

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 2718/09

לפני:

כבוד הנשיאה (בדימ') ד' ביניש
כבוד הנשיא א' גרוניס
כבוד המשנה לנשיא א' ריבלין

המערערים:

1. "גדיש" קרנות גמולים בע"מ
2. "תגמולים" בע"מ
3. קרן מרכזית לפיצויי פיטורין בע"מ ליד בנק הפועלים
4. "קרן אור" קופת תגמולים ליד בנק אמריקאי
5. "קציר" קופת תגמולים ופיצויים בע"מ
6. קרן תגמולים ארגון הרופאים עובדי המדינה בע"מ
7. "ברג" קרן גמולים בע"מ
8. "כנרת" קרן השתלמות בע"מ
9. איפקס "שיא" ניהול קרנות נאמנות (1994) בע"מ
10. אי.בי.אי ניהול קרנות נאמנות (1978) בע"מ
11. וינשטיין השקעות בע"מ (פורמאלית)

נגד

המשיבים:

1. אלסינט בע"מ
2. אלביט הדמיה רפואית בע"מ
3. אירופה בע"מ
4. מרכזי שליטה בע"מ
5. מרדכי קלמן זיסר
6. אלרון תעשייה אלקטורנית בע"מ
7. רחל לוין
8. עמוס פיקל
9. אפרים ברנד
10. שמעון יצחקי
11. גדעון בר און
12. אברהם (רמי) גורן
13. שלום זינגר
14. יהושע פורר
15. מאיר קייסרמן
16. אלימלך פירר
17. ברכה זיסר

18. עוזיה גליל
19. עמנואל גיל
20. פרופ' ארנסטו לובין
21. עמוס חורב
22. דב תדמור
23. ד"ר מיכה אנגל
24. יגאל ברוכי
25. פרופ' רפאל ביאר
26. ד"ר יעקב וורטמן
27. ד"ר יורם טורבוביץ
28. פרופ' משה מני
29. פרופ' יצחק קרונוזון
30. דורון בירגר
31. האגודה הישראלית לקרנות מחקר וחינוך ואח'
32. תגמולים במושבים בע"מ
33. פרופ' דניאל שמשוני
34. אברהם קורן
35. טיבי יצחק
36. דוד שוורץ
37. טרגן יצחק
38. סיוון קריב
39. תמר קריב
40. רוני קריב
41. אמיר קריב
42. זאב דואר
43. יוסף בלייר
44. חנה בלייר
45. עו"ד חיים שטריקס
46. עליזה שטריקס
47. שלמה לדלסקי
48. רובן יודלביץ
49. אתל פרסר קוטליארנקו

ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 11.01.2009 בת"א 1318/99 (בש"א 10029/99 ; בש"א 9009/07) שניתנה על ידי סגן הנשיא ג' גינת

בשם המערערים : עו"ד נירה להב ; עו"ד גלית קורס ;
עו"ד גלעד זגר ; עו"ד לאון אנידג'אר

בשם המשיבים 1, 7-9, 11, 12, 20 ו-21 (קבוצת אלסינט) :
עו"ד זאב שרף ; עו"ד שרון בן חיים ;
עו"ד בעז בן-אמתי

בשם המשיבים 3-5, 17 ו-31
(קבוצת אירופה ישראל):
עו"ד ניר כהן; עו"ד אמיר בן-ארצי;
עו"ד יעל בר-יוסף

בשם המשיבים 2, 10, 13-16,
19, 22, 23 ו-25-29 (קבוצת אלביט): עו"ד צבי אגמון; עו"ד אורי שורק

בשם המשיבים 6, 18, 24
ו-30 (קבוצת אלרון): עו"ד ניר מילשטיין; עו"ד נועם מחלב

בשם המשיבים 32-49: עו"ד מסדה ליטבק-עבאדי

פסק-דין

הנשיאה (בדימי) ד' ביניש:

1. ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה (סגן הנשיא ג' גינת) שלא לאשר את תובענת המערערים כתובענה ייצוגית בהתאם להוראות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות או החוק) (ת"א 1318/99, בש"א 9009/07 ובש"א 10029/09, ניתן ביום 11.1.2009). התובענה נסובה על טענות לקיפוח בעלי מניות המיעוט במשיבה 1 (להלן: אלסינט) אשר נגרם על ידי בעלי השליטה באלסינט ונושאי משרה שמונו מטעם במהלך משולב שבמסגרתו רוקנו, כך נטען, את קופת החברה.

רקע עובדתי

2. הפרשה שביסוד התובענה הוצגה בהרחבה בהחלטת בית המשפט המחוזי נשוא הערעור, ועיקריה אינם שנויים במחלוקת, נעמוד עליהם אפוא בקצרה. ראשיתם של האירועים בשלהי שנת 1998 כאשר אלסינט, שהייתה באותה עת חברה ציבורית רשומה בישראל ומניותיה נסחרו בבורסה בניו-יורק, מכרה את פעילותה בתחום ההדמיה הרפואית בתמורה לכ-370 מיליון דולר. לאחר העסקה הצטברה התמורה בקופת החברה ולא יועדה באותה שעה לפעילות נושאת רווחים. חודשים ספורים לאחר מכן, ביום 18.2.1999, פנה ד"ר יעקב וורטמן, נשיא המשיבה 2 (להלן: אלביט הדמיה), בעלת השליטה באלסינט, ליושב ראש דירקטוריון אלסינט במכתב שבו הודיע על כוונת אלביט הדמיה לפעול לאיחוד עסקיה עם אלסינט (להלן: מכתב וורטמן). במכתב ציין וורטמן כי בכוונת אלביט הדמיה לרכוש את מלוא הבעלות

באלסינט וכי להערכתה המחיר ההולם למניות אלסינט שבידי הציבור עומד על 14 דולר למניה. שתי החברות דיווחו על תוכנו של המכתב לבורסות לניירות ערך בניו-יורק ובתל-אביב ובעקבות זאת עלה שער המניה של אלסינט מ-11.563 דולר ל-13 דולר. שער המניה המשיך לנוע מעל גובה 13 דולר עד ליום 26.2.1999, ולאחר מכן החלה מגמת ירידה. ביום 17.3.1999 חזרה המניה להיסחר בשער שקדם לפרסומים בדבר מכתב וורטמן.

3. שבוע לאחר שהתקבל מכתב וורטמן בדירקטוריון אלסינט, ביום 25.2.1999, חתמה המשיבה 6 (להלן: אלרון), בעלת השליטה באלביט הדמיה, על הסכם למכירת מניותיה באלביט הדמיה למשיבה 3 (להלן: אירופה-ישראל). אלרון ואירופה-ישראל לא פרסמו בשלב ניהול המשא-ומתן דיווחים לגביו, אלא אך במועד שבו נחתם הסכם מכירת השליטה. אלביט הדמיה דיווחה על כך שבוע מאוחר יותר, ואילו אלסינט לא מסרה כל הודעה לגבי שינוי השליטה. אשר לכוונת איחוד העסקים שהועלתה במכתב וורטמן, ביום 3.3.1999 הודיעה אלסינט לאלביט הדמיה כי על פי החלטת ועדה בלתי תלויה שמינה דירקטוריון החברה, קיימת נכונות מצידה של אלסינט להתחיל במשא-ומתן ואף נשכרו שירותיהם של יועצים פיננסיים לשם כך. ביום 4.5.1999, המועד שבו נכנס לתוקף הסכם מכירת השליטה באלביט הדמיה, פרסמו אלביט הדמיה ואלסינט הודעות על העברת השליטה באלביט הדמיה שכללו גם התייחסות לכוונת איחוד עסקיהן. בהודעות נאמר כי עד לאותה שעה טרם התגבשה הצעה כאמור ופעילות הוועדות הבלתי תלויות שהוקמו לצורך העניין בשתי החברות, נמשכת. אולם, כעבור כארבעה חודשים, ביום 6.9.1999, הודיעה אלביט הדמיה לאלסינט כי הוועדה הבלתי תלויה שהקימה מצאה שאיחוד העסקים המוצע בין החברות לא יהיה לטובת בעלי מניותיה. בעקבות הודעה זו, העבירו שתי החברות דיווחים מיידים על הפסקת המגעים ביניהן. עם פרסום הדיווחים חלה ירידה של 17 אחוזים בשער מניות אלסינט עד לשפל של 7.94 דולר למניה (ביום 13.9.1999).

4. שלושה ימים לאחר מכן, ביום 9.9.1999, רכשה אלסינט באמצעות חברת בת הולנדית בבעלותה המלאה מאת חברת בת בבעלותה המלאה של אירופה-ישראל את מלוא החזקותיה בחברת BEA Hotels N.V. (להלן: BEA Hotels). חברה זו ריכזה את פעילותה של אירופה-ישראל בתחום המלונאות, והחזיקה באמצעות מספר חברות זרות בזכויות בבתי מלון בעיקר

במערב אירופה. כמו כן, רכשה אלסינט באותו יום באמצעות חברה נכדה בבעלותה המלאה (אס.אל.אס נאמנות בע"מ) מאת מרינה הרצליה, שותפות מוגבלת בשליטת מרכזי שליטה (חברת האם של אירופה-ישראל), את הזכויות במיזם של מרכז מסחר ובידור במרינה בהרצליה ("קניון ארנה" לימים). במסגרת עסקאות אלה שילמה אלסינט כמאה מיליון דולר ונטלה על עצמה התחייבויות נלוות בגובה זהה (להלן: עסקאות המלוונות והמרינה). במועד ביצוע העסקאות סבלה חברת BEA Hotels מגרעון בהון העצמי בגובה 24,109 אלפי גילדן הולנדי (כ-46 מיליון ש"ח) והפסדים מצטברים בגובה 11,202 אלפי גילדן הולנדי (כ-21.4 מיליון ש"ח). המניע לביצוע הרכישות נומק כחלק ממערך של ארגון מחדש בקבוצת אירופה-ישראל ומיקוד כל אחת מהחברות (אירופה-ישראל, אלביט הדמיה ואלסינט) בתחום פעילות ייחודי. העסקה אושרה על ידי דירקטוריון אלסינט לאחר שהתקבל אישורה של ועדת הביקורת. בקשה שהוגשה לבית המשפט המחוזי בחיפה למתן צו עשה זמני שיורה לאלסינט לזמן אסיפה כללית של בעלי מניותיה לצורך דיון והצבעה על אישור עסקאות אלו ברוב מיוחד, נדחתה בהחלטת השופטת (כתוארה דאז) ב' גילאור (פש"ר 411/99, בש"א 9888/99 בן יהודה נ' אלסינט בע"מ (לא פורסם, 22.11.1999)).

5. במקביל לאירועים אלו, ביום 11.1.1999 התקבלה בדירקטוריון אלביט הדמיה החלטה בדבר הקצאה ללא תמורה של כתבי אופציה ל-676,709 מניות במחיר של שבעה דולרים למניה לעמנואל גיל (להלן: גיל). גיל כיהן באותה עת כנשיא אלסינט ומנהל העסקים הראשי וכן יושב ראש דירקטוריון אלביט הדמיה ואלסינט ודירקטור באלרון. חצי שנה מאוחר יותר, ביום 19.7.1999 רכשה אלסינט מגיל את מניותיו באלביט הדמיה (885,140 מניות) במחיר של עשרה דולרים למניה. מחיר זה היה גבוה בכ-12.5 אחוזים מהמחיר הממוצע של מניות אלביט הדמיה בתקופה שבין חילופי השליטה בה ועד לאותו מועד (להלן: עסקת גיל).

כיום מניית אלסינט איננה נסחרת עוד. ביום 22.8.2005, קרוב לשש שנים לאחר שהוגשה התביעה שביסוד ההליך דנן, נחתם הסכם מיזוג בין אלסינט לבין אלביט הדמיה לפי סעיפים 350 ו-351 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות). על פי הסכם זה, הומרה כל מניית אלסינט ב-0.53 מניית אלביט הדמיה.

הליכים קודמים

6. התובענה נשוא ההליך הוגשה במקור ביום 2.11.1999 בצירוף בקשה לאשרה כתובענה ייצוגית מכוח הוראות חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק ניירות ערך), ולחלופין מכוח הוראת תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: התקנות). עם הקבוצה אותה ביקשו המערערים לייצג נמנו מי שהחזיקו במניות אלסינט ביום 6.9.1999, מועד ההודעה על הפסקת המגעים בין אלביט הדמיה ואלסינט בנוגע להצעת הרכש, והוסיפו להחזיק בהן במועד הגשת התביעה (למעט הנתבעים). בקשת המערערים לאישור התובענה כייצוגית נדונה בפני נשיא בית המשפט המחוזי בחיפה דאז, השופט מ' לינדנשטראוס, אשר הורה ביום 16.8.2000 על מחיקתה. על החלטה זו הוגשה בקשת רשות ערעור וביום 21.11.2001 התקיים דיון בבקשה בפני בית משפט זה (הנשיא ברק, והשופטים אנגלרד וריבלין) שבסופו הוחלט ליתן רשות ערעור כמבוקש. לאחר מכן, חלו מספר אירועים שהיה בהם כדי להשפיע על ההלכה הנוהגת בעניין אישור תובענות ייצוגיות, ביניהם מתן פסק הדין ברע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220 (2003), וכניסתו של חוק תובענות ייצוגיות לתוקף (פורסם ביום 12.3.2006). נוכח התפתחויות אלו, נתבקשו הצדדים לעדכן את כתבי טענותיהם.

7. ביום 14.12.2006 ניתן פסק הדין בערעור במסגרתו קבענו כי הוראות חוק תובענות ייצוגיות חולשות גם על עילות שנוצרו קודם כניסתו לתוקף ואף על הליכי ערעור תלויים ועומדים (רע"א 7028/00 אי.בי.אי ניהול קרנות נמנות (1978) בע"מ נ' אלסינט בע"מ (טרם פורסם, 14.12.2006)). בנסיבות הקונקרטיות של המקרה מצאנו כי ניתן היה לתבוע בעילת תביעה של קיפוח בעלי מניות המיעוט, על פי הוראות חוק החברות, ומשכך חולשת על נסיבות המקרה הוראת המעבר הקבועה בסעיף 45(ג)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, וטרם התיישנה עילת התביעה. על כן, הורינו על החזרת הדיון לבית המשפט המחוזי בכדי שידון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית על פי הוראות חוק תובענות ייצוגיות. משהוחזר הדיון בבקשה לבית המשפט המחוזי, הורה בית המשפט (סגן הנשיא ג' גינת) לצדדים להגיש כתבי טענות מעודכנים בהתאם לשינוי שחל בדיון כמפורט לעיל (החלטה מיום 11.4.2007). המערערים הגישו כתב תביעה מעודכן ובקשה עדכנית לאישור התובענה כייצוגית וכן הגישו, על

פי הוראת בית המשפט, כתב פירוט אשר במסגרתו שייכו לכל נתבע את העילות שבגינן הוא נתבע.

8. כתב הפירוט מכיל כתשעים עילות תביעה מתחום דיני החברות, דיני ניירות ערך, דיני החוזים ודיני הנזיקין שביסוד כולן טענה מרכזית אחת לפיה הנתבעים חברו יחד במהלך משולב שבמסגרתו הפכו את אלסינט מחברה פעילה בתחום ההדמיה הרפואית לקופת מזומנים, אשר אותה חילקו ביניהם תוך קיפוח בעלי המניות מקרב הציבור. כך, על פי הטענה, אלרון גרפה רווחים באמצעות מכירת השליטה באלביט הדמיה לאירופה-ישראל במחיר שגילם פרמית שליטה גבוהה במיוחד; גיל נטל את חלקו כאשר רכשה ממנו אלסינט את מניותיו באלביט הדמיה במחיר שעלה באופן משמעותי על שוויון בבורסה; ולבסוף רוקנה אירופה-ישראל את קופת המזומנים בעסקאות המלוונות והמרינה שבמסגרתן רכשה אלסינט מקבוצת אירופה-ישראל נכסי נדל"ן במחיר מופקע. כל זאת, תוך הטעית המשקיעים על ידי יצירת מצג שווא בדבר כוונה לבצע הצעת רכש. לטענת המערערים, משנוצרה באלסינט קופת מזומנים גדולה שלא נועדה לפעילות נושאת רווחים, היה על החברה לחלק את הכספים בין כלל בעלי המניות בשווה באמצעות דיבידנד. אולם, חלף זאת ביכרה בעלת השליטה, אלרון, למכור את מניותיה ברווח מרבי, תוך גילוי אדישות ביחס לזהותו של הקונה. בהקשר אחרון זה נטען, כי מכירת השליטה לאירופה-ישראל לוותה בנסיבות שהיו צריכות לתפקד כנורות אזהרה אדומות בדבר כוונותיה של אירופה-ישראל בנוגע לעתידה של אלסינט. בין אותן נסיבות מונים המערערים את הפרמיה הגבוהה שקיבלה אלרון תמורת מניותיה באלביט הדמיה; זהותו של בעל השליטה באירופה-ישראל (המשיב 5) ששמו נקשר בפרשיה שבמסגרתה התמוטטו שתי חברות בנסיבות מחשדות (ראו: פסקה 9 להחלטתו של בית המשפט המחוזי); ומימון העסקה בדרך של רכישה ממונפת. כן טוענים המערערים כי הסכם מכירת השליטה מאלרון לאירופה-ישראל כלל תנית שיפוי מצד אירופה-ישראל לאלרון למקרה שבו תתבע אלרון בגין חזרתה של אלביט הדמיה מכוונתה לבצע הצעת רכש (כך עולה מדו"ח דירקטוריון אירופה-ישראל, מוצג ל"ד לסיכומי המערערים). לטענתם, יש בכך כדי ללמד על מודעות אלרון לכך שקיימת סבירות רבה לכך שאירופה-ישראל איננה מתכוונת להתחשב בציפיות בעלי מניות המיעוט באלסינט. לשיטת המערערים, סימני האזהרה שאפפו את מהלך מכירת השליטה באלביט הדמיה הוכיחו עצמם כמבוססים

עם ביצוע עסקאות המלוונות והמרינה לאחר שאושרו על ידי דירקטוריון שהיה נגוע ברובו בעניין אישי, מבלי שהובאו לאישור אסיפת בעלי המניות.

9. מנגד, מציגים המשיבים את האירועים באור שונה לחלוטין. לטענתם, מכירת נכסי אלסינט היוותה צעד הכרחי נוכח השפעת המיתון בכלכלה העולמית על שוק ההדמיה הרפואית ועל יכולתה של אלסינט להמשיך ולהתחרות בו. לאחר המכירה חיפשה החברה אפיקים חדשים לפעולה ולהתפתחות. על רקע האמור, יש לראות בעסקת גיל ובעסקאות המלוונות והמרינה עסקאות לגיטימיות שבמסגרתן ניצלה אלסינט הזדמנויות עסקיות שנקרו בדרכה ליצירת אפיקי השקעה חדשים. כך, לטענתם, באמצעות עסקת גיל עלה בידי אלסינט לרתום לצדה את מי שנחשב ל"שם דבר" בתחום ההשקעות בטכנולוגיה מתקדמת ובה בעת להבטיח כי התמורה בעבור המניות תשמש לקידום מטרותיה שלה. זאת, מכיוון שבמסגרת העסקה התחייב גיל להשקיע את התמורה שקיבל מאלסינט (לאחר החזר הלוואות) בחברה חדשה שהוקמה בשיתוף שני הצדדים. באשר לעסקאות המלוונות והמרינה נטען, כי מדובר בעסקאות שאושרו כדין במוסדותיה המוסמכים של החברה לאחר הליך בדיקה וקבלת חוות דעת ממומחים כלכליים ומשפטיים מן השורה הראשונה. לשיטתם של המשיבים, העסקאות הוכיחו עצמן במבחן המציאות ככדאיות והניבו תשואה גבוהה לבעלי מניותיה של אלסינט.

בדיון שנערך ביום 15.11.2007 בפני בית המשפט קמא הוסכם בין הצדדים כי הדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית יתקיים בדרך של שמיעת טענות בעל-פה, וההחלטה תינתן לאחר מכן על סמך החומר הכתוב והטיעון בעל-פה מבלי שהמצהירים יחקרו בחקירה נגדית. כן הוסכם כי ההחלטה תתייחס במידת הצורך לשאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדין בשלב הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, והובהר כי עצם הוויתור על חקירת המצהירים לא יחשב להודאה או להסכמה של מי מבעלי הדין לעובדות המובאות בהם או לקבילות תיעוד כלשהו (עמ' 10 לפרוטוקול הדיון בפני בית המשפט קמא מיום 15.1.2007).

החלטתו של בית המשפט קמא

10. ביום 11.1.2009 דחה בית המשפט קמא את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. ביסוד ההחלטה מונחת הקביעה כי התובענה אינה עונה על התנאי הקבוע בסעיפים 4(א)(1) ו-8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות בדבר קיומן של שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם הקבוצה. בית המשפט מצא כי הקבוצה אותה מבקשים המערערים לייצג – קרי, מי שהחזיקו במניות אלסינט ביום 6.9.1999 והוסיפו להחזיק בהן עד למועד הגשת התובענה – עשויה להכיל בעלי מניות שרכשו את מניותיהם לאחר שהתרחש אחד או יותר מהאירועים שביסוד התובענה, ועל כן הם לא קופחו בגין אותו אירוע. כך, למשל, ציפיותיו של מי שרכש את מניות אלסינט בתקופה שבה התמקדה פעילות החברה בתחום ההדמיה הרפואית, אינן זהות לציפיותיו של מי שרכש את מניות החברה לאחר שמומשו נכסיה בתחום זה והיא נותרה למעשה כ"קופת מזומנים". כן נקבע, כי עילות התביעה הנעוצות במצג השווא שלטענת המערערים, יצרה אלביט הדמיה כלפיהם בדבר כוונה לבצע הצעת רכש, קשורות בטבורן בשאלת מועד הרכישה של מניות אלסינט על ידי חברי הקבוצה השונים. זאת, מכיוון שאופי הדיווחים לגבי הצעת הרכש העתידית ומידת ההטעיה שהייתה כרוכה בהם – ככל שהייתה הטעיה כזו – השתנו לאורך התקופה. בית המשפט העיר כי יתכן שניתן היה להכשיר מספר עילות תביעה לבירור במסגרת תובענה ייצוגית תוך שימוש בסמכות הנתונה לו בסעיף 10(ג) לחוק תובענות ייצוגיות "להגדיר תת-קבוצה אם מצא שלגבי חלק מחברי הקבוצה מתעוררות שאלות של עובדה או משפט, אשר אינן משותפות לכלל חברי הקבוצה". אולם, מכיוון שהצדדים לא התייחסו לאפשרות זו בכתבי הטענות, וממילא גם לא הוצגו נתונים שיאפשרו להגדיר תת-קבוצה כאמור אשר מי מהמערערים נמנה עימה, לא ראה בית המשפט להורות כן.

11. יחד עם זאת, מצא בית המשפט כי בין שלל האירועים שביסוד התובענה קיים אירוע אחד שהתרחש בזמן שכלל חברי הקבוצה החזיקו בניירות ערך של אלסינט. כך, אירוע עסקאות המלוונות והמרינה חל, כך נקבע, בפרק הזמן הנזכר ומתקיים בו התנאי בדבר קיומן של שאלות של עובדה או משפט המשותפות לחברי הקבוצה. אשר על כן, נדרש בית המשפט לשאלת עמידתן של עילות התביעה שהתגבשו, לכאורה, מכוחו של אירוע זה, ביתר התנאים המנויים בחוק תובענות ייצוגיות, ובתוכם קיומה של עילת תביעה אישית למערערים (במובחן מעילה לתביעה נגזרת) כנדרש בסעיף

4(א)(1) לחוק. בהקשר זה, הזכיר בית המשפט את ההלכה שלפיה ירידה בשווי מניית החברה, כשלעצמה, אינה מקימה עילה לתביעה אישית של בעלי המניות בהיותה נזק משני המשקף את נזקי החברה (ראו: ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312 (1997) (להלן: פרשת מגן וקשת); ע"א 3051/98 דרין נ' חברת השקעות דיסקונט, פ"ד נט(1) 673 (2005) (להלן: פרשת דרין)). אולם, בנסיבות המקרה, נקבע כי חל אחד החריגים להלכה זו שעניינו קיומו של פער בין גובה הנזק שנגרם לקבוצת בעלי מניות אחת לבין נזקם של יתר בעלי המניות. בית המשפט הסביר כי אם צודקים המערערים בטענתם כי אלסינט שילמה לקבוצת אירופה-ישראל במסגרת עסקאות המלוונות והמרינה תמורה מוגזמת, אזי הנזק שנגרם לבעלי מניות המיעוט כתוצאה מהרכישה הוא רב מזה שנגרם לבעלת השליטה. נזק מסוג זה, כך נפסק, מקים עילת תביעה אישית לבעלי המניות. בשולי הדברים העיר בית המשפט כי עילות תביעה נוספות המופיעות בכתב התביעה ואשר מבוססות אף הן על החלטת אלסינט לרכוש נכס במחיר שנטען להיות מופקע (במסגרת עסקת גיל), אינן נעוצות בקיפוח מובהק של המיעוט וגם מן הטעם הזה לא ניתן לבררן במסגרת תובענה ייצוגית.

12. בית המשפט המשיך ובחן את התקיימות התנאים הקבועים בחוק לצורך אישור תובענה כייצוגית, ביחס לעילות התביעה הנעוצות באירוע עסקאות המלוונות והמרינה. בהקשר זה נקבע, כי חרף קיומה הלכאורי של עילת תביעה אישית למערערים, אין לאשר את התובענה כייצוגית. זאת, מן הטעם שלא מתקיים בה התנאי הקבוע בסעיף 4(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, לפיו כאשר אחד מיסודות עילת התביעה הוא נזק, נדרש התובע הייצוגי להראות, באופן לכאורי, כי אכן נגרם לו נזק. בנסיבות המקרה, כך נפסק, לא עמדו המערערים בתנאי הנזכר מכיוון שכתבי טענותיהם כלל אינם מתייחסים לשאלת גורל מניות אלסינט שהוחזקו על ידם. כך, למשל, לא צוין אם המניות נמכרו טרם המיזוג בין אלסינט ואלביט הדמיה שארע, כזכור, בשנת 2005, ואם כן – באיזה מחיר? וככל שהומרו מניות אלסינט שהיו בבעלות המערערים למניות אלביט הדמיה – אם מניות אלה נמכרו ובאיזה מחיר? בהקשר זה הזכיר בית המשפט את טענת המשיבים לפיה מי שרכש מניות אלסינט בשנת 1999 והתמיד בהחזקתן עד לאחר מיזוג החברה, הרוויח תשואה מצטברת של עד 236.5 אחוזים על השקעתו. כפועל יוצא מכך, קבע בית המשפט כי בהעדר התייחסות לשאלת גורל המניות, לא הוכיחו

המערערים, ולו לכאורה, כי נגרם להם נזק, ולכן לא ניתן לאשר את התובענה כייצוגית.

13. בית המשפט הוסיף וציין, בבחינת למעלה מן הנדרש, כי התובענה אף אינה עונה על התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות לפיו נדרשת הוכחת קיומה של אפשרות סבירה לכך שהשאלות המתעוררות במסגרתה תוכרענה לטובת הקבוצה. בהקשר זה, דחה בית המשפט את טענת המערערים לפיה המחיר ששילמה אלסינט בעבור הנכסים שרכשה במסגרת עסקאות המלונות והמרינה היה מופקע, בצינו כי טענה זו נסמכת על דו"חות כספיים מהשנים 1998-1999 בהם הוצגו הנכסים בהתאם לעלותם ההיסטורית ולא לפי שוויים ההוגן (בהתאם לכללי החשבונאות שהיו נהוגים באותה עת). כן נקבע, כי על מנת להעריך את הגינות המחיר ששילמה אלסינט נדרשת חוות דעת שמאית שלא הוגשה על ידי המערערים. מנגד, קיבל בית המשפט את טענת המשיבים לפיה במבחן המציאות הוכיחו עסקאות אלו את עצמן במשך השנים כמשתלמות. לבסוף, העיר בית המשפט כי התובענה מבוססת על מספר רב של אירועים וכוללת בתוכה ערב רב של עילות תביעה ביחס לכל אירוע, ולפיכך קיים ספק אם ניהול התובענה בהליך ייצוגי יהווה את הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקות. בהתחשב בכל האמור לעיל, דחה בית המשפט את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית וחייב את המערערים לשלם לכל אחת מהקבוצות המשיבות הוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד בגובה 50,000 ש"ח.

הערעור

14. בפנינו מעלים המערערים שורת טענות כלפי החלטתו של בית המשפט קמא, ואלו המרכזיות שבהן: ראשית, נטען כי ביחס להתאמתן של עילות התביעה הנעוצות בקיפוח בעלי מניות המיעוט להתברר במסגרת תובענה ייצוגית, חל השתק פלוגתא. לשיטת המערערים, בית משפט זה כבר דן בשאלה האמורה בפסק הדין שניתן ברע"א 7028/00 וקבע כי קיפוח בעלי מניות המיעוט באלסינט הינה עילה הראויה לבירור במסגרת תובענה ייצוגית. על כן, טוענים המערערים כי בית המשפט קמא לא רשאי היה לדחות את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית על בסיס קבלת טענות במישור זה. שנית, מלינים המערערים על החלטתו של בית המשפט קמא שלא לבחון את האפשרות להכשיר מספר עילות לבירור בהליך ייצוגי תוך שימוש בסמכות

שהוענקה לו בחוק תובענות ייצוגיות לפצל את קבוצת התובעים לתתי-קבוצות בהתאם לעילות התביעה המגוונות והשאלות השונות שהן מעוררות. שלישית, נטען כי שגה בית המשפט קמא בהפעילו דרישת אחידות מוחלטת בין חברי הקבוצה המיוצגת על פי "מבחן הומוגניות" שהינו מחמיר, לדבריהם, בהשוואה לפסיקה בה נקבע כי ניתן לאשר תובענה כייצוגית אף אם אין שוררת זהות מוחלטת בין השאלות העובדתיות והמשפטיות שמתעוררות בעניינם של כלל חברי הקבוצה. לבסוף, קובלים המערערים על קביעותיו של בית המשפט קמא באשר להיעדר הוכחת נזק. לשיטתם, אין חולק על כך שבעקבות חתימת הסכמי המלונות והמרינה חלה הדרדרות בשער מניית אלסינט, ודי בכך על מנת להרים את הנטל המוטל עליהם בשלב מקדמי זה של הדיון. זאת ועוד, לטענתם, נכונותו של בית המשפט לבחון את סוגיית הנזק בהתחשב במחיר מניית אלביט הדמיה (ולא אלסינט) בשנת 2007 (שנתיים לאחר המיזוג בין החברות, וכשבע שנים לאחר הגשת התובענה המקורית), הינה אבסורדית. שכן במונחי שוק ההון מדובר בתאריך שאין לו כל רלוונטיות לאירועים שביסוד התובענה, ומכל מקום אותו מועד חל בשיאה של הבועה הפיננסית בתחום הנדל"ן אשר התפוצצה בשנת 2008.

15. מנגד, סומכים המשיבים ידיהם על החלטתו של בית המשפט קמא ומעלים שורת טענות במענה לטענות המערערים (לשם הנוחות יוצגו טענות המשיבים כולן יחדיו, אף על פי שכל אחת מהקבוצות המשיבות הגישה כתבי טענות ביחס לעילות המיוחסות לה בנפרד). המשיבים דוחים בשתי ידיים את טענת המערערים בדבר קיומו של השתק פלוגתא. לגישתם, פסק הדין ברע"א 7028/00 עסק בשאלת תחולתן בזמן של הוראות חוק תובענות ייצוגיות ואין בו כל הכרעה פוזיטיבית בשאלת התקיימותם של תנאי הסף לאישור התובענה כייצוגית. לדבריהם, בדיוק לשם ליבונה של סוגיה זו הוחזר הדיון לבית המשפט המחוזי. באשר לטענות המערערים בעניין החלת מבחן הומוגניות על כלל החברים הפוטנציאליים בקבוצה, גורסים המשיבים כי בדין קבע בית המשפט קמא שריבוי מועדי הרכישה האפשריים של מניות אלסינט על ידי חברי הקבוצה וריבוי נסיבות הרכישה וההחזקה, יורדים לשורשו של התנאי בדבר קיומן של שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה ושוללים את התקיימותו. זאת ועוד, לדבריהם, הריבוי האמור שולל גם את האפשרות להגדיר תת-קבוצות או להכיר בעילת תביעה משותפת לחברי הקבוצה בגין עסקאות המלונות

והמרינה. באשר לסוגיית הוכחת הנזק, טוענים המשיבים כי קביעותיו של בית המשפט קמא מעוגנות היטב בתשתית הראייתית שנפרשה לפניו ובדין. בהקשר זה מזכירים המשיבים, כי בפני בית המשפט קמא הונחו מספר תצהירים וחוות דעת חשבונאיות מטעם המשיבים אשר לא נסתרו על ידי המערערים, ואילו המערערים לא גיבו את טענותיהם בתשתית ראייתית של ממש. המשיבים מדגישים כי המחלוקות בין הצדדים נסובו בעיקר על טענות עובדתיות, ומחלוקות אלו הוכרעו על ידי בית המשפט קמא לאחר שלושה ימי דיונים, בהחלטה מנומקת ומפורטת. משכך, לטענתם, לא קמה עילה להתערבותו של בית משפט זה בממצאיו ובקביעותיו של בית המשפט קמא. לבסוף, טוענים המשיבים כי גם לו היה ממש בטענותיהם העובדתיות של המערערים, לא היה מקום לאשר את התובענה כייצוגית וזאת מכיוון שעילות התביעה, ככל שקמו כאלה, שייכות לחברה ולא לבעלי מניותיה. לדבריהם, הנזק לו טוענים המערערים הינו נזק משני בלבד המתבטא בירידת ערך מניותיהם, ומשכך על פי הלכת מגן וקשת והלכת דרין אין בו כדי להקים עילת תביעה אישית. עוד הם טוענים, כי השגותיהם של המערערים מהוות, למעשה, ניסיון לתקוף פעולה עסקית בנכס מנכסי החברה, תחת מסווה של טענות קיפוח. לגישתם, עילת הקיפוח עניינה באופן הניהול והארגון הפנימי של החברה ובהשפעתו על בעלי המניות בה, ואין מקום להיזקק לטענות מסוג זה ביחס לחברה ציבורית הנסחרת בבורסה. זאת, מכיוון שבחברה ציבורית בעל מניות הרואה עצמו מקופח יכול למכור את מניותיו.

דיון

16. קודם שנדון בטענות הצדדים, ראוי להזכיר בכמה מילים את פסק הדין הקודם שניתן על ידי בית משפט זה בפרשה דנן, וזאת על מנת להחזיר את הדיון למסלולו. פסק הדין ברע"א 7028/00 עסק, כזכור, בשאלת תחולתן בזמן של הוראות חוק תובענות ייצוגיות ובאפשרות לתבוע מכוחן בהליכים שהיו תלויים ועומדים בפני ערכאת ערעור עובר לפרסום החוק. בפסק הדין קבענו, כי החוק חל על עילות שנוצרו קודם כניסתו לתוקף, לרבות בקשות שהיו תלויות ועומדות בפני ערכאה שיפוטית. לצד זאת, בנסיבות המקרה הקונקרטי, נוכח פרק הזמן הממושך שחלף בין היווצרות עילת התביעה לבין מועד פרסומו של חוק תובענות ייצוגיות, נדרשנו גם לסוגיית התיישנות עילת התביעה על פי הוראת המעבר הקבועה בסעיף 45(ג) לחוק תובענות ייצוגיות. בהקשר זה קבענו, כי עילת תביעה בגין קיפוח בעלי מניות נמנתה עם העילות

שניתן היה מבחינה עקרונית לאשר בגינן תובענה ייצוגית על פי הוראות חוק החברות. על כן, בהתאם להוראת המעבר שבחוק, נפסק מרוץ התיישנות העילה ביום הגשת התביעה ולא ביום פרסומו של חוק תובענות ייצוגיות. בהקשר זה ציין הנשיא ברק כי:

"בהתאם לחוק החברות ניתן היה לאשר לבעלי מניות המיעוט באלסינט, חברה ציבורית הרשומה בישראל, הגשת תובענה ייצוגית נגד המשיבים בעילה של קיפוח בעלי המניות. ניהול ענייניה של חברה בדרך שיש בה משום קיפוח בעלי המניות שלה הקים עילת תביעה שניתן היה להגיש בגינה תובענה ייצוגית... התוצאה היא אפוא כי הערעור מתקבל. פסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין מחיקת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית מתבטל. הדיון בבקשה לאישור התביעה כתובענה ייצוגית מוחזר אל בית-המשפט המחוזי, על-מנת שזה ידון בה על-פי הוראות חוק תובענות ייצוגיות" (שם, פסקה 23).

17. הנה כי כן, פסק הדין ברע"א 7028/00 לא הכיל קביעה פוזיטיבית בדבר התאמתה של התביעה דנן להתברר בהליך של תובענה ייצוגית. אולם, תוצאת פסק הדין הייתה מבוססת על הקביעה לפיה בגין סוג הטענות שעניינן קיפוח בעלי מניות, ניתן היה לקבל בקשה לאישור תובענה כייצוגית לפי הוראות חוק החברות. כדי לבחון את התאמתן של נסיבות המקרה הקונקרטיות להתברר בהליך ייצוגי, הוחזר הדיון לבית המשפט המחוזי. מן האמור עולות שלוש מסקנות: ראשית, כי להתרשמותו של בית משפט זה, כפי שזו באה לידי ביטוי בפסק הדין ברע"א 7028/00, טענותיהם של המערערים מקימות חשש, שאינו מופרך על פניו, לקיפוח בעלי מניות המיעוט באלסינט על ידי המשיבים (וזאת מבלי לקבוע מסמרות בשאלה זו). אלמלא התרשמות זו, ממילא לא היה מקום לקבלת הערעור על פסק דינו של השופט לינדנשטראוס ולהשבת הדיון לבית המשפט המחוזי. שנית, עולה מן הדברים כי אין ממש בטענת המערערים בדבר קיומו של השתק פלוגתא בסוגית התאמתן של עילות התביעה לבירור במסגרת תובענה ייצוגית. ליבונה של סוגיה זו היווה את תכלית החזרת הדיון לבית המשפט המחוזי. לבסוף, ברי כי עילות התביעה שאת התאמתן להליך הייצוגי היה על בית המשפט המחוזי לברר, הן אלו שנעוצות בקיפוח בעלי מניות המיעוט באלסינט. שכן, על פי

פסק הדין ברע"א 7028/00, אלו הן העילות שבגינן ניתן היה מבחינה עקרונית לתבוע בתובענה ייצוגית מכוח הוראות חוק החברות. כיוון שכך, הוראת המעבר שבחוק תובענות ייצוגיות חולשת על עילות אלו (בשונה מעילות אחרות). על כן, ממילא לא היה מקום לדון בבית המשפט קמא ביתר עילות התביעה (שמקורן בדיני החוזים, הנזיקין ועוד).

18. המערערים "מלאים טענות כרימון", אולם למקרא כתב הפירוט שהוגש על ידם לבית המשפט קמא עולה, כי מבין שלל עילות התביעה, ניתן לזקק מספר מצומצם יחסית של טענות שלפיהן המשיבים, או מי מהם, קיפחו את בעלי מניות המיעוט באלסינט: הטענה בדבר הימנעות מחלוקת דיבידנד מהרווחים שנתרו בקופת אלסינט לאחר מימוש נכסיה בתחום ההדמיה הרפואית; הטענה בדבר מכירת השליטה באלביט הדמיה מאלרון לאירופה-ישראל תמורת פרמיית שליטה חריגה בגובהה; הטענה בדבר סיכול ביצוע הצעת רכש והימנעות מנקיטת פעולות לאכיפת ההתחייבות לבצע הצעת רכש; הטענה בדבר רכישת נכסים מחברות בנות של אירופה-ישראל ומרכזי שליטה במסגרת עסקאות המלונות והמרינה במחיר מופקע; והטענה בדבר רכישת מניות אלביט הדמיה מידי גיל במחיר שעלה על שוויין בבורסה. כזכור, בית המשפט קמא החליט שלא לאשר תובענה ייצוגית בעילות התביעה הנזכרות, ועל כך הוגש הערעור שלפנינו. אולם, בטרם נידרש לקביעותיו של בית המשפט קמא לגופן, נזכיר בכמה מילים את אמות המידה שעל פיהן שומה על בית משפט הדין בבקשה לאישור תובענה כייצוגית, לבחון את קיומם של התנאים הנקובים בחוק.

תפקידו של בית המשפט בדיון בבקשה לאישור תובענה כייצוגית

19. לשלב הדיון בבקשה לאישור תובענה כייצוגית נודעה חשיבות רבה. חשיבותו נובעת מהצורך לאתר את נקודת האיזון הראויה בין השאיפה שלא להפוך הליך מקדמי זה להליך עיקרי שבמסגרתו מתבררות עילות התביעה גופן באופן המעכב את הדיון ופוגם ביעילותו, מחד גיסא; אולם גם מתוך הכרה בכך שעצם ההחלטה לאשר תובענה ייצוגית מטילה על הנתבעים נטל כבד ועלולה לתמרץ אותם להתפשר אף במקרים בהם לא קיימת הצדקה מהותית להגשת התביעה, מאידך גיסא. עמד על כך הנשיא ברק:

"את דיני התובענה הייצוגית... יש לפרש על-פי התכלית המונחת ביסודם. יש לעשות הכול כדי

להגשים את המטרות המונחות ביסוד החקיקה, תוך שמירה על מנגנוני ההגנה אשר ימנעו ניצול התובענה הייצוגית לרעה. אכן, אין להתייחס אל התובענה הייצוגית כאל בן חורג. יש לראות בה אמצעי חשוב להגשמת זכות הפרט והכלל. עם זאת, יש לשמור מפני ניצול האמצעי הזה לרעה. מכאן חשיבותו הרבה של השלב הראשון בתובענה הייצוגית, שעניינו אישור (מלא או מותנה) של בית המשפט לתובענה הייצוגית. זהו הפרוזדור שבאמצעותו ניתן להיכנס לטרקלין, הוא הדיון במשפט גופו. אין להפוך את הפרוזדור למשכן קבע. הליך האישור צריך להיות רציני ויעיל. אסור לו, להליך זה, להוות גורם המצנן תובעים ראויים מלהגיש תביעה ייצוגית. עם זאת, ראוי לו להיות גורם השולל מתובעים בלתי ראויים את המשך התביעה הייצוגית" (רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 787 (1995) (להלן: פרשת טצת)).

וכן נאמר על ידי השופטת ט' שטרסברג-כהן כי :

"אין להעמיד דרישות מחמירות מדי לעניין מידת השכנוע, משום שאלה עלולות להטיל על הצדדים ועל בית-המשפט עומס-יתר בבירור הנושא המקדמי, דבר העלול לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות ולרפיון ידיים של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים. את כל אלה יש למנוע על-ידי קריטריון מאוזן בנושא נטל ומידת ההוכחה הנדרשים מהתובע הייצוגי, שמצד אחד לא יפטור אותו מחובת שכנוע, ומצד אחר לא יטיל עליו נטל כבד מדי" (פרשת מגן וקשת, בעמ' 329-330).

20. המחוקק ראה להעניק לבית המשפט הדין בבקשה לאישור תובענה כייצוגית מספר רב של כלי עזר וסמכויות שנועדו לסייע לו, במקרה בו מצא כי התובענה ראויה להתברר במסגרת של הליך ייצוגי, להכין את התיק במטרה לייעל את הדיון ולפשטו. מכאן סמכויותיו הרחבות של בית המשפט לאשר תובענה ייצוגית בכפוף לכל שינוי שעליו יחליט (סעיף 13 לחוק); "לאשר תובענה ייצוגית אף אם לא התקיימו [כל] התנאים... אם מצא כי ניתן להבטיח את קיומם של תנאים אלה בדרך של צירוף תובע מייצג או בא כוח מייצג או החלפתם, או בדרך אחרת" (סעיף 8(ג)(1) לחוק); להגדיר את הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה (סעיף 10(א) לחוק); "להגדיר תת-קבוצה, אם מצא שלגבי חלק מחברי הקבוצה מתעוררות שאלות של עובדה או משפט,

אשר אינן משותפות לכלל חברי הקבוצה", וכן "להורות על מינוי תובע מייצג או בא כוח מייצג לתת-הקבוצה, אם מצא שהדבר דרוש כדי להבטיח שענינם של חברי תת-הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת" (סעיף 10(ג) לחוק). במובן זה קיים דמיון מסוים בין הסמכויות המוקנות לשופט היושב בקדם משפט לבין סמכויותיו של שופט הדן בבקשה לאישור תובענה כייצוגית, אשר נועדו שתיהן לאפשר לשופט לגלם תפקיד אקטיבי במטרה לסייע לצדדים להגדיר את המחלוקות ביניהם ולהעמידן על מספר מוגבל של שאלות שבהן ניתן לדון במסגרת של הליך משפטי (השוו: רע"א 10538/08 המכללה האקדמית הערבית לחינוך בישראל בחיפה נ' מחמד חסן כנעאן (לא פורסם, 12.4.2009)). הסמכויות הרחבות שהוקנו לבית משפט הדן בבקשה לאישור תובענה כייצוגית מצביעות על מגמתו של החוק שלא להציב מכשולים דיוניים או אחרים בפני התובע הייצוגי הפוטנציאלי במקרים בהם, על פני הדברים, מהווה התובענה הייצוגית את הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקות שבין הצדדים. זאת, בשים לב לאינטרס הציבורי שאותו משרת ההליך הייצוגי.

21. לצד האמור לעיל, נקבע בפסיקה כי חרף השאיפה שלא להקפיד עם התובע הייצוגי הפוטנציאלי אשר תביעתו מייצגת אינטרס ציבורי ראוי להגנה, לעיתים הצטברותם של פגמים דיוניים בהתנהלותו של התובע הייצוגי הפוטנציאלי עשויה להביא למסקנה כי לא ראוי לאשר את התובענה כייצוגית. כן נקבע, כי תפקודו של תובע בעת הליכים מקדמיים לאישור התובענה כייצוגית משליך על שאלת היותו של התובע מייצג הולם (רע"א 378/96 וינבלט נ' משה בורנשטיין בע"מ, פ"ד נד(3) 247, 268 (2000) (להלן: עניין וינבלט); פרשת מגן וקשת, בעמ' 330; פרשת דרין, בעמ' 692). לטעמנו, האפשרות לדחות את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית אך בשל התנהלותו הדיונית של התובע הייצוגי צריכה להישמר למקרים חריגים. זאת, בין היתר, בהתחשב בתכליתו של ההליך הייצוגי להתמודד עם כשלים הקיימים במנגנון ההתדיינות ה"רגיל" ולצמצם את פערי הכוח בין התובע והנתבע. עמד על כך המלומד אלון קלמנט במאמרו "קווים מנחים לפרשות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט 131, 148 (תשס"ז):

"בשוק קטן כמו זה שיש בישראל, עורכי הדין הגדולים והמנוסים מועסקים לעתים קרובות על ידי גופים גדולים ובעלי עצמה, ולכן יימנעו רבים מהם מהגשת תובענות ייצוגיות נגד גופים אלה

שמה יפגע הדבר בעסקיהם העתידיים. בשוק כזה יש לתת תמריצים גם לעורכי הדין המנוסים פחות כדי שירצו להגיש תובענות ייצוגיות ראויות. פסילתם עקב חוסר ניסיונם תסכל מטרה זו".

22. הנה כי כן, פערי הכוחות בין הצדדים לתובענה הייצוגית עשויים להתבטא אף במישור הייצוג. כך כמעט בכל תביעה ייצוגית, וכך במיוחד בתביעות ייצוגיות בתחום דיני התאגידים וניירות הערך בהם הפערים האמורים מתחדדים. לפיכך, הקפדה עם התובע הייצוגי הפוטנציאלי עלולה לשבש את מטרות החקיקה. אכן, "אין זה מתפקידו של בית המשפט לגבש עילות תביעה בעבור התובעים" (פסקה 40 להחלטתו של בית המשפט קמא). אולם, מקום בו סבור בית המשפט כי מבחינה מהותית הצביע התובע הייצוגי הפוטנציאלי על עילות שמן הראוי לבררן במסגרת הליך ייצוגי, ראוי כי ישקול את האפשרות להתגבר על הקשיים שמעוררת התובענה במישור תנאי הסף לאישורה כייצוגית, באמצעות שימוש בסמכויות שהקנה לו המחוקק. על רקע זה, נבחן את קביעותיו של בית המשפט קמא, עליהן קובלים המערערים לפנינו.

23. נזכיר, כי בית המשפט קמא פסק כי הגדרת הקבוצה שאותה מבקשים המערערים לייצג בתובענה כוללת בתוכה גם בעלי מניות אשר רכשו את מניותיהם לאחר אירוע מכירת השליטה מידי אלרון לאירופה-ישראל ולאחר עסקת גיל. משכך, בעלי מניות אלו לא קופחו בגין אותם אירועים, והשאלות המשפטיות והעובדתיות המתעוררות בקשר עם אירועים אלה, אינן משותפות לכלל חברי הקבוצה. עוד קבע בית המשפט קמא, כי מועד רכישת המניות הינו בעל רלוונטיות גם לעילות התביעה שמקורן במצגים בדבר כוונה לבצע הצעת רכש. זאת, מכיוון שהפרסומים והדיווחים השונים שפורסמו במשך התקופה הרלוונטית לתביעה בעניין זה, נבדלים זה מזה באופן הצגת הכוונה לבצע הצעת רכש. בית המשפט העיר, כי יתכן וניתן להכשיר חלק מעילות התביעה האמורות לבירור בהליך ייצוגי באמצעות הגדרת תת-קבוצה מכוח הסמכות הקבועה בסעיף 10(ג) לחוק. אולם, מכיוון שהצדדים לא התייחסו לאפשרות זו בכתבי הטענות, בית המשפט לא ראה להידרש לכך מיוזמתו. ביחס לעסקת גיל, ציין בית המשפט בנוסף, כי אין לאשר בגינה תובענה ייצוגית גם מן הטעם שהנזק שנגרם כתוצאה ממנה – ככל שנגרם – הוא נזק של החברה לבדה, אשר אינו מקים עילת תביעה אישית לבעלי המניות. יחד

עם זאת, נקבע כי קיים אירוע אחד שהתרחש בוודאות בזמן שכלל חברי הקבוצה החזיקו במניות אלסינט, ואשר מעורר שאלות המשותפות לכל חברי הקבוצה. מדובר באירוע ההתקשרות בעסקאות המלונות והמרינה. ביחס לאירוע זה נקבע, כי הוא מקים עילה לתביעה אישית של בעלי המניות. אולם, לצד זאת נפסק, כי לא ניתן לאשר בגינו תובענה ייצוגית, וזאת משלושה טעמים: ראשית, המערערים לא הרימו את הנטל להוכיח, ולו לכאורה, כי נגרם להם נזק; שנית, סיכויי התביעה אינם גבוהים מכיוון שלא הוכח כי המחיר שבו נרכשו הנכסים היה בלתי הוגן; שלישית, עקב ייחוס ערב רב של עילות לכל אירוע, קיים ספק רב אם התובענה הייצוגית תהווה את הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקות.

דחיית מקצת מטענות המערערים

24. נקדים את המאוחר ונציין, כי לא מצאנו מקום להתערב בקביעותיו של בית המשפט קמא באשר ל"הצעת הרכש" שלשיטת המערערים, הוצגה במכתב וורטמן. להתרשמותנו, צדק בית המשפט קמא בקובעו כי עילות התביעה הנעוצות באירוע זה, אינן ראויות להתברר במסגרת של תובענה ייצוגית. כפי שצוין בהחלטתו של בית המשפט קמא (פסקה 38), אופיים המגוון של המצגים שהוצגו לאורך התקופה שבין מכתב וורטמן לבין הודעת אלביט הדמיה על הפסקת המגעים בינה לבין אלסינט, יוצר שונות בין רוכשי המניות, אשר תפורר את הקבוצה ותצריך ניהול סדרה של משפטים נפרדים. משכך, אין עילה זו מתאימה להתברר במסגרת תובענה ייצוגית (ראו: ע"א 6887/03 חיים רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות, פסקה 27 (טרם פורסם, 20.7.2010) (להלן: עניין רזניק)). בנוסף, אף אחד מהמצגים שהובאו בפני בית המשפט קמא, אינו מצביע על התחייבות מגובשת לבצע הצעת רכש. מקריאת המצגים השונים שפורסמו בארץ ובחו"ל לגבי הצעת הרכש, לא ניתן להתרשם כי בשלב כלשהו הגיע המשא ומתן בין אלסינט ואלביט הדמיה "לשלב כה מתקדם, עד כי תנאי ההסכם ידועים, והוא היה נכרת לולא אותה התנהגות שלא בתום-לב שמנעה 'ברגע האחרון' את כריתת ההסכם" (ראו: ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289, 299-300 (2002)). בהיעדר ראייה להצעה מגובשת כזו, ממילא גם לא ביססו המערערים כדבעי את הטענה כי נושאי המשרה באלסינט נהגו שלא כשורה בכך שלא עמדו על "אכיפת" הצעת הרכש. יוער, כי אף המערערים עצמם לא היו עקביים בטענותיהם בהקשר זה, ובעוד

שבתחילה האשימו את אלביט הדמיה בהפרת התחייבות תקפה לבצע הצעת רכש, ואת אירופה-ישראל האשימו בגרם הפרת חוזה, בשלב שבו הוחזר הדיון לבית המשפט קמא, שונתה הטענה לחוסר תום לב במשא ומתן. שינוי זה נעשה תחת מחאה מצד המשיבים (ראו, למשל, עמ' 128 שורות 4-5 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט קמא מיום 21.1.2008). מכל מקום, הוא מצביע על חולשת טענות המערערים בדבר התגבשותה של הצעת רכש מחייבת. עוד יוער בהקשר זה, כי המערערים מבקשים להסתמך על המחיר שננקב במכתב וורטמן (14 דולר למניה), בתור נקודת ייחוס אשר יש לפצות את בעלי המניות על כל ירידה ממנה. אולם, נוכח האמור לעיל, בכוחו של המחיר שצוין במכתב וורטמן להוות אינדיקציה בלבד לשוויין של מניות אלסינט בתקופה שלאחר מימוש נכסי החברה, ולא סוף פסוק. כן יוזכר, כי על פי הפסיקה, ככלל, בשל המימד הספקולטיבי הטמון בהערכות לגבי שוויין העתידי של מניות, קיימת רתיעה מפסיקת פיצויי קיום בתובענות מסוג זה (ראו, עניין וינבלט, עמ' 263). המערערים מבקשים לפצות בגין כל ירידה של שער מנית אלסינט מתחת ל-14 דולר למניה. אולם, משמעותו סעד זה היא, למעשה, הענקת פיצויי קיום בגין ציפיות של בעלי המניות שהתבדו בדיעבד.

25. כן סבורים אנו, כי בדין קבע בית המשפט קמא כי עילת תביעה – ככל שנוצרה כזו – בגין רכישת מניות אלביט הדמיה על ידי אלסינט מאת גיל, מקומה להתברר במסגרת תביעה נגזרת ולא בתביעה אישית של בעלי המניות. זאת, בהתאם לפסיקה שקבעה באופן עקבי כי נזק שנגרם לבעלי המניות בירידת שווי מניותיהם כתוצאה מעסקה שבה מכרה החברה נכס במחיר הפסד – ובענייננו, רכשה נכס במחיר שנטען להיות מופקע – אינו מקים, על דרך הכלל, עילה לתביעה אישית של בעלי המניות (ראו: פרשת מגן וקשת; פרשת דרין; ע"א 9014/03 גרינפלד נ' לסר (לא פורסם, 14.12.2006) (להלן: פרשת גרינפלד)). המערערים לא הראו כי חל בנסיבות המקרה אחד הסייגים שנמנו להלכה זו, כגון: קיפוח בעלי המניות או הבדל בין הנזק שנגרם למקצת בעלי המניות לבין הנזק שנגרם לאחרים. כך, למשל, לא הוצגה כל ראיה לכך שהתמורה שניתנה לגיל במסגרת עסקה זו, הייתה קשורה בקידום עניינם של בעלי השליטה על חשבון בעלי מניות המיעוט. אף לא הוצגה כל הצדקה אחרת לקבוע כי חל בנסיבות המקרה חריג מחריגי הלכת מגן וקשת (ראו דיון בחריגים בהמשך). זאת ועוד, העובדה שמרבית התמורה שקיבל גיל בעבור מניותיו, לא הופנתה לכיסו, אלא הושקעה על ידו במיזם משותף לו ולחברה,

מקרינה אף היא על אופן הבחינה של שיקול הדעת שהפעיל דירקטוריון אלסינט באשרו את העסקה.

מהטעמים שפורטו, לא ראינו להתערב בהחלטתו של בית המשפט קמא שלא לאשר את בירור עילות התביעה שמקורן בשני אירועים אלו, בהליך ייצוגי. כפועל יוצא מן האמור לעיל, נותרו לפנינו אך עילות התביעה שעניינן קיפוח בעלי המניות בדרך של הימנעות מחלוקת דיבידנד מרווחי אלסינט, מכירת השליטה באלביט הדמיה מידי אלרון לאירופה-ישראל וביצוע עסקאות המלוונות והמרינה. כזכור, מפסק הדין ברע"א 7028/00 עולה כי טענותיהם של המערערים ביחס לאירועים אלו עשויות, על פניהן, לבסס עילת תביעה שעניינה קיפוח בעלי מניות המיעוט באלסינט. אולם, בית המשפט קמא התבקש לבחון אם יש בהן כדי לקיים את התנאים לאישור תובענה כייצוגית המופיעים בחוק.

קיפוח בעלי מניות המיעוט באלסינט

26. נזכיר בקצרה מהו קיפוח שבגינו ניתן היה לאשר, כזכור, הגשת תובענה ייצוגית מכוח הוראות חוק החברות. במועד קרות האירועים נשוא התובענה חלשה על היחסים שבין הצדדים הוראת סעיף 235 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 (להלן: פקודת החברות). כיום מעוגנת ההגנה מפני קיפוח בסעיף 191 לחוק החברות, אשר, ככלל, לא שינה מעקרונותיו של ההסדר שבפקודה (נכנס לתוקף ביום 1.2.2000). וזו לשון הסעיף הרלוונטי בפקודת החברות:

235(א) היו עניינה של חברה מתנהלים בדרך שיש בה משום קיפוח של חלק מחבריה, רשאי בית המשפט, לפי בקשת חבר, לתת הוראות הנראות לו לשם הסרת הקיפוח, ובהן הוראות שלפיהן יתנהלו ענייני החברה בעתיד או ירכשו חברי החברה, או החברה עצמה, מניות ממניותיה..."	"סעד למקרה קיפוח
--	------------------------

הסעיף קובע נורמה כללית וגמישה המאפשרת את התערבותו של בית המשפט במקרים המתאימים (ע"א 2699/92 בכר נ' ת.מ.מ. תעשיות מזון מטוסים (נתב"ג))

בע"מ נ' תש"ת חברה למפעלי תיירות ושירותי אחזקה בע"מ, פ"ד נ(1) 238, 244 (1996) (להלן: פרשת ת.מ.מ.). מדובר ב"הוראת מסגרת" המשאירה לבית המשפט את המלאכה של יציקת תוכן לגדרה (ציפורה כהן בעלי מניות בחברה: זכויות תביעה ותרופות כרך ב', 93 (2008) (להלן: ציפורה כהן)). ואכן, בשורה ארוכה של מקרים, הגדירה הפסיקה עקב בצד אגודל את סוגי המקרים שבהם התנהגותם של מנהלי החברה או בעל השליטה בה נחשבת לכזו שמקפחת את זכותם של בעלי המניות. על פי ההלכה הנוהגת, "קיפוח המיעוט בחברה הוא בעיקרו מצב של חלוקת משאבים בצורה בלתי הוגנת במיתחם יחסי בעלי השליטה בחברה ובעלי מניות מיעוט בה" (פרשת ת.מ.מ., בעמ' 246). ביסודה של הסמכות שהוענקה לבית המשפט להעניק סעד במקרה של קיפוח "עומדת המטרה להגן על המיעוט מפני חלוקה לא-שוויונית ברווחי החברה אותה מבקש לאכוף הרוב השולט" (ע"א 3298/00 המחדש משאבות בע"מ נ' עשת, פסקה 8 (לא פורסם, 26.6.2002) (להלן: עניין המחדש)). במסגרת הדיון בעוולת הקיפוח, מוטל על בית המשפט לבחון אם נפגעו ציפיות לגיטימיות של בעלי המניות, כאשר השאלה מהי ציפייה לגיטימית עשויה לזכות לתשובות שונות על פי נסיבות המקרה ובהתאם לאופייה של החברה (רע"א 9646/04 חסקי אלון ייזום בניה והשקעות בע"מ נ' אריה מיכלסון חברה לזמות בע"מ, פ"ד נט(3) 380 (2005); ציפורה כהן, בעמ' 120)).

27. יש הטוענים כי הזכות לקבל סעד בגין קיפוח בעלי המניות מוקנית אך לבעלי מניות בחברה פרטית, שכן בחברה ציבורית יכולים בעלי המניות למכור את מניותיהם ובכך להשתחרר מן העוול, שלטענתם, נגרם להם (ראו: ה"פ (ת"א) 275/84 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' טמפו בירה בע"מ, פ"מ מ"ז(1) 84 (1986)). אולם, דין סברה זו להידחות, שכן הגבלת עילת הקיפוח באופן האמור אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק הנוקט במילה חברה (קרי, חברה ציבורית ופרטית כאחד), ואף אינה מחויבת המציאות. כפי שהעירה פרופ' כהן: "ניהול ענייני החברה בדרך מקפחת עלול להביא למצב של היעדר קונים למניה, או במקרים חמורים פחות – לירידת מחיר המניה. בעל מניות בחברה כזו זקוק אפוא לסעד כדי להשיב את מצבו לזה שבו היה נמצא אילו לא ההתנהגות המקפחת" (ציפורה כהן, בעמ' 114). יחד עם זאת, וכפי שכבר נאמר לעיל, אופייה של החברה עשוי להשפיע על ציפיותיהם הלגיטימיות של בעלי מניותיה, ובהתאם על שאלת קיומו של קיפוח. כך, למשל, נקבע בעבר כי בחברה פרטית קטנה, המהווה "מעין שותפות", קיימת

ציפייה לגיטימית מצד בעלי המניות לשותפות בניהול אשר, ככלל, אינה קיימת בחברה ציבורית או גדולה (ראו, למשל, ע"א 275/89 דוידזון נ' אורנשטיין, פ"ד מו(1) 125, 131 (1992)).

מן הכלל אל הפרט

28. אשר לטענה בדבר הימנעות מחלוקת דיבידנד לאחר מכירת פעילות אלסינט בתחום ההדמיה הרפואית, ככלל, הימנעות מחלוקת דיבידנד בחברה מרוויחה איננה טענה שבכוחה לבסס, כשלעצמה, עילת תביעה בגין קיפוח. כך, במיוחד בחברה ציבורית שבה הצטברותם של רווחים גורמת לעלית שער המניה, ובכוחו של בעל מניות המעוניין לממש את השקעתו, למכור את מניותיו בבורסה. זאת ועוד, על דרך הכלל, אין בהחלטת החברה להשקיע את רווחיה בפעילות נושאת רווח, חלף חלוקת דיבידנד לבעלי מניותיה, כדי להקים עילת תביעה. שאם לא כן, תופקע הסמכות לקבוע את מדיניות הניהול העסקי של החברה מידי מנהליה. יחד עם זאת, טענה שעניינה אי-חלוקת דיבידנד עשויה, בהצטרפה לגורמים נוספים בעלי משקל משמעותי, להוביל למסקנה כי החברה נוהלה בדרך שיש בה משום קיפוח של בעלי המניות או של חלקם (ציפורה כהן, בעמ' 147-155). עולה מן האמור, כי החלטת אלסינט שלא לחלק את רווחי החברה כדיבידנד, כשלעצמה, איננה יכולה לבסס עילת תביעה בגין קיפוח. אולם, מבחינה עקרונית, ההחלטה שלא לחלק דיבידנד הינה נסיבה שבהצטרפה לאירועים אחרים – כגון, מכירת שליטה חובלת או עסקאות בעלי עניין בלתי הוגנות – עשויה לתמוך בטענת קיפוח. היינו, ככל שיש ממש בטענות המערערים בנוגע לאירועים אלו, אזי ההימנעות מחלוקת הדיבידנד, לצד חזרת אלביט הדמיה מכוונתה המוצהרת לבצע הצעת רכש, עשויה לתמוך במסקנה כי התבצעה חלוקה לא שוויונית של רווחי החברה. יוער, כי האמור לעיל הינו בגדר התרשמות לכאורית בלבד, שכן סוגיה זו תיבחן על ידי הערכאה הדיונית בהליך גופו.

29. אשר לטענה בדבר מכירת השליטה באלסינט מידי אלרון לאירופה-ישראל, סוגיה זו מעוררת שאלה מורכבת בדבר היקף החובות החלות על בעל השליטה בעת מכירת מניותיו לצד שלישי. מצבים של מכירת שליטה לעיתים קרובות מחדדים ניגודי אינטרסים בין בעלי המניות. זאת, בין היתר, מכיוון שבעת מכירת שליטה מסתיימים קשריו של בעל השליטה עם החברה ויתר בעלי מניותיה, ונעלם האינטרס של בעל השליטה ביחסים של שיתוף פעולה

ואמון. בהתאם, הוגבלה חירותם של בעלי שליטה למכור את מניותיהם לכל המרבה במחיר (ראו, אירית חביב-סגל דיני חברות 634 (2007) (להלן: חביב-סגל)). הסוגיה של מכירת שליטה חובלת נבחנה על ידי בית משפט זה בע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253 (1984) (להלן: פרשת קוסוי). לפי ההלכה שנפסקה באותה פרשה: "בעל מניית השליטה חופשי למכור מנייתו לכל קונה, למעט קונה אשר לידיעת בעל המניה עומד להשתלט על החברה ולרוקן אותה מנכסיה" (שם, בעמ' 286). כן, נאמר באותו עניין, כי "אמת הדבר, מניה היא נכס, אשר בעליו רשאי לעשות בו כרצונו. אך רצון זה אינו בלתי מוגבל. אין לערוך בו דיספוזיציה, אשר תביא, לידיעת המוכר, לריקונה של החברה. אין בעל מניות רשאי להתנהג על-פי הגישה כי 'אחריי המבול'" (שם, 285). דברים אלה שנאמרו בנסיבות העסקה שנדונה בפרשת קוסוי, גרמו להוספת הוראה מפורשת בחוק החברות בדבר חובות בעלי שליטה ויכולת הכרעה לפעול בהגינות. ההלכה שנקבעה בפרשת קוסוי הייתה מאז ואילך לנקודת המוצא לבחינת תוכנה של חובת ההגינות המוטלת על בעלי השליטה כלפי החברה ובעלי מניות המיעוט. אולם, רק לעיתים רחוקות נדרש בית המשפט ליישומה של הלכה זו (ראו: ה"פ (ת"א) 10820/99 עצמון נ' סער שיאון החזקות בע"מ (לא פורסם, 18.11.2003); ת"א (מרכז) 8746-10-09 רוי"ח חן ברדיצ'ב בתפקידו כנאמן על הסדר הנושים של חברת אפקון תעשיות בע"מ נ' פויכטונגר (לא פורסם, 16.12.2010)). נסיבות המקרה שלפנינו שונות מאלו שנדונו בפרשת קוסוי הן בתוצאותיה של מכירת השליטה (כזכור, בפרשת קוסוי הובילה מכירת השליטה בסופו של דבר לקריסת הבנק), והן במידע אודות כישוריו וכוונותיו של רוכש השליטה. בענייננו, כלל לא נטען כי היה על אלרון לדעת כי אירופה-ישראל תביא את אלסינט לחדלות פירעון. זו גם ממילא לא הייתה תוצאתה של מכירת השליטה. טענתם של המערערים היא שונה. לגישתם, מכירת השליטה מידי אלרון לאירופה-ישראל, במצב שבו היוותה אלסינט, למעשה, "קופת מזומנים" בלבד, וכאשר עתידה של הצעת הרכש מצד אלביט הדמיה לטה בערפל, התבצעה תוך ניגוד עניינים מובהק בין האינטרס של אלרון לתמורה מירבית על מניותיה באלביט הדמיה, לבין אינטרס בעלי מניות אלסינט מקרב הציבור לחלוקה שיוונית של הרווחים. בנסיבות אלה, לטענתם, ההתקשרות בהסכם למכירת השליטה אשר גילם פרמיית שליטה גבוהה, מבלי שהובטח כי אירופה-ישראל תעמוד מאחורי המצגים בדבר כוונה לבצע הצעת רכש, ואף ההפך הוא הנכון – תוך שסופקה לאלרון הגנה של זכות שיפוי במקרה בו תתבע בקשר עם הכוונות שהובעו

במכתב וורטמן – היוותה מהלך מקפח העומד בסתירה לחובת בעלת השליטה שלא לנצל את כוחה לרעה. נסיבות אלו מעוררות שאלות שהושארו בצריך עיון בפסק הדין שניתן בפרשת קוסוי (ראו, דברי הנשיא ברק שם, בעמ' 286: "כאשר תתעוררנה בעתיד בעיות אחרות – כגון 'מחיר' השליטה, האם התמורה בגין מכירת השליטה שייכת לחברה עצמה והאם יסוד בגיבושה של החובה הוא ידיעה בפועל של המוכר על מגמותיו של הקונה, או שמא ניתן להסתפק גם בחוסר ידיעה במקום שבו בעל מניה סביר צריך היה לדעת... נוכל ליתן עליהן את הדעת שעה שיתעוררו"). אף בהליך דנן, אין אנו נדרשים להיכנס בעובי הקורה. כזכור, עסקינן בשלב המקדמי של בקשה לאישור תובענה כייצוגית. כפועל יוצא מן האמור, די לנו בכך שסיכוייה של תביעה המבוססת על טענה למכירת שליטה חובלת בנסיבות העניין הינם סבירים. עצם העובדה כי השאלות שעתידות להתברר בהליך גופו הינן קשות ומורכבות, וכי על המערערים יהיה לעבור כברת דרך לצורך הוכחת טענותיהם, אינה מהווה, לשיטתי, כשלעצמה, מחסום מפני אישור התובענה כייצוגית.

30. ראוי לציין בהקשר זה, כי באחרונה ניתנה החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב (המחלקה הכלכלית, כבוד השופטת ד' קרת מאיר) בת"צ (ת"א) 26809-01-11 כהנא נ' מכתשים אגן תעשיות בע"מ (לא פורסם, 15.5.2011) (להלן: עניין מכתשים-אגן)) במסגרתה נבחנה שאלה בעלת מאפיינים דומים: האם במסגרת עסקת מיזוג רשאי בעל שליטה לקבל מהצד הרוכש תמורה עודפת עבור מניותיו. בהחלטה נקבע כי בעלת השליטה לא הייתה זכאית לתמורה עודפת בגין חלקה במניות הנמכרות, וכי יש לחלק את התמורה בין כל בעלי המניות של החברה, לרבות בעלי המניות מקרב הציבור. בין נימוקי ההכרעה ציין בית המשפט, כי בנסיבות אותו מקרה שרר ניגוד עניינים בין בעלת השליטה (ונושאי המשרה שמונו מטעמה ועסקו בניהול המשא-ומתן) לבין בעלי המניות מקרב הציבור, ועל כן קיומם של סימנים מחשידים, כגון אי שוויון בולט בין בעלת השליטה לבין בעלי מניות המיעוט, מצדיק הפעלת ביקורת שיפוטית הדוקה מצד בית המשפט. יצוין, כי הסכם פשרה אליו הגיעו הצדדים להליך, לפיו, בין היתר, תשלם בעלת השליטה סכום של 45 מיליון ש"ח ליתר בעלי המניות, אושר על כל רכיביו בפסק דין מיום 3.8.2011.

בענייננו, לא דובר בעסקת מיזוג, אלא במכירת מניות, אולם מכלול הנסיבות שאפפו את מהלך מכירת השליטה תומך במסקנה כי שרר ניגוד עניינים בין אלרון לבין בעלי מניות המיעוט באלסינט, וכי, על פניו, אלרון היתה מודעת לכך שבעקבות מכירת השליטה ישנה סבירות גבוהה לכך שבעלי המניות מקרב הציבור לא יזכו בנתח הוגן מהרווחים שהצטברו בקופת אלסינט. מסקנה זו נתמכת, בין היתר, באינדיקציות הבאות: עיתוי ואופן ניהול המשא ומתן בין אלרון לאירופה-ישראל, המרחק בין תחום הפעילות שבו עסקה אלביט הדמיה עד למכירת השליטה לבין תחום הפעילות של אירופה-ישראל, מימון הרכישה בדרך של רכישה ממונפת (Leveraged Buyout), פרמיית השליטה שקיבלה אלרון (בתמורה לרכישה של פחות מ-40% ממניות אלביט הדמיה), קיומה של תניית שיפוי מצד אירופה-ישראל לאלרון בהסכם מכירת השליטה בקשר עם האפשרות שאירופה-ישראל תיסוג מהכוונה לבצע הצעת רכש, ולבסוף - תגובת המשקיעים לדיווח אודות מכירת השליטה בדרך של צניחת שער מניית אלסינט אל מתחת לשער שבו נסחרה המניה בטרם הדיווח על מכתב וורטמן. יובהר, כי אין באמור כדי לקבוע מסמרות בשאלה העובדתית, אשר מקומה להתברר בפני הערכאה הדיונית, אם פרמיית השליטה ששולמה לאלרון אכן הייתה חריגה בגובהה באופן שיש בו כדי להצביע על כוונת החברה הרוכשת ליהנות מנכסי החברה הנרכשת בצורה בלתי שוויונית (על הדעות שהושמעו בספרות המשפטית בנוגע לגבולות הלגיטימי במכירת שליטה, ראו: עניין מכתשים-אגן, בעמ' 32-34; אירית חביב-סגל דיני חברות לאחר חוק החברות החדש כרך ב, פרק יב' (2004)). כן יובהר, כי אין באמור בכדי לקבוע מסמרות בשאלת קיפוח בעלי מניות אלסינט על ידי אלרון, אלא כל שנאמר הוא כי המערערים הרימו את הנטל שהיה מוטל עליהם בשלב מקדמי זה של הדיון. היינו, כי סיכוייה של תביעה בעילה זו הינם סבירים.

31. טענת הקיפוח האחרונה שהציגו המערערים נעוצה בעסקאות המלונות והמרינה. המצבים שבהם עומד בעל השליטה בחברה משני צידי המתרחס מעוררים את החשש שמא יהיו תנאי העסקה מוטים לטובת בעל השליטה, במקום לטובת החברה, וכי מנהלי המשא-מתן יתעלמו מהאינטרסים של בעלי מניות המיעוט. כך, למשל, במקרים שבהם מתבצעות עסקאות להעברת נכסים בין חברת אם וחברת בת, קיימת אפשרות שהתמורה בגין הנכסים לא תהלוס את שוויים האמיתי. הפסיקה הייתה ערה לפוטנציאל הפגיעה הקיים

במצבים אלו, והתייחסה לכך במילים אלו: "ביחסים שבין חברת אם לבין חברת בת משמשת לעתים חברת הבת כצינור מרכזי להעברת כספים לחברת האם, ולא דווקא לטובת חברת הבת או המיעוט בה" (עניין ת.מ.מ., בעמ' 248). בהתחשב בחשש האמור, יצר המחוקק כלים פרוצדוראליים ומהותיים שנועדו לצמצם את החשש מפני ניצול לרעה. כיום, מוסדר הליך אישורן של עסקאות חריגות של חברת בת מול חברת האם (או גורמים הקשורים בה) בהוראות הפרק החמישי לחוק החברות, ובעיקר סעיף 270(4) בצירוף סעיף 275 (ראו גם: תקנות החברות (הקלות בעסקאות עם בעלי עניין), התש"ס-2000). יוזכר, כי במסגרת תיקון 16 לחוק החברות, אשר נכנס לתוקף לאחרונה (פורסם ברשומות ביום 15.3.2011. חלק מהוראותיו נכנסו לתוקף ביום 14.5.2011, וחלקן ביום 15.9.2011), הוקשחו עוד יותר התנאים לאישורן של עסקאות מסוג זה. הדין מבקש להבטיח פרוצדורה ראויה של קבלת החלטות בחברה באמצעות דרישת אישור מצד אורגן בלתי תלוי (ועדת הביקורת), וכן מתן כוח לבעלי מניות המיעוט לחסום מהלכים שאינם משרתים את טובת החברה (דרישת אישור אסיפה כללית ברוב מיוחד). כמו כן, מצד הדין המהותי, כפופות עסקאות מסוג זה לחובות האמון והזהירות המוטלות על נושאי המשרה, ולחובות תום-הלב וההגינות המוטלות על בעלי השליטה.

32. בענייננו, אושרה עסקת המלונות והמרינה על ידי דירקטוריון אלסינט וועדת הביקורת. במועד הרלוונטי לתביעה, כזכור, טרם נכנס חוק החברות לתוקפו. בקשה שהוגשה לבית המשפט המחוזי בחיפה למתן צו עשה זמני שיורה לאלסינט לזמן אסיפה כללית של בעלי מניותיה לצורך דיון והצבעה על אישור העסקאות ברוב מיוחד, נדחתה. אולם, עקרונית הדין המהותי האוסר על בעל השליטה לפגוע בציפיות לגיטימיות של בעלי מניות המיעוט ולחלק את משאבי החברה באופן בלתי שוויוני, חלו אז כמו גם היום. מכלול הנסיבות שסבבו את קבלת ההחלטה על ההתקשרות בעסקאות המלונות והמרינה מעורר חשש סביר לכך שהעסקאות התבצעו תוך חריגה מהעקרונות האמורים. עם נסיבות אלו נמנים, בין היתר, הסכם מכירת השליטה מאלרון לאירופה-ישראל על המורכבות הגלומה בו (פרמיית השליטה, תנית השיפוי); סמיכות הזמנים בין מכירת השליטה, חזרת אלביט הדמיה מהכוונה לבצע הצעת רכש, וההתקשרות בעסקאות המלונות והמרינה; בנוסף, תגובת שוק ההון לאירועים אלו בדרך של צניחת שער המניה, עשויה אף היא ללמד על

חריגה מציפיותיהם של המשקיעים. אשר על כן, לדעתי, עסקאות המלוונות והמרינה מקימות, על פניו, חשש סביר לקיפוח בעלי מניות המיעוט. על נפקות אי הבאתן של העסקאות לאישור אסיפת בעלי המניות, אעמוד בהרחבה בהמשך, בחלק שבו תיבחן סוגיית נטלי ההוכחה.

33. בשלב מקדמי זה, די באמור לעיל כדי לקבוע כי מכירת השליטה מאלרון לאירופה-ישראל וביצוע עסקאות המלוונות והמרינה (כשברקע להן ההחלטות שלא לחלק דיבידנד או לבצע הצעת רכש), עשויות להקים למערערים עילת תביעה שעניינה קיפוח בעלי מניות המיעוט בחברה. לבחינת התקיימותם של התנאים הקבועים בחוק, ניגש כעת. כזכור, ביחס לעילות שמקורן בהחלטה שלא לחלק דיבידנד לאחר מימוש נכסיה של אלסינט ובמכירת השליטה באלביט הדמיה מידי אלרון לאירופה-ישראל, קבע בית המשפט קמא כי מאחר שאירועים אלו התרחשו קודם למועד הקובע לגיבוש הקבוצה (6.9.1999), "השאלות הדורשות בירור בקשר לאירועים אלה אינן, אפוא, משותפות לכלל חברי הקבוצה" (פסקה 37 להחלטתו של בית המשפט קמא). ביחס לאירוע עסקאות המלוונות והמרינה קבע בית המשפט, כי המערערים לא עמדו בנטל להוכיח כי, לכאורה, נגרם להם נזק כתוצאה ממנו. ביחס לקביעות אלה, דעתי היא כי יש לקבל את הערעור ומהטעמים שיפורטו להלן.

היעדר אחידות בין חברי הקבוצה

34. פתחנו בהצגת המגמה שבה נקט המחוקק בחקיקת חוק תובענות ייצוגיות, שלא להערים קשיים בפני התובע הייצוגי הפוטנציאלי במקום בו האינטרס הציבורי מצדיק את בירור התובענה בהליך ייצוגי. כן הזכרנו את הכלים הרבים שהוקנו לבית המשפט בחוק אשר מאפשרים לו גמישות רבה בהגדרת הקבוצה, העילות והסעדים. בהתחשב בכך, נראה כי לא היה מקום בנסיבות הענין להסתפק בטעם של היעדר אחידות בין חברי הקבוצה על מנת לדחות את הבקשה לברר את עילות התביעה הנזכרות במסגרת של תובענה ייצוגית.

35. התנאי בדבר קיומן של "שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה" מופיע הן בסעיף 4(א)(1) והן בסעיף 8(א)(1) לחוק. מטבע הדברים, כל אימת שמתגבשת קבוצת אנשים בעלי מכנה

משותף, לצד היבטי הדמיון המשותפים להם קיימים גם היבטים המבחינים ביניהם. כאשר עסקינן בתובענה ייצוגית, הרי שלצד השאלות המשותפות לחברי הקבוצה המיוצגת, עשויות להתעורר גם שאלות שאינן משותפות להם, ולעיתים גם שאלות אינדיבידואליות המבחינות בין כל אחד מחברי הקבוצה לרעהו. על פי הפסיקה, "אף שאין זה מן ההכרח כי כל השאלות המתעוררות בגדר התובענה הייצוגית תהיינה משותפות לכל חברי הקבוצה, אין פירוש הדבר כי אם קיימות שאלות משותפות ניתן לאשר את התובענה כייצוגית, יהיו אשר יהיו השאלות האינדיווידואליות המתעוררות בגדרה" (עניין רזניק, פסקה 27; והשוו ע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, 296 (2001)). על פי לשון החוק, השאלות המשותפות לחברי הקבוצה צריכות להיות "מהותיות". הפסיקה פרשה את התנאי האמור כמבחן יחסי שבמסגרתו בוחן בית המשפט הדין בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, את היקף הנושאים הפרטניים שמעוררת התביעה לעומת הנושאים המשותפים לחברי הקבוצה. קריטריונים ברורים להכרעה בשאלה מהי מידת האחידות שצריכה לשרור בין חברי הקבוצה, ומנגד, מהי מידת הגיוון בין החברים אשר עודנה "נסבלת" בגדרי התובענה הייצוגית – טרם התגבשו בפסיקתנו (ראו: עניין רזניק, פסקאות 25-27 וההפניות המופיעות שם). מכל מקום, נפסק, כי בטרם ידחה בית משפט בקשה לאישור תובענה כייצוגית בשל היעדר הומוגניות בין חברי הקבוצה, מן הראוי כי יידרש לאפשרות להכשיר את התובענה לבירור בהליך ייצוגי באמצעות שימוש בפתרונות המופיעים בחוק, כגון: הסמכות לפצל את הקבוצה לתתי-קבוצות (סעיף 10(ג)), האפשרות לתת פסק דין הצהרתי שבו תוכרענה השאלות המשותפות לחברי הקבוצה תוך הותרת השאלות הפרטניות להליכים אחרים, והסמכות לתת הוראות באשר להוכחת הזכאות לסעד על ידי חברי הקבוצה השונים (סעיף 20(א)-(ג) לחוק) (ראו: עניין רזניק, בפסקה 27).

36. יישום האמור על נסיבות המקרה דנן, מביא למסקנה כי שגה בית המשפט קמא בהחלטתו שלא לבחון את האפשרות להכשיר עילות תביעה באמצעות פיצול הקבוצה לתת-קבוצות תוך שימוש בסמכות שהוענקה לו לשם כך בסעיף 10(ג) לחוק תובענות ייצוגיות. כן שגה בית המשפט קמא כשקבע כי החלטתה של באת כוח המערערים להציב את יום 6.9.1999 כמועד קובע להתגבשות הקבוצה, פוטרת אותו מלדון בעילות התביעה שהתגבשו, לכאורה, קודם למועד זה, לרבות אירוע מכירת השליטה באלביט הדמיה

וההחלטה שלא לחלק דיבידנד מרווחי אלסינט. בענייננו, ניתן לפצל את קבוצת התובעים הייצוגיים לתת-קבוצות שיורכבו מבעלי המניות שהחזיקו במניות אלסינט במועדים הרלוונטיים לאירועים אלו. אין מקום להעמיד קבוצה נוספת של בעלי מניות מכיוון שבהחלטה שלא לחלק דיבידנד כשלעצמה אין משום קיפוח של בעלי מניות המיעוט, אלא רק בהיותה נלווית לפעולות אחרות הפוגעות בציפיות הסבירות של בעלי המניות, כאמור לעיל. ההחלטה שלא לחלק דיבידנד מתמזגת, אפוא, ביתר עילות הקיפוח הנטענות ואין בה כדי להקים עילת תביעה עצמאית. אולם, את יתר עילות התביעה שענינן קיפוח בעלי מניות המיעוט, ניתן לברר במסגרת תובענה ייצוגית באמצעות פיצול הקבוצה המיוצגת בתביעה לשתי קבוצות: קבוצת בעלי המניות שנפגעו, על פי הטענה, ממכירת השליטה. היינו, מי שרכשו מניות אלסינט והחזיקו בהן קודם ליום 25.2.1999 (מועד חתימת הסכם מכירת השליטה והדיווח עליו), למעט הנתבעים; וקבוצת בעלי המניות שנפגעו, על פי הטענה, מביצוע עסקאות המלונות והמרינה. היינו, מי שרכשו מניות אלסינט והחזיקו בהן קודם ליום 9.9.1999 (מועד חתימת עסקאות המלונות והמרינה והדיווח עליהן), למעט הנתבעים. יצוין, כי מדוחות ההחזקות של המערערים במניות אלסינט (מוצג ע"ז למוצגי המערערים) עולה, כי בקרב המערערים קיימים מספר בעלי מניות שהחזיקו במניות אלסינט במועדים האמורים, ולכן בכוחם לשמש כתובעים ייצוגיים עבור תתי הקבוצות.

במאמר מוסגר יוער, כי קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה בעלי מניות שרכשו את מניותיהם לאחר קרות אירוע מקפח כלשהו, אינם יכולים לתבוע בגינו (פסקה 37 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי), אינה נקיה מספקות. השאלה מהי מידת הרלוונטיות של מועד רכישת המניות לבחינת זכותו של בעל המניות להגיש תביעה על קיפוח המיעוט, אינה שאלה פשוטה. שאלה זו התעוררה בעבר בעניין בכר בנסיבות בהן נסוב הקיפוח הנטען על הסכם ניהול שבאמצעותו הוזרמו כספים מקופת החברה לקופת בעלת השליטה. בפסק הדין נקבע, כי העובדה שהמניות נרכשו על ידי התובע לאחר חתימת הסכם הניהול, לא שוללת את זכותו להגיש תביעה להסרת קיפוח. אמנם, באותו עניין אופיו המתמשך של הקיפוח היווה שיקול מרכזי בהחלטה להכיר בזכות התביעה של בעל מניות המיעוט הרוכש. אולם, קיימים טעמים כבדי משקל לתמוך בזכותו של בעל מניות מיעוט שרכש את מניותיו לאחר קרות אירוע מקפח גם כאשר מדובר בקיפוח בעל אופי חד-פעמי, וביניהם הצורך באכיפה

אפקטיבית ומניעת התעשרות שלא כדין (ראו, חביב-סגל, בעמ' 603-605). מכל מקום, בנסיבות המקרה דנן, אבקש להשאיר סוגיה זו בצריך עיון. זאת, נוכח היכולת שקיימת במקרה דנן לפצל את קבוצת התובעים הייצוגיים לתת קבוצות.

היעדר הוכחת נזק לכאורי לבעלי מניות אלסינט כתוצאה מעסקאות המלוונות והמרונה

37. כזכור, אירוע עסקאות המלוונות והמרונה היה האירוע היחידי שלגביו קבע בית המשפט קמא כי קיימות שאלות המשותפות לכלל חברי הקבוצה. בית המשפט אף פסק כי ככל שיש ממש בטענות המערערים לפיהן המחיר ששילמה אלסינט בעבור הנכסים שנרכשו בעסקאות אלו היה מופקע, אזי קמה עילת תביעה אישית לבעלי המניות ולא רק עילה לתביעה נגזרת בשם החברה. אולם, מכיוון שהמערערים לא ציינו בכתבי טענותיהם מה עלה בגורל מניות אלסינט שהוחזקו על ידם, ממילא גם לא הוכח כי אירוע זה הסב לבעלי מניות אלסינט נזק. ובלשונו: "גם אם עוולו המשיבים כלפי המבקשות או היפרו התחייבויות שונות כלפיהן, הרי לא בהכרח נגרם להן נזק, והדבר תלוי בשאלה מה עלה בגורל מניות אלסינט שהוחזקו על ידיהן. בהעדר התייחסות לשאלה זו מצד המבקשות, הרי שלא הראו, אף לא לכאורה, כי נגרם להן נזק" (פסקה 47 להחלטתו של בית המשפט קמא).

קביעה זו של בית המשפט קמא, מעוררת את השאלה מהו הנטל שהיה מוטל על המערערים והאם עמדו בו? האם בדין קבע בית המשפט קמא כי לא הוכח, אף לא לכאורה, כי עסקאות המלוונות והמרונה הסבו למערערים נזק? סוגיות אלו ניצבות בלב הערעור שלפנינו, אולם בטרם ניגש לעיין בהן, ראוי לברר כשאלה מקדמית למי שייכת עילת התביעה, ככל שקמה כזו, בגין ביצוע עסקאות אלו. במילים אחרות, עלינו לשאול אם מדובר בנזק המקיס עילה לתביעה אישית (וייצוגית) של בעלי המניות, או שמא, אף בהנחה שהעסקאות לא שרתו את האינטרסים של אלסינט, הנזק כתוצאה מהן הוא של אלסינט לבדה, ומשכך יתכן כי קמה עילה לתביעה נגזרת, אך אין מקום לאשר תובענה ייצוגית של בעלי המניות?

למי שייכת עילת התביעה – לחברה או לבעלי מניות המיעוט?

38. השאלה של סיווג עילות התביעה, לתביעה אישית-ייצוגית ונגזרת, אינה שאלה פשוטה (ראו: ע"א 3605/09 צאייג נ' קסלמן וקסלמן רואי חשבון (טרם פורסם, 4.4.2011) (להלן: עניין צאייג)). הלכה היא כי עילת תביעה אישית קמה לבעל מניות מקום שבו הוא סובל מנזק אישי בלתי תלוי בנזקה של החברה. אולם, אם הנזק שנגרם לבעל המניות נובע מירידת ערך החברה ושווי מניותיה, וכל בעלי המניות ניזוקים באותה מידה, אזי ככלל לא קמה לבעל המניות עילה לתביעה אישית (פרשת מגן וקשת). לצד הכלל האמור, הוזכרו בפסיקה מספר מצבים חריגים בהם עשוי נזק משני, אשר נגרם לבעל המניות אגב פגיעה בחברה, להקים עילת תביעה אישית: כאשר נפגעת זכות חוזית של בעל מניות; כאשר קיים הבדל בין הנזק שנגרם לבעל מניות מסוים או לקבוצת בעלי מניות לבין נזקם של בעלי מניות אחרים; ובמצבי קיפוח של בעלי מניות המיעוט (ראו: שם, בעמ' 326). כן הושארה ב"צריך עיון" האפשרות להכיר בחריג נוסף שיחול במצבים יוצאי דופן בהם האמצעים הקיימים לפיקוח ולבקרה על יוצרי סיכונים כלפי חברות אינם מעוררים הרתעה מספקת, או לא יוצרים את התמריץ הראוי להגשת תביעה נגזרת, במידה כזו שראוי יהיה להטיל אחריות אישית כלפי בעלי המניות (פרשת דרין, בעמ' 695).

בעניינו, כזכור, סבר בית המשפט קמא כי חל החריג להלכת מגן וקשת שעניינו נזק ייחודי לקבוצת בעלי מניות מסוימת, ובלשונו: "הואיל והנכסים נרכשו מבעלי השליטה באלסינט, הרי שאם נזק לחברה, ברי כי הנזק שנגרם כתוצאה מכך לבעלי המניות מהציבור הוא באופן יחסי גבוה יותר מהנזק שנגרם לבעלי השליטה" (פסקה 43 להחלטתו של בית המשפט קמא). המשיבים טענו בפנינו כי גם תחת ההנחה לפיה במסגרת עסקאות המלוונות והמרינה נרכשו נכסים מחברת בת של בעלת השליטה (BEA Hotels) ומשותפות מוגבלת הקשורה בה (מרינה הרצליה) במחירים מופרזים, אין בכך כדי להצדיק את הקביעה כי קמה לבעלי מניות המיעוט עילה לתביעה אישית. המשיבים תמכו יתדותיהם בהלכה שנקבעה בפרשת דרין ויושמה בפרשת גרינפלד לפיה, ככלל, במקרים שבהם עסקאות כושלות שביצעה החברה הסבו לה נזק, דרך המלך להיפרע בגינו, הינה באמצעות תביעה נגזרת, ולא בתובענה ייצוגית של בעלי מניות החברה. זאת, גם כאשר לטענת בעלי מניות המיעוט, המניע לביצוע העסקה הוכתם בשיקולים זרים של בעל השליטה.

39. אכן, ישנם טעמים כבדי משקל להקפדה על שיוך עילת התביעה לחברה ולא לבעלי מניותיה, ובראשם עיקרון האישיות המשפטית הנפרדת אשר מהווה את אבן הברית לקיומו של שוק ההון, והשאיפה לספק הגנה לנושי החברה (ראו: ענין צאייג, בפסקה 12). אולם, בנסיבות המקרה דנן, נראית בעינינו קביעתו של בית המשפט קמא כי עשויה לקום לבעלי מניות המיעוט באלסינט עילה לתביעה אישית בגין עסקאות המלוונות והמרינה. זאת, בהתחשב בכך שעסקאות אלו בוצעו, על פי הטענה, לא רק מתוך שיקולים זרים ששקל דירקטוריון החברה לטובת האינטרסים של בעלת השליטה, אלא תוך הזרמת התמורה בגין אותן עסקאות לכיסה של בעלת השליטה. העברת עושר מידי החברה לידיה של הרוב מקטינה את שוויה של החברה, וכתוצאה מכך, גם את שוויו היחסי של חלק המיעוט בה. לפיכך, אפשר שעסקאות אלו, אם נעשו שלא בהגינות, הסבו לבעלי מניות המיעוט בחברה, כשלעצמם, נזק הראוי לפיצוי.

כמו כן, ובנוסף לנימוק שציין בית המשפט קמא, אבקש להוסיף שני טעמים להכרה בקיומה של עילת תביעה אישית בנסיבות המקרה דנן: הטעם הראשון, המהווה את צידו השני של המטבע לנימוק שהוזכר לעיל, הוא היותה של עילת התביעה נעוצה בקיפוח בעלי מניות המיעוט. ככל שימצא בית המשפט שידון בהליך העיקרי כי יש ממש בטענות המערערים לפיהן חלק חלוקת דיבידנד או ביצוע הצעת רכש הובילו בעלות השליטה לריקון קופת החברה בטרנסאקציות בלתי הוגנות, אזי מדובר בפגיעה בציפיתם הסבירה של בעלי מניות המיעוט להנות באופן שוויוני מנכסי החברה; הטעם השני, הוא הנימוק שהוזכר בפרשת דרין בדבר היעדר הרתעה מספקת. בנסיבות המקרה דנן, חלפו למעלה מעשר שנים מאז התרחשו האירועים שביסוד התובענה, וזאת שלא עקב התנהלותם של המערערים (כזכור, העיכוב נבע בעיקר כתוצאה מהשינויים שחלו בדין המהותי והצורך ללבן את השפעתם על ההליך). במהלך שנים אלו התמזגה אלסינט באלביט הדמיה, כך שכיום האפשרות של בירור התובענה בהליך של תביעה נגזרת, על פניו, אינה ישימה עוד – ומכל מקום לא יהיה בה כדי לתת מענה לבעלי המניות המקוריים. בנוסף, במצב דברים זה, אין באישור התביעה כייצוגית משום פגיעה בנושיה הפוטנציאליים של אלסינט.

באומרנו זאת, נשוב לבחון אם עמדו המערערים בנטל ההוכחה המוטל עליהם בשלב מקדמי זה של הדיון, באשר לקיומו של נזק לכאורי שנגרם להם. כזכור, עמדתו של בית המשפט המחוזי הייתה כי אי ציון המועד שבו נמכרו מניות אלסינט שהוחזקו על ידי המערערים, שולל מיניה וביה את האפשרות לבחון אם נגרם להם נזק. עמדה זו מוקשית בעיני.

נטל ההוכחה - החלת מבחן ההגינות המלאה

40. כזכור, עילות תביעה שאותן היה על בית המשפט קמא לברר הן אלו המקימות חשש לקיפוח בעלי מניות המיעוט באלסינט. ככלל בתביעה להסרת קיפוח אין חובה להוכיח, בשלב הראשון, כי נגרם לתובעים נזק (ראו: סעיף 191 לחוק החברות, ולפניו סעיף 235 לפקודת החברות; חביב-סגל, בעמ' 629-626). הנטל המוטל על התובעים הוא להוכיח באופן לכאורי קיומו של קיפוח, ואם עמדו התובעים בנטל זה עובר נטל ההוכחה לשכמם של הנתבעים. זהו מבחן "ההגינות המלאה" (Entire Fairness) אשר במסגרתו מועבר נטל ההוכחה אל הנתבעים ועליהם לשכנע את בית המשפט בדבר ההגינות המלאה של פעולתם. הגינותה המלאה של העסקה נשמרת, כאשר מסוגלים בעלי השליטה להוכיח את תוצאותיה השוויוניות של פעולתם, ביחס למכלול בעלי המניות (ראו: שם, בעמ' 628). כך, למשל, בעניין בכר קבע בית המשפט כי:

"הנטל המוטל על בעלי המניות הטוענים לקיפוח הוא להוכיח באופן לכאורי קיומו של קיפוח. הובאה הוכחה כזו, יעבור הנטל לכתפי הרוב, להצביע שפעל כראוי וכי פעולתו אינה מהווה קיפוח המיעוט" (שם, בעמ' 249).

וכן נקבע כי:

"זאת ועוד, יחסים מיוחדים של חברת אם – חברת בת, דורשים מעצם טיבם וטבעם הכרה בחובת דירוג גבוהה מהרגיל של התנהגות הרוב לעניין יחסו כלפי המיעוט" (שם, בעמ' 248).

ההקפדה מצד בית המשפט עם בעלי השליטה באה לידי ביטוי לא רק בהעברת נטל ההוכחה אל כתפיהם, אלא גם בהפעלת ביקורת ברמה של בדיקה זהירה (Careful Scrutiny) (ראו, חוות דעתו של הנשיא ברק בע"א 2773/04 נצבא חברה להתנחלות בע"מ נ' עטר (טרם פורסם, 14.12.2006), אשר ביחס לתוצאה היוותה דעת מיעוט; עניין המחדש; עניין מכתשים-אגן). הטעם לכך נעוץ

בחשש שדירקטוריון החברה יפעל תוך ראיית עניינו של בעל השליטה לנגד עיניו, חלף קידום האינטרס של החברה כשלעצמה. במצב דברים זה, יתכן שלא יתקיים משא-ומתן של ממש בין בעל השליטה לחברה שיהיה בו כדי לתת ביטוי ומענה של ממש לאינטרסים של בעלי מניות המיעוט. בהתחשב בכך, נקבע כי מוטל על בעלי מניות המיעוט-התובעים נטל קל בלבד של הוכחה לכאורית לקיומו של קיפוח, ואילו בעל השליטה הוא שנושא בנטל להוכיח את הגינותה המלאה של העסקה.

41. בענייננו, כזכור, הצביעו המערערים על כמה נתונים שיש בהם כדי לעורר חשש בדבר קיפוח המיעוט בעסקאות המלוונות המרינה, ובעיקר: הליך אישור חפוז בדיקטוריון החברה כאשר קיימים סימני שאלה ביחס למידת עצמאותם של חברי הדירקטוריון, הגרעונות שהופיעו בדוחות הכספיים של החברות הנרכשות (ובדוחותיה של אלסינט בשנים שלאחר הרכישה), וירידה דרסטית בערך מניית אלסינט. לטעמי, סימנים אלו מעוררים חשש כבד בדבר הגינות עסקאות המלוונות והמרינה. די בסימני שאלה אלו, בצירוף העובדה שעסקאות המלוונות והמרינה לא אושרו באסיפת בעלי מניות, על מנת להעביר את נטל ההוכחה אל שכס המשיבים. בהקשר זה יוער, כי העובדה שבבש"א 9888/99 דחתה השופטת גילאור את הבקשה לחייב את אלסינט לכנס אסיפת בעלי מניות ולהתנות את אישור עסקאות המלוונות והמרינה בתוצאות ההצבעה באסיפה, איננה שוללת את המסקנה שהוצגה לעיל, לפיה אי אישור העסקאות על ידי אסיפת בעלי מניות מעביר את נטל ההוכחה לשכס המשיבים. פרוצדורה לאישור עסקה לחוד, ונטל הוכחה לחוד. גם אם היו המשיבים רשאים לבצע את העסקה כפי שבוצעה, ואיני רואה לקבוע עמדה בעניין זה, עדיין נטלו הם על עצמם את הסיכון שבתביעה שתוגש לעתיד לבוא הנטל להוכיח את הגינותה יהיה מוטל על כתפיהם.

42. אשר על כן, לא היה מקום להטיל את נטל ההוכחה על שכס המערערים, כפי שעשה בית המשפט קמא. חלף זאת, היה עליו לבחון אם המשיבים הצליחו לשכנע, לכאורה, בדבר הגינותה המלאה של העסקה, קרי כי הליך אישור העסקה היה תקין וכי המחיר ששולם בעבור הנכסים שנרכשו היה הולם. כידוע, בית משפט זה אינו עוסק בבחינת ראיות. אולם, נציין כאן בקצרה כי למקרא פרוטוקול הדיון שנערך ביום 9.9.1999 בוועדת הביקורת של אלסינט בנושא עסקאות המלוונות והמרינה (מוצג כ' למוצגי המערערים),

מתקבל, על פניו, הרושם כי ועדת הביקורת לא הגשימה את הציפיות שהיו תלויות בה. כך, לא נעשה ניסיון לבחון אם הנחות היסוד שעליהן נשענות חוות הדעת הנן נכונות, או אם הערכות השווי מלמדות על שוויה של החברה הנרכשת (להבדיל משווי נכסי הנדל"ן שלה). כמו כן, העסקאות לא נבחנו מול אלטרנטיבות של רכישת נכסים מניבים מגורם שאינו קשור בבעלת השליטה. בנוסף, סמיכות הזמנים בין המועד שבו הוגשו הערכות השווי לידי דירקטוריון אלסינט (חוות הדעת ביחס לעסקת המלוונות הועברה ביום 3.9.1999, וחוות הדעת ביחס למרינה הועברה ביום 7.9.1999), ומועד קיום ישיבת הדירקטוריון וישיבת ועדת הביקורת שבהן הוחלט לאשר את העסקאות (9.9.1999) מעוררת אף היא תמיהות לגבי יכולתם של חברי הדירקטוריון להתעמק בנתונים כדבעי. מצופה מחברי דירקטוריון, ומחברי ועדת ביקורת בפרט, בבואם להתמודד עם הערכות שווי שהינן קריטיות להערכת היותה של העסקה לטובת החברה, להפעיל מידה סבירה של בחינה ובדיקה ביקורתית. עליהם לרדת לעומק הסוגיה, ליטול חלק פעיל בדיון ולהפנות שאלות לרואי החשבון וליועצים המשפטיים, וכל אלו, על פניו, לא התקיימו במקרה דנן. ודוק, איננו קובעים כי המחיר ששילמה אלסינט בעבור הנכסים אותם רכשה במסגרת עסקאות המלוונות והמרינה היה אכן מופקע, כטענת המערערים, אלא כי לא הוכח ההיפך מכך, ובהתחשב בכך שהנטל מוטל על המשיבים, מוקשית בעיני קביעתו של בית המשפט קמא כי סיכויי התביעה הינם נמוכים.

בנוסף, בית המשפט קמא לא נדרש בפסק דינו לבירור טענותיהם של המערערים בשאלות שהינן בעלות חשיבות רבה לענין, כגון: הטענה בדבר ניגוד העניינים שבו היו נתונים, כביכול, הדירקטורים שאישרו את עסקאות המלוונות והמרינה, והטענה בדבר מימון רכישת השליטה מכספי הלוואה שהותנתה בהגדלת ההון העצמי של החברה הרוכשת באמצעות כספי החברה הנרכשת. במצב דברים זה, נטל ההוכחה על המשיבים כאמור לעיל.

43. למעלה מן הנדרש יצוין, כי גם תחת ההנחה לפיה בנסיבות המקרה חלה על המערערים החובה להוכיח כי נגרם להם נזק (במובחן מהחובה להוכיח באופן לכאורי קיומו של קיפוח), עדיין הייתי סבורה כי יש לדחות את מסקנתו של בית המשפט קמא. כזכור, בית המשפט קמא קבע, כי מכיוון שהמערערים לא ציינו את המועד שבו מכרו את מניותיהם, הם לא עמדו בנטל

להוכיח כי נגרם להם נזק, ועל כן אין לאשר את תביעתם כייצוגית. אולם, השאלה מתי מכרו המערערים את מניותיהם איננה בהכרח רלוונטית לבחינת הנזק שנגרם להם. נזק זה התגבש בעת התרחשותו של האירוע המקפח, או עם הגיעו של המידע אודות אירוע זה לשוק המניות וצניחת שער המניה בעקבותיו. האירוע שמגבש את הנזק אינו מכירת המניות על ידי בעלי מניות המיעוט. אשר על כן, אין מקום לקבוע כי בעל מניות מיעוט שמכר את מניותיו כעבור שנים ברווח, לא הפסיד כתוצאה מאירוע מקפח שהתרחש בחברה. זאת ועוד, אימוץ שיטתו של בית המשפט קמא תוביל למסקנה כי בכדי לבסס תביעה כספית, בעל מניות מיעוט שנפגע מקיפוח חייב למכור את מניותיו בהפסד בסמוך לאחר קרות האירוע המקפח. התנהלות זו אינה מחויבת המציאות, ואין מקום למנוע סעד מבעל מניות שהמתין ולא מכר את מניותיו בתקווה שתנודות השוק, או גורמים אחרים, ישיבו לו את השקעתו האבודה. במקרה דנן, הוכיחו המערערים, לכאורה, כי התנהלותם של המערערים הובילה לצניחה חדה בשער המניה. די בכך, בנסיבות המקרה דנן, בצירוף יתר האינדיקציות שנמנו לעיל, בכדי לקבוע כי המערערים הרימו את הנטל שהיה מוטל על כתפיהם בשלב מקדמי זה של הדיון. ודוק, בשלב זה שבו נדונה הבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית, די שנאמר כי, לכאורה, קיימת אפשרות סבירה שהשאלות המתעוררות בתביעה תוכרענה לטובת הקבוצה.

44. ביחס למכירת השליטה מאלרון לאירופה-ישראל, עמדתי לעיל (בפסקאות 29-30) על הטעמים אשר תומכים, לדעתי, באישור הליך ייצוגי כנגד קבוצת אלרון בגין מכירת השליטה. בין היתר, ציינתי כי אירוע מכירת השליטה לווה בסימנים המחשידים הבאים: המרחק בין תחומי הפעילות של החברות, סמיכות הזמנים בין מכירת השליטה, החזרה מהכוונה לבצע הצעת רכש וביצוע עסקאות המלוונות והמרינה, קיומה של תנית שיפוי בהסכם מכירת השליטה ותשלום פרמיית שליטה גבוהה לאלרון. לטעמי, אירוע מכירת השליטה מידי אלרון לאירופה-ישראל ואירוע עסקאות המלוונות והמרינה קשורים זה בזה בקשר הדוק עד שלא ניתן לאמוד את היקף הפגיעה בציפיות הסבירות של בעלי מניות המיעוט באלסינט כאשר מנתקים בין השניים. מדובר בשרשרת אירועים מן הסוג שלגביו נאמר בפרשת קוסוי כי "במקום שהעיסקה מורכבת שלבים שלבים, אשר מבחינה עסקית ניתן לראות בהם מכלול, ניתן להשקיף על מכלול זה כיחידה אחת גם מהבחינה

המשפטית. על-כן ניתן לשייך לבעל מניות הפרת אמון גם בגין פעולות שיתרחשו בעתיד, ובלבד שהן צפויות ומהוות חלק מהמכלול כולו" (שם, בעמ' 284). להתרשמותי, בנסיבות המיוחדות של המקרה, כוונותיה של אירופה-ישראל באשר לעתידה של אלסינט בעת שרכשה את אלביט הדמיה, היו צפויות כבר בשלב ההתקשרות בין אלרון לבין אירופה-ישראל. משכך, כאמור, עמדתי היא כי יש לאשר ניהול של תובענה ייצוגית כנגד קבוצת אלרון בגין מכירת השליטה. יחד עם זאת, אינני סבורה כי במסגרת ניהול התובענה גופה יש לבחון אירוע זה בעצמת ביקורת שיפוטית זהה לזו שתופעל כלפי אירוע עסקאות המלוונות והמרינה. זאת, מכיוון שמכירת השליטה אינה מהווה פעולה בנכס מנכסיה של החברה, אלא פעולה בקניינה של בעלת השליטה. בענייננו, לא הוכח עדיין כי פרמיית השליטה ששולמה לאלרון הייתה כה גבוהה עד שיש בה, כשלעצמה, כדי להעיד על היעדר הגינות מצד בעלת השליטה אלרון. משכך, איני רואה להטיל את נטל השכנוע בדבר הגינותה של עסקת מכירת השליטה על שכמה של אלרון (ראו, עמדה של פרופ' חביב-סגל לפיה: "קיים טווח של 'פרמיה לגיטימית', ובכל מקרה שבו נמצאת הפרמיה במסגרתו של טווח רחב זה, אין מקום להתערבות שיפוטית... יחד עם זאת, במקרים שבהם חורגת הפרמיה מכל טווח סביר כלשהו, הרי שיש מקום לבירור שיפוטית... במקרה של חריגה שכזו, יש מקום להעביר את נטל הראיה למוכר השליטה, על מנת שיראה כי העברת השליטה לא נעשתה תוך הפרה של חובות האימון" (אירית חביב-סגל, דיני חברות לאחר חוק החברות החדש, כרך ב' 462 (2004)). אשר על כן, לדעתי, יש לאשר הליך ייצוגי כנגד קבוצת אלרון בגין מכירת השליטה, אולם להותיר את נטל השכנוע כי בנסיבות המקרה ראוי להטיל אחריות על אלרון בגין תוצאותיה של מכירת השליטה, על שכם המערערים.

משהגענו למסקנה זו, נותר לבחון אם עילות התביעה שמקורן באירוע מכירת השליטה באלביט הדמיה ובאירוע עסקאות המלוונות והמרינה, כשברקע להן ההחלטה שלא לחלק דיבידנד, מתאימות להתברר במסגרת תובענה ייצוגית בהתאם ליתר התנאים שנקבעו בחוק ובפסיקה.

התנאים הנוספים לאישור התובענה כייצוגית

45. מצאנו אפוא כי בנסיבות המקרה דנן הוכיחו המערערים כי קיימת להם עילת תביעה אישית המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט

המשותפות לכלל החברים הנמנים עם הקבוצה אותה הם מבקשים לייצג וכי יש אפשרות סבירה שהשאלות תוכרענה בתובענה לטובת הקבוצה (קרי, כי המערערים עמדו בתנאי סעיפים 4(א)(1) ו-8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות). נבחן אם התובענה והמערערים עומדים ביתר התנאים המהותיים לאישור התובענה כייצוגית, אשר קבועים בסעיף 8 לחוק. כלומר, אם תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין (תת-סעיף 8(2) לחוק); אם קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת (תת-סעיף 8(3) לחוק); ואם קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב (תת-סעיף 8(4) לחוק).

תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת

46. בית המשפט קמא ציין בפסק דינו כי קיים ספק רב לגבי היות התביעה הייצוגית הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין. אולם, מסקנה זו נבעה בעיקר מכך שהמערערים ניסחו את התובענה באופן שכלל מספר רב של אירועים "תוך ייחוס ערב רב של עילות לכל אירוע" (פסקה 49 להחלטתו). לאחר שהגבלנו את העילות שיתבררו במסגרת ההליך הייצוגי והעמדנו אותן על שתי טענות מרכזיות, ממילא נשמטת מסקנה זו. בענייננו, אכן מדובר בהליך מורכב המעורר שאלות קשות וסבוכות, אולם מורכבותו של ההליך לא תהא פחותה אם הוא ינוהל בדרך של תביעה אישית. כפי שציין חברי, הנשיא גרוניס ביחס לתובענה דנן ברע"א 9030/04 אירופה ישראל (מ.מ.ש) בע"מ נ' גדיש קרנות גמולים (טרם פורסם, 26.6.2007), בפסקה 8 לפסק דינו: "לפני בית המשפט קמא מונחים שורה של הליכים שמבוססים כולם על אותה תשתית עובדתית ולכן נראה שגם על אותה תשתית ראייתית. מכאן שלכאורה הדרך היעילה ביותר לניהולם של ההליכים הינה איתור השאלות המשותפות העולות בהם ובירורן יחדיו. כך ימנעו כפילות בדיון ובזבוז משאבי בית המשפט ובעלי הדין".

זאת ועוד, אף נוכח מגמתו של חוק תובענות ייצוגיות לאפשר ל"ניזוק הקטן" לממש את זכויותיו, מתאים עניינם של המערערים לבירור כתובענה ייצוגית. תחום מובהק ליישומה של התובענה הייצוגית הוא דיני ניירות ערך, בו מספרם הרב של התובעים והנזק המועט יחסית שנגרם לכל אחד מהם, מונעים הגשת תביעות עצמאיות ואינדיבידואליות ומצדיקים את השימוש במנגנון התובענה הייצוגית (ראו, פסק דינו של הנשיא ברק בפרשת טצת, בעמ' 14).

786). הבאת עניינם של כלל חברי הקבוצה בפני בית המשפט באמצעות התובענה הייצוגית הינה הדרך ההוגנת, היעילה והנאותה ביותר בענייננו, לאור פיזורם הרב של בעלי המניות. זאת ועוד, אפשר כי רבים מחברי הקבוצה כלל אינם מודעים לעצם קיומה של הפגיעה בזכויותיהם ולהיקפה, וגם מסיבה זו אין להניח כי יפנו לבית המשפט.

עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב

47. בסוגיה זו עלינו לתת את הדעת לשאלה אם לתובע עצמו ולבאי כוחו, הכישורים הנדרשים לפעול במידת המקצועיות, הרצינות והחריצות הראויה ולנהל את התובענה ביעילות ובהוגנות. בפרשת טצת נקבע על ידי הנשיא ברק כי התנאי בדבר קיומו של תום לב "אינו מתקיים אם התובענה הייצוגית הוגשה מתוך מניעים פסולים, כגון פגיעה בחברה מתחרה או רצון 'לסחוט' פשרה. נראה לנו כי תחכום של התובע הייצוגי אינו פוגע, כשלעצמו, בתום-לבו. תובע ייצוגי עשוי לתבוע בתום-לב, בין שהוא משקיע מתוחכם ובין שאינו משקיע מתוחכם" (שם, בעמ' 788).

במקרה דנו, לא מצאנו, ואף לא נטען בפנינו, כי התביעה הוגשה משיקולים פסולים. המערערים הם גופים מוסדיים שהחזיקו (עבור הציבור) במניות אלסינט. על דרך הכלל, משקיעים מוסדיים הנם תובעים ייצוגיים מתאימים וראויים (ראו, פסק דינו של השופט ע' גרוסקופף בת"צ 14144-05-09 איפקס חיתום וניהול הנפקות בע"מ נ' הראל נהול קרנות בע"מ (טרם פורסם, 3.10.2010) וההפניות המופיעות שם בפסקה 15). למשקיעים המוסדיים המשאבים והידע הנדרשים לצורך ניהול התובענה הייצוגית. כמו כן, יתרונם של הגופים המוסדיים נעוץ באינטרס ארוך הטווח שיש להם בשוק ההון ובהתנהלותו התקינה, אשר מעודד אותם לברור את ההליכים המשפטיים אותם הם מנהלים ולהתפשר רק במקרים ובתנאים הראויים לכך. בית המשפט האמריקני הדגיש את יתרונותיהם של המשקיעים המוסדיים בניהול תובענות ייצוגיות בתחום ניירות הערך, במילים אלו:

"...institutional investors... have
fiduciary responsibility to the very
investors whom the securities class

action is designed primarily to help. The ability of the class action device to give redress to investors with losses too small to justify individual litigation has long been one of the main justifications for the use of class actions in Rule 10b-5 cases... Institutional investors... which is responsible for investing the money of state workers, represent precisely this type of interest" (In re California Micro Devices Sec. Litig., 168 F.R.D. 257, 275 (N.D. Cal. 1996)).

על כן, אנו סבורים כי המערערים הנם תובעים ייצוגיים מתאימים לניהול התביעה.

48. אשר לניהול ההליך, במהלך הדיון שנערך לפנינו הערנו לבאת כוח המערערים על טעויות שהתבצעו, להתרשמותנו, בניהול ההליך עד כה. ניכר כי טעויות אלו הקשו על בית המשפט קמא לנהל את הדיון בדרך פשוטה ומהירה ואף הובילו אותו, כזכור, למסקנה כי יש לדחות את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. באת-כוח המערערים אכן הפגינה בקיאות רבה בחומר הרב שהיה לפניו. אולם, גודש הנושאים ועירוב העילות הכביד על האפשרות למיין את העיקריות והרלוונטיות שבהן. לפיכך, לשם ניהול התובענה בדרך הולמת ויעילה, אנו רואים לעשות שימוש בסמכות שהוענקה לנו בסעיף 8(ג)(1) לחוק, ליתן הוראות בדבר ייצוג וניהול עניינם של חברי הקבוצה, ולהורות על צירוף בא-כוח מייצג בעל ניסיון בניהול הליך מסוג זה לשורותיה של באת-כוח המערערים.

לקראת סיום

49. לאחר כתיבת דברים אלו קראתי את הערותיו של חברי המשנה לנשיא, אי ריבלין. חברי סבור כי יש לאשר ניהול הליך ייצוגי גם ביחס לעילות של הפרת חובת זהירות וחובת אמונים על פי סעיפים 96כא-96ככ לפקודה. בנסיבות המקרה, נוכח המלאכותיות בניסיון לנתק בין ההתנהגות המקפחת לבין הפרת חובות האמון והזהירות של נושאי המשרה, ראיתי להצטרף לעמדתו. עם זאת, יש לזכור כי אישור הליך ייצוגי בעילות תביעה אלו מעורר

שאלות נוספות שיש לתת עליהן את הדעת. זאת, בהתחשב בכך שתובענה ייצוגית תתכן רק בעילות תביעה אישיות של בעלי המניות, ולא בגין עוולות שבוצעו כלפי החברה. על דרך הכלל, חובת אמונים וחובת הזהירות של נושאי המשרה הינן כלפי החברה כשלעצמה, ולא כלפי בעלי המניות, ובהתאם לכך הפרתן תצמיח עילה לתביעה נגזרת ולא לתביעה אישית. יחד עם זאת, הסעיפים הנזכרים (כמו גם סעיפים 252(ב) ו-254(ב) לחוק החברות כיום) אינם שוללים קיומה של חובה מקבילה כלפי "אדם אחר", לרבות בעל מניות ספציפי או קבוצת בעלי מניות. אולם, הנסיבות שבהן קמה חובה כאמור כלפי בעלי מניות טרם הוגדרו במלואן בפסיקה (ראו, ע"א 741/01 מאיר קוט נ' עיזבון ישעיהו איתן ז"ל, פ"ד נז(4) 171 (2003); עניין מכתשים-אגן, פסקה ג'). בנסיבות המקרה דנן, בשל הטעמים אותם מניתי בפסקה 39 לחוות דעתי, סבורה אני כי ניתן לאשר תובענה ייצוגית בגין הפרת חובת זהירות וחובת אמונים, ומשכך הנני לצרף דעתי לדעתו של חברי.

סוף דבר

50. נוכח כל שנאמר לעיל, הערעור מתקבל אפוא. הבקשה לאישור התובענה כייצוגית מתקבלת בזה תוך שימוש בסמכות שהוענקה לנו בסעיף 13 לחוק תובענות ייצוגיות לאשר תובענה ייצוגית בשינויים, ובסמכות שהוענקה לנו בסעיף 10(ג) לחוק תובענות ייצוגיות להגדיר תת קבוצה, אם נמצא שלגבי חלק מחברי הקבוצה מתעוררות שאלות של עובדה או משפט, אשר אינן משותפות לכלל חברי הקבוצה. כן ראינו לעשות שימוש בסמכות הקבועה בסעיף 8(ג)(1) לחוק, ליתן הוראות לשם הבטחת ייצוג וניהול עניינם של חברי הקבוצה בדרך הולמת, כמפורט לעיל. ההליך מוחזר אפוא לבית המשפט המחוזי על מנת שזה ידון בו כתובענה ייצוגית.

51. באת כוח המערערים תודיע לבית המשפט המחוזי בתוך 45 יום, את מי בחרו המערערים לצרף אליה כבא-כוח מייצג, וכן תודיע לגבי כל אחד מהמערערים אם, בהתחשב בהחזקותיו במניות אלסינט במועדים הרלוונטיים לתביעה, הוא מתאים לשמש כתובע ייצוגי לאחת הקבוצות או לשתייהן. לאחר קבלת ההודעה, ינסח בית המשפט המחוזי על סמך הקביעות שבפסק דיננו הודעה מפורטת למנהל בתי המשפט לשם רישומה בפנקס פנקס התובענות הייצוגיות (כנדרש בסעיף 14(ב) לחוק). כפי שצוין לעיל, הקבוצות שבשמך תנוהל התובענה הייצוגית הן מי שהחזיקו במניות אלסינט קודם ליום

25.2.1999 (מועד חתימת הסכם מכירת השליטה והדיווח עליו) למעט המשיבים, ומי שהחזיקו במניות אלסינט קודם ליום 9.9.1999 (מועד חתימת עסקאות המלונות והמרינה והדיווח עליהן), למעט המשיבים. יוער, כי מועד מכירת המניות על ידי כל בעל מניות אינו רלוונטי לשאלת השתייכותו לקבוצה המיוצגת בהליך (ראו פסקה 43 לעיל). אם כי, יתכן שתהא לו חשיבות בעת הערכת גובה הנזק שנגרם לו. עילות התביעה שבהן תעסוק התובענה הייצוגית הן קיפוח בעלי מניות המיעוט באלסינט באופנים הבאים: מכירת שליטה חובלת והתקשרות בעסקאות נגועות בעניין אישי של בעלת השליטה אגב הימנעות מחלוקת דיבידנד. בנוסף, תיבחן בתביעה הטענה כי נושאי המשרה באלסינט הפרו בהתנהגותם את חובת האמונים וחובת הזהירות שהוטלו עליהם. הסעד הנתבע בתובענה הוא פיצוי כספי בגין הנזקים שנגרמו, לפי הטענה, למערערים וליתר חברי הקבוצות. לאחר ניסוח ההודעה, ייתן בית המשפט המחוזי לצדדים הוראות בדבר פרסום הודעות לחברי הקבוצות בהתאם להוראת סעיף 25(א)(1) לחוק. החיוב בהוצאות שהוטל על המערערים בבית המשפט קמא, בטל, והקבוצות המשיבות תישאנה בהוצאות המערערים ובשכר טרחת עורכי דינם בסכום של 50,000 ש"ח כל אחת.

הנשיאה (בדימי')

הנשיא א' גרוניס:

אני מסכים לפסק-דינה של חברתי, הנשיאה (בדימי') ד' ביניש.

הנשיא

המשנה לנשיא א' ריבלין:

מסכים אני לפסק דינה המקיף והיסודי של חברתי הנשיאה. עם זאת, מבקש אני להעיר זאת:

1. בנסיבות מקרה זה, מצטרף אני לעמדת חברתי כי די ברצף הסימנים המחשידים המפורטים בסעיף 44 לפסק דינה, על מנת לקבוע כעת כי קיימת אפשרות סבירה לכך שיקבע בהמשך כי ראוי להטיל על אלרון אחריות לנזקי המערערים. יחד עם זאת, מן הראוי להדגיש כי על דרך רוב, מוכר מניות אינו אחראי לפעילות רוכש מניותיו ואין עליו חובה לחקור מהם מניעיו ותוכניותיו

לעתיד. על כן, בהמשך הדיון, ידרש בית המשפט המחוזי לבחון האם הצליחו המערערים להוכיח כי אלרון אכן הייתה מודעת לכך שרוכשת מניותיה פועלת ממניעים שאינם כשרים. בהקשר זה יש לציין כי רמת המודעות הנדרשת לא נקבעה באופן ברור בפסיקה, ולטעמי יש לנקוט משנה זהירות ולהימנע מהטלת אחריות על מוכרי מניות שאחזו אך בחשד בלתי ממוקד באשר למניעי רוכשי מניותיהם. יש לקחת בחשבון את הסכנה כי הכבדת יתר על זכותו של בעל שליטה למכור את מניותיו עשויה להרתיע משקיעים מלהיכנס לשוק ההון הישראלי מלכתחילה, ולפגוע בחופש החוזים ובחופש הקניין שלהם.

2. המערערים תבעו את המשיבים באינספור עילות ותוך הסתמכות על עשרות סעיפי חוק שונים. על-פי עמדת חברתי הנשיאה, תביעתם תאושר כייצוגית בעילה אחת בלבד – קיפוח המיעוט על-פי סעיף 235 לפקודת החברות. לכך אני מצטרף. לטעמי, ניתן להוסיף על עילה זו ביחס לעסקאות המלוונות והמרינה, גם את עילת הפרת חובת זהירות והפרת חובת אמונים על-פי סעיפים 96כה-96כח לפקודת החברות (השוו למשל: ע"א 610/94 בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה, פ"ד נו(4) 289 (2003)). יצוין כי נוסח סעיף 235 לפקודת החברות אינו מקנה במפורש זכאות לסעד של פיצויים בשל קיפוח המיעוט, ועל כן נדמה כי שימוש בו אינו "דרך המלך" לתביעות הדורשות סעד כספי. אמנם, בנסיבות המקרה שלפנינו, בו החברה שגרמה לכאורה לקיפוח (אלסינט) אינה קיימת עוד, נראה כי יש מקום לפרשנות מרחיבה של הסעדים בגין קיפוח המיעוט. מבלי לקבוע מסמרות בדבר פרשנותו של סעיף זה, ספק אם יש צורך להגביל את המערערים לתחומיו, ואם אין לאשר את תביעתם כייצוגית גם בעילות של הפרת חובת זהירות והפרת חובת אמונים.

יצוין כי בדיון הקודם שערכנו בפרשה זו (רע"א 7028/00) קבענו כי המערערים רשאים להגיש תובענה ייצוגית בכל עילה בגינה ניתן היה להגיש תובענה ייצוגית על-פי חוק החברות, עובר לחקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות. בכלל זה, קיימות גם העילות הנוגעות להפרת חובת אמונים והפרת חובת זהירות (סעיף 207(ב) לחוק החברות, כנוסחו לפני שבוטל).

בכפוף לאמור לעיל, אני מסכים, כאמור, לפסק דינה של חברתי הנשיאה ד' ביניש.

המשנה לנשיא

הוחלט כאמור בפסק-דינה של הנשיאה (בדימי) ד' ביניש.

ניתן היום, ז' בסיון התשע"ב (28.05.2012).