



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8263/16

לפני :

כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט א' שהם
כבוד השופט ד' מינץ

המערערות :

1. אור סיטי נדל"ן מקבוצת ענבל אור בע"מ
2. גריני סיטי בע"מ
3. מרום סיטי בע"מ
4. אור בקונגרס בע"מ
5. מגדלאור מקבוצת ענבל אור בע"מ
6. אליענה אור בע"מ
7. מציצים נדל"ן בע"מ
8. אור-סיטי הנדסה ניהול ופיקוח בע"מ
9. ענבל אור

נגד

המשיבים :

1. עו"ד איתן ארז
2. בנק מזרחי טפחות בע"מ
3. רשות המיסים - היחידה לפירוקים, כינוסים וגבייה קשה באגף המכס והמע"מ
4. עובדי חברת אור סיטי נדל"ן, מקבוצת ענבל אור
5. שלמה נרקיס
6. יוסי דינה
7. קבות הרוכשים בפרויקט "אור בשדרה", בשד' הילד 3 בר"ג
8. עזגד שלמה וקבוצה של רוכשים בפרויקט ז'בוטינסקי 104 בר"ג
9. קבוצת רוכשים בפרויקט ז'בוטינסקי 102 בר"ג
10. בעלי הקרקע ברח' ז'בוטינסקי 74 פינת שד' הילד בר"ג
11. קבוצת רוכשים בפרויקט אלוף הניצחון 20 בר"ג
12. חברת גלובל לנדמרק בע"מ, בעלת קרקע בפרויקט אלוף הניצחון בר"ג
13. פורמלי נציגות הרוכשים בפרויקט "השניים" רח' ארלוזורוב 13 בר"ג
14. קבוצת רוכשים בפרויקט אור בעטרות, רח' חורגין 3-5 בר"ג
15. נציגות הרוכשים בפרויקט צ'לנוב 6
16. פורמלי קבוצת הרוכשים בפרויקט אור בעטרות, רח' חורגין 3-5 בר"ג

17. קבוצת רוכשים בפרויקט אור בעטרות, רח' חורגין 5-3 ר"ג
18. בעלי קרקע בפרויקט אור בעטרות, רח' חורגין 5-3 בר"ג
19. בעלי קרקע בפרויקט אור בעטרות, רח' חורגין 5-3 בר"ג
20. חברת קניית ניהול השקעות וניהול
21. רוכשי זכויות בפרויקט הירדן 93-91 בר"ג
22. רוכשי זכויות בבניין ברח' הושע 18 בת"א
23. פורמלי עופר (רפאל) לוזון
25. נציגות הרוכשים בפרויקט "פוריה 5" בת"א
26. קבוצת רוכשים בפרויקט הירדן 93-91, בפרויקט חורגין, בפרויקט הדר, בפרויקט פועלי הרכבת ובפרויקט חיבת ציון
27. נציגות רוכשים בפרויקט "אור על הפארק" ברח' אחד העם 16 בר"ג
28. בנק לאומי לישראל בע"מ
29. סיבוני סיסיליה ואח'
30. פורמלי נציגות רוכשים "אור על הפארק"
31. כונס הנכסים הרשמי

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו, מיום 01.08.2016, בפ"ק 59196-02-16; פש"ר 29664-03-16; פר"ק 44375-03-16; פר"ק 59095-05-16; פר"ק 59124-05-16; פר"ק 59016-05-16; פר"ק 58991-05-16; פר"ק 59038-05-16; ופר"ק 59067-05-16, שניתן על ידי כב' הנשיא א' אורנשטיין

ט"ז בכסלו התשע"ח (4.12.17)

ט"ז בכסלו התשע"ח (4.12.17)	תאריך הישיבה:
בעצמן	בשם המערערות 9-1:
עו"ד יואב רז; עו"ד יואב בן פורת	בשם משיב 1:
עו"ד עמית פינס; עו"ד אמלי נבון	בשם משיבה 2:
עו"ד אלון פלס; עו"ד גל אראל	בשם משיבה 8:
עו"ד אלון מגן	בשם משיבה 28:
עו"ד ענבל קדמי-עברי	בשם משיב 31:

פסק-דין

השופט ד' מינץ:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' הנשיא א' אורנשטיין) מיום 1.8.2016 במסגרת פר"ק 59196-02-16; פש"ר 29664-03-16; פר"ק 59095-05-16; פר"ק 59124-05-16; פר"ק 59016-05-16; פר"ק 58991-05-16; פר"ק 59038-05-16; פר"ק 59067-05-16 בגדרו ניתן צו פירוק למערערות 1-8 וצו כינוס לנכסי בעלת השליטה בהן.

הרקע לערעור

1. ברקע לערעור ולהליך שהתנהל לפני בית המשפט המחוזי, קשיים כלכליים אליהם נקלעו מערערות 1-8, אשכול חברות שעיקר עיסוקן הוא בתחום הייזום והארגון של קבוצות רכישה בתחום הנדל"ן (להלן: החברות), שמערערת 9, גב' ענבל אור, הינה בעלת השליטה בהן (להלן: בעלת השליטה) (כל המערערות ייקראו ביחד להלן: המערערות). ברקע לאותם קשיים כלכליים, חקירת רשות המסים שהתנהלה בתחילת שנת 2016, בעניינן של המערערות אשר זכתה לסיקור תקשורתי נרחב ובעקבותיה בוטלו מספר רב של עסקאות עם החברות. באותה עת, בנק מזרחי טפחות בע"מ (להלן: הבנק או בנק מזרחי) שבאמצעותו נוהלה הפעילות העסקית של המערערות, עצר את כלל הפעילות בכל חשבונותיהן. מסגרת האשראי של המערערות נסגרה, החוב השוטף הועמד לפירעון מיידי והבנק חדל מלכבד המחאות שנמשכו מחשבון המערערות.

2. בסמוך לאחר מכן, החלו נושים לנקוט בהליכי חדלות פירעון שונים נגד המערערות. תחילה, ביום 28.2.2016 הוגשה בקשה לפירוק מערערת 1, חברת אור סיטי נדל"ן מקבוצת ענבל אור בע"מ (להלן: אור סיטי או החברה) שהיא החברה המרכזית מבין החברות השונות. הבקשה הוגשה על ידי אחד מנושיה, מר אברהם וולך (להלן: וולך), אשר רכש זכות לקבלת דירת מגורים באחד ממיזמי הבנייה של החברה ("פרויקט צ'לנוב" בתל אביב). טענת וולך הייתה כי אור סיטי לא השיבה לו מקדמה ששילם, על אף שביטל את ההסכם עמה וזאת לאחר שמצא כי זכותו לרכוש את הדירה נמכרה לאחר. מספר ימים לאחר מכן, ביום 1.3.2016 הגיש וולך בקשה בהסכמה למחיקת בקשת הפירוק, במסגרתה הובהר כי הוסכם עם החברה שיושב לו התשלום ששולם על ידו באופן מיידי. החל מאותו יום, 1.3.2016 הוגשו בקשות רבות על ידי רוכשי דירות, אשר היו מודאגים מגורל השקעתם, או שביטלו את ההסכם שחתמו עם אור סיטי, אך לא הוחזרו להם כספי המקדמה ששילמו כמוסכם. וולך עצמו חזר בו מהבקשה למחיקת בקשת הפירוק ביום 8.3.2016.

3. כמו כן, ביום 14.3.2016 הוגשה בקשה על ידי מר עופר לוזון (להלן: לוזון) למתן צו כינוס נכסי בעלת השליטה והכרזתה פושטת רגל. בבקשה נטען כי בעלת השליטה מכרה לו זכות לקבלת דירת מגורים במסגרת אחת מקבוצות הרכישה ("פרויקט הושע" בתל אביב) ולמחרת חתמה על עסקה נוגדת למכירת אותן הזכויות לאדם אחר בשם שלי נרקיס (להלן: נרקיס). זאת, כאשר ביום המכירה לוזון גם העביר לחשבונה הפרטי של בעלת השליטה סך של 3 מיליון ש"ח על חשבון התמורה המוסכמת.

בהמשך, ביום 21.3.2016 הוגשה בקשה לפירוק מערערת 3, מרום סיטי בע"מ (להלן: מרום סיטי), אף היא על ידי רוכשים (הפעם בפרויקט ברחוב חורגין ברמת גן). הם טענו כי לא קיבלו את הסכומים ששילמו לה עבור רכישת זכויות בפרויקט (או כי לא כוודו המחאות שניתנו להם על ידה), חרף ביטול העסקאות על ידם. כן נטען כי התברר להם שזכויותיהם נמכרו על ידי מרום סיטי לצדדים שלישיים עוד בטרם הוסדר ביטול העסקה עמם וחרף הערת אזהרה שנרשמה לטובתם, ושכפרויקט נמכרו זכויות ליחידות דיור רבות יותר מאלו שזכויות הבנייה מאפשרות.

הקפאת ההליכים של החברות

4. ביום 24.3.2016 הוגשה בקשה "דחופה" מטעם מערערות 1-6 ובעלת השליטה, למתן צו הקפאת הליכים, במסגרתה התבקשה גם הקפאת הליכים אישית נגד בעלת השליטה. בבקשה נטען כי מדובר בקבוצת חברות שהיקף נכסיה עולה על חובותיה, אלא שהיא נקלעה למצוקה תזרימית בלבד. באותו יום ניתנה החלטה במעמד צד אחד המורה על מתן צו הקפאת הליכים זמני לחברות שהוחל גם על בעלת השליטה באופן אישי, מתוך מגמה לאפשר מיצוי הליך של הבראה על פני פירוק. בהחלטה נאמר כי הבחירה בדרך זו נעשתה על אף "תמרורי האזהרה" באשר למצבן הכלכלי של המערערות והחשש לגורל השקעתם של מאות רוכשים, בין היתר בשל כך ששיקים רבים שלהן לא כוודו, נמכרו זכויות במידה העולה באופן ניכר על זכויות הבניה הקיימות לפי המצב התכנוני הקיים וגם יכולותיה הכספיות של בעלת השליטה אינן ברורות. כן צוין כי ההחלטה מבוססת גם על התחייבות בעלת השליטה להפקיד בקופת ההקפאה סך של 1.5 מיליון ש"ח.

5. במסגרת ההחלטה האמורה, משיב 1, עו"ד איתן ארז מונה כנאמן על הקפאת ההליכים (להלן: בעל התפקיד או המפקד) והוא נדרש להגיש דו"ח על אודות מצבן של החברות. דו"ח בעל התפקיד, אשר הוכן בסיוע משרד רו"ח RSM שיף הזנפרץ שות' (להלן: רו"ח שיף), הוגש לבית המשפט ביום 31.3.2016 (להלן: דו"ח בעל התפקיד). במסגרת הדו"ח המליץ בעל התפקיד על פירוק החברות, לאור פגמים וליקויים רבים שנמצאו בהתנהלותן ובהתנהלות בעלת השליטה. לאחר שעמד על הליקויים השונים וסקר את מצבם העדכני של כל אחד מהפרויקטים, הגיע בעל התפקיד למסקנה שאין כל סיכוי להבראת החברות ואין עוד תוחלת להקפאת ההליכים. כך נמצא, בין היתר, כי רוכשי הדירות שילמו סכומי כסף שהועברו לחשבון כללי של החברה ולא לחשבון נאמנות ייעודי של כל פרויקט והמערערות השתמשו בכספי הרוכשים למטרות זרות,

וכך גם נמצאו משיכות פרטיות של בעלת השליטה שאינן למטרת החברות בסך כולל של כ-6.5 מיליון ש"ח.

6. כן צוין כי נתגלו ליקויים מהותיים בדוחות הכספיים של החברות. הובהר כי חוות הדעת של רו"ח שיף העלתה כי בניגוד לעמדת החברות שיש להן הון עצמי בסך של 57 מיליון ש"ח ורכוש קבוע ושוטף בסך של כ-105 מיליון ש"ח, החברות נמצאות בגירעון, ויש להן הון עצמי שלילי בסך של 10.4 מיליון ש"ח. נמצא כי קיימים חובות למע"מ ולרשות המיסים בסך של כ-17 מיליון ש"ח (אשר לא נכללו בתחשיב החברות), החברות חייבות סכומי עתק (עשרות מיליוני ש"ח) לרוכשים שביטלו עסקאות והן גם לא שילמו את התחייבויותיהן לבעלי קרקע בפרויקטים השונים בסך של כ-142 מיליון ש"ח. עוד ציין בעל התפקיד כי חרף התחייבות בעלת השליטה להעביר לקופת ההקפאה סך של 1.5 מיליון ש"ח, בפועל הופקד סך של 111,000 ש"ח בלבד (וסכום נוסף בסך של 63,000 דולר שביקשה בעלת השליטה להפקיד במזומן, לא הופקד לאחר שסירב הבנק לאשר אותה הפקדה, מחשש להלבנת הון).

7. על יסוד דו"ח בעל התפקיד, ביום 5.4.2016 ביטל בית המשפט המחוזי את צו הקפאת ההליכים ונגד החברות ניתנו צווי פירוק זמניים. כן ניתן צו כינוס נכסים זמני נגד בעלת השליטה ובעל התפקיד מונה כמפרק זמני לכל אחת מהחברות, וכינוס נכסים זמני לנכסי בעלת השליטה. במסגרת ההחלטה צוין כי דו"ח בעל התפקיד מגלה תמונה קשה ועגומה של מצב החברות ועסקיהן. לחברות התחייבויות רבות לבעלי הקרקע בפרויקטים השונים, לרוכשים ולנושים אחרים, בעוד שקופת החברות ריקה ועל כן סיכויי ההבראה קלושים ביותר. נקבע גם כי אין ליתן משקל של ממש לטענת בעלת השליטה כי היא בעלת רכוש ניכר, בשים לב בין היתר לכך שנכסיה האישיים משועבדים לבנק, והיא גם לא הציגה דו"ח בדבר מצבת הנכסים שבבעלותה שיהיה בו כדי לתמוך בטענותיה. גם לא עלה בידה של בעלת השליטה להפקיד את כל הסכום שהתחייבה להפקיד (1.5 מיליון ש"ח) בקופת הכינוס במסגרת הבקשה להקפאת הליכים.

8. עוד צוין במסגרת אותה החלטה, כי לא קיימת תוחלת לצו הקפאת הליכים נוכח התנגדות הנושים לצו (הנושה המובטח בנק מזרחי, הנושים בדין קדימה ונושים אחרים), היעדר הצעה ממשית לגיוס משקיע והיעדר בטוחה למימון הוצאות ההפעלה בעת הקפאת ההליכים. עוד הובהר שאין חולק כי המערערות חדלות פירעון מבחינה תזרימית. מה גם שעם חלוף הזמן הולכים וגדלים חובות החברות על חשבון כספי הנושים. הובהר כי על פני הדברים גם טענת החברות בדבר מצבן הכספי מבחינה

מאזנית, כעולה מהדוחות הכספיים לשנת 2014 (לפיהם למערערות יתרת עודפים בסך של 57 מיליון ש"ח) דורשת בירור. זאת שעה שנתגלו אי דיוקים בדוחות, כאשר סכומים מסוימים סווגו כרווחים, על אף שלא ניתן היה לסווגם ככאלה.

9. באשר לבעלת השליטה, נמצא כי קיים חשש שהיא לא תוכל לפרוע את מלוא התחייבויותיה. גם נמצא כי בעלת השליטה מכרה באופן כפול זכויות בנכס לשני אנשים שונים בסמיכות זמנים. כן צוין כי לא ניתן להידרש לטענת בעלת השליטה כי סברה שהיא לא חותמת על הסכם מכר כי אם על הסכם לפיו הקונה הראשון, נרקיס, יחזיק את הסכם המכר בנאמנות ולא יעשה בו שימוש אלא אם יינתן צו לפירוק החברה או צו הקפאת הליכים. זאת שעה שמכל מקום ניתן צו הקפאת הליכים ואף לשיטת בעלת השליטה, הנכס נמכר הן לנרקיס והן ללוזון. מכל מקום מכירת הזכויות לנרקיס מהווה העדפת נושים אסורה, באופן המהווה מעשה פשיטת רגל.

הליך פירוק החברות ופשיטת הרגל של בעלת השליטה

10. לאחר שניתנה ההחלטה בדבר צו פירוק זמני לחברות וצו כינוס נכסים זמני לבעלת השליטה, הוגשו לבעל התפקיד תביעות חוב בסך של כ-568 מיליון ש"ח נגד החברות ובסך של כ-140 מיליון ש"ח נגד בעלת השליטה. כמו כן הוגשו דוחות נוספים על ידי בעל התפקיד אשר פורטו בהם הפעולות שבוצעו על ידו, וכן הוגשה ביום 29.5.2016 בקשה נוספת מטעם בעל התפקיד לפירוק החברות ולמתן צו כינוס לנכסי בעלת השליטה. לצד הליכים אלו נקט בנק מזרחי בהליכים לאכיפת שעבודים ספציפיים שניתנו לטובתו.

11. בנוסף, ביום 7.6.2016 ניתן פסק דין באשר לעסקאות הנוגדות במקרקעין, בעניינם של לוזון ונרקיס. במסגרת פסק הדין אושר הסדר פשרה שלפיו עסקת המכר עם נרקיס תישאר בתוקף בכפוף למספר תנאים, וביניהם תשלום סך של 2.25 מיליון ש"ח על ידי נרקיס ללוזון, כאשר סכום של 750,000 ש"ח – ההפרש שבין התמורה ששילם לוזון לבעלת השליטה (היינו, 3 מיליון ש"ח) לבין הסכום שיקבל מנרקיס – יישאר חוב בר תביעה כלפי בעלת השליטה (להלן: ה"תדר הפשרה). כן נקבע כי ללוזון שמורות הטענות כלפי בעלת השליטה.

12. המערערות מצדן התנגדו לבקשה לפירוק ולמתן צו כינוס. בין היתר, התבססה התנגדותן על דו"ח כלכלי שנערך על ידי רו"ח יואב סומך (להלן: דו"ח סומך ו-רו"ח סומך בהתאמה) שהתבסס בין שאר הנתונים על שמאויות שנערכו על ידי השמאי חיים מסילתי (להלן: מסילתי). טענתן העיקרית של החברות הייתה כי גם אם קיים להן קושי

כלכלי מבחינה תזרימית, הן אינן חדלות פירעון בהיבט המאזני של כלל התחייבויותיהן לעומת כלל נכסיהן. טענה זו נסמכה על דו"ח סומך, ממנו נתבקש ללמוד כי קבוצת החברות נמצאת ב"יתרת עודפים חיובית" (אשר בלשון השגורה בפי צדדים וכפי שמופיע בדרך כלל בפסיקת בתי המשפט "במאזן חיובי" וכך גם להלן) של 7 מיליון ש"ח. יצוין כי רו"ח סומך הגיש הודעת עדכון ביום 13.7.2016 לפיה המשיבות נמצאות במאזן חיובי של כ-1.121 מיליון ש"ח ובמהלך הדיון שהתקיים ביום 25.7.2016 עדכן רו"ח סומך כי החברות נמצאות לדבריו במאזן חיובי של 1.094 מיליון ש"ח בלבד. עוד נטען כי קיימת הצעה של משקיע שתוכל לפתור את הבעיה התזרימית. המערערות גם ביקשו ליתן להן שהות לגבש הסדר נושים ולמצוא משקיע שיחלץ אותן מן המצוקה התזרימית.

בעלת השליטה התנגדה אף היא לצו כינוס הנכסים נגדה בטענה כי היא אינה חדלת פירעון, כי לא נעשה כל מעשה פשיטת רגל על ידה וכי גם אם נעשה מעשה פשיטת רגל, הרי שהסדר הפשרה במסגרתו הגיעו לוזון ונרקיס להסכמה בנוגע לאותה סוגיה, "ריפא" אותה פעולה.

חלק ניכר מנושי המערערות תמכו בבקשה לפירוק ולמתן צו כינוס, והם אף הצטרפו לבקשות שהוגשו. כונס הנכסים הרשמי (להלן: הכנ"ר) תמך אף הוא בבקשות.

13. לאחר שהתקיים דיון בבקשה ביום 25.7.2016, במסגרתו גם נחקרו עדים מטעם הצדדים, ניתן ביום 1.8.2016 פסק הדין, מושא ערעור זה, וניתנו צווי פירוק קבועים לחברות וצו כינוס נכסים קבוע לבעלת השליטה. נקבע כי החברות חדלות פירעון מבחינה תזרימית, שכן הן אינן יכולות לעמוד בהתחייבויות השוטפות שלהן, הנאמדות בעשרות מיליוני שקלים, ובנוסף לכך, הן גם חדלות פירעון מבחינה מאזנית. על כך מתווספים הקשיים בהם מצויים חלק מהפרויקטים, והצורך הדחוף במימון הנדרש להציל את הפרויקטים ואת היקף החובות לנושים השונים. כן נקבע כי בעלת השליטה עשתה מעשה פשיטת רגל המצדיק את מתן צו הכינוס נגדה.

14. תחילה בחן בית המשפט את דו"ח סומך עליו הסתמכו המערערות בהתנגדותן. נמצא כי לא ניתן לייחס לדו"ח זה משקל ממשי. זאת בשים לב לכך שלא ניתן לסמוך על הדוחות הכספיים המבוקרים של החברות שנמצאו בהם כשלים (אף לדעת בעלי המקצוע מטעם המערערות), ולאחר שנמצא כי דו"ח סומך התבסס על הנחות יסוד שאינן מתיישבות עם המציאות ועל בסיס מסד נתונים שגוי. בין היתר נמצא כי במסגרת הבחינה המאזנית, הפרויקטים הוערכו כגמורים, אך זאת בהתעלם מבעיות משפטיות

מהותיות; כי רו"ח סומך לא נדרש למצבן המשפטי של הזכויות בנכסים ולחובות נוספים הנובעים מתביעות נגד המערערות; כי במסגרת מצבת הנכסים נכללו נכסים שאין למערערות עוד זכויות בהן; כי לעמדת רו"ח סומך החברות כשירות פירעון (solvent), אך לא עלה בידו להבהיר כיצד אם כן הן נדרשות להלוואות בריבית בשיעור של כ-140 אחוזים לשנה; כי הדו"ח מבוסס על שמאויות שנערכו על ידי מסילתי אשר גם בהן נמצאו כשלים מהותיים, שכן גם הוא התבסס על הנחות יסוד שלא נבחנו כמו גם על נכסים שלמערערות אין זכויות בהן. הובהר כי לא נדרש דיון נפרד לגבי כל אחת מהחברות, והדיון בחברות התקיים כמכלול, זאת, בין היתר, בהתחשב בכך שגם המערערות התייחסו לחברות כאל מכלול, והן גם התנהלו הלכה למעשה תוך ערבוב נכסים מובהק.

15. בהתייחס למחלוקת שנתגלעה בין הצדדים באשר למבחן חדלות הפירעון שיש להחיל בנסיבות העניין, המבחן המאזני או המבחן התזרימי, הובהר כי באופן כללי, יש להותיר לבית המשפט את שיקול הדעת לעשות שימוש במבחן המתאים ההולם את נסיבות המקרה המונח לפתחו, בהתחשב במכלול הנסיבות והממצאים הרלוונטיים לעניין, כאשר המבחן הכלכלי המתאים עשוי להשתנות ממקרה למקרה. בנסיבות מקרה זה, הובהר כי נוכח העובדה שאין למעשה מחלוקת שהחברות אינן עומדות בתשלומים לפי מועד פירעונם בסכומים ניכרים (כ-110 מיליון ש"ח בהערכה מינימלית, וזאת גם לעמדת רו"ח סומך), אף אם קיימת מחלוקת באשר לנסיבות שהובילו למצב זה, לפי המבחן התזרימי קיימת עילת חדלות פירעון. כן קבע בית המשפט כי במקרה זה ניתן היה להסתפק במבחן התזרימי, נוכח העובדה שמדובר בבעיה תזרימית בהיקפים ניכרים למשך זמן רב, וגם בעתיד הנראה לעין לא נצפים מקורות שעשויים לפתור אותה. גם לא נמצא כל ממש בטענת בעלת השליטה כי קיימת היתכנות לגיוסו של משקיע אשר יזרים סכומי כסף, משלא גובתה הטענה באסמכתאות ממשיות.

16. בית המשפט ציין מעבר לדרוש כי נמצא שהחברות חדלות פירעון גם בהיבט המאזני. זאת מאחר שיש להעדיף את דו"ח בעל התפקיד לפיו החברות נמצאות בגירעון מאזני של כ-56 מיליון ש"ח, על דו"ח סומך. מכל מקום, גם לפי עמדתו המעודכנת של סומך אשר באה לידי ביטוי במהלך הדיון שהתקיים ביום 25.7.2016, החברות חדלות פירעון מבחינה מאזנית, שכן לפי אותו עדכון, החברות הינן במאזן חיובי של כ-1 מיליון ש"ח, חישוב אשר התבסס בין היתר על חוב למע"מ בסך של כ-6 מיליון ש"ח לגביו תלוי ועומד הליך בו נקטה רשות המיסים, אך במהלך אותו דיון הבהיר בא-כוח רשות המיסים כי חוב החברה עומד על סכום גבוה בהרבה, היינו על סך של כ-20 מיליון ש"ח.

17. כן הובהר כי קיימים אדנים נוספים למסקנה לפיה אין מנוס מלהורות על פירוק החברות, זאת שעה שמדובר באשכול חברות שעסקו בייזום של ארגון קבוצות רכישה שלא הקפידו על הפרדה כלשהי בין הכספים ששולמו על כל פרויקט ופרויקט, באופן שבו נעשה שימוש בכספים של רוכשים מפרויקט מסוים עבור פרויקט אחר, והחברות התנהלו תוך ערבוב בין נכסיהן (עניין אשר הובהר גם מפיהם של בעלי מקצוע מטעם המערערות); כאשר בעלת השליטה משכה לצרכיה הפרטיים סכומי כסף שהופקדו להבטחת התחייבויות כלפי רוכשים כאמור; כאשר החברות הציגו בדוחות הכספים המבוקרים שלהן נתונים אשר לא משקפים את מצבן האמיתי. באשר להיתכנות הסדר נושים, הובהר כי לא הובאה כל הצעה ספציפית של משקיע פוטנציאלי וכל שנטען בהקשר זה היו רק טענות בעלמא. מה גם, שכלל הנושים הביעו לפני בית המשפט את התנגדותם לכל הצעת הסדר.

18. באשר לבקשה למתן צו כינוס נכסים לבעלת השליטה, נקבע כי הונח המסד למתן צו כאמור, משהוכח כי נעשו על ידה מספר מעשי פשיטת רגל. כך, נדחתה טענת בעלת השליטה כי הסדר הפשרה בין לוזון לנרקיס לעניין המכירה הכפולה "הכשיר" את המכירה באופן שהשמיט את הבסיס לפתיחת ההליך. הובהר כי העובדה שהצדדים לסכסוך הגיעו להסדר במחלוקת שנוצרה כתוצאה מאותה העדפת מרמה, אינה מאיינת את ההעדפה הפסולה. זאת על אחת כמה וכמה שעה שבעלת השליטה עצמה התנגדה בתוקף להסכם הפשרה. על כן היא מנועה מלטעון כי יש בכוחה של אותה פשרה כדי לרפא את הפגם שדבק במעשיה. בית המשפט גם דחה את טענת בעלת השליטה כי במסגרת הסדר הפשרה לוזון ויתר על כל טענה נגדה, שעה שבמסגרת אותו הסדר הובהר כי ללוזון שמורות טענותיו נגד בעלת השליטה וגם נקבע כי יתרת החוב שלה כלפיו תיוותר בגדר חוב בר תביעה בהליך פשיטת רגל.

19. עוד נקבע כי ההתקשרות עם לוזון לוותה בהטעיות ובמרמה מצד בעלת השליטה. גם אם אכן כטענתה העסקה עם נרקיס הייתה עסקת מכר מותנה בלבד, שהיה מיועד להיכנס לתוקף רק אם יינתן צו פירוק או צו הבראה נגד החברות, הרי שהיה עליה לידע את לוזון על העובדה שהדירה נמכרה "על תנאי" לנרקיס אף אם סבורה הייתה שהתנאי לא יתקבל. בעלת השליטה אף הטעתה את לוזון בדרך נוספת, שכן שלחה לו אסמכתא על העברה בנקאית על סך של 2.7 מיליון ש"ח שנחזתה כהעברה שביצעה ללוזון, אך התברר שמדובר היה באסמכתא השייכת להעברה בנקאית אחרת שאינה רלוונטית אליו כלל.

20. בנוסף מצא בית המשפט כי חדלות פירעונה של בעלת השליטה באופן אישי מעצים אף הוא את הצורך במתן צו כינוס לנכסיה. היא חתמה על ערבויות אישיות לטובת רוכשים, כאשר אף אם הייתה מתקבלת טענתה כי בחלק מכתבי הערבויות חתימתה זויפה, טענה שלא ניתן לקבל בנקל, מדובר בערבויות בהיקפים ניכרים של מיליוני שקלים. היא לא המציאה ראיות ולא הביאה כל אסמכתא אמינה שיש בה כדי לבסס את הטענה כי ביכולתה לפרוע את התחייבויותיה. בית המשפט גם מצא כי קיים קושי של ממש לתת אמון בגרסתה, ועמד גם על הבעייתיות שנמצאה בהתנהלותה אשר באה לידי ביטוי בין היתר בהברחת ובהסתרת נכסים ובעשיית שימוש בכספי החברות לצרכיה האישיים.

21. עוד הבהיר בית המשפט כי קיימים טעמים נוספים המצדיקים את קבלת הבקשה לפירוק החברות ולמתן צו כינוס נכסים לבעלת השליטה. ביניהם העובדה שאין תוחלת לפעילות עתידית מטעם החברות; אובדן האמון בהן מטעם הנושים השונים; העובדה שלמעצרות אין כל יכולת כלכלית להתמודד עם ההליכים שיתנהלו נגדן, שכן נוכח הצווים הזמניים שניתנו למערערות, מעוכבות תביעות תלויות ועומדות והליכי הוצאה לפועל נגדן בהיקף של כ-40 מיליון ש"ח.

על כן ועל יסוד כל אלה, ניתן כאמור צו פירוק למערערות וצו כינוס נכסים לבעלת השליטה, ובעל התפקיד מונה כמנהל מיוחד למערערות.

22. מכאן לערעור שלפנינו. לשלמות התמונה יצוין כי בקשה שהגישו המערערות לעיכוב ביצוע פסק הדין לפני בית המשפט המחוזי, נדחתה. בקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין עד להכרעה בערעור, שהוגשה לפני בית משפט זה, נדחתה אף היא ביום 4.1.2017 (השופט ס' ג'ובראן).

עוד יצוין בשולי הדברים כי ביום 6.10.2017 הגישו המערערות עתירה לבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (בג"ץ 7756/17 ענבל אור נ' היועץ המשפטי לממשלה), במסגרתה עתרו, בין היתר, לביטול כל הליכי הפירוק ופשיטת הרגל עד "לבחינה וחקירת פרשת ההונאה" אשר לטענת בעלת השליטה הובילה לפתיחת אותם הליכים. ביום 20.2.2018 נדחתה העתירה על הסף.

עיקר טענות הצדדים

23. המערערות טענו טענות רבות ושונות, הן נגד פסק הדין ותוצאתו הסופית והן נגד אופן התנהלות ההליך בבית המשפט המחוזי. עיקר טענותיהן יובא להלן.

נטען כי לא היה מקום ליתן למערערות צו פירוק זמני ולבעלת השליטה צו כינוס נכסי זמנים זמן קצר בלבד לאחר מינוי בעל התפקיד, באופן שבו לא התאפשר להן לאתר משקיע; כי נקצב להן סד זמנים קצר מאוד לצורך הגשת תגובות במהלך ההליך; כי לא ניתנה להן ההזדמנות לטעון לעניין זהות הנאמן שמונה במסגרת הקפאת ההליכים; כי לא ניתנה להן הזדמנות ראויה להוכיח את כשירות פירעונן של החברות; כי היה על בית המשפט להיעתר לבקשת וולך למחוק את בקשת הפירוק בעניין אור סיטי שהוגשה ביום 1.3.2016, כאשר באותה עת טרם הצטרף כל נושה אחר של החברות לבקשת הפירוק.

24. כן נטען כי טעה בית המשפט המחוזי בהגיעו למסקנה כי החברות אינן כשירות פירעון מבחינה תזרימית וכי בעלת השליטה חדלת פירעון אף היא, בהתעלמו מנכסיה האישיים. בעלת השליטה הרחיבה בדבר הרקע אשר הביא להתדרדרותה הכלכלית, ובראש ובראשונה חקירת רשות המיסים אשר בעקבותיה הבנק – אשר החוב כלפיו היה מגובה לטענתה בשעבודים שערכם עלה באופן ניכר על סך ההתחייבויות – עצר באופן פתאומי את כל מסגרות האשראי של קבוצת החברות וגרם להצטברות דרישות חוב מגורמים שונים, לבהלה בקרב רוכשי הדירות בפרויקטים השונים ולניסיונות לנתק את הקשר עם החברות.

25. באשר לחדלות פירעונן של החברות, נטען כי היקף התחייבויותיהן של החברות הינו מצומצם בהרבה מהיקפו של החוב לו טען בעל התפקיד בסיכומיו לפני בית המשפט המחוזי, היינו 200 מיליון ש"ח, שכן מתוך סכום זה, 100 מיליון ש"ח נסובים על תביעות וטענות תלויות ועומדות אשר כלל לא נתבררו.

26. עוד לטענת המערערות, המשיבים לא הרימו את נטל הראיה המוטל עליהם להוכיח כי החברות אינן כשירות פירעון. שגה בית המשפט בקבעו כי אין להסתמך על דו"ח סומך (אף אם לא שגה בכך שקבע כי הוא הוכן בחיפזון, וזאת נוכח לוח הזמנים הקצר) ממנו עלה כי שווי נכסיהן של החברות עולה על שווי התחייבויותיהן, זאת על אחת כמה וכמה שעה שלא הוגשה חוות דעת נגדית. זאת ועוד, אף מחוות הדעת שצורפה לדו"ח בעל התפקיד (מיום 31.3.2016) מטעם רו"ח שיף עולה כי שווי נכסי החברות עומד על כ-135 מיליון ש"ח. מכאן כי גם לדעת רואה החשבון מטעם בעל

התפקיד, שווי נכסי החברות עולה על סך חובותיהן החלוטים של החברות. בהתחשב גם בנכסי בעלת השליטה עצמה אשר משועבדים לנושי החברות, הרי שסך הנכסים עולה באופן ניכר על שיעור ההתחייבויות החלוטות.

27. עוד נטען כי שגה בית המשפט בקבעו כי החברות כולן אינן כשירות פירעון מבחינה תזרימית, בלי שהונחו לפניו כל הנתונים הרלוונטיים לגבי מצבן של כל אחת מהחברות. גם לא היה מקום לקבוע כטענת בעל התפקיד, כי לא הייתה כל נפקות להפרדה בין החברות השונות וכי בוצע ערבוב בכספיהן.

28. באשר לצו כינוס הנכסים שניתן לבעלת השליטה, לא הוכח כי היא איננה כשירת פירעון וגם לא הוכח כי עשתה מעשה מרמה. בית המשפט הטיל על כתפי בעלת השליטה את נטל ההוכחה להוכיח כי איננה חדלת פירעון, על אף שנטל הראיה מוטל על כתפי המבקש. זאת ועוד, בית המשפט קבע כי ערבויותיה של בעלת השליטה מסתכמות בכ-10 מיליון ש"ח למרות חוות דעת גרפולוגית ממנה עולה שחלק ניכר מחתימותיה על אותן ערבויות זויפו, וגם מחוות דעתו של רו"ח סומך עולה כי הושבו לרוכשים כחמישה מיליון ש"ח. נגד בעלת השליטה גם לא עומד כל חוב מוגדר ופסוק.

29. גם שגה בית המשפט כאשר דחה את כל חוות הדעת שהוגשו מטעם בעלת השליטה, ובין היתר את חוות דעתו של רו"ח סומך ממנה עלה כי לבעלת השליטה נכסים אישיים עודפים, ומטבלת הנכסים שצורפה כנספח לחוות דעתו, ממנה עולה כי שווי נכסיה הפרטיים בניכוי חובותיה עומד על סך של 33.5 מיליון ש"ח.

30. באשר למעשה המרמה המיוחס לבעלת השליטה, במסגרת הודעת הערעור נטען כי טעה בית המשפט שהתעלם מתצהירה ממנו עולה כי הופעלו עליה לחצים "אדירים" על ידי נרקיס, ודין ההסכם עם נרקיס היה להתבטל. מכל מקום אין מדובר ב"מכירה כפולה", שכן הנכס לא היה אמור לעבור לידי נרקיס, וההסכם עמו נועד רק ליתן לידי בטוחה לאור חששו כי יינתן צו פירוק לאור סיטי בדיון שצפוי היה להתקיים ביום 2.3.2016. רק בדיעבד התברר לבעלת השליטה כי המסמכים עליהם חתמה אינם משקפים מתן בטוחה לנרקיס כי אם הסכם מכר עם תנאי מתלה שנחתם עם עו"ד מימון אביטן (בא-כוחו של נרקיס). עוד נטען כי מכיוון שבעלת השליטה לא נחקרה על תצהירה (לא על ידי בעל התפקיד ולא על ידי באי-כוחם של לוזון או של נרקיס) יש לאמץ את גרסתה כגרסת אמת. יצוין כי במסגרת הדיון שהתקיים לפנינו ביום 4.12.2017 טענה בעלת השליטה (ללא שהרחיבה בדבר וללא שהסבירה כיצד עולים הדברים בקנה אחד עם גרסאותיה הקודמות), כי כלל לא חתמה על הסכם כלשהו עם

נרקיס, כי חתימתה זויפה, והיא אף ביקשה לצרף חוות דעת גרפולוגית המאמתת טענה זו.

31. עוד לטענתה, היא גם לא יכלה לעדכן את לוזון בדבר ההסכם שנחתם עם נרקיס, שכן נרקיס לא הותיר בידה עותק מהמסמכים. היא גם לא הטעתה את לוזון במתכוון, שכן האסמכתא על העברה בנקאית על סך של 2.7 מיליון ש"ח שנשלחה אליו, נשלחה בשוגג על ידי עובדת אור סיטי ולא על ידה.

32. מנגד, בעל התפקיד ושאר המשיבים כולם סמכו את ידם על הכרעת בית המשפט המחוזי. בעל התפקיד טען כי מדובר הלכה למעשה בערעור תיאורטי, שכן מאז שניתנה ההחלטה על פירוק החברות נעשו פעולות רבות לקידום הליכי הפירוק. ביניהן, נקטו הליכים למימוש שעבודים הרשומים לטובת נושים מובטחים, הוגשו בקשות שונות למתן הוראות נגד צדדים שלישיים, נמכרו נכסים שונים ועוד.

33. כמו כן, בתמצית, נטען על ידי בעל התפקיד כי הערעור נסוב על קביעות עובדתיות של בית המשפט המחוזי באשר לחדלות פירעונן של המערערות, קביעות אשר התבססו על ממצאים עובדתיים, בהחלטה מפורטת ומנומקת התואמת את הראיות שהוצגו לפני בית המשפט ולאחר שמיעת עדויות ובחינת חוות דעת מומחים. המערערות לא הצביעו על כל הצדקה לסטייה מהכלל לפיו ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בקביעות עובדתיות של הערכאה הדיונית. כך גם הקביעה שבעלת השליטה ביצעה מעשה פשיטת רגל, באמצעות מכירה כפולה של נכס הן ללוזון והן לנרקיס, מבוססת על קביעות עובדתיות כאשר גרסתה נדחתה זה מכבר בפסק דין חלוט שניתן ביום 7.6.2016 ושעליו לא הוגש ערעור.

34. זאת ועוד, אף אם היו מתקבלות טענות בעלת השליטה בעניין אותה "מכירה כפולה", לא היה בכך כדי להביא לביטול הליכי הפירוק ופשיטת הרגל. זאת שעה שמדובר בהליך קולקטיבי אשר לו השפעה על עשרות נושים אשר הצטרפו בינתיים להליכים, ולולא צו הכינוס שניתן, היו מוגשות נגדה כיום תביעות רבות מכוח ערבויות אישיות עליהן חתמה, תביעות להרמת מסך ההתאגדות ועוד.

35. לעניין חדלות פירעונן של החברות, לא יכולה להיות מחלוקת כי החברות הינן חדלות פירעון על פי המבחן התזרימי, שכן אף רו"ח סומך אשר הגיש חוות דעת מטעם בעלת השליטה הודה בחקירתו כי אין ספק שקיימת לחברות בעיה תזרימית. בית המשפט אף בחן ביסודיות את דו"ח סומך ובסופו של דבר הגיע למסקנה כי גם על פי

המבחן המאזני, החברות הן חדלות פירעון. עוד ציין בעל התפקיד כי במשרדו התקבלו תביעות חוב כנגד קבוצת החברות בסך כולל של כ-568 מיליון ש"ח (מתוכן כ-230 מיליון ש"ח תביעות חוב שהוגשו נגד אור סיטי) וכן תביעות חוב נגד בעלת השליטה באופן אישי בסך כולל של כ-143 מיליון ש"ח, ולאחר בדיקת כשליש מתביעות החוב אושרו נכון למועד הגשת תגובתו, תביעות חוב בסך של כ-40 מיליון ש"ח (ללא החוב לבנק מזרחי, נושה מובטח, העומד על כ-18 מיליון ש"ח).

36. עוד נטען כי טענות בעלת השליטה באשר למצבם של הפרויקטים השונים ולהיתכנות התממשותם ולסיכויי ההתממשות של "הסדר נושים", הינן טענות בעלמא בלבד, אשר לא נתמכו בכל אסמכתא ואין בהן כל ממש.

37. בנק מזרחי מצדו הצטרף לטענות בעל התפקיד, והוסיף כי אין לקבל את טענות המערערות בקשר להתנהלות הבנק או למעורבותו בקריסת החברות, כאשר אין מדובר בטענות שיש להן רלוונטיות לערעור וממילא הן אינן יכולות להוות טענות הגנה מפני פירוק החברות וכינוס נכסי בעלת השליטה. מכל מקום, אף בעלת השליטה עצמה הודתה לא פעם לפני בית המשפט המחוזי כי חובותיה וחובות החברות לבנק עומדים על סך של כ-17 מיליון ש"ח. טענת המערערות כי לבנק "עודף" בטחונות באופן שבו הבטוחות שניתנו על ידיהן לבנק עולות על גובה החוב כלפיו אינה מבוססת כלל, וברור כיום כי הבנק לא יוכל להיפרע ממלוא החוב כלפיו מהנכסים המשועבדים לו להבטחת החוב. זאת ועוד, בדיעבד גם הסתבר לבנק כי בנכסים שהועמדו על ידי בעלת השליטה כבטוחות להבטחת החובות, בוצעו התחייבויות בניגוד למסמכי השעבוד – נכס אחד נמכר לצדים שלישיים, ובנכס נוסף נרשמה הערת אזהרה לטובת צד שלישי, כבטוחה להלוואה שניתנה על ידו לבעלת השליטה.

38. הכנ"ר מצדו הדגיש כי במסגרת הליך פירוק אין לייחס חשיבות לשאלה מי הגורם אשר פתח בהליך ואם הוא חזר בו מבקשתו או זנח את ההליך, כאשר לבית המשפט הסמכות להמשיך את הדיון בבקשה על פי בקשת נושה או משתתף אחר. על כן, דין טענת המערערות כי בית המשפט היה צריך לחדול מטיפול בבקשת הפירוק, רק משום שהנושה שפתח בהליך חזר בו ממנו, אינה יכולה להתקבל. זאת ועוד, כאשר נכנס בעל התפקיד לפעול כמפרק זמני, התמונה המלאה על אודות מצב החברות התבררה באופן מלא ובצדק הגיש בעל התפקיד בקשת פירוק לכל שמונת החברות. בית המשפט גם קבע בצדק כי מדובר בקבוצת חברות המהווה אשכול חברות המצוי בשליטה של אותם בעלים, ובוצעה בו פעילות ענפה של העברת כספים מחברה אחת

לשנייה באופן שבו ניתן היה להרים את מסך ההתאגדות ולייחס לחברה אחת את חובות רעותה.

39. באשר למבחן לקביעת חדלות פירעונה של חברה, הרי שהמבחן התזרימי הוא זה אשר התקבל בפסיקה כמבחן מרכזי לקביעת חדלות פירעון, אם כי מסתמנת בשנים האחרונות בפסיקה מגמה של מתן משקל של ממש גם למבחן המאזני, כאשר הדבר בא לידי ביטוי גם במסגרת הספרות המקצועית העוסקת בנושא. בכל מקרה, בענייננו, סובר הכנ"ר כי בית המשפט המחוזי צדק בקבעו כי במקרה זה קיימת בעיה תזרימית רחבת היקף שאינה רגעית, מסקנה אליה הגיעה לאחר בחינת כל פרויקט ופרויקט, שמיעת טענות הצדדים וחקירת העדים ולאחר שנמצאו כשלים רבים במצג שהציגו המערערות לפיו החברות נמצאות לכאורה מבחינה פיננסית במאזן חיובי. כשלים אלה, והעובדה שמוניטין החברות ואמון הציבור בהן נפגע קשות, מדגיש את ההנחה כי החברות אינן יכולות לצפות לעתיד זוהר יותר. זאת ועוד, בצדק גם קבע בית המשפט כי מתקיימת במקרה זה גם עילת "הצדק והיושר" המצדיקה את פירוק החברות.

40. באשר לצו הכינוס שניתן נגד בעלת השליטה, הרי שגם בעניין זה צדק בית המשפט בקבעו כי בעלת השליטה פעלה באופן של העדפת מרמה. זאת ועוד, הכרעות בעניין שאלות עובדתיות הנוגעות לאותה עסקה עם נרקיס ניתנו זה מכבר בהחלטות חלוטות שניתנו קודם למתן פסק הדין מושא ערעור זה. כמו כן, לא רק שאין לקבל את טענת בעלת השליטה לפיה פסק הדין המאשר את הסכם הפשרה שבין לוזון לנרקיס "מאיין" את אותה העדפה פסולה, אלא שמתוך אותו פסק דין אף ניתן להסיק ביתר שאת כי אכן מדובר בהעדפה כאמור. באשר לטענת בעלת השליטה כי מיוחסים לה חובות אשר אינם קיימים בפועל, הרי שדינה להתברר במסגרת הליכי הכינוס. במהלך הדיונים אף התברר כי בעלת השליטה חבה חובות כבדים כלפי נושים שונים באופן שבו נתמלאו התנאים למתן צו כינוס.

41. גם הכנ"ר ציין כי קביעות בית המשפט המחוזי באשר לחדלות פירעון של המערערות הינן קביעות עובדתיות שערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בהן. מה גם שבענייננו הממצאים שאליהם הגיע בית המשפט המחוזי בפסק הדין מעוגנים היטב בחומר הראיות והגרסה שאומצה בפסק הדין הינה מתקבלת על הדעת.

42. משיבים נוספים שהביעו עמדתם, הינם גורמים נוספים אשר מעורבים בפרויקטים השונים. כך פורטה בהרחבה על ידי משיבה 8, שהיא קבוצה של רוכשים בפרויקט ברחוב ז'בוטינסקי 104 ברמת גן של אור סיטי (להלן: פרויקט ז'בוטינסקי),

השתלשלות העניינים הנוגעת לאותו פרויקט. נטען כי נתגלו כשלים רבים בביצוע הפרויקט, הוצגו בפני הקבוצה מצגי שווא שונים וננקטו על ידי בעלת השליטה ואור סיטי פעולות חד צדדיות אשר לא קידמו את הפרויקט. גם לאחר שביקשה קבוצת הרוכשים לבטל את ההתקשרות עם אור סיטי, והוצע להם על ידי אור סיטי לרכוש את חלקיהם בפרויקט, בסופו של דבר אור סיטי לא עמדה גם בכך, וגם לא נמכרו לאור סיטי זכויותיהן של חברי הקבוצה בפרויקט. קבוצת הרוכשים הבהירה כי במסגרת הדו"ח הכלכלי שהוגש מטעם המערערות נטען כי הנכס ברחוב ז'בוטינסקי הינו בבעלות אור סיטי והוא אמור להביא לעודף של כ-42 מיליון ש"ח, בעוד שהלכה למעשה אין לאור סיטי כל זכויות בנכס זה, שכן קבוצת הרוכשים (משיבה 8) הם בעליהם הבלעדיים של מלוא הזכויות במקרקעין.

43. גורם אחר שלהליכי הפירוק הייתה השלכה על זכויותיו, בנק לאומי לישראל בע"מ (להלן: בנק לאומי) ביקש להדגיש כי לתוצאות פסק הדין לא תהיינה השלכה על זכותו אשר הוכרה בפסק דין שניתן ביום 14.11.2016 (במסגרת בקשה מספר 52 בתיק פש"ר 16-03-29664) במסגרתו הורה בית המשפט המחוזי על מכירת הדירות בפרויקט הבנייה "אור על הפארק" ברמת גן, ועל כך שתמורתן תשמש תחילה לפירעון הלוואה שהעמיד בנק לאומי לבעלת השליטה.

בקשה להגשת ראיות נוספות

44. לצד הערעור, המערערות הגישו ביום 23.11.2017 "בקשה בהולה מטעם המערערות לצירוף ראיות חדשות", בגדרה הן ביקשו לצרף ראיות אשר לשיטתן יש בהן כדי לשפוך אור על "מעשי ההונאה והתרמית" שננקטו כלפיה וכלפי בית המשפט המחוזי, אשר לשיטתן בגינן הוכנסו שלא כדין להליך הפירוק ולהליך פשיטת הרגל. לאחר הדיון שהתקיים לפנינו, ביום 4.12.2017 ניתנה החלטה המבהירה למערערות כי עליהן להמציא שני עותקים מכל המסמכים שבדעתן להגיש כראיות נוספות – ואשר נמסרו במעמד הדיון לעיון בית המשפט – לבעל התפקיד ולכנ"ר. כן התבקשו המערערות למסור מסמך המפרט לגבי הראיות שהגשתן מבוקשת את שייכותן הנטענת לעניין ואת מה שהן אמורות להוכיח.

45. המערערות הגישו ביום 18.12.2017 מסמך שכותרתו "הוספת ראיות מטעם המערערות בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 4/12/17 ובקשה לביטול כלל פסקי הדין כלפי המערערות וזאת בשל ההונאה, ההשתלטות, השוד אשר בוצע חודשים בטרם פתיחת ההליכים כנגד המערערות בבית המשפט קמא תוך ביצוע פעולות פליליות והעברת כלל מניות, נכסים וזכויות קבוצת המערערות בשווי של מאות מליונים

לבכירי ההון והשלטון בשיתוף נשיא בית המשפט קמא אורנשטיין לרבות ראש הממשלה בנימין נתניהו" (הטעויות במקור – ד.מ.). בעיקרו של המסמך שטחה בעלת השליטה טענות שונות לפיהן היא נפלה קרבן לקנוניה ולמסכת מעשי מרמה אשר מעורבים בה גורמים רבים. בעיקר נטען כי נגזלה ממנה במרמה השליטה בחברת אינוונטק סנטראל מלונות בע"מ (להלן: אינוונטק), אשר נרכשה על ידה ועל ידי חלק מהמערערות במהלך חודש ינואר 2015, כאשר השתלטות זו היא שעמדה לטענתה ביסוד קריסת המערערות ואשר הובילה לפתיחת הליכי הפירוק ופשיטת הרגל נגדן. לשיטת בעלת השליטה, יש בראיות הנוספות שאותן היא מבקשת לצרף לערעור כדי להוכיח טענות אלה. למסמך צורפה טבלה ובה התייחסות חלקית לראיות שהתבקשה הוספתן.

46. מנגד, המפרק בהתייחסותו למסמך שהוגש על ידי בעלת השליטה, טען כי דין הבקשה להידחות. המפרק ציין כי לא הוגשו אליו עותקים מכל הראיות החדשות שהתבקשה הוספתן. כן הובהר כי בעלת השליטה מעלה כעת, לאחר תום הדיון בערעור, טענות חדשות לחלוטין אשר לא בא זכרון בהליך שהתנהל בפני בית המשפט המחוזי וגם לא בכתב הערעור שהוגש לפני בית משפט זה. מכל מקום הודגש כי אין באמור באותו מסמך, המתמקד באירועים שהתרחשו שנים רבות לפני שהחלו ההליכים בעניינן של החברות, כדי להשפיע על תוצאות הליך זה.

דיון והכרעה

המצב החוקי – רקע

47. בראשית דברינו יובהר, כי מאז שהוגש ערעור זה והתקיים דיון בו, השתנה באופן מהותי המצב החוקי בתחום חדלות הפירעון. חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018 (להלן: חוק חדלות פירעון או החוק החדש), אשר אושר בכנסת לאחרונה ובמועד זה טרם פורסם, יצר מסגרת חקיקתית אחת המתייחסת להליכי חדלות פירעון של יחיד ותאגיד, כאשר כפי שהדבר בא לידי ביטוי גם בשמו של החוק, במסגרת המתווה החוקי החדש ניתן משקל משמעותי להליכי שיקום הן של יחיד והן של תאגיד. החוק ערך שינויים מהותיים בתשתית החוקית הקיימת, ובכלל זה בהוראותיהם של חוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות), פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 (להלן: פקודת החברות) ופקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980 (להלן: פקודת פשיטת הרגל), אשר הלכה למעשה בוטלה כמעט לחלוטין. עם זאת בפשטות הדברים, ההסדר החוקי הרלוונטי לענייננו הוא זה שחל לפני חקיקת חוק חדלות פירעון. ככלל, דבר חקיקה חל רק מאותו מועד שבו נחקק (או ממועד התחילה שנקבע). בענייננו אף נקבע בסעיף 373 לחוק חדלות פירעון, כי עד למועד התחילה

שנקבע (18 חודשים מיום פרסום), ההסדר שקדם לחוק החדש הוא זה שיחול על הליכי פירוק ופשיטת רגל תלויים ועומדים. מטבע הדברים, אין זה המקום המתאים לבאר את שינויו של המצב המשפטי לפרטיו ועל כל דקדוקיו. עם זאת, על אף שהעניינים שעלו לפנינו קדמו למועד תחילת החוק החדש, אשר פורסם כאמור בימים אלה ממש, הרי שאין בכך כדי לשלול השפעה פרשנית מסוימת של החוק החדש על המצב המשפטי הקיים (ראו גם: אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 51-55 (1993); בג"ץ 8250/09 שוורץ נ' הממונה על תשלום הגמלאות (11.7.2012); ע"א 7765/04 מנהל מיסוי מקרקעין רחובות נ' חפציבה בניה פיתוח והשקעות בע"מ (5.8.2010)) על כן, גם לצאת ללא כלום לא ניתן, ולצורך הבנת המצב המשפטי יבוארו בקצרה, שינויים עקרוניים בדין החדש, בקווים כללים בלבד, ככל שהוא רלוונטי לענייננו. לשם הבהירות, הדין החל לאחר כניסתו לתוקף של חוק חדלות פירעון יכונה להלן: "הדין החדש", בעוד הדין הנוגע לענייננו, החל טרם תחילתו של חוק חדלות פירעון, יכונה להלן: "הדין הקיים". כן יובהר כי הוראות חוק שיוזכרו להלן, מתייחסים לחקיקה כפי שהייתה בתוקף לפי הדין הקיים, אלא אם כן יצויין אחרת.

עילת פירוק – חדלות פירעון

48. בפסק דינו קבע בית המשפט המחוזי כי מתקיימת עילה לפירוק החברות, לפי הוראות סעיף 257(4) לפקודת החברות, לאור חדלות פירעונן. בית המשפט המחוזי גם קבע, כממצא עובדתי, כי קיימת לחברות בעיה תזרימית רחבת היקף שאינה בגדר "אירוע נקודתי" והיא מצדיקה את פירוקן. בבחינת למעלה מן הצורך, קבע בית המשפט כי החברות חדלות פירעון גם מבחינה מאזנית. אשר על כן, שאלה מרכזית אחת בענייננו נוגעת אפוא לאופן קביעת חדלות פירעונה של חברה.

49. בהקשר זה, יש לעמוד בקצרה על הבדל משמעותי הקיים בין הדין הקיים לבין החוק החדש. בעוד שלפי הדין הקיים, היינו סעיף 259 לפקודת החברות, נושה, משתתף או החברה עצמה רשאים לבקש את פירוקה של חברה, בהתאם לאחת מהעילות המנויות בסעיף 257 לפקודת החברות, הרי שהחוק החדש מוציא מגדרי אלה את נושה החברה (סעיף 1342 לחוק החברות בנוסחו החדש). נושה אינו יכול להגיש בקשה לפירוק חברה (הליך שהועתק במסגרת הדין החדש אל חוק החברות בנוסחו החדש), אלא אך בקשה ל"צו פתיחת הליכים", לפי החוק החדש (סעיף 6 לחוק החדש) – הליך שבמסגרתו יוכרע, אם פני התאגיד לשיקום או לפירוק (סעיף 23 לחוק החדש). עילות פירוק חברה, המנויות כיום במסגרת סעיף 257 לפקודת החברות – נותרו כמו שהן, למעט העילה הנקובה בסעיף 257(4) לפקודת החברות, העילה שבמוקד דיוננו כאן, חדלות פירעונה של חברה. לפי החוק החדש, זו אינה עוד עילה לפירוק חברה (סעיף 1342 לחוק החברות

בנוסחו החדש), אלא עילה המאפשרת הגשת בקשה למתן "צו פתיחת הליכים", לפי החוק החדש (ראו סעיפים 7 ו-9 לחוק החדש). זאת ועוד, החוק החדש מגדיר בסעיף 2 שבו מהי "חדלות פירעון", ומכריע הלכה למעשה בשאלה הרלוונטית לעניינינו – מהו המבחן שעל פיו יוכרע אם חברה הינה חדלת פירעון, המבחן התזרימי או המבחן המאזני. זאת שעה שבמסגרת הדין הקיים, שעל פיו ייערך דיונונו כאמור, לשאלה מהי "חדלות פירעון" ניתנה במסגרת הדין תשובה שאינה חד-משמעית.

50. כך, בדין הקיים, בפסקאות (1) ו-(2) לסעיף 258 לפקודת החברות, מפורטים שני מצבים המאפשרים הוכחת חדלות פירעונה של חברה בצורה עקיפה. כך, לפי הסעיף האמור, בהתקיים אחת משתי הנסיבות המפורטות בפסקאות אלה – האחת, כאשר חברה לא פרעה דרישת תשלום שנמסרה לה. והשנייה, כאשר חברה לא קיימה פסק דין או צו של בית משפט לטובת נושה. במקרים אלה, חזקה כי החברה חדלת פירעון. אלא שבמסגרת סעיף 258 האמור גם נסללה הדרך להוכיח חדלות פירעונה של חברה באופן ישיר בהתייחס למצבה הכלכלי של החברה. זאת, לפי סעיף 258(3), כאשר "הונח להנחת דעתו של בית המשפט, לאחר שהביא בחשבון את חביוותיה המותנות והעתידיות, שאין ביכולתה של החברה לשלם את חובותיה" (ראו גם: ציפורה כהן פידוק חברות 112 (מהדורה שנייה, 2016) (להלן: כהן)). אלא שאין בנוסחו של סעיף זה כדי להצביע על מבחן חד-משמעי לקביעת חדלות פירעון החברה. בהקשר זה כאמור, מקובלת ההבחנה בין שני סוגים של מבחנים – המבחן התזרימי והמבחן המאזני.

51. המבחן התזרימי (המכונה גם "מבחן הנזילות" או "מבחן חדלות הפירעון המסחרית") מתמקד ביכולת פירעונה של החברה בנקודת זמן מסוימת, שהיא נקודת הזמן שבה נדרש פירעון חובותיה. כאשר נבחנת עמידה במבחן זה, השאלה העיקרית שנשאלת היא, האם מסוגלת החברה לקיים את התחייבויותיה במועדן (ראו: דוד האן דיני חדלות פירעון 132 (2009) (להלן: האן)). המבחן התזרימי מתאפיין בוודאות וביציבות מסוימת, שכן נדרשת בחינת מצב הדברים בזמן נתון, בהתייחס למסגרת מצומצמת יחסית של שאלות עובדתיות – האם החברה מצליחה לעמוד בהתחייבויותיה מבחינת תזרים המזומנים הנתון בידיה. מן העבר השני, המבחן המאזני נחשב למבחן כולל יותר, ובמסגרתו נבחנים סך נכסי החברה וכלל משאביה, בהשוואה למכלול התחייבויותיה. הנחת היסוד שבבסיס מבחן זה היא, כי נכסי החברה עשויים לשמש כבסיס לקיום ההתחייבויות השונות, בהתעלם ממימד הזמן, היינו מהזמן שיידרש לצורך מימוש הנכסים, ומהיתכנות מימושם (האן, עמ' 130-131).

52. במשך שנים שלט המבחן התזרימי בכיפה, בהתבסס על אשר נקבע בפסק הדין בעניין ע"א 577/74 בנק ארץ-ישראל בריטניה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ"ט(2) 6 (1975), לפיו בחינת חדלות פירעונה של חברה נעשית על בסיס תזרים המזומנים שלה ויכולתה לפרוע את חובותיה בפועל (וראו: ע"א 1938/11 מגדל הזוהר לבנין בע"מ נ' גוב גיא בע"מ, פסקה 23 (1.12.2011) (להלן: עניין מגדל הזוהר)). וכך בלשונו של השופט צ' ברנזון בפסק הדין בע"א 5757/74 בעניין בנק ארץ-ישראל בריטניה הנ"ל (עמ' 9):

"המבחן הוא, אם מסוגל הוא לעמוד בהתחייבויותיו השוטפות ולענות לדורשיו. במילים אחרות, אין זו שאלה של עריכת מאזן וקביעת היחס בין האקטיבה והפסיבה. אילו באופן כולל עולים הנכסים על ההתחייבויות, מבחינה מעשית פשוטה בנק שאין לו אמצעים נזילים מספיקים משלו ואינו מסוגל לגייסם בשעת צורך ממקורות חיצוניים כדי לשלם מה שעליו לשלם באותו זמן, פשיטא שהוא במצב של פשיטת-רגל ומותר לצוות על פירוקו."

אחת מהנחות היסוד שהושרשו, כי חברה כשירת פירעון צריכה להיות מסוגלת לשלם את התחייבויותיה השוטפות במועד שבו היא צריכה לפרוע את חובותיה. עם זאת, בתי המשפט נמנעו מלקבוע כי חברה הינה חדלת פירעון כאשר נמצא כי היא במצוקה תזרימית זמנית בלבד (ראו למשל: פר"ק (מחוזי מרכז) 66986-11-16 גיל נ' סימגו מובייל בע"מ (26.1.2017); כהן, עמ' 130 ו-199).

53. עם השנים, ניתן גם ביטוי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים ליישומו של המבחן המאזני, היינו להכללת השיקול שעניינו היחס בין אומדן נכסי החברה לבין התחייבויותיה (ראו למשל: פר"ק (מחוזי י-ם) 6152/09 סגרון נסים בע"מ (בהליכי פירוק) נ' כונס הנכסים הרשמי, פסקה 21 (19.10.2014); פש"ר (מחוזי נצ') 342/05 כרדוש נ' חברת קרדוש ושות' בע"מ, פסקאות 41-43 (5.4.2006)). ויפה עשו. כך גם, היו שפירשו את סעיף 258(3) לפקודת החברות באופן שבו חדלות פירעונה של חברה יכול שתבחן על ידי כל אחד מהמבחנים, מבחן תזרימי או מבחן מאזני (ראו: ע"פ 173/75 מדינת ישראל נ' בן-ציון, פ"ד ל(1) 119, 130 (1975); פר"ק (מחוזי י-ם) 6152/09 בעניין סגרון נסים בע"מ (בהליכי פירוק), שם; האן, עמ' 218; כהן, עמ' 126).

54. ויובהר, השאלה מהו קו הגבול אשר משרטט את ההבחנה בין חברה כשירת פירעון לחברה חדלת פירעון רלוונטית גם לעניין נוסף, והוא כניסתה של חברה להליכי שיקום והבראה. אמנם לפי הוראות הפרק השלישי לחוק החברות, אין הכרח כי חברה

הנכנסת להליכי הבראה תהא חדלת פירעון. במובן מסוים אף ההיפך הוא הנכון, שכן הליכי שיקום והבראה נועדו לרפא את החברה, לאפשר לה לפעול כ"עסק חי" עד לגיבושו של הסדר נושים, ולהבריאה (ראו: ע"א 6010/99 ע"ד ששון, מנהל מיוחד של חברת תבור, תעשיות שיש בע"מ (בפירוק) נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נו(1) 385, 398 (2001)), עוד כטרם היא הגיעה למצב שבו התדרדרותה הכלכלית הינה בלתי נמנעת ולא ניתן עוד להצילה. כך, נקיטת הליכים לפי סעיף 350 לחוק החברות, כטרם התדרדרה החברה לחדלות פירעון, והיא עודנה מדשדשת בגדרי "אזור חדלות הפירעון" ("The vicinity of insolvency") עשויה להביא לתוצאות טובות יותר מבחינת אפשרות שיקומה של החברה והפחתת הנזק הצפוי לנושים (ראו: ציפורה כהן ולאה פסרמן-יוזפוב "פירוק, הבראה, הסדר נושים – חשיפה של נושאי משרה לאחריות במסלולים השונים" 99 גרוס, 299 (2015)).

55. מכל מקום, אין חולק כי גם בעת הפעלת שיקול דעתו ובחינת אפשרות נקיטת הליכי שיקום והבראה, בית המשפט נדרש למצבה הכלכלי של החברה, ולקרבתה למצב של חדלות פירעון. על פני הדברים, חברה אשר תזרים המזומנים שלה שלילי וקיים יסוד לכך שהוא ייותר שלילי גם במסגרת הליכי ההקפאה, אינה מתאימה להקפאת הליכים (ורדה אלשיך וגדעון אורבך הקפאת הליכים, הלכה למעשה 89-90 (מהדורה שניה, 2010)). עם זאת, במסגרת שיקול הדעת הרחב המוקנה לו, בית המשפט יכול להותיר לחברה שנקלעה למצוקה תזרימית מסוימת, "מרחב נשימה" אשר עשוי לאפשר לה "לעלות על המסלול" לשיקומה אם נמצא כי מבחינה מאזנית מצבה שפיר. במצב דברים אחר, יתכן שחברה עומדת בפירעון חובותיה מבחינה תזרימית, אך ברור לנושיה שמועד פירעונם טרם הגיע כי מצבה הכלכלי על פי תהום. גם במצב זה, עשוי בית המשפט להידרש לבקשה לפתוח בהליך הבראה ולמינוי בעל תפקיד, וזאת אף כאשר מצויה החברה ב"אזור חדלות הפירעון" בלבד (וראו: ע"א 3791/15 סינרג'י כבלים בע"מ נ' ע"ד ארז חבר, פסקה 8 (19.4.2016); פר"ק (מחוזי ת"א) 36681-04-13 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפיתוח בע"מ (4.5.2013) (להלן: עניין אי די בי חברה לפיתוח בע"מ); פר"ק (מחוזי י-ם) 26836-07-14 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' חברת דואר ישראל בע"מ (4.9.2014) (להלן: עניין דואר ישראל); פר"ק (מחוזי ת"א) 50735-10-15 רזניק פז נבו ר.פ.נ נאמנויות 2007 בע"מ נ' בי.ג.איי השקעות (1961) בע"מ (1.1.2016)). במאמר מוסגר יצוין כי אפשרות פתיחת הליכי הבראה ושיקום במקום שבו מצויה חברה ב"אזור חדלות הפירעון", אשר התאפשרה עד היום מכוח פסיקת בתי המשפט בלבד, קיבלה ביטוי ממשי במסגרת החוק החדש, המאפשר לחברה (להבדיל מנושה) להגיש בקשה ל"צו פתיחת הליכים", גם אם היא אינה נמצאת בחדלות פירעון, וזאת במצב שבו הצו "סייע" לה "למנוע" את חדלות פירעונה (סעיף

17(1) לחוק החדש – לעניין בקשת חברה; וסעיף 9 – לעניין בקשת נושה). עניין זה אף נקבע כתכלית העיקרית של החוק החדש, בו נאמר בסעיף 1 כי החוק נועד להסדיר את פירעון חובותיו של חייב או תאגיד, "הנמצא או העלול להימצא במצב של חדלות פירעון".

56. ויובהר, כי גם לפי הדין הקיים, המבחן התזרימי יושם בפסיקה באופן שבו בחינת חדלות פירעונה של חברה נעשתה גם בהתחשב במועד פירעון חובות עתידי, כאשר לעובדה שטרם הגיע מועד פירעון החובות ניתן משקל מתאים בהתאם לנסיבות העניין, כמו גם בעת בחינת היתכנותם של הליכי הבראה (ראו גם: עניין דואר ישראל; עניין אי די בי חברה לפיתוח בע"מ). המבחן התזרימי יושם אפוא באופן שבו ניתן פתרון פה גם לנושים שמועד פירעונם טרם הגיע, וגם נכללה במסגרתו הבחינה האם החברה עשויה להגיע למצב שבו חובות החברה – ובכלל זה חובותיה העתידיים – לא ייפרעו במועד. בכך גם הודגש אופייה הנפרד של עילת חדלות הפירעון (לפי סעיף 257(3) לפקודת החברות) מהעילה המבוססת על דרישת תשלום שהוגשה לחברה (סעיף 257(1) לפקודה זו) (השוו: האן, עמ' 218). שכן אין חולק כי במקום שבו מבקש הבקשה הינו נושה אשר מועד פירעון חובו טרם הגיע, לפי הדין הקיים, הייתה סגורה בפניו הדרך להגשת בקשה לפירוק חברה בהתבסס על דרישת תשלום שהוגשה לחברה, לפי סעיף 257(1) לפקודה, עילה אשר לא ניתן להשתמש בה על בסיס חוב שטרם הגיע מועד פירעונו (ראו גם: כהן, עמ' 113).

57. ובאשר ליחס בין שני המבחנים. כאמור, הדין הקיים, היינו סעיף 258(3) לפקודת החברות בנוסחה טרם חקיקת חוק חדלות פירעון, אינו מכריע את הכף איזה מהמבחנים, אם בכלל, מטה את הכף. במשך שנים, כאמור, ניתנה בפסיקה בכורה מסוימת למבחן התזרימי, זאת שעה שבמובן מסוים, השאלה האם מסוגלת החברה לעמוד בהתחייבויותיה השוטפות, היא השאלה המניעה את ההליך כולו. כך גם במסגרת הליכי חקיקת החוק החדש, בהצעת החוק (סעיף 2 להצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ו-2016, ה"ח הממשלה 1027 (להלן: הצעת החוק)) ניתנה עדיפות ברורה למבחן התזרימי. אלא שהלכה למעשה, הפער המצטייר בין שני המבחנים, במיוחד כאשר המבחן התזרימי מיושם גם בהתחשב במועד פירעון חובות עתידי, אינו כה רחב. כך, במסגרת המבחן התזרימי, בית המשפט נדרש למכלול התמונה ולמצבה של החברה בהתחשב בנתונים כלכליים שונים, חלקם אף צופים פני עתיד. בין היתר בית המשפט עשוי להידרש בבחינה זו, מעבר לשאלה האם החברה עומדת כעת בפירעון חובותיה, לאפשרות גיוס אשראי או מחזור חובות בטווח הזמן הקרוב; לשאלה האם צפויים רווחים עתידיים אשר יהיה בהם כדי להשפיע על יתרת מזומניה;

לבחינה האם החברה נתקלה בקשיים עת ניסתה לממש את נכסיה ועוד כיוצא באלה. כך או כך, כאשר בית המשפט בוחן את שאלת קיומה של מצוקה תזרימית, מתוך הראיה הרחבה הנדרשת בעת בחינת בקשה מעין זו הנוגעת לכלל הגורמים המעורבים בעניין, הוא נדרש בין היתר לבחינה מאזנית (ולו חלקית) של נכסי החברה והתחייבויותיה (ראו גם: האן, עמ' 132). יוצא אפוא כי בעת בחינת השאלה האם החברה עומדת בגדרי המבחן התזרימי, נדרש בית המשפט להתחשב בכלל השיקולים הרלוונטיים לעניין, ובכלל זה לעתים לבחינה, חלקית או מלאה, של מצבה הכלכלי של החברה מבחינה מאזנית ותזרימית גם יחד.

58. מכל מקום, גם המבחן התזרימי וגם המבחן המאזני עשויים לתת תשובה ראויה לשאלה אם מדובר בגוף חדל פירעון, ואין הכרח להכריע בדבר בכורתו של אחד מהשניים. יצוין בהקשר זה כי החוק החדש קובע – בניגוד להצעת החוק – כי חדלות פירעונה של חברה יכולה להיקבע, בין אם על פי המבחן התזרימי ובין אם על פי המבחן המאזני. כך, הגדרת "חדלות פירעון" בסעיף 2 לחוק חדלות פירעון קובעת כי: "חדלות פירעון היא מצב כלכלי שבו חייב אינו יכול לשלם את חובותיו במועד, בין אם מועד פירעונם הגיע ובין אם לאו, או שהתחייבויות החייב, לרבות התחייבויות עתידיות ומותנות שלו, עולות על שווי נכסיו". שינוי זה שבין הנוסח שבהצעת החוק לבין הנוסח שהתקבל לבסוף בחוק, אינו שינוי של מה בכך. בדברי ההסבר של הצעת החוק נאמר כי "החוק המוצע מאמץ את המבחן התזרימי וקובע כי חדל פירעון הוא מי שאינו יכול לשלם את חובותיו במועד. בכך זונחת הצעת החוק את המבחן המאזני הקיים" (הצעת החוק, עמ' 595). כך גם נאמר כי מוצע "לאמץ את המבחן התזרימי כמבחן הבלעדי לחדלות פירעון" (הצעת החוק, עמ' 605). לצד זאת, ניתנו דברי הסבר נרחבים מדוע יש לאמץ את המבחן התזרימי על פני המבחן המאזני. על כן, העובדה שהמחוקק בסופו של דבר קבע שחדלות פירעון נמדדת גם על פי המבחן המאזני, מלמדת כי בסיומו של תהליך החקיקה אין עוד מעמד בכורה למבחן התזרימי ושני המבחנים – המבחן התזרימי והמבחן המאזני – שווים במשקלם. במאמר מוסגר, יצוין כי לשונו של החוק מציבה קושי פרשני מסוים נוכח השימוש בתיבה "או" כאשר על פי פשוטו של מקרא זה ולפי סעיף 7 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, הדיבור "או" בא להבדיל, ולא להקיש. היינו על פי לשון החוק החדש, לכאורה בחינת חדלות פירעונו של חייב או תאגיד, תיעשה באמצעות אחד המבחנים, ולא בשילובם. למשל, אם ימצא שבמבחן המאזני חובותיו של התאגיד עולים על נכסיו, חרף העובדה שמבחינה תזרימית התאגיד מתנהל כהלכה ופורע את חובותיו השוטפים, התאגיד יכול ויוגדר כתאגיד חדל פירעון. ברם, נדמה כי קריאה זו אינה עולה בקנה אחד עם הכוונה המוצהרת להביא את המבחן המאזני לצד המבחן התזרימי, כפי שבאה לידי ביטוי

בהליך החקיקה ואף עלולה להביא לתוצאות לא רצויות כאמור. אך די באמור לעיל בעת הזו, טרם הונחה הסוגיה באופן קונקרטי לפתחם של בתי המשפט.

59. מבט מהיר אל מעבר לים, מעלה כי גם החוק האנגלי מכיר הן בחדלות פירעון תזרימית (Insolvency act § 123(1)(e)) והן בחדלות פירעון מאזנית (Insolvency act § 123(2)) כמאפשרים את הוכחת חדלות פירעונה של חברה. אף כי מפסיקת בית המשפט העליון באנגליה עולה כי במובן מסוים הדין האנגלי נוטה במעט אל עבר המבחן התזרימי. זאת שעה שנקבע כי במקום שבו חברה אינה עומדת במבחן התזרימי, היא תוגדר כחדלת פירעון, ובמצב כזה תינתן חשיבות משנית בלבד לשאלה האם היא עומדת בגדרי המבחן המאזני אם לאו. ומן העבר האחר, כאשר חברה עומדת בגדרי המבחן התזרימי, אך היא אינה מאוזנת מבחינת מצבה המאזני, היינו סך התחייבויותיה עולה על סך נכסיה, אך מדובר בהתחייבויות שחלקם נדחות למשך עשרות בשנים, לא בנקל יורה בית המשפט על חדלות פירעונה (ראו: BNY Corporate Trustee Services Ltd. v. Eurosail, [2013] UKSC 28, [2013] 3 All E.R. 271; פסקה 42 לפסק דינו של Lord Walker; והשוו לטענתה של פרופ' כהן כי מאותו פסק דין עולה כי שני המבחנים עומדים זה לצד זה ללא אינדיקציה באשר ליחסי הגומלין ביניהם (כהן, עמ' 128)).

60. כאשר לדין הקיים בארצות הברית, הרי שניתן להיעזר בו אך בזהירות, שעה שלא קיים בדין האמריקני תנאי להוכחת חדלות פירעון על מנת לפתוח בהליך ארגון מחדש של חברה או פירוקה. עם זאת, שאלות דומות מתעוררות גם כאשר לפרשנות המונח "insolvent" המוגדר בחוק פשיטת הרגל הפדראלי (U.S. Bankruptcy Code § 101(32)(A)). בספרות האמריקנית אף קיים ביטוי לגישה לפיה בתי המשפט השתמשו בכל אחד מהמבחנים, מבחן תזרימי ומבחן מאזני, בערבוביה וללא שנבחר אחד מהם באופן מובהק (ראו: דוד מינץ "השותפות הנישואית והערבות ההדדית בין בני זוג בפשיטת רגל – עיון מחודש" דין ודברים ט (תשע"ו) 105, בעמ' 135 (ה"ש 137); Richard M. Cieri & Michael J. Riela, Protection Directors and Officers of Corporations That Are Insolvent or in the Zone or Vicinity of Insolvency: Important Considerations, Practical Solutions, 2 DePaul Bus. & Comm. L.J. 295 (2004); ובאשר לנטל ההוכחה לעניין חדלות פירעונה של חברה, ראו: Clay v. Traders (Bank of Kansas City 708 F. 2d 1347, 1350-1351).

מהכלל אל הפרט

61. ובאשר לענייננו. בית המשפט המחוזי מצא, בהתבסס על ממצאים עובדתיים וחומר הראיות, כי החברות חדלות פירעון מבחינה תזרימית, כאשר הבעיה התזרימית

הינה בהיקף עצום ולמשך זמן רב. מעבר לדרוש נמצא כי הן חדלות פירעון גם מבחינה מאזנית. קביעות אלו התבססו על בחינה מפורטת של עניינים שבעובדה, לאחר חקירת עדים, צלילה לתוך טיעוני הצדדים ובמסמכים עליהם התבססו המערערות מזה ובעל התפקיד מזה, תוך התייחסות מפורטת לראיות שהוגשו ולמצבן של החברות מבחינת מכלול ההיבטים הרלוונטיים לעניין. במסגרת זו לא למיותר להזכיר את ההלכה, כי ערכאת הערעור לא תתערב בממצאים עובדתיים שקבעה הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים כאשר נפל פגם חמור היורד לשורש העניין או שנמצא כי הממצאים אינם מבוססים דיים (ע"א 6991/14 מפרם טוכנויות (1999) בע"מ נ' חריש וקציר 2000 בע"מ, פסקה 25 (19.5.2016) והאסמכתאות שם; ע"א 485/89 קו נקודה בע"מ נ' B.V. Briefhouder en Papierwarenfabriek, פ"ד מו(1) 270, 265 (1991); אורי גורן סוגיות בטדר דין אזרחי 1026 (מהדורה 12, 2015)). מקרה זה לא נמנה על אותם מקרים חריגים, המצדיקים את התערבות ערכאת הערעור.

62. מעבר לכך ולגופו של עניין, הלכה למעשה אין כל מחלוקת אמיתית בשאלת חדלות פירעון החברות. אין חולק כי החברות חדלות פירעון מבחינה תזרימית, בהיקפים ניכרים (כ-200 מיליון ש"ח לעמדת בעל התפקיד וכ-110 מיליון ש"ח לעמדת רו"ח סומך, המומחה מטעם המערערות). יודגש כי בבקשה למתן צו הקפאת הליכים שהגישו מערערות 1-6 לבית המשפט המחוזי ביום 24.3.2016 (פר"ק 16-03-54284), נטען על ידן כי קבוצת החברות נקלעה "לאירוע תזרימי חסר תקדים, שאין ביכולתה לעמוד בו" (עמ' 3 לבקשה). היינו, אף לשיטתן של המערערות, מצבן הכלכלי מבחינה תזרימית היה בכי רע. לא זו אף זו, לצד ההודאה בדבר המצוקה התזרימית, הובהר באותה בקשה כי כלל התחייבויות הקבוצה עומד על סך של כ-175 מיליון ש"ח (עמ' 2 לבקשה).

63. אין גם חולק כי מצב זה לא השתפר לטובה עם חלוף הזמן, כפי שעולה אף מחקירתו של המומחה מטעם המערערות, רו"ח סומך בפני בית המשפט המחוזי בדיון שהתקיים ביום 25.7.2016, אז הבהיר המומחה כי "קיימת בעיה תזרימית, אין ויכוח על זה, ברור" (עמ' 19, שורה 13). כמו כן, כאשר נשאל רו"ח סומך כיצד יכולה החברה לעמוד בתשלום חובותיה – שדווחו על ידי רו"ח סומך עצמו – כגון החוב בפרויקט "חורגין" על סך של כ-7 מיליון ש"ח, וחוב בסך של 46 מיליון ש"ח בפרויקט אחר (פרויקט ז'בוטינסקי), הבהיר כי "כרגע מבחינה תזרימית אין אפשרות לשלם" (עמ' 30, שורה 6) ואין "בקופת החברה" סכום המאפשר לשלם את החוב (עמ' 20, שורה 21).

64. כאמור, בית המשפט המחוזי גם מצא כי החברות חדלות פירעון מבחינה מאזנית, ולמעשה גם עניין זה אינו שנוי במחלוקת אמיתית. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, אף מדו"ח סומך עליו מבקשות החברות להישען – דו"ח שנמצאו בו כשלים לא מעטים וקביעותיו בדבר כשירות החברה אינן ברורות מאליהן – עולה חדלות פירעון של החברות גם מבחינה מאזנית. כך, לעמדתו המעודכנת של סומך אשר הובעה במהלך הדיון ביום 25.7.2016 נטען כי נמצא שהחברות במאזן חיובי של כ-1 מיליון ש"ח בלבד, כאשר חישוב זה התבסס על כך שהחוב של החברות לרשות המיסים עבור תשלומי מע"מ, לגבי קיים הליך תלוי ועומד, הינו בסך של כ-6 מיליון ש"ח. אלא שבצדק קבע בית המשפט כי אף לשיטת סומך החברות אינן עוד במאזן חיובי, שכן באותו דיון התברר כי רשות המיסים צפויה להוציא שומה נוספת בסך של כ-20 מיליון ש"ח, אשר תטה את הכף באופן מידי אל עבר חדלות פירעון החברות מבחינה מאזנית.

65. מעבר לאמור, בית המשפט המחוזי מצא כי גם הערכת החברות והערכת המומחים מטעמם הינן הערכות אופטימיות. מצד אחד, ההערכות לא לקחו בחשבון את סך התחייבויות החברה, ומצד שני העניקו משקל משמעותי ועודף ל"נכסי" החברות, על אף התרופפות הזיקה שבין החברות לבין חלק מאותם נכסים, או היחלשות הסיכוי כי מאותם נכסים יצמחו לחברות רווחים. מכל מקום, גם ממצאים אלה בדבר הבעייתיות שנמצאה בהערכות ובאומדני החברות והמומחים מטעמן, מעוגנים היטב בחומר הראיות ומבוססים על אדנים ברורים ועולים מאליהם מחקירתם של אנשי המקצוע מטעם החברות. בתמצית הדברים ולשם הדוגמה, מפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי עולה כי לדברי סומך עצמו, הדו"ח שהגיש התבסס על הערכת שוויין של דירות בפרויקט בנייה כגמורות, אף במקומות בהן כלל לא החלה הבנייה במקום (עמ' 46, שורות 12-20); על פרויקטים שבהם לא הושלמה כל עסקה עם מי מהחברות ואין נמצא חוזה המתייחס לקרקע הרלוונטית לבנייה (עמ' 31 שורות 21-24); ועל אומדן של פרויקטים אשר נמצאו בהם תכניות אשר לא אושרו והיתרים שנתנו שלא בהתאמה למספר הדירות עליהן התבסס האומדן (עמ' 51, שורות 6-25; עמ' 52 שורות 1-4). כמו כן עולה כי בעת הערכת שווי הנכסים לא נבדק מצבן המשפטי של הזכויות בנכסים והבעלות בהם (עמ' 47, שורות 7-17), וכי דו"ח סומך התבסס על הדוחות הכספיים של החברות ומאזניהן, על אף שסומך עצמו הבהיר כי קיים קושי של ממש להסתמך עליהם (עמ' 47, שורות 21-23; עמ' 48, שורות 1-19).

66. כאמור, החברות בערעורן עמדו על היתכנות קיומו של משקיע, אשר היה מוכן לשלם סך של 61 מיליון ש"ח לחברות, והודגש כי הוא אף הביא עמו צ'ק בנקאי

בשיעור של 10 אחוזים מהצעתו, לדיון שהתקיים בפני בית המשפט המחוזי ביום 25.7.2016. ואכן, במהלך ההליך לפני בית המשפט המחוזי הובעה פעמים מספר טענת החברות להיתכנות של איתור משקיע אשר יזרים לחברות סכומי כסף אשר יחלצו אותן ממצוקתן הכספית. אך כפי שקבע בית המשפט, הדבר נותר בגדר משאלת לב בלבד, כאשר לא הובאה כל הצעה ממשית בעניין זה. טענת המערערות "כי הפעם" מדובר במשקיע אשר עשוי היה להביא להיפוך תמונת המצב, אינה ברורה כלל. המדובר במחזור של טענות שאליהן התייחס בית המשפט המחוזי במפורט, אשר התייחס גם להודעה שהוגשה על ידי בנק מזרחי ביום 31.7.2017 ממנה עלה כי אותו צ'ק בנקאי בוטל זה מכבר ביום 28.7.2017, כאשר גם הובהר כי למערערות אין עוד זכויות באותו פרויקט לגבי הובא המשקיע (פרויקט ז'בוטינסקי) וגם מהטעם הזה לא הובהר כיצד יועיל אותו משקיע.

67. מכאן אפוא, קמה עילה מבוססת היטב לפירוקן של החברות מטעמי חדלות פירעון, ולא נמצאה כל סיבה להתערב במסקנה זו אליה הגיע בית המשפט המחוזי כאמור.

עילת פירוק – טעמי צדק ויושר

68. כאמור, בית המשפט המחוזי בפסק דינו גם קבע כי הפירוק מוצדק אף מטעמי צדק ויושר, לפי הוראת סעיף 257(5) לפקודת החברות. המדובר ב"עילת סל" אשר עשויה לכלול סוגים שונים של מקרים המצדיקים מבחינה ערכית פירוק החברה משיקולי צדק ויושר (כהן, עמ' 134-135; ע"א 877/07 גפן נ' ג'ירוטק השקעות בע"מ, פסקה כו (2.9.2010)), עילה אשר ניתן לה ביטוי מסוים, גם במסגרת החוק החדש במסגרת תיקון עקיף לחוק החברות (סעיף 1342(3) לחוק החברות בנוסחו החדש). מכל מקום, על פי הדין הקיים, בית המשפט עשוי להיעתר לבקשה לפירוק חברה בעילה זו במקרים בהם החברה אינה פעילה ואינה מקיימת את מטרותיה העיקריות; כאשר מטרות החברה הן בלתי חוקית או כאשר החברה הוקמה למטרת תרמית; כאשר המשך ניהול החברה אינו מתאפשר עקב קיומו של מבוי סתום (ע"א 877/07 בעניין גפן לעיל, פסקאות לג-לד; רע"א 5596/00 סתיו נ' נאחוסי, פ"ד נז(1) 149, 155 (2002)).

69. בענייננו, התמונה המלאה והעגומה של מצב החברות, מצביעה על אי-סדרים שהתגלו בהתנהלות הקשורה לכספי הרוכשים; על היעדר הפרדה בין כספי הפרויקטים השונים; ועל כשלים רבים שנתגלו בדוחות הכספים של החברות אשר שיקפו נתונים שאינם עולים מהמציאות. כל אלה מעוררים תמיהות קשות באשר להתנהלות הכספית והכלכלית של החברות וההשלכה שיש להתנהלות זו על מצבן. ויובהר, התמונה

בכללותה מגלה כי אין המדובר בטעויות טכניות או בכשלים נקודתיים שנפלו בהתנהלות החברות. המדובר בהתנהלות עקבית של העברת כספים שהופקדו על ידי רוכשים לצורך מימונו של פרויקט מסוים, אשר הם רכשו את זכויותיהם בו, לצרכים אחרים ולהשלמת החסר שנוצר בעקבות כישלונם של פרויקטים אחרים. הדברים גם אינם יכולים להיות שנויים במחלוקת, שכן סומך עצמו העיד על התנהלות מעין זו בחקירתו (עמ' 23 שורות 17-19). לכך גם מצטרפת העובדה שכפי שקבע בית המשפט המחוזי, כספים שהופקדו על ידי לקוחות לצורך קידום הפרויקטים נמשכו על ידי בעלת השליטה לצרכים פרטיים. קבוצת חברות שעניינה יזמות בתחום הבנייה אינה יכולה לבסס את דרכי פעולתה על התנהלות מעין זו. בהינתן הכשלים הממשיים הקשים שנתגלו בהתנהלות כספי החברות, אין פלא אפוא שבנסיבות אלה, כאשר נקלעו החברות לפתחה של מצוקה כלכלית מסיבות כלשהן, הדברים הביאו להתדרדרות בלתי מנערת. מצב דברים זה מצדיק אפוא את פירוקן של החברות גם בשל עילה זו, מן הצדק ומן היושר.

טענות בדבר נסיבות היווצרות חדלות הפירעון ופתיחת ההליך

70. המערערת העלו טענות נוספות שעניינן נסיבות היווצרות הליך הפירוק ופתיחתו. אלא שלעניין זה, אף אם כפי שטענו המערערות, הסיבה להתדרדרותן הכלכלית נעוצה הייתה בהתנהלותם של גורמים אחרים (כגון בנק מזרחי טפחות, אשר מכחיש מכל וכל את טענות המערערות נגדו), הרי שאין בכך כדי להשפיע במאומה על הקביעה בדבר חדלות פירעונן. זאת שעה שבבחינת חדלות פירעונה של חברה, אין לייחס משמעות לגורמים אשר הובילו את החברה להתדרדרות במצבה הכלכלי (ראו: האן, עמ' 128-129).

71. כך גם לא ניתן לקבל את טענת המערערות באשר לנסיבות פתיחת הליך הפירוק. בהקשר זה, המערערות טענו כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שלא נעתר לבקשת וולך אשר הגיש ביום 1.3.2016 (במסגרת תיק פר"ק 59196-02-16) בקשה לחזור בו מהבקשה לפירוק אור סיטי, כאשר נטען כי עד אותה עת טרם הצטרף כל נושה לבקשת הפירוק. אלא שאין כל עדיפות או חשיבות לגורם אשר פתח את הליך הפירוק. אף אם מבקש בקשת הפירוק חזר בו מהבקשה או זנח את הטיפול בה, לפי תקנה 10 לתקנות החברות (פירוק), התשמ"ז-1987, רשאי בית המשפט לצוות על חילופי מבקשים והמשך הדיון בבקשה בידי מבקש אחר אשר רשאי להגיש בקשת פירוק (בש"א 170/87 Bernard San '1 רויאל חברה למימון בע"מ (13.10.1987)). ויובהר, כי עיון במערכת "נט המשפט" מגלה כי באותו יום שבו הוגשה הבקשה למחיקת בקשת

הפירוק, הוגשה בקשה מטעם נושה נוסף (גב' מינה זמר) להצטרף להליך. ומכאן ואילך, זרם הבקשות להצטרף להליך רק הליך וגבר.

72. כידוע, הליך הפירוק הוא הליך קולקטיבי מעצם טבעו. במסגרת זו, בית המשפט נדרש להתחשב בזכויותיהם ובמאוייהם של כלל הנושים ובעלי העניין בהליך (ראו סעיף 273 לפקודת החברות לפיו על בית המשפט להתחשב "במשאלות הנושים והמשתתפים" בכל ענין הנוגע לפירוק). אין כל פסול אפוא בכך שלא התקבלה בקשת וולך למחיקת בקשת הפירוק, וזאת בהתחשב בבקשות שהוגשו על ידי נושים אחרים, ואף ההיפך הוא הנכון. משהותנעו גלגלי ההליך הקולקטיבי, דינן של תביעות החוב להתברר במסגרת הליך זה בלבד (עניין מגדל הזוהר, פסקה 21). למעלה מן הצורך, ועל מנת להעמיד את הדברים על דיוקם, יצוין כי גם הטענה העובדתית לפיה "לא הצטרף כל נושה לבקשת הפירוק", אינה מדויקת. זאת כאשר וולך עצמו הגיש בקשה נוספת ביום 8.3.2016 במסגרתה חזר בו מהבקשה למחיקת ההליך.

אשכול חברות

73. המערערת הלינו עוד על כך שהקביעה בדבר חדלות פירעונן של החברות ניתנה ללא שנדרש בית המשפט לעניינה של כל אחת מהן באופן ייחודי ונפרד וללא שהוגשה בקשת פירוק לכל אחת ואחת מהחברות. ואכן, במצב דברים רגיל, אין די בכך שחברה שפירוקה מתבקש הינה חלק מקבוצה שנמנות עמה חברות אחרות שהן במצב של חדלות פירעון (כהן, עמ' 134). עם זאת, בענייננו, בנסיבות בהן החברות היו מצויות בשליטה של אותם בעלים, נוהלו תוך עירוב נכסים ביניהן ובוצעו העברות כספים עניפות מחברה אחת לרעותה, לא יכול להיות חולק כי מדובר באשכול חברות אשר יש לראותו כמקשה אחת. אף רו"ח גרינברג מטעם המערערת העיד כי הנהלת החשבונות התנהלה ב"ערבוב" בין החברות (עמ' 55, שורות 20-22; עמ' 54, שורה 6), וכי כספים ששולמו במסגרת פרויקט של חברה אחת (מערערת 2, גריני סיטי בע"מ) הופקדו בחשבון של חברה אחרת (אור סיטי) (שם). בנסיבות אלו, ניתן להתייחס לחברות כאל "ישות כלכלית-עסקית אחת" (רע"א 510/00 ח. דשף קבלנים נ' ענבר, פ"ד נד(2) 712, 716 (2000); ראו גם: יוסף גרוס חוק החברות כרך א, 259-260 (מהדורה חמישית, 2016)), ולייחס לחברה אחת את חובותיה של חברה אחרת (וראו עוד בעניין אשכול חברות: פר"ק (מחוזי י-ם) 16739-08-14 עו"ד יצחק מולכו, המנהל המיוחד של חברת חפציבה הנדסה ובניין (2006) בע"מ (בפירוק) נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ (11.12.2006)).

מעשה עשורי

74. מעבר לכל אלה יובהר כי קיים טעם של ממש גם בטענת המפרק, כי דין הערעור להידחות אף מהטעם שמדובר הלכה למעשה ב"מעשה עשוי" ובערעור תיאורטי. כך, אף אם היו מתקבלות טענות המערערות לגופן, וכפי שהובהר לעיל, פני הדברים אינם כך בכלל, לא בנקל ניתן היה לקבל את הערעור. זאת בהתחשב בכך שלביטול כל ההליכים והמהלכים שנעשו עד כה בעקבות פסק הדין ישנן השלכות מרחיקות לכת (השוו: רע"א 8129/02 ארגיל שירותי הובלה (1993) בע"מ נ' הנאמן על חברת דן רולידר בע"מ (בהקפאת הליכים), פ"ד נז(5) 481, 484 (2003); ע"א 844/14 דנקנר נ' כונס הנכסים הרשמי (19.5.2014)). מכתבי הטענות שהוגשו עולה כי מאז ניתן פסק הדין ובמסגרת הליכי הפירוק, התבצעו צעדים משמעותיים ופעולות רבות עליהם השפעה על גורמים שונים, לרבות צדדים שלישיים. בין היתר, ננקטו הליכים למימוש שעבודים הרשומים לטובת נושים מובטחים, נחתמו הסכמי פשרה בסכסוכים שנתגלעו בין המערערות לבין בעלי זכויות שונות וכן נמכרו זכויותיהן של המערערות בפרויקטים לידיהם של צדדים שלישיים (כך למשל, הזכויות ב"פרויקט השניים" ברחוב ארלוזורוב 13 ברמת-גן והזכויות בנכס ברחוב בוגרשוב 50 בתל אביב). על כן, גם במובן זה, ומבחינת ההשלכות הצפויות לנושים השונים ולצדדים שלישיים, לא ניתן עוד "להשיב את הגלגל לאחור" (ע"א 844/14 בעניין דנקנר לעיל, פסקה 6). בעניין זה יצוין כי ניתן להתרשם על דרך ההיקש מהוראות סעיף 55(ד) לפקודת פשיטת הרגל, המבהירות כי גם במקום שבו בוטלה הכרזת פשיטת רגל, אין בביטול ההכרזה כדי לפגוע בתוקפם של עסקאות, העברות ותשלומים שבוצעו בעקבות ההליך (ראו גם בהקשר זה: סעיף 183(ג) לחוק החדש).

75. כמו כן, כפי שהבהיר המפרק, נגד החברות הוגשו עד היום תביעות חוב בסך כולל של כ-568 מיליון ש"ח. גם לכך יש השלכה משמעותית לעניין זה. גם אם ניתן להניח כי חלק מתביעות החוב לא יאושרו, ובמובן זה פשיטא כי על בעלת השליטה לחבור אל המפרק ולמלאכתו על מנת לצלול אל כל תביעה על ראשיה וקרביה ולבחון את אמיתותה – ממילא לא ניתן עוד להלום מציאות שבה יבוטל הליך הפירוק.

76. עוד בשולי הדברים, בערעור נטען על ידי המערערות לגבי חלק נכבד מהפרויקטים ולצורך הוכחת הטענה כי נחפו בית המשפט להוציא צו פירוק, כי "ניתן היה להגיע להסדר נושים". אלא שלפני המערערות ניצבת משוכה גבוהה שנדרש לעבור כדי לשכנע את ערכאת הערעור כי יש להתערב בממצא שעניינו היתכנותו של הסדר נושים. לא די אפוא בהכרזה מעין זו, וזאת בוודאי שעה שכלל הנושים שהגישו עמדתם לבית המשפט התנגדו להצעת ההסדר.

הליכי פשיטת הרגל

77. ובאשר לצו כינוס הנכסים שהוצא לבעלת השליטה, כאשר בפי בעלת השליטה טענות רבות באשר לפתיחת הליכי פשיטת הרגל נגדה.

78. סעיף 7 לפקודת פשיטת הרגל קובע את התנאים שבהתקיימותם רשאי נושה לפתוח בהליכי פשיטת רגל נגד חייב. התנאי האחד, קיומו של חוב על סכום קצוב בכסף שניתן לשלמו מיד או "בזמן עתיד קבוע", והוא מעל גובה סכום מסוים (העומד כיום על סך של 86,270 ש"ח). התנאי השני, עשיית "מעשה פשיטת רגל" על ידי החייב, כפי שזה מוגדר בסעיף 5 לפקודה האמורה, אשר נעשה בטווח הזמן שבתוך שלושת החודשים שקדמו להגשת הבקשה. התנאי השלישי, עניינו מקום מושבו של החייב והזיקה בינו לבין ישראל.

79. יצוין בהקשר זה, כי החוק החדש מבצע שינויים רבים ומהותיים בדין החל על עניינם של יחידים בהליכי פשיטת רגל, כך שגדרי ההליך ישתנו מן הקצה אל הקצה. כך למשל, יוצר החוק החדש הבחנה בעלת השלכות רבות, בין בקשת חייב לפתיחת הליך, לבין בקשת נושה. כאשר מדובר בהליך ביוזמת החייב, ככלל, חלק מרכזי מהטיפול בבקשה ייעשה שלא על ידי בית משפט אלא על ידי גורם מנהלי ("הממונה") תוך שניתנו סמכויות מסוימות לבית משפט שלום (סעיפים 104-108 לחוק החדש). כאשר מדובר בחובות בסך נמוך מ-150,000 ש"ח, ההליך יתנהל כולו בפני רשם ההוצאה לפועל (סעיפים 186-208 לחוק החדש). לעומת זאת, בקשת נושה לפתיחת הליך תוגש – במובן מסוים כפי שהיא כיום – לבית משפט, אך בניגוד למצב הקיים, לבית משפט שלום (סעיף 109 לחוק החדש; וראו הגדרת "בית משפט" בסעיף 4 לחוק החדש). חלק מה"תחנות" הקיימות בדין הקיים, מתן צו כינוס וצו פשיטת רגל הומרו ל"צו פתיחת הליכים" ו"צו לשיקום כלכלי".

יצוין כי אחד התנאים המרכזיים שעומדים בבסיס ההליך במסגרת דין הקיים, ביצוע "מעשה פשיטת רגל", הושמט בדין החדש. פתיחת הליך ביוזמת נושה אינה דורשת עוד הוכחת "מעשה פשיטת רגל" על ידי החייב, אלא שניתן לפתוח בהליך ככל שהחייב חדל פירעון, ולא פרע חוב לנושה במועדו (סעיף 109(א) לחוק החדש; ויצוין כי חרף העובדה שהדרישה לקיומו של "מעשה פשיטת רגל" נתפסת בדרך כלל כבאה להקל על הנושים, ישנן רגליים מוצקות לסברה שהדרישה באה דווקא להיטיב עם החייב ולהכביד על הנושים. הסיבה לכך נעוצה בעובדה שעשיית "מעשה פשיטת רגל" מצויה בשליטתו של החייב ובכוחו למנוע את פתיחת הליך פשיטת הרגל נגדו במניעת "מעשה פשיטת רגל" וזאת במנותק מהשאלה אם הוא אומנם חדל פירעון. וראו: דוד מינץ "שותף

ושותף פושט רגל בשותפות פושטת רגל" משפטים מו 65, עמ' 88-89 (2017); להלן: שותף ושותף פושט רגל). לעניין זה, חדלות פירעון הינה אותו מצב כלכלי כפי שהוגדר לעניין תאגיד, במסגרת סעיף 2 לחוק החדש. מכל מקום, לפי סעיף 109(ב) לחוק החדש, אם טרם הגיע מועד פירעון החוב, יכול הנושה לפתוח בהליך רק אם התקיים אחד מהמצבים שפורטו בחוק, היינו, אם פעל החייב במטרה להונות את נושיו; אם פעל לגריעת נכס מנכסיו במטרה להבריחו מנושיו; ואם החייב לא יוכל לפרוע את החוב, ובלבד שמועד פירעון החוב חל בתוך שישה חודשים ממועד הגשת הבקשה, ויצוין בהקשר זה, כי השינוי שיצר החוק החדש בהיבט זה, מגלה דמיון מסוים לדין האמריקאי, שכן מאז שנת 1978, גם בדין האמריקאי פתיחת הליכי פשיטת רגל אינם מותנים בעשיית מעשה פשיטת רגל מצד החייב (סעיף 303(h) ל- United States Bankruptcy Code, 11 U.S.C. (1978); ראו גם: שותף ושותף פושט רגל, עמ' 89 ה"ש (122).

80. ובאשר לדין הקיים, הרלוונטי לענייננו. יצוין כבר עתה בפתח הדיון ובאשר לתנאי הראשון בדין הקיים שעניינו קיומו של חוב, כי אין לקבל כלל את טענת בעלת השליטה כי אין בנמצא כל חוב מוגדר ופסוק נגדה. אמנם, הדרישה לקיומו של חוב מהווה תנאי הכרחי ויסודי לצורך בניית המסד המקום לנושה עילה לפתוח בהליך פשיטת רגל (ע"א 7375/15 כ"אל נ' ג'מאל יאסין בע"מ, פסקה 10 (27.11.2016)), אך תנאי זה מתקיים במקרה זה במלואו. ראשית, קיים כנגד בעלת השליטה חוב כלפי לוזון אשר קיבל תוקף של פסק דין במסגרת הסדר הפשרה. שנית, וגם מבלי להידרש להערכת חובותיה על ידי בעל התפקיד, המוערכים בעשרות מיליוני ש"ח, הרי שגם רו"ח סומך הודה במהלך חקירתו בפני בית המשפט כי לבעלת השליטה חובות אישיים משמעותיים (חוב לגרוש שלה (עמ' 36, שורות 1-2); חוב אישי כלפי החברות בסך של 6.5 מיליון ש"ח (עמ' 54, שורות 17-18); ערבות אישית לבנק בסך של 17 מיליון ש"ח (עמ' 35, שורות 18-21) ועוד). ומכל מקום, בנסיבות אלה, טענות בעלת השליטה בדבר תוקפם של החובות וגובהם, מקומן להתברר בהליכי הכינוס לגופו של עניין (ע"א 2035/12 פרחי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פסקה 11 (12.8.2013); ע"א 203/15 קרויס נ' פרידמן (21.10.2015)).

81. ובאשר לתנאי השני שענייננו קיומו של "מעשה פשיטת רגל". בשונה מבקשת חייב להכריזו פושט רגל, ככלל, על פי הדין הקיים, ובשונה מהחוק החדש, תנאי פתיחת הליך פשיטת רגל על ידי נושה אינם כוללים דרישה להוכחת חדלות פירעונו של החייב (ראו: שותף ושותף פושט רגל, עמ' 66; מנחם מאוטנר "מעשה פשיטת רגל" – האמנם סוף מעשה במחשבה תחילה?" ספר לובנברג 108, 114-115 (התשמ"ח)). זאת

שעה שהמונח "פשיטת רגל" מתייחס "להליך משפטי ולא למצב כלכלי" (האן, עמ' 134). כך גם עולה מהוראות סעיף 6 לפקודת פשיטת הרגל, לפיהן משעשה החייב "מעשה פשיטת רגל", רשאי בית המשפט ליתן לו צו כינוס, מבלי שנדרש הנושה להוכיח חדלות פירעונו של החייב.

82. כך גם, ככלל, החלופות הקבועות בסעיף 5 לפקודת פשיטת הרגל, להוכחת קיומו של "מעשה פשיטת רגל", אינן מחייבות נושה להצביע על חדלות פירעונו של חייב. אכן, במקום שבו חייב הצהיר על היותו חדל פירעון (או הגיש בקשה לפשיטת רגל שמשמעותה דומה לפי הוראות סעיף 17(ב) לפקודת פשיטת הרגל), הדבר מהווה "מעשה פשיטת רגל" (לפי החלופה הקבועה בסעיף 5(4) לפקודה האמורה). אך בהיעדר הצהרה כזו, או כאשר לא הוגשה בקשת פשיטת רגל על ידי חייב, הדין מכיר בסוגים שונים של מצבים אשר נכנסים לגדרי "מעשה פשיטת רגל", גם במקום שבו לא הוכח כלל כי החייב חדל פירעון. אמנם, לכלל זה גם קיים חריג, עליו עוד יורחב בהמשך.

83. ויש להדגיש. הגם כי נושה אינו נדרש להוכיח חדלות פירעונו של חייב, קיימת זיקה הדוקה בין המעשים אשר נחשבים ל"מעשי פשיטת רגל" לבין חדלות פירעון החייב, שכן במונח מסוים כל אחד מהמעשים שנמנים בסעיף כ"מעשי פשיטת רגל" מקיימים חזקה שהחייב אכן חדל פירעון (ראו גם: שותף ושותף פושט רגל, עמ' 84; והשוו, חזקת חדלות פירעון לעניין עילת פירוק חברה: סעיפים 258(1) ו-258(2) לפקודת החברות). יש גם לציין את הכמעט מובן מאליו, כי אמנם ככלל, בדין הקיים, על מנת לפתוח בהליך פשיטת רגל אין נושה צריך להוכיח חדלות פירעונו של חייב, אך לצורך הכרזת חייב פושט רגל, בית המשפט נדרש להגיע למסקנה כי אין החייב יכול לפרוע את חובותיו (סעיף 18ה(א) לפקודת פשיטת הרגל).

84. ובאשר לחלופה הרלוונטית לענייננו בנוגע לביצוע "מעשה פשיטת רגל". סעיף 5 לפקודת פשיטת הרגל מפרט כאמור מספר מצבים שונים המגבשים כל אחד מהם "מעשה פשיטת רגל". שתי החלופות הרלוונטיות לענייננו, הן החלופה הקבועה בסעיף 5(1)(א) לפקודת פשיטת הרגל, כאשר החייב "נתן נכס מנכסיו מתנת מרמה או העבירו העברת מרמה", והחלופה הקבועה בסעיף 5(1)(ב) לפקודת פשיטת הרגל, המתייחסת למצב שבו החייב "העביר או שעבד נכס מנכסיו העברה או שעבוד, שאילו נעשה כשהוא מוכרז פושט רגל היו בטלים משום העדפת מרמה לפי כל דין תקף אותה שעה".

85. עניינן של שתי החלופות האמורות, בפעולה המהווה "מרמה". אלא שבכוד הפעולה בסעיף 5(1)(א) עניינה מתנה או העברה שיש בה מרמה, עניינו של סעיף 5(1)(ב) הינו העדפת מרמה. יצוין כי סעיף 5, מבוסס על פקודת פשיטת הרגל המנדטורית משנת 1936 (Bankruptcy Ordinance, no.3 of 1936), וגם נוסח כותרת השוליים שבפקודה המנדטורית (סעיף 3(2) מבחין בין "Fraudulent gift or transfer" (סעיף 3(2)(a) לפקודה המנדטורית) לבין "Fraudulent preference" (סעיף 3(2)(b) לאותה פקודה). יצוין כי אחד ההבדלים המשמעותיים בין שתי חלופות אלו, הוא בקיומה או בהיעדרה, של הדרישה להוכחת חדלות פירעון כתנאי לביסוס "מעשה פשיטת רגל". כך, בעוד שהחלופה שעניינה "העברת מרמה" לפי סעיף 5(1)(א) לפקודת פשיטת הרגל אינה דורשת הוכחת חדלות פירעונו של החייב, "העדפת מרמה" לפי סעיף 5(1)(ב) לאותה פקודה דורשת, כפי שעוד יבואר גם בהמשך, כי החייב יהא חדל פירעון.

86. אם כן, ה"מרמה" שמצוינת במסגרת סעיף 5(1)(א) לפקודת פשיטת הרגל נסובה על פעולה של העברת נכס (או נתינתו במתנה). הנסיבות אשר עלולות להיכלל כפעולות "מרמה" הן כאמור רבות, מגוונות ומשתנות בהתייחס לעובדות המקרה, ולא ניתן להכליל הגדרה ממצה לעניין זה (וזאת בדומה, למשל, ל"מרמה" בהקשר של אחריות מנהלים לפי סעיף 373 לפקודת החברות: ע"א 7516/02 פישר נ' דר"ח צבי יוכמן, פ"ד ס' (1) 69, 91-92 (2005)). בין היתר, עשוי בית המשפט להידרש לשאלה האם פעל החייב באופן שאינה עולה בקנה אחד עם חובות תום הלב שהוא חב בה (ע"א 2975/09 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' דדאל, פסקה 3 לפסק דינו של חברי השופט (כתוארו אז) ח' מלצר (22.12.2010)). כך גם בע"א 2975/09 בעניין בנק לאומי לישראל בע"מ הנ"ל, נקבע למשל, כי מדובר ב"העברת מרמה", כאשר חייב מכר את נכסיו באותה שעה שבה ניהל משא ומתן עם בנק לסילוק חובות החברה שלה היה ערב, משא ומתן אשר התבסס על אותם נכסים. פעילות אחרת שעשויה להיחשב למשל כמרמה, היא כאשר ההעברה רוקנה למעשה את החייב מנכסיו (פש"ר (מתוזי ת"א) 55177-09-14 בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' דנקנר (26.3.2015)). ניתן להניח כי גם העברה אשר התבססה על מצג שווא, או שנעשתה למראית עין בלבד, עשויה גם כן להיחשב כ"העברת מרמה".

87. החלופה השנייה הרלוונטית בענייננו, הקבועה בסעיף 5(1)(ב) לפקודת פשיטת הרגל, מתייחסת כאמור למצב שבו העביר החייב או שעבד נכס מנכסיו בנסיבות שיש בהן "העדפת מרמה". נסיבות אלו הן אותן הנסיבות המבססות קיומה של העדפת מרמה שדינה ביטול על ידי הנאמן המפורטות בסעיף 98(א) לפקודה האמורה (ע"א 2659/96

רוזן נ' בנק המזרחי המאוחד, פ"ד נה(2) 529, 534-535 (2001) (להלן: עניין רוזן); ע"א 2930/09 רייפמן נ' CCM Master Qualified Fund, פסקה 6 (21.11.2010); שלמה לוינ ואשר גרוניס פשיטת רגל 62 (מהדורה שלישית, 2010) (להלן: לוינ וגרוניס)), אשר זה לשונו:

"מי שאינו יכול לפרוע מכספו את חובותיו כשמגיע זמן פרעונם, וכדי לתת עדיפות לנושה פלוני או למי שערב לחובו או מתוך אילוץ או שידול שלא כדין מצד אותו נושה או מטעמו הוא מעביר נכס או משעבדו, או משלם כסף, או נוטל על עצמו התחייבות, או נוקט הליך משפטי או נכנע לו, לטובת הנושה או נאמנו, ועל סמך בקשת פשיטת רגל שהוגשה תוך שלושה חדשים מיום שעשה כן הוכרז פושט רגל, יראו את מעשהו כמעשה מרמה ויהיה בטל כלפי הנאמן."

ויודגש, המושג "מרמה" עשוי לבלבל, שכן בהקשר זה משמעותה של ה"מרמה" הינה עצם העדפה שניתנת לנושה מסוים והפגיעה שנגרמת כתוצאה מכך לעיקרון השוויון (ע"א 9596/04 וגנר-דוחובני כבלים ומתכות בע"מ נ' עו"ד אברהם גדות, פסקה 5 (23.10.2006)), ואין דרישה לפעולה שרובץ עליה הכתם של "מרמה" במובנה ה"רגיל" (ראו גם: ע"א 1740/06 עו"ד נפתלי נשר, הנאמן לנכסי שמעון חדד נ' אטיאס, פסקה 5 (26.6.2008); האן, עמ' 401).

88. על מנת שתגבש "העדפת מרמה" לפי סעיף 98(א) לפקודת פשיטת הרגל, נדרשת עמידה בארבעה תנאים. התנאי האחד הוא תנאי מקדמי, הדורש כי בשעה שנעשה המעשה הפסול לא יכול היה החייב לפרוע את חובותיו. שלושת התנאים האחרים מכוונים לאופיו של המעשה הפסול, למועד שבו נעשה, לכוונה שנלוותה לו או לנסיבות שאפפו אותו: התנאי השני מבין כלל התנאים, כי המעשה הפסול נעשה בתוך תקופה של שלושה חודשים קודם להגשת הבקשה לצו כינוס והכרזת פשיטת רגל; השלישי, שהמעשה הפסול נעשה לטובת נושה מסוים; הרביעי, שהמעשה נעשה על מנת ליתן עדיפות לנושה מסוים על פני נושים אחרים, או מתוך אילוץ או שידול שלא כדין מצד נושה מסוים. סעיף 98(א) גם מגדיר את המעשה הפסול ככזה אשר יכול ללבוש צורות שונות – העברת נכס או שעבודו, תשלום כסף, נטילת התחייבות או נקיטה של הליך משפטי או כניעה לאותו הליך.

89. ויודגש, על אף שהמעשה הפסול יכול ללבוש כאמור צורות שונות (העברת נכס, שעבודו, תשלום כסף וכן הלאה), בעניינה של החלופה הקבועה בסעיף 5(1)(ב) לפקודת פשיטת הרגל לעניין עשיית "מעשה פשיטת רגל" נוקטת הפקודה בלשון

"העביר או שעבד נכס". על כן, נראה כי לצורך הוכחת "העדפת מרמה" במובן של הוכחת אחת מהחלופות לעניין "מעשה פשיטת רגל", נדרש קיומו של מעשה פסול שבו הועבר נכס או שועבד, ולא כל אחת מהחלופות האחרות הקבועות בסעיף 98(א). כך לשם הדוגמה, אף אם נטילת התחייבות כשלעצמה עשויה להיכנס בגדר אחד מהמקרים המצדיקים ביטול העדפת מרמה לפי סעיף 98(א) לפקודת פשיטת הרגל, אין די בנטילת התחייבות על מנת שהדבר ייחשב כ"מעשה פשיטת רגל", לפי החלופה שעניינה "העדפת מרמה".

90. ולענייננו. בית המשפט קבע כאמור כי בעלת השליטה ביצעה מעשה פשיטת רגל, בין אם לפי החלופה שבסעיף 98(1)(א) לפקודת פשיטת הרגל ובין אם לפי החלופה שבסעיף 98(1)(ב) לפקודה זו. גם בעניין זה לא מצאתי כל עילה להתערב, כפי שיובהר להלן.

העברת מרמה

91. ראשית באשר לביצוע "העברת מרמה", לפי סעיף 98(1)(א) לפקודת פשיטת הרגל על ידי בעלת השליטה. במסגרת ההליך בפני בית המשפט המחוזי (וגם בכתב הערעור שהוגש כמו גם בסיכומים שהוגשו על ידה), בעלת השליטה טענה כי הזכות לקבלת דירת מגורים במסגרת "פרויקט הושע" בתל אביב לא הועברה כלל לנרקיס, שכן ההסכם עליו חתמה לאחר שנרקיס הפעיל עליה לחץ לעשות זאת, נועד רק ליתן בידו "בטוחה" למצב שבו היה ניתן צו פירוק לחברות. כאמור, בדיון שהתקיים לפנינו ביום 4.12.2017 טענה בעלת השליטה לראשונה כי לא חתמה על הסכם עם נרקיס כלל.

92. ראשית יובהר, אין כל מקום לאפשר העלאת טענה עובדתית חלופית הסותרת את הגרסה שהעלתה בעלת השליטה בפני בית המשפט המחוזי. נקודת המוצא לדיון הינה אפוא כי גרסת בעלת השליטה הייתה כי היא סברה שחתמה על הסכם עם נרקיס שנועד ליתן "בטוחה" בידיו, עבור כספי השקעה שהעביר נרקיס לפרויקט "אלוף הניצחון" בסך של 7.5 מיליון ש"ח, ורק "בדיעבד" הסתבר לה כי מדובר בהסכם מכר. אלא שגם גרסה זו לא נתקבלה. חלק נכבד מטענותיה של בעלת השליטה בהקשר זה הוכרע זה מכבר בפסק דינו של בית המשפט המחוזי מיום 7.6.2016 (פ"ר 29664-03-16) אשר במסגרתו נדחתה טענתה כי חתמה על ההסכם עם נרקיס מבלי שהובהר לה תוכנו ובעת שהייתה בלחץ. באשר לטענה זו קבע בית המשפט המחוזי שהיא איננה נתמכת בכל ראיה מלבד התצהיר שהגישה בעלת השליטה. היא גם אינה מתיישבת עם ההיגיון נוכח העובדה שבעלת השליטה חתמה על מסמכים שונים בקשר למכר לפני בא-כוח קבוצת החברות. על פסק דין זה לא הוגש ערעור.

93. על כן, לא נמצאה כל עילה להתערב במסקנה לפיה קשה לקבל את גרסת בעלת השליטה כי מדובר היה רק בעסקה שנועדה ליתן "בטוחה" לנרקיס (מסקנה שאליה הגיע בית המשפט גם בפסק הדין החלוט כאמור). לא זו אף זו, לכך שבעלת השליטה טענה לפנינו כי כלל לא חתמה על הסכם עם נרקיס, יש אף כדי ללמד על חולשה נוספת במהימנות גרסתה הקודמת (לפיה חתמה רק על הסכם שנועד ליתן "בטוחה"), שכן גם היא אינה עומדת מאחוריה עוד.

94. מכל מקום, בצדק קבע בית המשפט המחוזי כי בנסיבות העניין, העברת הזכויות בנכס יום אחר יום, לנרקיס ולאחר מכן ללוזון, מבלי ליידע את לוזון על העסקה הראשונה, הינה התנהלות המגבשת את יסוד ה"מרמה". כפי שגם ציין בית המשפט המחוזי, הרי שגם אם אכן כגרסת בעלת השליטה ההסכם עם נרקיס נועד ליתן בידו "בטוחה" בלבד, היה עליה ליידע את לוזון על אודותיו. בית המשפט גם מצא הטעיה מצד בעלת השליטה כלפי לוזון אשר באה לידי ביטוי בכך שהיא שלחה לו אסמכתא על העברה בנקאית שבוצעה כביכול לחשבוננו, וגם בכך יש אפוא כדי להעצים ביתר שאת את היבט המרמה. גם לגבי מסקנה זו לא נמצא כי יש במה להתערב.

כאמור, בעילה זו המבוססת על "העברת מרמה", אין צורך להוכיח את חדלות פירעונו של החייב, כך שגם לו הייתה מוכיחה בעלת השליטה כי היא אינה חדלת פירעון, העברת המרמה המפורטת מקימה עילה בהיותה מעשה פשיטת רגל כשלעצמה.

העדפת מרמה

95. ובאשר לחלופה הקבועה בסעיף 5(1)(ב) לפקודת פשיטת הרגל, שעניינה העדפת מרמה. בית המשפט המחוזי קבע בעניין זה כי העברת הנכס לנרקיס, או אף לשיטת בעלת השליטה – שעבודו – מגבשת אף את יסודותיה של "העדפת מרמה" במובנו של סעיף 98(א) לפקודת פשיטת הרגל.

96. כאמור, בית המשפט קבע כי קשה לקבל את גרסת בעלת השליטה לפיה לא חתמה על הסכם מכר עם נרקיס. אך גם נקבע, כי אף אם הייתה מתקבלת טענתה כי מדובר בעסקה שעניינה הענקת "בטוחה" בלבד, הרי שעדיין עומדת העסקה בגדר התנאים שנקבעו. זאת שעה, שאף לגרסתה, ההסכם עם נרקיס נועד היה לשעבד את הנכס כערובה לחיוב כספי. גם אין חולק כי ביום 3.3.2016, למחרת היום בו נחתם ההסכם עם נרקיס, נרשמה הערת אזהרה לטובת עו"ד מימון אביטל, שפעל בנאמנות עבור נרקיס. די היה ברישום זה של הערת האזהרה לטובת נרקיס, אף אם זו נעשית כדי

להבטיח את נשייתו ובשל קיומו של חוב, כדי להוות "שעבוד" ולגבור על עסקה הנוגדת לה שנרשמה אחריה (ראו: ה"פ (מחוזי ת"א) 443/90 "אריה" חברה לביטוח בע"מ נ' עו"ד ש' סלפוי הנאמן על נכסי מיכאלה ואפרים זיו (11.8.1991); פר"ק (מחוזי י-ם) 13-08-26400 עוה"ד יאיר גרין נ' אפריקה ישראל מגורים בע"מ (21.5.2014)). וכפי שכבר נפסק בעבר, כי רישום הערת אזהרה משמעותו שינוי מהותי במעמד הנושים כלפי הנכס, במובן זה שבו הנכס אכן "שועבד" (עניין רוזן, עמ' 537-538). בנסיבות אלה, הרי שלכל הפחות, הנכס שועבד כערוכה לנרקיס באמצעות עסקה המשפרת את מעמדו של נושה בסדר הנשייה.

97. אמנם, הלכה היא כי על מנת שפעולה משפטית תיחשב כהעדפת מרמה (אף לצורך הוכחת "מעשה פשיטת רגל"), על המבקש להוכיח כי כוונתו הדומיננטית של החייב בביצוע ההעברה הייתה להעדיף נושה מסוים (ראו למשל: ע"א 3911/01 כספי נ' שלמה נס, רואה חשבון, פ"ד נו(6) 752, 763 (2002) (להלן: עניין כספי); עניין רוזן, עמ' 539). ויודגש, אין המבקש נדרש להוכיח "כוונת מרמה", אלא כוונה למתן עדיפות בלבד (עניין רוזן, עמ' 538; ע"א 5709/99 לוין נ' עו"ד גד שילר, פ"ד נה(4) 925, 940 (2001)). אלא שבניגוד לטענת בעלת השליטה, תנאי זה מתקיים במקרה זה במלואו, שכן טענת בעלת השליטה עצמה הייתה כי היא ביקשה ליתן בידי של נרקיס "בטוחה". בכך מתקיימת אפוא "כוונת" העדפה במלואה.

98. ממילא, וכפי שקבע בית המשפט המחוזי, גם לא ניתן לקבל את טענת בעלת השליטה כי הסכם הפשרה שנחתם בין לוזון לנרקיס וקיבל כאמור תוקף של פסק דין "מאיין" את אותה "העדפת מרמה". כפי שקבע בית המשפט המחוזי, אף ההיפך הוא הנכון, שכן במסגרת הסכם הפשרה הובהר כי אין בו כדי למצות את טענותיו של לוזון נגד בעלת השליטה, והוא שמר על זכותו לתבוע את יתרת החוב אליו שהסתכם בסך של כ-750,000 ש"ח. מכל מקום, אף אם היו מתקבלות טענות בעלת השליטה בהקשר זה, הרי שלא היה בכך מאומה כדי להביא לביטול הליכי הכינוס. ממילא אין בידי יוזם הליך פשיטת הרגל הכוח להביא לביטולו (לוין וגרוניס, עמ' 87). זאת בוודאי במקרה כגון דא, שעה שעשרות נושים נוספים הצטרפו בינתיים להליך פשיטת הרגל. הרכבת יצאה מהתחנה, והנוסעים עליה כבר רבים. ממילא גורלו של הנושה שפתח את ההליך (אף שכאמור גם לא הוכח כלל כי הוא אכן מצא את תרופתו או כי שולם לו חובו) אינו מכריע את הכף לעניין התגלגלותו של ההליך מכאן והלאה, כהליך קולקטיבי.

99. ועוד, כפי שגם קבע בית המשפט, אף אם היו מתקבלות טענות בעלת השליטה בדבר הלחץ שהפעיל עליה נרקיס לחתום על אותה עסקה, הרי שגם מקרה זה נופל בגדרי התנאי הרביעי שבסעיף 98(א) לפקודת פשיטת הרגל. זאת שעה שהעדפת מרמה תיחשב ככזו גם אם נעשתה העסקה "מתוך אילוץ או שידול שלא כדין", כלשונו של הסעיף.

מכאן כי המעשה הפסול – העברה או שעבוד – נעשה לטובת נושה מסוים, על מנת ליתן לו עדיפות (או מתוך אילוץ או שידול), וגם אין חולק כי המעשה נעשה בתוך שלושת החודשים שקדמו להגשת הבקשה לצו כינוס. השאלה הנוספת שנותרה לבירור אפוא על מנת שהפעולה תיחשב כ"העדפת מרמה" לעניין החלופה הקבועה בסעיף 5(1)(ב) לפקודת פשיטת הרגל, הינה האם בעלת השליטה הייתה חדלת פירעון.

100. ואכן, בית המשפט המחוזי גם קבע כי בעלת השליטה חדלת פירעון, בהתחשב בכך שהיא חתומה על ערבויות אישיות כלפי כ-70 רוכשים בהיקף של כ-10 מיליון ש"ח. המדובר בקביעה המבוססת היטב אשר אין כל עילה להתערב בה. בית המשפט גם נדרש לטענת בעלת השליטה כי חלק ניכר מהערבויות זויפו, טענה עליה חזרה גם בערעורה, וקבע בצדק כי נוכח היקף הערבויות, גם אם הייתה מתקבלת טענתה בהקשר זה (אף כי קיים קושי לקבלה בהתחשב באי-סבירות ההנחה שמספר רב של אנשים שונים יזייפו את חתימתה), הרי שלא היה בכך כדי להצביע על כשירות פירעונה, שכן גם אם ייגרעו אותן ערבויות שנטען כי זויפו, עדיין יותרו ערבויות בהיקף ניכר ביותר.

101. בית המשפט גם קבע כי בעלת השליטה לא המציאה ראיות באשר ליכולתה הכספית לפרוע את התחייבויותיה הרבות, וגם בקביעה זו לא נמצאה עילה להתערב. יודגש כי טפסי 5 (דין וחשבון על חובות ונכסים) שהוגשו על ידה במהלך ההליך לפני בית המשפט המחוזי הוגשו בחסר, ונמצאו בהם אי-דיוקים. לעניין זה יצוין כי גם רו"ח סומך בחקירתו הודה כי חלק מהדירות המופיעות באותו מסמך אכן אינן בבעלות בעלת השליטה (עמ' 30-31 לפרוטוקול הדיון).

102. אשר על כן, בין אם לפי החלופה הקבועה בסעיף 5(1)(א) לפקודת פשיטת הרגל ובין אם לפי החלופה הקבועה בסעיף 5(1)(ב) לאותה פקודה, לא נמצאה כל עילה להתערב בקביעות המבוססת שניתנו על ידי בית המשפט המחוזי כי בעלת השליטה ביצעה "מעשה פשיטת רגל". גם קיומו של חוב אינו יכול להיות מוטל בספק.

לסיכום האמור לעיל, לא נמצאה כל עילה להתערב בקביעות בית המשפט המחוזי באשר להתקיימותן של העילות למתן צו הפירוק שניתן לחברות וצו כינוס הנכסים לבעלת השליטה, אשר התבססו על תמונת מצב מפורטת וברורה שממנה עולה חדלות פירעונן של המערערות, כמו גם התבססות המסד הנדרש לצורך נקיטת הליכים אלה. נוכח היקפן של תביעות החוב שהוגשו, חובות בעלת השליטה ומצבם של כלל הפרויקטים, טענות בעלת השליטה באשר לחולשתו של המסד שעליו התבססו בקשות הפירוק, אינן יכולות להתקבל.

הבקשה להוספת ראיות

103. כאמור, המערערות ביקשו להגיש ראיות נוספות, המבססות לשיטתן את טענתן כי התנהלו נגדן מעשי "הונאה ומרמה" אשר הובילה לכדי פתיחת הליך הפירוק ופשיטת הרגל נגדן. גם דינה של בקשה זו, להידחות.

104. תקנה 457(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 קובעת את הכלל לפיו בעלי הדין אינם זכאים להביא ראיות נוספות בערעור, ולצדו את החרוג המאפשר קבלת ראיות בערעור. הגשת ראיות נוספות בשלב הערעור ניתנת אך במשורה, כאשר התנאי הבסיסי לקבלת ראיה, הוא כי מדובר בראיה בעלת חשיבות ניכרת לצורך ההכרעה במחלוקות בין הצדדים (ראו גם: עניין גפן, פסקה מז; ע"א 4220/12 אלעוקבי נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (14.5.2015) והאסמכתאות שם).

105. כמו כן, ההבחנה המקובלת הינה בין ראיות שעניינן בעובדות שקדמו למועד שבו ניתן פסק הדין בערכאה הדיונית, לבין ראיות שעניינן בעובדות שאירעו לאחר מתן פסק הדין (ע"מ 7926/06 אדרי-אל ישראל בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה גליל עליון, פסקה 12 (24.6.2009)); חמי בן-נון טל חבקין הערעור האזרחי, עמ' 390-398 (2012) (להלן: בן-נון וחבקין). כאשר ראיות שעניינן בעובדות שקדמו למועד שבו שניתן פסק הדין, הגשתן תתאפשר רק אם המבקש לא ידע עליהן ולא יכול היה לגלותן בשקידה ראויה, והכל בהנחה שנהג בתום לב וללא שיהוי (ע"א 801/89 כהן נ' שבאם, פ"ד מו(2) 136, 141 (1992); עניין כספי, עמ' 762; בן-נון וחבקין, עמ' 390). כאשר הטעם להימנעות המבקש מהגשת הראיות בפני הערכאה הדיונית נעוץ בהתרשלות המבקש, שיכול היה להגיש ראיות אלה, ככלל אין להיעתר לבקשה, שכן אין לאפשר במסגרת זו ביצוע "מקצה שיפורים" (ראו למשל: רע"א 9524/00 הדר חברה לביטוח בע"מ נ' שלוחה, פ"ד נו(3) 831, 842 (2002); עניין כספי, עמ' 768). לעומת זאת, כאשר מדובר בראיות שנועדו להוכיח עובדה שהתרחשה לאחר שניתן פסק הדין בערכאה הדיונית, הגישה הינה מקלה יותר במובן מסוים, נוכח העובדה שאין עוד רלוונטיות

לשאלה האם מדובר ב"מקצה שיפורים" (בן-נון וחבקין, עמ' 395-396). השאלה העיקרית הרלוונטית לדיון הינה האם יש בכוחן של ראיות אלו כדי להשפיע באופן ממשי על תוצאות פסק הדין שניתן (עע"מ 7926/06 בעניין אדרי-אל ישראל בע"מ לעיל, שם).

106. הלכה למעשה, במקרים כגון המקרה שלפנינו, היינו בהליכי פירוק ופשיטת רגל, נראה כי השאלה האם מדובר בראיות שעניינן בעובדות שקדמו למועד שבו ניתן פסק הדין או בעובדות שהתרחשו לאחר מתן פסק הדין, חשיבות שולית בנסיבות העניין. שכן אמת המידה המחמירה יותר, צריכה לחול גם לגבי מקרים מהסוג השני, היינו גם כאשר מדובר בראיות שעניינן בעובדות שהתרחשו לאחר מתן פסק הדין. זאת שעה שהן בהליכי פירוק והן בהליכי פשיטת רגל, כאשר בידי המבקש ראיות נוספות אשר לשיטתו יש בהן כדי להביא באופן מכריע לשינוי התוצאה אליה הגיע בית המשפט, על המבקש לפנות לבית המשפט בבקשה חדשה המסתמכת על אותן ראיות. היינו, במקרים אלה, השאלה מדוע לא הוצגו הראיות האמורות בפני הערכאה הדיונית, הינה רלוונטית בין אם עניינן של הראיות בעובדות שקדמו למועד פסק הדין, ובין אם מדובר בעובדות שהתרחשו לאחר מתן פסק הדין.

107. ממילא, אם סבר המבקש כי יש בראיות הנוספות כדי להביא לשינוי התוצאה אליה הגיעה הערכאה הדיונית, הרי שפתוחה לפניו הדרך להביא לפני אותו בית משפט גם לאחר שניתן פסק הדין, אשר בוחן אם אכן הגשתן הייתה מוצדקת רק באותה העת ואם יש בהן כדי להשפיע על המסקנה אליה הגיע. למסקנה זו ניתן להגיע אף מבלי להידרש להוראות סעיף 181 לפקודת פשיטת הרגל, לפיו גם צווים של בית משפט לפשיטת רגל נתונים לעיון חוזר (ע"א 3760/03 עמרן נ' עו"ד מיכה צמיר, נאמן נכסי אייפרמן יוסף, פ"ד נט(5) 735, 742 (2005)), ולגמישות המתחייבת לצורך בחינת בקשה לעיון חוזר גם במסגרת הליך פירוק (ראו גם לעניין זה: רע"א 7869/17 א.י. אר. אמ. נכסים בע"מ נ' אור (23.11.2017)).

108. פשיטא אפוא כי אם קיימות ראיות נוספות אשר לא הוגשו במסגרת ההליך, שעשויות להשפיע על הצווים שניתנו, הן במסגרת הליך פשיטת הרגל והן במסגרת הליך פירוק החברות, המקום המתאים להגשתן הוא במסגרת אותם ההליכים, אף לאחר שניתן פסק דין (דוגמאות נוספות למקרים בהם סופיותו של "פסק דין" עשויה להיות גמישה בנסיבות העניין, ראו: ע"א 1351/06 עו"ד מועין דאוד ח'ורי נ' חברת ארמון ההגמון (קסר אלמוטראן) בע"מ, פסקה ל"ה (17.9.2007)). ויודגש, בהתקיים נסיבות

חדשות המצדיקות זאת, עד לחיסולה של החברה נתונה לבית המשפט הסמכות האינהרנטית לדון בכל עת בצו הפירוק שניתן. יתר על כן, בנסיבות המתאימות לבית המשפט הסמכות להידרש אף לבקשה לביטולם של חיסולה ומחיקתה של חברה (ראו: הוראות סעיפים 367 ו-369 לפקודת החברות).

109. ובענייננו, המערערות לא הבהירו מדוע לא הגישו את ראיותיהן לפני בית המשפט המחוזי, אשר נטען כאמור כי יש בהן כדי להביא לשינוי תוצאת ההליך. מכל מקום, מסקירת הראיות שהוגשו, קלסרים עבי כרס ומסמכים לרוב, אף עולה כי אין המדובר בראיות "חדשות" כלל אלא בבילל של מסמכים אשר רובם ככולם נושאים תאריך הקודם אף למועד פתיחת ההליך.

110. כאמור, כל שהתבקשו המערערות במסגרת החלטת בית משפט זה מיום 4.12.2017 היה להגיש מסמך המפרט את הרלוונטיות של הראיות האמורות לדיון ואת תוכנו וכן להמציא בהתאם עותקים לידיו של המפרק. אלא שלאחר עיון מעמיק במסמך זה ובחומר הרב שהונח לפנינו (אלפי עמודים המאוגדים בשישה קלסרים עבי כרס ובעשר חוברות כרוכות), עולה כי המערערות מבקשות הלכה למעשה להגיש ערעור חדש. בעיקר נטען כי מניותיה של חברת אינוונטק אשר נרכשו על ידי בעלת השליטה וחלק מהחברות, הועברו במרמה לבנק מזרחי, לבנק לאומי ולחברה נוספת, ושאותה גזילה היא זו שעמדה ביסוד קריסת המערערות. מסמך ההבהרה שהוגש מגולל שורה של טענות שנטענות בפעם הראשונה, אשר לא נטענו וממילא לא נדונו בהליך שהתקיים לפני הערכאה הדיונית. לפיכך, דין הבקשה להגשת הראיות הנוספות להידחות ולו מטעמים אלה. כמו כן יצוין כי בניגוד לנדרש בהחלטתנו, לא הומצאו למפרק עותקים מסודרים של הראיות שהתבקש צירופן, וחומר הראיות שצורף בקלסר והוגש למפרק אינו זהה לחומר הרב שהוגש לפנינו. אף הקלסר הבודד שהוגש למפרק לא אותר בחומר שהוגש לעיוננו. מכל מקום, מטבע הדברים נבצר מן המפרק לתת את התייחסותו המלאה לכל אחת מן הראיות שאותן ביקשו המערערות לצרף.

111. למעלה מן הצורך, לאחר עיון במסמכים ובאלפי העמודים שהוגשו מטעם המערערות, מסקנתי היא כי דין הבקשה להידחות גם לגופו של עניין. זאת, מלבד העובדה שרובן ככולן של הראיות המצורפות מתייחסות לאירועים שאירעו עובר לפתיחת הליכי הפירוק נגד המערערות והיו בהישג ידן עוד בטרם ניתן פסק הדין מושא ערעור זה. על כן, לא מן הנמנע כי ניתן היה להציגן בהליך שהתקיים לפני בית המשפט המחוזי, בשקידה ראויה, שלא לומר בשקידה מינימלית. זאת ועוד, בחינת הבקשה בראי "מסמך ההבהרה" שהוגש, מגלה כי הראיות אינן עומדות בתנאי הבסיסי לפיו מדובר

בראיות שלהן חשיבות ניכרת לעניין ההכרעה, או אף חשיבות כלשהי. עיון מדוקדק בראיות גם מגלה כי אין בהן כדי לבסס ולו במעט, את הטענה כי "נשדדה" השליטה של בעלת השליטה באינוונטק, כחלק מפרשת תרמית רחבת היקף שמערכת גורמים רבים ואשר היא זו שהובילה לקריסת המערערות ולכניסתן להליכי חדלות הפירעון. ממילא אין אפוא בחומר הראיות כדי להשפיע על תוצאות המשפט או לקדם במידה כלשהי את טענותיהן של המערערות. לשם ההמחשה, אסקור בקצרה מקצת מראיות אלו:

(א) מתאר העברת פעילות אור סיטי מקבוצת ענבל אור בע"מ (כרך 9, מוצג 1):
 המדובר במתאר המיועד להוות נספח לדו"ח מיידי שפרסמה חברת אינוונטק בהיותה חברה ציבורית, כנדרש על פי דיני ניירות ערך. נטען כי יש בראיה זו כדי לשפוך אור על איתנותן הפיננסית של המערערות ערב פתיחת הליכי חדלות הפירעון בעניינן, וכי היא מעידה על "השתלטות" בנק מזרחי על חברת אינוונטק. עיון במסמך מעלה כי אין המדובר במתאר רשמי וסופי שפורסם לציבור, אלא בטיטה פנימית הנעדרת פרטים מהותיים, נתונים חשבונאיים או נתונים מספריים כלשהם ואף כוללת הערות רבות המעידות על כך שעורך המסמך אינו בטוח באשר לפרטיו (לדוגמה, "דרור אנא אישורך. האם קיימות התניות פיננסיות באיזה מההסכמים על חלוקה?", "נא לעדכן", "האם רלוונטי?" וכיוצא באלה). משכך, ברי כי אין במסמך זה ולו בדל של ראיה כדי ללמד על איתנות פיננסית, על מעשי ה"שוד" וה"גניבה" כלפי בעלת השליטה או על כל טענה אחרת שנטענה.

(ב) תעודת מניה לבנק לאומי מיום 12.7.2015 (קלסר 3, מוצג 20): לטענת המערערות, ראיה זו מצביעה על כך שבנק לאומי החזיק במניות חברת אינוונטק בשווי של 25,000,000 ש"ח ו-19,058,790 מניות ללא ידיעת המערערות באופן המחזק את המסקנה שהשליטה באינוונטק נגזלה מבעלת השליטה במרמה. ברם, עיון בתעודה המצורפת מעלה כי המחזיקה במניות האמורות היא החברה לרישומים של בנק לאומי. דהיינו, המדובר בחברה לרישומים של בנק לאומי בהיותו חבר בורסה, והיא אשר מחזיקה את המניות בנאמנות עבור בעלי המניות מן הציבור. זאת בניגוד להחזקה כבעלת המניות. לכן, ראשית, התייחסות המערערות לראיה זו אינה מדויקת; שנית, לא הובהר, וממילא לא הוכח באמצעות ראיה זו, כי יש בתעודת המניה כדי ללמד על כך שנשדדו מניותיהן של המערערות ללא ידיעתן; שלישית, תמוהה היא טענת המערערות כי לא ידעו על ההחזקות, שעה שבמועדים הרלוונטיים אינוונטק הייתה חברה ציבורית ונתונה היו גלויים לציבור לאור חובות הדיווח שחלו עליה מכוח דיני ניירות ערך.

(ג) הליך בוררות לגבי הדירה הפרטית של בעלת השליטה (קלסר 3, מוצג 15):
 צורפה החלטת בוררות בעניין דירה פרטית שבבעלותה של בעלת השליטה, אשר
 לטענתה היא כלל לא הייתה מודעת להליך זה. טענה זו תמוהה לנוכח העובדה שבעלת
 השליטה היא בעלת דין בהליך הבוררות כנתבעת. לא זו בלבד, אלא שעיון בהחלטה
 החלקית שצורפה אף מגלה כי היא מוגדרת בו לא רק כנתבעת, אלא גם כתובעת שכנגד.
 ישנו קושי אפוא, להלום את הסתירה בין אי-ידיעתה הנטענת על אודות ההליך לבין
 היותה צד בו, לא כל שכן תובעת שכנגד.

(ד) פרוטוקול זכויות חתימה מיום 13.8.2009 (כרך 7): המדובר בפרוטוקול
 זכויות חתימה בעניינה של מערערת 6. לפי האמור בפרוטוקול, החל מיום 13.8.2009
 חתימתם המשותפת של בעלת השליטה ושל עו"ד אמיר עמר תחייב את מערערת 6 לכל
 דבר ועניין. לא ברור כיצד ראייה זו תומכת בטענותיהן של המערערות.

(ה) פרוטוקול משיבת מועצת המנהלים של חברת אור סיטי מיום 12.8.2015 (כרך
 6, מוצג 14): על פי הפרוטוקול, בישיבה זו הוחלט לקבוע כי חתימת בעלת השליטה
 תחייב את אור סיטי לכל דבר ועניין, וכי אור סיטי תפתח חשבון בבנק מזרחי בסניף
 ברחוב החשמונאים בתל אביב. לטענת בעלת השליטה, לא ברור מה הטעם בפתיחת
 חשבון בנק לאור סיטי כחודשיים לפני פתיחת הליכי חדלות הפירעון בעניינה. ברם,
 ודאי שאין די בהצגת שאלה זו כדי לתמוך בטענות שעניינן הסתעפותה של פרשת
 תרמית רחבת היקף. כמו כן, הפרוטוקול כולל רק את ההחלטות שהתקבלו בישיבה ולא
 ניתן ללמוד ממנו על הלך הרוח ועל השיקולים שעמדו ביסוד ההחלטות, לכן גם בראיה
 זו אין תועלת של ממש.

(ו) פעולות בחשבונות בנק: צורפו מספר מוצגים הקשורים בפעולות בחשבונות
 בנק ואשר יש בהן כדי להצביע לטענת המערערות על ההונאה שנרקמה נגדן. אלא
 שעיון במוצגים מעלה כי אין בהם כדי להוכיח את הטענות שהם מתיימרים לבסס. כך,
 צורפו פרטי חשבון נאמנות להעברת כספים בבנק מזרחי (כרך 7, מוצג 24); חשבון
 עובר ושב בקוריאה שאמור לטענת המערערות להצביע על הברחת כספים לחו"ל (כרך
 8, מוצגים 13 ו-8); העברות כספים נוספים לחו"ל (בעלת השליטה הפנתה לכרך 6,
 מוצג 14); תדפיסי חשבונות בנק וחשבונות השקעות בחו"ל (כרך 1, מוצג 11); תדפיס
 חשבון בנק בבנק קרדיטוי (המערערות הפנו לכרך 7); חשבון חברת אור סיטי שבו
 מופיע מספר עוסק מורשה שונה (כרך 7, מוצג 6). אלא שגם בראיות אלו לא נמצא כי
 יש בהן פוטנציאל להוכיח את אשר נטען על ידי המערערות, ובוודאי שלא להשפיע על
 תוצאת המשפט. המערערות הפנו לשלל תדפיסי חשבון בנק מבלי לנמק מדוע הם

מלמדים לשיטתן על תרמית, הונאה, התחזות וזיוף. כל שנטען הן טענות כוללניות שלא נשענות על תשתית עובדתית מתאימה. כך, תדפיס חשבון הבנק שבקוריאא הומצא בשפה מזרח אסיאתית כלשהי ולא הובהר מה תוכנו. חלק ניכר מהמסמכים אליהם הפנו המערערות כלל לא אותרו בקלסרים שהוגשו. אחת מההפניות היא לתעודת רישום שעבוד של מערערת 6 כאשר צוין כי מסמך זה מופיע "בכתב יד שיש לשומרו בכספת הבנק" ושיש בו כדי להצביע על מזימה שנוקמה נגד המערערות, בניצוחם של עורכי דין ושל בית המשפט המחוזי. אלא שכלל לא מדובר במסמך בכתב יד ובוודאי שלא ניתן ללמוד ממנו על אמיתות הטענות הקשות. כן הפנו המערערות למסמכים שעל פניו מייפים את כוחו של עו"ד מסוים למחוק הערות אזהרה, כתבי ערבות אישית עם חתימה מזויפת של בעלת השליטה ושעבודים מזויפים. מבין כל אלה, המוצג היחיד שאותר הוא מסמך שעבודים. גם לגביו, כלל לא הובהר מה הבסיס לטענת בעלת השליטה כי הוא מזויף. באשר לחתימתה שלכאורה זויפה, הטענה תמוהה לנוכח העובדה שאין במסמך שאליו הפנתה אף חתימה. מכאן שגם במסמכים אלה אין כדי לתמוך בטענות שמתבקש הוספתן.

(ז) נתונים כספיים וחשבונאיים: בין המסמכים והראיות שהתבקשו להתיר את צירופם נמנים גם מספר מסמכים שמציגים נתונים כספיים וחשבונאיים על מצב המערערות. כך, הפנו המערערות למאזן בוחן של חברת אור סיטי שבו לכאורה מופיעים שני חשבונות בנק שבעלת השליטה אינה מודעת לקיומם (קלסר 3, מוצג 39). אלא שלא אותר מסמך זה בקלסרים, וממילא ישנו ספק ניכר האם הטענה כי בעלת השליטה לא הייתה מודעת לשני חשבונות בנק שמופיעים במאזן בוחן של חברה בבעלותה, מהווה תשתית עובדתית נאותה לביסוס טענותיה למרמה והונאה. כן צורפה רשימת נכסי הנדל"ן שבבעלות החברות כפי שהייתה נכונה ליום 7.2.2016 (קלסר 2, מוצג 14). ראייה זו מתיימרת להוכיח כי החברות היו איתנות פיננסית ועתירות נכסים, בניגוד לקביעות בית המשפט המחוזי. אולם, המדובר בתדפיסים ובמסמכים שמקורם אינו ברור, אינם חתומים על ידי רואה חשבון או מאן דהוא אחר ומהימנותם מוטלת בספק. רשימת הנכסים אף אינה כוללת פירוט על כלל התחייבויות החברות, וברי כי לא ניתן ללמוד על איתנות פיננסית על ידי בחינה חלקית של צד הנכסים בלבד, מבלי לעמוד על מקורות מימוןם ועל ההתחייבויות. כמו כן, הראיה מבקשת להשיג למעשה על קביעתו של בית המשפט המחוזי כי החברות חדלות פירעון. משכך, היה מצופה מהמערערות לצרף מסמכים אלה במסגרת ההליך שהתקיים לפני בית המשפט המחוזי, על אחת כמה וכמה כאשר לא מדובר במידע חדש ולכן ניתן היה להמציאו בנקל זה מכבר. עוד לעניין זה, צורפה כרטסת הנהלת חשבונות של אדם בשם אהוד גרינפילד ואדם בשם חיים אור אשר לכאורה מציגות את היתרות האמיתיות של המערערות (קלסר

1, מוצג 9), בשונה מהדיווחים של המפרק. אלא שעיון בכרטיסות אלו מעלה כי מדובר בנתונים גולמיים שלא עברו עיבוד כלשהו, לא ברור מי חתום עליהם וגם במקרה זה מדובר בעובדות שהיו ידועות בזמן ההליך בבית המשפט המחוזי. כך או אחרת, גם על פי הכרטיסות המצורפות, חלק בלתי מבוטל מהיתרות שעליהן נסמכות המערערות הן שליליות, מכאן שאין בכך כדי להועיל להן בקידום טענותיהן לעניין זה.

(ח) הסכם השקעה (קלסר 3, מוצג 25): הפניה לנספח ד' בהסכם השקעה של המשקיע ראובן מולוקנדוב. נטען כי במסגרת הסכם זה הושקעו באור סיטי כספים בסך של 500,000 ש"ח כנגד 2,200 מניות רגילות של החברה בנות 0.1 ש"ח ערך נקוב כל אחת. זאת, לכאורה מבלי ידיעתה של בעלת השליטה. אך ראשית, לא ניתן ללמוד מהמסמך האמור האם בעלת השליטה אכן ידעה על כך אם לאו; שנית, לא הובהר מי הוא אותו משקיע ומדוע השקעה זו מצביעה על תרמית; שלישית, המסמך שצורף אינו מלא. לא צורף הסכם ההשקעה, אלא רק אחד מנספחיו, שכלל לא ברור האם הוא הסכם מוגמר או טיוטה, הוא נעדר פרטים על אודות המשקיע וגם חתימת החברה בולטת בחסרונה.

(ט) הסכם שכירות: ברשימת הנספחים צוין כי בקלסר או בכרך 3, מוצג 39, צורפה ראייה המאששת כי בשעת מעצרה של בעלת השליטה, עובדים באחת מהחברות שבבעלותה חתמו על הסכם השכרת דירתה הפרטית. מסמך זה לא אותר וממילא נפקותו לענייננו אינה ברורה.

(י) תכתובת דואר אלקטרוני בין משרד רו"ח שטיינמץ עמינח לבין החברות אינוונטק ואור סיטי (קלסר 4, מוצג 4): עיון במוצג זה מעלה כי מדובר בהתכתבות דואר אלקטרוני בין גורם במשרד רו"ח שטיינמץ עמינח לבין אינוונטק ואור סיטי. תוכן ההתכתבות הוא כי הוטלו על החברה קנסות בגין איחור בדיווחים שוטפים וכי המשרד הצליח לבטל קנסות אלה. בהתכתבות זו אף הוצגו שאלות על כמויות רוכשי הדירות בפרויקטים שונים וכן על קביעת מפגש לצורך הכנת תיק מע"מ למערערות. כלל לא ברור מה ביקשו המערערות להוכיח באמצעות ראייה זו.

(יא) מוצגים נוספים: בנוסף לאמור, הוגשו ראיות נוספות אשר לטענת המערערות מוכיחות את הטענה כי קריסתן הינה תולדה של קנוניה ומעשי תרמית של משפטנים, אנשי עסקים וגורמים נוספים שעשו יד אחת כדי לפגוע בבעלת השליטה ובחברות שבבעלותה. בין הראיות הנוספות שהתבקש צירופן לערעור נכללות ראיות אלו: תעודת התאגדות של חברת טהורי דוידסון בית השקעות בע"מ, אשר נטען כי

מדובר בחברת קש אשר רואה החשבון שטיפל בה טיפל גם בעניינם של "האחים חג'ג'", והם לכאורה אלה שעומדים מאחורי הקנוניה נגד המערערות (קלסר 2, מוצג 2); הודעת הבהרה מאת היועץ המשפטי של אור סיטי, ואשר ממנה ניתן ללמוד לכאורה על כך שאין תביעות חוב נגד החברה (קלסר 2, מוצג 12 – לא אותר); כתבה מהעיתונות הכלכלית ממנה עלה כי שר בממשלת ישראל רכש דירה בתל אביב מידי "האחים חג'ג'" שלשיטת המערערות הם אלה "שעומדים מאחורי ההונאה וההשתלטות על קבוצת החברות" (קלסר 1, מוצג 16); ייפוי כוח שניתן מאת בעל קרקע ואשר מתיר לעו"ד אילן שרקון לפעול בשמו לצורך קיום הסכם מכר שנחתם בין בעל הקרקע לבין מרום סיטי (כרך 9, מוצג 4), כאשר נטען כי הסכם זה נעשה בניגוד עניינים; ייפוי כוח בלתי חוזר המתיר לעו"ד אמיר עמר, שהוא לשיטת המערערות "שותף להונאה", לבצע פעולות באחד מהנכסים של מערערת 6 (כרך 6, מוצג 7). ייפוי כוח זה נחתם על ידי עו"ד שייצג את מערערת 6, לטענת בעלת השליטה תוך ש"הוחתם במרמה תוך הצגת מצג שווא על ידי עו"ד עופר דננברג"; התכתבות עם הנהלת קבוצת עזריאלי אשר טענה כי לאור סיטי אין פוליסת ביטוח (כרך 5, מוצג 6), כאשר לטענת המערערות, באותה עת הייתה לאור סיטי פוליסת ביטוח כדין ומכאן ניתן ללמוד כי קבוצת עזריאלי ויועציה המשפטיים ידעו על ההתרסקות הממששת ובאה של המערערות ולכן לא רצו להתקשר עמהן בפעילות עסקית.

אולם, גם עיון בראיות אלה אינו מפחית מן המסקנה שאין בחומר הראיות האמור כדי לבסס ולו במעט את טענותיהן של המערערות וממילא אין בו כדי להשפיע באופן כלשהו על תוצאות המשפט. חלק מן המסמכים האמורים לא אותרו בקלסרים, אחדים צורפו באופן חלקי תוך השמטת חלקים מהמסמך ואחרים כלל לא מציגים את מה שנטען. כך, באשר ל"התכתבות" עם הנהלת קבוצת עזריאלי, המוצג שאליו הפנתה בעלת השליטה כולל רק את תגובת דואר האלקטרוני של סמנכ"ל הכספים באור סיטי אשר ציין כי "קיבלנו היום במייל". ברי כי לא ניתן ללמוד מכך דבר. ואף אם אכן הנהלת עזריאלי חששה שקריסת המערערות הולכת ומתקרבת כך שמשיקולים עסקיים בחרה לחדול את שיתוף הפעולה העסקי עמן, ודאי שאין בכך כדי להצביע על "קנוניה". כך גם באשר לניגודי העניינים הנטענים בין גורמים שכלל לא הובהרו טיב, קשר ומידת מעורבותם באירועים מושא ערעור זה. באופן דומה, כלל לא ברור כיצד כתבה עיתונאית על כך ששר בממשלת ישראל רכש דירה במסגרת פרויקט נדל"ן של האחים חג'ג', יש בה כדי לתרום באופן כלשהו לדיון. באשר לייפוי הכוח שניתן לעו"ד אמיר עמר, בעלת השליטה לא נתנה דעתה לכך שבתחתית המסמך מופיעה חתימתה שלה. לגבי חלק ניכר מהמסמכים שצורפו על ידי המערערות נטען כי מדובר במסמכים מזויפים, הנושאים חתימות מזויפות, שעבודים והלוואות כוזבות והסכמים ודו"חות

שנחתמו תוך התחזות ובמרמה. אם כי, כלל לא ברור על איזה בסיס עובדתי נסמכות טענות אלו. בנוסף, חרף החלטת בית משפט זה שהורתה למערערות לבאר מהו טיבן של הראיות שצירופם התבקש ואת שייכותם לערעור, באשר לחלק ניכר מהמסמכים הדבר לא נעשה (כך, ההסברים בדבר חלק מהמסמכים התמצו בתיאורים בלתי בהירים כגון: "מסמך באנגלית", "הנחיות למילוי קבצים לדצמבר 2014", "תקציב משרד ראש הממשלה לשנת 2005", "message spam", "שמות שוטרים שענבל תעדה בכתב יד", "כתבה על דחיות חיים סבן, ורטהיים, מוזס....." וכדומה). על כן, מטבע הדברים, לא ניתן היה להתייחס לראיות אלה.

112. בנוסף לאמור וכפי שצוין, המערערות המציאו למפרק קלסר מוצגים אחד שאליו הוא התייחס בתגובתו לבקשה להוספת ראיות, אך קלסר זה לא הוגש לבית המשפט. מכל מקום, לתיק בית המשפט צורפה רשימה המונה את כותרתן וסוגן של אותן ראיות שהוגשו למפרק. די בעיון ברשימה זו כדי להסיק כי כל האמור לעיל תקף גם באשר לראיות אלו, וגם באשר אליהן תרומתן להליך מוטלת בספק. כך למשל, צורפה תעודת שינוי שמה של חברת אינוונטק מיום 7.12.2009, ללא ביאור מה חשיבותה לדיון. דוגמה נוספת לכך היא מתאר ראשון שביצעה אור סיטי בסוף שנת 2011. המפרק טען בתגובתו כי מידת הרלוונטיות של מתאר אור סיטי משנת 2011 היא זניחה, אם בכלל קיימת. זאת מפני שאחת הסיבות המרכזיות לקריסת המערערות היא ההסתבכות עם פרויקט בבלי בשנת 2014. מקובלת עליו עמדת המפרק, ואכן לא ברורה מידת תרומתו של מתאר אור סיטי כשלוש שנים עובר להתדרדרות המערערות.

113. לסיכום חלק זה, כמתואר לעיל, המערערות הגישו לפנינו מאות ואלפי עמודים של מסמכים שונים. כאמור, המדובר במסמכים ישנים אשר לא הובהר מדוע, גם אם הייתה להם רלוונטיות כלשהי לטענות בעלת השליטה, הם לא הוגשו במסגרת ההליך. עיון יסודי במסמכים גם מלמד כי אין בהם כל חשיבות או תרומה פוטנציאלית להשפעה על תוצאת הערעור. חלק מהמסמכים הנטענים כלל לא אותרו בקלסרים עבי הכרס ובחוברות הכרוכות שהוגשו לעיוננו. מבין אלה שאותרו, קיים קושי ממשי בהבנת הקשר בין הראיה המצורפת לבין הטענה שהיא מתיימרת להוכיח. אשר על כן, אין לקבל את הבקשה על כל חלקיה.

סיכום

114. סיכומו של דבר, אמת המידה לבחינת חדלות פירעונה של חברה, התייחסה בעבר באופן מסורתי רק למבחן התזרימי, אך עם השנים בתי המשפט יישמו הלכה

למעשה את שילובם של שני המבחנים הקיימים – המבחן התזרימי והמבחן המאזני, יחדיו. גם בחוק חדלות פירעון נמצא ביטוי מפורש לגישה זו.

באשר להליכי פשיטת רגל של יחידים. ככלל, על פי הדין הקיים, בעת פתיחת הליך פשיטת רגל על ידי נושה, אין הנושה נדרש להוכיח חדלות פירעונו של חייב. החריג לכלל הוא ב"מעשה פשיטת רגל" המושתת על "העדפת מרמה". כל זאת בשונה מהחוק החדש, המשמיט את הדרישה ל"מעשה פשיטת רגל" והמעמיד את התנאי של חדלות פירעון החייב, כתנאי מרכזי לפתיחת ההליך.

115. על יסוד כל האמור ולאחר בחינת עניינן של המערערות על בוריו, תוך יישום המבחנים דלעיל, נמצא כי לא נפל כל פגם בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, אשר מבוסס על אדנים מוצקים, על פיהם נמצאה עילה להורות על פירוקן של החברות ולתת צו לכינוס נכסיה של בעלת השליטה. גם לא נמצא טעם לקבלת הבקשה להגשת ראיות נוספות אשר נבחנה לפני ולפנים.

על כן אציע לחבריי לדחות את ערעור המערערות על כל חלקיו.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. האמור בחוות דעתו המלומדת והממצה של חברי, השופט ד' מינץ – מקובל עלי.

2. אני מרשה לעצמי להוסיף מספר הערות:

(א) נוכח העובדה שהמערערות לא היו מיוצגות וגב' ענבל אור טענה לכולן – נהגנו במכלול באורך רוח ולא הקפדנו בכל דקדוקי הפרוצדורה, אף שהחומר שהוגש לנו על-ידי גב' ענבל אור היה לעתים חסר ולא תמיד היה גם שייך לעניין.

טוב היה אפוא אם המערערות תסתייענה בהמשך ההליכים בייעוץ משפטי (כפי שעשו בעבר) ותעמדנה לעצמן ייצוג, במידת האפשר.

(ב) לשיטתי יש לראות את התייחסויותיו של חברי לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018, האמור להכנס לתוקף רק בעוד כ-18 חודשים, כהערות ראשוניות בלבד, שהן בבחינת אוביטר דיקטה לענייננו, ולכן אין אני קובע עמדה ומסמרות לגביהן. במיוחד חלים הדברים באשר לבירור שאלת חדלות הפרעון – האם היא תיעשה בעתיד באמצעות אחד המבחנים ("המבחן התזרימי", או "המבחן המאזני"), או בשילוב כלשהו ביניהם (ראו גם: פסקה 58 לחוות דעת חברי).

מכל מקום במקרה שלפנינו ועל פי החוק הקיים הנוהג, אין לי אלא להסכים – עם החמלה המתבקשת – כי כל המבחנים הרלבנטיים התקיימו כאן.

(ג) נראה לי שבהמשך ההליכים ראוי לבדוק לא רק את התנהלותה של גב' ענבל אור ושל הדירקטורים ויתר נושאי המשרה בתאגידי המערערות, אלא גם של חלק מאלה שהתקשרו עם המערערות בעסקאות שונות, ככל שהיה בהן, לכאורה, ניסיון לסייע למערערות בהברחת נכסים מפני נושים אחרים.

המשנה לנשיאה

השופט א' שהם:

אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתו היסודית והמקיפה של חברי, השופט ד' מין.

עם כל הצער על התוצאות הקשות מבחינתה של בעלת השליטה, אין מנוס מדחיית הערעור על כל חלקיו, כפי שהובהר היטב על ידי חברי.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד' מין.

ניתן היום, ג' בניסן התשע"ח (19.3.2018).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 16082630_N43.doc רח
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il