

בבית המשפט העליון

רע"א 7125/00

בפני:

כבוד המשנה לנשיא ש' לזין
כבוד השופט י' אנגלרד
כבוד השופט א' א' לוי

המבקשים:

1. עו"ד יעקב ריבנוביץ - בתפקידו ככונס נכסים של קבוצת אספלט בע"מ
2. בנק לאומי לישראל בע"מ

נ ג ד

המשיבים:

1. רוסטום שלבאנה ואח'
2. אריה שירותי כח אדם בע"מ
3. גדרות "אורלי" בע"מ
4. זכרון תפעול ושרותים בע"מ
5. בוכניק זאב
6. פאדי קרייף
7. נעמה מוחמד אחמד

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 10.9.00 בפש"ר 486/99 שניתן על ידי

כבוד השופט מ' נאמן

י"ב בתמוז תשס"א (3.7.2001)

תאריך הישיבה:

עו"ד יעקב ריבנוביץ

בשם המבקשים:

עו"ד שמילוביץ
אין הופעה
עו"ד עופר בן-ארי
עו"ד יוסף יפרח
עו"ד רן עמיאל
אין הופעה

בשם המשיב 1:
בשם המשיב 2:
בשם המשיב 3:
בשם המשיב 4:
בשם המשיב 5:
בשם המשיב 7:

פסק-דין

המשנה לנשיא ש' לזין:

העובדות והמחלוקת

1. ניתן צו הקפאת הליכים כנגד קבוצת אספלט חברה בע"מ (להלן - החברה) והוא - בגדר סעיף 233 (א1)(1) לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג1983. צו ההקפאה הוצא על פי צד אחד ביום 28.3.99 ובגדרו מינה בית המשפט המחוזי בחיפה מנהל מיוחד לביצוע תכנית הבראה, וקבע כי

ניתנת לו סמכות לנקוט בכל פעולה נדרשת לשם המשך הפעלתה של החברה כעסק חי. המנהל המיוחד התקשר עם החברות המשיבות כדי להשלים עבודות במיזמים שונים בהם היתה החברה מעורבת, ובין השאר במיזם המושבה הגרמנית בחיפה אותו ביצעה החברה עבור החברה הכלכלית לחיפה בע"מ (להלן - החברה הכלכלית).

תכנית ההבראה לא עלתה יפה. ביום 28.12.99 בקש המערער השני (בנק לאומי לישראל בע"מ) (להלן - הבנק), שהוא הנושה הגדול של החברה ובעל שעבוד צף על כל נכסיה ושעבודים קבועים על חלק מנכסיה, מבית המשפט המחוזי למנות לחברה כונס נכסים ולאכוף באמצעותו את השעבוד הצף לטובת הבנק. בית המשפט קיבל את הבקשה, והמערער הראשון (להלן - הכונס) נתמנה ביום 6.2.00 כונס הנכסים של החברה. לאחר מינוי הכונס כאמור, מסרה החברה הכלכלית למנהל המיוחד שיק על סך 1.5 מיליון ש"ח - תשלום עבור עבודתה של החברה במיזם המושבה הגרמנית, שהושלמה על ידי המנהל המיוחד. זה העביר את השיק לכונס על פי דרישתו, שנשמכה על שעבוד הזכויות על פי החוזה עם החברה הכלכלית לטובת הבנק. התוצאה היתה שלא היו עוד בידי המנהל המיוחד כל כספים כדי לשלם למשיבות עבור עבודות ושירותים שונים שביצעו על פי הזמנתו של המנהל המיוחד (במיזם המושבה הגרמנית ובמיזמים נוספים). לפיכך פנו המשיבות לבית המשפט המחוזי בבקשה לחייב את הכונס או את הבנק לשלם את המגיע להן מתוך הסכום האמור של 1.5 מיליון ש"ח ובית המשפט המחוזי נעתר להן. הכונס והבנק עתרו לבית משפט זה למתן רשות לערער על ההחלטה וביום 8.3.01 ניתנה להם רשות לערער חלקית ונקבע שהבקשה תידון כערעור, בשאלה הבאה:

"כאשר מנהל מיוחד שמונה על ידי בית המשפט לנהל חברה במצב של הקפאת הליכים נגדה, כדי לנסות ולהבריאה, מתקשר עם גורמים שונים שיבצעו עבודות חיוניות ומתחייב לשלם להם עבור עבודות אלו, ולאחר מכן מתברר כי הליך ההבראה לא הצליח, ולבקשת הנושה בעל שיעבוד מתמנה כונס לחברה, זכותו של מי עדיפה לגבי הכספים שהתקבלו כתוצאה מהמהלכים שעשה המנהל להבראה החברה? האם הם שייכים לבעל השעבוד או שיש לשלם מתוכם תחילה את כל ההתחייבויות שהתחייב המנהל המיוחד כלפי אלו שהגישו לו שירותים בתקופת הניהול?"

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

2. בית המשפט המחוזי בחיפה קבל את בקשות המשיבות בכל הנוגע לעבודות שבוצעו במיזם המושבה הגרמנית, לרבות שירותי שמירה, על ידי המשיבות מס' 1 ו-2 (להלן - עבודות המושבה) והן בכל הנוגע לעבודות המתייחסות למיזמים האחרים, על ידי המשיבות מס' 3 ו-7 (להלן - המיזמים האחרים). לענין עבודות המושבה קבע השופט המלומד שאין להתיר לבנק לעשות עושר ולא במשפט על גבן של משיבות אלה. גביית התשלום מהחברה הכלכלית נתאפשרה רק מחמת סיום עבודות המושבה, שהתבצעו לאחר מתן צו ההקפאה; הרי

מדובר - כך קבע השופט המלומד - בהוצאות שהבנק היה מוציא גם לו מימש את שעבודו בזמן מתן צו ההקפאה. לענין המיזמים האחרים קבע השופט המלומד כי עם מינויו של המנהל המיוחד, כמוהו כמפרק, מתנהלת החברה כ"משק סגור" וכל התקבולים המתקבלים מתקופת הניהול מיועדים בראש ובראשונה לכיסוי התחייבויותיו של המנהל המיוחד. עוד קבע השופט המלומד כי הכספים שבמחלוקת שולמו על ידי המנהל המיוחד בתקופת ההקפאה בידיעת הבנק ומבלי שהוא התנגד לכך. בית המשפט הוסיף וקבע גם שיקולים שבמדיניות שיפוטית מצדיקים את התוצאה האמורה. כבודו של בית המשפט ומעמדו בעיני הציבור מחייבים שמי שהתקשר עם גורם הפועל מכח מינוי של בית המשפט - שלא התרשל - ובעניינו עם המנהל המיוחד - יוכל לסמוך על כך שההתחייבות תכובד.

טענות בעלי הדין

3. המערערים טוענים כי פסק הדין פוגע באופן חמור בזכות הקניין של הבנק כנושה מובטח והוא מתעלם מההלכה הפסוקה ברע"א 6418/93, 6422/93 פ"ד מט(2) 685 (פרשת גפני). הלכה זו קובעת כי גם בהליך של הקפאה אין לפגוע בזכויות של נושה מובטח הזכאי לפי סעיף 233(א2) לפקודה להגנה הולמת של זכויותיו. הסייג היחיד להלכה זו - כך טוענים המערערים - הוא הסכמה מפורשת של הנושה המובטח למתן עדיפות לכספי העבודות שבוצעו על ידי המשיבים. לא זו בלבד שלא היתה הסכמה מפורשת כזו - כך נטען - אלא הבנק הודיע בצורה מפורשת שאינו מסכים למתן עדיפות לחובות המשיבים. לחלופין טוענים המערערים שיש להבחין בין עבודות המושבה (שיכול ולחלופין תוקנה להן עדיפות על חוב הבנק) לבין המיזמים האחרים שאין צידוק לתת להם עדיפות כזו. לחלופי-חלופין, או נוסף, טוענים המערערים - טענה שלא עלתה אלא ברמז בבית המשפט המחוזי ולא הובאו ראיות מלאות לביסוסה - כי דינו של הבנק הוא כדין הקבלנים שבצעו שירותים לחברה: הוא העמיד לרשות החברה כספי אשראי רבים בתקופת ההקפאה שלגביהם הוא זכאי לעדיפות. טענה אחרונה זו אינה כלולה בגדר הרשות לערער שניתנה למערערים. לפיכך לא נתייחס אליה.

מנגד טוענים המשיבים כי הבנק הסכים להליכי ההקפאה, וגם שיתף פעולה במתן אשראי נוסף לקבלנים ולנותני השירותים. כך, למשל, דרשו המשיבים מס' 1 בעד העבודות שבוצעו על ידם סכום של 951,079 ש"ח. ביום 6.12.99 הודיע הבנק בכתב למנהל המיוחד שהוא מסכים כי "ישולמו החובות לקבלני המשנה של פרוייקט המושבה הגרמנית בלבד בסך 500,000 ש"ח..." אך לאחר מכן חזר בו. לפיכך דרשו המשיבים מס' 1 אך את הסכום האמור ובכוונתם לדרוש את העודף. התנהגותו של הבנק מלמדת אפוא שהבנק הסכים שהתשלומים למשיבים יהיו בעלי עדיפות לחוב הבנק. נוסף לכך טוענים המשיבים כי גם שיקולי מדיניות מחייבים את דחיית הערעור, שהרי שום אדם לא יסכים להתקשר בחוזה עם מנהל מיוחד בידיעה כי הנושים

המובטחים יהיו קודמים לו בתשלום, וכי התשלום אינו מובטח לו; לא-זו-אף זאת: אין זה סביר להטיל על קבלנים ונותני שירותים, שהמנהל המיוחד מתקשר עמם, את הנטל לברר מי הם הנושים המובטחים של החברה ואם הם מסכימים במפורש לזכות העדיפות של הקבלנים ונותני השירותים על החובות המובטחים.

4. הבנק טען לפנינו שבית המשפט המחוזי התעלם מגילוי דעת שניתן על ידו שבו הוא הודיע בצורה מפורשת שאין הוא מסכים שייעשה על ידי המנהל המיוחד שימוש כלשהו בכספי הפרוייקטים המשועבדים לטובת הבנק וכי יש להעביר כספים אלה ישירות לבנק. בטענה זו אין כל ממש. המדובר בבקשה שהבנק הגיש ביום 26.4.99, פחות מחודש לאחר מתן צו ההקפאה וכשמונה חודשים לפני שהבנק עתר למינוי הכונס, שבה הוא בקש מבית המשפט להורות כי "כל הכספים המגיעים ו/או שיגיעו לחברה מצדדים שלישיים, ואשר הומחו ו/או שועבדו לטובת (הבנק)... יועברו ישירות ל(בנק) ולא ישמשו לניהול השוטף של ענייניה ו/או עסקיה של החברה ע"י הנאמן ו/או המנהל המיוחד". לא נתברר לפנינו מה עלה בגורל בקשה זו ואם בכלל בית המשפט מחוזי דן בה וגם אין שום קשר ישיר בין השאלה מה יעשה בכספים המשועבדים בתקופת ההקפאה לבין השאלה אם הבנק הסכים למתן זכות עדיפות למשיבים לגבי חובותיהם על חובה של החברה לבנק. הדעת גם נותנת שחובותיהם של המשיבים - רובם ככולם - עדיין לא נוצרו בעת הגשת הבקשה.

מנגד נראית לנו כמבוססת קביעת בית המשפט המחוזי כי כל הכספים ששולמו בתקופת הקפאה למשיבים (או שהמנהל המיוחד התחייב לשלמם) שולמו בידיעת הבנק ובלי שהוא התנגד לכך. בד"ן הפנו אותנו המשיבים בענין זה לאמור בסעיף 6 לבקשה לרשות לערער, שבו אישר הבנק כי הוא העמיד למנהל המיוחד אשראים בהיקפים גדולים לשם מימון פעולת החברה במהלך תקופת ההקפאה, ומתוך אשראים אלה שולמו, בין השאר, תשלומים רבים לקבלנים שונים שביצעו עבודות עבור המנהל המיוחד. על התוצאות המשפטיות של קביעה זו נעמוד בהמשך הדברים; בשלב זה די אם נציין שניים אלה: ראשית, הבנק אינו תובע השבה של מה שכבר שולם אך הוא אינו מסכים לשלם את החובות שטרם שולמו בד"ן עדיפות על חובו הוא; שנית, כפי שכבר צוין לעיל, לפני מינוי הכונס היה הבנק מוכן להעביר סכום של 500,000 ש"ח לקבלני המשנה, אך לאחר המינוי הוא חזר בו.

דין

5. ההסדרים הקבועים בחקיקה בנושא הבראה ושיקום חברות לוקים בחסר רב, וכמו שנאמר בע"א 3225/99 דינים עליון, כך כ"ז 20, 24 "הפרוץ (בהם) רב על העומד". רובו של הנושא מוסדר ב"משפט המקובל" של בתי המשפט ורק מקצתו קבל ביטוי חקיקתי בסעיף 233 לפקודה (שסעיף 350 לחוק החברות,

התשנ"ט 1999-, הזהה לו כמעט לחלוטין הוא חליפו). במדינות רבות הוסדר הנושא בחקיקה (למשל Chapter 11 בקוד פשיטת הרגל האמריקאי משנת 1978 וסעיפים 8-27 ל-Insolvency Act, 1986). המלצות הועדה הציבורית שהוקמה בענין זה לא יושמו ובדין ציין השופט אנגלרד בע"א 3225/99 הנ"ל (בעמ' 24) כי:

"... ברצוני לציין את החוסר בהוראות חוק, חוסר שהוא מן ההכרח בעוכרי הפרקטיקה הנזכרת. הוא עשוי לפגוע במשק האשראי. מן הראוי, איפוא, כי המחוקק ייתן את דעתו על החסר בהסדר הקיים".

במסגרת הליך ההבראה של החברה מתעוררים, לעתים קרובות ניגודי עניינים בין הגורמים השונים הקשורים לחברה. ניגוד עניינים כזה מתעורר בערעור שלפנינו בין הבנק, הנושה המובטח, שהאינטרס שלו הוא לשמור בידו את השעבוד, לבין החברות המשיבות, שנשייתן צמחה בתקופת ההקפאה ולכן ענין בכך שחוב המנהל המיוחד כלפיהן יזכה לעדיפות לעומת חובו של הבנק. נשאלת השאלה אם בהעדר הסדר בחקיקה צודקים המערערים בטענתם שיש להחיל על המקרה שלפנינו את ההסדרים הרגילים שבדין, לפיהם ניתנת עדיפות לנושים המובטחים על פני נושים שאינם מובטחים. נראה לנו שיש בגישה זו פישוט יתר של הנושא: כבר ההסדר החסר, הכלול בסעיף 233 לפקודה עשוי להטיל מגבלות על זכותו של הנושה המובטח לממש את בטוחתו, והוא - על ידי עצם מתן צו ההקפאה. מנגד הוכר האינטרס של הנושה המובטח לביטול צו ההקפאה או להפשרתו, אם לא הובטחה "הגנה הולמת" לזכויותיו. החוק אינו מפרט מה טיבה של ה"הגנה ההולמת" שתעמוד לנושה המובטח, וממילא נתון הענין לפרשנות. לענין זה מסכים אני לגישתו של סגן נשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב, השופט י' לויט בתיק פירוק ת"א 40/97, המרצה 947/97 (לא פורסם) שלבית המשפט נתונה הסמכות להשלים את החסר -

"כדי לתת משמעות ריאלית לתכליתו של סעיף 233 לפקודה, בית משפט רשאי להעניק דרגות עדיפות לנושים של תקופת ההקפאה, לפי מידת החיוניות של תרומתם לפעילות החברה בתקופת ההקפאה, כפי שיידרש לדעתו בנסיבות כל מקרה ולאור התפקיד והסמכויות שבית המשפט מעניק לתקופת ההקפאה ...".

לענין זה סבר סגן הנשיא המלומד - ואני מסכים - רשאי בית המשפט לפנות למשפט משווה ולהעלות מתוכו - כמו מתוך הסדרים אחרים מקבילים בארץ - מהו הפתרון הראוי התואם את תכליתו של הדין.

6. אין ספק בדבר ששיקומה של חברה או ארגונה מחדש טומנים בחובם שינוי במעמדו של הנושה המובטח. מכאן ואילך הוא לא יוכל כבר - ללא סייג - לממש את בטוחתו באופן מיידי וכך להכשיל את תכנית השיקום, והוא יהיה כפוף לפעולותיו של המנהל המיוחד הן באשר לשימוש בנכס המשועבד והן באשר להמרתו בבטוחה אחרת. בדין מציין המחבר י' בהט בספרו דיני הבראת חברות, מהדורה שניה, בעמ' 260, שקיים קושי

לתת לנושה המובטח בארגון מחדש מעמד דומה למעמדו בפירוק ונדרשים שינויים באשר למעמדו, במקביל להגנה שתינתן לו עקב שינויים אלה. מקובלים עלי בענין זה דבריה של ד"ר אירית חביב-סגל: זכויות בעלי שעבודים בשיקום חברות, עיוני משפט טז 1 תשנ"ב, 263, בעמ' 290, שכתבה את הדברים הבאים:

"הנחת המוצא שעליה נסתמך היא, שבדרך כלל, לאור הגנתם של הנושים המובטחים בפירוק, הם יעדיפו את הפירוק על השיקום. לכן, מרכז הכובד בפתרון הראוי הוא בעיצוב ההגנות הראויות על זכויות בעלי השעבודים, כתנאי לאכיפת השיקום נגד רצונם".

להלן (בעמ' 306) מציעה המחברת - ואני מסכים - לתרגם את המדיניות השיפוטית הראויה לשני עקרונות משפטיים. העקרון האחד - מסדיר את כוחו של השקם (או המנהל המיוחד), באישור בית המשפט, לסטות מההסדרים הקלאסיים של זכויות בעלי שעבוד באירוע של חדלות-פרעון ולשנות מזיקותיהם המקוריות בנכסי החברה, ככל שהדבר נדרש לצורך השיקום גם ללא הסכמתם (ההדגשה שלי ש.ל.). העקרון האחר - משלים את העקרון הראשון בדרישת ה"הגנה ההולמת". ככל שמיישמים עקרונות יסוד אלה להתחרות בין נושים מובטחים קודמים לבין נושים חדשים, שחובותיהם נוצרו במהלך השיקום, דרושה נקודת איזון בין השניים. נקודת האיזון הראויה היא מתן הגנה ראויה לנושים המובטחים הקודמים רק ביחס לחובה המובטח של החברה להם ביום מתן צו ההקפאה.

מסקנתה של ד"ר א' חביב-סגל במאמרה הנ"ל, לענין זה (בעמ' 301) היא כדלקמן:

"[ש]הגנה בשיקום על מקור פירעון עדיף לנושים מובטחים קודמים, על פי השווי שהיו יכולים להפריע מן הנכסים המובטחים בפירוק, מפעילה בעקיפין מנגנון בקרה פנימי. המנגנון מבטיח שרק חברות אשר על פי הערכה בלתי-תלויה שוות בשיקום יותר מאשר בפירוק, תוכלנה להשיג את האשראי הנדרש ולחצות את מסלול השיקום".

פתרון זה תואם את תחושת הצדק. גורמים המתקשרים עם החברה כאשר היא כבר חדלת פרעון, אך הוגן הוא שיזכו לפרעון חובם לפני נושים שהתקשרו עם החברה לפני שנקלעה לקשיים. הנושים האחרונים לקחו על עצמם סיכון כאשר התקשרו עם החברה, כפי שקורה כמעט בכל עסקת אשראי, אולם הנושים מתקופת ההקפאה התקשרו עם החברה לאחר שהסיכון כבר התממש. נושים אלה זכאים להניח כאשר הם מתקשרים עם חברה שהוצא כלפיה צו הקפאה, כי אין מצפים מהם להניח את כספם על קרן הצבי, וכי כספים המתקבלים בזכות ההתקשרות עמם ישמשו קודם כל לפרעון חובם, ולא לפרעון חובם של אחרים.

מנגד, זכאים הנושים המובטחים להגנה הולמת על זכויותיהם. אכן, הגנה הולמת על זכויותיהם של הנושים המובטחים היא חשובה, הן משיקולים חוקתיים - שהרי לנושה המובטח זכות קניינית; והן משיקולים של

מדיניות שיפוטית, על פיהם יש לאפשר קיומן של עסקות הלוואה בסיכון נמוך, ובשל כך גם בשיעורי ריבית נמוכים. אולם הגנה הולמת אין משמעותה מתן עדיפות לנושים המובטחים ביחס לערך המתקבל כתוצאה מהליך השיקום. עדיפות תוקנה לנושים המובטחים רק ביחס לגובה החוב המובטח כלפיהם ביום מתן צו ההקפאה. כך יצאו הנושים המובטחים וגם הנושים החדשים נשכרים, ועמם גם החברה והציבור בכללותו. הנושים המובטחים ה"ותיקים" לא יפגעו לעומת מצבם ביום מתן צו ההקפאה; והנושים החדשים יקבלו תמריץ להתקשר עם המנהל המיוחד בחוזי קבלנות ושירות מבלי שחרבם המתהפכת של הנושים המובטחים תהיה תלויה ועומדת מעליהם.

הכלל הוא שצו ההקפאה אינו ניתן כענין שבשגרה וכניסתה של חברה להליך של הקפאה יתאפשר רק כאשר התשתית העובדתית העומדת לפני בית המשפט מצביעה על הסתברות שהוא יצליח, דבר שעשוי להביא תועלת גם לנושים המובטחים.

אין כל צדק וכל הגיון להיטיב את מצבם של הנושים המובטחים בהליך השיקום מעבר למצבם ביום מתן צו ההקפאה אך בשל כך שבדיעבד הליך זה נכשל. אכן, בנסיבות שבהן נוצרו החובות על ידי המנהל המיוחד במגמה לשמר את שלמותם של נכסי החברה, להעלות את ערכם ולאפשר את מכירת עסקיה כעסק חי אף הנושים המובטחים יוכלו לצאת נשכרים. בנסיבות אלה יש טעם לאפשר תשלום לנושים החדשים מבלי שהנושים המובטחים יתערבו בכך. הנושים החדשים יזכו איפוא בתשלום חובם לא משום שעם מינוי המנהל המיוחד נוצר משטר של "משק סגור", כפי שסבר השופט המלומד; אלא משום שבנסיבות המקרה צמחה לנושה המובטח (או עשויה היתה לצמוח) תועלת מיצירת החובות האמורים.

7. לתוצאה דומה הגיעו גם דיני הפירוק. בע"א 353/62 פ"ד יז(1) 503, 496 נקבע כי:

"להוצאות המפרקים בפירוק אין כל זכות קדימה על הנושים המובטחים של החברה אלא במידה והוצאות אלו היו הוצאות לשמירת שלמותם של נכסי החברה או מימושם ומשכך צמחה לנושא המובטח תועלת כל שהיא".

והשווה: ע"א 355/61 פ"ד טז(1) 204, 1991; ע"א 299/68 פ"ד כב(2) 503, 500; ע"א 5957/92, רע"א 6754/93 דינים עליון נג 202. דין דומה חל גם בהליך של כינוס נכסים בדיני חברות: ע"א 55/68 פ"ד כב(1) 598, 604, א. וולובסקי: כנס נכסים בדיני חברות, עמ' 245; Kerr, On Receivers and Administrators, 17th ed. 198.

ברע"א 292/99 פ"ד נה(2) 54, במקרה הדומה לענייננו, כתב חברי השופט אנגלרד:

"לדעתי...דיני הפירוק בסוגיה זו מתאימים התאמה מלאה לפעילות במסגרת הסדר הנושים. פעילות של מנהל מיוחד לאחר צו הקפאת ההליכים דומה לזו של מפרק אחר "המועד הקובע". ללא מתן עדיפות להוצאות המימוש, הכוללים תשלום מיסים המתחייב מפעולות המנהל המיוחד, הרי הפעילות של המנהל המיוחד תיעצר והמטרה של שיקום החברה ופירעון מירבי של חובות הנושים תסוכל מראש. הגיון ענייני זה עומד מאחורי ההסדר בפירוק חברה והוא תופס במידה שווה לגבי הסדר הנושים במסגרת סעיף 233 לפקודת החברות. סוף סוף, פעילות המימוש במסגרת הסדר הנושים היא לטובת הנושים, כולל הנושים המובטחים. אין כל טעם לשחרר אותם מנשיאה בהוצאות מימוש הנכסים".

8. דין דומה חל בארצות הברית, בין השאר ביחס להוצאות שהוצאו במסגרת הליך הבראה של חברה.

סעיף 506(c) לקוד פשיטת הרגל האמריקאי קובע:

"The trustee may recover from property securing an allowed secured claim the reasonable, necessary costs and expenses of preserving, or disposing of, such property to the extent of any benefit to the holder of such claim".

בעניין שלפנינו לא נטען כי המנהל המיוחד הוציא הוצאות בלתי סבירות. כן נראה לי שלא ניתן לטעון

לאי נחיצותן של ההוצאות לשימור הנכסים המשועבדים - בענייננו חוזי הבניה, והוא - לאור העובדה שערכם של החוזים טמון בתמורה החוזית, שהיתה צפויה להתקבל על ידי החברה רק לאחר ביצוע חלקה על פיהם.

בעניין United States v. Boatman's First Nat'l Bank, 5 F.3d 1157 (8th Circ 1993) דובר

בהליך הבראה של חברה, שזכה לשיתוף פעולה מלא מצד הנושה המובטח. כמו בענייננו המשיך הנושה

המובטח להזרים כספים לחברה במהלך תקופת ההבראה, וכמו בענייננו נסיון ההבראה נכשל. בית המשפט

עמד בפני השאלה האם ליתן עדיפות לזכותו של הנושה מתקופת ההבראה (באותו מקרה דובר בשלטונות מס

הכנסה) על פני הנושה המובטח. בית המשפט קבע כי:

"The "benefit"...lies in the ambition of the creditor to preserve and improve its secured collateral and the opportunity to realize that ambition. It is important that the creditors in...the instant case agreed to the post-petition preservation of the debtor business with an eye toward a better return on the collateral. Although a trustee or debtor in possession who incurs administrative expenses in the preservation of the estate, but without the approval of the creditor, cannot expect to recover those expenses under section 506(c) when the creditor receives or could expect to receive no benefit, that is not the case here".

ראה גם:

Collier on Bankruptcy, 15th edition revised, section 506.05[5].

9. כזכור סמכו המערערים את טענותיהם על הילכת פרשת גפני, בה נפסק כי אין לפגוע בזכותם של הנושים המובטחים אלא בהסכמתם המפורשת, או במקרה שהנושים המובטחים המתנגדים הם מיעוט מבוטל; אכן, הדין עם המערערים כי יש לבחון בכל מקרה אם יש ביצירת החובות החדשים על ידי המנהל המיוחד כדי לפגוע בנושים המובטחים, ואם הבחינה לא נעשתה ומסתבר שזכויות נושה מובטח נפגעו ללא הסכמתו המפורשת יש להקנות לו הגנה.

פרשת גפני שונה מהמקרה שלפנינו. באותו מקרה, הנושה המובטח, שתבע עדיפות על פני הוצאות ההבראה לא השתתף בדיון, שבעקבותיו ניתן צו הכינוס, לא ידע על קיומו ולא הסכים לאמור בו. הוא אף לא שיתף פעולה, לפחות לא באופן אקטיבי, עם הליך ההבראה. מכך הסיק בית המשפט כי הנושה המובטח רשאי היה לטעון שהסדר הפשרה לא חל עליו. בנוסף קבע בית המשפט בעניין גפני כי לא היה יסוד לסברה שהפעולות שנעשו באותו עניין לאחר צו הכינוס, כוונו להיטיב עם כלל הנושים, לרבות הנושים המובטחים. עוד היה מדובר באותו מקרה במצג של נושה מובטח אחר, כי הוא זה שישא בסיכון שנושא עמו הליך ההבראה. נוסף לכך, הקשר של ההוצאות שהוצאו בעניין גפני לנכסים המשועבדים לטובת הנושה המובטח שם, היה בלתי ישיר, חלש וקשה למדידה (ראה גם: Collier הנ"ל, שם [a] 506.05[5]). לפיכך קשה לומר שההוצאות בעניין גפני הביאו תועלת לנושה המובטח שם - אף לא תועלת בכח.

לעומת זאת, בענייננו היה הבנק שותף מלא ואקטיבי בהליך השיקום. הוא נתן את הסכמתו להוצאת צו ההקפאה. הוא אף המשיך להזרים כספים רבים לחברה. משכך, לא תשמע טענתו כי הפעולות שנעשו בידיעתו ותוך שיתוף פעולה עמו לא כוונו כדי להיטיב עימו. התועלת לה ציפה הבנק ברורה ומדודה. בנסיבות אלה, בהן הוצאו הוצאות לטובת נושה מובטח בידיעתו ובאישורו, אין נדרשת הסכמתו המפורשת למתן עדיפות להוצאות אלה על פני החוב כלפיו.

ברצוני להבהיר שלדידי לא הוותה עצם הסכמת הבנק לתהליך ההבראה תנאי מוקדם לקיום זכויותיהם של המשיבים כפי שנקבעו בפסק הדין, שהרי רשאי היה הבנק לטעון שתהליך ההבראה לחוד וזכויותיו כנושה מובטח לחוד; גם אלמלא ההסכמה, כאמור, רשאי היה בית המשפט להורות על קיומו של הליך הבראה, תוך הבטחת "הגנה הולמת" לנושים המובטחים; אך במקרה שלפנינו יש להסיק מהתנהגותו של הבנק

שהוא אכן סבר שתהליך ההבראה יצליח והדבר מחזק את המסקנה, שגם מנקודת המבט של יום ההקפאה ניתנה לו "הגנה הולמת".

מן הכלל אל הפרט

10. כפי שכבר קבענו, מוגבלת זכותו הקניינית של הבנק בשיקום לשווי בטוחותיו, כפי שהיו ביום מתן צו ההקפאה. אכן, אלמלא השלים המנהל המיוחד את עבודות המושבה לא היתה החברה הכלכלית משלמת תמורתן. לדעתי, אין להפריד לעניין זה בין הבטוחות השונות ובין ההוצאות השונות שהוצאו בגין הפרוייקטים השונים. אין חשיבות לכך שבפרוייקט מסוים ההוצאות נשאו פרי בסופו של דבר, והתקבלה בגינו התמורה החוזית, ולעומת זאת בפרוייקט אחר ההוצאות ירדו לטמיון ולא הביאו לקבלת התמורה החוזית. כשם שאין למדוד את הצלחת תהליך ההבראה ex post facto. לדעתי יש לראות בפעולותיו של המנהל המיוחד ביחס לפרוייקטים השונים מכלול אחד, שמטרתו אחת - להביא להבראת החברה. יש להדגיש כי אף אם בדיעבד מסתבר שההוצאות שהוצאו לשם השבחת הבטוחות גרמו בסופו של דבר להפסדים, אין בכך כדי לשנות מהתוצאה. אמנם לכאורה במצב כזה הנושה המובטח מוצא עצמו נפגע. אולם אין לבחון את הדברים בדיעבד, אלא כפי שהם נראו ביום מתן צו ההקפאה. הדברים הם כך, ביתר שאת, כאשר הנושה המובטח תמך בהליכי השיקום. כפי שכבר הוסבר לעיל, חזקה על הבנק שלא היה משתף פעולה עם הליך ההבראה ולא היה ממשיך להזרים לחברה כספים, אלמלא העריך כי קיימים סיכויים להצלחת השיקום העולים על הסיכויים לכישלונו. אך אם בסופו של עניין הדברים התגלגלו כך שדווקא הסיכונים הם שהתממשו, אין לאפשר לבנק לגלגל את ההפסדים על גורמים אחרים.

הערעור נדחה. שיעור שכר הטרחה שנפסוק למשיבים יהיה יחסי לשיעור תביעותיהם. המערער ישלם למשיבים מס' 1 שכר טרחת עו"ד 50,000 ש"ח, למשיבה השניה שכר טרחת עו"ד 7,500 ש"ח; למשיבה השלישית שכר טרחת עו"ד 5,000 ש"ח, למשיבה הרביעית שכר טרחת עו"ד 15,000 ש"ח; לכל אחד מהמשיבים החמישי והששי שכר טרחת עו"ד 5,000 ש"ח ולמשיב מס' 7 שכר טרחת עו"ד 12,000 ש"ח.

המשנה לנשיא

השופט י' אנגלרד:

מסכים אני עם התוצאה אליה הגיע חברי המשנה לנשיא ש' לוין, לפיה יש לתת עדיפות לחובות הנדונים שנוצרו בתקופת הקפאת ההליכים על פני החוב המובטח לבנק לאומי. עם זאת, ברצוני להבהיר את גישתי לסוגיה המורכבת של מעמד החובות שנוצרו בתקופת ההקפאה. סוגיה זו מעוררת קשיים ניכרים גם בשיטות משפט אחרות, וזאת על רקע הסדרים חקיקתיים ספציפיים. כפי שציין חברי, העדר התייחסות כלשהי לסוגיה הזו בחוק שלנו מכבידה הכבדה נוספת על מציאת הפתרון בשיטתנו. חברי המשנה לנשיא תיאר בחוות דעתו את השתלשלות העניינים. אולם לשם נוחות הדיון, אתאר בקצרה את העובדות החשובות בעיניי להבהרת הסוגיה.

1. קבוצת אספלט חברה בע"מ (להלן: "**החברה**"), שנקלעה לקשיים כספיים, הגישה ביום 28.3.99 לבית המשפט המחוזי בחיפה הצעת תכנית להסדר פירעון חובות ועימה בקשה לצו הקפאת הליכים, והכל במסגרת סעיף 233 לפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983, שהוא כיום סעיף 350 לחוק החברות, תשנ"ט-1999. בנק לאומי לישראל (להלן: "**הבנק**"), הנושה בכ-85% מחובות החברה, הסכים לבקשה הקפאת ההליכים. כן הסכים הבנק להאריך לחברה את תוקף האשראי בחשבונה. יצוין, כי הנשייה של הבנק, בהיקף העולה על 60 מיליון ש"ח, כללה יתרות חוב של החברה, ערבויות ביצוע, ערבויות טיב וערבויות מכר לרוכשי הדירות. כנגד חובות אלה היה לבנק שיעבוד שוטף על כלל נכסיה וזכויותיה של החברה וכן שיעבודים קבועים על הזכויות של החברה כלפי חייבים במספר חוזי בנייה.

2. ביום 28.3.99 הוציא בית המשפט המחוזי צו הקפאת הליכים, בהתאם לסעיף 233(א) לפקודת החברות. צו הקפאת ההליכים כלל, בין היתר, את ההוראות הבאות:

1. ניתן בזאת צו הקפאת הליכים נגד קבוצת אספלט חברה בע"מ (להלן - "**החברה**") למשך 270 ימים.

בתקופה זו לא ניתן יהא לפתוח או להמשיך בהליך כלשהו נגד החברה - ובכלל זה כל הליך משפטי, הוצאה לפועל, עיקול, בוררות, אכיפה או מימוש כל שיעבוד שהוא או ערבות - אלא באישור בית המשפט ובתנאים שייקבעו על ידו, עד לאישור הסדר הנושים ותוכנית ההבראה שהובאה בבקשה ובתצהיר התומך בה.

...

3. מר יוסף דר מתמנה מנהל מיוחד לביצוע תכנית ההבראה (להלן - "**המנהל המיוחד**") ומר משה סלמון ישמש נאמן (להלן - "**נאמן**") לפקח על ביצוע הסדר הנושים ויישום תוכנית ההבראה.

למנהל המיוחד ולנאמן ניתנת בזה כל סמכות לנקוט בכל פעולה נדרשת למען המשך הפעלתה של החברה ותפקודה כעסק חי, וכן לדרוש מאת נושי החברה להגיש הוכחות חוב, והנאמן יפסוק בהן. ...

5. כל הכספים המגיעים לחברה מצד שלישי כלשהו יועברו ללא דיחוי למנהל המיוחד ולנאמן, אשר יפקידו אותם בחשבונות מיוחדים, אם נדרש הדבר, לפי שיקול דעתם.

(ההדגשות אינן במקור).

3. לאחר מתן צו ההקפאה התקשרו הנאמן והמנהל המיוחד עם קבלני משנה וספקים לשם המשך ביצוע עבודות בנייה בפרוייקטים שונים, ביניהם פרוייקט המושבה הגרמנית בחיפה. בד בבד פנה הנאמן במכתב לנושים השונים של החברה והודיע להם על מהלכי ההבראה. בפניה זו גם נאמר כי כל התחייבות כספית עתידית אשר תיעשה באישור הנאמן תובטח במלואה. ואמנם, במהלך תקופת הניהול המיוחד השלימה החברה, בעזרתם של קבלני המשנה והספקים, ביצוע של מספר חוזי בנייה ונתקבלו על ידה תשלומי התמורה מצד מזמיני העבודה. חלק ממזמיני העבודה שילמו את התמורה ישירות לקבלני המשנה. עם זאת, מתברר כי עד תום התקופה של הקפאת ההליכים בדצמבר 1999, טרם סולקו התחייבויות כלפי קבלני משנה וספקים שונים, שהם המשיבים בערעור זה.

4. בתוך תקופת ההקפאה, דהיינו ביום 26.4.99, הגיש הבנק בקשה לבית המשפט המחוזי להורות כי כל הכספים שיגיעו לחברה מצדדים שלישיים, ואשר הומחו או שועבדו לטובת הבנק, יועברו ישירות לבנק ולא ישמשו לניהול השוטף של עסקי החברה על-ידי הנאמן והמנהל המיוחד. נראה כי בקשה זו לא נדונה בסופו של דבר, מסיבה שלא נתבררה. במקביל לכך העמיד הבנק לטובת החברה, תחת הניהול המיוחד, הלוואות שונות במסגרת חשבון הנאמנות שנפתח על-ידי הנאמן להסדר הנושים, בסך העולה על שני מיליון ש"ח. כן הוציא הבנק לחברה ערבויות ביצוע שונות, בסך של כ-140,000 ש"ח, עד שבשלב כלשהו סרב הבנק להמשיך ולהוציא ערבויות.

5. ביום 28.12.99 הודיע המנהל המיוחד לבית המשפט כי המשא ומתן עם הנושים נכשל וכי אין מנוס מהפסקתה של הקפאת ההליכים. בשל הודעה זו הורה בית המשפט על סיום הקפאת ההליכים, והתיר לבנק להגיש בקשה למינוי כונס נכסים. ואמנם, בו ביום הגיש הבנק "בקשה לאכיפת שעבודים על-פי אגרת חוב בדרך של מינוי כונס נכסים", בה ביקש הבנק רשות לאכוף את השעבוד השוטף. כן הגיש הבנק בקשה למינוי כונס נכסים זמני עד לדיון בבקשה לאכיפת השעבוד השוטף. יצוין, כי הבנק לא ביקש אכיפה של שיעבודים ספציפיים כלשהם ולא הזכיר אותם כלל בבקשתו.

6. והנה, ביום 6.2.00 מסרה החברה הכלכלית לחיפה בע"מ למנהל המיוחד תשלום עבור השלמת פרוייקט המושבה הגרמנית בתקופת הקפאת ההליכים. בעקבות תשלום זה, התגלעה מחלוקת בין כונס הנכסים מטעם הבנק לבין קבלני המשנה והספקים בשאלה מהו סדר העדיפויות של פירעון החובות מתוך הכסף שהגיע כעת לקופת החברה. הבנק גרס כי יש לו עדיפות על מלוא התשלום, שכן זכויות החברה בפרוייקט המושבה הגרמנית הומחו לו וכן שועבדו לטובתו בשיעבוד ספציפי. כאמור, בית המשפט המחוזי החליט כי אין לבנק

עדיפות וכי יש לשלם תחילה את ההתחייבויות, שקיבלו על עצמם המנהל המיוחד והנאמן במסגרת ביצוע המיזמים בעת הקפאת ההליכים. מכאן הערעור שלפנינו.

7. כאמור, הסוגיה של מעמד ההתחייבויות, שנוצרו בעת הניסיון להבראת חברה, ביחס לזכויותיהם של נושים מובטחים היא סוגיה מורכבת. עם זאת, אפשר ללמוד מניסיון של שיטות אחרות ובמיוחד משיטת המשפט של ארצות-הברית, שבה נרכש ניסיון רב בסוגיה זו. כן יש עניין בהסדר החקיקתי שבמשפט האנגלי, הלא הוא ה- Insolvency Act, 1986, כפי שתוקן בשנת 1994. מן הראוי לציין, כי התחיקה של ארצות-הברית, כפי שמצאה ביטוי בחוק פשיטת הרגל הפדראלי, מחיל על החובות, שנוצרו בעת ניסיון השיקום (לפי פרק 11), את ההוראות החלות על ההתחייבויות שנוצרו בעת הליך הפירוק. ראה סעיף 103(a) לחוק זה, המחיל את סעיף 506(c) לחוק על הליכים לפי פרק 11. לעומת זאת, בחוק האנגלי יש הוראות מיוחדות בסוגיה זו בפרק העוסק בשיקום חברה באמצעות מנהל (administrator). ראה סעיפים 19(4) ו- 19(5) ל- Insolvency Act, 1986. באופן כללי ניתן לציין, כי בעוד אשר במשפט של ארצות-הברית המבחינים נוגעים באופן בלעדי לטיב ההוצאות ולהשלכתן על החוב המובטח, הרי המשפט האנגלי מייחס חשיבות, בנוסף לטיב החובות, גם למהות השיעבוד העומד לרשות הנושה. כך מבחין המשפט האנגלי בין מעמדו של שיעבוד ספציפי לבין זה של שיעבוד צף. ראה Gower's *In re A Company* [2000] 1 W.L.R. 502 (Ch.D.), p.507; *Principles of Modern Company Law* (6th ed. By P.L. Davies, London, 1997) p. 826; *Farrar's Company Law* (4th ed. By J.H. Farrar & B. Hannigan, London, 1998) p. 697.

8. הגישה העקרונית במשפט של ארצות הברית מסוכמת אצל Collier, *On Bankruptcy* (15th ed., vol. 4) p. 506-122.

The general bankruptcy rule is that, absent an express agreement to the contrary, the expenses associated with administering a bankruptcy estate are not to be chargeable to a secured creditor's collateral or claim, but must be borne out of the unencumbered assets of the estate. One exception to this general rule is stated in section 506(c), which permits a trustee to recover administrative expenses from the secured creditor's collateral if three conditions are satisfied (i) the expenses are "necessary" to preserve or dispose of the collateral, (ii) they are "reasonable", and (iii) the incurrence of the expenses provided a "benefit" to the secured creditor. Similarly, expenses may be recoverable where the secured creditor expressly or impliedly consented to the incurrence of the expense, or caused the expense.

ביסודה, גישה זו אומצה גם במשפטנו, כפי שציין חברי המשנה לנשיא, בעניין ההוצאות בעת הליכי הפירוק. ראה ע"א 355/61 **בלנגא ואח' נ' הרץ ואח'**, פ"ד טז(1) 199; ע"א 353/62 **הארט ואח' נ' כונס הנכסים הרשמי ואח'**, פ"ד יז(1) 496; ע"א 870/79 **אגף המכס והבלו נ' אקשטיין** (לא פורסם). לטעמי, מן הראוי להחיל גישה זו גם במסגרת הקפאת ההליכים על פי סעיף 350 לחוק החברות, כפי שצוין בפרשת רע"א 292/99 **שיכון עובדים בע"מ נ' המנהל המיוחד של חברת טש"ת ואח'**, פ"ד נה(2) 56. עם זאת, מן הראוי לציין כי, לרוב, יש הבדל מהותי בין הליכי פירוק, המכוונים בעיקרם למימוש הנכסים של חברה לשם פירעון החובות, לבין הליכי שיקום בעת הקפאת ההליכים, שמטרתם לקיים את החברה כעסק חי. כלומר, ההתחייבויות, הנוצרות בעת ניסיון ההבראה, שונות מעצם טיבן מאופי ההוצאות הכרוכות למימוש הנכסים. אחת התוצאות משוני זה היא כי המבחנים, המקובלים לגבי הוצאות המימוש בפירוק, יוצרים קשיים מיוחדים שעה שבאים להחילם לגבי ההתחייבויות שנוצרו במהלך ניסיון השיקום. כך, השאלה האם הוצאה הייתה "נחוצה" או הביאה תועלת לנושה המובטח מורכבת בהרבה בהקשר של שיקום מאשר בהקשר של מימוש נכסים.

9. ואמנם, התשובה לשאלות אלה עוררה חילוקי דעות בארצות-הברית. יצוין, כי הפסיקה שם עוסקת במספר מקרים ניכר בהוצאות של שכר-טירחת עורכי-דין, ביניהם מקרים של דרישות לשכר-טירחה בגין הליכים שהיו מכוונים נגד הנושים המובטחים. אין להתפלא כי בתי המשפט היססו מלהכיר בהוצאות אלה כהוצאות שהביאו, כביכול, תועלת לנושה המובטח. ראה למשל *General Electric Credit Corp. v. Levin & Gravel*, 739 F.2d 73 (1984); *Weintraub (In re Flagstaff Foodservice Corporation)*; *Central Bank of Shea & Wright Ltd. v. Bank of New England* 744 F.2d 16 (1984); *Montana v. Cascade Hydraulics and Utility Service Inc.*, 815 F.2d 546 (1987); *Precision Steel Shearing Inc. V. Fremont Financial Corporation*, 57 F.3d 321 (1995); *General Electric Credit Corporation v. Peltz (In re Flagstaff Foodservice Corporation)*, 762 F.2d 10 (1985).

10. יצוין, כי מבחן התועלת, כפי שהתגבש בארצות-הברית, לא זו בלבד שאינו נוגד את התפיסה הבסיסית של המחוקק הישראלי במסגרת סעיף 350 לחוק, אלא נראה כי אפשר למצוא הד לרעיון העומד מאחוריו בהגנה על הנושים המובטחים, כפי שמצאה ביטוי בעיקרון של "הגנה הולמת לזכויותיו של הנושה בנכס", עיקרון שנקבע במפורש על-ידי המחוקק, אם כי בהקשר שונה במקצת. להבהרת העניין אביא את ההוראה של סעיף 350(ו) לחוק, הקובעת בזו הלשון:

ניתן צו הקפאת הליכים, יתיר בית המשפט -

- (1) לבקשת נושה מובטח - לממש נכס המשועבד לו;
 (2) לבקשת נושה שהוא בעל שעבוד צף - לגבשו;
 (3) לבקשת נושה שהינו בעל שעבוד צף שגובש - לממש נכס אחד או יותר כאמור;
 והכל אם נוכח כי לא הובטחה הגנה הולמת לזכויותיו של הנושה בנכס,
 או כי אין במימוש השעבוד או בגיבוש השעבוד הצף, כדי לפגוע
 באפשרות לגבש ולאשר את התכנית.

על תחולתו של עיקרון זה גם במסגרת ההתחייבויות שנוצרו בעת נסיון ההבראה, ראה את מאמרו של ד' האן

"הגנה הולמת לחובות מובטחים בהבראת חברות" **משפטים** לב (תשס"ב) 247, שבו עומד המחבר על

ההיבטים המיוחדים של הסוגיה הנדונה באומרו:

כאמור, בשלב פתיחת ההליכים [של ההבראה] מוחל על הנושים מנגנון קולקטיבי באמצעות עיכוב ההליכים. קולקטיביזציה זו מונעת - או למצער מעכבת - את בעלי התביעות השונות ממימוש זכויותיהם כלפי החייב במסלולי אכיפת החיובים השגרתיים. מבחינה כלכלית, עיכוב משפטי של מימוש זכויות חושף את בעלי התביעות לסיכונים של החמרת ההידרדרות הפיננסית של החייב בתקופת המעבר. אם יוסיף העסק החייב לצבור הפסדים כספיים במשך תהליך ההבראה, יגווס הדבר בהיקף מקורות הפירעון הזמינים לבעלי התביעות השונים. הבעייתיות שבסיכון הכלכלי לנושים הכרוך בהבראה, מתחדדת ביחס לחובות המובטחים של העסק החייב. ...בישראל, כאשר חברה נקלעת לפירוק עקב חדלות פרעון, אין הדבר משפיע על זכותו של נושה לאכוף את חובו המובטח דרך מימוש הבטוחה המשועבדת לו. לעומת זאת, כפי שכבר הובהר, עצם מהותו של הליך ההבראה שולל את יכולת האכיפה האינדיבידואלית של כל חוב, וחובות מובטחים בכלל זה. הימשכות הליכי ההבראה על פני זמן חושפת את החוב המובטח לסיכונים כלכליים שונים. סיכונים אלה יכולים לבוע מהנסיבות האובייקטיביות שזופן העתיד, כגון נזק שייגרם לבטוחה עקב שריפה או פגיעה אחרת; לחלופין, יכולים הסיכונים להתבטא בכישלון הליכי ההבראה, הצטברות הפסדים נוספים שייגרמו לעסק במהלכם ומימושה הכפוי של הבטוחה במחיר נמוך אף יותר מזה שניתן היה להשיג אלמלא נסיונות ההבראה. כמו כן חשוף הנושה, כפי שנראה להלן, לחשש עימות בין זכויותיו המשפטיות בבטוחה לבין זכויותיהם של נושים חדשים המממנים את הליכי ההבראה. סיכונים כלכליים אלה טעונים פיצוי כלכלי, ודיני ההבראה נדרשים לכך. לשם הגנה על ערכם הכלכלי של החובות המובטחים מפני פגיעה עתידית כוללים דיני הבראת חברות סעד הקרוי "הגנה הולמת". אכן, כפי שיובהר בהרחבה להלן, עיקר מהותו של הסעד הוא לשמר את הערך הכלכלי של החוב המובטח במשך הליך ההבראה. (שם, בעמ' 250-251).

[ההדגשות אינן במקור]

11. מן האמור עולה כי, באופן עקרוני, אין לראות באופן אוטומטי את פעילותו של מנהל מיוחד בעת

הקפאת הליכים כעין "משק סגור", שבמסגרתו ניתן לקזז את כל ההתחייבויות החדשות כנגד ההכנסות

השוטפות, וזאת ללא בדיקה נוספת בדבר השלכתו של מהלך מעין זה על מעמד הנושים המובטחים. ביתר

דיוק, לטעמי, יש להחיל כאן, בדומה למשפט של ארה"ב, את מבחן התועלת הנזכר, לפיו יש לבחון, באופן

עקרוני, את התועלת שצמחה לנושה המובטח מפעילותו של המנהל במישור ההתחייבויות. בחינה זו יש לערוך

לאור המצב הריאלי בעת פירעון החובות ולא, כפי שגורס חברי המשנה לנשיא, מתוך נקודת ראות ex-ante,

שהיא הציפייה לתועלת העתידית של ההתחייבות. חברי מצטט בהקשר זה את פסק הדין האמריקאי בפרשת

Boatmen, אך על פרשנות זו של ההלכה שנפסקה בפסק דין זה נמתחה ביקורת נרחבת בספרות בארצות הברית; בנוסף לכך ספק רב אם מבחן הציפייה מראש אמנם נתקבל בפרשה זו. עיין *Collier*, שם, בסעיף 506.05[5][b].

12. יהא הדין בארצות הברית אשר יהא, לטעמי יש לאמץ, באופן עקרוני, את מבחן התועלת הממשית. לא זו בלבד שמבחן זה מופעל, כאמור, בהקשר של הוצאות הפירוק, אלא הוא עולה גם מרעיון "ההגנה ההולמת" בהוראת סעיף 350 לחוק החברות. אולם, כמוזכר לעיל, מבחן התועלת הממשית, וכן המבחנים הנוספים של נחיצות וסבירות, אינם חלים כאשר הנושה המובטח הסכים, במפורש או במשתמע, להתחייבות או להוצאה כלשהי. סבור אני כי, בנסיבות המקרה הנדון, הסכים הבנק, שהוא הנושה המובטח העיקרי, לניהולם העסקי של המנהל המיוחד ושל הנאמן, ניהול אשר כלל כניסה להתחייבויות לשם ביצוע המיזמים השונים. כך, הבנק הסכים לבקשת החברה להקפאת ההליכים ובמשך כל תקופת ההקפאה לא ביקש הבנק לממש את הנכסים המשועבדים. מעבר לכך, הבנק העמיד לרשות המנהל המיוחד אשראי בהיקף של כשני מיליון ש"ח וערבויות ביצוע לשם המשך הפעילות הקבלנית של החברה. הבנק נשה בכ-85% מחובות החברה וכלל נכסי החברה היו משועבדים לו בשיעבוד צף ובשיעבודים ספציפיים. אלמלא תמיכתו של הבנק, נסיון השיקום כלל לא היה יוצא לדרכו, או, לכל היותר, היה נפסק תוך זמן קצר. כן יש להניח כי המכתב שנשלח על ידי הנאמן לכלל הנושים בדבר מינויו ובדבר הבטחת כל התחייבות כספית שתעשה באישורו, הגיע לידיעת הבנק. כמו כן, כפי שקבע חברי המשנה לנשיא, ההוצאות הוצאו בידיעתו ובאישורו של הבנק, אשר תמך בפועל בהליכי השיקום.

13. נמצא כי המדובר בתמיכת הבנק בהליכי השיקום - בין היתר על-ידי מתן אשראי - ולא בהשלמה גרידא מצדו עם ניסיון ההבראה ועם הקפאת ההליכים. בנסיבות אלה יש לראות משום הסכמה מצד הבנק, לפחות הסכמה משתמעת אם לא מפורשת, למתן עדיפות להוצאות הקשורות להתחייבויות שנערכו לצורך השיקום. השווה *Collier*, שם, בסעיף 506.05[7].

14. יתרה מזו, יש רגליים לסברה כי ביצוע המיזמים במסגרת הליכי השיקום עמד במבחנים המהותיים המזכים את בעלי החוב לעדיפות: ההתחייבויות אגב הביצוע היו סבירות ונחוצות ואף הביאו תועלת לנושה המובטח. דבר זה בוודאי נכון לגבי התשלום מצד החברה הכלכלית לחיפה בגין פרוייקט המושבה הגרמנית, אשר לולא ההתחייבויות כלפי הספקים וקבלני המשנה לא היה מתקבל כלל ועיקר. אולם, מאחר ששאלה זו לא נבחנה על-ידי בית המשפט המחוזי, אין ביכולתי להכריע בה הכרעה סופית.

15. מנימוקים אלה מצטרף אני, כאמור, לתוצאה אליה הגיע חברי המשנה לנשיא ש' לוי, אם כי לא דווקא מנימוקיו. בשולי דבריי, ברצוני להוסיף מספר הערות עקרוניות, שיש בהן משום הנחייה להליכי ההבראה במסגרת סעיף 350 לחוק החברות. לדעתי, טוב יעשה בית המשפט אם יקבע במפורש בצו הקפאת ההליכים ובהוראות למנהל, לפי המקרה, את מעמדן של ההתחייבויות העתידיות ביחס לנושים המובטחים ולנושים האחרים של החברה. הנושים אשר יקבלו הודעה על קביעתו של בית המשפט בסוגיה זו, יוכלו אז לפנות לבית המשפט מכוח סעיף 350(ו) לחוק החברות, לשם קבלת "הגנה הולמת" לזכויותיהם, אם לדעתם יש צורך בכך. במקרה של העדר תגובה מצד נושים אלה, יש לראות בכך משום הסכמה לקביעת סדר עדיפויות, כפי שנערך על-ידי בית המשפט. יצוין, כי הוראת בית המשפט בדבר רשות המנהל להתחייב כלפי נושה חדש מעניקה לנושה זה מעמד בהליכים הנדונים בפני בית המשפט. השווה כלל 7071 ל- Federal Rules of Bankruptcy Procedure. ראה Collier, **שם**, סעיף [6] 506.05 הערה 37. עם זאת, מעמדו המהותי של החוב החדש כלפי הנושים הקודמים ייקבע על פי העקרונות המהותיים אותם פירטתי לעיל.

ש ו פ ט

השופט א' א' לוי:

אני מצטרף לדעתם של חברי כי דינו של הערעור להידחות.

ש ו פ ט

הערעור נדחה. שיעור שכר הטרחה יהיה כפי שנקבע בפסק דינו של המשנה לנשיא.

ניתן היום, ה' ניסן תשס"ב (18.3.2002).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיא

העתק מתאים למקור B03.00071250
נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח - רשם.
בבית המשפט העליון פועל מרכז מידע, טל' 02-6750444