

בתי המשפט

בשא 004245/04	בית משפט מחוזי באר שבע
בתיק עיקרי : 005124/04	
03/02/2005	בפני : כבוד השופטת : שרה דברת

- בעניין:** חוק החברות, התשנ"ט – 1999
- ובעניין:** אריה את עופר בניה והשקעות (97) בע"מ
- ובעניין:** משכן הארץ בע"מ
- להלן:** ("החברה")
- להלן:** ("המבקשת") ע"י בי"כ - עו"ד בלושטיין
- נגד**
1. שלמה נס, רו"ח, עו"ד נאמן של החברה
(בהקפאת הליכים)
ע"י בי"כ - עו"ד א. ברטוב
- להלן:** ("המשיבים")
2. א.נ.ע. יזמות ובניה בע"מ
ע"י בי"כ - עו"ד גיל רון
3. כונס הנכסים הרשמי
ע"י בי"כ – עו"ד ח. שימן

החלטה

1. אריה את עופר בניה והשקעות (97) בע"מ (להלן: "החברה") לאחר שנקלעה לקשיים כלכליים פנתה לביהמ"ש בבקשה להקפאת הליכים וד"ר שלמה נס, עו"ד ורו"ח, מונה כנאמן בהקפאת הליכים של החברה (להלן: "הנאמן"). הנאמן במסגרת נסיונות להבראת החברה פירסם, באישור ביהמ"ש, פניה לציבור לקבלת הצעות לרכישת החברה. לאחר התמחרות שנערכה בין המציעים אישרתי את א.נ.ע. יזמות ובניה בע"מ כרוכשת החברה (להלן: "הרוכשת"). בסופו של יום נערך הסדר נושים שאושר על ידי החברה, הינה בעלת מניות בחברת נאות הפסגה מודיעין בע"מ (להלן: "נאות הפסגה") יחד עם משכן הארץ

בע"מ (להלן: "המבקשת") (שיעור האחזקות שנוי במחלוקת ולא אתייחס לענין משהדבר הועבר לבוררות בהסכמה).

2. ביום 20.6.04 פנתה המבקשת בבקשה להורות לנאמן לפעול לפי סעיף 38 לתקנון ההתאגדות של נאות הפסגה ולחייבו למכור לה בלבד את מניות החברה בנאות פסגה משסבורה היא שזכאותו של הנאמן למניות החברה, בחברת נאות הפסגה נובעת אך ורק ממעשה על פי דין – מינויו כנאמן בחברה". לעמדת המבקשת משהנאמן, שמונה על פי דין, מוכר את המניות על פי דין היה עליו להציען תחילה למבקשת לאור זכות הקדימה העומדת לה מכח התקנון. (סעיף 16 (ב) ו- (ד) לבקשה).

3. הנאמן מתנגד לבקשה וטוען כי נקודת המוצא של המבקשת שגויה משסבורה היא שבדעת הנאמן למכור את מניות נאות הפסגה לצד שלישי ולא כך הוא, שכן בדעת הנאמן (כפי שנעשה בפועל) למכור את המניות בחברת אריה את עופר לצד ג', כחלק מהסדר ההבראה ולא מכירה נפרדת של מניות החברה בנאות הפסגה ומכירה נפרדת של הנכסים האחרים. העסקה כפי שבוצעה היא מכירת כל נכסי החברה כפי שהם ומכירת מניות החברה (דהיינו אריה את עופר) כתוצאה מכך מי שימשיך להחזיק במניות בנאות הפסגה היא אריה את עופר, כפי שהיה כל העת.

תפיסתה של המבקשת לפיה הנאמן מעצם מינויו זכאי על פי דין למניות בנאות הפסגה היא מוטעית. הנאמן עם מינויו לא מקבל את מניות החברה אלא רק סמכות הנדרשת להמשך ניהול עסקי החברה. המינוי אינו מקנה לנאמן זכות אוטומטית לקבל מניות החברה ולהרשם כבעל מניות.

עוד טוען הנאמן כי בנקיטת לשון "נאמן" על ידי המבקשת יש כדי להטעות, שכן הנאמן בסעיף 38 לתקנון ההתאגדות הינו נאמן בפשיטת רגל ואינו הנאמן בהקפאת הליכים. סעיף 38 אינו דן במצב בו מכירת המניות על פי דין אלא כאשר בעל מניות זכאי לקבל לידיו את המניות מכח הדין (פשיטת רגל, צו ירושה וכיוצ"ב). הכוונ"ר תומך בעמדת הנאמן.

4. בתגובה טוענת המבקשת כי סעיף 38 דן במצב כולל של חדלות פרעון וזה אשר ארע לחברה משמונה לה נאמן בהקפאת הליכים.

5. הרוכשת בתגובתה מציינת כי אין בפני ביהמ"ש מי שיהיה זכאי למניות בחברה "לפי דין". הנאמן אינו זכאי לכך, משמונה לנהל עסקי החברה. השליטה בחברה הועברה אליו אך המניות נשארו בידי החברה.

בהקפאת הליכים נכסי החברה אינם מוקנים לנאמן. כך גם בדיני הפירוק. לפי סעיף 306 לפקודת החברות [נוסח חדש] תשמ"ג – 1983, נכסי החברה אינם מוקנים למפרק באופן אוטומטי אלא אם ניתן צו מפורש. לו רצו הצדדים להחיל את סעיף 38 לתקנון על כל בעל תפקיד היה עליהם לציין זאת מפורשות. סעיף 37 לתקנון ענינו העברת מניות רצונית ואז חלה זכות הקדימה. במקרה של הנחלת מניות על פי דין חלה זכות המכירה הכפויה, בעניינינו לא מדובר בהעברה רצונית ולא בהנחלה על פי דין. המבקשת אינה טוענת לזכות סירוב ראשונה בגין העברת המניות בחברה לרוכשת על פי הסדר הנושים, אלא כל שהיא טוענת שהאירוע שמקים את זכות הסירוב הראשונה הוא מינוי הנאמן. (סעיף 16 (ב) לתקנה וסעיף 34.2 לתגובת המבקשת).

בעניינינו לא מדובר בזכות סירוב אלא בנסיון של משכן הארץ לכפות על החברה למכור לה מכירה כפויה את מניותיה. עוד טוענת הרוכשת למניעות לאחר שהמבקשת הגיעה להסדר עם מציע אחר (שלא אושר על ידי ביהמ"ש). שם ויתרה על טענותיה לענין זכות סירוב ובכך הביעה דעתה כי אין לה זכות לרכישה כפויה של המניות.

דין:

6. סעיף 38 לתקנון עליו סומכת המבקשת קובע: "כל שיהיה זכאי למניות בחברה לפי דין, לרבות יורש, נהנה, מבצע צוואה, מנהל עזבון, מפרק ונאמן בפשיטת רגל (להלן: "הזכאי") לא יהיה רשאי לקבל לזכותו את המניות להן הוא זכאי, ולא יהיה רשאי להירשם כבעל מניות במירשם, אלא אם הציע קודם לכן לחברה ולכל החברים.. לרכוש את המניות שהוא זכאי להן...". השאלה הראשונה שעלי לבחון, איפוא, מעמדו של הנאמן בהקפאת הליכים ביחס למניות בנאות הפסגה האם הנאמן זכאי להן "על פי דין". הנאמן בהקפאת הליכים אינו זכאי למניות, אין הוא נרשם בשום שלב כבעל מניות. במסגרת תפקידו נוטל הנאמן את השליטה בחברה, כשהמטרה שבפניו היא להביא

להבראת החברה, בין על ידי פעילות פנימית של החברה, שיהא בה כדי להביא להבראתה בין על ידי הכנסת משקיע חיצוני, בין על ידי מכירת מניות החברה לאחר או בכל דרך אחרת. הליך זה מטבעו הליך ביניים ומעצם היותו כזה, מוגבל הוא לתקופה של 9 חודשים (סעיף 350(ב) לחוק החברות, התשנ"ט – 1999). בתום תקופה זו חוזרת החברה מכוח הסדר הנושים לפעילות תקינה רגילה או שיעודה פירוק. מכל מקום בשום שלב אין הנאמן זכאי או קונה לעצמו זכויות כלשהן במניות החברה, לה מונה כנאמן. מצב זה שונה ממצב של נאמן בפשיטת רגל, שם קונה הנאמן בעלות בנכסי פושט הרגל וכפי שביטאה זאת פרופ' ציפורה כהן, (פירוק חברות עמ' 361) **"גם בפירוק "המפרק" אינו קונה בעלות בנכסים של החברה.. בכך שונה מצבו של מפרק מזה של הנאמן בפשיטת רגל, הרוכש בעלות בנכסי פושט הרגל"**.

הנאמן לא רק שלא היה זכאי למניות על פי דין אלא גם לא קמה לו הזכות להרשם כבעל מניות במרשם כנדרש בסעיף 38 לתקנון, כתנאי למתן זכות קדימה.

ללמדך שאין הנאמן מקבל מניות על פי דין גם מהאמור בסעיף 14(א)(3) לתקנות החברות (בקשה לפשרה או להסדר) התשס"ב – 2002. שם נקבע כי בסמכות ביהמ"ש לקבוע כי: **"בעל תפקיד יורה לחברה לתקן את מרשם בעלי המניות כאמור בתקנה 24(ה)"** וקביעה זו חוזרת גם בתקנה 24(ב).

משמע בעל התפקיד שמונה אינו זכאי למניות בחברה ולכן לפי נוסח סעיף 38 לא קמה לו חובה להציע לחברה לרכוש המניות משלא מדובר בהעברה על פי דין.

7. משהתברר למבקשת הקושי בטיעוניה הוסיפה שלאור הקורלציה שבין דיני הפירוק והקפאת הליכים כפי שנקבע בפסיקה, ניתן לפרש מינוי מפרק גם כמינוי נאמן בהקפאת הליכים. אכן יש השלכות מדיני הפירוק לדיני הקפאת הליכים, ולא אחת אימץ ביהמ"ש את הכללים שנקבעו בהליכי פירוק גם לגבי השלב של הקפאת הליכים אך לא בכל דבר וענין. לו רצו הצדדים להחיל מכירה כפויה של מניות גם על שלב הקפאת הליכים היה עליהם לציין זאת מפורשות. יש גם טעם באי החלה אוטומטית של זכות סירוב ראשונה

בשלב של הקפאת הליכים מכיוון שלעיתים אכן ניתן להבריא החברה וזו חוזרת לפעילות רגילה.

בתקנון נאות הפסגה יש שלבים שונים של זכות קדימה אך המבקשת בחרה להתמקד בסעיף 38 בלבד. טוענת המבקשת שעצם מינויו של הנאמן מקים לה זכות קדימה, אלא שמינוי של הנאמן אינו משנה את מצב החברה, שכן בהחלט יתכן, כפי שכבר ציינתי, שהנאמן יצליח בתפקידו ויביא להבראת החברה ללא כל שינוי בבעלי המניות ועצם מינויו אינו מקים זכות סירוב ראשונה. מינוי נאמן בראש ובראשונה נועד להבראת החברה ונשאלת השאלה האם היתה קמה טענה של מכירה כפוייה אלמלא נמכרה החברה במסגרת הסדר הנושים. לעמדת המבקשת התשובה לכך חיובית, שכן עצם מינויו של הנאמן מקים זכות זו, אך לא זו לשון סעיף 38, שכן מה היה קורה לו היה הנאמן מצליח להבריא החברה ללא צורך במכירתה.

מפנה המבקשת לאמור בע"א 5069/02, 4857 מגה טי.וי.ישראל בע"מ ואח' נ. אפריקה ישראל להשקעות בע"מ ואח' פד"י נו(6) 951 שם נקבע כי "זכות הסרוב הראשונה חלה על כל הצדדים להסכם בין אם אחזקותיהם במניות החברה הם במישרין או באמצעות חברת אחזקות ולכן השחרור מכבלי זכות הסירוב הראשונה של העברת מניות בחברת אחזקות - להבדיל מן המניות בחברה עצמה - משמעותו האמיתית סיכול התכלית הגלומה בזכות הסירוב הראשונה. כי הרי אין כל קושי לייסד חברת אחזקות שתחזיק במניות החברה ולעקוף בדרך זו את זכות הסירוב הראשונה" (עמ' 959 ב-ג).

האמור בפסק דין זה אינו חל על כל מצב שכן סויג הוא למצב שבו עסקינן בחברת אחזקות שהוקמה רק לשם אחזקת המניות בחברה וכדברי כב' השופט אנגלרד: "המצב שונה לחלוטין לגבי העברת מניות של חברת אחזקות שיעודה היחידי והבלעדי הוא להחזיק במניותיה של החברה הנדונה. בנסיבות אלה העברת מניות של חברת האחזקות מהותה העסקית היא העברת מניות בחברה הנדונה". בעניינינו לא מדובר בחב' אחזקות. לחברה נכסים נוספים ואתרי בניה במקומות שונים בארץ ואחזקותיה בנאות הפסגה הם חלק מכלל נכסיה.

המבקשת – להבדיל מפסק דין מגה - אינה טוענת שעצם המכירה של המניות בחברה היא שמקימה לה זכות סירוב ראשונה אלא מינויו של הנאמן.

8. טוענת המבקשת שיש לבחון את כוונת הצדדים מאחורי סעיף 38 (עמ' 2 שורה 20). אלא שכוונת יש להוכיח ולכוונת הצדדים אין כל התייחסות בתצהיר מטעם המבקשת. התוצאה של הסדר הנושים שהחברה חזרה לפעילות רגילה כאשר בעלי המניות בנאות הפסגה לא השתנו. מדובר באותם בעלי מניות, אותה חברה, שצלחה את הליך הקפאת ההליכים והגיעה להסדר נושים. לא חל כל שינוי במניות של משכן הארץ. סעיף 38 לתקנון אינו מתייחס לזהות המחזיק אלא לזכאות על פי דין בזכאות על פי דין לא חל כל כל שינוי.

אישור הסדר הנושים אינו מכירת מניות בנאות הפסגה, זה גם לא התוכן הכלכלי של העסקה. אישור הסדר הנושים טומן בחובו, בין היתר, השלמת בניית דירות בפרוייקטים השונים של החברה, הסדרים עם הנושים הרבים של החברה. לחברה מאות יחידות דיור מעבר לאלה של נאות הפסגה. לחברה נכסים נוספים כפי שבאו לידי ביטוי בדוחות הנאמן. טוענת המבקשת שהנכסים האחרים הינם זניחים, אך שוב עוסקים אנו בפן עובדתי שאם אכן נכון הדבר היה צריך להביא ראיות לגביו. עיון בדו"ח הנאמן מיום 24.3.04 המפרט את כלל נכסי החברה, מפריך טענה זו שמדובר בנכסים זניחים. סוף דבר, משמינוי נאמן אינו מקים זכאות למניות על פי דין אני דוחה הבקשה.

אני מחייבת המבקשת לשלם לנאמן, לרוכשת ולכוני"ר הוצאות הבקשה ושכר טירחת עו"ד בסך של 10,000 ₪, לכל אחד. סכום זה ישא הפרשי הצמדה וריבית מהיום ועד התשלום בפועל.

בשולי הדברים אעיר שטוב היו עושים הצדדים לו חסכו מבית משפט את "המחמאות" שהרעיפו איש על רעהו.

ניתנה היום כ"א בשבט, תשס"ה (31 בינואר 2005) בהעדר הצדדים.

המזכירות תמציא ההחלטה לב"כ הצדדים בדואר רשום.

שרה דברת - שופטת

055א04245/04 מיכל וקנין

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה