



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 5264/23

לפני :
כבוד השופט דוד מינץ
כבוד השופטת יעל וילנר
כבוד השופט אלכס שטיין

המערערים :
1. גבריאאל מאיו
2. כרמי שרעבי
3. גילה משען
4. איציק קורן
5. זיו כהן
6. מלי לזר
7. ציפורה סגל
8. יהודה כהן
9. אהרון ריבלין
10. דליה רוקח
11. הראל שרעבי
12. ידידיה שביב
13. שמואל גלב
14. סמי אביטל

נגד

המשיבים :
1. עמרם יעקוביאן ו-274 אחי
2. עו"ד ארז חבר, בתוקף תפקידו כמפרק חברת
קלע – הקרן לעידוד יזמות בע"מ
3. הכונס הרשמי

ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
(השופטת אי' לושי-עבודי) מיום 10.5.2023 בפר"ק 55904-10-
15

בשם המערערים : עו"ד נטע קפיטנוב
בשם משיבים 1 : עו"ד יוסי מנדלבאום
בשם משיב 2 : עו"ד ארז חבר ; עו"ד דור רוזנפלד
בשם משיב 3 : עו"ד חיים זקס

פסק-דין

השופט דוד מינץ:

ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (השופטת א' לושי-עבודי) מיום 10.5.2023 בפר"ק 55904-10-15 בה התקבלה בקשתם של משקיעים, נושי חברה בפירוק, לאישור תגמול מיוחד.

הרקע לערעור

1. הבקשה מושא ההחלטה הוגשה מטעמם של 275 משקיעים, נושי חברת רוביקון ביזנס גרופ בע"מ (בפירוק) (להלן: המשקיעים ו-החברה, בהתאמה), לאישור תגמול מיוחד בסך של 8,250,000 ש"ח במעמד של הוצאות פירוק לפי סעיף 287 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1987 בנוסחה הקודם (להלן: פקודת החברות) ותקנה 66(4) לתקנות החברות (פירוק), התשמ"ז-1987.

2. בעניינה של החברה, אשר פעלה כקרן השקעות פרטית במגוון תחומי פעילות ואשר עמדה בראש קבוצה המונה כ-30 חברות (להלן: קבוצת החברות או הקבוצה), החלו בשנת 2015 הליכי פירוק, במסגרת הליך חדלות פירעון רחב היקף. כפי שעולה מהדוחות שהגיש משיב 2 (להלן: המפרק) בהליך הפירוק, מימון פעילות הקבוצה נעשה בדרך של גיוס כספים על ידי אחת מחברות הקבוצה, חברת קלע – הקרן לעידוד יזמות (בישראל) בע"מ (להלן: חברת קלע), אשר הציעה מסלולי השקעה שונים למשקיעים לצד הבטחת תשואות בשיעורים גבוהים. הכספים שגויסו על ידי קלע הועברו לחשבונה של החברה לצורך מימון הקבוצה כולה. בשלב מסוים קרסה קבוצת החברות והותירה חובות רבים בסך העולה על 300 מיליון ש"ח. במסגרת הליך הפירוק הגישו משקיעים כ-430 תביעות חוב נגד חברות בקבוצה, ונשייתם אושרה בסך כולל של כ-152 מיליון ש"ח המהווה כ-70% מערך הנשייה הכוללת בדין רגיל.

3. ביום 8.11.2015 הגישו 27 מחזיקי אגרות חוב המובטחות בשעבוד על זכויות החברה בקשר לאחד פרויקטים שהייתה מעורבת במימונם, פרויקט "גלים גלים" אשקלון (להלן: מחזיקי האג"ח ו-הפרויקט בהתאמה), וגורמים נוספים, בקשה לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו לאכיפת שעבודים ולמינוי בא-כוחם ככונס נכסים לצורך מימוש השעבודים (פר"ק 18184-11-15). ברקע לבקשה, התקשרותה של החברה בשנת 2014 בהסכם הלוואה עם חברת גלים גלים אשקלון בע"מ (להלן: חברת גלים) על פיו הלוותה

החברה לחברת גלים סך של 35 מיליון ש"ח לצורך מימון ביצוע הפרויקט. להבטחת פירעון ההלוואה, שיעבדה חברת גלים את זכויותיה בקרקע עליה נבנה הפרויקט במשכנתא לטובת החברה, ובנוסף ניתן לחברה שעבוד צף על כלל זכויותיה של חברת גלים בפרויקט והועמדו לטובתה ערבויות. במהלך שנת 2015, לאחר שהעמידה החברה את ההלוואה לחברת גלים, היא פעלה לגיוס סכומי כסף ממשקיעים ויצרה לטובתם אגרות חוב. מחזיקי האג"ח שגויסו לטובת העמדת האשראי בדרך זו טענו כי החברה גייסה מהם סך של כ-20 מיליון ש"ח (במונחי קרן), כאשר להבטחת התחייבויות החברה כלפיהם היא יצרה לטובת נאמנת מטעמם שעבוד קבוע על כל זכויות החברה בפרויקט, שעבוד אשר נרשם כדין ברשם החברות.

4. בבקשתם טענו מחזיקי האג"ח כי הם העמידו לחברה את מיטב הסכונותיהם על בסיס התחייבויותיה ובהסתמך על שעבודים שיצרה להבטחתן. בהיותם נושים מובטחים, ועל רקע כניסת החברה להליכי פירוק, נטען כי זכותם לאכוף את השעבודים ולהיפרע מהם על כל החובות כלפיהם. בהמשך, לאחר שאושר מכר מותנה של הקרקע בפרויקט תמורת סך של 43 מיליון ש"ח, מחזיקי האג"ח טענו כי הם זכאים לפרוע את מלוא נשייתם מהתמורה האמורה העומדת על סך של כ-40 מיליון ש"ח. המפרק התנגד לבקשה לאכיפת השעבודים, וטען בין היתר כי יצירת השעבודים מהווה העדפת נושים אסורה לפי סעיף 98 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980 (להלן: פקודת פשיטת הרגל). המשקיעים מצדם הצטרפו להתנגדות המפרק והעלו טענות שונות שהצדיקו לשיטתם את דחיית הבקשה על הסף. בשלב מסוים הגיעו הצדדים להסכמות לגבי חלק מהסוגיות שעמדו במחלוקת, אולם גם לאחר מכן המשיך ההליך להתנהל, התקיימו למעלה מ-20 ישיבות, נשמעו חקירותיהם של למעלה מ-40 עדים והוגשו סיכומים בהיקף של מאות עמודים.

5. לקראת תום ההליך, ולאחר ניסיונות שונים מצד בית המשפט להביא את הצדדים לפשרה, עדכנו הצדדים כי עלה בידיהם לגבש הסכמות בנוגע לאופן חלוקת הכספים שיתקבלו ממימוש השעבודים ובית המשפט התבקש ליתן תוקף של פסק דין להסכמות אלה. על פי המתווה אליו הגיעו הצדדים, מחזיקי האג"ח יוכרו כנושים מובטחים של החברה בסך של 22,500,000 ש"ח והם יהיו זכאים לקבל סכום זה מכל תמורה שתקבל ממימוש זכויות החברה בפרויקט; והמשקיעים, כנושים פעילים, יקבלו 50% מיתרת תמורת המימוש אשר תוכר להם כתגמול מיוחד בדין הוצאות פירוק. זאת, בין היתר, בהתאם להוראת סעיף 287 לפקודת החברות ולפסיקת בית משפט זה ברע"א 8038/20 ב.ר.ן יזמות והשקעות בע"מ נ' חיים ומשה מנגד בע"מ (בפירוק) (26.1.2021) (להלן: עניין

1.7.1). בדיון שהתקיים ביום 11.10.2021 הביע כונס הנכסים הרשמי (להלן: הכנ"ר) דעתו כי יש לראות במשקיעים כנושים פעילים אשר זכאים לגמול מיוחד ובשיעור המבוקש, אך סבר כי יש להביא תחילה את הסכם הפשרה לאישור כלל נושיה של החברה, זאת נגד עמדתם החולקת של המפרק והמשקיעים.

6. בפסק הדין שניתן ביום 28.10.2021 אושר הסכם הפשרה. בית המשפט ציין כי מדובר בהליך אכיפת שעבודים סבוך וארוך במסגרתו התעוררו סוגיות משפטיות מורכבות באופן המצדיק שימוש בסמכותו של המפרק לפי הפקודה להגיע להסדר פשרה. מה גם, שהסדר הפשרה מיטיב עם נושי החברה על סוגיהם השונים. ביחס לתגמול המיוחד למשקיעים כנושים פעילים, צוין כי כל הצדדים, לרבות הכנ"ר, היו תמימי דעים כי יש להכיר בפועלם כנושים פעילים, ואין לשעות להסתייגות הכנ"ר בהקשר זה לעניין יידוע יתר הנושים בטרם אישור הסכם הפשרה באופן שגם עלול לסכלו.

7. על פסק הדין הגיש הכנ"ר ערעור לבית משפט זה (ע"א 8088/21), והצדדים הגיעו ביום 29.3.2022 לכלל הסכמה לפיה המשקיעים יגישו לבית המשפט המחוזי בקשה לאשר להם תגמול נושים פעילים בסך של 8,250,000 ש"ח; מחזיקי האג"ח יתנו את הסכמתם לבקשה ולמתן התגמול שהתבקש בה; והמפרק יזמן אסיפה של הנושים הרגילים בה יציג לפנייהם את הבקשה ואת יתרונותיה ויודיע להם כי הם רשאים, בתוך 30 ימים מיום האסיפה, להגיש התנגדות לבקשה ובמקרה שכזה בית המשפט יכריע בה.

8. ואכן ביום 26.4.2022 הגישו המשקיעים בקשה בה עתרו לאישור תשלום תגמול מיוחד בסך של 8,250,000 ש"ח שיחולק ביניהם באופן יחסי בהתאם לתביעות החוב שהוגשו על ידם. בבקשה פירטו המשקיעים את השתלשלות האירועים בהליך אכיפת השעבודים שהתנהל במשך תקופה ארוכה של כ-6 שנים וטרחתם הרבה בהליך זה עד לשלב בו הגיעו הצדדים להסכם הפשרה שאושר בפסק הדין. לטענתם חלקם הפעיל בהליך הניב ערך כספי לכלל הנושים הבלתי מובטחים של החברה (ביניהם המשקיעים עצמם) בסך של כ-16,500,000 ש"ח (המהווים תמורת מימוש מקרקעי הפרויקט בהפחתת סכום הפשרה מול מחזיקי האג"ח ובהפחתת שכר טרחת המפרק), כשכל פעולותיהם בהליך נעשו לטובת כלל הנושים.

9. המשקיעים טענו כי במקרה זה מתקיימות נסיבות התומכות בהכרה בהם כנושים פעילים הזכאים לתגמול מיוחד, וזאת בהתאם לשיקולים שנקבעו בעניין 1.7.1, כאשר שיעור התגמול המבוקש סביר בנסיבות העניין ואף ניתן להשוואה למסלול שכר חלוקה

בהתאם להוראת תקנה 8א לתקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ושכרם), התשמ"א-1981 (להלן: תקנות השכר). המשקיעים טענו כי מבחינת המאמץ, הזמן וההוצאות שהוצאו אין כל חריג בגמול המיוחד שאושר להם. באופן ספציפי לסוגיית סבירות הסכום המבוקש, ציינו המשקיעים כי התוספת שתינתן להם אם יאושר להם התגמול המיוחד, עומדת על סך של כ-2,475,000 ש"ח בלבד שתתחלק בין 275 משקיעים. זאת בשים לב לכך שגם אם לא תתקבל בקשתם לגמול מיוחד הם יהיו זכאים לסך של כ-11,500,000 ש"ח מתוך סך של 16,500,000 ש"ח שעתידיים להיכנס לקופת הפירוק בהתאם להסכם הפשרה, בשים לב לשיעור ערך נשייתם העומד על כ-70% מתוך כלל ערך הנשייה בדין רגיל. וכך, מתוך סך של 16,500,000 ש"ח, יתר נושי החברה במעמד דין רגיל עתידיים לקבל דיבידנד בסך של כ-4,950,000 ש"ח. זאת בעוד שבמצב דברים שבו בית המשפט ייעתר לבקשת המשקיעים, יזכו יתר נושי החברה לדיבידנד בסך של כ-2,475,000 ש"ח (16,500,000 ש"ח פחות 8,250,000 ש"ח כפול) 30%. מזווית אחרת, טענו המשקיעים כי התגמול המיוחד בסך של 8,250,000 ש"ח מהווה כ-5.4% בלבד מנשייתם הכוללת אשר אושרה על ידי המפרק בסך של 152,753,736 ש"ח. בשולי הבקשה הוסיפו המשקיעים וטענו, כי תרומתם לקופת הפירוק של החברה באה לידי ביטוי לא רק בתוספת סך של 16,500,000 ש"ח שהניב הסכם הפשרה, אלא גם בחסכון שיעורי הריבית ההסכמית אותם דרשו מחזיקי האג"ח בסך של כ-17,500,000 ש"ח. המשקיעים ציינו כי אמנם לא פעלו לבדם אלא ביחד עם המפרק, אולם הגמול המיוחד שנפסק להם הביא לידי ביטוי את פעולותיהם הרבות בתיק, מתוך ידיעה כי מדובר בפעולות נוספות על אלו של המפרק. כן נטען כי יש לתת את הדעת לכך שמדובר בנסיבות מקרה ייחודיות ומורכבות, וראיה לכך היא כי הליך אכיפת השעבודים התנהל במשך שנים רבות.

10. לאחר שכינס המפרק אסיפת נושים בקשר לבקשת המשקיעים, הוגשה לבית המשפט התנגדותם של עשרות נושי החברה לבקשה (להלן: הנושים המתנגדים). הנושים המתנגדים הגישו בהליך מספר התנגדויות נפרדות, אך לשם הנוחות טענותיהם יובאו להלן במאוחד.

11. הנושים המתנגדים כפרו בתרומתם המיוחדת של המשקיעים בהליך אכיפת השעבודים, וטענו כי לא ניתן לייחס להם עשייה או פעילות מיוחדת שהיה בה כדי לסייע בהגדלת הסכומים שנכנסו לקופת הפירוק, ובכל מקרה לא ניתן לייחס זאת לקבוצה כה גדולה המונה 275 נושים. הבקשה גם אינה נסמכת על מידע ונתונים לפיהם ניתן להעריך את מידת תרומתם של המשקיעים. דווקא פעולות המפרק, להבדיל מהמשקיעים, הן שהניבו תרומה משמעותית לקופת הפירוק. המשקיעים ובא-כוחם אף הפעילו לחצים על

המפרק להסכים למימוש נכסי הפרויקט בסכום נמוך בהרבה מזה שעליו סוכם בסופו של יום, ורק בזכות פעולות המפרק ערך המימוש גדל משמעותית. בדומה לכלל נושי החברה, גם הנושים המתנגדים הפסידו כספים רבים שהשקיעו בחברה, ואין מקום להעדיף קבוצת נושים אחת על פני אחרת. יש לפעול לחלוקת הכספים בהתאם להוראות הדין, בעוד שהבקשה מקפחת את יתר נושי החברה במעמד נשייה בדין רגיל ופוגעת בעקרון השוויון שבין הנושים. הנושים המתנגדים הוסיפו כי אין לקבל את הטענה שהמשקיעים היו פעילים בהליך בעוד שיתר נושי החברה (וביניהם הנושים המתנגדים) היו אדישים לנעשה. הם סמכו ידיהם על המפרק שייצג אותם נאמנה מול מחזיקי האג"ח. מכל מקום, הם מעולם לא התבקשו לסייע למפרק, וככל שהיו נדרשים, היו פועלים לעשות כן. כן נטען כי התגמול המיוחד נקבע בניגוד לאמות המידה שהותוו בעניין ב.ג.1, שכן קביעת שיעור התגמול לא נעשתה מראש אלא בדיעבד. בנוסף תקפו הנושים המתנגדים לגופו של עניין את הסכם הפשרה שאושר בפסק הדין, ואת הסכום שניתן למחזיקי האג"ח בטענה שנשייתם נשענת על שעבוד שנעשה בניגוד לדין. לטענתם, הסכם הפשרה מקפח אותם מכיוון שהם אלו שנאלצים לשאת בויתור ובהכרה בשעבוד שניתן למחזיקי האג"ח אשר דאגו לעצמם לפיצוי נאה.

12. הנושים המתנגדים הוסיפו וטענו כי המפרק זכה זה מכבר לתוספת שכר בגין מאמץ מיוחד שהושקע על-ידו והישגיו בהליך אכיפת השעבודים בסך של 4,000,000 ש"ח, ולא ניתן לתגמל גם את המשקיעים על הישגים אלו באופן שיוביל לתשלום שכר כפול ולפגיעה מהותית ביתר הנושים. על כן טענו הנושים המתנגדים כי דין הבקשה להידחות, ולחלופין, ככל שימצא שיש מקום לתגמל אותם, אזי תגמול זה צריך לבוא על חשבון שכר הטרחה לו זכה המפרק.

13. בנוסף הוגשה התנגדות מטעם עו"ד זבולון שלישי (להלן: עו"ד שלישי) שתביעת חוב שהגיש על סך של 600,000 ש"ח אושרה על ידי המפרק. בניגוד לעמדת הנושים המתנגדים, סבר עו"ד שלישי כי אין לשלול את זכאותם של המשקיעים לקבלת תגמול מיוחד בגין פועלם בהליך אכיפת השעבודים, אולם התנגדותו התמקדה בשיעור הסכום המבוקש. לטענתו מדובר בסכום מופרז העולה על פי שניים משכר הטרחה שאושר למפרק עבור מימוש הנכס המשועבד, על אף שבפועל הפעולות נעשו על ידי המשקיעים והמפרק במשותף. כמו כן טען כי אין מקום לפסיקת תגמול מיוחד לכל 275 המשקיעים יחדיו, בעוד שהלכה למעשה רק בודדים מהם הגישו תצהירים ולקחו חלק פעיל בהליך באופן שהשיא את קופת הפירוק. נטען שהסכום שנפסק אינו מתיישב עם פסק הדין שניתן בעניין ב.ג.1, מנוגד לעקרון השוויון שבין הנושים וכפועל יוצא מכך פוגע בקבוצת

הנושים של החברה אשר אינם נמנים על קבוצת המשקיעים. עו"ד שלישי סבר אפוא כי יש לתגמל את המשקיעים במחצית הסכום המבוקש על ידם, היינו בסך של 4,125,000 ש"ח.

14. המשקיעים מנגד טענו כי יש לדחות את ההתנגדויות. לגבי חלק מהנושים המתנגדים נטען כי הם כלל לא הגישו תביעת חוב נגד החברה, ולכן יש לדחות טענותיהם על הסף, שכן כלל לא קיימת להם זכות להעלות טענות בהליך. בנוסף, נטען כי שיעור הנשייה של הנושים המתנגדים לעומת שאר הנושים אשר לא הגישו התנגדויות ויש לראותם כמסכימים לבקשה הינו מזערי, ועל כן אין ליתן משקל של ממש להתנגדויות בבחינת השיקולים הכלכליים של כלל הנושים. זאת כאשר שיעור נשייתם של כלל הנושים המתנגדים מהווה למעשה רק 0.08% מסך חובות החברה לנושים במעמד נשייה בדין רגיל (נשייתם עומדת על סך של 19,208,687 ש"ח בלבד מתוך חובות החברה בסך של 237,448,712 ש"ח במעמד נשייה רגילה שאושרו על-ידי המפרק).

15. בנוסף, בחירתם של הנושים המתנגדים שלא להיות מעורבים בהליך אכיפת השעבודים אינה צריכה להיזקף לחובת המשקיעים. יתרה מזו, על פי הנטען, חלק מהנושים המתנגדים אף יוצגו בעבר על ידי בא-כוחם של המשקיעים בהליך אכיפת השעבודים, אולם משיקולים השמורים עמם בחרו שלא להמשיך לקחת חלק בהליך. יש גם לדחות את הטענות אשר לא נתמכו בתצהיר ובראיות, בעניין לחצים שהפעילו המשקיעים למכירת הפרויקט בתמורה נמוכה מזו שהושגה על ידי המפרק. מכל מקום, מחזיקי האג"ח (ולא המשקיעים) הם שהסכימו להתפשר על סכום התמורה.

16. כמו כן דחו המשקיעים את הנטען בנוגע לתרומתם הדלה להשאת קופת הפירוק, ועמדו על תרומתם הרבה לשמירה על זכויות כלל הנושים במסגרת הליך אכיפת השעבודים. בהתייחס לטענה בדבר פגיעה בשוויון ציינו המשקיעים כי אכן מתן תגמול מיוחד לנושה פעיל בהליכי חדלות פירעון פוגע ביתר הנושים, אולם מדובר בחריג לעקרון השוויון שנועד לקדם רציונלים חשובים נוספים ובהם מעורבות הנושים בהליך כפי שנקבעו בפסיקה.

17. המשקיעים התייחסו לטענות עו"ד שלישי, וטענו כי אין לקבל את הטענה כי בשל כך שפעולותיהם נעשו במשותף עם המפרק אין הם זכאי לתגמול מיוחד. הם הדגישו שהעלו טענות שונות בהליך מאלו שנטענו על ידי המפרק בכתבי הטענות, ובא-כוחם של המשקיעים ביצע חקירות נגדיות שונות ונפרדות מאלו שביצע המפרק לעדים. לולא

התעקשותם להיות צד נפרד ועצמאי בהליך אכיפת השעבודים, ספק רב אם היה ניתן להגיע בסופו של יום לתנאים שגובשו בהסכם הפשרה, וכפועל יוצא מכך לתרומה שצמחה לקופת הפירוק של החברה. יתר על כן, עמידתם העיקשת והעקבית בהליך אכיפת השעבודים מנעה ממחזיקי האג"ח לעמוד ולדרוש את כספם גם במעמד נשייה רגילה עבור יתרת החוב שלא הייתה נפרעת לאחר מימוש הפרויקט.

18. לצד זאת דחו המשקיעים את הטענות הקושרות בין שיעור התגמול המבוקש על ידם לבין השכר שאושר למפרק. שכר הטרחה שנפסק למפרק הוא כללי ואינו מתייחס למימוש הפרויקט גרידא, ומכל מקום לא אושר למפרק שכר בגין מאמץ מיוחד כנטען על ידי עו"ד שלישי. בנוסף, קבלת הטענה לפיה תגמול מיוחד לנושה פעיל בראי שכרו של בעל התפקיד מהווה מעין "כפל שכר" תוביל לתמריץ שלילי, ליריבות מיותרת בין נושים לבין בעל תפקיד ולרפיון ידיהם של נושים המעוניינים לקחת חלק פעיל בהליך. משכך, אף מטעמי מדיניות שיפוטית יש לדחות טענה זו.

19. אשר לטענה כי רק חלק קטן מהמשקיעים היה פעיל בהליך אכיפת השעבודים כך שאין לייחס את הפעולות לכלל 275 חברי הקבוצה, מדובר בטענה שגויה. המשקיעים התאגדו כקבוצה אחת, מימנו את הייצוג המשפטי כיחידה אחת, מינו נציגות משותפת מטעמם והשתמשו בכוחם כקבוצת נשייה מרכזית. על כן ומכיוון שכל חבר בקבוצת המשקיעים יחויב לשאת בחלקו עבור הייצוג והמאמץ שנעשה בהליך אכיפת השעבודים, ראוי שגם כל אחד מהמשקיעים יזכה לתגמול מיוחד ללא כל הבחנה ביניהם.

20. לבסוף, דחו המשקיעים את הטענה לפיה בקשתם מנוגדת לתקנות השכר. בהקשר זה ציינו כי תקנה 8א(ב) לתקנות השכר מאפשרת פסיקת שכר בשיעור של 15%. בענייננו, 15% מתוך 16,500,000 ש"ח שווה ערך לסך של 2,475,000 ש"ח, שהוא התוספת הריאלית המתבקשת מתוך חלקם של הנושים האחרים. בכל מקרה, לטענת המשקיעים הם עומדים בתנאים שנקבעו בעניין ב.7.1 ביחס להחלת החריג לעקרון השוויון ושיעור התגמול המבוקש נגזר משיעור התרומה שנוצרה מפעולותיהם.

21. המפרק תמך בבקשת המשקיעים. נטען כי המשקיעים היו הנושים היחידים שפעלו אל מול טענות מחזיקי האג"ח והיו היחידים שסייעו לו באופן אקטיבי בהליך אכיפת השעבודים. מדובר בהליך מורכב שהתנהל במשך שנים במסגרתו נדרשו המשקיעים ובא-כוחם להגיש כתבי טענות, בקשות וסיכומים וכן להשתתף ביותר מ-20 דיונים בהם נשמעו למעלה מ-40 עדים. תרומתם של המשקיעים בהליך הביאה להגדלת

חלקם של נושי החברה במעמד נשייה רגילה, ולולא סיועם, היה חלקם של הנושים נמוך מזה שהושג. כמו כן, שיעור התגמול המבוקש אינו חסר תקדים כנטען וזאת בהתחשב בהיקף קבוצת המשקיעים שביניהם יחולק הסכום, כך שכל נושה יזכה לתוספת שבין אלפי שקלים לבין 28,600 ש"ח (בהתאם לגובה השקעתו של כל אחד מהם), וכן בהינתן תוצאת הפשרה שהושגה לאחר ניהול הליך ארוך ומורכב. אשר לשכר הטרחה שנפסק לו, אין לקשור בין פעולות מימוש הפרויקט בגינן אושר לו שכר טרחה, לבין פעולות המשקיעים בגינן הם עותרים לתגמול המיוחד בבקשה דנן. תרומת המשקיעים נעשתה בנוגע לאופן חלוקת תמורת מימוש הפרויקט ובכך השיאו את החלק שעתיד להיות משולם לקופת הפירוק.

22. הכנ"ר הגיש עמדתו באיחור ומטעם זה קבע בית המשפט המחוזי בהחלטה מיום 12.12.2022 כי יש לדחותה. בדיון שהתקיים בבית המשפט המחוזי ביום 6.2.2023 ביקש הכנ"ר לחזור על עמדתו הכתובה, שאינה מתנגדת למתן תגמול מיוחד למשקיעים אלא לשיעור התגמול המבוקש. לטענתו, תגמול בשיעור 50% מיתרת תמורת מכירת הפרויקט מהווה תגמול חסר תקדים שאינו סביר וחורג באופן משמעותי מאמות המידה שנקבעו בעניין ב.ד.ג.1. בנוסף, לצורכי בחינת מידת סבירות הבקשה, ציין הכנ"ר כי הבקשה אף אינה עולה בקנה אחד עם תקנות השכר. בהינתן הסכום שיועבר לקופת הפירוק מיתרת כספי מימוש הפרויקט (בסך של 16,500,000 ש"ח) אל מול סך חובות החברה במעמד נשייה רגילה (המוערכים בסך של כ-200 מיליון ש"ח), אזי שבהתאם להוראת תקנה 8א(א)(9) לתקנות השכר, היקף התגמול המקסימאלי לו זכאים המשקיעים עומד על 2% מסך הכספים שיועברו לקופת הפירוק. היינו, יש לתגמל את המשקיעים בסך של 330,000 ש"ח בלבד.

החלטת בית המשפט המחוזי

23. ביום 10.5.2023 ניתנה החלטת בית המשפט. תחילה עמד בית המשפט על המסגרת הנורמטיבית. צוין כי עיקרון השוויון בין הנושים הוא עיקרון מרכזי העומד ביסוד הליכי חדלות פירעון, אולם על מנת לעודד נושים ליטול חלק פעיל יותר בהליכים אלה, פותחה עם השנים פסיקה המכירה בנסיבות מסוימות באפשרות לסטות מעקרון זה. סטייה כאמור תיעשה מקום שבו פעולות בהן נקט נושה מסוים הביאו להשאת מצבת נכסי חדל הפירעון באופן שהיטיב עם כלל הנושים, ולולא פעולה זו לא היה מופק הרווח שהושג. זאת בהתאם לתנאים ולגבולות במתן תגמול מיוחד לנושה פעיל, כפי שהותוו בעניין ב.ד.ג.1.

24. אחר דברים אלה פנה בית המשפט לנסיבות ענייננו וקבע כי יש להיעתר לבקשת המשקיעים, הן לעניין ההכרה בהם כנושים פעילים הזכאים לתגמול מיוחד והן לעניין שיעור התגמול המבוקש על ידם. תחילה נקבע כי ההתנגדויות שהוגשו לא נתמכו בתצהיר ובראיות. שנית, מרבית ההתנגדויות הוגשו באיחור וללא כל טעם של ממש לאיחור. שלישית ולגופו של עניין נאמר כי למעט הנושים המתנגדים, כלל הצדדים (המפרק, עו"ד שלישי והכנ"ר) תמימי דעים על כך שיש באופן עקרוני לתגמל את המשקיעים בגין פועלם בהליך אכיפת השעבודים, והמחלוקת מתמקדת בשיעור התגמול שיש לאשר. אמנם אין די בהסכמת יתר הצדדים להליך כדי להכשיר את מתן התגמול המבוקש, אולם יש לכך השפעה על עמדתם המשפטית של הנושים המתנגדים. בהמשך לכך פנה בית המשפט ליישום השיקולים שנקבעו בעניין ב.ג.ו. ומצא כי התקיימו התנאים הדרושים למתן תגמול מיוחד למשקיעים בגין פועלם בהליך אכיפת השעבודים, וזאת מכמה טעמים.

25. ראשית, מדובר בקבוצת משקיעים המורכבת מנושים פרטיים שהשקיעו את כספם בחברה, ולא בנושים מקצועיים שמכוח תפקידם היה מצופה מהם לפעול לשמירה והשאת נכסי קופת הנשייה. שנית, מדובר במקרה שבו הנושה הפעיל נקט באמצעים סבירים וכשרים להשאת קופת הנשייה. המשקיעים השקיעו ממיטב מרצם וכספם בהשתתפות, ניהול ומימון ייצוגם בהליך אכיפת השעבודים, דבר שהשיא את קופת הנשייה. אכן, אין המדובר בפעולות איתור וחקירה שהביאו למציאת נכסים כפי שלרוב נדון בפסיקה בעניין תגמול לנושה פעיל. ברם, לא נמצא כי יש בכך כדי להביא לדחיית הבקשה. נקבע כי יש להעדיף את הפרשנות לפיה אין לתחום את טווח הפעולות בגינן יהיה זכאי נושה לתגמול מיוחד לחקירה ואיתור נכסים נוספים של חדל הפירעון בלבד, ויש להכיר במגוון רחב של פעולות בהן נקטו הנושים, ואשר יש בהן כדי להביא תועלת לקופת הנשייה וליתר הנושים.

26. באשר לטענה כי יש להצטייד באישור בעל התפקיד ובית המשפט מראש, נקבע כי מדובר בנסיבות מקרה ייחודיות וחריגות. הליך אכיפת השעבודים היה ארוך ומורכב במהלכו ניסו הצדדים להגיע להסכמות ולגבש פשרה שתייתר את הצורך בהכרעה שיפוטית. לבסוף, לאחר מאמצים רבים, עלה בידי הצדדים להגיע להסכמות כפי שבאו לידי ביטוי בהסכם הפשרה. במצב דברים זה, ברי כי לא היה ניתן לדעת עד לסיום ההליך, האם זה יסתיים בפשרה או בהכרעה שיפוטית. משכך, עצם העובדה שהתגמול המבוקש לא התבקש ולא אושר מראש, אינה צריכה לעמוד לרועץ למשקיעים במקרה זה ולהביא לדחיית הבקשה. אכן, כפי שנקבע בעניין ב.ג.ו., ככלל, בקשות לאישור תגמול מיוחד לנושה פעיל יש לאשר מראש ולא כדיעבד, וזאת לאור פוטנציאל הפגיעה בנושים. עם

זאת, בנסיבות המקרה הייחודיות, לא נמצא כי אישור הבקשה בדיעבד יש בו כדי לשלול את זכאותם של המשקיעים לתגמול.

27. לבסוף העיר בית המשפט כי טענת הנושים המתנגדים לפיה אין להכיר במשקיעים כנושים פעילים, מעלה קושי רב ואף אינה הוגנת. אין חולק, כי הסכם הפשרה שהושג בין היתר בשל מאמצם של המשקיעים הביא להגדלת מסת הכספים שבקופת נושי החברה בסכום של 16,500,000 ש"ח. קשה להלום אפוא מצב שבו קבוצה אחת של נושים תפעל ותילחם להשאת סכום זה בעוד שקבוצה אחרת תשב על הגדר ותימנע מנקיטת כל פעולה, ולבסוף יזכו שתי הקבוצות באותו שיעור דיבידנד כקבוע בחוק (באופן יחסי לחובם). כאמור לעיל, אחת הסיבות שבגינה הכירה הפסיקה באפשרות לסטות מעקרון השוויון תוך מתן תגמול לנושה פעיל, הייתה בין היתר היעדר מעורבות הנושים והצורך לעודד אותם לקחת חלק פעיל בהליך. קבלת עמדת הנושים המתנגדים תנציח את אדישות הנושים בהליכי חדלות הפירעון באופן המנוגד לתכלית פסק הדין בעניין ב.ד.ג.1. לא כל שכן, הדבר יוביל לתוצאה בלתי הוגנת כלפי המשקיעים ולא תעשה עמם צדק.

28. ובאשר לשיעור התגמול, בית המשפט בחן את היקף העבודה שהושקעה על ידי המשקיעים והמאמץ שנדרש לשם השאת הקופה בקבעו כי מדובר בהיקף עבודה רב ואין להמעיט במאמציהם. בתוך כך פורט כי הליך אכיפת השעבודים היה מורכב ביותר, כי לולא תרומתם של המשקיעים בהליך ספק רב אם היה ניתן להגיע לתנאים שגובשו בהסכם הפשרה וכפועל יוצא מכך, לתרומה שצמחה לקופת הפירוק של החברה בסך של 16,500,000 ש"ח. עמדה זו אומצה על ידי המפרק והיא בעלת חשיבות רבה בעניינו, שכן המפרק משמש כקצין בית המשפט וכזרועו הארוכה. זאת ועוד, במסגרת הליך אכיפת השעבודים התקיימו מעל 20 ישיבות שארכו שעות, נשמעו חקירות של למעלה מ-40 עדים, הוגשו עשרות תצהירים של עדים שחלק נכבד מהם נמנה על קבוצת המשקיעים, והוגשו סיכומי הצדדים בהיקף של מאות עמודים. המשקיעים אף חויבו בשכר טרחת עורך דינם עבור 6,561 שעות עבודה.

29. בעניין זה, בית המשפט דחה את הטענה כי לא ניתן לייחס את הפעולות האמורות לכלל 275 המשקיעים, כי אם רק למספר מועט מהם שלקח חלק פעיל בדיונים שהתקיימו בהליך אכיפת השעבודים. המשקיעים התאגדו כקבוצה אחת שביקשה לעמוד על זכויותיה במסגרת ההליך באופן ששירת את טובת כלל נושי החברה. בתוך כך, כל אחד מחברי קבוצת המשקיעים נאלץ לשאת בהוצאות מימון הייצוג המשפטי שהביא להשאת התמורה לקופת הנשייה, ולטובת העניין מינו חברי קבוצת המשקיעים נציגות משותפת

מטעמם לצורך קבלת החלטות. כמו כן, וזה העיקר, חברי קבוצת המשקיעים השתמשו בכוחם כקבוצת נשייה מרכזית לצורך גיבוש ועיצוב תנאי הסכם הפשרה. על כן אין לקבל את הטענה שאמת המידה לבחינת המאמץ שהושקע הוא השתתפות בדיונים בלבד. כל אחד מקבוצת המשקיעים לקח חלק בהליך אכיפת השעבודים בהתאם ליכולותיו. גם אם מדובר בנשיאה בנטל הוצאות מימון הייצוג המשפטי בלבד, הרי שעצם הבחירה לקחת חלק בהליך ולא לשבת בחוסר מעש, היא שראויה לציון ותגמול. זאת לא כל שכן, שעה שמדובר בנושים שלא זכו לקבל את כספם בחזרה מהחברה ובכל זאת בחרו להכניס את היד לכיס ולשאת בהוצאות נוספות, הוצאות שכאמור הביאו להשאת קופת הנשייה. בשים לב לכך שפעולתם של המשקיעים הביאה לא רק להשאת התמורה שהגיעה לקופה, אלא גם לחסכון רעיוני בסך של כ-17,500,000 ש"ח, הסכום שנוקף ונחסך לקופת הנשייה בשל פעולות המשקיעים הוא משמעותי ויש בכך כדי להצדיק את מתן התגמול המבוקש.

30. בית המשפט נתן דעתו לטענה כי מדובר בתגמול בשיעור גבוה, וזאת בין היתר בשים לב להוראת תקנה 8א לתקנות השכר המורה על תשלום שכר טרחה מתוך סך הכספים שחולקו בפועל. אולם צוין כי אין הכרח שכל תגמול מיוחד שיפסק לנושה פעיל יעלה בקנה אחד עם הוראת תקנה 8א לתקנות השכר, כאשר בעניין ב.ר.7. עשה בית משפט זה היקף לתקנות השכר על דרך "גזירה שווה" שאינה מחייבת, באופן שבו יש לדון בכל מקרה לגופו.

31. ובאשר לטענת הכנ"ר שיש להעמיד את שיעור התגמול למשקיעים על סך של 330,000 ש"ח בלבד, נאמר כי תגמול בשיעור כה נמוך עבור ניהול הליך משפטי סבוך שארך כ-6 שנים, אינו מידתי בנסיבות העניין ויהיה בו כדי לגרום עוול למשקיעים. במסגרת זו יש גם לדחות את התנגדותם של הנושים האחרים המצויים באותו מעמד נשייה כמו המשקיעים, ששיעור נשייתם עומד על 0.08% מכלל הנשייה בלבד.

32. בכל הנוגע לטענת הנושים המתנגדים כי הם סמכו ידיהם על המפרק שייצגם נאמנה בהליך אכיפת השעבודים מול מחזיקי האג"ח, נקבע כי הסתמכות על כישוריו של בעל התפקיד בהליכי חדלות פירעון לצורך מיקסום החזר החוב לנושים אינה תמיד מספקת. במקרה זה אף מדובר בהליך בהיקף יוצא דופן במיוחד, שהצריך מעורבות אינטנסיבית של המשקיעים. גם נדחתה הטענה כי בפועל המפרק הוא זה שהביא להשאת מכירת הפרויקט באופן שהביא לתמורה המשמעותית לקופת הפירוק, בעוד שהמשקיעים הפעילו עליו לחצים להסכים למכירת הפרויקט בסכום נמוך בהרבה מזה שאושר. נקבע

כי טענה זו לא נתמכה בראיות, ודי בכך כדי לדחותה. אף עלה כי המשקיעים דווקא תמכו בבקשת המפרק וסייעו בדחיית טענות מחזיקי האג"ח שהתנגדו לבקשה.

33. גם בהשוואה שנעשתה בין שיעור התגמול המבוקש לבין שכר הטרחה שנפסק למפרק, לא נמצא כל טעם של ממש. למפרק נפסק שכר טרחה בשיעור של 10% מכל התקבולים שיתקבלו בהליכי חדלות הפירעון של החברה והחברות הקשורות לה. אישור כאמור ניתן בשל חריגות ומורכבות כלל הליכי חדלות הפירעון בעניינה של קבוצת החברות, בלא כל קשר או התייחסות פרטנית להליך אכיפת השעבודים, או למאמץ מיוחד שהושקע על ידי המפרק בהליך. יתרה מזו, אין מקום לקשור בין שיעור התגמול המבוקש לבין שכר הטרחה שנפסק לבעל תפקיד בהליכי חדלות פירעון, דבר אשר מנוגד לפסק הדין שניתן בעניין ב.ג.נ., וגם שגוי מבחינת מדיניות משפטית. במסגרת פסיקת שכר טרחה בהליכי חדלות פירעון בוחן בית המשפט את כלל פעולותיו של בעל התפקיד בהליך (בהתאם למסלולי השכר הקבועים בתקנות השכר). זאת ביחס לכלל הנכסים, ההליכים ומידת המאמץ להם נדרש בעל התפקיד. כך גם בענייננו. הליך אכיפת השעבודים הוא רק פרק אחד מתוך שלל הליכי חדלות הפירעון בעניינה של החברה והחברות הקשורות לה.

על החלטה זו הגישו חלק מהנושים המתנגדים את הערעור שלפנינו.

תמצית טענות בערעור

34. לטענת המערערים, בית המשפט המחוזי טעה כאשר הכיר במשקיעים (שיכוננו להלן גם: המשיבים) כנושים פעילים. המשיבים לא תמכו את טענותיהם בדבר פועלם להגדלת קופת הפירוק בתצהירים המפרטים את העובדות הנטענות על ידם, ובית המשפט שגה בכך שלא עמד על הגשת תצהירים. טענת המשיבים נסמכה אך על מסמך שערך בא-כוחם המפרט לטענתו את מספר השעות שהושקעו על ידו. ברם, עיון במסמך זה אינו מלמד מאומה. אם כבר, מסמך זה מוכיח כי המשיבים כלל לא ביצעו פעילות מאומצת להשאת הקופה. מה גם שהוא מתייחס לשעות עבודה שהושקעו כשנה לאחר השגת הפשרה עם הנושים המובטחים. על כן היה על בית המשפט לאמץ את גישת הכנ"ר ולקבוע כי המשיבים לא הביאו שום תועלת ייחודית להליך דוגמת איתור נכסים שלא היו ידועים למפרק, וכי הצטרפותם להליך אינה מקנה להם מעמד נשייה מיוחד.

35. באשר לשיעור התגמול, נטען כי מדובר בסכום בלתי סביר בעליל. בית המשפט היה צריך לקבוע את סכום התגמול בהתייחס "לשכר החלוקה בפועל" לפי תקנות השכר.

מכל מקום מדובר בחריגה משמעותית מהשכר הראוי שהיה צריך לפסוק למשיבים אף לפי שיטתם. שכר זה חורג משמעותית מהמבחנים שנקבעו בעניין ב.ג.ד.ו, ודאי בשים לב לשכר שנפסק לטובתו של המפרק. בכל מקרה שיעור הגמול היה צריך להיפסק מראש ולכל היותר היה צריך לעמוד על סך של 330,000 ש"ח בלבד.

33. המשיבים מנגד טענו בתחילה כי המערערים מרחיבים את חזית המחלוקת בעניין שיעור התגמול המגיע להם, תוך שהם מצרפים את עמדת הכנ"ר שהוגשה בבית המשפט המחוזי ונדחתה בשל כך שהוגשה באיחור. לגופו של עניין נטען כי ההחלטה לפסוק להם גמול אושרה באסיפת הנושים בה השתתפו כ-50 נושים, בעוד ששיעור הנושים המתנגדים מקרב כלל הנושים באותה קבוצה עומד על פחות מ-1%. בכל מקרה, אין מקום להתערבות בית משפט זה בהחלטת בית המשפט המחוזי. מה גם שהתנגדות המערערים הוגשה באופן לאקוני וחסר. עצם פסיקת הגמול וסכומו עולה בקנה אחד עם פסק הדין שניתן בעניין ב.ג.ד.ו ועם התנאים שנקבעו בו. אין גם מקום להבחנה המלאכותית שבין נושה פעיל שערך חקירות ובדיקות, איתר נכסים וזכויות, לבין נושה פעיל שניהל הליכים משפטיים אשר בעקבותיהם הועשרה קופת הנשייה. גם המשיבים ציינו נקודת המוצא היא שעיקרון השוויון הוא עיקרון חשוב ומרכזי בהליך חדלות פירעון, אולם אין משמעות הדבר כי אין מקום לסטות מעיקרון זה כאשר היה בהתנהגות אחד הנושים כדי לסייע באופן משמעותי להשאת שווי הנשייה.

34. המפרק תמך אף הוא בדחיית הערעור. לעמדתו פסיקת בית המשפט המחוזי עולה בקנה אחד עם המבחנים והגבולות הברורים שנקבעו בפסק הדין בעניין ב.ג.ד.ו. זאת ודאי בשים לב לכך שבעניין ב.ג.ד.ו נקבע מפורשות כי המבחנים שנקבעו בו אינם רשימה סגורה ויש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו המיוחדות והפרטניות. במקרה זה המשיבים סייעו רבות לתוצאה הסופית אשר גולמה במסגרת הסכם הפשרה. דבר זה מקבל משנה תוקף שעה שהמערערים בחרו שלא ליטול חלק בהליכים ועתה, בדיעבד, מלינים על ההטבה המגיעה למשיבים בשל פועלם החיובי והמשמעותי בהשאת הקופה. באשר לסכום הגמול, מדובר בסכום הולם לנושה "חרוץ" ועולה בכל הקריטריונים שנקבעו בהלכת ב.ג.ד.ו. אכן מדובר בסכום משמעותי אך הוא אינו "חסר תקדים". בית המשפט של חדלות פירעון ליווה את כל ההליך מתחילתו, היה ער לכל ההתפתחויות שהתרחשו ושקל את כל השיקולים הרלוונטיים לעניין. ודאי שאין להקיש בין השכר שנפסק לו כבעל תפקיד לבין שיעור הגמול שיש לפסוק למשיבים כנושים פעילים.

36. הכנ"ר טען כי דין הערעור להתקבל. בשונה מעמדתו בבית המשפט המחוזי, סבר כי כלל לא היה מקום להכיר בקבוצת המשקיעים כנושים פעילים. זאת שכן כאשר המפרק מבצע את תפקידו כנדרש, אין כלל מקום לייצר מנגנונים שיתמרוצו קבוצות נושים להצטרף להליכים הננקטים על ידו. יש בכך אף כדי להביא לפגיעה במעמד של בעלי התפקיד בהליך חדלות הפירעון, ביעילות ההליכים, בקולקטיביות ובעיקרון השוויון. מעבר לכך, לטענתו, גם אם היה מקום להכיר בהם כנושים פעילים הזכאים לגמול מיוחד, לא היה מקום לאשר להם שכר בהיקף חסר תקדים תוך פגיעה קשה בנושים האחרים. בית המשפט המחוזי לא שקל את השיקולים שהותוו בעניין ב.ר.ן לעניין גובה הגמול. מדובר בגמול שאינו פרופורציונלי לפעולות שביצעו הנושים ולתועלת הייחודית שהביאו, בעיקר בהתחשב בכך שמדובר בהליך שנוהל על ידי המפרק אשר גם תוגמל בנפרד עבור מאמציו.

37. ביום 14.11.2024 קיימתי דיון מקדמי בערעור מכוח סמכותי לפי תקנה 138(א)(3) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: התקנות), בו נשמעו טיעוני הצדדים בעל-פה. בא-כוח הכנ"ר חזר על עמדתו כי לא מתקיים במקרה זה הרציונל המצדיק מתן תמריץ לנושה פעיל, שכן התאגדותם של נושים אשר בחרו להיות מיוצגים בהליך משפטי שיזם וניהל בעל תפקיד, אינה מצדיקה תגמול מיוחד. כמו כן, ככל שמדובר בסיוע שבעל התפקיד נזקק לו, היה מקום לקבל לכך אישור מראש מבית המשפט, שאם לא כן, התגמול צריך להינתן על חשבון שכרו.

גם בא-כוח המערערים חזר על טענותיו וציין כי לא הוכחה במקרה זה השקעת מאמץ מיוחד הראוי לתגמול מצד המשיבים, רק בשל השתתפותם בהליך משפטי.

מנגד בא-כוח המשיבים טען כי יש מקום לתגמל את הנושים במקרה זה נוכח העובדה שאין מדובר בהליך בעל אופי קולקטיבי, אלא בהליך אזרחי נפרד שעניינו אכיפת שעבודים ספציפיים. כן נטען כי אין לקבל את עמדת הכנ"ר המתנגד כעת למתן תגמול כלשהו, בעוד שבהליכים שבבית המשפט המחוזי, בהם נטל חלק בא-כוח מטעמו, הוא תמך בכך. מה גם, בפסק הדין בו אושר הסכם הפשרה מול מחזיקי האג"ח נקבעו ממצאים עובדתיים בדבר התועלת שצמחה לקופה כתוצאה מפועלם של המשיבים. ממצאים אלה הפכו לחלוטים שכן הערעור שהוגש על ידי הכנ"ר על אותו פסק הדין לא התייחס לעניין זה, אלא רק לעצם העובדה שהדבר לא הועבר לידיעת יתר הנושים, וכך גם פסק הדין שניתן בבית משפט זה בערעור שהוגש.

המפרק מצדו טען כי יש ליתן את מרבית המשקל להתרשמותו של בית המשפט של חדלות פירעון בדבר תרומת המשיבים להליך; כי לאור גודלה של קבוצת הנושים הפעילים התגמול היחסי שיקבל כל אחד מהם הוא נמוך; וכי אין ממש בטענת ה"מדרון החלקלק" על פיה עשוי להיפרך הסכר במתן תגמול לנושים, נוכח העובדה שמדובר במקרה חריג שבו סייעו הנושים בעבודה משפטית סבוכה ביותר.

דיון והכרעה

38. לאחר עיון בטענות הצדדים ושמיעת טענותיהם בדיון המקדמי, החלטתי לדון בערעור בהתאם לתקנות 138(א)(3) ו-5 לתקנות ולקבל את הערעור.

39. עיקרון השוויון בין נושים בעלי מעמד נשייתי זהה הוא אחד מעקרונות היסוד בהליך חדלות פירעון, העומד בבסיס דיני הנשייה, הן בהתאם לדין הקודם לפי פקודת פשיטת הרגל ופקודת החברות והן בהתאם לדין החל לפי חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018 (להלן: חוק חדלות פירעון) (סעיף 76 לפקודת פשיטת הרגל החל גם על חברות מכוח סעיף 353 לפקודת החברות; סעיף 232 לחוק חדלות פירעון; וראו למשל: ע"א 4316/90 הספקה חברה מרכזית לחקלאים בע"מ (בפירוק) נ' אגרא – אבן יהודה אגודה חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מט(2) 133, 169 (1995) (להלן: עניין אגרא); ע"א 3760/03 עמרן נ' עו"ד מיכה צמיר, נאמן על נכסי אייפרמן יוסף, פ"ד נט(5) 735, 748 (2005); רע"א 5658/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' קניית ניהול השקעות ומימון בע"מ, פסקה 27 (6.10.2010); ע"א 2146/06 ברק נ' עו"ד ברוך אבוקרט – מפרק, פסקה 19 (18.11.2010); ע"א 2717/10 רו"ח מנחם רהב בתפקידו כנאמן לביצוע הסדר הנושים נ' אינטרלינק מסחר בינלאומי בע"מ, פסקה 11 (28.8.2012); ע"א 10208/16 קרטו מוטורס בע"מ נ' Better Place Inc., פסקה 28 (13.12.2017); ע"א 679/17 מרכז לוגיסטי בי רבוע נדל"ן בע"מ נ' אורתם סהר הנדסה בע"מ, פסקאות 33-36 (11.2.2018); ע"א 8158/21 שוקחה נ' עו"ד אופיר דידי, פסקאות 25-29 (4.1.2022); ע"א 1148/21 רייס נ' גולדברגר, פסקה 57 (11.12.2022); ע"א 2833/04 רגיס בע"מ נ' רו"ח גבריאל טרבלסי, הנאמן על דן רולידר בע"מ, פסקה 23 (3.8.2009); דוד האן דיני חדלות פירעון 616 (מהדורה שנייה, 2018); עודד מאור ואסף דגני הפטר כרך ב 1195 (2019); גבריאל הלוי דיני חדלות פירעון ושיקום כלכלי 1014 (2020)). כפי שנאמר בעניין ב.ד.ן:

"שמירה על עיקרון השוויון חיונית, וכל חריגה ממנו, ולו ביחס לנושה אחד, פוגעת בשאר הנושים, בהינתן העובדה כי מסת נכסי החייב או החברה חדלי הפירעון אינה מספיקה על מנת לאפשר את פירעון מלוא החובות; והיא מקטינה מיניה וביה את כלל הנכסים העומדים לחלוקה,

ובמקביל לכך, את שיעורו של החלק היחסי בפירעון חובות החייב או החברה שישולם לכלל נושיהם" (שם, פסקה 18).

40. חרף האמור, גם לעיקרון השוויון ישנם גבולות ומיצרים ולעתים הוא נסוג מפני שיקולים אחרים. אחד מהחריגים שהוכרו כמתירים סטייה ממנו, הוא מקרה שבו מדובר בנושה אשר פעל לשם הטבת מצבת הנכסים הניתנים לחלוקה בין כלל נושי החייב או התאגיד המצויים בהליכי חדלות פירעון. זאת כאשר אלמלא מאמציו של אותו נושה, הנכסים שאותרו על ידו לא היו מחולקים בין הנושים. תגמול הנושה מיטיב עמו אפוא כתמורה על ההטבה שהעניק לכלל הנושים, המגלים לא פעם אדישות כלפי הליך חדלות הפירעון מתוך אמונה שתצמח להם ממנו תועלת נמוכה, או מתוך הסתמכות "עיוורת" על בעל התפקיד (עניין ב.ג.ו.1, פסקה 29).

41. ואכן כפי שהצביע בית המשפט המחוזי, בעניין ב.ג.ו.1 נקבעו כללים שלאורם ניתן לצעוד בעת מתן הכרעה אם מגיע לנושה הפעיל שכר על עמלו, ומה גובהו, כדלקמן:

"לא כל נושה פעיל זכאי לגמול מיוחד על עמלו. למשל, מצופה מנושה 'מקצועי' אשר עסקו בכך שיפעל להשאת הקופה, גם במקרים בהם לא תופק מפעולותיו תועלת לרווחתו האישית, ואין צריך לומר כי חלות עליו חובות מוגברות של תום לב [...] כך אין מקום להעניק גמול מיוחד לרשות ציבורית, כדוגמת רשות המסים או רשות מקומית, הנושה בחייב או בחברה. מצופה מגופים מסוג זה, כמו גם מבעלי תפקיד מטעמם, שיפעלו להשאת הקופה כחלק בלתי נפרד מתפקידם.

שנית, יש לוודא כי הנושה יפעיל רק אמצעים סבירים וכשרים על פי הדין ושהמטרה לא תקדש אצלו את האמצעים.

שלישית, עובר להסכמת בעל התפקיד למתן הגמול, עליו להצטייד מראש עם אישור בית המשפט. זאת בדומה למצבים אחרים בהם קיים פוטנציאל לפגיעה בקופת הכינוס [...].

רביעית, שיעור הגמול צריך להיקבע מראש. על ידי כך, ניתן לוודא כי הוא סביר; ניתן לעמוד על התועלת היחסית אשר תופק לטובת הקופה ושאר הנושים; ניתן למנוע עבודה בלתי יעילה מטעם הנושה תוך ציפייה לקבלת גמול על עבודתו [...].

חמישית, יש לדון בשאלת גובה הגמול. בעניין זה די ברור כי שיעור הגמול צריך להיות נגזר מהסכום שהצליח

הנושה להעשיר בו את הקופה. היינו מעין 'שכר חלוקה בפועל'. זאת, שלא בדומה לבעל התפקיד עצמו שלפי תקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפקדים ושכרם), התשמ"א-1981 ישנם מספר מסלולים לתשלום שכר עבור עמלו [...]. תקנות אלו אינן חלות בקביעת 'שכר' הנושה, אך ניתן לגזור מהן גזירה שווה והן יכולות להיות מצפן לכך. זאת, שכן הנחת המוצא היא כי מחוקק המשנה לקח בחשבון בקביעת שכר בעלי התפקיד את מכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין, ובתוכם בראש ובראשונה את העלות מול התועלת, הן של כלל הנושים והן של בעל התפקיד" (עניין ב.ג.ו, פסקאות 31-35).

וכפי שגם נקבע בעניין ב.ג.ו באשר להשוואה בין שכר בעל תפקיד לבין התגמול

של נושה פעיל:

"אכן, פשיטא כי ההשוואה בין שכר בעל התפקיד לבין הנושה 'היעיל' אינה אחד לאחד. ייתכן כי הנושה יעמול קשה יותר מבעל התפקיד. ייתכן שלא. ייתכן שהוצאות הנושה תהיינה רבות מהוצאות בעל התפקיד וייתכן שלא. בכל מקרה התקנות גם מקנות לבעל התפקיד תוספת על 'מאמץ מיוחד' וניתן לאמץ גם הסדר זה בקביעת 'שכר' הנושה הפעיל. אם כי, כאמור, מדובר בהתוויית דרך ולא בכלל נוקשה ויש לדון בכל מקרה לגופו" (שם, פסקה 36).

ועוד נקבע בעניין ב.ג.ו כי בין יתר השיקולים שיש לקחתם בחשבון בקביעת גובה הגמול נמנים היקף העבודה שהושקעה על ידי הנושה להשאת הקופה; המאמץ שנדרש על ידו לשם כך; הסכום שנזקק לקופת הנושים בזכות פועלו; שיעור הסכום האמור מכלל מסת הסכום שעומד לחלוקה; מהות הנושים האחרים; קיומם של נושים אחרים שפעלו להשאת קופת הנשייה, וככל שלא מדוע; ופועלו של בעל התפקיד ככל שמונה כזה, אם פעל. הובהר כי לא מדובר ברשימה סגורה של שיקולים וגם בעניין זה יש לבחון כל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו המיוחדות והפרטניות.

42. ובאשר לנסיבותיו הייחודיות של המקרה שלפנינו, בהן מדובר בפעולה של הגדלת קופת הנשייה בדרך של התנגדות לאכיפת שעבודים, דבר שהביא להגדלת הנכסים לחלוקה. עקרון השוויון בין הנושים השונים, שהוא כאמור אחד מאבני היסוד בדיני חדלות פירעון, חל רק לגבי נושים מאותו "סוג". אין שוויון בין נושים "מובטחים" לבין נושים "רגילים" (עניין אגרא, עמ' 169; רע"א 6649/04 ארגון הקניות של מושבי הדרום והמרכז בע"מ (בפירוק) נ' גדעון אליאב, עו"ט, פסקה 9 (11.2.2007)). העדיפות הנשייתית המוקנית לנושים מובטחים היא עניין של מדיניות כלכלית, חברתית ומשפטית שהמחוקק

נתן לה גושפנקא כחלק מ"כללי המשחק" של השוק (וראו: ע"א 3042/19 עו"ד אביחי ורדי, נאמן לנכסי החייב יצחק יפה נ' רייכמן, פסקאות 25-29 (29.12.2020); בש"פ 8470/22 בנק לאומי לישראל נ' מדינת ישראל, פסקאות 2-3 לחוות דעתי (24.10.2023)). משמעותו של דבר היא שלמרות שהנכסים המשועבדים של החייב (היחיד או התאגיד) לנושה מובטח נכללים בנכסיו, נכסים אלו אינם נכללים בקופת הנשייה הניתנים לחלוקה בין הנושים (רע"א 5156/18 פבליקוב נ' עו"ד שרון טויט – מנהל מיוחד, פסקה 2 לחוות דעתי (6.11.2018)); רע"א 8599/22 כהן נ' עו"ד גיל אפרתי נאמן, פסקאות 20 ו-26 (15.1.2023); ע"א 7188/18 עו"ד אריק אמיר נ' חנאי, פסקאות 28-29 (28.12.2020)). וכפי שציינתי לאחרונה בעניין רע"א 3356/24 י.ח.ד. יזמות בע"מ נ' קרני (1.10.2024) בקשר למהות הנשייה המובטחת בדין שהיה קיים לפני חוק חדלות פירעון, החל בענייננו:

"נקודת המוצא היא כי לנושה המובטח זכות קניינית בנכס המשועבד, המעניקה לו הגנה חפצית כלפי כולי עלמא [...] כפועל יוצא מכך, לפי הדין שקדם לחוק חדלות פירעון, נושה מובטח אשר ביקש לממש את בטוחתו, היה רשאי לעשות כן באופן עצמאי וללא תלות בנושים אחרים שאינם מובטחים ובהליכים אחרים שהתנהלו נגד החייב (סעיפים 20(ב) ו-22(ד)(2) לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980 [...]). ביסוד האפשרות שהוענקה לנושה המובטח לנקוט בהליכים עצמאיים עמדה התפישה כי עד לגובה החוב המובטח הבטוחה אינה באה בגדר י נכסי קופת הכינוס [...]" (שם, פסקה 16).

וכן ראו לגבי הדין החל כיום לאחר חקיקת חוק חדלות פירעון (שם, פסקה 17).

43. משכך, הסטת נכסים או כספים משועבדים מהנושים המובטחים לקופת הנושים הרגילים, מהווה פעולה המגדילה והמיטיבה עם קופת הנשייה ממנה ניתן לחלק לנושים הבלתי מובטחים כספים על חשבון נשייתם. בענייננו כאמור צלחה דרכו של המפרק בהתנגדותו להליך אכיפת השעבודים, דבר שהעביר סכומי כסף לא מבוטלים ממשקיעי האג"ח המובטחים אל קבוצת הנושים הרגילים. בגין מאמציו בהליך זה מגיע לו ואף שולם לו שכר כהוגן כדת וכדין.

44. אלא ששונים הנושים הפעילים מבעל התפקיד כמרחק מזרח למערב. עצם מעורבותו של נושה בהליך משפטי אינו מצדיק תגמול מיוחד לנושה פעיל, השמור למצבים של איתור נכסי החייב שלא היו ידועים או מוכרים זה מכבר לבעל התפקיד.

הנחת היסוד היא כאמור, כי יש לתגמל נושה פעיל אשר השקיע מאמצים בהשאת הקופה בדרך של איתור נכסים נוספים, באופן המיטיב את מצבת הנכסים ומגדיל את קופת הנשייה תוך הטבת מצבם של כלל הנושים (ראו למשל ביחס לאופן בו יושמה ההלכה שנקבעה בעניין ב.ר.ן בפסיקת בתי המשפט המחוזיים: פש"ר (מחוזי מ"ר) 15-01-32319-32319 בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' אורי גיל (נאמן) (24.3.2021); פש"ר (מחוזי ב"ש) 01-43573-43573-13 טחלי נ' הכונס הרשמי (12.9.2021); פש"ר (מחוזי ת"א) 16-11-1102-1102 חרטה סטודיו יצרני כלים סניטריים בע"מ נ' בית עדה אליעזר – החייב (14.3.2022); פר"ק (מחוזי ת"א) 13-09-43214-43214 גיא בר (92) הנדסה אזרחית בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי (14.4.2024); וראו לעניין פעולות שפעל נושה פעיל להשאת קופות הנשייה אף בטרם פתיחת הליך חדלות הפירעון: פש"ר (מחוזי נצ') 16-04-5312-5312 ברוך נ' הכונס הרשמי (29.10.2023)). כך גם, בפסיקת בתי המשפט המחוזיים הודגש כי השתתפות והתייצבות בהליך משפטי, או הגשת התנגדות בגדר הליך משפטי או מחוצה לו, אינן מהוות כשלעצמן עילה לפסיקת גמול מיוחד (וראו למשל בפסיקת בתי המשפט המחוזיים: פש"ר (מחוזי מ"ר) 34377-34377-03-14 וילהיים נ' כונס נכסים רשמי תל אביב (14.2.2019); פש"ר (מחוזי ת"א) 47870-47870-01-18 שאול נ' כונס הנכסים הרשמי, פסקה 14 (1.3.2022); פש"ר (מחוזי ת"א) 4986-4986-03-18 שיפוני נ' כונס הנכסים הרשמי, פסקה 23 (6.8.2023)).

45. במקרה זה אין חולק שפעילות המשיבים לגביה התבקש התגמול התייחסה לתרומתם להליך המשפטי, ליצירת תשתית משפטית ולגיבוש ההסכמות אליהן הגיעו בהסכם הפשרה. אך בעניין זה צודק הכנ"ר בציינו כי מדובר בשירותים משפטיים העומדים בלבו של אחד מתפקידיו הגרעיניים של בעל התפקיד, כאשר הוא אינו רשאי על דעת עצמו "להסתייע" לגביהם במילוי תפקידו בגורם אחר. ככל שמתקיימות נסיבות המצדיקות אישור לקבלת "סיוע" מעין זה, ומתן תגמול לגביה, פשיטא כי זו צריכה להיות מאושרת מראש על ידי בית המשפט (וראו גם: תקנה 12 לתקנות השכר הקובעת כי: "בעל תפקיד לא יעסיק במסגרת תפקידו פקיד, עורך דין, רואה חשבון, מנהל חשבונות, כלכלן, מהנדס, שמאי או בעל מקצוע אחר אלא באישור מראש מאת הכונס הרשמי או מבית המשפט..."). ולא בכדי גם בעניין ב.ר.ן צוין כי מתן גמול לנושה פעיל אינו נתון להסכמתו של בעל התפקיד, אלא לאחר שיינתן אישור על ידי בית המשפט. הגם כי ניתן להעלות על הדעת מצבים שבהם תהיה הצדקה לתגמול נושה, בגין פעולות שהביאו להעשרת קופת הנשייה חרף העובדה שלא התבקש אישור מראש, נסיבות מקרה זה אינן קרובות לכך. אדרבה, התנאי שעניינו קבלת אישור מראש מקבל משנה תוקף בנסיבות שבהן מדובר בתפקידים מובהקים הנתונים לבעל התפקיד. או אז בעל התפקיד

אינו רשאי "להאצילם" לאחר ללא אישור. ממילא במקרים כאלה יש גם להביא לאישור בית המשפט גם את גובה התגמול מראש.

46. אוסיף כי גם אין לשעות לטענת המשיבים כי בפסק הדין מיום 28.10.2021 בפר"ק 15-11-18184, נקבעו קביעות עובדתיות בדבר התגמול המגיע להם, אשר הפכו לחלוטות. באותו פסק דין, במסגרת הליך אכיפת השעבודים, אושר הסכם הפשרה בין הצדדים אשר כלל הסכמה לעניין התגמול המיוחד למשיבים. האישור נסוב בעיקר על אותה הסכמה. עמדת הכנ"ר באותו הליך הייתה כי לא ניתן לאשר תגמול מיוחד לנושה פעיל במסגרת הסכם עם נושה מובטח ללא שהדבר יובא לידיעת יתר הנושים במסגרת אסיפת נושים. ואכן, לאחר שאושר הסכם הפשרה ובכלל זה התגמול המיוחד למשיבים, הוגש ערעור על ידי הכנ"ר לבית משפט זה (ע"א 8088/21). בפסק הדין שניתן ביום 29.3.2022 בהליך הערעורי נקבע כך:

"בתום הדיון, ולנוכח הקשיים שהוצפו, הודיעו הצדדים, באמצעות באי כוחם, כי הם הגיעו להסכמה לפיה:

1. המשיבים 3 [המשיבים בהליך כאן] יגישו לבית משפט קמא בקשה לאשר להם תגמול נושים פעילים בגובה בסך של 8,250,000 ש"ח. המערער [הכנ"ר] יצוין כמשיב לבקשה.
2. המשיבים 1 [מחזיקי האג"ח] נותנים את הסכמתם לבקשה ולמתן התגמול שהתבקש בה.
3. המשיבים 3 ימציאו את הבקשה למשיב 2 [המפרק].
4. המשיב 2 יזמן אסיפה של הנושים הרגילים בה יציג לפניהם את הבקשה ואת יתרונותיה ויודיע להם כי הם רשאים, בתוך 30 ימים מיום הישיבה, להגיש התנגדות לבקשה.
5. הוגשה התנגדות לבקשה, בין על ידי הנושים הרגילים או מי מהם בין על ידי המערער, בתוך המועד שנקוב בסעיף 4 לעיל, יברר בית המשפט קמא את ההתנגדות.
6. לא הוגשה התנגדות כאמור תאושר הבקשה על התגמול שהתבקש בה.
7. כל יתר הוראות הסכם הפשרה, שהוגש לבית משפט קמא ופסק הדין שניתן להן, לרבות סכום הפשרה שניתן למשיבים 1, כנושים מובטחים, יישארו על כנן.

לבקשת הצדדים אנו נותנים להסכמה זו תוקף של פסק דין".

שעה שלא ניתנה הדעת אפוא לעמדת יתר הנושים, אשר כלל לא היו חלק מהליך אכיפת השעבודים, הקביעות לעניין מתן תגמול פעיל לא הפכו לחלוטות. בית משפט זה

קבע, בהסכמת הצדדים, כי לעניין מתן התגמול לנושה פעיל יש לשמוע את עמדת יתר הנושים, וככל שתוגשנה התנגדויות, יש לקחת בחשבון את טענותיהם בהקשר זה. אין אפוא מקום לקבל את הטענה כי אושר זה מכבר התגמול הפעיל בקביעות חלוטות, טרם ניתנה כלל הזדמנות ליתר הנושים להתייחס לכך, וטרם נשקלה עמדתם. במובן זה, אין כל ממש בטענות המשיבים כי קביעותיו העובדתיות של בית המשפט קמא בדבר מתן תגמול הפכו לחלוטות.

47. בשולי עניין זה אציין כי לא מצאתי לדחות את העמדה שהביע הכנ"ר לפנינו, רק בשל כך שהיא סוטה מהעמדה שהובעה בהליכים שהתקיימו בבית המשפט המחוזי. על עניין זה נקבע בעניין ע"א 4401/21 אמיתי נ' קרויז (15.11.2023) כך:

"חרף העובדה שאפשר להביט על הכנ"ר (היום כאמור, הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי) כרשות מינהלית בהקשר של מתן חוות דעת לבית המשפט, הוא אינו כזה במלוא מובן המילה. הוא בעל תפקיד מרכזי ומשמעותי בהליכי פשיטת רגל וחדלות פירעון. הוא נחשב כקצין בית משפט, כזרועו הארוכה של בית המשפט, ובין תפקידיו עליו להשגיח על ביצוע צודק ויעיל של ההליכים [...]. במסגרת חוק חדלות פירעון גם נתונות לו סמכויות מעין שיפוטיות. הוא זה המנהל לפי סעיף 268(2) לאותו חוק את הליכי חדלות הפירעון של יחידים לפי חלק ג' לחוק, ובכלל זה מוסמך לתת ליחיד צו לפתיחת הליכים לפי סעיף 105 לחוק; והוא נדרש להביא לפני בית המשפט את עמדתו המקצועית בסוגיות הדרושות להכרעה ולסייע לבית המשפט להגיע לתוצאה הצודקת והנכונה. כמו כן, הוא אינו 'בעל דין רגיל' לכל דבר ועניין שתוצאת ההליך עשויה להשפיע על זכויותיו או חובותיו, כי אם משמש כמעין 'יועץ מקצועי' לבית המשפט. משכך, לא רק שהכנ"ר רשאי, הוא אף מחויב, מכוח תפקידו, להביא לפני בית המשפט את עמדתו המקצועית האובייקטיבית, אף אם הוא הביע עמדה שונה בעבר והיא השתנתה בשל בחינה מחודשת של מצב הדברים בתיק. זאת אף מבלי שהתקיים שינוי נסיבות ומבלי שהתגלו עובדות חדשות.

אין מדובר אפוא כלל במצב דברים שבו בעל דין מתנהל בחוסר תום לב או מנסה להקנות לעצמו יתרון דיוני כלשהו. מדובר במצב שבו הגורם שאמון על הצגת התמונה המקצועית המלאה שתהיה לעזר לבית המשפט, שאינו בעל דין, מגיע למסקנה כי התמונה שהצטיירה לפני בית המשפט לוקה בחסר ומוטעית. בשל כך עליו לתקן את המעוות ולהביא לפני בית המשפט את התמונה הנכונה. דוקטרינת ההשתק השיפוטי לא נועדה לחסום את

בית המשפט מלהיחשף לעמדה מקצועית שכזו" (שם, פסקה 63).

זאת גם בראי נסיבותיו של מקרה זה, ומבלי להתעלם ממעורבותו של בא-כוח הכנ"ר בהליך בבית המשפט המחוזי ובטענות המשיבים לעניין זה. כאמור לעיל, מצאתי טעם רב בעמדת הכנ"ר המעודכנת לגופו של עניין, ועל כן נכון לגבי זה לומר: "מוֹדָה וְעֵזֵב יִרְתָּם" (משלי כח, יג). מוטב מאוחר מאשר אף פעם לא.

48. נוכח המסקנה האמורה, אין עוד מקום להידרש ליתר הטענות בדבר גובה התגמול שהיה מגיע למשיבים, וליחס המתבקש בין שכרו של בעל התפקיד לבין גובה התגמול.

על כן, הערעור מתקבל במובן זה שאין מקום לפסיקת תגמול מיוחד במקרה זה. משיבים 1 יישאו בהוצאות המערערים בסך של 25,000 ש"ח.

דוד מינץ
שופט

דוד מינץ
שופט

השופטת יעל וילנר:

אני מסכימה.

יעל וילנר
שופטת

יעל וילנר
שופטת

השופט אלכס שטיין:

אני מסכים.



אלכס שטיין
שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט דוד מינץ.

ניתן היום, י' בכסלו התשפ"ה (11.12.2024).



אלכס שטיין
שופט



יעל וילנר
שופטת



דוד מינץ
שופט