



ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב (ס'  
הנשיאה א' אורנשטיין) בפר"ק 11478-06-13 מיום 29.12.14

כ"ב בשבט התשע"ו (1.2.16)

תאריך הישיבה:

בשם המערער 1:	עו"ד ע' מנור; עו"ד י' שמש
בשם המערער 2:	עו"ד ש' מושקוביץ; עו"ד י' סטיס; עו"ד ע' אורלנסקי
בשם המשיבה 1:	עו"ד א' אפשטיין; עו"ד ש' ישינובסקי; עו"ד ד' קרני; עו"ד ל' בן יוסף לוי
בשם המשיבים 3-4, 6, 9, 15-17:	עו"ד צ' אגמון; עו"ד א' שורק; עו"ד ד' חן
בשם המשיבים 5, 10, 21-22:	עו"ד ר' כספי
בשם המשיבים 11, 14:	עו"ד ג' אוריון
בשם המשיבים 7, 12:	עו"ד א' מיכאלי; עו"ד י' רוזנטל
בשם המשיבים 8, 13:	עו"ד ג' ארדינסט
בשם המשיבה 18:	עו"ד ב' בן צור; עו"ד ח' הלוי; עו"ד ג' רוה
בשם המשיבות 19-20:	עו"ד י' הלל
בשם המשיב 23:	עו"ד נ' כהן; עו"ד ר' לפן
בשם המשיב 25:	עו"ד ח' אולמן (כנאמן לביצוע הסדר נושים)
בשם המשיב 26:	עו"ד א' גבאי (כנאמן לביצוע הסדר נושים)
בשם המשיב 29:	עו"ד ד"ר א' הס; עו"ד ש' מלמן

### פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (סגן הנשיאה א' אורנשטיין) בת"א פר"ק 11478-06-13 ופר"ק 36681-04-13 מיום 29.12.14, שבמסגרתה ניתן צו חוסם האוסר על הגשתה וניהולה של בקשה לאישור תביעה נגזרת בשמה של חברת "דיסקונט השקעות בע"מ" (להלן דסק"ש) נגד המשיבים בגין חלוקות אסורות שבוצעו לכאורה בשנים 2010-2011.

רקע

ב. "איי.די.בי חברה לאחזקות בע"מ" (להלן "אחזקות") ו"איי.די.בי חברה לפיתוח בע"מ" (להלן פיתוח) נמנות עם קבוצת החברות של קונצרן איי.די.בי – מהגדולים והמשפיעים במשק הישראלי. פיתוח היא תאגיד אחזקות, השולט בשורת חברות, ביניהן דסק"ש. דסק"ש היא חברה ציבורית השולטת מצדה בחברות שונות בענפים שונים במשק, ביניהן חברת שופרסל. הפרשה דנא, כפי שיפורט להלן, מתמקדת בטענה לחלוקות אסורות בדסק"ש בין מאי 2010 למרץ 2011. משמעות החלוקות האסורות בענייננו – מתן דיבידנדים לבעלי השליטה בדסק"ש, בניגוד לתנאים הקבועים בפרק השני לחוק החברות, תשנ"ט-1999.

ג. במועד החלוקות, היתה פיתוח בשליטת אחזקות, ולמעשה שימשה כנכסה היחיד. נוכח קשיים כלכליים חמורים בהם היה מצוי קונצרן איי.די.בי, ובשל התחייבויות כספיות הן של פיתוח והן של אחזקות בגובה מיליארדי שקלים, נפתחו כנגד החברות הליכים שונים בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו. כך בין היתר, הוגשה ביום 26.12.12 בקשה למינוי מומחה לבדיקת הסדר חוב לאחזקות; וביום 28.4.13 הוגשה בקשה להסדר נושים גם בחברת פיתוח. בהליכים נגד החברות נטען לחדלות פירעון של השתיים, ולקיומן של התחייבויות בשיעור אדיר של למעלה ממיליארד וחצי שקלים. מטעמי יעילות דיונית, נוכח הזיקה ההדוקה שבין החברות, ומתוך ההכרה כי הסדר באחת מהן משפיע באופן ישיר על מצבה של השניה, קיים בית המשפט המחוזי בתל אביב דיונים בבקשות ההסדר במשותף, ואף נתן מקצת החלטותיו באופן מאוחד (וראו לדוגמה החלטתו המאוחדת מיום 9.6.13 בפר"ק 13-04-36681; פר"ק 12-12-52083; פר"ק 13-04-44574; פר"ק 13-06-11478).

ד. ביום 17.12.13, אישר בית המשפט המחוזי בתל אביב את הצעתה של קבוצת "אלשטיין-אקסטרה" להסדר נושים באחזקות (להלן הסדר הנושים) - הצעה אשר קיבלה מבעלי המניות את אחוז התמיכה הגבוה ביותר לעומת הצעות אחרות שנדונו. אישורו של בית המשפט ניתן בכפוף למתן מידע מספק בדבר בעלי השליטה בקבוצה, וביום 5.1.14 ניתן פסק דין משלים, המאשר באופן סופי את הסדר הנושים, לאחר קבלת המידע המבוקש.

ה. להלן עיקרי ההסדר, כפי שהובאו בהחלטת בית המשפט המחוזי:

סך 650 מיליון ₪ יוזרם על ידי קבוצת אלשטיין-אקסטרה לפיתוח; 46.7% ממניות פיתוח יוקצו לנושי אחזקות (יתר המניות מצויות בידי קבוצת אלשטיין-אקסטרה); לנושי אחזקות ישולם סך 300 מיליון ₪ על ידי קבוצת אלשטיין-אקסטרה; קבוצת אלשטיין-אקסטרה תגיש הצעת רכש בהיקף 512 מיליון ₪ בשתי פעימות למניות פיתוח, ותבצע הזרמה עתידית לפיתוח בהתאם לצורך, המוערך בסך כ-800 מיליון ₪, בשנים 2014-2015.

ו. בהתאם לאמור, למעשה המירו נושיה של אחזקות את נשייתם, בתמורה להקצאה של קרוב למחצית ממניות פיתוח, שאליה הוזרם הון עתק. הכספים שהוזרמו אל פיתוח תרמו להבראתה וליכולתה של החברה להמשיך ולפעול, ובאופן זה, תוך העדפת הליך

שיקום על הליך של פירוק, ייתר הסדר הנושים באחזקות את הצורך בהסדר נושים בפיתוח.

ז. בסמוך למתן פסק הדין המשלים, הגישו המערערים, כבעלי מניות של דסק"ש, בקשות לאישור תביעה נגזרת בשמה. הבקשה הראשונה הוגשה ביום 29.12.13 על ידי המערער 1 (להלן רזנפלד) לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד (תנ"ג (מרכז) 55882-12-13); והשנייה, הוגשה ביום 16.1.14, על ידי המערער 2 (להלן הייט) לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (תנ"ג 33981-01-14).

ח. בקשות המערערים התמקדו בטענה כי במהלך החודשים מאי 2010 עד מרץ 2011 נעשו בדסק"ש חלוקות אסורות בהיקף של 1,250,000,000 ₪ (מיליארד ומאתיים חמישים מליון ₪) (להלן החלוקות או החלוקות האסורות). בבקשות נטען, כי כדי להכשיר את החלוקות נעשה יישום מניפולטיבי של כללים חשבונאיים, העומד בניגוד להוראות הדין ובניגוד לכללי החשבונאות המקובלים, וכי עסקה בסך 423,000,000 ₪ לרכישת מניות חברת שופרסל (להלן עסקת שופרסל) נעשתה בלא תכלית עסקית ובניגוד לטובת החברה.

ט. בקשות המערערים לתביעה נגזרת בעילת החלוקה האסורה הופנו כנגד בעלי השליטה בדסק"ש (פיתוח, "כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ", "כלל פיננסים בע"מ", שלי ברגמן ויצחק דנקנר), וכן כנגד נתבעים נוספים, ביניהם דירקטורים, נושאי משרה בכירים בדסק"ש (המשיבים 3-17), ורואי החשבון המבקרים של דסק"ש (המשיבים 23) (כולם להלן המשיבים הנוספים). בנוסף טענו המערערים להפרת חובת זהירות ואמון על ידי המשיבים הנוספים בביצוע עסקת שופרסל.

י. ביום 12.2.14 הגישה דסק"ש בקשה לאיחוד עניינים לבית משפט זה (בש"א 1130/14), וטענה כי יש לדון בשני התיקים במאוחד. נטען, כי יש לדון בתיקים בבית המשפט המחוזי מרכז-לוד, מאחר שהבקשה הראשונה הוגשה לפתחו, וכן בשל קרבה משפחתית בין שופטת המכהנת בבית המשפט המחוזי בתל-אביב, לבין אחד המשיבים בתיק. המערערים הודיעו כי בכוונתם להגיש הליך חדש ומאוחד, ועל כן נמחקה בקשת האיחוד. עם זאת, הוחלט כי נוכח הקרבה המשפחתית, יוגש ההליך המאוחד לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד (החלטה מיום 26.2.14, מפי הנשיא גרוניס). אציין, כי המערערים סברו בשעתו שנוכח מקום פעילותם הגיאוגרפית של הצדדים בתיק, בית המשפט המחוזי בתל-אביב הוא הערכאה המתאימה לדיון בבקשה. המערערים גם טענו

כי חרף הקרבה המשפחתית האמורה, אינם חוששים מפני ניגוד עניינים או מפני פגיעה במראית פני הצדק. באף לא אחת מתגובות המשיבים לבקשת האיחוד לא הוזכר הסדר החוב של אחזקות – אשר אושר בבית המשפט המחוזי בתל אביב – והדבר לא עלה כנימוק לצורך החלטה בנושא איחוד הדיון. עוד יצוין כאן, כי לימים פרשה השופטת מבית המשפט המחוזי בתל-אביב לגמלאות.

יא. מכל מקום, בהמשך להחלטת הנשיא גרוניס, הגישו המערערים ביום 20.3.14 בקשה מאוחדת לאישור התביעה הנגזרת לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד (הוגשה במסגרת תנ"ג (מרכז) 55882-12-13). המערערים חזרו על טענתם בדבר החלוקות האסורות שנעשו בשנים 2010-2011, וטענו כי החלוקות דיללו שלא כדין את משאביה של דסק"ש, ותרמו תרומה משמעותית למפלתו הכלכלית של קונצרן איי.די.בי. מעבר לטענתם לעילת חלוקה אסורה, טענו המערערים להפרת חובת זהירות ואמון על ידי נושאי המשרה ברכישת מניות חברת שופרסל כאמור, בסך 423 מיליון ₪. נטען כי רכישת המניות נעשתה בלא תכלית עסקית ובניגוד לטובת החברה, וכי כל מטרתה הייתה להוביל לחלוקת הדיבידנדים האסורה.

יב. יומיים קודם לכן, ביום 18.3.14, הגישו קבוצות אלשטיין ואקסטר, שהפכו בעלות השליטה החדשות בפיתוח (וקודם להסדר היו נושות של אחזקות) בקשה למתן צו שימנע הגשתה וניהולה של הבקשה לתביעה נגזרת כנגד פיתוח. בקשה זו הוגשה לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, בו התנהלו הליכי ההסדר (פר"ק 11478-06-13; פר"ק 36681-04-13). למען הסדר הטוב והדיוק, יוצג הסעד שהתבקש כלשונו:

"א. ליתן צו האוסר על המשיבים ו/או מי מהם ו/או כל דירקטור ו/או כל בעל מניות ו/או כל נושה בדיסקונט השקעות בע"מ (להלן: "דסק"ש") להגיש ו/או לנהל בקשה לאישור תביעה נגזרת בשמה של דסק"ש או כל הליך אחר נגד אידיבי חברה לפיתוח בע"מ (להלן: "אידיבי פיתוח") בגין חלוקות דיבידנד שדסק"ש ביצעה בשנים 2010-2011; ובכלל זה – להורות על סילוק או עיכוב של הבקשה לאישור תביעה נגזרת שהגיש המשיב 1, ראובן רוזנפלד, בבית המשפט המחוזי בתל אביב (תנ"ג 55882-12-13) ושל הבקשה לאישור תביעה נגזרת שהגיש המשיב 2, משה הייט, בבית המשפט המחוזי – מרכז (תנ"ג 33981-01-14) או כל בקשה או הליך או תביעה שיבואו במקומן (להלן: "הבקשות לאישור תביעה נגזרת")."

ב. לחילופין, ליתן צו האוסר על המשיבים ו/או מי מהם ו/או כל דירקטור ו/או בעל מניות ו/או נושה בדסק"ש להגיש ו/או לנהל בקשה לאישור תביעה נגזרת בשמה של דסק"ש או הליך אחר נגד אידיבי פיתוח, בגין חלוקות דיבידנד שדסק"ש ביצעה בשנים 2010-2011, אלא לאחר שיתקבל אישורו של בית המשפט נכבד זה (שדן בהליכי חדלות הפרעון בקונצרן איי.די.בי) להגשתה; ובכלל זה לקבוע כי אין להמשיך בניהול הבקשות לאישור תביעה נגזרת אלא לאחר שיתבקש ויתקבל, ככל שיתקבל, אישורו של בית משפט נכבד זה לכך.

יג. בבקשה לצו נטען, בין היתר, כי המערערים פעלו בחוסר תום לב ובשיהוי ניכר משהמתינו בהגשת בקשתם לתביעה נגזרת עד לאחר אישור הסדר הנושים, וכ-4 שנים לאחר קום העילה (החלוקות האסורות).

החלטתו של בית המשפט המחוזי

יד. ביום 29.12.14 קיבל בית המשפט המחוזי בתל אביב את הבקשה למתן צו חוסם. נקבע כי מתן אפשרות להגשת בקשה לתביעה נגזרת נגד פיתוח עלול לסכן את הסדר הנושים שאושר, ומאחר שמדובר בתביעה שעילתה נולדה עוד בטרם אושר ההסדר, אין מקום לאפשר את הגשתה ובירורה. בית המשפט ציין כי קיבל החלטתו נוכח הסכומים האדירים הנדונים, וכן נוכח החשש שקבלת התביעה הנגזרת תשמוט את הקרקע תחת ההסדר, האמור לתרום להבראתה של פיתוח ולהצעתה בדרך חדשה.

יה. בית המשפט נתן דעתו לעובדה שמתן צו חוסם משמעו נעילה מראש של דלתות בית המשפט בפני המערערים (ואחרים), אולם קבע כי השיהוי הכבד במקרה דנא, כמו גם ההשלכות האדירות של התביעה, מצדיקים מתן סעד זה. צוין, כי בהסתמך על הסדר הנושים נעשו זה מכבר מהלכים ליישמו, לרבות השקעות הון עתק על ידי המשיבים; הנפקת מניות החברה למסחר בבורסה לניירות ערך; תשלום לנושים; מינוי בעלי תפקיד; מינוי דירקטורים לחברה ועוד – פעולות שלא היו מתבצעות, או למצער היו נבחנות מחדש, אילו הודיעו המבקשים על טענותיהם או הגישו בקשתם קודם לכן.

יו. לדידו של בית המשפט, הפגיעה בזכות הגישה לערכאות של המערערים נסוגה מפני הסתמכות המשיבים על אישור הסדר הנושים ומפני הצורך בשמירה על ודאות ויציבותו של ההסדר, המשפיע במידה ניכרת על המשק הישראלי. הוזכר, כי עילת התביעה נולדה 4 שנים קודם להגשת הבקשה, והסדר הנושים זכה להד ציבורי ותקשורתי נרחב גם בטרם נחתם סופית, בהיות קונצרן איי.די.בי אחד הקונצרנים הגדולים והמשפיעים במשק. כן נקבע, כי היה על המערערים – אשר חזקה כי ידעו על

המהלכים לאישור הסדר הנושים – להציג טענותיהם בטרם הובא ההסדר לאישור סופי.

יז. בית המשפט הוסיף וקבע, כי צו חוסם נדרש במקרה דנא לא רק בנוגע לתביעות כנגד פיתוח, אלא גם כנגד התביעה הנגזרת כלפי המשיבים הנוספים, כמו גם כנגד תביעות עתידיות העלולות להיות מוגשות כנגדם, ונוגעות לחלוקות האסורות שלכאורה נעשו. הובהר, כי ככל שתביעות מסוג זה יתקבלו, יוכלו המשיבים הנוספים לחזור בדרישות השתתפות ושיפוי אל פיתוח (אשר נהנתה מן החלוקה האסורה לכאורה), וכך יתאיין הצו החוסם שניתן לעניין פיתוח, וייפגע הסדר הנושים. מאחר שהוחלט שאין מקום לאפשר הגשת תביעה נגזרת נגד פיתוח, נקבע כי קיים צורך גם בחסימת אפשרות שתוגש תביעה כזו על ידי המשיבים הנוספים על ידי הודעת צד ג', ועל כן, הוחלט ליתן צו חוסם בקשר לכל עילה הנוגעת לחלוקות האסורות ומקנה זכות חזרה לחברת פיתוח. בית המשפט קבע, כי מסורה בידי סמכות ליתן צו חוסם גם כנגד המשיבים הנוספים, אף שלא הוגשה בקשה פורמלית לכך, מאחר שטענות בנושא הועלו בפירוט על ידי הצדדים, והסעד נגזר מן הסעד העיקרי שהתבקש.

יח. באשר לעילות שעניינן הפרת חובת הזהירות והאמון על ידי המשיבים הנוספים בעסקת שופרסל עצמה, קבע בית המשפט כי לא יינתן צו חוסם, והודגש כי ככל שהמשיבים הנוספים יימצאו חייבים בגין עילה זו, פתוחה הדרך לבקש צו חוסם נוסף, כדי שלא יוכלו לחזור בתביעות אל פיתוח.

יט. מכאן הערעור שבפנינו.

כ. יצוין, כי לאחר קבלת ההחלטה על מתן צו חוסם עוכבו ההליכים בבקשה המאוחדת לתביעה נגזרת שהוגשה לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד, וזאת עד למתן הכרעה בערעור דנא (מדובר כאמור, בתנ"ג (מרכז) 55882-12-13; החלטה מיום 23.2.15).

תמצית הערעור

כא. הערעור דנא הוגש ביום 12.2.15 כלפי החלטת בית המשפט מיום 29.12.14, בטענה כי שגה בתתו צו חוסם להגשת בקשה לניהול תביעה נגזרת נגד פיתוח ונגד יתר המשיבים; להלן תמצית טענות המערערים.

כב. ראשית נטען, כי החלטת בית המשפט ניתנה בחוסר סמכות, שכן הסמכות נתונה לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד, בפניו מתנהלת הבקשה לאישור התביעה הנגזרת. נטען, כי לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו אין יתרון על פני בית המשפט המחוזי מרכז-לוד, ואין בסמכותו להוציא צו כנגד הליך המתנהל בו מזה תקופה.

כג. שנית נטען, כי מדובר בסעד קיצוני וחסר תקדים, הפוגע שלא כדין בזכות הגישה לערכאות, שהוכרה כזכות חוקתית. נטען, כי הוצאתו של צו חוסם הוכרה בפסיקה בישראל רק במקרים של פניה לערכאות זרות או במקרים של בעל דין טרדן, ומאחר שאין מדובר במקרה מעין אלה בענייננו, אין סמכות לעשות כן. בהקשר זה גם הוטעם, כי קביעת בית המשפט עומדת בסתירה לסעיף 198 לחוק החברות, תשנ"ט-1999 הקובע הליך מקדמי של אישור להגשת תביעה נגזרת על ידי בעל מניות. לשיטת המערערים, החלטת בית המשפט מייתרת את ההליך המקדמי בניגוד לקבוע בדין, ועל כלל ההתנגדויות לתביעה הנגזרת היה לבוא בגדרו, ולא בגדר בקשה למתן צו החוסם מראש כל בחינה עניינית של הבקשה. נטען גם, כי טענות תום הלב והשיהוי צריכות להתברר לגופן באופן עובדתי, והמקום לבחינתן אינו במסגרת הבקשה למתן צו חוסם.

כד. שלישית נטען, כי אין מקור חוקי להחלטה בדבר צו חוסם לתביעות כנגד פיתוח, שכן הסדר הנושים חל על אחזקות, ולה בלבד ניתן פטור מתביעות. לשיטת המערערים, הקשר בין שתי החברות אינו יכול להקים לפיתוח חסינות מפני תביעות. יתר על כן, נטען כי הסדר החוב אף אינו מעניק חסינות גורפת מפני תביעות לאחזקות, ובכוחו להגן רק מפני תביעות שהוסדרו בו.

כה. רביעית, המערערים טענו כי נודע להם על קיום עילת התביעה רק בחודש דצמבר 2013, בעקבות כתבה שפורסמה בעיתון "דה-מארקר", ועל כן הקביעה כי השתהו ופעלו בחוסר תום לב אינה במקומה. לשיטת המערערים, לצורך בחינתן של טענות השיהוי ותום הלב נדרש בירור עובדתי – שלא נערך – ובית המשפט בחן באופן חסר את יסודות ההשתהות ותום הלב.

כו. חמישית נטען, כי שגה בית המשפט בהחלטה להרחיב את הצו החוסם כלפי המשיבים הנוספים, הן מאחר שהדבר לא התבקש מפורשות והן מאחר שלא ניתנה זכות טיעון בעניין זה. נטען שהענקת צו חוסם כנגד המשיבים הנוספים אך בשל הרצון שלא יחזרו בתביעות אל פיתוח, מבכרת למעשה את האינטרס של המעוולים על פני זה של הניזוקים. לשיטת המערערים, כדי לשמור על יציבות הסדר הנושים, ניתן לתת בהקשר

זה צו חוסם כנגד תביעות שיפוי וההשתתפות של המשיבים הנוספים כנגד פיתוח – ככל שאלה יוגשו. יתר על כן, נטען שבית המשפט קמא כלל לא בחן האם קיימת למשיבים הנוספים זכות חזרה אל פיתוח, כי אין ודאות שזכות כזו קיימת בהיעדר בירור בנושא, ועל כן ההחלטה לחסום מראש כל תביעה כנגד המשיבים הנוספים – שגויה.

כז. לסיכום, טענו המערערים כי שגה בית המשפט בקביעתו שהתביעה הנגזרת עלולה לשמוט את הקרקע מתחת להסדר החוב. נטען כי בשלב הנוכחי, בטרם אושרה התביעה הנגזרת, אין כל יכולת להעריך את השפעתה על הסדר החוב, מה גם שניסיון להעריך השפעה זו כלל לא נעשה במסגרת פסק הדין ובהענקת הצו החוסם.

עמדת המשיבים

כח. ככלל, למעט מספר משיבים אשר בחרו שלא להגיש סיכומי טענות והותירו את ההכרעה בידי בית המשפט (המשיבה 2; המשיבות 19-20 והמשיבה 24), סמכו מרבית המשיבים ידיהם על הכרעתו של בית המשפט המחוזי. טענותיהם התמקדו בשיהוי הרב שננקט בהגשת התביעות, ובחשיבות השמירה על יציבות הסדר הנושים. להלן עיקרי הדברים:

(1) סמכות- ראשית נטען כי בית המשפט המחוזי בתל אביב הוא המכיר את הסדר הנושים על בוריו ועל שלל נתוניו והשלכותיו, כמו גם את האינטרסים של הצדדים השונים המושפעים מן ההליך, ועל כן יש לפרש את הסמכות הנתונה לו מתוקף סעיף 350(ט) לחוק החברות באופן רחב, בהתאם למגמה הבאה לידי ביטוי ברע"א 4024/14 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' דפאל כהן (2015) (להלן עניין אפריקה ישראל). נטען כי מדובר בהסדר חריג בהיקפו במשק הישראלי, וחשיבות יתרה לכך שבית משפט אחד ידון במכלול ההיבטים הנוגעים בהסדר והעשויים להשפיע עליו.

שנית נטען, כי העובדה שהסדר הנושים נערך עם אחזקות ולא עם פיתוח אינה פוגמת בסמכות בית המשפט, שכן ההפרדה בין החברות היא מלאכותית, ולא אחת נקבע כי מדובר בישות כלכלית אחת, כך בפרט, שעה שפיתוח שימשה כנכס היחיד של אחזקות בעת ההסדר. בהקשר זה גם צוין כי הליכים נפתחו כנגד שתי החברות, וכי ההסדר עצמו מתייחס לשתייהן, ובמסגרתו הוזרם הון עתק לפיתוח כדי שתוכל לפרוע חובותיה.

(2) שיהוי וחוסר תום לב- נטען כי צדק בית המשפט קמא בקבעו, שהמערערים השתהו בהגשת הבקשות לאישור התביעה הנגזרת. המשיבים הטעימו, כל אחד בסיכומיו, את הנזק האדיר העלול להיגרם אם יתקבלו התביעות הנגזרות, והדגישו כי התביעות הללו עלולות לרוקן מתוכן את הסדר הנושים, שכן כל שינוי בהיקף הנשיה משנה את התמונה ודורש התאמת ההסדר מחדש. נטען כי הליכי ההסדר, אשר לוו על ידי גורמים רבים במשק, זכו להד תקשורת וציבורי נרחב; כי מידע בדבר החלוקות שכנגדן טוענים המערערים פורסם בהרחבה בעיתונות כבר בעת החלוקות, ומדובר במידע פומבי שכל בעל מניה היה חשוף לו; וכי אישור ההסדר נערך לאחר שבית המשפט איפשר לכל גורם מעוניין להגיש התנגדות ולהצטרף להליכים. נוכח דברים אלה, נטען כי על המערערים היה להעלות טענותיהם קודם לכן. עוד הוטעם, כי ההסדר אושר לאחר שמשקיעים התחייבו להזרים מאות מיליוני שקלים לקופתה של פיתוח – דבר שלא היה נעשה אילו עלו הטענות בדבר חלוקות אסורות קודם לכן. לשיטת המשיבים, המערערים לא סיפקו כל הסבר מניח את הדעת בדבר המועד בו הגישו את התביעה, ואף לא צירפו את הכתבה שלטענתם חשפה בפניהם לראשונה את עילת התביעה; מכל האמור עולה כי המערערים ידעו על ההסדר, אך בחרו לכבוש טענותיהם עד לאישורו הסופי. נטען כי על כן, ונוכח השלכותיו האדירות של ההסדר, צדק בית המשפט במתן הצו החוסם. המשיבים ציינו כי אלמלא הסדר הנושים לא היתה כל תוחלת לבקשה להגשת תביעה נגזרת, שכן לא היה ממי להיפרע – ועובדה זו מעניקה הסבר לשיהוי הכבד בו נקטו המערערים, ומדגישה את הפגם בתום ליבם.

(3) פגיעה בזכות הגישה לערכאות- נטען כי מדובר בזכות יחסית, שניתן להגבילה בנסיבות מסוימות, וכי הזכות נסוגה מפני הסתמכותם של הנושים על ההסדר. בהקשר זה צוין כי על טענות בדבר היקף החובות של החברות חלים השתק פלוגתא והשתק שיפוטי, מאחר שבמסגרת הליכי ההסדר נקבעו ממצאים בנידון זה, ואין מקום לדון בכך מחדש.

(4) העדפת נושים- נטען כי מתן אפשרות להגשת התביעה הנגזרת, יוביל למעשה להעדפתם הפסולה של המערערים על פני הנושים שהיו חלק מהסדר החוב והגישו תביעותיהם במועדן.

(5) הרחבת הצו כלפי משיבים נוספים ומתן זכות טיעון- נטען כי למערערים היה יומם בבית המשפט, שדן בטענותיהם בנושא. עוד הודגש, כי הצורך במתן צו חוסם כנגד המשיבים הנוספים עלה מפורשות בכתבי הטענות, והמשיבים התייחסו לנושא לגופו גם בבקשתם להשלמת טיעון וגם במהלך הדיון בבית המשפט; מכל מקרה, נטען כי לבית המשפט סמכות טבועה ליתן אף סעדים שלא התבקשו מפורשות.

(6) זכות חזרה לפיתוח- ככלל, עומדים המשיבים הנוספים על זכותם לחזרה לפיתוח, בין אם מכוח כתבי שיפוי, מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, או שיפוי בין מעוולים על פי פקודת הנזיקין. הם טוענים, כי חסימת תובענות כלפי פיתוח, מחייבת חסימת תובענות גם כלפיהם. בהקשר זה נטען כי חסימת תביעה נגד פיתוח בלבד, עשויה להוביל לתוצאה בלתי סבירה, לפיה תתעשר פיתוח שלא כדין פעמיים: ראשית, מן החלוקות האסורות שבוצעו לכאורה; ושנית, מהשבת הכספים לקופת דסק"ש על ידי המשיבים הנוספים (פיתוח תזכה ליהנות מכספים אלה כבעלת השליטה בדסק"ש). מנגד, טענה פיתוח כי קיימת חשיבות עליונה לכך שתהיה חסינה מפני כל אפשרות לחזור אליה בתביעות, וזאת למען יציבות ההסדר.

בשולי הדברים עלתה טענה במישור הדיוני, כי הערעור הוגש שלא כדין, שכן ההחלטה על מתן צו חוסם היא "החלטה אחרת", ועל כן היה על המערערים להגיש בקשת רשות ערעור תוך 30 ימים ממתן ההחלטה, ולא תוך 45 ימים כפי שנעשה.

עמדת כונס הנכסים הרשמי

כט. לעמדת כונס הנכסים הרשמי (להלן הכונס), דין הערעור להתקבל בחלקו, וזאת באשר למתן הצו החוסם כנגד המשיבים הנוספים. לשיטת הכונס, סמכות בית המשפט המחוזי בתל אביב לדון בבקשות לצו חוסם כנגד פיתוח, נשענת על תוכן הסדר הנושים, שהזרים סכומי עתק לפיתוח ותרם להבראתה. נוכח ההשפעה ההדדית המכרעת בין שתי החברות, ונוכח הנקבע בהסדר הנושים, סבור הכונס כי צדק בית המשפט המחוזי באשר לשאלת סמכותו לדון בבקשה למתן צו חוסם. לשיטת הכונס, צדק בית המשפט גם בקבעו כי מצופה שנושה פוטנציאלי, המודע להליכי הסדר בחברה, יפעל ויידע את הצדדים להסדר בדבר טענותיו בטרם אישור ההסדר, ואין מדובר בקביעת סטנדרט התנהגות מחמיר.

ל. עם זאת, לדידו, הרחבת סמכותו של בית המשפט המחוזי למתן צו חוסם גם בנוגע לתביעות כנגד המשיבים הנוספים, שלא היו צד להסדר הנושים, שגויה. כנגד המשיבים הנוספים מדובר בעילה של אחריות לנושאי משרה, בין היתר מכוח סעיף 311 לחוק החברות, ובעילה של השבת כספים שנתקבלו שלא כדין. לעמדת הכונס, מאחר שחברה אינה רשאית לפטור מראש נושא משרה מאחריות, עומדת כנגד נושאי המשרה עילת תביעה, אשר ספק אם יוכלו לחזור בגינה בתביעות אל פיתוח. בכל הנוגע לתביעות אלה, סבור הכונס כי לא היה מקום למתן צו חוסם, ועל כן יש לאפשר את בקשת המערערים לתביעה נגזרת כנגד המשיבים הנוספים. לשיטתו, ככל שקיימת לאחרונים טענה לזכות חזרה על ידי הודעת צד ג', יש לדון בטענה זו רק בשלב שני, ולא לחסום מראש את ההליך.

#### עמדת הנאמנים להסדר הנושים

לא. הנאמנים סומכים ידיהם על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, וסבורים כי אין מקום להתערב בקביעותיו, שכן השיהוי בהגשת התביעה, והיקפו האדיר של ההסדר, מחייבים מתן הצו החוסם. לשיטת הנאמנים, אילו העלו המערערים טענותיהם קודם לכן, לא היה הסדר הנושים מאושר כפי שהוא כעת, ואין מקום לאפשר את בחינת טענותיהם בשלב זה. לשיטת הנאמנים, על פני הדברים היה למערערים אינטרס להמתין עד לאישורו של הסדר הנושים, שכן בטרם אישורו ובטרם הזרמת הכספים שנעשתה כחלק מההסדר, דובר בחברה שאינה סולבנטית, ותביעתם לא היתה מניבה כל פרי; דבר זה מצביע לטעמם על חוסר תום הלב בהגשת התביעה. בתגובתם פירטו הנאמנים את הליכי ההסדר המורכבים בהם לקחו חלק כלל הנושים והנושים הפוטנציאליים. הודגש כי ההליך שילב הסדר בל ינותק בין אחזקות לפיתוח, ופיתוח שימשה כנכס העיקרי שעל בסיסו נערך ההסדר, והוזכר כי במסגרתו, בין היתר, הושקע סכום אדיר של 950 מיליון ₪ - חלקו באופן ישיר בפיתוח כנגד הקצאת מניות, וחלקו שולם לנושי החברה – וכן כי קיימת התחייבות להשקעה נוספת בסך 800 מיליון ₪ בפיתוח.

#### הדיון בערעור

לב. בדיון שהתקיים בפנינו ביום 1.2.16, ביקשו באי כוחם של המשיבים הנוספים, לרבות רואי החשבון של החברה, לשמור ככלל על זכותם לחזור בתביעת שיפוי לפיתוח ככל שיימצאו חייבים; בא כוחה של פיתוח ביקש מנגד לשמר את ההגנה ה"הרמטית" על החברה, ולחסום כל אפשרות לחזור אליה בתביעות; ובאי כוחם של המערערים טענו בהקשר זה שאין מקום ליתן צו חוסם כלפי תביעות שטרם ידוע אם תהא בגינן זכות חזרה או לא, נושא שיש לבררו לעומק לגופו.

לג. באי כוחם של המערערים הטעימו, כי אין כל סיבה שפיתוח תהא מוגנת מכל תביעה שהיא, והודגש כי הטענות שהמערערים ידעו על העילה במועד היוצרה או בסמוך למועד זה, או שהמערערים המתינו עד לכניסתם של משקיעים חדשים לפיתוח, אינן נסמכות על דבר, שכן עילת התביעה נודעה להם – כך שבו וטענו – אך בעקבות סדרת כתבות אשר פורסמה בשלהי 2013. בא כוחה של פיתוח חזר על טענתו, כי ההפרדה בין פיתוח לאחזקות היא מלאכותית, ויש לבחון את סמכות בית המשפט המחוזי בתל-אביב באופן רחב, כערכאה שדנה בהסדר הנושים ומודעת להשלכותיו, ועל כן גם נתונה לו הסמכות לדון בבקשות למתן צו חוסם. באי כוח המשיבים הטעימו כי ככל שתאושר התביעה הנגזרת, ישמוט הדבר את הקרקע מתחת להסדר הנושים. כלפי המשיבים הנוספים הוטעם, בין השאר, כי ככל שיימצאו חייבים, עילת התביעה שלהם כנגד פיתוח תהא עילה מאוחרת להסדר הנושים, ואין סיבה לחסום מראש תביעתם זו.

לד. נציין, כי בסוף הדיון התיעצנו וסברנו כי לא נתערב בהכרעה, וכך אמרנו באוזני בעלי הדין, אך שבנו ונדרשנו לכך, והעמדה שאציע עתה לחבריי שונה במידה מסוימת, כפי שיפורט.

#### הכרעה

לה. לאחר עיון בבקשה ובטענות הצדדים, אציע לחבריי לקבל את הערעור באופן חלקי, במובן זה שיוסר הצו החוסם בכל הנוגע לתביעה הנגזרת בעילות כנגד המשיבים הנוספים בלבד. עוד אציע, כי הסמכות לדון בכל נושא הכרוך בהסדרים השונים בעניין קונצרן איי.די.בי, ובפרט בתביעה הנגזרת, תימסר לבית המשפט המחוזי בתל אביב, כערכאה אשר היתה אמונה על הליכי ההסדר.

לו. בטרם פתיחה אעיר, כי בין שלל טענות הצדדים, עלתה - כאמור - טענה הנוגעת לאופי ההחלטה שקיבל בית המשפט המחוזי, וכנגזרת מכך, הדרך להשיג עליה. לשיטת המערערים מדובר בפסק דין, ועל כן הוגשו כתביהם (בתוך 45 ימים) ככתבי ערעור, ואילו לשיטת מקצת מן המשיבים, מדובר ב"החלטה אחרת" שנועדה אך להבהיר את פסק הדין שאישר את הסדר הפשרה, ועל כן היה על המערערים להגיש בקשתם כבקשת רשות ערעור (ובתוך 30 ימים). משהגענו עד הלום, איני רואה להידרש לסוגיה זו. כשלעצמי סבורני כי על פי מהותה יצרה ההחלטה סוג של סופיות, ועל כן תידון לגופה כערעור (לעניין השיקולים הנדרשים בעניין רשות ערעור של תביעה נגזרת ראו גם עניין אפריקה ישראל, בפסקה 14 לפסק דינו של השופט עמית, וההפניות שם).

לז. ראשית, בקצרה על תכליתה וחיבותה של התביעה הנגזרת. סעיף 1 לחוק החברות, תשנ"ט-1999 (להלן החוק) מגדיר תביעה נגזרת באופן הבא:

"תובענה שהגיש תובע בשם חברה בשל עילת תביעה שלה."

סעיף 194(א) לחוק קובע כי "כל בעל מניה וכל דירקטור בחברה רשאים להגיש תביעה נגזרת אם התקיימו הוראות סימן זה". הליך התביעה הנגזרת, מאפשר לבעל מניות בחברה – בתנאים מסוימים וכאשר האורגנים המוסמכים בחברה נמנעים מעשות כן – להגיש תובענה בשם החברה, בגין עילת תביעה העומדת לחברה. מאחר שהגשת תביעה נגזרת היא חריג לכלל הקובע כי הסמכות לפעול בשמה של החברה נתונה לאורגניה, וכך דרך הטבע, הנה לצורך הגשת תביעה נגזרת נדרש אישורו המקדים של בית המשפט.

לח. בקבלו בקשה להגשת תביעה נגזרת, מנהל בית המשפט הליך מקדמי, בו נבחנים תום ליבו של המבקש והאם אישורה של התביעה וניהולה יהיו לטובת החברה (סעיף 198 לחוק החברות; לענין מבחן "טובת החברה" ראו א' חביב סגל דיני חברות (2007), בעמ' 690 (להלן חביב סגל)). מדובר בשני תנאים אשר, ככלל, מותירים בידי בית המשפט שיקול דעת רחב. הדעה המקובלת היא, כי שיקולי צדק הם שיקולים רלבנטיים בבחינת בקשה לאישורה של התביעה הנגזרת, וזאת לצד שיקולי הרתעה ושיפור הממשל התאגידי (רע"א 5296/13 יוסי אנטורג נ' יעקב שטבינסקי (2013)), בפסקה 17 (וההפניות שם). מעבר לכך, נדרש בית המשפט לבחון באופן מעמיק האם הניח המבקש תשתית לכאורית מתאימה, הן מבחינה משפטית והן מבחינה עובדתית, לעילות התביעה הנטענות על ידיו (עניין אפריקה ישראל, בפסקה 18 לחוות דעתו של השופט עמית).

לט. לאחר הליך האישור, מתקיים דיון לגופה של התביעה, וככל שזו מתקבלת, מזוכה קופת החברה בסעד שניתן, שכן החברה – ולא בעל המניות שתבע במקומה – היא בעלת הזכות שנתבעה, והנזק שבגינו נתבע הפיצוי, הוא נזק שלה (וראו דברי ההסבר להצעת חוק החברות, התשנ"ו-1995, הצעות חוק, תשנ"ו, 73-74 (23.10.1995)). ודוקו, כאשר מופקרות זכויות החברה על ידי אורגניה המוסמכים, המסרבים – שלא כהלכה ושלא בצדק – להגיש את התביעה הנדרשת, התביעה הנגזרת היא "דרך המלך" החלופית, בה יש ללכת (חביב סגל, בעמ' 690; עוד על תכליתה של התביעה הנגזרת ראו ציפורה כהן "התביעה הנגזרת בדין הישראלי: בחינה ביקורתית"

קרית המשפט ו 77, 114-111 (תשס"ו)). יובהר, כי הימנעות נושאי משרה מהגשת תביעה בשם החברה, עלולה להתרחש כאשר הפרו נושאי המשרה עצמם חובת זהירות או אמונים, כך שהתביעה הנדרשת להגשה, היא למעשה תביעה נגדם עצמם. בשל כך, משמש מנגנון התביעה הנגזרת כלי חשוב בידי בעלי מניות המיעוט לצורך הרתעת בעלי השליטה משימוש לא נאות בכוח המופקד בידיהם ומהפרת חובותיהם.

מ. בענייננו מבקשים המערערים, כבעלי מניות של דסק"ש, לתבוע את פיתוח וכן את נושאי המשרה בפיתוח, בגין חלוקת אסורות בדסק"ש. מדובר בתביעה נגזרת בקונצרן חברות, המכונה לעתים תביעה נגזרת כפולה (Double-Derivative Action) או "תביעה נגזרת מרובה" (Multiple Derivative Action או Multi-tier Derivative Action). הפסיקה התייחסה לתביעות מעין אלה, והכירה בחשיבותן – חרף שתיקת החוק בעניינן – מתוך הצורך לחשוף מעשים אסורים באשכול חברות, ומתוך הבנה כי לבעלי מניות בחברה אחת, אינטרס כלכלי ברור במצבה הכלכלי של רעותה; לדיון מקיף בסוגיית תביעה נגזרת מרובה ראו פסק דינה של המשנה לנשיא, כתארה דאז, מ' נאור ברע"א 2903/13 אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שמואל שקדי (2014) (להלן עניין אינטרקולוני). חשיבות התביעה הנגזרת באשכול חברות מתחדדת גם נוכח אופיו של המשק הישראלי, המשופע במבנים "פירמידיאליים" של חברות השולטות זו בזו. יפים לענין זה דברי השופט הנדל בעניין אינטרקולוני:

"הצורך להגיש תביעה נגזרת נוצר, כאמור, כאשר החברה איננה ממצה את זכויותיה. נראה כי חשש זה עלול להתעורר באופן מוגבר בשוק הישראלי, כאשר המציאות היא שחברות רבות מסונפות למבנה פירמידיאלי: לחברות המצויות במעלה הפירמידה מוענק כח רב, המאפשר להן להשפיע ואף להכתיב את צעדיהן של חברות המצויות בתחתית הפירמידה. לא יאה זה מפתיע לראות כיצד חברה-נכדה משרתת בפועל את האינטרסים של חברה המצויה גבוה יותר במבנה הפירמידה. לנוכח מציאות זו, הרווחת ביתר שאת בישראל, סבורני כי תובענה נגזרת מרובה עשויה לשמש כלי נוסף לריסון בעיות הממשל התאגידי שמתעוררות בפירמידות (לעיון נוסף על אודות תופעת הפירמידות והשלכותיה ראו מאמרם של יוג'ין קנדל, ישי יפה, קונסטנטין קוסנקו ורנדל מורק – Eugene Kandel, Konstantin Kosenko, Yishay Yafeh, *Business Groups in & Randall Morck the United States: A Revised History of Corporate Ownership, Pyramids and Regulation, 1930-1950*, NBER WORKING PAPER NO. 19691 (December 2013); אסף חמדני ריכוזיות השליטה בישראל – היבטים

משפטיים (2009)).  
 (שם, בפסקה 3 לחוות דעתו של השופט הנדל)

מא. כפי שיובהר בהמשך, סבורני כי לא רק באישורה של תביעה נגזרת מרובה יש ליתן את הדעת למבנה הפירמידיאלי ולהשפעה ההדדית של חברות הפועלות במסגרת קונצרן, אלא גם במקרים בהם, כבענייננו, מתקיימים הליכי הסדרה והבראה או פירוק באחת החברות בקונצרן. במקרים מעין אלה, ובפרט כאשר עולה שאלת סמכות, ראוי ליתן משקל לעובדה שמצבה הפיננסי של חברה אחת בקונצרן משפיע באופן ניכר על רעותה; ולא כל שכן, אישורה של תביעה נגזרת מקריין באופן ישיר על מצבן של יתר החברות בקונצרן, בין אם הן מצויות בהסדר נושים שמטרתו הבראתן, או בהליכי פירוק.

#### סמכות בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו לדון בבקשה

מב. כאמור, בהגשת בקשתם לאישור תביעה נגזרת לבית המשפט המחוזי-מרכז, פעלו המערערים בהתאם להחלטת בית משפט זה (הנשיא גרוניס, החלטה מיום 26.2.14). המשיבות 1-2 הזדרזו והגישו, מנגד, בקשה לבית המשפט המחוזי בתל-אביב למתן צו שיאסור על הגשת תביעה נגזרת נגד פיתוח בגין חלוקות הדיבידנדים, לסלק את התביעות הנגזרות שהגישו המערערים, או לחלופין, ליתן צו שיאסור על ניהולה של כל תביעה נגזרת בגין האמור אלא באישור בית המשפט שלהסדר, הוא בית המשפט המחוזי בתל אביב.

מג. על פני הדברים ועל דרך הכלל, חסימתן מראש של תביעות נגזרות כלפי חברה היא צעד קיצוני ולא הכרחי, שכן ההליך המקדמי לאישור הגשתה של תביעה נגזרת כולל בחינה בדבר תום ליבו של המבקש, וכן בחינת השלכותיה ובהן השאלה האם מדובר בתביעה שתיטיב עם החברה שבשמה הוגשה ותגדיל את ערכה (עניין אפריקה ישראל, בפסקה 16 לפסק דינו של השופט עמית). יתר על כן - ככלל, אין מקום לרפות ידיים כלפי הגשתן של תביעות נגזרות, וזאת כדי להגביר את היעילות והאפקטיביות של הפיקוח על בעלי השליטה בחברה, ולודא את תקינות הממשל התאגידי; ועל כן "דרך המלך" בהקשר זה היא בחינה עניינית של הבקשה המוגשת, כדי להכריע האם יש מקום לדון בתביעה הנגזרת, לרבות לעניין תום הלב וההשלכות, ולא דחייתה בצו באורח מקדמי.

מד. ומנגד אומר כבר עתה, כי לשיטתי משאושר הסדר נושים בחברה, ושעה שהעילה בגינה מבקש בעל מניות לתבוע נוצרה בטרם אושר ההסדר ולכאורה היה באפשרותו להעלות טענה לגביה קודם לכן, הדבר ראוי במובהק להיכלל במאזן השיקולים באשר לקבלתה או דחייתה של הבקשה לתביעה נגזרת, לרבות תום הלב, יסוד מוסד במשפטנו (ראו סעיפים 12, 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973); ובזהירות, בהתאם לנסיבות, עשוי הוא להטות את הכף לעבר שלילת האפשרות להגשת תביעה מעין זו, ועל כך בהמשך. השאלה העומדת בפנינו בשלב זה, היא האם חרג בית המשפט המחוזי בתל אביב מסמכותו, שעה שהעניק צו החוסם מראש הגשתן של תביעות נגזרות כנגד פיתוח בכל הנוגע לחלוקות האסורות.

מה. סבורני, כתום העיון, כי מדובר במקרה ייחודי, שבו אושר הסדר נושים חריג בהיקפו ובהשפעתו על המשק בישראל. ההסדר אושר בבית המשפט המחוזי בתל אביב לאחר עבודה מאומצת ומורכבת של גורמים רבים, ביניהם ממונים מטעם בית המשפט (עו"ד חגי אולמן ועו"ד אייל גבאי), שנועדה להביא לתכלול האינטרסים והזכויות של כלל הגורמים הרלבנטיים, לאחר שכלל הנושים הפוטנציאליים הוזמנו לטעון טענותיהם ולהגיש הסתייגויות להסדר הנושים; כל זאת, תוך הדים ציבוריים ותקשורתיים. בית המשפט המחוזי בתל אביב נדרש לבחון את דוחותיהן הכספיים של החברות, את גובה החובות הנטענים כנגדן, כמו גם את הצעות ההסדר השונות אשר הוגשו לפניו, ולהכריע בעתידן של החברות בהתאם להיקף הנשיה. בסופו של יום, ולאחר שקילת כלל השיקולים הרלבנטיים, אישר בית המשפט הסדר המוביל להבראתה של פיתוח על ידי הזרמת כספים רבים לקופתה, תוך העברת השליטה בה לנושיה של אחזקות. מהלך זה מבטא את המגמה בדיני החברות ובעולם הכלכלי להימנע מפירוק כאשר קיימת אפשרות להגיע להבראת החברה – מהלך הפועל לטובת כלל הנושים, גם אם הוא מורכב או ארוך יותר ממתן צו פירוק (לדיון בעדיפות הליך השיקום וההבראה על פני הליך הפירוק ראו יחיאל בהט הבראת חברות (2013), בפרק 5 (להלן הבראת חברות); וכן ע"א 10739/07 רשות המסים היחידה לפירוקים, כינוסים וגביה קשה מכס ומע"מ נ' קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ (2011) בפסקה 28-33 וההפניות שם (להלן עניין קלאבמרקט)). סבורני כי בצדק קבע בית המשפט, שאישור התביעה הנגזרת, הדורשת סעד של למעלה ממיליארד ₪, עלול לשמוט את המסד עליו מושתת הסדר הנושים. דבר זה, משמש אף הוא לדידי שיקול משמעותי בעת בחינת השאלה לאיזו ערכאה נתונה הסמכות לדון בבקשה לצו חוסם שהגישו המשיבות 1-2.

מו. סעיף 350(ט) לחוק החברות קובע:

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

מז. סעיף זה אמנם מעניק סמכות לבית המשפט שאישר הסדר אך לעניין פרשנותו של ההסדר לאחר אישורו או בנוגע ליישומו, אולם התכלית העומדת מאחוריו היא אחת: שמירה על יציבותו של ההסדר ועל הודאות הנדרשת במקרים אלה, תוך מתן הסמכות להבהיר או לפרש את ההסדר שאושר, בידי הגוף אשר היה אמון על גיבושו ואישורו, כמעין חריג לסופיות, ומתוך הבנת המציאות המזמנת הפתעות ופיתולים.

מת. בעניין אפריקה ישראל, בו עלתה שאלה הנוגעת לסמכות לדון בבקשת שינוי תניית פטור לאחר שאושר הסדר חוב בחברה, ציין חברי השופט עמית את הדברים הבאים:

”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 א.י. די. בי חברה לפיתוח בע”מ נ’ כונס הנכסים הרשמי (2014), בפסקה 13). 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.”

(עניין אפריקה לישראל, בפסקה 22 לפסק דינו של השופט עמית, ההדגשות הוספו – א”ר).

לכך ניתן להוסיף גם שיקול של יעילות שיפוטית. דעת לנכון נקל, כי בית משפט של פירוק, שנכנס לפני ולפנים לתוך פרשת חדלות הפירעון, וידיו היו בשפיר ובשליה, בקי ברזי הנשיה וההסדר, ואילו בית משפט חדש ייאלץ להשקיע זמן שיפוטי רב ויקר בלימוד הנושא, ואולי גם לכך כיון המחוקק בסעיף 350(ט) הנזכר.

מט. כך, אף לטעמי, קיימים שיקולים כבדי משקל המטים את הכף לעבר העברת בחינתן של טענות העלולות לסכל הסדר נושים שאושר, או למצער להשפיע משמעותית על יישומו, לערכאה אשר עסקה באישורו ומצויה בו, על שלל מורכבויותיו והשלכותיו. יפים לעניין זה גם דברי המלומד דוד האן:

”משנקלע חייב לחדלות פירעון, כל הנושים בו נעשים קשורים זה לזה, במובן זה שההתמודדות עם כל נושה ספציפי משפיעה במישרין על מעמדם של יתר הנושים וזכויותיהם (...) משל למה הדבר דומה? לקבוצת אנשים המתכסים יחד בשמיכה גדולה ורחבה. כל עוד השמיכה גדולה דיה לכיסויה של כל קבוצת האנשים, לא יריבו האנשים בינם לבין עצמם היכן ישכב כל אחד מהם ולצד מי ישכב. משקצרה השמיכה מכסות את כולם, יפרוץ מן הסתם ריב ביניהם: זה ימשכנה בכה, וזה בכה. כל משיכה של השמיכה לצד האחד חושפת את האנשים בקצה האחר של השמיכה לצינה (...) ההשפעה הכלכלית ההדדית בין הנושים של חדל פירעון של חייב, ננקטים בעניינו הליכים קולקטיביים. הליכים אלה מתמודדים עם מכלול הגורמים הקשורים בחדל הפרעון באופן ריכוזי. ההתמודדות הקולקטיבית מאפשרת התייחסות מתוך הסתכלות רחבה, שכל פעולה בה נשקלת לפי השפעתה על קופת החייב ומכלול הזכויות של הנושים. לא עוד יטופל נושה ספציפי על פי מערכת הזכויות הדו צדדית בינו לבין חדל הפירעון. הטיפול יהיה חלק מטיפול כוללני ומקיף, המביא בחשבון את השלכות הפעולה על קופת חדל הפירעון, וכנגזר ממנה – על מעמד יתר הגורמים הקשורים בחדל הפירעון.” (דוד האן “העברת ערך לנושה והמחאת זכות על ידי נושה: על העדפת נושים בחדלות פירעון” מחקרי משפט טז 197, 198 (תשס”א) הדגשה הוספה).

נ. הדברים אמורים בעת חדלות פרעון, אולם נכונים כמובן – בחינת שני צדדים של אותה מטבע – גם בהסדרים שמטרתם להביא להבראתה של חברה (וראו להלן בפסקה ס”ז לעניין הקיום המקבילים בין שני ההליכים והאפשרות להקיש מדיני חדלות הפרעון גם להליכי הבראה). כך, לבית המשפט שדן בהסדר הנושים יכולת הסתכלות רחבה על כלל “הטוענים לשמיכה”, שמטבעה היא קצרה בנסיבות בהן עסקינן, והוא שנדרש ליתן טיפול כוללני ומקיף, המביא בחשבון את השלכות הפעולה על כלל הגורמים המעורבים. הדברים יפים על פניהם – בגדרי השכל הישר – הן לשלבים הראשונים

בתהליך אישור ההסדר, והן לאחר אישור ההסדר, ככל שעולות סוגיות שיש בהן כדי להשפיע על ההסדר ועל הזכויות והחובות של הצדדים לו.

נא. אדגיש, כי הדברים בעינם נוכח ההבחנה שמבקשים המערערים לערוך, בין פיתוח לאחזקות לעניין הסדר הנושים. בענייננו, התנהלו כלל ההליכים הנוגעים לקונצרן אי.די.בי בפניו של בית המשפט המחוזי בתל אביב, אשר מצא לפסוק בהם לעתים באופן מאוחד, נוכח ההשפעות ההדדיות. כך לדוגמה נכתב בהחלטת סגן הנשיאה אורנשטיין מיום 9.3.16 שניתנה בתיק פר"ק 13-04-36681; פר"ק 12-52083-12; פר"ק 13-04-44574; פר"ק 13-06-11478:

"בבית משפט זה מתנהלים מספר הליכים בנוגע לקונצרן אי.די.בי, המורכב מחברות אחזקה בדרך של פירמידת שליטה: האחד, פר"ק 13-04-36681, בקשה להסדר הבראה ... לאי.די.בי חברה לפיתוח בע"מ (...) השני, פר"ק 12-52083-12, בקשה למינוי מומחה לבדיקת הסדר החוב לחברה האם של חברת פיתוח, היא אי.די.בי חברה לאחזקות בע"מ. (...) השלישי, פר"ק 13-04-44574, בקשת פירוק שהוגשה נגד חברת אחזקות (...) הרביעי, פר"ק 13-06-11478 הסדר נושים שהוגש ביום 5.6.13 על ידי נאמני אחזקות.

(...)

הואיל וקיים ממשק בין ההליכים, והאחד משפיע על משנהו, כמו גם מטעמי יעילות, בחרתי לקיים דיון ככולם באותו מועד, וליתן החלטה אחת בהם, הגם שאינם מאוחדים".

נב. בית המשפט נדרש לעבודה יסודית ומורכבת כדי להכריע בכל אחד מן ההליכים שבפניו בצורה המיטבית, תוך התייחסות להשלכות הנרחבות של כל אחת מקביעותיו לא רק על החברה שבעניינה הוגשה הבקשה, אלא על הקונצרן כולו, כמו גם על כלל הצדדים – המרובים – המעורבים בעניין. פיצול היה מונע תמונה כוללת, וממילא ממעט יעילות ובעיקר ממעט צדק.

נג. כך גם ציין בית המשפט בפסק הדין המשלים שניתן ביום 17.12.13 בפר"ק 13-06-11478 את הדברים הבאים:

"הגם שמדובר בהליכים של שתי חברות שונות, החברה וחברת פיתוח, אזי מטעמי יעילות דיונית, כמו גם הזיקה ההדוקה שבין שתי החברות והשלכת הסדר באחת מהן על רעותה, ראיתי לנכון לקיים דיונים בשתי בקשות ההסדר במשותף, הגם שהתיקים אינם מאוחדים". (שם, בפסקה

נד. מקריאת החלטותיו של בית המשפט המחוזי, כמו גם הפרוטוקולים השונים ויתר המסמכים, עולה בבירור כי הליכי ההסדר באחזקות היו שלובים בהליכים הנוגעים לפיתוח, ולא בכדי נדונו כלל ההליכים הנוגעים לקונצרן על ידי בית המשפט המחוזי בתל אביב. בית המשפט בחר לאחד את הדיונים בנושא עקב השפעה ההדדית הברורה, וההסדר שאושר בסופו של יום כורך את החברות זו בזו, תוך שגורל האחת תלוי באחרת. כאמור, במסגרת ההסדר קיבלו נושיה של אחזקות את השליטה בפיתוח כחלופה לנשייתם, תוך שקבוצת אלשטיין-אקסטרה מזרימה כספים להבראתה של פיתוח, ובין היתר לטובת הנושים, ותוך ייתורו של הליך ההסדר בפיתוח באופן נפרד. מכאן, שהסדר החוב שנערך אינו מוגבל לעניינה של אחזקות בלבד, אלא כולל לאמיתו גם הסדר בעניינה של פיתוח, שיש לראותה כצד לו. דברים אלה בעיני ברורים כשמש בצהרי יום קיץ.

נה. סבורני, כי כל האמור מטה את הכף לעבר אישור סמכותו של בית המשפט המחוזי בתל אביב להכריע בנושאים הכרוכים בהסדרים השונים בעניין קונצרן אי.די.בי, לדבות בעניין הבקשה לאישור תביעה נגזרת כנגד פיתוח. מסקנה זו עולה בקנה אחד הן עם היעילות הדיונית והחיסכון במשאבים שיפוטיים, והן עם הצורך, בפרט במקרה זה, בידע במאטריה העובדתית הנדונה. הדבר מונע ניהולם של הליכים מקבילים, וכן מצמצם את החשש לא רק מקביעות עובדתיות סותרות, אלא גם מהכרעות שאינן מביאות בחשבון השפעות במעגלים רחבים יותר, ועלולות לאיין זו את זו.

נו. יתר על כן, ככלל, במקרים של הסדרי הבראה או פירוק המתנהלים בקונצרן חברות, סבורני כי ראוי שכלל ההליכים יידונו בפני ערכאה דיונית אחת, שתרכז בידיה את הסמכות להכריע בכלל הטענות העולות כנגד כל אחת מן החברות בקונצרן. חשיבות עליונה יש לכך, שכל האינטרסים של כל הנושים יתבררו בפני בית משפט אחד, המכיר את החברה ונתוניה, ומתמחה בפירוק ושיקום. התפזרות בהליכים שונים, ארוכים ומורכבים אינה רצויה, מאחר שמטבע הדברים קיימת השפעה הדדית של כל החובות על מצב החברה וזכויות נושיה. דבר זה נכון בהליכי פירוק או הבראה של חברה, ונכון שבעתיים, תוך מורכבות גדולה אף יותר, כאשר עסקינן בקונצרן חברות. "ההתמודדות הקולקטיבית מאפשרת התייחסות מתוך הסתכלות רחבה, שכל פעולה בה נשקלת לפי השפעתה על קופת החייב ומכלול הזכויות של הנושים" (דברי פרופ' האן שהובאו בפסקה מ"ט מעלה), והטיפול, בפרט מקום שמדובר בקונצרן חברות אשר התלות ביניהן הדדית, נדרש להביא בחשבון את השלכות הפעולה על כלל המעורבים.

נז. נוכח האמור, סבורני כי בנסיבות העניין, הכרעת בית המשפט המחוזי באשר לסמכותו לדון בבקשה למתן צו חוסם כנגד תביעות נגזרות שעילתן קדמה להסדר הנושים, ועלולות להוביל לשינוי בהסדר, היא הכרעה נכונה, ואין מקום להתערב בה. נתתי כמובן דעתי להחלטת הנשיא גרוניס מיום 26.2.14, אך נזכור כי בנוסף לכל האמור מעלה, העילה שבגינה קבע הנשיא שמיעה בבית המשפט המחוזי מרכז-לוד עברה מן העולם, כפי שכבר ציינו, משפרשה השופטת בתל-אביב שאישה הוא משיב בתיק.

נח. בשולי הדברים אציין, כי מסקנה זו אולי מתחזקת גם נוכח עמדתם של המערערים כפי שהובעה במסגרת תגובתם לבקשה לאיחוד הדיון בתביעות הנגזרות שהגישו. בשעתו סברו המערערים, כי מאחר שלבית המשפט המחוזי בתל אביב מומחיות בנושא, על התביעות הנגזרות להתברר בפניו, ונטען כי הדבר נדרש אף מטעמי נוחות, שכן כלל משרדי עורכי הדין המייצגים בתיק ממוקמים בתל אביב. המערערים, אשר תמכו בקביעת מקום הדיון בבית המשפט בתל אביב, הגדילו וציינו, כי לא רק שיש צורך בניהול התביעה בבית המשפט בתל אביב נוכח מומחיותו המקצועית בנושא, אלא שלשיטתם גם אין חשש מפגיעה במראית פני הצדק, חרף אותה קרבה משפחתית בין שופטת בית המשפט המחוזי בתל אביב דאז לבין אחד הצדדים.

נט. משקבענו עתה כי בית המשפט המחוזי בתל אביב הוא הערכאה המוסמכת לדון בבקשת המשיבים לצו חוסם, יש להיכנס לעומק הנושא גופו לבחון האם היה מקום למנוע את בירור טענות המערערים, וליתן צו חוסם לעניין זה. תחילה תיבחן באופן מהותי החלטתו של בית המשפט למנוע בירורן של טענות המערערים ככאלה המבוססות על עילה שקדמה לאישור ההסדר, ולאחר מכן אדון בדרך מימושה של החלטה זו, קרי – בצורך להוציא צו חוסם בנסיבות העניין.

#### בירור תביעה נגזרת בעילה שקדמה לאישור ההסדר

ס. נקודת המוצא לדיוננו, היא כי זכות הגישה לערכאות אמנם הוכרה כזכות יסוד אשר כתרים רבים נקשרו לה (בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 462 (1988); ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997); יורם רבין זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית, 25 (1998); יורם רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית" המשפט ה 217 (2002); ד"ר ש' לוי, תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד (מה' 2, תשס"ח-2008), 29-35;

רע"א 7608/99 לוקי ביצוע פרויקטים (בניה) 989 בע"מ נ' מצפה כנרת 1995 בע"מ, פ"ד נו(5) 156, 163 (2002); ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים, פ"ד נו(5) 433, 444 (2003) (להלן עניין תלמוד תורה); בש"א 1528/06 ורנר נ' כונס הנכסים הרשמי (2007), בפסקה 8), אולם מדובר בזכות יחסית, בה ניתן לפגוע בתנאים ובנסיבות מסוימות, כאשר היא מתנגשת בזכויות אחרות ובאינטרסים ציבוריים שונים המחייבים איזון בינה לבינם (רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' מוסטפה דיב מראעי דיראני, סה (1) 438 (2011), בפסקה 26 (להלן עניין דיראני); בג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת (2011), בפסקאות 19-23 (להלן עניין כהן); אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית", ספר שלמה לוין 31, 51-53 (תשע"ג)). יפים לעניין זה דברי הנשיאה, כתארה דאז, ביניש בעניין כהן:

"אכן, דומה כי בשיטתנו, לצד מעמדה החשוב של זכות הגישה לערכאות, אין היא זכות מוחלטת. זכות הגישה לערכאות אין משמעה הזכות לפנות לבית המשפט בכל הליך, בכל צורה ובכל עת. ככל הזכויות האחרות, גם את זכות הגישה לערכאות יש לאזן אל מול זכויות או אינטרסים נוגדים, באופן שיאפשר לאדם לזכות בסעד בגין פגיעה בזכות מהותית שלו תוך שמירה מפני פגיעה אפשרית בזכויות או באינטרסים של פרט אחר או של החברה בכללותה" (עניין כהן, בפסקה 21)

סא. וכן דברי השופטת א' פרוקצ'יה בעניין דיראני:

"זכות הגישה לערכאות משקפת, אפוא, הכרה חוקתית בזכותו של הפרט ליזום הליך שיפוטי לבירור טענותיו בענין פגיעה בזכויותיו. האופי החוקתי של הזכות מקרין על הפרשנות העקרונית הניתנת להוראות סדרי הדין, ומשליך על אמות המידה להפעלת שיקול-הדעת השיפוטי המיושמות ביחס להסדרים דיוניים שונים (רע"א 8292/00 יוספי נ' לוינסון, פסקה 5 (2001)). בין היתר, מקימה ההכרה בזכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית חזקה פרשנית לפיה המחוקק לא התכוון לשלול או לצמצם את היקפה של זכות חשובה זו אלא מקום שהדבר נועד להשגת תכלית בעלת משקל נכבד (ענין תלמוד תורה, בעמ' 445; ענין אלנקווה, שם; ענין ארפל, בעמ' 593; ענין לוין, שם). לפיכך, שלילה או הגבלה של זכות הגישה לערכאות מחייבת אמירה ברורה – מפורשת או משתמעת – בדין, ובהעדרה – תעמוד לאדם זכות בסיסית זו. אכן: "יש לאמץ עקרון פרשני, שלפיו בפרשנות הוראות שבדין יש להעדיף את הפרשנות אשר אין בה להגביל או להציב מכשול לפני מי שמבקש להביא את עניינו לביקורת שיפוטית. יש לומר כי נדרשת לשון חקיקתית ברורה וחד-משמעויות כדי להביא למסקנה כי המחוקק ביקש להגביל זכות זו בדרך של הכבדה על מימושה..." (ע"א 3115/93 יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה, פ"ד נ(4) 549, 559-560 (1997); ההדגשה אינה

במקור). לצד דברים אלה, יש לזכור, כי בדומה ליתר הזכויות החוקתיות, כך גם זכות הגישה לערכאות אינה זכות מוחלטת. ככל זכות בעלת אופי חוקתי, גם היא עשויה להתנגד בזכויות אדם או בערכים ואינטרסים ציבוריים שונים המחייבים איזון ראוי ביניהם" (ההדגשה הוספה - א"ר).

סב. בענייננו, בחר בית המשפט לחסום - למנוע - ניהולן של התביעות הנגזרות (הנוכחיות ואחרות) מאחר שלשיטתו, האינטרס הציבורי ביציבות הסדר הנושים גובר על זכות הגישה לערכאות של המערערים, שעה שעילת התביעה התקימה בטרם אישור ההסדר, ויכלה להתברר קודם לכן. בית המשפט בחר באיזון, בהתחשב מזה בחשיבותה של זכות הגישה לערכאות, בפרט שעה שמדובר בתביעה נגזרת, ומזה, בנסיבות הספציפיות, לרבות הנזק העתידי העלול להיגרם אם יאושרו תביעות אלה. לדידו של בית המשפט, העלאת הטענות באשר לחלוקות רק לאחר שנתקבל אישור להסדר, וארבע שנים לאחר היוצרות עילת התביעה, משמעה נקיטת הליכים בשיהוי ניכר, ועל כן אין מקום לבירורן. להלן נבחן קביעה זו.

סג. ככלל, בשיטת משפטנו, חרף מעמדה של זכות הגישה לערכאות, תחומה האפשרות לפתוח בהליכים משפטיים בזמן. עקרון זה חולש על כלל ענפי המשפט, ותקף הן במישור האזרחי, הן במישור הפלילי והן במישור המינהלי. כעיקרון יש לפתוח בהליך משפטי במסגרת סד זמנים שהוגדר בחוק, ובלא שיהוי; בכך שונה המשפט הישראלי הנוהג מן המשפט העברי, למשל, שאינו מכיר עקרונית בהתישנות, בכפוף לחריגים (ראו מנחם אלון "על ההתישנות בדין העברי (לבעיית קליטת הדין העברי לאור הצעת חוק ההתישנות תשי"ז-1957)" הפרקליט יד 179 (תשי"ח); ציון אילוז "דין מרומה, התישנות ושיהוי" 174, 177-180 פרשת השבוע – ויקרא: עיונים משפטיים בפרשיות התורה (אביעד הכהן ומיכאל ויגודה עורכים, התשע"ב)). בבסיסו של "עקרון מסגרת הזמן" ארבעה טעמים עיקריים: (1) הגנה על נתבעים מפני אי הודאות וההכבדה הכספית והראייתית הכרוכה בחשיפה ממושכת לתביעות משפטיות; (2) צמצום מספר התובענות, שבשל העיכוב בהגשתן פוגעות בציפיות הריאליות של הנתבעים וביכולתם להתגונן מפניהן; (3) מניעת התדיינויות במחלוקות שבשל משך הזמן הארוך שבו לא הובאו לדיון אין לציבור עניין בבירורן; (4) עידוד זכאים לתבוע זכותם בלא עיכוב, מתוך התחשבות ראויה בזכות תובע למימוש תובענה העומדת לו (עע"מ 867/11 עיריית תל אביב יפו נ' אי.בי.סי ניהול ואחזקה בע"מ (2014), בפסקה 13 וההפניות שם).

סד. ככלל וכנודע, נתחמת אפשרות הגשתה של תובענה אזרחית בזמן מכוח דיני ההתישנות, המעניקים לבעל דין 7 שנים לתבוע את זכותו, ואילו אפשרות הגשתן של עתירות מינהליות נתחמת בזמן בין השאר באמצעות כללי השיהוי. עם זאת, דוקטרינת השיהוי חלה גם במשפט האזרחי, וזאת מכוח סעיף 27 לחוק ההתישנות, תשי"ח-1958, הקובע כי "אין חוק זה בא לפגוע בתקופת התישנות הקבועה לענין פלוני בדין אחר, אלא אם נאמר כך במפורש בחוק זה; ואין חוק זה בא לפגוע בכל סמכות, לפי כל דין, לדחות תובענה או לטרב למתן סעד מחמת שיהוי" (ההדגשה הוספה - א"ר; ראו גם ענין תלמוד תורה, בעמ' 447-448). כך חלים דיני השיהוי לצד דיני ההתישנות במשפט האזרחי, ועשויים בנסיבות מסוימות לקצר את התקופה בה זכאי בעל דין להביא טענותיו בפני בית המשפט.

סה. השימוש בטענת השיהוי לקיצור תקופת ההתישנות, יבוא לרוב במקרים בהם עצם הגשת התביעה מהווה שימוש שאינו נאות בזכות הדיונית ופגיעה בציפיה הלגיטימית של הנתבע שלא להתבע, העולה כדי ניצול לרעה של ההליך השיפוטי. לשם שימוש בטענת שיהוי בדין האזרחי, על בעל הדין להוכיח כי בנסיבות המקרה זנח התובע את זכות התביעה אשר עמדה לו, כי במשך הזמן שינה הנתבע את מצבו לרעה, או כי השיהוי נגרם עקב חוסר תום לב של התובע. מאחר שמדובר בפגיעה בזכות הגישה של בעל דין לערכאות, ייעשה השימוש בטענת השיהוי בדין האזרחי במקרים חריגים, וזאת מטעמים מהותיים של צדק והגינות כלפי הנתבע, משיקולים שבאינטרס הציבורי או מדאגה לקיומו של הליך שיפוטי תקין, וכאשר שיקולי מדיניות משפטית תומכים בכך (רע"א 187/05 נעמה נסייר נ' עיריית נצרת עילית, סד(1) 215 (2010)), בפסקה 10 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; ענין תלמוד תורה, בפסקה 15). לבית המשפט שיקול דעת רחב בדבר הנסיבות בהן יקבל טענת שיהוי, שתמנע גישתו של בעל דין לערכאות, ועליו לאזן בין מכלול שיקולים, ובראשם האינטרסים ההדדיים של בעלי הדין ומאזן הנזקים ביניהם (וראו ענין תלמוד תורה, בפסקה 14 לפסק הדין, טל חבקין התישנות (2014), בעמ' 16-21).

סו. מעבר לנושא השיהוי, תחומים כאמור הליכים שונים בסד זמנים לצורך פתיחתם וניהולם. כך לדוגמה, סעיף 71(ב) לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ם-1980, קובע כי נושה נדרש להגיש תביעת חוב בתוך 6 חודשים מיום מתן צו הכינוס, כדי לייעל את הליכי פשיטת הרגל ולייצר ודאות בתום תקופה מוגדרת ביחס לשאלה מהי מצבת החובות הלכאורית של החייב ומיהם נושיו (לדיון בגישות השונות לעניין אפשרות הארכת המועד להגשת תביעת חוב, ראו פסק דינו של הנשיא גרוניס ברע"א 9802/08 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' א. ר. מלונות רותם (1994) בע"מ

בפירוק (2012); בהקשר זה ניתן לציין, חרף השוני בין הדברים, כי גם סעיף 205 לחוק החברות פוגע בזכות הגישה לערכאות, בחסמו את האפשרות להגיש תביעה נגזרת מרגע שלחברה מונה מפרק.

סז. כאן ראוי לציין, כי פסיקת בתי המשפט השוותה לא אחת בין הסדרי פירוק ופשיטת רגל להסדרי הבראה ושיקום, תוך החלת הוראות נבחרות ורלבנטיות מדיני הפירוק על הליכי שיקום והבראת חברות. זאת, נוכח הקיום המקבילים המשותפים לשני ההליכים, כמו גם נוכח חסר חקיקתי ביחס להליכי ההבראה (וראו רע"א 292/99 שיכון עובדים בע"מ נ' טש"ת חברה קבלנית לבניין בע"מ (בניהול מיוחד), פ"ד נה(2) 56, 61-62 (2000); ע"א 3911/01 כספי נ' נס, רד"ח, פ"ד נו(6) 752, 762 (2002); ע"א 5090/08 אורגל נ' אטיאס (2010) בפסקה י"ח; עניין קלאבמרקט, בפסקה 30; רע"א 9983/06 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' נס (2008); ע"א 110/08 המוסד לביטוח לאומי נ' רד"ח גבי טרבלסי ועו"ד שלמה נס (2014), בפסקה 21).

סח. בהתאם, קבעה השופטת פרוקצ'יה בעניין קלאבמרקט כי הליכי הסדר קולקטיביים נדרשים להביא בחשבון קשת רחבה של חובות, שכן רק באופן זה יוכלו להיות יעילים וממצים, תוך קביעת זכויותיהם של גורמים רבים הקשורים לחייב ואיזון שיווני והוגן ביניהם. הודגש, כי ניתן להקיש מדיני פירוק ופשיטת רגל להליכי הבראה לצורך בחינת מהות החובות בני התביעה. זאת, בהיות שניהם הליכים קולקטיביים הנדרשים, כשלב ראשון, לכלול את מלוא החובות הנטענים:

"מכלול ההוראות האמורות, בהשתלבותן, מלמד כי בהליך פירוק או פשיטת רגל ניתן לתבוע כל חוב, קיים או עתידי, ודאי או מותנה, לרבות חוב בלתי קצוב שניתן לאומדו בצורה הוגנת, אשר נולד עד ליום צו הכינוס או צו הפירוק.

בשל הדמיון הרב שבין הסדרי הפירוק ופשיטת הרגל להסדרי הבראת חברות חדלות פרעון, יש להחיל עקרונות אלה גם על נסיבות של הבראת חברה, כאמור. לא במקרה נוקטים הליכי פרעון החובות הקולקטיביים לסוגיהם באמת מידה דומה, המאפשרת להסדיר בהליך קולקטיבי כל חוב, קיים או עתידי, ודאי או מותנה, קצוב או בלתי קצוב, ובלבד שניתן לאמוד את ערכו בצורה הוגנת. אמת מידה גמישה זו לוכדת ברשתה קשת רחבה מאד של סוגי חובות שונים. בכך, היא משרתת את התכליות המונחות ביסוד הליך פרעון החובות הקולקטיבי – להסדיר הסדרה הוגנת ושיוונית את חובות החייב, בהליך יעיל וממצה. ככל שתורחב מסגרת החובות שייכללו בהליך הקולקטיבי, כך תגבר יעילותו של ההליך, ומיצויו יתאפשר. ככל שהיקפו של ההליך

הקולקטיבי יורחב, כך ניתן יהיה להתחשב במסגרתו בעניינם של גורמים רבים יותר הקשורים לחייב, לקבוע את זכויותיהם, ולאזן ביניהן באורח הוגן ושיווני (ענין יורשי קלופשטוק, בעמ' 296; פש"ר (מחוזי י-ם) 132/95 מרקס נ' ידיד (לא פורסם, 5.5.1997) (להלן: ענין מרקס)). שיקולים אלה, הנעוצים בהגינות ההליך, ובגורמי השויון והיעילות הנילוויים לו, יפים בהליכי הבראת חברה, בדומה להליכי פרעון חובות קולקטיביים אחרים. בהבראת חברה, כמו גם בפשיטת רגל, מצטרף לכך השיקול של מתן אפשרות לחברה לפתוח דף חדש בחייה העיסוקיים, תוך הותרת דף חדלות הפרעון מאחוריה. המסקנה היא, אפוא, כי ניתן להקיש מדיני פירוק ופשיטת רגל להליך הבראת חברה לצורך בחינת מהות החובות בני התביעה, הן מבחינת מועד היוצרותם והן מבחינת טיבם" (שם, בפסקה 38).

וראו גם פסקה מ"ט מעלה.

סט. בהמשך לכך נפסק, כי לאחר שמאושר הסדר נושים, נפטרת חברה מכל חיוביה הקודמים שלא הוכרו וכמובן אם לא נתבעו במסגרת ההסדר, וזאת בין אם מדובר בחוב של נושה שנטל חלק בהסדר, ובין אם בחובו של נושה שכלל לא נטל בו חלק (וראו עניין אפריקה ישראל בפסקה 2 לפסק דינה של השופטת ברוך; עניין קלאבמרקט, בפסקה 53 וההפניות שם). לעניין זה יפים דברי חברי השופט מלצר ברע"א 8797/08 אי. אט. אי יעוץ והכוונה בע"מ נ' שרון פאוור (2013) (להלן עניין שרון פאוור):

"חרף השוני בין מימוש אגב פירוק, לבין הסדר המכוון לשיקום – ישנם גם היבטים המשותפים לשני המצבים. לענייננו, החשוב הוא שבשני המהלכים, דהיינו הן כאשר התכלית הינה פירוק, והן כאשר התכלית הינה שיקום – הרי שלאחר הגשת תביעות החוב, אישורן ותשלומן (בחלק יחסי מהחוב שאושר) – יש בכך משום 'סוף פסוק' (ראו: האן, בעמ' 734-740).

(...)

במצב של הסדר שתכליתו שיקום, מתגבשת פשרה בין כלל הצדדים, כך שמחד גיסא החברה לא מתרוקנת מחלק מנכסיה, ומאידך גיסא הנושים מוחלים על חלק מחובם. לאחר שההסדר מאושר (על פי הקבוע בסעיף 350(ט) לחוק החברות, התשנ"ט-1999, ובהתאם לפרשנות של הפסיקה ביחס לסעיף זה), והוא מוצא אל הפועל, נוצר מצב של 'הפטר' – החברה הופכת לפטורה מכל חובותיה וחיוביה שלא הוכרו או נתבעו במסגרת הסדר הנושים, ככל שאלה מתייחסים לאירועים שקרו עובר לעריכת ההסדר, ויוצאת לדרך כלכלית חדשה.

(...)

נושה, אשר לא נטל חלק בהסדר שנערך, ולא פעל למימוש זכויותיו במסגרת ההסדר במועד – עלול לצאת וידיו על ראשו, בלא כל יכולת לתבוע את חובו, או את

החיוב כלפיו, נוכח ההפטר שבו זכתה החברה (ראו גם: פר"ק (מרכז) 11-05-7290 גורביץ נ' אקסואקסו בע"מ (2012); בש"א (ת"א) 3627/06 המכון הארצי לתחבורה נ' אנג'ל (2006)).

(...)

לא ניתן להכיר בתביעתו של נושה, שבגדרה הוא טוען לחוב או לחיוב שמקורו בתקופה שקדמה לאישור הסדר הנושים ולא נתבעו על פיו (ולחילופין – הוא לא נקט בהליכים לביטול ההסדר), וזאת גם אם בעת הגשת התביעה המאוחרת מצבה של החברה השתפר וביכולתה לפרוע את החוב, או את החיוב לאותו נושה

(...)

סופיותו של הסדר הנושים, בכל הנוגע לחובות וחיובי העבר של החברה (ככל שההסדר אכן קבע סופיות שכזו), היא דומה – בין אם מדובר בהסדר שהוביל לסיום פעילותה של החברה בפירוק, ובין אם עסקינן בהסדר שנועד לשקמה. בשני המקרים, נושה אשר לא הצטרף להסדר במועד (או אפילו התנגד לו והתנגדותו לא התקבלה), או לא תבע את חובו בדרך שנקבעה לכך מכוחו של ההסדר, או שחיוב זה לא הוכר במסגרת ההסדר – החמיץ את האפשרות לתבוע את חובו מן החברה (לדין בסוגיה זו במצב של פירוק החברה – השוו: בש"א (ת"א) 20875/07 ר"ח רוזנבלום נ' עיריית ראשון לציון (2008)). העובדה כי בדיעבד התברר שהחברה אכן הצליחה להשתקם, וכי לנושה שלא הצטרף להסדר, או שלא תבע מכוחו, יש מהיכן להיפרע – אין בה כדי לשנות את מצבו של אותו נושה. בין כה ובין כה, דין חובה או חיובה של החברה כלפיו במצב שכזה – לעבור מן העולם, לנוכח ההפטר שבו זכתה החברה בעת שערכה את הסדר הנושים ובהתאם לצרכיו. (שם, בפסקאות 23-

(26

ע. כך, לחברה בה הושלמו הליכי הסדר ניתן מעין הפטר מכל החובות שקדמו להסדר ויכולה היא לצאת לדרך כלכלית חדשה, נקיה מחובות העבר, ואין נושיה זכאים לחזור ולהעלות חובות וטענות מן התקופה שקדמה להליך הקולקטיבי. כפי שביאר השופט מלצר בפסק דינו, במקרים בהם מדובר בהסדר שהושג לצורך שיקומה של החברה, מתחדדת החשיבות בשמירה על ודאות בנוגע להפטר: ככל שיתאפשר לנושים לתבוע חובותיהם לאחר אישור ההסדר, עלול נושה לחשוש כי אחר ממתין להתאוששות החברה כדי לדרוש את פרעון חובו, וכך לא יסכים למחול על מקצת חובותיו כדי לאפשר לחברה להבריא, תוך שהאחר יושב על הגדר ו"אורב". מהלך שכזה ישמוט כמובן כל אפשרות לייצר הסדר הבראה, ויפגע לא רק בנושים אלא בחברה עצמה ובגורמים הקשורים בה ומעוניינים בהמשך קיומה. נוכח האמור, נדרשת זהירות יתרה בהקפדה על בירור האפשרות להגשת תביעות וטענות כנגד חברה, שבה נערך ונחתם הסדר כאמור.

עא. ולסיכום חלק זה: נושה שלא נטל חלק בהסדר שנערך ולא פעל למימוש זכויותיו במסגרת ההסדר במועד, וההסדר אושר, החמיץ ככלל את האפשרות לתבוע את חובו מן החברה, והדבר נתון כמובן לשיקול-דעתו של בית המשפט שלהסדר, האמון על פרטיו ומודע להשלכות הרוחב של טענות כלפי החברה ולנסיבות הנשיה הספציפית. בהקשר זה אדגיש, כי קביעתו של בית המשפט קמא לפיה כל נושה פוטנציאלי חייב ליידע את הגורמים המעורבים בהסדר הנושים בטענותיו בלא שיהוי, גם היא נחוצה ואף הכרחית, כדי שהליכי ההסדרה הקולקטיביים יהיו הליכים אפקטיביים וראויים לשמם האומדים נכונה את מצבת החובות, ומבססים את המשך הדרך על מידע מדויק ומקיף ככל שניתן. הדברים עולים כמובן בקנה אחד עם האמור באשר לצורך בתחימת האפשרות להגיש הליכים שונים במסגרת זמנים ברורה, כמו גם עם האפשרות להיעזר בדוקטרינת השיהוי במשפט האזרחי כדי לקצר, בנסיבות בהן האינטרס הציבורי ושיקולי המדיניות השיפוטית מחייבים זאת, את תקופת ההתישנות. יצוין, כי בעניין שרון פאור ציין השופט מלצר, שקיימות דעות לפיהן הסדר נושים אינו משמש רק מחסום דיוני מפני תביעות, אלא מביא גם לאבדן הזכות המהותית עצמה, כך שלאחר הסדר נושים עובר החוב מן העולם (ראו פסקה 24 לפסק הדין). עם זאת, טרם ניטעו מסמרות לעניין זה, וגם בנידון דידן איני מוצא צורך להידרש לכך.

עב. בענייננו, נערך הליך משולב בקונצרן איי.די.בי, שמטרתו – בין היתר – היתה להביא להבראתה של פיתוח באמצעות הזרמת כספים לקופתה, תוך העברת מניותיה לידיהם של נושי אחזקות. כדי להגיע להסדר האופטימלי, אשר יעניק את המירב לנושים ויאפשר את הצעתה של פיתוח בדרך חדשה, נדרשה כמובן האפשרות להעריך נכונה את מצב החובות של החברות. חובותיה של אחזקות נאמדו בסך האדיר של כ-2 מיליארד ₪, וחובותיה של פיתוח לנושיה נאמדו בסך כ-6 מיליארד ₪. במסגרת הליכי ההסדר בחן בית המשפט את יתרונותיהן וחסרונותיהן של הצעות אחדות, ולאחר קבלת הצעות משופרות והצבעת הנושים אישר את ההסדר שהציעה קבוצת אלשטיין-אקסטרה, אשר זכה לאחוז התמיכה הגבוה ביותר בהצבעות הנושים. סמוך לאחר אישורו הסופי של ההסדר, הגישו המערערים את בקשותיהם לאישור תביעות נגזרות לבית המשפט, וגובהה הבקשות עומד על למעלה ממיליארד שקלים. לגרסתם של המערערים, לא הגישו בקשותיהם קודם לכן, ולא פעלו בנושא, כיון שעילת התביעה התגלתה להם אך לאחר פרסומים בעיתונות, בשלהי 2013, בסמוך לאישורו של ההסדר.

עג. מכאן עולה בענייננו השאלה, האם לעובדה שנושה לא ידע או לא יכול לדעת בדבר קיומה של עילת תביעה, ישנה נפקות לעניין האפשרות להגיש תביעה לאחר שאושר הסדר הנושים.

עד. סבורני, כי כל האמור מעלה מטה את הכף לעבר תשובה שאינה חיובית גם לשאלה זו. מכלול השיקולים אשר הובילו לקביעה בדבר פטור, ובראשם הצורך ביציבות וודאות של הסדר נושים, נכונים ומתאימים גם במקרים בהם לא נפל פגם בהתנהלותו של נושה, וכאשר גם באופן סביר לא היה ביכולתו לדעת על עילת התביעה בטרם אושר ההסדר. הדבר נאמר כעניין עקרוני ונורמטיבי, תוך חיפוש נקודת האיזון הראויה בין זכותה של חברה לתבוע פיצוי בגין הפרות שבוצעו, לבין הצורך להבטיח את הודאות הנדרשת להבטחת קיומו של הסדר נושים קיים או עתידי, כדי שאף לא יירתעו נושים או משקיעים פוטנציאלים מהגשת הצעות להסדר חוב בעתיד. בהקשר זה, וכאמור מעלה, נתונה ושמורה כמובן הסמכות לבית המשפט שלהסדר להכריע בסוגיה בכל מקרה לגופו, כדי להבטיח את האיזון הראוי נוכח מאפייניו הייחודיים של כל הסדר. דומה כי ככלל, אף במקרים בהם עילת התביעה התגלתה רק לאחר אישורו של ההסדר, יש צורך בקיומן של נסיבות חריגות ביותר כדי לערער הסדר חתום, שסגר הליכי פירוק או הבראה של חברה, ועליו מסתמכים והסתמכו רבים. לשם כך יש צורך בהצדקה כבדת משקל, שבית המשפט שלהסדר יבחן בשבע עיניים, שכן הכלל כאמור הוא שעל נושים ובעלי תביעה לעמוד על המשמר בחינת "יזוהר הקונה", וכאן נאמר אנו "יזוהר הנושה".

עה. בשולי הדברים ולמעלה מן הצורך, אציין כי בבחינת החומרים אשר הוצגו בפנינו, לא מצאתי תשובה ברורה לשאלה מדוע לא הוגשו התביעות הנגזרות על ידי המערערים קודם לכן, או למצער, מדוע לא ניתנו הודעות או נערך ניסיון לבירור קודם לאישור הסדר הנושים. המערערים חזרו על טענתם, כי מדובר בשאלה הנדרשת לבירור עובדתי מעמיק, שאין מקומו בהליכי דחיה על הסף, וכל שכן בהליך בקשה למתן צו חוסם. מעבר לכך, כל שצינו הוא כי הכתבה שבעקבותיה נודע להם על החלוקות האסורות התפרסמה בסוף שנת 2013, ומכאן שלא השתהו בהגשת התביעות. העובדה שהמערערים לא צירפו את הכתבה המדוברת, וגם כי תגובתם לבקשה למתן צו חוסם לא נתמכה בתצהיר, פועלת לחובתם בעניין זה. זאת, בפרט כאשר הציגו המשיבים שורת כתבות, המציגות לכאורה את שנאמר בכתבה עליה מסתמכים המערערים, אך פורסמו בסמוך לאותה חלוקה שנטען כי היתה אסורה. זאת, כמובן, בנוסף לשאלה הכרוכה בפומבי הגדול שניתן להליכים, הקשורים באחזקות ובפיתוח.

עו. כך, ביום 23.11.09 פורסמה בעיתון "דה-מארקר" כתבה שכותרתה "השלב השני של IFRS: המהלכים החשבונאיים שמייצרים דיווידנדים במאות מליוני שקלים" ובה הדברים הבאים:

"דיסקונט השקעות (דסק"ש), שבשליטת אי.די.בי פיתוח, הודיעה אתמול שהיא שוקלת לפרסם הצעת רכש מיוחדת ל-5%-7% ממניות החברה הבת שופרסל. (...) הפער בין שווי המניות שימכר במכירה הרעיונית לבין שוויין בספריה של דיסקונט השקעות מגיע על פי הודעתה של דיסקונט השקעות ל-972 מליון שקל, ויזקף כרווח הון".

ביום 24.5.10 פורסמה בעיתון "כלכליסט" כתבה שכותרתה "איחוד שופרסל במאזן דיסקונט השקעות סידר לה רווח נקי של 1.54 מיליארד שקל ברבעון", בה נאמר:

"הרווח הנקי של דיסקונט השקעות עמד על 1.54 מיליארד שקל ברבעון הראשון, זאת הודות לשינויים חשבונאיים בעקבות איחוד תוצאותיה של שופרסל עם אלה של דיסקונט השקעות שתרכשו 1.3 מיליארד שקל לשורה התחתונה של החברה" (ההדגשה הוספה – א"ר).

ביום 26.12.10 פורסמה בעיתון "גלובס" כתבה שכותרתה: "שופרסל מותחת את החבל: מינוף גבוה ודיבידנד אגרסיבי". בכתבה זו הוטעם כי המינוף הגבוה, שבמסגרתו מחולקים דיבידנדים בהיקפים גבוהים יחסית, תוך השקעות הצפויות להגדיל את הסיכון הפיננסי של החברה, הפך לתופעה עולמית.

ביום 31.5.10 פורסמה באתר האינטרנט Bizportal כתבה שכותרתה "למרות הורדת תחזית הדירוג: שופרסל מחלקת דיבידנד בסך 150 מליון שקל". בכתבה דווח על חלוקת הדיבידנד חרף הורדת דרגתה של שופרסל מ"ציבה" ל"שלילית", וצוין כי הדירקטוריון סבור שחלוקת הדיבידנד לא תשפיע באופן מהותי לרעה על מצבה הכספי של החברה, ובכלל זה על מבנה ההון שלה, רמת המינוף שלה, מצב נזילותה ויכולתה להמשיך לפעול במתכונתה הקיימת.

ביום 21.6.10 פורסמה כתבה נוספת בעיתון "דה-מארקר", שכותרתה "רשות ני"ע בודקת: כיצד הרוויחה אי.די.בי 150 מיליארד שקל". מן הכתבה עלה כי "פירצה בכללי ה-IFRS איפשרה לדסק"ש לרשום את הרווח" וכי:

"שתי עסקאות שבהן היתה מעורבות דיסקונט השקעות (דסק"ש) מקבוצת אי די בי בחודשים האחרונים איפשרו לה לרשום רווחי הון גדולים. עסקאות אלה (...) מסייעות בנסיבות מסוימות, אם כי לא בהכרח, להגדיל את הרווח שעל בסיסו מחושבים המענקים למנהלים הבכירים בקבוצה. בעסקאות אלה התבססה דסק"ש על השלב השני לתקן IFRS 3R. לפי תקן זה, כשחברה הופכת לבעלת שליטה בחברה שהיתה בעבר חברה מוחזקת, מתבצעת

לכאורה 'מכירה רעיונית' של מניות החברה הבת על פי שוויין ההוגן של אותן מניות במועד העלייה לשליטה, ומיד לאחר מכן 'רכישה רעיונית' של אותן מניות - וזאת על אף שהמניות נותרות כל הזמן בידי בעלת השליטה. אלא שהמהלך התיאורטי מאפשר לחברה לממש את ההפרש בין השווי של המניות כפי שנרשם בספריה לבין השווי ההוגן שלהן בעת המכירה, ולדווח עליו כרווח הון."

עז. עינינו הרואות, כי כבר בעת חלוקת הדיבידנדים פורסמו כתבות שונות בנושא, אשר יכלו כמובן, ואף צריכות היו, להעלות את חשדם של המערערים – כפי שאירע לשיטתם בפרסום הכתבה עליה הם נסמכים. יוזכר, כי הימנעות מבירור המצב המשפטי, אינה יכולה להצדיק מצב של שיהוי בהגשת תביעה (בג"ץ 321/69 קרם נ' הועדה הרפואית לערעורים, פ"ד כג (2) 449, 450 (1969); בג"ץ 4140/95 סופרפארם ישראל בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד נד (1) 49, 71 (1999)), והדבר נכון שבעתיים בענייננו, כאשר כלל לא ברור איזו כתבה היא שעוררה את המערערים להגיש תביעותיהם סמוך לאישור הסדר החוב, ומדוע לא פעלו הכתבות שהוצגו מעלה על המערערים באופן דומה קודם לכן. בהקשר זה אעיר כי אף החריג הקבוע בסעיף 8 לחוק ההתישנות, לפיו מניין תקופת ההתישנות יחל ביום בו נודעו לתובע העובדות המהוות את עילת התביעה, עוסק בגילוי העובדות שנעלמו מעיניו, ולא בגילוי הדין (ע"א 531/89 להבי נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה, פ"ד מו(4) 719, 723 (1992); ע"א 9863/09 וויריאנט בע"מ נ' מנהל רשות המסים (2011), בפסקה 37; טל חבקיין התישנות (2014), בעמ' 179-185). בענייננו, על פני הדברים ניכר כי העובדות והנתונים היו ידועים וגלויים לכל, אולם הדין הרלבנטי ולמצער - אופן פרשנות הנתונים במישור החשבונאי, אולי הם שנעלמו מעיני המערערים עד לפרסום הכתבה הנטענת. חוששני כי דבר זה אינו מצדיק חריגה מן הכלל האמור, ובירור הטענה לאחר שאושר הסדר ממצה ומקיף, תוך סכנת קעקועו.

עת. סבורני, והדברים נאמרים בזהירות רבה, כי כדי לאפשר הגשתה של תביעה נגזרת, לא יהא זה בלתי סביר לדרוש שבעל מניות יגלה מידה של עניין במניות אשר בבעלותו, למצער בידעו שמתגבש הסדר חוב בקונצרן החברות בו הוא מושקע. במקרה זה, שעה שספקות וסימני שאלה רבים עלו בכלל העיתונות הכלכלית סמוך לביצוע החלוקות בהן מדובר, דומה שהיה מקום כי יידלקו נורות אזהרה בפני בעלי המניות, ומשבאה שעתו של הסדר החוב היה אז לכאורה המועד להעלות את תעצומותיהם. מבלי לטעת מסמרות, אציין כי כאשר בעל מניות נמנע מבירור הנורות הללו – כבר באותו מועד, או למצער לקראת גיבושו של הסדר חוב שפרטיו ידועים וגלויים לכל – איני מוצא כי נכון יהא "למתוח" את גבולות המועדים הראויים להגשתה של תביעה נגזרת,

רק משום שכתבה זו ולא אחרת היא שעוררה את סקרנותו של בעל המניות דיה, עד כדי פניה למומחים ויועצים לבירור ספקותיו. יתרה מכך – בענייננו, העובדה שכתבה עיתונאית היא שעוררה את חשדם של המערערים לטענתם והובילה אותם לחקירה ודרישה בנושא, אך מלמדת כי לא דובר במידע חסוי שלא היתה למערערים דרך לגלותו קודם לכן. סבורני, כי הצורך בשמירה על טובתה של החברה מחייב אותנו לתמרץ אף את בעלי המניות ה"פשוטים" לבדוק את חשדותיהם, ולעשות זאת מוקדם ככל שניתן.

עט. נוכח האמור, סבורני כי מבחינה מהותית, ההחלטה בנידון דידן שלא לאפשר הגשתה של התביעה הנגזרת כנגד פיתוח בגין עילות שקדמו להסדר הנושים, מתבקשת ומתחייבת בנסיבות המקרה, ואין צורך לטעת מסמרות באשר לטענות בעניין השיהוי הסובייקטיבי או תום הלב של המערערים. אף אם נדון את המערערים לכף זכות ונכריע כי אכן, כטענתם, לא ידעו ולא יכלו לדעת בדבר קיומה של העילה, דבר שהוא מתמיה כשלעצמו במידה רבה נוכח הפומבי הרב שניתן כאמור למשא ומתן על ההסדר, הנה הצורך בשמירה על יציבות ההסדר גובר על זכות הגישה לערכאות, והחלטתו של בית המשפט המחוזי כי אין מקום לבירור טענותיהם בשלב זה שלאחר אישור ההסדר, אף אם תמי לב הם, ואף אם הגישו תביעותיהם בהזדמנות הראשונה – ושוב, סימני השאלה בעינם – אינה מצדיקה התערבותנו. הדבר גם תואם את התנאים הדרושים לצורך קבלת טענת שיהוי, שכן כאמור, חרף הזהירות הנדרשת במניעת גישה לערכאות, לבית המשפט סמכות רחבה, וקבלת הטענה תתאפשר במקרים בהם האינטרס הציבורי מחייב זאת, וכאשר הנתבע שינה מצבו לרעה תוך הסתמכות על כך שלא ייפתחו הליכים משפטיים נוספים בעניין, דבר החל בנידון דידן. נשוב ונזכיר את ההליכים המורכבים לקראת ההסדר, שבמסגרתם הוזמנו הנושים הפוטנציאליים להעלות טענותיהם כדבעי.

פ. ואחר הדברים האלה, יש לבחון האם הדרך שבחר בית המשפט - ההחלטה להוצאת צו חוסם בנסיבות העניין - מצדיקה התערבותו של בית משפט זה.

#### הוצאת צו חוסם

פא. בבואנו לבחון את החלטתו של בית המשפט המחוזי להוציא צו חוסם, יש ליתן את הדעת למקרים החריגים בהם מוצא צו מעין זה, ולצד זאת, לאיזונים הנדרשים: מזה, לעובדה שעסקינן בהליך של תביעה נגזרת – תביעה אשר כאמור טעונה באופן מובנה ניהולו של הליך מקדים כדי להגישה – ולפגיעה בזכות המערערים (ולמעשה,

בזכותה של דסק"ש) לתבוע ככל שהצו החוסם יישאר בתקפו, ומזה, לפגיעה במשיבים ולמחירים שעתידיים הם לשלם אם לא יינתן צו חוסם.

פב. סעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, קובע:

"כל בית משפט הדן בענין אזרחי מוסמך לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה, צו לא-תעשה, צו ביצוע בעין וכל סעד אחר, ככל שיראה לנכון בנסיבות שלפניו".

ככלל, בהתאם לפסיקה, מסעיף זה, כמו גם מסמכותו הטבועה של בית המשפט, נגזרת סמכותו ליתן צו חוסם, לרבות צו המונע מאדם הכפוף לסמכותו של בית המשפט להגיש או לנהל תביעה במדינה אחרת. בבואו ליתן צו חוסם, על בית המשפט לשקול את הנזק הצפוי לשני הצדדים בהליך, ככל שיינתן הצו החוסם או שלא יינתן. אכן ככלל, וכפי שטענו המערערים, נעשה שימוש בסעד זה בעיקר בהקשר של חסימת פניה בתביעות לערכאות זרות. ברע"א 714/96 פריסקל נ' אורנשטיין, פ"ד מט(5) 759 (1996) מנתה השופטת שטרסברג-כהן את השיקולים אליהם על בית משפט ליתן דעתו בבואו לדון בבקשה לצו חוסם כנגד הגשת תביעה לערכאות זרות:

"השיקולים בהפעלת הסמכות אינם מהווים רשימה סגורה. יש לשקול, מחד גיסא, את הפגיעה הצפויה בצד המבקש את הצו אם לא יינתן לו כזה, ומאידך גיסא, את הפגיעה הצפויה בצד האחר אם יינתן נגדו צו כזה. יש לתת את הדעת על השאלה אם בפתיחת הליך בפורום הזר יש משום מהלך דיוני המכוון לפגוע בצד המבקש את הצו או למנוע ממנו זכות המגיעה לו בדין; יש לבדוק אם פתיחת ההליך הזר נעשית לצורכי איום או סחיטה, והאם היא פוגעת בעקרונות צדק מהותיים ודיוניים; יש לשקול את ההשלכות שעשויות להיות להוצאת צו כזה, שיש בו כדי למנוע מצד להביא את עניינו לפני בית-משפט, זכות הנחשבת כזכות יסוד של האדם ושפגיעה בה עלולה להיחשב כנוגדת את תקנת הציבור; יש לתת את הדעת על כך שמדובר בצו שנפקותו במדינה אחרת ושאינן לבית-משפט מקומי אפשרות לאוכפו שם, אם כי הצו הוא אישי וניתן להעמיד לדין את מי שהפר אותו, בגין ביזיון בית-משפט. מדיניות שיפוטית ראויה דורשת אפוא לתת צווים כאלה במשורה, שכן השיקולים כבדי המשקל, שאינם יורדים לשורש הסמכות, מורים על מימושה במקרים חריגים. השיקול המרכזי והחשוב ביותר הוא שיקול הצדק המוכרע על-פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו" (שם, בפסקה 11, הדגשה הוספה).

פג. אופיו הקיצוני של הסעד, השולל, בסופו של יום, את זכות הגישה לערכאות של אדם, מחייב את בית המשפט לנהוג משנה זהירות בהפעילו את שיקול הדעת המסור לו

בהענקת הצו, ולתתו רק במקרים חריגים בהם הוכח כי התביעה שהוגשה בפורום הזר היא קנטרנית או שהוגשה בכוונה רעה, ושיקולי הצדק הם שיכריעו בסופו של יום כאמור (רע"א 778/03 אינטר-לאב בע"מ נ' Israel Bio Engineering Project, פ"ד נז(5) 769 (2003), בפסקאות 4-5; רע"א 3277/04 זומריס נ' וייס (2004), בפסקה 5; לעניין הוצאת צו חוסם נגד בעל דין טרדן, ראו גם סקירתה של סגנית נשיאת בית המשפט לענייני משפחה בירושלים, השופטת נ' מימון בתמ"ש 25202-09-10 ד.ע. נ' ע.י. (2011)).

פד. טוענים המערערים, כי מע"א 183/75 דב אלון נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 124 (1975) – אשר ביטל צו חוסם שניתן כנגד בעל דין טרדן, תוך קביעה שהדבר נעשה בלא הצבעה על מקור סמכות – ניתן ללמוד כי לבית משפט בישראל אין סמכות לנעול שערו של בית המשפט ולא לברר תביעתו של בעל דין לגופה, כאשר אין מדובר בבעל דין טרדן. לשיטת המערערים, הדין הקיים מאפשר לבתי המשפט בישראל למנוע הליך משפטי בפורום זר בלבד, וגם זאת – במקרים חריגים בלבד.

פה. אומר כבר עתה, כי עמדה זו אין בידי להלום. מלשון סעיף 75 לחוק בתי המשפט נגזרת סמכותו הרחבה של בית המשפט ליתן כל סעד (ע"א 447/92 רוט נ' אינטרקונטיננטל קורפוריישן (1995), פ"ד מט(2) 102, 109; בג"צ 1438/98 התנועה המסודרת נ' השר לענייני דתות (1999), פ"ד נג(5) 337, 377-378), לרבות צוים שונים ומגוונים נגד כל מתדיין המצוי לפניו (רע"א 714/96 נידה פריסקל נ' אבשלום אורנשטיין (1996), פ"ד מט(5) 759, 761). ככל שנקבע שלבית המשפט סמכות טבועה ליתן צו המונע מאדם הגשת תובענות לערכאות זרות, הדברים נכונים גם באשר למתן צו חוסם נגד ניהול הליכים בערכאות המקומיות, ואין טעם מבורר להבחין בהקשר זה בין אלה לאלה. ושוב, הדבר ייעשה כמובן במקרים חריגים בלבד, ובזירות המתבקשת, והכל בהתאם לנסיבות המקרה; והשכל הישר ושיקולי הצדק יכריעו בסופו של יום האם מדובר באותו מקרה חריג המצדיק מתן צו חוסם.

פו. המבקשים בנידון דידן, מעוניינים בהוצאתו של צו מן הסוג הקרוי Quia-Timet, לצורך מניעה מראש של פגיעה בזכויותיהם, וכדי להקדים תרופה למכה ולמנוע השלכות עתידיות אפשריות של תביעה. לדברי המלומד ד"ר א' וינוגרד בספרו צוי מניעה (2008), יתן בית המשפט צו מעין זה, כאשר קיימת ודאות קרובה שהמעשה המפר את זכותו של מבקש הצו אכן עומד לקרות, וכי בשל מעשה זה ייגרם נזק של ממש. דרגת הודאות תלויה בנסיבות כל מקרה, אולם נוכח משמעותו של הצו, לא די

באפשרות מופשטת לקיומו של האירוע, או בחשש בלתי מבוסס, ויש צורך בהוכחות כלשהן להפרה הצפויה ולפגיעה בזכותו של מבקש הצו; אם לא צפוי נזק של ממש, או שהנזק אינו בודאות מספקת, לא יינתן צו מעין זה (שס, בעמ' 42 וההפניות).

פז. בהקשר זה יש ליתן את הדעת גם לאופי ההליך בו מתבקש הצו ולמורכבות הבקשה להוצאת צו חוסם במסגרתו. בנידון דידן עסקינן בתביעה נגזרת, וכאמור, ניהולה של זו מותנה באישורו של בית המשפט, כדי למנוע שימוש לרעה בהליך. לבית המשפט סמכות רחבה לאשר או לדחות בקשה להגשתה של תביעה נגזרת, ובעשותו מלאכתו יבחן את תום ליבו של המבקש, ואת השאלה האם מדובר בתביעה שניהולה ייטיב עם החברה אם לאו. מבחנים גמישים אלה, הנשענים על "מונחי שסתום", מעניקים לבית המשפט שיקול דעת רחב בהכרעתו, וזאת גם בגדרי הצורך לעודד הגשתן של תביעות נגזרות כדי לייעל את הממשל התאגידי ולטייבו. נוכח האמור, שובה את הלב לכאורה טענת המערערים, כי הוצאתו של צו חוסם ביחס להגשתה של תביעה נגזרת היא סעד שככלל אינו במקומו, שכן ככל שלבית המשפט סמכות רחבה יותר בהליך המקדמי, עלולה שלילה מראש של פניה לבית המשפט לצורך ניהול זה, להצטייר כמשרדת מעין אי אמון בהכרעותיו ובשיקול דעתו. לאחר העיון סבורני בנידון דידן, בדומה לכונס הנכסים הרשמי, כי ראוי לחלק את ההכרעה בין הוצאת הצו החוסם לתביעה כנגד פיתוח, ובין הוצאתו לתביעה כנגד המשיבים הנוספים.

פח. באשר להוצאת הצו נגד פיתוח, לדידי, משקבענו את שקבענו באשר לסמכות המסורה לבית המשפט שלהסדר ובאשר לחסימת האפשרות להגיש תובענות בעילה אשר קדמה להסדר הנושים, אין מקום להתערבות בצו שניתן.

פט. בסופו של יום, ביקש בית המשפט שלהסדר – אשר לו כאמור הסמכות בכל עניין העלול להשפיע על הסדר החוב בקונצרן החברות – למנוע בירורן של תביעות, העלולות לשמוט את הקרקע מתחת להסדר הנושים המורכב והעדין, או למצער לערער את יציבותו. ובכל זאת יבואו ויטענו המערערים, כי קיים ספק בשאלה האם נדרשה הוצאתו של צו חוסם כדי להגיע לתוצאה האמורה, והאם לא היה על בית המשפט לאפשר בירורו של הנושא על ידי הערכאה אליה הוגשו התביעות הנגזרות, קרי, בית המשפט המחוזי מרכז-לוד. נציב שאלה זו, ונבקש להשיב עליה.

צ. חוששני, כי הגשת הבקשה לתביעה נגזרת לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד (במובחן מבית המשפט שלהסדר) הצריכה נקיטת המהלך האמור על ידי בית המשפט

המחוזי בתל אביב, ולא הותירה לו ברירה אלא להוציא צו חוסם באשר לפיתוח; בלא כן היה מתנהל הליך מיותר, בעל רעשי רקע רבים, שהיה מעמיד – לפחות זמנית – בסימן שאלה את מצבן של החברות ואת השקעתם של המשיבים, על ידי ערכאה שאינה מעורה בהשלכות הרוחב בנסיבות – מבלי לפגוע – כבית המשפט העוסק בפרשה מכבר, שלא לדבר על שיקולי יעילות. על כן, וגם נוכח ייחודיותו של המקרה דנא והשלכותיו על המשק הישראלי – אף בהנחה שאין מדובר בבעל דין טרדן או בניסיון של שימוש לרעה בהליכי המשפט – לפנינו שיקולים כבדי משקל המצדיקים שימוש בסמכותו של בית המשפט לפי סעיף 75 לחוק בתי המשפט, להוצאת הצו. הקביעה מתחזקת גם נוכח שיקולי הצדק להם נדרש בית המשפט בבואו לדון בבקשה לצו חוסם, וכבר אמרנו כי הוצאת צו חוסם "פנים ישראלי" אינה סותרת את לשון החוק או תכליתו, אף שעל פי רוב הוצא הצו החוסם, כאמור, בנסיבות של ערכאות זרות. אשר על כן, אף שמדובר בצעד חריג, איני סבור כי מתן צו חוסם לתביעות כנגד פיתוח טעון התערבותה של ערכאת הערעור.

#### הוצאת צו חוסם לתביעות כנגד המשיבים הנוספים

צא. דומה כי שונים הדברים לעניין הצו החוסם כנגד המשיבים הנוספים. טוענים המערערים, כי לא רק שבית המשפט המחוזי מרכז-לוד נעדר סמכות לדון בבקשה לצו חוסם בתביעות נגד פיתוח, אלא שנעדר הוא סמכות גם בכל הנוגע לתביעה הנגזרת כנגד המשיבים הנוספים (בעלי השליטה, הדירקטורים, רואה החשבון המבקר ונושאי המשרות השונים). זאת, הן מן הטעם שלא הוגשה בקשה רשמית להוצאת צו מעין זה, הן בשל העובדה שהמשיבים הנוספים לא היו צד להסדר החוב שאושר, והן מאחר שלשיטתם לא ניתנה להם זכות טיעון בעניין. גם מעבר למישור הסמכות, נטען כאמור, כי שגה בית המשפט בהוצאת צו חוסם בעניין המשיבים הנוספים, וזכות חזרתם לפיתוח אינה יכולה לגבור על זכותה של דסק"ש לתבוע את נזקיה, בפרט כאשר לא קיבלו כל פטור מתביעות אלה במסגרת הסדר החוב שהושג.

צב. אומר כבר עתה, איני סבור כי במישור הסמכות יש מקום להתערב בקביעות בית המשפט בנושא זה. אמירה זו נגזרת מן הדברים שנאמרו מעלה, ובהם הקביעה בדבר סמכותו הרחבה של בית המשפט שלהסדר, והדגשת הצורך לאחד את כלל התביעות הנוגעות להליכים השונים אשר מתנהלים כלפי קונצרן החברות איי.די.בי במסגרת ערכאה דיונית אחת; זאת, בפרט שעה שמדובר בתביעות העלולות להשפיע זו על זו. הסמכות ליתן צו חוסם כנגד המשיבים הנוספים נעוצה כאמור גם בהוראות סעיף 75

לחוק בתי המשפט, ובית המשפט המחוזי בתל אביב הוא הערכאה המצויה בפרטי ההליכים, והסדר הטוב מחייב כי זו הערכאה שבפניה יידונו הטענות בנושא. הבקשה ליתן צו חוסם כנגד המשיבים הנוספים עלתה בפני בית המשפט כבקשה נספחת לבקשה העיקרית לצו חוסם, ופיצול ההליכים בין ערכאות שיפוטיות שונות, שעה שמדובר באותה מסכת עובדתית, אינו יכול לעמוד במבחן השכל הישר, ואין ביכולתו לתרום לניהולן הראוי והיעיל של התביעות (יצוין כי במקרים חריגים, אף רשאי בית המשפט לפסוק סעד שכלל לא התבקש על ידי הצדדים להליך, וזאת ככל שהסעד נובע ישירות מן הסעד המקורי שהתבקש; כאשר כלל העובדות והראיות הדרושות להענקת הסעד נתבררו בפני בית המשפט; וכאשר הצדק או הצורך ללבן את השאלות המהותיות שבמחלוקת מחייבים מתן הסעד – וראו ע"א 7731/11 צוריאל אגודה שיתופית להתישבות חקלאית בע"מ נ' משה אביטן (2013), בפסקה 16 לפסק דינו של השופט עמית).

צג. ועוד, ההגינות מחייבת לבחון אם היה למערערים יומם השיפוטי, ובהקשר זה יצוין כי מעיון בפרוטוקול הדיון ובכתבי הטענות שהגישו הצדדים לבית המשפט המחוזי בתל-אביב, עולה כי לא היתה פגיעה בזכות הטיעון של המערערים מסוג המצדיק שלילת סמכותו של בית המשפט המחוזי להכריע בסוגיה. הבקשה למתן צו חוסם כנגד המשיבים הנוספים עלתה כבר בכתבי הטענות הראשונים של המשיבים, ואלה הבהירו כי בלא מתן צו חוסם גם לתביעות כנגד המשיבים הנוספים, יתנגדו באופן גורף לבקשה למתן הצו. הדבר נבע מתוך חששם הברור להימצא אחראים לחלוקה האסורה, תוך שיחויבו בלא אפשרות להיפרע מבעלת המניות שנהנתה מחלוקה זו. המשיבים הנוספים הבהירו לא אחת, כי לדידם בידיהם עילת חזרה לפיתוח, וכי יעמדו על זכותם זו ככל שיימצאו חייבים בחלוקה האסורה. ביום 11.5.14 הגישו המערערים תגובה לתגובות המשיבים הנוספים, בה הבהירו שלשיטתם אין בית המשפט מוסמך ליתן צו חוסם כנגד המשיבים הנוספים מבלי שהתבקש לכך מפורשות. בהזדמנות זו הדגישו, כי מתנגדים הם לחסימת תביעתם נגד המשיבים הנוספים, וכי ככל שבית המשפט מבקש לשמור על הסדר הנושים בפיתוח, מתן צו חוסם למשיבים הנוספים כנגד תביעה כלפי פיתוח היא הדרך הראויה, שלא תמנע מן הניזוק לתבוע את נזקו (וראו בעמ' 31-32 לתגובה). אמנם, בבקשתם מיום 2.11.14 – בה שבו והבהירו את התנגדותם למתן צו חוסם כנגד תביעה כלפי המשיבים הנוספים – ביקשו להגיש עמדה מפורטת יותר בסוגיה, אולם גם משעה שהדבר לא ניתן, איני סבור שיש בכך כדי לפגוע בסמכותו של בית המשפט המחוזי לדון בנושא.

צד. משאמרנו כי הוצאת הצו החוסם כנגד המשיבים הנוספים לא נעשתה כשלעצמה בחוסר סמכות, ניגש לבחינת ההחלטה לגופה, על השלכותיה. אקדים ואומר, כי במישור זה, אציע לחברי לקבל את טענות המערערים, ולהורות על ביטול הצו החוסם כנגד המשיבים הנוספים. סבורני כי האיזון הראוי אינו מצדיק הוצאתו של צו החוסם מראש הגשתה של תביעה כנגד המשיבים הנוספים בנימוק של שמירה על הסדר הנושים בפיתוח. עמדה זו יסודה בשני טעמים עיקריים: הראשון – תכליות הוראות החוק בדבר אחריותם האישית של נושאי המשרה, לרבות שיקולי הרתעה; והשני – אופיו הייחודי של סעד הצו החוסם, ומידת הזהירות הנדרשת בעת הוצאתו, כפי שתוארה מעלה. דברים אלה נאמרים – ובהטעמה – בלא לקבוע כל עמדה בנושא האחריות לגופו.

צה. כאמור, לטענת המערערים נעשו בדסק"ש חלוקות אסורות בשנים 2010-2011. את בקשתם לתביעה נגזרת, הגישו כנגד נתבעים שונים, באופן הבא:

(1) תביעה להשבה של הדיבידנדים שחולקו בחלוקה אסורה - הוגשה כנגד בעלי השליטה בדסק"ש, אשר זכו מן החלוקות האסורות: פיתוח; כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ; כלל פיננסים בע"מ; הגב' שלי ברגמן ומר יצחק דנקנר לפי סעיף 310 לחוק החברות.

(2) הפרת חובת אמונים וזהירות בגין החלוקה האסורה - הוגשה כנגד נושאי המשרה הבכירים בדסק"ש לפי סעיפים 252-254 לחוק החברות (בהתאם לסעיף 311 לחוק); כמו גם כנגד רואה החשבון המבקר. רואה החשבון נתבע גם בעילה לפי סעיף 170 לחוק החברות - אחריות בשל חוות דעת, וכן ברשלנות והפרת חובה חקוקה.

(3) הפרת חובת אמונים וזהירות בגין רכישה פסולה של מניות שופרסל (שנועדה לטענת המערערים להכשרת החלוקה האסורה) - הוגשה כנגד הדירקטורים ונושאי המשרה הבכירים בדסק"ש (משיבים 3-17), לפי סעיפים 252-254 לחוק החברות.

צו. הצו שהוציא בית המשפט המחוזי, מתוחם לתביעות כנגד פיתוח וכנגד המשיבים הנוספים בכל עילה הקשורה בחלוקות האסורות לכאורה, לרבות תביעות בעילות של הפרת חובת אמונים וזהירות בחלוקות הנדונות (וראו פסקאות 12 ו-23 לפסק הדין); עם זאת, בעילה הקשורה בעסקת שופרסל בחר בית המשפט שלא ליתן צו חוסם, חרף

העובדה שמדובר בעילה שנולדה קודם להסדר החוב, וזאת נוכח הודעת אלשטיין-אקסטרה (אשר הגישו את הבקשה לצו) כי אינם עותרים לסעד בעילה זו. לשיטתם (אף אם הדבר מצוי במחלוקת), אין העילה מקנה זכות חזרה לפיתוח, ועל כן אינה נוגעת אליהם. מאחר שלא הוגש ערעור על הקביעה שלא ליתן צו חוסם בעניין עסקת שופרסל, גם אנו לא נידרש לכך.

צז. כאמור, מדובר בעילות תביעה המופנות באופן אישי כלפי בעלי התפקידים – נושאי משרה, דירקטורים ורואה החשבון המבקר – נוכח חובות האמונים והזהירות בהן חבים הם, כמו גם תביעות כלפי בעלי השליטה להשבה של הדיבידנדים שחולקו בחלוקה אסורה.

צח. אשר לנושאי המשרה, סעיפים 252-254 לחוק החברות מגדירים את חובת הזהירות הנדרשת מנושא משרה בתאגיד, כמו גם את חובת האמונים הנדרשת, וזו לשונם:

”252. נושא משרה חב כלפי החברה חובת זהירות כאמור בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

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.

254. נושא משרה חב חובת אמונים לחברה, ינהג בתום לב ויפעל לטובתה, ובכלל זה –

- (1) יימנע מכל פעולה שיש בה ניגוד עניינים בין מילוי תפקידו בחברה לבין מילוי תפקיד אחר שלו או לבין עניניו האישיים;
- (2) יימנע מכל פעולה שיש בה תחרות עם עסקי החברה;
- (3) יימנע מניצול הזדמנות עסקית של החברה במטרה להשיג טובת הנאה לעצמו או לאחר;
- (4) יגלה לחברה כל ידיעה וימסור לה כל מסמך הנוגעים לעניניה, שבאו לידי בתוקף מעמדו בחברה.”

צט. חובת הזהירות, הקבועה בסעיפים 252-253, נועדה למנוע נזק לחברה עקב התנהגות רשלנית של נושא המשרה, וזאת באמצעות קביעת נורמות לתפקודו של נושא משרה סביר. על פי סעיף ההגדרות בחוק, ”נושא משרה” מוגדר כך: ”מנהל כללי, מנהל

עסקים ראשי, משנה למנהל כללי, סגן מנהל כללי, כל ממלא תפקיד כאמור בחברה אף אם תוארו שונה, וכן דירקטור, או מנהל הכפוף במישרין למנהל הכללי". חובת הזהירות תופר כאשר נושא המשרה לא נקט באמצעי זהירות סבירים, וזאת גם שעה שלא נגרם נזק לחברה, וגם כאשר לא ניצל את כוחו לרעה. לעניין רף ההתנהגות הנדרש מדירקטור לצורך הגשמת חובת הזהירות אשר חלה עליו כנושא משרה האחראי על ניווט פעילותה של החברה, יפים דברי הנשיא ברק בע"א 610/94 גדליה בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה, פ"ד נז(4) 289, 310 (2003):

"על כל דירקטור לנקוט את כל אותם אמצעי זהירות שדירקטור סביר היה נוקט בנסיבות העניין (השווה סעיף 253 לחוק החברות). אכן, היות אדם דירקטור אינו רק עניין של כבוד או כיבוד. אין זה גמול על שירותים שניתנו בעבר למדינה ולחברה. זו אינה אך דרך מכובדת לצאת לגימלאות. להיות דירקטור משמעותו למלא תפקיד מרכזי בחברה. להיות דירקטור משמעותו לנקוט את כל האמצעים הסבירים שדירקטור סביר היה נוקט להגשמת תפקידו בחברה. ודוק, השאלה אינה מה היו אמצעי הזהירות שאדם בעל ידע ונסיון כשל הדירקטור הנתבע לדין היה נוקט (כפי שנפסק בעבר בפרשת *City Equitable Fire Insurance Co. In re* [31] (1925)). השאלה הינה מה הם אמצעי הזהירות שדירקטור סביר היה נוקט בנסיבות העניין (...) המבחן לסבירות ההתנהגות הוא אובייקטיבי. נוסחה כללית זו יש לתרגם כמובן לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. אכן, רמת הזהירות היא אחת: זו הנקוטה בידי דירקטור סביר בנסיבות העניין. האמצעים שיש לנקוט כדי לצאת ידי חובת זהירות זו משתנים על פי הנסיבות השונות. חלקם של אמצעים אלה עניינם פעולות בגדרי הדירקטוריון עצמו; חלקם בשימוש בסמכויות השונות שהדין מעניק לדירקטור בפעולותיו מחוץ לדירקטוריון, כגון קבלת מידע, הסתייעות באנשי מקצוע וכיוצא בהן פעולות המסייעות לדירקטור הסביר במילוי תפקידו." (וראו מנקודת מבט ביקורתית מאמרם של יורם דנציגר ועמרי רחום-טוויג "עלייתו של שיקול הדעת העסקי ונפילתה של חובת הזהירות של דירקטורים" בספר יוסף גרוס- מחקרים בדיני חברות ומשפט עסקי (תשע"ה), 23).

ק. אשר לחובת האמונים, זו מתפרסת על מקרים בהם לאדם שליטה על נכסי זולתו, ותכליתה מניעת ניצול לרעה של הכוח שלא לטובת בעל הרכוש. בעל השליטה נדרש לדאוג באופן פעיל לענייניו ולטובתו של בעל הרכוש שהופקד בידיו, ללא פניות. החוק מפרט ארבעה מצבים נקודתיים שיש בהם כדי להקים הפרתה של חובת האמונים. בהתאם, נדרש נושא משרה בחברה להימנע מניצול לרעה של כוחו שלא לטובת החברה, להימנע מהעדפה עצמית או העדפת אחר, וכל פעילותו נדרשת להיות מכוונת לטובת החברה (וראו יחיאל בהט חברות - החוק החדש והדין (2015), בעמ' 468 (להלן החוק

החדש והדין); יוסף גרוס דירקטורים ונושאי משרה בעידן הממשל התאגידי (2011), בעמ' 190). סעיף 256(א) לחוק החברות מקביל את הפרת חובת האמונים להפרת חוזה בין נושא המשרה לבין החברה, וקובע כי: "על הפרת חובת אמונים של נושא משרה כלפי החברה יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים המחויבים". על כן, יכולה חברה לתבוע לאכיפת חובת האמונים, לפיצויים, ואף להשבת רווח (ע"א 817/79 קוטוי נ' בנק פויכטוונגר, פ"ד לח(3) 253, 281 (1984)).

קא. מכל מקום, חובות האמונים והזהירות המוטלות על נושאי המשרה נועדות להגן על החברה, ולודא כי האורגנים המוסמכים בה ממלאים תפקידם על הצד הטוב ביותר, לשם שגשוגה והצלחתה.

קב. כפי שפורט מעלה, האפשרות להגשת תביעה נגזרת ניתנת כאשר נטען כי האורגנים המוסמכים בחברה, האמונים על האינטרסים שלה, חוטאים לתפקידם, ונמנעים מהגשת תביעה בשמה לצורך מיצוי זכויותיה מול מעוולים שונים. מקרה כזה עלול להתקיים, בין היתר, שעה שנעשתה בחברה חלוקה אסורה; סעיף 311 לחוק החברות קובע, כי יש לראות כל מי שהיה דירקטור במועד החלוקה, כמי שהפר את חובותיו לפי סעיפים 252-254 לחוק. כדי שלא לחוב בהפרת חובת אמונים או רשלנות, על הדירקטור הנתבע לעניין זה להוכיח, כי התנגד לחלוקה האסורה ונקט את כל האמצעים הסבירים למנעה; כי הסתמך בתום לב ובאופן סביר על מידע שאילולא היה מטעה היתה החלוקה מותרת; או כי בנסיבות לא ידע ולא היה עליו לדעת על החלוקה (התנאים הם תנאים חלופיים; ראו סעיף 311 לחוק החברות) במקרים מעין אלה, ברי כי לא יגישו הדירקטורים תביעה כלפי עצמם, כמי שפגעו בטובת החברה, ועל כן יהא צורך בשימוש בכלי התביעה הנגזרת על מנת לתבוע את נזקיה של החברה.

קג. ואולם, באמצעות מנגנון התביעה הנגזרת לא זו בלבד שניתן לודא כי החברה תקבל פיצוי על הנזק שנגרם לה, אלא גם, ואולי בעיקר, מושגת – על דרך הכלל – הרתעתם של הדירקטורים ונושאי המשרה, לבל ישתמשו בכוח הניתן בידיהם שלא לטובתה של החברה. התביעה הנגזרת מאפשרת את אכיפת הנורמות המסדירות את אחריות נושאי המשרה, שכן עצם הידיעה כי הפרת הנורמות עלולה לגרום להגשת תביעות, היא הגורמת לנושאי המשרה להקפיד על אופן תפקודם בהתאם לדרישות הדין (ציפורה כהן בעלי מניות בחברה זכויות תביעה ותרופות כרך ג' (2010) בעמ' 456 (להלן כהן בעלי מניות בחברה)).

קד. בענייננו, נתבעים בעלי התפקידים בהפרת חובת אמונים והפרת חובת זהירות בשל החלוקות האסורות אשר נעשו לכאורה. נוכח התכליות העומדות ביסודן של חובות אלה, סבורני כי ישנה חשיבות שלא לחסום מעיקרא ומראש הגשתן של תביעות אלה. כמובן, אטעים שוב, כחובת ההגינות, כי הדברים נאמרים בלא הבעת כל דעה שהיא לגוף הטענות. סבורני, כי הוצאתו של צו חוסם כלפי תביעות נגד בעלי תפקידים בגין אחריותם האישית, עלולה לייצר תמריצים שאינם ראויים, ולהוביל למצבים בהם בעלי תפקיד היודעים כי חטאו בתפקידם, יקדמו הסדרי חוב בחברות המצויות בקשיים כלכליים כדי לזכות מן ההפקר, ולהבטיח כי לא יידרשו ליתן את הדין על מעשיהם או מחדליהם בכוא היום. זאת, כמובן, אין מקום לעודד. דברים אלה, עולים לדידי בקנה אחד עם האפשרויות העומדות בפני חברות לבטח, לשפות או לפטור נושאי משרה מאחריות, וזאת כפי שיובהר להלן, ושוב – בלא הבעת דעה קונקרטית במקרה דנא ותוך שמירת זכויות לעת הדיון בתובענה הנגזרת עצמה.

קה. סעיף 259 לחוק החברות קובע, כי חברה רשאית לפטור מראש נושא משרה בה מאחריותו בשל הפרת חובת זהירות, אולם אינה רשאית לפטור מאחריות בנוגע לחובה זו כאשר מדובר בהפרת חובת זהירות בחלוקה. מעבר לכך, רשאית חברה לשפות או לבטח את נושא המשרה על הפרת חובת זהירות רק ככל שזו לא נעשתה בכוונה או בפזיזות (סעיפים 260 ו-263 לחוק החברות). בעניין חובת האמונים בה חב נושא המשרה, הדרישות מחמירות יותר. סעיפים 258 ו-261(2) לחוק שוללים את האפשרות לפטור נושא משרה מאחריותו בשל הפרת חובת אמונים; כל שניתן הוא לבטח מקרים של הפרת חובת אמונים בהם נושא המשרה פעל בתום לב, והיה לו יסוד סביר להניח שהפעולה אותה אישר לא תפגע בטובתה של החברה. באופן זה, האפשרויות למתן פטור לביטוח בגין הפרתן של חובות האמונים והזהירות, מוגבלות ותחומות במידה מסוימת, נוכח החשיבות הרבה שבבסיס חובות אלה.

קו. יצוין, כי אף שמרבית החברות דואגות לבטח את נושאי המשרה, המגמה המסתמנת בישראל ובעולם היא להתמקד באחריות האישית של הדיירקטורים ונושאי המשרה בחברה, ולהרחיב אחריות זו (לדיון ודוגמאות בנושא ראו יוסף גרוס חוק החברות החדש (2007) בעמ' 470 להלן גרוס, חוק החברות החדש). ועוד, למרות הדאגה לבטח את נושאי המשרה, היסוד ההרתעתי שבבסיס חובותיהם נותר בעינו – וראוי כמובן כי כך ימשיך – הן בשל הפגיעה הצפויה במוניטין של נושאי המשרה הנתבעים, הן מאחר שהכיסוי הביטוחי חל במקרים של רשלנות בלבד ואינו חל במקרים של הפרת חובת אמונים, והן כיון שמדובר בכיסוי ביטוחי המוגבל בגובהו, שעה ששיעור הפיצוי בגין התביעה עלול לעלות על הסכום המבוטח (כהן, בעלי מניות בחברה, בעמ' 457).

קז. במקרה דנא, לא צוין כי בהסדר החוב קיימת תניה בדבר פטור מאחריות לדירקטורים ונושאי המשרה, ולא ברור האם לדירקטורים ולנושאי המשרה יש ביטוח או התחייבות לשיפוי מטעם דסק"ש. אף ככל שקיימות התחייבויות שכאלה, לא ברור בשלב זה טיבן או היקפן, ואלה יתבררו בהתאם לצורך במסגרת התובענה הנגזרת.

קח. דבר זה מוביל לטעם השני בגינו דומה שנדרשת הסרתו של הצו החוסם כלפי תביעות נגד המשיבים הנוספים, והוא מידת הזהירות הנדרשת בהוצאתו של צו חוסם, בה דיברנו לפני כן, בשים לב לזכות הגישה לערכאות. כפי שיובהר להלן, שעה שקיימים הליכים מקדמיים ומשוכות רבות אותן נדרשים המערערים לעבור, כמו גם סימני שאלה רבים המרחפים מעל אפשרויות החזרה של המשיבים הנוספים אל פיתוח, אין לכאורה מידת ודאות גבוהה שאכן עלול להיגרם נזק של ממש להסדר הנושים בהקשר המשיבים הנוספים. על כן נראה כי אין מקום להוצאתו של צו חוסם לתביעות אלה, אלא יש לילך ב"דרך המלך", בהתאם לשלבים הקבועים בדין, ולברר את בקשת המערערים לתביעה נגזרת שלב אחר שלב כאמור להלן, ושוב – בלא הבעת דעה לגופה. ויודגש, השימוש בצו חוסם ייעשה במקרים חריגים, ובענייננו אין מניעה כי הטענות, שעיקרן כי אין מקום לברר את התביעה נגד המשיבים הנוספים, יתבררו בשלב אישור הבקשה.

קט. על פי דין, ראשית, על בית המשפט המחוזי לבדוק, האם עומדת התביעה הנגזרת בתנאים הקבועים בדין, לצורך מתן האישור להגשתה ולניהולה. זהו הליך מקדמי, שעל בית המשפט המחוזי לנהל לגופו באופן מעמיק, על שלל נגזרותיו, כבכל בקשה לאישור תביעה נגזרת. שנית, וכדי להתחיל לבסס את עילת התביעה נגד המשיבים הנוספים, יהא על המערערים להוכיח כי אכן בוצעו חלוקות אסורות בדסק"ש, דבר אשר – מבלי לטעת מסמרות – מעמיד אותם בפני משוכה גבוהה שעליהם לעבור, שעה שקיימת מחלוקת בנושא, ושעה שאופן החלוקות היה ידוע, ולטענת המשיבים, אף נעשה תחת עינה הפקוחה של הרשות לניירות ערך, תוך דין ודברים שנוהל עמה בנושא. שלישי, אם יוכח כי נעשו חלוקות אסורות בחברה, יהא צורך בבירור אחריותם של נושאי המשרה לעניין חלוקה זו. רביעית, ורק אם ייקבע כי נושאי המשרה חבים באחריות בגין חלוקות אסורות שלכאורה נעשו, יהא צורך לבחון האם קיימים כתבי שיפוי או ביטוח לנושאי המשרה, ואם כן, מה היקף תחולתם (וראו לעניין גם החוק החדש והדין, בפרק 20; הבראת חברות, בפרק 22; רע"א 5296/13 אנטורג נ' שטבינסקי (2013), בפסקה 26), וכן יהא צורך לבחון היש בידיהם לחזור לפיתוח – דבר שאף בו אין ודאות, נוכח העילות בהן עסקינן, ונוכח האמור מעלה בדבר האפשרות המצומצמת לכאורה לתביעה כלפי פיתוח. ער אני לטענה המובנת שבעוד החברה "יוצאת בחוץ" ותביעות כנגדה נחסמות, נושאי המשרה עודם חשופים – אך דומני כאמור כי התוצאה נכונה, חרף תחושה זו, שכן

הדגש הוא על הליך הבראת החברה, והרי נושאי המשרה לא היו כשלעצמם חלק מהסדר הנושים.

קי. מאותם נימוקים שהועלו כאן, גם איני מוצא טעם במתן צו חוסם כנגד רואה החשבון המבקר של דסק"ש, שכלפיו נטען להפרת חובת הזהירות המוטלת עליו מכוח סעיף 170 לחוק החברות (אחריות בגין חוות דעת), וכן להפרת חובה חקוקה ולרשלנות. גם במקרה זה, ובמיוחד בשים לב לסעיף 166(ב) לחוק החברות, השולל את האפשרות לשפות את רואה החשבון המבקר, ככל שאכן בוצעה חלוקה אסורה, אין סיבה לחסום מראש תביעה נגזרת נגדו, ולהימנע מבירור אחריותו בנושא באופן מסודר ומעמיק (לעניין חובותיו של רואה החשבון המבקר ראו גרוס, חוק החברות החדש, בפרק ל'; וכן מאמרה של נילי קרקו-אייל "הגבלת חבותו הנזיקית של רואה החשבון המבקר" משפטים מא 517 (2011)), אף כאן כמוכח בלא הבעת דעה לגופם של דברים.

קיא. כן לא מצאתי כי יש מקום למתן צו החוסם תביעות השבה מעיקרא (למעט כמוכח כנגד פיתוח). סעיף 310(א) לחוק קובע, כי משביצה חברה חלוקה אסורה, יהיה על בעל מניה להשיב לחברה את שקיבל, זולת אם לא ידע ולא היה עליו לדעת כי החלוקה שבוצעה אסורה. לשלמות התמונה יצוין, כי סעיף 310(ב) מוסיף, שחזקה על בעל מניה בחברה ציבורית, אשר לא היה דירקטור, מנהל כללי או בעל השליטה בחברה במועד החלוקה - שלא ידע ולא היה עליו לדעת, כי חלוקה שבוצעה היא חלוקה אסורה. בנדון דידן, יפים השיקולים שתוארו מעלה גם לעניין זה, אם כי משעסקינן בתביעות להשבה נגד מי שהיו בעלי בעלי השליטה בחברה ונהנו מן החלוקות האסורות, התמונה מעט יותר מורכבת, ובמסגרת בחינת הבקשה לתביעה נגזרת על ידי בית המשפט, ישקול כיצד תביעות אלה עלולות להשפיע על הסדר הנושים ולהידרש לטענות נוספות של המשיבים בהיבט זה, לרבות בשאלה של הודעת צד ג'.

קיב. כללם של דברים, נוכח הצורך האמור בזהירות יתר במתן צו החוסם מראש גישתו של בעל דין לערכאות, נוכח מספר המשוכות הרב שעל המערערים לעבור, ונוכח העובדה שלא ברור האם – ככל שיגיעו עד לשלב זה – יוכלו המשיבים הנוספים לתבוע את פיתוח לסעד כזה או אחר, נראה כי הוצאתו של צו החוסם מקדמית את השלבים השונים הנדרשים לבירור מעמיק, אינה נחוצה ואינה עולה בקנה אחד עם הדין, וכמוכח עם התכליות העומדות בבסיס החובות האישיות הקבועות לנושאי המשרה בחברה, לבעלי השליטה ולרואה החשבון, ומידת ההרתעה הרצויה אותה יש לשמר.

קיג. לסיכום, אציע לחבריי לקבל את הערעור בחלקו במובן זה שיוסר הצו החוסם בכל הנוגע לעילות כנגד המשיבים הנוספים בלבד, והוא יישאר על כנו בנוגע לכל השאר. המערערים יוכלו להגיש בקשתם לתביעה נגזרת לבית המשפט המחוזי בתל אביב, לו מסורה הסמכות לדון בבקשה. פתרון זה תואם את הדין הקיים בנושא, ואף תואם את הסעד השני שבקשו המשיבים, כך שיתאפשר קיומו של הליך הסף המקדים בפני בית המשפט הדן בהסדר, שם ייבחן האם יש מקום לבירור התביעה. נוכח התוצאה, אציע שלא לעשות צו להוצאות.

קיד. לאחר הדברים הללו באה לפניי חוות דעתו המעניינת של חברי השופט עמית. חברי מציע להותיר על כנו את הצו החוסם גם כנגד המשיבים הנוספים – בעלי השליטה, נושאי המשרה ורואה החשבון של דסק"ש. לא אכחד, חוות דעתו של חברי שובת לב, בהטעימה, בין השאר, את ודאות ההסדר ואת היחס בין פיתוח למשיבים הנוספים. אולם לאחר שעיינתי ושבתי ועיינתי בסוגיה שלפתחנו, לא מצאתי לשנות מעמדתי.

קיה. לדידי האיזון הראוי בין זכות הגישה לערכאות ובין הצורך לשמור על יציבות הסדר הנושים, אינו מצדיק הוצאתו של צו החוסם מדאש הגשתה של תביעה כנגד המשיבים הנוספים. עמדה זו יסודה כאמור מעלה בתכליות הוראותיו של חוק החברות בדבר אחריותם האישית של נושאי משרה, לרבות שיקולי הרתעה ובאופיו הייחודי של סעד הצו החוסם. ויודגש, אי הוצאת צו חוסם אין משמעו ריקון הסדר הנושים מתוכו. כל הנקבע לטעמי הוא, כי אין מניעה לעצם הגשתה של הבקשה לאישור התביעה הנגזרת. על בית המשפט שלהסדר יהא לבחון בשלב המקדמי של בחינת אישור התביעה, האם יש מקום לאשרה אם לאו, לרבות לנוכח טענות שיכול שישמעו בדבר עמדת הדיקטוריון החדש של החברה וחשש מפני "כפל מבצעים", כפי שציין חברי. כל הטעון בדיקה ייבחן בשלב זה. במעמד זה גם תיבחן השאלה האם למשיבים הנוספים עילת חזרה כלפי פיתוח. לדידי אין מקום לעסוק בהליך דנא בהשערות כאלה ואחרות, מבלי שהמסד העובדתי פרוס בפנינו כדבעי.

קיו. ל"דרך המלך" ולאפשרות להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת, חשיבות כשלעצמן, אף אם בסופו של הליך אישור התביעה יבוא בית המשפט לידי מסקנה כי אין מקום לנהלה. מתן חסינות מעיקרא ופטור מאחריות למי שנטען שמעלו לכאורה בתפקידם, אינו עולה בקנה אחד עם תכליות החוק, עם מדיניות משפטית ראויה ועם המסר הנשמע מבית המשפט, בפרט כאשר קיימת חלופה "מידתית" יותר.

ק"ז. חברי ציין כי קשה להלום מצב שבו פיתוח "תצא ממורקת מכל חוב כלפי דסק"ש, אך המשיבים, שלא שילשלו לכיסם את הדיבידנד, לא יוכלו לחזור על פיתוח בתביעה". לא אכחד, סוגיה זו הטרידתני, ואולם בל נשכח, כמה מן המשיבים הנוספים הם בעלי שליטה ונהנו גם נהנו מחלוקת הדיבידנד – האם אין מקום ששייבו כספים אלה ככל שיימצא שמדובר ב"חלוקה אסורה"? באשר לנושאי המשרה, איני רואה כאמור כי יש מקום למנוע מעיקרא אפשרות להגיש כנגדם תביעה בגין הפרת חובות זהירות וחובות אמונים, וכי "חוטא ייצא נשכר" – ככל שהדבר יוכח כמובן – אך בשל העובדה כי החוטא האחר יצא בלא פגע. ויוטעם שנית, ככל שיתברר כי פיתוח מחויבת בשיפוי המשיבים הנוספים, הדבר יילקח בחשבון במכלול השיקולים בדיון באישור התביעה.

ק"ח. הוסיף חברי השופט עמית, כי הצו החוסם בנדון דידן אינו יכול לחסום את עילת התביעה של המשיבים הנוספים כנגד פיתוח מכוח זכות החזרה, שכן הצו החוסם מושא ענייננו עוסק אך ורק בתביעות שעילתן נוצרה לפני אישור הסדר הנושים. איני חולק על כך, אולם אף לגישתו של חברי נראה כי אין מניעה שככל שהמשיבים הנוספים ייצאו חייבים (בהנחה שבית המשפט יאשר את התביעה הנגזרת), יתבקש באותו מועד צו חוסם כנגד תביעות חזרה כלפי פיתוח; ומכל מקום סוגיה זו אינה דורשת הכרעה, וזו תישקל במסגרת הליך אישורה של התביעה הנגזרת.

ק"ט. עוד ציין חברי, כי הדירקטוריון הנוכחי של דסק"ש אינו מעוניין להגיש תביעה כנגד המשיבים, וככל הנראה אינו מאמין בה, ואינו עומד מאחוריה. ראשית, איני בטוח כי כך הם פני הדברים, שהרי דסק"ש לא הגישה עמדה בפנינו. שנית, אף אם כך הדבר, אין ברשותנו מידע לעניין הטעמים העומדים בבסיס עמדת הדירקטוריון: האם לגישתו תביעה כגון דא אין בה לשרת את טובת החברה, או שמא סבור הוא מטעמיו ובין היתר סדרי עדיפויותיו בניהול החברה, שאין מקום לניהולה. עוד ציין חברי כי על פניה התביעה "מוזרה", שכן הגישה בעלי המניות ולא נושי החברה - ברם ניתן להעלות על הדעת מצב שבו יבקש בעל מניות להגיש תביעה כנגד חלוקת דיבידנד שלא זכה בה לממון רב (והמרוויחים הגדולים מאותה חלוקה הם בעלי השליטה), ובחלוקה זו יש לטעמו לפגוע בטובת החברה וביכולתו להפיק רווחים משמעותיים בעתיד.

ק"כ. שאלה נוספת בעקבות דברי חברי היא השיהוי, שלטעמו גרם לכך שהמשיבים הנוספים הסתמכו על הסדר הנושים, ואילו הוגשה התביעה בטרם הסדר היו המשיבים מבקשים להצטרף להסדר, כנושים מותנים, שעילתם נולדה בטרם הסדר החוב, ואולם, ספק בעיניי אם המערערים הם נושים מותנים. נושה מותנה הוגדר, בהקשר של בקשה

לפירוק, ככולל "אדם שיש לחברה כלפיו התחייבות קיימת, שלפיה החברה תחוב או שהיא עשויה לחוב על-פי ההתחייבות הקיימת בעת אירוע עתידי או במועד עתידי" (ציפורה כהן פירוק חברות (מה' 2 תשע"ו), 171). בנדון דידן אין מדובר בהתחייבות קיימת שאינה שנויה במחלוקת, אלא בתביעה שלא הוכחה, ומכל מקום אפילו היה נכון טיעונו של חברי, מקומה של סוגיה זו להתברר גם היא בהליך אישור התביעה הנגזרת.

## המשנה לנשיאה

### השופט י' עמית:

1. אקדים ואומר כי אני מסכים עם חברי, השופט א' רובינשטיין, כי יש להותיר את על כנו את הצו החוסם כנגד אי.די. בי. חברה לפיתוח בע"מ (להלן: פיתוח), ולו דעתי תישמע, יש להותירו על כנו בעיקרו, גם כנגד כל המשיבים הנוספים (להלן ולשם הקיצור: המשיבים), ובכך אני חולק על חברי בנקודה זו.

טרם אסביר את עמדתי, אזכיר עובדה שנזכרה על ידי חברי בפסקה ט לפסק דינו, אך דומה כי "נבלעה" בנושא העיקרי של פסק דין זה. בנוסף לתביעה הנגזרת הנוגעת לחלוקת הדיבידנד (שסכומה עומד כיום על כ-2 מיליארד ₪), הוגשה כנגד המשיבים בלבד תביעה בסך של 423 מיליון ₪, בגין רכישת מניות חברת שופרסל, בטענה שהללו הפרו את חובות הזהירות והאמון המוטלות עליהם מאחר שרכישת המניות נעשתה ללא תכלית עסקית ובניגוד לטובת החברה. אין חולק כי בגין עילה זו, אין למשיבים זכות חזרה על פיתוח, ועל כן קבע בית משפט קמא, כי הצו החוסם לא יחול על עילה זו.

2. אציג את התביעה הנגזרת שבפנינו במילים פשוטות: המערערים טוענים כי פיתוח "שאבה" שלא כדין דיבידנדים מחברת הבת שלה דיסקונט השקעות בע"מ (להלן: דסק"ש). מאחר שדסק"ש נמנעת מלתבוע את השבת הדיבידנדים שחולקו, המערערים, שטובתה של דסק"ש עומדת לטענתם נגד עיניהם, עותרים להגיש בשמה של דסק"ש תביעה נגזרת כנגד פיתוח וכנגד המשיבים, להשבת הדיבידנדים. זו תמצית התביעה.

3. על שלושה דברים עומד הסדר נושים: וודאות – וודאות – וודאות. נטלת את עקרון הוודאות והסופיות מהסדר הנושים, נטלת את נשמת אפו ואת הבסיס לקיומו של הסדר, שתכליתו לאפשר לחברה לפתוח דף חדש בחייה, עם הפנים לעתיד, מבלי לחשוש

מפני הופעתן של תביעות רפאים מהעבר הרחוק או הקרוב. וכלשונה של השופטת פרוקצ'יה בע"א 10739/07 רשות המיסים היחידה לפירוקים, כינוסים וגביה קשה מכס ומע"מ נ' קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ (16.6.2011) (להלן: עניין קלאבמרקט): "בהבראת חברה, כמו גם בפשיטת רגל, מצטרף לכך השיקול של מתן אפשרות לחברה לפתוח דף חדש בחייה העיסקיים, תוך הותרת דף חדלות הפרעון מאחוריה. [...] הסדר הנושים, כמו הליכי פרעון חובות קולקטיביים אחרים, נועד להביא לסיום כולל וממצה ככל האפשר של פרק חדלות הפרעון בחייו של החייב. הסדר הנושים נועד לטפל טיפול מקיף וכוללני בחובותיה של החברה חדלת הפרעון, ולהצעידיה לדרך חדשה, כשהיא משוקמת ונקייה ככל האפשר מן הקשיים והנטלים שפקדו אותה בעבר" (שם, פסקאות 38, 52).

כפי שציין חברי, אין לאפשר מצב בו צד שלישי ישב על הגדר, ימתין עד להשלמת הסדר הנושים, ואז "ישלוף" את תביעתו על מנת להלקות את החברה בגין חטאיה לפני הסדר הנושים, וזאת לאחר שאושר הסדר נושים שבמסגרתו הוזרם הון עתק לחברה. וכפי שטען אחד המשיבים בדיון שבפנינו, המשמעות של תביעה מעין זו היא "להטיל פצצת מימן" על הסדר הנושים. חברי היטיב להראות בפסקאות ע"ו-ע"ז לפסק דינו כי פורסמו מספר כתבות בנושא חלוקת הדיבידנדים כבר בשנים 2009-2010, כך שאם המערערים לא ידעו בפועל אודות חלוקת הדיבידנדים, וכשלעצמי אני מסופק בכך, הרי שיכולים היו לדעת על כך. שלא לדבר על הסדר הנושים עצמו, שקרם עור וגידים תחת סיקור תקשורת צמוד, כאשר "כל העם רואים את הקולות" ועוקבים בזמן אמת אחר קורותיו של קונצרן אי.די.בי עובר לגיבוש הסדר הנושים ואישורו על ידי בית המשפט. ובקיצור, סמיכות הזמנים בין הגשת התביעה זמן קצר לאחר אישור הסדר הנושים, חשודה כשלעצמה.

4. חברי מצא כי נוכח ייחודיותו של הסדר הנושים במקרה שבפנינו, יש מקום ליתן צו חוסם המונע הגשת תביעה כנגד פיתוח, ואני מצטרף בלב שלם למסקנתו זו. עם זאת, כשלעצמי, איני רואה צורך לעגן את סמכותו של בית המשפט ליתן צו חוסם בסעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. אני סבור כי ניתן לעגן זאת בסמכותו הרחבה של בית המשפט מכוח סעיף 350(א2)(ט) לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות), סעיף שמכוחו רשאי בית המשפט של פירוק ושיקום, להגן על פסק דינו החלוט שאישר את הסדר הנושים.

5. חברי סבר כי יש לקבל את הערעור ולבטל את הצו החוסם הגשת התביעה הנגזרת כנגד המשיבים (שביניהם הדירקטורים, נושאי המשרה הבכירים בדסק"ש ורואה

החשבון המבקר של דסק"ש). חברי משרטט בפסקה קט לפסק דינו את מסלול הייסורים שעל הצדדים יהיה לעבור, כאשר רק בתחנה הסופית תיבדק השאלה אם יש בידי המשיבים לחזור על פיתוח. דהיינו, חברי מסכים כי אם יש למשיבים זכות לחזור על פיתוח, הרי שאין מקום להגשת התביעה, שהרי מה הועילו חכמים בתקנתם במתן צו חוסם תביעה כנגד פיתוח, אם ממילא ניתן יהיה לחזור על פיתוח בתביעת השבה והשתתפות. לדידי, זכות החזרה של המשיבים היא השאלה המקדמית הראשונה שיש לבחון, על מנת לחסוך קיומו של הליך ארוך ובעל משמעויות כבדות מבחינת המשיבים (ראו והשוו רע"א 4024/14 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' כהן, פס' 54 (26.4.2015)).

לגופו של עניין, איני רואה אפשרות של ממש לחסום את המשיבים מלחזור על פיתוח, ולא מצאתי בטיעוניהם של המערערים תשובה לכך. איננו צריכים להרחיק את עדותנו לגבי זכות החזרה של המשיבים, שהרי המערערים עצמם, בטיעוניהם בפני בית משפט קמא, טענו כי אם חלילה בית המשפט ייעתר לבקשה למתן צו חוסם, ממילא לא יהיה בכך כדי להועיל ולהוציא את פיתוח מהתמונה, שהרי המשיבים יוכלו לחזור על פיתוח. דהיינו, המערערים עצמם מודים כי למשיבים עומדת זכות חזרה על פיתוח, ומה הועילו חכמים בתקנתם?

6. אך גם בהתעלם מאמירתם זו של המערערים, אבחן את הדברים לגופם. המשיבים טענו כי יש בידיהם כתבי שיפוי הן מדסק"ש והן מפיתוח. לצורך הדיון אני נכון להניח כי לא קיימים כתבי שיפוי, או להניח כי כתבי השיפוי אינם מאפשרים להם לחזור על פיתוח. אני אף נכון להניח את ההנחה המחמירה ביותר עם המשיבים, כי בסופו של הליך יימצא שהם חטאו לא רק בהפרת חובת הזהירות אלא אף בהפרה שלא בתום לב של חובת האמונים. גם בהנחות מחמירות אלה, בסופו של יום, מי שנהנתה מפירות הדיבידנד האסור היא בעיקר פיתוח, כמי שהחזיקה ב-74% ממניות דסק"ש בתקופה הרלוונטית (בהמשך אתייחס למחזיקים מקרב הציבור).

סעיף 310(א) לחוק החברות קובע: "ביצעה חברה חלוקה אסורה, יהיה על בעל מניה להשיב לחברה את שקיבל, זולת אם לא ידע ולא היה עליו לדעת כי החלוקה שבוצעה אסורה". בהינתן הטענה של המערערים עצמם כי פיתוח היא זו ש"מנווטת את פעילות החברה [דסק"ש – י"ע] וידעה על 'תרגיל השיערוך'" (סעיפים 182-183 לבקשה לאישור התביעה הנגזרת), קשה להלום מצב בו המשיבים לא יהיו זכאים לחזור על פיתוח בתביעת השבה של הדיבידנד שקיבלה שלא כדין, ולו מטעמי עשיית עושר ולא במשפט. זאת, כאמור, גם בהנחה המחמירה ביותר עם המשיבים:

"נניח שפלוני (חייב 1) [המשיבים – י"ע] אחראי בגין נזק שגרם לנושה [דסק"ש – י"ע]. אולם כתוצאה מן המעשה הפיק אלמוני (חייב 2) [פיתוח – י"ע] רווח שהוא חייב בהשבתו לאותו נושה. בהנחה שהנושה איננו זכאי לבוא על סיפוקו פעמיים, כיצד יוסדרו היחסים הפנימיים בין החייבים (חייב 1 וחייב 2) [פיתוח והמשיבים – י"ע]? בלשון כללית יאמר, כי בהתנגשות זו בין עיקרון האשם לעיקרון טובת ההנאה, יחתך הדין על פי טובת ההנאה, וביחסים הפנימיים יהיה חיובו של חייב 2 [פיתוח – י"ע] חיוב ראשוני, כדי טובת ההנאה שהפיק" (פרידמן וכהן, דיני חיובים – חלק כללי, עמ' 218).

עוד על עקרון טובת ההנאה במצבים של השתתפות בין חייבים ועדיפותו על פני עקרון האשם, ראו דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 395-396, 400-401 (מהדורה שלישית, 2015).

המערערים מתייחסים לפיתוח ולמשיבים כ"מעוולים" ואל בעלי המניות כאל "ניזוקים". גם בהיבט של דיני הנזיקין, זכות ההשתתפות בין מעוולים מעוגנת בסעיף 84 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], ואף היא מקורה בדיני עשיית עושר ולא במשפט (ע"א 3765/95 חוסיין נ' טורם, פ"ד נ(5) 573, 578 (1996)).

סיכומו של דבר, כי קשה להלום מצב בו פיתוח – הנהנית מהדיבידנד ש"נגזל" מדסק"ש – תצא ממורקת מכל חוב כלפי דסק"ש, אך המשיבים, שלא שלשו לכיסם את הדיבידנד, לא יוכלו לחזור על פיתוח בתביעה. ואם נאפשר להם לעשות כן, נמצאנו חוזרים ומחריבים במו ידינו את הסדר הנושים. מטעם זה של "מעגל שוטים", אני סבור כי יש להותיר את הצו החוסם על כנו.

7. ואם יטען הטוען כי כוחו של הצו החוסם יפה גם כנגד תביעת חזרה של המשיבים על פיתוח, את פתח לו ואמור כי הדבר אינו אפשרי. אסביר.

הצו החוסם עניינו אך ורק בתביעות שעילתן נוצרה לפני אישור הסדר הנושים. הצו החוסם אינו יכול בהגדרה לחסום את עילת התביעה של המשיבים כנגד פיתוח מכוח זכות החזרה. זאת, מאחר שעילת התביעה של המשיבים מכוח החזרה על פיתוח, יכולה להיווצר רק לאחר אישור הסדר הנושים. זכות החזרה יכולה להיווצר באחד משלושת המועדים הבאים, מהמאוחר ביותר למוקדם ביותר: המועד בו ישלמו המשיבים

את החיוב לפי התובענה; מועד מתן פסק הדין; מועד הגשת התובענה. כל שלושת המועדים הנ"ל הינם לאתר אישור הסדר הנושים.

על מועד היווצרותה של עילת החזרה אנו יכולים ללמוד, בדרך ההיקש, מהשאלה מתי מתחיל מירון ההתיישנות כתביעת שיפוי והשתתפות. בספרם של י' אנגלרד, א' ברק ומ' חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 495 (מהדורה שניה, תשל"ז) נאמר: "עצמאותה של זכות ההשתתפות מתבטאת גם במועדי תחולתה והתיישנותה: זכות ההשתתפות נולדת עם ביצוע התשלום על ידי המזיק לניזוק, או לכל המוקדם עם צאת פסק הדין המכיר בחיוב המזיק כלפי הניזוק או עם הודאתו (של המזיק) באחריותו. מכאן שזכות ההשתתפות מתיישנת שבע שנים לאחר מועד אחרון זה".

על פי דעה זו, עילת התביעה נוצרת רק לאחר מתן פסק דין או לאחר ביצוע התשלום על ידי המזיק (ע"א 493/63 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בישראל נ' קבוצת כנרת, קבוצת פועלים להתיישבות שיתופית בע"מ, פ"ד יח(2) 225 (1964); ע"א 1650/10 גת כימיקלים בע"מ נ' BIP Chemicals Ltd, פס' 26 (27.12.2012); ת.א. (שלום י-ם) 11247/97 סלע חברה לביטוח בע"מ נ' ריינר (8.2.2004); ת.א. 1090/01 בש"א 3997/05 (מחוזי חי') שוורץ נ' משרד הבינוי והשיכון (26.5.2005)). אפשרות אחרת, מקדימה את מועד תחילת מירון ההתיישנות של תביעת השתתפות ושיפוי, למועד הגשת התביעה:

"התביעה כלפי הזוכה תלויה ומותנית בתביעת הנפגע כלפי הועדה המקומית ובשיעורה של אותה תביעה. באין חבות מוסד התכנון כלפי הנפגע, לא קמה זכות תביעתו כלפי הזוכה. תביעת הועדה כלפי הזוכה הקמה לאור חיובה לתשלום דמי איזון לנפגע, היא באופייה תביעה לשיפוי...משמעות הדבר היא כי עילתה כנגד הזוכה היא עילה עצמאית הקמה ומתגבשת בשלב בו נתגבש חיובה של רשות התכנון לשלם לנפגע דמי איזון או, למיצער, מקום שהיא נתבעת לכך על ידיו...מקום שהועדה אינה מכירה בחבותה לדמי איזון וטוענת כי בתכנית לא כרוכה כל פגיעה, אין בידיה עילת תביעה כנגד הזוכה כל עוד לא קמה חבותה כלפי הנפגע. חבות זו קמה, לכל הדעות, עם מתן פסק דין לזכות הנפגע בתביעתו כלפי הועדה. אולם לצורך התיישנות ראוי להתחשב בנקודת זמן הקודמת למתן פסק דין כזה...מאחר שהמבחן לתחילת מירון ההתיישנות נעוץ בקיומה של יכולת דיונית להעמיד את המחלוקת להכרעה שיפוטית...במצב דברים זה, המועד שממנו ואילך יכולה הועדה לצרף את תביעתה נגד הזוכה לתביעת הנפגע נגדה פותח את תקופת ההתיישנות

ביחסים שבינה לבין הזוכה. יש, אפוא, שוני במועד תחילת ההתיישנות בין תביעת הנפגע כלפי הועדה לבין תביעתה כלפי הזוכה. לענין הראשון מתחיל המירוץ עם אישור התכנית. לענין השני מתחיל המירוץ משלב הגשת תביעת הנפגע לתשלומי דמי איזון" (דברי השופטת פרוקצ'יה בע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, פ"ד נז(5) 433, 456-457 (2003)).

(וראו גם (בר"ע (מחוזי ב"ש) 520/06 משרד אדריכלים שפייזמן שסל נ' שיכון עובדים בע"מ (22.5.2006)).

אם כך ואם כך, המועד המוקדם ביותר בו יכולה להיווצר עלת התביעה, הוא מועד הגשת התביעה הנגזרת, וזו הוגשה לאחר הסדר הנושים. ממילא, הצו החוסם כנגד פיתוח, אינו יכול לתפוס לגבי תביעות שעילתן נוצרה לאחר הסדר הנושים.

8. ומזוית אחרת: לשיטת המערערים, עלול להיווצר מצב בו פיתוח תהנה מ"כפל מבצעים" – לפני הסדר הנושים פיתוח משכה דיבידנד מדסק"ש, שהיא פטורה מלהחזירו בשל הסדר הנושים. ככל שהתביעה תתקבל והמשיבים יחוייבו להחזיר לדסק"ש סכום "צנוע" של כשני מיליארד ₪, ערכה של דסק"ש יעלה, ופיתוח שלאחר הסדר הנושים שוב תהיה הנהנית העיקרית מכך, כבעלת המניות העיקרית של דסק"ש. תוצאה זו לפיה פיתוח - שלשיטת המערערים עצמם היא המעוול העיקרי שניווט מאחורי הקלעים את חלוקת הדיבידנד והיא גם הנהנית העיקרית מחלוקת הדיבידנד - תצא נשכרת פעמיים, היא בלתי הגיונית וגם בלתי צודקת.

השיהוי בגינו ניתן צו חוסם המונע מדסק"ש להגיש תביעה נגזרת כנגד פיתוח, שיהוי שמקורו בכך שהתביעה הוגשה לאחר הסדר הנושים, כוחו יפה אף ביתר שאת כלפי המשיבים שכלכלו את צעדיהם, והסתמכו על הסדר הנושים. אילו הייתה התביעה מוגשת כנגד המשיבים עוד לפני הסדר הנושים, ייתכן שהמשיבים היו טוענים להיותם נושים מותנים או מעין נושים מותנים, וככאלה, היו דורשים להצטרף להסדר הנושים (השוו לעניין קלאבמרקט).

9. ומזוית נוספת: ענייננו בתביעה נגזרת, שהתנאי להגשתה הוא טובת החברה. הדירקטוריון הנוכחי של דסק"ש הוא לא אותו דירקטוריון שהיה קיים בעת חלוקת הדיבידנדים, ואשר לגביו נטען כי מילא את מצוות בעל השליטה הקודם. כיום יש בדסק"ש בעל שליטה חדש ודירקטוריון חדש שזה מקרוב בא. הדירקטוריון הנוכחי אינו

מעוניין להגיש תביעה נגד המשיבים ואינו סבור כי תביעה נגד פיתוח תשרת את טובת החברה. מדוע לכפות אפוא על דסק"ש "החדשה" תביעה נגד רצונה, תביעה שהדירקטוריון החדש ככל הנראה אינו מאמין בה ואינו עומד מאחוריה?

10. ומזוית נוספת: התביעה על פניה "מוזרה", באשר המערערים, שהם בעלי מניות בדסק"ש (ואיני נדרש לכך שרכשו את מניות דסק"ש לאחר חלוקת הדיבידנד), מלינים בכובעם כבעלי מניות על כך שדסק"ש חילקה דיבידנד לבעלי המניות. אלא שברגיל, בעל מניות אמור להיות שבע רצון מחלוקת דיבידנד ולא להלין על כך, וברגיל נושי החברה הם אלה הטוענים כנגד חלוקת הדיבידנד בטענה שהחלוקה פגעה ביכולת החזר והפרעון של החברה.

11. עד עתה הסברתי את עמדתי, מדוע יש ליתן צו חוסם גם כנגד המשיבים, כאשר הטעם העיקרי לעמדתי הוא, שהצו החוסם כנגד פיתוח יתרוקן מתוכן נוכח זכות החזרה של המשיבים על פיתוח.

אלא שלדסק"ש גם מחזיקי מניות מטעם הציבור, וכנגדם לכאורה לא עומדת למשיבים זכות חזרה. אחזור ואעמיד נגד עינינו את הוראת סעיף 310 לחוק החברות, והפעם בשלמותה:

#### תוצאות חלוקה אסורה

310. (א) ביצעה חברה חלוקה אסורה, יהיה על בעל מניה להשיב לחברה את שקיבל, זולת אם לא ידע ולא היה עליו לדעת כי החלוקה שבוצעה אסורה.

(ב) חזקה על בעל מניה בחברה ציבורית, שלא היה דירקטור, מנהל כללי או בעל השליטה בחברה במועד החלוקה, שלא ידע ולא היה עליו לדעת, כי חלוקה שבוצעה היא חלוקה אסורה.

המשיבים טענו, כי חלקם כיהנו הן כנושאי משרה בדסק"ש והן כנושאי משרה בפיתוח, וכי ניתנו להם כתבי שיפוי על ידי פיתוח המתייחסים גם לפעילותם כנושאי משרה בדסק"ש. לטענתם, כתבי שיפוי אלה חלים גם על חלוקת הדיבידנדים מושא התובענה הנגזרת, ולכן הם זכאים לחזור על פיתוח גם לגבי הדיבידנדים שחולקו לבעלי המניות מהציבור. אם הדבר נכון, הרי שדי בכך שלאחד מהמשיבים תהא זכות חזרה על

פיתוח, כדי להצדיק מתן צו חוסם גם ביחס לדיבידנד שחולק לציבור, כאשר המשיבים נתבעים ביחד ולחוד.

איני שולל טענה זו. ברם, כתבי השיפוי לא הוצגו ולא נדונו, והיקף תחולתם של כתבי השיפוי עשוי גם להיגזר מהשאלה, שלא נדונה וממילא לא הוכרעה, אם המשיבים פעלו תוך הפרת חובת אמונים שלא בתום לב. משכך, איני סבור כי בשלב זה ניתן לקבוע שאותם כתבי שיפוי עלומים אכן מאפשרים למשיבים או מי מהם לחזור על פיתוח בשל חלוקת הדיבידנדים לבעלי המניות מהציבור. לכן, אסייג את המסקנה אליה הגעתי, בכל הנוגע לחלק הדיבידנד שחולק לציבור.

עם זאת, אדגיש את המובן מאליו. הסרת הצו החוסם באופן חלקי מול המשיבים, אין בה כדי להביע דעה כלשהי לגבי חוזקה של עילת התביעה ואם היא ראויה לידון כתביעה נגזרת. על המערערים לחצות משוכות רבות בדרכם, ובין היתר, האם ידעו על חלוקת הדיבידנדים לפני הסדר החוב; האם הגשת התביעה היא לטובת החברה; אם אכן בוצעה חלוקה אסורה (לטענת המשיבים ופיתוח, החלוקה נעשתה על פי כללי החשבונאות באישורה של הרשות לניירות ערך ותחת עינה הפקוחה); ואם מי מהמשיבים הפר את חובת הזהירות ואת חובת האמונים. ואחרי כל אלה, ייתכן שכל המלאכה תהא לשווא, כי אם ימצא שמי מהמשיבים זכאי לחזור על פיתוח מכוח כתב שיפוי – והסיכוי לכך הוא גדול, כאשר קשה להלום כי כל המשיבים ימצאו מעוולים בהפרת חובת אמונים בחוסר תום לב – הרי שהצו החוסם יחזור ויעמוד על כנו, וימוטט את כל התביעה ואת כל התהליך. רוצה לומר, כי המערערים יוצאים אל דרך לא פשוטה.

לא אכחד כי התוצאה אליה הגעתי אינה רצויה בעיני. חברי הדגיש את חשיבות ההרתעה של דירקטורים, אך יש לזכור את הצד השני של המטבע, והוא הרתעת יתר של דירקטורים ונושאי משרה, על כל הכרוך בכך, ותביעה בהיקף של כחצי מיליארד שקל (בהנחה שכרבע מסכום הדיבידנד חולק לציבור), בוודאי שאינה עניין של מה בכך.

12. 109 דבר: יש לדחות את הערעור בכל הנוגע לצו החוסם לגבי פיתוח. יש לדחות את הערעור גם לגבי הצו החוסם כנגד המשיבים, אך בסייג לפיו יש לאפשר הגשת תביעה נגזרת כנגד המשיבים אשר תצומצם אך ורק לגבי סכום הדיבידנד שחולק לציבור. בדרך זו, תושג חסימה הרמטית של האפשרות לחזור על פיתוח.

נוכח התוצאה אליה הגעתי, אני סבור כי יש לחייב המערערים בהוצאות פיתוח, דולפיין (המשיבה 1) המשיבים 3-17 ו-21-22, והמשיב 23, בסכום של 50,000 ₪ כל אחד (סה"כ – 200,000 ₪).

13. לאחר שעיינתי בדברי חברי, אומר אך זאת ובקצרה. כאמור, גם בהנחות המחמירות ביותר עם המשיבים, ככל שיתבקש צו חוסם המונע בעדם מלחזור על פיתוח, איני רואה אפשרות משפטית של ממש להיעתר למתן צו כאמור, באשר מדובר בעילה חדשה שנולדה לאחר הסדר הנושים.

## ש ו פ ט

### השופט נ' סולברג:

1. מחלוקת נפלה בין חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופט י' עמית; מצדי התלבטתי, עד אשר החלטתי להצטרף לעמדתו של המשנה לנשיאה. לדעתי, נכון יהיה להעתר לערעור בנוגע לצו החוסם שהוצא נגד המשיבים הנוספים במלואו.

2. המחלוקת שבין חברי אינה רחבה כפי שנדמה אולי במבט ראשון; הכל מודים, כי את הצו החוסם נגד אי.די.בי חברה לפיתוח בע"מ (להלן: פיתוח) יש להותיר על כנו; הכל מודים כי בית המשפט שבו ראוי לברר תביעה נגזרת נגד המשיבים הנוספים הוא בית המשפט של הסדר הפשרה; והכל מודים שניתן לנקוט בהליך של אישור תביעה נגזרת נגד המשיבים הנוספים. לא נחלקו חברי אלא בשאלת היקפו של אותו הליך: לשיטתו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, ניתן לפתוח בהליך זה ביחס לחלוקות האסורות באופן כולל, ואילו לשיטתו של השופט עמית ניתן לפתוח בהליך זה רק כלפי אותו אחוז של החלוקות האסורות שלא הגיע לידיה של פיתוח, ושאינן למשיבים הנוספים זכות חזרה לפיתוח באשר אליו. טענותיהם של חברי מזה ומזה, יש בהן כוח שכנוע רב, ואולם שלושה שיקולים מצטברים הביאוני למסקנה כי בנסיבות הייחודיות של הערעור דנא, עדיפה עמדתו של המשנה לנשיאה רובינשטיין: מהותה של תביעה נגזרת, מהותו של צו חוסם, והערכאה שלה נתונה סמכות השיפוט לדון בעניינים הללו.

3. ככלל, הסדר נושים במסגרת הבראת חברה יוצר מצב של הפטר החברה מכל חיוביה, ככל שמדובר בעילות שהתגבשו לפני הסדר הנושים (רע"א 8797/08 אי.א.ט.אי. ייעוץ והכוונה בע"מ נ' שרון פאוור (יתח) (2.10.2013)); אולם, בענייננו, באופן פורמלי, נסב ההסדר על אחזקות ולא על פיתוח, הגם שבאופן מהותי מדובר בישות כלכלית אחת

(רע"א 4713/13 אי די בי חברה לאחזקות בע"מ נ' הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ, פסקה 2 (22.7.2013)). כך שבאופן פורמלי אמנם לא יצר הסדר הנושים הפטר לחובותיה של פיתוח, אך באופן מהותי כך ראוי, לאור הרציונלים של הפטר זה שעליהם עמדו חברי. בכל הנוגע לפיתוח, הדין איפוא עם בית המשפט המחוזי שקבע כי לא ניתן לתבעה בתביעה נגזרת בגין עילות שהתגבשו לפני הסדר הנושים עם אחזקות. למסקנה זו צריך היה בית המשפט שאליו הוגשה הבקשה לאישור תביעה נגזרת להגיע אף הוא, אילו דן בבקשה; אולם בנסיבות שלפנינו נדרש השימוש במנגנון של צו חוסם דווקא, כפי שהטעים חברי המשנה לנשיאה, משום שעצם קיומו של דיון בבקשה לאישור התביעה הנגזרת, היה יוצר 'רעשי רקע רבים' (פסקה צ לחוות דעתו), והיה מסכן כשלעצמו את הסדר הנושים, ללא תלות בתוצאתו של הדיון. כלומר, התקיימו נסיבות חריגות שהצדיקו שלא לברר את השאלה בדרך המלך, וזאת כדי להגן על הסדר הנושים.

4. שיקולים נכוחים אלו, אינם חלים על המשיבים הנוספים. עצם קיומה ובירורה של בקשה לאישור תביעה נגזרת נגד המשיבים הנוספים אינה מסכנת את קיומו של הסדר הנושים, וזאת משום שהדרך ארוכה היא ורבה, החל מבקשה לאישור תביעה נגזרת נגד המשיבים הנוספים וכלה בהשלכות כלשהן על פיתוח עצמה (ראו את התחנות שבדרך זו, בפסקה קט לחוות דעתו של המשנה לנשיאה). כפי שאפרט, אינני סבור שבירור מקדמי של הבקשה לאישור התביעה בדרך המלך כשלעצמו, יפגע בהסדר הנושים באופן המצדיק מתן צו חוסם נגדו, וזאת בשים לב לתנאי הסף של הגשת בקשה נגזרת, לכך שבית המשפט שידון בבקשה הוא בית המשפט של ההסדר, ולכך שמתן צו חוסם יהא מוצדק במצבים חריגים בלבד.

5. כידוע, בהליך של אישור תביעה נגזרת בוחן בית המשפט את תום לבו של המבקש, והאם אישורה של התביעה וניהולה יהיו לטובת החברה (סעיף 198 לחוק החברות, התשנ"ט-1999; אירית חביב-סגל דיני חברות 690 (2007)). לעמדתי, די בשני מבחנים אלו על מנת לוודא שאישור התביעה הנגזרת לא יפגע בוודאות הסדר הנושים. שני המבחנים מותירים בידי בית המשפט שיקול דעת נרחב, הכולל אפשרות לשקול שיקולי צדק במובנם העמוק (ראו רע"א 5296/13 אנטורג נ' שטבינסקי, פסקה 17 (24.12.2013)). נראה לי ברור, כי במסגרת שקילת 'טובת החברה' ניתן לשקול בענייננו גם את השאלה אם ניהול התביעה נגד המשיבים הנוספים יפגע בהסדר הנושים שנערך לאחזקות, המחזיקה בפיתוח, המחזיקה מצדה בדסק"ש, משום שבמצב העניינים הפירמידיאלי שלפנינו הסדר הנושים משפיע מן הסתם על טובת כלל החברות שבקונצרן. ממילא, ניתן לברר במסגרת זו אם התביעה עשויה בסופו של תהליך להביא לידי חיובה של פיתוח עצמה, ואם יש בכך כדי לפגוע בהסדר הנושים. אכן, כפי שציין

חברי השופט עמית בפסקה 5 לחוות דעתו, זכות החזרה של המשיבים הנוספים היא עניין קריטי שיש לבחון במסגרת השאלה אם לאשר תביעה נגדם – אך זאת ניתן לעשות במסגרת שלב אישור הבקשה לתביעה נגזרת, ושם גם ראוי לעניין זה להתברר (השוו רע"א 4024/14 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' כהן (26.4.2015) (להלן: עניין אפריקה ישראל), שם התמקד הדיון בשאלת אישורה של תביעה נגזרת נגד נושאי משרה בחברה שבוצע בה הסדר נושים). לא למותר לציין, כי במסגרת החלטת בית המשפט יתכן שתאושר הבקשה בחלקה, כגון רק לגבי עילות שלגביהן הוכח שלא תהיה זכות חזרה, הכל במסגרת שיקול דעתו הרחב של בית המשפט בעניין זה.

6. לכך יש להוסיף את העובדה שבנסיבות שהתעוררו – וכך גם ראוי באופן כללי – תידון הבקשה לתביעה נגזרת לפני בית המשפט של הסדר הפשרה. לא אחת צוין, כי "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" (עניין אפריקה ישראל, פסקה 22 לחוות דעתו של חברי, השופט עמית). רצוי, ככל הניתן, שבית המשפט שדן בעבר במכלול ההיבטים של הסדר הנושים ולו היכרות מעמיקה עם הנסיבות העובדתיות ועם ענייני החברה, הוא זה שידון בעתיד בעניינים שיש להם השלכה על הסדר זה. כפי שציינו חברי, לבית משפט זה אף שמורות סמכויות הנוגעות להליכים שמתנהלים בעניינה של החברה לאחר אישור הסדר הנושים – סמכויות שמכוחן אף ניתן הצו החוסם דנא. אין משמעות הדבר כי אם תוגש בקשה לאישור תביעה נגזרת לבית משפט אחר, לא יקנה זה סמכות עניינית במובנה הפורמאלי, אולם לדידי יתכן כי במצבים המתאימים תהא לדבר השלכה על תום לבו של המבקש לעניין אישורה של הבקשה. מכל מקום, משהגענו עד הלום ונקבע על-ידי חברי שהבקשה לאישור תביעה נגזרת נגד המשיבים הנוספים תידון לפני בית המשפט של הסדר הנושים, הרי שהדבר מחזק עוד את ההנחה שבמסגרת הדיון באישור התביעה הנגזרת ילקחו בחשבון כלל השיקולים הרלבנטיים להסדר הנושים, ונמצא שההסדר לא יפגע אך מעצם קיומו של ההליך המקדמי של אישור התביעה הנגזרת.

7. לבסוף, אזכיר את המובן מאליו והוא שצו החוסם מראש א-פרירי את האפשרות להגיש הליך שיפוטי פוגע בזכות הגישה לערכאות, וממילא ניתן להצדיקו במצבים חריגים בלבד. כאמור, בכל הנוגע לעניינה של פיתוח קבענו כי אכן מוצדק היה להשתמש ב'נשק יום הדין' של מתן צו חוסם; אולם לא כן בענייננו. אילו שוכנעתי כי עצם הדיון המקדמי בבקשה לאישור התביעה הנגזרת נגד המשיבים הנוספים יש בו כדי להעמיד בסכנה של ממש את הסדר הנושים, הדעת נותנת כי היה מקום להוצאת הצו;

אולם, כאמור, רחוקה הדרך בין דיון זה ובין הטלת חיובים על פיתוח. אילו ההליך המדובר לא היה מטבעו מביא במניין השיקולים את השלכות התביעה על הסדר הנושים, יתכן שעוד היה מקום להוצאת הצו, אולם גם זה אינו מצב הדברים לאשורו. במסגרת ההליך המקדמי של אישור הבקשה, ילקח הדבר בחשבון על-ידי בית המשפט שעסק בהסדר. כפי שציין חברי, המשנה לנשיאה, לא מן הנמנע שלכל הפחות לגבי חלק מעילות התביעה אין למשיבים הנוספים זכות חזרה לפיתוח, ובירורן לא יפגע כלל בהסדר הנושים; אין טעם טוב מספיק כדי לחסום א-פריורי את דרכם של המערערים מלבקש לברר עילות אלו במסגרת הליך של תביעה נגזרת, ובכך לפגוע בזכות גישתם לערכאות באופן חמור. שלא כחברי השופט עמית, אינני סבור שהמקום המתאים לבירור שאלת זכות החזרה הוא במסגרת ההליך הנן, של בקשה למתן צו חוסם; כל עוד לא הונחה תשתית מספקת להוצאתו של צו כזה, וכאמור לגישתי – זו לא הונחה, הרי שאת השאלה יברר בית המשפט במסגרת הדיון בבקשה לתביעה נגזרת, לצורך בירור השאלה אם התביעה תפגע בטובת החברה.

8. בשולי הדברים: התוצאה שאליה הגענו יוצרת לכאורה קשיים, משום שפיתוח חסינה מכל תביעה מחמת הצו החוסם, ואילו המשיבים הנוספים חשופים לתביעות נגדם, וזאת כאשר לפי הנטען פיתוח היא זו שנהנתה מהחלוקות האסורות, בבחינת "טוביה חטא וזיגוד מינגד" (בבלי, פסחים קיג, ב). כמו כן עולה השאלה אם פיתוח תהנה מ"כפל מבצעים" בעקבות התביעה, ואם ניתן לחסום את המשיבים הנוספים מלחזור לפיתוח באמצעות הצו החוסם הנוכחי. אולם, הפתרון למכלול שאלות אלו מונח לפתחו של בית המשפט המחוזי, בדונו בבקשה לאישור התביעה הנגזרת. ביכולתו לאשר עקב כך את הבקשה באופן חלקי; ביכולתו להוציא – במסגרת סמכותו כבית משפט של הסדר הנושים – צו חוסם גם כלפי 'תביעות חזרה' עתידיות; ביכולתו לקבוע כי בשל קשיים אלו ואחרים אין התביעה הנגזרת המבוקשת עוברת את הרף של תום לב המבקש וטובת החברה; ותיתכנה אפשרויות נוספות. אולם, ההכרעה בכך צריכה להינתן בדרך המלך, במסגרת הדיון בבקשה לאישור תביעה נגזרת, וזאת משלא מצאתי הצדקה להשתמש בכלי הדרסטי של צו חוסם, בכל הנוגע לתביעה נגד המשיבים הנוספים.

9. סוף דבר, אף לעמדתי יש לדחות את הערעור בכל הנוגע לצו החוסם את המערערים מלבקש לתבוע בתביעה נגזרת את פיתוח, ולקבל את הערעור בכל הנוגע לצו החוסם את המערערים מלבקש לתבוע בתביעה נגזרת את המשיבים הנוספים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, כנגד דעתו  
החולקת של השופט עמית.

ניתן היום, ז' בתמוז התשע"ו (13.7.2016).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה