



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 3782/09

ע"א 4036/09

ע"א 4520/09

לפני :

כבוד הנשיא א' גרוניס
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופט נ' הנדל

המערערת בע"א 3782/09
והמשיבה בע"א 4036/09
ובע"א 4520/09 :

לגין אריזות מזון בע"מ

המערערת בע"א 4036/09
והמשיבה בע"א 3782/09
ובע"א 4520/09 :

חברת חשמל לישראל בע"מ

המערערת בע"א 4520/09
והמשיבה בע"א 3782/09
ובע"א 4036/09 :

קלבר תעשיות וסחר בע"מ

נ ג ד

המשיבים בע"א 3782/09 :

1. בנק לאומי לישראל בע"מ
2. בנק דיסקונט לישראל בע"מ
3. ארגון עובדי הפלחה אגודה שיתופית חקלאית ארצית בע"מ
4. ארגון מגדלי הירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ
5. מגדלי תוצרת חקלאית
6. עו"ד עופר אטיאס , מנהל מיוחד וכונס נכסים
7. עו"ד רון חכים, כונס נכסים
8. קופרלי ושלום השקעות בע"מ
9. חברת חשמל לישראל בע"מ
10. קלבר תעשיות וסחר בע"מ
11. עובדי חברת פרי גליל בע"מ
12. אורי סלונים ואח'
13. 39 מעובדי חברות ויטה פרי הגליל שיווק בע"מ וקפולסקי שיווק וקמעונאות (2001) בע"מ
14. קירור הגליל בע"מ, משיבה פורמלית
15. סיליס ביצים בע"מ, משיבה פורמלית
16. רונפולידן בע"מ, משיבה פורמלית
17. יונילור בע"מ

18. קניאל תעשיות אריזה בע"מ
19. תדביק פח בע"מ
20. גרפיקה בצלאל בע"מ
21. גן שמואל מזון בע"מ
22. יו.אס.אי שיווק מערכות אריזה בע"מ
23. קרגו אמרפורד אינטרנשיונל (1980) בע"מ, משיבה פורמלית
24. ויטה - פרי הגליל שיווק בע"מ
25. פרי הגליל בע"מ
26. קפולסקי שיווק וקמעונאות 2001 בע"מ
27. רוי"ח דייב גל - מנהל מיוחד
28. ויטה - פרי הגליל בע"מ
29. כונס הנכסים הרשמי, משיב פורמלי

המשיבים בע"א: 4036/09

1. בנק לאומי לישראל בע"מ
2. בנק דיסקונט לישראל בע"מ
3. ארגון עובדי הפלחה אגודה שיתופית חקלאית ארצית בע"מ
4. ארגון מגדלי הירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ
5. מגדלי תוצרת חקלאית
6. עו"ד עופר אטיאס, מנהל מיוחד וכונס נכסים
7. רוי"ח דייב גל, מנהל מיוחד
8. קופרלי ושלוש השקעות בע"מ
9. עובדי חברת פרי הגליל בע"מ
10. עובדי חברות כוח אדם
11. 39 מעובדי חברות ויטה - פרי הגליל שיווק בע"מ וקפולסקי שיווק וקמעונאות (2001) בע"מ
12. לגין אריזות מזון בע"מ
13. קלבר תעשיות וסחר בע"מ
14. קירור הגליל בע"מ, משיבה פורמלית
15. סיליס ביצים בע"מ, משיבה פורמלית
16. רונפולידן בע"מ, משיבה פורמלית
17. יונילוור בע"מ
18. קניאל תעשיות אריזה בע"מ
19. תדביק פח בע"מ
20. גרפיקה בצלאל בע"מ
21. גן שמואל מזון בע"מ
22. יו.אס.אי שיווק מערכות אריזה בע"מ
23. קרגו אמרפורד אינטרנשיונל (1980) בע"מ, משיבה פורמלית
24. ויטה - פרי הגליל שיווק בע"מ
25. פרי הגליל בע"מ
26. ויטה - פרי הגליל שיווק בע"מ
27. קפולסקי שיווק וקמעונאות 2001 בע"מ
28. כונס הנכסים הרשמי

המשיבים בע"א: 4520/09

1. בנק לאומי לישראל בע"מ
2. בנק דיסקונט לישראל בע"מ
3. ארגון עובדי הפלחה אגודה שיתופית חקלאית ארצית בע"מ
4. ארגון מגדלי הירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ
5. מגדלי תוצרת חקלאית
6. עו"ד עופר אטיאס, מנהל מיוחד וכונס נכסים
7. עו"ד רון חכים, כונס נכסים
8. קופרלי ושלוש השקעות בע"מ
9. עובדי חברת פרי הגליל בע"מ
10. עובדי חברות כוח אדם
11. 39 מעובדי חברות ויטה - פרי הגליל שיווק בע"מ וקפולסקי שיווק וקמעונאות (2001) בע"מ
12. לגין אריזות מזון בע"מ
13. קירור הגליל בע"מ, משיבה פורמלית
14. סיליס ביצים בע"מ, משיבה פורמלית
15. חברת החשמל לישראל בע"מ
16. רונפולידן בע"מ, משיבה פורמלית
17. יונילור בע"מ
18. קניאל תעשיות אריזה בע"מ
19. תדביק פח בע"מ
20. גרפיקה בצלאל בע"מ
21. יו.אס.אי שיווק מערכות אריזה בע"מ
22. קרגו אמרפורד אינטרנשיונל (1980) בע"מ, משיבה פורמלית
23. ויטה פרי הגליל בע"מ
24. פרי הגליל בע"מ
25. ויטה - פרי הגליל שיווק בע"מ
26. קפולסקי שיווק וקמעונאות (2001) בע"מ
27. רו"ח דייב גל, בתפקידו כמנהל מיוחד
28. כונס הנכסים הרשמי

ערעורים על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה
מיום 7.4.2009 והחלטות ביניים מיום 5.3.2009, מיום
12.3.2009 ומיום 6.4.2009, בתיק פר"ק 8678-01-09
ובתיק פר"ק 11050-01-09, שניתנו על ידי כבוד השופט
א' קיסרי

בשם לגין אריזות מזון :

עו"ד נמרוד טפר

בשם חברת החשמל :

עו"ד יהושע חורש ; עו"ד אורית יולס ;
עו"ד אמיר ויצנבליט ; עו"ד איילת בן-גיגי

בשם קלבר תעשיות וסחר :

עו"ד עופר שפירא

בשם בנק לאומי, בנק
דיסקונט, עו"ד עופר אטיאס
ועו"ד רון חכים :

בשם ארגון עובדי הפלחה,
ארגון מגדלי הירקות ומגדלי
התוצרת החקלאית :
עו"ד ליאור דגן ; עו"ד עידן אדלר

בשם קופרלי : עו"ד יאיר ברדה

בשם עובדי חברת פרי גליל : אין התייצבות

בשם אורי סלומינסקי ועובדי
חברות כוח אדם :

אין התייצבות

בשם 39 מעובדי חברות ויטה
פרי גליל :

אין התייצבות

בשם יונילוור : אין התייצבות

בשם חברת קניאל תעשיות,
ויו.אס.אי : עו"ד רהב עין-דר

בשם גרפיקה בצלאל
ותדביק פח : אין התייצבות

פסק-דין

הנשיא א' גרוניס:

1. בפנינו נדונו במועד אחד ארבעה ערעורים הנוגעים להליך חדלות הפירעון של שלוש חברות קשורות: "פרי הגליל בע"מ", "ויטה – פרי הגליל שיווק בע"מ" ו-"קפולסקי שיווק וקמעונאות (2001) בע"מ" (להלן ביחד – החברות). בהליך חדלות הפירעון ניתן צו כינוס לגבי נכסי החברות ובד בבד אושר הסכם למכירתן כ"עסק חי" לחברת "קופרלי השקעות בע"מ" (להלן – הרוכשת). החברות עסקו בייצור של קופסאות שימורי מזון ובשיווקן. בהסכם שבין כונס הנכסים לנכסי החברות לבין הרוכשת, הוסכם כי חלק מכספי התמורה ייוחדו לטובת תשלום מלוא חוב העבר של קבוצה מסוימת מתוך נושי החברות. מדובר במגדלי תוצרת חקלאית (להלן – המגדלים). התשלום של מלוא החוב למגדלים נעשה על מנת שהם יסכימו להמשיך לספק לרוכשת את התוצרת החקלאית. תוצרת זו הינה חומר הגלם העיקרי הנדרש לעיסוקן של החברות. בשלושה מן הערעורים שלפנינו (ע"א 3782/09, ע"א 4036/09 וע"א 4520/09) משיגים נושים אחרים, שהיו ספקים של החברות, על החלטת בית

המשפט המחוזי לאשר את חלוקת התמורה באופן זה, היינו תוך מתן עדיפות למגדלים. ערעור רביעי (ע"א 7643/09) נוגע לסיווג חובה של אחת מנושי החברות, לגין אריזות מזון בע"מ (להלן – לגין), כחוב רגיל או כחוב מובטח בדרגה שנייה. בפסק דין זה נתייחס לשלושת הערעורים הנוגעים למתווה העסקה בכללותה. פסק הדין בערעורה הפרטני של לגין יינתן בנפרד. חובה להדגיש כבר בראשית הדברים כי הסוגיה שעלתה בשלושת הערעורים נבחנת על פי המצב המשפטי שחל לפני תיקון 19 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן – חוק החברות). תיקון 19, שנכנס לתוקף ביום 17.7.2012, הביא לשינוי הדין (ראו פסקה 25 להלן).

השתלשלות העניינים

2. ביום 14.1.2009 הגישו בנק לאומי לישראל בע"מ ובנק דיסקונט לישראל בע"מ (להלן ביחד – הבנקים) בקשה לבית המשפט המחוזי בחיפה למנות כונסי נכסים לשם אכיפת שעבודיהם השוטפים על נכסי החברות. מספר ימים מאוחר יותר הגישו החברות, ביחד עם חברת האם שלהן, בקשה לכנס אסיפות נושים במטרה לאשר הסדר נושים לפי סעיף 350 [כנוסחו דאז] לחוק החברות. בעקבות שתי הבקשות קבע בית המשפט המחוזי (כבוד השופט א' קיסרי), בהתאם להסכמה שהתגבשה בין הבנקים לבין החברות, כי ימונו לחברות שני מנהלים מיוחדים. נקבע כי אחד המנהלים המיוחדים, עו"ד עפר אטיאס, ימונה לבקשת הבנקים ויבחן הצעות לרכישת החברות או פעילותן או הצעות להשקעה בהן, והמנהל המיוחד האחר, רו"ח דייב גל, ימונה לבקשת חברת האם של החברות וינסה לגבש הסדר נושים. כן הוחלט על כינוס אסיפות נושים. נושי החברה חולקו לשלושה סוגים: נושים מובטחים, נושים רגילים ומגדלי תוצרת חקלאית.

3. אסיפת המגדלים ואסיפת הנושים הרגילים כונסו ביום 12.2.2009 ואסיפת הנושים המובטחים (הבנקים) כונסה ביום 15.2.2009. רו"ח גל הציג לפני אסיפות הנושים מספר הצעות, אשר נדחו כולן. בעקבות זאת חידשו הבנקים את בקשתם למינוי כונסי נכסים לנכסי החברות. בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה וקבע כי רו"ח גל יוכל להביא הצעות משופרות לפני אסיפות הנושים. במקביל, נקבע כי עו"ד אטיאס יוכל להמשיך בניהול משא-ומתן עם רוכשים המעוניינים לרכוש את נכסי החברות. כן נקבע כי יראו את החברות כאילו ניתן לגביהן צו להקפאת הליכים לפי סעיף 350 [כנוסחו אז] לחוק החברות. ביום 4.3.2009 היו אמורות אסיפות הנושים להתכנס שוב, אך הן בוטלו.

4. עו"ד אטיאס ניהל התמחרות במשרדו בין מספר מציעות, וביום 4.3.2009 הודיע לבית המשפט כי הרוכשת הציעה את ההצעה הגבוהה ביותר וביקש אישור עבור המתווה העקרוני של ההצעה. הרוכשת הציעה לשלם סכום של 105 מיליון ש"ח עבור נכסי החברות וכן כ-61.6 מיליון ש"ח עבור המלאי. עיקרו של המתווה היה כי ימונה לחברות כונס נכסים אשר ימכור את נכסיהן כ"עסק חי", וחלק מכספי התמורה ישמש לכיסוי מלוא חובן של החברות למגדלים ולעובדים. כיסוי מלוא חובם של המגדלים בא בעקבות איומם של אלה, כי לא ישתלו ולא יזרעו את הגידולים הנחוצים להמשך פעילותו של העסק שהפעילו החברות, פעולות שחייבות היו להתבצע באופן מיידי כדי להבטיח אספקה שוטפת של תוצרת חקלאית. בהתחשב בנחיצות האספקה של התוצרת החקלאית להמשך הפעילות העסקית, הודיעה הרוכשת שאינה מעוניינת לרכוש את פעילות החברות אם לא ימולאו דרישות המגדלים.

5. ביום 5.3.2009 אישר בית המשפט את המתווה האמור, חרף התנגדות מקצת הנושים הרגילים של החברות, אשר טענו כי ייחוד חלק מכספי התמורה לתשלום מלוא החוב לנושים מסוימים מהווה העדפת נושים אסורה. בית המשפט המחוזי קבע כי "כל סוגיית העדפת הנושים איננה רלבנטית בשלב זה ובדיון הנוכחי" שכן המתווה שהוצע הוא במתכונת של כינוס נכסים ו"איסור העדפת נושים חל במקום בו מתבקש אישור של הסדר נושים או מכירה במסגרתו". עוד ציין בית המשפט כי ממילא התמורה צפויה להיות נמוכה מסכום החוב המובטח, כך שהתשלום למגדלים ולעובדים יבוא על חשבון החוב לבנקים בלבד, ואלה תומכים במתווה המכירה. יוער כבר עתה, כי הערכה זו התבררה כבלתי נכונה בסופו של דבר. כן יוער כי בשלב מסוים הסכימו הבנקים שתשלום החוב לעובדים יבוא על חשבונם, כך שכיום עומדת על הפרק סוגיית התשלום למגדלים בלבד. יש להוסיף, כי הבנקים התחייבו שאם הערעורים יתקבלו והמגדלים יצטרכו להחזיר את שקיבלו, היינו כ-26.8 מיליון ש"ח, הרי הבנקים ישאו בסכום זה, פרט לסכום שעד 3 מיליון ש"ח, שיחזירו המגדלים מכיסם בהתקיים תנאים מסוימים. משמע, במצב דברים זה יכוסה החוב שהמגדלים טוענים כי מגיע להם, לפחות בחלקו הארי.

6. שתיים מנושי החברות, לגין וקלבר תעשיות וסחר בע"מ (להלן – קלבר) הגישו לבית המשפט המחוזי בקשות לעיון חוזר בהחלטה מיום 5.3.2009, בהן נטען, בין היתר, כי התמורה מהמכירה גבוהה למעשה מן החוב המובטח. הבקשות לעיון חוזר נדחו בהחלטה מיום 12.3.2009. בהחלטה זו קבע בית המשפט כי משלא נמצאה חלופה עדיפה על המתווה שאושר, "התוצאה האפשרית של סירוב לאשר את ההסדר כרוכה בקשיים גדולים מאלה שמעורר ההסדר המוצע". עוד נקבע כי ניתן לראות במגדלים

כמי שמחזיקים בנכס הכרחי להמשך פעילות החברות כ"עסק חי", ובכך יש הצדקה לאישור המתווה. לעניין זה הסתמך בית המשפט המחוזי על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בבש"א (מחוזי תל-אביב) 26806/05 (פש"ר 1700/05) עובדי החברה בחוזים אישיים נ' נאמני חברת קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ (1.1.2006) (להלן – עניין קלאבמרקט (מחוזי)). בקשה נוספת לכינוס אסיפות נושים נדחתה ביום 6.4.2009, נוכח התנגדות הבנקים, המגדלים והעובדים, אשר העדיפו את מתווה העסקה שאושר. ביום 7.4.2009 אושר ההסכם הסופי, ועו"ד אטיאס, ביחד עם עו"ד רון חכים, מונו לכונסי נכסים על נכסי החברות.

הערעורים מופנים נגד פסק דינו של בית המשפט קמא מיום 7.4.2009 ונגד החלטותיו מן הימים 5.3.2009, 12.3.2009 ו-6.4.2009 (ראו החלטה מיום 20.4.2009 ברע"א 2369/09 לגין אריזות מזון בע"מ נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ).

טענות הצדדים

7. לגין, קלבר וחברת החשמל (להלן ביחד – המערערות), הגישו כאמור את ערעוריהן בנפרד. נוכח העובדה שקיימת חפיפה משמעותית בין הטענות שהועלו בערעורים אלה, ולצורך פישוט הדברים וקיצורם, יובאו טיעוני המערערות יחדיו כמקשה אחת ובתמצית.

המערערות טוענות כי נפל פגם דיוני באופן ניהול ההליך בבית המשפט המחוזי בכך שלא הובהר אם ההליך מתנהל במסגרת של הקפאת הליכים וניסיון לאשר הסדר נושים או במסגרת של כינוס נכסים. מכל מקום, כך נטען, אופן אישור ההסכם אינו תואם אף אחת ממסגרות אלה. זאת, שכן התשלום למגדלים בוצע על חשבון חלקן של המערערות בנשייה, תוך חריגה מסדרי הנשייה הקבועים בדין ומעקרון השוויון בין הנושים, החל בדיני חדלות הפירעון. חריגה כאמור, כך סבורות המערערות, מצריכה את הסכמת הנושים. המערערות מוסיפות כי אילו היה ההסכם מיטיב עם כלל הנושים יותר מאשר כל פיתרון אחר, כפי שסבר בית המשפט המחוזי, יש להניח כי אסיפות הנושים היו מצביעות בעד אישורו. מזווית ראייה חוזית, כך נטען, הצדדים להסכם שאושר הם כונס הנכסים והחברה הרוכשת, ועל-כן לא ניתן לעגן במסגרתו פגיעה בזכויותיו של צד שלישי. המערערות טוענות עוד כי מתן אישור לתשלום מלוא חוב העבר לנושה מסוים, עקב איומיו כי יפגע בניסיונות ההבראה, יוצר תמריץ לנושים להתנהג בסחטנות. משכך, נטען כי יש לאסור על ספק להתנות את המשך קשריו עם חברה חדלת פירעון בתשלום חובות עבר.

עוד מוסיפות המערערות כי החוב למגדלים נותר למעשה שנוי במחלוקת, לאחר שבשלב מוקדם יותר של ההליכים, עת טענו המגדלים לקיומה של תניית שימור בעלות בתוצרת החקלאית, מסרו המנהלים המיוחדים (שאחד מהם, עו"ד אטיאס, מונה לימים ככונס הנכסים) בתשובה כי החוב אינו עולה על 15,000 ש"ח. בהחלטת בית המשפט המחוזי בעניין תניית שימור הבעלות נכתב כי "אין בכוונתי לקבוע, בגדר בקשה זו, דבר וחצי דבר בשאלה מהי יתרת החוב כלפי המבקשים [הם המגדלים – א.ג.]. או מי מהם בגין אספקת תוצרת חקלאית או אם בכלל קיימת יתרת חוב כזאת" (ראו פר"ק 8678-01-09, פר"ק 11050-01-09 (מחוזי חיפה) בנק לאומי לישראל בע"מ נ' ויטה – פרי הגליל בע"מ (5.2.2009)). לבסוף, טוענות המערערות כי בעת מתן האישור העקרוני למתווה העסקה, לא עמדו לפני בית המשפט המחוזי מסמכים מהותיים, ובהם הצעת הרוכשת והצעות רכישה אחרות. נוסף על כך, לא נערך פרוטוקול של ההתמחרות שערך עו"ד אטיאס במשרדו.

8. גם טיעוני המשיבים השונים, לאמור הבנקים, כונסי הנכסים, המגדלים והרוכשת (להלן ביחד – המשיבים) יובאו כמקשה אחת, וזאת מן הטעמים שפורטו ביחס לטיעוני המערערות. באשר למסגרת הדיונית שבה התנהל ההליך בבית המשפט המחוזי, טוענים המשיבים כי עוד בתחילת ההליך הוסכם והובהר כי בד בבד עם הניסיון להגיע להסדר נושים תיבדק גם האפשרות של פיתרון במתווה של כינוס נכסים. לגוף הדברים, מדגישים המשיבים כי לראיתם, תשלום חובות העבר למגדלים היה צעד הכרחי לצורך מכירת פעילות החברה כ"עסק חי", והאלטרנטיבה היחידה לה הייתה פירוק החברות. לעמדתם, הכספים ששולמו למגדלים אינם חלק מהתמורה שהתקבלה בקופת הכינוס, אלא כספים "חיצוניים" שהרוכשת ייעדה למגדלים מחוץ לתמורת המכר. עוד טוענים המשיבים כי בעניין קלאבמרקט (מחוזי) כבר נקבע שמקום בו מחזיק נושה ב"נכס בלתי מוחשי" הדרוש להמשך פעילות חברה חדלת פירעון, אין מניעה כי בעל התפקיד ירכוש נכס זה בכסף. כן נטען כי במקרים אחרים (ע"א 4351/01 עו"ד ארז, מפרק חברת ח.א. מזון בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(1) 467 (להלן – עניין ארז); רע"א 5658/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' קנית ניהול השקעות ומימון בע"מ (6.10.2010) (להלן – עניין קנית)) כבר נקבע כי עיקרון השוויון נסוג לעיתים מפני מטרות חשובות אחרות. במקרה זה, סבורים המשיבים כי ניתן לבסס את סמכותו של בית המשפט לאשר את החריגה מסדרי הנשייה הרגילים על הוראת סעיף 307(א)(4) לפקודת החברות, [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 (להלן – פקודת החברות) המתירה למפרק חברה "לפרוע לסוג נושים פלוני את מלוא חובם", אם ניתן לכך אישור בית המשפט. לבסוף, טוענים המשיבים כי הכספים ששולמו למגדלים משקפים גם תמורה בעד התחייבות עתידית

לספק תוצרת חקלאית ובעד ויתור על טענת שימור בעלות בתוצרת שנמכרה בעבר. בנוגע לגובה החוב, טוענים המשיבים כי הסכום ששולם נתמך בראיות וכי המדובר בקביעה עובדתית שאין מקום להתערב בה. בעניין המסמכים שהובאו לפני בית המשפט המחוזי בטרם אישור מתווה העסקה, טוענים המשיבים כי בשלב מקדמי זה מסמכים רבים טרם נחתמו או שלא היו קיימים, ועל-כן לא ניתן היה להביאם לפני בית המשפט.

דיון

9. מהלך דיוננו יהיה על פי הסדר הבא: ראשית נידרש לטיבה של המסגרת הדיונית שבה התנהל ההליך. לאחר מכן נבחן את השאלה אם התשלום למגדלים אכן מהווה סטייה מסדרי הנשייה הרגילים, ואימתי, ואם בכלל, מותרת סטייה מסוג זה. לבסוף, נידרש למספר סוגיות נוספות שהעלו בעלי הדין, ובהן גובה החוב למגדלים ותקינות ניהול ההתמחרות טרם הבחירה להתקשר עם הרוכשת.

המסגרת הדיונית של ההליך בבית המשפט המחוזי

10. אין חולק כי החברות היו במצב של חדלות פירעון ערב פתיחת ההליך מושא הערעור. ביסוד ההליך שהתנהל בבית המשפט המחוזי עמדה הכוונה לנסות ולשמר את פעילות החברות חרף מצב זה. בית המשפט המחוזי קבע (בהחלטה מיום 14.1.2009), בהתאם להסכמה בין הבנקים לבין החברות, כי ניסיונות אלה יערכו במקביל בשני מתווים דיוניים אפשריים: מתווה של כינוס נכסים ומתווה של הסדר נושים. לא מצאתי ממש בטענה לפיה בחינת שני מתווים אלה במקביל אינה ראויה ויצרה עמימות באשר למסגרת הדיונית שבה התנהל ההליך. ככלל, אין פגם עקרוני בניסיון לבחון במקביל את היתכנותן של מספר אפשרויות לשימור פעילותה של חברה חדלת פירעון, במיוחד עת משחק הזמן תפקיד, ואף המערערות לא הצביעו על מניעה משפטית קונקרטית מדרך פעולה זו. על כך כבר נכתב, בהקשר של ההבחנה בין ארגון מחדש לפירוק, כי:

נראה איפוא שאין צורך בהגדרה חד-משמעית של ההליכים מייד עם תחילתם, באופן ששם יעיד על סופם, והחוק צריך לשמר גמישות ואפשרות מעבר בין פתרונות עסקיים אלטרנטיביים (יחיאל בהט דיני הבראת חברות 41 (1991); להלן – בהט, דיני הבראת חברות, מהדורה ראשונה); ראו גם יחיאל בהט הבראת חברות 88 (מהדורה שנייה, 2013) (להלן – בהט, הבראת חברות)).

גמישות בתחילתם של הליכי שיקומה של חברה חדלת פירעון ביחס למתווה המשפטי המתאים עשויה להגדיל את הסיכויים, כי הליכים אלה יצליחו מקום בו ישנה הצדקה אמיתית לשיקום החברה על פני פירוקה (יובהר, כי הכוונה היא לשיקום החברה במובן הרחב, ובכלל זה שימור פעילותה בדרך של מכירת נכסיה כ"עסק חי"). זאת, כיוון שלכל אחד מן הכלים המשפטיים העשויים לשמש למטרה זו ישנם יתרונות מסוימים, מבחינת האפקטיביות שלהם בשימור פעילותה של החברה, לצד מגבלות שונות. במקרה שלפנינו הורה בית המשפט מראש כי בעלי התפקיד שמונו ינסו לקדם פעולה באחד משני מתווים אפשריים: כינוס נכסים או הסדר נושים. כאמור, בסופו של יום נמכרו נכסיהן של החברות במתווה של כינוס נכסים.

התשלום למגדלים – סטייה מסדרי העדיפויות הרגילים?

11. השאלה הראשונה הצריכה בחינה היא השאלה אם שולמו למגדלים כספים תוך חריגה מסדרי הנשייה הרגילים. ככל שהתשובה לה תהיה בחיוב, נבחן אם חריגה זו מותרת. לפי ההסכם שאושר מקבלים המגדלים, שהינם נושים לא מובטחים, את מלוא החוב שלטענתם חבות להם החברות. נושים לא מובטחים אחרים, לעומת זאת, לא זכו להחזר מלוא חובות החברות כלפיהם, אלא להחזר חלקי בלבד. על-פני הדברים, ברי כי מדובר בחריגה מסדרי העדיפויות הרגילים החלים במצבים של חדלות פירעון. לעניין זה טענו המשיבים כי הכספים ששולמו למגדלים אינם חלק מן התמורה שהתקבלה מהרוכשת בקופת הכינוס, אלא כספים "חיצוניים" שיועדו מלכתחילה למגדלים, ולפיכך אין לראות בתשלומם כחורג מסדרי העדיפויות. אין מקום לקבל טענה זו. המדובר בכספים ששולמו ישירות לקופת הכינוס, בתמורה לנכסי החברות, והניסיון להפריד בין תמורה זו בכללותה לבין הכספים שבסופו של יום שולמו למגדלים הוא מלאכותי. מסקנה זו נובעת ממהותו הכללית של ההסכם, כהסכם שבמסגרתו משלמת הרוכשת כספים לידי כונסי הנכסים, בתמורה לנכסי החברות. מסקנה זו מוצאת תימוכין גם בלשון ההסכם. כך למשל, סעיף 3.1 להסכם (שצורף לבקשת הבנקים למינוי כונסי נכסים ולאישור הסכם המכר, מיום 1.4.2009) מורה כי הכונס מתחייב "לפרוע מתוך התמורה את מלוא חוב החברות למגדלים עובר להסכם זה" [ההדגשה הוספה]. תמורה זו ניתנה בעד פעילות החברות ונכסיהן, כמפורט בסעיף 5 להסכם. יתירה מכך, תמוהה הטענה כי כספים המשולמים לכונס הנכסים, מתוקף תפקידו, אינם חלק מקופת הכינוס.

12. טענה אחרת שעלתה מפי המגדלים, היא כי הכספים ששולמו להם לא היו בגין חובות עבר בלבד. נטען, כי הכספים היוו למעשה תמורה בגין התחייבותם לספק לרוכשת תוצרת חקלאית באופן מיידי ולהמשיך לספק לטווח ארוך באותם תנאים

שבהם נהגו לספק לחברות וכן כנגד הסכמת המגדלים למחיקת הערעור שהגישו על דחיית טענת שימור הבעלות שהעלו. שני התנאים האלה אכן מעוגנים בסעיף 3.1 להסכם והם מצאו ביטוי גם בכתב ההתחייבות של המנהל המיוחד של החברות כלפי המגדלים מיום 6.3.2009 (נספח 14 למוצגים מטעם המגדלים). עם זאת, לא ראיתי לקבל את הטענה כי כספים אלה שולמו למגדלים כנגד התחייבויותיהם אלה בלבד, במנותק מחובות החברות כלפיהם. אכן, אין חולק כי ההפסד שנגרם כתוצאה מעיכוב בהספקת תוצרת חקלאית, והצורך הדחוף לזרוע את הגידולים הנחוצים על מנת לצמצם עיכובים אלה, הם שהניעו את הכונס להסכים לדרישת המגדלים לקבל את מלוא חובם. עוד אין חולק כי ישנו ערך כלכלי מסוים להתחייבות המגדלים להמשיך לספק לרוכשת תוצרת חקלאית לטווח ארוך ולהסכמתם למחיקת הערעור שהגישו על דחיית טענתם לקיומה של תניית שימור בעלות ביחס לתוצרת החקלאית. עם זאת, הסכום ששולם למגדלים בסופו של יום עומד במדויק על גובה חובן הנטען של החברות כלפי המגדלים. אף אם ניתן לייחס חלק מן התשלום למגדלים להתחייבויות צופות פני עתיד שנטלו על עצמם, בוודאי שלא ניתן לייחס לכך את התשלום במלואו. לכן, התוצאה הסופית היא ששולם למגדלים שיעור גבוה מחוב החברה כלפיהם, גבוה מזה ששולם לנושים לא מובטחים אחרים (וזאת מבלי להידרש לגובה החוב, שכן בעלי הדין כולם מסכימים כי גובה החוב למגדלים עומד לכל היותר על הסכום ששולם להם).

13. טענה שונה במקצת היא כי אמצעי הלחץ המידי שעמד לרשות המגדלים, היינו הצורך הדחוף בהספקת תוצרת חקלאית והמשך שתילתה וזריעתה בתקופת הביניים שבה נוהלו החברות על ידי המנהלים המיוחדים, הוא עצמו בגדר "נכס" שכונס נכסים רשאי לרכוש. בטענתם זו מסתמכים המשיבים על החלטת בית המשפט המחוזי בעניין קלאבמרקט (עליה הוגשה בקשת רשות ערעור שנדחתה: ראו רע"א 991/06 עובדי החברה נ' קלאבמרקט רשתות שיווק (28.5.2006) (להלן – עניין קלאבמרקט (עליון)). אלא, שאף אם ניתן עקרונית לראות בעמדת הכוח שבה נמצאו המגדלים ביחס לחברות מעין "נכס", ועניין זה אינו נקי כלל מספיקות, הרי שבעניין קלאבמרקט (מחוזי) דובר בהליך של הסדר נושים ולא בהליך של כינוס נכסים כבעניינו. להבדל זה משמעות ביחס להיקף סמכותו, אם בכלל, של בעל התפקיד לרכוש נכסים חדשים מן הכספים המיועדים לחלוקה לנושים. לסוגיה זו נידרש להלן בהרחבה לאחר שנעמוד על ההבדלים הרלוונטיים לעניינו בין הליך של כינוס נכסים לבין הליך של הסדר נושים.

חריגה מסדרי העדיפויות במסגרת הסדר נושים ובמסגרת כינוס נכסים

14. אחת התכליות המרכזיות של ההליך הקולקטיבי ביחס לנכסיה של חברה חדלת פירעון היא יצירת מנגנון לחלוקה יעילה ושוויונית של הנכסים. כך, אין חולק כי כיבוד סדרי העדיפויות והשוויון בין נושים מאותה דרגה הם עקרונות יסוד בדיני חדלות פירעון. על כך כבר נכתב כי:

”בחברה אינסולבנטית מתחייב קיומו של הסדר חלוקת נכסים על-פי כללים מוגדרים בחוק, והסדר זה אינו מתיישב מהבחינה הערכית, המוסרית והכלכלית עם מציאות שבה כל נושה המקדים לתבוע בבית-המשפט – זוכה, והאחר שהתמהמה בהגשת תביעה משפטית יצא וידיו על ראשו” (רע”פ 9008/01 מדינת ישראל נ’ א.מ. תורג’מן בע”מ, פ”ד נז(5) 799, 807 (2003); ראו גם רע”א 7945/99 הנאמן על נכסי אילן לוי נ’ לוי, פ”ד נד(2) 527, 524 (2000)).

במסגרת שיקום חברה בדרך של הסדר נושים, ישנה אפשרות לאשר הסדר החורג מסדרי העדיפויות הרגילים, מבלי שנתקבלה לכך הסכמה פרטנית של כל אותם נושים הנפגעים כתוצאה מכך. תחת הסכמה פרטנית, מסתפק ההסדר הקבוע בחוק החברות בהסכמה של רוב הנושים בכל אסיפת סוג, המחזיקים יחדיו בשלושה רבעים של הערך המיוצג בהצבעה. מקום בו קיים רוב כאמור, ובכפוף לאישור בית המשפט, ניתן לכפות את ההסדר על מיעוט נושים המתנגד לה (ראו ורדה אלשיך וגדעון אורבך הקפאת הליכים הלכה למעשה 442-443 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן – אלשיך ואורבך)). מקום בו הושג הרוב הדרוש באסיפות הנושים, הן מבחינה מספרית והן מבחינת ערך, ניתן לסטות מסדרי העדיפויות הרגילים ואף מעיקרון השוויון בין נושים מאותה דרגה (ראו למשל ע”א 3225/99 שיכון עובדים בע”מ נ’ טש”ת חברה קבלנית לבניין בע”מ, פ”ד נג(5) 97, 123 (1999); אלשיך ואורבך, בעמ’ 455). אם סטייה מסדרי העדיפויות הרגילים זוכה לתמיכת הרוב הנדרש של הנושים באסיפות, נובע הדבר בדרך כלל מכך שהיא משיאה את שווי החברה או נכסיה, שכן היא מאפשרת לקבל שיתוף פעולה נחוץ מן הגורמים שלטובתם פועלת הסטייה מסדרי העדיפויות. כמו כן ייתכן שהסטייה מסדרי העדיפויות ומעקרון השוויון תעשה משיקולים אחרים. כך למשל, אפשר שנושה מובטח (כמו בנק) לא יעמוד באופן מלא על זכויותיו על מנת שהעובדים של החברה חדלת הפירעון יקבלו נתח גדול יותר מזה המגיע להם על פי דין. עמדה כזו של הבנק עשויה לנבוע מכך שאין הוא רוצה להצטייר בדעת הקהל כמי שמנצל לרעה את כוחו היחסי העודף. כלומר, שיקולי תדמית, שניתן אף לראות בהם

שיקולים כלכליים ארוכי טווח, עשויים להביא למתן הסכמה לחלוקת דיבידנד שלא על פי סדרי הקדימויות שבדין. במקרים כאלה, חלק מן הנושים עשוי לקבל נתח גדול יותר מן החוב שחייבת להם החברה, מזה שהיו מקבלים אילו נעשתה החלוקה על פי הכללים הרגילים. עם זאת, גם בהליך של הסדר נושים נקודת המוצא היא כיבוד סדרי העדיפויות הרגילים ובתוכם השוויון בין נושים מאותה דרגה, והאפשרות לחרוג מאלה, כשמה כן היא – החריג. קיומו של חריג זה נשען על שני אדנים: האחד, הרצון לאפשר את המשכיות העסק; והשני, כיבוד האוטונומיה של רצון הנושים בהסדר (ראו יחיאל בהט "תחולתו של עקרון השוויון בדיני שיקום חברות" מאזני משפט ב' 286-293 (2002)). עם זאת, האפשרות לחרוג מסדרי העדיפויות היא מטבעה מוגבלת, שכן סטייה גדולה מדי, שהיא בלתי הוגנת או בלתי כדאית, תוביל את הנושים לדחיית הצעת ההסדר ולפנייה להליכי פירוק (שם, בעמ' 289).

15. כאמור, אף מקום בו הצביעו אסיפות הנושים לטובת הסדר שהוצע, נדרש אישורו של בית המשפט להסדר (ראו סעיף 350(ט) לחוק החברות). בדרך כלל ייטה בית המשפט לאשר הסדר שאסיפות הנושים הצביעו בעדו. הטעם לכך הוא כי הצבעת אסיפות הנושים משקפת את העדפותיהם של מרבית הנושים ביחס להסדר המוצע. יש להניח כי הנושים עצמם נמצאים בעמדה הטובה ביותר להעריך אם ההסדר מיטיב עימם, אם לאו. משכך, ככלל לא יחליף בית המשפט את שיקול דעתם של הנושים בשיקול דעתו שלו. רק במקרים חריגים של חוסר סבירות או חוסר הגינות עשוי בית המשפט שלא לאשר את ההסדר (אלשיך ואורבך, בעמ' 617).

16. כינוס נכסים (לפי פקודת החברות), בניגוד להליך של הסדר נושים, לא טומן בחובו באופן אינהרנטי מנגנון לסטייה מסדרי הנשייה הרגילים. כינוס נכסים הוא הליך משפטי שלא נועד מלכתחילה לשיקום חברות, אלא לגביית חוב מובטח של חברה באמצעות מימוש הנכסים המשועבדים. באופן עקרוני המדובר בהליך אינדיבידואלי, שיוזם בעל השיעבוד עבור עצמו. עם זאת, מסיבות שונות, התפתח הליך זה במציאות הישראלית למעין הליך קולקטיבי (כפי שהוער גם בעניין ע"א 4588/06 אלוניאל בע"מ נ' כונס הנכסים עו"ד שי גרנות, פסקה 14 (30.9.2009)). לעתים משמש הליך כינוס הנכסים, בהתקיים התנאים המתאימים, לניהול חברה חדלת פירעון על-ידי כונס הנכסים עד לשיקומה או למכירת פעילותה כ"עסק חי" לצד שלישי. התנאי הבסיסי לכך הוא כמובן כי יתמנה כונס נכסים מטעם נושה בעל שעבוד צף על כלל נכסי החברה (ראו בהט, הבראת חברות, בעמ' 43).

17. אף שמבחינה היסטורית התפתח השימוש בכינוס נכסים למטרת שימור פעילותה של חברה חדלת פירעון על רקע היעדר הסדרה סטטוטורית מספקת של הליך הסדר הנושים (בהט, דיני הבראות חברות, מהדורה ראשונה, בעמ' 84, 371-375), הרי שטמונים בהליך כינוס נכסים יתרונות ככלי לשימור פעילותה של חברה גם היום. יתרון מרכזי אחד טמון בסמכותו של הכונס לקבל החלטות בנוגע לחברה באישור של בית המשפט בלבד, ובלי שתידרש הצבעה של אסיפות נושים. כינוס האסיפות, כמו גם הצורך להגיע להסכמה רחבה בין נושים שמספרם עשוי להיות גדול, הופכים את ההליך של הסדר נושים למסורבל יחסית, ולעיתים אף איטי יותר ביחס לכינוס נכסים. ואומנם, גם כיום, לאחר שנוספו לחוק הוראות העוסקות בהסדר נושים, במסגרת תיקון 19 לחוק החברות, לא נזנח השימוש בטכניקה של כינוס נכסים לשם שימור פעילותה של חברה חדלת פירעון, וזאת לנוכח היתרונות הגלומים בה ביחס לטכניקה של הסדר נושים.

18. עם זאת, להליך זה גם מגבלות, ואחת מהן היא כי יכולתו של כונס הנכסים לאחר מסדרי העדיפויות הרגילים מצומצמת ביחס לאפשרות זו במסגרת הסדר נושים (יוער, כי נראה שהכונס רשאי להציע הסדר נושים ולהביאו להצבעת אסיפות הנושים; ראו אליעזר וולובסקי כונס נכסים בדיני החברות 682 (מהדורה שניה, 2004) (להלן – וולובסקי)). אחת החובות החלות על כונס הנכסים היא החובה לכבד את סדרי העדיפויות ולפרוע את חובות החברה לנושים הקודמים לנושה המובטח שבשמו פועל הכונס, לרבות חובות בדין קדימה (ראו סעיף 195 לפקודת החברות; וולובסקי, בעמ' 159-160 ו-170). חריגה מסדרי העדיפויות הרגילים תיחשב ככלל להעדפת נושים אסורה (ראו וולובסקי, בעמ' 410). אם נותרה יתרה לאחר שנפרע החוב לנושה המובטח והחובות הקודמים לו, נקודת המוצא היא כי יתרה זו אמורה להיות מועברת לחברה, שעשויה אז להתפרק או להשתקם (ראו בהט, הבראות חברות, בעמ' 373). מסקנה זו מבוססת על כך שסמכותו של כונס הנכסים ביחס לנכסי החברה נובעת מן השעבוד שרובץ עליהם, ותפקידו הבסיסי הוא מימוש השעבוד. לאחר שמומש השעבוד, והחוב שבבסיסו שולם, ההנחה היא כי אין הכונס נושא בכל סמכות שהיא ביחס לתשלום חובות אחרים של החברה שעל נכסיה התמנה ככונס, למעט כאמור תשלום חובות הקודמים בסדר העדיפויות לחוב המגיע לנושה המובטח. ככל שאין ביכולתה של החברה לפרוע את חובותיה לנושים שמקומם בסדר העדיפויות נמוך מזה של הנושה המובטח שביקש את כינוס הנכסים, ניתן ליזום הליך פירוק, שבמסגרתו יחולקו נכסי החברה לפי סדרי העדיפויות שבדין. מזווית ראייה אחרת, ניתן לומר כי בכינוס נכסים המתנהל כהליך מעין קולקטיבי, שמטרתו לאפשר את המשך פעילותה של החברה (גם אם בדרך של מכירת נכסיה כ"עסק חי"), נעדר יסוד ההסכמה של הנושים (ולו בדרך של הצבעת רוב), שהוא המאפשר סטייה מסדרי העדיפויות הקבועים בדין. אישור חריגה

מסדרי העדיפויות ומן השוויון בין נושים מאותה דרגה, ללא הסכמה, פוגע פגיעה יתירה בזכויותיהם של הנושים, שכן אין בידם אפשרות לשקול את כדאיות הסטייה עבורם ואת מידת הוגנותה. משכך, נקודת המוצא לענייננו היא כי משנפרע החוב לנושים המובטחים, אין לכוונסי הנכסים עוד סמכות ביחס לאופן חלוקת יתרת התמורה שנתקבלה עקב מכירת נכסי החברות, ובוודאי שאין להם סמכות לסטות מסדרי הקדימות הקבועים בדין.

19. נוכח נקודת המוצא, נדרש ביסוס של ממש לסמכותו של כונס נכסים במקרה שלפנינו לחרוג מסדרי העדיפויות באישור בית המשפט. המשיבים מציעים שני אדנים אפשריים לביסוס סמכות זו. הראשון, הוא הוראת סעיף 307(א)(4) לפקודת החברות, והשני, הוא הסתכלות על כוח המיקוח של המגדלים כ"נכס" שכונס הנכסים רשאי לרכוש בתמורה (בדומה לקביעה בעניין קלאבמרקט (מחוזי)). טרם שאדרש לשני עניינים אלה ביתר פירוט, אעיר כי לא ראיתי מקום לקבוע מסמרות בשאלת סמכותו של בית המשפט לאשר חריגה כאמור. זאת, שכן אף אם אניח כי הסמכות לעשות כן קיימת, וכאמור אין אני מכריע בשאלה זו, הרי שבהתחשב בטבעו של הליך כינוס הנכסים כפי שתואר לעיל, שמורה סמכות זו למקרים יוצאי דופן וחריגים, שהמקרה הנוכחי אינו נמנה עליהם.

20. בעניין קלאבמרקט (מחוזי) אושר הסדר נושים שבמסגרתו ניתן פיצוי מיוחד לעובדים שהיו מאוגדים בהסכם קיבוצי, מעבר לזה שניתן לעובדים האחרים. בית המשפט המחוזי קבע כי מקום בו מחזיק נושה בנכס מוחשי או מופשט, הדרוש לשם ביצוע הסדר הנושים של החברה, רשאי הנאמן לרכוש נכס זה בתמורה. בקשת רשות ערעור שהוגשה על החלטה זו נדחתה (בעניין קלאבמרקט (עליון)), מבלי להידרש למכלול הסוגיות שנדונו בהחלטת בית המשפט המחוזי, מן הטעם ש"ההבדל המובנה בין אותם עובדים שהיו צד לחוזים אישיים לבין אלה שהיו צד להסכם הקיבוצי הצדיק אבחנה בין אלה לאלה במקרה הנוכחי ועל רקע נסיבות העניין". לנוכח ההבדלים עליהם עמדנו בין האפשרות לסטות מסדרי העדיפויות הרגילים בהליך של הסדר נושים לבין האפשרות לעשות כן בהליך של כינוס נכסים ללא הסדר נושים, ברי כי לא ניתן להקיש מעניין קלאבמרקט (מחוזי) לענייננו. בעוד ששם כאמור הצביעו אסיפות הנושים בעד ההסדר והרשות לערער נתבקשה ביחס לשלב מתן אישור בית המשפט להסדר, הרי שבענייננו לא הביעו נושי החברה בכללותם הסכמה לסטייה מסדרי העדיפויות, באופן פרטני או בדרך של הצבעת רוב. בעניין בש"א (מחוזי תל אביב-יפו) 22555/08 (פש"ר 2873/08) אמפה מוצרי צריכה בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי (15.12.2008) עמד בית המשפט המחוזי על הקושי המתעורר מקום בו שימור פעילותה של חברה חדלת פירעון

(בפירוק זמני) נתפס כרצוי, ואולם הרוכש המוכן להשקיע כספים בחברה מבקש לחלקם בין הנושים באופן הנוגד את סדרי העדיפויות הרגילים:

"הבעיה המתעוררת היא, כי בפני עומדות, למעשה, שתי ברירות שאף אחת מהן אינה "מרנינה", וזאת בלשון המעטה:

א. לסרב לקבל את הצעת הרוכש, ולדון את החברה להתפוררות, ואת העובדים לאובדן מקור פרנסתם...

ב. לאשר הצעת רכש המנוגדת לדיני חדלות הפרעון... האם יעלה על הדעת, כי רוכש יתנה את הצעתו במפגיע בכך, כי לאחד הספקים (המקורב אליו, או שעמו הוא רוצה למסד יחסים עסקיים קרובים בעתיד) ישלם דיבידנד של 100% מחובו, כאשר יתרת הספקים "מסתפקים" ב-10% מערך חובם?"

בסופו של יום הכריע בית המשפט המחוזי כי:

"לא אוכל להפר באורח שכזה את הדין הקוגנטי של חדלות הפרעון... הדרך היחידה לנסות ולהגיע לאישור כדין של פעולה כזו, הינה לקבל את הסכמת הרוב המיוחס של הקבוצה אשר נפגעת מן המהלך" [ההדגשה במקור].

נוסף על כך, ניתן להטיל ספק בשאלה אם אומנם בכל מקרה ומקרה ניתן לראות בכוח מיקוח עודף "נכס" שניתן לרכישה. סיווג גורף של כל אמצעי לחץ המצוי ברשות נושה כ"נכס" עלול לפתוח פתח מסוכן לחלוקת נכסי החברה לפי כוחם היחסי של הנושים, תחת חלוקתם לפי כללים משפטיים ברורים, צפויים ושוויוניים.

21. כאמור, האפשרות השנייה שמציעים המשיבים היא כי סעיף 307(א)(4) לפקודת החברות מסמיך את כונס הנכסים, באישור בית המשפט "לפרוע לסוג נושים פלוני את מלוא חובם". טענה זו אינה נקייה מספקות, שכן ההוראה האמורה נוגעת לסמכויותיו של מפרק. גם הפסיקה שאליה מפנים המשיבים בהקשר זה (ע"א 3911/01 כספי נ' נס, פ"ד נו(6) 752, 767 (2002)), אין עניינה בכינוס נכסים אלא בנאמן שמונה לשם גיבוש הסדר נושים. עם זאת, לא ראיתי לדון בסוגיה זו בהרחבה, שכן אף אם נניח שניתן להקיש מסעיף 307 לפקודת החברות לעניין סמכויותיו של כונס נכסים על כלל נכסי החברה, הרי שבריי כי הסמכות לשלם לסוג נושים מסוים את מלוא חובם, בניגוד לסדרי הנשייה (שהרי אפשר שתשלום מלוא חובם של נושים מסוימים ייעשה תוך התאמה לסדרי הנשייה), היא סמכות חריגה, אשר ראוי כי השימוש בה יהיה מצומצם ביותר ונדיר, אם בכלל.

22. הדילמה שניצבה לפני בית המשפט המחוזי במקרה שלפנינו אינה ייחודית לשיטה המשפטית הישראלית. השאלה היא האם ניתן לחרוג מסדרי הנשייה הרגילים לטובת ספק המאיים להפסיק את התקשרותו עם החברה חדלת הפירעון ולפגוע בכך פגיעה קשה בסיכויי שיקומה, מבלי לקבל את הסכמת הנושים לכך. בחינת התמונה ביחס לשאלה זו במשפט האמריקאי מעלה כי אין קונצנזוס בין בתי המשפט בשאלה זו, וזאת בהיעדר מקור סטטוטורי מפורש לסטייה מסדרי העדיפויות הרגילים ללא הסכמת הנושים הנפגעים ממנה (ראו Charles J. Tabb, *Emergency Preferential Orders in Bankruptcy Reorganizations*, 65 AM. BANKR. L.J. 75, 99-100 (1990) – (להלן – Tabb); Mark A. McDermott, *Critical Vendor and Related Orders: Kmart and the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005*, 14 (AM. BANKR. INST. L. REV. 409, 411-14 (2006)).

23. חלק מבתי המשפט בארצות הברית קבעו כי בהיעדר הסמכה מפורשת ב- United States Bankruptcy Code לא ניתן לחרוג מסדרי הנשייה הקבועים בו (ראו למשל *Official Committee of Equity Sec. Holders v. Mabey (A.H. Robbins Co., Inc.)*, 832 F.2d 299 (4th Cir. 1987); *In re FCX, Inc.*, 60 B.R. 405 (E.D.N.C. Inc.), 832 F.2d 299 (4th Cir. 1987); *In re B&W Enterprises, Inc.*, 713 F.2d 534 (9th Cir. 1983) גם בבתי המשפט שבהם נפסק כי בית המשפט מוסמך לאשר חריגה מסדרי העדיפויות הרגילים, לטובת שיקום החברה, או כי לכל הפחות אין לשלול את האפשרות כי סמכות זו קיימת, נשמעו גישות שונות באשר לתנאים שבהם ניתן לאשר חריגה כזו. תבחינים מרכזיים שהועלו לעניין זה הם מידת הנחיצות של הספק להצלחת שיקומה של החברה חדלת הפירעון, שאלת ההכרח לחרוג מסדרי העדיפויות ללא הסכמת הנושים ושאלת קיומם של פתרונות חלופיים, ומידת התועלת שתושג עבור הנושים בכללותם אם תאושר החריגה, ביחס לחלופה של פירוק החברה-החייבת (ראו למשל: *In re Chateaugay Corp.*, 80 B.R. 279 (S.D.N.Y. 1987) ; פסק-הדין בעניינה של Kmart Corp., 359 B.R. 487 (7th Cir. 2004) ; ופסק הדין בעניינה של CoServ, L.L.C., 273 B.R. 487 (Bankr. N.D. Tex. 2002)). בתי משפט אחרים שלא שללו באופן גורף את האפשרות לסטות מסדרי הנשייה ללא הסכמת הנושים, לטובת הצלחת שיקומה של החברה, הותירו אפשרות זו בגדר חריג מצומצם ביותר. חריג זה יחול רק במקרים שבהם הימנעות מאישור התשלום החורג תוביל לכישלון מיידי של מאמצי ההבראה, ואילו מתן אישור לביצוע התשלום החורג משקף את הסיכוי הטוב ביותר לתשלום חובם של הנושים האחרים (*In re Structurlite Plastics Corp.*, 86 B.R. 922,932 (Bankr S.D.) (Ohio 1988)).

24. יוער, כי לפני שנים מספר תוקן ה-Bankruptcy Code האמריקאי עם חקיקת ה-Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005 (להלן – BAPCPA). בין היתר, מקנה התיקון לחוב כלפי ספק, שנוצר בגין טובין אשר סופקו לחייב עד 20 יום לפני תחילת הליך חדלות הפירעון, מעמד של "הוצאות הבראה". כמו-כן הורחבה בגדר התיקון מסגרת הזמן שבמהלכה עומדת לספק זכות לדרוש את השבתם של טובין שסופקו לחייב במהלך העסקים הרגיל. יש הסבורים כי לתיקונים אלה השפעה עקיפה על קיומה והיקפה של הסמכות לחרוג מסדרי הנשייה לטובת ספק אשר שיתוף הפעולה עימו חיוני להצלחת ההבראה (ראו למשל: Alan N. Resnick, *The Future of the Doctrine of Necessity and Critical-Vendor Payments in* Mark A. McDermott, *Critical*; Chapter 11 Cases, 47 B.C. L. REV. 183 (2005) *Vendor and Related Orders: Kmart and the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005*, 14 AM. BANKR. INST. L. REV. 409, (2006)). שאלה זו טרם הוכרעה בפסיקה, ובפועל בתי משפט אשר הכירו בסמכות לאשר חריגות מסוג זה מסדרי הנשייה הרגילים, המשיכו לעשות כן גם לאחר חקיקת ה-BAPCPA (ראו למשל: *In re Motor Coach Industries International, Inc.*, 2009 U.S. Dist. (D. Del.- Feb. 23, 2009); 438 B.R. 122, 125; *In re Corner Home Care, Inc.*, 438 B.R. 122, 125; (W.D. Ky. 2010)).

25. עוד יוער, כי על הגישה המתירנית-יחסית שנוקטים חלק מבתי המשפט בארצות הברית כלפי חריגה מסדרי הנשייה הקבועים בדין, נמתחה ביקורת בספרות. טענה מרכזית נגד אישור חריגות מסדרי הנשייה היא כי עצם קיומה של אפשרות לעשות כן היא שגורמת לספקים שונים לנקוט אסטרטגיה של איום בניתוק הקשר העסקי עם החברה המשתקמת. משכך נשמעת הטענה כי לכל הפחות ראוי כי בתי המשפט יקשיחו את התנאים אשר בהתקיימם נוהגים הם לאשר חריגות מסדרי הנשייה (ראו למשל Robert A. Morris, *Financial Statements: The Case Against "Critical Vendor" Motions*, 22-7 ABIJ 30 (2003); Tabb, at 97; Douglas G. Baird, *Bankruptcy from Olympus*, 77 U. CHI. L. REV. 959, 974 (2010)).

26. שיטה שונה להתמודדות עם בעיית ה"ספק החיוני", המתנה את שיתוף הפעולה מצידו עם מאמצי ההבראה בתשלום חוב העבר כלפיו, ננקטה בתיקון מספר 19 לחוק החברות (שנחקק לאחר שניתן פסק-דין של בית המשפט המחוזי בענייננו: חוק החברות (תיקון מס' 19), התשע"ב-2011). סעיף 1350 לחוק החברות, שהוסף בתיקון 19, מסמך את בית המשפט, בהתקיים תנאים מסוימים, להורות ל"ספק חיוני"

(כהגדרתו בסעיף 1350(א) לחוק) להמשיך לספק לחברה בהקפאת הליכים את השירות או המצרך החיוניים. מטרתה המוצהרת של סמכות זו, לפי הצעת חוק החברות (תיקון מס' 19) (הבראת חברות), התשע"א-2011, היא למנוע מספקים של מוצרים החיוניים להצלחת ההבראה להתנות את המשך ההספקה בתשלום חובות העבר. עם זאת, אין זה ברור אם תחול הוראה זו בעתיד על מכירת נכסיה של חברה כ"עסק חי", שכן אחד התנאים להפעלת סמכותו של בית המשפט לפי סעיף 1350 לחוק הוא כי "הדבר נדרש לשם הבראת החברה" (ראו ס"ק (ב)(2); ההדגשה הוספה). מקום בו נמכרים נכסיה של חברה כ"עסק חי" אמנם נשמרת הפעילות העסקית בדרך כלל, ואולם זאת תחת מסגרת משפטית של תאגיד אחר. שינוי משמעותי נוסף שהביא תיקון מספר 19 הוא האפשרות לכפות הסדר על קבוצה מתנגדת, בהתקיים תנאים מסוימים (ראו סעיף 350יג לחוק החברות; בהט, הבראת חברות, בעמ' 465-474). בדרך זו, פוחת עוד יותר הסיכון כי מיעוט מתוך הנושים ימנע את אישורו של הסדר נושים המיטיב עם הנושים באופן כללי.

27. מכל מקום, בענייננו כאמור חל נוסחו של חוק החברות כפי שהיה לפני תיקון מספר 19. אף אם אניח כי עקרונית מוסמכים היו אז בתי המשפט לאשר חריגה מסוימת מסדרי העדיפויות, שלא במסגרת הסדר נושים, הרי שיש להגביל סמכות זו למקרים חריגים ביותר, שבהם נמצא טעם מיוחד המצדיק את ההימנעות מהותרת ההכרעה בידי הנושים עצמם. לעניין זה, אין די בכך שלדעתו של בית המשפט פועלת החריגה לטובת הנושים ומשיאה את שווי החברה לעומת שווייה בפירוק. אם אכן פועלת החריגה מסדרי העדיפויות הרגילים לטובת כלל הנושים או לטובת קבוצה מוגדרת מתוכם, הרי יש להניח שהיא תאושר באסיפות הנושים. מתן אישור לכונס נכסים לחרוג מסדרי העדיפויות משיקולי כדאיות גרידא עלול ליצור "מסלול עוקף" למתווה של הסדר נושים, שהלכה למעשה יביא לריקונו מתוכן. זאת, שכן מובן כי האפשרות לחרוג מסדרי העדיפויות תוך בקשת אישור מבית המשפט בלבד היא נוחה וקלה מן הצורך לשכנע את הנושים בכדאיות ההסדר. רק במקרים של דחיפות קיצונית, שאינה מאפשרת בשום אופן כינוס אסיפות נושים בטרם ייגרם לחברה חדלת הפירעון נזק בלתי הפיך, אפשר שבית המשפט יהא מוסמך לאשר חריגה, מוגבלת ככל הניתן, מסדרי הנשייה.

28. נוסף על כך, שאלת הכדאיות של החריגה מסדרי העדיפויות היא שאלה כלכלית במהותה, שאין לה תשובה מוחלטת. בדרך כלל, הנושים עצמם הם הגורם הנכון והמתאים ביותר להחליט אם החריגה כדאית עבורם. ודוק: מחלוקות עשויות להתעורר גם מקום בו ברור כי החריגה מניבה שווי גבוה יותר מאשר פירוק (ולא תמיד ברור כי כך הדבר), שכן כדאיות החריגה נבחנת גם אל מול אלטרנטיבות עסקיות

נוספות. כך למשל הוא המקרה שלפנינו, בו טוענות המערערות כי ניתן היה להגיע לעסקה המיטיבה איתן יותר. ועוד: שאלת הכדאיות של חריגה מסדרי העדיפויות מושפעת גם מהעדפות אינדיבידואליות שונות של הנושים. הטעמים העומדים מאחורי האיפוק שנוהגים בתי המשפט בבואם לאשר הסדר נושים שאסיפות הנושים הצביעו בעדו, פועלים גם מקום בו בחרו אסיפות הנושים שלא להצביע בעד הסדר מסוים, או שכלל לא ניתנה להם הזדמנות להביע את עמדתם לגביו:

"הנושה עורך בינו לבין עצמו מאזן של סיכויים וסיכונים... אך טבעי וצפוי הוא, כי הנושה ינהג באופן המשרת את עניינו ויצביע לפי החלופה, שלדעתו הסובייקטיבית היא החלופה הכדאית ביותר עבורו. חישוב זה אינו נעשה כחישוב אריתמטי אשר כל אדם בנעלי אותו נושה יגיע במסגרתו לאותה תוצאה, אם יערוך את חישוביו כראוי. לחישוב זה נכנסים לא פעם, באורח לגיטימי, שיקולים נוספים. כך למשל: שנאת הסיכון של הנושה הספציפי, אורך הנשימה הכלכלי שלו, מידת הפגיעה שבאי תשלום החוב במלואו לעומת מכלול פעילותו הכלכלית, הביטחון הסובייקטיבי שהוא חש כלפי בעלי המניות, כלפי הרכוש וכיוצא באלה. לא פעם עשוי הנושה לשקול אף שיקולים שנראים על פניהם רציונליים פחות וערכיים יותר... על-פניו, אין בכך פסול, שכן כל יישות משפטית כשירה זכאית לשקול את תועלתה וטובתה בעצמה – כל עוד היא עומדת ברף הבסיסי של תום לב ונמנעת מהתנהגות שנראית, על-פניה, כניסיון בוטה לגרום נזק לשמו. חשוב לשוב ולהעיר, כי לבעלי המניות בחברה אין זכות מוקנית לכך שהנושים יקבלו הצעת הסדר. כלל זה אינו משתנה אף אם, על דרך חישוב כספי בלבד, הצעה זו נראית טובה מן התמורה שתתקבל בהליכי חדלות פירעון 'קלאסיים' [ההדגשה במקור] (אלשיך ואורבך, בעמ' 615-616; להרחבה ראו שם, בעמ' 617-621)

29. כאמור, המשיבים ביקשו ללמוד גם מעניין ארז ומעניין קנית, כי ניתן באופן עקרוני לסטות מעיקרון השוויון בין הנושים מאותה דרגה לטובת שיקולים כבדי משקל אחרים, במקרים המתאימים לכך. אלא שמסקנה זו, אף שהיא נכונה כשלעצמה, אינה משליכה באופן ישיר על הסוגיה שלפנינו. בפסיקה האמורה נדונו הוראות דין ספציפיות (בעניין ארז נדונו סעיפים 268 ו-354(א)(4) לפקודת החברות; ובעניין קנית נדון סעיף 354(א)(3)(ג) לפקודת החברות) שעניינן האפשרות או החובה לחרוג מעיקרון השוויון במקרים מסוימים, שונים מזה שלפנינו. העובדה כי ישנם מקרים שבהם ניתן לסטות מעיקרון השוויון אינה מלמדת כי ראוי לעשות כן בכל מקרה. בעניין שלפנינו, כאמור, לא היה מקום לכך. זאת שכן לא הייתה מניעה, מבחינת לוחות הזמנים, לכנס אסיפות נושים, ולו בהתראה קצרה, על-מנת לאפשר לנושי החברות

להפעיל את שיקול דעתם ביחס למתווה העיסקה, ולמעשה לא הוצג טעם מבורר כלשהו לשלילת אפשרות זו מהם. כאמור, עצם ההערכה של גורם אחר כי עיסקת הרכישה מיטיבה עם הנושים, אין די בה כדי להצדיק הימנעות מכינוס אסיפות של הנושים לסוגיהם.

30. יש להוסיף, כי במקרה שלפנינו, הימנעות מאישור מתווה עסקת הרכישה לא הייתה מובילה בהכרח לפירוק החברות. הבנקים הסכימו, כאמור, שאם תתקבל הטענה שעל המגדלים להחזיר 26.8 מיליון ש"ח, הרי סכום של לפחות 23.8 מיליון ש"ח ייגרע מן הסכומים המגיעים להם (לבנקים). כנראה שהבנקים העריכו שעדיף מבחינתם לוותר על הסכום של 23.8 מיליון ש"ח על פני אפשרויות אחרות, במיוחד זו של הליך פירוק. במלים אחרות, הערכתם של הבנקים הייתה, כך נראה, שהם יקבלו בגדר הליך פירוק פחות מאשר מה שהם קיבלו תוך הפחתה של 23.8 מיליון ש"ח. בהנחה שהניתוח האמור הינו נכון, ובין אם קיים הסבר אחר להסכמתם של הבנקים לגריעת סכום של 23.8 מיליון מחלקם, ניתן להניח שלפחות מבחינתם של הבנקים הסדר ברוח זו היה מקבל את תמיכתם באסיפת נושים.

31. בשולי הדברים, יש להידרש לשתי טענות נוספות שהעלו המערערות. טענה אחת נוגעת לעריכת ההתמחרות במשרדו של עו"ד אטיאס מבלי שנרשם פרוטוקול. במישור העקרוני צודקות המערערות בטענתן זו. על כך נכתב כי: "מובן מאליו כי גם התמחרות הנערכת שלא בבית המשפט, מחייבת עריכת פרוטוקול" (וולובסקי, בעמ' 24). החובה לערוך פרוטוקול נגזרת מן החובה הכללית של כונס נכסים הפועל למכירת נכסיה של חברה לנהוג בהגינות ובתום לב (ראו והשוו ע"א 509/00 לוי נ' הנאמן לנכסי יצחק בילו, פ"ד נה(4) 410, 421-422 (2001); בש"א (מחוזי באר שבע) 11723/02 (פש"ר 3169/02) כונס הנכסים לחברת מלון נאות מדבר בע"מ (בכינוס נכסים) נ' חברת יהלומית פרץ עבודות בנין ופיתוח בע"מ, פ"מ תשס"ב(2) 1 (2003)). עם זאת, אף שנפל פגם בכך שלא נערך פרוטוקול להתמחרות, בנסיבות המקרה לא יהא זה מעשי, ואף לא אפשרי, להורות על ביטולה. הטענה השנייה נוגעת לגובה החוב למגדלים. בעניין זה, אכן ישנו קושי של ממש שכן תחילה טען כונס הנכסים לפני בית המשפט המחוזי שהחוב למגדלים אינו עולה על 15,000 ש"ח (כאמור בהחלטתו מיום 5.2.2009), ובסופו של יום ביקש לאשר תשלום חוב על סך כ-26.8 מיליון ש"ח.

32. לסיכום, על בית המשפט קמא היה להימנע ממתן אישורו להסכמה שהושגה לפיה יקבלו המגדלים סכום של כ-26.8 מיליון ש"ח (26,820,181 ש"ח), בלא שסוגיה זו הובאה בפני אסיפות הנושים ואושרה ברוב הנדרש. על כן, על המגדלים להשיב לקופה סכום זה בצירוף הפרשי הצמדה וריבית מאז המועד בו הסכום שולם להם. זאת, בכפוף לאמור בכתב ההתחייבות של המנהל המיוחד כלפי המגדלים מיום 31.3.2009. מיותר לומר שאין ללמוד מפסק דין זה כי החוב שהגיע למגדלים אכן עומד על סכום של 26.8 מיליון ש"ח. סוגיה זו נותרת פתוחה. מובהר, כי אם תתעורר כיום שאלה דומה לזו שעלתה בערעורים שבפנינו, הרי נראה שהיא תידון על פי האמור בסעיף 1350 לחוק החברות (שנתקבל בתיקון 19) בכל הנוגע ל"ספק חיוני".

33. אשר על כן, הערעורים מתקבלים, כאמור לעיל. המגדלים יישאו בשכר טרחה בסכום של 50,000 ש"ח לטובת כל אחת משלוש המערערות, וכל אחד משני הבנקים יישא אף הוא בסכום של 50,000 ש"ח לזכות כל אחת מהמערערות.

ה נ ש י א

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס.

ניתן היום, כ"ה באדר א' התשע"ד (25.2.2014).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א