

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 3506/09

בפני : כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופט א' רובינשטיין

המערער : שלמה צאייג

נגד

המשיב : קסלמן וקסלמן רואי חשבון

ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל-
אביב
(השופטת צ' ברוך), מיום 05.03.2009, בת"א
1521/02,
בש"א 8858/02

תאריך הישיבה : ו' בטבת
התשע"א (13.12.2010)

בשם המערער : עו"ד יעקב סבו ; עו"ד רם דקל

בשם המשיב : עו"ד ישראל וולדרמן

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש :

1. ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל-אביב (השופטת צ' ברוך) מיום 5.3.2009 בת"א 1521/02, בש"א 8858/02, שלא לאשר את תובענת המערער, בעל מניות בבנק למסחר (בפירוק), כנגד רואה החשבון המבקר של הבנק (להלן : המשיב), כתובענה ייצוגית מכוח הוראות חוק תובענות ייצוגיות,

התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות או החוק). השאלה המתעוררת בערעור זה היא אם קמה לבעל מניות עילת תביעה אישית כנגד רואה החשבון המבקר של הבנק, בגין רשלנותו הנטענת בגילוי מעילה בכספי הבנק, או שמא המסלול היחיד לתביעתו הוא מסלול התביעה הנגזרת?

רקע עובדתי

2. ברקע ההליך שלפנינו ניצבת מעילת הענק שהתבצעה בבנק למסחר בע"מ (להלן: הבנק או הבנק למסחר), אשר נמשכה לאורך כחמש שנים והסתכמה בסכום של כ-250 מיליון ש"ח. המעילה התגלתה לאחר שבנק ישראל החליט לבצע ביקורת בבנק למסחר בשל גידול בלתי סביר בגובה ההלוואות שהעניק ללקוחותיו. הביקורת הצפויה הניעה את האחראית למעילה, אתי אלון, אשר כיהנה כסגנית מנהלת מחלקת ההשקעות בסניף תל-אביב של הבנק, לפנות ביום 25.4.2002 למשטרה ולהסגיר את עצמה. יום למחרת נסגרו שערי הבנק ומונה לו מנהל מורשה. הסחר במניות הבנק בבורסה בתל-אביב הופסק והמניות איבדו את ערכן. ביום 2.9.2002 ניתן צו פירוק כנגד הבנק.

הליכים קודמים

3. התובענה נשוא ההליך שלפנינו הוגשה במקור יחד עם בקשה לאשרה כייצוגית ארבעה ימים לאחר שדבר המעילה שהתבצעה בבנק למסחר התפרסם ברבים. התובענה המקורית כוונה כנגד 17 משיבים שונים, ביניהם נושאי משרה בבנק למסחר, בנק ישראל, אתי אלון והבנק למסחר עצמו. במועד שבו הוגשו התובענה והבקשה לאישור התובענה כייצוגית טרם נכנס לתוקף חוק תובענות ייצוגיות ומשכך בקשת האישור הוגשה מכוח הוראות חוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות) והוראת תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. בית המשפט המחוזי בתל-אביב (השופטת צ' ברון) דחה את הבקשה ביום 10.11.2002.

המערער השיג על החלטת בית המשפט המחוזי בפני בית משפט זה, ובינתיים חלו מספר אירועים שהיה בהם כדי להשפיע על ההלכה הנוהגת בעניין אישור תובענות ייצוגיות: נתקבל חוק תובענות ייצוגיות (פורסם ביום 12.3.2006) ונקבע בפסיקתו של בית משפט זה כי הוראותיו חלות אף על הליכי ערעור תלויים ועומדים (ראו: רע"א 7028/00 אי.בי.אי ניהול קרנות

נאמנות (1978) בע"מ נ' אלסינט בע"מ (לא פורסם, 14.12.2006), וכן ניתנו פסקי הדין בע"א 3051/98 דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פ"ד נט(1) 673 (2004) (להלן: פרשת דרין) ובע"א 9014/03 גרינפלד נ' לסר (לא פורסם, 14.12.2006) (להלן: פרשת גרינפלד) אשר עסקו בשאלת קיומה של עילת תביעה אישית לתובע המבקש לאשר את תביעתו כייצוגית, בנסיבות בהן עילת התביעה מבוססת על החזקה בנייר ערך.

בהתחשב בהתפתחויות אלו, לאחר דיון שנערך ביום 7.11.2005 ודיון שני שנערך ביום 18.6.2007, קיבלו הצדדים את הצעת בית המשפט (השופטים: א' גרוניס, א' חיות וי' אלון) להסדר דיוני על פיו התביעה שהגיש המערער כנגד נושאי המשרה בבנק וכנגד אתי אלון תימחק, התביעה שכוונה כלפי בנק ישראל תימחק אף היא (תוך שמירת טענות הצדדים ככל שימצא במסגרת עתירות שעודן תלויות ועומדות בפני בית משפט זה, כי הפטור המוענק לרשויות המדינה מתחולת חוק תובענות ייצוגיות בסעיף 3(א) לחוק אינו חוקתי) והערעור ידחה בכל הנוגע לבנק למסחר. באשר לטענות שהופנו כלפי המשיב, הוסכם כי החלטתו של בית המשפט המחוזי בעניין זה תבוטל וכי המערער יהיה רשאי להגיש לבית המשפט המחוזי בתוך 120 יום בקשה לתיקון כתב התביעה ולתיקון הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. כן הוסכם כי הבקשה, ככל שתוגש, תידון בפני בית המשפט המחוזי תוך שמירת מלוא טענותיו של המשיב אותן יוכל להעלות כנגד הבקשה לאישור התובענה כייצוגית וכנגד בקשת התיקון. ההסכם הנ"ל קיבל תוקף של פסק דין (ראו: ע"א 10927/02 שלמה צאייג נ' שמיל ובר (לא פורסם, 18.6.2007) (להלן: ההסדר הדיוני)).

התיק הוחזר לבית המשפט המחוזי בתל אביב (השופטת צ' ברון) וביום 2.9.2007 הודיע המערער לבית המשפט כי אין בכוונתו לתקן את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית או את כתב התביעה המקורי, וכי הוא מבקש מבית המשפט להכריע בבקשה על יסוד כתבי הטענות שבפניו, ולחלופין לקבוע מועד לשמיעת סיכומי הצדדים. המשיב התנגד לבקשה האמורה וטען כי ביסוד ההסדר הדיוני, עליו הסכימו הצדדים בהמלצת בית משפט זה,

ניצבה ההבנה כי אין בכתב התביעה המקורי שהוגש כדי להצדיק את אישור התובענה כייצוגית – ומשכך, נוכח הודעת המערער כי אין בכוונתו לתקן את כתב התביעה, יש לדחות את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית על הסף. בית המשפט המחוזי נתן ביום 9.10.2007 את החלטתו וקבע כי הבקשה לאישור התובענה כייצוגית תיקבע, כפי שהיא, לדיון ביום 5.12.2007, ולאחר מכן יגישו הצדדים את סיכום טענותיהם בכתב.

בסמוך לאחר מכן ביקש המערער מבית המשפט להגיש כראיה את הפרק הדן בתפקודו של המשיב מתוך דו"ח המנהל המיוחד בנוגע לנסיבות שהביאו להתמוטטות הבנק, אשר הוגש לבית המשפט של הפירוק (להלן: הדו"ח או דו"ח המנהל המיוחד). בית המשפט דחה את הבקשה בקובעו כי הדו"ח אינו קביל לשמש כראיה בהיותו מכיל ממצאים המבוססים על עדויות של אחרים ומסקנות של עורכו המהווים עדות מפי השמועה (בש"א 23300/07, ניתן ביום 19.3.2010). משנדחתה בקשתו האחרונה, הגיש המערער בקשה לזמן למתן עדות את המנהל המיוחד או מי שהיה מופקד מטעמו על עריכת הדו"ח וכן שבעה עדים שנחקרו על ידי המנהל המיוחד ודבריהם הוזכרו בדו"ח וביססו את ממצאיו. בית המשפט דחה את הבקשה בציינו כי הבקשה, כמו קודמתה, מהווה ניסיון לתקן את כתבי הטענות ולהוסיף להם טענות שלא נטענו במקור תוך חריגה מההסדר הדיוני עליו הסכימו הצדדים. בעקבות דחיית בקשתו השנייה, לא אמר המערער נואש והגיש בקשה נוספת שעניינה מתן אפשרות לתקן את כתבי הטענות באופן שתתווסף להם הפניה לדו"ח המנהל המיוחד שיצורף אליהם כנספח ויהווה חלק בלתי נפרד מכתב התביעה. אולם, גם בקשתו השלישית של המערער נדחתה על ידי בית המשפט אשר העיר כי "מדובר באותה הגברת בשינוי אדרת" וכי ככל שביקש המערער להשיג על החלטותיו הקודמות, היה עליו לפנות לבית משפט זה בבקשה למתן רשות ערעור.

החלטתו של בית המשפט קמא בבקשה לאישור התובענה כייצוגית 4. ביום 5.3.2009 ניתנה החלטתו של בית המשפט המחוזי שלא לאשר את התובענה כייצוגית. בית המשפט מצא כי התובע והתובענה אינם עונים על התנאים המנויים בסעיפים 4(א)(1) ו-8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, ובפרט על התנאי בדבר קיומה של אפשרות סבירה כי השאלות המתעוררות במסגרת

התובענה יוכרעו לטובת הקבוצה, ועל התנאי בדבר היותו של התובע בעל עילת תביעה אישית במובחן מעילה לתביעה נגזרת בשם החברה.

באשר לתנאי הראשון, נקבע כי בהיעדר ראיות פוזיטיביות המעידות על התנהגות רשלנית מצד המשיב, לא הונחה בפני בית המשפט תשתית עובדתית מינימאלית המצביעה על קיומה של אפשרות סבירה להכרעה בתובענה לטובת הקבוצה. בית המשפט קיבל את טענת המשיב לפיה הקביעות שנפלו במסגרת ההליך הפלילי שהתנהל כנגד אתי אלון ובני משפחתה, אינן קבילות לשמש כראיה כנגד המשיב במסגרת ההליך הנוכחי מכיוון שלא מתקיימת זיקה מהזיקות שבסעיף 42א(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 בין המשיב לבין המורשעים בהליכים הפליליים. כן דחה בית המשפט את טענות המערער לפיהן ניתן ללמוד על אחריות המשיב לנזקי המעילה מ"ניסיון החיים" או להעביר את נטל הראיה אל כתפי המשיב מכוח הוראת סעיף 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968 (להלן: פקודת הנזיקין), שעניינה כלל העזר הראיתי "הדבר מעיד על עצמו". בהקשר זה, קיבל בית המשפט את טענת המשיב כי רואה החשבון המבקר אינו אמון על עבודת בילוש לשם חשיפת מעילות וזיופים, ולכן לא קמה "חזקת התרשלות" לגביו עם קריסת הבנק. בית המשפט העיר כי, להתרשמותו, אמנם לא נהג המשיב בצורה מושלמת, אך ממילא הדין אינו מטיל עליו חובה לנהוג כן, אלא אך באופן שבו היה נוהג רואה חשבון סביר, ובמקרה דנן, כך נקבע, לא הוכח כי התנהגותו של המשיב הייתה למטה מכך.

באשר לתנאי השני, בדבר קיומה של עילת תביעה אישית לתובע הייצוגי, קיבל בית המשפט את טענת המשיב, אשר התבססה על פסיקתו של בית משפט זה בפרשת דרין, כי נזקי בעלי המניות במקרה דנן מהווים אך השתקפות לנזק שנגרם לבנק, ועל כן אינם מקימים עילת תביעה אישית. בהקשר זה, ציין בית המשפט כי רואה החשבון המבקר אינו נושא באחריות זהה לזו של דירקטורים לעניין פיקוח על עובדים בחברה, וכי התפקיד שהוטל עליו בחוק אינו כרוך באחריות ישירה כלפי בעלי המניות למעילות המתבצעות בחברה המפוקחת.

טענות הצדדים בערעור

5. על החלטתו של בית המשפט קמא שלא לאשר את התובענה כייצוגית הוגש הערעור שבפנינו. במסגרת הערעור משיג המערער גם על שלוש החלטותיו של בית המשפט המחוזי בעניין אי צירוף דו"ח המנהל המיוחד כראיה, אי זימונו של המנהל המיוחד או מי מטעמו למתן עדות ואי מתן רשות לתיקון כתבי הטענות. בהמשך להשגותיו על החלטות אלו, טוען המערער כי קביעתו של בית המשפט כי לא הוצגה בפניו תשתית עובדתית מינימאלית לתמיכת התובענה, אינה יכולה לעמוד שכן הפגם נעוץ בהחלטותיו של בית המשפט עצמו שסיכלו את האפשרות לפרוש בפניו תשתית כאמור. לגופה של החלטת בית המשפט שלא לאשר את התובענה כייצוגית, טוען המערער כי הממצאים שנקבעו בהליכים הפליליים שהתנהלו כנגד אתי אלון ובני משפחתה, בצירוף הקביעות שנקבעו בהליכים האזרחיים שניהל כונס הנכסים הרשמי מול המשיב, מובילים למסקנה לפיה קיימת אפשרות סבירה להכרעה בתובענה לטובת הקבוצה. המערער מוסיף וטוען כי במקרה דנן ראוי להחיל את הוראת סעיף 41 לפקודת הנזיקין ולהעביר את נטל הראיה אל כתפי המשיב נוכח העמימות העובדתית השוררת באשר לנסיבות שהביאו לקריסת הבנק. באשר לרף ההתנהגות הנדרש מרואה החשבון המבקר, גורס המערער כי הדין מטיל על האחרון חובה לבחון ולבדוק את המידע שנמסר לו מאת הגוף המבוקר, ומטיל עליו אחריות לקיומם של פרטים מטעים שפורסמו בדו"חות הכספיים. במקרה דנן, לטענתו, אין ספק כי הדו"חות הכספיים של הבנק, אשר בוקרו ואושרו על ידי המשיב, היו בלתי נכונים בעליל, ועל כן מכוח הוראת סעיף 170(א) לחוק החברות הקובעת כי רואה החשבון המבקר אחראי כלפי בעלי מניות החברה לאמור בחוות דעתו לגבי דוחותיה הכספיים, קמה לו, כבעל מניות, עילת תביעה אישית כנגד המשיב.

6. מנגד, טוען המשיב כי יש לדחות את הערעור הן בשל התנהגותו הדיונית הקלוקלת של המערער והן לגופו. לטענתו, כתב התביעה הוגש מלכתחילה בשנת 2002 מבלי שגובה בתשתית עובדתית ולו המינימאלית ביותר. במצב דברים זה, לפני משורת הדין ניתנה למערער, במסגרת ההסדר הדיוני עליו הוסכם בפני בית משפט זה, הזדמנות לתקן את כתבי טענותיו ולהגישם בשנית לבית המשפט המחוזי. אולם, המערער בחר שלא לנצל את ההזדמנות שהוענקה לו, וחלף זאת ביקש מבית המשפט לדון בכתבי הטענות המקוריים שהוגשו – משכך אין לו אלא להלין על עצמו. המשיב סומך ידיו גם

על החלטת בית המשפט קמא שלא לאשר את התובענה כייצוגית, לגופה. לשיטתו, נטל הראיה בדבר קיומה של התנהגות רשלנית מוטל על כתפי המערער שכן רואה החשבון המבקר אינו אמון על מניעת תרמיות, ולא קמה חזקה כי התרשל מקום שבו קורס בנק. כן טוען המשיב כי לרואי החשבון שפעלו מטעמו לא הייתה "שליטה" על הבנק, ומכאן שלא מתקיים לפחות אחד התנאים לתחולתו של הכלל "הדבר מעיד על עצמו" הקבוע בסעיף 41 לפקודת הנזיקין. המשיב טוען לקיומם של פגמים יסודיים נוספים שבגינם אין לאשר את התובענה כייצוגית, וביניהם היעדר עילת תביעה אישית למערער והיעדר קשר סיבתי בין פגמים בהתנהלות רואי החשבון, ככל שהיו כאלו, לבין קריסת הבנק. המשיב מפנה להלכות שנפסקו בפרשות דרין וגרינפלד המורות כי תובע המבקש לאשר את תביעתו כייצוגית, נדרש להצביע על נזק ראשוני שנגרם לו אשר אינו מהווה אך השתקפות לנזקה של החברה. לטענת המשיב, ככל שמבקש המערער לטעון לקיומו של נזק ראשוני כאמור, שומה עליו לציין מתי רכש את מניותיו, מתי לשיטתו היו צריכים רואי החשבון לגלות את המעילה, וכיצד היה המערער משנה את התנהגותו אלמלא התרשל המשיב – פרטים שאין להם כל זכר בכתב התביעה.

דיון

אישור תובענה כייצוגית

7. על יתרונותיו וחסרונותיו של מכשיר התובענה הייצוגית אין צורך להכביר מילים שכן הם זכו להתייחסות נרחבת בפסיקתו של בית משפט זה בעבר (ראו: ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 323-322 (1997) (להלן: פרשת מגן וקשת); רע"א 4556/94 רמי טצת נ' אברהם זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 783-787 (1996) (להלן: עניין טצת); רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, 288-289 (2001) (להלן: עניין רייכרט); רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220, 236-238 (2003); פרשת דרין, בעמ' 684). לתובענות הייצוגיות בתחום ניירות הערך נודעה חשיבות מיוחדת נוכח תרומתן הפוטנציאלית לאמון המשקיעים בשוק ההון, המהווה את הבסיס לקיומו של שוק ההון ויציבותו. אמרה על כך השופטת ט' שטרסברג-כהן בעניין טצת:

"ניירות הערך מפוזרים בידי משקיעים רבים. כל מחזיק השקיע סכום קטן או בינוני לרכישת ניירות הערך. עם זאת, סך כל ההשקעה של

הציבור בחברה עשוי להיות גדול. דרוש אפוא תובע ייצוגי שיתבע לא רק את זכותו שלו, אלא גם את זכותם (האישית) של כל אחד מבני הקבוצה כולה. לעתים קרובות הנזק לכל פרטי הקבוצה נגרם בשל מקרה אחד ואחיד, או סדרת מקרים אחידה, כגון פרט מטעה בתשקיף. זאת ועוד: התביעה הייצוגית בתחום ניירות הערך – המעניקה תמריץ לבעל מניות "קטן" לתבוע ייצוגית את החברה ונושאי המשרה בה – מהווה מכשיר חשוב לאכיפת דיני ניירות הערך... אכן, המשפט ההשוואתי מלמד כי במדינות שבהן נקבעו תביעות ייצוגיות בחקיקה, היה שיפור באכיפת החובות המוטלות על החברה ועל נושאי המשרה בה" (שם, בעמ' 786).

יחד עם זאת, בתחום ניירות הערך באים לידי ביטוי גם חסרונותיו המרכזיים של מכשיר התובענה הייצוגית, וביניהם, החשש מיצירת מעשה בית-דין כלפי בעלי ניירות ערך המיוצגים בקבוצה שלא מדעתם; חשש מריבוי תביעות שלא היו מוגשות באופן אינדיבידואלי אשר עלול להוביל לבזבוז משאבים של כלל הגורמים במשק ולעליה בפרמיית הביטוח של תאגידי ונושאי משרה בהם; כן מתעורר החשש מפני שימוש לרעה בתביעה הייצוגית כאמצעי סחיטה כלפי נתבעים שיעדיפו להתפשר מול התובע הייצוגי על מנת לחסוך את עלויות ניהול ההליך (ראו: צפורה כהן "תובענות ייצוגיות על פי חוק החברות" שערי משפט ד(1) 61, 67-70 (התשס"ה) (להלן: צפורה כהן)).

8. כנגד תופעה זו של חשש משימוש בתובענה הייצוגית כאמצעי סחיטה, יצר המחוקק מנגנון ביקורת ככלי עזר לבתי המשפט בטרם יבואו לאשר תובענה ייצוגית או הסכמי פשרה. כך, כפועל יוצא מן המורכבות הגלומה בשימוש בכלי התובענה הייצוגית, מכיל חוק תובענות ייצוגיות מערכת של איזונים ובלמים שנועדו להבטיח כי לא יעשה שימוש לרעה בכלי עוצמתו זה. המחוקק ראה להנהיג מידה רבה של פיקוח מצד בית המשפט על התנהלות ההליך הן בשלב המקדמי של אישור התובענה כיייצוגית, והן במהלך המשפט שבו התובע אינו רשאי להסתלק מן ההליך או להתפשר עם הנתבעים אלא באישור בית המשפט (עניין רייכרט, בעמ' 290). בשלב אישור התובענה כיייצוגית נדרש בית המשפט לוודא קיומם של תנאים מסוימים המופיעים בעיקר בסעיפים 3(א), 4(א) ו-8(א) לחוק תובענות ייצוגיות: סעיף 3(א) קובע את מסגרת הנושאים שבהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית. בענייננו, מבוססת

עילת התביעה על החזקה בנייר ערך, עניין שניתן להגיש בגינו תובענה ייצוגית כמפורט בסעיף 5 לתוספת השנייה לחוק; סעיף 4(א) קובע מיהם הרשאים להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה כייצוגית, ואילו סעיף 8(א) קובע באילו תנאים רשאי בית המשפט הדן בבקשה לאשר את התובענה כייצוגית. וזו לשון הסעיפים הרלוונטיים:

4(א) אלה רשאים להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית כמפורט להלן:	"מי רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית ובשם מי
(1) אדם שיש לו עילה בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה;	
(2) רשות ציבורית...".	

8(א) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:	"אישור תובענה ייצוגית בידי בית המשפט
(1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;	
(2) "...".	

הנה כי כן, על התובע המבקש לאשר את תביעתו כייצוגית שומה להראות תחילה כי קמה לו עילת תביעה כנדרש בסעיף 4(א) לחוק. ככל שלא

קמה לו עילה כאמור – אין בידו להגיע למבחנים המהותיים לאישור התובענה הקבועים בסעיף 8(א) לחוק.

9. במקרה דנן, נסוב הערעור, כזכור, על שתיים מקביעותיו של בית המשפט קמא: ראשית, היעדרה של עילת תביעה אישית למערער כנגד המשיב בגין התנהלותו כרואה החשבון המבקר של הבנק בתקופה שבה התבצעה המעילה – כנדרש בסעיף 4(א)(1) לחוק; ושנית, היעדר אפשרות סבירה להכרעה בתביעה לטובת הקבוצה – כנדרש בסעיף 8(א)(1) לחוק. בעניין אחרון זה שוררת בין הצדדים מחלוקת באשר לשאלת קיומה של תשתית עובדתית מספקת לצורך אישור התובענה כייצוגית, לרבות שאלת יכולתו של דו"ח המנהל המיוחד לבסס תשתית שכזו והשאלה אם בדין דחה בית המשפט קמא את בקשותיו של המערער לצירוף הדו"ח. אולם, בכל מקרה, אם ימצא כי בנסיבות המקרה דנן לא קמה למערער עילת תביעה אישית כנגד המשיב, הרי שממילא יתייתר הדיון ביתר הסוגיות השנויות במחלוקת. אשר על כן, השאלה המהותית העומדת להכרעתנו בערעור זה הינה, ראשית כל, אם עלה בידי המערער לבסס בעובדות כתב התביעה שהגיש עילת תביעה אישית כנגד רואה החשבון המבקר של הבנק, וזאת במובחן מעילה לתביעה נגזרת שאולי עמדה לבנק, אך אינה עומדת לבירור בענייננו. קודם שניגש לבירורה של שאלה זו, ראוי שנקדים כמה מילים באשר להבדלים בין עילות התביעה השונות ואופן סיווגן.

סיווג עילת התביעה – המסגרת הנורמטיבית

10. בתחום דיני החברות ניתן לחלק את עילות התביעה לשלוש קטגוריות: התביעה האישית, התביעה הנגזרת והתביעה הייצוגית. התביעה האישית, היא תביעתו של בעל מניות בגין נזק שנגרם לו באופן אישי. כלומר, נזק עצמאי שאינו תלוי בנזק שספגה החברה. התביעה הנגזרת היא תביעה שיכול בעל מניות להביא בפני בית המשפט, בהתקיים תנאים מסוימים, בשמה של החברה בגין נזק שנגרם לה. בהתאם, ככל שיתקבל בסופו של ההליך פיצוי, הוא יופקד בקופתה של החברה. התובענה הייצוגית היא הליך שבאמצעותו יכול בעל מניות להגיש תובענה בשם קבוצת בעלי מניות של החברה. בבסיסה של התובענה הייצוגית מונחת תביעה אישית בגין נזק אישי שנגרם לכל אחד

מחברי קבוצת בעלי המניות המיוצגת על ידי התובע הייצוגי. הפיצוי בגין אותו נזק מיועד אפוא לרפא את הנזק שנגרם לבעלי המניות עצמם ולא את נזקה של החברה (ראו: אירית חביב-סגל דיני חברות 676-685 (2007) (להלן: חביב-סגל); דברי השופטת שטרסברג-כהן בפרשת מגן וקשת, בעמ' 323-324). ההלכה בעניין סיווגן של עילות התביעה לסוגיהן השונים הותוותה בשורה של פסקי דין אליהם הפנו באי-כוח הצדדים בסיכומיהם. למעשה, אין מחלוקת בין הצדדים באשר למסגרת הנורמטיבית הרלוונטית לצורך הכרעה במקרים כגון דא, ומשכך השאלה הניצבת בפנינו נוגעת אך ליישומה של ההלכה על עובדות המקרה שלפנינו. נסקור, אפוא, בתמצית את הפסיקה הרלוונטית.

11. ההלכה המנחה בפסיקתנו בעניין סיווג עילת תביעה המבוססת על החזקה בנייר ערך נקבעה בפרשת מגן וקשת בנסיבות בהן טענו בעלי מניות מקרב הציבור כי במסגרת מיזוג עם חברה פרטית שהייתה בבעלות בעלת השליטה, שולם בעבור החברה הפרטית מחיר מופקע, וכן כי הליך המיזוג התעכב ממניעים זרים. ההלכה שנקבעה בפרשת מגן וקשת הייתה מאז ואילך לנקודת המוצא לבחינת סיווגן של עילות תביעה בדיני חברות. לפי אותה הלכה, עילת תביעה אישית קמה לבעל מניות מקום שבו הוא סובל מנזק אישי בלתי תלוי בנזקה של החברה. אולם, אם הנזק שנגרם לבעל המניות נובע מירידת ערך החברה ושווי מניותיה, וכל בעלי המניות ניזוקים באותה מידה, אזי ככלל לא קמה לבעל המניות עילה לתביעה אישית. יחד עם זאת, לצד הכלל האמור, הוזכרו בפסק הדין בפרשת מגן וקשת מספר מצבים חריגים בהם עשוי נזק משני, אשר נגרם לבעל המניות אגב פגיעה בחברה, להקים עילת תביעה אישית: כאשר נפגעת זכות חוזית של בעל מניות; כאשר קיים הבדל בין הנזק שנגרם לבעל מניות מסוים או לקבוצת בעלי מניות לבין נזקם של בעלי מניות אחרים; ובמצבי קיפוח של בעלי מניות המיעוט (ראו: שם, בעמ' 326).

12. נקודת הציפון הבאה בהתפתחות ההלכה נקבעה בפרשת דרין. באותה פרשה נפסק כי לא קיימת לתובע, בעל מניות מקרב הציבור בחברה ציבורית, עילת תביעה אישית כנגד החברה, נושאי משרה בה ובעלי חוזה עמה, בגין עסקה בה נמכר, לטענתו, נכס של החברה במחיר הפסד. במסגרת פסק הדין מנה הנשיא ברק את הטעמים להקפדה על ההבחנה בין נזק אישי בר-תביעה לבין נזק משני המקים עילת תביעה לחברה בלבד: ראשית, עיקרון האישיות

המשפטית הנפרדת של החברה אשר גורר אחריו את עיקרון אי ההתערבות של בעלי המניות בניהול החברה. בהקשר זה ציין הנשיא ברק, כי כאשר הזכות המופרת היא של החברה, עומדת לה גם הזכות שכוח התביעה שלה לא ייגזל על ידי אחרים, לרבות בעלי מניותיה (אלא בכפוף לביקורת מצד בית המשפט ובהתאם לתנאים הכרוכים בהליך של אישור תביעה נגזרת). שנית, חשש מריבוי בלתי סביר של תביעות אשר עלול להביא להשלכות בלתי רצויות על התנהלותו של שוק ההון (הכבדה בעלויות הביטוח, הרתעת יתר של הפועלים בשוק ההון ועוד). לבסוף, השאיפה להגן על זכויותיהם של נושי החברה ולמנוע העדפה בלתי הוגנת של בעלי המניות על פניהם. בפסק הדין הובהר כי ההקפדה על כך שזכויות התביעה של החברה ימוצו על ידה, ולא על ידי בעלי מניותיה, מבטיחה באופן עקיף את כושרה הכלכלי של החברה ויכולתה לפרוע חובותיה על פי סדר הנשייה הקבוע בחוק (ראו: שם, בעמ' 689-691). ראוי להזכיר כי במסגרת פסק הדין בפרשת דרין העיר הנשיא ברק כי בנוסף לחריגי הלכת מגן וקשת שהוזכרו לעיל, יש להותיר בצריך עיון את האפשרות שבנסיבות מיוחדות ביותר, בהן אמצעי הפיקוח הקיימים אינם מספקים, תוכר עילת תביעה אישית של בעל מניות כלפי מי שהזיק לחברה באופן שהוביל לירידת שווי המניות שבידיו, ובמילותיו: "ניתן להעלות על הדעת מצבים חריגים, בהם האמצעים הקיימים לפיקוח ולבקרה על יוצרי סיכונים כלפי חברות אינם מעוררים הרתעה מספקת, או לא יוצרים את התמריץ הראוי להגשת תביעה נגזרת, במידה כזו שראוי יהיה להטיל אחריות אישית כלפי בעלי המניות" (שם, בעמ' 695).

13. במקרה שלפנינו, ניתן לזקק מתוך כלל טענותיו של המערער שלוש טענות מרכזיות באשר לאי תחולתה של הלכת מגן וקשת על נסיבות המקרה: ראשית, לטענתו, לבעלי מניות הבנק מקרב הציבור נגרם נזק ייחודי מכיוון שכל יתר הניזוקים מקריסת הבנק פוצו בגין נזקיהם. לדבריו, בעלי הפיקדונות ועובדי הבנק שופו מאוצר המדינה בעקבות ערבות שהעניק בנק ישראל לכ-98% מחובות הבנק, ואילו רק בעלי המניות נותרו בפני שוקת שבורה. שנית, לשיטתו, נסיבות המקרה נכנסות בגדר החריג שהוזכר בפרשת דרין בדבר אפשרות להכיר בעילת תביעה אישית של בעל מניות בנסיבות בהן אמצעי הפיקוח הקיימים אינם מספקים הרתעה מספקת. לבסוף, טוען המערער כי הוראתו המפורשת של סעיף 170(א) לחוק החברות מורה כי קיימת לבעלי המניות עילת תביעה כנגד רואה החשבון המבקר, אשר קיימת

במובחן ובמנותק מעילת התביעה של הבנק. נקדים את המאוחר ונציין כי לאחר שבחנו את טענות המערער לא מצאנו בהן ממש, כפי שיוסבר להלן.

טענתו הראשונה של המערער – נזק ייחודי לבעלי המניות עקב פירוק הבנק 14. טענתו של המערער בעניין זה אינה חדשה לפנינו וכבר נדחתה על ידי בית משפט זה בעבר: בפסק הדין בפרשת גרינפלד, בנסיבות בהן נמצאה החברה נשוא הסכסוך בחדלות פירעון, טען המערער כי כאשר קורסת חברה כתוצאה מעוולות שבוצעו כנגדה ונמצאת בהליכי חדלות פירעון, לא קיימים לבעלי המניות תמריצים מספקים להגשת תביעה בשם החברה, ומשכך כדי ליצור הרתעה ראויה כלפי יוצרי הסיכון, ראוי לאפשר לבעלי המניות לתבוע בתביעה ייצוגית. טענה זו נדחתה על ידי הנשיא ברק במילים אלו:

”יש לזכור, כי אחד הטעמים העומדים ביסוד דרישת הנזק האישי, הוא שמירת סדר הנושים בפירוק. החשש מפני עקיפת זכותם של הנושים להיפרע ראשונים הופך מוחשי יותר ככל שהחברה צועדת אל עבר חיסולה. לשמירת זכותם של הנושים יש חשיבות גם בהליכי הבראה... שמירת זכויות התביעה של החברה בקופתה, תחת העברתן לבעלי המניות, עשויה לתרום לשיקום החברה. זאת ועוד, ככלל, למשפט כלים אחרים להתמודד עם בעיות התמריצים והיעילות השונות המתעוררות בהליך של תביעה נגזרת (ראו, למשל, סעיפים 199-201 לחוק החברות) וכאשר חברה עומדת לפני סוף חייה (ראו, למשל, סעיפים 373-374 לפקודת החברות). נמצא, כי עצם העובדה שהחברה נמצאת בהליכי פירוק או במצב של חדלות פירעון אינה מצדיקה הקמת מסלול של תביעה אישית מקום בו לא היה כזה מלכתחילה” (שם, בפסקה 18).

15. הנה כי כן, הימצאותה של החברה בהליכי חדלות פירעון אינה מהווה נסיבה המצויה בגדר החריגים להלכת מגן וקשת. הטעם לכך נעוץ ברציונאל שהוזכר כבר בפסק הדין בפרשת דרין, בדבר חשיבותה הפונקציונאלית של ההבחנה בין עילת תביעה אישית ועילה לתביעה נגזרת לצורך הגנה על נושים. כתוצאה מכך, ניתן לומר כי דווקא ההיפך הוא הנכון – בסיטואציה בה אין ביכולתה של החברה לפרוע את מלוא חובותיה לנושיה, יש להקפיד הקפדה יתרה על כך שזכות התביעה שלה תשתמר בקופתה ולא תתגלגל לידיהם של בעלי המניות. עמדה על כך פרופ' א' חביב-סגל בספרה דיני חברות:

"סוגיית זהותה של האישיות המשפטית אשר ספגה את הנזק הישיר כתוצאה מן ההפרה – היא אינה סוגיה טכנית גרידא, אלא זו יורדת לשורש מהותו של ההסכם המשוער שבין הצדדים, כאשר אלה בחרו להתקשר במסגרת החברה. זאת, מאחר שכאשר משתלם הפיצוי בגין ההפרה לחברה עצמה, ולא לבעל המניות התובע, באופן אישי – הרי שהפיצוי יתחלק בין הנושים לבין בעלי המניות, ובין בעלי המניות לבין עצמם, על-פי עקרונות החלוקה השולטים בדיני החברות. במילים אחרות, הפיצוי יזכה, בראש ובראשונה, את נושיה של החברה; כאשר רק במידה שהחברה היא בת-פירעון, הרי שזה יתחלק בין בעלי המניות, בהתאם לאחוזי האחזקה של בעלי המניות בחברה... כאשר חברה נמצאת בהליך של פירוק או הקפאת הליכים, הרי שהמפרק או הנאמן בלבד הם הנדרשים לנהל את התביעות בשמה של החברה, ואין לאפשר את ניהולה של התביעה האישית, אלא בגין נזקים שנגרמו לבעלי המניות שאינם נובעים, בעקיפין, מנזקים שנגרמו לחברה עצמה" (שם, בעמ' 682-683).

במקרה דנן, ברי כי אין בעצם העובדה שיתר הניזוקים שופו בגין נזקיהם כדי לבסס עילת תביעה אישית במקום שבו היא איננה קיימת. ה"שוקת השבורה" שבפניה ניצבים כביכול בעלי מניות הבנק אינה אלא ביטוי לכך שהבנק קרס והוכרז על פירוקו. משכך, על פי הלכת גרינפלד, אין בנסיבה זו כדי להקים עילת תביעה אישית למערער, וככל שיש בה כדי להשפיע על הבקשה לאישור התובענה כייצוגית – הרי שהשפעתה תהא דווקא שלילית.

טענתו השנייה של המערער – צורך בהגברת האכיפה

16. בהמשך לאמור לעיל, דין הטענה בדבר מחסור באמצעי אכיפה אפקטיביים, להידחות גם כן. במקרה דנן תבע כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק הבנק את המשיב יחד עם נתבעים נוספים בגין אחריותו הלכאורית לקריסת הבנק (ת"א 1803/05). תביעה זו נסתיימה בפשרה שפרטיה נותרו חסויים (בש"א 14503/07). כפועל יוצא מכך, ברי כי המקרה דנן אינו נמנה עם "הנסיבות המיוחדות ביותר", אשר לגביהן הותיר הנשיא ברק בצריך עיון את האפשרות להכיר בעילת תביעה אישית של בעל מניות כלפי מי שהזיק

לחברה (פרשת דרין, בעמ' 695). אכן בנסיבות המקרה, משהוכרו על פירוק הבנק, לא יכולים עוד בעלי המניות להפעיל את הפרוצדורה של תביעה נגזרת נוכח הוראת סעיף 205 לחוק החברות השוללת את האפשרות להגיש תביעה נגזרת בשמה של חברה שמונה לה מפרק. אולם, כעולה מהלכת גרינפלד, המחוקק כיוון לכך שהמפרק, בפיקוח בית המשפט, הוא שמוסמך לנהל את החברה ולתבוע בשמה במצבי פירוק, וזאת על מנת להבטיח כי עקרונות האישיות המשפטית הנפרדת של החברה וסדר החלוקה בנשייה נשמרים. יתר על כן, בנסיבות המקרה דנן, בהן תבע המפרק את המשיב בשם החברה, אישור הגשת תובענה ייצוגית בגין הנזק שנגרם לבעלי המניות כתוצאה מאובדן ערך מניותיהם עלול להוביל, למעשה, לפיצוי כפול של החברה ושל בעלי מניותיה בגין אותו נזק (ראו: צפורה כהן, בעמ' 63).

משנשמטו טענותיו האמורות של המערער, נותרה לפנינו אך הטענה לפיה הוראת סעיף 170(א) לחוק החברות מצביעה באופן ברור על קיומה של עילת תביעה אישית לבעלי מניות הבנק כנגד רואה החשבון המבקר.

טענתו השלישית של המערער - אחריות רואי החשבון כלפי בעלי מניות החברה 17. כאמור, המערער ביקש לבסס את תביעתו על סעיף 170(א) לחוק החברות, לפיו:

”אחריות בשל חוות הדעת	170(א) רואה החשבון המבקר אחראי כלפי החברה ובעלי מניותיה לאמור בחוות דעתו לגבי הדו”חות הכספיים”.
-----------------------------	--

סעיף 170(א) מקים, אפוא, אחריות ישירה מצד רואה החשבון המבקר כלפי בעלי מניותיה של החברה, אשר אינה מהווה אך נגזרת של אחריותו כלפי החברה. אולם, סעיף 170(א) לחוק החברות סתם ולא פרש באילו נסיבות יישא רואה החשבון באחריות כלפי החברה או כלפי בעלי מניותיה של החברה, מה היקפה של האחריות המוטלת מכוחו, ומה ההבדל, ככל שקיים כזה, בין אחריותו של רואה החשבון המבקר כלפי החברה לבין אחריותו, לפי הסעיף, כלפי בעלי מניותיה. לטענת המערער, הסעיף מטיל על רואה החשבון חובת זהירות אישית כלפי בעל המניות, וצידה השני של מטבע זו הוא קיומה

של עילת תביעה אישית לבעל המניות במקום בו מופרת החובה. מנגד, טוען המשיב, כי עובדת קיומו של סעיף 170(א) לחוק החברות, כשלעצמה, אינה מקימה עילת תביעה אישית לתובע מקום בו הנזק שבגינו תובע המערער אינו נזק אישי-ראשוני.

18. לאחר שבחנו את טענות המערער, לא מצאנו בהן יסוד המקים לו עילת תביעה אישית. כבר נקבע בפסיקה כי עצם קיומה של חובת זהירות בניזיקין, כשלעצמה, אינה מקימה עילת תביעה אישית, אלא יש לבחון את אופיו של הנזק שבגינו הוגשה התביעה. כזכור, בפרשת דרין ביקש המערער לבסס את תביעתו, בין היתר, על סעיף 52יא לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק ניירות ערך), אשר מטיל על מנפיק אחריות לנזק שנגרם למחזיק בניירות הערך שהונפקו על ידו כתוצאה מהפרת חוק ניירות ערך או התקנות לפיו. המערער טען כי קמה לו עילת תביעה לפי סעיף זה עקב הפרת מספר הוראות בתקנות שהותקנו מכוחו של החוק. על טענה זו העיר הנשיא ברק:

"כדי שתקום עילת תביעה מכוח סעיף 52יא, עקב הפרת הוראות התקנות, תנאי חיוני הינו כי נגרם למחזיק בניירות הערך נזק. זאת ועוד, יש להראות שהנזק שנגרם לתובע הוא מסוג הנזקים שבשלם נקבעה האחריות ונוצרה העילה. לא כל נזק שיטען לו מחזיק בניירות ערך, הוא נזק המקים עילת תביעה לפי סעיף 52יא. על התובע להראות שהנזק נגרם לו, כלומר שזהו נזק אישי, שנגרם לו בהיותו מחזיק בניירות ערך של המנפיק. רק נזק כזה מצמיח למחזיק בניירות ערך זכות, שבצדה עילת תביעה אישית כלפי החברה, מנהליה או כלפי בעלי השליטה בה. אם ייקבע שלמחזיק לא נגרם נזק שלשם הטבתו נקבעה הזכות בסעיף 52יא, ממילא תיפול העילה האישית. האם צמחה אפוא למערער זכות לכאורה כלפי המשיבים? לבירור שאלה זו יש לבחון את תוכנו של כתב-התביעה שהוגש ולאחר את הנזק הנטען בו" (פרשת דרין, בעמ' 687-688, ההדגשה אינה במקור – ד.ב.).

דברים אלו יפים גם לענייננו בשינויים המחויבים: לא כל נזק שנגרם לבעל מניות בחברה כתוצאה מהפרת חובותיו של רואה החשבון המבקר יקים לבעל המניות עילת תביעה אישית מכוחו של סעיף 170(א) לחוק החברות.

לפיכך, על מנת לקבוע אם צמחה למערער זכות לכאורה כלפי המשיב יש לבחון את תוכנו של כתב התביעה שהוגש ולאחר את הנזק הנטען בו.

19. בפרק ג' לכתב התביעה, שכותרתו "הנזק שנגרם למבקש והסעד", טוען המערער כי הנזק שנגרם לבעלי מניות המיעוט בבנק, הלוא הם חברי הקבוצה אותה הוא מבקש לייצג, זהה לשווי המצרפי של מניות הבנק ביום האחרון שבו התקיים בהן מסחר, בחיסור שווי מניותיו של בעל השליטה. מתוך נזק כולל זה, גוזר המערער את נזקו האישי באופן הבא: "ערך מניותיו של המבקש בבנק אבד. מחירה של כל מניה ממניות הבנק, בבורסה, לאחרונה לפני סגירת הבנק והשעית המסחר במניותיו, היה 3.20 ש"ח למניה. המבקש החזיק בחשבונו כאמור, 10,560 מניות, ומכאן שנזקו מסתכם ב- 33,792 ש"ח, נכון ליום 25.4.2002" (עמ' 15 לכתב התביעה). בהמשך, מדגיש המערער כי לא מדובר בנזק ייחודי: "המבקש יטען כי מעשי ומחדלי המשיבים, גרמו נזק זהה לכל ציבור בעלי המניות של הבנק" (פסקה 33 לכתב התביעה).

20. הנה כי כן, מכתב התביעה עולה במפורש כי הנזק שבגינו תובע המערער הינו אובדן ערך מניותיו וכי אף לשיטתו שלו מדובר בנזק שנגרם במידה שווה לכלל בעלי מניות הבנק. משכך, על פי המבחנים שנקבעו בפרשת מגן וקשת, מדובר בנזק משני שאינו מקים עילת תביעה אישית. על נזק מסוג זה אמר הנשיא ברק בפרשת דרין כי "הוא באופן טיפוסי נזק משני. זהו נזק אשר נגזר מנזקה של החברה. הוא אינו עומד בפני עצמו כנזק המקים עילת תביעה אישית... זהו נזק משותף לכל בעלי המניות כולם... וככזה אינו מייחד דווקא את בעלי המניות מן הציבור... אכן, לא כל 'נזק' במציאות הכלכלית הוא 'נזק' בר-תביעה במובן המשפטי" (שם, בעמ' 689). משכך, ומשלא הוכיח המערער כי חל על נסיבות המקרה חריג מחריגי הלכת מגן וקשת, אין התובע מקיים את התנאי הקבוע בסעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות ועל כן צדק בית המשפט קמא בהחלטתו שלא לאשר את התובענה כייצוגית.

די באמור לעיל על מנת לדחות את הערעור. עם זאת, מצאנו לדון בטענה נוספת של המערער באשר לפרשנות סעיף 170(א) לחוק החברות, לפיה פרשנות הסעיף באופן שבו רק נזק אישי-ראשוני מקים עילת תביעה מכוחו, מעקרת את הסעיף מתוכנו ומביאה לכך שלעולם לא יוכל בעל מניה לבסס

עילת תביעה כנגד רואה החשבון בגין הפרת חובותיו כלפיו לפי סעיף 170(א) לחוק החברות.

פרשנות סעיף 170(א) לחוק החברות

21. את הוראת סעיף 170(א) לחוק החברות יש לפרש על פי תכליתה. על תכלית זו אנו למדים מלשון ההוראה, מסביבתה הנורמטיבית ומהסדרים דומים לה. על פי לשון הסעיף, אחריותו של רואה החשבון המבקר מוגבלת לתחום הקונקרטי של "האמור בחוות דעתו לגבי הדו"חות הכספיים". לשון הסעיף משמיעה כי תחום אחריותו של רואה החשבון מכוחו של הסעיף מתפרש על נזקים שנגרמו כתוצאה ממצג מטעה שהופיע בחוות דעתו ביחס לדו"חות הכספיים בין כתוצאה מרשלנות ובין בכוונת זדון. כך, למשל, מקום שבו היה על רואה החשבון להסתייג ממידע מסוים שנמסר בדו"חות הכספיים, והוא לא עשה כן. מסקנה זו אף עולה בקנה אחד עם השאיפה לפרש את סעיף 170 לחוק החברות מתוך זיקה להסדרים מקבילים בעלי הקשר נורמטיבי משותף. כך, הסדרי האחריות האזרחית המופיעים בחוק ניירות ערך (ראו: סעיפים 31, 32, 38, 38ג), מטילים אחריות לנזק בשל פרט מטעה שהופיע בתשקיף או בדיווח שוטף בהתקיים יסודות של פרט מטעה, נזק וקשר סיבתי ביניהם. אמנם דיני ניירות הערך מסדירים את היחסים שבין תאגידים המציעים ניירות ערך לבין ציבור המשקיעים, ואילו חוק החברות מסדיר את מערך היחסים בתוך התאגיד, אך להסדרים השונים תכלית יסודית משותפת – להבטיח יעילות והוגנות של שוק ההון ולהגן על קניינו של הציבור שכספו מצוי באפיקי ההשקעה והחיסכון השונים. זאת, בין היתר, באמצעות עקרון הגילוי הנאות אשר פועל בהקשר זה בשני אופנים: הראשון, הספקת בסיס מידע נאות למשקיעים על מנת שיוכלו לקבל החלטות רציונאליות בנוגע להשקעותיהם; השני, הרתעת בעלי הכוח בחברות מהתנהגות מניפולטיבית תוך יצירת אפשרות לפקח על פעולותיהם (ע"א 5320/90 א.צ. ברנוביץ נכסים והשכרה בע"מ נ' רשות ניירות ערך, פ"ד מו(2) 818, 831 (1992)). רואי החשבון המבקרים נמנים עם מערך שלם של גורמים מקצועיים חיצוניים לתאגיד המכונים "שומרי סף" (Gatekeepers) – עליו נמנים גם אנליסטים, חברות דירוג, חתמים ועוד – אשר תפקידם להבטיח את האינטרס של ציבור המשקיעים במידע אמין לגבי מצבו הפיננסי של התאגיד. ההיקש מדיני ניירות ערך לענייננו, מורה כי עילת תביעה אישית של בעל מניה כלפי רואה החשבון תקום במקום שבו נגרם לבעל המניות נזק כתוצאה ממצג

מטעה שנפל בחוות דעתו של רואה החשבון המבקר או בדו"חות הכספיים שבוקרו ואושרו על ידו. מסקנה זו אף עולה בקנה אחד עם הפסיקה שעסקה באחריות רואה החשבון לנזקי בעלי המניות קודם לחקיקת חוק החברות. על פי אותה פסיקה, אחריותו של רואה החשבון כלפי המשקיעים נסמכת על עולת רשלנות מסוג מצג שווא רשלני וקמה במקום שבו הסתמכו בעלי המניות על מצג מטעה שנכלל בדו"חות הכספיים ונגרם להם נזק (ראו: ת"א 2189/85 אילין נ' רוטנברג, פ"מ תשנ"ה(3) 23 (להלן: פרשת אפתן); יוסף גרוס חוק החברות החדש 297-293 (מהדורה רביעית, 2007); אסף חמדני "אחריות שומרי-סוף בשוק-ההון" משפט ועסקים ה' 11, 37-38 ובפרט הערת שוליים 88 (תשס"ו)). באמור לעיל, אין כדי לשלול הטלת אחריות על רואי החשבון מכוחם של מקורות חובה נוספים, לרבות עולת הפרת חובה חקוקה לפי פקודת הנזיקין (ראו: הוראת סעיף 170(ב) לחוק החברות; פרשת אפתן).

22. השאלה באילו נסיבות קיומו של מצג מטעה בחוות דעתו של רואה החשבון המבקר יוביל למסקנה כי האחרון נהג ברשלנות שיש בה כדי להקים אחריות כלפי בעלי המניות, איננה מתעוררות בנסיבות המקרה שלפנינו וממילא אין צורך לקבוע בה מסמרות. יתכן שיש מקום לטענה כי תוכנה והיקפה של חובת הזהירות של רואה החשבון כלפי בעלי מניות החברה אינם חופפים לחובתו כאמור כלפי החברה. בנקודה זו ראוי להזכיר כי על פי הפסיקה שעסקה בנושא, לא בכל מקרה שבו חוות דעתו של רואה החשבון המבקר תתברר בדיעבד כשגויה, תוטל עליו אחריות כאמור. שכן, חובתו של רואה החשבון היא לנקוט באמצעי זהירות סבירים בכדי שדוחותיה הכספיים של החברה לא יכילו טעויות וישקפו נכונה את מצבה הפיננסי, אך הוא אינו ערב להגשמת מטרה זו (לפסיקה שעסקה ברף הזהירות הנדרש מרואה החשבון בעת ביצוע ביקורת וסקירה של דו"חות כספיים ראו: ת"א 1009/00 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' ברוידא ושות' רואי חשבון (לא פורסם, 22.6.2008); ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996); ע"פ 709/78 מדינת ישראל נ' אלמונים, פ"ד לד(3) 673 (1980); ע"א 4025/91 צבי נ' קרול, פ"ד נ(3) 784 (1996)).

בהקשר זה יש מקום להזכיר כי הדין בארצות הברית מחמיר עם התובע בכל הנוגע לתנאי הסף לקביעת אחריות בגין מצג מטעה בשוק ההון. תביעה מסוג זה תוגש על פי כלל 10b-5 שהותקן מכוח ה- Securities

Exchange Act of 1934, אשר חולש על מכלול עבירות התרמית בניירות ערך הן במצגים מילוליים – לרבות העלמת עובדות – הן במניפולציות והונאות במסחר בבורסה, והן בשימוש במידע פנים. על בעל מניות המבקש לתבוע את רואה החשבון המבקר של החברה מכוחו של הכלל האמור, רובץ הנטל להוכיח קיומו של מצג מטעה באשר למידע מהותי, אשר הוצג מתוך יסוד נפשי של מודעות או למצער עצימת עיניים, וכי נגרם לו, לתובע, נזק ממון ממשי כתוצאה ממכירה או רכישה של נייר ערך שנעשתה תוך הסתמכות על המצג המטעה (ראו: Stoneridge Inv. Partners LLC v. Scientific-Atlanta Inc., 552 U.S. 148, 157, 165 (2008); Dura Pharmaceuticals, Inc. v. Broudo, 544 U.S. 336, 341-342 (2005)).

23. מכל מקום, ואף אם אין מקום להקיש באופן ישיר מהדין האמריקאי בסוגיה זו לשיטת המשפט שלנו, סוגית אחריותו של רואה החשבון המבקר כלפי בעלי מניות החברה מעוררת שאלות מורכבות. המרכזית שבהן נוגעת ליסוד הקשר הסיבתי בין המצג המטעה לבין נזקו של בעל המניות. כך, למשל, כאשר הנזק הנטען נובע אך מהחלטת בעל מניות החברה שלא למכור את המניות שבידו, הוכחת קיומו של קשר סיבתי בין המצג המטעה לבין הנזק עשויה להיות קשה עד כדי בלתי אפשרית. זאת, מכיוון שגילוי המידע בדבר אי סדרים פיננסיים בחברה צפוי להשפיע על מחיר המניה, ובהתאם על יכולתו של בעל המניות לגלגל את הנזק ממנו והלאה (ראו: רע"א 4474/97 טצת נ' זילברשץ, פ"ד נד(2) 577, 595 (2000)), שם ציינה השופטת שטרסברג-כהן כי ספק אם הימנעות מחזיק בנייר ערך ממכירתו יכולה להקים עילת תביעה בגין פרט מטעה בתשקיף; עמרי ידלין "גבולות האחריות המשפטית בגין מצגי-שוא בשוק המשני" משפטים כ"ז 249 (תשנ"ז)). במאמר מוסגר יוער כי במהלך פרשנות סעיף 170(א) הנ"ל יש להתחשב בכך שחוק החברות, בשונה מחוק ניירות ערך, חל על חברות ציבוריות ופרטיות כאחד, ואילו סוגיית הקשר הסיבתי בין הנזק שנגרם לבעלי המניות לבין מצג השווא המטעה עשויה להוביל, לעיתים, למסקנות שונות ביחס למניות הנסחרות בבורסה וביחס למניות שאין להן שוק מוגדר.

בנוסף, מתעוררת השאלה אם בעל מניות המבקש לתבוע בעילה אישית את רואה החשבון המבקר נדרש להוכיח יסוד של הסתמכות על האמור בחוות

דעתו של רואה החשבון (כנדרש בעוולות הרשלנות והתרמית) או שמא די לעמוד בדרישה מקלה יותר של הוכחת קיומו של קשר סיבתי בין האמור בחוות הדעת לבין הנזק שנגרם לבעל המניות (בדומה להסדרים המופיעים בחוק ניירות ערך) (ראו והשוו: עניין רייכרט; דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385 (2003); רע"א 378/96 שגיא וינבלט נ' משה בורנשטיין בע"מ, פ"ד נד(3) 247 (2007)). כמו כן, וככל שמתבקשת הוכחה של יסוד ההסתמכות, מתעוררת השאלה האם די להוכיח הסתמכות עקיפה על מקורות מידע כגון העיתונות הפיננסית או יועצי ניירות ערך (ראו: עניין רייכרט, בעמ' 317-320, 329-328). מנגד, ככל שלא נדרשת הוכחה של יסוד ההסתמכות, עשוי להתעורר קושי בביסוס קשר סיבתי בין העוולה ובין הנזק (שם, בעמ' 330). זאת ועוד, בהקשר של אישור תובענה כייצוגית, כפועל יוצא מהתנאי הקבוע בסעיפים 4(א)(1) ו-8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות בדבר קיומן של שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, עשויים יסודות הקשר הסיבתי וההסתמכות להצמיח שאלות נוספות באשר למידת ההומוגניות הנדרשת בין חברי הקבוצה בהיבטים אלו.

24. הערעור שלפנינו אינו מהווה מסגרת מתאימה להידרש לסוגיות חשובות אלה, שכן במקרה דנן, כתבי הטענות שהוגשו לבית המשפט קמא ולבית משפט זה אינם מכילים התייחסות אליהן ואינם מציגים תשתית עובדתית מינימאלית שיש בה כדי לבסס את יסודות העוולה. כל שנאמר בכתב התביעה שהוגש לבית המשפט קמא הוא כי המשיב אפשר במחדליו את המעילה שהובילה לקריסת הבנק וחזקה שאלמלא התרשל לא היה הבנק קורס. כתב התביעה אינו מכיל פירוט כלשהו לגבי יסודות העוולה. כך, למשל, נמנע המערער מלציין מתי רכש את מניותיו, מהו המצג המטעה שהופיע בחוות הדעת של המשיב לגבי דוחותיו הכספיים של הבנק, כיצד היה משנה המערער את התנהגותו אלמלא אותו מצג, ואם הנזק שנגרם לו היה נמנע כתוצאה מכך. כמו כן, אין למצוא בטיעונו של המערער מענה לטענת המשיב כי כאשר החל לתפקד כרואה החשבון המבקר של הבנק בשנת 1999 לא ניתן היה עוד למנוע את הנזק של קריסת הבנק כתוצאה מהמעילה שהחלה כבר שנתיים לפני כן. בהקשר זה, ראוי לשוב ולהזכיר כי על פי ההסדר הדיוני שגיבשו הצדדים, רשאי היה המערער לתקן את כתב התביעה שהוגש לבית המשפט קמא, ולכלול בו את הפירוט האמור, אולם המערער

בחר שלא לעשות כן. לפיכך, חסרים כתבי טענותיו של המערער לא רק את הפירוט העובדתי הנדרש – פגם אשר יתכן שניתן היה להתגבר עליו לו צורף דו"ח המנהל המיוחד לכתבי הטענות במועד הראוי לכך – אלא גם את הטיעון המשפטי הרלוונטי.

25. ניתן אפוא לסכם ולומר, מבלי לקבוע מסמרות בדבר, כי סעיף 170(א) לחוק החברות עשוי בנסיבות מסוימות להקים עילת תביעה אישית וכן עילה לתביעה נגזרת. העילות אינן בהכרח מוציאות זו את זו, ויתכן שבגין אותה מסכת עובדתית תקום עילה לתביעה אישית-ייצוגית ובו זמנית תקום גם עילה לתביעה נגזרת (ראו: פרשת מגן וקשת, בעמ' 324-325; צפורה כהן, בעמ' 63). קשה להגדיר מראש רשימה סגורה של כל המצבים בהם תתאפשר הגשת תביעה אישית של בעלי המניות מכוחו של הסעיף. אולם, ניתן להצביע על שני טיפוסים מצבים שבהם סוגיה זו תעורר: כאשר הנזק הנתבע הוא נזק שנכלל בחריגי הלכת מגן וקשת – כך, למשל, בנסיבות בהן דיווח כוזב בדו"חות הכספיים סייע למהלך של קיפוח בעלי המניות (ראו והשוו: רע"א 9646/04 חסקי אלון ייזום בניה והשקעות בע"מ נ' אריה מיכלסון חברה ליזמות בע"מ, פ"ד נט(3) 380, 383 (2005); רע"א 1090/06 גלמור נ' זמיר (לא פורסם, 18.5.2006)). כן עשויה לקום עילה לתביעה אישית במצבים מיוחדים בהם יוכיח תובע בעל מניות קיומו של קשר סיבתי בין הנזק שנגרם לו לבין מצג מטעה שנפל בחוות דעתו של רואה החשבון המבקר חרף הקשיים שהוזכרו לעיל. ההלכה בנושא זה תתפתח במקרים המתאימים שבוודאי יובאו בפני בית המשפט בעתיד, בהתאם לנסיבות הקונקרטיות שיצריכו זאת.

26. משבאנו לתוצאה זו, נוכח ניתוח האחריות בהקשר של עילת התביעה, איננו נדרשים לעסוק עוד בטענות, להן הקדיש המערער חלק ניכר מטיעונו, לפיהן יש לאפשר לו לצרף את דו"ח המנהל המיוחד לתיק בית המשפט. כמו כן, אין גם מקום לחרוג ממנהגנו ולהתערב בשיעור ההוצאות שהושת על המערער בהחלטתו של בית המשפט קמא. יחד עם זאת, ניתן להתחשב בשיעור הגבוה שנפסק במסגרת פסיקת ההוצאות בהליך הערעור. לפיכך, אין צו להוצאות.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

השופט א' רובינשטיין:

מסכים אני לחוות דעתה של חברתי הנשיאה; בדין נדחתה הבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית. הנשיאה הסבירה מדוע אין למערער בנסיבות עילת תביעה נגד המשיב, ולמסקנותיה בעניין זה אני מצטרף. מעבר לכך אוסיף את אלה: ראשית, יש לזכור כי הבנק (באמצעות מפרקו) תבע את המשיב בעצמו, ולמעשה אין בפנינו טענה מנומקת לנזק (במובחן מעילת תביעה) השונה מזה שכבר נתבע על ידי הבנק (ראו פסקה 16 לחוות דעתה של הנשיאה), ופשיטא שאין להלום פיצוי כפול; שנית, ומעבר לצורך כאמור, סבורני כי גם התנהלות המערער אינה תומכת באישור התובענה שהגיש כתובענה ייצוגית (השוו סעיף 8(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו - 2006). זאת לא רק באשר לאופן הגשת התביעה והבקשה לאישורה כייצוגית ארבעה ימים לאחר שדבר המעילה התפרסם ברבים – אלא גם להתנהלות לאחר מתן פסק דינו של בית משפט זה בתיק ע"א 10927/02. לעתים מתקבל הרושם, כי המירוץ אחרי הגמול שבסעיף 22 לחוק תובענות ייצוגיות (ואולי למעלה מזה) עלול לגרום להגשת תביעות שאינן בשלות וערוכות כל צרכן; כל זאת תוך דווקא במסגרת המורכבת של חוק זה, מקום בו התביעה מחייבת או אמורה לחייב - למצער במובנים מסוימים - את הקבוצה כולה.

שופט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, כ"ט באדר ב' התשע"א (04.04.2011).

ש ו פ

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה

ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 09035060_N07.doc דז