



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

1

בפני כב' השופט האלד כבוב

תובעים

יחיאל בר עם

באמצעות עו"ד ע' מנור, עו"ד י' שמש ועו"ד ע' לייפר

נגד

נתבעים

1. אל על נתבי אויר לישראל בע"מ
- באמצעות ב"כ עו"ד ד' אברבנאל, עו"ד ש' רייכר, עו"ד ש' שיף
2. מיכאל פאולו לוי
3. מיקי מזר
4. ירחמיאל קוגל
5. רפיק סעיז
6. אלון דומניס מודן
7. מיכל גור שביט
8. דן הלפרן
9. עמוס שפירא
- באמצעות ב"כ עו"ד צ' אגמון, עו"ד ט' מישר ועו"ד י' קוולר

2

החלטה

1. לפני בקשה לאישור תביעה נגזרת שהגיש המבקש (להלן גם: "בר עם"), במסגרתה ביקש
2. להיכנס בנעלי אל על נתבי אויר לישראל בע"מ (להלן: "אל על" או "החברה") בתביעה נגד
3. מנכ"ל החברה והדירקטורים שכיהנו בה בשנים 2003-2006 (להלן ביחד: "נושאי המשרה"),
4. שהיא תקופה הרלוונטית לתביעה.
5. התשתית העובדתית בפרשה אינה נתונה במחלוקת של ממש:
6. בחודש פברואר 2006 פתחה הרשות להגבלים עסקיים של משרד המשפטים האמריקני
7. בחקירה, אשר בבסיסה חשד לתיאום מחירים בין חברות התעופה העוסקות בשירותי
8. הובלה אווירית של מטענים בשנים 2000-2006. במסגרת זו נחקרה גם החברה.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

- 1 בחודש מאי 2008 הודיעה החברה כי החליטה להפריש סכום של כ-20 מיליון דולר, על רקע
2 הניסיון להגיע להסדר מוסכם עם משרד המשפטים האמריקני.
- 3 ביום 21.1.2009 פרסמה החברה דיווח מיידני במסגרתו הודיעה כי דירקטוריון החברה אישר
4 התקשרות בהסדר טיעון עם רשויות האכיפה האמריקניות, במסגרתו תודה החברה כי
5 עברה על חוקי ההגבלים העסקיים בארה"ב ותתחייב לשלם קנס בסך 15.7 מיליון דולר.
6 לטענת המבקש, לצד ההליכים הפליליים נגד החברה הוגשה גם תובענה ייצוגית בארה"ב,
7 אשר הסתיימה בפשרה במסגרתה הסכימה החברה לשלם סך של 15.8 מיליון דולר ללקוחות
8 שרכשו שירותי הובלה אווירית של מטענים.
- 9 2. המבקש טוען כי המשיבים 2-8 שהיו הדירקטורים בחברה בתקופה הרלוונטית, ומשיב 9, מי
10 שהיה מנכ"ל החברה באותה תקופה, הפרו את חובת הזהירות שחבו לחברה, בכך שאפשרו
11 במודע או ברשלנות, את השתתפות החברה בקרטל.
- 12 3. מנגד טוענים המשיבים כי המשיב אינו עומד במבחנים הקבועים בחוק על מנת לייצג את
13 החברה כתובע נגזר, וכן כי באי כוח המבקש אינם ראויים לייצג את החברה בתביעה נגזרת
14 שכן הם נמצאים בניגוד עניינים חריף ופועלים בחוסר תום לב מובהק, שכן הם מנהלים
15 במקביל תביעה ייצוגית נגד החברה.
- 16 לגופו של עניין המשיבים טוענים כי לא נפל כל פגם בהתנהלות הדירקטורים בפרשה, וכי
17 הסדר הטיעון אליו הגיעו עם הרשויות בארה"ב היה שיקול מחושב של הסיכונים שבפניהם
18 עמדה החברה. לטענתם, גם מומחה חיצוני שמונה לבחון את העניין בהמלצת בית המשפט
19 הגיע לאותה מסקנה, ועל כן יש לדחות את הבקשה לאישור, הן על הסף והן לגופה.
- 20
- 21 **השתלשלות העניינים בתיק**
- 22 4. התביעה הנגזרת והבקשה לאישורה הוגשו ביום 22.3.2012; תשובות אל על ונושאי המשרה
23 לבקשה לאישור הוגשו ביום 15.7.2012; תשובת המבקש לתשובת המשיבים הוגשה ביום
24 14.10.2012.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

- 1 5. ביום 23.10.2012 התקיים דיון ראשון בתיק. לאחר ששמעתי את טענות הצדדים הצעתי כי
- 2 ימונה בודק חיצוני על ידי החברה, שיבחן אם יש מקום מבחינת החברה להגיש תביעה נגד
- 3 המשיבים ויביא את מסקנותיו בפני דירקטוריון החברה.
- 4 6. ביום 21.2.2013 מסרה החברה הודעה לבית המשפט, לפיה היא מינתה את עו"ד יוסי לוי
- 5 ממשדל לוי-מידן ושות' (להלן: "הבודק"), על מנת שיבחן את טענות התובע וימליץ אם יש
- 6 מקום להגשת תביעה מטעם החברה נגד יתר המשיבים אם לאו.
- 7 7. ביום 10.4.2013 הגישה אל על בקשה לסילוק התביעה על הסף. לטענתה, באי כוח המבקש
- 8 דכאן, הגישו בשם לקוח אחר (עמותת הצלחה - התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית
- 9 הוגנת-עמותת רשומה (להלן: "עמותת הצלחה" או "העמותה")) תביעה נגזרת ייצוגית נגד
- 10 אל על וחברות נוספות בבית המשפט המחוזי מרכז. בבקשה נטען כי ההגשה הכפולה
- 11 מעמידה את באי כוחו של המבקש בניגוד עניינם חריף ומעידה כי הם אינם עומדים בדרישת
- 12 תום הלב על מנת להיכנס לנעליה של החברה כבאי כוחו של תובע נגזר.
- 13 לאחר שהוגשה התגובה והתשובה לתגובה נקבע כי הבקשה לסילוק על הסף תידון בדיון
- 14 שהיה קבוע בתיק באותו מועד, אך בסופו של דבר נדחה הדיון בו להחלטה הסופית בבקשה
- 15 לאישור במסגרת הסדר טיעון אליו הגיעו הצדדים.
- 16 בהמשך אתייחס באופן ספציפי לבקשה לסילוק על הסף.
- 17 8. ביום 24.10.2013 הודיעה החברה שהבודק סיים את עבודתו. החברה לא צרפה את חוות
- 18 דעתו של הבודק, אלא רק את תמצית מסקנותיה, שעיקרם היו אלה:
- 19 לא נמצאו ראיות לביסוס מסקנה לפיה החברה היתה צד לתיאום מחירים אסור; לא ניתן
- 20 להסתמך על הסדר הטיעון והסכם הפשרה כראיה לכך שהחברה היתה צד לתיאום מחירים
- 21 אסור, ובוודאי שלא המשיבים 2-9; גם אם הייתה החברה צד לתיאום מחירים אסור,
- 22 המשיבים לא הפרו את חובת הזהירות שלהם כלפי החברה ולא התרשלו בתפקידם; לחברה
- 23 אין עילת תביעה נגד המשיבים; במצב דברים זה אין מקום להגשת תביעה נגד המשיבים,
- 24 והדבר יהיה בניגוד לטובת החברה.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

1 9. ביום 28.10.2013, ימים בודדים לפני מועד דיון ההוכחות הקבוע, הוגש לבית המשפט הסדר
2 דיוני, לפיו הצדדים מוותרים על חקירות בתיק, ויגישו את סיכומיהם בכתב, בהם יתייחסו
3 גם לבקשה לסילוק התובענה על הסף.

4 10. לאחר שהוגשו הסיכומים בכתב, הגישה החברה בקשה להוספת תשובה לסיכומי התשובה
5 של המבקש ולצרף אליה מוצג לפיו המניות שהוחזקו בנאמנות עבורו על ידי חברת אחזקות
6 בנאמנות של עובדי על אל בע"מ (להלן: "תאגיד העובדים") נתפסו ונמכרו על ידי כונס
7 נכסים שמונה לה. לאחר שהוגשה התגובה והתשובה לתגובה אתייחס לדברים בהרחבה
8 להלן.

9

10 עיקר טענות הצדדים

11 11. לטענת המבקש, תביעה זו היא למעשה תביעת המשך לתביעה שהוגשה על ידי מר אלבר
12 כהן ז"ל (ת"א (מחוזי ת"א) 1478/09 כהן נגד אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ). אלבר
13 כהן הקדים ופנה בפניה מוקדמת לדירקטוריון החברה עוד בחודש פברואר 2009 ולאחר
14 שהחליטה החברה שלא לתבוע את נושאי המשרה, הגיש תביעה נגזרת לבית המשפט
15 המחוזי (כבי' השופטת ד"ר ד' אבניאלי). התביעה נמחקה בסופו של דבר מחוסר מעש
16 לאחר שאלבר כהן נפטר ומשפחתו מכרה את מניותיו בחברה.

17 12. כאמור, המבקש טוען כי הדירקטורים ומנכ"ל החברה בעת הרלוונטית (משיבים 2-9)
18 הפרו את חובת הזהירות שלהם (ברשלנות או בפזיזות), בכך שגרמו, ולמצער לא מנעו
19 מהחברה להיות מעורבת בתיאום מחירים אסור בתחום ההובלה האווירית. סך הנזקים
20 הישירים שנגרמו לחברה, על פי טענת המבקש, הם 15.7 מיליון דולר ששולמו על ידי
21 החברה במסגרת הסדר הטיעון אליו הגיעה עם רשויות התביעה בארה"ב, ו-15.8 מיליון
22 דולר נוספים אותם התחייבה החברה לשלם במסגרת הסדר פשרה בתביעה ייצוגית
23 שהוגשה נגדה בארה"ב.

24 13. לטענת המבקש, ניתן ללמוד על נכונות טענותיו כבר מעצם העובדה שהחברה בחרה שלא
25 לצרף אף תצהיר מטעם המשיבים, אלא רק של יו"ר הדירקטוריון הנוכחי של החברה,



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

- 1 שכלל לא היה נושא משרה בעת הרלוונטית. המבקש הצביע גם על כך שהחברה לא
- 2 הכחישה את קיומו של הקרטל, ולמעשה לא התייחסה לגופו של עניין כלל.
- 3 14. לטענת המבקש, במסגרת הסדר הטיעון החברה הודתה במפורש בקיומו של קרטל שהיה
- 4 קיים לאורך זמן רב, ולא ייתכן שנושאי המשרה לא ידעו על קיומו; ואם לא ידעו, אזי
- 5 התרשלו בתפקידם.
- 6 15. כאמור לעיל, החברה מינתה מומחה בהמלצת בית המשפט על מנת לבחון אם יש מקום
- 7 להגיש תביעה מטעם החברה נגד נושאי המשרה. אולם לטענת המבקש, אין לבית המשפט
- 8 אפשרות לבחון את חוות דעתו של המומחה והאדנים עליה היא נשענת, שכן היא לא
- 9 הוגשה לבית המשפט.
- 10 16. לטענת המבקש, בהתאם למגמה בעולם, גם בית משפט זה התייחס לאחריותם הפיקוחית
- 11 של נושאי המשרה בחברה, שאף חורגת מהמישור האזרחי (המבקש הפנה לת"פ 410-02-
- 12 11 מדינת ישראל נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ (3.5.2012)). כך, נטען כי במקרה של כשל
- 13 כה משמעותי ומתמשך, אחריות הדירקטוריון למחדל מתבקשת. כך, מבחינת המבקש,
- 14 עומדות בפני המשיבים שתי אפשרויות - או שידעו על הקרטל; או שהתרשלו לחלוטין
- 15 בתפקידם.
- 16 17. החברה עתרה לדחיית הבקשה לאישור על הסף שכן לעמדתה המבקש אינו בעל מניות
- 17 בחברה ולא דירקטור בה, ועל כן, אינו עומד בדרישות חוק החברות על מנת להיות תובע
- 18 נגזר. כך, מניות התובע הן למעשה מניות שהוחזקו על ידי תאגיד עובדי אל על, והמבקש
- 19 הינו לכל היותר ה"נהנה" ממניות אלה בתנאים מסוימים. זאת ועוד, לטענת החברה,
- 20 מניות אלה נתפסו על ידי כונס נכסים שמכר אותן, וכך נותר המבקש אף ללא המניות
- 21 שלטענת החברה מלכתחילה לא הקנו לו מעמד של בעל מניה.
- 22 18. לגופו של עניין, החברה טענה כי כבר כאשר פנה מר אלבר ז"ל לחברה על מנת שזו תשקול
- 23 לתבוע את נושאי המשרה, הגיע דירקטוריון אל על למסקנה שלא יהיה זה לטובת החברה
- 24 לתבוע את הדירקטורים בקשר עם ההרשעה של החברה בארה"ב. לטענת החברה,
- 25 הדירקטוריון הגיע להחלטה זו לאחר שאסף את המידע הרלוונטי, בחן אותו, ושקל את
- 26 סיכויי התביעה והשלכותיה על החברה. ההחלטה שלא לתבוע את נושאי המשרה



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

- 1 הרלוונטיים התקבלה פה אחד - כולל על ידי הדח"צים בחברה. החברה הדגישה כי
2 כשקיבל הדירקטוריון את ההחלטה כאמור לעיל, כבר התחלפו כל נושאי המשרה
3 המשיבים בבקשת האישור, שכן כולם מונו לאחר שנת 2007 במהלכה עברה החברה
4 מידיים ממשלתיות לידיים פרטיות.
- 5 19. תשובת החברה נתמכה בתצהירו של מר עמיקם כהן, יו"ר דירקטוריון החברה (להלן:
6 "כהן"). כהן אמנם לא היה בחברה בתקופה שבה נטען כי החברה הייתה חלק מקרטל, אך
7 הוא לקח חלק פעיל וראשי בקבלת ההחלטות בחברה כשהוחלט להגיע להסדר טיעון עם
8 הרשויות בארה"ב, ולהתפשר במסגרת התובענה הייצוגית שם. כמו כן היה מעורב
9 בהחלטה שלא להגיש תביעה כנגד נושאי המשרה.
- 10 20. לטענת החברה, לאחר בירור מעמיק ויסודי שקיימה, לא נמצא בדל של ראייה לכך שמ
11 מנושאי המשרה צריך היה לדעת בזמן אמת על המעשים הנזכרים בהסדר הטיעון. על כן
12 אין כל עילה להגשת התביעה נגד נושאי המשרה.
- 13 למעשה, נטען כי הדירקטוריון פעל ללא דופי בתקופה הרלוונטית. כך למשל, בתקופה
14 שבין ינואר 2003 ופברואר 2006 התקיימו לא פחות מ-60 ישיבות דירקטוריון. כן נטען כי
15 בחברה היו נהלים מאוד ברורים באותה תקופה בנוגע לסטנדרט התנהגות המצופה
16 המעובדים, והיה מנגנון ביקורת פנימית אשר קיים לא פחות מ-120 ביקורות בתקופה
17 הרלוונטית. גם הבודק שמונה בהמלצת בית המשפט ביום 10.4.2013, לאחר שקיים
18 בדיקה עצמאית מקיפה, הגיע למסקנה שלא היה מקום להגיש תביעה נגד נושאי המשרה.
- 19 21. אשר להחלטה להגיע להסדר טיעון, החברה טענה שפעלה כפי שפעלה בעיקר מתוך כוונה
20 לגדר סיכונים. הדירקטוריון החליט לאשר את הסדר הטיעון מתוך הבנה שלאחר ניהול
21 הליכים במלואם (ובצידם העלויות הכרוכות בכך שהוערכו על ידי החברה בכ-10 מיליון
22 דולר), עלולה החברה לספוג קנס של עד 200 מיליון דולר.
- 23 22. בנוסף טענה החברה כי הדירקטוריון הגיע להחלטה שלא להגיש תביעה נגד נושאי
24 המשרה גם בשל שיקולים נוספים, כגון הרצון להימנע מפגיעה בתדמיתה של החברה.
25 חמור מכך, על מנת לזכות בתביעה כזו יהיה על החברה להוכיח כי אכן היה קרטל, דבר
26 שעלול לפגוע בה במדינות נוספות (שאינן ארה"ב).



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

23. במישור המשפטי, החברה טענה כי הדרך שבה יש לבחון את שיקול הדעת של דירקטוריון החברה היא תוך שימוש בכלל שיקול הדעת העסקי (BJR), לפיו בית המשפט לא יתערב בהחלטות הדירקטוריון כל עוד התרשם שהדירקטוריון קיבל את ההחלטה הרלוונטית כשהוא מיודע ונטול אינטרסים זרים. בענייננו, נטען כי הדירקטוריון קיבל את ההחלטה בנוגע לניהול הליכים נגד נושאי המשרה באופן שקול, מבוסס ומיודע, ותוך שהוא משוחרר מכל אינטרס זר או קשרים אישיים עם נושאי המשרה שלגביהם התקבלה ההחלטה.
- עוד במישור המשפטי, נטען כי הסדר הטיעון שנחתם בארה"ב אינו קביל בבית משפט בישראל, על כן אין רלוונטיות לסעיף 42 לפקודת הראיות, וממילא מדובר בהרחבת חזית, שכן הטיעונים בעניין זה עלו לראשונה בסיכומי המבקש.
- החברה טענה כי המבקש מנסה להחיל על נושאי המשרה סטנדרט התנהגות הנוגד מושכלות יסוד. כך, נטען כי המבקש מתייחס לאחריות נושאי המשרה כ"אחריות מוחלטת" למעשים לא חוקיים שבוצעו על ידי עובדי החברה - גישה שנדחתה שוב ושוב על ידי בתי המשפט בישראל ובארה"ב. לטענתה על המבקש להוכיח כי כל אחד מנושאי המשרה התרשל בתפקידו. עוד נטען כי בהגדרה, דירקטוריון חברה אינו מעורב בכל אחד מפרטי התנהלותה, והדבר נכון מקל וחומר בחברה בסדר גודל של אל על המעסיקה אלפי עובדים בעשרות מדינות.
24. טיעוני המשיבים 2-9 תואמים באופן כמעט מלא את טיעוני החברה. גם לטענת נושאי המשרה, הבקשה לאישור לא כוללת שמץ של ראיה לפיה מי מהם, ובוודאי שלא כולם, נטל חלק ב"תיאום האסור" או ידע עליו. נושאי המשרה הדגישו כי הפסיקה כבר קבעה כי אחריות דירקטורים היא דבר שיש להוכיח בנוגע לכל דירקטור באופן אישי, ולא ניתן להסתפק באמירות כלליות וכוללניות לפיהם כל נושאי המשרה התרשלו.
- ברמה הפרוצדוראלית, טענו נושאי המשרה שבניגוד לדרישת החוק, לא קדמה לתביעה פניה מטעם המבקש, ואין מקום לאפשר למבקש להישען בעניין זה על התביעה שהגיש מר אלבר כהן ז"ל כשלוש שנים לפני הגשת תביעה זו.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

- 1 לטענת נושאי המשרה הם כולם כבר סיימו את תפקידם כאשר החליט דירקטוריון
2 החברה להגיע להסדר טיעון עם הרשויות בארה"ב - שהוא הדבר היחיד שעליו מבוססת
3 התביעה. אלא שנושאי המשרה לא היו חלק מהליך קבלת ההחלטות שבסופו הוחלט
4 להגיע להסדר טיעון, אינם מודעים לשיקולים שעמדו בפני החברה, ובוודאי שאינם
5 אחראיים להם.
- 6 נושאי המשרה הדגישו בטיעוניהם כי הליך התובענה הנגזרת בא לעולם על מנת להתמודד
7 עם בעיית נציג של נושאי משרה בחברה שיימנעו מלפעול משפטית, בשם החברה, נגד
8 נושאי משרה המכהנים לצידם. אלא שבענייננו, הדברים אינם רלוונטיים, שכן כאשר היה
9 על נושאי המשרה בחברה לשקול אם להורות על הגשת תביעה נגד המשיבים 2-9, לא היה
10 אף אחד מהם עוד בחברה. הדבר היה נכון במועד הפנייה הראשונה של מר אלבר כהן ז"ל
11 לחברה, והוא נכון מקל וחומר בנוגע לגלגולה הנוכחי של התביעה. יצוין כי בסיכומי
12 התשובה מטעמו הפנה המבקש בעניין זה לרע"א 5296/12 **אנטורג נ' שטבינסקי**
13 (24.12.2013) אשר לטענתו דוחה את טענת החברה ונושאי המשרה בעניין זה, שכן גם שם
14 מונו דירקטורים "לא נגועים" אך בית המשפט קבע כי גם בנסיבות אלה, יש מקום
15 להתערבות בית המשפט בהחלטה ליתן פטור מאחריות לנושאי המשרה.
- 16 אשר לטענת המבקש לפיו נושאי המשרה לא הגישו כל תצהיר מטעמם, טענו נושאי
17 המשרה כי "המוציא מחברו עליו הראיה" ומכיוון שהבקשה לאישור לא כללה כל ראייה
18 נגד מי מנושאי המשרה, לא היה להם על מה להשיב. נושאי המשרה אף הצביעו על
19 הצהרת בא כוחם בבית המשפט בדיון שנערך ביום 23.10.2012 כי כל אחד מנושאי
20 המשרה מוכן להצהיר על פעילותו ואי ידיעתו אודות תיאום המחירים נשוא הסדר
21 הטיעון, אלא שהמבקש לא רק שדחה את הצעת ב"כ נושאי המשרה, אלא אף נמנע
22 מלחקור את המצהיר מטעם החברה. כך, גם בנוגע לדוח הבודק שמונה בהמלצת בית
23 המשפט, בחר המבקש שלא לחקור אודותיו, על אף שבית המשפט הורה שנציגי החברה
24 יתייצבו לדיון הבא בתיק, כשבאמתחתם דו"ח הבודק.
- 25 אשר לנזק, טענו נושאי המשרה שלא רק שלא הוכח כי נגרם לחברה נזק כלשהו, הרי שגם
26 מהתביעות שהגישו ב"כ המבקש עולה כי לא נגרם נזק לחברה כתוצאה מתיאום
27 המחירים. כך, בעוד שהתביעה הנגזרת היא על סכום כולל של 120 מיליון ש"ח, התרגום
28 לשקלים של הקנס ששולם בהסדר הטיעון והפשרה הייצוגית בארה"ב; הרי שהתביעה



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

1 הייצוגית שהוגשה לבית המשפט המחוזי מרכז על ידי ב"כ המבקש בשם עמותת הצלחה
2 היא על סך של 473 מיליון ש"ח שהחברה גבתה ביתר לכאורה. כך שעל פי טענות ב"כ
3 המבקש, הקרטל הצמיח לחברה רווחים בסך של 350 מיליון ש"ח.
4 נושאי המשרה טענו עוד כי "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה". היינו, כי אין
5 מקום לאפשר לחברה שהורשעה בדין לתבוע את נושאי המשרה בה. לטענת נושאי
6 המשרה, אין מקום לאפשר לחברה שלכאורה הייתה צד לקרטל והרוויחה מכך, לתבוע
7 את נושאי המשרה - שאפילו לגישת המבקש, לא היו מעורבים ישירות בקרטל.

8

9

דיון והכרעה

10 25. כאמור לעיל, ניתן לחלק את טיעוני הצדדים לטענות סף ולטענות לגופה של הבקשה. כפי
11 שיפורט להלן, מצאתי כי בנסיבות העניין יש לקבל את טענות הסף של המשיבים, ובפרט את
12 הטענה לפיה המבקש לא עמד בנטל להוכיח כי במועד הגשת הבקשה לאישור הוא היה "בעל
13 מניה" כנדרש על מנת להגיש תביעה נגזרת. בהמשך, ובבחינת מעבר לדרוש, מצאתי לנכון
14 להתייחס גם לשאלה אם ראוי ונכון בנסיבות העניין לאשר תביעה נגזרת, כאשר במקביל
15 מתנהלת תביעה ייצוגית על ידי אותו ב"כ; וכן לשאלת הסטנדרט שיש להחיל על החלטת
16 דירקטוריון שלא להגיש תביעה נגזרת נגד נושאי משרה.
17 יובהר כי הצדדים העלו שורה של טענות משפטיות שלא מצאתי לנכון להידרש להן, שכן
18 ההכרעה בהן אינה דרושה בענייננו.
19 כל ההדגשות בציטוטים שיובאו בפרק זה אינן במקור.

20

האם למבקש זכות לתבוע בתביעה נגזרת נוכח מצב החזקתו במניות החברה

21 26. כאמור, מחלוקת עיקרית בתיק נוגעת לשאלת היותו של המבקש, "בעל מניות" בחברה
22 באופן שמאפשר הגשת תביעה נגזרת. הבקשה לאישור נגד המשיבים הוגשה במקור בשנת
23 2009 על ידי מר אלבר כהן ז"ל (ת"א (מחוזי ת"א) 1478/09 כהן נ' אלעל נתיבי אויר לישראל
24 בע"מ (להלן: "התביעה המוקדמת")). אלבר כהן, שיוצג על ידי באי כוח המבקש בענייננו,



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

- 1 נפטר לאחר הגשת הבקשה לאישור אך בטרם נדונה התביעה. על פי האמור בבקשה לאישור,
2 יורשיו של אלבר כהן מכרו את מניות החברה שהיו ברשותו, ועל כן, נמחקה התביעה
3 המוקדמת מחוסר מעש.
- 4 27. כאמור, בחודש מרס 2012 הגיש המבקש את הבקשה לאישור, ובה נטען כי הוא מחזיק
5 11,242 מניות של החברה. נספח 1 לבקשה לאישור היה "העתק אסמכתא אודות אחזקות
6 המבקש במניות החברה". המסמך נושא את לוגו החברה ותאריך 16.5.2005, ומי שחתום
7 עליו היא "מנהלת התאגיד", ומפאת קוצרו וחשיבותו להליך אביאו במלואו:
- 8 **"הנדון: מניות חברת אל-על**
- 9 **לזכות התאגיד מחזיק[ק] ב-11,242 מניות של חברת אל-על, אשר תוכל להורות על מכירתן**
10 **עם תום תקופת החסימה ובהתאם לתקנון התאגיד.**
- 11 **שאר הפרטים מדווחים בחוזר המצורף להודעה זו.**" [החוזר לא צורף לבקשה לאישור - ח'
12 כ'].
- 13 לבקשת האישור לא צורף החוזר אליו מפנה האסמכתא, לא צורף תקנון תאגיד העובדים,
14 או כל מסמך אחר המבהיר במה מדובר, או מה מצב זכויות המבקש ביום הגשת הבקשה
15 לאישור.
- 16 28. כאמור החברה טענה כי תאגיד העובדים הוא זה שרכש את מניות החברה מהמדינה; וכל
17 עוד הוא החזיק בהן רק לו הייתה זכות להצביע מכוחן, לקבל דיבידנד בגינן ולשעבד אותן
18 במקרה הצורך. כך, טוענת החברה כי גם אם הייתה למבקש זכאות למניות, מדובר בזכות
19 אובליגטורית שלו כלפי תאגיד העובדים ובמנותק מהחברה.
- 20 29. החברה הפנתה גם לתקנון החברה ולתשקיף מדף שפרסמה. תקנון החברה (בסעיפים 11.1 ו-
21 11.2) קובע כי בעל מניה יהיה מי שמוגדר כבעל מניות על פי סעיף 177 לחוק החברות, ואף
22 מגדיר מפורשות שבמקרה של החזקה במניות בנאמנות, הנאמן הוא זה שמוכר כבעל מניה
23 ולא הנהנה בהתאם לאמור בסעיף 131(א) לחוק החברות.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

- 1 בנוסף טענה החברה בעניין זה כי מניות תאגיד העובדים נתפסו ונמכרו על ידי כונס נכסים
2 שמונה לתאגיד העובדים לאור בקשתו של בנק לאומי, שהלווה לתאגיד העובדים מלכתחילה
3 את הסכום הנדרש על מנת לרכוש את המניות. כך, ככל שהיה למבקש מעמד כלשהו, הוא
4 פקע מרגע שבו נתפסו המניות וממילא כשנמכרו לצד שלישי.
- 5 מעמד המבקש כתובע נגזר פוטנציאלי
- 6 31. אין מחלוקת בין הצדדים כי המועד הראשון הרלוונטי למעמד המבקש בענייננו הוא מועד
7 הגשת הבקשה לאישור, היינו יום 22.3.2012. הדבר עולה גם מניסוח סעיף 194(א) לחוק
8 החברות לפיו כל בעל מניות וכל דירקטור רשאים להגיש תביעה נגזרת בהתקיים תנאים
9 מסוימים.
- 10 32. סעיף 177 לחוק החברות קובע כי בעל מניה בחברה ציבורית הוא אחד מאלה:
- 11 **"(1) מי שלזכותו רשומה אצל חבר בורסה מניה**
12 **ואותה מניה נכללת בין המניות הרשומות במרשם**
13 **בעלי המניות על שם חברה לרישומים;**
14 **(2) מי שרשום כבעל מניה במרשם בעלי המניות;**
15 **(3) מי שאוחז בשטר מניה."**
- 16 33. כבר בתשובות החברה ונושאי המשרה לבקשה לאישור התביעה הנגזרת טענו המשיבים כי
17 המסמך שצורף לבקשה לאישור אינו מעיד על בעלות במניות החברה - כך הלינו המשיבים
18 כי המבקש אינו מחזיק במניות באופן ישיר, ובכל מקרה האסמכתא שהגיש המבקש הינה
19 בת כמעט 7 שנים וממילא אינה רלוונטית עוד. בתשובה לתשובות בחר המבקש שלא
20 להתמודד עם טענת המשיבים בהקשר זה. במקום לצרף אסמכתא עדכנית לתשובה לתגובה
21 (על אף שהמקום הראוי להגשה מלכתחילה היה ביחד עם הבקשה לאישור), הוא שב
22 והצהיר כי הוא בעל מניות בחברה.
- 23 המבקש לא התמודד גם עם טענות המשיבים לפיהן הוא אינו מחזיק במניות אלא רק בזכות
24 אובליגטורית להורות על מכירת מניות בתום תקופת החסימה (שאינה ידועה) ובהתאם
25 לתקנון תאגיד העובדים (שלא צורף לבקשה לאישור).



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

- 1 34. בתנ"ג (מחוזי ת"א) 20087-11-11 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' זקן חמו
2 (14.6.2012) (להלן: "עניין זקן חמו") עסק בית המשפט (כב' השופטת ר' רונן) בשאלה
3 המקדמית של מעמדו של מי שמבקש להגיש תביעה נגזרת, כאשר מנייתו מוחזקות
4 בנאמנות על ידי אחר (במקרה ההוא - על ידי הוריו של המבקש). בית המשפט קבע כי לצורך
5 הגשת תביעה נגזרת, אין לראות במי שמנייתו מוחזקות עבורו בנאמנות כבעל מניה. בעניין
6 בן חמו הפנה בית המשפט לשורת מקורות בפסיקה ובספרות (ראו למשל: רע"א 2549/09
7 חברת אי סי אם יצרני מיזוג אויר בע"מ נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ (28.7.2010) בפסקאות
8 11-10; פרופ' י' גרוס חוק החברות החדש (מהדורה רביעית, 2007) בעמ' 299-300) מהם
9 עולה במפורש כי רק בעל מניות הרשום בעצמו במרשם בעלי המניות או באמצעות חברה
10 לרישומים אצל חבר בורסה ייחשב כבעל מניות.
- 11 35. במסגרת סיכומי התשובה שלו, טען המבקש בקצרה וללא פירוט, כי יש לראות בתאגיד
12 העובדים חברה לרישומים ונטען כי הוא מהווה מרשם בעלי מניות כאמור בסעיף 177 בחוק
13 החברות.
- 14 חוק החברות מפנה לחוק ניירות ערך להגדרת "חברת רישומים" (סעיף 1 לחוק החברות).
15 חוק ניירות ערך קובע כי חברת רישומים היא "חברה שעיסוקה היחיד הוא החזקת ניירות
16 ערך בעד אחרים, וכן כל תאגיד אחר שקבע שר האוצר בהתייעצות עם הרשות" (סעיף 1
17 לחוק ניירות ערך).
- 18 כאמור, המבקש לא צרף את תקנון תאגיד העובדים, לא לבקשה לאישור ואף לא לסיכומיו.
19 מי שצרף את התקנון הייתה החברה שצרפה אותו לסיכומיה. קריאה של תקנון תאגיד
20 העובדים, אינה מותירה מקום לספק כי היא אינה מתאימה להגדרת חברת רישומים. כך
21 למשל, סעיף 4 לתקנון תאגיד העובדים קובע כי בין מטרות החברה גם:
- 22 "4. לנצל את המניות המוחזקות על ידו [התאגיד - ח' כ'] במטרה לנקוט בכל
23 הדרכים הדרושות כדי להגן על ערך המניות, כדי לקדם את שגשוגה של חברת
24 אל-על וכדי לשמור על מקום העבודה, ולצורך כך לקחת חלק בישיבות של בעלי
25 מניות ו/או מנהלים ו/או דירקטוריון של חברת אל-על, ככל שהחזקה של
26 התאגיד במניות אל-על מקנה זכות כזאת, ותוך מעורבות בכל דרך שהיא בניהול
27 חברת אל-על במטרה לשמור על מקום העבודה וזכויות העובדים."



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

- 1 הסעיף המצוטט לעיל הוא רק דוגמא. מקריאת תקנון תאגיד העובדים ברור לחלוטין כי אין
2 מדובר בחברת רישומים או "מרשם בעלי מניות" בעל אופי טכני. התאגיד מקבל את
3 הדיבידנדים ועושה בהם שימוש, מצביע באסיפות בעלי המניות וכיוצ"ב. מדובר אם כן בגוף
4 שנועד להיות בעלים אקטיבי או לכל הפחות נאמן אקטיביסטי לטובת עובדי החברה - אך
5 בוודאי לא חברה לרישומים.
- 6 בהקשר זה יצוין כי סעיף 131(א) לחוק החברות קובע כי "בעל מניה שהוא נאמן ידווח על
7 כך לחברה, והחברה תרשום אותו במרשם בעלי המניות, תוך ציון נאמנותו, ויראו אותו
8 לענין חוק זה כבעל מניה." גם תקנון חברת אל-על קובע בסעיף 11 מיישר קו עם רשם
9 החברות וקובע במפורש כך:
- 10 "11.1 בעל מניה בחברה הוא מי שרשום כבעל מניה במרשם בעלי המניות, מי
11 שלזכותו רשומה אצל חבר בורסה מניה ואותה מניה נכללת בין המניות הרשומות
12 במרשם בעלי המניות של החברה על שם חברה לרישומים, ומי שאוחז בשטר
13 מניה שהוצא על ידי החברה, אם הוצא.
- 14 11.2 בעל מניות שהוא נאמן יירשם במרשם בעלי המניות, תוך ציון נאמנותו ויראו
15 אותו כבעל מניה. החברה לא תכיר בזכות למניה המבוססת על כללי היושר
16 (EQUITY) או בזכות מותנית עתידית או חלקית או בזכות אחרת כלשהי בקשר
17 למניה פרט לזכות הנאמן שהינו הבעלים הרשום כאמור לעיל."
- 18 36. בנסיבות העניין, נראה כי אין דרך להימנע מלקבוע כי בעת הגשת הבקשה לאישור, המבקש
19 לא היה בעל מניה בחברה, ועל כן אין באפשרותו לתבוע בשם החברה כתובע נגזר. כך, אין
20 עוד רלוונטיות לשאלה, מה משמעות העובדה שהמניות האמורות נתפסו, ככל הנראה, בשלב
21 כלשהו על ידי כונס נכסים ונמכרו לצד שלישי, וגם אין משמעות לעובדה שהמבקש רכש
22 מניות של החברה בשלב הסיכומים בתיק. התובע אמנם טען שוב ושוב כי אין ספק באשר
23 להיותו בעל מניות, אולם לא גיבה טענה זו בכל מסמך פרט לתצהירו. כאמור, ההחזקה
24 אליה מתייחס אותו מסמך שהונפק כנראה על ידי התאגיד העובדים בשנת 2005, אין די בה
25 - גם אם הייתה קיימת במועד הגשת הבקשה לאישור, על מנת להפוך את המבקש ל"בעל
26 מניות".



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

- 1 37. בעניין זקן חמו קבע בית המשפט כי בניגוד להסדר הקיים בחוק תובענות ייצוגיות המאפשר
2 להחליף תובע ייצוגי בנסיבות מסוימות, אין הסדר מקביל בחוק החברות בנוגע לתובענות
3 נגזרות. כך, שבמקרה שבקשה לאישור תביעה נגזרת מוגשת על ידי תובע שאינו מתאים, אין
4 אפשרות להמשיך לדון בה, גם אם מדובר בעילה ראויה. נדמה כי לאור הקרבה המבנית
5 והרעיונית בין מוסד התביעות הייצוגיות למוסד התביעות הנגזרות, יש הגיון בהכנסת מנגנון
6 דומה לתובענות נגזרות, אולם זה כבר עניינו של המחוקק.
- 7 38. יכולתי להפסיק את הדיון בשלב זה לאור קביעתי בטיעון לעיל; אולם הואיל והצדדים העלו
8 מספר סוגיות עקרוניות שהצדיקו התייחסות, מצאתי לנכון לטפל בהן בקצרה ובתמציתיות.
9 כך, לא מצאתי לנכון להתייחס לרוב טיעוני הצדדים, שכן מדובר בטענות תיאורטיות שאינן
10 רלוונטיות להכרעה בענייננו.

11 הגשת תביעה נגזרת ותביעה ייצוגית במקביל באותה עילה

- 12 39. ביום 11.4.2013 הגישה החברה בקשה לסילוק התביעה והבקשה לאישור על הסף. לטענת
13 החברה, בעת שהיה ההליך דנא כבר תלוי ועומד והחברה פעלה לאיתור מומחה לבחינת
14 התנהלות הדירקטוריון, הוגשה נגד החברה תובענה ייצוגית בבתי המשפט המחוזי מרכז
15 (ת"צ 10538-02-13 בפני כב' השופט ע' גרוסקופף) (להלן: "התביעה הייצוגית"). התביעה
16 הייצוגית הוגשה על ידי על ידי עמותת הצלחה ובאי כוחה הם באי כוחו של בר עם. העילה
17 שבגינה הוגשה התביעה ייצוגית, בדומה לתובענה דנא, הינה הסדר הטיעון אליו הגיעה
18 החברה עם משרד המשפטים האמריקני.
- 19 40. בבקשה לאישור התביעה הייצוגית, שהוגשה נגד אל על ושלוש חברות תעופה נוספות,
20 הוגדרה הקבוצה כ"כל לקוחות המשיבות (בישראל או מחוצה לה) אשר שילחו מטענים
21 לישראל (למעט מארה"ב) או מישראל (למעט לארה"ב) בתקופה שתחילתה היא לכל
22 המאוחר 1 בינואר 2000 ועד מועד סיום הקרטל, שהינו לכל המוקדם ביום 14 בפברואר
23 2006". הנזק שנטען כי אל על גרמה ללקוחותיה הסתכם בסך של 473 מיליון ש"ח.
- 24 41. לטענת החברה, הגשת הבקשה לאישור מציבה את ב"כ המבקש בניגוד עניינים חריף, שכן
25 במסגרת התביעה הנגזרת הם מבקשים להיכנס בנעליה של החברה ולתבוע את נושאי
26 המשרה בה; ואילו בתובענה הייצוגית הם מבקשים לתבוע את החברה. בנוסף, החברה



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

- 1 טוענת כי יש בהגשה הכפולה כדי להעיד על חוסר תום ליבם של ב"כ המבקש. כך, נטען כי
2 על מנת להוכיח את התביעה הנגזרת יהיה על ב"כ המבקש להוכיח, בין היתר, כי החברה
3 ביצעה מעשים של תיאום מחירים – מה שישורת את טענות התובעים את החברה בתביעה
4 הייצוגית, שם נתבעת החברה בסכום הגבוה בהרבה מהסכום אותו היא מבקשת לתבוע
5 בתביעה הנגזרת מנושאי המשרה.
- 6 42. המבקש השיב כי בבקשת הסילוק מנסה החברה לשנות סדרי עולם, שכן הגשת תביעה נגזרת
7 במקביל לתביעה ייצוגית בגין אותה עילה היא פרקטיקה מקובלת.
- 8 אשר לאינטרסים של החברה, לטענת המבקש מאחר שהחברה כבר הודתה בביצוע הקרטל,
9 הסיכויים לאישור התביעה הייצוגית נגדה הינם גבוהים, ובנסיבות אלה, חשובה התביעה
10 הנגזרת אף יותר, שכן זו הדרך הפתוחה בפני החברה לקבל חזרה חלק מהסכום אותו תיאליץ
11 לשלם במסגרת התביעה הייצוגית - כך שמבחינת החברה, אין כאן ניגוד עניינים כלל.
- 12 43. שאלה נכבדה היא האם ניתן, רצוי וראוי לאפשר לאותו עורך דין לשמש, בד בבד, הן כבא-
13 כוחו של תובע נגזר המבקש לפעול בשם החברה נגד נושאי המשרה שפגעו בטובתה, והן
14 כבא כוחו של תובע מייצג המבקש לייצג קבוצה של תובעים (כגון בעלי מניות, עובדים או
15 לקוחות של החברה) נגד החברה ונושאי המשרה - במקביל וביחס לאותו עניין.
- 16 44. כידוע, משניתן אישורו של בית המשפט להגשת תביעה נגזרת, במסגרת התביעה גופה,
17 התובע הנגזר ובא-כוחו מייצגים את החברה ומנהלים את התביעה בשמה ולטובתה.
18 בהתאם קובע סעיף 198(א) לחוק החברות כי בית המשפט יאשר את הגשתה של תביעה
19 נגזרת רק "אם שוכנע כי לכאורה התביעה וניהולה הן לטובת החברה וכי התובע אינו פועל
20 בחוסר תום לב". ואולם, כאשר לבא-כוחו של התובע הנגזר קיים אינטרס נוגד, למשל,
21 כאשר הוא מייצג לקוח אחר - באותו עניין - נגד החברה, עשוי להתעורר חשש כי ניהול
22 התביעה הנגזרת לא יהיה לטובת החברה.
- 23 בא-כוחו המייצג של התובע הנגזר עשוי חלילה לנווט את ניהול התביעה הנגזרת תוך שקילת
24 שיקולים זרים הנוגעים לתובענה הייצוגית המתנהלת במקביל. זאת ועוד, ניתן להעלות
25 קשיים מעשיים נוספים הנובעים מכך. למשל, במסגרת התביעה הנגזרת ובהיותו מייצג את



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

- 1 החברה עשוי להיחשף בא-כוח התובע הנגזר למידע שישמש בתביעתו הייצוגית נגד החברה -
2 וזאת כמובן לא יהיה לטובתה.
- 3 45. עד כה, בתי המשפט בישראל טרם נדרשו בהרחבה לעניין זה. כך למשל, בע"א 2967/95 **מגן**
4 **וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ**, פ"ד נא(2) 312, 324 (1997) קבע בית המשפט
5 בקצרה כי ההבחנה בין תביעה ייצוגית לנגזרת היא מהותית וכי בנסיבות מסוימות הן
6 יכולות לדור זו לצד זו, כתלות בטיב התביעה ונסיבותיה, אולם בפסק הדין אין התייחסות
7 למעמד באי כוח התובעים. כך, גם בפסקי דין נוספים נדונה ההבחנה בין המקרים
8 המתאימים לתביעה ייצוגית ואלה המתאימים לתביעה נגזרת (או גם וגם), אך גם הם ללא
9 התייחסות מפורשת לעניין באי כוח התובעים וממילא מדובר בהם בתביעות שמגישים בעלי
10 מניות בחברה (ראו למשל: ע"א 2718/09 **"גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ**
11 3506/09 **צאיג נ' קסלמן וקסלמן רואי חשבון** (4.4.2011); ע"א 3051/98
12 **זרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ** (9.9.2004)). בענייננו לעומת זאת, במקביל לתביעה
13 הנגזרת הוגשה תביעה ייצוגית בשם לקוחות החברה ולא בעלי המניות בחברה.
- 14 בפסיקת בתי המשפט בארה"ב ניתן לזהות גישות שונות בנדון. כך, לדוגמא, במקרים
15 מסוימים (ובמדינות מסוימות) נפסק כי אין מניעה שאותו בא כוח יפעל בשני המסלולים
16 במקביל (ראו, למשל: **Gonzalez v. ; Dollens v. Zions**, U.S. Dist. (N.D. Ill. 2001)
17 **Chillura**, 892 So. 2d 1075 (Fla. App. 2004)). ולעומת זאת, במקרים אחרים, בתי
18 המשפט דווקא התנגדו לניגוד העניינים הקיים בין הייצוג בתביעה ישירה נגד החברה ובין
19 ייצוג החברה, במסגרת תביעה נגזרת (ראו, למשל: **In re Continental Illinois Securities**
20 **In re Prosser**, U.S. Dist. (D.V.I. Jan.) ; *Litigation*, 750 F. Supp. 868 (N.D. Ill. 1990)
21 (6, 2012).
- 22 46. בשאלה האם אותו תובע (להבדיל מבא-כוח התובע) יכול להגיש גם תביעה נגזרת בשם
23 החברה וגם תביעה ייצוגית נגדה, במקביל וביחס לאותו עניין, לאור ניגוד העניינים העשוי
24 להתעורר בשל כך, נפסק במספר מקרים בארה"ב כי לא תאושר הבקשה להגשת תביעה
25 נגזרת מקום בו נדמה כי היא נועדה או עשויה לשמש אמצעי למינוף בהליכים אחרים
26 ותביעות ישירות שיש למבקש נגד החברה (ראו, למשל: **Owen v. Modern Diversified**



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

1 **Scopas Tech. Co. v. Lord, No. ; Indus., Inc., 643 F.2d 441, 443 (6th Cir. 1981)**
2 .(7559, 1984 WL 8266

3 47. כאמור לעיל, הבקשה לאישור שהגיש המבקש בענייננו, אינה יכולה להתקבל בשל העובדה
4 שאינו עומד בתנאי הסף - שכן בעת הגשת הבקשה לאישור הוא לא היה בעל מניות או
5 דירקטור בחברה. על כן, אינני נדרש לקבוע מסמרות בעניין זה, שכן הוא אינו דרוש להכרעה
6 בתיק. עם זאת, מצאתי לנכון לציין כי אני רואה קושי רב באישור תביעה נגזרת במקרה שבו
7 אותו עו"ד מייצג גם תובעים נגד החברה. כך, אם תאושר התביעה הנגזרת, יהפוך ב"כ
8 המבקש לבא כוחה של החברה, גם אם החברה עצמה התנגדה לכך. מאותו שלב, הוא חב לה
9 את מלא חובת הנאמנות שחב כל עו"ד ללקוחותיו, גם אם במקרה זה המייצג נכפה למעשה
10 על המיוצג. כך, בהחלט ייתכן שיהיה מצב בו ייחשף ב"כ התובע הנגזר למידע הקשור לחברה
11 אותה הוא מייצג, שעשוי לסייע לו במסגרת התביעה בה הוא בצד התובע והחברה נתבעת.

12 כך, בסיכומי התשובה שהגיש המבקש הגיב כך לטענת נושאי המשרה לפיה לא עמד בדרישת
13 הפסיקה להוכיח, ולו לכאורה, קיומה של רשלנות בנוגע לכל אחד מנושאי המשרה בנפרד:
14 **"את השאלה בדבר אחריותו האינדיבידואלית והמדויקת של כל משיב, לנזקים שנגרמו**
15 **לחברה, יש להותיר לשלב הדיון בתובענה הנגזרת גופה (ככל שבקשת האישור תתקבל),**
16 **שאז יתאפשר למבקש להיכנס בנעלי החברה, דבר שיגרום לצמצום דרמטי של פערי**
17 **המידע בין הצדדים ולאפשר מעשית ללמוד אודות פועלו המדויק של כל משיב ומשיב".** כך
18 גם לגישתו של ב"כ המבקש, אישור התביעה הנגזרת, יכניס אותם לנבכי ענייניה של החברה,
19 דבר שאינו עומד בקנה אחד עם האינטרסים שלה, שעה שאותם עורכי דין מייצגים את מי
20 שתובעים את החברה, בגין אותו עניין, בתביעה על סך 473 מיליון ש"ח.

21 **מה משקלה של חוות דעתו של הבודק במקרה זה**

22 48. עניין נוסף הדורש התייחסות בענייננו, הוא חוות דעתו של הבודק שמונה על ידי החברה על
23 מנת לבדוק אם יש מקום, בנסיבות העניין להגיש תביעה על ידי החברה. הבודק סיים את
24 תפקידו והגיע למסקנה שאין מקום להגיש תביעה נגד משיבים 2-9. כך, קבע הבודק כי לא
25 נמצאו ראיות לביסוס המסקנה לפיה החברה הייתה צד לתיאום מחירים אסור; אף לו היה
26 תיאום מחירים, נושאי המשרה לא התרשלו ולא הפרו את חובת הזהירות שהם חבים



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

- 1 לחברה; לחברה אין עילת תביעה נגד נושאי המשרה; ושהגשת התביעה תפגע באינטרסים
2 של החברה.
- 3 כאמור, דו"ח הבודק לא הוגש לעיונו של בית המשפט על ידי החברה, אולם גם המבקש לא
4 עמד על זכותו לחקור את הבודק, או לפחות לבקש לעיין בחוות דעתו.
- 5 אודה כי התנהלות שני הצדדים בעניין זה אינה ברורה לי. כך, כבר הבעתי את דעתי בעבר על
6 ועדות תביעות בלתי תלויות שממונות על ידי דירקטוריון על מנת לבחון אפשרות להגיש
7 תביעה נגד נושאי משרה בחברה (SLC – special litigation committee) (ראו: תנ"ג 32690-
8 10-11 גוטליב נ' איילון אחזקות בע"מ (3.9.2012) (להלן: "עניין גוטליב"); וכך ה"פ 23126-
9 06-13 מרקעי תקשורת בע"מ נ' גילת רשתות לוויין בע"מ (28.11.2013)).
- 10 הפרקטיקה של הקמת ועדות תביעה בלתי תלויות, מקובלת בדין התאגידי בארה"ב. שם
11 מדובר בדרך כלל בגוף פנימי, ועדת משנה של הדירקטוריון של תאגיד, שמטרתה לבחון
12 טענות בעניין תביעות נגזרות של בעלי מניות כנגד חברי דירקטוריון אחרים. באופן רגיל
13 בארה"ב, חברי ועדות מסוג זה הינם דירקטורים, שלא היו מעורבים בפרשה נשוא התביעה
14 הנגזרת, ואין להם ענין אישי בהחלטה אם להגיש תביעה נגד נושאי המשרה. על פי רוב
15 מדובר בדירקטורים שהצטרפו לדירקטוריון לאחר התרחשות האירועים המדוברים נשוא
16 התביעה הנגזרת (ולעיתים אף צורפו במיוחד לשם הקמת ועדת התביעות) ובדירקטורים
17 הבלתי תלויים או הדירקטורים החיצוניים של החברה. הועדה נתמכת בדרך כלל במומחים
18 משפטיים או פיננסיים (או גם וגם) החיצוניים לחברה ושאינם תלויים בה. לאחר עבודתם
19 ובחינת הטענות, חברי הועדה יכולים להחליט האם לפעול להגשת תביעה, להגיע להסכמות
20 כאלו ואחרות עם הנתבע או לזנוח את טענות התביעה לכאורה.
- 21 בעניין גוטליב התייחסתי בהרחבה למוסד ה-SLC, מקורותיו בארה"ב והגישות השונות שם
22 בקשר ליישום שלו. בנוסף התייחסתי שם לאופן שבו יש לבחון את מסקנות ועדה שכזו
23 בישראל, במידה ובכלל המקרה המדובר מתאים למינויו של ועדה שכזו (בפסקה 97):
- 24 **"... ראשית יש לבחון במסגרת השלב הראשון את עצמאות, תום לב וסבירות**
25 **ההחלטה – באמצעות בחינה של נקיטת פרוצדורות ומאמצים כנים של הוועדה.**
26 **רק לאחר מכן, ולאחר שבית המשפט יתרשם מהממצאים שיעלו במסגרת השלב**



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

- 1 הראשון, תיגזר החומרה של הבחינה המהותית של החלטות הוועדה על ידי בית
2 המשפט. ככל שתום ליבה של הוועדה יוטל בספק, כך יבחן בית המשפט בחומרה
3 יתירה את ממצאיה וייטה שלא לאשר את החלטותיה, ולהיפך. הנטל להוכחת
4 תום הלב, היעדר ניגוד עניינים, עצמאות ומאמצי הוועדה לחתור לחקר האמת
5 מוטל על החברה."
- 6 49. בענייננו, החברה בחרה שלא להגיש את חוות דעתו של הבודק לעיונו של בית המשפט,
7 ובוודאי שלא העבירה אותה לעיונו של המבקש. בנסיבות אלה, בהן לא ניתנה לבית המשפט
8 האפשרות לבחון מה עמד בפני הבודק, למותר לציין כי אין באפשרות בית המשפט להתייחס
9 מהותית להחלטת הבודק, וזאת מבלי להטיל דופי בעבודתו ויושרו המקצועי. על כן, משקלה
10 של בדיקת הבודק הוא נמוך מאוד.
- 11 אם אמרתי שמשקלה הראייתי של בחינת הבודק שמונה על ידי אל על נמוכה ולא אפסית
12 לחלוטין, הרי זה בגלל התנהלותו של המבקש. בדיון שהיה אמור להתקיים בתיק ביום
13 31.10.2013 היו אמורים נציגי החברה להגיע לדיון כשבידם הדוח מכוח החלטה מפורשת של
14 בית המשפט מיום 28.10.2013. המבקש יכול היה לבקש לזמן את הבודק, לקבל את חוות
15 דעתו, ואת ההזדמנות לחקור אותו. אולם, תחת הפעלת זכויותיו אלה, בחר ב"כ המבקש
16 לוותר על חקירת המצהירים ולהגיע להסדר דיוני עם המשיבים לפיו לא יתקיימו חקירות
17 בתיק. בכך, מנע המבקש מעצמו את האפשרות לעיין בדוח ולהעמיד את האמור בו לבחינה
18 עיונית.
- 19 **האם עמד המבקש בנטל המוטל עליו בשלב בקשת האישור**
- 20 50. אני מוצא לנכון להזכיר כי בבואו של בית המשפט להכריע אם לאשר את התביעה הנגזרת
21 עליו לבחון, בראש ובראשונה, לא את פועלם של משיבים 2-9 בתקופת קיומו של אותו קרטל
22 לכאורה, ואף לא את פועלם של נושאי המשרה שקיבלו את ההחלטה לחתור להסדר טיעון
23 עם רשויות התביעה בארה"ב; **בית המשפט נדרש לבחון את שיקול הדעת שהפעיל**
24 **דירקטוריון החברה כאשר הכריע שהחברה לא תתבע את אותם נושאי משרה.**
- 25 51. כבר נכתב לא מעט בבתי המשפט בישראל על הסטנדרט שבו נהוג לבחון החלטות הנהלת
26 חברה באופן כללי. כך, בהדרגה, אימץ בית המשפט הישראלי את כלל אי ההתערבות (BJR –



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

- 1 (Business Judgment Rule), הקובע כי בית המשפט יימנע בהתערבות בהחלטות שהתקבלו
2 בחברות, ובלבד שהתקבלו באופן מיוזע ובתום לב.
- 3 בתנ"ג (מחוזי ת"א) 12-02-32489 אלטמן נ' אורמת תעשיות בע"מ (3.10.2013) (להלן:
4 "עניין אלטמן") התייחס בית המשפט (כב' השופטת ר' רונן) באריכות לאימוצו של ה-BJR
5 במשפט הישראלי, ובאופן ספציפי להחלטת דירקטוריון שלא להגיש תביעה נגד נושאי
6 משרה בחברה:
- 7 "18. כלל שיקול הדעת העסקי מבוסס בין היתר על ההנחה כי דירקטוריון החברה
8 הוא גוף מתאים יותר מאשר בית-המשפט לקבל החלטות עסקיות של החברה.
9 אכן, כאשר מדובר בשאלה של הגשת תביעה בשם החברה, אין לדירקטוריון
10 החברה עדיפות מובנית על פני בית-המשפט בהערכת סיכויי התביעה - להיפך.
- 11 יחד עם זאת, אני סבורה כי גם כאשר מדובר בהחלטה של החברה אם להגיש
12 תביעה אם לאו, יש מקום לתחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי. כך, החלטה של
13 החברה להגיש תביעה, היא החלטה שמביאה בחשבון את שאלת סיכויי התביעה,
14 אולם היא לוקחת בחשבון גם שיקולים נוספים. במסגרת זו, נשקלים שיקולים
15 כמו העלות הכספית של ניהול התביעה; המחיר של ניהול התביעה במשאבים של
16 כוח אדם של החברה; ההשפעה האפשרית של ניהול החברה על שמה של החברה
17 ועל המוניטין שלה; ההשפעה של ניהול החברה על קשריה של החברה עם
18 הנתבעים הפוטנציאליים ועוד כהנה וכהנה שיקולים שאינם קשורים באופן ישיר
19 בשאלת הסיכוי כי התביעה תתקבל. שיקולים אלה הם שיקולים שראוי ונכון
20 שיישקלו על ידי דירקטוריון החברה."
- 21 ...
- 22 20. ודוק - אינני סבורה כי במסגרת בחינת שיקול הדעת של הדירקטוריון
23 בהחלטתו אם להיענות לדרישת המבקש להגיש תביעה, צריך בית-המשפט
24 להחליט האם הוא עצמו היה מקבל את התביעה לו הוא היה דן בה לגופה. המידע
25 ביחס לשאלה איך היה בית-המשפט מחליט בפועל, לו היה מתקיים דיון ענייני



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

- 1 בפניו, איננו מידע שהיה בפני הדירקטוריון כאשר הוא קבל את ההחלטה, וכמובן
2 לא היה יכול להיות בפניו.
- 3 לכן, לצורך בחינת סבירות החלטתו של הדירקטוריון, על בית-המשפט לבחון את
4 עילת התביעה בעיניהם של הדירקטוריון ושל יועציו המשפטיים, לפני שהיא
5 הוגשה לבית-המשפט. על בית-המשפט לבחון האם – לאור הבסיס העובדתי
6 והמשפטי של התביעה הפוטנציאלית - ניתן היה לקבוע כי סיכוייה של תביעה
7 כזו להתקבל הם גבוהים אם לאו; והאם לאור סיכויי התביעה, סכום התביעה
8 והסיכונים הכרוכים בהגשתה, הייתה ההחלטה שלא להגיש את התביעה –
9 החלטה שמצויה בתוך גדרי מתחם הסבירות."
- 10 52. כך, בעניין אלטמן, בית במשפט אימץ סטנדרט שניתן לקרא לו "BJR מרוכך", במקרים בהם
11 נדרש דירקטוריון החברה להכריע באשר להגשת תביעה נגד נושאי משרה בחברה. כך, אמנם
12 ניתן מקום רחב לשיקול דעתו של דירקטוריון החברה בזמן אמת, אולם פרט לבחינת היותו
13 מיוזע ותם לב, בוחן בית המשפט גם את סבירות ההחלטה שלא להגיש את התביעה.
- 14 אני שותף לעמדה שהביע בית המשפט בעניין אלטמן, שכן, החלטת דירקטוריון בנוגע
15 להגשת תביעה נגד נושאי משרה, גם אם אין בין מקבלי ההחלטה כאלה הנגועים בעניין
16 אישי, היא החלטה מורכבת, שבה מתבקשים להכריע חברי הדירקטוריון אם לתבוע את מי
17 שיושבים על ידם, או מי שישבו על כיסאם לפניהם.
- 18 53. בענייננו, החברה צרפה לתשובתה לבקשת האישור תצהיר מטעמו של יו"ר דירקטוריון
19 החברה דהיום, מר עמיקם כהן. כאמור, מדובר במי שהחל את תפקידו לאחר התקופה בה
20 נטען כי החברה לקחה חלק בתיאום המחירים. בתצהירו התייחס כהן ארוכות להחלטת
21 החברה שלא להגיש תביעה נגד נושאי המשרה - והליכי החקירה והדיונים שקדמו להחלטה
22 זו.
- 23 בעיני, תצהירו של יו"ר החברה עוסק בליבה של הבקשה לאישור, שכן בשלב זה בית המשפט
24 אינו נדרש לבחון את התנהלות נושאי המשרה בתקופת הקרטל הנטענת, אלא את שיקול
25 דעתו של הדירקטוריון בהחלטתו שלא לתבוע את המשיבים 2-9 בגינו. בניגוד לעמדת
26 המבקש, התרשמתי כי יו"ר הדירקטוריון הוא האיש הנכון להצהיר בעניין זה, שכן הוא היה



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

- 1 גורם בכיר בקבלת ההחלטות הרלוונטיות - ההחלטה להגיע להסדר טיעון ולהסכם פשרה
2 בתביעה האזרחית, וההחלטה שלא לתבוע את נושאי המשרה מהתקופה הרלוונטית.
- 3 המבקש בחר שלא לחקור את מר כהן על תצהירו. כך, לכל הפחות ברמה העובדתית, אין לי
4 אלא לקבל את האמור בתצהיר לפיו החברה ביצעה הליך בדיקה מעמיק של האירועים
5 שהובילו להרשעתה, והגיעה למסקנה לפיה אין מקום להגיש תביעה נגד נושאי המשרה.
6 ייתכן כי חקירתו של המצהיר מטעם החברה הייתה מגלה שנפלו פגמים בהליך הבדיקה
7 והדיונים בשאלת הגשת התביעה - אך כהן לא נחקר על תצהירו.
- 8 54. באשר לעובדה שבמועד ההחלטה על אי הגשת התביעה, כל דירקטוריון החברה התחלף, ועל
9 כן, כל חבריו היו נטולי עניין אישי בהחלטה שלא להגיש כתב תביעה נגד נושאי המשרה,
10 הפנה המבקש לרע"א 5296/13 אנטורג נ' שטבינסקי (24.12.2013). בעניין אנטורג, בניגוד
11 לענייננו מונה דירקטוריון חדש לחברה לאחר הגשת הבקשה לאישור התביעה הנגזרת. בכל
12 הנוגע לטיפול בית המשפט בסיטואציה של החלפת הדירקטוריון קיבל בית המשפט את
13 עמדתו של בית המשפט המחוזי (כב' השופט ע' גרוסקופף) שנתן את ההחלטה בתיק תנ"ג
14 (מחוזי מרכז) 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ (8.4.2013). כך נקבע
15 בהחלטה, בפסקאות 73-74, כי המועד שבו יש לבחון את הרכב הדירקטוריון והאופן שבו
16 מתקבלת ההחלטה שלא להגיש תביעה נגד נושאי המשרה, הוא מועד הפניה לחברה על ידי
17 התובע והגשת הבקשה לאישור על ידו:
- 18 **"מבחינה מהותית, אם בית המשפט משתכנע כי במועד הגשת הבקשה היה קיים**
19 **כשל בממשל התאגידי, אשר הצדיק מתן אישור לתביעה נגזרת, אין, במקרה**
20 **הרגיל, הצדקה לכך שבקשת האישור תדחה רק בשל כך שכשל זה תוקן במהלך**
21 **הדיון בבקשה. לכך שני טעמים מרכזיים: ראשית, כלל מסוג זה עלול לפגוע קשות**
22 **בתמריצים לשימוש בהליך התביעה הנגזרת, שכן הוא מונע מהמבקש מלהעריך,**
23 **בשלב פתיחת ההליך, את סיכויי תביעתו, ומציב מעל ראשו איום מתמיד כי הליך**
24 **מוצדק בו נקט ידחה בעקבות שינוי בממשל התאגידי של החברה; שנית, העובדה**
25 **שכשל בממשל התאגידי, אשר מנע את הגשת התביעה בשעתו, אינו קיים במועד**
26 **אישור הבקשה, אינה מביאה בהכרח למסקנה כי דחיית הבקשה לא תסב נזק**
27 **לחברה. כך, למשל, העיכוב בהגשת התביעה בשל הכשל התאגידי עלול להיות**
28 **בעוכריה של החברה אם תדחה הבקשה לאישור התביעה הנגזרת, ולהביא לכך**



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

- 1 שתמנע מלממש את זכויותיה (לדוגמא, כאשר נגד תביעת החברה יכולה להטען
2 טענת התיישנות או טענת הגנה אחרת שלא ניתן היה להעלות לו היתה מאושרת
3 הגשת התביעה הנגזרת).
- 4 ודוק, מהאמור לעיל אין להסיק כי על בית המשפט להתעלם מכל אירוע מאוחר
5 למועד הגשת הבקשה הנוגע לכדאיות הגשת התובענה במובן הרחב. בדונו באישור
6 הבקשה חייב בית המשפט להביא בחשבון את מכלול הנתונים שלפניו, ובכללם
7 אירועים מאוחרים להגשת הבקשה היכולים להשליך על השאלות האם 'התביעה
8 וניהולה הן לטובת החברה' והאם 'התובע אינו פעול בחוסר תום לב'. כך, למשל,
9 אם חל שינוי בזהות בעל השליטה בחברה ובהרכב הדירקטוריון, ובעקבות
10 שינויים אלו הודיעה החברה כי היא מבקשת לנהל את התובענה בעצמה, ראוי
11 שבית המשפט ייתן דעתו להודעה זו, ויביאה במכלול שיקוליו. ואולם, מהטעמים
12 שצוינו לעיל, מרכז הכובד בעת בחינת שיקולי כדאיות ניהול התביעה במובן הרחב,
13 צריך להינתן למצב הדברים בחברה בעת הגשת הבקשה, ורק במקרים חריגים יש
14 מקום לדחות בקשה שהייתה הצדקה מבחינת התכליות של דיני החברות
15 להגשתה, בשל אירועים שהתרחשו בחברה לאחר מועד הגשת הבקשה."
- 16 בענייננו, כבר במועד ההחלטה על הסכמה להסדר הטיעון, וממילא במועד פניית המבקש
17 לחברה (כמו גם במועד פניית מר אלבר כהן ז"ל לחברה), התחלף בעל השליטה בחברה,
18 ואחריו התחלפו המנכ"ל וכל חברי הדירקטוריון. כך, על פניו, ההחלטה שקיבל
19 הדירקטוריון התקבלה כאשר כל חבריו נטולי עניין אישי בה, והמבקש לא הצליח לערער
20 נקודת מוצא זו, וכאמור בחר שלא לחקור בעניין זה את יו"ר דירקטוריון החברה.
- 21 55. כאמור לעיל, גם אם היה מוכח לכאורה כי הדירקטורים שהחליטו שלא להגיש תביעה נגד
22 החברה התרשלו בתפקידם, ולא מצאתי כי כך היה, המבקש לא היה בעל מניה במועד הגשת
23 התביעה ועל כן דינה של התביעה הנגזרת להידחות.
- 24
- 25
- 26



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 12-03-38591 בר עם נ' לוי ואח'

תיק חיצוני:

סיכום

1

2 56. לאור כל האמור לעיל, ובייחוד לאור העובדה שהמבקש אינו עומד בדרישות הסף, שכן הוא
3 אינו "בעל מניה", אני דוחה את הבקשה לאישור התביעה הנגזרת.

4 המבקש יישא בהוצאות המשיבים בסך כולל של 20,000 ש"ח שיתחלקו בחלקים שווים בין
5 החברה, ובין המשיבים 2-9 ביחד.

6 מצאתי לנכון לפסוק הוצאות נמוכות באופן יחסי, שכן לא התרשמתי שהתביעה הינה
7 תביעת סרק.

8

9

10

11

ניתנה היום, י' תמוז תשע"ד, 8 יולי 2014, בהעדר הצדדים.

12

חאלד כבוב, שופט

13

14