



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

בעניין:

עובדיה קדמי

ע"י ב"כ עו"ד ע. בירותי, עו"ד גב' ו. בירותי ועו"ד ביטון

המבקש

נגד

1. כור תעשיות בע"מ

2. יעקב בן בשט

3. יוסי אנגליסטר

4. אמנון נויבך

5. עמוס ירקוני

6. משה סידיס

7. צבי יעקובוביץ

8. יונתן קולבר

ע"י ב"כ עו"ד י. אגמון ועו"ד ט. מישר

9. בן שלום יוסף

ע"י ב"כ עו"ד נ. כהן, עו"ד רוני ועו"ד גב' ר. מאיר

10. משרד רו"ח קוסט פורר את גבאי

ע"י ב"כ עו"ד ד. דורון

המשיבים

החלטה

א. רקע ההליך

המדובר בבקשה לאישור תובענה כייצוגית (להלן: "בקשת האישור"). אשר הוגשה אור ליום ה- 20.2.2007 ע"י עובדיה קדמי/מזרחי (להלן: "המבקש") כנגד המשיבים 1-10. הבקשה הועברה להרכב זה ונקבעה לראיות לתאריך 29.9.09. עניינה של התביעה שלפנינו:

המבקש טוען כנגד חברת כור תעשיות בע"מ (להלן: "המשיבה-1"), כי הוטעה על ידה תוך שהוצגו לו מצגי שווא לפירעון אגרות חוב מסדרה 1 (להלן: "אג"ח") שהונפקו על-ידי חברת מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ (להלן: "החברה"), אשר המשיבה 1 שימשה כבעלת השליטה בחברה ומופיעה בתשקיף ההנפקה כ-"המציעה".



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07

06 יוני 2013

לטענת המבקש, מאחר שמדיווחי החברה עלו קשיים בפירעון האג"ח, נטלה על עצמה המשיבה 1 אשר בתקופה הרלבנטית הייתה בעלת השליטה בחברה (למעלה מ-70% מניות), התחייבות לפירעון האג"ח והציגה מצגים שונים בעניין זה, אשר התבררו כמטעים.

התחייבות זו של המשיבה 1 כלפי החברה מהווה התחייבות גם כלפי צד ג' הם בעלי אג"ח.

בנוסף טוען המבקש כי המשיבה 1 התעשרה שלא כדין על חשבונו וחשבון מחזיקי האג"ח על-ידי משיכת דמי ניהול מופרזים בתקופה הקשה של החברה ומבלי לסייע לה במצבה הקשה.

כנגד המשיבים 2-9 אשר שימשו בחברה ובמשיבה 1 נושאי משרה, מייחס להם המבקש אחריות לנזק מתוקף חוק ניירות ערך ותקנותיו.

כנגד משרד רו"ח קוסט פורר את גבאי (להלן: "המשיב 10") אשר שימש רו"ח מבקר של החברה בתקופה הרלבנטית, טען המבקש כי התרשל כלפי מחזיקי אג"ח באי הכללת אזהרת עסק חי בדו"חות הפיננסיים 11/99 על מצב החברה ובכך שהוא שותף למצג שווא רשלני יחד עם המשיבה 1 כלפי מחזיקי האג"ח והציבור בכללותו.

המבקש טען כי רכש האג"ח על יסוד המצגים המטעים;

לגרסתו כלל המשיבים היו מעורבים במצגים הללו.

בשנת 2001 מונה לחברה מפרק קבוע ואגרות החוב נמחקו מן המסחר. כתוצאה מכך, נגרם למבקש הפסד כספי נכון ליום 6.12.2006 בסך של 52,594.18 ₪ (ביום 31.1.2000 - 17,927.16 ₪. ביום 31.01.2001 - 18,464.97 ₪. בסה"כ - 36,392.13 ₪ - ע"ס 47 לבקשה לאישור).

הצדדים לבקשה:

המבקש: הינו כלכלן ורו"ח בהשכלתו (ר' א. תצהיר המבקש ת/1 ס'45; עדות מיום 29.9.2009 ע'17 ש' 10-11: עדות ע'31 ש'4-15).

לא הובאו ראיות על היקף פעילותו והיקף תיק ההשקעות שברשותו.

המשיבה 1: היא כור תעשיות שהינה חברת אחזקות מובילה בישראל, ולה אחיזה משמעותית בחברות יצוא ישראליות מהנכבדות במשק. היא משקיעה באופן פעיל במגזר הטלקומוניקציה באמצעות חברות ECI טלקום וטלרד נטוורקס, כמו-כן הינה בעלת אחזקות רבות בחברות מובילות באלקטרוניקה צבאית באמצעות קבוצת תדיראן והיא פעילה במגזר האגרו-כימייה באמצעות חברת מכתשים אגן תעשיות.

במהלך השנים 1998-1999 יישמה החברה תוכנית אסטרטגית שכללה שינוי מבני אשר כלל התמקדות במגזרים של טלקומוניקציה, אלקטרוניקה צבאית אגרו-כימיה; הרחבת הפעילויות הקיימות ויציאה מתחומים שאינם בעלי פוטנציאל רווחיות גבוה (ר' נספח י' לבקשה לאישור).



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

המשיב 2: מר יעקב בן בשט התחיל עבודתו ביום 17.1.1999 (ר' ת/8) כיהן כיו"ר דירקטוריון החברה. (דירקטוריון החברה עדכן כי יאשר את תנאי העסקתו ב-17.8.1999 הדיווח לבורסה ב-27.7.1999 – ר' נספח כ' לבקשה לאישור) ועד ל-20.3.2000 (ר' נספח יז' ע'1 לבקשה לאישור).

המשיב 3: מר יוסי אנגליסטר היה מנכ"ל החברה החל מתאריך 21.7.1999 (ר' נ/8) ועד ל-16.4.2000 (ר' נספח יז' ע'2 לבקשה לאישור).

המשיב 4: מר אמנון נויבך והמשיב 5: מר עמוס ירקוני, היו דירקטורים מן הציבור בחברה בתקופה הרלבנטית (ירקוני עמוס חדל לשמש כדירקטור ב-22.3.2000 (נספח יז' ע'3 לבקשה לאישור) ונויבך אמנון סיים עבודתו כדירקטור ביום 19.3.2000 (נספח יז' ע'4 לבקשה לאישור).

המשיב 6: מר משה סידס היה מבקר הפנים של החברה בתקופה הרלבנטית.

המשיב 7: מר צבי יעקובוביץ שימש בתפקיד סמנכ"ל הכספים של החברה בתקופה הרלבנטית.

המשיב 8: מר יונתן קולבר היה מנכ"ל המשיבה 1 וממלא מקום ויו"ר הדירקטוריון בתקופה הרלבנטית.

המשיב 9: מר יוסף בן שלום היה סגן נשיא בכיר וסמנכ"ל המשיבה 1 בתקופה הרלבנטית.

המשיב 10: הוא משרד רו"ח אשר שימש כרואה חשבון מבקר לבעלי המניות של החברה בתקופה הרלבנטית.

ב. תיאור העובדות העולה מכתבי הטענות והמוצגים

בפברואר 1993, הנפיקה החברה והמשיבה 1 כמציעה, אג"ח לציבור על פי תשקיף (ת/15). תנאי ההנפקה העולים מהתשקיף והרלבנטיים לענייננו הם:

המדובר בסדרה של 15,500,000 ₪ ע.נ. אג"ח (סדרה 1) רשומות על שם, העומדות לפירעון ב-3 תשלומים שווים ביום 31 בינואר כל שנה משנת 1999 ועד שנת 2001 (כולל). נושאת ריבית שנתית בשיעור של 3%, צמוד (קרן וריבית) למדד למחירים לצרכן בגין חודש דצמבר 1992, וניתנות להמרה למניות רגילות, רשומות על שם, בנות 1 ₪ ע.נ. כל אחת, לפי שער המרה של 2.90 ₪ ע.נ. אג"ח למניה רגילה אחת (290% לכל 1 ₪ ע.נ. מניות).



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

על פי דוח (ת/11) מיום 31.12.98, גבתה כור דמי ניהול כדלהלן:

בשנת 1996 כ- 5.4 מיליון, בשנת 1997 כ- 5.2 מיליון ובשנת 1998 כ- 4.3 מיליון. לשם השלמת התמונה העובדתית לעניין דמי הניהול, בשנת 1999, גבתה המשיבה 1 מהחברה דמי ניהול בשלושת הרבעונים הראשונים של השנה סך של 3.3 מיליון (ת/12).

החברה הפסידה בשנת 1998 כ- 76,422,000 ₪ ובמצטבר יתרת ההפסד של החברה עומדת על כ- 241,208,000 ₪. לאחר קיזוז יתרות מתחילת השנה (הון מניות) היתרה לסוף שנת 1998 היא בסך של כ- 138,658,000 ₪ (נ/4- דוחות על שינויים בהון עצמי, ע' 6).

בתאריך 25.03.1999 המשיבה 1 העבירה הודעה לבורסה (ראו נספח י' לבקשת האישור) בזו הלשון:

"בשל יישומה של תוכנית רה ארגון מקיפה: רווחי "כור" בשנת 1998: 46 מיליוני ₪."

בין היתר פרטה המשיבה 1 כי הסיבות לירידה ברווח הנקי במהלך 1998 נבע עקב ירידה תלולה שנרשמה ברווח הגולמי, בחברות בנות והפרשות לרה- ארגון ויישומה של תוכנית הבראה ופרישה שהוצאו לחברות בנות לרבות לחברה.

בתאריך 11.8.1999 התקיימה ישיבת דירקטוריון של החברה (ר' פרוטוקול הישיבה ת/9) במשרדי המשיבה 1, שם עדכן המשיב 2 (ע' 3 ל- ת/9) כי: **"כבר בוצעו פניות לבנקים בבקשה להסב ההלוואות לזמן ארוך וכן דווח כי החברה נתקלת בקשיים בנושא..."** (הדגשה שלי)

עלה מהדוחות הכספיים לרבעון 3 של שנת 1999 של החברה (נכון לתאריך ה-30.09.1999), כי החברה הפסידה כ- 22,617,000 ₪ (למול 41,035,000 ₪ בתקופה המקבילה (ר' נ/4 וכן נ/3) וכן כי תזרים המזומנים הינו שלילי (מהפעילות השוטפת) בסך של כ- 25.8 מיליון ₪. כך נכון ליום ה- 30.09.1999, לחברה היה גרעון בהון חוזר בסך של כ- 88 מיליון ₪ (ר' נ/3 ס' ח' וכן נ/4- דוחות רווח והפסד מאוחדים, ע' 5).

ענין ההתנהלות מול הבנקים עלה בשנית במכתב (ר' נ/2) מיום 11.11.1999 שנשלח ע"י מר רן מידן (עוזרו של המשיב 9), אל רוי"ח רונן הראל ממשרדי המשיב 10 ובו מפורטים עקרונות ההסדר המוצע שטרם נחתם לעניין אשראי לזמן ארוך של החברה, ואלו עיקריו:

א. הבנקים ימירו את אשראי החברה מאשראי לזמן קצר לאשראי לזמן ארוך, כולל דחיית פירעון הקרן למשך שלוש שנים.

ב. בתמורה לכך- המשיבה 1 תעניק ערבות מוגבלת בסכום בגובה הרעת טיב האשראי שתיגרם לבנקים, אם תיגרם.



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

ג. כן מוסכם בין המשיבה 1 ובין הבנקים כי במידה ותמכור החברה נכסים שיקטינו את היקף האשראי של החברה לבנקים, תקטן הערבות בהתאם.

ד. בנוסף לאמור לעיל, תעמיד המשיבה 1 הלוואה לחברה לפירעון התחייבויותיה כלפי כור הנפקות.

ה. המשיבה 1 "תמציא פתרון לפירעון התחייבויות החברה למחזיקי אגרות החוב."

ו. המשיבה 1 תוותר על דמי הניהול לתקופה קצובה.

שלושה ימים לאחר מכן, בתאריך 14.11.1999 נשלח המכתב באותו נוסח ולאותו מכותב, אולם על החתום היה המשיב 9 (ראו ת/13). הדבר נעשה לבקשת המשיב מס. 10.

ביום ה- 18.11.1999 פרסמה החברה את הדוחות הכספיים לסיכום הרבעון השלישי לשנת 1999. בביאור 8 לביאורי הדוחות הכספיים (ר' נספח ד' לבקשה לאישור), עדכנה החברה (ההדגשה שלי), כי יחד עם החברה האם, היא המשיבה 1 והבנקים, גיבשו הסדר אשר טרם נחתם, לפריסת חובות החברה. העקרונות שדווחו בביאור זה תואמים לעקרונות שנכתבו ב- 2/ וב-ת/13. כן נכתב כי הנהלת החברה, בהסתמך על ההבנות שהושגו, תאשר את ההסדר המתואר באופן פורמאלי עד לתום השנה.

בתאריך ה- 24.11.1999, פרסמה המשיבה 1 דוח סיכום פעילותיה ברבעון השלישי (ר' נספח ג' לבקשה לאישור) ובו, בין היתר גם פירוט עקרונות ההסדר שבין מפעלי פלדה לבנקים לגבי פריסת החובות. כמו כן צוין כי:

"...להערכת מפעלי פלדה בהסתמך על ההבנות שהושגו בין החברה, בעלי מניותיה והבנקים כאמור, יאושר ההסדר באופן פורמאלי עד תום 1999." (הדגשה שלי).

בתאריך 26.12.1999, התפרסם דוח מידי (ר' נספח ה לבקשה לאישור) שנשלח לבורסה כי דירקטוריון החברה החליט ביום 22.12.1999 כי:

"... אין באפשרות החברה במצבה הפיננסי הנוכחי, לעמוד בתשלום פדיון קרן אגרות חוב שהנפיקה החברה לציבור... בהתאם להחלטה זו, הסמיך הדירקטוריון את יו"ר הדירקטוריון ואת הנהלת החברה לנהל מו"מ עם הנאמן ובעלי האג"ח בעניין שינוי תנאי האג"ח."

ב- 27.12.1999 כיום לאחר פרסום הדוח המידי (ר' לעיל), התפרסמה כתבה בעיתון גלובס (ר' נספח א' ל-ת/2) שהחברה לא תעמוד בפירעון האג"ח.



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

תגובת המשיבה 1 לכתבה הנ"ל באמצעות דוברת היתה :

"כור דוחה מכל וכול את הטענה שהקונצרן מפקיר את בעלי האג"ח של מפעלי פלדה. מדובר בחברה ציבורית עצמאית, שמועצת המנהלים שלה סברה כי יש מקום לבקש ממחזיקי האג"ח לאחר מועד הפירעון כחלק מהתוכנית שמטרתה לנסות לסייע לחברה."

לאחר כן זאת ביום 28.12.1999, המבקש מורה לסניף הבנק (דיסקונט) בו מתנהל חשבונו, לרכוש כ- 20,000 אג"ח בעלות כוללת של 27,268 ₪ (ר' נספח טז' לבקשה לאישור).

בתאריך ה-30.12.1999 אושר כינוס מחזיקי אג"ח של החברה, על ידי בית המשפט המחוזי בחיפה. (ר' נספח ו' לבקשה לאישור).

על פי דוח רו"ח מבקר של המשיב 10 לבעלי המניות של החברה, בשנת 1999 (ר' נספח ט' לבקשה לאישור), נגרמו הפסדים בסך של 31 מיליוני ₪, והגרעון בהון החוזר הינו 95 מיליוני ₪. בתאריך 18.01.2000, דווח על ידי החברה בדוח מיידי (ר' נספח ו' לבקשה לאישור) לבורסה כי אושר על ידי בית המשפט המחוזי בחיפה כינוס בעלי אג"ח לתאריך ה-13.2.2000 כשעל סדר היום- הסדר עם בעלי האג"ח.

בסוף חודש ינואר 2000 (ב-31 בחודש), שולמה הריבית למחזיקי אגרות החוב וכפי שנמסר בדיווח המיידי מיום 26.12.1999 (נספח ה לבקשה לאישור), לא שולמה הקרן (ר' הודאות בעלי הדין בנושא תשלום ריבית האג"ח- ע' 5 ס' 25 בבקשה לאישור, ע' 8 ס' 28 בתגובת המשיבים 9-1, בתצהיר המבקש- ת/1 ס' 27).

אסיפת מחזיקי האג"ח - כפי שפורסם בדוח המיידי לבורסה מיום 18.01.2000 (ר' נספח ו' לבקשה לאישור), כונסה ביום 13.02.2000 אסיפת מחזיקי אג"ח ושוב בתאריך 20.02.2000 (ר' ע' 5 ס' 25-26 לבקשה לאישור).

החברה הציעה למחזיקי האג"ח הסדר הכולל בין היתר (להלן: "ההצעה המשופרת"):

- א. פריסת פירעון יתרת קרן האג"ח והריבית שנצברה ל-20 תשלומים רבעוניים שווים שישולמו החל מיום 31.01.2000 ועד 31.10.2004.
- ב. הארכת תקופת ההמרה של האג"ח עד לתום פירעון החוב, קרי עד ל-31.10.2004.
- ג. הפחתת שער ההמרה של האג"ח ל-2 ₪ ע.נ. אג"ח למניה רגילה (במקום 2.9 על פי התשקיף- ת/13). (ר' נספח ט' ע'28-ביאור 13- לבקשה לאישור).



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

בתאריך ה-02.03.2000 נתקבל בחברה מכתב מהמשיבה 1, אשר תוכנו פורסם ביום 05.03.2000 בדוח מידי (ראו נספח ז' לבקשת האישור) לבורסה, כי:

"לא ניתן יהיה להגיע להסדר עם הבנקים בעניין הפריסה לרבות לא ההסדר מהעבר... הדירקטוריון יתכנס לדון בהשלכות."

ביום ה-16.03.2000 הוציא בית המשפט המחוזי בחיפה, צו הקפאת הליכים נגד חברת מפעלי פלדה (נספח ח' לבקשת האישור), והחל מיום ה-19.03.2000 החלה לפעול תחת פיקוח בית המשפט. (נספח יב' לבקשה לאישור).

בתאריך 22.03.2000, פורסמו הדוחות הכספיים לשנת 1999 של החברה וכן דווח על ההצעה למחזיקי האג"ח מיום 20.02.2000 (נספח ט' לבקשה לאישור- ביאור 13). בדוחות אלו נכללה לראשונה "הערת עסק חיי".

בתאריך 30.5.2001 כונסה בשלישית אסיפת מחזיקי אג"ח בהנחיית ביהמ"ש (ר' נספח יב' לבקשה לאישור) שבסופה מחליטים מחזיקי האג"ח שלא לאשר את המשך הקפאת ההליכים והחברה נכנסת להליך של פירוק.

כתוצאה מאי אישור המשך הקפאת ההליכים של החברה, בית המשפט ממנה מפרק זמני לחברה בתאריך 08.07.2001, ובתאריך 05.11.2001 ממנה מפרק קבוע.

בתוך שבין מינויי המפרק הזמני לקבוע (06.08.2001), אגרות החוב של החברה נמחקות מהמסחר בבורסה (ר' ע"ס 36 לבקשה לאישור).

ממכתב הנאמן למבקש (נספח יב' לבקשה לאישור), נלמד כי על פי דו"ח המפרק מה-1.12.2005 עולה כי לחברה יש עדיין חובות לבנקים, הם הנושים המובטחים. בשלב זה מתמקד המפרק במכירת נכסים החברה (מקרקעין). המסקנה על פי הנאמן במכתבו כי גם אם יצליח המפרק לממש נכסי החברה, ככול הנראה לא יזכו בעלי האג"ח לחלק מהתמורה.

בתאריך ה-27.12.2006, פנה המבקש באמצעות ב"כ לכלל המשיבים. המשיבים שענו למכתב הם: ו-הבנק הנאמן ב-15.1.2007 וכן עו"ד אגמון בשם שאר המשיבים ב-24.1.2007 (ר' נספחים יג', יד' ו-טו' לבקשת האישור).

כפי שצוין לעיל, המבקש הגיש בקשתו לאישור התובענה כייצוגית בתאריך 20.02.2007.



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

ג. תמצית טענות הצדדים

טענות המבקש למול כל אחד מהמשיבים ותגובתם-

המשיבה 1 לעניין מצגיה כלפי ציבור מחזיקי האג"ח:

מחזיקי האג"ח ידעו שהמשיבה 1 היא בעלת השליטה בחברה (70%); ידיעה זו נלקחה בחשבון בשיקוליהם לרכישה או למכירה של אג"ח, בפרט לאור מעורבותה (ראו ע"פ 6 ס' 37 לבקשה לאישור). כך למשל כשנה לפני הקריסה (25/03/1999) מדווחת המשיבה 1 לבורסה (ר' נספח י' לבקשה לאישור) על הפרשות לטובת רה-ארגון בחברה לרבות תוכנית הבראה משום שהיא חלק מליבת העסקים של התאגיד (ר' ע"פ 6 ס' 38 לבקשה לאישור). בנוסף, המשיבה 1 התחייבה ופרסמה בדוחותיה (ראו נספח ג' לבקשה לאישור) כי במסגרת ההסדר עם הבנקים תמציא פתרון לפירעון האג"ח. כמו-כן, המשיבה 1 משכה דמי ניהול מחברת בת כושלת שלה (מפעלי פלדה ר' ע"פ 6, ס' 40 לבקשה לאישור).

המבקש טוען לעילות נוספות מכוח חוק החוזים (ר' ע"פ 9-10 לבקשה לאישור), פקודת הנוזקין ועשיית עושר ולא במשפט (ע"פ 10 לבקשה לאישור).

מנגד טוענת המשיבה 1 כי מצגה היה מדויק ושיקף את המציאות.

כמו כן, העלתה טענה של התיישנות עילות התביעה.

בנוסף נטען על ידה, כי למבקש אין עילת תביעה אישית כך שלמעשה אין קבוצה שבשמה ניתן להגיש התובענה (ר' ע"פ 39 ס' 256-258 לתגובה לבקשה לאישור) המבקש, כך על פי המשיבה 1, טוען כי הסתמך על המצגים והדיווחים השונים של החברה, אולם הוא מודה שרכש את האג"ח לאחר דיווח החברה לבורסה שלא תוכל לעמוד בהתחייבויות, קרי: תשלום קרן האג"ח, ובכך מתפוגגת טענתו למצגים רשלניים.

טענות המבקש כנגד המשיבים 2-9

על פי תקנות ניירות ערך (דוחות תקופתיים ומידיים), התש"ל-1970 (להלן: "תקנות ניירות ערך") חלה החובה על החברה ונושאי המשרה בה, לעדכן כל אירוע בעל השפעה מהותית. (לדוגמה- הדיווחים מתאריכים 18.11.1999 של החברה וכן של המשיבה 1 מה- 24.11.1999). חוק ניירות ערך והתקנות שהותקנו בעקבותיו, מחיל אחריות אישית גם על נושאי תפקיד בתאגיד המנפיק. (ראו ע"פ 22 ס' 151 עד ס' 153 לבקשה לאישור).

המשיבים טוענים מאידך כי המבקש לא הראה כל טעם מדוע קיימת לו עילת תביעה כנגד הדירקטורים ונושאי משרה אלה, וכי המבקש לא הוכיח קיום רכיבי עוולת הרשלנות (ראו ע"פ 35 ס' 219-230 לתגובה לבקשה לאישור).

טענות המבקש כנגד המשיב 10

רו"ח המבקר של החברה, הוא המשיב 10, התרשלו בתפקידם והפרו את חובת הזהירות המושגית והקונקרטיית כלפי מחזיקי האג"ח. הרשלנות מתבטאת באי הכללת "הערת עסק ח"י" בדוחות מתאריך



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

18.11.1999 אלא רק בדיעבד; המדובר בפרט מטעה כהגדרתו בחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (להלן: "חוק ניירות ערך"). (ר' ע"י 11 ס"ו.2. א' 75-78 לבקשה לאישור).
מנגד טוען המשיב 10 כי רכישת האג"ח לאחר הדיווח מה- 26.12.1999 מנתקת קשר סיבתי לסקירת רו"ח מה- 18.11.1999 (ר' ע"י 13 ס' 87 לתגובה לבקשה לאישור); כמו כן רכיבים נוספים שהמשיב 10 הסתמך עליהם, הביאו אותו למסקנה כי בכוונת החברה לתמוך ולממש התוכניות שהותוו (ר' ס' 148 לתגובה לבקשת האישור).

ד. הפלוגתאות בין הצדדים

מכתבי הטענות עלו הפלוגתאות הבאות בין הצדדים:

* האם דין התובענה להידחות מפאת טענות סף (שיהוי, התיישנות)?

* האם ראויה התובענה להתנהל כתובענה ייצוגית?

ה. טענות מקדמיות

(1) התיישנות

(א) טענות הצדדים

לטענת המשיבים, יש לדחות את הבקשה לאישור על הסף מחמת התיישנותה (ע' 11 לתגובה לבקשה לאישור).

על פי המשיבים, קיימות שתי חלופות להולדת עילת התביעה ובשתייהן יש לדחותה מחמת התיישנותה:

1. התביעה התיישנה ב- 26.12.06 (ר' ע"י 14-15 ס' 90-77 לתגובה לבקשה לאישור):

א. עילות חוזיות- הטענה כי הדוחות שפורסמו בנובמבר 1999 יצרו חוזה לטובת צד שלישי, הם מחזיקי האג"ח, לכך שבמסגרת ההסדר המתגבש, יימצא פתרון לתשלום אף להם. באירועים שאירעו אח"כ ולא צוינו ע"י המבקש כי החברה הודיעה כחודש אחרי פרסום זה כי לא תוכל לעמוד בפירעון קרן האג"ח- זו ההפרה כביכול וממנה 7 שנים = 26.12.06.

ב. עילות נזיקיות- מצג שווא רשלני- הודעת החברה מיום 26.12.99 כי לא תוכל לעמוד בתשלום קרן האג"ח- מרפאת את המצג שכביכול הטעה.

2. לחילופין, התביעה התיישנה ביום 31.01.07 (ר' ע"י 15-17 ס' 91-99 לתגובה לבקשה לאישור):

א. המועד המאוחר ביותר בו התיישנה עילת התביעה הוא יום קרות הנזק של אי פירעון הקרן דהיינו 30.01.2000 (ואחר כך ב- 31.01.2001-קרן+ריבית).



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

ב. מרגע החברה לא פרעה את תשלום הקרן שיועד להיפרע ב- 31.01.00, היתה למבקש ולכול מחזיקי האג"ח, הזכות להעמיד את כל הקרן לפירעון מידי ולתבוע אותה- דהיינו עילת התביעה נולדה במועד בו לא נפרעה הקרן.

3. לעמדת המשיב 10- התובענה התיישנה זה מכבר, לשיטת המבקש היה צריך לשלם לו ב- 31.01.00 התשי' השני בגין האג"ח במועד זה גם גילה את דבר הנזק ולכן התובענה התיישנה על פי סעיפים 5,6,8 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958 (להלן: "חוק ההתיישנות") (רי ע"3 סי'11 לתגובה של המשיבה 10 לבקשה לאישור).
לטענת המבקש, יום תחילת מרוץ ההתיישנות (לכל הפחות) 19.03.00 בו המשיכו המצגים המטעים, ההפרה הצפויה של אי פירעון האג"ח יכול היה להיוודע למשקיעים לכל המוקדם בני"ל. התובענה הוגשה ביום 20.2.2002.

המסגרת הנורמטיבית (ב)

ההסדר הכללי כפי שמופיע בחוק ההתיישנות-

סעיף 5 לחוק ההתיישנות קובע לאמור:

"התקופה שבה מתיישנת תביעה שלא הוגשה עליה תובענה (להלן – תקופת ההתיישנות) היא –
(1) בשאינו מקרקעין – שבע שנים;"

סעיף 6 לחוק קובע את תחילת ההתיישנות באומרו:

"תקופת ההתיישנות מתחילה ביום שבו נולדה עילת התובענה."

על פי האמור, תקופת ההתיישנות של תובענה שאינה מקרקעין הינה שבע שנים, כאמור בסעיף 5(1) לחוק ההתיישנות. מועד תחילת תקופת ההתיישנות קבוע בסעיף 6 לחוק ההתיישנות, על פיו תקופת ההתיישנות תחל ביום הולדתה של עילת התובענה.

חריג לכלל נקבע בסעיף 8 לחוק ההתיישנות הקובע כי:

8. נעלמו מן התובע העובדות המהוות את עילת התובענה, מסיבות שלא היו תלויות בו ושארף בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן, תתחיל תקופת ההתיישנות ביום שבו נודעו לתובע עובדות אלה."

"התיישנות
שלא מדעת

לפי סעיף זה, תקופת ההתיישנות תחל ביום התגלות העובדות הרלוונטיות של התביעה לתובע. (ע"א 165/83 בוכריס נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד לח(4)554, 557 (להלן: "פרשת



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

בוכריס"). הפסיקה (ר' ע"א 4275/10 יעקב מולהי נ' מדינת ישראל- משרד הבריאות, תק-על 2012(1), 3503) פירשה את כלל הגילוי המאוחר כי אם-

"נעלמו מן התובע העובדות המהוות את עילת התובענה, מסיבות שלא היו תלויות בו ושאינן בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן, תתחיל תקופת ההתיישנות ביום שבו נודעו לתובע עובדות אלה".

כאשר עילת התובענה הינה עוולה בנזיקין, יחולו שתי מערכות דינים, המשלימות זו את זו: האחת, היא ההסדר הכללי המצוי בחוק ההתיישנות לעיל והשניה, הסדר מיוחד הקבוע בהוראת סעיף 89 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: "פקודת הנזיקין") (ר' ע"א 34/95 גבעון נ' ד"ר ברמה, פ"ד נ(4) 462, 466; ע"א 1254/99 המאירי נ' הכשרת הישוב - חברה לביטוח, פ"ד נד(2) 535, 541 (להלן: "פרשת המאירי")).

סעיף 2(89) לפקודת הנזיקין, הקובע כדלהלן:

"89. לענין תקופת התיישנות בתובענות על עוולות – היום שנולדה עילת התובענה' הוא אחד מאלה:

...

(2) מקום שעילת התובענה היא נזק שנגרם על ידי מעשה או מחדל - היום שבו אירע אותו נזק; לא נתגלה הנזק ביום שאירע - היום שבו נתגלה הנזק, אלא שבמקרה אחרון זה תתיישן התובענה אם לא הוגשה תוך עשר שנים מיום אירוע הנזק."

סעיף 2 לפקודת הנזיקין, קובע כי נזק הוא בין היתר-

" "נזק ממון" — הפסד או הוצאה ממשיים הניתנים לשומה בכסף ואפשר למסור עליהם פרטים;"

בדומה לסעיף 8 לחוק ההתיישנות, גם סעיף 89 לפקודת הנזיקין "מאמץ כלל גילוי", שמטרתו "להושיט עזרה לתובע באותם מקרים בהם נגרם לו נזק סמוי שסימניו מופיעים רק במרוצת הזמן" (ע"א 74/60 נמר נ' שירותי נמל מאוחדים, פ"ד ט"ו (1) 255, 260 (להלן: פרשת נמר); פרשת בוכריס הנ"ל, בע' 557). בשונה מסעיף 8 לחוק ההתיישנות, סעיף 2(89) לפקודת הנזיקין קובע תקרת זמן ל- "כלל הגילוי", כאשר התובענה היא בגין נזק שנגרם. אם רכיב הנזק לא נתגלה במועד בו אירע, יקבע יום גילוי רכיב הנזק כמועד היווצרות העילה, אך התובענה תתיישן אם לא הוגשה תוך עשר שנים מיום אירוע הנזק.

נטענה טענה לגבי התיישנות עילת התביעה עפ"י חוק ניירות ערך.



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

אג"ח הינן ניירות ערך.

המקום הטבעי לתובענה מסוג זה, אם כי לא היחיד, אמור להיות במסגרת חוק ניירות ערך. סעיף 2 מאפשר תביעה:

"בעילה הנובעת מזיקה לנייר ערך או ליחידה".

סעיף 54 לחוק ניירות ערך מתייחס לתרמית בקשר לניירות ערך וקובע שזו עבירה שדינה 5 שנות מאסר.

בסעיף 54(10)(1) קיימת הגדרת תרמית, שזו אימרה, הבטחה או תחזית שאדם ידע או היה עליו לדעת שהן כוזבות או מטעות או מעלימות עובדות מהותיות. הגדרה התואמת לעילת ההטעיה החוזית.

סעיף 31 לחוק קובע כי עבירה לפי החוק מתיישנת תוך שנתיים, לענין פרסום פרט מטעה בתשקיף.

לענייננו המדובר בתרמית, מכאן שעבירה זו לא התיישנה.

חוק התובענות הייצוגיות מאפשר בנוסף, במסגרת ס"ק(2) לתוספת השלישית, להסתמך על כל עילה הנובעת מזיקה לנייר ערך. אין מחלוקת שבפועל המבקש החזיק באג"ח, לכן ייבדקו החוקים: חוק ניירות ערך, פקודת הנזיקין, חוק החוזים וחוק עשיית עושר.

(ג) יישום הדין:

על רקע המסגרת הנורמטיבית החלה בענייננו, אבחן את שאלת התיישנות: האם כדברי ב"כ המבקש (ר' פרוטוקול 17.2.2007 - ע"ש 16) צריכה ההתיישנות להיות מיום מחיקת האג"ח מהמסחר - 6.8.2001 ולכל הפחות מיום המצג האחרון של החברה 20.2.2000; או כפי שנטען ע"י המשיב 10 שהתובענה התיישנה זה מכבר, מאחר שהמבקש היה צריך לקבל ב- 31.01.2000 התשלום השני בגין האג"ח; במועד זה גם הוא גילה את דבר הנזק ולכן התובענה התיישנה ע"פ ס' 5,6,8 לחוק ההתיישנות (ר' ע"ש 11 ס' 11 לתגובתה לבקשה לאישור); או שמא התובענה התיישנה כטענות המשיבה 1 כפי שהובאו בתחילת פרק זה? עילות התובענה הייצוגית הכא הן מתחומי: החוזים, הנזיקין, עשיית עושר ולא במשפט, ודיני ניירות הערך. לכן יש להחיל על עילות התובענה את ההסדר הכללי המופיע בחוק ההתיישנות; ובעילות הנזיקיות יש לבחון גם את ההסדר הספציפי של פקודת הנזיקין. מועד תחילת מרוץ ההתיישנות בכלל העילות, יכול שיהיה המועד בו נודע למבקש על כוונת החברה שלא לעמוד בהתחייבות לתשלום קרן האג"ח, אשר הייתה אמורה להיות משולמת על ידה למחזיקי האג"ח בתאריך 31.01.2000.

עילת התביעה של המבקש נולדה לכול המוקדם בתאריך ה- 5.3.2000 עת פרסמה החברה, בדוח המידי לבורסה (ראו נספח ז' לבקשה לאישור) את ההודעה על כישלון המגעים עם הבנקים בכול הקשור



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

להסדר עליו עדכנה בתאריך 18.11.1999 (חמישה חודשים קודם לכן), וכן בביאור 8 לדוחות הכספיים מיום ה-30 בספטמבר 1999. עד אותה עת לא עודכנו בעלי האג"ח במצב המו"מ, בהתקדמות או אי התקדמות (למרות מפגשי נציגי החברה עימם כפעמיים - ראו ת/4) ועל פי מחויבות החברה לדווח על כל אירוע משמעותי, זאת בהתאם להוראות תקנות ניירות ערך (ראו תקנה 36 ותקנה 37א' לתקנות ניירות ערך (דוחות תקופתיים ומיידים), תש"ל-1970).

קרות הנזק לא נחזה על ידי מחזיקי האג"ח והחברה עצמה כפי שעולה מעדות משיב 7, מתאריך ה-29.09.2009, ע'5-4:

"נכון למועד 20.2.00 עדיין התקיים מו"מ בין כור לבנקים (מ"פ לא שותפו בכך)."

העיד משיב 9 מיום 2.9.10 ע'106 ש'11:

"באותה תקופה (פברואר 00) כולנו הנחנו שיהיה הסכם ואכן החברה בסבירות גבוהה תתקיים."

העיד משיב 7 ע'51 ש'18-22-

"ב-2.3.00 קבלנו מכתב מכור (נ/2) שמדבר על כך שאין הסדר ולכן הוצאנו דיווח על כך..."

ובהמשך בש' 12-14 -

"ההנחה (שהחברה בסבירות גבוהה תתקיים - תוספת לא במקור) הזו פסקה בתחילת מרץ 00."

עניינו הרואות, סמנכ"ל הכספים וסגן הנשיא של משיבה 1 בתקופה הרלבנטית מודה כי נכון לחודש פברואר 2000 ועד תחילת מרץ 2003, החברה התנהלה בסבירות גבוהה שתמשיך להתקיים ומשכך אין לצפות כי מחזיקי האג"ח כולם והמבקש, יחזו כי הנזק שאירע בסוף ינואר 2000 הוא נזק קבוע ואינו בר שינוי.

מכאן שעילות התביעה בכללותן לא התיישנו לרבות העילות הנזיקיות שכן, קרות הנזק התגלה למבקש ולכלל ציבור מחזיקי האג"ח בתחילת מרץ 2000, עת הנזק הפך מנזק בפורטנציה לנזק ממשי בר תביעה. במענה לשאלות הנדרשות על פי הוראה 89 לפקודת הנזיקין - מתי אירע הנזק נשוא עילת התובענה? אזי אירוע הנזק שאירע היה ביום ה-31.01.2000, אי תשלום קרן האג"ח.

מתי נתגלה הנזק נשוא עילת התובענה?



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

הנוק נשוא עילת התביעה הנזיקית (מצג שווא רשלני ורשלנות) התגלה ביום 5.3.2000, כאמור, היום בו הפך הנוק לממשי, בכל הקשור לידיעת מחזיקי האג"ח. מתי נתגלה הקשר הסיבתי בין הנוק נשוא עילת התובענה לבין מעשיהם או מחדליהם של המשיבים? הקשר הסיבתי בין הנוק נשוא התובענה לבין מעשי ומחדלי המשיבים נתגלה ביום פרסום הדוח המיידני מה- 5.3.2000 ולכל המאוחר ביום פרסום הדוחות הכספיים לשנת 1999 (22.03.2000 – נספח ט' לבקשה לאישור). יובהר כי התשתית העובדתית אשר הונחה בפני בית המשפט, מלמדת כי נכון לתאריך 31.01.2000, קבוצת מחזיקי האג"ח בכללותם, לא יכלו לדעת מבחינה אובייקטיבית וסובייקטיבית כי אי תשלום קרן האג"ח היא החלטה חלוטה. לאור זאת, סעיף 8 לחוק ההתיישנות וסעיף (2)89 לפקודת הנזיקין, חלים במקרה הנדון, ותחילת תקופת התביעה תיחשב מיום 05.03.2000 ועד מועד הגשת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית.

(2) שיהוי

תמצית טענות המשיבים

על פי המשיבים, הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, לוקה בשיהוי כבד ומשכך מעידה על חוסר תום לב של המבקש. כמו כן, התקופה הארוכה שעברה מאז קרות האירועים מגדילה באופן משמעותי את הסכום הנתבע. לבסוף טוענים המשיבים כי חוסר תום ליבו של המבקש ניכר גם בזהות הנתבעים וכן-מדוע לא תבע את המפרק? מדוע הסכים למחוק את הנאמן מהתובענה? תשובת המבקש לטענות המשיבים היא כי יש לדחות טענת השיהוי מפאת העובדה שיש למבקש זמן של כ-7 שנים להגשת תובענה, והמבקש עמד בתקופה. טענת השיהוי מתאימה רק לחוסר תום לב מקצועי מצד תובע ואין המדובר בכך בענייננו. בהמשך לכך טוען המבקש (ר' ע'20 ס'65 לכתב התשובה לתגובה) כי אינו משפטן אך "תחושת אי הצדק בגין מעשיה ומחדלי המשיבים ליוו אותו מרגע מחיקת האג"ח מהמסחר." השיהוי הנטען על ידי המשיבים (כך טוען המבקש), נבע מעצם החיפוש האינטנסיבי של משרד עו"ד אשר יוכל להתמודד עם גורמים משמעותיים מהגדולים במשק. המבקש טוען כי המתין בציפייה רבה לכול אורך התקופה כי תוגש תביעה ומשלא הוגשה "נאלץ" להגישה בעצמו בשנת 2006, עת פנה למשרד ב"כ שבחן הסוגיה מס' חודשים והוחלט על הגשת התובענה.

הדין החל

סעיף 27 לחוק ההתיישנות מאפשר לבית המשפט לדחות תובענה מחמת שיהוי גם בתוך תקופת ההתיישנות. בפסק הדין שניתן ב-ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים, (פ"ד נו (5) 433) (להלן: "עניין תלמוד תורה הכללי"), נקבע שהשיהוי האזרחי הנטען במסגרת תקופת ההתיישנות הוא אמצעי שיש לעשות בו שימוש בנסיבות חריגות בלבד; והוא נוצר מקום שיש בהשתהות בפנייה לבית המשפט משום שימוש



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

לא נאות בזכות התביעה הנתונה לתובע ופגיעה בציפייה הלגיטימית של הנתבע שלא להיתבע, שימוש המגיע כדי ניצול לרעה של ההליך השיפוטי.
ובמילותיו של בית המשפט העליון:

"איחור בהגשת תביעה הוא כשלעצמו אינו מעיד על ויתור או מחילתו של הנתובע על זכות התביעה. השתהות בתחום תקופת ההתיישנות הינה זכותו של המתדיין, והיא עשויה לעתים לשמש אמצעי חשוב בדרך לפתרון המחלוקת מחוץ לערכאות, לפיכך קיימת דרישה לקיום מצג ברור מצד הנתובע על אודות ויתור או מחילה מצדו על זכות התביעה הנתונה לו. דרישה זו מתיישבת עם הצורך להימנע מהטלת מגבלות דרקוניות על תובע הפונה לעזרת בית המשפט בתוך תקופת ההתיישנות, והיא הולמת את המדיניות המשפטית המבקשת לעודד משא ומתן בין הצדדים להשגת פתרון לסכסוך מחוץ לפתחו של בית המשפט, גם אם הדבר יארך זמן רב...טענה בדבר ויתור או מחילה על זכות תביעה מחייבת רמת הוכחה נכבדה על ידי הטוען לה.

...

סילוק תביעה בטענת שיהוי ייתכן, דרך כלל, מקום שחוסר תום לבו של הנתובע או מצג ממשי של ויתור או מחילה מצדו על זכותו הם שהניעו את הנתבע למעשה או מחדל אשר הביאו שינוי במצבו לרעה".

בענייננו, חלפו שש שנים אחד עשר חודשים ושישה עשר ימים, מהמועד בו הודיעה החברה כי ההסדר בין הבנקים ובין המשיבה 1 כשל, ועד להגשת התביעה.

אשר לתנאי הראשון הדורש להראות כי המבקש ויתר על זכויותיו, התובע שלח לכלל המשיבים, מכתב המפרט את טענותיו כלפיהם, בסמוך לסיום התקופה (כחודשיים ימים טרם סיום מרוץ ההתיישנות- ר' נספח יג' לבקשה לאישור).

בין היתר טען במכתב זה כי נגרמו לו נזקים בגין אי עמידה במצגיה והתחייבויותיה של המשיבה 1, רשלנות המשיב 10 ואי עמידה בדיני ניירות הערך השונים למשיבים 9-2.

בעדותו בבית המשפט מיום 29.9.09 (ר' ע' 23 ש' 8-2) נשאל המבקש מדוע על אג"ח שלא נפרעו בתחילת 2000 תבע ב- 2007? תשובתו הייתה:

"פניתי פעמיים לעו"ד, לא היה בראש סדר העדיפויות שלי עקב עבודה וקריירה. לא ששתי לתבוע קונצרן ענק כזה, ציפיתי שמשוהו אחר ירים את הכפפה וכשראיתי ב- 2006 שלא הוגשה תביעה- פניתי לעו"ד בירותי."

לאור תשובה זו, סבורה אני כי על אף האיחור הרב של המבקש, אזי "השתהות בתחום תקופת ההתיישנות הינה זכותו של המתדיין" כדברי בית המשפט הנכבד בעניין תלמוד תורה בבלי, ומשכך- אין לפסול את הבקשה מחמת שיהוי.



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07

06 יוני 2013

אשר לתנאי השני לפיו על הטוען לשיהוי להראות כי שינה מצבו לרעה, בעניין **תלמוד תורה הבללי** נקבע, שהתנאי של שינוי מצב לרעה "אחוז ושלוש" בדרישה כי שינוי כאמור ינבע מהתנהגותו הבלתי ראויה של התובע.

המשיבה 1 טוענת (ר' ע'18 ס'108-106 לתגובה לבקשת האישור) כי היא שינתה מצבה לרעה משום התנהלות הליך הפירוק על פני שנים רבות וההשלכות המשמעותיות שיש לכך על המשיבה 1 היא, בין היתר, הזרימה כספים רבים לקופת הפירוק תוך שהסתמכה שאין תביעות נגדה. (בפרט לאור כלל ההתיישנות הספציפי) על פי המשיב 9 סגן נשיא המשיבה 1 המדובר בסכום של מעל 10 מיליון ₪ (עדות מיום 2.9.10 ע'102 ש'5).

בענייננו, לא הוכח שאכן הושקעו כספים אלו בחברה וגם אם נכון הדבר הרי שבמהלך השנים, גרפה המשיבה לקופתה למעלה מ-18 מיליון ₪ (הנתונים מלמדים רק על השנים 1996-1999 כולל) ובהיותה חברה משמעותית במשק, לא הוכח כי שינתה מצבה לרעה בהתאם לכוונת התנאי השני.

לא שוכנעתי שקופחה אפשרות המשיבים להוכיח טענותיהם נגד הבקשה.

למותר לציין, שגם אם מתקיימים התנאים לקיומו של שיהוי, עדיין מסור לבית המשפט שיקול דעת להכריע בדבר המשמעות שראוי להעניק לטענת השיהוי במקרה הספציפי שלפניו (ר' ע"א 2950/07 **יונס מוחמד סולימאן נ' מדינת ישראל-מינהל מקרקעי ישראל**, פורסם בנבו 26.10.09).

במקרה דן אני סבורה, שהאינטרס הציבורי בשמירת התנהלותה התקינה של חברה ציבורית אשר לקחה הלוואה מהציבור, מחייב קיומו של הברור המשפטי.

אשר על כן, אני דוחה את הטענה לסילוק על הסף של התביעה מחמת השיהוי בהגשתה.



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

1. התנאים לאישורה של תובענה ייצוגית

(1) המסגרת הנורמטיבית

הבקשה לאישור התובענה כייצוגית בענייננו, הוגשה על פי חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות").

מטרת חוק תובענות ייצוגיות מובהרת בסעיף הראשון הקובע כי תובענה ייצוגית נועדה להגן על אינטרס היחיד שנפגע, בין היתר, באותם מקרים בהם אין הנפגע טורח להגיש תביעה, אך קיים אינטרס ציבורי באכיפת הוראות החוק שבגדרו באה התובענה הייצוגית, כדי להרתיע מפני הפרת החוק ולמנוע שימוש לרעה בכוח הנתון בידי גופים בעלי עוצמה כלכלית מרובה (ר' רע"א 8332/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד נה(5) 276, פסקה 8 (להלן: "פרשת רייכרט"); רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, פסקה 7 (להלן: "פרשת טצת").

השיקולים המרכזיים כפי שהובאו ב- ע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש ז"ל, [פורסם בנבו] תק-על 2007(2) 3367 (להלן: "פרשת רייכרט 2"), הגנה על אינטרס הפרט והגנה על אינטרס הציבור.

סעיף 1(3) לחוק מבהיר כי אחת ממטרות החוק הינה "מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין". התובענה הייצוגית מאפשרת מימוש זכות הגישה לבית המשפט לנפגעים שהיו מתקשים, או לא היו טורחים כלל, להתמודד עם גוף ציבורי גדול. לכן מציינ סעיף 1(1) לחוק, כמטרה נוספת של החוק, "מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסייה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים".

עמד על כך גם השופט ד"ר עמירם בנימיני (ת"צ (ת.א.) 33461-11-09 אסולין נ' אפריקה ישראל ואח', [פורסם בנבו בתאריך 13/02/2013] -

"האינטרס הציבורי העומד בבסיס התובענה הציבורית, בא לידי ביטוי בחוק בשתי דרכים. ראשית, מכשיר דיוני זה מאפשר ניהול יעיל וחסכוני של מספר רב של תביעות בהליך אחד. סעיף 1(4) לחוק מצוין זאת כאחת ממטרות החוק, קרי: "ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות". שנית, וחשוב מכך: לתובענה הייצוגית ערך מרתיע, המשרת את המטרה של פיקוח ואכיפה של נורמות התנהגות הקבועות בחוק (ראה: דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, פ"ד נז(6) 385, דברי כב' השופט א. מצא פסקה 3; ע"א 1338/97 תנובה נ' ראבי, פ"ד נז(4) 673, פסקה 2 לפסק דינה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה, והאסמכתאות המצוטטות שם). כך קובע סעיף 1(3) לחוק, כי אחת ממטרות החוק היא "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו".

תכלית דואלית זו של התובענה הייצוגית - הגנה על אינטרס הפרט והגנה על אינטרס הציבור - הובהרה בפסיקת בית המשפט העליון עוד לפני חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות, וקיבלה עתה תוקף בסעיף 1 לחוק, ובפסק הדין בעניין רייכרט הנ"ל (לפסיקה הקודמת ראה עניין טצת הנ"ל, בעמי 783; ע"א 8430/99 אנליסט נ' ערד השקעות, פ"ד נו(2) 247, 257; ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 324).



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

(2) התנאים לאישור תובענה ייצוגית

התנאים לאישור בקשה לתובענה ייצוגית קבועים בסעיפים 3, 4 ו-8 לחוק תובענות ייצוגיות:

סעיף 3 לחוק קובע כדלקמן:

"(א) לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה."

סעיף 4 לחוק קובע כדלקמן:

"(א) אלה רשאים להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית כמפורט להלן:

(1) אדם שיש לו עילה בתביעה או בעניין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם - בשם אותה קבוצה;
"..."

סעיף 8 לחוק קובע כדלקמן:

"(א) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:

(1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;

(2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין;

(3) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בעניין זה;

(4) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.
"..."

מכאן שברמה העקרונית יש למבקש זכות גישה לערכאות לצורך הגשת תובענה ייצוגית בעילות התביעה שנזכרו בבקשה.



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

(3) נטל ההוכחה הנדרש בהוכחת העמידה בתנאים לאישור תובענה ייצוגית

האם המבקש מילא אחר התנאים הקבועים בסעיפי חוק התובענות הייצוגיות וזאת כדי להיכנס להיכל התובענה הייצוגית?
האם עבר הוא את משוכת סעיף 4 לחוק והראה כי קמה לו עילת תביעה כנגד המשיבים המאפשרת לו להיות תובע בתובענה ייצוגית?
האם עבר את המשוכות שמציב סעיף 8 לחוק?
על-מנת להשיב לשאלות אלו יש ליתן הדעת בסוגיית נטל ההוכחה ומידת ההוכחה הנדרשת בשלב מקדמי זה.
הפוטנציאל הבעייתי הטמון בתובענה הייצוגית העלה את הצורך להציב דרישות בסטנדרט גבוה מהמבקש לייצג קבוצה. דרישות אלו מצויות תחילה בשלב הראשוני – הבקשה לאישור, הן במישור הדיוני והן במישור הראייתי בקשר לנטל ההוכחה ומידתה לצורך מילוי תנאי הסעיפים.
בענייננו, בית-המשפט צריך להשתכנע שקיים סיכוי סביר שיוכח במידה הנדרשת במשפט אזרחי כי המבקש עמד בכל התנאים האמורים והוכיח לכאורה ברמה זו את תביעתו על כל עילותיה.
לבחינת שאלה זו נפנה כעת.

המבקש הגיש את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית כשהוא נסמך על פרט 5 לתוספת השנייה לחוק התובענות הייצוגיות (רי' ע"ס 157 ו-158 לבקשה לאישור).

וכך קבוע בפרט 5 לתוספת השנייה בחוק תובענות ייצוגיות:

" 5. תביעה בעילה הנובעת מזיקה לנייר ערך או ליחידה; לעניין זה –

"זיקה" – בעלות, החזקה, רכישה או מכירה;

[...]

"נייר ערך" – כהגדרתו בחוק החברות וכן ניירות ערך כהגדרתם

בסעיף 52 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968."

ס' 1 לחוק החברות, תשנ"ט-1999: "נייר ערך" – לרבות מניה,

איגרת חוב..."

כבר נקבע על ידי השופטת שטרסברג כהן בפרשת רייכרט (שם בע' 309) כי:

"... התובענה הייצוגית לפי חוק ניירות ערך איננה מוגבלת- בעיקרון- אך לעילות

תביעה מכוחו של חוק זה, והתובע רשאי לצרף לתובענתו עילות נוספות שמקורן

מחוץ לחוק".



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

בין היתר, ניסוח זה מאפשר הגשת תובענה ייצוגית בגין הטעיה בתשקיף או בדו"ח כספי של החברה, לאו דווקא מכוח עילה הקבועה בחוק ניירות ערך, אלא גם מכוח עילות מחוץ להוראות חוק ניירות ערך ותקנותיו כמו: עוולות נזיקיות של מצג שווא רשלני לפי סעיפים 35-36 לפקודת הנזיקין; הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודה; דיני החוזים (בשל הקשר החוזי שבין המשקיע לבין המנפיק בתשקיף); עשיית עושר ולא במשפט (לדיון בעילות אלו ובפסיקה שאישרה אותן כחלופה לעילה מכוח חוק ניירות ערך ראה: ל' פסרמן- יוזפוב, דיני ניירות ערך – חובת הגילוי, תשס"ט-2009, עמ' 550-568). ועל כך אסיף, שיש צורך להראות את הזיקה לנייר הערך, דבר שקיים כאן.

ז. עילות התביעה של המבקש כנגד המשיבה 1

המבקש סומך את בקשת האישור על העילות הבאות:

(1) **עילות מכוח חוק ניירות ערך (ר' ע' 10 ס' ד' 71-72 לבקשה לאישור)**

המבקש טוען כי למשיבה 1 אחריות מוחלטת על פי סעיף ס' 52 יא. לחוק ניירות ערך:

"(א) "מנפיק אחראי כלפי מחזיק בני"ע שהנפיק, לנזק שנגרם לו כתוצאה מכך שהמנפיק הפר הוראה של חוק זה או תקנות לפיו.
(ב) האחריות האמורה... על בעל שליטה במנפיק."

בע"א 3051/98 ברוך דרין נ' דיסקונט ואח', נט(1) 673 (להלן: "פרשת דרין"), ביקש המערער לבסס את תביעתו, בין היתר, על סעיף 52יא לחוק ניירות ערך, אשר מטיל על מנפיק אחריות לנזק שנגרם למחזיק בניירות הערך שהונפקו על ידו כתוצאה מהפרת חוק ניירות ערך או התקנות לפיו. המערער טוען 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 המקום עילת תביעה לפי סעיף 52יא. על התובע להראות שהנזק נגרם לו, כלומר שזהו נזק אישי, שנגרם לו בהיותו מחזיק בניירות ערך של המנפיק..."



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

לנגד עיננו גם תקנות 35א ו-36א – לתקנות ניירות ערך (דוחות תקופתיים ומיידיים),
תש"ל-1970 (להלן: "תקנות ני"ע").

"35א. היו תעודות התחייבות שהנפיק התאגיד מוחזקות בידי הציבור יגיש התאגיד
דוח מידי בדבר כל אחד מאלה:

(1) אירוע או עניין אשר יש להם או עשויה להיות להם השפעה מהותית על ערכם
של כל נכס, בטוחה, ערבות או התחייבות אחרת שניתנו להבטחת התחייבויות
התאגיד כלפי מחזיקי תעודות ההתחייבות על פי שטר הנאמנות;
[...]

36א. (א) בדוח יובאו פרטים בדבר כל אירוע או עניין החורגים מעסקי התאגיד הרגילים
בשל טיבם, היקפם או תוצאתם האפשרית, ואשר יש להם או עשויה להיות להם
השפעה מהותית על התאגיד, וכן בדבר כל אירוע או עניין שיש בהם כדי להשפיע
באופן משמעותי על מחיר ניירות הערך של התאגיד."

ככול שיוכח כי המשיבה 1 הפרה הוראה מהוראות חוק ניירות ערך או תקנותיו, ניתן יהיה,
לכאורה, לייחס לה מכוח האמור בסעיף 52א(ב) לחוק ניירות ערך וכן מכוח תקנות ניירות
ערך אחריות בנזיקין, לפי הכללים שנקבעו בפסיקה בנוגע לאחריות בעל שליטה.

מה המשמעות של אירוע או עניין אשר יש להם או עשויה להיות להם השפעה מהותית?

לענין זה ניתן להתייחס לנושאים הבאים:

- ענין התחלת המו"מ וניהולו שלא פורסמו בזמן אמת;
- ענין המכתב נ/2, 13/נ שהיה עמום, ושהמשיב 10 דרש למעשה עותק נוסף חתום ע"י המשיב
מס' 9 ולא עוזרו, כבעל זכות חתימה בכיר.;
- אי רישום הערת "עסק חי", כבר בדו"חות הכספיים שפורסמו ב- 18.11.99 (ולכך נתייחס
בדיון לגבי משיב 10 להלן).

ברור שכל ענין כלכלי שעשוי להשפיע על רכישה או מכירה של מחזיק אג"ח הוא מהותי.
אבל לא רק.

אחד המקרים המובאים בפסיקה הוא שמחלה דמנטית מתקדמת בה חלה נשיא חברה ויו"ר
הדירקטוריון, הינו מידע מהותי "למשקיע הסביר" וחלה על החברה חובה לפרסמו בדוח מידי (ע"א
1928/93 רשות ניירות ערך נ' גיבור סברניה בע"מ, פ"ד מט(3) 177, 186).

ברור ששיקול דעתו החלטותיו והתנהלותו של יו"ר הדירקטוריון יכולים להשפיע ברמה כזו או אחרת
על התנהלות החברה, על מחיר נייר הערך של התאגיד, ומכאן גם על התחייבויותיה, - ולכן זה מחויב
גילוי.

מכאן ניתן לאמר כי כל עובדה בכל תחום שיכולה להשפיע על ניירות הערך של התאגיד, - מחויבת
בגילוי.



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

לאור זאת נבחן, האם ניהול מו"מ הוא עובדה קיימת מהותית.
האם מו"מ הוא עובדה קיימת?
מו"מ כשמו כן הוא. הוא מעיד על רצון למציאת פתרון שהצדדים החלו "לגלגל" ביניהם. אין הוא מעיד על המשכו או על תוצאה מחויבת המציאות.
מכאן שאין המדובר בעובדה קיימת, אלא בתהליך, שאין התחייבות שיהיה לו סוף; שאין התחייבות שסוף זה יהיה לכיוון הסדר בכלל או הסדר "טוב" או "רע".
אדרבא, לעיתים הדלפת פרטים שמועלים במו"מ יכולה לטרפדו.

מסקנת ביניים – תחילה והמשך של מו"מ אינם חייבים בגילוי או בפרסום.

דבר שונה הוא, איזה לבוש יש לפרסום המו"מ כשהוחלט כן לפרסמו, וכאן אנו מגיעים לנוסח המכתב 2/ג, 13/ג שהוכלל כלשונו בדו"חות הכספיים שפורסמו, כאמור ב- 18.11.99.

אין מחלוקת שמצבה של החברה היה קשה.

פרסום העובדה שקיים מו"מ בין המשיבה 1 לבין הבנקים כדי לעזור לחברה, שגובש הסדר, שנוקק לחתימה פורמלית, נראה שפורסם במועד שפורסם, כשכבר היתה ציפיה שזו הישורת האחרונה לפני חתימה.

נכון, שמאחורי פרסום זה בוודאי קיים הרצון, שהמשקיעים לא יפדו את השקעותיהם; כמו שגם במהלך המו"מ קיימת ציפיה וכוונה להטיב את מצבה הכלכלי של החברה. אבל אין לאמר שציפיות וכוונות תמיד מתממשות, וכל עוד לא נחתם הסדר, המדובר רק בציפיה חיובית.

נכון, קיימת אפשרות לפרשנות מרחיבה וצרה של משמעות החתימה הפורמלית שצוינה בפרסום זה (ר' לעיל) אבל לפחות עצם פרסומו (בדוחות הכספיים של החברה ולאחר כשבוע בדוחות הכספיים של המשיבה 1), ביחד עם הדוחות של החברה, יכול וצריך היה לפחות להדליק אור מהבהב אצל משקיע סביר.

מסקנת ביניים – מכוח חוק ניירות ערך ותקנותיו, לא היתה חובה לפרסם המו"מ. המכתב שכן פורסם בדו"חות הכספיים מדווח על תהליך שיש לגביו ציפייה חיובית, ולא על עובדה. אשר על-כן, אין למבקש עילה (מכוח חוק ניירות ערך, כלפי המשיבים 1-9. (לענין משיב מס. 10 ר' להלן).



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

עילות כלפי המשיבה 1 מכוח חיקוקים מחוץ לחוק ניירות ערך:

הבסיס המשפטי לכך יכול לנבוע מנוסח הסעיף שמאפשר תביעה בזיקה לנייר ערך.

(2) עילות מכוח חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים כללי") - :

סעיף 34 לחוק החוזים הכללי- חוזה לטובת צד שלישי:

"**הקניית זכות**"
"חייב שהתחייב אדם בחוזה לטובת מי שאינו צד לחוזה (להלן - המוטב) מקנה למוטב את הזכות לדרוש את קיום החיוב, אם משתמעת מן החוזה כוונה להקנות לו זכות זו."

התרופה על פי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: "חוק החוזים תרופות") סעיף 2-

"הופר חוזה, זכאי הנפגע לתבוע את אכיפתו או לבטל את החוזה, וזכאי הוא לפיצויים, בנוסף על אחת התרופות האמורות או במקומן, והכל לפי הוראות חוק זה."

הטענה המשפטית של המבקש ובסיס עובדתי לה

טוען המבקש כי המשיבה 1 התחייבה כלפי החברה, לפרוע את האג"ח של המחזיקים. המבקש סומך טענה זו על הניסוח "תמציא פתרון לפירעון התחייבות החברה למחזיקי אג"ח" (ר' נספח ג' לבקשה לאישור- ביאור 7 לדוחות כספיים ליום 30 לספטמבר 1999). לעמדתו, מהודעת המשיבה 1 עולה התחייבות מפורשת לפירעון כלפי המחזיקים, כך שמעצם הפרסום עולה כוונה מפורשת להקניית זכות לפירעון אג"ח לקבוצת המחזיקים (ר' ע"9 ס'א'62 לבקשה לאישור). המילים "פתרון לפירעון" משמעות- פירעון בפועל, כלומר שהאג"ח ייפרעו. המילים "כור תמציא פתרון לפירעון" משמעותן התחייבות לפירעון ותמיכה בחב' הבת, זה פרט מהותי שמובא לידיעת ציבור המשקיעים ובמיוחד כשמצורפת לכך הערכת החברה במכתב שהוכנס כביאור למאזן, כי ההסדר כנראה יאושר (ר' ע"9 ס'65 לבקשה לאישור).

תשובת המשיבים לטענות המשפטיות של המבקש

על פי המשיבים, כדי להפוך לצד ג' הנהנה מהחוזה, יש להקנות לו זכות תביעה. המבקש לא הראה כוונה כזו וברור מנסיבות העניין שלא היתה כל כוונה כזו. כמו כן ההערכה כי ההסדר שפורט כלל כחלק ממנו גם פתרון למחזיקי האג"ח "הוגבל" לכך שהוא ייחתם עד סוף 1999 (ר' ע"38 ס'255-251 לתגובה לבקשה לאישור).



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

מוסיף המבקש וטוען בכתב תשובתו לתגובת המשיבים (ר' ע'9 ס'13-12) כי בעניין הפרת ההתחייבות לפירעון אג"ח- המדובר על הפרת התחייבות חוזית שאינה דורשת הסתמכות וחלה על כל הקבוצה- מחזיקי האג"ח.

שאלה משפטית כפולה עומדת להכרעה

- מה משמעות הביטוי: "תמציא פתרון"?
- האם ניתן למחזיק אג"ח לתבוע בהיותו צד ג' להסכם בין המשיבה 1 לחברה? השפה העברית מספיק עשירה, ומכירה את המילה התחייבות; כך שספק רב לי אם ניתן לקרוא למילים: "תמציא פתרון" התחייבות מפורשת לשלם את כספי אגרות החוב. כל שניתן לקרוא לתוכן, זו אמונה בכוחה של המשיבה 1 וציפיה למצוא פתרון להסדרת המצב, או כפי שהסלג המדובר אומר: "יהיה טוב". מכאן ועד התחייבות לשלם כספים הדרך לא קצרה: ועל ציפיה אופטימית-ספקולטיבית, המחוקק לא בחר להגן. באנלוגיה הפוכה ניתן להשוות זאת למי שחותר על שיק. הוא מתחייב שיש לשיק כיסוי ושהוא יפרע בדרך הרגילה של הדברים; חתימתו אינה באה להודיע לצד שכנגד, שבהגיע זמן הפרעון הוא ימציא משהו לכיסוי החוב, כבמקרה הנוכחי.

השאלה השניה: האם הצדדים (המשיבה 1 והחברה), התכוונו להקנות זכות תביעה בהסדר שביניהן בגין פירעון האג"ח לצד שלישי שהוא מחזיקי האג"ח? אין מחלוקת שאילו היתה התחייבות למציאת פתרון למחזיקים באג"ח, אזי זו התחייבות לטובת צד ג' להסכם.

השאלה היא האם מתן זכות כזו, מעניק גם אוטומטית אפשרות לצד ג' לתבוע על סמך כך, בהנחה שיש לו מה לתבוע (ואין זה המצב כאן).

ההבחנה בין סוגי חוזים, נעשית על פי פרופ' שלו (גבריאלה שלו בספרה דיני חוזים, עמוד 436-430) באמצעות המבחן של כוונת ההקניה של זכות התביעה. דרך אחרת לבחינה – היא מהו החוזה האמיתי לטובת צד ג' (ר' לענין דרך זו ד"ר ד. פלפל "חוזה לטובת צד שלישי" – על-פי חוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973, הפרקליט לג (תשס-תשמ"א) 222-231).

במקרה שלנו, לפי שתי הגישות, התוצאה דומה.

על פי סעיף 34, הזכות האמיתית של המוטב לתבוע נוצרת רק אם משתמעת מהחוזה כוונה להקנות לו זכות תביעה זו; כוונת ההקניה היא תנאי לזכות הגישה לערכאות לצורך אכיפה מטעם המוטב הוא צד ג' – בתביעה שיגיש.

במקרה הנוכחי, לשון ההודעה אינה מקנה מפורשות זכות תביעה ולא ניתן לאתר כוונה משותפת להקנות למבקש ו/או לקבוצה זכות תביעה ישירה בגין פירעון האג"ח כנגד הצדדים להסכם הן החברה והמשיבה 1.

ההודעה האמורה מכוונת לכך שהצדדים למו"מ עוסקים בהבראת החברה וכנגזרת מכך גם במציאת פתרון אפשרי במסגרת ביצוע ההסדר והוצאתו לפועל, למחזיקי האג"ח; כל זאת ע"י הצדדים להסדר עצמו ולא "בעזרת" תביעות של כל המחזיקים באגרות החוב. אשר על-כן אני דוחה הבקשה בראש פרק זה.



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

עילות נוספות שהועלו על ידי המבקש מכוח חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973

(3) סעיף 15 לחוק החוזים- הטעייה :

"מי שהתקשר בחוזה עקב טעות שהיא תוצאת הטעייה שהטעהו הצד השני או אחר מטעמו, רשאי לבטל את החוזה; לעניין זה, "הטעייה" - לרבות אי-גילויין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן."

(4) סעיף 39 לחוק החוזים כללי- חוסר תום לב:

"בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה."

טענות הצדדים

המבקש טוען כי המשיבה 1 הטעתה אותו על ידי כך שהציגה מצגים (במפורש ובמשתמע) לתמיכתה בחברת הבת שלה- החברה. לעמדתו, אין ספק כי מחזיקי האג"ח הסתמכו באופן ישיר או עקיף בעת שרכשו ו/או בעת שהחליטו להמשיך ולהחזיק בהן- על ההתחייבות (ר' ע"א 2. 67 וכן ת/1 ס'א.2. לבקשה לאישור). בנוסף טוען המבקש כי המשיבה 1 נהנתה מהזרמת האשראי החוץ בנקאי לחברה בהגדלת המאגר הכספי של החברה- בה החזיקה המשיבה 1 על חשבון מחזיקי האג"ח וכך דיללה את קופת החברה. אילו פעולות הנגועות בחוסר תום לב מצד המשיבה 1, המקימות לקבוצה זכות לקבלת סעד (ר' ע"א 3. 68 וכן ת/1 ס' א.3. לבקשה לאישור). מאידך טוענת המשיבה 1 כי "טענות אלו נטענו כלאחר יד וללא ביסוס משפטי ועל כן אין באפשרותה להתייחס אליהן."

דין

עילות התביעה המצוינות על ידי המבקש, מתחום דיני החוזים, מקנות סעד לתובע בגינן כגון ביטול חוזה, פיצויים ועוד. כדי לקבל את הסעד, המבקש נדרש לפרט בכתב טענותיו, את הגורמים שהקימו את עילת התביעה. בית המשפט העליון (רע"א 2837/98 ארד נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נד(1) 600, 607 [2000] פסק זה מכבר כי :

"הטעייה היא הצהרה כוזבת. הטעייה נוצרת כאשר קיים פער בין הדברים הנאמרים (או המוסתרים) לבין המציאות. הטעייה יכולה ללבוש שתי צורות: האחת, הטעייה במעשה על דרך של מצג שווא הכולל פרטים שאינם תואמים את המציאות; השנייה, הטעייה במחדל, קרי: אי-גילוי פרטים מקום שיש חובה לגלותם [...]"

לעניין הטעייה, נדרש כי המבקש יוכיח (נטל ההוכחה לכאורה- נדון בסעיף 3 כאן) כי המשיבה 1 עמדה בכל אחד מהתנאים המצטברים לקיום הטעייה על פי חוק החוזים הכללי.



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

ואילו יסודות עילת ההטעיה:

- קיום חוזה- האם קיים קשר חוזי בין המשיבה 1 ובין מחזיקי האג"ח בכללותם והמבקש כמיצגם?
- האם קיים קשר סיבתי בין מצגיה השונים של המשיבה 1 אשר גרמו למחזיקי האג"ח ככלל ולמבקש בפרט לרכוש או לא למכור את האג"ח?
- האם המשיבה 1 הטעתה במעשה: מצגי התחייבות לפירעון האג"ח? או במחדל: באי גילוי עובדות מהותיות? את מחזיקי האג"ח והמבקש בראשם?
- קשר סיבתי בין המצגים לנזק.

בדומה להטעיה החוזית, גם עילת היצג שווא רשלני, אשר יש בה כדי להטעות את הצד השני, הינה פער בין המציאות למצג שהוצג בפועל ויכול שתהיה במעשה ו/או במחדל, בתוספת של קיום חובת זהירות מושגית וקונקרטיית כלפי הצד. במקרה הנוכחי אין מחלוקת שחובת זהירות מעין זו קיימת.

עולת מצג שווא רשלני, יונקת חיותה מהוראות סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין. (ד"נ 7/81 פנידר נ' קסטרו, פ"ד לז(4)673). הוראות אלו מטילות על ישות משפטית את החובה לתת מידע עובדתי מדויק, וזאת כלפי אדם ו/או ציבור הסומך על המידע, וכן לנקוט בכל האמצעים הסבירים כדי למנוע נזק מאדם שצריך לצפות שייגרם לו נזק כתוצאה מהמידע המוטעה.

התנאים להטלת אחריות בגין מצג שווא אשר הועלו בפסיקה (ע"א 536/89 פז חברת נפט נ' לויטין, פ"ד מו(3)617):

- א. הוצג בפני התובע מצג עובדתי, המצג יכול שיהיה בעל פה, בכתב או בהתנהגות.
- ב. המצג לא היה מהימן, והמצגי יכול היה לדעת, בזהירות ובשקידה ראויים, כי המצג אינו מבוסס.
- ג. מצגי היה צריך לצפות כי התובע יסתמך על המצג ויפעל על פיו.
- ד. המצגי יכול היה לצפות כי ייגרם נזק לתובע.
- ה. התובע הסתמך בפועל על המצג, וכתוצאה מכך נגרם לו נזק.

התנאים הללו אשר מהווים תנאי סף להטלת אחריות נזיקית דומים עד מאוד לאלמנטים של עילת ההטעיה מחוק החוזים, כך למשל הדרישה לקיום חוזה למול הדרישה למצג עובדתי מוכח. דוגמה נוספת בקשר הסיבתי הנדרש בין הסתמכות התובע במצג המטעה (במעשה או במחדל) והנזק שנגרם כתוצאה מהסתמכות זו.

מאחר שבכפוף לתוספות לעיל האלמנטים של המושגים דומים, נבחן אותם יחדיו.

כעת נבחן את יסודות ההטעיה הנטענת.



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

היסוד הראשון

קיום חוזה תקף בין הצדדים נלמד בנסיבות מקרנו כך: ראשית, בתשקיף (ת/15) שבו הוצע לציבור לרכוש בין היתר אג"ח מסדרה 1 של החברה, מופיעה המשיבה 1 כמציעה. כן המשיבה 1 אף ביטאה את התכלית המונחת ביסוד הצעת מכר האג"ח לציבור. וכן כתוב בתשקיף (ת/15):

" כור מייעדת את תמורתה המיידית של הצעת המכר נטו (16,715 אלפי ₪) להחזר חובות לבנקים שהינם צד להסכם הגג... " (הדגשה לא במקור)

על מנת להוכיח מפגש רצונות בין הצדדים ובהתאם לסעיפים 2 ו 5 לחוק החוזים הכללי, יש להראות כי הצדדים גמרו בדעתם לשכלל חוזה וסוכמו כל פרטי ההתקשרות. על ההצעה גם לעמוד בתנאי ס' 2 רישא: פניה לציבור, גמירות דעת ומסוימות: **פנייה**- התשקיף שהוצע על ידי המשיבה 1, פונה בצורה בלתי אמצעית לציבור בלתי מסוים לרכוש אג"ח של החברה. **גמירות דעת** – המשיבה 1 ורוכש האג"ח גמרו בדעתם לממש את ההצעה שהובאה על ידי המציעה וכך, כל אדם סביר מבין את רצינות הצדדים להתקשר בעסקה. **מסוימות**: התשקיף מעלה על הכתב את כל התנאים המהותיים לעסקת רכישת אג"ח החברה, המחיר, הערך של האג"ח בקנייתו, אופן ומועד הפירעון ועוד. **קיבול**- מחזיקי האג"ח בחרו לרכוש את האג"ח על בסיס התשקיף המרכז את מכלול התנאים האמורים. רכישת האג"ח מהווה קיבול להצעת המשיבה 1 והחברה.

היסוד השני- הטעייה

הטעייה יכולה להיות או הטעייה במעשה קרי, הצגת הצהרה כוזבת ובמחדל על ידי אי גילוי עובדות מהותיות לעסקה. נטען כי המשיבה 1 הטעתה את ציבור המשקיעים במעשה כך שמחד היא משכה דמי ניהול גבוהים מהחברה (ר' עה/1 (משיב 9) בעדותו מיום 30.12.09 ע' 94 ש'15-13 וכן ת/11-12) אשר לאורך זמן מפסידה; מעשה זה יכול לגרום למשקיע הסביר לחשוב כי בזמן הצורך תהיה המשיבה 1 מחויבת להצלחת החברה, ולבעלי מניותיה, ומסוגלת לעמוד בכך.

סוג אחר של הטעייה שנטען הוא הטעייה במחדל - המשיבה 1 מנהלת את המו"מ על ההסדר הכספי עם הבנקים (ר' ת/13 ו-ת/10) תוך שאינה מערבת את החברה כלל (ר' עדות משיב 7 ע' 51 ש'22-18, מוצג נ/2 וכן בשי' 14-12- בנגוד לעדותו מתאריך 30.12.09 ע' 68 ש'33-32); וגם אינה מגלה לציבור את ענין המו"מ לכל אורך התקופה החל מ- 24.11.1999 ועד ההודעה על כישלון המו"מ ב- 05.03.2000:

" ש: הבנתם שההסדר עם הבנקים יהיה רק במרץ 2000 ?

ת: כן. זה היה כשקבלנו את המכתב מכור (נ/2 מ-11.11.99) והוצאנו דוח מידי בנושא."



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

מחדל נוסף שקשור למחדל לעיל, הוא שהמשיבה 1 אינה מדווחת לציבור אודות ההסדר שגובש אבל לא נחתם, שהיה קריטי כבר בנובמבר 1999 (כך על פי דברי רו"ח כי נכון ל- 11/1999 כשידוע כבר כי ללא סיוע של המשיבה 1, החברה לא היתה יכולה לפרוע התחייבויותיה באופן עצמאי- (עי' ד-4 לסיכומי המבקש).

קבע הנשיא מ' שמגר בע"א 5320/90 ברנוביץ נ' רשות ניירות ערך, פ"ד מו(2) 830 :

"...עקרון היסוד עליו מושתתים דיני ניירות ערך, ובכלל זה חוק ניירות הערך הישראלי, הינו עקרון הגילוי הנאות. משמעותו של עיקרון זה הוא מסירת מידע מלא אודות החברה."

הן במסגרת חוק ניירות ערך, והן בדיני חוזים "רגילים" זכאי הפרט לקבל כל מידע רלבנטי לפני התקשרו, וגם אחרי התקשרו בהסתמך על סעיפים 12 ו- 39, סעיפי תום הלב, לחוק החוזים (חלק כללי), ו/או עפ"י הוראות דין מפורשות.

אפילו נותר ספק (ואין ספק לדידי) אם המשיבה 1 והחברה, היו חייבות לדווח למחזיקי האג"ח על המו"מ ומצבו, או על ההסדר המוצע עם הבנקים בתום המועד שנקבע על ידן- בסוף שנת 1999, אין הדבר רלבנטי למבקש (ועל כך להלן).

למען שלימות התמונה אוסף לענין הקשר הסיבתי –

קשר סיבתי הוא ענין עובדתי-משפטי משולב ואקדים מסקנה לניתוח להלן. במקרה הנוכחי מכיוון שהמבקש היה מודע לאפשרות הנזק שתיגרם לו, הוא הסתכן מרצון. התנהלות מעין זו מנתקת את הקשר הגורדי הקיים עפ"י הדין ושאמור להיות בין המצג, הסתמכות עליו וגרימת נזק.

האם למבקש עילת תביעה

המשיבים טוענים (ר' ע'20-19 ס' 118-123 לתגובה לאישור הבקשה) כי דין בקשת האישור להידחות בשל היעדר עילת תביעה **אישית**: העילות כולן מבוססות על מצג שנכלל בדוחות 11/1999, המבקש רכש אג"ח לאחר הודעת מפעלי פלדה על אי עמידה בהסדר עם מחזיקי האג"ח.

המבקש מאשר שהשכלתו היא של כלכלן ורו"ח (פרוטוקול ע' 31 ש' 15-4 ; ע'17 ש' 10).

הוא **רכש** את האג"ח בתאריך 28.12.1999 (בעדות מיום 29.9.09 ע'16 ש' 13-14). **יומיים** לאחר הודעת החברה מתאריך ה- 26.12.1999 כי **אין באפשרות החברה** במצבה הפיננסי הנוכחי לעמוד בתשלום פדיון קרן האג"ח.



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

המבקש העיד שדוח זה היה בפניו לפני שהחליט לרכוש את האג"ח (בעדות מיום 29.9.09 ע'16 ש' 15-20).

המבקש העיד כי הבין שלא יהיה פירעון ב-31.1.00 בעדות מיום 29.9.09 (ע'16 ש' 21-28).

עובר לרכישה עמדה בפני המבקש תמונה פיננסית כלכלית מלאה של החברה.

בעדותו (מיום 29.9.09 ע'15 ש' 10-4) אמר:

"הנתונים שהיו בפני בהחלטה לרכוש את אג"ח: דוח מפעלי פלדה מיום 18.11.99, דוח כור תעשיית, ההודעה לבורסה מה-24.11.99, וברמת סבירות גבוהה גם הכתבה מגלובס (ת/2 נספח א') שבה דובר כור אמר שלא יפקירו את בעלי האג"ח."

הוא הודה שראה שמצב החברה רע מאוד (וגם ע'41 ש'13) על פי הדוחות הכספיים (עדויות מיום 29.9.09 ע'40 ש'20-29);

לטענתו רכש את האג"ח מתוך ציפייה להרוויח 36% בתוך חודש אחד משום שכור כביכול תעמוד בהתחייבותה מנובמבר. ציפייתו נבעה מביאור 8 לדו"ח הכספי שזו היתה לשונו:

"הבנקים ימירו את אשראי החברה מאשראי לזמן קצר לאשראי לזמן ארוך הכולל גרייס בפרעון הקרן למשך של כשלוש שנים, ובתמורה תעניק כור לבנקים ערבות מוגבלת בסכום בגובה ההרעה בטיב האשראי שתגרום לבנקים, אם תגרום, בעקבות הרעה ביחס שבין היקף האשראי של החברה לבין שווי הביטחונות השוטפים של החברה.

בנוסף לאמור לעיל תעמיד כור תעשיות הלוואה לחברה לפרעון התחייבויות החברה לכור הנפקות, תמציא פתרון לפרעון התחייבויות החברה למחזיקי אגרות החוב, וכן תוותר על דמי ניהול לתקופה קצובה."

למרות שהסדר זה היה צפוי להיחתם עד סוף השנה הוא לא נחתם, ובכל זאת רכש המבקש אג"ח (ע'41 ש'27-29 לעדות המבקש):

"ידעתי כבר קודם (להודעה מה-26.12.99) שהחברה אינה יכולה לפרוע את אגרות החוב ממקורותיה העצמיים ותזדקק לכור לעשות זאת."

ובעדות מיום 29.9.09 (ע'17 ש' 5-9):

"ש: האם אתה זוכר מה אירע יום לאחר פרסום הדוח המידי?

ת: למיטב זכרוני האג"ח ירד.

ש: האם ב-30%?

ת: יכול להיות שכן אני לא זוכר בכמה ירדו."



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

בעדות מיום 29.9.09 (ע'17 ש'22 עד29) המבקש סיפק את הסיבה הבאה לרציונל העומד אחרי רכישת האג"ח לאור כל המידע לו נחשף:

"ש: אתה יכול להסביר איך כלכלן נותן הלוואה לחברה אחרי שהיא מודיעה שהיא לא תוכל לפרוע אותה במועד שהיא קבעה?
ת: ההודעה לא חידשה דבר לגבי מצבה הקשה...מדובר על שינוי תנאי הפירעון ולא על אי פירעון. מדוח 18.11.99 הבנתי שכור תפרע את האג"ח."

גם את הסיכון להשקעה, ידע המבקש בטרם רכש את האג"ח של החברה- כך בעדותו (מ-29.9.09 ע'25 ש'30-28):

"ש: האם נכון לומר שככל שהתשואה של האג"ח גבוהה יותר והפער בין התשואה והריבית הנקובה גבוה יותר, באופן כללי בשוק האג"ח הזה הוא יותר מסוכן?
ת: באופן תיאורטי, כן."

כבר ציינתי לעיל שאין לראות במכתב זה התחייבות של כור.

מסקנת ביניים

עניינו הרואות שהמבקש רוי"ח וכלכלן במקצועו - ביצע את עסקת רכישת האג"ח כאשר הוא מבין היטב את מצבה הקשה של החברה. היו בפניו כל הנתונים הרלוונטיים העדכניים על מצבה של החברה; הוא אף ראה את התנהגות ערך האג"ח (ירידה חדה מאוד) יום לאחר פרסום הדוח המיידני ויום לפני שרכש את האג"ח.

המבקש ביצע רכישתו אחרי שהחברה הודיעה שלא תוכל לעמוד בפירעון הקרן. המבקש רכש האג"ח אחר, שקרא בעיתון גלובס כי כור נטשה את מחויבותה לחברה. המבקש רכש האג"ח לאחר שקרא בדו"חות הכספיים מתאריך 18.11.1999 כי יש מו"מ שהתגבש ושיאושר פרמלית עד סוף השנה; סוף השנה הגיע, ועד המועד שרכש את האג"ח לא נמסר על חתימת הסדר בין הבנקים לבין החברה בתמיכת המשיבה 1.

חברות קורסות לעיתים.

לא תמיד בא להן רווח והצלה מחברות אחרות הקשורות אליהן ברמה זו או אחרת.

הכיצד יכול היה המבקש להיות מוטעה?

הרי כל הפרטים היו ידועים לו עובר לרכישה?

ברי וברי שהוא באופן אישי לא הוטעה!

ומכאן השאלה האם יכול מבקש אחר לייצג קבוצה שונה ממנו, שרכשה אג"ח?

סוגיית ההטעה בבקשות לאישור תובענה כתובענה ייצוגית טרם נפתרה בדין הישראלי.



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

בדיני התובענות הייצוגיות חלים הדינים הכלליים. בתחילת הדרך יש אפילו שסברו כי חוק התובענות הייצוגיות הינו חוק פורמלי שבא לאגד, לרכז את כל התביעות בכל החוקים שהיו קיימים לפני כניסתו לתוקף, ולתת להם מבנה דיוני אחיד.

על כל פנים כתוצאה מפסיקה שטרם שונתה, התוצאה היא שקשה עד בלתי אפשרי לתבוע בעילת תרמית/הטעיה; הטעייתו של אחד אינה הטעייתו של השני (אם בכלל) ולכן לא ניתן לאמר שלקבוצה כקבוצה קיימת עילת הטעיה.

לכן, במהלך הזמן החלו לצוץ אמרות שונות על האפשרות ואולי גם על הצורך לשנות את הכללים.

ניתן למצוא את האמרות הבאות:

ב-דנ"א 9416/11 עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל, תק-על 2012(2), 4135, נקבע שיש לרכז את אמות המידה, לצורך קביעת נושא התרמית.

אמירות נוספות בפסיקה הן:

- שיכול ויהיה "תובע על" שהוא זה שייצג את התרמית "כלפיי" כל הקבוצה. (פס"ד ראבי לעיל)
- שיש אולי לבחון אמות מידה שונות לתרמית אקטיבית ולתרמית פסיבית של אי גילוי (ע"א 9590/05 לידיה רחמן נוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, תק-על 2007(3), 296). (להלן: "פרשת נוני").

- יש ליצור מושג של "תרמית על השוק" (או אחר) כמקובל במשפט האמריקאי "ר' Holmes v. Bateson 583 F.2d 542, ר' רע"א 8332/96 משה שמש נ' דן רייכרט, פ"ד נה (5) 276,318-319).

אמירות אלה לא לוו בהפעלה בפועל, ולא הפכו לרציו בפסה"ד של בית המשפט העליון. בפס"ד ראבי ביהמ"ש דן בנושא של פגיעה באוטונומיה בתובענות ייצוגיות צרכניות, ולגביה קבע כללים שונים של היעדר צורך בהסתמכות והקלה הוכחתית בנושא הנזק. בפס"ד זה נסקרו האמרות לעיל בדבר הצורך להקלה, שהיו דעת מיעוט או אוביטריס בפס"ד קודמים. מבחינת תורת המשפט חזרה על אמרות אלה, כשהן אינן נחוצות לדיון גופו, אינה הופכת אותן לרציו, ואין בכך משום שינוי הלכות (של ברזני למשל).

אם מגיעים למסקנה שיש לשנות את דיני הנזיקין הכלליים ודיני החוזים הכלליים, - רצוי שזה ייעשה במפורש, בין ע"י המחוקק ובין ע"י ביהמ"ש העליון. כל עוד הדבר לא נעשה, נראה לי כי סוגית התרמית בנושא אי גילוי כלומר מצג במחדל או רשלנות בגין אי גילוי, למצער יכולה להידון רק בהיקף "סגור", קרי: אם היתה מדיניות עקבית של צד שהופנתה כלפי כל מתקשר עמו ואשר ענינה אי גילוי פרט מהותי שיש לגלותו לצורך שכלול הסכם, או שאי גילוי מהווה רשלנות שגורמת בשני המצבים להטעיה, - כי אז יכול הוא וכל הקבוצה שכלפיה ננקטה אותה מדיניות עקבית, להיות מוטעים.



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

זו אפשרות של וריאציה מסוימת של "תרמית על השוק" או התנהגות של אי גילוי כלפי כל מתקשר. ניתן לנסח זאת ברוב המקרים גם כפגיעה באוטונומיה שלגביה ראינו שהמצב המשפטי השתנה, ברם לטעמי ראוי להמעיט בשימוש בטיעון משפטי זה.

במקרה הנוכחי – האם היתה קבוצה שהיתה יכולה להיות מוטעית?
למטרה זו נפנה להגדרת הקבוצה ע"י המבקש.

קבוצת המבקשים תכלול על פי המבקש (ר' ע"ס 8'53 לבקשה לאישור) את כל מחזיקי אגרות החוב אשר לא נפרעו, אליהם התחייבה המשיבה 1. טוען המבקש כי כל מחזיקי האג"ח הסתמכו באופן ישיר או עקיף, בזמן הרכישה על דיווח/אי דיווח המשיבים. בין היתר הסתמכו המשקיעים על התשקיף המשותף של כור ומפעלי פלדה כשההלוואה גויסה ע"י כור. מחזיקי האג"ח רכשו את אגרות החוב על סמך קריאת דיווחי החברה והמשיבה 1. מחזיקי האג"ח בכללותם, היו מתייחסים להערת עסק חי יכול לשמש כאזהרה למניעת רכישות ומזעור הנזק הנגרם (ר' ע"ס 7-8'50-58 לבקשה לאישור).

מאומה מהגדרה מבוקשת זו לא הוכח.
אם נתייחס לענין הטעיה/תרמית במצג פוזיטיבי –

מה היה המצג הפוזיטיבי הנטען בענייננו?

- פרסום המכתב בצורה שפורסם;
- משיכת דמי ניהול בסכומים נכבדים;

אקדים ואומר כי משיכת כספי דמי ניהול ולו בסכום גבוה, - מעידה רק על משיכת כספים. ואין להסיק ממנה על מצב חברה שפיר, ו/או תמיכה עתידית של מושך הכספים בעתידה של החברה כשמצבה ישתנה.

לכן מה שנתר הוא פרסום המכתב בנוסח שפורסם: (כמפורט לעיל).
כאמור, לדעתי המשמעות של "המציא פתרון", משמעה שמישהו יעבוד קשה על הנושא, במגמה חיובית ותוך ציפייה שהאפשרות תתממש.
בחיי המסחר – מה שלא עשוי, הוא לא עשוי, עד שהוא עשוי.
אבל נאמר, לצורך הדיון, שיש כאלה שעדיין נמצאים בשלב האמונה, ונוסח כדוגמת הנוסח שנרשם, גורם להם להרגיש בטוח במונן זה שההסדר יצא לפועל.

אזי בענייננו, - המדובר במבקש שלא הוטעה. אדרבא הוא ידע את המצב לאשורו, הוא ידע שהחברה נמצאת בקשיים כלכליים, הוא ידע שהיא אינה יכולה לפרוע את חובותיה, הוא ידע שמו"מ לענין הצלתה נכשל, ואז רכש את האג"ח שהן בעצם מתן הלוואה לחברה אבודה.
מצג מטעה – לא קיים לגביו; ובמאמר מוסגר אתה האם רבים בקבוצה שאותה הוא מעונין לייצג מתנהגים כמוהו?



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

אם כן, - הם לא הוטעו.

אם לא – הדבר לא הוכח, ולא נרמז אפילו.

אדם שלא הוטעה אינו יכול לייצג קבוצה שהוטעתה הטעיה פוזיטיבית, ובמיוחד שלא הוכיח בשום דרך הוכחה מרוככת שהיה ולו אדם אחד שהוטעה מהמצגים הפוזיטיביים הנטענים על ידיו.

ונעבור להטעיה/תרמית שבחשייה –

- הטעיה זו משמעה שלא גולו פרטי המו"מ להצלת החברה בזמן אמת:
- ייתכן שניתן גם לנסח זאת שהמכתב שפורסם היה מעומעם ויכול היה ליצור את הרושם שהסדר הפשרה שגובש נמצא לפני חתימה, והחתימה הינה פורמלית בלבד.

נושא קביעת כללים ממתנים לצורך הוכחת הטעיה בתובענה ייצוגית רק נרמז ולא הותווה.

אם נלך למיצער בעקבות האימרות לעיל אזי:

- למבקש המצב היה ידוע לאשורו;
- אם נרצה לייחס את סט העובדות למאן דהוא שונה ממנו, שלא היה מודע לפרטים בזמן אמת, כי אז ניאלץ להחליף תובע ייצוגי במישהו שידיעתו היתה שונה, ולייחס את חוסר ידיעתו לכלל הקבוצה. כל זאת כמובן אם אחד כזה קיים ולא נדרש לענין במשך כמעט כל תקופת ההתיישנות.
- במקרה מעין זה יהיה צורך להיעזר בדוח סטטיסטי שיפלא את מחזיקי האג"ח המסוימים לאוהבי סיכון ולשונאי סיכון, כדי לדעת מי היה מוכר ומי היה ממשיך להחזיק באג"ח, וכן יכמת את הנזק, אולי הממוצע, שנגרם לכל אחד מהם. כל זאת כדי להציג תשתית ראייתית לצורך עצם הדיון בבקשה לאישור התובענה כתובענה הייצוגית.

תובענה ייצוגית היא מכשיר, שעשוי לגלות עוולות ולקצר הליכים, אבל אינו ראוי לקידוש החוק. במקרים שבו סימני השאלה רבים והתשתית הראייתית מחוררת; נראה כי הליכה בדרך לעיל אינה לפי רוח המחוקק, וגם איננו יודעים מה תהיינה תוצאותיה במקרה הקונקרטי.

לכן איני סבורה, שבנסיבות, יש להיזקק לבקשה שהוגשה, אפילו אם היו החוסרים בבקשה מתוקנים כמפורט לעיל.

חוסר תום לב בקיום החוזה על ידי המשיבה 1- האומנם?

לדברי המבקש (ר' ע'10 ס'א.3. 68 וכן בתצהירו/ת'1 ס' א.3.), חוסר תום הלב של המשיבה 1 בא לידי ביטוי בהזרמת האשראי החוץ בנקאי לחברה וכן בהגדלת המאגר הכספי של החברה- בה החזיקה המשיבה 1 על חשבון המחזיקים, ובכך דוללה קופת החברה.



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

בקיום חוזה בתום הלב, נדרש כל צד לחוזה "לפעול בחריצות ובהגינות להגשמת כוונתם המשותפת של הצדדים, בהתאם לרוח העסקה ותוך שיתוף פעולה עם הצד האחר והתחשבות באינטרסים שלו." (ר' ג. שלו שם בעמוד 59).

כוונתם המשותפת של מחזיקי האג"ח, החברה והמשיבה 1 (להלן: "הצדדים לחוזה") היא כי החברה מחד ותאזון מבחינה פיננסית ע"י גיוס הלוואה מהציבור אשר מוכן ומאמין בחברה, פעילות בעלי השליטה בה ויכולתם להשיט את החברה לחוף מבטחים, והצלחה פיננסית, וכך יצליחו לגרוף רווחים מהצלחה זו. לכן פעילות מעין זו, אינה מהווה בהכרח היעדר תום לב.

ח. אחריותם של המשיבים 2-9

אני ערה לכך שהתקנות לעיל צוטטו כבר בהקשר למשיבה מס. 1, ברם לצורך הדיון הכא, נצטטם בשניה.

סעיף 52 יא(ב) לחוק ניירות ערך קובע:

"52יא. (א) מנפיק אחראי כלפי המחזיק בניירות ערך שהנפיק לנזק שנגרם לו כתוצאה מכך שהמנפיק הפר הוראה של חוק זה או תקנות לפיו, או הוראה של שטר הנאמנות שלפיה חלה חובה על המנפיק כלפי הנאמן למחזיקים בתעודות התחייבות שהנפיק.

(ב) האחריות האמורה בסעיף קטן (א) תחול גם על הדירקטורים של המנפיק, על המנהל הכללי שלו ועל בעל שליטה במנפיק."

האחריות האישית של המשיבים 2-9 יכולה להיקבע עקרונית בגין הפרת תקנה 35א'. ותקנה 36 לתקנות ניירות ערך [דוחות תקופתיים ומידיים]

35א. היו תעודות התחייבות שהנפיק התאגיד מוחזקות בידי הציבור יגיש התאגיד דוח מידי בדבר כל אחד מאלה:

(1) אירוע או עניין אשר יש להם או עשויה להיות להם השפעה מהותית על ערכם של כל נכס, בטוחה, ערבות או התחייבות אחרת שניתנו להבטחת התחייבויות התאגיד כלפי מחזיקי תעודות ההתחייבות על פי שטר הנאמנות;

[...]

36. (א) בדוח יובאו פרטים בדבר כל אירוע או עניין החורגים מעסקי התאגיד הרגילים בשל טיבם, היקפם או תוצאתם האפשרית, ואשר יש להם או עשויה להיות להם השפעה מהותית על התאגיד, וכן בדבר כל אירוע או עניין שיש בהם כדי להשפיע באופן משמעותי על מחיר ניירות הערך של התאגיד.



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

ככל שיוכח כי החברה הפרה הוראה מהוראות חוק ניירות ערך או תקנותיו, ניתן יהיה, לכאורה, לייחס אחריות אישית למשיבים 2, 3, 4, 5, 6 ו-8 מכוח האמור בסעיף 52א(ב) לחוק ניירות ערך וכן מכוח תקנות ניירות ערך [דוחות תקופתיים ומידיים] (תקנה 36 ותקנה 37א').

ככל שתוכח אחריות בנוזיקין, ניתן יהיה לייחס להם חבות אישית בנוזיקין לפי הכללים שנקבעו בפסיקה בנוגע לאחריות נושאי משרה בתאגיד.

לגבי המשיבים 7,9 ששימשו בתקופה הרלוונטית בתפקיד סמנכ"ל הכספים (המשיב 9 של המשיבה 1 והמשיב 7 של החברה), וההוראות הנ"ל שבחוק ניירות ערך אינן חלות עליהם, וניתן כבר בשלב זה לדחות הבקשה לגביהם, לענין זה.

הכלל בנוזיקין הינו כי תפקיד של מנהל, או אורגן של החברה – אין בהם, כשלעצמם, כדי להטיל עליהם אחריות אישית ועולה בנוזיקין שביצעה חברה.

יש צורך להוכיח כי המנהל או האורגן ביצע בעצמו העוולה, עבור החברה, או השתתף בביצועה כמסייע, כשותף או כמשדל. מנהל, או אורגן אחר של החברה, שהייתה לו מעורבות אישית בביצוע עוולה או שאישרה; הוא איננו יכול להסתתר מאחורי אישיותה המשפטית הנפרדת של החברה, וניתן לתבוע אותו במקרה שכזה יחד עם התאגיד; לשם כך יש להראות מעורבות אישית (ראה: ע"א 407/89 צוק אור בע"מ נ' קאר סקיוריטי בע"מ, פ"ד מח(5) 661, פסקאות 17-23; ע"א 10362/03 א. ברזני שירותים ועסקאות בע"מ נ' אחים בן רחמן (צפון) בע"מ, [פורסם בנבו] תק-על 2009(4) 510, פסקה 16; ע"א 313/08 נשאשיבי נ' רינראוי, [פורסם בנבו] תק-על 2010(3) 1563, פסקאות 48-49).

לכאורה, לאור תפקידי המשיבים 2-9 יכול היה להיות בסיס לטענה זו. אולם, אחריותם של המשיבים 2-9 בנוזיקין לא הוכחה, והמבקש לא הצליח להרים את נטל הראיה באשר למעורבותם האישית והישירה, במעשים של החברה.

אשר על-כן אין למבקש וכן לקבוצה המיוצגת, עילת תביעה כנגד המשיבים 2-9 ואני דוחה התביעה כנגדם.

ט. אחריות המשיב 10

טוען המבקש למצגים הבאים של המשיב 10:

א. המצג שהוצג על ידי המשיב 10 הוא רק בדוחות הכספיים לרבעון שלישי של שנת 1999 (נספח ד' לבקשת האישור).

ב. המצג לא היה מהימן, והמצג יכול היה לדעת, בזהירות ובשקידה ראויים, כי המצג אינו מבוסס.

ג. אומנם הוצג על ידי המשיב 10 בפני המבקש וכלל מחזיקי האג"ח, המצג העובדתי בדבר מצבה הקשה של החברה וזאת בדרך של פרסום הדוחות הפיננסיים לרבעון שלישי לשנת 1999;



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07

06 יוני 2013

ואומנם המבקש בהיותו בעל השכלה כלכלית ואף תואר בראיית חשבון, הבין את מצבה הפיננסי הקשה של החברה, אבל אין כל בטחון שכל מחזיקי האג"ח הבינו זאת כמוהו.
ד. המשיב 10 החתום על הדוחות הללו, אחראי כלפי מחזיקי אגרות חוב מכיוון שהם מסתמכים על דוחות אלו. הוא היה חייב לציין במפורש את מצב החברה וכן את חששותיו, כך למשל את דרישתו למשלוח המכתב על ידי המשיב 9 עצמו ולא על ידי סגנו.

ה. המשיב 10 ידע על המצב הקשה של החברה והבין את חשיבות הדיווח על פי תקנות ניירות ערך; (ר' ע' 2 ס' ד' 3 לסיכומי ב"כ), וידע כי נכון לתחילת חודש נובמבר 1999, ללא סיוע של המשיבה 1, החברה לא תוכל יכולה לפרוע התחייבויותיה באופן עצמאי.

היה עליו לפרסם זאת מכוח תקנות הדיווח (תקנה 36א) בדבר אירוע או ענין החורגים מעסקי התאגיד הרגילים הקובע כי- **"בדוח יובאו פרטים בדבר כל אירוע או ענין החורגים מעסקי התאגיד הרגילים בשל טיבם, היקפם או תוצאתם האפשרית, ואשר יש להם או עשויה להיות להם השפעה מהותית על התאגיד"**; כן היה צריך לפרסם זאת מכוח ההלכה הפסוקה אשר הרחיבה בפרשת **רייכרט** את היקף אחריותם של רואי חשבון כלפי צדדים שלישיים המסתמכים על הדוחות הכספיים (שם, ע' 276).

ו. המשיב 10 היה צריך לצפות כי המבקש יסתמך על המצג ויפעל על פיו.

המשיב 10 בהיותו משרד רו"ח מקצועי ידע גם כי מחזיקי האג"ח וכלל המערכת הפיננסית, יסתמכו על הדוחות הכספיים של החברה וינתבו פעולותיהם בהתאם.

ז. המשיב 10 יכול היה לצפות כי ייגרם נזק למבקש.

ח. המבקש הסתמך בפועל על המצג, וכתוצאה מכך נגרם לו נזק.

המשיב 10 יכול היה לצפות כי ייגרם נזק למחזיקי האג"ח באי הכללת הערת "עסק חיי" או הערה לגבי מצבה של החברה והתלות במשיבה 1 לעניין חיותה לתקופת הזמן כמעט מידי שלאחר פרסום הדוחות הכספיים ובפרט כאשר ידע המשיב 10 כי הדוחות הכספיים הבאים יפורסמו כחצי שנה לאחר מועד זה, תקופה ארוכה מאוד ביחס לחברה אשר שרידותה תלויה במשיבה 1 וכפי שהיה בפועל לא הצליחה לשרוד אלא עד סוף השנה.

מחזיקי האג"ח בכללותם, הסתמכו על הדוחות הכספיים שנחתמו על ידי המשיב 10 ולא מכרו את האג"ח או לחילופין לא המירו אותן למניות; וכשהודע להם על בעיות החברה בדוחות מרץ 2000, החברה היתה בהליך הקפאת הליכים.

תשובת המשיב 10 לטענות המבקש

המשיב 10 טוען (ר' ע' 13 ס' 87 לתגובה לבקשה לאישור) כי הפירוט העובדתי בבקשה לאישור נעדר קשר סיבתי וזאת עקב רכישת האג"ח על ידי המבקש כיומיים לאחר הדיווח מה- 26.12.99. כמו כן נטען בתגובה לבקשה לאישור (ר' ס' 148 לתגובה) כי רכיבים נוספים אשר המשיב 10 הסתמך עליהם, הם שהביאו אותו למסקנה כי בכוונת המשיבה 1 והחברה לתמוך ולממש התוכניות שהותוו.



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

דיון

בתקנות רואי-חשבון (דרך פעולתו של רואה חשבון), תשל"ג-1973 (להלן: "תקנות רואי חשבון- דרכי פעולה") אשר משקפים את הפעולות שעל רואה חשבון לעשותן כדי שיוכל לחוות דעתו בשאלה- באיזו מידה משקף המאזן באופן נאות את מצב העסקים של המבוקר נכון ליום תאריך המאזן ובעיקר באיזו מידה משקף דוח הרווח והפסד באופן נאות את תוצאות הפעולות של המבוקר לתקופה שנסתיימה בתאריך המאזן, יש התייחסות לחובת הזהירות של רואה החשבון.

על פי תקנה 4:

" רואה חשבון יעשה את הביקורת בזהירות מקצועית ראויה."

לכך נוסף את ההלכה שנקבעה בפס"ד המ' 106/54 וינשטין נ' קדימה אגודה שיתופית להספקת מים, פ"ד ח(2)1317 (להלן: "**פרשת וינשטין**") והיא כי ביחסי קרבה מיוחדים כגון יחסים חוזיים ויחסי אמון קלאסיים (מבקר ומבוקר נופל בגדרה של הגדרה זו) ניתן להטיל אחריות על בעל מקצוע בגין חוות דעת רשלנית גם כשניתנה בתום לב. כמו כן נקבע באותו עניין כי מטילים על מוסר המידע חובה לנהוג זהירות יתרה במידע שהוא מוסר לצד השני.

הינה כי כן, אחריותו של רואה חשבון כפי שבאה לידי ביטוי בתקנות ובפסיקה היא רחבה, חלה במישור היחסים הישירים שבין רואה החשבון והמבוקר, ובמישור היחסים העקיפים שבין רואה החשבון המבקר ובין צדדים שלישיים המסתמכים על דוחות אלו.

אימתי חייב רואה חשבון לכתוב בחוות דעתו כי הוא מסתייג או נימנע מהדו"ח הכספי או מפריט בו?

תקנה 13 קובעת את חובת ההסתייגות של רואה חשבון מדו"ח כספי:

"רואה חשבון יכתוב בחוות דעתו הסתייגות מן הדו"ח הכספי או מפריט שבו, לפי הענין, שלגביהם הוא סבור, לאור הביקורת שערך בהתאם לאמור בפרק השני, כי נתקיים אחד מאלה:

- (1) הדו"ח הכספי אינו ממלא אחר כללי החשבונאות המקובלים;
- (2) אין בדו"ח הכספי גילוי נאות של ענין הדרוש כדי לשקף בצורה נאותה את מצב העסקים של המבוקר ואת תוצאות פעולותיו;"

תקנה 17 קובעת אימתי יביע רואה החשבון את חוות דעתו השלילית על דו"ח כספי:

" אם הדו"ח הכספי אינו משקף נכונה את מצב עסקי החברה או את תוצאות פעולותיה, או שהוא מטעה, על רואה-החשבון לכתוב חוות דעת שלילית לגבי הדו"ח."



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07
06 יוני 2013

גילוי דעת 58 של לשכת רואי החשבון (להלן: "גילוי דעת 58") - דן בהערת "עסק חי", ומתי ייכתב.

סעיף 7 לגילוי הדעת דן בסימני אזהרה להמשך קיומו של העסק המבוקר כ"עסק חי".
ההנחיה הניתנת בגילוי הדעת לרואה החשבון המבקר היא כי עליו:

"לשקול בזהירות ראויה את חשיבותם של סימנים אלה ולבחון אם הם מצביעים לכאורה על ספק ניכר... בדבר המשך קיומו של העסק".

סעיף 8 לגילוי הדעת 58 בדבר רישום הערת עסק חי נותן דוגמאות מתי יש לציין זאת בדוחות.
בין הדוגמאות:

- כשיש גרעון בהון העצמי
 - כשיש גרעון בהון החוזר;
 - כשיש פיגורים בפרעון ההתחייבויות;
 - כשיש מימוש נכסים קבועים;
 - כשיש הסתמכות נמשכת על אשראי לטווח קצר;
 - כשיש תזרים מזומנים שלילי;
 - כשיש יחסים פיננסיים עיקריים המצביעים על קשיים כספיים;
- ועוד.

האם נתקיימו התנאים להטלת אחריות בגין מצג שווא עקב היעדר רישום של עסק חי?

לצורך הדיון בחבות משיב 10 אצטט במלואו את נוסח המכתב אשר הועבר למשיב 10 (לבקשתו):

"עקרונות ההסדר המוצע שטרם נחתם לעניין אשראי לזמן ארוך של החברה, ואלו עיקריו:
הבנקים ימירו את אשראי החברה מאשראי לזמן קצר לאשראי לזמן ארוך, כולל דחיית פירעון הקרן למשך שלוש שנים. בתמורה לכך- כור תעניק ערבות מוגבלת בסכום בגובה הרעת טיב האשראי שתיגרם לבנקים, אם תיגרם.
כן מוסכם בין כור ובין הבנקים כי במידה ותמכור החברה נכסים שיקטינו את היקף האשראי של החברה לבנקים, תקטן הערבות בהתאם.
בנוסף לאמור לעיל, תעמיד כור הלוואה לחברה לפירעון התחייבויותיה כלפי כור הנפקות.
כור תמציא פתרון לפירעון התחייבויות החברה למחזיקי אגרות החוב. כור תוותר על דמי הניהול לתקופה קצובה."

אני נכונה לצאת מנקודת ההנחה לצורך הדיון שרוב (אם לא כל) סימני האזהרה היו קיימים במקרה הנוכחי. אבל כמשקל נגד, התייצבה המשיבה מס. 1. גורם חיצון אבל אינטרסנטי לחברה, שרצתה



בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1268-07

06 יוני 2013

להציל את החברה והחלה, למטרה זו, לנהל מו"מ עם הבנק, שהגיע לשלב מתקדם לפי דיווחיה היא לרואי החשבון. היא היתה נכונה גם להוציא, לענין זה, מכתב מחייב חתום ע"י בעל תפקיד אצלה. לא הוברר, כאמור לעיל, מה טירפד את המו"מ.

המשיב 10 מספיק מנוסה כדי לדעת כי מו"מ לא תמיד מסתיים, וכי מה שלא חתום – אינו חתום, וכל הבטחה בתחום זה הינה בגדר ציפיה בלבד.

הערת "עסק חי" מלבד העובדה שהיא מזהירה את המשקיעים בחברה, יכולה להשפיע גם על המשך קיומה. כשהמצב הכלכלי קשה, והדבר בא לידי ביטוי במאזן האחרון שפורסם ובדוחות הכספיים, וכשנעשה נסיון לשקם את החברה באמצעות הזרמת הון מבחוץ, נראה שרואי החשבון נקטו בזהירות שאותה מחייב גילוי הדעת של לשכת רואי החשבון, ורצו לתת צ'אנס נוסף לחברה כדי לשפר את מצבה הכלכלי, ובכך לדאוג גם לבעלי אג"ח שלה. נראה שזו היתה הסיבה שדרשו שבעל תפקיד יחתום עלה מכתב כדי שהדבר יעיד על נכונותו ורצינותו.

לאור זאת איני יכולה לקבוע כי המשיב 10 הציג מצג שווא רשלני כמשמעותו בפקודת הנזיקין, כלפי מחזיקי אגרות החוב של החברה, כשלא הוסיף הערת "עסק חי" לדו"חות הכספיים מנובמבר 1999. לגבי שאר המצגים הנטענים, אזי הניתוח לגביהם חל בשינויים המחויבים גם לגבי המשיב מס. 10.

מסקנה סופית -

משהגענו למסקנה כי למבקש אין עילת תביעה אישית או עילה בתביעה; משהגענו למסקנה, שלא הונחה תשתית ראיינית אודות הטעיה של מאן דהוא אחר בקבוצה; ומשהגענו למסקנה כי במקרה הנוכחי לא היתה הטעיה בחשיה במובן של אי גילוי; ומשהגענו למסקנה שאין עילת תביעה בדינים חוזים, נזיקין ועשיית עושר, לא נותר אלא לדחות את הבקשה.

פסק דין

משדחיתי הבקשה, אני דוחה את התביעה שהוגשה. התובע ישלם לכל אחד מהנתבעים הוצאות ושכ"ט עו"ד בסכום של 10,000 ש"ח פלוס מע"מ.

המזכירות תשלח העתק החלטה ופס"ד אלה כדין לב"כ הצדדים, למנהל בתי המשפט, וליועץ המשפטי לממשלה.

ניתן היום 06/06/2013 בהיעדר הצדדים.

ד"ר דרורה פלפל, שופטת
ס/נשיאה