

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פ"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

בעניין:

Hercules Technology Growth Capital Inc.

המבקשת

ע"י ב"כ עו"ד דנה הלל אברהם ואח'

עו"ד עופר שפירא, כונס הנכסים הזמני על נכסי חברת
פרופישנסי בע"מ (בכינוס נכסים זמני)

הכונס הזמני

נגד

פרופישנסי בע"מ (בכינוס נכסים זמני)

המשיבה

ע"י ב"כ עו"ד שריר, שיוו, קדוש ושות'

החלטה

לפני בקשתה של חברת Hercules Technology Growth Capital Inc. (להלן: "המבקשת" או "הרקולס") לאכיפת שעבודים (אגרת חוב) ומינוי כונס נכסים לחברת פרופישנסי בע"מ (להלן: "פרופישנסי", "המשיבה", "החברה" או "חברת האם"), לפי סעיף 194 לפקודת החברות.

האם אירעו אירועי ההפרה המקנים למבקשת את הזכות לדרוש את אכיפת השעבודים? האם התקיימות אירועי ההפרה נבחנים בקבוצת החברות כמכלול או רק בחברת הבת האמריקאית? האם יש לאפשר אכיפת שעבוד מכוח דוקטורינת ההפרה הצפויה על פי דיני החוזים הכלליים? אימתי תינתן הגנה הולמת על פי סעיף 170 לפקודת החברות (סעד מניעתית)? אלו השאלות אשר תידונה להלן.



בתי המשפט

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

הצדדים

1. פרופישנסי הינה חברת הזנק (Start-up) טכנולוגית, אשר לה שלוש חברות בנות: חברת Proficiency Inc., שמאוגדת בארה"ב (להלן: "חברת הבת"), חברת Proficiency SRL שמאוגדת בצרפת (להלן: "חברת הבת הצרפתית") וחברת Proficiency GmbH שמאוגדת בגרמניה (להלן: "חברת הבת הגרמנית") (כולן יחד - להלן: "הקבוצה"). עיקר עיסוקה של חברה האם במחקר ופיתוח, ותפקידן של חברות הבת לשווק את מוצרי הקבוצה ולספק תמיכה טכנית ללקוחותיה. הקבוצה כולה מנוהלת בידי דירקטוריון אחד והנהלה אחת.

הרקולס הינה חברה פיננסית, העוסקת במתן הלוואות בסיכון גבוה לחברות הזנק טכנולוגיות. הרקולס העמידה הלוואה לחברת הבת ולהלוואה זו ערבה חברת האם ונכסיה שועבדו בשיעבוד צף להבטחת החזר ההלוואה.

המערכת ההסכמית בין הרקולס לבין פרופישנסי

2. בין חברת הבת להרקולס נכרתו מספר הסכמים. אולם ביום 13.12.07 הן התקשרו בהסכם הלוואה חדש, אשר נכנס לתוקפו ביום 15.11.07, ובו נקבע כי הוא מחליף כל הסכם קודם שנכרת בין הצדדים. בהתאם להסכם זה, אושררו ביום 12.12.07 ערבותה של החברה והסכם השיעבוד, שניהם מיום 18.8.05. על פי הסכם הלוואה החדש, על החברה לשלם להרקולס סך של \$10,000 בחודש בגין הריבית על ההלוואה, ורק כאשר תציג חברת הבת רווח של מעל \$1,000,000 ארה"ב תוחזר קרן ההלוואה.

הרקע לנקיטת ההליך דנן

3. ביום 15.1.09 התכנס דירקטוריון החברה, על מנת לדון בעתיד הקבוצה, לאור הקשיים אליהם היא נקלעה. יובהר, כי הואיל והרקולס הינה בעלת מניות בחברה, כחלק מהסדר החוב אשר נעשה בעת חתימת הסכם הלוואה החדש, נוכח נציג קבוע מטעמה בישיבות הדירקטוריון.

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

ביום 18.1.09 התקבל בחברה מכתבה של הרקולס בו היא טוענת להתקיימות אירועי Default הקבועים בהסכם ההלוואה (להלן: "אירועי הפרה"), ולפיכך דורשת היא את תשלום מלוא סכום ההלוואה לאלתר.

ביום 21.1.09 התכנס הדירקטוריון פעם נוספת, כפי שנקבע עוד ביום 15.1.09, על מנת לדון בתוכנית ההבראה, ולאור דרישתה של הרקולס, נדון גם הנושא בישיבה זו.

ביום 22.1.09 השיבה החברה להרקולס על מכתב הדרישה, וטענה כי לא התקיימו אירועי הפרה בחברה הבת, וכי טענות הרקולס נובעות מטעות בהבנה של המשקיף מטעם הרקולס בישיבת הדירקטוריון מיום 15.1.09.

ביום 28.1.09 התקיימה ישיבת דירקטוריון נוספת, בה נדונה תוכנית ההבראה. בישיבה זו הוחלט לאשר את יישום התוכנית עד לסוף חודש מרץ 2009 ולפעול למציאת משקיע לחברה ולקידום המכירות שלה.

באותו יום, הגישה הרקולס, באמצעות משרד עו"ד עופר שפירא, בקשה למימוש איגרת החוב ולמינוי כונס נכסים על החברה הישראלית, ולמתן צו זמני.

ביום 28.1.09 נעתרתי לבקשה למינוי כונס נכסים זמני, ומיניתי את עו"ד עופר שפירא ככונס נכסים זמני – במעמד צד אחד. לפיכך ההליך דן הינו דיון במעמד שני הצדדים בבקשה למתן צו כינוס זמני.

4. הבקשה דן, למינוי כונס נכסים זמני, נדונה במעמד שני הצדדים, ביום 3.2.09 וביום 4.2.09. בישיבות אלו נדונה אף בקשת פרופישנסי לתשלום שכר חודש ינואר של עובדי החברה הישראלית, זאת לאחר שתשלום שכר העבודה של עובדי חברות הבת שולם על פי החלטתי מיום 30.1.09. החלטה נפרדת באשר לשכר העובדים בחברה הישראלית ושכרו של המנכ"ל, ניתנה ביום 9.2.09.



בתי המשפט

בש"א 6382/09
פ"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: **כבוד השופט יוסף שפירא**

ביום 17.2.09, לאחר קבלת סיכומי הצדדים, התרתי למשיבה להודיע האם היא מעוניינת לזמן את מר יאיר שמיר, מנכ"ל חברת קטליסט, אחת מבעלי המניות של המשיבה, אשר שלח מכתב בו הצהיר על כוונת קטליסט להשקיע כספים נוספים בחברה. לאור לוח הזמנים של מר שמיר ונסיעתו של עו"ד עופר שפירא לחו"ל, ולאור חשיבות גורם הזמן, לא התקיים בסופו של דבר דיון זה. יצויין כי אף המבקשת עתרה ליתן משקל רב לעמדת המשקיעים. לדבריה, אי הירתמות המשקיעים מהווה ניתוק של "פתיל החיים" הקיים בחברות הזנק גרעוניות (סעיף 5 לסיכומי המבקשת).

טענות הצדדים - כללי

המבקשת טוענת כי הופרו תנאי אגרת החוב, ולפיכך, על פי תנאי האגרת, זכותה לאכוף את השיעבוד ולמנות כונס נכסים מטעמה.

מנגד, טוענת המשיבה כי לא הופרו תנאי אגרת החוב, ועותרת לביטול מינוי הכונס הזמני.

תמצית טענות המבקשת

5. המבקשת טוענת כי חברת הבת מצויה בהפרה של תנאי הסכמי ההלוואה, ונוכח הפרה זו העמידה המבקשת את מלוא ההלוואה לפירעון מיידי. לטענת המבקשת, על המשיבה לפרוע את חובותיה של חברת הבת מכוח ערבותה.

המבקשת טוענת כי הוכח כאן שהחברה הגיעה לסוף דרכה. זאת ועוד, לאור אי הסכמת בעלי המניות לתמוך בחברה בעת משבר, על אחת כמה וכמה שאין ביכולתה לגייס תמיכה פיננסית חיצונית.

המבקשת סוברת כי התקיימו התנאים באגרת החוב, המאפשרים לה לאכוף אותה. לטענתה, חלו שינויים מהותיים בעסקיה של החברה – הפסקת רוב עסקיה, פיטורי מרבית עובדיה והפסקת פעילות החברה מול ספקיה. שינויים מהותיים חלו גם בניהול עסקי חברת הבת האמריקאית. בעניין זה מוסיפה המבקשת, כי אין לאכוף עליה את ההוראה בהסכם

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

לעניין מתן ההתראה 60 יום מראש, שכן הוכח שאין החברה יכולה לתקן את ההפרה ותקופה זו תשחוק את יתרת הנכסים של החברה. לחלופין, אם יש להמתין את 60 הימים, הרי שיש להותיר את כינוס הנכסים הזמני על כנו, למניעת הברחת נכסים או העדפת נושים.

תנאי נוסף אשר הופר, לטענת המבקשת, הינו אי המצאת אישור בכתב מאת חברת הבת על היותה עומדת בתנאים, בהגדרות ובהצהרות בהתאם להסכם ההלוואה, תנאי אשר מצוי בהסכם ההלוואה החדש. על אף בקשת הרקולס להמצאת מכתב כאמור, לא הומצא מכתב זה.

על האמור מוסיפה המבקשת וטוענת, כי אף אם לא הוכח קיומם של התנאים לאכיפה, הרי לנושה המובטח קמה הזכות להציל את הרכוש המשועבד בטרם יתכלה לחלוטין, על פי סעיף 21 לחוק המשכון, תשכ"ז-1967. לדבריה, מחוות דעתו של רו"ח פסי, אשר החברה לא ביקשה להעידו, עולה כי החברה הינה חדלת פירעון.

לבסוף טוענת המבקשת, כי אף אם תוכנית ההבראה ניתנת לביצוע, הרי שלא הובטחה בה כל הגנה הולמת לנושה המובטח.

6. בתשובתה לסיכומי המשיבה, חזרה המבקשת על טענתה כי מאין הפריד את חברה הבת מחברת האם, היות שהקבוצה פועלת כגוף אחד. כן טוענת המבקשת כי לא הוצגה כל תוכנית הבראה, אליה מרבה המשיבה להתייחס בסיכומיה. עוד הוסיפה, כי במקרה של שינוי מהותי בעסקי החברה, אין היא נדרשת להודעה של 60 יום, אלא יכולה היא לפעול למימוש האגרת לאלתר.

תמצית טענות המשיבה

7. בראשית דבריה, טוענת המשיבה כי הדין הינו בשאלת מינוי הכונס הזמני ולא בבקשה העיקרית לאכיפת שיעבודים ומינוי כונס נכסים קבוע לחברה.

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

המשיבה טוענת כי הרקולס כשלה בהוכחת הפרת הסכם ההלוואה, ולפיכך אין היא זכאית לממש את אגרת החוב. לדבריה, לא התקיים שינוי משמעותי לרעה בחברת הבת, ובוודאי לא ניתן למשיבה 60 הימים בהם עליהם להציג תוכנית פעולה לשביעות רצונה של הרקולס. כמו כן, טוענת המשיבה כי לא התקיימו יתר אירועי ההפרה: לא הוחלט על סיום עסקיה של חברת הבת, לא פוטרו העובדים המהווים את עיקר כוח העבודה בחברת הבת, אלא רק שני עובדים זמניים שתרומתם הסתכמה ב 5% בלבד מההכנסות, ואף חברת הבת לא הפרה את חובות הדיווח החלות עליה.

לטענת הרקולס לזכותה למימוש אגרת החוב מכוח חוק המשכון, משיבה החברה כי אין לפנות לדין הכללי עת קבעו הצדדים הסדר שלילי, וכן שהוראת סעיף 21 לחוק המשכון אינה חלה על שעבוד צף. עוד מוסיפה, כי אף אם חלה הוראת סעיף 21 לחוק המשכון, הרי שלא מתקיימים תנאי הסעיף. תוך כך דוחה המשיבה אף את ההסתמכות על דוקטרינת ההפרה הצפויה.

אשר לטענת המבקשת כי יש ליתן הגנה הולמת לזכויות הנושה המובטח, טוענת המשיבה כי טענה זו כלל אינה רלוונטית כל עוד לא התרחשו אירועי ההפרה. בנוסף, השימוש בדוקטרינת ההגנה ההולמת נחלשה, ויש לתת דגש רב על הבראת ושיקום חברות. לסיכום, טוענת המשיבה כי אין כל עילה לאכיפת השיעבוד ולמינוי כונס נכסים, ואף מאזן הנוחות נוטה לטובת החברה. על אף זאת, טוענת, כי לו יוותר המינוי כל כנו, אזי יש להורות לכונס למבקשת להפקיד התחייבות עצמית וערבות.

דיון**אכיפת אגרת חוב - כללי**

8. אכיפתה של אגרת החוב בדין הישראלי צריכה להיעשות ברשות בית המשפט, על פי סעיף 194 לפקודת החברות, שלשונו:

"מקום שאיגרות חוב מובטחות בשעבוד צף, בשעבוד הון שטרם נדרש תשלום, בדרישות תשלום שטרם נפרעו או במוניטין, אין לאכוף את זכויותיהם של בעלי איגרות החוב לגבי השעבוד אלא

**בתי המשפט****בש"א 6382/09**
פש"ר 6026/09**בית המשפט המחוזי בירושלים****בפני: כבוד השופט יוסף שפירא**

ברשות בית המשפט; ואם הוגשה לבית המשפט בקשת אכיפה, רשאי בית המשפט ליתן כל סעד שאפשר לקבלו על פי בקשה כאמור בבתי המשפט באנגליה, כולל מינוי כונס ומתן צו למכירת הנכסים וחלוקתם.

היקף שיקול הדעת של בית המשפט בבואו לדון בבקשה לאכיפת שיעבודים ומינוי כונס נכסים מכוח אגרת חוב, נדון בהרחבה בפסיקה. בספרם של ישראל גפני, ערן גפני ונועם סיוון **כינוס נכסים הלכה למעשה** (2004) (להלן: "גפני") נאמר בעניין זה, כדלקמן:

"עת עילת המינוי מבוססת על הפרה מוכחת של התנאים המוסכמים באגרת-החוב, יינתן סעד האכיפה כדבר שבשגרה, מתוך חובת הצדק וללא הפעלת שיקול-דעת מצד בית-המשפט. כלומר, בית המשפט יבחן, בשלב הראשוני, אם נתקיימו העילות למינוי כונס נכסים, כפי שהן מנויות באגרת-החוב, ורק אם 'בשלו התנאים' ייעשה המינוי.... שונה המקרה עת עילת הבקשה נסמכת על מניעת סכנה לבטוחה הכלולה באגרת החוב. במקרה כזה יש לבית המשפט שיקול-דעת אם ימנה כונס נכסים או ימאן, אם כי כשהסכנה הינה ממשית, לא ניתן לסרב לבקשת המינוי." (שם, ע' 61).

דברים אלו הינם ברורים ועתיקים ובתי המשפט חזרו עליהם פעם אחר פעם (ראו: פש"ר (נצרת) 337/98 עו"ד ישעיהו אתגר נ' **כונס הנכסים**, תק-מוח (2)98, 3078, 3080; פש"ר (תל-אביב-יפו) 1795/04 **בנק לאומי סניף יחידה משפטית נ' אליהו ספקטור ושות'**, תק-מוח (2)2005, 3601, 3605; בש"א (תל-אביב-יפו) 10808/06 **בנק הפועלים בע"מ נ' מגדליה חברה לבניין בע"מ**, תק-מוח (3)2006, 3455, 3460; בש"א (נצרת) 3351/07 **תדהר צור - עו"ד - מנהל מיוחד נ' בנק הפועלים בע"מ סניף כפר תבור**, תק-מוח (4)2007, 12821, 12826).

בבר"ע 6418/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ישראל גפני**, עו"ד, **כונס הנכסים**, תק-על (3)95, 797, הדגיש כבי' השופט ד' לוי כי בעת מינוי כונס נכסים, בידי בית המשפט נתונה הסמכות להורות לו את הדרך אשר ילך בה. כך קבע:

"הכלים העומדים לרשות בית המשפט בשלב הזה, ועל פי הדין הקיים, המאפשרים נקיטת הליך המבקש לקדם פתרון חיובי של

**בתי המשפט****בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09****בית המשפט המחוזי בירושלים****בפני: כבוד השופט יוסף שפירא**

שיקום החברה על פני הפתרון השלילי של פירוק הם אלה - מיצוי האפשר ממינוי כונס נכסים ומנהל ממונה לפי סעיף 194 לפקודת החברות ומתן הוראות לאלה למסלול בו ילכו, וכן מה שניתן להפיק מהסעיפים: 233-234, 307, 333-334(א) ו-300 לפקודת החברות, המתווים דרכי פעולה בהליך הרחב של הפירוק לכיוון של הסדר ופשרה, לכיוון מינוי מפרק והנחייתו, ככל שרק יראה בית המשפט טעם לעשות כן.

לענין זה ראוי לציין את שנאמר מזה כבר בנושא זה בבר"ע 74/86 שם קבעה השופטת בן פורת לאמור:

'בעוד מטרתו של הפירוק היא חיסולה של החברה, הרי הכינוס הוא תהליך בחברה חיה ופועלת ... בשונה מהליך הפירוק, כינוס הנכסים אינו מהווה בהכרח שלב בדרך לחיסולה של החברה, אלא הליך היכול גם להחזיר את החברה לפעילות תקינה'.
(ר"ע 74/86 אתא טכסטיל בע"מ (בכינוס נכסים) נ' לוי שטראוס בע"מ, פ"ד מ(2) 301, בעמ' 304, 303). "(שם, 805).

כן עמדה על כך כב' השופטת (כתוארה אז) ו' אלשייך בהמ" (תל-אביב-יפו) 92/97 בנק לפיתוח התעשייה נ' אף.טי.אי. מערכות ימיות מתקדמות בע"מ, תק-מח 4)97, 257, במילים אלו:

"לשון החוק קובעת, בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים, כי אכיפת אגרת חוב, המובטחת בשיעבוד צף, טעונה אישור בית המשפט. תפקידו וחובתו של בית המשפט הם לבדוק אם אכן נתמלאו הדרישות למינוי כונס נכסים ולאכיפת אגרת החוב. צדקה החברה בטענתה כי אישור בית המשפט לבקשה שכזו אינו אוטומטי וכי "בית המשפט איננו חותמת גומי של הנושה....". על הבנק מוטל איפוא, הנטל לשכנע את בית המשפט כי אכן קמה לו הזכות לעתור למינוי כונס נכסים (רע"א 338/62 מפעלי טכסטיל נצרת בע"מ נ' בנק לפיתוח התעשייה פ"ד ט(3) 1745, 1751. כבוד הש' ויתקון קובע כי חובתו של בית המשפט לבחון אם אכן מתקיימים התנאים המבססים את זכות הנושה למינוי כונס הנכסים). בעוד לנושה קיימת זכות למינוי כונס נכסים בהתמלא תנאים מסויימים, וגם אם נניח שזכותו זו הינה מוחלטת, אין חולק כי על בית המשפט מוטלת החובה לבדוק אם אכן נתמלאו התנאים היוצרים את הזכות." (שם, פסקה 5).

שיקול נוסף, משמעותי, צויין אף בהחלטת כב' השופטת (כתוארה אז) ו' אלשייך בפש"ר (תל-אביב-יפו) 1397/02 בנק הפועלים נ' זאבי תקשורת - מימון וניהול בע"מ, תק-מח 2002(3), 65535, אשר הביאה את דברי כב' סג"נ קלינג בה"פ 160/93, כדלקמן:

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פ"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

"הקשיים שעומדים בדרכם של נושים הבאים לממש את בטוחותיהם, מכבידים ביותר על לווים בשעת נטילת הלוואות... כדי להקל על לווים ולמנוע את ההכבדה שבריבוי בטוחות, על בתי המשפט להמנע מתת יד לעיכובים בלתי מוצדקים במימוש בטוחות' (ה"פ 160/93 אבירם נ' בנק איגוד, לא פורסם)". (שם, 65545).

מתווה הדיון בבקשה

9. המבקשת טוענת לשלוש עילות מרכזיות, בגינן זכאית היא לאכיפת אגרת החוב ומינוי כונס נכסים.

א. בראש טוענת המבקשת כי הופרו תנאי הסכם ההלוואה, ולפיכך קמה לה הזכות לאכיפת השיעבוד ומינוי כונס הנכסים.

הבקשה מתבססת על קיומן של שלוש הפרות: קיומה של הרעה משמעותית של מצבה של החברה, שינוי חיסול עסקי החברה באופן בו התנהלו עד כה ופיטורי עובדים ואי מתן דיווחים נדרשים.

תוך דיון בטענה זו תבחן השאלה היכן יש לבחון את התקיימות הפרות הנטענות, האם בחברת הבת או בקבוצה כמכלול?

ב. נבחן האם קמה למבקשת זכות לאכיפת שיעבוד על פי סעיף 21 לחוק המשכון. בתוך כך תבחן שאלת תחולת הוראות חוק המשכון על שיעבוד צף.

ג. לבסוף נבדוק, האם זכאית המבקשת לאכוף את השיעבוד מכוח דיני החוזים הכללים לאור ההפרה הצפויה של הסכם ההלוואה.

טענת הפרת הסכם ההלוואה

הרמת מסד

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

10. על מנת לקבוע האם יש להותיר את מינוי הכונס הזמני על כנו, יש תחילה להשיב על טענת המבקשת כי יש לראות את כל קבוצת החברות כגוף אחד, אשר בו יש לבחון את שאלת התקיימות אירוע ההפרה, ולא רק בחברת הבת האמריקאית, איתה נחתם הסכם החלואה.

טענה זו הינה למעשה טענת הרמת מסך אשר לא נטענה בבקשה העיקרית ואף לא בבקשה למינוי כונס נכסים זמני. בסעיף 5 לבקשות נכתב כך:

"חברת הבת מצויה בהפרה של תנאי הסכמי החלואה אשר נחתמו בינה לבין המבקשת, כפי שיפורט להלן. נוכח הפרת ההסכם, העמידה המבקשת את מלוא החלואה לפירעון מיידי וסכום חובותיה של החברה הבת כלפי המבקשת הגיע בסמוך למועד הגשת הבקשה לסך 1,505,483 דולר ארה"ב, היינו כ- 6,000,000 ₪ (!)".

אשר לעילה כנגד המשיבה, טענה המבקשת כך:

"על אף דרישות המבקשת, מסרבת המשיבה לעמוד בהתחייבותה מכוח ערבותה ולפרוע את חובותיה של חברת הבת למבקשת. זאת ועוד, מהנתונים הכספיים שהועברו לידי המבקשת עולה כי אין ביכולתה של המשיבה לעמוד בהתחייבותה זו". (שם, סעיף 6).

בהמשך הבקשה, תוך התייחסות לשאלת יכולת הפירעון, מציינת המבקשת כדלקמן:

"כבר בפתח הדברים יודגש כי החברה וחברות הבת שלה פועלות למעשה במאוחד ומשתמשות ב'קופת מזומנים' אחת שמקורה בהלוואה שהעמידה המבקשת לצורכי פיתוח עסקי החברה" (שם, סעיף 9).

בסיכומי המבקשת, מתייחסת היא למשיבה כלווה על אף היותה ערבה לפירעון החלואה, וטוענת כך:

"אין ספק כי התנאים לגיבוש ולמימוש אגרת החוב התקיימו: החברה (המוגדרת באג"ח כערבה) שינתה באופן מהותי את עסקיה..." (שם, סעיף 2).

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

בהמשך, סוברת המבקשת כי "ההסתכלות על עסק זה חייבת איפוא להיות במאחד, וודאי שלא ניתן להציג את החברה בארה"ב כאילו היתה חברה יציבה, כאשר עסקי הקבוצה קרסו לחלוטין ואין מימון לאף אחת מן החברות לשם המשך הפעילות לאחר סוף החודש" (שם, סעיף 10).

בסעיפים 22-25 לסיכומים הרחיבה המבקשת טענה זו, ולדבריה, ניתוח הראיות מלמד על ערפול הגבולות של המסגרות המשפטיות שבין החברות ולפיכך יש לדון אותן כחברה אחת עת באים לבחון את שאלת הפרת ההסכם.

11. המשיבה, בסיכומיה, הדגישה כי נציגי החברה הפריכו באופן ברור את עדותו של ד"ר שנהב. לדבריה, עדיה העידו כי הקבוצה פועלת באופן מבוזר, כאשר המחקר והפיתוח מתקיימים בחברת האם, החברה הישראלית, ואילו השיווק והמכירה נעשים באמצעות חברות הבת במדינות בהן הן פועלות. עוד הוסיף סמנכ"ל הכספים מטעם המשיבה, כי חברות הבת הן המביאות את ההכנסות, ובכפוף לגרעון הקיים – שאזן עד עתה בהשקעות הון בחברת האם – הן גם מתקיימות מהן. לאור כך, טוענת המשיבה, כי מטרת המבקשת, בטענתה כי הקבוצה מתנהלת כגוף אחד, הינה לנסות ולעקוף את הדרישה הברורה בהסכם כי אירועי ההפרה יתקיימו בחברת הבת, ועל מנת להכשיר את הקרקע לשימת יד על כספי חברות הבת.

הכרעה בשאלת מיהות הצדדים

12. ניהול החברה הינו ריכוזי, כאשר ההחלטות ביחס לכל החברה מתקבלות באמצעות מנכ"ל אחד, דירקטוריון אחד והנהלה אחת. כך גם ברי כי לחברת האם אין הכנסות משל עצמה ואין היא יכולה להתקיים ללא ההכנסות המגיעות ממכירות שנעשות על ידי חברות הבת. חברות הבת אינן יכולות להתקיים ללא הגב המקצועי והתקדמות הפיתוח של המוצרים אותן עליהם לשווק. לפיכך, אין מנוס מלקבוע כי מבחינה מהותית הקבוצה מתנהלת כחברה אחת, אשר מטעמי מיסוי (ככל הנראה), מחלקותיה הוקמו כחברות בת.

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

מנגד, אופן הקמת החברה ואופן פעילותה אינה חדשה, והיתה ידועה להרקולס בעת חתימת ההסכם, גם בעת חתימת ההסכמים הקודמים. הרקולס, כאמור, הינה חברה העוסקת במתן הלוואות פיננסיות לחברות הזנק טכנולוגיות, וביודעין ניסחה את ההסכם באופן בו הוא נוסח.

זאת ועוד, בפתיח של הסכם ההלוואה הרחיבה הרקולס את הגדרת המונח **Borrower** וציינה כי מלבד חברת הבת האמריקאית מונח זה כולל:

"... and each of its subsidiaries".
[ההדגשה אינה במקור – י.ש.]

דהיינו, חברות בת ולא חברת האם!!

חזקה על הרקולס, כי כשם שידעה לדרוש את ערבותה של המשיבה ואת שיעבוד נכסיה, כך, לו היתה רוצה בכך, היתה קובעת כי אירועי ההפרה נבחנים לפי מכלול נתוני הקבוצה ולא רק בחברת הבת האמריקאית.

אף בהלכת אפרופים (ע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום** (1991)), פ"ד מט(2), 265 בדונו בסמכות בית המשפט לפרש את לשון ההסכם הבא לפניו, הדגיש כבי המשנה לנשיא (כתוארו אז) **א' ברק** (להלן: "**ברק**"), כך:

"אכן, שופט, המפרש חוזה שעשו הצדדים, רשאי במקרים מיוחדים לשנות מלשון החוזה. הוא יעשה כן כדי להגשים את התכלית המונחת ביסוד החוזה. למותר לציין כי השימוש בסמכות זו ראוי לו שיעשה בזהירות מירבית. בית-המשפט אינו רשאי לכתוב חוזים עבור הצדדים. יש לכבד את דרישות הצורה, ואת כללי הראיות בעניין סתירת הכתב. פעילותו של השופט בתיקון הטקסט שנעשה על-ידי הצדדים צריכה, מטבע הדברים, להיות מוגבלת למקרים קיצוניים, בהם תסוכל התכלית אם לא ישונה לשון הכתוב." (שם, 290).

פרשנות ההסכם בניגוד ללשונו, שמורה למקרים קיצוניים, וזה אינו המקרה דנן, בייחוד עת עסקין בצדדים מיומנים.

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

בהלכת אפרופים ציין עוד ברק, כי השלמת החוזה אפשרית רק במקרים בהם מוכח כי שתיקת החוזה אינה מהווה הסדר שלילי אלא לקונה ברורה. כך קבע:

"ודוק: שתיקתו של החוזה בסוגיה מסויימת אינה מספקת כדי להעניק לשופט סמכות להשלים את החוזה. "טרם שיושלם החסר מן ההסכם הנדון, יש לברר תחילה, מתוך ההסכם או מתוך הנסיבות, כי אכן קיימת 'לאקונה', שרק אז ניתן להשלים את החלל בנורמה חוזית חדשה... שאם אין מדובר ב'חסר' שהצדדים להסכם הסיחו דעתם ממנו בעת ההתקשרות, פשיטא הוא, שאין בסמכותו של בית-המשפט לעשות חוזה חדש, שונה במהותו, בתכנו או בהקיפו ובתחולתו מזה שעשו הצדדים עצמם" (השופט גולדברג בע"א 528/86 פולגת תעשיות בע"מ נ. עיזבון המנוח יעקב בלכנר ז"ל, פ"ד מד(3) 821, 826). " (שם, 292).

מן המקובץ יוצא שבמקרה דנן ישנו צורך לעשות הפרדה בפרשנות שיש ליתן למכלול המסמכים שנחתמו על ידי הצדדים. לפיכך אני קובע כי ככל שמדובר באירועי ההפרה – יש לבחנם כאן על פי לשון החוזה, משמע בחברת הבת. אולם, ככל שמטרת הבחינה הינה ביחס לחוסנה הכלכלי של הקבוצה ויכולת הפירעון, יש לבחון ביצועי ואיתנות כלל הקבוצה.

ניתוח אירועי ההפרה בחברת הבת

13. המבקשת טוענת כי על פי סעיף 6 לאגרת החוב, אותה מבקשת היא לאכוף, אירוע הפרה ייחשב גם:

"... the material breach of any representation under this agreement..."

ובשילוב עם סעיף 2(f)(iii) לאגרת החוב, סעיף המצגים, שם נקבע כך:

"... and there has not been a Material Adverse Effect on the financial condition of Guarantor since the date of the most recent of the financial statements submitted to Lender".

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

שינוי מהותי במצגי החברה בדבר מצבה הכלכלי, הינו אירוע הפרה בפני עצמו, והוכח שינוי מהותי במצבה הכלכלי של החברה.

המשיבה טוענת כי אירועי ההפרה הינם רק אלו הקבועים בסעיף 9 להסכם ההלוואה עם חברת הבת, וכי סעיף 2 להסכם השיעבוד הינו ביחס למצגים בעת החתימה על הסכם השיעבוד וסעיף זה אינו צופה פני עתיד.

הדין עם המשיבה. סעיף 2(f), שעניינו 'מצגים נוספים' (Further Representation) קובע בסעיף קטן (iii) כך:

"all financial statements and other information provided to Lender fairly present Guarantor's financial condition, and there has not been a Material Adverse Effect on the financial condition of Guarantor since the date of the most recent of the financial statements submitted to Lender".

[ההדגשות אינן במקור – י.ש.]

משמע, המשיבה, כערבה, מצהירה על נכונות ההצהרות הפיננסיות והמידע אשר נתנה למלווה, וכן כי לא היה שינוי משמעותי לרעה של המצב הפיננסי של המשיבה מאז מועד בו ניתנו ההצהרות הפיננסיות. ברי כי הכוונה עד למועד החתימה על הסכם השיעבוד ומטרת הסעיף להגן על הלווה משינוי שאין הוא מודע לו במועד החתימה על ההסכם.

14. כך גם נוסחו של סעיף 6 להסכם השיעבוד, שכותרתו "Events of Default" אינו יכול לעלות בקנה אחד עם הפרשנות הניתנת לו על ידי המבקשת. אכן, כדברי המבקשת, סעיף 6 קובע כי מצגי שווא מהווים אירוע הפרה, אולם מצגי השווא הינם אלו המתייחסים למצגים שבבסיס הסכם השיעבוד ולא ביחס למצב החברה או המשיבה בעתיד. אשר לעתיד, קובע סעיף 6 כי אירועי הפרה הינם:

"The occurrence of any Events of Default as defined in Section 9 of the Loan Agreement..."

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

לאור האמור, אני קובע כי אירועי ההפרה, אותם על המבקשת להוכיח, הינם אלו המנויים בסעיף 9 להסכם ההלוואה.

אירועי ההפרה בסעיף 9 להסכם ההלוואה

15. זו לשונה של הרישא של סעיף 9 להסכם ההלוואה:

“The occurrence of any one or more of the following events (herein called ‘Events of Default’) shall constitute a breach and default under this Loan Agreement, the Notes, and the other Loan Documents: ...”

או אז מפורטים תשעה תתי סעיפים, אשר לענייננו, 3 מהם רלוונטים: בסעיף 9.4 להסכם ההלוואה הקובע כי שינוי משמעותי לרעה במצב חברת הבת מהווה אירוע הפרה.

סעיף 9.5 (b) הקובע כי החלטת חברת הבת על סיום עסקיה באופן הרגיל בו הם מנוהלים מהווה אירוע הפרה. כמו כן קובע הסעיף כי פיטורי כמעט כל העובדים מהווה אירוע הפרה.

סעיף 9.2 להסכם, קובע כי הפרת חובת הדיווח של חברת הבת מהווה אירוע הפרה.

שינוי משמעותי לרעה במצב חברת הבת

16. בסעיף 9.4 להסכם ההלוואה, נאמר:

“A Material Adverse Effect has occurred after 60 calendar days written notice from Lender to Borrower”

לשון הסעיף נוקטת במספר תנאים ברורים לצורך התקיימות הפרה:

1. “שינוי משמעותי לרעה”.
2. השינוי ממשיך להתרחש גם כעבור 60 יום מיום מתן התראה בכתב מאת המלווה.

שינוי משמעותי לרעה מוגדר בסעיף 1 להסכם ההלוואה כך:

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

“Material Adverse Effect” means a material adverse effect upon: (i) the business, operations, properties, assets or condition (financial or otherwise) of Borrower (taken as a whole) that is likely to affect the ability of Borrower to perform the Secured Obligations in accordance with the terms of the Loan Documents, or the ability of Lender to enforce any of its rights or remedies with respect to the Secured Obligations or under the Loan Documents; or (ii) the Collateral or Lender’s Liens on the Collateral or the priority of such Liens, subject in each case to Permitted Liens.”

מעיון בהגדרה זו עולה כי שינוי משמעותי לרעה הינו כמעט בכל מימד בו פועלת החברה – שינוי לרעה בעסקיה, בפעולותיה, בנכסיה או במצבה הפיננסי או כל מצב אחר, כל זאת במידה ושינוי זה גורם לפגיעה ביכולתה של החברה לעמוד בהתחייבויותיה.

טענה שלא הועלתה, הינה כי התוספת “**taken as a whole**” מתייחסת למונח **Borrower**, ומעידה על כוונה לכלול אף את יתר החברות בקבוצת פרופישנסי לצורך בחינת התנאי של שינוי משמעותי לרעה.

ראשית, נראה כי תוספת זו מתייחסת למימדים המפורטים, ויש לבחון את השינוי לרעה בהסתכלות כללית על החברה ולא לפי פרמטר זה או אחר.

שנית, אף אם התוספת מכוונת למונח **Borrower**, הרי שמונח זה מוגדר בפתיח של ההסכם כמתייחס לחברה האמריקאית וכל חברות הבת שלה, וסביר יותר לפרש את התוספת כמתייחסת לחברה האמריקאית וחברות הבת שלה, כמכלול, ולא להרחיב את הפרשנות מעבר ללשון החוזה.

מתן התראה למשיבה

17. מתעוררת השאלה, האם הרקולס נתנה למשיבה **התראה** על שינוי משמעותי לרעה בחברת הבת המקנה לה את הזכות להעמיד את ההלוואה לפירעון מיידי, והאם ניתן למשיבה 60 ימים לפעול לתיקון השינוי לרעה?

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

בין אם חל שינוי לרעה במצבה של המשיבה ובין אם לא, ואף אם אקבל את טענת הרקולס כי במכתבה מיום 18.1.09 התריעה על השינוי לרעה, הרי שאין ספק כי בין תאריך המכתב לבין פתיחת ההליכים עברו 10 ימים בלבד, והרקולס לא עמדה בתנאי של מתן אפשרות כנה למשיבה לתקן את הליקויים.

הרקולס טוענת כי במצב שנוצר אין כל אפשרות לתקן את פיטורי העובדים, שינוי היעדים ועוד, אשר הם מהווים שינוי משמעותי לרעה במצבה של החברה כמכלול. לא אוכל לקבל טענה זו, שהרי כשם שחלה על המשיבה החובה לקיים את חלקה בהסכם ההלוואה, כך גם חובה זו חלה על הרקולס. זאת ועוד, טענת הרקולס כי תנאי זה הוסף על פי דרישתם של בעלי המניות אשר נטשו את החברה ואין כל הגיון בצידה, לא הוכחה. מעבר לכך, נסיון החברה להציג תוכנית הבראה, אשר אושרה על ידי הדירקטוריון ביום 28.1.09, מעידה על כוונה להמשיך ולקיים את החברה תוך ביצוע התאמות אשר יהלמו את המצב הכלכלי הנוכחי של החברה והמשבר הכלכלי העולמי, תהליך אשר לשם ביצועו נקבעו אותם 60 הימים בהסכם.

עוד טוענת הרקולס כי ניתן לבחון את יכולת המשיבה לתקן את השינויים תחת כנפיו של הכונס הזמני. טענה זו, אף אם שובת לב היא, אינה עולה בקנה אחד עם לשון ההסכם, אשר אינו מקנה להרקולס את הזכות לדרוש את פירעון ההלוואה טרם חלפו 60 הימים (טרם כך אין כל הפרה). כמו כן, טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם נסיון החיים, המלמד כי מינוי כונס אינו מעודד השקעה בחברה כלשהיא, ולהיפך. אף הכונס הזמני, המבין כי לא ניתן לגייס השקעות תחת כנפי הכונס, ובחקירתו של מנכ"ל החברה, התריס כלפי העד כך:

**"ש. הדינימקה שהמשקיעים יודעים שאתה עומד בביהמ"ש
בבקשה לכינוס נכסים, אין לך נכון לעכשיו לא דינמיקה כיום
כסף." (פרו', 17).**

18. נוסף על האמור, אדגיש כי גם אם אבחן את מצבה הכלכלי של הקבוצה כמכלול, ביחס למצבה בשנים שקדמו, ייקשה עליי לקבוע באופן חד משמעי כי מדובר בחברה שחלה הרעה משמעותית במצבה.

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

בשנת 2006, שהיתה תקופת הביניים בין הסכם ההלוואה המקורי לחידוש הסכם ההלוואה עמד ה- EBITDA של החברה (נתון המגלם את הפער שבין ההכנסות להוצאות) על גירעון של כמעט 7 מיליון דולר ארה"ב.

בשנת 2007, שנת חידוש הסכם ההלוואה עמד ה- EBITDA של החברה על גירעון של למעלה מ- 4 מיליון דולר ארה"ב.

בשנת 2008 ירד ה- EBITDA של החברה לשיעור של כ- 2 מיליון דולר ארה"ב. מעיון בטבלת הנתונים בתצהירו של סמנכ"ל הכספים, עולה כי מלבד ירידה חדה בהוצאות הקבוצה, ירידה של כ- 4 מיליון דולר לשנה, בין שנת 2006 לשנת 2008, הרי שגם הכנסות החברה עלו בכמעט 50%.

מנתונים אלו עולה כי לא זו בלבד שהחברה, הקבוצה, אינה יורדת 'מדכי אל דכי', באופן שדינה חיסול, אלא מדובר בחברה אשר נתונה משתפרים משנה לשנה.

19. בעניין זה טוענת המבקשת כי מדובר בחברה גרעונית אשר הגיעה לחדלות פירעון. שאלה מהותית, בעניין זה, הינה האם מצב גרעוני של חברת הזנק, מהווה ראיה לסיום חייה של החברה?

טענה זו מוקשת בעיני. ענייננו בחברת הזנק, אשר מן המפורסמות כי הינן חברות גרעוניות בשנותיהן הראשונות וחיות הן מתמיכתם של משקיעים, בסבבי השקעה כל תקופה מסויימת. על כך לא חלק גם ד"ר שנהב, שהעיד מטעם המבקשת, בעדותו, כך:

"ש. אתה ציינת בתשובתך שאתה יש לך ניסיון עבודה רב בתחום ההייטק. האם היית אומר שמצב בתחום הטכנולוגיה ומתקיימת מגיוסים ובגרעון היית אומר שזה מצב רגיל.
ת. רוב חברות ההייטק מתממנות על ידי השקעות של קרנות הון סיכון. החברות צוברות הפסדים, אבל הקרנות מוכנות לממן את הפעילות של החברה עד אשר תגיע לכלל רווחיות. ההבדל המהותי הוא שבחברה עצמה הקרנות שהשקיעו בחברה בעבר זנחו אותה. גם הקרן שנכנסה ב-2009 בפועל זנחה אותה."
(פרו', 28).

ובהמשך:

03/03/2009

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

"ש. בניסיון שלך פרק זמן של 18 חודש מינואר 2008 עד יוני 2009, הוא פרק זמן נדיר או נפוץ מבחינת פרקי הזמן בין סבבי גיוס בחברות הייטק או שהיית אומר זה בגדר המקובל בתעשייה. ת. בין שנה לשנה וחצי. אציין בתשובה לשאלתי שהיקף הגיוס שנעשה בשנת 2007, הוא יחסית קטן כ 1.5 דולר, היו גיוסים יותר גדולים של מס' רב, ואז שמגייסים משהו כמו 5 מיליון דולר, כמובן שהצפי שהכסף יחזיק לפחות לשנה וחצי. כשמגייסים מיליון דולר ולא עומדים בתחזית העסקית אז הגענו לאן הגענו." (שם, 29).

הנה כי כן, אליבא ד"ר שנהב, עתה הגיעה העת לסבב השקעה חדש ומצבה הפיננסי הנוכחי של החברה אינו מהווה מצב חריג ביחס למצן של כלל חברות ההזנק.

20. בעניין זה אתייחס גם לחוות דעתו של רו"ח פסי (בש"א 6469/09). רו"ח פסי דן במצבה הנוכחי של החברה ובסיכום חוות דעתו קובע כך:

"כך או כך, מדובר בהרעה משמעותית במחזורי הפעילות של החברה וחברות הבנות שלה ביחס לשנה הקודמת, אשר מעמידה בספק רב את יכולת הקבוצה לקיים איזון תפעולי כלשהו בשנת 2009, גם אם הוצאות התפעול יצומצמו באופן משמעותי. למעשה ברור מנתונים אלה שללא הזרמת הון חיצונית אין לחברה כל יכולת לשרוד מעבר לרבעון הקרוב."

דבריו אלו אינם מוכחשים על ידי המשיבה, ואף מנכ"ל החברה, מר שפירא, העיד כי ללא הזרמת הון חיצוני יכולה החברה להמשיך ולהתקיים עד חודש יוני הקרוב (פרו', 12). אלא, שכפי שהעיד ד"ר שנהב, זוהי דרכה של חברת הזנק וכך הן תולדות חייהן של כלל החברות הללו – חיות הן מהשקעה להשקעה, כל תקופה של שנה עד שנה וחצי, עד אשר מגיעות הן לרווחיות. זאת ועוד, רואה החשבון לא העמיד את הנתונים הכספיים של הרבעון הראשון בשנת 2008 אל מול הנתונים של הרבעון הראשון של שנת 2009, אלא בחן את נתוני הרבעון הראשון של שנת 2009 אל מול שנת 2008 בשלמותה. חוות דעתו של רו"ח פסי, ראויה היא, אולם אין היא מתאימה את עצמה למצב של חברות הזנק, ובכך חסר העיקר מן הספר.

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

המבקשת טוענת כי משקיעי החברה נטשו אותה, ולפיכך מצבה הפיננסי הנוכחי שונה ממצבה של כל חברת הזנק אחרת. טענה זו הינה טענה הפרה צפויה, אשר תידון בהרחבה בהמשך.

סיום עסקיה של חברת הבת באופן הרגיל בו הם מנוהלים ופיטורי עובדים
21. סעיף 9.5(f) להסכם ההלוואה קובע כדלקמן:

“Borrower ... (f) shall cease operations of its business as its business has normally been conducted, or terminate substantially of its employees”

חברת הבת האמריקאית תפקידה לשווק את מוצריה של הקבוצה וליתן תמיכה ללקוחותיה. זהו האופן הרגיל בו מנהלת חברה הבת את עסקיה. בחברה הבת היו מועסקים טרם תוכנית ההבראה 5 עובדים – שניים אשר עבדו שם מספר חודשים ועוד שלושה בכירים, בהם מנכ"ל הקבוצה.

האם שינוי של תחזיות ההכנסות מהוים שינוי עסקיה של החברה? האם שינוי בהיקף הפעילות מהווה שינוי עסקיה של בחברה? סבורני שלא. שינוי בניהול הרגיל של עסקי החברה צריך להיות שינוי במהות העסק ולא שינוי בתוכנית עסקית זו או אחרת. כל עסק, נקלע לעיתים לתקופות משבר או תקופות שיא, בהן מתאים הוא את התוכניות העסקיות למצבו הזמני. בניגוד לכך, כאשר מלווה שם את כספו בעסק בתחום מסוים, ובמקרה דן – חברת הזנק בתחום הטכנולוגיה, מקפיד הוא כי לא ייעשה שימוש בכספו לטובת ניהול עסק בתחום אחר, תוך עשיית שימוש בשלד ובאישיות המשפטית של החברה. לדוגמא: לו המשיבה היתה משנה את אופי פעילותה, כך שחלף שיווק הפיתוח הטכנולוגי היתה עוסקת בשיווק מוצרי בריאות, היתה בכך הפרה של הסכם ההלוואה, היות שהחברה שינתה את אופי ניהול עסקיה.

על כך העיד המנכ"ל, מר אלכס שפירא, בחקירה נגדית על תצהירו:

“ת. לא. כאשר החברה נמצאת בתהליך של גיבוש תוכנית הבראה שיש לה מרכיבים מהותיים שונים מהתוכנית שרצנו עליה עד אז.

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

ש. מה זה שונה מהותי.
ת. היינו בתוכנית עם יעדים של גידול מסיבי תוך כדי הגעה לאיזון ברמות הוצאות הרבה יותר גבוהות. כדי להאיט את הריסק של החברה לרמה הרבה יותר נמוכה בהינתן המצב העולמי של התעשייה ובהינתן שאנו צריכים תוכנית יותר יציבה שנינו את היעדים האלה, וויתרנו על גידול מסיבי בשנת 2009 ונלך על צמצום הוצאות נוסף ונגיע לנקודת איזון נמוכה ומשם נתחיל לגדול.

ש. מה השינוי המהותי.
ת. אם בעבר רצינו לגדול 80 אחוז משנה לשנה, עכשיו נגדל פחות מ-10 אחוז. לעומת זאת, נביא את האיזון לרמה של שלושה מיליון דולר. על פי הנסיון שלי שיקמתי 4 ארגונים בעבר וזו שיטה שיש לה סיכוי הרבה יותר גבוה ורואים בהיסטוריה שהחברה הצליחה לעשות זאת, רואים בשנת 2007 שגדלנו בחמישים אחוז ועשינו זאת. נכון שרצינו יותר מזה, אבל בשנת 2008 זה לא שנת מצוקה, אלא הכי טובה בהיסטוריה אך רצינו יותר." (פרו', ע' 9).

מדבריו של העד עולה במפורש כי אין מדובר בשינוי של מהותו של העסק אלא בשינויים בדרכי הפעילות באותו תחום עסקי של העסק.

22. קשה אף לקבל את טענת המבקשת לפיה פיטורי 40% מהעובדים בחברת הבת, אשר כולם עובדים בעלי ותק נמוך ביותר, מבלי להיכנס לטענה כי תרומתם הסתכמה ב-5% בלבד מסך ההכנסות, מהוים חיסול עסקיה הרגילים של חברת הבת או פיטורי עיקר כוח האדם. לא בכדי שאלת הפיטורים לא הועמדה כתנאי בפני עצמו, מאחר שהפיטורים על פי אירוע הפרה זה נועדו להוות ראיה לחיסול עסקי החברה. במקרה דנן, היקף הפיטורים וזוהות המפוטרים בחברה האמריקאית, מעידים על תוכנית התייעלות/הבראה, אולם לא על חיסולה של החברה.

ב"כ המבקשת שם דגש על פיטורי חלק ניכר מעובדי החברה, ביחס למספר העובדים בשנת 2007, ועל כך העיד ד"ר אייל שנהב, מטעמה, כדלקמן:

ש. איפה השתנתה הפעילות העיסוקית הזו.
ת. זה ברור מאליו חברה שיש בה 50 עובדים הפעילות העיסוקית שווה מהותית מחברה שיש בה 14 עובדים.

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

ת. בישיבת דירקטוריון שבה נכחתי נשאל על ידי חברי הדירקטוריון מה משמעות של אקט הפיטורים לגבי המשך פעילותה של החברה, והתשובה היתה היא שכתוצאה מהפיטורים יכולת המחקר והפיתוח של החברה נפגעה קשות, אין לה אפשרות לפתח מוצרים חדשים. יש לה יכולת למכור את המוצר הקיים. מובן היה לכולם בישיבה כי המוצר הקיים בשלב מסוים מתיישן, ולא ניתן יהיה למוכרו. ובפועל, התוצאה היא שאותם 14 עובדים לא יכולים לעשות את מה שעשו 50 או 25 עובדים כי הם לא יכולים לפתח את הדור הבא של מוצרים. ובעיני זה שינוי מהותי של הפעילות העיסוקית." (פרו', ע' 25).

ובהמשך הדגיש את חשיבות בחינת מצבת העובדים בכלל הקבוצה, כך:

"ש. האם אי פעם בוצעה פעילות מחקר ופיתוח כלשהי בחב' הבת האמריקאית
ת. לא יודע בוודאות. להערכתי מרבית המחקר נעשה בישראל.
ש. בעצם לפחות לגבי הבת האמריקאית ככל שהיה קיצוץ במחקר ובפיתוח זה לא היה הרלוונטי לחב' הבת האמריקאית.
ת. לנסות להפריד ולשים את החב' האמריקאית כגוף עצמאי, זה לא יהיה נכון. היא חב' בת של חברה ישראלית. היא ממומנת על ידי החברה הישראלית. החברה האמריקאית היא בעצם לא עצמאית ולכן השינוי המהותי הוא גם בחברה האמריקאית
ש. ההפרדה שאתה טוען שלא רלוונטית זו הפרה שאתה מתייחס אליה למשל בסעיף 24 בפתח, שבו אתה ספציפית מייחס את ארועי ההפרה, לחב' הבת להבדיל מהחברה הישראלית והקבוצה כמכלול.
ת. הסכם ההלוואה נחתם עם החברה האמריקאית. אבל המשיבה פועלת בצורה כוללת שלא מבחינה בין החברה האמריקאית לישראלית. למשל, ישיבת הדירקטוריון שעליה דיברתי היתה ישיבת דירקטוריון של החברה הישראלית. לא ראיתי פרו' של חברה אמריקאית. לא חושב שקיים דירקטוריון של החברה האמריקאית. לכן צריך לראות את ההפרה על פני מכלול הקבוצה. זו גם היתה כוונת ההסכם. לכן לדעתי היתה הפרה." (שם, שם).

מנגד, מנהל החברה, מר אלכס שפירא, הדגיש בעדותו כי ניתן לבצע את אותה עבודה עם מספר העובדים המצומצם.

תחילה עמד על הירידה במצבת העובדים:

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

"ש. כשהגעת לחברה כמה עובדים היו.
ת. 50 עובדים וזה היה לפני שנתיים וחצי.
ש. אני מניח שחמישים עובדים היו דרושים לצורך ביצוע העבודות השונות בחברה.
ת. נכון. היום מועסקים כ-24. נכון ליום 15.1.09 שהייתה ישיבה שהרקולס השתתפה היו בחברה 24 עובדים." (פרו', ע' 5).

בהמשך דבריו, השיב בהרחבה לטענה בדבר פגיעה ביכולת החברה לעמוד ביעדיה לאור צמצום מצבת העובדים. כך העיד:

"ש. שבעים עושים מה שעושים 50 עובדים או שחלק מהדברים הפסקתם לעשות.
ת. יש בחברה מאז שאני מוביל אותה תהליך מתמיד של התייעלות. אסביר. שהגעתי לחברה בסוף 2006, החברה עשתה סרטים בהיקף של 2 מיליון דולר עם הוצאות של 9 מיליון דולר. הפסד של 7 מיליון דולר. שנה לאחר מכן הורדנו את העלויות בשני מיליון דולר וההכנסות עלו במיליון דולר. האנשים עשו יותר עבודה עם פחות משאבים. התמונה ממשיכה גם בשנת 2008, כאשר אחוז העלייה והרווחים היה צנוע. רק שלושה אחוז, מעל שלושה מיליון דולר עם התוצאה של שנת 2007. עליה של 3 אחוז בהכנסות תוך כדי צמצום נוסף של 2 מיליון דולר, כך שההספד הצטמצם מ-7 מיליון דולר לשני מיליון דולר. לפי הסידורה ההנדסית ולפי תוכנית ההבראה שהבורד אישר לפני מס' ימים, אנו נצבע שלושה מיליון דולר בשנת 2009 בלא הפסדים. אנו נצמצם יותר מ שני מיליון דולר הוצאות. אני לא יודע למדוד את הפעילות בפרוייקטים ואיזה עבודות, אני בודק את זה בהוצאות.
ש. ברמת העיקרון היו לך 50 עובדים, מכל הנאום הגדול הזה אתה אומר בעצם ש-25 אנשים עושים את אותם דברים שעשו 50 איש זה מה שניסית להסביר.
ת. זה תהליך התייעלות. השאלה מראה על חוסר הבנה איך החברה פועלת ואסביר.
ש. האם 25 אנשים עוסקים באותם נושאים באותו סוג של פעילות כמו שעבדו 50 או שהם עובדים כרגע, הורדתם דברים מסויימים שלא התאימו לכם ואתם עושים עכשיו פחות דברים.
ת. אני חוזר ואומר כחלק מתהליך התייעלות האנשים המעטים יביאו את אותה תוצאה עסקית ויותר. יש משהו שאני רוצה להסביר, הדברים שאנשים עשו לפני שלוש שנים ושנתיים אנו מתבססים עליהם. המוצר מתקדם ויש לו יכולת היום שלא היו לפני שנה שהצטברו דרך המוצר דרך העבודה של אותם

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

אנשים, זה כמו טיל עם שלבים. כל שלב יורד וזה עוזר להמשיך ללכת קדימה. לגופו של עניין, שפרופנסי זה הארגון החמישי שאני הולך לשקם, יש לי היסטוריה של חמישה ארגונים ששיקמתי והצלחתי להעלות את התוצאות שלהם תוך כדי הורדת עלויות.

ש. האם כשאתה מציע לנהל את החברה עכשיו עם 11 עובדים אז 11 עובדים יעשו את המשך הטיל הזה על אותם דברים שעבדו 50 עובדים.

ת. מדובר בתוכנת הבראה עם 14 עובדים. לגופו של עניין, 14 עובדים יעסקו באותם פעילויות ויביאו תוצאות דומות ואני יכול להסביר איך הדבר הזה יתבסס.

ש. היה לך 50 עובדים הורדת ל-14 עובדים. אני יכולתי להבין שאתה מתכוון להפעיל את החברה עם 11 עובדים ואתה אומר שהתכוונת להישאר עם 14 וזה המינימום להפעיל את החברה.

ת. זה המינימום כדי להשיג את 3 מיליון דולר ולהביא את החברה לרווח קטן בשנת 2009 או לאיזון. " (שם, שם).

יוצא אפוא, כי גם אם אבחן את שאלת פיטורי העובדים לאור מכלול הפיטורים בקבוצת החברות, אזי יש לקבוע כי אין בפיטורים אלו כדי לשנות את עסקיה הרגילים של החברה. מן המפורסמות שבתחילת הדרך של חברות ההזנק, ישנו צורך להשקיע יותר בתחום הפיתוח ויצירת המוצר, ולשם כך דרושים עובדים רבים, אולם בהמשך אין עוד צורך באותו היקף כוח האדם.

23. עובדות נוספות אשר עליהן העיד מנכ"ל החברה, תומכות במסקנה כי החברה ממשיכה לקיים את עסקיה, וכן בקביעה כי לא חלה הרעה משמעותית במצבה של החברה. המנכ"ל העיד כי בשנת 2008 גייסה החברה לקוחות חדשים, ביניהם החברות Liebherr, Honeywell, Goodrich, Honda וחברת MWM מברזיל. כן העיד, ולכך צורפה אסמכתא, כי לקבוצה הסכמים עם חברת דאסו, וכבר התקבלה הזמנה באמצעותה עבור חברת פורד. אשר לדאסו, הוסיף המנכ"ל כך בעדותו:

"ת. ... אני רוצה להודיע לפורום הנכבד שהחברה שאתם הגדרתם שהיא מתה, עומדת לתת הצעה של 4 מיליון דולר לחברת דסו. זה תהליך של חודשים שעבדנו ונבחרנו בתור שותף אסטרטגי." (פרו', 11).

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

עוד הוסיף המנכ"ל, כי התקבלו הזמנות מחברת Valeo, הזמנה אשר צורפה כנספח לתגובה.

ביחס לדברים אלו, אתייחס גם לטענת המבקשת כי היות שענף הרכב העולמי מצוי במשבר משמעותי ביותר, הרי שלא ניתן לסמוך על תחזיות המשיבה. טענות אלו אינן באות בגדריה של הידיעה השיפוטית, אולם אף במידה ודברים אלו נכונים הם, יש לשים לב כי בניגוד לסקטורים אחרים אשר אליהם לא מתייחסות "ההנהגות הכלכליות" בצורה ייחודית, הרי שענף הרכב האמריקאי הינו אחד הענפים אשר עתיד לקבל את עיקר הסיוע הכלכלי של הממשל האמריקאי, כך על פי הצהרות הממשל החדש. אכן, נתונים אלו הינם בגדר השערה, אולם דווקא לאור המשבר העמוק בתחום תעשיות הרכב, והיקף התעסוקה בתחום זה, יש להניח כי הממשל האמריקאי יעשה מאמץ ניכר לעמוד בהצהרותיו. זאת ועוד, בניגוד לתמונה העולה מטענות המבקשת, הציגה המשיבה הזמנות חדשות מחברות אלו, וטוענת היא כי דווקא בעידן של משבר ייטו חברות הרכב לרכוש פיתרונות טכנולוגיים המחליפים את הידיים העובדות, ובכך מוזילים את עלויותיהם. בין אם צודקת המבקשת ובין אם צודקת המשיבה, אף לא אחת הוכיחה סברתה בראיות, ומדובר בוקטורים נוגדים המאיינים זה את זה.

מן המקובץ, באתי למסקנה כי אין בפני חברה אשר פניה לחיסול עסקיה, אלא חברה שעדיין חפצת חיים היא, ועושה כל אשר בידה על מנת לקיים את עצמה ולהמשיך לקדם את עסקיה, מבחינה מהותית, בהתאם לסביבה הכלכלית המשברית.

24. בסיכומי התשובה טענה המבקשת טענה נוספת, והיא כי התקיימה הפרה גם על פי סעיף 9.5(g). הגם שלא ניתן להעלות טענה חדשה בסיכומי תשובה, ודי בכך על מנת לדחותה, ניתן לדחות טענה זו אף לגופה.
סעיף 9.5(g) קובע כך:

"Borrower or its directors or majority shareholder shall take any action initiating any of the foregoing action described in clauses (a) through (f)."

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

פסקה זו קובעת כי די בקבלת החלטות לשנות את המצבים המפורטים בסעיף 9.5 להסכם ההלוואה, ואין צורך בביצועם בפועל, על מנת שתתקיים הפרה.

אין ספק כי במידה ותנאיו של סעיף 9.5 (א) לא מתקיימים, כאמור לעיל, לא ניתן לומר כי קבלת החלטות אשר עמדו בבסיס הטענה להפרת סעיף זה, מהווה הפרה נפרדת.

הפרת חובת הדיווח של חברת הבת

25. המבקשת טוענת עוד כי על פי סעיף 7.1 להסכם ההלוואה, על חברת הבת ליתן לה אישור בכתב על היותה עומדת בתנאים, בהגדרות ובהצהרות בהתאם להסכם ההלוואה. ובמידה ואין היא נותנת אישור זה, מהווה הדבר הפרה על פי סעיף 9.2 להסכם ההלוואה. לדבריה, למרות דרישות חוזרות ונשנות לא המציאה חברת הבת למבקשת את האישור האמור, דבר המעיד על כוונתה להסתיר את מצבה האמיתי של החברה.

לדברי המשיבה, עד חודש נובמבר 2008 הועברו למבקשת דוחות חודשיים, והדוח של דצמבר 2008 התעכב בגלל שהיה בביקורת רוי"ח – כדוח שנתי. כמו כן, לדברי המשיבה, על אף העיכוב בהעברת הדוח, הרי שמנכ"ל החברה קיים קשר שוטף עם נציגי הרקולס ועדכן אותם על מצב החברה. לבסוף, בסמוך להגשת הבקשה, טוענת המשיבה כי סופקו כל הדוחות, כנדרש.

המבקשת לא טענה בתשובתה כי לא קיבלה הדוחות כמפורט בסיכומי המשיבה, כאמור לעיל, ולפיכך נראה לא הופרה החובה בעניין זה. זאת ועוד, ברי כי כוונת הצדדים היתה למנוע הסתרת מידע, אולם במקרה דנן, נציג הרקולס נכח בישיבת הדירקטוריון שם דווח על מצבה של החברה והדרכים להמשיך את חיותה, ולפיכך, מבחינה מהותית לא ניתן לקבוע כי המשיבה הסתירה את מצבה הכלכלי מעיני המבקשת.

סיכום ביניים

26. לאור כל האמור לעיל, עולה כי לא התקיימו אירועי ההפרה, אשר על פי ההסכם נדרשים להתקיים בחברת הבת האמריקאית, ומכאן שאין למבקשת עילה להעמדת

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פ"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

החלואה לפירעון מידי על פי הסכם החלואה. לפיכך, מתאינת זכותה של המבקשת לאכוף את השיעבוד על נכסי המשיבה, **כערבה** לחובה של חברת הבת האמריקאית.

הזכות לאכיפה מכוח הדינים הכלליים

27. כאמור במתווה הדין בבקשה, טוענת המבקשת כי קמה לה הזכות לאכוף את השיעבוד על נכסי החברה מכוח הדין הכללי – מכוח חוק המשכון, תשכ"ז-1967 (להלן: "**חוק המשכון**") ומכוח דוקטרינת ההפרה הצפויה מדיני החוזים.

תחולת סעיף 21 לחוק המשכון על שיעבוד צף

28. המבקשת טוענת כי יש להתיר לה לאכוף את השיעבוד באמצעות מינוי כונס נכסים, אף מכוח סעיף 21 לחוק המשכון.

המשיבה טוענת כי חוק המשכון לא חל על השיעבוד הצף.

חוק המשכון כדין כללי

29. תחולתו של חוק המשכון על כלל סוגי השיעבודים אינה נתונה במחלוקת. שלום לרנר, **שיעבוד נכסי חברה** (1996) (להלן: "**לרנר**"), מציין כדלקמן:

"הסברנו לעיל, כי חוק המשכון הוא דין כללי החל על כלל השיעבודים, ופקודת החברות היא דין ספציפי המוסיף הוראות מיוחדות לגבי שיעבוד נכסי חברה. לפי גישה זו, יחולו הוראות חוק המשכון על שיעבוד נכסי חברה, כל עוד אינן סותרות הוראות ספציפיות בדיני החברות" (שם, 175).

אשר לתחולת חוק המשכון ביחס לשיעבוד הצף, סובר לרנר כי על אף תחולתו הכללית של חוק המשכון, כדין כללי, על כל סוגי השיעבודים, אין הוא חל ביחס לשיעבוד הצף. כך כתב:

"לפי סעיף 1(א) לחוק [המשכון – י.ש.], מישכון הוא 'שיעבוד נכס כערובה לחוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון אם לא סולק החיוב'. הגדרה זו מדגישה את היסוד הקנייני של המשכון – 'שיעבוד נכס', בהבדל מזכות חיובית כלפי אדם מסויים או מספר

**בתי המשפט****בש"א 6382/09**
פש"ר 6026/09**בית המשפט המחוזי בירושלים****בפני: כבוד השופט יוסף שפירא**

חייבים מוגדרים. זכות קניין יכולה להיווצר אם קיים נכס מסויים שהוא נשוא הזכות, ולהלן נבדוק אם שעבוד צף עונה על דרישה זו.

...
לפי שיטה אחת, שעבוד צף טרם הגיבש אינו חל על נכס ספציפי של החברה, אלא מרחף כענן על כלל נכסיה. שיטה זו תתקשה לראות בשעבוד צף לפני הגיבש, 'שעבוד נכס' במובנו של חוק המשכון. (שם, 176).

עמדה זו לא היתה מקובלת בפסיקה בזמנו. בע"א 522/72 מדינת ישראל נ' כונסי נכסים של החברה וולטקס, פ"ד כז(2), 393 (1973), קבע כבי השופט קיסטר, כך:

"אין חולקין כי לגבי מימוש השעבוד הצף שהתגבש, חלות הוראות חוק המשכון, תשכ"ז-1967." (שם, 404).

מדברים אלו עולה, כי תחולת חוק המשכון על שיעבוד צף טרם גיבושו, שנויה במחלוקת.

בע"א 248/77 בנק הפועלים בע"מ נ' גרבורג בע"מ, פ"ד לב(1), 253 (להלן: "פרשת גרבורג"), קבע כבי השופט עציוני, כדלקמן:

"אולם כאן, טוען בא-כוח המערער, חלות הוראותיו של חוק המשכון, תשכ"ז-1965 (להלן - החוק), ואלו מעדיפות את זכותו של בעל השעבוד על זכות הבעלים האמיתי של הנכס. אין ספק, שהשעבוד הצף מהווה משכון, במובן הגדרת המישכון בסעיף 1 (א) לחוק, האומר:
'מישכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון אם לא סולק החיוב.'
וכבר אמר השופט קיסטר ב-ע"א 522/72, הנ"ל כי:
'אין חולקין כי לגבי מימוש השעבוד הצף שהתגבש, חלות הוראות חוק המשכון, תשכ"ז-1967.' (ע' 405)
אמנם, ההבדל בין משכון לשעבוד צף איננו מחוור כל צרכו אולם ברור, ברוח הדברים שנאמרו לעיל, כי כל עוד לא נפגעה יכולתם של תאגידים לשעבד את נכסיהם בשעבוד צף על-פי הוראות חוק מיוחדות (פקודת החברות, 1929, סעיפים: 2, 120, 121; פקודת האגודות השיתופיות, 1933, סעיף 28) חל חוק המשכון." (שם, 259).

מכאן עולה, כי כבר בפרשת גרבורג הוכרע הדין באופן שהשעבוד הצף נכנס להגדרת סעיף 1 לחוק המשכון, שלא כעמדתו של לרנר, כמובע בספרו שיצא לאור בשנת 1996. על אף

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

זאת, בהמשך פרשת גרבורג נקבע כי אין להחיל את הוראת סעיף 5 לחוק המשכון (תקנת השוק) על שעבוד צף, היות שחל הדין הספציפי, כדלהלן:

"הגדרה זו [סעיף 2 לפקודת החברות, 1929 - י.ש.] דוחה את ההגדרה הכללית בדבר משכון. מדובר בה על נכסים השייכים לחברה, ומכאן שאין השעבוד יכול להתגבש אלא על מה שהיה שייך אותה שעה לחברה.

המחוקק הגן בסעיף 5 לחוק על מקבלי המשכון 'הרגיל', הספציפי, הוא לא הרחיב את הגנתו ולא פרש אותה אף על אלה שלהם שעבוד צף.

מקבל ה'שעבוד הרגיל', שהוא בנק למשל, יודע שהוא מלווה כספים כאשר חיובו של בעל השעבוד מובטח בערובה - היא השעבוד הספציפי. אם לא יוכל הבנק לסמוך על ערובה זו, ישתבש מן הסתם שוק האשראי, ועל מצב כזה בדיוק באה להגן הוראת סעיף 5 לחוק.

לא כן מצבו של מי שלו השעבוד הצף, זה יודע מראש שיש לו רק ערובה 'על תנאי', רק לגבי אותם נכסים שיהיו שייכים בשעת גיבוש השעבוד לחברה, ורק אחרי שהנושים המועדפים ייפרעו מנכסים אלה.

על-כן, לא תינתן לו הגנת תקנת השוק (אם כי ודאי היה מאוד רוצה בה), שכן ממילא אין לו ודאות לגבי הנכסים המשועבדים לו כערובה, ובמצבו - הכל צפוי, אפילו שיותר לו שעבוד על נכסים בשווי אפסי, או שלא יוותרו לו נכסים כלל. כך, הטעם בהגנת מקבל המשכון - צרכי שוק האשראי - איננו עומד כאן לגבי מקבל השעבוד הצף, שלא דאג לו למשכון רגיל, ובכך קיבל סיכון על עצמו." (שם, 260).

יוצא אפוא, כי אף אם, ככלל, שעבוד צף הינו בגדר משכון, הרי שאין להחיל הוראות חוק המשכון באופן גורף, אלא שטרם החלת הוראה מחוק המשכון יש לבחון האם חל הדין הספציפי, והאם החלת הוראת חוק המשכון הולמת את העקרונות העומדים בבסיס השעבוד הצף.

30. בע"א 542/85 המועצה הישראלית ליצור נ' אתא חברה לטקסטיל, פ"ד מב(4), 559 (להלן: "פרשת אתא"), חזר בית המשפט (כב' השופט י' מלץ) על ההלכה כי שעבוד צף מהווה משכון על פי סעיף 1 לחוק המשכון, והוסיף כי ביחס לפעולות שלא במהלך העסקים

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

הרגיל, הסותרות את ההגבלות הקבועות באגרת החוב, מעמד השעבוד הצף כשעבוד ספציפי, כך:

"לסיכום ניתן לומר, כי לאחר שקבע בית משפט זה כי שעבוד צף מהווה משכון במונח סעיף 1(א) לחוק המשכון (ע"א 248/77 הנ"ל), הרי יפה כוחו של ההגבלות הקבועות באגרת השעבוד הצף, וידועות לצד ג', עד כדי להעלותו למדרגת שעבוד ספציפי בכל הנוגע לפעולה שאיננה במהלך העסקים הרגיל. (נ. ביטרמן, 'שעבוד קבוע שנוצר בניגוד לאיסור שבשעבוד שוטף', הפרקליט ל"ד 100, 110)."
(ההדגשה אינה במקור – י.ש.]. (שם, 562).

מעמדו של השעבוד הצף עולה למדרגת שעבוד ספציפי דווקא ביחס לפעולות שאינן במהלך העסקים הרגיל, בהינתן תניית הגבלה, אולם, כל עוד לא הופרו תנאי אגרת החוב, הרי שחוסנו של השעבוד הצף אינו כשל השעבוד הספציפי (לעניין תניית ההגבלה בשעבוד צף, ראו פסק הדין בפרשת בנק לאומי, הנ"ל).

בע"א 196/87 רות שוייגר נ' אליהו רז לוי, פ"ד מו(3), 2, צויין באופן כללי כי:

"חוק המשכון מחיל עצמו על כל עיסקה שכוונתה שעבוד נכס כערוכה לחיוב, בין מקרקעין ובין מיטלטלין". (שם, 33).

כך נפסק גם מפי כב' השופטת ד' קרת-מאיר בבש"א (תל-אביב-יפו) 2751/06 עו"ד רוני מטרי, כונס נכסים לנכסי הגיפור (1975) בע"מ נ' קמור אביזרי תנועה בע"מ, תק-מח 10162, (4)2006:

"סעיף 26 (ב) לחוק המשכון קובע כי 'אין בהוראות חוק זה כדי לגרוע מכל דין הנוגע לשעבוד צף על נכסי תאגיד'. בעוד שחוק המשכון הינו דין כללי, פקודת החברות, על ההוראות המופיעות בה בכל הנוגע לשעבוד צף, הינה בגדר דין ספציפי. מעיון בהוראות פקודת החברות עולה כי אין בהן כל הוראה ספציפית המתייחסת לדין הגבלה על שעבוד של נכס. לכן, יחולו גם על שעבוד צף הוראות סעיף 3(ב) לחוק המשכון הקובע 'הגבלה או תנאי החלים, לפי דין או הסכם, על העברת בעלות בנכס יחולו גם על משכונו'".

**בתי המשפט****בית המשפט המחוזי בירושלים****בש"א 6382/09**
פש"ר 6026/09**בפני: כבוד השופט יוסף שפירא**

ברע"א 65/06 עזבון המנוח דוד בר לבב נ' מנחם עצמון, עו"ד, תק-על 2008(1), 5861 (להלן: "פרשת בר-לבב"), נותר כבי השופט ס' ג'ובראן בדעת מיעוט בשאלה האם שעבוד צף חל על נכסי יחיד. אולם, בתחילת דבריו, סקר כבי השופט ג'ובראן את הפסיקה בשאלה האם חוק המשכון חל על השעבוד הצף, טרם גיבושו, ואלה דבריו:

"נוסיף כי מפסק הדין [פרשת אתא – י.ש.] עולה כי חוק המשכון חל על שעבוד צף אף טרם גיבושו.
29. ניתן לראות כי הפסיקה הכירה בכך שחוק המשכון כולל הסדר של שעבוד צף. הסדרים כלליים המצויים בחוק המשכון הוחלו מכוח פרשנות זו על שעבוד צף בחברות. כך ראינו את החלתו של סעיף 5 לעניין תקנת השוק על שעבוד צף בפרשת בנק הפועלים; כך גם סעיף 21 המורה על מימוש מוקדם של משכון לאחר פניית הנושה לבית המשפט, נמנה כאחת החלופות לגיבושו של השעבוד (וולובסקי, בעמ' 24); סעיף 15 (א) הקובע את מועד פגיעת המשכון עם תשלום החוב, חל אף הוא על שעבוד צף (ע"א 2181/02 הסוכנות היהודית לארץ ישראל נ' בית נחמיה, מושב עובדים של העובד הציוני, פ"ד נח(3), 697 (2004)). כפי שצינו לעיל, ניתן לראות בסעיף 26(ב) אינדיקציה לכך שחוק המשכון מעמיד אפשרות עבור אדם פרטי לשעבד נכסיו בשעבוד צף (וראו: ויסמן, עמ' 35; ומנגד - לרנר, בעמ' 176). " (שם, 5870).

(בקשה לדיון נוסף ביחס לפסק דין זה [דנ"א 3276/08 עו"ד מנחם עצמון נ' עזבון המנוח דוד בר לבב, תק-על 2009(1), 874], בשאלה הנ"ל האם ניתן לרשום שיעבוד צף על נכסי יחיד, נדחתה).

מן המקובץ עולה, כי אף שבתחילה שאלת חלות חוק המשכון על השעבוד הצף, היתה שנויה במחלוקת, הרי שהפסיקה קבעה כי חוק המשכון הינו דין כללי החל אף כלפי השעבוד הצף, כל עוד אין הוראה ספציפית בפקודת החברות, הגוברת על הוראות חוק המשכון.

תחולת סעיף 21 לחוק המשכון

31. כאמור לעיל, על אף תחולתו של חוק המשכון, כדין כללי, יש לבחון האם יש להחיל את הוראת סעיף 21 לחוק המשכון על השעבוד הצף.

**בתי המשפט****בית המשפט המחוזי בירושלים****בש"א 6382/09**
פש"ר 6026/09**בפני: כבוד השופט יוסף שפירא**

סעיף 21 לחוק המשכון, קובע כך:

"21. מימוש מוקדם של משכון
(א) בית המשפט רשאי, על פי בקשת החייב, הנושה או המחזיק במשכון, לצוות על מימוש המשכון לפני שהגיע המועד לקיום החיוב או לתת הוראות אחרות שימצא לנכון, אם נוכח שהנכס הממושכן עלול להתקלקל או לאבד שיעור ניכר מערכו או שזכויות הצדדים עלולות להיפגע מסיבה אחרת.
(ב) מימוש המשכון לפי סעיף זה יהיה בדרך שיוורה בית המשפט."
 [ההדגשות אינן במקור – י.ש.]

יוצא אפוא, כי לשם בחינת תחולתו של סעיף 21 לחוק המשכון על שעבוד צף, יש לבחון האם ישנו דין ספציפי בפקודת החברות, העוסק במצב בו ישנו חשש מוקדם לאי יכולת עתידית של הממשכן לפרוע את חובו, וכן האם ראוי מבחינה מהותית להחיל את המימוש המוקדם במצב של שעבוד צף (כפי שנבחן בפרשת גרבורג הנ"ל, ביחס לתחולת תקנת השוק).

טרם בחינה זו לגופה, אציין כי על אף שהפסיקה קבעה כי השעבוד הצף נכנס תחת כנפי הוראת סעיף 1 לחוק המשכון, הרי שמבחינה מהותית קבעה כי השעבוד הצף מרחף כענן על כלל נכסי החברה. (ראו: ע"א 603/71 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' בנק א"י בריטניה בע"מ, פד"מ כ"ו(2) 468; ע"א 2070/06 תשתית ציוד ובינוי בע"מ נ' עו"ד יעקב גרינוולד - כונס נכסים, תק-על 2008(3), 3357, 3387).

ובלשון כבי השופטת א' חיות בע"א 10907/03 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות, תק-על 2005(2), 3593 (להלן: "פרשת בנק לאומי"):

"השעבוד הצף (floating charge) נקלט במשפטנו מן הדין האנגלי. שעבוד זה נועד לאפשר לחברה לגייס אשראי כנגד העמדת נכסי החברה כבטוחה, מבלי שהדבר ימנע בעדה מלהמשיך ולסחור באותם נכסים, לרבות מכירתם או שעבודם בשעבוד קבוע (ראו א' פלמן, ה' בר-מור דיני חברות בישראל להלכה ולמעשה (כרך ב', תשנ"ד) 940-941 (להלן: פלמן, דיני חברות); י' כהן, דיני חברות (כרך ב', תשנ"א) 526-527 (להלן: כהן, דיני חברות)). שעבוד צף, על פי מהותו, אינו מתייחס לנכס מסוים וקבוע אלא למסגרת כללית של נכסים, המתחלפים מזמן לזמן, בהתאם לפעילות העסקית של החברה. ייחודו של השעבוד הצף הוא בכך שהתהוותו

**בתי המשפט****בש"א 6382/09**
פש"ר 6026/09**בית המשפט המחוזי בירושלים****בפני: כבוד השופט יוסף שפירא**

נעשית בשני שלבים, ולא במהלך אחד: השלב הראשון הוא שלב עריכת השעבוד בו נוצרת בטוחה "המרחפת" על הנכסים ששועבדו, אך היא אינה מגבילה את כוחה של החברה לסחור בהם כרצונה. השלב השני הוא שלב גיבוש השעבוד. בשלב זה יורד השעבוד ולכוד ברשתו את אותם נכסים מבין הנכסים ששועבדו, המצויים באותה שעה בידי החברה.

...
יתרונותיו של השעבוד הצף, בשל חופש הפעולה העסקי שהוא מאפשר לחברה החייבת, ברורים וגלויים. אך מבחינת הנושה שלטובתו ניתן השעבוד הצף, יש ביתרונות אלה כדי להפחית מכוחו של השעבוד כבטוחה אפקטיבית. ואכן, השעבוד הצף נחשב כבטוחה נחותה בעוצמתה לעומת שעבודים אחרים המוכרים בדין (ראו סעיפים 169(ב) רישא ו-195 לפקודת החברות; כהן, דיני חברות, 536). (שם, 3598).

כפי שצויין לעיל, עמדתו של לרנר הינה כי בהינתן שעמדת הפסיקה היא ש"שעבוד צף טרם הגיבוש אינו חל על נכס ספציפי של החברה, אלא מרחף כענן על כלל נכסיה", הרי ש"שיטה זו תתקשה לראות בשעבוד צף לפני הגיבוש, 'שעבוד נכס' במונחו של חוק המשכון".

מסקירת הפסיקה דלעיל עולה כי, ישנה בפסיקה שתי מגמות שיש לבחון אם הן יכולות לדור בכפיפה אחת. מחד גיסא, קובעת הפסיקה כי השעבוד הצף הינו כענן המרחף על כלל נכסי החברה, ומכן שאין הוא חל על נכס כלשהו. אולם, מאידך גיסא, קובעת הפסיקה כי השעבוד הצף נכלל בהגדרת סעיף 1 לחוק המשכון, הקובע כי משכון הינו "שעבוד נכס". לאור כך סבר לרנר כי אין להחיל את חוק המשכון על השעבוד הצף טרם התגבש השעבוד, ובלשונו:

"דברינו אלה מתייחסים רק לשעבוד צף טרם גיבושו, ואילו לאחר הגיבוש הופך השעבוד הצף לשעבוד קבוע לכל דבר. ... ייתכן איפוא, כי סעיף 26 לחוק המשכון מתייחס לשעבוד צף שהתגבש, וקובע כי חלות עליו הוראות חוק המשכון, אם אין הוראה נוגדת בסעיפיה של פקודת החברות." (שם, 177).

על הצורך בקביעת הלכה בעניין, עמד כב' סגן הנשיא י' לויט, כבר בהמ" (ת"א) 1989/93 בליס אופנה בע"מ (בכינוס נכסים) נ' סריגי גחלת בע"מ, פ"מ תשנ"ו(3) 133 (1994), באומרו:

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

"השעבוד הצף מרחף כצל מעל הנכסים השוטפים של החברה, וזו רשאית לנהוג בהם כחפצה, וגם נושיה יוכלו להיפרע מאותם נכסים, כל עוד השעבוד הצף אינו מתגבש. תוצאה כזו מחייבת לנטוש את תיאוריית 'הרישיון' שהצגתי לעיל ולאחוז בתיאוריית 'שעבוד נכסים עתידיים'. שינוי הלכה הוא בידי בית המשפט העליון בלבד." (שם, 144).

על אף שהפסיקה לא קבעה במפורש כי הלכה זו שונתה, הרי שמנוסח הדברים נראה כי מוגמה זו הינה המגמה המרכזית בעת הזאת.

32. שאלת תחולתו של סעיף 21 לחוק המשכון על השעבוד הצף טרם נדונה בפסיקה. כבי השופט גיוראן, בפרשת בר-לבב הנ"ל, ציין כי הוראה זו חלה על שעבוד צף, לאור עמדתו של אליעזר וולובסקי, בספרו **כונס נכסים בדיני החברות** (מהדורה שניה, 2004), בעמ' 24.

אני סובר כי המחוקק לא התעלם בפקודת החברות מאפשרות של התערערות הבטוחה של בעל השעבוד הצף, אולם קבע כי הסעד בעת התערערות הבטוחה הינו סעד מניעתי ולא סעד של אכיפה מוקדמת (סעיף 170 לפקודה). זו לשון סעיף 170 לפקודה:

"170. שעבוד צף ומניעת עסקאות
בעלי איגרות חוב מובטחות בשעבוד צף, או נאמניהם כשיש שטר נאמנות, רשאים לפנות בכל עת לבית המשפט ולבקש צו המונע את הממונה על מרשם המקרקעין מלרשום בפנקסי המקרקעין - אלא על פי צו בית המשפט - כל שעבוד נוסף, או מכר, של מקרקעין הרשומים אותה שעה על שם החברה ושלא הוצאו מכלל הנכסים המשועבדים, ואם נוכח בית המשפט שהערובה שניתנה לבעלי איגרות החוב נתערעה, או שיש טעמים אחרים מן הצדק והיושר להיענות לבקשתם, רשאי הוא ליתן לפי זה את הצו בתנאים שיראה בדבר הוצאות ועניינים אחרים." [ההדגשה אינה במקור - י.ש.]

מלשון הסעיף וכותרתו עולה, כי גם בעת בו מתערערת הבטוחה של בעל השעבוד הצף, כל עוד לא מתקיימת עילה לאכיפתו, פתוחה בפניו הדרך לפנות לבית המשפט לצורך הגנה על הבטוחה.

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

לשיטתי, במוצב של התערערות הבטוחה אין מדובר בחסר אלא בהסדר שלילי הקובע כי בעל השעבוד הצף זכאי להגנה אולם לא לאכיפה.

בדיון בשאלת היחס שבין השעבוד הצף לבין מקרקעי החברה המשעבדת, ציין יחיאל בהט, בספרו **חברות החוק החדש והדין** (מהדורה עשירית, 2008) (להלן: "בהט"), כך:

"אזכיר בהקשר הזה גם את סעיף 170 לפק' החברות. לפי סעיף 170, גם בעל שעבוד צף שאין הגבלות בשעבוד שלו, יכול לפנות לבית המשפט, ולטעון שהערובה התערערה או שיש סיבות מן הצדק ומן היושר, ולבקש צו המונע מהממונה על מירשם המקרקעין לרשום שעבודים או עיסקאות במקרקעין של החברה שלא הוצאו מגדר תחולת השעבוד הצף." (שם, 655).

אף מדבריו עולה כי המחוקק הקנה לבעל השעבוד הצף סעד הגנתי, עוד טרם ניתן לאכוף את השעבוד.

יצוין כי אברהם פלמן והדרה בר מור, בספרם **דיני חברות בישראל להלכה ולמעשה**, כרך ב' (מהדורה רביעית, 1994), סוברים כי גם לצורך הגנה, על פי סעיף 170 לפקודה, רשאי בית המשפט למנות כונס נכסים.

זאת ועוד, אף מבחינה מהותית, כל עוד מדובר על התערערות הבטוחה, על אף שאין מדובר על חשש ממשי לאובדן הבטוחה, הרי שיש לשמור על מהותו של השעבוד הצף, כשעבוד אשר אינו מגביל את סחירות נכסי החברה, כל עוד לא הוגבלה סחירות זו במפורש באגרת החוב (להרחבה ראו: בהט, ע' 661). חשש ממשי לאובדן הבטוחה נקבע בפסיקה כהפסקת פעילותה של החברה, מתן צו פירוק כנגד החברה או הטלת עיקול משמעותי על נכסי החברה (לרנר, ע' 141; גפני, ע' 51; פלמן; ע' 929, 974; וולובסקי, ע' 54-50).

לאור האמור, אני סובר כי אין להחיל את הוראת סעיף 21 לחוק המשכון על שעבוד צף, ולפיכך אין זכאית המבקשת לסעד אותו היא מבקשת מכוח סעיף זה.



בתי המשפט

בש"א 6382/09
פ"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: **כבוד השופט יוסף שפירא**

33. למעלה מן הצורך, אוסיף כי אף אם הייתי מקבל את טענת הכונס הזמני כי יש להחיל את הוראות סעיף 21 לחוק המשכון על שיעבוד צף טרם גיבושו, הרי שחובת ההוכחה המוטלת על המבקשת הינה להוכיח כי מתקיימים תנאי סעיף 21 לחוק המשכון ביחס לכלל נכסי החברה ולא רק ביחס לקופת המזומנים.

השעבוד הצף חל על כלל נכסי המשיבה, הן על נכסיה המוחשיים והן על הערך הכלכלי של הקניין הרוחני, והמבקשת לא הביאה חו"ד כלכלית לגבי ערך כלל נכסי החברה. די בכך בכדי לקבוע כי לא הוכח "שהנכס הממושכן, שהינו כלל נכסי החברה, עלול להתקלקל או לאבד שיעור ניכר מערכו."

כמו כן, אף אם אבחן את הסיפא של סעיף 21 לחוק המשכון, הקובע כי ניתן לבקש מימוש מוקדם כאשר ישנו חשש "שזכויות הצדדים עלולות להיפגע מסיבה אחרת", עילה שהינה חיצונית לנכס הממושכן (יהושע ויסמן, **משכון**, ע' 368 (1974)), בניגוד לעילת הפגיעה בנכס, הרי שהמבקשת לא הוכיחה בראיות כדבעי כי זכויותיה עלולות להיפגע, ועל כך ראו להלן ביחס להפרה הצפויה.

סיכום ביניים

לאור כל האמור, עולה כי לשיטתי סעיף 21 לחוק המשכון אינו חל כלפי שעבוד צף, וזאת לאור קיומה של הוראת דין ספציפית בפקודת החברות. אולם, אף אם היתה חלה הוראת הסעיף הנ"ל, הרי שהמבקשת לא הוכיחה כנדרש את התנאים הנדרשים על מנת לזכותה באכיפה מוקדמת.

דוקטורינת ההפרה הצפויה

34. ההסכם שבין המבקשת לחברת הבת, הינו חוזה ככל חוזה, ולפיכך חלים עליו דיני החוזים הכלליים.

זכותו של צד לחוזה לתרופה בגין הפרתו, אף טרם הפרת החוזה בפועל, נקבעה בסעיף 17 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, כדלקמן:

"גילה צד לחוזה את דעתו שלא יקיים את החוזה, או שנסתבר מנסיבות הענין שלא יוכל או לא ירצה לקיימו, זכאי הצד השני

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

לתרופות לפי חוק זה גם לפני המועד שנקבע לקיום החוזה, ובלבד שבית המשפט, בנתנו צו אכיפה, לא יורה שיש לבצע חיוב לפני המועד שנקבע לקיומו.".

בע"א 635/83 עזריהו אברהם נ' מזרחי מנשה, פ"ד מא(2), 105 (1987), ציין בית המשפט (כבי השופטת ש' נתניהו) כי חקיקתו של סעיף זה לא בא לשנות את המצב שהיה קיים טרם חקיקתו, באלו המילים:

"הוראה זו אינה שונה מהדין שקדם לחוקי החוזים, לפיו רואים בהתנהגותו של צד המעידה על כונתו להסתלק מהחוזה או להתנער ממנו, הפרה המקנה את הזכות לצד האחר לבטל את החוזה עוד בטרם הגיע המועד לקיומו (ראה לענין הדין הקודם ע"א 192/80 הנ"ל בע' 540). (שם, 111).

(לעניין עיכוב ביצוע חיובי הצד הנפגע ראו עוד: ע"א 670/89 מקור פיתוח עירוני בע"מ נ' משה קרון, פ"ד מה(3), 7, 12-13 (1991); ע"א 1816/91 דלתא הנדסה בע"מ נ' שכון עובדים, תק-על 98(2), 1885, 1886 (1998); דניאל פרידמן, "ביצוע חוזה נוכח חשש בדבר קבלת התמורה הנגדית", עיוני משפט י (תשמ"ד-תשמ"ה) 165, בע' 170).

בבוא הצד הנפגע להוכיח את התקיימות הצפי להפרה עליו להוכיח, על פי מאזן ההסתברויות, כי המפר העתידי אינו מעוניין או אינו יכול להמלא אחר התחייבויותיו.

גבריאלה שלו מתייחסת לסוגיה, בספרה דיני חוזים (מהדורה שנייה, 1995), כדלקמן:

"גילוי הדעת של הצד לחוזה שלא יקיים את החוזה צריך להיות ברור, ההסתברות מן הנסיבות שהצד לא יוכל או לא ירצה לקיימו צריכה להיות חד-משמעית. מהגיונו של החוק, מלשונו ומן המדיניות שעומדת מאחוריו ומתבססת על דרישה לביטחון וליציבות, נובע כי כדי שכפירה בחוזה תהווה הפרה צפויה, עליה להיות חמורה ויסודית" (שם, 477).

בע"א 6018/03 משה אוליאר נ' מסא א.א. ייזום וניהול נכסים בע"מ, תק-על 2007(1), 439 (2007), קובעת כבי השופטת ע' ארבל (בהסכמת הנשיאה ד' ביניש וכבי השופטת א' פרוקצ'יה), כדלקמן:

**בתי המשפט****בית המשפט המחוזי בירושלים****בש"א 6382/09**
פש"ר 6026/09**בפני: כבוד השופט יוסף שפירא**

"לבסוף, אשר לטענותיו של המערער בדבר ההפרות הצפויות של ההסכם מצד מסא, איני סבורה כי המערער הוכיח במידה הנדרשת כי אין למשיבה את הרצון או את היכולת למלא אחר התחייבויותיה בהסכם. טענה זו עומדת בניגוד גמור להצהרותיה של מסא, אשר עמדתה היתה ועודנה כי היא מסוגלת לעמוד בחיובים שהוטלו עליה, ובלבד שהמערער ימלא אחר חיוביו שלו. על פניו, טענה זו אף עומדת בניגוד לאינטרסים "הטבעיים" שלה, ולראיה - עתירתה להורות על אכיפת ההסכם. על כן, נדמה כי על מנת לבסס טענה זו כנדרש, היה על המערער להניח יסודות מוצקים מאלו שהניח." (שם, 452).

35. עוד אציין כי חובת שני הצדדים לחוזה, לפעול לקיומו בתום לב. עקרון תום הלב הינו עקרון יסוד בשיטת המשפט הישראלית, ובאשר לקיומו של חוזה חוקק הוא בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. בע"א 2643/97 גנז שלמה נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נו(2), 385, התייחס כבי הנשיא א' ברק לעקרון זה, כדלקמן:

"אחת מאותן דוקטרינות כלליות, החלות בכל תחומי המשפט, היא עקרון תום הלב. על פיה, כל בעל זכות (במובנה הרחב) צריך להפעיל את זכותו בתום לב. עקרון זה - אשר מקורו הפורמלי הוא בהוראות הסעיפים 39-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 - הוא עקרון "מלכותי" (בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מז(708, 702) 4). "מצודתו פרושה... על כלל המערכת המשפטית בישראל" (ע"א 700/81 פז נ' פז, פ"ד לח(742, 736) 2). הוא קובע אמת מידה אובייקטיבית של התנהגות ראויה במכלול היחסים הבינאישיים. אכן, הדוקטרינה של תום הלב "חותכת את משפט ישראל כולו לאורכו ולרוחבו, מלוא כל הארץ כבודה" (השופט מ' חשין ברע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(230, 199) 1; להלן - פרשת רוקר). דרישת תום הלב משמעותה כי בעל הזכות צריך להפעיל את זכותו ביושר ובהגינות. תום הלב אינו מחייב את בעל הזכות להתעלם מהאינטרס העצמי שלו. תום הלב אינו מניח "מידת חסידות" (ראו ע"א 148/77 רוט נ' ישופה, פ"ד לג(635, 617) 1). תום הלב מניח כי בעל הזכות דואג להבטיח את זכותו. עם זאת, תום הלב מבקש למנוע הפעלת הזכות מתוך התעלמות מקיומו של הצד האחר ובהתעלם מהאינטרס החברתי." (שם, 403).

**בתי המשפט****בית המשפט המחוזי בירושלים****בש"א 6382/09**
פש"ר 6026/09**בפני: כבוד השופט יוסף שפירא**

(כן ראו: רע"א 9025/03 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' עו"ד אלברט בן פורת, פ"ד נט(3), 919, 927; בג"ץ 4948/03 משה אלחנתי נ' שר האוצר - מר בנימין נתניהו, תק-על 2008(2), 3474, 3501; ברק, פרשנות במשפט: פרשנות החוזה, 213 ואילך).

בע"מ 2290/08 פלונית נ' פלוני, תק-על 2008(2), 14, הדגיש בית המשפט (כב' השופט א' רובינשטיין) את הדדיותו של עקרון תום הלב, כך:

"בפרשת נייגר התייחסה השופטת שטרסברג-כהן הן לכך שביטול משתכלל "בהודעת המתקשר לצד השני" (כלשון סעיף 20 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973), הן לסעיף 39 לחוק החוזים, לפיו השימוש בזכות (ולענייננו בזכות הביטול) צריך להיעשות בתום לב. המדובר בשני עניינים עובדתיים - שלא נמצא מקום להתערב בהם." (שם, 15).

36. במקרה דנן אין מחלוקת כי המשיבה לא גילתה דעתה כי אין היא מעוניינת בקיומו של החוזה, אלא להיפך, וכן אין מסתבר כך אף מנסיבות העניין. השאלה היא האם מנסיבות העניין עולה, כי המשיבה אינה יכולה לקיים את חלקה בהסכם ההלוואה?

הסכם ההלוואה מחולק לשני שלבים – בשלב הראשון, משולמים כל חודש תשלומי הריבית, בסך \$10,000. בשלב השני, בעת הגיע העת על פי תנאי ההסכם, תושב להרקולס קרן ההלוואה.

הרקולס לא טענה כי תשלומי הריבית החודשיים לא משולמים כסדרם (סעיף 14 לסיכומי המבקשת), אלא טענה היא כי החברה עתידה לכלות את מקורותיה הכספיים תוך תקופה קצרה, ולפיכך צפוי כי לא תוכל להשיב לה את קרן ההלוואה.

יכולת הפירעון של הקבוצה

37. האם הוכיחה הרקולס כי מנסיבות העניין עולה שהחברה לא תוכל לפרוע את חובה להרקולס?

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פ"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

הרקולס טוענת כי החברה הינה חברת הזנק גרעונית אשר משקיעה נטשו אותה, ולפיכך אין היא יכולה להמשיך ולהתקיים, וברי כי לא תוכל להשיב לה את קרן ההלוואה.

המשיבה טוענת כי המשקיעים לא סירבו להשקיע בחברה, אלא מדובר בתהליך בו בוחנים המשקיעים את המשך השקעתם בחברה והחברה מצויה במשאים ומתנים עם משקיעים נוספים. החברה מודה כי במידה ולא יימצא משקיע, היא לא תוכל להמשיך ולהתקיים לאחר חודש יוני 2009. לדברי מנכ"ל החברה, הסיכויים כי יימצא משקיע נוסף, גבוהים, וזאת אף לאור אישורה של תוכנית ההבראה לחברה.

38. המבקשת סומכת טענתה על חוות דעתו של רו"ח פסי, ועל עדות העדים מטעם המשיבה, שהעידו כי עלות תוכנית ההבראה הינה בסך של כ- \$400,000, וכי בעלי המניות סירבו להזרים הון נוסף ללא כניסת משקיע נוסף.

כאמור לעיל, חוות דעתו של רו"ח פסי מתייחסת למצב הנוכחי של החברה, במידה ולא יימצא לה משקיע. על כך אין חולק גם מנכ"ל החברה (פרו', 12). על הצורך בהשקעה נוספת העיד מר שפירא, כדלקמן:

"ש. לגבי תרחיש 4 - שאתה הצגת בפני הדוקטוריון בישיבה ב- 15.1.09, זה עמ' האחרון של נספח 11.1 לתצהירך. לפי התרחיש הזה החברה ממשיכה לפעול גם אחרי פברואר 2009 נכון?
ת. נכון.
ש. אבל יש פה פרט שונה, הנחה שונה מההנחות שהופיעו בתרחישים הקודמים והוא מופיע תחת שם הקוד "ספיישל אינג'קשיין" דהיינו: "השקעה מיוחדת".
ת. המשמעות היא השקעה.
ש. מה זה ספיישל.
ת. אני לא אתן עדות את האנגלית.
ש. אתה יכול לתת עדות למה התכוון.
ת. השקעה.
ש. מי המשקיע.
ת. לא מפורט." (פרו', 16).

כך גם עלות תוכנית ההבראה אינה נתונה במחלוקת (עדות מר אלדר, ע' 35).

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

39. הנתון השנוי במחלוקת הינו כוונת המשקיעים ויכולתה של החברה לגייס הון נוסף. בעניין זה אביא בשנית את עדותו של ד"ר שנהב, מטעם המבקשת, אשר התייחס לנקודת הזמן בה הוגשה הבקשה, ביחס לחברות הזנק. כך העיד:

"ש. אתה ציינת בתשובתך שאתה יש לך ניסיון עבודה רב בתחום ההייטק. האם היית אומר שמצב בתחום הטכנולוגיה ומתקיימת מגיזים ובגרעון היית אומר שזה מצב רגיל.
ת. רוב חברות ההייטק מתממנות על ידי השקעות של קרנות הון סיכון. החברות צוברות הפסדים, אבל הקרנות מוכנות לממן את הפעילות של החברה עד אשר תגיע לכלל רווחיות. ההבדל המהותי הוא שבחברה עצמה הקרנות שהשקיעו בחברה בעבר זנחו אותה. גם הקרן שנכנסה ב-2009 בפועל זנחה אותה."
(פר', 28).

ובהמשך:

"ש. בניסיון שלך פרק זמן של 18 חודש מינואר 2008 עד יוני 2009, הוא פרק זמן נדיר או נפוץ מבחינת פרקי הזמן בין סבבי גיוס בחברות הייטק או שהיית אומר זה בגדר המקובל בתעשייה.
ת. בין שנה לשנה וחצי. אציין בתשובה לשאלתי שהיקף הגיוס שנעשה בשנת 2007, הוא יחסית קטן כ-1.5 דולר, היו גיוסים יותר גדולים של מס' רב, ואז שמגייסים משהו כמו 5 מיליון דולר, כמובן שהצפי שהכסף יחזיק לפחות לשנה וחצי. כשמגייסים מיליון דולר ולא עומדים בתחזית העסקית אז הגענו לאן הגענו." (שם, 29).

כאמור, גיוס ההון הקודם של החברה היה לפני כשנה – שנה וחצי, כך שבאופן טבעי, קופת החברה כיום, לולא בקשת הכינוס, היתה חסרה והיה עליה לבצע גיוס הון נוסף.

40. אשר לנסיגות גיוס ההון, העיד מנכ"ל החברה. טרם אביא את עדותו בעניין זה, אדגיש כי התרשמתי שמר שפירא הינו אדם אשר פועל בתום לב ומתוך רצון ומטרה להבריא את החברה, ולא מתוך מטרה להרויח עוד כמה משכורות תוך ריקון קופתה של החברה.

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פ"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

בעניין משכורתו של המנכ"ל, ושאר משכורות העובדים, העיד מר אלדר, סמנכ"ל הכספים, כדלקמן:

"ש. האם במסגרת התוכנית ההבראה שלכם שמתאפיינת במספר העובדים בחברה ל-14 עובדים, הייתה לכם משחבה להוריד את שכר המנכ"ל.
ת. לא רק שהייתה מחשבה, התוכנית כפי שהוצגה לוקחת בחשבון הורדת שכר לכולם לא רק למנכ"ל.
ש. כמה ירוויח המנכ"ל על פי התוכנית הזאת.
ת. יש הורדת שכר ב-20 אחוז לכל עובדי החברה כולל המנכ"ל." (פר' 38).

לא זו אף זו, על פי עדותו, שלא נסתרה, מר שפירא עוסק בהבראת חברות טכנולוגיות, והחברה דן הינה החברה החמישית אותה מנסה הוא להבריא, לאחר ארבע הצלחות. כך העיד:

"... לגופו של עניין, שפרופישנסי זה הארגון החמישי שאני הולך לשקם, יש לי היסטוריה של חמישה ארגונים ששיקמתי והצלחתי להעלות את התוצאות שלהם תוך כדי הורדת עלויות." (פר' 6).

וכן:

"ת. היינו בתוכנית עם יעדים של גידול מסיבי תוך כדי הגעה לאיזון ברמות הוצאות הרבה יותר גבוהות. כדי להאיט את הריסק של החברה לרמה הרבה יותר נמוכה בהינתן המצב העולמי של התעשייה ובהינתן שאנו צריכים תוכנית יותר יציבה שנינו את היעדים האלה, וויתרנו על גידול מסיבי בשנת 2009 ונלך על צמצום הוצאות נוסף ונגיע לנקודת איזון נמוכה ומשם נתחיל לגדול. ש. מה השינוי המהותי.

ת. אם בעבר רצינו לגדול 80 אחוז משנה לשנה, עכשיו נגדל פחות מ-10 אחוז. לעומת זאת, נביא את האיזון לרמה של שלושה מיליון דולר. על פי הנסיון שלי שיקמתי 4 ארגונים בעבר וזו שיטה שיש לה סיכוי הרבה יותר גבוה ורואים בהיסטוריה שהחברה הצליחה לעשות זאת, רואים בשנת 2007 שגדלנו בחמישים אחוז ועשינו זאת. נכון שרצינו יותר מזה, אבל בשנת 2008 זה לא שנת מצוקה, אלא הכי טובה בהיסטוריה אך רצינו יותר." [ההדגשה אינה במקור – י.ש.] (שם, 10).

**בתי המשפט****בית המשפט המחוזי בירושלים****בש"א 6382/09**
פ"ר 6026/09**בפני: כבוד השופט יוסף שפירא**

מנגד, יש לזכור כי הרקולס הינה חברה פיננסית העוסקת במתן הלוואות לחברות הזנק – הלוואות ברמות סיכון גבוה, המתומחרות בהתאם. על כך העיד ד"ר שנהב, כך:

ש. האם הרקולס ניתן לתאר אותה כקרן אור שמתמחה במתן הלוואות מה שמכונה 'ונצ'ר לנדינג'.
ת. כן.
ש. האם יהיה נכון לומר שהגודל של לנדינג מיועדות בעיקר ולא רק למגזר בתחום הטכנולוגיה.
ת. כן. (פרו', 30).

כמו כן, כאשר החברה הפיננסית תולה את מועד פירעון קרן ההלוואה בהגעה לרווחיות מסויימת, הרי שברי כי שמה היא לנגד עיניה אף את אפשרות להתמשכות ההליכים ושמועד הפירעון יהיה רחוק מהצפוי. גרף חייהן של חברות ההזנק הינו בין גיוס הון לגיוס הון, ובמידה וישנה אפשרות ממשית לגיוס הון נוסף, דווקא העמדת ההלוואה לפירעון מיידי בטענה של היעדר מזומנים בתקופה טרום גיוסו, אינה נראית כקיום החוזה בתום לב. זאת כמובן, כאשר אפשרות גיוס ההון הינה ממשית ועולה על אפשרות אי גיוסו.

41. אשר לנסיגות גיוס ההון העיד מר שפירא, כך:

ש. אתה סיפרת לנו שאתה הבנת מנסיונד שיש לך נסיון קודם שצריך לעשות שינוי מהותי ואני שאלתי אותך ופרטתי לך מה היה השינוי הדרמטי. אני שאלתי אותך 'האם לפני שאתה עושה את השינוי הזה פנית לבעלי המניות ובקשת שהם יתנו לך מימון באותו מתווה ישן מבלי לעשות את השינוי הזה'.
ת. היו שיחות על השקעה נוספת גם בהקשר של התכונות הישנה וגם לפי התוכנית החדשה.
ש. נכון שהשיחות הסתיימו בכך שאמרו לך לא.
ת. לא. (שם, ע' 10).

מדברים אלו, ומהדברים אשר יפורטו בהמשך, נראה כי המשקיעים דרשו שינוי באופן ניהול החברה, ולא הסכימו לשים את כספם ללא הכנסת משקיע נוסף.

ביחס לכך העיד מר שפירא, עוד:

**בתי המשפט****בש"א 6382/09**
פש"ר 6026/09**בית המשפט המחוזי בירושלים****בפני: כבוד השופט יוסף שפירא**

ש. אם אין משקיע חיצוני אין השקעה שלהם.
 ת. לא ניתן לענות לדבר הזה בשלילה כי אין כאן דינמיקה.
 ש. האם אתה הפנת לבעלי המניות את האפשרות להזרים כסף לחברה כדי להמשיך להפעיל את החברה במתכונת הישנה וענית שהיו שיחות על זה ולסיכום לא נענו בחיוב. התשובה שקיבלת שאם לא יהיה משקיע חיצוני לא ישקיעו.
 ת. זה התשובה נכון להיום. (שם, 11).

לגבי המאמצים לחפש משקיעים נוספים והפניות למשקיעים הנוכחיים, הוסיף והעיד:

"ש. בשעתו, אני מבין נכון שבעצם אמרו לך שבמתכונת הישנה לא יזרימו לך כסף. נכון להיום אין לך אף גוף, כולל בעלי המניות הקיימים שישקיע בחברה שלך כסף.
 ת. אנו נמצאים מס' שבועות בטיפול במשקיעים וגם משקיעים קיימים..." (שם, שם).

וכן:

"ת. יש תוכנית להביא משקיע.
 ש. המשקיע עוד לא נמצא צריך להמציא תוכנית להביא אותו.
 ת. נכון. אופק עם תוכנית הבראה ותוכנית צבירה, אני אומר לכם מהנסיון שלי ברוב הבטחון שהדבר מחזיק ויקרה אם יתנו לנו לעבוד. יש תוכנית ומגעים עם אנשים, ויש קבוצה שמתארגנת והבורד אמר שהוא צריך כמה שבועות לארגן כמה מיליון דולר, אני חושב שאתם מעוותים.
 ש. הבורד אמר שהוא צריך לבדוק.
 ת. נכון. יש תהליכים שצריך ליתן להם לקרות עם קצת אמונה ואורך רוח." (שם, 12).

42. עו"ד עופר שפירא, ב"כ המבקשת, שם דגש על נכונות המשקיעים הקיימים להשקיע בחברה, וכך חקר את מר שפירא:

"ש. אם קיבלת תשובה שלילית. תגידי שקיבלת תשובה שלילית.
 אני שואל האם ביקשת מהמשקיעים הקיימים שאתה מבקש עוד 500,000 דולר בחברה.
 ת. חברה לא מתנהלת בתשובות ובשאלות כן ולא. לא כך הדברים קורים. יחד עם הדוקטוריון כבר לפני ינואר החלטנו ללכת לתהליך של חיפוש משקיע, עבדנו אם מספר גורמים אחרי

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פ"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

מו"מ התחלנו לעבוד עם בנק השקעות מתחילת ינואר אבל לפני כן עבדנו עם עובדי קטליסט מדצמבר, אחד מאנשי הבורד ועוד עובדים עזרנו לנו להגיע לכל מיני משקיעים פוטנציאליים ועזרו בתהליך הזה.

ש. מה התשובה שקיבלתם.

ת. חלק הביעו עניין וחלק לא, כמו שקורה תמיד בתהליכים האלה. הרבה גורמים אמרו לא וקטליסט אמרו כן וגמרנו סיבוב. הם לא נסגרים אחרי כן או לא של מישהו אחד. התהליך הזה התחיל, עברנו שלבים מסויימים עד אמצע ינואר הצגנו תוכנית יותר אגרסיבית עם יותר הוצאות עם סיכון יותר גבוה. אם יהיה לנו אפשרות להפעיל את החברה, ואפשרות לשלם לבנק השקעות שאגב מאוד רציני, נמשיך בתהליך עם תוכנית יותר אטרקטיבית וראיתי את התגובות של הגורמים שהספקתי לדבר איתם מאז. " (שם, 16).

מר שפירא גם הבהיר מדוע מצבה של החברה אינו של חדלות פירעון, כפי שטוענת הרקולס, ומדוע אין נדרשים המשקיעים ליתן מכספם לאלתר. זו עדותו:

"...אין דחיפות היום להזרים כסף, השאלה שאתה שואל למה המשקיעים לא שמים כסף, הרקולס צריך כסף עכשיו מהר ואין לה סבלנות לקבל את הכסף שלה לפי ההסכם עם פרופישנסי ושנפטר עובדים שעבדו קשה וזאת בגלל שלהרקולס אין סבלנות.

ש. איפה התוכנית שלך של ההפעלה שאתה מדבר עליה. אני שמעתי ממך קודם, כך אני חושב, שגם בתרחיש הטוב מבחינתך תוכל להחזיק מעמד עד יוני.

ת. בתוכנית העבודה אני יכול להחזיק מעמד עד יוני, בנוסף אביא משקיעים ובנוסף אנו פועלים למכירת החברה אם הדבר יהיה אפשרי. קיימת אפשרות נוספת שההכנסות של החברה יעלו על הערכות השמרניות שנתנו. באחריות מלאה בנינו תוכנית שמרנית כדי שבמצב של אי וודאות בשוק לא נתאכזב. עשינו זאת באחריות רבה. אני לא חושב שיש לנצל לרעה ואני חושב שיש נסיון לרעה עם אינטרסים.

ש. נניח שבסופו של דבר לשיטתך לא תמצא משקיע עד יוני מאיפה יפרע החוב של הרקולס אז.

ת. כפי שאמרתי או משקיע או קונה או הגדלת ההכנסות מעל התוכנית השמרנית. אלא שלושת האופציות וכולם ראליות. " (שם, 17).

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

43. מר שפירא סובר והסביר, כי ניתן יהיה לפרוע את חובה של הרקולס אף במידה ולא יימצא משקיע, כחלק ממוכירת החברה. אלו דבריו:

ש. אם לא תמצא משקיע עד חודש יוני, מאיפה יפרע החוב של הרקולס.
ת. או מקונה שקונה את החברה והכי טוב להרקולס יותר טוב מכונס נכסים.
ש. מי שיבוא לקנות את החברה ישלם להרקולס 1.5 מיליון דולר.
ת. נניח שהחברה נקנית ב-3 מיליון דולר שזה מכפיל של 1 כל מכירת החברה שזה מכירה נמוכה והיא צריכה להימכר פי שתיים. מה שקורה במצב הזה, שקודם כל 1.5 מיליון דולר הולך לחוב הרקולס, אחרי זה מתחילים לראות את העדיפויות של בעלי המניות כי הרקולס עומדת ב-25 מאחז. (שם, 18).

44. במהלך עדותו של ד"ר שנהב, הציגה לו המשיבה מכתב מאת מר יאיר שמיר, מנכ"ל קטליסט, אחת מהמשקיעות המשמעותיות של המשיבה, אשר בו נכתב כי קטליסט שוקלת להשקיע עוד כספים בחברה.
ביחס למכתב זה העיד ד"ר שנהב כך:

"ת. המכתב הוא מאוד כללי ומאוד סתמי. אני עוסק הרבה בגיוסי כספים לחברות הייטק, כאשר משקיע מעוניין להשקיע בחברת הייטק, בדר"כ לא כותב מכתבים אלא נותן לחברה מסמך שנקרא 'טרמשיט' [צ"ל: "Termsheet" – י.ש.] שמפרט כמה כסף הוא מעוניין להשקיע, באילו תנאים הוא רוצה להשקיע, באיזה שווי. המכתב הוא מאוד כללי. אני חושב שהמכתב לא משנה את דעתי שכרגע לחברה אין משקיע מהותי באופק." (שם, ע' 28)

Termsheet זה לא הוגש, אולם בהודעת המשיבה מיום 19.2.09, צויין כי קטליסט, בצירוף של שלושה משקיעים נוספים של החברה, מודיעים כי ישקיעו סכום נוסף של \$400,000 (ביחד) תוך תקופה של 90 יום מיום הסרת צו הכינוס. המשקיעים התנו זאת במציאת משקיע נוסף שישקיע סך של \$1,000,000, ביישום תוכנית ההבראה ובאישור דירקטוריון קטליסט. יובהר כי על פי ההודעה קטליסט פועלת יחד עם המשיבה למציאת המשקיעים הנוספים וכי מר שמיר פועל אישית ליישום התוכנית המפורטת בהודעה וסובר כי היא ברת ביצוע.

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

על מכתבו של שמיר, וכוונותיו, נחקר גם מר אלדר, אשר העיד כך:

"ש. האם זה נכון, אתה מצרף פה מכתב של מר יאיר שמיר.
ת. זה אותו מכתב שהוצג קודם על ידי עו"ד שיון.
ש. מפנה לתצהיר של מר אלכס שפירא, מפנה לנספח 22, ישיבת הדירקטוריון נפתחת בהצרה של מר שמיר שמצהיר שלמרות שהחברה מאוד מעניינת לא ישקיע בחברה, נכון?
ת. לא נכון. הוא הודיע שגוף שהם היו איתם במו"מ מתוך מחשבה שיקנו את החברה החליט לא לעשות זאת." (שם, 39).

בהמשך העיד מר אלדר, דברים העולים בקנה אחד עם תוכן המכתב, כדלקמן:

"ש. זה נכון שבמועד הזה הועלתה השאלה האם בעלי המניות ישקיעו בחברה ובעלי המניות כולל יאיר שמיר אמרו שלא ישקיעו.
ת. בקונסטלציה שזה נידון הם אמרו שהם רוצים לבחון אפשרויות ולגייס משקיעים נוספים, ועם משקיעים נוספים יבחנו את האפשרויות.
ש. בקונסטלציה שנדון הועלתה אפשרות שהמשקיעים הקיימים יזרימו עוד כסף לחברה וגם אז המשקיעים אמרו שבנסיבות הקיימות, אם שום דבר לא משתנה, הם לא שמים עוד כסף בחברה.
ת. באותה תרחיש שהוצג באותה תוכנית הבראה שהצגנו שאנו יכולים להפעיל את החברה במשך כמה חודשים, הנושא של המשך חיפוש משקיע ו/או מכירת חברה עלה כמשהו אופרטיבי לחלוטין.
ש. אתה מתכוון שלא ביקשת שישקיעו כסף.
ת. ההנהלה הציגה את הדוחות ובאה ואמרה שבאופן טבעי, אם המשקיעים שמים את הכסף החברה לא הייתה מגיעה כנראה לדיון היום. אבל הקונסטלציה הייתה שאפשר להמשיך להפעיל תחת תוכנית הבראה וזה מאפשר זמן לגייס את אותם משקיעים שיחד איתם הם השתדלו להשיג כסף לחברה.
ש. זה נכון שעד מועד צו הכינוס לא היה פעם אחת שאתה שמעת אמירה ברורה מיאיר שמיר שאומר שבנסיבות הקיימות ובלי משקיעים נוספים שהוא או הקרן שהוא מנהל אותה, ישימו כסף בחברה כפי שעשו.
ת. לא נאמר שישומו ולא נאמר שגם לא ישומו.
ש. לטענתך, זה אפילו לא התבקש כי אתם בעצם יכולים לפעול בלי שבעלי המניות יזרימו כסף.

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

ת. מתבקש מאוד כדי שחברה תצא למסלול של פעילות ולהשקיע את המאמצים בפעילות החברה, שהיא יודעת שיש לה כסף בקופה ובאופן טבעי זה מתבקש.
ש. כלומר, מתבקשת ההשקעה של בעלי המניות.
ת. כן. מאחר והדיון היה שהמשקיעים הנוכחיים רוצים להיות שותפים במסגרת משקיע נוסף של החברה, לכן הצענו שבמשך ששה חודשים אפשר יהיה להפעיל את החברה או למכור או לגייס את המשקיע שבמסגרתו גם הם ישתתפו. (שם, 39).

סיכום ביניים

45. מן המקובץ, באתי למסקנה כי ללא גיוס משקיעים נוספים לא תוכל החברה להמשיך ולהתקיים, אולם נחה דעתי כי ישנו סיכוי העולה על הסביר כי החברה תוכל לגייס משקיעים נוספים ותוכל להמשיך ולהתקיים, ולבסוף לפרוע את קרן החוב להקולס.

יצויין כי מסקנתי זו עולה בקנה אחד עם ההגיון הכלכלי והיחסים החוזיים שנוצרים בין הנושה למשעבד. אגרת החוב הינה הסכם לכל דבר ועניין, ומן הראוי שכאשר נקבעים בהסכם זה – באגרת החוב – התנאים למימושה, לא יוסיף בית המשפט תנאים נוספים אשר הצדדים בחרו שלא לקובעם. ד"ר שנהב, המצהיר מטעם המבקשת, העיד במפורש כי הצדדים לא קבעו פרמטרים מינימליים, כדלקמן:

"ש. האם ההסכם קובע מינימום של העסקת עובדים שיש צורך להעסיק אותו כדי לדעת אם השינוי המהותי לרעה התקיים.
ת. אין מספר מינימלי של עובדים. המונח שינוי מהותי לרעה הינו מונח משפטי מוכר. לכן, אני חושב שהאירוע של שינוי מהותי לרעה התרחש.
ש. יש יתרת מזומנים שההסכם קובע?
ת. אין יתרת מזומנים מינימאלי.
ש. יש מינימום החלטות שנתי שההסכם קובע?
ת. אין. ההסכם מדבר בעד עצמו.
ש. האם יש רצפת הסכמים?
ת. ההסכם לא קבע קריטריונים מספריים אלא קבע קריטריון איכותי להשתמש במונח מוכר בהסכמי הלוואה של שינוי מהותי לרעה." (פרו', 26).

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

יוצא מדברים אלו, כי הצדדים לא קבעו תנאי של שיעור מסויים של מזומנים בקופתה של החברה, אשר ירידה מתחת לשיעור זה מהווה הפרה של הסכם ההלוואה ומקנה למבקשת את הזכות להיפרע מהמשיבה. מתן ההלוואה במקרה דנן היתה בסביבה של סיכון גבוה, באופן מודע ומכוון, ולפיכך על המבקשת לקחת בחשבון את האפשרות של ירידה תקופתית ביתרת המזומנים של החברה, ומצב כגון זה אינו יכול להוות בסיס עובדתי לטענה בדבר הפרה צפויה.

לאור האמור, הרי שלא הוכח כי בנסיבות העניין החברה לא תוכל לפרוע את חובה להרקולס, ולפיכך אין היא זכאית לתרופות המוקנות לה בדין במקרה של הפרה צפויה, על פי סעיף 17 לחוק החוזים תרופות.

הגנה הולמת לנושה המובטח

46. כינוס הנכסים לפי פקודת החברות נועד על מנת לאפשר לנושה מובטח לממש את השקעתו בחברה ולפרוש הימנה, ואינו מביא בהכרח לפירוקה וחיסולה של החברה. ובלשונה של כבי השופטת ו' אלשייך: "**ההבדל בין פירוק לכינוס, אם כן, הינו בעיקר ההבדל בין הליך קולקטיבי לבין הליך דו צדדי.**" (פש"ר (תל-אביב-יפו) 1748/02 ר"ח א' להב נ' רשות לניירות ערך, תק-מוח 2003(1), 195, 197).

במקרה דנן, לא ביקשה הרקולס מימוש של נכס מנכסיה של החברה, אלא מבקשתה לאכיפת השעבודים עולה כי היא מעוניינת להכנס לנעלי החברה ולנהל את עסקיה במטרה לחסלה. מפסקאות א3 ו-א5 לבקשה למינוי כונס נכסים זמני, על פיהן מבקשת הרקולס לאפשר לה להפעיל את החברה כעסק חי או להפסיק את פעילותה וכן למכור את נכסי החברה, כולם או חלקם, עולה כי היחסים המבוקשים אינם יחסים דו צדדים, אלא מטרת הבקשה הינה ייזום הליך קולקטיבי. במהלך הדיון בבקשה, עלה עוד כי הרקולס טוענת כי החברה הינה חדלת פירעון ואין כל אפשרות להמשיך ולקיימה.

על אף שדחיתי בקשת הרקולס, הוכח כי כעת מצבה של החברה אינו משופר, ולפיכך עדין יש לבחון האם יש ליתן למבקשת הגנה חלופית.

**בתי המשפט****בית המשפט המחוזי בירושלים****בש"א 6382/09**
פש"ר 6026/09**בפני: כבוד השופט יוסף שפירא**

47. כטענה חלופית, טוענת המבקשת, באנלוגיה לדיני הבראת החברות, כי יש להקנות לזכויותיה הגנה הולמת.

מושג ההגנה ההולמת לקוח מדיני הבראת החברות, ונקבע בסעיף 350(ו) לחוק החברות, התשנ"ט-1999, כדלקמן:

"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 שהוא 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."

מהותה של ההגנה ההולמת הינה הבטחת זכותו של הנושה המובטח, באם לא תיצלח הבראת החברה. על כך עמד דוד האן "הגנה הולמת לחובות מובטחים בהבראת חברות" משפטים לב (תשס"ב) 247, 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, יגוס 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

**בתי המשפט****בש"א 6382/09**
פש"ר 6026/09**בית המשפט המחוזי בירושלים****בפני: כבוד השופט יוסף שפירא**

את החוב המובטח לסיכונים כלכליים שונים. סיכונים אלה יכולים לנבוע מהנסיבות האובייקטיביות שצופן 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 להישג 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, 250).

(ראו: רע"א 7125/00 עו"ד יעקב ריבנוביץ נ' רוסטום שלבאנה, תק-על(1)2002, 858, 868)

48. עקרון זה, של הגנה על זכויות הנושה המובטח עת מתערערת הבטוחה, לא נעלם מעיני המחוקק גם ביחס לנושה בעל שעבוד צף, טרם גיבושו של השעבוד, ונקבע בסעיף 170 לפקודה, הנ"ל. סעיף זה, בו לא נעשה שימוש רב בפסיקה, מקנה לבית המשפט את הסמכות ליתן לבעל אגרת החוב המובטחת בשעבוד צף הגנה, כאשר הערובה נתערעה או מטעמים מן הצדק והיורש.

סמכות זו אוזכרה בהחלטתו של כב' סגן הנשיא י' לויט בהמ" (תל-אביב) 1623/93 **כונס הנכסים הרשמי נ' טובה שפירא**, תק-מח(2)95, 1728, כך:

"עסקת המכר טרם הסתיימה, שהרי המגרש לא נרשם ע"ש שפירא (סעיף 7 לחוק המקרקעין). הבנק בעל השעבוד היה רשאי לקבל צו מניעה זמני שיאסור על החברה למכור את המגרש בניגוד לשעבוד הצף (סעיף 170 לפקודת החברות). עתה, משהחברה נמצאת בפירוק ובכינוס, בוודאי שכונס הנכסים זכאי למנוע את השלמת עסקת המכר של המגרש בהסתמך על השעבוד השוטף שהתגבש." (שם, 1733).

**בתי המשפט****בית המשפט המחוזי בירושלים****בש"א 6382/09**
פש"ר 6026/09**בפני: כבוד השופט יוסף שפירא**

זכות הנושה המובטח להגנה על שווי הבטוחה, נקבע גם בע"א (חיפה) 527/89 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' רשם המקרקעין, תק-מוח 1991(3), 1365 (כיב השופט מ' סלוצקי), כדלקמן:

"העולה מהאמור הוא, שזכאי בל השעבוד הצף בהתקיים העקרון הנ"ל להגן על זכויותיו בנכסי החברה, כולל במקרקעין, ולמנוע את מכירתם שלא במהלך העסקים הרגיל, אף בטרם התגבש השעבוד הצף. השאלה היא, אם במצב דברים שכזה, קיימת מניעה לרשום הערת אזהרה שתזהיר מעשיית עיסקה לגבי הרכוש המשועבד בחריגה מתנאי אגרת החוב, לגבי המקרקעין, אף בטרם התגבש השעבוד הצף והפך להיות שעבוד קבוע על כל אחד מנכסי החברה הנ"ל." (שם, 1368).

על אף ששם נגזרה זכות זו מכוח הוראות חוק המשכון, הרי שהמחוקק קבע זכות זו בסעיף 170 לפקודה.

49. אכן, לשון הוראות סעיף 170 לפקודה מתייחסת לנכסי מקרקעין, אולם הוראת סעיף 169(ב) לפקודה, שלשונה מתייחסת אף היא לנכסי מקרקעין ("מקרקעי החברה"), פורשה בפסיקה כמתייחסת לכל זכות. עמדה על כך כבי' השופטת א' חיות בדבריה בע"א 2070/06 תשתית ציוד ובינוי בע"מ נ' עו"ד יעקב גרינוולד - כונס נכסים (פורסם בנבו) (להלן: "פרשת תשתית ציוד ובינוי"), באלו המילים:

"בע"א 6400/99 מיראז' נ' בנק הפועלים, פ"ד נו(4) 830, 853 (2002) (להלן: עניין מיראז') התייחס השופט י' אנגלרד, למעלה מן הצורך באותו עניין, למעמדו של המרשם המתבצע על-ידי רשם החברות והצטרף לעמדת המלומדים צ' כהן ומ' דויטש באומרו כי המצב החקיקתי בהקשר זה אינו משביע רצון וכי מן הראוי שהמחוקק ייתן דעתו להסדרה חקיקתית של הנושא. קריאה זו, שאני בהחלט שותפה לה, לא זכתה עד כה להתייחסותו של המחוקק אך כפי שבואר ניתן לטעמי לפרש את הוראת סעיף 169(ב) לפקודת החברות כהוראה המקנה למרשם האמור מעמד קונסטיטוטיובי, ככל שהדבר נוגע לתנית ההגבלה, וזאת גם בטרם זכתה סוגית המרשם המתנהל אצל רשם החברות להסדרה חקיקתית כללית." (שם, פסקה 4).

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

לא זו אף זו, בפרשת תשתית ציוד ובינוי השאירה כבי השופטת ד' ברלינר את שאלת היחס לכלל הרישומים על פי חוק, כך:

"במאמר מוסגר ועוד לפני ההנמקה למסקנה דלעיל אני רואה להעיר כי אפשר וכלל זה ראוי לו שיחול גם על סוגים נוספים של שעבודים על נכסי חברה החייבים ברישום על פי החוק. ההיגיון והשכל הישר מכתיבים לכאורה את הדרישה כי כל שעבוד על נכס, שמטרתו למנוע יצירת שעבודים סותרים על אותו נכס, יקנה תוקף כלפי צדדים שלישיים רק מעת שמצא דרכו אל מרשם ציבורי המאפשר לצדדים שלישיים דרך מהירה, יעילה וזולה ללמוד אודותיו בפועל (להבדיל מן היכולת ללמודות אודות קיומו בכוח בלבד). עם זאת, דיוננו מתמקד אך ורק בתחרות בין שעבוד צף בעל תניה מגבילה לשעבוד קבוע מאוחר לו – קרי התחרות המוסדרת בסעיף 169(ב) – שכן שאלה זו בלבד הביאו הצדדים בפנינו. שעל כן הערה זו – ראוי כי תיוותר בצריך עיון ותדון לעת מצוא." (שם, פסקה 22).

לטעמי, כך גם יש לפרש את הוראות סעיף 170.

במקרה דנן, למבקשת ישנה תניית הגבלה הסכם השעבוד, כדלקמן:

"4. Negative Covenants: Without Lender's prior written consent, Guarantor shall not: ..."

או אז, מפרטת אגרת החוב את התניות, וקובעת כי המשיבה אינה רשאית, בין היתר, ליצור שיעבוד נוגד על הנכסים המשועבדים למבקשת או להעביר נכס מנכסיה ללא הסכמת המבקשת.

נוסף תניות ההגבלה, על פי הסמכות הקבועה בסעיף 170 לפקודה, אני נותן בזאת צו מניעה האוסר על המשיבה למכור ציוד או ידע או את זכותה בקניינה הרוחני ללא הסכמת המבקשת.

**בתי המשפט**

בש"א 6382/09
פש"ר 6026/09

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יוסף שפירא

סיכום

50. דינה של בקשת הרקולס למינוי כונס נכסים זמני על נכסי המשיבה להידחות, ואני מבטל את כינוס הנכסים הזמני אשר הוטל על נכסי המשיבה ואת מינויו של עו"ד עופר שפירא ככונס הנכסים הזמני של המשיבה, בכפוף לאמור בפסקה 49 לעיל.

עילת הבקשה למינוי כונס הנכסים היתה הפרת הסכם ההלוואה שבין הרקולס לבין קבוצת החברות ולחלופין מכוח הדין הכללי. כאמור לעיל, המבקשת לא הוכיחה כי הסכם ההלוואה שנכרת בינה ובין חברת הבת האמריקאית הופר, ולפיכך אין היא זכאית לאכוף את אגרת החוב אשר ניתנה לה על ידי המשיבה, כעריבה לחובה של חברת הבת האמריקאית.

כמו כן, גם טענותיה של המבקשת מכוח הדין הכללי, תחולת סעיף 21 לחוק המשכון על המקרה דנן וההפרה הצפויה של הסכם ההלוואה, נדחו, כמפורט לעיל.

51. המבקשת תישא בהוצאות המשפט של המשיבה ובשכ"ט עו"ד בסך 20,000 ₪ בתוספת מע"מ, אשר ישולמו תוך 30 יום ממתן ההחלטה, שאם לא כן יישאו ריבית והצמדה כדין מיום מתן ההחלטה ועד לתשלומם בפועל.

התיק העיקרי ייקבע לדיון לבקשת המבקשת.

לפני נעילה אעיר, למען השקיפות, כי בין כל נושאי השם "שפירא" בהחלטה זו, אין כל קרבה משפחתית או אחרת.

**ניתנה היום, ז' באדר תשס"ט (3 במרץ 2009), בהיעדר הצדדים.
המזכירות תשלח עותק ההחלטה לב"כ הצדדים.**

יוסף שפירא - שופט