



בית המשפט העליון

רע"א 729/17

לפני: כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג

המבקשת: אפריקה ישראל להשקעות בע"מ

נגד

המשיבה: אפריקה ישראל להשקעות בע"מ
באמצעות רו"ח רפאל כהן

המשיב הפורמלי: לב לבייב

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז -
לוד מיום 21.12.2016 בתנ"ג 7147-09-10 שניתנה על ידי
כבוד השופט י' שינמן – סג"נ

בשם המבקשת: עו"ד בועז בן צור; עו"ד דקלה סירקיס

בשם המשיבה 1: עו"ד מנחם גלברד

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. בית המשפט אישר בקשה להגיש תביעה נגזרת, והסמיך את התובע הנגזר לייצג לשם כך את החברה. עתה, במהלך ניהול התביעה, טוענת החברה כי התובע הנגזר מנהל את התביעה באופן הפוגע באינטרסים שלה. האם נתונה לחברה זכות עמידה עצמאית במסגרת ההליך להשמיע בו את טענותיה? או שמא אין החברה מיוצגת בשלב זה אלא על-ידי התובע הנגזר בלבד?

2. בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בתנ"ג 7147-09-10 מיום 21.12.2016 (סגן הנשיא י' שינמן), בגדרה נדחתה בקשת המבקשת להכיר בזכותה לייצוג נפרד ועצמאי במסגרת התביעה הנגזרת שהוגשה בשמה.

3. הערה מקדמית: מבחינה פורמלית, חברת אפריקה ישראל להשקעות בע"מ היא גם המבקשת וגם המשיבה 1 בבקשה שלפני. מבחינה מהותית, מדובר בשני צדדים בעלי אינטרסים שונים ואף מנוגדים: מן העבר האחד הנהלת החברה, ומן העבר השני התובע הנגזר. למעשה, שאלת היתכנותו של מצב מעין זה – בו החברה עומדת משני צדי המתרס הדיוני – היא העומדת להכרעה בענייננו. על מנת שיהיו הדברים ברורים, תיקרא להלן המבקשת 'החברה', ואילו המשיבה 1 תיקרא להלן 'התובע הנגזר'. מכל מקום, ולמען הסר ספק, אין בכך כדי לגרוע מן העובדה שלאחר אישור התביעה הנגזרת, התובע הנגזר 'בא בנעליה' של החברה בכל הקשור לניהול התביעה הנגזרת, כפי שיבואר להלן בהרחבה.

רקע

4. ביום 7.5.2014 אישר בית המשפט המחוזי הגשת תביעה נגזרת בשם החברה, נגד המשיב 2, בעל השליטה בחברה ויו"ר הדירקטוריון (להלן: הנתבע), ונגד מספר דירקטורים בחברה. על החלטה זו הגישו הנתבע והדירקטורים בקשת רשות ערעור לבית משפט זה (רע"א 4024/14 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' רפאל כהן (26.4.2015) (להלן: רע"א 4024/14)). הערעור התקבל בעיקרו, במובן זה שנקבע כי אין לאשר את התביעה הנגזרת נגד הדירקטורים, וכי התביעה הנגזרת נגד הנתבע תצטמצם לעילות של תרמית והפרת חובת אמונים שלא בתום לב. על-פי פסק הדין בערעור, הוחזר הדיון בתביעה הנגזרת לבית המשפט המחוזי, על מנת שידון בה בהתאם ל'גבולות הגזרה' החדשים.

5. בטרם החל הדיון בתביעה הנגזרת פנו הצדדים להליך גישור, ומשזה לא צלח המשיכו בניהול התביעה. במסגרת זאת, החליט דירקטוריון החברה על הקמת וועדה מיוחדת, שתפקידה לייעץ להנהלת החברה בכל הקשור לניהול התביעה הנגזרת, ולייצגה אל מול התובע הנגזר (להלן: הוועדה המיוחדת או הוועדה). התובע הנגזר מצדו סירב לשתף פעולה עם הוועדה המיוחדת, ופעל ישירות אל מול מנכ"ל החברה. משלא נענו דרישותיו הגיש התובע הנגזר לבית המשפט בקשות שונות, בכלל זה בקשה להורות לחברה ולנתבע להמציא מסמכים הרלבנטיים לטענתו להליך; בקשה לתיקון כתב התביעה; ובקשה לפי פקודת ביזיון בית משפט, בגדרה נתבקש בית המשפט המחוזי לחייב את מנכ"ל החברה לשתף עמו פעולה. כמו כן, פנה התובע הנגזר לבא-כוחה הקבוע של החברה, הודיע לו כי בכוונתו לזמנו לעדות במסגרת התביעה, וביקש להיפגש עמו לשם הכנת תצהיר.

6. על רקע בקשות אלו, ונוכח סירובו של התובע הנגזר לשתף פעולה עם הוועדה המיוחדת, הגישה החברה לבית המשפט המחוזי בקשה "להכיר בזכות עמידתה העצמאית... בהליך דנא, ומכוח זאת גם להכיר בייצוגה העצמאי בפני בית המשפט הנכבד במסגרת ניהולה של תביעה זו, בעניינים בהם סבורה החברה כי טובתה מחייבת ייצוג נפרד שכזה". לטענת החברה, בחינת הבקשות השונות שהגיש התובע הנגזר מלמדת על ניגוד האינטרסים שבין התובע הנגזר לבין החברה. במצב דברים זה, טענה החברה, יש לאפשר לה להשמיע את קולה לפני בית המשפט באופן בלתי-אמצעי – גם בשלב שלאחר אישור התביעה הנגזרת. בהמשך לבקשתה-זו, הגישה החברה "בקשה להגשת תגובה לבקשה לתיקון כתב תביעה" שהגיש התובע הנגזר, במסגרתה טענה כי "אופן ניסוח הבקשה לתיקון כתב התביעה כפי שהוגשה על ידי התובע הנגזר, מצביע על כי בפנינו אחד מאותם מקרים בהם מוצדק כי החברה תביא עמדתה בפני בית המשפט הנכבד בנפרד מזו של התובע הנגזר" (פסקה 3 לבקשה). לטענת החברה, כתב התביעה המתוקן – הכולל טענות אשר מטילות דופי בחברה – הוגש ללא תיאום עמה, מבלי לאפשר לגורמים המוסמכים מטעמה לבחון את הדברים, ומחייב אפוא את קבלת עמדתה העצמאית בעניין.

עיקרי החלטת בית המשפט המחוזי

7. לאחר שעמד בתמצית על טענות הצדדים קבע בית המשפט המחוזי, כי אין לחברה זכות עמידה עצמאית לאחר אישור התביעה הנגזרת, וזאת מכמה טעמים: ראשית, אישיות משפטית אחת אינה יכולה להיות מיוצגת בנפרד; הכרה בזכות ייצוג נפרדת לחברה תביא "לניהול הליכים מקבילים ותוצאות בלתי-הגייוניות או סבירות" (פסקה 9.1 להחלטה). כך, למשל, במקרה של הטלת הוצאות על 'החברה', אין זה ברור מי נושא למעשה בהוצאות – החברה או התובע הנגזר; שנית, הכרה בזכות עמידה עצמאית של חברה לאחר אישור הבקשה לתביעה נגזרת, חותרת תחת מוסד התביעה הנגזרת, שכן היא מכרסמת בסמכותו הבלעדית של התובע הנגזר לנהל את התביעה, ומאיינת למעשה את שלב אישור הבקשה לתביעה נגזרת; שלישית, מתן זכות עמידה עצמאית לחברה לאחר אישור התביעה הנגזרת יקשה על ניהולה ובירורה של התביעה, שכן מלבד הקושי בהוכחת התביעה ידרש התובע הנגזר "להתמודד עם בעיות מבית, ולנהל חזית נוספת נגד החברה, כאילו מעולם לא אושרה הבקשה לניהול תביעה נגזרת" (פסקה 9.3 להחלטה); רביעית, לגופם של דברים, לא הוכח כי הבקשות השונות שהגיש התובע הנגזר נבעו ממניעים פסולים, באופן המצדיק מתן זכות עמידה עצמאית לחברה.

8. בית המשפט המחוזי ציין אמנם, כי ניתן להעלות על הדעת "מצבים חריגים בהם טובת החברה בכללותה לא תעלה בקנה אחד עם טובת החברה בתביעה הנגזרת, באופן שעלול להזיק לחברה" (פסקה 10 להחלטה; ההדגשה במקור), אולם הדגיש כי יש לקחת

בחשבון את האפשרות שהגורמים המוסמכים בחברה, אשר מלכתחילה בחרו שלא להגיש תביעה נגד הנתבע, יבקשו "להכביד ולסכל את בירורה הענייני של התביעה, באמצעות הגשת בקשות סרק, כך, בדרך כלל, וכך בפרט מקום בו בעל השליטה בחברה, הוא הנתבע" (שם; ההדגשה במקור). לשיטת בית המשפט המחוזי, איזון בין החששות המתוארים מביא למסקנה כי רק במצבים בהם "אורגן של החברה סבור כי מהלך פלוני שביצעה החברה באמצעות התובע הנגזר עשוי להסב לחברה נזק רב ובסבירות גבוהה, על אותו אורגן לפנות לבית המשפט בבקשה להביע את חששותיו, ולצרף לבקשתו ראיות ותצהיר. אותו אורגן לא יוכל לטעון בשמה של החברה, שכן זו מיוצגת בכל הנוגע להליך דנא, באמצעות התובע הנגזר" (שם; ההדגשה במקור).

9. לגופה של ה"בקשה להגשת תגובה לבקשה לתיקון כתב תביעה" קבע בית המשפט המחוזי כי דינה להידחות, מאחר שזו אינה מצביעה על נזק חמור שעלול להיגרם לחברה בסבירות גבוהה אם תתקבל הבקשה לתיקון כתב התביעה. בהקשר זה קבע בית המשפט המחוזי, כי אי-היוועצותו של התובע הנגזר עם הגורמים המוסמכים בחברה עובר להגשת הבקשה לתיקון כתב התביעה, כשלעצמה, אינה מבססת את הטענה לנזק שעלול להיגרם לחברה.

מכאן הבקשה שלפני.

עיקרי טענות החברה

10. לטענת החברה, שגה בית המשפט המחוזי כשקבע כי הכרה בזכות עמידתה העצמאית של החברה, לאחר אישור הבקשה לתביעה נגזרת, נוגדת את מוסד התביעה הנגזרת. אישור בקשה לתביעה נגזרת, משמעו הכרה דיונית בזכותו של התובע הנגזר לנהל את ההליך בהתאם לעילת התביעה הרלבנטית. ברם, אישור זה אינו הופך את התובע הנגזר לאורגן מוסמך של החברה, ואינו מאיין את האישיות המשפטית הנפרדת של החברה. אישור התביעה הנגזרת אינו גורע מן הסמכויות הנתונות בידי המוסדות המוסמכים של החברה, אשר מחויבים על-פי דין לפעול בהתאם לחובת האמונים וחובת הזהירות המוטלות עליהם. לפיכך, "ככל שמוסדות אלו סבורים, בשלב ניהול התביעה כתביעה נגזרת, כי דרישות התובע הנגזר מן החברה הנוגעות לאופן ניהולה, פוגעות בטובתה של החברה, וכי החלטות דיוניות שמקבל התובע הנגזר והאופן שבו הוא מבקש לנהל את התביעה, פוגעים בטובתה של החברה, שומה עליהם להציג עניין זה בפני בית המשפט הדין בהליך" (פסקה 151 לבקשה). הסמכות לנהל את התביעה הנגזרת נתונה אמנם לתובע הנגזר ולו בלבד, אולם לחברה ישנם שיקולים ואינטרסים נוספים החורגים מנקודת מבטו המצומצמת של התובע הנגזר. פעמים רבות, שיקולים ואינטרסים אלו אינם בידיעתו (או מעניינו) של התובע הנגזר, ומחובתה של החברה להגן עליהם

באמצעות השמעת עמדתה באופן עצמאי ובלתי-אמצעי לפני בית המשפט הדין בתביעה. אם לא תוכל החברה להשמיע את קולה, כי אז משמעות הדברים היא שבקשותיו של התובע הנגזר יתבררו למעשה 'במעמד צד אחד', מבלי שנלקחו בחשבון מכלול השיקולים והאינטרסים הצריכים לעניין. בכך תיפגע גם זכות הגישה לערכאות של החברה, אשר הוכרה כזכות יסוד. החברה מדגישה, כי היא אינה מבקשת לקבל מעמד עצמאי קבוע במשך ניהול ההליך כולו; "כל שביקשה החברה הינו מימוש זכותה היסודית להביא עמדתה באותם מקרים בהם קיים ניגוד עניינים בינה לבין ב"כ התובע הנגזר, ובמקרים בהם האינטרסים שלה עלולים להיפגע" (פסקה 116 לבקשה).

11. להמחשת טענתה מביאה החברה דוגמאות למצבים בהם עשוי להתעורר ניגוד עניינים בין האינטרס של התובע הנגזר בקידום התביעה, לבין אינטרסים רחבים יותר של החברה. כך, למשל, התובע הנגזר יכול לדרוש לזמן לעדות שותפים עסקיים של החברה, באופן אשר עשוי לקדם את התביעה הנגזרת, אך בה בעת עלול לגרום לחברה נזק עסקי-כלכלי ארוך טווח. דוגמה נוספת מתייחסת להוצאות הכרוכות בניהול התביעה הנגזרת. כך, התובע הנגזר עשוי לדרוש מן החברה לבצע פעולות שונות שהוא סבור כי יש בהן כדי לקדם את התביעה, בעוד החברה מצדה עשויה לסבור כי אין הצדקה לבצע פעולות אלו, אם בשל עלותן הגבוהה, אם בשל עמדתה כי פעולות אלו אינן מקדמות את בירור התביעה. בהקשר זה מדגישה החברה, כי השימוש ב'משאבי החברה' לצורך ניהול התביעה הוא עניין מהותי, שכן התובע הנגזר – לעתים בעל מניות בשיעור זניח (כבנידון דידן) – אינו נושא הוא-עצמו בעלויות ניהול ההליך, אלא החברה (ובעקיפין בעלי המניות האחרים). מטעם זה, שיקול הדעת באשר למידת הסיוע שיש ליתן לתובע הנגזר במימון ההליך המשפטי נותר בידי מוסדות החברה, אשר מופקדים על טובתה מתוך ראייה רחבה של כלל האינטרסים והשיקולים של החברה. דוגמאות אלו ממחישות לטענת החברה את הצורך לאפשר לה להביא את עמדתה לפני בית המשפט הדין בתביעה הנגזרת, על מנת שישקול ויאזן בין האינטרס שבקידום התביעה הנגזרת (עליו אמון התובע הנגזר), לבין אינטרסים נוספים של החברה (עליהם אמונה הנהלת החברה).

12. לתמיכה בטענותיה מפנה החברה למספר הוראות מתוך פרק התביעה הנגזרת בחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: החוק), המלמדות לשיטתה על כך שגם לאחר אישור הבקשה לתביעה נגזרת, אישיותה המשפטית הנפרדת של החברה ממשיכה להתקיים. כך, למשל, הוראת סעיף 200 לחוק קובעת כי אם בסיום ההליך נפסקו הוצאות לטובת הנתבע, תשלם החברה את ההוצאות, אלא אם כן נקבע, מטעמים מיוחדים שיירשמו, כי ההוצאות תשולמנה על-ידי התובע. לטענת החברה, סעיף זה

מכיר למעשה ביריבות אפשרית בין החברה לבין התובע הנגזר בעניין פסיקת ההוצאות בתום ההליך, ובמעמדה העצמאי של החברה לפני בית המשפט בעניין זה, גם בשלב שלאחר אישור הבקשה לתביעה נגזרת. בדומה, הוראת סעיף 200א(ב) לחוק קובעת, כי שכר הטרחה של עורך הדין שייצג את התובע בתביעה הנגזרת "ישולם על-ידי החברה אלא אם כן קבע בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, כי על התובע לשלם את שכר הטרחה". לשונו של סעיף זה מעידה אף היא על ההבחנה שהקפיד המחוקק לעשות בין התובע הנגזר לבין החברה, גם בשלב שלאחר אישור הבקשה לתביעה נגזרת. בנוסף מציינת החברה את הוראת סעיף 202 לחוק, הדורשת את אישור בית המשפט להסדר פשרה או הסתלקות בהליך של תביעה נגזרת, על מנת למנוע מצב בו התובע הנגזר מעדיף את טובתו-שלו על פני טובתה של החברה. הדרישה לקבלת אישור מאת בית המשפט, מחדדת את ניגוד האינטרסים הפוטנציאלי בין התובע הנגזר לבין החברה ובעלי מניותיה, גם לאחר שאושרה הבקשה לתביעה נגזרת, ואת העובדה כי מדובר בבעלי דין אשר להם אינטרסים שונים. לטענת החברה, שגה בית המשפט המחוזי כשקבע כי הוראות החוק הנ"ל מעניקות לחברה זכות עמידה עצמאית רק בשלב סיום התביעה (פסקה 9.2 להחלטה). לשיטתה, הצמתים בהם נדרשת החברה להשמיע את עמדתה הנפרדת אינם מצטמצמים לשלב סיום התביעה, והם עלולים להתקיים גם בשלב בירור התביעה, כפי שאירע בענייננו.

13. בנדון דידן, טוענת החברה, אופן ניהול התביעה על-ידי התובע הנגזר, והבקשות שהגיש לבית המשפט המחוזי, מעידים על ניגוד העניינים המובנה שבין הצדדים, ומצדיקים מתן זכות עמידה עצמאית ונפרדת לחברה. במסגרת זאת מציינת החברה את בקשתו של התובע הנגזר להגשת כתב תביעה מתוקן, הכולל טענות נגד החברה; סירובו של התובע הנגזר לשתף פעולה עם הוועדה מיוחדת; הבקשה למתן צו לגילוי מסמכים נגד החברה, מבלי לפרט מהי הרלבנטיות שלהם לבירור התביעה; הבקשה לפי פקודת בזיון בית משפט נגד מנכ"ל החברה; והודעתו של התובע הנגזר לבא-כוחה הקבוע של החברה, כי בכוונתו לזמנו לעדות, מבלי שקדמה לכך פניה לחברה או לוועדה המיוחדת.

14. לטענת החברה, נסיבות העניין מחייבות מתן רשות ערעור, שכן החלטת בית המשפט המחוזי משפיעה באופן מהותי וממשי על זכותה של החברה להשמיע את קולה בעת ניהול הליך. אי-מתן רשות ערעור בשלב זה יותיר את החברה בפני שוקת שבורה, מאחר שבסיום ההליך תאבד החברה זכות זו, ולא יהיה בידיה לשוב ולממשה. אשר על כן, טוענת החברה, מן הדין לקבל את הבקשה לרשות ערעור, לבטל את החלטת בית המשפט המחוזי, ולהכיר בזכותה לייצוג נפרד, גם בשלב ניהול התביעה הנגזרת.

עיקרי טענות התובע הנגזר

15. לטענת התובע הנגזר, דין הבקשה להידחות על הסף: ראשית, בקשת החברה לייצוג נפרד הוגשה בשיהוי ניכר, רק בחלוף כ-3 שנים מיום שניתנה ההחלטה לאשר את הבקשה לתביעה נגזרת; שנית, הבקשה לרשות ערעור הוגשה לאחר המועד הקבוע בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: התקנות), שכן בית המשפט המחוזי כבר דחה את בקשתה של החברה לייצוג נפרד, בשתי החלטות נפרדות שניתנו עוד ביום 25.9.2016, ואילו בקשת הרשות לערער הוגשה רק ביום 22.1.2017; שלישית, בקשתה של החברה לייצוג נפרד הוגשה ללא תצהיר, בניגוד לתקנה 241(א) לתקנות. אי-צירוף תצהיר לבקשה אינו עניין טכני בלבד; נודעת לו משמעות ראייתית חשובה. לא די לטעון בעלמא לקיומם של 'ניגוד עניינים' ו'נזק לחברה'; יש לתמוך זאת בתצהיר כדבעי, שמבלעדיו אין בידי בית המשפט אפשרות לקבוע ממצאים עובדתיים ולהכריע בבקשה; רביעית, הסעד המבוקש כבר ניתן לחברה, שכן בית המשפט המחוזי קבע בהחלטתו, כי אורגן של החברה רשאי לפנות לבית המשפט מקום בו הוא סבור שאופן ניהול התביעה על-ידי התובע הנגזר עלול להסב, בסבירות גבוהה, נזק רב לחברה (פסקה 10 להחלטה). פתרון זה מאפשר לנושאי המשרה בחברה להגן על האינטרסים שלה, מקום בו ישנה "טענה אמיתית המצדיקה הבעת עמדה נפרדת" (פסקה 133 לתגובה), ובלבד שיעשו כן בתצהיר, ולא יסתתרו מאחורי האישיות המשפטית של החברה.

16. לטענת התובע הנגזר, בקשה זו אינה אלא ניסיון נוסף של הנתבע, בעל השליטה בחברה – המצטרף לניסיונות קודמים, חוזרים ונשנים – לסרב ולעכב את בירור התביעה הנגזרת. קבלת הבקשה תוביל ל'דיונים אינסופיים' לפני בית המשפט המחוזי, שכן כל עד שיזומן על-ידי התובע הנגזר, כל מסמך שיתבקש מאת החברה, יגוררו אחריהם הליך משפטי נפרד ודחיות אין קץ. תוצאה זו נוגדת את מהותו של מוסד התביעה הנגזרת, מאפשרת לבעל השליטה לשלוט בהליך התביעה הנגזרת ומסכלת את האפשרות לנהלה כראוי – וזו בדיוק כוונת הנתבע. לטענת התובע הנגזר, לא בכדי מנע ב"כ החברה מלהציג יפוי-כוח; הדבר נועד להסתיר את העובדה שהנתבע הוא זה שלמעשה עומד מאחורי ב"כ החברה, הוועדה המיוחדת, המנכ"ל והדירקטוריון. הלכה למעשה עמדת החברה ועמדת הנתבע, חד המה; מה טעם אפוא לאפשר לבעל השליטה להגיע לדיון בשני כובעים, פעם בכובעו כ'נתבע', ופעם בכובעה של 'החברה'? אשר לוועדה המיוחדת שמינה דירקטוריון החברה, מצביע התובע הנגזר על פגמים שנפלו בהליך מינויה על-ידי הדירקטוריון, וטוען כי היא אינה אלא כלי שרת בידי הנתבע. לדבריו, הוועדה אינה משתפת עמו פעולה, אוסרת עליו להיפגש עם מנכ"ל החברה

וחברי הדירקטוריון, ולא המציאה פרוטוקול המעיד כי קיימה דיון כלשהו בפניותיו ובבקשותיו השונות.

17. לטענת התובע הנגזר יש לדחות את הבקשה לרשות ערעור גם לגופה. החלטת בית המשפט המחוזי היא החלטה דיונית מובהקת, שאז התערבותה של ערכאת הערעור נעשית רק במצבים חריגים ונדירים, בהם נפל פגם מהותי בהחלטת הערכאה הדיונית; אין זה מצב הדברים בענייננו. החלטת בית המשפט המחוזי מפורטת ומנומקת, הגיונה בצדה – למנוע את סרבול ההליך שלא לצורך. זאת ועוד, בית המשפט המחוזי הותיר, כאמור, את הדלת פתוחה בפני אורגנים של החברה הסבורים כי התנהלותו של התובע הנגזר עלולה לגרום נזק לחברה, ובלבד שיתמכו את טענותיהם בתצהיר. אין מדובר אפוא בפגיעה בלתי-הפיכה בזכויותיה של החברה. לדברי התובע הנגזר, 8 שנים חלפו מאז החל ההליך דנן, ואם תתקבל הבקשה ימשך ההליך עוד שנים רבות מעבר לנדרש. תוצאה זו היא בגדר פרס לנתבע, אשר ממשיך לעשות ככל העולה על רוחו. יש לדחות אפוא את הבקשה לרשות ערעור – הן על הסף, הן לגופה.

דיון והכרעה

18. בהתאם לסמכותי שלפי תקנה 410 לתקנות, החלטתי לדון בבקשת הרשות לערער כאילו ניתנה הרשות והוגש ערעור על-פי הרשות שניתנה. הכרעה בשאלת מעמדה של החברה בשלב ניהול התביעה הנגזרת משפיעה באופן ממשי על זכויותיה, ומחייבת אפוא להידרש אליה כבר כעת. לאחר עיון בטענות הצדדים מזה ומזה באתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להתקבל, במובן זה שיש להכיר במעמדה הנפרד והעצמאי של החברה, גם לאחר אישור הבקשה לתביעה נגזרת. יחד עם זאת, אין בקביעה עקרונית זו משום קבלת איזו מטענותיה הקונקרטיות של החברה ביחס לנזק שהסב (או עלול להסב) לה התובע הנגזר בהתנהלותו עד כה.

19. תחילה וראש, יש להסיר מדרכנו כמה אבני-נגף, את טענות הסף שהעלה התובע הנגזר: ראשית, אין ממש בטענה כי בקשת החברה לוקה בשיהוי. הבקשה לייצוג נפרד הוגשה על-ידי החברה סמוך לאחר שהתובע הנגזר החל בקידום התביעה, והגיש בקשות שונות אשר לשיטתה מסבות לה נזק. הגשת הבקשה קודם לכן – אם לאחר ההחלטה בדבר אישור הבקשה לתביעה הנגזרת, אם לאחר ההחלטה בערעור ואם לאחר שנכשל ניסיון הגישור בין הצדדים – לפני שנקט התובע הנגזר צעד קונקרטי, היתה נדחית מטבע הדברים, בהיותה כללית ומוקדמת; שנית, גם את הטענה לפיה הבקשה לרשות ערעור הוגשה לאחר המועד הקבוע בתקנות, יש לדחות. עיון בהחלטות שניתנו על-ידי בית המשפט המחוזי ביום 25.9.2016, מלמד כי אין בהן הכרעה לגוף בקשתה

של החברה לייצוג נפרד: כך בהחלטה הראשונה שניתנה באותו יום, בגדרה נקבע כי "בשלב זה איש לא קבע, כי "החברה" זכאית להגיש תגובה"; כך בהחלטה הנוספת, בה נקבע כי "עד להחלטה אחרת החברה בשלב זה מיוצגת ע"י עו"ד גלברד" (ההדגשות הוספו – נ' ס'). הכרעתו העקרונית של בית המשפט המחוזי בסוגיה ניתנה רק בהחלטתו מיום 21.12.2016, מושא הבקשה לרשות ערעור דנן; שלישית, אי-צירוף תצהיר התומך בטענותיה העובדתיות של החברה – כבנידון דידן – עשוי אמנם להצדיק את דחיית טענותיה על הסף. מכל מקום, משנדרש בית המשפט המחוזי לשאלה העקרונית שעל הפרק, אין אנו בני חורין להיפטר מלדון בה, אך בשל אי-צירוף תצהיר; רביעית, הסעד שניתן על-ידי בית המשפט המחוזי עשוי להעניק אמנם פתרון מעשי מסוים לחששותיה של החברה, אולם דומני כי הוא אינו נכון מבחינה עיונית, ולפיכך יש לדחותו, כפי שיבואר להלן בהרחבה.

עתה, לגופם של דברים.

המישור העיוני: אישור בקשה לתביעה נגזרת – פיצול אישיות משפטית

20. כידוע, "התביעה הנגזרת מעניקה לבעל מניות 'זכות עמידה' לתבוע בשם החברה, בשל הימנעותם של האורגנים המוסמכים להגיש תביעה בשם החברה. זאת, למרות האישיות המשפטית הנפרדת של החברה ולמרות העקרון של אי התערבות בעלי המניות בניהול החברה" (רע"א 5296/13 אנטורג נ' שטבינסקי (24.12.2013) פסקה 16). מהו גדרה של 'זכות העמידה' המוענקת לתובע הנגזר? האם בא התובע הנגזר בנעליה של החברה לכל דבר ועניין? או שמא מוגבלת היא 'זכות העמידה' אך ורק לעניין הגשת התביעה הנגזרת שבגינה הוגשה הבקשה מלכתחילה? אף שאין בחוק, בפסיקה או בספרות המשפטית התייחסות מפורשת לשאלה זו (סעיפי החוק מהם ביקשה החברה ללמוד לענייננו, כאמור בפסקה 12 לעיל, אינם מהווים לטעמי ראייה חד-משמעית), דומני כי התשובה לכך מתבקשת מאליה: סמכותו של התובע הנגזר לפעול בשמה של החברה מצומצמת אך ורק למה שקשור בניהול התביעה הנגזרת. כך מחייב השכל הישר; כך מתבקש לנוכח מהותה של התביעה הנגזרת. "מתן הרשאה לבעל מניות או לדיקטור על ידי בית משפט להגיש תביעה נגזרת בשם החברה אינו הופך את מגיש התביעה לאורגן מוסמך של החברה" (צ' כהן בעלי מניות בחברה כרך ג 562 (מהדורה שניה, 2010)). בהתאם לכך, אישור הבקשה לתביעה נגזרת אינו מעניק לתובע הנגזר סמכות לעשות בחברה כבתוך שלו, ואינו גורע מסמכויותיהם של האורגנים המוסמכים בחברה, האמונים על ניהול פעילותה העסקית השוטפת (דברים ברוח זו כתב פרופ' אסף חמדני בחוות דעת מומחה שהוכנה על-ידו לבקשת החברה; נספח 2 לבקשה, פסקה 18 ופסקאות 37-39 לחוות הדעת; להלן: חמדני – חוות דעת).

21. אישור בקשה לתביעה נגזרת יוצר אפוא מצב מיוחד של פיצול אישיות משפטית, שבו שני גורמים נפרדים רשאים לדבר בשמה של החברה: ככל שהדבר מתייחס לניהול התביעה הנגזרת, נתונה הסמכות באופן בלעדי לתובע הנגזר, שהוא ורק הוא רשאי לדבר בשמה של החברה; אולם, ככל שהדבר מתייחס לפעילותה השוטפת של החברה, כי אז ממשיכים האורגנים המוסמכים להיות אלו אשר מייצגים את האינטרסים של החברה. למעשה, הבחנה מעין זו נערכה גם על-ידי בית המשפט המחוזי, שקבע כי "תביעה נגזרת אינה מאיינת את האישיות המשפטית הנפרדת [של החברה], אלא נוטלת ממנה את הסמכות, בעניין ספציפי, תחום ומוגדר, ומסמיכה את התובע הנגזר, לנהל את התובענה, בשמה של החברה, מקום בו הגורמים המוסמכים בחברה, כשלו, לכאורה, מלהגן על זכויותיה" (פסקה 9.2 להחלטה). הנה כי כן, גם לשיטת בית המשפט המחוזי, הסמכות הנתונה לתובע הנגזר תחומה ומוגדרת לעניין ניהול התביעה הנגזרת בלבד, ואין בה כדי לאיין את אישיותה המשפטית הנפרדת של החברה.

22. אף על-פי כן החליט בית המשפט המחוזי, כי אין לחברה זכות עמידה עצמאית בהליך התביעה הנגזרת, וקבע כי באותם 'מצבים חריגים' שבהם מתעורר חשש, כי אופן ניהול התביעה על-ידי התובע הנגזר עלול להסב נזק לחברה, רשאי אורגן מוסמך של החברה לפנות לבית המשפט ולהביע את חששותיו. לצד זאת הדגיש בית המשפט המחוזי, כי "לחשש של גורמים בחברה צריך שיהיו פנים וגם ראיות ולא ניתן להסתתר מאחורי האישיות המשפטית של החברה, שכן כאמור, זו מיוצגת בשלב שלאחר אישורה של הבקשה, בכל הנוגע להליך דנן, באמצעות התובע הנגזר" (פסקה 10 להחלטה; ההדגשה במקור). ביסוד הפתרון המוצע על-ידי בית המשפט המחוזי טמון החשש, שמא הגורמים המוסמכים בחברה, אשר מלכתחילה בחרו שלא להגיש תביעה נגד הנתבע, יבקשו "להכביד ולסכל את בירורה הענייני של התביעה, באמצעות הגשת בקשות סרק, כך, בדרך כלל, וכך בפרט מקום בו בעל השליטה בחברה, הוא הנתבע" (שם).

23. בדומה לבית המשפט המחוזי, אף אני סבור כי החשש מפני נקיטת הליכי סרק מצד החברה, שמטרתם להכביד על התובע הנגזר ולסכל את בירורה של התביעה, הריהו ממשי ומבוסס. יחד עם זאת, שלא כבית המשפט המחוזי, אינני סבור כי הדרך להתמודד עם חשש זה היא באמצעות שלילת מעמדה העצמאי של החברה בשלב ניהול ההליך: ראשית, כאמור, החברה ממשיכה להתקיים ולפעול כאישיות משפטית נפרדת, גם לאחר אישור התביעה הנגזרת. פתרון שבגדרו נדרשת החברה להגן על האינטרסים שלה באמצעות פניה עצמאית, פרטית, של האורגנים המוסמכים בה לבית המשפט, אינו משקף את המציאות כהווייתה. בפנותו לבית המשפט, לא על ענייניו הפרטיים מבקש

האורגן להגן, כי אם על ענייניה של החברה. מה טעם בהעמדת הפנים; אם זה אורגן של החברה, הטוען לפגיעה באינטרסים של החברה, במסגרת תביעה נגזרת שהוגשה בשמה של החברה – הרי זו החברה שניצבת, הלכה למעשה, לפני בית המשפט; שנית, במישור המעשי. אינני רואה מדוע עדיפה פניה של האורגנים כפרטים, על-פני פניה של החברה. החשש כי האורגנים המוסמכים יפעלו לסיכול בירורה של התביעה שריר וקיים, גם במצב שבו מוגשות הבקשות בשמם של האורגנים עצמם, ולא בשם החברה. יתכן אמנם כי הפתרון שהציע בית המשפט המחוזי נועד למנוע מצב שבו יבקשו האורגנים המוסמכים להסתתר מאחורי אישיותה המשפטית של החברה (וכך עולה לכאורה מדבריו בסיפא של פסקה 10 להחלטה), אולם גם בחשש זה אין ממש. כפי שיפורט להלן, כאשר מבקשת החברה להשמיע את עמדתה לפני בית המשפט, עליה לתמוך את טענותיה בראיות ובתצהיר מטעם אחד האורגנים המוסמכים בה. הגשת הבקשה בשמה של החברה, אינה מאפשרת אפוא לאורגנים להסתתר מאחורי אישיותה המשפטית של החברה, אשר לטענותיה "צריך שיהיו פנים וגם ראיות" (שם).

24. אם כנים דברינו, הרי שממילא מתיישבים הקשיים שעליהם עמד בית המשפט המחוזי בהחלטתו. לשיטת בית המשפט המחוזי, החברה לא הוכיחה ולא שכנעה "כי אישיות משפטית אחת יכולה להיות מיוצגת בנפרד או כי יש הצדקה לכך" (פסקה 9.1 להחלטה). אלא שכאמור אין לפנינו אישיות משפטית אחת, כי אם אישיות משפטית מפוצלת, שאינה אלא שתי ישויות נפרדות: האחת מיוצגת על-ידי התובע הנגזר, ועניינה בקידום התביעה הנגזרת; השנייה מיוצגת על-ידי האורגנים המוסמכים בחברה, ועניינה בהגנה על האינטרסים הקשורים בפעילותה השוטפת של החברה. יתר על כן, לא זו בלבד שאין מניעה כי החברה תהיה מיוצגת בנפרד, אף יש הצדקה לכך. מטבע הדברים, התובע הנגזר אינו טורד עצמו בעניינים הקשורים לפעילותה השוטפת של החברה; כל מעייניו נתונים – ובצדק – להצלחתה של התביעה הנגזרת. בנסיבות אלו, יש טעם בטענת החברה כי התובע הנגזר רואה את מצב הדברים בפריוזמה מצומצמת, אינו לוקח בחשבון את מכלול האינטרסים של החברה, ולפיכך עלול, גם מבלי כוונת זדון, להסב לה נזק. טובתה של החברה, כמו גם טובתם של בעלי המניות, מחייבות אפוא ליתן את הדעת בעת ניהול התביעה הנגזרת גם על טענותיה של החברה, ככל שהיא סבורה כי אופן ניהול התביעה על-ידי התובע הנגזר פוגע באינטרסים שלה.

25. טענה נוספת שעליה נסמך בית המשפט המחוזי היא, כי מתן ייצוג עצמאי לחברה בשלב ניהול התביעה חותר תחת מוסד התביעה הנגזרת. על-פי טענה זו, הענקת זכות עמידה עצמאית לחברה "משמעותה פגיעה באיזונים וברציונאליים של התביעה הנגזרת, והלכה למעשה, מאיינת את שלב אישור הבקשה לתביעה הנגזרת" (פסקה 9.2

להחלטה). אמת נכון הדבר, חשיבות רבה נודעת לשלב אישור הבקשה להגשת תביעה נגזרת. פגיעה בעקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה אינה דבר של מה בכך; לא בנקל תינתן לו לבעל מניות 'זכות עמידה' לתבוע בשם החברה:

"הצורך לאזן בין הרצון להגן על החברה מפני מנהליה לבין הרצון להגן על החברה מפני סחיטה אפשרית של בעל מניות, לצד ההכרה בכך שעצם ניהול תביעה נגזרת טומן בחובו סיכון עבור החברה (אם מחמת העלויות הישירות הכרוכות בכך ואם בשל החשש מפגיעה בתפקוד החברה ובערכה) – מחייבים עריכת בדיקה טרומית מעמיקה של התביעה הנגזרת בטרם אישורה, ומכאן חובתו של בית המשפט להפעיל שיקול דעת מיוחד בטרם אישור התביעה הנגזרת. במסגרת בדיקה זו, על מבקש האישור לעמוד במספר תנאים: עליו לשכנע את בית המשפט כי קיימת עילת תביעה לחברה; כי התביעה וניהולה הם לטובת החברה ועשויים לתרום להגדלת ערכה; וכי אין הוא פועל בחוסר תום לב. לשם כך, על מבקש האישור להניח תשתית ראייתית ראשונית אשר תצביע על סיכוי לכאורי להצלחת התביעה, שאם לא כן, טובת החברה תחייב שלא לאשר את הגשת התביעה" (ע"א 7735/14 ורדניקוב נ' אלוביץ (28.12.2016) פסקה 17; ההדגשה הראשונה הוספה – נ' ס'; להלן: עניין ורדניקוב).

26. ודוק: במסגרת שיקוליו נדרש בית המשפט לקחת בחשבון את הסיכון הנובע לחברה מעצם ניהול התביעה הנגזרת. ברם, אין בית המשפט שוקל בשלב זה – ולמעשה אינו יכול לשקול – את הסיכונים הנובעים לחברה מחמת אופן ניהול התביעה הנגזרת. אישור הבקשה לתביעה נגזרת, כוחו יפה לעניין עצם הגשת התביעה הנגזרת, אך אין באישור זה, כשלעצמו, כדי לשמש 'טענת הגנה' לתובע הנגזר, מקום בו החברה טוענת כי אופן ניהול התביעה מסב לה נזק. בהתאם לכך, וזהו צדו השני של המטבע, החברה אינה רשאית להעלות בשלב ניהול התביעה טענות שמשמעותן היא, כי עצם ניהול התביעה מסב לה נזק. משאשרה הגשת התביעה הנגזרת, יכולות טענותיה של החברה להיות מכוונות אך ורק כלפי אופן ניהול התביעה על-ידי התובע הנגזר.

27. יש לדחות גם את הטענה שלפיה מתן זכות עמידה עצמאית לחברה תאלץ את התובע הנגזר "להתמודד עם בעיות מבית, ולנהל חזית נוספת נגד החברה, כאילו מעולם לא אושרה הבקשה לניהול תביעה נגזרת" (פסקה 9.3 להחלטה): ראשית, אין מדובר

ב'בעיות מבית', שכן מבחינה מהותית בשתי ישויות נפרדות עסקינן; שנית, כאמור, אישור הבקשה להגיש תביעה נגזרת מעניק לתובע הנגזר את הסמכות הבלעדית לנהל את התביעה הנגזרת (תוך הפקעת הזכות מן החברה). ברם, אין הוא מאיין את אישיותה המשפטית הנפרדת של החברה, אשר רשאית לעמוד על זכויותיה, ככל אישיות משפטית אחרת הרואה את עצמה נפגעת מאופן ניהול התביעה הנגזרת.

המישור המעשי: 'כבדהו וחשדהו'

28. עד כה עסקנו בשאלה העקרונית של מעמד החברה בשלב ניהול התביעה הנגזרת. כפי שהוסבר בהרחבה, אין הצדקה לשלול מן החברה את זכותה להביע עמדה עצמאית ונפרדת במסגרת ההליך, חרף העובדה שניהול התביעה הופקד באופן בלעדי בידי של התובע הנגזר. אף על-פי כן, אינני תמים לחשוב כי מעמדה ויחסה של החברה לגבי התביעה הנגזרת הריהו כשל 'כל אישיות משפטית אחרת' (כאמור בפסקה הקודמת). החברה איננה 'צד שלישי' קלאסי לתביעה הנגזרת, כי אם בעלת עניין של ממש בתביעה, וליתר דיוק – בעלת עניין (בדרך כלל) בכישלונה של התביעה. האורגנים המשיגים עתה על התנהלותו של התובע הנגזר במטרה להגן לכאורה על האינטרסים של החברה, הם אותם אורגנים אשר 'נלחמו' לא מכבר בתובע הנגזר בשלב הדיון בבקשת האישור. בנדון דידן הקושי חריף אף יותר, בשים לב להיותו של הנתבע בעל השליטה בחברה ויו"ר הדירקטוריון שלה. הזיקה ההדוקה בין החברה לבין הנתבע, כמו גם זהות האינטרסים ביניהם, מחייבות אפוא הקפדה יתרה בבחינת טענותיה של החברה באשר לאופן ניהול התביעה על-ידי התובע הנגזר.

29. על מנת להתמודד עם הסיטואציה המורכבת שלפנינו, יש לנקוט גישה משולבת, בחינת 'כבדהו וחשדהו': מחד גיסא, על בית המשפט לפתוח את שערו לפני החברה, ליתן לה פתחון-פה ולהאזין לטענותיה ברוב קשב, מתוך הכרה באפשרות שאופן ניהול התביעה עלול לפגוע באינטרסים הקשורים בפעילותה השוטפת; מאידך גיסא. לא ניתן להתעלם מעמדתה העקרונית של החברה ביחס לתביעה הנגזרת, כפי שהשתקפה בשלב בדיון בבקשה לאישור התביעה. התנגדותם של האורגנים המוסמכים בחברה להגשת התביעה הנגזרת מלכתחילה, ובענייננו גם הזיקה שבינם לבין הנתבע, מקימים יסוד סביר להניח כי יש לחברה אינטרס 'לתקוע מקלות בגלגלי ההליך'. הדברים נאמרים בזהירות כמובן; יודעים אנו מהי אחריותו של 'החושד בכשרים'. אלא שיש להתבונן במציאות במבט מפוכח, מתוך ראייה נכוחה של 'מפת האינטרסים'.

30. איזון בין השיקולים האמורים מחייב אפוא להעניק לחברה זכות עמידה עצמאית להשמיע את טענותיה במסגרת ההליך, אולם בד בבד להציב לפנייה רף גבוה

בבואה לערער על אופן התנהלותו של התובע הנגזר. לא כל חשש ולא כל נזק יצדיקו התערבות בשיקול דעתו של התובע הנגזר; 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 להחלטה; ההדגשה במקור), לא די לטעון טענות בעלמא. על החברה לבסס אפוא את טענותיה על תשתית עובדתית קונקרטית, סדורה ומפורטת, המגובה בתצהיר ובאסמכתאות רלבנטיות. כפי שציין התובע הנגזר בתגובתו, "הטעם לצירוף התצהיר אינו טכני בלבד, אלא הוא בעל משמעות ראייתית חשובה. חשיבותו של התצהיר בכך שהוא-הוא יוצר את התשתית העובדתית עליה נשענות בקשות בכתב בהליכים אזרחיים... בלא תצהירים לתמיכה בבקשה, אין בידי בית המשפט לקבוע ממצאים עובדתיים ולהכריע בתיק" (ע"א 409/13 שידורי קשת בע"מ נ' קופר (11.4.2013) פסקה 12). אי-צירוף תצהיר התומך בטענותיה העובדתיות של החברה, מצדיק, ככלל, לדחות את טענותיה על הסף.

31. על מנת שתהא התמונה שלמה, וכדי שלא תצא תקלה מתחת ידינו, מן הראוי להרחיב קמעא את הדיבור לגבי מספר נקודות דיוניות, שעשויות להתעורר במצבים שבהם מבקשת החברה להביע את עמדתה באופן עצמאי.

32. בבקשו לנקוט פעולה מסוימת בקשר עם ניהול התביעה, אשר דורשת שיתוף פעולה מצד החברה (כגון קבלת מסמכים מאת החברה, העדת עדים מטעם החברה וכיוצא באלו פעולות), אין התובע הנגזר נדרש לשכנע את החברה כי צעדים אלו חיוניים או רלבנטיים לשם ניהול התביעה. 'נטל ההוכחה' רובץ על שכמה של החברה, ואם היא סבורה כי יש בבקשה מסוימת של התובע הנגזר משום פגיעה באינטרסים שלה, עליה הנטל לשכנע את בית המשפט מדוע יש לדחות בקשה זו. בהקשר זה יש להתייחס לטענת החברה, כי היא זו שמוסמכת "לטפל בהעמדת המשאבים הנדרשים לשם ניהול התביעה, ובהחלטה אילו משאבים יוקצו לטובת העניין" (פסקה 150 לבקשה). על-פי טענה זו, "אישור התביעה הנגזרת אינו מקנה לתובע או לבא כוחו את הסמכות לחייב את התאגיד לנקוט בפעולה כלשהי, וזאת גם אם הם סבורים כי פעולה שכזו תסייע לתובע הנגזר בניהול התביעה" (חמדני – חוות דעת, פסקה 23). טענה זו יש לדחות מכל וכל, שכן היא שוללת מן התובע הנגזר, הלכה למעשה, את היכולת לקדם את בירור התביעה. התובע הנגזר, בל נשכח, מנהל את התביעה הנגזרת בשמה של החברה, לאחר שעצם ההצדקה להגשת התביעה נבחן באופן מעמיק על-ידי בית המשפט. במסגרת בחינה זו נלקחו בחשבון, בין היתר, "העלויות הישירות הכרוכות" בניהול התביעה (עניין ורדניקוב, פסקה 17). שיתוף הפעולה של החברה עם התובע הנגזר, אם כן, אינו חסד שעושה עמו החברה; מחובתה לעשות כן. אם סבורה החברה כי השימוש שעושה

התובע הנגזר במשאביה מסב לה בסבירות גבוהה וממשית נזק חמור ובלתי-הפיך, כאמור לעיל, באפשרותה לטעון כן לפני בית המשפט המחוזי, בצירוף ראיות ותצהיר כדבעי. מכל מקום, אין החברה יכולה להיבנות מטענות לפיהן "מדובר בעלויות ניכרות שהיא אינה נכונה להוציאן, או לטבור כי מדובר בהוצאות שלא תקדמנה את בירור המחלוקות" (פסקה 147 לבקשה). משאשרה הבקשה לתביעה נגזרת, אזי השאלות האם נכון ומוצדק לבצע פעולה מסוימת, או האם יש בפעולה מסוימת כדי לקדם את בירור המחלוקת אם לאו, נתונות לשיקול דעתו הבלעדי של התובע הנגזר. עמדתה של החברה תהא רלבנטית רק אם יש בפעולה זו כדי להסב לה נזק, כאמור. ואם ישאל השואל על רקע דברים אלו, מהו אפוא פועלה של הוראת סעיף 199(ב)(2) לחוק, לפיה רשאי בית המשפט "להורות לחברה לשלם לתובע סכומים שיקבע לכיסוי הוצאותיו או להפקיד ערובה לתשלומם", ממנה משתמע כי התובע הנגזר הוא שנושא בהוצאות ההליך? אף אנו נשיב לו, כי הוראה זו מתייחסת רק להוצאות כספיות שהוציא התובע הנגזר מכיסו-שלו (out of pocket, כגון: חוות דעת מומחה), אולם היא אינה מתייחסת להוצאותיה של החברה, הכרוכות בעצם שיתוף הפעולה עם התובע הנגזר.

33. מיהו הגורם המוסמך המייצג את החברה לעניין התביעה הנגזרת? בענייננו נתגלעה מחלוקת בין הצדדים באשר למעמדה ותפקודה של הוועדה המיוחדת שמינה דירקטוריון החברה; כל אחד מן הצדדים מאשים את רעהו באי-שיתוף פעולה. כך או אחרת, דעתי כדעתו של בית המשפט המחוזי, כי "החברה זכאית לקבוע מי יהיה הגורם המוסמך אצלה שיבוא במגע עם התובע הנגזר" (פסקה 9.4 להחלטה). בענייננו מינתה החברה את הוועדה המיוחדת לייצגה בכל הקשור לניהול התביעה הנגזרת. לפיכך, ככל שמבקש התובע הנגזר לקבל דבר מה מן החברה או לבוא עמה בדברים, מן הראוי כי יפנה לשם כך אל הוועדה המיוחדת. אם קיבל התובע הנגזר את מבוקשו מן החברה – מה טוב, אם לאו – בידו להגיש בקשה מתאימה לבית המשפט. יחד עם זאת ראוי להדגיש, כפי שהדגיש גם בית המשפט המחוזי, כי משעה שאשרה הבקשה לתביעה נגזרת, אין התובע הנגזר חייב לפנות לוועדה המיוחדת, ואין הוא נדרש לקבל את אישורה ביחס לפעולות שונות הנוגעות לניהול התביעה. התובע הנגזר עצמאי לחלוטין באשר לאופן ניהול התביעה, זכותו וחובתו למלא את תפקידו-זה בהתאם לשיקול דעתו הבלעדי. התובע הנגזר אינו נדרש אפוא 'למצות הליכים' בטרם יפנה לבית המשפט, ואם סבר, מסיבה זו או אחרת, כי אין טעם בפניה מוקדמת אל הוועדה המיוחדת או אל החברה, הריהו רשאי לפנות מיד לבית המשפט בבקשה מתאימה (למותר לציין, כי אין באמור כדי לשלול את סמכותו של בית המשפט הדן בתביעה הנגזרת לצוות על התובע הנגזר לבוא בדברים עם החברה או הוועדה, אם ראה כי נכון לעשות כן בנסיבות העניין). על כל פנים, בין אם פנה התובע הנגזר לחברה, בין אם לאו, החברה מצדה

תהא רשאית להגיב לבקשתו של התובע הנגזר ולהשמיע את עמדתה לפני בית המשפט באופן עצמאי, ככל שהיא סבורה כי בקשתו של התובע הנגזר מקימה חשש בסבירות גבוהה וממשית לנזק חמור ובלתי-הפיך לחברה, בצירוף תצהיר וראיות כאמור. התצהיר שיוגש יהיה מטעמן של חברות הוועדה המיוחדת או מטעם האורגנים המוסמכים בחברה, לפי לנסיבות העניין.

34. 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.

35. נקודה דיונית אחרונה מכוונת כלפי בית המשפט הדין בתביעה הנגזרת. כאמור, החשש המרכזי הטמון במתן זכות עמידה עצמאית לחברה בשלב ניהול התביעה הנגזרת, הוא כי החברה תשתמש לרעה בזכות זו, במטרה לסרבל ולעכב את ההליך. חשש זה, שאינו מופרך כלל ועיקר, מחייב את בית המשפט לגלות משנה ערנות, ולפעול בהחלטיות ובאסרטיביות, בבואו לדון בטענותיה של החברה לנזק אפשרי שעלול להיגרם לה מחמת התנהלותו של התובע הנגזר. מלאכתו של בית המשפט בעניין זה הריהי מורכבת; עליו לשמור על זכותה של החברה להשמיע את עמדתה באופן עצמאי כאשר יש הצדקה לכך, אך בה בעת לוודא כי היא עושה כן לשם מטרה כנה ועניינית, 'בלי טריקים ובלי שטיקים'. תהא הכרעתו של בית המשפט לגופם של דברים אשר תהא, עליה להעשות ביעילות ובמהירות האפשרית, תוך פגיעה מצומצמת ככל הניתן בקידום בירורה של התביעה הנגזרת.

סוף דבר

36. האם יש לחברה זכות עמידה עצמאית בשלב ניהול התביעה הנגזרת? תשובתי על כך היא בחיוב. תוצאה זו מתבקשת לנוכח העובדה שהחברה ממשיכה לפעול כאישיות משפטית נפרדת, גם לאחר אישור הבקשה לתביעה נגזרת. לצד זאת, במישור המעשי, יש להטיל על החברה נטל משמעותי בבואה לממש זכות זו, לנוכח החשש הממשי מפני ניסיונות מצד הנהלת החברה לסכל את בירורה של התביעה הנגזרת.

37. אשר על כן, אציע לחברי להיעתר לערעור באופן חלקי, במובן זה שנקבע כי יש לחברה זכות עמידה עצמאית גם בשלב ניהול התביעה הנגזרת, אך זאת רק כאשר היא סבורה כי אופן ניהול התביעה על-ידי התובע הנגזר פוגע באינטרסים שלה, ובתנאים המפורטים לעיל.

38. אשר לגוף עמדתה של החברה בעניין הבקשה לתיקון כתב התביעה – ביום 8.3.2016, קרי – לאחר הגשת הבקשה לרשות ערעור דנן, קיבל בית המשפט המחוזי באופן חלקי את בקשתו של התובע הנגזר לתיקון כתב התביעה (בקשת רשות ערעור על החלטה זו עודנה תלויה ועומדת במסגרת רע"א 3130/17), וזאת ללא קבלת עמדתה הנפרדת של החברה. חרף התוצאה אליה הגעתי, איני סבור כי בנסיבות העניין יש הצדקה להורות על ביטול ההחלטה בעניין תיקון כתב התביעה, עד לאחר שתתקבל עמדת החברה בעניין. עיון בבקשתה של החברה להגיש תגובה לבקשה לתיקון כתב התביעה (אשר הוגשה לבית המשפט המחוזי ביום 4.12.2017), מלמד כי טענותיה של החברה בהקשר זה אינן מקימות, ולו בקירוב, חשש לנזק חמור ובלתי-הפיך, כזה שיש בכוחו להצדיק את קבלת עמדתה בשלב זה.

בנסיבות העניין, לנוכח התוצאה אליה הגעתי, אציע שלא נעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

1. סעיף 198 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: החוק), מורה לנו כי אישור תביעה נגזרת ייעשה מקום בו שוכנע בית המשפט כי "התביעה וניהולה הן לטובת החברה". או-אז, נכנס התובע הנגזר בנעליה של החברה לצורך ניהול התביעה.

כפי שציין חברי השופט סולברג, עצם ניהול התביעה לחוד, ואופן ניהול התביעה לחוד. הכוח הניתן לתובע הנגזר לנהל את התביעה בשם החברה, אינו ניתן בחלל ריק. הפעלתו אמורה לעלות בקנה אחד עם תכלית החברה להשיא את רווחיה (סעיף 11 לחוק); ואין בו כדי "להפקיע" את חובתם של נושאי המשרה לפעול אך ורק לטובת החברה, חובה המוטלת עליהם מכוח חובת האמונים החלה עליהם (סעיף 254(א) לחוק). לפיכך, כניסתו של התובע הנגזר בנעליה של החברה לצורך ניהול

התביעה, אין פירושה הענקת "כרטיס פתוח" לתובע הנגזר לנקוט פעולות - או לחייב את נושאי המשרה לנקוט פעולות - שתפגענה בטובת החברה.

2. במישור העקרוני, החשש לקיומו של מתח פוטנציאלי בין מטרותיו של תובע נגזר לבין טובתה של החברה, אינו חשש בעלמא. כפי שתיאר חברי, הפריזמה של החברה והפריזמה של התובע הנגזר – אינן בהכרח זהות. תובע נגזר עשוי להעמיד לנגד עיניו את תוצאות התביעה הנגזרת כתכלית אחת שאין בלתה, שכל האמצעים כשרים להגשמתה. דא עקא, ש"טובת התביעה" ו"טובת החברה" לאו דווקא טובה אחת היא, ויש להישמר מפני מצב בו טובת החברה תיסוג מפני טובת התביעה.

כך, ייתכנו מצבים בהם תובע נגזר יבקש לנקוט פעולה מסוימת לשם קידום התביעה, אולם נזקה של פעולה זו (לדידה של החברה) יעלה על התועלת שתצמח ממנה. טול דוגמה בה תובע נגזר סבור כי מסמך מסוים המצוי בידי החברה עשוי לשרת את התביעה הנגזרת, בעוד שהחברה חוששת שחשיפת המסמך תסב לה נזקים כבדים במישורים אחרים (כגון טרפוד עסקה חשובה הנרקמת בין החברה לבין צד שלישי). האם הפקדת ניהול התביעה בידי התובע הנגזר, שוללת מהחברה פתחון פה לטעון כי חשיפת המסמך אגב ניהול התביעה צפויה לפגוע בטובתה? לטעמי, אין מנוס מלהשיב על כך בשלילה, שאם לא כן נמצאנו חותרים תחת הרציונל הניצב בבסיס התביעה הנגזרת – שהוא קידום טובתה של החברה (השוו, בהקשר אחר, להסדר הקבוע בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, המאפשר לבית המשפט להחליף תובע ייצוגי או בא כוחו, מקום בו קיים חשש שעניינם של כלל חברי הקבוצה לא ייוצג או ינוהל בדרך הולמת או בתום לב; על קווי דמיון בהקשרים אחרים בין הליך התביעה הייצוגית להליך התביעה הנגזרת, ראו למשל רע"א 4024/14 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' כהן, פס' 14 (26.4.2015); רע"א 5296/13 אנטורג נ' שטבינסקי, פס' 16 ((24.12.2013).

3. פתחנו ואמרנו כי אישור התביעה הנגזרת פירושו שבית המשפט השתכנע כי התביעה וניהולה הם לטובת החברה. ואולם, כפי שהטעים חברי, דרכו של עולם שאין החברה רואה עין בעין עם התובע הנגזר, וקיים חשש שמא החברה תפעל להערים קשיים במטרה לעכב או לסכל את בירור התביעה הנגזרת. גם חשש זה אינו חשש בעלמא, אולם כחברי, איני סבור כי התרופה לקושי זה מצויה בשלילה א-פריורי של מעמדה של החברה במסגרת ההליך. דומה כי הפתרון לכך מצוי בכלים הדיוניים העומדים לרשות בית המשפט. נזכיר, כי במישור הראייתי, הנטל להוכיח כי אופן ניהול התביעה פוגע בטובת החברה, מוטל על כתפי החברה, ועל פני הדברים אין מדובר

בנטל קל. מנגד, חזקה על בית המשפט כי אם ימצא שהתנהלות החברה לא נועדה אלא כדי להכביד על ניהול התביעה הנגזרת, יפעל בהתאם, לרבות בדרך של פסיקת הוצאות.

4. לבסוף, אדגיש את המסגרת הדיונית של פסק דיננו. אנו עוסקים במתן פתחון פה לחברה, במסגרת הליך התביעה הנגזרת, להשמיע את טענתה כי אופן ניהול התביעה הנגזרת פוגע בטובתה. זו השאלה שעמדה להכרעתנו, וזו בלבד, וממילא אין בדברים משום הכרה או פגיעה במעמדה של החברה בהקשרים אחרים.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מסכים לחוות דעתו של חברי השופט נ' סולברג ולהערותיו של חברי השופט י' עמית.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' סולברג.

ניתן היום, ח' באב התשע"ז (31.7.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט