

בעניין: חוק החברות, התשנ"ט-1999
ובעניין: אי די בי חברה לפתוח בע"מ
"חוק החברות";
"החברה";

ובעניין: 1. הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ הנאמן לאגרות החוב סדרה ז' ו- ט'
2. שטראוס לזר חברה לנאמנות (1992) בע"מ, הנאמן לאגרות החוב סדרה
'

על ידי ב"כ עוה"ד צלרמאיר פילוסוף רוזובסקי צפריר טולידאנו ושות'
מרח' לינקולן 20 תל אביב 67134
טל: 03-6255555 פקס: 03-6255500
וכן על ידי ב"כ עוה"ד גיסין ושות'
מרח' הברזל B38 תל אביב 69710
טל: 03-7467777 פקס: 03-7467700

"המבקשות"

- נ ג ד -

1. **אי די בי חברה לפיתוח בע"מ**
ע"י ב"כ עוה"ד ליפא מאיר ושות'
מרח' ויצמן 2, תל אביב 64239, בית אמות השקעות
טל': 03-6070600; פקס: 03-6070666
2. **אי די בי חברה לאחזקות בע"מ**
ע"י ב"כ עוה"ד כספי ושות'
וע"י עוה"ד פישר בכר חן וול אוריון ושות'
3. **בנק הפועלים בע"מ**
ע"י ב"כ עוה"ד גורניצקי ושות'
4. **בנק מזרחי טפחות בע"מ**
ע"י ב"כ עו"ד אודי ארצי. ש. הורוביץ ושות'
5. **בנק דיסקונט לישראל בע"מ**
ע"י ב"כ עוה"ד אמנון לורד, יגאל ארנון ושות'
6. **בנק לאומי לישראל בע"מ**
ע"י ב"כ עוה"ד אורי גאון, ב. לוינבוק ושות'
7. **BNP Paribas**
ע"י ב"כ עוה"ד אילן שביט, חיים צדוק ושות'

8. HSBC Bank Plc

ע"י ב"כ עוה"ד שבולת ושות'

9. הראל השקעות בביטוח ושירותים פיננסיים בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד כהן וילצ'יק קמחי ושות'

10. מנורה מבטחים פנסיה בע"מ

11. מנורה מבטחים גמל בע"מ

12. מנורה מבטחים ביטוח בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד א. שימלביץ, שטיינמץ הרינג ושות'

13. ספנות שירות נאמנות בע"מ – הנאמן על אגרות החוב סדרה ג'.

ע"י ב"כ עוה"ד גיינה קמיליאן

14. רזניק פז נבו נאמנויות בע"מ הנאמן על אגרות החוב סדרה ח'.

ע"י ב"כ עוה"ד עדי פיגל ו/או דוד פרץ.

15. ס.ה. סקיי השקעות (ת.ר.ת) שותפות מוגבלת

ע"י ב"כ עוה"ד ד. אברבאנל. יגאל ארנון ושות'

16. כונס הנכסים הרשמי

ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר איתי הס, רוני הירשנזון והדר נאות

מרח' השלושה 2, תל אביב 61090

טל: 03-6899695; פקס: 02-6462502

"הכנ"ר"

17. רשות ניירות ערך

ע"י ב"כ עו"ד ליאב וינבאום מפרקליטות מחוז תל אביב - אזרחי

רח' הנריטה סולד 1, ת.ד. 33475, תל-אביב 64924

טל': 03-6970222; פקס: 03-6918541

"הרשות"

18. מר אייל גבאי בתפקידו כמומחה מטעם בית המשפט

מרח' האירוסים 13 מודיעין. פקס 08-9701177

"המומחה"

19. מר חגי אולמן, עו"ד בתפקידו כמשקיף מטעם בית המשפט

מרח' לינקולן 20 תל אביב

טל: 03-5620303 פקס: 03-5618558

"המשקיף"

20. רזניק פז נבו נאמנויות בע"מ הנאמן לאגרות החוב סדרה א'

21. ש.א.ג. חברה לנאמנות בע"מ הנאמן לאגרות החוב סדרה ב'

22. הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ הנאמן לאגרות החוב סדרה ג'.

23. קלדן חברה לנאמנות בע"מ הנאמן לאגרות החוב סדרה ד'.

24. שטראוס לזר חברה לנאמנות (1992) בע"מ הנאמן לאגרות סדרה ה'

ע"י ב"כ עוה"ד מיתר ליקוורניק, גבע לשם טל ושות'

וכן ע"י ב"כ עוה"ד קלינמן נאור ושות'

25. יורי נחושתן עו"ד, חברת עורכי דין.

עמדה משותפת מטעם הכונס הרשמי ורשות ניירות ערך

מבוא

כללי

1. בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מוגשת בזה עמדה משותפת, מטעם הכונס הרשמי (להלן: **"הכנ"ר"**) ורשות ניירות ערך (להלן: **"הרשות"**) (הכנ"ר והרשות יקראו להלן גם **"מגישי העמדה"**) בסוגיות העקרוניות העולות מבקשת המבקשים בהליך שבכותרת ומתגובות המשיבים השונים כפי שהוגשו לבית המשפט הנכבד עד למועד הגשת עמדה זו. עמדה זו מתייחסת לשאלה העקרונית האם רשאי נושה לפנות לבית המשפט בבקשה לסעד לפי סעיף 350 לחוק החברות, ואימתי, אם בכלל, רשאי בית המשפט לכפות הסדר חוב על חברה כאשר ההסדר קיבל את אישור אסיפות הנושים אך לא את הסכמת החברה.
 2. בבסיס עמדה זו עומדים הטענות והעובדות שהובאו בפני בית המשפט הנכבד.
 3. יובהר, כי מגישי העמדה ערים למתווה העקרונית המוסכם בין נציגויות מחזיקי אגרות החוב של המשיבה 1 (להלן: **"החברה"** או **"פיתוח"**) ונציגויות מחזיקי אגרות החוב של המשיבה 2 (להלן: **"אחזקות"**). המתווה הנ"ל יקרא להלן: **"המתווה המוסכם"**.
 4. עוד ערים מגישי העמדה למציאות, לפיה אחזקות מצויה בחדלות פירעון, שכן, היא אינה עומדת בהתייבויותיה השונות כלפי הנושים בהגיע במועד פירעונם, לרבות אך לא רק תשלום למחזיקי אגרות החוב שהונפקו על ידה.
 5. משכך, בהינתן שבעלת המניות היחידה בחברה-פיתוח הינה אחזקות, ובכפוף להשלמת קבלת השליטה על פי דין בידי נושי אחזקות (בין בהליך לפי סעיף 350 עם או בלי הקפאת הליכים, ובין בהליך פירוק), הרי שנושי אחזקות יהפכו לבעלי הזכות השיורית באחזקות תחת בעלי מניותיה דה-יורה (*De Jure*). המשמעות של האמור לעיל היא שנושי אחזקות יהיו זכאים לקבל את השליטה באחזקות, המתבטאת בזכותם להתוות את דרכה וגורלם של נכסיה. בהמשך לכך יוכלו נושי אחזקות לפעול למימוש בעלותם, באמצעות אחזקות, במניות החברה ולזכות בשליטה בה. שליטה זו משמעותה מינוי דירקטוריון החברה ועיצוב קבלת החלטות בה. בהתקיים האמור לעיל, הרי שהסכמתם של נושי אחזקות להסדר עם נושי פיתוח תהווה מהותית ופורמאלית הסכמת פיתוח להסדר עם נושיה.
 6. נוכח האמור לעיל, הסוגיה העקרונית שהונחה לפתחו של בית המשפט הנכבד ומכאן חלק מההתייחסויות שלהלן, עשויות להפוך לבלתי דרושות להכרעה ואולם לאור החלטת בית המשפט נידרש להם מכל מקום.
- מושכלות יסוד באשר לניגודי העניינים בין בעלי מניות החברה לנושיה
7. עובר לעיסוק בסוגיות קונקרטיות שהועלו בכתבי הטענות שבין הצדדים, הרי שיש מקום להביא

מושכלות יסוד בכל הקשור לפערי ההעדפות-אינטרסים העלולים להתרחש ככל שתאגיד נקלע לקשיים כספיים ומצבו הפיננסי מורע, וככל שהוא מתקרב אל עבר חדלות פירעון.

8. ככל שחברה מתקרבת לחדלות פירעון, גובר החשש באשר לאפשרות ההגנה הראויה על זכויותיהם של נושיה בכלל, ובאשר לקבלת החלטות בחברה במציאות כאמור, בפרט. מובן הוא כי בנסיבות כאלה ישאפו בעלי המניות להוסיף לנווט את החברה בחתירה מתמדת להשאת רווחיה, לרבות באמצעות החלטות עסקיות אשר עלולות להתקבל מתוך לחץ ונמהרות - החלטות באשר למימוש נכסים או התקשרויות עסקיות נוספות. אם החלטות אלה יצליחו, ייהנו בעלי המניות מן ההצלחה שכן בכך הם יצילו את השקעתם ויוסיפו להחזיק בזכויותיהם בחברה. ברם, אם חלילה ייכשלו בהחלטות העסקיות שהתקבלו על רקע המצוקה הכספית, יישאו בהפסדים (המוגדלים) נושי החברה, אשר יעמדו בפני קופה תאגידית מצומקת עוד יותר משהיתה עובר להחלטות אלה.

9. מציאות זו מגדילה את ניגודי העניינים שבין בעלי המניות של החברה לבין נושיה. דומה, כי טובתם האישית תוביל את בעלי המניות של החברה ליטול סיכונים בלתי סבירים העלולים לפגוע ביכול החברה לפרוע את חובותיה. חששות אלה מקבלים משנה תוקף כאשר החברה מנווטת, הלכה למעשה, בידי בעלי המניות ולא בידי הדירקטוריון.

10. חששות אלה אכן מעיבים על קבלת החלטות בחברות שמנווטות מן המסד ועד הטפחות בידי בעל שליטה משמעותי. בעל השליטה פועל לשימור שליטתו בחברה ומשתדל להימנע מכל צעד, מגע או פעולה שיעידו או יאותו כלפי חוץ שמא החברה בקשיים, אף אם היא אכן במציאות כאמור. לנוכח החששות האמורים, ומאחר שהתדרדרות פיננסית היא התדרדרות הדרגתית, סבורים מגישי העמדה כי התערבות שיפוטית רק בנסיבות בהן הוכחה חדלות פירעון מובהקת, כמוה כהתערבות בדיעבד והיא עלולה להתברר כ"מעט מדי ומאוחר מדי". כך למשל, גם אם תיאורטית, ניתן להטיל אחריות בדיעבד על בעל שליטה בשל הפרת חובת ההגינות כלפי החברה ("הלכת קוסווי" וסעיף 193 לחוק החברות), אין בכך כדי לספק הגנה, באותן נסיבות שבהן החברה קורסת לבסוף ושאף בעל השליטה עצמו אינו בעל אמצעי תשלום עצמאיים. האמור לעיל ישליך ויבאר את ההתייחסות לסוגיות שתובאנה להלן, לרבות אך לא רק, יכולתו של נושה לפתוח בהליך הבראה או הסדר לפי סעיף 350 לחוק החברות, ללא הסכמת החברה.

פתיחה בהליכי הבראה/הסדר מכח סעיף 350 לחוק על פי בקשת נושה

הבחינה הלשונית

11. סעיף 350(א) לחוק החברות קובע לאמור:

"...רשאי בית המשפט, על פי בקשה של החברה, של נושה או של בעל מניה, או של מפרק אם החברה היא בפירוק, להורות על כינוס אספות..."

12. לשונו של סעיף 350(א) לחוק החברות מעלה כי הוא אינו מונה בתנאים הדרושים לצורך פניה לבית המשפט בבקשה לכינוס אסיפות לאישור ההסדר, הסכמה של החברה ו/או תמיכה שלה. אדרבה, כל נושה או בעל מניות יכול לעשות כן. ברי, כי כאשר **חברה** מציעה פשרה או הסדר, היא זו שתבקש מבית המשפט להורות על כינוס אסיפות. מכאן, כשהמחוקק התיר **לנושה** לכנס את האסיפות, יצא הוא מנקודת הנחה כי אין המדובר בהצעה לפשרה או הסדר שהציעה

החברה.

13. דבר זה עולה מפורשות מתקנה 10 לתקנות החברות (בקשה לפשרה או הסדר), תשס"ב – 2002. תקנה זו דורשת את קבלת עמדת החברה אם הצעת הפשרה או ההסדר הוגשה לבית המשפט הנכבד שלא על ידי החברה. יקשה לקבל פרשנות, אפוא, המונעת הגשת בקשה להסדר על ידי אחר זולת החברה. מובן גם שמאחר שנדרשת עמדת החברה, מדובר בהצעה שאינה על דעתה.
14. לשונו של סעיף 350(ט) לחוק החברות, המונה את תרשים הזרימה לאישור ההסדר (לאחר כינוס האסיפות באישור בית המשפט), אינו מונה בתנאים הנ"ל, אישור החברה ו/או הסכמתה להסדר, אלא רק את אישור המשתתפים באסיפות ברוב המצוין בסעיף, ואישור בית המשפט הנכבד, לו מסור שיקול הדעת המכריע והסופי.
15. לעניין זה נראה כי גם בית משפט נכבד זה הביע את עמדתו **בעניין קמור** כי הגשת בקשה כאמור שלא בידי החברה היא אפשרית,¹ על אף שהשאיר בצריך עיון את היכולת לכפות הסדר על חברה המתנגדת לו.

הבחינה המהותית

16. סעיף 350 לחוק החברות הוא סעיף בעל תחולה רחבה, אשר לאורך השנים בתי המשפט השונים יצקו לתוכו קשת רחבה של מקרים ועניינים שונים. סעיף זה שימש ועודנו משמש, בין השאר בחזקת "סעיף הסל" בנושאים שונים מהעולם התאגידי. ככזה, הסעיף איפשר גיבושם של הסדרים של חברות בעלות יציבות פיננסית עם בעלי מניותיהם, הסדרים של חברות בקשיים שאינן חדלות פירעון באופן רשמי (הסדרי ארגון מחדש של חובות), והסדרי הבראה של חברות שאין ספק לגביהן כי הן חדלות פירעון, וזאת כהליך תחליפי לפירוק של האחרונות.
17. בפר"ק 35560-08-10 **אספן גרופ בע"מ נ' סלע קפיטל נדל"ן** (להלן: "**סלע קפיטל**"), ביקש צד לבצע השתלטות על החברה ולרכוש את מניותיה באמצעות הסדר לפי סעיף 350 עם בעלי מניותיה, תוך עקיפת ההסדר הייחודי בחוק החברות לביצוע מהלך כאמור (הצעת רכש מלאה). בהחלטתו מיום 7.11.10 קבע בית משפט נכבד זה, כי הסדר כאמור ללא הסכמת החברה איננו ראוי ואיננו תואם את הוראות הדין.
18. ואולם, דומה שהבקשה דן נבדלת מעניין **סלע קפיטל** בכך שהבקשה דן הינה ליזום הליך לפי סעיף 350 לחוק החברות בחברה שנטען לגביה שהיא חדלת פירעון. הבקשה עוסקת במהותה בהליכי הסדר והבראה, שבין חברה לנושיה, ומכאן שיש לפרש את הסעיף באופן שיגשים את תכליתו – קרי הבראת החברה. לפיכך, אליבא דמגישי העמדה, אין הנדון דומה לראיה ואין לגזור מהעקרונות שבבסיס ההחלטה בעניין **סלע קפיטל** לעניין דן.
19. לדעת מגישי העמדה, הגשת בקשה היוזמת הליך לפי סעיף 350 לחוק החברות בידי נושי חברה בנסיבות שבהן מצבה הפיננסי של החברה הולך מתדרדר, ומתקרב לחדלות פירעון, היא אפשרית גם מבחינת הפרשנות המהותית והתכליתית של סעיף 350 לחוק.
20. לדעת מגישי העמדה, קביעה **גורפת** לפיה לא ניתן לעשות **כל** שימוש בסעיף 350 ללא הסכמה של הדירקטורים המכהנים בחברה עלולה לטרפד את הרעיון שבבסיס סעיף 350, והוא הבראת

¹ פר"ק 4089-12-12 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' קמור.

חברות והצלת הערך הכלכלי הגלום בהן עבור נושי החברות, כאשר לצורך כך יש לקדם את מהלך ההבראה עוד קודם להגעתן של החברות לחדלות פירעון מוכחת.

21. במילים אחרות, קביעה כי נושה רשאי לפנות בבקשה לפי סעיף 350 לחוק החברות, ולצידה קביעה גורפת כי בית המשפט לא רשאי להיעתר לבקשה זו ללא הסכמת דירקטוריון החברה, עלולה לאיין את תמריץ הנושים לפנות לבית המשפט במקרים המתאימים. קביעה כאמור אף תותיר את הנושים עם אפשרות פעולה אחת בלבד: הגשת בקשת פירוק נגד החברה בהבשיל עילות הפירוק. ברם, כאמור, צעד כאמור עלול להיות מעט מדי ומאוחר מדי. צמצום צעדיהם של הנושים לזירת הפירוק בלבד עלולה לפגוע בזכויותיהם יתר על המידה ולמנוע הגנה ראויה על עניינם בחברה.

22. ועוד, כבילת הפעלת סעיף 350 בהסכמה של החברה, עלולה לאפשר לבעלי שליטה ונושאי משרה בחברות בהן קיים חשש ממשי כי ללא הבראה הן תגענה למצב של חדלות פירעון, להמשיך ולהתעלם מהמצב אליו הגיעו, לסרב לפתוח בהליכי הידברות עם נושיהן, ולהותיר את האחרונים ללא יכולת של ממש להגן על עניינם הגם שמול עיניהם פוסעת החברה לעבר חדלות הפירעון. בהערת אגב נציין, כי אין לקבל את הגישה לפיה פתיחת הליך לפי סעיף 350 לחוק החברות כשלעצמה, מעידה על חדלות פירעון של החברה או שהיא בבחינת "נבואה המגשימה את עצמה". גישה זו הינה שגויה מהותית ומשפטית. אדרבה, הליך מכוח סעיף 350 נועד גם לשמש אכסניה משפטית לצדדים לשם קידום הידברות ראויה ביניהם ועידודם להגיע להסכמות הנותנות מענה הולם לזכויות כל הצדדים (לרבות הנושים) עוד קודם לקריסה הכלכלית המוחלטת (ר' לעניין זה פר"ק (תא) 10344-11-09 אפריקה ישראל נ' הרמטיק²).

עיתוי ומהות הליכי הבראה/הסדר מכוח סעיף 350 לחוק על פי בקשת נושה

23. בבקשה דנן, טענו המבקשות, כי החברה חדלת פירעון, וכי לא יעלה בידה לשלם את חובותיה בהגיע מועד פירעונם. לפיכך, ביקשו המבקשות, מכוח סעיף 350 לחוק החברות, לאפשר להן לכנס אסיפות נושים לשם אישור הסדר שתוכנו הוצע באופן בלעדי על ידן, ואשר על פיו יומרו חובות החברה ונושיה יקבלו את כלל מניותיה.

24. אין להתעלם מהחשש העלול להתעורר מפרשנות משפטית רחבה, המאפשרת לבית המשפט לאשר הסדר נושים רק על פי בקשתם של הנושים והסכמתם בינם לבין עצמם וזאת בהתעלם מעמדת החברה וממצבה. פרשנות משפטית שתאפשר מתן סעד כאמור, עלולה להמריץ נושים לפתוח בהליכים נגד חברות המצויות בקשיים מסוימים, בעודן בעלות יכולת פירעון, ואשר ההסתברות לחדלות פירעון קטנה וכאשר הסבירות לפיה היו יוצאות מהקשיים הכספיים גם ללא ארגון מחדש של חובותיהם בהליך לפי סעיף 350 לחוק החברות היא גבוהה. לשון אחר: פרשנות כאמור המעניקה סעד כה משמעותי לנושים על פי בקשתם העצמאית מחדדת עד למאוד את החשש לסחטנות בלתי ראויה מצד הנושים, העלולה לפגוע יתר על המידה בחברה, במעמדה בעולם העסקי ובזכויות בעלי מניותיה.

25. לחשש זה ניתן להציע שני פתרונות אפשריים, אשר משלימים אחד את השני:

² פורסם בנבו ביום 21.12.09

25.1. האחד – שימוש בשיקול דעת שיפוטי, לצורך יצירת מחירים ועלויות משמעותיות לפתיחה בהליך סרק. זאת בדמות פסיקת הוצאות נכבדות לטובת החברה במקרים המתאימים בהם בית המשפט הנכבד מתרשם כי לא היה מקום לפעול מכוח סעיף 350 או שנפל פגם בתום ליבם של הנושים שעשו כן.

25.2. השני – יצירת הבחנה בין הסעדים השונים שבית המשפט ייטה לפסוק מכוח סעיף 350 לחוק החברות, תוך הגבלת הסעדים שאותם יפסוק בית המשפט בפועל, שעה שמדובר בבקשת נושה אשר החברה מתנגדת לה, כאשר שיקול מהותי בבחירה אילו סעדים יפסוק בית המשפט הוא מצבה של החברה – מידת קרבתה לחדלות פירעון. נבהיר דברים אלה להלן.

אישור הסדר הבראה ללא הסכמת החברה

26. במקרה דנן, כאמור, לא טוענים המבקשים כי החברה מצויה בקשיים מסוימים, או אפילו שיש חשש לחדלות פירעון, אלא שטענתם היא שהחברה היא חדלת פירעון. מכאן, ככל שיוכיחו המבקשים את טענתם ניתן יהיה לכפות את ההסדר על בעלי המניות, אף ללא הסכמתם. יתרה מכך, ככל שהחברה אכן לא יכולה לפרוע את חובותיה בהגיע מועד פרעונם, כפי שנטען על ידי המבקשים, הרי שקמה עילת פירוק. ברור שאין מקום למנוע מנושה, שיש לו אפשרות להגיש בקשת פירוק, לבחור בסעד מתון יותר של הסדר חובות החברה לפי סעיף 350

27. על תוצאה זו ניתן ללמוד גם מסעיף 350(א)(2)(א) לחוק החברות שהוסף במסגרת תיקון 19 לחוק, מאפשר כפיית הסדר על אסיפת "סוג" מתנגדת להסדר. ואולם, תנאי להפעלת הכפייה מכח סעיף זה הינו קביעה שאין מנוס מפירוק החברה היה וההסדר לא יאושר, והבנה שהקבוצה המתנגדת עתידה לקבל במסגרת ההסדר, לפחות את הערך שהיא עתידה לקבל בפירוק. לפיכך, גם לצורך שימוש בסעיף זה בכדי להתגבר על התנגדות בעלי המניות בחברה, יש לקבוע כי החברה חדלת פירעון.

28. האמור לעיל עולה בקנה אחד עם הסדרים רבים שאושרו בבתי המשפט בישראל אשר במסגרתם נקבע, כי הליך לפי סעיף 350 לחוק החברות הוא תחליפי גם להליכי פירוק. מתחליפיות זו ויתרונותיה רשאים ליהנות לא רק בעלי השליטה בחברה, אלא גם נושיה. כאמור לעיל, גמישות הנושה בבחירת ההליך המתאים (פירוק או הבראה) הינה הכרחית לצורך הגנה ראויה על זכויותיו.

סעדי ביניים במסגרת הליך לפי סעיף 350

29. עוד בטרם ההכרעה בנוגע לחדלות פירעונה של החברה וכינוסן של אסיפות בהתאם, רשאי בית המשפט לפסוק סעדי ביניים.

30. לדעת מגישי ההודעה, סעד הביניים שינתן על ידי בית המשפט הנכבד, מקום בו הבקשה הינה בקשת נושה, תלוי בתמהיל בין שני גורמים הקשורים זה בזה והמשפיעים זה על זה. האחד – ההסתברות לחדלות הפירעון של החברה (קרי – מידת הקרבה של החברה לחדלות פירעון); השני – מאזן הנוחות בין החברה לבין נושיה, קרי הנזק לחברה ממתן הסעד אל מול הנזק

לנושים אם לא יינתן. קשר הגומלין בין שני הגורמים הנ"ל והיחס ביניהם מחייב שככל שההסתברות שהחברה חדלת פירעון גבוהה יותר כך ייטה בית המשפט ליתן סעדים "דרמטיים" יותר מבחינת התאגיד, ולהיפך. מובן שלמידת ההוכחה של חדלות הפירעון יש להוסיף שיקולים נוספים, כגון החשש מניהול החברה מתוך ראיית אינטרסים זרים וכו'. שיקולים אלה יפים, למעשה, לכל סעד זמני שניתן בבית המשפט.

31. דוגמאות לסעדי ביניים אשר ניתן יהא לבקש מבית המשפט מקום בו נפתח הליך מכוח סעיף 350, ואף קודם לכינוס אסיפות נושים לאישור הסדר (שאינן בהן כדי למצות את מכלול הסעדים) הן:

31.1. שינוי או עדכון הדמויות המעורבות בקבלת ההחלטות בחברה או המלוות את מקבלי ההחלטות בה (למשל מינוי בעל תפקיד)

31.2. הוראה המונעת ביצוע של תשלומי חובות אשר על החברה לשלם לנושיה עד כדי מניעת מימוש נכסים וזאת לתקופה קצובה כמובן.

32. גם סעדים אלה לא יינתנו במסגרת הליכי הבראה והסדר לפי סעיף 350, אלא אם התרשם בית המשפט כי החברה נקלעה לקשיים משמעותיים וכי קיים חשש ממשי שהחברה תגיע לחדלות פירעון אם לא ינקטו בה צעדים לתיקון מצבה.

33. דומה כי בנסיבות כאמור, אין מקום לגרוע משיקול הדעת של בית המשפט לשמור על ערכה הכלכלי הקיים של החברה ולהידרש, ולו באופן מוגבל, להגנת עניינם של נושיה במסגרת הסעד הראשון הנזכר לעיל. סעיף 350 לחוק החברות ותקנה 14 לתקנות החברות (בקשה לפשרה או להסדר) מסמיכים את בית המשפט למנות בעל תפקיד. סעיפים אלה מותירים לבית המשפט גמישות רבה בעיצוב סמכותו ותפקידיו של בעל התפקיד בהתאם לנדרש לשם הגנה על הנושים. דבר זה עולה אף מסעיף 350 לחוק החברות המותיר שיקול דעת לבית המשפט אם למנות בעל תפקיד המחליף את האורגנים של החברה, או להותיר את נושאי המשרה בחברה בתפקידם ללא מינוי בעל תפקיד ותוך מינוי מפקח בלבד לצידם. היקף הסמכויות של גורם שיתמנה מטעם בית המשפט ומידת ההתערבות שלו בענייני החברה יעוצבו בהתאם למבחנים שצוינו לעיל, קרי מידת הקרבה לחדלות הפירעון, הנזק שייגרם לחברה ממינוי בעל התפקיד, והצורך להגן על הנושים.

34. לעניין התשתית שיידרשו המבקשים להציב בפני בית המשפט לבקשתם לשם קבלת סעדי הביניים הרי שהדבר מסור לשיקול דעתו של בית המשפט. כאשר מוצגים לבית המשפט תסמינים המעוררים חשש ממשי באשר ליכולתה התזרימית של החברה בטווח הזמן הניכר לעין, דומה כי יש מקום לדרוש מהאורגנים של החברה לשכנע בדבר מובהקות יכולת הפירעון של החברה לשם דחיית בקשת הנושים לסעדי ביניים כאמור.

סיכום

35. מבלי להידרש לשאלת חדלות פירעונה של החברה שבנדון (פיתוח), הרי שעמדת מגישי העמדה הינה כי הגשמת תכליתו של סעיף 350 לחוק החברות בנוגע להליכי הבראה ולחברות בקשיים, מחייבת הותרת גמישות מירבית בידי בית המשפט, שתאפשר מתן פתרונות לחברות בקשיים, אף קודם להגיע לחדלות פירעון, ודווקא על מנת למנוע מהן להגיע לחדלות פירעון.

36. בתוך כך, מבקשים מגישי העמדה לשוב ולהדגיש את הנקודות הבאות:

36.1. כאשר החברה חדלת פירעון (קרי היא אינה יכולה לשרת את חובותיה הקיימים או העתידיים) רשאי בית המשפט לאשר הסדר הבראה לחברה, אשר הוגש לבית המשפט בידי נושיה, גם אם זה אושר בידי נושיה ולא קיבל את הסכמת החברה. הותרת חלופה זו לצד חלופת הפירוק הקיימת בנסיבות אלה תאפשר לנושה להשיא את מיצוי זכויותיו.

36.2. גם אם טרם בשלו התנאים לכפיית הסדר חוב בניגוד להסכמת החברה, קיימת בידי בית המשפט סמכות למתן סעדי ביניים, אשר גם באמצעותם ניתן לספק הגנה לנושים. סעדים אלה ינתנו אם בית המשפט סובר כי קיים חשש לחדלות פירעון. עוצמת הסעדים ועיתוי קביעתם משתנים כתלות בהסתברות שהחברה חדלת פירעון, ובמאזן הנוחות בין הנזק שייגרם לנושים מאי פסיקת הסעד, לנזק שייגרם לחברה מנקיטתו.

36.3. קיים חשש של ניצול לרעה של הסעיף בידי נושה סחטן, ואולם לבית המשפט כלים מספקים להתמודד עם חשש כאמור, ובין היתר – פסיקת פיצויים משמעותיים שעה שבקשת הנושים הוגשה שלא בתום לב, או אם הוכח כי החברה כשירה לתשלום חובותיה בהסתברות גבוהה.

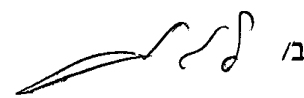
36.4. בשים לב להסדר שנחתם בין נציגויות בעלי האג"ח של אחזקות ושל פיתוח, ובשים לב לכך שאין חולק כי אחזקות חדלת פירעון, הרי שבכפוף להשלמת קבלת השליטה על פי דין בידי מחזיקי אחזקות (בין בהליך לפי סעיף 350 עם או בלי הקפאת הליכים, ובין בהליך פירוק), נראה שלא עולה עוד סוגיית הסכמת החברה, וההסדר (אם יאושר באסיפות המחזיקים) יהיה הסדר שקיבל את הסכמת החברה, ומכאן שהסוגיה נשוא נייר זה הופכת במקרה זה תיאורטית.



ליאב זינבאום, עו"ד

מנהל המחלקה המסחרית

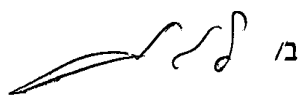
פרקליטות מחוז (ת"א) אזרחי



ב/ הדר נאות, עו"ד

הדר נאות, עו"ד

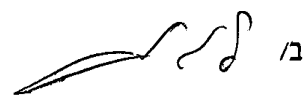
הכונס הרשמי



ב/ רוני הירשנזון, עו"ד

רוני הירשנזון, עו"ד

הכונס הרשמי



ב/ ד"ר איתי הס, עו"ד

ד"ר איתי הס, עו"ד

הכונס הרשמי