

התביעה הנגזרת בדין הישראלי: בחינה ביקורתית

מאת

ציפורה כהן*

התביעה הנגזרת משמשת מכשיר חשוב לאכיפת זכויותיה של החברה. היא מאפשרת לבעל מניות מיעוט לנקוט הליכים משפטיים במקום שבעלי השליטה בחברה נמנעים מלעשות כן עקב אינטרסים אישיים שלהם. השימוש באמצעי זה אינו רב, לא רק עקב התנאת הגשת התביעה בקבלת אישור מבית המשפט, אלא בעיקר עקב אופייה המיוחד של התביעה שבפירותיה זוכה החברה עצמה ולא בעל המניות שטרח בהגשת התביעה. המאמר עוסק במהותה של התביעה הנגזרת ובמטרותיה. הוא בוחן את התפתחות התביעה הנגזרת בדין הישראלי, תוך השוואה לדין הנוהג בהקשר זה בשיטות משפט אחרות.

החוק הישראלי מקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב באישור הגשתה של תביעה נגזרת ומאפשר לו לאשרה כאשר שוכנע כי לכאורה התביעה וניהולה הן לטובת החברה וכי התובע אינו פועל בחוסר תום לב. המאמר בוחן מתי מתקיימים תנאים אלה. כמו כן דן המאמר בשאלה מי הגורמים המוסמכים להגיש תביעה נגזרת בחברה. במסגרת זו בודק המאמר את השאלות בדבר אפשרות הגשת התביעה בקונצרו; זכותו של בעל מניות בעבר, שאינו עוד בעל מניות בעת הגשת התביעה, להגיש; זכותו של בעל מניות שלא היה כזה בעת אירוע המעשה נשוא התביעה; זכותו של דירקטור להגשת תביעה נגזרת וכן האפשרות המוקנית לנושים להגשת תביעה נגזרת בגין חלוקה אסורה. הצורך בעידוד הגשתן של תביעות נגזרות גרם לכך שהחוק מעניק תמריצים להגשת התביעה הנגזרת. במסגרת זו כלולים הקניית סמכות לבית המשפט להורות על החזר הוצאותיו של התובע, קביעת שיעור מיוחד של אגרה שעל התובע לשלם בעת הגשת הבקשה הראשונית לאישור התביעה וחיוב החברה בהשבת הסכום לתובע עם מתן האישור להגשת התביעה הנגזרת והקניית

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. תודתי נתונה לד"ר אסף חמדני על הערותיו.

סמכות לבית המשפט לתשלום גמול לתובע בגין טירחתו בהגשת התביעה. כדי למנוע שימוש לרעה בהליך התביעה הנגזרת דורש החוק, בנוסף לאישור להגשת התביעה, גם אישור לסיום ההליך, כאשר הצדדים מגיעים לכדי פשרה, ואישור להסתלקותו של התובע מניהול התביעה. המאמר דן גם בהיבטים הדיוניים של הגשת התביעה הנגזרת וכן באפשרות להגשת הגנה נגזרת.

א. מבוא

1. התביעה הנגזרת לעומת התביעה האישית
2. הסמכות להגיש תביעות בשם החברה
3. כלל אי ההתערבות
4. מטרותיה של התביעה הנגזרת
- ב. הסמכות להגיש תביעה נגזרת – למי?
 1. בעל מניות
 - (א) כללי
 - (ב) תביעה נגזרת בקונצרן
 - (ג) בעל מניות בעבר
 - (ד) בעלות במניות בעת אירוע המעשה נושא התביעה
 - (ה) בעלות במניות בעת ניהול התביעה
 2. דירקטור
 3. נושה
 4. סיום הזכות להגשת תביעה נגזרת בעת פירוק
- ג. הזכות להגיש תביעה נגזרת – מתי?
 1. רקע הסטורי
 - (א) הפסיקה האנגלית
 - (ב) הפסיקה הישראלית קודם לחוק החברות: דרישות הצדק
 2. חוק החברות
- ד. תנאים מוקדמים להגשת התביעה
 1. פנייה לחברה
 2. אישור בית המשפט
- ה. השפעת התנהגותו של התובע על זכות העמידה שלו
 1. שותפות או הסכמה למעשה נושא התביעה
 2. השפעת המניע להגשת התביעה
 3. תחרות בעסקי החברה
- ו. תמריצים להגשת תביעה נגזרת
 1. מבוא
 2. החזר הוצאות
 3. תשלום האגרה
 4. גמול לתובע
- ז. היבטים דיוניים
 1. צירוף החברה כנתבעת
 2. הליך מקדמי

3. תמיכת הבקשה בתצהיר של התובע
4. חיוב בנתינת ערובה
5. אישור בית המשפט לסיום ההליך
6. זכותו של בעל מניות להתנגד לפשרה מוצעת
- ח. הגנה נגזרת
- ט. סוף דבר

א. מבוא

1. התביעה הנגזרת לעומת התביעה האישית

בנוסף על זכותו של בעל מניות להגשת תביעה אישית בנסיבות שמוכרות על ידי הדין¹, מוקנית לו לעיתים זכות להפעיל את כוח התביעה של החברה. תביעה זו מכונה תביעה נגזרת, שכן זכותו של בעל המניות התובע במקרה כזה נגזרת מזו של החברה. בהבדל מהתביעה האישית, מתייחסת התביעה הנגזרת למקרים שבהם זכות התביעה מוקנית לחברה עקב הפרת חובה כלפיה². הפרה כזו אפשר שתבצע הן על ידי נושאי משרה בחברה והן על ידי גורמים חיצוניים³.

כאשר הנזק שנגרם לבעל המניות מתבטא בירידת ערך מניותיו עקב הנזק שנגרם לחברה, היינו: כאשר נזקו של בעל המניות הוא רק השתקפות של הנזק שנגרם לחברה, לא מוקנית לו עילת תביעה אישית נגד החברה, אלא עליו להגיש את התביעה כתביעה נגזרת⁴. הוועדה האנגלית שעסקה לאחרונה במודרניזציה של דיני החברות

1 לפירוט המקרים שבהם אפשרית תביעה אישית של בעל מניות ראו צ' כהן בעלי מניות בחברה – זכויות תביעה ותרופות (התשנ"א) (להלן: מהדורה ראשונה). לתביעה אישית ע"פ חוק החוזים ראו במהדורה שנייה (התשס"ו, כרך א').

2 להבחנה בין תביעה אישית לתביעה נגזרת ראו J.W. Welch "Shareholder Individual and Derivative Actions: Underlying Rationales and the Closely Held Corporation" 9 J. of Corp. L. (1983–1984) 147.

3 ראו למשל ע"א 726/74 מלונות נוהיים של חוף ארסוף בע"מ ואח' נ' כהן ואח', פ"ד ל (2) 517 (להלן: עניין מלונות נוהיים); תביעה לאכיפת חוזה לרכישת מקרקעין נגד המוכרים; ת"א (ת"א) 1317/05, בש"א 6015/05 אופיר נ' ראובן לוי ירון טכנולוגיות בע"מ (פסק דין מיום 29.9.05) – תביעה להחזרת הלוואה שנתנה החברה לחברה אחרת שהייתה בשליטתה של בעלת מחצית המניות בחברה המלווה.

4 ראו ע"א 3051/98 דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, תק"ע ל (3) 2328 (להלן: עניין דרין); ת"א (ת"א) 3386/98 בארי נ' נצבא חברה להתנחלות בע"מ (פסק דין של השופטת אחיטוב-הרטמן מיום 8.12.05) (להלן: עניין בארי). זהו הדין גם באנגליה ובארצות הברית. ראו למשל באנגליה All 1 [1982] Prudential Assurance Co. Ltd. v. Newman Industries Ltd. E.R. 244 (C.A.); Stein v. Blake [1998] 1 All E.R. 724 (C.A.); Johnson v. Gore Wood & Co. (a firm) [2001] 1 All E.R. 481 (H.L.); Giles v. Rhind [2002] 4 All E.R. 977 (C.A.); Day v. Cook [2002] 1 BCLC 1 (C.A.); Barings v. Coopers & Lybrand (a firm) [2002]

הגיעה למסקנה כי אין מקום לקביעה סטטוטורית של ההלכה הנדונה, באשר הגישה שאומצה בפסיקה תואמת את הגישה הראויה בעיני הוועדה.⁵ הנמוקים שניתנו להצדקת הלכה זו — היעדר עילת תביעה אישית במקרה שהנזק לתובע הוא רק השתקפות של הנזק של החברה — הם כדלקמן:

1. עיקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה.⁶ מכוח עיקרון זה זכותה של החברה להגיש תביעה בגין נזק שנגרם לה, וכדברי הנשיא ברק "בעלי המניות הם חיצוניים לחברה, ואינם ניזוקים בעצמם".⁷
2. החשש הכבד לריבוי בלתי סביר של תביעות, שיגרם להכבדה בעלויות הביטוח ולליקויים בהתנהגות של הפועלים בשוק ההון עקב חששם מנטילת סיכונים ראויים.⁸
3. החשש לפיצוי כפול — של בעל המניות ושל החברה על חשבון הנתבעים.⁹
4. העדפה לא הוגנת של בעלי המניות על פני הנושים. הקניית זכות תביעה אישית לבעל מניות שנגרם לו נזק עקב ירידת ערך מניותיו כתוצאה מנזק שנגרם לחברה תגרם לכך שבעלי המניות יעדיפו להגיש תביעות אישיות. ייווצר אפוא מצב שלא יהיה מי שיתבע את ריבה של החברה, וזו לא תזכה לקבל פיצוי בגין הנזק שנגרם לה. במקרה שהחברה תגיע לחדלות פירעון, התוצאה המתבקשת מכך היא פגיעה בנושים.¹⁰

המבחן שהוצע בפסיקה האנגלית להבחנה בין נזק אישי לבעל מניות לבין נזק שהוא השתקפות של הנזק שנגרם לחברה קובע כי אם הנזק לבעל המניות יישאר בעינו גם אם החברה תפוצה עבור נזקיה, אזי יש לראותו כנזק אישי.¹¹ אין תחולה לכלל

2 BCLC 364 (Ch.D.); *Ellis v. Property Leeds (UK) Ltd.* [2002] 2 BCLC 175 (C.A.); *Gardner v. Parker* [2004] 2 BCLC 554 (C.A.) (להלן: עניין *Gardner*); *Perry v. Day* [2004] EWHC 1398 (Ch.D.); בעניין *Gardner* קבע בית המשפט לערעורים כי הכלל אינו מוגבל רק לתביעה של בעל מניות בכשירותו כבעל מניות, אלא חל גם כאשר הפגיעה הנטענת היא בכשירותו כעובד או כנושה — *ibid.*, paras. 67–71. נטל הראיה להוכחת הטענה בדבר השתקפות מוטל על הנתבע. ראו *Shaker v. Al-Bedrawi* [2002] 4 All E.R. 835 (C.A.). הלכה זו נוהגת גם בארצות הברית *Kramer v. Western Pacific Industries, Inc.*, 546 A. 2d 348, 353 (1998); *Tooley v. Donaldson, Lufkin, & Jenerette, Inc.*, 845 A. 2d 1031, 1037–1039 (2004).

5 Modern Company Law For a Competitive Economy, Final Report vol. 1 (2001), para. 7.51

6 סעיף 4 לחוק החברות, התשנ"ט–1999 (להלן: חוק החברות).

7 עניין דרין, לעיל הערה 4, בפסקה 19.

8 שם, בפסקה 21.

9 עניין בארי, לעיל הערה 4, בפסקה 9; *Johnson v. Gore Wood & Co. (a firm)*, *supra* note 4, at p. 528; *Giles v. Rhind*, *supra* note 4, at p. 986; *Perry v. Day*, *supra* note 4, para. 41.

10 עניין דרין, לעיל הערה 4, בפסקה 22.

11 *Giles v. Rhind*, *supra* note 4, at pp. 990, 1004. גם ב-Delaware קבע בית המשפט כי ההבחנה בין נזק שהוא השתקפות של הנזק שנגרם לחברה לבין נזק אישי תיעשה על פי המבחן הבא: "a court should look to the nature of the wrong and to whom the relief should go. The

ההשתקפות כאשר הנתבע הפר חובה שהוא חב לתובע באופן אישי והנזק שנגרם לתובע הוא נזק אישי¹².

דוגמה מובהקת להבחנה זו ניתן למצוא במקרה שעמד בפני בית המשפט לערעורים באנגליה בעניין *Giles v. Rhind*¹³. במקרה זה נחתם הסכם בין בעלי המניות בחברה, כאשר גם החברה הייתה צד להסכם, ולפיו התחייבו כל בעלי המניות בשמירה על סודיות של מידע הקשור לחברה. עקב משבר ביחסים בין התובע לבין הנתבע, שהיו שניהם בעלי מניות ונושאי משרה בחברה, נאלץ הנתבע לעזוב את החברה ומניותיו נרכשו בידי החברה. בהסכם העזיבה נקבע כי הנתבע ימשיך להיות כפוף להוראות ההסכם שבין בעלי המניות. הנתבע הקים עסק עצמאי והעביר חוזה מרכזי של החברה לחברה אחרת תוך שימוש במידע קונפידנטלי של החברה. בכך גרם הנתבע לקריסתם של עסקי החברה. החברה הגישה תביעה נגד הנתבע, אולם לא הייתה יכולה להמשיך לנהל עקב חוסר המסוגלות הפיננסית שלה לתת ערובה לכיסוי הוצאות הנתבעים. הצו שניתן על ידי בית המשפט להפסקת ההליכים מנע מהחברה הגשת הליכים נוספים נגד הנתבעים בגין העילות הכלולות בתביעה. לאור זאת הגיש התובע תביעה אישית נגד הנתבע בגין הנזקים שנגרמו לו עקב הפרת החוזה על ידי הנתבע שגרמה לקריסתה של החברה והמתבטאים באי קבלת תשלומים שהיו מגיעים לו בכשירותו כנושא משרה בחברה, כגון שכר, פדיון חופשה, תשלומי פנסיה וכיו"ב, וכן באובדן שכר בעתיד, באובדן הערך של שטרי הון הניתנים להמרה, באובדן הריבית עליהם וכן באובדן הערך של מניותיו בחברה. בית המשפט בערכאה הראשונה דחה את התביעה, בקובעו כי הנזק של התובע הוא השתקפות של הנזק שנגרם לחברה, ועל כן אין לו עילת תביעה אישית נגד החברה. בית המשפט לערעורים קיבל את הערעור וקבע כי הנזק שנגרם לתובע אינו רק השתקפות של הנזק שנגרם לחברה; הנזק שנתבע על ידו אינו הנזק שהחברה יכולה הייתה לתבוע. תביעת החברה לפיצויים בגין הפרת חוזה הייתה בעלת אופי שונה ומבוססת על הערכה של אובדן הרווחים עקב השימוש במידע הקונפידנטלי¹⁴.

stockholder's claimed direct injury must be independent of any alleged injury to the corporation. The stockholder must demonstrate that the duty breached was owed to the stockholder and that he or she can prevail without showing an injury to the corporation"

— *Tooley v. Donaldson*, *supra* note 4, at pp. 1031, 1039

R.M. Donaldson "Mapping גם ראו גם *Walker v. Stones* [2000] 4 All E.R. 412 (C.A.)¹² Delaware Elusive Divide: Clarification and Further Movement Toward a Merits-Based Analysis for Distinguishing Derivative and Direct Claims in *Gostino v. Hicks and Tooley* 389 *Del. J. Corp. L.* (2005) 30 *Del. J. Corp. L.* (2005) 389. כאשר הסעד המתבקש בתביעה הוא לטובת בעלי המניות כגון חיוב החברה באמצעות מנהלה למסור לבעלי המניות דו"ח הוצאות והכנסות, התביעה צריכה להיות מוגשת כתביעה אישית ולא כתביעה נגזרת, כפי שנפסק בת"א (ת"א) 1758/03, 1759/03 גלר נ' מדור בכרך בע"מ, פסקאות 58–61 (7.5.06).

Supra note 4¹³

Ibid, at p. 988¹⁴

תביעת התובע מתייחסת לעובדה שהעסק בכללותו נהרס לחלוטין. גם אם החברה הייתה מקבלת פיצויים, הרי שהחזרה שנלקח ממנה עקב הפרת החוזה על ידי הנתבע לא היה חוזר אליה, ועל כן עסקיה לא היו חוזרים לקדמותם, ושווי המניות של התובע היה יורד עקב התנהגותו של הנתבע.¹⁵ עוד מציין בית המשפט כי הסכום של 300,000 ליש"ט שקיבל הנתבע בעת מכירת מניותיו לחברה בעת עזיבתו אותה שיקף לא רק את נכסי החברה אלא גם את הסיכויים הטובים של החברה בעתיד, ואובדן ערך זה לא יכולה על ידי הגשת תביעה על ידי החברה.¹⁶ המסקנה היא אפוא כי חלק מהנזק שנגרם לתובע אינו השתקפות של הנזק שנגרם לחברה.¹⁷ גם לגבי אותו חלק של הנזק שמהווה השתקפות, קובע בית המשפט לערעורים כי יש לאפשר את התביעה, וזאת עקב חוסר האפשרות של החברה להגישה שנבע מהתנהגותו של הנתבע.¹⁸ בסיטואציה כזו אין עוד חשש לפיצוי כפול, ועל כן אין מקום למנוע את הגשת התביעה על ידי בעל המניות שנפגע. שונה המצב במקרה שהחברה הגיעה להסכם פשרה עם הנתבע, שאינו מוצא חן בעיני בעל המניות. במקרה כזה אין סיבה שלא להחיל את כלל ההשתקפות.¹⁹

לעיתים עשויה אותה מסכת עובדות להקנות לבעל המניות זכות תביעה אישית²⁰ ונגזרת כאחת.²¹ במקרה כזה רשאי בעל המניות לבחור את דרך הגשת התביעה או להגיש תביעות סימולטניות.²² לדוגמה: כאשר נושאי משרה בחברה חרגו מהסמכות המוקנית להם, ניעורה זכותו של בעל המניות לבקש מבית המשפט למנוע את המשך ביצועה של הפעולה החורגת על פי סעיף 55 (ב) לחוק החברות. עם זאת, כיוון שחריגה כזאת מהווה הפרת חובה של נושאי המשרה כלפי החברה, רשאי בעל המניות להגיש גם תביעה נגזרת נגד אותם נושאי משרה. במסגרת תביעה זו יוכל לתבוע לא רק סעד של מניעת המשך הפעולה, אלא גם פיצויים בגין הנזק שנגרם לחברה.²³

לעיתים תעמוד לבעל המניות אפשרות להגיש בגין אותה מסכת עובדות הן תביעה נגזרת, כגון בגין הפרת חובה על ידי נושא משרה או על ידי בעל שליטה, והן

Ibid 15

Ibid 16

Ibid, at p. 990 17

Ibid, at p. 990 (per J. Waller); at p. 1001 (per J. Chadwick) 18

Gardner v. Parker, *supra* note 4, paras. 60–64 19

כאשר הזכות לתביעה אישית מוקנית לבעלי מניות אחדים, ניתן להגיש תובענה ייצוגית בהתאם לסעיפים 207–218 לחוק החברות. לתביעה הכוללת הן תביעה נגזרת והן תביעה ייצוגית ראו בעניין *Prudential Assurance*, *supra* note 4 20

ראו למשל *Biala Pty. v. Mallina Holdings Ltd.*, 14 ACLR 350 (1988) 21

22 (1996) 2 BCLC 28 [1997] *Cooke v. Cooke*. השוו המלצות הוועדה שמונתה על ידי ה-American Law Institute לצורך הצעת רפורמה בשאלות מבנה ומשטר בחברה – The American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, Proposed Final Draft (1992) §7.01(c)

23 לזכות התביעה האישית של בעל המניות בגין נזק שנגרם לו עקב הפרת הוראות מסמכי היסוד ראו צ' כהן בעלי מניות בחברה – זכויות תביעה ותורפות (מהדורה שנייה, תשס"ו) פרק 11.

תביעה אישית בגין קיפוח על פי סעיף 191 לחוק החברות. הסעיף מקנה זכות לסעד גם כאשר הקיפוח נוגע לכלל בעלי המניות.²⁴ משמע, במקרים כאלה יכול בעל מניות לבחור בין הגשת תביעה אישית במסגרת הסעד למקרה קיפוח לבין הגשת תביעה נגזרת בשם החברה.²⁵ הצד השווה בשתי התביעות שלעיל הוא שיקול הדעת הרחב של בית המשפט לגביהן. הצד השונה הוא בתוצאות התביעה. תביעה בגין קיפוח עשויה להקנות פיצוי אישי לבעלי המניות שסבלו נזק כתוצאה מההתנהגות המקפחת, בעוד שהתביעה הנגזרת עשויה להקנות פיצוי לחברה בגין הנזק שנגרם לה. המגוון הרחב של הסעדים שיכול בעל מניות לקבל במסגרת תביעה על פי הסעד למקרה קיפוח וכן האפשרות לקבל סעד אישי, בהבדל מהסעד לחברה בתביעה הנגזרת, עשויים במקרים רבים להטות את הכף לכיוון העדפת תביעה בעילה זו על פני התביעה הנגזרת.²⁶ זאת ועוד, לצורך הגשת תביעה נגזרת יש לבקש תחילה את אישורו של בית המשפט, בהבדל מתביעה לסעד למקרה קיפוח. גם מטעם זה עשויים התובעים להעדיף הגשת תביעה לסעד למקרה קיפוח במקום להיזקק להליך התביעה הנגזרת. גורמים אלה מסבירים את מיעוט ההליכים של תביעות נגזרות.²⁷

על ההבחנה בין תביעה אישית לבין תביעה נגזרת עומד בית המשפט העליון בעניין מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות:²⁸

- 24 סעיף 191 לחוק החברות קובע מפורשות כי הקיפוח שבגינו ניתן להגיש תביעה לסעד צריך להיגרם לבעלי המניות "כולם או חלקם". כזה היה המצב לדעתי גם קודם לחקיקת החוק. ראו לעניין זה כהן, לעיל הערה 1, מהדורה ראשונה, 2018.
- 25 רע"א 9646/04 חסקי אלון ייזום בניה והשקעות בע"מ ואח' נ' אריה מיכלסון חברה לזימות בע"מ ואח', פ"ד נט(3) 380, בפסקה 5; *Anderson v. Hogg*, 2002 S.C. 190, 197 (Ex. Div.); *Clark v. Cutland* [2003] 2 BCLC 393 (C.A.); *Atlasview Ltd v. Brightview Ltd.* [2004] 2 BCLC 191, paras. 61–63 (Ch.D.).
- 26 הפסיקה האנגלית קבעה כי הגשת התביעה בהסתמך על הסעד למקרה קיפוח לא תשלול את זכותו של בעל המניות לקבל החזר מהחברה של ההוצאות הסבירות שהוציא לשם הגשת התביעה, כאשר זו נועדה לטובתה של החברה. ראו לעניין זה *Clark v. Cutland*, *ibid*, para. 35. הלכה זו יש בה כדי להחליש את המוטיבציה בשימוש בהליך התביעה הנגזרת, כאשר קיימת אפשרות להגשת התביעה בהסתמך על העילה של סעד למקרה קיפוח והסעד המבוקש הוא לטובת החברה. ראו גם A. Reisberg "Indemnity Costs Orders under s. 459 Petition" 25 *Company Lawyer* 500 (2004) 500; J. Payne "Shareholders' Remedies Reassessed" 67 *Mod. L. Rev.* (2004) 116; I. Ramsay "Corporate Governance, Shareholders' Remedies Reassessed" 67 *Mod. L. Rev.* (2004) 116; I. Ramsay "Corporate Governance, Shareholders' Remedies Reassessed" 67 *Mod. L. Rev.* (2004) 116; I. Ramsay "Corporate Governance, Shareholders' Remedies Reassessed" 67 *Mod. L. Rev.* (2004) 116.
- 27 תופעה זו מקובלת גם במדינות Common Law אחרות. ראו, *Shareholders Litigation and the Prospects for a Statutory Derivative Action* 15 *UNSW L.J.* (1992) 149, 163.
- 28 ע"א 2967/95, פ"ד נא (2) 312, 327. מטעם זה דחה השופט ישעיה בבית המשפט המחוזי בתל אביב את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית בת"א 1981/02, בש"א 15196/02 גרינפלד נ' לסר ואח', תק"מח 2003(2) 5293. השופט קבע כי טענת התובע שהתמוטטותה הכלכלית של החברה שהוא היה בעל מניות בה נעוצה בסדרת עסקאות כושלות שביצעו נושאי המשרה בחברה אינה מקנה לתובע עילת תביעה אישית.

"הכלל הוא, בעיקרון, כי כאשר בעל מניות סובל נזק בלתי תלוי בנזק אותו סובלת החברה, קמה לו תביעה אישית בלתי תלויה בנזק שנגרם לחברה. אולם אם הנזק נגרם לבעל מניות עקב ירידת ערך החברה ושווי מניותיה וכל בעלי המניות ניזוקים באותה מידה, לא קמה – בדרך כלל – לבעל מניות, עלית תביעה אישית. זהו נזק משני המשקף את נזקי החברה. לכלל הנ"ל חריגים מכמה סוגים, ביניהם, נזק שנגרם כתוצאה מהפרת זכות חוזית של בעל מניות בתור שכזה או נזק שנגרם לבעל מניות או לקבוצת בעלי מניות השונה מהנזק שנגרם לבעלי מניות אחרים, או נזק שנגרם עקב קיפוח המיעוט. מקרים הנופלים לגדר החריג הם למשל, כאשר לאחר מיזוג, מוקפא מיעוט בעלי המניות על ידי בעלי מניות רוב בתנאים בלתי הוגנים, או כאשר הרוכב בחברה אם, מרוקן מתוכן חברה בת בטרנזאקציות בלתי הוגנות בין חברה האם והבת".

2. הסמכות להגיש תביעות בשם החברה

האורגן המוסמך להגיש תביעה בשם החברה הוא זה שמסמכי היסוד של החברה מסמיכים אותו לכך. מקובל להקנות בדרך כלל זכות זו לדירקטורים כחלק מהסמכות השיורית המוקנית להם. סעיף 49 לחוק החברות קובע כי "סמכות של החברה שלא הוקנתה בחוק או בתקנון לאורגן אחר, רשאי הדירקטוריון להפעילה"²⁹.

29 במצב המשפטי שקדם לחוק החברות, הסמכות השיורית של הדירקטוריון הייתה קבועה בתקנון. כך הקנה גם התקנון לדוגמה בתקנה 71 את הסמכות השיורית לניהול עסקי החברה לדירקטוריון. גם כאשר התקנון קובע כי המניין החוקי לפעולות הדירקטורים הוא אחד, אין דירקטור אחד מוסמך לקבל החלטה להגשת תביעה בשם החברה, אלא ההחלטה צריכה להתקבל על ידי הדירקטוריון, כפי שקובע השופט גורן בה"פ (ת"א) 1863/91 רודוב נ' הדר, פ"מ תשנ"ג (3) 274 (להלן: עניין רודוב) "ניהול עסקי החברה כולל, מטבע הדברים, גם הגשת תביעות בשמה (ראה צ' כהן, בעלי מניות בחברה זכויות תביעה ותרופות 484), ברם, מתן פירוש לתקנה 83 לתקנון החברה, על פיו כל דירקטור רשאי לנהל את החברה בעצמו, ככל העולה על רוחו, אינו מתקבל על הדעת. על פי הפרשנות המוצעת על ידי המבקש לתקנה 83 הנ"ל יכול דירקטור לקבל החלטה בדבר הגשת תביעה בעצמו, ובלא שנתן הזדמנות נאותה לשאר הדירקטורים בחברה להביע את עמדתם. באותו אופן בדיוק יכול דירקטור אחר של החברה להחליט על דעת עצמו למחוק את אותה התביעה מיד לאחר הגשתה, שכן גם כאן יתמלא המניין החוקי הנדרש של דירקטור אחד. תוצאה זו אינה מתאימה עם שורת ההיגיון ואינה יכולה להתקבל. החברה אינה יכולה לתפקד כאשר ימינה אינה יודעת את אשר עושה שמאלה, ויתרה מכך, כאשר כל דירקטור יכול להחליט על ביטול החלטה של דירקטור אחר, רק מן הטעם שדירקטור אחד מהווה מניין חוקי לקבלת החלטות. יש לפרש את תקנה 83 הנ"ל כקובעת כי המניין החוקי לקבלת החלטות יהיה דירקטור אחד, רק כאשר ניתנה לשאר הדירקטורים הזדמנות נאותה לומר את דברם, והם לא ניצלו הזדמנות זו" (שם, בפסקה 4. ג.). לסמכות הדירקטוריון להגיש תביעות בשם החברה בדין האנגלי ראו Gower and Davies' Principles of Modern Company Law (London, 7th ed., by P.L. Davies, 2003) 444; בדין האוסטרלי ראו Australian Corporation Law, Principles and Practice vol. 2 §3.4.0005.

קודם לחוק החברות הכיר הדין בעיקרון של עצמאות האורגנים, שלפיו כל אורגן עצמאי בהפעלת הסמכויות שמופקדות בידיו. מכוח עקרון זה אין האסיפה הכללית מוסמכת להורות לדירקטורים שלא להגיש תביעה, במקום שאלה קיבלו החלטה להגיש³⁰. סעיף 50 (א) לחוק החברות קובע כי "חברה רשאית לקבוע בתקנונה הוראות לפיהן רשאית האסיפה הכללית ליטול סמכויות הנתונות לאורגן אחר...". מכאן שגם לפי החוק נשמרת עצמאות הדירקטוריון. האסיפה הכללית יכולה ליטול לעצמה סמכות של הדירקטוריון רק אם הייתה לכך הסמכה בתקנון, או כאשר נבצר מן הדירקטוריון להפעיל את סמכויותיו והפעלת הסמכות חיונית לניהול התקין של החברה³¹. בכך שונה מעמדו של הדירקטוריון, המחוסן מפני התערבות במיגבלות האמורות, ממעמדו של המנכ"ל, שהחוק אינו מכיר בעצמאותו, במובן זה שהדירקטוריון רשאי להורות לו כיצד לפעול³². בכל הנוגע לסמכות להגיש תביעה בשם החברה הכיר המשפט המקובל בכך שלאסיפה הכללית יש זכות מקבילה לזו של הדירקטוריון להגיש תביעה במקום שהדירקטוריון החליט שלא להגיש³³. במילים אחרות: לשני האורגנים – האסיפה הכללית והדירקטוריון – הוקנתה הסמכות המקבילה באשר לקבלת החלטה חיובית להגשת תביעה בשם החברה. הסבר אפשרי להבחנה בהקשר זה בין הכוח להגשת תביעה לבין הכוחות האחרים המופקדים בידי הדירקטוריון ניתן למצוא בייחודו של הכוח לפתיחת הליכים בשם החברה. כוח זה הוא ביסודו אמצעי להגשמת זכויות, בהבדל מהחלטות אחרות שבהן עצמן גלומה הזכות או החבות של החברה. כך למשל, התקשרות הדירקטורים בחוזה בשם החברה גורמת במישורין להענקת זכויות לחברה או להטלת חבויות עליה. לעומת זאת, כוח התביעה נועד להגשמת זכויות קיימות. אמנם, גם החלטה להפעלת כוח התביעה של החברה גורמת בסופו של דבר להענקת זכויות (או להטלת חבויות), אולם ייחודה נעוץ הן בכך שמדובר באכיפת זכות קיימת והן בכך שההחלטה בעניין מסורה לגורם חיצוני אובייקטיבי – בית המשפט. עם זאת, נותר קושי בהבדלה בין כוח התביעה לכוחות האחרים המופקדים בידי הדירקטוריון: החלטה שלא להגיש תביעה בשם החברה עשויה להיות פרי שיקול ניהולי לגיטימי וסביר, כגון גובה ההוצאות הכרוכות בהגשת התביעה, פגיעה אפשרית בשם החברה, גילוי חיצוני של טעות שעשתה וכיו"ב. בנסיבות אלה קשה למצוא הצדקה לאפשר

30 לעצמאות האורגנים, ראו *Automatic Self Cleansing Filter Syndicate Co. v. Cuninghame* [1906] 2 Ch. 34 (C.A.); *John Shaw Sons (Salford) v. Shaw* [1935] 2 K.B. 113 (C.A.); *Scott v. Scott* [1943] 1 All E.R. 582 (Ch.D.).

31 סעיף 52 (א) לחוק החברות.

32 סעיף 51 לחוק החברות.

33 *Marshall's Valve Gear Co. Ltd. v. Manning Wardle & Co. Ltd.* [1909] Ch. 267; *Alexander Ward & Co. Ltd. v. Samyang Navigation Co. Ltd.* [1975] 1 W.L.R. 673, 679 (H.L.). ראו גם *Gower and Davies, supra note 29, at p. 445*. ראו, לעומת זאת, פסק דינו של השופט Harman בעניין *Breckland Group Holdings Ltd. v. London & Suffolk Properties Ltd. & Ors* (1988) 4 BCC 542 (Ch.D.).

לאסיפה הכללית להתערב בשיקול זה. הסבר אפשרי אחר להבחנה שהוכרה במשפט המקובל בין כוח תביעה לכוחות האחרים שבסמכות הדירקטוריון נעוץ בסכנה של ניצול לרעה של ייחוד הכוח לפתוח בהליכים בידי הדירקטוריון. הדירקטורים עשויים להחליט לא לפתוח בהליכים בשם החברה, וזאת כדי לחפות על עצמם ולמנוע גילוי טעויות שעשו או להמנע מהטלת אחריות עליהם. כיוון שאין מדובר כאן בקביעת זכויות וחבויות ראשוניות, אלא רק בהגשמתן באמצעות שימוש בזכות המשנית – הזכות להגיש תביעה – יש יותר נכונות לאפשר לרוב בעלי המניות להתערב. הסכנה שהחלטה של האסיפה הכללית לפתוח בהליכים בשם החברה, במקום שהדירקטורים סירבו לעשות זאת, תפגע בחברה מופחתת עקב הדרישה להחלטה של רוב בעלי המניות, כשההנחה היא שהרוב לא יהיה מעוניין לפגוע בחברה.

נראה כי הלכת המשפט המקובל שהכירה בסמכות מקבילה של האסיפה הכללית להגיש תביעה בשם החברה, כאשר הדירקטוריון החליט שלא להגיש תביעה, לא נקלטה בחוק החברות. החוק מגביל את יכולת ההתערבות של האסיפה הכללית בהחלטות של הדירקטוריון למקרים שהתקנון מאפשר לאסיפה ליטול את הסמכות של הדירקטוריון. משמע, בהיעדר הסמכה כזו, לא יכולה האסיפה הכללית לקבל החלטה להגשת תביעה בשם החברה בניגוד להחלטה של הדירקטוריון.

כאשר הדירקטוריון נמנע מלהגיש תביעה בשם החברה, קמה האפשרות להגשת תביעה נגזרת בתנאים המבוארים להלן. הימנעות כזו יכולה להתרחש כאשר הופרה חובה על ידי דירקטורים שמהווים רוב בדירקטוריון. מטבע הדברים חברי הדירקטוריון לא יחליטו להגיש תביעה נגד עצמם.³⁴ כמו כן, עשויים הדירקטורים למנוע הגשת

34 תביעה נגד דירקטורים השולטים בחברה אפשרית במקרה של פירוק החברה על ידי המפרק וכן על ידי כל בעל מניות וכל נושה של החברה. ראו לעניין זה צ' כהן פירוק חברות (תש"ס) 725–776. כמו כן, חילופי שליטה בחברה מעמידים את הדירקטוריון ששירת בחברה קודם להעברת השליטה בסכנה של הגשת תביעה נגדו בגין הפרת חובותיו כלפי החברה, כפי שאכן אירע בעניין *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver* [1942] 1 All E.R. 378. גישה שונה ניתן למצוא בפסיקה אמריקנית ששללה את זכות התביעה של בעלי מניות בגין הפרת חובות של מנהליה הקודמים של החברה שמהם רכשו את המניות. הבסיס לגישה זו הוא שבעלי המניות לא סבלו כל נזק, שכן רכשו את המניות לאחר שהמעשים שבגינם הם מבקשים לתבוע כבר אירעו, והם קיבלו את מלוא התמורה עבור מחיר הרכישה. הכרה בזכותם לתבוע תאפשר להם להחזיר לעצמם חלק מהמחיר שהסכימו לשלם עבור המניות *Bangor Punta Operations Inc. v. Bangor* & *Aroostook R. Co.*, 94 S.Ct. 2578, 2583 (1974). כלל זה הופעל גם כאשר התביעה הוגשה בשם החברה. בית המשפט מצא לנכון להתעלם במקרה כזה מאישיותה המשפטית הנפרדת של החברה מטעמים של תקנת הציבור, בקובעו כי כאשר היושר מונע מבעלי המניות להגיש תביעה בשמם הם, גם החברה תהא מנועה מלעשות כן — *ibid.*, at p. 2584. ראו גם A. Yoran "The Parameters for Analysis of Windfall Recoveries in the Corporate Setting" 12 *Isr. L. Rev.* 68 (1977). בית משפט ישראלי, שיעדיף את הגישה האמריקנית שלעיל, יוכל לנהוג בהתאם לה בהסתמך על סעיף 39 לחוק החוזים. ראו צ' כהן "שחרור דירקטורים מאחריות" עיוני משפט ט (התשמ"ג) 301, 342.

תביעה נגד צד שלישי, כאשר הם סבורים שיש בתביעה כזו כדי לחשוף הפרת חובה מצדם או מתוך שיקולים אחרים, כגון קירבה בין אותו צד שלישי ובין מקבל ההחלטה בדבר הגשת התביעה. במקרים אלה יש לאפשר לבעל מניות להגיש תביעה בשם החברה ואף לעודד אותו לעשות כן. עם זאת, יש להיות ערים לכך שלעיתים השיקול של הדירקטוריון שלא להגיש תביעה נעוץ בטעמים לגיטימיים של הערכה, שלפיהם לא כדאי לחברה לנקוט הליכים משפטיים עקב ההוצאות הכרוכות בהגשת התביעה או עקב הסיכוי הנמוך לזכות בתביעה. על כן, יש לדאוג למנגנונים שימנעו שימוש לא ראוי בכוח התביעה.

3. כלל אי ההתערבות

"כלל אי ההתערבות", השולל את זכות ההתערבות של בעל המניות האינדיבידואלי מכונה גם הכלל של פוס, על שם פסק הדין המנחה שעיצב אותו – *Foss v. Harbottle*³⁵. לפי כלל זה אין בעל המניות מוסמך להפעיל את כוח התביעה של החברה, המוקנה לאורגנים המוסמכים שלה, כמבואר לעיל. הכלל מושתת על כמה נימוקים:

- א. האישיות המשפטית הנפרדת של החברה. כיוון שהחברה היא הנפגעת היא זו שיכולה להגיש את התביעה³⁶, והגשת התביעה נעשית על ידי האורגן המוסמך לכך.
- ב. כאשר הפגם ניתן לריפוי על ידי החלטה רגילה של האסיפה הכללית אין לאפשר לבעל מניות להגיש תביעה; זאת מאחר שאם הרוב יאשר את העסקה אין עוד מקום לתביעה, ואם הרוב לא יאשר את העסקה אין מניעה שהתביעה תוגש על ידי האורגן המוסמך של החברה³⁷.
- קשה לקבל נימוק זה, שכן כאשר מכיר הדין בכוחו של הרוב להסיר את הפגם מפעולה כלשהי, אשרור על ידי שולל מהמעשה את אופיו הפסול, ומכאן שאין עוד מקום לתביעה – אפילו על ידי האורגנים המוסמכים של החברה. לעומת זאת, כאשר הרוב אינו משתמש בכוחו לאשרור פעולה פגומה נשאר אופיו הפסול של המעשה, ולכן, יש לאפשר לבעל המניות לתבוע בגינו³⁸. זאת ועוד, הכלל הופעל לגבי מקרים שניתנים

35 189 E.R. 67, 461 Hare. 2 [1843].

36 358–357, at pp. 4, *supra* note 4, *Foss v. Harbottle*, *ibid*; *Prudential Assurance*, *supra* note 4, at pp. 357–358. ראו גם א' ברק "היקף התערבותו של בעל המניה בניהול החברה על ידי מנהליה: כוחו של בעל המניה לתבוע על הפרת זכות על ידי מנהליה" הפרקליט כה (תשכ"ט) 333 ו-488.

37 *Edwards v. Halliwell* [1950] 2 All E.R. 1064, 1066–1067 (C.A.).

38 ראו גם ברק, לעיל הערה 36, בע' 491–494; א' פרוקצ'יה דיני חברות חדשים לישראל (תשמ"ט) 264§.

לאשרור בהחלטה רגילה, ואילו היה טעם בנימוק האמור, היה מקום להחילו במידה שווה על כל המקרים הניתנים לאשרור, בלי להתחשב בגודל הרוב הדרוש לצורך כך.³⁹

ג. לעיתים מושמע גם הנימוק שהכלל נועד למנוע את הצפתו של בית המשפט בתביעות רבות על ידי בעלי מניות שונים בגין אותו מעשה. נימוק זה מתעלם מהעובדה שלאור היותה של התביעה הנגזרת תביעה של החברה במהותה, הרי שהגשת תביעה נגזרת על ידי בעל מניות אחד שוללת הגשת תביעות נוספות.

במקרים שהנימוקים שלעיל אינם יפים להם, הכירה הפסיקה בכך שיש מקום לסטות מהכלל האמור.⁴⁰

על אף החשיבות של הכרה בסמכותו של בעל מניות להגיש תביעה בשם החברה, יש להיות ערים לסיכונים הכרוכים בהענקת סמכות כזו. הגשת תביעות רבות נגד דירקטורים בחברה עלולה להפחית את הנכונות של נושאי המשרה לקחת סיכונים עסקיים⁴¹, דבר שיש בו כדי לגרום נזק לבעלי המניות ולכלכלה בכללותה.⁴² על הדינים שמסדירים את הסמכות להגשת תביעה נגזרת להביא זאת בחשבון בהתוויית הכללים לשימוש בסמכות. פתרון אפשרי למניעת הסיכון הנדון, המקובל בשיטות משפט שונות, הוא דרישה לאישור הגשת התביעה בידי בית המשפט, כמבואר להלן.⁴³

4. מטרותיה של התביעה הנגזרת

המטרות העיקריות של התביעה הנגזרת הן הרתעה ופיצוי. אין משמעות לקביעת נורמות משפטיות המסדירות את אחריותם של נושאי המשרה בחברה ללא מתן אפשרות לבעלי המניות בחברה לאכוף נורמות אלה. החשש מפני התביעה הנגזרת גורם לנושאי המשרה להקפיד על שמירתן של הנורמות הקבועות בחוק, בידיעה שהפרתן תגרום להגשת תביעה נגדם, גם כאשר הם אלה ששולטים על כוח התביעה של החברה. האכיפה הפרטית, באמצעות התביעה הנגזרת, מפחיתה את הצורך של

39 ראו גם ברק, שם, בע' 492.

40 לסקירת גישת ה־Common Law בכל הנוגע לתביעה הנגזרת ראו M. Berkahn "Derivative Action in Australia and New Zealand: Will the Statutory Provisions Improve Shareholders' Enforcement Rights" 10 *Bond L. Rev.* (1998) 74; J.H. Farrar, B.M. Hannigan *Farrar's Company Law* (London, 4th ed., 1998) 430-439.

41 בעוד שלקחת סיכונים בלתי סבירים אינה רצויה, הרי שלקחת סיכונים במתחם הסבירות הינה חשובה, שכן יש בה כדי לקדם את רווחי החברה ולתרום לפיתוח הכלכלה.

42 ראו את דברי ההסבר של הוועדה שעסקה בנושא של משטר החברה בארצות הברית לפרק של תביעה נגזרת The American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Proposed Final Draft, supra note 22*, at pp. 588-589.

43 ראו להלן טקסט בסמוך להערות 214-216.

התערבות רגולטורית שמטרתה לפקח על קיום החובות של בעלי השליטה בחברה⁴⁴, שנועד במידה רבה לתת פתרון לבעיית הנציג⁴⁵.

בנוסף לכך, משמש המנגנון של התביעה הנגזרת מכשיר שבאמצעותו מקבלת החברה פיצוי על הנזק שנגרם לה, ובכך יש גם כדי לגרום לתיקון הנזק שנגרם לבעלי המניות ושנובע מנזקה של החברה.

אחת השאלות הקשות בקביעת המדיניות לגבי תביעה נגזרת היא כיצד לאזן אינטרסים אלה, שעלולים להתנגש. לעיתים שמו בתי המשפט את הדגש על המטרה ההרתעתית של התביעה הנגזרת והכירו בלגיטימיות שלה גם בהיעדר נזק לחברה. דוגמה לכך ניתן למצוא בדברי בית המשפט בניו יורק בעניין *Diamond v. Oreamuno*⁴⁶:

"It is true that the complaint before us does not contain any allegation of damages to the corporation but this has never been considered to be an essential requirement for a cause of action founded on a breach of fiduciary duty... This is because the function of such an action, unlike an ordinary tort or contract case, is not merely to compensate the plaintiffs for wrongs committed by the defendant but, as this court declared many years ago... 'to prevent them, by removing from agents and trustees all inducement to attempt dealing for their own benefit in matters which they have undertaken for others, or to which their agency or trust relates'".

הוועדה האמריקנית שכתבה את הדוח החשוב בעניין משטר החברה מאמצת אף היא את המטרה ההרתעתית, בקובעה את הכלל שלפיו בית המשפט לא ידחה תביעה אם התובע מוכיח כי דחיית התביעה תאפשר לנתבע להשאיר בידיו רווח לא נאות (a) "significant improper benefit", כאשר הנתבעים שולטים בחברה או כאשר קיבלו הנתבעים את הרווח באמצעות תרמית או ללא הרשאה מוקדמת או אישור על ידי דירקטורים בלתי תלויים⁴⁷.

44 ראו The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Proposed Final Draft, *supra* note 22, at p. 588.

45 לבעיית הנציג ראו ז' גושן "בעיית הנציג" כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים" חיבורי משפט – ספר זכרון לגואלטירו פרוקצ'יה (בעריכת א' ברק, נ' ליפשיץ, א' פרוקצ'יה ומ' א' ראבילו, תשנ"ז) 239; א' פרוקצ'יה "חברות ופירמות אחרות בראי תיאורטי" חיבורי משפט – ספר זכרון לגואלטירו פרוקצ'יה, שם, בע' 217. לתביעה הנגזרת כאמצעי להפחתת עלויות הנציג ראו Ramsay, *supra* note 27, at pp. 151–156.

46 301 N.Y.S. 2d 78, 81 (1969).

47 ראו The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Proposed Final Draft, *supra* note 22, §7.10(b).

ההיבט ההרתעתי משרת את בעל המניות בעצם מעמדו כבעל מניות גם מעבר לחברה המסוימת שהיא צד לתביעה; על כן, הוכר הצידוק להגשת תביעה גם בהיעדר רווח לחברה הספציפית.⁴⁸

כנגד גישה זו נשמעה גם דעה אחרת השוללת הצדקה להגיש תביעה כאשר לא מוגשמת כלל המטרה הלגיטימית של פיצוי.⁴⁹

הדגשת היסוד של הפיצוי כיסוד הדומיננטי היא שעומדת ביסוד הגישה הסוברת שיש ליתן לדירקטוריון או לוועדה מטעמו הסמכה להחליט להפסיק תביעה נגזרת כאשר אין סיכוי שהחברה תפיק תועלת ממנה.⁵⁰ הוועדה האמריקנית שהמליצה ליתן הסמכה

48 ראו החלטת בית המשפט העליון בארצות הברית, שלפיה התועלת הציבורית בהגשת תביעה עשויה לעלות על היתרונות הפרטיים שלה: (1986) 106 S.Ct. 2686 *City of Riverside v. Rivera*. ראו גם The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Proposed Final Draft, *supra* note 22, at pp. 598, 601; S. Watson & O. Morgan "A Matter of Balance: the Statutory Derivative Action in New Zealand" 19(8) *The Company Lawyer* (1998) 236, 237; J.C. Coffee "New Myth and old Realities: The American Law Institute Faces the Derivative Action" 48 *The Business Lawyer* (1993) 1407, 1428–1429.

49 ראו למשל פסק הדין של *Bangor Punta Operations, Inc. v. Bangor & A. R. Co.*, *supra* note 22, at p. 717. J.D. Cox "Compensation, Deterrence and the Market as Boundaries for Derivative Suits Procedures" 52 *Geo. Wash. L. Rev.* (1983–1984) 745.

50 The American Law Institute, Principles of Corporate Governance, Analysis and Recommendations, Proposed Final Draft, *supra* note 22, §7.08. לפיקוח השיפוט על החלטה זו ראו *ibid.*, §7.10. מידת הפיקוח השיפוטי על החלטת הוועדה המיוחדת משתנה בשיטות המשפט השונות. יש שיטות המצדדות ברמה גבוהה של בדיקה על ידי בית המשפט, אשר עושה בעצמו הערכה של התביעה הנגזרת לגופה. יש המסתפקות בבדיקת ההליכים הפרוצדורליים של קבלת ההחלטה על ידי הוועדה. יש הנוקטות דרך ביניים בין שתי הגישות הקודמות באפשרון ביקורת משפטית מסוימת של סבירות החלטתה של הוועדה, תוך שלילת האפשרות שבית המשפט יחליף את שיקול דעת הוועדה בשיקול דעתו הוא. יש הנוקטות סטנדרטים שונים של פיקוח שיפוטי בהתאם לסוג המקרה. ראו לעניין זה B.T. Ferrell "A Hybrid Approach: Integrating the Delaware and the ALI Approaches to Shareholder Derivative Litigation" 60 *Ohio State L. J.* (1999) 241, 251–252. הוועדה האמריקנית עושה הבחנה בכל הנוגע לפיקוח השיפוטי בין הפרת חובת זהירות להפרת חובת אמונים — *ibid.*, §7.10. ההחלטות של הוועדה האמריקנית מתייחסות גם לאפשרות של אישור ההחלטה של הדירקטוריון או הוועדה מטעמו על ידי בעלי מניות שאינם נוגעים בעניין — *ibid.*, §7.11. במקרה כזה הפיקוח השיפוטי מוגבל ומתייחס לבדיקה אם ביטול התביעה הנגזרת לא יגרום לבזבז כספי החברה. ה־Model Business Corporation Act קובע כי בית המשפט ידחה הליך של תביעה נגזרת כאשר רוב של דירקטורים שאינם בעלי עניין החליטו בתום לב כי התביעה הנגזרת אינה לטובת החברה או שהחלטה כזו התקבלה על ידי רוב חברי ועדה של דירקטורים בלתי תלויים שמונו בהצבעה של רוב הדירקטורים שאין להם עניין שהיו נוכחים באסיפת הדירקטוריון — Model Business Corporation Act §7.44. הסעיף מאפשר גם לבית המשפט למנות אנשים שאינם בעלי עניין כדי לקבל החלטה בשאלה אם ניהול התביעה הנגזרת הוא לטובת החברה — שם, בס"ק (f). לחשיבותו של הפיקוח השיפוטי על החלטת הגורם המוסמך ראו J.C. Coffee, *supra* note 48, at pp. 1425–1426.

כזו הגבילה אותה במקרים שהנתבעים יישארו עם רווח ניכר כתוצאה מאי הגשת תביעה נגדם, כמבואר לעיל⁵¹.

החשיבות של המטרה ההרתעתית בהגשת תביעה נגזרת, כלומר הרתעת בעלי השליטה בחברה מהפרת חובותיהם, מובלטת לאור החולשות המתגלות במטרה האחרת של פיצוי:

א. מבחינה משפטית החברה היא שניזוקה והזכאית לפיצוי, אולם מובן שמבחינה כלכלית נגרם הנזק לבעלי המניות. השינוי המתמיד בהרכב בעלי המניות גורם לכך שהפיצוי שניתן לחברה אינו גורם לפיצויים של בעלי המניות שנפגעו, כאשר אלה מכרו את מניותיהם לפני קבלת הפיצוי. לעומת זאת, בעלי מניות שהצטרפו לחברה זוכים לרווחים שאינם זכאים להם.

ב. הנזק שנגרם לבעלי מניות עקב הפרת חובה על ידי נושאי משרה בחברה או על ידי בעלי מניות שליטה עלול להיות גדול מהנזק שנגרם לחברה, שכן ירידת ערך השוק של המניות מושפעת גם מכך שהתופעה האמורה יכולה לחזור על עצמה. הפיצוי שיינתן לחברה לא יפצה בהכרח את בעלי המניות בגין הנזק שנגרם להם. ג. כאשר לחברה ישנם בעלי מניות רבים, השפעת הפיצוי לחברה על שווי המניות של כל אחד מבעלי המניות היא מזערית.

לאור זאת, יש מקום להגיע למסקנה בדבר חשיבותה של התביעה הנגזרת כמכשיר הרתעתי⁵². התביעה הנגזרת היא אחד המכשירים החשובים להגנת המיעוט⁵³. אין צורך בתביעה נגזרת לשם הגנה על האינטרסים של בעלי מניות שליטה, שכן לאלה יש כוח לדאוג להגשת תביעה בשם החברה⁵⁴. התביעה הנגזרת משמשת כלי חשוב בידי המיעוט כדי להביא לפיצוי החברה על נזק שנגרם לה ובראש ובראשונה כדי להרתיע את בעלי הכוח בחברה משימוש לא נאות בכוח המופקד בידם.

השופט האמריקני Jackson עמד על חשיבותה של התביעה הנגזרת באומרו:

"This remedy, born of stockholder helplessness, was long the chief regulator of corporate management and has afforded no small incentive to avoid at least grosser forms of betrayal of stockholders' interests. It

51 *Supra* note 47.

52 ראו גם J.C. Coffee & D.E. Schwartz "The Survival of the Derivative Suit: An Evaluation and Proposal for Legislative Reform" 81 *Col. L. Rev.* (1981) 261, 302–305.

53 ראו גם A. Chander "Minorities, Shareholder and Otherwise" 113 *Yale L.J.* (2003) 119, 132–135.

54 ראו גם דברי בית המשפט האמריקני בפסק הדין *Brown v. Tenney*, 532 N.E. 2d 230, 232–233 (1988): "A majority or controlling shareholder can usually persuade the corporation to sue in its own name".

is argued, and not without reason, that without it there would be little practical check on such abuses"⁵⁵.

כנגד הגישה המדגישה את ההרתעה כמטרה הדומיננטית של התביעה הנגזרת נשמעת דעה הטוענת כי השימוש במכשיר זה עלול לגרום להרתעת יתר. כך, סבורים Fischel ו-Bradley⁵⁶ כי מתן כוח התביעה בידי בעל מניות מיעוט כרוך בבעיה כפולה: האחת – לבעל מניות שיש לו החזקה מזערית בהון החברה יש תמריץ קטן ביותר לקחת בחשבון את השפעתה של התביעה על בעלי המניות האחרים שבסופו של דבר נושאים בעלויות התביעה⁵⁷. הבעיה השנייה היא היעדר מומחיות וגישה של בעל מניות מיעוט למידע הרלבנטי, שמקשה עליו להכריע אילו פעולות של ההנהלה אינן עולות בקנה אחד עם השאתם של רווחי החברה⁵⁸. לבעיות אלה יש חשיבות מיוחדת לאור חוסר המומחיות של בתי המשפט לאתר את התביעות שאין בהן כדי להגדיל את ערך החברה⁵⁹. אין להסיק מקיומן של הבעיות האמורות מסקנה שלפיה אין לאפשר את הגשתה של תביעה נגזרת, אלא יש לאפשר עשיית שימוש מושכל בכוח זה. לא זו בלבד שהגשת תביעות שהסיכוי להצלחתן קטן לא תקדם את האינטרס של החברה, אלא להיפך, היא עשויה להגדיל את נזקה⁶⁰. יש גם לקבוע מנגנוני הגנה כדי למנוע שימוש לרעה במכשיר התביעה הנגזרת על ידי הגשת תביעות סרק שמטרתן לזכות את עורך הדין שמגיש את התביעה בשכר טרחה נכבד עקב נכונות החברה להגיע לפשרה כדי להימנע מהעלויות הכרוכות בניהול ההליך (nuisance value)⁶¹. מחקרים אמפיריים שנעשו

⁵⁵ *Cohen v. Beneficial Industrial Loan Corporation*, 337 U.S. 541, 548 (1949).

⁵⁶ D.R. Fischel & M. Bradley "The Role of Liability Rules and the Derivative Suit in Corporate Law: A Theoretical and Empirical Analysis" 71 *Cornell L. Rev.* (1986) 261.

⁵⁷ *Ibid.*, at pp. 271–272.

⁵⁸ *Ibid.*, at p. 273.

⁵⁹ *Ibid.* לאחר ניתוח תוצאותיו של מחקר שעשו שנועד ללמד על השפעת ההחלטה אם לאשר הגשת תביעה נגזרת או לבטלה על מניות החברה, מגיעים Fischel ו-Bradley למסקנה, כי אין ראיות לכך שההצעה של הוועדה בעניין משטר החברה, שאליה התייחסתי לעיל, עדיפה על הכללים החילופיים שנדחו. לאור זאת הם מציעים להעניק לחברות מקסימום של גמישות בבחירת הכללים שיחולו עליהן — *ibid.*, at p. 290.

⁶⁰ לכך יש להוסיף את השיקול של יכולת המימוש של פסק הדין, גם כאשר ניתן פסק דין לזכותה של החברה.

⁶¹ ראו גם K.J. Munson "Standing to Appeal: Should Objecting Shareholders Be Allowed to Appeal Acceptance of a Settlement?" 34 *Indiana L. Rev.* (2001) 455, 458; M.M. Graham "Delaware Post-Merger Derivative Suit Standing and Demand Requirements: Professional Management Associates, Inc. v. Coss" 25 *Iowa J. Corp. L.* (2000) 631, 633; Ferrell, *supra* note 50, at p. 244; R.K. Winter "Paying Lawyers, Empowering Prosecutors, and Protecting Managers: Raising the Cost of Capital in America" 42 *Duke L.J.* (1993) 945, 949. גם במדינות שבהן יש ועדה מיוחדת שתפקידה לבדוק את טיבה של התביעה הנגזרת יש לחברה מוטיבציה להגיע לפשרה בשלב ראשוני של הגשת התביעה, עוד לפני הדיון בוועדה המיוחדת כדי לחסוך את העלויות הכרוכות בהליך של ועדה זו. ראו לעניין זה J.C.

בארצות הברית הראו כי נעשה שימוש רב במכשיר של התביעה הנגזרת כשהמטרה האמיתית של אותו שימוש היא תשלומו של שכר טרחה לעורכי הדין שייצגו את מגישי התביעה. מרבית התביעות מסתיימות בפשרה, שהמרוויחים העיקריים בה הם עורכי הדין, ורק חלק קטן מהתביעות שמסתיימות בפסק דין נפסק לטובת התובעים.⁶² ממצאים אלה מצביעים על שימוש לרעה בהליך של התביעה הנגזרת לשם העשרתם של עורכי הדין שעוסקים בהגשת התביעה.

המטרות האמורות של הרתעה ופיצוי עומדות גם ביסוד האפשרות שמקנה חוק החברות להגשת תביעה נגזרת לכל דירקטור של החברה⁶³ והן מצדיקות גם את מתן הזכות לנושה של החברה להגיש תביעה נגזרת במקרה של חלוקה אסורה.⁶⁴

כאמור, התביעה הנגזרת יכולה להיות מוגשת לא רק נגד נושאי משרה בחברה אלא גם נגד צדדים שלישיים שהגורמים המופקדים בחברה על כוח התביעה החליטו להימנע מהגשת תביעה נגדם. כאן עולה שאלה קשה יותר בעניין מידת ההתערבות בשיקול הדעת של הגורמים המוסמכים. ייתכן כי אלה החליטו להימנע מהגשת תביעה מתוך מחשבה שעלויות התביעה תעלינה על התועלת שבהגשתה או מתוך שיקול של פגיעה בשמה של החברה עקב הגשת התביעה וכיו"ב. מהצד האחר יכולה ההימנעות מהגשת תביעה להיות מונעת משיקולים אישיים של בעלי הסמכות, תוך הפקרת טובתה של החברה. יש אפוא לנקוט זהירות במתן הסמכה לגורמים שבדרך כלל אינם מוסמכים לפעול בשם החברה להגיש תביעה נגזרת נגד צדדים שלישיים.

מעניין לציין שעל אף המטרות החשובות שגרמו להכרה באפשרות להגשת תביעה נגזרת בשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית, אפשרות כזו אינה מקובלת במדינות הקונטיננטל. בחלק מהמדינות לא מוכרת כלל אפשרות התביעה הנגזרת⁶⁵ ובחלקן מוקנית אפשרות כזו לבעלי מניות המחזיקים באחוז מסוים של הון המניות.⁶⁶

Coffee "The Unfaithful Champion: The Plaintiff as Monitor in Shareholder Litigation" William Prickett של טענתו זאת, ראו, לעומת זאת, 48 *Law & Contemp. Probs.* (1985) 5, 25 שאין ב-Delaware תמריץ להגשת תביעה נגזרת בלתי מבוססת כדי לזכות בשכר טרחת עורכי הדין בדיון שנערך שם בנושא של תפקיד התביעה הנגזרת במאה ה-21 "The Role of Corporate Litigation in the Twenty-First Century" 25 *Del. J. Corp. L.* (2000) 131, 154 M.P. Dooley "The Role of Corporate Litigation in the Twenty-First Century" 25 *Del. J. Corp. L.* (2000) 131, 151 Coffee, *ibid*, at p. 9 ראו גם. 62
של מכשיר התביעה הנגזרת ראו להלן.

סעיף 194 (א) לחוק החברות. ראו להלן טקסט בסמוך להערות 115–124. 63

סעיף 204 לחוק החברות. ראו להלן טקסט בסמוך להערות 125–131. 64

למשל, איטליה — *Protection of Minority Shareholders* (London, by M.W. Stecher, 1997) — *ibid*, at p. 146; הולנד — *ibid*, at pp. 162–163. ראו לעומת זאת את החוק השווייצרי המאפשר תביעה על ידי בעל מניות בגין נזקים שנגרמו לחברה — Code des Obligations art. 756 — Stecher, *ibid*, at p. 232. נגד מנכ"ל החברה או דירקטורים בה בלבד — *ibid*, at p. 80. 65

החוק הגרמני מקנה למחזיקים ב-10% מהמניות זכות לדרוש מהחברה לתבוע בגין נזקים שנגרמו 66

התנאים שמציב החוק בכל הנוגע להגשת התביעה הנגזרת צריכים להיות תואמים למטרות האמורות. הפרקים הבאים יוקדשו לדיון בשאלות השונות הנוגעות להגשת התביעה הנגזרת: הפרק השני ידון בשאלה למי מוקנית הסמכות להגיש תביעה נגזרת. במסגרת זו תיבדקנה השאלות בדבר אפשרות הגשת התביעה בקונצרן; זכותו של בעל מניות בעבר שאינו עוד בעל מניות בעת הגשת התביעה להגיש; זכותו של בעל מניות שלא היה כזה בעת אירוע המעשה נושא התביעה; זכותו של דירקטור להגשת תביעה נגזרת וכן האפשרות המוקנית לנושים להגשת תביעה נגזרת בגין חלוקה אסורה. הפרק השלישי ידון בשאלה מתי מוקנית הזכות להגשת תביעה נגזרת. במסגרת זו ייבדק הן המצב המשפטי שקדם לחוק החברות והן זה הנוהג על פי החוק. הפרק הרביעי ידון בתנאים המוקדמים שמציב החוק להגשת התביעה הנגזרת. הפרק החמישי ידון בהשפעת התנהגותו של התובע על זכות העמידה שלו. הפרק השישי ידון בתמריצים שמספק החוק להגשת התביעה הנגזרת, כאשר במסגרת זו תיבדקנה השאלות בדבר זכותו של מגיש התביעה להחזיר הוצאות והנשיאה בתשלום אגרת בית המשפט ומתן גמול למי שטרם בהגשת התביעה. הפרק השביעי ידון בהיבטים דינויים של הגשת התביעה הנגזרת: צירוף החברה כנתבעת, קיומו של הליך מקדמי, תמיכת הבקשה בתצהיר על ידי התובע, חיוב במתן ערובה והצורך באישור בית המשפט

לה עקב פעולות של מייסדי החברה או של המנהלים שלה — AktG §137 — ראו, Stecher, *ibid*, at p. 49; הוראה דומה כלולה גם בחוק האוסטרי — Stecher, *ibid*, at p. 13. גם החוק בשבדיה מאפשר תביעה אם התקבלה החלטה להגשתה על ידי בעלי מניות המחזיקים לפחות 10% מהון המניות של החברה — *ibid*, at p. 215. החוק בפילנד קובע כי כאשר האסיפה הכללית נתנה לדירקטורים שחרור מאחריות או כאשר החליטה לא להגיש תביעה נגדם, יכולים בעלי מניות שמחזיקים לפחות ב-10% מהון המניות או לפחות בשליש מהמניות שנכחו באסיפה ושהצביעו נגד ההחלטה להגיש תביעה בשם החברה — *ibid*, at p. 64. החוק הבלגי מקנה זכות תביעה לבעלי מניות המחזיקים לפחות ב-1% ממניות החברה או המחזיקים הון מניות המשקף לפחות 50 מיליון פרנק בלגי, אולם התביעה אפשרית רק נגד דירקטורים — *ibid*, at p. 47; בספרד מוקנית זכות לבעלי מניות המחזיקים לפחות ב-5% מהון המניות להגיש תביעה בשם החברה נגד המנכ"ל או נגד אחד מהדירקטורים באחד מהמקרים הבאים: חלף חודש לפחות מאז ש-5% מכלל בעלי המניות דרשו כינוס של אסיפה כללית לצורך דיון בעניינים הנוגעים לחובות ההנהלה, וההנהלה לא נענתה לדרישה; עבר חודש מאז החלטת האסיפה הכללית להגיש תביעה נגד ההנהלה בשל הפרת חובה והתביעה לא הוגשה; האסיפה הכללית דחתה את הבקשה להגשת תביעה נגד ההנהלה או נגד אחד מחבריה — *ibid*, at p. 199. החוק בפורטוגל מקנה זכות למחזיקים לפחות 5% מהון המניות להגיש תביעה נגד דירקטורים ומנהלים של החברה בגין נזקים שגרמו לחברה — *ibid*, at p. 181. התביעה הנגזרת אינה מפותחת גם במקסיקו. הכלל הרגיל שם הוא שהגשת תביעה נגד דירקטורים תיעשה לאחר קבלת החלטה באסיפה הכללית של החברה. חריג לכלל זה נקבע בסעיף 163 לחוק ולפיו בעלי מניות המחזיקים לפחות 33 אחוזים מהון החברה רשאים להגיש תביעה נגד הדירקטורים, ובלבד שהתביעות כוללות את כל הנזקים שנגרמו לחברה ולא רק את אלה שמתייחסים לאינטרסים האישיים של בעלי המניות המייצגים. הפיצוי שמתקבל כתוצאה מתביעה כזו יינתן לחברה — J.J. Garza "Rethinking Corporate Governance: The Role of Minority Shareholders — A Comparative Study" 31 *St. Mary's L.J.* (2000) 613.

לסיום ההליך. כמו כן תיבדק במסגרת זו שאלת זכותו של בעל מניות להתנגד לפשרה מוצעת בהליך של תביעה נגזרת. הפרק השמיני ידון באפשרות להגשת הגנה נגזרת. הפרק האחרון יתייחס לשימוש בפועל במכשיר התביעה הנגזרת.

ב. הסמכות להגיש תביעה נגזרת – למי?

חוק החברות מקנה את הזכות להגיש תביעה נגזרת לשלושה גורמים:

1. בעל מניות בחברה⁶⁷;
 2. דירקטור בחברה⁶⁸;
 3. נושה של החברה⁶⁹.
- בעוד שלשניים הראשונים הוקנתה סמכות כללית להגשת תביעה נגזרת, הסמכות שהוקנתה לנושה מוגבלת לעילה ספציפית – חלוקה אסורה. פרק זה ידון בשאלות הנוגעות לסמכות של כל אחד מהגורמים האמורים.

1. בעל מניות

(א) כללי

כל בעל מניות מוסמך, כאמור, להגיש תביעה נגזרת בשם החברה. אין כל חידוש לעומת המצב הקודם בהקניית הזכות להגשת תביעה נגזרת לכל בעל מניות, בלי להתנות סמכות זו בהחזקה של אחוז כלשהו מהון המניות של החברה⁷⁰. דרישה להחזקה של אחוז מסוים מההון כתנאי להגשת תביעה נגזרת נקבעה בחוק האנגלי בכל הנוגע להגשת תביעה נגזרת בגין מתן תרומה פוליטית על ידי הדירקטוריון ללא קבלת האישור הנדרש מהאסיפה הכללית⁷¹. במקרה זה יכולה התביעה הנגזרת להיות מוגשת על ידי בעלי מניות המחזיקים לפחות 5% מהערך הנומינלי של המניות המוקצות או של סוג שלהן או על ידי קבוצה של לא פחות מחמישים חברים⁷².

הדין הישראלי, שמקנה, כאמור, את הזכות להגיש תביעה נגזרת לכל בעל מניות בלי להתנות זאת באחוז החזקה בהון, נראה לי דין ראוי. המטרות שעומדות ביסוד התביעה הנגזרת, כמבואר לעיל, מצדיקות את הרחבתו של מעגל התובעים. מניעת הניצול לרעה של סמכות זו נעשית באמצעות הדרישה לאישור בית המשפט, כמבואר להלן. הדין הישראלי אינו מתנה את זכותו של בעל מניות להגיש תביעה נגזרת במשך

67 סעיף 194(א) לחוק החברות.

68 סעיף 194(א) לחוק החברות.

69 סעיף 204 לחוק החברות.

70 ראו החוקים בקונטיננט שנוקטים דרך זו, לעיל הערה 66.

71 Companies Act 1985, Part XA Control of Political Donations s. 347A–347K.

72 סעיף (1) 347I "authorized group of members of the company", וסעיף (2) 347I מפנה להגדרת מונח זה בסעיף (a), (b) or (c) 54(2) לחוק.

הזמן שהמניות מוחזקות בידי. די בכך שבעת הגשת התביעה מחזיק התובע מניות בחברה והמניות לא נרכשו על ידו לשם הגשת התביעה כדי לאפשר לו להגיש תביעה נגזרת.⁷³ על כן, בעל מניות בחברה מוסמך להגיש תביעה נגזרת גם אם רכישת המניות על ידו נעשתה זמן קצר לפני הגשת התביעה. גישה שונה נוקט הקודקס המסחרי היפני, הדורש כתנאי להגשת תביעה נגזרת החזקת מניות על ידי התובע במשך שישה חודשים קודם להגשת התביעה.⁷⁴ הדין היפני נועד, לכאורה, למנוע רכישת מניות לשם הגשת תביעה, אולם, בפועל, מטרה זו אינה מושגת בדין היפני לאור האפשרות שמוקנית בו להגשת תביעה נגזרת על ידי מי שלא היה בעל מניות בעת קרות האירוע שבגיניו מוגשת התביעה.⁷⁵ משמע, הדין היפני מאפשר לאדם לרכוש מניות לשם הגשת תביעה נגזרת, להמתין שישה חודשים ולהגיש את התביעה. הדין הישראלי בהקשר זה נראה בעיני עדיף על הדין היפני. אין כל הצדקה לדרוש מבעל מניות שסמוך לאחר הצטרפותו לחברה אירע אירוע שמצדיק הגשת תביעה נגזרת להמתין שישה חודשים עד להגשת התביעה. כמו כן, אין זה מוצדק לחייב בעל מניות שסמוך לאחר הצטרפותו לחברה גילה שאירע אירוע שמצדיק הגשת תביעה נגזרת להמתין שישה חודשים כדי להכשיר עצמו להגשת התביעה.

(ב) תביעה נגזרת בקונצרן

האם רשאי בעל מניות בחברה אם להגיש תביעה נגזרת בשם חברת הבת? החוק מקנה את זכות התביעה לבעל מניות בחברה. לכאורה, לאור האישיות המשפטית הנפרדת של שתי החברות ניתן היה לומר שאין בעל מניות בחברה אם מוסמך להגיש תביעה נגזרת בחברת הבת, שכן אינו בעל מניות בחברת הבת. אולם, ברור שלבעל מניות בחברה אם יש אינטרס כלכלי בחברת הבת. נזק לחברת הבת יגרום להפחתת שווי המניות שמחזיקה חברת האם בחברת הבת, וממילא לנזק לבעל המניות בחברת האם. הדין האמריקני מכיר בתביעה של בעל מניות בחברה אם בשם חברת הבת (double derivative action), או חברת הבת של חברת הבת וכך הלאה, כל עוד מתקיימת השרשרת של הבעלות (multiple derivative action).⁷⁶

73 ראו להלן טקסט בסמוך להערות 100–104.

74 K.B. de Vere Stevens "Should We Toss Foss?: Toward an Australian Statutory Derivative Action" 25 *Aust. Bus. L. Rev.* (1997) 127, 135.

75 *Ibid*

76 H.G. Henn & J.R. Alexander *Law of Corporations* (St. Paul, 3rd ed., 1983) §361; Note "Suits by a Shareholder in a Parent Corporation to Redress Injuries to the Subsidiary" 64 *Harv. L. Rev.* (1950–1951) 1313; Note "Multiple Derivative Suit" 31 *N.Y.U. L. Rev.* (1956) 932; D.W. Locascio "The Dilemma of the Double Derivative Suit" 83 *Nw. U. L. Rev.* (1989) 729. אמ כי קיימת שם גם פסיקה שלא הלכה בדרך זו. ראו, למשל, *Untermeyer v. Valhi, Inc.*, 665 F. Supp. 297 (1987); *Crow v. Context Industries, Inc.*, 260 So. 2d 865 (1972). לביקורת על פסקי דין אלה ראו 731–743 *Locascio, ibid*, at pp.

הפסיקה האמריקנית התייחסה לכמה הצדקות להכרה באפשרות תביעה כזו⁷⁷:

1. תביעה נגזרת בקונצרן זהה לתביעה נגזרת בחברה בודדת לאחר שבית המשפט מרים את המסך ומתייחס לחברת האם ולחברת הבת כחברה אחת⁷⁸;
2. יש הצדקה לתביעה נגזרת בקונצרן עקב העובדה שחברת האם וחברת הבת נשלטות בידי אותם אנשים. לכן, בעלי המניות של חברת האם הם היחידים שיכולים באופן ריאלי להגיש תביעה בגין הנזק שנגרם לחברת הבת⁷⁹;
3. התביעה הנגזרת בקונצרן היא במהותה תביעה על ידי נהנה של נאמן (חברת האם), שהוא הנהנה של נאמן אחר (חברת הבת)⁸⁰;
4. התביעה הנגזרת בקונצרן מוצדקת על פי עקרונות של דיני שליחות — רואים את חברת הבת כמי שפעלה כשלוחה של חברת האם⁸¹;
5. חברת האם חבה חובה כלפי בעלי מניותיה להשתמש בכוח השליטה שלה בחברת הבת כדי לרפא כל עוולה כלפיה, ובעלי המניות רשאים לבקש ביצוע בעין של חובה זו;
6. תביעה נגזרת בקונצרן מוצדקת עקב כך שנוק לחברת הבת ייפול באופן בלתי נמנע על בעלי המניות של חברת האם;
7. המבנה של החברה המודרנית מצדיק להכיר בזכות תביעה כזו, ובלשון בית המשפט:

"We agree with the authorities that the concepts governing corporate existence must be adaptable to the changing corporation of modern society. Unexamined observance to rigid and outmoded theories may result in inequitable decisions that fail to comport with the realities of corporate structure"⁸².

בשיטות משפט אחרות הקנה המחוקק מפורשות את הזכות להגיש תביעה נגזרת לבעל מניות בחברה קשורה. כך נקבע בחוק הקנדי⁸³ — "affiliates"⁸⁴, בחוק

77 ראו למשל *Brown v. Tenney*, 508 N.E. 2d 347 (1987). לניתוח הצדקות אלו ולביקורת עליהן ראו מאמרו של *Locascio, ibid*. לדעתו, יש להכיר בתביעה נגזרת בקונצרן לא על סמך הנימוקים שניתנו בפסיקה, אלא מפני שיש בכך כדי לקדם את המטרות של התביעה הנגזרת בכלל — פיצוי בעלי המניות הנפגעים וההרתעה של מעוולים פוטנציאליים — *ibid*, at pp. 753–758.

78 ראו, למשל, *Hirshhorn v. Mine*, 88 A. 612, 613–614 (1913); *Safety Appliances Co.*, 54 F. Supp. 588, 592 (1944).

79 ראו, למשל, *United States Lines, Inc. v. United States Lines Co.*, 96 F.2d. 148, 151 (1938).

80 ראו, למשל, *Goldstein v. Groesbeck*, 142 F. 2d. 422, 425 (1944).

81 ראו, למשל, *Piccard v. Sperry Corp.*, 30 F. Supp. 171, 173 (1939).

82 *Brown v. Tenney*, *supra* note 77, at p. 350.

83 *Canada Business Corporations Act* s. 238 (a).

84 מונח זה מוגדר בסעיף 2(2) לחוק כדלקמן: "(a) one body corporate is affiliated with another

האוסטרלי — "a related body corporate"⁸⁵, ובחוק הניו זילנדי — "any related company".⁸⁶

לא הייתה מניעה משפטית להגיע לתוצאה זו גם אצלנו לפני החוק החדש, כאשר הנושא כולו היה פרי פיתוח של הפסיקה. האם יש אפשרות להגיע למסקנה זו גם לאחר כניסתו לתוקף של החוק החדש, כאשר החוק מקנה את זכות התביעה ל"בעל מניה בחברה"?

הדרך האפשרית לכך היא באמצעות סעיף 6 (ב) לחוק החברות, ולפיו:

"בית משפט רשאי לייחס תכונה, זכות או חובה של בעל מניה לחברה או זכות של החברה לבעל מניה בה, אם מצא כי בנסיבות העניין, צודק ונכון לעשות כן בהתחשב בכוונת הדין או ההסכם החלים על העניין הנדון לפניו."

מכוח סמכותו על פי סעיף זה רשאי בית המשפט להתיר לבעל מניות בחברה האם להגיש תביעה נגזרת בשם חברת הבת.⁸⁷

body corporate if one of them is the subsidiary of the other or both are subsidiaries of the same body corporate or each of them is controlled by the same person; and (b) if two bodies corporate are affiliated with the same body corporate at the same time, they are deemed to be affiliated with each other"

85 "Where a body corporate is: (a) a holding company of another body corporate; or (b) a subsidiary of another body corporate; or (c) a subsidiary of a holding company of another body corporate; the first-mentioned body and the other body are related to each other"

86 "related company". Companies Act 1993 s. 165 (1)(a) — "In this Act, a company is related to another company if —

- (a) The other company is its holding company or subsidiary; or
- (b) More than half of the issued shares of the company, other than shares that carry no right to participate beyond a specified amount in a distribution of either profits or capital is held by the other company and companies related to that other company (whether directly or indirectly, but other than in a fiduciary capacity); or
- (c) More than half of the issued shares, other than shares that carry no right to participate beyond a specified amount in a distribution of either profits or capital, of each of them is held by members of the other (whether directly or indirectly, but other than in a fiduciary capacity); or
- (d) The businesses of the companies have been so carried on that the separate business of each company, or a substantial part of it, is not readily identifiable; or
- (e) There is another company to which both companies are related; and 'related company' has a corresponding meaning."

87 תמיכה בגישה זו, אם כי ללא הכרעה בה, מובעת על ידי השופט ישעיה בבש"א (ת"א) 11745/00 שטרית נ' אריסון השקעות, פ"מ תשס"ב(1) 110, בע' 123 (להלן: עניין שטרית).

מעניין לציין שגם הוועדה האנגלית שעסקה בסוגיה של תרופות של בעלי מניות המליצה שלא להסדיר את השאלה הנדונה של multiple derivative action בחקיקה, אלא להשאיר את העניין להכרעה שיפוטית בהסתמך על סעיף 461(2)(c) לחוק החברות משנת 1985, אשר מסמיך את בית המשפט לאשר הגשת תביעה נגזרת בשם החברה כאחד הסעדים האפשריים במסגרת תביעה של בעל מניות בגין קיפוח⁸⁸.

(ג) בעל מניות בעבר

כאשר התביעה הנגזרת מוגשת מכוח סמכותו של בעל מניות חייב מגיש התביעה להיות בעל זכות במניות בעת הגשת התביעה. ההיגיון שעומד ביסוד דרישה זו הוא שהתביעה הנגזרת היא במהותה תביעה של החברה ופירותיה מגיעים לחברה, ועל כן, רק מי שמחזיק במניות החברה בעת הגשת התביעה הוא בעל אינטרס בקיומה. עם זאת, יש שיטות משפט שמכירות גם בזכותו של מי שהיה בעבר בעל מניות בחברה להגיש תביעה נגזרת. אפשרות כזו מוכרת בחוק הקנדי⁸⁹ ובחוק האוסטרלי⁹⁰. ההסבר שניתן בדברי ההסבר לחוק האוסטרלי להכרה בזכותו של חבר לשעבר נעוצה בכך שיתכן שנאלץ לעזוב את החברה עקב הסכסוך שמשמש בסיס לתביעה הנגזרת⁹¹. הסבר אפשרי נוסף להצדקת גישה זו הוא שהדין צריך לעודד את הגשת התביעה הנגזרת לאור המטרות שהיא משרתת⁹², ועל כן, אין לפסול גם הגשת תביעה על ידי מי שחדל להחזיק במניות החברה. מבחינת מידת האינטרס שיש לתובע בהגשת התביעה, אין הבדל ממשי בין מי שחדל להחזיק מניות בחברה לבין מי שמחזיק מניה אחת בעלת שווי נמוך ביותר, כאשר מניה זו מהווה חלק זעום מהון המניות של החברה. על פי טיעון זה, כשם שמוכרת זכותו של בעל המניות האחרון להגיש תביעה נגזרת, כך יש להכיר גם בכשירותו של מי שהיה בעל מניות להגיש תביעה כזו⁹³. כאמור, החוק הישראלי לא קיבל עמדה זו, והוא מתנה את הכשירות להגשת תביעה נגזרת בהחזקת מניות בעת הגשת התביעה.

(ד) בעלות במניות בעת אירוע המעשה נושא התביעה

הדין האמריקני דורש כי בעל המניות שמגיש תביעה נגזרת הוא מי שהיה גם בעל

88 A.J. Boyle, Shareholder Remedies Cm 3769 (1997) §6.110. לביקורת על עמדה זו ראו A.J. Boyle, *Minority Shareholders' Remedies* (Cambridge, 2002) 86.

89 Canada Business Corporations Act 1985 s. 238–239.

90 Corporations Act 2001 s. 236 (1) (a)(i).

91 Explanatory Memorandum to the Corporate Law Economic Reform Bill 1998 §6.27, כפי שמוכר בספרם של R. Tomasic, J. Jackson & R.H. Woellner *Corporations Law Principles*, Policy and Process (Chatswood, 4th ed., 2002) para. [6.37].

92 ראו לעיל בפרק א. 4.

93 פרוקציה, לעיל הערה 38, §269.

מניות בעת אירוע המעשה שבגיניו מוגשת התביעה, אלא אם כן המניה הועברה לו מכוח החוק.⁹⁴

ניתן לחלוק על ההיגיון שעומד ביסוד גישה זו, שכן לאור מהותה של התביעה כתביעה של החברה, יש מקום לטענה שאין כל רלבנטיות לשאלה אם התובע היה בעל מניות בעת אירוע המעשה שבגיניו הוא תובע, ואכן הגישה המקובלת באנגליה אינה מתנה את זכותו של התובע בתביעה הנגזרת בכך שהיה בעל מניות בעת אירוע המעשה שבגיניו הוא תובע.⁹⁵ גם החוק היפני אינו מתנה את זכותו של בעל מניות להגיש תביעה נגזרת בהיותו בעל מניות בעת אירוע המעשה שבגיניו מוגשת התביעה.⁹⁶ הרציונל שעומד ביסוד הגישה האמריקנית הוא הרצון למנוע התעשרות שלא כדין על ידי מי שרכש מניות לאחר אירוע שגרם נזק לחברה ועקב כך לירידת ערך המניות.⁹⁷ רציונל זה אינו מתקיים כאשר העובדות שמשמשות בסיס לתביעה טרם היו ידועות בעת רכישת המניות, שכן במקרה כזה יש להניח שהתובע לא שילם מחיר מופחת עבור המניות. הרציונל האמור אינו מתקיים גם כאשר המניות הועברו לתובע מכוח חוק.⁹⁸ בהתאם

94 Federal Rules of Civil Procedure r. 23.1. הוראות דומות נקבעו גם בחוקים של המדינות השונות. ראו למשל החוק בניו יורק — N.Y. Bus. Corp. Law §626(b) ו ב-Delaware — Delaware General Corporation Law §327. זהו גם ההסדר המשפטי הכלול ב-Model Business Corporation Act §7.41(1). מטעם זה דחה בית המשפט לערעורים של ה-Second Circuit תביעה נגזרת שהוגשה לו בעניין *Kaliski v. Bacot (In re Bank of N.Y. Derivative Litig.)*, 320 F. 3d 291, 299 (2003). ב-Fifth Circuit הוכר חריג לכלל זה הידוע בשם "continuing wrong doctrine", ולפיו רשאי בעל מניות להגיש תביעה נגזרת אם התוצאות המזיקות של העסקה ממשיכות בעת היותו בעל מניות בחברה, גם כאשר המעשים שעליהם מושתתת תביעתו נעשו לפני שרכש את המניות בחברה. ראו למשל *Bateson v. Magna Oil Corp.*, 414 F. 2d 128 (1969). לתמיכה בדוקטרינה של עוולה נמשכת ראו S. Wells "Maintaining Standing in a Shareholder Derivative Action" 38 U.C. Davis L.Rev. (2004) 343. T.L. Robinson Jr. "A New Interpretation of the Contemporaneous Ownership Requirement in Shareholder Derivative Suits: In re Bank of New York Derivative Litigation and the Elimination of the Continuing Wrong Doctrine" 2005 B.Y.U. L. Rev. 229.

95 Gower and Davis, *supra* note 29, at pp. 456–457; Boyle, *supra* note 88, at p. 70. זאת אפילו רכש התובע את המניות למטרה הבלעדית של הגשת התביעה *R.R. Pennington Company*. *Law* (London, 8th ed., 2001) 797. ה-Company Law Reform Bill מ-2005 כולל אף הוא הוראה שלפיה אין חשיבות לכך אם עילת התביעה נעורה לפני שהמבקש להגיש תביעה נגזרת הפך לחבר בחברה או לאחר מכן — s. 239(4).

96 de Vere Stevens, *supra* note 74, at p. 135.

97 The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Proposed Final Draft, *supra* note 22, at p. 628.

98 מטעם זה מכיר החוק האמריקני בזכות התביעה במקרה כזה — Federal Rules of Civil Procedure r. 23.1. בדומה לכך נקבע גם בחוקים מדינתיים. ראו למשל חוק החברות בניו יורק — N.Y. Bus. Corp. Law §626(b) וחוק החברות ב-Delaware — Delaware General Corporation Law §327.

לכך, המליצה הוועדה האמריקנית שעסקה בנושא של משטר החברה על דרך ביניים, שלפיה תוכר האפשרות להגיש תביעה נגזרת למי שרכש את המניות לפני שהעובדות המטריאליות המתייחסות לעוולה שבגינה תובעים קיבלו גילוי פומבי או היו ידועות לו או שהוא קיבל את המניות מכוח חוק מרוכש קודם שהייתה מוקנית לו זכות תביעה⁹⁹. בדרך דומה הלכה הפסיקה הישראלית שקדמה לחוק החברות. היא הכירה בזכותו של בעל מניות להגיש תביעה נגזרת גם בגין אירועים שקדמו להצטרפותו לחברה, אולם שללה זכות זו כאשר בעל המניות רכש את המניות לצורך כך¹⁰⁰, או כאשר רכש את המניות אף שידע על האירוע המשמש בסיס לתביעה ואין בידו הסבר נאות לצעד זה¹⁰¹.

הרציונל של גישה זו הוא שבהיעדרה של זכות אוטומטית לבעל מניות להגיש תביעה נגזרת ובהיותה של השאלה מסורה להכרעתו של בית המשפט על פי שיקולי צדק, שקל בית המשפט במסגרת זו גם את תום לבו של התובע. בית המשפט לא ראה רכישת מניות על ידי אדם, שידע על מעשי עוולה שבוצעו כלפי החברה, או רכישת מניות מתוך מטרה להגיש תביעה — כמתיישבת עם התנהגות בתום לב¹⁰². בהתאם לכך שלל בית המשפט את זכותו של בעל מניות להגיש תביעה נגזרת כאשר רכש את המניות מתוך כוונה לנהל "מאבק ציבורי" באמצעות בית המשפט, בהתייחסו אליו כאל "טרדן המתערב בעניינים לא לו"¹⁰³.

כמו כן נשללה זכותו של בעל מניות שרכש מניות בחברה כשנתיים וחצי לאחר ביצוע הפעולות ששימשו בסיס לתביעה מתוך כוונה לבחון "כיצד התיאוריה (של דיני

99 The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Proposed Final Draft, *supra* note 22, § 7.02(1).

100 עניין מלונות נוהיים, לעיל הערה 3, בע' 528–529. במקרה זה ביקש בעל מניות לאכוף הסכם של מכר מקרקעין שנכרת על ידי החברה לפני רכישת המניות על ידיו. כיוון שהמניות לא נרכשו על ידיו כדי להגיש תביעה ובעת הרכישה לא ידע התובע על מעשה העוול ששימש בסיס לתביעה, הוקנתה לו זכות התביעה. ראוי להעיר כי לתוצאה זו ניתן היה להגיע גם ללא דיון בשאלה הנדונה, שכן במקרה זה מעשה העוול שעליו התלונן התובע הוא הפרת הסכם המכר עקב אי העברת הבעלות בקרקע על שם החברה, ומעשה זה אירע, או לפחות נמשך, לאחר רכישת המניות על ידי התובע. ראו גם: א' יורן "אחריות מנהלים: אכיפתה וביטוח נגדה" משפטים ט (תשל"ט) 453, 458–459.

101 ע"א 180/75 לביב נ' בנק לפיתוח תעשייה לישראל בע"מ, פד ל(3) 225, 230 (להלן: עניין לביב).

102 ראו דברי השופט בן פורת בע"א 413/84 כהן נ' רוסטוקר, פ"ד לח(4) 431 (להלן: עניין רוסטוקר), בהתייחסה לטענה כי אין להתיר הגשת תביעה נגזרת אם בעל המניות התובע קיבל את העברת המניות רק לאחר האירוע שעליו הוא מבסס את תביעתו: "אין בעובדה זו לבדה כדי לחסום בעד הגשתה של תביעה נגזרת וקובעים בכגון דא שיקולים שונים בראשם תום לבו של התובע והמטרה אשר לשמה רכש את המניות וכן מאמציו להניע את החברה לממש את זכותה".

103 ראו בעניין לביב, לעיל הערה 101, בע' 231. לביקורת על גישה זו ראו פרוקצ'יה, לעיל הערה 269§, 38.

החברות) מיושמת במציאות". בית המשפט העליון¹⁰⁴ קבע כי אין לאפשר לבעל מניות לתבוע כאשר רכישת המניות על ידי לא נעשתה "במסגרת פעולה עסקית משותפת בתום לב... אלא לצורכי נקיטת פעולות משפטיות לשינוי החלטות שנתקבלו אצל המשיבים, וזאת... לשם מילוי סקרנותו או לשם לימוד והיכרות של תחום משפטי, שבו עסק בעת לימודיו". בנסיבות אלה קבע בית המשפט כי טעמים של צדק אינם מחייבים סטייה מכלל הישות הנפרדת של התאגיד.

חוק החברות אינו נותן מענה מפורש לשאלה המוצגת. החוק מתייחס לבעל מניות כמי שזכאי להגיש תביעה נגזרת בלי להתנות זכות זו בצורה מפורשת בהיותו בעל מניות בעת אירוע המעשה נושא התביעה. דברי ההסבר להצעת החוק מצביעים על כוונה שלא לשלול את זכות התביעה מבעל מניות שרכש את המניות לאחר האירוע נושא התביעה, ולפיהם:

"הדין הנוהג קובע, כי בעל מניות פלוני שרכש את מניותיו לאחר ההפרה הנטענת (ואולי במטרה מפורשת להגיש תביעה), אינו רשאי להגיש את התביעה, כי לא סבל נזק אישי כתוצאה מן ההפרה. ההצעה רואה בעמדה זו פיקציה מיותרת, שהרי גם מי שהייתה לו כמות מזערית של מניות במועד ההפרה אינו תובע את זכותו שלו, אלא את זכויות הכלל. הכרתו של הדין במעמדו הדיני נועדה להבטיח את אכיפת החוק. מטעם זה מתירה ההצעה לכל בעל מניות שהוא, ללא כל הגבלה, להגיש את התביעה הנגזרת"¹⁰⁵.

דברי ההסבר משמשים מקור לגיטימי לפרשנות החוק¹⁰⁶, ולאורם יש להגיע למסקנה כי אין לשלול את הזכות להגשת תביעה נגזרת ממי שרכש מניות לאחר אירוע המעשה נושא התביעה כדי להקנות לעצמו זכות עמידה בהגשת התביעה. אולם, יש לזכור, כי אין בתי המשפט מחויבים לפסוק בהתאם לדברי ההסבר להצעת החוק¹⁰⁷. הסמכות הרחבה שהוקנתה לבית המשפט בעיצוב תוכנה של דרישת תום הלב מאפשרת לו לאמץ גם לאחר החוק את ההלכות שנקבעו בסוגיה זו קודם לחקיקתו¹⁰⁸.

104 ע"א 216/84 באומהקר נ' בנק לאומי לישראל בע"מ ואח', פ"ד מ(1) 414 (להלן: עניין באומהקר).

105 סעיף 7 לדברי ההסבר לפרק השלישי בחלק החמישי של הצעת חוק החברות, תשנ"ו-1996.

106 א' ברק פרשנות במשפט כרך שני פרשנות החקיקה (תשנ"ג) 386-387.

107 ע"א 447/61 פרק נ' מנהל מס עזבון, פ"ד טז 85, 87; בג"צ 131/65 סביצ'י נ' שר האוצר, פ"ד יט(2) 369, 378-379; ע"א 641/69 עיריית ראשון לציון נ' וולובלסקי, פ"ד כד(1) 741, 743; ע"א 377/79 פייצר נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת-גן, פ"ד לה(3) 645, 651.

108 השווה התייחסות לרכישת מניות לצורך הגשת תביעה ייצוגית כשוללת את תום הלב — צ' כהן "תובענות ייצוגיות על פי חוק החברות" שערי משפט ד (תשס"ה) 61, 119.

(ה) בעלות במניות בעת ניהול התביעה

השאלה מה דינו של בעל מניות שחדל להיות כזה לאחר הגשת התביעה הנגזרת לא הוסדרה בחוק החברות ולא זכתה למענה בפסיקה שקדמה לו. ההיגיון בדרישה להחזקת מניות כתנאי להמשך ניהול המשפט נעוץ בכך שאין זה ראוי לאפשר לאדם לשמש כתובע כאשר אינו זכאי לחלק כלשהו בפיצוי העתידי. הכרה בזכותו של בעל מניות להגיש תביעה נגזרת מבוססת על כך שתביעה כזאת נועדה להגן לא רק על האינטרס של החברה אלא גם על האינטרס של עצמו. כאשר בעל המניות מעביר מרצונו את המניות לאחר הגשת התביעה הנגזרת, הוא שומט בכך את הבסיס תחת זכותו להגשת תביעה¹⁰⁹. לתובע כזה אין עוד אינטרס בהמשך ניהול התביעה. קיימת גם סכנה כי תובע כזה יהיה מוכן לקבל פשרה בלתי ראויה¹¹⁰. ואכן, הגישה האנגלית¹¹¹ והאמריקנית¹¹² גורסת את הפסקתה של התביעה כאשר התובע חדל להיות בעל מניות לאחר הגשתה.

מהצד האחר, אי הכרה בזכותו של התובע להמשיך בניהול התביעה במקרה כזה עשויה לגרום להפסקת התביעה, בהיעדר בעלי מניות אחרים היכולים ליטול על עצמם את המשימה והמעוניינים בכך. כדי לגשר בין שיקולים אלה המליצה הוועדה שמונתה על ידי ה-American Law Institute להצעת רפורמה בשאלות המבנה והמשטר בחברה לשלול את זכות התביעה ממי שחדל להחזיק במניות בשני חריגים עיקריים: א. כאשר האינטרס של התובע בחברה הופסק עקב פעולה של החברה שהתובע לא הסכים לה, כגון מיזוג או טכניקה דומה.

ב. כאשר בית המשפט סבור שהתובע מסוגל לייצג את האינטרסים של בעלי המניות בצורה טובה יותר מכל בעל מניות אחר שהגיש תביעה¹¹³. תמיכה בקליטתם של חריגים אלה לדין הישראלי נמצאת בפסק דינו של השופט גורן בבית המשפט המחוזי בתל אביב בעניין ברנשטיין נ' נאמן¹¹⁴. פסק דין זה אינו מהווה הלכה מחייבת והוא ניתן קודם לחקיקתו של חוק החברות, שכאמור אינו מתייחס לשאלה הנדונה.

109 ראו דבריו של בית המשפט לערעורים בטקסט בעניין *Zauber v. Murray Sav. Ass'n*, 591 S.W. 2d. 932, 937 (1979).

110 גישה זו התקבלה על ידי השופט גורן בה"פ (ת"א) 593/89 ברנשטיין נ' נאמן, תשנ"ד (2) 387.

111 Pennington, *supra* note 95, at p. 797.

112 Henn & Alexander, *supra* note 76, §361.

113 The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Proposed Final Draft, *supra* note 22, §7.02(2). בטיוטה שקדמה לדוח הסופי משנת 1988 היה התנאי השני שונה, ולפיו נדרש שלא יהיה בעל מניות אחר שמסוגל להמשיך ולייצג כיאות את האינטרסים של בעלי המניות הנפגעים.

114 לעיל הערה 110.

2. דירקטור

חוק החברות מרחיב את מעגל בעלי הזכות להגשת תביעה נגזרת בהסמיכו גם כל דירקטור להגיש תביעה נגזרת.¹¹⁵ הגם שסמכות זו היא חדשה בחוק המקומי, אין זו "המצאה" ישראלית. היא קיימת גם בחוקים אחרים שקדמו לחוק המקומי, כגון בחוק החברות הקנדי מ-1985¹¹⁶, בחוק החברות הניו-זילנדי מ-1993¹¹⁷ והיא הומלצה גם בארצות הברית על ידי הוועדה מטעם ה-American Law Institute¹¹⁸.

היתרון בהקניית הזכות להגיש תביעה נגזרת לדירקטור נעוץ בכך שבמקרים רבים הדירקטור יודע על מעשים לא כשרים שנעשו או שעומדים להיעשות עוד לפני שיודעים עליהם בעלי המניות בחברה, ועל כן, הוא עשוי להיות במצב טוב יותר לקבלת צו מניעה או סעד מניעתי אחר¹¹⁹. זכות התביעה של הדירקטור חשובה במיוחד באותם מקרים שהדירקטוריון נשלט בידי בעלי מניות השליטה בחברה, ואז הדירקטוריון יימנע מלפעול גם כאשר תובאנה בפניו ראיות ברורות לגבי התנהגות לא הולמת או בלתי חוקית. בנסיבות אלה יש חשיבות לזכות המעמד שניתנה לדירקטור להגיש תביעה נגזרת.

החוק הישראלי מקנה את הזכות לדירקטור מכהן בלבד ולא למי שכיהן כדירקטור בעבר, בניגוד לחוק החברות הקנדי¹²⁰ ולחוק החברות האוסטרלי¹²¹.

החוק הישראלי אינו מקנה מעמד לנושא משרה אחר שאינו דירקטור. הרחבה כזו מצויה בחוקים אחרים כגון: חוק החברות הקנדי¹²² וחוק החברות האוסטרלי¹²³.

115 סעיף 194(א) לחוק החברות.

116 Canada Business Corporations Act s. 238(b).

117 Companies Act 1993 s. 165(1).

118 The American Law Institute, Principles of Corporate Governance; Analysis and Recommendations, Proposed Final Draft, *supra* note 22, §7.02(c).

119 ראו גם Watson & Morgan, *supra* note 48, at p. 238.

120 Canada Business Corporations Act s. 238(b).

121 נגזרת גם לבעל מניות לשעבר — Canada Business Corporations Act s. 238(a).

122 Corporations Act 2001 s. 236(1)(ii). זאת בדומה להסמכה של החוק להגשת תביעה נגזרת

123 גם לבעל מניות לשעבר — Corporations Act 2001 s. 236(1)(a)(i).

122 Canada Business Corporations Act s. 238 (b). המונח "officer" מוגדר בסעיף 9 כדלקמן:

"'officer' means an individual appointed as an officer under section 121, the chairperson of the board of directors, the president, a vice-president, the secretary, the treasurer, the comptroller, the general counsel, the general manager, a managing director, of a corporation, or any other individual who performs functions for a corporation similar to those normally performed by an individual occupying any of those offices"

123 Corporations Act 2001 s. 236(1)(ii). המונח "officer" מוגדר בסעיף 9 כדלקמן:

"'officer' of a corporation means: (a) a director or secretary of the corporation; or (b) a person: (i) who makes, or participates in making, decisions that effect the whole, or a substantial part, of the business of the corporation; or (ii) who has the capacity to affect significantly

חוקים אלה מאפשרים גם למי שהיה נושא משרה בעבר בחברה להגיש תביעה נגזרת וכן לנושאי משרה בחברה קשורה.¹²⁴

3. נושה

הכרה בזכותו של נושה להגשת תביעה נגזרת היא חידוש של חוק החברות. סעיף 204 לחוק מאפשר לנושה של חברה להגיש תביעה נגזרת בשם החברה בשל חלוקה אסורה שבוצעה בחברה. חלוקה אסורה עלולה לפגוע בנושים של החברה. מטבע הדברים, יימנעו הדירקטורים שאחראים לחלוקה האסורה מהגשת תביעה נגד עצמם. בעלי המניות עשויים אף הם להיות מעוניינים באי הגשתה של תביעה כזו, שכן אם יתברר כי החלוקה הייתה אסורה, הם עשויים להתחייב להחזיר את שקיבלו במסגרת החלוקה, אלא אם כן לא ידעו ולא היה עליהם לדעת על כך שהחלוקה הייתה אסורה.¹²⁵ על כן, מכיר החוק בזכותו של כל נושה להגיש תביעה נגזרת בעילה של ביצוע חלוקה אסורה. ההתייחסות של החוק לתביעה כ"תביעה נגזרת" משמעותה שהנושה התובע לא יזכה בעצמו בפירותיה של התביעה, אלא שהכספים שתשלומם יוטל על נושאי המשרה בגין החלוקה האסורה יועברו לחברה. הנזק שנגרם לנושה נובע מכך שכספים של החברה הוצאו ממנה שלא כדין. החזרת כספים אלה לחברה מחזירה את מצבו של הנושה למצב שבו היה נמצא ללא הפרת החובה.

על אף שחוק החברות מאפשר לחברה לכלול בתקנון שלה הוראה הפוטרת את נושאי המשרה מאחריות בגין הפרת חובת הזהירות שלהם כלפי החברה,¹²⁶ אפשרות זו אינה קיימת בכל הנוגע לחלוקה אסורה. איסור מפורש זה נקבע בתיקון מס' 3 לחוק החברות, שהתקבל במרץ 2005, ולפיו "על אף הוראות סעיף קטן (א), חברה אינה רשאית לפטור מראש דירקטור מאחריותו כלפיה עקב הפרת חובת הזהירות בחלוקה".¹²⁷ גם לפני התיקון האמור עמדה לנושים האפשרות להגיש תביעה נגזרת בגין

the corporation's financial standing; or (iii) in accordance with whose instructions or wishes the directors of the corporation are accustomed to act (excluding advice given by the person in the proper performance of functions attaching to the person's professional capacity or their business relationship with the directors or the corporation); or (c) a receiver, or receiver and manager, of the property of the corporation; or (d) an administrator of the corporation; or (e) an administrator of a deed of company arrangement executed by the corporation; or (f) a liquidator of the corporation; or (g) a trustee or other person administering a compromise or arrangement made between the corporation and someone else"

124 ראו בקנדה Canada Business Corporations Act s. 238(b); באוסטרליה Corporations Act s. 236(1)(a)(ii) 2001.

125 סעיף 310 לחוק החברות.

126 סעיף 259(א) לחוק החברות.

127 סעיף 259(ב) לחוק החברות שהוסף באמצעות סעיף 59 לחוק החברות (תיקון מס' 3), התשס"ה –

חלוקה אסורה, וזאת גם כאשר החלוקה האסורה נבעה עקב רשלנות מצד הדירקטורים. לפני תיקונו במרץ 2005 התייחס סעיף 311, שקובע את אחריותם של הדירקטורים לחלוקה אסורה, לביצוע חלוקה אסורה כהפרת חובת אמונים כלפי החברה¹²⁸. הסעיף במתכונתו המקורית איפשר לדירקטור להשתחרר מאחריות זו רק אם הוכיח אחד מאלה:

- (1) שהתנגד לחלוקה האסורה ונקט את כל האמצעים הסבירים כדי למונעה;
- (2) שהסתמך בתום לב הסתמכות סבירה על מידע שאילולא היה מטעה הייתה החלוקה מותרת;

- (3) שבנסיבות העניין לא ידע ולא היה עליו לדעת על החלוקה.

דירקטורים רשלנים עשויים היו להימצא במצב שבו אינם יכולים להוכיח הגנות אלה. כך, למשל, במצב שבו הסתמכותם על מידע מוטעה לא הייתה סבירה או במקרה שלא נקטו את כל האמצעים הסבירים כדי למנוע את החלוקה. למרות שהאחריות שלהם במקרים אלה עשויה לנבוע מרשלנות שלהם, החוק המקורי התייחס אליה כאל הפרת חובת אמונים. כיוון שלא ניתן לפטור נושא משרה מאחריותו בשל הפרת חובת אמונים¹²⁹, הרי שבכל מקרה של חלוקה אסורה, גם קודם לתיקון, יכול היה נושא להגיש תביעה נגזרת נגד הדירקטורים. אלה יכולים היו להשתחרר מאחריות בגין חלוקה אסורה רק אם היו מצליחים להוכיח את אחת ההגנות שקבועות בחוק.

החוק הקנדי, שמרחיב את מעגל הזכאים להגיש תביעה בשם החברה כמבואר לעיל, כולל גם הוראה המקנה לבית המשפט שיקול דעת בלתי מוגבל להכיר בזכותו של אדם להגיש תביעה נגזרת כאשר הוא סבור שהוא ראוי לכך¹³⁰. במסגרת זו מוסמך בית המשפט הקנדי להכיר גם בנושה של החברה כתובע ראוי בתביעה נגזרת¹³¹.

4. סיום הזכות להגשת תביעה נגזרת בעת פירוק

מינוי מפרק לחברה שולל את הסמכות להגשת תביעה נגזרת. חוק החברות קובע זאת

2005. הוראה דומה כלולה גם בחוק ב-Delaware, שהיה החוק הראשון שהכניס את האפשרות לפטור של דירקטורים מאחריות כלפי החברה בגין רשלנות — Delaware General Corporation Law s. 201(b)(7). ראו לעניין זה צ' כהן "שחרור נושאי משרה מאחריות — מגמות חדשות" מחקרי משפט יג (תשנ"ז) 381, 382–383.

128 סעיף 74 לחוק החברות (תיקון מס' 3), התשס"ה–2005 החליף את המילים "חובת האמונים שלו" במילים "חובותיו לפי סעיפים 252, 253, או 254, לפי העניין".

129 סעיף 258(א) לחוק.

130 "any other person who, in Canada Business Corporation Act s. 238(d) ובלשון הסעיף "the discretion of a court, is a proper person to make an application under this Part"

131 A. Hargovan "Under Judicial and Legislative Attack: the Rule in Foss v. Harbottle" 113 South African L. J. (1996) 631, 641–646.

בהוראה מפורשת¹³², הגם שהוראה זו אינה מחדשת אלא מקיימת את המצב המשפטי שנהג לפניו¹³³. ההסבר לכך נעוץ בביטול הסמכויות של כל האורגנים בחברה עם מינוי המפרק והקניית מכלול הסמכויות לפעול בחברה לידי המפרק¹³⁴.

ג. הזכות להגיש תביעה נגזרת – מתי?

1. רקע הסטורי

גם קודם לחקיקתו של חוק החברות הכירה הפסיקה באפשרות של הגשת תביעה נגזרת, וזאת על אף היעדרה של הסמכה לכך בחוק¹³⁵. הפסיקה הישראלית קלטתה מה-Common Law האנגלי את ההכרה בסמכותו של בית המשפט לאשר תביעה נגזרת על ידי בעל מניות. אולם, בכל הנוגע לתנאים שצריכים להתקיים לשם הגשת התביעה הנגזרת, סטתה הפסיקה הישראלית מההלכות שנקבעו ב-Common Law האנגלי ויצרה "משפט מקובל תוצרת ישראל". לפני הדיון בהסדר שנקבע בחוק החברות, אתיחס בקצרה לגישותיהן של הפסיקה הישראלית והאנגלית באשר לזכותו של בעל מניות להגשת תביעה נגזרת.

(א) הפסיקה האנגלית

כאמור, הפסיקה האנגלית קבעה את כלל אי ההתערבות. החריגים שהוכרו לכלל זה הם אלה:

א. כאשר הפעולה שבגינה מוגשת התביעה אינה ניתנת לאישור על ידי רוב רגיל של בעלי מניות¹³⁶.

בהתאם לכך הוכרה זכותו של בעל מניות להגיש תביעה נגזרת במקרים הבאים:

1. כאשר הפעולה שבגינה מוגשת התביעה היא בלתי חוקית.
פעולה כזאת אינה ניתנת כלל לאשרור, ועל כן, אינה כפופה לתחולתו של כלל אי ההתערבות¹³⁷.

132 סעיף 205 לחוק החברות. ראו גם רע"א 5247/03 ליסטר נ' עו"ד אביב פריצקי בתפקידו כמפרק הזמני של החברה ואח', תק"על 3003 (3) 1279.

133 ראו ע"א 3092/90 אגמון נ' פלדבוי, פ"ד מו (3) 214, 217.

134 ראו כהן, לעיל הערה 34, 11.1 §§, 11.21–11.63. אם המפרק נמנע מלהגיש תביעה בשם החברה כאשר בעל מניות סבור שעליו לנהוג כך, תרופתו של בעל המניות היא בהגשת בקשה לבית המשפט למתן הוראות למפרק להגשת התביעה. ראו, שם ב-12.79.

135 פקודת החברות לא הייתה קודקס של דיני החברות, ועל כן לא הייתה מניעה לפיתוח דינים מהותיים על ידי הפסיקה.

136 Gower and Davies, *supra* note 29, at pp. 459–461.

137 Gower and Davies, *ibid*, at p. 450; Pennington, *supra* note 95, at p. 800.

2. כאשר הפעולה שבגינה מוגשת התביעה היא ultra vires¹³⁸.
 חריג זה מקורו, כמובן, בהלכה האנגלית, שראתה בפעולה ultra vires פעולה חסרת כשרות שאינה ניתנת לאישור¹³⁹. בעקבות הרפורמה שהתקבלה בחוק האנגלי ב-1989, פעולה ultra vires אינה מחוץ לכשרות החברה, אולם, יש צורך בהחלטה מיוחדת כדי לאשררה¹⁴⁰, כך שגם עכשיו נכנס מקרה זה לגדר החריגים לכלל של פוס.
3. כאשר הפעולה שעליה מתלוננים מהווה עושק המיעוט.
 היקפו של חריג זה מותנה בפרשנות הניתנת למונח "עושק המיעוט". הפסיקה האנגלית כללה במסגרתו שתי קטגוריות ברורות של מקרים: הפקעת רכוש החברה בידי הרוב והפקעת רכוש המיעוט בידי הרוב¹⁴¹. פרשנות רחבה יותר של המונח "עושק המיעוט" מעבר למסגרת של קטגוריות אלה ניתנה בפסק הדין בעניין *Estmanco (Kilner House) Ltd. v. Greater London Council*¹⁴², שבו קבע בית המשפט כי המונח "עושק המיעוט" – "fraud on a minority" – כולל לא רק fraud במשמעותו הצרה, אלא גם במובן האקוויטבילי הרחב של המונח, במשמעות של שימוש לרעה בכוח. מובן, שבפירוש רחב של המונח "עושק המיעוט" יש כדי לגרום להרחבת הקטגוריה של המקרים שבהם מוכרת תביעה נגזרת.
- ב. כאשר הופרה חובת אמונים על ידי הדירקטורים, שהם בעלי שליטה על כוח התביעה של החברה¹⁴³. הפסיקה האנגלית עשתה בהקשר זה הבחנה בין חובת האמונים לבין חובת הזהירות. בניגוד להפרת חובת אמונים ששימשה בסיס לתביעה נגזרת, לא הכירו בזכות התביעה של בעל המניות, כאשר הופרה חובת הזהירות¹⁴⁴. הבחנה זו זכתה לביקורת קשה בספרות¹⁴⁵. והיא בוטלה חלקית בפסק הדין של *Daniels v. Daniels*¹⁴⁶, שבו הכיר בית המשפט בזכות התביעה של בעל מניות כאשר הדירקטורים הפיקו רווח אישי עקב רשלנותם, כדברי השופט Templeman¹⁴⁷:

138 Gower and Davies, *ibid*, at p. 460.
 139 לשינוי שחל בהלכה זו ראו כהן, לעיל הערה 23, § 87.
 140 Companies Act 1985 s. 35(3). ראו גם Gower and Davies, *ibid*, at p. 460.
 141 ראו כהן, לעיל הערה 1, מהדורה ראשונה, § 192.
 142 [1982] 1 W.L.R. 2.
 143 Pennington, *supra* note 95, at p. 806.
 144 *Pavlides v. Jensen* [1956] Ch. 565.
 145 ראו למשל, ברק, לעיל הערה 36, בע' 494; R. ; Pennington, *supra* note 95, at pp. 807–808.
 146 *Hollington Shareholders' Rights* (London, 4th ed., 2004) §§6-22–6-23.
 147 [1978] 2 W.L.R. 73.
Ibid, at p. 80.

"To put up with foolish directors is one thing; to put up with directors who are so foolish that they made a profit of £115,000 odd at the expense of the company is something entirely different".

טרם הוכרה באנגליה זכותו של בעל מניות להגיש תביעה נגזרת עקב הפרת חובת הזהירות על ידי נושאי משרה בחברה, אם אלה לא הפיקו טובת הנאה עקב הפרת החובה. המבחן הכללי של דרישות הצדק, שאומץ כאמור בפסיקה הישראלית, נדחה במפורש על ידי השופטים האנגלים¹⁴⁸. עם זאת, נפסק שם, כי אפילו מצליח התובע להוכיח כי תביעתו נכנסת לאחד החריגים המוכרים לכלל, עדיין יכול בית המשפט למנוע את תביעתו, כאשר רוב בעלי המניות שאינם נוגעים בעניין סבורים, כי אין זה ראוי להגיש תביעה בשם החברה¹⁴⁹.

קיימת באנגליה הסכמה לכך שמצב משפטי זה אינו משביע רצון, ואכן הוצעו הצעות לשינויו הן על ידי ועדה מיוחדת שעסקה בסוגיה ושהגישה המלצותיה ב-1997¹⁵⁰ והן על ידי הוועדה שעסקה באחרונה במודרניזציה של דיני החברות והגישה המלצות בנידון ב-2001¹⁵¹. הוועדה הראשונה המליצה על רפורמה יסודית בסוגיה של תביעות נגזרות. הוועדה המליצה להכיר בזכותו של כל בעל מניות להגיש תביעה נגזרת כדי לאכוף עילת תביעה המוקנית לחברה כנגד כל אדם כשזו נובעת מכל הפרה או איום להפרה של חובה על ידי דירקטורים¹⁵². על פי המלצות אלה, יכולת האישור לא תהיה עוד מחסום בפני הגשת תביעה נגזרת, ובעל מניות יוכל להגיש תביעה נגזרת נגד נושא משרה בחברה גם בגין רשלנות¹⁵³. המלצת הוועדה היא לאפשר הגשת תביעה נגזרת רק

Prudential Assurance Co. Ltd. v. Newman Industries Ltd., *supra* note 4, at p. 366; 148
Estmanco (Kilner House) Ltd. v. Greater London Council, *supra* note 142, at pp. 10–11
 במקרים מתאימים רשאי בעל מניות באנגליה לקבל מבית המשפט אישור להגשת תביעה נגזרת
 כתרופה במסגרת הסעד למקרה קיפוח – ראו כהן, לעיל הערה 1, מהדורה ראשונה, §187.

Smith v. Croft (No. 2) [1987] 3 W.L.R. 405. מובן כי המבחן הרחב של דרישות הצדק שנהג
 בפסיקה הישראלית קיפל בתוכו גם אפשרות להתחשב ברצון בעלי המניות שאינם נוגעים בעניין
 נושא התביעה.

Shareholders Remedies, *supra* note 88. 150

Modern Company Law for a Competitive Economy, Final Report, *supra* note 5, paras. 151
 7.46–7.51.

Shareholders Remedies, *supra* note 88, §§5.6, 6.38–6.41. לביקורת על ההצעה המגבילה 152
 את הסמכות להגשת תביעה נגזרת להפרת חובה על ידי הדירקטורים בלבד ראו *Boyle*, *supra*
note 88, at pp. 62–66.

בטיסה של הצעת החוק שמובאת כנספח לדוח הוועדה מצוין מפורשות כי הפרת החובה 153
 של הדירקטורים שבגינה ניתן להגיש תביעה נגזרת יכולה להיות נעוצה ברשלנות – סעיף
 458A(2)(a), שמוצע להוסיפו לחוק החברות (Appendix A של דוח הוועדה). גם הוועדה
 האחרונה דחתה טענה שאין לאפשר תביעה נגזרת בגין רשלנות – *Modern Company Law*
for a Competitive Economy, Final Report I, para 7.47 (2001). ראו גם *Gower and Davies*,
supra note 29, at p. 464.

בגין הפרת חובה על ידי דירקטור, כאשר עילת התביעה יכולה להיות כנגד דירקטור או אדם אחר¹⁵⁴. ההכרעה אם להתיר את הגשת התביעה הנגזרת תופקד לפי ההצעה בידי בית המשפט שייקח בחשבון את כל הגורמים הרלבנטיים כגון תום הלב של המבקש, האינטרסים של החברה, האם המעשה נושא התביעה אושר או ניתן לאישור על ידי האסיפה הכללית (אישור בפועל ימשיך להיות מחסום להגשת תביעה), החלטה של האסיפה הכללית לא להגיש תביעה, עמדתו של אורגן בלתי תלוי בחברה והאפשרות לסעדים חלופיים¹⁵⁵.

בעקבות המלצות הוועדה מ-1997 חוקקו באנגליה הוראות פרוצדורליות בנושא התביעה הנגזרת. Rule 19.9 ל-Civil Procedure Rules 1998 קובע את התנאים להגשת תביעה נגזרת, ולפיהם נדרש אישור בית המשפט לניהול התביעה הנגזרת¹⁵⁶. ההוראות דורשות משלוח הודעה לחברה לפחות ארבעה עשר ימים לפני הדיון בבקשה¹⁵⁷. אם בית המשפט נתן את האישור לניהול התביעה הנגזרת, יש להגיש כתב הגנה תוך ארבעה עשר ימים ממועד האישור או תוך התקופה שבית המשפט קבע¹⁵⁸. זהו הסדר חלקי בלבד, שאין בו פתרון לשאלות השונות המתעוררות בהקשר של התביעה הנגזרת ואשר תידונה בפרקים הבאים. חוק החברות האנגלי מסדיר את התביעה הנגזרת רק במגזר מצומצם של תביעות בגין מתן תרומות פוליטיות על ידי הדירקטוריון ללא אישור האסיפה הכללית כנדרש בחוק¹⁵⁹.

הוועדה שעסקה במודרניזציה של דיני החברות – ה-CLR – אימצה את המלצות הוועדה מ-1997 לאפשר הגשת תביעה נגזרת בגין הפרת חובה על ידי דירקטורים, כולל הפרת חובת זהירות¹⁶⁰. בכל הנוגע לאישור על ידי האסיפה הכללית מציעה ה-CLR להתלות את תוקף האישור בשאלה אם הרוב הדרוש הושג ללא קולות המעוולים או של אלה שהיו תחת השפעתם או שהיה להם אינטרס אישי באישור העוולה¹⁶¹. ה-CLR מקבלת גם את המלצות הוועדה הקודמת להעניק שיקול דעת רחב לבית המשפט באישור התביעה הנגזרת. בהפעלת שיקול דעתו יביא בית המשפט בחשבון אם הגשת התביעה מקדמת את האינטרסים של החברה וכן את עמדתם של רוב בעלי המניות שאינם נוגעים בעניין¹⁶². ה-CLR המליצה גם שהחלטה של דירקטורים

- 154 סעיף 458A(3) שמוצע להוסיפו לחוק – נספח A להצעה.
 155 Shareholder Remedies, *supra* note 88, §§6.70–6.91. הוועדה המליצה לכלול זאת ב-Civil Procedures Rules והוסיפה טיוטה של הכללים שמומלצים בנספח B להמלצותיה.
 156 Civil Procedures Rules 1998 r. 19.9(3).
 157 Civil Procedures Rules 1998 r. 19.9(5).
 158 Civil Procedures Rules 1998 r. 19.9(6).
 159 Companies Act 1985 s. 347I.
 160 Modern Company Law for a Competitive Economy, Completing the Structure (2000) §5.82.
 161 *Ibid* §5.85.
 162 *Ibid* §5.87.

שאינם נוגעים בעניין לא לתבוע דירקטור תשלול את התביעה הנגזרת¹⁶³. המלצות אלה מוצאות ביטוי בסעיפים 240–242 להצעת החוק החדשה שהוגשה לפרלמנט הבריטי — Company Law Reform Bill 2005.

(ב) הפסיקה הישראלית קודם לחוק החברות: דרישות הצדק
בהבדל מהפסיקה האנגלית, אשר קבעה כמה קטגוריות של מקרים המשמשים חריגים לכלל אי ההתערבות, קבעה הפסיקה הישראלית מבחן רחב שלפיו תוכר זכותו של בעל מניות להגיש תביעה נגזרת כאשר הצדק דורש זאת¹⁶⁴.
יתרונן של המבחן בגמישותו, המאפשרת לבית המשפט להגיע לתוצאה הנראית בעיניו צודקת בכל מקרה קונקרטי¹⁶⁵, וחסרונו בחוסר הוודאות בדבר זכותו של בעל המניות להגיש תביעה בשם החברה. מובן כי באותם מקרים שנופלים למסגרת החריגים שנקבעו בפסיקה האנגלית קל היה יותר לבעל המניות לשכנע את בית המשפט כי הצדק דורש לאפשר לו להגיש תביעה נגזרת¹⁶⁶.

2. חוק החברות

בדומה לדין שקדם לו, גם חוק החברות אינו קובע רשימה של מקרים שבהם תתאפשר הגשתה של תביעה נגזרת, למעט המקרה של חלוקה אסורה שבגינה מוסמך נושה להגיש תביעה. החוק מקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב לאשר תביעה נגזרת "אם שוכנע כי לכאורה התביעה וניהולה הן לטובת החברה וכי התובע אינו פועל בחוסר תום לב"¹⁶⁷.

¹⁶³ Ibid §5.85.

¹⁶⁴ ראו עניין מלונות נוהיים, לעיל הערה 3; עניין לביב, לעיל הערה 101; ע"א 578/75 בן-טל נ' בן-טל, פ"ד לא(1) 57; ע"א 52/79 סולימני נ' בראונר, פ"ד לה(3) 617 (להלן: עניין סולימני); ע"א 273/85 גיל נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 294 (להלן: עניין גיל). מבחן רחב זה אומץ גם בפסיקה האוסטרלית קודם לקביעה הסטטוטורית שנכנסה לתוקף ב-13.3.2000. ראו Biala Pty Ltd. V. Mallina Holdings Ltd. (No. 2) 11 ACSR 785 (1993); Australian Corporation Law, Principles and Practice, supra note 29, §§3.4.005, 3.4.0010.

¹⁶⁵ לתמיכה במבחן זה ראו ר' בכר "התפתחויות בדיני תביעה נגזרת" משפטים יא (תשמ"ט) 174.
¹⁶⁶ ראו פסק הדין של השופטת בן פורת בעניין רוטטוקר, לעיל הערה 102. השופטת בן פורת מאזכרת את דבריו של השופט זוסמן בדבר הכרה בזכותו של בעל מניות להגיש תביעה נגזרת על פי שיקולי הצדק, ומציינת כי אינה קובעת עמדה לגבי הכרה בחריג הצדק. השופטת מכירה בכך ש"רק במקרים חריגים יוכל בעל המניות להגיש מה שנוהגים לכנות 'תביעה נגזרת'", והיא מפנה למקרים המוכרים באנגליה בתורת כאלה שבהם רשאי בעל מניות להגיש תביעה נגזרת.

¹⁶⁷ תנאים דומים להגשת תביעה נגזרת נקבעו גם בחוק האוסטרלי — Corporations Act 2001 s. 237(2)(b) & (c). החוק האוסטרלי מוסיף תנאי נוסף והוא שהשאלה העומדת לדין היא שאלה רצינית — s. 237(1)(d). החוק האוסטרלי קובע חזקה ניתנת לסתירה שמתן אישור אינו לטובת החברה אם הוכח: (1) שההליכים הוגשו על ידי החברה כנגד צד שלישי או על ידי צד שלישי כנגד החברה (2) החברה החליטה לא להגיש תביעה או לא להתגונן כנגד התביעה, להפסיק את ההליכים או להגיע לכדי הסדר או פשרה (3) כל הדירקטורים שהשתתפו בהחלטה זו פעלו בתום

זהו מבחן גמיש, הדומה במהותו למבחן הקודם של דרישות הצדק. מבחנים דומים מקובלים גם בשיטות משפט אחרות¹⁶⁸.

לצורך אישור הגשתה של התביעה הנגזרת על התובע להראות עילת תביעה לכאורית, שכן "הגשת תביעה נגזרת הנעדרת תשתית עובדתית המבססת עילת תביעה להגשתה, לא תהיה "לטובת החברה"¹⁶⁹.

ההתניה שקובע החוק בעניין תום הלב אינה חדשה, והוכרה גם על פי הפסיקה שקדמה לחוק¹⁷⁰. הניסוח של דרישת תום הלב בצורה נגיטיבית – "התובע אינו פועל בחוסר תום לב" – ולא בצורה פוזיטיבית – "התובע פועל בתום לב" – מלמדת על כך שמי שטוען להיעדרו של תום לב מצד התובע צריך להביא בפני בית המשפט

לב למטרה נאותה, לא היה להם עניין אישי ממש בהחלטה, הם קיבלו מידע לגבי העניין נושא ההחלטה במידה שהם האמינו באופן סביר כמתאים והם האמינו באופן רציונלי שההחלטה היא לטובת האינטרסים של החברה. האמונה של דירקטורים שההחלטה היא לטובת האינטרסים של החברה היא רציונלית אלא אם כן אדם סביר כלשהו במצבם לא היה מקבל אותה – Corporations Act 2001 s. 237(3). צד שלישי מוגדר לעניין זה כדלקמן: בחברה ציבורית – אדם שאינו צד קשור לחברה; בחברה פרטית – האדם לא היה נחשב כצד קשור לחברה אילו החברה הייתה ציבורית – Corporations Act 2001 s. 237(4). המונח "related parties" מוגדר בסעיף 228 לחוק והוא כולל גוף משפטי השולט בחברה הציבורית, דירקטורים בחברה, דירקטורים בתאגיד השולט בחברה, בעלי שליטה בגוף שאינו תאגיד שהוא בעל שליטה בחברה, בני זוג של הנ"ל, הורים וילדים של הנ"ל, גוף משפטי הנשלט על ידי צד קשור, גוף משפטי שפועל בתיאום עם צד קשור מתוך הכנה שהצד הקשור יקבל טובת הנאה פיננסית אם החברה הציבורית תיתן לגוף המשפטי טובת הנאה פיננסית. עוד קובע החוק האוסטרלי כי אישור התנהגות על ידי בעלי המניות ("ratification") אינו מונע את הגשת התביעה הנגזרת ובית המשפט יכול לקחת בחשבון את האישור בהחלטתו. יש שתי אפשרויות לפירוש הסעיף: האחת, המכירה בסמכות בית המשפט לקחת בחשבון את האישור כשיקול לגיטימי, הגם שלא מכריע, בהחלטתו אם לאשר את ניהול התביעה הנגזרת. האפשרות השנייה היא הכרה בסמכותו של בית המשפט לקחת בחשבון את האישור לגבי מתן הצווים ופסק הדין – Corporations Act 2001 s. 239. ראו לעניין זה P. Prince "Australia's Statutory Derivative Action: Using the New Zealand Experience" 18 Com. & Sec. L. J. (2000) 493, 499–501. עוד קובע החוק האוסטרלי כי בהתייחסותו לאישור על ידי בעלי המניות ייקח בית המשפט בחשבון את האלמנטים הבאים: באיזו מידה היו בעלי המניות מיועדים לגבי ההתנהגות במתן האישור והאם בעלי המניות פעלו למטרה נאותה במתן האישור – Corporations Act 2001 s. 239(2). גם החוק הקנדי קובע כי אישור על ידי האסיפה הכללית אינו מונע הגשת תביעה נגזרת, אולם בית המשפט רשאי לקחת זאת בחשבון בהחלטתו בדבר אישור התביעה הנגזרת – Canada Business Corporations Act s. 242(1).

168 ראו בחוק הקנדי Canada Business Corporations Act s. 239(2)(b)&(c); בחוק האוסטרלי Corporations Act 2001 s. 237(2)(b)&(c); בחוק הדרום אפריקני Companies Act 1973 s. 266(3)(c).

169 ת"א (ת"א) 1931/00 שטרית ואח' נ' אריסון השקעות בע"מ ואח', תק-מח 3857 (3) 2004, בפסקה 6; ת"א (ת"א) 1307/03, בש"א 9566/03 ליפקונסקי ואח' נ' ריטליקס בע"מ ואח', תק-מח 5163 (1) 2005 (להלן: עניין ריטליקס).

170 ראו, למשל, בעניין לביב, לעיל הערה 101. דרישת תום הלב נקבעה גם בפסיקה האנגלית. ראו למשל *Portfolios of Distinction Ltd. v. Laird* [2004] 2 BCLC 741, para. 55.

ראיות, לפחות לכאורה, הפוגמות בתום לבו של התובע, ואז יהיה על התובע להוכיח לבית המשפט כי אין הוא פועל בחוסר תום לב. שיהיו בהגשת הבקשה עשוי להצביע על היעדר תום לב, אלא אם כן יש לתובע הסבר לקיומו¹⁷¹. כמו כן, נפסק כי רכישת מניות לשם הגשת תביעה עולה כדי חוסר תום לב¹⁷², ובדומה לכך, הגדלת ההחזקות בחברה לאחר שטענות התובע נדחו על ידיה מצביעה אף היא על היעדר תום לב מצד התובע¹⁷³. מקרה בולט של היעדר תום לב הוא כאשר התובע פועל מתוך אינטרס אישי שאינו עולה בקנה אחד עם האינטרסים של החברה¹⁷⁴.

כיצד נבדקת טובת החברה בהקשר זה? האם טובת החברה נמדדת רק על פי התועלת הכספית שהיא עשויה להפיק עקב הגשת התביעה, או שמא לא התועלת הכספית היא המכרעת, וקיומו של יעד ההרתעה יכול לשמש תחליף לתועלת כספית? כאן כמובן תיכנס לפעולה השאלה שהצגתי במבוא בדבר המשקל הראוי שיש לתת לכל אחד משני היעדים של הרתעה ופיצוי.

כפי שציינתי, יש סימוכין בפסיקה זרה לשימת דגש על המטרה ההרתעתית והכרה בזכות התביעה בגין הפרת חובת האמונים, גם כאשר היעד של פיצוי אינו מתקיים¹⁷⁵. שיקול הדעת הרחב שמוקנה לבית המשפט על פי החוק אינו שולל את האפשרות שלא לשים את הדגש על התועלת הכספית. במילים אחרות, בית המשפט רשאי לאשר תביעה נגזרת כאשר התובע מתלונן על התנהגות לא ראויה של נושאי המשרה ובעלי

171 ת"א (ת"א) 1522/03, ב"ש"א 8794/03 בן ארי נ' אבנר חיפוש נפט, שותפות מוגבלת ואח', תק"מח 2004 (2) 2973, בפסקה 35 (להלן: עניין בן ארי); עניין ריטליקס, לעיל הערה 169.

172 ראו בעניין לביב, לעיל הערה 101. ראו גם טקסט בסמוך להערות 100-103.

173 ראו בעניין בן ארי, לעיל הערה 171.

174 במקרה כזה עשויה התביעה להיפסל גם מהטעם שאינה לטובת החברה. לדחיית בקשה לאישור תביעה נגזרת מטעם זה ראו ה"פ (ת"א) 526/02 פלד נ' רהק, תק"מח 2003 (3) 12167. בת"א (ת"א) 2527/04, ב"ש"א 23489/04 בוגנר נ' צ'ק פוינט טכנולוגיות תוכנה בע"מ (החלטה מיום 20.4.06) קבעה השופטת קרת-מאיר כי בקשה לאישור תביעה נגזרת של בעל מניות, שנועדה לאכוף על החברה לתבוע חוב המגיע לה מחברה אחרת שנמצאת בשליטת בעלי השליטה של החברה, אינה נגועה בהיעדר תום לב עקב כך שכתוצאה ממנה, אם תזכה החברה בתביעה, עשויה החברה לקבל את החוב המגיע לה ו"יהיה בכך כדי לקבע את שווייה של החברה ולאפשר בנסיבות מסוימות את מכירת המניות על ידי המבקש" – שם, בפסקה 5. השופטת קבעה כי "העובדה כי תשלום חוב לחברה על ידי בעלת השליטה שלה יגרום לכך כי שווי המניות המוחזקות בידי בעלי מניות המיעוט יהיה ריאלי, איננה אלא תוצאה מסחרית סבירה, אשר היתה מתרחשת בכל מקרה שבו ענייניה של החברה היו מתנהלים באופן רגיל ושוטף וחובות המשיבה כלפיה היו משולמים כסדרם" – שם, שם. השגת טובתו של המבקש במקרה כזה היא אפוא תוצאה נלווית לתוצאה של השגת טובת החברה ואיננה שוללת את תום לבו. ראו גם דברי ההסבר להצעת החוק האוסטרלית Explanatory Memorandum to the Corporate Law Economic Reform Bill 1998 §6.36, KPMG, Jackson & Tomasic, בפסקה 6.37. להשפעת המניע בהגשת התביעה ראו להלן בפרק ה.ב.

175 ראו לעיל הערות 46 ו-48.

השליטה בחברה, גם כאשר מבחינה כספית התועלת שתצמח לחברה מהגשת התביעה אינה גדולה לאור העלויות הכרוכות בהגשת התביעה. פירוש צר שיפרש את התנאי האמור של טובת החברה כמתייחס לתועלת כספית בלבד לא יאפשר במקרה כזה את הגשת התביעה. לעומת זאת, פירוש רחב של הביטוי יאפשר הגשת תביעה גם בהיעדרה של תועלת כספית.

האם המבחן של טובת החברה מאפשר לבית המשפט לקחת בחשבון יעד כללי של הרתעה, או שמא יש לקבוע את המבחן בהתאם לתועלת של החברה הספציפית? כל זמן שהמבחן היה מבחן של צדק לא הייתה כל מניעה להתחשב בשיקול כללי של הרתעה. שאלה היא אם שיקול כזה אפשרי היום, כאשר מבחן הצדק הוחלף במבחן של טובת החברה¹⁷⁶.

מובן שבית המשפט רשאי להתחשב בסוגיה זו גם באופיה של החברה. האם מדובר בחברה ציבורית או פרטית. כך, למשל, יש מקום להקל בהגשת התביעה כאשר משקיע מוסדי בחברה ציבורית מבקש להגיש תביעה נגזרת.

שיקול הדעת הרחב שהוקנה בחוק לבית המשפט מאפשר לו לקחת בחשבון את מכלול השיקולים, לרבות השיקול הכללי של הרתעה, ולא להתמקד בשאלה של התועלת הכספית לחברה לעומת העלויות הכרוכות בתביעה. השיקול האחרון מופיע בצורה מפורשת כשיקול שיש להתחשב בו בחוק החברות הניו זילנדי. החוק הניו זילנדי קובע את השיקולים שעל בית המשפט לקחת בחשבון בהחלטתו אם לתת אישור לניהול תביעה נגזרת ובמסגרתם השיקול של העלויות של ההליכים ביחס לסעד שצפוי להתקבל¹⁷⁷. למרות אמירת החוק שאין בשיקולים המפורטים בו כדי להגביל את שיקול הדעת של בית המשפט¹⁷⁸, הרי שיש בהם הנחייה בדבר המדיניות שבה דוגל החוק הניו זילנדי, ולפיה על התביעה הנגזרת לקדם את טובת החברה הספציפית בהיבט הכלכלי, דהיינו יש מקום להגשת תביעה רק כאשר הפיצוי הצפוי כתוצאה מהגשת התביעה יעלה על העלויות הכרוכות בניהולה. בהיעדרה של הנחיה כזו בחוק הישראלי, הושאר בידי בית המשפט בישראל שיקול דעת רחב לקחת בחשבון גם שיקולים החורגים מהשיקול הכלכלי של התועלת הכספית לחברה הספציפית, ואין מניעה כי בית המשפט בישראל ייקח בחשבון שיקולים רחבים יותר באופן שהתביעה הנגזרת תשמש מכשיר לא רק לפיצוי החברה בגין נזק שנגרם לה אלא גם להשגת משטר תאגידי טוב יותר¹⁷⁹.

176 כאמור, הפסיקה בארצות הברית הכירה בצידוק להגשת תביעה נגזרת גם בהיעדר רווח לחברה הספציפית ראו לעיל בפרק 4.א.

177 Companies Act 1993 s, 165(2)(b). בנוסף לכך מונה הסעיף את השיקול של ההסתברות של הצלחת ההליכים – ס"ק (a) – צעדים שננקטו על ידי החברה כדי לקבל סעד – ס"ק (c) – והאינטרסים של החברה או החברה הקשורה בניהול ההליכים – ס"ק (d).

178 הרישא של סעיף 165(2).

179 ראו הערכתו של Prince סמוך לחקיקת הסמכות להגשת תביעה נגזרת באוסטרליה כי לאור הניסיון בניו זילנד יש מקום לצפות קשיים בשימוש בזכות התביעה. לדבריו "At most it

באנגליה נפסק כי גם כאשר מצליח בעל מניות להכניס את עצמו לאחד החריגים לכלל, בית המשפט רשאי לא לאפשר לו לתבוע כאשר רוב של בעלי מניות שאינם נוגעים בעניין סבורים כי אין זה ראוי להגיש תביעה בשם החברה¹⁸⁰. גם ה-Model Business Corporation Act האמריקני קובע כי ניתן לשלול את ניהול התביעה הנגזרת על ידי החלטה בתום לב של דירקטוריון בלתי תלוי או של ועדת דירקטורים בלתי תלויה¹⁸¹. המבחן שנקבע בחוק החברות מאפשר לבית המשפט להתחשב ברצונם של בעלי מניות הרוב שאין להם נגיעה בעניין, אולם בית המשפט אינו חייב לקבל את עמדתם.

ד. תנאים מוקדמים להגשת התביעה

חוק החברות קובע את התנאים המוקדמים הבאים להגשת תביעה נגזרת:

1. פניה לחברה בדרישה להגשת תובענה;

2. אישור בית המשפט.

1. פנייה לחברה

המעוניין להגיש תביעה נגזרת חייב לפנות לחברה בכתב ולדרוש ממנה כי תמצא את זכויותיה בדרך של הגשת תביעה¹⁸². הפנייה צריכה להיעשות ליושב ראש הדירקטוריון של החברה, ויש לפרט בה את העובדות היוצרות את עילת התביעה ואת הנימוקים להגשתה¹⁸³.

ההצדקה להגשת תביעה נגזרת נעוצה, כאמור, בכך שהאורגנים המוסמכים של החברה נמנעים מהגשת תביעה. מכאן ההלכה המחייבת את בעל המניות המבקש להגיש תביעה נגזרת לפנות תחילה לדירקטוריון החברה, כדי שזה יגיש את התביעה בשמה¹⁸⁴.

will perform a 'compensatory' function rather than contributing to better corporate governance, enabling shareholders to take action in the company's name only where the immediate monetary return from successful litigation outweighs the likely cost of proceeding" — Prince, *supra* note 167, at p. 493. גישה זו, המאפשרת לקיחה בחשבון של שיקולים רחבים, מעבר לאלה של האינטרסים הכלכליים של החברה הספציפית, תואמת את גישת חוק החברות בכל הנוגע לתכלית החברה. ראו דיון בסוגיה זו בספרי — כהן, לעיל הערה 23, §164–155.

180 *Smith v. Croft (No. 2)*, *supra* note 149.

181 Model Business Corporation Act §7.44(a).

182 סעיף 194(ב) לחוק החברות.

183 סעיף 194(ג) לחוק החברות.

184 המ' (ת"א) 5127/85 וינבוים נ' יפת ואח', פ"מ תשמ"ט (1) 309, 316 (להלן: עניין יפת). ראו גם ב-*Delaware*: 1215–1216 (1996), 673 A. 2d 1207, *Grimes v. Donald*.

הדרישה לפנייה מוקדמת לדירקטוריון משרתת כמה מטרות:
 א. היא מונעת מבית המשפט מלדון במקרים שאינם בשלים להחלטה.
 ב. הפנייה לדירקטורים מקנה להם הזדמנות להחליט אם ברצונם להפעיל סעדים אחרים או לנקוט צעדים מתקנים אחרים שישללו את הצורך בתביעה, כגון פיטורי עובד שנגדו מבקשים להגיש את התביעה¹⁸⁵.
 ג. בעקבות הפנייה, רשאי הדירקטוריון להחליט להגיש את התביעה בשם החברה.
 ד. הפנייה עשויה לגרום לכך שהדירקטוריון ידון בעניינים שבלעדיה לא היו זוכים לתשומת לב כגון אמצעי בקרה חשבונאיים חדשים, שינויים בשכר וכיו"ב¹⁸⁶.
 החוק משנה את הדין שקדם לו בהקשר זה בשלושה: ראשית, בדרישת הכתב; שנית, בדרישה קוגנטית של פנייה שקיימת בכל המקרים; שלישית, בקביעת זהותו של הנמען שאליו יש לפנות.

א. פנייה בכתב
 על פי ההלכות שקדמו לחוק, כפי שנקבעו בפסיקה, הייתה מוטלת חובת פנייה לאורגנים המוסמכים, אולם פנייה זו לא הייתה חייבת להיות בכתב דווקא. החוק דורש כי הפנייה תהיה בכתב¹⁸⁷, כדי ליצור את הוודאות הדרושה, שכן ממועד הפנייה מתחילים למנות את המועד שבמסגרתו רשאית החברה לפעול ואת המועד שבו מאבדת החברה זכות זו וקמה הזכות להגשת בקשה לבית המשפט לניהול תביעה נגזרת.

ב. דרישת פנייה בכל המקרים
 הפסיקה שקדמה לחוק הכירה בכך שכאשר התביעה המבוקשת היא נגד האורגנים המוסמכים להגשת התביעה אין צורך בפנייה כזו, אלא די בכך שהתובע יפרט בכתב התביעה את העובדות המבהירות כי אין טעם בפנייה כזו¹⁸⁸. החוק החדש קובע את

185 ראו בעניין זה Cramer v. General Telephone & Electronics Corp., 582 F.2d 259, 275 (1978).

186 ראו גם R.K. Payson "Dismissal of Derivative Actions: the Debate" 6 Del J. of Corp. L. 522, 527 (1981).

187 דרישה לפנייה בכתב קבועה גם בחוק הדרום אפריקני — Companies act 1973 s. 266(2)(a), והיא הומלצה גם על ידי הוועדה האמריקנית שדנה במשטר החברה — The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Proposed Final Draft, *supra* note 22, §7.03(a).

188 ע"א 215/91 אגתן בע"מ נ' לים בע"מ, פ"מ מח (2) 43 (להלן: עניין אגתן); עניין יפת, לעיל הערה 184, בע' 317; ע"א 125/96 נס נ' פירות הגולן אגודה שיתופית למפעלים משותפים בע"מ, לא פורסם. גישה זו מקובלת גם ב-Delaware. ראו Ferrell, *supra* note 50, at p. 274. הפסיקה ב-Delaware קבעה כי בעל מניות יכול להימנע מהגשת דרישה לדירקטוריון ולטעון בצורה מפורטת את ההצדקה להימנעותו מפנייה כזו כאשר יש ספק סביר ביחס ליכולת של הדירקטוריון לקבל החלטה בלתי תלויה בעניין הגשת התביעה. הבסיס לטענה כזו כפי שנקבע בפסיקה הוא כדלקמן: (1) a "The basis for claiming excusal would normally be that:

חובת הפנייה בכתב כתנאי מוקדם והכרחי שאין לוותר עליו גם כאשר התביעה מופנית כנגד הדירקטורים עצמם¹⁸⁹.

הדרישה הכוללת לפנייה מוקדמת לדירקטוריון היא ראויה. פנייה לדירקטוריון אינה כרוכה בעלויות גדולות ויש בה כדי לחסוך את עלויות ההתדיינות בשאלה אם מתמלא החריג לצורך בפנייה כזאת¹⁹⁰. עם זאת, עשויה להיות בעיה במקרים שפנייה כזו תגרום נזק, דהיינו במקרים שבהם יש צורך בתביעה משפטית בלי להביא את העניין לידיעת הגורמים המעורבים. החוק שלנו אינו נותן פתרון למצב כזה, כפי שאבהיר בהמשך.

ג. פנייה ליו"ר הדירקטוריון

החוק גם קובע למי צריכה להיעשות הפנייה — ליו"ר דירקטוריון החברה. בארצות הברית יש מדינות שדורשות גם פנייה לאסיפה הכללית¹⁹¹ בנוסף לפנייה לדירקטוריון. לעומתן מסתפקות מדינות אחרות בפנייה לדירקטוריון בלבד¹⁹². הגישה האחרונה שמסתפקת בפנייה לדירקטוריון הומלצה גם על ידי הוועדה האמריקנית שדנה במשטר החברה¹⁹³, והיא לדעתי הגישה הראויה, שכן בחברות קטנות שבהן יש זהות בין האסיפה הכללית לדירקטוריון אין טעם בפנייה לשניהם. בחברות גדולות האסיפה הכללית אינה גוף פעיל והעניינים מוכרעים בידי הדירקטוריון. כך שגם במקרה זה הפנייה לאסיפה הכללית מיותרת.

majority of the board has a material financial or familial interest; (2) a majority of the board is incapable of acting independently for some other reason such as domination or control; or (3) the underlying transaction is not the product of a valid exercise of business judgment" — *Grimes v. Donald*, *supra* note 184, at p. 1216. התובע אינו משתחרר שם מחובת משלוח הדרישה לדירקטוריון רק עקב כך שהוא בוחר להגיש את התביעה נגד כלל הדירקטורים או שהוא תוקף עסקה שכל הדירקטורים נטלו בה חלק — *ibid*. גישה זו התקבלה גם על ידי הוועדה האמריקנית — *supra* note 22, §7.03(a). לרשימת מדינות שאימצו הוראה הדורשת פנייה לדירקטוריון בכל המקרים ראו, *Ferrell*, *supra* note 50, at p. 247 f.n. 22. ראו לעומת זאת את פסק דינו של השופט אליקים בבית משפט השלום בחיפה בת"א (חי') 8560/01 מילשטיין נ' נבון, תק"ש 2004 (3) 11242, ולפיו על אף האמור בסעיף 194(ב) לחוק החברות יש לפטור את התובע מפנייה מקדמת לחברה לשם הגשת תביעה נגד בעלת מניות המחזיקה ב-50% ממניות החברה. לדעתי, אין לקביעה זו על מה לסמוך. בעת ניסוחו של החוק נהגה הלכת אגתן, לעיל הערה 188, שלפיה ניתן היה לוותר על פנייה לדירקטוריון כאשר התביעה אמורה הייתה להיות מוגשת נגד השולטים בחברה. חוק החברות אינו מתייחס לאפשרות כזו וקובע חובה לא מסויגת של פנייה לדירקטוריון. החוק אימץ אפוא את הגישה הדורשת פניה לדירקטוריון בכל המקרים, כמבואר לעיל.

ליתרונות של הדרישה לפניה לחברה בכל המקרים כחוסכת עלויות ראו גם *Ferrell*, *supra* note 50, at p. 273–275.

Henn & Alexander, *supra* note 76, §366.

192 כגון: קליפורניה וניו יורק.

193 The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Proposed Final Draft, *supra* note 22, § 7.03(c).

ראוי לציין שגם לפני החוק החדש קבע השופט ד' לוי את הצורך לפנות לדירקטוריון, בלי להזכיר את האסיפה הכללית¹⁹⁴.

החוק קובע את שלוש האופציות שפתוחות בפני החברה, שקיבלה את הפנייה¹⁹⁵:

1. "לבצע פעולה או לקבל החלטה אשר כתוצאה ממנה נשמטת עילת התביעה";
2. "לדחות את דרישת התובע בנימוקים שיפורטו בהחלטתה";
3. "להחליט על הגשת תביעה".

על החברה להודיע לתובע על הדרך שנקטה בתוך ארבעים וחמישה ימים מיום קבלת הדרישה ועליה לתת פירוט של שמותיהם של אלה שהשתתפו בקבלת ההחלטה ועל קיומו של עניין אישי בהחלטה¹⁹⁶.

במצב המשפטי הקודם לא היה הסדר לגבי פרק הזמן שבו חייבת החברה להשיב לבעל המניות שפנה אליה, והתוצאה הייתה שהיה מקום להפעיל את ההוראה הכללית של חוק הפרשנות, שלפיה בהיעדר קביעת זמן לביצוע פעולה יש לבצעה תוך זמן סביר. החוק החדש מונע את חוסר הבהירות בהקשר זה, באשר הוא קובע פרק זמן מוגדר. לדרך זו יש, כמובן, יתרון וחסרון. היתרון הוא בביטחון, בוודאות. החיסרון הוא בהיעדר הגמישות שהייתה קיימת על פי הדין הקודם. במצב המשפטי הקודם, משך הזמן לתגובת החברה היה מותנה בנסיבות. עשויות להיות נסיבות שבמסגרתן יש מקום לתגובה מהירה יותר. החוק החדש חוסם את זכותו של בעל המניות להגיש את התביעה כל עוד לא מיצה את התנאים המוקדמים, ועל כן, עליו לחכות ארבעים וחמישה ימים עד שתפתח בפניו הדרך להגשת התובענה.

החוק מאפשר סטייה מהמועד הנקוב כאשר אי הגשת התביעה באותו מועד תגרום להתיישנותה¹⁹⁷. זהו פתרון חלקי של הבעיה שעליה הצבעתי. התיישנות היא נסיבה אחת שבה יש צורך בפעולה מהירה. הגם שזוהי נסיבה חשובה, עשויות להיות נסיבות נוספות שבהן נדרשת פעולה מהירה, ואלה לא מוצאות ביטוי בחוק. סמכותו של בית המשפט להקדים את המועד מוגבלת רק למקרי התיישנות.

על פי המלצות הוועדה האנגלית בסוגיה זו של התובענה הנגזרת על התובע לתת לחברה הודעה מוקדמת על כוונתו לתבוע עשרים ושמונה ימים קודם להגשת התביעה. דרישה זו ניתנת לביטול כאשר בעל המניות יכול להראות שיש צורך בסעד דחוף¹⁹⁸. גישה זו היא גמישה יותר מזו שהתקבלה בחוק שלנו, שכן היא מאפשרת לבית המשפט

194 ראו עניין אגתן, לעיל הערה 188.

195 סעיף 195 לחוק החברות.

196 סעיף 196 לחוק החברות.

197 סעיף 198(ב) לחוק החברות.

198 A.J. Boyle "The New Shareholder Remedies, *supra* note 88, §6.58–6.59. ראו גם A.J. Boyle "Derivative Action" 18 *The Company Lawyer* (1997) 256, 257.

לבטל את הדרישה המוקדמת להודעה כל אימת שיש צורך דחוף בהגשת התביעה, בלי להגביל זאת רק למקרים של התיישנות, כפי שנקבע בחוק שלנו. גם פרק הזמן שמוצע על ידי הוועדה האנגלית להודעה המוקדמת קצר מזה שנקבע בחוק שלנו – עשרים ושמונה ימים לעומת ארבעים וחמישה ימים בחוק שלנו.

הוועדה האמריקנית גם היא מאפשרת גמישות רבה יותר מזו שנקבעה בחוק שלנו. ראשית, מבחינת האפשרות לוותר על פנייה לדירקטוריון מציעה הוועדה כי ניתן שלא לפנות לדירקטוריון אם התובע מראה שייגרם נזק בלתי ניתן לתיקון לחברה מפנייה כזו, ובמקרה כזה על הפנייה להיעשות מיד לאחר תחילת התביעה¹⁹⁹. שנית, הוועדה קובעת כי בית המשפט ידחה תביעה שהוגשה לפני קבלת התשובה של הדירקטוריון, אלא אם הדירקטוריון לא נתן תשובה תוך זמן סביר²⁰⁰. אין פה קביעה של פרק זמן קבוע, כפי שעשה המחוקק שלנו, אלא קביעה גמישה. כפי שציינתי לעיל, לדרך זו יתרונות וחסרונות. היא מאפשרת גמישות תוך העדפתה על פני ודאות ויציבות.

ה-Model Business Corporation Act מאפשר הגשת תביעה נגזרת רק לאחר עבור תשעים ימים ממועד הדרישה, אלא אם כן הודע לבעל המניות קודם לכן על דחיית דרישתו. כמו כן קיימת אפשרות לסטות מפרק הזמן שנקבע כאשר ההמתנה במשך התקופה של תשעים ימים עלולה לגרום נזק שאינו ניתן לתיקון²⁰¹. הוראה זו מקנה את הגמישות הנחוצה לסטייה מהמועד הקבוע, שנעדרת כאמור מהחוק הישראלי. החוק הקנדי מחייב מתן הודעה לחברה על הכוונה להגשת התביעה הנגזרת לפחות ארבעה עשר ימים לפני הגשת התביעה, אלא אם כן קבע בית המשפט אחרת²⁰². יש כאן אפוא שיקול דעת רחב ובלתי מוגבל לבית המשפט. גם החוק האוסטרלי מחייב מתן הודעה לחברה על הכוונה לבקש מבית המשפט אישור להגשת תביעה נגזרת לפחות ארבעה עשר ימים לפני הגשת הבקשה²⁰³. לבית המשפט יש סמכות לאשר את הגשת התביעה למרות שלא מולא תנאי זה כאשר הוא מוצא זאת לנכון²⁰⁴. גם החוק האוסטרלי מעניק אפוא שיקול דעת רחב לבית המשפט שאינו מוגבל לעילות מסוימות, בניגוד לחוק הישראלי.

בדיקת הנכונות של החברה להגיש את התביעה כתנאי לאישור התביעה הנגזרת יכולה להיעשות גם בדרכים אחרות מהדרך שנבחרה בחוק הישראלי, דהיינו דרישה

The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and 199
Recommendations, Proposed Final Report, *supra* note 22, § 7.03(b) ראו גם Note

"Demand on Directors and Shareholders as a Prerequisite to a Derivative Suit" 73 Harv.

L. Rev. (1960) 746, 754

Ibid, §7.03(d) 200

Model Business Corporation Act §7.42(2) 201

Canada Business Corporations Act s. 239(2) 202

Corporations Act 2001 s. 237(2)(e)(i) 203

Corporations Act 2001 s. 237(2)(e)(ii) 204

לפנייה מוקדמת לחברה כתנאי הכרחי. כך, למשל, אין דרישה לפנייה מוקדמת לחברה בחוק החברות הניו זילנדי. חוק זה מסתפק בכך שעל בית המשפט להשתכנע כי החברה אינה מתכוונת להגיש תביעה או שטובת החברה מחייבת שלא להשאיר את ניהול התביעה בידי הדירקטורים או להכרעת כלל בעלי המניות²⁰⁵. עם זאת, מחייב החוק הניו זילנדי משלוח הודעה לחברה בדבר הגשת הבקשה²⁰⁶ ומקנה לחברה זכות להופיע בפני בית המשפט ולהשמיע את עמדתה²⁰⁷. החוק מחייב את החברה לדווח לבית המשפט אם בכוונתה להגיש את התביעה²⁰⁸.

החוק הישראלי דורש, כאמור, פנייה לחברה כתנאי מקדמי לאישור תביעה נגזרת. לאחר פנייה לחברה יוכל הפונה להגיש את התביעה, בכפוף לאישורו של בית המשפט, במקרים הבאים:

- א. הפעולה שנקטה החברה או ההחלטה שקיבלה אין בהן לדעתו כדי להשמיט את עילת התביעה²⁰⁹;
- ב. החברה דחתה את דרישתו²¹⁰;
- ג. החברה הודיעה לפונה כי החליטה להגיש תביעה, אך התביעה לא הוגשה בתוך שבעים וחמישה ימים מיום ההודעה²¹¹; פרק זמן זה נועד לאפשר לחברה לנקוט את הצעדים הדרושים לשם הגשת התביעה. אולם, הבעיה שהזכרתי קודם קיימת גם כאן. מצד אחד, נקבע מועד קבוע שיש בו כדי להסיר ספיקות וחילוקי דעות, אולם, מהצד האחר, פרק זמן זה עשוי להיות ארוך מדי בנסיבות מסוימות. גם פה לבית המשפט מוקנית סמכות לקצר את המועד מטעמי התיישנות, ומטעמים אלה בלבד²¹².
- ד. החברה לא השיבה לפנייה בתוך ארבעים וחמישה ימים²¹³.

205 Companies Act 1993 s. 165(3).

206 Companies Act 1993 s. 165(4).

207 Companies Act 1993 s. 165(5)(a).

208 Companies Act 1993 s. 165(5)(b).

209 סעיף 197(1) לחוק החברות.

210 סעיף 197(2) לחוק החברות. החוק הישראלי אינו קובע פרוצדורה מיוחדת בכל הנוגע להחלטת החברה לדחות את הדרישה להגשת תביעה נגזרת, וזאת בניגוד למקובל בהקשר זה בד"ר האמריקני. ראו, The American Law Institute, Principles of Corporate Governance, Analysis and Recommendations, Proposed Final Draft, *supra* note 22, §7.07–7.13. השופט קלינג בבית המשפט המחוזי בתל אביב נתן אישור להגשת תביעה נגזרת כאשר הדירקטוריון קיבל החלטה שלא להגיש תביעה בגין העברת המחאה, שהייתה מיועדת להפקדה בחשבון הבנק של החברה, לחשבון הבנק של אשתו של מי ששימש דירקטור ומנכ"ל בחברה — ת"א (ת"א) 1081/02 בש"א (ת"א) 25063/01 סייג נ' ספיר, תק"מ 2002 (2) 4603.

211 סעיף 197(3) לחוק החברות.

212 סעיף 198(ב) לחוק החברות.

213 סעיף 197(4) לחוק החברות.

2. אישור בית המשפט

ניהול תביעה נגזרת מותנה באישורו של בית המשפט²¹⁴. הדרישה לאישור בית המשפט הייתה קיימת גם קודם לחוק החברות, והיא מקובלת גם בשיטות משפט אחרות²¹⁵. מטרתה למנוע שימוש לרעה בהליך באמצעות הפיקוח השיפוטי²¹⁶. כאמור, החוק קובע מבחן גמיש לאישור התביעה הנגזרת – המבחן של טובת החברה ותום לבו של המבקש את אישור התובענה.

ה. השפעת התנהגותו של התובע על זכות העמידה שלו

1. שותפות או הסכמה למעשה נושא התביעה

כיצד משפיעה העובדה שבעל המניות המגיש את התביעה הנגזרת היה אף הוא שותף למעשים הבלתי חוקיים המשמשים בסיס לתביעתו; או שאישר אותם; או שנהנה מהם בדרך אחרת? לשאלה זו שתי תשובות אפשריות: האחת – אין להכיר בזכותו של בעל מניות שהיה בעצמו שותף למעשי העוול שעליהם הוא מתלונן או שהפיק טובת הנאה מהם לתבוע בגינם. התשובה האפשרית האחרת – כיוון שבעל המניות אינו תובע למען עצמו אלא למען החברה, אין למנוע ממנו את הגשת התביעה. שתי תשובות אלה מצאו ביטוי בפסיקה המקומית שקדמה לחוק החברות, בעניין בן-טל נ' בן-טל²¹⁷. במקרה זה הגישה בעלת מניות תביעה נגזרת נגד בעלה ששימש כמנהל בחברה, בין היתר, בגין תשלומים ששילם שוחד לעובדי מדינה ולעובדים אחרים של לקוחות החברה. השופט ברנזון סבר כי אין האישה מנועה מהגשת תביעה נגזרת, הגם שבמשך כל השנים אישרה את מאזני החברה שכללו את תשלומי השוחד. למרות שהשופט נמנע מלקבוע מסמרות בשאלה, הוא מביע דעתו כי:

“במידה והתשלומים מהווים מעשה בלתי חוקי או בלתי מוסרי מצד המשיב,

214 סעיף 198(א) לחוק החברות.

215 ראו באנגליה Civil Procedure Rules 1998 r. 19.9(3); באוסטרליה Corporations Act 2001

s. 237; בניו זילנד Companies Act 1993 s. 165; בקנדה Canada Business Corporations Act s. 239

; בדרום אפריקה Companies Act 1973 s. 266.

216 לסיכונים אלה ראו לעיל טקסט בסמוך להערות 41–43.

217 ע"א 578/75, פ"ד לא(1) 57. גם הפסיקה האמריקנית חלוקה בשאלה זו, ראו Henn &

Alexander, *supra* note 76, §364.

או נוגדים את טובת הציבור, אין בכוחה של הסכמה מצד מועצת מנהלים או האסיפה הכללית להכשירו, וגם הסכמת המעצרת אינה עשויה לכפר עליו, או להיות השתק כלפיה"²¹⁸.

לעומתו, סבר השופט ויתקון, כי התובעת שהייתה שותפה למעשים הפסולים מנועה עתה מלתבוע בגינם אפילו בתביעה נגזרת. השופט ויתקון הגיע למסקנתו זו בדרך של הרמת מסך²¹⁹:

"מקום שמדובר בענייני שוחד, תרמית והפרת אמון, מן המידה להרים את המסך ולראות מי עומד מאחורי התביעה. החברה היא חברת מעטים, והשליטה עליה בידי בני הזוג ובעל מניות שלישי בלבד ועובדה היא שלמעלה מ-12 שנה הייתה המעצרת שותפה למעשיו הפסולים של בעלה ואכלה ביודעין ובנפש חפצה מן הפירות שבשלו בעץ הזה. היא הייתה במלוא מובן המילה *in pari delicto*."

דרך זו של הרמת מסך עקב היותה של החברה "חברת מעטים" אינה מקובלת עליי. העובדה שמדובר בחברת מעטים אין בה כשלעצמה כדי להצדיק הרמת מסך, ואם הרמת המסך מעוגנת במעשי התרמית, מדוע להבחין בהקשר זה בין חברת מעטים לחברה אחרת? לדעתי, אין מקום להבחנה בהקשר זה בין חברת מעטים לחברה גדולה. שאלת זכותו של בעל מניות השותף למעשים הבלתי חוקיים להגיש תביעה נגזרת בגינם צריכה להיות מוכרעת במישור העקרוני, בלי שגודלה של החברה ישפיע עליה. יש לגבש עמדה בשאלה העקרונית, האם הסכמתו של התובע שידע על אותם מעשים בלתי חוקיים ואולי אף נהנה מהם פוסלת אותו מלהגיש תביעה נגזרת. כאמור, חוק החברות קובע כתנאי לאישור ניהול תביעה נגזרת "כי התובע אינו פועל בחוסר תום לב"²²⁰. יש מקום לטענה כי תובע שהיה שותף למעשה הפסול, ולאחר מכן מבקש להגיש תביעה בגינו במסגרת של תביעה נגזרת, אינו פועל בתום לב.

לתוצאה דומה הגיע בית המשפט האנגלי²²¹ כאשר עמדה לפניו שאלה אם יש למנוע מבעלת מניות לתבוע בגין הפרת חובת אמון, כאשר היא עצמה נהנתה עקב כך קודם להגשת התביעה. גם במקרה זה מדובר היה בבני זוג, שהיו בעלי מניות בחברה. במסגרת הליכי גירושין ביניהם התגלה שהבעל הפר את חובת האמון שחב כדירקטור לחברה בכך שהעביר שלא כדין מהחברה הזדמנות להיכנס לעסקת מקרקעין לחברה אחרת שהייתה בשליטתו. האשה המשיכה בהליכי המעמד האישי, והרווח שהפיק הבעל שלא כדין

218 שם, בע' 62.

219 שם, בע' 65-66.

220 סעיף 198(א) לחוק החברות.

221 *Nurcombe v. Nurcombe* [1985] 1 All E.R. 65 (C.A). ראו גם *Gower and Davies, supra* note 29, at p. 457. השוו גם בארצות הברית *Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations* §5862.

נלקח בחשבון בעת פסיקת הסכום שקיבלה האישה בהליכים אלה. לאחר מכן הגישה האישה תביעה נגזרת נגד הבעל להחזרת הרווח שהפיק עקב הפרת חובת האמון שחב לחברה. בית המשפט בערכאה ראשונה דחה את תביעתה, בקובעו שבהמשיכה בהליכי האישות לאחר שנודעה לה הפרת החובה על ידי הבעל והרווח שהפיק בעקבותיה בחרה התובעת להתייחס לרווח בתורת כזה השייך לבעל, והיא מנועה אחר כך מלטעון שהרווח שייך לחברה. האישה ערערה בטענה שכיוון שהיא תובעת בתביעה נגזרת לטובת החברה אין להתחשב באינטרס האישי שלה בתוצאות התביעה. בית המשפט לערעורים דחה את הערעור, בקובעו כי בית המשפט רשאי לקחת בחשבון את התנהגותו של התובע לצורך ההכרעה בשאלה אם מן הראוי לאפשר לו הגשת תביעה בשם החברה.

Lawton L.J. קבע כי התביעה הנגזרת היא דרך פרוצדורלית שנועדה לאפשר לבית המשפט לעשות צדק לטובת חברה שנשלטת על ידי מנהלים – או על ידי בעל מניות – שנהגו שלא כשורה. על הפותח בהליכים כאלה לעשות זאת לטובת החברה ולא למטרה אחרת. על בית המשפט להשתכנע כי התובע בתביעה הנגזרת הוא התובע הנכון. מאחר שבמקרה זה נהנתה התובעת מהפירות של הפרת החובה בדיעה שאלה התקבלו על חשבון החברה, אין מקום לתביעתה.

השופט Browne-Whitkinson קבע כלל רחב, ולפיו לא יאפשר בית משפט של יושר לבעל מניות להצליח בתביעה נגזרת, כאשר יש הגנות אקוויטביליות שהיו יכולות לעמוד לנתבעים בתביעה שהייתה מוגשת על ידי בעל המניות באופן אישי.

בית המשפט מתעלם אפוא מכך שמדובר מבחינה מהותית בתביעת החברה ומתייחס אל התובעת כאילו הייתה זו תביעה אישית שלה.²²²

ההלכה האנגלית שוללת את כשירותו של בעל מניות שהיה שותף לביצוע העוולה להגיש תביעה נגזרת בגין אותה עוולה.²²³

השאלה אם די בהסכמה של התובע כדי למנוע את זכותו להגשת תביעה נגזרת נדונה בעניין *Knight v. Frost*.²²⁴ השופט Hart קבע כי המבחן שישמש להכרעה אם הסכמתו של בעל מניות שוללת את זכותו להגיש תביעה נגזרת דומה לזה שחל במקרה של הסכמה של נהנה להפרת חובת האמונים כלפיו. על בית המשפט לבדוק את כל נסיבות המקרה ולהחליט על פיהן אם זה צודק וישר שעל אף הסכמתו, הוא יורשה לאחר מכן לתבוע את הנאמן.²²⁵ כאשר התובע הוטעה לגבי העובדות שלגביהן מתייחסת הסכמתו אין לשלול ממנו את הזכות להגשת תביעה נגזרת.²²⁶

222 מובן שאילו היו בחברה בעלי מניות נוספים לא הייתה התנהגותה של האישה מונעת מהם מלהגיש תביעה נגזרת בשם החברה.

223 *Konamaneni v. Rolls-Royce Industrial Power (India) Ltd.* [2002] 1 All E.R. 979 (Ch.D.).

224 [1999] 1 BCLC 364 (Ch.D.).

225 שם.

226 שם.

2. השפעת המניע להגשת התביעה

בהיות תום לבו של התובע תנאי לאישור ניהולה של התביעה הנגזרת, יכול בית המשפט להתחשב גם במניעיו של בעל המניות בהגשת התביעה. מניעים פסולים פוגמים בתום לבו של התובע, ועל כן שוללים את זכותו להגיש תביעה נגזרת. עוד לפני כניסתו לתוקף של חוק החברות פסל בית המשפט את כשירותו של בעל מניות להגיש תביעה נגזרת מהטעם שלנגד עיניו עמדו שיקולים אישיים שלו ולא ענייניה של החברה²²⁷. בית המשפט התייחס למניעים הפסולים שהניעו את המבקש להגיש את התביעה כשוללים את זכותו להגשת תביעה נגזרת. שלילת כשירותו של המבקש נעשתה שם מכוח המבחן הכללי של שיקולי צדק שנהג לפני חקיקת חוק החברות. מובן שהלכה זו יפה גם לאחר תחילתו של חוק החברות, מכוח הדרישה לקיומו של תום לב של התובע.

גישה זו מקובלת גם בשיטות משפט אחרות. כך, דחה בית המשפט האנגלי תביעה נגזרת שהוגשה על ידי בעלת מניות בחברה, כאשר המניע שעמד מאחורי הגשת התביעה היה סכסוך בין בתה של התובעת לבין הנתבע הראשון עקב משבר בנישואיהם²²⁸. באוסטרליה נדחתה בקשה לתביעה נגזרת, כאשר מטרתו של התובע הייתה לשכנע את בעלי המניות האחרים להסכים לחלוקת דיבידנד על ידי החברה או לרכוש את מניותיו של התובע²²⁹. בדומה לכך, נפסק בארצות הברית, כי יש לדחות תביעתו של בעל מניות שביקש לשרת בהגשת התביעה אינטרס של עסק מתחרה, אולם אין לשלול את זכות התביעה של בעל המניות עקב כך שהמניע שלו בהגשת התביעה הוא להשיג פשרה שתשרת את האינטרסים שלו²³⁰. גם בקנדה נפסק כי רצונו של התובע ליהנות באופן אישי מהצלחת התביעה הנגזרת אינו פוגם בתום לבו של התובע²³¹. למסקנה דומה יש להגיע גם בישראל²³². כפי שראינו לעיל, הפסיקה דחתה את תביעתו של בעל מניות שרכש את מניותיו לשם הגשת התביעה. מאחר שהפסיקה הישראלית אפשרה הגשת תביעה נגזרת גם במקרים שהתובע לא היה בעל מניות בעת אירוע המעשה המשמש בסיס לתביעה, ניתן להסביר את חוסר הנכונות להכיר בזכות העמידה של התובע במקרה כזה במניעיו של התובע — שלפי גישה זו לא נועדו לגרום לשיפוי של בעל המניות על נזקים שנגרמו לו באמצעות הפיצוי שיינתן לחברה, אלא כדי ליצור סכסוך למטרות זרות²³³. פסיקה

227 ראו בעניין רודוב, לעיל הערה 29.

228 *Barrett v. Duckett* [1995] 1 BCLC 243 (C.A.).229 *Goozee v. Graphic World Group Holdings Ltd.* (2002) 42 ACSR 534.230 *Henn & Alexander, supra* note 76, §363.231 *Title v. Harris* (1990) 67 D.L.R. (4th) 619, 628.232 השוו גם באוסטרליה 506–509, at pp. 167, *Prince, supra* note 167.

233 כמו, למשל, בדיקת יישומה של התיאוריה של דיני החברות, הלכה למעשה בעניין באומהקר, לעיל הערה 104.

זו תואמת גם למצב המשפטי שלאחר חוק החברות, לאור ההכנסה לחוק של הדרישה לקיום תום לב של התובע.

3. תחרות בעסקי החברה

תחרות בעסקי החברה עשויה להטיל פגם בתום לבו של בעל מניות המבקש להגיש תביעה נגזרת. כך דחתה השופטת קרת-מאיר בקשה לאישור תביעה נגזרת מהטעם שהמבקש התחרה בחברה. תחרות זו פגמה לפי קביעתה בתום לבו של המבקש ועקב כך – בזכותו להגיש תביעה נגזרת²³⁴.

ו. תמריצים להגשת תביעה נגזרת

1. מבוא

לאור מהותה של התביעה הנגזרת כתביעה של החברה, הרי שהזוכה בפירותיה של התביעה אם תוכתר בהצלחה היא החברה. מובן שבעקיפין ייחנה מכך גם בעל המניות. כאשר בידי התובע כמות קטנה של מניות, התועלת שהוא עשוי להפיק מהצלחת התביעה היא מזערית²³⁵. מאידך גיסא, עליו לשאת בהוצאות הכרוכות בניהול התביעה והוא עלול אף להתחייב בהוצאות הנתבעים אם ידחה בית המשפט את התביעה. בעלי השליטה בחברה עלולים לנצל מצב זה לטובתם תוך גרימת נזק לחברה, ביודעם כי בעלי המניות האחרים, המחזיקים כל אחד בכמות קטנה של מניות, יימנעו מהגשת תביעה נגדם. כדי למנוע מצב זה יש ליצור מנגנונים שישמשו תמריץ לבעלי מניות להגיש תביעה בשם החברה. חוק החברות מאפשר הענקת שלושה סוגים של תמריצים: החזר הוצאות; קביעת שיעור מיוחד לאגרת בית משפט וחיוב החברה בהשבת התשלום עם אישור הגשת התובענה; והענקת חלק מפירות התביעה לבעל המניות שהגיש את התביעה.

2. החזר הוצאות

כדי שבעל מניות יהיה מוכן לריב את ריבה של החברה, מן הראוי להכיר בזכותו להחזר ההוצאות שהוציא לצורך התביעה. חוק החברות אינו מכיר בזכותו של התובע לקבל מימון מראש של החברה לכיסוי הוצאותיו וכן לקבל מהחברה את החזר הוצאותיו, וזאת גם במקרה שזכה בתביעה.

234 עניין ריטלקיס, לעיל הערה 169.
235 ראו גם פרוקצ'יה, לעיל הערה 38, § 262.

החוק משאיר את ההכרעה בשאלת ההוצאות בידי בית המשפט. החוק מתייחס לנושא ההוצאות בשתי הוראות. האחת מתייחסת לשלב שלאחר אישור הגשתה של התביעה הנגזרת וטרם בירורה לגופה. ההוראה האחרת מתייחסת לשלב של מתן פסק הדין בתביעה הנגזרת גופה.

בשלב הראשון שלאחר אישור הגשת התביעה, מסמיך החוק את בית המשפט "להורות לחברה לשלם לתובע סכומים שיקבע לכיסוי הוצאותיו או להפקיד ערובה לתשלומם"²³⁶. ההוצאה היחידה שהחוק מחייב את השבתה לתובע היא ההוצאה בגין האגרה ששילם התובע בעת הגשת התביעה הנגזרת²³⁷. לגבי יתר ההוצאות מוקנה לבית המשפט שיקול דעת אם לחייב את החברה לשלם.

הפסיקה האנגלית הכירה בזכותו של תובע בתביעה נגזרת למימון הוצאותיו כבר בשלב הראשוני של אישור הגשת התביעה וקודם לסיום ההליך. נקבעה שם גם פרוצדורה מיוחדת, המאפשרת לבעל המניות המגיש תביעה נגזרת לקבל את החזר הוצאותיו, ולפיה: בעל מניות המיעוט פונה ex parte לבית המשפט לקבלת הוראות, כשבקשתו נתמכת בחוות דעת משפטית ביחס לסבירות התביעה. בית המשפט יכול לאשר את המשך ההליכים. בית המשפט אינו צריך להחליט ex parte. הוא יכול, אם הוא מוצא לנכון, לדרוש מסירת הודעה לאחד או ליותר מבעלי מניות המיעוט, כנציגים של האחרים, כדי לבדוק אם קיימת התנגדות סבירה. ההליך המקדמי האמור חייב להיות פשוט ובלתי יקר. על השופט לשאול עצמו האם יש עילה סבירה לבעל המניות להגשת תביעה על חשבון החברה, ואם התשובה חיובית, יאשר את זכותו של התובע למימון²³⁸. המבחן שלפיו יקבע בית המשפט אם ראוי להכיר בזכותו של התובע למימון הוצאות התביעה על ידי החברה הוא האם דירקטוריון ישר ובלתי נוגע בעניין היה סבור שהגשת התביעה היא לטובת האינטרסים של החברה²³⁹. באשר לשאלה אם מצבו הכספי של התובע הוא שיקול רלבנטי להכרעה זו נתגלעו חילוקי דעות בפסיקה האנגלית. השופט Walton תלה את קבלת בקשתו של התובע לשיפוי בגין הוצאותיו במצבו הכספי של התובע²⁴⁰. לגישתו, אם התובע במצב כספי טוב המאפשר לו לשאת בעצמו בעלויות הכספיות, לא יורה בית המשפט על שיפוי בגין ההוצאות שנשא בהן להגשת התביעה הנגזרת. לעומת זאת, הכיר השופט Wheeler בזכותו של תובע לשיפוי בגין הוצאותיו על אף היותו בעל יכולת כספית²⁴¹.

236 סעיף 199(ב)(2) לחוק החברות.

237 סעיף 199(ב) לחוק החברות, לאחר תיקונו באמצעות תיקון מס' 3.

238 דברי Lord Denning בעניין *Wallelsteiner v. Moir* (No. 2) [1975] 1 All E.R. 849, 859 (C.A.). ראו גם דברי Buckley L.J., *ibid*, at pp. 869–870 ודברי Scarman L.J., *ibid*, at p. 871.

239 *Jaybird Group v. Greenwood* [1986] B.C.L.C. 319, 321.

240 *Smith v. Croft* [1986] 1 W.L.R. 580, 597.

241 *Jaybird Group Ltd. v. Greenwood*, *supra* note 239.

החוק הקנדי מסמך אף הוא את בית המשפט לחייב את החברה לשלם לתובע הוצאות ביניים²⁴². הפסיקה הקנדית קבעה כי בדרך כלל המדיניות הראויה היא לדון בשאלת ההוצאות בסיום ההליך. מדיניות זו נועדה לגרום לכך שהתובעים יקחו בחשבון שלא בהכרח יזכו להחזר הוצאותיהם. בכך תושג המטרה שרק מי שמאמין בכך שתביעתו מוצדקת ויש לה סיכוי טוב להתקבל יהיה נכון לנהל את התביעה, כדברי בית המשפט הקנדי:

"Many decisions in the course of litigation are influenced by the attendant legal costs and it is appropriate in my view that the person having conduct of a derivative action should make the decisions bearing in mind that they will not necessarily be reimbursed for the legal costs. I believe that the decisions regarding the legal costs incurred in connection with the derivative action and the costs of this proceeding should await the outcome of the derivative action... It seems to me that, all other things being equal, the court will probably direct Rembrandt to pay the legal fees incurred by IPM and Mr. Quam if the derivative action is successful and if the amount of the recovery by Rembrandt exceeds the amount of the legal fees. However, the decision will be best made when the derivative action has come to an end and the court will be able to consider all of the relevant circumstances without the speculation facing the court at this stage... The matter of the legal fees will, in a sense, be the litmus test for this proceeding. If IPM and Mr. Quam are prepared to prosecute the derivative action with the risk that they may not be reimbursed for the legal costs incurred by them, it will tend to substantiate their positions that they are acting in good faith and that they do believe the pursuit of the action to be in the interests of Rembrandt"²⁴³.

בית המשפט הקנדי ראה במצבו הכספי של התובע גורם רלבנטי בקביעת בית המשפט בדבר כיסוי הוצאותיו בשלב שלאחר הגשת התביעה וקודם ההכרעה בה. נפסק שם כי יש ליתן צו לכיסוי הוצאותיו של התובע בשלב הראשוני רק כאשר הוכיח המבקש צורך פיננסי לכיסוי הוצאותיו לשם הבטחת המשך ניהולה של התביעה²⁴⁴.

242 Canada Business Corporations Act s. 242(4).

243 *Intercontinental Precious Metals Inc. v. Cooke*, 88 B.C.L.R. (2d) 101, 10 B.L.R. (2d) 203 (1994) paras. 61–65.

244 *Johnson v. Meyer*, 62 Sask. R. 34 (1987); *Intercontinental Precious Metals Inc. v. Cooke*, *ibid*, para. 64. ראו, לעומת זאת, את פסק דינו של בית המשפט העליון באונטריו, שלפיו

בית המשפט הגבוה באוסטרליה התייחס ליכולת הכספית של התובע כשיקול רלבנטי בקביעת זכותו של תובע בתביעה נגזרת לכיסוי הוצאותיו בשלב הראשוני של אישור הגשת התביעה הנגזרת, אולם שלל טענה שלפיה לא יינתן צו אלא אם כן יוכח שהתובע הוא חסר אמצעים באופן שתשלול ממנו אפשרות להמשיך בניהול התביעה ללא כיסוי הוצאותיו.²⁴⁵

אני סבורה כי אין לתלות את זכותו של התובע לשיפוי במצבו הכספי, לאור העובדה שהתובע אוסף את זכותה של החברה והיא זו שעשויה ליהנות מפירותיה של התביעה.²⁴⁶ על כן, במצב הרגיל יש להכיר בזכותו של התובע לשיפוי בגין הוצאותיו כבר בשלב הראשוני, כאשר בית המשפט סבור כי יש בסיס סביר להגשתה של התביעה. מטעם זה אני סבורה גם כי אין להביא בחשבון את אחוז המניות המוחזקות בידי התובע לעניין קביעת זכותו לשיפוי בגין הוצאותיו בשלב הראשוני של אישור התביעה הנגזרת.²⁴⁷

באשר לכיסוי הוצאות התובע לאחר מתן פסק הדין בתביעה קובע חוק החברות כי:

"פסק בית המשפט בתביעה הנגזרת, ופסק הוצאות לטובת הנתבע, תשלם החברה את ההוצאות שנפסקו כאמור, אלא אם כן קבע מטעמים מיוחדים שיירשמו כי ההוצאות ישולמו בידי התובע, ורשאי הוא להטיל על החברה את תשלום הוצאותיו של התובע וכן רשאי הוא להטיל על התובע תשלום הוצאות שנגרמו לחברה, כולן או מקצן, בשים לב לפסק הדין וליתר נסיבות העניין".²⁴⁸

כאשר החברה זכתה בתביעה הנגזרת נראה שיש להכיר בזכותו של בעל המניות להחזר הוצאותיו.²⁴⁹ שאם לא כן תפיק החברה עושר ולא במשפט על חשבון בעל המניות. במקרה כזה ראוי שבית המשפט יעשה שימוש בסמכותו ויורה על החזרתן של ההוצאות שנגרמו לתובע עקב הגשת התביעה. אולם, יש לזכור שהחוק אינו מקנה זכות להחזר ההוצאות גם במקרה כזה, אלא העניין מסור לשיקול דעתו של בית המשפט.

היכולת הפיננסית לשאת בעלויות בתביעה הנגזרת לא תגרום בהכרח לשלילת הזכות לשיפוי, אולם זהו שיקול חשוב שמובא בחשבון על ידי בית המשפט בהחלטתו אם להעניק שיפוי בשלב שלאחר אישור הגשתה של תביעה נגזרת — *Turner v. Mailhot*, 22 B.L.R. 222, 50 O.R. (1985) 561 (2d).

Farrow v. Registrar of Building Societies [1991] 2 V.R. 589 245

לדעה דומה ראו *Q. Bu "The Indemnity Order in a Derivative Action" 27 Company Lawyer* (2006) 2, 6 246

גישה שונה נקט בית המשפט העליון באונטריו בעניין *Turner v. Mailhot*, *supra* note 244 247

סעיף 200 לחוק החברות, לאחר תיקונו באמצעות סעיף 43 לחוק לתיקון חוק החברות (מס' 3), תשס"ה-2005. 248

ראו בעניין סולימני, לעיל הערה 164. השוו באנגליה: *Wallersteiner v. Moir (No. 2)*, *supra*; note 238; ובארצות הברית: *Henn & Alexander*, *supra* note 76, §377. 249

כאשר מדובר בפסיקת הוצאות לטובת הנתבע, מכיר החוק לאחר התיקון ממרץ 2005 בכך שבדרך כלל ייעשה התשלום בידי החברה, אולם לבית המשפט יש שיקול דעת לקבוע במקרים מיוחדים כי יש טעמים מיוחדים להטלת החבות על מגיש התביעה הנגזרת לשאת בהוצאות הנתבעים. בכל הנוגע לכיסוי הוצאותיו של התובע עצמו משאיר התיקון לחוק את המצב שקדם לו ושהעניק שיקול דעת לבית המשפט בנידון זה.²⁵⁰

הוועדה האמריקנית שעסקה בנושא של משטר החברה המליצה לקבוע בחוק את זכותו של בעל מניות שהגיש תביעה נגזרת ושזכה בתביעה לכיסוי הוצאותיו הסבירות על ידי החברה.²⁵¹ הגם שהוועדה מציינת כי הסכום שישולם ייקבע על ידי בית המשפט, יש בהמלצותיה הכרה עקרונית בזכותו של התובע להחזיר הוצאותיו במקרה כזה. עוד קובעת הוועדה כי בכל מקרה לא יהיה הסכום המשולם בגין שכר טרחת עורך דין גבוה מחלק סביר של ערכו של הסעד (לרבות סעד לא כספי) שהושג על ידי התובע עבור החברה.²⁵²

בכל הנוגע לשכר הטרחה של עורך הדין בתביעה הנגזרת הוסיף תיקון מס' 3 לחוק החברות הוראה מיוחדת²⁵³ – סעיף 200א – ולפיה:

“(א) בית המשפט יקבע את שכר הטרחה של עורך הדין שייצג את התובע בתביעה הנגזרת; עורך הדין לא יקבל שכר טרחה בסכום העולה על הסכום שקבע בית המשפט.

(ב) שכר הטרחה ישולם על ידי החברה אלא אם כן קבע בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, כי על התובע לשלם את שכר הטרחה.”

נוסח החוק כפי שהתקבל שונה מהנוסח של הצעת החוק. הצעת החוק הציעה לקבוע בחוק כי במקרה שבית המשפט פסק לטובת התובע, הוא “יורה לחברה לשלם לעורך הדין שייצג את התובע שכר טרחה ראוי כפי שיקבע בית המשפט”²⁵⁴. בהתאם להצעה

250 החוק בניו זילנד קובע בעניין הוצאותיו של התובע, כי בית המשפט שאישר לבעל מניות או לדירקטור להגיש תביעה נגזרת יורה על תשלום הוצאותיו הסבירות כולן או חלקן, אלא אם כן סבור בית המשפט כי יהא זה בלתי צודק להטיל על החברה לשאת בהוצאות – Companies Act 1993 s. 166. לקושי במציאת נסיבות שבהן יהיה זה מוצדק שלא להטיל על החברה לשאת בהוצאות התביעה הנגזרת שהגשתה אושרה בידי בית המשפט ראו A. Hargovan “Under Judicial and Legislative Attack: The Rule in Foss v. Harbottle” 113 S. African L. J. 631, 648 (1996). החוק הקנדי מקנה אף הוא שיקול דעת לבית המשפט להורות לחברה על תשלום הוצאות משפט סבירות שהוציא התובע – Canada Business Corporations Act s. 240(d).

251 The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Proposed Final Draft, *supra* note 22, §7.17.

252 *Ibid*.

253 סעיף 44 לחוק החברות (תיקון מס' 3), תשס"ה–2005.

254 סעיף 34 להצעת חוק החברות (תיקון), התשס"ב–2002.

זו נשלל שיקול הדעת של בית המשפט באשר לשאלה אם לחייב את החברה בתשלום שכר הטרחה של עורך הדין של התובע כאשר ניתן פסק דין לטובת התובע, ושיקול דעתו של בית המשפט יצטמצם לגובה שכר הטרחה. הרציונל של הצעה זו הוא הרצון לעודד תובעים פוטנציאליים להגיש תביעות נגזרות, בידועם כי שכר טרחת עורך הדין ישולם אם יזכו בתביעה על ידי החברה.²⁵⁵ החוק כפי שהתקבל אינו מקנה זכות למגיש התביעה לקבל את שכר הטרחה ששילם לעורך הדין בכל המקרים, אלא מכיר בכך שבדרך כלל כזה יהא המצב, אולם לבית המשפט מוקנה שיקול דעת להטיל את תשלום הוצאות עורך הדין על התובע. במקרה כזה על בית המשפט לכתוב את הנימוקים המיוחדים שהביאו אותו לפסיקה זו.

השאלה היא האם יכיר בית המשפט בזכותו של בעל מניות להחזר הוצאות גם במקום שלא זכה בתביעה?

הפסיקה האנגלית לא תלתה את זכותו של בעל המניות להחזר הוצאותיו בתוצאות ההתדיינות, אלא בסבירות הגשתה של התביעה.²⁵⁶ הרציונל העומד ביסוד גישה זו היא המקסימה הידועה של החוק, שעל מי שעשוי ליהנות מהתביעה אם תצליח יהיה לשאת בנטל התביעה אם תכשל.²⁵⁷

ה-Model Business Corporation Act האמריקני מתלה את הטלתה של חובה על החברה לשאת בהוצאותיו של התובע בכך שההליכים הביאו לחברה תועלת ממשית.²⁵⁸ גם במקרה כזה החוק אינו מחייב את החברה בהחזר ההוצאות של התובע, אלא מקנה שיקול דעת לבית המשפט להורות לחברה לשלם לתובע את הוצאותיו (כולל שכר טרחת עורך הדין).

החוק הישראלי לא קבע מבחן ברור להכרעה בשאלת זכותו של התובע לקבל מימון של הוצאותיו והחזרן, אלא הפקיד בידי בית המשפט שיקול דעת רחב שבמסגרתו עליו להתחשב במכלול הגורמים הרלבנטיים.²⁵⁹ החוק אינו מתנה את החזר ההוצאות

255 ראו דברי ההסבר לסעיף 34 להצעת החוק.

256 *Wallersteiner v. Moir (No. 2)*, *supra* note 238.

257 *Wallersteiner v. Moir (No. 2)*, *ibid*, at p. 859.

258 Model Business Corporation Act §7.46(1).

259 השוו הכלל האנגלי, המקנה אף הוא שיקול דעת רחב לבית המשפט לחייב את החברה לשפות את מגיש התביעה בגין ההוצאות שהיו לו בהגשת התביעה — Civil Procedure Rules 1998, s. 19.9 (7). בדרך דומה הולך גם חוק החברות האנגלי הקובע סמכות רחבה לבית המשפט להורות על תשלום ההוצאות של בעלי המניות התובעים בתביעה נגזרת את הדירקטורים בגין מתן תרומות פוליטיות ללא אישור. החוק מתייחס הן להוצאות שהוצאו והן לכאלה שהתובעים עומדים להוציא ביחס להליכים שהם מנהלים — Companies Act 1985 s. 347J (2). שיקול דעת רחב בעניין ההוצאות נקבע גם בחוק הקנדי Canada Business Corporations Act s. 240(d). החוק האוסטרלי מקנה אף הוא שיקול דעת רחב לבית המשפט בנושא ההוצאות — Corporations Act 2001 s. 242. החוק הניו זילנדי מקנה גם הוא שיקול דעת רחב לבית המשפט, אולם הוא מנוסח באופן שמוטלת חובה על בית המשפט לחייב את החברה לשאת בהוצאות הסבירות של ההליכים, כולן או חלקן, אם התובע מבקש זאת, אלא אם כן סבור בית

בהצלחה בתביעה ומסמך את בית המשפט להורות על החזרת ההוצאות גם כאשר התביעה נכשלה אולם בית המשפט סבור כי היה בסיס סביר להגשתה. אכן, דין זה ראוי הוא באשר תביעה יכולה להיכשל מסיבות שונות, על אף שהיה בסיס סביר להגשתה. כך, למשל, יכולה התביעה להידחות עקב כך שבית המשפט ברוב דעות יאמץ פרשנות שונה מזו שעליה התבסס התובע בהסתמך על ייעוץ משפטי שקיבל. אפשרות אחרת היא שהתובע לא יצליח בסופו של דבר להוכיח את תביעתו עקב "היעלמות" של עדי מפתח, שעזבו לאחר הגשת התביעה את הארץ ולא ניתן לאתרם או להביאם ארצה לעדות וכיו"ב.²⁶⁰ גישה זו מעניקה תמריץ לבעל המניות להגיש תביעה נגזרת, ואילו התניית הזכות להחזר הוצאות בזכיה בתביעה עלולה לגרום לכך שבעל מניות לא יהיה מוכן ליטול על עצמו את הסיכון של הפסד כספי נוסף על הזמן שעליו להקדיש לעניין עקב גורמים שאינם בשליטתו.

כנגד הסמכות של בית המשפט להכיר בזכותו של התובע להחזר הוצאות מוקנית לו גם סמכות במקרים מתאימים לחייב את התובע לשלם לחברה את ההוצאות שנגרמו לה עקב ההליך. נראה שבית המשפט יעשה שימוש בסמכות זו כאשר יגיע למסקנה שלא היה בסיס להגשת התביעה או כאשר התביעה נוהלה בצורה לא ראויה שהיה בה כדי לגרום הוצאות מיותרות לחברה.²⁶¹ הוראה זו נועדה להרתיע תובעים פוטנציאליים מניצול לרעה של הליך התביעה הנגזרת על ידי הגשת תביעות חסרות הצדקה או על ידי ניהול לא נאות של ההליך.

המשפט שאין זה צודק שהחברה תישא בהוצאות — Companies Act 1993 s. 166. לאור ניסוח זה, הכלל הרגיל הוא החזר הוצאותיו של התובע והנטל להוכחת חוסר הצדק בהחזר ההוצאות מוטל על החברה.

260 לתמיכה בגישה זו ראו גם פרוקצ'יה, לעיל הערה 38, § 272.

261 החוק לא אימץ את גישתו של השופט לנדוי שנאמרה באמרת אגב בעניין סולימני, לעיל הערה 161, בע' 633, ולפיה "אם תביעה כזאת מתבררת בבית אחת, ולבסוף נכשל התובע בתביעתו, מן הראוי הוא, שיישא בהוצאות ההתדיינות, כמו כל תובע אחר, המפעיל את מנגנון בתי המשפט לשווא. קל וחומר מן הראוי הוא שיישא בהוצאות, אם הגיש את התביעה למטרה זרה של הפעלת לחץ על בעלי הרוכב בחברה; ואם יזכה בתביעה, המוגשת בשם החברה, אני מניח, שאפשר לחייב את החברה, אשר זכתה עקב מאמציו, שתשפה אותו על הוצאותיו". גישה זו נדחתה בפסק הדין של בית המשפט העליון בע"א 324/88, ברבלק נ' שביט, פ"ד מה(3) 562, 571 (להלן: עניין ברבלק). השופט גולדברג קובע שם כי "איני סבור, כי יש לפרש את דבריו של הנשיא לנדוי בע"א 52/79 כבאים ללמד, כי בכל מקרה בו תידחה התביעה הנגזרת מן הראוי הוא כי מי שהגיש את התביעה הוא גם שיישא בהוצאות ההתדיינות. אכן, זה הכלל לגבי מי ש"מפעיל את מנגנון בתי המשפט לשווא". אולם אין בכך לשלול את שיקול דעתו של בית המשפט להטיל במקרה ראוי גם את נטל ההוצאות על החברה שלמענה ולטובתה הוגשה התביעה, אף שנכשלה". חוק החברות מכיר אף הוא באפשרות שעל אף שהתובע הפסיד במשפט, תישא החברה בהוצאותיו. ה Model Business Corporation Act האמריקני מסמך אף הוא את בית המשפט לחייב את התובע לשאת בהוצאות סבירות של הנתבע וכן של כל צד אחר, כאשר התביעה הוגשה ללא בסיס סביר או למטרה פסולה — Model Business Corporation Act § 7.46(2)-(3).

3. תשלום האגרה

חוק החברות המקורי הסמיך את בית המשפט לאחר שאישר הגשתה של תביעה נגזרת "להורות על האופן והמועד לתשלום אגרת בית משפט, לרבות חלוקת תשלום האגרה בין התובע לבין החברה"²⁶². מכוח הוראה זו רשאי היה בית המשפט, כאשר מצא זאת לנכון, לדחות את מועד התשלום של האגרה וכן להטיל את תשלומה על החברה שעבורה מוגשת התביעה²⁶³. החוק המקורי בהקשר זה לא היה משיע רצון, כאשר לא נקבעה בו חובה על החברה לשאת בתשלום האגרה לאחר אישור בית המשפט בדבר ניהול התביעה הנגזרת. הטלת חובה כזו מתבקשת ממהותה של התביעה הנגזרת כתביעה של החברה. תיקון מס' 3 לחוק החברות מתקן את ההוראה הלקויה שהייתה כלולה בחוק המקורי בהפרידו בין השלב של הגשת הבקשה לאישור התביעה הנגזרת לבין השלב שלאחר אישור הבקשה. בשלב הראשוני של הגשת הבקשה על התובע לשאת בחלק מאגרת בית המשפט²⁶⁴. שיעורו של חלק זה נמסר לקביעתו של השר²⁶⁵. מטרת החיוב בתשלום אגרה היא כפולה:

1. תשלום בגין השירות שניתן על ידי בית המשפט²⁶⁶;
2. מניעת ניצולו לרעה של ההליך השיפוטי באמצעות הגשת תביעות סרק או תביעות מוגזמות²⁶⁷.

על כן, בשלב הראשוני שלפני אישור הגשתה של התביעה הנגזרת, על מגיש הבקשה לאישור הגשת התביעה הנגזרת מוטלת חובה לשלם אגרה בשיעור שייקבע. קודם לתיקון החוק נתגלעו בהקשר זה חילוקי דעות בפסיקה המחוזית בשאלה אם יש להטיל על מגיש הבקשה לאישור התביעה הנגזרת חובת תשלום אגרה. השופט שפירא מבית המשפט המחוזי בירושלים קבע כי על התובע לשלם בעצמו את האגרה לצורך הגשת

²⁶² סעיף 199(1) לחוק החברות.

²⁶³ לפני הקניית סמכות כזו בחוק החברות היה על התובע לשאת בעלות של האגרה, כאשר לבית המשפט הייתה סמכות לאחר מכן לחייב את החברה בהחזר הוצאותיו של התובע. ראו רע"א 1470/97 י.א.צ. השקעות ונכסים בע"מ נ' זלינגר, תק"על 97(2) 550 (להלן: עניין זלינגר).

²⁶⁴ תקנה 2 לתקנות בית משפט (אגרות), התשמ"ח-1987 מתנה את היזקקותו של בית המשפט להליך בתשלום האגרה לגביו, אלא אם כן הוקנה למגיש ההליך פטור מהתשלום. בלשון התקנה: "לא ייזקק בית משפט לכל הליך, אלא אם כן שולמה בעד הסעד המבוקש בו האגרה הקבועה בתוספת הראשונה ואגרת הפרוטוקול כאמור בתקנה 12א, או שמביא ההליך פטור מתשלום אגרה". תקנה 4 לתקנות בית משפט (אגרות), התשמ"ח-1987 קובעת כי: "המביא הליך לפני בית משפט בכתב או הדורש אותו בעל פה, ישלם את האגרה שיש לשלמה בעד אותו הליך עם הבאתו או דרישתו לראשונה, והוא כשאינן הוראה אחרת בתקנות אלה".

²⁶⁵ סעיף 199(א) לחוק החברות, כפי שתוקן באמצעות סעיף 142(1) לחוק המתקן ממרץ 2005.

²⁶⁶ ע"א 155/75 פקיד השומה נ' להד, פ"ד כט(2) 505, 506; בש"א 195/88 מדינת ישראל נ' הופר, פ"ד מב(3) 32, 40.

²⁶⁷ המ' 502/59 בנין וביצוע נ' קסתיאל, פ"ד יד 675, 677.

הבקשה הראשונית לאישור הגשתה של תביעה נגזרת, שכן בית המשפט לא ייזקק כלל להליך אם לא שולמה האגרה²⁶⁸. כנגד גישה זו קבעו השופט ישעיה²⁶⁹ והשופט בנימיני²⁷⁰ מבית המשפט המחוזי בתל אביב כי לאור אופיו של הליך התביעה הנגזרת ובהיעדר התייחסות של חוק החברות לאגרה של הבקשה הראשונית לאישור הגשת התביעה הנגזרת, יש להסיק היעדר חבות בתשלום האגרה עבור הגשת הבקשה לאישור הגשתה של תביעה נגזרת²⁷¹. התיקון לחוק החברות תומך כאמור בגישה הראשונה. גישה זו תואמת גם את גישתו של בית המשפט העליון בכל הנוגע לחיוב בתשלום אגרה קודם לחקיקתו של חוק החברות²⁷².

לאחר אישור בית המשפט להגשת התביעה הנגזרת קובע החוק לאחר תיקונו, כי על החברה להשיב לתובע את האגרה ששילם, כלומר שיקול הדעת שהוקנה לבית המשפט בחוק המקורי בוטל ובמקומו הוטלה על החברה חובה השבה²⁷³. כמו כן, מטיל החוק על החברה לשלם את יתרת אגרת בית המשפט בשל התביעה הנגזרת באופן ובשיעור שקבע השר²⁷⁴. עוד מוסיף החוק המתקן, כי "על אף האמור בכל דין אי תשלום יתרת אגרת בית המשפט לא יעכב את הדיון בתביעה"²⁷⁵. מטרתה של הוראה זו למנוע את סיכול הגשת התביעה הנגזרת על ידי החברה באמצעות אי תשלום האגרה.

4. גמול לתובע

תמריץ חשוב להגשת תביעה נגזרת הוא קבלת גמול בגין הגשת התביעה. בחברות גדולות, שבהן אחוז החזקתו של בעל המניות אינו גדול, אין די בהחזר הוצאותיו של בעל המניות התובע כדי להוות תמריץ מספיק להגשת תביעה נגזרת. בחברות כאלה

268 ת"א (י"ם) 6108/04, בש"א 5044/04 שור נ' ארז טכנולוגיה פורנויות בע"מ ואח', דינים מחוזי כרך לד (8) 606 (פסק דין מיום 3.12.04). חריגים לכלל זה נקבעו בתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ז-1984, ואלה אינם כוללים בקשה לאישור הגשתה של תביעה נגזרת.

269 ראו בעניין שטרית, לעיל הערה 87.

270 ת"א (ת"א) 1267/03, בש"א 8380/05 בורכוב ואח' נ' להבה חתמים בע"מ ואח' (החלטה מיום 22.5.05).

271 השופט ישעיה סבר כי התוצאה שאליה הגיע אינה ראויה, והוא קרא לשינוי חקיקתי, באומרו: "עם זאת, מוצא אני לנכון להעיר כי מן הראוי שמתקין התקנות יקבע, במסגרת תקנות בית המשפט (אגרות), שיעור אגרה, ולו מינימלי, שעל מגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת לשלם, על מנת שלא ייווצר מצב אבסורדי שבגין הליך מעין זה יהיה פטור המבקש מתשלום אגרה כלשהי. אין לכך הצדקה והפטור אינו תואם את מדיניות מחוקק המשנה, על פיה נקבעה אגרה, ולו מינימלית, לגבי כל הליך המוגש לבית המשפט." עניין שטרית, לעיל הערה 87.

272 ראו פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין זלינגר, לעיל הערה 263.

273 סעיף 199(ב) לחוק, כפי שתוקן באמצעות סעיף 42(2) לחוק המתקן ממרץ 2005.

274 שם, שם.

275 שם, שם.

דרוש תמריץ נוסף בצורת הענקת חלק מפירות התביעה לתובע. תמריץ כזה הוכר בחוק החברות. סעיף 201 לחוק החברות קובע כי:

"פסק בית המשפט לטובת החברה, רשאי הוא להורות על תשלום גמול לתובע, שטרם בהגשת התביעה הנגזרת ובהוכחתה."

תנאי למתן גמול לתובע הוא זכייה בתביעה. החוק מקנה לבית המשפט שיקול דעת בכל הנוגע להיקף הגמול.²⁷⁶

למעט תמריץ זה, החוק אינו מאפשר להורות על תשלום הפיצוי במישרין לבעל המניות התובע במקום לחברה, וזאת גם כאשר המעוולים הם חלק מבעלי המניות בחברה, כאשר יש בהענקת הפיצוי לחברה כדי מתן טובת הנאה עקיפה לבעלי מניות "אשמים" או "windfall" לאלה שרכשו את מניותיהם מהמעוולים, או כאשר החברה אינה עוד עסק חי; מקרים שבהם ניאוחו בתי המשפט בארצות הברית להורות על תשלום הפיצוי לבעלי המניות יחסית לאחוז החזקתם במניות החברה.²⁷⁷ חוק החברות הקנדי מקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב להורות שסכום כלשהו שעל הנתבע לשלם יועבר, באופן מלא או חלקי, ישירות לבעל מניות בהווה או בעבר במקום לחברה.²⁷⁸ הוראה דומה כלולה גם בחוק הניו זילנדי.²⁷⁹

ההסדר שנקבע בחוק הישראלי בהקשר זה נראה לי ראוי. אין מקום לסטות בהקשר זה מהדין הכללי, שלפיו הצד שניזוק הוא הזכאי לפיצוי. באמצעות הפיצוי יוחזר מצב החברה לקדמותו, ובכך יבוא גם העוול שנעשה לבעלי המניות על תיקונו. הטענה שגם המעוולים עצמם ייהנו מכך, בהיותם בעלי מניות בחברה, מתעלמת מכך שהם אלה אשר צריכים לשאת במלוא הנזקים. העובדה שחלק מהפיצוי יחזור בסופו של דבר אליהם נובעת מהיותם בעלי מניות בחברה, ואין מקום "להענישם" פעמיים. כמו כן, יש לזכור שהמעוולים הם אלו שיצטרכו לשאת בהוצאות התביעה, הן אלה של בעל המניות והן של עצמם.

²⁷⁶ ראו המלצתו של פרופ' פרוקצ'יה להענקת 25% מפירות התביעה — לעיל הערה 38, § 271. ²⁷⁷ Henn & Alexander, *supra* note 76, § 373. הוועדה שמונתה בארצות הברית בעניין משטר החברה המליצה לקבוע שבדרך כלל הפיצוי בתביעה הנגזרת ישולם לחברה בלבד — The American Law Institute Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations Proposed Final Draft, *supra* note 76, § 7.16. אולם, הוועדה המליצה להסמיך את בית המשפט בתביעה נגזרת שנובעת מהפרת חובה על ידי נושאי משרה להורות שכל הפיצוי או חלקו ישולם במישרין לבעלי מניות אינדיבידואלים על בסיס יחסי (pro-rata) כאשר הוא מוצא זאת לצורך בנסיבות ולאחר הפרשה מתאימה עבור הנושים של החברה — *ibid.*, § 7.18(e). גם באנגליה, בדומה לישראל, נדחתה אפשרות כזו לתשלום ישיר לבעלי מניות אינדיבידואליים. ראו Boyle, *supra* note 88, at p. 84. לתמיכה במתן אפשרות כזו ראו Boyle, *ibid.*, at pp. 84–85.

²⁷⁸ Canada Business Corporations Act s. 240(c).

²⁷⁹ Companies Act 1993 s. 167(d).

אשר לבעלי מניות שמבקשים להחזיר לעצמם חלק מהסכום ששילמו עבור המניות: אם בעלי מניות כאלה הם רק חלק מבעלי המניות בחברה, הנאתם היא רק תוצאה נלווית מהיתרון שיפיקו מכך נושי החברה ובעלי מניותיה האחרים. כאשר בעלי המניות שמגישים את התביעה הם השולטים בחברה אין הם זקוקים למכשיר של תביעה נגזרת לשם הגשת התביעה, אלא ידאגו לכך שהתביעה תוגש באמצעות אורגן מוסמך של החברה, כפי שנעשה הדבר במקרה של *Regal*²⁸⁰.

גם ההסמכה המקובלת בארצות הברית ליתן פיצוי ישיר לבעלי המניות כאשר החברה אינה מהווה עוד עסק חי²⁸¹ אינה מקובלת עליי. גישה זו מושתתת על כך שבעלי המניות האחרים בחברה הסכימו למעשי הנתבעים או שוויתרו על זכויותיהם בהליכים שהוגשו על ידי התובעים עקב אי הצטרפותם אליהם²⁸². עם כל הכבוד, אין גישה זו מקובלת עליי. בהיות התביעה הנגזרת במהותה תביעה של החברה, אין צורך לחייב את בעלי המניות האחרים להצטרף אליה כדי ליהנות מפירותיה. כיוון שבעלי המניות תובעים בתביעה הנגזרת בגין נזק שנגרם לחברה, יש להעביר את הפיצויים הנפסקים לחברה. הגישה המעניקה את פירות התביעה לתובעים גורמת להתערבות בסדר העדיפויות בחלוקת נכסי החברה, אם זו תגיע לכדי פירוק. אם יש לחברה נושים, הם זכאים ליהנות מהפיצויים המגיעים לחברה בגין הנזקים שנגרמו לה לפני בעלי המניות. כאשר אין לחברה נושים, תשלום הפיצויים לחברה יביא בסופו של דבר לחלוקתם בהתאם לזכויות הצמודות למניות.

ז. היבטים דיוניים

1. צירוף החברה כנתבעת

הגם שבמהותה התביעה הנגזרת היא תביעה של החברה, מאחר שלא ניתן לצרף תובע ללא רצונו מצורפת החברה לתביעה כנתבעת²⁸³. צירוף החברה להליכים חיוני כדי להקנות לה את פירות התביעה וכדי ליצור מעשה בית דין לגביה.

²⁸⁰ ראו לעיל הערה 34.

²⁸¹ *Bailey v. Jacobs*, 189 A. 320 (1937).

²⁸² *Ibid*, at p. 330.

²⁸³ למרות שהחוק אינו מתייחס לכך, כך הדין גם לאחר תחילתו, לאור החיוניות בצירוף החברה כנתבעת כמבואר בטקסט. הדין האנגלי מחייב אף הוא צירוף החברה כנתבעת בתביעה הנגזרת – Australian Civil Procedure Rules 1998 r. 19.9(2). כזהו הדין גם באוסטרליה – *Corporation Law, Principles and Practice*, *supra* note 29, §3.4.0010. בשלב שלאחר תחילת הדיון בתביעה הנגזרת, כאשר החברה היא צד להליכים כנתבעת, שוב אין היא יכולה לאמץ לעצמה את התביעה הנגזרת, כאשר הדין הקיים אינו מכיר בפרוצדורה שלפיה הופך הנתבע את עורו ומופיע כתובע. במילים אחרות: החלטת החברה על ידי אורגן מוסמך שלה

2. הליך מקדמי

קודם לחוק החברות עמדה לדיון בפסיקה השאלה אם יש לדון בשאלת זכות העמידה של בעל המניות בהגשת התביעה בהליך מקדמי ונפרד, או שמא יש לברר שאלה זו במהלך הדיון בתביעה גופה?

בשאלה זו נתגלעו חילוקי דעות בבית המשפט העליון בעניין סולימני נ' בראונר²⁸⁴. בעוד שהשופט אלון צידד בקיומו של הליך נפרד, שבמסגרתו תתברר תחילה זכות עמידתו של התובע להגיש תביעה²⁸⁵, שלל הנשיא לנדוי את פיצול הדיון וצידד בדיון בהליך כולל במסגרת של תובענה רגילה²⁸⁶. השופט ח' כהן סבר כי שתי הדרכים לגיטימיות. כל אחת מהדרכים האפשריות זכתה אפוא לתמיכה של שני שופטים ללא הכרעה בדבר עדיפותה של אחת הדרכים²⁸⁷. הגישה שהתקבלה בסופו של דבר בפסיקה הייתה של דיון בשאלת הזכות להגיש תביעה כשאלה מקדמית במסגרת התביעה עצמה²⁸⁸. הלכה זו תואמת את הגישה המקובלת באנגליה²⁸⁹, והיא נקלטה גם בחוק

לנהל את התביעה עשויה להתקבל בשלב שלפני ניהול התביעה הנגזרת. החלטה של אורגן מוסמך להגיש את התביעה בשם החברה לפני הגשת התביעה הנגזרת שוללת את זכותו של בעל המניות להגיש תביעה כזו, שכן התביעה הנגזרת אפשרית רק כשאורגן מוסמך אינו תובע בשם החברה. החלטה של אורגן מוסמך להגיש את התביעה בשם החברה לאחר הגשת התביעה הנגזרת – ולפני הדיון בה – תגרום לכך שבית המשפט ידחה את התביעה הנגזרת מהטעם האמור. משהוגשה התביעה הנגזרת והחלה להתברר לפני בית המשפט – לא פתוחה עוד הדרך לפני החברה לדחוק את רגלי התובע. אינני שותפה לכך להמלצתו של פרופסור א' פרוקצ'יה שלפיה "מוצע כי החברה לא תוכל לדחוק את רגליו של בעל המניות התובע, ובכך לא תוכל עוד לכפות עליו תוצאותיה של קנונייה. מצד שני, היא תהיה גם בת חורין להצטרף לתביעה כתובעת, ובכך תחסן את עצמה מפני ניהול כושל של התיק" (לעיל הערה 38, §265). אני סבורה כי אם אורגן מוסמך של החברה מחליט על הגשת תביעה בשמה, אין מקום לתביעה נגזרת. בשלב שלאחר תחילת הדיון בתביעה אין החברה יכולה להפוך לתובעת. בהיותה צד להליך, היא יכולה להביא לפני בית המשפט את כל הראיות התומכות בקבלת התביעה, משום שעל אף היותה נתבעת מבחינה פורמלית, מובן שמבחינה מהותית יש לסווגה כתובעת. הצעתו של פרופסור פרוקצ'יה לאפשר לחברה להצטרף כתובעת בתביעה הנגזרת לא התקבלה בחוק החברות. החוק אינו מקנה זכות כזו לחברה, וכיוון שהדין הכללי אינו מכיר בזכותו של נתבע להפוך לתובע, הרי שאין אפשרות חוקית כזו.

284 לעיל הערה 164.

285 שם, בע' 625–627.

286 שם, בע' 631–633.

287 בקשה לדיון נוסף בסוגייה נדחתה על ידי השופט י' כהן בד"נ 33/80 בראונר נ' סולימני (לא פורסם).

288 ראו בעניין ברבלק, לעיל הערה 261.

289 *Prudential Assurance Co. Ltd. v. Newman Industries (No. 2)*, *supra* note 4, at p. 365; *Estmanco (Kilner House) Ltd. v. Greater London Council*, *supra* note 142 שפותחה בפסק הדין בעניין *Wallersteiner v. Moir (No. 2)*, *supra* note 239 ושעליה הסתמך השופט אלון בעניין סולימני, לעיל הערה 164, אינה מתייחסת לדרך פתיחת ההליך, אלא להבטחת החזר הוצאותיו של התובע.

החברות. היא מבטאת הלכה ראויה, באשר בהפרדת ההליך שדן בזכות העמידה של התובע מההליך הכללי של התביעה גופה יש כדי לגרום לדיונים מיותרים.²⁹⁰ עם זאת, יכולים הנתבעים לבקש מבית המשפט למחוק את התביעה על הסף.²⁹¹ בית המשפט ייעתר לבקשה זאת אם יתברר לו כי אפילו יוכיח התובע את העובדות הנטענות בכתב התביעה – אין בסיס לתביעתו.²⁹² במסגרת זו יבדוק בית המשפט גם את שאלת זכות העמידה של התובע ואת קיומה של עילת תביעה לחברה. אם יגיע בית המשפט למסקנה, כי אפילו יוכיח התובע את הנטען בכתב התביעה – אין זה ראוי לאפשר לו לתבוע בשם החברה, תימחק התביעה בשלב המקדמי.²⁹³

3. תמיכת הבקשה בתצהיר של התובע

הבקשה לאישור התביעה הנגזרת חייבת להיות נתמכת בתצהיר מכוח תקנה 241 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. על התצהיר להיות מוגש על ידי בעל המניות או על ידי הדיקטור שמגיש את הבקשה. מטעם זה פסל בית המשפט תצהיר שהוגש על ידי בנה של המבקשת, שהייתה בעלת מניות בחברה, בעוד שבנה לא היה בעל מניות או דיקטור בחברה, וזאת על אף העובדה שהוא זה שפעל מטעמה בקשר לרכישת המניות בחברה.²⁹⁴ בית המשפט קבע, כי על מגיש הבקשה לתמוך אותה בתצהיר שלו גם כאשר יש מישור אחר היודע את העובדות בצורה טובה יותר.²⁹⁵

4. חיוב בנתינת ערובה

כדי למנוע תביעות סרק מסמיך חוק החברות את בית המשפט להטיל על החברה להפקיד ערובה לכיסוי הוצאות הנתבע.²⁹⁶ בעוד שחוק החברות המקורי הקנה לבית

290 ראו גם לציין, כי פיצול הדיון לשני הליכים מקנה זכות לנתבעים לערער על החלטת בית המשפט להכיר בזכות התביעה של בעל המניות. לעומת זאת, הכרעה בשאלה בשלב מקדמי במסגרת התביעה העיקרית איננה מקנה זכות ערעור לנתבעים, אלא עליהם לקבל רשות מבית המשפט לשם כך. הדרך הראשונה יש בה אפוא כדי להאריך את משך הדיונים, מצב שאיננו רצוי. ראו גם ס' גולדשטיין "תביעה נגזרת: דרכי פתיחתה וניהולה" משפטים יד (תשמ"ד-מ"ה) 48, 81.

291 תקנה 100(1) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

292 י' זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה חמישית, 1986) §§ 307-316.

293 ראו גישתו של גולדשטיין, לעיל הערה 290, בע' 61-67, המצדד בבדיקה טרומית של זכות העמידה של התובע ושל עילת התביעה בצורה מעמיקה ומחמירה יותר מאשר בבדיקה הנערכת לפי הכללים המקובלים למחיקה רגילה.

294 ראו בעניין בן-ארי, לעיל הערה 171.

295 שם, בפסקה 28.

296 סעיף 199(3) לחוק החברות. השוו הסמכות הכללית מכוח תקנה 519(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, הקובעת: "בית המשפט או הרשם רשאי, אם נראה לו הדבר, לצוות על תובע ליתן ערובה לתשלום כל הוצאותיו של נתבע".

המשפט סמכות לחייב גם את התובע במתן ערובה, ביטל המחוקק סמכות זו בתיקון ממרץ 2005.²⁹⁷ מטרת התיקון היא למנוע הרתעה של תובעים פוטנציאליים מהגשת תביעה נגזרת.

החוק אינו מחייב את החברה בכל המקרים בהפקדת ערובה כאשר מוגשת תביעה נגזרת בשמה, אלא מקנה לבית המשפט שיקול דעת בעניין. על בית המשפט להימנע מלהטיל על החברה חובה להפקדת ערובה לכיסוי הוצאות הנתבע כאשר אין ביכולתה הפיננסית של החברה לעמוד בכך ומצבה זה נובע מהתנהגותו של הנתבע שמהווה את העילה להגשת התביעה הנגזרת. סיטואציה כזו אירעה במקרה של *Giles v. Rhind*,²⁹⁸ שבו הפרת חובתו של הנתבע גרמה לכך שהחברה הגיעה לכדי חדלות פירעון. דרישת הפקדת ערובה על ידי החברה במקרה כזה תגרום להענקת חסינות לנתבע מפני תביעה בגין הנזק שגרם.²⁹⁹

גם בארצות הברית חל שינוי בגישת הדין בכל הנוגע לחיוב במתן ערובה על ידי בעל המניות התובע. הגישה שהייתה מקובלת בארצות הברית ושנבעה מהגרסה הקודמת של סעיף 49 של ה-Model Business Corporation Act הסמיכה את בית המשפט לחייב את התובע במתן ערובה, כאשר החזיק בכמות קטנה של מניות מזו הקבועה בחוק. הרציונל לכך הוא שפחות צפוי שבעלי מניות שמחזיקים בכמות גדולה של מניות יגישו תביעה נגזרת כדי להפיק רווח אישי.³⁰⁰ גישה זו שונתה בגרסה החדשה של ה-Model Business Corporation Act, שדוחה את השימוש במכשיר של ערובה כדי למנוע תביעות סרק. הוועדה האמריקנית בעניין משטר החברה המליצה לא לקבוע חיוב מיוחד על תובע כתביעה נגזרת למתן ערובה, אלא להשאיר את ההסדר הנוהג לגבי תביעות אזרחיות בדרך כלל.³⁰¹ חיוב כזה אינו מקובל היום במרבית המדינות

297 סעיף 42(3) לחוק המתקן. השוו גם החוק הקנדי הקובע כי התובע אינו נדרש להמציא ערובה להוצאות בהגישו תביעה נגזרת — Canada Business Corporations Act s. 242(3).

298 *Supra* note 4.

299 כאמור, באותו מקרה הוטלה חובת הערובה כאשר התביעה הוגשה בשם החברה. התביעה שהוגשה לאחר מכן על ידי בעל מניות לא הוגשה כתביעה נגזרת. ראו לעיל, טקסט בסמוך להערות 13–19.

300 Henn & Alexander, *supra* note 76, §372. למינימום המקובל, ראו *ibid.*, f.n. 3. החוק בקליפורניה, לעומת זאת, אינו מתנה את סמכות בית המשפט לחייב את בעל המניות בנתינת ערובה בגודל החזקת המניות שבידיו: Calif. Corp. Code. §800(c)–(f). החוק בקליפורניה קובע גם מקסימום של סכום הערבות — 50,000 דולר — s. 800(d). בהעדר הגבלה כזו דרשו בתי המשפט בארצות הברית סכומים גבוהים לערובה, שהגיעו עד כדי 150,000 דולר — Henn & Alexander, *ibid.*, f.n. 14. החוק Model Business Corporations Act בגרסתו החדשה מ-1984 ביטל את ההוראה הנוגעת לערובה — ראו דברי ההסבר לביטול *ibid.*, at pp. 719–720. לגישה השוללת חיוב בערובה ראו ברק, לעיל הערה 36, בע' 504.

301 The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Proposed Final Draft, *supra* note 22, § 7.04(c).

בארצות הברית³⁰². גם בקנדה קובע החוק מפורשות היעדר צורך במתן ערובה על ידי התובע כתביעה נגזרת³⁰³.

5. אישור בית המשפט לסיום ההליך

כדי למנוע ניצול לרעה של הליך התביעה הנגזרת דורש החוק את אישורו של בית המשפט בכל מקרה של סיום התביעה הן בדרך של הסתלקות התובע מהתביעה והן בדרך של הסדר או פשרה³⁰⁴. לתביעה הנגזרת שלושה צדדים: התובע, הנתבע והחברה. הלכה למעשה, שני הראשונים יכולים להעביר את הוצאות ההתדיינות על החברה, וזאת על ידי השגת פשרה שמיטיבה עם האינטרסים שלהם אך לא עם אלו של החברה³⁰⁵. התובע עלול להציע פשרה בסכום נמוך עם שכר טרחה גבוה³⁰⁶ והחברה תהיה מעוניינת בקבלת הצעה זו כדי לחסוך את העלויות הכרוכות בהמשך ההתדיינות³⁰⁷. כיוון שהחברה

³⁰² Ibid, comment g., at p. 679.

³⁰³ Canada Business Corporations Act s. 242(3).

³⁰⁴ סעיף 202 לחוק. השוו גם דרישה דומה בחוק האנגלי המתייחס לתביעה נגזרת בגין מתן תרומות פוליטיות ללא אישור כפי שנקבעה ב- (8) 3471 Companies Act 1985 s. וכן המלצת הוועדה האנגלית §6.107 (1997) Shareholder Remedies Cm 3769. דרישה לאישור בית המשפט לסיום התביעה הנגזרת מקובלת גם בחוקי החברות של מדינות אחרות: החוק האוסטרלי — Corporations Act 2001 s. 240; החוק הניו זילנדי — Companies Act 1993 s. 168; החוק הקנדי — Canada Business Corporations Act s. 242(2); חוק החברות בניו יורק N.Y. Bus. Corp. Law §626(d). דרישה דומה כלולה גם ב- §7.45 Model Business Corporation Act. להמלצה לאישור פשרה על ידי בית המשפט ראו גם The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Proposed Final Draft, *supra* note 22, §7.14. על פי המלצות הוועדה יאשר בית המשפט את הפשרה המוצעת אם המאזן של האינטרסים של החברה מצדיק את האישור והפשרה מתיישבת עם תקנת הציבור. בהערכה של פשרה מוצעת, על בית המשפט לתת משקל מיוחד לרווח נטו לחברה, כולל אלמנטים כספיים ולא כספיים — *ibid*, §7.14(b). הוועדה ממליצה גם לדרוש את אישור בית המשפט לפשרה שאושרה על ידי הדירקטוריון או ועדה שלו ללא הסכמת התובע — *ibid*, §7.15.

³⁰⁵ לחשיבות הביקורת השיפוטית על הפשרה המוצעת ראו גם *Saylor v. Lindsley*, 456 F.2d 896 (1972).

³⁰⁶ כך למשל הגיעו הצדדים לפשרה במקרה של *Felzen v. Andreas* 134 F.3d 873 (1998), שלפיה ישלמו הנתבעים, נושאי משרה בחברה שביצעו פשעים על פי החוק הפדרלי ושגרמו לחברה עקב כך נזק של 190 מיליון דולר, סכום של 8 מיליון דולר, כאשר כמעט מחצית הסכום נמסר לעורכי הדין בגין שכר הטרחה שלהם. ראו R. Falk "May a Shareholder Who Objects to a Proposed Settlement of a Derivative Action Appeal an Adverse Decision? A Report on California Public Employees' Retirement System v. Felzen" 25 *Del. J. of Corp. L.* 235, 259 (2000).

³⁰⁷ מרבית התביעות הנגזרות בארצות הברית שלא הסתיימו בפשרה נפסקו לטובת הנתבעים, דבר שיכול ללמד על כך שמרבית התביעות הוגשו רק לצורך השגת פשרה. ראו לעניין זה Munson, *supra* note 61, at p. 460. בעיה דומה קיימת גם בתובענות ייצוגיות. ראו כהן, לעיל הערה 108, בע' 68.

מחויבת בתוצאות ההתדיינות המהוות מעשה בית דין לגביה, נתינת יד חופשית ללא פיקוח בנושא זה עלולה להביא לניצולו לרעה על ידי התובע, שבאמצעות קנוניה עם הנתבע יביא את התביעה לסיום בסכום נמוך יחסית, תמורת טובת הנאה לתובע. על כן דורש החוק את אישורו של בית המשפט לכל פשרה או הסדר המביאים לידי סיום של התביעה הנגזרת. מטעם זה דורש גם החוק האמריקני את אישורו של בית המשפט לצורך סיום ההליך של התביעה הנגזרת שלא בדרך של פסק דין.³⁰⁸

החוק מחייב לפרט בבקשה לאישור את כל פרטי ההסדר או הפשרה לרבות כל תמורה המוצעת לתובע.³⁰⁹ בכך מוקנית לבית המשפט סמכות של פיקוח המאפשרת לו לבדוק את מהותם של הפשרה או ההסדר ולסלק הסדרים או פשרות בלתי ראויים.³¹⁰

בהפעלת שיקול דעתם על בתי המשפט להתחשב בשיקולים הבאים: גודל הפיצוי האפשרי של החברה ביחס לסכום של הפשרה המוצעת; תועלת אחרת שמפיקה החברה מהפשרה המוצעת; הסיכוי שהחברה תזכה בתביעה; השלב שבו מתבקש אישור הפשרה; העלויות של המשך ההתדיינות; הסולבנטיות של הנתבעים.³¹¹

על שיקולים אלה עומד בית המשפט הפדרלי בארצות הברית:

"The principal factor to be considered in determining the fairness of a settlement concluding a shareholders' derivative action is the extent of the benefit to be derived from the proposed settlement by the corporation, the real party in interest. The adequacy of the recovery provided the corporation by the settlement must be considered in the

308 Federal Rule of Civil Procedure rule 23.1

309 סעיף 202 לחוק.

310 השוו סמכות בית המשפט לאישור פשרה בתובענה הייצוגית. ראו לעניין זה כהן, לעיל הערה 108, בע' 136–139.

311 ראו גם Henn & Alexander, *supra* note 76, §378. הוועדה שמונתה על ידי ה-American Law Institute בעניין משטר החברה המליצה בטיוטה מוקדמת של המלצותיה להתחשב גם בשיקולים הבאים: (1) ערך הצעדים המתקנים או הסעד הבלתי כספי על פי הפשרה; (2) ההשפעה ההרתעתית של הפשרה ביחס לסוג ההתנהגות הנדונה; (3) הפחתת הסכום עקב שכר טרחה לעורכי הדין או תשלומי שיפוי שתעשה החברה; (4) האפשרות שתובעים אחרים ינהלו את התביעה או את חלקה בצורה טובה יותר; (5) גורמים אחרים שבית המשפט ימצאם כחשובים להערכה של הפשרה המוצעת: The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations Tentative Draft No. 8 (1988) §7.13. בטיוטה מס' 9 להמלצות כלולה הוראה כללית המשמיטה את הפירוט האמור של השיקולים, ולפיה יאשר בית המשפט פשרה מוצעת אם מאזן האינטרסים של החברה מצדיק אישור והפשרה תואמת את תקנת הציבור. בהערכת הפשרה המוצעת רשאי בית המשפט להתחשב בכל הגורמים הרלבנטיים, אולם הוא ישים דגש ראשוני על התועלת לחברה – Tentative Draft No. 9 (1989) §7.13. ההוראה הכללית הוכנסה גם לטיוטה הסופית של ההמלצות: The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Proposed Final Draft, *supra* note 22, §7.14.

light of the best possible recovery, of the risks of establishing liability and proving damages in the event the case is not settled, and of the cost of prolonging the litigation"³¹².

כאמור, בבדיקת התועלת שמפיקה החברה מהפשרה המוצעת יש להתחשב לא רק בתועלת כספית שמפיקה החברה אלא גם בכל תועלת אחרת כגון שינויים מבניים של משטר החברה³¹³. במקרה כזה, על בית המשפט לבדוק היטב את השינויים המוצעים כדי לוודא אם אין בכך כסות עיניים שנועדה להכשיר את סיום התביעה תוך מתן טובת הנאה לעורך הדין שמייצג את מגיש התביעה בלבד, כדברי בית המשפט הפדרלי בארצות הברית:

"But the difficulty in valuing therapeutic relief poses significant risks. Parties may capitalize on the valuation problem and exchange cosmetic 'reforms' for plaintiffs' fees, concealing a collusive settlement"³¹⁴.

מחקרים אמפיריים בארצות הברית הראו, כי בחלק ניכר של הפשרות בתביעות נגזרות התועלת של החברה אינה כספית³¹⁵. במקרים כאלה יש קושי לבדוק את היחס בין שכר הטרחה המוסכם שיקבלו עורכי הדין לבין התועלת שמפיקה החברה מהתביעה. הניסיון האמריקני מלמד, כי בתי המשפט נוהגים לאשר פשרות בתביעות נגזרות גם

³¹² Shlensky v. Dorsey, 574 F.2d 131, 147 (1978).
³¹³ ראו התחשבות בשיקול זה בפסק הדין של 1311, 2 F.3d 1304, Bell Atl. Corp. v. Bolger, (1993). בית המשפט לערעורים אישר במקרה זה פשרה בתביעה נגזרת למרות שלחברה ניתן סעד לא כספי בלבד, הדירקטורים קיבלו חסינות מתביעה בגין התנהגותם ועורך הדין של התובעים זכה לשכר טירחה נכבד, וזאת עקב כך שהחברה קיבלה סעד של שינויים מבניים במשטר החברה. כמו כן, לקח בית המשפט בחשבון את השיקולים שהסיכוי להצלחה בתביעה היה לא בטוח וכן שפחות מ-30 בעלי מניות מתוך קרוב ל-1.1 מיליון בעלי מניות התנגדו לפשרה. ראו גם 1075 F. 2d 726, In re General Tire & Rubber Co., Securities Litigation, (1984). במקרה זה התועלת של החברה על פי הפשרה התבטאה בהוראה שחייבה מינוי לשלוש שנים של שני דירקטורים חיצוניים לדירקטוריון של חברת הבת, ועורכי הדין של התובעים קיבלו שכר טרחה של \$500,000 — *ibid*, at p. 1079. במקרה אחר, רכשה חברת Texaco בחזרה מניות שלה שהוחזקו בידי חברה אחרת במחיר גבוה באופן מהותי ממחיר השוק. המוכרים קיבלו כ-650 מיליון דולר במזומן פלוס 12.6 מיליון מניות בכורה בעלות זכות הצבעה מהקצאה חדשה, כאשר אלה התחייבו להצביע בהתאם להוראות הדירקטוריון של Texaco במשך 10 שנים. הסכם הפשרה בתביעה הנגזרת שהוגשה עקב עסקה זו כלל ביטול של ההתחייבות של בעלי מניות להפעיל את זכות ההצבעה שלהם לפי הוראות הדירקטוריון, התחייבות שיש בה כדי להנציח את שליטת הדירקטוריון ולמנוע השתלטות עוינת על החברה. שכר הטרחה שהוסכם לשלם לעורכי הדין של התובעים במקרה זה היה \$700,000 ועוד הוצאות — *Good v. Texaco*, Inc. (1984) as cited in Coffee, *supra* note 61, at pp. 29–30. בכל המקרים האמורים אושרה הפשרה על ידי בתי המשפט.

³¹⁴ Bell Atl. Corp. v. Bolger, *ibid*, at pp. 1311–1312.

³¹⁵ Coffee, *supra* note 61, at p. 27.

כאשר מדובר בתביעה שהיא חלשה³¹⁶ וגם כאשר הסכם הפשרה מעניק שכר טרחה נכבד לעורכי הדין שמייצגים את התובעים באופן לא פרופורציונלי לתועלת שמקבלת החברה³¹⁷. בכך מסוכלת המטרה של הגנה על החברה ועל בעלי מניותיה שעומדת ביסוד הדרישה החוקית לאישור בית המשפט³¹⁸. דוגמה מובהקת לכך היא פסק הדין של *In re Caremark International Inc.*³¹⁹ שניתן על ידי בית המשפט ב-Delaware. במקרה זה הוגשה תביעה נגזרת נגד הדירקטורים בחברה בטענה שהפרו את חובת הזהירות שלהם כלפי החברה בכך שלא פיקחו על עובדי החברה אשר הפרו הוראות חוק הנוגעות לשירותי בריאות. הפרת הוראות החוק האמורות גרמה להגשת הליכים פליליים ואזרחיים נגד החברה, שכתוצאה מהם היה על החברה לשלם סכום של 250 מיליון דולר³²⁰. לתובעים לא היה סיכוי לזכות בתביעה עקב כך שמסמך היסוד של החברה כלל הוראה הפוטרת את הדירקטורים מאחריות כלפי החברה בגין הפרת חובת הזהירות על ידם³²¹. זאת ועוד, בית המשפט קבע כי הדירקטוריון נקט אמצעי פיקוח כדי למנוע את הפרות החוק שבוצעו³²², ועל כן קבע בית המשפט כי "there is a very low probability that it would be determined that the directors of Caremark breached any duty to appropriately monitor and supervise the enterprise"³²³. למרות החולשה של התביעה, אישר בית המשפט את הפשרה שהובאה לפניו על ידי הצדדים, שלפיה יבוצעו שינויים קלים שאין להם משמעות ממשית במשטר החברה³²⁴ וישולם שכר טרחה נכבד לעורכי הדין בסך של 816,000 דולר בתוספת 53,000 דולר בגין הוצאות.

אין עדיין ניסיון בפסיקה הישראלית בסוגיה הנדונה. יש להניח, כי גם אצלנו יאושרו הפשרות בתביעות נגזרות בלי שבית המשפט יבדוק ברצינות את הגינותן, לאור ההימנעות של בתי המשפט לדחות פשרות המקובלות על שני הצדדים³²⁵. עם זאת,

316 M.J. Loewenstein "Shareholder Derivative Litigation and Corporate Governance" 24 *Del. J. Corp. L.* (1999) 1, 5

317 Coffee, *supra* note 61, at pp. 26–33

318 Winter, *supra* note 61, at p. 952

319 698 A. 2d 959 (1996)

320 *Ibid*, at pp. 960–961

321 *Ibid*, at p. 965

322 *Ibid*, at p. 963

323 *Ibid*, at p. 961

324 שינויים אלה כוללים הסכמה לדיון בדירקטוריון באשר לשינויים רלבנטיים בתקנות הממשלחיות הנוגעות לשמירת הבריאות כל מחצית שנה וכן הקמה של ועדת אתיקה המורכבת מארבעה דירקטורים, שתיפגש לפחות ארבע פעמים בשנה, תפקח על קיום הוראות החוק על ידי החברה ותדווח על כך לדירקטוריון — *ibid*, at p. 966

325 חוק החברות אינו דורש מבית המשפט לקבל חוות דעת של מומחה קודם לאישור הפשרה בתביעה נגזרת, כפי שנדרש לצורך אישור תובענה ייצוגית בסעיף 19 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות).

הדרישה החוקית לאישור כזה ראוייה, שכן היא עשויה להרתיע מהגשת פשרות בלתי ראויות בעליל לאישורו של בית המשפט.

הדרישה לאישור בית המשפט להסתלקותו של התובע גם היא נועדה למנוע קנוניה שעל פיה ישלם הנתבע לתובע כדי שזה יסתלק מניהול התביעה, ובכך תיפגע החברה שעבורה הוגשה התביעה.

6. זכותו של בעל מניות להתנגד לפשרה מוצעת

חוק החברות אינו דורש ליידע את בעלי המניות בדבר הפשרה המוצעת ולאפשר לבעלי מניות המתנגדים לאישור הפשרה להשמיע את טענותיהם, וזאת בהבדל מההסדר שנקבע בסוגיה זו לגבי תובענה ייצוגית.³²⁶ לאור קיומה של הוראה מפורשת כזו לגבי אישור פשרה בתובענה ייצוגית, שהוסדרה בחוק החברות בסמוך להסדר בעניין התביעה הנגזרת,³²⁷ נראה שאין מקום לראות בכך השמטה מקרית, אלא יש להתייחס לחוסר זה כהסדר שלילי.

השאלה המתבקשת היא מדוע לא קבע החוק את זכותו של כל בעל מניות להתנגד לפשרה המוצעת בתביעה הנגזרת ואת החובה להודיע לבעלי המניות על הפשרה, בהבדל מתביעה ייצוגית. ייתכן שההבדל נעוץ בכך שהתביעה הייצוגית היא תביעה אישית של כל אחד מבעלי המניות שמנוהלת בידי התובע המייצג, ולכן יש להקנות מעמד לכל אחד מהמיוצגים להתנגד לפשרה המוצעת. כדי לאפשר התנגדות כזו מחייב החוק לפרסם הודעה על פרטי הפשרה המוצעת. לעומת זאת, התביעה הנגזרת היא תביעה של החברה, וזו בכל מקרה צד להליכים שמתנהלים.

למרות שוני זה, נראה לי, כי ראוי היה להקנות לכל אחד מבעלי המניות זכות להגיש התנגדות לפשרה המוצעת, שכן על אף שפירותיה של התביעה שייכים לחברה, יש בפשרה כדי להשפיע על שווי המניות של בעלי המניות בחברה. יתרה מזו, בשונה מתובענה ייצוגית³²⁸, בעל מניות אינו יכול להוציא עצמו מהתביעה הנגזרת, על אף שתוצאותיה משפיעות על האינטרסים שלו. על כן, מוצדק לאשר לו להגיש התנגדות לפשרה המוצעת. זאת ועוד, מתן מעמד לבעלי המניות לנקוט עמדה לגבי הפשרה המוצעת עשוי להקנות לבית המשפט כלים נוספים שיאפשרו לו להחליט בכל הנוגע להולמות הפשרה המוצעת. הדין האמריקני מחייב לתת הודעה לבעלי המניות בדבר

326 ההסדר נקבע לראשונה בסעיף 213(ב) לחוק החברות, והוא כלול עתה בסעיף 18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות. ראו כהן, לעיל הערה 108, בע' 136–137.

327 התביעה הנגזרת והתובענה הייצוגית הוסדרו בחוק החברות בפרק שלישי, כאשר סימן א' עוסק בתביעה הנגזרת וסימן ב' – בתובענה הייצוגית. הוראות החוק המתייחסות לתובענה הייצוגיות, למעט סעיף 209, בוטלו באמצעות סעיף 40 לחוק תובענות ייצוגיות.

328 סעיף 11 לחוק תובענות ייצוגיות. הוראה דומה היתה כלולה בסעיף 211 (ב) לחוק החברות.

הפשרה המוצעת בתביעה הנגזרת באופן שיוורה על כך בית המשפט³²⁹. בעלי המניות שם יכולים אפוא להגיש התנגדות לאישור הפשרה על ידי בית המשפט. אם תוכר זכותו של בעל מניות להגיש התנגדות לאישור הפשרה, יש גם מקום להכיר בזכותו של בעל מניות כזה להגיש ערעור על ההחלטה לאשר את הסכם הפשרה חרף התנגדותו, וזאת על אף שהדין אינו מכיר בדרך כלל בזכותו של מי שלא היה צד להליך להגיש ערעור לגביו³³⁰. מסקנה זו מתבקשת מכך שאין משמעות למתן זכות עמידה לכלל בעלי המניות להתנגד לאישור הפשרה אם אלה אינם רשאים להעמיד לערעור את החלטת בית המשפט בנדון. יש מקום לטענה, כי התערבותו של בעל המניות בהליך השיפוטי באמצעות הגשת התנגדות לאישור הפשרה מאפשרת להתייחס אליו בדומה לצד בהליך לצורך הגשת הערעור על פסק הדין שמאשר את הפשרה. מסקנה זו תואמת את המדיניות המשפטית הראויה. מתן כוח לבעלי מניות להתנגד לאישור הפשרה נועד לשמש מכשיר חשוב לבדיקתה של נאותות הפשרה. זכות הערעור של בעל מניות שהתנגד לאישור הפשרה על פסק הדין שאישר אותה, על אף התנגדותו, תשרת אף היא מטרה חשובה זו. זאת ועוד, אם לא תוכר זכותו של בעל מניות להגן על התנגדותו לפשרה מוצעת באמצעות הגשת ערעור עשויים בעלי מניות להימנע מהתנגדות כזו. טעם נוסף להכרה בזכות הערעור של בעל המניות שהגיש התנגדות לפשרה הוא, כאמור, העובדה שפסק הדין בתביעה הנגזרת משפיע על האינטרס הכלכלי של בעלי המניות בחברה³³¹. בהבדל מתובענה ייצוגית, אין בעל מניות יכול "לצאת" מההליך של תביעה נגזרת. על כן, יש להכיר בזכותו להגיש התנגדות לפשרה המוצעת. מטעם זה יש להכיר

329. Federal Rules of Civil Procedure r. 23.1.

330. ח' בן נון הערעור האזרחי (תשס"ד) 491.

331. ראו גם דברי בית המשפט הפדרלי בארצות הברית בעניין *Kaplan v. Rand*, 192 F. 3d 60, 67 (1999):

"We think that a shareholder who objects to the payment of a fee from corporate funds in compensation of attorneys who have brought a derivative action on behalf of the corporation has an interest that is affected by the judgment directing payment of the fee. The interests of all stockholders in the financial well-being of the corporation are affected, and the interest of a stockholder who takes the time and trouble to respond to the court's notice of settlement has not sat on his right to voice and pursue his objections. Accordingly, there is no need for the stockholder to intervene formally in the action or to be a party to it in order to have standing to appeal. Such a rule is justified by the adversarial process through which the fairness of the settlement of a derivative action, including the fairness of fees to be paid to plaintiffs' counsel, is tested. Federal Rule of Civil Procedure 23.1 requires that 'the action shall not be dismissed or compromised without the approval of the court, and notice of the proposed dismissal or compromise shall be given to shareholders or members in such manner as the court directs.' It would make little sense to invite a shareholder to file objections in the manner provided by Rule 23.1 and then deny him the right to challenge the district court's ruling on his objection"

גם בזכותו להגיש ערעור על החלטת בית המשפט בעניין אישור הפשרה, בדומה להכרה בזכותו של מי שעלול להיפגע מתוצאות הליך שלא היה צד לו להגיש ערעור³³². אני סבורה, לכן, כי אם תוכר זכותו של בעל מניות להגיש התנגדות לאישור הפשרה, יש גם להכיר בזכותו של בעל מניות שהתנגד לאישור הפשרה להעמידה לבחינה חוזרת בערעור.

בארצות הברית, שם מוכרת, כאמור, זכות ההתנגדות של בעלי המניות לאישור הפשרה בתביעה נגזרת, אין הסדר בחוק של שאלת זכות הערעור של המתנגדים לפשרה המוצעת על ההחלטה המאשרת את הפשרה. בפסיקה נתגלעו חילוקי דעות בשאלה זו. יש פסיקה שהכירה בזכותו של בעל מניות שהתנגד לפשרה לערער על אישורה³³³, ויש פסיקה שלא הכירה בזכות כזו³³⁴. השאלה נדונה בבית המשפט הגבוה בארצות הברית, אולם עקב היותו של בית המשפט חצוי בעמדתו ביחס לשאלה הנדונה, היא נשארה ללא הכרעה³³⁵.

ח. הגנה נגזרת

הטעמים שהולידו את הצורך להכיר בזכותו של בעל מניות להגיש תביעה נגזרת מצדיקים לעיתים גם הגשת הגנה נגזרת על ידיו. זאת כאשר האורגנים המוסמכים של החברה אינם מתגוננים כנגד תביעה שהוגשה נגד החברה מטעמים בלתי מוצדקים. חוק החברות מכיר באפשרות כזו, בקובעו:

"הוגשה תובענה נגד החברה, רשאי בית המשפט לבקשת בעל מניה או דירקטור (בפרק זה – מתגונן) להתיר לו להתגונן בשם החברה (להלן – הגנה נגזרת) ובלבד שהשתכנע, כי ניהול ההגנה הנגזרת הוא לטובת החברה, וכי המתגונן אינו פועל בחוסר תום לב"³³⁶.

התנאים שמציב החוק לאישור הגנה נגזרת דומים לאלה של תביעה נגזרת, והוא הדין לגבי זהותם של אלה הכשירים להגיש את הבקשה להתגונן בשם החברה – בעל מניות ודירקטור.

332 בן נון, לעיל הערה 330, בע' 513–515.

333 ראו, למשל, *Bell Atl. Corp. v. Bolger*, *supra* note 313; *Kaplan v. Rand*, *supra* note 331.

334 *Felzen v. Andreas*, *supra* note 306.

335 בית המשפט שהיה חלוק בצורה שווה אישר את פסק דינו של ה-Seventh Circuit – *Felzen v. Andreas*, *ibid*. אשר לא הכיר בזכותו של בעל המניות במקרה כזה להגיש ערעור. לדין בשאלה זו ראו *Munson*, *supra* note 61; *Falk*, *supra* note 306.

336 סעיף 203(א) לחוק החברות. סמכות להגיש הגנה נגזרת קבועה מפורשות גם בחוק הקנדי *Canada Business Corporations Act* s. 239(1) וכן בחוק הניו-זילנדי *Companies Act 1993* s. 165(1)(b).

גם קודם לחוק החברות הכירה הפסיקה בזכותו של בעל המניות להתגונן במקרים כאלה בשם החברה.³³⁷

חלק מהקשיים הכרוכים באישור התביעה הנגזרת אינם קיימים לגבי ההגנה הנגזרת. כך למשל, בהגשת הגנה נגזרת אין סכנה של תביעות סרק שמטרתן להשיג יתרון לבעל המניות על חשבון החברה.³³⁸

אין מקום לטענה שאין לאפשר לבעל מניות להתגונן בשם החברה, ותרופתו היא הגשת תביעה נגד הדירקטורים בחברה בגין רשלנותם עקב אי ניהול ההגנה על ידיהם, וזאת מכמה טעמים:

- א. אפשר שהתביעה בגין רשלנות הדירקטורים תקום רק לאחר שהחברה הפסידה בתביעה שהוגשה נגדה עקב היעדר הגנה, שאם לא כן לא מתמלא היסוד של גרימת נזק עקב הפרת החובה על ידי הדירקטורים.
- ב. אין ודאות שהדירקטורים יוכלו לעמוד בתשלום הפיצויים בגין הנזק שנגרם לחברה כתוצאה ממחדלם.
- ג. ייתכנו מקרים שהנזק שייגרם לחברה לא יהיה ניתן עוד לתיקון.

הבסיס המשפטי להתערבות בעל מניות בהתגוננות בשם החברה קודם לחוק החברות היה נעוץ בתקנה 24 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, ולפיה:

"בכל שלב משלבי הדיון רשאי בית המשפט או הרשם, לבקשת אחד מבעלי הדין או בלא בקשה כזאת ובתנאים שייראו לו, לצוות... על הוספת שמו של אדם שהיה צריך לצרפו כתובע או כנתבע או שנוכחותו בבית המשפט דרושה כדי לאפשר לבית המשפט לפסוק ולהכריע ביעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בתובענה."

מכאן, שלבית המשפט יש סמכות לצרף בעל מניות להליך שהחברה נתבעת בו, וזאת על פי שיקול דעתו. בדרך כלל לא ייחשב בעל מניות כ"מי שנוכחותו בבית המשפט דרושה כדי לאפשר לבית המשפט לפסוק ולהכריע ביעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בתובענה". אולם, באותם מקרים חריגים, דוגמת אלה המצדיקים הגשת תביעה נגזרת, יהפוך בעל מניות הרוצה להתערב לטובת החברה הנתבעת למי שנוכחותו נחוצה.³³⁹

כאשר מדובר בתובענה לפירוק החברה, מעוגנת זכותו של בעל מניות להתגונן

337 עניין גיל, לעיל הערה 164. צירוף בעל מניות כנתבע בתביעה נגזרת נעשה גם על ידי הרשמת א' ברק בבית הדין האזורי לעבודה בירושלים בתב"ע מט/38-12 המועצה המקומית מעלה אדומים נ' ביטון ואח' (לא פורסם).

338 ראו גם עניין גיל, שם, בע' 298.

339 שם, בע' 299.

בפני בקשת הפירוק גם בהוראה מיוחדת של פקודת החברות – סעיף 273 – הקובעת כי:

”בכל עניין הנוגע לפירוק רשאי בית המשפט להתחשב במשאלות הנושים והמשתתפים ככל שיוכחו לו בראיות מספיקות.”

בית המשפט העליון פירש הוראה זו כחלה לא רק על השלב שלאחר צו הפירוק אלא גם על השלב שקודם לו³⁴⁰.

ט. סוף דבר

התביעה הנגזרת משמשת מכשיר חשוב לאכיפת זכויותיה של החברה. היא מאפשרת לבעלי מניות מיעוט לנקוט הליכים משפטיים במקום שבעלי השליטה בחברה נמנעים מלעשות כן עקב אינטרסים אישיים שלהם. יש בכך כדי להגשים את שתי המטרות החשובות של הרתעת נושאי משרה מהפרת החובות המוטלות עליהם ושל פיצוי החברה בגין הנזק שנגרם לה. כדי למנוע ניצול לרעה של כוח זה, מחייב החוק אישור מוקדם של בית המשפט להגשת התביעה. החוק הישראלי מקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב, ומאפשר לו לאשר את הגשת התביעה כאשר שוכנע כי לכאורה התביעה וניהולה הן לטובת החברה וכי התובע אינו פועל בחוסר תום לב.

הסמכות להגיש תביעה נגזרת מוקנית לבעל מניות ולדירקטור בחברה ובמקרים של חלוקה אסורה – גם לנושה של החברה. החוק אינו שולל את זכות התביעה של בעל מניות שלא היה בעל מניות בעת אירוע המעשה שבגיניו תובעים. זכותו להגיש תביעה בשם החברה במקרה כזה תהא מותנית בתום לבו. כאשר בעל המניות לא ידע קודם לרכישת המניות על ידו על האירוע נושא התביעה ורכישת המניות לא נעשתה לשם הגשת התביעה, אין הצדקה לשלול את זכותו להגשת תביעה נגזרת. יש גם להכיר בזכותו של בעל מניות בחברת האם להגיש תביעה נגזרת בשם חברת הבת או כל חברה אחרת בשרשרת ההחזקות של החברה.

לאור ההכרה של החוק בחשיבותה של התביעה הנגזרת מקנה החוק כמה תמריצים שנועדו לעודד הגשת תביעות נגזרות. במסגרת זו כלולים הקניית סמכות לבית המשפט להורות על חזר הוצאותיו של התובע, קביעת שיעור מיוחד של אגרה שעל התובע לשלם בעת הגשת הבקשה הראשונית לאישור התביעה וחייב החברה בהשבת הסכום לתובע עם מתן האישור להגשת התביעה הנגזרת והקניית סמכות לבית המשפט לתשלום גמול לתובע בגין טרחתו בהגשת התביעה.

כדי למנוע שימוש לרעה בהליך התביעה הנגזרת דורש החוק, בנוסף לאישור

340 שם, בע' 302.

להגשת התביעה, גם אישור לסיום ההליך כאשר הצדדים מגיעים לכדי פשרה ואישור להסתלקותו של התובע מניהול התביעה. החוק אינו דורש מתן הודעה לכלל בעלי המניות בדבר הפשרה המוצעת בתביעה הנגזרת, בהבדל מפשרה בתובענה ייצוגית. ראוי היה, לדעתי, לקבוע דרישה כזו גם בכל הנוגע לאישור פשרה בתביעה נגזרת ולהקנות זכות ערעור לכל בעל מניות בגין אישור פשרה שאינה ראויה בעיניו. החוק מכיר גם באפשרות של הגשת הגנה נגזרת בשם החברה, כאשר התנאים לאישורה דומים לאלה של הגשת תביעה נגזרת.

על אף התמריצים שמעניק החוק למגיש התביעה הנגזרת, השימוש בפועל במכשיר של התביעה הנגזרת אינו נרחב. בעלי מניות מיעוט מעדיפים להגיש תביעה אישית, שתקנה להם סעד אישי, ולא תביעה נגזרת, שפירושה נכנסים לקופת החברה. האפשרות להגיש תביעה לסעד למקרה קיפוח מפחיתה במידה רבה את השימוש בתביעה הנגזרת. הרחבת זכות התביעה לסעד למקרה קיפוח גם למקרים שבהם הפגיעה היא בכלל בעלי המניות – ולא דווקא בבעלי מניות המיעוט – גורמת לכך שבמקרים לא מבוטלים עומדת בפני בעלי המניות האופציה לתבוע הן סעד למקרה קיפוח והן תביעה נגזרת. במקרים אלה מעדיפים בעלי המניות את הסעד למקרה קיפוח הן עקב כך שסעד זה מאפשר להם לקבל סעד אישי, בעוד שהסעד בתביעה הנגזרת הוא לחברה עצמה, והן עקב מגוון הסעדים האפשריים במסגרת הסעד למקרה קיפוח ובעיקר האפשרות של רכישת מניותיו של בעל המניות התובע בידי בעלי המניות האחרים או החברה³⁴¹. עם זאת, אין להמעיט בחשיבותה של האפשרות להגשת תביעה נגזרת. לא כל מקרה של גרימת נזק לחברה עולה כדי קיפוח. במקרים שאינם נכנסים למסגרת זו, אכיפת זכויותיה של החברה אפשרית רק באמצעות המנגנון של תביעה נגזרת.

341 האפשרות לחיוב החברה בשיפוי הוצאותיו של התובע גם בתביעה לסעד למקרה קיפוח כאשר הסעד הוא לטובת החברה מגבירה את המוטיבציה להגשת התביעה בהסתמך על הסעד למקרה קיפוח, כאשר הדבר אפשרי. ראו לעיל הערה 26.