

28 בספטמבר 2023

לכבוד,

עו"ד רוני טלמור
ראשת אשכול תאגידיים ושוק ההון

עו"ד עידית מועלם
אשכול תאגידיים ושוק ההון

משרד המשפטים
ירושלים

במייל: ronniet@justice.gov.il ; iditymu@justice.gov.il

נכבדותנו,

הנדון: הערות לובי 99 ומכון ברנדייס לטיוטת תקנות החברות

לובי 99 (חל"צ) ומכון לזאייס ברנדייס לחברה לכלכלה ולדמוקרטיה מתכבדים להגיש הערותיהם לטיוטת תקנות החברות (הוראות לעניין תביעה נגזרת והגנה נגזרת), התשפ"ג-2023 ("תקנות החברות"). בראש ובראשונה, ברצוננו לברך את משרד המשפטים על המהלך החשוב והנחוץ להסדיר בתקנות את שוק התובענות הנגזרות בישראל וכן על העבודה המקיפה ומאירת העיניים. מטבע הדברים, במכתבנו זה נתמקד באותם חלקים בתקנות החברות שאנו סבורים כי יש מקום לבחון את נחיצותם או את שינוי מתכונתם. הכול – כמפורט.

א. מבוא

1. האכיפה הפרטית של דיני החברות ודיני ני"ע בישראל נשענת על שני הליכים מרכזיים: התובענה הייצוגית והתובענה הנגזרת. הליכים אלה נבדלים זה מזה בכמה מאפיינים מהותיים, אך תכליתיהם משותפות: להרתיע את החברה ואת מנהליה מפני הפרות דין וליתן סעדים למי שניזוק מהן¹. בד בבד, נועדו התובענות הנגזרות לעצב את דיני החברות באופן מיטבי באמצעות פיתוח הדין במטרה לשפר את הממשל התאגידי בחברות ציבוריות ופרטיות. לתכליתן זו חשיבות גבוהה במיוחד בשוק ההון שמתאפיין בבעלי שליטה ריכוזיים או בהחזקות משמעותיות של גופים מוסדיים, שתמריציהם לאכוף ממשל תאגידי תקין מוגבלים ומתמצים בעיקר במכירת החזקותיהם (exit)².
2. לתקנות החברות ישנה, אפוא, חשיבות רבה בהבנייתן של התובענות הנגזרות כך שתשרתנה את התכליות שלשמן נועדו: לתמרץ הליכים ראויים, להשיא את תוצאותיהם הן לטובת החברה תוך התחשבות באינטרס הציבורי, להבטיח מיצוי דין עם האחראים למערך קבלת החלטות כושל, לפתח נורמות ממשל תאגידי ראויות בשוק וליתן סעדים - כשבראשם סעד כספי - לניזוקים ולמייצגיהם. לטעמנו, אלו הם עקרונות מנחים שעל פיהם יש לעצב

¹ ראו למשל: צפורה כהן **בעלי מניות בחברה: זכויות תביעה ותרופות** כרך ג 456, (2010).

² ראו בהקשר זה למשל: עידו באום ועדין ארן, "מה עשה הכסף שלנו היום?": (חוסר) שקיפות בהצבעות הגופים המוסדיים באסיפות כלליות של בעלי מניות" המשפט כו, 111 (2021) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3955285. כמו כן נעיר, כי גופים מוסדיים ככלל אינם יוזמים תובענות נגזרות בישראל ושוק זה סובל מבעיה של ריכוזיות גבוהה שאינה עומדת בפני שינוי בעתיד הנראה לעין. לחשש כי הגופים המוסדיים אינם פועלים בהכרח לטובת כלל בעלי המניות בחברה שבה הם מחזיקים מניות, ראו: עידו באום וכוכב גילר "חזקת הניצע המתוחכם" משפטים מד, 637 (2018) <https://ssrn.com/abstract=3957880>. באשר לבעיית הריכוזיות בשוק ההון בכללותו וכן בשוק המוסדי בישראל ראו: אפרת דרסלר ועידו באום, בחינת החזקת מוסדיים בחברות כרטיסי אשראי, מכון לזאייס ברנדייס לחברה לכלכלה ולדמוקרטיה, נייר עמדה 1/12023 (2023) זמין בקישור: <https://brandeis.org.il/?p=853&lang=he>. לכן יש חשיבות רבה במיוחד לקיומו של הליך אכיפה פרטי כדוגמת התביעה הנגזרת.

את תקנות החברות שבנדון ולפרשן. לפיכך, לטעמנו ראוי כי הן תיפתחנה ב"סעיף מטרה" ברוח הערונות האמורים שיאיר את דרכם של ערכאות השיפוט והצדדים לתובענות.

ב. סוגיות כלליות:

3. הפרדה בין החברה לבין נושאי המשרה – כוונת המחוקק הייתה להפריד בין החברה לבין נושאי המשרה אך בפרקטיקה הנוהגת הם משתפים פעולה באופן מלא תוך תיאום טיעוניהם ומהלכיהם. ראוי בעינינו שהתקנות יסדירו את ההפרדה, למשל באמצעות התייחסות נפרדת לחברה ולנושאי המשרה, או למשל, באמצעות הוראה כללית כי על החברה לפעול בעצמאות מנושאי המשרה, ובכל מקרה לא יעודדו את שיתוף הפעולה [כפי שקורה למשל בסעיף 2(ה)].
4. הסדרי פטור, שיפוי וביטוח – להסדרים אלה חשיבות מכרעת לעניין גורלן של תובענות. כך, הסדרי פטור מתגברים על טענות רשלנות שעומדות, פעמים רבות, במרכזן של התובענות; וכך, הסדרי ביטוח, בהינתן העובדה שמרבית ההליכים מסתיימים בהסדרי פשרה (שבהם עיקר סכום הפיצוי, "הכסף הגדול", מתקבל מאת הביטוח), הפכו להיות החשובים מכל להתווייתם של ההסדרים. אף על פי כן, ההסדרים הללו לא מוצגים במלואם בפני ערכאות השיפוט. אנו סבורים כי יש לדרוש הצגתם של ההסדרים במלואם כסימוכין [ס' 2(ה)].
5. טענות מקדמיות – מדובר בטענות חשובות במיוחד, באשר הן מבקשות לדחות את ההליך טרם הדיון גופו, לכן לטעמנו יש להסדיר את הגשתן בכתב טענות נפרד מגובה באסמכתאות מלאות ומפורטות ובצירוף תצהיר. בנוסף, אנו סבורים שיש להשמיט מרשימת הטענות המקדמיות את טענת "כלל שיקול הדעת העסקי", שכן הן הדין הראוי ולהבנתנו גם הדין המצוי אינו רואים בה טענה מקדמית אלא טענה הנוגעת לעיקרה של שאלת האחריות שעומדת בלב-לבן של תובענות נגזרות. לכן בירור אמיתי של טענה זו מחייב גילוי מסמכים נרחב שאינו עולה בקנה אחד עם שלב מקדמי של בקשה לאישור תובענה נגזרת (נעיר כי העמדה שהובעה על ידי בית המשפט המחוזי בפרשת "בטר פלייס" המוזכרת בהקשר זה בדברי ההסבר כלל לא נוגעת לתובענה נגזרת אלא להליך של תביעה אזרחית שיזם מפרק חברה אשר לו היתה גישה נרחבת מאוד למסמכי החברה בטרם הוגשה התביעה (בפרשה) [סעיף 5(א)].
6. תצהירים – בפרקטיקה אין הקפדה על הגשתם של תצהירים בצד כתבי טענות אשר כוללים טענות שבעובדה שאינן מגובות בתימוכין אחרים. יש מקום לחדד עניין זה לדרוש הגשת תצהירים כדבעי ובמפורש מהצדדים לתובענות, וכן מצדדים שלישיים מעורבים, כדי שניתן יהיה לחקור חקירה נגדית כהלכה. כלומר: להורות כי כל כתב טענות ייתמך בתצהיר וכי כל מסמך שנולד בהליך חיצוני (למשל גישור) ייתמך בתצהיר [רלוונטי למשל לסעיף 2(ה)]. יתרה מזאת, התצהירים הם פעמים רבות דלים ומטעמים של גורמים שאין שום טעם בחקירתם הנגדית מאחר שכלל לא היו מעורבים בפרשה הנדונה (למשל, תצהיר פשטני מטעם מזכיר בנק בפרשה שבה מנהליו נתבעים בגין אחריותם לנזקים), לכן יש מקום לדרוש כי יוגשו תצהירים מלאים מטעם גורמים רלוונטיים לפרשה הנדונה. בהקשר זה, אנו גם סבורים כי האפשרות להכריע בבקשת אישור על יסוד מסמכים בלבד ללא חקירות מצהירים היא בעייתית, וגם אם היא עולה בקנה אחד עם מגמת ההתייעלות היא לא תואמת את מאפייניה של התובענה הנגזרת³.
7. הליכים חיצוניים – גישור/בוררות/פשרה – הליכים כאלה נועדו ליישב מחלוקות בין צדדים פרטיים ולא מחלוקות בעלות מימד ציבורי. זאת, בין היתר, באשר הם נוטלים מהקבוצה המיוצגת את עקרון פומביות הדיון, שהוא כידוע עקרון יסודי בשיטת המשפט בישראל, ומאפשרים להסתיר מידע שחשיבותו הציבורית גבוהה; באשר

³ לגישה לפיה אין מקום לדחייה על הסף של בקשה בטיעונין מקדמיים ללא שמיעת בעלי הדיון ראו למשל פסק דין בע"א 2582/09 הדייה נגאים נ' בית החולים רמב"ם (8.8.2010).

הם נוטלים את העוקץ שבבירור התובענה, לרבות פיתוח הדין; ובאשר הם נוטלים מהקבוצה המיוצגת חלופה אפשרית של סעדים הצהרתיים (למשל, קביעה כי מנהל זה או אחר סרח) – באופן שכמובן גורע מההרתעה האפקטיבית. נזכיר, כי בעבר המדינה עצמה התייחסה באופן מסויג להעברתן של התדיינות משפטיות למסלולי יישוב סכסוכים חלופיים.

עמדתנו לעניין זה היא, שככל שמתאפשר לצדדים בתובענות נגזרות לנקוט הליכים חיצוניים – עליהם לעמוד בעקרון הפומביות ולברר ככל הניתן (בנסיבות העניין) את התובענה. זאת, ראשית כל, באמצעות הוראה לפיה טרם הליך חיצוני בית המשפט יבחן בכלליות את התובענה, על חשיבותה הציבורית, ויוציא תחת ידיו החלטה מנחה כיצד על ההליך החיצוני להתנהל – הן מבחינה פרוצדורלית (לרבות הסדרי כהונה ותשלום) והן מבחינה מהותית (אילו סוגיות, בין היתר, דורשות בירור; אילו סעדים, בין היתר, דורשים בחינה). זאת ועוד, יש להורות כי לאורך ההליך החיצוני יישלחו לבית המשפט דיווחים עיתיים מטעם הצדדים להליך, כמו גם הצדדים השלישיים המעורבים (מגשר/בורר), בצירוף תצהירים, באופן שיאפשר לבחון את התקדמות ההליך החיצוני וליתן, במידת הצורך, הנחיות נוספות. בסוף ההליך החיצוני כל תוצר שיוגש לבית המשפט ילווה הן בתצהירים רלוונטיים והן בתימוכין מלאים [רלוונטי למשל לסעיף 16].

8. מוסד המומחה – ככל שמוסד זה יעמוד על כנו יש להורות כי זהו ההליך החיצוני היחיד שיתאפשר לנקוט אותו לקראת פשרה ולהסדיר בתקנות את הילוכו של המומחה לעניין זה. ואולם, אנו סבורים כי מוסד המומחה פותח פתח מסוכן לפגיעה באינטרס הציבורי וקוראים לשקול בשנית את נחיצותו. מקריאת תקנות החברות עולה כי מדובר ב"מיקור חוץ" של עבודת השיפוט, לא פחות. אם המומחה הוא בעצם "שופט עזר" – יש להסדיר באופן הרמטי את כלל היבטי פעילותו, בדיוק כפי שמוסדרת בדין פעילותם של שופטים, אחרת הוא יהפוך לדלת קדמית (אפילו לא חלון אחורי) שדרכו עלולים להיכנס (וייכנסו) גורמים אופורטוניסטים (כפי שקורה גם היום, למשל בוועדות מייעצות). בכלל זאת, יש לוודא שהשופט בהליך הוא זה שימנה את שופט העזר מתוך מאגר שיוקם בהתאם לדרישות נוקשות ותנאי סף מחמירים בכל הנוגע לניגודי עניינים ולכישורים נדרשים (יכול כי המאגר יפוקח וינחה על ידי רשות ניירות ערך); יש להבטיח כי שכרו של שופט העזר ישולם באופן שלא תיווצר תלות שלו בחברות ובנושאי משרה; יש לקבוע פומביות ושקיפות מלאות של עבודתו בפני בית המשפט, לרבות דיווחים עיתיים קפדניים; יש להורות כי השופט ינחה את שופט העזר כיצד עליו לנהל את הפרשה הנדונה; יש לרשום בפנקס התובענות הנגזרות את כל הפרטים הרלוונטיים לגביו וכדומה. עוד, הרעיון ששופט העזר ישב בחדרי הוועדות המייעצות לא יכול לעמוד, בדיוק כפי שלא היינו רוצים שהשופט ישב שם.

9. ועדות מייעצות – לטעמנו יש להסיר כל התייחסות לוועדות הללו מתקנות החברות [למשל סעיפים 9-10, 16(ד)]. הוועדות המייעצות נעדרות כל מעמד מכוח חוק בכל הקשור להליך השיפוטי לבירור התובענה הנגזרת וכך ראוי שתיוותרנה. המגמה המבורכת בפסיקה – של כלל שופטי מחוזי-כלכלי – היא לכרסם גם במעמד שניתן להן מכוח פסיקה (מיושנת) ולהפכן לחסרות חשיבות של ממש. עולה חשש כי אזכורן בתקנות יפגע במגמה זו, ובתוך כך באינטרס הציבורי, שהרי ידוע כי הוועדות (שהן בהחלט תלויות) חותרות תחת אינטרס זה. לכל היותר, על תקנות החברות לציין שככל שמשיבים יבקשו להסתמך על דוח וועדה מייעצת, יהא עליהם להגיש לבית המשפט את הדוח המלא, את כל החומרים שעמדו לנגד עיני הוועדה, תצהיר של ראש הוועדה לגבי פרוצדורה ומהות גם יחד ותיעוד של כלל ישיבותיהם.

10. הסדר פשרה – על השיקולים שיש לבחון לקראת אישורו יש להוסיף את השיקול החשוב מכל – מידת אחריותם של נושאי המשרה (ברף גבוה ונמוך), קניית הסיכון ומקורות הפיצוי (זהו הבסיס להגשת תובענות נגזרות ויש לוודא שהסדר, שהוא כלי ולא תכלית בפני עצמה, ניצב על בסיס זה אף הוא). בנוסף, סוגיית כושר הפירעון צריכה להיבחן לא רק ביחס לגודל הנזק אלא גם לשיקול ההרתעה האפקטיבית (ייתכן שנושא משרה לא יכול לפצות על

- כל הנזק אך הוא יכול לפצות על חלקו באופן שיחולל הרתעה אפקטיבית). ועוד, אנו סבורים שיש להוסיף שיקול שיבחן את ההליך החיצוני על כלל היבטיו (בהתחשב בדיווחים עיתיים ותצהירים) [סעיפים 16, 20].
11. התנגדויות – לטעמנו יש לתמרץ הגשתן של התנגדויות יעילות באמצעות פסיקת גמול ושכר טרחה. מרבית התובענות הנגזרות מסתיימות בהסדרי פשרה, היינו בהיעדר בירור אדברסרי, באופן שמציף ביתר שאת את בעיית הנציג. אם בצד שוק הסדרי הפשרה יתפתח שוק משני של התנגדויות – התנגדויות סרק או קלות ערך יסולקו, בעוד התנגדויות מהותיות יתומצו באפקטיביות – אזי הצדדים לתובענה, במטרה להדוף התנגדויות, ייזוהרו ויעצבו הסדרים טובים יותר, באופן שלאורך זמן, למעשה, תתייתר הגשתן של התנגדויות. רוצה לומר: אם ההסדר יעוצב בצורה מיטבית – השוק "המשני" של התנגדויות יקרוס לתוך עצמו הואיל והסדרי הפשרה יהיו מיטביים.
12. ארגונים ועמותות – ראוי בעינינו להסדיר מעמדם של אלה להגיש תובענות כאשר אין בעל מניות בנמצא (למשל, במצב בו רוב בעלי מניות הם גופים מוסדיים); וכן להגיש התנגדויות בהתבסס על שיקולים ציבוריים רלוונטיים.
13. גמול ושכ"ט – אנו סבורים שיש להבחין בין תובענות המתבססות על מידע שנאסף על ידי רשויות (בארץ או בחו"ל), שככלל דורשות מעט מאמץ; לבין כאלה המתבססות על איסוף מידע עצמאי על ידי התובע ובא כוחו, הכרוך במאמץ ולפיכך מצדיק תגמול גבוה יותר.
14. התובע הנגזר כאמונאי – יש להיזהר שמא הפתח שנפתח לחברה לתבוע תובע נגזר בגין הפרת חובותיו כאמונאי יהפוך כלי בידי השוק להתנכל לתובעים ולהרתיעם. לטעמנו יש להגביל תביעות מסוג זה למקרים חריגים, ברשות בית המשפט בלבד וכל עוד ההליך שהגיש התובע הנגזר תלוי ועומד.

ג. הערות ושאלות לגבי סעיפים פרטניים:

15. סעיף 4(ד) – יש לשקול את נחיצותו.
16. סעיף 16(ה) – הכוונה לכך שיוגשו תצהירים מטעם כל נושאי המשרה?
17. סעיף 19(1) – המשמעות היא שאין יותר סעיפי פטור כלליים לכל נושאי המשרה וצדדים שלישיים?
18. מדוע אין קורלציה בין סעיף 16 לסעיף 20? (כך שסעיף 20 יכלול את כל מה שכולל סעיף 16)
19. נשמח להיפגש ולשוחח על כל הנושאים בהקדם.



ד"ר עידו באום

ראש מכון לואיס ברנדייס לחברה
לכלכלה ולדמוקרטיה

הפקולטה למשפטים במכללה למינהל



ד"ר עינת סולניק

יועצת משפטית לובי 99