

סדרי הדין בליטיגציה תאגידי

עו"ד ד"ר יעל ארידור בר-אילן

א. מבוא

הכרעה בדבר האופן בו יש לעצב את סדרי דין – בין בתחום של ליטיגציה תאגידי ובין בכל תחום אחר – חייבת להתבסס, בראש ובראשונה, מהכרעה ערכית בדבר המטרות אותן סדרי הדין נועדו לקדם.

ואולם, סדרי הדין כשלעצמם אינם רק כלי שרת להגשמת פתרון משפטי בתחומים משפטיים אחרים. סדרי הדין משקפים גם בחירה בעקרונות יסוד על האופן בו על ההליך המשפטי להתנהל. לפיכך, קיים מתח תמידי בין השגת הפתרון המשפטי הנכון והראוי בשדה משפטי מסוים לבין עיצוב סדרי הדין לבירור מחלוקות באותו התחום.¹

הביטוי המזווכך ביותר למתח זה הינו במאמרה המפורסם של פרופ' מרתה מינו, (Martha Minow) במאמרה Politics and Procedure.² במאמר זה מציעה מינו כי הפרוצדורה הינה שדה הקרב של אידאליים מתחרים ומתנגדים, ובשל כך היא מתארת את הפרוצדורה באמצעות שלוש תיאוריות, בזו הלשון:³

“Hypothesis 1: Procedure is justice, so procedural rules should not bend in the face of temporary situational concerns. This view makes procedure markedly distinct from substance and from the merits of individual cases, and therefore sets procedure apart with its own separate logic and demands; ordinary intuitions are not relevant or helpful.

Hypothesis 1: Procedure is the servant of justice, so procedural rules should not stand in the way of just results in particular circumstances. This view supports the proliferation of exceptions, waivers, ambiguities, or other interpretations of procedural rules that make the rules themselves difficult if not impossible to state, know, or use apart from claims about the merits of particular cases.

Hypothesis 3: The distinction between procedure and substance is an illusion and cannot be maintained. Procedural values can generate the same amount of compelling argument as values in other areas of law. indeed procedural rules influence and are influenced by substantive law even as procedural rules refer to highly valued and yet competing norms apart from the substantive norms.”

בחינת העקרונות שביסוד סדרי הדין הינה מהותית להכרעה בדבר עיצוב סדרי הדין.⁴ ואולם, הרפורמה החדשה בסדרי הדין אינה מתיישבת עם אף אחת מהתיאוריות שהציגה מרתה מינו. מצד אחד, ברפורמה

¹ על המתח שבין פרוצדורה לבין מהות, ר' 192-224 (2004) 78 S. Cal. L. Rev. 181, Lawrence B. Solum, Procedural Justice.

² Martha Minow, Politics and Procedure, in The Politics of Law: A Progressive Critique, 79 (David Kairys ed., 3d ed. 1998)

³ שם בעמ' 80.

החדשה יש סממנים לפיהם הפרוצדורה היא צדק, במובן זה שהיא כוללת בחובה כללים נוקשים בדבר צורה וסדר ההליכים, אשר אינם אמורים לסגת אל מול גרימת תוצאות לא צודקות. מצד שני, הרפורמה המוצעת מקנה שיקול דעת נרחב לבית המשפט לעצב את ההליך בהתאם למקרים קונקרטיים המובאים בפניו, ולכן לכאורה היא מקדמת את הצורך בתוצאות צודקות. הרפורמה החדשה פוסחת לחלוטין על האפשרות השלישית שמציעה מרתה מינו, והיא כי קיים איזון חוזר בין פרוצדורה לבין מהות.

מאמר זה ידון בסדרי הדין הנוגעים לליטיגציה תאגידית ובאיזו מידה סדרי דין אזרחיים רגילים, דוגמת אלה המוצעים ברפורמה, יכולים לענות על הנדרש בהליכי ליטיגציה תאגידית. כפי שנראה, הצעת הרפורמה לשינוי תקנות סדר הדין האזרחי יוצרת האחדה של סדרי הדין כמעט לכל סוגי ההליכים האזרחיים. האם העקרונות המוצעים ברפורמה מתאימים להליכים משפטיים בתחום הליטיגציה התאגידית? האם ראוי לאמץ כללים מיוחדים לליטיגציה תאגידית?

תחום הליטיגציה התאגידית הינו בעל מאפיינים ייחודיים, הנובעים מכך שההליך המשפטי נוגע בעיקרו לענייניו של תאגיד, אשר לגביו חלים דיני המשטר התאגידי, וזאת בנוסף למערכת הדינים הרגילה. הליכי משפט בליטיגציה תאגידית כוללים סכסוכים בין בעלי מניות לבין עצמם, בין בעלי מניות לבין החברה ובעלי השליטה בה וכן תביעות מסוגים שונים - כנגד נושאי המשרה או שומרי הסף של החברה. בנוסף, קיימים הליכים משפטיים לצורך אישור פעולות של החברה באמצעות בית המשפט, כגון לשם רה-ארגון או הפחתת הון. לכל ההליכים הללו עשויה להיות השלכה על צדדים שלישיים ובכלל זה גם על נושים של החברה.

הליכי הליטיגציה תאגידית מאופיינים לרוב בחוסר סימטריה במידע של הצדדים: החברה מצד אחד, ובעלי המניות או הנושים מצד שני. לפיכך, בית המשפט נדרש פעמים רבות לקיים דיון מקדמי עוד בטרם הוגשה התביעה, בין על מנת להורות לחברה לספק מידע הנדרש לצורך בירור קיומה של עילת תביעה, ובין כדי לבחון אם יש יסוד להגשת התביעה או שהיא מהווה שימוש לרעה בהליכים משפטיים.

לסדרי הדין יש איפוא חשיבות מכרעת בהגשמת מטרות הליך הליטיגציה התאגידית. סדרי הדין האלה נועדו לאפשר לקיים הליכים שיאפשרו אכיפתן של נורמות מתחום דיני החברות וניירות הערך באמצעות אכיפה פרטית. מצד שני, על סדרי הדין לאזן כראוי בין הצורך בקידום אכיפה פרטית לבין הצורך בשמירת היציבות והוודאות בשוק על ידי מניעת פגיעה במעמד החברה או בפעילותה השוטפת בשל פתיחת הליכי סרק.

האם הרפורמה המוצעת מקדמת מטרות אלה? האם ראוי לקבוע כללים אחרים? רשימה זו תעסוק בשאלות אלה, תוך התמקדות בסכסוכים שעניינם הגנה על המשקיעים מהציבור, ובפרט הגנה על בעלי מניות.

החלק הראשון במאמר יסקור בקצרה את סוגי ההליכים המהותיים הקיימים בליטיגציה תאגידית וסדרי הדין החלים בהם כיום. כיום, הליכי ליטיגציה תאגידית נהנים ממגוון הליכים אפשריים, תוך שימוש נרחב בבקשות בכתב ובהמרצת פתיחה. השימוש בכלים אלה התפתח באופן הדרגתי באמצעות ההלכה הפסוקה ותיקוני חקיקה ייעודיים אשר ייעלו וחיידו את אופן הגשת ההליכים וקידומם על בסיס תקנות סד"א.

⁴ הקונפליקטים והמתחים הקיימים בין עקרונות שונים בסדרי הדין חלים בסדרי הדין בתחומי המשפט השונים, בין אם אלו סדרי הדין הפליליים ובין אם המינהליים. ר' למשל המחשת נושא זה בספרם של ROBERT COVER, OWEN FISS & JUDITH RESNIK, PROCEDURE (Foundation Press, 1988) ספר זה מוקדש הן לסדר הדין הפלילי והן לסדר הדין האזרחי.

27.4.2015

החלק השני ינתח את השינויים המוצעים ברפורמה החדשה ככל שהם נוגעים לליטיגציה תאגידית. הרפורמה כוללת שינויים רבים הן מבחינת סוגי ההליכים האפשריים והן מבחינת חובת הצדדים להידבר ישירות אפילו טרם הגשת התביעה. הצעות אלה עשויות להיות מועילות בהליכים מסוימים, אך נראה כי אלה פחות מתאימים להליכי ליטיגציה תאגידית.

החלק השלישי יוקדש לבחינת השאלה, האם יש לקבוע סדרי דין מיוחדים לליטיגציה תאגידית. בחלק זה ננתח את היתרונות והחסרונות של האחדת סדרי הדין לתחומים שונים וכן את היתרונות והחסרונות של קביעת כללי סדרי דין מפורטים מראש בהשוואה להותרת שיקול דעת בידי בית המשפט לעיצוב ההליך במקרים קונקרטיים. הניתוח יעשה תוך התמקדות בתחום של ליטיגציה תאגידית על היבטיו המיוחדים.

החלק הרביעי במאמר יעסוק במשמעות שיש לקביעת כללים חדשים בתחום הליטיגציה התאגידית ובאפיון כללים אלה. בשנים האחרונות חלה התפתחות מואצת בתום הליטיגציה התאגידית, במיוחד בשל ייבוא לפסיקה הישראלית של תכנים מבתי המשפט בדלור. לשינויים אלה השלכות מהותיות גם על האופן הנכון לניהול ההליכים מבחינה פרוצדוראלית. נוכח האמור, היבט חשוב בשינוי סדרי הדין הוא האם נכון בעת הזו לשנות את סדרי הדין או שמא נכון לשמור על וודאות ויציבות בתחום זה ולהסתמך על הניסיון שנצבר בנושא ועל סמך זה להמשיך לפתח את הליטיגציה התאגידית.

ב. סוגי ההליכים המהותיים הקיימים בליטיגציה תאגידית

בתחום הליטיגציה התאגידית מקובל להבחין בין שני סוגי הליכים - הליכים אישיים של בעל המניות לקבלת סעדים להם הוא זכאי באופן אישי, והליכים אותם יוזם בעל המניות בשם ועבור החברה, כאשר החברה אינה ממצה את זכויותיה ונדרש לגרום לה לפעול למיצוי זכויותיה. סוג ההליכים הראשון מכונה "התביעה האישית" ואילו סוג ההליכים השני מכונה "תביעה נגזרת".

במסגרת חלוקה רחבה זו, קיימים הליכים נוספים ומגוונים. במסגרת ההליכים האישיים, יתכן כי תעמוד לבעל המניות זכות להגשת תביעה כנגד החברה עצמה בגין נזקים שנגרמו לו כתוצאה מאי קיום חובות החברה כלפיו, זכות להגשת תביעה כנגד נושאי משרה בחברה או תביעה כנגד בעלי מניות אחרים ובפרט כנגד בעל השליטה. כאשר פגיעה בבעל מניות הינה פגיעה אופיינית לכלל בעלי המניות, אפשר שבעל המניות יגיש בקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית. כך, למשל, ניתן להגיש תובענה ייצוגית בגין פרסום פרט מטעה בתשקיף, כאשר בעקבות פרסום פרט מטעה בתשקיף נגרם לבעלי מניות נזק מרכישת המניות.

הכללים החלים על הגשת כל אחד מסוגי התביעות נגזרים ממהותו של ההליך. על פי תקנות סדר הדין האזרחי התשמ"ד – 1984 ("תקנות סד"א"), הליכי ליטיגציה תאגידית נהנים ממגוון הליכים אפשריים, תוך שימוש נרחב בבקשות בכתב ובהמרצת פתיחה. השימוש בכלים אלה התפתח באופן הדרגתי באמצעות ההלכה הפסוקה ותיקוני חקיקה ייעודיים שייעלו וחידדו את אופן הגשת ההליכים על בסיס תקנות סד"א.

במסגרת התביעות האישיות של בעל מניות, התביעה המוכרת ביותר היא זו שמוגשת על מנת להסיר את קיפוח המיעוט, על בסיס סעיף 191 לחוק החברות התשנ"ט – 1999 ("חוק החברות"). דוגמאות למקרים של קיפוח המיעוט כוללים אי חלוקת דיבידנד ביחד עם חלוקה לא שוויונית של הרווחים לבעל השליטה; הנפקת מניות במחירים לא כלכליים שגורמים לדילול לא ענייני של בעל המניות,⁵ בקשה לסעד של הערכה

⁵ ע"א 667/76 גליקמן נ' ברקאי, פ"ד לב (2) 281 (1978).

27.4.2015

בשל רכישה כפויה של מניות בעקבות הצעת רכש,⁶ נסיבות בהן מניעת הזכות להשתתף בקבלת החלטות גורמת למתן הטבות לבעל השליטה על חשבון בעלי מניות המיעוט.

כיום מקובל שתובענה בגין קיפוח המיעוט תוכל להיות מוגשת גם על דרך של המרצת פתיחה. המרצת הפתיחה נועדה לפתרון עניינים דחופים ולא מסובכים, כאשר הסוגיה המתבררת היא משפטית ומצומצמת.⁷ השיקולים בדבר בירור תובענה בדרך המרצת פתיחה הם בעיקר מעשיים וקשורים ביעילות הדיון ובאפשרות לסיימו בהקדם האפשרי.⁸ לפי תקנה 255 לתקנות סד"א, המרצת פתיחה תוגש כדרך שמגשים בקשה בכתב ויחולו עליה הוראות תקנה 241(א) לתקנות סד"א.⁹

בנוסף לתביעה האישית המוגשת על ידי בעל המניות, יכול בעל המניות להגיש בקשה לאישור התובענה האישית שלו כתובענה כייצוגית. תביעות ייצוגיות בניירות ערך מוגשות בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו - 2006 ("חוק תובענות ייצוגיות").¹⁰ לפי סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות ניתן להגיש תביעה ייצוגית רק במקרים המנויים בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, ובכלל זה ניתן לתבוע "תביעה בעילה הנובעת מזיקה לנייר ערך או ליחידה" (סעיף 5 לתוספת). "זיקה" מוגדרת כ"בעלות, החזקה, רכישה או מכירה". כאשר "נייר ערך" מוגדר לפי הגדרתו בסעיף 52 לחוק ניירות ערך תשכ"ח – 1968 ("חוק ניירות ערך").

התנאים לאישור תובענה ייצוגית בניירות ערך זהים לאלה שחלים על הגשת תביעות ייצוגיות בכל תחום אחר, וקבועים בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות,¹¹ וכן קיימים תנאים לגבי אופן הגדרת הקבוצה והצטרפות לקבוצה.¹² מאחר שבישראל מדובר בתחום לא מפותח, ועל מנת לעודד הגשת תביעות ייצוגיות בניירות ערך, תוקן חוק בתי המשפט נוסח משולב התשמ"ד – 1984 ("חוק בתי המשפט"), כך שלא תינתן רשות ערעור על החלטה לאשר תובענה ייצוגית שעילתה נובעת מזיקה לניירות ערך או ליחידה כמשמעותה בחוק השקעות משותפות כמו גם על החלטה לאשר תביעה נגזרת.¹³

עם זאת, בשל המשמעות הכלכלית הרבה שיש להחלטה זו על הנתבע, נקבע כי לבקשת בעל דין בהליך אותו בית המשפט יקיים דיון חוזר בהחלטתו לאשר את התובענה כייצוגית או את התביעה כנגזרת בהרכב מורחב של שלושה שופטים. ההרכב המורחב יוכל במקרה בו מצא כי הבקשה מעלה עניין שיש בו חשיבות להעביר את הדיון לבית המשפט העליון, אשר ידון בו כאילו היה מדובר בערעור על החלטה.¹⁴

⁶ סעיף 338 לחוק החברות תשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות").

⁷ לעניין הזכות להגשת המרצת הפתיחה ראו תקנות (3)248, (1)249 ו-253 לתקנות סד"א. גם כאשר נדרש בירור עובדתי והעדת יותר מעד אחד, אין בכך כדי למנוע בירור תובענת קיפוח על דרך המרצת הפתיחה, שכן בית המשפט יכול להתיר להביא ראיות נוספות במסגרת המרצת פתיחה.

⁸ בש"א 2736/06 א.א. גי' החזקות במשכנתאות ישראל בע"מ נ' ליכטנשטיין נתן (פורסם בנבו, 18.10.2006) בעמ' 14 להחלטה.

⁹ לפי תקנה 256 משיב בהמרצת פתיחה הרוצה להגיש תשובה יגישה לבית המשפט בתוך 45 ימים ממועד המצאת ההמרצה או עד 14 ימים לפני מועד הדיון בה, לפי המוקדם, אלא אם כן הורה אחרת בית המשפט. המרצת פתיחה מוגשת בליווי תצהיר והאסמכתאות עליהם מסתמכים לצורך טיעון בפני בית המשפט.

¹⁰ קודם לחקיקת החוק, הגשת תביעה ייצוגית בני"ע הוסדרה בחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968 (פרק ט).

¹¹ התנאים הינם אלה: התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה ויש אפשרות סבירה שיוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה; תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין; קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וניהול בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בעניין זה; קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב.

¹² הגם שקיימת הוראה לפיה ניתן גם לנהל תביעה ייצוגית על דרך של הצטרפות (כלומר, לקבוע שהקבוצה תוגדר באופן פוזיטיבי רק על ידי מי שאישר את הצטרפותו לתביעה הייצוגית ולא באופן נגטיבי על ידי הודעה על יציאה מהקבוצה), אפשרות זו לא קיימת בכל הנוגע לתביעה בניירות ערך. ר' סעיף 12(ד) לחוק תובענות ייצוגיות והתוספת השלישית לחוק תובענות ייצוגיות.

¹³ סעיף 41(ה) חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 (להלן: "חוק בתי המשפט").

¹⁴ סעיף 41(ה)2 לחוק בתי המשפט. לאחרונה נדונה שאלת ההרכב שיישב בדיון החוזר, ונקבע כי השופט שהחליט על הגשת התביעה הייצוגית או הנזרת לא יוכל לשבת בדיון החוזר על החלטתו. ר' ע"א 461/14 רזון נ' ביטון (פורסם בנבו, 14.01.2015). ר' מאמרי בנושא "פגיעה בליטיגציה התאגידית" (גלובס, 27.1.2015).

27.4.2015

לצד הזכות של בעל-המניות לתביעה אישית (בין כיחיד ובין במסגרת הליך ייצוגי) כנגד נושאי משרה והחברה, עומדת לחברה עצמה זכות תביעה מכוח היותה אישיות משפטית עצמאית, הכשירה לתבוע ולהיתבע בשמה היא, כאשר נגרמת לה פגיעה.

מאחר שהחברה היא אישיות משפטית עצמאית, אין החברים בה רשאים לתבוע בשמה, וזוהי החלטתה של החברה אם לתבוע תביעה כלשהי על מנת להגן על זכויותיה. בהתאם לכלל אי ההתערבות בענייניה של החברה, הנהלת החברה והדירקטוריון הם אלה אשר אחראיים לניווט דרכה של החברה, והם בעלי שיקול הדעת העסקי להכריע על פעולותיה, לרבות בקשר להחלטה אם לתבוע אם לאו. גם כאשר יש לחברה זכות לתביעה כנגד צד שלישי, עשויה הנהלת החברה לסבור מטעמים לגיטימיים כי אין להשתמש בזכות זו, בין היתר, בשל העלויות הכרוכות בניהול התביעה, האפשרות להיפרע וסיכויי ההליך. לכן, ככלל מן הראוי לאפשר לחברה ולהנהלתה לנווט את צעדיה גם בכל הנוגע לזכויות התביעה העומדות לה.

עם זאת, לעיתים, נושאי המשרה בחברה עשויים שלא לפעול למימוש זכותה של החברה לתבוע, בשל ניגודי עניינים בין נושאי המשרה לבין בעלי המניות או מטעמים זרים אחרים. כך, למשל, עשוי לקרות אם החברה צריכה לתבוע את אחד ממנהליה ויתר מנהליה אינם מעוניינים להגיש תביעה כנגד מי שהם עובדים עימו.

מנגנון התביעה הנגזרת נועד לפתור כשלים מסוג זה, באמצעות מתן אפשרות לבעל מניות להפעיל את זכות התביעה של החברה במקום החברה. מטרת מנגנון זה הוא לשמש כלי נוסף לאכיפת חובות נושאי המשרה בחברה ולנטרול מצבים של ניגוד עניינים בין נושאי המשרה לבין בעלי המניות או לתיקון מצבים בהם הנהלת החברה אינה פועלת לטובת החברה. ההנחה שביסוד מנגנון התביעה הנגזרת הינה כי נדרשת התערבות חיצונית על מנת לגרום להגשת התביעה, משום שהסיכוי שההנהלה או הדירקטוריון יפעלו להגשת התביעה הינו אפסי.

התביעה הנגזרת שונה במהותה מתביעתו האישית של בעל המניות, שכן התביעה הנגזרת מוגשת בשם החברה הנפגעת ובמקומה באמצעות בעל המניות. הגם שפעמים רבות זכות התביעה של החברה עשויה לבסס גם זכות לתביעה אישית כנגד החברה, לעיתים עילה התביעה עומדת רק לחברה ולא לבעל המניות. כך, למשל, לפי סעיף 254 לחוק החברות נושא משרה חב בחובת אמונים לחברה ועליו לנהוג בתום לב ולפעול לטובתה (להבדיל מטובת בעלי מניותיה). במסגרת זו סעיף 254 קובע כי על נושא משרה להימנע מכל פעולה שיש בה ניגוד עניינים בין מילוי תפקידו בחברה לבין ענייניו האישיים, כי עליו להימנע מלהתחרות בעסקי החברה, מלנצל הזדמנות עסקית של החברה וכן עליו לגלות לחברה על ענייניו האישיים. בנוסף, לפי סעיף 252 לחוק החברות נושא משרה חב כלפי החברה חובת זהירות כאמור בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. מאחר שמדובר בחובות הקיימות כלפי החברה, הרי שרק לחברה עומדת זכות תביעה בגין הפרתן וככלל בעל המניות אינו יכול לתבוע את נושאי המשרה באופן ישיר בשל הפרתן.

מבחינה פורמאלית, התביעה הנגזרת מובחנת מהתביעה האישית בשני היבטים בולטים. ראשית, התביעה מוגשת בשם החברה ולכן הסעדים שייפסקו הינם לחברה בלבד ולא לבעלי מניותיה. שנית, במועד הגשת הבקשה לאישור תביעה כנגזרת בעל מניות נוטל על עצמו סיכון כי בקשתו לא תאושר ואז הוא יישא בהוצאות הגשת הבקשה, בעוד לאחר הגשתה נושאת החברה בעלות.¹⁵ חוק החברות מאפשר להעניק תגמול

¹⁵ ר"ל למשל, בשי"א (ח-6) 2405/06 דניאל גרינברג נ' שלדון לואיס קרסלר (פורסם בנבו, 11.05.2006).

27.4.2015

לבעל מניות שהגיש תביעה נגזרת ובכך ניתן פיצוי מסוים על הסיכון אותו נוטל בעל המניות בהגישו את התביעה.¹⁶

למעט במקרים חריגים, הגשת תביעה נגזרת מתחילה בפניה מוקדמת לדירקטוריון החברה, על מנת שיבחן אם הוא יגיש את התביעה בעצמו ואם לא – שיסביר מדוע לא יממש את זכותה של החברה.¹⁷ בהנחה שהחברה סירבה להגשת התביעה מוגשת בקשה לאישור הגשת התביעה הנגזרת.

בטרם יאשר בית המשפט הגשת תביעה נגזרת, עליו לבחון האם התובענה שבפניו היא אכן מהווה "תביעה נגזרת" (להבדיל מתביעה אישית) וכן האם התקיימו התנאים המוקדמים להגשת התביעה לפי סעיף 194 לחוק החברות, כלומר האם קיימת עילת תביעה לכאורה בידי החברה המצדיקה הגשת תביעה נגזרת, האם התביעה וניהולה הן לטובת החברה, והאם התובע לא פעל בחוסר תום לב. מאחר שהתביעה הנגזרת היא חריג לכלל אי-ההתערבות בהחלטות החברה, ומאחר שקיים חשש כי בעל מניות ישתמש לרעה באפשרות להגיש תביעה נגזרת מאינטרסים אישיים שלו, על בעל מניות המבקש לתבוע בשם החברה תביעה נגזרת, מוטל הנטל להראות כי הופרה לכאורה זכות של החברה, וכי נתקיימו תנאים המצדיקים שהוא יריב את ריבה.

מבחינה פרוצדוראלית, בירור תביעה נגזרת כולל שני שלבים מובחנים – הראשון הוא בירור הבקשה לאישור התביעה הנגזרת ולאחר מכן בירור התובענה עצמה. זאת, שכן ייתכן כי הבקשה לאישור תדחה, ואז לא יהיה צורך בבירור התובענה עצמה. כיום מקובל כי הבקשה לאישור תביעה נגזרת והתביעה יוגשו במסגרת אותו הליך. בעבר אפשר היה להגיש על דרך המרצת פתיחה בקשה לאישור תביעה נגזרת ורק אם זו אושרה, היה נפתח הליך נפרד לצורך הגשת התביעה.¹⁸

שאלת הדרך הדיונית הראויה להגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת כרוכה במידה רבה בדרישות שיש לעמוד בהן על מנת שישוכנע בית המשפט כי התביעה וניהולה הן לטובת החברה.¹⁹ לפיכך האופן הדיוני עצמו יגזר מתוכנו של ההליך ומיוזמת בעלי הדין. עם זאת, אם הבקשה משולבת במסגרת כתב התביעה עצמו, לכאורה אין על התובע חובה לצרף תצהיר לתמיכה בבקשה באופן שיאפשר לבית המשפט לבחון את התקיימות התנאים לצורך אישור הבקשה.²⁰ על פי ההלכה הפסוקה ניתן לחייב הגשת כתב ההגנה עוד בטרם אושרה הגשת התובענה כנגזרת.²¹

אחד השיקולים של בית המשפט בדחיית תובענות כנגד החברה בקשר עם ניהול ענייניה הפנימיים, הינו הכלל בדבר שיקול הדעת העסקי.²² לפי כלל זה, החלטת דירקטור שנעשתה בתום לב ובאופן מיוזע וללא

¹⁶ בסעיפים 200 ו-201 לחוק החברות, הקובעים שבית המשפט יקבע את השכר של עורך הדין שייצג את התובע בתביעה הנגזרת וגם רשאי להורות על תשלום גמול לתובע שטרם בהגשת התביעה הנגזרת ובהכנתה. בנוסף, כיום מי שמבקש להגיש תביעה נגזרת בשם תאגיד מדווח רשאי לבקש מרשות ניירות ערך להשתתף בהוצאותיו. החלטת הרשות לממן תביעה לא תשמש ראיה ולא ניתן יהיה להגישה לבית המשפט. בית המשפט רשאי להורות בפסק הדין על שיפוי רשות ניירות ערך בשל הוצאותיה. ר' לעניין זה סעיף 205 לחוק החברות.

¹⁷ סעיף 194 לחוק החברות. לפי סעיף 204 לחוק החברות, גם נושה יכול להגיש תביעה נגזרת בנסיבות מסוימות.
¹⁸ ע"א 324/88 ברבלק נ' שביט. היתרון בהפרדת ההליכים הוא שהמרצת פתיחה הינה הליך מהיר יחסית וממוקד, ואולם, הפרדתם יכולה לאפשר להגיש ערעור נפרד רק על עצם אישור הגשת תביעה נגזרת.

¹⁹ השופט גרוניס ברע"א 9030/04 אירופה ישראל (מ.מ.ש) בע"מ נ' גדיש קרנות גמולים בע"מ (פורסם בנבו, 26.6.2007).

²⁰ בת.א (ים) 7438/05 בניה אחזקת נכסים בע"מ נ' קרן טוקטלי, תק-מח 2007 (1) (פורסם בנבו, 4.1.2007). השופט סולברג קיבל את הטענה לפיה אין חובה על התובע להגיש תצהיר כדי לאשר את הבקשה להגיש תביעה נגזרת. זאת שכן אין צורך שבית המשפט יכריע בעובדות ויקבע ממצאים ודי אם בית המשפט מתרשם מהחומר שלפניו כי ניתן לאשר את הגשת התביעה הנגזרת.

²¹ השופט גרוניס ברע"א 10227/06 בובליל נ' אינדיג (טרם פורסם, 5.2.07); בהקשר זה בית המשפט גוזר גזירה שווה בין הגשת בקשה לסילוק של תביעה רגילה שאינה עוצרת את המועד ובין הגשתו של כתב הגנה ובקשה לאישור תביעה נגזרת. עם זאת, עניין זה יוצר קושי, כאשר טרם אושרה הבקשה הנגזרת. מבחינה פרקטית, מקובל להסכים שכתב ההגנה לא יוגש עד לאחר שאושרה הגשת התביעה הנגזרת.

²² חלחלו של כלל זה לשיטתנו המשפטית החל בע"א 226/85 שאשא נ' אדנים, (מב) 14 (19.1.1988).

27.4.2015

ניגוד עניינים, נהנית מחזקת תקינות ואינה חשופה להתערבות.²³ ביסוד הכלל עומדת החזקה שהמהלכים של החברה והדירקטוריון נעשים משיקולים עסקיים לגיטימיים.

לכלל זה אמורה להיות חשיבות מבחינה פרוצדוראלית, שכן הכלל מטיל בשלב הראשון על הטוען להראות כי הדירקטור פעל שלא בתום לב, שלא באופן מיודע או תוך ניגוד עניינים. אם התובע לא עמד בנטל, נחסמת הביקורת של בית המשפט למעט במקרים חריגים במיוחד (כמו מתן נכס לצד שלישי ללא תמורה). אם התובע עמד בנטל, בית המשפט יבדוק את ההחלטה לפי הכלל של "הגינות מוחלטת" (entire fairness) של הפעולה או העסקה כלפי בעלי המניות והחברה. במקרה כזה הנטל הוא על הדירקטור להראות את הגינות העסקה וכי הושג המחר הטוב ביותר עבור החברה.²⁴ לאימוץ כלל שיקול הדעת העסקי השלכה על ניהול הליך של לטיגציה תאגידית, שכן הוא מצדיק לכאורה דחיית תובענות על הסף ככל שמתקיים כלל שיקול הדעת העסקי, ועוד בטרם דרישה להגשת הגנה מצד.

בכל הליכי הלטיגציה התאגידית, הליך גילוי המסמכים הינו בעל תפקיד מרכזי. פעמים רבות בידי בעל מניות לא יהיה המידע הנדרש לצורך ביסוס תביעתו. כך, למשל, כאשר מדובר בתביעת קיפוח בגין חלוקה לא שוויונית של כספי החברה או כאשר מדובר בתביעת קיפוח בגין הקצאה לא כלכלית של זכויות, כאשר האי-סימטריה בין הצדדים גורמת גם לחוסר במידע רלבנטי.

הגם שבנוגע לתביעות קיפוח, נושא גילוי המסמכים בתביעת קיפוח לא הוסדר בצורה מיוחדת בחקיקה וחל הדין הכללי בדבר גילוי מסמכים, הרי שביחס לתביעה נגזרת קיים הסדר חקיקתי בסעיף 198א לחוק החברות, לפיו תובע רשאי לדרוש גילוי מסמכים עוד טרם הגשת הבקשה לאישור התביעה כנגזרת, הנוגעים להליך אישור התביעה הנגזרת. לפי סעיף 198א(ב) בית המשפט רשאי לאשר בקשה כאמור אם שוכנע כי המבקש העמיד תשתית ראייתית ראשונית לגבי קיומם של התנאים לאישור התביעה הנגזרת.

גילוי מסמכים אפשרי גם במסגרת בקשות לאישור תביעות ייצוגיות. לפי תקנה 4 לתקנות תובענות ייצוגיות תש"ע – 2010 ("תקנות תובענות ייצוגיות"), בית המשפט רשאי להורות על גילוי ועיון במסמכים הנוגעים לשאלות הרלוונטיות לאישור התובענה כתובענה ייצוגית ובלבד שהמבקש העמיד תשתית ראייתית לגבי קיומם של התנאים לאישור התובענה כייצוגית.²⁵

נוכח האמור ברור כי לפרוצדורה הדיונית הקיימת השפעה חיובית גם על הזכויות המהותיות ויש לה השלכה ישירה על המשאבים אותם צריכים הצדדים להשקיע בניהול תובענות בלטיגציה תאגידית, על מהירות ההליכים ועל האפשרות לבסס תביעות בנסיבות של חוסר סימטריה בין הצדדים.

ג. השפעת הרפורמה על הלטיגציה התאגידית

הרפורמה המוצעת הינה בעלת השלכות רחבות היקף על תחום הלטיגציה התאגידית.

הרפורמה המוצעת משנה את ההליך האזרחי בשני היבטים עיקריים. ראשית, הרפורמה מצמצמת באופן ניכר את ההסדרים המיוחדים הקיימים היום ויוצרת האחדה של סוגי ההליכים בהם ניתן לפתוח. בכך, מבקשת הרפורמה לייעל ולפשט את ההליכים ולהקל על קיומו של הליך משפטי ברור ומהיר.

²³ שרון חנס, כלל שיקול הדעת העסקי, עיוני משפט לא(2) 313, 314-319, 339-355. תני"ג 12-02-32489 אלטמן ואח' נ' נורסטאר החזקות בע"מ לשעבר גזית אינק. מאוגדת בפנמה (פורסם בנבו, 3.10.2013)

²⁴ בגלל התרחבות הכלל של עושק המיעוט מבחינה של בדיקה של תום לב סובייקטיבי לבדיקה אובייקטיבית של אופן חלוקת המשאבים בחברה או של פגיעה בציפיות הלגיטימיות של בעלי המניות, הרי שלמעשה מאפשר קיפוח המיעוט בחינה רחבה יותר מזו של כלל שיקול הדעת העסקי.

²⁵ תקנות אלה אימצו למעשה את העקרונות שנקבעו בפסיקה מוקדמת של העליון (רע"א 10052/02 בעז יפעת נ' דלק מוטורוס בע"מ, נו (4) 513, (פורסם בנבו, החלטה מיום 06.03.2003). ר' גם בת"צ 20457-03-11 ספרא נ' מ.ת.מ. מבני תעשייה ומלאכה בע"מ (פורסם בנבו, החלטה מיום 20.11.2011).

27.4.2015

שנית, הרפורמה המוצעת מקנה סמכויות לבית המשפט לעצב את ההליך באופן אקטיבי. בעוד בהליך האדברסרי בעלי הדין הם אלה שמעצבים את מהותו של ההליך, הרי שלפי הרפורמה המוצעת, לבית המשפט יהיה תפקיד מרכזי יותר בעיצוב ההליך ובניהולו באמצעות מתן שיקול דעת לבית המשפט בשלבי ההליך השונים.²⁶

שינויים אלה משפיעים על עתיד הליטיגציה התאגידית. תחום הליטיגציה התאגידית מאופיין ברובו בקיומם של הליכים מיוחדים שהותאמו בהתפתחות הדרגתית לצרכים המיוחדים של הליטיגציה התאגידית. האחדת ההליכים ועיצובם בדמותו של הליך מסוים עשויה שלא לתאם את מטרות הליטיגציה התאגידית, ולהגביל את אפשרויותיה המעשיות. יתרה מכך, מתן סמכויות אקטיביות לבית המשפט בכל הנוגע להליכי הליטיגציה התאגידית עשויים לפגוע בוודאות וביציבות הנדרשים בתחום כלכלי זה.

בפרק זה נפרט את השינויים העיקריים שבהצעת הרפורמה להם השלכה מהותית על הליטיגציה תאגידית.

האחדת הליכים וביטול המרצת הפתיחה :

על פי הצעת הרפורמה, פתיחתו של הליך תעשה בדרך אחת של הגשת תובענה ולא יהיו עוד הסדרים מיוחדים כדוגמת סדר דין מקוצר, המרצת פתיחה וכיוצא באלה.

כמפורט בפרק ב' לעיל, הליכי הליטיגציה התאגידית השונים נשענים באופן מרכזי על קיומו של הליך מסוג המרצת הפתיחה. יתירה מכך, הליכי הליטיגציה תאגידית מצריכים לרוב בירור מוקדם ודו שלבי של התאמת ההליך, כגון במקרים של הגשת בקשה לאישור תובענה נגזרת. כלל לא ברור מהצעת הרפורמה, כיצד ייפתח הליך מסוג זה וכיצד תנוהל בקשה לאישור תובענה כנגזרת.

בליטיגציה תאגידית לעיתים קיים צורך בקיום הליך מקדמי לקבלת מידע עוד טרם תוגש התובענה, כגון במקרה של בקשה לאישור תובענה נגזרת או תביעה ייצוגית בניירות ערך. הצורך בגילוי מידע מסוים עשוי להיות דרוש גם למקרא כתבי הטענות המוגשים על ידי הצדדים. ואולם, לפי תקנה 38 לתקנות המוצעות, לא ניתן לפנות בבקשות לבית המשפט הנכבד בעניין זה בטרם קדם המשפט. הגבלה זו אינה מתאימה לצרכים של בעלי הדין בליטיגציה תאגידית, אשר אינם בעלי גישה דומה למידע.

היקף כתבי הטענות ופורמט אחיד :

הצעת הרפורמה מבקשת לצמצם את היקף כתבי הטענות, לתחום את היקפם ולחייב הגשת כתבי טענות בפורמט אחיד. כן מוצע, כי מסמך אשר מבקשים להגישו לבית המשפט ואשר אינו עונה אחר דרישות התקנות או אחר הוראות בית המשפט לא יקובל לרישום.²⁷

היוזמה לצמצם את היקף כתבי הטענות היא מבורכת. עם זאת, יש להיזהר מקביעת היקף כתבי טענות שלא ניתן במסגרתו לפרט את הדברים כנדרש. נושאים הנוגעים לליגיטימציה תאגידית הינם מורכבים, ומצריכים תיאור מפורט של התפתחויות עסקיות ושל הכרעות שנעשו בחברה. קציבת היקף עמודים למספר עמודים בלבד לכתב טענות שמוגש לבית המשפט המחוזי²⁸ עשוי לגרום בסופו של דבר להכבדה על בית המשפט, שכן לא ניתן יהיה בסד העמודים האמור להבהיר את הדברים, ובית המשפט יידרש להעמיק חקר בכל אותם מסמכים שיצורפו לכתב בי-הדין, אשר יבהירו את הדברים. בית המשפט יוכל לדרוש פרוט

²⁶ לפי תקנה 3(א) לתקנות המוצעות על בית המשפט מוטלת האחריות לניהול ההליך המשפטי ועליו לנקוט יוזמה לצורך ניהולו.

²⁷ תקנה 35 לתקנות המוצעות, הקובעות מינויו של מזכיר משפטי שיבחן את התאמת כתבי הטענות לאמור בתקנות. מאחר שלמזכיר משפטי סמכויות שיפוטיות המכריעות בזכות אדם לפנות לערכאות, דומה כי על מינוי שכזה להיעשות כפי מינויים של שופטים או רשמים. יצוין שלפי תקנה 35(ו) לא ברור מהן הדרישות למינוי לתפקיד וכיצד מסדירים ניגוד עניינים הנובעים מהיותו של מזכיר משפטי עורך דין בפועל שאינו ממונה לתפקיד של שופט או רשם.

²⁸ כפי שנקבע בתקנה 14(ב) לתקנות המוצעות, כתב הטענות לא יעלה על שלושה עמודים, והתצהיר לא יעלה על חמישה עמודים אם מוגש לבית המשפט השלום ושמונה עמודים אם מוגש לבית המשפט המחוזי.

27.4.2015

נוסף, אבל ייעול דווקא מחייב הגשת הפירוט מלכתחילה. מספר עמודים מוגבל לכל סוגי ההליכים דומה יותר ל"מיטת סדום" ואינו דווקא אינדיקציה לייעול בליטיגציה רב שלבית.

באשר לקביעה כי מסמך שאינו עומד בדרישות הקבועות בתקנות לא יקובל לרישום, הרי שלהצעה זו עשויה להיות השפעה חיובית על הליכי ליטיגציה תאגידית, ככל שכלל זה יורחב גם לבחינת קיומם של תנאי הסף הנדרשים לצורך פתיחה בהליך של תביעה נגזרת או תביעה ייצוגית.

כאמור לעיל, בעל מניות המבקש להגיש תביעה נגזרת בשם החברה צריך לעמוד בתנאים מסוימים. ראוי יהיה כי תנאים אלה ייבחנו כבר בתחילת הדרך, ואפשר עוד בטרם תתקבל הבקשה לאישור התביעה כנגזרת לרישום. יתרה מכך, ככל שמבקשים לפסוק מבחינה מהותית על יסוד כלל שיקול הדעת העסקי, נכון יהיה גם לא לקבל לרישום תביעה שאינה מבססת כנדרש את התנאים לסטייה מכלל זה ומכיבוד הכרעות החברה, והגישה המוצעת בתקנה 45 להצעת הרפורמה לפיה ניתן יהיה לדחות תביעות גם "מכל נימוק אחר" עשויה לשמש בסיס איתן לכך.

הסדר מחייב בדבר פעולות מקדמיות לפני הגשת כתב התביעה :

על פי ההצעה, בעלי הדין יידרשו להיפגש ולבחון את אפשרות הפשרה ביניהם במידה רבה יותר, וזאת עוד לפני קיומו של הליך משפטי, דבר שיאפשר להם גם להיות מוכנים יותר לדיון המשפטי.

על פי תקנה 7 לתקנות המוצעות על הצד הטוען כי יש לו עילת תביעה לפנות בכתב לצד השני ולפרט את טענותיו ואת הסעדים הנדרשים וכן את המסמכים המצויים ברשותו. לפי תקנה 8 לתקנות המוצעות על החברה להשיב בתוך 14 ימים לפנייה.

הגם שהמטרה שביסוד שינוי מוצע זה הינה לסייע בקידום ההליכים ובאפשרות של הידברות, הרי שהיא עשויה להוביל לתוצאה הפוכה בכל הנוגע לליטיגציה תאגידית. לחברות נעשות פניות רבות וחיוב החברה להליך מקדמי יכביד על החברה שלא לצורך. הליך מסוג זה עשוי גם להכביד על התובעים הפוטנציאליים אשר ממילא נמצאים בעמדת נחיתות ביחס לחברה וביחס למידע הדרוש להם.

למותר לציין שכאשר מדובר בצדדים שהינם אדם פרטי מחד וחברה מצד שני, סד הזמנים אף הוא אינו מתאים. מתן תשובה מצד החברה מצריך פנייה לאורגנים בחברה וקבלת אישורים שונים - דבר שמטבעו אורך זמן. כך גם יקשה להסכים למינוי מומחה שיכריע בפלוגתאות כנדרש לפי תקנה 9 המוצעת, שכן הסכמה כאמור עשויה להצריך מתן גישה למסמכי החברה עוד בטרם עת. יתירה מכך, המועדים המוצעים אינם עולים בקנה אחד עם המועדים הקבועים בחוק בכל הנוגע לפנייה מוקדמת לחברה בטרם תוגש בקשה לאישור תובענה נגזרת כאמור בסעיף 194 לחוק החברות.²⁹

יתרה מכך, במסגרת המנגנון הנוכחי של ניסיון לגשר או לפשר בטרם הגשת התביעה, אין מנגנון בקרה כלשהו על הפנייה של הפונה או על התשובה של המשיב לפנייה. בנסיבות אלה, עשוי להיווצר מצב בו תובעים ינצלו מצד אחד את האפשרות לפתוח בהליך על מנת לפנות בפנייה לא בשלה, ומנגד נתבעים ישיבו באופן טכני שימנע בירור ענייני של התביעה. דברים אלה מכבידים במיוחד בהליכים של ליטיגציה תאגידית במסגרתם קיימת חוסר סימטריה בין הצדדים הן מבחינת משאבים והן מבחינת המידע המצוי בידי כל צד.

²⁹ יצוין שגם הקביעה כי כתב הגנה יוגש תוך 60 ימים פחות מתאימה כאשר מדובר בהליך בקשה לאישור תובענה כנגזרת או בהליך מקדמי לגילוי מסמכים טרם הגשת בקשה כאמור, אשר מעצם טבעם מהווים הליכים מקדמיים להליך המרכזי, וראוי כי בירורם יעשה באופן מהיר יותר.

גילוי ראשוני באמצעות תצהיר של כל המסמכים כבר במועד הגשת התביעה :

הצעת הרפורמה קובעת כי תובע יחויב לצרף לכתב התביעה תצהיר לשם פירוט העובדות המבססות את כתב הטענות וכל מידע נוסף שתכליתו לסייע בהבהרת המחלוקת נשוא התביעה ולמקד את הפלוגתות שבין הצדדים.

ככלל השאלה אם יצורף תצהיר כבר בשלב הגשת התביעה מעוררת שאלות בכל הנוגע לבסיס הראייתי הנדרש לצורך הגשת תביעה. ככל שמדובר בהליכים המקדמיים הנדרשים לצורך הגשת תביעה נגזרת או תביעה ייצוגית או כדי לפתוח בהליך מקוצר של תביעת קיפוח בדרך הנהוגה כיום במסגרת המרצת פתיחה – הרי שהליכים אלה ממילא נפתחים תוך תמיכתם דרך כלל בתצהיר (זאת למעט בהליך של תביעה נגזרת הכוללת במסגרתה את בקשת האישור). משכך, שינוי זה תואם את הליכי הליטיגציה התאגידית.

כן כולל חלק זה של הרפורמה דרישה כי התובע יצרף העתקים של המסמכים המהותיים המהווים חלק מעילת התביעה וכן תצהיר מאמת את רשימת כל המסמכים הנוגעים לעניינים השנויים במחלוקת המצויים ברשותו או בשליטתו. כן נקבע כי על הצדדים להשלים את הליך גילוי המסמכים עד 30 ימים לפני קדם המשפט.³⁰

מטרת עקרון הגילוי ההדדי האמור הוא לסייע בחסכון בזמן ובמשאבים של ציבור המתדיינים ופרקליטיהם. עם זאת, הליך גילוי המסמכים המוצע אינו מתאים מתאים להליכי ליטיגציה תאגידית. בשל חוסר הסימטריה בין הצדדים, פעמים רבות לתובע לא יהיו מסמכים באשר לענייני החברה ואלה יהיו מצויים בידי החברה. ואולם, הליכים עשויים להיפתח רק כמסע דייג למסמכי החברה, והקדמת הליכי גילוי המסמכים לשלב מוקדם עשוי להכביד על החברה שלא לצורך ולפגוע בעסקיה, במיוחד כשמדובר בהליכים שיסולקו בשלב מוקדם.

ד. האם יש לקבוע סדרי דין מיוחדים לליטיגציה תאגידית?

בחלק זה של המאמר אבחן האם נכון לייחד סדרי דין מיוחדים לתחום כגון ליטיגציה תאגידית או שראוי להתאים את ניהול הליכי ליטיגציה תאגידית למודל כללי של סדרי דין.

האחדה של סדרי דין הינה עניין שנדון בהרחבה בארה"ב בכל הנוגע לשאלה אם ראוי כי סדרי הדין החלים במדינות השונות יותאמו לסדרי הדין החלים ברמה הפדראלית. אחד היתרונות העיקריים הנשמעים שם לגבי האחדת מודל סדרי הדין הינו הקלה על עורכי הדין ובתי המשפט בהתמצאות בהליך המשפטי ובניהולו. האחדה של סדרי הדין מאפשרת לעורך הדין להכיר את סוגי ההליכים מבחינה פרוצדוראלית ואינה מצריכה התמחות מיוחדת של עורכי הדין בתחומים השונים, לפחות מהבחינה הדיונית.³¹ בהתאם, חידושים בפרשנות תקנות סדרי הדין חלים באופן רחב על כלל ההליכים וכתוצאה מכך קל יותר להתמצא ולהתעדכן באופן ניהול ההליך המשפטי.³²

יתרון נוסף להאחדה הינו כי פישוט ההליך והאחדתו עשויה להוביל להקטנת עלויות ניהול ההליך והוצאות המשפט, במיוחד כאשר הכללים חלים על ההליכים באופן מפורט, ללא שינויים במקרים הקונקרטיים. קביעת כללים ספציפיים על ידי בית המשפט לכל הליך והליך, עשויה בסופו של דבר לייקר את ההליך על ידי הצדדים, באופן שאינו מצדיק עצמו מבחינת עלות תועלת.

³⁰ תקנה 52 להצעת הרפורמה.

³¹ Thomas O. Main *Reconsidering Procedural Conformity Statutes*, 35 *Western State University Law Review* [2007] 102, 106-107.

³² Janet Napolitano, *A Comment on Federal Rules, Local Rules, and State Rules: Uniformity, Divergence, and Emerging Procedural Patterns*, 137 *University Of Pennsylvania Law Review* 2063 [1989], 2065

כידוע לסדרי הדין השלכה גם על המהות, ויצירת האחדה בסדרי הדין יוצרת גם האחדה במהות ההליך ובתוכנו. לכן, ככל שהרמוניה משפטית מהווה יתרון מבחינה מהותית, היא עשויה להצדיק גם האחדה של סדרי הדין בין הליכים שונים, לפחות בתחום האזרחי. כך למשל, הליכי גילוי המסמכים משליכים על אפשרות ביסוס התביעה, ועל כן האופן בו ניתן לערוך גילוי מסמכים מבחינה פרוצדוראלית משפיע גם על תוכנו של ההליך והאפשרות לקבל סעד.

כנגד יתרונות אלה, הדיון בארה"ב על עניין זה מלמד שלהאחדה חסרונות שלא ניתן להתעלם מהם.³³ ראשית, האחדה גורמת לאי התאמה של ההליך הדיוני להליכים המהותיים השונים הנדרשים. כך, למשל, בירור סכסוך שעניינו רשלנות רפואית אינו דומה במהותו לבירור סכסוך של ליטיגציה תאגידית וסדרי הדין הדרושים לשני סכסוכים מסוג זה שונים בעיקרם.

יצוין שבהצעת הרפורמה נקבע כי הפתרון לאי התאמה של האחדה כללית למקרים השונים הינו מתן שיקול דעת לבית המשפט לנהל את ההליך באופן אקטיבי. התוצאה תהיה דווקא סדרי דין בלתי אחידים, בהתאם לשיקול השופט וראייתו את התיק המיוחד הנדון בפניו. כפי שהניסיון האמריקאי מלמד, העברת סמכות זו לבית המשפט מייקרת את ניהול ההליך בשל הצורך להפעלת שיקול דעת בית משפט בהליך וגם גורמת לחוסר עקביות באופן שבו סדרי הדין יישומו בפועל על ידי בתי המשפט.³⁴ העברת הסמכות לבית המשפט לנהל את ההליך מכבידה על מערכת המשפט ומרחיקה את השופטים מביצוע תפקידם המהותי שהוא הכרעה בסכסוכים ועיצוב הדין באמצעות פרשנות לחוק ופיתוח ההלכה הפסוקה.

ההאחדה המוצעת גם מונעת את האפשרות ליצור הליכים מיוחדים ומהירים יותר אשר יאפשר התמקדות בסוגיה משפטית או עקרונית אחת (כפי שאפשרי היום למשל באמצעות המרצת הפתיחה). הליכים מיוחדים מסוג זה תורמים גם לוודאות בניהול הליכי משפט וגם לתחושת הביטחון של בעלי הדין. הישענות אך ורק על הליך מסוג אחד תגרום לחוסר וודאות שכן קשה יהיה לצפות מראש כיצד ינוהל ההליך והאם ניתן יהיה למקדו בסוגיות מסוימות או שמא הוא יורחב שלא לצורך מעבר לסוגיות העיקריות המועלות בו.

הנחת המוצא של הרפורמה הינה כי האחדה, פשטות וגמישות חשובות כדי לקדם הליך יעיל ומהיר, אך תוצאתם עלולה להיות דווקא אי בהירות מה יהיה ההליך בפועל וריבוי גווניו. יש לזכור כי מדובר באמצעי להשגת מטרה של קיום הליך הוגן שיוביל לתוצאה צודקת. השגת הליך הוגן אפשרית כאשר קיימת וודאות, התמקדות ותחימות של ההליך, באופן שהצדדים יודעים לתכנן מראש ולסמוך מראש על ההגנות של הכללים.³⁵

השאלה אם ראוי לאחד את סדרי הדין של ליטיגציה תאגידית עם סדרי הדין של תחומי משפט אחרים, תלויה בין היתר, בהתאמת הכללים החלים על התחומים האחרים גם לליטיגציה תאגידית.³⁶ בהתחשב במאפיינים הייחודיים של ליטיגציה תאגידית, דומה כי חשוב יהיה לנוכח היקפה ותרומתה לקידום השוק החופשי, לאפשר עיצוב כללים שיתאמו לא רק לפתרון הסכסוך באופן מהיר או אחיד אלא גם לעיצוב הנורמות המהותיות שחלות על המקרה. גם אם קיימים יתרונות להאחדת סדרי הדין בתחומים שונים, הרי שבתחום של ליטיגציה תאגידית בפרט, חשוב להשתמש בכללי סדרי הדין כדי לסייע בעיצוב ובקידום המטרות המהותיות שביסוד תחום זה.

³³ לניתוח מקיף של סוגיה זו ר' Tobias, Carl. "Public Law Litigation and the Federal Rules of Civil Procedure." *Cornell L. Rev.* 74 (1988): 270.
³⁴ Stephen N. Subrin, *Uniformity in Procedural Rules and the Attributes of a Sound Procedural System: The Case for Presumptive Limits*, 49 *Alabama Law Rev.* [1997] 79, 80-82.

³⁵ שם.

³⁶ לדיון באבחנה בין כללים וסטנדרטים ר' Yael Aridor Bar-Ilan, *Justice: When Do We Decide?* 39(3) *Connecticut Law Review* [2007] 923, 959.
הדיון המובא כאן מבוסס על האמור שם ועל המקורות המופיעים במאמר האמור.

שאלה חשובה נוספת בעיצוב סדרי הדין נוגעת לבחירה בין הוראות מסוג כללים ("Rules") לבין הוראות מסוג סטנדרטים ("Standards").

האבחנה בין כללים לסטנדרטים אינה פשוטה.³⁷ כללים נחשבים כמגבילים באופן מוגדר יותר את שיקול הדעת למספר גורמים. לעומת זאת, סטנדרטים מצריכים בירור של העובדות של מקרה מסוים ואת ההערכה של המטרות החברתיות שביסוד הסטנדרט. כך, למשל, ההוראה כי כתב תביעה לא יעלה על שמונה עמודים הינה כלל משום שעל אוכף הכלל רק לבחון את השאלה העובדתית של מספר העמודים. לעומת זאת, הוראה לפיה כתב התביעה יכלול רק את הרצאת העובדות, מצריכה מאוכף ההוראה לבחון את הגשמת העיקרון היסודי שביסוד ההוראה, כי כתב התביעה לא יכלול טיעונים משפטיים או השערות.

סטנדרטים מצריכים יותר שיקול דעת באכיפה. במסגרת הוראות מסוג כללים, הכלל משקף איזון בין עקרונות היסוד ואוכף הכלל צריך להגביל את עצמו לאיזון שנוצר במסגרת הכלל. לעומת זאת, בסטנדרטים, אוכף ההוראה נדרש לבצע איזון בעצמו של העקרונות שביסוד ההוראה. כתוצאה מאבחנה זו, הוראות מסוג כללים נוטות לגרום להכללת יתר או לחסר, ואילו הוראות מסוג סטנדרט נוטות להפחית טעויות מסוג זה בכלל שהם מקנים לאוכף ההוראות יותר שיקול דעת.

הבחירה בין כללים לסטנדרטים תלויה בשאלה האם כללים או סטודנטים מתאימים יותר להכונת התנהגות ובאופן פרטני האם מחוקקים (ובכלל זה מחוקקי המשנה) או בתי משפט צריכים לקבוע את האופן שבו ההוראה תקבל את תוכנה. כללים נחשבים מתאימים יותר כאשר מדובר בהתנהגות שכיחה, משום שהם מאפשרים לאנשים לתכנן מראש את התנהלותם. לעומת זאת, סטנדרטים מתאימים יותר להכונת התנהגות יוצאת דופן, שכן הליך קבלת ההחלטות מתקיים כאשר העובדות יוצאות הדופן ידועות.

כאשר מיישמים את הניתוח האמור על ליטיגציה תאגידית, נראה על פני הדברים כי סדרי הדין צריכים להיות מוסדרים בכללים ולא בסטנדרטים. כללים מתאימים יותר משום שהם מספקים הנחיות ברורות, מאפשרים וודאות ויציבות ומאפשרים לדעת מראש כיצד יתנהל ההליך המשפטי – דבר שהינו חשוב במיוחד בתחום העסקי. יתרה מכך, השימוש בסטנדרטים עשוי לגרום להגדלת ההוצאות המשפטיות משום שהוא יצריך היעזרות בשופט לצורך ניהול ההליך, ולפיכך יגרום להארכת ההליך המשפטי וההתדיינות המשפטית סביב שאלות של סדרי דין.

בהקשר של ליטיגציה תאגידית, הוודאות והיציבות חשובים במיוחד כדי לסייע בכיוון ההתנהלות התאגידית ומניעת ניצולו לרעה בשל חוסר הסימטריה שבין הצדדים. ככלל לתאגיד משאבים גדולים יותר בהשוואה לבעל המניות כדי לנהל את ההליך ולכן רצוי כי הסדרת אופן התנהלות הצדדים תאפשר הליך מהיר המבהיר את אופן התנהלות הצדדים מראש.

הצעת הרפורמה מבוססת על כללים צורניים קשיחים בכל הנוגע לאופן הגשת כתבי הטענות ובנוגע להגשת בקשות טרם קדם משפט, ובד בבד מתן סמכות לבית המשפט לנהל את ההליך וליזום את אופן ניהולו. מתן שיקול דעת רחב לבית המשפט יכביד ויסרב את ניהול ההליך ויגרום להארכת ההליכים רק לשם הכרעה באופן עיצוב ההליך המשפטי. לכן, דומה כי איזון זה אינו מתאים לליטיגציה תאגידית.

³⁷ הכתיבה הבסיסית והיסודית בתחום זה כוללת את המקורות הבאים: MARK KELMAN, A GUIDE TO CRITICAL LEGAL STUDIES 15–17 (1987); FREDERICK SCHAUER, PLAYING BY THE RULES: A PHILOSOPHICAL EXAMINATION OF RULE-BASED DECISION-MAKING IN LAW AND IN LIFE 51–52 (1991), at 104; Ronald Dworkin, *The Model of Rules*, 35 U. CHI. L. REV. 14 (1967); Louis Kaplow, *Rules versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L. J. 557 (1992). ; Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV. L. REV. 1685 (1976).; Margaret Jane Radin, *Reconsidering the Rule of Law*, 69 B.U. L. REV. 781 (1989), at 783–90; Carol M. Rose, *Crystals and Mud in Property Law*, 40 STAN. L. REV. 577, 592–93 (1988); Pierre Schlag, *Rules and Standards*, 33 UCLA L. REV. 379 (1985); and Kathleen M. Sullivan, *The Supreme Court, 1991 Term—Foreword: The Justices of Rules and Standards*, 106 HARV. L. REV. 22, 61 (1992).

בנוסף, הצעת הרפורמה מבוססת בעיקרה על כללים ברורים ואחידים הנוגעים לצורה אך בעיקרה מפריטה את ההליכים המהותיים (כגון גילוי מסמכים והליכי מהו"ת) לבעלי הדין בעצמם, שכן כמעט שלא יהיה פיקוח בשלבים אלה מצד בית המשפט. הפרטה כזו אינה מתאימה כאשר מדובר בליטיגציה תאגידית הן בשל תוכן העניינים המדובר, עליו עמדנו לעיל, והן בשל חוסר הסימטריה שבין הצדדים.

ההחלטה בין הסדרת סדרי הדין בליטיגציה תאגידית באמצעות כללים או סטנדרטים תלויה במידה רבה בהערכה אמפירית של התוצאות של הכללים השונים. מקריאת הצעת הרפורמה לא ברור אם נעשתה בדיקה אמפירית כזו. ככל שניתן להעריך, נראה כי כללים מסוג זה לא יתרמו ליציבות ולוודאות בתחום הליטיגציה התאגידית ועשויים דווקא להוביל להארכת ההליכים ולייקורם לשני הצדדים, וגם להכביד על בית המשפט בניהול ההליך. סטנדרטים עשויים להתאים יותר למקרים יוצאי דופן אשר קשה לצפות את התנהלות הצדדים מראש.

ה. מחשבה ראשונית על אפיון הכללים לליטיגציה תאגידית

בחלק זה של המאמר נבקש להציע מחשבות ראשוניות לאפיון כללי סדרי דין לליטיגציה תאגידית. אפיון הכללים נגזר ממטרת הליטיגציה התאגידית. מטרה זו הינה הענקת כלים לאכיפה פרטית על מנת לגרום לתאגיד ולמנהליו לפעול כדין וזאת במהירות ותוך שמירה על וודאות ויציבות בתחום זה.

הצורך בקידום מטרה זו הוביל בסוף שנת 2011 להקמתה של המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל-אביב יפו. ביום 15 בדצמבר 2011 נכנס לתוקפו תיקון לחוק בתי המשפט לפיו הוקמה המחלקה הכלכלית של בית המשפט המחוזי בתל-אביב.³⁸ למחלקה הוקנתה סמכות לדון בכלל הנושאים שהוגדרו בחוק כעניינים כלכליים מנהליים וסמכות ייחודית עניינית לדון בכל הנושאים שהוגדרו כעניינים כלכליים, בכפוף לכך שהסמכות נתונה לבית המשפט בתל-אביב יפו. קיומו של בית משפט מתמחה שיש בכוחו למנוע את עושק וקיפוח המיעוט ולסייע בגיבוש והבהרה של נורמות התנהלות ראויות, מהווה גורם מרכזי בשיפור איכות ניהולן של חברות ציבוריות, בהתפתחות שוק ההון ובשיפור הכלכלה.

על מנת להבטיח כי ההליכים המתנהלים בתחום הליטיגציה התאגידית יהיו מהירים נקבע כי השאלה אם עניין מסוים הוא "עניין כלכלי" תיבחן על ידי בית המשפט כאשר ערעור על קביעה כאמור תתאפשר רק במסגרת ערעור על פסק הדין ולא בהליך ביניים, אלא אם כן מדובר בהחלטה של בית משפט שלום אם עניין מסוים אינו עניין כלכלי.³⁹

כן נקבע הסדר דיוני חדש וייחודי שעניינו אישור תובענה ייצוגית ותביעה נגזרת, אשר קבע כי לא תינתן רשות ערעור על החלטה לאשר תובענה ייצוגית שעילתה נובעת מזיקה לניירות ערך או ליחידה כמשמעותה בחוק השקעות משותפות כמו גם על החלטה לאשר תביעה נגזרת.⁴⁰ לבסוף, התיקון קובע כי תקיפת מרבית החלטות רשות ניירות ערך גם החלטות הבורסה לניירות ערך תהיה במתכונת של עתירה מינהלית, חלף הערעור הקיים ערב התיקון.

מאז התיקון ניכר כי קיימת התפתחות מואצת לליטיגציה התאגידית וכי ניהול ההליכים מהיר יותר. בתי המשפט אף מבהירים כי הם רואים את תפקידם כתפקיד מרכזי בעיצוב נורמות ובבלמים ואיזונים למתרחש בשוק החופשי.⁴¹ במהלך התקופה שמאז הקמת המחלקה הכלכלית הוכנסו לפסיקה הישראלית

³⁸ התיקון שנעשה הינו בסמכות בית המשפט המחוזי (פרק ב', סימן ב' לחוק בתי המשפט). בנוסף לכך הוסף סימן 11 שעוסק במחלקה הכלכלית, אשר קבע כי בסמכות בית המשפט יהיו כל הליך אזרחי לפי חוק החברות וכל עניין כלכלי כהגדרתו בסעיף 42 לחוק בתי המשפט, לרבות הליכים לפי חוק ניירות ערך, חוק השקעות משותפות בנאמנות, חוק הייעוץ, תביעה נגזרת לפי חוק החברות, עניין אזרחי בקשר לזכויות ולחובות של בעלי מניות, ועוד.

³⁹ סעיף 52(ג)2 לחוק בתי המשפט.

⁴⁰ ר' ה"ש 14 לעיל.

⁴¹ כדברי השופט חאלד כבוב בתנ"ג 21785-02-11 בן עמי נ' קלמן ואח' (פורסם בנבו, ביום 7.9.2011) "המשפט התאגידי בעידן המודרני אינו עומד בפני עצמו. חוק החברות במהותו לא נועד ולא התיימר לכסות את כל קשת האפשרויות במציאות המסחרית/כלכלית, אלא נועד לקבוע מתווה ומגמה שעמדו לנגד עיני המחוקק, וזה תפקידו של בית המשפט לפרש את הוראות החוק בהתאם לשינויים בתפיסת הממשל התאגידי המודרני". [ההדגשות הוספו – הח"מ].

27.4.2015

חידושים שונים באשר לנורמות המתאימות, ובכלל זה כללים שונים מפסיקת בתי המשפט האמריקאיים בדלאוור.⁴² התפתחות זו כללה קביעה כי התנאים הקבועים בחוק החברות לאישור עסקאות ישמשו כתנאי מינימום אשר בית המשפט יוכל להוסיף עליהם בדיקה וביקורת של התנהלות החברה. התפתחות זו מובילה גם לאי וודאות בעיקר בשל כך שהתנאים לאישור עסקאות אינם מבוססים רק על הקבוע בחוק.

בהתחשב בהתפתחות זו נשאלת השאלה אם בכלל ראוי ליצור שינוי נוסף בתחום זה באמצעות שינוי סדרי הדין. בתחום בו שינויים צריכים לקדם וודאות ויעילות והתפתחות הדרגתית, דומה כי שינוי רחב של סדרי הדין כפי המוצע בהצעת הרפורמה עשוי לפגוע בהתפתחות החיובית הקיימת מאז הקמתה של המחלקה הכלכלית החדשה.

דברים אלה מקבלים משנה תוקף כאשר התיקון המוצע אינו מתאים לליטיגציה תאגידית ואינו מסייע בהגשמת מטרותיה. לפיכך, מוצע שככל שיערך שינוי בסדרי הדין ייקבעו כללים פרטניים לליטיגציה תאגידית אשר יתאמו להליכים בתחום זה. בכך אפשר יהיה לקדם את הקשר שבין פרוצדורה לבין מהות, עליו הצביעה מרתה מינו במאמרה הנזכר בתחילת מאמר זה. סדרי הדין יכולים לקדם את השגת המטרות הנדרשות של השגת אכיפת פרטית באמצעות ליטיגציה תאגידית. הרפורמה המוצעת משקפת מתח בין קידום הפרוצדורה כצדק לבין קידום הפרוצדורה כמכשיר להשגת צדק, וזאת ללא שתהיה התאמה לליטיגציה תאגידית. בכך לא רק שלא תקודם הליטיגציה התאגידית אלא שהיא תידרש להשתמש בכלים שלא מותאמים לה.

באשר לכללים פרטניים אלה, מוצע כי ככל שייקבעו סדרי דין לליטיגציה תאגידית הם יתבססו על ארבעה היבטים מרכזיים, עליהם נעמוד להלן:

הסדרת הליכי אישור מקדמים:

ראוי לעצב הליך שיעסוק באישור מקדמי של תביעה נגזרת ובאישור מקדמי של תביעה ייצוגית. כמפורט לעיל, ליטיגציה תאגידית מאופיינת לרוב בהליכים המצריכים אישור מקדמי לפתיחתם. הליכים אלה מאופיינים בחוסר סימטריה מבחינת המידע הדרוש. בנוסף, ראוי כי הליכים אלה יתבררו באופן מהיר וענייני ויאפשר בחינה ראשונית אם בכלל מוצדק כי בית המשפט יתערב ויאפשר הגשת תביעה, עוד בטרם תדרש החברה להגיב לגוף התביעה. לפיכך, מוצע לקבוע הליך מיוחד שיעסוק באישור מקדמי של תביעה נגזרת ובאישור מקדמי של תביעה ייצוגית.

פיקוח על גילוי מסמכים:

ראוי לקבוע הליך שיעסוק בגילוי מסמכים או גילוי מידע אחר נדרש עוד בטרם הגשת תביעה ואף לאחר הגשת התביעה. בהקשר זה יוער, כי העיקרון המוצע בהצעה לפיה הליכי גילוי המסמכים יושלמו בטרם קדם משפט אינו מתאים להליכי ליטיגציה תאגידית, שכן קיום מוקדם של הליך גילוי מסמכים עלול לפגוע בחברה יתר על המידה, במיוחד כאשר מדובר בהליכי סרק או הליכים שסיכויים להצליח נמוך. מצד שני, ייתכן כי בקדם המשפט עצמו יתברר שיש צורך בגילוי נוסף של מסמכים שיוכחו כרלוונטיים.

דרישה מוגברת לביסוס התביעה:

לנוכח גילוי המסמכים המוגבר ראוי לדרוש כי על התובע יהיה לבסס באופן ממשי את תביעתו. כך, למשל ראוי כי תביעת קיפוח תוגש באופן שיאפשר לבחון את ביסוסה כבר בתחילתה, לרבות באמצעות צירוף תצהיר לאימות העובדות וצירוף המסמכים הנדרשים לביסוס התביעה בשלב ראשוני. הצעת הרפורמה אף היא תומכת בשינוי כאמור, ומוצע להתאים את השינוי לנדרש בליטיגציה תאגידית על כלל הליכיה.

⁴² בע"א 8454/01 מכתשים אגן תעשיות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 414 (14.04.2003); ע"א 2718/09 "גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ (פורסם בנבו, 28.05.2012); תני"ג (תי"א) 43335-11-12 אילן ורדניקוב נ' שאול אלוביץ (פורסם בנבו, 30.12.2013).

מועדים ואפיון כתבי הטענות:

באשר למועדים ולאפיון כתבי הטענות, מוצע כי אפיונם ייקבע בהתאם לתוכן ההליך ומהותו, כך שכתבי הטענות יכללו את התנאים הנדרשים לאישור התביעה, באופן מובחן ומוגדר ואשר יאפשר לבית המשפט לבחון את הבסיס של התביעה כבר מקריאתה. אפיון כתב הטענות מבחינה מהותית יכול לסייע לבחינה ראשונית האם מוצדק להגיש את ההליך ולאפשר את קיומו.

לשם ההמחשה בלבד, בהנחה שמחילים על החברה את כלל שיקול הדעת העסקי, הרי שאין לאפשר התערבות בשיקול דעת החברה שלא להגיש תביעה נגזרת אלא במקרים שבהם לא מתקיימת החזקה האמורה. לכאורה ניתן לקבוע אם מתקיימת החזקה כבר על בסיס בחינת האמור בכתב הטענות בפתח ההליך. בחינה של כתב הטענות מבחינה מהותית בתחילת ההליך תסייע גם לקיצור התורים ולקיצור הזמנים לטיפול בהליכי הליטיגציה התאגידית השונים.

ו. סיכום

ההחלטה לפשט ולאחד את סדרי הדין צריכה להתבסס על הצורך לקדם מהות שתוציא את הצדק לאור ותסייע ביעול ההליך המשפטי. פישוט ואיחוד סדרי הדין לא צריכה להיות מטרה בפני עצמה.

במאמר זה ביקשתי לבחון את המאפיינים הייחודיים לליטיגציה תאגידית ולבחון את התאמת הרפורמה למאפיינים אלה. מסקנת המאמר הינה כי הרפורמה החדשה אינה מותאמת להליכי ליטיגציה תאגידית ועשויה לגרום לפגיעה בוודאות וביציבות של ההליך המשפטי המתנהל בתחום זה, ביעילות המבוססת על ההתקדמות שכבר יש בפסיקה, ואף לעכב את משכו של ההליך ולהאריכו שלא לצורך.

לפיכך, מוצע כי כל שינוי של סדרי הדין ילווה בקביעת סדרי דין ייחודיים לליטיגציה תאגידית אשר יסייעו בקידום אפשרות האכיפה הפרטית של נורמות ראויות בתחום התאגידי, תוך התאמת סדרי הדין למטרות הליטיגציה התאגידית.

לבסוף, מעבר לקביעת סדרי הדין הנדרשים לליטיגציה תאגידית נראה כי חשוב להרחיב את היקף פרישתה של המחלקה הכלכלית בין על ידי מינוי שופטים בתחום זה בבתי משפט נוספים ובין על ידי בחינת האפשרות של הקמת בית משפט כלכלי אשר לו תהיה סמכות על סכסוכים בכל תחום המדינה.