



בבית המשפט העליון

רע"א 54/21

לפני: כבוד השופטת ע' ברון

המבקשת: דנציגר ושות', עורכי דין

נגד

המשיבים: 1. ברוקלנד אפריל לימיטד – Brookland Upreal Limited (חברה זרה איי הבתולה) (בהקפאת הליכים והסדר נושים)

2. בועז גלעד

3. מילנה שניצר רטפן

4. אביב רופל

5. מרק ליכטין

6. אלון רסקי

7. נועה מתתיהו פורן

8. עו"ד גיא גיסין – הנאמן לניהול הליכים

משפטיים בשם מחזיקי האג"ח

בקשת רשות ערעור על החלטת המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 7.12.2020 (כבוד השופט מ' אלטוביה) ב-ת"צ 55926-01-19

בשם המבקשת: עו"ד טל לנצ'נר

בשם המשיבה 1: עו"ד יעל הרשקוביץ; עו"ד עידן דנינו

בשם המשיב 2: עו"ד חניטל בלינסון-נבון

בשם המשיבים 3-6: עו"ד רענן קליר; עו"ד אפרת רוזנר; עו"ד תומר שקד

בשם המשיב 8: עו"ד יעל הרשקוביץ; עו"ד עידן דנינו

החלטה

1. עניין לנו בבקשת רשות ערעור על החלטת המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (השופט מ' אלטוביה) ב-ת"צ 55926-01-19 מיום 7.12.2020, במסגרתה הורה בית המשפט על צמצום הקבוצה המיוצגת בהליך ייצוגי המתנהל לפניו.

העניין שבפנינו טומן בחובו מסכת עובדתית מורכבת הנפרשת על פני מספר הליכים משפטיים וערכאות שונות. לצורך הדיון בבקשת רשות הערעור יש לעמוד על העובדות והשתלשלות הליכים אלה מראשיתם, לרבות על התפתחויות שחלו לאחר הגשת בקשת רשות הערעור. ולכך אפנה כעת.

רקע צריך לעניין

2. המשיבה 1, ברוקלנד אפריל לימיטד (Brookland Upreal Limited), היא חברה זרה שהתאגדה במהלך חודש מרץ 2014 באיי הבתולה לצורך גיוס הון להשקעה בנדל"ן בארצות הברית, ברובע ברוקלין בעיר ניו-יורק (להלן: ברוקלנד או החברה). ביום 29.5.2014 ברוקלנד הנפיקה בבורסה לניירות ערך בתל אביב 120,000,000 אגרות חוב (סדרה א') של החברה בנות 1 ש"ח ע.ג. כל אחת; וביום 3.12.2015 הנפיקה 73,150,000 אגרות חוב (סדרה ב') של החברה בנות 1 ש"ח ע.ג. כל אחת (להלן: אגרות החוב סדרה א' ו-אגרות החוב סדרה ב', בהתאמה, ויחד: אגרות החוב).

ביום 12.11.2018 הודיעה החברה כי היא מעוניינת לפתוח במשא ומתן עם מחזיקי אגרות החוב לצורך ארגון מחדש של מצבת התחייבויות החברה מול מחזיקי אגרות החוב (להלן: הודעת הנזילות). מהודעת הנזילות עלה כי קיים חוסר בהירות בכל הנוגע ליכולת החברה לעמוד בהתחייבויותיה השוטפות ובכלל זה כי קיימת אי בהירות ביחס ליכולתה לעמוד בתשלומים החל מחודש דצמבר 2019 למחזיקי אגרות החוב של החברה. עוד נמסר בהודעת הנזילות כי דירקטוריון החברה הנחה את הנהלתה לפתוח במשא ומתן עם מחזיקי אגרות החוב לטובת גיבוש תוכנית לארגון מחדש של מצבת ההתחייבויות של החברה כלפי מחזיקי אגרות החוב, ולפעול בשיתוף פעולה עם נאמן מחזיקי אגרות החוב, חברת רזניק פז נבו נאמנויות בע"מ (להלן: נאמן האג"ח). בעקבות הודעת הנזילות הורד דירוג האשראי של ברוקלנד ל-CC המשקף מצב כלכלי קשה, וחברת הדירוג "מעלות" ציינה כי הדירוג שניתן לחברה משקף ודאות כמעט מוחלטת כי צפוי לברוקלנד אירוע של כשל פירעון. בהמשך, ביום 7.1.2019 הודיעה הבורסה לניירות ערך כי הופסק המסחר באגרות החוב של החברה.

3. המבקשת, דנציגר ושות', עורכי דין (שם החברה שונה ובעת הרלוונטית היה אריה דנציגר חברת עורכי דין) הגישה ביום 23.1.2019 בקשה לאישור תובענה כייצוגית נגד ברוקלנד ונושאי המשרה שניהנו בה בתקופה הרלוונטית, המשיבים 2-7 (להלן: דנציגר ו-בקשת האישור המקורית, בהתאמה; ברוקלנד והמשיבים 2-7 יכוננו יחדיו: המשיבים). ביסוד בקשת האישור המקורית ניצבת טענת דנציגר כי במסגרת הדוחות התקופתיים של החברה, ברוקלנד פרסמה פרטים מטעים לכאורה כהגדרתם בחוק ניירות

ערך, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק ניירות ערך). דנציגר טענה כי היא רכשה אגרות חוב של ברוקלנד על סמך דיווחי החברה שמהם עלה כי מדובר בחברה איתנה. על פי הנטען בבקשת האישור המקורית, בתקופה שבין מועד פרסום הדוח התקופתי של החברה ליום 31.12.2017 ועד למועד פרסום הודעת הנזילות הפרה החברה חובות גילוי במספר היבטים שונים. כך, למשל, דנציגר טענה שברוקלנד לא כללה בדוחות התקופתיים מידע אמיתי בדבר תחזיותיה עבור שנת 2018, ואף לא דיווחה על התקיימותם של אירועים העשויים להצביע על קשיים כספיים. דנציגר הוסיפה וטענה שהחברה לא פרסמה דיווחים מידיים על אירועים מהותיים שונים שאירעו לחברה ומחייבים דיווח מידי על אודותיהם. מעבר לכך, נטען שהחברה לא דיווחה על אירועים שעשויה להיות להם השפעה מהותית על ערכם של נכסים, בטוחות, ערבויות או התחייבויות אחרות שניתנו להבטחת חובות החברה כלפי מחזיקי אגרות החוב; וכן לא דיווחה על כך שקיימת למחזיקי אגרות החוב עילה לפירעון מידי. לנוכח האמור, דנציגר טענה שהמשיבים הפרו חובות חקוקות הקבועות בחוק ניירות ערך, וכן כי המשיבים הפרו אף את הוראות תקנות ניירות ערך (דוחות תקופתיים ומידיים), התש"ל-1970 ואת הוראות תקנות ניירות ערך (דוחות כספיים שנתיים), התש"ע-2010.

בקשת האישור המקורית הוגשה בשם שלוש תתי-קבוצות – כל מי שהחזיק את אגרות החוב של החברה בסיום יום המסחר ביום 12.11.2018 (מועד פרסום הודעת הנזילות); בשם כל מי שרכש אגרות חוב של החברה ממועד פרסום הדוח התקופתי לשנת 2017 (פורסם ביום 29.3.2018) ועד למועד סיום המסחר ביום פרסום הודעת הנזילות; בשם כל מי שרכש אגרות מיום 18.7.2018 (מועד שבו התקיימה שיחה בין הנהלת החברה ובין משקיעיה) ועד סיום המסחר ביום פרסום הודעת הנזילות. על יסוד העילות המנויות בבקשת האישור המקורית דנציגר עתרה לסעד של פיצויים בגין הנזק שנגרם למחזיקי אגרות החוב, וזה הוערך על ידה בסכום כולל של 111,210,348 ש"ח (הכולל נזק של 18,280,626 ש"ח למחזיקי אגרות החוב סדרה א' ונזק של 92,929,722 ש"ח למחזיקי אגרות החוב סדרה ב').

במקביל לבקשת האישור המקורית ובעקבות הקשיים שאליהם נקלעה החברה, הגיש נאמן האג"ח לבית המשפט של חדלות פירעון בקשה למתן צו להקפאת הליכי החברה, בקשה למינוי בעל תפקיד ולמתן צווים נוספים הנדרשים לשם הפעלת וניהול החברה עד לגיבוש הסדר נושים (פר"ק 10906-12-18). ביום 20.2.2019 נעתר בית המשפט של חדלות פירעון (השופטת א' לוי-עבודי) לבקשת נאמן האג"ח והורה על הקפאה זמנית של הליכי החברה תוך שמינה את עו"ד רון הדסי כבעל תפקיד לחברה בהתאם לסעיף 350 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: בעל התפקיד).

4. ביום 30.4.2019 פרסם נאמן האג"ח דיווח בדבר אסיפת הצבעה של מחזיקי אגרות החוב סדרה ב'. מהדיווח עולה כי במסגרת אסיפה זו נערכה הצבעה על ההחלטה להסמיך ולמנות את המשיב 8, עו"ד גיא גיסין, לניהול הליכים משפטיים בשם מחזיקי אגרות החוב סדרה ב' (להלן: עו"ד גיסין או נאמן התביעות); כך שמלוא זכויות מחזיקי אגרות החוב סדרה ב' להגשת תביעות ונקיטת הליכים משפטיים יומחו לנאמן התביעות. עוד הוצע בהחלטה לתקן את שטר הנאמנות בהתאם להסמכתו ומינויו של עו"ד גיסין כאמור. נאמן האג"ח פרסם כי המחאת הזכויות דנן אושרה פה אחד על ידי מחזיקי אגרות החוב סדרה ב' שהצביעו באסיפה (59.74% ממחזיקי יתרת החוב שטרם נפרעה נכחו בהצבעה). בסמוך לכך, ביום 2.5.2019 פרסם נאמן האג"ח דיווח כי התכנסה גם אסיפה כללית של בעלי אגרות החוב סדרה א' לצורך הצבעה דומה, אולם באסיפה זו נכחו 18.98% ממחזיקי יתרת החוב שטרם נפרע, ולמרות שכלל הנוכחים הצביעו בעד הצעת ההחלטה, לא ניתן היה לאשרה משום שלא היה מניין חוקי לקיום ההצבעה לצורך המחאת זכויות התביעה. בסיום הדיווח ציין נאמן האג"ח כי ייתכן שהוא יפנה לבית המשפט בנוגע לסוגיה זו.

5. בעל התפקיד הגיש ביום 16.5.2019 לבית המשפט של חדלות פירעון בקשה לאשר את החלטת מחזיקי אגרות החוב סדרה ב' להמחות את זכויותיהם להגשת תביעות או לנקיטת הליכים משפטיים לנאמן התביעות כפי שהוחלט על ידם באסיפת ההצבעה. נוסף על כך, בעל התפקיד עתר לכך שבית המשפט יאשר באופן דומה גם את החלטת מחזיקי אגרות החוב סדרה א', שלגביה לא התקיים מניין חוקי באסיפת ההצבעה.

בהחלטה מיום 28.5.2019 נעתר בית המשפט של חדלות פירעון לבקשת בעל התפקיד ככל שהיא נוגעת למחזיקי אגרות החוב סדרה ב'. את החלטתו בעניין זה נימק בית המשפט בהסכמת מחזיקי אגרות החוב ובכך שהכונס הרשמי לא הביע התנגדות למבוקש. בכל הנוגע להמחאה הנוגעת לאגרות החוב סדרה א', בית המשפט הורה לבעל התפקיד להבהיר מדוע לא יכנס אסיפת נושים נוספת לאישור תיקון השטר ולהמחאת זכויות התביעה במניין החוקי הדרוש.

בהמשך ולבקשת בעל התפקיד, נערך דיון לפני בית המשפט של חדלות פירעון ביום 17.6.2019, במהלכו באת-כוח בעל התפקיד ציינה כי נעשו ניסיונות נוספים לכנס את הרוב הנדרש של 20% לצורך הצבעת האסיפה של מחזיקי אגרות החוב סדרה א', אולם ניסיונות אלה לא צלחו. בתוך כך, באת-כוח בעל התפקיד ציינה כי נערכו שיחות אישיות וניסיונות לברר אם ישנם מחזיקים נוספים וגם ניסיונות אלה לא הניבו פרי. בהקשר זה הוסיף בא-כוח הכונס הרשמי כי הוא פנה בנדון לרשות לניירות ערך

והאחרונה לא הביעה את התנגדותה לסוגיית ההמחאה. בתום הדיון נעתר בית המשפט של חדלות פירעון לבקשת בעל התפקיד והורה גם על המחאת זכויות התביעה של מחזיקי אגרות החוב סדרה א'. בית המשפט הטעים את קביעתו בהבהרות שניתנו על ידי בעל התפקיד, ובהינתן המסקנה שכינוס אסיפות הצבעה נוספות לא יביא ככל הנראה לשינוי בתוצאה בעקבות פיזור אגרות החוב, וכן בשל העובדה שהכונס הרשמי והרשות לניירות ערך לא הביעו התנגדות לבקשה.

6. בעקבות ההתפתחויות השונות שחלו וטרם שהוגשו התשובות מטעם המשיבים לבקשת האישור המקורית, הגישה דנציגר ביום 12.8.2019 בקשת מתוקנת לאישור תובענה כייצוגית (להלן: בקשת האישור המתוקנת או בקשת האישור). דנציגר צירפה לבקשת האישור המתוקנת חוות דעת כלכלית מטעמה וערכה שינויים בתתי-הקבוצות שאותן היא מעוניינת לייצג, כך שחלף תת-הקבוצה הנוגעת למי שרכש אגרות חוב של החברה ממועד פרסום הדוח התקופתי לשנת 2017; דנציגר הציעה תת-קבוצה אחרת, הכוללת מי שרכש אגרות חוב של החברה על סמך המידע שפורסם בדוחות הרבעוניים שפורסמו ביום 28.10.2015 והחזיקו בהם עד ליום פרסום הודעת הנזילות. בתוך כך, בבקשת האישור המתוקנת דנציגר פירטה על אודות ההתפתחויות שחלו ממועד הגשת בקשת האישור, ובכלל זה על החלטות בית המשפט של חדלות פירעון שהאריך מפעם לפעם את צו הקפאת ההליכים של החברה, ועל סוגיית המחאת זכויות התביעה של מחזיקי אגרות החוב. לדבריה, המחאת זכויות התביעה אינה חוקית ובכל מקרה אינה בעלת משמעות להליך הייצוגי שכן חלק גדול ממחזיקי אגרות החוב שאותן דנציגר מעוניינת לייצג – כולל היא עצמה – מכרו את אגרות החוב של החברה קודם להמחאה הלכאורית לנאמן התביעות. דנציגר הוסיפה וטענה שבמעמד מכירת אגרות החוב התגבש למעשה הנזק שנגרם לחברי הקבוצה בשל הפרטים המטעים. מעבר לכך, דנציגר הצביעה על כך שבאסיפת ההצבעה הנוגעת להמחאת הזכות של מחזיקי אגרות החוב סדרה ב' לא נכחו 42% מהמחזיקים, ועל כך שלא התקיים מניין חוקי באסיפת ההצבעה של מחזיקי אגרות החוב סדרה א'.

כעבור כחודשיים, ביום 11.10.2019 דנציגר הגישה בקשה נוספת לתיקון כתב הטענות מטעמה. הפעם דנציגר עתרה לתיקון בקשת האישור המתוקנת על דרך של הוספת משיבה חדשה לבקשת האישור, AIG Europe Limited, חברת הביטוח שביטחה את המשיבים בביטוח אחריות (להלן: חברת הביטוח). לאחר שמקצת המשיבים השיבו לבקשה זו, בהחלטה מיום 15.12.2019 ציין בית המשפט המחוזי כי בשים לב לשלב הדיוני שבו מצוי ההליך, על פניו נראה כי אין מניעה להורות על צירופה של חברת הביטוח כמשיבה לבקשת האישור. עם זאת, בית המשפט קבע כי טרם שיכריע בבקשה

להוספת חברת הביטוח עליו לברר תחילה את הטענה שזכויות התביעה של מחזיקי אגרות החוב הומחו לעו"ד גיסין. בהתאם, בית המשפט הורה לצדדים, וכך הורה גם לעו"ד גיסין, להגיש את התייחסותם לנפקות המחאת זכויות התביעה לנאמן התביעות.

התייחסות הצדדים לשאלת המחאת הזכויות והחלטת בית המשפט המחוזי

7. בהתאם להחלטת בית המשפט הגישו תחילה המשיבים 3-6 את התייחסותם להמחאת הזכויות (להלן יחד: הדירקטורים). בתמצית יצוין כי הדירקטורים הצביעו על כך שהחלטות בית המשפט של חדלות פירעון בדבר המחאת זכויות התביעה לנאמן התביעות הפכו חלוטות, וכי דנציגר לא נקטה בהליך כלשהו על מנת לנסות לשנות מהחלטות אלה. לפיכך הדירקטורים טענו שיש לדחות את טענות דנציגר כנגד חוקיות ההמחאה וכן את עמדתה כי ההמחאה יכולה לחייב רק את המחזיקים שקיבלו את ההחלטה בפועל. מעבר לכך, הדירקטורים גרסו כי אין ממש בטענת דנציגר שלפיה המחאת הזכויות אינה חלה על מחזיקי אגרות חוב שמכרו את אגרות החוב שבידם לפני המחאת הזכויות (להלן: קבוצת המוכרים). בהקשר זה הדירקטורים עמדו על כך שאין בהמחאת הזכויות הוראה המחריגה את קבוצת המוכרים, ועל כן אין ליתן להם יחס שונה בכל הנוגע לתחולת ההמחאה. בהמשך לכך טענו הדירקטורים שיש להורות על סילוקה על הסף של בקשת האישור או לכל הפחות להורות על סילוקה באופן חלקי, כך שהיא תחול אך ורק בנוגע למחזיקי אגרות חוב שמכרו את ניירות הערך לאחר פרסום הודעת הנזילות ולכל המאוחר עד למועד המחאת זכויות התביעה לנאמן התביעות. נוסף על כך, הדירקטורים טענו שאין מקום להיעתר לבקשת התיקון הנוספת מטעם דנציגר. בהקשר זה הדירקטורים ציינו כי בעל התפקיד ונאמן התביעות כבר שלחו מכתב התראה (משותף) לחברת הביטוח; במסגרתו השניים הודיעו כי בכוונתם לנקוט בהליכים משפטיים נגד נושאי המשרה ודירקטורים לשעבר בחברה בגין נזקים המוערכים לשיטתם ביותר מ-150 מיליון ש"ח.

המשיב 2, מר בועז גלעד (להלן: גלעד), הגיש התייחסות נפרדת מטעמו לנפקות המחאת זכויות התביעה לנאמן. בהתייחסותו גלעד שב על עיקרי הדברים שהופיעו בהתייחסות מטעם הדירקטורים, תוך שהדגיש בהסתמך על מכתב ההתראה מטעם בעל התפקיד ונאמן התביעות, כי אין מקום לנהל במקביל שני הליכים נפרדים בגין אותן הטענות ואותה מסכת עובדתית. על כן לשיטת גלעד אין ממש בהבחנה שדנציגר מנסה לערוך בין מי שמכרו את אגרות החוב ובין מי שהמחו את זכויות התביעה לנאמן התביעות.

בהתייחסות מטעם עו"ד גיסין לשאלת נפקות המחאת זכויות התביעה נטען כי בשים לב להוראות הדין והפסיקה יש לדחות את טענת דנציגר בדבר היעדר תחולת ההמחאה על מחזיקי אגרות חוב שלא נכחו באסיפת ההצבעה הרלוונטית. עו"ד גיסין הדגיש כי זכויות מחזיקי אגרות החוב הומחו לו כדין, כך שדנציגר אינה רשאית לפעול בשם של מחזיקי אגרות החוב במסגרת ההליך הייצוגי.

בהתייחסותה של דנציגר לשאלת נפקות ההמחאה, היא שבה והדגישה כי קבוצת המוכרים אינה מיוצגת על ידי נאמן האג"ח או נאמן התביעות, שכן במועד ההמחאה חברי קבוצה זו כבר לא החזיקו באגרות החוב. לטענתה, קבוצת המוכרים היא "קבוצה" שלא הושפעה מהחלטות אסיפות ההצבעה של מחזיקי אגרות החוב, ולכן היא זכאית לתבוע בנפרד את הנזק שנגרם לה. בהקשר זה, דנציגר צירפה לעמדתה חוות דעת משלימה ובה התייחסות למסחר באגרות החוב של החברה "מחוץ לבורסה", לאחר הפסקת המסחר באגרות החוב (להלן: חוות הדעת המשלימה). מעבר לכך, דנציגר טענה כי אסיפות ההצבעה שבהן לכאורה הומחו זכויות התביעה כללו מחזיקים שרכשו אגרות חוב לאחר פרסום הודעת הנזילות; ומכאן שממילא אין להם זכות תביעה, ולכן לשיטתה של דנציגר אין ודאות שאותם מחזיקים שהצביעו באסיפות בעד ההמחאה, היו בעלי עילת תביעה כמפורט בבקשת האישור. דנציגר הוסיפה וטענה כי המחאת זכויות התביעה מהווה ניסיון מצד נאמן התביעות ובעל התפקיד לעקוף ולאייץ את ההליך הייצוגי.

8. לאחר שנערך דיון לפני בית המשפט בשאלת המחאת זכויות התביעה שעל הפרק, ולאחר שהצדדים הגישו השלמת טיעון בנדון, נאמן האג"ח כינס את מחזיקי אגרות החוב לאסיפות הצבעה נוספות ביום 8.7.2020. באסיפות אלה מחזיקי אגרות החוב החליטו להתיר לנאמן התביעות לפעול מכוח המחאת זכויות התביעה ולנקוט בהליך משפטי, ובתוך כך לבצע כל פעולה נדרשת לשם סילוק בקשת האישור או לשם יציאה מהקבוצה המיוצגת בה.

9. ביום 7.12.2020 ניתנה החלטת בית המשפט המחוזי, היא החלטה שבמוקד בקשת רשות הערעור דנן. בית המשפט עמד על כך שעוד לפני המחאת זכויות התביעה לנאמן התביעות, דנציגר מכרה חלק מאגרות החוב שהחזיקה. בהתאם נקבע כי המחאת זכויות התביעה לעו"ד גיסין לכאורה אינה כוללת את זכות התביעה של דנציגר ושל המחזיקים שמכרו את אגרות החוב לאחר פרסום הודעת הנזילות וקודם להמחאת זכויות התביעה (קבוצת המוכרים). הודגש כי ההליכים שננקטים על ידי נאמן זכויות התביעה ממילא לא יועילו למי שנמנה עם קבוצה זו, ולכן אין בהמחאת זכויות התביעה לעו"ד גיסין כדי למנוע מדנציגר לברר את טענותיה ביחס לאגרות החוב שמכרה טרם המחאת

הזכויות. עם זאת, נקבע שלא כך הם פני הדברים ביחס למחזיקי אגרות החוב שמכרו אותן לאחר המחאת זכויות התביעה לנאמן התביעות. בהתאם, בית המשפט צמצם את הקבוצה המיוצגת בבקשת האישור וקבע שהדיון בהליך יוגבל רק לטענות הנוגעות לקבוצת המחזיקים שהחזיקו באגרות חוב במועד פרסום הודעת הנזילות ומכרו אותן קודם להמחאת זכויות התביעה לעו"ד גיסין.

בגין החלטה זו של בית המשפט המחוזי הגישה דנציגר את בקשת רשות הערעור הנדונה.

10. למען שלמות התמונה יצוין כי בסמוך לאחר החלטת בית המשפט המחוזי, נעתר בית המשפט לבקשת תיקון בקשת האישור והורה על צירופה של חברת הביטוח כמשיבה בהליך הייצוגי. כמו כן, במקביל להשתלשלות ההליכים כפי שפורטה לעיל ובעקבות החלטת בית המשפט של חדלות פירעון, הורה בית המשפט המחוזי בהחלטה נפרדת מיום 13.2.2020 על הקפאת בקשת האישור ככל שהיא מופנית כנגד החברה.

ועוד למען שלמות התמונה יצוין כי ביום 4.8.2020 ניתן בבית המשפט של חדלות פירעון פסק דין שבמסגרתו אושר הסדר נושים לחברה (להלן: הסדר הנושים ו-פסק הדין בהסדר הנושים, בהתאמה). במסגרת פסק הדין נדחתה התנגדותה של דנציגר להסדר הנושים, תוך שבית המשפט שב והדגיש כי החלטותיו בנוגע להמחאת זכויות התביעה של מחזיקי אגרות החוב לעו"ד גיסין הן חלוטות, וממילא לא הוגש לגביהן ערעור. דנציגר הגישה ערעור מטעמה על פסק הדין המאשר את הסדר הנושים, אולם ערעור זה נמחק בהסכמתה (ע"א 6508/20 דנציגר ושות' עורכי דין נ' ברוקלנד אפריל לימיטד - **Brookland Upreal Limited** (20.12.2021), להלן: ערעור הסדר הנושים). כן יצוין כי ביום 13.8.2020 הגישו עו"ד גיסין ובעל התפקיד תביעה בשם מחזיקי אגרות החוב ובשם החברה, המבוססת על המחאת הזכויות של מחזיקי אגרות החוב ועל טענות דומות לאלו שעולות בבקשת האישור; התביעה הוגשה כנגד נושאי משרה שונים בחברה, לרבות נגד החברת הביטוח ו-Deloitte בריטמן זהר אלמגור רואי חשבון, רואי החשבון המבקרים של החברה (ת"א 29520-08-20, להלן: תביעת נאמן התביעות ו-רואה החשבון המבקר, בהתאמה).

בתוך כך, בפסק דין מיום 29.3.2021 סילק בית המשפט המחוזי (השופט מ' אלטוביה) את תביעת נאמן התביעות ככל שהיא נוגעת לרואה החשבון המבקר (להלן: החלטת המחיקה). החלטת המחיקה נסמכת על סעיף 22 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] המורה כי "הזכות לתרופה בשל עוולה, וכן החבות עליה, אינה ניתנת להמחאה אלא מכוח

הדין" (להלן: פקודת הנזיקין). נקבע כי בשל הוראת סעיף 22 ומשום שתביעת הנאמן נגד רואה החשבון המבקר נסמכת על עילות נזיקיות, לא ניתן להכיר בהמחאת זכויות התביעה לנאמן התביעות בנסיבות המקרה. אולם כבר בשלב זה יצוין כי ערעור שהוגש מטעם בעל התפקיד ונאמן התביעות על החלטת המחיקה לבית משפט זה התקבל, ואתיחס בתמצית לפסק הדין בהמשך הדברים (ע"א 2840/21 נאמן להגשת תביעות מחזיקי אגרות החוב ומשקיעים פרטיים של **Brookland Upreal Limited** נ' **Deloitte** בריטמן זהר אלמגור ושות', רואי חשבון (26.4.2022), להלן: עניין נאמן התביעות).

בקשת רשות הערעור

11. בפתח הדברים יבואר כי בקשת רשות הערעור הוגשה טרם שניתנה החלטת המחיקה; ובהתאם לנוסח הבקשה בעת שהוגשה, הוגשו התשובות מצד נאמן התביעות והחברה (להלן: בקשת רשות הערעור המקורית). טרם שהוגשו תשובות יתר המשיבים לבקשת רשות הערעור המקורית, הגישה דנציגר בקשה לתיקונה; נעתרתי לבקשתה ובהתאם ניתנה לחברה ולנאמן התביעות אפשרות להגיש תשובות מתוקנות.

12. במסגרת בקשת רשות הערעור דנציגר שבה על כל אותן הטענות שנטענו על ידה בהתייחסותה להמחאת הזכויות בבית המשפט המחוזי. בקשת רשות הערעור מכוונת בעיקרה כנגד חוקיות המחאת זכויות התביעה של מחזיקי אגרות החוב לנאמן התביעות, כאשר לדברי דנציגר החלטת בית המשפט המחוזי יוצרת מצב שבו המחאת זכויות התביעה מהווה "תחרות" לבקשת האישור; זאת בשים לב לכך שהאחרונה הוגשה כחמישה חודשים קודם להמחאה. בהקשר זה דנציגר טוענת שהמחאת זכויות התביעה מבטאת מסלול עוקף להוראות סעיף 7 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות). דנציגר מוסיפה וטוענת כי המחאת זכויות התביעה אינה חוקית, וכי מדובר באקט שיזם נאמן האג"ח בשיתוף עם עו"ד גיסין, על מנת לעקוף את חוק תובענות ייצוגיות ועל כן ההמחאה נוגדת את תקנת הציבור. דנציגר אף מפנה לסעיף 10 לחוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המחאת חיובים) המורה כי הוראות חוק המחאת חיובים "אינן חלות על המחאות לפי מסמכים סחירים"; ולדבריה, אגרת החוב היא מסמך סחיר ולכן אין תחולה לחוק המחאת חיובים בנדון.

עוד טוענת דנציגר כי החלטת בית המשפט המחוזי נוגדת את הוראות חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 (להלן: חוק חוזה ביטוח); שכן סעיף 69 לחוק חוזה ביטוח מקנה למחזיקי אגרות החוב זכות תביעה ישירה כלפי חברת הביטוח וזכות זו אינה חלקי מנכסי החברה ועל כן אינה כפופה להחלטת בית המשפט של חדלות פירעון. בהמשך לכך,

דנציגר מפנה להוראת סעיף 22 לפקודת הנזיקין הקובע כי "הזכות לתרופה בשל עוולה, וכן החבות עליה, אינה ניתנת להמחאה אלא מכוח הדין", ובהקשר לכך דנציגר מפנה להחלטת המחיקה. עוד טוענת דנציגר בעניין זה כי נימוקי החלטה המחיקה נוגדים את נימוקי בית המשפט בהחלטה נושא בקשת רשות הערעור (שניתנו כזכור על ידי אותה מותב). לשיטתה, החלטת המחיקה מבטאת את הכרת בית המשפט המחוזי בכך שהדרך לנקיטת הליך קולקטיבי בשם מחזיקי אגרות החוב היא באמצעות בקשת האישור ולא באמצעות המחאת זכויות תביעה לנאמן התביעות.

זאת ועוד. דנציגר גורסת כי מחזיקי אגרות החוב לא קיבלו את ההחלטה בדבר ההמחאה ברוב הדרוש לקבלת החלטה המשנה את תנאי אגרות החוב. דנציגר מפרטת כי באף אחת מאסיפות ההצבעה של אגרות החוב סדרה א' לא התקיים מניין חוקי של 50% כדרישת חוק ניירות ערך; ובכל הנוגע לאסיפת ההצבעה של אגרות החוב סדרה ב', דנציגר מדגישה שבאסיפה זו נכחו רק 58% מהמחזיקים, ולמעשה 42% לא הביעו את עמדתם בעניין זה. בהמשך לכך דנציגר טוענת שאדם לא יכול לוותר בשתיקה על זכות מהותית או להעניק יפוי כוח לניהול משפט בשמו. מעבר לכך, דנציגר מציינת שבפני מחזיקי אגרות החוב לא הייתה אפשרות בחירה בין המחאת הזכות ובין ניהול בקשת האישור. לטענתה, לא ניתן למחזיקי אגרות החוב הסבר על העלויות וההשלכות הכלכליות של הבחירה בין כל אחת מהאפשרויות הללו. דנציגר שבה וטוענת כי 28% מהמשתתפים באסיפות ההצבעה שהתקיימו הם מחזיקים שרכשו את אגרות החוב לאחר מועד פרסום הודעת הנזילות; משכך, ממילא אין להם זכות תביעה להמחות, ולשיטתה הצבעתם נעשתה כדי ליצור "רוב מלאכותי" לצורך המחאת זכות התביעה. עוד טוענת דנציגר כי עסקינן בין היתר בהמחאת זכות תביעה נגד חברת הביטוח, בעוד בפסיקה נקבע שתביעה נגד מבטח אינה חלק ממסת הנכסים של תאגיד ולכן אין אפשרות להמחות תביעה ממין זה ללא הסכמתו המפורשת של המחזיק בזכות. לבסוף, דנציגר מצביעה על כך שברוקלנד מאוגדת באיי הבתולה, וכי דינים אלה חלים על זכויות מחזיקי אגרות החוב לפי שטר הנאמנות; ובהקשר לאמור דנציגר טוענת כי בית המשפט המחוזי התעלם בהחלטתו מכך שאין ראייה לכך שהמחאת זכות תביעה כבמקרה דנן אפשרית לפי דיני איי הבתולה.

13. הדירקטורים מצידם סבורים כי יש להורות על דחיית בקשת רשות הערעור. הדירקטורים מצביעים על כך שבבקשת האישור ובתביעת נאמן התביעות מתעוררות טענות ושאלות דומות הנוגעות לראיות חופפות ומצריכות הכרעות מקבילות. בהתאם, הדירקטורים טוענים שבבקשת רשות הערעור דנציגר מעוניינת למעשה שינוהלו שני הליכים מקבילים, כך שיתאפשר לנהל נגד הדירקטורים שתי תביעות זהות, הן באמצעות

תביעה נמחה הן באמצעות ההליך הייצוגי. לטענת הדירקטורים, ניהול שני הליכים מקבילים בנדון, משמע פגיעה בזכותם הדיונית, ויש לאפשר להם להתגונן במסגרת הליך אחד. נוסף על כך, הדירקטורים מדגישים כי בדין נדרש בית המשפט באופן מקדמי לסוגיית המחאת זכויות התביעה לנאמן התביעות. לדבריהם, מדובר במחלוקת משפטית ברורה ומגודרת שהתעוררה לאחר שדנציגר העלתה אותה מיוזמתה במסגרת בקשת האישור המתוקנת. לבסוף, הדירקטורים טוענים שחוות הדעת המשלימה צורפה שלא כדין; בית המשפט המחוזי מעולם לא אישר את הגשתה ועל כן לשיטתם יש להתעלם מטענות דנציגר הנסמכות עליה.

בהחלטה מיום 5.4.2021 הורה בית המשפט המחוזי על מחיקת גלעד מבקשת האישור, ובהתאם גלעד לא נדרש להגיש תשובה לבקשת רשות הערעור.

14. בתשובתו לבקשת רשות הערעור עו"ד גיסין סומך את ידיו על קביעות בית המשפט המחוזי, תוך שהוא מדגיש כי טענות דנציגר בדבר תוקף המחאת זכויות התביעה נדחו על ידי בית המשפט של חדלות פירעון בפסק הדין שניתן בהסדר הנושים. בהתאם, עו"ד גיסין טוען כי תוקפה של ההמחאה אינו יכול לעמוד למבחן במסגרת ההליך דנן. בתוך כך, נאמן התביעות טוען כי המחאת זכויות התביעה שבנדון תקפה אף בהתאם להוראות סעיף 22 לפקודת הנזיקין; זאת משעה שמדובר בהמחאה "מכוח דין", ובתי המשפט אישרו באופן תדיר המחאות מסוג זה. בהקשר לאמור, נאמן התביעות שב ומדגיש כי המחאת הזכויות אושרה על ידי בית המשפט של חדלות פירעון. מטעם זה לעמדת נאמן התביעות, אין ממש בטענה שחוק חוזה ביטוח מונע מבית המשפט של חדלות פירעון לאשר את המחאת זכויות התביעה, ומכל מקום הוא סבור כי אין מקומה של טענה זו להתברר בגדר ההליך דנן. אשר לטענה כי המחאת זכויות התביעה נעשתה בהיעדר הסכמת מחזיקי אגרות החוב, עו"ד גיסין טוען שאין ממש בעמדת דנציגר. לדבריו, מחזיקי אגרות החוב אישרו בעבר את המחאת הזכויות ברוב גדול ואף הביעו עמדה מפורשת שלפיה אינם חפצים לקחת חלק בהליך נושא בקשת האישור.

מעבר לכך, נאמן התביעות טוען כי רצונה של דנציגר לסווג את קולות מחזיקי אגרות החוב בהסתמך על השאלה אם ברשות המחזיק זכות תביעה אם לאו, אינה עולה בקנה אחד עם הוראות חוק ניירות ערך ושטרי הנאמנות של אגרות החוב. עו"ד גיסין מוסיף כי טענות דנציגר כנגד המחאת זכויות התביעה לא נועדו לשרת את האינטרס של מחזיקי אגרות החוב, וכי אלה הביעו תמיכה גורפת בהחלטת ההמחאה. לשיטתו, טענות דנציגר נועדו לשרת אינטרס צר של דנציגר, המתבטא ברצונה לייצג קבוצה שאינה מעוניינת להיות מיוצגת על ידה. לבסוף, בכל הנוגע לתחולת חוק המחאת חיובים על

אגרות חוב, עו"ד גיסין טוען שאגרת חוב אינה מסמך סחיר כהגדרת סעיף 10 לחוק המחאת חיובים. עו"ד גיסין מטעים בעניין זה כי אגרת חוב מופקדת אצל החברה לרישומים המנהלת את מרשם זכויות מחזיקי אגרות החוב בהתאם להוראות הקניה והמכירה המתקבלות אצלה מחברי הבורסה השונים; וכי אגרת החוב עצמה אינה מצויה באופן פיזי בידי המחזיקים ואינה ניתנת למסחר או להעברה על ידם.

יצוין כי במסגרת תשובתה לבקשת רשות הערעור המקורית הודיעה החברה באמצעות בעל התפקיד כי לנוכח הקפאת ההליך הייצוגי נגד החברה ממילא אין בכוחה של בקשת רשות הערעור דנן כדי להשפיע עליה באופן ישיר. עם זאת, ואך למען הסדר הטוב, הודיעה החברה כי היא מצטרפת לאמור בתשובת נאמן התביעות.

15. לאחר שניתן פסק הדין בעניין נאמן התביעות הגישה דנציגר בקשה להשלמת טיעון מטעמה, ואולם בשים לב לכך שפסק הדין מדבר בעד עצמו, לא ראיתי להידרש להשלמת הטיעון מטעמה.

דיון והכרעה

16. לאחר עיון בבקשת רשות הערעור ובתשובות לה, על נספחיהן, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה להידחות. הארכתי לעיל בכל הנוגע להשתלשלות ההליכים השונים הכרוכים בהחלטה זו ולא בכדי, הליכים אלה וההתפתחויות השונות שהתרחשו לאחר הגשת בקשת רשות הערעור, הובילו אותי למסקנה שדין הבקשה להידחות כאמור.

במוקד בקשת רשות הערעור ניצבות טענות דנציגר כנגד עצם חוקיות המחאת זכויות התביעה. לשיטתה המחאת זכויות התביעה לנאמן התביעות נעשתה בניגוד לדין והיא נועדה לעקוף את הוראות חוק תובעות ייצוגיות. בהקשר לטענות אלה יבואר כבר כעת כי המסגרת הדיונית הנכונה לתקיפת המחאת זכויות התביעה היא בגדר ההליך שהכיר בהמחאת זכויות התביעה לנאמן התביעות, הוא ההליך המתנהל בבית המשפט של חדלות פירעון, ולא במסגרת ההליך הייצוגי. ראו בהקשר זה את דברי השופט ע' גרוסקופף בעניין נאמן התביעות: "פשיטא כי בית המשפט הדן בתביעה אינו מוסמך להחליט האם יש מקום, כעניין עובדתי-פרטני, לאשר מנגנון המחאת הזכויות, שהרי עניין זה מצוי בסמכותו של בית המשפט של חדלות פירעון" (שם, פסקה 10). יוזכר כי בהחלטות מימים 28.5.20219 ו-17.6.2019 אישר בית המשפט של חדלות פירעון את החלטות מחזיקי אגרות החוב המאשרות את התיקון לשטר הנאמנות ואת המחאת זכויות התביעה לנאמן התביעות. אמנם דנציגר לא הייתה צד להליך חדלות הפירעון בשלב זה, ואולם עיון בתיק המתנהל בבית המשפט של חדלות פירעון מלמד כי דנציגר הגישה התנגדות לבקשת בעל

התפקיד לאישור הסדר הנושים. בהקשר זה יוער כי בסעיף 71 לבקשת אישור הסדר הנושים מטעם בעל התפקיד צוין כדלקמן:

“עם כניסתו לתוקף של הסדר זה (להלן בסעיף זה: “מועד ההמחאה”), כל אחד מבין מחזיקי אגרות החוב והמשקיעים הפרטיים (להלן: “הממחים”) ימחה את מלוא זכויות התביעה שיש לו, ידועות ו/או בלתי ידועות, בגין כל עילה הקשורה ו/או הנובעת מאגרות החוב ו/או משטרי הנאמנות ו/או מהפרויקטים ו/או כלפי מי מחברות הקבוצה, כנגד כל גורם שהוא (לרבות זכויות התביעה כנגד בעלי המניות ו/או דירקטורים ו/או נושאי המשרה ו/או נותני שירותים חיצוניים של ברוקלנד בעבר ובהווה וכלפי חברת הביטוח שביטחה את נושאי המשרה בפוליסת דירקטורים ונושאי משרה), לנאמן התביעות...”

17. בית המשפט של חדלות פירעון אישר כאמור את הסדר הנושים בפסק דין מיום 4.8.2020 ובכלל זה אישר את המחאת זכויות התביעה לנאמן התביעות (ראו בעניין זה בפסקה 11 בפסק הדין בהסדר הנושים). בהתייחס להתנגדותה של דנציגר קבע בית המשפט של חדלות פירעון כלהלן:

“לא ניתן להלום מצב בו נושה בחברה המחזיק לעת עתה בזכות נשייה בהיקף של 7 ₪ בלבד יביא לסיכול כלל הסדר הנושים ולפגיעה ביתר מחזיקי אגרות החוב (הן מסדרה א', והן מסדרה ב') וכן במשקיעים הזרים, כאשר היקף נשייתם של כל אלו יחד נאמד בכ-212.8 מיליון ₪. אמנם, לדברים אלה קשר ישיר לשאלת האבחון שבין קבוצות המחזיקים ולקביעה כי התביעה הייצוגית תנוהל על-ידי התובעת הייצוגית, סוגיה אשר ממתינה להכרעת בית-המשפט המחוזי (המחלקה הכלכלית) במסגרת התובענה הייצוגית, ברם, מקובלת עלי עמדת בעל התפקיד אשר היפנה בהקשר זה לעניין אורבנקורפ, לפיו כל עוד לא הוכרעה הסוגיה דנן במסגרת התובענה הייצוגית, הרי שיש לראות בתובעת הייצוגית כמי שמצביעה לעת עתה מכוח זכות נשייה האישית בהיקף של 7 ₪ בלבד, ולא כנושה בעלת ערך חוב בסך של כ-60 מיליון ₪ (כגובה הסכום הנתבע על-ידה בתובענה הייצוגית).”

לא-זו-אף-זו, לדברים אלה משנה תוקף וזאת בשים לב לאמור בתשובת בעל התפקיד לפיו ביום 8.7.2020 וביום 9.7.2020 התקיימו אסיפות הצבעה של מחזיקי אגרות החוב בחברה, משתי הסדרות, במסגרתן התבקשו המחזיקים להביע עמדתם בשאלה האם הם תומכים בפעולת נאמן התביעות, ובהמחאת זכויות התביעה לידיהם משתחררים למעשה מייצוגה של התובעת הייצוגית בת"צ 55926-01-19. על-פי הנטען, נאמן התביעות זכה לתמיכת מחזיקי אגרות החוב כך שבסדרה א' התקבלה

החלטה ברוב של 99.99% מקולות המשתתפים בהצבעה ובסדרה ב' התקבלה החלטה ברוב של 99.51% מקולות המשתתפים בהצבעה.

לכך מתווספת העובדה כי עסקינן בבקשה לאישור הסדר נושים בסד זמנים דחוק ביותר העומד בפני בעל התפקיד שכן עליו למצות את הליכי התביעה נגד נושאי המשרה בחברה בטרם תפקע פוליסת הביטוח של האחרונים. היינו, בנסיבות אלו ובטרם יגרם נזק בלתי הפיך לנושי החברה על סוגיהם, נראה כי יש להורות על אישור הסדר הנושים כמבוקש" (שם, בפסקה 17).

כפי שצוין לעיל, בעקבות פסק דינו של בית המשפט של חדלות פירעון בהסדר הנושים הגישה דנציגר ערעור לבית משפט זה, אלא לאחר שהתקיים דיון בערעור הודיעה דנציגר, בעקבות הערות בית המשפט, כי היא החליטה למשוך את ערעורה וערעור הסדר הנושים נמחק בהתאם. כלומר, קביעות בית המשפט של חדלות פירעון ביחס לחוקיות המחאת זכויות התביעה לנאמן התביעות נהפכו לחלוטות, ולמעשה די בכך כדי לדחות את בקשת רשות הערעור דנן.

18. למעלה מן הצורך יצוין כי בעקבות מחיקת ערעור הסדר הנושים דנציגר הגישה בהליך זה הודעת עדכון מתאימה ביום 3.1.2022, בה עדכנה שערעורה נמחק בהסכמתה, זאת "לאחר שבית המשפט הודיע שטענות הפגם ואי החוקיות של המחאת זכויות התביעה של מחזיקי האג"ח ל'נאמן התביעות' תוכרענה] בהליך אחר בפני בית המשפט העליון שהטענות בו כבר נשמעו". מהודעת העדכון עולה כי "ההליך האחר" שאליו כיוונה דנציגר הוא עניין נאמן התביעות שנדון לפני בית המשפט כחודשיים קודם לכן. אלא שכאמור בסופו של דבר בעניין נאמן התביעות התקבל ערעורו של עו"ד גיסין על החלטת המחיקה. בתוך כך, בפסק הדין הובהר כי מנגנון המחאת זכויות תביעה לנאמן תביעות, הזוכה לאישור בית משפט של חדלות פירעון במסגרת הסדר נושים אינו עומד בסתירה לסעיף 22 לפקודת הנזיקין; כך שאין "מניעה מבחינה משפטית-עקרונית כי בית משפט של חדלות פירעון יאשר הסדר נושים או תוכנית לשיקום כלכלי הכוללים מנגנון המחאת זכויות (ובכלל זה, גם המחאה של זכויות בנזיקין), כאשר השאלה האם ראוי לעשות כן במקרה הקונקרטי צריכה להיבחן על ידי בית המשפט של חדלות פירעון בהתאם לנסיבות העובדתיות-פרטניות של ההסדר המוצע" (שם, בפסקה 20).

19. בנסיבות אלה, משעה שהמחאת זכויות התביעה של מחזיקי אגרות החוב אושרה על ידי בית המשפט של חדלות פירעון שהיא הערכאה המוסמכת לדון בסוגיה זו, ובשים לב לקביעות בית משפט זה בעניין נאמן התביעות, לא ראיתי מקום להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי שלפיה יש לצמצם את הקבוצה המיוצגת בבקשת האישור.

סוף דבר

20. התוצאה היא שהבקשה לרשות ערעור נדחית. דנציגר (המבקשת) תישא בהוצאות הדירקטורים (המשיבים 3-6) בסך 5,000 ש"ח ובהוצאות נאמן התביעות (המשיב 8) בסכום דומה, ובסך הכל 10,000 ש"ח.

ניתנה היום, כ"ג באלול התשפ"ב (19.9.2022).

ש ו פ ט ת