



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4627/22

לפני :
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ח' כבוב
כבוד השופטת ר' רונן

המערערים :
מפרקי חברת אגרקסקו, חברה לייצוא חקלאי
בע"מ (בפירוק) – עו"ד ורו"ח ד"ר שלמה נס ורו"ח
אלי שפיר

נ ג ד

המשיבה :
קוסט פורר גבאי את קסירר (שותפות רשומה)

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
מיום 4.5.2022 בת"א 51721-03-20 שניתן על ידי כב'
השופט מ' אלטוביה

תאריך הישיבה :
ט"ז באדר התשפ"ג (9.3.2023)

בשם המערערים :
עו"ד יאיר ליבוביץ ; עו"ד ליאור בוק ; עו"ד שלמה
נס

בשם המשיבה :
עו"ד ירון קוסטליץ ; עו"ד דניאל רוזנבלום

פסק-דין

השופטת ר' רונן:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט
מ' אלטוביה) מיום 4.5.2022 בת"א 51721-03-20, אשר סילק על הסף את תביעת
המערערים – מפרקי חברת אגרקסקו, חברה לייצוא חקלאי בע"מ, נגד המשיבה – קוסט
פורר גבאי את קסירר.

1. אגרקסקו, חברה לייצוא חקלאי בע"מ (להלן: החברה או אגרקסקו), הוקמה בשנת 1956 כחברה בשליטה ממשלתית, ועסקה במשך כחמישה עשורים בייצוא ובשיווק של תוצרת חקלאית לחו"ל. החל משנת 2006 ועד לכניסתה של אגרקסקו להליכי חדלות פירעון, שימשה המשיבה – קוסט, פורר, גבאי את קסירר (להלן: קוסט או המשיבה), כרואה החשבון המבקר של החברה. יוער כי בשנה הראשונה חלקה קוסט את תפקידה עם משרד רואי החשבון פאהן קנה ושות'; והחל משנת 2007 ואילך היא שימשה לבדה כרואה החשבון המבקר של החברה.

2. ביום 30.6.2011 הגישה אגרקסקו לבית המשפט המחוזי בקשה למתן צו הקפאת הליכים, בשל משבר כלכלי קשה אליו נקלעה (פר"ק 53253-06-11). עוד באותו יום ניתן צו הקפאת הליכים, ועו"ד ורו"ח ד"ר שלמה נס מונה כנאמן החברה (להלן: עו"ד נס). ביום 22.8.2011 נעתר בית המשפט לבקשת הכונס הרשמי לבצע בשיתוף עם הנאמן פעולות בדיקה וחקירה בדבר הנסיבות שהובילו את החברה למצבה הנוכחי.

להשלמת התמונה יוער כי בהמשך הוגשה גם בקשה למתן צו פירוק על ידי עובדי החברה במסגרת פר"ק 16956-09-11 (הליכים אלה יכוננו להלן ביחד: הליך הפירוק).

3. ביום 25.8.2011 הוגשה בהליך הפירוק חוות דעת מומחה של רו"ח יהודה ברלב (להלן: חו"ד ברלב), אשר הוזמנה על ידי נאמן מחזיקי אגרות החוב שהנפיקה אגרקסקו בחודש דצמבר 2007 (להלן: מחזיקי האג"ח). בפתח חו"ד ברלב נכתב כדלקמן:

התבקשתי על ידי הנאמן של מחזיקי אגרות החוב, שהונפקו על ידי [אגרקסקו], לבדוק חשדות לאי סדרים ולפעילות בלתי תקינה בהתנהלות החברה, לרבות הצגה חשבונאית לא נאותה בדוחותיה הכספיים ומעורבות הבעלים בהתנהלות שהובילה לתוצאה זו, ככל שהיו תופעות כאלה.

חוות דעת זו הינה ראשונית, שכן הגישה שלי למידע הייתה מוגבלת למידע הגלוי בלבד. לא הייתה לי גישה למסמכי החברה ולמערכת הנהלת החשבונות שלה. בהתאם, חוות דעת ראשונית זו מהווה שלב ראשוני בלבד של חקירה, הבא לחשוף את אשר ניתן לגלות בנקל, על פני השטח, ואשר מקים חשש של ממש לקיומם של אי סדרים.

התמקדתי בחוות דעת ראשונית זו, בתקופה משנת 2007 עד יולי 2011, שהינה התקופה הרלוונטית למחזיקי אגרות החוב.

[...]

עם זאת, כבר בשלב ראשוני זה, נמצאו ממצאים המצביעים על קיומם של אי סדרים לכאורה, בהתנהלות החברה. לנוכח האמור, נדרשות פעולות חקירה משלימות, על מנת לחשוף את התמונה במלואה (עמוד 3 לחו"ד ברלב).

בהמשך, נזכרו בחו"ד ברלב עיקרי הממצאים, אשר כללו התייחסות משמעותית לדוחות הכספיים המבוקרים של החברה. מפאת חשיבות הדברים לערעור שלפנינו, הם יצוטטו להלן בהרחבה:

- הדוחות הכספיים של החברה... לא שיקפו באופן נאות (בלשון המעטה), על פי כללי החשבונאות המקובלים, עסקאות שנערכו ונתונים מהותיים של החברה. הדוחות לא אפשרו לנושי החברה, הן בטרם העמידו אשראי לחברה והן לאחר מכן, לבחון את מצב החברה ולפעול בזמן אמת לשמירה על זכויותיהם.
- בדוחותיה הכספיים של אגרקסו ניתן גילוי שגוי ומטעה בקשר להונה העצמי, לנכסיה, התחייבויותיה, ותוצאות פעילותה. גילוי מטעה זה נעשה בעקביות בכל הדוחות שפירסמה החברה מאז הנפקת האג"ח (בדצמבר 2007 – ר.ר.) וכנראה אף לפני כן. עולה חשש ממשי כי לעניין בעלי האג"ח, תכליתה של הצגה חשבונאית מטעה זו, הייתה להראות עמידה, לכאורה, בהתחייבויות החברה (בעיקר ההתחייבות לשמור על הון עצמי מינימלי, כחלק מאמות המידה הפיננסיות), באופן שדחה את התקיימות העילה להעמדתן לפירעון מיידי.
- דחיה זו, גרמה לכך שהדיווח כלפי חוץ על קריסת החברה חל רק באמצע שנת 2011. כתוצאה מכך, המשיכה החברה לספוג הפסדים משמעותיים, והמשבר, לכשנחשף, היכה בה בעוצמה כפולה שבעתיים.
- כך למשל, בשנת 2008, נוצרו בחברה הפסדים כבדים, שהיה בהם כדי להפחית את ההון העצמי מתחת לאמת המידה הפיננסית שנקבעה. על מנת ליצור מצג של עמידה באמת המידה הפיננסית, יצרה החברה, באמצעות שינוי השיטה החשבונאית של הצגת הרכוש הקבוע, קרן משערוך נכסים, במסגרת ההון העצמי.

בכך מנעה העמדת מלוא יתרת האג"ח לפירעון מידי.
אך למעשה, כבר באותו מועד, פחת הונה העצמי של
החברה מהסכום שנקבע.

- קיימת סתירה מהותית בין הצגת סעיף ההכנסות בדוחות הכספיים של החברה, לבין עמדת החברה לגבי הזכויות הקנייניות של המגדלים בתוצרת החקלאית. ההצגה החשבונאית של ההכנסות, בסכומן ברוטו, עומדת אף בניגוד לאמור בביאורים לדוחות הכספיים עצמם.

- במאזני החברה הוצגו נכסים שמהותם תמריצים ומקדמות ששולמו למגדלים. תשלומים אשר לא ניתן לקזזם מהתמורה ששולמה למגדלים ואשר לא הושבו לחברה, הוכרו במאזן כ"נכס", בניגוד לכללי חשבונאות מקובלים, למרות שלא הייתה ודאות כי יתממשו הטבות כלשהן בגינם. בכך נמנעה החברה מרישום הוצאות, דבר שיש בו כדי "לייפות" את הדוחות.

[...]

- מסכימת חישוב שעשיתי עולה, כי עוד בטרם הונפקו אגרות החוב, לא עמד, לכאורה, הונה העצמי של החברה בתנאי אגרות החוב, ולמעשה כבר בעת ההנפקה היה לחברה גירעון משמעותי בהון. גם בהמשך, לאורך כל השנים מאז הנפקת אגרות החוב, לא עמדה החברה בתניות הפיננסיות, והונה העצמי, כפי שהיה צריך להציג, היה נמוך באופן משמעותי מזה שהוצג בפועל בדוחות. דבר זה, גרם לכך שספקים ונושים של החברה ובכללם מחזיקי אגרות החוב, המשיכו בהתקשרויות עם החברה, בעוד זו צוברת הפסדים ומגדילה את נזקם (ההדגשה במקור. עמודים 7-8 לחו"ד ברלב).

בגוף חוות הדעת פורטו ממצאים אלה בהרחבה. שם צוין בין השאר כי "מעיון בדוחות הכספיים של אגרקסקו עולות תמיהות ושאלות, המעלות חשש כבד להצגה בלתי נאותה, לרבות השמטה של הוצאות, כפי שיפורט בהמשך. התנהלות זאת מתמשכת, בהתאם לבדיקתי, מזה מספר שנים, כך שכבר בעת הנפקת אגרות החוב, הפרה החברה את חובתה לדווח על פעילותה באופן נכון ואמיתי" (עמוד 20 לחו"ד ברלב). כן צוין כי "דוחותיה הכספיים של החברה, לא זו בלבד שלא מעניקים את הגילוי הנאות כנדרש, אלא מתקיימות בהם ובאמצעותם פעולות, אשר נועדו להסתיר ולהרחיק פעולות החברה אשר הביאה קריסתה" (כך במקור. שם). בהמשך לכך, פרשה חו"ד ברלב את הפגמים שנפלו בנתונים שדווחו בדוחות הכספיים של אגרקסקו, ואת הפערים בין הנתונים שדווחו בפועל לבין הנתונים אותם צריך היה לדווח בהתאם לכללי החשבונאות המקובלים.

בפרט, התייחסה חו"ד ברלב למענקים ולמקדמות שהעניקה אגרקסקו כתמריצים למגדלים במטרה לקשור אותם אליה, אך זאת מבלי שניתנה כל התחייבות מצד המגדלים להתקשר עמה בעתיד לצורך שיווק תוצרתם. לעניין זה, צוין כי מענקים ומקדמות אלה הוצגו לאורך השנים בדוחותיה הכספיים של החברה כנכסים, וזאת על אף שלא התקיימו התנאים הדרושים לכך על פי תנאי התקינה החשבונאית – לפיהם אין להכיר בנכס אם אין ודאות מספקת ביחס למימוש ההטבות הנובעות ממנו. ואכן, בדיעבד הסתבר כי ההטבות לחברה בגין "נכסים" אלה לא התממשו בחלקן, שכן לא כל המגדלים שקיבלו את התמריצים האמורים התקשרו בפועל עם החברה לשם שיווק תוצרתם בעונה שלאחר קבלת המקדמות.

כן צוין כי בדוחות הכספיים המבוקרים של החברה ליום 31.12.2010 שפורסמו ערב קריסתה, הודיעה החברה כי היא מחקה נכסים בסך של כ-15 מיליון יורו בגין מקדמות ששולמו לספקי תוצרת חקלאית, וזאת בשל "אי הוודאות לחידוש הסכמי הפצה עם ספקי התוצרת והיעדר ודאות באשר להטבות הכלכליות שינבעו לחברה כתוצאה מהתקשרויותיה עם הספקים כאמור" (עמוד 25 לחו"ד ברלב, המצטטת מביאור ג' לדוחות הכספיים המבוקרים של החברה ליום 31.12.2010). לסיכום עניין זה, צוין כך:

ט. הנה כי כן, ניתן להיווכח כי החברה הכירה במשך השנים בתמריצים ששילמה למגדלים כנכס, ללא התקיימות התנאים להכרה כנכס, הנדרשים על פי תקינה חשבונאית. נכסים אלה, ככל הנראה, נצברו והוצגו בדוחותיה הכספיים, בניגוד לכללי חשבונאות מקובלים, לאורך מספר שנים.

י. הכרה כנכס יוצרת הכנסה או הימנעות מרישום הוצאה. לפיכך, בהכרה כנכס, כאמור לעיל, יש כדי ליפות את הדוחות הכספיים.

יא. אף במקרה זה, אם הייתה החברה פועלת בהתאם לנדרש, הונה העצמי לא היה מאפשר לה להמשיך ולהתנהל בצורה גרעונית וחסרת אחריות. בנוסף, לא הייתה החברה מסוגלת לגייס את החוב ממחזיקי אגרות החוב (עמודים 25-26 לחו"ד ברלב).

4. בהמשך הליך הפירוק, מינה בית המשפט ביום 11.9.2011 את עו"ד נס ואת רו"ח אלי שפיר כמפרקים הזמניים של החברה (ובהמשך כמפרקים הקבועים שלה. להלן: המפרקים). במקביל, מינה בית המשפט את רואה החשבון דרור אביב כחוקר לבדיקת הגורמים לקריסת החברה. לאחר סיום החקירה, הגיש החוקר הממונה ביום 23.6.2013 דו"ח מטעמו (להלן: דו"ח החוקר).

במסגרת דו"ח החוקר פורטו בהרחבה ממצאי החקירה, לפיהם במשך שנים רבות נוהלה אגרקסקו תחת "מודל עסקי בלתי כלכלי בעליל" (עמוד 2 לדו"ח החוקר). בתקציר החקירה נכתב כי "החברה הפיקה רווחים משמעותיים מהשירותים השונים אותם העניקה למגדלים, אלא שרווחים אלה לא תועלו לחיזוק איתנותה הפיננסית. תחת זאת, נעשה שימוש ברווחים אלה, בעיקר לצורך מתן הטבות – מענקים, תמורות עודפות וסובסידיות למגדלים" (עמוד 10 לדו"ח החוקר). כן נכתב כי "בחינת התנהלותה של החברה, לאורך השנים, מצביעה על כך, שהחלטות החברה ופעולותיה לא נעשו תמיד מרציונל עסקי והושפעו מתפיסת אורגניה את מטרותיה... קרי: סיוע ועזרה למגדלים ולחקלאות המדינה. במסגרת זו, המשיכה החברה להתנהל במתכונת של הבטחת מחירים או השלמות מחירים במוצרים מסוימים, מעבר ליכולותיה של החברה" (שם).

לאחר מכן, פירט דו"ח החוקר את הדרכים השונות בהן פעלה אגרקסקו כדי להיטיב עם המגדלים, ובכללן סבסוד עסקאות הייצוא עמם (באמצעות הבטחת מחירי תמורה גבוהים ותשלום תוספות מחירים מעבר למחירים המובטחים); תשלום תמיכות כספיות להקמה ושדרוג תשתיות הייצור של המגדלים; וחלוקת מענקים שונים למגדלים. הובהר כי התנהלות זו של אגרקסקו הובילה אותה להפסדים כבדים לאורך השנים. כן הובהר כי לצורך מימון ההטבות שהוענקו למגדלים עשתה החברה שימוש גם בכספים אותם היא נטלה כהלוואות – הלוואות שהיא קיבלה הודות להסתרת ההפסדים שהיא ספגה בדוחותיה הכספיים.

בהמשך לאמור, התייחס דו"ח החוקר גם לפגמים שהתגלו בדוחות הכספיים המבוקרים של אגרקסקו – ובפרט להסתרת ההפסדים שצברה החברה בשל התנהלותה האמורה בדוחות הכספיים. בהקשר זה, נכתב בתקציר החקירה כדלקמן:

ההפסדים שצברה אגרקסקו לאורך שנות ה-2000, הוסתרו בחלקם בדוחות הכספיים, תוך שימוש שעשה מנכ"ל החברה... בשיטות רישום חשבונאיות של החברה, בהן ווסתו ההפסדים שנוצרו מדי שנה, אשר אותם אגרקסקו לא יכלה לממן, לשנה העוקבת. הסתרת ההפסדים לא התגלתה על ידי משרד רו"ח פאהן קנה (שזכור שימש כרואה החשבון המבקר של החברה עד לשנת 2007 – ר.ר.) ולא על ידי [קוסט]. בשל חלוקת הכספים לעסקאות הייצוא המסובסדות, ספגה אגרקסקו הפסדים רבים בעסקאות הייצוא ומר שלמה תירוש, מנכ"ל החברה, הורה, מדי שנה, לרשום חלק מההפסדים שנוצרו לחברה בעסקאות הייצוא, עד לגובה הרווחים שידע שאגרקסקו הצליחה להשיג בפעילויותיה האחרות.

ויסות הרווחים איפשר לאגרקסקו להציג מדי שנה דוחות כספיים רווחיים ללא הצגת הפסדים ותוך שיפור יכולות החברה להשגת הלוואות מנושים. הסכומים שהוסתרו היו בהיקפים כספיים גדולים ביחס להון העצמי של החברה... ניתוח רישומי הנהלת החשבונות מעלה, כי על פי הוראתו של מנכ"ל החברה, עד שנת 2007 הסתירה החברה הפסדים מצטברים בסך כ-31 מלש"ח, ובשנת 2008, לאחר אירוע הקרה בו עזרה אגרקסקו למגדלים אשר נקלעו למצב כספי קשה, הסתירה החברה הפסדים נוספים בסך כ-41 מלש"ח.

נוסף לוויסות הרווחים, עם החלפת משרד רו"ח המבקר בשנת 2007, ממשרד פאהן קנה ל[קוסט], החלה אגרקסקו לבצע פעולות להסתרת הפסדים שלא נרשמו בדוחות הכספיים תוך רישום חובות פיקטיביים של מגדלים וקיצוץ בהצגה החשבונאית מחובות אמיתיים של החברה למגדלים אחרים.

ההסתרה הנ"ל, אשר הינה אסורה, אפשרה הגדלה של היקף וויסות הרווחים שבוצע בדוחות הכספיים, מבלי שהדבר התגלה (עמוד 18 לדו"ח החוקר).

בפרק 18 לדו"ח החוקר פורטו ממצאים אלה באופן רחב יותר. בין השאר, צוין כי "השיטה של וויסות הפסדי החברה בדוחות הכספיים, נעשתה מדי שנה לאורך שנים רבות. יתרות גירעונות העסקאות, אשר לא נרשמו כהפסדי אגרקסקו בדוחות הכספיים, הועברו ברישומים לסעיף חייבים, אשר מציג תמונת שווא לפיה ישנם מגדלים החייבים כספים לאגרגטקו..." (ההדגשה במקור. עמוד 191 לדו"ח החוקר). כן צוין כי "סכומי ההסתרות נעשו בהיקפים כספיים גדולים ביחס להון העצמי של החברה ולא התגלו על ידי רו"ח המבקר של החברה"; וכי "מנגנון ויסות הרווחים בו השתמש מנכ"ל החברה... אפשר הצגת דוחות כספיים מאוזנים/רווחיים מדי שנה" (עמודים 191-192 לדו"ח החוקר).

בתוך כך, התייחס דו"ח החוקר גם למעורבותם של רואי החשבון המבקרים של החברה, לרבות קוסט, בהסתרת הפסדיה של אגרקסקו מהדוחות הכספיים. בהקשר זה, צוין כי "רו"ח המבקרים לא פעלו בהתאם ל[גילוי דעת 84 של לשכת רואי החשבון] ולא בחנו ואיתרו את יתרות החובות הפיקטיביים שנרשמו למגדלים, כך התאפשר לאגרקסקו לנפח את יתרות החובות ולהסתיר את הפסדים שלא נרשמו בדוחות הכספיים, מבלי שהדבר יתגלה" (עמוד 194 לדו"ח החוקר). עוד צוין כי בשנת 2007, לאחר שקוסט הפכה לרואה החשבון המבקר של החברה, אגרקסקו החלה לקזז את היתרה הפיקטיבית של המגדלים החייבים מיתרת חובות אמיתיים שהיו לה למגדלים אחרים, וזאת בניגוד לתקינה החשבונאית. אף על פי כן, קוסט לא התריעה בפני הנהלת אגרקסקו על קיצוץ היתרות שנעשה בניגוד לתקן, ולא דרשה את הצגת חובות המגדלים הפיקטיביים לקוראי הדוחות

הכספיים. כמו כן, צוין כי קוסט איפשרה את המשך הגלגול וההסתרה של הפסדי עסקאות הייצוא מהדוחות הכספיים עד לגובה של 80 מיליון ש"ח בשנת 2010.

5. לטענת המפרקים, לאחר שהוגש דו"ח החוקר, הם המשיכו בביצוע בדיקות שונות. זאת, מתוך רצון לנהוג בזהירות בכספים המצויים בקופת הפירוק של החברה, ולהגיש תביעה נגד הגורמים הרלוונטיים רק לאחר שיתברר כי קיימת עילת תביעה מוצקה ותוחלת ראויה לניהול התביעה.

6. ביום 2.6.2015 פנו המפרקים לקוסט כדי לקבל את התייחסותה לאמור בדו"ח החוקר. ביום 22.12.2015 העבירה קוסט התייחסות מפורטת לטענות שהועלו כלפיה במסגרתו.

7. בחלוף כשנתיים, פנו המפרקים ביום 3.1.2018 לקוסט בהצעה לקיים דין ודברים בניסיון לייתר את הצורך בהגשת תביעה. ההצעה הותנתה בכך שככל שהמגעים לא יצלחו – לא תועלה על ידי קוסט בכל הליך משפטי עתידי מול המפרקים כל טענת התיישנות שלא הייתה עומדת לה באותו מועד. לפנייה צורפה טיוטת כתב התביעה שהכינו באי כוח המפרקים נגד קוסט (להלן: טיוטת כתב התביעה).

ביום 8.1.2018 נענתה קוסט להצעת המפרקים, תוך שהבהירה כי "מובן כי לא תועלה על-ידי [קוסט] טענת התיישנות ו/או שיהיו לגבי פרק הזמן שמיום פנייתך [קוסט] (3.1.18) ועד לתום שבעה ימים מיום שצד כלשהו יודיע למשנהו, בכתב, על סיומו של השיח". בהמשך, הסכימו הצדדים כי התקופה של "שבעה ימים" מיום סיום השיח, תוארך ל-90 ימים.

משלא הצליחו הצדדים להגיע להבנות, הודיעה קוסט למפרקים ביום 30.12.2019 כי השיח ביניהם יגיע לסיומו ביום 2.1.2020.

8. על רקע זה, ביום 30.3.2020 הגישו המפרקים תביעה כספית נגד קוסט לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בסכום של 150 מיליון ש"ח (משיקולי אגרה). במסגרת כתב התביעה, הבהירו המפרקים כי התביעה מוגשת על ידיהם גם בשם נושי החברה. הם ציינו בהקשר זה כי "למען הזהירות", הם קיבלו המחאת זכויות מנושיה העיקריים של החברה – חברת Varona Meritime Company Ltd (להלן: חברת האניות) ומחזיקי האג"ח (סעיף 175 לכתב התביעה). על פי כתבי ההמחאה שצורפו, נושים אלה המחזיקים למפרקים בימים 5.3.2020 ו-25.3.2020, בהתאמה, את כל הזכויות הנובעות מכל טענה, דרישה,

עילה או תביעה שיש להם נגד כל גורם שהוא בקשר לחברה, לרבות רואי החשבון המבקרים של החברה.

9. בתמצית, נטען בכתב התביעה כי בדוחותיה הכספיים של אגרקסקו הוסתרו הפסדים בשיעור של עשרות מיליוני ש"ח, אותם ספגה החברה בעסקאות הייצוא בעיקר בשל התשלומים המיוחדים שהעבירה למגדלים כחלק ממדיניות סבסוד העסקאות והסיוע למגדלים. הפסדים אלה לא הוצגו כנדרש בדוחות הכספיים, אלא הוכרו כנכסים וקוזזו כנגד התחייבויות החברה. זאת במטרה להסתירם, ובניגוד לכללי החשבונאות המקובלים.

על פי הנטען, במסגרת החקירה שנערכה, קוסט הודתה כי היא גילתה על קיומם של ההפסדים כבר בעת שערכה את הביקורת על הדוחות הכספיים של החברה לשנת 2007. אלא שלטענתה הפסדים אלה נרשמו כנכסים בדוחות הכספיים בהתאם ל"מדיניות חשבונאית" שהייתה נהוגה בחברה במשך שנים – אותה היא בחנה ומצאה כסבירה. לטענת המפרקים, אין מדובר ב"מדיניות חשבונאית" שהייתה ידועה בחברה אלא ברישום חשבונאי מטעה שנועד לאפשר לחברה להציג דוחות כספיים מאוזנים או רווחיים. כן נטען כי אף אם הייתה נהוגה בחברה "מדיניות חשבונאית" כאמור, הרי שמדובר במדיניות פסולה העומדת בניגוד מוחלט לכללי החשבונאות המקובלים בישראל. זאת, בין היתר מאחר שעל פי כללים אלה, לא ניתן היה להכיר בתשלומים המיוחדים ששולמו למגדלים כנכסים, בהיעדר התחייבות מצדם להתקשר עם החברה בעתיד לצורך שיווק תוצרתם (או כל אמצעי אחר שאיפשר שליטה על ההטבות הכלכליות העתידיות שינבעו לחברה ממתן התשלומים המיוחדים).

לא זו אף זו, המפרקים טענו כי אף לו היה מדובר במדיניות סבירה ומותרת, העובדה שלא ניתן לה כל גילוי או ביטוי בדוחות הכספיים שערכה קוסט מהווה כשלעצמה הפרה ברורה של כללי החשבונאות המקובלים. קרי, לא רק ההפסדים הוסתרו אלא גם "המדיניות החשבונאית" שמכוחה כביכול בוצעה ההסתרה.

חרף האמור, כך נטען, קוסט הצהירה במשך השנים כי הדוחות הכספיים של אגרקסקו משקפים נכונה את מצב החברה. בכך למעשה היא איפשרה לחברה להציג הון עצמי "מנופח" בדוחות הכספיים, וליצור מצג מטעה לפיו היא עומדת באמות המידה הפיננסיות שנקבעו באגרות החוב שהונפקו על ידיה בדצמבר 2007. לו הייתה קוסט פועלת לחשיפת מצבה הכלכלי האמתי של החברה בעת שגילתה עליו, וכוללת בדוחות הכספיים לשנת 2007 הערת עסק חי, הדבר היה מביא לעצירת פעילותה של החברה בסמוך לאחר פרסומם של דוחות אלה. משנמנעה לעשות כן, כך לטענת המפרקים,

איפשרה קוסט לאגרקסקו להמשיך ולפעול במשך כ-3 שנים נוספות עד לקריסתה במחצית שנת 2011. במהלך השנים הללו צברה אגרקסקו הפסדים כבדים וחובות עתק כלפי נושיה, מצבה הורע לאין שיעור, ובמועד קריסתה בפועל כבר לא היה ביכולתה לשרת כלל את חובותיה – שהצטברו באותה עת לכדי מאות מיליוני ש"ח.

באשר לגובה הנזק שקוסט גרמה לכאורה בהתנהלותה, הציגו המפרקים בכתב התביעה שני מסלולים חלופיים:

(-) המסלול הראשון מבוסס על ההפסדים שספגה החברה בשנים 2008-2011 – לטענת המפרקים, התנהלותה הרשלנית של קוסט הובילה לכך שהחברה המשיכה לפעול במהלך השנים הללו וצברה הפסדים בסך של כ-400 מיליון ש"ח. הפסדים אלה היו נמנעים אילו הייתה נעצרת פעילותה השוטפת של החברה בסמוך לאחר פרסום הדוחות הכספיים לשנת 2007. בכך גרמה קוסט נזק ישיר לחברה בסכום האמור. כן נטען כי אילו קוסט הייתה פועלת כראוי ומביאה להפסקת פעילותה של החברה בשלב מוקדם יותר, היו ברשותה נכסים רבים יותר, ונושיה היו יכולים להיפרע את חובותיהם בסכומים גבוהים בהרבה מאלה שעומדים לרשותם במצב הנוכחי. נכסים אלה, כך נטען, מהווים נדבך נוסף בנזק שנגרם לחברה ולנושיה.

(-) המסלול השני מבוסס על אשראים בלתי נפרעים שהיו נמנעים ועל גידול באשראים בלתי נפרעים בשנים הרלוונטיות – לטענת המפרקים, אלמלא רשלנותה של קוסט, הנפקת אגרות החוב עשויה הייתה שלא להתרחש כלל. בכך היה נמנע הנזק שנגרם למחזיקי האג"ח – שעומד לפי תביעות חובם על סך של כ-137 מיליון ש"ח. כמו כן, אף אלמלא הייתה ההנפקה נמנעת, הרי שאילו פעילות החברה הייתה מופסקת בשלב מוקדם יותר, היו יכולים מחזיקי האג"ח וכן נושים נוספים, להיפרע חלק גדול יותר מחובם.

מעבר לאמור, נטען כי בשל התרשלנותה של קוסט בתפקידה כרואה החשבון המבקר של החברה, המשיכו נושי החברה להעמיד לה כספים במשך כ-3 שנים נוספות עד למועד קריסתה בפועל. כך, ניתן למנות נושים ספציפיים אשר העמידו אשראי לחברה או הגדילו את יתרת האשראי שנתנו לה בתקופה שבין פרסום הדוחות הכספיים לשנת 2007 (ביום 22.5.2008) ועד למועד קריסתה של החברה ביום 30.6.2011. לטענת המפרקים, הגידול בהתחייבויות החברה כלפי

אותם נושים ספציפיים בתקופה האמורה מסתכם בסך של כ-71 מיליון ש"ח על פי רישומי הנהלת החשבונות של החברה.

10. ביני לביני, הגישו המפרקים ביום 28.5.2015 תביעה נגד המדינה, המועצה לייצור צמחים ולשיווקם והמועצה לענף הלול – בעלות המניות באגרסקו (להלן: בעלות המניות), בה הם עתרו לסעד הצהרתי של "הרמת מסך" בין החברה לבין בעלות המניות (ת"א (תל אביב-יפו) 55482-05-15 מפרקי אגרסקו חברה לייצור חקלאי בע"מ נ' מדינת ישראל; להלן: התביעה נגד בעלות המניות). זאת, בין היתר בטענה כי בעלות המניות הכתיבו לאגרסקו דפוסי פעולה הסותרים את התכלית העסקית של כל חברה לפעול להשאת רווחיה, ובפרט כפו עליה לחלק באופן שוטף את כל "העודפים" שנוצרו כתוצאה מפעילותה למגדלים.

ביום 28.3.2017 הגישה המדינה בקשה לצרף גורמים שונים כנתבעים, כאשר ביניהם נכללה גם קוסט (להלן: בקשת הצירוף). ביום 18.6.2017 הגישו המפרקים תשובה לבקשת הצירוף, בה התנגדו לצירוף נתבעים נוספים. הם טענו כי התובע זכאי לקבוע מי יהיה בעל דינו, ואין לכפות עליו ניהול תביעה נגד גורמים אותם בחר שלא לצרף לתביעתו. כך בפרט כאשר מדובר בבעל תפקיד הפועל בשם חברה בפירוק. בתוך כך, ציינו המפרקים כי עילות תביעה פוטנציאליות נגד הגורמים שצירופם התבקש "נבחנו ו/או נבחנות ונשקלות על ידי המפרקים, אשר להם הפררוגטיבה והסמכות להחליט אם נכון וכדאי להוציא מכספי קופת הפירוק על מנת להגיש נגדם תביעה" (סעיף 98 לתשובת המפרקים לבקשת הצירוף). ביום 7.11.2019 דחה בית המשפט המחוזי (כב' השופט מ' אלטוביה) את בקשת הצירוף, וקבע כי אין לכפות על המפרקים התדיינות עם בעלי דין נוספים אשר על פני הדברים נראה כי לא ייפגעו אם לא יהיו נתבעים.

למען שלמות התמונה, יצוין כי לצד בקשת הצירוף, הגישו בעלות המניות גם בקשה לדחיית התביעה על הסף, וזאת בין היתר מחמת התיישנות. בקשה זו התקבלה בחלקה בהחלטת בית המשפט המחוזי מיום 7.11.2019. ערעור שהגישו המפרקים על החלטה זו התקבל על ידי בית משפט זה ביום 22.12.2021 (ע"א 8416/19 נס ור"ח שפיר – מפרקי חברת אגרסקו חברה לייצור חקלאי בע"מ נ' מדינת ישראל (22.12.2021), השופטים י' מינץ, י' וילנר וע' גרוסקופף. להלן: ע"א 8416/19).

11. נשוב לענייננו. ביום 9.7.2020 הגישה קוסט בקשה לסילוק התביעה נגדה על הסף (להלן: הבקשה לסילוק על הסף). בבקשתה העלתה קוסט שתי טענות עיקריות: ראשית, בכל הנוגע לתביעת המפרקים בשם החברה, נטען כי יש לסלקה בהיעדר עילה

ובהיעדר יריבות בין החברה לבין קוסט. קוסט ציינה לעניין זה כי המפרקים העלו במסגרת התביעה נגדה טענות זהות לאלה שהועלו נגד רואי החשבון המבקרים בשתי תביעות דומות – ת"א (מרכז) 16-05-47302 בטר פלייס ישראל (ח.ת.) 2009 בע"מ (בפירוק) נ' אגסי (12.9.2018) (להלן: עניין בטר פלייס) ות"א (כלכלית ת"א) 18-09-35119 רוביקון ביזנס גרופ בע"מ נ' ברמלי (1.5.2019) (להלן: עניין רוביקון). על פי הנטען, באותם מקרים החליטו בתי המשפט המחוזיים בנסיבות דומות לענייננו לסלק על הסף את התביעות שהגישו המפרקים בשם החברות נגד רואי החשבון המבקרים. זאת משנקבע כי אין בפגמים שנפלו לכאורה בהתנהלות רואי החשבון כדי להסב נזק לחברות עצמן, כי אם נזק לנושים של החברות. מפאת חשיבותם של פסקי דין אלה והערעורים שהוגשו עליהם לענייננו, אדרש להם ביתר פירוט בהמשך.

שנית, טענה קוסט כי יש לדחות על הסף את תביעת המפרקים, הן בשם הנושים והן בשם החברה, מחמת התיישנות. באשר לתביעת הנושים, נטען כי עיון בחו"ד ברלב – שהוגשה לבית משפט של פירוק מטעם מחזיקי האג"ח כבר ביום 25.8.2011 – מלמד כי הועלו בה טענות זהות לאלה שמעלים המפרקים בכתב התביעה שהוגש בחלוף למעלה מ-8 שנים. משכך, המועד המאוחר ביותר בו ידעו נושי החברה או היו צריכים לדעת על עילת התביעה הוא ביום הגשת חו"ד ברלב. כפועל יוצא, נטען כי במועד בו המחזיקים הנושים העיקריים של החברה – מחזיקי האג"ח וחברת האניות – את זכויות התביעה שלהם למפרקים, כבר חלפה תקופת ההתיישנות. על כן, יש לדחות את התביעה שהוגשה בשם על הסף.

באשר לתביעת החברה, טענה קוסט כי מהמסמכים שצורפו לתביעה עולה בבירור כי החברה ידעה או למצער יכלה לדעת את העובדות המקימות את עילת התביעה הנטענת שנים רבות לפני פניית המפרקים לקוסט ביום 3.1.2018 – הוא המועד בו הושעתה תקופת ההתיישנות ביחס לתביעת המפרקים בשם החברה. על רקע זה, טענה קוסט כי במועד זה כבר התיישנה עילת התביעה של החברה.

לצד האמור, העלתה קוסט מספר טענות נוספות המצדיקות לשיטתה סילוק על הסף. בין היתר, נטען כי המפרקים לא קיבלו אישור מבית משפט של פירוק להגשת התביעה, כנדרש לפי סעיף 307(א)(1) לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983; כי לנוכח סעיף 22 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], זכות התביעה של הנושים נגד קוסט אינה ניתנת להמחאה ללא אישור בית משפט של פירוק; וכי נפל שיהוי כבד בהגשת התביעה על ידי המפרקים.

12. ביום 4.5.2022 נעתר בית משפט קמא לבקשה לסילוק על הסף. בפתח הדברים, ציין בית המשפט כי טענות קוסט בכל הנוגע להיעדר אישור של בית משפט של פירוק להגשת התביעה בשם החברה ובשם הנושים אינן מצדיקות סילוק על הסף. זאת, שכן אישור בית משפט של פירוק אינו מהווה תנאי להגשת התביעה, אלא רק מעמיד את בעל התפקיד בסיכון שאם ההליך בו נקט לא יצלח, הוא יאלץ לשאת בעצמו בהוצאות. על כן, לא נדרש בית המשפט לטענות אלה.

13. משהבהיר נקודה זו, עבר בית המשפט לדון ביתר טענותיה של קוסט, תוך חלוקת הדיון לשניים: תביעת הנושים ותביעת החברה.

באשר לתביעת הנושים, מצא בית המשפט כי יש לדחותה מחמת התיישנות. ראשית, התייחס בית המשפט להסכמת הצדדים ביחס לעצירת מרוץ ההתיישנות מיום 3.1.2018, ולהתחייבות קוסט כלפי המפרקים שלא תועלה על ידיה כל טענת התיישנות או שיהוי. בית המשפט סבר כי אין בהסכמות אלה כדי לסייע לנושים שכן הן נערכו בטרם המחו הנושים את זכויותיהם למפרקים, כך שבאותה עת הנושים כלל לא היו מיוצגים על ידי המפרקים.

בית המשפט דחה בהקשר זה את טענת המפרקים לפיה הם משמשים כ"נציגי הנושים" מתוקף תפקידם, כך שהמחאת זכויות הנושים נעשתה רק "למען הזהירות". הוא ציין כי המפרקים מונו כמפרקי החברה כדי לאפשר פירעון חובות לכלל הנושים, ואולם אין בכך כדי להפוך אותם לנציגיהם של הנושים בלא הסכמתם בדרך של המחאה או ייפוי כוח. בית המשפט הוסיף כי גם בראי דיני החוזים, לא ניתן לייחס לקוסט הסכמה מדעת לעצירת מרוץ ההתיישנות ביחס לתביעת הנושים – שכן עניין זה כלל לא עמד על הפרק בעת מתן ההסכמה.

בהתבסס על קביעה זו, דן בית המשפט בטענת ההתיישנות. הוא ציין כי לצורך קביעת מועד תחילת מרוץ ההתיישנות, יש לבחון מתי נושא משרה רלוונטי "שידו לא הייתה במעל" או גורם אחר – הנושים או המפרקים – ידעו או היה עליהם לדעת על הנסיבות המקימות את עילת התביעה. לעניין זה, קיבל בית המשפט את עמדת קוסט לפיה עילת התביעה של הנושים הייתה צריכה להיות ידועה להם ולמפרקים לכל המאוחר ביום 25.8.2011 – הוא המועד בו הוגשה חוו"ד ברלב. זאת, שכן כבר בחוו"ד ברלב צוינו העובדות המקימות את עילת התביעה של הנושים, אשר הן גם העובדות המרכזיות

והעיקריות הנטענות בכתב התביעה. על כן, הואיל וממועד הגשת חו"ד ברלב ועד למועד הגשת התביעה (30.3.2020) חלפו למעלה מ-7 שנים – קבע בית המשפט כי יש לדחות את תביעת הנושים מחמת התיישנות.

14. בכל הנוגע לתביעת החברה, קיבל בית משפט קמא את טענת קוסט כי יש לסלק על הסף בהיעדר עילה ובהיעדר יריבות, משמצא כי כתב התביעה אינו מגלה כל נזק שנגרם לחברה.

בפתח הדברים ציין בית המשפט כי אומנם לפי סעיף 170 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, לרואה החשבון המבקר אחריות גם כלפי החברה. עם זאת, לא ניתן להסיק מכך כי תביעה של חברה נגד רואה חשבון חסינה מסילוק על הסף; וככל שבכתב התביעה לא ניתן למצוא נזק שנגרם לחברה בשל התנהלות רואה החשבון – ניתן ואף נדרש לסלק את התביעה על הסף כדי שלא לבזבז משאבים בדיון עקר.

בענייננו, מצא בית המשפט כי העובדות המפורטות בכתב התביעה מלמדות על מצגים מטעים שניתנו בדוחות הכספיים של אגרקסקו בשנים בהן שימשה קוסט כרואה החשבון המבקר שלה. הוא ציין כי בכל הנוגע לנזק שנגרם לאגרקסקו, הייתה טענת המפרקים כי המצגים המטעים שיצרה קוסט גרמו להמשך פעילותה של החברה במשך מספר שנים בהן היא צברה הפסדי עתק אשר היו יכולים להימנע ממנה; כי תיקון המצגים המטעים בדוחות הכספיים לשנת 2010 ורישום ההפסדים גרמו בסופו של דבר לקריסת החברה; וכי במועד זה מצב החברה הורע לאין שיעור ולא היה כבר ביכולתה לשרת את חובותיה.

ואולם, בית המשפט סבר כי אין באמור משום נזק שנגרם לאגרקסקו, במובחן מנושיה. ראשית, צוין כי העובדה שהדוחות הכספיים המתוקנים הצביעו על הפסדים שבסופו של דבר הביאו לקריסתה של אגרקסקו, אינה מעידה על נזק שנגרם לה בשל האופן בו ביקרה קוסט את הדוחות הכספיים המקוריים, אלא היא ביטוי לתוצאות הכספיות האמתיות של החברה בשנים הרלוונטיות. שנית, צוין כי טענת המפרקים לפיה המצגים המטעים להם אחראית קוסט בדוחות הכספיים גרמו לאגרקסקו נזק בגובה החובות לנושים – מלמדת דווקא שמדובר בנזק שנגרם לנושים ולא לחברה. שלישית, קבע בית המשפט כי לא ניתן להתייחס להפסדים של אגרקסקו בשנים 2008-2010 כנזק שגרמה לה קוסט, שכן האלטרנטיבה הברורה הייתה קריסה ופירוק של החברה כבר בשנת 2008, כפי שאכן קרה עם תיקון הדוחות הכספיים בשנת 2011. רביעית, בית המשפט מצא כי אף בהנחה שהצגת המצגים המטעים בדוחות הכספיים גרמה לכך שאגרקסקו המשיכה

לפעול ולא קרסה, ההפסדים שהיא ספגה בשנים 2008-2011 נגרמו לה בשל אופן ניהול עסקיה על ידי נושאי המשרה ובעלי המניות, מבלי שלקוסט הייתה יד בדבר. על כן, הגיע בית המשפט למסקנה כי על פני הדברים ברור שאין קשר סיבתי בין הרשלנות או מצגי השווא המיוחסים לקוסט לבין ההפסדים שנגרמו לאגרוסקו בשנים אלה. לבסוף, ציין בית המשפט כי טענת המפרקים כאילו נגרם לחברה נזק בגובה החובות עקב מצגי השווא של קוסט בדוחות הכספיים לשנים 2007-2009 נטענה ללא פירוט.

לצד האמור, הבהיר בית המשפט כי לא ראה לנכון לתת למפרקים הזדמנות לתקן את כתב התביעה. זאת, הואיל וגם בתשובת המפרקים לבקשה לסילוק על הסף וגם בהשלמת הטיעון שהוגשה מטעמם, לא הוצג מצג עובדתי המבסס נזק שלכאורה נגרם לחברה עקב המצג המטעה שיצרה קוסט בדוחות הכספיים של החברה. משכך, הוא סבר כי לא תהיה כל תועלת בתיקון כתב התביעה.

אשר על כן, הגיע בית משפט קמא למסקנה כי אף בהנחה שכל העובדות המפורטות בכתב התביעה הן נכונות – לא נגרם לאגרוסקו כל נזק מהמצג המטעה בדוחות הכספיים שעליו מבוססת אחריותה הנטענת של קוסט. במצב דברים זה, המשך בירור ההליך יביא לבזבוז משאבים שיפוטיים ואף יגרום בסופו של דבר נזק לנושים.

15. למעלה מהדרוש, ציין בית המשפט כי תביעת החברה לא התיישנה ככל הנראה. זאת, מאחר שמרוץ ההתיישנות החל ביום בו הוגשה חו"ד ברלב (25.8.2011); ובשים לב להסכמת הצדדים לעצירת מרוץ ההתיישנות ביום 3.1.2018.

16. בשלהי פסק דינו, קבע בית משפט קמא כי יש מקום לסלק את התביעה על הסף גם מחמת השיהוי הניכר שנפל בהגשתה. הוא הדגיש כי מדובר בעילות תביעה שנולדו בשנים 2007-2009, אשר היו ידועות לכל המאוחר ביום 25.8.2011. עוד ציין בית המשפט כי אף אם יש לברך על ניסיונם של המפרקים להסדיר את העניין מחוץ לכותלי בית המשפט, מדובר בהשתהות ניכרת. זאת ועוד, בית המשפט סבר כי בהתנגדותם של המפרקים לבקשת הצירוף שהוגשה בתביעה נגד בעלות המניות – בה התבקש בין היתר צירופה של קוסט כנתבעת – הם עיכבו את הגשת התביעה נגדה, ואף יצרו כלפיה מצג סביר לפיו הם ויתרו על התביעה. כמו כן, צוין כי יש להניח שהעיכוב הרב בהגשת התביעה גרם לקוסט נזק ראייתי וכן סביר שנמנע ממנה לפעול למיצוי הליכים נגד הגורמים המעורבים בדרך של הגשת הודעה לצד שלישי.

17. לנוכח כל האמור, קיבל בית משפט קמא את הבקשה לסילוק על הסף, והורה על מחיקת תביעת המפרקים. בנוסף, חייב בית המשפט את המפרקים בתשלום הוצאות קוסט בסך של 10,000 ש"ח.

מכאן הערעור שלפנינו.

עניין בטר פלייס ועניין רוביקון

18. עובר למתן פסק הדין נושא הערעור שלפנינו, ניתן ביום 8.2.2022 פסק דינו של בית משפט זה בערעורים שהוגשו על פסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים בעניין בטר פלייס ובעניין רוביקון, אשר נידונו במאוחד (ע"א 7829/18 וע"א 3860/19 בטר פלייס ישראל נ' אגסי (8.2.2022)), השופטים י' עמית, ג' קרא ו-ד' מין. להלן: פסק הדין בערעור בעניין בטר פלייס ורוביקון). בשל הרלוונטיות של הדברים לענייננו, אדרש בקצרה להשתלשלות העניינים בתיקים אלה ולקביעותיו של בית משפט זה בפסק הדין האמור.

19. כזכור, טענות קוסט לפיהן יש לסלק על הסף את התביעה שהגישו המפרקים בשם אגרוסקו בהיעדר עילה ובהיעדר יריבות נסמכו בעיקרן על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כב' השופט ע' גרוסקופף) בעניין בטר פלייס, ועל פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט מ' אלטוביה) בעניין רוביקון, אשר התבסס על קביעותיו של הראשון.

20. בעניין בטר פלייס הוגשה תביעת מפרקים בשם קבוצת חברות נגד דירקטורים ונושאי משרה שכינהו בחברות, נגד המבטחות של החברות, ונגד רואי החשבון המבקרים של החברות. בכל הנוגע לרואי החשבון, נטען כי הם "התירשו במילוי תפקידם, הציגו מצג שווא וחיווי דעה מקצועית רשלנית והתעלמו מתמרורי האזהרה הברורים ונורות אדומות אשר ניצבו בפניהם במהלך התנהלות התובעות ובהליך עריכת הביקורת על דוחותיהן הכספיים" (סעיף 14 לכתב התביעה שהוגש בעניין בטר פלייס).

ביום 12.9.2018 נעתר בית המשפט המחוזי לבקשות לסילוק על הסף שהגישו חלק מהנתבעים, וסילק את תביעת המפרקים במלואה. בפסק דינו, התייחס בית המשפט בין היתר להבחנה שבין הנזק שנגרם לנושים לבין הנזק שנגרם לחברה. לעניין זה, הוא ציין כי "גובה הנזק שנתבע (בכתב התביעה – ר.ר.) נקבע בהתאם לסכום תביעות החוב שהוגשו על ידי הנושים ואושרו על ידי המפרקים. מאליו ברור כי סכום זה מייצג את הנזק שנגרם לנושים. לא הוסבר מדוע סכום זה מייצג גם את הנזק בו עוסקת התובענה – הנזק

שנגרם לתובעות (הן החברות – ר.ר.) (פסקה 132 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין בטר פלייס).

כן קבע בית המשפט כי "אי הכללת הערת עסק חי בדוחותיה הכספיים של חברה אינה מסבה נזק לחברה עצמה, אלא לצדדים שלישיים – משקיעים ונושים של החברה, אשר נמנעת מהם האזהרה אודות מצבה האמיתי של החברה. בניגוד אליהם, החברה עשויה דווקא לצאת נשכרת מאי פרסום האזהרה, לפחות בטווח הזמן המידי. התובעות בענייננו הן שש חברות ממיזם בטר פלייס, אשר מנוהלות כיום על ידי המפרקים. עילת התביעה בגין אי פרסום הערת עסק חי במועד אינה נתונה להן, כי אם לצדדים שלישיים. משכך, יש לסלק על הסף טענותיהן בעניין זה, מחמת היעדר עילה והיעדר יריבות" (שם, בפסקאות 136-137).

ביחס לטענות נוספות שהועלו נגד רואי החשבון, נקבע כך:

באשר לטענה אודות היעדר דוחות על תזרימי מזומנים, הרי שמכתב התביעה עצמו עולה כי הטענה נטענת בשם צדדים שלישיים, וראו סעיף 247.4 לכתב התביעה: "רוה"ח הישראליים נהגו ברשלנות כאשר לא דאגו שהדוחות הכספיים של החברות הישראליות, יכללו דוחות על תזרימי מזומנים בהתאם לנדרש על פי התקינה הישראלית, ולמרות חשיבותם של דוחות אלו למשקיעים, לנושים ולאחרים". לפיכך גם עילה זו, כשהיא מושמעת מפי התובעות, חייבת להידחות על הסף.

לאור האמור, ולאור העובדה שלא מצאתי בכתב התביעה התייחסות לשאלה מהו הנזק הנטען שהסבו רואי החשבון לחברות התובעות – מקובלת עלי טענת הנתבעת 22, כי יש מקום לסילוק התביעה נגדה על הסף... (שם, בפסקאות 163-164).

מעבר לכך, התייחס בית המשפט לטענה נוספת שהועלתה בכתב התביעה, לפיה מצגי שווא שניתנו על ידי נושאי משרה בחברות ביחס למצבה הכלכלי האיתן של קבוצת החברות, הביאו לכך שהיא המשיכה להתקשר עם גורמים שונים והגדילה את הנזק הכלכלי. ביחס לטענה זו, קבע בית המשפט כי "הנזק הנטען בפרק זה אינו נזק של התובעות, אשר בנעליהן נכנסו המפרקים, כי אם נזק נטען של צדדים שלישיים, אשר התקשרו עם החברה. קרי, 'נזקי הספקים והלקוחות'... משכך, ובדומה לדיון שנערך לעיל בסעיף 8.1. (אי פרסום הערת עסק חי במועד) – דינן של הטענות דחייה על הסף" (שם, בפסקאות 139-140).

21. בעניין רוביקון הגיש מפרק תביעה בשם שתי חברות נגד גורמים שונים, ובהם רואה החשבון המבקר של החברות. ביחס לרואה החשבון המבקר, נטען כי הוא התרשל בביצוע תפקידו בכך שלא שיקף את מצב החברות לאשורו באופן שמשקיע סביר ידע מה מצבן הכלכלי האמתי; לא בדק את הנתונים שעמדו בפניו כנדרש והפיק אישורים תוך הסתמכות עיוורת על הצהרות החברה; הציג מצג שווא בפני ציבור המשקיעים לגבי שווי האחזקות של אחת החברות; ועוד.

רואה החשבון הגיש בקשה לסילוק על הסף, בין היתר בנימוק של היעדר יריבות והיעדר עילה. זאת, הואיל והרשלנות שיוחסה לו נעשתה כלפי המשקיעים ולא כלפי החברות, כך שהניזוקים הם המשקיעים, בעוד שהחברות נהנו מכספיהם. ביום 16.4.2019 קיבל בית המשפט המחוזי את הבקשה לסילוק ומחק את התביעה נגד רואה החשבון. בנמקו קביעה זו, ציין בית המשפט כך:

לאחר שעיינתי בכתבי הטענות של הצדדים, נראה כי למרות ההלכה לפיה רק במקרים קיצוניים יש לסלק תביעה על הסף, אין מנוס ממחיקת התביעה נגד המבקשת, משום שנראה כי המשיבות (התובעות) מבקשות לריב את ריבם של המשקיעים ככל שמדובר בטענות נגד המבקשת הנזכרות בכתב התביעה שעיקרן מצג שווא וחיווי דעה רשלנית אשר הטעו את המשקיעים.

מכתב התביעה עולה כי עו"ד ארז חבר מונה כמפרק של המשיבות ולא נטען, כי התובעות פועלות או מייצגות את המשקיעים. על כן, נראה כי אפילו יוכיחו המשיבות את המעשים והמחדלים המיוחסים למבקשת, לא יזכו בסעד הכספי הנתבע משום שככל שנגרם נזק כלשהו מהמעשים והמחדלים המיוחסים למבקשת, ואיני מביע עמדה בעניין זה, נזק זה נגרם למשקיעים ולא למשיבות. בעניין זה, אין לי אלא להצטרף לאמור בפסק הדין בעניין בטר פלייס.

בתשובתן טענו המשיבות כי התביעה נועדה להעשיר את קופת הפירוק לטובת הנושים שלהן בהם המשקיעים, אלא שבכך אין כדי להקנות למשיבות מעמד להגיש תביעה בעילות העומדות למשקיעים (פסקאות 3-2 לפסק הדין החלקי של בית המשפט המחוזי בעניין רוביקון. ההפניות הפנימיות הושמטו – ר.ר.).

22. הן בעניין בטר פלייס והן בעניין רוביקון הגישו המפרקים ערעורים על פסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים. ערעורים אלה נידונו במאוחד, והוכרעו על ידי בית משפט זה ביום 28.2.2022. אתייחס להלן לחלקים בפסק הדין הרלוונטיים לענייננו.

23. בעניין בטר פלייס הוחלט לקבל את הערעור בחלקו, במובן זה שניתנה למערערות (קבוצת החברות) הזדמנות להגיש לבית המשפט המחוזי בקשה לתיקון כתב תביעה, והתיק הוחזר לבית המשפט המחוזי לצורך בירור טענות שלא התלבנו.

בפסק הדין התייחס השופט עמית, בין השאר, לסוגיה של מצגי שווא שניתנו ביחס למצבה הכלכלי של קבוצת החברות. לעניין זה, הוא ציין כדלקמן:

במישור העקרוני, התקשיתי לקבל את גישת המערערות (החברות – ר.ר.) כי הנזק בגין מצגי השווא הוא 'בראש ובראשונה' שלהן בעוד שהנזק של הנושים הוא 'נזק משני'. חברה המתקשרת עם ספק בחוזה לאספקת טובין או שירות, אמנם יוצרת לעצמה חוב כלפי הספק, אך בכך היא אינה יוצרת לעצמה 'נזק'; וכאשר החברה אינה עומדת בחובתה לשלם לספק את התמורה החוזית, הרי שהנזק הוא של הספק, לא של החברה. [...]

לא ניתן לקבל אפוא את הקונסטרוקציה של המערערות, שלפיה הנזקים בגין מצגי השווא הם כביכול בראש ובראשונה של החברה, וכי נזקם של הנושים הוא נזק משני בלבד. נהפוך הוא. הנזק הוא בראש ובראשונה של הנושים, והעובדה שסך חובות החברה הוביל בסופו של דבר לפירוקה, מהווה לכל היותר 'נזק משני' של החברה, ככל שאמנם מדובר ב'נזק' במובנו המשפטי (פסקה 55 לפסק הדין בערעור בעניין בטר פלייס ורוביקון).

בהקשר זה, עמד השופט עמית על כך שהתביעה הוגשה על ידי המפרקים בשם החברות, וכי נזקן של החברות נתבע כ"נזק ראשי". עם זאת, הוא סבר כי "בהינתן שהנזק שנתבע תואם את הנזק שנגרם לנושים על פי תביעות החוב שאושרו, ובהינתן הטענה... כי הנושים המחזו את זכות התביעה שלהם למפרקים" – יש לאפשר למפרקים לתקן את כתב התביעה כדי להבהיר נקודה זו (ההדגשה במקור. שם, בפסקה 56). השופט עמית הדגיש כי לשאלה בשם מי הוגשה התביעה יש השלכה על הטענה למצגי שווא, בציינו כי "טענה זו, ככל שבית המשפט יכיר בכך שהמפרק מייצג את הנושים, ניתן להעלות בשמם של נושים וספקים, צדדי ג' שלטענתם הסתמכו על אותם מצגי שווא" (שם).

משהגיע לתוצאה כי יש להשיב את התיק לבית המשפט המחוזי, סבר השופט עמית כי אין צורך להידרש לסוגיה של המחאת זכויות התביעה של חלק מהנושים לטובת המפרקים, וכן לשאלה מתי, אם בכלל, ניתן לראות את נזקי הנושים כנזקי החברות. עם

זאת, הוא ראה לציין שמדובר ב"סוגיה לא פשוטה היורדת לשורש דיני חדלות הפירעון" (שם, בפסקה 57)).

בכל הנוגע לרואי החשבון המבקרים, מצא השופט עמית כי קביעותיו של בית המשפט המחוזי מעוררות קושי מסוים. הוא עמד על כך שסעיף 170 לחוק החברות מטיל על רואה החשבון המבקר אחריות ישירה לאמור בחוות דעתו לגבי הדוחות הכספיים, הן כלפי החברה והן כלפי בעלי מניותיה. עוד צוין כי סעיף זה פורש בפסיקה כך שאחריות רואה החשבון מתפרשת על נזקים שנגרמו כתוצאה ממצג מטעה שהופיע בחוות דעתו ביחס לדוחות הכספיים, בין אם ברשלנות ובין אם בזדון. על רקע זה, מצא השופט עמית כי "על פני הדברים, בהינתן קיומה של אחריות ישירה של רואה החשבון המבקר כלפי החברה, שלילה א-פריורית של עילת תביעה של החברה נגד רואה החשבון המבקר בגין רשלנותו, בטענה כי עילת התביעה מסורה לצדדים שלישיים בלבד, אינה נטולת קושי" (שם, בפסקה 60). לצד זאת, הוא ציין כי ניתן להבין את קביעתו של בית המשפט המחוזי כי לא מצא בכתב התביעה התייחסות לשאלה מהו הנזק שהסבו רואי החשבון לחברות.

על רקע זה, וברוח קביעותיו הקודמות – קבע השופט עמית כי יש לאפשר למפרקים הזדמנות לתקן את כתב התביעה גם בנקודה זו, וזאת לצורך הבהרת הנזק הנטען של החברה.

כחלק מהדיון בתביעה נגד רואי החשבון המבקרים, התייחס השופט עמית באופן ספציפי גם לטענה בדבר אי-פרסום הערת עסק חי. מחד גיסא, הוא ציין כי "אם בית המשפט יהיה נכון להכיר בכך שהמפרק מייצג את הנושים, אם ישירות ואם מכוח המחאת זכות, הרי שלנושים עומדת לכאורה עילת תביעה כנגד רואי החשבון בגין אי פרסום הערת עסק חי..." (שם). מאידך גיסא, ככל שמדובר בטענה לנזק שנגרם לכאורה לחברות, צוין כי "[על פניו, הערת עסק חי הייתה מן הסתם מזרזת את קריסתה של החברה" (שם)].

24. בעניין רוביקון הוחלט לקבל את הערעור ולהשיב את הדיון לבית המשפט המחוזי. לעניין זה צוין כי טענות רבות בכתב התביעה אכן מתמקדות בהשפעת הרשלנות המיוחסת לרואה החשבון המבקר על ציבור המשקיעים, להבדיל מהחברות עצמן. עם זאת, כתב התביעה כולל גם טענות להתרשלנות מצד רואה החשבון המבקר בשורה של נושאים, מבלי להתייחס לנזק שנגרם כתוצאה מכך ולשאלה למי הוא נגרם. בנוסף, הועלתה בו טענה כי רואה החשבון המבקר היה מודע לכך שישנה יתרת חוב לבעלי השליטה בדוחות הכספיים המורכבת ממשכיות כספים, וכן היה מודע לכך שכספים אלה היו מיועדים לצרכים הפרטיים של מייסד החברות. עוד צוין כי בסופו של דבר נטען כלפי

רואה החשבון כי הוא זנח את תפקידו ואחריותו לפקח על הנהלת החברה ולמנוע ממנה מלפגוע הן בחברה והן באלה הנסמכים עליה.

על רקע דברים אלה, נקבע כי "הגם שניכר מכתב התביעה כי המערערת שמו את הדגש בטענותיהן על הזיקה שבין רשלנותה הנטענת של המשיבה (רואה החשבון המבקר – ר.ר.) לבין הנזק שנגרם למשקיעים, אין לומר כי כתב התביעה נעדר כל התייחסות למישור היחסים שבין המשיבה לחברות עצמן. בנסיבות אלו, יש קושי לקבוע שהתביעה 'אינה מגלה ולו צל של עילה', ובראי ההלכות לגבי סילוק על הסף מחמת העדר עילה והזהירות שעל בית המשפט לנקוט בטרם יורה על מחיקה (ראו בפסקה 32 לעיל), אני סבור כי לא היה מקום להורות על סילוק התביעה על הסף בשלב ובאופן שבו הדבר נעשה במקרה דנן" (שם, בפסקה 70).

25. לאחר דברים אלה, יובאו להלן עיקרי טענות הצדדים בערעור שלפנינו.

טענות המפרקים

26. לטענת המפרקים, בית משפט קמא שגה בהחלטתו לסלק את התביעה על הסף. ראשית, נטען כי הקביעה לפיה כתב התביעה אינו משקף נזק שנגרם לאגרוסקו או קשר סיבתי בינו לבין התנהלות קוסט – משוללת יסוד. המפרקים חוזרים לעניין זה על טענות בכתב התביעה, לפיה לו הייתה קוסט פועלת כראוי וכוללת הערת עסק חי כבר בדוחות הכספיים של החברה לשנת 2007, היה הדבר מוביל להפסקת פעילותה של החברה בסמוך לאחר מכן וכ-3 שנים לפני מועד קריסתה בפועל. במצב זה היו נמנעים ההפסדים הכבדים שספגה החברה בשנים אלה, בסך של למעלה מ-400 מיליון ש"ח. המפרקים מדגישים כי בכתב התביעה פורטו הסכומים המדויקים של ההפסדים שנגרמו לחברה, והובהר כי מצבה הורע לאין שיעור בתקופה האמורה.

לשיטתם, בית משפט קמא שגה בקביעתו שלא מדובר בנזק לחברה, שכן הפסקת פעילות החברה בשנת 2008 הייתה מתרחשת בתנאים נוחים בהרבה מבחינת החברה, היו נצברים פחות חובות והפסדים, ובקופתה היה כסף רב יותר. יתרה מכך, בשנת 2008 ייתכן כי החברה עוד הייתה יכולה לעבור תהליך של הבראה ולא להיקלע לקריסה טוטאלית כפי שקרה בשנת 2011, לאחר שמצבה הוחמר באופן משמעותי.

עוד נטען כי בניגוד לקביעת בית משפט קמא, תיאור הנזק שנגרם לחברה לא התבסס על החובות לנושים, ואף נעשה מאמץ להפריד בין תיאור נזקי החברה לנזקי

הנושים. המפרקים הוסיפו וטענו כי ממילא הפרדה דיכוטומית בין נזק לחברה לבין נזק לנושים אינה מתאימה לשלב הנוכחי, כפי שנקבע בפסק הדין בערעור בעניין בטר פלייס ורוביקון. זאת שכן במצב של חדלות פירעון, כל נזק שנגרם בקשר לנכסי החברה הוא בהכרח נזק הן לחברה והן לנושיה – אשר זכאים להיפרע מנכסיה.

באשר לקביעת בית משפט קמא לפיה לא מתקיים קשר סיבתי בין התנהלות קוסט לבין ההפסדים שנגרמו לאגרקסקו בשנים 2008-2011 – טוענים המפרקים כי לא זו בלבד שכלל לא הועלתה טענה כזו על ידי קוסט, אלא שמדובר בקביעה שגויה. לשיטתם, העובדה שקוסט לא נטלה חלק בניהול החברה אינה פוטרת אותה מאחריות נזיקית מקום בו היא שיתפה פעולה עם גורמים בהנהלת החברה, ולמצער סייעה להם "לייפות" את הדוחות הכספיים ולהטעות גורמים בחברה ומחוצה לה, באופן שאיפשר לחברה להמשיך בפעילותה ולצבור הפסדי עתק. כשם שניתן לחייב גורמים בהנהלת החברה בנסיבות אלה, כך גם ניתן – לגישת המפרקים – לחייב את מי שסייע להם במעשיו ובמחדליו. עוד טוענים המפרקים כי הפסיקה כבר הכירה באפשרות לחייב רואי חשבון במגוון עילות כלפי החברה, לרבות בגין כספים שיצאו ממנה בעקבות ליקויים בדוחות הכספיים.

מעבר לכך, לגישת המפרקים קביעה מעין זו איננה יכולה להיעשות על הסף, לפני שנערך כל בירור עובדתי וראייתי. זאת על אחת כמה וכמה כאשר טענה זו הועלתה מיוזמתו של בית המשפט מבלי שנטענה על ידי קוסט, ומבלי שניתנה למפרקים הזדמנות להשיב עליה. בכך, טוענים המפרקים, יש משום פגיעה במראית פני הצדק.

בשולי הדברים, מציינים המפרקים כי אף לו היה ממש בקביעתו של בית משפט קמא כי טענתם לנזק שנגרם לחברה נטענה ללא פירוט – הרי שאין זו עילה לסילוק על הסף אלא לכל היותר טעם להורות על תיקון כתב התביעה, כפי שנקבע בפסק הדין בערעור בעניין בטר פלייס ורוביקון.

27. שנית, נטען כי בית משפט קמא שגה בקביעתו כי תביעת הנושים התיישנה. בהקשר זה, גורסים המפרקים כי יש להתחיל למנות את מרוץ ההתיישנות לכל המוקדם ביום 23.6.2013 – עם הגשת דו"ח החוקר, ולא מיום הגשת חו"ד ברלב. לשיטתם, בשונה מהגישה שהייתה נהוגה בעבר – לפיה די בכך שלתובע יש "קצה חוט" כדי להתחיל את מרוץ ההתיישנות – כיום רווחת התפיסה לפיה תקופת ההתיישנות תחל להימנות רק מהמועד בו טיב הגילוי הוא כזה שאדם סביר היה מגיש תביעה בעלת סיכוי ממשי בהתבסס על המידע שגילה. לא זו אף זו, נטען כי בפסיקה קיימת מגמה להקל אף

יותר על תביעות מפרקים בכל הנוגע לטענות הנוגעות להתיישנות, וזאת אף מעבר לפסיקה הכללית לפיה יש לפרש בצמצום את פרישתה של טענת התיישנות.

בענייננו, בחו"ד ברלב צוין במפורש כי מדובר בחוות דעת ראשונית וכי יש צורך בביצוע חקירות נוספות כדי להגיע לחקר האמת; ולכן ברי כי לא ניתן לטעון שמפרק סביר היה מגיש תביעה בעלת סיכוי ממשי להתקבל בהתבסס עליה. לחיזוק טענתם, מדגישים המפרקים כי עיון בכתב התביעה מלמד כי רובו המכריע של הטעון העובדתי שנכלל בו התגלה רק בחקירות ובבדיקות שנערכו לאחר הגשתה של חו"ד ברלב, כך שברור כי מפרק סביר היה מגיש את התביעה דנן רק לאחר שממצאים אלה התקבלו.

זאת ועוד, המפרקים טוענים כי אף אם ניתן היה לראות במועד הגשת חו"ד ברלב כמועד בו החלה להימנות תקופת ההתיישנות, הרי שגם אז לא ניתן לקבוע כי תביעת הנושים התיישנה. זאת, בשל הסכמות הצדדים ביחס לעצירת מרוץ ההתיישנות ביום 3.1.2018. בהקשר זה, נטען כי בית משפט קמא שגה בקביעתו כי הסכמות אלה לא חלות על תביעת הנושים. טעם אחד לכך הוא שמדובר בטענה עובדתית אשר כלל לא הועלתה על ידי קוסט, לא נתמכה בתצהיר, ולא ניתנה למפרקים הזדמנות להשיב עליה.

מעבר לכך, נטען כי הסכמת קוסט לעצירת מרוץ ההתיישנות ניתנה באופן גורף ובלתי מסויג, ללא תלות במהות התביעה או ב"כובע" בו יגישו אותה המפרקים. עוד מוסיפים המפרקים כי אין כל חשיבות לעניין זה למועד בו המחו להם הנושים את זכויותיהם. זאת, הן מאחר שבטיוטת כתב התביעה שהועברה לקוסט, ואשר על בסיסה היא נתנה את הסכמתה, כבר צוין כי במידת הצורך יצטיידו המפרקים בהמחאת זכויות מתאימה מהנושים; והן מאחר שהמפרקים, מתוקף תפקידם, הם ממילא נציגים ונאמנים של כלל הנושים. על כן, נטען כי כפי שקבע בית משפט קמא כי תביעה החברה לא התיישנה בשל ההסכמה על עצירת מרוץ ההתיישנות, כך גם היה עליו לקבוע ביחס לתביעת הנושים.

28. לבסוף, נטען כי קביעת בית משפט קמא שיש לסלק את התביעה על הסף בשל שיהוי היא חסרת תקדים, בלתי מוצדקת ובלתי מידתית. לשיטת המפרקים, הם פעלו בלוח זמנים הגיוני וערכו בדיקות וחקירות כנדרש, תוך שהם נוהגים בזהירות בכספי קופת הפירוק ומוודאים שיש בידיהם תשתית מבוססת דיה כדי להגיש תביעה בעלת סיכוי ממשי להתקבל. על כן, ברור כי בהשוואה לתביעות מפרקים אחרות, לא נפל בהתנהלותם כל פגם חריג או קיצוני המצדיק צעד כה מרחיק לכת של סילוק על הסף מחמת שיהוי. כמו כן, נטען כי לפני הגשת התביעה ניסו המפרקים לסיים את המחלוקות בפשרה

ובמסגרת הליך גישור ארוך, וכי סילוק התביעה על הסף בשל שיהוי עלול להעביר מסר בלתי רצוי לבעלי דין עתידיים לגבי ניסיונות דומים.

המפרקים מוסיפים וטוענים כי לצורך טענת השיהוי נדרש להוכיח שני תנאים הכרחיים ומצטברים: כי בנסיבות המקרה התובע זנח את זכות התביעה העומדת לו; וכי במשך הזמן שחלף שינה הנתבע את מצבו לרעה. בכל הנוגע לתנאי הראשון, נטען כי בית משפט קמא שגה בקביעתו כי התנגדות המפרקים לבקשת הצירוף בתביעה נגד בעלות המניות יצרה מצג כאילו הם ויתרו על התביעה נגד קוסט. המפרקים מדגישים לעניין זה כי בתשובתם לבקשת הצירוף, הם הבהירו כי עלילות תביעה פוטנציאליות נגד הגורמים שצירופם התבקש נבחנות ונשקלות על ידיהם, וכי האמור בתשובה אינו גורע מטענות ועילות העומדות להם ולחברה. לשיטתם, ברי כי לא ניתן להסיק מכך ויתור על זכות התביעה, אשר צריך להיות ברור וחד משמעי. יתרה מכך, קוסט כלל לא הייתה צד לתביעה נגד בעלות המניות כך שממילא לא יכול היה להיווצר כל מצג כלפיה של ויתור על התביעה. כן מציינים המפרקים כי בחלוף מספר חודשים לאחר הגשת ההתנגדות לבקשת הצירוף, הם כבר פנו לקוסט בהצעה לקיום הידברות, בצירוף טיוטת כתב התביעה.

באשר לתנאי השני, טוענים המפרקים כי קוסט לא טענה, וממילא לא הוכיחה, כי נגרם לה נזק כלשהו בשל השיהוי הנטען. לשיטת המפרקים, מדובר בטענה נוספת שהעלה בית המשפט מיוזמתו, מבלי שהיא נטענה על ידי קוסט, מבלי שהוכחה, ומבלי שניתנה למפרקים הזדמנות להשיב עליה.

29. מטעמים אלה, סבורים המפרקים כי יש לקבל את הערעור ולהורות על ביטול פסק דינו של בית משפט קמא. כן הם מבקשים כי ככל שיתקבל הערעור, יוחזר הדיון למותב אחר. זאת בין היתר בשל קביעותיו הנחרצות של בית משפט קמא ולמען מראית פני הצדק.

טענות קוסט

30. בתשובתה לערעור, טוענת קוסט כי יש לדחות את טענות המפרקים ולהותיר את פסק דינו של בית משפט קמא על כנו. באשר לתביעת הנושים, נטען תחילה כי החוק מבחין באופן חד וברור בין סמכויות המפרק ביחס לחברה לבין סמכויותיו ביחס לנושים. כך, בעוד שלמפרק נתונה הסמכות לתבוע בשם החברה, אין הוא מוסמך לתבוע בשם הנושים אלא רק לפרוע את חובם. על כן, כדי שיוכל המפרק להגיש תביעה בשם נושים,

עליו לקבל המחאת זכות כדין מהנושים, וכן את אישורו המפורש של בית משפט של חדלות פירעון. זאת, בפרט כאשר מדובר בהמחאת זכות תביעה נזיקית, המוגבלת מכוח סעיף 22 לפקודת הנזיקין. בענייננו, לא ניתן אישור כאמור מבית משפט של פירוק.

עוד מוסיפה קוסט כי בפסיקת בית המשפט המחוזי נקבע כי בית המשפט לא יאשר המחאת זכויות תביעה בנזיקין למפרקי חברה אם הם יהיו זכאים ליהנות מפירות התביעה; ובמקרה אחר אף נקבע כי לנוכח סעיף 22 לפקודת הנזיקין, כלל לא ניתן להמחות זכות תביעה נזיקית מנושה למפרק. די בטעמים אלה לשיטת קוסט, כדי להביא לדחיית הערעור בכל הנוגע לסילוק תביעת הנושים.

מעבר לכך, מתייחסת קוסט גם לסוגיית ההתיישנות. לעניין זה, היא טוענת כי במועד בו המחוי הנושים העיקריים, מחזיקי האג"ח וחברת האניות, את זכויותיהם למפרקים, כבר חלף פרק זמן של למעלה מ-7 שנים מהמועד בו הם ידעו או היה עליהם לדעת על עילת התביעה – הוא מועד הגשת חו"ד ברלב (25.8.2011). משכך, ברי כי במועד ההמחאה כבר התיישנה עילת התביעה של הנושים.

כן נטען כי בית משפט קמא צדק בקביעתו לפיה הסכמת הצדדים לעצירת מרוץ ההתיישנות ביום 3.1.2018 אינה חלה על תביעת הנושים. הטעם לכך הוא שבמועד ההסכמה, לא הומחו עדיין זכויות הנושים למפרקים, ולכן הם לא היו מוסמכים לייצג אותם או לפעול בשמם. כמו כן, נטען כי לפי סעיף 19 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, הסכמת הצדדים להארכת תקופת ההתיישנות צריכה להיעשות בחוזה נפרד בכתב, כאשר בענייננו אין חולק שקוסט מעולם לא נתנה לנושים את הסכמתה על הארכת תקופת ההתיישנות.

ביחס למועד תחילת מרוץ ההתיישנות של תביעת הנושים, טוענת קוסט כי בניגוד לגישת המפרקים, אין כל רלוונטיות למועד בו נודעה למפרקים עילת התביעה של הנושים, אלא המועד הרלוונטי הוא המועד בו היא נודעה לנושים. לשיטתה, מעיון בחו"ד ברלב עולה כי הועלו בה טענות זהות לאלה שהעלו המפרקים בכתב התביעה בשם הנושים; ולכן ברי כי במועד הגשתה, היו העובדות הרלוונטיות ידועות לנושים או למצער היו צריכות להיות ידועות להם. קוסט מוסיפה כי אין ממש בטענת המפרקים לפיה לא היה בחו"ד ברלב כדי לאפשר את הגשת התביעה, וכי היה צורך בביצוע חקירות נוספות כדי ש"מפרק סביר" יגיש את התביעה. לטענתה, החקירה לשם השגת ראיות להוכחת התביעה צריכה להיעשות בתוך תקופת ההתיישנות, והיא אינה דוחה את מועד תחילתה.

31. בכל הנוגע לתביעת החברה, טוענת קוסט כי על פי קביעתו של בית משפט זה בפסק הדין בערעור בעניין בטר פלייס ורוביקון, עילת תביעה נגד רואה חשבון מבקר שעניינה אי-הכללת הערת עסק חי במועד, יכולה להיטען רק על ידי הנושים ולא על ידי החברה, שכן מבחינה מושגית היא אינה נחשבת ככזו הגורמת נזק לחברה. עוד היא מדגישה כי אין בכתב התביעה, ואף לא בערעור דנן, כל תיאור של נזק אחר שנגרם כביכול לחברה, מלבד הנזק המתואר כהיעדר יכולת פירעון לנושים. לשיטתה, מכך ניתן ללמוד בכירור כי מדובר בנזק שנגרם לנושים ולא לחברה.

יתרה מכך, נטען כי טענת המפרקים כאילו במצב של חדלות פירעון, כל נזק בקשר לנכסי החברה הוא בהכרח נזק הן לחברה והן לנושיה, נדחתה במפורש בפסק הדין בערעור בעניין בטר פלייס ורוביקון. משכך, סבורה קוסט כי לא קמה כל הצדקה להתערב בהחלטת בית משפט קמא לסלק את תביעת החברה על הסף.

32. בשלהי תשובתה, טוענת קוסט כי בית משפט קמא צדק גם בקביעתו כי יש לסלק את התביעה על הסף בשל השיהוי שנפל בהגשתה. לגישתה, לצורך ביסוס טענת השיהוי יש להוכיח כי התובע זנח את זכות התביעה העומדת לו או כי במשך הזמן הנתבע שינה את מצבו לרעה – קרי מדובר בדרישות חלופיות. בענייננו, התנגדותם הנחרצת של המפרקים לבקשת הצירוף שהוגשה בתביעה נגד בעלות המניות, בה התבקש כזכור גם צירופה של קוסט, היוותה לכל הפחות איתות ברור כי אין בדעתם של המפרקים לתבוע אותה.

33. לנוכח כל האמור, טוענת קוסט כי יש לדחות את הערעור במלואו, ולהותיר את פסק הדין של בית משפט קמא על כנו.

הדיון בערעור

34. ביום 9.3.2023 התקיים לפנינו דיון בערעור, במהלכו חזרו הצדדים על עיקר טענותיהם. בין היתר, טען בא כוח המפרקים כי בכתב התביעה פורט הנזק שנגרם לחברה בשל התנהלותה הנטענת של קוסט, אשר מקורו בכספים שהוצאו מהחברה בין השנים 2008-2011. הוא הוסיף לעניין זה כי אילו היו הכספים הללו נשארים בחברה, ייתכן כי החברה הייתה יכולה להיכנס להליך של הבראה. כן נטען כי בפסק הדין בערעור בעניין בטר פלייס ורוביקון התקבלו הערעורים על פסקי הדין שסילקו את התביעות על הסף, וזאת על אף שבמקרים אלה כלל לא צוין מהו הנזק לחברה.

בכל הנוגע לתביעת הנושים, טען בא כוח המפרקים, בין היתר, כי הסכמת קוסט לעצירת מרוץ ההתיישנות ניתנה על יסוד טיוטת כתב התביעה שהועברה אליה, שם צוין כי התביעה מוגשת גם בשם הנושים וכי במידת הצורך תתקבל מהם המחאת זכות. על כן, יש לפרש את ההסכמה כחלה גם ביחס לתביעת הנושים. עוד נטען כי יש למנות את תקופת ההתיישנות רק החל ממועד הגשת דו"ח החוקר, שכן בחו"ד ברלב לא הועלו טענות ביחס לרואה החשבון המבקר. במישור המשפטי, ציין בא כוח המפרקים כי קיימים בפסיקה שני מבחנים שונים לבחינת המועד בו מתחיל מרוץ ההתיישנות – האחד דורש קיומו של "קצה חוט" בידי התובע, והשני דורש קיומו של מידע אשר על בסיסו יגיש "האדם הסביר" תביעה בעלת סיכוי ממשי להתקבל.

35. בא כוחה של קוסט טען מנגד כי בכל הנוגע לתביעת החברה, בית משפט קמא יישם כראוי את פסק הדין בערעור בעניין בטר פלייס ורוביקון, בו נקבע כי אין בעובדה שהחברה התחייבה לשלם כסף לנושה בתמורה לקבלת סחורה – כדי לגבש נזק לחברה המקים לה עילת תביעה.

ביחס לתביעת הנושים, נטען כי הסכמתה של קוסט לעצירת מרוץ ההתיישנות אינה יכולה לחול גם על תביעת הנושים, בשים לב לכך שבעת פניית המפרקים לקוסט כלל לא הומחו להם זכויות הנושים. כן נטען כי בענייננו לא מתקיים התנאי הקבוע בסעיף 19 לחוק ההתיישנות, לפיו הצדדים רשאים להסכים על הארכת תקופת ההתיישנות רק בחוזה נפרד בכתב. בא כוח קוסט הוסיף וטען כי מועד תחילת מרוץ ההתיישנות הוא המועד בו הוגשה חו"ד ברלב, בין אם מחילים את המבחן של "קצה חוט" ובין אם מחילים את מבחן "האדם הסביר". זאת, הואיל וחוו"ד ברלב התייחסה מפורשות לדוחות הכספיים של החברה.

36. יוער כי במהלך הדיון הסכימו הצדדים כי טיוטת כתב התביעה שצורפה לפניית המפרקים לקוסט ביום 3.1.2018, תוגש לעיוננו.

דיון והכרעה

37. לאחר שעיינתי בפסק דינו של בית משפט קמא, ונתתי דעתי לטענות הצדדים בכתב ובעל-פה, הגעתי למסקנה, מכל הנימוקים שיפורטו להלן, כי יש לקבל את הערעור, וכך גם אציע לחבריי לעשות.

38. פסק דינו של בית משפט קמא אשר סילק על הסף את תביעת המפרקים נגד קוסט במלואה, נשען על שלושה אדנים: הראשון – עילת התביעה של הנושים נגד קוסט התיישנה ולכן יש לדחות את תביעתם על הסף; השני – כתב התביעה שהגישו המפרקים אינו מגלה כל נזק שנגרם לחברה (להבדיל מנושיה) ולכן יש למחוק את תביעת החברה על הסף בהיעדר עילה; והשלישי – המפרקים הגישו את התביעה בשיהוי ניכר, באופן המצדיק את סילוקה על סף.

אדון להלן בקביעות אלה כסדרן, אך קודם – הערה מקדימה.

39. המסגרת הדיונית בה אנו מצויים היא בקשה לסילוק תביעת המפרקים על הסף. סמכותו של בית המשפט לסלק תביעה על הסף, כולה או מקצתה, מעוגנת בתקנות 43-41 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (אשר החליפו את תקנות 100-101 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984). כפי שציין בית משפט זה פעמים רבות, לנוכח ההשלכות המשמעותיות הכרוכות בסילוק תביעה על הסף בטרם בירורה לגופה – הפעלת סמכות זו צריכה להיעשות בזהירות רבה ורק במקרים קיצוניים. כך, הובהר בפסיקה זה מכבר כי השימוש בסעד הדרסטי של סילוק על הסף שמור למקרים בהם "ברור, כי בשום פנים ואופן אין התובע יכול לקבל, על יסוד הטענות המבססות את תביעתו, את הסעד המבוקש"; וכי "די בכך שקיימת אפשרות, אפילו קלושה, שעל פי העובדות המהוות את עילת התביעה, יזכה התובע בסעד שהוא מבקש, כדי שהתביעה לא תימחק באיבה" (ראו: ע"א 35/83 חסין נ' פלדמן, פ"ד לז(4) 721, 724 (1983). כן ראו: ע"א 5634/05 צוקית הכרמל פרוייקטים בע"מ נ' מיכה צח חברה לקבלנות כללית בע"מ, פסקה יב (4.6.2007); ע"א 4683/16 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' עזבון כהן ז"ל, פסקה 19 (23.1.2019); רע"א 6938/19 אילני נ' ברוך, פסקה 22 (20.8.2020) (להלן: עניין אילני)).

40. ככלל, הנחת המוצא בבירור טענות לסילוק על הסף היא כי העובדות הנטענות בכתב התביעה הן עובדות שאינן שנויות במחלוקת (ראו: ע"א 9413/03 אלנקווה נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים, פ"ד סב(4) 525, 548-549 (2008) (להלן: עניין אלנקווה); ע"א 9063/12 עזבון המנוח ריכטר ז"ל נ' Delson, פסקה 23 (5.9.2017) (להלן: עניין ריכטר); ע"א 7379/18 יצחקי נ' יצחקי, פסקה 24 (18.12.2019)). במקרים כאלה, בהם הדיון בטענת הסף איננו מחייב בירור עובדתי כלל, הדרך היעילה לניהול הדיון היא כי הערכאה הדיונית תבחן את טענת הסילוק עוד בטרם הדיון בתביעה לגופה.

לעומת זאת, כאשר הכרעה בטענת סילוק כרוכה בבירור עובדתי, עשוי הדבר להצדיק שלא לדון בה כטענת סף ולהשעות את ההכרעה בה להמשך בירור ההליך (ראו:

רע"א 2127/18 ארבל מרכז גריאטרי בע"מ נ' משרד הבריאות, מדינת ישראל, פסקה 26 (31.12.2018); עניין אילני, בפסקה 25; רע"א 1099/21 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אקסטרה פיתוח וייזום בע"מ, פסקה 21 (17.11.2021) (להלן: עניין הרמטיק)).

יחד עם זאת יוער כי לטעמי, גם במקרים כאלה, פיצול הדיון ובירור מוקדם של טענת הסף הוא אפשרי ולעיתים אף רצוי. כך, במקרים בהם טענת סף מצריכה בירור עובדתי פשוט וייחודי שאיננו חופף לבירור נושא התביעה לגופה; ובעיקר כאשר הדיון בתביעה לגופה עלול להיות ארוך ומורכב – ראוי ויעיל בדרך-כלל לדון ולהכריע בטענת הסילוק בשלב מקדמי של ההליך, בטרם בירור התביעה גופה. זאת משום שבמצבים אלה הכרעה בטענת הסילוק עשויה לייתר את הצורך לקיים בירור עובדתי של התביעה גופה, או למצער של חלקה, ובירורה כבר בשלב מקדמי יכול לכן לייעל את הדיון ולהביא לחיסכון במשאבים (ראו: רע"א 6552/20 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' א.לוי השקעות ובניין בע"מ, פסקאות 19-20 (2.12.2020); רע"א 6209/22 מדינת ישראל רשות מקרקעי ישראל נ' פאהום, פסקאות 8-9 (2.11.2022)). על כל פנים, יודגש כי מדובר בעניינים הנוגעים לאופן בירור ההליך, המצויים ככלל בליבת שיקול הדעת של הערכאה הדיונית.

41. לאורם של דברים אלה, ייבחנו קביעותיו של בית משפט קמא לעניין סילוק תביעת המפרקים על הסף.

האם חלה התיישנות על תביעת הנושים?

(1) מוסד ההתיישנות – כללי

42. מוסד ההתיישנות נועד לתחום את גבולות הזמן בהם ניתן להגיש תביעה. בבסיסו מצויים מספר טעמים עיקריים. בכלל זה, ניתן למנות את הקושי של הנתבע בהשגת עדים וראיות בחלוף זמן רב, אשר עלול לפגוע ביכולתו להגן על עצמו ולהקשות על חקר האמת; את אינטרס הנתבע בוודאות ביחס לחשיפתו האפשרית לסכנת תביעה, ואת ציפייתו כי תובע ש"ישן על זכויותיו" במשך תקופה ארוכה זנח את תביעתו; וכן את האינטרס הציבורי שמערכת המשפט תשקיע את משאביה בענייני ההווה ולא בנושאים שאבד עליהם הכלח (ראו, למשל: ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נז(5) 433, 444 (2003) (להלן: עניין תלמוד תורה); ע"א 2387/06 פלונית נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, פסקה 15 (31.8.2008) (להלן: עניין טבע); ע"א 10591/06 יפרח נ' מפעלי תובלה בע"מ, בפסקה 20 (12.7.2010) (להלן: עניין יפרח); רע"א 901/07 מדינת ישראל – הוועדה לאנרגיה

אטומית נ' גיא-ליפל, פ"ד סד(2) 82, 111-112 (2010) (להלן: עניין גיא-ליפל); ע"א 1442/13 זוארס נ' התעשייה הצבאית ישראל בע"מ, פסקה 9 (18.8.2016) (להלן: עניין זוארס). להרחבה, ראו: טל חבקין התיישנות 24-33 (מהדורה שנייה, 2021) (להלן: חבקין)).

מן העבר השני, ניצב האינטרס של התובע להביא את תביעתו לדיון בפני בית המשפט, ולממש את זכות הגישה שלו לערכאות, שהוכרה כבעלת מעמד חוקתי. הסדרי ההתיישנות טומנים כמובן בחובם פגיעה מסוימת בזכות זו, שכן סילוק תביעה על הסף מחמת התיישנות משמעותו דחיית התביעה (להבדיל ממחיקתה), באופן שמקים מחסום דיוני המונע מהתובע לברר את זכותו המהותית בפני ערכאה שיפוטית בחלוף פרק זמן מסוים (ראו: עניין אלנקווה, בעמודים 546-548; עניין טבע, בפסקה 15; עניין גיא-ליפל, בעמוד 110; עניין יפרח, בפסקה 20; ע"א 977/17 מולכו בתפקידו כמנהל מיוחד בהליכי פשיטת הרגל של החייב נ' יונה, פסקה 14 (6.5.2021). כן ראו: חבקין, בעמודים 23, 33-34).

דיני ההתיישנות מגבילים אם כן את זכות הגישה של תובעים לערכאות לתקופת זמן קצובה וידועה מראש (בכפוף לחריגים המאפשרים את הארכתה), וזאת תוך איזון בין האינטרס של התובעים, האינטרס של הנתבעים והאינטרס של הציבור בכללותו.

(2) מתי מתחילה תקופת ההתיישנות?

43. תקופת ההתיישנות של תביעות שאינן במקרקעין עומדת על שבע שנים, וככלל, תחילתה ביום בו נולדה "עילת התביעה" (סעיף 5(1) לחוק ההתיישנות). כפי שנקבע בפסיקה, תקופת ההתיישנות מתחילה להימנות בהתקיים שלושה תנאים: התנאי הראשון הוא כי נולדה "עילת תביעה" (סעיף 6 לחוק ההתיישנות). על פי המבחן המקובל בפסיקה, מועד לידתה של עילת התביעה הוא המועד בו התגבשו "כל העובדות החיוניות הנדרשות לביסוס תביעה, שבהיעדרן לא יוכל התובע לזכות בסעד המבוקש בתביעתו" (רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ, פ"ד סו(1) 660, 633 (2013). ראו גם: עניין תלמוד תורה, בעמוד 456; עניין גיא-ליפל, בעמודים 116-118; ע"א 7589/13 establishment adoka נ' מכון ויצמן למדע, פסקה 7 (8.6.2015) (להלן: עניין מכון ויצמן); ע"א 8880/13 וינשל נ' מדינת ישראל משרד הביטחון, פסקה 26 (30.8.2016) (להלן: עניין וינשל); ע"א 595/22 בר עידן יצור ופיתוח בע"מ נ' מועצה אזורית שפיר, פסקה 13 (28.3.2023) (להלן: עניין בר עידן)).

התנאי השני מחייב כי בידי התובע קיים "כוח תביעה", קרי אפשרות ממשית להגיש תביעה ולזכות בסעד המבוקש על ידיו, אם יעמוד בנטל ההוכחה העובדתי ובנטל המשפטי לביסוס תביעתו. כפי שהובהר, "כוח תביעה זה מותנה בקיומה של עילה קונקרטית וביכולתו הממשית והדיונית של התובע לפנות לבית המשפט ולקבל את מבוקשו, ללא מניעה אובייקטיבית להגיש התובענה וללא צורך להמתין להכרעה שיפוטית קודמת בעניין קשור" (עניין מכון ויצמן, בפסקה 9. כן ראו: ע"א 3319/94 פפר נ' הוועדה המקומית, פ"ד נא(2) 581, 594-595 (1997); ע"א 9128/11 ד"ר טנוס נ' בולוס ובניו חברה לאירוח ותיירות בע"מ (בפירוק), פסקאות 12-13 (22.12.2014); עניין וינשל, בפסקה 20; רע"א 6737/20 הראל נ' עו"ד נס, פסקה 27 (16.8.2021) (להלן: עניין הראל); עניין בר עידן, בפסקה 13).

התנאי השלישי – והחשוב לענייננו – הוא כי לתובע נודע על אודות קיומה של עילת התביעה. בכל הנוגע לתנאי זה, מורה סעיף 8 לחוק ההתיישנות כי "נעלמו מן התובע העובדות המהוות את עילת התובענה, מסיבות שלא היו תלויות בו ושאינן בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן, תתחיל תקופת ההתיישנות ביום שבו נודעו לתובע עובדות אלה" (ההדגשה הוספה – ר.ר. ראו גם: סעיף 89(2) לפקודת הנזיקין, הקובע כלל גילוי מאוחר ספציפי ביחס ליסוד הנזק בעוולות נזיקיות). סעיף זה, המכונה בפסיקה "כלל הגילוי המאוחר", נועד להשעות את מרוץ ההתיישנות כל עוד התובע לא ידע ולא יכול היה לדעת את העובדות המקימות את עילת התביעה.

ההצדקה הטמונה ביסודו של כלל זה היא כי בהיעדר מודעות מצד התובע ביחס לעובדות המקימות את עילת התביעה נגד הנתבע, נחלשים חלק מן הטעמים שבבסיס מוסד ההתיישנות. זאת שכן במצב זה לא ניתן לראות בתובע כמי ש"ישן על זכויותיו" או זנח את תביעתו, ועורר אצל הנתבע ציפייה הראויה להגנה שלא להיחשב (ראו: עניין יפרח, בפסקה 24; עניין גיא-ליפל, בעמודים 116-117; עניין וינשל, בפסקאות 21-22. להרחבה, ראו: חבקין, בעמודים 243-244. כן השוו: ת"א (כלכלית) 2591-11-17 לרמן נ' דן חברה לתחבורה ציבורית בע"מ, פסקה 70 (5.9.2021) (להלן: עניין דן)). אם כן, ככל שממועד הגילוי המאוחר ועד למועד הגשת התביעה לא חלפה תקופת ההתיישנות הקבועה בדין, התוצאה תהיה כי התביעה לא התיישנה.

יודגש כי סעיף 8 לחוק ההתיישנות קובע מבחן גילוי אובייקטיבי – קרי, אין די בכך שהתובע לא ידע בפועל את העובדות הרלוונטיות, אלא נדרש גם כי הוא לא יכול היה לדעת את העובדות הללו. ובלשון הסעיף, נדרש כי הוא לא יכול היה לגלותן "אף בזהירות סבירה". כלומר, לצורך תחולת כלל הגילוי המאוחר נדרשת אי-מודעות בפועל ובכוח מנקודת מבטו של תובע סביר (ראו: עניין טבע, בפסקה 18; עניין יפרח, בפסקה

24; עניין זוארטס, בפסקה 10; עניין וינשל, בפסקה 27. להרחבה, ראו: חבקין, בעמודים 244-252. כן השוו: עניין דן, בפסקאות 71-73).

44. בענייננו, דומה כי המחלוקת בין הצדדים ממוקדת בתנאי השלישי, וליתר דיוק במועד בו ניתן לייחס לתובע ידיעה על אודות עילת התביעה. כך, נראה כי אין חולק כי העובדות אשר לכאורה מקימות לנושים את עילת התביעה נגד קוסט אירעו במהלך השנים 2007-2010. כך גם, לא הועלתה טענה מצד המפרקים בדבר היעדר "כוח תביעה". נקודת המחלוקת העיקרית בין הצדדים עניינה אם כן במועד בו התגלו, או למצער יכול להתגלות, העובדות המגבשות את עילת התביעה, אשר הוא המועד ממנו יש להתחיל למנות את תקופת ההתיישנות. בעוד שלטענת המפרקים מועד זה חל רק עם הגשת דו"ח החוקר (ביום 23.6.2013); לגישת המשיבה, כמו גם לגישתו של בית משפט קמא, מועד זה חל כבר ביום בו הוגשה חו"ד ברלב (25.8.2011).

45. יצוין כי מאחר שכלל הגילוי המאוחר הוא בגדר חריג המאריך את תקופת ההתיישנות, הנטל לטעון ולהוכיח את התקיימותו מוטל על התובע (ראו: עניין יפרח, בפסקה 28; עניין גיא-ליפל, בעמוד 117; עניין זוארטס, בפסקה 10; עניין וינשל, בפסקה 24; חבקין, בעמוד 284). במקרה דנן, על אף שמטענות המפרקים לעניין תחילתו של מרוץ ההתיישנות עולה כי הם נסמכים על התקיימותו של כלל זה, הם לא העלו באופן מפורש טענה ביחס לתחולתו של סעיף 8 לחוק ההתיישנות – לא בפני בית משפט קמא ואף לא במסגרת ההליך הנוכחי. חרף זאת, משבית משפט קמא התבסס על תחולתו של סעיף זה בפסק דינו (ראו סעיף 10 לפסק הדין), ומשנראה כי עצם תחולתו של כלל הגילוי המאוחר בענייננו אינה שנויה במחלוקת (אלא רק המועד אותו יש לראות כמועד גילוי העובדות) – לא ראיתי מקום לייחס חשיבות לעובדה זו. זאת בפרט הואיל וכפי שיפורט להלן, אני סבורה כי יש לקבל את עמדתה של קוסט לעניין זה ולקבוע כי מרוץ ההתיישנות החל עם הגשת חו"ד ברלב ביום 25.8.2011.

אעבור אם כן לבחון את המחלוקת בין הצדדים ביחס למועד אותו יש לראות כמועד הגילוי של העובדות המקימות את עילת התביעה.

(2) טיב הגילוי הנדרש – "קצה חוט" או "תביעה בעלת סיכוי ממשי"?

46. כאמור, לטענת המפרקים המועד ממנו יש להתחיל למנות את תקופת ההתיישנות הוא היום בו הוגש דו"ח החוקר (23.6.2013). נראה כי בבסיס טענת המפרקים ניצבת טענה משפטית לפיה המבחן הנוהג בפסיקה הוא כי מרוץ ההתיישנות יחל רק כאשר טיב

הגילוי הוא כזה שאדם סביר היה מגיש תביעה בעלת סיכוי ממשי להתקבל בהתבסס עליו. זאת, לשיטתם, בשונה מהמבחן שהיה נהוג בעבר, לפיו די בכך שיש בידי התובע "קצה חוט" ביחס לעובדות המגבשות את עילת התביעה, כדי שמרוץ ההתיישנות יפתח.

בהסתמך על תפיסה זו, טוענים המפרקים כי "מפרק סביר" לא יכול היה להגיש תביעה בעלת סיכוי ממשי להתקבל על בסיס חוו"ד ברלב לבדה. הטעם לכך הוא שמדובר בחוות דעת אשר לא הוגשה כחוות דעת של חוקר שמונה על ידי בית המשפט, ואשר צוין בה מפורשות כי מדובר בדו"ח ראשוני בלבד וכי נדרשות חקירות נוספות. לשיטתם, כדי להגיש תביעה בעלת סיכוי ממשי, היה צורך לערוך חקירות ובדיקות נוספות. המפרקים מדגישים כי עיון בכתב התביעה מלמד כי רבות מן העובדות שפורטו בו התגלו רק בחקירות, ולא היו חלק מן המידע הגלוי אשר שימש בסיס לחוו"ד ברלב.

47. מהו, אם כן, טיב הגילוי הדרוש לצורך פתיחת מרוץ ההתיישנות? האם די בקיומו של "קצה חוט" בידי התובע או שמא נדרש גילוי שעל בסיסו ניתן להגיש "תביעה בעלת סיכוי ממשי"? בחינת פסיקתו של בית משפט זה בסוגיה מעלה תמונה מורכבת ולא חד-משמעית.

48. ככלל, נוהג בית משפט זה בפסיקתו להתייחס לידיעה ברמה של "קצה חוט" כידיעה שבכוחה להתחיל את מרוץ ההתיישנות. פעמים רבות עמד בית משפט זה על כך שיראו בתובע כמי שנעלמו ממנו עובדות המהוות את עילת התביעה, רק אם לא היה בידו ולו "קצה חוט" ביחס לקיומן של עובדות אלה (ראו, למשל: ע"א 2897/11 גנאים נ' בית החולים רמב"ם, פסקה 10 (7.4.2013) (להלן: עניין גנאים); ע"א 1960/11 אלמוג נ' שירותי בריאות כללית, פסקה 7 (6.5.2013) (להלן: עניין אלמוג); עניין מכון ויצמן, בפסקה 8; עניין זוארס, בפסקה 11; ע"א 3432/17 טופז (יוכט) נ' יוכט, פסקה 21 (16.4.2020) (להלן: עניין יוכט); רע"א 1101/20 שירותי בריאות כללית נ' פלוני, פסקה 16 (21.5.2020) (להלן: עניין כללית); עניין הראל, בפסקה 36; ע"א 4773/21 פלונית נ' קופת חולים כללית שרותי בריאות, פסקה 6 (21.10.2021); ע"א 8416/19, בפסקה 38; ע"א 4880/19 הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ נ' גזונטהייט, פסקה 77 (18.7.2022); ע"א 1726/21 בכרי נ' מגנאג', פסקה 34 לחוות דעתו של השופט י' עמית ופסקה 10 לחוות דעתו של השופט ד' מין (23.11.2022) (להלן: עניין בכרי)). יצוין כי בחלק מן המקרים התייחסה הפסיקה למבחן של "קצה חוט" באופן ממוקד יותר ביחס לקיומו של קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק (ראו: ע"א 4114/96 המאירי נ' הכשרת הישוב חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נב(1) 857, 866 (1998); ע"א 7707/01 צורף נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פסקה 12 (24.11.2005) (להלן: עניין צורף); עניין יפרח, בפסקה 46;

עניין גיא-ליפל, בעמודים 120-121; רע"א 5087/10 מדינת ישראל נ' דוננפלד, פסקה 13 (7.11.2012) (להלן: עניין דוננפלד); ע"א 7680/13 פרי נ' שירותי בריאות כללית, פסקה 23 (11.2.2015) (להלן: עניין פרי); ע"א 7095/13 עזבון המנוח גביש ז"ל נ' מדינת ישראל, פסקה 3 (22.2.2015) (להלן: עניין גביש); ע"א 2805/13 פלונית נ' מדינת ישראל משרד העבודה והרווחה, פסקה 24 (16.4.2015)).

49. כמו כן, נקבע בפסיקה כי גם חשד שהתעורר או שהיה צריך להתעורר ("חשד בכוח") אצל התובע ביחס לעובדות המגבשות את עילת התביעה, ייחשב כ"קצה חוט" המתחיל את מרוץ ההתיישנות (עניין גיא-ליפל, בעמודים 121-123. בקשה לדיון נוסף על פסק דין זה נדחתה בדנ"א 7601/10 כהן נ' מדינת ישראל – הוועדה לאנרגיה אטומית, פסקה 6 (13.1.2011). ראו גם: עניין גנאים, בפסקה 10; עניין אלמוג, בפסקה 7; עניין גביש, בפסקה 4; עניין יוכט, בפסקה 21; רע"א 6614/19 מדינת ישראל נ' ג'הסי, פסקה 34 (30.6.2021) (להלן: עניין ג'הסי)).

50. זאת ועוד, בפסיקה הובהר כי יש להבחין בין המועד בו יכול היה התובע לגלות את העובדות החיוניות המגבשות את עילת התביעה לבין המועד בו הושגו הראיות הדרושות להוכחתן. כך, נפסק כי "מועד התחלת תקופת ההתיישנות הוא המועד בו התובע חשד או צריך היה לחשוד בקיומן של העובדות המהוות את עילת התביעה, וזאת במנותק משאלת היכולת להשגת הראיות לתמיכה בתביעה שכזו. ודוק – החקירה והדרישה לשם השגת הראיות תיעשה אם כן בתוך תקופת ההתיישנות הנמשכת שבע שנים שלמות" (ההדגשה במקור. עניין כללית, בפסקה 18. ראו גם: עניין גיא-ליפל, בעמוד 157; עניין אלמוג, בפסקה 10; עניין זוארט, בפסקה 16; עניין ג'הסי, בפסקה 34; עניין הראל, בפסקאות 37 ו-41; חבקין, בעמודים 258-263).

51. הנה כי כן, דומה כי הגישה הרווחת בפסיקה היא כי מרוץ ההתיישנות מתחיל במועד בו התגלה או היה צריך להתגלות לתובע "קצה חוט" ביחס לקיומן של העובדות המהוות המקימות את עילת התביעה (וזאת אף ברמה של חשד בכוח). החל ממועד זה, על התובע לפעול לבירורן של מלוא העובדות ולהשגת הראיות להוכחתן, ולהגיש תביעה בתוך תקופת ההתיישנות (להרחבה, ראו: חבקין, 262-270).

52. חרף האמור, ניתן למצוא גם אמירות בפסיקה המתייחסות דווקא למבחן של "תביעה בעלת סיכוי ממשי" כמבחן הקובע לצורך קביעת המועד בו החלה תקופת ההתיישנות בהתאם לכלל הגילוי המאוחר. כך למשל, בע"א 8316/06 ארג"י נ' שירותי בריאות כללית (3.7.2008) צוין כי לצורך בחינת המועד המתחיל את תקופת ההתיישנות

לפי סעיף 8 לחוק ההתיישנות, יש לברר "אם העובדות שנתגלו חיוניות לביסוס עילת התביעה, באופן שבלי ידיעתן לא ניתן להגיש תובענה בעלת סיכוי ממשי" (שם, בפסקה 17. ראו גם: דנ"א 6456/08 עיריית תל אביב נ' ארג"י, פסקה 11 (22.03.2009)). בעניין טבע צוין כי "בעבר, רווחה בפסיקה הגישה כי די בגילוי קצה קצהו של הרכיב העובדתי בכדי שתחול חובה על הניזוק לפעול. כך, לא נדרש כי יתגבש מלוא נזקו של הניזוק ודי היה בראשית הנזק. עם זאת, בפסיקה המאוחרת נקבע מבחן מקל מעט יותר עם הניזוק, מבחן על פיו נבחן מתי טיב הגילוי הוא כזה, שאדם סביר היה מגיש תביעה בעלת סיכוי ממשי בהתבסס עליו" (שם, בפסקה 18. ההפניות הושמטו – ר.ר. ראו גם: עניין גיא-ליפל, בעמוד 121). קביעה דומה ניתן למצוא גם בעניין וינשל (שם, בפסקה 29). בעניין דוננפלד ציינה המשנה לנשיאה מ' נאור כי בעוד שביחס ליסוד הקשר הסיבתי נדרשת מודעות ברמה של "קצה חוט", ביחס ליסוד ההתרשלות חל המבחן של "תביעה בעלת סיכוי ממשי" (שם, בפסקה 13).

53. יוער במאמר מוסגר כי נראה שמקורה של ההבחנה בין ידיעה ברמה של "קצה חוט" לבין ידיעה אשר על בסיסה היה האדם הסביר מגיש "תביעה בעלת סיכוי ממשי" הוא ברצון לבדל בין הידיעה הדרושה ביחס לרכיב הנזק לבין הידיעה הדרושה ביחס לרכיב הקשר הסיבתי. כך, ביחס לרכיב הנזק צוין כי אין די בגילוי נזק של "מה בכך" כדי להתחיל את מרוץ ההתיישנות, אלא נדרש גילוי של נזק ממשי אשר בגינו היה האדם הסביר מגיש תביעה. בהקשר זה הובהר כי אין צורך בהתגבשותו ובחשיפתו של מלוא הנזק. לעומת זאת, באשר לרכיב הקשר הסיבתי התפיסה המקובלת הייתה כי די בכך שנתגלה לתובע "קצה חוט" ביחס לקיומו (ראו לעניין זה: ע"א 165/83 בוכריס נ' דיוור לעולה בע"מ, פ"ד לח(4) 554, 559 (1984); ע"א 1254/99 המאירי נ' הכשרת הישוב – חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נד(2) 535, 549-551 (2000); ע"א 2242/03 אברהם נ' רשדא, פסקאות 10-11 (18.7.2005); עניין צורף, בפסקאות 9 ו-12; ע"א 2206/08 סיגמן נ' דובק בע"מ, פסקאות 14-15 (11.7.2010); עניין יפרח, בפסקאות 32-33 ו-46; עניין פרי, בפסקאות 22-23). עם זאת, כעולה מהתיאור לעיל, בחלוף השנים הבחנה זו הלכה והיטשטשה.

54. כשלעצמי, אני סבורה כי ככלל, יש להעדיף את המבחן של "קצה חוט" על פני המבחן של "תביעה בעלת סיכוי ממשי" לצורך קביעת המועד בו נפתח מרוץ ההתיישנות; כלומר, לקבוע כי תקופת ההתיישנות מתחילה מהיום בו התעורר או היה צריך להתעורר אצל התובע חשד סביר לקיומה של עילת התביעה. זאת, אלא אם התקיימו נסיבות חריגות המצדיקות לנהוג אחרת.

הטעם העיקרי לכך הוא שתקופת ההתיישנות הקבועה כיום בחוק (בעניין שאינו מקרקעין) מתפרשת על פני שבע שנים תמימות. מדובר בפרק זמן ארוך למדי – די והותר זמן עבור התובע כדי לחקור ולדרוש בדבר מלוא העובדות המקימות את עילת התביעה, ולפעול להשגת ראיות שיסייעו להוכחתן (ראו: עניין כללית, בפסקאות 18-19; עניין הראל, בפסקה 37; עניין בכרי, בפסקה 36. כן ראו: חבקין, בעמוד 278-279).

ודוקו – אין כל ציפייה, ואף אין זה ראוי, כי תובע אשר גילה (או היה צריך לגלות) "קצה חוט" ביחס לקיומה של עילת התביעה, יגיש בו ביום תובענה לבית המשפט. אלא שהגילוי הזה מטיל על התובע את הנטל לפעול בשקידה סבירה לבירור העובדות המגבשות את עילת התביעה ולהשגת ראיות לביסוסה, ולהגיש תביעה בתוך תקופת ההתיישנות. כך ציין גם השופט עמית בעניין אלמוג: "ניזוק אשר חשד מקנן בליבו אינו חייב להגיש תביעה על סמך החשד... על ניזוק כאמור לדרוש ולחקור ולנסות לגלות בתוך תקופת ההתיישנות את הראיות החסרות, ולא לאחר תקופת ההתיישנות..." (שם, בפסקה 10. ראו גם: עניין גיא-ליפל, בעמוד 157).

קביעה אחרת הייתה עלולה להביא למסקנה לפיה התובע זכאי לדחות את הגשת התביעה ללא גבול על ידי כך שלא ישקוד על הבירור המתחייב מ"קצה החוט" הידוע לו, כדי להפוך את החשד שהתעורר בו לתביעה של ממש. מנגד, העדפתו של המבחן שלעיל תתמרץ תובעים פוטנציאליים שלא לשקוט על שמריהם, ולפעול במרץ ובשקידה סבירה לצורך בירורן המלא של העובדות והשגת הראיות הדרושות להוכחת תביעתם באופן שהיא תוגש ותידון בהקדם. בכך יש כדי לסייע להגשמתן של התכליות הניצבות בבסיס מוסד ההתיישנות.

לא למותר לציין גם כי השאלה האם מדובר ב"תביעה בעלת סיכוי ממשי" נגזרת במידה רבה מטיב ומהיקף הראיות שהושגו להוכחת העובדות (ראו לעניין זה: עניין גיא-ליפל, בעמוד 123; חבקין, בעמוד 264). גם מטעם זה אינני סבורה כי היא מהווה אמת מידה הולמת לבחינת רף הידיעה הדרוש לצורך פתיחת מרוץ ההתיישנות.

55. מכל מקום, אני סבורה כי בענייננו, בין אם מחילים את המבחן של "קצה חוט" ובין אם מחילים את המבחן המקל יותר מבחינת התובע, של "תביעה בעלת סיכוי ממשי" – המועד בו יש להתחיל למנות את תקופת ההתיישנות הוא מועד הגשת חו"ד ברלב. כפי שפורט בהרחבה בפסקה 3 לעיל, בחו"ד ברלב הייתה התייחסות רחבה לפגמים שנפלו בהתנהלות החשבונאית של החברה ובדוחות הכספיים המבוקרים שלה בין השנים 2007-2011. כך, הובהר שם כי במהלך השנים הללו "הדוחות הכספיים של החברה... לא

שיקפו באופן נאות (בלשון המעטה), על פי כללי החשבונאות המקובלים, עסקאות שנערכו ונתונים מהותיים של החברה; וכי הם "לא אפשרו לנושי החברה... לבחון את מצב החברה ולפעול בזמן אמת לשמירה על זכויותיהם" (שם, בעמוד 7).

כן צוין שם כי בדוחות הכספיים של החברה ניתן גילוי מטעה בקשר להונה העצמי, לנכסיה, להתחייבויותיה ולתוצאות פעילותה, וזאת במטרה להציג מצג כאילו החברה עומדת בתנאי האג"ח ולמנוע את העמדתן לפירעון מיידי (שם). לא זו אף זו, במסגרת חו"ד ברלב אף פורטה "המדיניות החשבונאית" הפסולה לה טענו המפרקים בכתב התביעה – לפיה מענקים והטבות שהעניקה אגרקסו למגדלים לאורך השנים הוצגו בדוחות הכספיים שלה כנכסים, בניגוד לכללי החשבונאות המקובלים (שם, בעמודים 24-26).

כחלק מטענותיהם בהקשר זה, ציינו המפרקים כי חו"ד ברלב לא כללה התייחסות למעורבותה של קוסט בקיום של הפגמים שנפלו בדוחות הכספיים של החברה, ולכן לא ניתן היה לגלות – מהמידע שנכלל בה – על קיומה של עילת תביעה נגדה. לא מצאתי בטענה זו ממש. אין חולק כי העובדה שקוסט שימשה באותן שנים כרואה החשבון המבקר של אגרקסו הייתה ידועה. משכך, הרי העובדה שנמצאו פגמים כה חמורים בדוחות הכספיים של החברה משך שנים ארוכות, מלמדת מתוכה על מעורבות של רואה החשבון המבקר של החברה. זאת בין אם בכך ששיתף פעולה באופן פעיל עם הצגת המצגים המטעים שנכללו בדוחות, ובין אם בכך שהתרשל בבדיקת נכונות הנתונים שהציגה בפניו החברה בטרם נתן חוות דעת המאשרת את אמיתות הדוחות.

חו"ד ברלב הצביעה אם כן בבירור על פגמים משמעותיים וחמורים שנפלו בדוחות הכספיים המבוקרים של אגרקסו בשנים הרלוונטיות ועל מצגים מטעים שנכללו בהם ביחס למצבה הכלכלי של החברה. חוות הדעת אף עמדה על הנזק שנגרם לנושים בשל כך. אין גם חולק כי הנושים (והמפרקים) ידעו כי קוסט שימשה כרואה החשבון המבקר של החברה באותן שנים. מכל אלה נובע כי אין מנוס מהמסקנה שעם הגשתה של חו"ד ברלב הובאו לידיעת הנושים (והמפרקים) עובדות המגבשות עילת תביעה בעלת סיכוי ממשי נגד קוסט; לא כל שכן "קצה חוט" ביחס לקיומה של עילת התביעה המחייב המשך בירור מעמיק. גם עיון בכתב התביעה שהגישו המפרקים בסופו של דבר נגד קוסט מחזק מסקנה זו, שכן עיקרי העובדות שנכללו בו כבר נזכרו בחו"ד ברלב.

ודוקו – בהחלט ייתכן כי בשלב הגשתה של חו"ד ברלב עדיין לא היו בידי הנושים (או המפרקים) מלוא המידע והראיות הדרושות לצורך הוכחת תביעתם נגד קוסט.

ואולם, כאמור לעיל, בכך אין כדי להצדיק השעיה נוספת של מרוץ ההתיישנות. בדיוק לשם כך נועדה תקופת ההתיישנות, המתפרשת על פני שבע שנים תמימות. במהלך תקופה זו, היה על הנושים (או המפרקים) להמשיך ולחקור את העובדות שנזכרו בחו"ד ברלב, לפעול להשגת ראיות התומכות בהן, ולהגיש תביעה בתוך תקופת ההתיישנות.

56. במאמר מוסגר, יוער כי מקובלת על ידי עמדת המשיבה לפיה מאחר שעסקינן בתביעת הנושים, המודעות אותה יש לבחון היא מודעות הנושים לעילת התביעה ולא זו של המפרקים. עם זאת, אני סבורה כי ממילא במועד הגשת חו"ד ברלב ניתן לייחס גם למפרקים מודעות לעובדות המגבשות את עילת התביעה נגד קוסט, שכן היא הוגשה במסגרת הליך הפירוק ולאחר שעו"ד נס כבר מונה כנאמן החברה.

57. לנוכח האמור, אני תמימת דעים עם מסקנתו של בית משפט קמא לפיה המועד בו נפתח מרוץ ההתיישנות הוא מועד הגשתה של חו"ד ברלב – קרי ביום 25.8.2011. התביעה התיישנה לכן ביום 24.8.2018.

כזכור, התביעה הוגשה על ידי המפרקים ביום 30.3.2020, בחלוף כשמונה וחצי שנים ממועד זה. על כן, על פני הדברים התיישנה עילת התביעה. אלא שלטענת המפרקים, בהתאם להסכמות בין הצדדים יש לראות את התביעה כאילו הוגשה ביום 3.1.2018 (קרי עם פניית המפרקים לקוסט בהצעה לקיים הידברות). על כן, אף אם מרוץ ההתיישנות החל ביום הגשת חו"ד ברלב, הרי שביום 3.1.2018, תקופת ההתיישנות טרם חלפה. אעבור כעת לבחינתה של טענה זו.

(3) האם הסכמת הצדדים על עצירת מרוץ ההתיישנות חלה על תביעת הנושים?

58. כזכור, ביום 3.1.2018 פנו המפרקים בהודעת דוא"ל לקוסט בהצעה לקיים דין ודברים בניסיון לייתר את הגשת התביעה. לפנייה צורפה טיוטת כתב התביעה. המפרקים התנו את הצעתם בכך שככל שהמגעים לא יצלחו – קוסט לא תעלה טענת התיישנות שלא הייתה עומדת לה באותו מועד. ביום 8.1.2018 השיבו באי כוחה של קוסט בהודעת דוא"ל כי היא נעתרת להצעת המפרקים, תוך שצוין כי "מובן כי לא תועלה על-ידי מרשתנו טענת התיישנות ו/או שיהוי לגבי פרק הזמן שמיום פנייתך למרשתנו (3.1.18) ועד לתום שבעה ימים מיום שצד כלשהו יודיע למשנהו, בכתב, על סיומו של השיח". בהמשך, הגיעו הצדדים להסכמה כי התקופה שצוינה בהסכמת קוסט תעמוד על 90 יום ממועד סיום השיח (ולא על שבעה ימים).

59. בית משפט קמא קבע בפסק דינו כי לא ניתן להחיל על הנושים את ההסכם האמור בין המפרקים לקוסט ביחס לעצירת מרוץ ההתיישנות. זאת מאחר שבאותה עת הנושים טרם המחו למפרקים את זכויותיהם, כך שהם כלל לא היו מיוצגים על ידי המפרקים. כן ציין בית משפט קמא כי לא ניתן לייחס לקוסט הסכמה מדעת לעניין הנושים, הואיל ועניין זה כלל לא עמד על הפרק בעת מתן ההסכמה. כפי שאפרט להלן, בנושא זה דעתי שונה.

60. לטעמי, השאלה אותה יש לבחון היא מהו תוכן ההסכמה בין המפרקים לבין קוסט – קרי, ביחס למה נתנה קוסט את הסכמתה; ולא את השאלה האם באותה עת המפרקים היו רשאים מבחינה משפטית לייצג את הנושים. ויתור מוסכם של קוסט על טענת התיישנות – גם בתביעת הנושים, די בו כדי להביא לעצירת תקופת ההתיישנות גם ביחס לתביעה זו.

המפרקים צירפו לפנייתם לקוסט את טיוטת כתב התביעה. בטיוטה זו, אשר הוגשה לעיוננו בהסכמת הצדדים, נכתב כי "לאור התרשלותו החמורה של הנתבע (קוסט – ר.ר.), המשיכו נושי החברה להעמיד לה כספים משך כ-3 שנים נוספות עד לקריסתה בפועל במחצית שנת 2011". בהמשך לכך, הובהר באופן מפורש כי "תביעה זו מוגשת על ידי המפרקים גם כנציגי הנושים, ובכל מקרה למען הזהירות מודגש כי בתביעה זו יפעלו המפרקים גם כנמחים של הנושים בכל הקשור לזכויותיהם כלפי [קוסט]" (ההדגשות הוספו – ר.ר. סעיף 172 לכתב התביעה).

גם מחלקים נוספים של טיוטת כתב התביעה עולה כי הועלו במסגרתה טענות גם בשם נושי החברה. כך למשל, בסעיף 163 לטיוטת כתב התביעה נכתב כי אילו נהגה קוסט אחרת, "הייתה נמנעת העמדת אשראי נוספת לחברה מאותו יום בשנת 2008 על ידי נושה כלשהו... היו עומדים לרשות הנושים נכסים בשווי גבוה הרבה יותר מזה שעמד לרשותם עם קריסתה של החברה ב-2011, והיו נמנעים או לפחות מצטמצמים באופן דרמטי הפסדי החברה ונושיה". בסעיף 166 לטיוטת כתב התביעה, נכתב "[החברה היתה מפסיקה את פעילותה כבר אז, הרי שנושי החברה לא היו עומדים מול שוקת שבורה כפי שקרה כשהחברה קרסה בפועל רק בשנת 2011". בסעיף 167 נכתב "אלמלא רשלנותו של הנתבע (קוסט – ר.ר.) היו נושי החברה יכולים להיפרע את חובם". בסעיף 168 נכתב "בוודאי שאם החברה הייתה מפסיקה את פעילותה (קל וחומר נקלעת להליך חדלות פירעון) עם פרסום דוחות 2007, היו נושיה נמנעים מלהעמיד לה אשראי עוד החל ממועד זה". גם בסוף טיוטת כתב התביעה, במסגרת פירוט הסעדים, נכתב כי בית המשפט מתבקש לקבוע "כי הנתבע הפך את חובת הזהירות ו/או המיומנות שחב כלפי החברה וצדדים שלישיים (ובפרט נושיה), חובות המוטלות

עליו מכוח היותו רואה החשבון המבקר של החברה"; ו"כי הנתבע אחראי לכל חובותיה ו/או התחייבויותיה הבלתי נפרעים של החברה לנושיה" (בסעיפים 177א-ב לטיוטת כתב התביעה).

61. הנה כי כן, בטיטת כתב התביעה שעמדה בפני קוסט בעת מתן הסכמתה לעצירת מרוץ ההתיישנות, הועלו טענות רבות הנוגעות לנזק שנגרם לכאורה לנושי החברה בשל התנהלותה של קוסט; ואף צוין באופן ברור ומפורש שאינו משתמע לשתי פנים כי התביעה מוגשת על ידי המפרקים גם בשם של הנושים. מכאן שכאשר קוסט הסכימה להשהיית מרוץ ההתיישנות לתקופת המגעים עם המפרקים, היא ידעה בבירור כי התביעה אותה בכוונת המפרקים להגיש נגדה נוגעת גם לעניינם של הנושים. חרף זאת, קוסט הסכימה באופן גורף להשהיית המרוץ ביחס לתביעה כולה, מבלי לייחד את הסכמתה רק לענייניה של החברה. בנסיבות אלה, אני סבורה כי הסכמתה של קוסט שלא להעלות כל טענת התיישנות ביחס לתקופה שבה קיימו הצדדים דין ודברים – חלה גם ביחס לתביעת הנושים.

62. בתשובתה לערעור טענה המשיבה כי בהתאם לסעיף 19 לחוק ההתיישנות, בעלי הדין רשאים להסכים על הארכת תקופת ההתיישנות רק בחוזה נפרד בכתב. לגישתה, מאחר שהיא מעולם לא הסכימה עם הנושים על תקופת התיישנות ארוכה מזו הקבועה בחוק, הרי שתנאי זה אינו מתקיים ביחס לתביעת הנושים. אני סבורה כי אין מקום לקבל טענה זו.

כאמור, בטיטת כתב התביעה אשר על בסיסה נתנה קוסט את הסכמתה, הבהירו המפרקים כי הם פועלים גם בשם הנושים, וזאת בין אם מכוח סמכות טבועה שיש להם לייצג את הנושים מתוקף תפקידם ובין אם מכוח היותם נמחים של הנושים. על כן, התחייבותה של קוסט כלפי המפרקים וההסכמה שלה, ניתנו להם גם ביחס לתביעת הנושים ובכובעם כנציגיהם. הסכמה זו של קוסט, הנוגעת לעילת התביעה נושא טיוטת התביעה במלואה, היא תקפה גם אם באותה עת טרם הושגה המחאת זכויות רשמית של הנושים כלפי המפרקים.

ואכן, בסופו של דבר הגישו המפרקים את התביעה גם בשם הנושים, לאחר שהנושים העיקריים של החברה אף המחזו להם את זכויותיהם באופן רשמי. במצב דברים זה, קוסט אינה יכולה להישמע בטענה כי מאחר שהיא לא נתנה את הסכמתה באופן ישיר לנושים, אין להחילה לגביהם.

יפים לענייננו הדברים שצוינו בספרו של חבקין:

לא אחת קבעו בתי המשפט כי הזכות לטעון להתיישנות כפופה לחובה להשתמש בזכות דיונית בתום לב. לדעתנו סעיף 19 לחוק ההתיישנות הוא נורמה פרטנית שניתן להחילה לפי דוקטרינת ההשתק מכוח מצג. הכוונה למצב שבו הנתבע יצר מצג המעוגן בראיה בכתב שלא יטען להתיישנות, התובע הסתמך על מצג זה לפי אמת מידה סבירה ושינה מצבו לרעה. במצב כזה אין מניעה לקבוע שהנתבע מנוע מלטעון להתיישנות. זאת גם כאשר דרישת הכתב הקבועה בסעיף 19 – חוזה נפרד בכתב – לא קוימה במלואה.

(ראו: חבקין, בעמוד 392. כן ראו לעניין כפיפותה של טענת ההתיישנות לחובת תום הלב הדיוני: ע"א 3496/15 בבילפור נ' גבעת מרום בע"מ, פסקה 9 (17.1.2017); רע"א 4705/22 אליהו נ' ישראל-פור (אליהו), פסקה 10 (29.9.2022)).

ודוקו, בהסכמתה הבלתי מסויגת, יצרה קוסט מצג בפני המפרקים כאילו היא מסכימה שלא להעלות טענות התיישנות ביחס לתביעה כולה, ובכלל זה ביחס לתביעה שתוגש בשם הנושים. אלמלא מצג זה, סביר להניח כי המפרקים היו פועלים להשגת המחאת זכויות מאת הנושים ולהגשת תביעה בשמם בשלב מוקדם יותר, כפי שאכן עשו בפועל לאחר שהמגעים עם קוסט לא צלחו. אשר על כן, בשונה מבית משפט קמא – אני סבורה כי היה מקום להחיל את הסכמתה של קוסט שלא להעלות טענת התיישנות גם ביחס לתביעה הנושים. כפועל יוצא, יש לראות את תביעת הנושים כאילו הוגשה ביום 3.1.2018 – בטרם חלוף תקופת ההתיישנות (שהחלה כאמור ביום 25.8.2011).

בשולי הדברים יוער כי אף לו הייתי סבורה כי ישנו ספק ביחס להיקף ההסכמה של קוסט בהתייחס להשהיית תקופת ההתיישנות, הרי שגם אז לא היה מקום לסלק את התביעה על הסף אלא היה צורך לערוך בירור עובדתי בנושא זה.

63. במאמר מוסגר יצוין כי השאלה האם המפרקים מוסמכים לייצג את נושי החברה שבפירוק מעצם תפקידם גם בהיעדר המחאת זכויות מפורשת, היא שאלה מורכבת אשר טרם ניתנה עליה תשובה ברורה בפסיקה (ראו: פסק הדין בערעור בעניין בטר פלייס ורוביקון, בפסקה 57). בפסיקה הובעה העמדה כי יש היגיון לאפשר למפרק, באישור בית משפט של חדלות פירעון, להגיש תביעה בשם כלל הנושים שתביעות החוב שלהם אושרו (ראו: ע"א 8416/19, בפסקה 7 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף. כן ראו: פסק הדין בערעור בעניין בטר פלייס ורוביקון, בפסקה 56, שם ציין השופט עמית כי "קשה להלום

כי מאות נושים יגישו מאות תביעות נפרדות כנגד נושאי משרה בחברה או כנגד צדדים שלישיים. ההליך הקולקטיבי של פירוק בא ליתן מענה לקושי זה, על ידי ריכוז התביעות ובירורן בהליך אחד.

כמו כן, ככל שנדרשת המחאת זכויות לצורך ייצוג הנושים על ידי המפרקים, הדבר מעורר שאלה נוספת והיא האם לנוכח סעיף 22 לפקודת הנזיקין, נושים של חברה רשאים להמחות לבעל תפקיד בהליכי חדלות פירעון זכויות תביעה נזיקיות, ואם כן – באילו תנאים (ראו והשוו: ע"א 2840/21 עו"ד גיסין בתפקידו כנאמן להגשת תביעות מחזיקי אגרות החוב ומשקיעים פרטיים של Brookland Upreal Limited נ' Deloitte בריטמן זהר אלמגור ושות', רואי חשבון (26.4.2022) – שם נקבע כי נושים רשאים להמחות זכויות תביעה בנזיקין לנאמן תביעות במסגרת הסדר נושים או תכנית לשיקום כלכלי שאושרו על ידי בית משפט של חדלות פירעון). עם זאת, כאמור לעיל, אינני סבורה כי הכרעה בשאלות אלה נדרשת לצורך הכרעה בסוגיות המתעוררות במסגרת הערעור הנוכחי, וניתן יהיה לבררן במידת הצורך בהמשך.

64. לסיכומי של חלק זה, אם תישמע דעתי ייקבע כי תביעת הנושים לא התיישנה, והדיון יוחזר לבית משפט קמא לצורך המשך בירורה.

האם תביעת החברה נעדרת עילה?

65. כזכור, במסגרת פסק דינו קיבל בית משפט קמא את טענת המשיבה כי יש לסלק את תביעת המפרקים בשם החברה על הסף בהיעדר עילה, וזאת "[מ]שעל פניו לא ניתן למצוא בכתב התביעה נזק שנגרם לאגרוסקו" (פסקה 36 לפסק הדין). כפי שאפרט להלן, גם ביחס לקביעה זו הגעתי למסקנה שונה.

66. כפי שקבע בית משפט זה לא אחת, סילוק תביעה על הסף בשל היעדר עילה הוא כלי השמור אך למקרים נדירים בהם "התביעה על פניה אינה מגלה ולו צל של עילה" (רע"א 10091/02 Siemens Aktiengesellschaft נ' תעשיות אלקטרוכימיות 1952 בע"מ (14.3.2004)). ראו גם: ע"א 7547/99 מכבי שירות בריאות נ' דובק בע"מ, פ"ד סה(1) 144, 175-174 (2011); ע"א 6885/14 פלח נ' דרור, פסקה 9 (16.3.2016); עניין הרמטיק, בפסקה 20). כך, נקבע כי אין לסלק תביעה על הסף מחמת היעדר עילה במקרים בהם קיימת אפשרות, ולו קלושה ביותר, כי אם יוכחו העובדות המתוארות בכתב התביעה יצליח התובע בתביעתו (ראו: ע"א 76/86 ד"ר פיינשטיין נ' ה.ש. מלונות בע"מ, פ"ד מג(3)

124, 128 (1989); רע"א 6794/18 איטח נ' קימברלי קלארק ישראל שיווק בע"מ, פסקה 9 ((26.11.2018)).

גם אם לטעמי יש מקום "לעדן" במקצת את הדברים הללו ולהותיר אפשרות רחבה יותר לסילוק על הסף של תביעות שאין כל תוחלת בבירורן, הרי שכפי שיובהר להלן, מקרה זה איננו אחד המקרים בהם היה מקום לסילוקה של תביעת החברה על הסף בטרם בירורה לגופה.

67. בית משפט קמא ציטט בפסק דינו חלקים נרחבים מתוך כתב התביעה שהגישו המפרקים, אשר על בסיסם הוא הגיע למסקנה כי אין בו כדי לבסס נזק שנגרם לכאורה לאגרקסקו, להבדיל מנושיה, כתוצאה מהמצגים המטעים המיוחסים לקוסט. כן מצא בית המשפט כי גם בהנחה שמצגים אלה הביאו לכך שאגרקסקו המשיכה לפעול ולא קרסה, הרי שההפסדים שהיא ספגה בשנים אלה נגרמו בשל אופן ניהול עסקיה על ידי נושאי המשרה ובעלי המניות, כך ש"על פניו ברור כי אין קשר סיבתי בין הרשלנות או מצג השווא המיוחסים ל[נקוסט] לבין ההפסדים שנגרמו לאגרקסקו בשנים 2008-2011" (פסקה 26 לפסק הדין).

68. לטעמי, עיון בכתב התביעה שהוגש על ידי המפרקים אינו מאפשר לקבוע באופן ברור כי אין בו כדי לבסס נזק שנגרם לאגרקסקו הקשור בקשר סיבתי להתנהלות המיוחסת לקוסט.

אכן, רבות מהטענות שמעלים המפרקים במסגרת כתב התביעה, ממוקדות בהשלכות של התנהלותה הרשלנית לכאורה של קוסט על צדדים שלישיים ובפרט על נושי החברה. כך למשל, בסעיף 15 לכתב התביעה נטען כי לו הייתה קוסט פועלת כנדרש, פעילות החברה הייתה נעצרת כבר עם פרסום הדוחות הכספיים לשנת 2007, בשלב בו החברה "עדיין יכולה הייתה לפרוע את חובותיה לנושים, וזאת לעומת המצב שנוצר בפועל עם קריסת החברה בשנת 2011, עת נותרו חובות בלתי נפרעים לנושים...". בסעיף 118 נכתב כי קוסט ברשלנותה ערכה ואישרה דוחות כספיים שגויים ומטעים "אשר הטעו את כל המעין בהם והמסתמן עליהם, לרבות נושי החברה". יתרה מכך, בסעיף 169 נכתב כי אילו הייתה החברה מפסיקה את פעילותה עם פרסום הדוחות הכספיים לשנת 2007 "היו נושיה נמנעים מלהעמיד לה אשראי עוד החל ממועד זה". טענות דומות ניתן למצוא בסעיפים נוספים בכתב התביעה. בכל הנוגע לטענות אלה, נראה כי גם המפרקים בעצמם אינם חולקים על כך שהן משקפות נזק שנגרם לכאורה לנושים ולא לחברה.

אלא שלצד טענות, אלה שלובות בכתב התביעה גם טענות ביחס להרעת מצבה של החברה, להבדיל מנושיה, בשנים שבין שנת 2007 ועד לקריסתה. בפרט, מועלות בכתב התביעה טענות המתייחסות ל"הפסדים" שנגרמו לחברה בין השנים 2008-2011. לשיטת המפרקים, לו הייתה קוסט פועלת כראוי וחושפת את מצבה האמתי של החברה כבר בעת פרסום הדוחות הכספיים לשנת 2007, היה הדבר מביא להפסקת פעילותה של החברה בשלב מוקדם יותר, ובכך היו נמנעים ממנה הפסדים בסך של למעלה מ-400 מיליון ש"ח – אותם צברה בשנים בהן היא המשיכה לפעול.

69. ראשית יש להבהיר כי העובדה שהחברה צברה הפסדים בתקופה שבה התאפשר לה להמשיך לפעול (בשל מעשיה ומחדליה הנטענים של קוסט), אינה מובילה בהכרח למסקנה כי מדובר ב"נזק" שנגרם לחברה, לא כל שכן נזק אותו ניתן לייחס לקוסט. זאת, שכן במקרה הרגיל ניתן להניח כי האינטרס של החברה הוא דווקא להמשיך ולפעול זמן רב ככל הניתן (ראו: פסק הדין בערעור בעניין בטר פלייס ורוביקון, בפסקה 60. כן ראו: פסקה 136 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין בטר פלייס).

יתרה מכך, ככל שמקורם של הפסדי החברה הוא בהתחייבויות שהיא נטלה על עצמה במהלך העסקים השוטף ואשר בעבורן היא קיבלה תמורה, כדוגמת רכישת סחורה או שירותים מספקים, או נטילת הלוואה ממשקיעים – הרי שאין מדובר בדרך-כלל בנזק שנגרם לחברה, אלא בנזק לאותם צדדים שלישיים שהתקשרו עמה מבלי שידעו מהו מצבה הכלכלי האמתי (ראו: פסק הדין בערעור בעניין בטר פלייס ורוביקון, בפסקה 55. כן ראו: פסקאות 138-139 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין בטר פלייס). למעשה יש להניח כי במקרה אחרון זה, החברה אף הפיקה תועלת מההתחייבויות שנטלה על עצמה לצורך המשך פעילותה.

יחד עם זאת, אני סבורה כי בכל זאת ייתכנו מקרים בהם ניתן יהיה לראות בהפסדים כ"נזק" שנגרם לחברה בשל רשלנותם של רואי החשבון שלה. כך, אם למשל ההפסדים הנטענים או חלקם נגרמו לחברה כתוצאה מהתנהלות עסקית בלתי תקינה של הגורמים הניהוליים בה או שמקורם בכספים שהוצאו ממנה שלא כדין, אז ייתכן שיהיה מקום לראות בהפסדים אלה משום נזקים שנגרמו לחברה (ראו למשל פסק הדין בערעור בעניין בטר פלייס ורוביקון, בפסקאות 69-70, שם מתייחס בית המשפט לנזק כתוצאה ממשיכות כספים שרואה החשבון היה מודע לכך שהם מיועדים לצרכים הפרטיים של מייסד החברה).

70. במקרה דנן, המפרקים אינם מבהירים באופן מדויק בכתב התביעה מהו מקורם של ההפסדים הנטענים שספגה החברה בשנים בהן היא המשיכה לפעול. עם זאת, כחלק מהתשתית העובדתית עליה הם מבססים את טענותיהם להתנהלותה הרשלנית של קוסט, הם טוענים כי במהלך פעילותה של החברה, היא העבירה "תשלומים מיוחדים" למגדלים "מעבר למגיע להם" (ראו למשל, סעיפים 37, 38, 57, 58 ו-61 לכתב התביעה); ושכתוצאה מכך היא ספגה הפסדים בעסקאות הייצוא. כן נטען כי בהתנהלותה הרשלנית מנעה קוסט מגורמים בהנהלת החברה לגלות את דבר קיומם של הפסדים אלה (ראו למשל, סעיפים 103, 150 ו-156 לכתב התביעה); ואיפשרה לחברה להמשיך לצבור הפסדים נוספים (ראו למשל, סעיפים 10 ו-154, לכתב התביעה).

מהאמור ניתן להסיק שתי מסקנות – ראשית, כי ייתכן ש"ההפסדים" שצברה החברה בשנים בהן היא המשיכה לפעול, היו תוצר של התנהלות עסקית בלתי תקינה או של כספים שהוצאו ממנה שלא כדין; ושנית, כי אילו קוסט הייתה פועלת כראוי, ייתכן כי לגורמים בחברה היה נודע על אודות קיומם של ההפסדים שנוצרו כתוצאה מכך בזמן אמת, והם היו פועלים למניעתם או למצער לצמצומם בעתיד. יתכן גם כי אילו הייתה קוסט משקפת את המידע לאשורו בדוחות הכספיים, החברה הייתה מפסיקה את פעילותה במועד מוקדם יותר, ואז היו נמנעים ממנה ההפסדים האמורים – כולם או למצער חלקם.

במילים אחרות, קיימת אפשרות כי ההפסדים שספגה לכאורה אגרקסו בשנים בהן לא נעצרה פעילותה יוכרו כנזק לחברה, שיכול היה להימנע אילו לא התנהלותה הנטענת של קוסט.

למען שלמות התמונה, יצוין בקצירת האומר כי אינני מסכימה גם עם קביעתו של בית משפט קמא לפיה ברור שלא הוכח קשר סיבתי בין התרשלנות הנטענת של קוסט לבין ההפסדים שספגה החברה בשנים בהן היא המשיכה לפעול. מבחינת הקשר הסיבתי העובדתי, הרי שאין זה מן הנמנע שבית המשפט יסיק כי אלמלא רשלנותה של קוסט, הייתה החברה מפסיקה את פעילותה במועד מוקדם יותר, והיו נמנעים ההפסדים שהיא ספגה בשנים המאוחרות. בהתייחס לקשר הסיבתי המשפטי – מבלי לקבוע מסמרות בנושא זה, הרי לא ניתן לשלול בשלב הנוכחי את האפשרות כי גם קשר כזה יוכח. זאת אם בית המשפט יקבע כי קוסט ידעה בזמן אמת שגורמים בחברה מוציאים ממנה כספים באופן שאינו תקין וגורמים לה הפסדים; וכי היא יכלה לצפות שהתרשלנותה בביקורת על הדוחות הכספיים תביא לכך שאותם גורמים ימשיכו בהתנהלות זו בעתיד תוך גרימת נזקים נוספים לחברה.

71. הנה כי כן, בשים לב לאמת המידה הזהירה בה יש לנקוט ביחס לסילוק על הסף מחמת היעדר עילה – די בכך שייקבע כי התביעה מעלה טענה ראויה לבירור ביחס לכספים שהוצאו מהחברה באופן בלתי תקין (שלא כנגד תמורה בסחורה או בשירותים), ואשר הוצאתם התאפשרה כתוצאה מהתרשלותה הנטענת של קוסט, כדי להביא למסקנה לפיה אין מקום לסלק את תביעת החברה נגד קוסט כבר בשלב זה (ראו והשוו: פסק הדין בערעור בעניין בטר פלייס ורוביקון, בפסקאות 69-70; רע"א 1696/21 ההתאחדות לכדורגל בישראל נ' הראל אחזקות – מועדון הכדורגל הפועל תל אביב (בפירוק), פסקאות 11-10 (11.3.2021)). כן השוו: ע"א 4024/13 תקווה – כפר להכשרה מקצועית בגבעות זייד בע"מ נ' פינקוביץ, פסקאות 83-84, 86 (29.8.2016)).

72. יובהר כי אין בדברים אלה כדי להביע כל עמדה ביחס לשאלה האם דינן של טענות החברה כנגד קוסט להתקבל אם לאו. עניין זה יתברר במסגרת הדיון בתביעה לגופה, לאחר קביעת המסכת העובדתית הרלוונטית במלואה.

73. לבסוף, לא למותר לציין גם כי לאור התוצאה אליה הגעתי לעיל, לפיה יש להשיב את הדיון לבית משפט קמא לטובת בירור תביעת הנושים, בירורה במקביל של עילת התביעה של החברה אף לא יסב למשיבה נזק משמעותי.

סילוק על הסף בשל שיהוי

74. כזכור, טעם נוסף שהוביל את בית משפט קמא למסקנה כי יש לסלק את תביעת המפרקים על הסף הוא השיהוי שנפל לשיטתו בהגשתה. כפי שאפרט להלן, אינני סבורה כי הנסיבות שהתקיימו בעניינו מצדיקות מסקנה זו.

75. כפי שנקבע לא אחת, לצד הסדרי ההתיישנות הקבועים במשפט האזרחי חלה גם דוקטרינת השיהוי, במסגרתה מסור לבית המשפט שיקול דעת לקצר את התקופה בה זכאי בעל דין לנקוט בהליכים משפטיים בהתקיים שיקולים המצדיקים זאת (ראו: ע"א 1091/15 דולפין פונד נ' Dolphin Fund Limited, פסדה סד (13.7.2016) (להלן: עניין דולפין)); ע"א 4352/15 קורן נ' עו"ד הראל, פסקה 49 (2.8.2017) (להלן: עניין קורן); ע"א 8323/17 מדינת ישראל נ' בעהם, פסקה 29 (20.5.2019) (להלן: עניין בעהם)).

לצד זאת, בית משפט זה חזר והדגיש כי השימוש בדוקטרינת השיהוי בהליכים אזרחיים מוגבל למקרים חריגים ונדירים, וזאת בשל פגיעתה בציפייה הלגיטימית של

התובע כי יוכל לממש את זכויותיו בתוך תקופת ההתיישנות (ראו: עניין תלמוד תורה, בעמוד 445; ע"א 2483/14 שלומוביץ נ' בית חנניה מושב עובדים להתיישבות, פסקה 33 (14.7.2016); עניין קורן, בפסקה 50; ע"א 1985/19 אורתם סהר הנדסה בע"מ נ' פרויקט אורנים בע"מ, פסקה 19 (6.1.2021)). כן נקבע כי על הטוען טענת שיהוי מוטל נטל כבד להוכחתה (ראו: עניין תלמוד תורה, בעמוד 448; ע"א 9839/17 הביטאט בע"מ נ' CAFOM, פסקה 33 (17.12.2018); ע"א 5328/21 אבו רקיה נ' חנדקלו, פסקה 88 (3.1.2023) (להלן: עניין אבו רקיה)).

76. על רקע זה, עמדה הפסיקה לאורך השנים על שני תנאים עיקריים אותם יש לשקול בעת בחינת טענת שיהוי המועלית בהליך אזרחי: תנאי אחד הוא כי ההשתהות בהגשת התביעה מבטאת ויתור של התובע על זכותו; והתנאי השני הוא כי בעקבות השיהוי הורע מצבו של הנתבע (יצוין כי תנאים אלה מוצגים לעיתים בפסיקה כתנאים מצטברים ולעיתים כתנאים חלופיים). כמו כן, תנאי נוסף הנזכר בפסיקה הוא כי השיהוי נגרם בשל חוסר תום לבו של התובע (ראו: עניין תלמוד תורה, בעמוד 446; ע"א 2576/03 וינברג נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פסקה 18 (21.2.2007); ע"א 6182/14 אינבסטלום הולדינגס בע"מ נ' ספריית יפת בע"מ, פסקה 13 (3.5.2016); עניין רוזנפלד, בפסקה סה; עניין קורן, בפסקה 50; עניין בעהם, בפסקה 29; עניין אבו רקיה, בפסקה 88).

כפי שעולה מתיאור התנאים שלעיל, מדובר בעניינים שהם בעיקרם עובדתיים, ולכן רק במקרים נדירים וחריגים ביותר ניתן יהיה לסלק על הסף תביעה בטענה של שיהוי עוד בטרם קיומו של בירור עובדתי כלשהו.

77. אינני סבורה כי בענייננו התקיימו התנאים המצדיקים דחייה של התביעה על הסף בשל שיהוי, וודאי שלא ניתן לקבוע כי הם התקיימו כבר בשלב ראשוני זה של הדיון – עוד בטרם שמיעת הראיות.

בכל הנוגע לתנאי הראשון – שעניינו ויתור התובע על זכותו, נקבע כי אין בעצם האיחור בהגשת התביעה כשלעצמו כדי להעיד על ויתור כאמור, אלא נדרש "מצג ברור מצד התובע על אודות ויתור או מחילה מצדו על זכות התביעה הנתונה לו" (עניין תלמוד תורה, בעמוד 446). כן הובהר כי "טענה בדבר ויתור או מחילה על זכות תביעה מחייבת רמת הוכחה נכבדה על ידי הטוען לה" (שם).

בית משפט קמא קבע בפסק דינו כי התנגדות המפרקים לצירופה של קוסט לתביעה נגד בעלות המניות "יצרה מצג סביר לפיו המפרקים ויתרו על תביעתם נגד[ה]"

(פסקה 33 לפסק הדין). אין בידי להסכים עם קביעה זו. ראשית, קוסט כלל לא טענה בבקשה לסילוק על הסף כי התנגדות המפרקים לבקשת הצירוף אכן הביאה אותה בפועל למסקנה לפיה המפרקים ויתרו על זכות התביעה נגדה, וממילא עדיין לא הוכיחה זאת.

יתרה מכך, כפי שפורט לעיל, במסגרת תשובתם לבקשת הצירוף ציינו המפרקים כי עילות תביעה נגד הגורמים שצירופם התבקש "נבחנו ו/או נבחנות ונשקלות על ידי המפרקים" – כך שממילא לא ניתן היה להסיק מכך ויתור ברור על זכותם לתבוע גורמים אלה בעתיד.

עוד יש לציין כי חודשים ספורים לאחר שהוגשה תשובת המפרקים לבקשת הצירוף ובטרם ניתנה בה החלטה, פנו המפרקים לקוסט בהצעה לקיים הידברות לפני נקיטת הליכים נגדה, אליה צורפה טיוטת כתב תביעה נגדה. במצב דברים זה, אינני סבורה כי היה בהתנגדות המפרקים לצירופה של קוסט לתביעה נגד בעלות המניות כדי ליצור מצג ברור מצדם ביחס לויתור על זכויות התביעה נגדה.

78. באשר לתנאי השני, קבע בית משפט קמא כי "יש להניח כי העיכוב הרב בהגשת התביעה גרם ל[קוסט] נזק ראייתי ובנוסף בחלוף תקופת ההתיישנות סביר שנמנע ממנה לפעול למיצוי הליכים נגד הגורמים המעורבים בדרך של הגשת הודעה לצד שלישי" (פסקה 33 לפסק הדין). אלא שעיון בבקשה לסילוק על הסף מלמד כי קוסט עצמה כלל לא טענה כי היא שינתה את מצבה לרעה או כי נגרם לה נזק כלשהו כתוצאה מהאיחור בהגשת התביעה, וודאי שהיא לא עמדה בנטל הכבד המוטל עליה להוכיח טענה זו. גם הקביעה לפיה "יש להניח" כי העיכוב בהגשת התביעה גרם לקוסט נזק, אינה מתיישבת עם הזהירות בה נדרש בית משפט לנקוט בעת קבלת טענת שיהוי בהליך אזרחי.

אם בכך לא די, הרי שנקבע בפסיקה כי "אין הרי שינוי מצב לרעה של נתבע בשל שינוי בנסיבות אובייקטיביות שאינן תלויות בתובע, כהרי שינוי הנובע מהתנהגות התובע. מכאן, כי סילוק תביעה בטענת שיהוי ייתכן, דרך כלל, מקום שחוסר תום-לבו של התובע או מצג ממש של ויתור או מחילה מצדו על זכותו הם אשר הניעו את הנתבע למעשה או למחדל אשר הביאו שינוי במצבו לרעה" (עניין תלמוד תורה, בעמודים 446-447). על כן, אף אם נניח כי במשך הזמן אכן שונה מצבה של קוסט לרעה, הרי שעדיין לא הוכח כי שינוי זה נגרם בשל התנהלות בלתי ראויה מצד המפרקים או כתוצאה מקיומו של מצג בדבר ויתור על זכויות התביעה.

לבסוף, אציין גם כי אינני סבורה שהאיחור בהגשת התביעה נבע מהתנהלות חסרת תום לב של המפרקים, וממילא טענה כאמור כלל לא הועלתה על ידי קוסט. כן יש לתת את הדעת לכך שחלק מן העיכוב בהגשת התביעה נבע מרצונם של המפרקים להביא לפתרון המחלוקת בדרך של הידברות מחוץ לבית המשפט, והתנהלות מעין זו יש לעודד (ראו: עניין תלמוד תורה, בעמוד 450; ע"א 6407/14 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה כרמיאל נ' מסרי, פסקה 43 (29.8.2016)).

79. בהתחשב במכלול נסיבות אלה, לא מצאתי כי המקרה דנן נמנה עם אותם מקרים יוצאי דופן בהם יש לעשות שימוש בכלי הקיצוני של סילוק תביעה על הסף מחמת שיהוי.

שתי הערות לפני סיום

80. ראשית, יצוין כי לא ראיתי צורך לדון בטענת המשיבה לפיה המפרקים לא קיבלו את אישור בית משפט של חדלות פירעון להגשת התביעה. כפי שציין בית משפט קמא בפסק דינו, היעדר אישור מבית משפט של חדלות פירעון אינו מהווה חסם מפני הגשת התביעה, אלא משמעותו היא כי מגיש ההליך מסתכן בכך שאם הוא לא יצלח – יהיה עליו לשאת בהוצאות. בהתאם, נקבע זה מכבר כי "[אין נתבע רשאי להתגונן בפני תביעה של מפרק אך בטענה שלא ניתן אישורו של בית המשפט להגשתה]" (ע"א 3322/92 פלוק נ' זינגל, פסקה 7 (2.12.1993)). ראו גם: דנ"א 6300/14 דאבל קיי מוצרי דלק (1996) בע"מ נ' גזפרום טרנסגז אוכטה בע"מ, פסקה 8 (25.11.2014); ע"א 8166/11 חברת אלי ראובן בנייה והשקעות בע"מ (בפירוק) נ' נ. אלה ובניו חברה קבלנית לבניין (1972) בע"מ, פסקה 28 (12.4.2015)). משכך, אין בטענות המשיבה לאי-קבלתו של אישור כאמור כדי להצדיק את סילוק תביעת המפרקים על הסף.

81. שנית, במסגרת ערעורם ביקשו המפרקים כי ככל שיתקבל הערעור, יוחזר הדיון בתביעה למותב אחר. לגישתם, לנוכח קביעותיו הנחרצות של בית משפט קמא בפסק דינו – מן הראוי להחזיר את בירור התביעה למותב אחר, "ולו למען מראית פני הצדק" (סעיף 48 לכתב הערעור). אומנם, לערכאת הערעור נתונה הסמכות להורות במסגרת פסק דינה על העברת הדיון בתיק למותב אחר. עם זאת, כבר נקבע בפסיקה כי מדובר בכלי חריג, אשר השימוש בו ייעשה באופן מצומצם ותוך מתן הנמקה מפורטת (ראו: רע"א 5022/07 יאמפולסקי נ' בלצקי, פסקה 3 (11.11.2007); רע"א 4250/11 ג'ורזאלדין נ' אבו ח'יר, פסקה 9 (30.6.2011); רע"א 6637/15 בן אליעזר נ' זקס, פסקה 6 (נבו 02.12.2015)).

בענייננו, אינני סבורה כי המפרקים הצביעו על טעם כבד משקל שיש בו כדי להצדיק את העברת הדיון למותב אחר. אכן, בית משפט קמא קבע קביעות נחרצות בפסק דינו. ואולם יש להניח כי משקביעות אלה נהפכו על ידי ערכאת הערעור, יוכל בית משפט קמא לשוב ולהידרש לסוגיות שלפניו לגופן באופן מקצועי וענייני.

סוף דבר

82. לו תישמע דעתי, נקבל את הערעור ונורה על השבת הדיון לבית משפט קמא לצורך המשך בירור תביעת המפרקים, הן בשם הנושים והן בשם החברה. כן נורה כי ההוצאות שהוטלו על המפרקים בפסק דינו של בית משפט קמא יבוטלו, וכי המשיבה תישא בהוצאות המפרקים בסך של 30,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

השופטת ע' ברון:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט ח' כבוב:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ר' רונן.

ניתן היום, י"ח בסיון התשפ"ג (7.6.2023).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

