

המבקשת:

אתו שוקי הון שותפות מוגבלת

על ידי ב"כ עוה"ד יעקב אביעד ואח'

ממשרד אביעד, סרן ושות'-עורכי דין

מרחוב היצירה 3, רמת גן, 52521

טל': 03-7538808 ; פקס': 03-7538807

- נ ג ד -

המשיבים:

1. צבי צרפתי

ע"י ב"כ עוה"ד זיו עירוני ו/או ט. חיטריק ו/או ס. ליכנטנל גלנץ ואח'

מרחוב אבן גבירול 2, בית אליהו, תל אביב, 64077

טל' 03-6962222 ; פקס' ממוחשב 03-6962221

2. צבי צרפתי ובניו השקעות ובניין (1992) בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד הלל איש שלום ואח'

ממשרד שבולת ושות'-עורכי דין

מרחוב ברקוביץ, 4 תל אביב, 6423806

טל' 03-7778333 ; פקס 03-7778444

ובעניין:

דני שיליאן

על ידי ב"כ עו"ד יואב נרי

מדרך בן גוריון 2 רמת גן

טל': 03-6033665 ; פקס': 03-5702243

ובעניין:

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד ליאב וינבאום מפרקליטות מחוז תל-אביב (אזרחי)

מרחוב מנחם בגין, 154 בית קרדן, תל-אביב, 6492107, ת"ד 33051

טל' 073-3736222/9 ; פקס' ממוחשב 02-6467863 / 02-6468005

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 15.4.2019 ובהמשך להודעת ההתייצבות להליך, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה ליתן עמדה מטעמו ביחס לסוגיות שונות העולות במסגרת ההליך שבכותרת.

בפתח הדברים יציין היועץ המשפטי לממשלה, כי בהליך זה מתקיים מצב לא שגרתי לפיו בעת שהמבקשת מבקשת להסתלק מההליך, מוגש הסדר פשרה במקביל לאישור בית המשפט הנכבד (אשר קיימת שאלה ביחס למעמדו והדרך שיש לנהוג בו לאור הודעת ההסתלקות דלעיל), וכן מוגשת בקשה להחליף את המבקשת בתובע נגזר אחר ולהמשיך לנהל את ההליך תוך התעלמות ו/או ביטול הסדר הפשרה כאמור לעיל. מצב לא שגרתי זה יוצר צורך להיזקק לכל אחד מהנושאים הנפרד, תוך הבנה שלמכלול הנושאים, קיימת משמעות כשלעצמה.

לעניין הבקשה להסתלק מההליך

1. ביחס לבקשת המבקשת להסתלק מניהול ההליך וזאת לאחר שמניותיה במשיבה 2 (להלן: **"החברה"**) נרכשו, מותיר היועץ המשפטי לממשלה את ההחלטה לשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד.
2. עם זאת, אין באמור לעיל בכדי לפגוע בדברים שיובאו על-ידי היועץ המשפטי לממשלה להלן בכל הקשור לסוגיות האחרות העומדות לדיון לפני בית המשפט הנכבד. אשר לעניין רכישת מניותיה של המבקשת בחברה על ידי המשיב 1 הרי שיש לדבר משמעות, לרבות אך לא רק, בכל הקשור למחיר הרכישה וההנאה שצמחה למבקשת כתוצאה מרכישה זו.

לעניין החלפת המבקשת בתובע נגזר חלופי

3. בהליך זה מתבקש בית המשפט להחליף את התובע הנגזר שהגיש את בקשת ההסתלקות בתובע נגזר חלופי. לעניין זה עולה השאלה מה הדין החל במקרה זה.
4. בפתח הדברים יפנה היועץ המשפטי לממשלה את בית המשפט הנכבד והצדדים לאמור בפסקי הדין/החלטות בעניין ע"א 5974/14 **יחיאל בר עס נ' אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ** (פסק הדין מיום 3.12.2015), סעיפים 36-38 להחלטת כבוד השופטת רונן בתנ"ג 11-11-20087 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' אסף** (החלטה מיום 14.6.2012) (להלן: **"עניין בזק"**), עמוד 39 להחלטת כבוד השופטת קרת בתנ"ג 15-03-53151 **שקדי נ' גבריאל ואח'** (החלטה מיום 12.7.2018). בכל פסקי הדין/החלטות אלו בתי המשפט חזעל העמדה לפיה מקום בו מתחוויר כי נפל פגם בכשרותו של התובע הנגזר להגיש את ההליך בשם החברה (וזאת עקב פגם באחיזתו במניות בחברה), אין ללמוד על דרך האנאלוגיה מההסדר הקיים בחקיקה בדבר החלפת תובע מייצג בהליך ייצוגי, וזאת במובחן מהליך הנגזר.
5. לעומת זאת, ניתן ללמוד מההסדר החקיקתי המוצע בעניין. ביום 24.5.2017 פורסמה טיוטת תקנות החברות (הוראות לענין תביעה נגזרת והגנה נגזרת), התשע"ז-2017 (להלן במסמך זה: **"טיוטת התקנות"**). לאחר מועד השימוע, העבירה שרת המשפטים את טיוטת התקנות ביום 3.6.2018 לאישור וועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת. בשל פיזור הכנסת הליך ההתקנה טרם הושלם. מכל מקום, תקנה 13 לטיוטת התקנות, על סעיפיה הקטנים, דנה במצב בו הסתלק התובע הנגזר מההליך ו/או במצב בו מצא בית המשפט הדין בהליך כי נבצר מהתובע להמשיך ולשמש כתובע נגזר. במקרה זה, מוסמך בית המשפט לפעול, בהתאם לתנאים שבתקנה 13 לטיוטת התקנות,

6. אנו רואים אפוא, שמחוקק המשנה חותר להחלת המנגנון הקיים בהליך הייצוגי על ההליך הנגזר ולהאחדה של שני המצבים. בבסיס הדברים עומדת ההנחה לפיה, עיונית, דומה שאין סיבה להבדל שבין שני המצבים: מציאת ומינוי תובע ייצוגי חלופי לבין מציאת ומינוי תובע נגזר. לעניין זה ישוב ויפנה היועץ המשפטי לממשלה לאמור בפסקה השנייה לסעיף 38 להחלטתה של כבוד השופטת רון בעניין "בזק".

7. להשלמת התמונה הנורמטיבית יכול ויש להזקק לדברים שנאמרו על ידי כבוד השופט סולברג בסעיף 16 לפסק הדין ברע"א 3130/17 **לב לבייב נ' רו"ח רפאל כהן** (11.12.2017 היכן פורסם?) במסגרתו קובע בית המשפט שם:

"אך לא רק על ההיקש והשכל הישר נשליך ייבנו. הנה לאחרונה פורסמה טיוטת תקנות החברות (הוראות לענין תביעה נגזרת והגנה נגזרת), התשע"ז-2017, במסגרתה התייחס מחוקק המשנה במפורש לשאלת סדרי הדין הנוהגים בהליך התביעה הנגזרת. סעיף 25 לטיוטת התקנות מורה, כי "בכל עניין של סדר דין בבקשה לאישור תביעה נגזרת או בתביעה נגזרת, יחולו תקנות סדר הדין האזרחי, בשינויים המחויבים, והכל אם אין בחוק או בתקנות אלה הוראה אחרת לעניין הנדון" (ההדגשה הוספה – נ' ס'). בדברי ההסבר לתקנה המוצעת נכתב כדלקמן: "מוצע לקבוע באופן מפורש כי בכל עניין של סדר הדין בבקשה לאישור או בתביעה נגזרת, במקרים בהם לא נקבעה הוראה אחרת בחוק החברות או בתקנות אלו, ברירת המחדל היא שיחולו תקנות סדר הדין האזרחי בשינויים מחויבים. זאת, בדומה לתקנה 19(א) לתקנות תובענות ייצוגיות". אמת נכון, טיוטת התקנות כשמה כן היא – טיוטה בלבד, נעדרת מעמד נורמטיבי מחייב; אף על-פי כן, יש בה 'קריאת כיוון' ברורה (ולא מפתיעה) באשר להסדר הרצוי בעיני מחוקק המשנה, וממנה לא נוכל – גם לא נרצה – להתעלם" [הדגשות לא במקור – ל.ו].

8. אמנם, הדברים לא נאמרו ביחס לתקנה 13 לטיוטת התקנות, ואולם דומה שאין בכך רבותא. בית המשפט העליון נתן משקל, מסוים, ל"קריאת הכיוון" של המחוקק בדבר ההסדר הרצוי בעיניו ובחר שלא להתעלם הימנה.

9. נוסף על האמור לעיל, הרי שדומה שהמקרה נושא ההליך דכאן, שונה מהמקרים נושא ההחלטות המובאות דלעיל וניתן לשקול לאבחן את המקרים שם מהמקרה דכאן. ממה נפשך, בחלקם הגדול של המקרים שם, דובר על פגם שנפל ביכולתו של התובע הנגזר מלכתחילה לנהל את ההליך בשם החברה וזאת בשל פגם באחיותו בנייר הערך של החברה. היינו "החלפת התובע" נעשתה עקב פגם שנפל אצל המוחלף קודם למועד הגשת הבקשה, פגם שפגע ביכולתו להגיש את ההליך מלכתחילה.

10. לעומת זאת, במקרה דכאן, מדובר בהליך במסגרתו לא הועלתה טענה בדבר כשרותו של התובע הנגזר לנהל את ההליך, כאשר "החלפתו" מתבקשת אגב הסתלקותו מההליך, וזאת עקב מכירתו את מניות החברה שבידיו. בנוסף, לפחות אליבא דהתובע הנגזר החלופי, קיים חשש שסיומו של ההליך כפי שהוצג לפני בית המשפט הנכבד (מכירת מניות בפרמיה כאמור להלן, הסתלקות, ואישור הסדר פשרה תוך נטילת ההגאים של ההליך על ידי החברה) נעשה אגב חולשה בשמירה על האינטרס של החברה ובסביבה רוויה בניגוד עניינים.

11. לפיכך, יכול וחלק מהרציונאלים שעמדו ביסוד פסקי הדין/ההחלטות דלעיל – לא קיימים במקרה דכאן ומכאן שניתן לאבחן את האמור בפסקי הדין/ההחלטות שם, מהעובדות דכאן.

12. אשר על כן, יכול ועל בית המשפט הנכבד לשקול לעשות שימוש בסמכותו מכח כל דין ולבחון את האפשרות להחלפת התובע הנגזר, בנסיבות העניין דכאן. זאת, בין היתר בהתבסס על "קריאת הכיוון" שמחוקק המשנה נתן בכל הקשור להאחדה של ההסדרים בדבר החלפת/שינוי תובע/מבקש, בהליכי התביעה הייצוגית והנגזרת – האחדה המובססת על ההגיון שאין דמו של הליך אחד סמוק מזה של משנהו, והעובדה לפיה הרציונאליים להאחדה, גוברים.

לענין הסדר הפשרה בתיק

13. בהליך זה הוגשה, בסמיכות עם הבקשה להסתלק מההליך, בקשה לאישור הסדר פשרה. בפתח הדברים בעניין זה יודגש כי אין ליועץ המשפטי לממשלה כל ידיעה, לבטח לא ממקור ראשון, אודות לוח הזמנים המדויק של האירועים שהביאו הן לבקשת ההסתלקות והן לגיבוש הסדר הפשרה. כמו כן אין ליועץ המשפטי לממשלה כל ידיעה אודות נסיבות רכישת המניות של המבקשת על ידי בעל השליטה בחברה ו/או מועד הרכישה ו/או אודות נסיבות המשא ומתן במסגרת הגישור ומחוץ לגישור שהביאו לכריתת הסדר הפשרה, וזאת זולת מידע גלוי שהובא בפני בית המשפט במסגרת כתבי בי הדין ו/או דיווחיה הפומביים של החברה.

14. דומה שדווקא העדר הידיעה אודות הנסיבות המדויקות של האמור לעיל מחייבות שבית המשפט הנכבד, שתפקידו בכל הקשור לאישור הסדר פשרה בהליך נגזר הינו בעל אופי אינקוויזיטורי, יפעל לקבלת כל העובדות והנסיבות וזאת עובר למתן החלטה בדבר גורלו של ההליך.

15. מבלי שיש בכך לקבוע עמדה, קל וחומר מסמרות, הרי שדומה שיש מקום לבחון את נסיבות מכירת המניות של המבקשת בחברה. זאת, משום שמדובר בעסקה בסכום מהותי שנעשתה בסמיכות רבה לכריתת הסדר הפשרה וזאת לפי הנטען על ידי התובע הנגזר החלופי, במחיר כפול ממחירן המצוטט בשוק באותה עת, כאשר התמורה מהווה פרמיה של שלושה מליון ש"ח מעל מחיר השוק (כך נטען כאמור).

16. בין יתר השאלות שדומה שעל בית המשפט לבחון (ודאי שלאור סמיכות הזמנים בין שלל האירועים: מכירת מניות, משא ומתן לפשרה, הסתלקות) הינה השאלה מי הגורם שניהל את המשא ומתן אל מול הנתבע או מי מטעמו. זאת, במצב בו, לכאורה, התובע הנגזר כבר אינו בעל אינטרס כלכלי ו/או אחר בהליך ו/או אולי אף בעל אינטרס נוגד.


17. על בית המשפט הנכבד לבחון האם אין מקום לקבוע, כי בעת שאיבד התובע הנגזר את האינטרס הכלכלי, או קרוב היה לאבד אותו בשל עסקת מכירת אחזקותיו בחברה כאמור, קיים קושי בניהול משא ומתן לפשרה על ידו או בשמו או עבורו, שכן, עם כל הכבוד לבא כוחו של התובע הנגזר ולגורם שסייע לו לממן את ההליך, הם גוזרים את מעמדם ממעמדו כתובע הנגזר ואינם עצמאיים לפעול בהעדרו של אינטרס כלכלי¹ ולקבל החלטות באופן עצמאי.

18. זאת ועוד, יכולה להישאל השאלה מי היה בר השיח של הנתבע או מי מטעמו במסגרת המשא ומתן לפשרה, וליתר דיוק, מי היה בר הפלוגתא הראוי שעמד מול הנתבע או מי מטעמו במסגרת זו? שהרי משא ומתן לפשרה כאמור מחייב שני צדדים בעלי אינטרסים מנוגדים העושים מלוא כוחם לשפר את עמדתם במשא ומתן. במקרה זה תפקידו של התובע הנגזר הינו לעמול בכל כוחו לשפר את ההישג שהחברה עתידה לקבל במסגרת הסדר הפשרה. כאמור לעיל, בהעדרו של אינטרס כלכלי, על בית המשפט הנכבד לבחון את הדינמיקה של המשא ומתן בין הצדדים להליך הגישור

¹ לעניין זה יכולה אף להשמע טענה בדבר אינטרס נוגד.

19. ככל שבית המשפט הנכבד ימצא כי נפל פגם בהליך המשא ומתן וזאת עקב העדר בעל דין בעל אינטרס כלכלי בהליך³, כך גם יגבר הצורך שבית המשפט הנכבד יעשה שימוש בסמכותו ובתפקידו כשופט הדן באישור הסדר פשרה בהליך נגזר⁴ ויחתור לבירור כל עובדה הדרושה, לפי שיקול דעתו, בכדי להניח את דעתו שהמשא ומתן התנהל כדן, והביא לתוצאה המאוזנת ביותר מבחינת עילת התביעה והנזק שנגרם לחברה מזה, והסיכונים בהליך מזה.

20. עוד יאמר לעניין הסדר הפשרה כי קיים קושי עם כריכת סוגיית השכר של בעל השליטה – הנתבע עם סוגיות אחרות כדוגמת הצעת רכש וחלוקת דיבידנד. אין ודאות לקרות שני האירועים האלה שהרי מדובר באירועים בעתיד שהתרחשותם תלויה באירועים אקסוגניים להסדר הפשרה, עד כדי העדר יכולת לכופ את הצדדים להסדר לבצעם.⁵


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

² יש לזכור שבניגוד למקרים אחרים אליהם התייחסו הצדדים בכתבי טענותיהם, במקרה דכאן אין מחלוקת כי לא חל שינוי מהותי בחברה ובמחזיקים בה, באופן שיכול להביא להפיכתם של מוסדות החברה ל"לא קונפליקטוריים" באופן המחליש את החשש לניגוד עניינים.
³ כאמור לעיל אין בלא כח התובע הנגזר (המסתלק) ו/או בקרן למימון תביעות זו או אחרת כדי להוות "בעל דין בעל אינטרס כלכלי בהליך".
⁴ כאשר לעניין זה אין מחלוקת שלמרות ההבדל המהותי בין ההליכים והשוני בהסדר התחיקתי, מפת האינטרסים במסגרת כריתת הסדר פשרה בהליך נגזר אינה שונה מזו בהליך הייצוגי, ובשני המקרים על בית המשפט להוות "שומר סף" עבור חברי הקבוצה/החברה, לפי העניין.

⁵ כדוגמא בלבד – לענין חלוקת הדיבידנד מדובר באירוע התלוי בעמידת החברה במבחני הרווח ובמבחני יכולת הפירעון, וממילא הסמכות להורות על חלוקה כאמור הינה של דירקטוריון החברה האמון על הפעלת שיקול דעת שאינו כבול בהסדר שנחתם אגב הליך נגזר.