



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 3849/16

לפני :
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט מ' מזוז
כבוד השופט ד' מינץ

המערער : יוסף פרייברון

נ ג ד

המשיבים :
1. בולוס גד תיירות ומלונאות בע"מ
2. אינווסטק חברה לנאמנות (ישראל) בע"מ
3. עזמי נשאשיבי
4. יעקב בולוס
5. נזאר בולוס
6. איברהים בולוס ז"ל
7. אלי א. עבוד וליד סייד, רואי חשבון
8. ברייטמן אלמגור ושות', רואי חשבון
9. ד"ר כמיל משעור (נמחק)
10. בולוס גד בע"מ בפירוק
11. חיים רוזנברג

ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי במרכז-לוד
בתיק ת"צ 5286-08-07 שניתנה ביום 13.3.2011 על ידי
כבוד השופטת מיכל נד"ב

תאריך הישיבה : כ"ו בתמוז התשע"ח (9.7.2018)

בשם המערער : עו"ד הדס בקל, עו"ד גיל רון
ועו"ד מיכל מודעי-הרצברג

בשם המשיבה 2 : עו"ד דורון דן ועו"ד דנה שורץ-אשתר
בשם המשיב 3 : עו"ד נעים מוסא
בשם המשיבים 4-6 : עו"ד אחמד מועיין דבאח
בשם המשיבה 7 : עו"ד רון פלג, עו"ד גלעד שיף ועו"ד מילי פנחס
בשם המשיבה 8 : עו"ד אמיר בן-ארצי ועו"ד ד"ר אלעד פלד

פסק-דין

השופט י' עמית:

ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (השופטת מ' נד"ב) מיום
13.3.2011 בת"צ 5286-08-07 ולפיה נדחו חלקים רבים מהבקשה לאישור תובענה
ייצוגית, והיא נדחתה כלפי חלק מהנתבעים.

1. המשיבה 1 (להלן: החברה) היא חברת בת (בבעלות מלאה) של המשיבה 10 (להלן: חברת האם). החברה היתה מיועדת לפעול בתחום התיירות, ובפרט להפעיל "אניית שעשועים" שהיא למעשה אניית הימורים. פעילות האנייה היתה אמורה להתבצע באמצעות חברת בת שהיתה בבעלות מלאה של החברה (Trans Mediterranean Tourism LTD). בעל השליטה בחברות היה המשיב 6, והוא ובני משפחתו (המשיבים 5-3) שימשו כמנהלים ודירקטורים בחברה ובחברת האם.

בשנת 2000, פרסמה החברה תשקיף שעל פיו הוצעו לציבור אגרות חוב בערך נקוב כולל של 31 מיליון ₪ (להלן: האג"ח). החברה הצליחה לגייס באמצעות האג"ח כ-25 מיליון ₪. מחזיקי האג"ח זכו לקבל את תשלום הריבית הראשון בחודש מאי 2001, אך בשנת 2002 התברר כי החברה רוקנה מנכסיה וקרסה, כך שמחזיקי האג"ח נותרו בידיים ריקות. בשמם של מחזיקי האג"ח שנפגעו הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית, במימון הרשות לניירות ערך. הנתבעים הם הנאמן שהתמנה לצורך הנפקת האג"ח (המשיב 2), הדירקטורים (המשיבים 3-5), בעל השליטה (המשיב 6), רואי החשבון של החברה (המשיבים 7-8), חברת האם, והחתם שהוביל את ההנפקה (פועלים שוקי הון והשקעות בע"מ). עילות התביעה מגוונות, אך הטענות העיקריות הן להטעיית הציבור בתשקיף ובדוחות שהחברה פרסמה לאחר ההנפקה. נטען כי בעל השליטה וחברת האם רוקנו את החברה מנכסיה והובילו לקריסתה, ויתר הנתבעים עוולו בכך שנתנו ידם למהלך או לא מנעו אותו.

מאז קריסת החברה ועד היום חלפו, כמאמר המשורר, "כמעט עשרים שנה". בתקופה זו חלו התפתחויות רבות, ובין היתר: החברה ומספר חברי דירקטוריון הורשעו בעבירות לפי חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (להלן: החוק) (ת"פ 40136/05); התביעה נגד החתם נדחתה בהסכמה; בעל השליטה נפטר; התביעה נגד ד"ר כמיל משעור, אחד הדירקטורים, הסתיימה בפשרה (פסק דין מיום 28.6.2015); התובע המייצג הוחלף (בעקבות פסק דין מיום 28.6.2015 בע"א 3103/11) והוגשה בקשת רשות ערעור נגד מינויו של התובע המייצג הנוכחי (רע"א 2590/17); הבקשה לאישור תובענה ייצוגית תוקנה; נגד המשיב 4 ניתן צו כינוס נכסים והוא ביקש לעכב את ההליכים נגדו.

2. לענייננו, ההתפתחות החשובה היא ההחלטה מושא הערעור דנא, אשר בגדרה נדחו רוב טענותיו של התובע הייצוגי (הוא המערער), והבקשה אושרה באופן חלקי. נקבע כי עלה בידי המערער להוכיח עילת תביעה לכאורית בהקשר אחד בלבד: בתשקיף

נכלל פרט מטעה, לעניין יעוד ההנפקה, אשר מקים עילת תביעה נגד החברה, הדירקטורים וחברת האם (עמ' 13-15 להחלטה).

המערער הליך על האישור המצומצם של הבקשה, וטען כי בית משפט קמא שגה בכך שדחה את רוב הטענות שנכללו בבקשת האישור. מקום מרכזי בטענותיו של המערער הוקדש לאחריותם של הנאמן ורואי החשבון. בנוסף העלה המערער טענות לגבי החלטות דיוניות שהתקבלו במסגרת ההליך שהתנהל בבית משפט קמא.

3. אקדים ואציין כי סימן שאלה מרחף מעל התאמתו של המערער לשמש כתובע ייצוגי, לאחר שהתובע המקורי הוחלף. בנושא זה הוגשה בקשת רשות ערעור (רע"א 2590/17) אשר על פי החלטתו של השופט נ' הנדל מיום 31.12.2017 מעוכבת עד להכרעה בערעור זה.

מכל מקום, נתנו דעתנו לטענותיהם של המערער והמשיבים, לא מצאנו בהחלטתו של בית משפט קמא טעות המצדיקה את התערבותנו, ואנו מאמצים את ההחלטה מכוח סמכותנו לפי תקנה 460(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. למעלה מן הצורך, נפרט להלן את עיקרי הדברים בקיצור נמרץ.

4. תשלום 3 מיליון ₪ במזומן: חברת האם התחייבה על פי התשקיף לשלם לחברה 3 מיליון ₪ במזומן לפני ההנפקה, אך בפועל קיזזה את הסכום מתוך חוב שהחברה הייתה חייבת לה. לטענת המערער, תשלום במזומן משקף לציבור המשקיעים את האמון של חברת האם בחברה, אך חברת האם לא עמדה בהתחייבותה כלפי החברה באשר אין לראות בקיזוז כתשלום.

איני סבור כי יש בטענה זו כדי להקים עילת תביעה נגד הנאמן או נגד רואי החשבון.

אחריות הנאמן: בהינתן נוסח החוק בתקופה הרלוונטית לפני תיקון סעיף 35 ח(ב)(1) לחוק (תיקון מס' 51 משנת 2012), ובהינתן טענתו של הנאמן כי הוא סבר בזמן אמת שהתשלום אכן בוצע במזומן (כפי שהחברה דיווחה לרשם החברות בזמן אמת; מוצג 5), לא שוכנענו כי קמה עילת תביעה לכאורית נגד הנאמן.

אחריות רואי החשבון: בעדותו בבית המשפט, המערער לא ידע להסביר מהו הפגם שנפל באופן רישום הדוחות הכספיים, וגם חוות דעת חשבונאית לא הוגשה

מטעמו. נקבע כי "כללי החשבונאות" הם עניין שבמומחיות, ובהעדר חוות דעת מתאימה, לא עלה בידי המערער להרים את הנטל המוטל עליו להראות עילת תביעה לכאורית (עמ' 20 להחלטה). ודוק: קריאה של הדוח כפשוטו, עלולה לעורר אצל הקורא את הרושם כי התשלום בוצע במזומן, אך מכיוון שהתביעה נגד רואי החשבון מבוססת על טענה להפרה של כללי החשבונאות, היה על התובע-המערער להראות כי הצגת פעולת הקיזוז כתשלום במזומן, מהווה הפרה של כללים אלה ומקימה עילת תביעה. ברם, המערער לא צירף חוות דעת חשבונאית מטעמו ולא עמד בנטל להוכיח כי פעולת הקיזוז הוצגה באופן המהווה הפרה של כללי החשבונאות.

בנוסף, ראוי לציין כי בתשקיף (לדוגמה: סעיף 10.1 וסעיף 13.7) ניתן ביטוי לחוב של החברה לטובת חברת האם. ייתכן אפוא כי יש ממש בטענה שגם אם חברת האם היתה מעבירה את הכסף במזומן, הרי שלפחות מבחינה חשבונאית לא היתה מניעה לגבות אותו בחזרה בסמוך לאחר מכן. לאור האמור, אין מקום להתערב במסקנתו של בית משפט קמא כי התשלום בדרך של קיזוז אינו מקים עילת תביעה לכאורית נגד הנאמן או נגד רואי החשבון.

5. שיעבוד מקרקעין כבטוחה: בניגוד לאמור בתשקיף ובדוחות הכספיים, חברת האם לא העבירה לחברה זכויות במקרקעין, כך שהחברה לא יכולה הייתה לשעבד את המקרקעין לטובת מחזיקי האג"ח.

העילה נגד הנאמן: שיעבוד המקרקעין (להבדיל מרישום הערת אזהרה) לא היה תנאי מקדים להנפקה אלא התחייבות עתידית של החברה (ס' 4.20.2 לתשקיף; עמ' 11 ועמ' 32 להחלטה). עם זאת, נוכח הפרת ההתחייבות, נקבע כי הנאמן היה צריך לפעול כדי להגן על מחזיקי האג"ח, ולכל הפחות להודיע להם על כך, ומשלא עשה כן, לא מילא את החובות המוטלות עליו כנאמן.

העילה נגד רואי החשבון: בדוחות הכספיים נרשם כי המקרקעין משועבדים להבטחת אגרות החוב, ואילו בפועל נרשמה לטובת הנאמן הערת אזהרה בלבד. לפיכך נקבע כי הדוחות כללו פרטים מטעים לכאורה, ורואי החשבון "הפרו את חובת הזהירות המוטלת עליהם כלפי מחזיקי האג"ח" (עמ' 25 להחלטה).

על אף שהנאמן ורואי החשבון הפרו את חובותיהם, נקבע על ידי בית משפט קמא, כי אין בכך כדי להקים עילת תביעה נגדם, בהיעדר קשר סיבתי לנזק. זאת, מן הטעם, שהשיעבוד המדובר היה בדרגה שניה, שממילא לא היה בה כדי להועיל

למחזיקי האג"ח גם אילו היה השעבוד נרשם, כפי שנתברר לאחר מימוש השעבוד בדרגה ראשונה על ידי חברת כלל (ראו עמ' 33 ועמ' 25 להחלטה). לכך יש להוסיף כי המסחר באג"ח ממילא התנהל תחת טעות, קרי, תחת ההנחה כי השעבוד בדרגה שניה נרשם, כך שלא עלה בידי המערער להראות כי נגרם לו נזק כלכלי כלשהו. לא למותר לציין כי בהליכי הפירוק, רישום הערת האזהרה הקנה עדיפות למחזיקי האג"ח, כאילו נרשם שעבוד בדרגה שניה, אך כאמור, כספי התמורה לא הספיקו אפילו לכסות את החוב בגינו נרשם שעבוד בדרגה ראשונה, כך שממילא לא נותרה יתרה לזכות מחזיקי האג"ח.

6. העברת כספים לחברת האם: 15 מיליון ₪ עברו מקופת החברה לחברת האם תוך זמן קצר לאחר גיוס הכסף מהציבור.

בחודש מרץ 2002, הנאמן היה מודע לכך שקופת החברה מתרוקנת, אך אין ראייה שהנאמן ידע או יכול היה לדעת על כך בשלב מוקדם יותר (עמ' 31 להחלטה). כמו כן, בהינתן תנאיו של שטר הנאמנות – לגביהם נקבע כי היו "בעייתיים מיסודם" (עמ' 32 להחלטה) – ספק אם היה בידי הנאמן לבצע פעולות שיבטיחו את האינטרסים של מחזיקי האג"ח. בנוסף, חרף טענותיו של המערער, לא עלה בידו להוכיח כי העברת הכספים לחברת האם נעשתה בניגוד לתנאי התשקיף (סעיף 10.1).

אשר לטענות שהופנו נגד רואי החשבון, הרי שההעברות הנ"ל קיבלו ביטוי בדוחות הכספיים. גם אם היה מקום להדגיש את הנקודה במסגרת הדוחות, מקובלת עלינו הקביעה כי לא מדובר בפרט מטעה (ביאור 18(ב)(2) לדוחות 2000; עמ' 21 להחלטה).

7. טענות נוספות נגד רואי החשבון: המערער הוסיף טענות נגד רואי החשבון בשני נושאים:

א. רישום הלוואה לטובת הבעלים - נושא זה רלוונטי יותר לרואה החשבון המשיב 8, שהפסיק להיות רואה החשבון של החברה לאחר עריכת הדוחות הכספיים של החברה לשנת 2000, כשנה ושלושה חודשים לפני שהחברה נכנסה להליכי פירוק. אציין כי כנגד מי מרואי החשבון במשרדו של המשיב 8 התנהל בגין הפרשה הקשורה לחברה, הליך פלילי שהסתיים בזיכוי.

המדובר ביתרת זכות בסכום של כ-9.8 מליון ש"ח, שנרשמה במאזן החברה, בגין הלוואה של 2.442 מליון דולר לבעל עניין בחברה. לגבי הלוואה זו נטען כי מדובר בעסקה פיקטיבית, וכי רואה החשבון ידע על כך. הטענה נדחתה על ידי בית משפט קמא, הגם שלא מצא להרחיב בנקודה זו. מכל מקום, אציין כי המשיב 8 הסתמך על הסכם הלוואה חתום, על החלטת דירקטוריון החברה המאשרת את ההלוואה, על החלטת ועדה ביקורת וכן על חוות דעת היועץ המשפטי הקבוע של החברה, לפיה ניתנו האישורים הנדרשים לנטילת ההלוואה. החשוב לענייננו הוא שההלוואה מצאה ביטוי בדוחות 2000, כך שאין בדוחות כשלעצמם מצג מטעה.

ב. דיווח על סיכויי הבוררות שהחברה היתה צד להם – נושא זה רלוונטי יותר לרואה החשבון המשיב 7. בית משפט קמא לא הרחיב הדיון בנקודה זו, ודומה כי קיבל את טענת המשיב 7 כי לצורך דוח 2001 הסתמך על חוות דעת יועציה המשפטית של החברה ומסמכים שהועברו מהחברה בנוגע לבוררות (מסמכים שבדיעבד נתברר כי היו כוזבים).

מבלי להידרש לשאלת קבילותו של כל מסמך ומסמך, אציין כי לא עלה בידי המערער להוכיח כי רואי החשבון סילפו את הדוחות. בשני המקרים, רואי החשבון ערכו את הדוחות על סמך מידע שהחברה העבירה להם, כך שהמקרה הנוכחי אינו המקרה המתאים לייחס לרואי החשבון אחריות לקריסת החברה או לכך שהאג"ח לא נפרעו.

8. טענות דיוניות: איני מוצא סיבה מספקת לבחון מחדש, במסגרת הליך זה, את החלטותיו של בית משפט קמא לגבי אופן ניהול ההליך. הליך של בקשה לאישור תובענה ייצוגית הוא הליך מיוחד ומורכב, ויש לכך השלכות גם על סדרי הדין (ראו למשל רע"א 8562/06 פופיק נ' פאגז 1993 בע"מ, בפסקה 9 (15.4.2007); רע"א 1200/15 יוניון מוטורס בע"מ נ' ברליצהיימר, בפסקאות 8-9 (30.3.2015); רע"א 3839/15 זליכה נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית, בפסקה 6 (6.8.2015)). בענייננו, בית משפט קמא נהג כחכמתו וניהל את ההליך בהתאם לחומר הראיות הראשוני שנפרש בפניו, וגם אם כיום ניתן לפתח דיון בחלק מן הסוגיות שהוזכרו בערעור, עדיין לא השתכנענו כי נפגעה זכות דיונית של המערער. שיקול נוסף התומך במסקנה זו הוא התמשכות ההליכים המשפטיים בפרשה, בין היתר, עקב התנהלותו של ההליך הפלילי.

בנקודה אחת מצאנו להתערב בהחלטת בית משפט קמא. בית המשפט הורה על מחיקת התביעה נגד בעל השליטה שנפטר, ולפחות בהיבט הדיוני, גם אם לא בהיבט המעשי, הרי שעזבונו נכנס בנעליו (וראו תקנה 36 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984).

9. הערות לפני טיוט: התמונה בכללותה אינה מלבבת. מבלי להידרש לטענה כי החברה קרסה בגלל המשבר בשוק התיירות בעקבות פרוץ האינתיפאדה השנייה, ברי כי לא כל בעלי התפקידים הרלוונטיים פעלו כיאות, בלשון המעטה. עם זאת, בנסיבות המקרה דנא, בית משפט קמא הגיע למסקנה כי המערער הניח יסוד מספק רק להיבט אחד של תביעתו, ולגבי יתר הטענות לא הורם הנטל להראות "אפשרות סבירה" שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה (סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006). מסקנה זו מקובלת עלינו, ולכן לא נדרשנו לטענות נוספות שהועלו על ידי המשיבים, כמו הטענה שהמערער לא יכול היה להוכיח ולקשור בין ירידת מחיר האג"ח לבין הפרטים שנטענו להיות מטעים. נדגיש כי בגדרי ההליך הנוכחי אנו מכריעים רק בשאלה המשפטית אם הונחה תשתית מספקת לאישור הבקשה, ואיננו מביעים עמדה לגבי טיב התנהלותם של הנאמן ורואי החשבון בפרשה.

נוכח טענה שנשמעה מפי המשיבים, ראוי להבהיר כי העובדה שמדובר באג"ח שמלכתחילה הוגדרו בסיכון גבוה ("אג"ח זבל", על פי הטענה) – אינה גורעת מחשיבות ההקפדה על תנאי ההנפקה והבטוחות שהוגדרו. על מנת ששוק ההון יתפקד בצורה יעילה, בעלי התפקידים הרלוונטיים צריכים לעמוד על המשמר, למלא את חובותיהם ולהגן על ציבור המשקיעים גם כאשר מדובר בהשקעה בסיכון גבוה, ושלא אף ביתר שאת.

10. סוף דבר, הממצאים שנקבעו בהחלטתו של בית משפט קמא מקובלים עלינו; אנו סבורים כי ממצאים אלה תומכים במסקנה המשפטית אליה הגיע בית המשפט; ולא מצאנו בהחלטה טעות שבחוק. לפיכך אנו דוחים כאמור את הערעור בהתאם לסמכותנו ומאמצים פסק דינו של בית משפט קמא לפי תקנה 460(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, בכפוף לאי מחיקת התביעה כנגד עזבונו של בעל השליטה שנפטר, כאמור בסעיף 8 סיפא לעיל.

המשמעות האופרטיבית היא, כי על פי החלטת בית משפט קמא הוכרה עילת תביעה אחת – בגין פרט מטעה בתשקיף בנוגע לייעוד תמורת ההנפקה – כנגד החברה, חברת האם, הדירקטורים (שאחד מהם כבר הגיע להסכם פשרה, כאמור) ובעל השליטה.

הערעור נדחה אפוא. בנסיבות העניין, אין צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט מ' מזוז:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ד' מין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, א' באלול התשע"ח (12.8.2018).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט