



בבית המשפט העליון

רע"א 5296/13

לפני : כבוד השופט י' עמית

המבקשים :

1. יוסי אנטורג
2. עדי טויסטר
3. יצחק רחמים גוולי
4. מרטין שרמן
5. יעקב וידר
6. יצחק לביא
7. ענת ברנשטיין-רייך
8. יואב ברק
9. אפרים איצקוביץ

נגד

המשיבים :

1. יעקב שטבינסקי
2. שמואל ולטר
3. טליה ולטר
4. שלמה ולד ז"ל
5. פסיפיק אחזקות בע"מ חברה ציבורית

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז בתיק תנ"ג 11266-07-08 שניתנה ביום 08.04.2013 על ידי כבוד השופט פרופ' ע' גרוסקופף

בשם המבקשים : עו"ד צבי אגמון, עו"ד טל מישר, עו"ד יותם קוולר ועו"ד יערה יפרח

בשם המשיבים 1-3 : עו"ד יעקב סבו, עו"ד רון דרור ועו"ד אופיר מנצ'ל

החלטה

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז (כב' השופט נ' גרוסקופף) מיום 8.4.2013 בתנ"ג 11266-07-08, בגדרה אושרה בקשתם של המשיבים להגיש נגד המבקשים תביעה נגזרת בשם חברת פסיפיק אחזקות בע"מ (להלן: החברה).

דיון חוזר בבית המשפט המחוזי או בקשת רשות ערעור?

1. טרם אדרש לגופם של דברים, אתייחס תחילה לשאלה דיונית מקדמית הנוגעת לדרך ההשגה המתאימה על החלטתו של בית משפט קמא.

2. ככלל, הדרך להשיג על החלטה אחרת של בית משפט מחוזי בעניין אזרחי היא הגשת בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון (סעיף 41(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984) (להלן: חוק בתי המשפט).

בשנת 2010 נחקק תיקון 59 לחוק בתי המשפט, בגדרו נקבעו הסדרים שונים הנוגעים להקמת המחלקה המכונה "בית המשפט לעניינים כלכליים". ההוראה הצריכה לענייננו היא בסעיף 41(ה) לחוק בתי המשפט, הקובע כדלקמן:

(ה) (1) על אף האמור בסעיף קטן (ב) ובסעיף 8(ד) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, לא תינתן רשות ערעור על החלטת בית משפט מחוזי לאשר תובענה ייצוגית לפי פרט 5 לתוספת השנייה לחוק האמור או לאשר תביעה נגזרת לפי סעיף 198 לחוק החברות, התשנ"ט-1999;

(2) לבקשת בעל דין, יקיים בית המשפט דיון חוזר בהחלטה כאמור בפסקה (1) בהרכב של שלושה שופטים; מצא ההרכב כי בקשה לדיון חוזר מעלה עניין שיש בו חשיבות, רגישות או חידוש מיוחדים, רשאי הוא להורות על העברת הדיון בו לבית המשפט העליון אשר ידון בבקשה לדיון חוזר כאילו היתה ערעור על ההחלטה; על החלטת ההרכב לפי פסקה זו לא תינתן רשות ערעור;

(3) אין באמור בסעיף קטן זה כדי לגרוע מזכותו של בעל דין של בעל דין לערער על החלטה כאמור בפסקה (1) במסגרת ערעור על פסק הדין.

הנה כי כן, על פי סעיף 41(ה)(1), לא תינתן רשות ערעור על החלטת בית משפט מחוזי לאשר תביעה נגזרת. הדרך הנכונה להשיג על החלטה מסוג זה קבועה בסעיף 41(ה)(2), והיא הגשת בקשה מצד בעל הדין לקיים דיון חוזר בפני הרכב של שלושה שופטים.

3. חשובה לענייננו הוראת המעבר הקבועה בסעיף 13 לתיקון 59, אשר זו לשונה:

תחילה ותחולה
13. תחילתו של חוק זה ביום ח' בטבת התשע"א (15 בדצמבר 2010), והוא יחול על הליכים שהוגשו לבית משפט מיום זה ואילך.

על רקע הוראה זו, התעוררה השאלה האם התיקון חל על הליכים עיקריים אשר נפתחו מיום 15.12.2010 ואילך? או שמא הגשת הבקשה שלפניי היא בבחינת "הליך שהוגש לבית משפט", באופן המחיל לגביה את הוראות התיקון?

שאלה זו היא בעלת נפקות לענייננו, שכן הבקשה לאישור התביעה הנגזרת הוגשה לבית המשפט המחוזי ביום 24.7.2008, למעלה משנתיים לפני יום תחילתו של החוק ב-15.12.2010. משכך, ככל שתחולת הוראת היא על הליכים עיקריים שהוגשו לבית המשפט לאחר היום הקובע, אזי הדרך הנכונה להשיג על החלטת בית משפט קמא היא בדרך של הגשת בקשת רשות ערעור לבית משפט זה, כפי שאכן נהגו המבקשים. מנגד, אם עצם ההשגה על החלטת בית המשפט המחוזי לאשר את התביעה הנגזרת היא בבחינת "הליך שהוגש לבית משפט", אזי יש להשיג עליה בדרך של בקשה לקיים דיון חוזר, בהתאם להוראת סעיף 41(ה)(2) לחוק, כטענת המשיבים.

4. סוגיה זו נדונה ברע"א 6270/11 משעור נ' רחנברג (23.10.2011), בה התבקשה רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי, אשר דחה את בקשת המבקש לקיים דיון חוזר בהחלטה לאישור תובענה ייצוגית, בנימוק שתיקון 59 אינו חל באותו מקרה, מאחר שהבקשה לאישור התובענה הייצוגית הוגשה בשנת 2002. השופט (כתוארו אז) גרוניס דחה את בקשת רשות הערעור, וקבע כלהלן:

"את המונח הליך יש לפרש כמתייחס לפתיחה של הליך עיקרי, ובענייננו להגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית. לו הייתה עמדתו של המבקש מתקבלת, ספק אם היה כלל צורך בסעיף התחולה לתיקון 59. זאת, שכן כל בקשת ביניים שהייתה מוגשת במסגרת הליך הייתה מכניסה את ההליך לגדר תחולת התיקון לחוק" (הדגשות הוספו - י"ע).

קיצורו של דבר, שבדין נהגו המבקשים בהגישם את בקשת רשות הערעור שלפניי. לא נעלמה מעיני ההחלטה הקצרה שניתנה ברע"א 7109/11 רידינק נ' זמיר (30.10.2011), אלא שבהחלטה זו, שניתנה זמן קצר לאחר התיקון לחוק, לא נזכרת כלל הוראת המעבר, כך שאין ללמוד ממנה לענייננו.

העובדות הצריכות לעניין

5. ביום 24.7.2008 הוגשה בקשה לאישור תביעה נגזרת בשמה של החברה (להלן: הבקשה לאישור או הבקשה). הבקשה הוגשה במקור על ידי המשיב 1 ובהמשך

הצטרפו אליו גם המשיבים 2 ו-3, כולם בעלי מניות בחברה. בבקשה נטען כי החברה התקשרה עם חברה רומנית בשם S.C Omega Union Construct S.R.L (להלן: אומגה) בשתי עסקאות לרכישת שתי חלקות מקרקעין בעיר גאלאץ שברומניה (להלן: העסקאות בגאלאץ או העסקאות). בסופו של יום, החברה שילמה לאומגה סכום של 5.25 מליון יורו לצורך רכישת הקרקע וסכום זה ירד לטמיון. נטען כי העסקאות בוצעו ברשלנות על ידי המבקשים, באשר הסכומים שולמו לאומגה מבלי לקבל בטוחה כלשהי, מבלי שהקרקע הייתה רשומה על שם אומגה, מבלי שהחוזה עם אומגה נערך בדרך הקבועה בחוק ברומניה, מבלי לקבל חוות דעת שמאי, מבלי לערוך בדיקה משפטית, ומבלי לערוך דיון כהלכתו בדירקטוריון. התביעה הוגשה כנגד המבקשים אשר כיהנו כאורגנים של החברה במועד ביצוע העסקאות, כלהלן: המבקש 1 שימש כיו"ר הדירקטוריון, המבקשים 2-7 כיהנו כחברי דירקטוריון (המבקשים 4 ו-7 כדירקטורים חיצוניים), המבקש 8 שימש כמנכ"ל החברה והמבקש 9 היה אחראי מטעם החברה לעסקאות החברה ברומניה. הבקשה לאישור הוגשה גם כנגד עו"ד שלמה ולד ז"ל, שכיהן כדירקטור בחברה ונפטר בסמוך למתן החלטתו של בית משפט קמא, ואשר אין חולק כי היה הרוח החיה מאחורי העסקאות בגאלאץ.

6. על מנת להבין את הרקע לבקשה אסקור בתמצית את השתלשלות האירועים בנוגע לעסקאות, ככל שנדרש לענייננו.

ביום 15.7.2007 התקיימה ישיבה טלפונית של דירקטוריון החברה, בה נדונו עסקאות גאלאץ. בפרוטוקול צוין כי לא מדובר בהבאת העסקאות לאישור הדירקטוריון אלא באישור חבירה לשותפות עם חברה ציבורית נוספת. לאחר ישיבה זו, על אף שהעסקאות טרם אושרו, הועבר ביום 19.7.2007 סכום של 2.1 מליון יורו לאומגה. ביום 20.7.2007 התקיימה ישיבה טלפונית נוספת של הדירקטוריון בה הוחלט פה אחד לאשר את רכישת שתי החלקות.

עד ליום 7.12.2007 שילמה החברה בחמישה מועדים סכום מצטבר נוסף של כ-3.15 מליון יורו, מתוך סך כולל של 10 מליון יורו אותו התחייבה החברה לשלם תמורת רכישת שתי החלקות.

בחודש פברואר 2008 הושעו מניות החברה מהמסחר בבורסה בשל ליקויים שהתגלו בדו"חות החברה.

ביום 18.2.2008 הודיעה החברה בדיווח מידי לבורסה על ליקויים לכאורה שנתגלו בעסקאות גאלאץ, ועל החלטתה למנות עורך דין הבקיא בעסקאות מקרקעין באירופה, אשר יבחן את זכויות החברה במקרקעין. מהבדיקה שנעשתה התברר כי לפי החוק הרומני, הסכמים מקדמיים אינם מקנים לרוכש כל זכות בקרקע, אלא אם נחתמו בפני נוטריון ציבורי, דבר שלא נעשה בעסקאות דנן. בנוסף הובהר כי שתי החלקות שנרכשו כלל אינן בבעלות חברת אומגה (תקציר דו"ח הבדיקה פורסם בהודעת החברה מיום 27.2.2008).

7. נחזור אחורה בזמן. במהלך ישיבה טלפונית ב-21.10.2007, התקבלה על ידי דירקטוריון החברה החלטה בדבר התקשרות החברה בהסכמי פטור ושיפוי עם נושאי משרה בחברה וביניהם הדירקטורים, וכן עם נושאי משרה לשעבר שכיחנו בתפקידים בחברה מאז 5.1.2005. ההחלטה התקבלה לאחר המלצת ועדת הביקורת והובהר כי היא כפופה לאישור האסיפה הכללית.

ביום 7.11.2007 נשלחה הודעה על כינוס אסיפה שנתית של בעלי המניות. בזימון לאסיפה צוין, בין היתר, כי האסיפה תדון בהתאמת תקנון החברה להוראות חוק החברות שעניינן פטור, שיפוי וביטוח נושאי משרה בחברה, וכן באישור הסכם פטור ושיפוי עם נושאי משרה בחברה.

ביום 16.12.2007 התקיימה האסיפה הכללית של החברה במהלכה התקבלה החלטה בעניין התקשרות בהסדרי ביטוח, פטור ושיפוי לנושאי משרה בחברה (להלן: החלטה בדבר הענקת הפטור או החלטת הפטור). ביום 21.10.2007 אישר דירקטוריון החברה, בישיבה טלפונית, את מתן כתבי הפטור והשיפוי ופורטו שמות נושאי המשרה להם יוענקו כתבי הפטור והשיפוי הנדונים. בהמשך להחלטה זו, הוצאו כתבי פטור למבקשים (למעט למבקש מס' 9 אשר שמו לא נכלל בהחלטה).

8. ביום 10.2.2008 פנו המשיבים 1 ו-2 ובעלי מניות נוספים לחברה בדרישה בכתב כי זו תמצה את זכויותיה בדרך של הגשת תובענה כנגד המבקשים בנוגע לעסקאות גאלאץ. החברה דחתה את הדרישה להגשת התביעה במכתבה מיום 24.7.2008.

בעקבות סירוב החברה הוגשה הבקשה לאישור התביעה הנגזרת, במסגרתה נתבקש בית המשפט לאשר תביעה כספית בסך של כ-64 מליון ש"ח כנגד המבקשים.

9. לאחר הגשת הבקשה לאישור התביעה פתחה רשות ניירות ערך בחקירה, ונפתח הליך פלילי נגד החברה וכנגד עו"ד ולד ז"ל, המבקש 1 והמבקש 8 (ת"פ 410-02-11 (מחוזי ת"א) בפני השופט ח' כבוב). ביום 20.11.2011 הורשע ולד, על פי הודאתו במסגרת הסדר טיעון, בביצוע מעשי מרמה הנוגעים לעסקאות גאלאץ. ההודעות שנגבו על ידי הרשות, הודאתו של מר ולד, כתב האישום וההרשעה הוגשו בהסכמה לבית משפט קמא בהליך שלפנינו.

10. בדיון בבית משפט קמא הגיעו הצדדים להסדר דיוני לפיו בשלב בחינת בקשת האישור יכריע בית המשפט רק בשתי סוגיות והן: "כתב הפטור שניתן למשיבים וקיומה של חברה ללא דירקטוריון קונפליקטורי".

החלטת בית משפט קמא

11. בהחלטתו, האוחזת 29 עמודים, אישר בית המשפט המחוזי את הגשת התביעה הנגזרת תוך שהוא מתייחס בהרחבה לשתי הסוגיות שהניחו הצדדים על שולחנו. אציג את החלטת בית משפט קמא בתמצית, והדברים יובאו בהמשך ביתר פירוט.

12. לעניין כתב הפטור: נקבע כי הפטור מאחריות שניתן לנושאי המשרה הינו פטור בדיעבד בגין מעשי ומחדלי העבר, וכדי שלהחלטה מעין זו יהיה תוקף משפטי, עליה לעמוד בדרישות חוק החברות, התשנ"ט 1999 (להלן: חוק החברות או החוק), ובפרט בדרישות הפרק החמישי לחלק השישי העוסק בעסקאות בעלי עניין.

נפסק כי חברה מוסמכת לשחרר נושא משרה בה מחבותו כלפיה, בהתקיים שלושה תנאים מצטברים: האחד – הדרישה הפרוצדוראלית, לרבות הדרישה כי במניין קולות הרוב באסיפה הכללית יכללו לפחות שלישי מכלל קולות בעלי המניות שאינם בעלי ענין אישי באישור העסקה כאמור בסעיף 275(א)(3)(א) לחוק החברות בנוסחו בתקופה הרלבנטית; השני – על ההחלטה להתקבל על בסיס גילוי מלא (להלן: דרישת הגילוי). נקבע כי אם מידע מהותי שהיה ידוע לחברה ולמוטבי ההחלטה לא הובא לידיעת האורגנים הנדרשים לקבל את ההחלטה ולאשרה, נפל פגם מהותי בהליך האישור כמובנו של המונח לפי סעיף 280 לחוק, ולפיכך אין לכתבי הפטור תוקף; השלישי – הדרישה כי ההחלטה הינה לטובת החברה, דרישה המעוגנת בסיפא של סעיף 270 לחוק (להלן: דרישת טובת החברה).

בית משפט קמא קבע כי ההחלטה עמדה בדרישה הפרוצדוראלית ואושרה ברוב הדרוש של בעלי המניות שאינם בעלי עניין אישי באישור העסקה. ברם, הוצגו ראיות לכאורה לכך שההחלטה לא עמדה בדרישת הגילוי. עוד נקבע, כי קיים חשש כבד כי ההחלטה בדבר הפטור שהוענק לנושאי המשרה מאחריותם לפעולותיהם בעבר, הייתה בגדר עסקה הפוגעת בטובת החברה.

בשל קביעות לכאוריות אלו נקבע כי מתעורר ספק אם אכן הפטור שניתן למבקשים 8-1 תקף, ולכן אין בעצם קיומם של כתבי הפטור והשיפוי כדי לשכנע כי סיכויי הצלחת התביעה כנגד המשיבים נמוכים.

13. היעדר דירקטוריון קונפליקטורי: המבקשים טענו כי לאחר הגשת הבקשה לאישור התמנה דירקטוריון חדש שאינו נמצא בניגוד עניינים, ולכן, אין מקום להתערב בענייניה הפנימיים של החברה ובשיקול הדעת העסקי שלה בדרך של כפיית התביעה על החברה.

גם טענה זו נדחתה על ידי בית משפט קמא. נקבע כי ניגוד עניינים בין החברה לבין מנהליה אינו תנאי הכרחי להגשת תביעה נגזרת, ובחינת שיקולי כדאיות התביעה נעשית בעיקר על פי מצב הדברים בעת הגשת הבקשה, כאשר רק במקרים חריגים תידחה בקשה, שנמצא שהייתה מוצדקת בעת הגשתה, בשל אירועים המאוחרים להגשתה. נפסק כי המקרה דנן אינו מהווה חריג מסוג זה וכי בענייננו לא היה במינוי דירקטוריון חדש כדי לרפא את הכשל בממשל התאגידי של החברה.

סופו של דבר שהבקשה לאישור התביעה כתביעה נגזרת אושרה והמבקשים חויבו לשאת בהוצאות המשיבים בסכום כולל של 200,000 ₪.

על כך נסבה בקשת רשות הערעור שלפניי.

תמצית טענות הצדדים

14. בבקשת רשות הערעור התייחסו המבקשים לשני הנושאים שעמדו במוקד ההסדר הדיוני בין הצדדים. אציג את טענות הצדדים בתמצית, והדברים יפורטו בהמשך.

כתב הפטור: המבקשים טענו כי ניתן להם פטור כדין ומראש מאחריות בגין נזקים שיגרמו לחברה כתוצאה מהפרת חובת הזהירות שלהם כלפיה. לטענת המבקשים, עילת התובענה נולדה רק עם מועד גילוי הנזק הנטען, ועל ה"ליקויים לכאורה" בעסקאות גאלאץ נודע רק בראשית שנת 2008. משכך, הפטור שניתן להם באסיפה הכללית ביום 16.12.2007, הוא פטור שניתן מראש ולא כדיעבד.

לשיטת המבקשים, אין יסוד לקביעה כי המבקש 1 הפר את חובת הגילוי באסיפה הכללית ואין בראיות שהוצגו כדי להוכיח, ולו לכאורה, כי המבקשים ידעו על קשיים מהותיים בעסקאות שצריך היה לדווח אודותם באסיפה הכללית. עוד נטען, כי גם אם נושא משרה ספציפי הפר את חובת הגילוי עובר לקבלת ההחלטה להעניק לו ולנושאי משרה נוספים פטור מאחריות כלפי החברה, אזי יש לבטל את הפטור כלפיו בלבד ולא כלפי נושאי המשרה האחרים שלא חטאו בהפרת חובת הגילוי. זאת, בהיקש לסעיפים 7(ג) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק החוזים תרופות) וסעיף 19 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים).

עוד נטען, כי שגה בית משפט קמא בקובעו כי הענקת הפטור לא עמדה בדרישה לפיה על ההחלטה להיות לטובת החברה. לטענת המבקשים, מתן פטור לדירקטורים גם בגין פעולות עבר, עשוי להיות לטובת החברה, בין היתר, מאחר שאי מתן פטור עלול לגרום קושי בגיוס עתידי של דירקטורים לחברה.

דירקטוריון בלתי קונפליקטורי: המבקשים טענו כי הנהלת החברה אינה בניגוד עניינים כבר זמן רב והיא מסוגלת להגיש תביעה אם ברצונה בכך. החלטת החברה שלא לנהל הליך משפטי כנגדם, היא ככל החלטה אחרת של החברה שחל עליה כלל שיקול הדעת העסקי, ואין הצדקה להתערב בה. נטען כי ההצדקה להשתמש במנגנון החרוג של תביעה נגזרת קיימת רק כאשר ישנו קושי משמעותי בחברה למצות את זכויותיה.

לבסוף, טענו המשיבים כי שגה בית משפט קמא את פסק הוצאות בסכום כה גבוה ללא הנמקה, באשר לטענתם ניהלו את ההליך באופן יעיל והוגן.

15. המשיבים תמכו יתדותיהם בפסק דינו של בית משפט קמא וטענו כי אין מקום ליתן רשות ערעור בשלב זה ויש להותיר הטענות להליך התביעה עצמה ולערעור על פסק הדין ככל שיידרש. לטענתם, קשה לחשוב על תביעה נגזרת מוצדקת מזו, שהרשלנות הלכאורית בה היא כה בוטה והנזק כה גדול. נטען כי הקביעה הלכאורית

שהמבקשים לא עמדו בדרישת הגילוי הינה עובדתית ואין עילה להתערב בה; כי הפטור ניתן בדיעבד, כאשר המועד הקובע הינו מועד המעשה או המחדל הנטענים, מאחר שתכלית מתן הפטור הינה תמרוץ של התנהגות רצויה; כי הטענה לפיה אין לאשר בקשת לתביעה נגזרת כל אימת שקיים דירקטוריון שאינו נגוע בניגוד עניינים היא חסרת כל בסיס ומנוגדת להסדר הקבוע בחוק החברות, מה עוד שהדירקטוריון החדש לא החליט שלא להגיש תביעה, אלא הודיע כי אין באפשרותו לקבל החלטה בעניין זה.

תביעה נגזרת – אקדמות מילין

16. התביעה הנגזרת מעניקה לבעל מניות "זכות עמידה" לתבוע בשם החברה, בשל הימנעותם של האורגנים המוסמכים להגיש תביעה בשם החברה. זאת, למרות האישיות המשפטית הנפרדת של החברה ולמרות העקרון של אי התערבות בעלי המניות בניהול החברה (על מטרות ההרתעה והפיצוי שבבסיס התביעה הנגזרת ראו ציפורה כהן "התביעה הנגזרת בדין הישראלי: בחינה ביקורתית" קריית המשפט ו' 77, 88-93 (2006) (להלן: כהן "התביעה הנגזרת")). הימנעות הדירקטורים מלהגיש תביעה בשם החברה יכול ותרחש מקום בו הדירקטורים, המהווים רוב בדירקטוריון, הפרו בעצמם חובת זהירות או חובת אמונים, ומטבע הדברים יסרכו לקבל החלטה להגיש תביעה נגד עצמם. התביעה הנגזרת מתייחסת אפוא למצב בו זכות התביעה מוקנית לחברה עקב הפרת חובה כלפיה, אם על ידי נושאי משרה או בעל שליטה בחברה ואם על ידי גורם מחוץ לחברה. בפסיקה נקבע כי התביעה הנגזרת היא דרך המלך לניהול תביעה בגין נזק שנגרם לחברה, מקום שזכויות החברה מופקרות על-ידי מנהליה הנמנעים שלא בצדק מלהפעיל את כוח התביעה שלה (ע"א 3051/98 דרין נ' דיסקונט השקעות, פ"ד נט(1) 673, 690 (2004)). המכשיר של התביעה הנגזרת, באמצעותו מפעיל בעל מניות את זכות התביעה של החברה, מאזן בין האינטרסים הנוגדים של פיצוי והרתעת מזיקים פוטנציאליים לחברה לבין שיקולי המדיניות השוללים את זכותו של בעל מניות להיפרע באופן אישי בגין נזק שנגרם לחברה (ע"א 9014/03 גרינפלד נ' לטר, בפסקה 15 (14.12.2006) (להלן: עניין גרינפלד)).

נוכח "בעיית הנציג" והחשש לשימוש לרעה בכלי של התביעה הנגזרת, כמו גם החשש כי ריבוי תביעות כנגד דירקטורים עלול לפגוע בנכונות לכהן כדירקטור ולהרתיע מפני נטילת סיכונים עסקיים, נקט המחוקק בדרך דומה לזו בה נקט לגבי המכשיר של תובענה ייצוגית. גם כאן, "האכיפה הפרטית" במסגרת תביעה נגזרת דורשת בדיקה טרומית מעמיקה של התביעה. הבדיקה נעשית במסגרת הבקשה לאישור התביעה הנגזרת, ובמסגרתה נדרש בית המשפט לבחון אם המבקש אינו פועל בחוסר

תום לב, את הסיכוי הלכאורי של התביעה ואם התביעה עשויה לתרום להגדלת ערך החברה (ראו לדוגמה בש"א (מחוזי ת"א) 9566/03 ליפקונסקי נ' ריטליקס בע"מ, פסקה 4 (13.3.2005); בש"א (מחוזי ת"א) 23489/04 בוגנר נ' צ'ק פוינט טכנולוגיות תוכנה בע"מ, פסקה 4 (20.4.2006)).

להבדיל מהעילה המהותית של קיפוח על פי סעיף 191 לחוק החברות, העומדת באופן אישי לבעל מניות במצב בו משאבי החברה נחלקים בצורה בלתי הוגנת (ראו, לדוגמה, ע"א 2699/92 בכר נ. ת.מ.מ. תעשיות מזון מטוסיים (נתב"ג) בע"מ, פ"ד נ(1) 238, 245 (1996)), הרי שהתביעה הנגזרת היא מונח דינוני המתייחס לתביעה המוגשת בשם החברה (וראו רביב לוי ויפתח אבן טל "עילת הקיפוח והתביעה הנגזרת – ההבדל והקשר" תאגידים ז(2) 98 (2010)).

המכשיר הדינוני של התביעה הנגזרת הוכר ופותח בפסיקה עוד קודם שנקבע הסדר תחיקתי בדבר הגשת תביעה נגזרת (ע"א 52/79 סולימני נ' ברונר, פ"ד לה(3) 617 (1980); סטיבן גולדשטיין "תביעה נגזרת – דרכי פתיחה וניהולה" משפטים יד 48 (1984)). בשנת 1999 נתקבל חוק החברות אשר עיגן בחקיקה את המוסד של התביעה הנגזרת (ראו סטיבן גולדשטיין ויעל עפרון "מנגנוני התובענה הייצוגית והתביעה הנגזרת בחוק החברות החדש" משפטים לב 461 (2002)). החוק מכיר כיום בזכותו של בעל מניות, דירקטור ונושה בחברה להגיש תביעה נגזרת בשמה של החברה, כאשר זכותו של הנושה מוגבלת אך ורק לעילה של חלוקה אסורה (סעיף 204 לחוק).

17. סעיף 198(א) לחוק החברות קובע כלהלן:

אישור תביעה נגזרת
198. (א) תביעה נגזרת טעונה אישור בית המשפט והוא
יאשרה אם שוכנע כי לכאורה התביעה וניהולה הן
לטובת החברה וכי התובע אינו פועל בחוסר תום לב.

הסעיף מסתפק אפוא בשני תנאים לצורך אישור בקשה לתביעה נגזרת - כי אישור הבקשה הוא לטובת החברה וכי הבקשה לא הוגשה בחוסר תום לב. שני תנאים אלה, ובמיוחד התנאי הראשון, מותירים שיקול דעת רחב לבית המשפט, והדעה המקובלת היא כי גם שיקולי צדק, שהוכרו בפסיקה כשיקול רלבנטי, נכנסים לסל השיקולים של בית המשפט, לצד שיקולי הרתעה ושיפור הממשל התאגידי (אירית חביב-סגל דיני חברות 690 (2007) (להלן: חביב-סגל); כהן "התביעה הנגזרת" עמ' 111-114 והאסמכתאות שם).

במקרה דנן, הגיעו הצדדים להסכמה דיונית שייתרה את הצורך בבחינת התנאי של תום לב, והדיון התמקד בשאלה אם התביעה וניהולה הן לטובת החברה. זאת, לאור טענת המבקשים כי אין טעם בניהול התביעה נוכח הפטור למבקשים כפי שאושר באסיפה הכללית ביום 16.12.2008 וכן נוכח העובדה שהדירקטוריון החדש אינו נגוע בניגוד עניינים. נפתח הילוכנו בראש הטענות הראשון.

תוקפם של כתבי הפטור

18. במסגרת השיקולים של טובת החברה בניהול תובענה נגזרת, ובדומה לתובענה ייצוגית, על בית המשפט לבחון כאמור, בין היתר, קיומה של עילת תביעה לכאורית וסיכוי הצלחת התביעה.

המבקשים טענו כי לאור הפטור והשיפוי שניתנו להם על פי החלטת הדירקטוריון בישיבה הטלפונית מיום 21.10.2007, כפי שאושרה בהחלטת האסיפה הכללית מיום 16.12.2007, אין סיכוי לתביעה, ולכן אין לאשר את הגשת התביעה נגדם. טענה זו, נוגעת "לכדאיות ניהול התביעה במובן הצר" כלשונו של בית משפט קמא, ועל כן נדרש בית המשפט לבחון את תוקפו של הפטור, שאם ייקבע כי הפטור עומד בתוקפו, אין לכאורה תקומה לתביעה כנגד המבקשים, וממילא אין טעם בהגשת התביעה ובניהולה.

אעמוד להלן על ההשתלשלות העובדתית בנושא הפטור. אקדים ואומר כי בחינת הדברים נעשית על פי נוסחו של חוק החברות בתקופה הרלבנטית, ולפני תיקון מס' 16 שנכנס לתוקפו במהלך שנת 2011.

19. בפרוטוקול ישיבת הדירקטוריון הטלפונית מיום 21.10.2007 נקבע:

"תמצית ההחלטה המוצעת בנושא אישור התקשרות החברה בהסכם פטור ושיפוי עם נושאי משרה בחברה: אישור התקשרות החברה בהסכם פטור ושיפוי עם נושאי משרה בחברה בהם (מפורטים שמות הדירקטורים והמנכ"ל מבקשים 1-8 ולמעט המבקש מס' 9 – י"ע) וכן עם נושאי משרה לשעבר בחברה שניהנו בה מאז ...5.1.2005

בעקבות המלצת ועדת הביקורת ואישורה את ההחלטות המפורטות בסעיף 1.ב לעיל, הוחלט לאשר את

ההחלטות המפורטות בסעיף 1. ב לעיל, וזאת מהנימוקים שלהלן:

(-) התקשרות החברה בביטוח אחריות מקצועית לדירקטורים ולנושאי משרה ובהסכם פטור ושיפוי, חיונית כדי לאפשר לדירקטורים ולנושאי משרה בחברה לפעול תוך הקטנת החשיפה האישית שלהם.

(-) בקביעת היקף הביטוח המוצע ותנאי הסכם הפטור והשיפוי נלקחו בחשבון הסיכונים האפשריים בפעולותיהם של הדירקטורים בתחומי הפעילות של החברה, בהתחשב בתחומי הפעילות ובאופיין, ובהיקפיהם הקיימים והצפויים.

(-) הביטוח המוצע והסכם הפטור והשיפוי זהים בתנאיהם לכל הדירקטורים ונושאי המשרה...”.

עוד נאמר בפרוטוקול כי ההחלטות כפופות לאישורה של האסיפה הכללית.

בעקבות החלטה זו, הוציאה החברה למבקשים כתבי פטור בהם נאמר כלהלן:

”כפוף להוראות הדין, החברה פוטרת אותך בזה מראש מכל אחריות כלפיה בשל כל נזק שנגרם ו/או ייגרם לה, אם נגרם ו/או ייגרם, עקב הפרת חובת הזהירות שלך כלפיה בפעולתך בתום לב בתוקף היותך נושא משרה בחברה;

’פעולה’ – כמשמעותה בחוק החברות, לרבות גם החלטה ו/או מחדל ולרבות כל הפעולות שנעשו על ידך לפני מועד כתב פטור זה בתקופת העסקתך ו/או כהונתך כנושא משרה בחברה ו/או בתקופת היותך נושא[ת] משרה, עובד או שלוח של החברה בתאגיד אחר כלשהו בו מחזיקה החברה בניירות ערך במישרין ו/או בעקיפין” (הדגשות הוספו-י”ע).

20. הזכרנו כי האסיפה הכללית זומנה כדי לאשר החלטת הדירקטוריון וכדי להתאים את תקנון החברה להוראות החוק בנושא פטור, שיפוי וביטוח.

ההגנה מפני אחריות אישית בשל הפרת חובות נושא משרה כלפי החברה, בדרך של מתן פטור, שיפוי וביטוח אחריות דירקטורים ונושאי משרה בתאגיד, מוסדרת כיום בסימן ג’ לפרק השלישי לחלק השישי של חוק החברות (על ההבחנה בין פטור שיפוי-ביטוח כקבוע בסעיפים 259-260-261 לחוק, כשלושה מישורי הגנה על

דירקטורים ונושאי משרה, ראו הדרה בר-מור דיני תאגידיים כרך ד 101-121 (2010) (להלן: בר-מור); יחיאל בהט חברות – החוק החדש והדיון לאחר תיקון 16 503-515 (מהדורה 12, 2011) (להלן: בהט)).

ענייננו מתמקד אך ורק במכשיר הפטור. במאמר מוסגר אציין כי כתב השיפוי לנושאי המשרה בחברה הוגבל לסכום של 2 מליון ₪, ונוכח סכום התביעה שהועמד על כ-64 מליון ש"ח, בית משפט קמא לא מצא טעם לדון בו.

21. סעיף 258 לחוק החברות קובע כי חברה רשאית לפטור נושא משרה מאחריותו בשל הפרת חובת הזהירות כלפיה, להבדיל מהפרת חובת האמונים, ורשאית החברה לבטח את אחריותו של נושא משרה או לשפותו, והכל בתנאים הקבועים בחוק.

סעיף 259(א) לחוק קובע כי "חברה רשאית לפטור, מראש, נושא משרה בה מאחריותו, כולה או מקצתה, בשל נזק עקב הפרת חובת הזהירות כלפיה, אם נקבעה הוראה לכך בתקנון" (הדגשה הוספה-י"ע). ודוק: בהפרת חובת זהירות שנעשתה בתום לב וברשלנות בלבד, באשר סעיף 263 לחוק קובע כי אין תוקף להוראה בתקנון הפוטרת נושא משרה מאחריות בשל הפרת חובת אמונים או בשל הפרת חובת זהירות שנעשתה בכוונה או בפזיזות.

בקביעה בתקנון לפטור מאחריות בגין הפרת חובת זהירות לא סגי, ובנוסף להסכמה העקרונית בתקנון, על החברה לקבל החלטה פוזיטיבית לפטור את נושא המשרה ולקבל אישור מיוחד להחלטה, כאמור בסעיף 270(4) לחוק החברות.

22. בית משפט קמא עמד בהחלטתו על התכלית שבבסיס סעיף 259(א) לחוק הקובע כי על הפטור להינתן מראש. הסדר הפטור נועד לעודד דירקטורים ליטול סיכונים עסקיים לטובת החברה ללא האפקט המצנן של חשש לתביעה בגין הפרת חובת הזהירות כלפי החברה. נקבע כי תכלית זו צופה פני עתיד כי אין טעם לפטור נושאי משרה ודירקטורים בגין אחריותם למעשים שכבר נעשו, וכי כך מקובל גם ברוב המדינות בארצות הברית.

למרות זאת, בית משפט קמא הגיע למסקנה כי סעיף 259(א) לחוק אינו קובע הסדר שלילי, וכי ניתן להכיר בסמכותה הטבעית של החברה לפטור נושאי משרה גם בגין הפרות שבוצעו בעבר כלפיה, הן הפרת חובת הזהירות ואף הפרה של חובת האמונים. כך, לדוגמה, מצב בו החברה מעוניינת ביקרו של דירקטור פלוני ומבקשת כי

ימשיך בכהונתו, ופלוני מתנה את הסכמתו להמשיך לכהן כדירקטור בחברה במתן פטור ביחס למעשה או מחדל שביצע בעבר.

בהמשך, עומד בית משפט קמא על כך שגם פטור בגין הפרת חובה בעבר, מצריך כי ההחלטה תעמוד בשלושה תנאים מצטברים: על ההחלטה להתקבל בהליכים הנדרשים בדיני החברות; על בסיס גילוי מלא בתום לב מצד הדירקטורים ונושאי המשרה ביחס להפרות מושא הפטור מצד החברה; ועל ההחלטה להיות לטובת החברה.

בית משפט קמא מצא כי החלטה בדבר הענקת פטור לדירקטורים ונושאי משרה היא בגדר התקשרות עם בעל עניין המחייבת קבלת אישורים מיוחדים על פי סעיפים 268-284 לחוק. נקבע כי נוכח האופי הגורף של הפטור לעבר ולעתיד, הן לגבי דירקטורים מכהנים והן לגבי דירקטורים שכיהנו בחברה שחלקם היו גם בעלי השליטה, ענייננו בהחלטה על "עסקה חריגה של חברה ציבורית עם בעל השליטה בה או עסקה חריגה של חברה ציבורית עם אדם אחר שלבעל השליטה יש בה ענין אישי" כאמור בסעיף 270(4) לחוק, ועל כן יש צורך באישור האסיפה הכללית על פי התנאים הקבועים בסעיף 275(א)(3) לחוק. סעיף זה, בנוסחו בתקופה הרלבנטית קבע כי "במנין קולות הרוב באסיפה הכללית ייכללו לפחות שליש מכלל קולות בעלי המניות שאינם בעלי ענין אישי באישור העסקה". בית משפט קמא מצא כי תנאי זה נתקיים וכי ההחלטה נתקבלה על ידי השליש הלא נגוע.

בכך עמדה החברה בתנאי הראשון, אלא שבהמשך, נקבע לכאורה על ידי בית משפט קמא, כי הופרה חובת הגילוי של המידע המהותי שהיה ידוע באותה עת לחברה ולחלק מנושאי המשרה שהיו אמורים ליהנות מהפטור. מסקנה זו ביסס בית המשפט על פי הראיות שעמדו בפניו, ובין היתר, שני מסמכים אליהם התייחס ספציפית בהחלטתו ואותם נזכיר בהמשך. עוד נקבע, כי מאחר שבעסקה עם בעל עניין עסקינן, יש לבחון אם "העסקה אינה פוגעת בטובת החברה" כנדרש בסעיף 270 רישא לחוק החברות. על פי הראיות שבפניו, קבע בית משפט קמא כי קשה לראות מה התועלת שהייתה אמורה לצמוח לחברה במתן פטור גורף המשחרר את כל הדירקטורים ונושאי המשרה מאחריות לפעולות שכבר נעשו והושלמו. נקבע אפוא כי קיים ספק של ממש אם יעלה בידי המבקשים לשכנע כי מתן הפטור עלה בקנה אחד עם טובת החברה.

23. הנה כי כן, נקבע על ידי בית משפט קמא כי ענייננו במתן פטור בדיעבד לפעולות שכבר נעשו; כי קיימת אפשרות חוקית ליתן פטור בדיעבד; כי הפטור קיבל

את הרוב הנדרש באסיפה הכללית; וכי המבקשים כשלו מלהראות שהפטור ניתן תוך גילוי מלא ולטובת החברה.

המבקשים תקפו את נקודת המוצא של בית משפט קמא לפיה הפטור במקרה דנן ניתן כדיעבד. לשיטתם, מאחר שכתביעה נזיקית עסקינן, הרי שמועד גילוי הנזק הוא חלק מעילת התביעה, כפי שעולה מסעיף 89(2) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] התשכ"ח-1968 (להלן: פקודת הנזיקין), ומאחר שהנזק נתגלה רק בחודש פברואר 2008, עת נתעוררו קשיים בביצוע העסקאות, הרי שבמועד מתן אישור האסיפה הכללית טרם נוצרה עילת התביעה.

דין הטענה להידחות. סעיף 89(2) לפקודת הנזיקין עניינו בהתיישנות עוולות בהן הנזק מהווה רכיב מרכיבי עילת התביעה, כמו עוולת הרשלנות ועוולת הפרת חובה חקוקה (ראו, לדוגמה, ע"א 2919/07 מדינת ישראל- הוועדה לאנרגיה אטומית נ' ליפל, בפסקה 33 (19.9.2010)). מאחר שאיננו עוסקים בסוגית ההתיישנות, אין מקום להסתמך על סעיף זה. מכל מקום, הנזק הוא אכן אחד מהרכיבים של עוולת הרשלנות, אך יש להבחין בין מועד גילוי הנזק לצורך שאלת ההתיישנות לבין מועד היווצרות הנזק, שהוא המועד בו נוצרה עילת התביעה. במקרה דנן, וכפי שנקבע על ידי בית משפט קמא, העברת הכספים לחברת אומגה בנסיבות שתוארו לעיל בפסקה 5, הושלמה ביום 7.12.2007, וכך "נגוזו" להם 5.3 מליון אירו ללא שוב. האסיפה הכללית בה אושר תיקון התקנון לצורך מתן הפטור לנושאי המשרה התקיימה כאמור ביום 16.12.2007, קרי, לאחר שהנזק - בדמות הכספים שיצאו מקופת החברה - כבר נעשה. לכן, אין לקבל את טענת המבקשים שכביכול באותו מועד לא נוצרה עילת תביעה, וצדק בית משפט קמא בקובעו כי האישור ניתן כדיעבד.

לכך יש להוסיף, כי ספק רב אם באותה עת כבר לא התגלה הנזק, לפחות לעו"ד ולד המנוח, מה שיכול להסביר את הבהילות והדחיפות הלכאורית בקבלת ההחלטה הטלפונית של הדירקטוריון ביום 21.10.2007. כפי שנראה בהמשך, בית המשפט אף קבע כי המבקשים או מי מהם ידעו לכאורה על הנזק טרם כינוס האסיפה הכללית.

ולבסוף, בהתחשב בכך שתכלית הפטור היא לתמרץ התנהגות ראויה, ספק אם לצורך הקביעה אם מדובר בפטור מראש או כדיעבד יש מקום להמתין להיווצרות או התגבשות הנזק. מבלי לקבוע מסמרות, דומה כי יש טעם בטענה כי המועד הקובע לצורך זה, לפחות במקרים מסויימים, הוא מועד המעשה או המחדל ולא מועד היווצרות הנזק.

24. משהגענו למסקנה כי הפטור שניתן במקרה דנן, הוא פטור בדיעבד, ולא פטור מראש, מתעוררת השאלה המקדמית, אם בכלל ניתן להעניק פטור בדיעבד נוכח הוראת סעיף 259(א) לחוק הקובעת כי "חברה רשאית לפטור, מדאש, נושא משרה בה מאחריותו...". כאמור, בית משפט קמא הניח לזכות המבקשים כי סעיף 259(א) לחוק אינו קובע הסדר שלילי, וכי החברה רשאית לפטור בשל אחריות למעשים בעבר ואפילו בשל הפרה של חובת אמונים. מובן כי אם איננו מקבלים את מסקנת בית משפט קמא, הרי שדין הפטור שניתן למבקשים להיבטל מלכתחילה, מה שמיתר את המשך הדיון.

25. יכול הטוען לטעון כי אין מדובר בלאקונה, אלא בהסדר שלילי, וכי המחוקק ביקש לשלול את האפשרות למתן פטור בגין הפרת חובה בעבר. כך ניתן ללמוד גם מהוראת סעיף 258(ב) לחוק, הקובעת כי "חברה רשאית לפטור נושא משרה מאחריותו בשל הפרת חובת הזהירות כלפיה, בהתאם לקבוע בפרק זה בלבד" (הדגשה הוספה - י"ע). בגישה זו אוחזים חלק ממלומדי המשפט. כך, מסביר המלומד יחיאל בהט כי "פטור מראש יש לפרש, כנראה, להבדיל מיכולת החברה הטבעית להימנע בדיעבד מהגשת תביעה" (בהט, בעמ' 504). מדברים אלה ניתן להסיק כי החברה אינה יכולה להעניק פטור בדיעבד, אך היא יכולה להימנע, אד-הוק, מלהגיש תביעה כנגד נושא משרה ודירקטור שהפרו חובה כלפי החברה, בהתאם לשיקול הדעת הניהולי המסור לחברה. נראה כי גם המלומדת חביב-סגל גורסת כי חברה אינה רשאית ליתן פטור בדיעבד למעשים או מחדלים שנעשו על ידי מנהלים ונושאי משרה:

"בצד ההסדרים המהותיים של חובות האימון, קובע חוק החברות גם הסדרים ביחס ליכולתן של חברות לפטור מאחריות, לשפות, ולבטח דירקטורים ונושאי משרה כנגד אחריות בגין הפרת אותן החובות. הסדרים אלו הם חיוניים, מאחר שבעיית הנציג עלולה להתעורר גם בקונטקסט זה: אלמלא היה הדין מפקח על סוגיית השיפוי והביטוח, היו קברניטי החברה יכולים לנצל את שליטתם על קבלת ההחלטות בה, על מנת להביא לפטור של הדירקטורים מאחריות, כך שההסדר היה מתרוקן מכל תוכן מהותי. בהתאם לכך, קובע חוק החברות כי לא ניתן יהיה לפטור את נושאי המשרה מאחריות, לשפותם, או לבטחם, אלא בהתאם להוראותיו של החוק" (חביב-סגל, בעמ' 580, וכן ראו 580-583).

לא למותר לציין כי המחוקק שלל האפשרות למתן פטור בגין חלוקה אסורה, פעולה המאפשרת הגשת תביעה נגזרת על ידי נושה, וגם כאן נקט בלשון צופה פני

עתיד, כאמור בסעיף 259(ב) לחוק: "על אף הוראות סעיף קטן (א), חברה אינה רשאית לפטור מראש דירקטור מאחריותו כלפיה עקב הפרת חובת הזהירות בחלוקה".

גם נוסחו של חוק החברות בדלוור שהיווה את ההשראה למחוקק הישראלי בנוסחו את הסעיף, תומך בפרשנות לפיה ביקש המחוקק לאסור מתן פטור להפרות שכבר נעשו קודם למתן הפטור (ראו חביב-סגל, בעמ' 583 ה"ש 198 שם היא מפנה לסעיף 102(b)(7) לחוק החברות של דלוור, עליו התבסס המחוקק הישראלי בנסחו את סעיף 259(א) לחוק). לכך יש להוסיף גם את התכלית שבבסיס הפטור, עליה עמדנו לעיל, לתמרץ מנהלים ונושאי משרה ליטול סיכונים עסקיים לטובת החברה, תכלית הצופה פני עתיד. יש לזכור כי הוראת סעיף 259(א) לחוק לא באה להרחיב את סמכותה של החברה, אלא דווקא להגבילה, שהרי אילולא הוראה זו, החברה יכולה הייתה ליתן פטור כאמור מכוח הפררוגטיבה הניהולית הרגילה המסורה לה, וללא צורך בהסמכה בתקנון לשם כך, כדרישת החוק.

קיצורו של דבר, כי לשון החוק, ההשראה לחוק והתכלית של החוק, "מושכים" לפרשנות לפיה ההסדר בחוק החברות מהווה הסדר שלילי ולא ניתן לקבל החלטה בדבר הענקת פטור בדיעבד. פרשנות זו סותמת את הגולל על הפטור שניתן למבקשים.

26. מול טעמים אלה, ניתן לטעון כי אילו ביקש המחוקק להגביל את כוחה של החברה עד כדי שלילה מוחלטת של האפשרות ליתן פטור בדיעבד, היה אומר את הדברים במפורש. נראה כי בגישה תומכים גם חלק מהמלומדים. כך, גורסת בר-מור כי "אישור לפעולה יכול להינתן גם בדיעבד, אך במקרה כזה השוואתו ל'מעין פטור' מאחריות נחלשת, כיוון שנושא המשרה לא יוכל לדעת מראש את תוצאות ההצבעה" (בר-מור, בעמ' 104). אחרים גורסים כי המחוקק אמנם אסר מתן פטור בדיעבד אך הדבר אינו רצוי:

"לדעתנו המחוקק לא היה צריך לשלול את האפשרות לפטור נושא משרה מאחריות בדיעבד, מכיוון שנושא משרה המקבל פטור בדיעבד אינו יודע מהם סוגי האירועים שבגינם יקבל פטור, ולכן יקפיד ויזהר למלא את תפקידו באופן ראוי יותר מאשר נושא משרה אשר יודע מראש על הפטור שניתן לו" (יוסף גרוס חוק החברות החדש 444 (מהדורה 4, 2007)).

כאמור, בית משפט קמא תמך בעמדה לפיה אין מדובר בהסדר שלילי אלא בלאקונה, ולשיטה זו, רשאית החברה ליתן פטור גם בגין הפרת חובה שבעבר, כל עוד ההחלטה עומדת בתנאים עליהם עמדנו לעיל.

לא אכחד כי גישה פרשנית זו מעוגנת לכאורה בסמכות הניהולית הכללית והטבעית המסורה לחברה. אף ניתן לחשוב על מצבים בהם פטור בדיעבד יהיה הוגן, סביר ולטובת החברה. כך, לדוגמה, ייתכן כי הפטור בדיעבד יינתן כנגד תמורה שתקבל החברה, ייתכן כי החברה תמצא כי ניהול התביעה והמשאבים הכרוכים בכך אינו משתלם, ייתכן כי לחברה יש עניין שנושא המשרה ימשיך לעבוד בחברה, ועוד. מנגד, במצב דברים מעין זה, החברה יכולה להימנע מהגשת תביעה, ללא צורך בקבלת החלטה מפורשת בעניין ועיגון הדברים בתקנון, כפי שהוצע על ידי בהט לעיל.

מכל מקום, וגם אם נקבל את גישת בית משפט קמא, אני סבור כי במצב הדברים הרגיל, על מנת שהחלטה לפטור בדיעבד תעמוד בדרישה של טובת החברה, ראוי, ככל שניתן, כי ההחלטה תתייחס לפעולה או מחדל ספציפיים או להפרה ספציפית של חובת הזהירות כלפי החברה, להבדיל מנוסח גורף למתן פטור לפעולות שנעשו בעבר. בדרך זו, גם ייקל על החברה להצביע על נימוקים שהצדיקו את קבלת החלטה. אם נשתמש בדוגמה של בית משפט קמא, מקום בו נושא משרה דרש מהחברה לקבל החלטה כגון דא כתנאי להמשך עבודתו בחברה, קשה להלום מתן "כרטיס פתוח" לכל הפרות בעבר, בעוד שכאשר מדובר בפטור מסוים, החברה יכולה לעשות שיקולי רווח והפסד נוכח הפרה כזו או אחרת של נושא משרה.

כאמור, איני נדרש לקבוע מסמרות בנושא זה, באשר מקובלת עלי גישתו של בית משפט קמא, כי מתן פטור בדיעבד, צריך לעמוד הן בדרישה הפרוצדוראלית של אישור מיוחד, והן בתנאי של חובת הגילוי ובתנאי של טובת החברה. לכן, אף אם אניח לטובת המבקשים כי ניתן להעניק פטור בדיעבד וכי התקבל האישור הדרוש במישור הפרוצדורלי, הרי שהמבקשים לא חצו לכאורה את שתי המשוכות הנוספות. על כך אעמוד להלן.

27. המבקשים הלינו על מסקנתו של בית משפט קמא, שהסיק משני מסמכים שעמדו בפניו כי הופרה חובת הגילוי במועד בו נערכה האסיפה הכללית. מסמך אחד הוא הודעת דואר אלקטרוני מיום 4.9.2007 שנשלחה על ידי המבקש 1 (יו"ר הדירקטוריון של החברה דאז) אל מבקש 8 ואחרים ובה נאמר, בין היתר:

“עדיין חסר לצורך שחרור יתרת הכסף מהנאמן (זיו האפט) אישור טאבו על בעלות אומגה (החברה המוכרת לנו) על שתי חלקות הקרקע בגלאץ. אין ספק שנצטרך זאת גם לתשקיף! לטיפול שלמה ופרויקה!”.

מסמך נוסף הוא מכתבו של עורך דין החברה מיום 24.12.2007, שמונה ימים לאחר החלטת האסיפה הכללית על מתן הפטור, אשר מופנה אל המבקש 1 ובו נכתב כי “לאחר התלבטות, ברצוננו להביא לתשומת ליבך את אי הנוחות שלנו מאופן התנהלות החברה בתקופה האחרונה”. במכתב מגוללים עורכי הדין שורה של ליקויים בנושאים שונים, כולל העסקאות מושא התביעה הנגזרת. וכך נאמר, בין היתר במכתב:

“אופן ביצוע עסקאות – אנו חשים אי נוחות על רקע אי הידיעה אם עסקאות גדולות זוכות לליווי משפטי הולם או כיצד הן נבחנות על ידי הנהלת החברה והדירקטוריון... למשל, בעסקת גלץ נראה על פניו כי החברה נכנסה להתחייבויות מבלי שברור לה אם ניתן להשיג לה ליווי בנקאי, ולפני שסיכמה עם שותף, כאשר לא ברור אם יש לחברה יציאה מהעסקה במקרה שלא יימצא מימון ו/או שותף כאמור. משום כך, לא ברור לנו אם ביחס לעסקה זו דווח כל המידע המהותי אשר יש לדווחו על פי דין”.

המבקשים טענו כי שני מסמכים אלה אך מחזקים את עמדתם. מהמסמך הראשון ניתן להסיק כי המבקש 1 דרש לבצע מספר פעולות שנדרשו לצורך פרסום “תשקיף מדף” שהחברה עמדה לפרסם, וכי ניתן להסיק מכך על הלך מחשבתו כי מדובר בפעולה טכנית בלבד. ואילו מהמסמך השני ניתן ללמוד כי הקשיים נתגלו רק לאחר האסיפה הכללית, וכי הכשלים בעסקאות נבעו מהתנהלותו של מר ולד ז”ל, שאף נדון והורשע, בעוד שהמבקשים לא היו מודעים לדרך בה נעשו העסקאות.

28. דין הטענה להידחות ממספר טעמים.

ראשית, עצם סמיכות הזמנים בין אישור הפטור הגורף לבין השלמת ביצוע העסקאות חשודה כשלעצמה.

שנית, דומה כי המסמכים מלמדים על כך שהבעייתיות בשתי העסקאות הייתה גלויה וידועה “בזמן אמת”. קשה להלום כי מכתבם של באי כוח החברה אל המבקש 1 משקף בעיות שנתגלו לפתע במהלך שמונת הימים שחלפו מיום החלטת האסיפה

הכללית ועד למשלוח המכתב. מתוכן המכתב עולה כי הוא משקף חוסר נחת מהתנהלות מתמשכת שעורכי הדין של החברה נחשפו לה.

שלישית, מההחלטה עולה כי בית המשפט הסתמך על מכלול הראיות שהיו בפניו – לרבות כתבי האישום והחקירות של הרשות לניירות ערך וכן עדותו של המבקש 1 שהיה היחיד שנחקר בבית משפט קמא - ולא רק על שני המסמכים הנ"ל. ענייננו אפוא בקביעות עובדתיות לכאוריות של בית משפט קמא. כלל ידוע הוא כי אין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בממצאי עובדה ומהימנות, אלא בחריגים שאינם מתקיימים בענייננו.

רביעית, ועיקרו של דבר. בהליך מקדמי עסקינן, ולא בכדי הדגיש בית משפט קמא בהחלטתו כי בשלב הדיוני של אישור התביעה הנגזרת, אין מקום לקבוע מסמרות ולהכריע בנוגע לתוקפם של כתבי הפטור ובנוגע לסוגיות העובדתיות השנויות במחלוקת (שם, סעיף 65 להחלטה).

29. המבקשים הלינו על קביעתו של בית משפט קמא לפיה יש חשש ממשי שההחלטה על מתן כתבי הפטור הייתה מנוגדת לטובת החברה. לטענת המבקשים, מתן פטור לדירקטורים בגין פעולות שנעשו בעבר עשוי להיות לטובת החברה, למשל כאשר אי מתן פטור יגרום לקושי בגיוס עתידי של דירקטורים נוספים לחברה.

על כך כבר עמדנו לעיל, בדוננו בשאלה אם החברה יכולה בכלל לתת פטור בגין פעולות שנעשו בעבר. מכל מקום, המבקשים העלו אפשרות זו כאפשרות תיאורטית ואף לא טענו כי אכן זה הטעם שעמד בבסיס ההחלטה להעניק את הפטור במקרה דנן. בפרוטוקול ישיבת הדירקטוריון הטלפונית, אין התייחסות לשאלה מהי התועלת שצפויה לצמוח לחברה בגין הענקת הפטור, וכל שנאמר הוא כי מתן הפטור חיוני "כדי לאפשר לדירקטורים ולנושאי משרה בחברה לפעול תוך הקטנת החשיפה האישית שלהם". ספק עד כמה מתן הפטור בדיעבד, להבדיל ממתן פטור מראש, אכן נדרש לשם העברת מסר לנושאי המשרה בחברה ולנושאי משרה פוטנציאליים, כי אל להם לחשוש ליטול סיכונים עסקיים סבירים, כטענת המבקשים.

30. המבקשים טענו כי בנסיבות בהן נושא משרה מפר את חובת הגילוי עובר להחלטת החברה להעניק לו ולנושאי משרה אחרים פטור מאחריות כלפיה, אזי יש לבטל את הפטור כלפיו בלבד. זאת, בהיקף לחוק החוזים ולחוק החוזים (תרופות) המכירים בביטול חלקי של חוזה. לכן, וגם בהנחה כי קיימות ראיות לכאורה לכך

שהמבקש 1 הפר את חובת הגילוי, אזי אין בכך כדי להשליך על עניינם של המבקשים 2-9, ועל כן החלטת הפטור תקפה לגביהם.

טענת המבקשים מעוררת שאלה של ממש, ולכאורה יש בה לסבר את הדעת. האחד חטא באי גילוי ועל כל העדה יקצוף? לכאורה, קשה להלום כי די בכך שאחד מנושאי המשרה הפר את חובת הגילוי, כדי לשמוט את הפטור תחת רגלי כל נושאי המשרה. אבחן להלן טענה זו.

אקדים ואומר כי מהחלטתו של בית משפט קמא עולה כי קיימות ראיות לכאורה על הפרת חובת הגילוי לפחות לגבי המבקשים 1 ו-8 כך שטענת המבקשים רלבנטית לגבי מבקשים 2-7 בלבד (כאמור, שמו של המבקש 9 לא הופיע בהחלטת הפטור כך שעל פני הדברים היא אינה חלה עליו).

31. סעיף 1 לחוק החברות מגדיר "עסקה" כ"חווה או התקשרות וכן החלטה חד צדדית של חברה בדבר הענקת זכות או טובת הנאה אחרת". מתן פטור הוא בגדר "עסקה חריגה" המוגדרת בסעיף 1 כ"עסקה שאינה במהלך העסקים הרגיל של החברה...".

חובת הגילוי של נושא משרה בחברה ביחס לפרטים מהותיים הנוגעים לעסקה מושא האישור, מעוגנת בסעיף 269 לחוק הקובע כלהלן:

חובת גילוי
269. (א) נושא משרה בחברה או בעל שליטה בחברה ציבורית או בחברה פרטית שהיא חברת איגרות חוב היודע שיש לו ענין אישי בעסקה קיימת או מוצעת של החברה, יגלה לחברה, בלא דיחוי, ולא יאוחר משיבת הדירקטוריון שבה נדונה העסקה לראשונה, את מהות ענינו האישי, לרבות כל עובדה או מסמך מהותיים.

סעיף 283(א) לחוק אף קובע כי יראו נושא משרה שלא גילה את ענינו האישי כאמור בסעיף 269 כמי שהפר את חובת האמונים.

לפני דיון בעסקה, נדרש אפוא כי בפני האורגנים המקבלים את ההחלטה ומאשרים אותה (בענייננו, ועדת הביקורת, הדירקטוריון והאסיפה הכללית) יבוא המידע המהותי הידוע בעת קבלת ההחלטה לחברה ולדירקטורים ונושאי המשרה

הצפויים ליהנות מהפטור (השור סעיף 255(א)(2) לחוק החברות; שלמה כרם, נאמנות 516 (מהדורה רביעית, 2004) העוסקים בגילוי הנדרש טרם אישור פעולה שאחרת תהווה הפרת חובת האמונים; וכן השור, אהרון ברק, חוק השליחות 781 (1996) בנוגע לידיעת העובדות החשובות בטרם מתן אישור בדיעבד לפעולת שלוח).

הפרת חובת הגילוי עשויה להיחשב בגדר פגם מהותי במובנו של סעיף 280 לחוק החברות, הקובע כלהלן:

עסקה חסרת תוקף

280. (א) לעסקה של חברה עם נושא משרה בה או לעסקה כאמור בסעיף 270(4) ו-4(א) עם בעל שליטה בה לא יהיה תוקף כלפי החברה וכלפי נושא המשרה או בעל השליטה, אם העסקה לא אושרה בהתאם לקבוע בפרק זה לרבות אם נפל בהליך האישור פגם מהותי, או אם העסקה נעשתה בחריגה מהותית מן האישור.

סעיף 280 קובע אפוא כלל של בטלות, להבדיל מנפסדות ("ניתן לביטול"). ניתן לסבור, וכך קבע בית משפט קמא בענייננו, כי כדי שלהחלטה יהיה תוקף משפטי, נדרש כי בפני מקבלי ומאשרי ההחלטה יוצג המידע המהותי הידוע בעת קבלת ההחלטה, שלא לעשות פלסתר את דרישת המחוקק לאישור העסקאות בידי הגופים הנדרשים לכך (ועדת הביקורת, הדירקטוריון, והאסיפה הכללית כאמור בסעיף 275(א) לחוק), וכפי שנדרש כאמור על פי סעיף 269 לחוק. לגישה זו, מה לי אם המידע המהותי הוסתר על ידי אחד ממוטבי החלטת הפטור או על ידי כל מוטבי הפטור או חלקם, באשר ההנחה החלוטה של המחוקק היא כי הגופים המאשרים את החלטת הפטור לא היו מקבלים החלטה זו אילו ידעו את המידע המהותי הרלבנטי. לשיטה זו, אישור האסיפה הכללית בטל ביחס לכל אחד מהמוטבים על פי הפטור, באשר אין תוקף להחלטה בשלמותה ואין אפוא מקום להקיש מהעקרון של ביטול חלקי כאמור בדיני החוזים.

מנגד, יכול הטוען לטעון כי הסנקציה של בטלות ההחלטה היא אך כלפי מוטב של ההחלטה שהפר את חובת הגילוי, ואין בכך כדי להשפיע על כלל מוטבי ההחלטה. האפשרות כי מוטבים אחרים של ההחלטה ייפגעו בשל בטלות ההחלטה עקב הפרת חובת גילוי מצידו של אחד המוטבים, אינה צודקת, היא עלולה לגרום לאפקט מצנן, שלא לומר מקפיא, מבחינת נושאי משרה ודירקטורים. זאת, נוכח החשש כי ייקבע שהחלטה עליה הסתמכו בעבר אינה תקפה בשל מחדל מצידו של אחר שאינו

בשליטתם, וללא ידיעתם. לכך יש להוסיף פגיעה באינטרס ההסתמכות של דירקטורים ונושאי משרה אשר כלכלו מעשיהם בהתאם להחלטה שנחזתה בשעתו כתקינה על פניה.

32. אותיר שאלה נכבדה זו בצריך עיון מהטעמים הבאים. ראשית, אחזור ואזכיר כי הדיון נערך תחת שאלה אחרת שגם אותה הותרנו בצריך עיון, אם ניתן בכלל ליתן פטור בדיעבד בגין פעולות עבר. שנית, גם אם ייקבע כי מי מהמבקשים לא הפר את חובת הגילוי וגם אם ייקבע כי יש לכך נפקות לגבי תוקפה של ההחלטה כלפיו, הרי שממילא לא נתמלא התנאי הנוסף, ולפיו על ההחלטה להלום את טובת החברה, דרישה המעוגנת כאמור בסעיף 270 רישא לחוק, ואשר אי מילויה מביא לבטלות ההחלטה בהתאם לסעיף 280 לחוק. מכאן, שבמקרה שבפנינו אין נפקות לשאלה הנכבדה דלעיל.

33. ולבסוף, איני רואה לקבל את טענת המבקשים כי פעלו תוך הסתמכות על כך שעומד להם פטור מאחריות נזיקית כבר מחודש אוגוסט 2006, אז החליטה החברה לתקן את תקנונה באופן שיסמיך אותה ליתן למבקשים פטור ושיפוי (דיווח החברה לבורסה בדבר כוונתה לזמן אסיפה כללית לשם החלפת תקנון החברה מיום 13.8.2006).

כל עוד לא ניתן אישור האסיפה הכללית לתיקון התקנון, אין לראות אותו כמתוקן, וכל עוד לא ניתן האישור לא ניתן להסתמך על כך שיינתן. לכך יש להוסיף כי תיקון התקנון הוא תנאי הכרחי אך לא מספיק לצורך מתן הפטור, באשר יש צורך גם בקבלת החלטה בדבר הענקת הפטור ובאישור ההחלטה בפרוצדורה שנזכרה לעיל.

אישור תביעה נגזרת במצב של דירקטוריון לא קונפליקטורי

34. המבקשים חזרו על הטענה שהעלו בבית משפט קמא. לשיטתם, משהתמנה דירקטוריון חדש לחברה, שכבר אינו מצוי בניגוד עניינים, ומשהחליט הדירקטוריון החדש שלא להגיש תביעה נגד המבקשים, אין להתערב בענייניה הפנימיים של החברה ובשיקול הדעת העסקי שלה ולכפות עליה את הגשת התביעה.

טענה זו נדחתה על ידי בית משפט קמא אשר עמד בהחלטתו על הפרוצדורה הנדרשת ממי שמבקש להגיש תביעה נגזרת, כמפורט בסעיף 194 לחוק החברות. משפנה התובע לחברה בדרישה להגשת תביעה, וזו דחתה את דרישתו או לא השיבה לדרישתו תוך פרק הזמן הנקוב בחוק, עוברת ההחלטה על הגשת התביעה לבחינת בית המשפט, במסגרת הבקשה לאישור התביעה הנגזרת. הבחינה נעשית, ברגיל, על פי מצב

הדברים במועד הגשת הבקשה. קבלת טענת המבקשים, פוגעת קשות בתמריץ לנקוט בהליך התביעה הנגזרת "שכן הוא מונע מהמבקש מלהעריך, בשלב פתיחת ההליך, את סיכויי תביעתו, ומציב מעל ראשו איום מתמיד כי הליך מוצדק בו נקט ידחה בעקבות שינוי בממשל התאגידי של החברה". נימוק נוסף בו נקב בית משפט קמא הוא, כי דחיית בקשה לאישור תביעה נגזרת עשויה לגרום נזק לחברה, גם אם ביני לביני תוקן הכשל בממשל התאגידי, בגינו נמנעה בשעתו הגשת התביעה על ידי החברה. כך, לדוגמה, מקום בו דחיית הבקשה לאישור התביעה הנגזרת עשויה לגרום לכך שיימנע מהחברה מלממש את זכויותיה בשל טענת התיישנות או טענת הגנה אחרת שניתן להעלות כלפי החברה, אך לא ניתן היה להעלותה אילו אושרה הגשת התביעה הנגזרת. עוד ציין בית משפט קמא:

"סעיף 194(ב) לחוק החברות קובע כי בעל מניות או דירקטור בחברה המעוניינים להגיש תביעה נגזרת, יפנו טרם ההגשה לחברה בכתב וידרשו ממנה למצות את זכויותיה בדרך של הגשת תובענה. סעיף 194(ד)(1) מסייג דרישה זו, וקובע כי בנסיבות בהן 'לאורגן החברה המוסמך להחליט על הגשת התביעה, עניין אישי בהחלטה, ואם האורגן כאמור מורכב מכמה יחידים – למחצית או יותר מיחידה האורגן עניין אישי בהחלטה', לא יהא על המעוניין בהגשת התביעה הנגזרת לפנות בפנייה מוקדמת לחברה. אילו אכן היה ממש בשיטת ב"כ המשיבים, ברי שאין כל חשיבות בפנייה מוקדמת לחברה כפי שנקבע בסעיף 194(ב), מאחר שלא ניתן כלל להגיש תביעה נגזרת בשם חברה אלא כשמתקיימים תנאי החריג המייתרים את הצורך בפניה".

35. אין לי אלא להצטרף להנמקות אלה, ואוסיף ואומר כי בניגוד לתובענות ייצוגיות, שם הכיר המחוקק באפשרות של מתן הודעת חדילה בתביעת השבה נגד רשות (סעיף 9(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006), המחוקק נמנע מלקבוע "הוראת חדילה" לגבי תביעה נגזרת. לכך יש להוסיף, כי המחוקק קבע שני תנאים כלליים לאישור הגשת תביעה נגזרת, בעוד שהתנאי כי על הנהלת החברה להימצא בניגוד עניינים לא נזכר בחוק.

עם זאת, וכפי שנאמר על ידי בית משפט קמא, אין לשלול את האפשרות כי ייתכנו מקרים חריגים בהם יהא על בית המשפט לקחת בחשבון התפתחויות מאוחרות להגשת הבקשה, מקום בו יש בהתפתחויות אלה להשפיע על שני התנאים הנדרשים לצורך הגשת תביעה נגזרת: ניהול התביעה הוא לטובת החברה והתובע אינו פועל בחוסר תום לב. כך במקרה בו בשל שינויים בזהות חברי הדירקטוריון, החברה מבקשת

לנהל את התובענה בעצמה, אכן יש מקום להתחשב בשיקול זה בהכרעה האם לאשר את התביעה, כפי שציין בית משפט קמא.

36. המבקשים טענו כי ניתן להקיש לענייננו מהוראת סעיף 205 לחוק החברות, השוללת הגשת תביעה נגזרת בשמה של חברה שמונה לה מפרק. לשיטתם, כפי שמינוי מפרק סותם את הגולל על מכשיר התביעה הנגזרת, כך גם מינוי דירקטוריון שאינו נגוע בניגוד עניינים. בשני המקרים, נכנס לתמונה גורם חדש שאינו קונפליקטורי אשר נוטל לידי את סמכויות התביעה.

איני רואה ממש בהשוואה זו. מינוי מפרק יוצר שוני מהותי בסביבה המשפטית בה פועלת החברה. כך, מינוי המפרק עשוי להחליש את התמריץ של בעל מניות לתבוע בשם החברה תביעה נגזרת, משום שמחיר מניותיו לא יעלה גם אם תביעתו תצלח נוכח החשש כי כלל נכסי החברה יועברו לנושים ולא לבעלי המניות (השוו עניין גרינפלד בפסקה 17). אדרבה, דווקא העובדה שהמחוקק מצא לקבוע הוראה מפורשת למצב הייחודי של פירוק, מעידה על כך שבמצב הדברים הרגיל, בחינת הבקשה נעשית על פי המצב בעת הגשתה, ולא על פי התפתחויות מאוחרות, ובוודאי התחלפות הדירקטוריון לא תמנע האפשרות לאשר תביעה נגזרת.

זאת ועוד. כידוע, עם מינוי מפרק עוברות לידי כל סמכויות האורגנים (כהן "התביעה הנגזרת" עמ' 106-107; צפורה כהן בעלי מניות בחברה זכויות תביעה ותרופות כרך ג 492-493 (מהדורה שניה, 2010 (להלן: כהן בעלי מניות)). ההנחה היא כי המפרק יפעל למכסם את נכסי החברה, ובכלל זה יממש את זכויות התביעה של החברה על מנת להעשיר את קופת הפירוק, כך שאין צורך ב"אכיפה פרטית" מצד דירקטור או בעל מניות. בנוסף, וכפי שציין בית משפט קמא, ככל שבעל מניות, דירקטור או נושה סבורים כי המפרק אינו פועל כראוי, הם יכולים לפנות לבית המשפט בבקשה למתן הוראות למפרק כי יגיש תביעה נגד צד שלישי, וכן כאשר התביעה המוגשת היא נגד נושא משרה בחברה, לבעל המניות עומדת האפשרות להגיש בקשה על פי סעיפים 374-373 לפקודת החברות, התשמ"ג-1983 (כהן בעלי מניות, שם).

37. מכל מקום, דומה כי אין כל תשתית עובדתית לטענות שהכבירו המבקשים בנושא הדירקטוריון החדש. זאת, לאור הודעת החברה, בהרכב החדש של הדירקטוריון, כהאי לישנא:

1. ביום 3.6.09 התקיימה ישיבת דירקטוריון של החברה ובה נכחו... לפי הצהרתם, הדירקטורים הנ"ל אינם נגועים בעניין אישי בעניינים הקשורים לתובענה דנן.

2. עם זאת, בהעדר דירקטורים חיצוניים, לא קיימת בחברה כיום ועדת ביקורת כדרישת החוק. היות וכל החלטה בעניין התובענה דנן עלולה להיחשב כהחלטה שלבעלי השליטה בחברה או למי מהם עשוי להיות בה עניין אישי, הוראות החוק מחייבות קבלת החלטת ועדת הביקורת, קודם לדיון והחלטה בדירקטוריון החברה בעניינים שכאלו.

3. בנסיבות העניין החברה בדעה כי לא מתאפשר לה לגבש עמדה בשלב זה.

4. החברה מבקשת ליידע את בית המשפט כי בניגוד להערכתה הקודמת, כי דירקטורים חיצוניים צפויים להתמנות לחברה בתוך כ- 45 יום, אין היא רואה אפשרות להשלמת מינוי כאמור בעתיד הנראה לעין" (הדגשות בסעיפים 3 ו-4 הוספו – י"ע).

מכאן, שאין לראות בהודעת החברה אמירה פוזיטיבית לפיה כביכול החברה מבקשת ליטול את רסן התביעה לידיה או שהחברה מבקשת להסתייג מהגשת התובענה. משכך, אין בהגשת התביעה משום התערבות בשיקול הדעת העסקי של החברה, וממילא אין המבקשים רשאים לטעון בשם החברה כי הגשת התביעה כמוה כהתערבות בענייני החברה.

38. ולבסוף, המבקשים טענו כי הדירקטוריון הנוכחי של החברה מעדיף כי התביעה תוגש בדרך של תביעה נגזרת בשל שיקול זר הקשור לכיסוי הביטוחי. זאת, מתוך הנחה שאם החברה תתבע ישירות את המבקשים, חברת הביטוח עשויה לנסות להתנער מהכיסוי הביטוחי, אך לא כך אם התביעה תוגש בדרך של תביעה נגזרת.

טענה זו נדחתה על ידי בית משפט קמא בהיעדר ביסוס לטענה כי המשיבים והחברה עשו יד אחת כדי להיפרע מחברת הביטוח, ומשלא הוכח כי האינטרס של המשיבים מנוגד לאינטרס החברה, כנדרש להוכחת הטענה כי המבקשים פועלים בחוסר תום לב.

הוצאות

39. המבקשים הלינו על סכום ההוצאות בסך 200,000 ₪ שנפסק לחובתם על ידי בית משפט קמא.

הלכה עמנו כי אין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בנושא ההוצאות, וההתערבות תיעשה במשורה ובמקרים חריגים בלבד (ראו למשל: ע"א 2333/90 גורדי בע"מ נ' חרות בע"מ, פ"ד מז(2) 20 (1993)). בהתחשב בהיקף המחלוקת בין הצדדים ובסכום התביעה העומד על עשרות מליוני שקלים, איני סבור כי סכום ההוצאות שנפסק הוא מופרז, ובוודאי אין בו כדי להצדיק התערבות.

סוף דבר

40. אשר על כן, לא מצאתי עילה להתערב בהחלטתו של בית משפט קמא ודין הבקשה להידחות.

המבקשים ישאו בהוצאות המשיבים בגין בקשה זו בסך כולל של 40,000 ₪.

ניתנה היום, כ"א בטבת התשע"ד (24.12.2013).

ש ו פ ט