

תני"ג 27111-08-14
תני"ג 2256-09-14
בפני כבוד השופטת רות רון

בפני המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו

בענין:

ירון עזיזי, נושא תעודת זהות מס' 034655381
מרחוב יפתח הגלעדי 25א, אשקלון 7849203

על-ידי באי כוחו עורכי הדין גיל רון, קינן ושות'
וכן על ידי בא כוחו עורך הדין סימון אלישקוב
וכן על ידי באי כוחו עורכי הדין אביעד, סרן ושות'

שכתובתם לצורך החליק תהא אצל גיל רון, קינן ושות'
מבית לסינ, רחוב ויצמן 32, תל-אביב 6209105
מס' טלפון: 03-6967676; מס' פקס: 03-6967673

המבקש

- נ ד -



1. א. דורי בניה בע"מ, חברה ציבורית מס' 512660341
מרחוב ירושלים 34, רעננה 43501
על ידי באי כוחו עורכי הדין י. גורניצקי ושות'
משדרות רוטשילד 45, תל-אביב 6578403
מס' טל: 03-7109191; מס' פקס: 03-5606555
2. קבוצת א. דורי בע"מ, חברה ציבורית מס' 520039660
מרחוב נסים אלוני 10, תל-אביב 6291904
על ידי באי כוחו עורכי הדין גולדפרב, זליגמן ושות'
מרחוב יגאל אלון 98, תל-אביב 67891
מס' טל: 03-6089999; מס' פקס: 6089909
3. אורי דורי, נושא תעודת זהות מס' 01169119
מרחוב נסים אלוני 21, תל-אביב 6291940
4. אריאלה זוכוביץקי, נושאת תעודת זהות מס' 054125612
מרחוב שלמה המלך 21, הרצליה 4671021
5. דוד כץ, נושא תעודת זהות מס' 008027690
מרחוב חבצלת 20, הוד השרון 4501540
6. אופיר גרינברג, נושא תעודת זהות מס' 028763001
מרחוב הבנים 18, גני עם 4590500
7. רונן אשכנזי, נושא תעודת זהות מס' 57499287
מדרך השלום 1, תל-אביב 6789201
על ידי באי כוחו עורכי הדין פישר בכר חן וול אוריון
מרחוב דניאל פריש 3, תל-אביב 64731
מס' טל: 03-6944111; מס' פקס: 03-6091116
8. אריאל חביב וילנסקי, נושא תעודת זהות מס' 055406839
מרחוב דוגית 1, שכונה 6, קיסריה 3088900
על ידי בא כוחו עורך הדין יואב נרי
מדרך בן גוריון 2, אמת גן 5257334
מס' טל: 03-6033668; מס' פקס: 03-5702443
9. עוזי ורדי-זר, נושא תעודת זהות מס' 010019156
מרחוב אדם הכהן 3, תל-אביב 6458509
10. שמואל סלבין, נושא תעודת זהות מס' 051657252
מרחוב הבנאי 6, שכונת הכרם, ירושלים 9626410
11. נחמה דואק, נושאת תעודת זהות מס' 50214691
מרחוב בני דן 10, תל-אביב 6226005

12. איריס ציבולסקי-חביליו, נושא תעודת זהות מס' 022132633
מרחוב אדיר 3, רעות 7179902

13. יחזקאל ברקוביץ, נושא תעודת זהות מס' 056501562
מרחוב תרפ"ד 4, רמת השרון 4725504

14. נתן פרנקל, נושא תעודת זהות מס' 007710387
מרחוב יוסף מילוא 19 א', תל-אביב 6964341

משיבים מס' 9-14 על ידי עורכי הדין מטרי, מאירי ושות'
מבית גיבור ספורט, דרך מנחם בגין 7, רמת גן 52520
מס' טל': 03-6109000; מס' פקס': 03-6109009

המשיבים

בקשה מאוחדת ומתוקנת לאישור תביעה נגזרת

בהתאם לסעיף 198 לחוק החברות, התשנ"ט-1999

בית המשפט הנכבד מתבקש כדלקמן:

- א. לאחר, בהתאם לסעיף 198 לחוק החברות התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות), הגשת תביעה נגזרת בשם משיבה מס' 1 (להלן: החברה), נגד משיבים מס' 2-14, ולהורות בקשר לתביעה הנגזרת כאמור להלן;
נוסח התביעה הנגזרת שאת הגשתה מבוקש לאשר מצורף לבקשה זו כנספח 1;
- ב. לקבוע, בהתאם לסעיף 194 לחוק החברות, כי המבקש יגיש את התביעה הנגזרת, וכי באי כוחו החתומים על בקשה זו יהיו באי הכח המייצגים;
- ג. לקבוע כי עילות התביעה הן ביצוע חלוקה אסורה לפי סעיפים 302, 310 ו-311 לחוק החברות; ובהתאם לכך גם הפרת חובת הזהירות וחובת האמונים על ידי משיבים מס' 3-14 (להלן: חברי הדירקטוריון) לפי סעיפים 252, 253 ו-254 לחוק החברות; וכן השבת דמי שירותים ששולמו ביתר לפי הסכם למתן שירותים שנעשה בין החברה ובין משיבה מס' 2 (להלן: הסכם השירותים וקבוצת דורי);
- ד. לקבוע כי הסעדים הנתבעים מקבוצת דורי הם השבת כספי החלוקה האסורה, בהתאם לסעיף 310 לחוק החברות והשבת כספים ששולמו ביתר לפי הסכם השירותים; הסעד הנתבע מחברי הדירקטוריון הוא פיצוי בגין חלוקה אסורה בשל הפרת חובותיהם, לפי סעיף 311 לחוק החברות;
- ה. להורות, בהתאם לסעיף 199(ב) לחוק החברות, כי החברה תשיב למבקש את האגרה ששולמה על ידו ואת הוצאותיו, וכי החברה תשא ביתרת אגרת התביעה;
- ו. לתת כל חוראה בנוגע לתביעה הנגזרת, כפי שייראה בעיני בית המשפט הנכבד; וכן
- ז. לחייב את המשיבים בהוצאות ושכר טרחה.

אלה נימוקי הבקשה:חלק ראשון - מבוא

1. במהלך השנים 2010-2013 החברה חילקה רווחים לבעלי מניותיה, וכן שילמה עבור שירותים לבעלת השליטה בה, קבוצת דורי. התשלומים בוצעו על בסיס נתונים בדבר פעילות ריווחית של החברה, שלא היה קשר בינם ובין המציאות. בסך הכל חולק דיבידנד בסכום של כ-37 מיליון ש"ח, ושולם עבור שירותים סכום של כ-14.5 מיליון ש"ח.
2. בשנת 2014 התברר כי המצב הכספי של החברה שונה בתכלית מזה שעלה מהדיווחים שהחברה מסרה. היקף הסטייה וההפסד חסר תקדים - כ-441 מיליון ש"ח. החברה נמצאת במצב של קריסה מוחלטת. היא איננה עומדת בהתחייבויות כלפי גורמים מממנים, ואף לא בתנאי אגרות החוב שהיא הנפיקה. בעלת השליטה בחברה, קבוצת דורי, כבר הורמה לחברה סכום של כ-415 מיליון ש"ח.
3. חלוקת הרווחים שבוצעו בשנים 2010-2013 לא עמדו במבחן יכולת הפרעון, שעל פיו מותר לחלק דיבידנד. לפי מצב החברה בפועל, הכספים שחולקו כרווחים דרושים לה על מנת לעמוד בהתחייבויותיה. גם מבחן הרווח לא מתקיים ביחס לחלוקות אלה. לא עמדו לרשות החברה רווחים כנדרש כדי לחלק דיבידנד. לפיכך, מדובר בחלוקות אסורות.
4. חוק החברות קובע הוראות ברורות ומפורשות למקרים כאלה. על בעלת השליטה בחברה, קבוצת דורי, חלה החובה לחשיב את כספי החלוקה האסורה שהיא קיבלה. החוק מייחס לחברי הדירקטוריון, בנסיבות אלה, הפרת חובות הזהירות, אי-עמידה ברמת המיומנות הנדרשת, והפרת חובות האמונים, ומטיל עליהם אחריות. על כן הן קבוצת דורי והן חברי הדירקטוריון נושאים באחריות להשבת הכספים שחולקו כרווחים.
5. בנוסף, החברה וקבוצת דורי התקשרו בהסכם למתן שירותים, אשר מכוחו החברה שילמה לקבוצת דורי סכום של 367 אלף ש"ח לחודש. לפי ההסכם, אם הרווח התיפעולי בגין ארבעה רבעונים רצופים שווה ל-15 מיליון ש"ח או פחות, תשלום דמי הניהול מוקפא, עד ששוב תושג ריווחיות כאמור. החברה שילמה לקבוצת דורי דמי שירותים בשנים 2010-2013, על בסיס נתוני רווח לא נכונים. בפועל החברה לא השיגה רווח תיפעולי כנדרש בהסכם.
6. בחודשים אוגוסט וספטמבר 2014 הוגשו הבקשות לאישור תביעות נזרות. קבוצת דורי והחברה הודיעו כי הן דוחות את הטענות, אך מאוחר יותר הן הודיעו כי קבוצת דורי תשיב לחברה סכום של כ-12 מיליון ש"ח בגין רווחים שחולקו שלא כדין, וכן סכום של כ-1.8 מיליון ש"ח בגין דמי שירותים. המבקש דרש לקבל אסמכתאות להחזר, דרישה לא נענתה משך זמן רב, ורק ממש ערב הגשת הבקשה התקבלה התייחסות החברה. המבקש ובאי כוחו בודקים את המידע. בנוסף ובכל מקרה, אין בכך די. מדובר בחלק קטן מהכספים להם זכאית החברה. יש להשיב את כל הרווחים ודמי השירותים ששולמו בגין השנים 2010-2013.
7. החברה, חברי הדירקטוריון ורואי החשבון מנסים לייחס את הליקויים לתקופת זמן מוגבלת, כדי להגביל את אחריות קבוצת דורי וחברי הדירקטוריון. על כן, החברה יצאה בהצהרה, כאילו הליקויים נפלו רק החל מהרבעון האחרון של שנת 2012. אין בכך אמת. הליקויים החלו זמן רב לפני כן.
8. לאחרונה פורסם דין וחשבון של רוי"ח מיכאל ארד, בודק חיצוני שמינתה החברה. הבודק עומד על ליקויים מהותיים רבים בהתנהלות החברה. מדוח הבודק עולה תמונה קשה של התנהלות כושלת, ולצידה מסירת דיווחים על חברה משגשגת, שאין שום קשר בינם ובין האמת. מעבר לכך, מדוח הבודק עולה כי הליקויים החלו זמן רב לפני הרבעון האחרון של שנת 2012.

חלק שני – העובדות – חלוקת רווחים לבעלי המניות ודמי שירותים לקבוצת דורי

9. החברה עוסקת בתחום הבנייה. מניות ואגרות חוב שהחברה הנפיקה נסחרות בבורסה בתל-אביב. עד חודש פברואר 2010 החברה הייתה חברה פרטית, בשליטת קבוצת דורי, שהייתה כבר אז חברה ציבורית. החברה הנפיקה לראשונה ניירות ערך לציבור בתשקיף מיום 26 בפברואר 2010. החברה נשלטת על ידי קבוצת דורי, אשר מחזיקה במועד הגשת בקשה זו בכ-59.7% מהון המניות המונפק של החברה. המבקש מחזיק במניות החברה, אשר נרכשו על ידו במסחר בבורסה. בתקופה הרלוונטית לבקשת האישור, בשנים 2010-2013, משיבים מס' 3 עד 14 כיהנו כחברי הדירקטוריון של החברה, כל אחד במועדים שונים.

10. במהלך השנים 2010-2013 החברה חילקה לבעלי מניותיה רווחים אחת לרבעון, בסכום כולל של כ-37 מיליון ש"ח. אלה מועדי החלוקה והסכומים שחולקו:

תאריך ההחלטה	תאריך החלוקה	סכום החלוקה (בש"ח)
17 במרץ 2010	21 באפריל 2010	2,000,000
20 ביוני 2010	15 באוגוסט 2010	2,500,000
14 בנובמבר 2010	20 בינואר 2011	2,250,000
6 במרץ 2011	1 באפריל 2011	2,677,000
15 במאי 2011	9 ביוני 2011	2,500,000
22 באוגוסט 2011	8 בספטמבר 2011	2,800,000
17 בנובמבר 2011	15 בדצמבר 2011	3,080,000
16 במרץ 2012	16 באפריל 2012	3,000,000
14 במאי 2012	7 ביוני 2012	3,000,000
12 באוגוסט 2012	6 בספטמבר 2012	3,000,000
18 בנובמבר 2012	13 בדצמבר 2012	3,000,000
10 במרץ 2013	8 באפריל 2013	1,250,000
16 במאי 2013	17 ביוני 2013	2,032,000
11 באוגוסט 2013	16 בספטמבר 2013	2,244,000
11 בנובמבר 2013	17 בדצמבר 2013	1,460,000
	סך הכל -	36,793,000

11. החברה נהגה להציג את נימוקי הדירקטוריון לחלוקת הרווחים, בדיווחים מיידיים. לרוב נמסר על כך שהמידע הרלוונטי הוצג בפני הדירקטוריון, כי הדירקטוריון הגיע למסקנה שלא קיים חשש סביר שחלוקת הדיבידנד תמנע מהחברה מלקיים את התחייבויותיה בהגיע מועד קיומן, אין בחלוקת הדיבידנד כדי לגרוע מכוח הפרעון של החברה, החלוקה לא צפויה להשפיע לרעה על פעילות החברה, לרשות החברה עומדים מקורות מספיקים, ועוד.

הודעות של החברה בדבר חלוקת רווחים בשנים 2010-2013 מצורפות לבקשה זו כנספח 2.

12. קבוצת דורי נהנתה לא רק מחלוקת רווחים, אלא גם מדמי שירותים. לפי תשקיף ההנפקה לציבור מיום 26 בפברואר 2010, ביום 1 בינואר 2008 החברה וקבוצת דורי התקשרו בהסכם למתן שירותים, לפיו קבוצת דורי נתנה לחברה שירותי ניהול, שירותים פיננסיים, שירותי ייעוץ, ייעוץ משפטי, שירותי מיחשוב ועוד. ההסכם תוקן מספר פעמים. בגין השירותים החברה שילמה לקבוצת דורי סכום קבוע של 367 אלף ש"ח לכל חודש. לפי ההסכם, אם יתברר על-פי דוח כספי מאוחד כלשהו של החברה, כי הרווח התפעולי של החברה בגין ארבעת הרבעונים החולפים עומד על סכום של 15 מיליון ש"ח או פחות, ממועד פרסום הדוח יוקפא תשלום דמי השירותים. הסכומים שתשלומם יוקפא ישולמו אם יתברר מאוחר יותר כי הרווח התפעולי בגין ארבעת הרבעונים החולפים עולה על 15 מיליון ש"ח. ההסכם הניחול נעשה לחמש שנים, החל מיום 1 ביולי 2009.

תאור ההסכם הניחול בתשקיף מיום 26 בפברואר 2010 ובדוחות כספיים לשנים 2010, 2011 ו-2012 מצורף לבקשה זו כנספח 3.

13. לפי הדוחות השנתיים של החברה, בשנת 2010 החברה שילמה לקבוצת דורי בגין הסכם הניהול סכום של 5,036 אלפי ש"ח, בשנת 2011 – 4,400 אלפי ש"ח, בשנת 2012 – 4,400 אלפי ש"ח ובשנת 2013 – 707 אלפי ש"ח. בדוח לשנת 2012 נאמר כי ההסכם הסתיים בחודש פברואר 2013 בהתאם להוראות חוק החברות (תיקון מס' 16), תשע"א-2011, וכי החברה פועלת לחידוש ההסכם ועדכון תנאיו. ככל הידוע למבקש הדבר לא נעשה. על כן, בסך הכל בשנים 2010 עד 2013 החברה שילמה לקבוצת דורי סכום של 14,543,000 ש"ח.

14. לכל דין וחשבון כספי צורך דוח, רבעוני או שנתי (לפי העניין), בדבר האפקטיביות של הבקרה הפנימית על הדיווח הכספי והגילוי, לפי תקנה 38ג(א) לתקנות ניירות ערך (דוחות תקופתיים ומידיים), תש"ל-1970 (להלן: תקנות הדוחות). בדוחות אלה נמסר כי הבקרה הפנימית על הדיווח הכספי ועל הגילוי אפקטיבית. כך למשל, בדוח לשנת 2013, הוצג כי "בהתבסס על הערכת האפקטיביות שביצעה ההנהלה בפיקוח הדירקטוריון, כמפורט לעיל, הדירקטוריון והנהלת התאגיד הגיעו למסקנה כי הבקרה הפנימית על הדיווח הכספי ועל הגילוי בתאגיד ליום 31 בדצמבר, 2013, הינה אפקטיבית".

דוחות החברה בדבר אפקטיביות הבקרה הפנימית לשנים 2010-2013 מצורפים לבקשה זו כנספח 4.

15. כך התנהלה החברה משך שנים. לפי הדוחות הכספיים של החברה, פעילותה נשאה ריווחיות. סכומים מהותיים מהרווחים חולקו. ציבור בעלי המניות לא יכול היה לחשוש כי דבר מה אינו כשורה.

חלק שלישי – שנת 2014 – כשל אדיר במערכות החברה נחשף בהדרגה

16. בשנת 2014 התברר כי המידע שנמסר לאורך שנים לא היה נכון. מצב הדברים האמיתי נחשף בשלבים. תחילה נמסר על צפי להפסד, לאחר מכן דווח על פער בתוצאות לעומת הדיווחים, בהיקף של כ-11 מיליוני ש"ח, לאחר מכן נמסר כי הפער כבר נע בין 250 ל-350 מיליון ש"ח, ולבסוף – 441 מיליון ש"ח. כך התברר כי כל מערכות החברה לא תיפקדו. החברה זיווחה כי פעילותה נושאת רווחים והיא התנהלה בהתאם, כשבפועל היא כבר נתונה תחת קריסת מערכות מזה שנים.

17. ביום 25 במאי 2014 החברה פרסמה דיווח מידי, לפי תקנה 36א) לתקנות הדוחות, על טעות מהותית המחייבת תיקון של דוחות כספיים. לפי הדיווח, מדובר בטעות מהותית באומדן עלויות במספר פרויקטים, בקשר עם סכומים שהתגלו במהלך שנת 2014, ואשר היו צריכים לקבל ביטוי גם באומדנים ששימשו לדוחות הכספיים לשנת 2013. על כן החברה תיאמה בדרך של הצגה מחדש את הדוחות הכספיים השנתיים לשנת 2013. בין היתר, תוצאת התיקון הסתכמה בהפחתת הכנסות בשנת 2013 בסכום של כ-10.8 מיליון ש"ח.

דיווח מידי של החברה מיום 25 במאי 2014 מצורף לבקשה זו כנספח 5.

18. ביום 26 במאי 2014 החברה פרסמה את הדוח התקופתי המתוקן לשנת 2013. בדוח הדירקטוריון שצורף לדוח התקופתי נאמר, בין היתר, כי בהמשך לתיאום הדוחות בדרך של הצגה מחדש, הנהלת החברה בפקוח הדירקטוריון "[ו]הגיעה למסקנה כי הבקרה הפנימית על הדיווח הכספי ועל הגילוי בחברה ליום 31 בדצמבר 2013 אינה אפקטיבית בשל חולשה מהותית שהתגלתה בתהליך ההכנסות ובאומדן עלויות במספר פרויקטים..." (סעיף 1.4.1 בעמוד 3 לדוח התקופתי המתוקן; ההדגשה כאן ולחלף הוספה). בדוח בדבר אפקטיביות הבקרה הפנימית, שהופיע בדוח המתוקן לשנת 2013, צוינה שוב החולשה המהותית שהתגלתה. כך התברר כי מצגי הדירקטוריון בדבר אפקטיביות הבקרה הפנימית, בדוח המקורי לשנת 2013 (נספח 4 לבקשה זו), לא היו אמת.

דוח הדירקטוריון שצורף לדוח התקופתי המתוקן לשנת 2013 מצורף לבקשה זו כנספח 6.

הדוח השנתי בדבר אפקטיביות הבקרה הפנימית שצורף לדוח המתוקן לשנת 2013 מצורף לבקשה זו כנספח 7.

19. ביום 27 ביולי 2014 החברה פרסמה דיווח מידי, לפי תקנה 36(א) לתקנות הדוחות, לפיו "על בסיס נתונים ראשוניים שהתבררו לאחרונה והטעונים עדיין בדיקות נוספות, נראה כי קיימת סטייה מהותית באומדני העלויות וההכנסות הצפויות של פרויקטים בביצועה של החברה לעומת האומדנים שהיו קיימים בידיה עד כה, בטווח הנאמד בין 250 מיליון ש"ח לבין 350 מיליון ש"ח. סטייה זו צפויה לגרום להפסד המיוחס לבעלי המניות של החברה בסכום דומה לסכום הסטייה. במסגרת בדיקה זו נבחנות גם ההשלכות וההשפעות של הפסד צפוי זה על החברה, לרבות הצורך בהצגה מחדש של תוצאותיה הכספיות וההשלכות על עמידתה של החברה בהתחייבויותיה כלפי גורמים מממנים..."

דיווח מידי של החברה מיום 27 ביולי 2014 מצורף לבקשה זו כנספח 8.

20. יומיים לאחר מכן, ביום 29 ביולי 2014, החברה פרסמה דיווח נוסף, בו היא חזרה על הדברים, והוסיפה כי "כאמור בדוח המידי הקודם, החברה מצויה בתהליך של בדיקה ואימות של הנתונים והקימה לשם כך ועדה מיוחדת של הדירקטוריון. ועדה זו מינתה מפקח חיצוני שתפקידו בדיקה ואימות של הנתונים והאומדנים האמורים, וקצבה את התקופה לבדיקתו עד ליום 20 באוגוסט 2014". עוד דווח כי "נכון ליום 30 ביוני 2014, צפוי שהחברה לא תוכל לעמוד בחלק מאמות המידה הפיננסיות שהיא התחייבה לעמוד בהן כלפי גורמים מממנים, ובכלל זה באמות המידה המתחייבות ליחס הון עצמי לסך מאון ולחון עצמי מזערי. החברה נמצאת בקשר שוטף עם גורמים מממנים אלה ביחס לאמור לעיל. יצוין כי, למרות שליום 30 ביוני 2014 החברה עלולה שלא לעמוד ביחסים הפיננסיים הקבועים גם כשטר הנאמנות של אגרות החוב סדרה א', אין היא צפויה להיות בשל כך בהפרה של התחייבויותיה לפי שטר הנאמנות האמור לאותו מועד, משום שבהתאם להוראותיו, אי עמידה באמות מידה פיננסיות נבחנת במשך תקופת בדיקה המוגדרת בו (שניים או שלושה רבעונים עוקבים, כתלות בדירוג אגרות החוב) ואשר לא תסתיים למועד הדוחות הכספיים לרבעון השני של שנת 2014". בעקבות אירועים אלה שערי ניירות הערך של החברה צנחו, חברת מידרוג הודיעה על הורדת הדירוג של אגרות החוב, ושיעור הרבית שחל עליהן הועלה.

דיווח מידי של החברה מיום 29 ביולי 2014 מצורף לבקשה זו כנספח 9.

21. על יסוד מידע זה הוגשה ביום 18 באוגוסט 2014 בקשת האישור בתני"ג 27111-08-14. המבקש ביקש לאשר הגשת תביעה נגזרת בגין השבת הרווחים שחולקו בשנים 2012 ו-2013, תוך שמירה על זכותו לתבוע החזר בגין תקומות קודמות. בקשת האישור והתביעה הנגזרת כוונו כנגד קבוצת דורי וכנגד משיבים מס' 7-14, חברי הדירקטוריון בתקופה הרלוונטית לאותה בקשה. ביום 20 באוגוסט 2014 החברה וקבוצת דורי מסרו לציבור דיווח על בקשת האישור. שתייה הודיעו נחרצות כי "החברה דוחה מכל וכל את טענות המבקש". הודעות החברה וקבוצת דורי מיום 20 באוגוסט 2013 על הגשת בקשת האישור ודחיית טענות המבקש מצורפות לבקשה זו כנספח 10.

22. ביום 28 באוגוסט 2014 החברה מסרה דיווח מידי נוסף, ממנו עולה כי מצב הדברים קשה אפילו יותר:

"הנהלת החברה סיימה את עיקר בדיקותיה ביחס לנתונים עליהם מבוססים האומדנים בכל הפרויקטים בביצועה, אך הן טרם חושלמו. לאור הבדיקות האמורות, הנהלת החברה מעריכה כי קיימת סטייה באומדנים בסכום הנאמד למועד זה בכ- 445 מיליון ש"ח ...
הסטייה המוערכת, צפויה לגרום להפסד המיוחס לבעלי המניות של החברה בסכום דומה לסכום הסטייה המוערכת. הסטייה המוערכת באומדנים נובעת, ברובה המכריע, משינויים באומדני העלויות הצפויות של פרויקטים בביצועה של החברה ומקצתם בשינויים באומדני הכנסות צפויות."

דיווח מידי של החברה מיום 28 באוגוסט 2014 מצורף לבקשה זו כנספח 11.

23. סכום הסטייה וההפסד שדווחו עכשיו, כ-445 מיליון ש"ח, שווה לכחמישים פעמים הרווח לשנת 2013 (לאחר התיקון הקודם, כ-9 מיליון ש"ח). לפני התיקון הוצג כאילו לחברה הון עצמי חיובי של כ-270 מיליון ש"ח. כולו נשחק. לפי נתונים מעודכנים. לחברה גרעון של כ-252 מיליון ש"ח בהון ויתרת עודפים שלילית של כ-446 מיליון ש"ח.
24. רק כשל בסיסי, עמוק, מערכתי, יכול לגרום לתוצאה כל כך קשה – הפסד של מאות מיליוני שקלים חדשים, כאשר בפועל מדווח באופן עקבי על רווח.
25. הפסד מהסוג שתואר מחייב את החזר כל הרווחים שחולקו. מדובר בהפסד של כ-445 מיליון ש"ח. החברה חילקה רווחים בסכום כולל של כ-37 מיליון ש"ח, ולאחר החלוקה האחרונה דווח כי נותרו רווחים ראויים לחלוקה של כ-121 מיליון ש"ח (דיווח מיום 2 בדצמבר 2013, נספח 2 לבקשה זו). לפי חשבון פשוט, נתונים אלה מותירים את החברה, במועדים הרלוונטיים לחלוקה, עם גרעון עצום של כ-287 מיליון ש"ח. נתונים אלה מניבים את המסקנה הברורה מאלה – כל הרווחים חולקו בניגוד לדין.
26. תחת מצב זה, החברה וחברי הדירקטוריון החלו במאמץ לייחס את הסטייה לשבעה רבעונים, החל מהרבעון האחרון של שנת 2012 ועד הרבעון השני של שנת 2014. לפי הדיווח מיום 28 באוגוסט 2014, לאותו רבעון יוחסה סטייה של 53 מיליון ש"ח, לרבעון הראשון של שנת 2013 – 29 מיליון ש"ח, לרבעון השני לא יוחסה סטייה, לרבעון השלישי – 38 מיליון ש"ח, לרבעון הרביעי – 117 מיליון ש"ח, לרבעון הראשון של שנת 2014 – 76 מיליון ש"ח, ולרבעון השני של 2014 יוחסה סטייה עצומה של כ-132 מיליון ש"ח (נספח 11 לבקשה זו). הדיווח על הסטיות פורסם עוד לפני פרסום הדוח לרבעון השני של שנת 2014, אך הסטיות שייחסו לרבעון השני כבר נכללו בו.
27. ניסיון מאולץ זה חסר שחר על פניו. המניע העומד מאחוריו ברור – לצמצם את האחריות של קבוצת דורי ושל חברי הדירקטוריון להחזר הרווחים ודמי השירותים.
28. ביום 1 בספטמבר 2014 פורסם דיווח מידי נוסף. בדיווח זה החברה העמידה את הסטייה באומדנים על סכום של כ-441 מיליון ש"ח, וציינה כי השינויים באמדן נבעו, בין היתר, ממספר גורמים – הימשכות לוחות זמנים בפרייקטים, כשלים הנדסיים, קשיים תזרימיים, הצבת יעדי חסכון שלא יושמו, חולשות בניהול הבקרה התקציבית ותחלופת כח אדם. גם בדיווח זה החברה הקפידה להציב את הרבעון האחרון של שנת 2012 כתקופת הדיווח המוקדמת ביותר שיש לייחס לה חלק מהסטייה.
- דיווח מידי של החברה מיום 1 בספטמבר 2014 מצורף לבקשה זו כנספח 12.
29. בדיווח זה החברה מסרה כי על בסיס הנתונים שהתבררו לה, נמצא כי היא איננה עומדת במבחן הרווח, בנוגע לשלוש חלוקות רווחים, בתודשים יוני עד דצמבר 2013, בסכום כולל של 5,736,000 ש"ח. על כן, החברה חוסיפה ודיווחה, קבוצת דורי בוחנת החזר דיבידנדים ששולמו לה על ידי החברה.
30. ביום 1 בספטמבר 2014 הוגשה בקשת האישור בתני"ג 2256-09-14, על ידי מר יחזקאל דוד ומר אלי דוד. בית המשפט הנכבד התבקש להטיל על קבוצת דורי, חברי הדירקטוריון וגורמים נוספים אחריות בגין חלוקת רווחים בשנים 2010-2013. בהמשך לכך התבקש תיקון בקשת האישור, בין היתר לצורך הוספת עילת תביעה של חשבת דמי השירותים ששולמו על ידי החברה לקבוצת דורי.
31. ביום 10 בספטמבר 2014 קבוצת דורי הודיעה כי בלי שיש בכך הודאה בכל טענה או וויתור על כל זכות, היא תשיב לחברה, באופן מידי, את הרווחים שהיא קיבלה בגין השנים 2012 ו-2013, בצירוף ריבית מקורות המימון של דורי בניה, בסכום כולל של כ-12 מיליון ש"ח. גם החברה מסרה על כך דיווח.
- דיווחים מידיים של קבוצת דורי ושל החברה מיום 10 בספטמבר 2014 מצורפים לבקשה זו כנספח 13.

32. ביום 24 בנובמבר 2014 החברה מסרה דיווח מיידי נוסף על מהלך העניינים. בשולי הדיווח נמסר כי "בנוסף, כפי שנמסר לחברה, בהתייחס להסכם למתן שירותים שבין קבוצת דורי לבין החברה, אשר תוקפו הסתיים בחודש פברואר 2013, ונוכח ההצגה מחדש של דוחותיה הכספיים של החברה לתקופות קודמות, דירקטוריון קבוצת דורי אישר ביום 24 בנובמבר 2014 להשיב לחברה סכום של כ-1.8 מיליון ש"ח בגין דמי שירותים אשר שולמו על-ידי החברה לקבוצת דורי בהתאם להסכם הניהול האמור".

דיווח מיידי של החברה מיום 24 בנובמבר 2014 מצורף לבקשה זו כנספח 14.

33. כאמור, כשהוגשה בקשת האישור הראשונה, החברה וקבוצת דורי דחו את הטענות שביסוד הבקשה. והנה, קבוצת דורי החליטה להשיב לחברה סכום של כ-12 מיליון ש"ח בגין רווחים שחולקו שלא כדין. כמו כן, רק לאחר שהועלו טענות בענין השבת דמי השירותים, קבוצת דורי הואילה בטובה להתייחס לענין והודיעה שתשיב לחברה סכום של כ-1.8 מיליון ש"ח בגין דמי שירותים. עולה מהדיווחים כי חליכים אלה כבר חניבו לחברה תועלת בהיקף של 13.8 מיליון ש"ח.

חלק רביעי – דוח הבדק החיצוני מגלה ממצאים חמורים אודות התנהלות החברה משך זמן רב

34. לפי דיווחי החברה, היא מינתה מפקח חיצוני שאמור היה להגיש את ממצאיו עד יום 20 באוגוסט 2014 (נספח 9 לבקשה זו). אפילו בשלב זה החברה לא דיווחה אמת. רק ביום 22 בספטמבר 2014 נחתם ההסכם בין הבדק החיצוני, רו"ת מיכאל ארז, ובין החברה. הבדק הוציא את דוח הבדיקה בחלוף זמן רב, ביום 11 במרץ 2015, והוא פורסם על ידי החברה למחרת. מהמבוא לדוח הבדיקה עולה כי הבדק התמנה כדי "לבצע בדיקה של הסטייה המהותית בין אומדני העלויות וההכנסות הצפויות של פרויקטים שונים של החברה (משנת 2012 ועד למועד הדיווח על ההצגה מחדש שנעשתה לאחרונה בשנת 2014)". המצב ברור. החברה וחברי הדירקטוריון מתעקשים להסתיר את המועד האמיתי בו החלו הסטיות, ובהתאם לכך הוגזרה המשימה של הבדק החיצוני.

דוח הבדק החיצוני מיום 11 במרץ 2015 מצורף לבקשה זו כנספח 15.

35. הבדק מצא ליקויים נמשכים וכשלים יסודיים ביותר בכל המרכיבים המהותיים שקשורים בבקרה ובדיווח הכספי של החברה. מדובר בכשלים מובנים ובשיטות פסולות שהיוו חלק ממהלך העסקים הרגיל של החברה. אלה חלק מהממצאים הקשים שמצא הבדק:

- 35.1 בחברה הונהג נוהל לפיו כאשר פרויקט הגיע לשיעור ביצוע של 90% ואף פחות מכך, הבקרה התקציבית ביחס אליו הופסקה. לדברי הבדק, דווקא בשלבים אלה עשויות לצוץ עלויות מהותיות שלא נלקחו בחשבון ומשפיעות על הרווחיות הגולמית. היעדר הבקרה התקציבית פוגע ביכולת לכלול עלויות שנוצרות בפרויקט. לדברי הבדק, "נושא זה הועלה אף במכתבי סיכום הביקורת לשנת 2012-2013".
- 35.2 בחלק מדוחות הבקרה התקציבית נערכו תיקונים והתאמות לדוחות מנהלי הפרויקטים, ללא תאום מתועד איתם.
- 35.3 לא הוקטן רווח צפוי במועד שבו לכאורה ניתן היה לברר כי דווח בעבר על רווח עודף, בניגוד לכללי חשבונאות מקובלים.
- 35.4 עלויות צפויות נפרסו על פני תקופה ארוכה מדי במקום לבצע עדכון מיידי.
- 35.5 עלויות הוקטנו תחת "יעדי חסכון", ללא תיאום מתועד עם מנהלי הפרויקטים.

- 35.6 בוטלו או הוקטנו עלויות צפויות והפרשות לבדק.
- 35.7 החברה הכירה בהכנסות גם במקרים שבהם המשא ומתן עם מזמין העבודה היה בשלב מקדמי, ולא היה בסיס סביר לצפות את ההכנסות. באחד המקרים הוכרו הכנסות בניגוד להערכת מנהל הפרויקט.
- 35.8 בשלבים מוקדים נרשמו הכנסות בגין מענקים עתידיים, למרות אי-וודאות בנוגע לזכאות למענקים.
- 35.9 לא נלקחה בחשבון הגדלת הוצאות תקורה בשל הארכת משך זמן הביצוע.
- 35.10 לא נלקחו בחשבון קנסות צפויים בגין איחור בביצוע.
- 35.11 החברה נכנסה לפרויקטים מפסידים במודע ובניגוד להמלצות מחלקת תקציב.
36. ממצאים קשים נוספים עולים מבדיקות מדגמיות ובירורים שערך צוות הבודק החיצוני ביחס לאגף הכספים (נספח 15 לבקשה זו, עמוד 23). לא נבדקו הכנסות בפועל מול התקציב ומול החשבונות שהוגשו למזמין העבודה. לא נעשתה בדיקה מקיפה ביחס לסכום ההכנסות הצפוי בפרויקט. רישום ההוצאות התבצע שלא באופן שלם ומדויק. לא בוצעו בדיקות הוצאות בפועל אל מול התקציב. לא נבחנו הפרשות בגין תביעות, קנסות ובדק. מערך הכספים בחברה התייחס לאומדנים כנתונים סופיים המהווים אסמכתאות מספקות. האומדנים לא נבדקו כנדרש.
37. הבודק עומד על טיפול לקוי וכושל בתהליכי הבקרה. בדרך כלל לא נערכה ישיבת בקרה תקציבית מעמיקה ושוטפת אחת לחודש, כנדרש. במקרים רבים הבקרה התקציבית לא נתנה ביטוי עדכני לתוצאות הפרויקטים, ואף לא להערכות ולאומדנים שניתנו על ידי מנהלי הפרויקטים. לא קוימו מספר פעולות בקרה, כנדרש, לרבות ביקורים באתרי הפרויקטים בהיקף מספק. לא נמצאו פרוטוקולים הכוללים תיעוד של פעולות הנדרשות במסגרת בקרה תקציבית רבעונית מקדמית. ישיבות הבקרה התקציבית הרבעוניות קוצרו, באופן שלא אפשר את הגברת הבקרה, בשלב שבו כבר הוחלט להגביר את הבקרה.
38. מדוח הבודק עולה המסקנה כי הנהלת החברה, שפועלת תחת פיקוח הדירקטוריון, פעלה בכל דרך אפשרית כדי להגדיל את ההכנסות הרשומות ולהפחית את העלויות הרשומות, בלי קשר עם ביצועי החברה בפועל.
39. כך יצא כי חברה, שדיווחה רבעון אחר רבעון ושנה אחר שנה על פעילות רווחית, תוך שהיא מחלקת חלק מהותי מהרווחים (הכוזבים) מדי רבעון, ומשלמת דמי שירותים, על בסיס הרווחים המדווחים, לאמיתו של דבר נמצאת עמוק בתוך חדלות פרעון ובחפסד.
40. במשך השנים בהן העניינים התנהלו כך החברה חילקה רווחים לבעלי מניותיה, בסכום של כ-37 מיליון ש"ח, בהתבסס על מצב דברים שלא היה קשר בינו ובין המציאות. כמו כן, החברה שילמה לקבוצת דורי סכום של כ-14.5 מיליון ש"ח, על בסיס רווחיות שלא הייתה ולא נבראה. עם גילוי האמת, מתחייבת השבת סכומים אלה.

חלק חמישי - חלוקת הדיבידנד בשנים 2010-2013 אינו עומדות במבחן יכולת הפרעון ובמבחן הרווח

41. סעיף 301 לחוק החברות קובע כך:

"(א) חברה רשאית לבצע חלוקה לפי הוראות פרק זה בלבד; ...

(ב) חלוקה בניגוד להוראות פרק זה היא חלוקה אסורה."

42. סעיף 302 לחוק החברות קובע כך:

"(א) חברה רשאית לבצע חלוקה מתוך רווחיה (להלן - מבחן הרווח), ובלבד שלא קיים חשש סביר שהחלוקה תמנע מן החברה את היכולת לעמוד בחביותיה הקיימות והצפויות, בהגיע מועד קיומן (להלן - מבחן יכולת הפרעון).

(ב) בסעיף זה -

'רווחים', לענין מבחן הרווח - יתרת עודפים או עודפים שנצברו בשנתיים האחרונות, לפי הגבוה מבין השניים, והכל על פי הדוחות הכספיים המותאמים האחרונים, המבוקרים או הסקורים, שערכה החברה, תוך הפחתת חלקות קודמות אם לא הופחתו כבר מן העודפים, ובלבד שהמועד שלגביו נערכו הדוחות אינו מוקדם ביותר משישה חודשים ממועד החלוקה; ...

'עודפים' - סכומים הכלולים בהון העצמי של חברה ושקורם ברווח הנקי שלה כפי שנקבע לפי כללי חשבונאות מקובלים, וכן סכומים אחרים הכלולים בהון העצמי לפי כללי חשבונאות מקובלים ושאינם הון מניות או פרמיה, שהשר קבע שיראו אותם כעודפים."

43. הנה, ניתן לבצע חלוקה, ובכלל זה חלוקת דיבידנד לבעלי המניות, רק אם החלוקה עומדת במבחן יכולת הפרעון ובמבחן הרווח. חלוקה שאיננה עומדת במבחנים אלה היא חלוקה אסורה.

44. על גישת החוק בנוגע למבחן יכולת הפרעון, כפי שבאה לידי ביטוי בהצעת חוק החברות, נאמר כי "עמדת הצעת-החוק, כי חלוקה אשר תוצאתה הצפויה היא, כי החברה תיקלע לסחרור פיננסי ותיעשה חדלת-פרעון, אסורה היא. עמדה זו מובנת כמעט מאליה, שכן אם גורמת החלוקה לכך שלא יהיה ביכולתה של החברה לפרוע את כל התחייבויותיה כלפי נושיה, הפרנו את כללי המשחק הבסיסיים. כללי המשחק התאגידי קובעים, כי נושי החברה נפרעים במלואם בטרם יזכו בעלי-המניות להחזר כלשהו של השקעתם החזונית. חלוקה לבעלי-המניות, לפני פרעון מלא חובות הנושים, המדללת את נכסי החברה למצב בו אין הם עוד מספיקים לפרעון מלא לנושים, הופכת למעשה את כללי המשחק התאגידי על-פניהם. חלוקה כזו למעשה מקדימה את בעלי-המניות בסדר העדיפויות התאגידי. לפיכך, אוסרת הצעת-החוק, בצדק, חלוקה כאמור" - דוד האן "חלוקה לבעלי מניות ושמירת ההון" **שערי משפט** א(3), תשנ"ח 313, 317.

45. עוד נאמר כי "מטרתו העקרונית של מבחן יכולת הפרעון היא ברורה: גם כאשר עולה שווי נכסי החברה על 'שווי הרצפה' המוגדר לעיל, עדיין עלולה החברה להיתקל בקשיים בניסיון לעמוד בפירעון התחייבויותיה, כתוצאה מקשיי נזילות. לכן, נדרשת החברה להתמודד מראש, עם השפעתה הצפויה של החלוקה לבעלי המניות על יכולתה לעמוד בפירעון חובותיה. על החברה להימנע מחלוקה, כאשר זו מסכנת את יכולת הפירעון שלה... מבחן יכולת הפרעון הינו המבחן המחמיר מכולם, מאחר שזה אינו מוגבל בזמן או באופי הנכסים. מבחן יכולת הפרעון מחייב את קברניטי החברה להיכנס לפעולות הערכה (valuation) מורכבות, ולהעריך, הן את שווי התחייבויותיה הצפויות של החברה והן את שווי נכסיה, מכאן ועד עולם. רק כאשר לאחר מבחני הערכה אלה, מסתבר שדי בנכסי החברה על מנת לכסות את שווי התחייבויות, בהגיע מועד פירעון, מותר לבצע את החלוקה לבעלי המניות" - אירית חביב סגל דיני חברות כרך ב', 97 (2004).

46. עוד לענין מבחן יכולת הפרעון, ראו הנחיית רשות ניירות ערך מיום 6 באוגוסט 2009, בענין "גילוי בעת החלטה על חלוקת דיבידנד"; וכן תיק פר"ק (מחוזי מרכז) 28130-02-13 אופטיקס בע"מ נ' רשות המסים (פורסם בנבו, 21.3.2013); תיק פר"ק (מחוזי מרכז) 29889-03-10 איטונג תעשיות בע"מ נ' משרד המשפטים, פסקה 4 (פורסם בנבו, 29.6.10), ת"א (מחוזי מרכז) 10446-03-09 ואלור מערכות ממוחשבות בע"מ נ' רשם החברות, פסקה 4 (פורסם בנבו, 12.5.09); ת"א (מחוזי מרכז) 3488-06-08 מעיינות עדן בע"מ נ' רשם החברות (פורסם בנבו, 24.7.2008); וכן יוסף גרוס חוק החברות החדש מהדורה רביעית, 511 (2007).

הנחיית רשות ניירות ערך מיום 6 באוגוסט 2009 בענין "גילוי בעת החלטה על חלוקת דיבידנד" מצורפת לבקשה זו כנספח 16.

47. חלוקות הרווחים בשנים 2010-2013 לא עמדו במבחן יכולת הפרעון. משתתגלתה התמונה האמיתית, ברור כי החברה לא יכולה לעמוד בהתחייבויותיה, וכך היה במועדי החלוקות. את החשש הסביר כי החברה לא תעמוד בהתחייבויותיה צריך לבחון לפי המצב האמיתי בו הייתה החברה נתונה בזמן החלוקות. חברי הדירקטוריון לא יוכלו לטעון כי לא היה קיים חשש סביר כזה. הסיבה לכך ברורה - חברי הדירקטוריון התעלמו מחשש כאמור, רק בשל כשל כולל שנפל בבקרה הכספית, אשר הם נושאים באחריות לו. חברי הדירקטוריון המשיכו ואישרו חלוקות רווחים, אפילו כשכבר היה ידוע להם על כשל מהותי במערכת הבקרה התקציבית.

48. חלוקת הדיבידנד גם גרמה להפרת ההתניות הפיננסיות להן התחייבה החברה. לצורך קבלת אשראי מתאגידים בנקאיים, החברה התחייבה לעמוד באמות מידה פיננסיות - יחס הון של 10% עד 18% מהמאזן, והון עצמי של 100 מיליון ש"ח לפחות. דרישות אלה היו רלוונטיות גם לשנים 2010 ו-2011. בנוסף, החברה נטלה על עצמה התחייבויות מסוג זה באגרות חוב שהונפקו מאוחר יותר. כמו כן החברה התחייבה כלפי מתזיקי אגרות החוב לא לחלק רווחים בהיקף העולה על 50% מיתרת הרווחים הראויים לחלוקה.

חלקים מדוחות החברה לשנים 2010 ו-2011 המתארים את אמות המידה הפיננסיות מצורפים לבקשה זו כנספח 17.

49. נוכח סכום הסטיות וההפסד שהוכר בינו, החברה דיווחה כי היא איננה עומדת בהתניות הפיננסיות. המבקש יטען כי אלה היו פני הדברים גם ביחס לעבר, החל משנת 2010. ייחוס הסטיות וההפסד לתקופות מאוחרות נועד למנוע מהמצב האמיתי לצאת לאור, ולהציג כאילו חלוקות הרווחים הקודמות לא הפרו את אמות המידה הפיננסיות. להמחשה, ההון העצמי של החברה ליום 3 בדצמבר 2010 עמד על כ-149 מיליון ש"ח בלבד. על כן, די בייחוס 49 מיליון ש"ח - 11% מסכום הסטיה בלבד - לשנת 2010, כדי להגיע למסקנה שאסור היה לחלק רווחים בשנת 2011, ולחייב את דורי קבוצה ואת חברי הדירקטוריון בהשבתם. ייחוס הסטיות לתקופות מאוחרות באופן מלאכותי נועד לשחרר את קבוצת דורי ואת חברי הדירקטוריון מאחריות.

מאזן של החברה מהדוחות הכספיים לשנת 2010 מצורף לבקשה זו כנספח 18.

50. חברי הדירקטוריון נושאים באחריות לתקניות הדיווח הכספי והגילוי של החברה, לתקינות הפעילות של הנהלת החברה ולצמצום האפשרות לטעויות בפעילותה. מעבר לכך, חברי הדירקטוריון נושאים באחריות להצגתה שלהם, שניתנה פעם אחר פעם, כי הבקרה על הדיווח הכספי היא אפקטיבית. זו הייתה הצהרת שווא. חברי הדירקטוריון, אשר נתנו לציבור בעלי המניות מצג שווא בדבר בקרה אפקטיבית, אינם רשאים לטעון כי לא היה קיים חשש סביר בדבר אי-עמידה בהתחייבויות, כאשר חשש כזה לא הועלה בשל הבקרה הכושלת, לה הם אחראיים.

51. בנוסף, במועדי חלוקת הרווחים הדירקטוריון הצהיר כי "לא קיים חשש סביר שחלוקת הדיבידנד תמנע מהחברה מלקיים את התחייבויותיה בהגיע מועד קיומן"; "אין בחלוקת הדיבידנד כדי לגרוע מכונן הפירעון של החברה"; וכי "לאחר שבחן דירקטוריון החברה את מצבה הכספי של החברה, את תוצאות פעילותה, את מצב נזילותה, את התחייבויותיה הקיימות והצפויות ואת תזרים המזומנים החזוי כאמור לעיל, קבע הדירקטוריון, כי חלוקת הדיבידנד לא צפויה להשפיע לרעה על פעילות החברה, וכי לרשות החברה עומדים מקורות מספיקים, הן עצמאיים והן חיצוניים, ולא צפויה השפעה מהותית לרעה לחלוקת הדיבידנד על פעילותה של החברה" (נספח 2 לבקשה זו). הצהרות אלה לא היו נכונות. אם דירקטוריון החברה היה מבצע את הבדיקות הנדרשות – לרבות ווידוא כי קיימת בקרה אפקטיבית על הדיווח הכספי והגילוי, הוא לא היה מגיע למסקנות כאלה. מעבר לכך, ביחס לעניינים אלה חברי הדירקטוריון אינם נהנים מההגנה שחלה על מידע הצופה פני עתיד – ראו הנחיית רשות ניירות ערך, "גילוי בעת החלטה על חלוקת דיבידנד" (נספח 16 לבקשה זו).

52. כפי שהראינו, החברה איננה עומדת בהתחייבויותיה. היא דיווחה על הפרת ההתחייבויות מול גורמים מממנים, על אי-עמידה בתנאי אגרות החוב, ובעלי השליטה בה נדרשו להזרים כספים בהיקף של כ-415 מיליון ש"ח אשר היא לא תוכל להשיב במועד. כאשר לוקחים בחשבון את המצב האמיתי של החברה, שכולל הפסד של כ-441 מיליון ש"ח לעומת הרווח שדווח, אין שום ספק כי החברה לא יכולה לעמוד בהתחייבויותיה. נוכח נסיבות המקרה, סכום העתק של החפסד, והעובדה כי נמצאה חולשה מהותית בבקרה הפנימית על הדיווח הכספי, ברור כי מצב זה היה נכון גם במועדי החלוקה שבגינם מוגשת תביעה זו. על כן חלוקת אלה לא עמדו במבחן יכולת הפרעון.

53. המבקשים יוסיפו ויטענו כי במצב הדברים שנוצר, על המשיבים רובץ הנטל להראות כי החברה היתה בת פרעון בזמן חלוקת הרווחים, החל משנת 2010, וכי החל ממועד זה לא היה חשש סביר בדבר היעדר יכולת לעמוד בהתחייבויות. ברע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, 292 (2001) (להלן: ענין רייכרט), נקבע כי "... המידע מצוי בידי המשיבים – בעל השליטה ורואי-החשבון של החברה – הקשורים קשר אמיץ לניהול החברה, עריכת ספרות, פיקוח על הנעשה בה וכיו"ב. לפיכך לכאורה כל האירועים כפי שיפורטו מעבירים את הנטל – על-פי ניסיון החיים והשכל הישר – אל המשיבים להראות שפעלו כנדרש ועשו כל שניתן למניעת ההתרחשויות בחברה או שאין קשר סיבתי בין מעשיהם ומחדליהם לבין הנוק".

54. ועוד, כאילו הדברים נלקחו ממש לענייננו, נקבע בענין רייכרט כי יגם אם אין הנטל עובר, אין כל קושי לקבוע כי התובע עמד בנטל המוטל עליו להוכיח באופן לכאורי, במידת ההוכחה הנדרשת בשלב זה, קיומן של עילות תביעה כנגד המשיבים. המסכת העובדתית שפרס התובע בפני בית-המשפט די בה כדי להקים את עילות התביעה והיא נתמכת בחלקה הגדול בראיות לכאוריות להוכחתן של עילות התביעה. במה דברים אמורים: **בפער הכלכלי שבין מצבה הכספי האיתן של החברה כפי שהשתקף בדוחותיה הכספיים לפני הגשת בקשת הפירוק לבין הגירעון העצום שעליו מצביעה החברה בבקשת הפירוק** ...; בחזרתו בו של רואה-החשבון של החברה מחוות-דעתו אשר צורפה לדוחות הכספיים של החברה; בתצהירו של מנכ"ל החברה שבו מתייחס הוא לקיומם של פגמים ושיבושים בדוחות הכספיים לשנת 1994; ... בהודעות לבורסה על החשדות לאי-סדרים במערכת הכספים של החברה; ... **בהודעה לרשות לניירות ערך ובה הערכת החברה ולפיה קיים פער בין מצבה הכספי של החברה כפי שהוא מצטייר מהדוחות הכספיים לבין מצבה האמיתי ... כל אלו, בהצטרפם זה לזה לצד התמוטטות החברה שבאה בעקבותיהם, יוצרים תמונה קשה ועגומה של ניהול בלתי תקין הנוגע לכאורה באי-חוקיות אשר די בו כדי להקים עילות תביעה כנגד כל מי שהיה לו יד ורגל בחברה באותה תקופה, ובכלל זאת המשיבים** (שם, בעמודים 292-293).

55. חלוקות הדיבידנד בשנים 2010-2013 גם אינן עומדות במבחן הרווח. היקף הסטית העצום – כ-441 מיליון ש"ח, מותיר את האפשרות שהחברה עמדה במבחן הרווח כספקולציה רחוקה מאד, אשר המשיבים ייכשלו בניסיון להוכיח אותה.

56. לפי סעיף 302 לחוק החברות, ניתן לחלק רווח רק על יסוד "יתרת עודפים או עודפים שנצברו בשנתיים האחרונות". לענייננו, יתרת הרווח אותה הציגה החברה במועדי החלוקה הראשונה עמדה על כ-44 מיליון ש"ח בלבד (נספח 2 לבקשה זו). לאחר מכן יתרת הרווח המדווחת הלכה וגדלה, על בסיס נתונים לא נכונים, עד שבחלוקה האחרונה היא עמדה על כ-121 מיליון ש"ח. כאשר מפחיתים מיתרת הרווח את הסטיות, בהיקף של כ-441 מיליון ש"ח, מתקבלת יתרת עודפים שלילית בסכום עצום. ואכן, בדוחות הכספיים לשנת 2014, אשר מורסמו סמוך לפני הגשת בקשת האישור המאוחדת והמתוקנת, החברה מדווחת על יתרת הפסד של כ-446 מיליון ש"ח.

57. אלה גם פני הדברים ביחס לעודפים שנצברו בשנתיים שקדמו לחלוקות הרווחים. הרווח הנקי המיוחס לבעלי המניות עליו דווח עמד בשנת 2008 על כ-19 מיליון ש"ח, בשנת 2009 – כ-25 מיליון ש"ח, בשנת 2010 – כ-31 מיליון ש"ח, בשנת 2011 – כ-30 מיליון ש"ח. הרווח הנקי כאמור, עליו דווח בשנת 2012 עמד על כ-32 מיליון ש"ח, ולאחר תיקון הדוחות הוא כבר הועמד על הפסד של כ-1 מיליון ש"ח כשרישום ההפסד בשנה זו יוחס כולו לרבעון הרביעי. הרווח הנקי כאמור עליו דווח בשנת 2013 עמד על כ-5 מיליון ש"ח, ולאחר התיקון הוא הועמד על הפסד של כ-132 מיליון ש"ח. החברה וקבוצת דורי כבר הודיעו כי חלוקות הרווחים שבוצעו בימים 17 ביוני, 16 בספטמבר ו-17 בדצמבר 2013 לא עמדו במבחן הרווח (נספח 12 לבקשה זו). המבקש יטען כי גם בחלוקות המוקדמות יותר החברה לא עמדה במבחן הרווח. אין לקבל את הנסיון המלאכותי של החברה לייחס את הסטית לתקופה מאוחרת. מחלף פסול זה נועד להגן על קבוצת דורי ועל חברי הדירקטוריון מפני אחריות להשבת הרווחים.

חלקים מהדוחות הכספיים של החברה המתעדים את הרווח הנקי בשנים 2008-2012 מצורפים לבקשה זו כנספח 19.

58. על כן, מתחייבת המסקנה כי חלוקות הרווחים בשנים 2010-2013 לא עמדו במבחן יכולת הפרעון, וגם לא במבחן הרווח. אלו היו חלוקות אסורות.

חלק שישי - על דורי בניה להשיב כספים שתא קיבלה בגין שירותים

59. כאמור, החברה שילמה לקבוצת דורי סכום של 367 אלפי ש"ח לחודש, בשנים 2010-2013. בסך הכל שולם סכום של כ-14.5 מיליון ש"ח כדמי שירותים.

60. בתסכם השירותים נקבע כי אם יתברר על-פי דוח כספי מאוחד כלשהו של החברה, שהרווח התפעולי של החברה בגין ארבעת הרבעונים החולפים עומד על סכום של 15 מיליון ש"ח או פחות מכך, ממועד פרסום הדוח יוקפא תשלום דמי הניהול. דמי הניהול שתשלומם יוקפא ישולמו אם יתברר מאוחר יותר כי הרווח התיפעולי של החברה בגין ארבעת הרבעונים החולפים עולה על 15 מיליון ש"ח. הסכם השירותים נעשה לחמש שנים, החל מיום 1 ביולי 2009 (נספח 3 לבקשה זו). הוא הסתיים בחודש פברואר 2013, לאחר שהחברה לא דאגה לקבל את האישורים הנדרשים לצורך הארכתו, לפי חוק החברות (תיקון מס' 16), תשע"א-2011.

61. משהתברר כי הדוחות הכספיים של החברה לא היו נכונים, הייתה לכך השלכה מיידית גם על דמי הניהול ששולמו לקבוצת דורי. דמי הניהול שולמו על בסיס נתונים לא נכונים. על כן קבוצת דורי חייבת להשיבם.

62. טענות המבקש, בנוגע להעברת נטל הראיה אל המשיבים, לרבות בנוגע לתקופות אליהן יוחסו ההפסדים, כפי שהוצגו בנוגע להשבת חלוקת רווחים, יפות גם ביחס להשבת דמי השירותים.

63. בדומה לחלוקת רווחים, גם בהתייחס לדמי תניהול, החברה פעלה בהתאם לנתונים כספיים לא נכונים, והדבר גרם לכך שהיא שילמה לקבוצת דורי סכומים מהותיים ביתר. קבוצת דורי הודיעה כי היא תשיב לחברה סכום של כ-1.8 מיליון ש"ח בגין דמי שירותים. אין להסתפק בכך. החברה וחברי הדיקטוריון עושים כל אשר לא ידם, על מנת לייחס את ההפסדים לתקופות מאוחרות, מתוך מטרה לצמצם את הסכומים שיושבו לחברה על ידי קבוצת דורי.

64. על כן, על קבוצת דורי להשיב את דמי השירותים ששולמו לה בשנים 2010-2013, בסכום כולל של 14,543,000 ש"ח.

חלק שביעי - תקופת ההחזר - השנים 2010-2013

65. בשנת 2014 קרסה שיטת הדיווח הכוזב. בשלב זה, במקום לעסוק בבירור אמיתי של הפרשה החמורה, החברה וחברי הדיקטוריון פתחו במסע שנועד לצמצם את האחריות של קבוצת דורי ושל חברי הדיקטוריון. הדבר נעשה על ידי ייחוס הסטייה לתקופות מאוחרות מאלו שבהן הן התרחשו באמת. בדיווח מיום 28 באוגוסט 2014 החברה הציגה את סכומי ההפסד שהיא מתיימרת לייחס לכל רבעון, החל מהרבעון האחרון לשנת 2012 (נספח 11 לבקשה זו). בדיווח מיידי מיום 1 בספטמבר 2014 החברה דבקה בגישה כאילו הסטיות החלו ברבעון הרביעי של שנת 2012, ולא לפני כן (נספח 12 לבקשה זו). לא רק שתקופת ייחוס הסטיות אינה תואמת את תקופת הפרוייקטים, אלא שגם במסגרת התקופה המצומצמת, החברה וחברי הדיקטוריון מנסים להטות את הסטיות אל עבר הרבעונים המאוחרים. אין לקבל זאת.

66. זהו ניסיון חיזור וכושל לייחס את הסטייה לתקופה מאוחרת. בהיבט זה (וגם באחרים), עניינו דומה לענין **רייכרט**. באותו מקרה חברה נקלעה לחדלות פרעון, זמן לא רב לאחר שהיא הנפיקה ניירות ערך לציבור על פי תשקיף שהציג תמונה אופטימית. חברי הדיקטוריון ורואי החשבון טענו כי המצב בזמן התשקיף היה כפי שתואר בו. בית המשפט העליון קבע כי "הטענה שלפיה כל האירועים המתוארים מתייחסים רק לשנת 1994 ואין להסיק מכך דבר לגבי שנת 1993 שבה פורסם התשקיף, אינה בעלת משקל בשלב זה. ראשית, די בפרטים שפורטו ובראיות לאישושם כדי להביא למסקנה לכאורית שקיימת אפשרות סבירה לכך שאי-הסדרים היו קיימים לא רק בשנת 1994. בחלק מן ההודעות לרשות לניירות ערך אין התייחסות לשנת 1994 בלבד. שנית, ואף חשוב יותר, במצב דברים שבו מתקיימים בירורים, בדיקות וחקירות, שטרם הגיעו לכדי מיצוי, **די בעוצמת האירועים שלמינו ובהיקפם כדי להצביע על אפשרות סבירה לכך שהדברים החלו עוד בתקופה שקדמה לשנת 1994, בבחינת סוף דבר מעיד על תחילתו.** הנושא לאשורו יתברר במהלך המשפט" (בעמוד 293).

67. מדובר בחברה קבלנית, שלאורך השנים הראתה תוצאות יציבות למדי. לא דווח על שום ארוע חיצוני או פנימי, שטילטל את החברה ושינה את תוצאותיה מהקצה אל הקצה. והנה, לפי השיטה המופרכת של המשיבים, החברה חווה טלטלות כל העת. לדוגמה, ברבעון השני של שנת 2013 החברה ריווחית, וברבעון המקביל בשנת 2014 החברה מפסידה כ-169 מיליון ש"ח. הדבר אינו סביר.

68. מדוח הבודק החיצוני עולה כי הוא מונה כדי לבדוק את הסטייה המהותית "משנת 2012 ועד למועד הדיווח על ההצגה מחדש". למרבה הצער, החברה תחמה מראש את ממצאי הבודק, מתוך כוונה להגן על קבוצת דורי ועל חברי הדיקטוריון מפני אחריות ביחס לשנים 2010 ו-2011.

69. המבקש יטען כי על המשיבים רובץ הנטל להוכיח את הייחוס של הסטייה לתקופות המאוחרות. כל עוד לא יוכח על ידם ייחוס זה, תעמוד בעינה המסקנה כי הרווחים חולקו שלא כדין, ואותה מסקנה תעמוד ביחס לדמי השירותים ששולמו.

70. מעבר לצורך, ועל אף שהנטל להוכיח את הייחוס התמוה רובץ על המשיבים, מעיון בדוח הבדוק עולה כי הסטיות ארעו בתקופות מוקדמות בהרבה מהרבעון האחרון של שנת 2012. הבדק עומד על שורה ארוכה של כשלים שנפלו בפרוייקטים, החל ממועד תחילת ביצוע הפרוייקט. הבדק איננו עומד על נקודות זמן ספציפית בה נפלו פתאום כל הכשלים, שהנחיתו על החברה הפסד של כ-441 מיליון ש"ח. הוא סוקר מספר רב של תופעות שמרכיבות יחד את התוצאות הכספיות של הפרוייקטים ועומד על כך שנפלו בכל ההתנהלות ליקויים נמשכים.

71. חלק מהותי מהפרוייקטים בהם נוצעו תיקונים מהותיים החלו בשנים 2009-2011, זמן רב לפני הרבעון האחרון של שנת 2012. הבדק עומד על כך שהבעיות והכשלים נפלו בכל שלבי הפרוייקט, ואף לפני תחילת הביצוע. מכאן עולה כי כבר בשלב זה חלו סטיות באומדנים, שגרמו להפסד שדווח בסופו של דבר, ורובו יוחס לשנת 2014. להלן נתונים אודות הרווח המצטבר בפרוייקטים שביצעם החל עוד בשנים 2009 עד 2011, וביחס אליהם נפלו סטיות בהיקף העולה על 5 מיליון ש"ח (לכל פרוייקט). נתוני ההשוואה מוצגים בסכומים מצטברים, בהתאם לדוחות של הרבעון הראשון של שנת 2014, לפני ואחרי התיקון שלהם:

שנת 2014				
פרויקט	התחלה	רווח נכון לרבעון 1 לפני תיקון (במיליוני ש"ח)	רווח נכון לרבעון 1 לאחר תיקון (במיליוני ש"ח)	היקף הסטייה (במיליוני ש"ח)
מגורים ב'	2009	15.8	-6.3	-22.1
מגורים נ"ג	2009	-17.9	-28.3	-10.4
מגורים צ'	2009	1.2	-4.8	-6.0
מגורים מ"ח	2010	5.2	-1.1	-6.3
מגורים ל"ז	2010	-5.7	-42.9	-37.2
מגורים מ"א	2010	8.4	-5.8	-14.2
מגורים ע'	2010	-8.3	-30.5	-22.2
מגורים ל"ז	2010	22.4	-15.5	-37.9
מגורים כ"א	2011	-10.8	-27.3	-16.5
מגורים י"ח	2011	-18.2	-31.2	-13.0
		סך הכל סטייה-הפסד -		
				-185.8

חלקים מהדוחות לרבעון הראשון של שנת 2014 המתייחסים לפרוייקטים, לפני התיקון ואחרי, מצורפים לבקשה זו כנספח 20.

72. נתונים אלה, שמתייחסים רק לחלק מהפרוייקטים, מלמדים כי הרעיון, כאילו הכשל נפל רק החל מהרבעון האחרון של שנת 2012, מופרך מיסודו. סטייה שהביאה להפסד בהיקף של כ-186 מיליון ש"ח נפלה רק בפרוייקטים אלה, שביצעם החל בשנים 2009-2011, זמן רב לפני רבעון אחרון של שנת 2012. לפי ממצאי הבדק, הכשל נפל בכל שלבי הפרוייקט. מכאן עולה כי הנסיון לכפות את הסטייה רק על תקופות מאוחרות, חסר כל אחיזה במציאות.

73. מעבר לכך, דווח על סטייה והפסד נוספים של כ-90 מיליון ש"ח בפרוייקטים אלה, בין הדוח המקורי לרבעון השני של שנת 2014 ובין הדוח המתוקן לאותו רבעון, כאשר שניהם פורסמו לאחר שהכשלים והסטיית היו ידועים.

חלקים מדוחות החברה לרבעון השני של שנת 2014 המתייחסים לפרוייקטים, מצורפים לבקשה זו כנספח 21.

74. ועוד, הבודק עמד על כך שבתקופת כהונתו של מר יהודה בראון כמנהל הכללי של החברה הונהג נוהל של הפסקת הבקרה התקציבית, כאשר הפרוייקטים הגיעו לביצוע בשיעור של 90% (ולעיתים אף מוקדם מכך). לפי דיווחים שנמסרו לציבור, מר בראון כיהן כמנהל כללי החל מיום 11 בספטמבר 2011. ביום 9 בדצמבר 2012 החברה הודיעה כי מר בראון התפטר מכהונתו, וההתפטרות תיכנס לתוקף כבר למחרת היום (אך "למיטב ידיעת החברה, סיום כהונתו של המנכ"ל אינה נסיבות שיש להביאן למחזיקים בני"ע של החברה"). מכאן עולה כי ככל הנראה עוד הרבה לפני הרבעון האחרון של שנת 2012 הופסקה הבקרה בשלבי הסיום של הפרוייקטים. זהו אחד הכשלים שגרמו לסטייה ולהפסד.

דיווחים של החברה אודות מינוי מר בראון כמנהל כללי והתפטרותו מצורפים לבקשה זו כנספח 22.

75. ואכן, בדיקת הנתונים הכספיים מאשרת כי זניחת הבקרה התקציבית בפרוייקטים מתקדמים החלה בשנים שקדמו לשנת 2011. כך למשל, פרויקטים שהוצגו בשיעור השלמה של 100% נכון ליום 31 בדצמבר 2010 או אף בשנים קודמות, כלומר הוצג כי בנייתם הושלמה, צברו עלויות מהותיות לאחר שהסתיים הביצוע. אלה שתי דוגמאות שממחישות תופעה זו, ומבוססות על הדוחות של החברה:

פרוייקט	התחלה בשנת 2010	שיעור השלמה	עלויות מצטברות		רווח גולמי מצטבר	
			שנת 2010 (באלפי ש"ח)	שנת 2011 (באלפי ש"ח)	שנת 2010 (באלפי ש"ח)	שנת 2011 (באלפי ש"ח)
מגורים ג'	2006	100%	144,304	147,954	-770	-4,904
מגורים כ'	2005	100%	140,059	141,635	13,444	11,869

חלקים של דוחות החברה לשנים 2010 ו-2011 המציגים נתונים אודות הפרוייקטים מצורפים לבקשה זו כנספח 23.

76. הנה, החברה מוסיפה עלויות שמשנות באופן משמעותי ביותר את רווחי הפרוייקטים בשנת 2010, לאחר שכבר דווח על השלמת הביצוע של כל הפרוייקט. אין מדובר במקרים חריגים, אלא בתופעה שחוזרת על עצמה. פרויקטים נוספים נמצאים בשיעור השלמה של 100% בשנה מסוימת, אך צוברים עלויות נוספות בשנים עוקבות, כלומר לאחר שכבר הוצג כי בנייתם הסתיימה.

77. על פי דוח הבודק, חברי הדירקטוריון, הנהלת החברה ורואי החשבון המבקרים של החברה, קוסט פורר גבאי את קסירר ידעו על הכשלים. כך למשל, רואי החשבון התריעו על ביטול הבקרה התקציבית לפרוייקטים מתקדמים במכתב ליקויי ביקורת לדוחות הכספיים לשנים 2012 ו-2013 (עמ' 5 לדוח הבודק, נספח 15 לבקשה זו): "מצאנו כי במספר פרויקטים לקראת סיום פרויקט עלו מספר רב של חריגים אשר לא ניתן לחזות אותם ללא ביצוע בקרה תקציבית מלאה... וכמו כן מצאנו מספר מקרים בהם פרויקט דווח כפרוייקט גמור בעוד שבפועל עדיין בוצעו עבודות באתר". רואי החשבון המליצו לשנות את מדיניות החברה ולכלול את כל הפרוייקטים בבקרה התקציבית. בהתייחס לשנת 2012 הודיעו רואי החשבון כי "יש לציין כי במסגרת המלצה זו נכללה במסגרת המלצותינו במכתב אשר הוגש להנהלת החברה וחברי ועד המאון בביקורת לשנת 2012". גם מכאן עולה כי הכשל הכולל כבר תפס אחיזה במערכות החברה זמן רב לפני הרבעון האחרון של שנת 2012.

78. דוח הבדק מעלה הוכחה נוספת לכך שייחוס הסטייה וההפסדים לתקופה המאוחרת מופרך לחלוטין. החברה כללה יעדי חסכון באומדנים שלה, ובכך עיוותה את התוצאות הכספיות החזויות. הבדק קבע כי יעדי החיסכון היו לא ריאליים. ברבעון השני של שנת 2014 בוטלו יעדי חסכון שיוחסו ל-14 פרויקטים, בהיקף של כ-64 מיליון ש"ח (עמוד 17 לדוח הבדק, נספח 15 לבקשה זו). מכאן עולה כי סטייה בהיקף של 64 מיליון ש"ח המיוחסת לרבעון השני של שנת 2014, נבעה מרישום יעדי חסכון לא ריאליים בתקופות קודמות. כמובן שיש לייחס את הסטייה לאותן תקופות קודמות ולא רק לרבעון השני של שנת 2014, כפי שבוצע בפועל. ענין זה לבדו יכול להצדיק את קבלת התביעה.

79. הבדק עומד על תופעה נוספת, עליה דווח לחברי ועדת הביקורת עוד בימים 3 ו-6 במרץ 2012. בפרוייקטים מסוימים החברה הקטינה או ביטלה עלויות בלתי-צפויות מראש. לאחר מכן החברה לא בחנה האם הייתה הצדקה לכך. הבדק החיצוני מצא ביחס לפרוייקטים אלה כי בשלבים הסופיים נוצרו עלויות מהותיות נוספות שלא תוכננו ולא נצפו, ולכן לא היה נכון לבטל או להקטין את העלויות הבלתי-צפויות (עמוד 18 לדוח הבדק, נספח 15 לבקשה זו). שוב אנו נוכחים בכשלים ובעיות, במועד מוקדם בהרבה מאשר ברבעון האחרון של שנת 2012, כאשר בדיעבד הסטייה מיוחסת למועד המאוחר יותר.

80. גם בהתייחס להפרשה לבדק נפלו ליקויים, זמן רב לפני הרבעון האחרון של שנת 2012. הבדק החיצוני עומד על כך שבהתאם לפרוטוקול ועדת ביקורת ומאזן מיום 6 במרץ 2012, "החברה נוהגת להפריש לבדק 0.5% בפרוייקט של משרדים ו-1.5% בפרוייקט למגורים". הבדק החיצוני מצא כי "חרף זאת, בפרוייקטים אותם בחנו, לא איתרנו כאלו בהם יושג נוהג זה במלואו" (עמוד 19 לדוח הבדק, נספח 15 לבקשה זו). שוב עולה אותה המסקנה – הכשלים נפלו זמן רב לפני הרבעון האחרון של שנת 2012.

81. על פי דוח הבדק, עתה החברה העמידה את ההפרשה לבדק על השיעור אותו היא מציינת. כל סכום ההוצאה יוחס לרבעון השני של שנת 2014, ולא לתקופות התואמות לביצוע הפרוייקטים. כפי שהראינו, ביצוע חלק ניכר מהפרוייקטים החל בשנים 2009-2011. יש לייחס את העלויות לתקופות אלה. מעבר לכך, ברור כי בזמן אמת, החל משנת 2009, דוחות החברה לא היו נכונים, הואיל והם לא כללו הפרשות לבדק כנדרש.

82. גם הדוחות הכספיים של החברה, לפני התיקון ואחריו, מעלים שאלה נוקבת אודות מצב העניינים בתקופות קודמות. בדוחות המקוריים של שנת 2012, לפני התיקון, הוצג כי בפרוייקטים בהיקף שאינו עולה על 40 מיליון ש"ח (הפרוייקטים הקטנים), שטח הסתיימו בסוף אותה תקופה, הצטברו עלויות בהיקף של 1.620 מיליארד ש"ח. נתון זה אמור לשקף עלויות בפועל, ואיננו תוצאה של אומדן. והנה, בדוח המתוקן לשנת 2012 הוקטנו העלויות בפרוייקטים אלה, והן עומדות על 1.388 מיליארד ש"ח בלבד. היקף הקיטון עומד על כ-231 מיליון ש"ח. הבדק לא התייחס לענין זה כלל. בהליך זה יתברר איזה מהנתונים נכון (אם בכלל). אם הנתון המקורי נכון, משמעות הדבר היא כי בגין השנים 2009-2012 יש לרשום הוצאות נוספות על הסטיות שהוכרו, בהיקף של כ-231 מיליון ש"ח, והמסקנה היא בוודאי כי כל יתרת הרווחים שנרשמה בגינם נמחקה מיד.

חלקים מהדוח המקורי לשנת 2012 ונתונים מתוקנים לאותה שנה מתוך הדוח המתוקן לשנת 2013, המתייחסים לפרוייקטים, מצורפים לבקשה זו כנספח 24.

83. לבסוף, גם הדוחות המתוקנים, שאמורים לשקף את מצב הדברים הנכון והאמיתי, לוקים בטעויות בסיסיות. בדוחות המתוקנים של שנת 2012, בהתייחס לפרוייקטים בחיקף של עד 40 מיליון ש"ח (הפרוייקטים הקטנים), אמדן ההכנסות עומד על 1.405 מיליארד ש"ח, בעוד שההכנסות המצטברות עומדות על 1.547 מיליארד ש"ח. נתונים אלה בהכרח לא נכונים. רק במקרה קיצוני ונדיר, שבו כל הפרוייקטים מצויים בשיעור השלמה של 100%, ההכנסה המצטברת מהם שווה לאומדן ההכנסות מהם (שמתעדכן אחת לרבעון), ובכל מקרה היא לא יכולה לעלות על האומדן. אחד הנתונים בהכרח שגוי, בחיקף העולה על 142 מיליון ש"ח. מדובר בדוחות המתוקנים, שבעת עריכתם החברה כבר מודעת להיקף הבעיות ואמורה, סוף סוף, להציג נתוני אמת. גם בכך החברה כשלה.

חלקים מהדוח המקורי לשנת 2012 ונתונים מתוקנים לאותה שנה מתוך הדוח המתוקן לשנת 2013, המתייחסים לפרוייקטים הקטנים, מצורפים לבקשה זו כנספח 25.

84. לסיכום, על המשיבים הנטל להוכיח את ייחוס הסטייה. למעלה מן הצורך, ממצאי הבדק מוכיחים כי הליקויים והסטיית החלו עוד בשנת 2009, או אף לפני כן. לכל המאוחר, החל משנת 2010 חולקו רווחים ושולמו דמי שירותים, על בסיס דוחות כספיים לא נכונים.

חלק שמיני - עילות התביעה

85. סעיף 310 לחוק החברות קובע כך:

"(א) ביצעה חברה חלוקה אסורה, יהיה על בעל מניה להשיב לחברה את שקיבל, וזולת אם לא ידע ולא היה עליו לדעת כי החלוקה שבוצעה אסורה.

(ב) חזקה על בעל מניה בחברה ציבורית, שלא היה דירקטור, מנהל כללי או בעל השליטה בחברה במועד החלוקה, שלא ידע ולא היה עליו לדעת, כי חלוקה שבוצעה היא חלוקה אסורה."

86. בהתאם לכך קבוצת דורי חייבת להשיב לחברה את הסכום שהיא קיבלה כדיבידנד. מדובר בסכום כולל של 25,968,000 ש"ח, בתוספת עלות האשראי הבנקאי של החברה או הפרשי הצמדה וריבית ממועדי החלוקה ועד מועד הגשת בקשת האישור, לפי הגבוה.

חלקים מהדוחות של קבוצת דורי המתארים את הסכומים שהיא קיבלה כדיבידנד מהחברה מצורפים לבקשה זו כנספח 26.

87. סעיף 311 לחוק החברות קובע כך:

"בוצעה בחברה חלוקה אסורה יראו כל מי שהיה דירקטור במועד החלוקה כמי שהפר בכך את חובותיו לפי סעיפים 252, 253 או 254, לפי הענין, לחברה, אלא אם כן הוכיח אחד מאלה:

(1) שהתנגד לחלוקה האסורה ונקט את כל האמצעים הסבירים כדי למנוע;

(2) שהסתמך בתום לב הסתמכות סבירה על מידע שאלולא היה מטעה היתה החלוקה מותרת;

(3) שבנסיבות הענין, לא ידע ולא היה עליו לדעת על החלוקה."

88. סעיפים 252, 253 ו-254 לחוק החברות מטילים על חברי הדירקטוריון חובת זהירות, חובת מיומנות וחובת אמונים. מעבר לחובת הזהירות וחובת האמונים החלות על חברי הדירקטוריון, הרי שבאופן ספציפי, סעיף 253 לחוק החברות מורה כי "נושא משרה יפעל ברמת מיומנות שבה היה פועל נושא משרה סביר, באותה עמדה ובאותן נסיבות, ובכלל זה ינקוט, בשים לב לנסיבות הענין, אמצעים סבירים לקבלת מידע הנוגע לכדאיות העסקית של פעולה המובאת לאישורו או של פעולה הנעשית על ידיו בתוקף תפקידו, ולקבלת כל מידע אחר שיש לו חשיבות לענין פעולות כאמור."

89. על כן, לפי סעיף 311 לחוק החברות, בקשר לחלוקה האסורה, רואים את חברי הדיקטוריון כמי שהפרו את חובות הזהירות, חובות המיומנות ואת חובות האמונים, והם נושאים באחריות להשבת הרווחים שחולקו שלא כדין. מדובר בסכום כולל של 36,793,000 ש"ח. לכך יש להוסיף את עלות האשראי הבנקאי של החברה או הפרשי הצמדה וריבית ממועדי החלוקה ועד מועד הגשת בקשת האישור, לפי הגבוה.

90. כל אחד מחברי הדיקטוריון נושא באחריות להשבת כספי החלוקה האסורה, בהתאם למועדי הכהונה שלו. בהתאם לכך, חברי הדיקטוריון נושאים באחריות כדלקמן:

90.1 משיב מס' 3, מר אורי דורי, כיהן כחבר דירקטוריון עד יום 17 באפריל 2011. הוא נושא באחריות לחלוקות רווחים עליהן הוחלט בתקופת כהונתו, בסכום כולל של 9,427,000 ש"ח.

90.2 משיב מס' 4, גבי אריאלה זוכוביץקי, כיהנה כחברת דירקטוריון עד יום 1 באפריל 2012. היא נושאת באחריות לחלוקות רווחים עליהן הוחלט בתקופת כהונתה, בסכום כולל של 20,807,000 ש"ח.

90.3 משיב מס' 5, מר דוד כץ, כיהן כחבר דירקטוריון עד יום 10 במאי 2010. הוא נושא באחריות לחלוקות רווחים עליהן הוחלט בתקופת כהונתו, בסכום כולל של 2,000,000 ש"ח.

90.4 משיב מס' 6, מר אופיר גרינברג, כיהן כחבר דירקטוריון עד יום 18 באפריל 2011. הוא נושא באחריות לחלוקות רווחים עליהן הוחלט בתקופת כהונתו, בסכום כולל של 9,427,000 ש"ח.

90.5 משיב מס' 7, מר רונן אשכנזי, כיהן כחבר דירקטוריון מיום 11 במאי 2011 עד יום 8 בפברואר 2015. הוא נושא באחריות לחלוקות רווחים עליהן הוחלט בתקופת כהונתו (למעט החלטה שהתקבלה ביום 15 במאי 2011, ארבעה ימים בלבד לאחר תחילת הכהונה), בסכום כולל של 24,866,000 ש"ח.

90.6 משיב מס' 8, מר אריאל וילנסקי, כיהן כחבר דירקטוריון מיום 5 בפברואר 2012 עד יום 9 במרץ 2013. הוא נושא באחריות לחלוקות רווחים עליהן הוחלט בתקופת כהונתו, בסכום כולל של 9,000,000 ש"ח.

90.7 משיב מס' 9, מר עוזי ורדי-זר, כיהן כחבר דירקטוריון מיום 18 במרץ 2010 עד יום 8 בפברואר 2015. הוא נושא באחריות לחלוקות רווחים עליהן הוחלט בתקופת כהונתו, בסכום כולל של 34,793,000 ש"ח.

90.8 משיב מס' 10, מר שמואל סלכין, מכהן כחבר דירקטוריון מיום 10 במאי 2010. הוא נושא באחריות לחלוקות רווחים עליהן הוחלט בתקופת כהונתו, בסכום כולל של 34,793,000 ש"ח.

90.9 משיב מס' 11, גבי נחמה דואק, כיהנה כחברת דירקטוריון מיום 5 בפברואר 2012 עד יום 8 בפברואר 2015. היא נושאת באחריות לחלוקות רווחים עליהן הוחלט בתקופת כהונתה, בסכום כולל של 18,986,000 ש"ח.

90.10 משיב מס' 12, גבי איריס ציבולסקי-חביליו, מכהנת כחברת דירקטוריון מיום 5 בספטמבר 2012. היא נושא באחריות לחלוקות רווחים עליהן הוחלט בתקופת כהונתה, בסכום כולל של 9,986,000 ש"ח.

90.11 משיב מס' 13, מר יחזקאל ברקוביץ, כיהן כחבר דירקטוריון מיום 18 בנובמבר 2011 עד יום 8 בפברואר 2015. הוא נושא באחריות לחלוקות רווחים עליהן הוחלט בתקופת כהונתו, בסכום כולל של 18,986,000 ש"ח.

90.12 משיב מסי' 13, מר נתן פרנקל, כיהן כחבר דירקטוריון מיום 10 במאי 2010 עד יום 12 במאי 2013. הוא נושא באחריות לחלוקות רווחים עליהן הוחלט בתקופת כהונתו, בסכום כולל של 29,057,000 ש"ח.

91. לפי סעיף 252 לחוק החברות, על חובת הזהירות של נושאי המשרה חלים דיני הרשלנות, הקבועים בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנויקין [נוסח חדש]. לפי סעיף 256 לחוק החברות, על הפרת חובת האמונים יחולו דיני הפרת חוזה, בשינויים המחוייבים. על כן, בגין החלוקה האסורה, חברי הדירקטוריון נושאים באחריות הן לפי דיני הנויקין והן לפי דיני החוזים. על חברי הדירקטוריון להוכיח כי הם התנגדו לחלוקה ונקטו כל אמצעי סביר כדי למנוע אותה, או כי הם הסתמכו באופן סביר על מידע שאילולא היה מטעה החלוקה היתה מותרת, או שהם לא ידעו ולא היה עליהם לדעת על החלוקה (סעיף 311 לחוק החברות). בנסיבות הקיצוניות של מקרה זה, ונוכח ההצהרות המטעות של הדירקטוריון, שניתנו לאורך שנים, בדבר האפקטיביות של הבקרה הכספית והגילוי, לא יעלה בידי המשיבים לעמוד בנטל הרובץ עליהם. הם לא יוכלו לטעון לתום לב, להסתמכות סבירה, ואף לא ליסודות האחרים שיכולים לפטור אותם מאחריות.

92. בע"א 610/94, 1989/94 **בובינדר נ' כונס הנכסים הרשמי, כמפרק בנק צפון אמריקה**, פ"ד (4) 289, 325-320 (2003) נקבע כי על הדירטורים בחברה להכיר את החברה לפרטית, לקרוא את דוחות הביקורת ולקיים לגביהם דיון על סמך היכרות מעמיקה. כן נקבע כי הדירקטוריון לא רשאי לתת אמון מוחלט בהנהלה, אלא עליו לפקח על פעולותיה. כאשר חברי הדירקטוריון מתרשלים בביקורת, הם נושאים באחריות כלפי החברה בגין הנוק. בנסיבות אלה, חבר דירקטוריון לא יוכל לטעון להסתמכות סבירה על מידע שנמסר לו ושהיה כוזב, כל זאת בשל חולשה מהותית שהדירקטוריון כשל באיתור שלה, ומסר ביחס אליה מצגים כוזבים לבעלי המניות. ראו גם יוסף גרוס **חוק החברות החדש** מהדורה רביעית, 425-421 (2007).

93. בדומה לכך, בענין In re China Agritech, Inc., 2013 Del. Ch. LEXIS 132 נקבע על ידי בית המשפט של מדינת דלאוור כך:

"The board of a Delaware corporation has a fiduciary obligation to adopt internal information and reporting systems that are 'reasonably designed to provide to senior management and to the board itself timely, accurate information sufficient to allow management and the board, each within its scope, to reach informed judgments concerning both the corporation's compliance with law and its business performance.'... If a corporation suffers losses proximately caused by fraud or illegal conduct, and if the directors failed 'to attempt in good faith to assure that a corporate information and reporting system, which the board concludes is adequate, exists,' then there is a sufficient connection between the occurrence of the illegal conduct and board level action or conscious inaction to support liability".

94. על כן יש להטיל על המשיבים אחריות בגין חלוקת רווחים אסורה, בשנים 2010-2013. יש לחייב את קבוצת דורי להשיב את הכספים שהתקבלו על ידה, ויש לחייב את חברי הדירקטוריון לפצות את החברה בגין כל הכספים שחולקו – כל אחד בהתאם למועדי הכהונה שלו. האחריות על המשיבים תחול ביהד ולחוד.

95. בנוסף, קבוצת דורי חייבת להשיב את דמי השירותים ששולמו לה על בסיס דוחות כספיים לא נכונים – סכום של 14,543,000 ש"ח. סכומים אלה שולמו בניגוד להוראות ההסכם למתן השירותים.

96. לכל הסכומים יש לחוסיף את עלות האשראי הבנקאי של החברה, או הפרשי הצמדה ורביית לפי חוק פסיקת רבית והצמדה, תשכ"א-1961, לפי הגבוה.

חלק תשיעי - מתקיימים כל התנאים לאישור התביעה הנגזרת

97. סעיף 198(א) לחוק החברות מורה כי "תביעה נגזרת טעונה אישור בית המשפט והוא יאשרה אם שוכנע כי לכאורה התביעה וניהולה הן לטובת החברה וכי התובע אינו פועל בחוסר תום לב".

98. בתנ"ג (מרכז) 11266-07-08 שטיינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ, פסקה 31 (פורסם בגבו, 8.4.2013), נקבע כך:

"לשם הכרעה בשאלה אם התקיים התנאי הראשון, דהיינו הגשת התביעה וניהולה היא לטובת החברה, נדרש בית המשפט לשקול שני סוגים של שיקולים:

א. **כדאיות ניהול התביעה במובן הצר** - ... השיקולים אותם מתבקש בית המשפט לשקול במסגרת זו הם מגוונים, ובהם קיומה של עילת תביעה לכאורית; סיכוי הצלחת התביעה; האם ניהול התביעה הוא דרך יעילה להגשמת זכויותיה; ומתן העלויות הכרוכות בהגשת התביעה.

ב. **כדאיות ניהול התביעה במובן הרחב** - השיקולים שיבחנו במסגרת זו נוגעים בעיקרם לשאלת קיומו של כשל במנגנון הממשל התאגידי של החברה, ולצורך במתן אישור לניהול תביעה נגזרת על מנת להתמודד עם כשל זה".

99. אין ספק כי ניהול התביעה כדאי לחברה במובן הצר ובמובן הרחב. עילות התביעה מבוססות היטב. התביעה תביא להגשמת הזכויות של החברה. כשל חמור נפל במערכות החברה, הן בעבודת ההנהלה והן בפיקוח הדירקטוריון על ההנהלה. כשל זה גרם לחולשה מחותית בבקרה על הדיווח הכספי ועל תגליות הדירקטוריון לא איתר חולשה זו, ודיווח לאורך שנים כי הבקרה הכספית אפקטיבית. דיווח זה לא היה נכון, וכתוצאה מכך בוצעו חלוקות אסורות ושילמו דמי שירותים ביתר. החברה זכאית להשבת כספי החלוקה ודמי השירותים. זהו מקרה מתאים ביותר לשימוש במכשיר התביעה הנגזרת.

100. המבקש מחזיק במניות החברה, אותן הוא רכש בימים 16 בינואר, 17 במרץ ו-25 במרץ 2014. המבקש פועל בתום לב, והוא מייצג בדרך הולמת את האינטרס של החברה.

אישורים בדבר רכישת המניות על ידי המבקש והחזקתן מצורפים לבקשה זו כנספת 27.

101. המבקש לא נדרש לבצע פניה מוקדמת אל החברה, לאור סעיף 194(ד) לחוק החברות – "... המעוניין להגיש תביעה נגזרת אינו חייב לפנות בדרישה לחברה לפי הוראות אותו סעיף קטן, בהתקיים אחד מאלה: (1) לאורגן החברה המוסמך להחליט על הגשת התביעה, עניין אישי בהחלטה, ואם האורגן כאמור מורכב מכמה יחידים – למחצית או יותר מיחיד האורגן עניין אישי בהחלטה; ...".

102. לסיכום חלק זה, אין ספק שמתקיימים כל התנאים לאישור התביעה הנגזרת.

חלק עשירי - סוף דבר

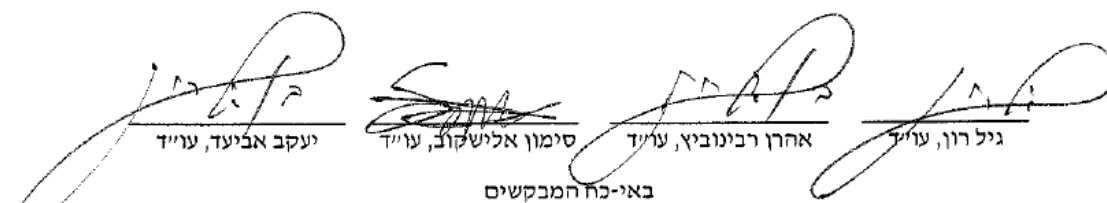
103. כפי שתואר, בהמשך להגשת בקשות האישור המקוריות וכתוצאה מכך, קבוצת דורי הודיעה כי היא תשיב סכום של כ-12 מיליון ש"ח בגין רווחים שחולקו שלא כדין, וסכום נוסף של כ-1.8 מיליון ש"ח בגין דמי שירותים. ביום 19 בפברואר 2015 באי כח המבקש פנו אל באי כח החברה, קבוצת דורי ומשיבים מס' 7-14, בבקשה לקבל אסמכתאות בדבר ביצוע ההחזר. משיב מס' 7 השיב כי האסמכתאות המבוקשות אינן מצויות בחזקתו או בשליטתו. באי כח אחרים מסרו לבא כח המבקש כי תשובה תימסר, אך הדבר לא נעשה משך זמן רב, ולכן הסכומים שנטען כי הושבו נכללים בתביעה. רק בערב יום 31 במרץ 2015, ממש סמוך להגשת בקשת האישור המתוקנת, התקבל מכתב מבאי כח החברה, בו נמסר מידע בקשר לסכומים שהושבו. המבקש ובאי כוחו יבחנו את המידע שנמסר.

העתק של מכתב באי כח המבקש אל באי כח המשיבים מיום 19 בפברואר 2015, מכתב התשובה של בא כח משיב מס' 7 מיום 10 במרץ 2015 ומכתב באי כח החברה מיום 31 במרץ 2015 מצורפים לבקשה זו כנספח 28.

104. בקשה זו נתמכת בתצהיר המבקש, המאמת את העובדות המופיעות בה.

105. בית המשפט הנכבד מתבקש לאשר את הגשת התביעה הנגזרת, ולתת הוראות בקשר לתביעה הנגזרת כאמור בראשית בקשה זו.

106. מן הדין ומן הצדק לקבל את הבקשה.


 יעקב אביעד, עו"ד סימון אלישקוב, עו"ד אהרון רבינוביץ, עו"ד גיל רון, עו"ד
 באי-כח המבקשים

תל-אביב, 1 באפריל 2015.