע"א 8459/02 בית אדרת בע"מ נ' בנק לפיתוח התעשייה בע"מ, תק"על 1391 (1) 2003.

29. פשי"ר (ב"ש) 6153/00 בנק לאומי לישראל נ' סופר אפיק, תק"מח 1323 (4) 2001.

ללא הסכמת המבקשת. ייעוד כספי הפקדונות שבחשבון פרוייקט נשר לפרעון החוב בפרוייקט "פנינת הים" יבוא בהכרח על-חשבון בעלי אג"ח סדרה א', במיוחד כאשר צפוי שהמימוש של פרוייקט פנינת הים יכסה את כלל החובות. במיוחד אין הצדקה להיעתר לבקשה כל עוד המבקשת לא שילמה או חוייבה לשלם סכום כלשהו לרוכשי הדירות בגין הפוליסות שהוציאה בפרוייקט נשר ולא בגין הפוליסות שהוציאה בפרוייקט פנינת הים. לטענת המנהל המיוחד ארבעת רוכשי הדירות בפרוייקט נשר הם צד נדרש להליכים אלה ויש לצרפם לדיון. במימוש הדירות תהיה משום פגיעה חמורה ברוכשים ודבר זה מהווה שיקול כשלעצמו כנגד מינוי הכונס, למצער עד לתום התקופה של 12 החודשים שניתנה למימוש פרוייקט "פנינת הים".

כב' השופטת ב' גילאור דחתה את הבקשה למינוי הכונס וקבעה:

"נדמה שאין מחלוקת בין הצדדים גבי זכותו של נושה מובטח לממש את השיעבודים שלטובתו - זכות קניינית מהותית בעלת מעמד חוקתי וכי אין פוגעים בזכות זו אלא במקרים חריגים בהם נתן הנושה המובטח את הסכמתו או הובטחה הגנה הולמת לזכותו המובטחת, וזאת אף אם מונה לחברה מפרק או מנהל מיוחד האמון על כלל נכסיה... השאלה היחידה הדורשת הכרעה היא, איפוא, האם יגרע חלקה של המבקשת אם לא ימונה כונס נכסים לשיעבודים נשוא הבקשה כאשר ברור שהנכסים המשועבדים הם הכספים השמורים אצל המנהל המיוחד ו-4 הדירות. כספי הפקדונות מופקדים בפקידון שקלי בבנק מסחרי. מדובר בנכס נזיל, נגיש ובטוח, נמצאים בשליטת המנהל המיוחד. מינוי כונס נכסים על כספי פקדונות אלו פעולה מיותרת לחלוטין. על-אף שלעמדותי חשש בעלי האג"ח שם הכסף יוצא מהחשבון של המנהל המיוחד הוא לא ישמש בעתיד את נשייתם, הוא אולי חשש סרק, לא נראה לי שצריך למנות כונס נכסים להבטחת חשבון עליו מופקד המנהל המיוחד... עניין לנו גם בשיקול של יעילות כלכלית. כל עוד ישנה אפשרות בידי המבקשת לפרוע את חובה המותנה במימוש פרוייקט פנינת הים והבטחות האחרות שלה אינן נפגעות, מה טעם יש במינוי כונס שאך יכביד על קופת הניהול המיוחד של החברה. העמסת הוצאות נוספות על הקופה, עלולות להתגלות בסופו של דבר לא הכרחיות, יביא לפגיעה בנושיה האחרים של החברה. אשר-על-כן, על-אף שאני נעתרת לבקשה לאכיפת השיעבודים בפרוייקט נשר, תעוכב האכיפה ולא ימונה כונס נכסים למימושם של השיעבודים אלא בתום תקופת מימוש פרוייקט "פנינת הים".

עשה בית-משפט זה, מאמצים, כדי שהמשיבה תוכל לתפקד והבנק לא ייפגע.

כך, משהציעה המשיבה בטחונות נוספים להבטחת חובה לבנק, בטחונות שלא היו קיימים קודם-לכן ולא הוצעו מיוזמתה קודם מינוי הכונס, בוטל מינוי הכונס. מכיוון שרק לאחר שמונה כונס נכסים, על-ידי בית-המשפט, ובמטרה לבטל את מינויו, הציעה המשיבה בטחונות נוספים, נקבע כאמור.

פש"ר (חי') 259/05³⁰ דן בשיקולי בית-המשפט בבואו למנות כונס נכסים. לעיתים, כפי שנראה, מינוי כונס אינו הפתרון היעיל והרצוי, ועל-אף שקיימת הזכות הקניינית לבעלי השיעבוד, לאכפו, לא ייענה לבקשת מינוי הכונס. במקרה הנדון, חברת כלל, המבקשת ביקשה להורות על אכיפת השיעבודים הכלולים בהסכם ואגרת חוב, שנערך בין בולוס גד בע"מ, הנמצאת בניהול מיוחד של המבקשת ובנק ירושלים בע"מ, ולמנות לצורך כך את עורך-דין בנקל ככונס נכסים קבוע.

עורך-דין בנקל מונה ככונס נכסים קבוע ונקצבה לו תקופה של 12 חודשים לצורך מימוש פרוייקט.

לטענת המבקשת לבולוס גד חובות כלפיה בגין פרוייקט נשר ופרוייקט "פנינת הים", תמורת הפוליסות שהוצאו על-ידי המבקשת בפרוייקטים אלו והוצאות נוספות המובטחות באגרת החוב.

המבקשת טוענת כי התקיימו התנאים שנקבעו בהסכם השיפוי, המזכים אותה באפשרות לאכוף את אגרת החוב שהעמידה בולוס גד לטובתה ולמנות כונס נכסים קבוע מטעמה. כך נטען, כי על-פי הוראות הסכם השיפוי, עם סיומו של כל פרוייקט, רשאית המבקשת להשתמש בבטחונות שניתנו לה בגין פרוייקט נשר, על-מנת להבטיח לעצמה את אפשרות השיפוי או הפיצוי מפרוייקטים אחרים. בנק ירושלים נתן את הסכמתו לבקשה, בכפוף לכך שיתרת הזכות בחשבון פרוייקט נשר לא תפחת מסך חובות בולוס גד המובטחים לבנק ועומדים על סך של 161,578.69 בתוספת 20% מרווח ביטחון כמקובל במערכת הבנקאית.

המנהל המיוחד טען מצידו כי בחשבון נשר מופקד סך של כ-831,000 ואין חוב של בולוס גד למבקשת בקשר לפרוייקט זה. בקשר לחוב הנוסף מפרוייקט "פנינת הים", החברה הינה רק ערב ולא החייב ולכן יש לפנות קודם לחייב.

לטענתו, אין טעם וצורך במינוי כונס לנכסים המשועבדים בפרוייקט נשר כי הכספים המופקדים בחשבון פרוייקט הם נכס נזיל, נגיש ובטוח והם נמצאים בשליטת המנהל המיוחד ובנק דיסקונט, שמסרב לאשר משיכות מהחשבון

30. פש"ר (חי') 259/05 בולוס גד בע"מ (בניהול מיוחד) נ' רואה-חשבון י' מייזלס, המנהל המיוחד, תק"מ 2005 (2) 6132, 6135.

סמכויות הכונס על-פי פקודת החברות

לטענתם, ככונסים, הם שימשו ככונסי נכסים על-פי מינוי בית-המשפט, וכי פעלו על-פי הוראות המינוי. ועל-כן יש לדחות את ערעור התובעים.

כב' השופט מקובר דחה את הערעור וקבע לעניין היריבות המשפטית, כי הדין עם הנתבעים. כונסי הנכסים, כך נקבע, אינם מוכרי הדירה וכן:

"גם אם נרשמו הכונסים בהסכם בתור "המוכר", ברור שרישום כזה הינו פורמלי בלבד, ונעשה לצורך ביצוע פעולת המכירה עבור המוכר או בשם המוכר. רישום זה אינו הופך את הכונסים למוכרים בעצמם. הכונסים אינם בעלי הדירה, הם אינם מקבלים את תמורת הדירה לכיסם והם אינם יכולים להחשב כאילו הם הצד המוכר באופן אישי... ב"ע"א 424/91 עורכי-הדין ש' תוסייה-כהן וזאב קס, בתורת כונסי הנכסים של המנוחים אבא ומשה מזרחי ז"ל נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד מז(3) 710, 714ג, נאמר מפי כב' הנשיא (דאז) שמגר:

'למעצמים (הכונסים - א' מ') היה תפקיד בייזום המכירה ובהוצאתה לפועל, אך בשום שלב לא הועברו הזכויות במגרש מן האחים מזרחי אליהם'...

המינוי האמור נעשה, ככל הנראה, על-פי הוראות תקנות סדר הדין האזרחי... כפי שצינו, מבחינת הוראות החוק, אין כל נפקות בדין לאירוע של מינוי המערערים ככונסי נכסים. המינוי אינו מהווה מכירה של זכות במקרקעין, ומשום כך כונסי הנכסים אינם בגדר המוכרים בעת העברת הזכות לצד שלישי... שני הנתבעים מונו ככונסי נכסים על-ידי בית-המשפט, לצורך ביצוע מכירת הדירה. מתוקף תפקידם זה הם משמשים פקידי בית-המשפט, ואחראים בפניו על ביצוע תפקידם. הם אינם צד לעסקה. גם אם כתבו עצמם בהסכם כ"מוכר", הם לא הפכו בכך להיות באמת המוכר. כתיבה כזו הינה אך טעות ואינה הופכת להיות מהותית רק בגלל שכך נכתב... הצדדים האמיתיים להסכם, שהם אלה שחייבים האחד כלפי השני בחיובי ההסכם, הינם הנתבעים-הרוכשים - מצד אחד, והמוכרים - בעלי הדירה - מצד שני. לא הכונסים. הפרת ההסכם גופו יכולה להיות אך ורק על-ידי אחד משני צדדים אלו."

זאת ועוד, הכונס מתמנה על-פי בקשת נושה, וכשהוא חוזר בו מבקשתו למינוי הכונס, גם בית-המשפט ייענה לבקשת ביטול המינוי וכל נושה אחר, לא יכול לטעון כי אין לבטל את המינוי.

סמכות כונס על-פי דיני החברות נובעת מהמטרה לשמה מונה - אכיפת השיעבוד כזרועו הארוכה של בית-המשפט, כפי שקבע כב' הנשיא ברק ב"ע"א 1034/92³¹:

"כונס הנכסים שנתמנה על-ידי בית-המשפט פועל מטעם בית-המשפט כעושה דברו (COURT OFFICER OF THE), ואינו סוכנו או שליחו של הנושה אשר הציע או ביקש את מינויו.

על הכונס להניח דעתו של בית-המשפט שפעל כדין (ע"א 141/74 פפרבוים נ' שיריזלי, פ"ד ל(1) 20, 26 ולטובת הכינוס.

מוטלת עליו חובת אובייקטיביות במלוי תפקידו ואין הוא צריך לקדם את האינטרסים של הגורם אשר מטעמו הוצע ככונס, שהרי אחרת תהיה בכך פגיעה באינטרסים של נכסי הכינוס או של נושים אחרים (המ' (י"ם) 1454/67 שור נ' אושין, פ"מ סא 132, 135).

הכונס ממונה לצורך הנזכר ואין בינו לבין החייב או מבקש מינויו כל זהות.

כך נקבע על-ידי כב' השופט מקובר ב"ת"א (פ"ת) 01/6575³².

במקרה הנדון המדובר בתביעה לחיוב הנתבעים - עורך-דין וכונסי נכסים, בפיצוי מוסכם על-פי חוזה, השבת שכר-טרחן ששולם, והשבת סכום של \$550 ששולם ביתר בגין דירת מגורים שרכשו התובעים.

התובעים חתמו על הסכם, לפיו רכשו את זכויות החכירה בדירת מגורים, עם המוכרים, שעל-פי חוזה החכירה הם כונסי הנכסים מטעם בית-המשפט. הכונסים התחייבו להעביר את הזכויות הרשומות בדירה על-שם התובעים כשהיא פנויה מכל שיעבוד או זכות תוך שישה חודשים ממסירת החזקה.

התובעים שילמו את מלוא התמורה על-פי ההסכם, אך בפועל, עד היום, כ-7.5 שנים לאחר המועד שנקבע בהסכם לרישום הדירה על-שם התובעים, טרם נרשמו הזכויות בדירה על-שםם.

לטענת התובעים, הכונסים הפרו חובתם להעביר את רישום הדירה על-שםם, ועוד דרשו מהם תוספת שכר-טרחן, בנוסף לשכר שנקבע ושולם לנתבעים על-פי ההסכם, לצורך רישום הזכויות.

כונסי הנכסים הנתבעים טענו כטענה מקדמית כי אין ביניהם יריבות משפטית כיוון שלא הם מוכרי הדירה.

31. ע"א 1034/92 רמות זכרון בע"מ (בכינוס) נ' ד"ר אליעזר וולף, תק-על (1) 93, 84.

32. ת"א (פ"ת) 6575/01 פלח דוד ואח' נ' עורך-דין שילה יאיר, תקישל 2003 (2) 208.

כך לדוגמה היה המקרה הנדון ב"ע"א 607/68.³³

במקרה הנדון ניתן פסק-דין לזכות המשיב השני נגד המשיבה הראשונה על סכום של 20,000 ל"י. לגביית החוב הגיש בא-כוח המשיב השני נגד המשיבה הראשונה בקשה למינוי כונס נכסים על עסק בית-מריטה לעופות המנוהל על-ידי המערער.

בית-המשפט מינה כונס נכסים בהסכמת המשיבה הראשונה. לאחר מספר ימים ביקש המערער את ביטול מינויים של כונסי הנכסים והמשיב השני הסכים לביטול הצו ואילו המשיבה הראשונה התנגדה לכך בטענה כי אלמלא הוגשה הבקשה למינוי כונס הנכסים היתה היא עושה זאת. בית-המשפט המחוזי דחה את הבקשה לביטול מינוי כונס נכסים בציינו כי נראה לו שנעשתה יד אחת בין המשיב השני לבין המערער שלא כדין ואין הוא מוכן להשתית כל החלטה על מעשה כגון זה.

אולם ערעור על החלטת המחוזי התקבל, ובית-משפט העליון קבע כי מינוי כונס נכסים נעשה על-פי בקשת הנושה, הוא המשיב השני, וכשהוא מסכים לבטל את המינוי אין להשאיר את המינוי בתקפו. אם למשיבה 1 זכויות כלשהן ביחס לנכס, רשאית היא גם עכשיו לבקש מינוי כונס נכסים על-אף שכאמור, הכונס מתמנה על-פי בקשת נושה, הרי שמבחינת סמכויותיו וחובותיו כלפי החברה, הוא אינו רשאי לדאוג רק לתביעותיו של המבקש את מינויו אלא, לכלל נושי החברה כפי שקבע כב' הנשיא ברק ב"ע"א 1034/92.³⁴

"על הכונס להניח דעתו של בית-המשפט שפעל כדין (ע"א 141/74 פפרבוים נ' שיריזלי, פ"ד ל(1) 20, 26 ולטובת הכינוס. מוטלת עליו חובת אוביקטיביות במילוי תפקידו ואין הוא צריך לקדם את האינטרסים של הגורם אשר מטעמו הוצע ככונס, שהרי אחרת תהיה בכך פגיעה באינטרסים של נכסי הכינוס או של נושים אחרים (המ' י"ם) 1454/67 שור נ' אושין, פ"מ סא 132, 135).

סמכות הכונס לא הוגדרה במפורש ובמסודר בפקודת החברות או בתקנותיה, כך למשל לא הוגדרה סמכותו של הכונס לבדוק תביעות חוב.

על-כן בית-המשפט ונוהל חיי העסקים פיתחו, מעבר להוראות החוק המעטות, שבהן נדון בהמשך, מספר עקרונות בהקשר לסמכותו של הכונס:

ראשית נקבע³⁵ כי עמידתו של הכונס בסמכותו נקבעת

על-פי הקריטריונים שלהלן:

"(א) עריכת העסקה כשלעצמה התחייבה בזמן שאומצה, לאור נסיבות הזמן ושלבי הכינוס.

(ב) כי העסקה היא בגדר עסקה ראויה לטובת הכינוס.

(ג) כי היא הטובה מבין החלופות שהיו פתוחות בפני הכונס."

כמו-כן, על-פי נוהג, סמכויות הכונס מפורטות בתנאי איגרות החוב, והכונס מתמנה על-פי המוסכם כפי שלדוגמה נקבע ב"פשי"ר (ת"א-יפו) 1397/02.³⁶

"הנני ממנה את עורך-דין אלקס הרטמן לתפקיד כונס נכסים קבוע לחברת זאבי תקשורת..."

סמכויותיו: לאכוף את אגרת החוב בכפוף לכל דין ועל-פי תנאי אגרת החוב."

על-פי רוב נכללות באגרות החוב הסמכויות על פיהן הכונס מקבל את הרכוש המשועבד לפי אגרת החוב לידי של הכונס, מנהל את עסקי החברה ומוכר את הרכוש המשועבד, אלא-אם-כן המדובר ברכוש קבוע של החברה, ואז נדרש למכירתו אישור בית-המשפט.³⁷

כב' השופט אלשיך סיכמה עניין זה וקבע³⁸:

"כאשר בדיון בסמכויות כונס נכסים עסקינן, יש לבדוק ראשית כל אלו נכסים תפס במינויו, ואילו נכסים נותרו מחוץ לאגרת החוב. ככל שבנסיבות המקרה ימצא בית-המשפט כי מינוי הכונס מוגבל יותר למסגרתם של נכסים ספציפיים, אשר מותרים נכסים אחרים ופעילות אפשרית של החברה מחוצה לו, כך יטה יותר לפסוק כי על הכונס להצטמצם במסגרת הנכסים עליהם מונה, ולא להתערב בפעילות החברה.

מאידך גיסא, ככל שיראה בית-המשפט כי הכונס תפס, מכוח איגרת החוב את עיקר נכסי החברה ופעילותה, כשהוא מותיר מחוץ לאיגרת החוב אך ורק ישות משפטית ערטילאית לחלוטין ונטולת נכסים או יכולת פעולה עצמאית, כך יטה בית-המשפט לקבוע כי "הנכסים הספציפיים" עליהם מונה הכונס כוללים בתוכם גם את ניהול החברה עצמה, משל "השלם שווה לסכום חלקיו", וזאת במקום האורגנים המוסמכים שפעלו קודם להליך הכינוס. זאת, שכן הישות הנפרדת של החברה הפכה, בנסיבות המקרה, למושכלה משפטית תאורטית גרידא."

כמו-כן ניתן לומר כי סמכויות הכונס יבחנו על-ידי בית-המשפט, בכל מקרה לגופו, על-פי מצב החברה.

33. ע"א 607/68 יצחק עקיבא נ' שרה בסובי ואברהם שאול, פ"ד כג(1) 178.

34. ע"א 1034/92 רמות זכרון בע"מ (בכינוס) נ' ד"ר אליעזר וולף, תק-על 93(1) 84, 86.

35. ע"א 1034/92 רמות זכרון בע"מ (בכינוס) נ' ד"ר אליעזר וולף, תק-על 93(1) 84, 86.

36. פשי"ר (ת"א-יפו) 1397/02 בנק הפועלים ואח' נ' זאבי תקשורת - מימון וניהול בע"מ, תק-מח 2002(3) 65535.

37. וולובסקי אליעזר, כונס נכסים בדיני החברות, מהדורה שניה (תשס"ד-2004), עמ' 157.

38. בש"א (ת"א-יפו) 3551/02 בניהו לאבל נ' ע.בר.ב. בניין, תק-מח 2002(2) 8962, 8971, בה ציטטה מ"פשי"ר 1378/00, בש"א 17986/01 טיטן בנץ נ' ארליך (טרם פורסם).

החברות. בין יתר שיקוליו, מתחשב בית-המשפט בעקרונות של תועלת כלכלית, הגינות ומאזן נזקים בין הצדדים.

הכונס מכוח מינויו ובאישור בית-המשפט, רשאי, כפי שרשאי בעל מניות בחברה, למנות דירקטורים לחברה בכינוס.

ב"פש"ר (ת"א-יפו) 2133/03⁴⁰ נקבע כי:

"נמצא, כי עם מינוי כונס נכסים על-פי סעיף 194 לפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983, מוקנות לו כל הסמכויות המנויות באגרת החוב. מכאן, כי לכונס הנכסים מוקנית הסמכות לקבל לרשותו את כל הרכוש המשוועד, ולה נלוות הסמכות לעקוב אחר נכסים משועבדים, לאתרם ולתופסם. לכונס הנכסים גם סמכות לתפוס נכסים, החשודים כנכסים ש-"הוברחו" מהחברה בתרמית, לאחר קבלת אישור מבית-המשפט בהליך של בקשת למתן הוראות (ראה ע"א 635/71 שיווק מוצרי אוטוקרם בע"מ ואח' נ' מרגולס ואח', פ"ד כו(1) 682, שם אושרו הוראות בית-המשפט המחוזי, המתירות לכונסי נכסים לתפוס מלאי אביזרי רכב, שהוצא מן החברה שבכינוס לרשותה של חברה "אחות" זמן קצר לפני מינוי כונסי הנכסים, וזאת על-פי חוזה שנחשד כפיקטיבי). תפקידו של הכונס הוא לאסוף את נכסי החברה, אף באמצעות הגשת תביעות נגד מי שמחזיק בנכס שלה או חב לה סכום כסף (ש' לרנר, שיעבוד נכסי חברה, תל-אביב (תשנ"ז-1996), להלן: "לרנר" בעמ' 139).

על-אף שלעיתים פורטו סמכויות רחבות בצו המינוי, הרי שנוהגים הכונסים לפנות לבית-המשפט בבקשה למתן הוראות על-מנת לכסות עצמם מתביעות רשלנות או נזיקין.

כאמור, הוראות החוק המקנות סמכות לכונס אינן ממצות את צרכיו של הכונס במילוי תפקידו, בית-המשפט פעל לתיקון מצב זה על-ידי הרחבת הסמכויות בצווי המינוי ובפסיקה שפורטה לעיל.

בסעיפים 195-199 לפקודת החברות נחקקו מספר הוראות הנוגעות לעניין סמכותו של הכונס, בהם נדון להלן, כמו-כן, יש לציין את סעיף 353 לפקודת החברות, על פיו: "בחברה חדלת פרעון ינהגו על-פי דיני פשיטת רגל החלים על נכסיו של מי שהוכרז פושט רגל, בכל הנוגע לזכויותיהם של נושים מובטחים ושאינם מובטחים, לחובות הניתנים לתביעה, לשומת שוויין של אנונות ושל התחייבויות עתידות או מותנות, ולקבלת דיבידנד". באמצעות סעיף זה משווה בית-המשפט את סמכויותיהם של

כך למשל ב"פש"ר (ת"א-יפו) 1187/02³⁹ שחררה כב' השופטת אלשיך את כונסת הנכסים של חברת ניו-פל טקסטיל 2000 בע"מ, מחוזה שכירות שהוגדר על-ידי הכונסת כנכס מכביד, וזאת על-אף שהחוק אינו מתייחס במישרין לסמכותו של הכונס להשתחרר מחוזה, או לוותר על נכס מכביד (התייחסות החוק היא לגבי מפרק בסעיף 360 לפקודת החברות).

במקרה הנדון החברה בכינוס התחייבה בחוזה שכירות למשכיר למשך שנתיים, ועל-אף שבמהלך תקופה זו, החברה נשארה ללא נכסים והפסיקה פעילותה, היא המשיכה לשלם את דמי השכירות הגבוהים על-פי החוזה. לטענת הכונסת היצמדות לחוזה זה הוא נכס מכביד (אין בו רווח ואינו מועיל מאחר שהחברה הפסיקה פעילותה) ולכן יש לאפשר לה לוותר עליו.

לטענת המשכיר, לא הוסמכה הכונסת לוותר על נכס מכביד.

כב' השופטת אלשיך קיבלה את טענת הכונסת והורתה כי יושבו לקופת הכינוס דמי השכירות מיום פינוי הנכס על-ידי החברה. לדבריה:

"לעניין מעמדו של כונס נכסים כלפי הנכסי החברה, התייחסתי בעבר בהרחבה בהחלטתי ב"פש"ר 1378/00, בש"א 17986/01 טיטן-בנין בע"מ נ' ארליך, שם הוסבר כי כאשר "תפסה" אגרת החוב (ובעקבותיה הכונס) את כל פעילות החברה, הרי שגדר סמכותו רחבה מאד. זאת, באשר מחוץ לכינוס לא נותרה אלא ישות משפטית ערטילאית וחסרת משמעות בחיי המעשה. יוצא, כי מעמדו של כונס כזה כלפי החברה דומה למדי לשל מפרק...

כאשר עסקינן בחוזה חסר ערך, היוצר הוצאות כינוס ו/או נשיה מובטחת. במצב זה, יש טעם רב בגישה אשר אימץ בית-המשפט העליון, המאפשר לכונס להשתחרר, בתנאים מסויימים (אשר רב הדמיון בינם לבין שחרור מנכס מכביד) מחוזים אלו, אשר אין הוא מפיק מהם כל תועלת, ואין בהם אלא דלדול בלתי-הוגן של הכספים השייכים לנושה המובטח...

הרי שהכונס יכול, בתנאים מסויימים, להשתחרר מהם. זאת, בין אם יכונה מהלך זה "ויתור על נכס מכביד", ובין אם לאו. אלא, שכמו ויתור על נכס מכביד, הרי שמהלך זה של הכונס איננו בגדר מובן מאליו, קל וחומר שאין הוא נגרם באופן אוטומטי מכניסת החברה לכינוס נכסים. על הכונס להגיש בקשה מנומקת בעניין זה לבית-המשפט, ובית-המשפט יפעיל בעניין את שיקול-דעתו, באופן דומה לשיקוליו כאשר מגיש מפרק בקשה לפי סעיף 360 לפקודת

39. פש"ר (ת"א-יפו) 1187/02 עורכת-דין חנית נוב נ' אחים שרבט, תק"מח 2003 (1) 190.

40. פש"ר (ת"א-יפו) 2133/03 אוקספורד ישראל ציוד רפואי בע"מ ואח' נ' עורך-דין ירון כהן - כונס נכסים זמני לנכסי אוקספורד ישראל ציוד רפואי בע"מ ואח', תק"מח 2004 (2) 355, 362.

כאמור, כשהחברה אינה בפירוק, ולא התמנה לה מפרק, פקודת החברות אינה מפרשת מי הוא המוסמך לקבוע אילו חובות הם בדין קדימה, אולם בדרך-כלל תביעות החוב מוגשות לכונס, והוא שקובע את סדר הקדימויות בחובות וכשקיימת מחלוקת על החלטתו, מוגשת בקשה למתן הוראות בעניין.

וולובסקי בספרו **כונס נכסים בדיני החברות**⁴¹, מבקר דרך פעולה זו, שהינה ביצוע תפקיד שיפוטי על-ידי הכונס ללא הסמכת המחוקק או בית-המשפט, ומציע שהמחוקק יעניק לכונס הנכסים סמכויות הדומות לסמכויות המפרק בנוגע לתביעות החוב, והראשון שמתמנה יהיה זה הנושא באחריות לטיפול בסוגיה זו.

הצעתו זו, מהווה גם פתרון לחלוקת תשלום לנושים הרגילים על-ידי הכונס, באם לא פורקה החברה. סמכותו של הכונס לחלוקת תשלום החובות, אוצרת בתוכה את הסמכות לקבל לרשותו את הנכסים, לממשם ולחלק את תמורתם.

כונסי הנכסים לסמכויות המפרקים וגותן מענה לצורך הכונס לפעול במסגרת ולמטרת תפקידו, ומאפשר לו, מעבר לתפיסת הנכסים ומעקב אחריהם, גם את מימוש הנכסים, וחלוקת תמורת המימוש.

סעיף 195 לפקודת החברות עניינו חובות בדין קדימה באכיפת שיעבוד צף, על פיו:

"נתמנה לחברה רשומה בישראל כונס מטעם בעלי איגרות חוב מובטחות בשיעבוד צף, או שהם או נציגיהם נטלו את ההחזקה בנכסים הכלולים בשיעבוד צף או שהשיעבוד חל עליהם, והחברה אינה עומדת אותה שעה בפירוק - יפרעו החובות, שלפי חיקוק יש להם בכל פירוק דין קדימה, מתוך הנכסים שהגיעו לידי הכונס או לידי המחזיק כאמור, לפני כל תביעה לקרן או לריבית של איגרות החוב; התשלומים לפי סעיף זה ייגבו, ככל האפשר, מנכסי החברה הזמינים לתשלום חובות של נושים כלליים."

סעיף זה קובע את חובת הכונס לפרוע חובות בדין קדימה לפני כל תביעה לקרן או ריבית של בעלי אגרות חוב המובטחות בשיעבוד צף, כשהחברה אינה בפירוק.

כינוס הנכסים

ע"א 3942/98⁴³ עניינו סמכותו של הכונס לתפוס נכסים שהוברחו, לצד שלישי.

במקרה הנדון המדובר בחברת אלי צבעוני סוכנויות מזון אקספרס בע"מ (להלן: "צבעוני סוכנויות") שעסקה במסחר סיטונאי וקמעונאי במוצרי מזון ומוצרי צריכה.

בנק הפועלים בע"מ ("הבנק") הוא נושה מובטח של צבעוני סוכנויות, מכוח שיעבוד צף על כל המלאי העסקי שלה. צבעוני סוכנויות נקלעה לקשיים.

ביום 31.10.94 הגיש המשיב בקשה, שהתקבלה, לאכיפת

כינוס הנכסים כולל את איתורם, תפיסתם ושמירתם של הנכסים עליהם מתמנה הכונס.

בחיי המסחר, לא תמיד נמצאים נכסי החברה בחזקת החברה, על-כן סמכותו של הכונס לאיסוף נכסי החברה היא חלק משמעותי מתפקידו.

כאמור, מתמנה הכונס על נכסים ספציפים של החברה או על כלל נכסי החברה, קרי, אין בסמכותו להעביר לרשותו נכסים שאינם נכללים בהגדרת צו המינוי, וכל שכן נכסים שאינם נכסי החברה⁴².

41. וולובסקי אליעזר, **כונס נכסים בדיני החברות**, מהדורה שניה (תשס"ד-2004), עמ' 160.

42. בין הנכסים שאינם נמנים כנכסי החברה, נימנו בעבר גם נכסים שלגבם היתה קיימת הסכמה חוזית שהבעלות בנכס תועבר עם תשלום מלוא תמורתו כגון תניית שימור בעלות (הגנה על הנושה הקובעת כי הבעלות תישאר בידי הספק כל עוד לא שולמה תמורת הנכס), מכר חוזר והסכמי קונסגנציה (שמטרתם הגנה על החייב, הבעלות תישאר בידי הספק עד למכירת הנכס על-ידי החייב, ובאפשרותו של החייב להחזיר את הנכס לספק אם לא מכרו), שלכאורה עונים על ההגדרה הנדונה (הסכמה חוזית כי הבעלות תועבר עם מלוא תשלום התמורה), אך עם התפתחות הפסיקה הכיר בית-המשפט בנכסים אלו, כהסכמים מחייבים את החייב ועל-כן המגדילים את נכסי הנושה, מבחינה זו על כונס הנכסים לפעול לאיתור נכסים אלו, שאינם נמצאים בידי החברה. ראה ע"א 4648/92 טריומף אינטרנשיונל בע"מ נ' הכונס הרשמי, תק-על 395(3) 820 לעניין הסכמי קונסגנציה ו-רע"א 1690/00 מ. ש. קידוחי הצפון בע"מ נ' ורד גילי - מפרקת זמנית ומנהלת מיוחדת, פ"ד 40(4) 385, 392-393, לעניין תניית שימור בעלות ומכר חוזר.

כמו-כן יש לציין את המחאת זכות החברה לצג ג', שאף היא מפחיתה מנכסי החברה, לעניין זה קבע בית-המשפט (כב' השופטת אלישיך) כי זכותו של בעל ההמחאה, שהיא כתשלום עבור סחורה (בניגוד להמחאה לצורך גיוס מימון) שאינה בניגוד להגבלת השיעבוד הצף, עדיפה על זכות בעל השיעבוד, ראה פש"ר (ת"א-יפו) 2004/01 עומר זידאן בע"מ נ' המועצה, תק-מח 2002(1) 3992.

43. ע"א 3942/98 הבר שפע מזון לדרום בע"מ נ' עורף-דין יצחק מירון, פ"ד 45(5) 132.

הפועל מכוח איגרת החוב יוצרת השיעבוד) ולהליך הראוי לבירורה של יריבות זו (וראו: א' וולובסקי, כונס נכסים בדיני החברות, ירושלים (תשנ"ב-1992), בעמ' 62, 139; ראו עם זאת: ע"א 635/71 שיווק מוצרי אוטוקרס בע"מ ואח' נ' מרגולס ואח', פ"ד כו(1) 682. לו עוררו המערערים טענות אלו בזמן ובמועדן, היה בידי הכונס סיפק להעלות את טענותיו לעניין זה ולהתייחס, בין היתר, לאיגרת החוב מכוחה פעל, לתוקפה ולתנאותיה. דא עקא: המערערים לא עשו כן. טענת היעדר היריבות לא הועלתה כלל בכתב ההגנה שהוגש על ידם והמערערים עוררו אותה רק בסיכומיהם (וראו: י' זוסמן, סדרי הדין האזרחי, מהדורה שביעית (1995), בעריכת ד"ר ש' לויין). כך שהנושא לא התעורר ולא נדון כלל בבית-המשפט המחוזי בשלב הבאת הראיות. לפיכך, משלא הועלו במועד טענות או ראיות לסתור תעמוד (במקרה זה) על כנה הקביעה כי סמכויות הכונס מכוח איגרת החוב גוברות על זכויותיהם הנטענות של המערערים בנכסים נשוא איגרת החוב.

כב' השופט אנגלרד, הסכים והצטרף למסקנתו של כב' הנשיא ברק, והוסיף כי אף ללא ההסכם הדיוני ניתן היה להגיע לאותה מסקנה.

לדיו, בסמכותו של הכונס לפעול על-פי תנאי אגרת החוב, ולפעול לשם תפיסת נכסים שהוברחו טרם מינוי הכונס, לדבריו:

"המערערים העלו את הטענה כי אין בינם לבין הכונס יריבות. הנימוק לטענה זו הוא כי אין כונס הנכסים - בהבדל ממפרק חברה - מוסמך לתפוס נכסים לגביהם נטען ש"הוברחו" מתוך החברה לפני שניתן צו כינוס נכסים על יסוד שיעבוד צף...

ספק בעיני אם די בהסכמה דיונית מעין זאת כדי לבסס עליה את סמכותו של כונס הנכסים לתפוס את הרכוש שהועבר למערערים. ההסכמה, האומרת כי כונס הנכסים יגיש תובענה, אין בכוחה ליצור עילה מהותית לתובענה עצמה. במילים אחרות, עדיין עומדת למערערים הזכות להעלות נגד תביעתו של כונס הנכסים טענה מהותית כי תביעתו נעדרת עילה מהותית. ואמנם, המערערים טוענים כי על-פי הדין המהותי, אין לכונס נכסים, המתמנה על-פי אגרת חוב, הכוח המשפטי לפעול לביטול עסקה של "הברחת נכסים". לטענתם, סמכותו נוגעת אך לנכסי החברה הקיימים במועד גיבוש השיעבוד הצף. בשל כך, הדרך היחידה העומדת בפניו היא להגיש בקשה לפירוק חברה, כדי להחיל עליה את סעיף 355 לפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983. סימוכין לטענה זו מצאו המערערים בספרו של א' וולובסקי, כונס נכסים בדיני החברות, ירושלים (תשנ"ב-1992), בו נכתב בעמ' 139:

"כבר הוסבר בפרק השני כי לא יהא תוקף להעדפות שעשתה חברה בפירוק תוך תקופה של שלושה חודשים לפני תחילת פירוקה, דהיינו: שלושה חודשים לפני היום שבו הוגשה בקשת הפירוק. כמו-כן הוסבר שם כי אין הוראה מקבילה בדבר ביטול העדפות לגבי חברה שניתן

אגרת החוב שביסוד השיעבוד הצף וכן למינויו ככונס נכסים זמני של צבעוני סוכנויות.

לאחר שאלי צבעוני התוודה בפני הכונס, כי הבריה חלק ניכר מנכסיו למערערת 1, "הבר מזון" ביקש הכונס, כי בית-המשפט ימנה אותו גם ככונס נכסים זמני על כל המלאי והציוד השייכים להבר מזון. בקשתו נענתה תחילה, אך במסגרת הסכם דיוני, לפיו הוסכם כי כונס הנכסים יגיש נגד חברת הבר מזון תובענה נפרדת בשל הרכוש שהועבר למערערים, בוטל צו הכינוס הזמני על נכסי הבר מזון והכונס הגיש תביעה נגד הבר מזון ונגד מנהליה ובעליה.

על-פי כתב התביעה הקימו אלי צבעוני והמערער 2, יאיר הבר (להלן: "יאיר"), שהיו ידידים ותיקים, את חברת הבר מזון, שנועדה "לקלוט" את נכסיה של צבעוני סוכנויות. בנו של יאיר, המערער מס' 3, שמעון הבר (להלן: "שמעון") ואשתו גרשמו אמנם כבעלי המניות בהבר מזון, אך בפועל נשלטה חברה זו על-ידי אלי צבעוני ויאיר. יאיר אף שכר מחסן ששימש לאחסון סחורות שהוצאו ממחסני צבעוני סוכנויות החל ממחצית אוקטובר 1994. במסגרת זו הוציא אלי ארבע חשבוניות פיקטיביות להבר מזון.

בית-המשפט המחוזי קיבל, ככלל, את תביעת הכונס וקבע כי אינו מאמין לטענה, כי שולמו לצבעוני סוכנויות סכומים של מאות אלפי ש"ח במזומן.

נוכח מסקנתו זו חייב בית-המשפט המחוזי את המערערים לשלם לקופת הכינוס את סכום תביעתו של הכונס וכן בתשלום הוצאות משפט ושכר-טרחת עורך-דין בסך 35,000 ש"ח בתוספת מע"מ.

בערעור מעלים המערערים מספר טענות ביניהם הנוגעת לענייננו בתחום סמכותו של הכונס. על-פי הנטען, אין כל יריבות בין המערערים למשיב. המשיב הוא כונס נכסים ולא מפרק ואין לו סמכות לנקוט פעולות באשר למה שנחזה בעיניו כ"הברחת נכסים".

הכונס מתנגד לטענות המערערים. לטענתו, המערערים לא העלו את טענת חוסר היריבות עד לשלב הסיכומים בערכאה ראשונה, כך שלא ניתנה לכונס הזדמנות להידרש לה בעיתה ולהביא ראיות ואסמכתות לסתור.

כב' הנשיא דן בשאלת היריבות, וקבע, כי בנסיבות מקרה זה ובשל ההסכמה הדיונית, דין הטענה להידחות:

"אכן, שאלה זו מעוררת, על פניה, סוגיות מורכבות הנוגעות למימוש זכויותיו של נושה מובטח כלפי צד ג' שפעל תוך הפרה של תנאי השיעבוד. דומה שאין עוררים על כך שנושה כאמור עשוי לרכוש זכות עדיפה הניתנת, ככלל, לאכיפה כנגד צד שלישי (וראו, לדוגמה: ע"א 85/542 המועצה הישראלית לייצור ושיווק כותנה בע"מ נ' אתא חברה לטקסטיל בע"מ וטתה בע"מ, פ"ד מב(4) 559; מ' דויטש, קניין, כרך ב' (1999), עמ' 158-166; ש' לרנר, שיעבוד נכסי חברה (1996), בעמ' 66-67). חברי, השופט אנגלרד, עמד על כך בהרחבה בחוות-דעתו. עם זאת, לא נדרש עד היום בית-המשפט העליון בהרחבה לשאלת הסעדים המוקנים לנושה כאמור (או לכונס נכסים

(סחורות בשווי מאות אלפי ש"ח). אין ספק שלא מדובר בפעילות במהלך העסקים הרגיל, אלא בעסקאות חריגות, שנועדו לחיסול עסקיה של החברה, תוך כדי הברחת הנכסים.

נמצא, כי עם מינוי כונס נכסים על-פי סעיף 194 לפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983, מוקנות לו כל הסמכויות המנויות באיגרת החוב. מכאן, כי לכונס הנכסים מוקנית הסמכות לקבל לרשותו את כל הרכוש המשוועבד, ולה נלוות הסמכות לעקוב אחר נכסים משועבדים, לאתנם ולתופסם. לכונס הנכסים גם סמכות לתפוס נכסים, החשודים כנכסים ש"הוברחו" מהחברה בתרמית, לאחר קבלת אישור מבית המשפט בהליך של בקשה למתן הוראות (ראה ע"א 635/71 שיווק מוצרי אוטוקרס בע"מ ואח' נ' מרגולס ואח', פ"ד כו(1) 682, שם אושרו הוראות בית המשפט המחוזי, המתירות לכונסי נכסים לתפוס מלאי אביזרי רכב, שהוצא מן החברה שבכינוס לרשותה של חברה "אחות" וזמן קצר לפני מינוי כונסי הנכסים, וזאת על-פי חוזה שנחשד כפיקטיבי).

תפקידו של הכונס הוא לאסוף את נכסי החברה, אף באמצעות הגשת תביעות נגד מי שמחזיק בנכס שלה או חב לה סכום כסף. (ש' לרנר, שיעבוד נכסי חברה, תל-אביב (תשנ"ז-1996) (להלן: "לרנר"), בעמ' 139)

מן האמור עולה, כי לא היה צורך למנות מפרק לחברה, משום שהסמכות נתונה לכונס הנכסים עצמו. לכן, יש להבין את הקטע המובא מספרו של וולובסקי כמוגבל למצבים שבהם אין הפרה של הגבלה המצויה באגרת החוב. ברוח זו ראה דבריו של לרנר:

...'מפרק חברה רשאי לבטל, בהתמלא תנאים מסויימים, עסקאות שנועדו להעדיף אחד הנושים על פני האחרים. הוראות אלה חלות על פירוק ולא על כינוס נכסים, וכונס נכסים לא יוכל לכאורה להביא לביטולן של עסקאות דומות. ואולם הכונס יוכל לבטל עסקאות דומות על-סמך הטענות שהן חורגות ממהלך העסקים הרגיל. לפי גישה זו, ייתכן כי מצבו של כונס נכסים שמונה מכוח אגרת חוב של עבד צף, יהא עדיף על מצבו של מפרק. בית המשפט רשאי לבטל עסקאות על-פי בקשת מפרק, רק בהתאם לתנאים שבסעיף 355 לפקודה, ואילו שיקול-הדעת אם להיעתר לבקשה דומה של כונס נכסים, רחב יותר (שם, בעמ' 68-69).

בסיכום הדברים, גם ללא הסכמה דיונית, מוסמך גם מוסמך היה כונס הנכסים להגיש תביעה ולתפוס את הנכסים אשר הועברו מצבעוני סוכנויות שלא במהלך העסקים הרגיל. במסגרת איסוף הנכסים על-ידי הכונס, עולה וצצה טענת הקיזוז, על פיה, אף אם הנכס שייך לחברה ותמורתו מגיעה לכלל הנושים, הרי שזכות הקיזוז מעניקה לנושה לו החברה חייבת זכות עדיפה על שאר הנושים. מבחינה זו הנכס או שוויו הנטען בטענת הקיזוז אינו נכלל בנכסי החברה.

מבחינת הדין החל על טענת הקיזוז, יש להבחין בין זכות קיזוז הנטענת לפני ואחרי צו פירוק.

ככל הנוגע לזכות הקיזוז לפני מתן צו פירוק נקבע ב"ע"א

נגדה פסק-דין המתיר אכיפת שיעבוד צף, כאשר לא ננקטו נגדה הליכי פירוק.

התוצאה היא שכאשר מתמנה כונס נכסים לפי דיני החברות לאכיפת שיעבוד צף, והוא נוכח לדעת כי סמוך לפני מינויו החברה ביצעה העדפות, ועל-ידי כך נגסה מהרכוש העומד לחלוקה עבור נושים לסוגיהם, בעל התפקיד חסר יכולת לפעול בעוד מועד לביטול העדפות כאלה. הדרך היחידה העומדת בפניו היא לגרום לכך שתוגש בקשה לפירוק החברה, כדי להחיל עליה את הוראות סעיף 355 לפקודת החברות (נוסח חדש). גם בנושא זה ראוי להקנות לכונס נכסים לפי דיני החברות סמכויות מתאימות.

לדעתי, דינה של טענת המערערים להידחות לגופו של עניין. הדין המהותי מעניק לכונס נכסים, שהתמנה על-פי אגרת חוב של שיעבוד צף, את הסמכות לבטל בנסיבות מסויימות העברת נכסים וכן לתופסם. נסיבות כאלה קיימות, למשל, כאשר מצויה באגרת החוב הגבלה האוסרת העברת נכסים שלא במהלך העסקים הרגיל של החברה. לכן, כאשר מבוצעת העברה שלא במהלך העסקים הרגיל, מוענק לכונס הנכסים הכוח לבטל את העסקה, לדרוש את השבת הנכסים ובמקרה הצורך לתופסם.

טענת כונס הנכסים, אשר לא הוכחשה על-ידי המערערים, היא שבאגרת החוב הנידונה מצויה ההגבלה השגרתית הנוכרת. קיימת פסיקה ענפה בדבר תחולתה של הגבלה זו כלפי צד שלישי, אשר ידע על קיומה ידיעה ממשית. ראה בעניין זה ע"א 542/85 המועצה הישראלית לייצור ושיווק כותנה בע"מ נ' אתא חברה לטקסטיל בע"מ וטתה בע"מ, פ"ד מב(4) 559.

...'לאחר שקבע בית המשפט זה, כי שיעבוד צף מהווה משכון במובן סעיף 1(א) לחוק המשכון, התשכ"ז-1967, הרי יפה כוחן של ההגבלות הקבועות באיגרת השיעבוד הצף וידועות לצד ג', עד כדי להעלותו למדרגת שיעבוד ספציפי בכל הנוגע לפעולה שאיננה במהלך העסקים הרגיל... בית המשפט הכיר בזכותו של בעל השיעבוד הצף למנוע מכירת הנכסים המשוועבדים שלא במהלך העסקים הרגיל של החברה, ואפילו בהליכי הוצאה לפועל (שם, בעמ' 563).

לאחר תיקון צו החברות (פרטי משכנתאות ושיעבודים), התשי"א-1951) מיוחסת לצד שלישי ידיעה קונסטרוקטיבית. השווה על כך ע"א 471/73 מקבלי נכסים זמניים ומנהלים של אלקטרוג'ניקס (ישראל) בע"מ נ' אלסינט בע"מ ואח', פ"ד כט(1) 121; ויסמן, "דין שיעבוד צף המגביל עסקאות", משפטים יא (תשמ"א), 554.

בנסיבות המקרה שלפנינו היתה למערערים ידיעה ממשית על ההגבלה המצויה באגרת החוב וכן ההעברה עצמה נעשתה שלא במהלך העסקים הרגיל. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, ההעברה כולה היתה בבחינת "קנוניה", ומטרתה היתה להבריח את הנכסים. חברת צבעוני סוכנויות העבירה למערערים את רכוש הקבוע (ציוד משרדי ושני כלי רכב) ואת מרבית המלאי העסקי

44752/92 על-ידי כב' השופט טירקל כי בהליך כינוס הנכסים:

"זכות הקיזוז בהליכי כינוס נכסים לפי דיני חברות היא יציר הפסיקה ואין היא נובעת מסעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל או נשענת עליו. כפי שנקבע בהלכת וולטקס צמרון: '...עם מינויו של כונס והתגבשותו של שיעבוד צף, באים לידי הכונס כל נכסי החברה המשועבדים והוא מקבל אותם בכפיפות לכל זכויות קיזוז שנרכשו על-ידי בעלי החובות של החברה בקשר לעסקיהם עמה... כל טענה שהמדינה יכולה לטעון כלפי החברה בעת מינוי הכונסים, לרבות טענת קיזוז ותביעה נגדית, עומדת לה גם כלפי הכונסים ובעלי אגרות החוב, כשהם באים לממש את חובה לחברה.' (דברי השופט ברנזון, שם, 399)..."

יש לציין בהקשר זה, כי המתקשרים רשאים להתנות על הוראת הקיזוז שבסעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים") ולהסכים על זכות קיזוז רחבה יותר (ראה ד' פרידמן ו-נ' כהן, חוזים, כרך א' (תשנ"א), 131).

על-אף האמור, גם כאשר לא ניתן צו הפירוק, מבחינה הפסיקה, בין זכות הקיזוז משיעבוד צף ללא תניה מגבילה שטרם גובש ולאחר שגובש, וכן את זהות הכונס המתמנה

(מפעיל או רגיל)⁴⁵.

לאחר מתן צו הפירוק, חל סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל על פיו:

"(א) היו אשראי הדדי או חוב הדדי או עסקים הדדיים אחרים תלויים בין חייב שניתן עליו צו כינוס ובין הבא לתבוע חוב מכוח הצו, ייערך לפיהם חשבון על המגיע מכל צד למשנהו, הסכום המגיע מצד אחד יקוזז כנגד המגיע מהצד האחר ויתרת החשבון, ולא יותר, ייתבע או ישולם, לפי העניין; הוראות סעיף זה לא יזכו אדם בקיזוז כנגד נכסי החייב אם בשעה שנתן אשראי לחייב ידע שהחייב עשה מעשה שאפשר היה להשתמש בו להגשת בקשת פשיטת רגל נגד החייב ביום שהוגשה בקשה שעל פיה הוכרז פושט רגל.

(ב) הקביעה מה הם העסקים הניתנים לקיזוז לפי סעיף זה תיעשה לפי מצבם ביום שבו ניתן צו הכינוס."

גם לאחר שנקבע מהם הנכסים הנכללים בנכסי החברה, על הכונס לקבוע את סדר הקדימויות של נושי החברה, שמא, לא יהיה באפשרותו להעביר לרשותו את הנכסים עליהם חל השיעבוד הצף, עד שיפרעו חובות הקודמים לנושים העדיפים מבחינת סדר הקדימויות (בהנחה שכל השיעבודים נרשמו כדין).

מימוש הנכסים

כונס הנכסים או המפרק של החברה. גורם זה מצפה, ככל צד סביר לחוזה, כי בעל התפקיד המתקשר עמו יהיה כבול להסכמות חוזיות אליהן נכנס מרצונו החופשי. לכך מצטרפים גם האינטרס הציבורי כבד המשקל בוודאות, סופיות וקיום חוזים.

מאידך גיסא, עומדים האינטרסים היחודיים של דיני הפירוק, אשר עיקרם השגת המחיר הגבוה ביותר עבור הנושים. אמנם, בכל חוזה עומד אינטרס של הצד, מוכר הנכס, למקסם את התמורה, אלא, שאינטרסים אלו לובשים צורה ומשקל מיוחדים בהליכי פירוק, וזאת ממשקלן המצטבר של כל הסיבות הבאות:

א. המפרק או הכונס אינם צד חוזי רגיל העוסק במכירת נכסיו שלו. הם בעלי תפקיד העוסקים במכירת ציודה של חברה חדלת פרעון, קרי, תפקידם להשיג תמורה ראויה עבור ציבור גדול של נושים, אשר נקודת המוצא לגביו

כאמור, לא כל צו מינוי כונס מאפשר את מימוש הנכסים וחלוקתם, אולם, במקרים בהם מתמנה הכונס גם על-מנת לממש את הנכסים, על בית-המשפט מוטלת חובת הפיקוח, לוודא כי הכונס מימש את הנכסים בתמורה ההולמת האפשרית למצב החברה.

מעבר לכך, צו מינוי הכונס, אינו מונע מבעד בעל השיעבוד לפנות לאפיקי מימוש השיעבוד בדרכים אחרות, של ההוצאה לפועל, למשל. עובדה זו משפיעה הן על יכולת הכונס לממש את הנכס, והן על אופן המימוש על-ידי הכונס, שלעיתים נפגע, בשל האמור לעיל.

ב-פ"ש"ר (ת"א-יפו) 1602/02⁴⁶ סיכמה כב' השופטת אלשיך את מלאכת "איוון האינטרסים העדין והלא פשוט" בין אינטרסים נוגדים המעורבים בהליך מכירת נכסיה של חברה בפירוק.

"מחד גיסא, עומד האינטרס של צד ג', אשר מתקשר עם

44. ע"א 4752/92 מקט בע"מ (בכנוס נכסים נ' החברה לביטוח, פ"ד נא(2) 214, 224-225.

45. לפירוש בהבחנות אלו, ראה ע"א 4752/92 מקט בע"מ (בכינוס נכסים) נ' החברה לביטוח, פ"ד נא(2) 214, 219-220.

46. פ"ש"ר (ת"א-יפו) 1602/02 בנק לפיתוח תעשייה נ' בית אדרת, תק"מח 2002(3) 179.

או כונס נכסים לצורך רכישת ציוד של חברה חדלת-פרעון שונה באופן מהותי מהתקשרות חוזית רגילה. אחד מביטוייה החשובים של שונות זו, היא כי כונס נכסים או מפרק המבקשים למכור ציוד אינם רשאים לעשות זאת, בלא אישורם של כונס הנכסים הרשמי ובית-המשפט של פירוק. אין מדובר אך ורק בפיקוח פורמלי, שאינו אלא מליצה בלבד, אלא בפיקוח מהותי אשר נועד להגן על אינטרס הנושים, בעיקר הנושים הבלתי-מובטחים. קבלת אישורים אלו הינה בבחינת תנאי מתלה, בלעדיו לא נכנס החוזה על תנאותו לתוקף כלל ועיקר. מסיבה זו, חובותיו של בעל התפקיד במהלך ניהול המשא-ומתן לקוחות מחובת תום-הלב הטרם-חוזית.

הרציונל ברור; הכונס והמפרק מתקשרים למעשה בחוזה למכר נכסים אשר הדין רואה אותם כשייכים לנושי החברה. מאחר ומן המפורסמות הוא, כי רבים מהנושים דגן אינם מעורבים בהליך במידה מספקת כדי להשפיע על מהלך המכר, ואף אינם מסוגלים להיות מעורבים בצורה כזו, הרי שכונס הנכסים הרשמי ובית-המשפט של פירוק נכנסים בנעליהם, והסכמתם למכר באה במקום הסכמת הבעלים על-פי דין של הנכסים. אין צורך להרבות במילים על כך כי חוזה למכר נכס אשר לא קיבל את הסכמת בעל הנכס הינו חסר תוקף, ואין לאיש את הזכות להסתמך עליו.

מכך נובע, כי הבא להתקשר בחוזה עם כונס נכסים או מפרק לעניין מכר נכסיה של חברה חדלת פרעון, מן הראוי כי יקח בחשבון מראש את מסכת הסיכויים והסיכונים המיוחדת הכרוכה בכך. מי שבא לרכוש נכסי חברה בפירוק, מתוך תקווה להנות מהיתרונות אשר צופן עבורו הליך זה (וביחוד אמורים הדברים למחירים, ולחולשתו היחסית של בעל התפקיד במשא-ומתן, לעומת צד רגיל וסולבנטי באותו המצב), מן הראוי כי ידע שהתקשרות זו צופנת גם סיכונים מיוחדים, אשר אינם קיימים במכר רגיל. בין הסיכונים האלו מצוי גם הסיכון כי בית-המשפט ימצא, בסופו של יום, כי בעל התפקיד לא עשה כל שלא ידו בכדי למקסם את תמורת המכר, ויסרב לאשר את החוזה. אין צד אשר בא מרצונו למשא-ומתן מסוג זה יכול להשמע בטענה כי הסתמך על סופיותן של הסכמות שהושגו במהלך המשא-ומתן (להבדיל מהתמחרות אשר זכתה לאישור בית-המשפט), כאילו לא ידע כי בחברה בפירוק או כינוס עסקינן.

כך למשל נקבע כי בסמכותו של בית-המשפט שלא לאשר עסקה שעשה הכונס במחיר נמוך ממחיר השוק. המדובר ב"ע"א 658/87⁴⁷. במקרה הנדון החייבת, חברת מלונות כהן בע"מ שהינה בשליטתו של המשיב 2, הקימה

הינה כי גם אם ימכר הציוד כולו במחיר הוגן ומלא, לא יהיה בו די בכדי לכסות את מלוא חובם...

ב. לא זאת, אלא אף זאת; מן המפורסמות הוא כי מכירת ציוד של חברה חדלת פרעון, אך לעיתים רחוקות מגיעה לערכו האמיתי, כפי שיכול היה להתקבל במכירה בשוק החופשי על-ידי חברה סולבנטית, בלא לחץ של זמן. אין זה סוד, כי מחירי ציוד במימוש מהיר הינם באופן טבעי ירודים במידה ניכרת יותר מערכם האמיתי בשוק. דבר זה משוקלל בדרך-כלל בעצם הערכת השמאי שעל בסיסה נעשה מכר הציוד, כך שאין בהצעה המגיעה להערכה זו, או אף עוברת אותה בכדי להגיע לערכו האמיתי של הציוד. לא פעם, נתקל בית-משפט בבעל תפקיד המגיש בקשות למכר ציוד במחירים נמוכים מאד, בטענה כי אין הוא מסוגל להשיג מחיר גבוה בשל אילוצים אלו. זאת, כאשר מנגד קובלים בעל החברה, או הנושים, על כך כי מדובר במחירי הפסד שאין בהם כדי לכסות ולו מעט מהחובות.

הבעיה מחריפה עוד יותר, כאשר מדובר בציוד יהודי, אשר נעשה בו שימוש במסגרת ענף ספציפי מאד, אשר העוסקים בו אינו רבים. לא פעם, נתקל בית-המשפט בכונס נכסים או מפרק המביעים את חשדם, כי העוסקים בתחום הרחיקו לכת עד כדי הגעה להסכמה ביניהם להקפיד ולהציע מחירים נמוכים במיוחד, ולהפיק כך רווח בלתי-הוגן על-חשבון קופת הכינוס או הפירוק.

ג. מעצם היותם של המפרק והכונס בעלי תפקיד, אשר אינם מוכרים את רכושם שלהם, אלא רכוש של אחרים, עשויה להתעורר לעיתים מעין "בעית נציג", מהסוג המתעורר כאשר לאדם אחד ניתן לפעול בנכסיו של אחר. חיי המעשה מלמדים כי לא תמיד נעשה מצד המפרק והכונס מירב המאמץ למקסם את התמורה. במיוחד כאשר מדובר בהליכים מתמשכים ומתסכלים, ציוד ישן אשר קשה למצוא לו קונים. זאת בעיקר כאשר הנושה מכוחו התמנו הכונס והמפרק לוחץ עליהם, במישרין או בעקיפין, לסיים את עבודתם במהירות.

ד. הבעיה מחריפה במיוחד כאשר בכונס נכסים המייצג נושה מובטח עסקינן.

במקרה זה, יוצא לא פעם כי בעל תפקיד זה רואה עצמו, שלא כדין, כמייצג אך ורק או בעיקר את הנושה המובטח, על-חשבון יתר הנושים. על רקע זה, באה לעולם ההחלטה ב"פ"ש"ר 466/93 גרבש נ' שלף, אשר כפפה את הכונס לחובות אמון מסוימות כלפי יתר הנושים.

עולה מכל זאת, כי כאשר בעסקה בין כונס נכסים לצד ג' עסקינן, על בית-המשפט לבדוק בזהירות יתרה את התמורה, בכדי לשמור על אינטרס הנושים הבלתי-מובטחים. מכל זאת עולה בהכרח כי התקשרות עם מפרק

47. ע"א 658/87 סם וארשיה הלפרין נ' יגאל ארנון עורך-דין ושלמה, פ"ד מג(4) 621.

פוחת מחדש מכירה שנעשתה בגלל הצעה גבוהה יותר אלא במקרים מיוחדים; מקל וחומר, שכאשר מדובר במכירה על-ידי כונס נכסים, אין לראות בהצעה גבוהה יותר סיבה לבטל הסכם מכר שנעשה ולפתוח את העניין מחדש. במקרה כזה, כך נטען, צריך הפיקוח של בית-המשפט, אם בכלל, להצטמצם בבדיקה, אם אין ההסכם פגום משום אי-חוקיות, קנוניה, חוסר תום-לב או מירמה, אך אינו כולל פיקוח על סבירות המחיר.

כבי' השופט מליץ דחה את הערעור וקבע כי: "הפיקוח של בית-המשפט והצורך באישורו היו תנאי לתוקפן של פעולות הכונסים ומהתנאים של ההתקשרות בין הצדדים למן ההתחלה. כפי שצוין לעיל, כבר בנובמבר 1986, כאשר התיר בית-המשפט לכונסים לנסח הסכם ולפנות למעוניינים, היה הדבר מותנה בכך שכל מכירה "כפופה לאישור מוקדם של בית-המשפט". על-סמך הנחיה זו כללו הכונסים בהסכם את סעיף 12 שצוטט לעיל, המדגיש בצורה ברורה והחד-משמעית ביותר, על דרך החיוב ועל דרך השלילה, את הצורך באישור ההסכם על-ידי בית-המשפט, שבלעדיו יחשב ההסכם כ-"בטל מעיקרא"...

הכפפת תוקפו של ההסכם לאישורו של בית-המשפט לא היתה מסויגת בשום צורה שהיא. דווקא שאלת סבירותו של המחיר היתה העילה העיקרית להבאת העניין לפני בית-המשפט לאישור. כזכור, המנדט ההתחלתי שקיבלו הכונסים מבית-המשפט היה למכור במחיר שאינו נופל מ-6 מיליון דולר. נמצא, שמכירת הנכס בסכום קטן יותר לא היתה בסמכותם כלל, והם חייבים היו לפנות לבית-המשפט על-מנת שיתיר ויאשר את המכירה, תוך שינוי הוראתו הקודמת. לא היתה לכן למערערים כל סיבה להאמין או לצפות, כי שאלת המחיר לא תתעורר לפני בית-המשפט. זו היתה, למעשה, השאלה היחידה שעתידיה היתה להתעורר, שכן בשום מקום ובשום צורה לא עלו חשד או רמז לאיזה שהוא מעשה תרמית, קנוניה או חוסר תום-לב מצד הכונסים...

בסופו של חשבון עניין לנו בשיקול-דעת. הצדדים העניקו לבית-המשפט שיקול-דעת רחב ובלתי-מסויג לבחון את העסקה מכל היבט ראוי ולהחליט, אם ראוייה העסקה לאישור אם לאו. בית-המשפט הפעיל שיקול-דעת זה והגיע למסקנה שהעסקה, במתכונת שהובאה לפניו, איננה ראוייה לאישור.

באשר לשאלות בדבר ההשוואה בין סמכויות הכונס והמפרק, וכן בשאלת ביטול הסכם רק משום שהוצע לאחר-מכן סכום גבוה יותר - נשארו בצריך עיון.

בי"ע א' 10223/04⁴⁸ דן כבי' השופט ס' ג'ובראן בבקשה להורות על עיכוב ביצועו של פסק-הדין - אשר לפיו מונה

מלון בירושלים. היא נקלעה לקשיים כספיים, ואחד מנושיה הוא הבנק, שבירדו איגרת חוב של החייבת.

במסגרת ביצוע איגרת החוב מינה בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, על-פי בקשת הבנק, את המשיבים 1 ככונסי נכסים על רכושה של החייבת.

בנובמבר 1986 הגישו הכונסים לבית-המשפט בקשה למתן הוראות. בקשתם היתה, שיורשה להם לנסח הסכם למכירת המלון ולהציגו לפני המעוניינים לרוכשו, על-מנת שיגישו על פיו את הצעותיהם לרכישה. לאחר קבלת הצעות אלה, כך נאמר בבקשה, מתכוונים הכונסים לחתום הסכם סופי עם מציע המחיר הגבוה ביותר, ובלבד שהתמורה תיראה סבירה לכונסים.

בית-המשפט אישר לכונסים לקבל הצעות מחיר אך קבע ש-"כל מכירה כפופה לאישור מוקדם של בית-המשפט".

על-סמך האישור פנו הכונסים לקונים, בציון הדרישה למחיר מינימום של שישה מיליון דולרים. למעשה התקבלה רק הצעה אחת לרכוש את המלון ב-5.5 מיליון דולר, וכיוון שהיתה ההצעה פחות מן המינימום הנדרש, היא לא נתקבלה.

התוצאה הטובה ביותר שיכלו להגיע אליה הכונסים היתה התקשרות עם המערערים במחיר של 5.6 מיליון דולר. נערך עמם הסכם, שנחתם, ובו סעיף שמודיע לקונים כי על-מנת לתת תוקף להסכם, יש לקבל את אישורו של בית-המשפט, ובמידה שבית-המשפט לא יאשר את ההסכם, לקונים לא תהיה טענה כנגד הכונסים והם יהיו זכאים רק להחזר התשלום שניתן.

הכונסים פנו תוך מספר ימים לבית-המשפט בבקשה לאשר את ההסכם. אולם המשיב 2, בעל חברת המלוונות ביקש לאסור את המכירה למערערים, בטענה שהמחיר שנקבע אינו משקף אפילו מחצית מערכו של המלון.

בית-המשפט הורה לפרסם מודעה בעיתון יומי המזמין למכרז למכירת המלון, ואכן נענו מספר מציעים לקנות את המלון, בסכום הגבוה מ-5.6 מיליון דולר. משכך לא אישר בית-המשפט את המכירה ונערכה ליציטציה בה זכו המערערים, שהציעו 8.1 מיליון דולר, דהיינו סכום העולה ב-2.5 מיליון דולר על הסכום הנקוב בהסכם.

אולם המערערים מבקשים שלא לשלם את הסכום הגבוה ולאשר את ההסכם המקורי.

להשקפת המערערים, נעוצה טעותו העיקרית של השופט המלומד בכך שהחיל את הכללים והעקרונות המקובלים לגבי מפרקי חברות על כונסי נכסים מכוח איגרות חוב. בין השניים קיים שוני, בכך שהפיקוח של בית-המשפט על פעולותיו של מפרק רחב והדוק יותר מהפיקוח על פעולותיו של כונס נכסים מכוח איגרות חוב. לטענתם:

"גם במקרה של מכירה על-ידי מפרק אין בית-המשפט

48. ע"א 10223/04 אוחנה חברה לאחזקות תיירות ותעשייה בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ ואח', תק"על 1594 (1) 2005.

מימוש נכס עסקי, שהוא שיעבד לשם מתן אשראי, יגרום לו נזק בלתי-הפיך:

'מקום שאין ידי הנתבע-המערער להוכיח קיום עילה מוצדקת לעיכוב ביצועו של פסק-הדין שניתן נגדו, אין, בדרך-כלל, גם בקיומה של בטוחה לפרעונו של החוב הפסוק כדי לשנות את פני הדברים. הלא בידי כל זוכה לפי פסק-דין לרדת לנכסי החייב ולגבות מהם את חובו; ואין הדעת נותנת, שמוכזה בעל בטוחה יימנע מלעשות כן דווקא ביחס לנכס שהחייב העמיד לו כבטוחה. וגם המקרה בו שיעבד החייב נכס עסקי איננו יוצא מכלל זה, שכן משהעמיד החייב נכס עסקי שלו כבטוחה, יקשה עליו להישמע בטענה, שמימוש הבטוחה עלול להסב לו נזק חסר תקנה.'

כאמור במקרה הנדון קבע כב' השופט גובראן כי אין מתקיימות נסיבות מיוחדות וחריגות, המעמידות את המבקשת בפני נזקים חמורים במיוחד הצפויים לה בעקבות מימוש הנכסים וכן המבקשת לא הצביעה על טעמים מיוחדים וחריגים, המצדיקים את עיכוב ביצוע מימוש הנכסים על-ידי כונס הנכסים. לפיכך, נדחתה הבקשה.

טרם המימוש, ראוי כי כונס הנכסים, יגיש בקשה לאישור המימוש על-ידי בית-המשפט, על-אף שהרשות ניתנה לו בצו המינוי⁴⁹, לפני המימוש ולאחריו.

על הכונס לפעול באחת מדרכי המימוש הקיימות והן:

- א. באמצעות מכרז.
- ב. במכירה פומבית.
- ג. בשיטה המשלבת את שתי השיטות והמצליחה למקסם את מחיר הנכס בצורה היעילה ביותר, היא שיטת ההתמחרות, בשיטה זו, מגישים בשלב ראשון הצעת מחיר כבמכרז, ולאחר-מכן נקבעת תחרות בין המציעים הגבוהים, או כלל המציעים.
- ד. משא-ומתן עם יחידים (בדרך-כלל כאשר המדובר בנכסים פסידיים או כשיש מספר קטן של מציעים).

כונס נכסים קבוע על כל נכסי חברת מלונות החוף השקט בע"מ, במסגרת הליך פשיטת רגל. בית-משפט המחוזי קבע, כי סמכויותיו של כונס הנכסים הינן לאכוף את אגרת החוב בכפוף לכל דין ועל-פי תנאי אגרת החוב; וכי לא ימומשו נכסים, אלא באישור בית-המשפט ולאחר קבלת עמדת החברה לכל בקשת מכירה אשר תוגש על-ידי הבנק. המבקשת הגישה לבית-המשפט המחוזי בקשה לעיכוב ביצוע, אך בקשתו נדחתה.

על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי הגישה המבקשת ערעור זה, לעיכוב ביצוע פסק-הדין ולהורות לכונס הנכסים להימנע מלעשות שינוי כלשהו במבנה הבעלות בנכסי הכינוס, וזאת עד למתן פסק-הדין בערעור.

את בקשתה סומכת המבקשת על שתיים: ראשית, סיכוייה להצליח בערעור טובים. שנית, אם הבקשה לעיכוב ביצוע תידחה ייגרם לה נזק קשה, לעומת הבנק, לו עלול להיגרם נזק אשר ניתן לפצות עליו, אם יושהה מימוש הבטוחה.

כב' השופט גובראן דחה את בקשת עיכוב הביצוע וקבע:

"הלכה שיצאה מלפני בית-משפט זה קובעת, כי:

'...אף שעייכוב ביצוע פסק-דין כספי בשל קושי הכרוך במימוש בטוחות הינו אפשרי, הדבר לעולם יהווה חריג שבחריג... ככלל, הצורך לממש נכסים לשם קיום חוב כספי לא יוכר כשלעצמו כסיבה מספקת לעיכוב ביצוע... אולם הוכרו לצורך כך נסיבות בלתי-רגילות, בעלות חומרה מיוחדת מעבר להכבדה הכרוכה במכירת נכסים, למשל כאשר מכירת נכס מעוקל עלולה להביא להתמוטטות כלכלית של החייב, או מקום שמדובר במכירת בית מגורים' (ראו ע"א 7221/01 י.ג. רובינשטיין יצור וסחר נ' שובל (נ.י.ב) ואח', פ"ד נו(4) 178, 183)...

יפים לעניין זה אף דברי חברי השופט (כתוארו דאז) א' מצא ב"בש"א 4645/91 משה כובשי חברת הובלות ותעבורה בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פדאור 91(3) 563, בו סירב בית-המשפט זה לעכב ביצוע של מימוש נכסים משועבדים וקבע, כי לא יישמע חייב בטיעון, כי

חלוקת הנכסים הממומשים

שיחלק את רכוש החברה שבקופת הכינוס. כיוון שכאמור, אין בסמכותו של הכונס לדון בתביעות חוב, עולה בעיה בעת חלוקת המימוש, לפי מה יחולק הרכוש. במקרים כאלו, פונה הכונס לבית-המשפט בבקשה למתן

חלוקת הנכסים על-ידי כונס מתבצעת לרוב לאחר פירוק החברה ומינוי מפרק, במקרה זה הכונס דואג לקבלת חלקו של הנושה המובטח על-פי בקשתו מונה.

או כאשר תפס הכונס את כלל נכסי החברה, והיא נשארה ללא נכסים, לפיכך אין טעם במינוי מפרק והכונס הוא

49. ראה: גפני ישראל, כינוס נכסים הלכה ומעשה, מהדורה שלישית, המכון למחקרי משפט וכלכלה בע"מ, עמ' 256.

אחרים, הנושים בדין קדימה, המנויים בסעיף 354 לפקודת החברות שזכאים להיפרע לפני בעלי השיעבוד הצף, ביניהם תשלום שכר העבודה, ותשלומי חובה אחרים, לאחר מכן, בעלי השיעבוד הצף, והנושים הרגילים, שאין ביניהם כל בטוחה (כגון ספקים ונותני שירות) האחרונים הם הנושים הנדחים, ביניהם בעלי המניות בחברה.

הוראות בדבר חלוקת רכוש החברה. על הכונס חלה החובה לחלק את רכוש החברה, על-פי סדר הקדימויות, כמפורט להלן: בראש סדר העדיפויות עומד לפירעון כל חוב לרשות מס, בעל עיכוב הסכמי, וזכותו של הנושה המובטח מכוח שיעבוד ספציפי לפרוע את חובו.

פעולות כנגד ובניגוד לסמכותו של הכונס

ובוודאי לא ננהג אנחנו, להטיל על מבזים כמו אלה סנקציות של ממש, אלא הסתפקו - וכך נסתפק אנחנו - בהטלת ההוצאות שנגרמו על-ידי מעשה ההתערבות של המנהלים בכינוס הנכסים, על המנהלים הללו אישית (*Hawkins v. Gathercole*, (1852) *Lane v. Sterne*, *Share and Trust Co. v. Welltley* (1882) ; (1862) *Brick and Pottery Co., General Ch.D.* 260, 261⁵¹ תוקפה של כל פעולה שנעשתה על-ידי מנהלי החברה, בניגוד להסכמת הכונס, תלויה בסמכות הכונס.

אם אין בנמצא צו האוסר על המנהלים לבצע חוזה מסוים על-פי צו הכינוס, הרי שהחוזה מחייב את החברה על-אף שניתן לפעול כנגד המנהלים או הדירקטורים, בגין פעולותיהם⁵².

ב-ע"א 141/74 נדונה דין פעולת החברה בניגוד לדיעת הכונס.

המדובר בחברת שירותי אוויר, ששיעבדה שניים ממטוסיה לבנק, להבטחת תשלום חוב.

כשלא עמדה בהתחייבותה, מונה לחברה כונס נכסים, לאחר זמן מה, הודיעה החברה על תשלום החוב לבנק, הבנק הסיר את השיעבוד והבנק ביקש לשחרר את הכונס מתפקידו.

לטענת הכונס, מבלי ידיעתו או אישורו מכרה החברה את המטוסים וכך שילמה החברה את חובה, אולם הכונס לא פעל לביטול המכירה, זאת משום שהדבר היה לטובת הבנק שקיבל את סכום חובו.

רוכשת המטוסים ידעה על שיעבוד המטוסים ועל כונס הנכסים.

לאחר זמן, נושה אחר ביקש את פירוק החברה, ניתן צו פירוק ונתמנה מפרק, שתבע וקיבל צו המונע את העברת

בבחינת סמכותו של כונס הנכסים יש להתייחס אף לפעולות כנגד סמכותו ככונס, וכנגד פעולותיו ככונס, הן מצד צד שלישי, והן מבחינת הכונס עצמו. ראשית, נדגיש כי כל פעולה כנגד בעל תפקיד, ככונס הנכסים הינה פעולה כנגד זרועו הארוכה של בית-המשפט ועל-כן התנהגויות הנוגדות את עצם מינוי הכונס, כגון הטרדה, אימים או אלימות כנגדו או כנגד שלוחיו, עשויות להיחשב ביזיון בית-המשפט, כפי שקבע כב' השופט חיים כהן ב-ע"א 141/74⁵⁰:

"הדין הוא שצו מינוי כונס נכסים כמותו כצו מניעה האוסר על מנהלי החברה לעשות בנכס אשר עליו חל צו כינוס הנכסים, אף-על-פי שהנכס נשאר נכס החברה, ואף-על-פי שהמנהלים נשארים מנהלי החברה (*Western of.*, (*Venezuela Railway Co Re South* 1902)). והיה אם המנהלים מוכרים את הנכס אשר עליו חל צו כינוס הנכסים כי אז ממרים הם את צו בית-המשפט שאסר עליהם מעשות בנכס זה, ודינם כדין המבזים את בית-המשפט (*Hayward*, (1881); *Russell v. East Anglian Railway Ex parte* (1850) *Co.*), ולא רק צפוי להם עונש, אלא כונס הנכסים יכול לבקש את בית-המשפט לצוות על המנהלים להימנע מביצוע החוזה שהם עשו (השווה: *Dixon Dixon v. Dixon* (1904)...) מאחר ובית-המשפט פועל בכגון דא כבית-משפט של יושר - הן לעניין כונס הנכסים והן לעניין ההכרה בבעלות שביושר - נראה לי שאין אנו רשאים להתעלם מן העובדה שמנהלי החברה, בעשותם את אשר עשו לאחר מינוי כונס הנכסים, עשו מעשה בזיון בית-המשפט. אמת נכון הדבר שלא עמדו לדין על כך בבית-המשפט המחוזי, ואין הם עומדים לדין על כך לפנינו... אבל בין כה וכה לא נהגו בתי-המשפט באנגליה,

50. ע"א 141/74 הלנה פפרבוים נ' דן שריזלי ו-2 אח', פ"ד (1) 20.

51. ראה גם וולובסקי אליעזר, כונס נכסים בדיני החברות, מהדורה שניה (תשס"ד-2004), עמ' 101-102.

52. ראה גפני ישראל, כינוס נכסים הלכה ומעשה, מהדורה שלישית (תשס"ג), עמ' 101.

53. ע"א 141/74 הלנה פפרבוים נ' דן שריזלי ו-2 אח', פ"ד (1) 20.

שכונס הנכסים אינו משוחרר אוטומטית עם סילוק החוב, אלא טעון הוא שחרור מאת בית-המשפט: קצין בית-המשפט הוא, ועד שישוחרר, עליו להניח דעתו של בית-המשפט שמילא תפקידו כדין. אבל העובדה, למשל, שלא מילא תפקידו כדין ועל-כן לא שוחרר או לא ביקש את שחרורו, אינה יכולה להטיל חבות כלשהי על החברה שסילקה את חובה: עצם סילוק החוב הוא המשחרר את הנכס משיעבודו (סעיף 15(א) לחוק המשכון, התשכ"ז-1967).

מעבר, העסקה התקיימה טרם מינוי המפרק, ועל-כן המפרק מקבל לידיו רק את מה שהיה לחברה בעת מינויו ולא מעבר.

"על כל פנים אין עוברים לקניין המפרק נכסים אשר לפני תחילת הפירוק היו בבעלותו של צד שלישי ולא בבעלות החברה - ולעניין זה אין נפקא מינה אם היו בבעלות שבדין או בבעלות שביושר של הצד השלישי. לפי סעיף 165 לפקודת החברות רשאי בית-המשפט להקנות למפרק נכס שבבעלות החברה ("belonging to the company") - ואין בית-משפט רשאי להקנות למפרק נכס שהיה בשעת תחילת הפירוק בבעלותו של מי שהוא אחר, ולו רק בבעלותו שביושר (השווה ודוק: ע"א 307/64 חברת הלוואות בע"מ, בפירוק נ' קדר תעשיית כלי חרס בע"מ, בפירוק ואח', פ"ד יח(4) 483, 492; ו-ע"א 367/70 מרדכי הוכברג, עורך-דין, בתור נאמן בפשיטת רגל של מתתיהו שלגי נ' שפרה שלגי ואח', פ"ד כה(2) 149, 154, 155).

פעולות שנעשו בניגוד לסמכות, מצד הכונס עצמו, נכנסות למסגרת תקנה 74 לתקנות החברות (פירוק), התשמ"ז-1987 (להלן: תקנות הפירוק) על פיה: "פגם או שיבוש במינויים או בבחירתם של כונס נכסים, מפרק או חבר ועדת ביקורת, לא יגרע מתקפו של מעשה שעשו בתום-לב במסגרת התפקיד שלו מונו או נבחרו."

המטוסים לרוכשים, בטענה שהעסקה נעשתה בניגוד לדעת הכונס, וכי שווי המטוסים עומד לרשות כל הנושים ולא רק לטובת הבנק.

בינתיים עלתה הסכנה שהמטוסים יתקלקלו והמפרק הורשה למכרם.

את הכסף שקיבל עבור המטוסים ביקש לקבל לטובת כלל הנושים ולא רק לטובת הבנק, ובית-המשפט המחוזי אישר את בקשתו.

על כך הגישה רוכשת המטוסים את הערעור הנדון. המערערת טענה, שהכונס ידע במשך כל הזמן על מכירת המטוסים וכי מכללא נתן את הסכמתו, ועל-כן העסקה הסתיימה ואין לבטלה.

המפרק טוען כי המטוסים לא היו שייכים לחברה אלא לכונס, ומשום כך אין קיום לעסקת המכירה, ומאחר שהכונס לא מכר את המטוסים, הרי שהם עומדים לפרעון חובות כלל הנושים.

כב' השופט ויתקון, בדעת רוב, דחה את הערעור וקבע כי כיוון העסקה נעשתה ללא ידיעתו והסכמתו של הכונס, היה זה מחל מחל מצד המערערת שלא עמדה על כך לקבל את אישור הכונס בטרם שולם החוב לבנק, ועל-כן הערעור נדחה.

בדעת מיעוט קיבל כב' השופט כהן את הערעור, ומפאת חשיבותם של דברים נפרט את עמדתו.

לדידו, הכונס היה חייב לקחת את המטוסים לרשותו ואף למכרם ומאחר שלא מילא את תפקידו, עם פרעון החוב לבנק, לא נשאר לו אלא לבקש את שחרורו מתפקידו.

"לא הבנק ולא כונס הנכסים, ובוודאי לא המפרק אשר טרם בא לעולם, ואף לא בית-המשפט, יכלו, לאחר סילוק החוב לבנק, למנוע בעד החברה מלאשר את החוזה הקודם ולתת לו את התוקף שהיה חסר לו (אם היה חסר לו) שעה שהממכר עוד היה "מוקנה" לכונס הנכסים. אין בכך כלום

פיקוח בית-המשפט על סמכויות הכונס

במקרה הנדון, נפתחו בחודש דצמבר 1987 על-ידי בנק המזרחי, אחד המשיבים, הליכי כנוס נכסים נגד חברת מלון מנדרין בע"מ. המשיב הראשון מונה ככונס נכסים לפי הצעתו של הבנק.

המערערת ערבה לחובות חברת מלון מנדרין בע"מ וכן, יחד עם חברת מלון מנדרין, ערבה גם לחובות המערער השני, שגם כנגדו פתח הבנק בהליך של כינוס נכסים.

כאמור, הכונס מתפקד כזרועו הארוכה של בית-המשפט. כפועל יוצא, בית-המשפט הוא המפקח, באופן מהותי, על פעולותיו של הכונס.

סמכויות הכונס כפי שהם מאושרות על-ידי בית-המשפט וכן כל אישור פעולות הכונס על-ידי בית-המשפט, יינתנו לאחר שבחן בית-המשפט את באופן מהותי את טיבם, כפי שנקבע ב-ע"א 1034/92⁵⁴.

54. ע"א 1034/92 רמות זכרון בע"מ (בכינוס נ' ד"ר אליעזר וולף, תק"על (1) 93) 84.

משמע, היוזמה לנקיטת צעד מן הנכון שתנקט על-ידי הכונס והחובה לאמץ אמות-המידה המנחות כפי שהוצגו לעיל, רובצת על הכונס כחובה ראשונית ותחילתית, עובר לגיבושה של העסקה. תפקידו של בית-המשפט הוא, כאמור תפקיד של פיקוח; אולם אין המדובר על פיקוח פורמלי שהוא רק בגדר מתן גושפנקא למה שנעשה. הפיקוח של בית-המשפט על הכינוס אינו דומה לאישור נוטריוני. זהו פיקוח מהותי (ע"א 640/77 הקולג' האמריקאי נ' הכנר, לא פורסם). האישור למעשים של הכונס - כמו גם למעשיו של המפרק, צריך להצביע על כך שבית-המשפט בחן פרטי העסקה, שיווה נגד עיניו את הטענות והמענות שהועלו ולא מצא פסול מהותי בפעולות שנערכו.

בית-המשפט אינו מומחה-על לעסקאות כלכליות. לכן רשאי בית-המשפט להסתפק בסבירותה הכללית של עסקה שאין לה מתנגדים. כאשר עסקה סבירה על פניה, רובץ על המתנגד העול להצביע על פגמיה.

בית-המשפט רשאי להעזר בחוות-דעת מומחה. הדבר נעשה במקרה דנן רק באופן חלקי, כי חוות-הדעת המלאה היחידה היתה זו של מנהל החברה הרוכשת שקשה לראות בה בנסיבות העניין הערכה שאינה תלויה בדבר. בית-המשפט היה ער לכך ואף ציין מפורשות כי שקל מינויו של מומחה בלתי-תלוי. לבסוף ויתר על כך וחבל שעשה כך. אין ספק שחוות-דעת אוביקטיבית של מומחה לדבר, שיכול היה לפרוס בפני בית-המשפט הערכתו בדבר משמעותיה, כדאיותה והשלכותיה של העסקה, מתוך נקודת ראות ניטרלית, יכולה היתה להוות בסיס איתן יותר להחלטת בית-המשפט המחוזי (ראה ע"א 769/87 CONTITRADE ואח' נ' עורך-דין ברוכשטיין ואח', תק-על 521 (3) 88).

חוות-דעת כאמור, שאין כמובן לחייבה בכל מקרה היתה במקרה דנן בעלת חשיבות מיוחדת:

(א) הכונס ערך את העסקה כדי לסלק חובות הכנוס לשני הבנקים אשר על-פי הצעתם מונה ככונס.

(ב) הכונס לא פירט בבקשתו מראש, את הערכתו בדבר כדאיות העסקה ויתר שיקוליו, כנדרש לעיל.

על-כן סברנו כי מן הראוי לקבל את הערעור ולהחזיר את הנושא לבית-משפט קמא כדי שימנה מומחה ניטרלי וישקול מחדש את עניין אישורה של העסקה, אחרי קבלת חוות-דעת נוספת כאמור.

פיקוח בית-המשפט מתבטא גם לאחר שכבר מונה הכונס, בין השאר בבקשות עיכוב מינויו.

ע"א 6842/05⁵⁵ עניינו בקשת עיכוב ביצוע למינוי כונס נכסים לצורך מימוש שיעבודים שמחזיק הבנק בנכסי המשיבה.

בית-משפט המחוזי אישר הסכם בין הכונס (המשיב הראשון) לבין חברת איזורים (המשיבה השניה) בדבר רכישת המלון מן הכונס על כל צידו כדי להפכו למלון דירות ופנטהאוזים בתמורה לחמישה מיליון דולר כתשלום מידי במזומן, וחמישים אחוזים מתקבולי מכירת המניות שמעבר לסכום הבסיסי של \$11,100,000.

לאחר אישור ההסכם הגיש הכונס לבית-המשפט בקשה בלתי-מנומקת למתן הוראות, בה נתבקש אישורו של בית-המשפט להסדר חדש שנערך בינו לבין איזורים (המשיבה השניה) אשר לפיו תשלם איזורים, במקום האחוזים המובטחים סך חד-פעמי של 4,080,110 דולר, שיהווה סילוק סופי של כל חוב לבנק. בית-משפט המחוזי אישר את הבקשה.

בתגובה ביקשו המערערים, לבטל את ההחלטה כיוון שהתקבלה ללא שיתופם או ידיעתם, ואכן ההחלטה בוטלה, אולם הוגשה מטעם הכונס בקשה נוספת עם תוכן דומה.

בית-המשפט שקל את האפשרות למנות מומחה מטעם בית-המשפט, על-מנת לברר את כדאיות הבקשה אולם לבסוף הגיע למסקנה שדי בנתונים שבפניו כדי לקבל את הבקשה, זאת משום שדברי הכונס בדבר כדאיות העסקה והחיסכון הכספי והיקפו, הכרוכים בה היו מקובלים עליו.

בית-המשפט ציין כי הכונס בדק את כדאיות העסקה, ומי שטוען כנגדה חייב לתמוך התנגדותו בראיות מבוססות ולא בהנחות והשערות הנראות מפוקפקות.

על כך הערעור הוגש ערעור, בו נטען כי בית-משפט קמא לא בחן כנאות את קיומה של ההצדקה הכלכלית לסטות מן ההסדר המקורי, לא היתה חוות-דעת אוביקטיבית הבוחנת את התחשיבים, מבלי לסטות ביודעין או שלא ביודעין לכוונו של מי שמעוניין בעסקה.

הכונס מצידו, עמד על כך שההסדר איפשר לו סילוקן על אתר של כל תביעות בנק המזרחי ובנק טפחות. מכך גם נבע חיסכון כספי נגזר שצמצם התחייבויותיו הכלליות על הכינוס.

כב' הנשיא ברק, קיבל את הערעור וקבע כי העסקה החדשה טעונה בדיקה ובחינה נוספים מטעם בית-המשפט המחוזי.

"המחלוקת בפנינו סבה סביב השאלה מהי המידה בה היה על הכונס להוכיח כי:

(א) עריכת העסקה כשלעצמה התחייבה בזמן שאומצה, לאור נסיבות הזמן ושלבי הכינוס.

(ב) כי העסקה היא בגדר עסקה ראויה לטובת הכינוס.

(ג) כי היא הטובה מבין החלופות שהיו פתוחות בפני הכונס.

אך מובן שבית-המשפט אינו הכונס אלא המפקח על הכונס.

55. ע"א 6842/05 מנד בע"מ נ' בנק לאומי ואח', תק-על 2519 (3) 2005.

מאזן הנוחות בין הצדדים. שאלת עיכוב ביצוע במסגרת מימוש בטוחות מעלה קושי מיוחד ביישום מאזן זה: מחד, יש לעודד זירוז הליכי מימוש, שעיקרם עלול להביא להתגבשות נזקים בלתי-מפוצים; מאידך, יצירת עובדות מוגמרות בטרם הכרעה בערעור עלולה לגרום למצב בלתי-הפיך, ולפגוע פגיעה מהותית בזכויותיו של המערער (א' וולובסקי, כינוס נכסים בדיני החברות, מהדורה שניה (2004), 573). כאשר מדובר במימוש בטוחה על נכס מקרקעין, נוטים בתי-המשפט לעכב את ביצוען של ההחלטות, מתוך חשש שלא יהיה ניתן להחזיר את המצב לקדמותו (א' גורן, סוגיות בסדר דין אזרחי, מהדורה שמינית (תשס"ה), 625).

כב' השופטת א' פרוקצ'יה קיבלה את הבקשה בקובעה כי:

"בסוגיית עיכוב החלטה הנוגעת למימוש בטוחות, על מבקש עיכוב לשכנע בקיומם של שלושה תנאים: ראשית, כי קיים סיכוי לערעור; שנית, כי קיימת תשתית משכנעת לנזקים העלולים להיגרם לו, באם ימומש הנכסים; שלישית, כי אין בעיכוב מימוש הבטוחות משום פגיעה של ממש בזוכה (ע"א 7221/01 י.ג. רובינשטיין יצור וסחר נ' שובל שווק מוצרים, פ"ד נו(4) 178, 184; ע"א 8935/01 ז'אן פרידמן נ' יורי נחושתן, פ"ד נו(2) 769, 770; בש"א 4645/91 משה כובשי חברת הובלה נ' בנק הפועלים בע"מ, תק"על 91(3) 232, 233).

שני התנאים האחרונים הינם, למעשה, מרכיבים בעיקרון

בקשה למתן הוראות

לתוצאות הפעולה, שבמהותה ואופיה נדון בהמשך. טרם חקיקת סעיף זה (לפני תיקון התשמ"ג), הגישה בפסיקה לא היתה חד-משמעית בקשר לקבלת הוראות מבית-המשפט⁵⁶, מחד, נקבע כי הליך מתן ההוראות הינו האמצעי היעיל להדרכת הכונס על-ידי בית-המשפט המפקח על פעולותיו, ומאידך, הובעה הדיעה כי הליך מתן ההוראות, יעיל רק לעניין קבלת הוראות ביצועיות, אך אין ביכולתו להטיל חבות על צד ג'. במקרה של הטלת חבות, בית-המשפט צריך לשמש כדיין בין שני צדדים ולא כמפקח על פעולות הכונס⁵⁷.

הגישה שאומצה בפסיקה, היא כי ניתן, במסגרת בקשה למתן הוראות לבקש אף סעד כנגד אחר, בתנאי שיוזמו כל הצדדים הנוגעים בדבר.

לעומת הפסיקה, סעיף 200 בפקודת החברות, מתנה את הגשת הבקשה למתן הוראות, בצו בית-המשפט לפנות אליו, אך בעניינים שנקבעו בבקשת הוראות.

ניסוח זה, לגישתו של וולובסקי⁵⁸ השאיר את הסעיף כאות מתה, ובפועל פונים כונסי הנכסים בעניינים שונים בבקשה למתן הוראות, בלי קשר ל-"עניינים שנקבעו" כדרישת

"200. ביקורת בית-המשפט על כונס

(א) כונס שנתמנה לחברה לפי פקודה זו, רשאי בית-המשפט להורות לו בצו כי בעניינים שנקבעו בו עליו לפנות לבית-המשפט לשם קבלת הוראות.

(ב) צו לפי סעיף-קטן (א) יכול שיתן בית-המשפט מיוזמתו או לפי בקשת הכונס הרשמי, מפרק, מפרק זמני, נושה של החברה או משתתף.

(ג) לשם מתן צו או הוראות לפי סעיף זה, רשאי בית-המשפט להיעזר במי שימצא לנכון, לרבות הכונס הרשמי."

הליך הבקשה למתן הוראות הוא הליך בו, מחד, יכול הכונס לקבל הדרכה בפעולותיו, ומאידך, יכול בית-המשפט להורות לכונס מה לעשות.

הנושאים בהם נדרשת הדרכת בית-המשפט לרוב הם הליכי מימוש נכסים, קבלת אישור בית-המשפט למכירת נכס, מינוי או פיטורי בעלי תפקידים, בקשת שכר-טרח ו עוד.

הכונס, יפנה לבית-המשפט לקבלת אישורו לפעולה מסוימת, גם אם הורשתה הפעולה בכתב המינוי וזאת על-מנת לכסות את עצמו מבחינת אחריותו האישית

56. הסעיף שהתייחס להליך הבקשה למתן הוראות, היה סעיף 310 לפקודת החברות פקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983 על פיו:

"(א) בניהול נכסי החברה וחלוקתם בין הנושים ישתמש המפרק בשיקול-דעתו שלו, בכפוף להוראות פקודה זו.

(ב) המפרק רשאי לבקש מבית-המשפט, בדרך שנקבעה, הוראות ביחס לכל עניין שהתעורר אגב הפירוק.

(ג) מי שנפגע על-ידי מעשה או החלטה של המפרק רשאי לפנות לבית-המשפט ובית-המשפט רשאי לאשר, לבטל או לשנות את המעשה או ההחלטה וליתן כל צו בעניין כפי שיראה צודק."

סעיף זה התייחס למפרק והפסיקה, כאמור, לא החילה אותו באופן חד-משמעי גם על הכונס.

57. ע"א 635/71 שיווק מוצרי אוטוקרס בע"מ נ' ה' מרגוליס, עורכי-דין, א' אורן, ב' ברוידא, כונסי נכסים, פ"ד כו(1) 682, 682.

58. וולובסקי אליעזר, כונס נכסים בדיני החברות, מהדורה שניה (תשס"ד-2004), עמ' 479-480.

הסעיף.

יצויין כי באמצעות הליך בקשה למתן הוראות, מצאו מענה גם צדדים שלישיים להליך הכינוס, וזאת על-פי קביעתו של כב' השופט חיים כהן ב"ע"א 548/76⁵⁹ כי:

"ישנם סמוכין לכך שאם נתמנה כונס נכסים בתובענה פלוגית, כי אז צריך צד שלישי, אף שאינו צד לתובענה, לפנות לבית-המשפט בבקשת מתן הוראות לכונס הנכסים להימנע מלפגוע בזכותו, דווקא במסגרת אותה התובענה אשר בה נתמנה הכונס (Searle v. Choat (1884) ; v.)) 25 Ch.D. 723; 53 L.J.Ch. 506; 50 Choat (1884) 32 W.R. 397 (C.A. 470, L.T.), ולא זו בלבד אלא בית-המשפט עשוי לאסור, בצו מניעה, הגשת תובענה נגד כונס נכסים שנתמנה על ידיו, שלא במסגרת התובענה אשר בה נתמנה (Maidstone Palace of varieties) (1909) 2".

כך למשל, הוחל העיקרון הזה על דרך הצימצום, ב"ע"א 380/89⁶⁰, על-ידי כב' השופט מליץ:

"ככלל, אין ההליך של בקשה למתן הוראות לפי סעיף 310(ב) לפקודת החברות יכול לשמש תחליף לתביעה של כונס או מפרק נגד צד שלישי.

יתכנו מקרים שבהם יכול בית-משפט, במסגרת הליך כזה, להכריע בפלוגתא בין המפרק לבין צד שלישי, אגב הדיון בבקשתו של המפרק. תנאי הוא שהכרעה באותו סכסוך עם צד שלישי תהיה דרושה כדי להחליט מהן ההוראות שתתנה למפרק. הוראות למפרק הינן מרכזו ולבו של הליך כזה.

כאשר לא מתבקשות הוראות כלל וההליך מיועד אך ורק לבירור הסכסוך עם צד שלישי - אין בקשה למתן הוראות ההליך המתאים. במקרה כזה על המפרק להתכבד ולהגיש תובענה לאחר נטילת אשור מבית-המשפט או מוועדת

הביקורת (סעיף 307(א)(1) לפקודת החברות)...

בהליך הנדון כאן לא מבקש הכונס שום הוראות מבית-המשפט. כל שהוא מבקש שבית-המשפט יכריע בסכסוך בינו ובין משרד הבינוי והשיכון לגבי צורת הישובי ההצמדה, שתקבע את גובה החוב שלהשקפתו חייב המשרד לחברות שבפירוק. זהו סכסוך כספי שאין בינו ובין בקשת הוראות ולא כלום, ואין זה משנה כלל לעניין זה שאין זו תביעה ישירה אלא בקשה לקבל פסק-דין הצהרתי. מהות הסכסוך היא הקובעת, ומהות הסכסוך היא סכסוך כספי פשוט, שהדרך הנכונה לבירורו הוא בבית-משפט רגיל על דרך של תובענה רגילה.

אולם עם השנים הוגמשה והתרככה גישה זו ונקבע ב"ע"א 3004/97⁶¹ על-ידי כב' השופט טירקל כי:

"הליך של מתן הוראות לפי סעיף 310 לפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983 (סעיף 173 בנוסח הקודם) הוא "תחליף מהיר ויעיל" לבירור תובענה בדרך הרגילה 'ובכל מקרה אשר בו מוצא בית-המשפט לאפשרי ולצורך להשתמש בתחליף מהיר ויעיל זה, תבוא עליו ברכתו של בית-משפט זה'... יש לציין כי בכל הנוגע לבקשת הוראות אין הבדל עקרוני בין הליכי כינוס נכסים לפי דיני החברות, הליכי פשיטת רגל והליכי פירוק (לסיכום) ההלכות עיין א' וולובסקי, כונס נכסים בדיני החברות (תשנ"ב-1992), בעמ' 300, הערה 57). אולם, כאשר מדובר בסכסוך כספי והמחלוקת העובדתית מצריכה שמיעת עדים, יש הצדקה לבררה על דרך של תובענה רגילה."

כיוון שכך, החל שימוש נרחב יותר, הן מבחינה כמותית והן מבחינת תוכן הבקשות על-ידי הליך בקשה למתן הוראות.

מעמדה של החלטה בבקשה למתן הוראות

והחלטה אחרת הוא: האם ההחלטה שניתנה סיימה את בירור המחלוקת שבין הצדדים. מקום בו בית-המשפט סיים בהחלטתו את הדיון בעניין הכולל העומד בפניו, הרי שמדובר בפסק-דין. בכל מקרה אחר המדובר הוא בהחלטה אשר ערעור עליה הוא ברשות בלבד⁶².

האם החלטה בבקשה למתן הוראות לכונס נכסים היא "פסק-דין" ולכן ערעור עליה הוא בזכות, או שהמדובר ב"החלטה אחרת", שאז ערעור עליה יתכן לאחר מתן רשות לכך בלבד. כאמור, המבחן המקובל לעניין ההבחנה בין פסק-דין

59. ע"א 548/76 יהודה גרבי מפעלי בניה בע"מ ואח' נ' גר רוח, פ"ד לא(1) 25.

60. ע"א 380/89 מדינת ישראל נ' כוכב השומרון בע"מ (כינוס), פ"ד מה(4) 741, 746-747.

61. רע"א 3004/97 לוי דוד וי' אח' נ' אזוגי דניאל, תק"על 97(3) 623.

62. ראה ע"א 39/60 דב אבשלום ואח' נ' קיפת הפנסיה למורים (בפירוק מרצון) ואח', פ"ד יד 795, 799.

במתן הוראות לביצוע פסק-הדין שניתן על-ידי השופט עלי נתן... הרי במקרה שבפנינו מתבקשת המסקנה שהחלטת נשוא הערעור אכן כרוכה וקשורה קשר אמיץ בפסק-הדין העיקרי שניתן על-ידי השופט נתן, ועל-כן ערעור עליה יהיה ברשות בלבד.

המערער מנסה לטעון, כי בהחלטתו של השופט נתן בכל הנוגע לביצוע ההסכם ניתן רק צו אכיפה כללי, ואילו ההחלטה נשוא ערעור זה היא פסק-הדין הסופי המשלים את האכיפה... אין בידי לקבל טיעון זה... לא ייתכן שהחלטה בדבר מתן הוראות לגבי ביצוע פסק-דין תוכל לשנות את פסק-הדין עצמו. ההכרעה במחלוקת שבין הצדדים לתביעה הושלמה בפסק-הדין של השופט נתן. כל החלטה מאוחרת לה עסקה רק בפתרון בעיות שהתעוררו אגב ביצוע פסק-דין זה, והיא כפופה לקביעות המנחות והמחייבות של פסק-הדין גופו...

המסקנה המתבקשת מכל הדברים לעיל היא, שהחלטתו של השופט טל נשוא ערעור זה היא "החלטה אחרת", אשר הגשת ערעור עליה היתה טעונה מתן רשות מוקדמת. בהיעדרה של רשות זו אין בפנינו ערעור.

לעומת קביעה זו, קבעה כב' השופטת פרוקצ'ה כי דינה של החלטה בבקשה למתן הוראות היא כהחלטה סופית, עליה ניתן להגיש ערעור בזכות. כך נקבע ברע"א 99/259, לדבריה:

"המדובר בהחלטה שניתנה במסגרת בקשה למתן הוראות לכונסת הנכסים. ההחלטה אינה בבחינת הליך ביניים אלא היא מבקשת לקבוע באורח סופי את סיווגה ודרך רישומה של הקולונדה במרשם המקרקעין (נשוא המחלוקת - הוספה שלי - ק' פ' ז'). במובן זה, הפלוגתא בין הצדדים הוכרעה סופית. בהינתן עובדה זו, יש לראות את ההחלטה כפסק-דין שמוקנית לגביו זכות ערעור, ולא כהחלטה המצריכה קבלת רשות לערער: השווה רע"א 3277/95 הולנדר בנאי בע"מ נ' חברה לנאמנות של בנק לאומי, פ"ד מט(5) 295, 301; בר"ע 77/77 כונס נכסים של דגמים תעשיות בע"מ נ' תעשיות עץ קשת, פ"ד לב(1) 444."

ברע"א 7882/01 נקבע כי השאלה אם לדון בבקשה במסגרת הוראות לכונס או במסגרת תביעה נתונה לשיקול-דעתו של בית-המשפט.

לבית-המשפט המחוזי הוגשה בקשה למינוי כונס נכסים מכוח שיעבוד קבוע בהסכמת בעל שיעבוד נוסף על הנכס. במסגרת בקשה זו הוגשה בקשה למתן הוראות לכונס

אך על-אף הבחנה ברורה זו, נראה כי לא קיימת בפסיקה דעה אחידה, והתשובה תלויה בטיב ההחלטה ובכללים המגדירים "החלטה סופית" ו-"החלטה אחרת".

ברע"א 2817/91⁶³ קבע כב' השופט ג' כך כי דינה של החלטה בבקשה למתן הוראות היא כהחלטה אחרת, עליה ניתן להגיש ערעור רק לאחר שניתנה לכך הרשות.

במקרה הנדון, ההחלטה נשוא הערעור, עניינה מתן הוראות לגבי ביצוע פסק-דין.

מדובר בהחלטה שניתנה לאחר בירור המחלוקת המרכזית שבין הצדדים, והשאלה היא מה דינה לעניין זכות הערעור?

כב' השופט כך קבע כי:

"הכלל המנחה הוא, כי מקום בו ההחלטה נשוא הערעור טפלה לפסק-הדין העיקרי שקדם לה, וכאשר ההכרעה במחלוקת המרכזית שבין הצדדים נעשתה כבר בפסק-הדין המוקדם, או אז אין בהחלטה המאוחרת משום פסק-דין חדש ונוסף באותו התיק, אלא רק "החלטה אחרת", אשר ערעור עליה יתכן ברשות בלבד. עמד על כך השופט זוסמן (כתוארו אז) ברע"א 273/56 לבני נ' אושרוביץ, פ"ד יא 647-649:

"... 'פסק-דין' כמשמעותו בסעיף הנ"ל... פירושו: ההחלטה המסיימת את בירור המשפט, להבדיל מצו ביניים, הניתן בדרך-כלל תוך כדי בירור, אשר עוד עתיד להמשך. אמרתי 'בדרך-כלל', כיוון שפעמים עשוי אף צו ביניים להינתן אחרי גמר המשפט, והוא כשאינ עניינו אלא ביצוע אותן הזכויות עליהן כבר פסק בית-המשפט. (ראה גם: ע"א 228/63 עזוז נ' עזר, פ"ד יז 2541, 2548)..."

המסקנה המתבקשת היא, אם כן, שהחלטה אשר אינה במהלך דיון תלוי ועומד, וכל עניינה מתן הוראות לביצוע פסק-דין, החלטה זו בהכרח תהיה טפלה לפסק-הדין אותו היא באה לבצע, ולפיכך, היא "החלטה אחרת" אשר ערעור עליה טעון מתן רשות להגשתו...

בענייננו, ההחלטה אשר הכריעה בזכויות הצדדים לתביעה היא פסק-דינו של השופט עלי נתן. זוהי ההחלטה המרכזית והעיקרית בתביעה. כל החלטה מאוחרת לה שעסקה בהוראות לביצוע אותו פסק-דין, לרבות ההחלטה נשוא ערעור זה, היא החלטת ביניים אשר ערעור עליה יתכן ברשות בלבד. מסקנה זו כאמור אינה משתנה גם נוכח העובדה שלהחלטות המאוחרות נודעה חשיבות מעשית ניכרת...

כאן הבקשה שהגיש המערער לבית-המשפט המחוזי עסקה

63. ע"א 2817/91 מימון דוד, עורכי-דין נ' שאולי אומרן ו-אח', פ"ד מז(1) 152.

64. רע"א 259/99 חברת פליצ'ה ראובן בע"מ נ' ציפורה סופיוב, פ"ד נה(3) 385.

65. רע"א 7882/01 דיוור לעולה בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון, תקעל (3) 2001 637.

הביניים בשיטת הצמדה של "מדד בגין" דהיינו שיטה לפיה ההצמדה נעשית לפי המדד שפורסם בגין החודש שבו חל המועד הקבוע. זאת, להבדיל משיטת הצמדה ל"מדד הידוע", דהיינו ההצמדה נעשית לפי המדד האחרון שפורסם לפני המועד הקבוע, שהוא כידוע המדד שמתפרסם ביום ה-15 לחודש האחרון שלפני המועד הקבוע. לקראת הגשת החשבון הסופי שינה משרד הבינוי והשיכון את שיטת ההצמדה וניכח את תשלומים הביניים ששולמו לפי "המדד הידוע", ועל-ידי כך הגדיל באופן ניכר את הסכומים שניכח בגין התשלומים שנעשו בעבר.

הכונס היה סבור כי שיטת ההצמדה שנקבעה בהסכם בין הצדדים היא שיטת ה"מדד בגין", לפיה פעל המשרד לגבי חשבונות הביניים. להשקפתו, לא היתה כל הצדקה לשינוי שיטת ההצמדה לקראת עריכת החשבון הסופי, באופן חד-צדדי וללא הסכמת החברות שבפירוק. שינוי שיטת ההצמדה כאמור שינה באופן מהותי את מצב החשבונות שבין הצדדים: לפי השיטה האחת, זו שלפיה נהג המשרד עד לחשבון הסופי, מגיעים לחברות שבפירוק סכומים נכבדים. לפי השיטה האחרת, אותה אימץ לו המשרד לקראת החשבון הסופי, חייבות החברות שבפירוק סכומים נכבדים למשרד, שכן לפי חשבון זה סכומי הביניים ששולמו עולים על סכום החשבון הסופי.

לאור מצב דברים זה הגיש הכונס לבית-המשפט המחוזי בירושלים "בקשה למתן הוראות" בה פרט את העובדות ואת עמדתו.

תשובת המערערת היתה בקשה לדחיה על-הסף בטענה שהליך "בקשה למתן הוראות" אינו ההליך המתאים לעניין זה.

לכך השיב הכונס כי הדרך הדיונית הינה נכונה ומשלא השיבה המערערת לגופו של עניין יש להיענות לבקשתו. ניתנה הזדמנות נוספת למערערת לטעון את טיעוניה במסגרת הבקשה למתן הוראות, ולאחר-מכן אימץ בית-המשפט את עמדת הכונס וקבע כי יש לערוך את שיערוך הסכומים לפי אותו תאריך של עריכת החשבון הסופי.

על כך הערעור הנדון. לטענת המערערת, המדובר בבקשה לסעד הצהרתי שיש לתובעו בתביעה רגילה:

"בקשה למתן הוראות נועדה לשמש את בית-המשפט לצורך מתן הוראות למפרק או לכונס לניהול ענייני הפירוק או הכינוס ולא לשם מתן הוראות לצד שלישי, העומד מחוץ לגדר הפירוק. מתן הוראות לצד שלישי מהווה למעשה משום תביעה כנגד אותו צד שלישי ותביעה

הנכסים לפיהן עליו לאכוף את השיעבוד רק על 120 דירות ולהימנע מלבצע דיספוזיציה ב-24 מעבר ל-120 הדירות.

בית-המשפט המחוזי נמנע מלהיענות לבקשה בקבעו כי אין מקום לברר את זכויות המבקשת במסגרת הליך בקשה למתן הוראות ויש להגיש לשם כך תביעה נפרדת ולצרף את כל הצדדים הנוגעים בדבר. הבקשה נמחקה ועל כך הוגשה בקשת רשות הערעור.

כב' השופט ט' שטרסברג-כהן דחתה את הבקשה וקבעה כי:

"השאלה אם העניין יתברר במסגרת בקשה למתן הוראות אם לאו הוא עניין מובהק של שיקול-דעת בית-המשפט השומע את הבקשה וככלל אין להתערב בשיקול-דעת זה. זאת ועוד, לא נמצאה עילה מספקת להתערב בשיקול-דעת זה בענייננו... כאשר מדובר בסכסוך כספי והמחלוקת עובדתית, מצריכה שמיעת עדים יש הצדקה לבררה על דרך של תובענה רגילה (ראו רע"א 3004/97 עורך-דין לוי דוד ואח' נ' עורך-דין דניאל אזוגי ואח', תק-על 380/89 (3) 623 והאסמכתאות הנזכרות שם) ניתן ליישם כלל זה על ענייננו."

מתי איפא על הכונס להגיש בקשה למתן הוראות, ומתי עליו לפנות לאפיק התביעה האזרחית, כפי שנקבעה בתקנות סדר הדין האזרחי, בעניין זה דן ע"א 380/89⁶⁶ ובו נקבע כי בקשה למתן הוראות לא תחליף תביעה כנגד צד ג'.

במקרה הנדון, המשיבות 1 ו-2 הינן שתי חברות שעסקו בבניה, ששתיהן נקלעו לקשיים כספיים עד שהיה צורך למנות להן כונס נכסים ומנהל מיוחד (להלן: החברות שבפירוק).

לכונס התברר כי המערערת חייבת לחברות שבפירוק סכומים נכבדים עבור עבודות שביצעו מכוח הסכם מסגרת שנחתם בין משרד הבינוי והשיכון לבין המשיבה 1 - כוכב השומרון.

בהסכם נקבעה שיטת תשלום לפיה ישולמו לחברות שבפירוק תשלומי ביניים ולאחר סיום העבודות ייערך חשבון סופי שממנו יש לנכות את תשלומי הביניים ששולמו.

המדובר היה בתקופת אינפלציה דוהרת שבה היתה חשיבות מרובה להצמדה ולשיטת ההצמדה, שכן די היה בהבדל של מועד מדד אחד כדי ליצור הפרשים נכרים בסכומים המשולמים.

כשבדק הכונס את החשבונות של התשלומים שביצעה המערערת למשיבים נוכח לדעת כי זו נהגה לגבי תשלומי

66. ע"א 380/89 מדינת ישראל נ' כוכב השומרון בע"מ (בכינוס), פ"ד מה(4) 741.

המפרק וגם צד שלישי טענו לזכויות בהם. המפרק ביקש מבית-המשפט הוראות באם לשים ידו על מקרקעין אלה ואגב כך דן בית-המשפט וברר את תביעת הזכות של אותו צד שלישי.

בעקבות סקירה זו, קיבל, כאמור, כב' השופט מלץ את הערעור וקבע כי:

"נמצא כי ההלכה, כפי שאני מבין אותה, היא זו: ככלל, אין ההליך של בקשה למתן הוראות לפי סעיף 310(ב) לפקודת החברות יכול לשמש תחליף לתביעה של כונס או מפרק נגד צד שלישי.

יתכנו מקרים שבהם יכול בית-משפט, במסגרת הליך כזה, להכריע בפלוגתא בין המפרק לבין צד שלישי, אגב הדיון בבקשתו של המפרק. תנאי הוא שהכרעה באותו סכסוך עם צד שלישי תהיה דרושה כדי להחליט מהן ההוראות שתתנה למפרק. הוראות למפרק הינן מרכזו ולבו של הליך כזה.

כאשר לא מתבקשות הוראות כלל וההליך מיועד אך ורק לבירור הסכסוך עם צד שלישי - אין בקשה למתן הוראות ההליך המתאים. במקרה כזה על המפרק להתכבד ולהגיש תובענה לאחר נטילת אשור מבית-המשפט או מוועדת הביקורת (סעיף 307(א)(1) לפקודת החברות).

בעניין דומה מאוד לענייננו כתב השופט כהן (והסכימו עמו השופטים (לימים הנשיאים) אגרנט ולנדוי) דברים אלה:

'אמת נכון הדבר כי יש והליכים בפירוק, כגון בקשת מתן הוראות לפי סעיף 173(ד) יכולים לבא במקום תובענה רגילה, גם כשזכויות צד שלישי עלולות להיפגע. כך נפסק בבית-משפט זה ב"ע"א 355/58 וב"ע"א 443/58. אך במה דברים אמורים, בשאלות אשר בהן מן הראוי הוא שבית-המשפט יתן למפרק הוראות, כאשר הוראות אלה דרושות לו לניהול ענייני הפירוק בתור שכאלה...

מה שאין כן כאן: בבקשה שלפנינו אין המפרק מבקש הוראות הדרושות לו לשם ניהול ענייני הפירוק בתור שכאלה, אלא הוא מבקש לגבות סכום כסף אשר לטענתו מגיע לחברה בפירוק מצד שלישי. להשגת משימה זו נתונה לו סמכות, על-פי סעיף 166(1)(א) (סעיף 307(א)(1) בנוסח החדש - 'מ') להגיש תובענה נגד החברה המערערת, אם ברשות בית-המשפט ואם באישור ועדת הביקורת. המקרים היחידים אשר בהם יכול המפרק להגיע לידי גביית כספים המגיעים לחברה בפירוק שלא בדרך הגשת תובענה רגילה אלא בדרך הליכים בפירוק עצמו, הם אלה המנויים בסעיף 180 (כיום - סעיף 276 - 'מ'). ומכלל ההן שבסעיף זה לגבי מקרים מיוחדים אלה, אתה שומע את הלא לגבי כל מקרה אחר. (ע"א 224/63 החברה המאוחדת לפיתוח מחצבות בע"מ נ' מפרק העסקים של חברת מחצבים בע"מ, פ"ד יז 2998, 3000 מול האות ד)

אף בענייננו כך. בהליך הנדון כאן לא מבקש הכונס שום הוראות מבית-המשפט. כל שהוא מבקש שבית-המשפט יכריע בסכסוך בינו ובין משרד הבינוי והשיכון לגבי צורת חישובי ההצמדה, שתקבע את גובה החוב שלהשקפתו חייב

כזו טעונה אישור של בית-המשפט או של ועדת הביקורת לפי סעיף 307(א)(1) לפקודת החברות."

עוד נטען כי המחלוקת סבוכה, וקשורה בעובדות השנויות במחלוקת ואשר ליבוןן מצריך שמיעת עדים, ועל-כן ההליך שננקט, אינו ההליך הנאות לבירור העובדות הצריכות לעניין.

כב' השופט מלץ קיבל את הערעור ותחילה סקר את הקביעות שהיו קיימות באותה העת בנוגע למתן ההוראות, על פיה:

"היקפה ומסגרתה של בקשה לקבלת הוראות נדונה במספר פסקי-דין של בית-משפט זה. ב"ע"א 355/58 קוגוט וגלר נ' מקבל הנכסים הרשמי, פ"ד יג 94, אומר השופט (לימים הנשיא) זוסמן:

'נוכח אופיין של הוראות בית-המשפט המיועדות בראש וראשונה לכוון את מלאכת המפרק, שיידע לכלכל את צעדיו נמצא אמנם כי בהרבה עניינים - ואולי אפילו ברובם - דיון בית-המשפט בבקשת המפרק למתן הוראות אקס פרטה הואיל ואינו עומד לפניו בעל דין אחר הרשאי להשמיע את דברו נגד בקשת המפרק. כאשר ביקש מפרק להורות לו אם לתבוע את פלוני לדין, לא ישמש מתן ההוראות שעת כושר לבירור המחלוקת שבינו לבין פלוני; הדבר ייעשה על-ידי בית-המשפט אם יגיש המפרק את תביעתו נגד פלוני בדרך הרגילה, לאחר שבית-המשפט יורה על כך, ואין בית-המשפט חייב לשמוע את פלוני כבר בשלב הקודם, בו נתבקש להורות אם תוגש תביעה נגדו אם לאו.

אך יתכנו מקרים, בהם הופך בית-המשפט את בקשת המפרק לתחליף להגשת תביעה ויכריע, אגב הבירור בבקשת המפרק, גם בפלוגתא שנפלה בינו לבין צד שלישי. (שם בעמ' 100)

בסיכומיהם מצטטים שני הצדדים פסקי-דין זה: המערערת תומכת יתדותיה ברישא ואילו הכונס נתלה בסיפא.

כשנה לאחר-מכן ניתן בבית-משפט זה פסקי-דין בעניין מקבל הנכסים הרשמי נ' מאירוביץ (ע"א 443/59, פ"ד יד(1) 514). באותו פסקי-דין אומר השופט ויתקון:

'בעצם כבר פסק בית-משפט זה - בעניין קוגוט נגד מקבל הנכסים הרשמי... - שמותר לבית-המשפט, במקרים הראויים לכך, להפוך את בקשתו של המפרק לפי סעיף 173(3) לתחליף להגשת תביעה ולהכריע אגב הדיון בבקשת המפרק גם בפלוגתא שנפלה בינו לבין צד שלישי, ובלבד שיהיו לפניו כל הצדדים הדרושים לבירור העניין (שם, בעמ' 518 מול האות ג')."

יש להדגיש כי בשתי הפרשיות הנ"ל היה מדובר במקרים שבהם ביקש המפרק הוראות מבית-המשפט כיצד לנהוג. בפרשת קוגוט הנ"ל היתה השאלה אם מיכליות דלק מסוימות הינן רכוש החברה בפירוק אם לאו, וההוראות שביקש המפרק מבית-המשפט היו באם לשים ידו עליהן. אגב כך התעוררה שאלת סמכותו של בית-המשפט, במסגרת ההליך של בקשה למתן הוראות, לדון ולברר את הזכויות שצד שלישי טען להן במיכליות הנדונות.

בפרשת מאירוביץ הנ"ל היה מדובר במקרקעין שגם

הערה 57). אולם, כאשר מדובר בסכסוך כספי והמחלוקת העובדתית מצריכה שמיעת עדים, יש הצדקה לבררה על דרך של תובענה רגילה (וולובסקי, בעמ' 301, שם. עיין גם ע"א 635/71 שיווק מוצרי אוטוקארס בע"מ ואח' נ' ה' מרגוליס, עורך-דין ואח', פ"ד כו(1) 682, 687-688). לאחר פירוט הנושאים שאינם באים בגדרו של מתן הוראות, ננסה להגדיר מהו, איפוא, גבול התחומים בהם תעסוק הבקשה למתן הוראות?

ראשית קיימות תקנות המפנות את הכונס לבית-המשפט לאישור בית-המשפט בהליך של בקשה למתן הוראות. כך למשל היא ההוראה בתקנה 12 לתקנות השכר הקובעת כי:

"בעל תפקיד לא יעסיק במסגרת תפקידו פקיד, עורך-דין, רואה-חשבון, מנהל חשבונות, כלכלן, מהנדס, שמאי או בעל מקצוע אחר אלא באישור מראש מאת הכונס הרשמי או מבית-המשפט; היתה ההוצאה בעד ההעסקה כאמור צפויה להגיע לסכום של 100,000 שקלים חדשים ומעלה, תינתן לנושים המובטחים הזדמנות להשמיע את עמדתם קודם למתן האישור."

יצוין כי בית-המשפט רשאי לנכות את תשלום שכר בעל התפקיד משכר הכונס, כפי שיראה⁶⁷.

ב"ע"א 471/73 נקבע כי לבית-המשפט סמכות, במקרים מסויימים, לתת לכונס הוראה שלא לבצע חוזה לחברה, על-אף שבמקרה הנדון, הוראה זו לא ניתנה.

המדובר במערערים, שהם כונסי נכסים זמניים ומנהלים של החברה אלקטרוניקס (ישראל) בע"מ (להלן: החברה), שביקשו מבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו הוראות בגין המחאת חוב שנעשתה על-ידי החברה לזכות המשיבה, שאישרה את הסכמתה להמחאת החוב.

כונסי הנכסים נתמנו לתפקידם על-ידי בית-המשפט המחוזי, לשם מימוש אגרת חוב שנעשתה לטובת בנק המזרחי המאוחד בע"מ, ובה קיבל הבנק שיעבוד צף על כל נכסי החברה.

באגרת החוב שנעשתה על-ידי החברה שעבדה החברה לבנק "את כל הנכסים, הרכוש והזכויות מכל סוג ומין שהוא וללא יוצא-מהכלל, שיש לחברה כעת ושיהיו לה בעתיד באיזה זמן שהוא בכל אופן ודרך (להלן: הרכוש המשועבד)" (סעיף 6(א) לאגרת החוב). השיעבוד שנעשה הוא שיעבוד קבוע על חלק מנכסי החברה, שאינם נוגעים לעניין שבפנינו, והוא שיעבוד צף floating charge על כל הנכסים האחרים (סעיף 6(ג) של אגרת החוב). בסעיף 9 התחייבה החברה שלא להעביר או לשעבד את הרכוש

המשרד לחברות שבפירוק, זהו סכסוך כספי שאין בינו ובין בקשת הוראות ולא כלום, ואין זה משנה כלל לעניין זה שאין זו תביעה ישירה אלא בקשה לקבל פסק-דין הצהרתי. מהות הסכסוך היא הקובעת, ומהות הסכסוך היא סכסוך כספי פשוט, שהדרך הנכונה לכירורו הוא בבית-משפט רגיל על דרך של תובענה רגילה.

הפועל היוצא מן האמור לעיל הוא לכן כי ההליך שהוגש בענייננו לא היה ההליך המתאים והבקשה שהגישה המערערת לדחותו על-הסף בדין היתה ומן הדין היה להעתר לה."

ב"רע"א 3004/97⁶⁸ נקבע כי בירור חיובים כספיים, המוכחים, אף הוא אינו מותאם להליך של מתן הוראות. במקרה הנדון, המבקשים הינם כונסי נכסים זמניים של חברת מחסני קירור הנמצאת בהליכי פירוק זמני וכינוס נכסים זמני. המבקשים ביקשו לחייב את הכונסים לשלם להם סכומים שאותם קיבלו, ושהיו מיועדים להיות תשלום לחברה, וכן כלי רכב וציוד השייכים לחברה.

בית-המשפט המחוזי דחה את בקשתם, בשל הטענה כי לאור כפירת המשיבים בטענות הכונסים, יש צורך בשמיעת ראיות ובקשה למתן הוראות אינה הולמת הליך זה. על כך הוגש הערעור הנדון.

כב' השופט טירקל דחה את הערעור וקבע כי:

"הליך של מתן הוראות לפי סעיף 310 לפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983 (סעיף 173 בנוסח הקודם) הוא 'תחליף מהיר ויעיל' לבירור תובענה בדרך הרגילה 'ובכל מקרה אשר בו מוצא בית-המשפט לאפשרי ולצורך להשתמש בתחליף מהיר ויעיל זה, תבוא עליו ברכתו של בית-משפט זה' (ע"א 37/66 'גלחא' 1960 בע"מ נ' מתכות בע"מ (בפירוק) ואח', פ"ד כ(3) 144, 149; וכן ע"א 52/86 ס.ט.ס. אלקטרוניקה בין לאומית בע"מ נ' עורך-דין ראיבן סלע, פ"ד מב(4) 495, 496; ע"א 87/673 יחזקאל סאלח ואח' נ' דורון כוכבי, עורך-דין ואח', פ"ד מג(3) 57, 64; ע"א 380/89 מדינת ישראל נ' כוכב השומרון בע"מ ואח', פ"ד מה(4) 741, 746. אגב, בפסק-הדין האחרון ניתנה פרשנות מצמצמת להלכות האמורות, שעליה נמתחה ביקורת אצל זוסמן, סדרי הדין האזרחי, מהדורה שביעית, סעיפים 77 ו-77א, בהערה 4, בעמ' 97-98).

יש לציין כי בכל הנוגע לבקשת הוראות אין הבדל עקרוני בין הליכי כינוס נכסים לפי דיני החברות, הליכי פשיטת רגל והליכי פירוק (לסיכום ההלכות עיין א' וולובסקי, כונס נכסים בדיני החברות (תשנ"ב-1992), בעמ' 300,

67. רע"א 3004/97 לוי דור ו-2 אח' נ' אזוגי דניאל, תק-על 97(3) 623.

68. תקנה 13(ד) לתקנות השכר.

69. ע"א 471/73 מקבלי נכסים זמניים ומנהלים נ' אלסינט בע"מ, פ"ד כט(1) 121.

לחברה. אין גם כל הצדקה לבטל את ההמחאה וקשה לראות מדוע יהיה זה צודק להעדיף את זכויות הבנק על זכות המשיבה.

רע"א 259/99⁷⁰ הינו ערעור, של חברת פליצ'ה ראובן בע"מ הנמצאת עתה בפירוק מרצון (להלן: "החברה בפירוק") כנגד החלטת בית-המשפט המחוזי לקבל את בקשת המשיבים להורות לכונסת הנכסים של חברת "אדירים" שלא לכלול במסגרת רישום בית משותף במירשם המקרקעין שטח מסחרי המכונה "קולונדה" כשטח הצמוד לחנות שבבעלות המערערים, אלא לסווגו כרכוש משותף השייך לכל דיירי הבניין.

המערערים היו בעלי הקרקע שעליה ניצב הבניין. שהתקשרו בעסקת קומבינציה עם חברה קבלנית, שקיבלה על עצמה להקים את הבניין ולהקצות לעותרים חלק מיחידות הדירור ומן השטח המסחרי, ובכלל זה את החנות, משהושלמה הבניה, נמסרה החנות להחזקת המערערים, והללו הכשירו את שטח הקולונדה שבחזיתה לצורכיהם ואילו שאר הדירות נמכרו לדיירים.

בשנת 1989 מונתה המשיבה 3 ככונסת נכסים של הקבלן, וזאת לצורך רישום הבניין כבית משותף. כונסת הנכסים הודיעה לדיירים כי בדעתה לבצע את הרישום באופן שהקולונדה תירשם בבעלות המערערים בהיות שטחה צמוד לחנות. בתגובה פנו הדיירים לבית-המשפט המחוזי בבקשה למתן הוראות, בה נתבקש בית-המשפט להורות לכונסת הנכסים שלא להעביר לעמערערים את שטח הקולונדה, כחלק מן החנות, באשר יש לראות שטח זה כחלק מהרכוש המשותף.

בית-המשפט המחוזי קיבל את בקשת הדיירים והורה לכונסת הנכסים להימנע מלרשום את שטח הקולונדה כשטח הצמוד לחנות, ולסווג שטח זה כרכוש משותף השייך לכל דיירי הבניין.

בערעורם לבית-המשפט העליון העלו המערערים השגות אחדות על צדקת ההחלטה. אחת מטענותיהם, הופנתה נגד תקינות ההליך, על פיה, בית-המשפט לא היה רשאי להידרש להכרעה במחלוקת בגדר הליך מקוצר של בקשה למתן הוראות, וקיום הברור בהליך זה, בהיותו בלתי-מתאים ובלתי-ראוי, קיפח את זכויותיהם הדיוניות לטעון את טענותיהם ולהביא את ראיותיהם.

בנוסף על טענות לגופו של עניין.

עמדת המשיבים אשר להיבט הדיוני, בעיקרה, היא כי כונסת הנכסים היא זו אשר לראשונה פנתה בבקשה לקבלת הוראות בנושאים שונים הקשורים להצמדות רכוש לדירות, וההליך אותו נקטו המשיבים הינו המשך ישיר לאותה יוזמה, לפיכך, אין לראות פגם במסגרת הדיונית

המשועבד ללא קבלת הסכמה בכתב מראש מהבנק "פרט למכירה, העברה או החכרה של המלאי העסקי הנעשית בההלך הרגיל של עסקי החברה". אגרת החוב נרשמה אצל רשם החברות כשיעבוד על נכסי החברה.

ביום שנתמנו כונסי הנכסים הגיע לחברה מהמשיבה סכום של 120,700 ל"י והיא הפקידה סכום זה בידי כונסי הנכסים על-מנת שישולם לפי הוראות בית-המשפט.

המשיבה טוענת שמגיע לה מאת החברה סכומי כסף לפי ערבויות שהמשיבה נתנה עבור החברה והיא דורשת מהמערערים, הכונסים, שישלמו לה את הכספים שהיא הפקידה אצלם.

המערערים טענו בבקשתם, שהמחאה החוב מחוסרת תוקף, ושזכות הבנק לפי אגרת החוב קודמת לזכות המשיבה ולזכות העובדים לחוב של המשיבה.

בית-משפט המחוזי קבע בהחלטתו, שהחוב הומחה כדין למשיבה ושזכותה של זו קודמת לזכות הבנק לפי אגרת החוב.

כב' השופט י' כהן דחה את טענות הכונסים וקבע:

"במקרה דנא יש לדחות את טענת המערערים, מכיוון שהם לא הצליחו לבסס אותה מבחינה עובדתית. בבקשה למתן הוראות לא נטען, שהסכומים המגיעים מאלסינט נובעים מחוזים שלא היו קיימים בעת העברת הזכות. כאמור חתמה אלסינט על הסכמתה להעברת החוב, וקשה להניח שהיתה עושה כן לולא היה קיים קשר חוזי בינה ובין החברה. המערערים טענו שההמחאה בטלה היו חייבים לטעון ולהוכיח את העובדות הנחוצות לביסוס הטענה שהסכם ההמחאה מחוסר תוקף. מכיוון שהם לא עשו כן, יש להעמיד את ההסכם על כשרותו ולדחות את טענת המערערים."

גם הטענה, שעל בית-המשפט לשחרר את הכונסים, מההתחייבות לפי הסכם ההמחאה נדחתה ונקבע כי:

"טענה זו מחוסרת כל יסוד. אכן יש מקרים שבהם יכול בית-המשפט להורות לכונס נכסים שלא לבצע חוזה שנעשה על-ידי החברה (ראה בעניין זה *Kerr: On Receivers*, מהדורה 14, עמ' 224-225), ובית-משפט זה נטה לתת צו כזה ב-ע"א 635/71 שיווק מוצרי אוטוקרס בע"מ, ואח' נ' ה' מרגוליס, עורך-דין, ואח' כונסי הנכסים של אוטוקרס בע"מ וחברות אחרות, פ"ד (כו1) 682, 690, אך בית-המשפט לא יתן צו כזה אלא רק כשמדובר בחוזה שהחברה צריכה לבצע אותו ומתעוררת השאלה אם על הכונס לבצעו בשם החברה, וכשנסיבות העניין מצדיקות אי-ביצוע החוזה.

במקרה שלפנינו הכונסים אינם צריכים לבצע שום חוזה בשם החברה, כי הסכם ההמחאה אינו טעון ביצוע מצדם, אלא השאלה היחידה היא מי זכאי לכספים שהיבת אלסינט

70. רע"א 259/99 חברת פליצ'ה ראובן בע"מ נ' ציפורה סופיוב, פ"ד נה(3) 385.

שננקטה לצורך בירור השאלה שבמחלוקת העומדת לדיון כאן.

כב' השופטת פרוקצ'ה דחתה את הערעור בקובעה כי: "יש לדהות את הערעור ולקיים את החלטת בית-משפט קמא לפיה ייחשב שטח הקולונדה בבניין כרכוש משותף ולא יירשם כחלק משטח החנות שבבעלות המערערים... השאלה העיקרית העולה בהיבט הדיוני הינה האם הליך מתן הוראות הולם בירור מחלוקת שעניינה הכרעה בשאלות קנייניות הקשורות בהגדרת אופיו של שטח בבית משותף כרכוש משותף או כרכוש הצמוד לאחת הדירות. ההיבט המהותי עוסק באופי המחלוקת לגופה והתחקות אחריה תשליך ממילא גם על מידת התאמתה של המסגרת הדיונית של מתן הוראות שהופעלה לצורך דיון והכרעה בה.

הליך מתן הוראות ומידת התאמתו לבירור הנושא שבמחלוקת:

במישור הדיוני עולה סוגיה מרכזית והיא: האם ראוי היה להכריע בשאלות שבמחלוקת בהליך זה במסגרת דיונית של מתן הוראות לכונסת הנכסים; האם נגרם למי מן הצדדים עיוות-דין עקב החלטת מסגרת דיונית זו, והאם ראוי לבטל את ההליך שהתנהל בבית-משפט קמא ולאפשר לצדדים לפתוח מחדש את העניין במסגרת תובענה רגילה. אין חולק כי לבית-המשפט המחוזי נתונה סמכות עניינית לדון בבקשה למתן הוראות לכונסת נכסים בעניין הנדון. השאלה היא האם ראוי להכריע במחלוקת על דרך הליך של מתן הוראות. הליך מתן הוראות נועד ביסודו לשמש מסגרת יעילה ומהירה אשר בתחומה פועל בית-המשפט כמנחה וכמפקח על פעילותם של נושאי תפקידים שונים בתחומי המשפט. על נושאי תפקידים כאלה נמנים, למשל, כונסי נכסים למיניהם, מפרקי חברות, נאמנים בפשיטת רגל, נאמנים בנאמנויות ובהקדשות ציבוריים, אפוטרופסים לקטינים ולפסול-דין, מנהלי עובד, ועוד. פעולתם בתחומים שונים נתונה לפיקוח ולאישור בית-המשפט המוסמך. לצורך כך, נדרש קיומו של הליך מקוצר אשר יתן בידי בית-המשפט אמצעי יעיל לפקח על בעל תפקיד בפעולותיו השוטפות (ע"א 37/66 "גלחא" 1966 בע"מ נ' מתכות בפירוק, פ"ד (3) 144, 149. לשם כך הונהג הליך מתן ההוראות, אשר מצא את עיגונו בחקיקה בהקשרים שונים.

(השווה לדוגמה תקנה 249(5) לתקנות סדר הדין האזרחי בעניין מתן הוראות למנהלי עובד ולנאמנים; סעיף 57 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967 בעניין מתן הוראות לכונס נכסים בעניין הוצאה לפועל; סעיפים 9(א), 12(ג) ו-19 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979 בעניין הוראות לנאמן; סעיף 14 לחוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח-1979 בעניין מתן הוראות לאפוטרופוס הכללי בנוגע למילוי תפקידו; סעיפים 83 ו-40(א) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 בעניין הוראות למנהל העובד בנוגע למילוי תפקידו; להליך מתן הוראות על-ידי בית-משפט למפרק חברה ראה: סעיף 310 לפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983 ולמתן הוראות כונס נכסים למימוש

אגרות חוב - סעיף 200 לפקודה).

הליך מתן הוראות נושא, בדרך-כלל, אופי של הליך פנימי המתנהל בבית-המשפט ביוזמת נושא התפקיד שמטרתו להנחות ולכוון את פעולתו, בין בעניין נקודתי ובין לצורך גיבוש קו פעולה מקיף וארוך טווח. אין הליך זה מיועד לפתרון מחלוקות מהותיות בין נושא התפקיד לבין צדדים שלישיים, ובוודאי כך כאשר הכרעה במחלוקת מחייבת דיון מורכב הכורך הכרעה בעובדות. אולם לכלל זה יש חריגים. יש ובית-המשפט חוגר ממנהגו ומכריע במחלוקת לגופן גם במסגרת הליך מתן הוראות. תנאי לכך הוא שהשאלות הטעונות הכרעה לא תצרכנה בירור עובדתי מורכב באמצעות ראיות אלא תתמקדנה בהיבטים משפטיים, או כאשר העובדות לבירור הן פשוטות ומעטות, והצדדים מסכימים לבירורן בדרך מהירה ומקוצרת. אלה דברי בית-המשפט ברע"א 3277/95 בנאי בע"מ נ' חברה לנאמנות של בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד מט(5) 295, 299 באשר למנהל עובד:

'בית-המשפט בתתן הוראות למנהל עובד לפי סמכויותיו בחוק הירושה, פועל כמפקח על פעולות מנהל העובד. המדובר ברכוש שבעליו איננו והפיקוח דרוש כדי להבטיח שלא יבולע לרכוש והוא יכונס ויישמר בדרך הטובה והיעילה לטובת הזכאים לו... בדרך-כלל אין בית-המשפט בתפקידו זה מכריע בסכסוכים שבין העובד לאחרים אלא מנחה את מנהל העובד איך לנהוג ולטפל בסכסוכים כאלה: לתבוע או להתגונן או להתפשר וכל כיוצא בזה. הוא הדין בפיקוח שמפקח בית-המשפט על כונסי נכסים, נאמנים ומפרקים במקרים של פשיטת רגל או פירוק. אך יש ובמסגרת הליך למתן הוראות, בנסיבות מתאימות, ינקוט בית-המשפט דרך קצרה ויכריע בסכסוך עצמו. למשל, מקום שהעובדות אינן שנויות במחלוקת והשאלה היא של פרשנות בלבד; או מקום שהעובדות פשוטות ומעטות והצדדים מסכימים לבירור בדרך מקוצרת על-פי תצהירים. אין כן כאשר העובדות טעונות בירור יסודי. במקרה זה יורה בית-המשפט המפקח על ההליך להפנות את בירור העניין לתביעה רגילה.' (השווה גם ע"א 71/635 שיווק מוצרי אוטוקרס בע"מ נ' מרגוליס, פ"ד כו(1) 682; רע"א 2906/96 עורך-דין וואנו נ' מכון תקנים ישראלי, פ"ד נ(1) 298)

יתכנו גם מקרים בהם בית-המשפט ישתמש בשיקול-דעתו ויכריע בפלוגתא בין נושא תפקיד לבין צד שלישי במסגרת מתן הוראות כאשר הכרעה במחלוקת חיונית לצורך מתן הוראות לבעל התפקיד ובלעדי הכרעה כזו עלול המשך תיפקודו היעיל להיפגע (ע"א 380/89 מדינת ישראל נ' כוכב השומרון בע"מ (בכינוס נכסים בפירוק), פ"ד מה(4) 741, 746). אף שבדרך-כלל היוזמה למתן הוראות נובעת מנושא התפקיד עצמו, עשויה, לעיתים, היוזמה לבוא מהצד השלישי ואם הדבר נדרש לצורך הכוונת פעולת נושא התפקיד, בית-המשפט ייענה לו.

דרך-כלל, מוקנה לבית-המשפט בערכאה הדיונית שיקול-דעת רחב להחליט האם לברר את המחלוקת המובאת בפניו במסגרת בקשה למתן הוראות או להעבירה

הבית המשותף, ובמובן זה היא מתיישבת עם הצורך בקיום הנחיה ופיקוח מטעם בית-המשפט על פעולותיה. יתר-על-כן, ההליך שיזמו המשיבים הינו חוליה נמשכת להליך קודם שיזמה הכונסת עצמה לקבלת הוראות בית-המשפט בנוגע לאופן רישום הבית המשותף (ראה ה"פ 941/98 א' מיום 24.6.97, הנוגעת לגג ולחניות). יוצא, איפוא, כי מדובר בהליך הקשור במישרין למילוי תפקידה של הכונסת לעניין רישום הבית המשותף, ישנה חשיבות בפתרון יעיל של המחלוקת כדי שלא לעכב את הרישום לתקופה ארוכה, והעובדה בלבד כי ההליך ננקט על-ידי דיירים ולא על-ידי הכונסת עצמה אינו צריך להעלות או להוריד.

דרך-כלל, הכרעה במחלוקת לגבי סיווגו של שטח בבניין כרכוש משותף או כרכוש שהוצמד לדירה אין מקומה בהליך מתן הוראות. מחלוקת כזו כורכת עמה בירור זכויות קניין ולכן בדרך השגרה יש לבררה במסגרת תובענה רגילה תוך פרישת מכלול הראיות. עם זאת, במקרה זה אין מקום להתערב בשיקול-דעת בית-המשפט קמא משהחליט לברר את העניין במסגרת הליך מתן הוראות. זאת, מאחר שמדובר במחלוקת שעיקרה סוגיה משפטית, והרובד העובדתי אינו שנוי באופן אמיתי במחלוקת. הנתונים העובדתיים מצויים כולם במסמכים שהוגשו, ולהשלמתם הגיש כל צד לבית-המשפט קמא תצהיר מטעמו לביסוס גרסתו. בנסיבות אלה, אין טעם בהחזרת העניין לערכאה דיונית לצורך ניהול תובענה רגילה, משדיון כזה לא היה משנה את פני הדברים.

גם הנשיא א' ברק חזק את עמדתה בקובעו כי: "מקובלת עלי מסקנתה הדיונית לפיה הגם שבדרך-כלל הליכים מסוג אלו שבפנינו אינם עניין להליך מתן הוראות, הרי שבנסיבות המקרה, בדיון נתן בית-המשפט המחוזי את החלטתו במסגרת דיונית זו."

על החלטה זו הוגשה עתירה ב-דנ"א 2415/01⁷¹ מצד המערערים בה דן כב' השופט א' מצא, בגדר דיון זה שבה ונידונה שאלת זכויות הקניין, המצוי בחזית חנות שבבעלות העותרים, מתחת לשדרת העמודים התומכים ("הקולונדה").

בעיתרתם לקיום דיון נוסף טענו העותרים, בין השאר, טענה שנוגעת לענייננו והיא כי מוצדק לקיים דיון נוסף במידת התאמתו של הליך מתן הוראות לבירור מחלוקת קניינית.

כב' השופט מצא דחה טענה זו וקבע כי: "בקביעה זו, שהתבססה על נסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנתון ועל ההערכה שחייב הדיירים להגיש תובענה לא היה מקדם במאומה את צורכי ההכרעה, אין משום חידוש הלכתי כל עיקר. הנני נכון להניח, כטענת

לדיון בפסים של תביעה רגילה ובית-משפט של ערעור לא יתערב בכך אלא במקרים חריגים (פרשת גלחא, שם, עמ' 149; פרשת אוטוקרס, שם, עמ' 687; רע"א 3004/97 עורך-דין לוי נ' עורך-דין אזוגי, דינים עליון נב 884; רע"א 5540/97 שמחון נ' כונס רשמי, פ"ד נא(5) 355, 357; ע"א 52/86 ס.ט.ס. אלקטרוניקה בינלאומית בע"מ נ' מפרק חברת "שילב", פ"ד מב(4) 495; זוסמן, סדר הדין האזרחי, מהדורה שביעית, עמ' 97-98, ה"ש 4). עילת התערבות כזו תמצא באם יתברר כי הפעלת המסגרת הדיונית של מתן הוראות הביאה עמה קיפוח זכויותיו של בעל דין.

ניתן לסכם, איפוא, את התנאים הנדרשים, דרך-כלל, להכרעה במחלוקת מהותית בין נושא תפקיד לצד שלישי במסגרת הליך מתן הוראות:

(א) בירור הסוגיה שבמחלוקת נדרש לצורך מתן הוראות לבעל התפקיד לשם ביצוע יעיל וראוי של תפקידו. בעניין זה אין לרוב נפקות לשאלה אם היוזמה לבקשת ההוראות באה מבעל התפקיד עצמו או מגורם מעוניין אחר;

(ב) בירור המחלוקת לגופה אינו מצריך הכרעה בעובדות, או אינו מחייב בירור עובדתי מורכב וניתן להכריע בעובדות בדרך פשוטה וקצרה.

(ג) בניהול ההליך בדרך מקוצרת אין כדי לגרום עיוות-דין ופגיעה בזכויות דיוניות ומהותיות של בעל דין (פרשת עורך-דין וואנו, שם, עמ' 299; ע"א 743/76 אולמי נפטון בע"מ נ' מגדל נחום בע"מ ככינוס נכסים, פ"ד לב(1) 136, 139).

בענייננו, הכריע בית-המשפט במסגרת הליך מתן הוראות בגוף המחלוקת בין המערערים למשיבים ביחס למעמדו של שטח הקולונדה בבניין. ההכרעה ניתנה כתוצאה מיוזמת הדיירים ולא בעקבות פניית כונסת הנכסים. האם היתה המתכונת הדיונית שננקטה ראויה בנסיבות העניין, והאם ההכרעה לגופה צריכה לעמוד בעינה?

...שאלה היא האם יש מקום כי נתערב בשיקול-דעת בית-המשפט קמא אשר החליט לברר את המחלוקת בין הצדדים בדרך של מתן הוראות, והאם יש לסטות מקביעותיו לגוף ההכרעה שנתקבלה.

נראה לי כי יש להשיב לשתי שאלות אלה בשלילה מהטעמים הבאים:

ההיבט הדיוני

מדובר בעניין שהכרעה בו דרושה לביצוע תפקידה של כונסת הנכסים ברישום הבית המשותף. בלא הכרעה כזו הרישום היה מתעכב, והעברת העניין לדיון בתובענה רגילה היה עלול להמשך שנים. אמת, כי היוזמה להליך מתן ההוראות ננקטה על-ידי דיירי הבניין, אולם המטרה ביסודה קשורה קשר הדוק לתפקידה של הכונסת ברישום

71. דנ"א 2415/01 חברת פליצה ראובר נ' ציפורה סופיוב, תק"על 2001(2) 1626, 1628.

עצמם. אך גם לנוכח הנחה זו, אינני רואה יסוד לקבל את טענת העותרים כי הכשרת ההליך במקרה הנדון מקימה להם עילה לקיום דיון נוסף... העתירה נדחית."

העותרים, כי הליך של בקשה למתן הוראות, העשוי לעיתים להתאים לבירור סכסוך בין כונס נכסים לבין צד שלישי, אינו מהווה מתכונת מקובלת לבירור כאשר הסכסוך הטעון הכרעה הוא בין צדדים שלישיים לבין

חובות הכונס

להלן נדון בסמכויותיו וחובותיו של הכונס, בתוקף מינויו על נכס או כלל נכסי החברה:

חובות הכונס, נוגעות בשני תחומים עיקריים, התחום האחד הוא חובות מינהלתיות, והשני, חובות התנהגותיות מתוקף תפקידו כבעל תפקיד הממונה על-ידי בית-המשפט.

חובות מינהלתיות

על-מנת להעסיק עובדים, על הכונס לקבל את אישורו של בית-המשפט או הכונס הרשמי, וכאשר הוצאות העסקתם של בעלי המקצוע צפויות לעלות על 100,000 ש"ח על הכונס לצרף לבקשת אישורו את הנושים המובטחים כצד לבקשה.

יש להבחין בין העסקת עובדים חיצוניים לחברה - כגון רואי-חשבון ועורכי-דין, שמועסקים כעצמאיים ואין בינם לבין הכונס יחסי עבודה לבין העסקת עובדי החברה שבכינוס, שכרם של עובדים אלו ימומן בתקופת הכינוס כהוצאות כינוס, ואילו שאר זכויותיהם, כגון פיצויי הפיטורין, פדיון ימי חופשה וכו' כבר התגבשו במועד צו הכינוס ולהם לא יהיו זכאים העובדים בתקופת הכינוס⁷³.

"197. (א) נתמנה כונס או מנהל לנכסי חברה או לחלק מהם יש לציין את דבר המינוי בכל חשבונית, הזמנה או מכתב עסקי היוצאים מאת החברה, הכונס או המנהל, או מטעמם, ויש בהם שמה של החברה.

(ב) הופרה הוראת סעיף זה, דינה של החברה ודין כל כונס או מנהל או כל נושא משרה בה שבדועין ובמוזיד אישר או התיר את ההפרה - קנס."

סעיף זה קובע את חובת פרסום המינוי במסמכי החברה. אף, כאן הראציונל ברור, חברה על נכסיה מתמנה כונס נכסים, משנה את מעמדה בעום העסקי ואת כוח המיקוח שלה.

"196. רישום מינוי של כונס, מפרק או מנהל

(א) כונס, מפרק, מפרק זמני או מנהל של חברה שנתמנה לפי פקודה זו, וכן מנהל של חברה שנתמנה לה אחד מאלה, יודיע תוך שבעה ימים על המינוי, לרשם ולכונס הרשמי; הרשם ירשום הודעה כאמור בפנקס השיעבודים.

(ב) בית-המשפט רשאי להורות על מתן הודעה לאדם נוסף שיקבע.

(ג) מי שלא קיים חובת הודעה לפי סעיף זה, דינו, בלי לגרוע מהעונש הקבוע בסעיף 317 - קנס נמשך."

סעיף זה קובע את החובה להודיע לרשם החברות ולכונס הרשמי על מינויו.

משמעות מינוי כונס הנכסים לעניין עובדי החברה, דומה במהותה למשמעות צו פירוק, קרי, מינוי הכונס כמוהו כהודעת פיטורים.

לדעתו של וולובסקי⁷², ההצדקות לקביעה זו עולות על החיסרון הבולט באי-הודעה מוקדמת לפיטורים.

כך למשל, עובדים שאינם חפצים להמשיך לעבוד בחברה, אינם תלויים במתן מכתב הפיטורים, ולעובד קיימת הזכות המיידית, ללא תקופה של חוסר וודאות, לזכות מיידית בדמי אבטלה.

יש מקרים בהם הכונס, זקוק לסיועם של עובדים שונים על-מנת למלא את תפקידו, בעיקר אם המדובר בכונס מפעיל, הממשיך את קיומה של החברה כעסק חי.

72. וולובסקי אליעזר, כונס נכסים בדיני החברות, מהדורה שניה (תשס"ד-2004), עמ' 289.

73. ראה: גפני ישראל, כינוס נכסים הלכה ומעשה, מהדורה שלישית, המכון למחקרי משפט וכלכלה בע"מ, עמ' 514.

כונס או מנהל שנתמנה על-פי סמכות שבמסמך לא נענה לדרישת המפרק להגיש לו חשבונות נאותים של תקבוליו ותשלומיו או לשלם לו סכום שהוא חייב לשלמו, רשאי בית-המשפט לצוות על תיקון המעוות תוך הזמן שקבע בצו.⁷⁴

כאמור, סעיף זה הינו פתרון חלקי.

אין בפקודת החברות או בתקנות הנלוות לה הוראה המחייבת הפקדת ערובה למילוי תפקידו, אולם בפועל, התפתח נוהג כי הכונס מפקיד בתיק בית-המשפט כתב ערובה על-מנת לקבל העתק מאושר מכתב המינוי.⁷⁴

כונס הנכסים לפי דיני החברות מפקיד ערובה לפי טופס 46 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, על פיו מתחייב הכונס באחריות אישית, לשלם לפי הוראות בית-המשפט, אם לא יגיש חשבונותיו, לא ישלם סכום המגיע ממנו לפי הוראת בית-המשפט, או שיגרום בזדון או ברשלנות הפסד לנכסים עליהם מונה.

עם המינוי יש לפרסם ברשומות או בעיתון יומי את שם האדם נגדו הוצא צו הכינוס, מקום עסקו או מענו הרשום וכן את שמו ומענו של כונס הנכסים שהתמנה, עם מספר התיק, אלא-אם-כן הורה בית-המשפט שלא לפרסם פרטים אלו מטעם מיוחד.⁷⁵

וולובסקי בספרו⁷⁶, מציין כי המצב הרצוי הוא שדו"חות בעלי התפקידים, בכללם הכונס יכללו, מעבר לתקבולים ולתשלומים נושאים נוספים ביניהם, בעיות ופתרונן בשיקום החברה, הסיבות לכישלון החברה, ממצאים המעידים על פגיעת החברה בדין או בנוהל עסקים תקין וטוהר המידות וכל נושא אחר שייקבע על-ידי בית-המשפט.

עריכת הדו"חות חיונית לסדר בביצוע התפקיד ומאפשר לכל המעוניין לקבל תמונת מצב על החברה.

בדומה למפרק, גם על הכונס חלה האחריות הפלילית, במידה שלא קיים אחת מחובותיו המוטלות עליו בפקודת החברות⁷⁷ או אם נהג במרמה או בהפרת אמונים במהלך תפקידו.⁷⁸

מטרתה משתנות מגריפת רווחים לעמידה בכל חובותיה כלפי הנושים.

מדובר במידע מהותי, שצריך להעמידו לפני כל מי שמתקשר עם החברה.

הסעיף, קובע סנקציה עונשית, על אי-קיום ההוראה, סנקציה המוטלת באופן אישי על הכונס ולא על קופת הפירוק.

"199. דו"חות של כונס ומנהל

(א) כונס או מנהל שנתמנה על-פי סמכות שבמסמך חייב להגיש לרשם סיכומי תקבוליו ותשלומיו כדלקמן:

(1) תוך חודש ימים, או תוך מועד מאוחר מזה שהתיר לו הרשם, לאחר תום שישה חודשים להתמנותו ולאחר כל תקופה נוספת של שישה חודשים - סיכום לגבי אותם שישה חודשים;

(2) תוך חודש ימים לאחר שחדל לפעול - סיכום לגבי התקופה שמסוף תקופת הסיכום הקודם עד לתאריך החדילה וסיכום כולל לגבי כל התקופות שעברו מיום שנתמנה.

(ב) כונס או מנהל שחדל לפעול יגיש לרשם הודעה על כך והרשם ירשום אותה בפנקס השיעבודים.

(ג) כונס או מנהל המפר הוראה מהוראות סעיף זה, דינו - קנס נמשך."

סעיף זה קובע את החובה להגיש לרשם החברות דו"חות והודעה על סיום התפקיד.

על הכונס להגיש לרשם החברות דו"ח תקבולים ותשלומים מדי שישה חודשים מיום המינוי, וכן תוך חודש מסיום התפקיד.

יש לתמונה, כי על-אף שלבית-המשפט סמכות הפיקוח על פעולות הכונס, חובת תהדיווח מופנית כלפי רשם החברות ולא כלפי בית-המשפט.

אולם על-פי סעיף 201(א) לפקודת החברות נראה, כי פיקוח בית-המשפט מתבטא בסמכותו עד להגשת הדו"חות. הסעיף קובע, אם גם באופן מצומצם לסיטואציה בה הבקשה היא של מפרק, בהנחה שמונה כזה, כי אם:

"(א) ראה בית-המשפט, על יסוד בקשה של המפרק, כי

74. וולובסקי אליעזר, כונס נכסים בדיני החברות, מהדורה שניה (תשס"ד-2004), עמ' 72.

75. תקנה 390 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. בפקודת החברות אין הוראת פרסום מינוי הכונס, אולם כאמור, חלה תקנה 390 לתקנות סדר הדין האזרחי מכוח תקנה 2 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 על פיה:

"סדר הדין בכל עניין אזרחי המובא לפני בית-משפט, וכן בדיון בבית-הדין המיוחד לפי סעיף 55 לדבר המלך במועצה על א"י, 1922-1947, או בדיון בבקשות לפי אותו סעיף - יהיה לפי תקנות אלה; אולם במידה שבעניין פלוגי נוהגים לפי סדר דין אחר - לא ינהגו לפי תקנות אלה."

ראה גם: וולובסקי אליעזר, כונס נכסים בדיני החברות, מהדורה שניה (תשס"ד-2004), עמ' 109.

76. וולובסקי אליעזר, כונס נכסים בדיני החברות, מהדורה שניה (תשס"ד-2004), עמ' 284.

77. סעיף 317 לפקודת החברות.

78. סעיף 425 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

חובות התנהגותיות

היא היתנתה זאת בחתימת תצהיר מצידו בו הוא מאשר שהמלגה היא שלו וכי הוא מוותר על תביעות בגין נטילת המלגה, והוא סירב לכך והגיש בקשה למתן הוראות בה ביקש כי המלגה תוחזר לו וכן פירט את הפסדיו בגין 14 ימי עבודה של המלגה: 21,000 ש"ח + מע"מ וביקש לחייבה לשלם לו סכום זה.

הבקשה נמחקה בהסכמת במשיב, כיוון שכונסת הנכסים החזירה לו את המלגה, אך לאחר שלוש וחצי שנים הגיש המשיב כנגד הכונסת תביעה נזיקית בגין הפסד של 18 ימי עבודה (34,023 ש"ח), הוצאות לתיקון המלגה (2,520 ש"ח), כלי עבודה שהיו על המלגה (6,000 ש"ח), הובלת המלגה ממחסני האחסנה אליו (1,400 ש"ח), דמי שחרור (630 ש"ח) שכר-טרחת עורך-דין (7,374 ש"ח) אובדן ימי עבודה (10,000 ש"ח) וכן 70,000 ש"ח עבור "אובדן הכנסות עתידיות ואובדן לקוחות קבועים ועוגמת-נפש".

עד להגשת התביעה, סיימה המבקשת את תפקידה ככונסת, ושחררה במועד האמור מתפקיד זה על-ידי בית-המשפט המחוזי בנצרת.

לטענת הכונסת, כל שעשתה היה במסגרת תפקידה ולא פעלה בודון או בחוסר תום-לב.

מעבר, טוענת הכונסת כי הסמכות לדון בתביעה היא בבית-המשפט של כינוס, ומכל מקום, לשם דיון בתביעה, נדרש אישורו של בית-המשפט האחראי על הכינוס, היינו, בית-המשפט המחוזי בנצרת, ואישור כזה המשיב לא ביקש. כמו-כן, היא שוחררה בינתיים מתפקידה.

המשיב טען כי התביעה לא התיישנה, וכי ניתן לתבוע כונס נכסים בעילת רשלנות.

כב' השופטת ברלינר קבלה את בקשת הכונסת ודחתה את התביעה על-הסף, לדבריה:

"נראה לי, כי ככלל, כונס נכסים המתמנה לתפקידו על-ידי בית-המשפט לפי סעיף 194 של פקודת החברות עשוי לחוב בנזיקין כלפי צד שלישי הניזוק ממעשיו או ממחדליו אותם עשה במהלך ביצוע תפקידו ככונס. ניתן להבחין בין "אחריות רשמית" לבין "אחריות אישית" (אליעזר וולובסקי, כונס נכסים בדיני החברות, תשנ"ב-1992, עמ' 190). האחריות הרשמית נוגעת לפעולות

בנוסף לחובות הכונס הפורמליות, הגשת דו"חות ניהול ספרים וכדומה, חלות על המפרק חובות התנהגותיות, מקצתן מפורשות, מקצתן התהוו וקיבלו את תוכנם על-ידי הפסיקה.

תקנה 54 לתקנות הפירוק קובעת כי:

"מפרק, כונס נכסים, מי שמונה בידי בית-המשפט בהליך לפי סעיף 350 לחוק החברות, התשנ"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".

ברי כי חובה זו היא בסיסית לגבי כל בעל תפקיד המתמנה על-ידי בית-המשפט, ויש בה חיוניות יתירה כאשר המדובר בכונס נכסים המשמש בדרך-כלל כבא-כוחו של הנושה המובטח שביקש את מינויו ועלול להימצא במצבים רבים יותר של ניגוד עניינים.

בין החובות החלות על הכונס, שאינם באות לידי ביטוי בחקיקה המפורשת בפקודת החברות, חלה אחריותו של הכונס על פגיעה נזיקית ו/או חזית⁷⁹ ברכוש עליו מונה. אחריות זו נובעת גם מחובת הכונס כלפי הנושה, כנאמן כלפי הנושה ובעל הנכס כפי שגורס כרם בספרו חוק הנאמנות⁸⁰.

לא ברור מהי עמדת הפסיקה הקיימת, האם חיוב הכונס עקב פגיעה נזיקית יחול אישית על הכונס, או על אחריות התפקיד הרשמי, קרי, לא ברור מתי כספי הפיצוי ישולמו מקופת הכינוס או מכספי הערובה שהפקיד הכונס⁸¹. נראה שהדבר תלוי באופי הנזק ובאופן היווצרותו.

כך נקבע ב"בר"ע (חי') 127/03⁸² בה דובר בכונסת נכסים של חברה בע"מ לפי מינוי על-פי סעיף 194 של פקודת החברות (המבקשת בבקשה זו), שנטלה לרשותה במסגרת הכינוס, את נכסי החברה, ובהם מלגה שהיתה מצויה בחצרי המפעל של החברה.

המשיב טען כי המלגה היא שלו ופנה אל המבקשת ודרש כי המלגה תוחזר לו.

79. ראה למשל סעיפים 62, 63 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש), וכן סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

80. כרם שלמה, חוק הנאמנות, תשל"ט-1979, מהדורה שלישית (1995), עמ' 105.

81. שאלה נוספת היא האם ניתן לחייב את הכונס באחריות אישית, אף מעבר לסכום הערובה שהפקיד. מחד, סכום הערובה המוטל, הוא תמחור הסיכון על-ידי בית-המשפט, ועל-כן לא ראוי להטיל על הכונס סיכון שלא לקח על עצמו, תוצאה זו עלולה למנוע מכונסים לקבל על עצמם את התפקיד ולהרבות תביעות כנגד הכונס, על-מנת להפעיל עליו לחץ לקבל החלטה כזו ולא אחרת, מאידך, באם נהג הכונס במרמה וחוסר תום-לב, הרי שסיכון זה לא גולם על-ידי בית-המשפט הממנה את הכונס, ועל הכונס לשאת בתוצאות התנהגותו.

82. בר"ע (חי') 127/03 עדינה וייל, עורכת-דין, כונסת נכסים נ' עפ"י עבדל מלק וחד, תק"מח 2004 (1) 3772.

במצב דברים זה נראה לי מוצדק לקבל את הטענה כי בנסיבות המיוחדות של המקרה דנן, בגין שיהוי זה שהיה עימו שינוי מצב לרעה מבחינת המבקשת, ובהיעדר הרשאה מצד בית-המשפט של הכינוס, אין לאפשר את קיומה של התביעה, ויש לדחותה על-הסף.

נראה כי שילוב העובדות, ביניהם הזמן הארוך שחלף ממועד הנזק, שחרור הכונסת מתפקידה, אי-בקשת התובע רשות לתבוע מבית-המשפט הממנה, כל אלו הביאו בסופו של דבר לתוצאה של דחיית התביעה על-הסף.

אולם, אם נתייחס לתמצית קביעתה של כב' השופטת ברלינר, המגמה הינה שלא לחייב באופן אישי את הכונס בתשלום נזיקי.

באשר לאחריות החוזית, גורס וולובסקי בספרו⁸³ כי אחריות אישית בהתקשרות החוזית אינה אחת מציפיותיו של המתקשר בחוזה עם כונס נכסים.

לגישתו, הדבר נובע מהעובדה שהכונס מתמנה על-ידי בית-משפט, ובית-המשפט הוא שמפקח על חתימת החוזה.

לפי גישתו זו, חלה רק ה-"אחריות הרשמית" של הכונס בתפקידו זה על פגיעה בנכסי החברה בכינוס בעקבות התקשרות חוזית.

כיוון, שכאמור, אין הכרעה תקדימית בנושא זה, על כונס בתפקידו להתנות מפורשות את אי-אחריותו האישית בהתקשרות חוזית, עם קבלת התפקיד.

הכונס בעצם מעשי הכינוס, כגון גרימת נזק לרכושו של צד שלישי או השגת גבול במיטלטליו. האחריות האישית נסבה על מעילה באמון, תרמית, נטילת כספים לעצמו מקופת הכינוס, וכד'.

בענייננו, כל אשר עשתה המבקשת היה במסגרת ולצרכי הכינוס, בסמכותה ככונסת, ובלא שניתן ליחס לה, בגין זה, אחריות אישית. אם אכן נטלה את רכושו של המשיב למשך 4 ימים שלא כדין, ותוך כדי כך נגרמו למשיב, עקב זה, נזקים, אם באי-הפקת פירות מן המלגזה או בגין נזקים למלגזה עצמה, וכך גם בגין הוצאות בשיחרורה מן האחסון, הרי לא צריכה היתה המבקשת לשאת בנזקים האלה מכספה הפרטי, אלא הם חלק מהוצאות הכינוס עצמו, עליהם אחראי בית-המשפט של הכינוס שבדיו קופת הכינוס.

המשיב היה מודע לכינוס ולזכותו לבקש מבית-המשפט האחראי על הכינוס כי המשיבה תחוייב לשאת בנזקיו ותשלם לו את הפסדיו, מקופת הכינוס. הוא העמיד את דרישותיו על סכום של 21,000 ש"ח ומע"מ; משהסכימה המבקשת להחזרת המלגזה, הוא חזר בו מבקשתו לבית-המשפט של הכינוס כי יחייבה בכך; ולאחר-מכן לא פעל פעולה כלשהי ואיפשר למבקשת להשתחרר מתפקידה תוך אישור דו"חותיה לבית-המשפט, בהיעדר כל ידיעה כי עדיין תלויה ועומדת מצידו דרישה כספית כלפיה.

כלפי מי חייב הכונס בחובת האחריות?

הנכסים בדאגה כלפי כל הנושים⁸⁴, וכן כלפי צדדים שלישיים איתם התקשר⁸⁵.

כך גם קבע כב' השופט ויתקון ב"ע"א 141/74⁸⁶:

"למן הרגע שנתמנה כונס אין הוא רשאי לדאוג רק לתביעת הנושה שביקש את מינויו. תפקידו דומה לזה של המפרק, והוא מופקד לא רק על כלל נכסי החברה החייבת, אלא גם על האינטרסים של כלל נושי החברה החייבת."

ברי היא כי חובת הכונס, היא קודם-כל כלפי הנושה המובטח שביקש את מינויו. אולם ברי הוא כי באופן רגיל, מתמנה הכונס כאשר החברה קרובה למצב של חדלות פירעון, ועל-כן בנמצא נושים רבים שאינם נושים מובטחים, ועל-כן פרעון חובם תלוי במיצוי מימוש נכסי החברה על-ידי הכונס.

משום כך קבע בית-המשפט כי מרגע מינויו חב כונס

83. וולובסקי אליעזר, כונס נכסים בדיני החברות, מהדורה שניה (תשס"ד-2004), עמ' 295.

84. פש"ר 1378/00 פקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983 נ' טיטן בנץ בע"מ, פדאור (2) 770.

85. פש"ר (ת"א-יפו) 99/95 חברת נדל"ן איילה נ' הדר טבריה, תק"מח 2003 (3) 1179.

86. ע"א 141/74 הלנה פפרבוים נ' דן שירזלי ואח', פ"ד (1) 20.

אחריות אישית ואחריות רשמית

או חלק מהם בצירוף ריבית בשיעור שייראה לבית-המשפט, או לכפות עליו תשלום כסף לזכות החברה ככל שייראה לבית-המשפט כפיצוי על מעשיו, ואין נפקא מינה אם העברין עלול להיתבע עליהם בפלילים.⁸⁷ כאמור, עוסק סעיף זה בעבירות שנתגלו בפירוק ואינו רלוונטי לכל סיטואציה של מינוי כונס. כמו-כן מאפשר הסעיף, גם לכונס הנכסים לתבוע את הנמנים בסעיף, על-פי העילות המפורטות בו.⁸⁷ בהיעדר צו פירוק, על המבקש להטיל אחריות אישית על הכונס, לבקש את חילוט ערכותו על-ידי בית-המשפט, או לבקש את אישור תביעת הכונס מבית-המשפט המוסמך בכינוס כפי שנקבע ב"פש"ר 40/97⁸⁸ כי: "קיימת אחריות אישית ברורה במסגרת הערבות הניתנת על-ידי כונס הנכסים כהבטחה למילוי תפקידו כשורה, ועל-פי תנאי הערבות."

כאמור, הנפקא מינה הראשונית לסוג האחריות המוטלת על הכונס בגין מעשיו, היא מקור מימון הפיצוי שנקבע. במקרה של הטלת אחריות אישית התשלום יושם על כיסו האישי של הכונס, ואילו במקרה שבו נקבע כי האחריות היא רשמית - הרי שהתשלום ייפול על קופת הפירוק. סעיף 374 מטיל, במקרים המפורטים בו, אחריות אישית על הכונס, על פיו:

"התברר תוך פירוקה של חברה שאדם שהשתתף ביזומה או בייסודה או שהיה או הינו נושא משרה בה או כונס נכסים, מפרק או מפרק זמני שלה, השתמש שלא כהוגן בכסף או בנכס של החברה, או עיכבם אצלו, או נעשה חב או אחראי עליהם, או עשה מעשה שלא כשורה או שלא כדין במשא-ומתן הנוגע לחברה, רשאי בית-המשפט, לפי בקשת הכונס הרשמי, המפרק, נושא או משתתף, לחקור בדבר התנהגותו של האדם ולכפות עליו החזרת הכסף או הנכס

בפני איזו ערכאה ניתן לתבוע את הכונס?

בבית-המשפט שמינה אותו.⁸⁹ באופן זה פסק בית-המשפט המחוזי ב"ת"א (ת"א-יפו) 60637/03:⁹¹ במקרה זה הנתבע 2 מונה על-ידי בית-משפט המחוזי ככונס נכסיה של הנתבעת 1, במסגרת בקשה למימוש שיעבוד אג"ח. בשנת 2002 הסתיים הליך כינוס הנכסים והנתבע 2 סיים את תפקידו ככונס. לאחר סיום תפקידו הגישה התובעת תביעה בעילת רשלנות אישית כנגד הכונס, והוא ביקש לסלקה על-הסף. לטענת הכונס, טרם הגשת התביעה היה על התובעת לקבל אישור להגשתה מבית-המשפט שמינה אותו, ואין נפקא

בפקודת החברות, לא קיימת הוראה מקבילה להוראה המצויה לגבי מפרק או מנהל מיוחד כי בית-המשפט המוסמך לדון בתביעות כנגד כונס הנכסים הוא בית-המשפט שמינה את הכונס, הנוהג שהשתרש הוא כי במידה וברצונו של התובע לתבוע את תביעתו בערכאה שונה, עליו, לבקש את אישורו של בית-משפט של הכינוס. ב"פש"ר (ת"א) 40/97⁸⁹ ישנה התייחסות לגבי תביעת כונס נכסים על פיה, הנושא לא הוסדר בחוק, כב' השופט לויט מצטט בקביעתו את כב' השופט זוסמן⁹⁰ ש"במקרים מסוימים אף יוכל הניזוק לתבוע את כונס הנכסים בבית-משפט אחר ומסקנתו היא כי: "נראה שאין הכרח לתבוע את כונס הנכסים דווקא

87. ראה פ"ש"ר (ת"א-יפו) 225/97 עורף-דין עובדיה בלס בתפקידו ככונס נכסים של חברת/מגדלי השמש מ.ה. (1990) בע"מ ואח' נ' מרדכי קליין ואח', תק"מח 2004 (1) 6632, בו תבע הכונס את דירקטור החברה בגין עסקת/מכר למראית-עין, ולפיכך פסולה, שביצע הדירקטור. כב' השופטת אלשיך קיבלה את הבקשה וחייבה את הדירקטורים בהשבת סכום ה"מכירה" לקופת הכינוס. וכן בש"א (חי') 3369/05 בנק הפועלים בע"מ נ' שגיא שלום, תק"מח 2005 (3) 227, בה תבע הכונס את חשב החברה בגין הברחת נכסים, וכב' השופטת ב' גילאור, קיבלה את בקשתו.

88. פ"ש"ר (ת"א-יפו) 40/97 אילן שביט נ' רביב עמק חפר תשתיות ובניה (1982) בע"מ, תק"מח 2099 (2) 65535, 65546.

89. פ"ש"ר (ת"א-יפו) 40/97 אילן שביט נ' רביב עמק חפר תשתיות ובניה (1982) בע"מ, תק"מח 2099 (2) 65535.

90. ע"א 56/68 סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ נ' מוסכי בריסטול בע"מ ואח', פ"ד כב (1) 598.

91. ת"א (ת"א-יפו) 60637/03 יבולי גליל בע"מ נ' פרי מבח"ר חברה לארזיה וקירור בע"מ ואח', תק"ש 2004 (3) 12278.

שבכינוס בכל בית-המשפט לו הסמכות העניינית לדון בעניין, תוך קביעה שהדרישה במשפט המקובל לקבל את רשות בית-המשפט שמינה את כונס הנכסים היא רק כלי עזר פרשני בישראל.

ואכן, אין בישראל חקיקה המגבילה את הגשת התביעה כנגד כונס הנכסים בבית-המשפט המוסמך מבחינת סמכות עניינית, כל זמן שלא שונה מצב זה בדרך של חקיקה יש לפרשו לטעמי באופן שלא מצמצם את זכות הגישה של התובע לבית-המשפט ובלא ליצור "מערכת סינון" נוספת שיכולה למנוע את זכות הגישה החוקתית לבית-המשפט במקרה של אי-קבלת רשות על-ידי בית-המשפט שמינה את כונס הנכסים. פגיעה בזכות הגישה ראוי שתעשה באופן ברור ומפורש בחקיקה, וכל זמן שלא נעשתה כך יש לפעול על-פי הכללים הרגילים הקבועים לעניין הסמכות העניינית...

הנה כי כן, הן המצב החקיקתי והן פסיקת בית-המשפט העליון מצביעים על כך שאין מניעה לתבוע כונס נכסים ללא קבלת רשות של בית-המשפט הממנה את הכונס, ובוודאי שהדברים נכונים במקרה שהכינוס הסתיים זה מכבר ומדובר בנושה ולא בחייב, כמו במקרה שבפניי...

יש גם קושי עם קבלת רשות של בית-המשפט הממנה את כונס הנכסים שמונה במקרה כזה לא בתיק של פירוק או פשיטת רגל, אלא למימוש אג"ח. כך יכול להיות מצב של מינוי כונס נכסים על-ידי בית-המשפט שלום, ראש ההוצאה לפועל בהתאם לטיב העניין והסמכות העניינית. האם בכל מקרה שבפניי נשלח את התובע לקבל רשות מבית-המשפט השלום/ראש ההוצאה לפועל שמינה אותו כדי שיוכל לתבוע את כונס הנכסים?, לטעמי לא ואותו רציונאל חל גם על מינוי כונס נכסים על-ידי בית-המשפט המחוזי, בוודאי בנסיבות התיק שבפניי.

ישנו גם קושי עם העברת התיק לבית-המשפט המחוזי על-ידי לצורך מתן רשות בית-המשפט המחוזי להגשת התביעה כנגד כונס הנכסים, שכן, לכאורה לא מדובר בהעברה מחוסר סמכות עניינית היוצרת "לא יעבירו עוד", ולכאורה מצוי בית-המשפט המחוזי עקב ההעברה במצב נתון שעליו לתת החלטה בנושא הרשות. והנה, אם בית-המשפט המחוזי סבור שאין צורך כלל במתן רשות הרי למעשה יוחזר התיק אחר כבוד לבית-המשפט השלום.

ייתכן והדרך הראויה הינה שהטוען שיש צורך ברשות בית-המשפט שמינה את כונס הנכסים יפנה בבקשה בעניין זה לבית-המשפט שמינה את כונס הנכסים ב"בקשה למתן הוראות", שהוא זה שיכריע בשלב ראשון, בשאלה אם יש צורך ברשות אם לאו, ובשלב שני יכריע במידת הצורך האם יש ליתן רשות, בלא שהנושא הועבר אליו על-ידי בית-משפט שלום בצירוף החלטה שיש להכריע בכך.

במקרה דנן, הנתבעים לא נהגו כך ומשכחה התובעת את ה"מגרש" והגישה את התביעה לבית-המשפט השלום, אין מקום לטעמי "לזרוק את הכדור" לבית-המשפט המחוזי, בנסיבות של המקרה בפניי שהכינוס הסתיים מכבר, השופט הדן בתיק כבר פרש ומדובר בתובע בנושה ולא בחייב.

מינה אם שוחרר מתפקידו ככונס נכסים אם לאו, לטענתו, רק בידי בית-המשפט של כינוס, שמינה את הכונס ופיקח על פעולותיו, הכלים לבחון את עילות התביעה כנגדו בראי הליך הכינוס, תוך היכולת להכריע באם אכן קיימת עילת תביעה נגד כונס הנכסים אשר מצדיקה הגשת תביעה אישית כנגדו אם לאו.

תביעת כונס הנכסים בלא קבלת אישורו של בית-המשפט הממנה עלולה להביא לתביעות סרק בלתי-מוצדקות כנגדו ואי-יכולתו של כונס הנכסים למלא תפקידו כראוי בלא מורא.

לטענת הכונס, כפי ששחרור מפרק מתפקידו משחררו מאחריות למעשה או מחדל בניהול ענייני החברה, כך שחרור כונס מתפקידו על-ידי בית-המשפט, פוטר אותו מחבות בגין התנהלותו במסגרת הליך הכינוס בתפקידו ככונס.

מנגד, טענה התובעת כי אין צורך באישור בית-המשפט המחוזי שמינה את כונס הנכסים לשם הגשת התביעה דנן. הנתבע 2 אינו משמש ככונס מאז חודש יוני 2002. לפיכך אין כל הצדקה לפנות לבית-המשפט המחוזי לשם קבלת אישור לתביעת הנתבע בגין רשלנות והפרת חובת האמונים.

לטענתה, אין גם בנסיבות העניין להקיש בין הדין על מפרק או נאמן בפשיטת רגל לבין כונס נכסים, או להגביל את זכות הגישה לערכאות מבלי שנקבעה ההגבלה על-ידי המחוקק, בחוק מפורש, או לכל הפחות לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו.

כב' השופט ד"ר ורדי קובי דחה את הבקשה וקבע:

"מדובר בסוגיה משפטית שקיימות לגביה דעות שונות של שופטים שונים בערכאות השונות. יחד עם זאת, לא ניתן להתעלם מכך שרוב פסקי-הדין המצדדים בצורך בקבלת רשות בית-המשפט הממנה את בעל התפקיד (ובית-המשפט לא נוהגים לסלק את התביעה על-הסף אלא לכל היותר להפנות את המבקש לקבל את רשות בית-המשפט הממנה) עוסקים במקרים של פירוק, פשיטת רגל ודנים במעמדם של מנהל מיוחד/מפרק. זאת ועוד, לגבי כונסי נכסים מדובר במקרה שלנו במקרה שבו שוחרר כונס הנכסים מתפקידו ותיק הכינוס נסגר כבר לפני כשנתיים ימים ולא מדובר בתיק פעיל שקיים ועומד בבית-המשפט, כשהשופט שמינה את כונס הנכסים כב' השופט סגן הנשיא ד"ר קלינג כבר פרש מכס השיפוט, כך שלא ניתן להיעזר גם בהיכרותו את פרטי התיק. כמו-כן, מדובר בתביעה של נושה עצמאי ולא של החייב, כך שלא ניתן להצביע על אותם נימוקים שיפים וטובים אולי כלפי תביעה של החייב. לא ניתן להתעלם שפסקי-הדין היחיד של בית-המשפט העליון הדן בצורה ברורה וחד-משמעית בנידון ר"ע 86/74 אתא טכסטיל בע"מ (בכינוס נכסים) נ' לוי שטראוס בע"מ, פ"ד מ(2) 301 (להלן: "פסק-דין אתא טכסטיל"), קובע מפורשות שלהבדיל מהמצב בפירוק שיש קביעה מפורשת בחוק לאי-פתיחת הליך אלא ברשות בית-המשפט אין הוראה דומה לעניין חברה שבכינוס ואין מניעה עקרונית להגשת התובענה נגד החברה וכונסי הנכסים

הוצאותיו ושכרו של הכונס

מנהל של חברה על-פי סעיף-קטן (ב). נפט, והקרקע שבה או שמעליה הם עוברים.⁹² עניינו של סעיף זה הוא חובות הכונס, כפי שפורטו לעיל, כגון הגשת דו"חות תקבולים ותשלומים למפרק, וכן זכויות הכונס לקביעת הוצאותיו ושכרו, כפי שיפורט להלן:

סעיף 201(ב) ו-(ג) לפקודת החברות קובע כי:
 "(ב) בית-המשפט רשאי לקבוע את השכר שישולם לכונס או למנהל שנתמנו על-פי סמכות שבמסמך, ורשאי הוא, לפי בקשת המפרק, הכונס או המנהל, לשנות קביעה שקבע כאמור.
 (ג) השר רשאי, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, לקבוע כללים בדבר שכרו והוצאותיו של כונס או

הוצאות הכינוס

שלו האינטרס הרב ביותר במינוי הכונס. ב"ש"א 896/05⁹³ קבע כב' השופט א' רובינשטיין לעניין הוצאות הכינוס:
 "והכונס יידע שעוסק הוא בכספי הזולת ושיש לנהוג בהוצאות בצניעות הראויה (ראו גם תקנות החברות (כללים בדבר כונסי נכסים ומפרקים ושכרם), התשמ"א-1981).
 יצוין כי כאשר קובע בית-המשפט כי התרשל הכונס באחריותו הרשמית, בניגוד לאחריותו האישית, יוכל לקבוע את תשלום הנזק שנעשה, כהוצאות כינוס.

המדובר בהתחייבויות כספיות לצורך אכיפת ומימוש איגרת החוב שהוצאו. התחייבויות אלו יפרעו לפני כל חוב אחר⁹², זאת משום שהוצאות אלו מאפשרות לכונס לממש ולחלק את הנכסים, ולהיפרע מחובות הנושים. לולא עדיפות להתחייבות החברה בתקופת הכינוס, משקיעים ורוכשים רבים היו נמנעים מלהתקשר עם החברה בכינוס, וכך היתה נמנעת כמעט לחלוטין היכולת להיפרע מחובות החברה. הוצאות הכינוס חלות באופן רגיל על בעל השיעבוד הצף,

שכר הכונס

כאמור, קביעת שכרו של הכונס היא בשיקול-דעתו של בית-המשפט, ועל-פי תקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ושכרם), התשמ"א-1981 (להלן: "תקנות השכר"). ראשיתה של הפרשה הנדונה ב"ע"א 2817/91⁹⁵ היא בהסכם שנחתם בין המוכר, משיב 3 לבין הקונה, משיב 1, על פיו התחייב המוכר להעביר לקונה קרקע שבבעלותו

"שיעורו של השכר הראוי אינו בגדר ידיעה שיפוטית ואין בית-המשפט מוסמך לקבוע על-פי שיקול-דעתו בלבד, מבלי שקביעותיו תתבססנה על ראיות שהובאו בפניו... יש להוכיח את אמות-המידה והשיקולים הרלוונטיים לקביעת השכר הראוי, בכל מקרה ומקרה לגופו, באמצעות מומחים אשר על-סמך נסיונם המקצועי, מחווים את דעתם על הנוהג הקיים בקשר לכך באותו מגזר צבורי."⁹⁴

92. ב"ש"א (ב"ש) 9189/02 שיקרצי בע"מ נ' פרוגרס, תק"מח 2003 (1) 780, 783.

93. ב"ש"א 896/05 צמרת בוני הארץ בע"מ נ' א.י.ע יובלים השקעות ואח', תק"על 2005 (1) 2297.

94. ע"א 136/92 ביניש-עדיאל, עורך-דין ואח' נ' דניה סיבוס חברה לבניין בע"מ, פ"ד מז(5) 114.

95. ע"א 2817/91 מימון דוד, עורך-דין נ' שאולי אומרן ו-2 אח', פ"ד מז(1) 152.

תמורת 1,061,130 ל"י.

הקונה שילם חלק ניכר מהסכום, אולם המוכר, מצידו, הפר את ההסכם בכך שלא העביר את הבעלות בקרקע. בתגובה הגיש הקונה תביעה לבית-המשפט המחוזי בירושלים לאכיפת ההסכם ולחיוב המוכר בפיצויים, וכן ביקש למנות כונס נכסים לביצוע העברת הנכס בפנקס המקרקעין.

בבית-המשפט המחוזי טען המוכר, כי נבצר ממנו להעביר את הבעלות והחזקה בחלקה, מאחר שהיא תפוסה על-ידי שוכר, כן טען המוכר, שנודע לו כי העברת הקרקע ליהודי תביא לשפיטתו בידון, שם הוא צפוי לגור-דין מוות, ואף תעמיד את משפחתו, המתגוררת בידון, בסכנה.

באשר לתביעת האכיפה קבע השופט, כי ההסכם הינו בר-ביצוע ועל המוכר לקיימו, היינו עליו לרשום את העברת הבעלות במקרקעין ולמסור את החזקה בהם כשהם פנויים. זאת בכפוף לתשלום יתרת הסכום המגיע למוכר מהקונה.

כמו-כן מינה בית-המשפט עורך-דין ככונס נכסים לביצוע כל הפעולות הנדרשות על-פי פסק-הדין.

ביום 20.3.80 הופקע הנכס על-ידי מינהל מקרקעי ישראל - משיב 2. עד ליום זה ביצע המערער פעולות שונות הנוגעות לפינוי הנכס, אולם לא דאג לרישום העברת הבעלות בפנקסי המקרקעין.

ביום 30.10.90 הגיש המערער, כונס הנכסים, לבית-המשפט המחוזי בקשה למתן הוראות בשאלה מהו סכום הכספים שחייב עדיין הקונה למוכר. לחלופין ביקש המערער להורות למינהל מקרקעי ישראל לשלם לו עצמו את סכום הפיצויים בגין הפקעת הקרקע, ולהורות כיצד יחולקו סכומים אלו בין המוכר והקונה, וזאת לאחר ניכוי שכר-טרח למערער עצמו, בגובה 10% מערך הנכס כפי שהוא נקוב בהסכם, ובשיערוך.

בהחלטה, שניתנה, קבע בית-המשפט, כי הפיצויים בגין ההפקעה מגיעים לקונה, שכן מועד ההפקעה היה לאחר פסקי-הדין, שקבע את זכאותו של הקונה להרשם כבעלים של החלקה. כן נקבע, שהכספים יועברו בנאמנות לבאת-כוחו של הקונה. מחצית הסכום תועבר לקונה. המחצית הנותרת תשמש לתשלומים הנדרשים להשלמת ביצוע העסקה, לרבות תשלום שכר-טרחת כונס הנכסים, והיתרה תחולק בין הצדדים, בהתאם להתחשבנות ביניהם. במקרה של היעדר הסכמה יחולקו הכספים הנותרים לפי החלטת בית-המשפט.

מאחר שהצדדים לא הגיעו להסכמה ביניהם, ניתנה החלטה נוספת, בה נקבע, כי יתרת חובו של הקונה עומדת על סכום של 71,036.34 ל"י נכון לדצמבר 79. את הסכום הזה יש לשערך ממועד ההפקעה בלבד, שכן קודם למועד זה יכול היה המוכר למנוע את העיכוב על-ידי העברת הבעלות בקרקע.

באשר לשכר-טרחתו של המערער נקבע, כי מאחר שהמערער לא הספיק לבצע את כל מה שהוטל עליו ככונס נכסים, ומאחר שערך הנכס הרלוונטי היום הוא כפי שהוערך על-ידי מינהל מקרקעי ישראל, יהיה שכר-הטרחת בגובה 5% מערך זה. כן נקבע שאת שכר-הטרחת ישלם

המוכר, שכן בהפרתו את ההסכם הביא לצורך מינוי כונס הנכסים.

המערער תוקף הן את קביעתו של בית-המשפט המחוזי שאין לשערך את גובה חובו של הקונה קודם למועד ההפקעה, והן את הקביעה בנוגע לגובה שכר-טרחתו, והטלת נטל תשלומי על המוכר.

המשיב 3 - המוכר - טוען כי השכר שנפסק לכונס הנכסים הינו מספיק בהתחשב בשירותים שנתן.

המשיב 1 - הקונה, הגיש גם ערעור שכנגד. לטענתו שכר-הטרחת כפי שנקבע על-ידי בית-המשפט, הינו גבוה מדי. זאת בהתחשב בכך, שכונס הנכסים מונה להסדרת רישום העברת הבעלות, ובפועל לא מילא תפקיד זה. לחלופין נטען בערעור שכנגד, שיש לקבוע לשכר-הטרחת ריבית והצמדה והות לאלו הנהוגות לגבי פיצויי ההפקעה, ולא ריבית כחוק כפי שקבע בית-המשפט המחוזי.

המערער בערעור שכנגד הודיע, כי ערעור זה מוגש מתוך זהירות בלבד, ובמידה ויידחה הערעור העיקרי ונטל תשלום שכר-הטרחת יחול על המשיב 3 - המוכר, יבוטל גם הערעור שכנגד.

כב' השופט כך דחה את הערעור, הן מבחינה דיונית (היה צורך ברשות ערעור ולא הערעור) והן לגופו של עניין וקבע, בעניין קביעת שכרו של כונס הנכסים, כי:

"קביעת גובה שכר-הטרחת של כונס נכסים היא עניין שבשיקול-דעתו של בית-המשפט דלמטה, וערכאת הערעור לא תיטה להתערב בה, אלא במקרים חריגים (ראה ע"א 530/88 פרידמן ואח' נ' ארנון ואח', פ"ד מג(4) 479, 484; ע"א 621/83 הנ"ל, בעמ' 666). במקרה דנן שקל בית-המשפט את העובדה שהמערער פעל בעניין זה בין השנים 1978-1980 בלבד, וכן את העובדה שבפועל לא הספיק להעביר את רישום הבעלות בקרקע, ובהתאם לכך קבע את שכרו. אין אני מוצא מקום להתערב בקביעה זו..."

לגופו של עניין טוען המערער, כי הנוהג הוא שכונס הנכסים מקבל את שכרו מהכספים המוזמנים הראשונים. כללית דברים אלו נכונים הם, אולם אין לעשות כן בכל מקרה ומקרה. במקרה שבפנינו קבע השופט טל, שנטל תשלום שכר-הטרחת הוא על המוכר. החלטה זו היא סבירה בנסיבות העניין, שכן מחדלו של המוכר הוא שהביא לצורך מינוי כונס נכסים; וזאת על-אף שהמינוי נעשה לבקשת הקונה. יתירה מזאת, בבקשה שהגיש לבית-המשפט המחוזי ביום 18.12.79 (המ' 1053/79) הודה המערער עצמו בכך, שנטל התשלום צריך להיות על המוכר. תשלום שכר-הטרחת מהכספים המוזמנים הראשונים, היינו מכספי הפיצויים המוחזקים בנאמנות אצל עורכת-הדין רז (באת-כוח הקונה - הוספה שלי - ק' פ' ז'), עשוי להביא לכך שבחלק מהתשלום יישא למעשה הקונה, אשר אינו חייב כלל בתשלום זה. זאת במידה ולאחר תשלום שכר-הטרחת הסכום שיוותר מן הפיצויים יהיה נמוך מהסכום לו זכאי הקונה. נראה לי אם כן, שצדק השופט טל בקביעתו שבתשלום שכר-הטרחת יישא המוכר."

בית-המשפט יפסוק לכונס את שכרו, רק כאשר פעל ככונס על-פי צו המינוי, ופעל באישור בית-המשפט. ב-ע"א 312/88⁹⁸ המבקש נתמנה ככונס נכסים להוצאה לפועל שביושר של פסק-דין לביצוע בעין של חוזה מכר של מקרקעין, והשופטת המלומדת סירבה לפסוק לו שכר העודף על שכר הביניים שנפסק לו ביום 6.2.81. על כך הוגש הערעור. כב' השופט לזין דחה את הערעור וקבע כי:

"מתברר שבחלק נכבד של פעולותיו לא התיימר המערער לפעול ככונס נכסים אלא פעל בשם הקונים ואף נפסק לקונים בהליכים אלה שכר-טרח. בנסיבות אלה אין המבקש יכול להישמע שפעל בהליכים אלה ככונס... לפנים מן הדרוש יש לציין שגם לו פעל המבקש בחלק מהליכים אלה ככונס, אין כל טענה או הוכחה שקבל לכך אישור של בית-המשפט כמצוות תקנה 12, זולת האישור הגורף שבפסק-הדין שלפיו הוא התמנה, שלכאורה אין די בו."

בית-המשפט יפסוק את שכרו של הכונס, על-פי צו המינוי ועל-פי הסכם הכונס עם החברה לגבי נכסיה התמנה, וימנע מלפסוק שכר לכונס על פעולות שלא קיבלו את אישורו של בית-המשפט.

ב-ע"א 7398/00⁹⁹ נדרש בית-המשפט לפסוק שכרם של כונסים, שמונו על-ידי בית-המשפט למימוש הסכם פשרה ומנגד לדון בשאלת קביעת שכר לעורך-דין שמונה על-ידי הכונסים שלא באישור בית-המשפט.

הנכס נשוא הפשרה הינה חלקת קרקע באבו כביר הרשומה מאז שנת 1966 על-שם האפוטרופוס לנכסי נפקדים. האפוטרופוס שחרר את הקרקע והעבירה לוועד הנאמנים לנכסי הוואקף, הוא המשיב. בשנת 1973 התקשר המשיב בהסכם מכר עם חברת יוסי בע"מ, למכירת הקרקע תמורת 2,800,000 ל"י. לאחר הליכים משפטיים שונים הוסכם כי הקרקע תימכר על-ידי ארבעה כונסי נכסים, הם המערערים שמונו על-ידי בית-המשפט במחיר של 4,000,000 ל"י לכל הפחות. הסדר הפשרה התייחס גם לאפשרות שהכונסים לא יצליחו למכור את הקרקע במחיר המבוקש תוך שנה, ונקבע כי:

"...באם מאיזו סיבה שהיא, תוך שנה מהיום, לא יצליחו הכונסים לממש הנכס, יהיה על חברת יוסי... לשלם בחלקים שווים לוועד... את הסך של 3,800,000 ל"י... וזאת על-ידי 12 תשלומים חודשיים רצופים ושוטפים."

באשר לשכרם של הכונסים נקבע כי:

כך גם נקבע⁹⁶ כי כאשר דן בית-המשפט בגובה שכרו של הכונס, הוא אינו מחוייב להזמין לדיון את כל בעלי העניין בנוגע לבקשה, ו-אין זה תנאי בל יעבור לתקינות החלטת בית-המשפט הקובע את שכרם, שכל אחד מבעלי העניין בהליכי הפירוק או כינוס הנכסים יוזמן לדיון ותנתן לו, אישית, הזדמנות לומר דברו.

אולם, על-אף שאין חובה לשמוע את כל בעלי העניין בקביעת שכרו של הכונס, כאשר מתנהל דיון בנושא, ניתן להעלות לדיון גם את טיב תפקודו של הכונס, בדרך שהותוותה בחוק, ועל-ידי הגשת ראיות על-פי דין לכך, כך נקבע ב-ע"א 647/82⁹⁷ על-ידי כב' השופט מ' שמגר.

במקרה זה, נדונה בבית-המשפט המחוזי בקשתו של המשיב לקביעת שכר-טרחתו ככונס נכסים.

הכונס מונה לאחר שעסקת קומבינאציה (אשר לפיה העמידה חברת גינדי מקרקעין שבבעלותה לרשות חברת קמל, שמכרה דירות למערערים), התעכבה עקב פטירתו של מנהל החברה.

הכונס, שנתמנה בעקבות זאת, מצא קבלן חליף, וערך עמו הסכם לבניה ואף הגיע להסכם עם בעלת המקרקעין, כדי שלא תבוטל זכות הבניה. בעקבות זאת ולאחר פעולות נוספות, שהצריכו טיפול מטעם המשיב, הושלמה הבניה.

בית-המשפט המחוזי קבע כי שכרו של הכונס יהיה כ-6% משווי הבניה, ועל כך הוגש ערעור.

המערערים, העלו טענות שונות נגד כונס הנכסים ואופן מילוי תפקידו, ובית-המשפט המחוזי קבע כי עליהם להביא לשם הוכחת טענותיהם הוכחות כדין, ולא להסתפק במכתב ששלחו לכונס, כפי שעשו.

בעניין זה קיבל כב' השופט שמגר את הערעור וקבע, ברוב דיעות, כי:

"אם יש להם (למערערים) טענות בדבר אופן פעולתו של הכונס בכל הנוגע לתחומים, לגביהם הוא מבקש את שכר-הטרח, הרי טענות כאלה הן רלוואנטיות בשלב בו קובעים את שיעורו של השכר האמור. כפי שכבר צויין לעיל, אין בית-המשפט צריך להידרש במקרה כגון זה אל האשמות הערוכות בצורת מכתב, אלא להוכחות המובאות לפניו כדין. בנסיבותיו של מקרה זה הייתי מאפשר למערערים, כי יבקשו מן הערכאה הראשונה את... הבאתן של ראיות כדין בקשר לפעולתו של הכונס, ובלבד שיש לראיות אלה זיקה לקביעת שכר-הטרח."

96. רע"א 4362/91 ד"ר מיכאל שפטר נ' המנהלים מטעם בית-המשפט, פ"ד מו(3) 466.

97. ע"א 647/82 אריה ולאח ממון ו-5 אח' נ' עורך-דין ארתור מוהר, פ"ד לו(4) 235.

98. ע"א 312/88 יוסף הולנדר נ' נורית יחיא ו-2 אח', תק"על 516 (2) 90.

99. ע"א 7398/00 נחמן גולדברג נ' ועד הנאמנים לנכסי הוואקף, תק"על 1010 (3) 2003, 1017.

יקבע באחוזים מתקבולי המימוש, דהיינו מהסכום של 4,000,000 ל"י בערכו המשווער (הצמדה וריבית כחוק) ממועד אישור הסדר הפשרה (1977) עד למועד התשלום בפועל של שכר הכונסים, ובתוספת מע"מ כחוק בהתאם לערכים דהיום בתקנה 8. בנסיבות העניין, שכר זה יבוא בנוסף לשכר הביניים שנפסק לכונסים בהליכים קודמים, נוכח ההיקף החריג של ההליכים המשפטיים ופרק הזמן הממושך של מילוי תפקיד הכונסים, הכל ברוח תקנה 13 לתקנות החברות. בהוצאות הכונסים ישאו הרוכשים והוועד בחלקים שווים (חלקו של הוועד ישולם מתוך קופת הכינוס).

באשר לתשלום שכר-הטרחת לעורך-דין טל, שנשכר על-ידי הכונסים על-מנת להתגונן מול תביעת הוועד בעניין חוסר תוקפו של ההסכם דחה בית-המשפט את בקשת הכונסים לשלם את שכרו מקופת הכינוס, וקבע כי ההסתייעות בעורך-דין טל לא נעשתה מתוך כוונה אלא מתוך בחירה של הכונסים וללא אישור מראש מבית-המשפט. כב' השופט ברק קבע כי שכרו לא ישולם מקופת הכינוס, זאת משום שהכונסים, שהתמנו לתפקיד בזכות כישוריהם כעורכי-דין, לא נזקקו בהכרח לשירותי הייצוג של עורך-דין טל.

"ומשכחתי לעשות כן, מבלי לקבל רשות של בית-המשפט לשכירת שירותיו של עורך-דין טל, עליהם לשאת בעצמם בתשלום שכר-טרחתו."

ע"א 621/83¹⁰⁰ דן באופן קביעת שכרו של הכונס, ובמחויבותו של בית-המשפט לפסוק את שכר הכונס על-פי תקנות השכר.

במקרה הנדון, חברת בני דן, קבלני הנדסה ימית ואזרחית בע"מ שיעבדה לבנק הפועלים באגרת חוב ובמשכון ושיעבוד קבוע על ציודיה, את כל נכסיה.

למימוש שיעבוד זה ביקש הבנק למנות כונס נכסים. בהתאם לתנאי איגרת החוב - יחולו הוצאות כונס הנכסים ושכר-טרחת הכונס על החברה.

עוד בקשת בנק הפועלים תלויה ועומדת, בנק לאומי המערער בערעור דנן, הגיש בקשה דומה למימוש שיעבוד ואגרת חוב (בדרגה שניה) נגד החברה. הבקשות אוחדו והמשיב מונה ככונס נכסים.

בית-המשפט החליט, כי תפקידו של כונס הנכסים יהא: "לתפוס את רכוש החברה, לברר את הזכויות של כל הטוענים, לממש את הרכוש ולשלם את החובות תוך מתן זכות קדימה לאלה שזכאים לזכות זו..."

בינתיים ניתן צו לפירוק החברה ואף מונה מפרק, אך זה התפטר סמוך למינויו, אחרי שהתחוויר לו, כי אין לחברה עוד כל רכוש, לאחר שכונס הנכסים מימש את רכושה של

"שכרם והוצאותיהם של הכונסים ישולם מתוך התמורה שתתקבל מכירת הנכס יקבע על-ידי בית-המשפט."

נסיבות הכונסים למכור את הקרקע לצד שלישי כשלו והם הודיעו לבית-המשפט על מכירת הקרקע לחברת יוסי וחברה נוספת.

בתגובה לבקשת הכונסים לשכר-טרחת סופי, טען ועד הנאמנים כי הכונסים אינם זכאים לשכר-טרחת כיוון שלא מכרו את הנכס לצד שלישי. כמו-כן טען הוועד כי החברות לא עמדו במועדי התשלומים והפרו את ההסכם הפרה יסודית על-כן דינו בטלות.

בדיון בדבר שכר-הטרחת של הכונסים, קבע בית-המשפט כי לפי הסדר הפשרה הכונסים היו זכאים לשכר-טרחת ולהוצאות רק אם יבצעו מכירה לצד ג', לשיטתו, יישום הסכם המכר המקורי.

היה בבחינת תוכנית חלופית ולשם כך לא היו דרושים הכונסים.

כב' השופט ברק דחה את הערעור וקבע כי:

"מתקשה אני לקבל את פרשנותו של בית-המשפט המחוזי להוראות בדבר תפקיד הכונסים ושכרם. הקביעה כי הכונסים יהיו זכאים לשכר-טרחת והוצאות רק אם ימכרו את החלקה לצד ג' אינה משתלבת במבנה הכללי של הסדר הפשרה ואינה תואמת הגיונם של דברים. כאמור, הסדר הפשרה מבוסס על שתי חלופות: האחת - המועדפת - היא מכירת הקרקע לצד ג' תמורת 4,000,000 ל"י לפחות, והשניה - ביצוע הסכם המכר המקורי תוך העלאת המחיר וחלוקתו לתשלומים... ואמנם, בהסדר הפשרה קיבלו על עצמם הכונסים לנסות ולמכור את הקרקע לצד ג'. עבור נסיונות אלה, גם אם לא יצליחו בסופו של דבר, הם ציפו לשכר והוצאות. יצויין, כי גם ביצועו של הסכם המכר המקורי הצריך טרחת מצד הכונסים, וקשה להניח כי הסכימו לטרוח ללא קבלת תשלום.

נראה, כי בעת עריכת הסדר הפשרה קשה היה להעריך את היקף העבודה שתידרש מן הכונסים, ולכן גובה שכרם והוצאותיהם של הכונסים הושאר לשיקול-דעתו של בית-המשפט. ברי, כי בקביעת גובה השכר יש מקום להביא בחשבון את העובדה שמימוש הסכם המכר המקורי כרוך בטרחה קטנה יותר ממכירת הקרקע לצד ג'. עם זאת, יש להביא בחשבון גם את העובדה שבמשך שנה פעלו הכונסים בניסיון למצוא קונים לקרקע וכן את הקשיים בפניהם עמדו הכונסים במימוש ההסכם המקורי. על רקע זה, נראה כי הדרך הראויה לקביעת שכרם היא בהתאם לתקנה 8 לתקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ותשלום שכרם), התשמ"א-1981, שעניינה שכר מימוש. כלומר, השכר הכולל של ארבעת כונסי הנכסים

100. ע"א 621/83 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' עורך-דין א' פינצ'וק, פ"ד מא(2) 660, 666-667.

ניתן היה, מבחינה פורמלית, להחיל את אותן התקנות (ראה לדוגמה ע"א 8/71 א.א. קירשנר, עורכי-דין נ' כונס הנכסים הרשמיים ואח', פ"ד כה(2) 145 ו-ע"א 274/81, 778/81, 93/82, ב"ש 490/85 וולף ואח' נ' בנג'מין ואח', פ"ד מ(1) 365). קל וחמר שיש לנהוג כך, כאשר מצינו, ובית-המשפט בצדק קבע, כי אותן תקנות ישימות על המקרה הנדון.

אשר-על-כן סבורני, כי לא צדקה השופטת קמא, כאשר קבעה את שכר-הטרחה של המשיב על-פי המודד שנתקבל בפסיקה בקשר לשכרו של כונס נכסים לצורך גביית חוב בהוצאה לפועל... עם זאת לא הייתי מציע לשנות את הקביעה הסופית, האופרטיבית, של השופטת קמא, כאשר לגובה שכר-הטרחה שנקבע למשיב.

ב"תקנות החברות" נכללת תקנה, היא תקנה 13(א), אשר השופטת קמא היתה מודעת לה ואף הזכירה אותה בהחלטתה, הקובעת לאמור:

13. (א) בעת פסיקת שכרו של בעל התפקיד, יביא בית-המשפט בחשבון את ההוצאות שהוציא בעל התפקיד במהלך מלוי תפקידו וכן יבחן בכל מקרה, לפי שיקול-דעתו, את מידת המאמץ והטרחה שהשקיע בעל התפקיד ובהתאם לכך רשאי הוא, מנימוקים שיירשמו, להקטין את שכרו או להגדילו.

ואכן נראה, מהחלטת השופטת, שהיתה נוקטת להוראה זו לו סברה, כי מחובתה לפסוק את שכרו של המשיב במסגרת "תקנות החברות"...

בהסתמך על הכלל הידוע, כי אין בית-משפט זה נוהג להתערב בשכר-הטרחה שנקבע לבעלי תפקידים כגון כונס נכסים ומפרק על-ידי הערכאה הראשונה, אלא במקרים חריגים ויוצאי-דופן, ובהתחשב בכל הנסיבות של המקרה הנדון כפי שפורטו בהחלטת בית-המשפט המחוזי לרבות הסכום הלא גדול בו המדובר, הייתי מאשר איפא את החלטתה הסופית של השופטת קמא, אם כי, כאמור, לא מטעמה.

כאמור, שכרו של הכונס יקבע על-פי תקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ותשלום שכרם), התשמ"א-1981, שהעקרונות המעוגנים בהם הינם אלה:

"א) הבחנה בין סוגי התקבולים, שביחס אליהם נקבע השכר, על-פי מידת הטרחה הכרוכה בטיפול בהם - "תקבולי הכנסה" ו-"תקבולי מימוש" בתקנות (תקנה 1).
ב) קביעת טבלאות שעל פיהן יש לחשב את שכרו של הכונס או המפרק בכל סוג תקבול. העיקר בטבלאות אלו הינו, היותן מדורגות כך שעם עליית התקבולים הולך ופוחת בהדרגה השיעור באחוזים (תקנות 7 ו-8).

החברה, שילם לבנק הפועלים מחצית החוב שהחברה חבה לו ולאחר שהבנק ויתר על המחצית השנייה לטובת שאר הנושים. לבנק לאומי שולם חלק מהסכום שהחברה חבה לו, וכך גם לנושים אחרים. שאר הכספים נמסרו לכונס הנכסים הרשמי (להלן: הכנ"ר).

לאחר-מכן הגיש הכונס בקשה לבית-המשפט המחוזי בתל-אביב על-מנת שזה יקבע לו את שכרו עבור פועלו ככונס נכסים. המשיב לבקשה זו היה הכנ"ר.

באופן בלתי-רשמי שמשו כמשיבים (לא פורמליים) גם בנק הפועלים ובנק לאומי, וזאת בהסכמת כל הצדדים, שכן ברור היה, כי ככל שיגדל שכרו של כונס הנכסים יפחת הסכום ממנו יכולים נושים אלה לפרוע את המגיע להם עדיין מהחברה.

עמדת הכנ"ר והבנקים היתה, וזוהי עמדתם גם בערעור שבפנינו, כי שכרו של כונס הנכסים ייקבע לפי תקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונס נכסים ומפרקים ותשלום שכרם), התשמ"א. על-פי תקנות אלה מגיע לכונס נכסים ולמפרק לפי פקודת החברות תשלום של אחוז מסויים מתקבולי מימוש הכספים ומחלוקת הדיוידנד.

לעומתם גורס המשיב, כי יש לקצוב את שכרו ככונס נכסים שמונה לצרכי הוצאה לפועל, היינו לגביית סכום חוב מנכסי החייב.

יצוין, כי קיים הבדל משמעותי בין שתי צורות החישוב. בתקנות החברות נקבע אחוז נמוך למדי בתור שכר-הטרחה של כונס הנכסים (אשר הגיע בתקופה הרלוונטית לענייננו בשנת 1983 לכ-1.5% מהסכום שמומש בלבד). ואילו לגבי כונס נכסים המתמנה לשם הוצאה לפועל קיימות הלכות של בתי-המשפט, לפיהן ייקבע שכרו של הכונס בגובה של 6%-10% מערך הרכוש, כאשר בית-המשפט יתחשב בכל מקרה בתקופת פעילותו של הכונס ובמאמץ שהושקע על ידו¹⁰¹.

בית-המשפט המחוזי פסק את שכר-הטרחה על-פי המתכונת המתאימה לכונס נכסים לשם הוצאה לפועל, בערך הנמוך של 6%, זאת משום שבמקרה זה חל גם השיעבוד המיוחד על הציוד ומכאן שכונס הנכסים יכול היה למכור ציוד זה גם על-פי סמכויותיו לפי דיני ההוצאה לפועל וכן משום שהתקנות לא משקפות את השכר הראוי.

על החלטה זו ערער בנק לאומי.

כב' השופט בך דחה את הערעור וקבע:

"נראה לי, כי מן הדין היה לקבוע את שכרו של כונס הנכסים על-פי הקביעות הכלולות ב"תקנות החברות"... קיימת נטיה בפסיקה להשוות את השכר המוענק עבור תפקידים דומים במהותם, ועל-כן נהגו בתי-המשפט להיות מודרכים על-ידי "תקנות החברות" אפילו במקרים בהם לא

101. ראה, למשל, ע"א 373/70 מרגוליס נ' בנק א"י בריטניה, פ"ד כה(1) 273.

פעולותיו של כונס הנכסים לאלו של מפרק, ועל-כן אין כל מקום להבחין בין שכרו של זה לבין שכרו של זה. במקרה הנדון, המדובר בבקשת כונס הנכסים לחברת פוסטר-מדיה (ישראל) בע"מ, לפסוק לו שכר-טרה בסך של כ-350,000 ש"ח, בהסכמת הנושה המובטח, אולם שלא בהסכמת הכונס הרשמי שגרס כי יש להפחית 25% משכרו של כונס הנכסים, בהתאם להוראת תקנה 10(א) לתקנות השכר.

לשיטתו של כונס הנכסים הרשמי אין כל אבחנה בין מצב בו נתמנה כונס הנכסים לצורך אכיפת שיעבוד צף לבין מינוי של כונס על נכס ספציפי, ואין כל הבדל, מבחינת כונס הנכסים, בדרך גיהולו של הליך זה אל מול הליך זה. לדידו, לשון התקנה אינה מבחינה בין בעל תפקיד שמונה לצורך מימוש שיעבוד ספציפי, לכוזה שמונה ככונס על נכסיה השוטפים של החברה.

בתשובה ענה כונס הנכסים כי הנושה המובטח הסכים לשכר, וכל הנושים קיבלו את שכרם, ומשום כך - אין לכונס הרשמי עילה להתנגד לו.

כב' השופט אלשיך קיבלה את טענת כונס הנכסים וקבעה כי אין להפחית משכרו של הכונס, לדבריה:

"המדובר בתיק כינוס סבוך ומורכב, אשר כורך בחובו עשרות בקשות והליכים שונים, כנגד צדדים שלישיים רבים, עימם היתה החברה מצויה בקשרים עסקיים עובר לקריסתה. מבחינה זו, לא מצאתי כל הבדל מהותי בין פעולותיו של כונס הנכסים לאלו של מפרק באופן שיצדיק הפחתה של 25% משכרו של הכונס, מה עוד שפעולותיו של כונס הנכסים אף הניבו לנושים בדין קדימה דיבידנד בשיעור של 100%...

יובהר כי אין באמור לעיל כדי לקבוע באופן גורף כי כונס נכסים שמונה לצורך מימוש שיעבוד צף, לא תחול עליו תקנה 10(א), אלא שיש לבחון כל מקרה לגופו ולנסיבותיו. יצוין, כי יש ממש גם בטענת המבקש בדבר הסכמת הנושה המובטח לשכר המבוקש - מקום בו הנושה המובטח מסכים לשכרו של בעל תפקיד, ספק אם יש מקום להתנגדות מצד הכנ"ר, וזאת כל עוד, כמובן, לא נפגעים מכך צדדים אחרים. במקרה זה, כאמור, נפרעו הנושים בדין קדימה מלוא נשייתם, והחובות לנושה המובטח, ממילא, עולים על נכסי החברה. משכך, למעשה, מסכים הנושה המובטח לוותר על חלק מחובו שלו לטובת שכרו של הכונס, וכל עוד הדבר מצוי במתחם הסבירות - ספק אם יש מקום

ג) לבית-המשפט סמכות שבשיקול-דעת להקטין או להגדיל את שכרו של הכונס או המפרק ביחס לשכר הנקבע על-פי הטבלאות, בהתאם למידת הטרחה והמאמץ, אך זאת יעשה מ"נימוקים שיירשמו" (תקנה 13).¹⁰² בתקנות אלו עסקנו בהרחבה בפרק הדן במפרק, ובענייננו, נעלה את הנקודות החשובות להבנת תפקידו של הכונס.

בין התקנות המיוחדות לשכר פעולתו של הכונס נמצאת תקנה 10(א) לתקנות השכר, הקובעת בזו הלשון:

"על-אף האמור בתקנה 8, שכרו של כונס נכסים, שמימש רכוש בעבור נושה מובטח, יהיה 75% מהסכום הקבוע בתקנה 8."

הגיונה של התקנה, המפחיתה משכר הכונס נעוץ בשוני שבין התפקידים שמבצעים הכונס והמפרק, בעוד שעל מפרק חברה לנקוט בפעולות רבות של איתור ומימוש נכסים תוך בירור מצבם המשפטי, על כל ההליכים הנלווים להם, על כונס הנכסים מוטל רק לממש נכס מוגדר ולהעביר את תמורתו לנושה המובטח. לעומת המפרק שצריך להיכנס להליכים סבוכים ומורכבים של בירור תביעות החוב של כלל הנושים והכרעה בהן, קיום אסיפות נושים, גיבוש הסדרים וכיוצא באלה, מכונס הנכסים לא נדרשים משאבים נוספים מעין אלה.¹⁰³

תקנה זו תוקנה על-מנת לשמור על מטרת החוק, להבחין בין שכרו של כונס נכסים לבין שכרם של בעלי תפקיד אחרים, וזאת בשל מהות התפקיד, ולא דווקא בשל כינויו. אופן קביעת שכר-טרה בעלי תפקיד, במתכונתו הנוכחית, נקבע בתיקון התשס"א¹⁰⁴. עד לתיקון היה זכאי בעל תפקיד לקבל שכר-טרה הן בעד פעולות המימוש והן בגין פעולות החלוקה, זאת למעט כונס נכסים אשר היה זכאי לשכר מימוש בלבד.

בתיקון התשס"א ניתנה לבעל התפקיד האפשרות לבחור אם לקבל את שכרו בגין גיהול ומימוש (תקנות 7 ו-8) או לקבל שכרו על-פי החלוקה בפועל (תקנה 8א). על-מנת לשמור על הרציונל לפיו שכרו של כונס נכסים יהיה נמוך מזה של בעל תפקיד אחר, תוקנה תקנה 10 הנ"ל.

ב"פשי"ר (ת"א-יפו) 1001/04¹⁰⁵ טען כונס הנכסים כי את התקנה יש לפרש בצמצום, באופן בו תחול רק על כונס נכסים שמונה לצורך מימוש שיעבוד ספציפי לטובת נושה מובטח, בעוד שבשעה שעסקינן בכונס נכסים המתמנה לצורך מימוש שיעבוד צף, אין כל הבדל מהותי בין

102. ע"א 438/85 איתן ארזי ושות' בניה נ' עורר-דין אריה חיימסון, פ"ד (מא) 718.

103. פש"ר (ת"א-יפו) 2094/03 עורר-דין מרדכי שלו בתפקידו כמפרק זמני של חברת היפר דנטל בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי, תק"מח 2004 (1) 6308.

104. ק"ת 6067, עמ' 131.

105. פש"ר (ת"א-יפו) 1001/04 פוסטר מדיה (ישראל) בע"מ (בכינוס נכסים) - החברה נ' שלמה ז' ורטהיים, עורר-דין - כונס הנכסים, תק"מח 2004 (3) 6074.

הערבות אינם ממהרים "להפרד" מן הבטוחה שבידם, ומעלים אינספור טענות לשם מתן בסיס לחילוט הערבות. כב' השופט אלשיך דחתה את עמדת הכונסת וקבעה, כי מניעת חילוט ערבות בנקאית אינה מקנה לכונס שכר מימוש:

"אין חולק, כי סוגיה זו הינה בעלת השלכה ניכרת על התנהלות תיקי חדלות הפרעון - כולל "תיקי ענק" של חברות ביצועיות שקרסו, הכרוכים לא פעם במגוון גדול ורב של ערבויות בנקאיות אשר הוצאו לפקודת גורמים שונים.

אין ולא תתכן מחלוקת רצינית, כי חישוב דמי הערבות הבנקאית כחלק מהמימוש, עשויה במקרים רבים להגדיל את "סכום המימוש" במאות רבות של אחוזים.

בנסיבות המקרה הנוכחי, תקבולי המימוש ה-"אמיתיים" הינם בסך של 286,330, בעוד סך הערבויות הבנקאיות אשר הוחזרו או הוקטנו עומד על סך של 962,000 (!), זאת כאשר בתיקים אחרים, עשוי היחס להיות קיצוני עוד יותר. זאת ועוד; החזר ערבות בנקאית אינו דומה להחזר נכס חברה, אשר הכונס או המפרק נוטלים מצד ג' ומממשים אותו לטובת הנושים; אין עסקינן בהגדלת מסת הנכסים העומדת לחלוקה. עניין לנו בפעולה, המקטינה את סך הנשיה של הבנק הערב (בין אם הוא נושה מובטח או נושה בלתי-מובטח), ואי-לכך מהותה האמיתית הינו שינוי אופן החלוקה ה-"פנימי" של מסת נכסים נתונה בין הנושים השונים. זאת, כאשר במצבים מסויימים, זוכים הנושים או חלקם להגדלת הסכום המשולם להם, כאשר מצבת התביעות העומדת מול מסת הנכסים קטנה.

יוצא, כי החזר ערבות בנקאית (כמוה כהגעה להסדר המונע הגשת תביעה או ביצוע פסק-דין כנגד החברה), שינתה את החלוקה הפנימית של התביעות כנגד מסת נכסים נתונה - זאת, להוציא "חריג" אחד, אשר זכרו לא בא בכתבי טענותיה של הכונסת, והוא הגדלה משמעותית של תביעה אחת מול מסת הנכסים, והיא תביעתו של בעל התפקיד עצמו, אשר כמות שכר-הטרח המשתלמת לו עשויה לגדול באורח ניכר.

לעניין זה אוסיף ואעיר; מאחר ו-"צמיחה" זו של שכר-הטרח אינה תלויה למעשה בכמות המימוש בפועל, היא חסרה את אותה מערכת איזונים ובלמים הכרוכה, דרך משל, בדיני תוספת המאמץ המיוחד, אשר כרוכה מעצם טיבה ודרך חישובה בכמות המימוש בפועל - קרי, בהיקפה של מסת הנכסים המחולקת בפועל לנושי החברה.

נקל לראות, כי תוצאה זו אינה רצויה; היא חותרת תחת אושיות דיני חלוקת הנכסים של גוף חדל-פרעון, אשר מיועדת למקסם ככל הניתן את מסת הנכסים המחולקת בפועל לנושיה החברה, מתוך שאיפה למקסם את אחוז

להתערבותו של בית-המשפט או של הכנ"ר.

מקרה אחר בו נדון מה ניתן לכלול בשכרו של כונס, בהתאם לרציונל תקנות השכר הוא פש"ר (ת"א-יפו) 2070/02¹⁰⁶, בו ביקשה כונסת הנכסים לפסוק לה שכר-טרח והוצאות בהתאם לתקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ותשלום שכרם), התשמ"א-1981, ולקבוע, כי החזר ערבויות בנקאיות בגין ביצוע פרוייקטים, היתר להעסקת עובדים זרים וכו' ייחשב ל-"מימוש" אשר יתווסף לשכר - המימוש שזכאית לו הכונסת לפי התקנות.

כונסת הנכסים מסתמכת בטענתה, על החלטת בית-המשפט המחוזי בחיפה ב-פש"ר 164/98, בש"א 14512/01 (פרשת דן), עליה לא ניתנה רשות ערעור בעליון, ולפיה:

"מקובלת עלי עמדת המפרקת שיש לראות בהחזרי הערבויות הבנקאיות כתקבולי מימוש, וחישוב שכר-הטרח צריך להעשות בהתאם לתקבולים אלה."

לטענת המשיב, הוא הכונס הרשמי, את עניינה של פרשת דן יש להבין על רקע נסיבותיו המיוחדות של אותו מקרה (בעניין חברת דן, מנעה הכונסת מימוש ודאי של הערבויות, והחזר הערבויות הביא לכך כי הנושים הרגילים זכו לדיבידנד, בעוד בנסיבות המקרה דנן אין כל סיכוי לתשלום דיבידנד לנושים הרגילים).

לטענת הכונס הרשמי, קבלת עמדת הכונסת תרוקן את התקנות מתוכן, ותתרום לריקון של קופות החברות חדלות פרעון, לשיטת הכונסת, כל הקטנת חיוב של החברה, או אף התגוננות בפני תביעה, מניעת גניבות וכו', הינה בגדר "הכנסה רעיונית" המצטרפת לתקבולי המימוש, ואילו טוען הכונס הרשמי, כי עסקינן ב-"רווח" נלווה לפעולת בעל התפקיד, אשר הינו חלק מחובתו האינטגרלית.

כונסת הנכסים, טוענת כי הכללת החזרי ערבויות כתקבולי מימוש, מעוגנת בתקנות, באשר בדברי ההסבר לתיקון התקנות משנת 2000 נאמר במפורש כי מטרת התקנות הינה תגמול בעלי התפקיד בעבור ביצוע מטלות מסויימות, בכדי להמריצם לבצען. אין ספק, כי יש לעודד בעלי תפקיד לפעול לשם החזרת ערבויות בנקאיות וצמצום היקף הנשיה.

לטענתה, החזרת ערבויות בנקאיות אינה "מימוש רעיוני" כלל ועיקר, באשר מעמדה המשפטי של הערבות האוטונומית, ערבות זו כמוה ככסף מזומן ביד המוטב, והחזרתה דומה לגביית תקבולי מימוש. בכך היא נבדלת ממניעת תביעות או שמירה על רכוש החברה.

לדבריה, המשימה המוטלת על בעל תפקיד בהחזרת ערבויות בנקאיות אוטונומיות הינה קשה, באשר אחוזי

106. פש"ר (ת"א-יפו) 2070/02 עורכת-דין דורית לוי טילר נ' כונס הנכסים הרשמי, תק"מח 2003 (3) 9142.

האחרון ויניעו לבקש את מינויו של אותו בעל תפקיד אף בתיקי כינוס נוספים - זאת, בין היתר, לאור העובדה כי עסקינן ב-"שחקן חוזר" בתיקי חדלות פרעון, במידה העולה לאין ערוך על מעמדו של נושה רגיל המבקש מינוי מפרק, ומידת ההתערבות של בית-המשפט בשיקוליו כאשר למיהות בעל התפקיד קטנה יחסית.

לאור כל האמור לעיל, דין עמדת הכונסת להידחות, ושכר-טרחתה, כולל החזר הוצאות, יעמוד על הסך לו הסכים כונס הנכסים הרשמי. כמו-כן, לאור הנסיבות החריגות במיוחד, בהן עלה בידי הכונסת "להציל" ערבויות אוטונומיות אשר חילוטן נתבע בידי המוטבים, וזאת בלא שתנהל את החברה כעסק חי ותמשיך בביצוע הפרוייקטים... ניתן אישור חריג לתוספת מאמץ מיוחד בסך 45%.

ב-ע"א 530/88¹⁰⁷ נדון אופן קביעת השכר לכונסים שלא על-פי תקנות השכר.

המדובר בערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, שקבע כי שכר-טרחתם של עורכי-הדין ארגון ולומברוזו על עבודתם ככונסי נכסים של חברת ש. פרידמן בע"מ יהיה 105,000 דולר לכל אחד.

עורכי-הדין ארגון ולומברוזו מונו לכונסי נכסים של חברת ש. פרידמן בע"מ, על-פי בקשת בעלי המניות של החברה. הם שוחררו מתפקידם בהסכמת כל הנוגעים בדבר, תוך קביעה כי שאלת שכר-טרחתם תידון בנפרד.

בית-המשפט, בהסכמת הצדדים, מינה את עורך-דין יעקב רובין על-מנת שימסור את חוות-דעתו בסוגית השכר, עורך-דין רובין החליט, כי את שכר-הטרחת יש לחשב שלא על-פי תקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ותשלום שכרם), התשמ"א-1981 (להלן: תקנות החברות) והציע שתי שיטות חישוב חלופיות - האחת, הערכת מספר שעות העבודה שהשקיעו הכונסים שהן כ-1,000 שעות כל אחד והכפלתו בשכר של 100 דולר לשעה, בסך הכול 100,000 דולר לכל אחד. השנייה, הערכת שכר חודשי של כ-1,500 דולר לחודש והכפלתו בשבעים חודשי עבודתם של כונסי הנכסים, ובסך הכול 105,000 דולר לכל אחד.

עמדת הכונס הרשמי היתה כי יש לחשב את השכר על-פי תקנות החברות.

בית-המשפט המחוזי קבע מבחינה משפטית כי במקרה של קביעת שכר ל-"כונס בונה" אין להפעיל את תקנות החברות אלא לקבוע את שכרו לפי השכר המקובל בשוק. עובדתית נקבע כי הסכמת המערערים לחוות-הדעת, הינה גם הסכמה לשכר הראוי המקובל בשוק, ולכן קבע את שכר הכונסים ל-105,000 דולר לכל אחד.

הדיבידנד ולמזער את הנזקים אשר נגרמו מניה וביה על-ידי קריסת החברה או החייב חדלי הפרעון. לעניין זה, קבעה הפסיקה לא אחת, כי מן הראוי להקפיד ולמנוע מצב, בו בעלי התפקיד יגרפו לכיסם חלק גדול מדי ממסת הנכסים, וזאת על-חשבון החלוקה לנושים (לעניין זה, ראה בין היתר פש"ר 1896/02, בש"א 21267/02 נגה תעשיות נ' כונס הנכסים הרשמי, ו-פש"ר 1739/02, בש"א 20421/02 בעניין שכר-טרחתו של נאמן פויכטוונגר תעשיות בע"מ. כמו-כן, ראה פש"ר 03/1149, בש"א 16946/03 עורך-דין טישמן נ' כונס הנכסים הרשמי).

יוער כי בלא לקבוע מסמרות בנידון, יתכן כי במקרים חריגים ומיוחדים, בהם החזר הערבויות חרג מגדר "שינוי החלוקה הפנימית" גרידא, והביא למצב בו הנושים הרגילים זכו לדיבידנד משמעותי, בעוד אלמלא אותה פעולה לא היו זוכים למאומה, מן הדין לשקול חריגה מהרציונל הכללי; באותם מקרים, ואך ורק באותם מקרים, תתכן קביעה כי עבור אותם נושים הפכה הקטנת נשיית הבנק שוות ערך למימוש בפועל. כזה היה, במפורש, עניין חברת דן, כפי שנידון ונפסק על-ידי כב' השופטת גילאור. לא כן הוא המקרה הנוכחי, בו מניה וביה לא יחולק דיבידנד כלשהו לנושים הרגילים, ומלוא נכסי החברה ילקחו בידי הנושה המובטח...

גם את הטענה כי חישוב ערך ערבויות שהוחזרו כתקבולי מימוש הינו חיוני בכדי ליתן "תמריץ" לבעלי תפקיד לפעול (ולעמול קשות) להחזיר ולמנוע את חילוטן של אותן ערבויות, לא קיבלה כב' השופטת אלשיך, לדבריה את טענת התמריץ ניתן להעלות בכל מקרה שבעל התפקיד ביצע את תפקידו באופן מיטבי והקטין את התביעות כנגד החברה, לא כל פעולה הדורשת מאמץ נתפסת כ-"פעולת יתר" אשר מצריכה "תמריץ" מיוחד מעבר לקבוע בתקנות, ואף מעבר למנגנון הקבוע במוסד תוספת המאמץ המיוחד.

"זאת ועוד... לא יתכן, שכל ניהול אינטנסיבי ומאומץ של ענייני חברה חדלת פרעון יחשב לפעולה "שלא מן המניין". גישה זו חותרת תחת עצם הרציונל שבתקנות (אשר שופרו במיוחד בכדי ליתן את "התמריץ" באורח אינהרנטי במסגרת שכר המימוש או הניהול), ואין מנוס אלא לדחותה.

על אחת כמה וכמה, נכונים דברים אלו לעניינו של כונס, אשר כל פירות המימוש הנעשה על ידו מוזרמים אל הנושה המובטח, ואילו בלבד. במקרה זה, דומה כי קיים תמריץ אינהרנטי של הכונס להשביע את רצון הנושה המובטח ולמלא את תפקידו באופן אשר יקטין את הפסדיו של

107. ע"א 530/88 זיוה פרידמן ואח' נ' יגאל ארגון ו-5 אח', פ"ד מג(4) 479.

דופן (ראה ע"א 621/83 בנק לאומי לישראל נ' כונס הנכסים של חברת בני דן קבלני הנדסה ימית ואזרחית בע"מ ואח', פ"ד מא(2) 666, 660 וכן ע"א 778/81/82/93, ר"ע 274/81, ב"ש 490/85, בעמ' 372). כאשר בית-המשפט התערב בעניינים מסוג זה, היה זה באותם מקרים בהם טעה השופט קמא בעקרונות אותם הפעיל ולא באופן בו יישם את אותם עקרונות (ע"א 438/85, ר"ע 401/85 איתן ארזי ושות' בניה והשקעות בע"מ נ' חיימסון ואח', פ"ד מא(2) 718, 725). המקרה שלפנינו אינו חריג או יוצא-דופן, ואף אין בו טעות בעקרונות אותם הפעיל השופט קמא. על-כן אין מקום להתערב בהחלטה, ויש לדחות את הערעור והערעור שכנגד. כך אנו פוסקים. כאמור בסיפא דברי כב' השופט לזין דלעיל, לאחר שנקבע שכרו של הכונס, מעטות הפעמים בהם תמצא לנכון, ערכאת הערעור, מקום להתערב בקביעת שכרו. כך למשל, ב"רע"א 3859/03¹⁰⁸ נדונה בקשת רשות ערעור על החלטת בית-המשפט המחוזי לפיה נדחתה בקשת המבקש לפסוק לו שכרו ככונס בסך אותו ביקש. במקרה זה חברת "ברלינה בע"מ" היא בעלת הזכויות בקרקע שעליה בניין הדירות בו מצויות דירות המשיבים. החברה נמחקה מספר החברות והפסיקה את פעילותה בשנת 1979, עוד בטרם סיימה את בניית הבית המשותף, הבניה הושלמה על-ידי מוציאים לפועל, אך הבניין לא נרשם כבית משותף. בשנת 2001 מונה המבקש ככונס נכסים לצורך רישום צו הבתים המשותפים, ורישום הדירות על-שם המשיבים בטאבו. בשנת 2003 נרשם צו הבתים המשותפים לבניין. הכונס ביקש מבית-המשפט לחייב כל משיב לשלם לקופת כינוס הנכסים שכר-טרחת של כונס הנכסים בסך של 4% מהשווי המוצע העכשווי של כל דירה בבניין, אך בית-המשפט מצא לנכון לפסוק לטובתו שכר-טרחת, בגובה של \$1,000 (כולל מע"מ) בלבד לדירה. לאומדן זה של שכרו הראוי של כונס הנכסים, שתפקידו היה רישום בית כבית משותף ורישום כל דירה על-שמו של הדייר, הגיע בית-המשפט בהתבסס על הסעיף בכללי לשכת עורכי-הדין (התעריף המינימלי המומלץ), התשס"ב-2000 שעניינו רישום דירות מגורים שנרכשו מאת קבלן, כנגד החלטה זו כוונה בקשת הערעור. המבקש סבור כי הסכום אותו פסק לזכותו בית-המשפט קמא כשכר-טרחת אינו משקף את התגמול לו הוא ראוי בתמורה לפעולותיו, אשר לפי התיאור המובא בבקשתו, היו רבות ומורכבות. בנוסף, טוען המבקש כי במקרים דומים בעבר פסק בית-המשפט לטובת הכונס סכום שכר-טרחת גבוה יותר.

המערערים ערערו על קביעת השכר וטענו כי יש לקבוע את שכר הכונסים על-פי תקנות החברה, וכי השכר שנקבע הוא מופרז. מצד הכונסים הוגש ערעור שכנגד על גובה השכר.

כב' השופט ש' לזין דחה את הערעור והערעור שכנגד וקבע כי:

"תקנות החברות אינן חלות לפי לשונן אלא על קביעת שכרם של מפרקים וכונסי נכסים שנתמנו לפי פקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983, אך מקובל עלינו, שהן עשויות לשמש קנה-מידה גם לקביעת שכרם של נושאי תפקיד אחרים; דא עקא, שכל אימת שבאים לקבוע את שכרו של נושא תפקיד פלוני, מן הראוי הוא לבחון, אם קניי-המידה שבתקנות החברות מתאימים הם להחלה על נסיבות המקרה. והנה, אם מעיינים בתקנות החברות, אנו מוצאים, ששכרו של נושא התפקיד מורכב משלושה אלה: שכר ניהול (תקנה 7), שכר מימוש (תקנה 8) ושכר חלוקה (תקנה 9). אף לפי תקנות החברות עצמן נקבע סייג למי שלא היה אמור לנהל את הנכסים נושא המינוי או לממשם, שלעניינו נקבע בתקנה 10(ג), כי:

'נתמנה כונס נכסים או מפרק זמני לפני צו פירוק, לשם תפיסת הרכוש ושמידתו בלבד, לא יחולו הוראות פרק זה, ושכרו ייקבע לפי אומדנו של בית-המשפט בהתחשב במידת עבודתו וטרחתו'.

במקרה שלפנינו מדובר בחברה, שעקב סכסוך בין שתי הכיתות של בעלי מניותיה הגיעה למצב של קיפאון; צו המינוי ניתן בהסכמה לפרקליטים של שתי הכיתות, וניתנו להם סמכויות רחבות ביותר של תפיסת הנכסים, שמירתם, ניהולם, החזקתם ולמעשה של שיקום החברה. בדין קבע השופט המלומד, שקניי-המידה הכלולים בתקנות החברות אינם ישימים לגבי כונסים מהסוג האמור, ולפיכך שומה היה עליו לפסוק לכונסים את שכרם לפי קניי-מידה שונים. בנסיבות אלה, יש לתת לדיבור "שכר ראוי", בו נקטו בעלי הדין, את משמעותו הרגילה, אם כי בנסיבות אחרות אפשר היה לפרשו כמתייחס לשכר שבתקנות החברות: ע"א 778/81, 93/82, ר"ע 274/81, ב"ש 490/85 וולף ואח' נ' בנג'מין ואח', פ"ד מ(1) 365, 370. פרשנות זו של הדיבור "שכר ראוי" מקבלת חיזוק נוסף נוכח העובדה, שחישוב שכר הכונסים על-פי תקנות החברות אמור להיערך בדרך של פעולה חשבונית פשוטה; אכן, אם פנו בעלי הדין לגורם חיצוני שיקבע להם את שכרם הראוי, אות הוא, שביקשו לחרוג מגדר תקנות החברות...

כבר נקבע בעבר, כי אין בית-המשפט נוטה להתערב בשכר-הטרחת שנקבע לכונסי נכסים, מפרקים ודומיהם על-ידי הערכאה הראשונה, אלא במקרים חריגים ויוצאי-

108. רע"א 3859/03 אילן דמארי נ' שרון אהרון ו-29 אח', תקעל 2003(2) 3408.

נכסים. המערערים קיבלו על עצמם את המינוי והשקיעו מזמנם, מרצם וכישוריהם במילוי התפקיד. בנסיבות אלה, לא ראוי שתישלל זכותם של המערערים לקבלת תמורה נאותה עבור טרחתם.

מאידך, אנו סבורים שבקביעת היקף השכר, יש להתחשב בכך שבמקרה זה עבודתם של כונסי הנכסים התחלקה בין מספר רב של ממלאי תפקידים...

בהתחשב במכלול השיקולים דלעיל ובחומר הנוסף שהניחו לפנינו הצדדים, אנו משנים את החלטתנו של בית המשפט המחוזי, וקובעים ששכרו (הנוסף) של כל אחד מהמערערים יעמוד על 60,000 ש"ח בצירוף מע"מ.

בבקשת הכונס לשכר-טרחת, אין הוא מחוייב על-פי חוק לצרף תצהיר לבקשתו, כך נקבע ברע"א 4362/91¹⁰⁹ על-ידי כב' השופט אור:

"גם בטענה, שההחלטות בעניין שכר-הטרחת אינן יכולות לעמוד, הואיל ונתנו ללא שהיה תצהיר מטעם המנהלים בפני בית-המשפט - אין ממש. הפעילות הרבה והמסובכת של המנהלים בתיק יכולה היתה להקבע על-ידי בית-המשפט נוכח התיק שבפניו, ועל יסוד מסמכים רבים שהוגשו לבית-המשפט שיש בהם לשקף את פעולות המנהלים. לאור חומר זה שהיה בפניו, רשאי היה בית-המשפט להגיע למסקנה אליה הגיע."

ההבדל בין שכר ביניים ושכר סופי ניכר מנכונות התערבותו של בית-המשפט העליון בקביעת השכר. ברע"א 9099/03¹¹⁰ נדונה בקשתו של כונס הנכסים לשכר-טרחת סופי בסך 12,998,398 ש"ח. בית-המשפט המחוזי העניק לו כשכר ביניים 2 מיליון ש"ח, מע"מ והוצאות כפי שפורטו.

כנגד קביעה זו משיגים המבקשים וטוענים כי סכום הביניים עולה לאין שיעור על הסכום הסופי שייפסק אולם כב' השופט ריבלין דחה את טענתם וקבע כי כיוון שהמדובר בשכר ביניים אין מקום להתערב, ושאלת שכרו תיקבע בסוף ההליך. יחד עם זאת הוער כי לא יפסקו לכונס סכומים נוספים כשכר ביניים.

ברע"א 9355/03¹¹¹ דן כב' השופט י' עדיאל בערעור כונסי נכסים על דחיית בקשתם לתשלום שכר-טרחת (נוסף) בגין פעילותם ככונסי נכסים של האגודות. בבית-המשפט המחוזי בחיפה הוגשו נגד האגודות שלוש תביעות, שנדחו.

לאחר שנציגי האגודות הודיעו כי אלו החליטו למכור את כל נכסיהן ולחלק את התמורה בין חברי האגודות, החליט

כב' השופט א' ריבלין דחה את הבקשה וקבע כי: "תקנה 13(א) לתקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ושכרם), התשמ"א-1981, מקנה במפורש לבית-המשפט שיקול-דעת לבחון בכל מקרה את מידת המאמץ והטרחת שהשקיע בעל תפקיד, בפוסקו שכר לכונס הנכסים. כבר נפסק בעבר כי הערכאה המתאימה להכריע בשאלות אלו היא הערכאה הדיונית, שהיא שמינתה את הכונס לתפקיד והיא שמכירה את פעולותיו (ראו למשל: ה"פ 235/65 מזרחי נ' רוזנבוש, פ"ד יט(2) 195). משום כך, בית-משפט זה, בדונו בבקשת רשות ערעור, נוטה שלא להתערב בהכרעות בית-המשפט המחוזי בשאלת השכר הראוי של כונס הנכסים. בית-המשפט ייסטה מכלל זה רק בהתקיים נסיבות חריגות. המבקש בבקשה זו לא הצליח להצביע על קיומן של נסיבות חריגות שכאלה שיצדיקו את שינוי האומדן אותו עשה בית-המשפט קמא, אומדן שהינו סביר ואשר נעשה על-ידי בית-המשפט קמא בהסתמך על שיקולים ראויים."

אולם גם אם ממעט בית-המשפט להתערב בקביעת השכר, יהיו מקרים חריגים בהם, כן תתערב ערכאת הערעור בקביעת שכרו של הכונס.

כב' השופט עדיאל הגדיר מקרים אלו ברע"א 03/9355¹⁰⁹, שבו תבעו כונסי הנכסים את שכרם לאחר בית-המשפט קבע כי אין צורך במספר כה רב של כונסים מכהנים והם התפטרו מתפקידם ככונסים, לדבריו:

"מקובל עלינו שבית-משפט שלעצור לא יתערב, ככלל, בשיקול-דעתה של הערכאה הדיונית בפסיקת שכר-טרחת של כונס נכסים וממלאי תפקידים דומים (ראה ע"א 530/88 פרידמן נ' ארנון, פ"ד מג(4) 479, 484; ע"א 438/85 איתן ארזי ושות' בניה והשקעות בע"מ נ' חיימסון, פ"ד מא(2) 718, 725). אולם לכלל זה נקבעו חריגים, בהם ראה בית-המשפט להתערב בעניינים מסוג זה, בעיקר באותם מקרים בהם טענת הערכאה הדיונית בעקרונות אותם הפעילה, ולא באופן בה יישמה את אותם עקרונות (ע"א 530/88 לעיל, שם).

במקרה שלפנינו, אנו סבורים שהשיקול העיקרי ששימש את בית-המשפט המחוזי לדחיית הבקשה, הוא הנימוק שלא היה מקום למינוי מספר כה רב של כונסי נכסים, אינו יכול להביא לשלילת שכרם של המערערים, במקום שבית-המשפט שמינה אותם (בהרכב אחר) סבר שהמינוי מוצדק... שהרי כפי שהמערערים מציינים, הם לא ביקשו לעצמם תפקיד זה. בית-המשפט הוא שמינה אותם ככונסי

109. ע"א 9355/03 עורכי-דין צבי הדסי כונס נכסים ואח' נ' קואופ צפון אגודה שיתופית לשרותים בע"מ ואח', תק-על 2004(4) 2627.

110. רע"א 4362/91 ד"ר מיכאל שפטר נ' המנהלים מטעם בית-המשפט, פ"ד מו(3) 466.

111. רע"א 9099/03 סלע שולדר חברה להשקעות בע"מ ואח' נ' עורכי-דין ישי בית און - כונס הנכסים ממונה מטעם בית-משפט ואח', תק-על 2004(2) 781.

112. ע"א 9355/03 עורכי-דין צבי הדסי כונס נכסים ואח' נ' קואופ צפון אגודה שיתופית לשרותים בע"מ ואח', תק-על 2004(4) 2627.

מסמרות והחזיר את הדיון בעניין לבית-המשפט המחוזי. גם בית-המשפט המחוזי (השופט ג' גינת), לאחר שהעניין הוחזר לפתחו, לא קבע שהמינוי היה מיותר, ולאחר שחרורם של המערערים מתפקידם, הוא אף ראה למנות כונס נכסים נוסף (שלישי). בכל מקרה, גם אם נניח שלא היה מקום למינוי מספר כזה של כונסי נכסים, איננו סבורים שמסקנה זו, אליה הגיע בית-המשפט בדיעבד ומפי הרכב שונה מההרכב שמינה את המערערים לתפקידם, הצדיקה לשלול את שכרם של המערערים. שהרי כפי שהמערערים מציינים, הם לא ביקשו לעצמם תפקיד זה. בית-המשפט הוא שמינה אותם ככונסי נכסים. המערערים קיבלו על עצמם את המינוי והשקיעו מזמנם, מרצם וכישוריהם במילוי התפקיד. בנסיבות אלה, לא ראוי שתישלל זכותם של המערערים לקבלת תמורה נאותה עבור טרחתם.

מי מבין הצדדים ישא בנטל תשלום שכרו של הכונס, והאם ניתן להטיל את תשלום שכר הכונס על צד אחד בלבד, בשאלה זו עסק כב' הנשיא (כתוארו אז) שמגר ב"ע"א 438/85¹¹³:

"מקובל הוא שכאשר בית-המשפט ממנה כונס נכסים, שכרו ישולם מתוך הנכסים שלצורך הטיפול בהם מינה אותו בית-המשפט... אולם, לעיקרון האמור, ישנם חריגים ויתכנה נסיבות שבהן בית-המשפט יטיל את הוצאות הכונס על התובע לבדו או על הנתבע לבדו - בדומה להטלתן של הוצאות המשפט, בהתאם לתוצאות המשפט... העיקרון המנחה בהפעלת שיקול-הדעת הוא עשיית צדק בין הצדדים בהתאם לנסיבות העניין. בעניין לוי הנ"ל ניתן למצוא דוגמה להפעלת השיקול-דעת:

'...צריכה להישאל השאלה מה היתה מטרת המינוי בנסיבותיו של כל מקרה, האם היה צורך במינוי לאותה מטרה שלשמה החוק מכיר בצורך למינויים של מפרקים זמניים ואם המסקנה היא כי לא היה צורך במינויים למטרות שהחוק קובע, נראה לי שבשכרם צריך לשאת מי שביקש את מינויים, ואין להטיל את שכרם כתוספת עומס וחוב על החברה שמצבה ממילא, רעוע ואין באפשרותה לשלם חובותיה'."

במקרה הנדון, המערערת הכחישה קיומה של שותפות בינה לבין התובע, המשיב בערעור, דבר שחייב התדיינות משפטית ארוכה שבסופה נקבע כי אכן התקיימה שותפות. בית-המשפט קבע כי אין לצפות מן התובע כי במשך ההתדיינות הארוכה יאפשר למערערת לעשות בשותפות כבתוך שלה, ויימנע מבקשה למינוי כונס זמני. אילו לא טענה המערערת כי לא נתקיימה שותפות היתה נחשבת ההתדיינות הארוכה ובית-המשפט היה ממנה, כפי שעשה

בית-המשפט המחוזי, חרף דחייתן של התובענות הנזכרות לעיל, כי ראוי שהמימוש ייעשה על-ידי כונס נכסים במסגרת התובענה הייצוגית, לאור כך מינה בית-המשפט המחוזי ארבעה כונסי נכסים: עורכי-הדין שהגישו את שלוש התביעות ואת בא-כוח האגודות, עורך-דין אביתר גושן.

דעתן של האגודות לא נחה מהמינוי והן הגישו על ההחלטה בקשת רשות ערעור לבית-המשפט העליון, שהעלה בהחלטתו ספיקות בנחיצות המינוי של ארבעה כונסי נכסים, והחזיר את הדיון בנושא לבית-המשפט המחוזי, על-מנת שישקול את העניין מחדש.

משהוחזר הדיון לבית-המשפט המחוזי, התפטרו בא-כוחם של האגודות, ועורך-דין נוסף מתפקידם ככונסים, ובסמוך לכך, הגישו בקשה לקבוע את שכרם בגין פעילותם ככונסי נכסים עד לשחרורם.

בקשתם נדחתה, בשל הטענה שלא היה צורך במספר כה רב של כונסים, ונקבע שאין מקום להוסיף על מקדמת שכר-הטרח (15,000 ש"ח) שנקבעה בעבר לכל אחד מכונסי הנכסים.

על כך הוגש ערעור זה ובו טענו המערערים, כי משמונו על-ידי בית-המשפט ככונסי נכסים, מינוי שנעשה ביוזמתו של בית-המשפט בלא שהם ביקשו תפקיד זה לעצמם, הם זכאים לתשלום שכרם עבור העבודה, הומן והמאמץ שהשקיעו בפעילותם ככונסי נכסים.

כב' השופט עדיאל קיבל את הערעור וקבע כי יש לשלם לשני הכונסים סך של 60,000 ש"ח בצירוף מע"מ, לדבריו:

"מקובל עלינו שבית-משפט שלערעור לא יתערב, ככלל, בשיקול-דעתה של הערכאה הדיונית בפסיקת שכר-טרח של כונס נכסים וממלאי תפקידים דומים (ראה ע"א 88/530 פרידמן נ' ארנון, פ"ד מג(4) 479, 484; ע"א 85/438 איתן ארזי ושות' בניה והשקעות בע"מ נ' חיימסון, פ"ד מא(2) 718, 725). אולם לכלל זה נקבעו חריגים, בהם ראה בית-המשפט להתערב בעניינים מסוג זה, בעיקר באותם מקרים בהם טענה הערכאה הדיונית בעקרונות אותם הפעילה, ולא באופן בה יישמה את אותם עקרונות (ע"א 88/530 לעיל, שם). במקרה שלפנינו, אנו סבורים שהשיקול העיקרי ששימש את בית-המשפט המחוזי לדחיית הבקשה, הוא הנימוק שלא היה מקום למינוי מספר כה רב של כונסי נכסים, אינו יכול להביא לשלילת שכרם של המערערים, במקום שבית-המשפט שמינה אותם (בהרכב אחר) סבר שהמינוי מוצדק. נציין שגם בית-המשפט העליון, בהחלטתו מיום 6.1.03, בה הוא הטיל ספק בנחיצותם של ארבעה כונסי נכסים, לא קבע בעניין זה

113. ע"א 438/85 איתן ארזי ושות' בניה נ' עורך-דין אריה חיימסון, פ"ד מא(2) 718.

מקרקעין נכנס לתוך עסקה כאמור, מכיוון שגם הוא מפקק תועלת מקבלת דירות עבור המקרקעין שלו, ולא התברר לפני בית-המשפט המחוזי, כי חברת גינדי היתה יוצאת-דופן במובן זה. לא נתאפשרה גם בדיקה עובדתית של הטענות האפשריות של החברה האמורה, כי זו זכתה בהשמעת גרסתה על כונס הנכסים שסבר ככל הנראה, מראש, שאין להפוך את החברה האמורה לצד, כאשר הוא מבקש מבית-המשפט כי יקבע את שכר-טרחתו...

כאמור, יש מקום לדיון בנושא לגופו, ואין לראות באמור לעיל אלא משום הצגה של הבעיות העיקריות.¹¹⁴ ע"א 704/82 עניינו בשאלה מי החייב לשאת בהוצאותיו של כונס נכסים זמני שנתמנה על-ידי בית-המשפט לגבי חברת גי.א.י.ג. השקעות (ישראל) בע"מ שהתחייבה בחוזה רכישה שנכרת עם המערערים לבנות דירות עבור המערערים.

לדעת המערערים, שגה בית-המשפט בכך שהטיל עליהם לשאת בתשלום לכיסוי הוצאותיו של הכונס, ולא על המדינה ונושים נוספים שלא היו צד לדיון.

בית-המשפט המחוזי קבע כי המדינה אינה צד ביחסים שבין קונה למוכר דירה, ואפילו המוכר הוא חברה גדולה, או עסק או אדם שנכשל, או רמאי. וכן, לגבי מי שלא ביקש מינויו של כונס נכסים נקבע כי אין לחייבו בתשלום שכר הכונס.

משכך, חוייבו כל אחד מהמבקשים את מינויו של הכונס לשלם לו את הוצאותיו.

כב' הנשיא (כתוארו אז) מ' שמגר קבע כי החלטת המחוזי מקובלת עליו, לדבריו:

"הטלת ההוצאות על כלל הנושים, היינו אף על אלה שלא היו צדדים לדיון המשפטי בבית-משפט קמא כפי שתבעו המערערים, היא משוללת יסוד בדין שהרי אין להעלות על הדעת שפלוגי יחוייב בחיוב כספי עקב התדיינות שלא היה צד לה. אגב, בעקיפין מושפעים גם יתר הנושים ממילא מן ההחלטה כי בית-המשפט המחוזי ציין, כמצוטט לעיל, כי הוא מחייב את חברת גי.א.י.ג. להחזיר לכל אחד מהמבקשים את הסך ששולם על ידו. אשר-על-כן הייתי דוחה את הערעור."

לעיתים ממלא כונס הנכסים, מעבר לתפקידו, אף תפקיד נוסף.

לרוב המדובר בעורך-דין שהינו בא-כוח אחד הצדדים המתמנה לכונס.

קביעת שכרו של עורך-הדין, במובחן ובנפרד משכרו של הכונס, מבטיחה הימנעות מניגוד עניינים שעלול לצוץ בניהול תיק בשני כובעים, ועל-כן קבע כב' השופט מצא

בסופו של דבר, מפרק לשותפות ומינויו של הכונס הזמני היה נחסף. לפיכך נקבע כי צדק בית-משפט קמא בהטילו את שכר הכונס הזמני על המערערת לבדה.

אך כאמור, המקובל והכלל הוא ששכר-טרחת הכונס ישולם מכלל הנכסים עליהם מונה הכונס, ועל-כן הטלת השכר רק על צד אחד, תלויה בבירור עובדתי של כל מקרה לגופו.

כל למשל, ב-ע"א 647/82¹¹⁴ הועלתה טענה בקשר לאי-הכללתה של חברת גינדי, בעלי קרקע שערכו לגביה הסכם קומבינציה, בין החייבים לשאת בחלקם בשכר-הטרחה של הכונס, לאחר שעסקת הקומבינציה התעכבה והיה צורך למנות כונס נכסים על-מנת להשלימה.

בעלת המקרקעין, חברת גינדי, מיאנה להשתתף בצורה כלשהי בתשלום שכר-הטרחה של הכונס, ובית-המשפט המחוזי לא מצא בכך פגם. הוא אמר בקשר לכך:

"סבורתני כי למרות העובדה שהם מקבלים דירות במבנה - אין הם צריכים לשאת בשכר-הטרחה. הדירות - הם התמורה למקרקעין שבבעלותם ולהם היתה הזכות לבטל, הסכם המכר' עקב הפרתו - והם לא היו מעוניינים מלכתחילה בהקמת המבנה לטובת הרוכשים פרט לכך. שרצו לקחת קבלן מטעמם ולהקים המבנה. אינני רואה סיבה לחייבם בתשלום."

כב' השופט שמגר לא קיבל את החלטת בית-משפט המחוזי וקבע כי:

"עניין אי-שיתופה של חברת גינדי בשכר-טרחתו של הכונס מעורר ספקות: הנימוק, שניתן על-ידי בית-המשפט המחוזי לכך שהחברה יצאה פטורה ללא תשלום כלשהו, הוא, כי החברה האמורה קיבלה דירות כתמורה עבור מקרקעין שלה ותו לא; אין להטיל עליה חיוב נוסף כלשהו, שהרי יכולה היתה לבטל את כל העסקה מעיקרה. כאשר חברת קמל הפכה לנעדרת יכולת לבצע את הבניה.

נימוק זה איננו נראה בעיניי, לכאורה, אם כי אין, כמובן, מקום למסקנות החלטיות, כל עוד לא נשמעו טענות בעניין. גדר הספקות הוא כדלהלן: הדירות נבנו גם עבור חברת גינדי, היינו הוצאתה של עסקת קומבינציה מן הכוח אל הפועל, אחרי שביצועה הפך תחילה לבלתי-אפשרי, נעשתה לטובת כל אלה, אשר ציפו לקבלת דירות, יהיו אלה רוכשי הדירות במוזמנים או יהיו אלה רוכשי הדירות על-ידי מתן תמורה במקרקעין. הדירות, שהוקצו לחברת גינדי, לא היו, כפי שיש להניח, בגדר המרת מקרקעין בדירות שוות ערך ותו לא, שהרי אחרת אין להבין, מדוע נערכת עסקת הקומבינציה. בעל

114. ע"א 647/82 אריה ולאה ממון ו-5 אח' נ' עורך-דין ארתור מוהר, פ"ד (4) 235.

115. ע"א 704/82 כהן אסתר ויהודה ו-20 אח' נ' דן אחיעזר, עורך-דין, תק"על (3) 85, 244, 246.

את נושא פסיקת ההוצאות לסופו של ההליך, כדין יסודה. בצדק אמנם ציין בית-המשפט, כי בקביעת שכר-טרחתו של בא-כוח המערערים יהיה מן הדין להביא בחשבון את השקעתו המיוחדת בייזום ההליך. אלא שהשקעת פרקליט המערערים כוונה להשגת הסעד שלשמו ביקשו המערערים לאשר את תובענתם כתובענה ייצוגית; היינו חיוב האגודות לפדות את מניותיהם של רבבות חבריהן במחיר שוויין הריאלי. משהסכימו האגודות לדרישה זו התייאר אמנם הצורך כתובענה ייצוגית, אך מהסכמת האגודות לסעד שנתבקש כתובענה נקל להיווכח כי במועד הגשתה היתה התובענה מוצדקת ולכאורה ראויה להתאשר כתובענה ייצוגית. בנסיבות אלו ראוי היה לבית-המשפט המחוזי להידרש לאלתר לקביעת שכר-טרחתו של בא-כוח המערערים, במסגרת הבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית, ולא היה זה מן המידה להניח את קביעתו לסוף הליכי כינוס הנכסים העתידיים להתנהל במסגרת תובענתם האישית של המערערים. דחיית הקביעה של שכר-הטרחת לסיומם של הליכי כינוס הנכסים תיצור עירוב תחומים בלתי-רצוי בין הליך הבקשה לאישור התובענה ייצוגית לבין כינוס הנכסים, וכן עלולה היא להעמיד את בא-כוח המערערים (אשר מונה כאחד מכונסי הנכסים) במצב בו יתעורר חשש לניגוד אינטרסים בין זכותו לקבלת שכר בגין פעולתו בעבר, בייזום ההליך כעורך-דין של המערערים, לבין החובות המוטלות עליו ככונס נכסים, גם כלפי האגודות. יתר-על-כן: מן הראוי להקדים ולקבוע את שכרו של בא-כוח המערערים גם מטעם מעשי: כל עוד אין כונסי הנכסים יודעים את הסכום שיש להפריש מקופת האגודות לתשלום שכר-טרחתו של בא-כוח המערערים, לא יהיה בידם לשלם לבעלי המניות את יתרת התמורה שתקבל ממכירת נכסי האגודות...

לא ראינו מנוס מהחזרת ההליך לבית-המשפט המחוזי. קביעת שכר-טרחתו של בא-כוח המערערים מצריכה בירור עובדתי, שמטרתו להעמיד את בית-המשפט על היקף השקעתו של בא-כוח המערערים בייזום ההליך וגודל תרומתו במימוש ההישג אשר ייתר את הצורך לברר את התובענה כתובענה ייצוגית. בית-משפט זה חסר את הכלים הדיוניים הנדרשים לקיומו של הבירור הנדרש."

ב-ע"א 8905/02¹¹⁶ כי את שכר עורך-הדין צריך לקבוע בלי קשר לעובדה שהוא גם כונס, ובשכר הכונס יתחשבו בשירות המשפטי שנתן.

במקרה הנדון המשיבות 1 ו-2 הן אגודות שיתופיות. המערערים, הגישו מצידם תביעה נגד שתי האגודות, לפדיון מניותיהם בשוויין הריאלי וביקשו לאשר את תביעתם כתובענה ייצוגית, לפי חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, המוגשת בשמם ובשם כ-35,000 בעלי מניות נוספים.

בתובענה נטען, כי שווייה הריאלי של מניה הוא כ-4,500 ש"ח לפחות, בעוד שאם יבקשו התובעים לפדות את מניותיהם תזכינה אותם האגודות בשוויין הנומינאלי בלבד (אגורה אחת למניה של האגודה הראשונה ו-500 שקלים ישנים למניה של האגודה השנייה).

בסופו של דבר החליטו בעלי המניות שהאגודות תפדינה את מניות חבריהן בשוויין הריאלי, והם ימכרו, כך שהמחלוקת בין הצדדים צומצמה לשאלות הנוגעות לאופן מימוש הנכסים.

בא-כוח המערערים טען, כי הדרך הנאותה למימוש הנכסים היא באישור תובענת המערערים כתובענה ייצוגית והסמכת כונס נכסים, שימונה במסגרתה, לממש את הנכסים.

בית-המשפט המחוזי דחה טענה זו וקבעו, שמשוודו האגודות בצדקת טענותיהם של בעלי המניות, אין מקום לעשות שימוש באמצעי של תובענה ייצוגית, אלא יש לפעול במסגרת כינוס נכסים, ואכן בא-כוח המערערים מונו לתפקיד זה.

את נושא פסיקת ההוצאות החליט בית-המשפט להניח לסוף ההליך, תוך שציין כי חרף דחיית בקשת המערערים לאשר את תובענתם כתובענה ייצוגית, הרי שהשקעת בא-כוחם תילקח בחשבון בפסיקת שכרו והוא יזכה לשכר עבור כינוס הנכסים.

בערעור הנדון, השיגו המערערים בין השאר על החלטת בית-המשפט להניח את קביעת שכר-טרחתו של בא-כוחם לסיומו של ההליך.

כב' השופט א' מצא קיבל את הערעור בנוגע לשכר-הטרחת וקבע כי:

"השגת המערערים על החלטת בית-המשפט המחוזי, להניח

116. ע"א 8905/02 משה ארגוב ואח' נ' קו אופ צפון אגודה שיתופית לשירותים בע"מ ואח', פ"ד נח(2) 865.

סיום התפקיד וצו השחרור

א. סיום התפקיד - הסתיים תפקידו של כונס הנכסים, לאחר שנכסי החברה מומשו והתמורה הועברה לנושים והוגשו כל הדו"חות כנדרש, לכונס הרשמי ולרשם החברות.

ב. התפטרות - הכונס פירט טעם סביר לרצונו להתפטר מתפקידו.

ג. פיטורים - בפיטורי הכונס מתפקידו.

כאמור, מורה סעיף 199 לפקודת החברות כי עם סיום תפקידו על הכונס להגיש לרשם החברות הודעה על כך וכן להגיש תוך חודש, סיכום פעולתו מיום שמונה.

פקודת החברות אינה דנה בשחרור כונס הנכסים, אך בפרקטיקה נהוג כי בית-המשפט שמינה את הכונס הוא זה שמשחררו בצו, כאשר במסגרת צו השחרור מוחזרת לידי הכונס הערובה שהפקיד.

על-פי תקנה 13(ב) לתקנות השכר, אם "ע"כב הכונס את סיום תפקידו ללא סיבה מספקת, רשאי בית-המשפט, מנימוקים שירשום, להקטין את שכרו".

צו שחרור יכול שינתן לבקשת הכונס עצמו, אחד מהרשאים לבקש את מינוי, המפורטים בסעיף 200(ב) לפקודת החברות, או מיוזמת בית-המשפט עצמו.

צו השחרור ניתן כאשר:

2. כונס נכסים על-פי תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984

השלב שלפני מתן פסק-הדין ובין השלב שלאחריו יוצר הבחנה פונקציונלית ברורה באשר לסמכות להורות על מינוי כונס נכסים ולתכלית שבבסיס המינוי.

ב-ע"א 593/76¹¹⁸ קובע כב' השופט חיים כהן כי:

"לא הרי כונסי נכסים על-פי אגרות חוב כהרי כונסי נכסים שנתמנו לפי תקנה 264 לתקנות סדר הדין (כיום תקנה 388 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 - הוספה שלי ק' פ' ז'), שאלה סמכויותיהם נובעות מאגרת החוב שנעשתה בידי החברה עצמה, וביניהן בדרך-כלל גם הסמכות לפעול כשלוחי החברה ולחייב אותה (ראה: pp. 281-2, *Palmer's Company Precedents*, 15th ed., part 3), ואילו אלה סמכויותיהם נובעות מצו בית-המשפט בלבד."

כך גם נקבע כי:

"סמכויותיו של הכונס מתגבשות בעת מינויו לפי הפעולה הנדרשת; יש ותפקידיו של הכונס מוגבלים לעניין אחד (כגון מינויים של כונסי נכסים למימוש אג"ח של חברה מכוח פקודת החברות), ויש שתפקידו של הכונס מורכב וממושך כגון במקרה בו עליו לבצע פעולות ניהול להשלמת פרויקט בניה."¹¹⁹

סעד נוסף של מינוי כונס נכסים, כסעד דיוני המבוקש באופן זמני או קבוע, הוא על-פי תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי).

המדובר בפרק כ"ח סימן ג', שעניינו מינוי כונס נכסים לצורך ביצוע פסק-דין בתיקון בית-המשפט, כחלק מניהול ההליך האזרחי.

נדגיש כי על-אף שסעיף 388 שעניינו מינוי הכונס, נמצא תחת הפרק של הסעדים הזמניים נראה להלן כי מינוי זה יכול שיהיה זמני - לצורך שמירת הנכס עד להכרעה, או קבוע למימוש הנכס, לפי החלטת בית-המשפט.

כך גם נקבע ב-ע"א 4111/97¹¹⁷ על-ידי כב' השופט שטרסברג-כהן:

"מינוי כונס נכסים על-ידי בית-המשפט אפשרי הוא בין לפני מתן פסק-הדין ובין לאחר שפסק-הדין ניתן, כפי שניתן ללמוד מתקנה 388(א)(1) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984... בשני המקרים רשאי בית-המשפט להורות על מינוי כונס נכסים, אלא, שתפקידיו שונים שוני מהותי בכל אחד ממקרים אלו ושיקול-הדעת השיפוטי המופעל בגדרה של הסמכות למנותו, מודרך אף הוא על-ידי שיקולים שונים. קו פרשת המים העובר בין

117. ע"א 4111/97 יעקב שם טוב נ' באבזדה מורטזה, תקע"ל 99(2) 909.

118. ע"א 593/76 שרה ויצחק איילון נ' ועד הבית מרחוב מורדי, פ"ד לא(1) 808.

119. ראה ע"א 846/75 עוניסון נ' דויטש, פ"ד ל(2) 398.

הורחבה סמכות זו באנגליה¹²¹ ובעקבות זאת בישראל¹²². את המצב המשפטי בחוק האנגלי, שעל פיו נהג גם המשפט הישראלי בתחילת דרכו, מתאר כב' השופט טירקל ב"רע"א 9911/01¹²³:

"כבר בשנת 1949 נדונה בבית-המשפט העליון הסוגיה של מינוי כונס נכסים זמני ("מקבל נכסים" כהגדרתו אז) ונפסק שם, כי ניתן למנות בשלושה סוגי מקרים:

(א) כדי לשמור על הרכוש, נשוא המחלוקת, בזמן שקיים סכסוך התלוי ועומד לפני בית-המשפט;

(ב) לשמור על רכוש הנתון בסכנת השמדה על-ידי אנשים אשר להם נמסר הרכוש הזה על-ידי החוק, או על-ידי אנשים שיש להם זכות ישירה, אבל רק חלקית באותו הרכוש;

(ג) לשם ביצוע פסק-דין במקרים ידועים (ע"א 224/47 אינג' א.ד. טחורש ואחיו נ' שצ'ופק, פ"ד ב 414).¹²⁴ בצד הנימוקים ההסטוריים להגבלת הסמכות למנות כונס קיימים גם נימוקים ענייניים.

כיוון שהמדובר בסעד מרחיק לכת שבגדרו מצטמצם חופש הפעולה של הנתבע בנכס מסויים על-ידי פעולות אקטיביות של הכונס, אין לעשות את הכונס לתחליף להליכי פשיטת רגל, אפשר למנותו במקרה הראוי רק לנכסים מסויימים ואין בדרך-כלל להיעתר לסעד כזה אם מצויים בידי התובע אמצעים חליפיים יעילים; כך, למשל, אין בית-משפט נוהג למנות כונס לביצוע פסק-דין מקום שאפשר למנות כונס לפי סעיף 53 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967¹²⁴.

על הנימוקים הענייניים להגבלת סמכות הכונס כותב גם כב' השופט שמגר¹²⁵:

"נהוג לאפיין את מינוי כונסי הנכסים כהליך "חמור" או "מרחיק לכת" (ראה למשל ד"ר ד' אבן-להב, "כינוס נכסים לשם גביית חוב מס", המשפט 1, עמ' 54). הסיבה לכך היא, כי במהותו מבצע כונס הנכסים פעולות של השתלטות וניהול נכסים לשם מימוש חוב. בכך יש למעשה משום הפקעת השליטה בקניינו של אדם, וברי כי פעולה מעין זו לא תיעשה כדבר שבשיגרה וללא צורך מיוחד. הצורך המיוחד העומד בבסיסו של ההליך, מחייב איזון נורמטיבי בין זיקתו הבסיסית של חייב לקניינו וזכותו להליך ראוי, ובין כבודו וזכותו הקניינית של נושה המנסה בלא הצלחה לגבות חוב פסוק.

תקנה 388 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי), עניינה מינוי כונס הנכסים על-ידי בית-המשפט לפיה:

"(א) הוגשה בקשה למינוי כונס נכסים, רשאי בית-המשפט, או רשם שהוא שופט, אם הדבר נראה לו צודק ונוח, לעשות, לפי טופס 45, את הדברים האלה:

(1) למנות כונס נכסים לכל רכוש, בין לפני מתן פסק-הדין ובין לאחריו;

(2) לסלק כל אדם מהחזקת הרכוש או ממשמורתו;

(3) להעמיד את הרכוש להחזקתו, למשמורתו או לניהולו של כונס הנכסים;

(4) להעניק לכונס הנכסים את הסמכויות שבידי בעל הרכוש, כולן או מקצתן, כפי שייראה לבית-המשפט או לרשם כאמור, בכל הנוגע להגשת תובענות והתגוננות בהן, מימוש הרכוש, ניהולו, שמירתו, שימורו והשבחתו, גביית דמי שכירות ורווחים מן הרכוש ואופן השימוש בהם וחתומה על כל המסמכים.

(ב) בית-המשפט או הרשם הדין בבקשה יביא בחשבון את סכום החוב שהמבקש תובע, את הסכום שכונס הנכסים יוכל להשיג לפי המשוער ואת ההוצאות המשוערות הכרוכות במינויו, ורשאי הוא, אם נראה לו הדבר, להורות על עריכת חקירה בעניינים אלה או בעניינים אחרים לפני המינוי."

מקורה של התקנה בקביעה מנדטורית, כאשר התוספת העיקרית בתקנות סדר הדין האזרחי הוא מתן רשות גם לרשם להעניק את סעד כינוס הנכסים.

תקנה 388 מעניקה סמכות רחבה למנות כונס נכסים "אם הדבר נראה לו צודק ונוח", כסעד זמני וכסעד קבוע וגם הסמכויות שאפשר להעניק לכונס נכסים הן רחבות ביותר. עם זאת, מציין כב' השופט לוין¹²⁰ כי הוטלו סייגים משפטיים על אופן הפעלת שיקול-הדעת, חלקם מטעמים היסטוריים וחלקם מטעמים ענייניים.

יסודו של הסעד למינוי כונס נכסים הוא בדיני היושר ולפי דינים אלה נהגו לעשות בו שימוש כדי לשמור על רכוש שהוא נשוא המחלוקת בעת סכסוך התלוי ועומד בבית-המשפט, כדי לשמור על רכוש הנתון בסכנת השמדה על-ידי אנשים אשר להם נמסר הרכוש על-פי דין או על-ידי אנשים שלהם זכות ישירה אך חלקית באותו רכוש, ולשם הוצאה לפועל מן היושר, מנימוקים היסטוריים לא

120. רע"א 7/89 רותם חברה לבטוח בע"מ נ' חברת נשר סוכנות, פ"ד מב(4) 683.

121. HARRIS V. BEAUCHAMP BROTHERS (1894) 1 QB 801, צוטט בפסק-דינו של השופט לוין, רע"א 7/89 רותם חברה לבטוח בע"מ נ' חברת נשר סוכנות, פ"ד מב(4) 683.

122. ע"א 224/47 אינג' א.ד. טחורש ואחיו נ' שצ'ופק, פ"ד ב 414.

123. רע"א 9911/01 טלפז תדלוק והשקעות בע"מ נ' פז חברת נפט, פ"ד נו(6) 550.

124. בר"ע 135/81 ד"ר עמרי ענבר נ' יונה ענבר, פ"ד לו(1) 169.

125. ע"א 447/92 הנרי רוט נ' אינטרקונטיננטל קרדיט קורפריישן, פ"ד מט(2) 102.

למנוע את סילוקם או השמדתם, כאשר דרכי ההוצאה לפועל או סעדים אחרים אינם מועילים." (שם, בעמ' 293) כיוון שכך סוייג, סרב בית המשפט העליון באותו המקרה לקיים צו כינוס גורף על נכסי הנתבעים בגדרה של תובענה כספית, כאשר התובעת לא טענה לזכויות בנכסים מסויימים וכאשר כל מטרת המינוי היתה איתור נכסים שמהם תוכל התובעת לתבוע את חובה.

כב' השופט שמגר, מציין בקביעתו הנ"ל¹²⁷, כי: "בחלוף העיתים התבססה בדין הישראלית ההלכה הנוהגת לעניין מינוי כונס זמני, והיא, כי מפאת היותו של החוב בהליכי בירור בבית משפט, יש להזהר מאוד בעת מינוי כונס על נכסי חייב בהליכי ביניים ורצוי על-כן, לנקוט תחילה בסעדים זמניים חמורים פחות על-מנת לשמר נכסי החייב עד למועד הכרעת הדין. עם זאת, במסגרת שיקול-דעתו מוסמך בית המשפט ליתן צו כינוס מכוח תקנה 388 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, גם אם טרם בוצע ניסיון ליתן סעד זמני אחר, וזאת אם שוכנע בית המשפט כי בנסיבות המקרה אין בסעד זמני אחר כדי לסייע לבעל הדין."

עוד נאמר בעניין זה, כי: "לפי דיני היושר, יש לפעול בדרך של מינוי כונס נכסים זמני, רק כאשר התרופה של עיקול זמני אינה מספקת."¹²⁸ וכך גם נקבע ברע"א 7505/04¹²⁹ על-ידי כב' השופט א' גרוניס כי:

"הסעד הזמני של מינוי כונס נכסים לפי תקנה 388 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: התקנות), הינו סעד מרחיק לכת, שבגדרו נשללות זכויות של הנתבע באשר לנכס שכונס הנכסים מתמנה לגביו. לפיכך, יש לנקוט זהירות רבה בשימוש בו. ככלל, יש להעניקו רק כאשר אין בנמצא אמצעים חלופיים יעילים ופחות דרסטיים (ראו, רע"א 7/89 רותם חברה לביטוח בע"מ נ' חברת נשר סוכנות לביטוח בע"מ, פ"ד מב(4) 683, 690-691; י" ווסמן, סדרי הדין האזרחי, מהדורה שביעית (תשנ"ה), 621-622).

מכאן, שלא ימהר בית המשפט למנות כונס נכסים זמני, לפני שניתן פסק-הדין, אולם לעיתים לא יהיה מנוס מלעשות כן¹³⁰.

יצוין כי עם התקנת תקנה 387 לתקנות סדר הדין האזרחי, כינוס הנכסים כסעד זמני כבר אינו מכוחה של תקנה 388, אולם, בשל התפתחות מהלך הפסיקה, דווקא בנוגע לתקנה 388, מובאים הדברים בפרק זה.

באיוון האינטרסים מסייע הדין, אשר מקנה קשת רחבה של כלים וסעדים משפטיים להפעלה בכל מקום בו נדרש בית המשפט לשיקול-דעת בנוגע לסעד שינתן לזכאי כלפי החייב... הסמכות האמורה טומנת בחובה לא רק את האפשרות לסלול הדרך לסעדים חדשים, אלא גם את שיקול-הדעת בנוגע לאופן הפעלתם. פריסה רחבה של שיקול-הדעת בהפעלת הסעדים יורדת לשורשה של שיטתנו המשפטית בכך, שהיא מקנה לבית המשפט את הסמכות להתאים לכל מקרה שלפניו את הפתרון המשפטי הראוי ביותר בנסיבות העניין.

בעניין כינוס הנכסים, נהגו בתי המשפט במשך שנים הרבה, שלא לסטות מההלכה המרכזית שנקבעה בנושא זה, בעקבות המשפט האנגלי, בעניין אינג' א' ד' טחורש ואח', ירושלים נ' שצ'ופק ואח' (ע"א 224/47, פ"ד ב 414). פסק-דין זה הקפיא למעשה את רשימת העניינים שבהם ניתן היה להעניק את סעד כינוס הנכסים.

ניתוק מכבלי המשפט האנגלי התרחש בשנת 1974 בפסק-דין של השופט עציוני¹²⁶ שם נקבע כי:

"...התנאים המסחריים והכלכליים במאה זו נותנים יסוד להנחה, כי איננו צריכים להיות צמודים לאותן הלכות אשר נתגבשו לגבי התנאים שחלו לפני פרסום ה- JUDICATURE ACT 1873, ואפילו לאחר-מכן. יש להשאיר מרחב סביר לשיקול-דעתו של השופט בהתחשב בהתפתחות הצורות המשפטיות של עסקי המסחר והכלכלה..."

גישה זו, התייחסה אמנם למינוי של כונס נכסים זמני, אולם רוחה יפה גם לענייננו, שכן בבסיסה טמונה השאיפה להקל על בעלי הדין בפני בית המשפט ולהביא לסיום צודק ונוח של עניינים. שאיפה זו, כשלעצמה, אמנם אינה מהווה עילה להרחבות במינוי כונסי נכסים, שכן המדובר כאמור בסעד דרסטי אשר תוצאותיו כלפי בעל הדין חמורות, אולם יש בה כדי לגוון החלופות שביד בית המשפט בבואו לסייע בידי זכאי אשר אינו מסוגל לממש את זכיותו בדרך אחרת, מתונה יותר.

כאמור, הרחבת סמכות המינוי והענקת סמכויות לכונס נכסים שהורחבה עקב ההתפתחות החברתית, הכלכלית והמסחרית סוייגה בקביעה כי:

"אין כל ספק שרוב המקרים שיש למנות בהם כונס נכסים הם המקרים הכלולים בשלוש הקטגוריות שנקבעו ברע"א 224/47... עיקרו של המינוי הוא בשמירה על נכסים ידועים, בין על-מנת להבטיח הנאה מהם, בין על-מנת

126. ע"א 689/74 בשמת חברה להשקעות ולפיננסים בע"מ נ' "טפחות" בנק למשכנתאות לישראל בע"מ, פ"ד כט(2) 281.

127. ע"א 447/92 הנרי רוט נ' אינטרקונטיננטל קרדיט קורפריישן, פ"ד מט(2) 102.

128. ח' אבנור, "כונסי נכסים לפי תקנה 264", הפרקליט לג (תשמ"א), 366, בעמ' 372.

129. רע"א 7505/04 אמיר אשורי נ' ויקטור אביזאדה ואח', תק"על 2004(3) 2200.

130. רע"א 9911/01 טלפו תדלוק והשקעות בע"מ נ' פז חברת נפט, פ"ד נו(6) 550.

כונס נכסים זמני

ל(2) 398, אולם בעוד שם היו אלה הקונים שתבעו אכיפת חוזה המכר של דירותיהם והמינוי בא להבטיח שמירת זכויותיהם באותן דירות, המצב בענייננו הוא הפוך: תביעת המערערים היא לתשלום המגיע להם ו'חוב' בתשלום אינו אכיפת חוזה אלא תביעה כספית.¹³¹ הערעור הנדון נסב רק על ביטול המינוי של כונס הנכסים. כב' השופטת בן-פורת דחתה את הערעור וקבעה: "אכן, המונח "אכיפה" כהגדרתו בסעיף 1(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות) - להבדיל מ"ביצוע בעין" (*per specific formance*) המוכר לנו - מקפל בתוכו גם חוב כספי. על-כן אין זה מדויק לומר כי 'חוב' בתשלום, אינו אכיפת חוזה אלא תביעה כספית. ברם, בכפוף להערה שולית זו, לא מצאתי כל דופי בשיקולים שהדריכו את השופטת המלומדת בהגיעה למסקנה שדין המינוי של כונס הנכסים להתבטל.

אבהיר את שיקולי:

בעבר נקבע, כי השימוש במינוי של כונס נכסים על-פי תקנות סדר הדין מוגבל לשלושה מקרים... עתה שוב איננו דבקים בתיחום זה והדבר נתון לשיקול-דעת השופט אם "נוח וצודק" למנות כונס בנסיבותיו המיוחדות של המקרה.

בלשונו של השופט עציוני ב-ע"א 689/74, בעמ' 293: "...מוכן אני לקבל את הדעה, כי התנאים המסחריים והכלכליים במאה זו נותנים יסוד להנחה, כי איננו צריכים להיות צמודים לאותן ההלכות שהתגבשו לגבי התנאים שחלו לפני פרסום ה- *Judicature Act 1873*, ואפילו לאחר-מכן. יש להשאיר מרחב סביר לשיקול-דעתו של השופט, בהתחשב בהתפתחות הצורות המשפטיות של עסקי המסחר והכלכלה, בהיקפן העצום ובריבוי צורות עקיפת החוק בעבירות כלכליות..."

אולם - לאחר סקירה מקיפה ומעמיקה - מגיע השופט הנכבד לכלל דעה כי ברוב המקרים ימנו כונס נכסים באותם שלושה מקרים, שכן עיקרו של המינוי היה ונשאר בשמירה על נכסים ידועים אשר למבקש זכויות בהם, בין כדי להבטיח את הפקת ההנאה שלה הוא זכאי, ובין כדי למנוע השמדתם...

מכל מקום, "זכות קנויה" לבצע עבודה אינה דומה לזכויות בנכס אשר על שמירתן מפקידים כונס נכסים. אכן, המערערים ביקשו את מינוי הכונס על שני האתרים - נכסים לכל הדעות - אולם באלה אין למערערים שום

בהמשך למגמת הצימצום שבנתינת סעד כינוס זמני, נדון בדוגמה לשיקולי בית-המשפט בבואו למנות כונס נכסים זמני, כפי שהובאה ב-ע"א 132/77¹³¹, שעניינו התנאים הנדרשים לצורך מינוי של כונס נכסים זמני.

במקרה הנדון המערערים הינם קבלני בניין, שהגישו נגד המשיבה לבית-המשפט המחוזי תובענה שנושאה חמישה חוזים בין בעלי הדין להקמת מבנים למיניהם עבור המשיבה בהיקף כולל של למעלה מ-9 מיליון לירות.

העתירות הן (בין היתר) לחייב את המשיבה לבצע את התחייבויותיה על-פי החוזים ולמנות כונס נכסים שיגבה מתוך הנכסים נשוא החוזים את המגיע למשיבה וישתמש בהכנסות אלה כדי לסלק את החוב למערערים.

טרם הגשת התובענה, ביקשו וקיבלו המערערים, צו למינוי כונס נכסים זמני וצו האוסר על המשיבה להעסיק אחר מלבדם.

עיקר טענות המערערים הוא כי הצטבר חוב בסכום העולה על מיליון לירות ושיקים רבים ששולמו להם לא כובדו.

עקב אי-התשלום נאלצו המערערים להפסיק את הקמת השלד של הבניין באתר הראשון והאחר, שחל על לא עוול בכפם, בתהליך הבניה מסב מן הסתם נזק גם לאלה שקנו דירות מאת המשיבה. לאור מכלול הנסיבות, זהו מקרה נאות למינוי כונס נכסים ולכשיקבלו עקב שירותיו את המגיע להם, יוכלו להמשיך בעבודה באין מפריע לתועלתם הם ולתועלת הקונים, כמבואר.

לעומתם, טוענת המשיבה כי המערערים קיבלו את מלוא התמורה עבור העבודה באתרים אלה, עד השלב בבניה אליו הגיעו, אך אף-על-פי-כן פיגרו בלוח הזמנים ואף הפסיקו את הקמת השלד. ההפסקה הסבה למשיבים נזקים כבדים עד שנאלצה להשתמש בשירותיהם של אחרים כדי לעמוד בהתחייבויות שנטלה על עצמה כלפי רוכשי הדירות.

בית-המשפט קמא ביטל את צו המניעה ואת מינוי כונס הנכסים ואת משום ש:

"תפקיד של 'בורר' חשבוניות וגובה כספים מאת קוני הדירות והעברתם למערערים אינו הולם מינוי לפי תקנה 264 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשכ"ג-1963 (כיום סעיף 388 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 - הוספה שלי ק' פ' ו'), להבדיל מכונס בפשיטת רגל או בפירוק. העניינים להם יתמנה כונס נכסים אמנם אינם מוגדרים ותחומם אף הורחב ב-ע"א 846/75 עוניסון - חברה לבניין בע"מ, ואח' נ' אלכסנדר דויטש, ואח', פ"ד

131. ע"א 132/77 שלום גניש ו-2 אח' נ' "פלמר" להשקעות בע"מ, פ"ד לב(2) 64.

לטענת המבקש, הסעד המבוקש "נועד להבטיח את פירוקה היעיל והצודק של השותפות על-פי האמור בכתב התביעה" ו"ימנע הברחת נכסי השותפות ו/או העלמת רכוש ו/או ויתור על זכויותיה".

המשיב טוען כי לא התקיימה בינו לבין המבקש כל שותפות ועל-כן אין להיענות לבקשת המבקש.

כב' השופט הרשם עודד גרשון דחה את הבקשה וקבע כי:

"הסעד של מינוי כונס נכסים על-פי תקנה 388 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: "התקנות"), הינו סעד חמור ומרחיק לכת. זאת, משום שכונס הנכסים אמור לבצע פעולות של "השתלטות" על נכסים וליטול לידי את ניהולם. בפעולותיו האמורות של כונס הנכסים יש משום הפקעת השליטה בקניינו של אדם.

על שום כך, למותר לציין כי סעד שכזה לא יינתן על-ידי בית-המשפט כדבר שבשיגרה. אדרבא, בטרם יתן בית-המשפט סעד כזה, חזקה שיפעיל את שיקול-דעתו בזהירות ובשום שכל. סעד כאמור יינתן רק לאחר איזון נכון בין זיקתו הבסיסית של הנתבע לקניינו וזכותו להליך ראוי, לבין כבודו וזכותו הקניינית של נושה המנסה ללא הצלחה לגבות את חובו: ע"א 447/92 הנרי רוט נגד אינטרקונטיננטל קרדיט קורפוריישן, פ"ד מט(2) 102...

לידיי אין ספק, כי בשל מהותו ורצינותו של הסעד המבוקש הרי שקודם לכל על המבקש להניח בפני בית-המשפט תשתית ראייתית שיש בה כדי לשכנע בדבר קיומה של זכות לכאורה וסיכויים טובים, לכאורה, לזכות בסעד המבוקש על ידו בתובענה...

לא נעלם מעיני כי בסעד זמני קא עסקינן. ברם, גם לצורך קבלתו של סעד זמני כאמור, מוטלת על המבקש החובה לשכנע את בית-המשפט כי טובים סיכוייו לזכות בתביעתו. שאם לא כן, ממילא אין הצדקה להענקת הסעד הזמני ומקל וחומר שאין הצדקה להענקתו של סעד חמור ורציני מן הסוג המבוקש כאן."

ניתן לסכם כי סעד של כינוס נכסים זמני יוענק כאשר, המקרה עונה על שלושת המקרים המקוריים והבסיסיים שבגינן ניתן הסעד הזמני בעבר, כאשר המינוי אינו גורף אלא מתמקד בנכס מסוים, וכן כאשר הוכח שסעד זמני אחר אינו יעיל ואפקטיבי.

להלן מספר דוגמאות למינוי כונס נכסים, שלא על נכס ספציפי, על-פי תקנות סדר הדין האזרחי:

זכויות קנייניות והם שייכים כל כולם או למשיבה או לקוני הדירות שכלל אינם צד להליך זה. תרופתם האחרת, נוכח האיחור הנטען בתשלומים והעסקתם של אחרים, היא לדעתי כספית גרידא. לגבי זו האחרונה חל, דרך קל וחומר, הנאמר ב"ע"א 689/74 הנ"ל (בשמת, חברה להשקעות ופיננסים בע"מ, ואח' נ' עיריית אילת). שם נדונה פרשה בלתי-רגילה של הלוואות לעיריה במיליוני לירות תמורת שטרות בסכומים כפולים ומכופלים. הוחלט שחרף הנסיבות יוצאות-הדופן אין להשתמש בסעד של מינוי כונס נכסים, הואיל והוא אינו מתאים לתביעות כספיות גרידא, יהיה היקפן אשר יהיה. יתירה מזו, אין לשכוח שהמינוי נועד לשמש כסעד עודף ועל-כן אין להשתמש בו כל אימת שהסעדים הרגילים, כגון עיקול או צו מניעה, יעילים דיים. בלשון הכתוב:

'...ללו היינו מאשרים את מינוי הכונס בנסיבות אלה היינו פותחים פתח לשימוש לרעה בסעד זה, סעד, שכאמור, הינו סעד זמני, שבא להשלים ולא לעקוף סעדים זמניים אחרים, כגון עיקול זמני...'

המעצרים (להבדיל מ"ע"א 846/75 אמנם נמנעו מלבקש מינוי גורף על כלל הנכסים של המשיבה והגבילו עצמם (כאמור) לשני אתרים, אולם כפי שהסברתי, גם באלה אין להם עצמם שום זכויות קנייניות וממילא אין הם נושא לשמירת ההנאה או להגנה מפני השמדה."

בש"א (חי') 1504/99¹³² אף היא דנה בחומרתו של סעד כינוס הנכסים, אף כסעד זמני, ואולי כיוון שהוא ניתן כסעד זמני, ובה נקבע כי סיכויי התביעה הם פרמטר חשוב בשיקולי בית-המשפט בהענקת סעד הכינוס.

המבקש תבע את המשיבים לדין בבית-משפט זה בתובענה שכותרתה הוגדרה על ידו "פירוק שותפות על-פי הוראות בית-המשפט ועריכת חשבונותיה". ועתר בתביעתו ליתן לו, בין היתר, את הסעדים: לגלות את חשבונות השותפות במלואם, מיום הקמת השותפות, לחייב את הנתבע ואת השותפות לשלם לתובע את חלקו אגב פירוק השותפות, להורות על פירוק השותפות ולמנות מפרק לשותפות.

בבקשה הנדונה, עותר המבקש ליתן צו ל"מינוי כונס נכסים זמני לניהול נכסי השותפות ט.י. שניבס דימיטרי"; וכן צו המסמיך את כונס הנכסים לתפוס את כל נכסי השותפות ולנהל אותם על-פי החלטות בית-המשפט; לערוך דו"ח של כל נכסי השותפות, זכויותיה וחובותיה; לבדוק את כל חשבונות השותפות ולערוך מאזן בוחן של מצבה הכספית.

132. בש"א (חי') 1504/99 מיכאל צרפתי נ' דימיטרי שניבס ואח', תק"מח 2000(2) 52839, 52845.

א. מינוי כונס נכסים לשם אכיפת צו בניה

כך לדוגמה, כשהתבקש מינוי כונס נכסים להשלמת בניה על מקרקעין נקבע ב"ה"פ (ת"א-יפו) 256/00¹³⁶ על-ידי כב' השופטת פלפל כי:

"המצב הקיים הוא, שלמבקש יש שליש מהמקרקעין, ולמשיבה יש שני שלישים. על המקרקעין יש התחלות בניה בשלבים שונים.

קופת הכינוס ריקה, ואיש מהמעורבים אינו מוכן באופן וולונטרי להשליש לתוכה כספים נוספים מעבר לחוזה הדרושים להשלמת הבניה, או לצורך הליכי משפטיים, שלדעת הכונסים היו עשויים להגדיל את הסכום שיעמוד למטרות הבניה.

בית-המשפט אינו ועדה מחוזית, וגם לא יערוך התחשבות כספית בין הצדדים. הוא יכול למנות כונס, במידה והצדדים מכירים בכך שעליהם להציל את מה שניתן, וכי הדבר טעון השלמה כספית מצידם.

אם נכונות מעין זו, אינה קיימת במידה הנכונה והמספקת, נראה שבוזה הסתיים הסיוע שבית-המשפט יכול ליתן לצדדים, למטרות המשך הבניה... כל שנותר הוא שהכונסים יגישו רשימה מפורטת של פעולות ושעות שהקדישו לנושא לצורך פסיקת שכרם."

עד לפסיקת ע"א 846/75¹³³ (פרשת עוניסון) היתה הדיעה המקובלת שאין לאכוף ביצועו של חוזה בניה בטענה כי ביצוע בעין מצריך פיקוח מתמיד של בית-המשפט ואינו מעשה חד-פעמי מתוחם ומוגדר. פרשת עוניסון מבחינה זו נתנה מענה למציאות המתחדשת. לעומת העבר שבו בדרך-כלל היה נהוגה חלוקה בין בעל המקרקעין והקבלן הבונה, ועל-כן מינוי כונס להשלמת הבניה דרש תיאומים רבים עם גופים שונים, הרי שבהווה, במכירת מבנה, משולבת, על דרך הרוב, מכירת קרקע עם הבניה על-ידי קבלן יחיד, ומינוי כונס להשלמת כל הבניה מורכב פחות.

כב' השופטת אבנור, במאמרה "כונסי נכסים"¹³⁴, גורסת כי אין לתת צו של כינוס נכסים להשלמת בניה, זאת משום שהדבר דורש ידע ומיומנות, של בעל התפקיד שהתחייב למלאכה.

כך למשל ב"ע"א 132/77¹³⁵ נקבע כי לא ימונה כונס נכסים לביצוע עבודות אלא על נכסים בלבד.

במשך השנים, מינוי כונסי נכסים להמשך בניה, הושרש בבתי-המשפט, עד כדי המצב שעיתים המניעה למנות כונס להמשך הבניה, מקורה היה בצדדים ולא בבית-המשפט.

ב. פירוק שיתוף במקרקעין או מטלטלין

פירוק השיתוף¹³⁷, אין מקום לכונס נכסים. לגבי שיתוף במיטלטלין, לטענת השופטת אבנור, לא ניתן להוציא נכס משותף מידי אחד המשותפים, על-ידי מינוי הכונס, לדידה במקרה כזה מינוי הכונס משמעותו אך לגבי גביית רווחים שלא הועברו וחלוקתם, עד להסדר הפירוק.

סעיף 31 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 קובע כי ניתן לעשות שימוש סביר במקרקעין משותפים מבלי למנוע שימוש דומה משאר השותפים. האם במקרה של שותף המונע שימוש משאר השותפים ראוי למנות כונס נכסים לניהול רכוש משותף?

כב' השופטת אבנור גורסת כי התשובה שלילית, כי אין בית-המשפט עושה לצדדים הסכמי חלוקה, ואם לא התבקש

133. ע"א 846/75 עוניסון ואח' נ' דויטש ואח', פ"ד ל(2) 398.

134. ראה לעניין זה חנה אבנור, "כונסי נכסים", הפרקליט לה 1983, עמ' 170.

135. ע"א 132/77 שלום גניש ו-2 אח' נ' "פלמר" להשקעות בע"מ, פ"ד לב(2) 64.

136. ה"פ (ת"א-יפו) 256/00 מתתיה יעקב נ' בס"ד קינמון חברת בניה פיתוח והשקעות בע"מ ואח', תק"מ 2005(3) 2889.

137. אבנור חנה, "כונסי נכסים לפי תקנה 264", הפרקליט לג (תשמ"א), בעמ' 368, לטענתה לקראת פירוק ניתן למנות כונס לניהול הקרקע.

ג. מינוי כונס נכסים לאכיפת תביעה כספית

בעקבות הברחת כספי נשר מספר ימים לפני העיקול. צו המניעה (להמנע מלהורות לכל צד שלישי לשנות כל הסדר קיים לתשלום בגין תשלומי פרמיות על-חשבון פוליסות ביטוח בהן המבטחת היא רותם, וכן להמנע מלבצע כל דיספוזיציה בכספים, בשיקים ובשטרות שיגיעו אליהם) וצו עשה הזמני (להעביר מיידית לרותם את רשימת פוליסות הביטוח שהנפיקה נשר בשם רותם במהלך חודש ספטמבר 1988), אף הם, לא קויימו על-ידי נשר, על-אף הוראת בית-המשפט ועל-כן התגלו כבלתי-יעילים.

על-אף כל זאת, ועל-אף שבית-משפט המחוזי, ציין כי נחון אמצעי חמור מהצווים שניתנו החליט, כאמור בית-המשפט שלא למנות כונס נכסים לנשר.

בית-המשפט סקר את האסמכתאות המשפטיות הקיימות בסוגיית מינוי כונס נכסים זמני; הוא היה ער להלכה הקובעת שסעד מינוי הכונס הזמני הוא סעד עודף, שניתן להשתמש בו אם סעדים אחרים שניתן לבקשם או נתבקשו אינם יעילים דיים והוא היה גם ער לסכנות הטמונות באי-הציות לצווי בית-המשפט ולא-מילוי הוראות החוזים; הוא אפילו העלה את הסברה כי "...יתכן שמינוי כונס נכסים יהיה מועיל יותר וצודק", אך הוא סבר שלפי ההלכה הקיימת קצרה ידו למנות כונס נכסים זמני משום שהבקשה הוגשה במסגרת תובענה לסעד כספי; מטעם זה הוא דחה את הבקשה.

לעניין מינוי כונס נכסים לתביעה כספית קובע כב' השופט לוין:

"אמת נכון הדבר כי בפסיקה נוכל למצוא אמירות מהן ניתן להעלות שאין בית-משפט ממנה כונס נכסים מקום שהבקשה מוגשת בגדר תובענה לסעד כספי; כך, למשל נאמר ב-ע"א 132/77, פ"ד לב(2) 64 שמינוי כונס נכסים 'אינו מתאים לתביעות כספיות גרידא'; אך יש להבין אמירות אלה על רקע הדברים שבהם נאמרו; במקרה הטיפוסי שבו מוגשת תביעה כספית יוכל התובע בדרך-כלל, לשמור על זכויותיו עד להכרעה בתביעה על-ידי קבלת צווים זמניים אחרים, למשל על-ידי מתן צו עיקול זמני; בנסיבות אלה אין בדרך מקום למינוי כונס נכסים זמני הואיל ומדובר בסעד בעל אופי חלופי בלבד; עם זאת אין לקבוע כלל גורף שלעולם ימאן בית-המשפט למנות כונס נכסים זמני רק משום שהתובע תבע סכום כסף, אלא הכל תלוי בנסיבות המיוחדות של העניין... אם כי במקרה שלפנינו תבעה רותם מן המשיבים סכום כסף אין מדובר בתובענה כספית רגילה. לכאורה העמידה

סעיף 388 לתקנות סדר הדין האזרחי, מעלה את השאלה האם יתמנה הכונס גם כאשר התביעה היא כספית, ולכאורה כל סעד זמני אחר, שהוא פחות חמור יוכל להוות מענה ופתרון להגשמת יעד הסעד הזמני.

הדיעה הרווחת בבתי-המשפט היא כי מינוי הכונס בתביעה כספית ינתן כחריג.

כך למשל, מונה כונס נכסים כסעד זמני, גם כאשר המדובר היה בתביעה כספית, ב-רע"א 7/89¹³⁸ (להלן: פרשת רותם). במקרה הנדון המדובר ברותם, היא חברת ביטוח ובנשר, משיבה 1, שהיא סוכנות לביטוח העוסקת ברכישת ביטוחים ומסירתם למבטחים, וכן במשיבים מס' 4-2 הם מנהליה.

על-פי חוזה שבין השניים, נשר היא מורשה לחיתום של רותם, כשמנהלי נשר ערבו לחיוביה כלפי רותם.

בשל גירעון בהונה העצמי של רותם, דרש המפקח על הביטוח במשרד האוצר מרותם להפסיק להנפיק פוליסות ביטוח, ורותם הודיעה על כך לנשר.

רותם הגישה לבית-משפט המחוזי תובענה בסדר דין מקוצר כנגד נשר ושאר משיבים, על יתרת החובה בגין פרמיות ביטוח.

לכתב התביעה צרפה רותם גם עותק מכתבו של פרקליט המשיבים המודיע לה, שהפסקת ההתקשרות הסבה לנשר נזקים בסכום העולה על סכום חובה של נשר לרותם אותם היא מקוזה מהחוב.

בגדרה של התביעה עתרה רותם למינוי כונס נכסים זמני "על כל הכספים שנגבו, נגבים או יגבו מציבור המבוטחים, על-ידי המשיבים או מי מהם בגין פוליסות ביטוח שמכוחן המבקשת הינה המבטחת (להלן: כספי הפרמיות) על-מנת שיאתר ויכנס את כספי הפרמיות, יפקידם וישקיעם באופן שיבטיח את הזכויות והאינטרסים של ציבור המבוטחים ושל המבקשת"; בעתירת הבקשה נתבקשו סמכויות רחבות לכונס הנכסים.

המשיבים לא הגישו תצהיר מטעמם אך ביקשו להגיש ללא תצהיר חוות-דעת של מומחה של רואה-חשבון, שבה אמד המומחה את נזקיה של נשר, עקב הפסקת פעילותה של רותם, בסכום שבין 2,800,000 ו-3,400,000 ש"ח. חרף התנגדות רותם התקבלה חוות-הדעת.

הבקשה למינוי כונס נדחתה מן הטעם שאין יסוד למנות כונס נכסים זמני בגדר תובענה כספית, ורותם ערערה על החלטה זו בערעור זה:

לטענתה, צו עיקול שהוטל על כספי נשר, לא צלח

138. רע"א 7/89 רותם חברה לבטוח בע"מ נ' חברת נשר סוכנות, פ"ד מב(4) 683.

למנות כונס נכסים על נכס, גם כאשר התביעה הינה תביעה כספית.

במקרה הנדון, החברה המבקשת, ביקשה מינוי כונס נכסים זמני על מקרקעין לבניין, וכן להטיל עקול זמני על הנכס להבטחת תביעה כספית שהוגשה מטעם המבקשת נגד המשיב בסך של כ-2 מיליון ש"ח.

התביעה הוגשה בשל חוב המשיב למבקשת, בגין קניית חומרי מחצבה ואספלט.

לטענת המבקשת העביר המשיב את הסחורה לסוחרים ואת הכסף עבור הסחורה העביר לצדדים שלישיים שבנו עבורו בית דירות מפואר בעל 6 דירות, כך שלא ניתן לעקל את הכסף.

בניית הדירות טרם הושלמה, ולטענת המבקשת, צו הכינוס ימנע איכלוס הבניין כך שניתן יהיה לממש את פסק-הדין כשיינתן ללא קושי. אם יאוכלס הבניין לא ניתן יהיה לפנות את המתגוררים בבניין בשל דרישות החוק להעמדת מקום מגורים חלופי, דבר שיקשה על מימוש פסק-הדין.

בית-המשפט מינה כונס נכסים זמני שסמכותו לאסור כניסה לבניין הנ"ל לשם איכלוסו לפני שתתברר התביעה. כמו-כן הוטל עקול זמני על חלקו של המשיב במקרקעין ובבניין הנ"ל להבטחת סכום התביעה.

נכדו וילדיו של המשיב בעל הקרקע, הגישו בקשה לביטול מינוי הכונס.

לטענת המבקשים נמכרה החלקה במקרקעין הרבה לפני שנת 1980 לבנו של המשיב בעל הקרקע, והוא התיר להם להשתמש בחלקה בשלמות כרצונם ולהחזיק בה חזקת בעלים, כך גם הבניין נשוא הבקשה נבנה מכספם הפרטי של המבקשים.

העובדה שהמקרקעין רשומים בשם סבו של המשיב אינה מקנה למבקשת זכות לעקל ולמנות כונס נכסים זמני על חלקה ובניין שהוא בבעלותם ובחזקתם. הם אינם חייבים למבקשת מאומה.

כב' השופטת ד"ר נאווה דנון קבעה כי:

"שוכנעתי כי לכאורה צודקת המבקשת בטענתה כי המימון והחומרים לבניית הבית המפואר באו מכיסה, אם לא במאת האחוזים הרי לפחות בסכום של כ-2 מיליון ש"ח, שהושקעו בבית. מכאן שלמשיב חלק ונחלה בבית, במובן זה שהוא אשר מימן את רוב רובה של בנייתו... כאמור החלטתי שלמשיב זכויות משפטיות במקרקעין וזכויות מעין קנייניות בבניין שנבנה על החלקה הנ"ל ולפיכך יש מקום לעיקול, אך יש צורך לבדוק את יעילותו של צו עקול על זכויות אלה. עקול המוטל על זכויות בעלות הינו עיקול שאין לו שיניים. אי-אפשר למכור את הנכס כדי לשלם את חובו של בעל חלקים בלתי-מסויימים בנכס. כל עוד לא

רותם עילת תביעה נגד נשר המצביעה על קיומן של זכויות של רותם בקרן מסויימת המצויה או אמורה להיות מצויה בידי המשיבים ואשר אמורה היתה להתנהל בנפרד, כאשר לרותם זכויות בה. לעניין זה אין הבדל רב אם מדובר בנכסים מוחשיים או בקרן כספית, השווה: ד"נ 82/20, פ"ד מב(1) 221; הוכח שהמשיבים או מי מהם מעלימים כספים שלכאורה רותם זכאית להם והוכח שסעדים זמניים אחרים שניתנו לבקשת רותם נתגלו כבלתי-יעילים עקב מעשיהם או מהדליהם של המשיבים; לכאורה, החששות שהביע השופט המלומד בגדר החלטתו בבקשה למתן צווי המניעה הזמניים וצו העשה הזמני אינם חששות שוא. בנסיבות אלה אם לא ינתן לרותם צו מרחיק לכת יותר, כגון צו למינוי כונס זמני היא עשויה לעמוד, גם אם תזכה בתביעתה, לפני שוקת שבורה; מטרתו של סעד זמני היא למנוע הכשלת פסק-דין פרוספקטיבי בתקופת הביניים שעד הינתנו; נראה לי שלא נבצר ממני בגדר תקנה 388 ליתן לרותם את הצו אותו היא מבקשת.

שאלה אחרת היא מה הן הסמכויות שתוקניתה לכונס הנכסים הזמני; לעניין זה נראה לי שהסמכויות המבוקשות על-ידי רותם רחבות מדי. בעיקר הדברים נראה לי שרותם זכאית בשלב הנוכחי לממש באמצעות כונס הנכסים הזמני את הצווים הזמניים שקבלה ואשר נתגלו כבלתי-יעילים. אכן אם יתהווה צורך בדבר תוכל רותם לעתור למתן סמכויות נוספות לכונס הזמני."

לעומת קביעה זו, בפרשת פלאטו שרון¹³⁹, נקבע כי כאשר ניתן פסק-דין הקובע זכותו של תובע לקבל מהנתבע סכום כספי, גבוה, אשר לשם תשלומו יש צורך בפעולות מורכבות, הרי שתנאים אלו מספיקים על-מנת למנות כונס נכסים גם בתביעה כספית.

ניתן לומר כי דרכי ההתמודדות עם התביעה הכספית בפסיקה, שניים הם.

על-פי האחת מורחב מעגל אפשרויות המינוי ונכלל בו גם האפשרות למנות כונס נכסים בתביעה כספית בנוסף לסוג התביעות שניתן לבקש בגין מינוי כונס נכסים, כמו שנעשה בפרשת פלאטו שרון.

הדרך השניה היא לאבחן את התביעה הכספית משאר התביעות הכספיות הנהוגות, ובכך להכשיר את מינוי הכונס, באופן חריג, כפי שנעשה בפרשת רותם.

נשאלת השאלה, האם, במסגרת תביעה כספית, ניתן למנות כונס נכסים על נכס ממשי, שאינו נשוא התביעה? ביהמ" (נצ') 1063/96¹⁴⁰ ניתנה תשובה חיובית לשאלה, ובה נקבע כי כיוון שהנכס עליו התבקש מינוי הכונס, מומן על-ידי כספים שנתבעים והינו הנכס ממנו יפרע החוב, ובמקרה דנן סעד עיקול אינו יעיל, כפי שיפורט, ניתן

139. ת"א 2244/81 קומפני פריזיין דה פרטיסיפסיון נ' שמואל פלאטו שרון ואח', פ"ד נב(1) 163, 171-163.

140. המ' (נצ') 1063/96 עלי מחמוד חסן נ' חסן מחמוד חסן, תק"מח (1) 3882.

חוב המשיב למבקשת. מכל מקום לאור הזכות המעין קניינית שיש למבקשת בצו העקיבה. יש להעניק לה את אותו הסעד שיאפשר את מימוש פסק-דין ללא קשיים ולא ישאירנה בפני שוקת ריקה. היחיד שיכול להשיג מטרה זו הינו כונס נכסים זמני שתפקידו הינו למנוע הכבדה מיותרת על ביצוע פסק-דין לכשינתן על סך כ-2 מיליון ש"ח... יהיה זה מתפקידו של הכונס הזמני לשמור על המצב הקיים באופן שלא תיפגענה זכויות שהמבקשים טוענים להן ולא תפגענה זכויות המבקשת מחצבות כינרת, המוגנות בחוק, כונס הנכסים לא יפריע לסיום מלאכת בניית הבית והוא לא הורשה לעשות כך גם במינוי הזמני הארעי שניתן לו. בעלי המלאכה רשאים להכנס לבית ולבצע את מלאכתם. אולם אסור יהיה למבקשים או למי מטעמם להכנס לבית לצורך מגורים בו וזאת על-מנת למנוע מצב בו יהיה קשה מאוד עד בלתי-אפשרי לבצע פסק-דין נגד המשיב וזאת עד אשר יקבע כמה מכספה של המבקשת הושקע בבית באמצעות המשיב, ו/או מהו חלקו של המשיב בבית ובקרקע עליו הוא בנוי ו/או עד אשר ינתן פסק-דין בתביעה הכספית שהגישה המבקשת נגד המשיב."

הוצא צו ירושה אין לדעת מהו החלק המדויק שיש למשיב בנכס. כל עוד לא נקבע מה חלקו של המשיב בנכס לעומת חלקם של האחרים הטוענים לכך אין לדעת מה היקף העקול. אם יתברר כי למשיב אין זכויות ירושה תתעורר השאלה כיצד ליישב בין עקול על זכויותיו בנכס לבין הוראות חוק המקרקעין שאינו מכיר בפיצול בעלות.

בכל מקרה הטלת עקול ללא סעד נוסף יביא לידי כך שהמשיב ובני משפחתו יכנסו אל הבית ויאכלסו אותו ואז לא ניתן יהיה להוציאם מן הבית ללא הפעלת הוראת החוק הדורשת מתן דיור חילופי, דבר שיקשה מאד על אפשרות מימוש ביצוע פסק-דין אם יינתן לטובת המבקשת ולאור העובדה שהמשיב לא מצא לנכון להכחיש את גובה הסכום, נראה לכאורה כי למבקשת סיכויים טובים לזכות בתביעתם...

המבקשת טוענת כי מאחר והמשיב קיבל ממנה סחורה שהפכה לכסף וכסף זה השקיע בבניית הבית יחד עם חומרי בניין שרכש ממנה ישירות, היא זכאית לצו עקיבה על כספים אלה, צו שמקנה לה יותר מאשר עקול שהוא סעד דיוני גרידא והיא זכאית לשים יד על הבית הנ"ל ולמנוע שינוי המצב לרעתה. יתכן שהמבקשת עשויה להיות זכאית לדרוש את פירוק השיתוף על-ידי מכירת הבית ותשלום

חוקי היסוד ומינוי כונס נכסים זמני

בית-המשפט לשיקול-דעת בנוגע לסעד שינתן לזכאי כלפי החייב... הסמכות האמורה טומנת בחובה לא רק את האפשרות לסלול הדרך לסעדים חדשים, אלא גם את שיקול-הדעת בנוגע לאופן הפעלתם. פריסה רחבה של שיקול-הדעת בהפעלת הסעדים יורדת לשורשה של שיטתנו המשפטית בכך, שהיא מקנה לבית-המשפט את הסמכות להתאים לכל מקרה שלפניו את הפתרון המשפטי הראוי ביותר בנסיבות העניין."

נראה כי איוון ומידתיות, הם מושגים שיכולים להיות שנוי במחלוקת, כפי שהובאו הדברים לידי ביטוי ברע"א 01/9911¹⁴² הדן בחריפותו של סעד מינוי הכונס הזמני, במסגרת בקשה לביטול מינוי כונס.

המשיבות הגישו תביעה כספית בסדר דין מקוצר בבית-המשפט המחוזי בגין חוב של המבקשים בסך של כ-2,700,000 ש"ח, שנוצר בעקבות רכישת דלק ומוצרי נפט מן המשיבות.

סוגיה מרתקת היא השפעת חקיקת חוקי היסוד על מינוי כונס הנכסים הזמני.

בי"ע"א 447/92¹⁴¹ קבע כב' השופט שמגר כי:

"נהוג לאפיין את מינוי כונסי הנכסים כהליך "חמור" או "מרחיק לכת" (ראה למשל ד"ר ד' אבן-להב, "כינוס נכסים לשם גביית חוב מס", המשפט 1, עמ' 54). הסיבה לכך היא, כי במהותו מבצע כונס הנכסים פעולות של השתלטות וניהול נכסים לשם מימוש חוב. בכך יש למעשה משום הפקעת השליטה בקניינו של אדם, וברי כי פעולה מעין זו לא תיעשה כדבר שבשיגרה וללא צורך מיוחד. הצורך המיוחד העומד בבסיסו של ההליך, מחייב איוון נורמטיבי בין זיקתו הבסיסית של חייב לקניינו וזכותו להליך ראוי, ובין כבודו וזכותו הקניינית של נושה המנסה בלא הצלחה לגבות חוב פסוק.

באיוון האינטרסים מסייע הדין, אשר מקנה קשת רחבה של כלים וסעדים משפטיים להפעלה בכל מקום בו נדרש

141. ע"א 447/92 הנרי רוט נ' אינטרקונטיננטל קרדיט קורפריישן, פ"ד מט(2) 102.

142. רע"א 9911/01 טלפו תדלוק והשקעות בע"מ נ' פז חברת נפט, פ"ד נו(6) 550.

הקיימים שעל יסודם הן פועלות - חלה גם לעניין פירוש חוקים שתוקפם נשמר לפי סעיף 10 לחוק היסוד בהפעלת שיקול-דעת מכוחם. ראו דנג"צ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68, 88; ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קריית אתא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629, 641.

עיקרון זה חל גם על ההסדרים בדבר מינוי כונס נכסים... פגיעת מינוי כונס נכסים בזכות הקניין היא חמורה במידה רבה מפגיעתו של עיקול בזכות זו. בנוסף, במקרה שבפנינו משקלו הסגולי של אינטרס המבקשים אף גדל לנוכח התביעה הנגדית שהגישו נגד המשיבות, מקל וחומר שלא היה, איפוא, מקום למינוי כונס נכסים במקרה שבפנינו.

כב' השופט א' לוי הצטרף לדעתה של כב' השופטת דורנר.

לעומתם, כב' השופט י' טירקל החזיק בדעת המיעוט על פיה יש לדחות את הערעור, ולהשאיר את מינוי כונס הנכסים על כנו, לדידו, הגבלת סמכותו של הכונס לפעולה ספציפית, בצירוף העובדה כי המבקשים לא פעלו על-פי צו העיקול שהושת עליהם, מובילים למסקנה כי יש לדחות את הערעור.

כב' השופט טירקל מבחין בין הוראת סעיף 388 לתקנות סדר הדין האזרחי והוראת סעיף 387 לתקנות אלו, לדבריו:

"במקרה הנדון מדובר במינוי כונס מכוח תקנות סדר הדין האזרחי.

לפי תקנה 388 לתקנות סדר הדין האזרחי, רשאי בית-המשפט אם הדבר נראה לו צודק ונוח למנות כונס נכסים לכל רכוש, בין לפני מתן פסק-דין ובין לאחריו... אכן, מינוי כונס נכסים על נכסי נתבע פוגע בזכות הקניין שלו, אולם מול זכות הקניין של הנתבע עומדת זכות הקניין של התובע שגם היא ראויה להגנה. אכן, מינוי של כונס נכסים איננו כשלעצמו סעד בלתי-מידתי ויש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו; ואם באיזון בין הזכויות המתנגשות של התובע ושל הנתבע ימצא כי הפגיעה בזכות הקניין של הנתבע היא מידתית, ניתן יהיה למנות כונס נכסים לנכסיו. לאור דברים אלה, יש לבחון את הפרשה שלפנינו."

בנסיבות פרשה זו, מחד, החוב אמנם עדין בהליכי בירור ומינוי הכונס פוגע בקניינם של המבקשים ואולי ראוי לנקוט בסעד זמני חמור פחות. מאידך, נוכח צו העיקול שניתן ולא השיג את מטרתו, קיים חשש שהמשיבות לא יוכלו להיפרע מהם אם יזכו המשיבות בתביעתן, ולפיכך סעד מינוי כונס נכסים נותר אמצעי יחיד העומד לרשות המשיבות.

"ההכרעה אינה קלה, אולם, בסופו של דבר, אחרי שקילת כל הרכיבים, סבורני כי הכף נוטה לעבר המסקנה שיש להשאיר את מינויה של כונסת הנכסים על כנה."

במקרה הנדון הוחלט, כאמור, ברוב דעות כאמור בפסק-דינה של השופטת ד' דורנר, כנגד דעתו החולקת של השופט י' טירקל.

לאחר שהמבקשים לא קיימו את צו העיקול הזמני שניתן כנגדם על-ידי בית-המשפט, מונה בא-כוח המשיבות ככונס נכסים זמני על הכספים והתקבולים שיתקבלו בתחנת הדלק, עבור מוצרי הנפט שהמבקשים רוכשים מהמשיבות. על החלטה זו הוגש ערעור לבית-המשפט המחוזי, על פיו, סעד של מינוי כונס נכסים זמני הינו קיצוני יתר-על-המידה ועלול לפגוע קשות בעסקם, ערעורם זה נדחה בטענה שכיוון שלא ניתן להבטיח את זכות המשיבות על-ידי העיקול הזמני בגלל שלא קויים על ידם, אין למערערים אפשרות לחלוק על מינוי הכונס.

על כך הוגשה בקשת רשות ערעור שנדונה כערעור, שההחלטה בו התקבלה ברוב דעות.

כב' השופטת דורנר, המחזיקה בדעת הרוב, קיבלה את הערעור וביטלה את מינוי הכונס הזמני בקובעה כי:

"סעד של מינוי כונס נכסים הינו סעד חמור, שכן בפעולותיו - שהן במהותן השתלטות על נכסים וניהולם - מפקיע כונס הנכסים את שליטתו של אדם בקניינו. ראו ע"א 447/92 רוט נ' אינטרקונטיננטל קרדיט קורפריישן, פ"ד מט(2) 102, 110-111.

אמנם, מנגד ניצבת זכותן של המשיבות להבטיח כי תוכלנה להיפרע מן המבקשים... באיזון הכולל, נראה כי בענייננו עלולה להיגרם פגיעה חמורה לפעילותה השוטפת של התחנה שבניהול המבקשים באם ימונה כונס נכסים זמני, בעוד שאי-מינויו לא יהווה פגיעה משמעותית באינטרסים של המשיבות, בין היתר, בשים-לב לעובדה כי המבקשים הגישו תביעה שכנגד נגד המשיבות...

סעד זמני, ובענייננו מינוי כונס נכסים, הגורם להפסקת פעילות הנתבע או להכבדה ממשית עליה, אינו מידתי, אף מקום בו סעדים זמניים אחרים לא השיגו את מטרתם. שכן, באיזון שבין אינטרס התובע להגשים את זכויותיו כפי שייקבעו בפסק-הדין לבין אינטרס הנתבע שזכות הקניין שלו לא תיפגע, מוענק לאינטרס הנתבע מעמד עדיף. זאת, ראשית, משום שהתובע הוא זה הנושא בנטל ההוכחה, ושנית - והוא בעיני העיקר - משום שזכות הקניין הינה זכות חוקתית, המעוגנת היום בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד). ראו: בש"א 4459/94 סלמונוב נ' שרבי, פ"ד מט(3) 479 (להלן: בש"א סלמונוב), בעמ' 482-483; רע"א 8420/96 מרגליות נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ, פ"ד נא(3) 789, 799 (המשנה לנשיא ש' לוי).

פגיעה בקניין מותרת היום, כאמור, בסעיף 8 לחוק היסוד (פסקת הגבלה) רק בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה המפורשת בו. בגדר חובת בית-המשפט לכבד את הזכויות המעוגנות בחוק היסוד, מחוייב הוא אף בהפעלת שיקול-הדעת, שניתן לו בחוק, לפגוע בזכות באופן שזו לא תיפגע אלא במידה המזערית הנדרשת. חובה זו, הנגזרת מסעיף 11 לחוק היסוד - המחייבת את כל רשויות השלטון, לרבות בית-המשפט, לכבד את הזכויות המעוגנות בחוק היסוד, לרבות זכות הקניין, ככל שהדבר מתיישב עם החיקוקים

כינוס נכסים על-פי תקנות סדר הדין האזרחי בסעד קבוע

התשי"ח-1958. בית-משפט קמא נעתר למשיבה וכן ציווה למנות כונסי נכסים על כלל נכסי המערער מכוח תקנה 388 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

המערערים ביקשו לעכב ביצוע ההחלטה בדבר מינוי כונסי הנכסים עד לערעור, ובקשתם נדחתה.

על-פי טענת המערער, הנוגעת לענייננו, לא היה מקום למנות את בא-כוח המשיבים ככונסי נכסים, לאחר מתן פסק-הדין, כסעד אלטרנטיבי להליכי הוצאה לפועל.

לדיו של המערער שגה בית-המשפט בכך שלא הפנה את המשיב לממש את זכיותו בהליכים רגילים של הוצאה לפועל.

בית-משפט המחוזי קבע כי דרך האכיפה היעילה ביותר במקרה דנא הינה באמצעות מינוי כונסי נכסים על כלל רכושו של המערער, זאת משום שלשכת ההוצאה לפועל אינה מסוגלת לגבות סכומים כה גדולים ועד שתחקר יכולת החייב, יכול שרכושו ייעלם.

לטענת המערער, נימוק זה אינו יכול לשמש יסוד להחלטת בית-המשפט, אולם לטענת המשיבה, אין למערער כל זכות קנויה לאופן מימוש פסק-הדין כנגדו, ולכן בנסיבות בהן ברור כי אין בהליכי הוצאה לפועל כדי לאפשר מימוש של פסק-הדין, שומה על בית-המשפט להעניק כל סעד שימצא לנכון לשם אכיפת פסק-דינו לטובת הזכאי.

כב' השופט שמגר, קיבל את דעת המשיבה וקבע כי במינוי הכונס על-ידי בית-המשפט:

"טמונה השאיפה להקל על בעלי הדין בפני בית-המשפט ולהביא לסיום צודק ונוח של עניינם. שאיפה זו, כשלעצמה, אמנם אינה מהווה עילה להרבות במינוי כונסי נכסים, שכן המדובר כאמור בסעד דרסטי אשר תוצאותיו כלפי בעל הדין חמורות, אולם יש בה כדי לגוון החלופות שביד בית-המשפט בבואו לסייע בידי זכאי אשר אינו מסוגל לממש את זכיותו בדרך אחרת, מתונה יותר.

על הדינמיקה שבין הנוחות הגלומה במינוי של כונס הנכסים, ובין הצורך לפנות לסעדים מקילים יותר לכתחילה, עמד השופט י' חריש בפסק-דינו בעניין קומפני פריזיין דה פרטיסיפסיון (ת"א (ת"א) 2244/81, פ"מ מד(ב)....

'התלבטתי אם גם בעניין דנן אין לתור אחר סעדים חלופיים. וצריכה אמת להיאמר כי מאז מיניתי את עורך-דין חורש להיות כונס נכסים זמני, שאלתי את עצמי מדי ישיבה וישיבה בהתדיינות ממושכת זו, האם לאור

אין חולק, כי מינוי כונס נכסים זמני נעשה תמיד על-ידי בית-המשפט, שהרי מדובר בשלב שלפני מתן פסק-דין. עד 1967 יוחדה לבית-המשפט גם הסמכות למנות כונס נכסים קבוע לצורך ביצוע פסק-דין סופי. עם חקיקתו של חוק ההוצאה לפועל החדש משנת 1967 הוקנתה לראש ההוצאה לפועל הסמכות למנות כונס נכסים אך המחוקק לא מצא לנכון לשלול את הסמכות מבית-המשפט ונמצא כי לאחר מתן פסק-דין קיימת סמכות מקבילה למנות כונס נכסים הן לבית-המשפט והן להוצאה לפועל (ראה סעיף 53 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967). ברור, כי הדרך הרגילה והעדיפה לבצוע פסק-דין היא במסגרת לשכת ההוצאה לפועל, ערכאה זאת קיימת כדי לשמש זרוע ביצועית בשלב שלאחר הכרעת בית-המשפט. באופן רגיל האינטרס של המערכת הוא לשחרר את בית-המשפט מתפקידי הביצוע על-מנת שיוכל להתפנות להכרעה במשפטים אחרים. גם האינטרס של הצדדים הוא שהביצוע יהיה מופקד בידי ערכאה שיוחדה למטרה זאת ויש בידה הכלים לביצוע יעיל וצודק של פסק-הדין. מרבית ההחלטות בנושאי ההוצאה לפועל הן מינהליות ובמידה שמדובר בהחלטות שיפוטיות נקבע בחוק ההוצאה לפועל תחום סמכותו של ראש ההוצאה לפועל: יש עניינים שהוא מפנה מיד להכרעת בית-משפט ואילו בכל שאר העניינים מתערב בית-המשפט רק כערכאת ערעור על החלטות ראש ההוצאה לפועל¹⁴³.

הפסיקה שהרחיבה את מספר ותוכן המקרים בהם ניתן סעד כינוס הנכסים, כך שכיום תקנה 388 עניינה גם מינוי כונס נכסים קבוע וכסעד עיקרי, מעבר למטרתה הראשונית, כסעד זמני.

ע"א 447/92¹⁴⁴ הינו מקרה בו דן בית-המשפט בפירוט בכל הנושאים הנוגעים במינוי של כונס קבוע, ומפאת חשיבותו, אביא את עיקר פסק-הדין להלן:

במקרה הנדון, כב' הנשיא (כתוארו אז) שמגר דן בערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי במסגרתו ניתנה החלטה למנות כונסי נכסים על כל נכסי המערער כסעד למימוש פסק-דין שניתן כנגדו בחו"ל.

במקרה זה, ניתן בארצות הברית פסק-דין כנגד המערער, מר הנרי רוט, ובו חוייב לשלם למשיבה סכום של 19,464,667.54 דולר, המשיבה פנתה לבית-המשפט המחוזי, בבקשה להכריז על פסק-הדין כאכיף לצורך הוצאתו אל הפועל, בהתאם לחוק אכיפת פסקי חוץ,

143. ת"א 2244/81 קומפני פריזיין דה פרטיסיפסיון נ' שמואל פלאטו שרון ואח', פ"ד נב(1) 163, 163-171.

144. ע"א 447/92 הנרי רוט נ' אינטרקונטיננטל קרדיט קורפריישן, פ"ד מט(2) 102.

רגילים (שם, בעמ' 34). לפיכך לא מונה במשפט האנגלי כונס מן היושר כאשר ניתן היה לממש את הרכוש בהליכי מימוש פורמליים (EXECUTION AT LAW), או כאשר היה הליך זה בלתי "צודק ונוח" (AND LIVERPOOL, ETC.,) (1988 MANCHESTER BANKING CO. V. PARKINSON 173 Q.B.D. 22). ודוק: בית-המשפט לא הוסמך למנות כונס נכסים מן היושר רק משום שבנסיבות העניין עולה כי זהו ההליך הנוח והצודק יותר (HARRIS V. BEAUCHAMP [1894] 1 Q.B. 801). עם זאת, נעתרו בתי-המשפט של יושר לבקשה למנות כונס גם במקרה של נכסים אשר ניתן לממשם בהליך רגיל, אלא שלגביהם הובהר לבית-המשפט כי החייב עלול לסכל את זכויותיו של הזוכה על-ידי ויתור, הסבה, או מכירה של זכויותיו. כך, בלשונו של המלומד KERR (לעיל, בעמ' 35):

"IF, HOWEVER, IT IS PROVED THAT THE JUDGMENT DEBTOR IS THREATENING OR INTENDING TO DEAL WITH THE PROPERTY IN SUCH A MANNER AS TO AMOUNT TO A FRAUDULENT ATTEMPT TO DEFEAT THE RIGHTS OF CREDITORS, OR IN SOME OTHER ANALOGOUS CIRCUMSTANCES, A RECEIVER MAY BE GRANTED EVEN OVER PROPERTY SUSCEPTIBLE TO LEGAL EXECUTION."

התפתחות נוספת בעקבות חקיקת ה־ JUDICATURE ACT 1873, היתה זניחת הדרישה לפיה, כתנאי מקדמי להענקת הסעד, יבוצע ניסיון לגבות החוב בהליכים רגילים; הנימוק לכך היה כי כאשר ברור כי הליכי ההוצאה לפועל יהיו עקרים, אין כל צורך וטעם לשלוח את בעל החוב לנסות מזלו במסלול זה (V. WEBBER (1901) 17 T.L.R.). הברידיקה לסבירות הסעד שיכול ההליך הרגיל להושיט לבעל החוב אינה פורמלית אלא מהותית; אם עולה כי בנסיבות העניין הליכי מימוש רגילים יהיו עקרים, כי אז די בכך כדי להצדיק את הפניה אל הוצאה לפועל מן היושר בלא שיהא צורך לבצע ניסיון פורמלי כל שהוא במישור ההליך הרגיל:

"THE COURTS NO LONGER REQUIRED THE CREDITOR TO GO THROUGH THE MOTIONS OF LEVYING AN EXECUTION AT LAW IF IT COULD BE SHOWN THAT TO DO SO WOULD SIMPLY BE A WASTE OF TIME." (HUBERT PICARDA, THE LAW RELATING TO RECEIVERS, MANAGERS AND ADMINISTRATORS, SECOND ED. BUTTERWORTHS, LONDON (1990)) P.295

בשנת 1980 הוסף סעיף 51 ל־ RULES OF THE SUPREME COURT, אשר קבע מספר כללים מנחים למינוי כונסי נכסים כהוצאה לפועל מן היושר:

"WHERE AN APPLICATION IS MADE FOR THE APPOINTMENT OF A RECEIVER BY THE WAY OF EQUITABLE EXECUTION, THE COURT IN DETERMINING WHETHER IT IS JUST OR CONVENIENT THAT THE APPOINTMENT SHOULD BE MADE SHALL HAVE REGARD TO THE AMOUNT

הדברים שנתלבנו באותה ישיבה ועדיה, אין מן הראוי לבקש דרכים למיתון הסעד הזה שניתן מלכתחילה בידי המבקשת או להגבילו."

בחלוף העיתים התבססה בדין הישראלי ההלכה הנוהגת לעניין מינוי כונס זמני, והיא, כי מפאת היותו של החוב בהליכי בירור בבית-משפט, יש להזהר מאוד בעת מינוי כונס על נכסי חייב בהליכי ביניים ורצוי על-כן, לנקוט תחילה בסעדים זמניים חמורים פחות על-מנת לשמר נכסי החייב עד למועד הכרעת-הדין. עם זאת, במסגרת שיקול-דעתו מוסמך בית-המשפט ליתן צו כינוס מכוח תקנה 388 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, גם אם טרם בוצע ניסיון ליתן סעד זמני אחר, וזאת אם שוכנע בית-המשפט כי בנסיבות המקרה אין בסעד זמני אחר כדי לסייע לבעל הדין (ראה עניין עוניסון (לעיל)).

לעניין היקף שיקול-הדעת במינוי כונס נכסים לאחר פסק-דין מכוח תקנה 388 לתקנות סדר הדין האזרחי, קבע כב' השופט שמגר:

"תקנה זו, אשר מקורה בדיני היושר, שלובה בפרק הסעדים הזמניים שבתקנות סדר הדין. אולם למרות מיקומה של התקנה כחלק מהליכי הביניים, מוסמך בית-המשפט מכוח תקנה 388 למנות כונס נכסים גם כסעד קבוע לאחר מתן פסק-הדין (388א(1)). תפקידיו של כונס זה שונים בתכלית מתפקידי חברו אשר מונה לתפקיד זמני אגב הדין; בעוד שתכלית מינויו של הכונס הזמני לנקוט אמצעים לשמירה ולניהול של רכוש עד לבירור המחלוקת בין בעלי הדין (רע"א 7/89 רותם חברה לביטוח בע"מ נ' נשר, פ"ד מב(4) 683), הרי ייעודו של הכונס, הממונה לאחר מתן פסק-הדין, לשמש אלטרנטיבה להליכי הוצאה לפועל. הליך זה נהוג לכנותו הוצאה לפועל מן היושר (EXECUTION EQUITABLE), ושורשיו בהליך האנגלי אשר הקנה הגנה בידי אדם אשר לא הצליח לממש זכותו כלפי החייב בהליכים רגילים במשפט המקובל (י' זוסמן, סדרי הדין האזרחי, מהדורה שישית (1991), בעמ' 585).

במקורו של ההליך באנגליה היה על המבקש סעד בבית-משפט של יושר להוכיח התקיימותם של שני תנאים: (1) שהמבקש עשה את כל אשר ביכולתו כדי לקבל סעד בבית-המשפט המקובל;

(2) שלחייב זיקה לנכס ספציפי אשר מפאת היעדר בעלות בו לא ניתן היה לממשו כלפי הזוכה באמצעים החוקיים שעמדו לרשות בתי-המשפט הרגילים (SALT V. COOPER (1880) 16 CH.D 544, 552).

עם חקיקת ה־ JUDICATURE ACT 1873, הפסיקו בתי-המשפט בהדרגה ליתן תוקף לראשון שבין התנאים, והקלו בדרישות לקיומו של התנאי השני-RECEIVERS (KERR, ON SEVENTEENTH. ED., SWEET & MAXWELL 1989 P.33). כן נסוגו בתי-המשפט מדרישתם לפיה היה על הזכאי שבדין להצטייד באדרכתא (ELEGIT) מבית-המשפט בטרם קיבל סעד מן היושר בעניין זה.

עם הזמן, התפתחה הפרקטיקה בבתי-המשפט של דיני היושר, לפיה מונו כונסי נכסים כסעד מן היושר רק כאשר נתברר כי קיים מכשול לממש את פסק-הדין באמצעים

בבית-המשפט ובלשכת הוצאה לפועל, עליו לפנות ללשכת ההוצאה לפועל שכן זהו הסעד העקרי שבדין. הסמכות המוקנית לבית-המשפט הינה סמכות שביושר, אשר מטבע הדברים מקומה ביציע האחורי של הזכויות. על-כן לא ניתן להעלות על הדעת מקרה בו בפני הזוכה תעמוד הפררוגטיבה לאיזה הליך לפנות; לכל סיטואציה - נועד ההליך הראוי לה, ולכן הוראות החוק מוציאות זו את זו. דרך המלך למימוש פסק-דין הינה דרך חוק ההוצאה לפועל, ורק כאשר נוכח בית-המשפט כי דרך זו עשויה להוביל אל מבוי סתום, עליו לשקול האם יש לפנות אל הדרך השנייה - דרך היושר.

עמד על כך הנשיא מ' לנדוי ב-ע"א 689/74 בשמעת חברה להשקעות ופיננסים בע"מ נ' עיריית אילת, פ"ד כט (2) 281, 295:

'...יתכנו נסיבות שבהן מן הראוי למנות כונס נכסים לשם הוצאה לפועל מן היושר, כלומר כאשר אמצעי ההוצאה לפועל הרגילים אין די בהם כדי להבטיח את הזכויות של זוכה על-פי פסק-הדין. חברי נתן דוגמה לכך בעיקול על מניות. דוגמה אחרת היתה בעניין שנדון ב-ע"א 329/67 בלומה רייך כהן (הולצמן) נ' שלמה איגר, פ"ד לב(1) 91 (האיזכור שלי - מ' ש'). בדרך-כלל הוא (צו כינוס נכסים על-ידי בית-המשפט - מ' ש') לא ינתן כאשר התובע או הזוכה על-פי פסק-הדין יכול לבוא על סיפוקו בדרך בקשת סעד אחר, כגון הטלת עיקול זמני, או דרכי ההוצאה אל הפועל לפי חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967. סעיפים 53 ואילך של חוק ההוצאה לפועל מכילים עכשיו הוראות מפורטות למינוי כונס נכסים לשם ביצוע פסק-דין - גם זאת רק לנכס מסויים.'

משנמצא כי חקיקת סעיף 53 לא איינה את סמכות בית-המשפט לפי תקנה 388 עלינו להעמיק ולבחון מהם גדר השיקולים למתן סעד מן היושר.

שתי מגמות משמשות בתאוריה של סדרי הדין האזרחי: מצד אחד, מגמת היציבות. זו מחייבת תחימה מסויימת של שיקול-דעתו של השופט כדי שלא לפגום ביציבות ההליך. מצד שני עומדת המגמה הרואה בסדרי הדין מכשיר פרוצדוראלי לגילוי האמת ולעשיית הצדק בין הצדדים. זו מחייבת פתיחה של ההליך לגמישות רבה בהתאם לרוח התקופה (ראה מ' לנדוי, "על השמרנות בסדרי הדין האזרחי", ספר זוסמן, ירושלים... בעמ' 285).

בתחום הסעדים הזמניים, ובכללם סעד כינוס הנכסים, התאפיינה הפסיקה בשנים האחרונות בתנועה לעבר גמישות ופתיחות. הסיבה לכך היתה כאמור השינוי המהיר שחל בחיי המסחר והכלכלה שחייבה את בית-המשפט ליצור פתרונות משפטיים למצבים משתנים. היקף העסקות ומורכבותן הובילו את בית-המשפט לפתיחת ההליך ולהרחבת השימוש בסעדים ובצווים תוך שימוש בשיקול-הדעת השיפוטי, אם במסגרת הסמכויות אשר הוקנו לבתי-המשפט בתקנות סדר הדין, ואם בסמכותם הרחבה מכות סעיף 75 לחוק בתי-המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984. הרחבת קשת האפשרויות להענקת סעדי ביניים מתחייבת לאור הגמשת ההליכים ברוח המגמה הרואה

CLAIMED BY THE JUDGMENT CREDITOR, TO THE AMOUNT LIKELY TO BE OBTAINED BY THE RECEIVER AND TO THE PROBABLE COSTS OF HIS APPOINTMENT...'

סעיף 51 נועד לצמצם את קשת המקרים בהם ממנים בתי-המשפט של יושר כונסי נכסים; שימוש בסעד זה בהתאם לדין האנגלי צומצם לפיכך, למקרים בהם ניתן לייחס לתביעה הבלתי-ממומשת רנטביליות מסויימת, באופן כזה ששוויה וסיכויי הצלחתה מצדיקים שימוש בהליך יקר כמינוי של כונסי נכסים (KERR, לעיל בעמ' 35)...

במשפט הישראלי לא רבו המקרים בהם מונה כונסי נכסים למימוש פסק-דין. משהוחלף חוק ההוצאה לפועל העותמני על-ידי חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, הורחבו האמצעים בהם ניתן לרדת לנכסיו של החייב, ועל-כן נהגו בתי-המשפט, כדבר שבשיגרה, לשלוח את הזכאים בדין לממש את זכותם בלשכות ההוצאה לפועל השונות (י' זוסמן, שם, עמ' 586). הרחבת מנגנון ההוצאה לפועל באה לביטוי בעיקר בחקיקת סעיף 53 לחוק הוצאה לפועל המקנה לראש ההוצאה לפועל הסמכות למנות כונס נכסים על נכס מסויים של החייב על-מנת לבצע את הפעולות הדרושות לאכיפת פסק-הדין כלפי החייב.

ניתן היה לגרוס, כי הסמכות האמורה מייתרת את הליך ההוצאה לפועל מן היושר אשר בתקנות סדר הדין האזרחי - ולא היא; הוראתו של סעיף 53 לחוק ההוצאה לפועל איננה מאפשרת מינוי כונס על כל נכסי החייב, אלא על נכס מסויים בלבד (ע"א 621/83 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' עורך-דין א' פינצ'וק, פ"ד מא(2) 664) ועל-כן, זוכה בפסק-דין המקנה לו זכויות בנכסי החייב אינו יכול לפנות ללשכת ההוצאה לפועל בבקשה למינוי כונס על כלל הנכסים.

יתרה מזאת, שיקול-דעתו של ראש ההוצאה לפועל בעת מינוי כונס לפי סעיף 53 הנ"ל, אינו רחב כשיקול-דעתו של השופט בדין; ראש ההוצאה לפועל ממלא תפקיד מינהלי וככזה אינו רשאי לעסוק בתחומים אשר גולשים מעבר לגדר הסמכויות שהוענקו לו מפורשות בחוק על-מנת לבצע פסק-דין. כך אין ראש ההוצאה לפועל רשאי למנות כונס על נכס משיקולי אקוויטי כפי שרשאי לעשות בית-המשפט לפי תקנה 388 לתקנות הנ"ל. ואם אין די בכך, הרי ראש ההוצאה לפועל אינו מוסמך להעניק לכונס סמכויות אשר אינן נקובות מפורשות בסעיף 54 לחוק הוצאה לפועל כגון סמכויות חיפוש נכסים אשר הוסתרו או הועלמו על-ידי החייב, ואשר לא פורט מקום המצאם כאמור בתקנה 80א) לתקנות ההוצאה לפועל, התש"ם-1979.

גם במישור הדיוני הליך הוצאה לפועל מן היושר לפי תקנה 388 הנ"ל הינו הליך שיורי. הליכים אלו מוציאים האחד את השני, ובמקום שניתן צו של הוצאה לפועל מן היושר, אין עוד מקום לפנות ללשכות ההוצאה לפועל למימוש הנכסים עליהם מונה הכונס. הסיבה לכך הינה, שבמקום שמבקש יכול לקבל אותו הסעד ממש -

בהליכי סדר הדין מכשיר פרוצדוראלי העומד לשרותן של הזכויות המהותיות המתבררות בעת הדין.

ככל שהמדובר בסעדים מן היושר, הרי אלו אינם מוסיפים זכויות חדשות לצד ההליך, אלא יעודם לסייע למימוש זכויות הקיימות בדין (ראה ד"ר א' וינוגרד, צווי מניעה, חלק כללי (התשנ"ג-1993), עמ' 5). על-כן, כאשר בוחנים את הליך ההוצאה לפועל מן היושר כחלק ממגמת ההרחבה האמורה, אין זה אלא טבעי כי כאשר נראה כי ההליך הסובסטיביבי לא הצליח להעניק את הסעד הראוי למקרה הנדון, מן הראוי שבתי-המשפט יושיטו ידם לזכאי לציידו בסעד הצודק והנזק הנסיבות העניין.

עם זאת, נוחות ההליך כשלעצמה אינה עומדת כשיקול מרכזי בפני בית-המשפט, ולכן, גם אם דרך היושר הינה אפקטיבית יותר, יש לבחון מכתחילה האם דרך ההליך הרגיל אינה עשויה להעניק מזוור לבעל הדין (וראה V. BEAUCHAMP HARRIS לעיל).

מערכת השיקולים במסגרת הסעד שמן היושר אינה מערכת עצמאית אלא משולבת, וביסודה ראייה רחבה של ההליך ותוצאותיו הראויות. על-כן, במקום בו הנפגע עשוי לבוא על תיקונו בדרך המלך, אין בית-המשפט נדרש לסלול למענו דרך חליפין, אפילו דרך זו נוחה וצודקת יותר.

להשלמת הדין, נותר לגדר את קשת המקרים בהם ניתן להצביע על הנוחות והיעילות שבמתן הסעד, בהתחשב ביכולת המיצוי של ההליך הרגיל שבחוק ההוצאה לפועל.

רשימת המקרים בהם אין לשכות ההוצאה לפועל מסוגלות לאכוף באופן סביר ויעיל את פסקי-הדין, אינה רשימה סגורה. גם לשכות אלו כפופות לשינויים הטכנולוגיים המאפיינים את חיי הכלכלה המודרנית, אם כי למצער, ההתאמה אינה תמיד בקצב הרצוי. כך, השתכללות המנגנונים וייעול האכיפה תשנה מדעיקרה את מערכת הטעמים למתן סעד ההוצאה לפועל מן היושר.

כיום, נראה כי עדיין אין לשכות ההוצאה לפועל מסוגלות לאכוף כל פסקי-דין כלפי החייב. כנוכר, מקום בו נדרש מינוי של כונס נכסים לצורך הקהלת נכסי החייב, אין ביד ראש ההוצאה לפועל הסמכות לעשות כן, אלא לנכס בודד ומאוחר.

במקרה שלפנינו המדובר בחייב אשר היקף עסקיו ונכסיו אינו גלוי. כך קובע בית-המשפט קמא כי:

'...יש למבקשת מידע, ואינני מוכן להתעלם ממנו רק משום שהוא בגדר עדות שמועה, על זכויות המשיב בחברות שונות, האמורות להיות רשומות על-שמו או על-שם נאמנים עליו. במסגרת ההליכים לגביית חוב, חובה לתת את הדעת למידע כזה כדי לאפשר את בדיקתו ולרדת מאותם (צ"ל 'לאותם' - מ' ש') נכסים, אם ימצאו כאלה.'

אמנם, ככל שהדבר נוגע לסמכויותיה של לשכת ההוצאה לפועל, הפקיד המחוקק בידי גוף זה סמכויות רבות כדי לרדת לשורש יכולתו הכספית של החייב; כך מוסמכת הלשכה לבצע חקירת יכולת מכוח סעיף 67(א) לחוק; למנות חוקר מיוחד לבצע חקירות מטעמו של ראש ההוצאה לפועל (סעיף 68א); להורות על מסירת מידע המצוי בידי

צד ג' (סעיף 7ב); לעכב יציאת החייב מן הארץ (סעיף 14); להורות על חיפוש (סעיף 15); לצוות על עיקול מיטלטלין ומקרקעין, ועל מכירתם (סעיף 27 ו-36); ואף להורות על הבאה או מעצר של חייבים לפי סעיפים 69-74. דא עקא, כי גם סמכויות נרחבות אילו אינן מספיקות לעיתים כדי להביא זכאי אלי זכיותיו. כך הוא המקרה של זוכה אשר היקף זכיותו גדול מאוד. כך הוא במקרה דנן; לשכות ההוצאה לפועל עדין אינן מסוגלות, לצערנו, לגבות סכומי כסף נכבדים למרות מנגנוני האכיפה העומדים לרשותם. לצורך איתורם של נכסים בהיקף נכבד יש להפנות משאבים רבים וכוח-אדם אשר בדרך-כלל אינו בנמצא. על-כן עולה החשש כי בהיעדר סעד מתאים ימצא עצמו הנושה בפני שוקת שבורה הנובעת מחוסר מסוגלותן של לשכות ההוצאה לפועל לפעול לגביית סכומים רחבי היקף. לא נעלמה מעיני העובדה, כי מינוי כונסי נכסים לאחר מתן פסקי-דין עשוי להכביד על בתי-המשפט בשל הטיפול השוטף בבקשות שונות להוראות מאת הכונסים.

לעניין זה העירה הנשיאה חנה אבנור במאמרה "כונס נכסים לפי תקנה 388" (264 דהיום - מ' ש'), הפרקליט ל"ג (תשמ"א-1981), 375-366, בדברים אלה:

'מחלוקת לי עם הלכה זו (הלכת עוניסון - מ' ש'). חולקת אני עליה לא בשל דרך מינוי של כונס הנכסים (ושנראת לי כזוה עם ההלכה הקודמת), אלא בשל המסקנה כי אפשר לתת צו לאכיפת הסכם בניה, תוך התעלמות מצורך הפיקוח המתמיד של בית-המשפט.

בית-המשפט העליון סיים בעניין זה את מלאכתו עם מתן פסקי-דין. ומה ארע הלאה? תיק בית-המשפט המחוזי תפח והלך והגיע למימדי ענק - מרוב פניות ובקשות להוראות והנחיות של בית-המשפט, על-ידי כונס הנכסים.'

אכן, היקף פעולותיו של הכונס על דרך של הוצאה לפועל מן היושר הינו רחב ומעסיק את בית-המשפט. אשר-על-כן מן הראוי כי כבואם להעניק סעד זה יתנו בתי-המשפט דעתם לשלושה:

(1) פרק הזמן לגביו ניתן צו הכינוס: מן הראוי כי מינויים של כונסי נכסים על דרך הוצאה לפועל מן היושר, יעשה לפרק זמן קצוב ומוגדר ולתקופה לא ארוכה. במהלך פרק זמן זה יבצעו הכונסים את כל אשר לאל ידם כדי לאתר את הנכסים, ולבחון סיכויי מימושם. בתום התקופה יתייצבו בפני בית-המשפט ויניחו בפניו את מימצאיהם לצורך קבלת החלטה האם יש טעם להאריך את המינוי או להפנות את הזוכה ללשכות ההוצאה לפועל במסלול הרגיל. בבואו להאריך את מינויים יבחן בית-המשפט האם בהמשך פעולת כינוס כאמור, יש כדי להוביל לתוצאות טובות יותר מאשר בהוצאה לפועל הרגילה, וכן ישקול את העלויות של המשך ההליך, ביחס לסיכויי הצלחת הכינוס (השווה: ORDER 51 - RULES OF THE SUPREME COURT). טכניקה זו של קביעת מועדים קצובים לדין בתוצאות הכינוס עשוי גם להפחית מהווצרות ניגודי אינטרסים עם הנושים האחרים אגב ביצוע פעולות הכינוס; ככל שבית-המשפט יקדים לראות כי התיק בשל לשליחתו למימוש בהוצאה לפועל, כך יקטן הסיכוי לפגיעה בזכויות

נושים אחרים שלא היו שותפים להליכים בבית-המשפט ולא היו מודעים למינויו של כונס הנכסים.

(2) כונס הנכסים מן היושר, במובחן מכונס לפי פקודת פשיטת הרגל או פקודת החברות, אינו כונס של הגוף המשפטי (החייב) אלא של נכסיו.

הכונס בהוצאה לפועל מן היושר, אינו שולל מן החייב את כושרו לבצע פעולות משפטיות. בהקשר זה יש לתת את הדעת להשפעת הכינוס על המשך ניהולם של עסקי החייב. הכונס תפקידו לסייע לאכוף את פסק-הדין, באשר לצורך זה הוענק לו סמכויותיו. הוא אינו הופך למנהל עסקי החייב, אם אין נכסים הניתנים לתפיסה ובמקרה שבית-המשפט נוכח כי הסיכוי לתפיסת נכסים הינו נמוך, יש להפנות את הצדדים להליכי פשיטת רגל או ללשכות ההוצאה לפועל.

(3) העומס על בית-המשפט הינו בהחלט שיקול רלוונטי אותו על בית-משפט להביא בחשבון במסגרת השיקולים עובר להפעלת סמכויות המינוי; ההליך יהא בלתי-צודק או בלתי-נוח אם פעולותיו של הכונס כשלעצמן תדרושנה התערבותו הנרחבת מאוד של בית-המשפט. מאידך גיסא, גם יתכן כי שליחת החייב ללשכות ההוצאה לפועל לא תועיל מאום להפחתת הנטל כי אם תגבירו - וזאת במקרים בהם קיימות מחלוקות לגבי בעלות בנכסים, אשר לגביהן ממילא יאלץ בית-המשפט לשוב ולהכריע. יתכן גם, ובית-המשפט יידרש לשמוע ערעורים על החלטות ראש ההוצאה לפועל וגם בכך יש משום הכבדה, אם כי מסוג אחר, על מימוש פסק-הדין.

לאור האמור לעיל דומה כי הקנייתן של סמכויות לכונס לביצוע משימות מוגדרות ולזמן שאינו ממושך, עשוי שלא להטיל על בית-המשפט עומס שאינו מוצדק בנסיבות העניין.

קשת המקרים בהם ניתן להעניק סעד הינה מצומצמת ביותר, שכן ביצוע פסק-הדין אינו מתפקידו השיפוטיים של בית-המשפט. לשם כך הוקמה ההוצאה לפועל והדברים מובנים. על-כן, רק במקרים בהם הצטברות הנסיבות מצביעה על כך, שהליך זה הינו הכרחי למימוש פסק-הדין ובהתחשב בגורמים שנוכרו לעיל, ייטה בית-המשפט להעניק את הסעד.

סיכומו של דבר: לפנינו חייב אשר עושה ככל אשר לאל ידו כדי לפטור עצמו מעול חובותיו. היקף החוב הפסוק כנגדו כ-20 מיליון דולר של ארה"ב...

בסיטואציה דומה נעתר בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו ב"ת"א (ת"א) 2244/81 קומפני פריזיין דה פרטיסיפסיון נ' פלטו שרון ואח', פ"מ נב(א), למינוי כונס נכסים על נכסיו של החייב, לשם ביצוע פסק-הדין

כנגדו.

נימוקיו של בית-המשפט היו כי:

'ביצוע פסק-הדין במקרה זה כרוך במחלוקות שההכרעה בהן לא תהא פשוטה. יש מחלוקות על בעלות בנכסים שבחלקן נעורו במהלך המשפט וחלקן לאחר מתן פסק-הדין. לאור התנהגות הנתבעים בעבר, סביר להניח שלא תמו הנסיונות לייחס בעלות בנכסים שונים לאחרים. זאת ועוד: מעבר לטענות הבעלות עשויות להתעורר מחלוקות בדבר זכויות אחרות בנכסים וכבר שמעתי מפי הכונס רמו לכך...'

המחלוקות האלה תוכרענה בלאו הכי בבית-המשפט וכל עוד לא תוכרענה לא ניתן יהיה לממש את הנכסים. לבסוף, מדובר בנכסים שהם לא רק בעלי שווי רב, אלא שמטבע הדברים מימושם יהא מסובך... הפניית העניין ללשכת ההוצאה לפועל לא רק שלא תחסוך מבית-המשפט הוזה את ההזדקקות לכל המחלוקות האלה, אלא להיפך, היא רק תאריך את הדרך ותסרב לא את הליכי ביצוע פסק-הדין.

במקרה האמור, חוייבו הנתבעים לשלם לתובעים סך של 40 מיליון דולר, ונפסק כי אין כל טעם בהליכי הוצאה לפועל רגילים אשר ממילא לא יובילו לסיום העניין. אף במקרה שבפנינו נדרש מינוי הכונס מאחר ובמצב הקיים לא נראית דרך לבצוע פסק-הדין ללא אסוף נתונים על נכסים ואיתורם.

בידוע הוא, כי מינוי כונס נכסים לצורך ביצוע פסק-דין, נקבע גם בחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, על-כן נקבע כי מינוי כונס לאחר מתן פסק-דין, הינו לשם "הוצאה לפועל מן היושר" שבה ישתמש בית-המשפט במקרים חריגים, מסובכים ולשם היעילות, כאשר לא ניתן לבצע את פסק-הדין באמצעות ההוצאה לפועל.

עניין הסמכות למנות כונס נכסים ומועד מינויו לצורך ביצוע פסק-הדין נדון ב"ע"א 4111/97¹⁴⁵.

המוכר הוא המערער, חבר המושב בית זית ובעל זכויות במשק מס' 40, התקשר עם הקונה, משיב 1, בהסכם למכירת זכויותיו במשק, תמורת \$500,000.

לאחר חתימת ההסכם העביר הרוכש תשלום ראשון בסך \$50,000 לידי בא-כוח המוכר.

על-פי הסכם המכר, אם לא יתקבל הקונה כחבר באגודה או במושב, הסכם המכר יבוטל.

אסיפת המושב החליטה שלא לקבל את הרוכש כחבר באגודה, והזכויות לפי הסכם המכר, הוסבו לבתו של הרוכש (המשיבה מס' 2) שתבוא בנעליו.

אולם, משהועלתה מועמדותה של הבת לחברות באגודה, המוכר הוא שהתנגד לכך והוחלט שלא לקבלה כחברה.

145. ע"א 4111/97 יעקב שם טוב נ' באבזרה מורטזה, תק-על 99(2) 909.

המקובל (ראו י' זוסמן, סדרי הדין האזרחי, מהדורה שביעית, בעריכת ש' לוי, 622 (1995)...)...

התפיסה הרווחת גורסת, כי מנגנון ההוצאה לפועל על-פי חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967 מהווה "דרך המלך" ומכשיר עיקרי לאכיפה ולמימוש של פסקי-דין, בעוד שמינוי כונס נכסים על-ידי בית-המשפט כהוצאה לפועל מן היושר, מהווה אמצעי שבו ראוי לעשות שימוש רק בנסיבות מיוחדות וחריגות, שכן, ביצוע ומימוש של פסקי-דין אינו נמנה על תפקידיו השיפוטיים של בית-המשפט (ראו ת"א 2244/81 קומפני פריזיין דה פרטיסיפסיון נ' שרון, פ"מ נבא) 163). ההיזקקות למינוי כונס נכסים על-ידי בית-המשפט הינה בבחינת הליך שיורי, שימצא את מקומו כאשר הליכי ההוצאה לפועל מכוח חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967 אינם מועילים למימוש פסקי-דין (ראו ע"א 447/92 לעיל, 114). במצב דברים זה, יוכל הנושה על-פי פסקי-הדין לבקש מבית-המשפט למנות כונס נכסים, שכן, היקף הסמכות המוקנית בידי בית-המשפט כאשר למינוי כונס נכסים, רחב באופן ניכר מזו המופקדת בידי של ראש ההוצאה לפועל, שבידו למנות כונס נכסים לנכס בודד ומאותר (סעיף 53א) לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967).

עמד על כך השופט מ' לנדוי (לימים הנשיא):

"ייתכנו נסיבות שבהן מן הראוי למנות כונס נכסים לשם 'הוצאה לפועל מן היושר', כלומר כאשר אמצעי ההוצאה לפועל הרגילים אין די בהם כדי להבטיח את הזכויות של זוכה על-פי פסקי-דין". (ראו ע"א 689/74 בשמת, חברה להשקעות ופיננסים בע"מ נ' עיריאת אילת, פ"ד כט) 281, 295)

החשש לחוסר האפקטיביות של הליכי ההוצאה לפועל, שלא יהיה בהם להביא לאכיפת פסקי-הדין, מהווה את השיקול הבולט והמכריע למינוי כאמור. בית-המשפט ישקול, בין השאר, את היקף החיובים וטיבם; את הצורך לכנס את נכסי החייב; את הפגיעה הכלכלית בנושה אם לא ימונה כונס נכסים ואת הפגיעה הכלכלית בחייב אם ימונה כזה; את שווי הנכס עליו אמור להתמנות כונס הנכסים לעומת גובה החיוב; ועוד שיקולים משיקולים שונים. על בית-המשפט גם לתת את הדעת למידת ההכבדה שצו כינוס נכסים יסב לבית-המשפט העמוס בעבודה שיפוטית ולמידת ההתערבות הנדרשת מטעם בית-המשפט לאכיפת פסקי-הדין על-ידי כונס הנכסים שמונה (ההדגשות אינן במקור).

במקרה הנדון הורה בית-המשפט המחוזי על מינוי בא-כוח הרוכש ככונס נכסים על המשק נשוא הסכם המכר, על-מנת שהאחרון ימכור את המשק וישלם מתוך תקבולי המכירה את הסכומים שנפסקו בפסקי-הדין לטובת הרוכש. ההחלטה על מינוי כונס הנכסים ניתנה על-סמך בקשת הרוכש שהופיעה לראשונה בסיכומים שהוגשו מטעמו לבית-המשפט; הרוכש אף לא פרט אילו הם הטעמים המונעים אותו מלעשות שימוש בהליכי ההוצאה לפועל הרגילים, העומדים לרשותו לשם אכיפת החיובים שהוטלו על המוכר בפסקי-הדין, ושיש בהם להצדיק מינוי כונס

בעקבות זאת הגישו הרוכש ובתו תביעה לבית-המשפט המחוזי, נגד המוכר, בה תבעו את השבת סך \$50,000 ששולם כתשלום ראשון, ופיצויים בסך \$250,000 בגין הנזק שנגרם להם עקב עליית ערך המשק וכן, פיצויים בגין עוגמת-נפש.

בית-המשפט המחוזי קבע כי המוכר פעל בחוסר תום-לב וניהל משא-ומתן עם אחר בסמוך לכריתת ההסכם עם הרוכש במטרה למכור את המשק למרבה במחיר, בהתעלמו מההסכם שנכרת עם הרוכש.

עם זאת קבע, כי לא ניתן לקבוע שהמוכר הוא שסיכל קבלת הרוכש או בתו כחברים באגודה, ועל-כן התקיים התנאי המפסיק והחוזה בא אל קיצו, לכן המוכר ישיב לרוכש את סך \$50,000 ששולם לו לפי האמור בהסכם וכן חייבו בתשלום פיצויים בסך \$50,000 על עוגמת-הנפש שגרם לרוכש.

על כך הוגש ערעור המוכר כשסלע המחלוקת שחצץ בין הצדדים נסב על שאלת מינוי בא-כוח הרוכש ככונס נכסים למכירת המשק ולביצוע החיובים הכספיים שהוטלו על המוכר בפסקי-הדין.

לטענת המוכר, לא היה מקום למנות כונס נכסים מבלי שעמדה בקשה כזו לפני בית-המשפט ומבלי שהצדדים השמיעו דברם בעניין זה, מה עוד שקיימים הליכי אכיפה רגילים בהליכי הוצאה לפועל לגביית סכומים שנתחייב בתשלומם בפסקי-הדין. המוכר מודה כי יהא עליו, ככל הנראה, למכור את משקו על-מנת לקיים את החיובים שהוטלו עליו בפסקי-הדין, אולם לדידו, ביצוע המכירה על-ידי כונס נכסים דווקא, תסב לו נזק כבד, בעוד אשר ניתן להגן על האינטרסים של הרוכש בהליכי הוצאה לפועל.

הרוכש טען, כי נוכח חוסר יכולתו הכלכלית של המוכר ולאור נסיבות קודמים למכירת המשק, עולה כי האפשרות היחידה לביצוע פסקי-הדין היא על-ידי מכירת המשק.

כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן קבעה כי:

"בשלב שלאחר מתן פסקי-הדין, כאשר זכויות וחובות הצדדים התלבנו והתבררו, אין עוד צורך בשימור מצב דברים קיים, ותחת זאת, מטרתו של מינוי כונס נכסים היא לאכוף את פסקי-הדין שניתן. הסמכות למנות כונס נכסים בשלב זה, מצויה, הן בידי בית-המשפט (תקנה 388א(1) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984) והן בידי ראש ההוצאה לפועל (סעיף 53 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967), כאשר השימוש בסמכות זו נועד לאכיפת פסקי-הדין על החייב.

מינוי כונס נכסים על-ידי בית-המשפט לאחר מתן פסקי-הדין משמש חלופה לאכיפת פסקי-הדין בהליכי ההוצאה לפועל (ראו ש' לוי, תורת הפרוצדורה האזרחית (תשנ"ט), 155-156, ה"ש 32) ונהוג לכנותה כהוצאה לפועל מן היושר (Equitable Execution להבדיל מ- Execution at Law), על שום ששורשיו של הליך זה בדיני היושר (Equity האנגליים). הליך זה נועד לסייע בידי אדם, שספק אם יצליח לממש את זכותו הפסוקה כלפי החייב באמצעות הליכי האכיפה הרגילים של המשפט

למינוי כונס נכסים על נכסיו של המבקש, לצורך ביצועו של פסק-הדין. בית-המשפט נענה לבקשה, ובהסתמכו על תקנה 388 לתקנות סדר הדין האזרחי מינה כונס נכסים על כלל נכסי החייב.

בהחלטתו הורה בית-המשפט לכונס לבצע את הפעולות הדרושות לשם איתור כלל נכסי החייב וכינוסם, אולם קבע כי מימוש הנכסים יהיה כפוף לאישורו.

על החלטה זו הוגשה הבקשה הנדונה.

כב' השופט א' גרוניס דחה את הבקשה לביטול מינוי הכונס וקבע כי:

"חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967 (להלן: חוק ההוצאה לפועל), מונה שורה של אמצעים, אותם יכול נושה לנקוט לשם ביצועו של פסק-דין. בין היתר מוסמך ראש ההוצאה לפועל למנות כונס נכסים על נכס מסויים של החייב (סעיף 53(א) לחוק ההוצאה לפועל). דרך המלך לביצועו של פסק-דין הינה נקיטת הליכים באמצעות מערכת ההוצאה לפועל. עם זאת, קיימים מקרים יוצאי-דופן אשר לגביהם אין די באמצעים הקבועים בחוק ההוצאה לפועל כדי להביא לביצועו של פסק-הדין. באותם מקרים חריגים ונדירים, ישקול בית-המשפט למנות כונס נכסים על נכסיו של החייב מכוח תקנה 388(א)(1) לתקנות.

תפקידו של כונס נכסים אשר ממונה על-ידי בית-המשפט לאחר מתן פסק-דין הינו לפעול לביצוע פסק-הדין, ובכך לשמש חלופה להליכי ההוצאה לפועל הרגילים. חלופה זו מכונה הוצאה לפועל מן היושר (ראו ע"א 447/92 רוט נ' אינטרקונטיננטל קרדיט קורפוריישן, פ"ד מט(2) 102 (להלן: פרשת רוט) וכן ע"א 4111/97 שם טוב נ' מורטזה, פ"ד נג(2) 616 (להלן: פרשת שם טוב); עוד ראו רע"א 7/89 רותם חברה לביטוח בע"מ נ' חברת נשר סוכנות לביטוח בע"מ, פ"ד מב(4) 683). יצויין, כי בניגוד לראש ההוצאה לפועל, אשר מוסמך כאמור למנות כונס נכסים אך על נכס מסויים של החייב, רשאי בית-המשפט למנות כונס נכסים על כלל נכסי החייב.

בבקשתו טוען המבקש כי לא היה מקום למנות כונס נכסים על כלל נכסיו טרם מתן פסק-הדין בערעור. לשיטתו, מתן סעד של מינוי כונס נכסים לשם הוצאה לפועל מן היושר של פסק-דין שאיננו חלוט, עלול לסכל כלל שהוא טוען לקיומו, לפיו לא ניתן לנקוט הליכי פשיטת רגל נגד אדם אלא על בסיס פסק-דין חלוט. על-כן, כך לדבריו, אין להעניק את הסעד האמור אלא על בסיס פסק-דין חלוט אשר אינו נתון עוד לערעור...

אכן, הכלל הוא כי הגשת ערעור אינה מעכבת את ביצוע ההחלטה אשר עליה מערערים (תקנה 466 לתקנות). כוחו

נכסים על-ידי בית-המשפט, חרף היותו מסלול שיווי. על-כן התקבל ערעורו של המוכר, באופן שהתיק יוחזר לבית-המשפט המחוזי שיתן החלטתו בעניין מינוי הכונס מטעם בית-המשפט.

כאמור, מבחינה הפסיקה בין כונס שמונה על-פי חוק הוצאה לפועל, שמינויו על-ידי ראש ההוצאה לפועל ולשם מימוש נכס ספציפי אחד, לעומת מינוי כונס לביצוע פסק-דין על-פי תקנות סדר הדין האזרחי, שנעשה על-ידי בית-המשפט, ויכול לכלול את כלל נכסי החייב.

על-אף הבחנה זו, בית-המשפט מעדיף כי בדרך השגרה יוצא פסק-הדין לפועל על-ידי מנגנון ההוצאה לפועל, אולם יחרוג מהכלל וימנה כונס נכסים קבוע על-פי הסמכות הנתונה לו בתקנה 388, כאשר מדובר על מקרה חריג ויוצאי-דופן, בו שיקולי הצדק והנחיות גוברים ומכתיבים פיתרון כזה.

כך למשל נקבע ב"ת"א 2244/81¹⁴⁶ (פרשת פלאטו שרון) כי ביצוע פסק-הדין (תשלום 40 מיליון ש"ח לתובעים), הוא מסובך ורב היקף, קיימות בו מחלוקות על הבעלות בנכסים ועשויות להתעורר מחלוקות בדבר זכויות אחרות בנכסים. מדובר על נכסים שהם בעלי שווי רב ומימושם יהא מסובך. ועל-כן המקרה דנן הוא מקרה חריג, בו יהא זה צודק ונוח לבצע את פסק-הדין במסגרת כינוס נכסים בפיקוח בית-המשפט, כהמשך טבעי לכינוס הנכסים הזמני המתנהל שנים רבות.

גם ברע"א 5222/04¹⁴⁷ נקבע על-ידי כב' השופט א' גרוניס כי מינוי הכונס לא יבוטל, על-אף האלטרנטיבה הקיימת בלשכת ההוצאה לפועל, בשל נסיבותיו המיוחדות של המקרה.

במקרה זה הגיש המפרק של ס. דנהיל תעשיות כלליות בישראל בע"מ (בפירוק) (להלן: החברה). במסגרת הליך הפירוק, בקשה לחייב את המבקש באופן אישי בכל חובות החברה.

המבקש מתגורר דרך קבע בחו"ל וכנראה שמרבית נכסיו נמצאים מחוץ לישראל.

בהסתמכו על הוראות סעיפים 373 ו-374 לפקודת החברות, קיבל בית-המשפט את בקשת המפרק והמבקש חוייב לשלם לקופת הפירוק סך של 112,560,000 מיליון דולר (להלן: פסק-הדין).

המבקש ערער על פסק-הדין לבית-משפט זה, וערעורו תלוי ועומד. בית-המשפט המחוזי דחה את הבקשה לעכב את ביצוע פסק-הדין, אולם קבע כי הכספים אשר ייגבו מן המבקש לא יועברו לנושים עד למתן פסק-הדין בערעור.

המפרק מצידו הגיש לבית-המשפט של הפירוק בקשה

146. ת"א 2244/81 קומפני פריזיין דה פרטיסיפסיון נ' שמואל פלאטו שרון ואח', פ"ד נב(1) 163, 171-163.

147. רע"א 5222/04 ד"ר דוד פישר נ' רואה-חשבון צבי יוכמן ואח', תק"על 2004(3) 3319.

בית דירות וחנויות, אשר חלק ממנו יעבור בתמורה לבעלות המשיבה. בהסכם נקבע כי כל סכסוך יוכרע על-ידי בורר מוסכם.

עם פרוץ הסכסוך, הגישו המערערים תובענה לבית המשפט שעניינה צו המורה למשיבה להימנע מלהעביר את הדירות שנבנו לידיה או לידי קוני הדירות, עד לקיום התחייבויותיה כלפי המערערים.

הסכסוך הועבר לבורר, והמערערים הגישו כנגד המשיבה תביעה כי הם רימתה את המערערים בכך שמכרה את גג הבית, שאמור היה להיות חלק מהרכוש המשותף בנוסף טענו לליקויי בניה ועתרו למתן צו האוסר דיספוזיציה במקרקעין עד לביצוע פסק הבורר.

המשיבה אף היא הגישה תביעה שכנגד בה עתרה לחייב את המערערים בפיצויים ובתשלום מס שבח וחלקם היחסי בהוצאות חיבור החשמל לדירותיהם, וכן כי יחוייבו המערערים "לחתום על יפוי-כוח בלתי-חוזר המסמיך את עורכי-הדין שמונו כבוררים לבצע את כל הפעולות הנחוצות להעברת הבעלות בנכסי התובעת על-שמה. לרשום את הבניין כבית משותף, ולבטל רישום הערות אזהרה שנרשמו לזכות הנתבעים על הדירות, ולחילופין למנות את הנ"ל ככונסי נכסים לצורך האמור לעיל".

הבורר קבע כיצד יירשמו חלקי בניין שונים שהיו במחלוקת בפנקס הבתים המשותפים וחייב את המשיבה לשלם למערערים תוך 30 יום פיצויים בסכום שקבע, בתנאי שבעלי הקרקע יחתמו על כל הטפסים והבקשות לצורך הרישום בלשכת רישום המקרקעין בהתאם להוראותיו של פסק הבורר.

פסק הבוררות אושר, אולם כיוון שהמשיבה לא קיימה את המוטל עליה, הוגשה תביעה נוספת לבורר, בגין אי-מילוי פסק הבוררות. המשיבה מצידה סירבה להתייצב לדיון שנקבע בתביעה בטענה שפסק הבוררות יצר מעשה בית-דין ולא ניתן לתבוע אצל הבורר בגין עילות נוספות הקשורות לסכסוך.

המשיבה פנתה לבית-המשפט בבקשה לצוות על המערערים למלא את חלקם בחוזה ולהעביר על-שמם את הדירות, ולחילופין למנות כונסי נכסים על חלקי הבעלות של המערערים.

בית-המשפט לא קיבל את דעת המערערים כי יש לפנות לבורר לשם הכרעה במחלוקת זו וקבע כי עצם הרישום לא היה שנוי במחלוקת, ורק אילו חלקים ירשמו היו במחלוקת ובהם הכריע הבורר.

לשם הרישום הבית כמשותף ורישום הדירות על-שם רוכשיהן, מונה כונס נכסים, ועל כך הוגש ערעורם של המערערים.

כב' השופט א' גולדברג קיבל את הערעור וביטל את

של כלל זה יפה הן ביחס לדרך הביצוע הראשית - היא מערכת ההוצאה לפועל - והן ביחס לדרך הביצוע השנייה, היא ההוצאה לפועל מן היושר. במילים אחרות, אין מניעה עקרונית כי בית-המשפט ימנה כונס נכסים לשם הוצאה לפועל מן היושר של פסק-דין, שערעור עליו תלוי ועומד. עם זאת, היותו של פסק-הדין נתון לערעור מהווה שיקול חשוב בין יתר השיקולים אותם על בית-המשפט להביא בחשבון במסגרת החלטתו בעניין מינוי כונס נכסים כאמור (לעניין שיקולים אלה ראו פרשת שם טוב, עמ' 624)...

המקרה שלפנינו, על נסיבותיו הייחודיות, הינו אחד מאותם מקרים חריגים ויוצאי-דופן בהם אכן ראוי כי בית-המשפט ימנה כונס נכסים על כלל נכסיו של המבקש שלא בגדר הליכי פשיטת רגל (בהקשר זה ראו גם, ע"א 689/74 בשמת, חברה להשקעות ופיננסים בע"מ נ' עיריית אילת, פ"ד כט(2) 281). הסכום אותו חייב המבקש על-פי פסק-הדין הינו סכום גבוה ביותר, אשר יקשה לגבותו באמצעות מערכת ההוצאה לפועל (ראו פרשת רוט, עמ' 117). כמו-כן, מרבית נכסיו של המבקש מצויים מחוץ לגבולותיה של המדינה, ויש צורך לאתרם. אף המבקש עצמו אינו מתגורר בישראל דרך קבע. דומה כי במקרה כגון דא, לא ניתן יהיה לגבות את הסכום הפסוק באמצעות נקיטת הליכי ההוצאה לפועל הרגילים. לנימוקים האמורים מתווספת העובדה, כי בשלב זה הורה בית-משפט קמא לכונס לפעול לאיתור נכסי החייב ולכינוסם בלבד, תוך שקבע באופן מפורש כי מימוש הנכסים כפוף לאישורו. זאת ועוד, בהחלטתו בדבר דחיית הבקשה לעיכוב ביצועו של פסק-הדין קבע בית-המשפט המחוזי, כי הכספים אשר ייגבו מן המבקש לא יועברו לנושים עד להכרעה בערעור. בשתי הקביעות הנזכרות יש כדי להקטין באופן ממשי את הפגיעה במבקש ואת החשש שמא לא ניתן יהיה להשיב את המצב לקדמותו היה ויזכה בערעורו.

יצוין כי בית-המשפט לא יתערב על-ידי מינוי הכונס אם קיימות סמכויות אחרות יעילות, אם הדבר אינו נחוץ, כך, ראינו לעיל, כי הדרך העדיפה ליישום פסק-דין תהיה על-ידי לשכת ההוצאה לפועל, ורק במקרים חריגים ימנה בית-המשפט כונס נכסים מטעמו לביצוע פסק-דין, וכך גם לא ימנה בית-המשפט כונס נכסים בניגוד להחלטתו של בורר, שאליו הופנו הצדדים למטרת יישוב הסכסוך.

ע"א 51/86¹⁴⁸ הוא דוגמה למקרה בו ביטל בית-משפט העליון את מינויו של כונס נכסים שמונה על-ידי בית-המשפט (בערכאה קודמת).

במקרה זה, המערערים הינם בעלי מגרש אשר עשו עסקת קומבינציה עם המשיבה, שהיא חברה קבלנית לבניין. על-פי ההסכם היה על המשיבה לבנות על חלק מהמגרש

148. ע"א 51/86 מאיר בן דיין ואח' נ' גינוסר כהן, פ"ד מב(1) 773, 778-779.

מינוי הכונס, בעניין זה קבע כי:

"מינוי כונס נכסים על-ידי בית-המשפט, היה חרף החלטת הבורר לדחות את בקשת המשיבה להסמיך עורך-דין לפעול בשם המערערים לרישום הבית המשותף והעברת הדירות, או למנות כונס נכסים לשם כך. דעתי היא, על-כן, כי יש לקבל את הערעור, לבטל את פסק-דינו של בית-המשפט קמא ולמחוק את תביעת המשיבה."

ב-רע"א 166/05¹⁴⁹ נדחתה בקשה למנות כונס נכסים לביצוע של פסק-דין שאינו אופרטיבי.

במקרה הנדון הוגשה בקשה למנות כונס נכסים לביצוע של פסק-דין, אולם, כפי שקבע כב' השופט גרוניס:

"עיון בפסק-הדין מלמד כי כל שנקבע שם הוא שהחברה גזית קונסוליום השקעות ופיתוח בע"מ הפרה הסכם מסויים, כאשר מסרה דירה הלוקה בחריגות בניה. בית-משפט קמא לא נתן כל סעד אופרטיבי... ברי, כי בנסיבות העניין ומשנמנע בית-המשפט מליתן סעד אופרטיבי, אין מקום למינויו של כונס נכסים בהליך נפרד."

משכך נדחתה הבקשה.

ע"א 846/75¹⁵⁰ דן בשאלה האם ניתן לבקש מינוי כונס נכסים כסעד יחיד.

במקרה הנדון המדובר בערעור על מינוי כונס נכסים קבוע על נכסי המערערים באתר בניה שבו עסקו בבניית בית דירות, על-מנת להשלים את בניית הבית במקומם ולמסור את הדירות לרוכשיהן.

לאחר שלא הושלמה בניית הדירות, והתבקשו סכומים נוספים על המוסכם בחוזה להשלמת הבניה, פנו המשיבים בבקשה לבית-המשפט המחוזי בה ביקשו למנות כונס נכסים לכל רכושם של המערערים ולהעניק לו את כל הסמכויות שבידי בעלי הרכוש, לרבות הסמכות לנהל המשך והשלמת בניית הבית הנדון. יחד עם זאת ביקשו המשיבים למנות כונס נכסים זמני, והוא נתמנה על רכוש המערערים שבאתר הבניה של הבית.

בית-המשפט אישר את המינוי הזמני של כונס הנכסים כמינוי של קבע. על כונס הנכסים הוטל "לדאוג להשלמת הבניה של הבית המשותף האמור כדי לאפשר מסירת הדירות שבו לרוכשיהן בהתאם לתנאי התקשרויותיהם, ולמסור דירות אלה לרוכשיהן כנגד תשלום כל חובותיהם בגין דירות אלה".

כלפי מינוי זה הופנה הערעור ובין טענותיהם של המערערים נדונה טענתם כי אין להשתית תובענה על מינוי כונס נכסים כסעד יחיד ועיקרי, ולא כסעד ביניים.

כב' השופט ברנזון דחה את הערעור בציינו כי החלטת המחוזי הינה פריצת דרך חשובה ומועילה לאכיפת חוזה בניה, כשהם מופרים על-ידי קבלני בניין באי-השלמת

הבניה ואי-מסירת הדירות לקונים במועדן.

לגבי השאלה האם כונס נכסים יכול להתבקש כסעד יחיד קבע כב' השופט ברנזון כי אמנם מקובל שבתובענה למימוש זכויות מתבקש בית-המשפט למנות כונס נכסים כאמצעי עזר.

על-אף הלשון הברורה של החוק "צודק ונוח", שאינה מגבילה את שיקול-דעתו של בית-המשפט שררה הדעה, כי בית-המשפט ישתמש בסמכותו למנות מקבל נכסים רק בשלושה מקרים - לשמור על רכוש בזמן שתלוי הסכסוך, לשמור על רכוש בסכנה ולשם ביצוע פסק-דין. אולם:

"בא פסק-הדין האחרון ב-ע"א 689/74, וקבע מפי השופט עציוני כי לגבי סוגי המקרים שבהם יהיה "צודק ונוח" למנות כונס נכסים, "יש להשאיר מרחב סביר לשיקול-דעתו של השופט, בהתחשב בהתפתחות הצורות המשפטיות של עסקי המסחר והכלכלה, והיקפן העצום. אף כי דברים אלה נאמרו בקשר למינוי כונס נכסים על-פי תקנות סדר הדין האזרחי כאמצעי עזר למימוש זכויות, חושבני כי הרעיון הטמון בהם יכול להועיל גם למקרה כמו זה שלפנינו בדבר תובענה למינוי כונס נכסים כאמצעי ראשי למימוש זכויות בנכס."

במסקנתו הנ"ל, הסתמך השופט עציוני, בין השאר, על מה שנאמר בפסק-הדין מתקופת המנדט ב-ע"א 88/39, ושהוא ראה בו "הביטוי הטוב ביותר למצב המשפטי בקשר למינוי כונס נכסים"; Ali el Mustakim v. Palestine Bank, Ltd. ; (1939) 6 P.L.R. 470 ; (1939) 6 Ct.L.R. 129 ; Ashrai (S.C.J. 408 ; (1939) 6 Ct.L.R. 129

מטרת מינוי מקבל נכסים היא הבטחת רכוש לזכותם של הזכאים לו. מקבל נכסים ימונה בדרך-כלל: כדי לאפשר לאנשים המחזיקים זכויות ברכוש ליהנות מזכויות אלה, ובהמשך באה אמירה מאד חשובה:

"צו יכול להינתן גם כאשר המינוי הכרחי כדי לאפשר למבקש להשיג את זכויותיו."

ולבסוף באות מילות הוזהרות והאזהרה הרגילות:

"מינוי מקבל נכסים הינו תרופה שביושר. כתרופה שביושר לבית-המשפט או לשופט שיקול-דעת מלא באשר לנתינתה או לאי-נתינתה. שיקול-דעת זה אין להשתמש בו אלא בזהירות ותוך ראיית כל הנסיבות החשובות לעניין..."

גם דברים אלה נאמרו בקשר למינוי כונס נכסים זמני, אבל אינני רואה מדוע לא יחולו גם על מקרה כמו זה שלפנינו, שהעיקר בו - שהמשיבים מבקשים לממש את זכויותיהם בדירות שרכשו, ובלי מינוי אדם מטעם בית-המשפט, אשר ישלים את בנייתן, אינם יכולים ליהנות מהן."

149. רע"א 166/05 דן כוכבי עורך-דין, כונס הנכסים היוצא של גזית קונסוליום ההשקעות ופיתוח בע"מ נ' עורך-דין בראון עופר, ניב ריבה - כונסי הנכסים של גזית קונסוליום ההשקעות ופיתוח בע"מ ואח', תק-על 32005 (3) 196.

150. ע"א 846/75 עוניסין ואח' נ' אלכסנדר דויטש, פ"ד (2) 398.

מינוי הכונס

על-אף, שיש לסייג ולציין כי במקרה הנדון ניתן הסעד כשלא היה מדובר בתובענה כספית רגילה ואפשרויות ההגנה על התובעים על-ידי הסעדים הזמניים האחרים הקיימים לא היו רלוונטיות.

את הכונס ניתן למנות על כל רכוש, קרי גם על זכויות שונות.

הרכוש עליו מונה כונס הנכסים צריך להיות זה השנוי במחלוקת, על-אף שכאמור, בבית-המשפט מונה כונס נכסים גם על רכוש שלתובעים לא היה כל זכות בו¹⁵². צו הכינוס יכול שינתן על כלל נכסי החייב¹⁵³, אולם הדבר תלוי במפורט בכתב המינוי והמאשר על-ידי בית-המשפט.

תקנה 390 לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת את חובת הפרסום עם מינוי הכונס:

"ניתן צו למינוי כונס נכסים, יורה בית-המשפט או הרשם לפרסם ברשומות או בעתון יומי את שם האדם שנגדו ניתן הצו, מקום עסקו או מענו הרשום, שמו ומענו של כונס הנכסים שנתמנה וכן מקום מושבו של בית-המשפט ומספר התיק; בית-המשפט או הרשם רשאי שלא להורות על הפרסום מטעמים מיוחדים שיירשמו."

את הבקשה למינוי הכונס יש להגיש בכתב, ובית-המשפט ימנהו אם ייראה לו "צודק ונוח" לעשות כך.

על-פי לשון התקנה, שיקול-הדעת שניתן לבית-המשפט במינוי הכונס הוא רחב ביותר, ואכן בפסיקה קיימים מגוון רחב של מקרים שבית-המשפט מצא כי "צודק ונוח" להכלילם במקרים בהם יש למנות כונס נכסים.

על-פי הדין בעבר ועל-פי רוב כיום, מינוי כונס נכסים יאושר:

א. כאשר זכות בעלי הנכס, בנכס, מוגבלת ויש חשש וסכנה להשמדת הרכוש או קלקולו.

ב. לשמור על הרכוש מפני שינוי, כל עוד המקרה תלוי ועומד בבית-המשפט.

ג. לאפשר לתובע לקבל את מבוקשו, כאשר ניתן כבר פסק-דין, במקרה זה המדובר ב-"הוצאה לפועל מן היושר".

כאמור, הרחבת קשת המקרים בהם ניתן למנות כונס נכסים התאפשרה כאשר קבע בית-המשפט¹⁵¹ כי:

"יש להשאיר מרחב סביר לשיקול-דעתו של השופט בהתחשב בהתפתחות הצורות המשפטיות של עסקי המסחר והכלכלה, בהיקפן העצום ובריבוי צורות עקיפת החוק בעבירות כלכליות..."

סמכויות הכונס על-פי תקנות סדר הדין האזרחי

המשפטית והאפוטרופסות. דוגמה מובהקת לכך שסמכותו של הכונס תלויה בהגדרת צו המינוי המפורשת היא הפרשה הנדונה ב-ע"א 92/1694¹⁵⁴ (פרשת אול שירותים).

במקרה הנדון, המערערים, בנייהוזג מושיץ, מחזיקים ב-51 אחוז ממניותיה של חברת אול שירותים, שעסקה במכירה, הפעלה ושיפוץ של מכונות אוטומטיות למכירת משקאות קלים. חברת אול מכרה, באמצעות גבריאלי מושיץ, נכסים לחברת המרווה.

בעת מכירת הנכסים החזיקו גם בנייהוזג ורדי במניות חברת אול. אולם לאחר זמן הודח ורדי מתפקידו וזכויות

סמכויות הכונס מוגדרות על-פי צו המינוי ובמסגרת מתן ההוראות, בפיקוחו המהותי של בית-המשפט, בדרך-כלל צוי מינוי לכונסי נכסים יינתנו למטרות הבאות:

א. כסעד זמני - איתור תפיסה ושמירה על הנכס (אך לא מכירה).

ב. סמכות ניהול, תשלום ביטוח הוצאות העסקת עובדים.

ג. אישור מכירה כולל את הסמכויות הנלוות לו כגון רישום הערה.

ד. אישור להגיש תביעה ולחתום על מסמכים אך לא לשלול סמכותו או כושרו של אדם לבצע פעולה מסוימת, אלא יוגבלו על-ידי חוק או פסק-דין על-פי חוק הכשרות

151. ע"א 689/74 בשמת חברה להשקעות נ' עיריית אילת, פ"ד כט(2) 281.

152. המ' (נצ') 1063/96 עלי מחמוד חסן נ' חסן מחמוד חסן, תק"מח (1)98 3882.

153. ת"א (ת"א) 2244/81 קומפני פריזין נגד שמואל פלאטו שרון, פ"ד נב(1) 163.

154. ע"א 92/1694 חברת אול שירותים נ' גבריאלי מושיץ ו-אח', פ"ד מט(2) 397.

המשפטיים היא לשמור על הרכוש נושא המחלוקת עד שיתבררו זכויות הצדדים, לדברי בית-משפט קמא, חובת תשלום ההוצאות השוטפות אינה מנותקת מתפקידו לכנס נכסי החברה אלא היא נגזרת מסמכויות הכינוס של חברה פעילה, וחייב זה לעצמו מורה כי לא מדובר בתפיסת כסף אלא בסמכות ניהול.

על יסוד פרשנות זו קבע בית-המשפט קמא כי בני-הזוג מושיץ לא היו רשאים למכור את נכסי החברה, ועל-כן, עליהם להשיב לחברה אול את שווי הנכסים ולהשיב את המצב לקדמותו.

את חבותה של חברת המרווה לשלם לחברה אול את שווי הנכסים שקנתה, ביסס בית-המשפט קמא על שני טעמים, הראשון כי חברת מרווה רכשה את נכסי החברה ללא ידיעת הכונס ואישורו ועל-כן רכישתה ניתנת לביטול, והשני המחיר הבלתי-סביר ששולם לאול שירותים מעיד על חוסר תום-לב בביצוע העסקה.

ערעור על החלטה זו הוגש הן על-ידי חברת מרווה והן על-ידי מושיץ, לטענתם טעות בית-משפט קמא טמונה בפרשנותו של צו הכינוס הראשון.

גדר הספק הוא האם צו זה הפקיע ממושיץ את כל סמכויות הניהול שהיו נתונות בידיו - לרבות הכוח לבצע פעולות משפטיות בשם החברה, או שמא הופקע ממנו רק הכוח לחייב את חשבונה של החברה?

בעניין זה קבע כב' השופט א' גולדברג:

"נקודת המוצא בקביעת היקף הנכסים עליהם משתרע צו כינוס נכסים זמני, הניתן במסגרת תקנות סדר הדין האזרחי, היא ש'בכל אופן אין מקום למתן צו גורף של מינוי כונס נכסים על כל רכושו של החייב ועל כל פעולותיו, צו הגובל, כאמור, בפשיטת רגל' (מתוך ע"א 689/74 הנ"ל, בעמ' 293). מכאן שאם מושא הסיכסוך הוא הזכויות בנכס מסויים או חוב כספי (למינוי כונס נכסים בתביעה לחוב כספי ראה ע"א 7/81 רותם חברה לביטוח בע"מ נ' חברת נשר לביטוח בע"מ ואח', פ"ד מב(4) 683, פרישת צו הכינוס על כלל נכסי הנתבע מהווה פגיעה העולה על הנדרש בזכות הקניין שלו.

אולם כאשר ניתן צו כינוס נכסים זמני לחברה קטנה יחסית (בה אין הפרדה ממשית בין הבעלות לשליטה) יש להוסיף על נקודת המוצא האמורה את שני השיקולים הבאים: מחד גיסא - כאשר הסיכסוך שבגידרו ניתן צו הכינוס אינו מוגבל לנכס מסויים אלא הוא מקרין על הניהול הכללי של החברה, יש שמתחייב סעד של הפקעת זכות הניהול ממנהלי החברה מכל נכסיה, וסעד זה אינו בהכרח סעד העולה על הנדרש. ואכן, לא נשמעה בענייננו טענה כי קיימת מניעה עיונית שצו כינוס נכסים הניתן במסגרת סכסוך בין שני בעלי מניות יתפרש על כלל נכסי החברה. נהפוך הוא: צו הכינוס השני, שאין עוררין שהוא חל על כלל נכסי החברה, ניתן בהסכמת כל הנוגעים בדבר. מאידך גיסא - במינוי כונס נכסים על כלל נכסי החברה מובנית פגיעה בחברה. שכן מינוי כונס נכסים - אף שמסגרתו הנורמטיבית היא תקנה 388 של תקנות סדר הדין האזרחי ולא פקודת החברות - נתפש בעיני הציבור

החתימה שלו בוטלו, ומאז לא היתה לו גישה לחברה. בחודש אפריל 1990 מונה עורך-דין הרצל אברהם כבורר בסכסוך בין מושיץ וורדי.

בשל הסכסוך, בית-משפט המחוזי נעתר לבקשת הזוג ורדי למנות את בא-כוחם של הזוג ורדי ככונס נכסים זמני לחברה אול.

תוקף המינוי היה עד לסיום עבודתו של הבורר, וסמכויות הכונס הוגדרו כסמכות להקפיא את חשבונות החברה בכל הבנקים ולהוצאות שוטפות.

לאחר מינוי הכונס, הגיע למושיץ מכתב, על פיו התבקש להמציא לכונס, בין השאר, את רשימת מיקום של כל המכונות האוטומטיות, דו"ח ספירת המלאי האחרונה שנעשתה, מפתחות המפעל, מערכות האזעקה והמכונות האוטומטיות, כלי העבודה ורשיונם וכן ספרי החשבונות.

בשל נוסח סמכות הכונס על-פי צו המינוי (הקפאת חשבונות הבנק של החברה והוצאות שוטפות), סרב מושיץ לבקשת הכונס.

ובאותו השבוע, מכר מושיץ לחברה המרווה את כל הנכסים שלא עוקלו לטובת ורדי, ביניהם 47 מכונות אוטומטיות למכירת משקאות, שני כלי רכב, מערכת מילוי גז קרור, שלוש יחידות קרור, וכן מחוברים שהיו במבנה תעשייה ששימש את חברת אול.

נוכת חוסר שיתוף הפעולה מצד מושיץ, פנה כונס הנכסים הזמני לבית-המשפט בבקשה להגדיל את היקף סמכויותיו. בית-המשפט המחוזי נעתר לבקשה, ובו ביום נתן צו נוסף למינוי כונס נכסים זמני, בו הוענקו לכונס הסמכויות הבאות:

1. לתפוס את כל רכוש החברה בלבד ובכלל זה ספרי החשבונות והתיקים למשמורתך ולנהלם כבעל הרכוש.
 2. לסלק כל אדם ובכלל זה עובדים ונותני שירותים מהחזקת הרכוש טיפול בו או משמרתו, ולמנות אחרים במקומם.
 3. להגיש תובענות וכתבי הגנה לשם מימוש רכוש החברה בלבד.
 4. לגבות דמי שכירות ורווחים מן הרכוש ולחתום על כל המסמכים הדרושים.
 5. לבטל זכויות חתימה, והוראות קבע לבנקים, כרטיסי משב וקרטיסי אשראי להקפיא את חשבונות החברה בבנקים, או למשוך כספים לצורך ניהול שוטף של עסקי החברה.
 6. לחקור את עסקי החברה על-ידי עיון במסמכים ודרישת הסברים מספקים עובדים ונותני שירותים.
- כונס הנכסים הזמני הגיש תובענה בשם חברת אול נגד מושיץ והמרווה, בבקשה להצהיר כי ההסכם ביניהם מבוטל, וכי יש להשיב לכונס את השליטה בכל הציוד והמכונות, או את שוויים וכן להשיב את הסכומים שהוצאו מהמכונות.
- בית-המשפט קמא דחה את טענתם של מושיץ לפיה צו הכינוס הראשון רק הפקיע מהם את זכות הניהול בחשבונות הבנק ולא בכל נכסי החברה. זאת מן הטעם כי, המטרה שלשמה ממנים כונס נכסים עד לתום ההליכים

ריבית חובה מאשר ממכירה בערך נמוך במקצת של המכונות.

אך בית-המשפט קבע כי כשל מושיץ בכך שמכר את נכסי החברה בכשליש מערכם. "סטיה כה משמעותית בין התמורה שנתקבלה לתמורה הראויה (בה גולמה השלכת הצורך המידי במזומנים) מצביעה לכאורה על הפרת חובת הזהירות" משכך חוייב בהשבת חלק מסכום התביעה לאחר שקוּוּז הסכום שהפקיד בבנק כתוצאה מהמכירה, ועמד במילא לרשות הכונס.

תקנה 391 לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת את חובותיו של כונס הנכסים, על פיה:

"כונס נכסים שנתמנה כאמור -

(1) יתן כל ערובה שתיראה לבית-המשפט או לרשם להבטחת אחריותו לנכסים שהוא ממונה עליהם ולכל אשר יגיע לידו בקשר לנכסים; הערובה תהא בכתב ערבות ערוך לפי טופס 46;

(2) יגיש את חשבונותיו בפרקי זמן ובצורה שיוורה עליהם בית-המשפט או הרשם;

(3) ישלם את הסכום המגיע ממנו ככל שיוורה בית-המשפט או הרשם;

(4) יהא אחראי לכל הפסד שגרם לרכוש מתוך זדון או רשלנות."

תקנה 392 לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת כי: "כונס נכסים שלא הגיש חשבונותיו או לא שילם את הסכום המגיע ממנו, או שגרם הפסד לרכוש מתוך זדון או רשלנות, רשאי בית-המשפט להורות על עיקול נכסיו, למכרם ולהשתמש בדמי המכר לסילוק כל סכום המגיע מכונס הנכסים או לכיסוי כל הפסד שגרם ואת היתרה ישלם לכונס הנכסים."

הכונס אחראי רק לגבי פעולות שלא ביצע על-פי כתב המינוי או שביצע מעבר, אך אין לו כלל זהות עם אחד מהצדדים שביקשו ת מינויו לתפקיד. ישנה הפרדה ברורה בין תפקידו ככונס נכסים לבין מי שהוא בעלים של הנכס.

ב-ע"א (ת"א) 1584/97¹⁵⁵ נאמר:

"אין כונס הנכסים רשאי לעשות בנכסים אשר הופקדו בידיו על-ידי בית-המשפט, ככל העולה על רוחו, אלא חייב הוא בכל מקרה, לפנות לבית-המשפט למתן הוראות, על-מנת שבית-המשפט ישקול בעניין ויתן הוראותיו... עצם מינויו של כונס נכסים מעמיד אותו תחת פיקוחו והדרכתו של בית-המשפט... מכאן שאין לכונס נכסים כל שיקול-דעת עצמאי להחליט מה יעשה בנכסים אשר נתפסו על ידו על-פי צו בית-המשפט."

כאות למצוקה בה נתונה החברה, אשר עלול להקשות על המשך פעילותה. על-פי הלך מחשבה זה מינוי כונס נכסים על כלל נכסי החברה צריך להיות צעד אחרון, שיש לתתו רק לאחר שהובאה ראיה לכך שפרישת צו הכינוס רק על חלק מנכסיה יהא בלתי-יעיל בנסיבות העניין.

לפיכך, משלא הובאה כל ראיה - אף לא בתצהיר שתמך בבקשה למינוי כונס נכסים זמני לחברה - לכך שהתקיימו נסיבות שחייבו מינוי כונס נכסים זמני לכלל נכסי החברה כצעד ראשון, נותרת ההנחה שהצו הראשון לא השתרע על כלל נכסיה.

הנחה זו עולה בקנה אחד עם נוסחו של הצו, שיש לקרוא כפשוטו... מכאן, שאיני רואה לקבל את פרשנותה של השופטת המלומדת...

בין היקף הסמכויות שהוקנו לכונס הנכסים הזמני לבין היקף הסמכויות שהופקעו ממנהל החברה צריכה להתקיים זיקת גומלין. דהיינו, שרק מה שמופקע ממנהל החברה מוקנה לכונס הנכסים הזמני. שאם לא נאמר כן כי אז עלול להווצר חלל בסמכות הניהול של החברה שיפגע בתיפקודה. כיוון שבצו הראשון הוקנה לכונס הנכסים רק הכוח למנוע את הגדלת היקף התחייבויותיה של החברה כלפי הבנק (למעט הוצאות שוטפות), נשללת מניה וביה האפשרות לטעון שהופקעו ממושיץ כל סמכויות הניהול...

אכן, פועל יוצא מפרשנותו הוא, שבידי מושיץ נותר הכוח להתחייב בשם החברה כלפי צדדים שלישיים, למעט התחייבויות שבעקבותיהן תשלום כספים. אולם מבנה זה, בו משמש כונס הנכסים הזמני ככוח בולם - ולא ככוח מניע - לפעילות החברה, אף שהוא חריג, אינו משולל הגיון פנימי. וכבר עמדנו על כך כי כצעד ראשון עדיפה הקניית סמכות פיקוח עקיפה לכונס על פני הקניית סמכות ניהול רחבה."

נוכח מסקנה זו, כי למושיץ היו הכוחות לבצע פעולות משפטיות בנכסי החברה לרבות מכירתם, נקבע כי אין מקום לסברה שביצוע העסקה היה טעון אישור הכונס, וכי היעדרו פוגע בזכות הקניין שרכשה המרווה. ועל-כן התקבל ערעורה של המרווה.

לגבי בניהוּג מושיץ נקבע כי על-אף שהיה בכוחו למכור את נכסי החברה, עדין הוא חב כלפי החברה חובת זהירות, אמנם לטענת מושיץ לא הפר את חובת הזהירות כמנהל החברה ופעל מתוך חובת האימון לחברה, כאשר ראה שהחברה נמצאת במצב של שיתוק. לדבריו, קרוב לוודאי שאם לא היה מכסה בכספי המכירה להמרווה מקצת מיתרת החובה בבנק, החברה היתה מפסידה יותר כסף בתשלומי

155. ע"א (ת"א) 1584/97 ייבגני סולוביי נ' נייט ליין בע"מ, תק"מח (1)99 3977.

ביטול מינוי כונס הנכסים

הדבר, הכונסים הכינו תוכניות כספיות אלו ואף השלימו את הבניה באתרים שונים וביניהם הבית נשוא הדיון. המערערים טוענים שהם בעלי חוזה לבניה ולקניה של דירת פנטהאוז באותו הבית שהושלם, כנגד טענתו של ועד הבית, משיב מס' 1, שטוען כי החוזים לקניית הדירות בבניין נתונים לו.

המשיב פנה לבית המשפט המחוזי בבקשה לתת לכונסים הוראות "להתעלם" מן החוזה אשר לו טוענים המערערים. ובית המשפט החליט כי על המערערים להוסיף סכומי כסף על-מנת לזכות בדירה אחרת שבאותו בית עד למועד מסוים, ואם המועד יעבור, "הרי ההוראה היא שהחוזה לגבי דירת הפנטהאוז הכונסים יתעלמו ממנו".

הערעור נסוב על השאלה, האם ניתן במסגרת כינוס נכסים על-פי תקנות סדר הדין האזרחי, להצהיר על חוזה שהוא בטל.

המשיב טוען כי ההוראה אינה לבטל חוזה קיים כי אם להתעלם ממנו, במסגרת הוראות לכונסים.

טענה זו נדחתה, באשר אין הבדל בין התעלמות מחוזה לבין ביטולו.

כב' השופט ח' כהן קיבל את הערעור וקבע כי לא ניתן לתת לכונסים הוראה להתעלם מחוזה, אף אם אינו סביר הרי בעל נכס יכול למכור את נכסו בחצי המחיר ואף לתיתו במתנה, ורק דיני הפירוק או פשיטת הרגל יקבעו האם לבטל חוזה מעין זה על-מנת להגן על הנושים.

"אמת נכון הדבר שיש ובית-משפט מורה לכונס נכסים "להתעלם" מחוזה; במה דברים אמורים, אך ורק בכונס נכסים שנתמנה על חברה מטעם בעלי אגרות חוב והופקד גם על ניהול עסקיה. כשהחוזה "מכביד" על החברה וביצועו גורם נזק לבעלי אגרות החוב הנושים - ואז המרת החוזה מצד החברה, על-ידי ההתעלמות ממנו מצד הכונס, עלולה לגרור חיוב החברה בפיצויים..."

לדבריו, אם לכונסים נראה כי החוזה אינו סביר ויש לבטלו, יכולים הם להגיש תובענה כנגד בעלי החוזה ולעתור להצהרת בטלותו.

כב' השופט כהן הרחיב בעניין סמכויות מינוי הכונס על-פי תקנות סדר הדין האזרחי, לדבריו, כונס נכסים המתמנה לפי תקנות סדר הדין האזרחי מתמנה לצורך שמירת הרכוש והעשיה ברכוש שהוא נשוא משפט פלוגי, והוא כונס את הנכס כמות שהוא בשעת מינויו, בכפוף להתחייבויות הקיימות לגביו מצד בעליהם.

ב-ע"א 548/76¹⁵⁶ נדונה סוגיית הסמכת כונס נכסים. בית המשפט העליון נדרש לשאלה, האם אין כל הגבלה על הסמכת הכונס, ואם כן מהי גבולה.

בית המשפט קבע כי גבול ההסמכה הוא הפגיעה בכללי הצדק הטבעי, וכשזו נעשתה, תבוטל הסמכתו זו של הכונס.

במקרה הנדון מינה בית המשפט המחוזי, בתוקף סמכותו לפי תקנה 264 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשכ"ג-1965 (היום סעיף 388 לתקנות סדר הדין האזרחי), את המשיבים לכונסי הנכס.

זאת משום שהמשיבים הגישו דין-וחשבון המראה שהחובות הרובצים על הנכס עולים על סכום של מיליון לירות, וביקשו הוראות למכור חמש דירות שבבניין ההוא שעבורן הוצעו להם מחירים אשר יהא בהם לפרוע את החובות.

לגבי שלוש מן הדירות הללו לא באה לפני השופט המלומד התנגדות למכירתן בידי המשיבים; ואילו לגבי שתיים מן הדירות התנגדו המערערים למכירתן בידי הכונסים, באשר כבר נמכרו על-ידי המערערים לקונים אחרים.

בית המשפט המחוזי הורה למכור את כל הדירות, כולל השתיים שכבר נמכרו, זאת משום שהדירות נמכרו לבניו של המערער, ובמחיר מוזל מערכה בשוק.

על כך הוגשה בקשת ערעור שניתנה לה הרשות, בשאלה אחת בלבד, והיא:

"אם הסמכת כונסי הנכסים למכור דירותיהם של אלפונסו ג'רבי וחיים ג'רבי אינה פגומה מחמת פגיעה בכללי הצדק הטבעי, כל עוד לא ניתנה הזדמנות לבעלי הדירות ההן להישמע."

כב' השופט חיים כהן קבע כי על בית המשפט היה לשמוע את בעלי הדירות ומשלא עשו כן, הסמכת הכונסים פוגעת בכללי הצדק הטבעי ועל-כן מבוטלת, לעניין שתי הדירות.

ע"א 593/76¹⁵⁷ עניינו הסמכויות הניתנות לכונסי נכסים המתמנים על-פי תקנות סדר הדין האזרחי.

במקרה הנדון, המשיבים נתמנו כונסי נכסים לפי תקנה 264 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשכ"ג-1965 (כיום תקנה 388 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984), על נכסיה של חברת מעונות מייטליס בע"מ, שהיא חברה של קבלני בניין.

תפקיד הכונסים על-פי צו המינוי היה, "להכין תוכניות כספיות ואחרות להשלמת הבניה בכל אתר ואתר שבו ניתן

156. ע"א 548/76 יהודה ג'רבי מפעלי בניה בע"מ ואח' נ' גר רוח, פ"ד לא(1) 25.

157. ע"א 593/76 שרה ויצחק איילון נ' ועד הבית מרחוב מורדי, פ"ד לא(1) 808.

בשל מחלוקת זו הדירות עמדו ריקות במשך שלוש שנים. המשיבים עתרו למתן צו למינוי כונס נכסים זמני, וקיבלו את מבוקשם.

על כך הוגש ערעור המבקשים.

כב' השופט ש' לויין קבע כי לדעתו:

"לא היה מקום למתן צו כינוס זמני שלטענת המשיבים מהווה 'תחליף' לצו הזמני למסירת החזקה... הבקשה הוגשה בשלב מאוחר ביותר, כשהראיות בתיק העיקרי כבר נמצאות בשלב מתקדם... מינוי כונס נכסים בשלב זה עשוי לסבך את בעלי הדין בסכסוכים חדשים הן לגבי מסירת הדירות ותאריכי התשלום והן לגבי התסבוכות העשויות לנבוע מההשכרה. מה טעם למנות כונס נכסים לתקופה של שנה וכשפסק-הדין עשוי להינתן תוך חודשים ספורים והשכרה לתקופה קצרה יותר אינה מעשית?... בנסיבות אלה... דין הערעור להתקבל."

כאשר הצד המבקש את מינוי הכונס חוזר בו מבקשתו או מסכים לבקשת ביטול מינוי הכונס, בית-המשפט יורה על ביטול המינוי.

על סמכויות אלא יכול בית-המשפט להוסיף לכונס את הסמכות להגיש תובענות וכן לקבוע באופן מוסמך את היקפם של הנכסים אשר עליהם חל הצו.

רע"א 320/89¹⁵⁸ הינו ערעור על מינוי כונס נכסים זמני על שתי דירות ריקות בבית שהוקנו לו סמכויות להשכיר את הדירות בשכירות בלתי-מוגנת "לתקופה שאינה עולה על שנה".

צו הכינוס הזמני ניתן בגדר תובענה שהוגשה על-ידי המבקשים ושבה עתרו לאכוף "הסכם קומבינציה" שנערך ביניהם כקבלנים לבין המשיבים כבעלי מקרקעין, שלפיו יבנו המבקשים בניין על המקרקעין וימסרו למשיבים שתי דירות.

המשיבים הגישו תביעה שכנגד, להצהיר על ביטול ההסכם עקב הפרתו ולסלק את ידם של המבקשים מן האתרים.

בהסכם פשרה נקבע כי המשיבים ישלמו למבקשים סכום מסויים בגדר הפשרה, כנגד קבלת הדירות. אך עם סיום הדירות לא הסכימו המבקשים להעביר את הדירות מבלי לקבל תשלום הקבוע בהסכם הפשרה ואילו המשיבים לא הסכימו לשלם את הסכום הקבוע בפשרה.

שכר הכונס

במקרה הנדון המערערת הינה חברה קבלנית שהתקשרה בהסכם עם חברה קבלנית אחרת (להלן: גילת). על-פי ההסכם ביצעה המערערת עבור גילת בניה של בתי מגורים באשדוד ובתמורה לכך קיבלה אחוז מסויים מן התקבולים ממכירת הדירות בבתים אלה.

אסרף, משיב 2, הגיש תובענה כנגד המערערת ובה ביקש להורות על פירוק השותפות שהתקיימה בינו לבין המערערת, ולמנות כונס על עסקי השותפות, וכאשר המערערת טענה כי לא מתקיימת בינה לבין אסרף שותפות, ביקש אסרף למנות כונס נכסים זמני ואכן, כך החליט בית-המשפט המחוזי ומינה כונס נכסים זמני אשר יקבל לידיו את הציוד, הטובין, הרכוש והזכויות אשר נטען כי הם שייכים לשותפות. כמו-כן הוסמך כונס הנכסים לתבוע כספים המגיעים למערערת מאת גילת.

בדיון מאחור נקבע כי התקיימה שותפות, ותפקידו של הכונס הזמני הסתיים.

משום כך, הגיש הכונס הזמני בקשה לתשלום שכרו,

תקנה 389 לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת כי:

"(א) בית-המשפט או רשם שהוא שופט רשאי לקבוע, בצו כללי או מיוחד, את שכר שירותיו של כונס הנכסים וכיצד ועל מי לשלמו.

(ב) מינה בית-המשפט או הרשם עובד המדינה לשמש כונס נכסים, ישולם שכרו לאוצר המדינה, אך באישור נציב שירות המדינה רשאי הוא לקבל שכר מיוחד בעד טרחתו."

בית-המשפט הוא המוסמך לקבוע את שכרו של הכונס. אם במינוי הכונס היה צורך, תשלום שכרו של הכונס יושת, ברוב רובם של המקרים, על הנתבע.

אולם במקרה שבית-המשפט יבחין כי מינוי הכונס אינו אלא בשליחות התובע, הרי שעובדה זו תהווה שיקול חשוב להטלת נטל תשלום שכר הכונס על התובע בלבד או על שני הצדדים¹⁵⁹.

בהמשך לסעיף הנ"ל, על פיו בית-המשפט הוא הקובע את שכרו של הכונס, ב"ע"א 438/85¹⁶⁰ התווה כב' הנשיא מ' שמגר את דרך קביעת שכרו של הכונס.

158. רע"א 320/89 אורי נתן ואח' נ' אמיר אוסקר פינקלשטיין, פ"ד מג(2) 621.

159. ח' אבנור, "כונסי נכסים לפי תקנה 264", הפרקליט לג (תשמ"א), בעמ' 376.

160. ע"א 438/85 איתן ארזי ושות' בניה נ' עורך-דין אריה חיימסון, פ"ד מא(2) 718.

וולף הנ"ל:

'לפיכך, "שכר ראוי" בקשר לשכר של מפרק בפירוק מרצון יהא, בהיעדר נסיבות מיוחדות לסתור, שכר סטנדרטי, שהרי לעניין זה אין הבדל רב בין תוצאותיו הממשיות של פירוק כפוי לאלה של פירוק מרצון...' (בעמ' 371)

דוגמה להשוואה בין בעלי תפקיד שונה ניתן למצוא בעניין לוי:

'שכרו של מפרק זמני שנתמנה איננו יכול לעלות על שכרו של מפרק קבוע. שכן אם קבעו התקנות שכר עבור מימוש וחלוקה, שזה עיקרי תפקידו של המפרק, לא נראה לי שיש לקבוע שכר גבוה יותר עבור מפרק שתפקידו הוא תפיסת הרכוש ושמירתו. (ת"א (ת"א) 3525/85, המ' (ת"א) 10135/85 לוי ואח' נ' כונס הנכסים הרשמי, פסקים מוג (ג) 45, 48)

אכן, השוואת שכרם של בעלי התפקידים, הדומים והשונים, היא טבעית ומן הראוי שתיעשה, בעשותה צדק בין משלמי השכר ובין מקבליו. אולם, בענייננו, כאשר מתבצעת השוואה ביחס לשכרו של הכונס הזמני, אין מנוס מן המסקנה כי השכר שנקבע לו בבית-משפט קמא הינו גבוה. ראשית, השוואה של שכרו של הכונס הזמני, עבור הנכסים שמומשו, לשכרו של כונס של חברה, שהתקנות חלות עליו, מעלה כי שכרו של הכונס הזמני הינו כפול משכרו של כונס של חברה. קשה לראות טעם מדוע יהא שכרו של כונס לשותפות כפול משכרו של כונס של חברה. אמנם, ייתכן ובית-המשפט יפסוק יותר מן השכר הסטנדרטי, אך זאת בשל מאמץ מיוחד ופעולות הריגות, וזיכרון של אלו לא בא בהחלטת בית-משפט קמא. שנית, אף בהנחה היפותטית כי הנכסים שלגביהם נקבע כי רק "נתפסו אך טרם מומשו", היו אכן ממומשים על-ידי כונס של חברה, עדיין היה שכרו כמעט שווה לשכרו של הכונס הזמני. זאת למרות שפעולותיו של האחרון ביחס לנכסים הללו היו "בגדר פיקוח בלבד" בלשונו של בית-משפט קמא. והרי, בית-משפט קמא קבע כי המאמץ ביחס לנכסים ש"נתפסו אך טרם מומשו", הינו פחות ממחצית מהמאמץ שנדרש ביחס לנכסים שמומשו (קביעה זו עולה מהשוואה בין השיעור שנפסק ביחס לנכסים שמומשו - 7%, לבין השיעור שנפסק לנכסים ש"נתפסו אך טרם מומשו" - 3%).

סמכותו של בית-משפט קמא לפסוק את שכרו של הכונס הזמני מעוגנת בתקנות סדר הדין האזרחי. לכן, לא ראה עצמו בית-המשפט כפוף לעקרונות העולים מן התקנות מהתשמ"א.

השוני בהוראותיהם של הדינים המסמיכים לפסוק שכרו של כונס אין בו, כשלעצמו, כדי לגרום לשוני מהותי בקביעת שכרם של בעלי תפקיד זהה, או לשיוויון בשכרם של בעלי תפקיד השונה באופן מהותי.

בתי-המשפט נטו להשוות שכרם של בעלי התפקידים השונים, לפני ואחרי התקנת התקנות ומן הנכון להמשיך וללכת בדרך זו. לפיכך, מן הראוי ליישם את העקרונות המעוגנים בתקנות אף מקום שאינן דין מחייב (על נטיה

וניתנה החלטה בדבר שיעור שכרו על-סך 18,573 דולר והמערערת בלבד חוייבה לשאת בתשלומי.

על החלטה זו הוגש הערעור.

בין השאר נטען על-ידי המערער, כי בית-משפט קמא לא החיל את תקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ושכרם), התשמ"א-1981 (להלן: התקנות) ולא הנחה עצמו על פיהן.

כב' הנשיא מ' שמגר דחה את הערעור וקבע, בנוגע לטענת המערער, כי:

"המבקש מונה ככונס נכסים כאמור על-פי תקנה 388 לתקנות סדר הדין ולפיכך חלה בענייננו תקנה 389(א) לתקנות סדר הדין הקובעת:

'בית-המשפט, או רשם שהוא שופט, רשאי לקבוע, בצו כללי או מיוחד, את שכר שירותיו של כונס הנכסים וכיצד ועל מי יש לשלמו'.

כיוון שכך, יש על-יכן לבחון כל מקרה ומקרה על-פי נסיבותיו המיוחדות.

עמדתו של בית-משפט קמא כי אין התקנות מחייבות במקרה דנן, וכי הכללים הקבועים בתקנות יכולים להיות מנחים, מקובלת עלינו. אולם, למעשה, לא הינחה עצמו בית-משפט קמא על-פי התקנות. אכן קבע בית-משפט קמא כי היקף הנכסים שמומשו שווה ל-150,000 דולר והיקף הנכסים ש"נתפסו אך לא מומשו" שווה ל-150,643 דולר. בהבחינו בין מידת הטרחה הרבה שהיתה כרוכה במימוש הנכסים מחד, ובין מידת הטרחה המועטה שהיתה כרוכה בתפיסתם של הנכסים שלא מומשו, מאידך, קבע:

'לפיכך, נראה לי, שהשיעור הראוי לקביעת שכרו של המבקש הוא 7% משוויים של הנכסים הממומשים לעומת 3% מהנכסים שטרם מומשו'.

אולם, אין זו הדרך שלדעתנו יש ללכת בה.

התקנתן של התקנות נועדה לאפשר לבית-המשפט לפסוק שכר ראוי בעד פעולתו של הכונס או המפרק. העקרונות עליהם מבוססות התקנות נשאבו מהמלצות "ועדת לס", ובתי-המשפט נהגו לפסוק שכר על-פי המלצות אלו אף לפני היותן תקנות מחייבות.

'...החישוב של שכר המערער נעשה על-ידי השופט המלומד בהחלטתו על בסיס המלצות ועדה בראשות השופט לס, שאמנם אינן מהוות דין, אך מקובל זה כמה שנים לקבוע לפיהן את שכרם של מפרקים, כונסי נכסים ונאמנים בפשיטת רגל. (ע"א 8/71 א. א. קירשנר, עורך-דין נ' כונס הנכסים הרשמי ואח', פ"ד כה(2) 145) כמו-כן נהגו בתי-המשפט לפסוק על-פי המלצות אלו, גם לאחר התקנת התקנות, בעניינים בהם אין התקנות חלות (ראה, למשל, ההחלטה שנדונה ב-ע"א 778/81, 93/82, ר"ע 274/81, ב"ש 490/85 וולף ואח' נ' בנג'מין ואח', פ"ד מ(1) 365).

נטייתם של בתי-המשפט לפסוק שכר על-פי טבלאות, למרות שאינם חייבים לעשות כן, נעוצה ברצונם להשוות את שכרם של בעלי תפקיד זהה ולהיפך, להעניק שכר שונה לבעלי תפקיד שונה.

דוגמה להשוואה בין בעלי תפקיד זהה ניתן לראות בעניין

ב. ביחס לנכסים ש"נתפסו אך טרם מומשו", רשאי בית-המשפט, אם החליט כי יש לפסוק שכר עליהם, להשתמש בדרך האנאלוגיה בטבלה שנקבעה ביחס ל"תקבולי הכנסה", או לקבוע טבלה מדורגת אחרת הנמוכה ביחס ל"תקבולי המימוש".

אפשרות נוספת היא ביצוע השוואה בין המאמץ והטרחת שהושקעו בנכסים שמומשו לבין המאמץ והטרחת שהושקעו בנכסים ש"נתפסו ולא מומשו", ומכוחה לקבוע את השכר הראוי. לאחר חישוב השכר בדרך זו, אם מצא בית-המשפט לנכון להגדיל או להפחית את השכר שהתקבל עליו לפרט את נימוקיו ולרשמו.

בית-משפט זה פסק, לא אחת, שהיקף התערבותו מצומצם ביותר בעניין המסור, בדרך-כלל, לשיקול-דעתו של בית-המשפט, שמינה את האיש ויודע את אשר עשה (ע"א 373/70 מרגוליס נ' בנק א"י בריטניה ואח', בנק א"י בריטניה ואח' נ' מרגוליס, פ"ד כה(1) 273, 275, וכן עניין וולף הנ"ל, בעמ' 372).

אולם, בעניין זה מצאנו מקום להתערב ולקבוע את הדרך אשר ראוי לילך בה.

לפיכך, סיכומה של שאלה זו, הוא כי יש להחזיר את התיק לבית-משפט קמא על-מנת שיקבע את שכרו של הכונס הזמני על-פי העקרונות שהותוו כאן.

תקנות סדר הדין האזרחי אינן דנות בשחרור הכונס מתפקידו, אולם השחרור נעשה בצו בית-המשפט הממנה את הכונס.

דומה ראה בעניין וולף הנ"ל, בעמ' 370).

העקרונות המעוגנים בתקנות בקשר עם קביעת שכרם של כונסי נכסים ומפרקים הינם אלה:

א) הבחנה בין סוגי התקבולים, שביחס אליהם נקבע השכר, על-פי מידת הטרחה הכרוכה בטיפול בהם - "תקבולי הכנסה" ו-"תקבולי מימוש" בתקנות (תקנה 1).

ב) קביעת טבלאות שעל פיהן יש לחשב את שכרו של הכונס או המפרק בכל סוג תקבול. העיקר בטבלאות אלו הינו, היותן מדורגות כך שעם עליית התקבולים הולך ופוחת בהדרגה השיעור באחוזים (תקנות 7 ו-8).

ג) לבית-המשפט סמכות שבשיקול-דעת להקטין או להגדיל את שכרו של הכונס או המפרק ביחס לשכר הנקבע על-פי הטבלאות, בהתאם למידת הטרחה והמאמץ, אך זאת יעשה מ-"נימוקים שיירשמו" (תקנה 13).

בית-משפט קמא יישם את העיקרון לפיו יש להבחין בין סוגי התקבולים על-פי מידת הטרחה הכרוכה בהם בהבחנה בין נכסים שמומשו, לנכסים ש"נתפסו אך טרם מומשו".

אולם, שני העקרונות האחרים לא יושמו על-ידי בית-המשפט: נקבע אחוז קבוע לכל תקבול, ולא ניתנה הנמקה לכך ששכרו של הכונס הזמני גבוה מן השכר הסטנדרטי. תיאור הפעולות בהחלטה אין בו כדי ללמד על ביצוען של פעולות החורגות מגדר הרגיל.

הדרך שיש ללכת בה היא זו:

א. ביחס לנכסים שמומשו יש לקבוע את השכר על-פי הטבלה הרלוונטית.

כינוס נכסים על-פי תקנות סדר הדין האזרחי בענייני משפחה

בבית-המשפט האזרחי אין חולק כי בענייני משפחה סעד כינוס הנכסים נצרך ואף ייעשה בו שימוש כנדרש ועל-פי תקנות סדר הדין האזרחי, אולם עולה השאלה, מה דין ענייני המשפחה הנדונים בבית-הדין הרבני, האם גם בית-הדין הרבני מוסמך להעניק את סעד הכינוס?

ב-בג"צ 2274/99¹⁶¹ נדונה סמכותו של בית-הדין הרבני למנות כונס נכסים למכירת דירה "תפוסה".

במקרה הנדון המדובר בסיכסוך רב שנים בין בני-זוג. בני-הזוג נישאו זה לזה כדמו"י בשנת 1985, ונולדו להם שתי בנות; האחת בחודש יולי 1988, השניה בחודש אפריל 1992. בחודש ספטמבר 1992 יצאו בני-הזוג, הם ובנותיהם עימם, לתקופת לימודים באנגליה. זמן קצר לאחר בואם

תקנות סדר הדין האזרחי, מייחדים סעיפים מיוחדים, הדנים במינוי כונס נכסים בתביעה בענייני משפחה וכך קובעת תקנה 258טו לתקנות סדר הדין האזרחי:

"(א) מונה כונס נכסים בתביעה בענייני משפחה, לא תחול עליו תקנה 390.

(ב) כונס הנכסים ירשום הערת אזהרה בדבר מינויו על כל נכס שלגביו מתנהל פנקס על-פי דין.

תקנה 390 המוזכרת, עניינה חובת הפרסום ברשומות או בעיתון יומי את שם האדם כנגדו הוצא צו מינוי כונס הנכסים וכן מקום מושבו של בית-המשפט ומספר התיק. ברי, כי בתביעות בענייני משפחה, קיימת רגישות לפרסום.

161. בג"צ 2274/99 פלונית נ' בית-הדין הרבני האיזורי, תק-על 2001 (3) 535.

הוסיף והחליט, בית-הדין, למכור את חלקה של האישה בה - מחצית בלתי-מסויימת של הבעלות - לאחיו של הבעל. האישה טוענת כי החלטת בית-הדין הרבני על מכירת הדירה, והמכירה שבאה בעקבות ההחלטה, גם זו גם זו נעשו בחריגה מסמכות, שלא כדין ובניגוד לדין, ובקשתה היא כי נורה ויבוטלו ההחלטה ועימה המכירה. בין השאר, דן בג"צ בסמכותו של בית-הדין במינוי הכונס ובהוראות שיכול הוא לתת לו:

"להפעלת אמצעי כפיה כהוראת סעיף 4א(1) לחוק חוק בתי-דין דתיים (כפיית ציות), התשנ"ב-1992, קונה בית-דין דתי סמכות לנקוט נגד נתבע סרבן אמצעי כפיה אלה ואחרים, ואמצעי כפיה אלה ניתן לסכמם כולם במעשה תפיסת נכסי הנתבע והפקדתם בידי כונס נכסים. מוסיף החוק וקובע כי בית-הדין רשאי להורות לכונס הנכסים "מה ייעשה בנכס ובפירותיו", והשאלה היא: גדר התפרשותו של צירוף תיבות זה - מהו? ולענייננו: האם מוסמך הוא בית-הדין להורות את כונס הנכסים - כפי שהורה בענייננו - כי ימכור נכס מן הנכסים ששם ידו עליהם? האם הסמכות להורות "מה ייעשה בנכס ובפירותיו" כוללת סמכות אף להורות על מכירת הנכס? ...

הסיפה שלסעיף 4א(1) מורה אותנו כי 'צו לפי פסקה זו לא יפגע בזכותו של נושה, לרבות מי שתלוי בנתבע, לרדת לאותם נכסים'. אם זכותם של נושה ושל התלויים בנתבע עומדת להם לרדת "לאותם נכסים" המצויים בידי כונס הנכסים, כיצד יוכלו אלה לקיים את זכותם אם יימכרו הנכסים לצד שלישי? אכן, ניתן לטעון כי זכותם של הנושה ושל התלויים תעתיק את משיכנה - על דרך של עקיבה - מן הנכס המקורי אל תמורתו; ואולם קונסטרוקציה זו, קונסטרוקציה בדיעבד היא, ואילו אנו ענייננו הוא בפירוש ראוי מראש...

יוסיף הטוען ויטען: כותרת הסעיף 4א כמו מתמצתת היא את הוראת הסעיף בקובעה כי ענייננו הוא "ירידה לנכסים ולזכויות"; והגם שביטוי זה אינו שגור על-פי המחוקק, הנה בהלכה משמיע הוא אותנו, לא אחת, תפיסת נכסים והפרעות מהם. ראו, למשל: ע"א 447/92 הנרי רוט נ' אינטרקונטיננטל קרדיט קורפוריישן, פ"ד מט(2) 102, 113 (מפי הנשיא שמגר); ע"א 664/89 שמעונה בריח נ' בנק אוצר החייל בע"מ, פ"ד מה(4) 783, 789 (מפי השופט ד' לויין).

והטוען כך יטען: הוראת הכותרת אוצלת על הוראת החוק לגופה ומכאן שיש לפרש את הביטוי "מה ייעשה בנכס" בסמיכות לביטוי "ירידה לנכסים ולזכויות". ביטוי זה: ירידה "לנכסים", שאוב הוא מן המשפט העברי, ופירושו במשפט העברי הוא כניסה בנעלי בעל הקניין ורשות לעשות בנכס כבעל הקניין. ראו: בבלי, כתובות, דף מח ע"א; רא"ש, מסכת כתובות, פרק ט סימן כז; משנה תורה, הלכות מלווה ולווה, פרק כב הלכה א; טור, חושן משפט, סימן תיש; בית יוסף, יורה דעה, סימן רנב אות י. האמנם כך? ... האם סמכותו של בית-הדין הרבני להורות את כונס הנכסים "מה ייעשה בנכס ובפירותיו" כוללת סמכות

לאנגליה נתערערו היחסים בין בני-הזוג, ובחודש ינואר 1993 עזב האיש את דירת המשפחה. אותה עת היה האיש נוסע תכופות בין אנגליה לבין ישראל, וביום 15.4.93 הגיש לבית-הדין הרבני בתל-אביב-יפו תביעה לגירושין (אשר הועברה לדיון לבית-הדין הרבני ברחובות). בתביעה זו כרך האיש, כלשון כתב התביעה, את "כל העניינים הכרוכים בגירושין, לרבות: מזונות האישה, חלוקת רכוש, החזקת הילדות ומזונות הילדות". אשר לסעדים שביקש האיש מבית-הדין, כך נאמר (בין השאר) בסעיף 18 לכתב התביעה:

"(ה) להורות על מכירת דירת הצדדים הידועה כחלקה 273/9 בגוש 3694 כדירה פנויה, בשוק החופשי, למרבה במחיר וחלוקת התמורה שתתקבל, בניכוי הוצאות המכירה, בין הצדדים, בחלקים שווים במעמד סידור הגט". ההליך לפני בית-הדין הרבני נמשך והלך, אך במקביל תבע האב את משמורת הבנות גם בבית-משפט באנגליה, ותבע להשיבם לישראל מכוח אמנת האג בדבר ההיבטים האזרחיים של חטיפה בינלאומית של ילדים, ותביעתו התקבלה, האם הוציאה במרמה דרכון ישראלי חדש, לאחר ששלה הופקד בידי בית-המשפט באנגליה, ולקחה עימה את ילדותיה למקומות שונים בעולם לתקופה של 4 שנים.

בית-הדין הרבני, שראה עצמו מוסמך לדון בתביעת האב, הורה לאם, על-פי בקשת האב, להשיב את הבנות ארצה ולמכור את מחצית הדירה שבבעלות בני-הזוג, כמחצית דירה תפוסה, על-מנת לכסות את ההוצאות שהיו ושהיו לאיש לאיתור בנותיו עד שהבנות תוחזרנה ארצה. הואיל והאיש לא ידע היכן מצויה האישה ניתן הצו במעמד צד אחד ונקבע כי אם לא תודיע האישה על מיקומה, ימונה כונס נכסים לביצוע ההחלטה.

ואכן בית-הדין מינה כונס נכסים לביצוע מכירת הדירה כתפוסה.

הכונסת שמונתה ביקשה את חוות-דעתו של שמאי - שהעריך כי שווי מחצית הדירה כפנויה הוא 77,500 דולר ואילו מחצית הדירה כתפוסה שוויה הוא 16,750 דולר. במכרו הוצעו שתי הצעות, והכונסת חתמה עם מציע ההצעה הגבוהה - אחי הבעל שרכש את מחצית הדירה התפוסה, בכ"ס 30 אלף דולר.

כחודש ימים לאחר-מכן, חזרו האישה והבנות ארצה, ויומיים לאחר-מכן נרשמה מחצית הדירה במירשם המקרקעין על-שמו של האב. כל הליכים אלה נודעו לאישה, לטענתה, רק שבוע אחר כך.

בתגובה, ביקשה האישה לבטל את פסקי-הדין האמורים (אשר ניתנו במעמד צד אחד), ואף הוסיפה ועירערה עליהם לפני בית-הדין הרבני הגדול, אך גם בקשתה גם ערעורה נדחו.

בבג"צ זה האישה תוקפת הן את ההחלטה למכור את מחצית הדירה כתפוסה והן את חווה המכר אשר בא בעקבות אותה החלטה, עיקרה של העתירה נסוב על דירת בני-הזוג, שכאמור, על-פי הנתונים שלפנינו שייכת היא להם חלק כחלק, ועל-אף זאת בית-הדין הרבני החליט כי יש לראות את הדירה כדירה תפוסה. על יסוד הנחה זו

להורות על מכירת הנכס אף היא?...

צו תפיסה - בין מכוחו של סעיף 4 לחוק הכפיה בין מכוחו של סעיף 7 לפקודת הביזיון - צו דרסטי הוא באופיו, ועל-כן ראוי כי יינתן ביד קפוצה. אכן, צו תפיסה מחזיק בביטנו היתר עקרוני למכירתו של נכס שנתפס, ואולם כוח זה למכירה חריג שבחריג הוא. אם צו תפיסה לא ינתן אלא ביד קפוצה, היתר למכירת נכס תפוס לא יינתן אלא ביד קפוצה שבקפוצה. ובכל זאת יינתן היתר מכירה במקרה הראוי לכך. מה יהא אותו מיקרה הראוי לכך?...

המיקרה הראוי יקום במקום בו ישוכנע בית-המשפט בשלושה אלה: אחד, מוצו כל דרכים אחרות שנועדו להביא בעל דין כי יציית לצו בית-משפט ויתייצב לדין; שניים, צו מכירה כי יוצא, עשוי הוא הצו להביא בעל דין כי יציית להוראת בית-המשפט ויתייצב לפניו לדין; שלושה, כי אי-הוצאתו של צו מכירה תסכל מכל וכל את תכליתו של צו התפיסה...

בהחילנו על החלטת בית-הדין הרבני למכור את דירת בני-הזוג את המיבחנים שעמדנו עליהם לעניין מכירתו של נכס תפוס, אין ספק בליבנו כי החלטת בית-הדין היתה החלטה נוגדת דין ובאורח בולט... ראשית לכול, הורית המכירה ניתנה בלא שקדם לה צו מיוחד בו צוותה האיש להתייצב לפני בית-הדין...

שנית, על יסוד הנחה שחלקה של האשה בדירת בני-הזוג "נתפסה" בצו תפיסה, לא נתברר לנו מה יסוד היה לסברה - אותה עת - כי מעשה מכירת הנכס עשוי להביא להתייצבותה של האשה (כהוראת סעיף 4 רישא לחוק הכפיה).

שלישית, על-פי המיבחנים הקובעים למכירתו של נכס שנתפס, לא היתה כל הצדקה למכור את דירת בני-הזוג כדי לכסות את מרבית ההוצאות שהאיש טען להן. הוצאות אלו אפשר יכול היה האיש לתבוע מן האשה כחוב אזורחי, אך כל עוד לא הוטל עליה חיוב ברור, נפלא ממנו כיצד ניתן היה להורות על מכירת דירת מגוריה לכיסוי הוצאות האיש, הוצאות שאפשר אין היא חייבת בהן כלל, כולן, ככולן או בחלקן. רביעית, בית-הדין נתן את צו המכירה

בלא שהובאו לפניו נתונים ממשיים על ההוצאות שהאיש עמד בהם ואשר לשיפוי בגינן ביקש את מכירת הדירה... חמישית, היתר המכירה פגע באורח בולט בעיקרון המידתיות, שכן נתקשיתי לקבל כי מקום מגוריה של אישה יימכר לכיסוי הוצאות כגון אלו שתבע האיש.

שישית, לא נמצא לנו - ואף לא שמענו מן האיש - כי אי-מכירת חלקה של האשה בדירה תסכל מכל וכל את צו התפיסה. אכן, קשה להשתחרר מהרגשה כי צו המכירה ניתן במטרה לענוש את האשה, ולתכלית זו בוודאי לא היתה לו לבית-הדין הרבני סמכות להורות על מכירה.

בג"צ ביטל את פסקי-הדין של בית-הדין הדתי ואת המכירה עצמה. על-אף שאין חולק כי התוצאה המשפטית היא הצודקת, בנסיבות העניין, וכי לא היתה סיבה למכור את מחצית הדירה ב-"נזיר עדשים" הרי שהמשמעות בקביעה זו היא צמצום סמכותו של בית-הדין הרבני למנות כונס נכסים בהליכים שבפניו בכלל, ולהורות לכונס למכור את הנכסים שתפס בפרט.

לעניות דעתי, בית-הדין נתפס בטעות. כשטעה בקביעותיו הראשוניות, טעות זו היא שהובילה בסופו של דבר לצימצום סמכויותיו, על-ידי הגדרה פרטנית מתי ראוי שיעשה שימוש בסמכותו, גם לגבי מקרים אחרים, בהם אולי לא היה חולק כי לבית-הדין הסמכות למנות כונס נכסים לתפיסת ומכירת נכסים.

שכרו של כונס הנכסים בענייני משפחה, נקבע בתקנה 258טז לתקנות סדר הדין האזרחי, לפיה:

"בית-המשפט יקבע את שכרו של כונס נכסים;

השכר שיקבע לא יעלה על 4 אחוזים מתקבולי מימוש בדרך של מכירה, ולגבי ניהול נכס אחר, שאינו כרוך במכירה, לא יעלה על 2 אחוזים מתקבולי הכנסה."

שכר זה הינו נמוך מהשכר הקבוע בתקנות השכר, ואולי מפני שמראש, בסיטואציה של תביעות בין בני משפחה, הן סכום התביעה קטן יותר, והן מספר המעורבים, וכתוצאה, מספר הפעולות הנדרשות בהליך קטן יותר ומורכב פחות.

נראה כי בכל הנוגע לשאר הדינים החלים על הכונס, הרי שמדובר בכל כונס על-פי תקנות סדר הדין האזרחי כמפורט לעיל.