

במחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי
בתל אביב-יפו
תנ"ג 19-09-61821 (בקשה מס' 48)
לפני כבוד השופט א' צימרמן

המבקש :

שלמה גלובינסקי ת.ז. 33092719
ע"י ב"כ עו"ד אופיר נאור ואח', ממשרד נאור-גרשט, עורכי דין
מרחוב מיטב 6, תל אביב
טל : 03-5447404 ; פקס : 03-5447405

- נגד -

המשיבים :

1. זאב אבלס ו-19 אח'
על ידי ב"כ עו"ד ממשרד אגמון ושות', רוזנברג הכהן ושות', עורכי דין
מרחוב יגאל אלון 98 (מגדל אלקטרה - קומה 47), תל אביב
טל : 03-6078607 ; פקס : 03-6078666

21. בנק אגוד לישראל בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד ממשרד מיתר ושות', עורכי דין
מדרך אבא הלל סילבר 16 רמת גן 5250608
טל' 03-6103100 ; פקס 03-6103111

ובעניין :

היועצת המשפטית לממשלה
על ידי ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז תל אביב – אזרחי
מדרך מנחם בגין 154 (בית קרדן), ת"ד 33051, תל אביב, 6133001
טל' 073-3736222/9 ; פקס' ממוחשב 02-6468005 / 02-6467863

עמדה מטעם היועצת המשפטית לממשלה

בהמשך להודעתה בדבר התייצבותה להליך ובהמשך להחלטות בית המשפט הנכבד מיום 16.5.2022 ומיום 2.6.2022 מתכבדת היועצת המשפטית לממשלה ליתן את עמדתה ביחס ל"מתכונת החריגה של בקשת אישור שלא על דעת המבקש לשמש תובע נגזר".

יובהר מיד כי אין באמור להלן כדי הבעת עמדה מטעם היועצת המשפטית לממשלה בדבר תוכן הסדר הפשרה נושא הבקשה לאישור הסדר פשרה (להלן : "**הסדר הפשרה**" ו-"**הבקשה לאישור הסדר פשרה**") אלא אך ורק בכל הקשור לדרך שבה הושג, וזאת כאמור בהחלטת בית המשפט הנכבד.

העמדה שלהלן גובשה בשיתוף עם רשות ניירות ערך.

מבוא

1. הבקשה לאישור הסדר פשרה וכן תגובת המבקש שהתייחסה להיבטים הדיוניים של הגשת הבקשה לאישור הסדר פשרה, מעלה סוגיות בעלות השלכות רוחב על תחום התביעות הנגזרות בכל הקשור לדרך

ניהולן והתמריצים להגשתן, לרבות אך לא רק בשלב הליכי הסדרי פשרה בהן. סוגיות אלו זכו לדיון בשני הליכים כמפורט להלן, ודומה שעל בית המשפט הנכבד לבחון את המחלוקת שהובאה לפניו, והנוגעת "למתכונת החרגה" של הגשת הבקשה לאישור הסדר פשרה כדבריו, תוך היזדקקות להכרעות השיפוטיות בשני ההליכים שלהלן.

2. לעניין זה מופנה בית המשפט הנכבד לפסקי הדין של בית המשפט העליון ברע"א 729/17 **אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' אפריקה ישראל בע"מ** (נבו 31.7.2017) (להלן: "**עניין אפריקה**") וכן בתנ"ג 10466-09-12 **חברת השקעות דיסקונט בע"מ נ' דנקנר ואח'** (נבו 4.1.2018) (להלן: "**עניין דסק"ש**").

3. יודגש בפתח הדברים, כי העובדות הרלבנטיות לתהליך גיבוש הסדר הפשרה נושא הבקשה לאישור הסדר הפשרה אינן בידיעת היועצת המשפטית לממשלה ומכאן שהאמור להלן בעניין זה נאמר בחזקת "ההתנהלות הרצויה" או המנגנון הראוי במקרים מעין אלה, ולא בחזקת ביקורת על התנהלות מאן דהוא באופן ספציפי בעניין דכאן. לאור התכלית שבבסיס הוראות הדין והפרשנות הראויה להן, כפי שאלו משתקפות גם בהלכה בעניין **אפריקה** ובהחלטה **בעניין דסק"ש**, מצאה היועצת המשפטית לממשלה להעיר את האמור להלן.

4. בטרם תובא התייחסות למסגרת הנורמטיבית הרלבנטית ולנסיון ליישום של הנ"ל על המקרה דכאן, יש לזכור כי בין המקרים שעמדו בבסיס ההלכות בעניין **אפריקה** ודסק"ש לבין המקרה דכאן קיימים הבדלים אשר על בית המשפט הנכבד, בבואו ליישם את המסגרת הנורמטיבית, ליתן אליהם את הדעת. התייחסות להבדלים הנ"ל תובא בפרק העוסק ביישום המסגרת הנורמטיבית להלן.

המסגרת הנורמטיבית

5. השאלה בדבר ה"שליטה" בהליך הנגזר, הן בשלב ניהולו והן בשלב המשא ומתן לקראת הסדר פשרה ואישורו של הסדר פשרה, וזאת באספקלריה של מעמד החברה בשמה מבקש המבקש לנהל את ההליך הנגזר, זכתה להתייחסות מטעם בתי המשפט וזאת במסגרת עניין **אפריקה** ועניין **דסק"ש**.

6. בשני מקרים אלה נאלצו בתי המשפט להכריע במחלוקת שהתגלעה בין החברה לבין המבקש וזאת בנוגע לניהול ההליך הנגזר (עניין **אפריקה**) והגעה להסדר פשרה (עניין **דסק"ש**).

7. בעניין **אפריקה** חזר בית המשפט העליון על הכלל לפיו, ניהול התביעה הנגזרת בשם החברה מסור בדין לתובע הנגזר ובאי כוחו, וכי לאחר אישורה של התביעה כנגזרת, "**עתונה הסמכות באופן בלעדי לתובע הנגזר, שהוא ורק הוא רשאי לדבר בשמה של החברה**" (פסקה 21 לפסק הדין בעניין **אפריקה**). בצד כלל זה, הכיר בית המשפט העליון לראשונה באפשרות קיומו של מצב **חריג**, שבו החברה סבורה כי התנהלות התובע הנגזר עשויה לגרום, בסבירות גבוהה וממשית, לנזק חמור ובלתי הפיך לחברה. במצב זה יש, לדעת בית המשפט העליון, לאפשר לחברה "**לערער על אופן התנהלותו של התובע הנגזר**" לפני בית המשפט הדין בהליך הנגזר.

8. בית המשפט העליון אף קבע, בפסק הדין בעניין **אפריקה**, כי ככל שהחברה סבורה שחל החרג המוזכר לעיל בקשר עם סמכותו של התובע הנגזר בניהול התביעה, עליה לפנות לבית המשפט הדין בתביעה ולהניח את דעתו – לפי רף גבוה של בחינה – כי מהלך זה או אחר של התובע הנגזר אכן מגיע כדי אותה התנהלות קיצונית המצדיקה מתן זכות עמידה עצמאית לחברה. בית המשפט העליון הבהיר, כי במסגרת הפניה הנ"ל לבית המשפט, על החברה לבסס את טענותיה על תשתית עובדתית קונקרטית, סדורה ומפורטת,

המגובה בתצהיר ובאסמכתאות רלבנטיות.¹ ממילא ברור מפסק הדין בעניין **אפריקה**, שפניה כאמור תיעשה לפני שמוסדות החברה מתערבים בניהול התביעה, ולא בדיעבד בדרך של הבאת תוצר מוגמר לאישורו של בית המשפט.

9. לבסוף קבע בית המשפט העליון בעניין **אפריקה**, כי בכל הקשור לשיתוף הפעולה השוטף בין החברה לבין התובע הנגזר בעניין ניהול ההליך, משאפשרה הבקשה לתביעה נגזרת, מתעצם שיקול דעתו של התובע הנגזר, בהשוואה למצב עובר לאישור התביעה כנגזרת.²

10. עיקר ההלכה הנלמדת מפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **אפריקה** הוא אפוא כי ניתנה לחברה אפשרות חריגה להביע את עמדתה בכל הקשור לניהול ההליך הנגזר, וזאת בסייגים המתחייבים מהחשש לניגודי העניינים, והאינטרס האפשרי, לעיתים, של מי מהאורגנים בחברה, להכשיל את בירור ההליך הנגזר.³ המנגנון שנבחר על ידי בית המשפט העליון לצורך איזון בין הצורך שיכול להתקיים לחברה להביע עמדה ביחס לניהול ההליך, לבין החששות דלעיל, הוא חובת החברה לפנות מבעוד מועד לבית המשפט בכדי לשטוח לפניו את טענותיה, אשר ייבחנו בידי בית המשפט ברף מחמיר, והצורך שהפניה תהא מבוססת על ראיות, מפורטת ומגובה בתצהיר, ותבסס חשש ממשי לפגיעה חמורה בה.

11. בלשון בית המשפט (כב' השופט סולברג בפסקאות 33-34 לפסק הדין בעניין **אפריקה**): "התובע הנגזר עצמאי לחלוטין באשר לאופן ניהול התביעה, זכותו וחובתו למלא את תפקידו-זה בהתאם לשיקול דעתו הבלעדי ... ודוק: זכותה של החברה להשמיע את עמדתה באופן עצמאי לפני בית המשפט, אינה מקנה לה מקום קבוע ליד השולחן בשלב ניהול התביעה הנגזרת. כפי שהדגישה החברה בבקשה שלפני, היא אף אינה מבקשת "לקבל מעמד עצמאי קבוע בפני בית המשפט קמא במשך כל ניהול ההליך" (פסקה 116 לבקשה). מעמדה של החברה מצטמצם רק לאותם מצבים שבהם אופן ניהול התביעה, לשיטת החברה, עלול לפגוע באינטרסים שלה, והיא אינה רשאית לפנות לבית המשפט כל אימת שברצונה להשמיע את עמדתה ביחס להליך המתנהל" [ההדגשות במקור-ל.ו.].

12. **בעניין דסק"ש** עמדה על המדוכה סוגיה מורכבת ושונה במעט, שעניינה מעמד החברה במסגרת ניהול מו"מ לקראת פשרה בהליך הנגזר (לאחר שבית המשפט הנכבד שם קיבל את הבקשה לאישור תביעה נגזרת) ובין היתר ביחס לסכום הפשרה המוצע. כרונולוגית עניין דסק"ש הובא להכרעה לפני בית המשפט המחוזי מרכז (כב' השופט גרוסקופף) זמן לא ארוך אחרי מתן פסק הדין בעניין **אפריקה**. בעניין דסק"ש המחלוקת היתה בכל הקשור לסכום הפשרה אליו הגיעו המבטחים, נושאי המשרה והחברה, וזאת בניגוד לעמדת ב"כ המבקשים שם, שגרסו שניתן וצריך להתפשר על סכום גבוה יותר.

13. בעניין דסק"ש הוגשה עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה דאז. במסגרת העמדה שם התייחס היועץ המשפטי לממשלה לפסק הדין בעניין **אפריקה**, כאשר עמדתו היתה שגישה זהירה זאת של ההלכה בעניין

¹ פסקה 29 לפסק הדין בעניין **אפריקה**.

² פסקה 33 לפסק הדין בעניין **אפריקה**, בה נדון הממשק השוטף של ניהול ההליך הנגזר.

³ פסקה 28 לפסק הדין בעניין **אפריקה**.

אפריקה מוצדקת, בכל הכבוד, לאור התכליות העומדות בבסיס המנגנון של תביעה נגזרת, ובעיקר לנוכח שני סיכונים מרכזיים הטמונים במעורבותה הפעילה של החברה בתביעה הנגזרת.

14. **האחד** – מתן יכולת נרחבת לחברה להתערב בהליך התביעה הנגזרת עלול לאפשר לחברה לנקוט מהלכי סרק שמטרתם להכביד על התובע הנגזר ולסכל את בירורה של התביעה. כפי שציין בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין **אפריקה**, חשש זה הוא "ממשי ומבוסס" (פסקה 23 לפסק הדין בעניין אפריקה), ובמיוחד כאשר מוסדות החברה נגועים באותו ניגוד עניינים שהצדיק את ניהולה של התביעה כנגזרת בשם החברה. **השני** – מתן יכולת לחברה להתערב בניהול התביעה הנגזרת בכל שלביה, ובמיוחד בשלב הפשרה, עלול ליצור "אפקט מצנן" משמעותי לבעלי מניות ולגורמים אחרים הזכאים להגיש בקשות לאישור תביעה נגזרת. גורמים אלה, בדרך כלל, רואים לנגד עיניהם את הגמול לו יהיו זכאים בתום ההליך או בשלב הפשרה כתמריץ המרכזי להשקעת משאבים מצדם בניהול ההליך בשם החברה.

15. בהמשך לכך גרס היועץ המשפטי לממשלה בעמדתו בעניין דסק"ש, שלאור מהותה של התביעה הנגזרת כתביעה של החברה ובשמה, הזוכה בפירותיה של התביעה, אם תוכתר בהצלחה, היא החברה. מובן, כי כאשר בידי התובע כמות קטנה של מניות, התועלת הישירה שהוא עשוי להפיק מהצלחת התביעה היא מזערית. עם זאת, עליו לשאת בהוצאות הכרוכות בניהול התביעה והוא עלול אף להתחייב בהוצאות הנתבעים, אם ידחה בית המשפט את התביעה. בעלי השליטה בחברה עלולים לנצל לטובתם מצב זה תוך כדי גרימת נזק לחברה בידעם, כי בעלי המניות האחרים, המחזיקים כל אחד בכמות קטנה של מניות, יימנעו מהגשת תביעה נגדם. כדי למנוע מצב זה, יש ליצור מנגנונים שישמשו תמריץ לבעלי מניות להגיש תביעה בשם החברה.⁴

16. ברי, כי מערך תמריצים זה ישתנה משמעותית במצב שבו בעל מניות השוקל לנקוט בהליך של בקשת אישור תביעה נגזרת ידע שהחברה תהיה זכאית ליטול מידי על פי שיקול דעתה את מושכות ניהול התביעה, ואולי אף לפגוע בזכותו לגמול בגין נקיטת ההליך או בהיקפו של גמול זה. יש לזכור, אותה חברה שמבקשת עתה להתערב בהליך, היא החברה אשר בשלב המקדמי של ערב הגשת בקשת האישור, לא פעלה למיצוי זכות התביעה באמצעות אורגניה הרגילים, בהתאם להליך הקבוע בסעיפים 198-194 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: "**חוק החברות**"), ובית המשפט שוכנע, כלשונו של סעיף 198 לחוק החברות, כי התביעה וניהולה הן לטובת החברה, וכי התובע אינו פועל בחוסר תום לב.

17. **בעניין דסק"ש**, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היתה, שהרציונלים העומדים בבסיס הכלל המייחד את סמכות ניהול התביעה לתובע הנגזר, במצב שבו מדובר בסוגיות העולות מניהול ההליך עצמו (כפי שנדון בעניין **אפריקה**) – יפים מקל וחומר במצב שבו מדובר בנטילת מושכות ניהול משא ומתן לפשרה מול הנתבעים/מבטחים (כפי שנדון בהליך שבכותרת). שיקול הדעת ביחס להסדר הפשרה הוא צומת חיוני בניהול ההליך, שעניינו הפעלת שיקול דעת בדבר סיכויי התביעה אל מול סכום התביעה – עניין הקשור לעצם הגשת התביעה שמלכתחילה החברה עצמה נמנעה מלהגיש. חלק מהסיכונים עלולים אף להתעצם כאשר מעורבות החברה באה לידי ביטוי בשלב הפשרה, הן בכל הנוגע לפגיעה בתמריצי התובע, והן בכל הנוגע לסיכון שהפשרה שאליה תגיע החברה לא תהיה מיטבית לאור ניגודי עניינים של אורגניה הרגילים. זאת, להבדיל מההכנות לניהול ההליך בשלב ההוכחות המצריך במקרים רבים שימוש במשאבי החברה

⁴ צפורה כהן, בעלי מניות בחברה – זכויות תביעה ותרופות, מהדורה שניה כרך ג' 541.

ולכן מתעוררות במסגרתן שאלות שונות כגון האופן שבו התובע הנגזר והחברה יתאמו ביניהם את כל הקשור לניהול ההליך.

18. **בעניין דסק"ש** עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה היתה, שיש לגזור מכוח קל וחומר מהאמור בעניין **אפריקה**, את כל הקשור לדרך שבה יכולה החברה לבקש להשתתף באופן "עצמאי" בגיבוש פשרה בהליך הנגזר. עליה לבקש מראש את רשותו של בית המשפט לנהל מגעים לפשרה, ולא להביא הצעת פשרה מוגמרת לאישור בית המשפט, משום שניהול מגעים לפשרה עלול לחבל בניהול ההליך במקביל בידי התובע. ככל שהחברה סבורה, כי שיקול דעתו של התובע הנגזר בדחיית הצעה לפשרה היה שגוי, עליה להביא זאת לבחינת בית המשפט ולא לפעול באמצעות אורגניה הרגילים לאימוץ אותה הצעת פשרה. לשון אחר, על החברה המיוצגת בהליך הנגזר על ידי התובע הנגזר ובאי כוחו, לבקש את רשותו של בית המשפט הנכבד לנקוט פעולות בכל הקשור להשתתפות באופן עצמאי (שלא באמצעות התובע הנגזר ובאי כוחו) בהליכי גישור או פישור, וקל וחומר אישור הצעת פשרה, וזאת עובר לנקיטת כל פעולה, בין אם ניהול משא ומתן, ובין אם גיבוש הסדר פשרה על בסיס משא ומתן או גישור שנוהל בשמה.

19. עיון בהחלטת כב' השופט גרוסקופף **בעניין דסק"ש** מראה שפסק הדין **בעניין אפריקה** עמד בבסיס החלטתו **בעניין דסק"ש**. נוסף על כך, מצא כב' השופט גרוסקופף מקום להדגיש מספר נושאים הן כצורך לדייק את האמור בעניין **אפריקה** והן מחמת ההבדל בשלבים של ההליך הנגזר בו נתגלעה המחלוקת בין החברה לבין המבקש (שלב ניהול ההליך הנגזר מול שלב הפשרה). כך לדוגמה בעמוד 13 להחלטה בעניין **דסק"ש** מצא כבוד השופט גרוסקופף להבהיר את משנתו ביחס למעמד התובע הנגזר ומשמעות הפיצול בייצוג, כדבריו:

"השינוי שחל עם אישור ניהול התביעה הנגזרת הוא שהסמכות לנהל את התביעה הנגזרת ניטלת מהאורגנים המוסמכים על פי מסמכי היסוד של החברה להגיש ולנהל תביעות בשם החברה (הדירקטוריון וההנהלה), ובמקומם הופכים התובע הנגזר ועורך הדין שהגיש את התובענה, מכוח החלטת בית המשפט, לנציגיה של החברה לצורך ניהול התביעה הנגזרת, ולהם, ולהם בלבד, מוקנית מאותו מועד הסמכות לפעול בשמה בכל הקשור לתביעה הנגזרת- וזאת כל עוד לא התקבלה להחלטה אחרת ע"י בית המשפט. ודוק, לכל דבר ועניין אחר ממשיכה החברה לפעול באמצעות האורגנים שלה ובאי הכוח שמירתה לעצמה" [הדגשה לא במקור – ל.ו.]

20. בהמשך מאמץ כב' השופט גרוסקופף את עמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוצגה לפניו, ואשר עלתה, כאמור לעיל, בקנה אחד עם פסק הדין **בעניין אפריקה** וזאת ביחס לדרך בה על החברה לפעול מקום בו היא רוצה לקבל השפעה על ניהול ההליך הנגזר, לרבות אך לא רק, בשלב הסדר הפשרה (עמוד 12 פסקה 23 להחלטה בעניין **דסק"ש**) [הדגשות במקור – ל.ו.] :

*"הנגזרת המעשית מהמסגרת העיונית האמורה, הוגדרה אף היא בעניין **אפריקה**. מצד אחד הוכר ההכרח לתת לחברה "פתחון פה... להשמיע את טענתה כי אופן ניהול התביעה הנגזרת פוגע בטובתה" (פסקה 4 לפסק דינו של השופט יצחק עמית), אך מאידך הובהר כי "הנטל להוכיח כי אופן ניהול התביעה פוגע בטובת החברה, מוטל על כתפי החברה, ועל פני הדברים אין מדובר בנטל קל" (פסקה 3 לפסק דינו של השופט עמית). המבחן שהוצב הוא כדלהלן: "על החברה להראות כי מהלך מסויים שנקט בו התובע הנגזר יגרום בסבירות גבוהה וממשית לנזק חמור ובלתי-הפיך לחברה. כאמור, "לחשש של גורמים בחברה צריך שיהיו*

פנים וגם ראיות" (פסקה 10 [להחלטת השופט יעקב שינמן בבית המשפט המחוזי]; ההדגשה במקור), לא די לטעון טענות בעלמא. על החברה לבסס אפוא את טענותיה על תשתית עובדתית קונקרטית, סדורה ומפורטת, המגובה בתצהיר ובאסמכתאות רלבנטיות" (ההדגשות במקור. פסקה 30 בפסק דינו של השופט סולברג).

וידגוש, מקובלת עלי, עם כל הכבוד, עמדת היועמ"ש לפיה הכלל המשפטי היה ונותר שלאחר אישור ניהול התביעה הנגזרת, החברה בשמה הוגשה התביעה הנגזרת מיוצגת בהליך אך ורק על ידי התובע הנגזר. לפיכך ככל שהחברה בשמה הוגשה התביעה הנגזרת מבקשת להתערב באופן ניהול ההליך על ידי התובע הנגזר, עליה לפנות תחילה לבית המשפט בו מתנהל ההליך הנגזר, ולהציג בסיס ראיתי משמעותי המלמד כי קיימת הצדקה ליטול מידי התובע הנגזר את הסמכות לייצג את החברה, וזאת בין אם באופן מלא (על דרך של החלפתו או על דרך של מסירת המשך ניהול ההליך לחברה) ובין אם באופן חלקי (על דרך של הנחייתו לפעול באופן מסוים). כן יש מקום לאפשר לחברה לפנות לבית המשפט הדן בתביעה הנגזרת בבקשה כאשר מתעוררת מחלוקת ביחס לפעולות שהתובע הנגזר דורש מהחברה לבצע (כגון, כשהתובע הנגזר מבקש מהחברה להוציא ערבות לבקשה שהגיש לבית המשפט או דורש מהחברה למסור לו מידע שהחברה אינה חפצה לחשוף."

21. בהמשך מתייחס כב' השופט גרוסקופף לסוגיית השלב של המגעים לפשרה בהליך הנגזר (הרלבנטי יותר לעניין שבכותרת), תוך שהוא מתייחס אף לסוגייה של מידת הקונפליקטוריות של הדירקטוריון והשפעת רכיב זה על הדרך בה יש לפעול מקום בו החברה מעוניינת לקבל השפעה על ההליך בשלב המגעים להסדר פשרה (עמוד 15 פסקה 23 להחלטה בעניין דסק"ש) (הדגשות לא במקור – ל.ו.):

"יכן מקובלת עלי עמדת ב"כ היועמ"ש כי האמור לעיל אינו מתייחס רק לניהול ההליך בבית המשפט, אלא גם למגעים לפשרה בתביעה הנגזרת. במילים אחרות, גם ניהול משא ומתן ביחס לפשרה אפשרית בתביעה הנגזרת צריך להתבצע על ידי התובע הנגזר, והחברה אינה רשאית לנהל משא ומתן זה במסלול העוקף את התובע הנגזר, אלא אם פנתה לבית המשפט וקיבלה אישור מראש, לאור חשש מבוסס כי העניין אינו מטופל כראוי על ידי התובע הנגזר.

מבחינה רעיונית, מערכת היחסים האמורה, כפי שהובהרה בעניין **אפריקה**, חלה גם כאשר דירקטוריון החברה הפך במהלך ההליך ללא קונפליקטורי, דהיינו כאשר האורגן המוסמך בחברה אינו נגוע עוד בניגוד עניינים, ויכול לקבל מעתה ואילך החלטות ביחס לתביעה הנגזרת. לפיכך, מבחינה דיונית גם במצב דברים זה התביעה הנגזרת אמורה להמשיך להתנהל על ידי התובע הנגזר, וכל התערבות של החברה באופן ניהול ההליך על ידו (ובכלל זה בקשה של החברה לנהל ישירות משא ומתן לפשרה עם הנתבעים) צריכה להיות מוגשת מראש לבית המשפט הדן בתביעה הנגזרת....."

יישום האמור לעיל לעניין דכאן

22. כאן המקום לשוב ולהזכיר, ראשית כי אין באמור לעיל ולהלן כדי להוות ביקורת על התנהלות מי מהצדדים להליך שכן היועצת המשפטית לממשלה תבקש להתייחס אך לסוגיה העקרונית, ולא לשאלות העובדתיות (הטענות ליבון) הרלוונטיות להכרעה בהליך דנן. שנית, יש לזכור כי בבואו של בית המשפט הנכבד ליישם את האמור בפרק הנורמטיבי לעיל על עובדות המקרה דכאן יש להתייחס לשוני העובדתי שבין המקרה דכאן למקרים נושא **אפריקה ודסק"ש**.

23. הבדל בולט בין האמור בעניין דסק"ש לאמור בעניין דכאן הוא מידת המעורבות של המבקש (ולמעשה, העדרה) בהליכי הסדר הפשרה. בעניין דסק"ש, לפי המתואר, המבקש היה חלק מהמגעים להסדר הפשרה, לרבות אך לא רק, נטל חלק בהליכי הגישור לפני המגשרת ובאי כוחו הוזמנו להביע עמדתם לפני הדירקטוריון שאישר את הסדר הפשרה. המחלוקת בינו לבין החברה שם נסובה סביב סכום הפשרה בלבד, כאשר לדידו ניתן היה להשיג במסגרת המגעים סכום גבוה יותר. בהתאם, בית המשפט אפיין את השיח שהתקיים ללא מעורבות התובע הנגזר כ'טכני' בעיקרו.⁵ במקרה דכאן, לפי העובדות המתוארות בכתבי בי הדין⁶ המגעים בכללותם נוהלו ללא מעורבות המבקש ולא רק בשלב הסופי של ההגעה לסכום הפשרה ואישורו בדירקטוריון (ראו לדוגמא סעיף 32 לבקשה לאישור הסדר הפשרה).

24. כמו כן, בשונה מעניין דסק"ש בו המבקשים לא התנגדו לאישור הסדר הפשרה אלא הותירו אותו לשיקול דעת בית המשפט בליווי אמירה שלדעתם ניתן היה להשיג סכום גבוה יותר, במקרה דכאן המבקש מתנגד נחרצות לעצם הדיון באישור הסדר הפשרה וזאת, בין היתר, לאור העובדה שהנ"ל הושג ללא מעורבותו, וכן מסיבות נוספות. כזכור, אחד השיקולים שהנחו את בית המשפט בעניין דסק"ש לאשר את הסדר הפשרה היתה עמדתם זו של המבקשים שם, המותירה את בקשת האישור להכרעת בית המשפט הנכבד. הגם שהדיון בשלב זה עוסק בדרך השגת הסדר הפשרה במובחן מתוכנו, הרי שהבדל זה מחזק את האמור להלן בדבר הקושי בדרך בה הושג הסדר הפשרה.

25. הבדל נוסף בין עניין דסק"ש לעניינו, נוגע לשאלת היותו של הדירקטוריון בלתי קונפליקטורי. בעניין דסק"ש, לא היה חולק על כך שהדירקטוריון שאישר את הסדר הפשרה היה לא קונפליקטורי (ראו פסי' 16 לפסק הדין). בית המשפט ייחס משקל רב לכך שהדירקטוריון כולו אינו נגוע בניגוד עניינים.⁷ בעניינו, אמנם הרכב הדירקטוריון בו אושר הסדר הפשרה היה בלתי קונפליקטורי, אך עדיין מכהנים בו שני חברים שניהנו כדירקטורים גם במועדים הרלוונטיים לבקשת האישור.⁸ גם הבדל זה מחזק את הקושי במעורבות החברה 'מעל ראשו' של התובע הנגזר בגיבוש הסדר הפשרה כפי שיבואר להלן.

26. בהנתן הפסיקה שצוטטה לעיל בעניין אפריקה ודסק"ש, וביתר שאת לאור האמור לעיל בדבר ההבדלים בין האופן שבו שותף המבקש במגעים לפשרה בעניין דסק"ש לבין הנסיבות בעניינו כפי שהובאו לפני בית המשפט הנכבד, קיים קושי של ממש בדרך בה הושג הסדר הפשרה כפי שתואר בבקשת האישור. קושי זה מעיב על עצם הדיון בהסדר הפשרה המוצע, וספק אם עולה בקנה אחד עם הוראתו של סעיף 202 לחוק החברות, ממנו עולה כי פשרה בהליך נגזר תיעשה עם התובע. בכפוף לליבון העובדות הנתענות הקושי המתואר לעיל וההשלכות הטמונות בחובו הן ביחס להליך דכאן והן ביחס להליכים נגזרים בכללותם, אינו מותיר ברירה לדעת היועצת המשפטית לממשלה, אלא כי בית המשפט הנכבד ידחה את הדרך בה פעלו הצדדים להסכם הפשרה.

27. לדעת היועצת המשפטית לממשלה העובדה שהחברה "נטלה את המושכות" בניהול המגעים להסדר הפשרה ללא כל פניה לבית המשפט הנכבד, ושאל בדיעבד לא ניתן לבית המשפט כל הסבר ו/או נימוק? לכך שהמגעים לקראת הסדר הפשרה נוהלו ללא מעורבות המבקש ובאי כוחו, קל וחומר ללא שהתקבל

⁵ פסקה 24 לפסק הדין בעניין דסק"ש.

⁶ האמור נאמר בכפוף לכך שהעובדות לאשורן אינן ידועות.

⁷ פסקה 23(ג) לפסק הדין בעניין דסק"ש.

⁸ בפסקה 17 לפסק הדין מרחיב כב' השופט גרוסקופף על משמעות הפיכת הדירקטוריון לבלתי קונפליקטורי לניהול התביעה הנגזרת ומעמדה של החברה בהקשר זה.

⁹ אשר על פי האמור בעניין אפריקה ודסק"ש אמור להינתן בפירוט רב ולהיות מגובה בתצהיר.

אישורו של בית המשפט הנכבד למהלך, אינה עולה בקנה אחד עם פסיקת בתי המשפט כאמור בעניין אפריקה ודסק"ש.

28. לא מדובר בעניין "טכני" או פרוצדורלי אלא בשאלה מהותית המשליכה על אופן ניהול ההליכים הנגזרים ועל התמריצים לניהולם במובן הרחב. דומה שאין לחזור על הנימוקים והרציונאליים המוזכרים בעניין זה, בהלכות בעניין **אפריקה ודסק"ש** ואולם ברי, שניהול מו"מ לפשרה בהליך נגזר, גם בטרם ההכרעה בבקשה לאישור (ועל כך יורחב להלן), ללא פניה לבית המשפט הנכבד וללא החלטה מנומקת של בית המשפט הנכבד, לאחר ששמע את המבקש, המאשרת דרך פעולה זו, עלול לפגוע פגיעה משמעותית הן בטיבם של הסדרי הפשרה המתגבשים בדרך זו והן בתמריצים לניהול ההליכים נגזרים.

29. ההליך הנגזר מהווה נדבך משמעותי באכיפה הפרטית בתחום דיני החברות והממשל התאגידי,¹⁰ וכל פגיעה בתמריצים לניהול ההליכים נגזרים הינה בעלת השלכה רוחבית על אפקטיביות כלי אכיפת זה. מעבר לפגיעה בתמריצים לניהול ההליכים הנגזרים והמשמעות על עתידם ככלי אכיפתי נוסף בצד האכיפה ה"מוסדית", הרי שההתנהלות שאינה עולה בקנה אחד עם ההלכות בעניין אפריקה ודסק"ש, אף חותרת תחת הוודאות הבסיסית הנדרשת לצורך קיום אחד מהרציונאליים הבסיסיים של ההליכים הנגזרים – היות התובע הנגזר בעל מניות (או דירקטור) בודד הנוטל על עצמו "לריב את ריבה של החברה".

30. בהעדר ודאות בדבר כוחו של התובע הנגזר לעשות כן, וככל שהחברה יכולה בהחלטה פנימית לעקוף את מעמדו של התובע הנגזר בכל עת שתחפוץ בכך, קל וחומר בשלב ניהול הליכי פשרה, תיפגע היכולת לנהל את ההליך הנגזר, יתערער מעמדו של המבקש והפגיעה בהליך הנגזר תהא משמעותית על כל המשתמע מכך. לפיכך, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה קיים קושי ממשי לדון בבקשה להסדר פשרה מכל הטעמים שהוצגו לעיל ובפרט החריגה הברורה מההלכות שהותוו בעניין **אפריקה ודסק"ש**. המסקנה מהאמור לעיל היא שעל בית המשפט הנכבד לדחות את הבקשה לאישור הסדר הפשרה וזאת כבר בשלב זה, עובר לדיון בתוכנו של ההסדר שהוצג לפניו.

31. בטרם סיום יש לציין נושא נוסף, המהווה גורם מאבחן בין ענייני **אפריקה ודסק"ש** לבין העניין דכאן, והוא השלב בו התנהל המשא ומתן לפשרה וכן אישור דירקטוריון החברה את ההסדר הנ"ל. בעוד בעניין **אפריקה ודסק"ש** המחלוקת בין החברה לתובע הנגזר התגלעה לאחר שבית המשפט אישר את ניהול התביעה כנגזרת, בעניין דכאן אנו לפני שלב זה. הן בעניין **אפריקה** והן בעניין **דסק"ש** התייחסו בתי המשפט לעניין קבלת הבקשה לאישור ונתנו לו משקל (אם כי לא באופן ברור) בהחלטותיהם.

32. הפסיקה טרם התייחסה לשאלת נפקותו של השלב בו התנהל המשא ומתן לגיבוש הפשרה למעורבות אפשרית של החברה בו וכן לדרך שבה על החברה לעשות כן. בהקשר זה היועצת המשפטית לממשלה תבקש להעיר כי לנוכח הוראתו הברורה של החוק לפיה לחברה יש הזדמנות לנהל את התביעה בעצמה (ללא פניה לבית המשפט הנכבד) רק בטרם פונה המבקש לבית המשפט (סעיף 195 לחוק החברות), ובהינתן הפסיקה בעניין **אפריקה** ובעניין **דסק"ש**, הרי שגם עובר לאישור ניהול תביעה נגזרת, אל לו


¹⁰ ראה לעניין המרכזיות ההולכת וגוברת של ההליך הנגזר ככלי משמעותי בתחום האכיפה הפרטית את "אכיפה פרטית בדיני ניירות ערך ודיני חברות בראי עשור למחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב" עו"ד לירון כהן דניאלי, עו"ד בר כהן, רועי קנריק מחלקת הייעוץ המשפטי רשות ניירות ערך. https://www.isa.gov.il/%D7%97%D7%A7%D7%99%D7%A7%D7%94%20%D7%95%D7%90%D7%9B%D7%99%D7%A4%D7%94/Enforcement/Private_Inforcement/Researchs/Documents/10yearsresearch.pdf

לבית המשפט לאשר פשרה שהשיגה החברה "מעל ראשו" של המבקש, ללא פניה מוקדמת לבית המשפט מטעם החברה. זאת, בפרט כאשר המבקש מתנגד להסדר שגובש במסגרת הליכים אשר מצויים, מטבע הדברים, בשליטת החברה/המשיבים והמבטחים. יצוין כי ללא הנחייה ברורה בעניין חובת החברה להצטייד באישור בית המשפט בטרם תפתח במשא ומתן לפשרה שהמבקש אינו צד לה גם בטרם דיון בבקשה לאישור, יפתח פתח לעקיפת מנגנון התביעה הנגזרת, שהרי לחברה יכולת לשלוט בתזמון ניהול המגעים לפשרה, וברצונה יכולה היא להקדים את שלב המשא ומתן לפשרה לשלב ההכרעה בבקשה לאישור.¹¹

33. בהמשך לכך אין להתעלם מהחשש לפיו ניגוד העניינים הפוטנציאלי של החברה או הנהלתה¹² הינו מוגבר, ועלול להביא לכך שהחברה תחתור לפשרה בשלב מוקדם ככל שניתן, מבלי למצות את ליבון עילת התביעה והפיצוי הראוי בגינה, וזאת בשל האינטרס "המנוגד" שלה בסיום מהיר של ההליך בשם החברה בטרם יתן בית המשפט "איתות" בדבר סיכויי ההליך.

34. יוער כי בשלב זה אין בכוונת היועצת המשפטית לממשלה להתייחס לעניין המיזוג בין הבנק לבין בנק מזרחי טפחות בע"מ, ועד כמה משליך הליך זה על מעמדו של המבקש. זאת, לנוכח העובדה כי טרם מוצה הדיון בעניין בין הבנקים. ואולם, ברי כי אף אילו היה מקום לקבל טענה זו, ולא ידוע אם כך הדבר, ממילא היה על החברה לפנות לבית המשפט הנכבד בבקשה מוקדמת לבירור סוגיה זו, בטרם פנתה לניהול הליך גישור חד צדדי.

35. בנעילה, חוזרת היועצת המשפטית לממשלה על האמור ברישא לעמדה זו, לפיה האמור לעיל מתייחס אך ורק לדרך בה הושג הסדר הפשרה ולא לתוכנו, וזאת בכפוף לכך שהעובדות לאשורן בדבר אופן ניהול המשא ומתן שקדם להסדר הפשרה אינן בידיעתה של היועצת המשפטית לממשלה. היועצת המשפטית לממשלה תזדקק לתוכנו של הסדר הפשרה ככל שבית המשפט הנכבד יורה על פרסומו להתנגדויות, כמקובל.


ליאב וינבאום, עו"ד
משנה לפרקליטת מחוז תל
אביב (אזרחי)

¹¹ מבלי לפגוע באמור לעיל, הרי שבפרקטיקה הנוהגת בחלק ניכר מההליכים הנגזרים, החברות כורכות הקמת ועדות בלתי תלויות או ועדות תביעות וכדומה, בניהול משא ומתן עם המבטחים באופן שהקמת ועדה כאמור ושלב המשא ומתן לפשרה כרוכים זה בזה ובלתי ניתנים להפרדה.

¹² ניגוד העניינים העומד בבסיס הצורך בהגשת הבקשה לאישור מלכתחילה.