



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

תנ"ג 10466-09-12 אוסטרובסקי ואח' נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

לפני כב' השופט עופר גרוסקופף

חברת השקעות דיסקונט בע"מ

התובעת

רמי אוסטרובסקי
יניב אוזנה

מגישי התביעה הנגזרת

ע"י באי הכוח בתביעה הנגזרת עו"ד רוני עדיני, עו"ד רם דקל
ועו"ד אוהד אנטמן

והחברה, גם ע"י עו"ד אביתר קנולר ועו"ד יריב שינובסקי

נגד

הנתבעים

1. נוחי דנקנר

2. אליהו כהן

3. אברהם פישר

4. ניב אחיטוב

5. יצחק מנור

6. צבי לבנת

7. חיים גבריאלי

8. זהבה דנקנר

9. דורי מנור

10. שאול בן זאב

11. רפאל ביסקר

12. מרק שימל

13. יאיר ארנסט אורגלר

הנתבעים 1 ו-8 ע"י עו"ד רם כספי, עו"ד עמית לייזרוב
ועו"ד ירון קוכמן

הנתבעים 2, 4, 7 ו-11 ע"י עו"ד צבי אגמון, עו"ד אורי שורק
ועו"ד דנה חן

הנתבעים 3 ו-12 ע"י עו"ד ד"ר גיל אוריון, עו"ד ישראל מרקוביץ'
ועו"ד רועי שטינמץ

הנתבעים 5 ו-9 ע"י עו"ד אהרון מיכאלי, עו"ד יהודה רוזנטל,
עו"ד עוז סאסי ועו"ד מור אייכנבאום

הנתבעים 6 ו-10 ע"י עו"ד גיורא ארדינסט, עו"ד תומר ויסמן,
עו"ד ענת שקד ועו"ד אלמוג גיל-אור

הנתבע 13 ע"י עו"ד שרון קלינמן ועו"ד הילה פרנקו

פסק דין



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

תנ"ג 10466-09-12 אוסטרובסקי ואח' נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

(אישור הסכם פשרה בתביעה נגזרת)

1

2

3

1. לפני בקשה מיום 23.8.2017, שהגישו חברת השקעות דיסקונט בע"מ (להלן: "החברה" או "דסק"ש") והנתבעים, לאישור הסכם פשרה ביחס לתביעה הנגזרת שלפניי, שעניינה השקעות החברה ברכישת השליטה במעריב החזקות בע"מ (להלן: "מעריב"), וכספים שהוזרמו על ידי החברה לצורך מניעת קריסת מעריב (להלן: "הסכם הפשרה").

7

8

הסכם הפשרה הוא פשוט בתכלית - כנגד תשלום סכום הפשרה בסך של מאה מיליון ש"ח (100,000,000 ש"ח. להלן: "סכום הפשרה"), תסולק התובענה באופן מלא ומוחלט על כל עילותיה, ותוך ויתור של החברה על כל תביעותיה בכל הקשור, במישרין או בעקיפין, לעסקת מעריב. בהסכם הפשרה מובהר כי סכום הפשרה הוא סופי ומוחלט (ובכלל זה כולל את שכר טרחת עורכי הדין וגמול למבקשים, לרבות מע"מ), וכי הוא ישולם לחברה בתוך 45 יום מהמועד בו פסק הדין המאשר את הסכם הפשרה יהיה חלוט.

14

15

2. מהטעמים שיפורטו להלן הגעתי למסקנה כי יש מקום לאשר את הסכם הפשרה ולתת לו תוקף מחייב ביחסי החברה והנתבעים. להלן אפרט בקצרה את תולדות ההליך ואת הטעמים המובילים למסקנה כי יש לאשר את הסכם הפשרה. בהמשך לכך אתייחס גם למחלוקות שהתגלו בין הצדדים, הן בנוגע למהלכים שהביאו להגשת הסכם הפשרה והן בנוגע לבקשת החברה להחזר האגרה ששולמה על ידה בגין ההליך.

19

20

21

קיצור תולדות ההליך

22

23

3. ביום 4.9.2012 הגישו שני בעלי מניות בדסק"ש, רמי אוסטרובסקי ויניב אוזנה (להלן: "מגישי התביעה הנגזרת"), באמצעות משרדי עורכי הדין רם דקל ורונון עדיני (להלן: "באי הכוח בתביעה הנגזרת") תביעה נגזרת בשם החברה נגד הדירקטורים אשר היו אחראים לטענתם לנוק שנגרם לדסק"ש בעקבות רכישת השליטה במעריב, בסכום שהוערך ב- 368,789,586 ש"ח. יצוין כי התביעה הוגשה למחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, ואולם ביום 26.2.2013 הועברה לבית משפט זה בהתאם להחלטתו של הנשיא אשר גרוניס, וזאת מהטעם ש"רעייתו של אחד הנתבעים מכהנת כשופטת בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו" (בש"א 1205/13).

30

31

32



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

תנ"ג 10466-09-12 אוסטרובסקי ואח' נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

4. בהתאם להוראות הדין נבחנה בשלב ראשון השאלה האם יש מקום לאשר את ניהול התביעה הנגזרת. הן החברה והן הנתבעים התנגדו לאישור התביעה הנגזרת, וביקשו כי בית המשפט ידחה את התובענה. בעקבות זאת, הוגשו לבית המשפט כתבי טענות וראיות, נחקרו העדים והמומחים ונקבעו מועדים להגשת סיכומים ביחס לבקשה לאישור ניהול התביעה הנגזרת.
5. בין לבין נקלעה בעלת השליטה בדסק"ש (אי די בי חברה לפיתוח בע"מ) לקשיים כלכליים, והשליטה בה עברה במסגרת הסדר נושים מקבוצת דנקנר (שחלק מהנתבעים משתייכים אליה) לקבוצת שליטה חדשה (המשקיעים אדוארדו אלשטיין ומוטי בן משה, ולימים אלשטיין לבדו). לאור שינוי זה זומן ביוזמת בית המשפט דיון תזכורת במעמד באי כוח הצדדים ליום 19.1.2014 במטרה "לבחון את המשך התנהלות התיק לאור שינוי השליטה ב[דסק"ש]". במסגרת דיון זה עדיין לא בא כוח החברה באותה עת (עו"ד צבי אגמון) כי "למיטב ידיעתי בזמן הקרוב אמור להיבחר הרכב חדש לדירקטוריון דסק"ש. איני יודע תאריך מדויק, גם איני יודע מה יקרה עם הדירקטורים מקרב הציבור שכהונתם קצובה בזמן על פי דין ונכון לכרגע אין לי הנחיות חדשות מעבר לעמדה שהוצגה עד היום. אני מניח שלוח הזמנים יהיה קצר ביותר, עניין של מספר שבועות". באי הכוח בתביעה הנגזרת (עורכי הדין רוני עדיני ורם דקל) ביקשו להגיש סיכומים כדי לקדם את הדיון בתיק. באי כוח הנתבעים ביקשו כי הסיכומים מטעמם יוגשו לאחר שתתקבל עמדת החברה. לאור זאת ניתנה החלטה לפיה החברה מתבקשת להגיש את עמדתה ביחס לתובענה, ובינתיים יוגשו סיכומים מטעם מגישי התביעה הנגזרת, אך ניתנה דחיה להגשת סיכומים מטעם הנתבעים.
6. עמדת החברה ביחס לתביעה הנגזרת לא הוגשה, וזאת גם לאחר מספר דחיות שהתבקשו וניתנו. ביום 15.6.2014 עידכן באי הכוח החברה (עו"ד אורי שורק) כי "בהתאם למידע שנמסר מן [החברה] טרם הושלמו השינויים בדירקטוריון החברה... ובשלב זה לא ידוע מתי יושלמו שינויים אלה". לאור זאת ניתנה ביום 17.6.2014 החלטה לפיה "יש לקדם את בירור התיק", ונקבעו מועדים להשלמת הגשת הסיכומים. יצוין כי סיכומי המשיבים, אשר הוגשו ביום 20.10.2014, היו סיכומים מאוחדים שכללו הן את עמדת החברה והן את עמדת כל הנתבעים, ואשר במסגרתם התבקש בית המשפט לדחות את הבקשה לאשר את ניהול התביעה הנגזרת.
7. ביום 9.8.2015 ניתנה על ידי החלטה המאשרת ניהול תביעה נגזרת בשם דסק"ש נגד הנתבעים (להלן: "החלטת האישור"). עילת התביעה בגינה אושר ניהול תביעה נגזרת נגד הדירקטורים הנתבעים סוכמה בפסקה 69 להחלטת האישור כך: "הפרת חובת הזהירות שהם חבים לחברה, בכך שנהגו ברשלנות העולה לכדי פזיזות בקבלת ההחלטה לרכישת מעריב, וכתוצאה מכך גרמו לחברה (הן מבחינה עובדתית והן מבחינה משפטית) נזקים המורכבים הן מעלות הרכישה הראשונית והן מההשקעות הנוספות". בפסקאות קודמות של החלטת האישור הובהר כי ההיתר לניהול התביעה הנגזרת מתייחס הן לטענה כי "הדירקטורים של



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

תנ"ג 10466-09-12 אוסטרובסקי ואח' נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

- 1 דסק"ש פעלו באופן פזיז עת אישרו ביום 24.3.2011 את ההתקשרות בעסקת מעריב, וזאת
2 מהטעם שלא הונח לפנייהם אפילו בסיס עובדתי מינימאלי המאפשר דיון ענייני בעסקה
3 אותה התבקשו לאשר" (פסקה 54) והן לטענה כי "החלטת הדירקטורים המשיבים התקבלה
4 מתוך אדישות לשיקולי טובת החברה, ובמטרה לרצות את בעל השליטה" (פסקה 62).
5
6 על החלטת האישור לא הוגש ערעור. במחצית הראשונה של חודש ינואר 2016 הגישו הנתבעים
7 כתבי הגנה. בעקבות כתבי ההגנה ביקשו באי הכוח בתביעה הנגזרת את תיקון כתב התביעה,
8 על דרך של הוספת עילות, וזאת לאור "עובדות חדשות שהתגלו מכתבי ההגנה שהגישו
9 הנתבעים ביום 11.1.2016 ומדו"ח הנאמנים לקבוצת מעריב". לאחר דיון בבקשה אפשרתי
10 ביום 18.5.2016 את תיקון כתב התביעה, וזאת הן בכדי לכלול בו את העובדות הנוספות
11 הנטענות בכתב התביעה המתוקן, והן על מנת לטעון "כעילות תביעה חילופיות, כי ככל
12 שהתקיימו דיונים פנימיים בין בעלי השליטה, הרי שדיונים אלה מהווים הפרה של חובת
13 הגילוי ו/או חובת האמונים". על החלטה זו הוגשה על ידי חלק מהנתבעים בקשת רשות ערעור
14 לבית המשפט העליון (רע"א 4928/16), אשר לאור ההתפתחויות שיתוארו להלן, הדיון בה
15 עוכב (לדיון באפשרות לתקן כתב תביעה בתביעה נגזרת לאחר אישור ניהול התביעה הנגזרת
16 ראו רע"א 3130/17 לבייב נ' רו"ח כהן (ניתן ב- 11.12.2017)).
17
18 לאחר שהוגשו כתב תביעה מתוקן וכתבי הגנה מתוקנים, ובטרם הוגש כתב תשובה מתוקן,
19 הודיעו הצדדים ביום 28.11.2016 לבית המשפט כי "לאחרונה החלו מגעים בין הצדדים
20 בניסיון להגיע להסכמות מחוץ לבית המשפט, בסיועה של כב' השופטת (בדימוס) הילה
21 גרסטל". לאור זאת התבקש בית המשפט להאריך את המועדים הקבועים בתיק להגשת כתב
22 התשובה המתוקן ולקיום הליכי הגילוי. בית המשפט נענה לבקשת הצדדים, והורה על ארכה
23 כמבוקש. בקשה נוספת להארכת מועדים, הפעם ל- 33 ימים, הוגשה ב- 26.2.2017 ע"י באי
24 הכוח בתביעה הנגזרת. גם בקשה זו נענתה בחיוב.
25
26 ביום 22.3.2017 הגישו באי הכוח בתביעה הנגזרת בקשה נוספת להארכת מועדים, אלא
27 שהפעם הודיעו כי "חרף הרצון הטוב של כל הצדדים, נכון למועד הגשת בקשה זו, לא עלה
28 בידי הצדדים להגיע להסכם פשרה". לאור זאת ביקשו לחדש את ההליך, תוך מתן ארכות
29 להגשת כתב תשובה מתוקן ולקיום הליכי הגילוי. בעקבות הודעה זו חודשו ההליכים בתיק,
30 והוגש ביום 5.6.2017 כתב תשובה מתוקן.
31
32
33 ביום 19.7.2017 התקיים דיון קדם משפט שהיה קבוע בתיק. בתחילת הדיון מסר בא הכוח
34 בתביעה הנגזרת (עו"ד עדינל) את העדכון הבא: "היה הליך גישור. הוא לא הניב תוצאות.
35 ניהלנו הליך גישור בפני כב' השופטת גרסטל. בחודש מרץ השנה הוצעה לנו הצעת פשרה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

תנ"ג 10466-09-12 אוסטרובסקי ואח' נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

- 1 הצעת הפשרה נדחתה על ידינו באותו רגע. אמרנו שהסכום לא נראה לנו מתאים. היה דיון,
2 אמרו לנו אולי תבדקו עם החברה מה דעתה, אמרנו שנבדוק. יש מעמד לתובעים לפי
3 הפסיקה. נפגשנו עם עו"ד קאופמן שנמצא כאן באולם, מסרנו לו את ההצעה. אמרנו
4 שההצעה לא מקובלת עלינו. הסברנו למה. הוא אמר שיבדוק ויחזור. הוא חזר עם תשובה
5 שהחברה רוצה את הסדר הפשרה. ... אמרנו למגשרת שהחברה מעוניינת ואנחנו לא. אמרו
6 לנו שההצעה לא תשופר. אמרנו שאנחנו מוכנים להמשיך את הדיאלוג, אבל אנחנו מחכים
7 חצי שנה, אנחנו רוצים לחדש את ההליכים, גם פה וגם בבר"ע בעליון. ..."
8
- 9 עמדת החברה ביחס להצעת הפשרה שהעלתה המגשרת, הנשיאה (בדימוס) הילה גרסטל
10 (להלן: "המגשרת" ו- "הצעת הפשרה"), הייתה שונה מעמדת באי הכוח בתביעה
11 הנגזרת. היועץ המשפטי הפנימי של דסק"ש, עו"ד אהרון קאופמן, ובא כוח החברה, עו"ד
12 אביתר קנולר (שהחליף לאחר החלטת האישור את עו"ד צבי אגמון), התייצבו לדיון בית
13 המשפט, ומסרו כי יום קודם לכן (דהיינו ב- 18.7.2017) התקיימה ישיבה של דירקטוריון
14 החברה, במהלכה הוצגו לדירקטורים הצעת הפשרה ועמדת המגשרת (שאף השתתפה בחלק
15 מהדיון באמצעות הטלפון). בעקבות זאת הצביע דירקטוריון דסק"ש פה אחד בעד אימוץ
16 הצעת הפשרה (בכפוף לכך שינתן אישור בית המשפט להתקשרות החברה בהסכם הפשרה).
17 יצויין כי בישיבת דירקטוריון זו לא נטלו חלק באי הכוח בתביעה הנגזרת, למרות שהוזמנו,
18 וזאת בשל ההתראה הקצרה שניתנה להם. לאור עמדת הדירקטוריון, ביקשו עו"ד קאופמן
19 וקנולר, בשם החברה, כי בית המשפט יאשר לחברה להתקשר בהסכם הפשרה, וזאת בניגוד
20 לעמדת באי הכוח בתביעה הנגזרת.
21
- 22 בסיום הדיון הוריתי לחברה להעביר לידי באי הכוח בתביעה הנגזרת עותק של פרוטוקול
23 הדיון בדירקטוריון מיום 18.7.2017, וביקשתי את באי הכוח בתביעה הנגזרת כי ימסרו,
24 לאחר שיבחנו את הפרוטוקול, "הודעה בדבר הדרך בה הם רואים את המשך התנהלות
25 ההליך".
26
- 27 12. עמדת באי הכוח בתביעה הנגזרת לעניין הסכם הפשרה הוגשה ביום 17.8.2017 (להלן: "עמדת
28 באי הכוח בתביעה הנגזרת"). עמדה זו מורכבת מארבעה נדבכים: ראשית, הצעת הפשרה
29 שהוצגה לפני הדירקטוריון היא אותה הצעה שהונחה על השולחן ע"י המגשרת בחודש מרץ
30 2017, ונדחתה על ידי באי הכוח בתביעה הנגזרת, מאחר שסברו (ועודם סוברים) כי "ניתן
31 עדיין להשיג סכום גבוה יותר, גם בפשרה, וכי הסכום המוצע אינו משקף נאמנה את מכלול
32 הנסיבות והסיכונים בתיק זה"; שנית, החברה, המנוהלת כיום על ידי דירקטוריון חדש,
33 שאינו מצוי בניגוד עניינים (וזאת לאור העברת השליטה לאלשטיין), קיבלה החלטה להסכים
34 להצעת הפשרה. לדעת באי הכוח בתביעה הנגזרת, החלטה זו, שהתקבלה מבלי לשמוע את
35 עמדתם, היא החלטה שגויה; שלישית, לאחר ששקלו אם יש מקום לדרוש כינוס ישיבה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

תנ"ג 10466-09-12 אוסטרובסקי ואח' נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

- 1 נוספת של הדירקטוריון כדי לדון מחדש בנושא, הגיעו למסקנה לפיה "נראה כי המטרה
2 סומנה מראש על הקיר". אף אם יתקיים דיון נוסף בהשתתפות [באי הכוח בתביעה הנגזרת]
3 וגם אם הוא יהיה מעמיק ושקול יותר – לא תשתנה התוצאה הסופית ולא תשתנה החלטת
4 החברה, אשר ללא ספק מעוניינת בפשרה; רביעית, באי הכוח בתביעה הנגזרת אינם
5 כופרים לא בזכות העמידה של החברה ולא בכך שיש ליחס לעמדתה משקל. עם זאת, הם
6 סבורים שהמשקל שיש ליחס לעמדת החברה, גם לאחר חילופי השליטה, אינו צריך להיות
7 קונקלוסיבי, וזאת בשים לב לכך שהחברה התנגדה להליך לפני החלטת האישור, ולא שינתה
8 את עמדתה המסתייגת ביחס לתביעה גם לאחר החלטת האישור.
9
- 10 לאור כל אלה מסכמים באי הכוח בתביעה הנגזרת את עמדתם באופן הבא: "בנסיבות אלו,
11 ומשידועה לביהמ"ש הנכבד עמדת הח"מ בסוגיית הצעת הפשרה, הם מותירים לשיקול
12 דעת ביהמ"ש את ההחלטה האם לקבל את עמדת החברה שהחליטה להסכים להצעת
13 הפשרה".
14
- 15 בעקבות עמדת באי הכוח בתביעה הנגזרת הוגש הסכם הפשרה ביום 23.8.2017 לאישור בית
16 המשפט. בקשת האישור, שהוכתרה בכותרת "בקשה דחופה לאישור הסכם פשרה בין
17 החברה לבין הנתבעים", הוגשה על ידי באי כוח הנתבעים מזה, ובא כוח החברה (עו"ד יריב
18 שי – ישנובסקי), מזה. בבקשה צוין כי החברה והנתבעים סבורים שהמדובר בהסכם פשרה
19 "הוגן, ראוי וסביר, בהתחשב במהות התובענה, במשך הזמן בו היא מתנהלת ובסיכונים
20 ובסיכויים של הצדדים, כפי שהם עולים מכתבי הטענות שהוגשו בהליך (כמו גם בהליכי
21 ערעור) ובטובת החברה במובנה הרחב". עוד ציינו החברה והנתבעים את המלצת המגשרת,
22 והחברה הדגישה כי נתנה "משקל משמעותי לכך שהסכם הפשרה יאפשר לה לקבל את
23 סכום הפשרה, שהינו סכום משמעותי ביותר, במועד קרוב". ביחס לאישור דירקטוריון
24 החברה צוין בסעיף 50 לבקשה לאישור הסכם הפשרה כדלהלן:
25
- 26 הסכם הפשרה אף אושר ביום 18.7.2017 על ידי דירקטוריון החברה המורכב
27 מדירקטורים שאין להם כל עניין אישי בתביעה לאחר שהשליטה בחברה
28 התחלפה (פעמיים) מאז האירועים נשוא התביעה. דירקטוריון זה, שאינו נגוע בכל
29 קונפליקט ביחס לאירועים נשוא התביעה, אישר את הסכם הפשרה, לאחר שבא
30 בדברים בעניין זה, באופן ישיר, עם המגשרת (שהציגה את עמדתה בישיבת
31 הדירקטוריון שקיימה החברה בעניין) וסבר כי הוא משרת את טובת החברה ואת
32 האינטרסים שלה. ברי כי אין טובה מהחברה עצמה כדי להחליט האם הסכם
33 הפשרה הינו לטובתה.
- 34 בהתאם לסעיף 202(ב) לחוק החברות, התשנ"ט – 1999, הקובע כי קודם לאישור פשרה
35 בתביעה נגזרת יש לפרסם הודעה על פרטי הסכם הפשרה, ולאפשר לכל בעל מניה ולכל



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

תנ"ג 10466-09-12 אוסטרובסקי ואח' נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

- 1 דירקטור להגיש התנגדות להסכם הפשרה, הוריתי ביום 24.8.2017 על פרסום הסכם הפשרה
2 לציבור, וכן על העברת עותק של הסכם הפשרה ליועץ המשפטי לממשלה ולרשות ניירות ערך.
3 בהחלטה נקבעו מועדים להעברת התנגדויות והתייחסויות להסכם הפשרה.
4
- 5 15. איש מבעלי המניות של החברה לא העביר התנגדות להסכם הפשרה. בא כוח היועמ"ש, עו"ד
6 ליאב וינבאום, הגיש ביום 19.11.2017 עמדה מטעם היועמ"ש, ועל דעת רשות ניירות ערך,
7 ביחס להסכם הפשרה, וכן הגיש באותו מועד התייחסות לנושא בקשת החברה להשבת אגרת
8 בית המשפט ששילמה (לנושא זה אתייחס בנפרד, בפסקאות 26 – 28 להלן). בפתח עמדתו
9 הבהיר ב"כ היועמ"ש כי היועץ המשפטי לממשלה מותיר את ההכרעה לגופו של הסכם
10 הפשרה לשיקול דעת בית המשפט, ומבקש להעיר מספר הערות עקרוניות, וזאת בראי פסק
11 דינו של בית המשפט העליון, שזה מקרוב ניתן, ברע"א 729/17 **אפריקה ישראל להשקעות**
12 **בע"מ נ' אפריקה ישראל בע"מ** (ניתן ב- 31.7.2017. להלן: "**עניין אפריקה**"). עוד הבהיר ב"כ
13 היועמ"ש כי העובדות הרלוונטיות לגיבוש הסכם הפשרה אינן בידיעתו, ועל כן אין לקרוא את
14 הערותיו כביקורת על התנהלות מאן דהוא באופן ספציפי, אלא כבקשה להבהרת המנגנון
15 הראוי במקרים מעין אלה. ואלה הערות היועמ"ש:
16
- 17 **ראשית**, גם לפי ההלכה הידועה, וגם לפי ההכרעה בעניין **אפריקה**, לאחר אישור ניהול
18 התביעה הנגזרת הגורם לו נתונה הסמכות הבלעדית לדבר בשמה של החברה לפני בית
19 המשפט בעניין התביעה הוא התובע הנגזר. יחד עם זאת, בעניין **אפריקה** הוכר כי יתכן "**מצב**
20 **חריג שבו החברה סבורה כי התנהלות התובע הנגזר עשויה לגרום, בסבירות גבוהה**
21 **וממשית, לנזק חמור ובלתי הפיך לחברה. במצב זה יש, לדעת בית המשפט העליון, לאפשר**
22 **לחברה "לערער על אופן התנהלותו של התובע הנגזר" לפני בית המשפט הדן בהליך הנגזר"**
23 **(ההדגשה במקור);**
24
- 25 **שנית**, המנגנון להפעלת החריג, כפי שעוצב על ידי בית המשפט העליון בעניין **אפריקה**, הוא
26 פניית החברה מבעוד מועד לבית המשפט בבקשה ממוסמכת, מפורטת ומגובה בתצהיר, בה
27 תשטח את טענותיה נגד התנהלות התובע הנגזר, ותבסס את טענתה כי התנהלותו יוצרת חשש
28 ממשי לפגיעה חמורה בחברה;
29
- 30 **שלישית**, היועץ המשפטי סבור שהגישה הזהירה והמצמצמת העולה מעמדת בית המשפט
31 העליון בעניין **אפריקה** ביחס להתערבות החברה בניהול ההליך מתחייבת על מנת שלא
32 לאפשר לחברה לסכל את ברור התביעה הנגזרת, ועל מנת שלא ליצור "אפקט מצנן"
33 משמעותי העלול למנוע הגשת תביעות נגזרות מוצדקות;



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

תנ"ג 10466-09-12 אוסטרובסקי ואח' נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

- 1 רביעית, אותם שיקולים יפים גם כאשר מדובר בנטילת מושכות ניהול המשא ומתן לפשרה
2 מול הנתבעים על ידי החברה, מהלך אשר אין לקבל, אלא אם החברה פנתה וקיבלה מראש
3 את רשותו של בית המשפט לנהל מגעים לפשרה;
4
- 5 חמישית, מהמידע החלקי שלפני ב"כ היועמ"ש מתקבל הרושם כי יכול שהכללים האמורים
6 לא נשמרו, במובן זה שלאחר שהמשא ומתן עם באי הכוח בתביעה הנגזרת נכשל, נטלה
7 החברה את המושכות מבלי שקיבלה את אישור בית המשפט לעשות כן. אם אכן כך, הרי
8 שהחברה התנהלה שלא על פי סמכותה בכל הנוגע לניהול התביעה הנגזרת;
9
- 10 שישית, בשים לב לכך שהתנהלות החברה ארעה לפני שניתנה ההחלטה בעניין אפריקה, אין
11 היועץ המשפטי לממשלה עותר לביטול הסכם הפשרה (או להכרזה על בטלותו), אלא הוא
12 מותיר את ההכרעה לגופו של הסדר הפשרה לשיקול דעת בית המשפט;
13
- 14 שביעית, היועמ"ש (ורשות ניירות ערך) הדגישו כי אף אם יאושר הסכם הפשרה יש חשיבות
15 רבה להתוויית מעמדו של התובע הנגזר גם בהליכי פשרה, וכן יש חשיבות לקביעת גמול ושכר
16 טרחה ראויים לתובעים הנגזרים ובאי כוחם, באופן שלא ייפגע מערך התמריצים להגשת
17 תביעות נגזרות בעתיד.
18
- 19 הצדדים הגישו תגובות לעמדת היועמ"ש. באי הכוח בתביעה הנגזרת הצטרפו לעמדת
20 היועמ"ש. החברה והנתובעים הדגישו בתגובתם שתי נקודות מרכזיות: ראשית, לשיטתם לא
21 נפל פגם בהתנהלות החברה, שכן היא לא ניהלה כל משא ומתן עם הנתבעים, אלא רק הודיעה
22 על רצונה לקבל את הצעת הפשרה שגובשה על ידי המגשרת במסגרת גישור שהתנהל בין באי
23 הכוח בתביעה הנגזרת לבין הנתבעים, ולשם כך פנתה לבית המשפט בבקשה כי יאשר לה
24 לפעול באופן שונה מהמלצת באי הכוח בתביעה הנגזרת; שנית, לטעמם היועמ"ש לא נתן
25 משקל ראוי לעובדה כי בענייננו דירקטוריון החברה שקיבל את ההחלטה לאשר את הצעת
26 הפשרה אינו נגוע, ועל כן אין לגזור גזירה שווה בין עניין אפריקה (בו הדירקטוריון היה ונותר
27 קונפליקטורי לתביעה הנגזרת) למקרה בו עסקינן (בו אין חולק כי דירקטוריון החברה כיום
28 אינו נגוע). כן חלקו החברה והנתבעים על עמדת היועמ"ש בעניין זכות החברה להשבת
29 האגרה.
30
31
32
33
34
35



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

תנ"ג 12-09-10466 אוסטרובסקי ואח' נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

הטעמים לאישור הסכם הפשרה

1
2
3 17. על רקע האמור לעיל, נקל להבין כי ההחלטה בשאלה האופרטיבית שהונחה לפתחו של בית
4 המשפט, דהיינו האם לאשר את התקשרות החברה בהסכם הפשרה, היא שאלה פשוטה
5 יחסית שהתשובה עליה מתבקשת.
6
7 התביעה בה עסקינן היא תביעה למימוש זכויות העומדות לחברה (דסק"ש) נגד הדירקטורים
8 שכיחנו בה בשעת קבלת ההחלטות בעניין ההשקעות במעריב. תביעה זו לא הוגשה אומנם על
9 ידי החברה, וזאת מאחר שבעת הגשת התביעה היו חלק מהנתבעים שייכים לקבוצת השליטה
10 בדסק"ש. על רקע זה התבקש וניתן בהחלטת האישור היתר לנהל תביעה הנגזרת בשם החברה
11 – מנגנון חריג המיועד להתמודד עם הכשל בממשל התאגידי (בעיית הנציג) הנוצר כאשר
12 לנתבע הפוטנציאלי השפעה על החלטת החברה האם להגיש תביעה נגדו. ואולם כיום, לאחר
13 העברת השליטה בחברה לבעל שליטה אחר (אדוארדו אלשטיין), אין הנתבעים בעלי עניין
14 בדסק"ש, ואין חשש כי החלטת דירקטוריון החברה להסכים לפשרה נגועה בניגוד עניינים.
15 במצב דברים זה, וכאשר אין טענה שההחלטה לקבל את הסכם הפשרה עלולה לפגוע בתקנת
16 הציבור או בצדדים שלישיים, או שהיא התקבלה ללא שהדירקטוריון שקל בצורה עניינית את
17 הנושא, הרי שיש מקום לייחס לשיקול דעתו העסקי של דירקטוריון החברה משקל ניכר, אם
18 לא קונקלוסיבי.
19
20 למה הדבר דומה? לאדם שהיה בעת הגשת תביעה למימוש זכויותיו קטין או פסול דין, ואולם
21 במהלך בירור התביעה הפך לבגיר או חדל להיות פסול דין. פשיטא כי במצב דברים זה, גם אם
22 הייתה הצדקה לאפשר לצד ג' (האפוטרופוס במקרה זה) להגיש תביעה בשם הקטין או פסול
23 הדין כל עוד לא יכול היה זה להפעיל שיקול דעת עצמאי, הרי משבגר הקטין או חדל האדם
24 להיות פסול דין הרי שיש לאפשר לו לקבל החלטות על ענייניו, ובכלל זה החלטות ביחס
25 להליכים משפטיים שנפתחו בשמו (והשוו ע"א 112/79 שרף נ' אבער, פ"ד לד(3) 178, 188
26 (1980): "משבגר הקטין, שוב אין הוריו משמשים כנציגיו. הקטין עומד על רגליו, ואין הוא
27 זקוק לא להוריו ולא לבית המשפט כדי להחליט אם העסקה טובה בעיניו אם לאו"; כן ראו
28 דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים – כרך ב' (תשנ"ג) 1063 – 1064). ויובהר, עצם הפיכתו של
29 קטין לבגיר או פסול דין לבעל כשרות אינה מביאה, באופן אוטומטי, לפקיעת ההליכים
30 המנוהלים בשמם. התביעה הוגשה כדין, והיא תוסיף להתנהל בשם התובע, על ידי אותו עורך
31 דין שנשכר למשימה על ידי האפוטרופוס, כפי שהיה בעבר. ואולם, מרגע שהתובע יבקש או
32 יתבקש לקבל החלטה בדבר אופן המשך התנהלות התיק (ובכלל זה אם יחליט לקבל להצעת
33 פשרה שהונחה לפניו), הרי שיש לכבד את החלטתו, כשם שיש לכבד החלטה של כל בעל דין
34 בהליך אזרחי.
35



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

תנ"ג 10466-09-12 אוסטרובסקי ואח' נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

- 1 דומה אמרנו, שכן קיימים בכל זאת הבדלים בין קטין שבגר או פסול דין שחודשה כשירותו,
2 לבין חברה שהשליטה בה השתנתה. הבדל אחד טמון בכך שבעוד שבגרות של קטין או ביטול
3 הכרזת פסלות הם אירועים קונסטיטוטיוביים המתרחשים במועד ידוע (הגעת הקטין לגיל 18
4 או הכרזת בית המשפט לפי סעיף 10 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, תשכ"ב -
5 1962), השאלה אם דירקטוריון החברה אינו נגוע עוד היא שאלה של עובדה, בה צריך בית
6 המשפט להכריע על פי נסיבות העניין, וככזו היא עשויה לעורר לעיתים קשיים לא מבוטלים.
7 הבדל שני נובע מהאינטרס שיש לתובע הנגזר, אשר אף אותו יש להביא בחשבון על מנת שלא
8 ליצור "אפקט מצנן" ביחס להגשת תביעות נגזרות (והשוו לעניין זה לפסקאות 72 - 74
9 להחלטתי לאשר ניהול תביעה נגזרת בתנ"ג (מרכז) 12666-07-8 שטבינסקי נ' פסיפיקה
10 אחזקות בע"מ (ניתן ב- 8.4.2013. להלן: "החלטת האישור בעניין שטבינסקי"), ולדברי
11 השופט יצחק עמית בדחותו את בקשת הערעור באותו עניין, רע"א 5296/13 אנטורג נ'
12 שטבינסקי, פסקאות 34 - 36 (ניתן ב- 24.12.2013. להלן: "רע"א שטבינסקי").
- 13
- 14 אפס, במקרה שלפניי אין חולק כי דירקטוריון החברה שהחליט לקבל את הצעת הפשרה אינו
15 נגוע בניגוד עניינים. כמובהר לעיל, הנתבעים אינם עוד בעלי עניין בדסק"ש, והדירקטורים
16 שקיבלו את ההחלטה אינם נגועים בניגוד עניינים. במצב דברים זה, קשה לראות מהי
17 ההצדקה שלא לכבד את שיקול דעת דירקטוריון החברה כי הסכם הפשרה משרת את טובת
18 דסק"ש. זאת ועוד, בשים לב לעמדת באי הכוח בתביעה הנגזרת, אשר בחרו שלא להתנגד
19 לאישור התקשרות החברה בהסכם הפשרה, אלא רק עמדו על חוות דעתם המקצועית כי ניתן
20 להשיג בפשרה סכום גבוה יותר, קשה לראות כיצד אימוץ הסכם הפשרה מהווה "גורם מצנן"
21 למוסד התביעה הנגזרת. וזאת יש לזכור - האינטרס של מגישי התביעה הנגזרת ושל באי
22 הכוח בתביעה הנגזרת הוא בעיקר ברווח שהם יפיקו ממנה, דהיינו בשכר הטרחה ובגמול
23 שישולם להם על פי החלטת בית המשפט. לעומת זאת, האינטרס בגובה הפשרה הכוללת הוא,
24 בראש ובראשונה, אינטרס של החברה. ממילא ההחלטה האם טובת החברה היא להסתפק
25 בסכום המוצע במסגרת הסכם הפשרה, או להמשיך בניהול התובענה, היא החלטה עסקית,
26 שככל הניתן ראוי להותיר לדירקטוריון החברה.
- 27
- 28 ודוק, החלטת בעל דין אם להסכים להצעת פשרה היא החלטה עסקית מורכבת, המביאה
29 בחשבון לא רק את הערכתו (והערכת באי כוחו) בדבר סיכויי וסיכוני התביעה, אלא גם
30 שיקולים נוספים, כגון צרכיו התזרימיים של בעל הדין, ורמת הסיכון שהוא רוצה ליטול על
31 עצמו בניהול הליכים משפטיים. ממילא עמדתם המקצועית של באי הכוח בתביעה הנגזרת
32 בדבר כדאיות המשך ניהול התובענה, כבודה במקומה מונח, אך אין היא חזות הכל.
- 33
- 34 מעבר לאמור לעיל, ראוי להזכיר גם את הטעמים הבאים, התומכים כולם באישור התקשרות
35 החברה בהסכם הפשרה:



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

תנ"ג 10466-09-12 אוסטרובסקי ואח' נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

- 1
2 **ראשית**, הצעת הפשרה גובשה בסיועה של מגשרת אובייקטיבית ומוערכת, שלשיקול דעתה
3 אני מייחס משקל נכבד, אשר בחנה את מכלול הנסיבות, והמליצה על סכום הפשרה;
4
5 **שנית**, אף אחד מהדירקטורים ומבעלי המניות הנוכחיים של החברה (שהם אלה שמבחינה
6 כלכלית צפויים להרוויח/להפסיד מהמשך ניהול התובענה) לא התנגד להסכם הפשרה, וזאת
7 למרות שניתנה להם הזדמנות לעשות כן בהתאם לסעיף 202(ב) לחוק החברות;
8
9 **שלישית**, באי הכוח בתביעה הנגזרת ובא כוח היועמ"ש, אשר הגישו ניירות עמדה המסתייגים
10 מהסכם הפשרה, לא התנגדו בסופו של דבר לאישור הסכם הפשרה, אלא הותירו לבית
11 המשפט את ההכרעה האם לאשרו. באי הכוח בתביעה הנגזרת ציינו כי להערכתם סכום
12 הפשרה נמוך מהראוי, אך הסכימו כי מדובר בסכום שלא ניתן להקל בו ראש, וציינו כי "**אינם**
13 **שמים עצמם כאפוטרופסים של החברה**". בא כוח היועמ"ש נמנע מלהתייחס להסכם הפשרה
14 גופו, והערותיו נוגעות בעיקר לדרך בה פעלה החברה, ולא לתוצאה שהושגה (דהיינו לסכום
15 הפשרה);
16
17 **רביעית**, סכום הפשרה הוא אומנם רק כרבע מסכום התביעה המלא, ואולם לא ניתן לומר כי
18 הוא בלתי סביר על פניו, אם מביאים בחשבון את השיקולים של הקדמת התשלום והוודאות
19 בקבלתו, וכן את האפשרות שהתביעה תידחה (בערכאה הדיונית או בערכאת הערעור) נגד כל
20 הנתבעים, ולמצער נגד חלקם, לאור הנטען בכתבי ההגנה שהוגשו בינתיים בהליך (טענות
21 שחלקן לא נבחנו בהחלטת האישור, מאחר שלא הועלו על ידי הנתבעים בשלב הדיון באישור
22 התובענה הייצוגית, ושחלקן נבחנו רק ברמה הנדרשת לצורך עמידת התובע הנגזר בנטל
23 המוטל עליו על מנת לקבל אישור לנהל תביעה נגזרת). בנוסף, אף אם תתקבל התביעה, אין זה
24 וודאי כלל כי תתקבל ביחס למלוא סכום התביעה. לפיכך, השאלה שהעלו באי הכוח בתביעה
25 הנגזרת, לאמור: "האם ראוי שבית המשפט ימנע מאישור הסכם פשרה שאישר הדירקטוריון
26 כשסכום הפשרה נמוך משמעותית מהראוי לפי הערכת בית המשפט?" אינה מתעוררת במקרה
27 שלפניי.
28
29 19. ויובהר, בחינת הסכם פשרה במסגרת סעיף 202 לחוק החברות צריכה להיעשות בהתאם
30 לטובת החברה, ולא על פי שיקולים אחרים, כגון חשיבותו הציבורית של התיק, או האינטרס
31 החברתי בבירור הסוגיה המשפטית שבה הוא עוסק. כפי שכבר צוין, תביעה נגזרת היא תביעה
32 אזרחית למימוש זכויותיה של החברה. תביעה כזו יש לנהל כל עוד היא משרתת את החברה
33 בשמה מנוהלת התביעה, ואין מקום להמשיך בניהולה בניגוד לרצונה ולטובתה של החברה
34 בשם אינטרס אחר, חשוב ככל שיהיה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

תנ"ג 12-09-10466 אוסטרובסקי ואח' נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

20. לאור האמור לעיל, המסקנה מסקנתי המתבקשת היא שיש לאשר את התקשרות החברה בהסכם הפשרה, ולתת להסכם הפשרה תוקף מחייב ביחסי החברה והנתבעים.

21. מעבר להחלטה לאשר את ההתקשרות בהסכם הפשרה אבקש להתייחס לשני נושאים נוספים: האחד הוא ההליך שהוביל להגשת הסכם הפשרה, וזאת במיוחד בשים לב להערות היועמ"ש; השני הוא נושא השבת האגרה לחברה, וזאת לאור המחלוקת שהתעוררה בעניין זה בין החברה והנתבעים לבין היועמ"ש.

ההליך שהוביל להגשת הסכם הפשרה

22. אין לכחד, ההליך שהוביל להגשת הסכם הפשרה, והדיונים בהסכם הפשרה, לא התאפיינו בהרמוניה ובשיתוף פעולה בין באי הכוח בתביעה הנגזרת לבין החברה ובאי כוחה. למרות שלכאורה בשלב בו אנו מצויים אין ניגודי אינטרסים בין החברה לבין מגישי התביעה הנגזרת, שכן אלה כאלה אמורים להיות מעוניינים בהשאת הערך שיושג לטובת החברה, הרי שבמהלך המשא ומתן ביחס להסכם הפשרה נתגלעו ביניהם פערים, מחלוקות ואף עוינות. על כך יש להצטער, ובמיוחד יש להצר על כך שמחלוקות בדבר כדאיות הפשרה גלשו להטחת האשמות ועלבונות שאינם במקומם. אין לי עניין להרחיב בעניין זה, ואסתפק בציון התרשמותי כי באי הכוח בתביעה הנגזרת פעלו לכל אורך ההליך באופן מסור ומקצועי, וכי הם ראויים לתודה ולהוקרה על ההישג המרשים שהשיגו לטובת החברה.

23. ההערות שהעיר בא כוח היועמ"ש חורגות, עם זאת, מגדר התייחסות למערכת היחסים העכורה שנוצרה בין באי הכוח בתביעה הנגזרת לבין החברה ובאי כוחה, ומתייחסות לשאלה המהותית שנבחנה בעניין **אפריקה**, בדבר מעמדה של החברה בהליך לאחר אישור ניהול התביעה הנגזרת. על מנת להעמיד דברים על מכונם, אבקש לציין ביחס להערות היועמ"ש את הדברים הבאים:

א. המסגרת להגדרת מעמדה של החברה בהליך לאחר אישור התביעה הנגזרת הובהרה באחרונה בעניין **אפריקה**. בהתאם להלכה שנקבעה באותו עניין על ידי בית המשפט העליון, גם לאחר אישור הגשת תביעה נגזרת בשם החברה **"יש להכיר במעמדה הנפרד והעצמאי של החברה"** (פסקה 18 לפסק דינו של השופט נעם סולברג). משמעות הדבר היא ש**"סמכותו של התובע הנגזר לפעול בשם החברה מצומצמת אך ורק למה שקשור בניהול התביעה הנגזרת. ... אישור הבקשה לתביעה נגזרת אינו מעניק לתובע הנגזר סמכות לעשות בחברה כבתוך שלו, ואינו גורע מסמכויותיהם של האורגנים המוסמכים בחברה, האמונים על ניהול פעילותה העסקית השוטפת..."** (פסקה 20 לפסק דינו של השופט סולברג). לפיכך, כתוצאה מאישור



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

תנ"ג 10466-09-12 אוסטרובסקי ואח' נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1 בקשה לניהול תביעה נגזרת נוצר "מצב מיוחד של פיצול אישיות משפטית, שבו
2 שני גורמים נפרדים רשאים לדבר בשמה של החברה: ככל שהדבר מתייחס
3 לניהול התביעה הנגזרת, נתונה הסמכות באופן בלעדי לתובע הנגזר, שהוא ורק
4 הוא רשאי לדבר בשמה של החברה; אולם, ככל שהדבר מתייחס לפעילותה
5 השוטפת של החברה, כי אז ממשיכים האורגנים המוסמכים להיות אלו אשר
6 מייצגים את האינטרסים של החברה" (ההדגשה במקור. פסקה 21 לפסק דינו של
7 השופט סולברג).

8
9 לעניין המבנה העיוני שהוצב בעניין אפריקה אבקש להעיר שתי הערות לצורך
10 הרחבת הדעת:

11
12 ראשית, מבחינה תורת משפטית מוטב לטעמי לדבר על פיצול בייצוג של החברה,
13 ולא על פיצול באישיותה המשפטית. החברה מהווה אישיות משפטית אחת, ואישור
14 ניהול תביעה נגזרת בשמה, אינו משנה מציאות משפטית זו. השינוי שחל עם אישור
15 ניהול התביעה הנגזרת הוא שהסמכות לנהל את התביעה הנגזרת ניטלת מהאורגנים
16 המוסמכים על פי מסמכי היסוד של החברה להגיש ולנהל תביעות בשם החברה
17 (הדירקטוריון וההנהלה), ובמקומם הופכים התובע הנגזר ועורך הדין שהגיש את
18 התובענה, מכוח החלטת בית המשפט, לנציגיה של החברה לצורך ניהול התביעה
19 הנגזרת, ולהם בלבד, מוקנית מאותו מועד הסמכות לפעול בשמה בכל הקשור
20 לתביעה הנגזרת (וזאת כל עוד לא התקבלה להחלטה אחרת ע"י בית המשפט). ודוק,
21 לכל דבר ועניין אחר ממשיכה החברה לפעול באמצעות האורגנים שלה ובאי הכוח
22 שמינתה לעצמה. המינוח הנכון, אם כך, לתיאור מצב דברים זה הוא "נציגות על פי
23 דין" – יפוי כוח לפעול בשם החברה ביחס להליך, אשר נוצר מכוח החלטת בית
24 המשפט לאשר את ניהול התביעה הנגזרת (השוו אהרון ברק, חוק השליחות (תשנ"ו)
25 62 – 73).

26
27 שנית, הצד המגיש את הבקשה לניהול התביעה הנגזרת (התובע הנגזר) יכול להיות
28 בעל מניות או דירקטור, ולכאורה אישור ניהול התביעה הנגזרת מתייחס רק לכוחו
29 של אותו בעל מניות או דירקטור לנהל את התובענה בשם החברה. ואולם, כידוע,
30 התובע הנגזר מיוצג בבית המשפט על ידי עורך דין שנבחר על ידו, ולפיכך משמעותו
31 המעשית של אישור ניהול התביעה נגזרת היא כי בא הכוח שבחר התובע הנגזר
32 מוסמך לפעול בשם החברה לעניין התביעה הנגזרת. ודוק, העובדה שבא הכוח מייצג
33 למעשה את החברה יוצרת יחסים משפטיים ביניהם, ומטילה על עורך הדין חובות
34 אמון כלפי החברה (השוו לסעיף 17 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו – 2006). מטעם
35 זה העדפתי לכנות לאורך פסק דין זה את באי הכוח הללו "באי הכוח בתביעה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

תנ"ג 10466-09-12 אוסטרובסקי ואח' נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1 הנגזרת", ולא "באי כוח התובע הנגזר". מצב דברים זה, בו בא כוח שנבחר על ידי
2 התובע הנגזר מייצג את החברה, עלול לעורר שאלות מורכבות בנוגע למערכת
3 היחסים שבין התובע הנגזר לבין בא הכוח שמינה. כך, למשל, במצב של חילוקי
4 דעות בין התובע הנגזר לבא הכוח ביחס לאופן ניהול התביעה הנגזרת מתעוררת
5 השאלה האם עומדת לתובע הנגזר הזכות לפטר את בא הכוח בתביעה הנגזרת.
6 לדיון בשאלות קרובות, המתעוררות במסגרת הליך התביעה הייצוגית, ראו
7 החלטתי מיום 16.4.2012 בת"צ (מרכז) 4263-03-11 **אשל היאור בע"מ נ' חברת**
8 **פרטנר תקשורת בע"מ**. בענייננו לא התעוררו מחלוקות מסוג זה, ועל כן אין צורך
9 להרחיב בהן. אסתפק בהבהרה כי מבלי לגרוע מהאמור לעיל, ומשיקולי בהירות
10 ונוחות בלבד, אתייחס בפסקה זו רק ל"**תובע הנגזר**", כאשר הכוונה בכך היא גם
11 לבאי הכוח בתביעה הנגזרת.
12

13 הנגזרת המעשית מהמסגרת העיונית האמורה, הוגדרה אף היא בעניין **אפריקה**. ב.
14 מצד אחד הוכר ההכרח לתת לחברה "**פתחון פה... להשמיע את טענתה כי אופן**
15 **ניהול התביעה הנגזרת פוגע בטובתה**" (פסקה 4 לפסק דינו של השופט יצחק עמית),
16 אך מאידך הובהר כי "**הנטל להוכיח כי אופן ניהול התביעה פוגע בטובת החברה,**
17 **מוטל על כתפי החברה, ועל פני הדברים אין מדובר בנטל קל**" (פסקה 3 לפסק דינו
18 של השופט עמית). המבחן שהוצב הוא כדלהלן: "**על החברה להראות כי מהלך**
19 **מסויים שנקט בו התובע הנגזר יגרום בסבירות גבוהה וממשית לנזק חמור ובלתי-**
20 **הפיך לחברה. כאמור, "לחשש של גורמים בחברה צריך שיהיו פנים וגם ראיות"**
21 **(פסקה 10 [להחלטת השופט יעקב שינמן בבית המשפט המחוזי]; ההדגשה במקור),**
22 **לא די לטעון טענות בעלמא. על החברה לבסס אפוא את טענותיה על תשתית**
23 **עובדתית קונקרטית, סדורה ומפורטת, המגובה בתצהיר ובאסמכתאות רלבנטיות"**
24 **(ההדגשות במקור. פסקה 30 בפסק דינו של השופט סולברג).**
25

26 ויודגש, מקובלת עלי, עם כל הכבוד, עמדת היועמ"ש לפיה הכלל המשפטי היה ונותר
27 שלאחר אישור ניהול התביעה הנגזרת, החברה בשמה הוגשה התביעה הנגזרת
28 מיוצגת בהליך אך ורק על ידי התובע הנגזר. לפיכך ככל שהחברה בשמה הוגשה
29 התביעה הנגזרת מבקשת להתערב באופן ניהול ההליך על ידי התובע הנגזר, עליה
30 לפנות תחילה לבית המשפט בו מתנהל ההליך הנגזר, ולהציג בסיס ראיתי
31 משמעותי המלמד כי קיימת הצדקה ליטול מידי התובע הנגזר את הסמכות לייצג
32 את החברה, וזאת בין אם באופן מלא (על דרך של החלפתו או על דרך של מסירת
33 המשך ניהול ההליך לחברה) ובין אם באופן חלקי (על דרך של הנחייתו לפעול באופן
34 מסוים). כן יש מקום לאפשר לחברה לפנות לבית המשפט הדן בתביעה הנגזרת
35 בבקשה כאשר מתעוררת מחלוקת ביחס לפעולות שהתובע הנגזר דורש מהחברה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

תנ"ג 10466-09-12 אוסטרובסקי ואח' נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1 לבצע (כגון, כשהתובע הנגזר מבקש מהחברה להוציא ערבות לבקשה שהגיש לבית
2 המשפט או דורש מהחברה למסור לו מידע שהחברה אינה חפצה לחשוף).
3
4 כן מקובלת עלי עמדת ב"כ היועמ"ש כי האמור לעיל אינו מתייחס רק לניהול ההליך
5 בבית המשפט, אלא גם למגעים לפשרה בתביעה הנגזרת. במילים אחרות, גם ניהול
6 משא ומתן ביחס לפשרה אפשרית בתביעה הנגזרת צריך להתבצע על ידי התובע
7 הנגזר, והחברה אינה רשאית לנהל משא ומתן זה במסלול העוקף את התובע הנגזר,
8 אלא אם פנתה לבית המשפט וקיבלה אישור מראש, לאור חשש מבוסס כי העניין
9 אינו מטופל כראוי על ידי התובע הנגזר.

10
11 מבחינה רעיונית, מערכת היחסים האמורה, כפי שהובהרה בעניין **אפריקה**, חלה גם
12 כאשר דירקטוריון החברה הפך במהלך ההליך ללא קונפליקטורי, דהיינו כאשר
13 האורגן המוסמך בחברה אינו נגוע עוד בניגוד עניינים, ויכול לקבל מעתה ואילך
14 החלטות ביחס לתביעה הנגזרת. לפיכך, מבחינה דיונית גם במצב דברים זה התביעה
15 הנגזרת אמורה להמשיך להתנהל על ידי התובע הנגזר, וכל התערבות של החברה
16 באופן ניהול ההליך על ידו (ובכלל זה בקשה של החברה לנהל ישירות משא ומתן
17 לפשרה עם הנתבעים) צריכה להיות מוגשת מראש לבית המשפט הדין בתביעה
18 הנגזרת. ואולם קשת המצבים בהם ראוי שבית המשפט יענה בחיוב לבקשת
19 החברה, כאשר השתכנע שדירקטוריון החברה אינו קונפליקטורי, רחב משמעותית
20 מאשר במקרה בו הדירקטוריון נתון עדיין בניגוד עניינים (כפי המצב בעניין
21 **אפריקה**). על כן ניתן לשקול במקרה בו הדירקטוריון הפך לבלתי נגוע את העברת
22 ניהול התביעה לחברה לא רק כאשר מוכח כי ניהול התובענה על ידי התובע הנגזר
23 **"יגרום בסבירות גבוהה וממשית לנזק חמור ובלתי-הפיך לחברה"**, אלא גם
24 במצבים נוספים, כגון כאשר קיימים חילוקי דעות לגיטימיים בין החברה לבין
25 התובע הנגזר בדבר אופן ניהול התביעה, או בדבר כדאיותה של פשרה, ואולי גם
26 כאשר החברה מעוניינת, משיקולים אחרים, לנהל את התובענה בעצמה (והשוו
27 פסקה 74 להחלטת האישור בעניין **שטבינסקי** ופסקה 35 ברע"א **שטבינסקי**).

28
29 24. יישום הכללים האמורים למקרה שלפניי מלמד כי גם אם ראוי היה לצפות לשיתוף פעולה
30 הדוק יותר מצד החברה עם באי הכוח בתביעה הנגזרת, אין לפניי ראיות לכך שהחברה פעלה
31 בניגוד למתחייב על פי הדין, ומכל מקום לא מתקיים החשש הלכאורי שהעלה בא כוח
32 היועמ"ש, כי התנהלות החברה הייתה שלא על פי סמכותה (חשש לכאורי שהובע בזהירות,
33 תוך הבהרה כי העובדות הרלוונטיות אינן מצויות לפני היועמ"ש. ראו סעיף 3 לעמדה מטעם
34 היועמ"ש). לעניין זה אבקש לציין את הנקודות הבאות:
35



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

תנ"ג 10466-09-12 אוסטרובסקי ואח' נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1 ראשית, אין לפניי תיעוד מדויק מתי הפך דירקטוריון החברה ללא קונפליקטורי, ואולם הדבר
2 התרחש (בצורה מלאה) רק לאחר החלטת האישור. ודוק, קבוצת דנקנר (אליה משתייכים
3 הנתבעים) איבדה אומנם את השליטה בדסק"ש כבר במחצית הראשונה של שנת 2014, ואולם
4 חלק מהנתבעים הוסיפו לשמש בתפקידים כאלה ואחרים בדסק"ש עד למחצית הראשונה של
5 שנת 2016. מכאן, שאת התנגדות החברה לתביעה עובר להחלטת האישור (שהתקבלה כאמור
6 ב- 9.8.2015) אין לזקוף לחובת החברה, ולחובת הדירקטוריון שהחליט
7 (ב- 18.7.2017) לקבל את הצעת הפשרה.
8
9 שנית, המשא ומתן המהותי ביחס להסכם הפשרה נוהל במסגרת גישור שהתקיים בין באי
10 הכוח בתביעה הנגזרת לבין הנתבעים, כפי שמתחייב מהכללים שצוינו לעיל. אכן, בסיום
11 המשא ומתן נוצר מצב בו הצעת הפשרה שהניחה המגשרת הייתה מקובלת על החברה, ולא
12 הייתה מקובלת על באי הכוח בתביעה הנגזרת, ואולם חילוקי דעות אלו, כשלעצמם, הם
13 לגיטימיים לכל הדעות.
14
15 שלישית, נראה כי בשלב כלשהו בין מתן הצעת המגשרת (מרץ 2017) לבין הבאת הסכם
16 הפשרה לדירקטוריון (יולי 2017) התקיימו מגעים ישירים בין באי כוח החברה לבין באי כוח
17 הנתבעים, וגובשה טיוטת הסכם הפשרה שהוצגה לדירקטוריון, וזאת ללא ידיעה ומעורבות
18 של באי הכוח בתביעה הנגזרת. מגעים ישירים אלו יצרו תחושה קשה אצל באי הכוח בתביעה
19 הנגזרת, ונראה כי הם העומדים ביסוד הערות היועמ"ש. כמובהר לעיל, שותף אני לעמדת
20 היועמ"ש כי לאחר החלטה לאשר תביעה נגזרת על החברה (גם כשהדירקטוריון חדל להיות
21 קונפליקטורי) להימנע מלנהל משא ומתן ישיר עם הנתבעים, וסבור שבשלב זה כל שיג ושיח
22 בין החברה לבין הנתבעים בקשר לתביעה הנגזרת (ובכלל זה משא ומתן לפשרה) צריך
23 להתבצע באמצעות התובע הנגזר ובאי הכוח בתביעה הנגזרת, אלא אם ניתן לחברה אישור
24 בית המשפט מראש לנהוג אחרת. יחד עם זאת, בנסיבות המיוחדות של המקרה שלפניי, אינני
25 סבור שניתן ליחס למגעים שהתקיימו בין נציגי החברה לבין באי כוח הנתבעים בתקופה
26 האמורה משמעות רבה. אין לפניי מידע בדבר היקף המגעים הללו, ומה הייתה מידת
27 המעורבות של נציגי החברה בגיבוש טיוטת הסכם הפשרה שנחתמה בחודש יולי על ידי באי
28 כוח הנתבעים. ואולם, משא ומתן זה היה בהכרח טכני בעיקרו, שכן כל תכליתו הייתה להניח
29 לפני דירקטוריון החברה את הצעת הפשרה של המגשרת בנוסח סופי ושלם, לאחר שהנתבעים
30 אישרו אותה, על מנת שיוכל לקבל החלטה מושכלת לגבי עמדתו ביחס להצעת הפשרה.
31 במילים אחרות, דובר במגעים בעלי אופי טכני, ולא במשא ומתן מהותי לצורך גיבוש תנאיה
32 המסחריים של הפשרה. לפיכך, הגם שראוי היה כי החברה תפעל באמצעות באי הכוח
33 בתביעה הנגזרת לשם קבלת הצעה מחייבת בכתב מהנתבעים המשקפת את המלצת המגשרת,
34 אין לייחס להתנהלות החברה בהקשר זה משמעויות מרחיקות לכת (כך, בוודאי, כאשר
35 הכללים לעניין זה לא היו ברורים באותה עת).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

תנ"ג 10466-09-12 אוסטרובסקי ואח' נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1

2 **רביעית**, החלטת דירקטוריון החברה להסכים להצעת הפשרה (בכפוף לאישור בית המשפט)
3 התקבלה אומנם בלוח זמנים צפוף, ואולם לא הוצגו לפניי ראיות כי היא התקבלה בהליך
4 בלתי ראוי, ומבלי שהנתונים הרלוונטיים עמדו לפני הדירקטוריון. ודוק, עצם הבאת הסדר
5 הפשרה לבחינת דירקטוריון החברה אינה מחייבת קבלת אישור מראש מבית המשפט.
6 החלטת החברה לאשר את הסכם הפשרה היא שטעונה אישור בית המשפט, ועניין זה כובד על
7 ידי החברה.

8

9 **חמישית**, לא יכול להיות ספק כי מן הראוי שלבאי הכוח בתביעה נגזרת תינתן האפשרות
10 להציג לפני דירקטוריון החברה את עמדתם ביחס להצעת הפשרה, עובר למתן החלטתו. ואכן,
11 באי הכוח בתביעה הנגזרת זומנו להופיע לפני דירקטוריון דסק"ש במועד בו נידונה הצעת
12 הפשרה, אך החליטו שלא לעשות כן, לאור העיתוי בו זומנו. על כך יש להצר, ואולם אין לפניי
13 ראיות המאפשרות להחליט במי טמון האשם לכך שלדירקטוריון לא הייתה הזדמנות לשמוע
14 ממקור ראשון את עמדת באי הכוח בתביעה הנגזרת. מכל מקום, בדיון שהתקיים ביום
15 19.7.2017 הצעתי לצדדים לשקול לקיים דיון נוסף של דירקטוריון דסק"ש, בהשתתפות באי
16 הכוח בתביעה הנגזרת, על מנת שיבחן בשנית את החלטתו להסכים להצעת הפשרה. ואולם
17 הצדדים לא ראו בכך טעם. במצב דברים זה, אף אם נפל פגם בהתנהלות בעניין זה, הרי שאין
18 הוא מהותי בשלב זה.

19

20 **שישית**, לאחר החלטת הדירקטוריון כי ברצונו להסכים להצעת הפשרה פנו הצדדים לבית
21 המשפט והציגו לפניו, במסגרת דיון שהתקיים ביום 19.7.2017, את המצב שנוצר. בתום הדיון
22 ביקשתי כי באי הכוח בתביעה הנגזרת יבהירו את עמדתם ביחס להמשך התנהלות ההליך.
23 למיטב זכרוני ציינתי בפני הצדדים כי להבנתי הבאת הסכם הפשרה בתביעה ייצוגית לאישור
24 בית המשפט צריכה להיעשות גם על דעת באי הכוח בתביעה הנגזרת, וכי אם הם יסברו שאין
25 מקום להביא את הצעת הפשרה לאישור בית המשפט, הרי שהחברה תוכל להגיש בקשה לבית
26 המשפט בעניין זה (דהיינו לפנות בבקשה לאשר לה להתקשר בהסכם הפשרה בניגוד לעמדת
27 באי הכוח בתביעה הנגזרת, או לבקש כל בקשה אחרת המתחייבת לשיטתה מהמצב שנוצר).
28 באי הכוח בתביעה הנגזרת בחרו שלא ללכת בנתיב של התנגדות להגשת הסכם הפשרה, אלא
29 הבהירו בעמדתם מיום 17.8.2017, כי הם מותירים את ההחלטה בגורל הסכם הפשרה לבית
30 המשפט. לאור עמדה זו, שמשמעותה הייתה הסכמה להגשת הסכם הפשרה לאישור בית
31 המשפט, הובא הסכם הפשרה (שלא נחתם עדיין על ידי החברה, אלא על ידי הנתבעים בלבד)
32 לאישור בית המשפט ביום 23.8.2017 על ידי בא כוח החברה והנתבעים. למיטב הבנתי
33 התנהלות זו תואמת את ההלכה שנקבעה בעניין **אפריקה** ואת ההבהרות שניתנו בפסקה 23
34 לעיל (ויובהר, פסק הדין בעניין **אפריקה** ניתן ב- 31.7.2017, ומטבע הדברים לא עמד לנגד עיני
35 בית המשפט והצדדים בדיון שהתקיים ביום 19.7.2017).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

תנ"ג 10466-09-12 אוסטרובסקי ואח' נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1
2 25. סיכומו של דבר, הגם שיש להצטער על מערכת היחסים העכורה שנוצרה בין באי הכוח
3 בתביעה הנגזרת לבין החברה ובאי כוחה על רקע אי ההסכמה בעניין כדאיות הפשרה שהציעה
4 המגשרת, אינני סבור שנפלו פגמים מהותיים בהתנהלות החברה, ובוודאי שאינני סבור כי
5 נפלו פגמים המצדיקים קבלת החלטה שלא לאשר את התקשרות החברה בהסכם הפשרה.

הבקשה להשבת האגרה לחברה

6
7
8
9 26. במסגרת הבקשה לאישור הסכם הפשרה נכללה גם בקשה בהתאם לתקנה 6(ב)(2) לתקנות
10 בתי המשפט (אגרות), התשס"ז – 2007 (להלן: "תקנות האגרות") להשבת האגרה ששולמה על
11 ידי החברה, וזאת "בהתחשב בכך שבהליך שבכותרת טרם התקיימה ישיבת קדם משפט
12 שלישית". יצוין כי המדובר במחצית הראשונה של האגרה (שכן שלב ההוכחות בתובענה לא
13 התחיל), בסכום של כ- 2 מיליון ש"ח, אשר שולם על ידי החברה לקופת בית המשפט ביום
14 13.10.2015.

15
16 בא כוח היועמ"ש, בנייר עמדה שהגיש ביום 19.11.2017, התנגד לבקשה, כפי שהוגשה,
17 מהטעם שלשיטתו לצורך חישוב מספר הישיבות שהתנהלו בתיק יש לספור גם את ישיבות
18 קדם המשפט וההוכחות שהתקיימו בשלב אישור ניהול התביעה הנגזרת. לפיכך, סבור
19 היועמ"ש כי אין לחברה זכות מוקנית להשבת אגרה מכוח תקנה 6(ב)(2) לתקנות האגרות,
20 אלא לכל היותר באפשרותה לבקש השבת אגרה לפי תקנה 6(ד) לתקנות האגרות, תקנה
21 המקנה לבית המשפט שיקול דעת להשיב אגרה כאשר ההליך הסתיים בגישור.

22
23 הן החברה והן הנתבעים הגיבו לעמדת היועמ"ש בעניין השבת האגרה (האינטרס של הנתבעים
24 בהשבת האגרה לחברה לא הובהר). החברה והנתבעים סבורים כי לשונה ותכליתה של תקנה
25 6(ב)(2) לתקנות האגרות מחייבים לבדוק אם התקיימו שלוש ישיבות קדם משפט ממועד
26 ההחלטה לאשר ניהול תביעה נגזרת, שכן רק ממועד זה מנוהלת בשם החברה תביעה נגזרת,
27 ומוטלת עליה חובה לשלם את האגרה בהתאם לסכום שנתבע. החברה והנתבעים אינם
28 כופרים בכך שבשלב הדיון באישור ניהול התביעה הנגזרת הושקעו משאבים שיפטיים רבים,
29 ואולם לשיטתם האגרה הקבועה בגין ניהול שלב זה היא זו הקבועה בתקנה 8(א)(1) לתקנות
30 האגרות, העומדת במקרה שלפני על כ- 3,000 ש"ח. עוד מציינים החברה והנתבעים כי
31 לשיטתם יש לתמרץ את הצדדים להגיע לפשרה לאחר אישור התביעה הנגזרת, ועל כן יש לתת
32 לתקנה 6(ב) את הפירוש שהם מציעים. לחילופין ביקשו החברה והנתבעים כי האגרה תושב
33 לחברה על פי שיקול דעת בית המשפט מכוח תקנה 6(ד) לתקנות האגרות.

34



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

תנ"ג 10466-09-12 אוסטרובסקי ואח' נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

- 1 בתשובת המדינה היא חוזרת על עמדתה כי אין תחולה בענייננו לתקנה 6(ב)(2) לתקנות
2 האגרות, ומפנה לעניין זה גם ללשונה של תקנה 8, העוסקת באגרה בתביעה נגזרת. לעניין
3 הבקשה החלופית שהעלו החברה והנתבעים, להשבת אגרה מכוח תקנה 6(ד) לתקנות האגרות,
4 הרי שהיועמ"ש הותיר עניין זה לשיקול דעת בית המשפט.
5
- 6 התקנה הדנה באגרת בית המשפט שתשולם בתביעה נגזרת היא תקנה 8 לתקנות האגרות. עיון .27
7 בתקנה זו מעלה כי מתקין התקנות קבע אגרה אחת להליך של תביעה נגזרת, הכולל הן את
8 שלב הדיון באישור ניהול התביעה הנגזרת והן את שלב הדיון בתביעה הנגזרת גופה (ככל
9 שיאושר ניהולה). ושוק, מחוקק המשנה חילק את מועדי תשלום האגרה כך שעם הבאת
10 ההליך משלם התובע הנגזר רק אגרה בסכום קבוע נמוך (בבית המשפט המחוזי, כיום, 3,149
11 ש"ח), ורק לאחר אישור ניהול התביעה הנגזרת (ככל שתאושר) משלימה החברה את האגרה
12 לסכום המלא הנדרש בהליך אזרחי בשלב זה (והשוו לנוסח תשנה 8(ב) לתקנות האגרות,
13 המתייחס לתביעה נגזרת שאין לה סכום קצוב, המבהיר בצורה חדה כי לכך כיוון מתקין
14 התקנות). בכך פעל מתקין תקנות האגרות בהתאם להוראות סעיף 199 לחוק החברות, לפיה
15 **"בעת הגשת תביעה נגזרת, ישלם התובע רק חלק מאגרת בית משפט בשיעור שקבע**
16 **השר",** ואילו לאחר אישור ניהול התביעה הנגזרת **"תשיב החברה לתובע את האגרה ששילם**
17 **ותשלם את יתרת אגרת בית המשפט בשל התביעה הנגזרת באופן ובשיעור שקבע השר"**.
18 זאת ועוד, כטענת ב"כ היועמ"ש, לשון תקנה 8 מתיישרת עם תכלית תקנות האגרות,
19 לפיה רק בהליך שלא הצריך משאבים משמעותיים מבית המשפט (הליך המסתיים בטרם
20 התקיימה ישיבת קדם המשפט השלישית) עומדת זכות מוקנית להשבת האגרה במקרה של
21 פשרה או העברה לבוררות, ואילו כאשר ההליך הסתיים לאחר שהושקעו בו משאבים
22 שיפוטיים משמעותיים, השבת האגרה במקרה של פשרה או העברה לבוררות נתונה לשיקול
23 דעת בית המשפט (מכוח תקנה 6(ד) לתקנות האגרות).
24
- 25 בבואי לבחון את בקשתם החלופית של החברה והנתבעים להשבת אגרה לחברה מכוח תקנה .28
26 6(ד) לתקנות האגרות, הגעתי למסקנה כי אין מקום לעשות כן במקרה שלפניי. המדובר בהליך
27 שהצריך משאבים שיפוטיים נכבדים מאד, ואשר בסיומו צמחה לחברה בשמה הוגשה
28 התביעה הנגזרת תועלת משמעותית, העולה בכחמישים מונים על סכום האגרה. בנסיבות
29 אלה, אינני סבור שיש הצדקה כי הציבור יישא בעלויות ההליך, ובשים לב לגובה הפשרה, אף
30 אינני רואה כיצד השיקול של תימרוץ פשרות מצדיק את השבת האגרה (שהיא, כמעט באופן
31 מילולי, בגדר "בטלה בשישים").
32
33 סוף דבר
34

