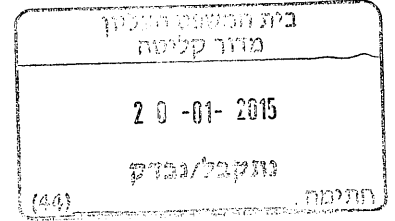


1. הבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ
2. מסלקת הבורסה לניירות ערך בתל-אביב
ע"י ב"כ עוה"ד פנחס רובין ועופר פליישר
ממשרד גורניצקי ושות'
מרחוב רוטשילד 45, תל-אביב 6578403
טל: 03-7109191; פקס: 03-5606555

המערערות:



- נ ג ד -

עו"ד גיא גיסין הנאמן להסדר הנושים ובעלי
המניות של אורליין ייזום והשקעות בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד יואל פרייליך ואמיר פז
ממשרד גיסין ושות'
מרחוב הברזל 38, תל-אביב 6971054
טל: 03-7467777; פקס: 03-7467700



משיגה פורמאלית:

החברה לרישומים של בנק מזרחי טפחות בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד דוד לשם וזיו אריאלי
ממשרד ניר כהן, לשם ושות'
מרחוב ברקוביץ' 4, תל-אביב 6423806
טל: 03-6968270; פקס: 03-6968277

הודעת ערעור



בהתאם להחלטות בית משפט נכבד זה (כבוד הרשם ג' שני) מיום 18.12.2014 ו-6.1.2014, המצורפות כנספח א', מתכבדות המערערות, הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ (להלן: "הבורסה") ומסלקת הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ (להלן: "המסלקה"), להגיש לבית משפט נכבד זה הודעת ערעור על פסק דינו החלקי של בית המשפט המחוזי בתל-אביב (כבוד השופטת ר' רונן) מיום 6.6.2014 בת.א. 45609-07-11 (להלן: "פסק הדין"), וכן על החלטתו המשלימה מיום 2.11.2014 (להלן: "ההחלטה המשלימה").

עותק פסק הדין החלקי מצורף להודעת ערעור זו כנספח ב'. עותק ההחלטה המשלימה מצורף להודעת ערעור זו כנספח ג'. עוד מצורפות כנספח ד' הודעת ערעור זו עותק החלטת בית המשפט קמא מיום 11.11.2014 ועותק הפסיקתא שנחתמה על ידי בית המשפט קמא ביום 12.11.2014.

לאור כל האמור בכתבי הטענות מטעם המערערות שהוגשו לבית המשפט הנכבד קמא, בהודעת ערעור זאת, כתבי הסיכומים שיוגשו והטיעון בעל פה (במועד שיתקיים הדיון בערעור), יתבקש בית משפט נכבד זה לקבל את הערעור על פסק הדין ועל ההחלטה המשלימה, ולבטלם. כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להשית על המשיב את הוצאות המערערות במסגרת הליך זה ובמסגרת ההליך בערכאה קמא, לרבות שכ"ט עורכי דין בצירוף מע"מ כדין.

המערערות שומרות לעצמן זכות לעבות, להרחיב, לפרט, לבאר, להוסיף וכיו"ב על נימוקי הערעור. כל נימוקי הערעור נטענים במצטבר ואו לחילופין כפי שמתחייב מהקשר הדברים ואו מהוראות הדין ואין בהעלאת טענה במיקום מסוים כדי לגרוע מהעלאתה בהקשרים אחרים.

ההדגשות בהודעת ערעור זו הינן של הח"מ, אלא אם נכתב אחרת במפורש.


עופר פליישר, עו"ד

ב/ פנחס רובין, עו"ד
גורניצקי ושות'
ב"כ הבורסה והמסלקה

א. מבוא

1. אורליין ייזום והשקעות בע"מ (להלן: "אורליין" או "החברה") הייתה חברה אשר שימשה את אורגניה המוסמכים (ואחרים שפעלו עימם) לביצוע שורה של תרמיות ועבירות פליליות (שהן כשלעצמן מנתקות קשר סיבתית). למעשה, אורליין הייתה כלי ריק נטול נכסים, פעילות או שווי וכהסכמת התובע עצמו - החברה הייתה "שקר, כזב וזיוף".
2. מעשי התרמית הנ"ל היו מעשי תרמית חריגים ו-"תקדימיים" בישראל וגם בעולם. לדאבון הלב, הם לא נתגלו "בזמן אמת" על ידי רשויות החקירה ואכיפת החוק (שהם רשות ניירות ערך והמשטרה).
3. אחד מבין מעשי התרמית הנ"ל - והוא היחיד בגינו הוגשה התביעה כאן - הינו "תרמית המניות הפיקטיביות". המדובר במעשה תרמית, במסגרתו רימו האורגנים המוסמכים של אורליין גורמים מקצועיים ומנוסים (אנשי המשיבה הפורמאלית, החברה לרישומים של בנק המזרחי טפחות בע"מ, להלן: "החברה לרישומים")¹ ומסרו להם מסמכים כאלה ואחרים על מנת ליצור מצג שווא כאילו מניות של אורליין הוקצו ונרשמו על שמה של החברה לרישומים, וזאת לצורך רישומן (הפקדתן) אצל המסלקה. אלא שלא דוברים ולא יער - המסמכים היו כוזבים, המניות לא הוקצו על ידי החברה ולא שולמה תמורה בגינן, והן ממילא לא נרשמו במרשמי אורליין על שמה של החברה לרישומים.
4. ויודגש, המדובר במעשה עברייני מורכב ותקדימי שלא נעשה קודם לכן בארץ או בחו"ל ואף לא נצפה על ידי גורמים מומחים לדבר (ולפיכך גם לא היה ניתן לצפייה). יתרה מכך, המעשה העברייני נעשה בחברה שלא הייתה שווה את "הנייר שמנייתה כתובה עליו".
5. מכל מקום, החברה לרישומים, נפלה קורבן למעשה התרמית הנ"ל וכתוצאה מכך העבירה למסלקה (ולמסלקה בלבד; הבורסה לא הייתה מעורבת בעניין זה) הוראות ביצוע בנוגע להגדלת יתרות חברי המסלקה הרלבנטיים (בנקים ובתי השקעות). לטענתו של המשיב (שלא הוכחה), לאחר מכן מכרו הגורמים העברייניים (מנהלי אורליין והמסייעים להם) את "המניות הפיקטיביות" מחשבונותיהם לציבור הרחב, שלא חשד או ידע אודות התרמית.
6. ודוק! בבית המשפט קמא לא הייתה מחלוקת, כי בזמן אמת, המערערות לא עמדו (ולא היו צריכות לעמוד) בקשר ישיר עם הגורמים המעוולים (מנהלי אורליין ושותפיהם לפשע); כי המסמכים באמצעותם רימו מנהלי אורליין את החברה לרישומים לא נמסרו (ולא היו צריכים להימסר) למערערות; כי המסמכים היחידים שנמסרו למסלקה (ולה בלבד, שכן הבורסה אינה נוטלת חלק בהפקדה אצל המסלקה) הם הוראות הביצוע שנערכו ע"י החברה לרישומים, על הטפסים המיועדים לכך שנחזו להיות כשרים; כי המסלקה פעלה לפי הוראות שנערכו ע"י החברה לרישומים ונמסרו על ידה למסלקה במהלך העסקים הרגיל - כפי שהייתה מחויבת לעשות; וכי המערערות לא עמדו בקשר עם בעלי המניות של אורליין (ולא הכירו אותם).
7. למעשה, טענתו של התובע נגד המערערות התמצתה בכך, שבדיעבד הסתבר, שאילו לא הייתה המסלקה מסתמכת על החברה לרישומים והייתה עורכת בדיקה עצמאית נוספת², ניתן היה לגלות את אותו "גורם זר מתערב" ולסכל את התרמית שרקח - אך בדיקה כזו לא נעשתה. בכל הכבוד, זוהי "חכמה שבדיעבד" - לא הייתה סיבה לפקפק במהימנות הוראותיה של החברה לרישומים, וממילא אין

1 חברות הרישומים הינם גורמים בנקאיים-מקצועיים העומדים בקשר עם החברה הציבורית ומנהליה בעניין החזקת מניות, רישומן והפקדתן במסלקה. בישראל פועלות ארבע חברות רישומים בלבד המוחזקות על ידי ארבעת הבנקים הגדולים, והן כפופות לסטנדרטים בנקאיים מחד ולכללים המחייבים (ובעלי המעמד המעין-סטטוטורי) שנקבעו בחוקי העזר של מסלקת הבורסה מנגד. המשיבה הפורמאלית היא אחת מהן.

2 המדובר בבדיקה שלא נדרשה לפי המסגרת הנורמטיבית; שאינה אפקטיבית לגילוי "תרמיות"; ושגם גורמים אחרים יכלו לבצע ולאזן דווקא המערערות.

זה מתפקידן ואו מסמכותן של המערערות "לבלוש" אחר תרמיות כאלה ואחרות ולסכל אותן.

8. המערערות טענו בפני בית המשפט הנכבד קמא, שלא רק שבנסיבות העניין כאן, יסודותיה של עולות הרשלנות אינם מתקיימים לגביהן, אלא שממילא כל מהותה של חברת אורליין הייתה "שקר, כזב וזיוף" ולמניותיה לא היה שווי, וזאת ללא כל קשר למספרן ולאירועים נשוא התובענה כאן. זאת ועוד, בפני בית המשפט קמא נטען והוסבר, כי ככל שלבעלי המניות הנטענים נזק אותו ניתן "לשייך" למערערות - הוא ממילא רופא, שכן בעלי המניות הנטענים זכו לקבל מניות "יכשרות" של אורליין שהוחזרו למסחר בבורסה (בסיוע המשיב).

9. אך לא רק מטעמים אלה, התביעה שהגיש המשיב לבית המשפט קמא הייתה ראויה להידחות. התביעה לקתה במספר כשלים טרומיים, שלדעת המערערות, היה בכל אחד מהם (ודאי במשקלם המצטבר) כדי לדחות ("על פניו") את התביעה - ובין היתר, העדר מעמד/סמכותו של המשיב לנהל את התביעה; העובדה שרשימת בעלי המניות הנטענים שהמשיב הציג הייתה "מחוררת ככברה"; העובדה שזכויות התביעה של בעלי המניות "האמיתיים" (מכוחן מתיימר המשיב לנהל את התביעה) לא הוכחו/אומתו (ואף לא נבדקו על ידי המשיב טרם הגשת התביעה "בשמים"); והעובדה שהתביעה התיישנה ולמצער נפל בה שיהוי עמוק המחייב את דחייתה.

10. והנה, חרף כל האמור לעיל, מצא בית המשפט הנכבד קמא לקבל את התביעה ולחייב את המערערות ואת המשיבה הפורמאלית, יחד ולחוד, לפצות את בעלי המניות הנטענים בגין הנזק שהמערערות כביכול גרמו (ולמעשה - לא מנעו) מהם. קביעת חבותן של המערערות והמשיבה הפורמאלית והמתווה לחישוב סכום הפיצוי נקבעו במסגרת פסק הדין (שפורסם כאמור ביום 6.6.2014).

11. לאחר פרסום פסק הדין, המשיך החליך להתנהל בפני בית המשפט הנכבד קמא לצורך קביעת סכום החבות המדויק שיוטל על המערערות והמשיבה הפורמאלית (יחד ולחוד). משעה שהצדדים לא הצליחו להגיע להסכמות בעניין זה, הם הגישו את עמדותיהם לבית המשפט הנכבד על מנת שיכריע ביניהן. דא עקא, שבית המשפט הנכבד קמא אימץ תחשיב נזק אשר התבסס על נתונים שגויים אשר בית המשפט קמא שלל בעצמו - ובכך למעשה אימץ תחשיב נזק שאף אינו הולך בתלם הכרעותיו הקודמות בתיק. כפי שיובהר בפרק ז' להלן, אימוץ תחשיב הנזק הנכון, שהוצג על ידי המערערות (ואומץ על ידי המשיבה הפורמאלית), היה מפחית את גובה החבות בלמעלה מ-50%. גם על כך מופנה ערעור זה.

12. אך ראשון - ראשון; ואחרון - אחרון.

ב. עיקר התשתית העובדתית

1.1. רישום למסחר בבורסה; הפקדת מניות במסלוקה - ומה שביניהם

1.1.א. רישום למסחר אצל הבורסה ותכליתו (שאינה להבטיח "שווי" למניות)

13. הבורסה פועלת בהתאם לתקנונה שהאמור בו מוכתב במידה רבה על ידי חוק ני"ע והוא טעון אישור של ועדת הכספים של הכנסת וכן אישור של שר האוצר לאחר שהתייעץ עם רשות ני"ע (להלן: "התקנון").

14. כאמור בסעיף 46 לחוק ניירות ערך, התקנון נועד, בין היתר, להתוות כללים "לניהול תקין והוגן של הבורסה", והוא עוסק, בין היתר, בקביעת כללים לעניין החברות בבורסה³; בקביעת כללים לרישום ניירות ערך למסחר בבורסה; כללים לעניין המסחר בבורסה⁴; בקביעת החובות שיחולו על חברה שניירות ערך שלה רשומים למסחר ועוד. חוק ניירות ערך והתקנון לא מטילים על הבורסה ואו על מי מטעמה את החובה לבלוש או לפקח אתר החברות הנסחרות ואו מנהליהן, על מנת לוודא שהם אינם

3 למען חסר ספק, "חברי הבורסה" הם הבנקים ובתי ההשקעות ולא החברות הנסחרות.
4 הכוונה למשל למועדי המסחר, שיטות המסחר, תנאים להפקדת מסחר של נייר ערך מסוים, ועוד.

פועלים באופן בלתי תקין או בלתי הוגן במסגרת המסחר בבורסה - זהו תפקידן של רשויות אכיפת החוק (המשטרה ורשות ניירות ערך).

15. התקנון קובע, בין היתר, את התנאים בהם צריכה לעמוד חברה על מנת שניירות הערך שלה יירשמו למסחר בבורסה. התנאים הנ"ל מהווים רשימה של פרמטרים בסיסיים שנועדו להבטיח, בין היתר, את עבירות המניות "מיד-ליד" ואת השוויון בין המחזיקים במניות.

16. קבלת האישור למסחר בבורסה הוא אקט רישומי, וכל עוד שהחברה לרישומים (הספציפית) שמונתה לרשום את מניותיה של החברה הציבורית (הספציפית), לא הפקידה את המניות במסלוקה (להבדיל מהבורסה) בפועל, לא ניתן לסחור במניות בציבור (וניתן לאמור ש(כמעט) לא ארע דבר).

2. ב. רישום מניות אצל המסלוקה - מסלולי ההפקדה שנקבעו בנהלים המחייבים

17. על מנת שמניות יוכלו להיסחר בפועל בבורסה עליהן להיות רשומות במרשם בעלי המניות על שם החברה לרישומים (הספציפית) שמונתה בקשר עם אותן מניות, ולהירשם במסלוקה על ידי אותה חברה לרישומים. פעולת הרישום הנ"ל (שהינה למעשה זיכוי יתרות של חברי מסלוקה), נקראת גם "הפקדה".

18. בתקופה הרלבנטית לתביעה, רישום מניות במסלוקה היה יכול להיעשות באחד משני מסלולים אשר היו מוסדרים בחוקי העזר של המסלוקה ("הפקדה מהקצאה" ו-"הפקדה מלקוח").

19. בהקשר זה יש להדגיש, כי חוקי העזר, המחייבים את החברות לרישומים ואת החברות הנסחרות, אושרו על ידי דירקטוריון הבורסה בידענה ובשיתופה של רשות ניירות-ערך, שבהיותה הרגולטור הרלבנטי אף הייתה מוסמכת להתערב בפעילותן של הבורסה והמסלוקה וליתן להן הוראות, ככל שסברה שנהלים אלה אינם ראויים.

20. חוקי העזר דאז קבעו, כי כל תהליכי הבדיקה והבקרה בקשר עם המניות המופקדות בשני המסלולים הנ"ל ייערכו על ידי הבנק המרכזי, החברה לרישומים, והחברה הנסחרת. לאחר השלמת הבדיקות והבקורות הנ"ל, הייתה מעבירה החברה לרישומים למסלוקה הוראת הפקדה שכללה את מספר ניירות הערך וסוג ניירות הערך שהיא (החברה לרישומים) מורה למסלוקה לרשום אצלה לצורך המסחר בהם בבורסה. ודוק! הוראת הפקדה זו הייתה המסמך היחיד שהיה מועבר למסלוקה. הא ותו לא. המסמכים ותוצאות הליכי הבדיקה והבקרה שהיו מבוצעים על ידי החברה לרישומים היו נשארים בחזקתה ולא היו מועברים לבורסה או למסלוקה.

21. הסתמכותה של המסלוקה על הוראותיהן של החברות לרישומים הייתה לגיטימית וסבירה וזאת מחמת שאלה הן חברות בנות של ארבעת הבנקים הגדולים בישראל (בנק לאומי לישראל בע"מ, בנק הפועלים בע"מ, בנק דיסקונט בע"מ ובנק מזרחי-טפחות בע"מ), שהינן גורמים מקצועיים ומיומנים המחויבים לפעול בהתאם לחוקי העזר ולכללים ולסטנדרטים הרלבנטיים לעיסוקן (החזקת מניות בעבור אחרים).

22. סעיף 23 להלן, בו יתוארו האישורים והבדיקות שנדרשו במסלול "הפקדה מלקוח" וסעיף 24 להלן בו יתואר מסלול "הפקדה מהקצאה" מלמדים על מסכת האישורים, הבדיקות והמסמכים שנדרשו בטרם וכתנאי לכך שחברות הרישומים יורו למסלוקה לרשום אצלה מניות למסחר.

23. מסלול "הפקדה מלקוח"⁵ - הגורם היוזם את הרישום הינו בעל המניות הרשום בעצמו (בשמו) כבעל מניות במרשמי החברה. בעל המניות היה פונה לבנק/בית ההשקעות בו הוא מנהל את חשבון נייע שלו, וזה היה פונה לחברה לרישומים בבקשה להעביר את "המניות הקיימות" הנ"ל לשמה של החברה

⁵ המשיב אמנם לא טען כאילו "המניות הפיקטיביות" הופקדו במסלול "הפקדה מלקוח" (וממילא, חומר הראיות לא תומך בטענה שכזאת), אולם ישנה חשיבות להבנת מתווה ההפקדה במסלול זה ומתווה האישורים והבקורות הקיימות במסגרתו בטרם מותרת מסירת הוראת ההפקדה מהחברה לרישומים אל המסלוקה.

לרישומים. במסלול זה, כתנאי למסירת הוראת ההפקדה למסלקה, החברה לרישומים חויבה לקבל-

23.1 מבעל המניות שיזם את התהליך - מסמכים המעידים על בעלותו בנייר הערך וכן כתב העברה לפיו בעל המניות מעביר את מניותיו משמו לשמה ("לבעלותה") של החברה לרישומים.

23.2 מהחברה הנסחרת - (א) אישור בכתב, לפיו בעל המניות שיזם את הפניה הינו אכן בעל מניות בחברה, וכי מניותיו הועברו במרשם המניות של החברה לשמה של החברה לרישומים (באופן המעיד על "בעלותה" במניות); וכן - (ב) תעודת מניה חדשה על שמה של החברה לרישומים.

24. מסלול "הפקדה מהקצאה" - הגורם היוזם את הרישום הינו החברה הנסחרת (אורליין בענייננו) שפנתה ישירות לחברה לרישומים בבקשה לרשום על שם החברה לרישומים "מניות חדשות" שהוקצו על ידי החברה (בהנפקה לציבור או בהקצאה פרטית). במסלול זה, היה על החברה לרישומים לקבל מהחברה לפחות את שני המסמכים שלהלן בטרם תורה למסלקה על רישומן למסחר ("הפקדתן")-

24.1 מכתב הקצאה בנוסח שצורף כנספח לחוקי העזר (להלן: "מכתב הקצאה"), שבו פורטו, בין היתר, מקורן של המניות ומיספורן וכן צוין בו כי המניות ירשמו על שם החברה לרישומים במרשמי החברה הנסחרת. על מכתב ההקצאה היה להיות מאושר על ידי עו"ד ועותק שלו היה נשלח לרשם החברות במשרד המשפטים ולבנק המרכז (אך לא למערערות). ודוק! "מכתב ההקצאה" הינו "תעודת הזהות" של המניה אשר מתארת בין היתר "מאיפה המניה נולדה" (האם מהנפקה לציבור או שמה מהקצאה פרטית) ובכך היא מלמדת כי המניה לא הופיעה "יש מאין". והכל באישור וחתומת עורך-דין.

24.2 תעודת מניה על שמה של החברה לרישומים לפיה החברה לרישומים היא "הבעלים" של המניות שיש לה תעודת (וזאת כאמור, בנוסף למכתב ההקצאה).

25. בכל אחד מהמסלולים דלעיל, ובכפוף לקיום ההליכים על פיו, החברה לרישומים הייתה הופכת ל-"בעלים הרשום/הפורמאלי" של המניות, ובכובעה זה, הייתה רשאית, להעביר למסלקה הוראת הפקדה מתאימה (על הטופס שנקבע לכך) - והמסלקה הייתה מוכה את יתרותיו של חבר המסלקה הרלבנטי בהתאם ובהסתמך על ההוראה שבטופס הנ"ל.

26. כעולה מהמתואר לעיל, בשני מסלולי ההפקדה - הבורסה אינה נוטלת כל חלק בהפקדה; המערערות אינן עומדות בקשר עם החברה הנסחרת ואינן מקבלות ממנה מסמכים; המערערות אינן עומדות בקשר עם בעלי המניות של החברה שמניותיהם הופקדו, אינן מקבלות מהם מסמכים במישרין או בעקיפין ואף אינן יודעות את זהותם; המערערות אינן נדרשות לבצע הליכי בדיקה ובקרה בקשר עם המניות המופקדות - אלא נעשים על ידי הגורמים המקצועיים האמונים על כך הקודמים להן בתהליך; והמניות נרשמות אצל החברה הנסחרת על שם החברה לרישומים (ולא על שמותיהן של מי מהמערערות).

27. רוצה לומר: למערערות אין חלק בהליך אימות המניות ואו רישומן על שם חברה לרישומים והמסלקה מסתמכת על הוראות החברות לרישומים (כמעין "שומרי סף" בכירים ומיומנים שניתן לסמוך על בדיקתם ואישורם).

ג. על תרמית אורליין - תרמית חריגה וחסרת תקדים (גם אליבא דבית המשפט ורשות ני"ע)

שהאחראים לה ידועים למשיב (אך לא נתבעו על ידו)

28. פרשת הנפקת "המניות הפיקטיביות" של חברת אורליין מגוללת מעשה תרמית מורכב וחמור, חסר תקדים בשוק ההון בישראל, שתוכנו ובוצע בידי צדדים שלישיים שהינם "זרים" לבורסה, ובין היתר מר שגיב נציה - מנכ"ל אורליין ובעל השליטה בה, מר דוד נציה - מי שהיה יו"ר הדירקטוריון של

אורליין, **מר נסים רום** - מי שהיה דירקטור באורליין, ואחרים אשר סייעו בביצוע התרמית (כדוגמת מר אברהם ארביבו, מר משה סבג, מר ערן נציה, וגבי רונית בלחסן)⁶.

29. כעולה מההליכים הפליליים שהתנהלו בקשר עם תרמית אורליין, מר שגיב נציה (מנכ"ל החברה ובעל השליטה בה) ערך תעודות מניה שהעידו בכזב כאילו החברה הקצתה כדן מניות על-שם החברה לרישומים, וכאילו החברה לרישומים היא הבעלים הרשום בספרי החברה של כמות מניות שבפועל חרגה מההון המונפק והנפרע (והרשום למסחר) של החברה.

30. תעודות המניה הנ"ל הועברו לחברה לרישומים של בנק מזרחי טפחות בע"מ (המשיבה בהליך כאן) בצירוף מכתב לוואי בשם החברה, הכולל הוראה לחברה לרישומים לייחס מניות אלו לאחד מתברי המסלקה אצלם התנהלו חשבונותיהם של גורמים המקורבים לנציה.

31. החברה לרישומים מצידה העבירה למסלקת הבורסה טפסי הוראות הפקדה וביקשה אותה לרשום לזכותה את "המניות הפיקטיביות". מסלקת הבורסה פעלה בהתאם להוראות החברה לרישומים כאמור לעיל, זיכתה את חשבון חבר המסלקה באמצעותו פועל "הלקוח" בכמות המניות שהופיעה בטפסי ההפקדה, וחבר המסלקה זיכה את חשבון "לקוחו" (אשר היה כאמור מקורבו של נציה).

32. על **חומרת** מעשיהם של המעורבים ב-"פרשת המניות הפיקטיביות" של אורליין ועל **חריגותה** של הפרשה הנ"ל, עמד בית המשפט המחוזי בתל-אביב (כב' השופט ד' רוזן) תוך שהוא עושה שימוש בביטויים חריפים כדוגמת "הונאה רבתית בפעילות חברה בשוק ניירות הערך...", "מעשים נכלוליים מחפירים של הנפקת מניות והצגת מצגי שואא במימדים בלתי שכיחים במקומותינו...", "תמונה קשה של מעשי כזב ומרמה...", "דרכי מרמה פתלתלות" ועוד.

33. גם רשות ני"ע, האמונה על הגנת ענייניהם של המשקיעים בשוק ההון, סברה, כי האופן בו בוצעה תרמית אורליין היה עניין **חסר תקדים** שעוד לא נראה על ידי רשות ניירות ערך. כך במסגרת ההליך הפלילי (ת"פ 4218-09) הבהיר מר עותנאיאל אפק, מי שהיה החוקר האחראי לפרשה, כי:

"מבחינת חומרת עבירות, מעולם לא היתה עבירה כזאת ברשות, החקירה היתה מורכבת משני חלקים; הראשון היו מגוון עבירות מרמה, דוחות כוש[ן]בים בקונסטלציה כזו או אחרת ש[א]פרט תיכף, וממש מגוון של עבירות [מ]רמה כאלה ואחרים, ובוא נג[י]ד שדברים כאלה נתקלנו בהם, זה חריג, כל עבירה בנפרד יכלה להיות תיק בפני עצמו, החלק השני של התיק זה היה חסר תקדים, זה יצירה של מניות עודפות, יצירה של יש מאין ובהיבט הזה זה הכי חמור שהיה אי פעם, היו תיקים בהיקפים כספיים יותר גדולים, אבל מבחינת אופי העבירה זה תיק חסר תקדים עד היום."

34. בהקשר זה יש להדגיש - רשות ניירות ערך (שמקצועיותה הרבה ידועה ואינה במחלוקת) לא הייתה הגורם המקצועי היחיד שלא ראה (ולא צפה) עבירה מסוגה של "תרמית אורליין" עובר לאירועים נשוא התביעה. תרמית מסוגה של תרמית אורליין, אף לא נצפתה על ידי גורמים מקצועיים ומומחים אשר עסקו במהלך השנים בבדיקת "פרצות" וסיכונים פוטנציאליים לפעילותן של הבורסה והמסלקה.

35. כך, לאורך השנים ובאופן שוטף, נערכו סקרי סיכונים, ביקורות ובדיקות מעמיקות בנושאים והיבטים שונים הנוגעים לפעילותן של הבורסה והמסלקה (להלן: "**הסקרים והביקורות**"). הסקרים והביקורות נעשו הן במסגרת תהליכים פנימיים של הבורסה והמסלקה, באמצעות גורמי ביקורת הפנים שלהן, והן על ידי גורמים מקצועיים, חיצוניים ובלתי-תלויים אשר נשכרו במיוחד לצורך העניין.

⁶ ראו ליתר הרחבה בת"פ 4218-09 מדינת ישראל נ' נציה ואח' (פורסם בנבו, 6.4.2011) ובת"פ 4218-09 מ.י. פרקליטות מחוז ת"א-מיסוי וכלכלה נ' אברהם ארביבו (פורסם בנבו, 25.09.2011).

36. בין הגורמים המקצועיים החיצוניים והבלתי תלויים שערכו את הביקורות ניתן למצוא גורמים בינלאומיים בעלי שם מן השורה הראשונה, כדוגמת JP Morgan, Chase, וכן PwC.

37. הן החברות החיצוניות ששירותיהן ניתנו בדיוק כדי להיערך ולהתגונן מפני סיכונים שונים, והן גורמי הביקורת הפנימיים, לא צפו אירוע מסוג האירועים הנוגעים ל-"תרמית אורליין" וגם לא המליצו המלצות כלשהן הנוגעות לשינוי נהלים ושיטות עבודה אשר היו יכולים למנוע את "תרמית אורליין".

38. הוסף על כך את העובדה שעובר לתרמית אורליין, הבורסה ו/או המסלקה לא נפלו קורבן למעשים פליליים מסוגה של תרמית אורליין או מסוגים אחרים; לא התקבלו אצלן "התראות" לכך שבכוונת גורמים פליליים לבצע מעשים פליליים בשוק ההון; ובתקופה הרלבנטית, החברה יוצגה אל מול המערערות על ידי עורכי דין מכובדים ודו"חותיה הכספיים נערכו ונבדקו ע"י משרד רו"ח מכובד.

39. המערערות יטענו, כי גם האמור לעיל מוכיח, כי "תרמית אורליין" הייתה תרמית בלתי צפויה, חריגה ותקדימית, שנעשתה בידי צדדים שלישיים עברייניים, אשר המערערות לא היו יכולות ולא היו צריכות לצפות - ואין זה נכון או צודק לחייבן בגין אי-מניעתו.

ד. אורליין הייתה כלי ריק, נטול שווי כלכלי עוד קודם ל-"תרמית אורליין"

40. מהנתונים שדווחו בקשר לחברת אורליין, בין היתר במסגרת הדוחות הכספיים שפורסמו ובכתבי בית-דין שהוגשו על ידי המשיב, הסתבר, שכתוצאה מאירועים שקדמו ל-"תרמית אורליין" ולהשעיית מניות החברה ממסחר, הייתה אורליין כלי-ריק, נטול נכסים ו/או תוכן עסקי ממשי ולמעשה חברה "בפשיטת רגלי" אשר שימשה לשלל פעילויות עברייניות מצד נושאי המשרה בה ואחרים.

41. משמע, ללא קשר לפרשת "תרמית אורליין", בעלי המניות של החברה החזיקו בנכס נטול שווי כלכלי, לא נגרם "נזק" ובכל מקרה לא ניתן לייחס את האחריות ל-"נזק" שנגרם כביכול למערערות.

42. כך גם סבר פרופ' אמיר ברנע שחוות דעתו הוגשה לבית המשפט הנכבד קמא ולא נסתרה. חרף כל זאת, חייב בית המשפט קמא הנכבד את המערערות (יחד עם המשיבה הפורמאלית) "לפצות" את בעלי המניות הנטענים בקשר עם אי-מניעת "תרמית אורליין", וזאת על בסיס תחשיב שכלל לא נזכר בכתב תביעתו של המשיב ואף לא הובאה חוות דעת כלכלית מטעם המשיב לתמוך בו.

43. בכך, בית המשפט קמא "יצר ערך" למניות של חברה שלא הייתה שווה דבר מלכתחילה, וגם בכך, בכל הכבוד, נפלה שגגה בפסק דינו.

ה. מן הראוי היה לדחות את התביעה מחמת חסר מעמד לנהלה

44. המשיב טען, כי זכויות התביעה נגד המערערות 1-2 הומחו לו, בתפקידו כנאמן לקופת ההסדר. כפי שיובהר להלן, המערערות יטענו, כי המשיב לא הרים את הנטל המוטל עליו להוכיח עניין זה וכי שגה בית המשפט קמא בכך שלא קיבל את טענות המערערות בהקשר זה.

45. טענת המערערות בעניין זה נבעה מכך, שהסתבר שאין בנמצא המחאת זכויות תביעה מפורשת, אלא יש, אולם, ובדוחק, המחאה משתמעת, שלושונה נתונה לפרשנות (ולספק רב, הפועל נגד המשיב), שנעשתה בשרבוב ובהצנעה בין סעיפי הסדר הנושים; שאינו כל ראייה שנדונה במפורש ו/או אושרה במפורש על ידי בעלי המניות הנטענים של החברה; והכל במסגרת הליך שהמערערות לא היו צד לו.

46. והדברים מקבלים משנה תוקף, שעה שה-"המחאה" הנטענת מתיימרת לשמש "מסלול עוקף" למסלול שנקבע בדין לניהול תובענה ייצוגית (על ההגנות הקיימות בו⁷); ומחמת שהיא מתיימרת "לדלג" מעל

החוראה המפורשת בס' 22 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש]⁸ בדבר איסור המחאת זכויות תביעה בנוזיקין.

47. ודוק! העדר תוקפה של "המחאת זכויות התביעה" הנטענת, נטען והובהר על ידי המערערות כבר מראשית ההליכים ולכל אורכם (לרבות בתצהירים מטעמן ובחקירתו הנגדית של התובע).

48. ניתן היה לצפות מהמשיב שיציג בפני בית המשפט קמא תשובות סדורות וראיות חותכות בעניין קיומה של "המחאה כדין", שנעשתה בגלוי, בידעה, וזכתה לאישור - אך הוא לא עשה כן, ולא בכדי. על כך, ביקשו המערערות לקבוע כי הוא נעדר מעמד לנהל את ההליך.

49. אלא שבית המשפט קמא הנכבד לא קיבל את טענתן זו ובכך, בכל הכבוד, יצאה שגגה תחת ידו.

ה.1. העדר יריבות בין המשיב למערערות נוכח הוראתו של סעיף 22 לפקודת הנוזיקין

50. כאמור, עסקינן בתביעה נוזיקית ומצוות סעיף 22 לפקני"ז היא, כי אין המחאה בנוזיקין אלא "מכוח הדין".

51. התובע התיימר לטעון, כאילו המחאת זכויות התביעה נעשתה "כדין", משעה שזכרה בהסדר נושים שאושר על ידי בית משפט של פירוק. עמדת המערערות בפני בית המשפט קמא הייתה שונה.

52. השאלה האם בכוחו של הסדר נושים להוות אישור המחאה "מכוח הדין" נדונה על ידי בית המשפט המחוזי (מרכז) בת"א 8746-10-09 ר"ח ברדיצ'ב נ' פויכטונגר, תק-מח 2010(4) 19190 (להלן: "עניין אפקוני")⁹. עיון מעמיק בהחלטה שם מלמד, כי בית המשפט שם עודנו אנוס בגדרו (ובאיסורו) של סעיף 22 הנ"ל¹⁰ ולמעשה, דומה שהחלטה בעניין אפקון מפרשת את סעיף 22 לפקני"ז ומציינת מהם המקרים/הסייגים בהם המחאה שנעשתה בגדרי הסדר נושים תיחשב כהמחאה "מכוח הדין".

53. המערערות טענו, כי גם אליבא דמרחיבי סעיף 22 (כפי השופט המלומד, ד"ר גרוסקופף בעניין אפקון) ה-"המחאה" המיומרת נשוא ההליך כאן לא הייתה מתקבלת כהמחאה "מכוח הדין".

54. ראשית, המערערות טענו, כי התובע לא הרים את הנטל להוכיח כי ההמחאה אושרה ע"י בית משפט של פירוק, שכן בחומר הראיות שהונח בפני בית המשפט קמא, לא נמצאה ראיה שתוכנית, כי המחאת זכויות התביעה בענייננו כאן אושרה מפורשות ע"י בית המשפט הנ"ל (ואף לא נזכרה או נדונה באופן מפורש בהחלטותיו). החלטה לעקוף את איסור ההמחאה הקבוע בסעיף 22 לפקני"ז מחויבת, לטעמן של המערערות, בהחלטה ברורה ומפורשת.

בהקשרים אלה מן הראוי לחדד ולהדגיש, כי בעניין אפקון, ההסדר להעברת זכויות התביעה לנאמן היה ברור, מפורש ונעשה ביוזמת בעלי המניות הממחים כתנאי לויתור מלא ומפורש¹¹ מצידם על המשך ניהול תביעה ייצוגית שהוגשה נגד התברה שם. כל זאת לא היה בעניין ההמחאה הנטענת דכאן.

בנסיבות אלה, המערערות טענו, כי "ההמחאה" אינה עומדת בחריג לכלל שנקבע בעניין אפקון - חריג אשר כידוע, יש לפרש בצמצום¹².

55. שנית, בעניין אפקון דובר בהסדר המחאה ספציפי שבו הנאמן לא היה זכאי ליהנות מפירות התביעות שיוגשו על ידו וצוין כי אלה יחולקו בין בעלי המניות של החברה והחברות¹³.

זאת להבדיל, מענייננו שבו עולה ממסמכים שהוצגו ע"י התובע, שהוא (עו"ד גיסיין) יזכה לקבל "אישיות" כ-28% מפירות התביעה שהגיש מכוחה של אותה "המחאה" מיומרת (עניין שלא עמד במחלוקת).

8 פקודת הנוזיקין [נוסח חדש] תכונה להלן: "פקני"ז".

9 למותר לציין, כי החלטה בעניין אפקון אינה מחייבת את בית המשפט העליון הנכבד.

10 ראו למשל בסעיף 33 להחלטה בעניין אפקון: "הוראת סעיף 22 לפקודת הנוזיקין עודנה עומדת על מכונה, ואין מנוס מלכבדה...".

11 ראו בסעיף 11 להחלטה בעניין אפקון.

12 ראו לדוגמה בב"מ 8540/11 פלוני נ' פלונית (נבו; 01.12.2011) וברע"א 1132/94 פי.אף.איי נ' יונה רוזנר פ"ד מט(5) 215.

13 ראו בסעיף 34 להחלטה, שם צוין כי פירות התביעות יתחלקו בין בעלי המניות והחברות לפי מפתח שנקבע בהסדר.

56. לפיכך, המערערות טענו, שהטעמים שעמדו בבסיס החלטתן של בית המשפט בעניין אפקון, אינם מתקיימים במקרה דנן. אלא שבית המשפט קמא קבע אחרת ולא קיבל את טענת המערערות בהקשר זה. גם בכך, בכל הכבוד, נפלה שגגה בפסק הדין קמא.

ה.2. לא הוכח כי בעלי המניות הנטענים של אורליין אישרו בפועל את המחאת זכות התביעה וממילא ההליך

הנטען לאישור המחאת זכויות התביעה לוקה בפגמים יסודיים

57. המשיב אף לא הרים את הנטל המוטל עליו להוכיח, כי בעלי המניות בשמם הוא מבקש לתבוע בהליך¹⁴ אכן המחו לו את זכויות התביעה; ולא סתר את הטענה לפיה ההליך במסגרתו נעשתה כביכול ההמחאה היה לקוי ופגום.

58. אליבא דמשיב, המחאת זכויות התביעה לידי אושרה על ידי בעלי המניות הנטענים במסגרת אסיפת בעלי המניות של החברה מיום 1.4.2007 וזאת כחלק מאישור הסדר הנושים. יש לדחות טענה זו.

59. ראשית, פרוטוקול האסיפה הנ"ל אינו מזכיר (ולו ברמז) המחאת זכויות תביעה כלשהו למשיב; קל וחומר שאיננו מציין במפורש אישורה של כזו. "התירוץ" שנשמע מפי המשיב במהלך ההליך קמא, כאילו טיוטת הסדר הנושים פורסמה במגנ"א לפני כינוס האסיפה ונמסרה "לכל מי שביקש" מאשש גם הוא את העובדה, שהמחאת זכויות התביעה לא נדונה במהלך האסיפה וכמובן שגם לא אושרה באסיפה. ללא אישור מדעת של ההמחאה על ידי בעלי המניות עצמם - אין להמחאה המיומרת כל תקומה משפטית.

60. שנית, המשיב לא הוכיח כי המשתתפים באסיפה הנ"ל היו/הינם בעלי זכויות תביעה נגד המערערות בקשר עם העניינים שזאת התובענה. ודוק! כעולה מחקירתנו את המשיב: המשתתפים באסיפה לא טענו (לא בתצהיר ולא בכלל) כי הם בעלי זכות תביעה נגד המערערות, קל וחומר שלא הוכיחו זאת; המשיב לא בחן ולא הוכיח האם המשתתפים באסיפה הינם בעלי זכות תביעה נגד המערערות ובכלל כך הוא לא בדק האם הם קשורים אל הגורמים העברייניים העומדים מאחורי תרמית אורליין, מה היו הנסיבות בהן הגיעו המניות לידיהם ומהו המועד בו נודע להם על המעשים העברייניים הנ"ל.

61. שלישית, חלק בלתי מבוטל מהמניות הנ"ל אינו יכול להימנות במסגרת המהלך של אישור המחאת זכויות תביעה מטעמים שונים. כך למשל בין המניות "שהצביעו" באסיפה הנ"ל היו גם: 501,343 מניותיו של שגיב נציה - מי שתכנן והוציא אל הפועל את תרמית "המניות הפיקטיביות"; מניות שהמשיב לא הוכיח את מועד רכישתן ו/או מניות אשר נרכשו לאחר מועד השעית המניות מהמסחר בבורסה; מניות שבחומר הראיות לא היו אסמכתאות מספקות בדבר רכישתן במסחר בבורסה; ומניות שהצבעה בשמן נעשתה ע"י יפויי כוח אשר לא הוצגו על ידי המשיב או לא נערכו כדן.

62. יוצא אפוא, כי ניתוח נכון של תוצאות האסיפה מלמד, שנכחו בה פחות מ-35 בעלי מניות, המחזיקים בכ-2.5 מיליון מניות בלבד, אשר גם לגבי זכותם המהותית להגיש את התביעה - קיים ספק ולפיכך היא לא הוכחה. במצב דברים זה, המחאת זכויות התביעה בגין למעלה מ-12 מיליון מניות לא הייתה יכולה להתבצע והמערערות ביקשו, כי בית המשפט קמא לא יכשיר מהלך קלוקל שכזה.

63. אלא שבית המשפט הנכבד קמא לא קיבל את טענות המערערות בעניין זה, וחרף הליקויים הרבים שנפלו בהליך וחרף העדר כל המחאה מפורשת מצידם של בעלי המניות הנטענים, "הכשיר" את ההמחאה המיומרת. המערערות יטענו בפני בית המשפט העליון הנכבד, כי גם בכך נפלה טעות משפטית בפסק הדין קמא.

ו. זכות התביעה של בעלי המניות לא הוכחה - וממילא לא הוכח שזכותם "נקיה"

1.1. "המוציא מחברו - עליו הראיה"; ו-"המוציאים" נעדרים מההליך

64. כלל נקוט בשיטתנו המשפטית הוא, כי "המוציא מחברו - עליו הראיה". מקום בו התובע נוקט בהליך משפטי מכוח זכות שהומחתה לו, עליו להוכיח גם את עילת תביעתו וזכאותו של ממחה הזכות.
65. קל וחומר שהדברים אמורים בענייננו כאן, מקום בו אין ומעולם לא היה קשר בין המערערות לבין הממחים (בעלי המניות הנטענים של אורליין). יתרה מכך, למעשה המערערות אף מעולם לא ידעו את זהותם של הממחים (עניין שלא היה במחלוקת בפני בית המשפט קמא).
66. והנה, בענייננו כאן, "התובעים האמיתיים" (אלה שהמחו למשיב את זכויות התביעה הנטענות) לא התייצבו בפני בית המשפט הנכבד קמא¹⁵. למעשה, "קולם" של התובעים אשר מבקשים "להוציא" מהמערערות כספים, לא נשמע כלל בהליך קמא - והעדרם מההליך היה בולט ודוקר.
67. לעניין זה ראוי להדגיש, כי במהלך המשפט התברר, כי בעלי המניות הנטענים אף לא הצהירו על כך שהם בעלי זכות תביעה נגד המערערות; לא הצהירו על כוונתם לתבוע את המערערות ולמעשה, מעדותו של המשיב עלה, כי הם לא ידעו על כך שהמסמכים שמסרו לו ישמשו לצורכי הגשת התביעה.
68. בנסיבות שכאלה, המערערות טענו, כי יש לקבוע כי עילת תביעתם וזכאותם של כלל בעלי המניות הנטענים לא הוכחה - אך בית המשפט קמא לא קיבל טענה זו, ובכך, בכל הכבוד, שגה.

2.1. קל וחומר שהדברים אמורים משעה שהמשיב לא בחן בעצמו את בעלי המניות הנטענים

69. וכאילו לא די בכך שבעלי המניות לא התייצבו בעצמם בהליך, הרי שבמסגרת ההליך הסתבר, כי המשיב לא בדק בעצמו את זכאותם למניות החברה ולמעשה נסמך בעניין זה על אחרים, שלא העידו בהליך.
70. כך, המשיב הודה בחקירתו, כי מלאכת גיבוש רשימת "בעלי המניות" לא נעשתה על ידו, כי אם על ידי עורך-דין ממשדו שעסק בעניין זה יחד עם כלכלן. ולפיכך, "עדותו" של המשיב בעניינם של בעלי המניות הנטענים ובעניין עילת התביעה העומדת להם כביכול, אינה יותר מ-"עדות שמועה" פסולה.
71. המערערות סברו, כי עניין זה (המצטבר לליקויים קודמים ונוספים) מצדיק גם הוא את הקביעה, כי המשיב לא עמד בנטל המוטל עליו, ולפיכך דינה של תביעתו להידחות. טענה זו לא התקבלה על ידי בית המשפט קמא, ובכך בכל הכבוד, יצאה שגגה מלפניו.

3.1. המשיב לא בדק האם בין בעלי המניות ישנם כאלה שזכויותיהם "פגומות" /או אינם זכאים ל-

"פיצוי"; ובדיקה מדגמית שנעשתה ע"י המשיבות הוכחה כי ישנם כאלה - דבר המעיב על כל

יתר בעלי המניות הנטענים ומחייב את הקביעה, כי המשיב לא עמד בנטל המוטל עליו

72. במסגרת ההליך קמא לא הייתה מחלוקת בין הצדדים, כי מי שהיה מעורב בתרמית אורליין או ידע אודותיה, אינו זכאי לפיצוי מהמערערות. יחד עם זאת, המשיב הודה, כי לא בדק האם בין בעלי המניות הנטענים ישנם כאלה אשר היו מעורבים בתרמית אורליין או ידעו אודותיה.
73. בנסיבות אלה, לא ייפלא אפוא, שבדיקה מדגמית של רשימת בעלי המניות הנטענים העלתה כי היא כוללת גם רשימה של "בעלי מניות" שאינם בעלי זכויות תביעה נגד המערערות; ולדוגמא: מר שגיב נציה כמחזיק (ותובע מכוח) כ-501 אלף מניות¹⁶; ה"ה אפרים אלמאסי ואליהו חזן, כמחזיקים (ותובעים

15 וזלת מר ערן מיטל, אשר כמובן לא העיד "עבור" בעלי המניות הנטענים האחרים (ואף לא טען כי הוא "מכיר" אותם).
16 מנכ"ל החברה אשר כאמור לעיל היה הגורם המרכזי בפרשת המניות הפיקטיביות. ואכן, בית המשפט קמא "הפחית" בפסק דינו את מניותיו של מר נציה מרשימת המניות הזכאיות לפיצוי (ראו סעיף 55 לפסק הדין).

מכוח) כ-16,000 מניות¹⁷; וגורמים נוספים שפורטו בפני בית המשפט קמא.

74. בהקשר זה יש להדגיש כי המערערות ביקשו לערוך הליכי גילוי מסמכים עם בעלי המניות הנטענים של החברה על מנת לברר, בין היתר, האם התקיים קשר כלשהו בינם לבין הגורמים העומדים מאחורי "פרשת אורליין" ומה היו הנסיבות בהם רכשו כביכול את מניות החברה. דווקא המשיב - אשר נטל ההוכחה בעניין זה מוטל עליו - התנגד באופן נחרץ לבקשתן זו של המערערות.

75. יוער, כי בהחלטתו מיום 14.1.2013 קבע בית המשפט הנכבד קמא, בין היתר, כי "שאלת קיומה של עילת תביעה לכל אחד מבעלי המניות היא שאלה רלבנטית, שהמבקשות זכאיות לקבל מידע אודותיה" וכי "המסמכים המבוקשים בהקשר זה הם מסמכים רלבנטיים להליך" - ואולם המשיב בחר שלא לאפשר הצגת מסמכים אלה ואף לא הציג מסמכים לסתור חשדות קונקרטיים וספציפיים שהועלו ע"י המערערות.

76. והנה, חרף כל זאת, לא קבע בית המשפט הנכבד קמא, כי נטל ההוכחה בדבר קיומה של עילת תביעה (להבדיל מעצם החזקה במניה) ביחס לכל אחד ואחד מבעלי המניות הנטענים מוטלת על המשיב והיא לא הוכחה. המערערות יטענו בפני ערכאת הערעור הנכבדה, כי בכלל - ובפרט בנסיבותיו של ענייננו כאן - קביעתו של בית המשפט קמא הייתה צריכה להיות שונה.

ז. השגות שנפלו, בכל הכבוד, בפסק הדין קמא

77. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט הנכבד קמא משעה שלא דחה את התביעה מהטעם שהמשיב חסר מעמד לנהל את התביעה, כאמור בפרק הה' לעיל. מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יצוין, כי -**

77.1. בית המשפט קמא אמנם אישר, כי "...פרוטוקול האסיפה אינו מזכיר באופן ספציפי את ההמחאה..." אולם חרף זאת, קבע, כי משעה שבפרוטוקול מצוין שהמשיב "הסביר את מהות הסדר הנושים לבעלי-המניות, ואף השיב לשאלות בענין" והסדר הנושים אושר, הרי ש"אושרה גם המחאת הזכויות נושא ס' 68 כחלק ממנו"¹⁸.

המערערות יטענו, כי בית המשפט קמא הקל על המשיב גם בעניין זה, באופן הפוגע בזכויותיהן של המערערות. ודוק! אף לא אחד מבין בעלי המניות הנטענים (ממחי זכות התביעה) מסר תצהיר בעניין זה ולא הובאה כל ראיה נוספת בעניין מהותי זה, היורד לשורשה של ההמחאה המיומרת.

78. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט קמא בקובעו, כי "התובע הוכיח שככל שהדבר נוגע לבעלי המניות שיש להם זכות תביעה כנגד מי מהנתבעות בקשר עם תרמית אורליין, זכות זו הומחאה במסגרת ההמחאה לתובע במסגרת הסדר הנושים"¹⁹. מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יצוין, כי -**

78.1. המערערות טענו, כי המחאת זכויות התביעה (המוכחשות) נגדן אינה תואמת את לשון ההמחאה המיומרת²⁰ מחמת ש"תרמית אורליין" אינה נכללת ב"נסיבות שהובילו לקריסת החברה".

אלא שבית המשפט קמא קבע, כי "לגישת התובע האירועים הללו היו חלק מהנסיבות שהביאו לקריסת החברה, ולכן סביר לפרש את המחאת הזכות שבהסדר הנושים ככוללת גם [את - הח"מ] התביעה דנן" - ובכך בכל הכבוד, שגה.

17 חלק מהמניות הופקדו ישירות לחשבונותיהם של הי"ה אלמאסי וחזן ע"י מר שגיב נציה ולכן אין המדובר בבעלי מניות שרכשו את המניות במהלך המסחר הרגיל בבורסה. כפי שעוד יצוין להלן, בית המשפט קמא לא "הפחית" את מניותיהם של הי"ה הנ"ל מרשימת המניות הזכאיות לפיצוי (ראו סעיף 55 לפסק הדין) ובכך יצאה שגגה תחת ידו.

18 סעיף 30 לפסק הדין.

19 סעיף 28 לפסק הדין.

20 לטענת המשיב, סעיף 68 להסדר הנושים הוא הסעיף הרלבנטי להמחאת זכויות התביעה לידי ונאמר בו, כי לחברה ולבעלי מניותיה קיימות עילות תביעה שונות נגד "נושאי משרה לשעבר, ר"ח, יועצים, וגופים מוסדיים שונים, וכן חברות הביטוח אשר העניקו למי מהנ"ל ביטוחי אחריות מקצועית" וזאת "בגין הנסיבות אשר הובילו לקריסת החברה".

המערערות יטענו בהקשר זה, כי "גישת התובע" באשר ל-"נסיבות שהובילו לקריסת החברה" אינה יכולה להקים המחאת זכויות נזיקיות "יש מאין". כאמור לעיל, האירועים נשוא ההליך כאן ודאי לא היו אלה שהובילו ל"קריסת החברה". המחאת הזכויות צריכה להיעשות במפורש ובמדויק, קל וחומר כאשר מנגד עומדת הוראת סעיף 22 לפקודת הנזיקין.

78.2. זאת ועוד; המערערות טענו והוכיחו בתצהיריהן, כי הן אינן נכללות בביטוי "גופים מוסדיים שונים" שזכויות התביעה נגדם הומחו לתובע בגדרו של סעיף ההמחאה המיומר.

אלא שבית המשפט קמא קבע, כי האמור בתצהירים מטעם המערערות "אינו רלוונטי" לצורך פרשנות סעיף 68 להסדר הנושים. בית המשפט קמא קבע, כי "פרשנות סעיף 68 להסדר הנושים צריכה להיעשות לאור הכוונה העומדת מאחורי הסעיף, בהתאם לאומד דעתם של הצדדים שניסחו אותו"²¹ - ובכך, בכל הכבוד, שגה בית המשפט קמא.

78.3. המערערות יטענו בהקשר זה, בין היתר, כי הן חולקות על עצם הקביעה הנורמטיבית לפיה פרשנות סעיף בהסדר הנושים (קל וחומר פרשנות המחאת זכויות תביעה) צריכה להיעשות לפי עמדתו של המשיב (הנמחה). עמדתם של ממחי הזכויות לא הובאה בפני בית המשפט כדבעי - המשיב לא ציין את הדברים בתצהירו; לא הציג אסמכתאות או מסמכים מבססים לטענתו זו; ולמעשה, לא טען את הדברים, למעט בשורות בודדות בפרוטוקול חקירתו הנגדית.

79. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט קמא בעת שקבע כי המחאת זכויות התביעה מבעלי המניות הנטענים לתובע הינה תקפה, חרף הוראתו המפורשת של סעיף 22 לפקודת הנזיקין. מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יצוין, כי -**

79.1. כאמור בפרק ה.1 לעיל, המערערות טענו והדגימו, כי בנסיבות העניין, לא הוכח ש"ההמחאה" הנטענת - האסורה לפי הוראת סעיף 22 לפקודת הנזיקין - נעשתה "מכוח הדין" והיא אינה עומדת בחריג לכלל שנקבע בעניין אפקון.

והנה, חרף כל זאת, בית המשפט הנכבד קמא קבע, כי "הקניית עילת התביעה נובעת לא רק מההסכמה אלא גם מאישור בית המשפט"²², ובכך, בכל הכבוד, שגה.

המערערות יטענו, כי ההבדלים הקוטביים שבין עובדות המקרה בעניין אפקון לבין עובדות המקרה כאן, מחייבת את המסקנה, כי המחאת זכויות התביעה לא נעשתה "מכוח הדין" ואף לא קיבלה את "אישור בית-המשפט".

79.2. כאמור בסעיף 54 לעיל, בעניין אפקון דובר בהסדר המחאה ספציפי שבו הנאמן לא היה זכאי ליהנות מפירות התביעות שיוגשו על ידו וצוין, כי אלה יתולקו בין הממחים. לפיכך, גם נקבע בעניין אפקון, כי "המנגנון שנוצר בענייננו אינו מנגנון המוכר את התביעות לצד שלישי".

זאת להבדיל, מענייננו שבו כאמור הוכת, כי המשיב (הנמחה) יזכה לקבל "אישית" כ-28% מפירות התביעה. גם טעם זה שעמד בבסיס החלטתו של בית המשפט בעניין אפקון, לא התקיים במקרה דנן.

לפיכך, ובכל הכבוד, שגה בית המשפט הנכבד קמא בכך שלא קיבל את טענות המערערות בעניין זה ובכלל כך בקובעו, כי "ההנמקה המתייחסת לריכוז הרצוי של התביעות בידיו של בעל תפקיד אחד, היא הנמקה שרלוונטית גם לנסיבות המקרה דנן - גם אם אותו בעל תפקיד זוכה בחלק מפירות הזכייה"²³.

סעיף 27 לפסק הדין. 21

סעיף 38 לפסק הדין. 22

סעיף 38 לפסק הדין. 23

80. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט קמא בכך שהלכה למעשה הטיל על המערערות (הנתבעות) את הנטל להוכיח מי מבעלי המניות הנטענים (הממחים) אינו בעל זכות תביעה "אמיתית" ו/או אינו זכאי לפיצוי; זאת בניגוד (ובהיפוך) לנטלי הראיה החלים במשפט אזרחי. בהקשר זה יצוין כי -**

80.1. המערערות יטענו, כי בית המשפט הנכבד קיבל (באופן חלקי) את התביעה, חרף העובדה שהמשיב לא עמד בנטלים המוטלים עליו (כמי "שמוציא מחברו") להוכיח בראיות קבילות את זכאותם של כל אחד ואחד מבעלי המניות הנטענים לפיצוי מאת המערערות. למעשה, בית המשפט הנכבד קבע, כי נטל הראיה בעניינים אלה מוטל על המערערות (ראו למשל בסעיף 42 לפסק הדין) ובכך, בכל הכבוד, יצאה שגגה מלפניו.

80.2. שגה בית המשפט קמא בקביעתו, כי "התובע אינו צריך להוכיח ביחס לכל אחד מבעלי המניות הזכאים לכאורה לפיצוי, כי הוא תם-לב או כי אין פגם אחר ששולל ממנו את זכות התביעה"²⁴ וקביעות דומות מהן עולה, כי על המערערות מוטל להוכיח, כי מי שהחזיק מניות אורליין, אינו זכאי לפיצוי מהן. טענותיהן של המערערות אינן מוגבלות לעצם ההחזקה במניות ע"י בעל המניות הנטען או לתשלום כלשהו תמורתן, אלא למימד רחב יותר, של זכות התביעה המהותית נגד המערערות, ובכלל כך שאלת ידיעתו של בעל המניות אודות "תרמית אורליין" או יכולתו לדעת עליה.

80.3. עוד יצוין, כי בית המשפט קמא קבע, כי "אם פורום חוקי של בעלי מניות הצביע פה אחד לאישור ההסדר, לא ניתן לקבל את טענת הנתבעות לפיה ההסדר לא אושר כדין - גם בהנחה שחלק מבעלי המניות שהשתתפו באסיפה לא היו בעלי זכות תביעה, ולא יכלו כן להמחות זכות כזו לתובע..."²⁵

ככל שהבינונו את החלטתו זו של בית המשפט הנכבד קמא, נראה כי עולה ממנה, כי גם מי שאינו בעל זכות תביעה יכול להצביע בדבר המחאת זכויות תביעה (שאינן לו) ולמעשה להוציא מידי תברן את זכות התביעה שבידו ולהמחותה לאחר. בכל הכבוד, עמדת המערערות שונה.

81. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט קמא הנכבד בקובעו, כי "לנתבעות ניתנה אפשרות להעלות טענות ביחס לחומרי הגלם, וביחס לבעלות ולזכות התביעה של בעלי המניות התובעים"²⁶. ההיפך הוא הנכון, שכן המשיב מנע מהמערערות את האפשרות לערוך בידור בלתי-אמצעי עם בעלי המניות ומסמכיהם, באופן שראוי שיפעל לרעתו של המשיב. מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יצוין, כי -**

81.1. קביעתו זו של בית המשפט הנכבד, אינה עולה בקנה אחד עם החלטתו מיום 14.1.2013 בקשר עם דרישת המערערות לבצע הליך גילוי מסמכים מול בעלי המניות הנטענים, כמתואר בסעיף 74 לעיל; והיא גם אינה עולה בקנה אחד עם קביעתו בחלק אחר של פסק הדין שבו דן בכך שלמערערות לא ניתנה הזכות למצות את אפשרות הבדיקה ביחס לכל בעלי המניות הנטענים²⁷.

81.2. יתרה מכך, המשיב עצמו העיד, כי אפשר והתרחשה אצלו "תקלה משרדית" ביחס למסמכים המבססים את זכויות התביעה של בעלי המניות ולכן לא יכול היה להציג מסמכים כאלה ואחרים ולפיכך, ייתכן שגם נמנע מהמערערות לקבל מסמכים רלבנטיים שהיו מסייעים להן.

81.3. נוכח האמור לעיל, ובשים לב להוראת סעיף 2 לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969, המערערות יטענו, כי על בית המשפט הנכבד קמא היה לדחות את תביעותיהם של כל בעל מניות שלא

24 סעיף 40 לפסק הדין.

25 סעיף 32 לפסק הדין.

26 סעיף 42 לפסק הדין.

27 סעיף 53 לפסק הדין, שם נקבע, כי "בהעדר המסמכים המתאימים, לא ניתן לקבל את עמדת התובע, מה עוד שכעולה ממכלול האמור לעיל, ישנם בעלי-מניות שנמצאו ליקויים בזכויותיהם, והמערערות היו זכאיות למצות את אפשרות הבדיקה ביחס לכל בעלי המניות שמטעמם הוגשה התביעה, כפי שהיו רשאיות לעשות כן לו היו מוגשות על ידי בעלי-המניות תביעות נפרדות"

התייצב בהליך ולמצער שהמשיב לא איפשר לערוך איתו (ועם מסמכיו) בירור בלתי אמצעי.

82. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט קמא בקביעתו כי נפלה רשלנות אצל הבורסה ו/או המסלקה באי-מניעת תרמית אורליין. מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יצוין כי -**

שגה בית המשפט הנכבד קמא בכך שקבע כי הבורסה והמסלקה חבות בחובת זהירות מושגית ו/או קונקרטיית ביחס לבעלי המניות ואלה הופרו; שגה בית המשפט הנכבד קמא בכך שקבע כי הבורסה והמסלקה התרשלו; שגה בית המשפט הנכבד קמא בכך שקבע כי לבעלי המניות הנטענים נגרם "נזק" כתוצאה ממעשה או מחדל של הבורסה והמסלקה; שגה בית המשפט הנכבד קמא בכך שמצא קשר סיבתי עובדתי בין התרשלותן (המוכחשת) של הבורסה ו/או המסלקה ל-"נזק" (המוכחש); שגה בית המשפט הנכבד קמא בכך שמצא קשר סיבתי משפטי בין התרשלותן (המוכחשת) של הבורסה ו/או המסלקה ל-"נזק" (המוכחש) ולמצער, כי הקשר הסיבתי הנ"ל לא נותק עקב התערבותם של צדדי ג'.

83. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט קמא, בקובעו, כי "הבורסה חייבת חובת זהירות לציבור המשקיעים, ביחס ליכולתם לתת אמון בשוק" וכתוצאה מכך חייב את המערערות באחריות בגין אי מניעת הפרשה הפלילית החמורה הידועה כ-"תרמית אורליין". מבלי לגרוע מכלליות האמור, יצוין, כי -**

83.1. בהקשר זה, בית המשפט הנכבד קמא קבע, למשל, כי "בעלי המניות הסתמכו על הבורסה לא כ"שוטר" שאמור למנוע מעשי תרמית, אך כמי שאמור לוודא את תקינות המסחר והמרשם שבעלי-המניות הסתמכו עליהם במסחר שלהם במניות"²⁸. אלא שבכל הכבוד, עילת התביעה שנדונה בפני בית המשפט קמא הייתה אי-מניעת מעשה התרמית שבבסיס "פרשת אורליין". והרי בעטייה של אי-מניעת פשעם של מנהלי אורליין (צדדי ג'), חייב בית המשפט קמא את המערערות בפיצוי לבעלי המניות הנטענים.

83.2. למען שלמות התמונה, יובהר, כי לא נטען ע"י המשיב (וממילא לא הוכח בראיות) כאילו בעלי המניות הנטענים "הסתמכו" על כך שהמערערות ימנעו ממנהלי אורליין לבצע מעשי תרמית מסוגם של אלה שבבסיס התובענה ו/או יזחו אותם. לבעלי המניות של אורליין אף לא הייתה כל "זכות להסתמך" על כך שהמערערות ימנעו מעשי עוולה כדוגמת "תרמית אורליין", שכן אין זה מתפקידן או בסמכותן אלא מתפקידן של רשויות אכיפת החוק בישראל - משטרת ישראל ורשות לניירות ערך (שתפקידה הסטטוטורי הוא "שמירת ענייניו של ציבור המשקיעים בניירות ערך", ובכלל כך, מניעת גניבה מאת הציבור - אותו מעשה שביסוד תרמית אורליין).

83.3. הדברים מקבלים משנה תוקף נוכח "שרשרת הפיקוד" שנקבעה בחוקי העזר ביחס למסלול "הפקדה מהקצאה" שנעשה ללא מעורבות המערערות - הוא מגיע לפיתחה של המסלקה בדרך של הוראת החברה לרישומים לבצע את הרישום. הוראת ההפקדה שבצידה תניית פטור הינה ברורה ומפורשת ומתייחסת לנזק שייגרם (לו חלילה ייגרם) כתוצאה מביצוע ההוראה הנ"ל²⁹.

83.4. מהאמור לעיל יוצא, כי שיקולי מדיניות משפטית מעדיפים להימנע מלהטיל על המערערות חובת זהירות מושגית בקשר עם אי זיהוי/מניעת מעשי עוולה כדוגמת "תרמית אורליין".

84. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט הנכבד קמא בכך שלא פטר את המערערות מאחריות לנזק הנטען על אף הוראת הפטור הקבועה בחוקי העזר, ולמצער שלא נתן להוראה זו את מלוא הנפקות ומלוא הרציונאל העומד מאחוריה. מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יצוין כי -**

84.1. כפי שנטען בפני בית המשפט קמא ולא הוכחש, בחוקי העזר נקבע, כי המסלקה פטורה מכל אחריות לנזק הנובע מהודעות והוראות שנמסרו לה.

- 84.2. אלא שבית המשפט הנכבד קמא קבע, כי "הנוק במקרה דנן נובע... מהעדר ביצוע בדיקות מספיקות שיכלו למנוע אותו, ולכן חוקי-העזר (שתחולתם על בעלי-המניות מוטלת אף היא בספק), אינם יכולים למנוע את הטלת האחריות על הבורסה במקרה דנן"³⁰. בכל הכבוד הוראת הפטור דווקא מוכיחה, כי אין מצופה מהמסלקה והיא אינה נדרשת לבצע בדיקות נוספות אחרי שהתקבלה הוראת הפקדה מהחברה לרישומים ולפיכך אין להטיל עליה אחריות על כך שלא ביצעה "בדיקות מספיקות" (והדברים אמורים בבחינת קל וחומר ביחס לבורסה שאינה נוטלת חלק בהליך ההפקדה).
- 84.3. בכל הכבוד, הנמקתו זו של בית המשפט קמא לא רק שלא נטענה על ידי המשיב עצמו (וכבר משום כך יש בה קושי), אלא שגם אינה יכולה לבסס "התעלמות" מהוראת הפטור, כפי שנעשה.
85. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט קמא הנכבד באופן בו הרחיב את משמעות ההוראות החלות על הבורסה ותפקידיה ביחס ל-"תקינות המסחר" ול-"הוגנות המסחר", וממילא אין בהוראות אלה כשלעצמן, כדי להפוך את הבורסה לאחראית לנוק מקום בו צד ג' עברייני, נקט בתרמית נגד שוק ההון ו/או הגופים הפועלים במסגרתו. מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יצוין, כי -**
- 85.1. בכל הכבוד, פסק הדין מרחיב את גבולות אחריותה של הבורסה ומערבב בין תפקידם של גורמי אכיפת החוק (רשות ניירות ערך ומשטרת ישראל) לבין תפקידיה של הבורסה.
- 85.2. המערערות יטענו איפוא, כנגד הפרשנות שנתן בית המשפט הנכבד להוראות תקנון הבורסה וליישומן בחלקים השונים של פסק הדין³¹.
86. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט הנכבד קמא בקובעו, כי התנאי לפיו המניות בהון המוצא של החברה הן מניות שנפרעו במלואן, אינו תנאי שנועד רק להבטיח עבירות ופיזור נאות של המניות³².**
87. **שגה בית המשפט בקובעו, כי תפקידיה של הבורסה "נועד לחזק את אמון המשקיעים בשוק ההון"³³ באופן שמקים לה חבות בנזיקין במקרה של אירוע פלילי. מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יצוין, כי -**
- 87.1. תפקידיה של הבורסה אינו "לחזק את אמון המשקיעים בשוק ההון" באופן "כללי", ולא כל פגיעה באמון המשקיעים (ככל שהייתה) מנביעה אחריות ו/או חבות בנזיקין לבורסה ו/או למסלקה.
- 87.2. העובדה שהבורסה קבעה קריטריונים ברורים ונוקשים לרישומן של מניות למסחר בבורסה והעובדה שהיא אוכפת את הקריטריונים הנ"ל, אינה יוצרת לבורסה תפקיד או אחריות למנוע מעשים פליליים כאלה ואחרים; על אחת כמה וכמה שהיא אינה אחראית לנוזקים שנגרמים למשקיעים כתוצאה ממעשים פליליים שכאלה.
88. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט הנכבד קמא בכך שהטיל על המערערות אחריות לנוק שהסיבה המכרעת לגרימתו היא פעילותם העבריינית - והבלתי צפויה - של מנהלי אורליין ומקורביהם (צדדי ג' שהינם "גורם זר מתערב"). מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יצוין כי -**
- 88.1. כאמור בפרק ג' לעיל מעשי התרמית נשוא "פרשת אורליין" היו מעשי תרמית חריגים ו-"תקדימיים" בישראל וגם בעולם. מסעיפים 100-101 לפסק הדין, עולה, כי גם בית המשפט הנכבד קמא לא שלל כי המדובר ב-"אירוע ראשוני" וכי התרמית הייתה "ראשונה מסוגה".
- 88.2. אין גם חולק, כי מעשי תרמית וגניבה אלה לא נצפו ולא נתגלו "בזמן אמת" על ידי רשויות

30. סעיף 99 לפסק הדין.
31. למשל בסעיפים 82-86 לפסק הדין.
32. סעיף 85 לפסק הדין.
33. סעיף 95 לפסק הדין.

החקירה ואכיפת החוק (שהם רשות ניירות ערך והמשטרה). ועוד הוסבר לעיל, כי גורמים מקצועיים, בכירים ומכובדים שהועסקו מטעם הבורסה והמסלקה באיתור פרצות וסיכונים, לא צפו ולא התריעו על האפשרות לביצוע תרמית מסוגה של "תרמית אורליין".

88.3. בנסיבות אלה, המערערות טענו, בין היתר, כי יסוד הצפיות אינו מתקיים במקרה דנן, כי לא קיים קשר סיבתי בין הנזק הנטען לבין התנהגותן ובפרט לניתוק הקשר על ידי גורם זר מתערב.

88.4. בית המשפט הנכבד לא קיבל טענה זו, בקובעו, כי על הבורסה "...לצפות גם אפשרות של פעילות עבריינית שעלולה לפגוע באמון זה, ולנסות למנוע אותה - אם הדבר הוא כדאי מבחינה כלכלית..."³⁴ וכי "גם אם מדובר באירוע ראשוני, היה על הנתבעות כענין שבמדיניות לצפות את האפשרות כי אירוע כזה או דומה לו עלול להתרחש, ומכאן שהבורסה היתה צריכה לצפות את הנזק כענין נורמטיבי"³⁵.

88.5. בכל הכבוד, המערערות יטענו, כי במקרה בו התרחש נזק שנגרם כתוצאה מתרמית עבריינית תקדימית ראשונה מסוגה בארץ ובעולם, ומסתבר **בדיעבד**, כי ניתן היה למנוע את הנזק הבלתי צפוי הנ"ל באופן "כדאי מבחינה כלכלית" (זול), אין מקום להטיל אחריות או חבות לנזק על מי שלא מנע מהעברין לממש את מזימתו. מפסק דינו של בית המשפט הנכבד קמא יוצא, כי הסטנדרט שצריך לנהוג הוא ביצוע **כל** בדיקה "זולה", גם אם היא אינה צפויה וגם אם הבדיקות "הזולות" הללו נערמות ומצטברות זו על זו. יתרה מכך, **בהעדר צפיות, לא ניתן להפעיל את מבחן "הכדאיות הכלכלית"** שהרי לא ניתן להשוות בין עלות נזק (לא צפוי) לבין עלות הבדיקה.

89. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט הנכבד קמא, בקביעתו לפיה "תפקידה של הבורסה בהקשר זה היה לצפות גם אפשרויות שטרם נוסו, ולנסות למנוע אותן"**³⁶. מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יובהר, כי -

89.1. כאמור לעיל, אין זה "מתפקידה" של הבורסה ובוודאי שאין להטיל עליה אחריות מקום בו לא צפתה אפשרות שטרם נוסתה ו/או לא מנעה אותה.

89.2. מבלי לגרוע מהאמור לעיל, יוזכר, כי כאמור בפרק ג' לעיל, בבורסה ובמסלקה נערכו באופן שוטף בדיקות וסקרי סיכונים של גורמים מומחים לדבר ואלה לא התריעו בדבר הסיכון נשוא התביעה.

90. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט הנכבד קמא, בקביעותיו לגבי "מערך הרישום של המניות למסחר" בתקופה שבה בוצעה "תרמית אורליין"**³⁷. עצם העובדה כי גורם פלילי כלשהו הצליח להכשיל את החברה לרישומים ולגרום לה להורות למסלקה לרשום (להפקיד) אצלה מניות, אינה מצביעה על מחדל אצל הבורסה ו/או המסלקה ו/או ב-"מערך הרישום". ודאי שאין בכך כדי להקים למערערות חבות בנזיקין במקרה דנן. מערך הרישום במסלקה היה מספק וראוי. מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יצוין, כי -

90.1. שגה בית המשפט קמא בקובעו, כי הייתה "לקונה משמעותית בכללים, שהייתה יכולה לאפשר הפצת מניות מזויפות ללא קושי" בהסתמך על עדותו **השגויה** של מר לנקרי, מטעם החברה לרישומים.

90.2. מר לנקרי מטעם החברה לרישומים **שגה** כשאישר את טענתו ה**תיאורטית** של המשיב כאילו "בן-אדם מהרחוב היה יכול להדפיס את אותם שטרי מניה" שכן יישום מסלולי ההפקדה שבחוקי העזר - **כהלכתם - אינם מתירים** הפקדת מניות במסגרת ניסיון התרמית ה**תיאורטי** שהוצג ע"י המשיב. **ניסיון תרמית שכזה היה נחשף** ואילו החברה לרישומים הייתה מתירה הפקדת מניות מאת "בן-אדם מהרחוב", הרי שהייתה פועלת בניגוד בולט להוראות המחייבות שבחוקי העזר.

34 סעיף 124 לפסק הדין.

35 סעיף 101 לפסק הדין.

36 סעיף 101 לפסק הדין.

37 סעיף 97 לפסק הדין.

90.3. עוד בהקשר זה, יצוין, כי מסעיף 142 לפסק דינו של בית המשפט קמא, עולה, כי לשיטתו, במועדים הרלבנטיים לתביעה, במסלול "הפקדה מהקצאה" היה על החברה הציבורית למסור לחברה לרישומים תעודת מניה בלבד. בכל הכבוד, גם בכך שגה בית המשפט הנכבד קמא, שכן כאמור בפרק ב.2 לעיל, היה על החברה הציבורית למסור לחברה לרישומים גם עותק של "מכתב הקצאה", שהוא "תעודת הזהות" של המניות שרישומן במסלוקה התבקש.

90.4. בהקשר זה יצוין, כי שגה בית המשפט הנכבד גם בקביעתו בסעיף 116 לפסק הדין, ממנה עולה, כאילו לא היה "כל מנגנון למניעת האפשרות של הזרמת מניות מזויפות למסחר".

91. בכל הכבוד, שגה בית המשפט הנכבד קמא בכך שלא נתן את המשקל הראוי לכך שהמערערות כלל לא עמדו בקשר ישיר עם הגורמים העבריינים והן הסתמכו על פעולתה של החברה לרישומים - וגם משום כך לא מתקיימים יסודות ה-"צפיות" ו-"הקשר הסיבתי" הנדרשים לעולת הרשלנות. מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יובהר כי -

91.1. הגורמים העברייניים לא הכשילו את המערערות (וכלל לא היו איתן בקשר), אלא את החברה לרישומים (המשיבה הפורמאלית), שבהסתמך על הוראות שהיא (החברה לרישומים) ערכה ומסרה (והיו תקינות על פניהן) פעלה המסלוקה.

91.2. בכל הכבוד, אין ולא הייתה יכולת לצפות שמנהלי אורליין יערימו על החברה לרישומים שהיא גורם מיומן; ואין זה מתפקידן (או יכולתן) של המערערות לצפות זאת או לבדוק זאת.

91.3. מהאמור לעיל גם עולה, כי המערערות לא היו יכולות או צריכות לצפות את "תרמית המניות הפיקטיביות" ולפיכך אינן חבות בחובת זהירות קונקרטית בקשר עם הנזק שנגרם כביכול.

92. שגה בית המשפט קמא בקובעו, כי הבורסה התרשלה בכך ש"הייתה צריכה לוודא קיומו של מנגנון המונע אפשרות כי מניות שנרשמו במסלוקה ייסחרו בבורסה ללא אישור הדירקטוריון שלה" וכי בכך התירה הבורסה "פרצה בתהליך"³⁸. מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יובהר כי -

קביעתו זו של בית המשפט קמא מתעלמת, בכל הכבוד, ממסלולי רישום למסחר במסלוקה בתקופה הרלבנטית לתביעה. המערערות יטענו אפוא כי לא הייתה "פרצה" בתהליך וכי התוצאה לפיה עלה בידי גורם פלילי כלשהו להפקיד מניות במסלוקה (באמצעות החברה לרישומים) אינה מובילה למסקנה כי הייתה "פרצה בתהליך" המצדיקה הטלת אחריות ו/או חבות. זוהי, בכל הכבוד, "חוכמה שבדיעבד".

93. בכל הכבוד, שגה בית המשפט קמא בקביעתו, כי על הבורסה היה לקבוע כללים ביחס לחובותיה של החברה לרישומים³⁹ - ככל שקביעה זו מכוונת לכך שכללים כאמור לא נקבעו ו/או בוצעו. מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יצוין, כי -

המערערות יטענו כי לא הייתה למסלוקה סיבה שלא להסתמך על הוראות ההפקדה שהתקבלו מהחברה לרישומים - גורם בנקאי ומקצועי - גם בתקופה הרלבנטית לתביעה ולפי הכללים שהיו נהוגים אז⁴⁰.

94. שגה בית המשפט קמא בקובעו, כי היה על הבורסה להבטיח, כי המניות שאמורות להירשם למסחר - נפרעו⁴¹. מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יצוין כי -

38. סעיף 111 לפסק הדין.

39. סעיף 104 לפסק הדין.

38

39

40

נהלי ההפקדה שבחוקי העזר נקבעו בשום-שכל והטילו על הבנק/בית ההשקעות (שהינם גופים מוסדיים-בנקאיים), החברה המנפיקה (המפוקחת על ידי רשות ני"ע) והחברה לרישומים חובה לבצע שורה של בדיקות וביקורות בקשר עם המניות המופקדות אצל המסלוקה על מנת לוודא את מקורן. זאת ועוד; בכל אחד ממסלולי ההפקדה, משמשת החברה לרישומים כנאמן למסלוקה והופכת להיות "בעלת המניות" הרשומה והפורמאלית. החברה לרישומים (במלוא כובד משקלה המקצועי) מודיעה למסלוקה, כי היא בעלת מניות כדת וכדין ומבקשת את רישומן במסלוקה. זוהי מחות הדברים ותכליתם.

- 94.1. ראשית, הבורסה נסמכת על הצהרותיהן של החברות בדבר פירעון המניות. הבורסה ו/או המסלקה אינן מפשפשות בחשבונות הבנק של החברות ואינן רשאיות לבחון האם תמורת המניות אכן הוזרמה לחברה ונותרה שם כדי לשמש את החברה.
- בית המשפט אמנם לא שלל את טענתה זו של הבורסה, אולם המשך וקבע "באותה נשימה", כי היה על הבורסה לדאוג לקיומו של מנגנון שיבטיח כי התנאי האמור (פירעון המניות) יתקיים. בכל הכבוד, קביעתו של בית המשפט בעניין זה אינה ברורה.
- 94.2. שנית, קיום חוקי העזר של המסלקה בתקופה הרלבנטית לתביעה, ככתבם וכלשונם, היה אמור שלא לאפשר רישום למסחר של מניות שהחברות הציבוריות לא הצהירו כי נפרעו במלואן.
95. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט הנכבד קמא, בקביעתו כי המבקשות התרשלו על אף שנהגו בהתאם לנהלים שהיו קיימים באותה תקופה⁴². מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יצוין כי -**
- 95.1. כידוע, התרשלות תתקיים מקום בו הנתבע (המזיק) לא נהג באופן סביר בנסיבות העניין. הנתבע, איננו נדרש לנקוט בכל האמצעים האפשריים, או אף באמצעים האופטימאליים להסרת הסיכון; הנתבע נדרש לנקוט באמצעים הסבירים, וזאת בהתחשב במכלול נסיבות האירוע, על פי המידע שמצוי היה בידי באותה עת, ולאור המצב בו היה מצוי⁴³.
- 95.2. נקודת המוצא לפעולה תקינה והעדר התרשלות הינה עמידתו של "המזיק" בנהליו. כידוע, פעולה בהתאם לנהלים "מקשה עד מאוד" לבוא בטענות כלפי מבצעה⁴⁴.
- 95.3. בחינת התנהלות המערערות בנסיבות העניין מעלה, כי התנהלותן הייתה סבירה ובהתאם לכללים ולנהלים, וכי לא בכדי נמנעה רשות ני"ע מלקבוע ממצאים נגד התנהלותן של המערערות ו/או נושאי המשרה שלהן.
- 95.4. אלא שחרף כל זאת, קבע בית המשפט הנכבד קמא, כי לא היה די בכללים ובחוקי העזר שנקבעו; כי העמידה בכללים אינה "מחסנת" מפני הטלת אחריות ברשלנות; וכי הדברים יפים מכוח קל וחומר מקום ש"המחוקק" הוא הבורסה.
- 95.5. המערערות יטענו, כי מערכת הכללים והנהלים שהייתה בתוקף בתקופה הרלבנטית לתביעה הייתה מספקת ועמדה בסטנדרט הנדרש לפי רשות ני"ע - והיא לא הופרה על ידי המערערות.
96. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט קמא, בכך שלא החיל בנסיבות העניין את ההגנה הקבועה בסעיף 15 לפקודת הנזיקין ("חבותו של בעל חוזה"). מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יוסבר, כי -**
- 96.1. כבר נפסק, כי "חובת הזהירות הקונקרטית עניינה נקיטה של אמצעי זהירות סבירים. לעתים אין לך אמצעי זהירות טוב יותר מהעברת ההפעלה לידי של אדם מיומן"⁴⁵.
- 96.2. והנה, רישום המניות במסלקה נעשה אל מול ועל בסיס הוראותיהן ובדיקותיהן של החברות לרישומים.
- 96.3. למעשה, תפקידה של המסלקה התמצה, ועודנו, בזיכוי יתרות חבר המסלקה הרלבנטי בהתאם להוראה שהייתה מועברת אליה מאת החברה לרישומים (וממנה בלבד) כבעלת המניות הרשומה,

סעיף 112 לפסק הדין.

סעיפים 102-103 לפסק הדין.

ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, (פורסם בנבו, 25.5.2006), בסעיף 47.

ת"א 1327/09 אקסלרוד נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ (פורסם בנבו, 24.7.2013), בסי' 49.

ע"א 145/80 ועקנין נ' בית שמש, פ"ד לז(1) 113 עמ' 131; בע"א 7130/01 סולל בונה נ' תנעמי (פ"ד נח(1) 1) ס' 16.

וזאת רק בסופו של תהליך הבדיקה ומבלי שהמערערת 2 הייתה מעורבת בו ו/או חשופה לו.

96.4. **וידגש:** לא הייתה כל סיבה "לחשוד" בהוראות הביצוע שהתקבלו מאת החברה לרישומים וכבר נפסק שפעולות מסוגה של פעולות המסלקה מבוססות על ההנחה, שנותני ההוראות הם אנשים ישרים, ולגבי פעולה שעל פניה היא כשרה, אין בסיס לחקירה ודרישה בדבר כשרות הפעולה.

96.5. בהקשר זה יצוין, כי בסעיף 107 לפסק דינו, קבע בית המשפט קמא, כי קיומו של מנגנון הבקרה הנוסף (שבגין היעדרו נקבע כי הבורסה התרשלה), "לא נועד לשוב ולבחון מחדש את פעילותה של החברה לרישומים, אלא לוודא כי גם בהנחה שהחברה לרישומים מבצעת את חובותיה (ואין מדובר בהנחה ודאית), כי לא הוחדרו מניות מזויפות למסחר (בין בטעות ובין בכוונה)".

בכל הכבוד, קביעתו זו של בית המשפט קמא אינה ברורה, ודומה, כי המסקנה העולה ממנה, היא כי בית המשפט קמא הטיל על המערערות אחריות מחמת שהן לא ביקרו את פעולתה של החברה לרישומים - אותה חברה לרישומים עליה הוטלה המלאכה מלכתחילה, כגוף מקצועי ומומחה.

97. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט קמא בקביעתו, לפיה המערערות היו צריכות ויכולות להקים מנגנון בקרה בדמות השוואה בין המניות הרשומות למסחר למניות הרשומות בפועל ואי קיומו של מנגנון כאמור מהווה הפרה של חובת זהירות מושגית או קונקרטית או התרשלות⁴⁶. מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יובהר כי -**

97.1. ראשית, מן הראוי לזכור, כי, בכל הכבוד, בית המשפט ימעט להתערב בהחלטותיה של הבורסה וכי עליו לנקוט אמת מידה זהירה בבואו לבחון החלטות שהן בתחום מומחיותה⁴⁷.

97.2. שנית, הצגת "חובת ההשוואה" כיום היא בבחינת "תכמה שבדיעבד" שאינה יכולה לשמש יסוד לקביעת התרשלות.

97.3. שלישית, "השוואת ההון" הייתה יכולה להתבצע ע"י גורמים אחרים ולא דווקא ע"י המערערות. גם החברות לרישומים והבנקים המרכזים יכולים בנקל לבצע את פעולת "ההשוואה" שבעקבות היעדרה חייב בית המשפט קמא את המערערות - וגם אלה לא העלו על דעתן לעשות זאת.

97.4. רביעית, המערערות יטענו, כי בניגוד לקביעת בית המשפט קמא הנכבד, "חובת ההשוואה" אינה נובעת "ממטרת קיומה של הבורסה ומהחובה הבסיסית שלה לדאוג למסחר תקין"⁴⁸.

דומה, כי בית המשפט הנכבד הרחיב את יריעת אחריותן של המערערות עד כדי שאחריותן דוחקת את אחריותם של אחרים עליהם הוטלו התפקידים להסדיר את הפקדתן של מניות במסלקה (החברה לרישומים) ולשמור על עניינם של המשקיעים בשוק ההון (רשות ניירות ערך).

98. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט הנכבד קמא, בכך שייחס חשיבות לכך שמנגנון ההשוואה האמור יכול למנוע גם "טעויות אנוש בתום לב"⁴⁹. מבלי לגרוע מכלליות הדברים יובהר, כי -**

98.1. ראשית, עניין אורליין אינו "טעות אנוש בתום לב", אלא מעשה פלילי מתוכנן מראש ולפיכך אין זה ברור, בכל הכבוד, כיצד קביעת בית המשפט בעניין זה מבססת את אחריותן של המערערות.

98.2. שנית, יצוין כי "טעות אנוש בתום לב" כפי שבית המשפט קמא ציין, הייתה מתגלה ע"י הבנק/בית ההשקעות שלקוחו היה מקבל מספר מניות גדול יותר מזה לו הוא זכאי.

46 ראו למשל בסעיפים 109-104 לפסק הדין.

47 רע"א 5598/12 אלרון (ד.ד.) נדל"ן בע"מ נ' הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ (פורסם בנבו, 30.1.2014), פסקה 7.

48 סעיף 106 לפסק הדין.

49 סעיף 106 לפסק הדין.

99. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט קמא בקביעתו, כי העובדה שנוהלי הרישום למסחר השתנו ובדיקת ההשוואה הפכה לחלק ממנו, "מהווה ראייה חזקה לכך כי תוחלת הסיכון היא אכן גבוהה מעלות המניעה, ומכאן שאי-נקיטה באמצעי המניעה מהווה רשלנות"**⁵⁰.

מנגנון ההשוואה הוקם רק בעקבות "פרשת אורליין" כמנגנון בטיחות נוסף ועודף. העובדה, כי בעקבות "פרשת אורליין" הוחלט, כי גם המסלקה תבצע הליך בקרה שכזה - אשר איש לא חשב שהינו נדרש קודם לכן - אינה יכולה להעיד על מצב הדברים לפני "פרשת אורליין". זוהי "חכמה שבדיעבד".

100. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט קמא בקביעתו ביחס להפרת/קיום הוראות סעיפים 65 ו/או 66 לתקנון הבורסה בקשר עם התנאים לרישום במסחר בבורסה (להבדיל מהרישום במסלקה)**⁵¹. מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יובהר כי -

100.1. "רישום מניות למסחר בבורסה" אינו "רישום מניות במסלקה". כאמור בפרק ב.1 לעיל, המדובר בשתי מאטריות שונות, בתכליות שונות, המטופלות על ידי גורמים שונים ונפרדים ולפיכך גם כפופות לרגולציה ונהלים שונים.

100.2. דומה, כי בית המשפט קמא "קשר" בין הליך ההפקדה במסלקה (שנעשה כחלק מהתרמית העבריינית) לבין הליך הרישום בבורסה (שלא נעשה כלל) ובכך הגיע למסקנה שאינה נכונה.

100.3. יתרה מכך, התנאים הבסיסיים שבסעיף 66 לחלק השני לתקנון עוסקים בתנאים ופרמטרים שאינם עוסקים ב-"אותנטיות" של המניות, ב-"ערכן" ו/או ב-"שווין הכלכלי". הגם שקביעתו של בית המשפט קמא בעניין זה הייתה "למעלה מן הצורך" הבורסה תטען אפוא כי לא נפל כל פגם בהתנהלותה גם בהקשרים אלה והיא לא התרשלה בנושא זה.

101. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט הנכבד קמא, מחמת שלא קיבל את טענת ההתיישנות שהועלתה על ידי המערערות. מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יצוין כי -**

101.1. המשיב לא הגיש כתב תשובה לכתב ההגנה ולא התמודד עם טענת ההתיישנות שהועלתה בכתב ההגנה של המערערות, ובכלל כן, לא טען לקיומו של טעם לדחיית פתיחת מרוץ ההתיישנות או להארכתו. הלכה היא, כי די בכך, כדי להביא לדחיית התביעה מחמת התיישנותה.

101.2. חרף זאת, דחה בית המשפט הנכבד את טענת ההתיישנות, וזאת בהתבסס על קיומו של החרג הקיים בסעיף 8 לחוק ההתיישנות, התשי"ח - 1958, שלא נטען על ידי המשיב בכתב תשובה⁵².

101.3. יתרה מכך, בית המשפט הנכבד קמא קבע, כי בעלי המניות שהמחו את זכותם למשיב "לא ידעו ולא יכלו לדעת אודות התרמית"⁵³ הגם שבעלי המניות הנ"ל כלל לא התייצבו בהליך, לא הגישו תצהיר בהליך, והתובע אף התנגד לאפשר למערערות לקיים מולם הליכים מקדמיים. המדובר בקביעה עובדתית שלא הוכחה בהליך קמא ולכן אין בכוחה למלט את התביעה מהתיישנותה.

102. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט הנכבד קמא, מחמת שלא קבע, כי נפל שיהוי כבד בהגשת התביעה ע"י המשיב, באופן שגם פגע בזכויותיהן של המערערות. מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יובהר כי -**

102.1. כפי שהוכח בהליך קמא, החברה הושעתה ממסחר כבר ביום 14.4.2005; התובע החל לפעול בעניינה של אורליין כבר בשנת 2006; ההסדר מכוחו הומחו כביכול זכויות התביעה לנאמן אושר

50 סעיף 120 לפסק הדין, ודברים דומים עולים מסעיף 118 לפסק הדין.

51 סעיפים 110-111 לפסק הדין.

52 סעיף 61 לפסק הדין.

53 סעיף 62 לפסק הדין.

לטענתו **כבר בשנת 2007**; ומניות החברה חזרו להיסחר **כבר ביום 10.4.2008** - וחרף כל זאת הגיש הנאמן את התביעה כאן רק ביום **26.7.2011**.

102.2. המערערות טענו, כי שיהוי כבד זה יצר להן נזקים כבדים - **מהותיים וראייתיים** וכי נוכח השיהוי הארוך ונזקיו, יש להורות כי הסכום בו יחויבו לא יצבור ריבית בתקופת השיהוי הנ"ל.

102.3. אלא שכעולה מסעיפים 63-64 לפסק הדין, בית המשפט קמא לא קיבל את טענות המערערות בעניין זה וגם בכך יצאה, בכל הכבוד, שגגה תחת ידו.

103. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט הנכבד קמא, בקביעתו לפיה נגרם לבעלי המניות הנטענים "נזק" בדמות "דילולס", וזאת הגם שהמשיב לא הביא ראיות מספקות לעניין זה ולא הוכיח את קיומו של "הנזק" הנ"ל וסכומו. מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יובהר כי -**

המערערות יטענו, כי שיטת חישוב הנזק שנקבעה בסעיף 178 לפסק הדין לא נטענה על ידי התובע, לא הוכחה על ידו בראיות במסגרת ההליך, לא הוצגה חוות דעת מומחה לתמוך בה, לכן גם לא התאפשר למערערות להתמודד איתה באופן מלא בהליך קמא והיא גם, בכל הכבוד, אינה נכונה.

104. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט הנכבד קמא, בכך שלא אימץ את טענת המערערות לפיה ה"נזק" נשוא "תרמית המניות הפיקטיביות" (ככל שהיה) היה קיים ממילא (שווי מניות אפס); והוא רופא בהחזרת המניות למסחר. מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יצוין, כי -**

104.1. בעלי המניות הנטענים רכשו מבחירתם מניות של אורליין שהייתה חברה שכל כולה (ודו"חותיה) תרמית וכזב ולפיכך שווי מניותיה היה "0", וזאת ללא כל קשר למספר מניותיה ו/או לרישומן/אי-רישומן אצל הבורסה במסגרת "תרמית המניות הפיקטיביות".

104.2. לכן, גם אילו היו המניות הנ"ל מקבלות את אישור הבורסה, הן עדיין היו שוות "0"; החברה עדיין הייתה קורסת; ובעלי המניות היו מוצאים עצמם בחברה נטולת נכסים אך משופעת בחובות שהייתה מתגלגלת להסדר - כפי שאירע בפועל. במצב דברים כזה, היו בעלי המניות הנטענים מעלים אותן טענות בדיוק בדבר אובדן השקעתם בחברה, אולם אלה היו מופנות למנהלי אורליין ולאחרים - ולא למערערות, שאין מחלוקת שלא היה להן קשר לעניינים אלה.

104.3. מעשה העוולה בענייננו, הוא תרמית במסגרתה "המניות הפיקטיביות" נמכרו לציבור וזאת מבלי שנרשמו למסחר בבורסה. והרי - אין כל חולק, כי בסופו של יום (ולאחר החזרת החברה למסחר) כל אותם בעלי מניות נטענים קיבלו מניות "כשרות" בחברת אורליין. בכך הם "הושבו" למצב בו היו אלמלא הייתה עוולת/תרמית "המניות הפיקטיביות" באה אל העולם.

105. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט הנכבד קמא, בכך שלא התחשב בכך שעובר ל"תרמית המניות הפיקטיביות" ובנפרד ממנה, מנהליה של אורליין הקצו 2.2 מליון מניות "פיקטיביות" במסגרת תרמיות נוספות.**

כפי שהודגם בהליך קמא, הון החברה היה פגום באופן משמעותי כבר עובר לאירועים נשוא התביעה ולמעשה כ-2.2 מליון מניות "פיקטיביות" של החברה (מתוך כ-3.6 מליון) נסחרו בקרב בעלי המניות הנטענים - ללא קשר לאירועים נשוא התובענה.

אלא שבית המשפט הנכבד קמא לא התחשב בעניין זה בתחשיב הנזק שקבע, ובכך, בכל הכבוד, שגה, שכן כתוצאה מכך, יוצא שהמערערות חויבו לפצות בגין "דילול" שנעשה ללא כל קשר אליהן.

106. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט הנכבד קמא, גם בנתונים/במתודולוגיה שהוצבו בנוסחה לחישוב "הנזק" (המוכחש) שנגרם לבעלי המניות הנטענים. מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יובהר כי -**

- 106.1. רשימת המניות הזכאיות לפיצוי "המתקנת" לפי ההנחיות בפסק הדין מונה 8,591,214.14 **מניות**. זהו מספר המניות שהוכרו על ידי בית המשפט כמניות לגיטימיות הזכאיות לפיצוי מאת המערערות. **תחשיב סכום הפיצוי לא יכול להיעשות בהתחשב/על-יסוד מספר מניות גדול יותר**.
- 106.2. אלא שלאחר שהתנהל הליך בעניין זה, קבע בית המשפט קמא כי "יש לערוך את החישוב בהתאם למספר המניות האמיתיות שהיו רשומות למסחר בבורסה ערב ההשעייה. מספר זה הוא 13,397,029 מניות". בכך, בכל הכבוד, שגה בית המשפט קמא.
- 106.3. המערערות יטענו, כי לא ניתן לא ניתן לחייב אותן בפיצוי לטובת מי שהמשיב פָּלל, שלא כדון, ברשימת בעלי המניות התובעים. בהתאם לכך, גם לא ניתן לחשב את הפיצוי/הנוק האישי ("הנוק למניה") על בסיס נתונים שגויים שהמשיב הציג ושנפסלו בפסק הדין.
- 106.4. עוד יטענו המערערות, כי הצבת מספר המניות הזכאיות לפיצוי לפי פסק הדין (8,591,214.14) בנוסחת הפיצוי שבית המשפט הנכבד התווה בפסק דינו, מביאה לתוצאה של 1,567,872.59 ₪.
107. **בכל הכבוד, שגה בית המשפט קמא, בכך שקבע כי קיים קשר סיבתי בין "ההתרשלות" לבין "הנוק", ולמצער בכך שלא קבע ל"ניתוק" הקשר הסיבתי מחמת ש"אשמו של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנוק"**
- 107.1. מפסיקת בית המשפט העליון עולה, כי מקום בו עסקין באי-מניעת מעשה עבירה, הקשר הסיבתי יתקיים רק מקום בו הגורם שנטען כלפיו שהתרשל, היה יכול לצפותו⁵⁴.
- 107.2. בענייננו כאן, ברי, כי אשמתם של האורגנים המוסמכים של אורליין והגורמים שסייעו להם (וחלקם אף הורשעו בדין בשל כך) היא הסיבה המכרעת לנוק; כי פעולתם נעשתה בכוונת מכוון; וכי היא הייתה תקדימית (בארץ ובעולם) ולא נצפתה (גם לא ע"י מומחים מקצועיים) - ולפיכך, הקשר הסיבתי אינו מתקיים.
- 107.3. המערערות יטענו איפוא, כי בענייננו כאן, קשר סיבתי - אין; וככל שהיה - נותק.
108. **שגה, בכל הכבוד, בית המשפט קמא, בכך שלא קיבל את טענת המערערות בדבר שלילת קיומו של קשר סיבתי עובדתי. מבלי לגרוע מכלליות הדברים, יצוין כי -**
- 108.1. המבחן המקובל לקיומו של קשר סיבתי עובדתי הוא ה-"סיבה בלעדית אין", קרי: ללא הפרת החובה לא היה הנוק נגרם ולמצער, הפרת החובה היוותה גורם יסודי ומהותי שהביא לנוק.
- 108.2. בענייננו כאן, ברי כי "הנוק" הנטען - קריסת אורליין והגילוי כי שווי מניותיה הינו "0" - היה נגרם ממילא⁵⁵.
- 108.3. אלא שדומה, כי בית המשפט קמא עשה שימוש במבחן אחר וקבע, כי אילו הייתה הבורסה מקיימת את בדיקת ההשוואה היא הייתה מגלה כי החברה לרישומים אישרה למסחר את המניות הפיקטיביות - והתרמית לא הייתה מתממשת⁵⁶. המערערות יטענו אפוא, כי בית המשפט

ע"א 1167/11 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 18.11.13) (להלן: "עניין רוחמה").

54

55

כאמור לעיל, (א) אורליין נוהלה על ידי עבריינים שהשתמשו בה שימוש למעשי תרמית שונים והייתה כולה "שקר, כזב וזיוף" וזאת בנוסף לאירועים נשוא התובענה; (ב) מניות אורליין הושעו ממסחר ביום 14.4.2005 מסיבות שאינן קשורות לעניינים נשוא התביעה ולאחר מכן מצבה הכלכלי האמיתי נחשף, כך שממילא מניותיה לא היו חוזרות למסחר ללא הסדר נושים; (ג) וכאמור לעיל, כ-2.2 מיליון ממניות אורליין נרשמו למסחר הגם שלא שולמה תמורה בגינם (ולמשיב אין טענה נגד המערערות בהקשר זה), כך שלמעשה, נסחרו "מניות פיקטיביות" שלא באשמת המערערות; ו-(ד) למעשה, רישום המניות במסלוקה כשלעצמו לא יצר נזק - שכן אלמלא היו "המניות הפיקטיביות" נמכרות בפועל (ולאחר מכן) ע"י מנהלי אורליין ומסייעיהם, לא היה נגרם כל "נוק".

56

סעיף 121 לפסק הדין.

קמא קבע ויישם מבחן חדש, אשר למעשה, מניח את המבוקש⁵⁷.

109. בכל הכבוד, שגה בית המשפט הנכבד קמא, בכך שלא החיל על נסיבות המקרה דנן את "מבחן השכל הישר" לצורך בחינת קיומו של קשר סיבתי משפטי; וכן בכך שדחה את טענת המערערות בדבר ניתוק הקשר הסיבתי בשל מעשי מרמה העברייניים⁵⁸. מבלי לגרוע מהדברים, יצוין, כי -

109.1. שני גורמים מתערבים מנתקים את הקשר הסיבתי למערערות: הראשון (והעיקרי) - התנהלות פלילית ותרמיתית של האחראים ל-"פרשת המניות הפיקטיביות" (אורליין, האורגניס המוסמכים של אורליין ושותפיהם); והשני (הנובע מהראשון) - הודעת החברה לרישומים למסלקה לרשום את מניותיה למסחר.

109.2. אלא שבית המשפט הנכבד קמא פסק, כי על הבורסה היה לצפות גם אפשרות של פעילות עבריינית שעלולה לפגוע באמון הציבור במסחר בשוק ההון, ולנסות למנוע אותה. ועוד המשיך בית המשפט וקבע, כי "אם התרחש הנזק שהבורסה הייתה צריכה למנוע, לא ניתן לקבוע כי מדובר בנזק שמנתק את הקשר הסיבתי מאחר שהוא נובע מפעילות עבריינית מכוונת"⁵⁹.

109.3. בכל הכבוד, קביעתו זו של בית המשפט הנכבד קמא מתבססת (שוב) על ההנחה לפיה הבורסה אחראית למנוע פעילות עבריינית, משל הייתה היא "השוטרת של שוק ההון". כאמור לעיל, עמדת המערערות שונה.

109.4. זאת ועוד, דומה, כי בית המשפט קמא לא התייחס לטענת המערערות לפיה הוראת החברה לרישומים למסלקה היא כשלעצמה מנתקת את הקשר הסיבתי למערערות.

110. בכל הכבוד, שגה בית המשפט הנכבד קמא, בכך שהחיל על המקרה דנן את "מבחן הסיכוי" או "מבחן הצפיות" ומצא, כי תוצאתו היא קיומו של קשר סיבתי משפטי. מבלי למעט מהדברים, יבואר כי -

110.1. "מבחן הסיכוי" אינו מתקיים במקרה דנן שכן "הסיכון" שנצפה מראש, אינו זה שהתממש בפועל⁶⁰ - וממילא לאור החזרת מניות החברה למסחר והכשרתן, הרי שכל "נזק" בעניין זה רופא.

110.2. "מבחן הצפיות" אינו מתקיים במקרה דנן, שכן כאמור לעיל, "תרמית המניות הפיקטיביות" לא נצפתה בפועל; לא הייתה בגדר ציפייה סבירה; ו"הנזק" הנתבע כיום ע"י התובעים (ובכלל כך - הנזק בדבר "דילול השלד הבורסאי") לא היה צפוי מראש⁶¹.

110.3. חרף האמור לעיל, קבע בית המשפט קמא, כי קיים קשר סיבתי משפטי במקרה דנן, שכן "אם ניתן לצפות את הסיכוי [צ"ל הסיכון - הח"מ], והוא בלתי סביר... ההתנהלות שלא מנעה אותו היא התנהגות עוולתית"⁶². בכך דומה, כי בית המשפט הנכבד עשה שימוש במבחן הסיכון או במבחן הצפיות אך הגיע לתוצאה שונה מהמערערות, וזאת לפי קביעתו שהסיכון במקרה דנן היה צפוי (וזאת בניגוד לשיטת המערערות).

57 למעשה, בית המשפט ניסח ויישם את שאלת הקשר הסיבתי העובדתי באופן (שגוי, בכל הכבוד) שמניח את המבוקש-האם במקרה שהיה נעשה שימוש מצד המערערות באמצעי ההגנה שגובש על ידן רק לאחר ביצוע מעשה התרמית ושנועד למנוע הישגות של תרמיות דומות, היה הנזק נמנע. זוהי שאלה שהתשובה לה תהיה - תמיד - הינה בחיוב.

58 סעיף 124 לפסק הדין.

59 סעיף 124 לפסק הדין.

60 הרישום למסחר בבורסה הוא אינדיקציה לכך שאין מגבלה על עבירות המניות, שקיים פיזור נאות של ניירות הערך וכי יש שוויון בין זכויות המניות הנסחרות וכיו"ב. אלו פרמטרים "טכניים". רישום מניות למסחר בבורסה לא נועד לשוות לחברה "שווי כלכלי", לא נועד "להעיד" על מחירן הראוי של המניות, לא נועד למנוע "תרמיות" וממילא הוא אינו יכול לאותת או להבטיח שהחברה לא "תקרוס" ו/או תגיע להסדר נושים וה-"שלד הבורסאי" שלה יימכר.

61 ולעניין זה יודגש: לא ניתן ולא צריך היה לצפות, כי המסחר במניות שלא קיבלו את אישור הבורסה תגרום כביכול לכניסת החברה להסדר נושים ולמכירת השלד הבורסאי שלה לצד ג'.

62 סעיף 122 לפסק הדין.

111. בכל הכבוד, שגה בית המשפט הנכבד קמא בכך שלא הסיר מרשימת בעלי המניות הזכאים לפיצוי את ה"ה חזן, אלמסי, אייכלר ורוזנפלד (והגורמים הקשורים אליו)⁶³. מבלי לגרוע מהדברים יצוין, כי -
- 111.1. המערערות יטענו, כי בהצטרפות הנסיבות בעניין, ו-"פליליותה" של הפרשה העומדת בלב התביעה, ונוכח סירובו של המשיב לאפשר למערערות הליכים מקדמיים מול בעלי המניות ("בעלי זכות התביעה" לפי הטענה), הספק פועל לחובתו של המשיב ויש להסיר את כל הגורמים הנ"ל מרשימת בעלי זכות התביעה נגד המערערות.
- 111.2. בהקשר, זה ראוי להדגיש, את עניינם של ה"ה חזן ואלמאסי - מתד בית המשפט קבע, כי "המסקנה לפיה רכישת המניות במהלך המסחר בבורסה היא תנאי להכרה בתביעה עולה גם מכתב התביעה - בו צוין כי מי שזכאי לפיצוי הוא רק מי שרכש את המניות בתנאי תקנת השוק ובמהלך המסחר הרגיל המתנהל בבורסה, בתמורה מלאה ובתום לב"⁶⁴ ומאידך, הכיר בזכות התביעה של ה"ה חזן ואלמאסי, חרף העובדה שבית המשפט קמא היה מודע לכך שחלק מהמניות המיוחסות להם הופקדו ישירות לחשבונותיהם ע"י מר נציה⁶⁵.
112. בכל הכבוד, שגה בית המשפט הנכבד קמא, בכך שלא התייחס לטענת המערערות לפיה, התביעה דנן הוגשה במסלול "עוקף תובענה ייצוגית", ובנסיבות העניין, יש להחיל עליה את ההגנה הקבועה בסעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו - 2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות"), או הגנה דומה. מבלי לגרוע מכלליות הדברים יצוין, כי -
- 112.1. במסגרת ההליך כאן, מתיימר המשיב לנהל תובענה מכוח זכויות תביעה (נטענות) שהומחו לו, כביכול, מאת מאות בעלי המניות (הנטענים) של החברה. המדובר איפוא, בתביעה "קבוצתית".
- 112.2. ברי, כי לו היה בעל מניות פלוני של החברה מבקש להגיש תביעה "קבוצתית" שכזו היה עליו לעשות זאת על דרך של הגשת תובענה ייצוגית בהתאם לכללי ניהולן של תובענות ייצוגיות, ובין היתר בהתאם להוראות חוק תובענות ייצוגיות, שסעיף 3(א) בו קובע כי: "...לא תוגש נגד רשות תובענה ייצוגית לפיצויים בגין נזק שנגרם על ידי צד שלישי, שעילתה הפעלה או אי הפעלה של סמכויות פיקוח, הסדרה או אכיפה של הרשות ביחס לאותו צד שלישי...".
- 112.3. המערערות העלו טענה זו עוד מראשיתו של ההליך ולא זנחו אותה גם בסופו של ההליך.
- 112.4. והנה, בענייננו, בית המשפט קמא מצא לחייב את הבורסה בתביעה לפיצויים בגין נזק שנגרם לפי הטענה על ידי צדדים שלישיים; ועילת התביעה הינה, כי הבורסה לא הפעילה את סמכויות הפיקוח, ההסדרה והאכיפה הנתונות לה בעניינים הספציפיים עליהם היא אמונה לפי קביעת בית המשפט ("ניהול תקין והגון של בורסה", "פיקוח על קיום הוראות התקנון וההנחיות הנוגעות למסחר ועל תקינות המסחר" ו-"רכישת האמון של ציבור המשקיעים בבורסה").
- 112.5. **דיוק! עמדת המערערות הינה, כי חובות הפיקוח והבקרה אשר חלות עליה אינן אותן חובות פיקוח ובקרה אשר בית המשפט קמא ייחס להן. אולם, ככל שקביעתו של בית המשפט תישאר על כנה בהקשרים אלה, מן הראוי (ומן החובה) לאזן אותה באמצעות מתן ההגנה המופיעה בסעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות (או הגנה דומה לה).**

63 סעיף 55 לפסק הדין.

63

64 סעיף 47 לפסק הדין. ודברים דומים נפסקו על ידי בית המשפט הנכבד קמא בסעיף 51 לפסק הדין ביחס למי שרכש מניותיו לאחר השעיית מניות החברה מהמסחר במסגרת עסקאות מחוץ לבורסה.

64

65 סעיף 45 לפסק הדין.

65