



בבית המשפט העליון

רע"א 2903/13

רע"א 3064/13

לפני : כבוד המשנה לנשיא מ' נאור
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט י' עמית

המבקשות ב-רע"א 2903/13 : 1. אינטרקולוני השקעות בע"מ
2. אינטרקולוני אחזקות טאוורס בע"מ

המבקשת ב-רע"א 3064/13: אינטרקולוני טאוורס בע"מ

נ ג ד

המשיבים ב-רע"א 2903/13 : 1. שמואל שקדי
2. משה גבראל
3. ליבר טראוור בע"מ
4-10. ירון ייני ואח'
11. אינטרקולוני טאוורס בע"מ

המשיבים ב-רע"א 3064/13: 1. שמואל שקדי
2. אינטרקולוני השקעות בע"מ
3. אינטרקולוני אחזקות בע"מ
4. משה גבראל
5. ליבר טאוור בע"מ
6-12. ירון ייני ואח'

בקשת רשות ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי
בתל אביב מיום 19.3.2013 ב-תנ"ג 17030-01-12 שניתן על
ידי כב' השופטת ד' קרת-מאיר

תאריך הישיבה : י"ח בסיון התשע"ד (16.6.2014)

בשם המבקשות ב-רע"א
2903/13 והמשיבות ב-רע"א
3064/13 :

עו"ד סנדרה כנפי ; עו"ד יונתן שרמן

בשם המשיב 1 ב-רע"א
2903/13 וב-רע"א 3064/13 :

עו"ד גיל רון ; עו"ד אהרן רבינוביץ ; עו"ד מיכל
הרצברג ; עו"ד יעקב אביעד ; עו"ד נדב מיארה

בשם המשיב 2 ב-רע"א
2903/13 והמשיב 4 ב-רע"א

עו"ד איל רוזובסקי; עו"ד מור פינגרר; עו"ד נעמה להב	3064/13 :
עו"ד תמר תורג'מן-קדם	בשם המשיבה 3 ב-רע"א 2903/13 והמשיבה 4 ב-רע"א 3064/13 :
עו"ד עופר צור; עו"ד אורלי טננבאום	בשם המשיבים 4-10 ב-רע"א 2903/13 והמשיבים 6-12 ב- רע"א 3064/13 :
עו"ד אמיר דולב; עו"ד מורן מינס	בשם המשיבה 11 ב-רע"א 2903/13 והמבקשת ב-רע"א 3064/13 :

פסק-דין

המשנה לנשיא מ' נאור:

חברה א' מחזיקה בחברה ב'; חברה ב' מחזיקה בחברה ג'. האם באפשרותו של בעל מניות בחברה א' להגיש תביעה נגזרת בגין החלטה או פעולה של חברה ג'? האם באפשרותו לבקש גילוי מסמכים מכל אחת מהחברות בשרשרת ההחזקה עוד קודם להגשת התביעה הנגזרת, וזאת לשם החלטה האם אכן קיימת עילה להגשת תביעה נגזרת בנסיבות המקרה? אלה השאלות המצויות במוקד שתי בקשות רשות הערעור שלפנינו, שהחלטנו לדון בהן כאילו ניתנה רשות לערער, ולראות בהן כערעורים שהוגשו על פי הרשות שניתנה.

רקע עובדתי

1. אינטרקולוני השקעות בע"מ (להלן: החברה האם או החברה) – המבקשת 1 ברע"א 2903/13 והמשיבה 2 ברע"א 3064/13 – היא חברה ציבורית הנסחרת בבורסה לניירות ערך בתל-אביב. עיסוקה הוא בתחומי הנדל"ן והמקרקעין ובמסגרת פעילותה היא יוזמת, מפתחת ומשווקת פרויקטים רבים. אחד מהפרויקטים הוא מגרש בשטח של כ-4,500 מ"ר נטו הממוקם בין הרחובות פינס והמסילה בשכונת נווה-צדק בתל-אביב. שוויו של המגרש רב. מגרש זה כונה על-ידי הצדדים מתחם טאוורס, וכך נכנה אותו אף אנו. מתחם טאוורס אינו מוחזק על-ידי החברה במישרין, אלא באמצעות מתווה ההחזקות הבא: החברה האם מחזיקה 80% ממניותיה של חברת אינטרקולוני אחזקות טאוורס בע"מ (להלן: החברה הבת), היא המבקשת 2 ברע"א 2903/13 והמשיבה 3 ברע"א 3064/13. החברה הבת מחזיקה בחלקים שווים (50% כל אחד) ביחד עם חברה שבבעלותם של המשיבים 13 ו-14 (עדי דוד עזרא; להלן תכונה חברה זו: קבוצת עזרא) את חברת אינטרקולוני טאוורס בע"מ (להלן: החברה הנכדה), היא המבקשת

ברע"א 3064/13 והמשיבה 11 ברע"א 2903/13. החברה הנכדה מחזיקה במלוא הזכויות במתחם טאוורס. בין החברה הבת לבין קבוצת עזרא קיים "הסכם שליטה משותפת" בנוגע לחברה הנכדה שנחתם ביום 27.11.2006. לפרטיו של הסכם זה ולמשמעותו אדרש עוד בהמשך.

למען שלמות התמונה, יצוין כי משיבים 6-11 ברע"א 3064/13 ו-4-9 ברע"א 2903/13 מכהנים כחברי הדירקטוריון של החברה האם. המשיב 6 ברע"א 3064/13 ו-4 ברע"א 2903/13, ירון ייני (להלן: ייני), הוא בעל השליטה בחברה האם באמצעות חברה שבשליטתו ומכהן גם כיו"ר דירקטוריון החברה. המשיב 10 ו-12 (בהתאמה), מנשה ראש, הוא מנהל הכספים של החברה האם.

2. האירועים הרלוונטיים לבקשות שלפנינו אירעו במהלך שנת 2010. באותה תקופה כיהן מר משה גבריאלי (להלן: גבריאלי), המשיב 4 ברע"א 3064/13 והמשיב 2 ברע"א 2093/13, כמנכ"ל החברה האם וכחבר דירקטוריון בשלושת החברות (האם; הבת; והנכדה). במהלך חודש מרץ 2010 התפטר גבריאלי מכהונתו כחבר דירקטוריון בחברה האם, והמשיך לכהן ביתר תפקידיו. ביום 14.7.2010 מסרה החברה האם דיווח מידי לבורסה (להלן: הדיווח הראשון) על אודות הסכם אופציה שחתמה החברה הנכדה עם חברה פרטית בשם ליבר טאוור בע"מ (להלן: ליבר טאוור או החברה הרוכשת), היא המשיבה 5 ברע"א 3064/13 והמשיבה 3 ברע"א 2093/13, שבעל המניות העיקרי בה הוא גבריאלי. לפי דבריו של בא-כוח הדירקטורים בבית המשפט המחוזי, יתר המניות מוחזקות בין היתר על-ידי קבוצת עזרא (ראו: פרוטוקול החקירה הנגדית של שקדי, שצורף כנספח 7 לתשובתו של גבריאלי). פרטי האופציה, כפי שתוארו בדיווח הראשון, הם כדלקמן:

2.2 על פי הסכם [ה]אופציה, תשלם החברה הרוכשת סך של 7 מיליון ש"ח ועוד מע"מ עבור אופציה לרכישת מתחם טאוורס. אופציה זו הינה לתקופה של 3 חודשים, כאשר תקופה זו תוארך בנסיבות מסויימות המוגדרות בהסכם האופציה.

2.3 תמורת האופציה תשולם בתוך 5 ימים ממועד חתימת הסכם האופציה... תקופת האופציה ניתנת להארכה בשלושה חודשים נוספים תמורת תשלום של 3 מיליון ש"ח ועוד מע"מ.

2.4 תמומש האופציה, ירכש מתחם טאוורס תמורת תשלום של 200 מיליון ש"ח (הכולל את דמי האופציה ששולמו) וכן 20% מהרווחים שינבעו לחברה הרוכשת מפרוייקט זה" (נספח 7 לבקשה לגילוי מסמכים לפני הגשת תביעה נגזרת שהגיש שקדי לבית המשפט המחוזי).

בדיווח הראשון צוין גם כי הסכם זה אושר על-ידי ועדת הביקורת ועל ידי הדירקטוריון של החברה האם. ביום 17.10.2010 ניתן לבורסה דיווח מידי נוסף, שלפיו האופציה הוארכה, כאמור בסעיף 2.3 בדיווח הראשון, תמורת תשלום של 3 מיליון ש"ח בתוספת מע"מ (שם, נספח 8). ביום 23.11.2010 נמסר דיווח מידי נוסף לבורסה, שלישי במספר, שבו דוּןָח על כך שליבר טאוור סְתָרָה את האופציה לחברת אביב בנוה צדק בע"מ (להלן: אביב). וכך נאמר בדיווח המידי:

"1.1. ביום 17.11.2010 נחתם הסכם סיחור אופציה בין ליבר טאוור לבין חברת אביב בנוה צדק בע"מ ועל פיו ליבר טאוור תסחר את מלוא זכויותיה והתחייבויותיה על פי הסכם האופציה לאביב וזאת לשם הקמת בניין מגורים על המקרקעין (להלן בהתאמה: "אביב", "הסכם סיחור האופציה" ו"הפרויקט").

1.2 הסכם סיחור האופציה מותנה בקיום תנאים מתלים...

1.3 התמורה הבסיסית בגין סיחור האופציה, במידה והסכם האופציה יכנס לתוקף, הינה סך של 36,000,000 ש"ח בתוספת מע"מ (להלן: "התמורה הבסיסית"). בנוסף לתמורה הבסיסית, תשלם אביב לליבר טאוור תמורה נוספת על פי סך התקבולים מהפרויקט" (שם, נספח 9).

אעיר כבר עתה, שמשמעות הסחור היא כי חברת אביב הוכפפה לתנאי האופציה שעליה חתמה במקור ליבר טאוור. מועד פקיעתה של האופציה היה ביום 21.1.2011. ביום 26.1.2011 פורסם דיווח מידי נוסף, רביעי במספר, שלפיו הוארך תוקפה של האופציה עד ליום 26.1.2011. הדיווח הועבר לבורסה באיחור של חמישה ימים ממועד ההחלטה הרלוונטית, לנוכח החלטת דירקטוריון החברה להשהות את הפרסום עד לסיומו של משא ומתן שהתנהל בין החברה לבין העמותה למען התושבים בנוה צדק, אשר ערערה לבית המשפט העליון על החלטת בית המשפט לעניינים מינהליים (השופט ע' מודריק) לדחות את עתירתה נגד פרויקט מתחם טאוורס (עת"מ (מתוזי ת"א) 17959-09-10 עמותת תושבים למען נווה צדק נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה (18.11.2010)). הסכם פשרה בין הצדדים נחתם ביום 25.1.2011 (שם, נספח 10) וכפועל יוצא נמחק בהסכמה ערעור שהוגש (עע"מ 9256/10 עמותת תושבים למען נווה צדק נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה (30.1.2011)). ביום 27.1.2011 מסרה החברה דיווח מידי נוסף לבורסה, חמישי במספר, שבו דוּןָח כי החברה הנכדה הסכימה, לבקשתה של ליבר טאוור, להאריך את תוקף האופציה עד ליום 26.2.2011. בדיווח צוין כי "הארכה זו לא תביא לכל פגיעה כלכלית ביחס למצב [ש]בו [הייתה החברה אילו] ההסכם היה ממומש ביום [21.2.2011]" (שם, נספח 11). ביום 6.3.2011 נמסר לבורסה הדיווח האחרון הרלוונטי לענייננו, שבו נאמר כי חברת אביב מימשה את האופציה וחתמה עם החברה הנכדה על הסכם למכירת מתחם טאוורס. לפי ההסכם, כללה העסקה תשלום של 200 מיליון ש"ח בתוספת מע"מ

(סכום הכולל את דמי האופציה ששולמו בסך של 10 מיליון ש"ח); ותשלום נוסף של 10.1 מיליון ש"ח בתוספת מע"מ, אשר ישולם במקום זכותה של החברה הנכדה ל-20% מרווחיו העתידיים של הפרויקט. צוין כי סכום זה האחרון "כולל גם פיצוי בגין דחיית מועד מימוש האופציה מחודש ינואר" (שם, נספח 12).

3. ההתנהלות המתוארת הובילה את מר שמואל שקדי (להלן: שקדי) – הוא המשיב 1 בשתי הבקשות – להגיש בקשה לגילוי מסמכים עובר להגשת תביעה נגזרת למחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל-אביב. שקדי הוא בעל מניות מן הציבור בחברה האם, המחזיק מניות בערך נקוב של 1,100 ש"ח. מניות אלה הגיעו לידיו במסגרת הסדר נושים שנעשה לחברה, אשר בגדרו הומרו אגרות חוב שרכש שקדי בשנת 2007 למניות. שקדי, שסבר כי נסיבות כריתת האופציה והארכתה מעוררות תהיות רבות ומצביעות על רווחים עצומים שהשיא מנכ"ל החברה גבריאל על חשבון החברה הנכדה, הגיש בקשה מכוח סעיף 198א בחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות או החוק) לגילוי מסמכים לפני הגשת תביעה נגזרת. במסגרת הבקשה נתבקש גילויים של מסמכים ספציפיים שפורטו. סעיף 198א, שהוסף לחוק החברות בשנת 2011, מורה:

בקשה לגילוי מסמכים
 198א. (א) מי שרשאי להגיש תביעה נגזרת לפי סעיף 197, רשאי לבקש מבית המשפט, לפני הגשת הבקשה לאישור התביעה או לאחר הגשתה, כי יורה לחברה לגלות מסמכים הנוגעים להליך אישור התביעה הנגזרת.

(ב) בית המשפט רשאי לאשר בקשה כאמור בסעיף קטן (א) אם שוכנע כי המבקש העמיד תשתית ראייתית ראשונית לגבי קיומם של התנאים לאישור התביעה הנגזרת המנויים בסעיף 198א.

4. בית המשפט המחוזי (השופטת ד' קרת-מאיר) קבע כי שאלת הסף המתעוררת בגדרה של הבקשה היא האם שקדי רשאי להגיש תביעה נגזרת, בשים לב לכך שהוא אינו בעל מניות בחברה הנכדה. סיטואציה זו כונתה על-ידי בית המשפט "תביעה נגזרת משולשת". בהמשיכו את הקו שהתווה השופט ח' כבוב בתנ"ג 21785-02-11 בן עמי נ' קלמן (7.9.2011) (להלן: עניין בן עמי) באשר ל"תביעה נגזרת כפולה" (קרי: בעל מניות בחברה האם המבקש להגיש תביעה נגזרת בגין עילת תביעה של החברה הבת), קבע בית המשפט המחוזי כי אין הוא רואה מניעה עקרונית לאפשר הגשת תביעה נגזרת גם בגין חברות נוספות בשרשרת ההחזקה (המְכַוֶּנֶה "תביעה נגזרת מרובה"), ובלבד שמתקיימת "שרשרת של שליטה" בין החברות. בית המשפט ציין כי שליטה אינה

נבחנת בהתאם לשיעור ההחזקה גרידא, אלא ביחס ליכולת השימוש בכוח השליטה הקיים במורד שרשרת ההחזקה. נקבע כי "כל עוד נשמרת שליטת חברת האם בחברת הבת או בחברה הנכדה... בנסיבות המתאימות יש לאשר בקשה להגשת תביעה נגזרת משולשת או מרובה."

נסיבות המקרה בכללותן מצביעות, כך קבע בית המשפט המחוזי, על קיומה של שליטה. מדובר מחד גיסא בקיומן של החזקות משמעותיות של החברה האם בחברה הבת (80%) ושל החברה הבת בחברה הנכדה (50%); ומאידך גיסא בקיומו של הסכם לשליטה משותפת בין החברה הבת לבין קבוצת עזרא, אשר מקנה כוח שווה לכל אחת מהן בדירקטוריון ומחייב כי החלטות החברה תתקבלנה פה אחד. בית המשפט קבע כי תנאי ההסכם מצביעים על "תלות מוחלטת" של צד אחד במשנהו, המקנה לכל אחד מהצדדים יכולת אפקטיבית מהותית לכוון את עסקיה של החברה הנכדה. משהתקיימה שרשרת שליטה כאמור, קבע בית המשפט המחוזי כי "ראוי להכיר ביכולתו העקרונית של בעל מניות בחברה האם להגיש תביעה נגזרת משולשת."

5. משעמד שקדי בתנאי הסף בדבר זכאותו להגיש תביעה נגזרת, נדרש בית המשפט המחוזי לשאלה האם ביסס שקדי את קיומו של התנאי הנקוב בסעיף 198א הנ"ל לאישורה של בקשה לגילוי מסמכים – הנחת תשתית ראייתית ראשונית לקיומם של התנאים הכלליים לאישורה של תביעה נגזרת. בית המשפט המחוזי הבחין, לעניין זה, בין חלקה הראשון של העסקה (כריתת הסכם האופציה) לבין המשכה (הארכת האופציה מעת לעת ולבסוף מימושה). בחלק הראשון היו מעורבים דירקטוריון החברה וועדת הביקורת, אשר אישרו את כריתת הסכם האופציה. לא כך הדבר באשר לכל יתר המהלכים, אשר מדיווחי החברה לבורסה עלה שלא אושרו על-ידי הגורמים הרלוונטיים. בית המשפט ציין, בהקשר זה, כי בכך שכריתת הסכם האופציה אושרה על-ידי גורמים אלה "גילתה החברה הבת את דעתה כי פעולה כזו טעונה אישור של החברה, והדבר ברור לאור ניגוד העניינים [ש]בו [היה] נתון המנהל הכללי של החברה." מששקדי לא העלה טענות של ממש נגד עצם אישור הסכם האופציה, ולאור השיהוי שנפל בהגשת הבקשה בהקשר לכריתת הסכם, קבע בית המשפט המחוזי כי לא הונחה תשתית ראייתית ראשונית לעניין חלקה הראשון של העסקה וכי לגביו אין להתיר גילוי מסמכים. אקדים ואומר כי על כך לא ביקש שקדי רשות לערער, והשאלה אינה עומדת עוד על הפרק.

לעומת זאת, באשר לחלקה השני של העסקה, קבע בית המשפט המחוזי כי הונחה תשתית ראייתית ראשונית לכך שלא ניתן אישור מוסדות החברה למהלכים

שתוארו וכי לא הוצג כל הסבר לגבי "הבסיס או השיקול להחלפת זכאות החברה הנכדה לקבל 20% מרווחי הפרוייקט – כפי שאושר על ידי דירקטוריון החברה וועדת הביקורת – בזכאות לקבל תשלום של 10.1 מיליון ש"ח." לעניין החלק השני של העסקה, דחה בית המשפט המחוזי את טענת השיהוי וציין כי "קיים שוני בין טענת השיהוי המתייחסת לעסקה אשר הושלמה [1] לגביה נדרש ביטול – לבין טענה בדבר ניצול הזדמנות של החברה ודרישה להשבת סכום כספי."

6. לנוכח הקביעה שניתן להגיש "תביעה נגזרת משולשת", קבע בית המשפט המחוזי כי יש לראות את כל החברות שבמורד שרשרת ההחזקה (האם; הבת; והנכדה) כחלק מהחברה האם ושלוכלן רשאי בית המשפט להורות על גילוי מסמכים הנוגעים להליך אישור התביעה הנגזרת. על רקע האמור, אישר בית המשפט המחוזי גילויים של חלק מהמסמכים שנתבקשו – אלה הקשורים לחלקה השני של העסקה ואשר מצויים בידיהם של החברות שבמורד השליטה (להבדיל ממסמכים המצויים בידיהם של גורמים שלישיים, כגון, למשל, חברת ליבר טאוור).

ההליכים שלפנינו

7. שלושת החברות – האם; הבת; והנכדה – הגישו שתי בקשות רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי להורות על גילוי המסמכים. לנוכח העובדה שאחת מן הבקשות הוגשה בראשית הדברים כערעור רגיל, אדגיש את הידוע: החלטה בדבר גילוי מסמכים מהווה החלטה ביניים בהליך האזרחי, וככזו אין לגביה זכות ערעור מוקנית; על המעוניין לערער להגיש בקשה לקבל רשות לכך (ראו החלטת הרשמת ל' בנמלך מיום 30.6.2013 בבקשה למחיקת הערעור בע"א 2903/13 על הסף בשל אי נקיטת הליך נכון, ובעיקר פסקות 3-5 וההפניות שם).

ביום 2.10.2013 החליט חברי השופט י' עמית להורות על העברת הבקשות לדיון בפני הרכב "מאחר שהסוגיה של תביעה נגזרת 'משולשת' טרם נדונה בפסיקת בית משפט זה."

טענות המבקשות

8. הטענות המועלות בשתי הבקשות דומות. לשיטתן של החברה האם ושל החברה הבת, לא קיימת אפשרות – לא בדין ולא בפסיקה – להגיש "תביעה נגזרת משולשת" וממילא אין במקרה כזה לאפשר גילוי מסמכים. לטענתן, בית המשפט

המחוזי הרחיב את גבולות התביעה הנגזרת ללא תימוכין לכך בחוק. שלוש החברות סבורות כי בית המשפט המחוזי שגה בקבעו כי נתקיימה שרשרת שליטה בין החברה האם לבין החברה הנכדה, בשים לב לכך שהחברה האם מחזיקה בשרשור 40% בלבד ממניות החברה הנכדה (שהם תוצאת הכפלת 80% החזקות בחברה הבת ב-50% החזקותיה של האחרונה בחברה הנכדה). החברה האם והחברה הבת הוסיפו כי לחברה הנכדה קיימים שני בעלי מניות בעלי כוח שווה, ועל כן לאף אחד מבעלי המניות אין שליטה בחברה ואין את היכולת להשפיע על פעילות התאגיד ולכוונה, אלא לכל היותר למנוע קבלת החלטה (קרי: מעין "זכות וטו"). הן ציינו גם כי לא יתכן שלתאגיד יהיה יותר מבעל מניות אחד שהוא בעל שליטה בו. לשיטת שלוש המבקשות, יש לאבחן בין נסיבות המקרה שלפנינו לבין נסיבותיו של עניין בן עמי הנ"ל, שבו נידונה החזקה מלאה של 100% מהמניות; זאת במיוחד על רקע דבריו המפורשים של השופט ח' כבוב באותו מקרה, שציין כי הוא אינו מתיימר לקבוע הלכה כוללת בנושא ומכריע לעניין השליטה בהתאם לנסיבות המקרה בלבד (שם, פסקה 50).

שלוש המבקשות טענו כי אף אם תידחה עמדתן באשר ליכולת להגיש תביעה נגזרת משולשת, אין מקום לאשר גילוי מסמכים בענייננו. זאת מאחר ששקדי כבר החליט להגיש את הבקשה לאישור תביעה נגזרת ומכאן שאין הוא נדרש למסמכים שנתבקשו לשם גיבוש עמדתו בנושא. על-פי הנטען, אין מקום לאשר גילוי מסמכים מקום שמטרת הגילוי היא "לחזק" את עילת התביעה של המבקש. החברה הנכדה טענה כי קבלת פרשנותו של בית המשפט המחוזי לסעיף 198א תוביל ל"פריצת הסכר באשר להגשת בקשות לגילוי מסמכים... ותסרב את הדיון בהליך התובענה הנגזרת." זאת מאחר ששאלות בדבר גילוי המסמכים ובדבר קיומה של תשתית ראייתית מספקת תתעוררנה שוב ושוב, בשלבים שונים בהליך, וזאת ללא צורך. בנוסף לכך טענה החברה הנכדה כי היה מקום לקבל את טענת השיהוי ולדחות על בסיסה את הבקשה לגילוי מסמכים.

תגובת המשיבים

9. לבקשות הוגשו תגובותיהם המהותיות של שקדי ושל גבריאל בלבד. יתר המשיבים הסתפקו ב"הודעה" כי הם מסכימים לבקשת רשות הערעור.

10. שקדי סמך את ידיו על החלטתו של בית המשפט המחוזי, על נימוקיה. הוא הדגיש כי בית המשפט אימץ את המבחן הראוי ליכולת להגיש תובענה נגזרת מרובה: קיומה של שליטה מהותית, אשר נדרשת להתקיים לכל אורך שרשרת השליטה. אין

הכרח כי תתקיים שליטה המתבטאת בהחזקת מלוא המניות לשם כך. שליטה כזו נתקיימה במקרה הנוכחי, לנוכח הסכם השליטה המשותפת, כפי שנומק על-ידי בית המשפט המחוזי. שקדי ציין כי בניגוד לעמדת המבקשות, אין מניעה שלתאגיד יהיה יותר מבעל שליטה אחד. זו מושכלת יסוד של דיני התאגידים. שקדי הדגיש כי למעשה, יש לראות בנסיבות אלה בכל אחד מבעלי המניות – החברה הבת וקבוצת עזרא – כמי שמחזיקים במלוא מניות החברה הנכדה, בהיותם בעלי שליטה במשותף; זאת, בהתאם להוראת סעיף 1 בחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968. שקדי הבהיר כי חלק מעילות התביעות הנטענות על-ידו כלל אינן מעוררות את סוגיית התביעה הנגזרת המשולשת, בהיותן עילת תביעה ישירות של החברה כנגד אורגניה – המנכ"ל והדירקטורים. מכאן שאף אם טענות המבקשות היו מתקבלות, לא היה בכך כדי להושיען בנסיבות המקרה.

אשר לבקשה לגילוי מסמכים, סבור שקדי כי היא אושרה בדין. הוא ציין כי אין כל משמעות לסיבה שבגינה גילוי המסמכים מתבקש, שכן הדרישה היחידה היא להוכיח תשתית ראייתית ראשונית לקיומה של עילת תביעה – וכך אכן עשה. שקדי הדגיש כי התנהלותו לא הייתה נגועה בשיהוי. בהיותו בעל מניות מן הציבור, אשר אינו ב"סוד העניינים" ומטבע הדברים עובר זמן עד שמתגלות לו העובדות הרלוונטיות, אין בהגשת הבקשה תוך תקופה של פחות משנה ממועד השלמת סחור האופציה ולמעלה משש שנים לפני חלוף תקופת ההתיישנות משום שיהוי. בשולי הדברים צוין כי ספק אם ניתן בכלל להעלות טענה בדבר שיהוי בגדרה של בקשה לגילוי מסמכים, אשר במסגרתה לא מבוררות טענות הגנה אפשריות.

11. כפי שניתן היה לצפות, גבריאלי סמך ידיו על נימוקיהן של המבקשות. בנוסף לנימוקים אלה, טען גבריאלי כי ספק רב אם הליך גילוי המסמכים בתביעה נגזרת, המעוגן בסעיף 198א בחוק החברות, חל בכלל על תביעה נגזרת מרובה. לעמדתו, יש לפרש סעיף זה בצמצום ולעשות בו שימוש במשורה. שקדי אינו בעל מניות בחברה הנכדה ומשכך, על מנת שתהא באפשרותו להגיש תביעה נגזרת בשמה – נדרש להראות כי מתקיימים התנאים המאפשרים לבצע "הרמת מסך" בין החברה הנכדה לבין החברה האם. רק אם תבוצע הרמת מסך, יהיה שקדי "רשאי" להגיש תביעה נגזרת וכפועל יוצא מכך יוכל לבקש גילוי מסמכים. גבריאלי הוסיף כי לצורך ביצועה של הרמת מסך, יש צורך בקיומה של שליטה מוחלטת המתבטאת בהחזקת מלוא מניות החברה ואין להסתפק בשליטה מהותית. שליטה כזאת לא הוכחה במקרה זה. גבריאלי הלין על כך שבית המשפט הסתמך לעניין קביעת השליטה על הסכם השליטה המשותפת, בשים לב לכך שלעמדתו, "אף אחד מן הצדדים להליך למטה לא התייחס לגוף הסכם השליטה המשותפת ולנפקותו... לא במסגרת הדיון שנערך בפני בית המשפט הנכבד קמא... ולא

במסגרת כתבי הטענות שהוגשו מטעם הצדדים. " בכך נפגע, לשיטת גבריאלי, עקרון הצדק הטבעי שלפיו יש ליתן לכל צד הזדמנות להשמיע את טענותיו. נסיבות אלה הן נסיבות חריגות המצדיקות אפוא – כך טען – התערבות בממצאיו העובדתיים של בית המשפט המחוזי.

12. טענות הצדדים חושפות כי חלק מן העובדות שקבע בית המשפט המחוזי אינן שנויות במחלוקת ושלצדדים אין טענות בעניינן. בית המשפט המחוזי קבע כי ישנה תשתית ראייתית ראשונית להגשת הבקשה לאישור תביעה נגזרת. תשתית זו מצביעה, לכאורה, על כך שמנכ"ל החברה גבריאלי השיא – באמצעות חברה שבשליטתו – רווח עצום על חשבונן של החברה שבניהולו ושל החברות המצויות תחתיה בשרשרת ההחלטות (שבחלקן הוא כיהן אף כדירקטור). הן המבקשות, הן גבריאלי – שלא הגיש אמנם בקשת רשות ערעור בעצמו, אולם תמך בתשובתו בבקשות הערעור על נימוקיהן – לא חלקו על קיומה של תשתית עובדתית ראשונית כמפורט.

דיון והכרעה

הזכות להגיש תביעה נגזרת

13. הליך התביעה הנגזרת מאפשר לבעלי מניות בחברה או לחברי דירקטוריון החברה להגיש תובענה בשם החברה, בגין עילת תביעה של החברה, בהבדל מעילת תביעה אישית שלהם (ראו הגדרת תביעה נגזרת בסעיף 1 בחוק החברות וכן סעיף 194(א); עיינו: ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ ואח' נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 324, 312 (1997); ע"א 52/79 סולימאני נ' בראונר, פ"ד לה(3) 617, 623 (1980) (להלן: עניין סולימאני); צפורה כהן בעלי מניות בחברה זכויות תביעה ותרופות כרך ג' 439 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: צ' כהן בעלי מניות בחברה); וראו גם: ע"א 7602/09 בנק הפועלים בע"מ נ' FINANCIERE S.A CIBEL, פסקה 14 (10.2.2011)). הליך זה מעניק "לבעל מניות 'זכות עמידה' לתבוע בשם החברה, בשל הימנעותם של האורגנים המוסמכים להגיש תביעה בשם החברה", בין אם כנגד נושא משרה בחברה, בין אם כנגד בעל שליטה בה ובין אם כנגד גורם חיצוני (רע"א 5296/13 אנטורג נ' שטבינסקי, פסקה 16 (24.12.2013) (להלן: עניין אנטורג)). הזכות להגיש תביעה נגזרת אינה מוקנית באופן אוטומטי והיא טעונה אישורו של בית המשפט. אישור זה יינתן אם משתכנע בית המשפט כי "התביעה וניהולה הן לטובת החברה וכי התובע אינו פועל בחוסר תום לב" (סעיף 198(א); עניין אנטורג, פסקה 17; ע"א 9014/03 גרינפלד נ' לטר, פסקה 15 (14.12.2006)). לשם השתכללות הזכות להגיש תביעה נגזרת צריכים להתקיים תנאים דיוניים שונים (סעיפים 194(ב)-(ד) ו-197; לדיון בתנאים אלה ראו:

חאלד כבוב וענבל מימון בלאו "שלבכים ראשוניים בהגשת תביעה נגזרת" תאגידים ט/4, 3, 6-8 (2012).

14. כאמור, "זכות העמידה" להגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת מוקנית בין היתר לבעל מניות בחברה. המבחן הוא החזקה במניות (ownership requirement). שקדי הוא בעל מניות של החברה האם. השאלה המתעוררת לפנינו היא אם מבחן ההחזקה במניות מתקיים כאשר עילת התביעה אינה של החברה האם, אלא של החברה הבת או של החברה הנכדה, המוחזקות – במישרין או בעקיפין, בהתאמה – על-ידי החברה האם. המבקשות, הסבורות כי במקרה כזה מבחן ההחזקה במניות אינו מתקיים, טענו כי מאחר שעילת התביעה היא של החברה הנכדה – היא בעלת הנכס מושא האופציה, מתחם טאוורס – שקדי איננו זכאי להגיש תביעה נגזרת. הצדדים כינו סיטואציה זו בתור "תביעה נגזרת משולשת" (triple-derivative action), מאחר שהחברה הנכדה מצויה בדרג השלישי בשרשרת ההחזקה. סיטואציה דומה יכולה להתעורר גם במקרה של חברות המצויות בדרגים אחרים בשרשרת ההחזקה. כך, כאשר מדובר בחברה בת, נהוג לכנות זאת "תביעה נגזרת כפולה" (double-derivative action). ובאופן כללי מכוונת סיטואציות אלה – היא "מיקום" החברה הנפגעת בשרשרת ההחזקה אשר היא – "תביעה נגזרת מרובה" (multiple derivative action או "multi-tier" derivative action).

15. בספרות הובעה העמדה כי יש מקום לאפשר הגשת תביעה נגזרת במקרה כזה. כבר בשנת 1981 כתב ראובן בכר במאמרו "התפתחויות בדיני התביעה הנגזרת" משפטים י"א 174, 177 (1981) (להלן: בכר "תביעה נגזרת"), מבלי לשלול קיומה של אפשרות זו, כי בסוגיות כגון תביעה נגזרת כפולה צריך שינחו את בית המשפט הבא להכריע בהן שיקולי צדק. פרופ' אוריאל פרוקצ'יה ציין בספרו דיני חברות חדשים לישראל 406 (1989) (להלן: פרוקצ'יה דיני חברות) כי:

"מן הראוי לאפשר לבעל מניות להגיש תביעה נגזרת בשם חברת בת, או חברת בת של חברת בת של החברה שבה הוא מחזיק את מניותיו. מצד אחד, יש לבעל מניות כזה אינטרס ישיר בתוצאות התביעה, שכן עוול שנגרם במורד אשכול החברות פוגע גם באינטרסים של החברה במעלה האשכול, שבה יש לו אחזקות. מצד שני, אין ההרחבה הזו מהפכנית יתר על המידה."

עמדה דומה הובעה על-ידי פרופ' ציפורה כהן, שציינה כי "ברור שלבעל מניות בחברה-אם יש אינטרס כלכלי בחברה-הבת. נזק לחברה-הבת יגרום להפחתת שווי המניות שמחזיקה החברה-האם בחברה-הבת, וממילא – לנזק לבעל המניות בחברה-

האם" (צ' כהן בעלי מניות בחברה, עמוד 474). אף שחוק החברות שותק לעניין זה, סבורה כהן כי הפסיקה יכולה לאפשר הגשת תביעה נגזרת מרובה, וזאת בהתבסס על סעיף 6(ב) בחוק החברות, שמכוחו רשאי בית המשפט "לייחס... זכות של החברה לבעל מניה בה, אם מצא, כי בנסיבות העניין, צודק ונכון לעשות כן" (שם, עמודים 476-477). גם פרופ' יוסף גרוס סבור כי ניתן לבסס את האפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה על נוסחו של סעיף 6 הנ"ל, אולם לשיטתו יש מקום "להבחין בין חברות בנות המוחזקות 100% בידי חברת האם (wholly owned) לבין חברות המוחזקות על-ידי חברת האם באחוזים שונים" (יוסף גרוס חוק החברות החדש 330 (מהדורה רביעית, 2007) (להלן: גרוס חוק החברות). בהקשר זה ציין גרוס:

"ראוי להבחין בין בעלות מלאה לבין אחזקה חלקית, וכן יש לתת דגש לנושא השליטה ולאופי ההשקעה של חברת האם בחברה הבת. כך למשל, תיתכן אחזקה העולה בגדר שליטה, אך למעשה אופי ההשקעה הוא "שקט", ללא מעורבות בניהול החברה המושקעת. בנוסף, יתכן [ש]ניתן לטעון כי מקום שיש בכוחו של בעל המניות להיכנס בנעלי החברה [ש]בה הוא מחזיק מניות ולהגיש תביעה כנגד צד ג', יש בכוחו להגיש בשמה, במקום תביעה "רגילה", גם תביעה נגזרת (להבדיל מתביעה נגזרת בשם חברת הבת) (שם, הערה 20).

16. בתי המשפט המחוזיים התייחסו במספר מקרים בעבר לאפשרות להגיש תביעה נגזרת בנסיבות אלה, כשלרוב היו דבריהם בגדר הערות אגב. בת"א (ת"א) 11745/00 שטרית נ' אריסון השקעות בע"מ, פ"מ תשס"ב(1) 110, 125-126 (2002) (להלן: עניין שטרית) הביע השופט נ' ישעיה את עמדתו, בהערת אגב, כי יש לאפשר הגשת תביעה נגזרת מרובה, וזאת כדי לשמור על יעילותו של מנגנון התביעה הנגזרת ולשם הבטחת יכולתם של בעלי המניות – אף אלה שבמיעוט – לשמור על האינטרסים של התאגיד. לדבריו:

"נראית לי דעתם של המלומדים פרוקצ'יה וכהן... אשר על-פיה יש להתיר הגשת תביעה נגזרת מסוג זה. אם לא תגרוס כך תישלל או תאבד, במידה רבה, האפקטיביות והיעילות של התביעה הנגזרת ככלי לפיקוח על אורגנים של תאגידים ולשם שמירה על זכויותיו של בעל זכויות מיעוט בהם, בניגוד למגמה המסתמנת בשנים האחרונות בפסיקה ובחקיקה. בעולם העסקי המודרני והמתפתח, [ש]בו מפעילים ומנהלים תאגידים גדולים פרויקטים או פעילויות כלכליות שונות באמצעות חברות-בת, חברות נכדות ואף חברות ניונות, יש צורך בכלי יעיל ואפקטיבי מסוגו של התביעה הנגזרת. מנקודת המבט של הצורך לשמר את עוצמתו ו[את] יעילותו של מוסד התביעה הנגזרת, סבורני כי יש לאפשר הגשת תביעה נגזרת בשם חברת-בת, אף שבעל

המניות בחברת האם, המבקש לתבוע בשמה, אינו בעל מניות בה. אפשרות זו הוכרה, כאמור, בדין האמריקני ואין כל מניעה, לדעתי, להכיר בה במשפט ארצנו, כפי שהוכר והוכנס בזמנו למשפטנו מוסד התביעה הנגזרת. הענקת אפשרות זו תגביר ותהדק את הפיקוח על פעילותם של האורגנים בתאגידים הגדולים, [ש]בהם משקלם ומעמדם של בעל המניות, או החבר הבודד בתאגיד, קטן ביותר, אם לא אפסי, ובשל כך נמנעת מהם, בדרך-כלל, הגנה יעילה ואפקטיבית על זכויותיהם בתאגיד ועל זכויות התאגיד עצמו (אם סבורים הם כי הן נפגעו כתוצאה ממעשים בלתי ראויים של האורגנים שלו) (ההדגשות הוספו – מ.נ.).

המלומד Arad Reisberg כתב, בהתבסס על פסק הדין הנ"ל ועל פסיקה נוספת של המשפט המקובל (שתיסקר בהמשך), כי הרציונל נעוץ בצורך לחשוף מעשים אסורים באשכול חברות, במקרים שבהם הדירקטוריון עצם עיניו ביחס למעשים אלה. הוא ציין כי אם לא תותר הגשת תביעה נגזרת מרובה בנסיבות אלה, יגביל הדבר במידה רבה את השימוש בתביעה נגזרת אף במקרים קשים של מרמה ושל ניצול, שלרוב דירקטוריון החברה האם לא היה מעורב בהם (ראו: Arad Reisberg, *Shadows of the Past and Back to the Future: Part 11 of the UK Companies Act 2006 (in)action*, 2 (ECFR 220, 242 (2009)).

17. בע"א (מחוזי י-ם) 7438/05 בתיה אחזקת נכסים בע"מ נ' טוסקלי (4.1.2007) אישר השופט נ' סולברג הגשת תביעה נגזרת כפולה ובת"א (מחוזי ת"א) 1266/03 טלבי נ' בנק הפועלים בע"מ (19.2.2007) (להלן: עניין טלבי) אישר השופט ע' בנימיני גילוי מסמכים לפני הגשת תביעה נגזרת כפולה – בשני המקרים לא נדרש בית המשפט לדיון בשאלה גופה.

18. התייחסות נוספת לנושא מצויה בפסק דינו של השופט י' שינמן בתנ"ג (מחוזי מרכז) 19646-04-10 וילסון נ' אימאג'סט אינטרנציונל א.נ.וי (15.5.2011), אשר דחה על הסף בקשה לאישור תביעה נגזרת שהגישו בעלי מניות בשם חברות בנות, מן הטעם שלא הוכח שלחברות הבנות קיימת עילת תביעה בנסיבות המקרה. באותו מקרה היה מדובר בפעולות שנעשו בחברה האם, אשר היו להן לפי הטענה השפעה על החברות הבנות ופגעו בהן. באשר לאפשרות הכללית לנקוט הליך של תביעה נגזרת במסגרת אשכול חברות, ציין בית המשפט:

"מכשיר התביעה הנגזרת הוא מכשיר חשוב ויש לשמר את יעילותו ו[את] עוצמתו כמכשיר לפיקוח על נושאי משרה בתאגידים ועל זכויות בעלי מניות המיעוט. אמנם, בעולם המודרני בארץ ובעולם הולכים ומתרבים התאגידים, המבצעים פעילויותיהם באמצעות חברות

בנות, חברות נכדות וכד', ויש חשיבות לא מבוטלת להכרה במנגנון התביעה הנגזרת בכלל, כמו גם במנגנון התביעה הנגזרת הכפולה במקרים מסוימים. אולם, יש לעשות שימוש במנגנון זה בתום לב ובמקרים נדירים [ש]בהם עולה באופן מפורש צורך מוצדק, ראוי, וחוקי" (שם, פסקה 4.6).

בהתייחס לפסקי הדין בעניין שטרית ובעניין טלבי, ציין בית המשפט:

"יש במקרה זה [עניין טלבי] כדי להוות דוגמה נוספת לכאורה לנסיבות [שבהן] תיתכן קבלה של תביעה נגזרת כפולה: הבקשה לאישור תביעה נגזרת כפולה הוגשה על ידי בעל מניות מיעוט בחברת האם – בנק [ה]פועלים, בשם חברת הבת – בנק קונטיננטל, שנמצאת בבעלות חלקית של בנק הפועלים כשעילות התביעה היו ביחס לבעלי המניות בחברת הבת עצמה ולפעולות שבוצעו במסגרת פעילותה. שני פסק דין אלה [עניין שטרית ועניין טלבי] מתייחסים למצבים [ש]בהם קמו לכאורה עילות תביעה ישירות נגד בעלי המניות ונושאי המשרה בחברת הבת" (שם, פסקה 4.4).

19. פסק הדין המרכזי ניתן כאמור בעניין בן-עמי, שם נידונה הסוגיה לראשונה והוכרעה שלא במסגרת הערות אגב. באותו מקרה צידד השופט ח' כבוב בהכרה ביכולת להגיש תביעה נגזרת כפולה. לדבריו:

"סבורני שבעידן העכשווי ישנה חשיבות להכרה בתביעה הנגזרת הכפולה בדין הישראלי באותם מקרים שקשה ואף בלתי אפשרי להפריד בין שתי ישויות משפטיות (חברת בת הנשלטת באופן מלא ע"י חברת האם) ובעל מניות מיעוט המחזיק במניות חברת האם, עלול למצוא עצמו בפני חסמים ומכשולים טכניים המונעים ממנו למצות את זכויותיו עפ"י דין, לרבות הזכות להגיש תביעה נגזרת – באותם מקרים [ש]בהם ברור שהנזק שנגרם לחברת הבת עקר מחדלים/כשלים/עוולות ואף המקרים של חשש למעשים פליליים – עלול להשפיע על ערך המניות של חברת האם, וכפועל יוצא מכך, לגרוע משווי מניותיו של בעל מניות המיעוט..."

[ל]נוכח המציאות התאגידית המודרנית העדר אימוץ של תורת 'התביעה הנגזרת הכפולה' יוביל לריקון מתוכן של אפקטיביות כלי התביעה הנגזרת ו[ל]איונו וממילא יפגום גם בצורך וביכולת הפיקוח על אורגנים של תאגידים והכל במחיר של טענות 'פרוצדוראליות' חסרות בסיס... ומוצע כי המחוקק יכניס מפורשות אפשרות הגשת תביעה נגזרת באופן זה.

במציאות העכשווית של המשק הכלכלי בישראל, הסובל מריכוזיות לא מעטה (במובן של חברות ציבוריות רבות, ואולי רבות מדי, הנשלטות על ידי בעל שליטה יחיד או

[על ידי] קבוצת שליטה) וכפועל יוצא מכך של תאגידים גדולים המקימים לעתים חברות בת לצורך מייזמים מיוחדים או פעילות נפרדת, או כאשר חברת האם הינה חברת אחזקות בלבד השולטת באופן מוחלט בחברת הבת – אין להציב חסמים ומכשולים טכניים ובירוקרטיים בפני בעלי מניות המיעוט למיזוי זכויותיהם המוקנות להם בדין, ויש להבטיח שזכויות אלה, לרבות הגשת תביעה נגזרת, תזכנה לעידוד ו[ל]תמיכה כדי להגביר את היעילות ו[את] האפקטיביות של הפיקוח ו[את] תקינות הממשל התאגידי” (שם, פסקה 49; ההדגשות במקור).

עם זאת, השופט ח' כבוב הבהיר כי הוא אינו "מתיימר לקבוע הלכה כללית בסוגייה הרחבה של זכות בעל מניות בחברת האם להגיש תביעה נגזרת כפולה בגין פעולות חברת בת, אך עובדות המקרה בפניי [החזקה ב-100% ממניות החברה הבת – מ.נ.] מצדיקות... מתן זכות כזו לבעל מניות בחברת האם." הוא הסביר כי "במקרים [ש]בהם חברת אם שולטת באופן מוחלט או אף מהותי בחברת בת (מקל וחומר כאשר חברת האם הינה חברת אחזקות), והיא בעלת יכולת הפיקוח עליה, וכאשר מעשי/מחדלי חברת הבת עלולים להשליך מהותית על חברת האם ו/או על בעלי מניות חברת האם – אזי יש מקום להעדיף גישה שרואה לנגד עיניה לא רק את עקרון האישיות המשפטית הנפרדת אלא בוחנת הלכה למעשה את הקשר הסמביוטי בין חברת האם ל[בין] חברת הבת [ואת] השפעות והשלכות מעשי/מחדלי חברת הבת על ערך מניית חברת האם" (שם, פסקה 50).

20. בפסק הדין מושא הבקשות שלפנינו הביעה השופטת ד' קרת-מאיר תמימות דעים עם עמדתו של השופט ח' כבוב. השופטת ד' קרת-מאיר קבעה כי בנסיבות המקרה, מן הראוי להכיר באפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה. לעמדתה, המבחן המתאים, שעל-פיו ייקבע אם קיימת אפשרות כאמור, הוא מבחן של שליטה. וכך נקבע לעניין זה:

"מן הראוי לקבל עמדה זו [לאפשר הגשת תביעה נגזרת מרובה – מ.נ.] בנסיבות הראויות במסגרת סעיף 194(א) לחוק החברות... לטעמי המבחן הראוי הינו התקיימות שרשרת של שליטה... אינני סבורה כי המבחן הרלוונטי הוא דווקא המבחן המספרי של שיעור האחזקות אלא שאלת השימוש בכוח השליטה הקיים במורד השרשרת... כל עוד נשמרת שליטת חברת האם בחברת הבת או בחברה הנכדה, קיימת אף החובה להשתמש בכוח זה כדי לרפא עוולות כלפיה, ובנסיבות המתאימות יש לאשר בקשה להגשת תביעה נגזרת משולשת או מרובה."

כאמור, בית המשפט קבע כי בנסיבות המקרה אכן הייתה קיימת לחברה האם שליטה בחברה הבת ועל כן נתקבלה באופן חלקי הבקשה להורות על גילוי מסמכים.

21. בעקבות הפסיקה בעניין בן-עמי הנ"ל פורסמו מספר מאמרים שעסקו בנושא. רביב לוי ויפתח אבן טל עמדו במאמרם "תביעה נגזרת כפולה" תאגידים ח/4, 1 (2011) (להלן: לוי ואבן טל "תביעה נגזרת כפולה") על ההצדקות שבבסיס מנגנון התביעה הנגזרת הכפולה. לעמדתם, הכרה בכך מגשימה את היעד המרכזי של דיני התאגידים, להתמודד עם הנחיתות של המיעוט ושל בעלי המניות מן הציבור ביחס לבעלי השליטה בחברה. המחברים סבורים כי קריאה דווקנית של לשון החוק אינה מאפשרת לכאורה הגשת תביעה נגזרת מרובה, אולם למרות זאת קיים עוגן נורמטיבי המאפשר להכיר בתביעה נגזרת מרובה, המצוי בסעיף 6(ב) הנ"ל בחוק החברות בדבר הרמת מסך. נטען על-ידם כי אמנם פסק הדין בעניין בן-עמי עסק במקרה שבו החברה האם החזיקה 100% ממניות חברת הבת, אולם יש לאפשר הגשת תביעה נגזרת מרובה גם מקום שהחזקה היא בשיעור נמוך יותר.

מאמר נוסף פורסם על-ידי השופט חאלד כבוב ועינבל מימון-בלאו "תביעה נגזרת כפולה – בין קריאה דווקנית לקריאה מהותית" תאגידים י/1, 3 (2013) (להלן: כבוב ומימון-בלאו "תביעה נגזרת כפולה"), אשר בניגוד ללוי ולאבן-טל, סבורים כי אין לנקוט גישה פרשנית דווקנית וכי יש מקום לבכר גישה פרשנית תכליתית-מהותית לחוק החברות. המחברים עומדים על כך שאכן ניתן להשתית את היכולת להגיש תביעה נגזרת כפולה (או מרובה) על הוראת סעיף 6(ב) הנ"ל, ובמקביל מציעים דרך נוספת לשם כך, המבוססת כאמור על קריאה תכליתית-מהותית של החוק:

"קריאה מהותית ומושכלת שכזו של דיני החברות, הלוקחת בחשבון לא רק את לשון החוק אלא גם את תכלית החקיקה ואת נסיבות המקרה הספציפי, מקדמת הגנה מוצדקת של האינטרס הכלכלי של בעלי המניות, בפרט [ל]נוכח מקרים [ש]בהם החברה-הבת נמצאת בבעלות מלאה של החברה-האם. באיזון השיקולים במקרים כגון אלו, הרי שהסיכון של פגיעה באינטרסים כלכליים של החברה-האם גובר על הטיעון הטכני בדבר היותו של המבקש בעל מניות בחברה-האם בלבד. ממילא המבנה התאגידי המודרני מאיין טענות טכניות כגון אלו, ומחייב התאמת הדין למציאות התאגידית המודרנית של מבנים מסונפים של קונצרנים, הכוללים לא אחת חברות בנות, חברות נכדות וחברות נינות... הבנה נכונה של המציאות התאגידית הישראלית מחייבת הכרה בתביעה הנגזרת הכפולה במקרים מסוימים." (שם, עמודים 12-13).

ובהמשך:

"בסוגיית התביעה הנגזרת הכפולה ולאור תכלית החקיקה והמציאות התאגידית המודרנית, היעדר אימוץ כלי התביעה הנגזרת הכפולה באופן גורף יוביל לריקון מתוכן של אפקטיביות כלי התביעה הנגזרת בכללו ולאיונו. ממילא דבר זה יפגע בצורך וביכולת של הפיקוח על אורגנים של תאגידים במחיר של טענות טכניות, פרוצדוראליות... הגישה התכליתית-מהותית מטבעה מוגבלת וכפופה... לנסיבות כל מקרה ומקרה. כל למשל, במקרים [ש]בהם יש קשר סימביוטי בין החברה-האם לחברה-הבת, יקל להכיר בתביעה הנגזרת הכפולה; למשל, במצב [ש]בו החברה-האם שולטת באופן מוחלט בחברה-הבת, והיא בעל יכולת הפיקוח עליה, וכאשר מעשי/מחדלי החברה-הבת עלולים להשליך מהותית על החברה-האם ו/או על בעלי המניות בחברה-האם." (שם, עמוד 16).

משפט מרובה

22. סוגיית התביעה הנגזרת המרובה אינה ייחודית לישראל והיא זכתה לדיון מעמיק במדינות שונות. ההסדרים הסטטוטוריים בחלק ניכר ממדינות המשפט האנגלו-אמריקני (ארצות הברית, בריטניה, הונג קונג, מלזיה ואיי קיימן) אינם כוללים התייחסות למוסד התביעה הנגזרת המרובה. אולם, בתי המשפט במדינות אלה נקטו באופן עקבי גישה פרשנית מרחיבה ללשון החוק, שעל-פיה ההוראות הסטטוטוריות לא נועדו לקבוע הסדר שלילי, וכך הכירו, באמצעות הפסיקה, במוסד התביעה הנגזרת המרובה. במדינות אחרות (אוסטרליה, ניו-זילנד, קנדה וסינגפור) נקבעו הוראות סטטוטוריות מרחיבות, המאפשרות לקשת רחבה של גורמים להגיש תביעה נגזרת. הוראות אלה מאפשרות למעשה הגשת תביעה נגזרת מרובה, באופן מפורש. התביעה הנגזרת המרובה שנגדה יוצאות המבקשות חוצץ היא אפוא נחלת מדינות רבות, כמעט ללא חריגים, ולא בכדי צוין באחד מבין פסקי הדין החשובים ביותר בנושא כי היא זכתה לכמעט "universal acceptance" (*Brown v. Tenney*, 125 Ill.2d 348, 359-) (1988) 361 (להלן: עניין **Brown** (ערעור)). כפי שאראה, גם באותם מקרים בודדים שבהם סרבו בתי משפט לאפשר הגשת תביעה נגזרת מרובה, היה זה בנסיבות שאינן מאפשרות לגזור מהן כלל. התביעה הנגזרת המרובה היא כיום מוסד משפטי מוכר ומבוסס היטב.

אקדים ואומר, כי לשיטתי משתייכת ישראל לקבוצת המדינות הראשונה, בשים לב לכך – ולעניין זה אתייחס בהרחבה בהמשך – כי בחוק הישראלי מעוגנת האפשרות להגיש תביעה נגזרת רגילה, אולם החוק שותק ביחס לתביעה נגזרת מרובה. כפי

שאראה, אני סבורה שגם בישראל – אין שתיקת המחוקק מצביעה על כך שמדובר בהסדר שלילי.

א. מדינות שבהן התביעה הנגזרת המרובה לא זכתה לעיגון סטטוטורי

23. בארצות הברית נפסק עוד לפני למעלה משבעים שנים במערכת המשפט הפדראלית כי ניתן להגיש תביעה נגזרת כפולה. ההצדקה לכך היא שגם לחברה הבת שסבלה מהנזק וגם לחברה האם הייתה שליטה על מי שהיו אחראיים לנזק הנ"ל (ראו: *United States Lines, Inc. v. United States Lines Co.*, 96 F.2d 148, 151 (2d Cir.1938) (להלן: עניין USL). בשנת 1938 נחקק Fed.R.Civ.P. 23, אשר עסק באפשרות להגיש תביעה ייצוגית ולא התייחס כלל לתביעות נגזרות בכלל ותביעות נגזרות מרובות בפרט. בתי המשפט קבעו כי כללים אלה לא נועדו לקבוע הסדר שלילי ולא נועדו לשנות את הלכות בית המשפט אשר אפשרו הגשת תביעה נגזרת כפולה (ראו: *Goldstein v. Groesbeck*, 142 F.2d 422, 425 (2d. Cir), *Cert. denied*, 323 Fed.R.Civ.P. (1944) (U.S. 737, 65 S.Ct. 36, 89 L.Ed. 590). בשנת 1966 נחקק Fed.R.Civ.P. 23.1 שעניין לראשונה פרק על תביעות נגזרות רגילות, אך לא התייחס לתביעות נגזרות מרובות. חרף חקיקת הסעיף, קבעו בתי המשפט כי התביעה הנגזרת המרובה שרירה וקיימת (ראו, למשל: 3d) *Blasband v. Rales*, 971 F.2d 1034, 1042–1043 (3d Cir.1992); *West v. West*, 825 F. Supp. 1033, 1054 (N.D. Ga. 1992). נוסף על האמור לעיל, ישנן הוראות נוספות המאפשרות הגשת תביעה נגזרת מרובה במקרים קונקרטיים (ראו, למשל, *Kamen v. Kemper Financial Services Inc.*, 500 U.S. 90, 108 (1991) (וההפניות שם).

בניו-יורק מאפשר §16(b) of the Securities Exchange Act of 1934, 15 U.S.C. §78p(b) רק לבעל מניות של ה-"issuer" להגיש תביעה נגזרת. הוראה זו פורשה על-ידי ה-District Court for the Southern District of New-York כשוללת את יכולתו של בעל מניות בחברה האם להגיש תביעה נגזרת "כפולה" בשמה של החברה הבת, תוך שנדחתה הטענה כי יש להתייחס לחברה האם ולחברה הבת כאל "ישות אחת" (single entity) לצורך הגשת תביעה נגזרת (ראו: *Untermeyer v. Valhi*, 665 F. Supp. 297, 299-301 (S.D.N.Y. 1987). אולם, בכל מקרה אחר, אשר אינו מתבסס על §16(b) הנ"ל, נקבע כי יש להתאים את כללי התביעה הנגזרת למציאות התאגידית המשתנה ולהכיר בזכותו של בעל המניות להגיש תביעה נגזרת בגין "wrongs done to that corporation's subsidiaries which make indirect, but

nonetheless real, impact upon the parent corporation and its stackholders" ((Kaufman v. Wolfson, 1 A.D.2d 555, 556-557 (1956)) ; (להלן: עניין Kaufman)).

בדומה, גם באילינוי נקבע כי אף ש- ILL.Rev.Stat.1985, ch. 32, par, 7.80(a) מאפשר רק לבעל מניות בחברה להגיש תביעה נגזרת בשמה, המורכבות של דיני התאגידים המודרניים מצדיקה להכיר ביכולת להגיש תביעה נגזרת מרובה, בשים לב לכך שהנזק לחברה הבת משפיע על החברה האם ועל בעלי המניות בה (*Brown v. Tenney*, 155 Ill.App.3d 605, 608 (1987) ; (להלן: עניין Brown)). בלשונו של בית

המשפט:

"[T]he concepts governing corporate existence must be adaptable to the changing corporation of modern society. Unexamined observance to rigid and outmoded theories may result in inequitable decisions that fail to comport with the realities of corporate structure. For these reasons, we believe that double derivative suits should become part of the law of this State." (*Id.*, at 609).

החלטה זו אושרה בידי בית המשפט העליון של אילינוי, אשר הדגיש כי אם לא יתאפשר לבעל המניות להגיש תביעה נגזרת מרובה, הוא יישאר ללא סעד – גם אם הנזק נגרם על-ידי החברה האם בעצמה, אשר תיוותר חסינה מהתערבות שיפוטית (עניין **Brown** (ערעור), עמוד 355).

24. כידוע, בדלוור ישנה חקיקה תאגידית ענפה ובתי משפט מיוחדים לתאגידים. Rule 21.3 ב-Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware מעגן כללים דומים לכלל 23.1 הפדראלי. כללים נוספים קבועים גם בחוק התאגידים המקומי (Del. Code Ann. Tit. 8, §327 (West)). החקיקה אינה מעגנת במפורש את היכולת להגיש תביעה נגזרת מרובה, אולם הפסיקה פירשה את ההוראות הרלוונטיות כמאפשרות זאת, כל עוד מתקיימים התנאים הרגילים לאישורה של תביעה נגזרת. כך באשר לתביעה נגזרת כפולה, וכך אף גם באשר לתביעה נגזרת מרובה, כפי שקבע לאחרונה בית המשפט העליון בדלוור בפסק הדין בעניין *Sagarra Inversiones, S.L. v. Cementos Portland Valderrivas, S.A.*, 34 A.3d 1074, 1079-80 (Del. 2011) (להלן: עניין **Sagarra**) ; ראו עוד: *Laumbrecht v. O'Neal*, 3 A.3d 277, 289 (Del. 2010) (להלן: עניין **Laumbrecht**) ; *Blasband v. Rales*, 971 F.2d 1034, 1042-3 (Del. 1992). בעניין **Laumbrecht** הנ"ל צוין כי הבסיס לקיומה של זכות עמידה להגיש תביעה נגזרת נעוץ בזכותה של החברה האם להגיש את התביעה תוך מימוש שליטתה (עמודים 288-291).

25. עמדות דומות ננקטו גם בבתי משפט מדינתיים נוספים. כך, למשל, קבעו בית המשפט לערעורים בטקסס בפסק הדין בעניין *Webre v. Sneed*, 358 S.W.3d 322 (Tex.App.-Houston [1st Dist.] 2011) (להלן: עניין **Webre**) ובית המשפט המחוזי בפנסילבניה בפסק הדין בעניין *irshhorn v. Mine Safety Appliances Co.*, 54 F.Supp. 588 (1944) (להלן: עניין **Hirshhorn**). בעניין **Webre** הייתה ההצדקה לכך בהשקפה על חברות מוחזקות (subsidiaries) כעל נכסים של החברה האם. בעניין **Hirshhorn** ציין בית המשפט כי תהא נטייה להתיר הגשת תביעה נגזרת מרובה "when the affairs of the parent and the subsidiaries are so interwoven as to dictate the penetration", שכן אחרת ייוותר התובע ללא כל סעד (שם, עמוד 592).

26. עמדה דומה מצויה גם במדינות המשפט המקובל. בבריטניה, נתפסה האפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה מכוח הדין הכללי כמובנת מאליה וזאת מבלי שהועלו כלל טענות בדבר העדרה (ראו: *Wallersteiner v Moir (No 2)* [1975] QB 373, 391; *Halle v Trax* [2000] BCC 1020, [1975] QB 508 (Note), [1975] 2 WLR 389, CA 1022 (להלן: עניין **Halle**); *Trumann Investment Group v Societe General SA*; *SH Goo*, [2006] EWHC 2728; [2002] EHC 2621, ¶27 *Multiple Derivative Action and Common Law Derivative Action Revised: a Tale of Two Jurisdictions*, JOURNAL OF CORPORATE LAW STUDIES 255, 259 Trevor Mascarenhas, *Multiple* (להלן: *Goo, Multiple Derivative Action*; (2010) *Derivative Actions under English Law*, 24 I.C.C.L.R. 336 (2013) (להלן: *Mascarenhas, Multiple Derivative Actions*). הליך התביעה הנגזרת – לרבות המרובה – נתפס בהקשר זה כמכשיר פרוצדוראלי שנועד להגשים שיקולי צדק במקרים המתאימים (ראו: *Universal Project Management Services LTD v Fort Gilkicker* [2013] All Er(D) 313 ¶26 & ors (להלן: עניין **UPMS**)). בשנת 2006 נחקק באנגליה חוק החברות החדש. בפרק על התביעה הנגזרת לא נכללה התייחסות לתביעה נגזרת מרובה (§§260(11) and 994 of the Companies Act (2006)). חרף זאת, קבע לאחרונה בית המשפט הגבוה לצדק בפסק הדין הנ"ל בעניין **UPMS** כי אין מניעה להגיש תביעות נגזרות מרובות מכוח המשפט המקובל שהוכר בפסיקה עוד לפני חקיקת החוק, בשים לב לכך שלא צוין בסעיפים אלה במפורש כי הם נועדו לבטל את ההלכות שקדמו לחקיקת החוק; בית המשפט הפנה לדוח הוועדה שניסחה את החוק, אשר הייתה סבורה כי אין צורך לכלול הוראה בנושא מחמת נדירותו ועדיף להותירו להכרעת בתי המשפט (¶6.110, Law Com, Shareholders Remedies (LC 246), עניין **UPMS**, פסקה 36; צ' כהן בעלי מניות בחברה, עמוד 478). בית המשפט ציין כי מסקנה

זו משרתת את שיקול הצדק ועולה בקנה אחד עם הדין ביתר מדינות המשפט המקובל (לדיון בפסק הדין, ראו גם: *Mascarenhas, Multiple derivative actions*, עמוד 336; *Goo, Multiple Derivative Action*, עמודים 256-261).

בדומה פסק בית המשפט לערעורים של הונג קונג בפסק הדין בעניין *Waddington Ltd v Chan Chun Hoo Tomas & ors* [2008] 11 HJCFAR 370 §168BC of the Companies Ordinance (להלן: עניין *Waddington*). בפסק הדין נקבע כי אף ש- *Waddington* נגזרת מרובה, אין בו כדי למנוע אפשרות זו, המוכרת במשפט המקובל (שם, עמוד 385). לדיון בפסק הדין, ראו: *Ji Lian Yap, Whither the Common Law Derivative Action?*, 38 COMM. L. WORLD REV. 197, 199-200 (2009) (להלן: *Yap, Common Law Derivative Action*). בדומה קבע לפני למעלה מעשרים שנים קבע בית המשפט הגבוה במלזיה כי ניתן להגיש תביעה נגזרת מרובה, בהתבסס על הרמת מסך (*Tam Guan Eng v. Ng Kwen Hee* [1992] 1 MLJ 487, 502 (High Court, Malaysia) (להלן: עניין *Tam Guan Eng*); *WALTER WOON ON COMPANY LAW* 379 (Tan Cheng Han, Ed., Sweet & Maxwell 2009). בדומה קבע לאחרונה גם ה- *Grand Court* באיי קיימן בפסק הדין בעניין *Renova Resources Private Equity Limited v. Gilberston and four Others*, 2009 CILR 269, 293-295 (להלן: עניין *Renova*) כי יש לאפשר הגשת תביעה נגזרת מרובה בנסיבות המתאימות (שם, עמוד 295).

ב. מדינות שבהן מעוגנת האפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה בחקיקה

27. במדינות אחרות מעוגנת האפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה (ולא רק תביעה נגזרת רגילה) במפורש בחקיקה. באוסטרליה, מאפשר §236(1)(a) of the Australian Corporations Act 2001 לבעל מניות בחברה או בחברה קשורה (related body corporate) להגיש תביעה נגזרת. חברה קשורה מוגדרת ב-§50 כחברת החזקות המחזיקה בחברה אחרת; כחברה מוחזקת של חברה אחרת; או כחברה מוחזקת של חברת החזקות המחזיקה גם בחברות אחרות. לפני חקיקת חוק החברות האוסטרלי, קבע בית המשפט העליון של ויקטוריה כי אין לאפשר הגשת תביעה נגזרת מרובה (*Rulacorp Consulting Pty Ltd v Pynery Pty Ltd*, 134 FLR 188 (1996)) (להלן: עניין *Rulacorp*). הנמקתו של בית המשפט נשענה על כך שבעל מניות בחברה האם הוא "זר" (*stranger*) לחברה הבת וכי היותו בעל מניות שביושר (*equitable owner*) במניות החברה הבת (מכוח החזקתו בחברה האם) אינו מעניק לו זכות עמידה להגיש תביעה נגזרת בשמה. בעניין *Waddington* הנ"ל ביקר בית המשפט לערעורים של הונג

קונג את פסק הדין בעניין **Rulcorp** – אשר, כדבריו של בית המשפט בהונג קונג, הוא פסק הדין היחיד במדינות המשפט המקובל שקבע כי לא קיימת אפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה – והדגיש כי קיומה של זכות עמידה צריך להיבחן בשים לב לשאלה אם קיים לתובע אינטרס לגיטימי בתביעה אם לאו. במקרה של תובע המבקש לתבוע תביעה נגזרת מרובה נקבע כי התשובה היא חיובית, שכן (שם, עמודים 397-398):

"Any depletion of a subsidiary's assets causes indirect loss to its parent company and its shareholders... it is impossible to understand how a person who sustained a real albeit reflective loss which is legally recoverable only by a subsidiary can be said to have no legitimate or sufficient interest to bring proceedings on behalf of the subsidiary."

עובדה נוספת ומשמעותית לא פחות, שלא צוינה בפסק הדין בעניין **Waddington**, היא כי הוראות חוק החברות האוסטרלי מצביעות על כוונה מפורשת של המחוקק לא לאמץ את קביעות בית המשפט בעניין **Rulcorp** ולאפשר הגשת תביעות נגזרות מרובות. מאז חקיקת החוק טרם נידונה בפסיקה באוסטרליה הסוגיה של תביעות נגזרות מרובות. אולם, בעניין **UPMS** מנה בית המשפט הגבוה לצדק בבריטניה את אוסטרליה כאחת מבין מדינות המשפט המקובל שבהן ניתן להגיש תביעות נגזרות מרובות.

גם בניו-זילנד נקבעו הוראות דומות כאשר לתביעות נגזרות מרובות, שלפיהן רשאי בעל מניות להגיש תביעה נגזרת בשם החברה או בשם כל חברה קשורה (any related company ; ראו: §165(1)(a) of the New Zealand Companies Act 1993). חברות תחשבנה כ"חברות קשורות", כמצוין ב-§2(3), אם מדובר בחברת החזקה ובחברות המוחזקות על-ידה, או במקרים אחרים שמצביעים על שליטה.

28. בקנדה נקבע ב- §239(1) of the Canadian Business Corporations Act 1985 כי ניתן להגיש תביעה נגזרת בשם חברה או בשם כל אחת מהחברות שהיא מחזיקה; §238 ממשיך וקובע כי תביעה נגזרת רשאי להגיש בעל מניות בחברה או בכל אחת מהחברות הקשורות אליה (affiliates) וכן "any other person who, in the discretion of the Court, is a proper person [להגיש תביעה נגזרת בשם החברה הרלוונטית]". הוראות דומות מצויות גם בחוקי הפרובינציות השונות בקנדה (ראו, למשל, §245(c) of the British Columbia Company Act, R.S.B.C. 1996 ו- §201(8) of the Ontario Business Corporations Act). הוראה זהה מופיעה גם בסינגפור (THE COMPANIES ACT (CAP. 50), STATUTES OF SINGAPORE); §216A(1)(c) of the Companies Act (Cap.50, Statutes of Singapore)).

DERIVATIVE ACTION IN ASIA: A COMPARATIVE AND FUNCTIONAL APPROACH 342-

343 (Eds. Dan W.Puchniak, Harald Baum, and Michael Ewing-Chow, (Cambridge University Press 2012).

ג. החריגים – מדינות שבהן שללו בתי המשפט את היכולת להגיש תביעה נגזרת מרובה

29. למען שלמות התמונה, יצוין כי בשתי מדינות נקטו בתי המשפט פרשנות מצמצמת ללשון החוק וקבעו כי לא ניתן להגיש תביעה נגזרת מרובה. מדובר באיי הבתולה הבריטיים (BVI), שם קבע בית המשפט העליון של מזרח הקריביים בישוב כבית משפט הגבוה לצדק בפסק הדין בעניין *Microsoft Corporation v. Vadem LTD*, BVI HC (COM) 2012/0048 כי מאחר ש-§184C of the Business Companies Act 2004 מאפשר רק לבעל מניות בחברה להגיש תביעה נגזרת, לא ניתן לאפשר הגשת תביעה נגזרת מרובה בשם חברה מוחזקת ב-BVI (שם, פסקה 8). קביעה זו אושרה על-ידי טריבונל הערעור של בית המשפט העליון של מזרח הקריביים (*Microsoft Corporation v. Vadem LTD*, BHI HC (VAP) 2013/0007). בעקבות זאת הוגשה בקשה לאישור תביעה נגזרת לבית המשפט בדלוור, אשר אישר אותה תוך שקבע כי החברה הנכדה תפקדה כ"alter ego" של החברה הבת (*Microsoft Corporation v. Vedem Ltd.*, C.A. No. 8092-VCP (Del.Chan., 2013)). יש לציין פסקי הדין הנ"ל ב-BVI עסקו בפרשנות של §184C ולא באפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה מכוח המשפט המקובל, כפי שנפסק בפסקי הדין שהוזכרו בבריטניה ובהונג קונג. לעמדה שלפיה ניתן לאפשר תביעה נגזרת מרובה מכוח המשפט המקובל ב-BVI, ראו: *Leonard A Birmingham Minority Shareholders, Emerging Markets and Initial Public Offerings* WCR 42 (2010).

פסק הדין השני ניתן בהודו, על-ידי בית המשפט הגבוה של בומביי (*Bsn (UK) Ltd and Others. v. Jaanardan Mohandas Rajan Pillai* 1993 (3) BomCR 228), שם ביקשה חברה אם להגיש תביעה נגזרת מרובה בשם חברה תמימית (בת של נינה). בית המשפט קבע כי הדין בהודו מאפשר רק לבעל מניות בחברה להגיש תביעה נגזרת, ועל כן לא ניתן ככלל להגיש תביעה נגזרת מרובה. עוד נקבע כי דוקטרינת הרמת המסך "cannot be applied to a plaintiff who is not a shareholder of a company but claims that if the veil of corporate personality of the plaintiff is lifted, the real holder will emerge" (שם, פסקה 24). עם זאת, בית המשפט אינו מנמק את מסקנתו זו, בשים לב לכך שחוק החברות ההודי מאפשר הרמת מסך לנוכח אינטרס ציבורי חשוב המצדיק זאת. כמו כן, בית המשפט ציין כי האפשרות להגיש תביעה נגזרת שכזו אינה

קיימת אף בכריטניה, אולם כפי שפורט לעיל, אפשרות זו הייתה קיימת מזה שנים רבות ואף פסק הדין בעניין **UPMS** (שניתן לאחר פסק הדין הנ"ל בהודו) הבהיר זאת. לנוכח האמור, ובשים לב לסעיפי החוק החדשים שנחקקו ברוב מדינות המשפט המקובל בנושא (החקיקה ההודית היא מהשנים 1913 ו-1956), יתכן שכיום תהיה נכונות רבה יותר גם בבתי המשפט בהודו לאפשר הגשת תביעות נגזרות מרובות.

ד. משפט משווה – סיכום

30. הנה כי כן, המשפט המשווה מכיר כמעט פה אחד בתביעה הנגזרת המרובה. דבריו של בית המשפט העליון של אילינוי בעניין **Brown** (ערעור) משנת 1988 כי מוסד זה זכה כמעט ל"universal acceptance" נכונים כיום במידה משמעותית עוד יותר, לנוכח פסיקותיהם העקביות של בתי המשפט במדינות רבות אחרות – כפי שנסקר לעיל. אין מדובר אפוא במוסד משפטי יוצא דופן שאותו יצרו בתי המשפט המחוזיים בישראל או המבקש (המשיב לפנינו) שקדי. משהראינו זאת נוכל לשוב אל המשפט הישראלי. מסקנתי, אקדים מאוחר, היא כי גם בישראל יש להכיר באפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה. תחילה אציג את הניתוח שהביאני למסקנה זו ואת אופן עיגונה של התביעה הנגזרת המרובה בדין. לאחר מכן אתייחס לשאלה באילו מקרים מוצדק לאפשר לבעל מניות בחברה אם להגיש תביעה נגזרת מרובה, ובמסגרת זו אדון במבחן שהוצע בבית המשפט המחוזי – מבחן השליטה המהותית.

האם יש מקום להכיר בישראל בתביעה נגזרת מרובה?

א. התביעה הנגזרת לפני חקיקת חוק החברות

31. הליך התביעה הנגזרת נקלט למשפט הישראלי מהמשפט האנגלי. בדומה לדין האנגלי ולדין ביתר מדינות המשפט המקובל, לא כללה פקודת החברות המנדטורית משנת 1929 – אשר עמדה בתוקפה בישראל בנוסח מקורי עד לשנות השמונים של המאה הקודמת ולאחר מכן בנוסח חדש עד לשנת 1999 – כל הוראה שהתייחסה לתביעות נגזרות. עם זאת, הפקודה לא נועדה להוות קודקס שלם של דיני החברות ו"השלמתה" הושארה, בדומה לדין האנגלי, לפסיקה (צפורה כהן "חובת הזהירות של הדירקטור בחברה רשומה" מחקרי משפט א' 134, 143 (1980)). הליך התביעה הנגזרת לא היה שונה ואף הוא – יציר הפסיקה. בתחילה מדובר היה בפסיקותיהם של בתי המשפט המחוזיים בלבד, אשר הכירו ביכולתו של בעל מניות לתבוע בשם החברה וזאת מבלי להזכיר את הדוקטרינה בדבר תביעה נגזרת במפורש (ראו, למשל, ה"מ (מחוזי ת"א) 1787/51 מנדלבלית נ' פריש, פס"מ ה' 273, 277-279 (1952)). פרופ' א' ברק

התייחס לתביעה הנגזרת ולאפשרות לקלוט אותה מהמשפט האנגלי במאמרו "היקף התערבותו של בעל המניה בניהול החברה על ידי מנהליה: כוחו של בעל-המניה לתבוע על הפרת זכות על ידי מנהליה" הפרקליט כה 335, 333 (1969) והמשכו שם, 507, 488-508, שכונה לימים על-ידי פרופ' סטיבן גולדשטיין כמאמר "חלוץ לפני המחנה" (סטיבן גולדשטיין "תביעה נגזרת: דרכי פתיחה וניהול" משפטים יד 48 (1984) (להלן: גולדשטיין "תביעה נגזרת")). ברק סבר כי כללי המשפט האנגלי ששלטו אז בכיפה (בראשם פסק הדין בעניין *Foss v. Harbottle* (1843) 2 Hare 461) אינם מתאימים לישראל, מאחר שהם מתייחסים אל התביעה הנגזרת כחריג בעל אופי מצומצם, אשר אינו נותן פתרון הולם לכל קשת המקרים המתעוררים. שנים ספורות לאחר מכן התייחס לראשונה בית משפט זה לתביעה הנגזרת בתור "עובדה מוגמרת" במשפט הישראלי, בשלושה פסקי דין שניתנו כלשונו של פרופ' סטיבן גולדשטיין "בסמיכות-זמנים מפליאה" (גולדשטיין "תביעה נגזרת", עמוד 48). בפסקי הדין (ע"א 726/74 מלונות נוה-ים של חוף ארסוף בע"מ נ' כהן, פ"ד ל(2) 517, 531-527 (1976); ע"א 180/75 לביב נ' בנק לפיתוח תעשייה לישראל בע"מ, פ"ד ל(3) 225, 229-228 (1976); ע"א 578/75 בן-טל נ' בן-טל, פ"ד לא(1) 57, 63 (1976); לדיון בפסקי הדין ולניתוחם, ראו גולדשטיין "תביעה נגזרת", עמודים 53-56; אהרן יורן "אחריות מנהלים: אכיפתה וביטוח נגדה" משפטים ט 453, 460-456 (1979) (להלן: יורן "אחריות מנהלים") צוין כי ההכרה ביכולת להגיש תביעה נגזרת נשענת בעיקר על טעמים של צדק (ראו גם: בכר "תביעה נגזרת", עמודים 175-181). בהמשך ניתן פסק דין נוסף (עניין סולימאני הנ"ל). בשנת 1983 פורסמה פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983. מאז ועד לחקיקת חוק החברות הייתה אך פסיקה מועטה מאוד בבית המשפט העליון שדנה בתביעה הנגזרת (ראו: ר"ע 413/84 כהן נ' רוטטוקר, פ"ד לח(4) 431, 433 (1984); ע"א 570/84 חברת לירן – עסקי בידור ובתי מלון בע"מ נ' הרב אלתר, פ"ד לט(4) 613, 615 (1985); ע"א 216/84 באומהקר נ' בנ' לאומי לישראל בע"מ, פ"ד מ(1) 414 (1986); ע"א 215/91 אגתן בע"מ נ' לים בע"מ, פ"ד מח(2) 43, 48 (1994)). כפי שנכתב בזמנו, "על-אף נדירותה היחסית, מוכרת התביעה הנגזרת בישראל, וכיום [הכוונה היא לשנת 1984 – מ.נ.] אין ספק שהיא התקבלה כחלק מהמשפט הנהוג במדינה" (גולדשטיין "תביעה נגזרת", עמוד 48; לדיון בסיבות לנדירות זו, ראו: אוריאל פרוקצ'יה "מאחורי הקלעים" משפטים לב 303, 313 (2002) (להלן: פרוקצ'יה "מאחורי הקלעים"). עובר לחקיקת חוק החברות לא התעוררה בפסיקה בישראל הסוגיה של תביעה נגזרת מרובה, וזהו פסק הדין הראשון של בית משפט זה העוסק בסוגיה.

ב. לשון חוק החברות ותכליותיו

32. חוק החברות שנחקק בשנת 1999 קבע לראשונה הסדר סטטוטורי סדור לעניין תביעות נגזרות. מגמה זו של קביעת הסדר סטטוטורי להגשת תביעות נגזרות הסתמנה כאמור גם במדינות רבות אחרות. חוק החברות החדש הוא פרי עבודתה של ועדה בראשותו של השופט א' ברק (ראו דין-וחשבון הוועדה לחקיקת חוק חברות חדש (תשנ"ה-1994)). על בסיס דוח זה פורסמה הצעת חוק החברות, התשנ"ו-1995, הצ"ח 2432, 1 (23.10.1995) (להלן: הצעת החוק), שבמסגרתה עוגן לראשונה הסדר סטטוטורי בעניין התביעה הנגזרת (לסקירתו של הסדר זה, ראו: מיכל אגמון ודוידה לחמן-מסר "תיאוריית האכיפה בהצעת חוק החברות החדש" משפטים כ"ו 543, 574-576 (להלן: אגמון ולחמן-מסר "תיאוריית האכיפה"); סטיבן גולדשטיין ויעל עפרון "מנגנוני התובענה הייצוגית והתביעה הנגזרת בחוק החברות החדש" משפטים ל"ב 461, 477-490 (2002)). אכן, חוק החברות נועד להיות "חוק מקיף, כולל, בעל אופי קודיפיקטיבי" (הצעת החוק, עמוד 2); אולם, הוא לא נועד להיות "הסדר סגור" הכולל את כל ההסדרים בדיני החברות. וכך צוין בדברי ההסבר להצעת החוק, עמוד 8:

"אין להסיק מהסדר חיובי שנקבע בסוגיות מסוימות כי קיים הסדר שלילי לגבי סוגיות אחרות. כל סוגייה וסוגייה צריכה להיבחן לגופה, תוך נסיון לשלבה בסוגיות האחרות של דיני החברות ובמקם הכללי של הדין הישראלי... שאיפתו של החוק היא ליתן פתרון ראוי לדיני החברות בישראל (ולא ליצור חסר מכוון)... [ה]מבוסס על חופש הרצון של הפרט, תוך מתן הגנה ראויה לנושים, [ל]בעלי מניות ו[ל]אחרים הזקוקים לה בנסיבות מתאימות" (ההדגשות הוספו – מ.נ.).

בהמשכם של דברי ההסבר צוין עוד כי "הצעת הוועדה לא כללה פרק על אשכול החברות (הקונצרן), אף שהיתה מודעת לכך כי עניין זה הוא בעל חשיבות בישראל, לאור מבנה החברות הקיימות בה" (שם).

דברים אלה חשובים במיוחד לענייננו, וזאת על רקע העובדה שבתי משפט זרים רבים נדרשו לשאלה אם ההסדר הסטטוטורי שנקבע לעניין תביעה נגזרת מעגן הסדר שלילי ושולל את זכות העמידה של מי שלא נכללו בחוק להגיש תביעה נגזרת, אם לאו. לבירורה של שאלה זו בהקשר לחוק החברות בישראל, אפנה עתה.

33. בסעיף 1 בחוק החברות נקבע כאמור כי תביעה נגזרת היא בין היתר תביעה שמגיש בעל מניות בגין עילת תביעה של החברה. המשיבות בענייננו טענו כי זכות העמידה להגיש תביעה נגזרת מוענקת רק לבעל מניות בחברה אשר לה קיימת עילת התביעה; ובלשון אחרת כי מדובר בהסדר שלילי השולל מבעל מניות של החברה האם

את היכולת להגיש תביעה נגזרת בשם חברה אחרת שבקונצרן החברות (בת, נכדה וכו').

אני סבורה כי נקיטת עמדה כי מדובר בהסדר שלילי מתעלמת מתכלית החוק. בהצעת החוק צוין כי התכלית של הליך התביעה הנגזרת היא לפתור את הבעיה המתעוררת כאשר "האורגנים המוסמכים של [החברה] אינם רוצים, או אינם מסוגלים, למצות את הסעדים המשפטיים" בשם החברה (שם, עמוד 73). התביעה הנגזרת מיוסדת על הרעיון שיש להעביר את כוח התביעה במעלה הדרגים, מהאורגנים לדירקטוריון, וממנו לאספה הכללית ואף לבעלי המניות באופן אינדיווידואלי – והכול במטרה למנוע מצב שבו יישארו בעלי המניות ללא סעד. הפתרון שננקט בחוק, בדומה למקרים רבים אחרים, אינו מושלם. הוא אינו מתמודד עם הסוגיה הסבוכה של קונצרן חברות – ובשים לב לדברים שצוטטו לעיל, יתכן שבמכוון. אכן, חוק החברות "לא [נועד] ליצור חסר מכוון" (הצעת החוק, עמוד 8). כך בכלל, כך בסוגיית התביעה הנגזרת בפרט. זאת בעיקר בשים לב לכך שעובר לחוק החברות, לא נתעוררה כאמור בפסיקה בישראל הסוגיה של תביעה נגזרת מרובה; ואף בפסיקה הזרה מדובר היה בנושא שטרם הבשיל דיו, כפי שנסקר בהרחבה. אילו אכן נועד היה החוק לשלול אפשרות זו – הדעת נותנת שהוועדה או הצעת החוק היו מתייחסות לכך במפורש.

ג. תביעה נגזרת ודוקטרינת הרמת מסך

34. דיני החברות מבוססים על עקרון האישיות המשפטית הנפרדת. לפי עקרון זה, מפריד "מסך" [ההתאגדות] בין זכויותיה וחובותיה של החברה לבין זכויותיהם וחובותיהם של בעלי מניותיה, בין תכונותיה של החברה לבין התכונות של בעלי המניות" (הצעת החוק, עמוד 12). התביעה הנגזרת מהווה על כן חריג לעקרון זה. בנסיבות המתאימות מתאפשר לבעל המניות "להתגבר" על מסך ההתאגדות ולהגיש תביעה בשם החברה. זו היא למעשה הרמת מסך. לפי דוקטרינה זו, במקרים שונים ניתן "להתעלם" ממסך ההתאגדות ולהגיע מבעל המניות לחברה ולהיפך. כפי שאראה להלן, תביעה נגזרת מהווה מעין מקרה פרטי של הרמת מסך.

35. דוקטרינת הרמת המסך מעוגנת כיום בסעיף 6 בחוק החברות. אתמקד בהוראת סעיף 6(ב), שלפיו:

הרמת מסך
6. (א) [...] (ב) בית משפט רשאי לייחס תכונה, זכות או חובה של בעל מניה לחברה או זכות של החברה לבעל מניה בה, אם מצא כי בנסיבות

הענין, צודק ונכון לעשות כן בהתחשב
בכוונת הדין או ההסכם החלים על הענין
הנדון לפניו. (ההדגשות הוספו – מ.נ.).

הסעיף מאפשר לבית המשפט לנקוט הרמת מסך "חלקית" ולייחס "זכות של החברה לבעל מניה בה." נקל להבחין כי התיבה "זכות של החברה" היא רחבה ביותר. בדברי ההסבר הוסבר כי מכוח סעיף 6(ב) "ניתן... להעניק לבעל מניה זכות מזכויותיה של החברה" (הצעת החוק, עמוד 12; ההדגשה הוספה – מ.נ.) – תהא זכות זו אשר תהא. כך, אין כל מניעה להשתמש בסעיף כדי לייחס לבעל מניה זכות תביעה של החברה. כאמור, גם הדוקטרינה של תביעה נגזרת מאפשרת לייחס לבעל מניה זכות תביעה של החברה, כך שמתאפשר לבעל המניה לתבוע בשם החברה, קרי להפעיל את זכות התביעה השייכת לה. משמעות הדבר שפירות התביעה, ככל שתצלח, יועברו לחברה. בשונה מכך, סעיף 6(ב) מאפשר לייחס את זכות התביעה לבעל המניה, במובן זה שזכות התביעה של החברה הופכת של בעל המניה ובפירות התביעה, ככל שתצלח, יזכה בעל המניה בעצמו (אירית חביב-סגל דיני חברות 283-284, הערת שוליים 9 והאסמכתאות שם (2007) (להלן: חביב-סגל חברות)). על רקע הבדל זה, ברור הצורך בהסדר עצמאי בדבר תביעה נגזרת. אולם, קיומו של הסדר עצמאי זה אינו שולל, כפי שאראה להלן, את השימוש לצדו גם בהסדר של הרמת מסך חלקית הקבוע בסעיף 6(ב). שילובם של שני ההסדרים, זה של התביעה הנגזרת וזה של הרמת המסך החלקית, יוצר מתווה נורמטיבי סדור המאפשר הגשה של תביעה מרובה.

הסיטואציה העובדתית היא שחברה באשכול חברות, היכולה להגיש תביעה נגזרת רגילה בגין עילת תביעה השייכת לחברה המוחזקת על-ידה (subsidiary), מסרבת לעשות כן. במקרה כזה ניתן, באמצעות סעיף 6(ב) הנ"ל, לייחס לבעלי המניות של החברה המחזיקה את זכות התביעה הנגזרת ולאפשר להם להפעילה – בשם החברה המוחזקת. אם בעל המניות של החברה המוחזקת אף הוא חברה, אין מניעה להשתמש בסעיף 6(ב) בשנית – וכך הלאה, בשלישית, ברביעית וכמה פעמים שהדבר נדרש – עד שיימצא בעל מניה הרוצה ומוכן להפעיל את זכות התביעה הנגזרת ולהגישה בשמה של אותה חברה אשר לה עילת התביעה.

36. סעיף 6(ב) משתלב היטב במרקם ההוראות בדבר תביעה נגזרת. שילוב זה מאפשר למצוא פתרונות למצבים מורכבים, שבהם לא נמצא גורם מבין בעלי המניות המוכן להגיש את התביעה הנגזרת. תוצאה זו מתיישבת עם התכלית המונחת ביסוד ההסדר בדבר התביעה הנגזרת: להעניק לבעלי המניות יכולת לנקוט "אכיפה קולקטיבית" במקרים שבהם אורגני החברה אינם עושים כן (ראו: אגמון ולחמן-מסר

"תיאוריית האכיפה", עמודים 574-576). כאמור, אף בספרות הובעה העמדה שניתן להשתמש בסעיף 6(ב) לשם הגשת תביעה נגזרת מרובה (ראו: צ' כהן בעלי מניות בחברה, עמודים 476-477; גרוס חוק החברות, עמוד 330; לוי ואבן טל "תביעה נגזרת כפולה" עמודים 12-13; כבוב ומימון בלאו "תביעה נגזרת כפולה", עמוד 11; עיינו גם: עניין **Brown** (ערעור), עמוד 358; עניין Tan Guan Eng, עמוד 502; השו"ע עוד לשימוש בדיני שליחות או בהרמת מסך בקונצרן חברות: רע"א 8472/96 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י נ' מושב שיתופי מולדת, פ"ד נא(1) 61, 64-65 (1997); יוסף כהן דיני חברות חלק א' 463-470 (2007) (להלן: "כהן חברות"); אך ראו הביקורת של חביב-סגל חברות, עמוד 345).

37. חלק מהמבקשות טענו כי קיים חשש שקביעה כזו תוביל ל"פרץ תביעות נגזרות מרובות". דעתי היא כי לחשש זה אין כל בסיס. ראשית, נקבע בסעיף 6(ב) כי לבית המשפט מוקנה שיקול-דעת בהרמת מסך, אם הוא סבור כי "בנסיבות העניין צודק וראוי לעשות כן". זהו מושג שסתום, "סטנדרט", ששומה על בית המשפט ליצוק לקרבו תוכן (פרוקציה "מאחורי הקלעים", עמודים 315-318). הוא מתפקד כרקמה פתוחה וגמישה (חביב-סגל חברות, עמוד 285) במטרה להשיג צדק בנסיבות העניין (ראו, למשל: "כהן חברות, עמוד 364). עמד על כך השופט ד' לויין בע"א 4606/90 מוברמן נ' תל מר בע"מ, פ"ד מו(5) 353, 362-363 (1992):

"הרמת המסך מוכרת ואפשרית בהיקף זה או אחר, הכל לפי טיבו של העניין, הן כדי למנוע מבעלי מניות בחברה או מהחברה כתאגיד ניצול ההפרדה שביניהם להשגת מטרה לא כשרה, הכרוכה ממילא בפגיעה בזולת, בקיפוחו או [ב]הסבת נזק לו והן לשם "עשיית הצדק והיושר ושמירה על טובת הציבור". היבט זה של הרמת המסך חשוב במיוחד כדי להגן דוקא על בעלי המניות מפני קיפוח, עוול ואי צדק העשויים להיגרם להם" (ההדגשה הוספה – מ.נ.).

השאלה מתי יהיה הדבר "צודק ונכון" אינה ניתנת להכרעה מראש והיא תקבע בנסיבות המקרה. בפסיקה הובעה העמדה כי תיבה זו משקפת את עקרון תום הלב (ע"א 10582/02 בן אבו נ' דלתות חמדיה בע"מ, פסקות י"ג וי"ח בפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין (16.1.2005), שהיה בדעת יחיד לעניין זה). לבית המשפט מוקנה אפוא שיקול-דעת בהפעלתו של סעיף 6(ב), ואין מדובר בזכות המוקנית באופן אוטומטי לבעל המניה. זהו "סתום בקרה" משמעותי המאפשר להשתמש בהרמת המסך במקרים המצדיקים זאת, ובהם בלבד.

שנית, ולא פחות חשוב, במסגרת שיקול הדעת של בית המשפט, יש לבחון גם את "מידת הקשר" שבין החברה לבין בעל המניה בה, אשר מצדיקה הרמת מסך ומתן זכות לבעל המניה להגיש תביעה נגזרת בקונצרן החברות. זו היא למעשה השאלה השנייה המתעוררת בגדרן של בקשות אלה – מתי מוצדק לאפשר לבעל המניות בחברה האם להגיש תביעה נגזרת בשם חברה מוחזקת. לכך אתייחס בהמשך.

38. בשולי הדברים אציין כי בספרות האמריקנית הובעה ביקורת על השימוש בהרמת מסך כהצדקה לתביעה נגזרת מרובה (ראו, למשל: David Lucascio, *The Dilemma of the Double Derivative Suit*, 83 NW. U. L. REV. 729, 743-746 Note, *Suits by a Shareholder in a Parent Corporation to Redress Injuries to the Subsidiary*, 64 HAR. L. REV. Note, *Multiple* (1989) (להלן: *Lucascio, The Dilemma*); 1312, 1313 (1951) (להלן: *Note, Suits by a Shareholder*); William Painter, *Double Derivative Suits and Derivative Suit Other Remedies with Regard to Damaged Subsidiaries*, 36 IND. L. J. 143, 147-149 (1961) (להלן: *Painter, Double Derivative Suits*). אולם, ביקורת זו נבעה בעיקר מהעובדה שבתי המשפט השתמשו בהרמת המסך כדי להתעלם ממסך ההתאגדות ולהתייחס לשתי חברות (או יותר) בקונצרן כאל חברה אחת. בשונה מכך, סעיף 6(ב) מאפשר לבצע הרמת מסך חלקית: לייחס זכות של החברה לבעל המניות שלה, מבלי להתעלם ממסך ההתאגדות, תוך הותרת ההפרדה בין החברה לבין בעלי מניותיה על כנה. בכך שהזכות המיוחסת היא הזכות להגיש תביעה נגזרת, מובטח כי תכליתה של התביעה הנגזרת תוגשם: על-אף הרמת המסך (החלקית) הנ"ל, פירות התביעה יוענקו, כאמור, לחברה המוחזקת שאת זכותה מבקש בעל המניות לאכוף באמצעות התביעה הנגזרת.

ד. החברה הבת כנכס של החברה האם

39. לתוצאה דומה ניתן להגיע בהתבסס על פרשנות תכליתית לפרק התביעות הנגזרות שבחוק החברות. כאמור, לפי לשון הסעיף, רשאי בעל מניות להגיש תביעה נגזרת בשם החברה בגין עילת תביעה שלה. זו היא למעשה תביעה נגזרת רגילה (single derivative action). אני סבורה כי נקיטת פרשנות תכליתית לסיטואציה של תביעה נגזרת במסגרת קונצרן חברות מצביעה על כך כי בנסיבות אלה קיימת לחברה האם עילת תביעה ישירה, ומשכך שבידי בעלי מניותיה היכולת להגיש תביעה נגזרת בשמה. מסקנה זו מבוססת על כך שהחברה הבת מהווה, למעשה, נכס של החברה האם.

40. החברה האם מחזיקה במניות החברה הבת. מניות אלה מהוות נכס בידיה של החברה האם, בדיוק כמו המבנים, כלי הרכב והמכונות שהיא מחזיקה (השוו: עניין *Webre*, עמוד 333). למעשה, מניות אלה מהוות השקעה של החברה האם בחברה הבת. לחברה האם ישנו אפוא אינטרס ישיר בשוויין של המניות, הנגזר בין היתר משווי נכסיה של החברה הבת. מכאן, שפגיעה בחברה הבת או בנכסיה עשויה להוביל לירידת שווייה, דהיינו לפגיעה בערכו של הנכס שהחברה האם מחזיקה. כפועל יוצא מכך נפגע גם השווי של החברה האם, המהווה נכס בקרב בעלי מניותיה. לחברה האם ישנו אינטרס ישיר בהגנת נכסיה, הבא לידי ביטוי בין היתר ביכולת להגיש תביעה כנגד מי שפגע בהם. אינני סבורה כי צריכה להיות הבחנה, בהקשר זה, בין גניבת רכב מבוטח, למשל – אשר אין עוררין שתקנה לחברה האם עילת תביעה כנגד חברת הביטוח – לבין פגיעה בשווי המניות של חברה מוחזקת, אשר עשויה להצמיח עילת תביעה נגד הפוגע. אכן, "לבעל מניות... אינטרס ישיר בתוצאות התביעה, שכן עוול שנגרם במורד אשכול החברות פוגע גם באינטרסים של החברה במעלה האשכול, שבה יש לו אחזקות" (פרוקצ'יה דיני חברות, עמוד 406). עמדה דומה נקוטה גם במסגרת הטיפול החשבונאי בהשקעה במניות בדוחות הכספיים של החברה האם, אשר על-פיו האינטרס של החברה האם בחברה הבת הולך וגובר ככל ששיעור החזקותיה של החברה האם גדול יותר וככל שישנן לחברה האם השפעה מהותית (significant influence) או שליטה על החברה הבת (להרחבה, ראו: שלומי שוב וגיל כץ חשבונאות פיננסית חדשה: IFRS 2010 כך ג' 155 ואילך (2009)). הטיפול החשבונאי מתעלם לא אחת מעקרון האישיות המשפטית הנפרדת ומתבסס על המציאות הכלכלית. כך, למשל, עשויה החברה האם להידרש להגיש דוחות כספיים מאוחדים שבמסגרתם ייכללו נתונים הכספיים של החברה הבת. בית משפט זה פסק בע"א 218/96 ישקר בע"מ נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פסקות 16-31 (21.8.1997) (להלן: עניין ישקר) כי החברה הבת מחויבת להעביר את נתוניה הכספיים לחברה האם כדי שזו האחרונה תוכל לכללם בדוחותיה (השוו: *Martin v. Danziger v.* (1913) 10 Del.Ch 211, 217 (להלן: עניין *Martin*); *Matthew Kitchen, The Right of a Parent's Shareholders to Inspect the Books and Records of Subsidiaries: None of Their Business?* 74 U. CIN. .L. REV. 1089 (2006) (להלן: *Kitchen*)). עניין ישקר ממחיש את הקשר ההדוק הקיים, הן מהבחינה המשפטית הן מהבחינה החשבונאית הן מהבחינה הכלכלית, בין שתי החברות. לחברה האם יש כוח, לאור שליטתה בחברה הבת, לחייבה להעביר לה נתונים כספיים. בדומה, בענייננו, יש לה אף כוח להגיש בשמה תביעה נגזרת, אם אורגניה של החברה הבת אינם פועלים כמצופה מהם. הרציונלים התומכים בכך, בשני המקרים, הם זהים (שם, עמודים 1105-1108). תופעה זו כונתה בספרות "זליגה" (pass-through) של כוחות

מהחברות המוחזקות לחברה האם ולבעלי מניותיה (Melvin Eisenberg,)
Megasubsidiaries: the Effect of Corporate Structure on Corporate Control, 84
 HARV. L. REV. 1577, 1588-1589 (1971); (להלן: Eisenberg, *Megasubsidiaries*).

41. ודוקו: לחברה האם, כבעלת מניות בחברה הבת, עשויה לצמוח בנסיבות מסוימות עילת תביעה אישית כנגד הגורמים האחראיים לפגיעה ולנזק (ע"א 3051/98 דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פ"ד נט(1) 673, 687-688 (2004); עניין גרינפלד, פסקה 15). בספרות ובפסיקה ניתנו דוגמאות רבות לנסיבות שכאלה: אם אורגני החברה הבת גרמו לנזק ולפגיעה; אם הפגיעה בוצעה על-ידי הדירקטורים של החברה האם; אם הדירקטורים של החברה האם הפרו את חובת הנאמנות שלהם, בכך שאפשרו את הפגיעה שארעה בחברה הבת ובנכסיה (ראו, למשל: *General Rubber Co. v.* (1915) 215 N.Y. 18, 22, 109 N.E. 96 (*Benedict*); אם בעלי המניות בחברה האם מבקשים למנוע מעשים של הדירקטורים של החברה הבת הנעשים תוך חריגה מסמכותם (*Note, Suits by a Shareholder*, עמוד 1317). זו כמובן אינה רשימה ממצה. במקרים כגון אלה, עשויה לצמוח לחברה האם זכות תביעה אישית וישירה, במנותק מזכות התביעה הקיימת לחברה הבת ובמנותק מזכותה להגיש תביעה נגזרת מרובה בשם החברה הבת (*Painter, Double Derivative Suits*, עמוד 159-155; *Note, Suits by a Shareholder*, עמודים 1316-1317; ראו גם חביב-סגל, הסבורה כי שימוש בדרך זו עדיף על השימוש בהרמת מסך (חביב-סגל חברות, עמודים 344-350; לביקורת על ההתייחסות בפסיקה להרמת מסך ולעילות תביעה אישיות בערבוביה מבלי להבדיל בינן, ראו: י' כהן חברות, עמודים 361-364)). במקרה כזה, בעל מניות המבקש להגיש תביעה בגין עילת התביעה הישירה של החברה האם יגיש תביעה נגזרת רגילה – ולא מרובה. כמובן שאין הדבר שולל את הזכות להגיש תביעה נגזרת מרובה, ככל שהיא קיימת (*Note, Suits by a Shareholder*, עמוד 1316).

ה. בין הגישה הנכסית לבין הרמת מסך – רציונלים והצדקות

42. שתי הגישות – או, אם תאמר, נקודות המבט – שתוארו לעיל כרוכות אחת בשנייה וקשורות בקשר הדוק. כך, בעניין ישקר הנ"ל, השתמש השופט א' ברק בדוקטרינת הרמת המסך לשם ביסוס חובתה של החברה הבת למסור את נתונה הכספיים לחברה האם, כדי שהאחרונה תוכל להכלילם בדוחותיה (שם, פסקה 29; לדיון בכך ראו: י' כהן חברות, עמודים 356-357). הן מבטאות – כל אחת בנפרד, ולבטח במשולב – השקפה מורכבת על קונצרנים. אכן, כל חברה עומדת על רגליה שלה ונהנית מעקרון האישיות המשפטית הנפרדת. אולם, אין להתעלם מהעובדה שהשיוך הקונצרני

מעניק נופך מיוחד ליחסים שבין החברות בתוך הקונצרן. האופי הפירמידלי של שרשרות ההחזקה הקיימות בקונצרנים רבים (להסבר על אודות בעיית הפירמידה, ראו: Eisenberg, *Megasubsidiaries*, עמוד 1615) מוביל לכך שלחברה האם יש, למעשה, יכולת לכוון את פעילות החברות המצויות בדרגים נמוכים יותר בשרשרת ההחזקה (השוו: עניין **Brown** (ערעור), עמוד 355; לגידול בכמות חברות ההחזקה במבנה התאגידי המודרני, ראו: Eisenberg, *Megasubsidiaries*, עמודים 1587-1577; Lucascio *the Dilemma*, עמודים 731-730, *Goo, Multiple Derivative Action*; עמוד 258, *Painter, Double Derivative Suits*; עמודים 145-143). לא אחת – וכך גם בענייננו – מוקמות חברות בנות, נכדות ואף בדרגות נוספות שאליהן מנוקזות כל הפעילויות העסקיות של החברה האם. על רקע תופעה זו ציין בית המשפט בעניין **Brown** (ערעור) כי ללא החברה האם לא הייתה החברה הבת וכי במקרים כגון אלה מוצדק לראות בעלי המניות של האם כאילו הם הבעלים האמיתיים של החברה הבת (שם, עמודים 361-360). אכן, פרשנות הכללים המשפטיים חייבת להתאים למציאות התאגידית ולהתפתח לצידה (ראו: כבוב ובלאו-מימון "תביעה נגזרת כפולה"; י' כהן חברות 368; עניין **Kaufman**, עמודים 557-556, עניין **Brown**, עמוד 609). אם לא תאמר כן, תכווין הפרשנות המצמצמת את השוק לבחור אופי התאגדות קונצרני, אשר ישחרר את בעלי המניות מהמנגנונים שנקבעו כדיני התאגידיים לשם שמירה על הגינות וכדי למנוע ניגוד אינטרסים. אם ייקבע כי לא ניתן להגיש תביעה נגזרת מרובה, יאותת הדבר לשוק להתאגד באמצעות חברות החזקה. וכך, במחי פעולה לא מורכבת, יכולות היו חברות לשחרר עצמן מהחשש כי תוגשנה תביעות נגזרות על-ידי בעלי המניות. הפגיעה האפשרית בבעלי המניות, לצד דילול משמעותי של מנגנון ההרתעה – שהתביעה הנגזרת לוקחת בו חלק מרכזי – ברורים.

ודוקו: אין בהקשר זה מקום להבחין בין תביעה נגזרת כפולה, משולשת, מרובעת וכיוצא באלה. ההכרה בתביעה נגזרת מרובה אינה תלויה דרגות-החזקה. כל קביעה של מגבלת רף – כגון חברה נכדה, חברה נינה וכדומה – תוביל את השוק להתאגד בחברות בעלות מספר דרגות החזקה גבוה יותר, על מנת לחמוק ממלתעותיה של התביעה הנגזרת. ראו והשוו: עניין **Sagarra**, עמוד 289, *Note, An Examination of the Multiple Derivative Suit and Some Problems Involved Therein in Light of the Theory of the Single Derivative Suit*, 31 N.Y.U. L. REV. 932, 935 (1956) (להלן: *Note, Examination of Multiple Derivative Suit*; *Painter, Double Derivative Suits*, עמוד 155).

43. פרשנות ההוראות בדבר תביעה נגזרת צריכה להישען אפוא על עיקרים אלה. עליה להתאים לתכליתה של התביעה הנגזרת. בספרות הובעה העמדה כי התכליות שבבסיס התביעה הנגזרת הרגילה מצויות אף בבסיס התביעה הנגזרת המרובה ומצדיקות את קיומה (ראו: *Lucascio, the Dilemma*, עמודים 753-758; *Note, Multiple Derivative Suit*, עמוד 939). כפי שהראיתי להלן, פרשנות זו מתבקשת אף לנוכח שתי הדוקטרינות שהוצגו: הרמת מסך מצד אחד והחברה כנכס מצד שני. במובנים רבים, ההצדקות השונות שהוצגו בפסיקה האמריקנית הענפה בנושא מבטאות, באופן כזה או אחר, את התפיסה בדבר התאגיד המודרני וההתאגדות הקונצרנית-פרמידלית (לסקירת הצדקות אלה, ראו: צ' כהן בעלי מניות בחברה, עמודים 474-475). בסופו של יום, הכללים המשפטיים נועדו לשרת את המציאות התאגידית. מסקנתי, כאמור, כי הכללים הקיימים ופרשנותם הראויה מעניקים פתרון ראוי, והוא לאפשר לבעלי המניות בחברה האם להגיש, בנסיבות המתאימות, תביעה נגזרת בשמה של חברה המוחזקת – במישרין או בעקיפין – על-ידי החברה האם. השאלה שעולה עתה היא באילו נסיבות מוצדק יהיה לאפשר הגשת תביעה נגזרת "מרובה" כאמור? לדיון בכך אעבור כעת.

באילו נסיבות ניתן להגיש תביעה נגזרת מרובה?

44. נקודת המוצא לדיון, בהקשר זה, עניינה עצם קיומה בפועל של שרשרת החזקה. על בעל המניות לבסס כי החברה האם אכן מחזיקה בחברות המוחזקות. המחלוקת שנתגלעה בין הצדדים בבקשות שבפנינו טמונה בהגדרתה של אותה "החזקה". האם די בהחזקה של מניה בודדת? האם האפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה שמורה למצב של החזקה במלוא המניות, כפי המקרה שנידון בעניין בן-עמי? האם מספיקה החזקה ברוב מניות החברה? (השוו: *Painter, Double Derivative Suits*, עמודים 145-146). בספרות הועלתה הטענה כי יש להתיר הגשת תביעה נגזרת מרובה תמיד, בכל שיעור החזקה שהוא, מאחר ש"wrongs should be redressed" (*Note, Examination of Multiple Derivative Suit*, עמוד 945). זאת, בין היתר בשים לכך שגם הגשת תביעה נגזרת רגילה אינה דורשת שיעור מינימאלי של החזקות (*Note, Multiple Derivative Suit*, עמוד 1313). על עמדה זו נמתחה ביקורת. ראשית, משום שגם בדין הקיים לגבי תביעה נגזרת רגילה, ישנם מקרים שבהם לא ניתן יהיה להגיש תביעה נגזרת על-אף פגיעה שאירעה, למשל כאשר התובע לא ממלא אחר התנאים הפרוצדוראליים הנדרשים בחוק כדי שיוכל להגיש את תביעתו. שנית, עשויים להיות בעתיד מקרים שבהם לא יהיה זה מוצדק לאפשר תביעה נגזרת מרובה, כך שהתוויית כלל חלוט שלפיו תביעה נגזרת מרובה תתאפשר תמיד אינה מתיישבת עם הרצון להותיר שיקול-דעת לבית המשפט, לבחון את נסיבות המקרה. לבסוף, דרישת החזקה מהותית בחברות המוחזקות

משרתת אף שיקולי מדיניות. ישנה הצדקה לא להתיר הגשת תביעה נגזרת מרובה כאשר החברה האם מחזיקה בשיעור נמוך של מניות החברות המוחזקות, שכן במקרה כזה יכול דירקטוריון החברות המוחזקות להגיע להחלטה עצמאית אם להגיש את התביעה הנגזרת בעצמו, ללא חשש שהחברה האם, באמצעות החזקתה, "תבלום" החלטה שכזו (ראו *Painter, Double Derivative Suits*, עמוד 153). עם זאת, כמובן שכל מקרה נבחן לגופו, שכן עשויות להיות נסיבות אחרות המצדיקות, למרות קיומה של החזקה נמוכה, לאפשר הגשת תביעה נגזרת מרובה. בנסיבות שכאלה אדון בהמשך.

45. ברוב המקרים שבהם התאפשרה בפסיקה הזרה הגשת תביעה נגזרת מרובה, התקיימה שליטה בשרשרת ההחזקות, במובן זה שהחברה האם שלטה בחברה הבת, אשר שלטה, מצידה, בחברות המוחזקות על-ידה (ככל שאלה היו קיימות). שליטה היא מונח מורכב, בעל פנים רבים, אשר משמעותו משתנה בהתאם להקשר ולנסיבות (עע"מ 6352/01 חדשות ישראל (טי.אי.אין.טי) בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד נו(2) 97, 116-113 (2001) (להלן: עניין חדשות ישראל); ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253, 287-286 (1984) (להלן: עניין קוסוי); ראו גם הסקירה בפסק דינו של השופט ח' כבוב בת"א (מחוזי ת"א) 48851-02-12 מטרת מיזוג חברות בע"מ נ' אולטרה שייפ מדיקל בע"מ, פסקות 115-95 (16.7.2012) (להלן: עניין אולטרה שייפ)). השאלה שלפנינו היא מה היא שליטה, בהקשר לסוגיה הקונקרטית הנידונה: מה היא שליטה בגדרי שרשרת החזקות – בין דרגה אחת לבין משנתה – המצדיקה לאפשר את "העלאתה" של הזכות להגיש תביעה נגזרת במעלה שרשרת החזקה, כך שיתאפשר לבעל מניות בחברה האם להגיש תביעה נגזרת מרובה בשל עילת תביעה השייכת לאחת מבין החברות המוחזקות?

46. סעיף 1 בחוק החברות מורה כי אמצעי שליטה הם "כל אחד מאלה: (1) זכות ההצבעה באסיפה כללית של חברה; (2) הזכות למנות דירקטור של חברה." אשר להגדרת "שליטה", נאמר באותו סעיף כי משמעותו של ביטוי זה היא בהתאם לאמור בחוק ניירות ערך. בסעיף 1 בחוק ניירות ערך נקבע:

שליטה – היכולת לכוון את פעילותו של תאגיד, למעט יכולת הנובעת רק ממילוי תפקיד של דירקטור או משרה אחרת בתאגיד, וחזקה על אדם שהוא שולט בתאגיד אם הוא מחזיק מחצית או יותר מסוג מסויים של אמצעי השליטה בתאגיד.

חוק ניירות ערך מרחיב את האמור בחוק החברות באשר לאמצעי שליטה ומכליל בגדרם, בין היתר, גם את הזכות למנות את מנהלו הכללי של התאגיד (שם; לדיון בסוגיית אמצעי שליטה בתאגיד, ראו עניין חדשות ישראל, עמודים 116-117).

משילובן של ההגדרות הנ"ל מחוק החברות ומחוק ניירות ערך עולה כי המבחן לקיומה של שליטה הוא איכותי. הוא דורש שלגורם ה"שולט" תהא היכולת לכוון את פעילותו של התאגיד. לצד זאת קבוע בחוק ניירות ערך מבחן עזר, הוא חזקת שליטה: החזקה בחמישים אחוזים או יותר מאמצעי השליטה מצביעה, לכאורה, על קיומה של שליטה (עניין חדשות ישראל, עמוד 114). אולם, אין מדובר בחזקה חלוטה (ע"א 345/03 דייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש ז"ל, פ"ד סב(2) 437, 484-480 (2007) (להלן: עניין דייכרט)). יתכן שלמרות החזקה במעל חמישים אחוזים, לא תתקיים שליטה. מנגד, יתכן שתתקיים שליטה אף באחוז החזקה נמוך יותר. מדובר בחזקה ראייתית שעניינה נטל הראייה. עמד על כך השופט ח' כבוב בעניין אולטרה שייפ:

"חזקת השליטה מטילה כאמור על מחזיק המניות את הנטל להוכיח כי בפועל הוא אינו שולט... בסיטואציות... שבהן... חזקה זו אינה קיימת... הנטל מוטל על כתפי הטוען כי אף-על-פי שהחזקה פחותה מ[רף השליטה הסטטוטורי], עדיין מדובר בשליטה. מדובר למעשה בחזקת היעדר שליטה' שממנה נהנה המחזיק. אולם, יש בפער [קטן] [מדרג השליטה הסטטוטורי] כדי להשליך על רף ההוכחה המונח על כתפי הטוען, ש[יזדקק לעמוד ברף הוכחתי נמוך יותר כדי להפריך את 'חזקת היעדר השליטה' שממנה נהנה המחזיק במניות" (שם, פסקה 109; וראו גם רע"א 1896/12 מטרת מיזוג חברות בע"מ נ' אולטרה שייפ מדיקל, פסקה 7 (5.4.2012)).

עיקרים אלה נכונים ככלל; ונכונים הם גם לענייננו, בדבר הגשת תביעה נגזרת מרובה. משקבעתי שנדרשת להתקיים שליטה במורד שרשרת החזקה, על שליטה זו להיבחן במשקפי חוק החברות (המפנה כאמור לחוק ניירות ערך). ברמה הראייתית ניתן להיעזר אמנם בחזקות הרלוונטיות – חזקת השליטה מזה וחזקת היעדר השליטה מזה – אולם הבחינה, בכל מקרה, תהא מהותית-איכותית, ביחס ליכולתו של בעל המניות לכוון את פעילות התאגיד, קרי: "היכולת הממשית לשלוט בתהליך קבלת ההחלטות או להשפיע עליו" (עניין חדשות ישראל, עמוד 114).

47. מצב הדברים הפשוט הוא כאשר מחזיקה החברה האם במלוא מניותיה של החברה הבת, וככל שקיימות במורד שרשרת החזקה חברות מוחזקות נוספות – גם כאן מדובר בהחזקה במלוא המניות. סיטואציה זו מכונה wholly-owned subsidiaries. במקרה כזה, אין ספק כי מתקיימת שליטה. החברה האם היא בעל המניות היחיד של החברה הבת ועל כן שולטת בה. השליטה בחברה האם, על נכסיה, מצויה בידיהם של בעלי המניות של החברה האם. בעלי מניות הרוב הם אלה היכולים, בהפעילם את

שליטתם, לכוון את התנהגותה של החברה האם ולהכריע בדבר גורלה שלה ושל נכסיה, בהיותם אלה הממנים את רוב הדירקטורים (ראו: *Note, Examination of Multiple Derivative Suit*, עמוד 936). כך, יכולים הם גם לקבוע אם החברה האם תנצל את זכותה להגיש תביעה נגזרת בשם החברה הבת. ככל שהחברה האם תסרב לעשות כן – סירוב שמקורו בהחלטת בעלי מניות הרוב – הרי שאי הכרה ביכולת בעלי המניות של החברה האם להגיש תביעה נגזרת כפולה (או מרובה) בנסיבות תותיר את בעלי מניות המיעוט בפני שוקת שבורה וללא כל סעד. סיטואציה זו עולה, ניתן לטעון, אף כדי קיפוח המיעוט. במקרה כזה, אפוא, ברור כי תאפשר הגשת תביעה נגזרת מרובה.

48. השאלה המורכבת יותר היא מה דינה של החזקה רק בחלק ממניות החברה הבת, כלומר כשיש לחברה הבת בעלי מניות נוספים. מתי ניתן לומר כי מתקיימת שליטה במורד שרשרת ההחזקות? במאמר *Note, Examination of Multiple Derivative Suit*, עמוד 936, נעשתה הבחנה בין שני מצבים עובדתיים שבהם מתקיימת שליטה באשכול חברות:

"[...] In multiple derivative situation control exists, if at all, in one of two forms:

Internal control – internal control exists where the plaintiff-shareholder's corporation controls the injured corporation or controls the intermediate corporation which may or may not control the injured corporation. If, in a triple derivative, the intermediate corporation does control the injured corporation, the situation will be referred to as 'total internal control.'

Common External Control – control of this type exists where control of both or all three corporations is centered in the hands of a single external person or corporation."

המצב העובדתי הראשון מכונה שליטה פנימית (internal control). שליטה פנימית מתרחשת כאשר החברה האם שולטת במישרין בחברה שנפגעה (injured subsidiary), או בעקיפין: קרי, החברה האם מחזיקה בחברה א' (intermediate), המחזיקה בחברה שנפגעה (injured subsidiary). שליטה פנימית משקפת למעשה שרשרת החזקה רגילה, כלומר החזקה פירמידלית: חברה אם, שתחתיה חברה בת, תחתיה חברה נכדה (ואף, לעתים, דרגות החזקה נוספות). מצב שבו קיימת שליטה במורד כל דרגות ההחזקה, מכונה שליטה פנימית מוחלטת (total internal control). במצב כזה מוצדק לאפשר הגשת תביעה נגזרת מרובה. שכן, החברה האם יכולה באמצעות שליטתה למנוע מהחברה הנפגעת להגיש תביעה נגד הגורם הפוגע, למנוע מהחברות המחזיקות בנפגעת להגיש תביעה נגזרת (רגילה או מרובה) ולהימנע בעצמה מלהגיש תביעה נגזרת מרובה.

הגורם האחרון שנותר הוא בעלי המניות של החברה האם ובעלי מניות המיעוט של החברות המוחזקות. אם לא יתאפשר למי מהם להגיש תביעה נגזרת מרובה, ייסתם הגולל על עילת התביעה של החברה הנפגעת, שתיוותר ללא סעד (*Ryan v. Leavenworth, A. & N.W. Ry.*, 21 Kan. 365, 404 (1879)). כך, מוגשם העיקרון שלפיו "No wrong [be left] without a remedy" (עניין *General Rubber*, עמוד 23).

המקרה המורכב יותר הוא כאשר מתקיימת שליטה פנימית חלקית (רק בחלק מבין דרגות ההחזקה), או שלא מתקיימת שליטה כלל (באף אחת מבין הדרגות). האם במקרה כזה יוכלו בעלי מניות של החברה האם להגיש תביעה נגזרת מרובה, בגין עילת תביעה של חברה אשר אינה נשלטת (במישרין או בעקיפין) על ידי החברה האם? ככלל, נראה כי התשובה היא שלילית. כעולה מהניתוח עד כה, ביסוד הדוקטרינה של תביעה נגזרת בכלל ותביעה נגזרת מרובה בפרט עומדת השאיפה לאפשר לחברה הנפגעת לקבל סעד במקרה שבו זה נמנע ממנה. במקרה של שליטה פנימית חלקית או של העדר שליטה, קיימים גורמים אחרים היכולים להעניק לחברה הנפגעת את הסעד הזה (למשל: חברות מוחזקות בשרשרת ההחזקה אשר אינן נשלטות על-ידי החברה האם ועל כן יכולות להגיע להחלטה עצמאית; השוו: *Fischer v. CF & I Steel Corporation*, 599 (F.Supp. 340, 347 (D.C.N.Y. 1984)). כאשר אכן קיימים גורמים כאלה, פוחתת הנטייה לאפשר לבעל מניות של חברה הנעדרת שליטה להגיש תביעה נגזרת מרובה (ראו: *Painter, Double Derivative Suits*, עמוד 151). נראה כי ניתן להשקיף על כך כשאיפה להקנות ל"תובע הנכון (והמתאים) ביותר" את זכות התביעה.

49. בספרות נסקרו עם זאת מספר דוגמאות למקרים שעשויים להצדיק הגשת תביעה נגזרת מרובה גם במקרה של העדר שליטה. למשל, כאשר בהחלטתו להימנע מהגשת תביעה נגזרת, חורג דירקטוריון החברה משיקול-דעת עסקי סביר או מפּר את חובת האמונים שהוא חב לבעלי המניות, באופן העולה כדי "בזבוז" של נכסיה של החברה האם (שם, עמוד 154). לפי תפיסה זו, הדירקטוריון צריך לקבל החלטות שהן בטובתה של החברה. לשם כך הוא נהנה מחזקת שיקול הדעת העסקי (*business judgment rule*). ככלל, בטובתה של החברה למקסם את נכסיה ובכלל זאת לנצל זכויות תביעה הקיימות לה. לכן, נדרשת סיבה ראויה להצדקת סירובו של הדירקטוריון לאכוף זכות תביעה. בהעדרה של סיבה כאמור ובקבלת החלטה החורגת משיקול הדעת העסקי הרגיל – חורג הדירקטוריון מתפקידו ונוהג שלא על-פי הנדרש ממנו. ניתן אף לטעון כי במקרה כזה ישנו חשש שהדירקטוריון מונחה ממניעים או משיקולים זרים. בנסיבות אלה מוצדק אפוא לכאורה, על-אף העדר שליטה במורד שרשרת ההחזקה, לאפשר לבעל מניות של החברה האם להגיש תביעה נגזרת מרובה בשם החברה המוחזקת בעלת

זכות התביעה הישירה. סוג נוסף של מקרים שעלה בספרות מתמקד בסיטואציות שבהן החלטת הרוב אינה יכולה לחייב את המיעוט, למשל אם לפי תקנון החברה נדרשת בסוג כזה של החלטות הסכמה של מלוא בעלי המניות או של אחוז כה גבוה מבעלי המניות, המחייב גם את הסכמת הגורם הפוגע כדי להשיגו – מה שמקנה, לו למעשה, זכות וטו (שם).

כפי שנראה מיד, לא זה המצב בענייננו. אשאר בצריך עיון את השאלה באילו נסיבות תתאפשר הגשת תביעה נגזרת מרובה אף במקרים של שליטה חלקית או של העדר שליטה.

50. המצב העובדתי השני מכונה שליטה חיצונית משותפת (common external control). שליטה חיצונית משותפת מתרחשת כאשר אדם או חברה חיצוניים שולטים לבדם על החברה האם, על החברה המוחזקת הנפגעת ועל חברות בתוך בין השתיים בשרשרת ההחזקה, ככל שקיימות. במילים אחרות: במצב כזה לא קיימת שליטה בתוך שרשרת ההחזקה עצמה. החזקתה של החברה האם בחברה הבת אינה מקנה לה שליטה; וכך גם החזקתה של החברה הבת בחברה הנכדה. לעתים לא תהיה להן החזקה כזו כלל. אולם, ישנו גורם חיצוני המחזיק בכל שלושת החברות, והחזקותיו מקנות לו שליטה.

גם כאן מתעורר חשש שהגורם החיצוני הנ"ל ישתמש בכוחו ובשליטה שבידיו כדי לפעול לטובתו האישית ולא לטובת מי מבין החברות שבשרשרת ההחזקה (ראו והשוו: עניין USL, עמוד 151; עניין Kaufman, עמוד 557; Note, *Suits by a Shareholder*, עמוד 1314; Note, *Examination of Multiple Derivative Suit*, עמוד 938). כאשר תביעה נגזרת מרובה חושפת סיטואציה כזו, הרי שבעל השליטה הוא זה שגורם לפגיעה שבגינה מתבקשת הגשת התביעה (wrongdoer). במקרה כזה ביכולתו להשתמש בשליטתו כדי "לחסום" הגשת תביעה כנגדו, בכל אחת מהדרגות – הן בחברות המוחזקות, הן בחברה האם. גם כאן, אם לא יתאפשר לבעל המניות להגיש תביעה נגזרת מרובה, ייוותרו בעלי המניות שנכסם נפגע כתוצאה מפעולותיו של בעל השליטה ללא כל סעד.

51. ככלל, על מנת שבעל מניות בחברה האם יוכל להגיש תביעה נגזרת מרובה בשם אחת מבין החברות המוחזקות של החברה האם, נדרשת להתקיים שליטה (פנימית או חיצונית) במורד שרשרת ההחזקה. כאמור, אבקש להשאיר בצריך עיון את השאלה באילו נסיבות ניתן להכיר ביכולת להגיש תביעה נגזרת מרובה אף בהעדר שליטה או בשליטה חלקית. ככלל, מכוח חזקת השליטה הקבועה בסעיף 1 בחוק ניירות ערך,

החזקה בחמישים אחוזים או יותר תחשב לשליטה, אלא אם יוכח אחרת. כמוכך שגם החזקה בשיעור נמוך יותר עשויה לקיים את מבחן השליטה, בהתאם לנסיבות המקרה. כך, יש להתחשב בהחזקה באמצעי השליטה השונים; יש לבחון אם קיימים הסכמי הצבעה או הסכמי ניהול בין בעלי מניות, אשר עשויים להצביע על קיומה של שליטה במשותף (ראו, למשל: עניין קוטוי, עמוד 286; עניין רייכרט, עמודים 480-483). כמו כן, יש להתחשב גם בקשיים הוכחתיים שעשויים להתעורר, בשל אי זמינות ראיות או, למשל, מפאת החזקת מניות בנאמנות, אשר מטבעה אינה חושפת את הבעלים האמיתיים (השוו: המסמך הראשוני שפרסמה הוועדה האנגלית לתגובות הציבור, Law 4.13, ¶21-226-425, Com, Shareholders Remedies Consultation). יש להתחשב אפוא בכל מורכבויותיו של מושג השליטה ולבצע את הבחינה בנסיבות המקרה ובשים לב לקשיים שעשויים להתעורר במסגרתו.

דרישת השליטה – מן הכלל אל הפרט

52. במקרה שלפנינו, מחזיקה החברה האם 80% ממניותיה של החברה הבת. אין מחלוקת כי דרישת השליטה מתקיימת בחוליה זו ושלחברה האם יש את היכולת לכוון את פעילותה של החברה הבת. טענתן של המבקשות היא כי בחוליה הבאה – בין החברה הבת לבין החברה הנכדה – לא מתקיימת דרישת השליטה. טענה זו מבוססת על ההיפותזה הבאה: החברה הבת מחזיקה אמנם 50% ממניותיה של החברה הנכדה; אולם, לחברה האם יש, למעשה, החזקות של 40% בלבד ממניות החברה הנכדה (80%*50%) ועל כן דרישת השליטה אינה מתקיימת. ומכל מקום, לנוכח קיומו של גורם נוסף המחזיק 50% ממניות החברה הנכדה – קבוצת עזרא – אין לומר כי בידיה השליטה, בשים לב לכך שגורם זה מחזיק למעשה "זכות וטו" ובאפשרותו "לחסום" כל פעולה שתבקש החברה הבת לבצע.

אין בידי לקבל טענה זו. כפי שאראה להלן, היא מבוססת על היפותזה לא נכונה, והיא מתעלמת מנסיבות המקרה – ובראשן הסכם השליטה המשותפת שבין החברה הבת לבין קבוצת עזרא – אשר מצביעות על קיומה של שליטה.

53. ראשית, טענת המבקשות מבוססת על הנחה שגויה, שלפיה קיומה של שליטה נשען על הכפלת שיעור ההחזקות בשרשרת ההחזקה. החברה האם מחזיקה, כאמור, 80% ממניותיה של החברה הבת. החזקה זו מקנה לחברה האם את הזכות למנות את רוב הדירקטורים של החברה הבת. החברה הבת מחזיקה 50% ממניותיה של החברה הנכדה. באמצעות הרוב שיש לחברה האם בדירקטוריון של החברה הבת, באפשרותה

למנות 50% מהדירקטורים של החברה הנכדה. מכאן, ששליטתה האפקטיבית, בפועל, של החברה האם היא ב-50% מזכויות ההצבעה בדירקטוריון בחברה הנכדה. החברה עצמה ציינה זאת בסעיף 12.4.8 בדוח התקופתי שפרסמה לשנת 2010, אשר חלקים ממנו צורפו בנספח 5 לתשובתו של גבריאל. אין לבצע אפוא "הכפלה" אריתמטית של אחוזי השליטה כדי להגיע לשליטה הקיימת בפועל בראש שרשרת ההחזקה. השליטה נמדדת לפי היכולת להפעילה בפועל. בכל חוליה שבה קיימת שליטה, יכול השולט, דרך אמצעי השליטה שבידו, לכוון את מלוא פעילותה של החברה שבהחזקתו.

שנית, לפי חזקת השליטה הקבועה בסעיף 1 בחוק ניירות ערך, די בהחזקה ב-50% מזכויות ההצבעה כדי שיועבר הנטל אל כתפי הטוען כי לא מתקיימת שליטה. מכאן, שהנטל בענייננו מוטל לפתחן של המבקשות; עליהן להביא ראיות לכך כי לא התקיימה שליטה. לטענת המבקשות, אין לחברה האם ולחברה הבת שליטה בחברה הנכדה, בשים לב לכך שקיים בעל מניות נוסף המחזיק אף הוא 50% ממניות החברה הנכדה. כפי שאראה להלן, אני סבורה כי המבקשות לא עמדו בנטל המוטל לפתחן ושאף לגופו של עניין, הוכח כי נתקיימה שליטה.

54. הסיטואציה שישנם שני בעלי מניות המחזיקים 50% ממניות החברה כל אחד – או, לחילופין, שבשל נסיבות כאלה ואחרות בעלי המניות אינם יכולים להגיע להחלטות – מכונה בפסיקה ובספרות "Dead Lock" ובתרגום חופשי: מבווי סתום, קיפאון או שיתוק (עניין **Halle**, עמוד 1021; 780 F. ; *Gibson v. BoPAR Dock Co. Corp.*, 1021 F.2d 780 (4th Cir. 1991) ו-371, 374-375 (WD Va 1991) *Kartub v. Optical Fashions Inc.*, 158 F. ; Supp. 371, 374-375 (WD Va 1991) ו-758, 759 (D.C.N.Y. 1958) *Supp.* 758, 759 (D.C.N.Y. 1958); חביב-סגל חברות, עמוד 39; השוו גם לסעיף 52(א) בחוק החברות שעניינו מצב דומה בדירקטוריון, המכונה נבצרות הדירקטוריון, ועיינו: ע"א 6496/11 סטבון נ' סולומון, פסקות 23-27 (28.1.2014)). המבווי הסתום טמון בכך שבפועל, כל אחד מבין בעלי המניות "נעול" ונדרש להסכמתו של בעל המניות השני לכל פעולה ולכל החלטה. בהעדר הסכמה כאמור, יש לכל אחד מבין בעלי המניות מעין "זכות וטו" (השוו: ת"א (מחוזי ת"א) 18321-12-11 כחיפל בע"מ נ' ניאופרם השקעות 1966 בע"מ, פסקה 59 (30.4.2013)). אי הסכמה שכזו עשויה להוביל את החברה למצב של קיפאון, שבמסגרתו אין אפשרות להניע את פעילות החברה ולהגיע להחלטות משותפות. לצורך מניעת סיטואציה שכזו, נהוג לחתום מראש על הסכם בין בעלי המניות, אשר נועד להסדיר את נושאי השליטה והניהול של החברה. במסגרת הסכם שכזה, מתחייבים למעשה בעלי המניות מראש על האופן שבו ינהגו בעניינים מסוימים (ראו, למשל: הפ"ב (מחוזי ת"א) 32154-09-12 פחננסקי נ' Investments Luxemburg S.A.R.L Almond, פסקה 8 (17.3.2013), שם נקבע כי

במקרה של מבווי סתום יופנה העניין לבוררות; עניין Halle, עמוד 1021). להסכם מסוג זה בדיוק הגיעו בענייננו החברה הבת וקבוצת עזרא ביחס לחברה הנכדה, הסכם שכונה בין הצדדים לפנינו "הסכם לשליטה משותפת". עיקרי ההסכם, כפי שנקבע על-ידי בית המשפט המחוזי, היו:

" – דירקטוריון החברה יורכב משתי קבוצות דירקטורים כאשר לכל קבוצת דירקטורים יהיה מספר קולות כמספר הדירקטורים שמונו על ידי אותו צד (שני קולות) גם אם נכח רק דירקטור אחד מטעם אותה קבוצה. – כל החלטה בדבר שינוי מצבת הדירקטוריון או הוספת דירקטור תתקבל פה אחד על ידי [החברה הבת] וקבוצת עזרא. – כלל החלטות החברה יתקבלו פה אחד על ידי [החברה הבת] וקבוצת עזרא" (ההדגשות במקור – מ.נ.).

על בסיס הוראותיו של הסכם זה הסיק בית המשפט כי לחברה הבת קיימת שליטה בחברה הנכדה, בשים לב לכך שהיא זכאית למנות מחצית ממספר הדירקטורים. בית המשפט קבע כי "התלות המוחלטת של צד אחד במשנהו בגין הצורך לקבל החלטות פה אחד, גורמת לכך כי לכל אחד מהצדדים להסכם השליטה – מוקנית היכולת האפקטיבית המהותית לכוון את עסקי החברה הנכדה."

55. מסקנתו של בית המשפט המחוזי מקובלת עליי. הסכם השליטה המשותפת בין שני בעלי המניות היחידים של החברה הנכדה מעניק כוח משמעותי לכל אחד משני בעלי המניות. אף המבקשות עצמן מסכימות כי כך הדבר, אולם הן מסיקות מעובדות אלה מסקנה שונה: לשיטתן, הכוח הרב הנתון לבעל המניות הנוסף מעניק לו זכות וטו בהחלטות החברה ועל כן לא ניתן לומר כי קיימת לחברה הבת שליטה. טענה זו לוקה בסתירה פנימית, שכן באותה מידה אף לחברה הבת מוקנית זכות וטו, ועל כן לפי אותו קו טיעון יש לומר כי גם לבעל המניות הנוסף אין שליטה. אם תאמר כן, ימצא כי אין בנמצא שום גורם השולט בחברה הנכדה – המחזיקה, יש לזכור, בנכס ששוויו למעלה מ-200 מיליון ש"ח. תוצאה זו אין לקבל. בין אם נשקיף על הסיטואציה המתוארת ככזו שבה לכל אחד מבעלי המניות קיימת שליטה בנפרד; ובין אם נשקיף עליהם כעל שולטים במשותף – בבחינת מקשה אחת – מכוח הסכם השליטה המשותפת, התוצאה אחת היא. החברה הנכדה נשלטת – ביחד או לחוד – על-ידי בעלי מניותיה. העובדה שהחלטות עסקיות התקבלו כדבר שבשגרה בחברה הנכדה – ובהן ניתן לסקור את הענקת האופציה מושא הבקשות שלפנינו, את הארכתה ואת מימושה – מצביעה על כך שהחשש מפני Dead lock לא התממש בענייננו. בעלי המניות הצליחו להגיע להחלטות משותפות וכך להמשיך להניע את עסקי החברה הנכדה.

56. זאת ועוד: בית המשפט המחוזי נתן משקל גם לעובדה שייני, המחזיק בגרעין השליטה בחברה האם באמצעות חברה שבשליטתו, מכהן גם כיו"ר הדירקטוריון; ושגבריאלי כיהן כחבר דירקטוריון בכל שלושת החברות וכמנכ"ל החברה האם. לכך ניתן גם להוסיף את העובדה – העולה מהדוח התקופתי שפרסמה החברה לשנת 2010 – שבין החברה הבת לבין החברה האם נחתם ביום 27.12.2007 הסכם ניהול, שלפיו החברה האם תעניק שירותי ניהול לחברה הבת (נספח 5 לתשובתו של גבריאלי, פסקה 12.4.6). בספרות הובעה העמדה שכאשר החברה האם והחברות המוחזקות על-ידי פועלות בתחום עיסוק דומה, כאשר יש להן דירקטורים ונושאי משרה משותפים וכשקיימים אלמנטים אחרים של "שיתוף" בין החברות, ראוי לאפשר הגשתה של תביעה נגזרת מרובה (*Painter, Double Derivative Suits*, עמוד 153). הרציונל טמון בכך שאלה נסיבות עובדתיות המקלות במידה משמעותית על נושאי המשרה לנצל את החברות לטובתם האישית. אכן, יש מקום לאפשר הגשת תביעה נגזרת כאשר מנהלים השולטים בחברה מעבירים לעצמם הזדמנות עסקית שאחרת שהייתה נופלת לידי החברה (יורן "אחריות מנהלים", עמוד 455, הערה 8 וההפניות שם); עניין *Renova*, פסקה 50). מקרים שבהם מתעוררים ניצול הזדמנות עסקית או "שיתוף" בין החברות – אשר ניתן אף לטעון כי הוא מבטא סוג של עירוב נכסים – עשויים להצדיק לא לדקדק בציציות השליטה ולאפשר הגשת תביעת נגזרת מרובה, וזאת כדי להבטיח שבעלי המניות לא יוותרו ללא סעד לנוכח נסיבות כאלה.

מכל מקום, במקרה שלפנינו נשמרה השליטה לאורך כל מורד שרשרת ההחזקות – מהחברה האם, דרך החברה הבת וכלה בחברה הנכדה. מכאן, שבאופן עקרוני, ומבלי להיכנס בשלב זה לשאלת קיומה של עילת תביעה או העדרה, לבעל מניות של החברה האם בכלל – ולמשיב 1 בענייננו, שקדי, בפרט – קיימת יכולת להגיש תביעה נגזרת בגין עילת תביעה השייכת לחברה הנכדה. ודוק: אף אם תאמר כי במקרה זה לא נתקיימה שליטה, הרי שנסיבות המקרה ובראשן הסכמי הניהול ושיתוף נושאי המשרה בין החברות, לצד ניצול ההזדמנות העסקית לכאורה על-ידי אחד מבין נושאי משרה אלה, מעידות על כך שמדובר באחד מבין אותם מקרים חריגים שבהם אף בהעדר שליטה (או, ליתר דיוק, בהתקיימותה של שליטה חלקית – שהרי אין חולק שהחברה האם שולטת בחברה הבת) יש מקום להתיר הגשת תביעה נגזרת מרובה.

57. בכך לא תם דיוננו, שכן הולדתו של ההליך מושא הבקשות שלפנינו היא בבקשתו של שקדי להורות על גילוי מסמכים מכל אחת מבין החברות בשרשרת ההחזקות. הדבר מובילנו אל הסוגיה האחרונה המתעוררת לפנינו – גילוי מסמכים בתביעה נגזרת מרובה.

גילוי מסמכים במסגרתה של תביעה נגזרת מרובה

58. הליך גילוי המסמכים הוא אחד מהכלים החשובים בדין האזרחי (תקנות 112-122 בתקנות סדר הדין האזרחי). מטרתו היא להביא לכך שהצדדים ישחקו ב"קלפים פתוחים" (רע"א 4249/98 טוויסה נ' הכשרת הישוב, פ"ד נה(1) 515, 520 (2001); רע"א 9288/07 איוב נ' שפיגל, פסקה ו(2) (7.11.2007)), וזאת מתוך חתירה לחשיפת האמת (רע"א 10052/02 יפעת נ' דלק מוטורס, פ"ד נז(4) 513, 519 (2003) (להלן: עניין יפעת)). אחד מהטעמים המרכזיים שביסוד הליך גילוי המסמכים במקרים מסוימים הוא פערי המידע הקיימים בין התובע לבין הנתבע (ראו, למשל: רע"א 2616/03 ישראלכרט בע"מ נ' רייס, פ"ד נט(5) 701, 716 (2005) (להלן: עניין ישראלכרט)). במקרה של תביעות נגזרות מתעצמים פערי המידע, בשים לב לכך שמדובר בבקשה להגיש תביעה נגזרת בגין עילת תביעה של החברה (ראו והשוו לעניין תביעות ייצוגיות: רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ, פסקה 44 בפסק-דינה של השופטת ד' ברק-ארו ופסקה 13 בפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן (11.4.2013)). המבקש מצוי באופן טבעי בעמדה נחותה לעומת החברה והוא בעל נגישות נמוכה למידע הנחוץ לו כדי לבסס את התשתית העובדתית שביסוד בקשתו (לחוסר הסימטריה בין המבקש לבין החברה, ראו החלטת הרשמת ל' בנמלך מיום 30.6.2013, פסקה 4). וכך נאמר בהקשר זה בהצעת חוק החברות (תיקון מס' 12) (ייעול הממשל התאגידי), התש"ע-2010, ה"ח 496, 566, 574 (10.3.2010):

"בעל מניות המעוניין להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת צריך לנהל תביעה שאינה תביעתו ועל כן בדרך כלל הוא אינו חשוף למידע הרלוונטי כדי לגבש את כתב התביעה. כדי לאפשר לבעלי מניות להגיש תביעות של החברה, לטובת החברה, מוצע להסמיך את בית המשפט ליתן צו גילוי מסמכים, קודם להגשת הבקשה לאישור התביעה הנגזרת, וכן לאחר הגשתה, אם יש תשתית ראייתית ראשונית לקיומם של התנאים לאישור התביעה כתביעה נגזרת" (ראו גם יחיאל בהט חברות – החוק החדש והדין לאחר תיקון 16 כרך ב 732 (מהדורה 12, 2011)).

דברים אלה מקבלים ביטוי מיוחד במקרה של תביעה נגזרת מרובה, שבה מבקש כאמור בעל מניות של החברה האם להגיש תביעה נגזרת בגין עילת תביעה של חברה המצויה במורד שרשרת ההחזקות. לגביה, יכול המבקש לשאוב מידע ממקור משני בלבד (מהחברה האם, מדוחותיה הכספיים ומדיווחים שהיא מדווחת לציבור (אם היא חברה ציבורית)), שכן הוא אינו זכאי לקבל מידע מהחברה המוחזקת, כפי שהוא רשאי לקבל

מהחברה האם (מכוח החזקתו במניותיה). המבקש מצוי אפוא בנחיתות מידע משמעותית.

59. חרף שתיקת הדין בעניין, הכיר בית משפט זה ביכולתו של המבקש להגיש תביעה נגזרת לבקש גילוי מסמכים. בע"א 9491/04 שטרית נ' אריסון השקעות בע"מ, פסקה 10 (23.8.2006) ציין השופט א' גרוניס, בהערת אגב, כי עשויים להיות "מקרים לא מעטים [ש] בהם יהא מקום להליכי גילוי ועיון בהיקף מסוים כבר בשלב [ש]בו נדונה הבקשה [לאישור תביעה נגזרת – מ.ג.] וספק אם יש לשלול לחלוטין את כוחו של בית המשפט ליתן צו שכזה." ברע"א 11126/08 לבייב נ' רפאלי, פסקה 4 (7.5.09) (להלן: עניין לבייב) הפכה עמדה זו להלכה, עת קבע השופט א' גרוניס כי:

"ניתן להיעתר לבקשה למתן צו לגילוי מסמכים בשלב הדיון בבקשה לאישור תביעה נגזרת, ובלבד שהבקשה עומדת בסייגים אלו: המסמכים רלוונטיים לשלב זה של ההליך; הוצגה תשתית ראייתית ראשונית אשר ניתנת ללמוד ממנה כי קיים סיכוי שהבקשה לאישור תביעה נגזרת תתקבל; על הגילוי יחולו המגבלות החלות באופן כללי על גילוי מסמכים."

בכך החיל בית המשפט, בשינויים המחייבים, את המבחנים שנקבעו ביחס לגילוי מסמכים בשלב הבקשה לאישור הגשת תביעה ייצוגית (ראו: עניין יפעת, עמוד 519; עניין ישראלכרט, עמוד 717).

60. לימים, עוגנו מבחנים אלה בהוראת סעיף 198 א בחוק החברות. אביא כאן את נוסחו בשנית:

<p>198 א. (א) מי שרשאי להגיש תביעה נגזרת לפי סעיף 197, רשאי לבקש מבית המשפט, לפני הגשת הבקשה לאישור התביעה או לאחר הגשתה, כי יורה לחברה לגלות מסמכים הנוגעים להליך אישור התביעה הנגזרת.</p> <p>(ב) בית המשפט רשאי לאשר בקשה כאמור בסעיף קטן (א) אם שוכנע כי המבקש העמיד תשתית ראייתית ראשונית לגבי קיומם של התנאים לאישור התביעה הנגזרת המנויים בסעיף 198 א.</p>	<p>בקשה לגילוי מסמכים</p>
--	---------------------------

משהכיר הדין הכללי בהליכי גילוי המסמכים ומשהלכת לבייב לא יצרה את זכות הגילוי יש מאין אלא הצהירה על הקיים, מתבקשת מאליה המסקנה כי חקיקת סעיף 198 א לא נועדה לשנות את הדין ולהפוך את הלכת לבייב, אלא אך להעניק עיגון סטטוטורי מפורש למה שהבהירה הפסיקה (ראו: תנ"ג (מחוזי ת"א) 11-10-28587 וידר נ' זין,

פסקה 42 (3.4.2012) (להלן: עניין וידר); ה"פ (מחוזי ת"א) 23126-06-13 מרקעי תקשורת בע"מ נ' גילת רשתות לוויין בע"מ, פסקה 21 (28.11.2013) (להלן: עניין מרקעי תקשורת)). כך, תנאי הרלוונטיות בא לידי ביטוי בלשון הסעיף, כי גילוי המסמכים יחבוק "מסמכים הנוגעים להליך אישור התביעה הנגזרת"; דרישת ה"תשתית הראייתית הראשונית" אומצה בסעיף 198א(ב). התנאי האחרון בדבר הכפפת הליך הגילוי למגבלות החלות ברגיל על גילוי מסמכים אמנם אינו מופיע במפורש בלשון הסעיף, אולם הוא חל מכוח הדין הכללי בכל הליכי גילוי המסמכים – ובכללם בהליך אישורה של תביעה נגזרת (ראו: סעיף 115א) בתקנות סדר הדין האזרחי; רע"א 3389/12 פלוני נ' בנק הפועלים בע"מ, פסקות 4-5 (5.8.2012); עניין וידר, פסקה 42; עניין מרקעי תקשורת, פסקה 22). בעניין וידר הנ"ל, עמד השופט ח' כבוב על כך שאי החלת התנאי האחרון של הלכת לבייב – שאינו מופיע כאמור בלשון סעיף 198א – עשויה להוביל "להשלכות אבסורדיות, כגון אי החלת סד הזמנים הנקוב בתקנות בנוגע להגשת כתבי הטענות בבקשה לגילוי ועיון מסמכים, היעדר הגנת חיסיון וכדומה" (שם, פסקה 43). דברים אלו מקובלים עלי. הליך גילוי המסמכים בגדרה של בקשה לאישור תביעה נגזרת מהווה נדבך בהליכי גילוי המסמכים הכלליים במסגרת הדין האזרחי בכללותו. אין כל היגיון באי החלת הכללים הרגילים החולשים על בקשות לגילוי מסמכים ועיון בהם בתביעה נגזרת, במיוחד בשים לב לכך שסעיף 198א אינו מתווה כללים אחרים שיחולו חלף זאת. פרשנות אחרת תוביל להיווצרות ואקום חקיקתי. כאמור, אני סבורה כי ואקום שכזה אינו נוצר וכי בהליך גילוי מסמכים במסגרת בקשה לאישור תביעה נגזרת יחולו הכללים הרגילים החלים על בקשות לגילוי מסמכים.

61. נושא נוסף שאליו נדרשת התייחסות הוא זהות הגורמים שכלפיהם יכול צו גילוי מסמכים להינתן. בית המשפט המחוזי הוציא צו גילוי מסמכים כנגד כל אחת מבין החברות בשרשרת ההחזקות (האם, הבת והנכדה). בסעיף 198א(א) נאמר כי בית המשפט רשאי להורות "לחברה לגלות מסמכים הנוגעים להליך אישור התביעה הנגזרת." על רקע זאת טענו המבקשות בפני בית המשפט המחוזי כי ככל שמתקיימים התנאים להורות על גילוי מסמכים, הרי שצו הגילוי יכול להינתן רק ביחס לחברה האם, בשים לב לכך שרק בה שקדי הוא בעל מניות. בתנ"ג (מחוזי ת"א) 28887-07-12 חמו נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פסקה 36 (30.4.2013) הביע השופט ח' כבוב את עמדתו כי סעיף 198א לא נועד להוות הסדר שלילי לעניין הוצאת צו גילוי מסמכים ביחס לגורמים אחרים. וכך אמר:

"מבלי לקבוע מסמרות בדבר אבהיר, כי אינני סבור שמהתייחסותו של הסעיף לגילוי מסמכים על ידי החברה יש ללמוד כי אין להורות על גילוי מסמכים על ידי משיבים שאינם החברה. לדידי, המחוקק מצב לנכון

לנקוב בחברה כנמענת בדרישת גילוי המסמכים מאחר שהמבקש מעוניין למעשה להגיש את התביעה הנגזרת בשמה, ובנסיבות אלה ראוי שלמבקש – אם עמד בתנאים המנויים בסעיף – תהיה גישה למסמכי החברה שגילויים מתאפשר בהתאם לתנאי הסעיף. אין בכך, לדעתי, כדי למנוע גילוי מסמכים של החברה שמצויים בידי מי מבעלי הדין האחרים.”

בענייננו, מתחדדת הסיטואציה בשים לב לכך ששקדי הוא בעל מניות בחברה האם, כאשר עילת התביעה שביסוד התביעה הנגזרת היא של החברה הנכדה. אני סבורה שבנסיבות שכאלה פעל בית המשפט המחוזי כדבעי עת הורה על גילוי מסמכים מכל החברות שבשרשרת ההחזקות. ביסוד גישה זו עומדים טעמים דומים לאלה העומדים בהכרה ביכולת להגיש תביעה נגזרת מרובה. לנוכח קביעתי כי רשאי (בנסיבות שמצדיקות כן) בעל מניות בחברה האם להגיש תביעה נגזרת מרובה, אין היגיון בחסימת נגישותו למסמכים הרלוונטיים לביסוס התשתית הראייתית הנדרשת – תהא זהות המחזיק בהם אשר תהא. אי גילוי המסמכים עשוי להוביל לכך שהמבקש לא יצליח לבסס את תביעתו (*Note, Suits by a Shareholder*, עמוד 1324). עמדה דומה, כי כפועל יוצא מהזכות להגיש תביעה נגזרת מרובה צומחת גם הזכות לגילוי מסמכים קודם להגשת התביעה, הובעה גם בספרות (*Painter, Double Derivative Suits*, עמודים 159-162, ובעיקר הפסיקה המופיעה בהערות 48-49; *Note, Suits by a Shareholder*, עמודים 1324-1327). ביסוד ההכרה בזכות לגילוי מסמכים במקרה שכזה עמדו מספר הצדקות. ראשית, כאשר לחברה האם קיימת שליטה מספקת בחברה הבת, ביכולתה להבטיח שהחברה הבת תציית לצו גילוי המסמכים (*Painter, Double Derivative Suits*, עמוד 161; *Note, Suits by a Shareholder*, עמוד 1325). במקרה של אי ציות, יכולה החברה האם להשתמש בזכותה להגיש תביעה נגזרת רגילה נגד החברה הבת על מנת לכפות את גילוי המסמכים (שם, עמודים 1326-1327). שנית, ישנן חובות רגולטוריות המחייבות את החברה האם להגיש דוחות מאוחדים. לשם כך, נדרשת החברה הבת לספק את נתוניה הכספיים לחברה האם (*Painter, Double Derivative Suits*, עמודים 161-162; עניין ישקר). שלישית, זו היא זכות הנגזרת במישרין מהזכות להגיש תביעה נגזרת מרובה (*Painter, Double Derivative Suits*, עמוד 162).

62. ההצדקה לאפשר גילוי מסמכים מהחברות השונות בשרשרת ההחזקה מתחזקת כאשר החברות "משתפות" בינן לבין עצמן נושאי משרה וחולקות תחומי פעילות. זה הוא המקרה שבענייננו, כאשר כל החברות בשרשרת ההחזקה עוסקות בתחום הנדל"ן וחלק מבעלי התפקידים מכהנים כנושאי משרה בכמה מבין החברות במקביל. סוגיה זו

נידונה בפסק הדין בעניין **Martin**, שעסק בחברת החזקות אשר החזיקה בשמונה חברות בנות שעסקו כולן בפעילות עסקית באותו התחום. חלק ניכר מהחברות האלה חלקו דירקטורים ואותו אדם כיהן כמעט בכולן כנשיא החברות. התובע, בעל מניות בחברה האם, הגיש לבית המשפט בקשה לגילוי מסמכים – לא רק כנגד החברה האם, אלא גם כנגד החברות הבנות. במקרה כזה, קבע בית המשפט כי ניתן להתעלם ממסך ההתאגדות ולהורות על גילוי מסמכים גם נגד החברות הבנות:

"In dealing with corporations with interlocking directors, and other devices, legal and illegal, useful and harmless, or fraudulent and harmful, for the control of other corporations, the court may rightly ignore corporate existence, when such existence serves as a barrier to the righting of wrong done to the stockholders of the dominant corporation." (*Id.*, at 215).

"Where one corporation owns all the shares of another corporation, co-operating in the same business, the former financing the latter, and the same persons are officers of both corporations, the latter is for certain purposes to be considered as an agency, adjunct or instrumentality of the former. For the protections of the rights of stockholders of the dominant, or parent company, and for fighting the wrongs them by means of control of the dominant, or parent, company of the allied companies, the latter are to be treated as agents of the former, or even as identical with each other.

It would follow that the books etc., of the agent are under the control of the principal to such an extent as that the latter can be compelled to produce them for the purpose of furnishing discovery in a suit by a stockholder of the dominant company..." (*Id.*, at 217).

אינני סבורה כי "התעלמות מוחלטת" ממסך ההתאגדות היא הדרך הנכונה להשקיף על כך. גם במקרה זה ניתן מכוח סעיף 6(ב) בחוק החברות לבצע הרמת מסך "חלקית" לעניין גילוי המסמכים. זה הוא העוגן הסטטוטורי המאפשר זאת, בהתאם לשיקול-דעתו של בית המשפט (בדיוק כפי שהופעל שיקול-דעת זה בענייננו על-ידי בית המשפט המחוזי, שהוציא צו גילוי מסמכים רק לגבי חלק מהמסמכים שגילויים התבקש). הנסיבות שתוארו בעניין **Martin** מהוות, לעניין זה, דוגמה למקרה שבו תגבר נטייתו של בית המשפט להורות על גילוי מסמכים.

63. ודוק: שקדי לא ערער על החלטתו של בית המשפט המחוזי לדחות את בקשתו להורות על גילוי מסמכים מגורמים אחרים שאינם מצויים בשרשרת ההחזקות, ועל כן אינני נדרשת להתייחס לסוגיה זו.

64. לשיטתן של המבקשות אין להורות על גילוי מסמכים בשים לב לכך ששקדי כבר גמר אומר להגיש את התביעה הנגזרת ומטרת גילוי המסמכים היא לסייע לו "לחזק" את התשתית העובדתית שביסוד תביעתו. לפי גישה זו, הליך גילוי המסמכים בתביעה נגזרת נועד רק למקרה שבו המבקש לא החליט אם להגיש תביעה נגזרת וצו גילוי המסמכים מתבקש כדי לסייע בידו להגיע להחלטה.

טענה זו סותרת באופן חזיתי את לשון החוק. בסעיף 198א נקבע כי בקשה לגילוי מסמכים ניתן להגיש "לפני הגשת הבקשה לאישור התביעה [הנגזרת] או לאחר הגשתה." המחוקק נקט אפוא לשון מרחיבה ואפשר הגשת בקשה לגילוי מסמכים בכל שלב שהוא – בין לפני ההחלטה להגיש תביעה נגזרת, שאז אכן נדרש גילוי המסמכים לצורך קבלת החלטה האם יש יסוד להגשת התביעה הנגזרת; ובין אחרי ההחלטה להגיש תביעה נגזרת – בין אם הוגשה כבר התביעה, בין אם החליט המבקש להגישה אך טרם עשה כן – שאז נדרש הגילוי, בדומה למקרה שבפנינו, לצורך "חיזוק" התשתית הראייתית שביסוד הבקשה (ראו: תנ"ג 6088-11-09 (מחוזי ת"א) יפעת נ' דרור, פסקה 9 (26.10.2010)). בהקשר זה לא למותר לציין כי התשתית הראייתית הדרושה לצורך הוצאת צו גילוי מסמכים מצויה ברף הנמוך, בהיותה "ראשונית"; זאת בהבדל מעצם אישור הגשת התביעה הנגזרת עצמה, אשר כפוף לשיקול-דעתו של בית המשפט ולמבחנים הקבועים בסעיף 198 בחוק החברות (ראו, לעניין זה: תנ"ג (מחוזי ת"א) 51165-05-13 ירח עיצובים ושירותי ניהול בע"מ נ' עילדב השקעות בע"מ, פסקה 4 (א) וההפניות שם (27.3.2014); עניין ויטר, פסקות 44-50). הבדל זה מצריך אפוא גילוי מסמכים גם בשלבים מאוחרים יחסית בהליך, כדי לאפשר לתובע לבסס תשתית ראייתית מספקת לאישור התביעה הנגזרת (ובהמשך, כמובן, כדי להביא להצלחתה). ודוק: יש בכך מענה גם לטענת המבקשות שלפיה תיווצר כפילות בבחינת התשתית הראייתית ובגילוי המסמכים בשלבים השונים של הבקשה לאישור תביעה נגזרת. כאמור, הרף הנדרש בכל שלב הוא שונה ועל כן מוצדק ונדרש שהוא ייבחן מחדש בכל שלב; בדומה, המסמכים שגילויים מתבקש בכל שלב עשויים להיות שונים, ומכאן שגם לעניין זה לא נוצרת כל כפילות.

65. בפי החברה הנכדה טענה נוספת, באשר לשיהוי שנפל, לשיטתה, בהגשת הבקשה. האירועים מושא הבקשות שלפניי אירעו בחודשים ינואר-מרץ 2011, בעוד

ששקדי הגיש את הבקשה בינואר 2012 – קרי, כעשרה חודשים לאחר התרחשותם של האירועים. בדחותו את טענת השיהוי, ציין בית המשפט המחוזי כי ניתן באותה מידה להפנות טענה זו כלפי החברה האם וכלפי כל נושאי המשרה בה, אשר לא עשו דבר לנוכח ניצול ההזדמנות העסקית לכאורה על-ידי גבריאלי – הזדמנות שהפיקה לו, על-פי הנטען, רווח עצום על חשבון החברה הנכדה. עיינתי בטענות ולא מצאתי כי התנהלותו של שקדי לקתה בשיהוי. ראשית, כבעל מניות מן הציבור, נגישותו של שקדי למידע פחותה ועל כן מתקבל על הדעת שלא יעלה בידיו לפעול באופן מידי עם התרחשות האירועים. שנית, וכידוע, זכות הפעולה הראשונית שמורה לחברה הנכדה – ובמקרה שלנו, לאחריה, גם לחברה הבת ולחברה האם. בכך שלא הגיש את בקשתו באופן מידי והמתין לראות אם מי מהחברות תממשנה את זכותן ותפעלנה לשם הגשת תביעה, פעל שקדי כמצופה ממנו. יתרה מכך: מתברר ששקדי פנה בתחילה לכל הגורמים הרלוונטיים במכתב מיום 8.12.2011, שבמסגרתו שטח את טענותיו וביקש לעיין במסמכים (שגילויים התבקש בגדרן של הבקשה מושא ההליכים שלפנינו). לאחר כחודש קיבל שקדי מכתב תגובה הדוחה את בקשתו, מן הטעם שהמסמכים המבוקשים הם בגדר מידע פנים אשר אותו אין החברה, כחברה ציבורית, רשאית למסור לבעלי מניותיה. לנוכח דחיית בקשתו, פנה שקדי לבית המשפט המחוזי. אני סבורה כי פעולות אלה מצביעות על התנהלות סבירה, שקולה ותקינה של שקדי. אין לראות בחודשים שעברו בין האירועים הרלוונטיים לבין פנייתו לראשונה לחברה משום שיהוי. ודוק: בפני בית המשפט המחוזי טענו המבקשות – טענה שלא נטענה בפנינו – טענה חילופית שלפיה בהתנהלותו זו של שקדי, שפנה לבית המשפט מיד עם קבלת מכתב הדרישה, נפל פגם על שום "פנייה מוקדמת מדי" לבית המשפט. מבלי לקבוע מסמרות בדבר, נדמה כי בכך דיברו המבקשות בשני קולות, כשמצד אחד הן הלינו על שיהוי ובה בעת הלינו, מן הצד השני, על פנייה מהירה מדי.

66. כאמור, לא היו בפי המבקשות טענות באשר לתנאים האחרים הקבועים בסעיף 198א – קרי באשר לקיומה של תשתית ראייתית ראשונית ולגבי מידת הרלוונטיות של כל אחד מהמסמכים שגילויים אושר להליך התביעה הנגזרת. משאלו הם פני הדברים, ולנוכח החלטתי לאפשר גילוי מסמכים בנסיבות המקרה תוך דחיית טענת השיהוי, התוצאה המתקבלת היא כי בדין החליט בית המשפט המחוזי להוציא צו גילוי מסמכים למסמכים המפורטים בפסקה ו בפסק דינו.

67. על יסוד כל האמור, דין הבקשות שלפנינו להידחות. המבקשות ברע"א 2903/13 תישאנה בהוצאות המשיב 1 בסך של 40,000 ש"ח והמבקשת ברע"א 3064/13 תישא אף היא בהוצאותיו של המשיב 1 בסכום זהה. לא ייעשה צו להוצאות באשר ליתר המשיבים.

המשנה לנשיא

השופט י' עמית:

אני מסכים.

הורתו ועילתו של ההליך שלפנינו בבקשה לגילוי מסמכים, ומשכך אוסיף מספר הערות באספקלריה של נושא זה.

1. כפי שציינה חברתי המשנה לנשיא, על הליך לפי סעיף 198 א לחוק החברות יש להחיל את הכללים הרגילים החולשים על בקשות לגילוי מסמכים (פסקה 60 לפסק דינה). יש והמחוקק קובע הוראה מפורשת המתייחסת לתחולתן או אי תחולתן של תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (ראו, לדוגמה, תקנה 2 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000 ותקנה 10 לתקנות מס ערך מוסף ומס קניה (סדרי הדין בערעור), תשל"ו-1976). מקום בו המחוקק אינו עושה כן, יחולו סדרי הדין על פי תקנות סדר הדין האזרחי, לאור תקנה 2 הקובעת כלהלן:

תחולה

2. סדר הדין בכל ענין אזרחי המובא לפני בית משפט, וכן בדיון בבית הדין המיוחד לפי סעיף 55 לדבר המלך במועצה על א"י, 1922-1947, או בדיון בבקשות לפי אותו סעיף - יהיה לפי תקנות אלה; אולם במידה שבענין פלוני נוהגים לפי סדר דין אחר - לא ינהגו לפי תקנות אלה.

הוראת תקנה 2 מזרימה אפוא, ובשינויים המחוייבים, את הוראות סימן ג' לפרק ט' לתקנות סדר הדין האזרחי, שעניינו בגילוי מסמכים.

2. אשר להצדקה לגילוי מסמכים מהחברות בשרשרת ההחזקה.

הפסיקה הכירה בחריגים לכלל לפיו הליכי גילוי נוהגים בין בעלי הדין. כך, ניתן לעתור לצו גילוי מסמכים כלפי צדדים שלישיים, מקום בו הצד השלישי מהווה איש קש של בעל הדין, או שנכסים וכספים הועברו לצד השלישי שלא בתום לב (ראו, לדוגמה, ע"א 174/88 גוזלן נ' קומפני פריזיאן דה פרטיסיפסיון, פ"ד מ"ב (1) 563 (1988); רע"א 621/13 חיזרוביץ נ' בנק איגוד לישראל בע"מ (17.4.2013)); או כאשר הצד השלישי הוא מיופה כוח של בעל הדין ועושה בחשבונו ובנכסיו ככתוך שלו (ת"א (מחוזי חיפה) 284/05 סימון שרפ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"מ תשס"ד (1) 760 (2005)). חריג נוסף, הרלבנטי לענייננו, הוא כאשר הצד השלישי נמצא בשליטתו של בעל הדין, שאז רואים את הגילוי והעיון במסמכי החברות שבשרשרת, בגדר גילוי ועיון במסמכים שבשליטתו של בעל הדין:

"אשר לטענת המבקשים כי העיון שעליו הורה בית המשפט קמא פוגע בפרטיותן של החברות בניגוד להוראות חוק הגנת הפרטיות התשמ"א-1981 (להלן - "החוק") ... עוד ייאמר כי לפי סעיף 35 לחוק אין הוראות החוק גורעות מהוראות כל דין אחר, וממילא גם לא מחובותיו של בעל דין לפי תקנות 112-118 לתקנות. על השאלה אם זכאיות החברות, אשר כזכור אינן בעלות דין בתובענה, ליהנות מהגנת הפרטיות, יש להשיב בשלילה, מן הטעם שהן בשליטתם של המבקשים, כאמור לעיל (גם לעניין סוגיות אלה, עיין ע"א 174/88 הנ"ל) (רע"א 7264/95 ראש קש נסיר בע"מ נ. רוכביץ ישראל, פ"ד מט (5) 793, 795 (1996) (הדגשה הוספה – י"ע)).

3. האם ניתן לבקש גילוי מסמכים עוד טרם הגשת תובענה?

סעיף 198א לחוק החברות הוא חריג בכך שהוא מאפשר לבעל הדין לבקש גילוי מסמכים לצורך קבלת החלטה אם לנקוט הליך של אישור תביעה נגזרת. ברגיל, הליך של גילוי מסמכים מתנהל לאחר הגשת תובענה, כאשר הרלבנטיות נתחמת על ידי כתבי הטענות. לכן, ככלל, האפשרות לבקש צו גילוי מסמכים לפני הגשת תובענה, כדי שיהא בידי המבקש להחליט אם יש מקום להגשתה, אינה קיימת בשיטתנו המשפטית (יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 425 ה"ש 1 (מהדורה שביעית, 1995); ה"פ (מחוזי ת"א) 10-06-21930 זיילר נ' בנק ירושלים בע"מ (31.10.2011)).

ניתן למצוא בפסיקה מצבים חריגים בהם התיר בית המשפט גילוי מסמכים עוד קודם להגשת התביעה. כך, בע"פ 7528/95 הלל נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 89 (1996), נדון עניינו של נאשם שרצח את פלוני לאחר ששחרר מבית חולים לחולי נפש. משפחתו של המנוח ביקשה לעיין בחומר הפסיכיאטרי הנוגע לנאשם, על מנת להחליט

אם להגיש תביעה כנגד המדינה על רשלנות. שופטי הרוב באותו מקרה (השופטים מצא וקדמי) התירו את הגילוי, ואילו שופט המיעוט (השופט גולדברג) גרס כי די בחומר שיש כבר בידי המשפחה, כדי להעמיד בסיס לתביעה אזרחית, ואת יתר המסמכים ניתן לבקש במסגרת הליכי גילוי מסמכים בתביעה שתוגש.

מקרה נוסף שבו הורה בית המשפט על גילוי מסמכים טרום הגשת תביעה, נדון בת"א (שלום ת"א) 3923-05-10 פרי נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ (4.9.2010). באותו עניין שידרה המשיבה כתבה אודות חברה שהמבקש היה אחד מבעליה. המבקש עתר לבית המשפט לקבל את קלטת הכתבה והחומר ששימש להכנתה, על מנת לשקול אם להגיש תביעה נגד המשיבה בעילה של לשון הרע. בית המשפט נעתר לבקשה משהוכח כי אלמלא היה ידוע למשיבה כי הקלטת דרושה למבקש כדי לשקול הגשת תביעה נגדה, הייתה מוסרת לו עותק הקלטת.

כל אלה חריגים המצביעים על הכלל לפיו אין הליכי גילוי מתקיימים אך לשם גיבוש החלטה אם להגיש תביעה אם לאו. זאת, להבדיל ממצב בו החוק עצמו מכיר בזכות עצמאית לקבל מסמכים, שאז ניתן להגיש תביעה לקבלת מסמכים מכוח החוק הספציפי, גם אם אותם מסמכים עשויים לשמש בעתיד לצורך הליך משפטי נפרד. לדוגמה, זכות העיון של בעל מניות במסמכי החברה לפי סעיפים 184 ו-185 לחוק החברות (ראו, לדוגמה, ת"א (מחוזי י-ם) 8587/06 רוגש השקעות בס"ד בע"מ נ' קבוצת הירש מדיה בע"מ (4.5.2008); ת"א (מחוזי י-ם) 25786-04-10 איזיקוביץ נ' דאבל קיי מוצרי דלק (1996) בע"מ (2.10.2011)); זכות העיון של דירקטור כדי לקבל מידע הנוגע לכדאיות עסקית של פעולה המובאת לאישורו (רע"א 8473/99 כרטיסי אשראי לישראל נ' אילן שגב, פ"ד נה(1) 337 (1999)); וזכותו של דירקטור לעיין במסמכי החברה מכוח סעיף 265 לחוק החברות (השוו ע"א 8548/06 עו"ד חיים אינדיג נ' פרמייר קלאב בע"מ (31.8.2008), שם נדחתה בקשת דירקטור לעיין בניירות עבודה של רואה החשבון המבקר). לקריאה נוספת ראו גם יורם דנציגר הזכות למידע אודות החברה (2000); או זכותו של מטופל לקבל רשומה רפואית מכוח סעיף 18 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.

סעיף 198 א לחוק החברות, נושא דיוננו, הוא דוגמה נוספת להוראת חוק מפורשת המתירה גילוי מסמכים טרום הליך משפטי.

השופט נ' הנדל:

1. אני מסכים לחוות דעתה המקיפה והיסודית של חברתי, המשנה לנשיא מ' נאור, ולהערותיו של חברי השופט י' עמית. לנוכח חשיבות הנושא ותקדימיותו - אוסיף התייחסות למספר היבטים.

2. התיק שבפנינו עוסק באפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה: האם יכול בעל מניות בחברת-אם להגיש תביעה בשם חברה המצויה במורד שרשרת ההחזקות.

ברובד אחד, הדיון על אודות תביעה נגזרת מרובה הוא בעל ממד אוניברסלי-עקרוני בשדה המשפטי. הוא נוגע הן ליחסים בין בעל המניות לבין חברת-האם שבה הוא מחזיק מניות, והן ליחסים בין חברת-האם לבין אגד החברות המוחזקות על ידה בשרשור. מתעוררות שאלות מפתח כגון "קדושת" עיקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה, מעמדו המשפטי של קונצרן חברות, והצורך להתאים את דיני התאגידים החקוקים עלי ספר ותקדים למציאות העסקית המשתנה במהירות.

ברם לדיון על אודות תביעה נגזרת מרובה ישנו רובד נוסף, "תוצרת הארץ". לשון אחר: ההכרה באפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה מקבלת משמעות ייחודית בישראל, לנוכח מאפייניו הפרטניים של המשק הישראלי ומבנהו הקונקרטי של חוק החברות הישראלי.

3. ביסודו של דבר, הצורך להגיש תובענה נגזרת נוצר כאשר החברה איננה עומדת כראוי על משמר האינטרסים שלה ושל בעלי המניות. טעמים שונים עלולים להביא את החברה לנהוג כך, ולהניא אותה מלמצות זכויות משפטיות המגיעות לה על פי דין. ייתכן שמדובר ברשלנות של נושאי המשרה, או ניגודי עניינים שנוצרו אצל בעל השליטה. תרחיש קונקרטי אליו ארצה להתייחס עלול להתממש כאשר החברה היא חלק מפירמידה: קבוצה עסקית אשר בה חברת-האם מחזיקה במספר חברות-בת, חברות-הבת מחזיקות במספר חברות-נכדות, וכן הלאה. תרחיש זה, כפי שיוסבר, רלבנטי במיוחד למציאות התאגידית בישראל.

כפירמידה נוצר פער הולך וגדל בין בעלות לשליטה. להמחשת העניין נניח שחברת האם מחזיקה ב-51% ממניות חברת-הבת, וחברת-הבת מחזיקה ב-51% ממניות החברה-הנכדה. במצב כזה חברת האם שולטת בחברת הבת, ודרכה גם בחברה-הנכדה,

על אף ששיעור הבעלות של חברת האם בחברה-הנכדה הוא כ-25%. במידה והחברה-הנכדה תרכוש 51% ממניותיה של חברה-נינה – האחרונה תהיה אף היא בשליטתה המלאה של חברת האם, בעוד ששיעור האחזקות של חברת האם בחברה הנינה יורד לכ-12% בלבד. כך נוצרות במורד הפירמידה חברות פער, דהיינו חברות שבהן מתקיים פער בין הבעלות לשליטה.

הפער בין בעלות לשליטה, האופייני מאד לפירמידות, עלול להיות בעל השלכות שליליות על המשקיעים. בעל השליטה בפירמידה כמעט ואיננו חשוף להפסדי הון, משום שאחוזי הבעלות שלו בחברת הפער קטנים. לעומת זאת, במקרה שחברת הפער תצליח - יוכל בעל השליטה לנצל את שליטתו בפירמידה על מנת לתעל את הרווחים לכיסו הפרטי: מאחר שהוא שולט בפועל בחברת הפער – באפשרותו לנתב את רווחיה במעלה הפירמידה, לעבר חברות בהן אחוזי הבעלות שלו גדולים יותר. תופעה זו, המכונה תיעול (tunneling), יכולה להתבצע למשל באמצעות עסקאות למכירת שירותים במחיר מופקע, מתן הלוואות בריבית בעלים גבוהה וכיוצא בזה. עמדה על כך לאחרונה הוועדה להגברת התחרותיות במשק ("ועדת הריכוזיות"), אשר הקדישה חלק ניכר ממסקנותיה לדיון בתופעת הפירמידות בישראל. בסיכום הדברים נכתב כי הפער בין הבעלות לשליטה בפירמידות -

"גורם להחמרת ניגוד העניינים האפשרי בין בעל השליטה ובין יתר המשקיעים (בעלי מניות המיעוט). ניגוד עניינים זה יכול לבוא לידי ביטוי במגוון אופנים - תיעול רווחי החברה על ידי בעל השליטה, ביצוע השקעות בלתי יעילות, יצירת סיכון עודף, ניהול בלתי יעיל ועוד. תופעות אלו גורמות לנזקים גם ברמת המשקיע הבודד וגם ברמת המשק כולו" (הוועדה להגברת התחרותיות במשק טיוטת המלצות 17, 80-79, 156 (2011)).

הוועדה מצאה, בהתבסס על מחקרי בנק ישראל והרשות לניירות ערך, כי רבות מהקבוצות העסקיות הגדולות בישראל הן במבנה של פירמידה, וכי הן מחזיקות בעיקר שווי שוק ההון – כ-68%. על פי הממצאים דרגתן של 80% מהקבוצות העסקיות היא לפחות 2, דהיינו שלחברת-האם בקדקוד הפירמידה יש חברה-נכדה או אף יותר מכך. כאמור, הפער בין בעלות לשליטה הולך ומתרחב ככל ששרשרת האחזקות מתארכת.

מכאן מובן גם הקשר לענייננו. הצורך להגיש תובענה נגזרת נוצר, כאמור, כאשר החברה איננה ממצה את זכויותיה. נראה כי חשש זה עלול להתעורר באופן מוגבר בשוק הישראלי, כאשר המציאות היא שחברות רבות מסונפות למבנה

פירמידאלי: לחברות המצויות במעלה הפירמידה מוענק כוח רב, המאפשר להן להשפיע ואף להכתיב את צעדיהן של חברות המצויות בתחתית הפירמידה. לא יאה זה מפתיע לראות כיצד חברה-נכדה משרתת בפועל את האינטרסים של חברה המצויה גבוה יותר במבנה הפירמידה. לנוכח מציאות זו, הרווחת ביתר שאת בישראל, סבורני כי תובענה נגזרת מרובה עשויה לשמש כלי נוסף לריסון בעיות הממשל התאגידי שמתעוררות בפירמידות (לעיון נוסף על אודות תופעת הפירמידות והשלכותיה ראו מאמרם של יוג'ין קנדל, ישי יפה, קונסטנטין קוסנקו ורנדל מורק – Eugene Kandel, Konstantin Kosenko, Randall Morck & Yishay Yafeh, *Business Groups in the United States: A Revised History of Corporate Ownership, Pyramids and Regulation, 1930-1950*, NBER WORKING PAPER NO. 19691 (December 2013) ; אסף חמדני ריכוזיות השליטה בישראל – היבטים משפטיים (2009)).

4. לעיל הוצג רציונאל "ישראלי" באופיו שמצדיק הכרה בתביעה נגזרת מרובה. לצד זאת עולה השאלה מהו העיגון הסטטוטורי לשימוש בכלי זה.

להשקפתי, הגשת תביעה נגזרת מרובה מתאפשרת מכוח שילוב של סעיף 6(ב) וסעיף 194 לחוק החברות, התשנ"ט-1999. סעיף 194 קובע כי בעל מניה בחברה רשאים להגיש תביעה נגזרת. סעיף 6(ב) מאפשר לבית המשפט לבצע הרמת מסך חלקית, ולייחס זכות של החברה לבעל מניה בה. שילוב סעיפי החוק מביא לכך שבעל המניות בחברת האם יוכל להגיש תביעה נגזרת בשם חברת הבת: לחברת האם יש זכות להגיש תביעה נגזרת בשם חברת הבת, וזכות זו מיוחסת לבעל המניות של חברת האם באמצעות הרמת מסך חלקית. כמובן, רציונאל זה איננו מוגבל באופן עקרוני רק לקבוצה עסקית בת שתי דרגות, אלא גם לקבוצה בעלת שלוש דרגות או יותר - חברה-נכדה, חברה-נינה וכן הלאה.

המשנה לנשיא נאור הציגה קונסטרוקציה משפטית חלופית: לחברת-האם יש עילת תביעה ישירה, משום שחברת הבת היא נכס שלה ששוויו נפגע. מכיוון שכך עומדת לבעל המניות בחברת האם הזכות להגיש תביעה נגזרת בשמה. כשלעצמי אני סבור שמבנה משפטי זה עלול לטשטש את קו הגבול בין תביעה נגזרת לתביעה ישירה. לאמור, תביעה נגזרת שתוגש על פי מתווה זה – משמעותה שבעל המניות מגיש תביעה נגזרת בשם חברת האם. עדיין אין בכך כדי להצדיק הגשת תביעה נגזרת בשם החברה הנכדה. לכך עשויות להיות גם השלכות מעשיות על תוכן התביעה שתוגש ודרכי ההוכחה.

גישה משפטית אחרת מתבססת על "פרשנות תכליתית" להוראות המחוקק ביחס לתובענה נגזרת. על פי גישה זו - חוק החברות איננו מכסה את כל קשת האפשרויות, ועל בית המשפט לפרש את הוראות החוק בהתאם להתפתחויות בזירה המסחרית-עסקית. פרשנות תכליתית של סעיפי החוק אמורה לאפשר הגשת תובענה נגזרת מרובה, על מנת להתמודד נכונה עם המבנים התאגידיים המורכבים שנוצרו במהלך השנים (ראו למשל תנ"ג (ת"א) 21785-02-11 בן עמי נ' קלמן, כב' השופט ח' כבוב (7.9.2011)). לטעמי, הקושי העיקרי בגישה זו הוא שבפרק העוסק בתובענה נגזרת, כשלעצמו, אין בסיס לשוני לאפשרות להגיש תובענה נגזרת מרובה. המחוקק בחר להסדיר, בפרק מפורט ומפורש, את התנאים והשלבים להגשת תובענה נגזרת. בפרק זה אין כל אזכור לשוני לאפשרות להגיש תובענה נגזרת מרובה. אדרבה, נאמר בסעיף 193 לחוק כי "כל בעל מניה וכל דירקטור בחברה" רשאים להגיש תביעה נגזרת. דומני כי פשיטא שבעל מניה בחברת האם איננו נכנס להגדרה זו (השור: ע"א 1297/11 לוי' נ' זוהר, סעיפים 21-24 לחוות דעתי (29.12.2013)).

5. כאמור, הדרך המשפטית הראויה לטעמי להכיר בתובענה נגזרת מרובה היא באמצעות הרמת מסך חלקית מכוח סעיף 6(ב). המשמעות היא שנדרשת בחינה משולבת, הן של התנאים שקבע המחוקק לשם הרמת מסך החלקית והן של התנאים שנקבעו לשם הגשת תובענה נגזרת. באשר לפן של תובענה נגזרת, בית המשפט יאשר את הגשתה "אם שוכנע כי לכאורה התביעה וניהולה הן לטובת החברה וכי התובע אינו פועל בחוסר תום לב" (סעיף 198(א)). באשר להרמת מסך, בית המשפט רשאי להורות על הרמת מסך חלקית "אם מצא כי בנסיבות הענין, צודק ונכון לעשות כן בהתחשב בכוונת הדין או ההסכם החלים על הענין הנדון לפניו" (סעיף 6(ב)).

המבחן של סעיף 6(ב) הוא בעל שני פנים: על בית המשפט להשתכנע כי צודק ונכון לבצע הרמת מסך חלקית, הן בהתחשב בכוונת הדין הכללית והן לנוכח נסיבות התיק הקונקרטי. באשר לכוונת הדין, עמדתי לעיל על ההצדקה "תוצרת הארץ" להכרה במנגנון של תביעה נגזרת מרובה. זאת נוסף על הנימוקים המפורטים בהרחבה בחוות דעתה של המשנה לנשיא נאור. מכלול הטעמים מביא למסקנה כי כוונת הדין הכללית תומכת באפשרות של תביעה נגזרת מרובה. באשר לנסיבות התיק הקונקרטי, מצטרף אני לעמדתה של חברתי כי ככלל בנסיבות בהן מתקיימת שליטה לכל אורך שרשרת ההחזקות – יהא זה צודק ונכון לאפשר הגשת תובענה נגזרת מרובה. אף אני סבור כי אין מדובר בסוף פסוק, וכי ייתכן שגם בנסיבות אחרות – למשל: כאשר ישנם אלמנטים בולטים של שיתוף בין חברת-האם לחברות המוחזקות – יהא זה צודק ונכון להגיש תביעה נגזרת מרובה, אף בהעדר שליטה או בשליטה חלקית.

6. כאמור בראשית הדברים, הסוגיה הנוכחית ממחישה פעם נוספת את אחד המאפיינים הבולטים של דיני התאגידיים: הצורך לגשר על הפער בין הדין הקיים לבין המציאות המשתנה תדיר, "תְּדַשִּׁים לְבָקָרִים". כך גורלו של תחום משפטי זה, שעומד על התפר בין הדין לבין הכלכלה, ובו ניכר ביתר שאת הכלל של "תגובה גוררת תגובה".

דילמה זו עלתה גם על שולחנם של פוסקי ההלכה במשפט העברי בדורות האחרונים, כאשר ההתפתחויות המואצות בזירה העסקית והכלכלית העלו בזו אחר זו שורה ארוכה של שאלות הלכתיות. אף כאן, הפער בין ארון הספרים היהודי ה"קלאסי" לבין המציאות הדינאמית נגלה לעין. פער זה חייב את הפוסקים, בשלב ראשון, להבין לעומק את המתרחש ב"שטח" הכלכלי, ובשלב שני - לבחון את מידת ישימותם של עקרונות המשפט העברי למציאות החדשה. תהליך זה הביא לפתרונות הלכתיים מגוונים, שאף הם התעדכנו והתפתחו במרוצת השנים. אביא לכך דוגמא אחת.

חכמי ישראל התחבטו בשאלה האם מחזיקי המניות בחברה נחשבים ל"בעלים". לשאלה זו יש השלכות רבות, למשל: האם ניתן להחזיק מניות בבנק שמלווה את כספו בריבית, מהי מידת האחזיות האישית של מחזיקי המניות לחובות החברה ועוד. בהקשר זה כתב בראשית המאה ה-19 הרב משה שיק, מחכמי הונגריה, שבעלי המניות אינם בעלי החברה והשקעתם הכספית נחשבת להלוואה גרידא (שו"ת המהר"ם שיק, יורה דעה, סימן קנח). גישה שונה הציג הרב מנשה קליין, אשר סבר שבעלי המניות הם "שותפים בתנאים" בחברה כך שאחזיותם היא מוגבלת (שו"ת משנה הלכות, חלק ו, סימן קעז). לעומתו, הרב משה פיינשטיין, מחשובי הפוסקים בארצות הברית במאה ה-20, כתב שבעלי השליטה בחברה נחשבים לבעלים גמורים (שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן ז). אפשרות אחרת העלה הרב יצחק יעקב וייס, ולפיה רק אלו שמחזיקים במניות עם זכויות הצבעה – נחשבים לבעלים (שו"ת מנחת יצחק, חלק ג, סימן א). והנה בעשור האחרון פסק הרב אשר וייס, מחכמי ירושלים, שחברה היא "בעלים על עצמה". צוין בהקשר זה ש"מאפייני הבעלות" בחברה חלוקים בין מוקדי כוח שונים – כגון בעלי המניות, ההנהלה והדירקטוריון. עמדה זו אף שואבת את כוחה מן המשפט המודרני, אשר גורס כי חברה בע"מ היא אישיות משפטית עצמאית (שו"ת מנחת אשר, חלק א, סימנים קה-קו).

בנקודה זו מצוי האתגר המשפטי: כיצד יש לראות אישיות משפטית עצמאית, שאיננה אדם, ומה הקשר בינה לבין אישיות משפטית עצמאית דומה אחרת. זאת לצד

אימוץ מונחים מחיי המשפחה – אם, בת ונכדה, אשר רק ממחיש עד כמה מורכבת היא המלאכה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של המשנה לנשיא נ' נאור.

ניתן היום, א' באלול התשע"ד (27.8.2014).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיא