



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7602/09

בפני :
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט ע' פוגלמן

המערער : בנק הפועלים בע"מ

נ ג ד

המשיבים :
1. CIBEL FINANCIERE S.A.
2. קופינן ישראל בע"מ
3. דניאן בע"מ
4. סיבל ישראל אחזקות (1994) בע"מ (בכינוס
ובפירוק)
5. סיבל נתניה בע"מ (בפירוק)
6. סיבל באר שבע בע"מ (בכינוס ובפירוק)
7. מיטבית סיבל באר שבע (1995) בע"מ (בכינוס)
8. GAN INCENDIE ACCIDENTS
9. בנק דיסקונט לישראל בע"מ
10. עו"ד עוזי מור - מתוקף תפקידו ככונס הנכסים
של חב' 1
11. כונס הנכסים הרשמי

ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים מיום
18.06.2009 בתיק בש"א 4749/07 שניתנה על-ידי כבוד
השופט י' שפירא

תאריך הישיבה : ט' בטבת התשע"א (16.12.10)

בשם המערער : עו"ד אלון פומרנץ ; עו"ד סילביה גל
בשם המשיבות 1-3 : עו"ד רוברטו חייט ; עו"ד יחזקאל ביניש
בשם המשיב 11 : עו"ד טובה פריש

פסק-דין

השופט א' גרוניס:

1. בית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד השופט י' שפירא) אישר לבעלות מניות של חברות הנמצאות בפירוק ובכינוס נכסים להגיש תחת החברות תביעות כספיות נגד שני בנקים, שהם נושים של החברות. אחד הבנקים מערער על ההחלטה.

העובדות, ההחלטה והטענות

2. המשיבות 1-3 היו בעלות מניות, ישירות ובשרשור (להלן – בעלות המניות), של החברות המשיבות 4-7 (להלן – החברות). בשנת 2003, בעת שהיו תלויות בקשות פירוק נגד החברות, הגישו הן תביעות נגד המערער ונגד בנק דיסקונט לישראל בע"מ (המשיב 9). מכתבי התביעה עולה כי שני הבנקים מימנו פרויקטים שונים של בנייה שיזמו החברות. בתביעות הועלו טענות מטענות שונות נגד הבנקים. בין היתר נטען, כי הבנקים גרמו לעיכוב ביצוע של עבודות פיתוח, המירו חלק מהחובות להלוואות קצרות מועד בריבית גבוהה ועיכבו מתן מכתבי החרגה. במעשים אלה, כך נטען, הביאו הבנקים לקריסתן של החברות. בתובענות לא נתבקש סעד כספי אלא סעד הצהרתי. בחודש נובמבר 2005 ניתן צו לפירוקן של המשיבות 4-6 והכונס הרשמי (המשיב 11) התמנה כמפרק זמני. בהליך אחר נתמנה כונס נכסים לנכסיה של המשיבה 7. לאחר מתן צווי הפירוק הוגשה בקשה לצרף את בעלות המניות ולהמיר את הסעדים ההצהרתיים בסעדים כספיים. בחודש ינואר 2007 הורה בית המשפט המחוזי בירושלים על מחיקתן של התובענות.

בחודש מרץ 2007 הגישו בעלות המניות בקשה למתן הוראות לבית המשפט שלפירוק. הסעד שנתבקש בבקשה היה לצוות על מפרק החברות להגיש תביעות כספיות נגד הבנקים על יסוד הטענות שהועלו בתובענות שנמחקו. מדובר בתביעות בסכומים של עשרות מיליוני שקלים. לחלופין, נתבקש בית המשפט להתיר לבעלות המניות להגיש את התביעות כתביעות נגזרות בשם החברות. בעלות המניות התחייבו בבקשה לממן את הוצאות הניהול של התביעות. המערער התנגד לבקשה. הכונס הרשמי הציע כי בית המשפט ימנה מנהל מיוחד שיבחן את הכדאיות של התביעות וסיכויי הצלחתן, וכן שיביע עמדה בשאלה האם יש מקום שהתביעות יוגשו על-ידי החברות עצמן או על-ידי בעלות המניות כתביעות נגזרות. עוד כתב הכונס הרשמי בתגובתו, כי נוכח העובדה שאין כספים בקופת הפירוק, הרי מימון שכרו של המנהל המיוחד צריך לבוא מבעלות המניות. בהחלטה מיום 4.5.2009 קיבל בית המשפט (כבוד השופט י'

שפירא) את הצעתו של הכונס הרשמי בדבר מינוי מנהל מיוחד כאמור. כמו כן נקבע בהחלטה, כי על בעלות המניות והכונס הרשמי להציע מועמדים למילוי התפקיד. בעקבות החלטתו זו של בית המשפט ביקשו בעלות המניות, כי בית המשפט יכריע בבקשה למתן הוראות לגופה, בלא שימונה מנהל מיוחד. או אז, ניתנה ביום 18.6.2009 החלטתו של בית המשפט המחוזי, אשר הערעור מוסב עליה.

3. בית המשפט קבע בהחלטתו, כי אין לקבל שהחברות עצמן יתבעו את הבנקים. יחד עם זאת, סבר בית המשפט שיש לאפשר לבעלות המניות לתבוע בשם החברות את הבנקים, בכפוף לכך שבעלות המניות יממנו את התובענות בלא שהחברות שבפירוק ישתתפו במימון. לגישת בית המשפט, מאחר שהמימון לא יבוא מקופתן של החברות שבפירוק, הרי אין צורך לבחון את סיכוייהן של התובענות. כמו כן, הורה בית המשפט למבקשות להעמיד ערבות בנקאית אוטונומית בשיעור של 1.25% מסכומי התובענות כדי להבטיח את הוצאות הבנקים הנתבעים.

4. טענתו המרכזית של המערער היא, כי בית המשפט אישר לבעלות המניות להגיש תביעה נגזרת, אף שסעיף 205 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן – חוק החברות), אינו מאפשר הגשתה של תביעה כזו שעה שהחברה בעלת זכות התביעה נמצאת בפירוק. עוד נטען, כי אין תוחלת לתביעות הכספיות, שכן תביעות החוב של הבנקים עולות בהרבה על סכומי התביעות נגד הבנקים. כמו כן נטען, כי בית המשפט לא היה צריך לסטות מהחלטתו הקודמת לפיה יש למנות מנהל מיוחד על מנת שיבדוק את הכדאיות של הגשתן של התביעות מבחינת האינטרס של נושי החברות. בעלות המניות טוענות, כי סעיף 205 הנזכר לא שולל את סמכותו של בית המשפט להורות למפרק להגיש תביעה בשם החברה נגד צד שלישי, וכי אם אין למפרק עניין בהגשת תביעה כאמור יש לאפשר לבעלות המניות להגיש את התביעה. הכונס הרשמי הביע בסיכומיו את הדעה, כי יש להחזיר את העניין לבית המשפט המחוזי על מנת שימנה מנהל מיוחד, כאמור בהחלטתו מיום 4.5.2009. בדיון בפנינו מסרה באת כוחו של הכונס הרשמי כי המערער הגיש תביעת חוב בסכום של 190 מיליון שקלים ואילו המשיב 9 הגיש תביעת חוב בסכום של 120 מיליון שקלים. לאור זאת, היא הביעה ספק אם יש כלל הצדקה למנות מנהל מיוחד.

הגשת תביעה על ידי מפרק והמחאת זכות התביעה

5. השאלה המרכזית הטעונה התייחסות היא כיצד על בית המשפט שלפירוק לפעול שעה שבעל מניות טוען כי לחברה בפירוק יש זכות תביעה טובה נגד צד שלישי והוא מבקש, כי המפרק יפעל לאכיפת הזכות ולחלופין שתינתן לו (לבעל המניות) האפשרות להגיש את התביעה בשם החברה.

6. משמתמנה מפרק לחברה מחליף הוא את האורגנים של החברה. מעת המינוי אין האורגנים רשאים עוד לפעול בשם החברה. על המפרק לכנס את נכסי החברה, לבדוק את תביעות החוב, לממש את הנכסים ולחלק דיבידנד לנושים. לעיתים מוטל על המפרק לנהל את עסקיה של החברה. בראש מעייניו חייב המפרק, במקרה של חברה חדלת פירעון, להעמיד את עניינם של הנושים. נכסיה של החברה בפירוק עשויים לכלול הן נכסים מוחשיים והן נכסים ערטילאיים. אחד מסוגי הנכסים הערטילאיים הוא זכות תביעה. נכס מסוג זה שונה הוא מהנכסים האחרים, שכן על מנת לממשו יש להגיש תביעה (אלא אם הנתבע הפוטנציאלי מוכן להגיע לפשרה לפני תביעה). הגשתה של תביעה כרוכה בעלויות שונות. כך, יש לשאת בתשלום אגרה (לגבי חובתו של הכונס הרשמי כמפרק לשאת בתשלום אגרה בגין תביעה המוגשת על-ידו, ראו: רע"א 9567/08 כרמל אולפנינס בע"מ נ' תעשיות אלקטרוכימיות 1952 בע"מ (בפירוק) (לא פורסם, 5.1.2011)). אם התביעה תידחה עלולה קופת הפירוק להיות מחוייבת בתשלום הוצאותיו של הנתבע. בהקשר זה נציין, כי אם המפרק יגיש תביעה עלול הוא להידרש ליתן ערובה להוצאותיו של הנתבע. אף אם המפרק לא יעסיק עורך-דין לשם ניהול התביעה, עליו להתחשב בעלות הנובעת מעצם העובדה שהוא יפעל כמייצגו שלו בהליך. כמו כן, המפרק צריך לקחת בחשבון שהליכים משפטיים נמשכים לעיתים תקופות ארוכות. על רקע כל אלה, אין זה מפתיע שהחוק מורה כי המפרק אינו רשאי להחליט בעצמו האם להגיש תביעה בשם החברה. סעיף 307(א)(1) לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 (להלן – פקודת החברות), קובע כי יש צורך באישורו של בית המשפט או של ועדת הביקורת לשם הגשתה של תביעה.

7. אין ספק שנושה או בעל מניות רשאים להגיש בקשה למתן הוראות לחייב את המפרק להגיש תביעה נגד צד שלישי. כמובן, שלמפרק נתון שיקול דעת רחב האם להגיש תביעה נגד צד שלישי (ע"א 4162/04 חברת בונוביל 1995 בע"מ נ' עורך דין דרור (לא פורסם, 10.8.2006)). על המפרק להעריך את סיכויי התביעה, על רקע האינטרס הקיבוצי של הנושים, ותוך התחשבות במצבה של קופת הפירוק. בצד האפשרות הנתונה בידי המפרק להגיש בעצמו תביעה כאמור, מצינו בדין האנגלי פתרון מיוחד

לסיטואציה בה המפרק אינו מוכן, מסיבות ראויות, לנהל את ההליך. זאת, כאשר קיים גורם אחר שמוכן ליטול על עצמו את ניהול ההליך, תוך נשיאה בעלויות הכרוכות בכך. עוד במאה ה-19 הכירו בתי המשפט באנגליה באפשרות שנאמן בפשיטת רגל ימחה את זכות התביעה לאחר, ואפילו פושט הרגל עצמו (7 L.R. (1872) *Kitson v Hardwick* (C.P. 473). בהקשר לפשיטת רגל נזכיר כי נכסיו של פושט הרגל מוקנים לנאמן עם מתן ההכרזה (סעיף 42 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980 (להלן – פקודת פשיטת הרגל)). אם נכסיו של פושט הרגל כוללים זכויות תביעה, הרי הן מומחות מכוח הדין לנאמן (סעיף 107 לפקודת פשיטת הרגל). אומנם, בסיטואציה הרגילה של חברה בפירוק אין נכסיה מוקנים למפרק אלא אם בית המשפט הורה על כך (סעיף 306 לפקודת החברות). מבחינה מעשית אין לענייננו הבדל בין הסיטואציה של פשיטת רגל לבין פירוק בכל הנוגע לנכסים. מכל מקום, בתי המשפט באנגליה איפשרו אף למפרק של חברה, בדומה לנאמן, להמחות את זכות התביעה של החברה בפירוק לצד שלישי (In re Park Gate Waggon Works Co (1881) 17 Ch D 234, CA).

השאלה הנשאלת עתה היא מה ההיגיון של המחאה כאמור מבחינת קופת הפירוק. התשובה לכך פשוטה: המפרק (או הנאמן בפשיטת רגל) ממחים את זכות התביעה בתמורה. למעשה נמכר נכס בעל ערך, הוא זכות התביעה, ולקופת הפירוק (או פשיטת הרגל) תיכנס תמורה כספית שתשמש, ככל נכס ממומש אחר, על מנת לשלם דיבידנד לנושים. הזכרנו את הסיטואציה, שנראית חריגה משהו, על פיה באנגליה לעיתים ממחה הנאמן בפשיטת רגל את זכות התביעה לפושט הרגל עצמו. השאלה המתבקשת היא כיצד זה ייתכן שפושט הרגל, שכל נכסיו הוקנו לנאמן, מסוגל לממן את העלות של ניהול הליך נגד צד שלישי. התשובה, המוזרה משהו, היא שבאנגליה יכול פושט הרגל לקבל סיוע משפטי מן המדינה לשם ניהול ההליך, בעוד שהנאמן אינו זכאי לסיוע משפטי (ראו לדוגמה: (H.L.) 2 All E.R. 961 [1996] *Stein v Black*). מצב דומה קיים באנגליה לגבי חברות בפירוק. המפרק, שאינו זכאי לסיוע משפטי, יכול להמחות את זכות התביעה לדירקטור לשעבר שעה שהלה זכאי לסיוע משפטי (Norglen Ltd (in liq) v Reeds Rains Prudential Ltd; Circuit Systems Ltd (in liq) v Zuken-Redac (UK) (H.L.) 1 All E.R. 218 [1998] Ltd). כך, אין מניעה שהמפרק (או הנאמן) ימחה את זכות התביעה כנגד קבלת תמורה מיידית, או שיסכים עם הנמחה שהיה והתביעה תצלח יגיע שיעור מסוים מתוך הזכייה לקופת הפירוק (או פשיטת הרגל). למשל, בפרשת *Guy v* Churchill (1888) 40 Ch.D 481 סוכם על תמורה בשיעור של 25% מפירות ההליך שעתידיה להגיע לקופת פשיטת הרגל, ואילו בפרשת *Stein v Black* הנ"ל סוכם על תמורה בשיעור של 49% שעתידיה להגיע לקופת פשיטת הרגל. כמובן, שאין מניעה כי המפרק או הנאמן בפשיטת רגל ימחו את זכות התביעה עבור תמורה מיידית שאינה

תלויה בתוצאות ההליך. יש לזכור שלמרכיב הזמן יש משמעות כלכלית. על כן, ייתכן שהנושים יעדיפו לקבל דיבידנד נמוך יחסית תוך זמן קצר מאשר לחכות עד לסיום ההליך המשפטי בתקווה לקבל דיבידנד גבוה יותר. כנראה, שבארץ לא נעשה שימוש באפשרות זו של המחאה בתמורה של זכות תביעה.

8. המחאה של זכות תביעה על-ידי מפרק (או נאמן) הינה למעשה מכירה של הזכות. במקרה רגיל מכירה כזו אסורה היא בדין האנגלי ובדין הישראלי, שכן יש בה משום "קניית דין" (Maintenance או Champerty). המקרה של המחאת זכות תביעה על-ידי מפרק או נאמן מהווה חריג לאיסור על "קניית דין" (IAN F.FLETCHER, THE LAW OF INSOLVENCY (4th ed. 2009) 742). כנראה, שבשל הקשיים העומדים בפני נאמן או מפרק בכל הנוגע למימוש זכות תביעה, כפי שיוסבר עתה, ראו באנגליה לנכון להתיר המחאה כאמור, למרות האיסור על "קניית דין".

9. יהיה מי שיתהה ויציג את השאלה מדוע יסכים המפרק (או הנאמן) להמחות את זכות התביעה לאחר. פשיטא, שהמפרק אמור לדאוג בראש ובראשונה לעניינם של הנושים. על המפרק לעשות את הנדרש על מנת שקופת הפירוק תתעשר. הנושים אמורים להיות מעוניינים, אף יותר מן המפרק, בכך שיגיע לידיהם דיבידנד מירבי. אם אומנם מחזיקה חברה בפירוק בזכות תביעה טובה נגד צד שלישי, מדוע שהנושים לא יממנו את העלויות הכרוכות בהגשת תביעה על ידי המפרק? זאת במיוחד כאשר ניתן להניח, כי המחאת זכות התביעה על-ידי המפרק לגורם אחר תניב לקופת הפירוק תמורה נמוכה יותר מזו הצפויה אם ההליך ינוהל על-ידי המפרק עצמו.

הניסיון מלמד שבמקרים רבים אין לנושים עניין משמעותי בהליכי חדלות הפירעון. כך למשל, הנושים מתייצבים לאסיפות נושים רק במקרים חריגים (ראו: ע"א 3760/03 עמרון נ' עו"ד צמיר, נאמן על נכסי אייפרמן, פ"ד נט(5) 735, 750-749 (2005) (להלן – עניין עמרון) וההפניות שם). כנראה, שמאחורי התנהגותם של הנושים עומדת המחשבה כי לאחר שנגרמו להם הפסדים עקב עסקיהם עם החברה (או החייב), אין הם מעוניינים להוציא הוצאות נוספות שעשויות אך להגביר את הפסדיהם. בלשון בוטה משהו החשיבה היא זו: "מדוע לזרוק כסף טוב אחר כסף רע". אם כן, מדובר במה שמכונה "אדישות רציונלית" (השוו: זוהר גושן "בעיית הנציג" כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים" ספר זיכרון לגאולטיאדו פרוקצ'יה 238, 249 (אהרן ברק, נפתלי ליפשיץ, אוריאל פרוקצ'יה ומרדכי א' ראבילו עורכים, 1996) (להלן – גושן)). בהקשר זה יש לציין, כי אדישותם הרציונלית של בעלי המניות נובעת, בין היתר, מבעיית הטפילות (Free Rider) שמתעוררת במצבים מעניין אלה (עניין עמרון, שם; באופן כללי

10. בהקשר זה ייתכן אף שיש להבחין בין מצב של ריבוי נושים ופיזור הנשייה לבין סיטואציה בה קיים נושה עיקרי, שנשייתו מהווה את עיקר הנשייה. כאשר עסקינן בריבוי נושים קיים קושי טבעי להגיע להסכמה בעניין מימון הוצאותיה של תובענה, מה גם שהשיקול של כל נושה ונושה בדבר אי הגדלת הפסדו הופך, כנראה, לשיקול מרכזי. מה שאין כן כאשר קיים נושה עיקרי. נראה, שבמקרה כזה חייב המפרק ליתן משקל נכבד לאינטרס של הנושה המסוים. ייתכן, שבסיטואציה זו ראוי לו למפרק ליזום פנייה לנושה על מנת שזכות התביעה תומחה לאותו נושה. אם נושה זה אינו מעוניין לממן הליכים משפטיים, ואף אינו מעוניין כי הזכות תומחה לו, אפשר שעל המפרק "להרים ידיים" ולזנוח את הכוונה לפעול למימושה של הזכות ולאכיפתה. בעבר התעוררה השאלה האם יש ליתן פטור מאגרה לתביעה המוגשת על-ידי מפרק של חברה שקופתה ריקה או שמא על המפרק לדרוש מן הנושים שיממנו את האגרה. סוגיה זו טרם הוכרעה (רע"א 6360/99 מדינת ישראל נ' גיל חברה לפיתוח ותעשיות בע"מ (בפירוק)), פ"ד נד(4) 554 (2000)). מכל מקום, דומה שכאשר מדובר בנושה עיקרי אחד קיים צידוק לדרוש ממנו לממן את הוצאות ההליך, כולל אגרה (כאשר המדינה הינה הנושה העיקרית, אין היגיון לדרוש ממנה מימון האגרה, שהרי סכום האגרה יגיע ממילא לקופתה, היינו מדובר בהעברה מכיס לכיס: רע"א 2134/06 קדמני נ' קדמני קורפוריישן בע"מ (בפירוק) (לא פורסם, 29.8.2006); רע"א 1010/06 איציק נ' עורך דין קמחי (לא פורסם, 16.8.2007); רע"א 9567/08 הנ"ל). סוגיה דומה עשויה להתעורר אם יעלה הנתבע דרישה כי המפרק ימציא ערובה להוצאות.

11. כאמור, הנאמן או המפרק עשויים להתגבר על הבעיות הניצבות בפניהם שעה ששוקלים הם הגשת תביעה על דרך המחאה בתמורה (עכשווית או עתידית) של זכות התביעה. עשויה להישאל השאלה מדוע שאדם כלשהו יהא מוכן לרכוש את זכות התביעה ולנהל הליך משפטי על חשבוננו הוא. גורם אחד שעשויה להיות לו השפעה הוא העדיפות האינפורמטיבית של פושט הרגל. מטבע הדברים שבידי פושט הרגל נתון מידע רב יותר מאשר בידי הנאמן בכל הנוגע לנסיבות האופפות את הזכות הנטענת כלפי הנתבע הפוטנציאלי. עדיפות זו עשויה להימצא אף כשמדובר בדירקטור שניהל את עסקי החברה, ועל כן יכול הוא אף להעריך בצורה טובה יותר מאשר המפרק את סיכויי התביעה. לפיכך עשויים שני אלה, פושט הרגל והדירקטור, לגלות עניין ברכישת זכות התביעה מן הנאמן או המפרק. גורם אחר שעשוי להשפיע על הנכונות לרכוש את זכות התביעה הוא הרצון של פושט הרגל או הדירקטור לנקות את עצמו מן הסטיגמה שעשויה לדבוק בו בשל הכישלון העסקי. כך, אם המחשבה של אלה היא שגורם חיצוני הוא שאחראי לכישלון, הרי הגשת תביעה נגדו עשויה לשמש כאמצעי למעין טיהור שם. גורם נוסף אשר עשוי להשפיע על הנכונות לרכוש את זכות התביעה מקורו במציאות הקיימת בארץ ולפיה נדרשים לעיתים קרובות בעלי מניות או מנהלי חברה ליתן ערבות אישית לחובותיה. בשל כך, הגשתה של תביעה, אף בגין זכות תביעה של החברה, עשויה לשרת את האינטרס הכלכלי הישיר של בעל המניות או המנהל ולתמרץ אותו לרכוש את זכות התביעה. נזכיר, כי בכל הנוגע להמחאה של זכות התביעה לפושט הרגל נוצר באנגליה מצב מוזר בו לפושט הרגל קיים תמריץ מיוחד לרכוש את זכות התביעה מהנאמן. זאת, שכן פושט הרגל עשוי לזכות בסיוע משפטי על חשבון הציבור לשם ניהול התביעה, בעוד שהנאמן יידרש לממן את ההליך מקופת פשיטת הרגל. כאמור, מצב דברים דומה קיים באנגליה לגבי דירקטור לשעבר, שעשוי לקבל סיוע משפטי.

האיסור על תביעה נגזרת במהלך פירוק

12. כזכור, בית המשפט המחוזי החליט, בסופו של דבר, לאפשר לבעלות המניות להגיש את התביעות נגד הבנקים בכפוף לכך שהן ישאו בעלויות, כולל הפקדת ערובה להוצאות הבנקים הנתבעים. יצוין, כי בית המשפט נמנע מלקבוע מי יהיה זכאי לכספים היה והתביעות יסתיימו בהצלחה, משמע אם הבנקים יחוייבו לשלם כספים. מוכנים אנו לצאת מן ההנחה שכוונתו של בית המשפט הייתה שהכספים ייכנסו לקופת הפירוק. אם הכוונה הייתה אחרת, היינו שהכספים יגיעו לכיסן של בעלות המניות, ברור מאליה שלא הייתה כל הצדקה לאפשר להן לתבוע. למעשה, ניתן להתייחס להחלטתו של בית המשפט כאל המחאה מכוח החלטה שיפוטית של זכות התביעה מן החברות לבעלות

המניות. עתה עלינו לבחון האם קיימת הצדקה למהלך כאמור, הן על רקע נתוני המקרה והן לאור טעמים כלליים.

13. כפי שצוין, התביעות בהן מדובר הן תביעות בסכומים של עשרות מיליוני שקלים נגד הבנקים. הבנקים הם, כזכור, נושים של החברות, ואף הגישו תביעות חוב. תביעת החוב של המערער הינה בסכום של 190 מיליון ש"ח ואילו תביעת החוב של המשיב 9 מגיעה כדי 120 מיליון ש"ח. תביעות החוב טרם נבדקו. עם זאת, על רקע כלל הנסיבות יש ליתן משקל מכריע ליחס המספרי בין התביעות הצפויות (עשרות מיליוני שקלים) לבין תביעות החוב (מעל 100 מיליון שקלים). נוכח העובדה שתביעות החוב עולות במיליונים רבים על סכומי התביעות הצפויות, אין כל היגיון לחייב את המפרק (הוא הכונס הרשמי) לנהל את התביעות, ואף אין היגיון ליתן אפשרות לבעלות המניות להגיש את התביעות (השוו למקרה שנדון באנגליה: *Bang & Olufsen UK Ltd v Ton* (Systeme Ltd [1993] CA (26 July 1994)). יכולים היינו לסיים הדיון בנקודה זו, אולם מאחר שהועלו בפנינו טענות בנושא תביעה נגזרת והליכי פירוק נתייחס עתה לסוגיה זו.

14. כידוע, בעל מניות וכן דירקטור רשאים, בהתמלא תנאים מסוימים, להגיש תביעה נגזרת. מדובר בתביעה שיוזם בעל מניות או דירקטור נגד צד שלישי וזאת מתוך מטרה לאכוף על הצד השלישי זכות של החברה (ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 324 (1997); ע"א 3051/98 דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פ"ד נט(1) 673, 690 (2004)). הכלי של תביעה נגזרת בא לטפל בבעיה המתעוררת עקב ניגוד עניינים בין בעלי המניות כקבוצה לבין מנהלי החברה. הניסיון מלמד, כי לעיתים אין הדירקטורים (רובם או כולם) מעוניינים לממש זכות של החברה כלפי צד שלישי. זאת למשל, כאשר הצד השלישי הינו גוף שלדירקטורים יש עניין כלכלי בו. אותו ניגוד עניינים בין בעלי המניות לבין המנהלים מכונה לעיתים "בעיית הנציג" (ראו למשל, גושן, שם). אחד הפתרונות לבעיית הנציג נמצא במתן אפשרות לבעל מניות או לדירקטור להגיש תביעה נגזרת (ראו גם: דברי ההסבר לסעיפים 245-236 בהצעת חוק החברות, התשנ"ו-1995, ה"ח 2432, 73).

עם זאת, סעיף 205 לחוק החברות קובע כדלקמן:

"לא תוגש תביעה נגזרת או הגנה נגזרת בשמה של חברה שמונה לה מפרק לפי פרק יב לפקודת החברות".

הרציונל של הוראה זו ברור: מעת שניתן צו פירוק לגבי החברה לא קיימת עוד בעיית הנציג, ובוודאי שאין היא קיימת באותה צורה ובין אותם שחקנים כפי שהדבר היה ערב הפירוק. מרגע שהמפרק נוטל את מושכות הניהול, אין עוד חשש לניגוד עניינים בין הדירקטורים לבין בעלי המניות (שנקראים), מעת שניתן צו פירוק, "משתתפים" לפי סעיף 1 לפקודת החברות). אכן, על המפרק לשים בראש מעייניו את האינטרס של הנושים, ורק לאחר מכן את עניינם של המשתתפים. גם אם קיים ניגוד עניינים בין אלה לבין אלה, אין הדבר משנה, שהרי העניין צריך להיבחן במשקפיים של המפרק. הוא עצמו אינו מצוי בניגוד עניינים שעשוי להצדיק פתיחת פתח להגשתה של תביעה נגזרת.

15. נראה שהחלטתו של בית המשפט המחוזי אינה יכולה לעמוד מן הטעם שבפועל איפשר הוא לבעלות המניות להגיש תביעה נגזרת, אף שהוא לא עשה שימוש במונח זה. כזכור, הבקשה שעמדה בפני בית המשפט הייתה להורות למפרק להגיש תביעה נגד הבנקים ולחלופין להתיר לבעלות המניות להגיש את התביעות כתביעות נגזרות. בית המשפט לא נתן סעד לפי החלופה הראשונה. לאור סעיף 205 לחוק החברות, לא היה הוא רשאי לאשר הגשה של תביעות נגזרות בשמה של החברה נגד הבנקים. בפני בית המשפט לא עלתה כלל האפשרות של המחאת זכות התביעה על-ידי המפרק לידי בעלות המניות. כפי שצוין, כנראה שבאמצעי זה טרם נעשה שימוש בארץ. מכל מקום, אפילו היינו מתייחסים לבקשתן של בעלות המניות כבקשה שתומחה להן זכות התביעה, הרי כפי שהוסבר, אין כל היגיון כלכלי בכך בנתונים של המקרה הקונקרטי. זאת, לאור העובדה שתביעות החוב של הבנקים, שהם הנתבעים הפוטנציאליים, עולות בשיעור ניכר על סכומי התביעות שמבוקש להגישן נגדם.

סיכום

16. ראינו אם כן, כי בפני מפרק של חברה השוקל האם לפעול למימוש זכות תביעה של החברה עומדות שתי אפשרויות: האחת, הגשת תביעה על-ידי הוא; השנייה, המחאה של זכות התביעה לגורם אחר, למשל משתתף, מי שהיה דירקטור, או נושה. אם המפרק אינו פועל באחת מן הדרכים האמורות, ניתן לפעול נגדו על דרך בקשה למתן הוראות במטרה לחייבו להגיש תביעה או להמחות את זכות התביעה. בית המשפט של חדלות הפירעון רשאי, במקרה קונקרטי, ליתן אחד משני סעדים אלה. אין הוא רשאי להתיר למשתתף (מי שהיה בעל מניות) או לדירקטור לשעבר, להגיש תביעה נגזרת תחת החברה בפירוק.

17. לסיום נתייחס לשתי נקודות נוספות:

א. במהלך הדיון בפנינו, ותוך כדי שיג ושיח, הובהר לפרקליטיהן של בעלות המניות מה השקפתנו לגבי הערעור והם קיבלו את הדברים. על כן, לא ייפסקו הוצאות.

ב. איננו רואים צורך להביע עמדה בשאלה האם כאשר מוגשת בקשה למתן הוראות בכל הנוגע להגשת תביעה על-ידי מפרק, יש לצרף את הנתבע הפוטנציאלי כמשיב בבקשה (ראו, רע"א 3443/06 קסלמן וקסלמן רואי חשבון נ' כונס הנכסים הרשמי (לא פורסם, 6.6.2006); ע"א 4162/04 הנ"ל; רע"א 915/06 אייזנברג נ' פרינטלייף. קום בע"מ (לא פורסם, 18.9.2006)).

18. אשר על כן, הננו מחליטים לקבל את הערעור, לבטל את החלטתו של בית המשפט המחוזי ולדחות את בקשתן של בעלות המניות. אין צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' גרוניס.

ניתן היום, ו' באדר א' התשע"א (10.2.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט