

בעניין:

החברה לרישומים של בנק מזרחי טפחות בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד דוד לשם

ממשרד ניר כהן, לשם ושות'

מרחוב ברקוביץ' 4, תל-אביב 64238

טל: 03-6968270; פקס: 03-6968277

ת.ד. 51042249

- נגד -

המערערת

בית המשפט העליון
מדור קליטה

2015-01-20

נתקבל / נבדק

חתימה (9)

המשיב

1. עו"ד גיא גיסין הנאמן להסדר הנושים ובעלי המניות

של אורליין ייזום והשקעות בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד יואל פרייליך /או אמיר פז

ממשרד גיסין ושות'

מרחוב הברזל 38, תל-אביב 69710

טל: 03-7467777; פקס: 03-7467700

2. הבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ

3. מסלקת הבורסה לניירות ערך בתל-אביב

שתיהן ע"י ב"כ עוה"ד פנחס רובין /או עופר פליישר

ממשרד גורניצקי ושות'

מרחוב רוטשילד 45, תל-אביב 65784

טל: 03-7109191; פקס: 03-5606555

המשיבות הפורמאליות

גיא גיסין ושות'
עורכי דין
20-01-2015
נתקבל

כתב ערעור

המערערת, החברה לרישומים של בנק מזרחי טפחות בע"מ ("החברה לרישומים"), מתכבדת להגיש בזאת ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (כ"י השופטת רות רונן) בת"א 11-07-45609, מיום 6.6.14 ("פסק הדין"), כמו גם על החלטות ביניים בהליך הנ"ל, מיום 14.1.13 ומיום 2.11.14 ("החלטות הביניים").

העתקים מאושרים של פסק הדין ושל החלטות הביניים מצורפים כנספחים 1-3.

המועד להגשת ערעור זה הוארך בהתאם להחלטות כ"י הרשם ג' שני, האחרונה בהם מיום 6.1.15, כך שהמועד האחרון להגשת הערעור הינו ביום 20.1.15.

העתק של החלטה מיום 6.1.15 מצורף כנספח 4.

בית המשפט הנכבד יתבקש לעשות שימוש בסמכותו על פי כל דין, לקבל את הערעור ולהורות על ביטול פסק הדין והחלטות הביניים ועל דחיית התביעה.

כן מתבקש בית המשפט הנכבד להשית על המשיב 1 את הוצאות החברה לרישומים בגדרו של ערעור זה ובגדרה של הערכאה קמא, לרבות שכ"ט עורכי הדין ומע"מ בגינו כדין.

יצויין כי בעקבות בקשות לעיכוב ביצוע הורה בית משפט קמא הנכבד (ביום 27.12.14) כי הסכום הפסוק ישולם לתובע אך לא יחולק על ידו עד להחלטה אחרת.

ההדגשות במובאות שלהלן הוספו. ההפניות שבסוגריים הן לסעיפים מפסק הדין.

תוכן

א.	פתח דבר	- 2 -
ב.	על החברה לרישומים, חוקי העזר והליך הקצאת מניות שלא לציבור	- 4 -
ג.	הרקע לערעור	- 5 -
1.ג.	הרקע לתביעה	- 5 -
2.ג.	התביעה	- 6 -
3.ג.	הגנת החברה לרישומים	- 7 -
4.ג.	הליכי הביניים	- 8 -
5.ג.	פסק הדין	- 10 -
ד.	שגה בית משפט קמא הנכבד בקביעותיו בדבר היריבות בין הנאמן לנתבעות, התיישנות ושיהוי	- 12 -
1.ד.	שגה בית משפט קמא הנכבד כשקבע כי המחאת הזכויות כפי שנעשתה, עומדת בדרישות הדין	- 13 -
2.ד.	שגה בית משפט קמא הנכבד בקביעתו כי הוכחה זכותם של בעלי המניות לסעד	- 14 -
3.ד.	שגה בית משפט קמא הנכבד כשדחה את טענות החברה לרישומים בעניין התיישנות ושיהוי	- 18 -
ה.	שגה בית משפט קמא הנכבד בקבעו כי על החברה לרישומים מוטלות חובות זהירות כלפי בעלי המניות	- 19 -
ו.	שגה בית משפט קמא הנכבד כשקבע כי החברה לרישומים התרשלה	- 20 -
ז.	שגה בית משפט קמא הנכבד בקביעתו לעניין קיומו של "נזק" וכימותו	- 22 -
ח.	שגה בית משפט קמא הנכבד כשקבע כי קיים קשר סיבתי בין "התרשלות" החברה לרישומים לנזק	- 24 -
1.ח.	שגה בית משפט קמא הנכבד משלא ייחד דיון נפרד לטענות החברה לרישומים לעניין הקשר הסיבתי	- 24 -
2.ח.	אין קשר סיבתי גם לפי מבחן השכל הישר; בית משפט קמא הנכבד שגה משלא דן בכך	- 26 -
3.ח.	שגה בית משפט קמא הנכבד בקביעתו כי קיים קשר סיבתי עובדתי ביחס לחברה לרישומים	- 28 -
ט.	לא היה מקום להטיל אחריות על החברה לרישומים גם משיקולי מדיניות	- 29 -
י.	סוף דבר	- 29 -

ואלו נימוקי הערעור:

א. פתח דבר

1. בגדר פסק הדין נשוא ערעור זה, הטיל בית משפט קמא הנכבד, **לראשונה**, אחריות בנוזיקין על חברה לרישומים, **גוף טכני גרידא** שכל תכליתו ומהותו להקל על המסחר במניות בבורסה. אחריות זו הוטלה על החברה לרישומים בשל כך שלא זיהתה ומנעה מעשים פליליים, חסרי תקדים במקומותינו, שבוצעו בחברה ציבורית (אורליין ייזום והשקעות בע"מ; "החברה") על ידי בעליה ונושאי המשרה הבכירים של החברה.
2. את התביעה דנן הגיש המשיב 1 ("הנאמן") מכח תפקיד לו מונה לאחר קריסת החברה, בשם של מאות אנשים ש"הוכרו" על ידו כבעלי מניות ולטענתו "המחו" לו את זכות התביעה שלהם. התביעה הוגשה נגד המשיבות 2-3, הבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ ומסלקת הבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ ("תאגידי הבורסה") ונגד החברה לרישומים, בטענה כי "התרשלותה" של כל אחת מהן אפשרה לנושאי המשרה בחברה להגדיל את כמות המניות הנסחרות שלא כדין, באופן שגרם לדילול ערך המניות.
3. בכל הקשור לחברה לרישומים, התקשה הנאמן להסביר כיצד היא "התרשלה", שכן היא פעלה "לפי הספר", הווה אומר לפי חוקי העזר של מסלקת הבורסה כפי נוסחם בעת ביצוע מעשי המרמה. טענותיו המרכזיות של הנאמן כלפי החברה לרישומים היו בגדר "חכמה בדיעבד" שנלמדה מנוסחם של חוקי העזר המתוקנים, שבאו לעולם **לאחר** חשיפת הפרשה.
4. אכן, לאחר חשיפת הפרשה **נערך תיקון מקיף** בחוקי העזר של מסלקת הבורסה, תיקון שבמסגרתו, בין היתר, הוטלו על חברות הרישומים מטלות שונות **שלא נדרשו** לבצען לפני כן. אלא שברי כי את התנהלות החברה לרישומים יש לבחון לפי המצב המשפטי, העובדתי והנסיבתי שהיה **בזמן אמת** שכן "חכמה בדיעבד היא מדע מדויק".
5. טענתה המרכזית של החברה לרישומים הייתה ועודנה, כי הינה גוף **טכני גרידא** (למצער בעת הרלבנטית) שביצע את שדרש **בצורה תקינה לחלוטין**, וכי אף לא אחד מיסודות עוולת הרשלנות מתקיים ביחס אליה. היא הראתה כי הדרך בה הועברו תעודות המניה אליה הייתה תקינה, תאמה את המסלול הרלבנטי בחוקי העזר (הקצאה שלא לציבור), מסלול שבו תפקידה התמצה ברישום המניות אצלה ומתן הודעה מתאימה למסלקת הבורסה; וכי גם אם הייתה חושדת בדבר מה (ולא הייתה לה סיבה לחשוד), הרי שלפי חוקי העזר הכתובת לבירור החשד הייתה הגורם שיצר את החשד – היינו **החברה עצמה** - ופשיטא שלא משם הייתה מגיעה הישועה.
6. טענה מרכזית נוספת שהעלתה החברה לרישומים עסקה באופן בו הוגש ונוהל ההליך: תביעה שמוגשת ומנוהלת על ידי אדם **שאינו בעל עילה אישית**, בשם של מאות אנשים **שאינו מכיר** אותם או את נסיבות התגבשות עילת תביעתם, על סמך מסמכים שלפי הנטען הועברו אליו, כאשר אותם אנשים **אינם נוטלים חלק** בהליך. תביעה כזו אינה מקיימת את דרישות הדין, אינה מאפשרת לברר את השאלות השנויות במחלוקת ופוגעת ביכולת הנתבע להתגונן. החברה לרישומים טענה כי המתכונת בה בחר התובע להגיש את התביעה, לא יכולה ולא צריכה להקנות לו יתרונות דיוניים או מהותיים, "הקלות" או "פטורים" כלשהם על חשבון הנתבעות, וכי עליו להוכיח את תביעתו **ככל תביעה אחרת**. התובע לא עמד במשימה זו.

7. בגדר פסק הדין נדחו הטענות המרכזיות נגד החברה לרישומים. מן ההחלטה עולה כי גם בית משפט קמא הנכבד, שקבע כי החברה לרישומים "אינה גוף שתכליתו היא אחריות לתקינות המסחר בבורסה ושמירה על אמון הציבור ביחס למסחר" - לא מצא כל אחיזה בדין לביסוסה של קביעת רשלנות נגדה.
8. הנימוק היחיד עליו נשענה קביעת הרשלנות נגד החברה לרישומים היה כי "הצטברותן" של מספר "נורות אזהרה" שלפי הנטען נראו במסמכים רשמיים שקיבלה מנושאי המשרה המורשים לכך על פי דין, צריכה הייתה לעורר אצלה חשד על מעשים פליליים שהללו ביצעו אגב הפרת חובותיהם על פי דין, שגרמו ל"דילול" ערך המניות, ולהביאה לעשות "פעולה נוספת", מעבר לאשר נדרשה במסגרת תפקידה (הטכני) אותה עת.
9. בכל הכבוד, לטענת החברה לרישומים בנסיבות דנן לא היה כל מקום לקבוע כי היא התרשלה, וודאי שלא על יסוד נימוק מאולץ ודחוק, שהנאמן עצמו לא טרח למצות את בירו, קל וחומר לאור דחיית טענותיו העיקריות ולאור תקדימיות הקביעה כי חברות רישומים נושאות חובות זהירות כלפי בעלי מניות.
10. אשר לטענותיה לעניין האופן בו הוגשה ונוהלה התביעה, הרי שכפי שחששה החברה לרישומים, לכל אורכו של פסק הדין שזורות קביעות שנועדו "להקל" עם התובע בסוגיות שונות בהן לא עמד בנטל המוטל על תובע, ושב לעדיהן לא ניתן היה לקבל את התביעה. כך למשל:
 - א. נקבע כי "הנאמן 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".
 - ב. נקבע כי "הנטל להוכיח כי ישנם ברשימה פרטים שלא היו כלל בעלי-מניות בחברה או לכך שלא שולמה על-ידיהם תמורה עבור המניות - מוטל על הנתבעות".
 - ג. לעניין קבילותם של המסמכים שהוגשו לצורך הוכחת זכותם בעלי המניות, נקבע כי דובר במלאכה "טכנית", וכי לכן ניתן היה להגישם באמצעות הנאמן, למרות שהמסמכים אינם שלו ולא הוא זה שקיבל וערך אותם, אלא אנשים אחרים.
 - ד. הנתבעות הציגו עשרות דוגמאות של אנשים שנכללו ב"רשימת בעלי המניות" של התובע למרות שאינם יכולים להיות בעלי זכות תביעה. בית המשפט קיבל את טענות הנתבעות בעניין זה אך למרות זאת לא הסיק את המסקנה המתבקשת, כי מעבר להיותה ראייה לא-קבילה, הרי שאין לייחס ל"רשימת הנאמן" כל משקל שהוא, שכן ראייה זו הוכחה כבלתי אמינה בעליל.
 - ה. למרות שכל השיטות שהציע הנאמן לחישוב הנזק נדחו - בכל זאת נפסק לתובע פיצוי, לפי חישוב אחר, שאף צד לא טען לו.
- ו. בכתב הגנתה טענה החברה לרישומים להתיישנות ושיהוי. במקרה כזה מורה ההלכה כי על המבקש להדוף טענות אלה - להגיש כתב תשובה. למרות שהנאמן לא הגיש כתב תשובה (והתייחס לטענות לראשונה רק בסיכומי התשובה) בית המשפט דן בטענות ודחה אותן.
- ז. ומעל הכול - הקביעה כי החברה לרישומים התרשלה נשענה על הנחה שלא הוכחה ואף הופרכה! שכן אף לא אחת מ"נורות האזהרה" הוכחה כ"פגם", "סימן" או אינדיקציה כלשהי שהיה בה כדי לעורר חשד כלשהו, וודאי שלא על "פרשת המניות".

11. פגם מרכזי בפסק הדין נעוץ בכך שבית המשפטן **התעלם ולא דן כלל** בטענות רבות ומהותיות של החברה לרישומים, הן לעניין מעמדו של הנאמן ושאלת היריבות המשפטית, הן לעניין שאלת ההתרשלות והן לעניין שאלת הקשר הסיבתי בין "התרשלותה" (המוכחשת) ל"נזק" הנטען (והמוכחש). כך, למשל, לעניין הקשר הסיבתי הראתה החברה לרישומים, מעבר לנדרש, כי היה לה חלק קטן ושולי ביותר בתהליך וכי היא לא היוותה "מסננת" כלשהי, מה גם שהנזק הנטען יכול היה להיגרם ואף נגרם (כנטען) בלי תרומה "רשלנית" שלה.

12. ודוק, ערעור זה מעלה שאלות משפטיות רבות אשר בהן אין כל יתרון לערכאה הדיונית ואשר בית המשפט הנכבד יכול ורצוי שידון בהן, ובין היתר: שאלות הנוגעות לחובות המוטלות על החברה לרישומים, לתפקידה ומהותה; שאלות הנוגעות להמחאת זכויות תביעה בנזיקין; שאלות הנוגעות לאופייה וטיבה של תביעה אזרחית שמוגשת בידי "נאמן": האם בתביעה שכזו ניתן לחרוג מהכללים הנוגעים לנטלי ההוכחה? האם בתביעה כזו יש לחרוג מהכללים הנוגעים לקבילות ומשקל ראיות?

13. כמו כן מעלה הערעור שאלות כבדות משקל לעניין היקף יכולתו של בית המשפט לפסוק נזק מקום שכל טענות התביעה לעניין זה נדחו; שאלות הנוגעות להוכחתו וניתוקו של הקשר הסיבתי. הערעור גם מעלה שאלות הנוגעות ליכולת לצפות מעשים פליליים חמורים ותקדימיים ועל מידת האשם ל"נזק" שנגרם עקב מעשים פסולים אילו.

14. בטרם נידרש לגוף העניין, נעמוד בקצרה על מהותה של החברה לרישומים, על חוקי העזר של מסלקת הבורסה להם היא כפופה ועל מסלול הקצאת מניות שלא לציבור, הרלבנטי לענייננו.

ב. על החברה לרישומים, חוקי העזר והליך הקצאת מניות שלא לציבור

15. אחת הדרכים המוכרות בדין להעברת מניות היא במסירת כתב העברה חתום בידי המעביר והנעבר לחברה. החברה מקבלת את המסמכים ובהנחה שדרישות תקנונה מתקיימות, היא משנה את מרשם בעלי המניות ובכך מושלמת ההעברה (ס' 299(1) לחוק החברות). בחברות פרטיות, שמספר בעלי מניותיהן מועט והשינויים בהחזקות אינם תכופים, לא מתעורר קושי לרשום כל העברה בדרך זו. מאידך, בחברה ציבורית שמניותיה נסחרות בבורסה ובהן נעשות עסקאות רבות מידי יום, העברה בדרך זו היא מסורבלת ולא יעילה.

16. החברה לרישומים היא כלי טכני שנועד להקל על הסחירות במניות החברה הציבורית. עיסוקה היחיד של החברה לרישומים הוא החזקת ניירות ערך בעד אתרים (הגדרת "חברה לרישומים" בסעיף 1 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968; "חוק ניירות ערך"). בהגדרת "בעל עניין" קובע חוק ניירות ערך כי החזקת נייע עבור אחרים אינה הופכת את החברה לרישומים ל"נאמן" של בעלי המניות. וודאי שעצם החזקה במניות אינו הופך את החברה לרישומים לבעלת המניות (ר' סעי' 132 לחוק החברות, תשנ"ט-1999; "חוק החברות"). סעיף 177 לחוק החברות קובע כי בעל מניה בחברה ציבורית הינו:

"(1) מי שלזכותו רשומה אצל חבר בורסה מניה ואותה מניה נכללת בין המניות הרשומות במרשם בעלי המניות על שם חברה לרישומים;

(2) מי שרשום כבעל מניה במרשם בעלי המניות;

(3) מי שאוחז בשטר מניה."

17. החברה לרישומים אינה נחשפת לזהותם של בעלי המניות, שפרטיהם ידועים רק לחברי הבורסה - בתי השקעות ותאגידי בנקאיים שבאמצעותם פועלים המשקיעים (ר' סעיף 177(1) הנ"ל). עסקאות במניות

הרשומות על שמה במרשם בעלי המניות של המנפיק לא מובאות לידיעתה של החברה לרישומים; מידע זה נמצא בידי חברי הבורסה, והוא לא נחוץ או נוגע לחברה לרישומים ולעבודתה. לחברה לרישומים אין ממשקים או קשר עם בעלי המניות. עיקר עבודתה נעשית מול החברות הציבוריות ומסלקת הבורסה.

18. החברה לרישומים כפופה לחוקי העזר של מסלקת הבורסה ("חוקי העזר"), ותפקידיה מוסדרים בפרק ג' של חלק ב' של כללים אלה ("פרק ג'"). חוקי העזר הותקנו על ידי דירקטוריון הבורסה, שבו חברים נציגי חברי הבורסה, רשות ניירות ערך והבורסה עצמה. לפי סעי' 2(ד) לפרק ג' לחוקי העזר, החברה לרישומים פועלת כנאמן עבור המסלקה, וחייבת לקיים את חוקי העזר: "כפי שיהיו מעט לעת".

19. סעיף 3 לפרק ג' לחוקי העזר הסדיר את הליך רישומן בחברה לרישומים ובמסלקה של ני"ע במקרים שבהם הפניה לחברה לרישומים הגיעה מהחברה הציבורית ("המנפיק"). כאמור בו, סעיף זה רלבנטי להנפקות ראשוניות לפי תשקיף (ס"ק 3א') אך גם, "בשינויים המחויבים לפי העניין", לני"ע המוקצים על פי הצעה שלא לציבור (ס' 3ד'); הוא המסלול בו הועברו המניות נשוא הליך זה לחברה לרישומים.

20. בהתאם לחוקי העזר (סעיף 3ג'), בגדר הקצאות שלא לציבור כל שנדרשה החברה לרישומים הוא:

א. לרשום את המניות בספריה לזכות המסלקה;

ב. למסור למסלקה הודעה בכתב הכוללת את מספר וסוג המניות שנרשמו לזכותה.

21. בזאת התמצו חלקה ותפקידיה של החברה לרישומים בגדר הפרשה נשוא הליך זה. לחברה לרישומים לא היו תפקידי "בדיקה", "בקרה", "חקירה", "פיקוח", "שליטה", "רגולציה" וכדומה. תפקידה היה טכני גרידא.

22. יצוין כי בהתעורר צורך לאמת פרטים בדבר אמיתות מסמכי הבעלות במניות, נהוג היה לפנות בעניינים אלה למנפיק, כלומר לחברות הציבוריות, וזאת כמצוות חוקי העזר, שקבעו (ר' סעי' 3ג' וסעי' 4ב'5 לפרק ג'):

"המנפיק יאשר לחברה לרישומים, בכתב, את אמיתות המסמכים המעידים על בעלותו של הלקוח בנייר הערך, ואת רישום ניירות הערך של שמה של החברה לרישומים".

ג. הרקע לערעור

ג.1. הרקע לתביעה

23. החברה, אורליין, היתה חברה ציבורית שמניותיה נסחרו בבורסה לניירות ערך בתל-אביב. בין השנים 2005-2004 ביצעו מנהלי החברה, בראשותו של בעל השליטה, המנכ"ל והדירקטור יוחנן שגיב נציה ("נציה"), תרמית חסרת תקדים בהיסטוריה של שוק ההון. המנהלים עשו שימוש בחברה ככלי לביצוע מסכת ענפה של עבירות חמורות, ובין היתר: קבלת דבר במרמה, רישום כוזב במסמכי תאגיד, עבירות מנהלים ועובדים בתאגיד, דיווח מטעה בכוונה להטעות, הנעה בדרכי תרמית והלבנת הון. הם הודו והורשעו בגין כל העבירות שיוחסו להם. גזרי הדין שניתנו בפרשה הוגשו בערכאה קמא בלא התנגדות.

24. "פרשת המניות" נשוא הליך זה היוותה רק חלק מפרשה מסועפת של תרמיות בקשר לחברה. בגדר "פרשת המניות", הודה נציה כי ערך תעודות מניה רבות וגרם לרישומן במסחר בבורסה תוך יצירת מצג של "הקצאת מניות תקינה וחוקית כלפי החברה לרישומים" (לשון השופט רוזן בגזר הדין מיום 6.4.11). התעודות הופקדו בחשבונות של 13 מקורבים ששיתפו פעולה והיו "החוליה הראשונה". הללו מכרו את המניות בשוק המשני, בעוד שלפי גזר הדין, תמורות המכירה הגיעו לכיסו של נציה שהשקיע אותן "במניות אחרות, ובמיוחד

בחברה שהשליטה בה נרכשה באותה תקופה ע"י בנו של לילוף". הגידול במספר המניות לצד אי-גידול בנכסי החברה הכספיים, גרם ל"דילול" ערכן של המניות.

25. ביום 14.4.05 פרסמה הבורסה הודעה בדבר השעיית מניות החברה ממסחר עקב סיבות שאינן קשורות לפרשת המניות. לאחר מכן, בתקופת ההשעיה ממסחר, נחשפה פרשת אורליין בכללותה, ובין יתר המתדלים והשקרים שנחשפו בקשר עם ניהול החברה, הצהרותיה, פעילותה ונכסיה, התגלה גם פער בין כמות המניות שהיו מאושרות למסחר (3,640,515 ע"ג) לבין כמות המניות שנסחרו בפועל בבורסה (13,397,029 ע"ג).

26. בעקבות חשיפת הפרשה תיקנה הבורסה לניירות ערך את חוקי העזר של מסלקת הבורסה, כאשר בגדר תיקון זה הוטלו על חברות הרישומים לבצע שורת בדיקות שלא נדרשו לבצע בתקופת פרשת אורליין.

27. בחודש אפריל 2006 מונה המשיב 1 כנאמן מטעם בעלי המניות ונושי החברה. הנאמן גילה כי החברה ריקה מכל תוכן עסקי או נכסי. בדוחות שהגיש בגדר תפקידו הוא ציין, בין היתר: כי לאחר בדיקה מחדש, נמצא כי הפעילות בתחום האלקטרוניקה הבידורית עליה דיווחה החברה, אינה פעילות עסקית של החברה; כי מספריה עולה כי נעשו פעולות בחשבון הבנק של החברה כגון הפקדות כספים, פירעון ומשיכת שיקים אך נראה כי פעולות אלו אינן קשורות לפעילות העסקית שהוצגו בדוחותיה, שכן ההפקדות רשומות כנגד לקוחות שהקשורים לבעלי השליטה בחברה וההוצאות רשומות כנגד חברה בבעלות בעל השליטה שלמיטב ידיעתו הינה חברה מוגבלת; כי פעילות כפי שהחברה התיימרה להציג דורשת פעילות של רכישת מלאי ומכירתו, החזקת מחסן, העסקת עובדים, הוצאות תפעול, מימון וכו', אולם ספרי החברה אינם מראים על קיום פעילויות מסוג אלה; וכי מדפי הבנק עולה שהפעילות העסקית שביצעה החברה קטנה משמעותית ביחס לפעילות המוצגת בספרים.

28. למעשה, זולת זכויות תביעה שונות (לפי הנטען) ושלדה הבורסאי, לא מצא הנאמן בחברה כל נכסים הניתנים למימוש. מאידך, בדוחות שהגיש ציין הנאמן כי לחברה קיימים חובות לנושים, בסך של כ-3.9 מיליון ₪.

29. הנאמן טען כי הזמין את הציבור להגיש תביעות להוכחת זכויות במניות החברה, ובעקבות כך קיבל פניות מלמעלה מ-500 אנשים. לאחר ביצוע "בדיקות" אישר הנאמן את "תביעותיהם" והם הוכרו על ידו כבעלים של 12,381,581.84 ע"ג מניות. משכך, קבע הנאמן כי הם זכאים להצביע באסיפת בעלי המניות, בה אושר הסדר הנושים ובעלי המניות החברה ("ההסדר"). על סמך אותם הנתונים ששימשו לצורך הכרה בזכות להצביע באסיפה הכללית הוגשה לאחר מכן התביעה דנן, כפי שיפורט בהמשך. הנאמן טען כי אותו הסדר שאושר, כלל גם סעיף בדבר המחאה של זכויות התביעה מבעלי המניות, אליו. אותו הסדר גם כלל הוראות לפיהן זכאי הנאמן לכמעט 30% מפירות הליכים משפטיים שינקטו על ידו. כן נטען כי ההסדר קיבל את אישור בית משפט שלפירוק.

30. הנאמן טען כי מכח הסדר הנושים נמכרה השליטה בשלד הבורסאי של החברה לאדם בשם אביחי סטולרו בתמורה ל-1.65 מיליון ₪. זאת לאחר עריכת התמחרות בין 5 מציעים וקבלת אישור No Action מהרשויות.

31. ביום 10.4.08 שבו מניות החברה למסחר בבורסה, כששערן עמד על 0.1342 ₪ למניה.

2. התביעה

32. בשנת 2011 הגיש הנאמן את התביעה דנן, נגד תאגידי הבורסה ונגד החברה לרישומים (ביחד - "הנתבעות"), וזאת לטענתו מכח עילות התביעה של "בעלי המניות" ש"אושרו" על ידו ו"הומחו" אליו כחלק מאישור

ההסדר. לתביעתו צירף הנאמן טבלה עם שמות ונתונים שונים של מאות בעלי המניות ש"אושרו", שעל יסוד זכותם הנטענת הוגשה התביעה. לתצהיר העדות הראשית שלו צירף הנאמן דיסק עם צילומי אלפי מסמכים (שכוננו בפסק הדין "חומרי הגלם"), שהם למעשה "תביעות הבעלות" שהוגשו לו. הנאמן טען כי המסמכים מוכיחים את זכותם לפיצוי של "בעלי המניות" בגדר תביעה זו.

33. הנאמן טען כי הזכאים לפיצוי הם אנשים שרכשו מניות "בתנאי תקנת השוק", לאחר שעשו כן במהלך המסחר הרגיל המתנהל בבורסה, בתמורה מלאה, וככל הנראה בתום לב", כאשר הם "לא היו מודעים כלל לפער בין הון המניות המדווח להון המניות הנסחר בפועל" וגילו בדיעבד שנתוני הון המניות לא היו נכונים. הנאמן טען כי רק מי שענה להגדרה זו נכלל בטבלה/רשימה שהגיש ושעליה נסמך (ר' למשל: ס' 75, 185, 189 ו-194 לכתב התביעה, ס' 98, 105, 154, 155, 185, 189 לתצהיר התובע, ס' 5, 12, 96, 127 ו-129 לסיכומיו, ע' 45, ש' 3-15 לפרוט' וס' 47-51 לפסק הדין).

34. הטענה שניצבה בלב התביעה הייתה כי כל אחת מהנתבעות התרשלה בקשר ל"פרשת המניות", כי כתוצאה מכך נגרמו ל"בעלי המניות" נזקים וכי על הנתבעות לשאת במלוא נזקים נטענים אלה. בכל הקשור לחברה לרישומים, התקשה הנאמן להסביר כיצד היא "התרשלה", שכן התנהלותה תאמה את חוקי העזר של הבורסה כפי שהיו בתוקף בתקופה הרלבנטית. על כן, טענותיו המרכזיות של הנאמן כלפי החברה לרישומים היו בגדר "חוכמה בדעבד" הנלמדת מחוקי העזר המתוקנים, בנוסחם לאחר חשיפת הפרשה והפקת הלקחים על ידי הבורסה. טענתו היחידה שהתיימרה להסתמך על חוקי העזר כנוסחם בזמן אמת היתה, כי החברה לרישומים לא קיימה את החובה (הנטענת) לקבל מכתבי הקצאה מהמנפיק (טענה שכפי שיפורט להלן, נדחתה על ידי בית המשפט).

35. כמו כן, בניסיון לייצר בסיס יש מאין לטענותיו, טען הנאמן כי בין חברות הרישומים לבעלי מניות שוררים יחסים כשל בנק-לקוח ושחלות עליהן "נורמות בנקאיות" (גם טענה זו נדחתה). לבסוף טען הנאמן שהיו סימנים (אותם כינה 'פגמים צורניים') שיכולים היו להעיד בזמן אמת על אשר אירע, כי החברה לרישומים לא הבחינה בהם וכי בכך התרשלה.

ג. הגנת החברה לרישומים

36. טענתה המרכזית של החברה לרישומים הייתה ועודנה, כי הינה גוף טכני (למצער בעת הרלבנטית) שביצע את אשר נדרש אותה עת בצורה תקינה לחלוטין. החברה לרישומים הראתה כי לפי חוקי העזר, בגדר מסלול ההפקדה שהמניות הועברו אליה, תפקידה התמצה ב-2 אלה בלבד: א. רישום המניות בספריה לזכות המסלקה ו- ב. מסירת הודעה בכתב למסלקה, הכוללת את מספר וסוג המניות שנרשמו לזכותה. היא הראתה כי לא נדרשה לבצע את "הבדיקות" שהנאמן ניסה "להלביש" עליה ואף הראתה מדוע לא היה היגיון או צורך באותן בדיקות. בין היתר, היא הראתה כי באותה עת היא נדרשה לבצע השוואות מלאי תקופתיות (לגבי כל אחת מ-150 החברות הציבוריות ששטרי מניותיהן הוחזקו אצלה) בין כמות המניות שהוחזקו אצלה לכמות שהייתה רשומה במסלקה, ולא בבורסה (כטענת הנאמן), בדיקות שנעשו והצביעו על התאמה כמותית, כך שהיא הייתה "מאוזנת" מול המסלקה ולא ראתה את הפערים מול הכמות הנסחרת.

37. לאור תכליתה ומהותה כגוף טכני שנועד אך להקל על המסחר ולאור היעדר יחסים עם בעלי המניות, החברה לרישומים טענה כי אין היא נושאת בחובות זהירות כלפיהם, קל וחומר שאין ביניהם יחסי בנק-לקוח. כן טענה והראתה כי כל אחד מה'פגמים הצורניים' הנטענים, לאו פגמים היו, כי לא היה באף אחד מהם דבר

חשוד ואף לו היה במה לחשוד, ממילא לפי חוקי העזר "הכתובת" לבירור הייתה "המנפיק", דהיינו אורליין עצמה.

38. בנוסף, טענה החברה לרישומים כי דין התביעה להידחות בשל **היעדר יריבות עם הנאמן**. בכלל זה טענה שלא ניתן היה להמחות את זכויות התביעה הנוזיקיות דנן במתכונת שהדבר נעשה וכי חלק נכבד מ"בעלי המניות" שאישרו את ההסדר, כלל לא החזיקו ב"זכות תביעה", וברי שלא יכלו "להמחותה". כן טענה כי זכותם המקורית של ה"ממחים" לא הוכחה, שכן, בין היתר: א. המסמכים שהוצגו לצורך הוכחת זכותם הוגשו שלא באמצעות עורכים; ב. הליכי ה"בדיקה והאישור" של "בעלי המניות", לא כללו את הבדיקות שצריך היה לבצע לצורך התביעה דנן, כגון אי-מעורבות בפרשה הפלילית; ו-ג. כי גם אם נציץ מבעד לפרגוד אי-הקבילות של המסמכים שהוגשו להוכחת זכות בעלי המניות, נגלה מצע ראייתי רעוע ומחורר הכולל כשלים כה רבים, באופן המחייב את המסקנה כי לא הונח בסיס ראוי שעל יסודו ניתן להגדיר "קבוצה" של זכאים לפיצוי (וכיוצא בזה את המסקנה כי לא הוכחה יריבות משפטית).

39. בכלל זה הציגה החברה לרישומים כ-80 דוגמאות של אנשים מתוך "רשימת הנאמן", שכבר מהמסמכים שהוגשו ביחס אליהם עלה כי הם אינם יכולים להיות בעלי זכות תביעה. החברה לרישומים טענה כי כמו בכל משפט אזרחי, נטלי ההוכחה בתביעה דנן מוטלים על הנאמן, וכי מתכונת הגשת התביעה לא צריכה להקנות לתובע "הקלות" או "הנחות" דיוניות או מהותיות על חשבון הנתבעות.

40. כן טענה החברה לרישומים כי יש לדחות את התביעה בשל התיישנות ולמצער שיהוי.

41. במישור הנזק והקשר הסיבתי, טענה כי כתוצאה מ"פרשת המניות" לא נגרם כל נזק לבעלי המניות, כאשר לתמיכה בכך אף הגישה (עם הנתבעות הנוספות) חוות דעת כלכלית של פרופ' אמיר ברנע. זאת לעומת הנאמן, שהציג חלופות שונות לחישוב הנזק, שלא הבחינו בין "פרשת אורליין" הגדולה לבין "פרשת המניות" שנוא התביעה, ומבלי לתומכן בחוות דעת. החברה לרישומים הראתה ביחס לכל אחת מן ה"חלופות" שהוצעו לחישוב הנזק כי אינה יכולה לעמוד וטענה כי לכן יש לדחות את התביעה בהיעדר הוכחת נזק. כן טענה כי הנאמן לא עמד בנטל לעניין הוכחת סיבתיות בין "רשלנותה" (המוכחשת) לבין הנזק הנטען (והמוכחש).

42. מעבר לנדרש, הצביעה החברה לרישומים על 3 דוגמאות להקצאות שנעשו בחברה שלא כדין ואשר 2 מהן (שהושלמו) אף גרמו ל"דילול" (שכן תמורתן לא שולמה), זאת למרות שההקצאות קיבלו את האישורים הרלבנטיים (שאף פורסמו במגנ"א); כל אלה ללא כל קשר לחברה לרישומים. דוגמאות אלה הראו בבירור כי החברה לרישומים אינה חוליה הכרחית בשרשרת הסיבתית וכי הדילול יכול להתרחש ואף התרחש בלי קשר להתנהלותה.

43. כן טענה החברה לרישומים להיעדר אחריות לפי סעיף 64 לפקודת הנוזיקין (שכן אין חולק כי מעשיהם של מנהלי החברה הם "הסיבה המכרעת לנזק"), והעלתה טענה לניתוק הקשר הסיבתי, ולפיה אם תקבל טענת הנאמן כי בשלב מאוחר למסירת המניות לחברה לרישומים ורישומן אצלה הייתה בדיקה שיכולה "בלחיצת כפתור" לחשוף התרמית אך היא לא נעשתה, הרי שהדבר ירוקן מתוכן את הטענות בדבר קיומה של סיבתיות בין "רשלנות" החברה לרישומים לנזק הנטען (והמוכחש).

4.ג. הליכי הביניים

44. לכל אורך ההליך התנגדה החברה לרישומים לאופן שבה הוגשה ונוהלה התביעה. היא טענה כי בעלי המניות הם "התובעים האמיתיים", וכי העובדה שהתביעה מנוהלת "בשמים" או "עבורם" על ידי אדם אחר, על סמך

מסמכים שהועברו אליו, שנערכו והוגשו על ידו כ"כלי שני", מבלי שהוא אפילו מכיר את האנשים ו/או את נסיבות רכישת מניותיהם, אינה אפשרית מבחינה משפטית, אינה מוצדקת ואינה מאפשרת לה להתגונן כלל ועיקר.

45. כבר בתחילת ההליך ברור היה ש"רשימת בעלי המניות" של הנאמן עמוסה באנשים שאינם יכולים להיות בעלי זכות תביעה בגדר הליך זה וכי הבדיקות שנעשו לצורך אישורם היו בלתי מספקות בעליל. לגבי חלקם, די היה בעיון במסמכים שהנאמן מסר לנתבעות כדי להבין שלא היה להם כל מקום "ברשימה"; לגבי אחרים עלו סימני שאלה באשר לעילת תביעתם באופן שחייב בדיקה נוספת מעבר למסמכים שנמסרו, בין היתר, לאור חשדות למעורבותם בפרשה הפלילית. בנוסף, לאור העובדה שאי-מעורבות בפרשה הפלילית לא היוותה קריטריון לאישור "בעלי המניות" (ר' גם סי' 41 לפסה"ד), לא ניתן היה להסתפק ב"בדיקות" שנעשו ביחס לכל חברי הרשימה לצורך התביעה דנן.

46. לפיכך, ביקשה החברה לרישומים לקיים הליכים מקדמיים מול "בעלי המניות", וביום 9.12.12 הגישה (יחד עם הנתבעות הנוספות ולאחר פניה מוקדמת לתובע, שנדחתה), בקשה להורות לבעלי המניות להגיש תצהיר גילוי מסמכים ("בקשת גילוי המסמכים").

47. הנתבעות טענו כי יישומם של הכללים הנוגעים להמחאת זכויות על נסיבות המקרה דנן אינה מאפשרת לתובע "להוציא את בעלי המניות מהתמונה", תוך פגיעה בזכויותיהן הדיוניות והמהותיות של הנתבעות ובטענות שהיו עומדות להן כלפי בעלי המניות הנטענים (והחברה) במצב של תביעה אישית "רגילה". פשיטא שאם היו בעלי המניות מגישים את התביעה בעצמם, היו עומדות לנתבעות כל הזכויות הדיוניות כלפי בעלי המניות, לרבות: הזכות לגילוי ולעיון במסמכים, הזכות להפנות אליהם שאלונים, הזכות לחקור את בעלי המניות בחקירה נגדית. לטענת הנתבעות, המחאת הזכות הנטענת אינה יכולה לשמש כ"שסתום חד כיווני" אשר מחד גיסא – מאפשר לתובע לטעון כי בעלי המניות דנן כביכול רכשו את המניות בתום לב; בתמורה מלאה; לפי "תקנת השוק"; ללא כל מודעות ו/או קשר למעשים הפליליים של אורגני החברה ו/או להיותה של החברה ריקה מנכסים ונטולת שווי ותוך שהם מסתמכים על מצגים כאלה ואחרים, ומאידך גיסא – מנשל את הנתבעות מכל הזכויות הדיוניות שמוקנות לנתבע בהליך אזרחי.

48. ביום 14.1.13 החליט בית משפט קמא הנכבד כי "שאלת קיומה של עילת תביעה לכול אחד מבעלי המניות היא שאלה רלוונטית, שהמבקשות זכאיות לקבל מיזע אודותיה", וכי: "המסמכים המבוקשים הם רלוונטיים להליך". למרות זאת, בית המשפט לא נתן את הסעד המבוקש, בנימוק כי מדובר בדרישה "מכבידה – ואין בה כדי לתרום לחקר האמת במידה שתצדיק את ההכבדה". בית המשפט הוסיף כי הנתבעות יהיו רשאיות להגיש בקשה לגילוי מסמך ספציפי מבעל מניות זה או אחר, אם הדבר ידרש להן.

49. יצוין כי לאחר שביקש וקיבל הנאמן גילוי מסמכים מהנתבעות, הוא ביקש להפנות שאלון לרשות ני"ע, בטענה כי: "ממצאי רשות ניירות ערך הינם ממצאים אובייקטיביים, שנערכו על ידי הרשות החוקרת מיד ובסמוך לגילוי הפרשה, ומשכך הם יכולים לייעל ולקדם את הדיון במסגרת הליך זה ולשפוך אור על "האמת". לפיכך, שאלתו הראשונה אליה הייתה: "א. האם במסגרת חקירתה את התנהלות המסחר במניות חב' 'אורליין', נמצאו ממצאים כלשהם נגד המשיבות הפורמאליות [הנתבעות קמא – הח"מ] ו/או מי מנושאי המשרה שלהן." תשובת הרשות הייתה: "במענה לשאלה "א" התשובה היא "לא".

50. במהלך דיוני ההוכחות בתיק נחקר הנאמן והעיד שלא הוא ערך את המסמכים שהוגשו לצורך הוכחת זכותם של בעלי המניות, שכן מי שאסף את הנתונים וניצח על המלאכה ("הכלי השני") היו עו"ד שהיום כבר לא

עובד במשרדו וכלכלן שסייע לו (עמ' 44, ש' 18-24 לפרוט'). כאשר נשאל הנאמן על בעלי המניות ועל מסמכים הקשורים להם המותב הנכבד העיר: "הוא לא יודע את הדברים האלה מידיעה אישית, כל חמש [ה]שאלות האחרונות" (עמ' 51, ש' 12-13 לפרוט').

51. ודוק, זולת הנאמן העיד במשפט בעל מניות אחד בלבד מבין מאות האנשים שבשםם הוגשה התביעה.
52. מטעם החברה לרישומים העיד מר דוד לנקרי, שהיה מורשה חתימה בחברה לרישומים בעת הרבלנטית ("לנקרי").
53. לאחר שהוגשו סיכומי הנאמן והנתבעות, הגיש הנאמן סיכומי תשובה, בהם בין היתר הודה כי כל המסמכים שהוגשו להוכחת זכותם של הממחים - אינם קבילים, אך טען כי לאור "מעמדו" יש להקל עימו ולקבל את המסמכים כראיה לאמיתות תוכנם. לגבי הדוגמאות שהוצגו של אנשים שנכללו ב"רשימתו" למרות שאינם זכאים לפיצוי, הודה הנאמן הלכה למעשה כי על הרשימה נמנים אנשים שאינם זכאים לפיצוי, אך טען כי הדבר אינו גורע ממשקלה הראייתי ואמינותה של הרשימה, וכי יש להחסירם מן הרשימה ולא לפסלה מעיקרא, כפי שדרשה החברה לרישומים. בסיכומי התשובה השיב הנאמן לראשונה לטענות בעניין התיישנות ושיהוי.

ג. 5. פסק הדין

54. ביום 6.6.14 ניתן פסק הדין, בו קיבל בית המשפט את התביעה, באופן חלקי.
55. תחילה דן בית המשפט בטענות להיעדר יריבות, ובין היתר קבע כי אם פורום חוקי של בעלי מניות הצביע בעד אישור ההסדר, לא ניתן לקבל את הטענה לפיה ההסדר לא אושר כדין, זאת גם בהנחה שחלק מבעלי המניות שהשתתפו באסיפה בה אושר ההסדר לא היו בעלי זכות תביעה, ולא יכלו לכן להמחות זכות כזו לתובע, שכן קיים הבדל בין הזכות להשתתף באסיפה לזכות לסעד בגדר תביעה זו (סע' 32). כן נקבע כי המחאת זכויות התביעה מבעלי המניות לתובע היא המחאה "מכוח הדין", וככזו היא בעלת תוקף, חרף היותה המחאה של תרופה בשל עוולה (סע' 33-38).
56. לעניין הוכחת זכותם המקורית של ה"ממחים" קבע בית משפט קמא הנכבד כי "הנאמן 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" (סע' 40), וכי: "הנטל להוכיח כי ישנם ברשימה פרטים שלא היו כלל בעלי-מניות בחברה או לכך שלא שולמה על-ידיהם תמורה עבור המניות - מוטל על הנתבעות" (סע' 42 רישא).
57. לעניין קבילותם של המסמכים שהוגשו לצורך הוכחת זכותם בעלי המניות, נקבע כי מדובר במלאכה "טכנית", וכי לכן ניתן היה להגישם באמצעות הנאמן, למרות שלא הוא ערך אותם. בית המשפט קבע כי מאחר וניתנה לנתבעות אפשרות להעלות טענות ביחס לזכותם של בעלי המניות, הרי שניתן לקבל את "תביעתם" של בעלי המניות שלא הועלו טענות ביחס להם, ודחה את הטענה שבדוגמאות שהוצגו יש כדי לאיין את משקל הרשימה כולה (סע' 42).
58. לאחר מכן דן בית המשפט וקיבל את טענות החברה לרישומים הנוגעות לעשרות האנשים שנכללו ב"רשימה" למרות שאינם זכאים לפיצוי (סע' 43-58). בית המשפט קבע כי מי שאינם זכאים לפיצוי הם: מי שהיה מעורב בתרמית וגרם לה; מי שרכש את מניותיו לאחר השעיית המסחר ומי שלא הוכח מתי רכש את מניותיו (שכן: "זכות התביעה דן אינה זכות הצמודה למניה, שכן היא נובעת מתהליך רכישתן של המניות", סע' 51

לפסה"ד); מי שלא הוצגו המסמכים הרלבנטיים לגביו וכן מספר בעלי מניות שצוינו בסיכומי התשובה של הנאמן, שבית המשפט דחה את טענות ההגנה של הנאמן ביחס אליהם. בית המשפט הורה לתובע להכין רשימה מעודכנת של "בעלי המניות הזכאים", שתהיה מבוססת על הרשימה המקורית שהוגשה כנספח לכתב התביעה, כאשר מרשימה זו ייגרעו שמותיהם של האנשים שנקבע כי אינם זכאים לפיצוי (סעי' 56).

59. לעניין התיישנות ושיהוי קבע בית משפט קמא הנכבד כי לא ניתן לקבוע כי התביעה התיישנה וכי הנתבעות לא הוכיחו כי חלוף הזמן שינה את מצבן לרעה (סעי' 59-63).

60. במישור האחריות, לאחר שדן ארוכות בשאלת אחריות תאגידי הבורסה, דן בית המשפט בקצרה באחריות החברה לרישומים. בית המשפט קיבל את טענות החברה לרישומים לעניין תפקידה ואופייה, ובין היתר קבע כי היא: "אינה גוף שתכליתו היא אחריות לתקינות המסחר בבורסה ושמירה על אמון הציבור ביחס למסחר. תפקידה של החברה לרישומים הוא תפקיד 'טכני' יותר, שנועד להקל את המסחר במניות בבורסה." (סעי' 134). כמו כן, בית המשפט דחה את טענת הנאמן כי יש "לאמץ" ולהחיל את הכללים החלים ביחסים בין בנק ללקוח על מערכת היחסים שבין החברה לרישומים לבעלי המניות (סעי' 136). בית המשפט גם דחה את הטענה היחידה שהתימרה להישען על חוקי העזר דאז, לפיה היה על החברה לרישומים לקבל, כביכול, מכתבי הקצאה מהמנפיק (החברה) (סעי' 142, פסקה שניה).

61. על אף כל אלה, קבע בית המשפט כי החברה לרישומים התרשלה בנסיבות המקרה. הנימוק לכך היה שלדעת בית המשפט החברה לרישומים לא הבחינה ב"נורות אזהרה" ש"הצטברותן" צריכה הייתה להביאה לעשות "פעולה נוספת" מעבר לאשר נדרשה היא באותה עת, כמו "פנייה לבורסה או בירור עצמאי ביחס למספר המניות של אורליין הרשומות למסחר" (סעי' 141).

62. לעניין הקשר הסיבתי קבע בית המשפט קמא הנכבד בקצרה, כי קיימת סיבתיות, שכן לו הייתה החברה לרישומים משווה בין כמות המניות שהיו רשומות אצלה לאלה שנרשמו בבורסה, היה בכך כדי למנוע את הנזק (ס' 143). מעבר לכך, בית המשפט לא דן בטענות החברה לרישומים להיעדרו ולניתוקו של הקשר הסיבתי.

63. לעניין הנזק קבע בית המשפט כי יש לחייב את הנתבעות אך ורק בגין הנזק שנגרם עקב "פרשת המניות" תוך נטרול השפעת גורמים אחרים שאינם נושא התביעה לרבות מעשיהם הנוספים של קברניטי החברה (סעי' 166). בית המשפט דחה את כל החלופות שהציע הנאמן לחישוב הנזק והעריך אותו בדרך אחרת, שאף צד לא טען לה.

64. נקבע, כי לצורך חישוב הנזק יש להכפיל את שוויה של כל מניה שהוחזרה למסחר (0.1342 ₪ למניה) בסכום שהוא המנה של מספר המניות הכולל שנסחר בבורסה בפועל (כולל המניות המזויפות) מחולק במספר המניות ה"אמיתיות" שהיו רשומות בבורסה למסחר ערב ההשעיה. בית המשפט ציין כי מנה זו משקפת את "אחוז הדילול" של "בעלי המניות הזכאים", והתוצאה היא השווי שהיה למניות אלמלא "הזיוף". מהתוצאה יש להפחית את שווי המניה בהתאם למחיר ההנפקה בבורסה, והסכום שיתקבל הוא הנזק שנגרם לכל בעל מניה מ"בעלי המניות הזכאים" בגין כל מניה שבבעלותו כתוצאה "מהזיוף" (סעי' 178).

65. בית המשפט הורה לתובע להכין רשימה מעודכנת שתכלול רק את "בעלי המניות הזכאים", וקבע כי לנתבעות תינתן אפשרות להגיב לרשימה זו (סעי' 55, 183 ו-184).

66. כן נקבע כי לסכומי הנזק יצורפו הפרשי הצמדה וריבית כחוק מהמועד חזרת המניות למסחר (10.4.08) עד התשלום בפועל ונפסקו הוצאות בסך 100,000 ₪. בהעדר טיעון לגבי חלוקת האחריות בין הנתבעות, נקבע כי האחריות לנזק בין הנתבעות הינו ביחד ולחוד (סעי' 184).

67. ביום 29.6.14 הגיש הנאמן "בקשה לתיקון טעות כמותית או לחילופין לעיון מחדש בקביעתו של בית המשפט הנכבד לעניין תחשיב הנזק", בה טען כי לחישוב הנזק שנקבע צריך היה להוסיף רכיב נוסף, שהוא הסכום ששולם בתמורה לשליטה בשלד הבורסאי של החברה (1.65 מיליון ₪). כן טען הנאמן כי בין בעלי המניות שנפסק כי אינם זכאים לפיצוי נכללו שניים שלטענתו "פסילתם" לא הייתה מוצדקת, וביקש לעיין מחדש בהחלטה לפוסלם. לאחר שהוגשו תגובות הצדדים **דחה** בית המשפט את בקשת הנאמן (החלטה מיום 10.8.14).

68. ביום 11.9.14 ביקשה החברה לרישומים מבית המשפט להכריע בין עמדות הצדדים (שהוגשו קודם לכן) לעניין כמות המניות המזכות לפיצוי ולעניין "אחוז הדילול", ולקבוע את סכום פסק הדין. ביום 2.11.14 החליט בית המשפט **לקבל** את עמדת הנתבעות לגבי סך המניות המזכות בפיצוי, וקבע כי מתוך סך של 12,381,581.84 המניות שנכללו ב"רשימת הנאמן", **3,790,367.7 (כמעט שליש)** אינן מזכות בפיצוי. לעניין "אחוז הדילול" קיבל בית המשפט את עמדת הנאמן, והורה על הגשת פסיקתא שתכלול את עמדות הצדדים בקשר אליה.

69. ביום 10.11.14 הוגשה בקשה מוסכמת לחתימה על פסיקתא בה צוין כי הנתבעות תשלמנה לתובע יחד ולחוד סך של 4,016,017 ₪, וכן הוצאות משפט בצירוף הפרשי ריבית והצמדה בסך של 101,609 ₪. ביום 11.11.14 קיבל בית משפט קמא הנכבד את הבקשה והורה להפקיד פסיקתא חתומה בתיק בית המשפט.

70. בעקבות בקשות (נפרדות) שהגישו החברה לרישומים ותאגידי הבורסה לעיכוב ביצוע ולסעד ארעי, בהחלטות מיום 27.12.14 הורה בית משפט קמא הנכבד כי הסכום הפסוק ישולם לתובע אך **לא יחולק על ידו** עד להחלטה אחרת.

71. מכאן נעבור לטענות החברה לרישומים בערעורה.

ד. שגה בית משפט קמא הנכבד בקביעותו בדבר היריבות בין הנאמן לנתבעות, התיישנות ושיהוי

72. כאמור, לתובע עצמו אין ולא הייתה עילת תביעה נגד הנתבעות. תביעתו נסמכה על עילות תביעה נזיקיות, שלטענתו "הומחו" לו כחלק מאישור ההסדר, כך שמעמדו ויריבותו עם הנתבעות נבעו מזכותם/עילתם של הממחים, הלוא הם בעלי המניות הנטענים.

73. הדין מכיר בכך שנושה יכול להמחות את זכותו לנמחה גם ללא הסכמת החייב, אך זאת, בין היתר, **בכפוף** לכך שאין דין ששולל את עבירותה של הזכות (סעיף 1(א) לחוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969) ותוך שמירה על העיקרון שלפיו ההמחאה לא תיפגע בחייב, במובן הזה שלחייב יעמדו כלפי הנמחה כל הטענות שהיו עומדות לו כלפי הממחה (סעיף 2(א) לחוק). ההמחאה אינה "משדרגת" את הזכות אלא היא "מצלמת" ומעבירה אותה כפי שהיא, ואין אפשרות לממחה להמחות זכות הטובה מהזכות בה אוחז הוא.

74. הואיל והנאמן ביקש לבוא בנעליהם של בעלי המניות, טענה החברה לרישומים כי ביחס **לב** הממחים היה עליו להוכיח, על פי נטלי הראיה הנוהגים במשפט אזרחי, בין היתר, כי: **א.** כי יכול היה להמחות ואכן המחה

לתובע את זכויות התביעה שלו כלפי החברה לרישומים; ב. כי כל אחד מן הממחים היה בעל מניות בתקופה הרלבנטית; ג. כי לכל אחד מן הממחים עומדת זכות תביעה כלפי החברה לרישומים.

75. החברה לרישומים תטען כי הנאמן כשל בכל אלה, וכי קביעות בית משפט קמא הנכבד לעניין זה סותרות את כללי הדין וההלכות בדבר המחאת זכויות, קבילות ומשקל, והן אף אינן מתיישבות עם קביעות מרכזיות בפסק הדין. החברה לרישומים תטען כי לא היה מקום "לכופף" את כללי הדין ו"להקל" עם הנאמן על חשבון הנתבעות, כפי שנעשה.

1. ד. שגה בית משפט קמא הנכבד כשקבע כי המחאת הזכויות כפי שנעשתה, עומדת בדרישות הדין

76. סעיף 22 לפקודת הניזקין [נוסח חדש] קובע כי: "הזכות לתרופה בשל עוולה, וכן החבות עליה, אינה ניתנת להמחאה אלא מכוח הדין." דוגמה להמחאה "מכוח הדין" ניתן למצוא בתביעות שיבוב ביטוחיות למשל. טענתה של החברה לרישומים הייתה כי בענייננו אין "דין" שאפשר את המחאת הזכויות, וכן כי במתכונתה, "ההמחאה" נוגדת את תקנת הציבור, שכן היא ביקשה לנקות ולהעלים פגמים שורשיים שנמצאו כבר במסמכי הממחים (עוד לפני שנחקרו) והעמידה את הנתבעות במצב נחות לאשר היו הן לו היו עומדות מול בעלי המניות עצמם (שהם "התובעים האמיתיים"), ויכולות לבדוק את זכותם, ובין היתר, לחקור אותם. כן טענה כי המנגנון דנן, שבו האדם שזכאי ליהנות מפירות התביעה הוא גם זה שקבע את גודלה (במובן הזה שהיה אמון על בדיקת ואישור "בעלי המניות") – אינו ראוי ואין לקבלו.

77. בפסק הדין דחה בית משפט קמא הנכבד את טענות החברה לרישומים, אימץ עמדת כב' הש' ע' גרוסקופף בת"א (מח' מרכז) 8746-10-09 ברדיצ'ב נ' פויכטונגר (נבו, 16.12.10) וקבע שההמחאה היא 'מכוח הדין', משני נימוקים: ראשית, "כוחה הנורמטיבי של העברת הזכויות אינה נובעת רק מהסכמת הנושים, אלא גם מהפעולה השיפוטית של אישור ההסדר על ידי בית-המשפט של חללות פירעון". שנית, "העובדה כי ריכוז זכויות התביעה בידי הנאמן מביאה לתוצאה רצויה, שאלמלא כן היה המעוול יוצא נשכר מחדלות הפירעון של הניזוק." (ס' 35 ו-38).

78. החברה לרישומים סבורה כי ענייננו שונה בתכלית מעניין ברדיצ'ב (שממילא אינה הלכה מחייבת), וכי לא היה כל מקום לאמץ פסיקה זו למקרה דנן, תוך התעלמות מחלק מהותי מטענותיה.

79. בעניין ברדיצ'ב, נקבע כי אישור בית משפט שלפירוק: "הסיר את החשש ממיסחור תביעות נזיקיות הנוגד את תקנת הציבור" והוסבר כי המנגנון דשם ראוי, שכן: "הנאמן אומנם הוסמך להגיש את התביעות... אולם אין הוא הזכאי ליהנות מפירותיהן, אשר יתחלקו בין בעלי המניות והחברות". בניגוד לאותה פרשה, בענייננו הסדר הנושים שאושר (הליך שהנתבעות לא היו צד לו) לא הסיר את החשש ממיסחור תביעות נזיקיות באופן הנוגד את תקנת הציבור אלא הדגיש והעצים אותן.

80. ודוק, הפסול אינו מתמצה בכך שהנאמן זכאי לכמעט 30% מפירות התביעה (כפי שצוין בס' 37 לפסה"ד), אלא בכך שאותו אדם היה גם זה ש"בדק ואישר" את זכותם של בעלי המניות, מהן נגזר שכרו הוא!

81. ואכן, במתכונת בה נקבע השכר לפי הצלחה בלבד קיים תמריץ ברור "לאשר הרבה (תביעות בעלות במניות) ולבדוק מעט". כך טענה החברה לרישומים והקביעה כי שליש (!) מכמות המניות שהנאמן "אישר", אינה מזכה בפיצוי, איששה את טענתה כי דובר ב"המחאה" פסולה ונוגדת את תקנת הציבור. ב"עירוב סמכויות" זה טמון הכשל לו טענה החברה לרישומים; בית משפט קמא הנכבד התייחס רק לזכאות הנאמן לפירות התביעה ולא לטענה כי האדם ש"אישר" את ה"רישימה", היה נגוע בעניין אישי, ובכך שגה עם כל הכבוד.

82. עוד נציין, כי בעניין ברדיצ'ב הודגש שהסדר הגשת התביעות נעשה לדרישתם של הממחים (ס' 10 להחלטה):
"שהיא תנאי הכרחי" להכרה במעמד הנורמטיבי של ההמחאה (ס' 34 להחלטה), בעוד שבענייננו כ- 2/3 מבעלי המניות שהנאמן "אישר" אפילו לא נכחו או הצביעו (לרבות ע"י יפוי כוח) באסיפה בה אושר ההסדר! זולת להוראת ההמחאה שנכללה בהסדר, לא הוצגו ראיות לכך שבעלי המניות "המחו" לתובע את זכותם. זאת ועוד; גם מתוך "בעלי המניות" שהשתתפו באסיפה בה אושר ההסדר, חלק נכבד לא הוכרו כזכאים לפיצוי בגדר פסק הדין, כך שמתוך "בעלי המניות הזכאים" – בודדים הם אלה שהשתתפו באישור ההסדר!

83. אמנם בית המשפט קבע כי ההסדר אושר ברוב הדרוש (סעי' 31), אך לטענת החברה לרישומים כדי שלהמחאה תהא תוקף כלפי החייב, על הנמחה להראות ברחל בתך הקטנה כי הזכות הומחאה לו; על ההמחאה להיות ברורה ומפורשת.

84. לאור האמור לעיל תטען החברה לרישומים כי שגה בית משפט קמא הנכבד כשקבע כי ההמחאה דגן היא "מכוח הדין".

2. שגה בית משפט קמא הנכבד בקביעתו כי הוכחה זכותם של בעלי המניות לסעד

85. כאמור, לצורך הוכחת זכותם המקורית של הממחים, צירף הנאמן לתביעתו ולתצהירו טבלה עם שמות ונתונים שונים של מאות בעלי המניות אותם "אישר". לתצהירו צירף דיסק עם צילומים של אלפי מסמכים, שהם למעשה תביעות הבעלות אותן אישר, וטען כי המסמכים מוכיחים את זכותם לפיצוי בגדר התביעה.

86. לעניין זה טענה החברה לרישומים, כי המסמכים שהוגשו לצורך הוכחת זכותם של בעלי המניות אינם קבילים; כי גם היו קבילים – הם אינם "מוכיחים" זכות לסעד בגדר ההליך קמא (שכן יש הבדל בין בעלות במניה לזכות לסעד); כי חלק נכבד מהשמות המופיעים ב"רשימת הנאמן" כלל אינם יכולים להיות זכאים לכל סעד; וכי הנטל להוכיח את התביעה מוטל על הנאמן ואין הצדקה לעשות לו הנחות על חשבון הנתבעות.

87. בפסק הדין, בית משפט קמא הנכבד הקל עם הנאמן ולא קיבל את טענות החברה לרישומים. לעניין נטלי ההוכחה נקבע (בסעיף 40) כי:

"הנטל הראשוני הוטל על הנאמן להוכיח כי הפרטים המנויים ברשימה הם בעלי-מניות בחברה, וכן להוכיח כי מועד הרכישה שלהם את המניות היה לפני השעיית המסחר וחשיפת פרשת התרמית. אולם, אם יוכיח את האלמנטים הללו, הרי ככל שלנתבעות יש טענות ביחס לבעלי-מניות אלה, טענות מהן עולה לכאורה כי חרף האמור הם אינם זכאים לפיצוי בגין הרשלנות הנטענת של הנתבעות, עליהן להוכיח זאת. הנאמן 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"

88. בהסתמך על עדותו כי הבדיקה התייחסה לעצם הבעלות במניות, לכך ששולמה תמורה ולכך שהרכישה נעשתה במהלך המסחר או באופן אחר, קבע בית המשפט כי הנאמן עמד בנטל הראשוני (סעי' 40-42) וכי:

"הנטל – לפחות הנטל המשני – להוכיח כי ישנם ברשימה פרטים שלא היו כלל בעלי-מניות בחברה או לכך שלא שולמה על-ידיהם תמורה עבור המניות – מוטל על הנתבעות. העובדה שהמלאכה הטכנית של גיבוש הרשימה על-סמך האסמכתאות לא בוצעה על ידי הנאמן עצמו אלא על-ידי גורמים מטעמו בהתאם להנחיות שלו כפי שפורטו לעיל, אינה שוללת את המסקנה לפיה הנאמן הוכיח את עצם הבעלות של בעלי-המניות הנטענים במניות"

89. בית המשפט דחה את הטענה כי די בדוגמאות (הרבבות) שהציגו הנתבעות, לשמות שנמנו על רשימת הנאמן אך אינם זכאים לפיצוי, כדי "לפסול" את הרשימה כולה, וקבע כי **ניתן לקבוע כי הוכח ביחס לכל מי שלא הועלו טענות לגביו, כי היה בעל מניות בחברה ושילם תמורה בעד מניותיו (סעי' 42 סיפא)**. לאחר מכן דן בית המשפט בטענות שהנתבעות העלו בקשר לחלק מבעלי המניות, **קיבל אותן** (זולת מקרים בודדים) וקבע שבעלי המניות שלא "נפסלו" הם "בעלי המניות הזכאים". כאמור, מתוך 12,381,581.84 ע"נ מניות שנכללו ב"רשימת הנאמן", נקבע כי **3,790,367.7 אינן מזכות בפיצוי**.
90. החברה לרישומים תטען, הן לעניין נטלי ההוכחה והן לעניין הקבילות, כי מדובר **בקביעות שגויות**, שיש בהן משום **הפיכת היוצרות של הכללים בדבר נטלי הוכחה, קבילות ומשקל**.
91. **ראשית**, לא נכון היה להקל עם הנאמן ולקבוע כי הוא נושא רק "בנטל ראשוני". הכלל הוא כי התובע נושא **בנטל המלא להוכיח את תביעתו, על כל רכיביה**. במקרה דנן לא היתה כל הצדקה לחרוג מכך. אין המדובר בהליך המתנהל בתיק הפירוק אלא **בתביעה אזרחית רגילה** עליה חלים כל כללי הדין הרגילים. לצורך הליך זה, על הנאמן היה להוכיח ביחס לכל אחד מבעלי המניות לא רק כי החזיק בזכות במניות, אלא כי אם אותו אדם היה מנהל את תביעתו בעצמו, הוא היה זוכה בדין. הגשת התביעה במתכונת הנוכחית לא צריכה להקנות הקלות כלשהן, או לשנות את הרכיבים הטעונים הוכחה כדי לזכות בדין שכן ההמחאה (אף אם היתה תקינה) אינה "משדרגת" את זכות הממחה אלא "מצלמת" ומעבירה אותה כשהיא. כיוצא בזה, בהמחאת זכויות התביעה או בצירופם של תובעים רבים אין כדי לשנות את היסודות שיש להוכיח כדי לזכות בדין.
92. לו הייתה התביעה מוגשת בידי כל אחד מבעלי המניות דנן, פשיטא כי הוא היה נושא **בנטל הוכחה מלא**. כדי לזכות בדין, לא יכול היה אותו אדם להסתפק בהוכחת בעלות במניות, אלא היה עליו להראות (או לפחות להצהיר) כי הינו תם לב במובן זה שלא היה מעורב או ידע על הפרשה הפלילית. בית המשפט עצמו קבע כי: **"מי שהיה מעורב בתרמית וגרם לה, אינו יכול להיות בעל זכות תביעה כנגד הנתבעות"** (סי' 44 לפסק הדין).
93. החברה לרישומים תטען כי הקביעה כי הנאמן נושא רק "בנטל ראשוני" והקביעה הפוטרת מן הצורך להוכיח רכיבים מסוימים **סותרות את הכללים וההלכות לעניין המחאת זכויות**.
94. **שנית**, גם אם היה עליו לעמוד רק בנטל ראשוני, הרי **שהנאמן כשל בכך!** שכן הוא כלל לא בדק חלק מן היסודות המרכיבים את הזכות לסעד בגדר עילת התביעה והנסיבות דנן. אי מעורבות בפרשה הפלילית לא הייתה חלק מן הקריטריונים לאישור זכותם של בעלי המניות ודי היה בכך כדי לדחות את התביעה. ודוק, לפרשת אורליין היו **שותפים רבים**. רשימת עדי התביעה בתיק הפלילי למשל, כללה **87 עדים!** כמה מן השמות שצוינו ברשימת העדים הנ"ל אף הופיעו ברשימת הנאמן, ביניהם העבריין הראשי של פרשת אורליין, נציה בכבודו ובעצמו! אלא שהנאמן לא דרש מכל מי שפנה אליו **אפילו להצהיר כי המניות נרכשו על ידיו בתום לב ובתנאי שוק!** יצויין כי חלק מאותם אנשים אף הוכרו בפסק הדין כזכאים לפיצוי (לעניין זה ר' סעי' 104-106 להלן).
95. כיצד ניתן, אם כן, לקבוע שהנאמן עמד ב"נטל ראשוני", אם הוא (או מאן דהוא מטעמו) לא ביצע את הבדיקות הנחוצות כדי לקבוע כי הממחים זכאים לסעד בגדר התביעה, לפי העילות ובשים לב לנסיבות דנן?
96. בית המשפט עצמו קבע כי: **"זכות התביעה בתביעה דנן אינה זכות הצמודה למניה, אלא היא נובעת מתהליך רכישתן של המניות"** (סעי' 51). אלא שתהליך רכישת המניות כלל לא נבדק! הקביעה כי הנאמן עמד בנטל

ראשוני גם אינה מתיישבת עם קביעת בית המשפט שקיים הבדל מהותי בין הזכות להשתתף ולהצביע באסיפת בעלי המניות, כבעל מניה, לבין הזכות לסעד בגדר התביעה דנן, המותנה בהוכחתם של תנאים נוספים (ר' סעי' 32).

97. דברים אלה גם מחדדים את הקושי לקבל את הקביעה כי מלאכת הבדיקה ואישור זכותם של בעלי המניות הייתה "טכנית", קביעה שאינה מתיישבת עם ההכרה בהבדל התהומי שבין בעלות במניות לבין זכות תביעה (ס' 31); אינה מתיישבת עם הקביעה כי מי שהיה מעורב בפרשה הפלילית – אינו זכאי לפיצוי (ס' 44); ואינה מתיישבת עם הקביעה כי עילות התביעה דנן נובעות מתהליך רכישת המניות, ולא מעצם ההחזקה בהן (ס' 51). הקביעה כי דובר במלאכה טכנית גם אינה מתיישבת עם העובדה כי רבים מחברי הרשימה שאושרה על ידי הנאמן לא אושרו על ידי בית המשפט קמא.

98. מה משמעותן של קביעות אלה, אם לציידן קובע בית המשפט כי דובר במלאכה "טכנית" ופוטר את הנאמן מן הצורך להוכיח שכל בעלי המניות "הממחים" רכשו את מניותיהם בתום לב?!

99. במקרה דנן המסמכים שנועדו להוכיח את זכות התביעה של הממחים הוגשו על ידי אדם שאינו בעליהם, שאינו הכיר או מכיר את בעליהם, וודאי שאינו מכיר את נסיבות רכישת המניות ושאפילו לא הוא זה שקיבל וערך את החומר שהוגש באמצעותו. חוץ מלומר "איני יודע" או "אני מניח כי...", הוא אינו יודע דבר על ה"זכויות" שהומחו לו ולנסיבות התגבשותן!

100. מתכונת התביעה קמא הובילה להיפוך נטלים ולהסתמכות על "חזקה" לא מבוססת, שמניחה כי כל מי שלא הועלו טענות ביחס אליו, אותו בזכות תביעה "נקייה", למרות שזכותו לא נבדקה ברמה הדרושה לצורך קביעה שכזאת. לטענת החברה לרישומים, "חזקה" זו עומדת בסתירה לסעיף 2(א) לחוק המחאת חיובים ולהלכות בעניין זה. למעשה, זהו בדיוק המצב שכללי הדין נועדו למנוע.

101. **ושלישית**, גם אם נשא הנאמן רק ב"נטל ראשוני", גם אם עמד בנטל מופחת ומקל שכזה וגם אם "הנטל המשני" עבר לנתבעות, הרי שהן עמדו בו, והראו, באמצעות הכלים המצומצמים שעמדו לרשותן (שכן "ההמחאה" הגבילה ומנעה מהן לבדוק באופן ממצה את זכויות הממחים), כי אין לקבל את ראיות התביעה.

102. הנתבעות הצביעו על כמות עצומה של כשלים וליקויים בראיות שהובאו לצורך הוכחת זכותם של הממחים. הנתבעות הראו כי "רשימת הזכאים" של הנאמן עמוסה באנשים שרכשו מניות מחוץ לזירת המסחר של הבורסה, בזמן השעיית המסחר ואף לאחר שהתרמית נחשפה בתקשורת; כאלה שלגביהם לא הוצגו מסמכים כלשהם; כאלה שאין להם תביעת בעלות; כאלה שאין להם אישור בעלות במניות; כאלה שהגישו מסמכים לא מאומתים ובניגוד להנחיות הנאמן (הנאמן); כאלה שכנראה היו מעורבים בפרשה הפלילית¹; כאשר אפילו נציה עצמו נכלל על "רשימת הזכאים" של הנאמן!

103. הנתבעות הדגישו כי הדוגמאות שהציגו לעניין זה אינן מתיימרות להיות ממצות, וזאת לנוכח מתכונת הגשת התביעה והעובדה שלא ניתנה להן הזדמנות לחקור את בעלי המניות עצמם כדי לבדוק את נסיבות רכישת המניות על ידם. לעניין זה החברה לרישומים תטען כי שגה בית משפט קמא הנכבד גם בהחלטתו

¹ לעניין חשד למעורבות בפרשה הפלילית, אנו מתכוונים לאלוהו חזן, אפרים אלמסי ודוד אייכלר, שהם היחידים מבין עשרות בעלי המניות שהחברה לרישומים טענה כי אינם זכאים לפיצוי, שבית המשפט לא קיבל את טענתה ולדעתה, שלא כדין, כפי שנפרט בס' 108-111 להלן.

מיום 14.1.13 (נספח 2 לערעור זה), בכך שלא קיבל את הבקשה להורות על גילוי מסמכים מאת בעלי המניות עצמם.

104. מכל מקום, די היה בפגמים הרבים והחמורים שנמצאו "במסמכי הזכות" של חלק נכבד מבעלי המניות, כדי "להכתיים" את הרשימה בכללותה, שכן הוכח שמדובר ב"ראיה" לא אמינה שמשקלה הראייתי אפסי.

105. בית המשפט קיבל את טענות הנתבעות לגבי בעלי המניות, קבע כי הם אינם זכאים לפיצוי, ופסל "בעלי מניות" רבים מתוך "רשימת הנאמן", שהחזיקו לפי הרשימה ב- 3,790,367.7 ע"נ מתוך הכמות הנטענת, קרי, כמעט שליש הכמות! על רקע זה, כלום ניתן לומר כי הנאמן עמד "בנטל הראשוני"! כלום ניתן לומר כי הנתבעות לא עמדו "בנטל המשני"?

106. בכל הכבוד, החברה לרישומים סבורה כי הנתבעות עשו מעל ומעבר לנדרש מהן כנתבעות בהליך אזרחי, וגם אם נשאו הן "בנטל משני", הן עמדו בו והראו כי אין לייחס לרשימת הנאמן משקל כלשהו, קל וחומר לאור המסגרת הדיונית דנו, שלא אפשרה לנתבעות למצות את טענותיהן ולבדוק את הנסיבות הרלבנטיות לכל אחד מ"בעלי המניות" באופן הולם וממצה.

107. לטענת החברה לרישומים, בית משפט קמא הנכבד שגה בכך שקבע לגבי כל מי שהנתבעות לא העלו ביחס אליו טענות, שהוא זכאי לפיצוי. מדובר בהנחה חסרת כל היגיון. אם התפוחים שמונחים בחלקו העליון של הסל ונראים לעין - רקובים, אין כל סיבה להניח כי התפוחים שתחתם טובים ויפים הם. לכן, לא היה מקום להניח כי כל שאר "בעלי המניות" החזיקו בזכויות תביעה "נקיות" ופעלו בתום לב, וכי די תביעתם להתקבל.

108. לכן, תטען החברה לרישומים כי גם אם נשאו הנתבעות בנטל משני, הרי שהן עמדו בו וצריך היה לדחות את התביעה.

109. לפני סיום פרק זה, תוסיף ותטען החברה לרישומים כי בית משפט קמא הנכבד שגה כשדחה את טענותיה בקשר עם ה"ה חזן, אלמסי ואייכלר. כאמור, בהליך קמא, בין היתר, טענה החברה לרישומים כי נוסף לנציה עצמו ש"מכבב" בה, ברשימת הנאמן מופיעים שמות נוספים שאוזכרו בהקשרים שונים בהליך הפלילי, באופן שמעורר חשד כי הללו היו מעורבים בתרמית, וציינה בהקשר זה שלושה אנשים כדוגמה, וכך ציינה בסיכומיה, בסעיף 15.2 (ההדגשות במקור):

"הכללת שותפים נוספים לתרמית: בתרמית אורליין השתתפו גם אנשים רבים שהעמידו את חשבונם הפרטי לצורך הפקדה ראשונית של מניות החברה, בדרך למכירתן בבורסה (שמקצתם אף הורשעו בפלילים על כך). שניים מאותם אנשים שהיוו את "החוליה הראשונה" הם אליהו חזן ואפרים אלמסי (ההוראות לזיכוי חשבונם שמוכיחות שהם היו "החוליה הראשונה" צורפו בנספח 4 לתצהיר לנקרי (ראו תעודות מס' 91 ו-116 שבנספח)). חזן ואלמסי הופיעו ברשימת עדי התביעה בהליך הפלילי (נספח 5 לתצהיר לנקרי), שם צוין ששניהם ממושב מעגלים שבנגב, המושב שצוין כמקום מגורים בתביעות הבעלות שהגישו לתובע, שאומתו בידי אותו עו"ד, באותו יום (נס' 3-4 לתשובה מיום 13.1.13). למרות זאת, השניים נמנים על טבלת הנאמן (נס' 25), כמחזיקים ביחד ב- 16,648 ע.נ. מניות!! נזכיר כי הכשל בהכללתם של נציה, חזן ואלמסי צוין עוד בתשובה מיום 13.1.13 (בס' 24א, ג' 24 ו-24ד) אך הנאמן בסיכומיו מתעלם מכך. באותה תשובה (בס' 24ז) הראו הנתבעות שגם דוד אייכלר, שהנאמן מייחס לו בנס' 25 החזקה ב- 150,000 ע.נ. מניות!! צוין על ידי נציה כ"איש הקשר" של החברה (ר' נס' ז' לתשובה מיום 13.1.13)."

110. בפסק הדין נקבע כי לא הוכח שה"ה חזן, אלמסי ואייכלר היו מעורבים בתרמית, לכן בית משפט קמא הנכבד אישר את תביעתם והם נמנו על "בעלי המניות הזכאים" לפי פסק הדין (סעי' 46 לפסק הדין).
111. החברה לרישומים תטען כי גם קביעה זו שגויה. מבלי לגרוע מטענתה כי לא עליה היה הנטל להפריך את התביעה אלא על הנאמן הנטל להוכיחה, החברה לרישומים סבורה כי אם היה חשד למעורבות של בעל מניות פלוני בפרשה הפלילית, הרי שחשד צריך היה להיות **בעוכריו של הנאמן**; אותו חשד צריך היה להביא, למצער, לשלילת זכאותו לסעד של האדם ה"חשוד" או להעברת הנטל לתובע להפריך את החשד ולהראות שאותו אדם יכול להיות בעל זכות תביעה, קל וחומר משדובר **בחשדות כבדים ומבוססים**. אין כל סיבה או הצדקה ש"ספק" בדבר עצם זכותו של פלוני יתפרש לזכות הנאמן (הוא התובע) ולא לחובתו!
3. ד. **שגה בית משפט קמא הנכבד כשדחה את טענות החברה לרישומים בעניין התיישנות ושיהוי**
112. כאמור, בכתב הגנתה טענה החברה לרישומים להתיישנות, שכן "פרשת המניות" אירעה, גם לטענת הנאמן, החל מ-1.7.04, בעוד שהתביעה הוגשה, לפי קביעת בית המשפט, ביום 3.8.11 (סעיף 61 לפסה"ד). לחלופין, טענה החברה לרישומים כי דין התביעה להידחות בשל השיהוי העמוק והקיצוני שבהגשתה, זאת בין היתר בשים לב לכך שהנאמן מונה לתפקידו בחודש אפריל 2006, אולם התביעה הוגשה למעלה מ-5 שנים לאחר מכן!
113. לפי ההלכה הפסוקה, אם ביקש הנאמן לסתור טענות אלו, היה עליו להגיש כתב תשובה ולטעון בו את העובדות המבססות את טענותיו. ברם, הנאמן לא הגיש כתב תשובה, והתייחס לטענות אלה **לראשונה בסיכומי התשובה** שהגיש. מדובר במחדל חמור שצריך היה להיזקף לחובת הנאמן ולהביא לקבלת טענת ההתיישנות. אולם המחדל לא זכה לכל התייחסות בפסק הדין, בו, בית המשפט הקל עם הנאמן, דן בטענת ההתיישנות ודחה אותה.
114. לטענת החברה לרישומים שגה בית משפט קמא הנכבד גם בקביעותיו לגוף טענת ההתיישנות. מסעיף 61 לפסק הדין עולה כי בית המשפט נכון היה לקבל את טענת ההתיישנות ביחס למניות שהועברו לחברה לרישומים לפני 3.8.04; ברם, בית המשפט הנכבד לא נדרש לכך, מ-2 נימוקים: **האחד** - כי לא ניתן להבחין בין המניות שהתיישנו לאילו שלא; **ותשני** - כי רק בחודש אוגוסט 2005 או בחודש אפריל 2006 נודע על פערים בין כמות המניות הנסחרות לאילו שהיו רשומות למסחר.
115. ברם, נימוקים אלה הם, שוב, תולדה של המתכונת ה"עקומה" שבה הוגשה התביעה. ברור שאם בעלי המניות, שהם התובעים האמיתיים, היו מגישים תצהירים לבית המשפט ועומדים לחקירה עליהם, לא הייתה כל בעיה לברר את הפרטים הרלבנטיים לצורך הכרעה בשאלות אלו, ובכלל זה מתי רכשו את המניות והאם ידעו על הפערים הנדונים. לעניין זה ברור שלא ידיעתו של התובע אודות התרמית היא הרלבנטית, אלא ידיעתם של ממחי הזכות, ידיעה שלא נבדקה, והוחלפה במעין חזקה כי הללו לא ידעו על התרמית. זו דוגמה נוספת לכך שמתכונת הגשת התביעה הקנתה לתובע הקלות לא מוצדקות.
116. מכל האמור לעיל תטען החברה לרישומים כי שגה בית משפט קמא הנכבד כשדחה את הטענות להתיישנות ושיהוי.

ה. שגה בית משפט קמא הנכבד בקבעו כי על החברה לרישומים מוטלות חובות זהירות כלפי בעלי המניות

117. כאמור לעיל, בפסק הדין נקבע כי החברה לרישומים "אינה גוף שתכליתו היא אחריות לתקינות המסחר בבורסה ושמירה על אמון הציבור ביחס למסחר. תפקידה של החברה לרישומים הוא תפקיד 'טכני' יותר, שנועד להקל את המסחר במניות בבורסה" (סעי' 134). כיוצא בזה, נדחתה הטענה כי יש "לאמץ" ולהחיל את הכללים החלים ביחסים בין בנק ללקוח על מערכת היחסים שבין החברה לרישומים לבעלי המניות. למרות זאת קבע בית המשפט כי על החברה לרישומים מוטלות חובות זהירות מושגות וקונקרטיות כלפי בעלי מניות, "לפעול באופן סביר כך שרישום המניות יהיה אמין, וכך שלא יירשמו למסחר אלא מניות שהונפקו כדין על-ידי החברה" (ס' 135-137 לפסק הדין).

118. לטענת החברה לרישומים, בכך שגה בית משפט קמא הנכבד.

119. ראשית, בין בעלי מניות לחברה לרישומים אין כל קשר (ר' פרק ב לעיל). החברה לרישומים לא 'מציעה' או 'מנפיקה' להם מניות; אין עליה חובות בדיקה (למצער במועדי התביעה); בעלי מניות אינם לקוחותיה (אלא לקוחות של חברי הבורסה); הם אינם משלמים לה על עבודתה; הם אינם 'בוחרים להס' חברת רישומים וזו אינה בוחרת בחברות ציבוריות; לחברה לרישומים אין כל ממשקים עם בעלי מניות או הבורסה, אלא עם המסלקה והחברות הציבוריות; היא לא מכירה את בעלי המניות והם כנראה גם לא מכירים ולא יודעים על עצם קיומה ותפקידה של החברה לרישומים; לפי חוקי העזר היא גם אינה "נאמן" של בעלי המניות אלא של המסלקה. בין החברה לרישומים לבעלי מניות אין כל יחסי קרבה.

120. זאת ועוד, ביחס ל"ממחים" דנו, למצער, לא יכולה להיות חובת זהירות קונקרטית שכן, כאמור לעיל, הוכחת "זכותם" התיימרה להיעשות באמצעות מסמכים שאינם קבילים, ומכל מקום מסמכים שאינם משמיעים דבר לעניין נסיבות רכישת המניות או אי מעורבות בפרשה הפלילית.

121. שנית, לקביעות בית משפט קמא הנכבד אין כל אחיזה בחוקי העזר, אשר במועדים הרלבנטיים לא ראו בחברה לרישומים גוף "בודק", "מבקר", "חוקר" או "מפקח", וודאי שלא גוף שאמון על תקינות הליכי ההנפקה או הרישום למסחר. לא ברור, אם כן, על יסוד מה נשענת ההנחה כי החברה לרישומים צריכה או יכולה הייתה לדאוג שהרישום "יהיה אמין" ו"שלא יירשמו למסחר אלא מניות שהונפקו כדין על-ידי החברה".

122. שלישית, חוקי העזר ראו "במנפיק", ובעניינו, בחברת אורליין, כגוף שאליו צריך לפנות בעניינים של אמיתות מסמכים והליכי רישום מניות על שם החברה לרישומים. כך קבעו חוקי העזר, למשל סעיף 3ג' וסעיף 4ב'5 לפקדון ג' של חוקי העזר, שקבע כי:

"המנפיק יאשר לחברה לרישומים, בכתב, את אמיתות המסמכים המעידים על בעלותו של הלקוח בנייר הערך, ואת רישום ניירות הערך של שמה של החברה לרישומים"

123. במקרה דנו, המסמכים הגיעו ישירות מהמנפיק ונחתמו בידי האורגנים הבכירים ביותר בו. הכיצד היתה אמורה החברה לרישומים לחשוך במשהו?

124. רביעית, במהלך המשפט הצביעה החברה לרישומים על מספר הקצאות של אורליין שבוצעו "כדת וכדין" ואשר בדיעבד הסתבר שגם הקצאות אלה, שקיבלו את האישורים הנדרשים שאף פורסמו במגנ"א, גרמו ל"דילול", וזאת, ללא כל קשר או מעורבות של החברה לרישומים (ראו בהקשר זה פרק ח.2 להלן).

125. בפרקים הבאים נראה כי החברה לרישומים לא רק שלא התרשלה אלא קיימה את תפקידה כראוי, כי אין קשר סיבתי בין "רשלנותה" (המוכחשת) ל"נזק" (המוכחש) וכי גם אין שיקולי מדיניות התומכים בהטלת אחריות עליה. על יסוד דברים אלה תטען החברה לרישומים כי ממילא זהו אינו המקרה המתאים כדי לקבוע לראשונה חובות זהירות של החברה לרישומים כלפי בעלי מניות.

ו. שגה בית משפט קמא הנכבד כשקבע כי החברה לרישומים התרשלה

126. כפי שפורט בפרק ג.2 לעיל, בכל הקשור לחברה לרישומים, טענותיו המרכזיות של הנאמן היו **חסרות ביסוס בעליל** וניכר היה שהועלו בהסתמך על חוקי העזר **המתוקנים**, שבאו לעולם **לאחר חשיפת פרשת אורליין** ו**כהפקת לקחים ממנה**.

127. בפסק הדין נדחו **טענותיו העיקריות** של הנאמן נגד החברה לרישומים, הן לעניין מהותה ותכליתה והן לעניין התרשלותה הנטענת. מן ההחלטה עולה ברורות כי גם בית משפט קמא הנכבד התקשה לנמק את קביעתו לעניין יסוד התרשלותה של החברה לרישומים, שכן זו פעלה **"לפי הספר"**.

128. בית המשפט ביסס את אחריות החברה לרישומים על הקביעה שלא הבחינה ב"נורות אזהרה" ש"הצטברותן" צריכה הייתה להביאה לעשות **"פעולה נוספת"** קרי, **מעבר** לאשר נדרשה היא באותה עת, כמו "פנייה לבורסה או בירור עצמאי ביחס למספר המניות של אורליין הרשומות למסחר"; "כדי לוודא שהמניות שהחברה לרישומים התבקשה לרשום הן אכן מניות שניתן לרשמן, וכי המניות אכן נרשמו למסחר בבורסה" (ס' 141 לפסק הדין).

129. דהיינו, לא רק שלא נמצא שהחברה לרישומים פעלה שלא לפי הכללים, אלא שגם ב"נורות האזהרה" האמורות, כשעצמן, לא היה די כדי להקים חשד אלא רק בצירופן; וגם צירופן, אומר בית המשפט הנכבד, לא הצריך בדיקה לפי חוקי העזר נכון לאותה עת, אלא צריך היה להקים חשד, שזה היה צריך להביאה לעשיית **"פעולה נוספת" שזכרה לא בא בגדר חוקי העזר אותה עת**.

130. החברה לרישומים תטען כי מדובר בקביעה שאינה מתיישבת עם חוקי העזר וכי בכל מקרה שומה היה על בית המשפט לוודא כי הוכח, לגבי אחד מאותם "הסימנים", כי הם אכן יכולים היו לעורר חשד כלשהו. אלא שבאף לא אחד מה"סימנים" הנטענים היה דבר חשוד, וודאי שלא הוכח כך, ומכל מקום ההנחה שהיה בכך כדי להוביל לגילוי "פרשת המניות" היא הנחה שגויה, לא מבוססת, שמנותקת לחלוטין מנסיבות המקרה.

131. החברה לרישומים טענה כי לא היה דבר שונה בין עבודתה מול "אורליין" לבין עבודתה מול כל אחת מ-150 החברות הציבוריות שהיא החזיקה במניותיהם, לא מבחינה "כמותית" ולא מבחינה "איכותית". המצהיר מטעמה, מר דוד לנקרי (שהיה מורשה חתימה בחברה לרישומים בעת הרלבנטית), הדגיש כי דובר:

"בפעולות שגרתיות, אשר מבחינת החברה לרישומים אינן 'חשודות' בדבר. שטרי המניה שהועברו לחברה לרישומים היו מקוריים ולחברה לרישומים לא הייתה יכולת לדעת או לחשוד שמשו לא תקין"
(ס' 27 לתצהירו)

132. **הזברים לא נסתרו.** בעדותו, ב"כ הנאמן עימת את לנקרי רק עם חלק מהטענות ל"נורות אזהרה" עליהן ביסס בית משפט קמא הנכבד את קביעתו, ולנקרי, בצורה ברורה ובהירה, השיב לגוף העניין, והפריך את הטענות ל"פגמים" שהופנו אליו.
133. כך, ברור שלא נכון היה לראות ב"שם חברה עדכני לא נרשם" (ס' 140 לפסה"ד) כ"סימן אזהרה" כלשהו. לנקרי העיד ש"מולט קפיטל" הוא שמה הקודם של "אורליין" ולכן הופיע על שטר המניה. לנקרי אף הפנה למסמך (ת/5) שנערך בזמן אמת, המלמד שהחברה לרישומים ידעה שמדובר באותה החברה. באותו מסמך גם מצוין מסי' ניה"ע של אורליין (765016) שלא השתנה עם שינוי השם. שינוי השם בכתב יד אפשרו לראות את שם החברה הקודם ע"ג שטר המניה, אפשרו לדעת כי מדובר באותה חברה, וכן כי שטר המניה אותנטי.
134. כיו"ב, לא היה כל מקום לראות ב"לא היתה חותמת החברה" (ס' 140) כאחד מ"סימני האזהרה". לנקרי העיד כי לא הייתה דרישה לחותמת החברה לפי חוקי העזר (עמ' 206, ש' 3-12 ועמ' 212, ש' 2-6 לפרוט"ו), מה גם שבאותה עת כלל לא היה פורמט מחייב של שטר מניה (כפי שציינו גם חברות הרישומים של בנק פועלים ובנק דיסקונט במכתבים שכתבו לבורסה ושהוגשו במסגרת ההליך דלמטה).
135. לגבי טענות נוספות ל"נורות אזהרה" עליהן ביסס בית משפט קמא הנכבד את קביעתו (טענות להיעדר מספור מניות והטענה כי היה שרבוט במקום חתימה; ס' 140 לפסק הדין)² ב"כ הנאמן כלל לא הפנה ללנקרי שאלה בעדותו וממילא האמור בתצהירו לא נסתרו.
136. לא זו אף זו, לא ברור כיצד ה"פגמים" הנ"ל יכולים להיות רלבנטיים כאשר המסמכים הגיעו במישרין מהחברה ונחתמו על ידי קברניטיה, ולא מצד שלישי זר לחברה שיש לפשפש בציציותיו.
137. ויוזכר שוב, ממילא בהתאם לחוקי העזר כנוסחם או הכתובת לבירורים בנוגע למניות הייתה אורליין עצמה (סעיף 21 לתצהיר לנקרי; סעי' 3ג ו- 4ב'5 לפרק ג' של חוקי העזר). מכיוון שברור שנציה לא היה "מתנדב" לחשוף את מעלליו אלא מאשרר את הבקשה שיצאה תחת ידו לא מכבר, הרי שגם אם הייתה החברה לרישומים פועלת ל"בירור" ה"סימנים" הנטענים (שלא היו חשודים), פשיטא שהדבר לא היה מביא לחשיפת הפרשה! ודוק, אין חולק כי המסמכים הנדונים נחתמו ונשלחו לחברה לרישומים בידי המורשים לכך!
138. ממילא אין ולא הוכח כל קשר בין היעדר מספור (שלא הוכח), תיקוני שם החברה (שלא הוכח כ"פגם"), היעדר חותמת (שלא הוכח כ"פגם") או שרבוט חתימה (שלא הוכח ולא ברורה למה הכוונה) לבין "פרשת המניות". אלו אינם "פגמים" והם אינם קשורים ל"פרשת המניות" בשום צורה! הטענה השולית ש"פגמים צורניים" נטענים אלו, שכלל לא הוכחו כ"פגמים", יכולים או צריכים היו "לרמוז" על "פרשת המניות" - סתמית, בלתי מבוססת, בלתי הגיונית ובלתי צודקת.
139. באותה עת נדרשה החברה לרישומים לערוך השוואות מלאי תקופתיות בין כמות המניות שהוחזקה אצלה, וזו שהייתה רשומה אצל המסלקה. החברה לרישומים קיימה דרישה זו, אלא שההשוואות שביצעה הראו על התאמה כמותית (אישורים בדבר ביצוע הבדיקות ותוצאותיהם הוגשו בערכאה קמא)!

² להבדיל מהטענה כי החברה לרישומים קבלה בתקופה של מספר חודשים מניות רבות לשם רישומן לאחר זמן רב שלא הייתה בחברה פעילות של שינוי במלאי, שגם בעניין זה לא הפנה ב"כ הנאמן שאלות ללנקרי, וממילא מפסק הדין עולה שלא עליה בוססה קביעתו של בית המשפט (ס' 140 לפסק הדין).

140. מסעיף 139 לפסק הדין עולה כי בית משפט קמא הנכבד נסמך גם על אמירות של אנשי הבורסה או אנשי רשות ני"ע מתוך פרוטוקול ישיבת דירקטוריון הבורסה מ- 2.2.06 לצורך ביסוס הקביעה כי החברה לרישומים התרשלה. גם בכך שגה בית משפט קמא הנכבד.
141. למותר לציין כי הבורסה ואנשיה היו והינם בעלי עניין אישי מובהק בפרשה ועל כן אין לייחס משקל רב לדברי דירקטוריון הבורסה בקשר לאחריות החברה לרישומים, כביכול. זאת ועוד, באותה ישיבה לא נשמעה עמדת החברה לרישומים, שכן נציגה, מר תרום, לא הורשה להשתתף בדיון.
142. בנוסף, לא נכון היה גם להיבנות מדברים שאמרו אנשי רשות ני"ע בראשית 2006, שנים לפני סיום חקירת הפרשה, קל וחומר לאור העמדה ההפוכה שהציגה הרשות לאחר סיום הפרשה בתביעה דנן!!
143. נזכיר שבהליך קמא הפנה הנאמן שאלון לרשות ני"ע בטענה כי: "ממצאי רשות ניירות ערך הינם ממצאים אובייקטיביים, שנערכו על ידי הרשות החוקרת מיד ובסמוך לגילוי הפרשה, ומשכך הם יכולים לייעל ולקדם את הדיון במסגרת הליך זה ולשפוך אור על "האמת". לפיכך, שאלתו הראשונה אליה הייתה: "א. האם במסגרת חקירתה את התנהלות המסחר במניות חב' 'אורליין', נמצאו ממצאים כלשהם נגד המשיבות הפורמאליות [הנתבעות קמא – הח"מ] ו/או מי מנושאי המשרה שלהן." תשובת הרשות הייתה: "במענה לשאלה "א" התשובה היא "לא"." וכל מילה נוספת מיותרת.
144. החברה לרישומים סבורה כי לא נכון היה, באותה החלטה בה נקבע לראשונה כי חברה לרישומים נושאת בחובות זהירות כלפי בעלי המניות, גם לקבוע כי הייתה התרשלות "דה-פקטו", קל וחומר שלא על יסוד נימוק כה ודחוק, שהנאמן עצמו לא טרח לבררו עד תום.
145. בשולי הדברים, נשוב ונציין את המובן מאליו, והוא כי העתיד תמיד נראה ברור יותר כאשר מביטים עליו בדיעבד. אכן, קיים קושי טבעי לבחון התנהגות בצורה אובייקטיבית, לאחר שידוע כיצד הסתיים הסיפור. לכן קל מאוד, היום, לומר כי אם החברה לרישומים הייתה משווה בין כמות המניות שהוחזקו אצלה לכמות שהייתה רשומה למסחר בבורסה, היה בכך כדי למנוע את הנזק (ס' 143). אולם ככל מקרה, כך גם כאן, יש לבחון את הדברים לפי המצב העובדתי, הנסיבתי והמשפטי שהיה בזמן אמת, בנטרול השפעת פרטים ומידע שנודעו לאחר חשיפת הפרשה, שכן חכמה בדיעבד היא חוכמה קטנה מאוד. כך גם קבע בית משפט נכבד זה לא אחת.
146. נוכח כל האמור לעיל, תטען החברה לרישומים כי שגה בית משפט קמא הנכבד משקבע כי היא התרשלה.
- ז. שגה בית משפט קמא הנכבד בקביעתו לעניין קיומו של "נזק" וכימותו
147. כאמור לעיל, בית המשפט דחה את כל החלופות שהציע הנאמן לחישוב הנזק והעריך אותו בדרך אחרת, שאף צד לא טען לה.
148. החברה לרישומים תטען כי מאחר שכל החלופות לחישוב הנזק שהנאמן הציע נדחו, בית המשפט צריך היה לדחות את התביעה בהיעדר הוכחת וכימות נזק, ושגה כשכימת את הנזק בדרך אחרת שלא נטענה ובלא שהייתה לחברה לרישומים הזדמנות להתמודד עימה. גם כאן לא היה כל מקום "לגונן" על הנאמן שכלל גם בהוכחת נזק, ולנקוט בחישוב נזק אחר במקומו. החברה לרישומים תטען כי על תובע בהליך אזרחי מוטל, בין היתר, הנטל להוכיח הן את עצם היגרמו של נזק והן את שיעורו; אם כשל בכך הנאמן, דין תביעתו להידחות.

149. דוק, חלק מהחשובים שהציע הנאמן נדחו, בין היתר, **בהיותם הרחבת חזית אסורה** (ס' 181). מתבקשת כאן השאלה, כיצד מתיישבת דחיית טענות לחישוב נזק בשל הרחבת חזית עם "בחירת" דרך אחרת שלא נטענה כלל ועיקר?
150. כן תטען החברה לרישומים כי המקרה דנן אינו נופל בגדר "**המקרים החריגים**" (לשון כב' השי' א' חיות בע"א 9139/07 **אסיפובה נ' קלישטיין** (נבו, 30.12.08)) שבהם רשאי בית המשפט לפסוק סעד שלא התבקש.
151. **שנית**, החברה לרישומים תטען כי "פרשת המניות" לא גרמה לכל נזק. זאת, כפי שגם קבע המומחה מטעמה, פרופ' ברנע, משני נימוקים: **האחד**, אורליין הייתה חברה גירעונית; לא היו לה נכסים, פעילות או תזרים אלא רק התחייבויות. לכן, לא היה לה שווי חיובי, הן לפי הערכת שוויה הנכסי הנקי (NAV) והן לפי הערכת שווי תזרימי (DCF). "הספרות המקצועית קובעת באופן חד משמעי כי **שווין הכלכלי של מניות חברה שאלה מאפייניה הוא אפס**" (סע' 19 לחווה"ד). **השני**, כי בסיטואציה של תרמית, מחיר המניה "**יורד לרמה אפסית**", הן בגלל העדר נכסים ממשיים, הן בגלל אובדן האמון בדיווחי החברה והן בגלל העדר כל פעילות תזרימית. משמעות מצב זה היא **שבלי קשר לכמות המניות הנסחרות השווי הכלכלי והשווי בשוק של המניה היה אפס או סביב אפס**" (סע' 24 לחווה"ד). "בסיטואציה של תרמית, תגובת השוק דרמטית יותר מאשר במקרה של אובדן נכסים כתוצאה מהשקעות שהכזיבו" (סע' 25 לחווה"ד).
152. בנוסף, אם בכל זאת יקבע כי נגרם נזק לבעלי המניות, הרי שסיבת גרימתו נעוצה במעשיהם של מנהלי החברה שהונו את שוק ההון, את הרשויות, את רואי החשבון והמשקיעים, ובכלל זה, **גנבו את הכספים שהיו אמורים להיכנס לקופת החברה** בעבור המניות שהחברה הקצתה; פשיטא שאם תמורות המכירה (שלא "עוברות דרך" החברה לרישומים **שלא קשורה לכך בשום דרך**) היו נכנסות לקופת החברה, גידול כמות המניות לא היה משפיע על ערכן, שהיה נשמר עקב גידול מקביל בנכסי החברה הכספיים (ר' פרק ח.2 להלן).
153. החברה לרישומים תטען כי גם החישוב שנפסק אינו יכול לעמוד.
154. כאמור לעיל, לצורך חישוב הנזק קבע בית המשפט כי יש להכפיל את שוויה של כל מניה שהוחזרה למסחר (0.1342 ₪ למניה) בסכום שהוא המנה של מספר המניות הכולל שנסחר בבורסה בפועל (13,397,029 ע"ג) מחולק במספר המניות ה"אמיתיות" שהיו רשומות בבורסה למסחר ערב ההשעיה (3,364,515 ע"ג). בית המשפט ציין כי מנה זו משקפת את "אחוז הדילול" של "בעלי המניות הזכאים", והתוצאה היא השווי שהיה למניות אלמלא פרשת המניות. מהתוצאה יש להפחית את שווי המניה בהתאם למחיר ההנפקה בבורסה (0.1342 ₪ למניה), כאשר הסכום שיתקבל הוא הנזק שנגרם לכל בעל מניה מ"בעלי המניות הזכאים" בגין כל מניה שבבעלותו כתוצאה מפרשת המניות. לכן, כדי לקבל את סכום הפיצוי הכולל, יש להכפיל את התוצאה בכמות המניות שהוכרו כמזכות בפיצוי (8,591,214.14 ע"ג; סעיף 178 לפסה"ד והחלטת בית משפט קמא הנכבד מיום 2.11.14 (**נספח 3**)).
155. החברה לרישומים תטען כי מדובר בחישוב שגוי שאינו מתיישב עם קביעות אחרות בפסק הדין והוביל לפסיקת פיצוי לא מוצדקת. **ראשית**, הוא אינו מתיישב עם "הכתרת" מועד החזרה למסחר כמועד הרלבנטי, שכן במועד זה אין כל רלבנטיות לכמות המניות שהייתה במסחר במועד ההשעיה. **שנית**,

החישוב אינו מבודד את הנזק מהשפעתם של גורמים שאינם קשורים לתביעה שכן הוא מתחשב במניות שלא ידוע עליהן דבר, שבעליהן אפילו לא פנו לתובע וממילא שזה לא אישרן (הכוונה לכמות המניות שבין 13.3 ל- 12.3 מיליון ע"נ); אשר לכמיליון ע"נ מניות אלה, לא רק שנסיבות רכישתן אינן ידועות (דבר שנכון לגבי כלל המניות, כאמור לעיל) אלא שלא ידוע מי החזיק בהן והאם שולמה תמורתן. שלישית החישוב מתחשב במניות שבית משפט קמא הנכבד עצמו לא אישרן כמזכות בפיצוי. רביעית, החישוב מביא לניפוח שרירותי ושלא כדין של סכום הנזק, שכן לכמות המניות שנסחרה לפני השעיית המסחר אין כל קשר או השפעה לעניין הנזק שנקבע בפסק הדין (דילולם של "בעלי המניות הזכאים").

156. לפיכך, החברה לרישומים תטען כי יש לקבל את הערעור גם בשל היעדר נזק ומכל מקום בשל אי-הוכחתו.

ח. שגה בית משפט קמא הנכבד כשקבע כי קיים קשר סיבתי בין "התרשלות" החברה לרישומים לנזק

157. כידוע, בחינת הקשר הסיבתי נעשית בשני מישורים: **במישור המשפטי**, הכולל את מבחן הצפיות, מבחן הסיכון ומבחן השכל הישר (הנתפס כמבחן נגיבי לשלילת אחריות) ו**במישור העובדתי**, בו יש לבחון האם אשמו של המזיק גרם לנזק והאם אלמלא אשמו, היה נגרם הנזק.

158. בגדר ההליך קמא העלתה החברה לרישומים טענות **כבדות משקל** לעניין זה, והראתה כי בכל הקשור אליה, מכל בחינה אפשרית, מבחני הקשר הסיבתי **אינם מתקיימים** לא מיניה ולא מקצתיה. ברם, טענותיה לעניין זה לא זכו **לכל התייחסות** בפסק הדין (לרבות אפילו בחלק בו תוארו טענות הצדדים), שבו סוגיית הקשר הסיבתי נדחקה לקרן זווית.

159. בית המשפט קבע (ס' 141) בקצרה כי קיים קשר סיבתי בין "התרשלות" החברה לרישומים ל"נזק", שכן לו הייתה החברה לרישומים משווה בין כמות המניות שהיו רשומות אצלה לאלה שהיו בבורסה, היה בכך כדי למנוע את הנזק (קביעה שקל היום להגיע אליה).

160. החברה לרישומים תטען תחילה, ובכל הכבוד, כי בית המשפט קמא צריך היה לדון בטענותיה ולא היה רשאי להתעלם מהן. חסרונו של הדיון בטענותיה צרם, בין היתר, בשים לב לכך שמדובר במקרה בו נקבע, לראשונה, כי על חברות הרישומים חלות חובות זהירות כלפי בעלי מניות ואף הוטלה על החברה לרישומים אחריות בפועל. מכאן נעבור לטענות החברה לרישומים בעניין זה.

ח.1. שגה בית משפט קמא הנכבד משלא ייחד דיון נפרד לטענות החברה לרישומים לעניין הקשר הסיבתי

161. בפסק הדין נקבע כי מטעמים דומים לאלה שפורטו ביחס לבורסה ולמסלקה, גם החברה לרישומים היתה יכולה לצפות את האפשרות כי יעשה ניסיון למרמה, וכי היה עליה לצפות זאת גם כעניין נורמטיבי (ס' 135).

162. ללא קשר לשאלת יכולתם של תאגידי הבורסה לצפות את האפשרות כי יעשה ניסיון למרמה, תטען החברה לרישומים כי על בית המשפט קמא היה לבחון האם מבחני הצפיות מתקיימים **ביחס אליה**; זאת, לאור תפקידה הטכני, לאור חוקי העזר שחלו עליה אותה עת, לאור היעדר יחסיה עם בעלי המניות, לאור כך שהיא אינה גוף "בודק", "מבקר" או "חוקר", ובוודאי לא גוף בעל סמכויות פיקוח, שליטה או רגולציה בשוק ההון ולא אתראית על המסחר במניות. החברה לרישומים תטען כי בית המשפט צריך היה להביא בחשבון גם כי דובר במקרה שבו נקבע **לראשונה** כי החברה לרישומים נושאת בחובות זהירות כלפי בעלי המניות, וכי שגה משלא שקל שיקולים אלה.

163. על יסוד השיקולים הנ"ל, החברה לרישומים תטען כי במועדים הרלבנטיים לתביעה, לפני שתוקנו חוקי העזר ולפני חשיפת הפרשה, לא צריכה או יכולה הייתה לצפות את סוג הנזק ואת הדרך בה אירע כך שגם מבחן הסיכון לא מתקיים: עת מדובר בדילול שנבע מ"היעלמות" כספי תמורת מכירת המניות מקופת החברה, נזק כזה אינו קשור לחברה לרישומים (שהכספים לא עוברים דרכה) ולא היו לה את הכלים לצפותו, לזהותו או למונעו וגם לא היה הדבר מתפקידה.
164. הואיל והחברה לרישומים לא צפתה והנאמן לא הראה שהיא יכולה הייתה לצפות או לזהות את "פרשת המניות", אין קשר סיבתי בין התנהלותה (שהייתה תקינה לחלוטין) לנזק הנטען. נזכיר כי דובר במעשים תקדימיים, דבר אשר לפי הפסיקה מחזק את המסקנה שמבחן הצפיות לא מתקיים. לעניין זה נפנה לדברי יו"ר הבורסה דאז, פרופ' יאיר אורגלר, שציין כי מדובר -
- "[ב]מקרה מיוחד ויוצא דופן, שלא זכור לי כדוגמתו בכל תולדות הבורסה" (נס' 28 לתצהיר הנאמן, בעמ' 4)
165. כן נפנה לדבריו של מנהל יחידת המודיעין ברשות ני"ע, עותניאל אפק, מי שניהל את חקירת הפרשה:
- "מעולם לא היתה עבירה כזאת ברשות... היו תיקים בהיקפים כספיים יותר גדולים, אבל מבחינת אופי העבירה זה תיק חסר תקדים עד היום." (עמ' 31 בנס' 8 לתצהיר לנקרי)
166. וראו גם דבריו של עופר בינשטוק, ששימש כמנכ"ל אורליין לאחר יוחנן נציה, שהצהיר כי:
- "מדובר בחקירה תקדימית על חזירת גורמי פשיעה לשוק ההון הישראלי!" (נס' 9 לתצהיר לנקרי; ההדגשה במקור)
167. נפנה אף לדבריו של הנאמן עצמו, שטען בבימ"ש שלפירוק כי:
- "מדובר במקרה ראשון זוהי חברה ציבורית ראשונה ויחידה בתולדות הבורסה בישראל שנטען לגביה שבוצעו עבירות של זיוף ברישום למסחר של מניות..." (נס' 10 לתצהיר לנקרי)
168. גם העד מטעם החברה לרישומים, דוד לנקרי, הצהיר (סע' 41 לתצהירו) כי:
- "החברה לרישומים לא צפתה ולא יכולה הייתה לצפות את פרשת המניות נשוא התביעה."
169. לנקרי אף צירף לתצהירו (כנס' 14) סקר מעילות והונאות בחברה לרישומים, שלא צפה תרמית כגון "פרשת המניות". כאמור לעיל, בסעיף 27 לתצהירו, ציין לנקרי כי דובר:
- "[ב]פעולות שגרתיות, אשר מבחינת החברה לרישומים אינן 'חשודות' בדבר. שטרי המניה שהועברו לחברה לרישומים היו מקוריים ולחברה לרישומים לא הייתה יכולת לדעת או לחשוד שמשו לא תקין. אציין כי גם השוואות המלאי שנעשו מידי רבעון הצביעו על התאמה כמותית בין המלאי שהיה מוחזק אצל החברה לרישומים לבין זה הרשום אצל המסלקה."
170. על יסוד דברים אלה, ובין היתר לאור תקדימיות המקרה ובשים לב למצב משפטי לפני שתוקנו חוקי העזר, תטען החברה לרישומים כי שגה בית משפט קמא הנכבד בקבעו כי מבחני הצפיות מתקיימים בקשר אליה. החברה לרישומים לא צריכה הייתה לצפות, לא יכולה הייתה לצפות וגם לא צפתה את אשר אירע.

2.ח. אין קשר סיבתי גם לפי מבחן השכל הישר; בית משפט קמא הנכבד שגה משלא דן בכך

171. אחת מטענותיה של החברה לרישומים בהליך קמא לעניין הקשר הסיבתי הייתה כי היא אינה חוליה הכרחית בשרשרת הסיבתית, וכי "דילול" מניות יכול להיגרם ואף נגרם בלי כל מעורבות "ירשלנית" מצידה. לעניין זה הציגה החברה לרישומים לא פחות מ-3 דוגמאות של הקצאות, שלא היו תקינות ושהתמורה בגינן לא שולמה לחברה, למרות שהן קיבלו את האישורים הנדרשים, ולכאורה דובר בהקצאות כשרות ותקינות לגמרי. החברה לרישומים טענה כי הקצאות אלה העמידו את טענות הנאמן במבחן המציאות, ומבחן המציאות לימד שטענותיו לא נכונות.

172. **במקרה הראשון** דובר בהצעה פרטית של ני"ע שנבעה מהמרת שטרי הון של החברה, מפברואר 2004, במסגרתה הוקצו 1.64 מ' ע.נ. מניות ל-14 ניצעים. הקצאה זו קיבלה את האישורים הנדרשים, שגם פורסמו במגנ"א. ההקצאה גם לוותה ע"י עוה"ד של החברה אשר העבירו לחברה לרישומים אישורים. למרות זאת, בדוח התקופתי המתוקן לשנת 2004, ציין הנאמן (הנאמן), כי:

"בשנת 2004 בוצעו שתי הקצאות מניות, ההקצאה הראשונה ב 29/02/04 הייתה המרה של שטרי הון בסך של 1,647,615 מניות אשר תמורתן לא הוזרמה לחברה... לא ברור מי החזיק ומכר את שטרי ההון הללו לניצעים בהקצאה ומהיכן נולדה לו הזכות לשטרי ההון."

173. בעדותו ציין הנאמן שבדק את ההקצאה ומצא בה פגמים לרבות העובדה שהתמורה בגינה לא שולמה לחברה (ע' 83, ש' 9-13 לפרוט'). ביחס להקצאה זו הודה שאין לו טענה נגד החברה לרישומים (ע' 82, ש' 17-22). הקצאה זו גרמה ל"דילול דה-פקטו" של המניות, שכן בעקבותיה הון המניות הנסחר גדל ב- 1,647,615 ע"נ, ומאידך נכסי החברה הכספיים לא גדלו בהתאמה. זאת, גם לשיטת הנאמן, בלי כל "תרומה" או קשר של החברה לרישומים, וודאי שלא "התרשלותה".

174. **במקרה השני** דובר בהקצאת 600,000 ע.נ. מניות ל-4 ניצעים בחודש יולי 2004. גם הקצאה זו נעשתה "כדין", במובן הזה שהיא קיבלה את האישורים הנדרשים, שאף פורסמו במגנ"א, אולם בדיעבד מצא הנאמן כי:

"כספי ההנפקה אינם נמצאים בספרי החברה ולא נמצאו כהפקדה בחשבונות הבנק של החברה"

(נספח ה' לחוו"ד ברנע, בעמ' 6)

"אמנם בדוחות הכספיים ניתן לראות פעולות בנוגע להקצאה זו אולם אין להם תיעוד בספרי החברה, ובנוסף לא ניתן לראות את הזרמת הכסף הקשור להקצאה, לא בבנקים ולא בתיעוד החשבונאי אשר אותר עד כה"

(שם, בע' 10 לדוח)

175. בעדותו אישר הנאמן את הדברים (ע' 76, ש' 25 עד ע' 81 ש' 22 לפרוט' הדין). גם הקצאה זו, שלוותה בכל האישורים שגם פורסמו במגנ"א, גרמה ל"דילול דה-פקטו" של המניות, שכן בעקבותיה הון המניות הנסחר גדל ב- 600,000 ע"נ, ומאידך, נכסי החברה הכספיים לא גדלו בהתאמה. גם זאת בלי שום "תרומה" או קשר של החברה לרישומים, שגם בעניין זה לא היו לתובע טענות נגדה.

176. זו דוגמה נוספת לכך שהטענה כי החברה לרישומים יכולה הייתה לעצור את "פרשת המניות" אינה צולחת את מבחן המציאות. גם כשיש את כל האישורים ו"הכל תקין", אין בכך ערובה שבעלי המניות לא יפגעו; שכן דילול אחזקתם הוא פונקציה של אי תשלום תמורה, דבר שאינו קשור לחברה לרישומים.

177. **במקרה השלישי** דובר בהקצאת 8,000,000 ע"נ מניות בתמורה ל-1 ₪ לכל מניה, לאדם בשם גבי הורן. גם הקצאה זו קיבלה את האישורים הנדרשים, שאף פורסמו במגנ"א, אלא שבדיעבד התגלה כי התמורה בסך **8,000,000 ₪ נעדרה מקופת החברה** (סעי' 86 לתצהיר הנאמן). גם לפרשה זו החברה לרישומים לא הייתה קשורה בדבר, ולתובע לא היו טענות נגדה (עמ' 86, ש' 16 עד עמ' 87, ש' 2 לפרוט"ו). בניגוד להקצאות דלעיל, הקצאה זו לא הושלמה כך שהמניות לא גרמו לדילול בפועל, אך ברור שאם תעודות המניה היו מועברות לחברה לרישומים, הרי שבעמידה מצידה על קבלת מסמכי ההקצאה לא היה כדי לחשוף את "פרשת המניות", **שכן הללו היו בנמצא!** מאידך, אין ספק שהגדלת ההון הנסחר ב-8,000,000 מניות מבלי ששולמה תמורה בגינן, הייתה גורמת לדילול בעלי המניות; **זאת בלי קשר או מעורבות של החברה לרישומים.**

178. אלה הן דוגמאות **רלבנטיות ביותר**, שכן לטענת החברה לרישומים, הן מלמדות באופן ברור ופשוט כי:

א. לחברה לרישומים היה חלק **קטן ושולי ביותר** בתהליך. היא לא היוותה "מסננת" כלשהי, שכן ניתן היה לגרום, שלא כדין, ל"דילול" המניות הנסחרות גם בלי תרומה כלשהי מצידה.

ב. ככלל, קשה מאוד ואולי אף לא ניתן היה למנוע **מבעלי השליטה ונושאי המשרה** בחברה, מלבצע מעשים שיש בהם משום פגיעה בחברה ו/או בבעלי מניותיה, אם הללו גמרו בדעתם לעשות כן.

ג. "הדילול" דנן הוא **פונקציה של אי-תשלום תמורה** ולא של כל דבר אחר. שכן **מחד גיסא**, "הדילול" יכול להיגרם ואף נגרם בחלק מן ההקצאות שבוצעו, כאשר הדברים נעשים בצורה תקינה, בליווי של כל האישורים הנדרשים, ודיווחים מלאים במגנ"א. **ומאידך גיסא**, אם תתבצע הקצאה שלא כדין, ללא האישורים הנדרשים, ללא דיווח על כך במגנ"א, **לא יגרם כל "דילול" אם תמורת ההקצאה תגיע לקופת החברה ולא לכיסים אחרים.**

179. החברה לרישומים תטען כי **די בדוגמאות הללו כדי להבין שלטענות נגד החברה לרישומים אין על מה לעמוד וכי מלכתחילה לא היה כל מקום להגשת התביעה נגדה.** בית משפט קמא הנכבד שגה כשלא התייחס אליהן.

180. ויודגש פעם נוספת, עצם ההגדלה של כמות המניות לא גורמת ל"דילול" או ירידת שווי כאשר התמורה עבור המניות הנוספות משולמת לחברה, ואם תמורת המניות לא הייתה **נגנבת**, הרי שהגדלת הכמות לא הייתה גורמת ל"דילול". ודוק, מי שאחראי להיעלמות כספים אלה הם האורגנים אשר על פי דין מוסמכים לחתום ולהתחייב בשמה. לא מדובר באדם זר לחברה או בפקיד זוטר, אלא במנכ"ל החברה (שהיה דירקטור ובעל השליטה בה) ובכל צוות ההנהלה, שהם ה'הורים החוקיים' של החברה. הם אלה שמוסמכים לחתום בשמה; הם אלה שאמורים להגן עליה ולא "לגנוב אותה"; הם שאמורים לפעול לטובתה ולא לרעתה וספק אם כלל ניתן למנוע מהם לגנוב ממנה בזמן אמת, אם הללו החליטו לעשות כן. וודאי שהחברה לרישומים לא היא זו שיכולה להבטיח שמנהלי החברות לא ירוקנו את כספי החברה לכיסם. ממילא שלא לשם מניעת פשעים שכאלה היא נועדה. זו אינה תכליתה.

181. מסקנה פשוטה זו עולה גם מסעיף (1)79 לפקודת הנוזיקין, לפיו אם "סבל התובע נזק, יינתנו פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושבה במישורין מעולת הנתבע". בעוד שמעשיהם הפליליים המכוונים של מנהלי אורליין הם "הסיבה המכרעת" לנזק, הרי שהטלת

אחריות נזיקית על החברה לרישומים תקרב את דיני הרשלנות לאחריות מוחלטת, תוך טשטוש ההבחנה בין דיני הנזיקין לדיני הביטוח.

3. ח. שגה בית משפט קמא הנכבד בקביעתו כי קיים קשר סיבתי עובדתי ביחס לחברה לרישומים

182. טענה נוספת של החברה לרישומים בהליך קמא היתה, כי הואיל ו"פרשת המניות" היא מעשה פלילי שנעשה במתכוון, הרי שמעשיהם של נציה ומנהלי החברה, שביצעו אותה, הם "הסיבה המכרעת לנזק", ולא "רשלנותה" (המוכחשת). לכן, אין להטיל עליה אחריות שכן לא רואים אדם (או חברה) כמי שגרם לנזק בִּאֲשָׁמוֹ, אם: "אֲשָׁמוֹ של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק" (סעיף 64 לפקודת הנזיקין); קל וחומר כאשר מדובר במעשים מכוונים ורצוניים של מנהלי החברה ובשים לב לתקדימיות המעשים והפרשה.

183. בית משפט קמא הנכבד לא דן בטענה הנזכרת, ביחס לחברה לרישומים.

184. אמנם, בפסק הדין, בגדר הדיון באחריות תאגידי הבורסה, התייחס בית המשפט לטענה הנ"ל ודחה אותה (בס' 124 לפסה"ד):

"אינני מקבלת את הטענה לפיה מעשי המירמה העבריינים מנתקים את הקשר הסיבתי בין התרשלותן של הבורסה ושל המסלקה לבין הנזק. פעילותה של הבורסה היא פעילות שצריכה להיות מכוונת להגברת אמון הציבור במסחר. בכלל זה עליה לצפות גם אפשרות של פעילות עבריינית שעלולה לפגוע באמון זה, ולנסות למנוע אותה – אם הדבר הוא כדאי מבחינה כלכלית. לכן, אם התרחש הנזק שהבורסה היתה צריכה למנוע, לא ניתן לקבוע כי מדובר בנזק שמנתק את הקשר הסיבתי מאחר שהוא נובע מפעילות עבריינית מכוונת (ר' רע"א 10721/05 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אבראהים יונאן [פורסם בנבו])."

185. אולם הדיון הנ"ל אינו רלבנטי לחברה לרישומים ואינו יכול להחליף את בחינת הטענה כלפיה, ובשים לב לתכליתה, תפקידה המצומצם ואף להכנסותיה בשנים הרלבנטיות. פעילותה של החברה לרישומים, גם לפי פסק דינו של בית משפט קמא הנכבד, אינה "פעילות שצריכה להיות מכוונת להגברת אמון הציבור במסחר"; היא אינה צריכה "לצפות גם אפשרות של פעילות עבריינית שעלולה לפגוע באמון זה, ולנסות למנוע אותה – אם הדבר הוא כדאי מבחינה כלכלית." לעניין אחרון זה, יצוין כי בתקופת התביעה (-2005 2004) הסתכמו ההכנסות החברה לרישומים מפעילותה (שכללה טיפול בכ-150 חברות!) (עמ' 214, ש' 2-4 לפרוט') בכ-750 אלף ש"ח נש וכ-890 אלף ש"ח (בהתאמה; סעי' 9 ונספח 1 לתצהיר לנקרי), בלבד; סכומים מועטים אלה, שבקושי כיסו את עלויות ההעסקה של עובדי החברה לרישומים, לא שולמו לה ישירות מהחברות הציבוריות או בעלי המניות, אלא הם היוו חלק מכספי העמלות שהועברו לחברה לרישומים באופן חד צדדי וללא מו"מ.³ בין החברה לרישומים לחברות הציבוריות או בעלי המניות לא היו כל העברות של כספים (סעי' 9 לתצהיר לנקרי). מעבר לכך ששכרה הנמוך מלמד לכשעצמו על היקף תפקידה ומהותו, הרי פשיטא שלא היה זה כלכלי עבור גוף שכזה לבצע בדיקות שאינן קשורות לתפקידיו ומהותו.

186. החברה לרישומים תטען, אם כן, כי שגה בית משפט קמא הנכבד משלא דן בטענה ביחס אליה, דיון שהיה מוביל, לטענתה, לדחיית התביעה נגדה.

³ יצוין כי אף חברות הרישומים של בנק דיסקונט ובנק הפועלים הלינו על נושא זה במכתבן (ראו נספחים 19-20 לתצהיר לנקרי). חברת הרישומים של בנק הפועלים אף ציינה כי העמלות ששולמו לה אפילו לא כיסו את עלות הפעלתה!! (סעי' 6 לנספח 20 לתצהירו).

187. טענה נוספת של החברה לרישומים בהליך קמא הייתה, כי אם יקבל בית המשפט את טענת הנאמן, לפיה בשלב מאוחר למסירת תעודות המניה לחברה לרישומים ורישומן אצלה, הייתה בדיקה שיכולה הייתה "בלחיצת כפתור" לחשוף את התרמית, אך היא לא נעשתה, הרי שקביעה זו תרוקן מתוכן את הטענה לקיום קשר סיבתי בין "רשלנות" החברה לרישומים (המוכחשת) ל"נזק" הנטען (והמוכחש), שכן מקרה כזה יהווה ניתוק סיבתי מובהק.

188. בית המשפט קיבל את טענת הנאמן (ר' למשל ס' 106 לפסה"ד), אך למרות זאת, לא דן בטענתה שקביעתו שקולה לניתוק הקשר הסיבתי בין "התרשלות" החברה לרישומים (המוכחשת) ל"נזק" (המוכחש). גם לעניין זה טען החברה לרישומים כי שגה בית משפט קמא הנכבד, כי בנסיבות אלה נותק הקשר הסיבתי וכי אם וככל שהקביעה האמורה לא תתהפך בידי בית משפט נכבד זה, טען החברה לרישומים כי יש לקבל את ערעורה גם בשל ניתוק קשר הסיבתי.

189. מכל האמור לעיל טען החברה לרישומים כי שגה בית משפט קמא הנכבד כשקבע כי קיים קשר סיבתי בין "התרשלות" החברה לרישומים (המוכחשת) לנזק (המוכחש).

ט. לא היה מקום להטיל אחריות על החברה לרישומים גם משיקולי מדיניות

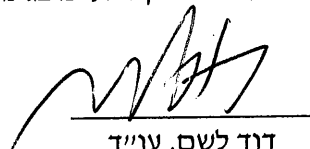
190. לפני סיום נציין כי במקרה הזה גם לא היו כל שיקולי מדיניות שהצדיקו הטלת אחריות על החברה לרישומים. מעבר לכך שהחברה לרישומים פעלה כשורה וקיימה את אשר נדרשה לפי חוקי העזר (ואף לא נקבע אחרת), הרי שהיא לא יכולה הייתה למנוע את ה"דילול" כך שלא הייתה "מונע הנזק" הטוב או הזול; היא כלל לא הייתה מונע נזק. לכן, לטענתה, לא היה זה מוסרי או הוגן להטיל עליה אחריות כלשהי, לא כל שכן ביחס לנזק (גניבת תמורת המניות) שלא נגרם באשמה אלא באשמה של מנהלי אורליין, דבר שלא ניתן היה, למצער מבחינתה, לצפותו טכנית או נורמטיבית ואינו קשור אליה.

191. בנוסף, מאחר שבעקבות "פרשת אורליין" תוקנו חוקי העזר, ממילא אין עוד צורך או הצדקה לתמרץ את החברה לרישומים לבצע בדיקות שממילא נכללות כיום ב"ספר החוקים" של עבודתה.

י. סוף דבר

192. לנוכח כל אחד מהטעמים שפורטו לעיל, קל וחומר בשל הצברם, יתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הערעור ולהורות על ביטול פסק הדין והחלטות הביניים ועל דחיית התביעה נגד החברה לרישומים.

193. כן יתבקש בית המשפט הנכבד להשית על המשיב 1 את הוצאות החברה לרישומים בגדרו של ערעור זה ובגדרה של הערכאה קמא, לרבות שכ"ט עורכי הדין ומע"מ בגינו כדין.


דוד לשם, עו"ד
ניר כהן, לשם ושות'
ב"כ המערערת
(החברה לרישומים)