

מי שולט בתביעה הנגזרת?

מאת

אסף חמדני ורות רונן*

המאמר עוסק בשאלה עקרונית בתחום התביעות הנגזרות: מתי יש להפקיד בידי דירקטוריון החברה את ההחלטה בנוגע לגורל התביעה, וזאת מבלי שבתי המשפט יפעילו ביקורת שיפוטית על החלטה זו. אנו מתמקדים במקרים שבהם דירקטורים שאין להם עניין אישי בתביעה מחליטים בנוגע לתביעה של החברה כנגד נושאי המשרה או בעלי השליטה שלה, וטוענים כי מקרים אלה מחייבים את בתי המשפט בישראל לקבוע עמדה ביחס להשלכות של החשש מ"הטיה מבנית" של דירקטורים על היקף הביקורת השיפוטית על החלטותיהם. המאמר בוחן את השאלה מהי רמת הביקורת השיפוטית שיש להחיל על החלטת הדירקטוריון, תוך הבחנה בין חברות בבעלות מבוזרת לחברות שיש להן בעל שליטה, וזאת לאור החשש מפני החלטה מוטת של הדירקטוריון מצד אחד, והקושי בהעברת הכוח לניהול התביעה לידי של התובע הנגזר מהצד השני. כמו כן, המאמר בוחן את השאלה מהי ההשלכה של מינוי ועדת תביעות בלתי-תלויה בידי הדירקטוריון על רמת הביקורת של בית המשפט ביחס להחלטה שלא להגיש תביעה, ובאילו נסיבות יכולה ועדה כזו להחזיר לחברה את השליטה בתביעה.

מבוא. א. רקע משפטי – מעמד החברה בשלבים השונים של ניהול התביעה; 1. שלב ראשון: לפני אישור התביעה כנגזרת; 2. שלב שני: לאחר אישור התביעה כנגזרת. **ב. רקע תאורטי;** 1. טובת החברה ואישור תביעה נגזרת; 2. בעיית הנציג של התובע הנגזר ובא כוחו; 3. הטיה מבנית. **ג. הטיה מבנית: הדין בדלוור;** 1. דרישת הפנייה המוקדמת; 2. הטיה מבנית ופטור מפנייה מוקדמת; 3. שימוש בוועדות בלתי-תלויות. **ד. שליטת החברה בהחלטה אם להגיש תביעה;** 1. חברה ללא בעל שליטה; 2. חברה שיש בה בעל שליטה; 3. ועדה מיוחדת; 4. היקף הביקורת השיפוטית. **ה. ניהול התביעה;** 1. החלטות הנוגעות לניהול התביעה; 2. החלטות הנוגעות לפשרה עם הנתבעים; 3. שינוי שליטה בחברה. **סיכום.**

* **אסף חמדני** הוא פרופסור מן המניין בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. **רות רונן** היא שופטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, המחלקה הכלכלית. אנו מודים לאסף אקשטיין, יראת דומנוביץ', לשרון חנס, לעמיר ליכט, לטריבס לסטר ולמאיה צברי על הערותיהם, ולנופר כהן על עזרתה המצוינת במחקר. המרכז למחקרים אמפיריים של קבלת החלטות במשפט סייע במימון המחקר. פרופ' חמדני כיהן לאחרונה כחבר בוועדה שמונתה בידי חברה ציבורית לבחון אפשרות להגשת תביעה נגד בעלי השליטה ונושאי המשרה שלה.

מבוא

בשנים האחרונות חלה עלייה במספר הבקשות לאישור תובענות נגזרות המוגשות לבתי המשפט בישראל.¹ במסגרת הדיון בבקשות אלה, התעוררו בפסיקה שאלות הן לגבי תחולת כלל שיקול הדעת העסקי ביחס להחלטת החברה שלא להגיש תביעה והן לגבי המעמד שיש לתת להחלטה כאמור שהתקבלה בידי ועדת תביעות מיוחדת שמינה הדיירקטוריון.² מאמר זה דן בשאלה העקרונית העומדת ביסוד סוגיות משפטיות אלו: מתי ראוי להעניק לחברה שליטה בהחלטות הנוגעות להגשת תביעה בשם החברה כנגד נושאי משרה ובעלי שליטה?³

המאמר מציע מספר תובנות באשר למעמד של החברה בהליך של תביעה נגזרת בדין הישראלי. ראשית, אנו טוענים שיש להבחין בין שתי שאלות: השאלה הראשונה היא אם ראוי להפקיד בידי מוסדות החברה את השליטה בהחלטה הנוגעת להגשת תביעה, דהיינו: להחיל על החלטת החברה אם להגיש תביעה את כלל שיקול הדעת העסקי, כפי שקבע לאחרונה השופט דנציגר.⁴ השאלה השנייה מתעוררת במקרים שבהם אין לתת לחברה שליטה בהליך, שאז על בית המשפט לקבוע מהו המשקל שעליו לתת, אם בכלל, לעמדת החברה הן בנוגע להגשת התביעה והן באשר לאופן ניהולה.⁵ שנית, אנו מציעים כלים כדי לבחון את השאלה מתי יש לשלול מהחברה את השליטה בהליך, דהיינו: מתי ניגודי העניינים של מוסדות החברה מצדיקים את העברת כוח התביעה של החברה לידו התובע הנגזר. אנו מסבירים כי על בתי המשפט בישראל לקבוע עמדה בנוגע להתמודדות המשפטית

- 1 רע"א 729/17 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' אפריקה ישראל להשקעות בע"מ (פורסם בנבו, 31.7.2017); תנ"ג (מחוזי מר") 10466-09-12 אוסטרובסקי נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ (פורסם בנבו, 9.8.2015).
- 2 הוועדות הבלתי-תלויות נדונו לראשונה בפסיקה הישראלית בהחלטה בעניין תנ"ג (מחוזי ת"א) 10-11-32690-10 גוטליב נ' איילון אחזקות בע"מ (פורסם בנבו, 3.9.2012); ראו גם חאלד כבוב, עינבל בלאו ואהד פיליפ "ועדת תביעות בלתי תלויה בדיני התאגידים הישראלים" ספר גרוס – מחקרים בדיני חברות ומשפט עסקי לכבודו של פרופ' יוסף גרוס 71 (אהרן ברק, יצחק זמיר ודוד ליבאי עורכים, 2015).
- 3 חוק החברות מאפשר להגיש תביעה נגזרת בכל עילת תביעה של החברה, גם נגד צדדים שלישיים. אולם, מאמר זה מתמקד רק בשימוש בתביעה הנגזרת לצורך הגשת תביעה נגד נושאי משרה או בעלי שליטה. כפי שיובהר בהמשך, במקרים אלו מתעורר החשש מהטיה מבנית שבו מתמקד מאמר זה.
- 4 רע"א 4857/16 מנשה נ' יוויזין אייר בע"מ (פורסם בנבו, 24.4.2018) (להלן: עניין ע"א יוויזין אייר). בית המשפט העליון אישר בכך החלטות קודמות של בית המשפט המחוזי, המחלקה הכלכלית: תנ"ג (מחוזי ת"א) 26814-12-14 מנשה נ' יוויזין אייר בע"מ (פורסם בנבו, 3.5.2016); תנ"ג (מחוזי ת"א) 32489-02-12 אלטמן נ' אורמת תעשיות בע"מ (פורסם בנבו, 3.10.2013). נציין כי בכל התביעות שבהן עסקו החלטות אלו לא ביקשו התובעים הנגזרים לתבוע נושאי משרה בחברה או את בעלי השליטה בה.
- 5 שאלה נוספת היא אם יש לחברה מעמד דינוי כאשר השליטה בתביעה היא בידי התובע הנגזר. בית המשפט העליון כבר הכריע בשאלה בעניין אפריקה, לעיל ה"ש 1. באותו עניין נקבע שאין לשלול מהחברה את האפשרות להתייצב בפני בית המשפט ולהביע את עמדתה. בית המשפט העליון הכיר, אם כן, ב"זכות עמידה" עצמאית של החברה בשלב ניהול התביעה הנגזרת, אך קבע כי על החברה להימנע משימוש לרעה בזכותה רק כדי "לסרבל ולעכב את ההליך". על בית המשפט לוודא שהחברה תנצל את זכותה ל"מטרה כנה ועניינית", בלי טריקים ובלי שטיקים: "שם, פס' 35 לפסק דינו של השופט סולברג.

הראויה לא רק עם ניגוד עניינים חזיתי של מוסדות החברה (שאותו נכנה להלן: "עניין אישי"),⁶ אלא גם עם החשש מפני הטיה מבנית של דירקטורים. החשש מהטיה מבנית מתייחס למצב שבו דירקטורים שאין להם עניין אישי בתביעה יעדיפו שלא למצות את ההליכים המשפטיים נגד נושאי משרה בחברה, עמיתיהם לדירקטוריון או בעל השליטה שלו הם חבים את כהונתם בדירקטוריון.⁷ לנוכח החשש מפני הטיה מבנית, אנו טוענים שיש לנקוט גישה זהירה באשר להחלת כלל שיקול הדעת העסקי על החלטות דירקטורים בנוגע להגשת תביעה כנגד דירקטורים מכהנים אחרים או נגד בעלי שליטה. ככלל, אין להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על החלטת דירקטוריון בנוגע להגשת תביעה נגד בעל השליטה ובמקרים מסוימים, גם נגד דירקטורים מכהנים אחרים. לפיכך, אנו סבורים שעל בתי המשפט בישראל לנקוט בגישה מצומצמת יותר מאשר זו שננקטה בדלוור ביחס לנסיבות שבהן יש להקנות לחברה שליטה על גורלה של התביעה.

שלישית, אנו דנים בהתייחסות הראויה לוועדת התביעות המיוחדת.⁸ אנו מציעים לבתי המשפט להבחין בין שתי פונקציות של ועדת התביעות המיוחדת: הפונקציה הראשונה היא להשיב לחברה את היכולת לשלוט בהליך למרות קיומו של ניגוד עניינים, קרי להביא לדחיית של הבקשה לאישור תביעה נגזרת תוך החלת כלל שיקול הדעת העסקי על החלטתה של הוועדה.⁹ לגישתנו, מינוי ועדת תביעות מיוחדת אינו משיב לחברה בהכרח את השליטה בהליך התביעה. הפונקציה השנייה נועדה לנסיבות שבהן ניגוד העניינים אינו מאפשר להפקיד בידי מוסדות החברה את השליטה בהליך. לגישתנו, במקרה כזה השימוש בוועדה המיוחדת יכול לחזק את המשקל שיעניק בית המשפט לעמדת החברה באשר לשאלות שונות הנוגעות לניהול התביעה.

רביעית, אנו מבחינים שלושה סוגים של שאלות שבית המשפט צריך לבחון במסגרת הדיון בבקשה לאישור תביעה נגזרת: ראשית, מהו המצב המשפטי; שנית, מהי התשתית העובדתית; ושלישית, מה תהא השפעתו האפשרית של ניהול הליך משפטי על טובת החברה. אנו סבורים כי לעמדת מוסדות החברה עשוי להיות משקל נכבד בהתייחס לשתי השאלות האחרונות אך לא ביחס לשאלה על אודות המצב המשפטי. לפיכך, בהקשרים אלה עשויה להיות חשיבות (גם אם לא מכרעת) לשימוש בוועדה בלתי-תלויה (או לעמדת הדירקטורים שאין להם עניין אישי בתביעה), וזאת גם כאשר נשללת מהחברה השליטה בתביעה הנגזרת. היא תוכל לנהל הליך לבירור העובדות ולהציג לבית המשפט את הגרסה העובדתית של החברה ביחס ל"סיפור המעשה" כמו גם ביחס להשלכה של ניהול התביעה על החברה. אם התובע יחלוק על גרסה זו, הוא יוכל להציג את התנגדותו על נימוקיה, ובית המשפט יכריע בין שתי העמדות. המשקל שיש לייחס לעמדת החברה ייקבע לאור הרכבה של הוועדה, תהליך העבודה שלה

6 אנו מניחים כי לדירקטור שלו יש "עניין אישי" בעילת תביעה של החברה אין יכולת לקבל החלטה נטולת פניות ביחס לטיפול החברה בתביעה. אולם, כפי שיובהר בהמשך, ברשימה זו אנו לא עוסקים בשאלה מתי יש לקבוע שלדירקטור יש "עניין אישי" בעילת תביעה של החברה.

7 על יחסי התלות שבין דירקטורים לבעל השליטה הממנה אותם, ראו Lucian Bebchuk & Assaf Hamdani, *Independent Directors and Controlling Shareholders*, 165 U. PA. L. REV. 1271 (2017).

8 עניין **גוטליב**, לעיל ה"ש 2; רע"א 905/18 **כימיקלים לישראל בע"מ נ' שיירי** (פורסם בנבו, 2.5.2018); עמיר ליכט "ועל כל ועדה תקצוף? – עוד על הדיפת תביעה נגזרת באמצעות ועדה עצמאית" **נקודה בסוף משפט** (8.5.2018) www.amirlicht.wordpress.com/2018/05/08/115.

9 Collins J. Seitz, Jr. & S. Michael Sirkin, *The Demand Review Committee: How It Works, and How* (2018) 73 Bus. Law. 305, 313; ככוב, בלאו ופיליפ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 74.

והמידה שבה יכול בית המשפט לתת אמון במסקנותיה כתוצאה מכך. עם זאת, ובשונה מן המצב שבו חל כלל שיקול הדעת העסקי, בית המשפט הוא זה שיצטרך בסופו של דבר להכריע לגופו של עניין (בין אם מדובר בבקשה עצמה לאישור תביעה נגזרת ובין אם מדובר בסוגיה אחרת הנוגעת לניהול ההליך).

לבסוף, רשימה זו תצביע על מספר הבדלים בעלי חשיבות בין הדין בישראל והמצב המשפטי בדלוור. הפסיקה בישראל שואבת לא אחת השראה מן הפסיקה של מדינת דלוור.¹⁰ הפנייה לפסיקה בדלוור מובנת לנוכח הניסיון הרב שצברו בתי המשפט של מדינה זו בניהול ליטיגציה תאגידית. אולם, חשוב לזכור כי חלק מהעקרונות שהתפתחו בפסיקה זו באו לעולם על רקע מערכת סדרי הדין הנוהגת שם אך לא בישראל.¹¹ בהקשר של תביעות נגזרות, חשוב לזכור, בין היתר, כי הדין בדלוור אינו קובע הליך מקדמי לאישור תביעה נגזרת, וכי לדרישת הפנייה המוקדמת לחברה בדלוור יש משמעות משפטית שונה בתכלית מזו הנוהגת בדין הישראלי.¹²

מהלך הדברים יהיה כדלקמן – **בפרק הראשון** נתווה בקצרה את השלבים השונים שבהם מתעוררות שאלות לגבי מעמד החברה והיחסים בינה לבין התובע הנגזר. **בפרק השני** נציג את הרקע התאורטי של מוסד התביעה הנגזרת. נסביר מהם השיקולים הרלוונטיים לקביעה כי "התביעה וניהולה" הם לטובת החברה. כך, ישנם מקרים שבהם טובת החברה מצדיקה שלא למצות את זכויות התביעה של החברה גם כאשר ישנן ראיות לכאורה לקיומה של עלילת תביעה. עוד נתייחס למבנה התמריצים של האורגנים של החברה מחד גיסא ושל התובע הנגזר מאידך גיסא. נבהיר כי לא רק האורגנים של החברה עלולים להיות במצב של ניגוד עניינים, אלא שגם התובע הנגזר – מתוקף מעמדו כמי שמייצג את החברה רק ביחס לתביעה אחת שממנה נגזר שכרו – נמצא במצב שבו אין חפיפה מלאה בין האינטרסים שלו לאלה של החברה ושל יתר בעלי מניותיה. בייחוד התובע הנגזר – שלרוב אינו מחזיק מניות בהיקף רב – עלול שלא להביא בחשבון שיקולים של "טובת החברה" החורגים מן השאלה אם יש לחברה עלילת תביעה טובה. פרק זה יסתיים בהבחנה בין השאלה מתי ראוי להעניק לחברה שליטה בהליך לבין השאלה מהו המשקל שיש לתת לעמדת החברה ביחס לתביעה, במקרים שבהם מוצדק לשלול ממוסדותיה את השליטה בהליך.

בפרק השלישי נציג את עמדת הפסיקה בדלוור ביחס לנסיבות שבהן יש להעניק לחברה שליטה בהחלטה אם להגיש תביעה, כמו גם את ההבחנה בין שני סוגים של ועדות: special litigation committee ו־demand review committee. **בפרק הרביעי** נדון בשאלה מתי יש להעניק לחברה שליטה בתהליך. השאלה המרכזית היא מתי מצויים מוסדות החברה בניגוד עניינים המצדיק שתופקע מהם הזכות להחליט על מימוש זכויות התביעה של החברה ושזכות זו תועבר לידי התובע הנגזר (בפיקוח בית המשפט). נדון בשאלה זו בהתאם להרכב הדיריקטוריון ולמבנה הבעלות בתאגיד. במסגרת זו נבחן את השאלה מתי ניתן לעשות שימוש בוועדת תביעות מיוחדת כדי להעניק לחברה שליטה בתביעה

10 ע"א 7735/14 ורדניקוב נ' אלוביץ (פורסם בנבו, 28.12.2016); רע"א 779/06 קיטאל החזקות ופיתוח בינלאומי בע"מ נ' ממן (פורסם בנבו, 28.8.2012); עמיר ליכט "פשטידה אמריקאית – בחינה מוגברת", 'העברת הנטל' ומהות האמונאות" **נקודה בסוף משפט** (12.1.2017) www.amirlicht.wordpress.com.

11 אסף חמדני ושרון חנס "הגינות מלאה! עיון נוסף בביקורת השיפוטית על עסקאות בניגוד עניינים" **משפטים** מז 761 (2018).

12 ראו דיון בפרק השלישי לרשימה זו, בתת הפרק הראשון, "דרישת הפנייה המוקדמת".

למרות קיומו של ניגוד עניינים שאמור היה לכאורה להפקיע את השליטה בתביעה מהחברה, ונדון גם במשקל שיש לתת לעמדת החברה (או הוועדה המיוחדת) כשאין הצדקה לתת לחברה שליטה בתביעה. **הפרק האחרון** יתייחס למעמדה של החברה לאחר שאושרה תביעה נגזרת ולאפשרות של חילופי בעלי התפקידים בחברה, בין מחמת שינוי בשליטה בה ובין מטעם אחר. חשוב לציין, כי רשימה זו אינה עוסקת בשאלה מהי התשתית העובדתית שדי בה כדי להצדיק אישור תביעה כנגזרת, ובייחוד בשאלה מהן ההשלכות הדיוניות של תחולת כלל שיקול הדעת העסקי על החלטת החברה העומדת ביסוד התביעה (דהיינו לא ההחלטה על עצם הגשת התביעה בשם החברה, אלא החלטת הדירקטוריון שבגינה מבקש התובע הנגזר להגיש את התביעה הנגזרת). נציין כי ככל שלבית המשפט יש כלים לדחות עוד בשלב מוקדם בקשות לאישור תביעה נגזרת בשל היעדר תשתית ראייתית מינימלית או תוך החלת כלל שיקול הדעת העסקי, כך פוחתת בחשיבותה השאלה מה המשקל שיש לתת לעמדת החברה ביחס לניהול התביעה, ולהפך.

א. רקע משפטי – מעמד החברה בשלבים השונים של ניהול התביעה

תביעה נגזרת נדונה בדין הישראלי בשני שלבים. בשלב הראשון בוחן בית המשפט את השאלה אם יש מקום לאשר את התביעה כנגזרת; ובשלב השני, אם אושרה התביעה, נדונה התביעה לגופה, כאשר התובע הנגזר מייצג את החברה מכוח האישור שקיבל מבית המשפט. שאלת מעמדה של החברה בהליך תביעה נגזרת עולה במספר הקשרים בשלבים אלה:

1. שלב ראשון: לפני אישור התביעה כנגזרת

פנייה מוקדמת. חוק החברות קובע כי על התובע הנגזר לפנות בכתב, טרם הפנייה לבית המשפט, אל החברה עצמה ולדרוש ממנה כי "תמצה את זכויותיה בדרך של הגשת תובענה" (סעיף 194(ב) לחוק החברות). סעיף זה מבטא את ההכרה של המחוקק כי החברה באמצעות מוסדותיה – ולא התובע הנגזר – היא הגוף המתאים בדרך כלל להחליט על אודות האפשרות להגיש תביעה, וכי כל עוד לא אושרה התביעה כנגזרת – לא נשללה זכותה של החברה לשלוט בהליך באמצעות מוסדותיה הנבחרים. עם זאת, המחוקק הוסיף וקבע כי כאשר אורגן החברה המוסמך לקבל את ההחלטה אם להגיש את התביעה מצוי בניגוד עניינים ביחס להחלטה, הפנייה המוקדמת מתייתרת.¹³ הדרישה לפנייה מוקדמת אינה חלה גם כאשר ישנו חשש סביר כי הפנייה לחברה תפגע באפשרות לקבל את הסעד (סעיפים 194(ד) (1) ו־2).

בקשת האישור. כאמור, לחברה באמצעות מוסדותיה יש מעמד ראשוני בהכרעה בשאלה אם להגיש את התביעה. ההחלטה הנוגעת להגשת התביעה היא החלטה עסקית, שמוסדות החברה מוסמכים להכריע בה על יסוד מגוון שיקולים שהם אמונים על האיזון ביניהם. כאשר סירבה החברה

13 ס' 194(ד) (1) לחוק החברות, התשנ"ט–1999. סעיף זה קובע שאין צורך לפנות בדרישה מוקדמת לחברה אם לאורגן המוסמך להחליט על הגשת תביעה יש עניין אישי בהחלטה, ואם האורגן כאמור מורכב ממכה יחידים, פטור מדרישה לפנייה מוקדמת יחול על מחצית או יותר מיחיד האורגן בעלי עניין אישי בהחלטה.

להיעתר לדרישת התובע הנגזר, הוא רשאי לפנות לבית המשפט בבקשה לאישור התביעה כנגזרת. מאחר שבמסגרת הדיון בבקשת האישור טרם נשללה מהחברה האפשרות לשלוט בהליך, החברה משיבה בדרך כלל לבקשה לאישור התביעה נגזרת (במקביל לתשובותיהם של הנתבעים הפוטנציאליים בתביעה זו).¹⁴ עמדת החברה נשמעת לכן בשלב זה בפני בית המשפט, הנדרש להכריע בין עמדתה (שלא להגיש את התביעה), עמדת הנתבעים הפוטנציאליים ועמדתו של התובע הנגזר.

בכחינת השאלה אם לאשר את התביעה הנגזרת, מתעוררת אם כן השאלה מהו מעמדה של החברה, דהיינו: האם ובאיזו מידה צריך בית המשפט להביא בחשבון את עמדת מוסדותיה. כפי שנסביר בהמשך המאמר, לשאלה זו חשיבות מכרעת בעיצוב הדין בדבר תובענות נגזרות בישראל. התשובה לשאלה זו צריכה להביא בחשבון את ניגוד העניינים האפשרי של מוסדות החברה ביחס לאפשרות להגיש את התביעה. האפשרות הראשונה היא כי ההחלטה בדבר הגשת התביעה מתקבלת על ידי מוסדות החברה ללא ניגוד עניינים. במקרה כזה, אם מדובר בהחלטה מיודעת שהתקבלה בתום לב, נראה כי בית המשפט צריך לכבדה מכוח כלל שיקול הדעת העסקי. עמדה עקרונית זו עולה בקנה אחד עם הפסיקה בישראל.¹⁵ האפשרות האחרת היא כי מוסדות החברה מצויים בניגוד עניינים ביחס להגשת התביעה. ניגודי העניינים יכולים להיות ברמות שונות, המביאות בחשבון את הרכב הדירקטוריון ומבנה השליטה בחברה. לעניין זה נתייחס בפירוט בפרק הבא.

בקשה לגילוי מסמכים. חוק החברות הכיר בהליך נוסף שתובע נגזר רשאי לנקוט בו, הן לפני הגשת הבקשה לאישור התביעה הנגזרת ובטרם התובע הנגזר מגיש מכתב דרישה לחברה והן לאחר הגשתה. לפי סעיף 198א לחוק החברות, מי שרשאי להגיש תביעה נגזרת רשאי לבקש מבית המשפט כי יורה לחברה לגלות לו מסמכים הנוגעים להליך אישור התביעה הנגזרת. בית המשפט יאשר את הבקשה "אם שוכנע כי המבקש העמיד תשתית ראשית ראשונה לגבי קיומם של התנאים לאישור התביעה הנגזרת המנויים בסעיף 198(א)."¹⁶ לצורך הדיון שלהלן, ניתן להתייחס לבקשת גילוי מסמכים המוגשת בטרם אישור התביעה כנגזרת כמעלה שיקולים דומים לאלו ששוקל בית המשפט ביחס לעמדת החברה בבקשת האישור לגופה.

2. שלב שני: לאחר אישור התביעה כנגזרת

בשלב זה אישר בית המשפט "להפקיד" בידיו של התובע הנגזר את הזכות לתבוע בשמה של החברה. ברובם המכריע של המקרים, החלטה זו נובעת מההנחה של בית המשפט שמוסדות החברה מצויים

14 כלל, גם החברה וגם הנתבעים הפוטנציאליים הם במעמד של משיבים בבקשת האישור, וזאת למרות שניתן היה לסבור כי בשלב זה מדובר רק במחלוקת שבין החברה לבין התובע הנגזר אודות הסמכות לפעול בשם החברה ולהגיש בשמה את התביעה נגד הנתבעים. ראו תנ"ג (מחוזית"א) 11-10-28587 וידר נ' זיו (פורסם בנבו 18.1.2012).

15 עניין ע"א יוידין אייר, לעיל ה"ש 4, פס' 36-38 לפסק דינו של השופט דנציגר; עניין אלטמן, לעיל ה"ש 4.

16 ס' 198א(ב) לחוק החברות. לדיון מעמיק בגילוי מסמכים מכוח הסדר זה, ראו נועם זמיר ואריק ברנאייזן "גילוי מסמכים לפני תביעה נגזרת" ספר גרוניס (צפוי להתפרסם ב-2019); יעל ארידור בראילן "גילוי מסמכים" כזירת הקרב המרכזית בהליכי תובענה נגזרת" (צפוי להתפרסם ב-2019).

בניגוד עניינים שאינו מאפשר הענקת משקל מכריע לעמדתם בנוגע לניהול התביעה.¹⁷ עם זאת, גם בשלב זה עולות שאלות בנוגע למעמדה של החברה.

ניהול ההליך. אישור התביעה כנגזרת מעביר לתובע הנגזר את הסמכות לתבוע בשם החברה ולקבל החלטות הנוגעות לניהול התביעה (הן החלטות אסטרטגיות בנוגע לניהול התיק והן החלטות טקטיות בנוגע לחקירת עדים וכיו"ב). השליטה בהליך נשללה אם כן מהחברה בהחלטת בית המשפט. אולם, לחברה עשויה להיות עמדה בסוגיות שונות העולות מניהול התביעה, לרבות העלויות השונות הכרוכות בכך. לדוגמה, התובע עשוי לבקש מהחברה במהלך הדיון לחשוף בפניו מסמכים שונים, לדרוש שנושאי משרה, עובדים או גורמים אחרים מטעם החברה ישיבו על שאלונים או יעידו בבית המשפט, ועוד כיו"ב בקשות. לנוכח העובדה כי אישור התביעה כנגזרת אינו מאיין את פערי האינטרסים שבין החברה לתובע הנגזר, קבע בית המשפט העליון כי גם בשלב זה רשאית החברה להביא את עמדתה בפני בית המשפט, אשר הוא הגורם המוסמך לקבל החלטות בנושא.¹⁸ בשלב זה (כמו גם בשלב הקודם של אישור התביעה כנגזרת), עשויה החברה למנות ועדה בלתי-תלויה (שבה נדון בהרחבה בהמשך). שתפקידה לגבש את עמדת החברה באשר לבקשות התובע.

הסדר פשרה. בשלב שלאחר האישור (או אף לפניו) ייתכן כי הצדדים יבקשו לסיים את ההליך בדרך של פשרה. גם בהקשר זה מתעוררות שאלות דומות – האם לחברה יש זכות עמידה בהתייחס לפשרה המוצעת, וגם אם כן – מהו משקלה של עמדתה מול עמדתו של התובע הנגזר, והאם יש חשיבות למעמדה האפשרי של ועדה הבלתי-תלויה.

ב. רקע תאורטי

טרם נדון בנסיבות שבהן מוצדק לשלול מהחברה את השליטה בעילת תביעה שלה, נציג בקצרה את הרקע התאורטי הרלוונטי הנוגע למוסד של התביעה הנגזרת ולהצדקותיו.

17 לכאורה, ישנה אפשרות תאורטית שבית המשפט יאשר תביעה נגזרת גם במקרה שבו אין ניגודי עניינים של הדירקטורים, אך הדירקטורים קיימו הליך לקוי, אשר שלל את תחולת כלל שיקול הדעת העסקי מהחלטתם שלא להגיש תביעה. בנסיבות כאלה, בהתאם להלכה הפסוקה, בית המשפט עשוי לבחון את החלטת הדירקטוריון לגופה ולאשר את הגשת התביעה הנגזרת. בהקשר זה עולה אנלוגיה לביקורת שיפוטית שמפעיל בית המשפט בדלוור ביחס להחלטות של הדירקטוריון ביחס לפנייה מוקדמת ("demand") להגשת תביעה נגזרת. בדלוור פנייה כזו מהווה הודאה של התובע בכך שמוסדות החברה אינם נגועים בניגוד עניינים השולל מהחברה את היכולת להחליט אם להגיש תביעה ולפיכך, על החלטת החברה ביחס לפנייה המוקדמת יחול כלל שיקול הדעת העסקי. עם זאת, ישנם מקרים חריגים שבהם ההליך שניהלה החברה היה כה פגום עד שהביא להתערבות בית המשפט. ראו Seitz & Sirkin, לעיל ה"ש 9, בעמ' 307–312. על כלל שיקול הדעת העסקי והתנאים להחלתו, ראו רות רונן ושיר אשכול "כלל שיקול הדעת העסקי והדרישה לקבל החלטה 'מיודעת' משפטים" 583 (2018); עמיר ליכט "שם הוורד: אמצעי זהירות ושיקול-דעת עסקי של נושא-משרה" משפט ועסקים יט 475 (2016); יורם דנציגר ועמרי רחוביטוויג "עלייתו של שיקול הדעת העסקי ונפילתה של חובת הזהירות של דירקטורים" ספר גרוס – מחקרים בדיני חברות ומשפט עסקי לכבודו של פרופ' יוסף גרוס 23 (אהרן ברק, דוד ליבאי ויצחק זמיר עורכים, 2015); שרון חנס "כלל שיקול-הדעת העסקי" עיוני משפט לא 313 (2009).

18 עניין אפריקה, לעיל ה"ש 1.

עילת תביעה של תאגיד מהווה נכס של החברה שעל מוסדותיה לקבל החלטה ביחס לשימוש הראוי בו בהתאם לחובות הנאמנות שלהם כלפי החברה: כמו ביחס להחלטות אחרות העומדות לפתחם, עליהם להחליט מהי דרך הפעולה הצפויה להיטיב עם החברה ולאפשר לה להשיא את רווחיה. מוסד התביעה הנגזרת בא לעולם כדי להתגבר על "בעיית הנציג" באכיפת זכויות החברה. מקובל להבחין בין שני סוגים של בעיות נציג בחברות ציבוריות:¹⁹ בחברה ללא בעל שליטה קיים חשש כי הנהלת החברה תפעל לקידום האינטרסים שלה, וזאת במחיר של פגיעה בציבור בעלי המניות. בחברה שיש לה בעל שליטה קיים חשש כי בעל השליטה יפעיל את שליטתו בחברה על מנת לקדם את טובתו האישית גם במחיר של פגיעה בבעלי מניות המיעוט. תכלית מוסד התביעה הנגזרת היא להבטיח כי ניגודי עניינים פוטנציאליים של קברניטי החברה לא ימנעו ממנה לממש עילות תביעה העומדות לרשותה. אולם בחירת המחוקק לאפשר, בנסיבות מסוימות, לגורם חיצוני לתבוע בשם החברה אינה אמורה לשנות את השיקולים הנוגעים למיצוי זכויות התביעה של החברה. גם כאשר מוסדות החברה מצויים בניגוד עניינים המצדיק להעניק לגורם חיצוני את הזכות לתבוע בשמה, השאלה אם ראוי לתאגיד להגיש תביעה צריכה להיקבע בהתאם לטובת החברה.²⁰

בפרק זה נדון בקצרה בשיקולים הרלוונטיים לשם בחינת טובת החברה. שיקולים אלה צריכים להנחות הן את מוסדות החברה הבוחרים את השאלה אם להגיש תביעה בשמה והן את בתי המשפט הדנים באישור תביעה נגזרת. לאחר מכן נטען כי גם התובע הנגזר ובא כוחו סובלים מבעיית נציג בכל הנוגע לאופן ניהול התביעה. נסיים בהצגת הדילמה העקרונית העומדת, לגישתנו, ביסוד ההתייחסות המשפטית למעמד החברה בתביעה נגזרת.

1. טובת החברה ואישור תביעה נגזרת

ניהול הליך משפטי עשוי להשפיע על טובת החברה במספר מישורים.

סיכויי התביעה והגבייה. לניהול הליך משפטי צפויה השפעה ישירה על קופת החברה: התועלת הכספית, אם בכלל, שתצמח לה מניהול ההליך. במסגרת זו יש לבחון את עילת התביעה של החברה כנגד נושאי המשרה שלה בשני היבטים. ההיבט הראשון הינו עוצמתן המשפטית והעובדתית של עילות התביעה, דהיינו: מה הסיכוי כי בית המשפט יפסוק לטובת החברה אם תוגש תביעה. ההיבט השני הינו סכום הפיצוי שיש להניח שבית המשפט יפסוק לטובת החברה אם תתקבל התביעה. גם בהנחה שבית המשפט יפסוק פיצוי לטובת החברה, נשאלת השאלה מהם סיכוייה לגבות אותו מהנתבעים. ככל שמדובר בנתבעים שהם נושאי משרה, יש להביא בחשבון לא רק את המשאבים העומדים לרשותם, אלא גם את קיומם של מנגנוני שיפוי, כמו גם את השאלה אם תוכל החברה לגבות את הסכומים שייפסקו לטובתה מפוליסות ביטוח האחריות של נושאי המשרה.²¹

19 זוהר גושן "בעיית-הנציג כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים" ספר זיכרון לגואלטיארו פרוקציה 239, 241–245 (1997).

20 תנ"ג (מחוזי מ"ר) 10466-09-12 חברת השקעות דיסקונט בע"מ נ' דנקנר, פס' 19 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 4.1.2018).

21 תנ"ג (מחוזי ת"א) 815-09-13 לנואל נ' מאור, פס' 20 לפסק דינו של השופט כבוב (פורסם בנבו, 3.11.2015) (להלן: עניין לנואל I): "יש להתחשב ב"יכולת לגבות מן הנתבע את סכום התביעה לעיתים, זה נגזר מקיומו או העדרו של כיסוי ביטוחי"; תנ"ג (מחוזי ת"א) 815-09-13 לנואל נ' מאור, פס' 45 לפסק

לבסוף, יש לבחון את עלויות ניהול ההליך. כידוע, ניהול תביעה משפטית דורש השקעת משאבים – הן שכר טרחה לעורכי דין, יועצים ומומחים והן הקדשת זמן ומשאבים על ידי מוסדות החברה לצורך ניהול התביעה. טובת החברה מחייבת לשקול, אל מול הסיכויים לזכות בתביעה וסיכויי הגבייה של הסכום הפסוק, גם את העלויות הישירות והעקיפות של ניהול הליך משפטי שעשוי להיות מורכב. מובן כי אין טעם לנהל הליך שעלותו עולה על תוחלת הגבייה כתוצאה ממנו.

השפעות נוספות של ניהול ההליך המשפטי. הבחינה אם ההכנסה הצפויה לקופת החברה מניהול הליך משפטי תעלה על הוצאות ניהול ההליך מספקת תמונה חלקית בלבד של השפעותיו האפשריות של ניהול הליך משפטי על טובתה של החברה והאינטרס שלה בהשאת רווחיה. ההשפעה הכוללת של ניהול הליך משפטי על טובת החברה הינה, מטבע הדברים, תלויה נסיבות, אך במסגרת השיקולים הרלוונטיים ניתן להצביע על הנושאים הבאים:

1. מוניטין ויחסים עם צדדים שלישיים – לחברה מסחרית יש אינטרס ברור בשמירה על מוניטין חיובי בקרב ציבור הלקוחות, המשקיעים, השותפים העסקיים וגורמי הפיקוח. ניהול הליך משפטי פומבי – ובייחוד כאשר מדובר בהליך משפטי כנגד גורמים שעובדים בחברה בהווה או עברו בה בעבר – עלול לחשוף לעיני הציבור הרחב טענות שליליות, מבוססות ושאינן כאלה, בנוגע להתנהלותה של החברה ובכך לפגוע במוניטין שלה. הגשת תביעה נגד מי שהוא עדיין לקוח או שותף עסקי של החברה משליכה כמובן גם היא על הקשר בין החברה לבין אותו נתבע. מצד שני, מיצוי הדין עם נושאי משרה של החברה שפעלו שלא כדין עשוי לסייע לה לשמור על מוניטין חיובי.

2. החשיפה הכרוכה בניהול התביעה – חשיפה זו נובעת הן מהעובדה שההליך המשפטי הוא פומבי והן מכך שבמסגרת ההליך עשויה החברה להידרש לא אחת לגלות מסמכים שונים המצויים בחזקתה, העשויים להכיל מידע שהיא אינה מעוניינת לגלותו.

3. מסקנות אישיות ושיפור הממשל התאגידי – ניהול הליך משפטי כנגד נושאי משרה עשוי לתרום לאיכות הממשל התאגידי בחברה, וזאת כאשר הוא חושף עובדות שיש להן חשיבות לניהולה התקין של החברה. כך למשל, ניהול הליך משפטי עשוי לגלות מידע חדש על איכות הניהול של נושאי המשרה בחברה או איכות הממשל התאגידי שלה. מידע זה יועיל לחברה ככל שניתן יהיה להסיק ממנו מסקנות אישיות או ארגוניות שישומן יתרום לטובתה העתידית של החברה.²²

4. אינטרס בוודאות – במקרים מסוימים, לחברה יש אינטרס בוודאות ובהפסקת חיטוט בפצעי העבר. כך, למשל, כאשר הוגשה תביעה נגזרת כנגד נושאי משרה לאחר שהחברה הגיעה להסדר טיעון עם שלטונות המס האמריקאיים, הכיר בית המשפט בכך שלחברה היה אינטרס מובהק בסיום הפרשה והפסקת העיסוק בה.²³

לסיכום חלק זה, קיומן ומשקלן של ראיות לכאורה מהווה רק שיקול רלוונטי אחד מתוך מגוון השיקולים המרכיבים את טובתה של החברה. ההחלטה בדבר הגשת תביעה ואופן הניהול שלה

דינו של השופט כבוב (פורסם בנבו, 14.9.2016) (להלן: עניין **לנואל II**): "על בית המשפט להידרש למספר שיקולים, בין היתר... הסולבנטיות של הנתבעים או מנגנוני שיפוי שעומדים להם".

22 בהתייחס לתועלת העתידית הגלומה מבחינת החברה בפשרה בתביעה ייצוגית, ראו תנ"ג (מחוזי ת"א) 14224-10-14 **שנהב נ' בנק דקסיה ישראל בע"מ**, פס' 55 (פורסם בנבו, 6.6.2016); תנ"ג (מחוזי ת"א) 31934-02-14 **ברק נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, פס' 55 (פורסם בנבו, 8.4.2016).

23 עניין **לנואל II**, לעיל ה"ש 21, פס' 71.

מחייבת התייחסות לשיקולים החורגים משאלת קיומה של עילה משפטית או תוחלת הגביה בתיק. ההבחנה בין שני סוגי שיקולים אלו עולה בקנה אחד גם עם האמור בסעיף 198(א) לחוק החברות, אשר קובע כי בית המשפט יאשר תביעה נגזרת רק אם שוכנע כי התביעה וניהולה הן לטובת החברה.

2. בעיית הנציג של התובע הנגזר ובא כוח

ההצדקה למוסד התביעה הנגזרת נובעת מהחשש שניגודי עניינים של מוסדות החברה ישפיעו לרעה על החלטותיהם בדבר הפעלת זכויות תביעה של החברה כנגד בעלי השליטה או נושאי המשרה בה. אולם, גם התובע הנגזר ובא כוחו מצויים בניגוד עניינים מובנה, הנובע מן הפער שבין האינטרסים של התאגיד וציבור המשקיעים בו לבין אלה של התובע הנגזר ובא כוחו. כאמור, תכלית התביעה הנגזרת הינה להגן על טובת החברה וציבור המשקיעים בה, שהאינטרס שלהם הוא השאת רווחיה של החברה (ראו גם סעיף 11 לחוק החברות). אולם, התובע הנגזר מחזיק בדרך כלל בנתח זניח מאוד ממניות החברה, והאינטרס המרכזי שלו – וביתר שאת של בא כוחו – הוא השאת הערך של זכות התביעה, אשר ממנה נגזרים התגמול לתובע ולבא כוחו.²⁴

לצורך הדיון נתמקד בתמריציו של בא כוח התובע הנגזר, שלא אחת הוא הדמות הדומיננטית. כיוון שהתמריצים של בא כוח התובע נובעים ממבנה שכר הטרחה (שלו רוב הוא פונקציה של סכום התביעה), האינטרס העיקרי שלו הוא להשיא את סכום הזכייה בתביעה.²⁵ לבא כוח התובע הנגזר יהיה כדאי להמשיך לנהל את התביעה אם הערכתו לגבי שכר הטרחה שהוא עתיד לקבל היא גבוהה יותר מהערכתו לגבי העלויות של ניהול התביעה על ידיו. לכן, סביר כי בא כוח התובע הנגזר לא יתחשב בעלויות הישירות והעקיפות של החברה כתוצאה מניהול ההליך המשפטי (כגון השקעת משאבים של הנהלה) או בשיקולים החיצוניים להליך (כגון פגיעה במוניטין החברה, החשיפה הכרוכה בניהול התביעה או אינטרס החברה בוודאות). תכליתה של התביעה הנגזרת היא לקדם את טובת החברה באמצעות אכיפתן של נורמות ההתנהגות של נושאי משרה ובעלי שליטה, גם כאשר קיים חשש פוטנציאלי שבעיית הנציג תמנע ממוסדות החברה לפעול למיצוי זכויות התביעה שלה. תכלית זו מחייבת התמודדות גם עם החשש מפגיעה בטובת החברה וציבור המשקיעים בה בשל ניגוד העניינים המובנה של התובע הנגזר ובא כוחו. מכאן גם נגזר תפקידו של בית המשפט בשלבים השונים של ניהול התיק,²⁶ כמו גם הצורך במנגנונים שיבטיחו שימוש בתובענה הנגזרת רק בנסיבות המיטיבות עם החברה.

24 צפורה כהן בעלי מניות בחברה – זכויות תביעה ותרופות ג 568 (מהדורה שנייה, 2010): "יש גם לזכור את האינטרס של עורכי הדין המנהלים את התביעה בשם מגישי התביעה למקסום שכר טרחתם, שעשוי לעיתים שלא לעלות בקנה אחד עם האינטרסים של החברה ובעלי מניותיה" Franklin A. Gevurtz, *Who Represents the Corporation? In Search of a Better Method for Determining the Corporate Interest in Derivative Suits*, 46 U. Pitt. L. Rev. 265, 288 (1985).

25 אוריאל פרוקצ'יה הציע בעבר מנגנונים לריכוך פער האינטרסים שבין ב"כ התובע הנגזר לבין החברה. אוריאל פרוקצ'יה דיני חברות חדשים בישראל 409–413 (1989). הצעה שלפיה התובע הנגזר יקבל לידי 25% מפירות התביעה. הצעה זו, שלא נתקבלה בסופו של דבר בחוק החברות, אינה מיועדת להביא את התובע הנגזר לשקול את טובת החברה במובנה הרחב.

26 ניגוד העניינים של התובע הנגזר עלול להביא אותו להשקיע משאבים רבים מדי של החברה לצורך השאת הערך של עילת התביעה, והוא גם עשוי מנגד להביא אותו להתפשר תמורת סכום נמוך מדי, פשרה שתעלה

3. הטיה מבנית

הפסיקה בישראל עסקה עד היום בסוגיות משפטיות כגון תחולת כלל שיקול הדעת העסקי על החלטת חברה שלא להגיש תביעה או מעמדה של ועדת תביעות מיוחדת. אולם, לגישתנו, ביסוד סוגיות אלה עומדת שאלה עקרונית, והיא מתי יש להקנות לחברה שליטה בהחלטה אם להגיש תביעה. במישור התאורטי, ההכרעה בשאלה זו הינה פשוטה. בהיעדר ניגוד עניינים, ראוי להותיר בידי מוסדות החברה את ההחלטה אם על החברה להגיש תביעה. במילים אחרות – כאשר ההחלטה על אודות הגשת תביעה מתקבלת ללא כל חשש לניגוד עניינים של מוסדות החברה, בית המשפט צריך להימנע מהתערבות בהחלטה, וזאת בלא בחינה של ההחלטה לגופה. מבחינה משפטית, המשמעות היא החלת כלל שיקול הדעת העסקי על החלטת מוסדות החברה.²⁷

אולם, כאשר הנתבעים הפוטנציאליים הם נושאי משרה או בעל השליטה בחברה, תרגום עמדה עקרונית-תאורטית זו למציאות התאגידית המורכבת אינו עניין פשוט. לצורך הדיון ברשימה זו אנו מניחים כי דירקטורים שהם נתבעים או שיש להם "עניין אישי" בתביעה מצויים בניגוד עניינים שאינו מאפשר להקנות מעמד מכריע להחלטתם בשאלה אם על החברה תגיש תביעה.²⁸ הקושי שבו נבקש להתמקד ברשימה זו מתעורר דווקא כאשר מי שמחליט באשר לגורל התביעה הם דירקטורים שאין להם כל עניין אישי (במשמעות המקובלת של מונח זה) בתביעה, אולם, הם נדרשים לקבל החלטה אם להגיש תביעה כנגד עמיתיהם לדירקטוריון או בעל השליטה בתאגיד. במקרה כזה מתעורר החשש כי דירקטורים אלה מצויים במצב של "הטיה מבנית" (structural bias), אשר טיבה ועוצמתה משתנים בהתאם לזהות הארגונית של הנתבעים הפוטנציאליים ולמבנה הבעלות של החברה. השאלה העקרונית שבה נדרש הדין הישראלי להכריע היא מה צריך להיות המשקל שיש לתת לחשש מפני הטיה מבנית בקביעת רמת הביקורת של בית המשפט ביחס להחלטת מוסדות החברה שלא להגיש תביעה ואם להחיל על החלטה זו את כלל שיקול הדעת העסקי.

מקורו של המונח הטיה מבנית בספרות האקדמית האמריקאית שעסקה במשקל שיש לתת לעמדת הדירקטוריון בשאלה אם להגיש תביעה נגד נושאי משרה.²⁹ לצורך הדיון ברשימה זו, מונח זה מתאר מצב שבו לדירקטור אין "עניין אישי" (כמשמעו בחוק החברות) בהחלטה אם להגיש תביעה, אך כהונתו כדירקטור יוצרת נסיבות אובייקטיביות המעלות חשש כי ייטה להחליט כנגד הגשת התביעה

בקנה אחד עם האינטרסים הפרטיים שלו אך לא בהכרח עם אלה של החברה. מטעם זה נדרש בית המשפט בהתאם לחוק לאשר הסכמי פשרה כתביעות נגזרות. ראו גם דיון בפרק החמישי לרשימה זו, בתת-הפרק השני, העוסק ב"החלטות הנוגעות לפשרה עם הנתבעים".

27 מובן שהחלת כלל שיקול הדעת העסקי מותנית בקיומם של יתר התנאים לכלל כפי שאלה נקבעו בפסיקה ובכלל זה קבלת החלטה מיועצת. ראו רונן ואשכול, לעיל ה"ש 17.

28 לכאורה, ניתן להניח שלכל דירקטור הנכלל ברשימת הנתבעים הפוטנציאליים שכנגדם מבקש התובע הנגזר להגיש תביעה יש עניין אישי בתביעה. אולם, כפי שיובהר במסגרת הדיון בעמדת הפסיקה בדלור, כלל פסילה אוטומטי כזה מעלה קשיים לא מבוטלים.

29 James D. Cox, *Searching for the Corporation's Voice in Derivative Suit Litigation: A Critique of Zapata and the ALI Project*, 1982 DUKE L.J. 959, 962 (1982); Julian Velasco, *Structural Bias and the Need for Substantive Review*, 82 WASH. U.L. REV. 821, 853–870 (2004) ; לתיאור התפתחות השימוש במונח, ראו Kenneth B. Davis, *Structural Bias, Special Litigation Committees, and the Vagaries of Director Independence*, 90 IOWA L. REV. 1305, 1360 (2005).

בידי החברה, אף אם החלטה זו אינה ההחלטה המיטבית מבחינת החברה.³⁰ לדירקטורים עשויה להיות הטיה מבנית נגד הגשת תביעות כנגד דירקטורים אחרים או נגד בעלי שליטה ממספר סיבות. ראשית, דירקטורים עשויים להירתע מעצם הרעיון של הגשת תביעה נגד דירקטורים של החברה בעבר או בהווה, וזאת בשל החשש כי בעתיד יהיו הם עצמם במעמד של נתבעים. שנית, דירקטורים עשויים להיות תלויים בנתבעים הפוטנציאליים לצורך המינוי שלהם לדירקטוריון או המשך הכהונה שלהם בו. שליטת, לדירקטורים עשויה להיות רתיעה מהחלטה על הגשת תביעה נגד מי שיש להם קשרי עבודה שוטפים אתו ויצטרכו להמשיך לעבוד ולקבל אתו החלטות בצוותא גם בעתיד. ייתכנו גם מערכות יחסים צולבות בין דירקטורים שונים המכהנים יחד במספר דירקטוריונים, שאף הן יוצרות לדירקטורים הטיה מבנית נגד הגשת תביעה כנגד עמיתיהם לדירקטוריון.

קיומה של הטיה מבנית, השפעתה על היכולת של דירקטורים לקבל החלטה נטולת פניות על הגשת תביעה בידי החברה וההשלכות המשפטיות הנובעות מכך לעניין שליטת החברה בתביעה נגזרת אינם נקיים מספקות ומשאלות משפטיות ואמפיריות. ספקות אלה באים לידי ביטוי בעיצוב העמדה המשפטית הראויה באשר לשליטת מוסדות החברה בתביעה הנגזרת. מחד גיסא, ניתן לטעון כי ההנחה בדבר קיומה של הטיה מבנית מחמירה מדי עם הדירקטורים ומביאה לכך שלא ניתן לסמוך על החלטתם, גם ללא הוכחה קונקרטית שפעלו ממניעים זרים. מאידך גיסא, ניתן לטעון שדי בחשש להטיה מבנית כדי להצדיק הפקעת השליטה בתביעה מידי החברה והפקדתה בידי התובע הנגזר. אולם, גם התוצאה של גישה אחרונה זו היא בעייתית, מאחר שהיא מעניקה כוח רב בידי גורם שאף הוא מצוי בניגוד עניינים. זאת ועוד, דירקטוריון החברה – ולא התובע הנגזר או בית המשפט – הוא הגורם המיטבי לקבלת החלטה בשאלה אם הגשת תביעה עולה בקנה אחד עם טובת החברה.

לפיכך, ההתמודדות עם החשש מהטיה מבנית מחייבת את בתי המשפט לאזן בין היתרונות לקבלת החלטה בידי הדירקטוריון לבין טיבו ועוצמתו של החשש מההטיה המבנית של חבריו. בפרק הרביעי נציג את גישתנו בנוגע להשפעת החשש מהטיה מבנית על מעמד החברה בתביעה נגזרת. בשלב זה, נציין רק כי במצבים דומים אחרים שבהם יש חשש לניגוד עניינים שאינו עולה לכדי עניין אישי, בחרה הפסיקה בדלוור – ובעקבותיה גם הפסיקה בישראל – לאמץ סטנדרט ביניים של ביקורת שיפוטית.³¹

ג. הטיה מבנית: הדין בדלוור

טרם נדון בעמדתנו בשאלה מתי ראוי לשלול מהחברה את השליטה בהחלטה על אודות הגשת תביעה בשמה, נציג בקצרה את עמדת הפסיקה בדלוור בסוגיה זו. מטרת הדיון אינה לתאר באופן מעמיק את הדין שחל במדינה זו, אלא להצביע על הדרך שבה בחרו בתי המשפט שם להתמודד עם הדילמה באשר להשפעת החשש מהטיה מבנית על היקף השליטה של חברה בעילות התביעה שלה כנגד נושאי משרה.

30 המלומד Davis תיאר את המונח כמתייחס אל: "A wide variety of factors that potentially jeopardize a director's ability to fairly evaluate a derivative suit against his or her colleagues on the board". שם, בעמ' 1308.

31 7477-10-11 (מחוזי ת"א) ת"צ Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946 (Del. 1985) גולדשטיין נ' פינרוס החזקות בע"מ (פורסם בנבו, 18.3.2013); עניין ורדניקוב, לעיל ה"ש 10.

1. דרישת הפנייה המוקדמת

בשונה מהדין בישראל, בדין של דלוור אין דרישה לאישור מוקדם של בית המשפט להגשת תביעה נגזרת. גבולות השליטה של החברה בתביעה נגזרת נקבעים מכוח הפסיקה העוסקת בדרישה כי התובע הנגזר יבצע פנייה מוקדמת לחברה. בעל מניות המעוניין להגיש תביעה נגזרת בשמה של חברה, נדרש להחליט אם לפנות אליה קודם לכן בפנייה מוקדמת (demand).³² ההחלטה בעניין זה היא גורלית עבור התובע: מחד גיסא, פנייה מוקדמת לחברה מהווה הסכמה מצידו לכך שמוסדות החברה כשירים לקבל החלטה באשר לעילת התביעה (ובכך, נשמט בדרך כלל הבסיס ליכולת התובע לקבל לידיו שליטה בתביעה, תהיה החלטתה של החברה אשר תהיה). לכן, ככלל, אם נעשתה פנייה מוקדמת לחברה, בית המשפט יבחן את החלטת מוסדות החברה אם להגיש תביעה בהתאם לכלל שיקול הדעת העסקי.³³ מאידך גיסא, ויתור לא מוצדק על הפנייה המוקדמת יביא למחיקת התביעה. לעומת זאת, תובע נגזר הפטור מפנייה מוקדמת יכול להגיש תביעה נגזרת ללא צורך בקבלת אישור מיוחד מבית המשפט. על תובע נגזר הטוען כי היה פטור מפנייה מוקדמת מאחר שלא היה בה טעם (demand futility) חל הנטל להצביע על עובדות שמהן עולה חשש סביר כי לפחות מחצית מחברי הדירקטוריון אינם יכולים להפעיל שיקול דעת נטול פניות בהחלטה אם להגיש תביעה.³⁴ הפסיקה בדלוור מבחינה בין שני סוגים של מקרים. במקרה הראשון, התובע הנגזר מגיש תביעה בגין החלטה שבה נטלו חלק רוב הדירקטורים המכהנים, ובמקרה השני נטען כי רוב הדירקטורים מצויים במצב של ניגוד עניינים השולל מהם את האפשרות להחליט על אודות הגשת התביעה. במקרה הראשון יש להניח כי רוב הדירקטורים המכהנים יהיו הנתבעים בתביעה שאותה מבקש התובע הנגזר להגיש. אולם, בתי המשפט אינם מסתפקים בכך שרוב הדירקטורים הם נתבעים פוטנציאליים כדי לפטור את התובע מפנייה מוקדמת ובכך לשלול מהחברה את השליטה בתביעה,³⁵ אלא דורשים מהתובע להצביע על עובדות שמהן עולה חשש סביר שהחלטת הדירקטוריון עצמה שאותה מבקש התובע הנגזר לתקוף (בתביעה שהוא מבקש להגיש בשם החברה), לא הייתה תוצאה של הפעלת שיקול דעת עסקי,³⁶ או שאינה זוכה להגנה מפני אחריות מסיבה אחרת.³⁷ במילים אחרות, לצורך בחינת השאלה אם נדרשת פנייה מוקדמת, בית המשפט בוחן

32 Del. Ch. Ct. R. 23.1

33 Seitz & Sirkin, לעיל ה"ש 9.

34 In re Oracle Co. Derivative Litig., C.A. No. 2017-0337-SG (Del. Ch. Mar. 19, 2018)

35 Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 818 (Del. 1984). בית המשפט העליון של דלוור התייחס לטיעון התובע הנגזר כי אין צורך בפנייה מוקדמת כל אימת שהדירקטורים המכהנים נכללים ברשימת הנתבעים כאל ניסיון של התובע להרים את עצמו בשרוכי נעליו, וזאת כיוון שקבלת הטיעון תרוקן מתוכן את דרישת הפנייה המוקדמת. ובלשון בית המשפט: "Plaintiff's final argument is the incantation that demand is excused because the directors otherwise would have to sue themselves, thereby placing the conduct of the litigation in hostile hands and preventing its effective prosecution. This bootstrap argument has been made to and dismissed by other courts.... Its acceptance would effectively abrogate Rule 23.1 and weaken the managerial power of directors"

36 שם, בעמ' 814.

37 עניין Oracle, לעיל ה"ש 34. שם נקבע, ביחס לתביעה נגזרת כנגד דירקטורים שיש להם פטור מאחריות, כי על התובע להצביע על עובדות שמהן עולה חשש סביר כי תניית הפטור אינה חלה על התנהגות הדירקטורים.

גם את עילת התביעה נגד הנתבעים הפוטנציאליים לגופה, ולא יינתן פטור מפנייה מוקדמת במקום שבו החלטתם של הנתבעים הפוטנציאליים תהיה מוגנת מאחריות. מאמר זה יתמקד במקרה השני, המתייחס לנסיבות שבהן התובע טוען כי רוב הדירקטורים, גם אם אינם נתבעים, סובלים מניגודי עניינים המונע מהם לקבל החלטה "נקייה" על אודות גורלה של התביעה. במקרה כזה, על התובע המבקש פטור מפנייה מוקדמת להצביע על עובדות שמהן עולה חשש סביר כי לפחות מחצית מחברי הדירקטוריון תלויים (בנתבעים) או שיש להם עניין אישי בתביעה (קרי הם אינם "disinterested"), כך שנמנע מהם לקבל החלטה נטולת פניות ביחס לאפשרות הגשת התביעה בשמה של החברה.³⁸ במילים אחרות, מרכיב זה של הדרישה לפנייה מוקדמת בוחן באופן ישיר את השאלה אם ובאיזו מידה ניתן לסמוך על "ניקיון" שיקול דעתם של הדירקטורים בשאלה אם לתבוע את בעלי השליטה או דירקטורים אחרים. לפיכך, הוא מחייב את בתי המשפט לקבוע עמדה עקרונית באשר להתמודדות עם החשש מהטיה מבנית.

2. הטיה מבנית ופטור מפנייה מוקדמת

השאלה העומדת ביסוד מאמר זה היא הזיקה שבין החשש להטיה מבנית של דירקטורים להיקף השליטה של החברה בעילות התביעה שלה. על רקע זה, חשוב לציין כי בתי המשפט בדלוור נוקטים בגישה מצמצמת (המחמירה עם התובעים) באשר להכרה בנסיבות שבהן מוצדק לפטור את התובע הנגזר מפנייה מוקדמת בשל חשש לאי־תלות של הדירקטורים. ככלל, חשש להטיה מבנית עקב כהונה משותפת בדירקטוריון או תלות בנתבע לצורך המשך כהונה בדירקטוריון, אינו מצדיק פטור מפנייה מוקדמת. על התובע להראות כי דירקטור שנדרש לקבל החלטה בנוגע לתביעה יש תלות רבה בנתבע הפוטנציאלי, השוללת ממנו את היכולת לקבל החלטה נטולת פניות.³⁹ עבור הקורא הישראלי, הדוגמה הבולטת ביותר לגישת הפסיקה בדלוור היא עמדתה בשאלה אם דירקטורים כשירים לקבל החלטה ביחס לאפשרות להגיש תביעה נגד בעל השליטה. עמדתם העקבית של בתי המשפט בדלוור היא כי העובדה שבעל השליטה הוא הממנה את הדירקטורים ושמשום כך הם תלויים בו להמשך כהונתם בדירקטוריון אינה שוללת כשלעצמה מהדירקטורים את היכולת להחליט אם ראוי שהחברה תתבע את בעל השליטה.⁴⁰ בעניין *Beam*, למשל, קבע בית המשפט העליון של דלוור כי העובדה שבעלת השליטה החזיקה ב-94% מזכויות ההצבעה בחברה ולכן יכלה לפטר את כל הדירקטורים בכל עת (וגם העובדה שלחלק מהדירקטורים היו קשרי חברות וקשרים מקצועיים אחרים עם בעלת השליטה) אינה מצדיקה פטור מפנייה מוקדמת בתביעה נגזרת כנגד בעלת השליטה.⁴¹ על

38 Rales v. Blasband, 634 A.2d 927, 934 (Del. 1993)

39 שם, בעמ' 936. "plaintiff must demonstrate that 'the director is 'beholden' to [the controlling party]... or so under the controller's influence that [the director's] discretion would be sterilized"

40 עניין *Aronson*, לעיל ה"ש 35, בעמ' 816. "It is not enough to charge that a director was behest... nominated by or elected at of those controlling the outcome of a corporate election" Friedman v. Dolan, C.A. No. 9425-VCN, at 19–20 (Del. Ch. June 30, 2015)4035: "The mere fact that one [director] was appointed by a controller does not suffice to overcome the presumption of her independence"

41 .Beam ex rel. Martha Stewart Living Omnimedia, Inc. v. Stewart, 845 A.2d 1040, 1048 (Del. 2004)

תובע המבקש לקבל פטור מפנייה מוקדמת החובה להצביע על נתונים קונקרטיים, מעבר לתלות של הדירקטור בבעל השליטה לצורך המשך כהונה, המטילים ספק ביכולתו של הדירקטור לקבל החלטה עצמאית אם לתבוע את בעל השליטה.

בצד גישה עקרונית זו, אשר לפיה עצם המינוי של דירקטור בידי בעל השליטה אינה פוסלת אותו מקבלת החלטה על הגשת תביעה כנגדו, מסתמנת בשנים האחרונות בפסיקה בדלוור מגמה להרחיב את המקרים שבהם קיום קשרים עסקיים עם בעל השליטה או כהונה ממושכת במיוחד בדירקטוריון יביאו לקביעה כי הדירקטור תלוי בבעל השליטה ולכן אינו יכול לקבל החלטה נטולת פניות ביחס להגשת תביעה נגדו. כך, לדוגמה, נקבע כי בעלות משותפת במטוס פרטי (של דירקטור ובעל השליטה) פוגעת בעצמאות הדירקטור,⁴² וכי היסטוריה של פיטורי דירקטורים שנקטו עמדה נגד בעל מניות דומיננטי שוללת אף היא את היכולת של דירקטור לקבל החלטה אם לתבוע את בעל המניות.⁴³ עם זאת, לא חל שינוי בגישה העקרונית שלפיה לא די בכהונה משותפת בדירקטוריון או במינוי בידי בעל שליטה, כשלעצמם, כדי לשלול את יכולתו של דירקטור לקבל החלטה נטולת פניות באשר להגשת תביעה. כפי שנסביר בפרק הבא, אנו סבורים שעל בתי המשפט בישראל לנקוט עמדה שונה.

3. שימוש בוועדות בלתי-תלויות

בתקופה האחרונה גובר השימוש בישראל בוועדות בלתי-תלויות לצורך התמודדות עם תביעות נגזרות. על רקע זה, חשוב לעמוד על שני סוגים שונים של מקרים שבהם נעשה שימוש במוסד זה בדלוור.⁴⁴ **החזרת שליטה לחברה: Special Litigation Committee.** לפי הדין בדלוור, מתן פטור לתובע הנגזר מפנייה מוקדמת משמעו הפקעת השליטה בהחלטה אם להגיש תביעה מידי מוסדות החברה. זאת כיוון שהדירקטורים מצויים בניגוד עניינים השולל מהם את היכולת לקבל החלטה נטולת פניות. אולם, גם בנסיבות אלו יוכל הדירקטוריון לנסות ולהחזיר לידי שליטה מסוימת בתביעה באמצעות הקמת ועדה מיוחדת שבה יכהנו דירקטורים שאין להם תלות בדירקטורים הנחבצים או עניין אישי אחר בתביעה, ואשר תקבל לידיה סמכות להחליט על אודות גורלה של התביעה. כיוון שמדובר בנסיבות שבהן התובע פטור מפנייה מוקדמת לחברה, תוכל החברה להקים ועדה כזו גם לאחר הגשת תביעה

42 Sandys v. Pincus, 2016 WL 7094027 (Del. Dec. 5, 2016). נקבע כי קשרים עסקיים (כגון בעלות משותפת במטוס פרטי) בין דירקטורים לבעל השליטה יוצרת תלות שמצדיקה פטור מפנייה מוקדמת בתביעה נגזרת נגד בעל השליטה. ראו גם Del. Cty. Emps. Ret. Fund v. Sanchez, 124 A.3d 1017 (Del. 2015).

43 עניין Oracle, לעיל ה"ש 34.

44 יש להדגיש כי הסקירה שלנו עוסקת בוועדה מיוחדת לטיפול בתביעות. ועדה זו שונה בתפקידיה מוועדה מיוחדת לצורך ניהול משא ומתן על עסקאות עם בעל שליטה. נוסף לכך, עסקאות עם בעלי שליטה שבהן נעשה שימוש בוועדה מיוחדת בדין הישראלי כפופות לרוב גם לאישור בעלי מניות המיעוט לפי ס' 275 לחוק החברות. לתוצאה המשפטית של שימוש בוועדה כזו לפי הדין בדלוור, ראו Kahn v. M&F Worldwide corp., 88 A.3d 635, 641 (Del. 2014).

נגזרת לבית המשפט.⁴⁵ ככל שהוועדה מגיעה למסקנה שניהול ההליך מנוגד לטובת החברה, על החברה לפנות לבית המשפט בבקשה לסלק את התביעה.⁴⁶ כיוון שמדובר בוועדה אשר בהכרח באה לעולם כאשר נקודת המוצא היא שאין לאפשר לחברה שליטה בתביעה, היא זוכה ליחס חשדני קמעא, הבא לידי ביטוי בשני מישורים. ראשית, בית המשפט יפעיל בחינה קפדנית יותר בנוגע לאי-התלות של הדירקטורים המכהנים בוועדה, והנטל בעניין זה הוא על החברה.⁴⁷ עם זאת, חשוב לציין שגם בהקשר זה העובדה שדירקטור מונה בידי בעל שליטה אינה פוגעת, לגישת הפסיקה בדלוור, ביכולתו להיות חבר בוועדה שנדרשת להכריע בגורלה של התביעה נגד בעל השליטה.⁴⁸ שנית, כלל שיקול הדעת העסקי, במתכונת הרגילה שלו לא יחול על החלטה של ועדת תביעות מיוחדת.⁴⁹ הביקורת השיפוטית על החלטות הוועדה תורכב משני נדבכים. הנדבך הראשון מתמקד בתהליך שקיימה הוועדה, בעצמאות החברים בה ובשאלה אם יש יסוד סביר (reasonable basis) להמלצותיה. הנדבך השני קובע שבית המשפט רשאי להפעיל את שיקול הדעת שלו (its own independent business judgement) על מנת לבחון את המלצות הוועדה. במילים אחרות, בית המשפט רשאי (אך לא חייב) להפעיל שיקול דעת עצמאי במסגרת הנדבך השני ולבחון את החלטת הוועדה לגופה. ככלל, נראה שבתי המשפט ייטו להפעיל שיקול דעת עצמאי ביחס להמלצות הוועדה אם מצאו שעמידת הוועדה בדרישות הנדבך הראשון הייתה פורמלית גרידא.⁵⁰ נוסף לכך, שיקול הדעת של בית המשפט במסגרת הנדבך השני לא נועד לבחון אם יש תשתית ראייתית לתביעה, אלא אם טובת החברה מצדיקה ניהול הליך משפטי בעניין.⁵¹ הסמכת בית המשפט להפעיל שיקול דעת עצמאי ביחס לטובת

45 Seitz & Sirkin, לעיל ה"ש 9, בעמ' 313.

46 למיטב ידיעתנו, אין התייחסות מפורשת בפסיקה בדלוור לשאלת ההצדקה להבחנה בין מצב שבו רוב הדירקטורים פסולים מקבלת החלטה לבין מצב שבו רק מיעוט מהדירקטורים סובל מניגוד עניינים שכזה. כך, למשל, אם גם למיעוט מהדירקטורים יש יכולת לקבל החלטה נטולת פניות באשר להגשת תביעה בידי החברה, מדוע לא לדרוש מהתובע לפנות פנייה מוקדמת גם כאשר רק למיעוט מהדירקטורים אין עניין אישי בתביעה?

47 London v. Tyrrell, 2010 WL 877528, at *40–42 (Del. Ch. March 11, 2010); Booth Family Trust v. Jeffries, 640 F.3d 134, 143 (6th Cir. 2011).

48 Zapata Corp. v. Maldonado, 430 A.2d 779 (Del. 1981) (להלן: עניין Zapata).

49 Seitz & Sirkin; Biondi v. Scruschy, 820 A.2d 1148, 1164–1165. (Del. Ch. 2003) לעיל ה"ש 9, בעמ' "The skepticism about the potential structural bias in the special litigation committee : 314–312 context also recommends a higher standard of judicial review than the business judgment rule deference that is given to a demand review committee process and recommendation"

50 עניין Zapata, לעיל ה"ש 48, בעמ' 789. לדוגמה למקרה שבו בית המשפט בחר שלא להפעיל בחינה עצמאית, ראו Katell v. Morgan Stanley Grp., Inc., 1995 WL 376952, at *13 (Del. Ch. June 15, 1995): "I believe the Special Committee's recommendation for dismissal results from the process anticipated by the Amendment and Zapata. Therefore, I decline to undertake an independent review of the merits of Plaintiffs' claims"

51 Kaplan v. Wyatt, 484 A.2d 501, 508 (Del. Ch. 1984), aff'd, 499 A.2d 1184 (Del. 1985): "If the court, in its discretion, elects to proceed to the second step then its function is to exercise its own independent business judgment in striking a balance between 'legitimate corporate claims' as expressed in the derivative shareholder suit and the corporation's best interest as ascertained by the Special Litigation Committee"

החברה נועדה ליצור הקבלה בין שיקול הדעת הנדרש מבית המשפט בהקשר זה, לבין שיקול הדעת שעל בית המשפט להפעיל כשהוא מתבקש לאשר פשרה בתביעה נגזרת.⁵² העובדה שבית המשפט רשאי להפעיל שיקול דעת עצמאי ביחס להמלצות הוועדה המיוחדת, משמעה כי לפי הדין בדלוור הקמת ועדה מיוחדת – גם כזו שלא נפל פגם בהרכבה או בתהליך הבחינה שניהלה – אינה מחזירה בהכרח לידי החברה את השליטה המלאה בתביעה. מנגד, ישנן מדינות בארצות הברית – לרבות ניו יורק – המחילות את כלל שיקול הדעת העסקי על החלטותיה של ועדת תביעות מסוג זה.⁵³

בחינת פנייה מוקדמת: Demand Review Committee. גם כאשר התובע הנגזר חייב לפנות לחברה בפנייה מוקדמת, הדירקטוריון יכול להחליט על הקמת ועדה שבה חברים דירקטורים ללא עניין אישי בתביעה. ועדה כזו תערוך בחינה של הפנייה, תבצע בדיקה עובדתית של הנסיבות ותגבש המלצה באשר להגשת תביעה. ועדה זו מוקמת – כפי שהובהר לעיל – בנסיבות שבהן נקודת המוצא היא שהשליטה בתביעה היא בידי החברה. לפיכך, ככלל, על החלטות הוועדה יחול כלל שיקול הדעת העסקי (שהיה חל על החלטת החברה גם אלמלא היא הייתה מקימה ועדה כזו).⁵⁴ לסיכום, הדין בדלוור מאמץ גישה מצמצמת ביחס לנסיבות שבהן החשש מהטיה מבנית שולל מהחברה את השליטה בתביעה פוטנציאלית כנגד נושאי משרה או בעל שליטה, וזאת בעיקר באמצעות הכללים בנוגע לדרישת הפנייה המוקדמת. ככלל, קיומה של הטיה מבנית אינו מצדיק הפקעת השליטה בתביעה מידי החברה, ורק אם לרוב הדירקטורים עניין אישי אחר בתביעה או יחסי תלות אחרים בנתבעים, רשאי תובע נגזר להגיש תביעה בשם החברה (ללא צורך בפנייה מוקדמת). גם במקרה שבו ניגודי העניינים מפקיעים את השליטה בתביעה מידי מוסדות החברה, החברה יכולה לנסות ולקבל לידיה שליטה מסוימת בתביעה באמצעות הקמת ועדה מיוחדת. ועדה כזו תוכל לקבל לידיה שליטה בתביעה רק באישור בית המשפט, אשר מוסמך להפעיל שיקול דעת עצמאי ביחס לתוכן מסקנות הוועדה.

ד. שליטת החברה בהחלטה אם להגיש תביעה

לאור הרקע שהוצג לעיל, נציג בפרק זה את גישתנו באשר לזיקה הראויה שבין החשש מהטיה מבנית לגבולות השליטה של החברה בתביעה נגזרת בדין הישראלי, ובכלל זה את ההשלכה של עוצמת

52 Cox, לעיל ה"ש 29; כבוב, בלאו ופיליפ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 78–79, 83–84. יש לציין שגישת דלוור נחשבת למחמירה יותר מהגישה במדינות אחרות בארה"ב, שבהן עמדת הוועדה המיוחדת זוכה להגנה של כלל שיקול הדעת העסקי. ממחקר אמפירי שנערך לאחרונה עולה כי לוועדות תביעות מיוחדות בדלוור יש נטייה פחותה להקל על הנתבעים.

C.N.V. Krishnan, Steven Davidoff Solomon & Randall S. Thomas, *How do Legal Standards Matter? An Empirical Study of Special Litigation Committees* (Feb.15. 2019) available at <https://ssrn.com/abstract=3053449>, ייתכן כי זוהי הסיבה לעמדת בתי המשפט שם ביחס לוועדות כאלה.

53 Auerbach v. Bennett, 393 N.E.2d 994 (N.Y. 1979)

54 Spiegel v. Buntrock, 571 A.2d 767, 777–778. (Del. 1990); Busch v. Richardson, C.A. No. 2017-0868-AGB, (Del. Ch. Nov. 14, 2018)

החשש מפני הטיה מבנית על ההיקף והסטנדרט של הביקורת השיפוטית על החלטת החברה בדבר הגשת התביעה. נתייחס למקרים טיפוסיים שונים, ובכל אחד מהם נסקור את טיב החששות מפני הטיה מבנית ונבחן אם די בחששות אלה כדי ליטול (באופן חלקי או מלא) ממוסדות החברה את שיקול הדעת המסור להם. נדגיש כי ההכרעה בדבר עוצמת ההטיה המבנית, וההשלכות המשפטיות הנובעות ממנה, אינה יכולה להתבסס על דיון אקדמי-תאורטי גרידא, והיא תלויה גם בבחינה אמפירית הן של הדינמיקה של שוק הדירקטורים בישראל והן של המאפיינים של חברות ספציפיות (כגון מנגנון בחירת הדירקטורים באותה חברה). במילים אחרות, את הקביעות העקרוניות שלנו ביחס לעוצמת החשש מהטיה מבנית וההשלכות הנובעות ממנה יהיה מקום לבחון גם בראי המציאות, הן באופן כללי והן בהתייחס לכל מקרה ספציפי על מכלול נסיבותיו. אם יסתבר כי המסקנות המוצעות בפרק זה אינן עומדות במבחן המציאות, יהיה מקום לשנות בהתאם את רמת הביקורת השיפוטית המוצעת. החשש להטיה מבנית בחברה שיש בה בעל שליטה שונה במהותו מהחשש במקרה של חברה בבעלות מבוזרת. לפיכך, הדיון שלהלן יבחין בין חברות לפי מבנה הבעלות שלהן. כאמור, הדיון בכל אחד מהתרחישים שלהלן יניח, למען הפשטות, כי לדירקטורים הנדרשים לקבל החלטה אין עניין אישי בתביעה הנגזרת, וכי אין זיקות וקשרים בין דירקטורים אלה לבין הנתבעים הפוטנציאליים, למעט זיקות הנובעות מכהונה משותפת בדירקטוריון.

1. חברה ללא בעל שליטה

תביעה נגד נושאי משרה לשעבר. נניח שבחברה ללא בעל שליטה מוגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת כנגד מי שכיחנו בעבר כדירקטורים או נושאי משרה אחרים בחברה. האם ראוי להעניק לדירקטוריון החברה שליטה בהחלטה אם להגיש תביעה? ככלל, הדירקטורים בחברה ללא בעל שליטה נבחרים לתפקידם בידי בעלי המניות מהציבור, שהם גם אלה הנדרשים לאשר את חידוש המינוי.⁵⁵ בספרות האקדמית האמריקאית רווחה בעבר הטענה כי לדירקטוריון או להנהלת החברה יש בפועל השפעה רבה על מינוי הדירקטורים.⁵⁶ כך למשל, ועדת מינויים של הדירקטוריון היא הקובעת את מועדי החברה לכהונה בחברות הנסחרות בבורסות בארצות הברית.⁵⁷ עם זאת, גם בחברות כאלה, הדירקטורים המכהנים אינם תלויים – לצורך המשך כהונתם – בדירקטורים או בנושאי משרה שכיחנו בחברה בעבר. בנסיבות אלה, החשש היחיד מפני החלטה המוטת לזכותם של נושאי המשרה שפרשו נוגע לקיומה של "אחוזת דירקטורים", דהיינו: קולגיאליות בין דירקטורים או נושאי משרה רק בשל היותם

55 ס' 59 לחוק החברות.

56 Bebhuk & Hamdani, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1285.

57 [https://www.sec.gov/nasdaq STOCK Mkt. Inc., MARKETPLACE RULES § 4350\(c\) \(2017\) https://www.sec.gov/rules/other/nasdaqllcfla4_5/nasdaqllcamendrules4000.pdf](https://www.sec.gov/nasdaq STOCK Mkt. Inc., MARKETPLACE RULES § 4350(c) (2017) https://www.sec.gov/rules/other/nasdaqllcfla4_5/nasdaqllcamendrules4000.pdf). בישראל אין הסדרה מפורשת של אופן הצעת מועמדים לדירקטוריון בחברה ללא בעל שליטה. מכל מקום, ברירת המחדל של חוק החברות היא שכל בעל מניות שיש לו לפחות 1% ממניות החברה רשאי להעלות הצעות לסדר היום של אספה כללית, ובכלל זה הצעות בנוגע למינוי דירקטורים. ראו ס' 66(ב) לחוק החברות. בבנקים ובחברות ביטוח ללא גרעין שליטה יש הסדר שונה. פרק ד' לחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981; סימן א' ו-א' לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981.

דירקטורים. חשש זה מבוסס על הטענה כי לדירקטורים תהיה הטיה מבנית כנגד הגשת תביעות נגזרות נגד דירקטורים אחרים, שכן כלל הדירקטורים נמנים עם אותו חוג מקצועי וחברתי, ועל ההנחה שכל דירקטורית חוששת שהיא עצמה תהפוך למטרה לתביעה בעתיד, ולכן היא מעדיפה לבסס בחברה נוהג של היעדר תביעות.

לגישתנו, לא די בחשש היפותטי מעין זה כשלעצמו כדי "לסמן" את הדירקטורים כמי ששיקול הדעת שלהם הוא מוטה ולא ניתן לסמוך עליו, ובכך לשלול מחברה את היכולת לשלוט בזכות התביעה שלה. כך, גם מחוץ להקשר של תביעות נגזרות, נדרשים דירקטורים לקבל החלטות המשפיעות על נושאי משרה אחרים (כגון בנושאי המשך כהונה). אכן, החלטה על הגשת תביעה כרוכה בדרך כלל בפגיעה קשה יותר בנתבע הפוטנציאלי מאשר החלטה שלא להעלות שכר או לסרב לאשר עסקה נגועה. אולם בהיעדר אינדיקציות נוספות, אין די בחשש כזה כדי להקנות לגורם חיצוני – התובע הנגזר באישור בית המשפט – את הסמכות החריגה להחליף את מקבלי החלטות בחברה ולקבל החלטות בנוגע למיזוי זכויות התביעה של החברה במקום המוסדות המוסמכים שלה.

לפיכך, ככלל יש להחיל על החלטת מוסדות החברה ביחס להגשת תביעה בנסיבות כאלה את כלל שיקול הדעת העסקי, וזאת בין אם החברה החליטה לממש את זכות התביעה שלה ובין אם היא החליטה להימנע מכך. נחזור ונדגיש, היעדר ניגוד עניינים מהווה רק אחד מן התנאים להחלת כלל שיקול הדעת העסקי, ולצורך החלת הכלל נדרש גם כי הדירקטורים יקבלו את ההחלטה בעניין הפעלת זכויות התביעה בהליך מידע ובתום לב. ככל שהדירקטוריון סבור כי מוטב להפקיד את בחינת הטענות בידי ועדה (מחליטה או ממליצה), הוא רשאי כמובן לעשות כן, בהתאם להוראות הקבועות בחוק החברות בעניין ועדות דירקטוריון.⁵⁸ בנסיבות אלה, ההחלטה להפקיד את הנושא בידי ועדת דירקטוריון אינה צריכה כשלעצמה להקנות להחלטת החברה יתרון דיוני.⁵⁹

תביעה נגד נושאי משרה מכהנים (רוב הדירקטוריון ללא עניין אישי). למען הפשטות, תחילה נתמקד בנסיבות שבהן הדירקטוריון נדרש לקבל החלטה אם לתבוע דירקטורים אחרים. כאשר רוב הדירקטורים המכהנים אינם נתבעים פוטנציאליים בתביעה, יש להניח שההחלטה אם להגיש תביעה תופקד בידי הדירקטורים שאין להם עניין אישי בתביעה (לרבות שאין להם זיקות וקשרים רלוונטיים עם נושאי המשרה הנתבעים ההופכים אותם לבעלי עניין אישי בתביעה; דירקטורים אלה יכוננו להלן: "דירקטורים הלא נגועים").⁶⁰ האם די בעובדה שהדירקטורים הלא נגועים מכהנים בדירקטוריון עם הדירקטורים הנתבעים כדי ליצור הטיה מבנית השוללת מהם את האפשרות לקבל החלטות ענייניות? לדירקטורים הנדרשים לקבל החלטה ביחס לחבריהם לדירקטוריון יש הטיה מבנית עוצמתית יותר מאשר במקרה שבו הנתבעים הפוטנציאליים כבר אינם חברי דירקטוריון, וזאת משתי סיבות: ראשית, הקשרים החברתיים-מקצועיים בין הדירקטורים הם חזקים יותר. החשש הוא שדירקטורים לעולם

58 ס' 110–113 לחוק החברות. הקמת וועדה יכולה לסייע בעמידה בדרישות כלל שיקול הדעת העסקי ככל שקבלת החלטה לגבי הגשת תביעה מחייבת הליך ממושך של בירור עובדתי, אשר מטבע הדברים מתאים יותר לאורגן שיש בו מספר מצומצם של חברים.

59 אלא אם כן השימוש בוועדה – שיש לה בדרך כלל יכולת טובה יותר מאשר למליאת הדירקטוריון לקיים הליך בחינה ממושך ומעמיק – מסייע לדירקטוריון לעמוד בדרישה לקבלת החלטה מידעית.

60 רשימה זו אינה דנה בשאלה מה טיב הקשרים בין דירקטורים שיהפכו דירקטור לבעל עניין אישי בהחלטה הנוגעת לדירקטור אחר.

יעדיפו שלא לתבוע דירקטורים מכהנים, שכן החלטה על הגשת תביעה תפגע ביחסי העבודה שבין חברי הדירקטוריון ותקשה עליהם לשתף פעולה בהמשך. כך לדוגמה, יצירת אווירה של שיתוף פעולה תקל על הדירקטורים הלא נגועים אם ירצו לקדם בעתיד יוזמות שונות בדירקטוריון. מנגד, הגשת תביעה ביוזמת הדירקטורים הלא נגועים תקשה עליהם לקדם בעתיד יוזמות שיש להם עניין בהן ולקבל את תמיכת הדירקטורים שיתבעו. מעבר לכך, כלל הדירקטורים יצטרכו להמשיך לכהן יחד בדירקטוריון החברה ולקבל החלטות משותפות לגביה.

שנית, ניתן לטעון לתלות הדדית אפשרית בין חברי הדירקטוריון בכל הנוגע להמשך הכהונה בדירקטוריון. ככל שבחברה מסוימת חברי הדירקטוריון הם אלה הממליצים על מועמדי החברה לכהונת דירקטורים או שיש להם השפעה אחרת על המשך הכהונה של דירקטורים או על תנאי ההעסקה שלהם, מתעורר חשש כי דירקטורים יימנעו מנקיטת הליכים משפטיים כנגד דירקטורים אחרים כדי שאלה לא ימנעו את המשך הכהונה שלהם בדירקטוריון או יפגעו בתנאי העסקתם.⁶¹

את עוצמתם של חששות אלה יהיה מקום לבחון באופן קונקרטי ביחס לכל חברה וחברה בהתאם למכלול נסיבותיה.⁶² עם זאת, נשאלת השאלה אם די בהם כדי להצדיק שימוש בכלי החריג של התביעה הנגזרת על כל הקשיים הכרוכים בו ולהפקיע ממוסדות החברה את היכולת לקבל החלטה בדבר מיצוי זכויות התביעה שלה. בהקשר זה ניתן להצביע על שלוש גישות עקרוניות אפשריות.

לפי הגישה הראשונה, די בחשש להטיה מבנית בנסיבות אלה כדי לשלול גם מהדירקטורים הלא נגועים את היכולת לקבל החלטה נטולת פניות. לפיכך, בכל תביעה נגד דירקטורים מכהנים על בית המשפט להתייחס לכלל הדירקטורים (גם אלה שאינם נתבעים) כמי שמצויים במצב של ניגוד עניינים ולבחון בעצמו את ההחלטה אם יש להגיש תביעה נגזרת לגופה. בית המשפט יבחן הן את המצב המשפטי, הן את התשתית העובדתית והן את השיקולים הנוגעים לטובתה של החברה בנוגע להגשת התביעה, ויחליט בהתאם לשיקול דעתו אם מן הראוי שהחברה תגיש את התביעה, וזאת בלא שיינתן כל משקל לעמדת הדירקטוריון.

לפי הגישה השנייה, אין די בחשש להטיה מבנית שתואר לעיל כדי לשלול מהדירקטורים הלא נגועים את היכולת לקבל החלטה עניינית. כל עוד הדירקטור אינו נתבע ואין לו יחסי תלות ישירים בנתבעים או עניין אישי אחר בתביעה עצמה, אין מניעה להסתמך על שיקול הדעת שלו לצורך קבלת החלטה עבור החברה – האם טובתה מחייבת את מיצוי זכויות התביעה שלה. לפי גישה זו, החלטה שהתקבלה בידי דירקטורים לא נגועים שאין להם עניין אישי בתביעה תזכה להגנת כלל שיקול הדעת העסקי כמו החלטה הנוגעת לדירקטורים שחדלו מלכהן. כאמור, זו הגישה העקרונית הנוהגת בפסיקה של מדינת דלוור: בתי המשפט שם אינם רואים בעייתיות בכך שדירקטורים יכריעו בגורלן של תביעות נגד עמיתיהם לדירקטוריון, כאשר לרוב הדירקטורים אין עניין אישי בתביעה.

61 Bebhuk & Hamdani, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1285.

62 לדוגמה, ביחס לחלק מהחברות ללא גרעין שליטה הנסחרות בבורסה בתל אביב, מסתמנת לאחרונה מגמה שבה הגופים המוסדיים הם אלו שמציעים מועמדים לכהונת דירקטור. ראו רחלי בינדמן ויניב רחימי "המוסדיים רוצים לעשות מהפך בדירקטוריון פז" **כלכליסט** (25.9.2018) www.calcalist.co.il/markets/articles/0,7340,L-3746420,00.html. בחברות אלו פוחת החשש מתלות הדדית בין דירקטורים לצורך המשך כהונה בדירקטוריון. מנגד, ייתכן כי לדירקטור מסוים – כגון מייסד החברה – יש השפעה העולה בהרבה על זו הנובעת ממעמדו הפורמלי בחברה.

הגישה השלישית מבקשת להציע פתרון ביניים. בהתאם לפתרון זה, יינתן משקל לעמדת הדיירקטורים ביחס לאפשרות הגשת התביעה. אולם לנוכח החשש מהטיה מבנית, החלטתם לא תקבל הגנה מלאה של "כלל שיקול הדעת העסקי" אלא תהיה כפופה לבחינה שיפוטית, קרי: בית המשפט יוכל לבחון את ההחלטה לגופה גם אם התקבלה על בסיס מיודע וללא ניגודי עניינים (פרט לחשש מהטיה מבנית). בהקשר זה, ניתן ללמוד אנלוגיה מגישת בתי המשפט בדלוור לעניין special litigation committees,⁶³ כפי שהיא באה לידי ביטוי גם בהחלטת בית המשפט בעניין גוטליב.⁶⁴ בניגוד לגישה הראשונה, גישה זו לא תבטל לחלוטין את עמדת החברה. בניגוד לגישה השנייה, גישה זו לא תעניק בהכרח משקל מכריע לעמדת החברה, וזאת גם אם החלטת החברה התקבלה בהליך מעמיק ועל ידי דיירקטורים שאין להם עניין אישי בתביעה.

לגישתנו, ברוב המקרים הדילמה האמיתית היא בין הגישה השנייה לשלישית.⁶⁵ דומה כי אין די בכך שדיירקטורים מכהנים באותו דיירקטוריון כדי ליצור ניגוד עניינים המצדיק לשלול מהם את היכולת לקבל החלטות בשאלה אם לתבוע את עמיתיהם לדיירקטוריון. יש לזכור כי דיירקטורים בחברה ללא בעל שליטה נתונים למשמעת שוק: גם אם החברה היא זו שממליצה על חידוש הכהונה שלהם, ההחלטה הסופית מסורה בידי בעלי המניות מהציבור. יתר על כן, בשנים האחרונות הפכו בעלי המניות – ובעיקר גופים מוסדיים וקרנות אקטיביסטיות – למעורבים יותר בהליך הבחירה של דיירקטורים.⁶⁶ מגמה זו ניכרת בעיקר בחברות הנסחרות בשוק ההון האמריקאי, שבו יש נוכחות רבה יותר לקרנות אקטיביסטיות.⁶⁷ מאפיין זה של שוק הדיירקטורים בחברה ללא בעל שליטה מהווה שיקול חשוב התומך בהענקת משקל להחלטותיהם של הדיירקטורים חרף החשש להטיה מבנית המתעורר במקרים אלה. יתר על כן, העובדה שלרוב הדיירקטורים אין עניין אישי בתביעה מפחיתה את החשש כי הדיירקטוריון יפעל כנגד אותם דיירקטורים שיקבלו החלטה להגיש תביעה. לפיכך, יש לדחות את הגישה הראשונה.

כאמור, להכרעה בין הגישה השנייה והשלישית יש ממד אמפירי, וקשה לקבוע עמדה כעניין תאורטי גרידא. ככל ששוק הדיירקטורים אפקטיבי יותר בפיקוח על תפקוד הדיירקטורים בחברה בבעלות מבוזרת, כך מתחזקת ההצדקה לאימוץ הגישה השנייה, הקובעת שיש להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על החלטות הדיירקטוריון בנסיבות אלו, למרות החשש האפשרי מהטיה מבנית. גישה זו מכירה בכך כי ההחלטה על הגשת תביעה מחייבת גם הפעלת שיקול דעת עסקי, ואימוצה יצמצם את

63 עניין *Zapata*, לעיל ה"ש 48.

64 עניין **גוטליב**, לעיל ה"ש 2.

65 ס' 194(ד1) לחוק החברות פוטר תובע נגזר מפנייה מוקדמת לחברה אם לרוב הדיירקטורים יש עניין אישי בתביעה. על רקע זה, ניתן היה לטעון כי המחוקק סבור שכל עוד הדיירקטורים שיש להם עניין אישי בתביעה אינם מהווים רוב בדיירקטוריון, הדיירקטוריון כשיר לקבל החלטה בנוגע להגשת התביעה. אולם, כפי שיובהר להלן, אנו סבורים שאין לראות בעמדת המחוקק ביחס לפנייה מוקדמת לחברה כקובעת הסדר ממצה בסוגיית השליטה של החברה בתביעה.

66 זוהר גושן "בית משפט כלכלי וקו הגבול שבין ניהול כושל לניהול חובל" **משפטים** מז 541 (2018).

67 לדוגמה, חברת מלאנוקס, שהתאגדה בישראל אך מניותיה נסחרו רק בבורסה בארצות הברית, הייתה נתונה למתקפה של קרן אקטיביסטית בשם סטארבורד. ראו דרור רייך "עליית מדרגה במאבק השליטה במלאנוקס: סטארבורד דורשת להחליף את כל הדיירקטוריון" **כלכליסט** (18.1.2018) www.calcalist.co.il/markets/articles/0,7340,L-3729911,00.html

המקרים שבהם מוגשות תביעות לא מוצדקות למטרות של השגת פשרה גרידא. עם זאת, לגישתנו, לפחות בשלב זה של התפתחות שוק ההון המקומי והניסיון המועט שנצבר בו ביחס לחברות ללא בעל שליטה, לא ניתן לבטל לחלוטין את החשש להשפעתה של הטיה מבנית בשיקול הדעת של הדירקטורים. לפיכך, אנו נוטים לאימוץ הגישה השלישית, דהיינו: אין להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על החלטת הדירקטוריון בנסיבות אלו, אך גם אין לבטל את עמדת החברה. אימוץ הגישה השלישית מחייב דיון בשאלת היקף הביקורת השיפוטית על החלטת הדירקטוריון. בסוגיה זו נעסוק בחלק האחרון של פרק זה.

תביעה נגד נושאי משרה מכהנים; רוב הדירקטורים בעלי עניין אישי. לכאורה, כל עוד החלטה בדבר הגשת תביעה מופקדת בידי הדירקטורים שאין להם עניין אישי, העובדה שלרוב הדירקטורים בחברה יש עניין אישי בתביעה אינה אמורה להביא למסקנה שונה מזו שצוינה לעיל. עם זאת, ניתן להצביע על שני הבדלים בין המקרים. ראשית, במישור המשפטי, סעיף 194(ד) (1) לחוק החברות פוטר תובע מפנייה מוקדמת לחברה במקום שבו למחצית או יותר מהדירקטורים יש עניין אישי בהחלטה. על רקע זה, ניתן לטעון כי המחוקק סבור כי היותם של רוב הדירקטורים בעלי עניין אישי בתביעה שולל מן החברה את היכולת לקבל החלטה לגבי הגשתה.⁶⁸ שנית, היותם של רוב הדירקטורים בעלי עניין אישי בתביעה מחזק את החשש להטיה מבנית ככל שהוא מעצים את התלות ההדדית בין הדירקטורים לעניין המשך הכהונה שלהם בדירקטוריון.

כאמור, אנו נוטים לגישה שלפיה ככלל אין להחיל על החלטת החברה את כלל שיקול הדעת העסקי גם כאשר רק למיעוט מהדירקטורים המכהנים יש עניין אישי בתביעה. מכוח קל וחומר, אין להחיל בדרך כלל את כלל שיקול הדעת העסקי כאשר לרוב הדירקטורים המכהנים עניין אישי בתביעה. לגישתנו, גם במקרה כזה ראוי שבית המשפט יבחן את עמדת החברה, וזאת בהתאם לשיקולים שנפרט בהמשך.⁶⁹ כפי שהבהרנו, לעובדה שלרוב הדירקטורים יש עניין אישי יינתן משקל בקביעת רמת הביקורת שבית המשפט יפעיל על החלטת הדירקטוריון.

תביעה נגד נושאי משרה מכהנים; כל הדירקטורים בעלי עניין אישי. כאשר כל הדירקטורים הם בעלי עניין אישי בתביעה, אין בחברה אורגן שיכול להפעיל שיקול דעת נטול פניות כדי להחליט אם יש מקום להגשת תביעה נגד הדירקטורים המכהנים.⁷⁰ דרך אחת העומדת בפני החברה או הדירקטורים

68 נעיר בהקשר זה כי הפטור מפנייה מוקדמת כאשר לרוב הדירקטורים יש עניין אישי ביחס לתביעה עשוי להיות בעייתי. בניגוד לדין בדלוור, הדין הישראלי אינו יוצר זיקה אוטומטית בין הפנייה המוקדמת לשאלה אם החברה יכולה לשלוט בתביעה. לפיכך, לא ברור מדוע לא לתת לחברה הזדמנות להגיב לפנייה לפני הגשת תביעה.

69 ראו בפרק זה לרשימה זו, בתת-הפרק הרביעי "היקף הביקורת השיפוטית" להלן. כפי שהבהרנו לעיל, כעניין תאורטי, אין הכרעה ברורה בין גישה שלפיה יש להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי כאשר רק למיעוט מהדירקטורים יש עניין אישי בתביעה לבין גישה שלפיה ראוי במקרה שכזה להפעיל ביקורת שיפוטית על החלטת הדירקטוריון. אנו סבורים כי ראוי לאמץ את הגישה האחרונה לנוכח החשש מהטיה מבנית. אולם, גם מי שסבור שיש להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי כאשר רק למיעוט מהדירקטורים יש עניין אישי עשוי לאמץ גישה שונה כאשר לרוב הדירקטורים עניין אישי.

70 לכאורה, ניתן להעביר את החלטה להכרעת האספה הכללית. אולם, בחברות ציבוריות, נראה שהאספה הכללית אינה פרום מתאים לליבון סוגיות מורכבות, כגון קיומה של עילת תביעה והיתרונות והחסרונות של פנייה לבית המשפט.

היא להתמודד עם הטענות במסגרת תשובתם לבקשת האישור, שאז יידרש בית המשפט להכריע בשאלה לגופה – האם ראוי להתיר הגשת תביעה נגזרת. דרך אחרת היא לנסות ולפעול במסלול של ועדת תביעות מיוחדת, וזאת על מנת להחזיר לחברה את השליטה בהליך. למעשה, זהו הייעוד המקורי של ועדת התביעות המיוחדת במדינת דלוור. במעמד הוועדה המיוחדת בנסיבות כאלה נדון בהמשך.

תביעה נגד נושאי משרה שאינם דירקטורים בחברה. אנו סבורים שככלל אין מניעה שדירקטורים יקבלו החלטות בנוגע לתביעה נגד נושאי משרה שאינם דירקטורים, וזאת גם אם הם מכהנים יחד בחברה. הציפייה של חוק החברות היא שדירקטורים יקבלו החלטות הוות גורל לגבי המנהל הכללי ונושאי משרה אחרים בחברה, ובכלל זה ההחלטה אם להפסיק את כהונתם. לפיכך, אנו סבורים שיש להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על החלטת דירקטוריון שלא לתבוע נושאי משרה בחברה הכפופים לו (אלא אם כן ההחלטה על אודות הגשת תביעה נגד נושא המשרה עלולה להשפיע ישירות או בעקיפין גם על הדירקטורים המקבלים אותה או שמוכח טעם אחר לחשש מפני ניגוד עניינים).⁷¹

עניין אישי של נתבעים פוטנציאליים. הדיון עד עתה הניח כי לדירקטורים אין עניין אישי בתביעה הנגזרת. לכאורה מתבקש לקבוע שלכל דירקטור הנכלל ברשימת הנתבעים הפוטנציאליים בבקשה לאישור יש עניין אישי בתביעה. אולם, בחינה מעמיקה יותר מצביעה על בעייתיות בקביעה זו. החשש הוא ממצב שבו יתאפשר לתובע הנגזר לפעול באופן אסטרטגי כדי לשלול מהחברה את השליטה בהחלטה על אודות הגשת התביעה רק באמצעות הגדרת רשימת הנתבעים, וזאת גם כאשר אין תשתית עובדתית ומשפטית לכאורית לקיומה של עילת תביעה נגדם.

על רקע חשש זה ניתן להבין את עמדת הפסיקה בדלוור ביחס לשאלה מתי נדרש תובע לפנות בפנייה מוקדמת לחברה. כפי שהסברנו בפרק הקודם, הפסיקה בדלוור קבעה, לצורך ההכרעה בשאלה אם נדרשת פנייה מוקדמת, שלא די בהיותו של דירקטור נתבע פוטנציאלי כדי לשלול ממנו את היכולת לקבל החלטה ביחס לתביעה. כאשר התובע מבקש לתקוף החלטה שקיבל הדירקטוריון, עליו להצביע על עובדות שמהן עולה כי ההחלטה של הדירקטוריון שבגינה הוגשה התביעה לא הייתה תוצאה של הפעלת שיקול דעת עסקי החסינה מפני התערבות של בית המשפט. נראה שגם בישראל ראוי שבתי המשפט יקבעו מתי הכללת דירקטורים ברשימת הנתבעים מצדיקה לראות בהם כבעלי עניין אישי. צורך זה מקבל משנה תוקף לנוכח הגישה המוצעת במאמר זה, ואשר לפיה די בכך שלחלק מהדירקטורים המכהנים יש עניין אישי בתביעה כדי להפקיע את השליטה בתביעה מידי החברה.⁷²

2. חברה שיש בה בעל שליטה

ההבדל העיקרי בין חברות בבעלות מבוזרת לבין חברות עם בעל שליטה נוגע לעוצמת ההטיה המבנית של דירקטורים כאשר הם נדרשים להחליט אם להגיש תביעה נגד בעל השליטה או נגד גורם הקשור אליו. לבעל השליטה יש השפעה רבה על הרכב הדירקטוריון היוצרת תלות מובהקת של הדירקטורים בו. על רקע זה נציג את הגישה הראויה ביחס לשליטתה של חברה שיש בה בעל שליטה בתביעה נגזרת.

71 תנ"ג (מחוזי ת"א) 35114-03-12 **אשש נ' עטיה** (פורסם בנבו, 24.6.2015).

72 דיון זה מחזק את הצורך בקביעת כללים ברורים לבחינת תחולת כלל שיקול הדעת העסקי בשלב דיוני מוקדם ככל הניתן. אנו לא דנים בסוגיה זו במסגרת רשימה זו.

תביעות שלא נגד בעל השליטה. בתביעות מסוג זה יחולו העקרונות שבהם דנו בפרק הקודם: ככלל, יש להחיל את הביקורת המקלה של כלל שיקול הדעת העסקי (גם לנוכח האינטרס ההוני של בעל השליטה בהשאת רווחי התאגיד). אולם, אם מדובר בתביעה נגד דירקטורים מכהנים, עולה שאלת ההטיה המבנית שבה עסקנו בפרק הקודם.

תביעה נגד בעל השליטה או תביעה שבה יש לו עניין אישי. כאשר התביעה הצפויה נוגעת לבעל השליטה עצמו (כגון בשל עסקה של בעל השליטה שנעשתה בניגוד עניינים) או בכל מקרה שבו יש לבעל השליטה עניין אישי בתביעה,⁷³ ההנחה היא כי ההטיה המבנית של הדירקטוריון תהיה בעלת עוצמה רבה, כך שישנו ספק של ממש בדבר היכולת של הדירקטורים לקבל החלטה ניטרלית. תיאור זה יפה גם לדירקטורים בלתי-תלויים כהגדרתם בחוק החברות.⁷⁴

מה לגבי דירקטורים חיצוניים? ככלל, דירקטורים אלה נבחרים לכהונה ראשונה (וכהונתם מוארכת) בידי בעל השליטה (בתמיכת בעלי מניות המיעוט). אולם, בנסיבות מסוימות המיעוט רשאי להאריך את כהונתם גם שלא בתמיכת בעל השליטה (ראו סעיף 245(א1)(1) לחוק החברות). לגישתנו, אלא אם מדובר בדירקטור חיצוני שכהונתו הוארכה בידי בעלי מניות המיעוט (או שהוא הוצע מלכתחילה בידי בעלי מניות המיעוט), אין בהסדר זה כדי לבטל את התלות של הדירקטור החיצוני בבעל השליטה ולהפיג את החשש מפני ההטיה המבנית שלו כתוצאה מכך.⁷⁵

בפרק הקודם הצגנו את הדילמה בין גישה המעניקה למוסדות החברה שליטה מלאה בהחלטה אם להגיש תביעה נגד דירקטורים מכהנים לבין גישה שלפיה ההטיה המבנית מחייבת הפעלת ביקורת שיפוטית. הסברנו כי להכרעה בין גישות אלו יש ממד אמפירי והצגנו את גישתנו שהחשש מהטיה מבנית מצדיק נקיטת גישה זהירה יותר על ידי בתי המשפט בישראל, גישה שלפיה יבחן בית המשפט בנסיבות המתאימות את החלטה של מוסדות החברה לגופה. אולם, ככל שמדובר בהגשת תביעה נגד בעל השליטה, אנו סבורים שלא קיימת דילמה של ממש בין הגישות השונות. השפעתו של בעל השליטה על מינוי דירקטורים יוצרת הטיה מבנית ברורה המחייבת שלא להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על החלטת דירקטוריון החברה אם לתבוע את בעל השליטה.⁷⁶ מבין הגישות שהצגנו לעיל, אנו

73 מפאת מגבלות המקום, לא נדון ברשימה זו בשאלה מהן הנסיבות שבהן יש לקבוע כי לבעל השליטה יש עניין אישי בתביעה נגד צד ג'. להחלטה העוסקת בסוגיה זו, ראו עניין אלטמן, לעיל ה"ש 4, פס' 29 לפסק דינה של השופטת רונן.

74 ת"א (מחוזי ת"א) 43013-03-17 חסין נ' בלובבנר (פורסם בנבו, 19.6.2018); עניין עטיה, לעיל ה"ש 71.

75 במקרים שבהם מונה דירקטור חיצוני בידי המיעוט, ניתן לטעון כי יש להשוות אותו לדירקטור בחברה ללא בעל שליטה, שאף הוא ממונה בידי ציבור המשקיעים. במקרה כזה, כפי שהסברנו לעיל, מתעוררת הדילמה אם די בחשש להטיה מבנית של דירקטורים הנובעת מכהונה משותפת גרידא כדי לשלול את תחולת כלל שיקול הדעת העסקי על החלטת אותם דירקטורים בנוגע להגשת תביעה.

76 ההחלטה על הגשת תביעה נגד בעל השליטה לא אמורה להיות שונה מהחלטה לאשר עסקה חריגה עם בעל השליטה, שלגביה חוק החברות (בחברה ציבורית) אינו מסתפק באישור הדירקטוריון אלא דורש גם אישור של רוב מקרב בעלי מניות המיעוט. באופן תאורטי ניתן היה להעביר את החלטה בשאלת הגשת התביעה להצבעת באספת בעלי המניות, כשהחלטה תתקבל בידי בעלי המניות שאינם נגועים, קרי בעלי מניות המיעוט. החלטה כזו עשויה הייתה ככל הנראה ליהנות מהגנת כלל שיקול הדעת העסקי. עם זאת, בפועל לא מוכר לנו מקרה שבו חברה נהגה באופן הזה. גם אין סבירות גבוהה שחברות ינהגו באופן זה בעתיד, וזאת לנוכח מורכבות ההחלטה אם להגיש תביעה והצורך לחשוף את כל המידע בסוגיה בפני

סבורים כי כאשר מתקבלת החלטה של דירקטורים ביחס לאפשרות להגיש תביעה נגד בעל השליטה, המשקל שצריך להינתן להחלטת הדירקטורים צריך להיות מצומצם מאוד, באופן דומה לגישה שאותה כינינו "הגישה הראשונה".⁷⁷ יודגש, כי עמדה זו שונה מן העמדה של הפסיקה בדלוור שהוצגה לעיל, שלפיה גם דירקטורים שמונו בידי בעל השליטה כשירים להחליט בדבר הגשת תביעה כנגדו, וזאת אם אין להם תלות אחרת בבעל השליטה.⁷⁸

אימוץ גישה זו יצריך את בתי המשפט לגבש משנה סדורה בשאלה מתי יש לבעלי שליטה עניין אישי בתביעה. כאמור, ככל שלבעל השליטה אין עניין אישי בתביעה, יש להניח כי האינטרס ההוני שלו יתרום לקבלת החלטות בנוגע לתביעה בהתאם לטובת החברה. גם בהקשר זה מתעורר הצורך להקפיד על סינון איכותי יותר על ידי בית המשפט בשלב הבקשה לאישור, כגון הקפדה על אי-התערבות במקרים שבהם חל כלל שיקול הדעת העסקי על ההחלטה נושא בקשת האישור (בניגוד לתחולתו על ההחלטה על אודות הגשת התביעה).⁷⁹

3. ועדה מיוחדת

הדיון עד עתה עסק בשאלת הגבול הראוי לשליטת החברה בהחלטה אם להגיש תביעה נגד דירקטורים או בעלי שליטה. על רקע הגישה שאותה הצענו בחלקים הקודמים, נבחן כעת את ההתייחסות הראויה לוועדת תביעות מיוחדת ("ועדה מיוחדת"). הקמת "ועדה מיוחדת" יכולה להתבצע באמצעות הסמכת הדירקטורים הבלתי-נוגעים לדון בהיבטים השונים הנוגעים לאישור התביעה. במקרה כזה, מסקנות הדיון שלעיל יחולו גם על אותה ועדה שמינה הדירקטוריון. הדיון שלנו בוועדה המיוחדת יתמקד בפרקטיקה שלפיה הדירקטוריון מחליט על מינוי גורמים חדשים – בין אם הם דירקטורים חדשים ובין אם הם מומחים חיצוניים שאינם דירקטורים – לשם בחינת עילות התביעה ואופן ההתמודדות של החברה עימה. נתייחס לשאלה מהו המשקל שיש להעניק להחלטה של ועדה מיוחדת המורכבת מגורמים שמונו בידי הדירקטוריון רק לצורך זה.

האספה הכללית. לכן השאלה על אודות משקלה של החלטה של האספה בהקשר זה איננה שאלה שסביר להניח שתעלה לדיון.

77 אנו מתייחסים כאן למשקל של ההחלטה על אודות הגשת התביעה. בהמשך נתייחס למשקל האפשרי של קביעות של ועדה מיוחדת שהחברה מינתה לגבי נושאים ספציפיים הקשורים בנייהול התביעה.

78 לביקורת על עמדת בתי המשפט בדלוור בהקשר זה, ראו Bechuk & Hamdani, לעיל ה"ש 7. אנו סבורים גם כי אופיו של שוק החברות בישראל מצדיק גישה שונה. בהיותו של שוק ההון בישראל קטן הרבה יותר מזה שבדלוור, הקשרים החברתיים והעסקיים בין בעל השליטה לבין הדירקטורים ובכלל זה הדירקטורים הבלתי-תלויים הם רבים יותר ובעלי משמעות רבה יותר. דירקטור בלתי-תלוי מודע ככל הנראה לכך שהוא עשוי "לפגוש" את בעל השליטה בחברה בנסיבות עתידיות רבות ומגוונות, והוא עשוי משום כך להעדיף לשמור על יחסים תקינים עם בעל השליטה (ודאי ככל שמדובר בבעל השליטה שיש לו השפעה על חברות נוספות במשק).

79 אם לדוגמה ההחלטה שבגינה מבקש התובע הנגזר לתבוע היא החלטה על רכישת חברה מצד ג' שאין לו כל זיקה לבעל השליטה, אזי העובדה שבעל השליטה נמנה עם הדירקטורים שקיבלו את ההחלטה אינה צריכה בדרך כלל לשלול מההחלטה את ההגנה של כלל שיקול דעת העסקי (בהנחה שהתקיימו התנאים לתחולת הכלל).

בפתח הדברים נבקש להבהיר שתי נקודות: ראשית, יש להבחין בין שתי תכליות אפשריות לוועדה המיוחדת. התכלית הראשונה היא להחזיר לידי החברה את השליטה בהליך. נניח לדוגמה שהדירקטוריון ממנה ועדה כדי לבחון טענות להפרת חובת אמונים על ידי יו"ר הדירקטוריון שהוא גם בעל השליטה בחברה. מינוי הוועדה נעשה בתקווה שהדבר יביא להחלת כלל שיקול הדעת העסקי על ההחלטה אם להגיש תביעה. כאמור, זו התכלית של השימוש ב־special litigation committee בדין האמריקאי. התכלית האפשרית השנייה נוגעת למצבים שבהם החברה אינה מתיימרת לשלוט בהליך, אך השימוש בוועדה מיוחדת נועד להגביר את המשקל שיעניק בית המשפט לעמדת החברה. ככלל, אם מתקיימות נסיבות המצדיקות לשלול מחברה את השליטה בתביעה, אנו סבורים שדירקטוריון החברה אינו יכול בדרך כלל להשיב לידיו את השליטה בהליך רק באמצעות הקמת ועדה מיוחדת שהוא הממנה את חבריה ומגדיר את סמכויותיהם.⁸⁰ עם זאת, שימוש נאות במוסד זה יכול לחזק את עמדת החברה בבית המשפט באותם מקרים שבהם בית המשפט נדרש להפעיל ביקורת שיפוטית על עמדת החברה.

שנית, להבדלים בין הדין בדלוור לדין הישראלי יש חשיבות לעניין ההשלכות המשפטיות של שימוש בוועדה המיוחדת. כאמור, בדלוור אין הליך דיוני של אישור תביעה כנגזרת, והכללים בנוגע לפנייה מוקדמת הם שקובעים את גבולות השליטה של החברה בתביעה. הפסיקה העוסקת בוועדת תביעות מיוחדת עוסקת במקרים שבהם התובע הנגזר פטור מפנייה מוקדמת. לכן, אלמלא הוקמה הוועדה המיוחדת, היה התובע רשאי לנהל את התביעה בשם החברה. בישראל, לעומת זאת, השאלה היא אם שימוש בוועדה המיוחדת עוד בשלב האישור יוכל להביא להחלת כלל שיקול הדעת העסקי על החלטת מוסדות החברה בנוגע לתביעה, דהיינו להביא לדחיית בקשת האישור אם החלטת החברה היא שלא להגיש את התביעה.

שימוש בוועדה מיוחדת כדי להשיב לחברה את השליטה בהליך. כפי שהבהרנו לעיל, בנסיבות שבהן אין מניעה להעניק לחברה שליטה בהליך, השימוש בוועדה מיוחדת יכול לסייע לדירקטוריון לעמוד בתנאים לתחולת כלל שיקול הדעת העסקי (לדוגמה, קיום הליך בחינה מעמיק ומקצועי). אולם, מה לגבי אותם מקרים שבהם החשש מהטיה מבנית מצדיק שהשליטה בהחלטה אם להגיש תביעה תישלל מהחברה? האם מינוי ועדה מיוחדת, כשלעצמו, יוכל להביא לתחולת כלל שיקול הדעת העסקי על החלטת החברה בעניין זה? לגישתנו, התשובה לשאלה זו היא בדרך כלל שלילית.⁸¹ ככלל, במקרים שבהם עניין אישי או אף הטיה מבנית של הדירקטורים המכהנים בחברה שולל מהחברה את השליטה בתביעה, לא ניתן לפתור את הבעיה על ידי שאותם דירקטורים מכהנים ימנו גורמים אחרים ויסמיכו אותם לקבל את ההחלטה.

80 האפשרות של מינוי ועדה בלתי־תלויה שלא על ידי דירקטוריון החברה אלא על ידי גוף אובייקטיבי אחר לא עלתה ולא נבחנה עדיין על ידי הפסיקה. יחד עם זאת, באחד מפסקי הדין ניתן משקל לעמדתו של רשם העמותות ביחס לאפשרות הגשת תביעה בשמה של עמותה, מאחר שמדובר בגוף בלתי־תלוי שבחן את השאלה באופן עצמאי בלא שהיה חשש להטיה בחוות דעתו. ראו תנ"ג (מחוזי ת"א) 12-08-12839-08 **בן לביא נ' העמותה לקידום מקצועי חברתי של הפקידים עובדי המינהל והשירותים** (פורסם בנבו, 20.10.2015).

81 בעניין זה, הגישה שאנו מציעים דומה לגישה של בתי המשפט בדלוור ביחס למעמד ה־Special Litigation Committee. עניין *Zapata*, לעיל ה"ש 48.

גישתנו זו חלה בין אם מדובר במינוי דירקטורים חדשים ל"ועדה הבלתי תלויה", ובין אם מדובר במינוי של אנשי מקצוע שאינם דירקטורים.

ככל שמדובר במינוי דירקטורים חדשים, הרי שגם אם הם יהיו נטולי עניין אישי בתביעה, הם יהיו חשופים לאותה הטיה מבנית שחלה על הדירקטורים הקיימים. בחברה שיש בה בעל שליטה, גם הדירקטורים החדשים יהיו תלויים בבעל השליטה להמשך הכהונה בדירקטוריון.⁸² בחברה ללא בעל שליטה, הדירקטורים החדשים (בהנחה שיש להם כוונה להמשיך לכהן בחברה) יידרשו לקבל החלטה אם לתבוע את חבריהם לדירקטוריון. לפיכך, מינוי דירקטורים חדשים אינו שולל את ההצדקה הבסיסית לנטילת השליטה בתביעה מידי מוסדות החברה. עמדתנו זו נתמכת גם בספרות האקדמית האמריקאית, לרבות מחקרים אמפיריים שנערכו בנושא.⁸³

האמור בפסקה הקודמת מבוסס על ההנחה כי החשש מהטיה מבנית, כשלעצמו, מצדיק שלא להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על החלטת הדירקטורים הלא נגועים בנוגע להגשת תביעה. עם זאת, נחזור ונבהיר את השלכתם של הסייגים לקביעה זו כפי שפירטנו אותם לעיל. ראשית, בחברה ללא בעל שליטה מתעוררת הדילמה אם די בחשש להטיה מבנית של דירקטורים באשר לתביעת עמיתיהם לדירקטוריון כדי לשלול את תחולת כלל שיקול הדעת העסקי. זאת בין השאר לנוכח התמריצים הנובעים מן הצורך של דירקטורים להיבחר מחדש למשרתם בידי בעלי המניות מהציבור. לפיכך, אם החברה ממנה לוועדת תביעות דירקטורים מקצועיים מתוך כוונה שהם ימשיכו לכהן בחברה לטווח ארוך, יהא קל יותר לקבל את הטענה כי הם יבקשו לפעול בהתאם לאינטרסים של בעלי המניות, ולא דווקא בהתאם לאינטרסים של חבריהם לדירקטוריון. זאת, גם אם הם מונו בידי הדירקטורים המכהנים לאחר שהבקשה לאישור תביעה נגזרת הוגשה.⁸⁴ לפי גישה אחרונה זו (שכאמור, לגישתנו, ספק אם ניתן לאמצה בשלב זה באופן גורף ביחס לכלל החברות בישראל), ייתכן שמינוי דירקטור חדש יביא במקרים המתאימים (כגון אם רוב הדירקטורים הקיימים נגועים בעניין אישי) להשבת השליטה לידיה של החברה. שנית, כאמור לעיל, שאלה דומה מתעוררת בחברה שיש בה בעל שליטה ביחס לדירקטורים שמונו על ידי בעלי מניות המיעוט.

זאת ועוד, גם אם מינוי ועדה מיוחדת אינו יכול להשיב לחברה את השליטה בחברה באמצעות החלת כלל שיקול הדעת העסקי על החלטתה ביחס להגשת התביעה, הרי בנסיבות שבהן החשש מפני הטיה מבנית הוא מצומצם, ייתכן שמינוי ועדה מיוחדת עשוי לצמצם עוד יותר את נטייתו של בית המשפט להתערב בהחלטה.

מה לגבי מינוי ועדה המורכבת ממי שאינם דירקטורים, כגון שופטים בדימוס, אנשי אקדמיה או מומחים אחרים? גם במקרה זה אנו סבורים שאין במינוי ועדה כזו, כשלעצמו, כדי להחזיר לידי

82 יוער כי לאור הרלוונטיות של אופן מינוי חברי הוועדה ביחס למשקל שיש לתת להמלצותיה, ניתן לחשוב על אופנים נוספים למינוי חברי הוועדה, כמו למשל הגרלה מ"בנק" של חברים פוטנציאליים בוועדות בלתי-תלויות. אפשרות אחרת היא בחירה של חברי הוועדה בידי בעלי מניות המיעוט. עם זאת, פתרונות מהסוג הזה מצמצמים עוד יותר את עצמאותה של החברה ויכולתה להתנהל בכוחות עצמה.

83 Krishnan, Solomon & Thomas, לעיל ה"ש 52.

84 Minor Myers, *The Decision of the Corporate Special Litigation Committees: An Empirical Investigation*, 84 IND. L.J. 1309 (2009). בפרקטיקה מקובל לכלול בתקנון של חברה ציבורית סמכות שיורית לדירקטוריון למנות דירקטורים. בדרך כלל, הארכת הכהונה של דירקטורים אלו טעונה אישור האספה הכללית.

החברה את השליטה בתביעה באופן שהחלטתה של ועדה כזו תיחנה מהגנת כלל שיקול הדעת העסקי. בניגוד לדירקטורים, גורמים אלו אינם אמורים לכהן בחברה לטווח ארוך והם אינם מתכננים להעמיד את עצמם לבחירת בעלי המניות לצורך המשך הכהונה. סביר גם להניח שיש להם מוניטין מקצועי שהם מעוניינים לשמור עליו. נוסף לכך, לגבי בעל מקצוע כזה אשר ממונה רק לצורך קבלת החלטה בנוגע לתביעה, לא קיים החשש מפני אי-הנעימות הכרוכה בשירות משותף בדירקטוריון עם דירקטורים שהוא החליט על הגשת התביעה נגדם. אולם מנגד, פרנסתם של בעלי מקצוע כאלה אינה מבוססת על המוניטין שיצברו כדירקטורים איכותיים, אלא דווקא על האפשרות שהם ימונו גם בעתיד "אד הוק" לצורך דיון בוועדות תביעות בחברות נוספות. אם בית המשפט ייתן אמון מוחלט בשיקול הדעת של גורמים אלה (ולא יבחן לגופן את המלצותיהם), יושפע הסיכוי למינוי נוסף כזה מההטיה של הגורם הממנה ועדות כאלה (קרי הדירקטורים הנגועים). הטעם שלא להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על החלטות דירקטורים בדבר הגשת תביעה נגד עמיתיהם לדירקטוריון או בעל השליטה הוא החשש מהשפעה שלילית של ההטיה המבנית של דירקטורים. חשש כזה חל גם על השיקולים העשויים להשפיע על בחירת חברי ועדת תביעות בידי הדירקטורים המכהנים. מאחר שלא ניתן לשלול אפשרות כי הסיכויים להתמנות שוב לוועדת תביעות בלתי-תלויה גדלים אם חברי הוועדה מקבלים החלטה שלא להגיש תביעה,⁸⁵ מינוי של גורמים כאלה אינו מיתר את הצורך בביקורת שיפוטית על החלטת הוועדה.

שאלה נוספת המתעוררת בהקשר זה היא כיצד יש להתייחס לוועדה מיוחדת המורכבת מאנשי מקצוע שאינם דירקטורים. לגישתנו, היחס לוועדה כזו צריך להיות דומה למקרים אחרים שבהם הדירקטוריון נעזר באנשי מקצוע לצורך גיבוש עמדתו המקצועית. כך, יש להביא בחשבון כי שימוש באנשי מקצוע ונטרול הדירקטורים "הנגועים" ממעורבות מחזק את מידת המקצועיות ואי התלות של תהליך הבדיקה, ועם זאת אין די במינוי אנשי מקצוע כדי לנטרל את החשש מהטיה מבנית (או עניין אישי) של הגורם הממנה.

לסיכום, אנו סבורים כי בדין הישראלי אין מקום לקבוע באופן גורף כי מינוי ועדת תביעות מיוחדת, כשלעצמו, יאפשר לחברה שמוסדותיה מצויים בניגוד עניינים להחזיר לידיה את השליטה בהליך המשפטי כך שעל החלטת הוועדה יחול כלל שיקול הדעת העסקי. ככלל, כאשר ניגוד העניינים או ההטיה המבנית אינם מאפשרים להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על החלטת החברה אם להגיש תביעה נגד נושאי משרה או בעל השליטה, לא ניתן להתגבר על כך רק באמצעות מינוי ועדה מיוחדת. כאמור, ייתכן חריג למסקנה זו אם תתקבל הגישה שלפיה העובדה שדירקטורים מכהנים יחד אינה יוצרת בהכרח הטיה מבנית השוללת את החלטת כלל שיקול הדעת העסקי בחברה ללא בעל שליטה, שבה לרוב הדירקטורים אין עניין אישי בתביעה. מכל מקום, בנסיבות מסוימות (כגון כאשר לדירקטורים המכהנים אין עניין אישי אלא רק הטיה מבנית) עשוי מינוי ועדה כזו לחזק את המשקל

85 ניתן לטעון כי לאנשי מקצוע כזה יהיה חשוב לשמור על מוניטין מקצועי – בייחוד מול בתי המשפט – ולכן יקפידו לגבש המלצות נטולות פניות. אולם, גיבוש מוניטין כזה יתאפשר רק אם לבתי המשפט תהיה הזדמנות לבחון את המלצות הוועדה להחליט אם לקבל אותן. לפיכך, גם שיקול זה תומך בהפעלת ביקורת שיפוטית על המלצותיה של ועדת דירקטוריון מיוחדת המורכבת מאנשי מקצוע שאינם דירקטורים.

שבית המשפט ייתן לעמדת החברה ביחס להגשת התביעה, ויביא להחלטת סטנדרט ביקורת מקל יותר על ההחלטה.

4. היקף הביקורת השיפוטית

כאשר החשש מפני הטיה מבנית שולל מהחברה את השליטה בתביעה הנגזרת, האם ראוי לתת משקל כלשהו לעמדת מוסדות החברה באשר לשאלה אם מוצדק להגיש תביעה? לגישתנו, גם כאשר החשש מהטיה מבנית מצדיק שלא להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על החלטת החברה שלא להגיש תביעה, אין פירושו של דבר כי בית המשפט לא ייחס כל משקל לעמדת החברה. בחינת התביעה באמצעות דירקטורים שאין להם עניין אישי בתביעה – בין במסגרת ועדה מיוחדת ובין בהרכב אחר של דירקטורים – הינה מהלך רצוי וראוי, אשר יסייע גם לחזק את עמדת החברה בדיון בבית המשפט. למען הנוחות, הדיון שלהלן יניח כי החברה בחרה לעשות שימוש בוועדה מיוחדת המורכבת מדירקטורים בלתי-נגועים. לקראת סוף הפרק נדון במקרה שבו החברה בוחרת למנות ועדה מיוחדת ובה נציגים חיצוניים.

מה צריך להיות היקף הביקורת השיפוטית ביחס לעמדת החברה? לגישתנו, היקף הביקורת השיפוטית צריך לאזן בין שני שיקולים. מחד גיסא, כפי שהבהרנו זכות התביעה היא נכס של החברה, ומוסדות החברה הם אלו שצריכים ויכולים לבחון את מכלול השיקולים הרלוונטיים כדי להחליט בדבר השימוש האופטימלי בנכס זה. יתר על כן, התובע הנגזר חשוף לבעיית נציג ושיקוליו בניהול התביעה שונים מאלה של החברה וציבור בעלי מניותיה. מאידך גיסא, ההטיה המבנית של דירקטורים עלולה להביא אותם שלא להגיש תביעה נגד בעל השליטה או נגד עמיתיהם לדירקטוריון גם במקום שטובת החברה דורשת הגשתה של תביעה כזו. ההיקף הראוי לביקורת שיפוטית ישתנה בהתאם למכלול נסיבות המקרה תוך התחשבות בשלושה מישורים עיקריים.

המישור הראשון עוסק בעוצמת החשש להטיה מבנית. במישור זה ראוי שבית המשפט יבחן נתונים עובדתיים על אודות מבנה השליטה בחברה (ראו דיון לעיל) והקשרים בין הדירקטורים, לרבות אופן מינוי הדירקטורים בחברה הרלוונטית. גם להבחנה בין עילות תביעה שונות יש חשיבות לעניין עוצמת החשש מפני הטיה מבנית. הפגיעה בדירקטור הנתבע בגין הפרת חובת זהירות, לדוגמה, הינה משמעותית הרבה פחות מאשר פגיעה בדירקטור שתיוחס לו על ידי החברה הפרה של חובת אמונים (הן בנוגע לחשש לפגיעה במוניטין של הדירקטור הנתבע והן בנוגע לכיסוי הביטוחי). לפיכך, נראה שיש לתת משקל רב יותר להחלטה הנוגעת לעילת תביעה ברשלנות מאשר להחלטה הנוגעת לעילת תביעה של הפרת חובת אמן.

המישור השני נוגע לטיב ההליך שקיים הדירקטוריון (בדגש על מתכונת בירור העובדות). בהקשר זה יהיה מקום לבחון שאלות כגון המשאבים שהושקעו בבחינת עילת התביעה, רמת התלות של היועצים שליוו את הוועדה המיוחדת ועוד שיקולים כיו"ב.

המישור השלישי נוגע לכשירותו המוסדית של בית המשפט, והוא מבוסס על הבחנה בין הרבדים השונים של החלטה הנוגעת להגשת התביעה. כפי שהובהר לעיל, החלטה הנוגעת להגשת תביעה צריכה להביא בחשבון את הרובד העובדתי (מהן העובדות הרלוונטיות); את הרובד המשפטי (מהו המצב המשפטי בהתייחס לעובדות אלה); ואת הרובד של השיקולים הנוגעים לטובת החברה (מה יהיו ההשלכות מבחינת החברה להגשת התביעה). הרובד העובדתי והמשפטי הם בעלי משקל בבחינת

תוחלת הסיכוי של החברה לזכות בסעד, כאשר את התוחלת הזו על החברה להשוות ל"מחיר" הכרוך בהגשת התביעה, וזאת כדי לקבל החלטה מושכלת.

ככל שהדבר נוגע לרובד המשפטי, למוסדות החברה – גם אם אינם נגועים בניגוד ענייניים – אין יתרון על פני בית המשפט.⁸⁶ לפיכך, הביקורת השיפוטית ביחס לרובד זה תהיה מחמירה יותר. נניח, לדוגמה, כי קיומה של עילת תביעה תלוי בפרשנות המונח "עניין אישי" הקבוע בסעיף 1 לחוק החברות. לפרשנות המשפטית שאותה אימצו הדירקטורים (אף אם היא נתמכת בחוות דעת של מומחים משפטיים בלתי-תלויים) אין מעמד שונה מזו של הפרשנות שבה יבחר כל צד אחר להליך משפטי, ואין לתת לה משקל מיוחד רק כיוון שהיא אומצה בידי דירקטוריון החברה. בית המשפט הוא המוסמך להכריע בשאלות משפטיות, ויש לו יתרון בהתייחס לשאלת הערכתם של סיכויי התביעה (ודאי כאשר מדובר בתביעה שהשופט עצמו עתיד לדון בה). לכן, כל אימת שבית המשפט אינו מחיל על החלטת החברה את כלל שיקול הדעת העסקי, ממילא סביר להניח כי הוא זה שיקבע את פרשנות הדין וכי המשקל שייתן לעמדת החברה בהקשר זה לא יהיה שונה מזה שייתן לעמדת התובע הנגזר (או כל צד אחר להליך).

לעומת זאת, לרובד העובדתי ולרובד של טובת החברה יש מעמד שונה. העובדות הרלוונטיות מצויות בידי החברה ולכן יש לתת חשיבות לחקירה עובדתית, ורצוי שתתבצע בידי הדירקטורים שאינם נגועים (או מטעמם) בהליך נאות. במקרים רבים התובע הנגזר אינו מודע למצב העובדתי לאשורו, והמידע שיש לו הוא המידע המצומצם העומד לרשותו כבעל מניות (ואולי כקורא עיתונים). השאלה מה היה המצב העובדתי היא כמובן שאלה חשובה לצורך הערכת סיכויי התביעה (ולכן לצורך ההכרעה בשאלה אם לאשר את הבקשה לתביעה נגזרת). ישנם מקרים שבהם השאלה הזו אינה שנויה במחלוקת. אולם באותם מקרים שבהם לתובע אין מידע עובדתי מלא – נדרש "גורם מתווך" שיבחן זאת. גורם זה עשוי להיות הנתבעים עצמם, שהם בדרך כלל בעלי גישה למקורות המידע ויש להם ידיעה אישית על אודות הנושאים הקשורים בתביעה. אולם, גם לחברה כבעלת דין – ולאותם דירקטורים שאין להם עניין אישי בתביעה – עשוי להיות עניין בבירור הרקע העובדתי והצגת עמדה בנושא זה לבית המשפט.

ביחס לפן העובדתי, תפקידם של הדירקטורים הלא נגועים (או ועדה בלתי-תלויה) יהיה לבחון את התשתית העובדתית כדי לגבש את "סיפור המעשה" העובדתי בנוגע לתביעה. זאת באמצעות חקירה של הגורמים הרלוונטיים, איתור המסמכים הדרושים והסקת מסקנות עובדתיות ביחס לשאלה "מה קרה?". כאשר מתקיים הליך נאות לבירור העובדות – כגון באמצעות ועדה בלתי-תלויה שקיבלה סמכות מלאה לחקור את המסכת העובדתית, לקבל גישה לכל המידע הנדרש ולהיעזר באנשי מקצוע – יש ל"סיפור העובדתי" שהיא מציגה משקל, ודאי כאשר הוא מגובה באסמכתאות. מטבע הדברים, גם בהקשר זה החשש מהטיה מבנית עלול להתבטא באופן בירור העובדות והצגתן. לכן, המשקל שבית המשפט עשוי לייחס למסקנותיה של הוועדה מעלה בין היתר שאלות על אודות גילוי וחשיפה של

86 Cox, לעיל ה"ש 26; עניין אלטמן, לעיל ה"ש 4. ראו גם את עמדתו המסתייגת של השופט דנציגר בסוגיה זו: עניין ע"א יוויזין אייר, לעיל ה"ש 4, פס' 7 לפסק דינו של השופט דנציגר.

החומרים שעליהם התבססה הוועדה (לתובע הנגזר ולבא כוחו), שאלות אשר בהן לא נדון במאמר זה.⁸⁷

נוסף לכך, למוסדות החברה יש יתרון בשקילת מכלול השיקולים החוץ-משפטיים ביחס להשפעה של ניהול התביעה על טובת החברה. כפי שהבהרנו לעיל, ההחלטה על אודות הגשת תביעה היא החלטה המערבת שיקולים הנוגעים לסיכויי התביעה להתקבל יחד עם שיקולים רבים אחרים: מהו הסכום המקסימלי שעשוי להיפסק לזכות החברה? מה תהיה העלות של ניהול התביעה? במשך כמה זמן צפויה התביעה להתנהל? אילו מסמכים תידרש החברה להציג, והאם עלול להיגרם לחברה נזק כתוצאה מהצגתם? מיהם נושאי התפקיד שיידרשו לקיים מפגשים עם עורכי הדין, ומיהם נושאי התפקיד שיידרשו להעיד? מהם פרקי הזמן שבעלי התפקיד הללו יידרשו להשקיע בהתייחס לתביעה ומיהם משמעות הדבר מבחינת החברה? מה תהיה ההשלכה של התביעה על יחסיה של החברה עם עובדים, ספקים, מועמדים עתידיים למשרות בחברה, מתחרים ועוד, ומה תהיה השלכתה על המוניטין של החברה כיו"ב.

המידע על אודות ההשלכות הללו ומחיריהן מבחינת החברה נמצא מדרך הטבע בידי החברה. התובע הנגזר אינו מודע אליו, ושיקולי טובת החברה (להבדיל מהשאת ערך התביעה) לרוב לא ישפיעו על החלטותיו. לכן, יש חשיבות להבאת מידע כזה בפני בית המשפט. יתר על כן, בשאלה זו יש רכיב משמעותי של שיקול דעת. למשל – האם ניהול הליך משפטי כנגד נושאי משרה בגין עסקה שהסתבכה טוב להמשך העסקים של החברה או שעלול להזיק להם. מוסדות החברה נדרשים להעריך את הסיכונים השונים שהגשת התביעה תחשוף אליהם את החברה, ולקבוע את המשקל היחסי שיש להקצות לכל אחד מהם. לפיכך, ככלל, כאשר החברה מסמיכה ועדה בלתי-תלויה לבחון את ההשלכות האפשריות של ניהול התביעה, בית המשפט צריך לתת משקל משמעותי למסקנותיה של ועדה כזו. לסיכום, בניגוד למצב שבו חל כלל שיקול הדעת העסקי, בנסיבות שבהן עוסק פרק זה החשש להטיה מבנית מחייב שבית המשפט הוא זה שיכריע אם לקבל את עמדת הדיקטורים הלא נגועים כאשר להצדקה לניהול תביעה בשם החברה אם לא. עם זאת, בעוד שהחשש להטיה מבנית עשוי למנוע הענקת שליטה מלאה לחברה בהליך, אין בו כדי לפגוע בחשיבות עמדת החברה באשר לניהול התביעה. לעמדת החברה אומנם לא אמור להיות משקל מיוחד בפרשנות הדין, אך בהיבט העובדתי ובעיקר בהיבט של טובת החברה יש מקום לתת משקל לעמדת החברה. זאת בייחוד אם הטעם היחיד שלא להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי הוא החשש מהטיה מבנית של דירקטורים בחברה ללא בעל שליטה. העובדה שכלל שיקול הדעת העסקי אינו חל פירושה שבית המשפט יכול להפעיל ביקורת שיפוטית על החלטת מוסדות החברה. אולם במסגרת הפעלת ביקורת שיפוטית יש לתת את הדעת על הרבדים השונים שתוארו לעיל.

נחזור ונדגיש, הדיון ברשימה זו מתמקד בשאלת הזיקה שבין החשש להטיה מבנית של דירקטורים לבין השליטה של החברה בהליך התביעה הנגזרת. רשימה זו אינה עוסקת בשאלת התשתית הראייתית הנדרשת לשם אישור תביעה כנגזרת. עם זאת, לא ניתן להתעלם מן הקשר שבין שתי שאלות אלה. גישה הקובעת כי החשש להטיה מבנית מצדיק את צמצום הנסיבות שבהן יש להחיל את כלל שיקול

87 השווה בהקשר של תביעה ייצוגית: אלון קלמנט ורות רונן "בחינת סיכויי התביעה בשלב אישור התובענה הייצוגית" עיוני משפט מב (צפוי להתפרסם ב-2019).

הדעת העסקי על ההחלטה אם להגיש תביעה תחייב את בתי המשפט לקבוע כללים ברורים ביחס לנסיבות שבהן יש להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על החלטת הדירקטוריון המוקדמת שבגינה מוגשת התביעה עצמה.

ה. ניהול התביעה

בפרק זה נתייחס לאותם מקרים שבהם אישר בית המשפט לתובע לנהל את התביעה הנגזרת. גם לאחר האישור נותרות שאלות הנוגעות לאופן ניהול התביעה – שאלות הנוגעות לטקטיקה שבה נוקט התובע הנגזר, שאלות הנוגעות לכמות המידע שהחברה תגלה במסגרת התביעה ושאלות הנוגעות לאפשרות של פשרה בין החברה לבין הנתבעים.⁸⁸

הדיון בפרק זה מניח אפוא שמדובר במקרה שבו בית המשפט היה סבור כי מוסדות החברה אינם כשירים לקבל החלטה שאינה מוטה לגבי ניהול התביעה לאור ניגודי עניינים של מקבלי ההחלטות בחברה וכי התקיימו התנאים האחרים לאישור תביעה כנגזרת. השאלה היא אם חרף המניעה של נושאי המשרה לקבל את השליטה בניהול התביעה יש להם זכות עמידה ואם יש משקל לעמדתם ביחס לשאלות נוספות הנוגעות לניהול התביעה.

1. החלטות הנוגעות לניהול התביעה

בהתייחס להחלטות טקטיות הנוגעות לניהול התביעה, שיקול הדעת הבלעדי צריך להיות של התובע הנגזר. הוא זה שצריך להחליט באילו עילות תביעה לבחור ועל אילו לוותר, אילו בקשות מקדמיות לבקש, איך להגיב לבקשות של הנתבעים וכיו"ב נושאים הקשורים באופן ניהול התביעה. משה"מפתחות" לניהול התביעה ניתנו לתובע הנגזר, הוא אינו צריך להתייעץ עם נושאי המשרה בחברה ביחס לאופן שבו הוא ינהל את התביעה. עמדתם של אלה היא ממילא חשודה, ומשום כך הועבר הכוח לנהל את התביעה לידי התובע הנגזר. עם זאת, לא ניתן לשלול אפשרות כי במקרים חריגים, לפעולות התובע במסגרת ניהול התביעה יהיו השלכות על טובת החברה החורגות מעניינה של התביעה הקונקרטית. ראוי שבעניין זה יפעיל בית המשפט גישה זהירה במתן אפשרות לנציגי החברה להביא את עמדתם בפני בית המשפט, וזאת על מנת למנוע מהחברה להכביד על ניהול התביעה משיקולים שאינם ענייניים.

ואולם, בהתייחס להליכים המקדמיים – בעיקר הליכי גילוי מסמכים, מתן תשובות לשאלונים ובחירת העדים שיעידו בהליך, עשויה להיות לחברה באמצעות מוסדותיה ה"רגילים" עמדה שבית המשפט צריך לאפשר לה להביע אותה, ואף להביא אותה בחשבון. גדר הספקות בהקשר זה נובע מהעובדה שכלל שהדבר נוגע לניהול התביעה, מצויים למעשה שני הצדדים הרלוונטיים – הן מוסדות החברה והן התובע הנגזר – במצב של ניגוד עניינים. בהתייחס למוסדות החברה, ניגוד העניינים שלהם נובע מהעניין האישי שיש להם בתביעה או מההטיה המבנית שלהם. ניגוד עניינים זה מעלה את החשש

88 יוער כי חרף העובדה שהדיון בנושא פשרה מתקיים במסגרת הפרק החמישי, האפשרות של פשרה קיימת גם לפני אישור התביעה כנגזרת.

כי מוסדות החברה יבקשו להכביד על התובע בניהול התביעה, לסרב לאת ניהולה ולמנוע ממנו מידע אף אם הוא עשוי לסייע לו בתביעה.⁸⁹

מנגד, ולמרות אישור התביעה כנגזרת, גם התובע הנגזר אינו חף מניגוד עניינים. כפי שהבהרנו, העניין של התובע מכוון כל כולו להצלחת התביעה – שהיא תנאי לכך שהוא יקבל גמול ושכר טרחה. התובע הנגזר אינו שוקל את טובת החברה במובנים אחרים ואת הנזקים האפשריים שעלולים להיגרם לה במהלך ניהול התביעה וכתוצאה מניהולה. הוא עשוי לא להיות מודע לשיקולים אלה, ואף אם הוא מודע להם – לא להתחשב בהם או לא לתת להם את משקל המתאים.

בסיטואציה כזו שבה לשני הצדדים יש אינטרסים שעלולים להטות את שיקול הדעת שלהם, הדרך הנכונה היא להעביר את ההכרעה לבית המשפט, תוך מתן אפשרות לשני הצדדים להעלות את טענותיהם בפניו. כך קבע גם בית המשפט העליון בפסק דינו בעניין **אפריקה**.⁹⁰ הכרעת בית המשפט תניח כי התובע הנגזר הוא האמון על הטקטיקה של ניהול התביעה, וכי ככלל יש לאפשר לו לנהל את התביעה באופן שבו הוא מבקש לעשות זאת. עם זאת, בית המשפט יבחן גם את טענות החברה באמצעות מוסדותיה ביחס ל"מחירים" האפשריים של ניהול התביעה ושל קיומם של ההליכים המקדמיים במסגרתה, ויביא גם אותן בחשבון. אכן במסגרת אישור התביעה כתביעה נגזרת, המחירים הללו כבר הובאו בחשבון במישור העקרוני, ובית המשפט קבע, חרף קיומם, כי ניהול התביעה הוא לטובת החברה. אולם חרף האמור, כאשר נדרשת החלטה קונקרטית (למשל ביחס לאופן חשיפת מסמכים שונים, ביחס לזהותו של העד שיעיד וכיו"ב), לעמדת החברה באשר לפגיעה הקונקרטית שבה יכולה להיות רלוונטיות, ולכן ראוי שבית המשפט יאפשר לה להביאה בפניו. גם בשלב זה, השימוש בוועדה מיוחדת עשוי לחזק את המשקל שייתן בית המשפט לעמדת החברה.

2. החלטות הנוגעות לפשרה עם הנתבעים

מה דינה של ההחלטה של התובע הנגזר להתפשר עם הנתבעים? הסכמי פשרה בין החברה לבין הנתבעים אפשריים הן לאחר אישורה של התביעה כתביעה נגזרת והן קודם לכן, בטרם אישור התביעה הנגזרת. ביחס לכלל ההסכמים הללו מתעוררת השאלה של עמדת החברה באמצעות מוסדותיה הרגילים לגבי הסכם הפשרה. כל הסכמי הפשרה במסגרת תביעות נגזרות (כמו גם בתביעות ייצוגיות) הם הסכמים שאישורם מותנה ממילא באישור בית המשפט. זאת לאור קיומו של ניגוד עניינים מובנה גם

89 עניין **אפריקה**, לעיל ה"ש 1, פס' 32 לפסק דינו של השופט סולברג. העמדה העולה מפסק הדין ביחס לנושאים לגביהם יכולה החברה להעלות טענות איננה חד-משמעית. אומנם בית המשפט קובע כי החברה רשאית להעלות טענות אם היא סבורה "כי השימוש שעושה התובע הנגזר במשאביה מסב לה בסבירות גבוהה נזק חמור ובלתי הפיך". עם זאת, בהמשך הגביל בית המשפט את האפשרות של החברה להיבנות מטענות שלפיהן מדובר "בעלויות ניכרות או לסבור כי מדובר בעלויות שלא תקדמנה את בירור המחלוקת", שכן משאשורה הבקשה לתביעה נגזרת, השאלות הנוגעות להצדקה לביצוע פעולה מסוימת או אם יש בפעולה כזו כדי לקדם את המחלוקת בין הצדדים לשיקול דעתו הבלעדי של התובע הנגזר. לביקורת על החלטה זו, ראו עמיר ליכט "פנטסיה לאורגן – כלום רשאית חברה להתערב בתביעה נגזרת בשמה?" **נקודה בסוף משפט** (1.1.2017) www.amirlicht.wordpress.com/2017/01/01/69.

90 עניין **אפריקה**, לעיל ה"ש 1.

בשלב זה – ניגוד העניינים בין התובע הנגזר לבין החברה. החשש הוא שהתובע הנגזר עלול להעדיף את טובתו האישית בקבלת גמול ושכר טרחה משמעותיים על פני טובת החברה בקבלת הפיצוי המשקף את סיכויי התביעה.

אנו סבורים כי בית המשפט צריך לאפשר לחברה באמצעות מוסדותיה הרגילים להשמיע את עמדתה ביחס להסכם פשרה שהתובע הנגזר מבקש להתקשר בו בשם החברה עם הנתבעים. בשלב אישור הסכם פשרה ניתנת הזדמנות לכל מי שיש לו התנגדות להסכם להביע את עמדתו בפני בית המשפט ולנמקה. אין אפוא סיבה לשלול דווקא מנושאי המשרה בחברה את האפשרות להביע את עמדתם ביחס לפשרה שהתובע הנגזר מבקש שתאושר.

מה קורה כאשר לא התובע הנגזר הוא המתקשר בהסכם הפשרה עם הנתבעים אלא החברה עושה כן באמצעות המוסדות הרגילים שלה? ככלל, אם בית המשפט העביר את השליטה בתביעה לידי של התובע הנגזר, החברה באמצעות מוסדותיה הרגילים – שהשליטה בתביעה נשללה מהם לאור ניגודי העניינים שלהם – אינה רשאית להתקשר בהסכם פשרה עם הנתבעים, כפי שאין היא רשאית לבצע כל פעולה אחרת הנוגעת לתביעה, וזאת ללא אישור בית המשפט.

עוד יש לציין כי כאשר התובע הנגזר מגיע להסכמה עם הנתבעים בשמה של החברה והסכמה זו מקבלת את אישור בית המשפט, לא נדרש אישור נוסף של החברה באמצעות האורגנים שלה. בכלל זה, לא נדרש אישור של האספה הכללית של החברה גם כאשר הסכם הפשרה עוסק בנושא שלגביו קבע המחוקק כי תנאי לעסקה של החברה הוא אישור של האספה הכללית, ובכלל זה אישור של הרוב מקרב המיעוט.⁹¹

3. שינוי שליטה בחברה

הדיון עד עתה הניח כי מוסדות החברה מצויים בניגוד עניינים המצדיק את הפקעת השליטה בתביעה מידיהם. אולם, מה הדין במקום שבו לאחר הגשת בקשת האישור וטרם סיום הדיון בה השתנתה השליטה בחברה?

לכאורה, העברת השליטה בחברה מסירה את החשש מפני ניגוד עניינים או מפני הטיה מבנית. נניח לדוגמה כי השליטה בחברה ציבורית נמכרה מידי בעל השליטה לצד ג' אשר אינו קשור אליו. התובע הנגזר מעוניין להגיש תביעה נגזרת כנגד בעל השליטה הישן בגין עסקה בניגוד עניינים שבוצעה עוד טרם העברת השליטה. במקרה כזה, ניתן היה להניח כי בעל השליטה החדש והדירקטורים מטעמו שאינם קשורים לבעל השליטה הישן, לא יהססו למצות נגדו עילות תביעה של החברה אם הדבר אכן ישרת את טובתה של החברה (וכך באופן עקיף את טובתם שלהם). לפיכך, מתבקש להחיל על ההחלטה של החברה אם לתבוע את כלל שיקול הדעת העסקי.

עם זאת, כאשר העברת השליטה היא תוצאה של הסכם בין בעל השליטה הישן לחדש, נשאלת השאלה אם גובשו במסגרת המכירה הסכמות או אפילו הבנות לא רשמיות בין המוכר לבין הרוכש ולפיהן הרוכש מתחייב שהחברה לא תגיש תביעה נגד בעל השליטה ונציגיו בגין מעשיהם לפני

91 ראו תנ"ג (מחוזי ת"א) 52117-02-12 בש נ' רסולי (פורסם בנבו, 28.1.2013).

המכירה.⁹² יש להניח כי ויתור מוסכם על תביעת בעל השליטה הקודם, ככל שהיה כזה, בא לידי ביטוי בהפחתה במחיר הרכישה של השליטה בחברה, הפחתה שמי שנהנה ממנה הוא בעל השליטה החדש ולא יתר בעלי המניות. אם הושגו הסכמות כאלה, לא ניתן לסמוך על שיקול הדעת של מוסדות החברה ה"חדשים" שאינם שוקלים את טובת החברה אלא פועלים בהתאם להסכמה שהושגה ביניהם לבין בעל השליטה הקודם. לפיכך, במקרה של העברת שליטה, על בית המשפט לבחון את נסיבותיה. במקרים של העברה לא רצונית של השליטה (לדוגמה, כתוצאה מהליכי חדלות פירעון או הסדר חוב), לא מתעורר חשש להבנות או תיאום בין בעלי השליטה החדשים לישנים.⁹³ במקרים אחרים, יהא על בית המשפט להשתכנע כי לא היו כל הבנות או תיאום מוקדם בין הצדדים שעלולים היו לפגוע בבעלי מניות המיעוט על חשבונם של בעלי השליטה – המוכר והרוכש.

גם כאשר השליטה בחברה מחליפה ידיים לאחר שהתביעה אושרה כנגזרת, נראה ששינוי השליטה מצדיק עקרונית את החזרת השליטה לידי החברה (בכפוף לאמור לעיל). עם זאת, לנוכח השלב שבו מצוי ההליך, נדרש יהיה אישור בית המשפט על מנת לאפשר לחברה "להחזיר לידיה את המפתחות" ולנהל את ההליך. בית המשפט הוא שיצטרך למצוא את האיזון (באמצעות פסיקת שכר טרחה למשל) בין הצורך לכבד את החלטת מוסדות החברה לבין החשש מפגיעה בתמריצים של תובעים נגזרים פוטנציאליים עתידיים.

סיכום

הסוגיה של ניהול תביעה נגזרת מחייבת הכרעה בשאלות הנוגעות לייצוג החברה בעילות תביעה אפשריות שעומדות לזכותה. הדילמה נוגעת לאותם מקרים שבהם לא ניתן לסמוך על ניקיון שיקול הדעת של נושאי המשרה בחברה שהם האמונים על קבלת החלטות בה, ובכלל זה החלטות הנוגעות לשימוש בזכויות התביעה של החברה. נושאי המשרה הם בדרך כלל הגורמים הכשירים לקבל החלטות בשם החברה, הן לאור הידע והניסיון שיש להם בכלל, ובפרט בנוגע לחברה, והן לאור החובות שהדין מטיל עליהם כנושאי משרה בחברה, חובות המנחים אותם ביחס לאופן קבלת החלטות בחברה. כאשר לא ניתן לסמוך על שיקול הדעת של נושאי המשרה (בין אם לאור ניגוד עניינים ישיר וחזיתי שבו הם מצויים והן לאור חשש מפני הטיה מבנית בשיקול הדעת שלהם), נדרש הדין למלא את החלל, והוא עושה זאת באמצעות התובע הנגזר. אלא שכפי שהבהרנו, גם התובע הנגזר אינו נקי משיקולים זרים, והעברת כוח ההחלטה לידי כרוכה בקשיים וחששות.

92 על חשש מעין זה עמדה הפסיקה בדלוור בהקשר מעט שונה. Carsanaro v. Bloodhound Techs., Inc., 65 A.3d 618, 664 (Del. Ch. 2013) "Depending on the circumstances, the new acquiror may be barred from causing the target corporation itself to [sue its former fiduciaries] under basic contract law" כך היה המצב בעניין אוסטרובסקי, לעיל ה"ש 1. שם השליטה בקונצרן אידיבי הועברה במסגרת הסדר חוב, וזאת בניגוד, כמובן, לרצונו של בעל השליטה הקודם. ראו גם עמיר ליכט "עוד מחכה לאחד – מתי תוכל חברה ליטול תביעה נגזרת מידי התובע הנגזר?" נקודה בסוף משפט (18.1.2018) www.amirlicht.wordpress.com/2018/01/18/104

אחד הפתרונות לקושי האמור הוא בניסיון "לייצר" גוף חדש, שמטרתו היא להתגבר הן על חוסר האובייקטיביות של נושאי המשרה בחברה שיש להם עניין אישי בכך שהתביעה לא תוגש, והן על ניגוד העניינים ופערי המידע של התובע הנגזר. האם ניתן להקים גוף כזה שבית המשפט יוכל לסמוך ידיו על החלטתו – בהיותה החלטה מיועצת ונקייה משיקולים זרים? התייחסנו במאמר למספר מקרים שבהם מתיימרת החברה להקים ועדה בלתי-לוייה, להרכבים שונים של ועדה כזו ולמשקל האפשרי של המסקנות שלה ביחס לנושאים שונים הקשורים בעצם ההחלטה על אודות הגשת תביעה נגזרת כמו גם בהחלטות נוספות הקשורות לניהול התביעה.

מובן כי הנושא מצוי עדיין בחיתוליו בפסיקה הישראלית, ויהיה מקום לשוב ולבחון אותו לאחר שהפסיקה תתנסה בכמות גדולה יותר של מקרים שבהם יוקמו ועדות כאלה וניתן יהיה להתייחס לאופן הפעולה שלהם ולטיב מסקנותיהן.