

מעקב אחר פסיקה לתאריכים 12-22/2017

רע"א 5938/16 אי.די.בי. חברה לפתוח בע"מ נ' אוהד אלוני (פורסם בנבו, 16.11.2017), ערכאה: בית המשפט העליון, מפי השופט עמית

עסקינן באחת ההסתעפויות של פרשת קונצרן החברות אי.די.בי פיתוח (להלן: אדבפ). בבסיס הדיון עומדת בקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה בשם בעלי מניות המיעוט בחברה, הנושים זכאי הסדר החוב, כנגד בעלי השליטה באדבפ, קבוצת אלשטיין-בן משה (להלן: בעלי השליטה). הבקשה הוגשה בגין שתי טענות עיקריות וביסודם קיפוח בעלי מניות המיעוט.

המשיבים, בעלי השליטה, טענו כי דין בקשת האישור להידחות על הסף וזאת מאחר שבהסדר חוב שנחתם בין הצדדים, נקבעה תנית פטור החוסמת טענות כנגדם על עניינים שהוסדרו בהסדר. הדיון בבית המשפט העליון נסוב על פרשנותה של תנית הפטור אשר לאורה תוכרע השאלה האם תחול התנייה על ההליך הייצוגי, ואפילו שלגביו לא הייתה התייחסות בלשונו של ההסדר. הערעור ובקשת רשות הערעור נידונו לאחר שהוגשה לבית המשפט המחוזי בקשה לסילוק התובענה הייצוגית על הסף. בית המשפט המחוזי, מפי השופט פרופ' עופר גרוסקופף הכריע כי בכוחה של תנית הפטור לסלק את התובענה הייצוגית בכל הנוגע להצעת הרכש אולם אין בכוחה לסלק את התובענה ככל שהיא נוגעת להסדר התמורות.¹ בית המשפט העליון, מפי השופט עמית, קיבל את הכרעתו של בית משפט קמא ודחה את הערעור וכן את בקשת רשות הערעור.

הסדר החוב עבר שני "גלגולים", הראשון ייקרא "הסדר החוב המקורי" והשני "הסדר החוב המתוקן". ההסדר המקורי כלל שני חלקים: (1) התחייבות בעלי השליטה החדשים לבצע הצעות רכש למניות אדבפ אשר הוקצו לזכאי ההסדר במסגרת הסדר החוב (להלן: הסדר הצעת הרכש); (2) הסדרת התמורות שיינתנו על ידי בעלי השליטה החדשים כנגד רכישת גרעין השליטה (להלן: הסדר התמורות). הסדר החוב המתוקן עסק בהצעת הרכש בלבד. ההסדר המתוקן כלל את תנית הפטור בשלב הדיון, לפיה לא תהייה עוד כל טענות, תביעות או דרישות של בעלי מניות המיעוט באי.די.בי כלפי כל צד אחר בהסדר החוב או כלפי אדבפ ונושאי המשרה בה, "והכל אך ורק בנוגע להסדר החוב".² השאלות הפרשניות שבמחלוקת הינן: (1) האם תנית הפטור שמופיעה בהסדר החוב המתוקן חלה גם על חלקו של הסדר החוב המקורי העוסק בהסדר התמורות, ואפילו שהסדר החוב המתוקן נעדר עיסוק בכך. (2) האם היעדר התייחסות קונקרטיית להליך התובענה הייצוגית במסגרת תנית הפטור הינה הסדר שלילי או שמא לקונה.

טענת המבקשים הייתה כי תנית הפטור לא חלה כלל בהליך הייצוגי, ובכלל זה על טענות הנוגעות להסדר הצעת הרכש. המבקשים טענו כי תנית הפטור אינה יכולה לסלק את התביעה של ארבע קבוצות הניזוקים, בעלי מניות המיעוט אשר החזיקו מניות ב-4 תקופות שונות, וזאת מן הטעם שבעלי מניות המיעוט שאישרו את הסדר החוב המתוקן אינם נמנים על ארבע הקבוצות הנ"ל, ולמצער לא קיימת זהות מלאה ביניהם. ביהמ"ש העליון, מפי השופט עמית, דחה טענה זו בגין הטעמים הבאים: (1) מבקשי האישור בתובענה הייצוגית היו בעלי מניות מיעוט במועד בו אושר הסדר החוב המתוקן. בעלי המניות שדוללו, ומבקשי האישור הנמנים עליהם, אישרו את הסדר החוב המתוקן ברוב של למעלה מ-95%, ועל כן כפופים להחלטה זו; (2) על פי פסק דינו של בית משפט של חדלות פירעון שניתן במסגרת ההליכים,³ הזכאים להצעות הרכש

¹ פרק (ת"א) 11478-06-13 אי.די.בי חברה לפיתוח בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי (29.12.2014) פסי', 12.

² סעיף 13.1 להסדר החוב המתוקן

³ פר"ק (מחוזי ת"א) 11478-06-13 אי די בי חברת לאחזקות בע"מ מפי השופט אורנשטיין (29.11.2014)

על פי הסדר החוב מזהים עם בעלי מניות המיעוט באדבפ. על כן, משתוקן הסדר החוב בהסדר הכולל את תניית הפטור, תיקון שאושר בפסק דין חלוט, הרי שההסדר ותניית הפטור מחייבים את הזכאים בו, לרבות המבקשים. לכן, וככל שמדובר בתובענה באשר להסדר הצעת הרכש, אליו מתייחס הסדר החוב המתוקן במישרין, תניית הפטור תחול אפילו מבלי שהופיעה התייחסות מפורשת להליך מסוג זה.

בית המשפט העליון קיבל אף את קביעתו השנייה של בית משפט קמא והכריע כי אין בכוחה של תניית הפטור לסלק על הסף את התובענה ההיצוגית בכל הנוגע לטענות הנוגעות להסדר התמורות, וזאת לאור הסיבות הבאות: (1) בכל הנוגע לתביעה אפשרית בגין הסדר התמורות, לשון ההסכם אינה מספקת תשובה נחרצת ולכן ניתן להיעזר בכללי הפרשנות ובשיקולי מדיניות אשר מטילים את הכף לחובת בעלי השליטה. כפי שקבע בית משפט קמא, לשונו של הסדר החוב מצביעה על כך שכל עניינו בהצעת רכש, ואין הוא נוגע להסדר התמורות. על פי השופטת ברק ארז: "כללי הפרשנות מטילים את הכף לטובת פירוש מצמצם של תניית הפטור, וזאת לנוכח העמימות שנוצרה עקב בחירתם המודעת של מנסחי הסדר החוב המתוקן להימנע מאזכור ההליך הייצוגי"⁴; (2) בבקשת האישור הצביעו המשיבים על התפתחויות מאוחרות לאישור הסדר החוב הנוגעות להסדר התמורות, ובכלל זה אינדיקציה לתרמית או לסיכול עסקת "כלל" בכוונת מכוון. תניית פטור אינה יכולה לכלול מעשים שלא היו ידועים בעת אישור הסדר החוב המתוקן.

יש לציין כי בטרם נחתם הסדר החוב המתוקן, הועלתה במסגרת דין ודברים בין הצדדים האפשרות כי תוגש בקשה לאישור תובענה ייצוגית. לכן שתיקתו של ההסדר באשר להליך זה רועמת. מכיוון שכך, ייתכן כי קיים קושי למצות הלכה מפורשת באשר לתחולתה של תניית פטור על ההליך ההיצוגי ככל שהתייחסות לכך לא הופיע בהסדר מפורשות.

מקרה נוסף ממנו ניתן ללמוד על גישת בית המשפט ביחס לתניות פטור בהסדרי חוב, נדון בעניין אפריקה ישראל.⁵ באותו עניין, הכריע בית המשפט העליון, מפי השופט עמית כי לאור תניות פטור בהסדר חוב שאושר על ידי בימ"ש, אין מקום לאישור תביעה נגזרת נגד בעל השליטה והדירקטורים בעילה של רשלנות והפרת חובת הזהירות. אמנם מדובר בתביעה נגזרת המוגשת בשם החברה להבדיל מהליך ייצוגי שמוגש בשם בעלי מניות המיעוט כמו בעניין אדבפ, אך נדמה כי העקרונות הנוגעים לתניות הפטור יפים לשני המקרים. כך למשל, בדומה לעניין אדבפ, גם בעניין אפריקה ישראל נקבע כי תניית הפטור לא חוסמת תביעה בעילה של תרמית והפרת חובת אמונים שלא בתום לב. בשונה מפסק דינו של בית המשפט העליון שתואר לעיל, בעניין אפריקה ישראל לא נידונה תחולתה של תניית הפטור על סוגי הליכים שונים כאשר הופעתם המפורשת נעדרה מלשונו של הסדר החוב.

⁴ שם, פסקה 23

⁵ רעא 4024/14 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' רפאל כהן (29.12.14) (להלן: עניין אפריקה ישראל): בתביעה זו נדונה השאלה מה דינה של תביעה נגזרת נגד דירקטורים שהוגשה לאחר הסדר חוב שבו נכללה תניית פטור הפוטרת את הדירקטורים מאחריות ומהי הדרך הדיונית הראויה להגשת תביעה נגזרת נגד דירקטורים בחברה. התביעה הוגשה בגין עסקה שביצעה חברת בת של אפריקה ישראל בה רכשה מניות של חברה אוקראינית בשם ABG socidatel LLC. נטען כי מדובר היה בעסקה פיקטיבית המתחזה לעסקת רכש של קרקע ומטרתה הנסתרת היתה להוציא כספים מהחברה לטובת בעל השליטה. על כך הוגשה בקשה לתביעה נגזרת. החברה עתרה לסלק את הבקשה על הסף, בשל תניית פטור שנקבעה בהסדר חוב של החברה. בהסדר נקבע, בין היתר, כי בעלי המניות לא יתבעו את החברה בגין פעולה כלשהי שבוצעה לפני ההסדר והחברה לא תתבע את הדירקטורים בגין פעולות כאמור.

ת"צ (מחוזי מרכז) 57574-12-13 זוהר כהן נ' סינרון מדיקל בע"מ (פורסם בנוב, 20.11.2017), בית

המשפט המחוזי מרכז-לוד מפי השופט פרופ' גרוסקופף

המדובר בבקשה לאישור תובענה ייצוגית שעניינה במצגי המשיבות, חברות אשר מייצרות ומשווקות מכשירים ביתיים להסרת שיער, ביחס למכשיר ME להסרת שיער בטכנולוגיה אלקטרו-אופטית. התובענה הוגשה בשם לקוחות החברה בין השנים 2011-2012, והתבססה על עילת ההטעיה בחוק הגנת הצרכן⁶, כאשר המצגים שבלבת הדיון היו: (1) מצג לפיו המכשיר מספק "הסרה לצמיתות"; (2) מצג לפיו המוצר אושר על ידי ה-FDA, על אף שאישור כאמור לא התקבל; (3) מצג לפיו המכשיר יביא להפחתה של עד 89% מצמיחת השיער; (4) מצג לפיו המוצר יעיל גם ביחס להסרת שיער הפנים ושיער בהיר.

בית המשפט המחוזי, מפי כבוד השופט פרופ' גרוסקופף, דחה את בקשת האישור, וזאת משום שלא הונחה תשתית ראייתית המלמדת כי מרבית מצגי המשיבות היו מטעים. אמנם היו פרסומים בהם מתקיים חשש להטעיה בהיבט זה או אחר, אך פרסומים אלו תוקנו קודם להגשת התובענה, ואין די בהם כדי להצדיק מתן אישור לניהול תובענה כייצוגית. בית המשפט הדגיש כי תיקון מחדלי העבר אינו מהווה בכל מקרה מעתה ואילך בסיס לדחיית בקשת אישור. ואולם במקרה זה, לאור המצע הראייתי הגבולי שהוצג, כף המאזניים הובילה למסקנה כי התועלת שבהמשך ניהול ההליך היא בכל מקרה נמוכה מעלותו.

באשר למצג בדבר אישור ה-FDA, נטען כי מסירת מידע מטעה בעניין זה עלולה להוות עשיית דבר "העלול להטעות צרכן בכל עניין מהותי בעסקה"⁷. במהלך שנת 2013 אכן התקבל אישור מה-FDA. בית המשפט קבע כי מאחר שעד לקבלת האישור, ההתייחסות לנושא זה נעשתה רק בחלק מהפרסומים, ובאופן המציב את ההטעיה ברף הנמוך של הסקאלה, אין מקום להיענות לבקשת האישור.

כאמור, בית המשפט קבע כי תיקון מחדלי עבר עשוי להוות בסיס לדחיית בקשת אישור לתובענה ייצוגית, אך לא בכל מקרה. השאלה מתי בדיוק תיקון מחדלי עבר יצדיק דחיית בקשת אישור, טרם הובהר בפסיקה די הצורך ואולם ניתן לעמוד על מספר שיקולים העומדים בבסיס הדיון. הטעם שהציג השופט גרוסקופף לדחיית הבקשה בענייננו, היה הקביעה לפיה "התועלת שבהמשך ניהול ההליך היא בכל מקרה נמוכה מעלותו"⁸. עוד הוא הוסיף כי עילת התביעה קמה בנוגע לתקופה קצרה של שנה ותוקנה כשנתיים עובר להגשת בקשת האישור. אם כן, משך העוולה ועת תיקונה ישפיעו גם הם על השיקולים לדחיית הבקשה לאישור התובענה כייצוגית.

הבקשה שבדיון זה נסמכת על פסק דין קודם של השופט גרוסקופף, בעניין חוגלה⁹. שם היה מדובר בחברת חוגלה-קימברלי שיווק בע"מ, ששיווקה חבילות של מגבונים לחים של המותג "האגיס" שלכאורה נארזו בצורה שלא מאפשרת לדעת מהו מספר המגבונים המצוי בחבילה ללא פתיחת המארז. בעקבות הגשת התובענה תוקנה העוולה. השופט גרוסקופף קבע בעניין חוגלה, כי התובענה הייצוגית איננה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.¹⁰ כאמור, בעקבות הגשת התובענה תוקן הליקוי באופן מלא, דהיינו הוסדרה חוקיות התנהלות המשיבה מעתה ואילך, וניתנה תשובה הולמת למחדלי העבר. במצב זה, לפי השופט גרוסקופף, המשך ניהולה של התובענה אינה מצדיקה ניהול תובענה ייצוגית, וזו אינה הדרך

⁶ סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן

⁷ כלשון סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן

⁸ סעיף 29 לפסק הדין

⁹ ת"צ 51048-11-14 בירמכר לב-ארי נ' חוגלה-קימברלי שיווק בע"מ (9.04.17) (להלן: "עניין חוגלה")

¹⁰ בהתאם לסעיף 8(א)2 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006

היעילה להכרעה במחלוקת. עוד נקבע בעניין חוגלה, כי ראוי להגיע לאותה המסקנה גם כאשר תיקון הליקוי אינו מלא, ואולם העלות הכרוכה בדיון בתובענה כייצוגית עולה על התועלת שתופק על ידי הקבוצה והציבור מהמשך ניהול ההליך. הואיל וממילא גובה הנזק נמוך ופיצוי חברי הקבוצה שנפגעו במישרין לא מתאפשר, אין הצדקה בהמשך ניהול התובענה. בעניין זה, מעבר לחישוב עלות-תועלת של אישור התובענה, מסמך השופט גרוסקופף את הכרעתו על כך ש"המבקשת פעלה בצורה בלתי ראויה" היות שלא הקדימה פניה למשיבה בטרם הגישה את בקשת האישור, פניה אשר עשויה היתה לחסוך את העלויות המיותרות של ההליך. השופט מוסיף וכותב כי אילו פנתה המבקשת למשיבה כראוי, והמשיבה היתה כופרת בהאשמות, סביר כי בקשת האישור היתה מאושרת.

דברים אלה מסמך השופט על פסק דינו בת"צ **חרסט נ' ידיעות אינטרנט**¹¹ שם קבע בית המשפט, בין היתר, כי "מן הראוי שבהליכים משפטיים יקדים התובע המייצג ויפנה לנתבע הפוטנציאלי ויעמידו על דרישותיו". מכך ניתן להסיק לענייננו כי **בנסיבות מסוימות**, אחד השיקולים לדחיית הבקשה לאישור התובענה בה תוקנו מחדלי עבר, תהיה העדר פנייה מוקדמת, אשר לו הייתה מוגשת היתה מאפשרת את תיקון המחלוקת מבלי להידרש לעלויות הליך משפטי מיותרות. השופט גרוסקופף קובע כי מטרתה הראשונית של התובענה היא קידום האינטרסים של הקבוצה, ולכן, ככל שהיעדר פנייה מוקדמת אינה עומדת בחובת הנאמנות והמסירות של התובע המייצג כלפי הקבוצה- תהא ההימנעות פסולה.¹² יצוין כי ההכרעה מתייחסת לנסיבות הקונקרטיות של פסק הדין, ולכן קשה למצות ממנה הלכה ברורה.

¹¹ ת"צ 36086-07-11 **חרסט נ' ידיעות אינטרנט**, פסקאות 27-30. על פסק דין זה הוגש ערעור ע"א 8290/12 – נחתם הסכם פשרה אשר במסגרת הערעור ניתן לו תוקף של פסק דין חלוט ובהתאם לכך הערעור נדחה ללא צו הוצאות.

¹² שם, סעיף 27. להרחבה בעניין זה ראו את מאמרם של חמי בן-זון וטל חבקין "[היש להטיל על תובע נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית?](#)" בעלי משפט יב' (התשע"ד). במאמר זה נסקרה הפסיקה בנושא ונטען כי בית המשפט העליון טרם נדרש לדיון מעמיק בשאלה, אך על פי פסיקה של המחוזי נראה שכלל הדרישה לפנייה מוקדמת מהתובע הייצוגי טרם הגשת בקשת האישור תפגע ביעילותו של מכשיר התובענה הייצוגית וכי ניתן להרוויח את תכלית ההוראה באמצעים אחרים. בעניין זה, עוד חשוב להזכיר את פסק הדין שניתן מאוחר יותר, [עעמ 2978/13 מי הגליל-תאגיד והביוב האזורי בע"מ נ' יוסף אחמד יונס, פסקה יד' לפסק דינו של השופט רובינשטיין \(פורסם בנבו, 23.7.2015\)](#). שם נקבע כי ככלל, שומה על התובע להקדים פנייה בטרם הגשת בקשת האישור לתובענה הייצוגית, ואך במקרים נדירים תתקבל התובענה מבלי שהקדימה לה פניה. ואולם, הלכה זו מתייחסת לרשות מנהליות, ועל-כן נפקותה באשר לפנייה מוקדמת לארגון שאינו רשות ציבורית לא ברורה. ביום 30.8.17 ניתנה החלטה על קיום דיון נוסף בתיק בשאלת חובת הפנייה המוקדמת (דני"מ 5519/15 **יוסף אחמד יונס נ' מי גליל – תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ (פורסם בנבו, 30.8.17)**).