



בבית המשפט העליון

רע"א 4024/14

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ע' ברון

המבקשים: 1. אפריקה ישראל להשקעות בע"מ
2. לב לבייב
3. חיים ארז
4. רחל בולטון
5. אברהם אשרי
6. איתן הבר
7. שמואל שקדי
8. נדב גרינשפון

נ ג ד

המשיב: רפאל כהן

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז
מיום 07.02.2014 בתיק תנג 007147-09-10 שניתנה על ידי
כבוד השופט י' שינמן

בשם המבקשת 1: עו"ד דורון דן, עו"ד יעל מושקוביץ
ועו"ד דנה שוורץ-אשתר

בשם המשיבים 1, 2, 4-8: עו"ד רם כספי ועו"ד ירון קוכמן

בשם המשיב: עו"ד ד"ר מנחם גלברד

פסק דין

השופט י' עמית:

מה דינה של תביעה נגזרת נגד דירקטורים, שהוגשה לאחר הסדר חוב שבו
נכללה תניית פטור הפוטרת את הדירקטורים מאחריות, ומהי הדרך הדיונית
הראויה להגשת תביעה נגזרת נגד דירקטורים בחברה? בנושאים אלה ואחרים
עוסקת הבקשה שלפנינו.

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בלוד (כב' השופט י'
שינמן), מיום 7.5.2014 בתנ"ג 7147-09-10, בגדרה אושרה בקשת המשיב

להגיש נגד המבקשים תביעה נגזרת בשם חברת אפריקה ישראל להשקעות בע"מ (להלן: אפריקה ישראל או המבקשת או החברה).

הרקע להגשת התביעה הנגזרת

1. המבקשת, אפריקה ישראל, היא חברת השקעות והחזקות שמניותיה נסחרות בבורסה לניירות ערך בת"א ועיסוקה העיקרי הוא בענף הנדל"ן והבינוי.

המבקש 1 הוא בעל השליטה בחברה ויו"ר הדירקטוריון (להלן: בעל השליטה) והמבקשים 2-8 היו דירקטורים בחברה בתקופה הרלוונטית לענייננו (בעל השליטה והדירקטורים ייקראו להלן ביחד: המבקשים). המשיב הוא בעל מניות בחברה משנת 2008 (להלן: המשיב).

2. בשנת 2007 רכשה חברת בת של אפריקה ישראל בשם OR Avner LLC (להלן: אבנר או חברת הבת), מניות של חברה אוקראינית בשם ABG Socidatel LLC (להלן: ABG), שהייתה בעלת זכויות בשטח של 46 דונם בעיר זפרוז'יה שבאוקראינה (להלן: המקרקעין), בתמורה ל-22 מיליון דולר (להלן: העסקה).

3. ביום 5.9.2010 הגיש המשיב בקשה לאישור תביעה נגזרת לבית משפט קמא. הבקשה הוגשה כנגד החברה בלבד כמשיבה (להבדיל מטיוטת כתב התביעה הנגזרת הכוללת את המבקשים), ונטען בה כי המדובר בעסקה פיקטיבית, המתחזה להיות עסקת רכישת קרקע, שנועדה להוציא כספים מהחברה לטובת בעל השליטה. טענה זו התבססה בעיקרה על הפער שבין התמורה בסך 22 מיליון דולר ששילמה חברת הבת עבור רכישת הזכויות במקרקעין (באמצעות רכישת החברה), לבין התמורה בסך של 1.5 מיליון דולר ששילמה עבורם חברת ABG שנה קודם לכן לעיריית זפרוז'יה (להלן: העירייה). בבקשה טען המשיב, בין היתר, כי בעל השליטה והדירקטורים פעלו בתרמית כלפי החברה, דיווחו דיווחי שקר לציבור ולרשויות הרלוונטיות בקשר עם העסקה, הפרו את חובותיהם לחברה ובין היתר, את חובת הזהירות, החובה שלא לפעול בניגוד עניינים וחובת האמונים, ופגעו במשאבי החברה תוך גרימת נזקים כבדים.

4. החברה עתרה לסלק את הבקשה על הסף, בשל תניית פטור שנקבעה בהסדר חוב של החברה, שבמסגרתו הזרים בעל השליטה לחברה סך של 750 מיליון ש"ח (להלן: הסדר החוב). בהסדר החוב, שקיבל תוקף של פסק דין ביום 21.3.2010 (על ידי כב' השופטת ו' אלשיך במסגרת פר"ק 10344-11-09), נקבע, בין היתר, כי בעלי המניות לא יתבעו את החברה בגין פעולה כלשהי שבוצעה לפני ההסדר והחברה לא תתבע את הדירקטורים בגין פעולות כאמור (להלן: תניית הפטור). החברה טענה אפוא כי קבלת הבקשה לאישור התביעה הנגזרת, כמות כביטול ההסדר. בית משפט קמא קבע כי הבקשה לסילוק על הסף תתברר במסגרת הדיון בבקשה לאישור התביעה הנגזרת.

הבקשה לאישור התובענה הנגזרת וההליך בבית משפט קמא

5. על מנת לבסס את טענותיו, צירף המשיב לבקשה לאישור התביעה הנגזרת, בין היתר, את המסמכים הבאים: חוות דעת של רואה חשבון מטעמו לפיה חברת ABG שילמה 1.5 מיליון דולר בלבד עבור המקרקעין (להלן: חוות הדעת החשבונאית); מסמכי העסקה שבין חברת ABG לעירייה, המעידים אף הם על התמורה ששולמה לעירייה בעד המקרקעין; דיווחים של החברה על העסקה בדוחות התקופתיים, מהם עולה כי החברה דיווחה על העסקה כעסקה לרכישת מקרקעין ולא כעסקה לרכישת המניות של חברת ABG; דוחות כספיים של החברה משנת 2011, מהם עולה כי החברה הפחיתה את ערך הזכויות במקרקעין לאפס; קטע מפרוטוקול ישיבת דירקטוריון החברה מיום 7.8.2011 במהלכו דחה הדירקטוריון את דרישת המשיב לאשר הגשת התביעה הנגזרת בשם החברה; וכן תכתובות שבין המשיב לחברה, לאחר שהמשיב פנה בדרישה לדירקטוריון להגיש את התביעה הנגזרת.

6. על מנת להוכיח כי העסקה נעשתה על בסיס שווי ראוי וכי אין למשיב על מה להסתמך, הגישו המבקשים, בין היתר, חוות דעת שמאית שנערכה לצורך ההליך דכאן לגבי שווי המקרקעין נכון לתאריך ביצוע העסקה (מרץ 2007), ולפיה שווי המקרקעין עמד באותה עת על כ-24 מיליון דולר; חוות דעת כלכלית של חברת ייעוץ בינלאומית Colliers International, שהוזמנה ונכתבה בשנת 2007,

השנה שבה בוצעה העסקה, לפיה שווי הזכויות בקרקע עמד על 22 מיליון דולר; משא ומתן שניהלה החברה בשנת 2008 עם צד ג' למכירת המקרקעין בסך של 38 מיליון דולר; והסכם מכירת המקרקעין בין חברת הבת לחברת AFI UKRAINE LTD (להלן: אפ"י אוקראינה) בשנת 2009 ממנו עולה כי המקרקעין נמכרו לבסוף לחברת אפ"י אוקראינה במחיר של כ-26.2 מיליון דולר, ומשכך, לא נגרם נזק לחברה.

7. הדיון בבקשה נערך על סמך תצהירים שהוגשו מטעם הצדדים וחקירות של המצהירים על תצהיריהם. מטעם המשיב הצהירו והעידו רו"ח קופמן שערך את חוות הדעת החשבונאית והמשיב עצמו. המצהירים מטעם החברה היו השמאי, מר ברזילי, ששימש איש קשר של החברה בישראל ומתווך בין פעילותה בארץ לפעילותה ברוסיה ואוקראינה, ומר חלדיי, מי שלטענת החברה יזם את העסקה והיה שותף של החברה בחברת הבת, כמי שהחזיק במועד העסקה 12% מהון המניות שלה.

החלטת בית משפט קמא

8. בהחלטתו מיום 7.5.2014 אישר בית משפט קמא את הגשת התביעה הנגזרת. בראשית הדברים, דן בית משפט קמא בטענה לסילוק על הסף בגין תניית הפטור וקבע כי דינה להידחות. זאת, מאחר שעילות התביעה הנטענות בבקשה לאישור התביעה הנגזרת, כוללות, בין היתר, טענה לתרמית והפרת חובת אמונים בגינן החברה אינה רשאית להעניק פטור מאחריות לנושאי משרה. עוד הוסיף בית המשפט כי מדובר בפטור "בדיעבד" שכן הסדר החוב אושר בשנת 2010, כשלוש שנים לאחר המעשים שמייחס המשיב למבקשים. לגבי האפשרות לתת פטור בדיעבד הקיש בית משפט קמא מהחלטתי ברע"א 5296/13 יוסי אנטורג נ' יעקב שטבינסקי (24.12.2013) (להלן: עניין אנטורג) וציין כי אף בהנחה שניתן לתת פטור בדיעבד, הדרישה היא כי הפטור יינתן ביחס לפעולות ספציפיות ולא באופן גורף. עוד הוסיף בית המשפט כי האינטרס הציבורי, האינטרס של החברה, של בעלי המניות ושל נושי החברה, מחייבים כי טענות בדבר מעשים פסולים יתבררו לגופו של עניין, היינו, בבירור התביעה הנגזרת לגופה.

9. לגוף הבקשה, קבע בית המשפט כי המשיב עמד ברף ההוכחה הנדרש בשלב זה להוכחת עילת תביעה של החברה כנגד המבקשים; כי התביעה וניהולה הן לטובת החברה; וכי המשיב הוא תם לב.

נקבע כי בשלב מקדמי זה, בו נדרש המשיב להוכיח את עילות התביעה על בסיס ראיות ראשוניות בלבד, התמיהות והליקויים עליהם הצביע המשיב מספיקים להרמת הנטל. בהקשר זה ציין בית המשפט, בין היתר, את העובדות הבאות: דיווחי החברה כי רכשה מקרקעין בעוד שרכשה מניות בחברת ABG; החברה נמנעה מלהזכיר בתצהירה את מזכר ההבנות שנחתם בינה לבין ABG בטרם נסגרה העסקה באופן סופי, ואף נמנעה מלהגישו במהלך הדיון בבקשה; העסקה לא נשקלה על ידי דירקטוריון החברה בטרם אושרה; שמו של מר חלדיי, עליו הצביעה החברה כ"רוח החיה" מאחורי העסקה, הובא לידיעת המשיב ובית המשפט לראשונה רק בשלב מאוחר יחסית בהליך; לא הוצגה כל החלטה סדורה של החברה או הסכם התקשרות בינה לבין מר חלדיי המסמיכה אותו לאתר עסקאות עבור החברה, ולא הוצג כל מסמך המלמד על טיב הקשר שבינו לבין החברה; אף נציג של החברה לא היה מעורב בבדיקת המקרקעין ובמועד אישור העסקה לא עמדה לנגד עיני החברה חוות דעת לגבי שווי הזכויות במקרקעין; הפער שאינו זניח בין המחיר אותו שילמה החברה עבור המקרקעין, לבין המחיר שבו רכשה חברת ABG את המקרקעין שנה קודם לכן; ערך המקרקעין הופחת לאפס בדוחות הכספיים של החברה מספר שנים לאחר שבוצעה העסקה.

עוד נקבע, כי על אף שכל אחת מהתמיהות לבדה אינה מוכיחה את הנטען על ידי המשיב, די בכוחן המצרפי כדי להרים את הנטל הנדרש בשלב זה להוכחת קיומה של עילת תביעה, וכאשר מבקש אישור התביעה הנגזרת מצביע על מספר רב של ליקויים ותהיות לגבי התנהלות החברה, עשוי נטל ההוכחה לעבור לכתפי החברה להראות כי פעלה כדין.

אשר לטענות המבקשים ביחס לתום ליבו של המשיב, פסק בית המשפט כי שוכנע שאינטרס המשיב עולה בקנה אחד עם אינטרס החברה וכי לא הוכח שהמשיב מנצל את ההליך בכדי לקדם אינטרסים אישיים שלו או של איש עסקים אוקראיני עלום שם.

על החלטה זו נסבה בקשת רשות הערעור שבפנינו.

בקשת רשות הערעור ותמצית טענות הצדדים

10. בד בבד עם הגשת בקשת רשות הערעור על ידי החברה, הגישו המבקשים בקשה להצטרף לבקשת רשות הערעור. בהמשך, הגישה החברה בקשה לעיכוב ביצוע ההחלטה עד להכרעה בבקשת רשות הערעור, ובהחלטתי מיום 25.6.2014, הוריתי על מתן צו ארעי המורה על עיכוב ביצוע הגשת התביעה הנגזרת עד למתן החלטה אחרת.

11. טענות החברה והמבקשים: במישור הדיוני טענו המבקשים כי הם לא היו צד להליך שהתנהל בפני בית משפט קמא, קולם לא נשמע, לא הוגש תצהיר מטעמם והם לא היו מיוצגים על ידי עורך דין מטעמם. עוד נטען כי היה על המשיב לפרט בבקשה לאישור התביעה הנגזרת את התשתית העובדתית ביחס לכל דירקטור ודירקטור בנפרד ולא כמקשה אחת כפי שעשה לגבי כל המבקשים.

לגופם של דברים, העלו החברה והמבקשים טענות דומות. נטען כי היה מקום לדחות את הבקשה על הסף בגין תניית הפטור, וכי לא היה מקום להקיש מענין אנטורג בו נדון פטור לפי סעיף 259(א) לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות או החוק) לפטור דכאן שניתן מכוח הסדר חוב.

לטענת החברה והמבקשים, בית משפט קמא שגה כשאישר את התובענה הנגזרת, מאחר שלא הוכחה עילת תביעה, אף לא ברמה הלכאורית; כי הבקשה אושרה תוך העברת נטל ההוכחה אל החברה והמבקשים מבלי שתהיה לכך כל הצדקה; כי המשיב פועל בשמו של איש עסקים אוקראיני והעובדה שסירב לחשוף

את שמו של האיש בחקירה הנגדית, מטילה ספק באשר למניעיו בהגשת התביעה הנגזרת.

המבקשים טענו כי עילת התרמית עליה מבסס המשיב את התביעה, נטענה בעלמא וללא כל פירוט, כגון, מהות התרמית, כיצד בוצעה, מהו הסכום שנגזל במרמה, לידי מי הועבר הסכום ומהי מעורבותם של הדירקטורים בתרמית הנטענת. בנוסף, העסקה עליה מבסס המשיב את עילת התרמית, לא אושרה כלל בדירקטוריון ולא הייתה צריכה להיות מובאת לאישורו. בהקשר זה נטען כי חברת הבת היא שהתקשרה בעסקה ונכון לאותו מועד, עסקאות במחיר שבו בוצעה העסקה לא נדרשו לקבל את אישור הדירקטוריון של החברה.

עוד נטען, כי התביעה הנגזרת מבוססת אך ורק על הפער בין התמורה ששילמה חברת ABG לרכישת המקרקעין בשנת 2006, לבין התמורה ששילמה החברה עבור המקרקעין באמצעות רכישת מניות חברת ABG שנה לאחר מכן. בהקשר זה העלו המבקשים מספר טענות: לא ניתן לבסס תביעה לתרמית על פער במחיר בלבד; אף בהנחה שקיים פער בין המחיר ששילמה חברת ABG עבור המקרקעין לבין המחיר ששילמה חברת הבת עבורם שנה לאחר מכן, הרי שהפער נמוך בהרבה מכפי שמציג המשיב, שכן בנוסף לתמורה בסך 1.5 מיליון דולר ששילמה חברת ABG לעירייה שולם סכום נוסף בסך של כ-7 מיליון דולר עבור פיתוח, כפי שנהוג ומקובל באוקראינה; המשיב נמנע מלהציג חוות דעת שמאית המתייחסת לשווי המקרקעין במועד ביצוע העסקה לעומת שוויים שנה קודם לכן, והסתפק בחוות דעת חשבונאית שתרומתה לביסוס הטענה אינה ברורה. מנגד, החברה צירפה ראיות ומסמכים רבים שיש בהם להעיד כי העסקה נעשתה במחיר ראוי והוגן המשקף את שווי המקרקעין נכון למועד ביצוע העסקה. ולבסוף, אף אם נגרם נזק לחברה מרכישת המקרקעין, עומדת למבקשים הגנה מכוח כלל שיקול הדעת העסקי.

החברה אישרה כי אכן דיווחה לציבור על עסקה לרכישת מקרקעין במקום לדווח על עסקה לרכישת מניות. ברם, מאחר שאין מחלוקת שהנכס היחיד בו

החזיקה חברת ABG הוא המקרקעין, לא מדובר בהטעיה כטענת המשיב, אלא לכל היותר באי דיוק שאין לו נפקות. מכל מקום, דיווחים מטעים בתשקיף, ככל שאכן היו, אינם יכולים להוות עילה להגשת תביעה נגזרת אלא לכל היותר עילה להגשת תובענה ייצוגית.

12. טענות המשיב: המשיב תמך יתדותיו בהחלטת בית משפט קמא וחזר והדגיש את האינדיקציות שעל בסיסן קבע בית משפט קמא כי קיימת עילת תביעה לכאורה נגד המבקשים, כלהלן:

(-) החברה דיווחה לציבור כי רכשה מקרקעין כאשר למעשה רכשה את מניות חברת ABG.

(-) הפער בין המחיר ששילמה חברת ABG לעירייה עבור המקרקעין לעומת המחיר ששילמה החברה ל-ABG שנה לאחר מכן. בהקשר זה נטען כי טענת החברה לפיה חברת ABG שילמה לעירייה סכום נוסף, מעבר למחיר הקבוע בהסכם, לא הוכחה והיא מעלה תמיהות שלא ניתן להן מענה.

(-) זהות בעלי מניות חברת ABG אינה ידועה לחברה. הא-ראיה כי שמות בעלי המניות המופיעים בחוזי מכירת המקרקעין אינם זהים לשמות בעלי המניות המופיעים ברשם החברות באוקראינה, ולחברה ולמבקשים לא היה הסבר של ממש לשאלה מי הם בעלי המניות בחברת ABG.

(-) ספקות ביחס למועד האמיתי בו בוצעה העסקה. בהקשר זה מצביע המשיב על מזכר ההבנות (MOU) שנחתם בין החברה לחברת ABG והתגלה רק כשנתיים לאחר שהוגשה התביעה הנגזרת, בעוד החברה נמנעה מלהגישו במהלך הדיון. ממזכר ההבנות עולה כי העסקה תוכננה עוד ב-2006, סמוך למועד שבו רכשה חברת ABG את המקרקעין מהעירייה, מה שמחזק את אי הסבירות של המחיר ששילמה החברה בעד המקרקעין.

(-) החברה לא הציגה חוות דעת שמאית שנעשתה לפני ביצוע העסקה לרכישת מניות ABG.

(-) הפחתת שווי המקרקעין לאפס כשנתיים בלבד לאחר שנרכשו, ודיווח מאוחר על הפחתה.

(-) החברה הטעתה את בית המשפט בטענה כי מכירת המקרקעין בשנת 2009 לחברת אפ"י אוקראינה הניבה רווח לחברה. לטענת המשיב, המכירה לא מעידה על רווח, שכן אפ"י אוקראינה היא חברת בת נוספת של קבוצת אפריקה ישראל.

על כל אלה הוסיף המשיב וטען להתנהלות בלתי הולמת של החברה והמבקשים המתבטאת, בין היתר, בהעדר שיתוף פעולה עם המשיב; דיווח מאוחר של החברה בנוגע להגשת התביעה הנגזרת על ידי המשיב; אי העדתו של איזי כהן, מנכ"ל החברה, שנתן תצהיר בתמיכה לבקשה לסילוק על הסף; העובדה כי המבקשים לא חשפו אף דירקטור לחקירה נגדית; העלאת שמו של מר חלדיי לראשונה רק שנתיים לאחר שהוגשה התביעה הנגזרת ועוד. לטענת המשיב, לנוכח הנחיתות האינפורמטיבית המובנית ביחסים שבינו לבין המבקשים, צדק בית משפט קמא כשקבע כי די באינדיקציות שצויינו לעיל כדי להרים את הנטל, ובפרט כאשר מצויים אנו בשלב ראשוני של בחינת אישור התביעה הנגזרת.

הערה מקדמית

13. אקדים ואעיר כי על פי הדין דהיום, הדרך הנכונה להשיג על החלטה לאשר תביעה נגזרת היא בהגשת בקשה לבית המשפט המחוזי לקיים דיון חוזר בפני הרכב של שלושה שופטים (סעיף 41(ה)(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט)). עם זאת, מאחר שהבקשה לאישור התביעה הנגזרת הוגשה בטרם התיקון לחוק בתי המשפט, הרי שהדרך להשיג עליה היא בהגשת רשות ערעור לבית משפט זה, כפי שנעשה על ידי החברה והמבקשים (עניין אנטורג, פסקאות 1-4 והאסמכתאות שם).

מתן רשות ערעור

14. לאחר שעיינו בבקשה, בתגובה לבקשה ובכלל הנספחים המצורפים, מצאנו לדון בבקשה בהרכב שלושה ולדון בבקשה כאילו ניתנה רשות ערעור והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה.

ברע"א 8761/09 סלקום ישראל בע"מ נ' פתאל (6.5.2010), מפרט הנשיא גרוניס את השיקולים שיש לבחון לצורך מתן רשות ערעור על החלטה המאשרת הגשת תובענה ייצוגית (ראו פסקאות 4-5 שם; ראו גם רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ, פסקה 26 (11.4.2013) (להלן: עניין מגדל)). שיקולים אלה כוחם יפה על דרך ההיקש גם לגבי תביעה נגזרת (לתחום נוסף, של גילוי מסמכים, בו נעשה היקש מתובענה ייצוגית לתביעה נגזרת בשלב בחינת הבקשה לאישור, ראו, לדוגמה, רע"א 2903/13 אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שמואל שקדי פסקה 59 והאסמכתאות שם (27.8.2014) (להלן: עניין אינטרקולוני)). ראשית, להחלטה על אישור התביעה הנגזרת יש משמעות אישית וכלכלית לא מבוטלת מבחינתם של המבקשים, בהתחשב בכך שהנזק מוערך על ידי המשיב בסכום של כ-86 מיליון ₪ ובהתחשב בכך שהמבקשים נתבעים, בין היתר, בעילה של תרמית. שנית, הכרעה בסוגיות שנדונו בבקשה לאישור תביעה נגזרת, עשויה לייתר את הצורך לדון בשאלות מורכבות הצפויות לעלות בבירור התביעה הנגזרת לגופה. שלישית, ועיקרו של דבר, הבקשה לאישור התביעה הנגזרת מעלה קשיים מהותיים שיש לתת עליהם את הדעת (ראו והשוו עניין מגדל, שם).

טרם אדרש לגופם של דברים, אקדים מספר מילים על מוסד התביעה הנגזרת.

מוסד התביעה הנגזרת

15. לא כל אימת שבית המשפט נדרש למכשיר התביעה הנגזרת, יש צורך לחזור ולהידרש מבראשית לתכלית ולשיקולים שבבסיס מכשיר זה ולדרך ניהול

ההליך. בעניין אינטרקולוני עמד בית משפט זה בהרחבה על מוסד התביעה הנגזרת, והקורא מוזמן לעיין שם ולהחכים (וראו גם עניין אנטורג בפסקאות 16-17). לכן, אומר את הדברים להלן בתמצית שבתמצית.

התביעה הנגזרת באה להתמודד עם בעיית הנציג באמצעות הענקת "זכות עמידה" לבעל מניות (ובמקרים מסוימים אף לנושה של חברה) לתבוע בשם החברה, מקום בו נמנעים האורגנים המוסמכים להפעיל את זכות התביעה של החברה בעצמם. התביעה הנגזרת מאפשרת לבעל מניות להיכנס בנעלי החברה ולנהל תביעה בשם החברה בגין נזק שנגרם לחברה כתוצאה מהפרה של מקבלי ההחלטות את חובותיהם כלפיה (ראו, לדוגמה, עניין אינטרקולוני בפסקה 13 והאסמכתאות שם; עניין אנטורג בפסקה 16 והאסמכתאות שם; האלד כבוב וענבל מימון-בלאו "שלבים ראשוניים בהגשת תביעה נגזרת" תאגידים ט/4, 3, 4-6 (2012) (להלן: כבוב ומימון-בלאו)). עם זאת, מאחר שהתביעה הנגזרת מהווה חריג לעקרון האישיות המשפטית הנפרדת והעיקרון בדבר אי התערבות בעלי המניות בניהול החברה, נקבעה בחוק החברות דרך דיונית מיוחדת להגשתה (ראו והשוו: אוריאל פרוקצ'יה דיני חברות חדשים לישראל 400-402, 415-416 (1989); כבוב ומימון-בלאו, עמ' 6-9).

הדרישה לערוך בדיקה טרומית מעמיקה בטרם תאושר התביעה הנגזרת, נועדה לאזן בין הצורך להגן על החברה מפני מנהליה מחד גיסא, לבין הצורך להגן על החברה מפני סחיטה אפשרית של בעל המניות מאידך גיסא (ע"א 52/79 שלמה סולימני נ' דוד בראונר, פ"ד ל"ה(3) 617, 625 (1980)).

16. סעיף 1 לחוק מגדיר תביעה נגזרת כ"תובענה שהגיש תובע בשם חברה בשל עילת תביעה שלה", וסעיף 198(א) לחוק קובע שבית המשפט יאשר תביעה נגזרת "אם שוכנע כי לכאורה התביעה וניהולה הן לטובת החברה וכי התובע אינו פועל בחוסר תום לב".

על מנת שבית המשפט יאשר את התביעה הנגזרת, על המבקש להראות אפוא כי: (1) קיימת עילת תביעה לחברה (2) התביעה וניהולה הן לטובת החברה (3) התובע אינו פועל בחוסר תום לב. כמו כן, בודק בית המשפט את הסיכוי הלכאורי של התביעה ואם התביעה עשויה לתרום להגדלת ערך החברה (ראו עניין

אנטורג, שם; להבחנה בין עילת תביעה לבין סיכויי התביעה בהקשר של תנאים לאישור תובענה ייצוגית, ראו זוהר גושן "מבט ביקורתי על חוק החברות החדש: תכלית החברה, הצעות רכש והתובענה הייצוגית" משפטים ל"ב(2) 381, 412-415 (תשס"ב)). הנטל להראות כי נתקיימו התנאים לאישור התביעה הנגזרת מוטל על מבקש האישור ברמה לכאורית בלבד, נוכח פערי המידע בינו לבין החברה ובהתחשב בקשיי הנגישות שלו למידע הנדרש לביסוס התשתית העובדתית שביסוד בקשתו (עניין אינטרקולוני, פסקה 58; והשוו, לדוגמה, ע"א 324/88 הנס בדבלק נ' דבורה שביט, פ"ד מה(3) 562, 569 (1991)).

17. בע"א 2699/92 ניסים בכר נ' ת.מ.מ. תעשיות מזון מטוסים בע"מ פ"ד נ(1) 238, 248 (1996) (להלן: ענין בכר), הקיש בית המשפט מהנטל בתביעה נגזרת לנטל בתביעה לקיפוח המיעוט, תוך שהוא מצטט מדברי המלומדת אירית חביב-סגל כלהלן:

"נראה, שהיום יוכלו בעלי המניות לעבור את מכשולי התביעה הנגזרת ולגבש כתב תביעה המגלה עילה לכאורה, על ידי שיראו שהפעולה לא היטיבה עם החברה מסיבה זו או אחרת; יצביעו על רסיסי אינפורמציה המספקים לבסס חשד ממשי שלא רציונאל עסקי הוא שהניע את המנהלים לפעול כפי שפעלו, ויטענו כי הפעולה נעשתה תוך הפרת חובת הזהירות (א' חביב-סגל, "דיני חברות" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א (לשכת עורכי הדין - ועד מחוז תל-אביב, א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ב) 2, 11-12) (הדגשה הוספה – י"ע).

בתי המשפט המחוזיים הסתייגו מהרף של "רסיסי אינפורמציה" כאמור בעניין בכר, וסברו כי לא סגי בכך כדי להקים את הרף של "לכאורה" כנדרש בסעיף 198 לחוק (השופטת רות רונן בתנ"ג (מחוזי ת"א) 15442-11-09 ברטי סין בטי נ' לב לבייב (28.4.2012); השופט עמירם בנימיני בת"א (מחוזי ת"א) 1267/03 להבה חתמים בע"מ נ' שלמה בורכוב (18.6.2006) (להלן: עניין בורכוב). וראו, בדומה, ת"א (מחוזי י-ם) 4071/10 זנון קולגר נ' אולג איזיקוביץ', פסקה 13

(1.5.2011); ראו והשוו אירית חביב-סגל דיני חברות 690-691 (2007) (להלן: חביב-סגל)).

18. אף אני סבור כי לא די ברסיסי מידע על מנת לעמוד ברף של הוכחה לכאורה לקיומה של עילת תביעה נגזרת.

ודוק: יש להבחין בין עילת תביעה לבין הדרישה לתשתית ראייתית ראשונית להוכחת קיומה של עילת תביעה. "עילת תביעה" בהקשר של ניסוח כתב תביעה, ובמקרה שלפנינו בקשה לאישור תביעה נגזרת, משמעה "מערכת עובדות אשר הוכחה על ידי התובע תזכה אותו בסעד" (ראו דודי שוורץ סדר דין אזרחי 181 ה"ש 69 והאסמכתאות שם (תשס"ז) (להלן: שוורץ); יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 383 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך, 1995)). זאת, להבדיל מעובדות שמטרתן להוכיח את העובדות המקימות את העילה הנטענת. "מערכת העובדות" מהסוג הראשון נבחנת על פי הדין המהותי, היינו האם המשפט מכיר בעובדות המתוארות בכתב התביעה ככאלו המקימות עילה משפטית ומזכות בסעד. לעומת זאת, מערכת העובדות מהסוג השני נבחנת על פי עקרונות הדין הדיוני-ראיית (ראו משה קשת הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי 373 (מהדורה 15, 2008); שוורץ 182). בעוד שבתביעה רגילה עובדות מהסוג השני נבחנות לגופן בשלבים מאוחרים יותר של ההליך המשפטי, הרי שבתביעה נגזרת נדרש התובע להראות תשתית ראייתית ראשונית כבר במועד הגשת הבקשה לאישור התביעה הנגזרת. בעוד שמחיקה על הסף בהיעדר עילה נחשבת לסעד קיצוני בתביעה רגילה, אין הדבר כך לגבי מחיקת בקשה לאישור תביעה נגזרת. הצד השני של המטבע הוא, שהבדיקה המקדמית לאישור תביעה נגזרת מחמירה ומעמיקה יותר מהבדיקה של מחיקה על הסף בהיעדר עילה בתביעה רגילה (סטיבן גולדשטיין "תביעה נגזרת: דרכי פתיחתה וניהולה" משפטים יד 48, 59, 61-67 (1984) (להלן: גולדשטיין)). לכן, ולאור הדרך הדיונית-מהותית השונה בה מתבררת התביעה הנגזרת, אין בדחיית בקשה לאישור תביעה נגזרת כדי לסלק על הסף תביעה אישית של בעל המניות (ראו והשוו, רע"א 9070/11 אולג אייזיקוביץ' נ' זנון קלוגר, פסקה 7 (16.1.2012); גולדשטיין, שם)).

19. לסיכום, כאשר בית המשפט נדרש לבקשה לאישור תביעה נגזרת, עליו לבחון האם יש בעובדות שפורטו כדי להקים עילה משפטית לקבלת הסעד של תביעה נגזרת, ולאחר מכן להידרש לבחינת התשתית הראייתית לגופה.

אך עודנו באים לבחון את עילות התביעה והתשתית הראייתית שהניח המשיב, אדרש תחילה לתניית הפטור ולהשלכותיה על ההליך שבפנינו.

תניית הפטור במסגרת הסדר החוב

20. במסגרת הסדר החוב של החברה, הזרים בעל השליטה לחברה סכום נכבד של 750 מיליון ₪. בהסדר החוב, שנעשה תחת עינו של בית המשפט, נכללו תניות פטור לחברה ולדירקטורים ולנושאי משרה (על אף שהגדרת "נושא משרה" בסעיף 1 לחוק החברות כוללת ממילא גם דירקטור). הסדר החוב מבחין בין ויתור מצד מחזיקי אגרות החוב לבין ויתור מצד בעלי המניות, ויש הבדלי ניסוח לגבי תניות הפטור מצד כל אחת מהקבוצות:

"15. ויתור על תביעות

15.1 במועד הביצוע וכחלק בלתי נפרד ממנו, יוותרו מחזיקי אגרות החוב על כל דרישה, טענה ו/או תביעה כלפי החברה, בעל השליטה, דירקטורים ונושאי המשרה שלה יועציה עובדיה וכל מי מטעמם, בין אם ידועה להם ובין אם לאו, בקשר עם רכישת אגרות החוב ו/או החזקתן. מובהר כי אין באמור לעיל כדי להוות ויתור מצד מחזיקי אגרות החוב כלפי הנזכרים לעיל בגין מעשה ו/או מחדל אשר לא ניתן לקבל עליו פטור על פי דין....

15.2 []

15.3 כתנאי לביצוע ההסדר (כאמור בסעיף 16.3 להלן) וכחלק בלתי נפרד ממנו, יוותרו בעלי המניות, כלפי החברה, בעל השליטה, דירקטורים ונושאי משרה שלה, יועציה, עובדיה וכל מי מטעמם על כל טענה ו/או תביעה ו/או דרישה בין ידועה ובין שאינה ידועה, בקשר עם רכישת המניות ו/או החזקתן עד למועד הביצוע ו/או הקשורה ו/או הנובעת במישרין ו/או בעקיפין לפעילות החברה שלפני מועד הביצוע.

15.4 החברה הודיעה למחזיקי אגרות החוב, כי ביום 7.2.2010 אישר דירקטוריון החברה, כי במסגרת אישור ההסדר וכחלק בלתי נפרד ממנו, תוותר החברה על תביעות כלשהן של החברה כלפי בעל השליטה וכלפי הדירקטורים ונושאי המשרה בחברה, עובדיה ויועציה, בקשר עם ההסדר ו/או בקשר עם פעילות החברה שלפני מועד הביצוע (להלן בסעיף זה 'הויתור')....".

21. הסדר החוב אושר ביום 14.3.2010 ברוב של כ-100% ממחזיקי האג"ח ובעלי המניות שהשתתפו באסיפה, והמשיב לא התנגד להסדר. הסדר החוב אושר לאחר משא ומתן מדוקדק שהתנהל בין הגורמים הנוגעים בדבר לגבי נוסח תניות הפטור (פרוטוקול הדיון מיום 21.3.2010), ולאחר שהתנהל דיון בנושא זה בפני השופטת ורדה אלשיך שאישרה את ההסדר. מפסק דינה של השופטת אלשיך מיום 21.3.2010 עולה בבירור כי לא רק שתניות הפטור לא נעלמו מעיניה, אלא שהן קיבלו תשומת לב מיוחדת והיו נדבכים עיקריים בהסדר החוב:

"ההסדר הזה עד לאישורו הסופי עבר דרך חתחתים והוא לא אושר לא על ידי הנושים ולא על ידי בית המשפט בהינף קולמוס או בהינף לשון. זהו הסדר שבו ישנה תרומה של הבעלים ובמקרה הזה אומר, נכבדה, אשר בהסדרים אחרים לא היו אחוזים כאלה של תרומה... דווקא העובדה שיש ורצוי לדאוג בהסדר הזה חטיבה אחת ולא לפרקו לגורמים היא מקור חוסנו ומקור קיומו והסיכוי שהוא יצא אל הפועל. אני ערה לעובדה ואני אחזור עליה גם עכשיו, כי סעיפים של ויתור ופטור אינם מקובלים בכלל והם היוצאים מן הכלל. סעיפי ויתור ופטור אינם מחויבים ואולי אפילו, בדרך כלל, גם אינם רצויים. אלא, שלבית המשפט יש שיקול דעת. ואותו שיקול דעת צריך להנחות את בית המשפט בבואו לבחון את אושיות ההסדר. ואחת מאושויות ההסדר היא השאלה אם בלעדי אותו סעיף פטור יהיה קיום להסדר, האם יוכל ההסדר לצאת אל הפועל. אינני רוצה להכשיר מעשים ואינני רוצה להאשים איש אלא שבנסיבות שנוצרו אך ברור הוא כי אם ההסדר הזה לא היה מתאשר דינה של החברה היה פירוק, קרוב לוודאי... אין ספק שפירוק היה גורם נזק בל ישוער וגם 'הלוחמים' הגדולים ביותר בתחילת הדרך היו יוצאים כשידיהם על ראשם" (הדגשה הוספה – י"ע).

הדברים מדברים בעד עצמם. הסדר החוב אושר כמקשה אחת, הן על תניות הפטור והן על התחייבותו של בעל השליטה להזרים לחברה סכום נכבד של 750 מיליון ₪. מכאן טענת החברה כי תניית הפטור חוסמת את דרכו של המבקש. אף לא למותר להצביע על סמיכות הזמנים בין מועד אישור הסדר החוב בבית המשפט ועד לפנייתו הראשונה של המבקש לחברה חודש לאחר מכן.

22. החברה טענה כי הסמכות לשנות את תניית הפטור, כפי שעשה הלכה למעשה בית משפט קמא, נתונה אך לבית המשפט של פירוק, לאור סעיף 350(ט) לחוק החברות, הקובע כלהלן:

פשרה או הסדר – הוראות כלליות

350. [...]

(ט) בית המשפט שאישר פשרה או הסדר לפי סעיף קטן (ט) או לפי סעיף 350 מוסמך לדון במחלוקת שהתגלעה בנוגע לפרשנות הפשרה או ההסדר לאחר אישורם או בנוגע ליישומם.

אכן, מרגע שאושר הסדר החוב הוא מהווה מעשה בי דין בין הצדדים להסדר (וראו גם תקנה 36 לתקנות החברות (בקשה לפשרה או להסדר), תשס"ב-2002 הקובעת כי "פשרה או הסדר שאישר בית המשפט, דינם כדין פסק דין ואולם ניתן לשנותם או לבטלם באישור בית המשפט"). כך, לדוגמה, הנושים לא יכולים לחזור ולתבוע את החברה לאחר אישור הסדר החוב (ראו אירית חביב-סגל דיני חברות לאחר חוק החברות החדש כרך ב 304-305 (2004)), וסמכות בית המשפט של חדלות פרעון נמשכת אפוא גם לאחר אישור הסדר הנושים. אף ניתן להצביע על טעמים טובים בגינם ראוי כי בית המשפט של חדלות פרעון, שבפניו נפרסה בשעתו התמונה המלאה לצורך אישור הסדר החוב, ושביכולתו להעריך טוב יותר את השלכות התביעה על החברה, הוא שידון בבקשה (ראו החלטתו של השופט אורנשטיין בפרק (ת"א) 11478-06-13 אי. די. בי חברה לפיתוח בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי בפסקה 13 (29.12.2014)). מנגד, ניתן לטעון כי התביעה הנגזרת במקרה דנן לא באה לשנות או לבטל או לפרש את תניית הפטור, כאמור בסעיף 350(ט) הנ"ל, אלא נועדה לאפשר לחברה לתבוע את הדירקטורים ובעל

השליטה. לשיטה זו, בית משפט קמא היה מוסמך לדון בבקשה לאישור התביעה הנגזרת, על אף קיומה של תניית הפטור בהסדר החוב.

כשלעצמי, אני נוטה לדעה כי רצוי לפרש את סעיף 350 (ט) לחוק החברות באופן רחב. במצב הדברים הרגיל, תביעות שכרוכות בהן סוגיות הנובעות מהסדר החוב, כמו השאלה אם יש בתניית הפטור כדי לחסום דרכו של המשיב, ראוי שתתבררנה בפני בית המשפט של חדלות פרעון, כמי שליווה את הסדר החוב וישב על עריסתו. עם זאת, אין פירוש הדבר כי לבית משפט קמא לא הייתה סמכות עניינית לדון בבקשה לאישור התביעה הנגזרת, ולמצער, משהתנהל ההליך בפניו עד תום, אין מקום להידרש בשלב הערעור לסוגית הסמכות העניינית (רע"א 11183/02 כלפה נ' זהבי ואח', פ"ד נח(3) 49 (2004); ע"א 1049/94 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' חאג' אחמד סמיר, פ"ד נ(5) 820 (1997); ע"א 1662/99 חיים נ' חיים, פ"ד נו(6) 295 (2002); ע"א 4796/95 אלעוברה נ' אלעוברה, פ"ד נא(2) 669 (1997); ס. גולדשטיין וע. טאוסגי "הפחתה במעמד שאלת הסמכות בבתי המשפט הכלליים" עלי משפט ג 279, 282-292 (תשס"ג)).

אך סמכות לחוד ונפקות תניית הפטור לחוד. אקדים ואומר כי לטעמי שגה בית משפט קמא בכך שאישר את התביעה הנגזרת באופן גורף, מבלי להבדיל בין עילות התביעה השונות, ומבלי ליתן את המשקל הראוי לתניית הפטור בהסדר החוב.

23. בעניין אנטודג נאמר, מבלי לקבוע מסמרות, כי "ראוי, ככל שניתן, כי ההחלטה תתייחס לפעולה או מחדל ספציפיים או להפרה ספציפית של חובת הזהירות כלפי החברה, להבדיל מנוסח גורף למתן פטור לפעולות שנעשו בעבר" (שם, בפסקה 26). בית משפט קמא אימץ דברים אלה בקובעו:

אני סבור כי על מנת שיינתן תוקף לפטור ממעשים כדוגמת מעשי תרמית, הפרת חובת אמונים, הפרת חובת זהירות בכוונה או בפזיזות, היה על החברה להבהיר זאת במפורש ולהסביר לבית המשפט את המניעים למתן פטור שכזה, שעה שאישר את הסדר החוב. יתרה מזאת, משוכנע אני, כי ככל וטענה זו הייתה נטענת בפני בית משפט

המחוזי בתל אביב, בית המשפט היה מסרב להעניק פטור שכזה בכלל, ופטור גורף כפרט לנושאי המשרה ו/או לבעלי השליטה ו/או לבעלי המניות, בגין מעשי תרמית, בגין הפרת חובת אמונים, בגין הפרת חובת זהירות בכוונה או בפזיזות בניגוד לקבוע בחוק החברות. [] ... לעניין זה אוסיף, כי במקרה בו מתגלות לגורמים שהעניקו לנושאי המשרה פטור-בדיעבד-מאחריות, עובדות חדשות שלא היו ידועות להם במועד מתן הפטור - סבור אני כי הפטור לא יחול לגבי אותן עובדות חדשות, אחרת יוצר תמריץ שלילי לנושאי המשרה להסתיר מידע מהותי ממקבלי ההחלטות לגבי התנהלותם, על מנת לזכות בפטור מאחריות לגבי מעשים פסולים שביצעו בעבר, ואשר ידועים רק להם.

בענייננו, תניית הפטור נוסחה בצורה גורפת, מבלי שפירטה אילו עילות תביעה או עובדות היא מבקשת לחסום/לכלול. החברה לא טענה כי בפני הגורמים שאישרו את תניית הפטור (מחזיקי אגרות החוב של החברה, בעלי המניות של המשיבה, ובית המשפט המחוזי בתל אביב) הוצג מלוא המידע המהותי שהיה ידוע לחברה ולנושאי המשרה בעת קבלת ההחלטה, לרבות מידע לגבי העסקה נשוא בקשה זו ובכלל זה מידע תמוה או מחשיד לגביה (שס, פסקה 65 לפסק הדין, הדגשה במקור – י"ע).

המשיב טען כי הדברים שנאמרו על ידי בית משפט קמא ישימים לענייננו בדרך של קל וחומר. לשיטת המשיב, בענייננו, אין מדובר בפטור בדיעבד אלא בעוולה נמשכת. מה עוד, שכתוצאה מההליך שהתנהל בבית משפט קמא התגלו עובדות חדשות כמו מזכר ההבנות והסכם רכישת מניות ABG שלא היו ידועות לגורמים שאישרו את תניית הפטור במועד הרלוונטי. מכאן טענת המשיב כי תניית הפטור בהסדר החוב היא גורפת, היא מתייחסת לעסקה שהנושים ובעלי המניות לא היו מודעים לה, וממילא גם בית המשפט שאישר את הסדר החוב לא היה מודע לעסקה ולנסיבותיה.

24. לדידי, יש ליתן משקל לתניית הפטור ואיני סבור כי ניתן להקיש מעניין אנטורג על ענייננו. אסביר.

בעניין אנטורג עמדתי על סעיפים 258-259 לחוק החברות המאפשרים לחברה לפטור נושאי משרה מאחריות בגין הפרה של חובת הזהירות, להבדיל

מפעולה שנעשתה תוך הפרה של חובת האמונים או תוך כוונה להפיק רווח אישי שלא כדין (סעיף 263 לחוק). סעיף 264(א) לחוק קובע כי "לא יהיה תוקף להוראה בתקנון או בחוזה או הניתנת בכל דרך אחרת, המתנה על האמור בסימן זה, במישרין או בעקיפין". האפשרות לפטור נושא משרה מחובת הזהירות תוך שמירה על היסוד הקוגנטי של סעיפים אלה, מהווה איזון בין האינטרס לאפשר לנושאי המשרה חופש פעולה מבלי שיצטרכו לחשוש שהחלטות שנעשו ברשלנות גרידא יעמדו לביקורת בית המשפט, לבין האינטרס לשמור על הרתעת נושאי המשרה מפני ניצול לרעה של שימוש בכלי הפטור (ראו חביב-סגל, עמ' 580-584).

אלא שאין דין תניית פטור במסגרת הסדר חוב כדין תניית פטור על פי סעיפים 258-259 לחוק החברות. אין להשוות פטור שאושר על ידי האסיפה הכללית של החברה ללא תמורה ובמהלך העסקים הרגיל של החברה לפטור במסגרת הסדר נושים שאושר על ידי בית המשפט כנגד תמורה - במקרה דנן 750 מיליון ₪ - שהוזרמה לחברה על ידי בעל השליטה.

כאשר בהסדר חוב עסקי, יש ליתן משקל רב לחופש החוזים ולרצונם של הנושים ובעלי המניות לעצב את הסדר החוב כרצונם. סופיות הסדר החוב, על תניית הפטור הכלולה בו, מהווה תמריץ לבעל השליטה להכניס ידו לכיסו ולהזרים כסף לחברה על מנת לסייע לה בשעותיה הקשות. ולהיפך, "פתיחה" של הסדר החוב בדרך של התעלמות מתניית הפטור, פוגעת באינטרס ההסתמכות של בעל השליטה, ועשויה להוות תמריץ שלילי מבחינתו "לפדות" את זכות התביעה כנגדו תמורת הזרמת כסף לחברה. האיזון בין האינטרסים השונים ו"התמחור" של תניית הפטור נעשה במסגרת הסדר החוב ותחת פיקוחו של בית המשפט. כידוע, באשרו הסדר נושים, בית המשפט אינו פועל כחותמת גומי ועליו לבחון אם ההסדר אינו פוגע בהגינות המסחרית (ע"א 3255/99 שיכון עובדים בע"מ נ' טש"ת חברה קבלנית לבניין בע"מ, פ"ד נג' (5) 97, 124 (1999)) (להלן: עניין טש"ת). "ואולם, לא ניתן יהיה לפתוח את הנושא מחדש לאחר האישור על ידי בית המשפט. אישור ההסדר (והפטור) על ידי בית המשפט יהיו תנאי לעזרתם של בעלי השליטה להסדר, והם לא יהיו חשופים עוד להפתעות מאוחרות יותר" (הדגשה הוספה – י"ע) (יחיאל

בהט הבראת חברות 510 (2013) (להלן: בהט). הדברים נאמרו בהקשר של אישור הסדר הפוטר נושאי משרה מאחריות לפי סעיפים 373-375 לפקודת החברות, אך הדברים יפים גם לענייננו; ראו גם ורדה אלשיך וגדעון אורבך הקפאת הליכים הלכה למעשה 449 (2005).

ההבחנה בין תניית פטור שהתקבלה במהלך העסקים הרגיל לבין תניית פטור במסגרת הסדר חוב, באה לידי ביטוי גם בכך שהמנגנון שנקבע בסעיף 275 לחוק בנוגע לאישור עסקאות עם בעל שליטה, אינו חל במסגרת הסדרי חוב. במקומו הציב המחוקק מנגנון אחר הכולל את אישור הסדר החוב על ידי בית המשפט, וחלוקה של אסיפות המצביעים לקבוצות נפרדות על פי סוג האינטרסים של כל קבוצה. בכך יש להפחית את הסיכון שהסדר החוב יתקבל בניגוד עניינים ולטובתו האישית של בעל השליטה (וראו צפורה כהן בעלי מניות בחברה זכויות תביעה ותרופות כרך ב 302-306 (מהדורה שניה, 2008); ראו גם יחיאל בהט "בעלי שליטה בחברות ציבוריות בהסדרי מיזוג, רכישה כפויה ושיקום" קרית המשפט ג 421, 440-445 (התשס"ג)).

הסדר החוב אושר כאמור כחטיבה אחת, על הדבש ועל העוקץ שבו, על ההזרמה הכספית של בעל השליטה לחברה ועל תניית הויתור, ככל שהיא מגלמת ויתור של החברה על כספים שיכולים היו להגיע אליה בתביעה פוטנציאלית כנגד דירקטורים ונושאי משרה.

25. בית משפט קמא נתן טעם נוסף בגינו אין ליתן משקל לתניית הפטור:

"יתרה מזאת, עצם התגלותן של עובדות חדשות (דוגמת: מזכר ההבנות; הסכמי רכישת וחכירת הקרקע; הסכם רכישת מניות ABG; מעורבותה של החברה הקפריסאית, חלקו של מר חלדיי ועוד – כפי שיפורט בסעיף 81.7 שלהלן) שלא היו ידועות לגורמים שאישרו את תניית הפטור במועד הרלוונטי, גם היא מביאה לכך שתניית הפטור לא חלה לגבי אותן עובדות-חדשות (שם), פסקה 65 להחלטה).

אין חולק כי לגילוי עובדות חדשות עשויה להיות השלכה במישורים שונים. כך, לדוגמה, סעיף 269(א) לחוק מחייב נושא משרה או בעל שליטה לגלות לחברה שיש לו ענין אישי בעסקה של החברה, וככל שלא יעשה כן והדבר יתגלה בדיעבד, הרי שיראו אותו כמפר את חובת האמונים או חובת ההגנות (סעיף 283(א) לחוק) ויראו בכך פגם שעלול להביא להכרזתה של העסקה כחסרת תוקף כלפי החברה (סעיף 280(א)). ניתן לטעון כי על דרך ההיקש, ניתן להחיל את הדברים גם על תניית פטור בהסדר חוב. עם זאת, יש לזכור כי ככלל, אין בית המשפט נוהג להתערב בשיקול דעתם של נושים ביחס לכדאיות הסדר חוב (השוו להסכמת נושים להפטיר מנהלים ובעלי מניות מערבויות אישיות במסגרת הסדר חוב – עניין טש"ת; ע"א 9244/06 אקרשטיין תעשיות בע"מ נ' איגלו חברה קבלנית לעבודות צנת בנין ופיתוח בע"מ בפסקאות 8-9 לפסק דינו של השופט דנציגר והאסמכתאות שם (22.5.2008); ראו והשוו גם לע"א 303/66 כונס הנכסים הרשמי (כמפרק החברה סגטקס) נ' סגיב בפשיטת רגל, פ"ד כ(4) 368 (1966)).

בעניין אנטורג העליתי את האפשרות להכיר גם בפטור בדיעבד:

"אף ניתן לחשוב על מצבים בהם פטור בדיעבד יהיה הוגן, סביר ולטובת החברה. כך, לדוגמה, ייתכן כי הפטור בדיעבד יינתן כנגד תמורה שתקבל החברה, ייתכן כי החברה תמצא כי ניהול התביעה והמשאבים הכרוכים בכך אינו משתלם, ייתכן כי לחברה יש עניין שנושא המשרה ימשיך לעבוד בחברה, ועוד" (שם, פסקה 26, הדגשה הוספה – י"ע).

דברים אלה יפים עוד יותר לגבי פטור במסגרת הסדר נושים בפיקוח בית משפט, ובמיוחד במקרה דנן, שבמסגרת הסדר החוב הוזרמה לחברה תמורה נכבדה של 750 מיליון ש"ח, שאחרת הייתה נקלעת למצב של חדלות פרעון. אשר על כן, ובדרך של קל וחומר בהשוואה לפטור מכוח סעיף 259 לחוק החברות, אני סבור כי יש בתניית הפטור בהסדר החוב, כדי לחסום תביעה המתבססת על עילת רשלנות ועל הפרה של חובת הזהירות המיוחסת לבעל השליטה ולדירקטורים (ראו והשוו בהט, שם).

26. המשיב טען כי "ברי כי לו היה ידוע שלחברה מגיעים 22 מיליון דולר אזי הפטור לא היה מאושר היות והדבר נוגד את טובת החברה". אזכיר כי בתניית הפטור בהסדר החוב, כפי שצוטטה לעיל, נכתב כי מחזיקי האג"ח ובעלי המניות מעניקים ומוותרים על כל טענה או תביעה או דרישה "בין אם ידועה להם ובין שאינה ידועה". ניתן לחשוב על מצב דברים בו הנושים ובעלי המניות יעדיפו בודעין ציפור אחת ביד מאשר מספר ציפורים בלתי ידוע על העץ. במסגרת הסדר חוב, הנושים ובעלי המניות עושים את שיקולי הכדאיות שלהם, תוך בחינת מאזן הסיכונים והסיכויים, העלות בזמן ובכסף של תביעות נגד בעל שליטה או נושאי משרה לעומת גובה הסכום המוצע. רשאים הנושים ובעלי המניות להעדיף הסדר חוב נדיב כנגד ויתור על תביעה פוטנציאלית בגין מעשים או מחדלים שאפילו אינם ידועים להם, ואפילו כאלה שיש בהם פוטנציאל לכאורי של הפרת חובת אמונים. אף איני רואה מניעה כי בית המשפט יאשר תניית פטור מעין זו, כל עוד אינה בלתי חוקית או נוגדת את תקנת הציבור. אציין כי ביטול תניית פטור כמנוגד לתקנת הציבור, עשוי לעורר שאלות כגון אם ביטול תניית הפטור מביא לביטול הסדר החוב כולו או שמא ניתן להפריד את התנייה ולהותיר את הסדר החוב בתוקפו (ראו סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 המפנה לסעיף 19 לחוק החוזים המאפשר ביטול חלקי של חוזה שניתן להפרדה לחלקים).

החברה טענה כי יש לפרש את תניית הפטור כחלה גם על תרמית, תוך שהיא מצביעה על הבדלי הניסוח בהסדר החוב. בעוד שלגבי מחזיקי האג"ח סוייגה תניית הפטור ונאמר בה כי "אין באמור לעיל כדי להוות ויתור מצד מחזיקי אגרות החוב כלפי הנזכרים לעיל בגין מעשה ו/או מחדל אשר לא ניתן לקבל עליו פטור על פי דין...", אין סייג כזה בתניית הפטור והויתור של בעלי המניות. לטענת החברה, מכלל ההן לגבי מחזיקי האג"ח נלמד הלאו לגבי בעלי המניות, שהסכימו לויתור גורף על כל תביעה, לרבות תביעה בגין תרמית, מאחר שאילולא ההסדר ייתכן שהיו מאבדים את כל שווי מניותיהם.

אני נכון לקבל טענת החברה והמבקשים אך עד לגבול התרמית. תניית הפטור בהסדר החוב שבפנינו היא גורפת, אינה מבחינה בין טענות ועובדות ידועות

לכאלו שאינן ידועות, ואינה מבחינה בין עילות של הפרת חובת זהירות או הפרת חובת אמונים בתום לב, לבין עילה של תרמית. כעניין של מדיניות משפטית, קשה להלום כי בית המשפט יפרש את התנייה ככוללת גם מעשי תרמית לא ידועים, שלא בא זכרם בתניית הפטור ובהסדר החוב, להבדיל ממעשי רשלנות או הפרת אמונים בתום לב. במצב הדברים הרגיל, אין אדם מוותר על מה שלא ידוע לו, ועל כן קשה להסיק ויתור לגבי תרמית שלבעלי המניות לא הייתה ידיעה קודמת לגביהם, ומבלי שהמילה תרמית נזכרה במפורש בתניית הויתור.

27. סיכומו של דבר, שלאור תניית הפטור, היה על בית המשפט לצמצם ולהחריג את עילת התביעה הנגזרת לתרמית בלבד. בית משפט קמא אישר את התביעה הנגזרת באופן גורף, על פי טיוטת כתב התביעה שצורפה לבקשה, אך דומני כי לתוצאה זו נתכוון בית משפט קמא מלכתחילה. כך עולה מהחלטת בית המשפט בה מודגש נושא התרמית:

“ער אני לטענת החברה לפיה תניית הפטור נקבעה במהלך משא ומתן ממושך בין החברה לבין מחזיקי אגרות החוב שלה, תחת פיקוחו של בית המשפט המחוזי בתל אביב, כי בתמורה לתניית הפטור ניתנו כספים והתחייבות מהחברה ובעל השליטה שלה, וכי חלק מתכליות הסדר נושים בהתאם להוראות סעיף 350 בחוק החברות, הינם מתן אפשרות לחברה לצאת לדרך חדשה. יחד עם זאת, איני מעלה בדעתי כי החברה או בעלי השליטה שבה, היו מבקשים לפטור את נושאי המשרה מחובות האמונים ומתירים להם לפעול בתרמית, ולזווח דיווחים כוזבים – נושאים אשר המחוקק לא התיר בחוק החברות לחברה לפטור את נושאי המשרה מאחריות, מפאת חשיבותם לדיני התאגידים בכלל ולמעריך התמריצים של נושאי המשרה בפרט (שם, פסקה 66, הדגשה במקור – י”ע).”

28. משהגענו למסקנה כי אין בכוחה של תניית הויתור בהסדר החוב לחסום תביעה נגזרת בעילה של תרמית - להבדיל מהפרת חובת הזהירות או הפרת חובת האמונים בתום לב - אבחן להלן אם המבקש הניח תשתית עובדתית לכאורית לצורך עילה זו.

29. כלל ידוע כי הטוען לתרמית נדרש לפרוש תשתית עובדתית מפורטת. עניין זה נלמד מתקנה 78 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי):

טענה המצריכה פרטים

78. כל מקום שבעל דין טוען טענת מצג-שווא, תרמית, זדון או השפעה בלתי הוגנת, ובכל מקרה אחר המזיק לפרטים, יפורשו הפרטים ותאריכיהם בכתב הטענות.

המכנה המשותף לעילות הנקובות בתקנה לעיל הוא שהן מייחסות להתנהגותו של הנתבע אופי סטיגמטי אשר בהיעדר פירוט מתאים לא יוכל הנתבע להתגונן בפניהן כראוי (שוורץ, עמ' 192-193; ע"א 4600/91 דבורה מוסקוביץ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פ"ד מח(3) 455, פסקה 6 והאסמכתאות שם (1994)).

30. לטעמי, אין בטענות המשיב לגבי האופן שבו דווחה העסקה, כדי להקים עילה של תרמית. החברה דיווחה על העסקה כעסקה לרכישת מקרקעין במקום לדווח עליה כעסקה לרכישת מניות חברת ABG. נוכח טענת החברה, שלא נסתרה, כי הנכס היחיד שהוחזק בידי חברת ABG היה המקרקעין, היה על המשיב להבהיר מה הנפקות של אי הדיוק בדיווח: מדוע לשיטתו דווחה החברה על העסקה כעסקת מקרקעין ולא כעסקת מניות? כיצד העובדה שהעסקה דווחה כעסקת מקרקעין משרתת את התרמית הנטענת? וכיצד יש בדיווח השגוי כדי ללמד שהמחיר ששילמה החברה בעד המקרקעין היה מחיר מופקע? שאלות אלה ואחרות נותרו ללא מענה מצד המשיב.

31. המשיב מבסס את עילת התרמית, בין היתר, על הפער של כ-20 מיליון דולר בין התמורה ששילמה חברת ABG לעירייה בעד המקרקעין, לבין התמורה ששילמה חברת הבת שנה לאחר מכן. לשיטת המשיב, פער זה מעיד כי בעלי השליטה והדירקטוריון רימו את החברה.

בית משפט קמא קבע כי אינו "רואה מקום להכריע בשאלה מהו שווי המקרקעין כאשר חברת ABG רכשה את הזכויות במקרקעין, או מה היה שווי חברת ABG כאשר החברה רכשה את מניותיה או לסלק את הבקשה בשל אי צירוף חוות דעת מתאימה כטענת החברה".

ספק אם טענה בדבר פער במחיר כשלעצמו (*Per Se*) בין שתי עסקאות, יכול לבסס טענה לתרמית. כשלעצמי, אני סבור כי יש חשיבות לנתון בדבר שווי המקרקעין במועד בו נרכשו על ידי חברת הבת, ולכן, במצב הדברים הרגיל, היה על המבקש להציג חוות דעת מטעמו או אינדיקציה ראייתית אחרת לפיה חברת הבת רכשה את המקרקעין במחיר מופרז, מה עוד, שהחברה הציגה חוות דעת כלכלית וחוות דעת שמאית מטעמה. אלא שבמקרה דנן, הטענה היא כי יש קשר בין החברה או בעל השליטה לבין חברת ABG, וכי האחרונה "עשתה סיבוב" על חשבון חברת הבת והחברה, בכך שסיחרה תוך שנה את המקרקעין ברווח של כעשרים מיליון דולר (השוו לעניין אינטרקולוני שם נטען כי סיחור האופציה נועד לשלשל לכיסו של מנכ"ל החברה סכום עתק על חשבון החברה הנכדה).

32. לכך יש להוסיף כי התמונה המלאה לא נתבררה גם בעקבות בירור הבקשה. בשלב זה טרם נתברר הסכום האמיתי ששילמה ABG לעירייה, כך שהפער האמיתי במחירי הקנייה והמכירה של המקרקעין אינו ברור; נותר "ערפל" לגבי זהות בעלי המניות ובעלי השליטה של ABG (מבלי שנעלמה מעיני טענת החברה כי אין בינה לבין ABG דבר); ממזכר ההבנות, שלא נזכר בתצהירי החברה, עולה כי העסקה נרקמה כבר בשנת 2006, סמוך למועד שבו רכשה חברת ABG את המקרקעין מהעירייה; העסקה לא הובאה כלל לאישור הדירקטוריון ולא הוצגה כל החלטה של החברה לגבי העסקה כפי שיפורט בהמשך; שמו של מר חלדיי עלה לראשונה רק בשלב מאוחר יחסית בהליך; לא ניתנה חוות דעת שמאית לגבי שווי הזכויות במקרקעין עוד לפני ביצוע העסקה - לאור כל אלה, אני סבור, כי עלה בידי המשיב, גם אם בדוחק, להציב תשתית ראשונית לכאורית לטענת התרמית.

ודוק: חלק מהתמיהות או הפגמים המנויים לעיל, כגון אי קבלת חוות דעת שמאי עוד לפני העסקה, עשויים להיות רלוונטיים לעילות הרשלנות והפרת חובות הזהירות, לגביהן קבענו כי הן נחסמות בשל תניית הפטור. התמיהה לגבי אי אישור הדירקטוריון את העסקה עשויה להיות מוסברת בכך שמדובר בעסקה שנעשתה באמצעות חברת הבת, כך שקבלת אישור דירקטוריון החברה לעסקה אינו דבר ברור מאליו. אלא, כפי שציין בית משפט קמא, בשלב זה אין לראות כל אחת מהתמיהות או הפגמים בבדידותם, ויש לבחון את הצטברות הדברים, במסגרת הנטל הראשוני המוטל על המבקש לצורך אישור הבקשה. לכך יש להוסיף את אי הבהירות לגבי ההפחתה ומחיקת שווי המקרקעין בדוחות הכספיים כשנתיים לאחר העסקה. ההסבר של החברה לפיו ההפחתה, ולאחר מכן המחיקה, נעשו בעקבות המשבר הכלכלי העולמי ב-2008 הוא סביר והגיוני. ברם, הסבר זה עומד לכאורה בסתירה לטענת החברה כי אף הרוויחה מהעסקה מאחר שהמקרקעין נמכרו בשנת 2009 לחברת אפ"י אוקראינה במחיר גבוה מהמחיר שבו נרכשו על ידי חברת הבת וכי ההפחתה בוצעה באותה חברה (דברי עו"ד דורון בעמ' 200 לפרוטוקול הישיבה מיום 28.4.2013). לטענת המשיב, המדובר בתרגיל חשבונאי גרידא, של העברת הפסדים מחברת הבת לחברת בת אחרת של המבקשת.

33. סיכום ביניים: לאור תניות הפטור בהסדר החוב שאושר על ידי בית המשפט, אין מקום לאישור התביעה הנגזרת כנגד בעל השליטה והדירקטורים, בעילה של רשלנות והפרת חובת הזהירות, אך אין בכוחה של תניית הפטור לחסום תביעה בעילה של תרמית. לאור התמיהות והספקות לגבי העסקה, כמפורט לעיל, ניתן לקבוע, ולו בדוחק, כי יש באלו כדי להציב תשתית ראשונית ולכאורית לטענת התרמית.

בנקודה זו אנו מגיעים לשאלה הבאה – כנגד מי יש לאשר את התביעה

הנגזרת?

התביעה כנגד הדירקטורים ובעל השליטה

א. אי צירוף המבקשים כצד לבקשה

34. הבקשה לאישור התביעה הנגזרת הוגשה כנגד החברה-המבקשת בלבד, ולא כנגד הדירקטורים ובעל השליטה, שהם הנתבעים בתביעה הנגזרת. משכך, הגישו הדירקטורים ובעל השליטה בקשה להצטרף כצד לבקשת רשות הערעור בטענה כי ההליך התנהל מבלי שנשמע קולם. בבקשתם, הצטרפו המבקשים לנימוקי החברה, תוך שהם מדגישים את הדברים מנקודת מבטם.

35. שיקולים שונים "מושכים" לכיוונים מנוגדים בשאלה אם ראוי לצרף נושאי משרה, שהם נתבעים בתביעה הנגזרת, כבר בשלב בירור הבקשה לאישור התביעה הנגזרת.

בהיבט של יעילות הדיון, ככל שהצדדים רבים יותר, כך ההליך ארוך ומסורבל יותר. מנגד, צירוף נושאי המשרה כבר בשלב אישור הבקשה מאפשר לבית המשפט לראות את התמונה בכללותה. ככל שאנו מאפשרים לנתבע הפוטנציאלי להעלות את טענותיו כבר בשלב של אישור התביעה הנגזרת, ייתכן כי תהא לכך השפעה על הערכת בית המשפט את סיכויי התביעה, מה שעשוי לייתר את הגשת התביעה נגדו אם וככל שטענותיו יתקבלו.

בהיבט של סיכוי להגיע לפשרה, מן המפורסמות הוא כי ככל שמספר הצדדים המעורבים גדול יותר, כך הסיכוי להגיע לפשרה קטן יותר, לעיתים בשל התנהגות לא רציונלית של מי מהצדדים. מנגד, דווקא צירוף נושאי המשרה עשוי להפעיל לחץ על החברה להתפשר, או להניב יותר מידע שיאפשר לצדדים להעריך סיכונים וסיכויים שיש בהם כדי לקדם פשרה.

בהיבט של שיקולים ביטוחיים, ייתכן כי נושאי המשרה יעדיפו שלא להפעיל כבר בשלב המקדמי את הכיסוי הביטוחי או שייתכן כי חברת הביטוח תעדיף בשלב הראשון לפעול "מאחורי הקלעים" תוך סיוע לחברה להדוף את התביעה כבר בשלבים המוקדמים. מנגד, ייתכן כי נושאי המשרה יבקשו להכניס לתמונה את חברת הביטוח כבר בשלב המקדמי, אם כדי למנוע טענות מאוחרות של

אי דיווח במועד והתנערות מהכיסוי הביטוחי ואם כדי להבטיח מימון הוצאות הייצוג המשפטי כבר בשלבים מוקדמים.

לכל אלה ניתן להוסיף שיקולים נוספים, כמו שיקולים פנימיים של החברה שלא לחשוף בשלב המקדמי הסכמי פטור ושיפוי בינה לבין נושאי המשרה. מנגד, ייתכן כי לחברה אינטרס מובהק שנושאי המשרה ישמיעו את קולם באופן עצמאי, על מנת להסיר ספקות ולהבהיר צללים (וראו כבוב ומימון-בלאו, עמ' 10-16, שם מפרטים המלומדים את השיקולים השונים של הצדדים).

36. לדידי, הבקשה לאישור התביעה הנגזרת הייתה צריכה להיות מוגשת מלכתחילה גם כנגד המבקשים, בהיותם צדדים חיוניים ונדרשים שעלולים להיפגע מההחלטה לאשר את התביעה, ועל מנת לאפשר לבית המשפט להכריע ביעילות בכל השאלות שבמחלוקת (וראו תקנה 24 לתקנות סדר הדין האזרחי. התקנה חלה גם על הליכי תביעה נגזרת מכוח תקנה 2 המחילה את התקנות בכל עניין אזרחי למעט "במידה שבענין פלוני נוהגים לפי סדר דין אחר"). ליבת התביעה הנגזרת נסבה על טענות חמורות של תרמית ושל כשלים חמורים בהתנהלותם של המבקשים, בהיותם נושאי משרה בחברה. קשה להלום כי רק לאחר אישור התביעה הנגזרת, יתאפשר לכל אחד מהדירקטורים להתגונן לראשונה באופן אישי מפני התביעה שכבר הוגשה נגדו. בתביעה נגזרת כגון דא, שיש בה אף כדי לפגוע בשמו הטוב של הדירקטור, תביעה שלעיתים יוצרת תהודה ציבורית, ראוי לדון ולהכריע בשלב האישור לאחר שניתנה לנושאי המשרה הזדמנות להשמיע את גרסתם ואת טענותיהם בנפרד מהחברה.

אכן, הבקשה לאישור מוגשת בנפרד מכתב התביעה, אך אין משמעות הדבר כי הבקשה לאישור היא הליך עצמאי ונפרד מהתביעה הנגזרת עצמה. דרך המלך היא לברר את הבקשה לאישור תביעה נגזרת במסגרת התביעה עצמה (השופט (כתוארו אז) גרוניס ברע"א 9030/04 אירופה ישראל (מ.מ.ש) בע"מ נ' גדיש קרנות גמולים בע"מ פסקה 7 (26.6.2007); ת"א (מחוזי י-ם) 7438/05 בתיה אחזקות נכסים בע"מ נ' קרון טוקטלי פסקה 17 (4.1.07); חביב-סגל, 687-688; צ' כהן "התביעה

הנגזרת בדין הישראלי: בחינה ביקורתית" קרית המשפט ו 77, 136-137 (תשס"ו)). אציין כי הדבר לא נעלם מעיני המבקש, שהקדים וטען בבקשה לאישור התביעה (סעיף 49) כי בחר להגיש את הבקשה בנפרד, על מנת שבית המשפט יברר כבר בשלבים הראשונים את חשיבות התובענה לחברה ואת שליחותו הציבורית.

קיצורו של דבר, כי ככלל, לנושאי משרה כנתבעים פוטנציאליים בתביעה נגזרת יש מעמד כמי שזכויותיהם המהותיות והדיוניות עלולות להיפגע אם תאושר הבקשה, ויש לצרפם אפוא כצד לבקשה לאישור (וראו תנ"ג (מחוזי ת"א) -28587-10-11 צבי זיו נ' אהרון וידר (18.1.2012)); כבוב ומימון-בלאו המצדדים אף הם בצירוף נושאי המשרה כבר בשלב בירור הבקשה).

37. במצב הדברים הרגיל, דומני כי די היה באי צירוף המבקשים, הנתבעים הפוטנציאליים, כצד לבקשה לאישור, כדי להביא לדחיית הבקשה כנגדם. אלא ששמות המבקשים התנוססו כנתבעים על טיוטת כתב התביעה שצורפה לבקשה לאישור, המבקשים ידעו על הגשת הבקשה לאישור התביעה הנגזרת, ואין חולק כי עודכנו אודותיה (סעיף 83 לבקשת ההצטרפות בהליך זכאן). הדירקטורים אף הוזמנו לדיון, ולמעשה, גם אם לא להלכה, יוצגו על ידי החברה-המבקשת ובאי כוחה. ולא רק זאת, אלא שמכותרת החלטותיו של בית משפט קמא עולה כי הוא התייחס למבקשים כאילו כבר צורפו כמשיבים (לדוגמה, החלטת בית המשפט מיום 30.5.2011 שכותרתה כוללת את המבקשים). בנסיבות אלה, ככל שסברו המבקשים כי הם אינם צד לדיון, היה עליהם להגיש בקשה להצטרף כצד לדיון, ולא לנקוט בדרך של "ישיבה על הגדר" תוך המתנה להחלטת בית המשפט.

ודוק: איני סבור כי יש להחיל על נושא משרה את "תורת הידיעה" ולהטיל עליו את הנטל להגיש בקשת הצטרפות, מקום בו מובא לידיעתו כי הוגשה בקשה לאישור הגשת תביעה נגזרת כנגדו. הנטל הראשוני לצרף את הנתבעים הפוטנציאליים כצד לבקשה הוא על מבקש האישור. האם יש אפוא לדחות בקשה לאישור תביעה נגזרת כנגד נושאי משרה בחברה שלא צורפו כצד לבקשת האישור,

גם אם ידעו על הבקשה ועל ההליכים המתנהלים? בנסיבות המקרה דנן, ומאחר שמצאתי לדחות את הבקשה לאישור התביעה כנגד הדירקטורים לגופה, איני רואה להכריע בשאלה זו, אך אחזור ואדגיש כי דרך המלך היא לצרף מלכתחילה את הנתבעים הפוטנציאליים כצד לבקשה לאישור.

ב. האם הובאה העסקה לאישור הדירקטוריון?

38. בין הצדדים נתגלעה מחלוקת עובדתית בשאלה אם העסקה מושא דיוננו הובאה לאישור הדירקטוריון. המבקשים טענו כי עסקאות בסדר גודל זה של חברת בת, לא הצריכו כלל אישור הדירקטוריון ולא הובאו לאישורו. הא-ראיה, שלא הוצג פרוטוקול מזמן אמת המאשר את העסקה.

אציין כי הטענה שהעסקה לא הובאה כלל לאישור הדירקטוריון לא הועלתה על ידי החברה בהתנגדותה להגשת התביעה הנגזרת, אך במהלך הדיונים עלתה טענה זו כאחת השאלות השנויות במחלוקת. בשלב הטיעונים בעל פה, ולאחר שאלות חוזרות ונשנות של בית המשפט, נאלץ ב"כ המשיב לאשר כי אכן אינו יכול להציג בפני בית המשפט החלטת דירקטוריון המאשרת את העסקה (עמ' 177-178 לפרוטוקול מיום 28.4.2013). בית משפט קמא הגיע למסקנה כי העסקה אכן לא אושרה על ידי דירקטוריון החברה:

"ההחלטה לרכוש את מניות חברת ABG לכאורה כלל לא נשקלה על ידי החברה או אורגניה, אלא על ידי מר חלדיי – שאינו בשום צורה אורגן מוסמך של החברה. דירקטוריון החברה הסמיך וסמך, לכאורה, בצורה עיוורת על מנכ"ל החברה ומר ברזילי, ואלה סמכו בצורה עיוורת על מר חלדיי...הבעיות הגלומות בעסקה כאמור בסעיף 81.2 לעיל מקורן בהתנהלותם של מר ברזילי ומנכ"ל החברה, אשר אישרו לכאורה את העסקה כאשר לא היה בידם המידע הרלוונטי" (שם, עמ' 30 להחלטה, הדגשה הוספה – י"ע).

בהמשך, קובע בית המשפט כי היו אלה מר ברזילי (סמנכ"ל הכספים) ומנכ"ל החברה שאישרו את רכישת מניות ABG מבלי להזכיר את דירקטוריון החברה.

39. למרות זאת, חזר וטען המשיב בתגובתו כי העסקה אושרה על ידי הדירקטוריון. כראיה לכך, הצביע המשיב על פרוטוקול ישיבת דירקטוריון מיום 7.8.2011 שם נתבקשו הדירקטורים - בעקבות הגשת הבקשה לאישור התביעה הנגזרת - לאשר את החלטת החברה שלא להגיש תביעה כנגד המבקשים. בפרוטוקול נרשם כי אחד הדירקטורים שנכח בישיבה התבטא כי "גם היום הדירקטוריון צריך לקבל את ההחלטה בצורה סבירה מדובר בעיקר בשאלה משפטית, קרי, האם קיימת לחברה עילת תביעה מבוססת כנגד הדירקטורים שלקחו חלק בדיון על העסקה". על כך השיב היועץ המשפטי של החברה "אלו אכן פני הדברים". מפרוטוקול זה ביקש המשיב להסיק שהעסקה הובאה לאישור הדירקטורים דאז וכי התקיים דיון בעסקה.

העובדה כי דירקטור שלא היה מעורב כלל בעסקה, מתבטא לפי תומו ארבע שנים לאחר העסקה, אודות דירקטורים אחרים "שלקחו חלק בדיון על העסקה" רחוקה מלהיות ראיה כי העסקה אכן נדונה ואושרה בדירקטוריון. אילו אושרה העסקה בדירקטוריון בתקופה הרלוונטית, היה על המשיב להציג פרוטוקול המאשר את העסקה.

בהקשר זה יש להעיר כי מפרוטוקול הדיון מיום 28.4.2013 ניתן ללמוד כי לא התקיים הליך של גילוי מסמכים בבקשה. הבקשה לאישור התביעה הנגזרת הוגשה בטרם התקבל חוק החברות (תיקון מס' 16), התשע"א-2011, וטרם תוקן סעיף 198א לחוק החברות המאפשר הגשת בקשה לגילוי מסמכים עוד טרם הגשת הבקשה לאישור תביעה נגזרת (הערות כב' השופט שינמן בעמ' 180 ו-207 לפרוטוקול הדיון). עם זאת, הפסיקה הכירה בכך שהמבקש להגיש תביעה נגזרת היה רשאי לדרוש גילוי מסמכים גם בטרם תוקן סעיף 198א לחוק (ראו עניין אינטרקולוני, פסקאות 58-60). משלא דרש המשיב מהחברה לגלות ולעניין

בפרוטוקול אישור העסקה, ומשנטען על ידי החברה כי העסקה לא הובאה לאישור הדירקטוריון – יש בכל אלה להטות את הכף למסקנה אליה הגיע בית משפט קמא, ולפיה העסקה לא אושרה כלל בדירקטוריון.

40. בית משפט קמא קבע בהחלטתו כי "... החברה אף הגדילה לעשות בכך שטענה כי חברי דירקטוריון החברה כלל לא היו מודעים לעסקה למרות שאישרו תשקיף שכלל דיווח לגבי העסקה" (שם, עמ' 32 להחלטה).

המשיב טען כי בכך באה לידי ביטוי התרשלות הדירקטורים, שאישרו את התשקיף ואישרו גם את הפחתת שווי המקרקעין לאפס מבלי לברר אודות מהותה של העסקה. טענה זו אכן מסברת את הדעת, אלא שמדובר באירוע שאינו משקף את ידיעתם של הדירקטורים אודות העסקה בזמן אמת. מכאן שניתן לתהות לגבי קיומו של קשר סיבתי בין מחדלי הדירקטורים, אם בכלל, באישור התשקיף ממנו ניתן ללמוד אודות העסקה, לבין הנזק שכבר נגרם לחברה עקב ההתקשרות בעסקה עצמה. מכל מקום, אחזור ואזכיר כי הגענו למסקנה כי עילת הרשלנות והפרת חובת הזהירות נחסמת בשל תניית הפטור.

41. בית משפט קמא קבע כאמור כי העסקה לא הובאה להחלטת הדירקטוריון. אולם, בית המשפט זקף לחובתה של המבקשת-החברה היעדר החלטה לפיה לא נדרש אישור הדירקטוריון לעסקה, או החלטה אשר מסמיכה את מנכ"ל החברה לאשר עסקאות בהיקף של העסקה מושא דיוננו, ללא צורך באישור הדירקטוריון:

"ראשית, החברה לא הוכיחה כי ההחלטה על רכישת מניות חברת ABG התקבלה במהלך עסקים הרגיל. מלבד טענת מר ברזילי לפיה מדובר בעסקה אחת מתוך עסקאות רבות בהיקף של חצי מיליארד אירו במדינות חבר העמים לשעבר (עמ' 159 ש' 24-33 בפרוטוקול), לא הוצגה בפניי ראיה נוספת, התומכת בטענת החברה כי לא נדרש אישור הדירקטוריון לעסקה רכישת מניות ABG. יתרה מזאת, כלל לא הובאה בפניי החלטת דירקטוריון החברה אשר הסמיכה לכאורה את מנכ"ל החברה ומר ברזילי לאשר עסקאות מסוג עסקת רכישת מניות חברת ABG, ואשר הגדירה להם 'קווים מנחים' (עמ' 160 ש' 7-10 בפרוטוקול) ולא הוצג פרוטוקול המאשר להם (ככל שהייתה החלטה המסמיכה אותם) להאציל

סמכותם למר חלדיי. שנית, לכאורה הבעיות הגלומות בעסקה כאמור בסעיף 81.2 לעיל, מקורן בהתנהלותם של מר ברזילי ומנכ"ל החברה, אשר אישרו לכאורה את העסקה כאשר לא היה בידם המידע הרלוונטי" (שם, פסקה 81.2, ההדגשות במקור – י"ע).

הנה כי כן, הרשלנות המיוחסת לדירקטורים היא בכך שהסמיכו את ברזילי ואת מנכ"ל החברה, או שלא ידעו על כך שברזילי ומנכ"ל החברה אישרו את העסקה. כפי שציין בית משפט קמא בהחלטתו, על דירקטור ובעל תפקיד בחברה לקבל החלטה מודעת, פרי "הליך של איסוף עיון, דיון, ובחינת נתונים, מסמכים ושיקולים רלוונטיים". על כך אין חולק, אך תנאי מקדמי להחלטה מודעת לאישור עסקה, היא היותה מודעת, קרי, נדרשת ידיעה של הדירקטור אודות העסקה הרלוונטית.

סעיף 253 לחוק החברות קובע כלהלן:

אמצעי זהירות ורמת מיומנות
 253. נושא משרה יפעל ברמת מיומנות שבה היה פועל נושא משרה סביר, באותה עמדה ובאותן נסיבות, ובכלל זה ינקוט, בשים לב לנסיבות הענין, אמצעים סבירים לקבלת מידע הנוגע לכדאיות העסקית של פעולה המובאת לאישורו או של פעולה הנעשית על ידיו בתוקף תפקידו, ולקבלת כל מידע אחר שיש לו חשיבות לענין פעולות כאמור.

במקרה דנן, ענייננו בעסקה שלא הובאה כלל לאישור הדירקטוריון או לידיעתו, משכך לכאורה לא ניתן לייחס רשלנות לדירקטורים באישור העסקה על פי סעיף 253 לחוק כפשוטו. עם זאת, פירוש סביר של הסעיף מביא למסקנה כי רשלנות דירקטורים יכולה לבוא לידי ביטוי גם באי ידיעה אודות פעולה או עסקה שנעשתה על ידי החברה.

42. בית משפט קמא קבע בהחלטתו כי החברה לא הוכיחה שהחלטה על רכישת מניות ABG התקבלה במהלך עסקים רגיל, כי התגלו בפני בית המשפט

בעיות בהתנהלות מנכ"ל החברה ומר ברזילי, והדירקטוריון התרשל לכאורה בתפקידו משלא פיקח כראוי על עבודתם:

"מטענות החברה כאמור עולה, כי דירקטוריון החברה הסמיך את מר ברזילי ומנכ"ל החברה להתקשר בעסקאות מסוג עסקת רכישת מניות ABG. מבלי לקבוע מסמרות לעניין זה, אסתפק בשלב זה בכך שאציין כי על דירקטוריון החברה היה, לכל הפחות, לפקח על התנהלותם של נושאי המשרה שהסמיך – דבר אשר לא הוכח ולא נטען על ידי החברה..." (שם, פסקה 81.2).

למנכ"ל החברה נתונות "כל סמכויות הניהול והביצוע שלא הוקנו בחוק זה או בתקנון לאורגן אחר של החברה" (סעיף 121 לחוק). אין חולק כי על הדירקטוריון לפקח על עבודת המנכ"ל כאמור בסעיף 92(א) לחוק החברות הקובע כי "הדירקטוריון יתווה את מדיניות החברה ויפקח על ביצוע תפקידי המנהל הכללי ופעולותיו...". אלא שמתן סמכות למנכ"ל חברה להתקשר בהסכמים עד סכומים מסוימים ללא צורך באישור הדירקטוריון הוא דבר מקובל במהלך העסקים הרגיל, וגדר סמכות המנכ"ל נגזרת, מטבע הדברים, מהיקף פעילות החברה והיקפי העסקאות בהן היא מעורבת. מכל מקום, גם אם אניח לצורך הדיון כי הדירקטוריון התרשל במחדל בפיקוח על המנכ"ל ובאי ידיעה אודות העסקה, הרי שכבר הגענו למסקנה כי תניית הפטור בהסדר החוב חוסמת הגשת תביעה נגדם בעילה של הפרת חובת הזהירות.

ככלל, העובדה שהעסקה נעשתה על ידי חברת בת, אין בה כדי לפטור נושאי משרה בחברת האם מאחריותם. חברת בת מהווה נכס של חברת אם, ומכאן שלדירקטוריון בחברת האם אחריות לשמור ולפקח על הנעשה בה, כמי שאמונים ונאמנים על שמירת כל נכסי חברת האם (וראו פרופ' יוסף גרוס דירקטורים ונושאי משרה בעידן הממשל התאגידי 29-30 (מהדורה שניה, 2011) (להלן: גרוס) הממליץ על קוד ממשל תאגידי שיכלול, בין היתר, כללים לטיפול בעסקאות מהותיות של חברות-בנות והעברת מידע בין חברות-בנות לחברה-האם). עם זאת, היקף חובת הזהירות של דירקטוריון חברה למעשים של חברת בת, משתנה בהתאם לפרמטרים שונים, ובין היתר: שיעור ההחזקות בחברת הבת, מידת השליטה וההשפעה בחברת

הבת, היותה של חברת הבת נכס עיקרי של חברת האם, זיקות הגומלין בין החברות (כגון ערבות של חברת האם לחברת הבת) ועוד (השוו ת"א (מחוזי ת"א) 2193/06 מתוק אפרים ובניו בע"מ נ' רמי אביבי (2.4.2013)). במקרה דנן, הדירקטוריון לא אישר כלל את העסקה, לא נטען כי חברי הדירקטוריון ידעו אודות העסקה וממילא לא הונחה תשתית ראייתית למעורבותם. משכך, היה על המשיב לפרט ולהסביר מדוע יש לזקוף לחובתם מעשים שנעשו על ידי חברת הבת.

מכל מקום, רשלנות בשל חוסר מודעות לעסקה שלא הייתה כלל בידיעת הדירקטורים, אינה עולה בקנה אחד עם טענה לתרמית. משלא הובאה העסקה לאישור הדירקטוריון, ניתן לכל היותר לייחס לדירקטורים רשלנות, אך תמהני כיצד ניתן לייחס להם תרמית וכי "נכנעו ללחצו של בעל השליטה ולא פעלו בתום לב ולטובת החברה בכללותה" (סעיף 39ה לבקשה לאישור התביעה הנגזרת). קשה להלום כי הדירקטורים פעלו בתרמית לגבי עסקה שלא הובאה כלל לאישורם ומבלי שהונחה כל תשתית ראייתית לגבי ידיעה של מי מהם בזמן אמת אודות העסקה. לכך לא מצאתי התייחסות בהחלטתו של בית משפט קמא, שכאמור, אישר באופן גורף הגשת תביעה נגזרת כנגד כל המבקשים, הן בעילה של תרמית והן בעילה של רשלנות.

43. סיכום ביניים: יש לצרף לבקשה לאישור תביעה נגזרת את נושאי המשרה שהתביעה הנגזרת אמורה להיות מוגשת כנגדם.

בהיעדר אישור של הדירקטוריון לעסקה, ובהיעדר ראיה כלשהי לידיעה של הדירקטורים בזמן אמת אודות העסקה, לא ניתן לייחס להם תרמית. ייתכן כי ניתן לייחס לדירקטורים רשלנות בפיקוח על מר ברזילי או על המנכ"ל (שהמשיב אף לא נקב בשמותיהם כנתבעים), או רשלנות בעצם הסמכתם של אלה להתקשר בעסקאות בהיקף כזה ללא פיקוח של הדירקטוריון. אלא שתניית הפטור בהסדר החוב חוסמת הגשת תביעה נגזרת בעילה של רשלנות והפרת חובת הזהירות כנגד הדירקטוריון.

לאור זאת, יש לקבל את ערעור הדירקטורים ולא לאשר הגשת תביעה נגזרת נגדם, אף לא בעילה של תרמית.

להלן אעמוד על טעם נוסף בגינו יש לקבל את ערעור הדירקטורים.

ג. אישור תביעה נגזרת נגד הדירקטורים כמקשה אחת וללא הבחנה ביניהם

44. המבקשים טענו כי אין לאשר את התביעה הנגזרת מן הטעם שהוגשה נגד הדירקטורים כמקשה אחת וללא הבחנה ביניהם.

טענה זו טומנת בחובה שתי שאלות עקרוניות: האחת, האם אחריות הדירקטוריון היא קולקטיבית או אחריות אישית של כל דירקטור לעצמו? והאם על מנת לאשר תביעה נגזרת נגד דירקטורים די בתשתית עובדתית המתייחסת לדירקטוריון כגוף אחד או שיש לפרט ולהניח תשתית לגבי כל דירקטור ודירקטור בנפרד?

השאלה הראשונה מבקשת לברר את "סוג" האחריות המוטלת על דירקטורים בחברה, השאלה השנייה עניינה בדרך הטיעון ונטל הראיה המוטל על המבקש לאשר תביעה נגזרת. על אף שמדובר בשתי שאלות נפרדות, לשאלת אחריות הדירקטורים, כאישית או כקולקטיבית, השלכה על היקף הפירוט והתשתית העובדתית הנדרשים לאישור תביעה נגזרת כנגד דירקטורים.

45. משהגעתי למסקנה כי בשל תניית הפטור בהסדר החוב לא ניתן להגיש תביעה נגד הדירקטורים בעילה של הפרת חובת זהירות והפרת חובת אמונים בתום לב, ומאחר שדחיתי גם את עילת התרמית שיוחסה לדירקטורים בהיעדר ראיה כלשהי למודעותם לעסקה, הרי שהדיון להלן הוא למעלה מן הצורך, ובבחינת הרהורים ראשוניים בסוגיה זו.

46. ההשקפה המקובלת בפסיקה ובספרות היא כי חבותו וחובתו של דירקטור היא אישית והוא לא נושא באחריות סולידרית-נזיקית למעשיו או מחדליו של דירקטור אחר:

"הסמכויות והכוחות הם של הדירקטוריון שהינו אורגן מרכזי של החברה. הדירקטוריון הוא 'אורגן-רבים' המורכב ממספר דירקטורים. זהו גוף 'קולגיאלי' הפועל בדרך כלל על פי רוב דעות. האחריות ברשלנות מוטלת על

כל דירקטור בגין פעולתו שלו בדירקטוריון. אחריות זו היא אינדיבידואלית. אין דירקטור אחד אחראי לרשלנותו של דירקטור אחר. כל דירקטור חייב לקיים, בהתנהגותו שלו, את התנאים לאחריות הקבועים בדיני הרשלנות. על כן, יקרה לא פעם כי התנהגותו של דירקטור פלוני בדירקטוריון תפר את רמת ההתנהגות הראויה לדירקטור סביר ותטיל עליו אחריות בנוזיקין, ואילו התנהגותו של דירקטור אלמוני תקיים את רמת ההתנהגות הראויה לדירקטור סביר ולא תטיל עליו כל אחריות. כך, למשל, אם מתקיימת הצבעה בדירקטוריון, וברוב דעות מתקבלת החלטה שיש בה משום הפרת חובתו של דירקטור סביר, האחריות ברשלנות תוטל על כל אחד מהדירקטורים שהצביעו עבור ההחלטה. בנסיבות מתאימות ניתן יהא לראות בהצבעת דירקטורים נגד אותה החלטה, משום אמצעי סביר לצאת ידי חובתו (דברי הנשיא ברק בע"א 610/94 בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה, פ"ד נז(4) 289, 312 (2003) (להלן: עניין בוכבינדר)).

כאמור, התייחסות דומה אנו מוצאים גם בספרות:

"הדירקטור ונושא המשרה הם בעלי תפקיד ניהולי בחברה ואין בינם לבין הדירקטורים ונושאי המשרה האחרים יחסי שליחות והדירקטורים ונושאי המשרה האחרים אינם שולחיו. לפיכך, דירקטור או נושא משרה אחר אינו חב חבות חוזית או נזיקית בגין מעשיהם של דירקטורים אחרים המורשים לפעול מטעם החברה, רק משום היותו חבר דירקטוריון..." (אברהם פלמן והדסה בר-מור דיני חברות בישראל להלכה ולמעשה כרך א 587 (1994) (הדגשות הוספו- י"ע)).

כך משתמע גם מסעיפי חובת האמונים והזהירות בחוק החברות המנוסחים בלשון יחיד- "נושא משרה חב כלפי החברה חובת זהירות כאמור בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]". "נושא משרה חב חובת אמונים לחברה, ינהג בתום לב ויפעל לטובתה..." (דירקטור הוא "נושא משרה" על פי ההגדרה בסעיף 1 לחוק החברות).

47. עם זאת, על אף שבעניין בוכבינדר הדגיש הנשיא ברק כי אחריות הדירקטורים היא אחריות אישית, ניתן למצוא בפסק הדין רמזים על התייחסות לדירקטוריון כקולקטיב. כך, מציין הנשיא ברק בפסקה המצוטטת לעיל את היותו של הדירקטוריון "אורגן רבים" ו"גוף קולגיאלי הפועל בדרך כלל על פי רוב דעות". כמו כן, ועל אף שהדברים נאמרים בהערת אגב, הוזכרה בפסק הדין השאלה אם די בהצבעה נגד החלטה רשלנית כדי "לשחרר" דירקטור מאחריות, תוך שנקבע כי הדבר תלוי בנסיבות.

ההכרה באפשרות לחייב דירקטור בהפרת חובת זהירות על אף שהצביע נגד החלטה רשלנית, עשויה לרמז כי אחריות הדירקטור אינה "אישית" ויש התחשבות בהיותו חלק מקבוצה של דירקטורים. מאחר שהדירקטוריון פועל כגוף אחד המחייב את החברה, יכול הטוען לטעון כי מכאן נובעת אחריות קולקטיבית להחלטות שהתקבלו בדירקטוריון, בהיקש מהדין הנוהג לגבי אחריות שר בממשלה, הנובע מהכלל של אחריות קולקטיבית של חברי הממשלה (ראו סעיף 4 לחוק יסוד: הממשלה). לאור זאת, היו שהציעו כי על מנת להשתחרר מאחריות סולידרית לא די בכך שהדירקטור יסתייג מהחלטות הדירקטוריון אלא עליו להתפטר מהדירקטוריון (ראו, צפורה כהן "אחריות נושאי משרה בחברה – כיווני התפתחות בפסיקה" קריית המשפט ה' 79, 95-79 (2004) (להלן: כהן אחריות נושאי משרה)). המחברת מציינת כי כך הוצע בשעתו על ידי הועדה לקביעת כללים לבקרה ואחריות בחברות בראשותו של פרופ' יובל לוי).

עם זאת, יש להדגיש את הנסיבות המיוחדות של פסק דין בוכבינדר שבו היעדר הפיקוח של הדירקטורים על ההנהלה היה כרוני ולא הושתת על אירוע בודד. בעניין בוכבינדר נקבע כי מדובר בדירקטוריון לא מתפקד שהיה חותמת גומי בלבד להחלטות ההנהלה. לעניין זה ראו את דבריו של שרון חנס במאמרו "כלל שיקול הדעת העסקי", עיוני משפט לא (2) 313, 316 (2009) (להלן: חנס):

"בעניין בוכבינדר, לעומת זאת, לא עמדה על הפרק כל בחינה של פעולה של הדירקטוריון והוא עוסק בשאלת אחריותם של הדירקטורים לכשל בפיקוח על מנהלי החברה. יתר על כן, דירקטור שאינו נוכח בישיבות הדירקטוריון ואינו בקי במצבה של החברה אינו זכאי ממילא להגנתו של כלל שיקול הדעת העסקי, משום שהחלטותיו אינן מיועדות במובן הבסיסי של מושג זה".

חנס מציינ בהערת שוליים שם, את הגישה האמריקאית לאחריות בגין כשל ממושך ומעמיק בפיקוח:

"הפסיקה האמריקאית מגוננת על דירקטורים במידה רבה גם כאשר לאחריותם במשימת הפיקוח שלהם על ההנהלה. כאן אמנם לא עומדת על הפרק החלטה עסקית מודעת, ומכאן שאין רלוונטיות ישירה להגנת כלל שיקול הדעת העסקי, אולם רק כשל ממושך ומעמיק מוביל לאחריות אישית לדירקטורים שכשלו במשימת הפיקוח שלהם".

נראה אם כך, כי הנסיבות החריגות של התרשלות-רבתי וחוסר פיקוח ממושך ומתמשך מצד חברי הדירקטוריון כמתואר בפסק דין בוכבינדר, הם שהביאו לאמירה כי לא די בהצבעת נגד של דירקטור או דירקטורים בודדים כדי לפטור אותם מאחריות.

48. מתי, אם בכלל, יינתן משקל לכך שהדירקטוריון הוא "אורגן רבים" בכואנו להטיל אחריות על דירקטור?

יש הגורסים כי ההבחנה בין אחריות אישית של דירקטור לבין אחריות קולקטיבית של הדירקטוריון, באה לידי ביטוי על פי עילת התביעה (Darian M. Ibrahim,) *(Individual or Collective Liability for Corporate Directors, 93 IOWA. L.REV. 929 (2008))*.

במאמרו עומד המחבר על כך שבתי המשפט נמנעו מעיסוק מפורש בשאלה האם אחריות דירקטור אישית או קולקטיבית, והוא מאזכר מספר מועט של פסקי דין של בתי המשפט בדלאור שדנו בסוגיה. מפסיקה זו עולה כי בית המשפט בוחן את אחריות הדירקטורים בהתאם לאופי החובה המופרת. כאשר נטען להפרה של חובת האמונים, מאמץ בית המשפט גישה של אחריות אישית, וכאשר נטען להפרה של חובת זהירות, התמונה יותר מורכבת ולעיתים נבחנת האחריות בעיניים קולקטיביות.

בפתח ניתוחו של הסוגיה, המחבר עומד על המתח השורר בין סמכותו של דירקטור לנהל את החברה באופן מיטבי, לבין אחריותו (accountability) של הדירקטור כלפי גורמים חיצוניים (כגון בית-המשפט). מאחר שהתכלית שביסוד הטלת חובות אמונים וזהירות על דירקטורים היא לגרום להם לקבל החלטות מיטביות עבור החברה, השאלה היא כיצד יש לאזן בין סמכותם של דירקטורים לבין אחריותו במצבים שונים. המחבר מציע אפוא לבחון את אחריות הדירקטוריון כקולקטיב כאשר מדובר בהפרה של חובת זהירות, ובאספקלריה של אחריות אישית כאשר הטענה היא להפרה של חובת אמונים. לגישתו, בחינת האחריות כקולקטיב במקרה בו נטען להפרה של חובת הזהירות לא נועדה להטיל אחריות על כל הדירקטוריון בגין פעולות שביצע דירקטור בודד או מספר דירקטורים בודדים. נהפוך הוא, הבחינה הקולקטיבית מטרתה לפטור דירקטור בודד מאחריות אישית, ובכך להגביר את רמת הסמכות של הדירקטורים, כאשר הדירקטוריון כקולקטיב לא התרשל.

במאמר מוצע לבחון את שאלת האחריות האישית מול האחריות הקולקטיבית מנקודת המבט הבאה: האם הפרת חובת הזהירות על ידי דירקטור או מספר דירקטורים בודדים, מסכנת את הליך קבלת ההחלטות בדירקטוריון? תשובה חיובית תביא להגברת

האחריות של הדירקטור על-דרך בחינת האחריות האישית של הדירקטור. תשובה שלילית תביא להגברת הסמכות של הדירקטור על-דרך אימוץ גישה קולקטיבית, מבלי להטיל אחריות על הדירקטור או הדירקטורים הבודדים שהפרו את חובתם. מסקנת המחבר היא כי בהפרה של חובת אמונים על ידי דירקטור יחיד יש כדי לסכן את הליך קבלת ההחלטות כולו ולכן ראוי להטיל אחריות אישית על הדירקטור המפר. כך, בהפרה של חובת אמונים – למשל במצב של ניגוד עניינים או כאשר לדירקטור עניין אישי בפעולה – הדבר עלול להביא להצבעה של הדירקטוריון מבלי לדעת כי העסקה נגועה, ומכאן הסיכון להליך קבלת ההחלטות בדירקטוריון. ואילו הפרה של חובת הזהירות מצד דירקטור או מספר דירקטורים, אינה מסכנת באופן ניכר את הליך קבלת ההחלטות בדירקטוריון ולכן אין להטיל אחריות אישית על הדירקטור המפר.

לשיטה זו, השימוש בגישה הקולקטיבית בא להגן על הדירקטורים שהפרו את חובת הזהירות, מתוך תפיסה כי הפרת חובת הזהירות מצד דירקטורים בודדים אינה מסכנת את הליך קבלת ההחלטות בדירקטוריון כולו. גישה קולקטיבית זו מאזנת בין הערך של הרתעת הדירקטורים מפני הפרת החובה, לבין הערך של שמירה על עצמאות קבלת ההחלטות בדירקטוריון. לגישה זו, הטלת אחריות אישית על דירקטור בודד בשל הפרה של חובת זהירות, כאשר הדירקטוריון כקולקטיב לא התרשל, ולהיפך, הטלת אחריות על כל הדירקטורים בגין הפרה מצד דירקטור בודד, עלולות לגרום לשיתוק או לאפקט מצנן על כל הדירקטורים.

לתפיסת הדירקטוריון כקולקטיב לצורך הגנה על הדירקטור הבודד הנתבע בעילה של הפרת חובת הזהירות, יש מספר יתרונות, כגון: חיסכון בעלויות החברה – הגנה של הדירקטוריון כקולקטיב תחסוך מהחברה את הצורך לשפות כל אחד מהדירקטורים על הוצאותיו המשפטיות בנפרד; חיסכון במשאבים שיפוטיים – בית המשפט יהיה פטור מלאבחן בין הדירקטורים ולעמוד בנפרד על כישוריו ומעשיו של כל אחד מהדירקטורים; אחריות אישית מקשה על הוכחת הקשר הסיבתי בין התרשלות הדירקטור הבודד לבין הנזק.

זאת ועוד. הטלת אחריות אישית על כל דירקטור בנפרד עלולה להשפיע על התנהלות הדירקטורים בכך ש"ידברו לפרוטוקול", כדי שביום פקודה יוכלו להצביע על כך שהתריעו מראש או שהאחריות נופלת לפתחו של דירקטור אחר. הדבר עלול להשפיע על שיקול הדעת העסקי של הדירקטורים ולהסיטם מהמטרה העסקית לשמה נתכנסו ואף עלול "לקלקל את השורות" ביחסים שבין חברי הדירקטוריון. אם די בהצבעה נגד החלטה על מנת לשחרר דירקטור מאחריות, עלולה להיווצר "דילמת

האסיר" כך שדירקטור שמעריך כי אחרים יתמכו בהצעה, יצביע נגד ההצעה אך ורק כדי שלא לשאת באחריות בגינה. אם כך ינהגו רוב הדירקטורים, התוצאה תהא שהחלטה עסקית שראוי היה לקבלה לא תתקבל (כהן אחריות נושאי משרה, עמ' 93).

49. הנה כי כן, ניתן להצביע על גישה המציעה לפטור דירקטור מאחריות אישית בשם פעולת הקולקטיב. מנגד, מפסק דין בוכבינדור ניתן להסיק כי בנסיבות מסוימות יש לחייב את הדירקטור הבודד בגין פעולת הדירקטוריון כקולקטיב. נראה כי גם המלומדת צפורה כהן סבורה כי קיימת אחריות קולקטיבית של הדירקטוריון שיש בה כדי לחייב את הדירקטור הבודד:

"בשונה מדירקטורים בחברה – שאחראים להחלטות הדירקטוריון באופן קולקטיבי, בלי להתחשב באופן ההצבעה האינדיבידואלי שלהם – הרי שכאשר ההחלטה התקבלה על-ידי בעלי המניות באסיפה הכללית, קובע חוק החברות, כי אחריותם של בעלי המניות תלויה באופן הצבעתם" (כהן אחריות נושאי משרה בעמ' 92) (הדגשה הוספה – י"ע).

50. כשלעצמי, אני נוטה לדעה כי במצב הדברים הרגיל, אחריות הדירקטור היא אישית והחובות מוטלות על כל דירקטור בנפרד. משלא הוכח כי דירקטור פלוני פעל תוך הפרת חובת הזהירות או פעל בתרמית או בניגוד לחובת האמון החלה עליו, אין לפקוד עליו עונו של דירקטור או של נושא משרה אחר. כל דירקטור ונושא משרה באשמו-שלו ישא, ואין לייחס אשם לדירקטוריון כולו בבחינת חייבים ביחד ולחוד. חובת הזהירות והמיומנות היא אינדיבידואלית, הדברים נכונים במיוחד לגבי חובת האמונים (גרנט, עמ' 191) וכך על דרך של קל וחומר בעולת התרמית, שיש בה גוון עז של אשם מוסרי ויסוד נפשי של כוונה להטעות.

עם זאת, מהווה הדירקטוריון כ"קולקטיב" נסיבה שניתן להתחשב בה לצורך הטלת אחריות. היותו של הדירקטור חלק מקבוצת דירקטורים עשויה לפעול לעיתים לזכותו ולעיתים לחובתו במקרים של הפרת חובת הזהירות. ביטויים לגישה זו ניתן למצוא גם ב- MODEL BUSINESS CORPORATION ACT, ch 8, subchapter C, Official Comment (2007) Section 8.30(b), שהינו נוסח חקיקה מומלץ מטעם ה-American Bar Association.

51. לכך השלכה על בחינת התביעה הנגזרת עוד בשלב הבקשה לאישור. יש לבחון אם לטענת מבקש האישור, הדירקטוריון כשל כגוף קולקטיבי בנסיבות של כשל כרוני בפיקוח, כדוגמת זה שנדון בעניין בוכבינדור, או שלטענתו מי מהדירקטורים הפר באופן

אישי את חובת הזהירות או את חובת האמונים. בכל אחד מהמקרים על מבקש האישור לטעון ולהניח תשתית ראייתית ראשונית בהתאם לטענתו.

לדידי, קשה להלום כי תביעה כנגד דירקטוריון במיוחד בעילה של תרמית והפרה של חובת האמונים, תוגש כמקשה אחת, מבלי להבחין בין המנהלים השונים, אם על פי "סוגיהם" ואם על פי דרך פעילותם. לא דירקטור חיצוני ובלתי תלוי כדירקטור שהתמנה על ידי בעל השליטה או שנמצא בקרבת משפחה או קרבה כזו או אחרת לבעל השליטה. לא דירקטור שלכאורה מילא את תפקידו לעומת דירקטור שישב בחיבוק ידיים וגילה אדישות לנעשה בחברה. לא דירקטור שנשמך בתום לב על חוות דעת מומחה או שהעלה שאלות והקשה קושיות לגבי העסקה וקיבל תשובות שמבחינה אובייקטיבית היה בהן כדי להניח את דעתו, כדירקטור "שנרדם בשמירה". לא דירקטור בעל כשירות חשבונאית ופיננסית או בעל כשירות מקצועית בתחום מסויים, כדירקטור אחר (סעיף 92(א)(12) לחוק החברות מחייב למנות דירקטורים בעלי מומחיות חשבונאית ופיננסית כחלק בלתי נפרד מהרכב הדירקטוריון, וסעיף 253 לחוק החברות קובע כי "נושא משרה יפעל ברמת מיומנות שבה היה פועל נושא משרה סביר, באותה עמדה ובאותן נסיבות"). לא דירקטור שהתנגד להחלטה עסקית של החברה ונקט באמצעים סבירים כדי למנעה, כדירקטור שאישר את העסקה או הפעולה (גרס, שם עמ' 181. לשאלה מתי יש בהצבעת נגד של דירקטור כדי לשחררו מאחריות, ולשיקולים השונים המושכים לכיוונים נוגדים, ראו כהן אחריות נושאי משרה; זהר גושן "הצבעה אסטרטגית בדיני חברות מדיקטטורה לדמוקרטיה" משפטים כג 109 (2004)). מצב בו דירקטור אשר הפר את חובת הזהירות שלו יוכל "לזכות" מפעולתם הזהירים של חבריו עלול להביא למצב של "טרמפיסטיות" בו אף דירקטור לא יהיה זהיר דיו, מאחר שכל אחד מהם יסמוך על זהירותו של אחרים.

ודוק: יש להישמר מפני דיבורים לפרוטוקול כדי לצאת ידי חובה, ולא כל דירקטור "שתקן" הוא בהכרח רשולן. האמור לעיל לא מתיימר להיות רשימה סגורה או מחייבת של אינדיקציות לגבי פועלו של הדירקטור במסגרת תפקידו, אלא דוגמה לאופן בו ניתן לבחון את התנהלותו של הדירקטור באופן אישי.

52. הנה כי כן, אף שככלל, החובה של כל דירקטור היא אישית, במיוחד כאשר בעילה של הפרת חובת אמונים עסקינה, התייחסותו של המשיב לדירקטורים נעשתה כקולקטיב מבלי להבחין בין חברי הדירקטוריון השונים, ובאופן כוללני, תוך הטחת האשמות כבדות כלפיהם. כל זאת, מבלי שהמשיב טרח לפרט כיצד באה לידי ביטוי תרומתו או חלקו של כל אחד מהדירקטורים בקבלת ההחלטות ובתרמית הנטענת,

שליטתו, נועדה לשרת את כיסו של בעל השליטה. גם לאחר שהמשיב נדרש על ידי בית המשפט בהחלטתו מיום 27.2.2011 לפרט את עילות התרמית, הוא הגיש מסמך שכותרו "מסמך המפרט את עילות התרמית בבקשה להכרה בתביעה כתביעה נגזרת", שאין בו כל פירוט הנוגע לדירקטורים עצמם. בעקבות זאת, עתרה החברה שוב להורות למשיב לפרט, בין היתר, למי מהדירקטורים מייחס המשיב ידיעה על התרמית הנטענת, אך המשיב נמנע מכך (נספחים 23-27 לבקשת רשות הערעור). גם בדיון בבית משפט קמא, לא עלה בידי המשיב להסביר מהי התרמית שהוא מייחס לכל אחד ואחד מהדירקטורים, ומשנשאל מי מהדירקטורים היה מעורב במעשה ההסתרה השיב:

"את זה אני לא יכול לדעת אבל עובדה שהם אישרו את זה" [את דיווח החברה אודות הגשת הבקשה לאישור תביעה נגזרת – י"ע]... []... זה אושר. משהו אישר את זה, אני לא יודע מי אישר את זה אבל זה מדובר, יש שם מנגנון, כל מי שאישר את ה, את הדו"ח הזה, הוא מעורב במעשה ההסתרה.

[]

בית המשפט: "אז מי מעורב באישור? מי מאשר דו"ח מיידי?"

המשיב: "אני לא יודע את זה הם צריכים להגיד..." (עמ' 94-95 לפרוטוקול) (הדגשות הוספו- י"ע).

כל עוד לא נטען אחרת על ידי מבקש אישור התביעה הנגזרת, הרי שהתביעה הנגזרת אינה קולקטיבית-קבוצתית נגד דירקטורים, ויש לפרט ולהניח תשתית ראייתית ראשונית לקיומה של עילת תביעה כנגד כל אחד ואחד מהדירקטורים ונושאי המשרה האחרים הנתבעים בתביעה הנגזרת. לא כך נעשה במקרה דנן (עוד על החובה להבחין בין הדירקטורים השונים, השוו תנ"ג (מחוזי ת"א) 48081-11-11 ראובן רחנפלד נ' אילן בן דב, פסקאות 78 ו-133 (17.3.2013); תנ"ג (מחוזי ת"א) 32007-08-11 אפרת נ' בן שאול, פסקאות 66-67 (12.12.2012)).

ככל שהמשיב ביקש לטעון לכשל של הדירקטוריון כקולקטיב, תוך הפרת החובה לפקח על נושאי משרה אחרים בחברה, היה עליו להצביע על כך שאי הבאת העסקה לאישור הדירקטוריון מהווה כשל בפיקוח. גם זאת לא נעשה.

53. בנקודה זו של אחריות אישית, אשרטט קווים לדמותו של הדירקטור בעידן התאגידי בימינו.

הממשל התאגידי עומד בשנים האחרונות במרכז השיח הציבורי, והוא מקיף נושאים של ניהול, פיקוח, אחריות ושקיפות, והגנה על בעלי מניות ובעלי עניין (וראו דו"ח הוועדה לבחינת קוד ממשל תאגידי (Corporate Governance) בישראל (2006) הידוע במקומותינו כדו"ח גושן, ותיקון מס' 16 לחוק החברות (תיקוני חקיקה) (ייעול הממשל התאגידי), התשע"א-2011 ותיקון מס' 17 בעקבותיו). חלק חשוב מהשיח התאגידי נסב על תפקודם וכשירותם של הדירקטורים בסביבת העבודה המורכבת דהיום (על הדירקטוריון במבנה הממשל התאגידי ראו גרוס, עמ' 33-33).

"היות אדם דירקטור אינו רק עניין של כבוד או כיבוד" (דברי השופט ברק בעניין מפרק בנק צפון אמריקה). את הכבוד והכיבוד שבתפקיד הדירקטור החליפו זה מכבר האחריות וחובת הזהירות הרובצות על הדירקטור מעצם תפקידו. לא הדירקטור של היום כדירקטור של פעם. הדירקטור של שנות האלפיים אינו יכול להיות תם שאינו יודע לשאול שמזדמן לפרקים להסב בצוותא ולשתות תה בישיבות הדירקטוריון. הדירקטור של ימינו נושא באחריות מקצועית על פי מבחן "נושא משרה סביר" (סעיף 253 לחוק), וככזה, הוא נדרש להיות בעל "הכישורים הדרושים והיכולת להקדיש את הזמן הראוי לשם ביצוע תפקיד של דירקטור בחברה" (סעיף 224א לחוק).

ואכן, לא קלה היא מלאכתו של הדירקטור דהאידינא. עליו לפעול בתום לב ובאופן עצמאי בשיקוליו, תוך שהוא משווה נגד עיניו את השאת רווחי החברה, אך גם את טובת הנושים, העובדים והציבור בכללותו (סעיף 11 לחוק החברות). לדירקטור סמכויות נרחבות אך לצדן גם אחריות כבדה, והוא נדרש לנווט דרכו בין שורה ארוכה של גורמים: חקיקה ורגולציה הולכת וגוברת לצד כללי חשבונאות סבוכים וכמויות אדירות של מידע; הפעלת לחצים מצד בעלי המניות, בעלי השליטה והמנכ"ל, ומנגד, מעורבות אקטיבית והפעלת לחצים מצד משקיעים מתוחכמים וגופים מוסדיים; הגברת השקיפות תוך מעקב וביקורת מצד התקשורת והציבור; ריבוי תביעות אישיות, ייצוגיות ונגזרות ותביעות לפי סעיפים 373-374

לפקודת החברות, והכל לצד העלאת רף הנורמות והדרישות המחמירות בכל הקשור לחובות האמון, הזהירות והמיומנות של דירקטורים.

הדירקטור בעידן החדש של הממשל התאגידי, נדרש לנקוט אמצעים סבירים לקבלת מידע הנוגע לכדאיות העסקה המובאת לאישורו ולפעול לקבלת מידע אחר שיש לו חשיבות לצורך זה (גרונס, עמ' 177-178). דירקטור זכאי לעיין ולקבל העתק ממסמכי החברה על מנת לקבל מידע (סעיף 265 לחוק), לדירקטורים מטעם הציבור זכות לקבל סיוע של מומחים חיצוניים (סעיף 96ג לפקודת החברות) והחוק אף מאפשר לכל דירקטור לקבל, במקרים מיוחדים, ייעוץ מקצועי על חשבון החברה (סעיף 266(א) לחוק). על הדירקטור כנושא משרה "להמשיך ולהתעדכן בכל מידע לגבי פעילות החברה, מבנה החברה ואופן ניהול, להיות בקיא בענייני החברה, בשינויים שחלו בה ולהיות מעורה בנעשה בה" (גרונס, עמ' 178).

עם זאת, יש לזכור כי הדירקטוריון מתווה מדיניות ומפקח על המנכ"ל אך בסופו של יום, לא הדירקטוריון מנהל את עסקי החברה. הניהול השוטף של החברה נעשה על ידי המנכ"ל ובעלי התפקידים בחברה. הדירקטור הסביר אינו נדרש ואינו יכול להיות בלש או חוקר, והוא נסמך על דיווחיהם של בעלי התפקיד בחברה ועל היועצים של החברה בתחומים השונים. במצב הדברים הרגיל, אין לדירקטוריון ייעוץ מקצועי-עצמאי, אלא באותם מקרים מיוחדים בהם ראוי לדירקטוריון לדרוש חוות דעת נוספות ולקבל ייעוץ חיצוני לנושא ספציפי, כמו יועץ משפטי או רואה חשבון. לכן, לצד העלאת רף חובת הזהירות והמיומנות של הדירקטור, שומא עלינו לזכור גם את הצד השני של המטבע, או של המטוטלת, ולהישמר מפני הרתעת-יתר של דירקטורים. זו עשויה לבוא לידי ביטוי הן בחשש מקבלת החלטות ונטילת סיכונים עסקיים לטובת החברה והן בחשש למלא את תפקיד הדירקטור.

54. המשיב תמה במה ייפגעו הדירקטורים מכך שבית המשפט ציווה עליהם להתגונן, שהרי אם בפיהם טענות הגנה, לרבות טענות "פטור", הן ממילא יידונו ויוכרעו על ידי בית המשפט, כך שלא נגרעה שיערה משערות ראשם.

יש בטענה זו משום היתממות. תביעה נגזרת אינה עניין של מה בכך נוכח השלכותיה. מבלי להידרש לנושא הנכבד של ביטוח אחריות דירקטורים, הרי שהביטוח אינו תרופה לכל מכאוב. מה עוד, שאם מועלית כנגד דירקטור טענת תרמית או אי יושר, כמו במקרה דנן, הכיסוי הביטוחי אינו מכסה תרמית (סעיפים 263(1)+261(2) לחוק החברות אוסרים על חברה לבטח אחריות נושא משרה בגין הפרת חובת אמונים, אלא אם נושא המשרה "פעל בתום לב והיה לו יסוד סביר להניח שהפעולה לא תפגע בטובת החברה"). עצם הכללת עילת תרמית בבקשה לאישור תביעה נגזרת, אף עשויה לשמש את חברת הביטוח כנימוק להתנער מהכיסוי הביטוחי וממימון הוצאות ההגנה המשפטית של הדירקטור. הדירקטור עשוי אפוא למצוא עצמו נאלץ להוציא מכיסו הוצאות משפטיות כבדות על מנת להתגונן מפני התביעה.

55. לגישת המשיב, מאחר שהאינטרס בשמו הוא תובע הוא אינטרס החברה, הרי שהחברה אך יכולה לצאת נשכרת מהגשת התביעה. אלא שלשיטה זו, יש לאשר תמיד הגשת תביעה נגזרת, שהרי כל מטרתה של התביעה היא להעשיר את קופת החברה. ברי כי ראייה צרה זו לא נתקבלה על ידי המחוקק והפסיקה. תביעה נגזרת היא החריג, באשר משמעה שבית המשפט מפקיע את שיקול דעתו של הדירקטוריון, שהוא האחראי להתוות את מדיניות החברה. טובתה של החברה לצורך אישור תביעה נגזרת, צריכה להיבחן על רקע מכלול השיקולים הנוגעים הן לחברה עצמה והן לשיקולי מדיניות רחבים כמו החשש להרתעת-יתר של נושאי משרה או הרצון לעודד הסדרי חוב ויציאה לדרך חדשה, תוך הקדשת המשאבים והזמן הניהולי לשיקום החברה.

לאישור תביעה נגזרת נפקות דרמטית מבחינת הדירקטורים-הנתבעים. המדובר בהליך משפטי ארוך, אשר כרוך במשאבי זמן וכסף, בפגיעה במוניטין ובשם הטוב של הדירקטור, ואין זה מן הדברים הקלים להתנהל משך שנים בצילה של תביעה כאמור. בתביעה הנגזרת דכאן, נתבע כל אחד מהדירקטורים בסכום "צנוע" של 86 מיליון ₪. עיינתי בבקשה לאישור התביעה הנגזרת, ולא מצאתי כי המשיב הבחין בין חברי הדירקטוריון השונים. המשיב אומנם ייחס לדירקטורים

בבקשת האישור שורה ארוכה של עילות תביעה שעיקרן כי פעלו לטובת האינטרס של בעל השליטה, וכי פעלו תוך תרמית והטעיה של החברה או תוך הפרת חובה הזהירות וכיו"ב (סעיף 39 לבקשת האישור). אך המשיב לא פירט עובדתית מה הטענות המיוחסות כלפי כל דירקטור באופן אישי ומה מעורבותו של כל אחד מהדירקטורים בעסקה, שכאמור, לא הובאה כלל לאישור הדירקטוריון ולא הונחה תשתית כלשהי למודעותם לעסקה. כל שנכתב בבקשה הוא כי מדביתם של הדירקטורים היו מעורבים במעשה ההסתרה והוצאת הכספים במרמה (סעיף 4 לבקשת האישור). משמע, גם לשיטתו של המשיב, חלק מהדירקטורים לא היו מעורבים במעשה ההסתרה אך למרות זאת, שמם מתנוסס כנתבעים בתביעה הנגזרת, כמי שחטאו בתרמית או ברשלנות רבתי.

אחזור ואזכיר כי עוולת התרמית מצריכה פירוט כאמור. על דרך ההיקש, יפים לענייננו הדברים שנאמרו על ידי בית משפט זה בתביעה "רגילה" בה הועלתה טענת תרמית כנגד מספר רב של נתבעים:

"לעניין זה אין די בטענות כלליות וסתמיות. כך מתחייב גם מהוראת תקנה 78 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, שלפיה 'כל מקום שבעל דין טוען טענת מצג-שווא, תרמית, זדון או השפעה בלתי הוגנת, ... יפורשו הפרטים ותאריכיהם בכתב הטענות'. בכתב-תביעתו ייחס הבנק לכל הנתבעים, ובכלל זה למובילות, כי שיתפו פעולה עם אסא בביצוע מעשי תרמית כלפיו, שבעזרתם הביאו לכך שהמטען נמסר לחברת רם שלא הייתה זכאית לקבלו. התיבה 'תרמית' חזרה ונשנתה בכתב-תביעתו פעמים רבות. אך אף לא באחת מן הפעמים טרח הבנק לפרט את העובדות שביסוד טענתו כי גם המובילות (להבדיל, אולי, ממעשים שנטענו על-ידיו כלפי נתבעים אחרים) פעלו בתרמית; מה היו מעשיהן, אימתי ובאלו נסיבות נעשו ומניין כי נעשו בכוונת תרמית, ולא, למשל, מחמת טעות, התרשלות וכל כיוצא-באלה" (ע"א Banco Exterior (Suiza) SA 3552/01, פ"ד נט(4) Zegluga Polska Spolka Akcyjna, פ"ד נט(4) 957, 941 (2005) (ההדגשות הוספו – י"ע)).

סיכומו של דבר, שהיה על המשיב לפרט את הרקע העובדתי נגד כל אחד ואחד מהדירקטורים. אכן, כפי שציין המשיב בתגובתו, מאחר שחובות הזהירות

והאמון חלות על כל דירקטור, אין טעם להלאות בניסוח חוזר וזהה של עילת התביעה לגבי כל אחד מהדירקטורים. אולם במישור העובדתי, נדרש לפרט את המיוחס לכל אחד מהדירקטורים בנפרד, ולא לשים את כולם באותו סל ללא הבחנה ביניהם.

בעל השליטה בנושא משרה

56. עד כאן, דיברנו בדירקטורים (המבקשים 2-8). בעל השליטה (המבקש 1) אף הוא כיהן כדירקטור, וליתר דיוק, כיו"ר מועצת המנהלים בחברה (הדבר לא נכתב במפורש בטיוטת כתב התביעה ובחומר הרב שהוגש על ידי הצדדים, אך כך עולה מהקשר הדברים). עמדנו על כך שעל העסקה מרחפים מספר סימני שאלה, ולהבדיל מהדירקטורים האחרים – שלא הוכח כי העסקה הייתה באישורם ואפילו לא בידיעתם ולא הוסבר מה היה האינטרס האישי שלהם בעסקה – נטען כלפי בעל השליטה כי התרמית הנטענת נועדה להעשיר את כיסו. במצב דברים זה, ומבלי להביע עמדה כלשהי לגבי סיכויי התביעה, אני סבור כי ניתן לאשר הגשת התביעה הנגזרת אך ורק כנגד המבקש 1 הן בכובעו בנושא משרה והן בכובעו כבעל שליטה, ואך ורק ובעילה של תרמית והפרת חובת אמון שלא בתום לב.

סיכום וסוף דבר

57. בית משפט קמא אישר את הבקשה לתביעה נגזרת נגד כל הדירקטורים ובעל השליטה, הן בעילה של תרמית והפרת חובת אמון ונאמנות, והן בעילה של רשלנות והפרת חובת הזהירות.

הגענו למסקנה כי תניית הפטור בהסדר החוב שאושר על ידי בית המשפט, חוסמת את הדרך מפני הגשת תביעה נגזרת, ככל שהיא נסמכת על עילות של רשלנות והפרת חובת הזהירות של המבקשים, אך אין בה לחסום עילת תביעה בגין תרמית והפרת חובת אמון שלא בתום לב.

עמדנו על כך שהיה על המשיב לצרף את הדירקטורים ובעל השליטה, כצדדים לבקשה לאישור התביעה. בנוסף, מאחר שהעסקה לא הובאה כלל לאישור הדירקטוריון, ומשלא הונחה כל תשתית ראייתית לידיעה של הדירקטורים אודות העסקה בזמן אמת, שלא לדבר על מעורבות שלהם בעסקה, לא ניתן לייחס להם תרמית. בנוסף, הדירקטורים נתבעו כמקשה אחת, מבלי שהמשיב טרח לפרט את המיוחס לכל אחד מהם באופן אישי, ובניגוד לעקרון לפיו אחריותו של דירקטור היא אישית. גם מטעם זה אין לאשר את התביעה כנגד הדירקטורים.

מכאן, שנותרה אך ורק העילה של תרמית והפרת חובת אמונים שלא בתום לב ואך ורק כנגד בעל השליטה. אוסיף, כי נדרשנו לחובת האמונים ולשאלות העשויות להתעורר עקב הפרתה, מאחר שבעל השליטה במקרה דנן הוא גם נושא משרה (יו"ר הדירקטוריון), וממילא חלות עליו באופן ישיר הן חובת ההגינות (סעיף 193 לחוק) והן חובת האמונים (סעיף 254 לחוק) (להבחנה בין חובת ההגינות לחובת האמונים ולקרבה בין המושגים, ראו ציפורה כהן בעלי מניות בחברה כרך א' 302-323 (שניה, 2006)).

58. סוף דבר שדין הערעור להתקבל כמעט בשלמותו, באופן שאין לאשר את התביעה הנגזרת כנגד הדירקטורים (המבקשים 2-8), והתביעה הנגזרת כנגד בעל השליטה (המבקש 1) תצטמצם אך ורק לעילה של תרמית והפרת חובת אמונים שלא בתום לב.

אין באמור לעיל כדי להביע עמדה באשר לבקשה התלויה ועומדת בפני בית משפט קמא לצירוף נתבעים נוספים לתביעה הנגזרת.

לאור התוצאה אליה הגענו, ומאחר שהבקשה עוררה שאלות של ממש, לא ייעשה צו להוצאות.

59. לאחר הדברים האלה עיינתי בפסקי דינם של חבריי ואוסיף ואומר בקצרה על מנת לחדד את השקפתי.

בית המשפט של פירוק אישר תניית פטור בה נכתב כי בעלי המניות מוותרים על כל טענה או תביעה או דרישה "בין אם ידועה להם ובין שאינה ידועה". השוני בנוסח בין תניית הפטור מצד בעלי האג"ח לבין תניית הפטור מצד בעלי המניות לא נעשה בהיסח הדעת, אלא לאחר שהצדדים דקדקו בכל תג ותג בהסכם, כך שלטעמי יש להבחין בין הקבוצות ולפעול בהתאם לנוסח תניות הויתור.

כפי שהדגשתי בסעיף 26 לפסק דיני, בית המשפט לא יאשר תניית פטור שהיא בלתי חוקית או נוגדת את תקנת הציבור, וברגיל, כך ייעשה ככל שתניית פטור מתייחסת לתרמית. האם ניתן להעלות על הדעת מצב בו תאושר תניית פטור המתייחסת להפרת אמונים בחוסר תום לב, מקום בו לא כל הפרטים ידועים לנושאים או לבעלי המניות בעת אישור הסדר החוב? לטעמי, התשובה לשאלה זו היא תלויה נסיבות. כפי שחברי השופט סולברג הדגים, יכול ובעל השליטה ניצל הזדמנות עסקית באופן שמנע רווח מהחברה השווה להון שהזרים בעל השליטה במסגרת הסדר החוב. אך יכול להיות מצב הפוך, שבעל השליטה הזרים סכום גבוה עשרת מונים מהרווח שנמנע מהחברה. במצב דברים זה ייתכן שיש לקחת בחשבון את טובת הנושאים או בעלי המניות שמעוניינים שלא לסכן את הסדר החוב (ככל שלא ניתן להפריד את תניית הפטור מההסדר כולו). רוצה לומר, כי אין לקבוע כלל נוקשה בסוגיה זו.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

1. מסקנתו של חברי, השופט י' עמית, כי דין עיקרו של הערעור להתקבל – מקובלת עלי; כך גם מרבית דברי חוות דעתו המקיפה. אעיר הערות אחדות בלבד.

2. בחוות דעתו קבע חברי, כי כוחה של תניית הפטור הנדונה יפה על מנת לפטור מעשים העולים כדי הפרת חובת זהירות או הפרת חובת אמונים בתום לב; אין בכוחה לפטור מעשי תרמית שאינם ידועים, משום שאין זו דרכו של אדם לוותר על מה שלא ידוע לו. באשר למעשים של הפרת חובת אמונים שלא בתום לב, משתמע מדברי חברי כי אין זה מן הנמנע שגם על שכאלה יחול פטור במצב דברים מסוים. דברים מפורשים בעניין זה ציינה חברתי, השופטת ע' ברון, על האפשרות לפטור "גם אם מדובר בזכות תביעה בגין מעשים או מחדלים שמהווים לכאורה תרמית או הפרת אמונים" (פסקה 4). בחוות דעתו הצביע חברי על כך שהסדר החוב אושר כמקשה אחת, הן על תניית הפטור שבו, הן על התחייבותו של בעל השליטה להזרמת סכום כסף נכבד לקופת החברה. לדעת חברי, יש לשמור על שלמותו של הסדר החוב, וזאת כדי להמריץ בעלי שליטה להוציא כסף מכיסם ולהגיע להסדרים מסוג זה, במטרה להבריא את החברה ולהחזירה לפעילות תקינה, תוך פגיעה קטנה ככל האפשר בנושים ובבעלי המניות. לגישתו של חברי יש לראות תניית פטור בהסדר נושים כחווה אשר אושר על-ידי בית המשפט כנגד תמורה הולמת, ולפיכך אין לפגוע באינטרס ההסתמכות ובחופש החוזים של הצדדים לו. חברי ער לבעייתיות הקיימת בהסכם מסוג זה כאשר לא כל העובדות ידועות לנושים, ויחד עם זאת הוא סבור כי אין להתערב בשיקול דעתם, שעה שהם מעדיפים לקבל תמורה בטוחה כעת, כנגד ויתור על תביעות עתידיות, ידועות ושאינן ידועות. עם זאת, באשר לתביעות בגין תרמית, חברי איננו מסכים לתחולתה של תנית הפטור, וזאת כעניין של מדיניות משפטית. דברים דומים נאמרו על-ידי חברתי, השופטת ע' ברון. לשיטתה, יתכנו מצבים בהם התערבות בתניית פטור מכוח שיקולים חיצוניים להסדר החוב, עלולה לגרור דרישה לביטולו של ההסדר מצד בעל השליטה שהסתמך על התניה בעת השקעת הכספים, ובנסיבות אלו יסב הדבר נזק ניכר לחברה. מסיבה זו מציעה חברתי כי יוטל על המבקש בבקשת האישור להראות כי יש לכאורה בעובדות החדשות שהתגלו כדי לטרוף את הקלפים מבחינת הכדאיות שבכלל העסקה ביחס לבעלי המניות או החברה. על מנת להתמודד עם נטל ראיתי זה, מציעה חברתי לקבוע חזקה שלפיה ניסוח גורף וכוללני של תניית פטור, ללא התייחסות למסכת העובדות הרלוונטית, יפעל לחובת הטוען להגנה מכוחה.

3. על סמך אותה מדיניות משפטית שעמד עליה חברי השופט עמית בחוות דעתו, סבורני כי ראוי להבהיר ולקבוע באופן החלטי כי אין להשלים עם אישור של תניית פטור מעין זו, הן למעשי תרמית, הן למעשים של הפרת חובת אמונים שלא בתום לב, שאינם ידועים בעת עריכת ההסדר. כזכור, חובת האמונים לפי סעיף 254 לחוק מושתתת על העיקרון שעל הדירקטור לפעול בתום לב, כי האינטרס העליון אשר ינחה את פעולתו יהא טובת החברה בלבד, וכי לא יתערבכו בפעולותיו אינטרסים אישיים.

סטנדרט זה הוא גבוה יותר מהסטנדרט הבסיסי של תום הלב הנהוג בין צדדים לחוזה (ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253, 278-281 (1984); ע"א 619/05 נמרודי נ' מדינת ישראל, פסקה 17 לפסק דינה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה וההפניות שם (9.6.2010) (להלן: "עניין נמרודי"); יוסף גרוס, דירקטורים ונושאי משרה בעידן הממשל התאגידי, 190-191 (מהדורה שניה, 2011) (להלן: "גרוס"); יחיאל בהט, חברות – החוק החדש והדין לאחר תיקון 16, כרך ב' 458-460 (מהדורה 12, 2011) (להלן: "בהט"). בהתחשב בתפקידם של הדירקטורים ובכישורים הנדרשים מהם, יש צורך בחובת האמונים כחלק מהניסיון הכולל להתמודדות עם בעיית הנציג הטמונה בכך שהחברה פועלת בכספיהם של בעלי המניות, וכן כתפיסה מוסרית של דיני הנאמנות (עניין נמרודי, פסקאות 12-17 לפסק דינה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה). דוגמאות ספציפיות שנתן המחוקק במסגרת סעיף 254 לחוק להפרת חובת אמונים הן פעולות בניגוד עניינים, תחרות עם עסקי החברה, ניצול הזדמנות עסקית של החברה, ואי-גילוי ידיעות ומסמכים הנוגעים לענייניה ואשר באו לידי של הדירקטור במסגרת תפקידו בחברה. אין מדובר ברשימה סגורה.

4. כחלק מכיבוד חופש החוזים והרצון לאפשר גיוסם של אנשים מיומנים כדירקטורים לחברה, איפשר המחוקק לחברה לאשר מתן פטור, שיפוי או ביטוח לנושאי משרה בגין הפרת חובות מסויימים. אפשרויות אלו מפורטות בסימן ג' לפרק השלישי בחוק. כך למשל, זכאית החברה לאשר פטור מראש על הפרת חובת הזהירות של נושא משרה כלפיה (סעיף 258(ב) לחוק), לקבוע בתקנונה הוראות על שיפוי נושא המשרה (סעיף 260), וכן להתקשר בחוזה לביטוח אחריות נושא המשרה בגין הפרת חובת הזהירות כלפי החברה או כל אדם אחר (סעיף 261). עם זאת, באשר להפרת חובת האמונים, בה כרוכה בדרך כלל טובת הנאה אישית שהושגה לנושא המשרה, היה המחוקק זהיר במידה ניכרת וקבע גבולות ברורים באשר ליכולת החברה להשלים עם פעולה כגון דא. החברה אינה מוסמכת לפטור נושא משרה מאחריותו בגין הפרת חובת האמונים כלפיה (סעיף 258(א)), והיא זכאית להתקשר בחוזה לביטוח אחריות נושא המשרה בשל הפרת חובת אמונים כלפיה, אך ורק במקום בו נושא המשרה פעל בתום לב והיה לו יסוד סביר להניח שהפעולה לא תפגע בטובת החברה (סעיף 261(2)). הוראות אלו הן הוראות קוגנטיות, ולא ניתן להתנות עליהן. אין תוקף להוראה בתקנון, המתירה לחברה להתקשר בחוזה לביטוח אחריותו של נושא משרה בה, להוראה בתקנון או להחלטת דירקטוריון המתירה לשפות נושא משרה, או להוראה בתקנון הפוטרת נושא משרה מאחריותו כלפי החברה בגין הפרת חובת האמונים או פעולה מתוך כוונה להפיק רווח אישי שלא כדין, אלא בהתאם להוראות החוק. קבלת התחייבות לשיפוי

החורג מכך, במישרין או בעקיפין, מהווה גם היא כשלעצמה הפרת חובת אמונים (סעיפים 263-264; כן ראו בספריהם של בהט, 505-515; גרוס, 265-267).

5. הנה כי כן, המחוקק גילה דעתו כי יש להתחשב בחופש החוזים של בעלי המניות עד לגבול מסוים, והוא הפרת חובת הזהירות או הפרת חובת האמונים בתום לב. מנגד, באופן קוגנטי נקבע כי לא ניתן להשלים עם הפרת חובת אמונים שאינה בתום לב, או עם פעולה מתוך כוונה להפיק רווח אישי שלא כדין, על חשבון בעלי המניות. השלמה זו אינה ראויה, הן בהיבט המוסרי ביחס לנורמות הנדרשות מאלו הפועלים בכספיהם של אחרים, הן בהיבט הרתעת החסר שעלולה להיגרם כלפי נושאי משרה ביחס לביצוע מעשים פסולים כגון אלו, תוך הסתמכות על קבלת פטור, שיפוי או תגמולי ביטוח במימון החברה. לא למותר להזכיר, כי לסוגים מסויימים של הפרת חובת אמונים קיימת גם נפקות פלילית (ראו סעיף 424 לחוק העונשין, תשל"ז-1977; גרוס, 211-212). גם בנתון זה יש כדי ללמוד על התייחסות המחוקק לאינטרס הציבורי במניעת מעשים כגון אלו, באופן שאין להתנות עליו.

6. אומר חברי, כי אין להקיש מסעיפי חוק אלו הנוגעים למצב שבו הדברים מאושרים במהלך העסקים הרגיל של החברה וללא תמורה, להסדר נושים המאושר על-ידי בית המשפט כנגד תמורה כספית המוזרמת לחברה. לשיטתו, יש לאפשר לבעלי המניות ולנושים "לקנות את הסיכון" להפרות שנעשו באמצעות התמורה, ולנוכח הסדר החוב. טיעון זה שובה לב ממבט ראשון. ואולם, לדעתי לא כל סיכון מוסרי "עומד למכירה". אישור של מתן פטור להפרת חובת אמונים בחוסר תום לב עלול להביא ל"מדרון חלקלק" ביחס לתמריצים הניתנים לנושאי משרה ובעלי שליטה. כפי שציין בית המשפט המחוזי, אפשרות לפטור שכזה עלולה להמריץ את נושאי המשרה להסתיר מפני מקבלי ההחלטות מידע מהותי, וזאת על מנת לזכות בפטור מאחריות. לעניין זה, במנגנונים "המוסדיים" שנקבעו בחוק בנוגע לאישור הסדרי חוב אותם הזכיר חברי, כגון אישור בית המשפט ואסיפות נפרדות של כל קבוצת נושים, אין כדי לסייע, משום שמדובר במידע נסתר. כיוצא בזה, גם פוחת משקלו של טיעון אי-ההתערבות בשיקול הדעת של הנושים, שעה ששיקול דעת זה מבוסס על עובדות שאינן ידועות.

7. דומני שחברי אימץ קו-מחשבה זה בדונו בשאלה האם תניית הפטור יכולה לחול גם על עילת התרמית, בציינו כי "כעניין של מדיניות משפטית, קשה להלום כי בית המשפט יפרש את התנייה ככוללת גם מעשי תרמית לא ידועים, שלא בא זכרם בתניית הפטור ובהסדר החוב, להבדיל ממעשי רשלנות או הפרת אמונים בתום לב. במצב הדברים הרגיל, אין אדם מוותר על מה שלא ידוע לו, ועל כן קשה להסיק ויתור לגבי תרמית

שלבבעלי המניות לא היתה ידיעה קודמת לגביהם, ומבלי שהמילה תרמית נזכרה במפורש בתניית הויתור" (פסקה 26). מטעמים אלו עצמם, דומני כי נכון לפסול הכללה בתניית הפטור, גם מעשי הפרת חובת אמונים שאינם ידועים לבעלי המניות, הנעשים שלא בתום לב ומתוך מטרה להשיג רווח אישי על חשבונם ועל חשבון החברה, וזאת גם אם לכלל תרמית לא הגיעו, מסיבה זו או אחרת. יש להזכיר, כי משמעותה של הכללה זו היא סילוקה של התובענה בשלב מקדמי, עוד לפני שהחל בירור הדברים לגופו של עניין. נכון יותר בעיניי יהיה לברר את נסיבות העניין במסגרת ההליך המשפטי, ולבחון האם אכן מדובר בהפרת חובת אמונים, ואת נסיבותיה של אותה הפרה. נסיבות ההפרה – האם נעשתה בתום לב, תוך אמונה כי הדבר נעשה לטובת החברה וכיוצא בזה – הן שיקבעו את נפקותה של תניית הפטור בשלב הסעד, אך לטעמי לא ראוי כי זו תחסום את עצם הבירור עוד בטרם החל.

8. מבין השיטין בחוות דעתו של חברי, ניתן ללמוד כי עמדתו מושפעת גם מסדרי הגודל של סכומי הכסף המדוברים. בעניין דנן מדובר בהזרמת הון נכבדת (750 מיליון ₪) מצד בעל השליטה – וממולה תובענה אפשרית בסדר גודל קטן בהרבה. לא ראוי "לסכן" קיומו של הסדר חוב כה משמעותי בגין תביעות פעוטות באופן יחסי. יחד עם זאת, ברור כי כאשר אנו קובעים הלכה ביחס לתניית פטור הפוטרת את נושאי המשרה מראש בגין מעשים שאינם ידועים, שנעשו בחוסר תום לב ותוך הפרת חובת אמונים – יתכנו גם מצבים אחרים. נניח מצב דברים שבו עולה טענה כי אחד מנושאי המשרה ניצל ביודעין ובחוסר תום לב הזדמנות עסקית של החברה – באופן שמנע ממנה רווח השווה לסך ההון שהזרים בעל השליטה במסגרת הסדר החוב. הדברים כמובן אינם ידועים לנושאים בעת עריכתו של הסדר החוב. האם גם אז נסכים לתניית פטור מסוג זה? נוסיף ונניח כי אותו ניצול של הזדמנות עסקית הוא אשר הוביל, בסופו של דבר, לקריסתה של החברה, לאי-עמידתה בחובותיה, ולעצם הצורך בקיומו של הסדר החוב מלכתחילה. האם מוצדק וראוי כי נסכים לקיומו של פטור מסוג זה? סבורני כי הדברים מדברים בעד עצמם, וכי לא ניתן להשלים עם הדבר, הן משיקולים תמריציים, הן משיקולי צדק. לטעמי יש לקבוע במפורש, כי אין לאשר את תניית הפטור ביחס להפרת חובת אמונים, למעט כזו שנעשתה בנסיבות המתוארות בסעיף 261(2) לחוק.

9. בשולי הדברים אזכיר, כי גם לשונה של תניית הפטור עצמה בסעיף 15.1 להסדר החוב קובעת, בכל הנוגע לויתור מצד בעלי אגרות החוב, כי "אין באמור לעיל כדי להוות ויתור מצד מחזיקי אגרות החוב כלפי הנזכרים לעיל בגין מעשה ו/או מחדל אשר לא ניתן לקבל עליו פטור על-פי דין...". אמנם הניסוח ביחס לבעלי המניות הוא רחב יותר, ואינו כולל הסתייגות זו, ואולם איני מוצא בסיס רלבנטי להבחנה בין הקבוצות,

ואינני סבור כי חופש החוזים כשלעצמו והפערים בכוח המיקוח ביניהם הם שיכתיבו הבדל כה מהותי בפטור הניתן לנושאי המשרה ביחס לכל אחד מהם. כידוע, גם לחופש החוזים יש גבולות, וקיימים עניינים שלא מן הראוי להתנות עליהם, מן השיקולים שצוינו לעיל.

10. עוד אציין, כי לא ניתן להתעלם מכך שקביעתו של חברי בדבר צמצום היקף התביעה בגין תניית הפטור, נעשית בד בבד עם העלאת הרף הראייתי הנדרש מתובע בבקשה לאישור הגשת תביעה נגזרת. אמנם, אין קשר מהותי הכרחי בין זה לזה, אך יכול להיווצר אפקט מצטבר, אשר יתכן והשפעתו חורגת מן המידה הראויה.

11. רבות דובר על מוסד התביעה הנגזרת וחשיבותו ככלי אכיפה. כמה מן הדברים צוינו בפסקה 15 לחוות דעתו של חברי. מן הראוי לציין עוד דברים אחדים בשבחה של התביעה הנגזרת. מכשיר זה נועד להתמודד עם מספר כשלים פרוצדוראליים הטמונים בפיקוד בעלי המניות שבחברה הציבורית. ראשית, מקבלי ההחלטות בחברה הם גם האחראים על הגשתן של תביעות בשם החברה, וכתוצאה מכך באופן טבעי יעדיפו שלא להגיש תביעה נגד עצמם, או נגד צדדים שלישיים הקשורים בהם. שנית, בעוד שהנזק העלול להיגרם לחברה הוא משמעותי ביותר, הרי יתכן שלאור פיזור בעלי המניות, נזקו של כל אחד מהם קטן מכדי להצדיק את העלויות הכרוכות בניהול התביעה. שלישיית, במקרים רבים אופן בירור התביעה הראוי והיעיל הוא בהליך קולקטיבי אחד, המאחד את כלל קבוצת המשקיעים נגד הנתבע. דביעית, לעתים מתברר ההליך כאשר החברה, או הנתבעים האחרים, נמצאים כבר במצב של חדלות פרעון, כך שמאגר הנכסים העומד לפרעון התובעים הוא מוגבל. או אז, קיימת הצדקה מיוחדת לאחד את כלל התובעים בבירור משפטי אחד, שהרי זו הדרך היחידה המבטיחה לכל אחד מבעלי ניירות הערך את חלקו הפרופורציוני בפרעון הכולל (אירית חביב-סגל, דיני חברות א, 685 (2007) (להלן: "חביב-סגל")). לאור בעיות אלו, עומדים מספר כלים חלופיים לרשותו של בעל מניות שנפגע מהתנהלותם של נושאי המשרה – תביעה אישית, תביעה ייצוגית ותביעה נגזרת. לכל אחת מדרכים אלו יתרונות וחסרונות – ולא תמיד קלה הבחירה ביניהן. במקרים מסויימים, קיימים בתביעה הנגזרת יתרונות על פני הדרכים האחרות. השימוש בכלי התביעה הנגזרת מצוי בדרך כלל מקום בו מבוקש סעד מהותי דווקא לטובת החברה (חביב-סגל, 678-685; בהט, 722-723). מעבר לאפשרות של החברה לקבל פיצוי על הפגיעה בה, הרי שהיסוד הדומיננטי העומד בתכליתה של התביעה הנגזרת הוא דווקא היסוד ההרתעתי שבה – זאת מאחר שכאמור פעמים רבות הנזק לבעל המניות היחיד הוא קטן עד מאד. כמו כן, בחברות נסחרות יתכן מצב בו בעלי המניות המפוצים (דרך העלאת שווי החברה שקיבלה את הפיצוי) אינם זהים לאלו אשר נפגעו

ומכרו את מניותיהם לאחרים טרם קבלת הפיצוי (צפורה כהן, בעלי מניות בחברה, זכויות תביעה ותרופות, כרך ג, 458-461 (מהדורה שניה, 2010) (להלן: "כהן")). לאור זאת, יש שהדגישו את הייחוד שבתביעה הנגזרת דווקא ביכולת המוגברת לשקול בגדרה את שיקול האינטרס הציבורי-ההרתעתי, בשל העובדה שבתביעה של החברה שולט דווקא צד שלישי (כהן, 463).

12. אמנם, האפשרות לניהול תביעה נגזרת אינה מובנת מאליה. יש בה חריגה מעקרון האישיות המשפטית הנפרדת ומעקרון אי-ההתערבות של בעלי המניות בניהול החברה. יש בה סיכונים אפשריים של סחטנות בעלי מניות, או ניהול יקר של תביעה שעלולה דווקא להזיק לחברה, וזאת מחמת העובדה שהחברה נושאת בעלויות התביעה, וכן בשל העדר מומחיות וגישה של בעל המניות למידע הרלבנטי (בהט, 726; כהן, 463-464). יש בה סיכון להגשה נרחבת של תביעות סרק שכל מטרתן לזכות את המגיש (ועורך דינו) בשכר טרחה עקב הנכונות להגיע לפשרה כדי להימנע מהעלויות הכרוכות בניהול ההליך (Nuisance Value) (כהן, 464). שימוש נרחב במכשיר עלול גם להביא להרתעת-יתר. כפי שציין חברי, על הדירקטור בעת הנוכחית מוטלת אחריות כבדה, ברמה המקצועית והמשפטית. יש להישמר מפני יצירת תמריץ שלילי ו"אפקט מצנן" במילוי תפקיד חיוני זה, ובקבלת החלטות מתבקשות ונטילת סיכונים עסקיים לטובת החברה. מנגד, סבורני כי באותה מידה יש גם להיזהר מיצירתו של "אפקט מלהיט" וחוסר זהירות של דירקטורים כתוצאה מהרתעת-חסר ומשחיקה (שלא לומר ריקון מתוכן) של כושרו ההרתעתי של מכשיר התביעה הנגזרת. בעניין זה, כמו בעניינים רבים אחרים, יש לתור אחר "שביל הזהב" המפורסם, כדרכו של הרמב"ם:

"שני קצוות הרחוקות זו מזו שבכל דעה ודעה, אינן דרך טובה; ואין ראוי לו לאדם ללכת בהן, ולא ללמדן לעצמו... הדרך הישרה היא מידה בינונית שבכל דעה ודעה, מכל דעות שיש לאדם; והיא הדעה שהיא רחוקה משני הקצוות ריחוק שווה, ואינה קרובה לא לזו ולא לזו. ולפיכך ציוו חכמים הראשונים שיהא אדם שם דעותיו תמיד, ומשער אותן ומכוון אותן בדרך האמצעית, כדי שיהא שלם" (משנה תורה, הלכות דעות, פרק א, ה-ו).

13. לאור האמור, אני מסכים למסקנת חברי כי לשם הגשת תביעה נגזרת אין להסתפק ב"רסיסי מידע" באשר לקיומה של עילת תביעה לחברה, בהתאם לסעיף 198 לחוק. כפי שצינו גם בתי המשפט המחוזיים שעסקו בסוגיה ושצוטטו בחוות הדעת של חברי, סטנדרט זה הוא נמוך מכדי להוות מסננת ראויה נגד הגשת תביעות מיותרות. יחד עם זאת, גם בהקשר זה ראוי לזכור את הנחיתות האינפורמטיבית של התובע המצויה במקרים רבים, שהיא המכשול המרכזי המכביד על בעלי המניות בהגשת

התביעה נגד מקבלי ההחלטות בחברה. חזון נפרץ הוא כי בהעדר אינפורמציה ממשית על הליכי קבלת ההחלטות בחברה, מתקשה התובע לבנות את סיפור ההפרה המלא, ולהצביע על קיומם לכאורה של מכלול יסודות העילה (חביב-סגל, 688). לפיכך נפסק כבר כי חוסר יכולתו של התובע לכלול בכתב התביעה את מלוא הפרטים החיוניים לקיומה של העילה לא יהווה מחסום מפני הגשתה של התביעה הנגזרת (ע"א 324/88 ברבלק נ' שביט, פ"ד מה (3) 562, 569-570 (1991)). עוד יש להזכיר את המגמה הכללית של תיקון מס' 3 לחוק, אשר דאג להקל עם התובעים בהגשת התביעה הנגזרת, בראותו זאת כחלק מאמצעי האכיפה הפרטית העומדים לרשות בעלי מניות בכלל, ובעלי מניות מיעוט בפרט (ראו דברים שאמרתי בת"א (י-ם) 7438/05 בתיה אחזקת נכסים בע"מ נגד קרן טוקטלי, פסקה 17 (4.1.2007)).

14. חברי לא קבע מסמרות בחוות דעתו בעניין הרף הדרוש על מנת להעתר לבקשה לאישור תביעה נגזרת, וציין אך זאת כי על בית המשפט לקיים בעניין "בדיקה מקדמית מחמירה ומעמיקה" (פסקה 18). לגישתי גם בסוגיה זו יש להישמר שלא לנטות לצד המחמיר יתר על המידה. את התקיימותן של העובדות שמטרתן להוכיח את יסודות עילת התובענה, אותן כינה חברי "מערכת העובדות מהסוג השני", על בית המשפט לבחון אמנם כבר בשלב המקדמי, ואולם עדיין הרף הנדרש הוא רף לכאורי, כלשון סעיף 198 לחוק. בעניין זה סבורני כי ראוי להסתמך על השכל הישר, ולהביט על הראיות כמכלול, תוך התחשבות בין היתר בנסיבות התביעה, במעמדו של התובע ובפערי הכוחות והאינפורמציה בינו לבין נושאי המשרה בחברה. מכל מקום, אין למחלוקת זו משמעות מעשית בעניין דנן, שכן אני מסכים לעמדת חברי כי המשיב בענייננו לא עמד גם ברף לכאורי זה ביחס לכלל הדירקטורים, ובוודאי שלא כלפי כל אחד מהם בפרט. זאת לאור העובדה כי לא הוכח שהעסקה הנטענת הובאה לאישור הדירקטוריון, ומה חלקו הנטען של כל אחד מהדירקטורים.

15. למקרא חוות דעתה של חברתי השופטת ברון, ודברים שהוסיף חברי השופט עמית, לגבי היקף חלותה של תניית פטור בהסדר חוב, אציין כי בסופו של דבר תמימי דעים אנו באשר לשני קצותיה של המשוואה: אין ספק כי בית משפט לא יוכל לאשר תניית פטור גורפת מלכתחילה למעשי תרמית (או הפרת חובת אמונים בחוסר תום לב) שאינם ידועים כלל לבעלי המניות ואשר לא ניתן לגביהם "קצה חוט" של מידע; מנגד, באותה מידה ברור כי ככל שניתן גילוי יסודי, מלא וברור בדבר נסיבותיו של מקרה תרמית, פרטיו והשלכותיו הכספיות – רשאים הצדדים להתפשר ביניהם ולכלול את "תמורתה" של אותה תרמית במסגרת הסדר החוב. בעניין זה, כפי שציין חברי, אין מקום להקיש בין האיסור שבחוק החברות על מתן פטור ושיפוי מלכתחילה למעשים

כגון אלו, לבין הסדר חוב שנעשה בדיעבד, תוך גילוי מלא וכנגד תמורה. נותר אפוא לדון ב"מצבי הביניים", בהם ניתן גילוי חלקי ברמה כזו או אחרת למעשה תרמית, וכאשר לא ברור האם היקפה של אותה תרמית אכן היה משפיע על כריתתו של הסדר החוב כולו.

16. חבכי סבורים כי בשם ההגנה על חופש החוזים ועל הצורך בוודאות בעת כריתת הסדר חוב, יש לפתוח את האפשרות להגנה על תניית פטור בגין הפרת חובת אמונים בחוסר תום לב (ולעמדת חברתי השופטת ברון, אולי גם מעשי תרמית), ככל שיתברר כי אלו לא היו משנים בסופו של דבר את כדאיות ההסדר כולו. כשלעצמי, נותרתי בדעתי כי השארת אותם מקרים פתוחים לפרשנות בית המשפט בהתאם לנסיבות כל עניין ועניין תגרום ליותר נזק מאשר תועלת. את תפיסתי בדבר חופש החוזים וגבולותיו בהקשר הנדון פרשתי לעיל, ואולם סבורני כי הדברים נכונים גם מבעד למשקפיים של הצורך בוודאות עסקית, שאין להפריז בחשיבותה. יש לזכור, כי פעמים רבות קיימים פערים משמעותיים בין צדדים בעת כריתתו של הסדר חוב, כאשר מרחפת מעל לראשה של החברה סכנת התמוטטות. פערים אלו יכולים לבוא לידי ביטוי הן בכוח המיקוח העודף של בעל השליטה, הן בפערי המידע בין הצדדים בדבר מצבה של החברה והנסיבות שהובילו להדרדרותה. פערים אלו יכולים להיות מנוצלים על-ידי בעל השליטה במהלך המשא ומתן עובר לעסקה. הדברים נכונים גם כאשר ניתן גילוי מלא בדבר מעשי תרמית שהתרחשו בחברה, ועל אחת כמה וכמה במידה ויתאפשר לבעל השליטה לנסות ולכלול מעשים כאלו בתוך ניסוחים מפולפלים כאלה ואחרים של תניות פטור מעורפלות. אני סבור כי האפשרות לבחינה עתידית של הדברים תוליד, קרוב לוודאי, לפירוט יתר של תניות פטור, העלאת עלויות העסקה בין הצדדים, התדיינויות משפטיות על אודות כוונת הצדדים ביחס לתניה עצמה ולכלל כדאיותו של הסדר החוב, ובסופו של דבר – לפגיעה בוודאות המשפטית בדבר תוקפו של ההסדר. לעניין זה, דומני כי אין בחזקה אותה הציעה חברתי בחוות דעתה משום מענה מלא לקשיים האמורים.

17. יאמרו חבכי: והוודאות, מה יהא עליה? ומה יהא גורל החברה באם יבוטל הסדר החוב, על כל המשתמע מכך? לשאלה הראשונה אשיב כי בעל השליטה המעוניין בוודאות מחזיק בידיו את המפתחות לשם כך. יודגש, כי שעה שאנו מדברים במעשים של תרמית או הפרת אמונים בחוסר תום לב, הנחת המוצא היא כי כל המידע הרלוונטי מצוי בפועל בידיעתו של בעל השליטה בעת כריתתו של הסדר החוב (שאם לא כן היה מדובר במצב של תום לב או רשלנות, שנכללו ממילא בתניית הפטור). לפיכך, ככל שבעל השליטה מעוניין להיפטר מהחשש פן תוגש נגדו תביעה חדשה בגין מעשים כאלו

– יתכבד ויכלול במסגרת ההסדר גילוי מלא, אשר לא מותר אחריו ספק. באשר לשאלה השניה אציין, מבלי לקבוע מסמרות, כי בנסיבות כגון אלו שלפנינו אינני פוסל היזקקות לסמכות בית המשפט להפרדת תניית הפטור (או חלק ממנה), שלגביה לא ניתנה הסכמה אמיתית, או שדינה ביטול בשל היותה מנוגדת לתקנת הציבור, מיתר הסדר החוב בהתאם לסעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (אשר הוזכרה בסעיפים 26 ו-59 לחוות דעתו של חברי).

18. תוצאה מסתברת, פשוטה ובהירה יותר בעיני היא זו אשר תקבע באופן ברור, כי אין לכלול מעשים של תרמית והפרת חובת אמונים בחוסר תום לב במסגרת תניית פטור. במידה והצדדים מעוניינים לכלול בהסדר חוב גם פשרה כספית על מעשים שכאלו, שלגביהם ניתן גילוי מלא ומפורט, אציע לעשות זאת בהסכם או בנספח נפרד. באופן זה לא יותר ספק בדבר כוונת הצדדים ונאותות שיקול דעתם בעת שנחתם ההסדר. תוצאה זו היא גם קוהרנטית ומתיישבת יותר עם הוראות החוק הרלוונטיות, ולעניות דעתי גם ישרה יותר, ומובילה להתנהלות הגונה יותר בין הצדדים, בחינת "והייתם נקיים מה" ומישראל" (במדבר לב, כב; וראו משנה שקלים, ג, מב).

19. בנתון להערות האמורות אני מצטרף לעמדתו של חברי, השופט י' עמית, לפיה הערעור יתקבל כך שהתביעה הנגזרת נגד בעל השליטה (המבקש 1) תצטמצם לעילות של תרמית והפרת חובת אמונים שלא בתום לב, ואֵלו בלבד.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

1. במוקד ההליך שלפנינו ניצבת שאלת היקף תחולתה של תניית פטור מאחריות, המהווה חלק מהסדר חוב של חברת אפריקה ישראל והמתייחסת באופן גורף לכל פעולות החברה, בעל השליטה בה ונושאי המשרה (ובכללם הדירקטוריון) – תוך ויתור מצד החברה, בעלי המניות ומחזיקי האג"ח על כל טענה או תביעה, בין אם ידועה להם בעת חתימתו של ההסדר ובין שאינה ידועה. תניה זו מהווה חלק מהסדר חוב כולל בין מחזיקי האג"ח לבין החברה, שבגדרו הזרים מר

לב לבייב (בעל השליטה בחברה) סכום משמעותי של 750 מיליון ₪ לקופת החברה לשם הבראתה. החלטת בית משפט קמא העומדת לבחינתנו היא החלטה בבקשה שהגיש בעל מניות בחברה, כי יותר לו לנהל תביעה נגזרת בשמה של החברה נגד חברי הדירקטוריון (וביניהם מר לבייב שהוא גם בעל השליטה) – וזאת בניגוד לכאורה ללשון תניית הפטור.

סעיף 198(א) לחוק החברות מורה כי "תביעה נגזרת טעונה אישור בית המשפט והוא יאשרה אם שוכנע כי לכאורה התביעה וניהולה הן לטובת החברה וכי התובע אינו פועל בחוסר תום לב" (ההדגשה שלי - ע'ב'). מן האמור עולה, כי אחד משלושת התנאים לאישור תביעה נגזרת הוא שניהול הליך מסוג זה משרת לכאורה את טובת החברה. אין די אפוא בעצם קיומה של עילת תביעה של החברה נגד מאן דהוא, מוצקה ככל שתהא – ומכאן, שעל המבקש בבקשה לאישור תביעה נגזרת להוסיף ולשכנע ברמה הלכאורית, כי מימושו של כוח התביעה מתיישב עם טובתה של החברה. בהקשר רחב יותר, "טובת החברה" הוא מונח שסתום המהווה נדבך מרכזי בארגז הכלים המשמש את בית משפט בעת הדיון בתביעה נגזרת (הן בשלב המקדמי והן בשלב העיקרי) – כפי שעוד יודגם בהמשך.

אני מסכימה עם חבריי, השופט י' עמית והשופט נ' סולברג, כי על מנת לעמוד ברף ההוכחה הלכאורי הדרוש לשם אישור תביעה נגזרת אין להסתפק "ברסיסי מידע". בעניין זה מקובלת עליי העמדה שנשמעה לא אחת בפסיקותיהן של הערכאות המחוזיות, ולפיה רף הוכחה כה נמוך אינו מתיישב עם טובת החברה – משום שאין בו כדי להפיג את החשש מפני ניצול לרעה של הסמכות החריגה הניתנת למבקש לפעול בשמה של החברה (ראו: השופטת ר' רונן בתנ"ג 15442-11-09 ברטי סין בטי נ' לבייב (28.4.2012), בפסקה 68; השופט ח' כבוב בתנ"ג 53034-05-13 מפעלי גרוזה קשפיצקי חברה להשקעות בע"מ נ' אדרי-אל ישראל נכסים בע"מ (10.3.2015), בפסקה 43). כפי שציין השופט עמית, כבר בשלב האישור של תביעה נגזרת שומה על המבקש להניח תשתית לכאורית מתאימה, הן מבחינה עובדתית והן מבחינה משפטית, לעילות התביעה הנטענות על ידו.

2. בנסיבות המקרה דנן, קודם לבחינתה של התשתית שהניח המבקש לעילות התביעה הנטענות על ידו, נדרשת התייחסות להיקף השתרעותה של תניית הפטור

שבהסדר החוב. השאלה היא, אם יש בכוחה של תניית הפטור כדי לחסום תביעה נגזרת נגד חברי הדירקטוריון (ובעל השליטה ביניהם), ובאילו מהעילות הנטענות; סוגיה זו היא כאמור בליבת הדיון שלפנינו.

מקובלת על ידי עמדתו של השופט עמית כי יש ליתן משקל לתניית פטור בהסדר חוב, וכי לא בנקל יתערב בית משפט בהסדר מעין זה ויורה על אישורה של תביעה נגזרת בניגוד לכאורה לאמור בתניה. אני אף שותפה לעמדתו כי אין לגזור בעניין זה דין שווה מסעיפים 258 ו-259 לחוק החברות, העוסקים בתניית פטור שאושרה מראש על ידי אסיפת בעלי המניות, ללא תמורה ובמהלך העסקים הרגיל של החברה. כפי שכבר הוברר על ידי חברי, כאשר מתבקשת התערבות של בית משפט בהסדר חוב במסגרת הליך של תביעה נגזרת, על הפרק עומדת פגיעה אפשרית בכלל אי ההתערבות בניהול החברה; בחופש החוזים של הצדדים להסדר החוב ובעקרון העל שלפיו "חוזים יש לקיים"; וכן בעקרון סופיות הדיון ובכלל מעשה בית-דין. יש לטעמי מקום להוסיף ולחדד כי התערבות מצד בית משפט בהסדר חוב תוך שינוי הקצאת הסיכונים שביסודו, איננה עניין של מה בכך גם לנוכח תפקידו החשוב של הסדר החוב כאמצעי יעיל להסתת חברה ממסלול של פירוק בעקבות חדלות פירעון, ולהעלותה על הדרך הנכונה לשיקום והבראה.

הבראת חברה שעל סף פירוק היא מטבע הדברים אינטרס ראשון במעלה של בעלי המניות בה – וכך גם המשיב בענייננו – אך לא רק שלהם. הליכי פירוק מלווים על פי רוב במכירה כפויה של נכסי החברה, מהלך אשר נוגס בערכם של הנכסים באופן ניכר, ובהתאם גם ביכולתם של הנושים להיפרע. עובדי החברה נפלטים ממעגל העבודה, והפגיעה היא לא רק במפוטרים אלא עלולה לתת את אותותיה בשוק התעסוקה במדינה בכלל. פגיעה אפשרית נוספת בציבור בכללו היא הפחתה של התחרות בשוק רלוונטי. ד"ר אירית חביב סגל מוסיפה, כי הליכי פירוק עלולים אף להעצים משבר כלכלי שבהתהוות – שכן "מימוש הנכסים תורם לנפילת מחירי השוק של המשאבים הכלכליים, וכן פליטת העובדים ממעגל העבודה תורמת להקטנה נוספת של הביקוש". (ד"ר אירית חביב-סגל דיני חברות לאחר חוק החברות החדש כרך ב' 218 (2004)). משכך, זה מכבר נאמר על ידי השופט ד' לוין כי

"ככל שניתן להציל עסק מהתמוטטות יש לחתור לכך בזהירות ובאחריות אך תוך תעוזה ותושייה." (ע"א 673/87 סאלח נ' מפרק פרץ את איסר חברה לבנין והשקעות בע"מ (בפירוק), פ"ד מג(3) 57, 68 (1989)).

התערבות מצד בית משפט בתוכנם של הסדרי חוב ובהקצאת הסיכונים שביסודם, עלולה ליצור תמריץ שלילי להתקשר בהסדרים מסוג זה מלכתחילה. המשמעות היא שעל מנת לעודד הבראה של חברות באמצעות הסדרי חוב, יש להגן ככל האפשר על הוודאות כי הסדרים אלה אמנם יתממשו כפי שהוסכם ובהתאם לציפיית הצדדים בעת ההתקשרות. בענייננו, וכפי שציין השופט עמית, התערבות של בית המשפט בהסדר החוב בדרך של צמצום תחולתה של תניית הפטור, טומנת בחובה פגיעה באינטרס ההסתמכות של בעל השליטה אשר "קנה" את הפטור בממון רב שהזרים לקופת החברה. מפסק הדין שניתן על ידי בית המשפט של חדלות פירעון בעניינה של החברה, עולה כי אלמלא תניית הפטור הסדר החוב כפי הנראה לא היה יוצא אל הפועל; וכן כי בהעדרו של הסדר כגון דא דינה של החברה היה קרוב לוודאי חיסול בפירוק (פר"ק 10344-11-09 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' הרמטיק נאמנות (21.3.2010)).

הצורך בהגנה על הוודאות בהסדרי חוב איננו רעיון חדש במקומותינו. כך, למשל, כבר נקבע בבית משפט זה כי הסדר נושים יוצר הפטר של החברה מכל חובותיה הקודמים – בין אם מדובר בחוב של נושה שנטל חלק בהסדר, ובין אם בחובו של נושה שכלל לא לקח בו חלק. כך, מן הטעם ש"נושה פלוני לא יסכים למחול על מקצת חובו כדי לאפשר לחברה להבריא, בודעו כי נושה אלמוני רשאי יהיה להמתין להתאוששות החברה, ואז לבקש את פירעון חובו במלואו" (רע"א 8797/08 אי. אס. אי. ייעוץ והכוונה בע"מ נ' פאוור (2.10.2013), בפסקה 25). רציונאל זה בדבר חשיבותה של הוודאות החוזית יפה גם כאשר עסקינן בהסתמכות מצידו של בעל השליטה, כבמקרה דנן.

מן הראוי להדגיש עוד בנקודה זו כי בהתאם למתווה שבסעיף 350 לחוק החברות, מנגנון האישור של הסדר חוב הוא כפול: ראשית יש להביא את ההסדר

לאישור באסיפות סוג של נושים או בעלי מניות (לפי העניין), ברוב מספרי המהווה גם שלושה רבעים של הערך המיוצג בהצבעה; ושנית, נדרש אישור של בית משפט של חדלות פירעון. אגב הדיון באישור ההסדר נחשף בית המשפט מטבע הדברים למערך האינטרסים השונים של הנושים ושל בעלי המניות, וכן למצבה הפיננסי של החברה ולנפקות הנודעת להתקשרות בהסדר המוצע באשר לגורלה של החברה. באשרו הסדר חוב, רשאי בית המשפט של חדלות פירעון לשקול שיקולים מגוונים, וביניהם הוגנות מסחרית, ואין הוא פועל כחותמת גומי (צפורה כהן בעלי מניות בחברה זכויות תביעה ותדופות כרך ב 306-308 (2008)). לבית המשפט של חדלות פירעון מעורבות לא רק בגיבוש הסדר החוב, אלא אף בפיקוח על הביצוע ובמתן פרשנות בהתעורר מחלוקת. נקודת המבט של בית המשפט שאישר את הסדר החוב, היא אם כן מעמיקה ואף רחבה מזו של בית המשפט העשוי להידרש לתניה כזו או אחרת מתוך ההסדר במסגרת הליך של תביעה נגזרת. גם משום כך, מן הראוי כי הערכאה הדנה בתביעה הנגזרת תמעט בביקורת ותייחד את ההתערבות בהסדר החוב למקרים ראויים. יבואר כי האמור בפסקה זו אינו מכוון לשאלת הסמכות של בית משפט קמא לעסוק בפרשנות תניית הפטור אגב הדיון בבקשה לאישור תביעה נגזרת, אלא אך בשאלת היקף ההתערבות בתוכן ההסדר.

3. בענייננו, בבקשה לאישור תביעה נגזרת נטען לשורה של עילות תביעה נגד חברי הדירקטוריון ובעל השליטה, חלקן חמורות יותר מאחרות, ובהן: רשלנות, הפרת חובת אמונים בתום לב, הפרת חובת אמונים שלא בתום לב, ותרמית. אשר לתניית הפטור מתביעות שבהסדר החוב – זו נוסחה באופן גורף במיוחד; ומפאת חשיבותה של הלשון שבה נקטו הצדדים, מצאתי מקום לשוב ולצטט מתוך סעיף 15 להסדר החוב, העוסק בויתור על תביעות מצד בעלי המניות והחברה עצמה:

... 15.1"

... 15.2

15.3 כתנאי לביצוע ההסדר (כאמור בסעיף 16.3 להלן) וכחלק בלתי נפרד ממנו, יוותרו בעלי המניות כלפי החברה, בעל השליטה, דירקטורים ונושאי משרה שלה, יועציה, עובדיה וכל מי מטעמם על כל טענה ו/או תביעה ו/או דרישה בין ידועה ובין שאינה ידועה, בקשר

עם רכישת המניות ו/או החזקתן עד למועד הביצוע ו/או הקשורה ו/או הנובעת במישרין ו/או בעקיפין לפעילות החברה שלפני מועד הביצוע.

15.4 החברה הודיעה למחזיקי אגרות החוב, כי ביום 7.2.2010 אישר דירקטוריון החברה, כי במסגרת אישור ההסדר וכחלק בלתי נפרד ממנו, תותר החברה על תביעות כלשהן של החברה כלפי בעל השליטה וכלפי הדירקטורים ונושאי המשרה בחברה, עובדיה ויועציה, בקשר עם ההסדר ו/או בקשר עם פעילות החברה שלפני מועד הביצוע (להלן בסעיף זה 'הויתור')..."

שותפה אני לעמדתם של חבריי, השופט עמית והשופט סולברג, כי תניית הפטור לפי לשונה בוודאי משתרעת על תביעה נגד הדירקטוריון ובעל השליטה בעילות של רשלנות והפרת חובת אמונים בתום לב; והמשמעות אם כן היא שלא ניתן לנהל נגדם תביעה נגזרת בעילות אלה. אני אף מסכימה לדעתם של חבריי כי לעומת זאת, תנית הפטור אינה חוסמת את בירורן של עילות תרמית והפרת חובת אמונים שלא בתום לב במסגרת של תביעה נגזרת. ואולם הבדל בין גישתי לגישות חבריי בכל זאת יש, הגם שלא בתוצאה אלא רק בחלק מן השיקולים המנחים שבדרך, ואבאר.

4. מדבריו של השופט עמית נראה כי הוא נכון כעקרון להכיר בכך שבמסגרת הסדר חוב ניתן יהיה לפטור נושאי משרה בחברה גם מתביעה בעילות תרמית והפרת חובת אמונים שלא בתום לב. עם זאת, בנסיבות המקרה דנן מגיע חברי למסקנה כי יש לפרש את תניית הפטור כך שהיא אינה חלה על עילות תביעה אלה – וזאת לנוכח היותה של התניה כוללנית וגורפת, ומחמת שאין בה כל הבחנה בין טענות ועובדות ידועות לכאלה שאינן ידועות. לדבריו, "במצב הדברים הרגיל, אין אדם מוותר על מה שלא ידוע לו, ועל כן קשה להסיק ויתור לגבי תרמית שלבעלי המניות לא היתה ידיעה קודמת לגביהם, ומבלי שהמילה תרמית נזכרה במפורש בתניית הויתור". מהמשך דבריו, ניכר כי האמור על ידו מכוון הן לעילת תרמית והן לעילת הפרת חובת אמונים שלא בתום לב – גם אם הדברים לא נאמרו באופן מפורש. בשונה מן השופט עמית, סבור השופט סולברג כי כאשר מדובר במעשה תרמית, מידת הפסול המוסרי שבמעשה היא הנותנת כי יש לאפשר ניהולה של

תביעה נגזרת חרף תניית הפטור; והוא מרחיב עוד את פתח ההתערבות ומבהיר כי לדידו "יש לקבוע במפורש, כי אין לאשר את תניית הפטור ביחס להפרת חובת אמונים, למעט כזו שנעשתה בנסיבות המתוארות בסעיף 261(2) לחוק (קרי: בתום לב – ע'ב')".

בנקודה זו, דעתי כדעתו של השופט עמית. כמותו, אף אני סבורה כי כל עוד שתניית הפטור אינה בלתי חוקית או נוגדת את תקנת הציבור, יש לאפשר לבעלי מניות ולנושים להעדיף משיקוליהם את התועלת שהם צופים כי תצמח מהסדר החוב על פני זכות תביעה אפשרית. כך, גם אם מדובר בזכות תביעה בגין מעשים או מחדלים שמהווים לכאורה תרמית או הפרת חובת אמונים. לשון אחר, מידת התערבותו של בית המשפט בתניית פטור שבהסדר חוב לא צריכה להיקבע מראש, ורק בהתאם לסוג העילה הנטענת בבקשה לאישור תביעה נגזרת או לפי מידת הפסול המוסרי שבמעשים או המחדלים הנטענים דווקא. אני אף תמימת דעים עם חברי כי בענייננו יש לשים את הדגש על האופן שבו נוסחה תניית הפטור העומדת למבחן; וכן כי במקרה דנן, ועל רקע ניסוחה הגורף והכוללני במיוחד של תניית הפטור, לא ניתן ומכל מקום אין לקרוא לתוכה ויתור מצד בעלי המניות על זכות תביעה בשם החברה נגד חברי הדירקטוריון ובעל השליטה בעילות של תרמית והפרת חובת אמונים שלא בתום לב.

5. עם זאת, אני רואה לנכון להצביע על כך שהפרשנות שלפיה תניית הפטור אינה משתרעת על עילות תרמית והפרת חובת אמונים שלא בתום לב, אינה מעוגנת לכאורה בלשונו המפורשת של סעיף 15 להסדר החוב כמצוטט לעיל. תחת זאת, סומך השופט עמית את הפרשנות המוצעת על ידו להיקף התפרשותה של תניית הפטור על שיקולים שבמדיניות משפטית. נראה כי מבחינה זאת דומה דרכו של השופט עמית לדרכו של השופט סולברג – באשר שניהם סבורים כי חופש החוזים של הצדדים להסדר החוב משתרע עד לגבול מסוים, שאותו מציב בית משפט בהתאם לאינטרסים ציבוריים החורגים מעניינם הקונקרטי של הצדדים. דעתי היא כי יש לפרש את תניית הפטור על רקע תכליתו של הסדר החוב, קרי: בהתאם להקצאת הסיכונים שביסוד הסדר זה. לטעמי גישה זו מתיישבת עם הלכות שיצאו

מלפני בית משפט זה, בנוגע לפרשנות חוזה באופן המגשים את תכליתו וכחלק ממכלול ההוראות שבו (ראו למשל: ע"א 8325/12 מדינת ישראל נ' מהזרין בע"מ (5.6.2014), בפסקאות לב ו- לד). נוסף לכך, היצמדות להקצאת הסיכונים שביסוד הסדר החוב משרתת את "טובת החברה" – עקרון שכפי שכבר ציינתי צריך לשמש נר לרגליו של בית המשפט בעת הדיון בבקשה לאישור או בתביעה נגזרת (אם יאושר לנהלה ככזו). כוונתי היא לכך, למשל, שהתערבות בתניית הפטור מכוח שיקולים חיצוניים להסדר החוב, עלולה לגרור דרישה לביטולו של ההסדר מצד בעל השליטה שהסתמך על תניית הפטור שעה שהשקיע כספים בחברה. בנסיבות כגון דא קיים חשש ממשי כי לא רק שהתביעה הנגזרת לא תשרת את טובת החברה כנדרש בסעיף 198(א) לחוק החברות – אלא אף תסב לה נזק.

ההנחה היא אפוא שהסדר חוב בא לעולם מקום שבו יש בכך כדאיות לצדדים לו, או למצער כך הם מעריכים. בענייננו ניתן להניח, כי בעלי המניות הסכימו לתניית הפטור מתוך שהעריכו כי הרווח שיצמח להם כתוצאה מהזרמת ההון של בעל השליטה, עולה על ההפסד שייגרם כתוצאה מהוויתור על זכות התביעה נגד החברה, נושאי המשרה ובעל השליטה. על כן, ככלל, כאשר נטען במסגרת בקשה לאישור תביעה נגזרת כי התגלו עובדות חדשות בדבר התנהלותם של נושאי משרה שלא היו ידועות בעת ניסוחה של תניית הפטור – שומה על המבקש בבקשת האישור להראות באופן לכאודי כי יש בעובדות החדשות כדי לטרוף את הקלפים, מבחינה זאת שהן פוגעות בכדאיות שביסוד התניה (מצידם של בעלי המניות או החברה). ואולם ככל שנראה לכאורה כי גם בהינתן הגילוי עולה הרווח שבהסדר החוב על פני ההפסד שבוויתור על תביעות – המשמעות היא שאין זה ראוי להתערב בהסדר בדרך של מתן זכות תביעה בשם החברה.

אבהיר כי לא נעלם מעיניי שנטל ההוכחה המוטל על המבקש בבקשת האישור בהקשר זה עלול במקרים מסוימים להיות נכבד. ראשית, משום ששאלת הכדאיות של הסדר החוב כמכלול כרוכה מעצם טיבה וטבעה בהערכת סיכויים וסיכונים, שכאשר היא נעשית בדיעבד יכול ואף סביר שתדבק בה מידה מסוימת של ספקולטיביות. שנית, שאלת הכדאיות מושפעת לעיתים ממשתנים נוספים פרט

לשיקולי רווח והפסד כלכליים – כדוגמת מידת "שנאת הסיכון" של בעלי המניות, והיחס הערכי שלהם להתנהלות בעלי המשרה (להרחבה ראו: ורדה אלשיך וגדעון אורבך הקפאת הליכים הלכה למעשה 615-616 (2010)). ובכל זאת, ככל שיש בתניה פירוט של האירועים והעילות שביחס אליהם ניתן הפטור, כך תקל מלאכתו של המבקש; ולהיפך: ככל שתניית הפטור הנדונה מנוסחת באופן כוללני ועמום יותר, כך מטבע הדברים גובר הקושי להתחקות בדיעבד אחר הקצאת הסיכונים שביסודה. לפיכך, אחת הדרכים להקל על נטל ההוכחה הנדרש בשלב האישור הינה לקבוע חזקה שבעובדה שלפיה ניסוח גורף וכוללני של תניית פטור פועל לחובת הטוען להגנתה של תניית הפטור. דומני כי חזקה מעין זו מתיישבת עם אותה מדיניות משפטית רצויה שאליה מכוונים חבריי, ואף מקדמת את השגתה.

6. סיכום ביניים עד כה: שומה על בית משפט לייחס משקל ומשמעות לאופן הניסוח של תניית פטור מאחריות (של חברה, בעל השליטה או נושאי המשרה בה) במסגרת הסדר חוב, וזאת כאשר הוא נדרש לקבוע את היקף התפרשותה על עילות תביעה שונות. אמנם כאשר מדובר בעילות תביעה מסוג רשלנות והפרת חובת אמונים בתום לב, יש בכוחה של תניית פטור לחסום ניהולה של תביעה נגזרת – וזאת גם אם היא מנוסחת באופן גורף וכוללני. ואולם לגישתי לא זו תהא התוצאה ככל שעל הפרק עומדת תביעה בעילות חמורות יותר, מסוג תרמית והפרת חובת אמונים שלא בתום לב. במקרים אלה, אי התייחסות לפרטים מהותיים – כגון המסכת העובדתית הרלוונטית, עילות התביעה נושא הפטור וכיוצא באלה – תוביל להתקיימותה של חזקה שלפיה אין תניית הפטור חלה על עילות שלא נזכרו בה במפורש. אמנם החזקה ניתנת לסתירה אם יוכח כי אין בעובדות חדשות שנתגלו כדי לפגום בכדאיות העסקה מבחינת החברה – ואולם המדובר בנטל נכבד הרובץ לפתחו של מי שיבקש ליתן תוקף לתניית פטור כזו.

7. ועתה מן הכלל אל הפרט.

כבר הוברר כי במקרה שלפנינו תניית הפטור שבהסדר החוב הינה תניה גורפת עד מאוד – שאין בה כל הבחנה בין טענות ידועות לטענות בלתי ידועות, בין

עילות תביעה כאלה לאחרות, ואף אין בה כל התייחסות למסכת עובדתית רלוונטית. בדגש על עובדה זו, גם אני סבורה כחבריי כי ככלל אין בכוחה של תניית הפטור שבהסדר החוב כדי לחסום תביעות של החברה נגד הדירקטוריון בעילות תרמית והפרת חובת אמונים שלא בתום לב.

ואולם לאחר שצלח המבקש מחסום מקדמי זה, מתברר כי לא עלה בידו להרים את הנטל הרובץ לפתחו בשלב האישור – להניח תשתית עובדתית וראייתית מתאימה לעילות התביעה שלהן הוא טוען נגד חברי הדירקטוריון. להבדיל מכך, בעניינו של מר לבייב – שהוא לא רק חבר דירקטוריון אלא גם בעל השליטה באפריקה ישראל – יש די בסימני השאלה המרחפים מעל העסקה כדי להביא לאישור ניהולה של תביעה נגזרת נגדו בעילות תרמית והפרת חובת אמונים שלא בתום לב.

במצב דברים זה, אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיעו חבריי כי דין הערעור להתקבל כמעט בשלמותו, מבחינה זאת שאין לאשר תביעה נגזרת נגד חברי הדירקטוריון; וכנגד בעל השליטה תנוהל תביעה נגזרת רק בעילות תרמית והפרת חובת אמונים שלא בתום לב.

8. בטרם סיום אבקש להעיר בקצרה עוד הערה אחת, שעניינה האפשרות הנזכרת בחוות דעתו של חברי השופט עמית להכיר ב"אחריות קולקטיבית" של דירקטוריון לנזקי החברה. הכלל הנהוג בפסיקה זה מכבר מורה כי דירקטור בחברה נושא באחריות אינדיבידואלית בלבד להתנהלותו במסגרת הדירקטוריון (ראו: ע"א 610/94 בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפקד בנק צפון אמריקה, בסעיף 31 לפסק הדין (2003); וכן: פרופ' יוסף גרוס דירקטורים ונושאי משרה בעידן הממשל התאגידי 181-182 (2011)). אף על פי כן, איני פוסלת בשלב זה את האפשרות כי בהתקיים תשתית עובדתית מתאימה ניתן יהיה להכיר בעתיד במעין "אחריות קולקטיבית" של הדירקטוריון. ואולם יובהר כי הטענה ל"אחריות קולקטיבית" בכל מקרה אינה פוטרת את המבקש בבקשה לאישור תביעה נגזרת מהנחת תשתית ראייתית ועובדתית מתאימה להוכחה לכאורה של טענותיו. למותר

לציין בהקשר זה את שנאמר כבר על ידי חבריי, כי לניהול תביעה נגזרת נגד דירקטור – לא כל שכן בעילה של תרמית או הפרת חובת אמונים שלא בתום לב – נלוות השלכות בלתי מבוטלות. בין היתר – פגיעה במוניטין, חשש מפני העברה מהתפקיד, וכן הוצאה כספית הכרוכה בהתגוננות מפני תביעה בהיקף כספי ניכר (בענייננו הסכום הנתבע מכל דירקטור הוא 86 מיליון ₪). משכך, "אחריות קולקטיבית" אינה יכולה לשמש כמילת קסם המאפשרת למבקש לחמוק מנטל ההוכחה הרובץ לפתחו בבקשת האישור, ועל מנת שיתקבלו טענותיו בנדון שומה עליו להניח תשתית לכאורית ראויה כבר בשלב מקדמי זה.

ש ו פ ט ת

על כן הוסכם פה אחד כי הבקשה לאישור התביעה הנגזרת נגד הדירקטורים תידחה ונגד בעל השליטה תאושר, אך תצטמצם לעילה של תרמית והפרת חובת אמונים שלא בתום לב.

ניתן היום, ז' בניסן התשע"ה (26.4.2015).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט