



בבית המשפט העליון

רע"א 686/21

לפני: כבוד השופט נ' סולברג

המבקשות: 1. קונדור תעשיות תעופה בע"מ
2. פיורנטיני קלריצי קורפוריישן בע"מ

נגד

המשיבים: 1. Origin Medical Devices, Inc.
2. אורי גור

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 28.12.2020 בת"א 17810-06-20 שניתנה על ידי כבוד השופטת הבכירה ר' ברקאי

בשם המבקשות: עו"ד נדב ויסמן; עו"ד עדי קופל-אביב

בשם המשיבים: עו"ד נרדה בן צבי; עו"ד לנה מור

החלטה

1. בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, מיום 28.12.2020, בת"א 17810-06-20 (השופטת הבכירה ר' ברקאי), ובה התקבלה בקשת המשיבים לחיוב המבקשות בהפקדת ערובה לצורך הבטחת הוצאותיהם בהליך.

2. המבקשת 1 (להלן: קונדור), היא חברה בע"מ בבעלותו של מר דוד וירניק (להלן: וירניק). המבקשת 2 (להלן: פיורנטיני), אף היא חברה בע"מ, בבעלותו של עו"ד תומר מהרשק, ב"כ קונדור (להלן: מהרשק). על-פי הנטען, קונדור המחתה לפיורנטיני 50% מזכויותיה ומחובותיה, מכוח הסכם שנכרת בין קונדור למשיבה 1 (להלן: אוריג'ין), חברה אמריקאית העוסקת בייצור מכונות הנשמה, בבעלותו של אורי גור, הוא המשיב 2.

3. ביום 8.6.2020 הגישו המבקשות לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו תביעה נגד המשיבים, בסך של 35 מיליון ₪. כתביעה נטען להפרת הסכם שעניינו יצור ומכירה של מכונות הנשמה שנועדו לטיפול בחולי קורונה (Covid-19). בתמצית, המבקשות טענו

כי תכתובות שהוחלפו בין קונדור לבין אוריג'ין, אשר במסגרתן גובש מתווה עקרונית, עולות כדי הסכם מחייב, וזה לימים הופר.

4. ביום 6.12.2020 הגישו המשיבים בקשה לחיוב המבקשות בהפקדת ערובה, לצורך הבטחת הוצאותיהם בהליך, מכוח סעיף 353א לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות); ולחלופין, מכוח תקנה 519(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. בבקשה נטען, בין היתר, כי סיכויי התביעה להתקבל קלושים; וכי בשים לב להיקף הסעד המבוקש בה – עלולות הוצאות ניהול ההליך לגבות מהם מחיר יקר ומשמעותי. נוכח זאת, ביקשו המשיבים לקבוע ערובה בשיעור שלא יפחת מ-2.5% מסכום התביעה; בסך 875,000 ₪ לכל הפחות.

5. עוד באותו יום, הגישו המבקשות "תגובה לבקשת [המשיבים] לחיוב [המבקשות] בהפקדת ערובה להבטחת הוצאות", ובה ביקשו לדחות את בקשת המשיבים להפקדת ערובה על הסף. לחלופין ביקשו, אם לא תתקבל בקשתן, לאפשר להן להשיב לבקשת המשיבים לגופה. ביום 8.12.2020 דחה בית המשפט המחוזי את הבקשה, וכך בבד התיר למבקשות להשיב לגופה של בקשה, עד יום 24.12.2020. בעקבות החלטה זו, הגישו המבקשות ביום 9.12.2020 בקשה נוספת, ובה עתרו לאפשר לבעלי השליטה בהן, וירניק ומרשהק (וכן חברה נוספת בבעלותו של מרשהק), לערוב באופן אישי (יחד ולחוד) להוצאות שייפסקו לטובת המשיבים, אם תידחה התביעה, חלף הפקדת ערובה. בהחלטה שניתנה בהמשך אותו יום, קבע בית המשפט המחוזי, כי נוכח עמידת המשיבים על דרישתם להפקדת ערובה, על המבקשות להשיב לבקשה עד למועד שנקבע בהחלטתו הקודמת. ביום 11.12.2020 הגישו המבקשות תשובה לגופו של עניין, ובה טענו, כי דין הבקשה להידחות. המבקשות הבהירו, כי אמנם פירונטיני היא "חברה צעירה שהוקמה לא לפני זמן רב" ואולם קונדור, אשר ערבה עם פירונטיני, יחד ולחוד, היא בעלת יכולת כלכלית לעמוד בתשלום הוצאות המשיבים, אם יפסקו כאלה. לתמיכה בטענותיהן, צרפו המבקשות לתגובתן מסמכים שונים הנוגעים לאיתנותה הפיננסית של קונדור, ובכללם: דוחות כספיים; חוות דעת מטעם רואה החשבון של החברה; וכן תדפיסי חשבון ואישורי בנק עדכניים. לבסוף שבו המבקשות על הצעתן, כי תופקד ערבות אישית מאת בעלי השליטה במבקשות, חלף הפקדת ערובה.

6. בתגובתם לתשובה מיום 21.12.2020 טענו המשיבים, בין היתר, כי קונדור לא תמכה את טענותיה בנוגע לאיתנותה הפיננסית בתצהיר, בעוד פירונטיני, בהיותה חברה צעירה, הודתה כי היא "חברה ריקה חסרת יכולת כלכלית". בנסיבות אלה, נטען כי המבקשות לא עמדו בנטל להוכיח יכולת כלכלית. המשיבים טענו עוד, כי יש לדחות את

בקשת המשיבות להפקדת התחייבות אישית מטעם בעלי השליטה בהן, חלף הפקדת עירבון. זאת, הן נוכח העובדה כי כתב ההתחייבות שהציגו המבקשות כולל פגמים מהותיים ואינו נתמך בתצהירים, הן משום שעל-פי הפסיקה הנוהגת – הפקדת ערבות אישית תתאפשר במקרים חריגים בלבד. אציין, כי ביום 22.12.2020 הגישו המבקשות הודעה לבית המשפט המחוזי, ובה ציינו כי הן מסכימות לתקן את הפגמים שנפלו לטענת המשיבים בכתב ההתחייבות האישית, וכמו כן צרפו תצהירים מטעם וירניק ומהרשק, לתמיכה בטענותיהם כאמור.

7. בהחלטה מיום 28.12.2020, נעתר בית המשפט המחוזי לבקשת המשיבים, והורה על חיוב המבקשות בהפקדת ערובה. בית המשפט המחוזי עמד על שלבי הבדיקה הנדרשים על-פי סעיף 353א לחוק החברות, כאמור ברע"א 10376/07 ל.1 הנדסה ממוחשבת בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ (11.2.2009) (להלן: עניין הנדסה ממוחשבת), עובר למתן פטור מהפקדת ערובה. בבואו ליישם את מבחני הדין והפסיקה, אשר עליהם עמד בהרחבה, ציין בית המשפט המחוזי, כי די בכך שהחברה התובעת תוכיח אחד מן התנאים המנויים בסעיף 353א הנ"ל, על מנת לקבוע כי אין לחייבה בהפקדת ערובה. בנסיבות העניין דנן, נקבע תחילה כי סיכוייה של התביעה אינם נחזים להיות גבוהים במידה המצדיקה מתן פטור מהפקדת ערובה, נוכח היעדרו של הסכם חתום בין הצדדים. בית המשפט הבהיר, כי אמנם הסכמים "יכולים לבוא לידי ביטוי בחילופי התכתבות ואף בעל פה ואולם, ככל שמדובר בהסכם המצוי בליבת ההתנהלות העסקית, כבמקרה דנן, אך צפוי נהוג ואף מקובל, כי הסכם שכזה יעלה על הכתב ולו כדי לשקף את גמירות הדעת של הצדדים לרבות פרטי ההסכמות. בהעדרו של הסכם שכזה תקשה מלאכת ההוכחה על [המבקשות] הנדרשות להוכיח קיומו של הסכם [...]". על יסוד האמור, ובהינתן סכום התביעה, קבע בית המשפט המחוזי, כי ניהול ההליך צפוי לדרוש "בירורים מעמיקים אשר ייצרו עלויות דיוניות גבוהות", בעוד שהמבקשות מצדן לא הוכיחו כי יהא באפשרותן לעמוד בנטל תשלום הוצאות המשיבים. נוכח מסקנתו זו, דחה בית המשפט המחוזי, גם את הצעת בעלי השליטה במבקשות, לערוך באופן אישי להוצאות המשיבים. בית המשפט המחוזי קיבל אפוא את הבקשה במלואה, והורה למבקשות להפקיד ערובה בסך של 875,000 ₪, טרם המשך ניהול ההליך.

לשלמות התמונה אציין, כי ביום 28.1.2021 הפקידו המבקשות את דמי הערובה בקופת בית המשפט, בהתאם להחלטה.

מכאן הבקשה שלפני.

8. בבקשת רשות הערעור, שבות המבקשות, בעיקרו של דבר, על הטענות שהעלו לפני בית המשפט המחוזי. בפתח הדברים נטען, כי החלטת בית המשפט המחוזי אינה מנומקת כדבעי, והיא נעדרת התייחסות למסמכים השונים שהגישו המבקשות לעיונו, ובכלל זה לכתב הערבות האישית מטעם בעלי השליטה בהן, אשר צורף לתגובתן לבקשה להפקדת ערובה. המבקשות מדגישות, כי בית המשפט המחוזי הקדיש "פסקה אחת בלבד" לדיון בנסיבות הספציפיות של המקרה, "ומשפט אחד בלבד" בנוגע ליכולתן הכלכלית – "הא ותו לא". בנסיבות אלה, נטען כי לא ברור מהו הבסיס העובדתי שעל-פיו נקבע כי המבקשות לא הוכיחו את יכולתן לעמוד בתשלום הוצאות המשיבים, ככל שיפסקו. אשר להצדקה ליתן רשות ערעור בעניינן, טוענות המבקשות כי החלטת בית המשפט המחוזי "סותמת את הגולל על המחלוקת בעניין הפקדת הערובה", ועל כן, אם תיוותר על כנה, תיפגע זכותן לקניין באופן ממשי, משום שסוגיה זו לא תידון בשנית, אם ידרשו בסופו של דבר לערער על פסק הדין כולו.

9. לגופם של דברים נטען, כי שגה בית המשפט המחוזי ביישום הוראת סעיף 353 לחוק החברות על נסיבות המקרה, כאשר פנה לבחון, בשלב ראשון, את סיכויי ההליך, חלף ניתוח איתנותן הפיננסית של המבקשות. בכך פעל בית המשפט המחוזי בניגוד להלכה הפסוקה, כפי שבאה לידי ביטוי, בין היתר, בעניין הנדסה ממוחשבת. המבקשות מוסיפות, כי שגה בית המשפט המחוזי גם בקביעתו כי הן נעדרות יכולת כלכלית. לשיטתן, די במסמכים שצורפו לתגובה לבקשה להפקדת ערובה, כדי להוכיח את איתנותן הפיננסית. זאת בפרט נוכח הצעת בעלי השליטה במבקשות לערוב באופן אישי להוצאות שיפסקו לטובת המשיבים, אם תידחה התביעה. עוד טוענות המבקשות, כי קביעת בית המשפט המחוזי, בדבר סיכוייה הנמוכים של התביעה, מבוססת על הנחות שגויות לגבי תוקפו של ההסכם. המבקשות מציינות, כי התביעה מתייחסת לאירועים שהתרחשו כחודשיים טרם הגשתה, ועל כן, טובים סיכוייה. המבקשות מוסיפות עוד, כי שגה בית המשפט המחוזי גם בקביעותו לגבי היקף ההליך.

10. המשיבים מצדם, סומכים ידיהם על החלטת בית המשפט המחוזי. לעמדתם יש לדחות את בקשת רשות הערעור. תחילה טוענים המשיבים, כי הבקשה הוגשה בחוסר ניקיון כפיים, שכן המבקשות הגישו, הלכה למעשה, 4 תשובות שונות לבקשה להפקדת ערובה, שכלל לא הוזכרו במסגרת בקשת רשות הערעור. עוד נטען בהקשר זה, כי המבקשות צירפו לבקשת רשות הערעור, מסמכים אשר לא התקבלו כדין בגדרי ההליך הקודם. מעבר לכך נטען, כי הבקשה כלל אינה עומדת בתנאים הגדורים והתחומים, שרק בהתקיים תינתן רשות ערעור על החלטה אחרת; בפרט החלטה שעניינה בחיוב בהפקדת ערובה. לטענת המשיבים, בהחלטה דיונית עסקינן, שערכאת הערעור לא תתערב בה אלא

במצבים חריגים. זאת בפרט מקום שבו המבקשות תוכלנה לערער על החלטה זו, במסגרת הערעור על פסק הדין הסופי, אם יגיעו לידי כך. המשיבים מוסיפים, כי החלטת בית המשפט המחוזי מנומקת דיה, וממילא החלטה בעניין הפקדת ערובה "אינה מחייבת הנמקה מפורטת המתייחסת לכל טענה וטענה".

11. לגופו של עניין נטען, כי סעיף 353א לחוק החברות מקים חזקה, שלפיה במקרה שבו מדובר בחברה בע"מ המגישה תביעה, כבעניינו, יש לחייבה בהפקדת ערובה. בהקשר זה מדגישים המשיבים, כי המבקשות לא הרימו את הנטל המוטל עליהן לסתור את החזקה האמורה. לעמדת המשיבים, צדק בית המשפט המחוזי בקביעתו כי המבקשות לא הוכיחו יכולת כלכלית, לאחר שלא מצא כי די במסמכים שצורפו לתשובתן, כדי לבסס את איתנותה הפיננסית של קונדור. בהקשר זה אף נטען, כי לא בכדי נמנעו המבקשות מלהעלות טענה כלשהי בנוגע ליכולת הכלכלית של פיורנטיני. די אפוא בכך, כדי לחייב את המבקשות בהפקדת ערובה. המשיבים מוסיפים, כי גם כתב ההתחייבות האישית שהציעו המבקשות, אינו מהווה תחליף נאות להפקדת ערובה, ואין בכוחו לגבור על החזקה המעוגנת בסעיף 353א לחוק החברות. לבסוף טוענים המשיבים, כי בהתאם לנוסחו של סעיף 353א לחוק החברות, לא נפל כל פגם באופן שבו בחן בית המשפט המחוזי את החריגים שנקבעו למתן פטור מהפקדת ערובה, וממילא, גם אילו היה בוחן את יכולתן הכלכלית של המבקשות, עוד קודם להערכת סיכויי התביעה – היה מגיע לאותה מסקנה.

12. לאחר עיון בבקשה ובתשובה, על נספחיהן, באתי לכלל מסקנה כי דין בקשת רשות הערעור – להידחות. כידוע, החלטה בדבר הפקדת ערובה, ובדבר שיעורה, להבטחת הוצאות הנתבע, הן מסוג ההחלטות המסורות לשיקול דעתה הרחב של הערכאה הדיונית. בהתאם, ערכאת הערעור תתערב בהחלטות כגון אלה במקרים חריגים בלבד (רע"א 7496/15 אור בנמל בתל אביב הקטנה בע"מ נ' צפון הירקון תל אביב בע"מ, פסקה 4 (14.2.2016); רע"א 9237/18 כרמל זיירקט בע"מ נ' R.H. PETERSON CO, פסקה 5 (12.2.2019) (עניין כרמל זיירקט)).

13. כידוע, סעיף 353א לחוק החברות קובע כי בית משפט רשאי, לבקשת נתבע, להורות לתובעת, שהיא חברה אשר אחריות בעלי המניות בה מוגבלת, להפקיד ערובה להבטחת תשלום הוצאותיו, ככל שאלה תיפסקנה. כפי שציינו המשיבים – זהו הכלל, ומתן פטור מהפקדת ערובה הוא חריג לו. פטור כאמור ינתן באחד משני מצבים: האחד, "נסיבות הענין אינן מצדיקות את חיוב החברה [...] בערובה"; השני, "החברה הוכיחה כי יש ביכולתה לשלם את הוצאות הנתבע אם יזכה בדיון" (סעיף 353א לחוק החברות; ראו גם:

רע"א 10905/07 נאות אואיס מלונות בע"מ נ' זיסר, פסקה 6 (13.7.2008); רע"א 237/19 כוכב היובל בע"מ נ' אל-הר הנדסה ובנין בע"מ, פסקה 5 (16.1.2019) (להלן: עניין כוכב היובל); עניין כרמל דיירקט, שם). על-פי הפסיקה, בעת בחינת "נסיבות הענין", על-פי החריג הראשון, רשאי בית המשפט לבחון את סיכויי התביעה, והוא עשוי ליתן פטור מהפקדת ערובה, מקום שבו נמצא כי סיכויי התביעה גבוהים במיוחד (עניין הנדסה ממוחשבת, פסקאות 12-13; רע"א 9275/16 י.ש.ע השקעות ויזמות בע"מ נ' י.ר.א.ם הנדסה אזרחית ותשתיות בע"מ, פסקה 7 (5.1.2017); רע"א 4381/17 תועלת לציבור נ' בנק הפועלים בע"מ, פסקה 3 (2.10.2017); עניין כוכב היובל, שם).

14. לא שוכנעתי, כי המקרה דנן נמנה עם אותם מקרים חריגים העשויים להצדיק התערבות בהחלטת בית המשפט המחוזי, אשר ניתנה לאחר בחינה חוזרת ומעמיקה של טענות הצדדים. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, המבקשות הן חברות בע"מ, ועל כן ברירת המחדל היא כי יש לחייבן בהפקדת ערובה להבטחת הוצאות המשיבים. בית המשפט המחוזי לא הסתפק בכך, והוסיף ובחן אם מתקיימים החריגים הקבועים בסעיף 353א לחוק החברות לצורך מתן פטור מהפקדת ערובה. על יסוד כתבי הטענות שהונחו לפניו, התרשם בית המשפט המחוזי כי סיכויי התביעה אינם גבוהים, ואף קבע, נוכח היקף התביעה, כי ההוצאות בהליך צפויות להיות גבוהות. עוד קבע בית המשפט המחוזי, כי לא עלה בידי המבקשות להוכיח כי תוכלנה לשאת בהוצאות המשיבים, אם תידחה התביעה. אכן, יתכן כי מוטב היה להבהיר ביתר פירוט את המסקנה; ואולם, משהביא בית המשפט המחוזי בחשבונו את כלל השיקולים שנמנו לעיל – לא מצאתי כי מדובר בפגם, לבטח לא פגם מהותי, שיש בו כדי להצדיק את ביטול ההחלטה (רע"א 290/15 ברנד פור יו בע"מ נ' רמי לוי שיווק השקמה בע"מ, פסקה 11 (8.12.2015)). בהקשר זה אציין, כי אף אם אקבל את טענת המבקשות, שלפיה שגה בית המשפט המחוזי בסדר בחינת החריגים הקבועים בסעיף 353א הנ"ל לצורך מתן הפטור – לא שוכנעתי כי היה בכך כדי להביא לתוצאה שונה (השוו: עניין כוכב היובל, פסקה 6). מכל מקום, כפי שצינתי בעבר, ברע"א 5013/15 ג'ורדאל בע"מ נ' מנהל מע"מ באר שבע, פסקה 12 (27.12.2015) – החלטה בנוגע להפקדת ערובה "אינה יוצרת מצב בלתי-הפוך", ובניגוד לטענת המבקשות – ניתן, וממילא אף ראוי, לדון בה גם במסגרת הערעור על פסק הדין שינתן בהליך, אם הדבר יידרש.

15. לגופם של דברים אוסיף, אף מבלי להידרש לשאלה אם המסמכים שצרפו המבקשות הוגשו כדין, כי לא ניתן להתעלם מן העובדה כי פיורנטיני היא חברה צעירה, חסרת נכסים ופעילות, אשר הגישה את תביעתה מכוח המחאת זכויותיה של קונדור. נראה אפוא כי קביעת בית המשפט המחוזי, שלפיה המבקשות לא הרימו את הנטל המוטל

עליהן, ולא הוכיחו כי ביכולתן לעמוד בנטל תשלום הוצאות המשיבים, יש לה על מה שתסמוך (השוו: כוכב היובל, שם). גם לא ראיתי להתערב בהחלטה שלא לקבל את הצעת בעלי השליטה במבקשות, לערוב באופן אישי להוצאות המבקשות. זאת נוכח היקף ההליך ו'אופיה' של הערבות האישית, ובהינתן התרשמותו הישירה של בית המשפט מנסיבות העניין, וממהות הסכסוך שלפניו.

16. סוף דבר – הבקשה נדחית.

המבקשות תישאנה בהוצאות המשיבים בסך של 7,000 ₪.

ניתנה היום, ו' בתמוז התשפ"א (16.6.2021).

שׁוֹפֵט