

תביעה נגזרת מרובה: מבט ביקורתי על מבחן השליטה (בעקבות רע"א 2903/13 אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שקדי)¹

מאת

רועי ששון*

התביעה הנגזרת המרובה עניינה במצב שבו מגיש התביעה הנגזרת – ולמעשה מגיש הבקשה לאישור התביעה הנגזרת – אינו בעל מניות ישיר בחברה הנפגעת שבשל עילת התביעה שלה מוגשת התביעה (כמו בתביעה הנגזרת הרגילה) אלא בעל מניות בחברה המצויה במעלה שרשרת ההחזקות, למשל החברה-האם של החברה הנפגעת. בפסק דינו המקיף בעניין אינטרקולוני הכיר בית המשפט העליון לראשונה בתביעה הנגזרת המרובה במשפט הישראלי אף שחוק החברות אינו מתייחס במפורש לאפשרות להגיש. בכך נתן בית המשפט ביטוי הלכתי לקביעות קודמות של הערכאות הדיוניות. רשימה זו אינה עוסקת בעצם ההכרה בתביעה הנגזרת המרובה, שלטעמי מוצדקת ומתחייבת משיקולים שונים, שחלקם עומדים בבסיס מוסד התביעה הנגזרת בכללותו. אלא שבפסק הדין בעניין אינטרקולוני פסע בית המשפט צעד נוסף וביקש להגדיר מהם המקרים שבהם תתאפשר הגשת תביעה נגזרת מרובה, ובמילים אחרות, מהו המבחן שבהתקיימו תינתן לבעל מניות במעלה השרשרת זכות עמידה להגשת תביעה נגזרת מרובה. בית המשפט בחר לאמץ את מבחן השליטה, שלפיו קיומה של שליטה בשרשרת ההחזקות – בין כשמדובר בשליטה מלאה (שליטה ב-100% מאמצעי השליטה בתאגיד) ובין כשמדובר בשליטה חלקית בלבד – הוא תנאי מספיק להגשת תביעה נגזרת מרובה. הטענה המרכזית ברשימה זו היא שהבחירה במבחן השליטה, ובעיקר קביעת השליטה כמבחן מספיק להכרה בתביעה נגזרת מרובה, מעוררת שורה של קשיים, עיוניים ומעשיים. בין היתר אטען כי הנימוקים שהציע בית המשפט לאימוץ מבחן השליטה – ובהם החשש שבמקרה של שליטה יוכלו החברות שבמעלה השרשרת, מכוח שליטתן, למנוע מהחברה הנפגעת לעמוד על זכויותיה – אינם משכנעים כאשר מדובר בשליטה חלקית. בין היתר, בשל קיומם של גורמים אחרים היכולים לדרוש את מיצוי זכויותיה של החברה הנפגעת. עוד אבקש להראות שמבחן השליטה אינו משרת את ההצדקות להכרה בתביעה הנגזרת המרובה ואת הרציונלים שבבסיסה, ולעומת זאת הוא מביא לשחיקה לא מוצדקת בעקרונות יסוד אחרים בדיני התאגידים. לבסוף, מבחן השליטה אינו מתחייב מדוקטרינת הרמת המסך או מהגישה הנכסית – שהם העוגנים המשפטיים שבהם נתלה בית המשפט לצורך ההכרה בתביעה הנגזרת המרובה.

מבוא. א. על תביעה נגזרת ותביעה נגזרת מרובה. 1. תביעה נגזרת רגילה ומרובה – מאפיינים ומבוא מושגי; 2. תביעה נגזרת מרובה – הצדקות ושיקולי נגד; ב. פסיקת בתי

1 רע"א 2903/13 אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שקדי (פורסם בנבו, 27.8.2014).
* עורך דין במשרד יגאל ארנון ושות'. העמדות המוצעות במאמר הן שלי בלבד. תודתי נתונה לשגיאי שייף, שיר אשכול, הילה צור וטיראן ששון על הערותיהם המצוינות לטיוטת המאמר. אני מבקש להודות גם למערכת משפטים על אתר, ובמיוחד לעורכת ליאת דאשט, על הערות חשובות ומועילות.

המשפט בעניין תביעה נגזרת מרובה. 1. טרום-אינטרקולוני – הכרה (אגבית) כתביעה נגזרת מרובה במקרים "קלים"; 2. הלכת אינטרקולוני – הכרה מפורשת כתביעה נגזרת מרובה והחלת מבחן השליטה; ג. מבט ביקורתי על מבחן השליטה. 1. גישות אפשריות להכרה כתביעה הנגזרת המרובה – הצבת מבחן השליטה בהקשר המתאים; 2. הקשיים שמעורר מבחן השליטה; ד. סיכום.

מבוא

עם חקיקת חוק החברות, ובמיוחד לאחר הקמת בית המשפט הכלכלי, גדל מאוד מספר הבקשות לאישור תביעה נגזרת.² ריבוי ההליכים הביא עמו לבתי המשפט שאלות רבות, מהותיות ודיוניות, הנוגעות לשימוש במכשיר התביעה הנגזרת. בעניין אינטרקולוני דן בית המשפט העליון לראשונה בשאלת התביעה הנגזרת המרובה. בכך תעסוק רשימה זו. בפשטות, התביעה הנגזרת ה"רגילה" עניינה במצב שבו בעל מניות מבקש להגיש תביעה נגזרת בשם החברה שבמנייתיה הוא מחזיק בשל עילת התביעה של אותה חברה.³ לעומת זאת, עניינה של התביעה הנגזרת המרובה במצב שבו בעל המניות התובע אינו מחזיק במניות החברה הנפגעת, שעילת התביעה היא שלה, אלא במניותיה של חברה אחרת המחזיקה בחברה הנפגעת (במישרין או בעקיפין). כלומר, בעל מניות בחברה פלונית מבקש להגיש תביעה נגזרת בשם חברה-בת שלה (וזוהי תביעה נגזרת כפולה), בשם חברה-נכדה (תביעה נגזרת משולשת) וכך הלאה במורד שרשרת ההחזקה. בפסק דין מקיף ומנומק, קבע בית המשפט העליון בעניין אינטרקולוני שעקרונית יש להכיר בתביעה הנגזרת המרובה במקרים המתאימים אף שחוק החברות אינו מתייחס במפורש לאפשרות להגיש. בכך נתן בית המשפט ביטוי הלכתי לקביעות ולאמרות אגב קודמות בפסיקת הערכאות הדיוניות. בפסק הדין הלך בית המשפט צעד נוסף וביקש להגדיר מהם אותם "מקרים מתאימים" שבהם תתאפשר הגשת תביעה נגזרת מרובה, ובמילים אחרות, מהו ה"מבחן" שבהתקיימו יהיה בעל מניה רשאי להגיש תביעה נגזרת מרובה. לאחר שסקר חלופות אפשריות שונות החליט בית המשפט לאמץ את מבחן השליטה, שלפיו תביעה נגזרת מרובה תתאפשר כאשר קיימת שליטה – כמובנה על פי דיני החברות בישראל (בין כאשר מדובר בשליטה מלאה, קרי שליטה ב-100% מאמצעי השליטה בתאגיד, ובין כאשר מדובר בשליטה חלקית בלבד) – לאורך שרשרת ההחזקה. על פי מבחן זה, ככלל, די בכך שהחברה-האם שולטת בחברה-הבת כדי להקנות לבעל מניות בחברה-האם זכות עמידה להגיש תביעה נגזרת כפולה בשם החברה-הבת. מעיון בפסק הדין נדמה כי מבחן השליטה נועד להיות מעין פתרון פשרה, או פתרון ביניים, בין מצבי קיצון אפשריים – פתיחת האפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה לכל אדם בעל זיקה כלשהי לחברה הנפגעת מחד גיסא, ושלילת האפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה מאידך גיסא.

2 ראו למשל משה גורלי "אנטרופי חושפת: זינוק בהיקף התביעות הנגזרות" כלכליסט (15.7.2015) <http://bit.ly/2NAeG7A>

3 כפי שיוסבר בהמשך, גם דירקטור בחברה, ובמקרים מסוימים גם נושה, רשאים להגיש תביעה נגזרת בשמה של חברה. מקרים אלה חורגים מגדר רשימה זו.

הטענה המרכזית ברשימה זו היא שהבחירה במבחן השליטה (ולמעשה בקריטריון המבוסס על שליטה), ובייחוד קביעת השליטה כמבחן מספיק להכרה בתביעה נגזרת מרובה, מעוררת שורה של קשיים, עיוניים ומעשיים. בתוך כך אטען כי הנימוקים שהציע בית המשפט לאימוץ מבחן השליטה אינם מצדיקים למעשה את אימוצו. כך, המבחן אומץ על רקע החשש שבמקרים של שליטה – מלאה או חלקית – יכולה החברה-האם, מכוח שליטתה, למנוע מהחברה-הבת לעמוד על זכויותיה (ואילו במקרים שבהם אין מתקיימת שליטה יכול דירקטוריון החברה המוחזקת להגיע להחלטה עצמאית בדבר הגשת התביעה, ולא ניתן לכפות על החברה הנפגעת לא למצות את זכויותיה). דא עקא, שנימוק זה אינו יכול להסביר את הבחירה במבחן השליטה, כפי שיפורט להלן, בעיקר בשל קיומם של גורמים אחרים היכולים לדרוש את מיצוי זכויותיה של החברה-הבת. עוד אבקש להראות כי מבחן השליטה אינו משרת את ההצדקות להכרה בתביעה הנגזרת המרובה ואת הרציונלים שבבסיסה. לעומת זאת הוא מביא לשחיקה לא מוצדקת בעקרונות שביסוד דיני התאגידים, ובהם עקרון האישיות המשפטית הנפרדת ועקרון אי-ההתערבות. לפיכך הקביעה שקיומה של שליטה תאפשר א-פריורי זכות עמידה להגשת תביעה נגזרת מרובה היא בעייתית. קושי נוסף במבחן השליטה נעוץ בכך שהוא אינו מתחייב מדוקטרינת הרמת המסך או מהגישה הנכסית – שהן העוגנים המשפטיים שבהם נתלה בית המשפט לצורך ההכרה בתביעה הנגזרת המרובה.

כבר עתה אציין כי אני סבור שעצם ההכרה בתביעה הנגזרת המרובה על ידי בית המשפט בעניין אינטרקולוני – ודחיית הגישה השוללת הכרה כזו – רצוי ומוצדק. אף תוצאת פסק הדין בעניין אינטרקולוני נכונה בנסיבות שנדונו שם. עם זאת רשימה זו מבקשת להפנות את הזרקור למבחן השליטה אשר אומץ בפסק הדין ולהציע מבט ביקורתי עליו. לפיכך רשימה זו אינה ממצה את מכלול השאלות העיוניות והיישומיות המתעוררות בנוגע לתביעה הנגזרת המרובה. מבנה הרשימה יהיה כדלקמן: בפרק א תוצג בקצרה התביעה הנגזרת על עקרונותיה ועל הרציונלים שבבסיסה, וכן התביעה הנגזרת המרובה. חלק זה ישמש גם בסיס מושגי להמשך הדיון. בפרק ב אסקור את הפסיקה בסוגיית התביעה הנגזרת המרובה – פסיקת הערכאות הדיוניות שקדמה להלכת אינטרקולוני; הלכת אינטרקולוני והקביעות בה; ופסיקה מאוחרת שיישמה את הלכת אינטרקולוני. בפרק ג, שהוא לב הרשימה, אבקש לעמוד על כמה גישות אפשריות להכרה בתביעה הנגזרת המרובה וכן אצביע על הקשיים שמעורר מבחן השליטה במישורים שונים.

א. על תביעה נגזרת ותביעה נגזרת מרובה

1. תביעה נגזרת רגילה ומרובה – מאפיינים ומבוא מושגי

התביעה הנגזרת מוסדרת ומעוגנת בחוק החברות, ובמסגרתה מבקש בעל מניות בחברה פלונית להגיש תביעה בשם אותה חברה (שתכונה להלן גם: "החברה הנפגעת"), בגין עילת

תביעה העומדת לחברה כלפי צד שלישי.⁴ בהתאם לכך, פירותיה של התביעה הנגזרת, למשל הכספים שמתקבלים כתוצאה ממנה, מועברים לחברה עצמה.⁵ התביעה הנגזרת היא חריג לכלל הבסיסי שלפיו הסמכות לפעול בשם החברה, ובכלל זה הסמכות להגיש תביעה בשמה, נתונה לאורגנים של החברה ולא לגורם חיצוני (כלל זה מכונה לעיתים "כלל אי-ההתערבות").⁶ הטעם לקיומו של הליך חריג זה נעוץ בחשש שמא האורגנים המוסמכים יימנעו מהגשת תביעה בשם החברה אף שהגשתה היא לטובת החברה,⁷ למשל בשל ניהודי אינטרסים בין האורגנים לבין אינטרס החברה.⁸ הניחו למשל

- 4 ס' 1 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, מגדיר תביעה נגזרת כך: "תובענה שהגיש תובע בשם חברה בשל עילת תביעה שלה" (ההדגשה הוספה). יצוין כי לא רק בעל מניות רשאי להגיש תביעה נגזרת בשם החברה אלא גם דירקטור בחברה, ובעילות מסוימות גם נושה של החברה (ראו ס' 194(א) ו-204 לחוק החברות). המשותף לכל הגורמים הללו הוא קיומה של זיקה כלשהי לחברה הנפגעת, קרי החברה שלה עומדת עילת התביעה. ברשימה זו אתמקד במקרים שבהם יוזם התביעה הנגזרת הוא בעל מניות, שכן אלו המקרים הטיפוסיים שבהם מתעוררת שאלת התביעה הנגזרת המרובה.
- 5 התובע שיוזם את ההליך יזכה, מלבד חלקו היחסי בעליית ערכה של החברה בשל תקבול פירות התביעה, גם לגמול עבור טרחתו, ובא כוחו יזכה לשכר טרחה (ראו למשל ס' 200 ו-201 לחוק החברות). זהו למעשה התמריץ הכלכלי העיקרי של העוסקים בהגשת תביעות נגזרות.
- 6 ראו למשל רע"א 905/18 כימיקלים לישראל בע"מ נ' שיירי, פס' 30 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 2.5.2018); תנ"ג (מחוזי ת"א) 26814-12-14 מנשה נ' יוידין אייר בע"מ, פס' 26 לפסק דינה של השופטת רונן והאסמכתאות המובאות שם (פורסם בנבו, 3.5.2016); תנ"ג (מחוזי ת"א) 13663-03-14 ניומן נ' פיננסיטק בע"מ, פס' 51-55 לפסק דינה של השופטת רונן (פורסם בנבו, 24.5.2015) (על הטעמים להחלת כלל שיקול הדעת העסקי); אהרן ברק "היקף התערבותו של בעל המניה בניהול החברה על ידי מנהליה" הפרקליט – ספר היוכל 259, 259 (ארנן גבריאל ומיגל דויטש עורכים, 1993). יצוין כי לפי ס' 49 לחוק החברות: "סמכות של החברה שלא הוקנתה בחוק או בתקנון לאורגן אחר, רשאי הדירקטוריון להפעילה".
- 7 בפסיקה מהעת האחרונה קבע בית המשפט העליון שהחלטה אם להגיש תביעה, אם לאו, היא החלטה עסקית החוסה ככלל תחת כלל שיקול הדעת העסקי (ע"א 4857/16 מנשה נ' יוידין אייר בע"מ, פס' 33-38 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 24.4.2018)). ההחלטה אם טובת החברה מחייבת להגיש תביעה נגד גורם פלוני אינה תמיד פשוטה, והיא מערבת שיקולים שונים החורגים מהשאלה הצרה של עוצמת עילת התביעה נגד הנתבע הפוטנציאלי, לרבות שיקולים עסקיים. ראו למשל תנ"ג (מחוזי ת"א) 32489-02-12 אלטמן נ' אורמת תעשיות בע"מ, פס' 18 לפסק דינה של השופטת רונן (פורסם בנבו, 3.10.2013); תנ"ג (מחוזי ת"א) 815-09-13 לנואל נ' מאור, פס' 20 לפסק דינו של השופט כבוב (פורסם בנבו, 11.3.2015); עניין שיירי, לעיל ה"ש 6, פס' 27-28 לפסק דינו של השופט סולברג.
- 8 בע"א 7735/14 ורדניקוב נ' אלוביץ, פס' 17 (פורסם בנבו, 28.12.2016), ציין השופט עמית כי: "הליך התביעה הנגזרת מעניק לבעל מניות 'זכות עמידה' לתבוע בשם החברה, מקום בו האורגנים המוסמכים נמנעים מהגשת תביעה בשם החברה נגד נושא משרה או גורם רלוונטי אחר". ובתנ"ג (מחוזי מ"ר) 10466-09-12 אוסטרובסקי נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פס' 27 (פורסם בנבו, 9.8.2015), ציין השופט גרוסקופף כי: "תכליתו של הליך זה היא להתגבר על כשלים אפשריים במנגנון הממשל התאגידי, והוא נועד להציע פתרון הולם לנסיבות בהן תביעה ראויה של החברה, אשר טובת החברה מחייבת את הגשתה, לא תוגש על ידי החברה. ביתר דיוק: במקרים בהם מתקיים ניהוד אינטרסים בין האורגנים בעלי היכולת לכוון את פעילותה של החברה (אשר אינם מעוניינים משיקולים אישיים בהגשת התביעה) לבין טובתה של החברה (המחייבת הגשת תביעה), מהווה התביעה הנגזרת כלי ראוי להתמודדות עם הכשל התאגידי". יצוין כי התביעה הנגזרת אינה הדרך היחידה של דיני החברות להתמודד עם ניהודי האינטרסים המתואר. כך למשל קובע הדין מנגנונים מיוחדים בענייני תגמול לנושאי משרה; עסקאות של החברה עם נושאי משרה או קרוביהם ועוד.

שהנתבעים הפוטנציאליים הם דירקטורים בחברה שנטען כלפיהם כי הפרו את חובות הזהירות או האמונים שלהם כלפי החברה.⁹ אילו היה מדובר בנתבע אחר, "זר" לחברה, הייתה החברה תובעת אותו בגין הנזק שגרם לה ומבקשת להיטיב את נזקה. עם זאת במקרה המתואר קיים חשש שמא יימנע דירקטוריון החברה מלהגיש תביעה נגד עצמו או נגד חלק מחבריו מטעמים שאינם לטובת החברה.¹⁰

מכשיר התביעה הנגזרת נועד אפוא לפתור את בעיית הנציג המתוארת ולאפשר לבעל מניות (או לאחר בעל זיקה לחברה הנפגעת)¹¹ להיכנס בנעלי החברה ולמצות את זכויותיה. בכך משרתת התביעה הנגזרת מטרה של הרתעת מעוולים בכוח, ובמקרים מסוימים גם מטרה של פיצוי (עקיף) לבעלי המניות של החברה שנפגעים עקב הפגיעה בחברה.¹² יצוין כי בדומה למקרים רבים בדיני התאגידים, הניסיון לפתור את בעיית הנציג באמצעות התביעה הנגזרת מעורר קשיים מסוג אחר. כך למשל קיים חשש שבעלי הזכות להגיש תביעה נגזרת ינקטו הליך זה – או יאימו לנקטו – כדי לפגוע בחברה ובאורגנים שלה, או כדי "לחסוט" את החברה לצורכיהם. חשש אחר הוא מפני הרתעת יתר של נושאי משרה – מכהנים ועתידיים – מפני הגשת מועמדות לכהן כנושאי משרה או מפני נטילת סיכונים ראויים.¹³ המחוקק היה ער לחששות אלה, ולכן לצד ההכרה באפשרות להגיש תביעה נגזרת קובע חוק החברות מספר מנגנונים מאזנים. בתוך כך מורה החוק שהגשת תביעה נגזרת טעונה אישור בית המשפט.¹⁴ נוסף על זה נקבעו תנאים שונים, מהותיים ופרוצדורליים,

9 חובות הזהירות והאמונים המוטלות על נושא משרה כלפי החברה מעוגנות בס' 252(א) ו-254(א) לחוק החברות, בהתאמה.

10 למשל בשל הקרבה האישית בין מקבלי ההחלטה (חברי הדירקטוריון) לבין הנתבע הפוטנציאלי (חבר דירקטוריון או מנהל אחר), או משום שחברי הדירקטוריון יודעים כי בפעם הבאה הם עשויים להיות הנתבעים הפוטנציאליים, בבחינת "שמור לי ואשמור לך" (ראו ברק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 285). מצב חמור אף יותר הוא זה שבו דירקטוריון מחליט לא להגיש תביעה כאשר בהצבעה השתתפו גם גורמים שכלפיהם נטען להפרת חובות. כלומר, מקרה שבו דירקטור דוחה את הבקשה להגיש תביעה נגד עצמו.

11 לעניין אחרים מלבד בעל המניות ראו לעיל ה"ש 4.

12 צפורה כהן בעלי מניות בחברה: זכויות תביעה ותרופות כרך ג 456 (מהדורה שנייה, 2010). בספרות נשמעו ביקורות על היכולת האמיתית של תביעה נגזרת לשרת מטרת אלו של פיצוי והרתעה, ובייחוד הוטל ספק בתכלית הפיצוי. למשל, נטען שהפיצוי שיינתן לחברה (ויגולם, לפחות בחלקו, במחיר המניה שמחזיקים בעלי המניות) לא ירפא את מצבם של בעלי מניות שמכרו את מניותיהם לפני קבלת הפיצוי (אולם לאחר קרות הנזק). עוד נטען שבמקרים שבהם מניות החברה מפוזרות בציבור, ממילא השפעת הפיצוי שיינתן לחברה על שווי המניות של בעלי המניות תהיה מזערית. אשר על כן סברה פרופ' כהן כי התכלית הדומיננטית של התביעה הנגזרת היא התכלית ההרתעתית. להרחבה ולמקורות נוספים ראו שם, בעמ' 457-464. כן ראו David W. Locascio, *The Dilemma of the Double Derivative Suit*, 83 NW (1989) 729, 754-755 U. L. REV. והאסמכתאות המובאות שם.

13 ראו למשל עניין אוסטרובסקי, לעיל ה"ש 8, פס' 28. בהקשר זה אזכיר גם את קיומם של מנגנוני פטור, ביטוח ושיפוי (ס' 258-264 לחוק החברות), אשר נועדו לרכך את התמריץ השלילי הנובע מהחשש מפני נשיאה באחריות.

14 ס' 198(א) לחוק החברות.

שרק בהתקיימם ניתן להגיש תביעה נגזרת,¹⁵ למשל פנייה מוקדמת לחברה הנפגעת על מנת שזו תשקול למצות את זכויותיה בעצמה.¹⁶

לצורך רשימה זו החשוב הוא שבמקרה של תביעה נגזרת "רגילה", המבקש להגיש את התביעה הנגזרת הוא בעל מניות בחברה הנפגעת עצמה. מנגד, התביעה הנגזרת המרובה עניינה במצב שבו בעל מניות אינו מחזיק במניות החברה הנפגעת אלא במניותיה של חברה אחרת, המחזיקה (במישרין או בעקיפין) בחברה הנפגעת. למשל, אם המבקש הוא בעל מניות בחברת-האם של החברה הנפגעת, ייקרא ההליך "תביעה נגזרת כפולה" (Double derivative action); אם המבקש הוא בעל מניות בחברה-הסבתא של החברה הנפגעת, יכונה ההליך "תביעה נגזרת משולשת",¹⁷ וכך הלאה. המונח "תביעה נגזרת מרובה" (Multiple derivative action) הוא כללי וכולל בגדרו את מגוון המצבים שבהם בעל מניות בחברה פלונית מגיש תביעה בשם החברה הנפגעת, שהיא חברה מוחזקת המצויה במורד שרשרת ההחזקה.

לשם הפשטות, ברשימה זו המונחים "חברה-אם" ו"חברה-בת" ישמשו כדי לתאר כל קשר של החזקה בין החברות אף אם מדובר בהחזקת מניות ספורות.¹⁸ כאשר החברה-האם היא גם בעלת השליטה בחברה-הבת, יינתן לכך ביטוי. הבחנה חשובה נוספת שאלהיה אתיחס בהמשך הרשימה היא בין שליטה מלאה לשליטה חלקית ולהיעדר שליטה. כוונתי בשליטה מלאה תהא לשליטה של 100% של החברה-האם בחברה-הבת (ובתביעה נגזרת משולשת, שליטה של 100% לכל אורך שרשרת ההחזקה). שליטה חלקית ברשימה זו תתייחס למקרים שבהם החברה-האם היא אמנם בעלת השליטה בחברה-הבת, אולם היא

15 ראו למשל ס' 194 ו-198 לחוק החברות. כן ראו חאלד ככוב וענבל מימון-בלאו "שליבים ראשוניים בהגשת תביעה נגזרת" תאגידים ט(4) 3 (2012).

16 במקרה הרגיל אדם רשאי להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת רק אם החברה הנפגעת דחתה את פנייתו המוקדמת – כולה או חלקה (או שהפנייה לא נענתה). בפסיקה צוין כי תנאי זה אינו רק פורמלי אלא גם מהותי (ראו למשל תנ"ג (מחוזי ת"א) 46924-05-11 ד"ר נ' פתאל, פס' 100 לפסק דינו של השופט ככוב (פורסם בנבו, 4.9.2012)). בשל דרישה זו, יש הטוענים כי תביעה נגזרת מקפלת בתוכה למעשה שתי תביעות: תביעה של בעל המניות נגד החברה בגין סירובה לתבוע את המעוולים הנטענים; תביעה של החברה נגד המעוולים הנטענים, למשל בגין הפרת חובות כלפיה (Note, An Examination of the Multiple Derivative Suit and Some Problems Involved Therein in Light of the Theory of the Examination of the Multiple Single Derivative Suit, 31 N.Y.U.L. REV. 932, 935 (1956) (להלן: *Derivative Suit*)).

17 בכל הנוגע לתביעות נגזרות משולשות, מרובעות וכן הלאה, יש לתת את הדעת על החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד–2013 (להלן: חוק הריכוזיות), המוכר בשם חוק הריכוזיות. פרק ג לחוק זה עוסק בהגבלת השליטה בחברות במבנה פירמידלי, ובתוך כך קובע מגבלות שונות על האפשרות לפעול במבנים תאגידיים מרובי-שכבות. יוער כי החוק אינו אוסר על החזקה בת יותר משתי שכבות אלא רק על שליטה במבנה זה. כמו כן צוין כי לפי הוראות המעבר בחוק, צמצום המבנה הפירמידלי לשתי שכבות בלבד יחל רק בתוך שש שנים מפרסום החוק, קרי בסוף שנת 2019, אם יישומו לא יידחה.

18 ס' 1 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח–1968 מגדיר חברה-בת כך: "חברה אשר חברה אחרת מחזיקה בחמישים אחוזים או יותר מן הערך הנקוב של הון המניות המוצא שלה או מכוח ההצבעה שבה או רשאית למנות מחזית או יותר מהמנהלים או את המנהל הכללי שלה". כאמור, ברשימה זו המונח "חברה-בת" יהא רחב יותר ויכלול כל חברה אשר חברה אחרת (החברה-האם) מחזיקה במניות בה. המונחים הנקטים ברשימה זו הם אלה המקובלים בפסיקה ובספרות בכל הנוגע לתביעה נגזרת מרובה.

אינה מחזיקה ב-100% ממניות החברה הבת אלא בשיעור נמוך מזה. המצב השלישי – של היעדר שליטה – יתייחס למצב שבו לחברה הנפגעת (או לחברה האם של החברה הנפגעת, במקרה של תביעה נגזרת משולשת) אין בעל שליטה. יש לציין שכאשר יינקט ברשימה זו המונח "שליטה", כוונתי היא – כפי שנקבע גם בפסיקה – לשליטה לפי התבחינים המוכרים בדיני החברות וניירות הערך בישראל.¹⁹ מדובר במבחן מהותי המתחקה אחר היכולת לכוון את פעילותו של התאגיד, ואין מדובר רק בבחינה טכנית של שיעור ההחזקה. עם זאת שיעור ההחזקות הוא מטבע הדברים רכיב דומיננטי בשליטה, והחוק אף קובע חזקה שלפיה בעל מניות המחזיק במחצית או יותר ממניות החברה (הכוללות זכות הצבעה) ייחשב לבעל שליטה.

לסיום חלק זה כדאי לעמוד על הבחנה נוספת: ההבחנה שבין תביעה נגזרת – המוגשת בשמה של החברה הנפגעת נגד המעוולים הפוטנציאליים, בגין נזק שנגרם לחברה הנפגעת עצמה – לבין תביעה אישית ישירה של בעלי המניות עצמם (או תביעה קבוצתית בשם מכלול בעלי המניות, למשל תביעה ייצוגית) נגד אותם מעוולים. במבט ראשון קו הגבול בין המקרים הללו עשוי להיטשטש מאחר שלעיתים נזק שנגרם לחברה גורר בתורו ירידה במחיר המניה, ולפיכך פגיעה בכיסם של בעלי המניות. אף על פי כן בית המשפט עמד בקפדנות על השוני שבין תביעות אלה וקבע שכלל ההליך המתאים בגין נזק שנגרם לחברה הוא תביעה נגזרת, אף אם נגרם בגינו נזק עקיף לבעלי המניות (למשל בדמות ירידת ערך המניה). בהתאם לפסיקה זו, עילה אישית לבעלי המניות תקום רק כאשר נגרם להם נזק בלתי תלוי ושונה מהנזק שנגרם לחברה.²⁰

בעולם התביעה הנגזרת המרובה קיים נדבך נוסף של מורכבות המחייב להבחין בין כמה עילות תביעה אפשריות נגד המעוולים הפוטנציאליים בגין אירוע מסוים: (א) עילת התביעה של החברה הבת, שאותה ניתן לממש בכמה דרכים: תביעה ישירה שתגיש החברה הבת; תביעה נגזרת רגילה שתגיש החברה האם בשמה של החברה הבת; ותביעה נגזרת כפולה שאותה יגיש בעל המניות בחברה האם בשמה של החברה הבת. (ב) עילת התביעה הישירה של החברה האם נגד המעוולים. עילה זו אף היא ניתנת למימוש, בין באמצעות תביעה שתגיש החברה האם ובין באמצעות תביעה נגזרת רגילה שיגיש בעל המניות בחברה האם. (ג) עילת תביעה ישירה של בעלי המניות בחברה האם, שניתן לממשה כתביעה אישית או קבוצתית.

דומה שבפסיקה לא תמיד קיבלה ההבחנה שבין עילות התביעה הללו את הביטוי הראוי. כך למשל בעניין אחד סבר בית המשפט שמאחר שלחברה האם יכלה לעמוד עילת תביעה

19 ס' 1 לחוק החברות מגדיר את המונח "שליטה" על דרך ההפניה לחוק ניירות ערך, אשר בו מוגדרת "שליטה" כך: "היכולת לכוון את פעילותו של תאגיד, למעט יכולת הנובעת רק ממילוי תפקיד של דירקטור או משרה אחרת בתאגיד, וחזקה על אדם שהוא שולט בתאגיד אם הוא מחזיק מחצית או יותר מסוג מסויים של אמצעי השליטה בתאגיד" (ס' 1 לחוק ניירות ערך. ראו גם הגדרת "אמצעי שליטה" באותו סעיף).

20 ראו למשל ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 326 (1997); ע"א 3051/98 דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פ"ד נט(1) 673, 689–691 (2005); ע"א 2718/09 "גרדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ, פס' 38 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 28.5.2012).

ישירה, אזי בעלי מניותיה יכולים להסתפק בתביעה נגזרת רגילה בשם החברה-האם, ואין צורך להכריע בשאלת התביעה הנגזרת המרוכבת.²¹ בכך נפל בית המשפט לכשל מסוים. אף אם אכן עומדת לחברה-האם עילת תביעה שבעלי המניות בה יכולים לממשה באמצעות תביעה נגזרת רגילה, אין הדבר מיתר את הצורך לדון באפשרות להגיש תביעה נגזרת מרוכבת, דהיינו באפשרות לתבוע בשם החברה-הבת בגין עילות התביעה שלה. ראשית, לעיתים קרובות אין זהות בין עילות התביעה הישירות, העומדות לחברה-האם, לבין העילות שעומדות לחברה הנפגעת (ולכן עומדות לחברה-האם רק באופן "נגזר"). כמו כן לעיתים אין זהות בין סוג הנזק והיקף הנזק שנגרמו לחברה-האם באופן ישיר לבין הנזק שנגרם לחברה הנפגעת. שנית, קיימים מקרים שבהם עילת התביעה של החברה-האם והנזק שנגרם לה יהיו הלכה למעשה ביטוי עקיף לעילת התביעה האמיתית – של החברה-הבת.²² במקרים כאלה נדמה שלא זו בלבד שיש הבדל בין עילת התביעה הישירה של החברה-האם לבין עילת התביעה של החברה-הבת, אלא שעל פי ההלכה הפסוקה בעניין ההבחנה שבין תביעה ישירה לבין תביעה נגזרת, דרך המלך היא הגשת התביעה דווקא בשם החברה-הבת ולא בשם החברה-האם.

2. תביעה נגזרת מרוכבת – הצדקות ושיקולי נגד

התביעה הנגזרת המרוכבת מצויה במתח שבין כמה שיקולים נוגדים אשר במידה רבה דומים לשיקולים שבבסיס מוסד התביעה הנגזרת הרגילה.²³ מחד גיסא, ניצב עקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה הנפגעת²⁴ וכן עקרון אי-ההתערבות, שלפיו ככלל ניהול החברה – ובתוך כך הפעלת זכות התביעה של החברה הנפגעת – נתונים למנהליה של החברה (דירקטוריון החברה והנהלת החברה) ולא לבעלי מניותיה.²⁵ כאמור, התביעה

- 21 ת"א (מחוזי ת"א) 11745/00 שטרית נ' אריסון השקעות בע"מ, פ"מ התשס"ב(1) 110, 125 (2002).
- 22 לפיכך גם היקף הנזק של החברה-האם ישקף רק חלק מהנזק שגרמו המעשים או המחדלים העולתיים. כך למשל אם מכירה רשלנית של נכס בחברה-הבת הסבה לחברה-הבת נזק בסך 100, והחברה-האם מחזיקה ב-40% ממניות החברה-הבת, אזי אף אם ה"שרשור" של הנזק היה ישיר ומלא, שיעור הנזק שאותו תוכל לתבוע החברה-האם בשמה שלה הוא 40 בלבד, אך אם תוגש התביעה בשם החברה-הבת, יהיה ניתן לתבוע את מלוא הנזק, בסכום 100.
- 23 לגישות שלפיהן הצדקות והשיקולים שבבסיס התביעה הנגזרת צריכים לעמוד גם בבסיס הדיון בשאלת התביעה הנגזרת המרוכבת, ראו Examination of the Multiple Derivative Suit, לעיל ה"ש 16, בעמ' 940; Locascio, לעיל ה"ש 12, בעמ' 748, 753-754; S.H. Goo, *Multiple Derivative Action and*; 10 J. CORP. L. STUD. *Common Law Derivative Action Revisited: A Tale of Two Jurisdictions*, 255, 261 (2010).
- 24 עוצמתו של עיקרון זה נחלשת כאשר לאמיתו של דבר החברה-האם והחברה-הבת הן ישות מעורבת אחת, וההפרדה ביניהן היא מלאכותית.
- 25 ראו לעניין זה ברק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 259-260: "החברה הינה אישיות משפטית עצמאית, ועל כן טבעי הוא כי בידה בלבד יהיה הכוח להפעיל את מערכת בתי המשפט להגנה על זכותה שהופרה. בהתאם לחלוקת הסמכויות המקובלת בין האורגנים השונים בחברה, ניהול ענייני החברה בכלל, והפעלת כוח התביעה של החברה בפרט, נתון בדרך כלל בידי המנהלים [...] בהפעלת שיקול דעת זה אין בעלי המניות רשאים בדרך כלל להתערב. אם בעלי המניות אינם מרוצים מצורת הפעלת שיקול הדעת של המנהלים, הכוח בינם, בדרך כלל, לפטר את המנהלים או לא לבחור בהם מחדש [...] כלל אי-ההתערבות' זה, לא רק

הנגזרת היא בגדר חריג המאפשר לבעל מניות ליזום את מימוש זכות התביעה של החברה הנפגעת במקרים המתאימים. התביעה הנגזרת המרובה היא אפוא בגדר כרוסוס נוסף (ועמוק יותר ביחס לתביעה נגזרת רגילה) בעקרון אי־ההתערבות, שכן בעל המניות המבקש ליזום את התביעה הוא "רחוק" יותר מהחברה הנפגעת עצמה.²⁶ במקום אחד אף צוין כי "לכאורה, לאור האישיות המשפטית הנפרדת של שתי החברות, ניתן היה לומר שאין בעל מניות בחברה־אם מוסמך להגיש תביעה נגזרת בחברה־הבת, שכן אין הוא בעל מניות בחברה־הבת".²⁷ סוגיה זו משתקפת גם בלשון חוק החברות, אשר על פני הדברים מדגיש את האישיות המשפטית הנפרדת וקובע כי רק בעל מניה או דירקטור "בחברה" (קרי בחברה הנפגעת) – ולא בחברה־האם או בחברה קשורה – רשאים להגיש תביעה נגזרת.²⁸

מאיך גיסא, שיקולים אחרים – כבדי משקל לא פחות – מצדיקים הכרה בתביעה הנגזרת המרובה. שיקול אחד הוא ההגנה על האינטרס הכלכלי של בעלי המניות בחברה־האם ופיצוי בעלי המניות. בתוך כך בעל מניות בחברה־האם אמנם אינו מחזיק ישירות במניות החברה הנפגעת, אולם יש לו זיקה כלכלית לחברה־הבת, שכן פגיעה בחברה־הבת או בשווייה עלולה לפגוע, בצורה זו או אחרת, גם בשווי המניות או הנכסים של החברה־האם ובעלי מניותיה.²⁹ בהקשר זה נזכר כי טענה לא מבוטלת גורסת ששיקול פיצוי בעלי המניות וההגנה על האינטרס הכלכלי שלהם אינו תמיד דומיננטי, למשל מאחר שכאשר המניות מפוזרות בין בעלי מניות רבים תהיה השפעת הפיצוי על כל אחד מהם מזערית, אם בכלל.³⁰ שיקול נוסף המצדיק את ההכרה בתביעה הנגזרת המרובה – ואשר קיים גם בבסיס ההצדקה לתביעה הנגזרת הרגילה – הוא השיקול ההרתעתי: כאמור, נוכח ניגודי אינטרסים ובעיית נציג קיים חשש שזכויותיה של החברה הנפגעת, המצויה במורד השרשרת, לא ימוצו אף שטובת החברה הנפגעת מחייבת זאת. במקרים אלה עלולה להיווצר

שהוא מתבקש מהנחות היסוד שנקבעו לעיל, אלא שהוא משקף אף הגיון מסחרי בריא. המנהלים הם המתמצאים במכלול הבעיות הכלכליות, המסחריות, האירגוניות והאנושיות הניצבות בפני החברה, ואין זה רצוי כלל, מבחינת ההגיון העסקי וסדרי הניהול התקינים, כי בעל מניות שאינו מצוי בענייני החברה כמותם, יתערב בפעולתם. לענין זה, אין כל הבדל בין הפעילות העסקית הכללית, לבין השמירה על זכויות החברה".

26 לדברים ברוח דומה, ראו רע"א 8259/17 צנציפר חברה ליבוא תבואות ומספוא בע"מ נ' א. דורי בניה בע"מ (פורסם בנבו, 18.1.2018), שם נקבע כי נושה פוטנציאלי של החברה אינו בגדר "נושה" הרשאי להגיש בשמה תביעה נגזרת בעילה של חלוקה אסורה. פסק הדין מתייחס לתביעה נגזרת המוגשת על ידי נושה כאל חריג מצומצם למוסד החריג והמצומצם ממילא של התביעה הנגזרת. ניתן להשקיף בדומה לזה גם על התביעה הנגזרת המרובה.

27 ראו כהן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 474.

28 השוו למשל למצב באוסטרליה, בניו זילנד ובקנדה, שם ההגדרה של "חברה" לצורך תביעה נגזרת כוללת גם חברות קשורות (ראו עניין אינטרקולוני, לעיל ה"ש 1, פס' 27–28 והאסמכתאות המובאות שם. בפרט ראו ס' (a)(1)236 ל־Corporations Act 2001 האוסטרלי המתייחס ל־"related body corporate"; ס' (a)(1)165 ל־Companies Act of 1993 בניו זילנד, הקובע שניתן להגיש תביעה נגזרת "on behalf of the company or any related company"; וס' (1)239 ל־Business Corporations Act of 1985 הקנדי, המאפשר להגיש תביעה נגזרת "on behalf of a corporation or any of its subsidiaries".

29 ראו כהן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 474. יצוין כי לא תמיד פגיעה בשווי החברה־הבת מתורגם לירידה זהה בשווי החברה־האם. לעיתים נזק בחברה־הבת לא ישפיע, או ישפיע פחות, על מניותיה של החברה־האם.

30 בהקשר זה ראו גם לעיל ה"ש 12.

הרתעת חסר כלפי המעוולים (למשל נושאי המשרה בחברה הנפגעת).³¹ הצדקות נוספות להכרה בתביעה הנגזרת המרובה נסמכות על תאוריות של שליחות (החברה-הבת היא השלוחה של החברה-האם) או נאמנות (החזקה במניות יוצרת יחסי נאמן-נהנה בין בעל המניות המחזיק לבין החברה המוחזקת).³²

לאמור לעיל אוסיף ששליחת האפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה עלולה ליצור תמריץ להתאגד במבנים תאגידיים מורכבים ומרובי-שכבות, בבחינת ערי מקלט שכל מטרתן למנוע אכיפה אזרחית ותביעות נגזרות.³³ למעשה, בעולם שבו אין אפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה, די להעביר פעילות פלונית לחברה-בת המוחזקת ב-100% על ידי החברה האם, כדי "לבודד" את החברה-הבת ולמנוע אכיפה אזרחית. בצדק ציין בית המשפט באחד המקרים שאם תישלל כליל האפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה, אזי "תישלל או תאבד, במידה רבה, האפקטיביות והיעילות של התביעה הנגזרת ככלי לפיקוח על אורגנים של תאגידים", וכי "בעולם העסקי המודרני והמתפתח, בו מפעילים ומנהלים תאגידים גדולים, פרויקטים או פעילויות כלכליות שונות באמצעות חברות בת, חברות נכדות ואף חברות נינות, יש צורך בכלי יעיל ואפקטיבי מסוגו של התביעה הנגזרת".³⁴

הצדקה נוספת שלעיתים נשמעת עניינה הגנה על זכויות בעלי מניות המיעוט בחברה.³⁵ הצדקה זו שונה מן הצדקה המתייחסת לפיצוי בעלי המניות בכללותם, משום שאינה עוסקת בהגנה על האינטרס הכלכלי של כלל בעלי המניות (הנובע מן הנזק שנגרם לחברה) אלא בנזק שנגרם לכאורה לבעלי מניות המיעוט בלבד. יש להתייחס בזירות רבה להצדקה זו, שאינה נכונה בכל המקרים של תביעה נגזרת אלא לכל היותר בחלקם. כאמור, נקודת המוצא היא שלחברה אישיות משפטית נפרדת מלבעלי מניותיה. התביעה הנגזרת מחריגה עיקרון זה בעיקר בשל בעיית הנציג שנוצרת בין בעלי המניות (בכללותם) לבין מנהלי החברה, האמונים גם על מיצוי זכות התביעה שלה. לעומת זאת, הצדקה ההגנה על בעלי

31 יש הטוענים כי שיקול ההרתעה במקרים של תביעה נגזרת מרובה חשוב אף יותר מבמקרים של תביעה נגזרת רגילה. כך למשל, לטענת Locascio (לעיל ה"ש 12), הצורך בהרתעה גדול יותר בתביעה נגזרת מרובה, משום שחברות-בנות פרטיות הן מפוקחות פחות, וקשה יותר לגלות עוולות שבוצעו בהן, וכן משום שנושאי משרה בחברות-בנות, בעיקר כאלה המוחזקות בידי בעל שליטה דומיננטי, עשויים להיות מוגנים יותר מפני מנגנוני שוק.

32 ראו כהן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 475 והאסמכתאות המובאות שם.

33 ראו למשל עניין אינטרקולוני, לעיל ה"ש 1, פס' 42-43; William H. Painter, *Double Derivative Suits and Other Remedies with Regard to Damages Subsidiaries*, 36 IND. L. J. 143, 144 (1961).

34 עניין שטרית, לעיל ה"ש 21, בעמ' 125. יש לציין כי הדברים נאמרו בשנת 2002, דהיינו טרם חקיקת חוק הריכוזיות (ולעניין חוק הריכוזיות ראו לעיל ה"ש 17). אך ראו גם בעניין אינטרקולוני (לעיל ה"ש 1, פס' 2-3 לפסק דינו של השופט הנדל), שהדגיש גם בשלבים מאוחרים יותר את המבנה הפירמידלי כהצדקה להכרה בתביעה נגזרת מרובה. וראו עוד, בהקשר אחר: יורם דנציגר, יואב פויזנר ורענן בן-ישי "חקיקה שיפוטית בדיני חלולת-פרעון" משפט ועסקים יג 61, 84 (2010): "אחד משני תפקידיו העיקריים של השופט הוא גישור על הפער בין המשפט לבין מציאות החיים המשתנה".

35 ראו למשל חאלד כבוב וענבל מימון-בלאו "תביעה נגזרת כפולה – בין קריאה דווקנית לקריאה מהותית" תאגידים י(1) 3, 9 (2013) (להלן: כבוב ומימון-בלאו "תביעה נגזרת כפולה"): "מטרת החקיקה הינה כי התביעה הנגזרת תהא אפקטיבית ויעילה ככלי לפיקוח על אורגנים ושמירה על בעלי מניות המיעוט".

מניות המיעוט מתמקדת כבעיית נציג אחרת – זו שבין בעלי השליטה לבין בעלי מניות המיעוט בחברה.³⁶ אלא שבעיית נציג אחרונה זו אינה מתעוררת בכל התביעות הנגזרות, ונוצרת בעיקר במקרים שבהם הנזק לחברה הנפגעת נגרם מניסיון להיטיב עם בעל השליטה. ברשימה זו לא ארחיב על רציות ההכרה בתביעה הנגזרת המרובה. דומה שהצורך להכיר בתביעה נגזרת במקרים המתאימים מוצדק מבחינה נורמטיבית, וגם מבחינת הדין הנוהג עצם ההכרה בה הוא בגדר עובדה מוגמרת, בעיקר לאחר הלכת אינטרקולוני.³⁷ עם זאת, השאלה באילו מקרים תתאפשר תביעה כאמור עדיין טעונה דיון, ובכך עוסקת הרשימה. בפרק הבא אתאר את פסיקת בתי המשפט בישראל בסוגיית התביעה הנגזרת המרובה וארחיב בעיקר על אודות עניין אינטרקולוני, שבו נדונה הסוגיה לראשונה בבית המשפט העליון. לאחר מכן אפנה לדיון הנורמטיבי, שהוא לב הרשימה.

ב. פסיקת בתי המשפט בעניין תביעה נגזרת מרובה

1. טרום-אינטרקולוני – הכרה (אגבית) בתביעה נגזרת מרובה במקרים "קלים"

לפני שבית המשפט העליון נדרש לשאלת התביעה הנגזרת המרובה התעוררה הסוגיה בערכאות הדיוניות בכמה הזדמנויות. כפי שאראה להלן, למיטב בדיקתי, בכל המקרים שבהם נדונה האפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה, בתי המשפט נטו לעשות כן (ולכן בבחינה זו הייתה החלטת בית המשפט העליון בגדר אימוץ כלל שהתפתח "מלמטה"),³⁸ אם כי לרוב נעשה הדבר באופן אגבי בלבד וללא דיון מעמיק.³⁹ ואולם, אף שבתי המשפט הכירו באפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה, שאלות חשובות הנוגעות לאופן ההכרה בה – ובכלל זה למקרים המצדיקים את הגשתה ולעיון הנורמטיבי של הליך שכזה בדין הישראלי – נדונו באופן חלקי בלבד, אם בכלל.

36 למזעור בעיה זו קיימים פתרונות רבים בדיני החברות בישראל, ראו למשל ס' 270–275 לחוק החברות.
 37 שאלה מעניינת אחרת שטרם נדונה בפסיקה, ולא תידון גם ברשימה זו, היא אם העובדה שהחברה-האם סירבה להגיש תביעה נגזרת – קרי הבעלים של החברה הנפגעת גילו דעתם שאינם מעוניינים בתביעה – אין משמעה אשרור בדיעבד של פעולות הדירקטוריון, על כל הנובע מכך (לדיון בהקשר דומה וביקורתי, ראו ברק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 277–280).
 38 בהקשר זה, דומה אופן ההכרה בתביעה נגזרת מרובה לאימוץ כלל שיקול הדעת העסקי (ראו עניין ורדניקוב, לעיל ה"ש 8, פס' 73–74 לפסק דינו של השופט עמית). שני הכללים הללו צמחו "מלמטה", והוכרו בערכאות הדיוניות, עד אשר זכו להכרה של בית המשפט העליון, שהיא בגדר הלכה פסוקה (ראו ס' 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה).
 39 בפסק דינה בעניין אינטרקולוני (לעיל ה"ש 1, פס' 16–20), סקרה המשנה לנשיא נאור באופן ממצה את ההחלטות שניתנו בבתי המשפט המחוזיים.

בעניין שטרית (משנת 2002)⁴⁰ נדונה לראשונה האפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה. המבקשים היו חברי הסתדרות העובדים הכללית החדשה, ועתירתם נסבה על עסקה שנערכה בין חברה-בת של ההסתדרות (שההסתדרות החזיקה ב-100% ממניותיה) לבין צדדים שלישיים.⁴¹ אחת הטענות שהועלו הייתה שחברי ההסתדרות אינם רשאים להגיש תביעה נגזרת בשל עילות תביעה העומדות לחברה-הבת.⁴² בית המשפט מצא שמבחינה עיונית מוצדק לאפשר תביעה נגזרת מרובה, בעיקר מאחר שבעולם העסקי המודרני מבוצעות פעילויות רבות באמצעות חברות-בנות (וכן חברות-נכדות וכך הלאה), ואלמלא האפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה, תיפגע האפקטיביות של כלי התביעה הנגזרת.⁴³ דברים אלה נאמרו באופן אגבי בלבד, משום שכאמור בית המשפט סבר שהמבקשים יכולים להגיש תביעה נגזרת "רגילה" (בשם ההסתדרות שבה הם חברים), ולפיכך אין צורך בתביעה נגזרת מרובה.⁴⁴ עוד יצוין כי בית המשפט לא נדרש בהחלטתו לשאלות מרכזיות כגון התשתית הנורמטיבית המאפשרת הכרה בהליך שכזה או לשאלת העיקרון המבחין בין המקרים שבהם ניתן להכיר בתביעה נגזרת מרובה לבין אלו שבהם לא ניתן לעשות כן.

כמה שנים לאחר מכן, בעניין טוקטלי,⁴⁵ הועלתה שוב טענה בדבר הגשת תביעה נגזרת מרובה. באותו מקרה טענו בעלי מניות בחברת טוקטלי,⁴⁶ בין היתר כי נושאת משרה בחברה-בת של טוקטלי הפרה את חובותיה כלפי החברה-הבת (המצויה בשליטתה המלאה של טוקטלי). המשיבים, מצידם, טענו כי למבקשים אין מעמד להגיש את התביעה, משום שהם אינם בעלי מניות בחברה-הבת אלא רק בחברת טוקטלי. באותו מקרה פטר בית המשפט את עצמו מהצורך לדון במישרין בסוגיית התביעה הנגזרת המרובה, מאחר שקבע שלחברה-האם עומדת עילת תביעה ישירה נגד נושאת המשרה בחברה-הבת.⁴⁷ גם בעניין

40 ראו עניין שטרית, לעיל ה"ש 21. ההחלטה עסקה בשורת טענות מקדמיות שהעלו המשיבים. אחת הטענות הללו (ולא המרכזית) נסבה על סוגיית התביעה הנגזרת המרובה. בית המשפט דחה את הטענות המקדמיות. נוכח העובדה שדובר בבקשה לאישור תביעה נגזרת, שלב מקדמי כשלעצמו, ההחלטה האמורה היא אפוא בבחינת שלב מקדמי שבמקדמי.

41 שם, בעמ' 114 ו-123.

42 מורכבות מעניינת נוספת באותו מקרה הייתה נעוצה בכך שההסתדרות אינה מאוגדת כחברה, אלא היא אגודה עותומאנית, והתעוררה השאלה אם ראוי להחיל את הוראות חוק החברות בעניין תביעה נגזרת גם על אגודה עותומאנית והחברים בה. בית המשפט השיב לשאלה זו בחיוב. גם בפסיקה מאוחרת קבע בית המשפט כי יש לאפשר לחברים באגודה עותומאנית להגיש בקשה תביעה נגזרת בשם האגודה, באותו מקרה בשם חבר בקופת חולים (תנ"ג (מחוזי ת"א) 9167-02-14 כוהני נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 11.6.2015)). עם זאת בערער על אותה החלטה (רע"א 4958/15 שירותי בריאות כללית נ' אהרון (פורסם בנבו, 23.10.2017)) הפך בית המשפט העליון את ההחלטה, וקבע כי חבר בקופת חולים אינו רשאי להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת בשם קופת החולים. בית המשפט לא הכריע בשאלה הכללית יותר, הנוגעת לאגודות עותומאניות בכללותן.

43 עניין שטרית, לעיל ה"ש 21, בעמ' 125-126.

44 ראו טקסט בסמוך לה"ש 20-22 לעיל.

45 ת"א (מחוזי י-ם) 7438/05 בתיה אחזקה נכסים בע"מ נ' טוקטלי (פורסם בנבו, 4.1.2007).

46 שמה המלא של החברה היה י.מ. טוקטלי ובניו בע"מ.

47 עניין טוקטלי, לעיל ה"ש 45, פס' 15, 20 ו-27. בית המשפט אף ציין כי מאחר שנושאת המשרה היא גם בעלת מניות בחברה-האם מתקיימת עילת הקיפוח המעוגנת בס' 191 לחוק החברות. יוער כי בפסיקה ובספרות הובעה העמדה שבעניין טוקטלי אושרה למעשה תביעה נגזרת כפולה. אינני משוכנע שזה אכן

וילסון⁴⁸ נדונה שאלת התביעה הנגזרת המרובה באופן אגבי בלבד, מאחר שהמבקשים כלל לא הראו כי לחברות-הבנות עומדת עילת תביעה כלשהי.⁴⁹ בהערת אגב ציין בית המשפט כי יש "חשיבות לא מבוטלת להכרה במנגנון התביעה הנגזרת בכלל, כמו גם במנגנון התביעה הנגזרת הכפולה במקרים מסוימים". עם זאת הבהיר בית המשפט כי "יש לעשות שימוש במנגנון זה בתום לב ובמקרים נדירים בהם עולה באופן מפורש צורך מוצדק, ראוי, וחוקי".⁵⁰

אם כן, בפרשות שטרית, טוקטלי ווילסון הביעו בתי המשפט דעה חיובית בדבר ההכרה בתביעה נגזרת מרובה, אולם עשו זאת באופן אגבי וללא דיון מעמיק בסוגיה. חשוב מכך: מקרים אלו הם כולם מקרים "קלים", שבהם החברה-האם, שבה היו המבקשים בעלי מניות, היא בעלת שליטה מלאה (קרי ששיעור החזקה הוא 100%) בחברה הנפגעת. במקרים אלה לא זו בלבד שהחברה-האם שולטת בהחלטת החברה הנפגעת באשר להגשת תביעה עצמאית מטעמה, אלא היא גם בעל המניות היחיד שיכול להגיש תביעה נגזרת. במקרים אלה, בהיעדר אפשרות להגשת תביעה נגזרת מרובה, לא יהא מרפא לחברה הנפגעת מעולות שבוצעו נגדה, ולפיכך מקרים אלה כמעט שאינם מעוררים קושי בכל הנוגע להכרה בתביעה הנגזרת המרובה.⁵¹

המצב. כאמור לעיל, למיטב הבנתי בית המשפט פטר עצמו מהדיון בתביעה נגזרת כפולה בקביעתו שלחברה-האם עומדת עילת תביעה נגד נושאת המשרה בחברה-הבת. אשר על כן בהחלטה זו לא אושרה הגשת תביעה נגזרת כפולה אלא תביעה נגזרת רגילה (קרי בשם החברה-האם). כך צוין בפס' 15 להחלטה: "בפיהן של הנתבעות 1 ו-2 טענה מקדמית בדבר מעמדה של התביעה. לטענתן, אין מעמד לתביעה הנדונה, שכן התובעים אינם בעלי המניות של חברת ראש רחביה בע"מ. הואיל והתביעה הינה תביעה נגזרת של החברה, ולא של חברת ראש רחביה בע"מ [...] הרי שאין יריבות בין התובעים לבין הנתבעות. בטענה זו לא מצאתי ממש. מעת שמניות חברת ראש רחביה בע"מ כולן בבעלות החברה, והנתבעת 1 פועלת, לטענת התובעים, בניגוד לטובתה של חברת ראש רחביה בע"מ, הרי שיש לחברה עילת תביעה נגד הנתבעת 1, אף בנושאת משרה בחברת ראש רחביה בע"מ. ומכיון שלחברה עילת תביעה, הרי שקיימת האפשרות לבעלי מניותיה לתבוע בתביעה נגזרת" (ההדגשות הוספו). הדגש בהחלטה הוא אפוא בכך שעילת התביעה שאליה מתייחס השופט סולברג היא עילת התביעה של "החברה", קרי החברה-האם, ולא עילת התביעה של החברה-הבת (ראש רחביה).

48 תנ"ג (מחוזי מ"ר) 19646-04-10 וילסון נ' אימאג'סט אינטרנשיונל אן.וי (פורסם בנבו, 15.5.2011).
49 שם, פס' 4.3: "למעשה לא עומדת לחברות הבנות בענייננו כל עילת תביעה, ואין לתובעים זכות להגיש תביעה נגזרת בשמן. לו הייתה בבקשה או בכתב התביעה מוצגת תשתית לפיה לחברות הבנות יש עילת תביעה וחברת האם מסרבת, מכח החזקת כלל מניותיהם ובלאו הכי השליטה בהן, להגיש תביעה בשמן, ייתכן והיה ניתן לראות בכך את החריג של תביעה נגזרת כפולה, אלא שכאן התובעים לא הציגו כל עילת תביעה ביחס לחברות הבנות".

50 שם, פס' 4.6.

51 שונה הוא המקרה שנדון בת"א (מחוזי ת"א) 1266/03 טלבי נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 19.6.2006). באותו מקרה נותר בית המשפט לבקשה לגילוי מסמכים במסגרת הליך של תביעה נגזרת כפולה, שבה עתר בעל מניות בבנק הפועלים להגיש תביעה בשם חברה-בת של בנק הפועלים – בנק קונטיננטל לישראל בע"מ. מקרה זה אינו עוסק ביחסים של החזקה מלאה (100%) של החברה-האם בחברה-הבת. עם זאת גם במקרה זה לא הייתה מחלוקת כי בנק הפועלים מחזיק ב-67% ממניות בנק קונטיננטל, וכי האחרון "נשלט בידי בנק הפועלים" (שם, פס' 1, וכן רע"א 5460/06 טלבי נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 18.9.2006)). מכל מקום, ובכך עיקר, בעניין טלבי (בשתי הערכאות) לא נדרש בית המשפט כלל לשאלת התביעה הנגזרת הכפולה, ומעיון בהחלטות בתיק שהתנהל בבית

דיון מעמיק בשאלת התביעה הנגזרת המרובה – והפעם כחלק אינטגרלי מההכרעה ולא באופן אגבי – ערך השופט כבוב בעניין בן עמי.⁵² באותו מקרה ביקש בעל מניות בחברה-אם להגיש תביעה נגזרת כפולה בשם חברה-בת שלה נגד נושאי משרה בחברה-הבת, בשל מעשים ומחדלים שהסכו נזקים לחברה-הבת. אמנם גם עניין בן עמי משקף מקרה "קל" של שליטה מלאה של החברה-האם בחברה-הבת,⁵³ אולם הוא ראוי לתשומת לב מיוחדת בשל הדיון הנרחב שנערך במסגרתו. בית המשפט עמד בעניין בן עמי על כך שעד לאותו מועד לא הוכרע בדין הישראלי מעמדה של התביעה הנגזרת המרובה. לאחר שסקר את ההחלטות המוקדמות והמעטות, את ההתייחסות המעטה לנושא בספרות המשפטית ואת הדין בשיטות משפט אחרות, קבע בית המשפט כי יש מקום להכיר בתביעה נגזרת כפולה בדין הישראלי. בית המשפט נימק את החלטתו בכך שבמציאות התאגידית של ימינו יש חשיבות להכרה בתביעה הנגזרת הכפולה במקרים שבהם קשה ואף בלתי אפשרי להפריד בין שתי ישויות משפטיות, משום שבמצב כזה בעל מניות המיעוט בחברה-האם עלול למצוא עצמו מול שוקת שבורה. בית המשפט סבר שבמקרים שבהם החברה-הבת היא בבעלות מלאה של החברה-האם, הסיכון לפגיעה באינטרסים כלכליים של החברה-האם גובר על העובדה (הטכנית לשיטת בית המשפט) שהמבקש הוא בעל מניות בחברה-האם בלבד. בית המשפט הוסיף ששלילה מוחלטת של האפשרות להגיש תביעה נגזרת כפולה תפגום ביכולת הפיקוח על אורגנים של תאגידים.

עם זאת בית המשפט הדגיש כי אינו מתיימר לקבוע הלכה כללית בשאלת התביעה הנגזרת הכפולה, וכי "עובדות המקרה שבפניו" מצדיקות מתן זכות עמידה.⁵⁴ כאמור, בהקשר זה הבהיר בית המשפט שהתביעה הנגזרת המרובה תהיה מוצדקת "באותם מקרים שקשה ואף בלתי אפשרי להפריד בין שתי ישויות משפטיות (חברת בת הנשלטת באופן מלא ע"י חברת האם)",⁵⁵ ולמעשה לכל אורך ההכרעה הדגיש בית המשפט את השליטה המלאה והקשר הסימביוטי בין החברות כנימוק חשוב בהחלטתו.⁵⁶

המשפט המחוזי (לרבות החלטה מיום 19.2.2007), דומה כי לא הועלתה כלל הטענה שלפיה דין התביעה להידחות משום שמדובר בתביעה נגזרת כפולה, למצער לא במסגרת הבקשות לגילוי מסמכים שהחלטות בהן פורסמו. אי לכך, נדמה שיהיה קשה לגזור מסקנות נורמטיביות מפסקי הדין בעניין טלבי על האפשרות להכיר בתביעה נגזרת כפולה במשפטנו.

52 תנ"ג (מחוזי ת"א) 21785-02-11 בן עמי נ' מנורה מבטחים החזקות בע"מ (פורסם בנבו, 7.9.2011).
 53 למשל שם, פס' 45: "אין מחלוקת בענייננו כי המבקש אינו בעל מניות בחברת הבת כנגדה מבקשת התביעה הנגזרת כי אם בעל מניות בחברת האם, המחזיקה בבעלות מלאה (100%) בחברת הבת".
 54 עניין בן עמי, לעיל ה"ש 52, פס' 50. יצוין כי בפסקה זו מתייחס בית המשפט ל"מקרים בהם החברה-האם שולטת באופן מוחלט או אף מהותי בחברת בת" (ההדגשה הוספה). זוהי לכאורה הרחבה של הקביעה בדבר שליטה מלאה ורמיזה לאפשרות להכיר בתביעה נגזרת כפולה גם במצב של שליטה חלקית. אולם מיד לאחר מכן (שם, פס' 51) מעיר בית המשפט כי: "שלילת זכות להגשת תביעה נגזרת כפולה במקרה שבפניי, גם מקנה בעצם חופש בחירה מוחלט לחברת האם". חופש בחירה "מוחלט" משמעו בהכרח שליטה מלאה, שכן במצב של שליטה חלקית (גם אם "מהותית") תמיד קיימת אפשרות שבעל מניות המיעוט בחברה-הבת יבחר להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת.

55 שם, פס' 48 (ההדגשה הוספה).

56 ראו, למשל, שם, פס' 49: "יש לקחת בחשבון את הצורך בהגנה על האינטרס הכלכלי של בעלי המניות, בפרט נוכח העובדה כי החברה-הבת נמצאת בבעלות מלאה בידי חברת האם". להדגשה זו של השליטה

יוער כי על אף הקביעה שבמישור הנורמטיבי רצוי להכיר בתביעה נגזרת כפולה (במקרה של שליטה מלאה), ואף שבאותו מקרה הכיר בית המשפט בפועל בתביעה כזו – לא קבע בית המשפט מהו המקור הנורמטיבי שמכוחו נעשית הכרה זו⁵⁷ וקרא למחוקק להסדיר בחוק, ובמפורש, את התביעה הנגזרת הכפולה.⁵⁸ ייתכן כי בכך רמז בית המשפט כי קיים קושי בהכרה בתביעה הנגזרת המרובה במסגרת החקיקתית הקיימת.

2. הלכת אינטרקולוני – הכרה מפורשת בתביעה נגזרת מרובה והחלת מבחן השליטה

לאחר ההחלטות שפורטו לעיל שוב הגיעה התביעה הנגזרת המרובה (והפעם תביעה נגזרת משולשת) לפתחו של בית המשפט. פרשת אינטרקולוני החלה בבקשה לגילוי מסמכים לפני הגשת תביעה נגזרת (לפי סעיף 198א לחוק החברות).⁵⁹ חברת אינטרקולוני השקעות היא חברה ציבורית שהחזיקה ב-80% ממניות החברה-הבת, אינטרקולוני אחזקות טאורוס, שבתורה החזיקה ב-50% ממניות החברה-הנכדה, אינטרקולוני טאורוס. המבקש, בעל מניות בחברה-האם הציבורית, ביקש לגלות מסמכים לצורך הוכחת עילת התביעה שנטען כי עמדה לחברה-הנכדה.⁶⁰ כפי שניתן לראות, שלא כמקרים המוקדמים ה"קלים" שנדונו בפסיקה, עתה אין מדובר בשליטה מלאה, באף אחת מן החוליות בשרשרת ההחזקה. השופט דניה קרת-מאיר צעדה בעקבותיו של השופט כבוב בעניין בן עמי וקבעה גם כן כי יש להכיר בתביעה נגזרת מרובה, אולם היא פסעה צעד נוסף. לראשונה נדרש בית המשפט לשאלת המבחן אשר בהתקיימו תנאפשר הגשת תביעה נגזרת מרובה וקבע שהמבחן הראוי הוא התקיימות "שרשרת של שליטה".⁶¹ העיקר על פי מבחן זה אינו שיעור ההחזקה, כך לפי בית המשפט המחוזי, אלא עצם היכולת להשתמש בכוח השליטה במורד

המלאה כנסיבה אשר בהתקיימה מוצדקת הגשת תביעה נגזרת כפולה, ראו גם כבוב ומימון-בלאו "תביעה נגזרת כפולה", לעיל ה"ש 35.

57 עניין בן עמי, לעיל ה"ש 52, פס' 41. זאת אף שהועלו בפניו מקורות אפשריים, למשל ס' 6 (ב) לחוק החברות שעניינו הרמת מסך חלקית (ראו על כך דיון בתיאור הלכת אינטרקולוני להלן).

58 שם, פס' 49.

59 תנ"ג (מחוזי ת"א) 17030-01-12 שקדי נ' אינטרקולוני השקעות בע"מ (פורסם בנבו, 19.3.2013) (להלן: עניין אינטרקולוני במחוזי). יוער כי ס' 198א לחוק החברות קובע הסדר חריג במשפט הישראלי, המאפשר הגשת בקשה לגילוי מסמכים עוד לפני הגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת. ראו לעניין זה בעניין אינטרקולוני, לעיל ה"ש 1, פס' 58–66 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור, וכן בפסק דינו של השופט עמית; רע"א 3487/16 יפעת נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פס' 14–15 (פורסם בנבו, 6.9.2016). ולהרחבה נוספת ראו יעל ארידור בר-אילן "גילוי מסמכים כזירת הקרב המרכזית בהליכי תובענה נגזרת" קרית המשפט יא (צפוי להתפרסם, 2019) <http://bit.ly/2tLvvhvL> (תיאור ביקורתי של הפיכת הליכי גילוי מסמכים לפי ס' 198א לשכיחים, ולשיטת המחברת ל"זירת הקרב המרכזית" בהליכים נגזרים).

60 בתמצית, החברה-הנכדה הייתה בעלת הזכות להירשם כבעלים של נכס מקרקעין שערכו רב, בעקבות מעשים ומחדלים של נושאי משרה בקבוצה ספג שוויין של זכויות החברה-הנכדה פגיעה קשה. בבקשה טען המבקש לשלל עילות תביעה כלפי נושאי משרה בקבוצה, והתבקשו מסמכים הקשורים לעילות תביעה אלה.

61 עניין אינטרקולוני במחוזי, לעיל ה"ש 59, פס' 3 (א) לפסק הדין.

השרשרת.⁶² לפיכך, אליבא דבית המשפט המחוזי, תביעה נגזרת מרובה תוכר גם כשקיימת שליטה חלקית. לאחר מכן, פנה בית המשפט לבחון את פרשנות מושג השליטה ויישומה במקרה שבפניו, וקבע שאכן מתקיימת שליטה בכל חלקי השרשרת.⁶³ משמצא שמתקיימים יתר התנאים שבחוק, קיבל בית המשפט את הבקשה לגילוי מסמכים.

על החלטת בית המשפט המחוזי הוגשו בקשות רשות ערעור לבית המשפט העליון אשר נסבו על שני עניינים מרכזיים – סוגיית התביעה הנגזרת המרובה וכן שאלות הנוגעות לגילוי מסמכים בגדרי התביעה הנגזרת. פסק דינו של בית המשפט העליון הוא מפורט, מקיף וכולל דיון בשאלות המרכזיות שמעוררת התביעה הנגזרת המרובה, תוך ניתוח מעמיק של הדין הישראלי והמשפט המשווה. לצורך רשימה זו אציג רק את עיקרי הדיון וההכרעה בהיבטים הרלוונטיים לענייננו. בשלב זה לא אתייחס לביקורות האפשריות על פסק הדין.

עצם ההכרה בתביעה נגזרת מרובה: המשמעות הראשונה של פסק הדין היא ההכרה המפורשת בתביעה נגזרת מרובה במשפט הישראלי, בפעם הראשונה במסגרת הלכה של בית המשפט העליון. בהיבט זה היו כל חברי ההרכב תמימי דעים.

המקור הנורמטיבי לתביעה נגזרת מרובה במשפט הישראלי: בפסק הדין נדונה גם שאלת העיגון הנורמטיבי להכרה בתביעה נגזרת מרובה. כזכור, בתי המשפט המחוזיים לא קיימו דיון מעמיק בשאלה זו ואף נמנעו מלהכריע בה, אולם בית המשפט העליון הקדיש לכך חלק לא מבוטל מן הדיון.

בתמצית, השופטת נאור – שכתבה את חוות הדעת המרכזית – הבהירה כי אף שחוק החברות "שותק" בעניין התביעה הנגזרת המרובה, שתיקתו אינה מעידה על הסדר שלילי בנוגע לאפשרות להגיש.⁶⁴ לאחר ששללה את הטענה להסדר שלילי כחנה השופטת נאור את המקורות שעשויים לאפשר את הגשת התביעה הנגזרת המרובה, וקבעה שניתן לעגנה בשני מקורות חלופיים: האחד, דוקטרינת הרמת המסך המעוגנת בסעיף 6 לחוק החברות, ובפרט הרמת המסך ה"חלקית" הקבועה בסעיף 6(ב) לחוק, המאפשרת לבית המשפט "לייחס [...] זכות של החברה לבעל מניה בה". לפי קו טיעון זה, כאשר לחברה הבת עומדת זכות תביעה, אזי לחברה האם – שהיא בעלת מניות בחברה הבת – עומדת זכות להגיש תביעה נגזרת בשם החברה הבת. זכות זו של החברה האם, קרי הזכות להגיש תביעה נגזרת, ניתנת לייחס לבעלי המניות של החברה האם, וזוהי למעשה התביעה הנגזרת הכפולה.⁶⁵ המקור השני עניינו בגישה "נכסית", שלפיה רואים בחברה הבת נכס של החברה האם. לפי

62 שם, פס' 3(א) לפסק הדין.

63 אשר למקור הנורמטיבי להכרה בתביעה נגזרת מרובה, בית המשפט המחוזי לא הקדיש לכך דיון של ממש, אולם העיר כי הדבר אפשרי "במסגרת סעיף 194(א) לחוק החברות" (הדן בתביעה נגזרת) (שם, פס' 3(א) לפסק הדין).

64 עניין אינטרקולוני, לעיל ה"ש 1, פס' 32–33. לגישה דומה ראו גם כבוב ומימון-בלאו "תביעה נגזרת כפולה", לעיל ה"ש 35.

65 המשנה לנשיא נאור הזכירה שבאמצעות הברית הובעה ביקורת על השימוש בהרמת מסך כמקור לתביעה נגזרת מרובה, אולם קבעה שבשונה מהמצב בארצות הברית, השימוש בס' 6(ב) לחוק – שעניינו הרמת מסך "חלקית" – אינו מחייב תוצאה קשה של הסרת מסך ההתאגדות במלוואו, אלא מאפשר פתרון מירתי של ייחוס זכות פלונית לבעל מניה, ולפיכך אינו חשוף לביקורות שהובעו בארצות הברית (עניין אינטרקולוני, לעיל ה"ש 1, פס' 34–38).

גישה זו, לחברה-האם יש אינטרס ישיר בשווי החברה-הבת ונכסיה, המשפיעים בתורם על החברה-האם.⁶⁶ השופט נאור לא הכריעה בין הגישות – ששתיהן מאפשרות לשיטתה לבסס תביעה נגזרת מרובה – וסיכמה בקובעה ששתי הגישות משקפות הבנה מורכבת של קונצרן חברות, וכי היעדר אפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה יתמרץ חברות להקים חברות-בנות, ובכך להתחמק מהפיקוח של בעלי המניות (ולמעשה לעקר מתוכן את זכותם להגיש תביעה נגזרת).⁶⁷

להשלמת התמונה יצוין כי השופט הנדל התייחס גם הוא בחוות דעתו לסוגיית המקור הנורמטיבי. את חוות דעתו פתח השופט הנדל בהדגשת הממד הישראלי של הדיון בתביעה הנגזרת המרובה. לגישתו, לדיון זה חשיבות רבה במיוחד בשל מאפייני המשק הישראלי, שרבות מן הקבוצות העסקיות בו הן בעלות מבנה פירמידלי, ולכן לשיטתו יש לראות בתביעה הנגזרת המרובה אמצעי לריסון בעיות הממשל התאגידי שעלולות להתעורר בקבוצות אלה.⁶⁸ אשר למקור הנורמטיבי הסכים השופט הנדל שהגשת תביעה נגזרת מרובה אפשרית מכוח דוקטרינת הרמת המסך (החלקית), אך הסתייג מן הגישה הנכסית, בקובעו שמבנה משפטי זה "עלול לטשטש את קן הגבול בין תביעה נגזרת לתביעה ישירה". כמו כן ציין השופט לשלילה את האפשרות לפרש את הוראות חוק החברות העוסקות בתביעה נגזרת ככאלה המאפשרות גם תביעה נגזרת מרובה, משום שלשיטתו אין בהוראות אלו בסיס לשוני לתביעה הנגזרת המרובה, אלא דווקא להפך – לשונו של חוק החברות שוללת אפשרות זו.⁶⁹

התנאים להגשת תביעה נגזרת מרובה (החלת מבחן השליטה): חלק ניכר מהחלטת בית המשפט העליון, הוא הרלוונטי לרשימה זו, עוסק במבחן שבהתקיימו רשאי בעל מניות להגיש תביעה נגזרת מרובה. בית המשפט הבהיר שתביעה נגזרת מרובה לא תאושר בכל

66 שם, פס' 40. יצוין כי המשנה לנשיא נאור מדגישה, ובצדק, כי במקרים מסוימים עשויה לקום לחברה-האם עלית תביעה אישית בגין נזק שנגרם לה עצמה נגד הגורמים האחראים לנזק (שם, פס' 41). תביעה שכזו אינה מצויה ב"גבולות הגזרה" של התביעה הנגזרת, אלא היא תביעה אישית וישירה, ואם החברה-האם בוחרת שלא להגיש, בעלי מניותיה יוכלו להגיש בשמה תביעה נגזרת (רגילה ולא מרובה).
67 לא למותר לציין שגם במשפט האמריקאי אין מקור נורמטיבי ברור ואחיד שמכוחו מוכרת התביעה הנגזרת המרובה. כאשר הוכרה התביעה הנגזרת המרובה, עשו בתי המשפט כן בהתבסס על תאוריות שונות, חלקן משכנעות יותר וחלקן פחות (ראו למשל כהן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 474-475). לביקורות על התאוריות שהוצעו, ראו למשל Locascio, לעיל ה"ש 12, בעמ' 743-753; Painter, לעיל ה"ש 33, בעמ' 146-152.

68 עניין אינטרקולוני, לעיל ה"ש 1, פס' 2-3 לפסק דינו של השופט הנדל.

69 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל: "לטעמי, הקושי העיקרי בגישה זו הוא שבפרק העוסק בתובענה נגזרת, כשלעצמו, אין בסיס לשוני לאפשרות להגיש תובענה נגזרת מרובה. המחוקק בחר להסדיר, בפרק מפורט ומפורש, את התנאים והשלבים להגשת תובענה נגזרת. בפרק זה אין כל אזכור לשוני לאפשרות להגיש תובענה נגזרת מרובה. אדרבה, נאמר בסעיף [194] לחוק כי 'כל בעל מניה וכל דירקטור בחברה' רשאים להגיש תביעה נגזרת. דומני כי פשיטא שבעל מניה בחברה-האם איננו נכנס להגדרה זו". ראו גם רביב לוי ויפתח אבן טל "תביעה נגזרת כפולה" תאגידיים ח(4) 121 (2011). דומה כי קיים קושי לכאורי בגישת השופט הנדל, אשר סבר שלפי הוראותיו המפורטות והמפורשות של המחוקק בעניין תביעה נגזרת, "פשיטא שבעל מניה בחברת האם איננו נכנס להגדרה זו" (של הזכאים להגיש תביעה נגזרת), אולם לא מצא קושי בהכרה בתביעה הנגזרת המרובה "בדלת האחורית" באמצעות הוראות חוק החברות שעניינן הרמת מסך חלקית. קיימות דרכים ליישב קושי זה, ומכל מקום זה אינו מוקד רשימה זו.

מקרה שבו בעל מניה בחברה האם יבחר להגיש תביעה כזו אלא "בנסיבות המתאימות" בלבד. השאלה שהתעוררה היא אפוא מהן אותן נסיבות, ובמילים אחרות, מהו המבחן שבהתקיימו יאשרו בתי המשפט הגשת תביעה כאמור.⁷⁰

המבחן שאימץ בית המשפט נסב על קריטריון של שליטה. בית המשפט דחה את הגישה שלפיה יש להתיר הגשת תביעה נגזרת מרובה בכל שיעור החזקה ודחה גם גישה שלפיה הגשת תביעה כאמור תתאפשר רק כאשר שליטתה של החברה האם בחברה הבת היא מלאה (החזקה של 100%). חלף זאת פנה בית המשפט לגישה "ביניים": המבחן שאומץ לאישור תביעה נגזרת מרובה הוא שליטה בשרשרת ההחזקות (קרי החברה האם שולטת בחברה הבת, ששולטת בחברה הנכדה וכן הלאה). את המונח "שליטה" הציע בית המשפט לפרש לפי הוראות חוק החברות וחוק ניירות ערך, כפי שפורט לעיל.

בית המשפט לא פירט בהרחבה מדוע נבחר מבחן השליטה דווקא ולא דן בשאלה אם קריטריון השליטה – או קריטריון המבוסס על שיעור החזקה בכלל – הוא הקריטריון הרצוי לצורך תחימת היקף הזכות להגיש תביעה נגזרת מרובה. עם זאת דומה שבית המשפט היה מוטרד במיוחד מכך שבמקרים שבהם קיימת שליטה, החברה האם יכולה לנצל את שליטתה כדי למנוע מהחברה הבת למצות את זכויותיה.⁷¹ לפי תפיסה זו סבר בית המשפט כי ההצדקה לתביעה נגזרת מרובה מתקיימת במקרים של שליטה מלאה, אך גם במקרים של שליטה חלקית בכל החוליות בשרשרת, משום שלשיתתו, גם בשליטה חלקית – דהיינו שליטה בשיעור הנמוך מ-100% – יכולה החברה האם, מכוח שליטתה, למנוע מהחברה הבת לעמוד על זכויותיה. אשר למקרים של "היעדר שליטה" – שבהם לפחות באחת החוליות אין מתקיימת שליטה – צוין שככלל אין הצדקה לאפשר תביעה נגזרת מרובה, אולם בית המשפט בחר להותיר שאלה זו בצריך עיון.⁷²

בהמשך הרשימה אטען כי הדיון שנערך בפסק הדין בנושא זה של המבחן להכרה בתביעה נגזרת מרובה היה חסר בהיבטים מסוימים, וכי מבחן השליטה, כפרמטר לקביעה באילו מקרים יש לאפשר הגשת תביעה נגזרת מרובה, סובל מקשיים.⁷³

70 שאלה זו רלוונטית גם בשל החלטתו של בית המשפט להשתמש בדוקטרינת הרמת המסך החלקית לצורך הכרה בתביעה הנגזרת הכפולה, שכן ס' 6(ב) לחוק החברות קובע שבית המשפט רשאי לייחס זכות של חברה לבעל מניה בה, "אם מצא כי בנסיבות הענין צודק ונכון לעשות כן בהתחשב בכוונת הדין או ההסכם החלים על הענין הנדון לפניו".

71 עניין אינטרקולוני, לעיל ה"ש 1, פס' 47.

72 שם, פס' 48–49. אשר למקרה שנדון בפניו קבע בית המשפט כי מתקיימת שליטה בכל שרשרת החזקה, ולפיכך אין מניעה להגיש תביעה נגזרת משולשת, אולם הוסיף שאף אם היה נקבע שאין מתקיימת שליטה בכל חלקי השרשרת, אזי מדובר באחד המקרים החריגים המצדיקים הכרה בתביעה נגזרת מרובה גם מבלי שתקיים שליטה כאמור (שם, פס' 52–56).

73 להשלמת התמונה יצוין כי חלק אחר מפסק דינו של בית המשפט העליון הוקדש לשאלת גילוי המסמכים (לרבות גילוי מסמכים של חברות שונות בקונצרן חברות) ולפרשנותו של ס' 198א לחוק החברות (שם, פס' 58–66 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור; ובפסק דינו של השופט עמית). עניין אינטרקולוני היה גם מקור להחלטות נוספות בשאלות דיוניות, למשל השאלה אם ההשגה על החלטה בעניין גילוי מסמכים לפני הגשת תביעה נגזרת היא בזכות או ברשות (ראו החלטת הרשמת בנמלך בע"א 2903/13 אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שקדי (פורסם בנבו, 30.6.2013)). מאוחר יותר, ובהתבסס על המסמכים שבית המשפט הורה על מסיירתם, הגיש המבקש (שקדי) בקשה לאישור תביעה נגזרת משולשת. ראוי

יישום הלכת אינטרקולוני בערכאות הדיוניות: לאחר פסק הדין בעניין אינטרקולוני נרון הנושא שוב בערכאות הדיוניות, ובפסקי הדין השונים יושם מבחן השליטה. גם לאחר פסק הדין בעניין אינטרקולוני היו מרבית המקרים שנדונו מקרים "קלים" של שליטה מלאה.⁷⁴ במקרה אחד שבו לא דובר על שליטה מלאה, יושם מבחן השליטה, אולם לא נערך דיון מעמיק במבחן ובתחולתו, בין היתר על רקע קביעת בית המשפט שממילא אין מתקיימים התנאים לאישור תביעה נגזרת.⁷⁵ במקרה אחר שבו לא התקיימה שליטה מלאה קבע בית המשפט שהמבקש לא הניח תשתית ראייתית מספקת, ולכן הוא לא נדרש כלל לסוגיית התביעה הנגזרת הכפולה.⁷⁶ במקרה נוסף הובהרה הקביעה המובנת מאליה, שהחזקתו של פלוני במניותיהן של שתי חברות שונות (שאינן קשורות ביניהן ואינן חלק מ"שרשרת" החזקה אחת), אינה מעוררת את סוגיית התביעה הנגזרת המרובה, ומכל מקום ודאי שאין מתקיים מבחן השליטה.⁷⁷ לסיכום, בפסקי הדין המאוחרים לפרשת אינטרקולוני הוחלה ההלכה שנקבעה בה, לרבות במקרים שבהם לא התקיימה שליטה מלאה, אולם מבחן השליטה לא הועמד לדיון או למבחן של ממש.

ג. מבט ביקורתי על מבחן השליטה

כאמור לעיל, לאחר שבית המשפט הכריע כי יש הצדקה עקרונית להכיר בתביעה נגזרת מרובה בנסיבות המתאימות לכך,⁷⁸ נדרש הוא לשאלה מהן אותן נסיבות שבהתקיימן תוכר

- לציין שבקשה זו נדחתה לגופה בהחלטה מאוחרת של השופטת דנינה קרת-מאיר (ראו תנ"ג (מחוזי ת"א) 53151-03-15 שקדי נ' אינטרקולוני השקעות בע"מ (פורסם בנבו, 12.7.2018)).
- 74 ראו למשל תנ"ג (מחוזי ת"א) 12839-08-12 בן לביא נ' העמותה לקידום מצצועי חברתי של הפקידים עובדי המינהל והשירותים, פס' 100-104 לפסק דינה של השופטת רונן (פורסם בנבו, 20.10.2015) (בין היתר נדונה השאלה אם עמיתה בעמותה פלונית רשאית להגיש תביעה נגזרת כפולה בשם חברה המוחזקת בשליטה מלאה על ידי העמותה), וכן תנ"ג (מחוזי מ"ר) 35551-06-14 אדלר נ' לבנת, פס' 2-3 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 12.2.2015) (המבקשים היו בעלי מניות בחברה-אם שהחזיקה ב-99.8% מהחברה-הבת).
- 75 תנ"ג (מחוזי ת"א) Washita Services Ltd. 4001/14 נ' פיוזן דנטל גרופ בע"מ, פס' 1 (פורסם בנבו, 26.10.2015).
- 76 ת"א (מחוזי ת"א) 49690-02-16 גייגיני נ' כלכלית ירושלים בע"מ, פס' 48 (פורסם בנבו, 11.6.2017). החלטה נוספת היא החלטת בית המשפט בעניין בן-יורם (תנ"ג (מחוזי ת"א) 37473-09-12 בן יורם נ' דנקנר (פורסם בנבו, 19.10.2014)). באותו מקרה היה המבקש בעל מניות בחברה-אם, והבקשה הוגשה בשם עילה של החברה-הבת, שהוחזקה באותה עת במלואה על ידי החברה-האם. דא עקא, שלאחר שהוגשה בקשת האישור, בעקבות הסדר נושים בחברה-האם, הפסיקה החברה-האם להחזיק במניות החברה-הבת, ואלה הוקנו לצדדים שלישיים. בית המשפט קבע שם כי גדיעת הבעלות של החברה-האם בחברה-הבת "כרתה את הענף שבו נתלה התובע לשם ביסוס מעמדו כתובע בהתאם לעקרון התביעה הנגזרת המרובה". עם זאת ובין היתר מאחר שהמבקש שם קיבל במסגרת הסדר הנושים מניות ישירות בחברה-הבת, נדחתה הבקשה לסלק על הסף את הבקשה לאישור תביעה נגזרת.
- 77 תנ"ג (מחוזי מ"ר) 12264-07-16 אי.אי. אומגה אנטרפרייזס בע"מ נ' גרצנשטיין, פס' 61-65 (פורסם בנבו, 25.2.2018).
- 78 עניין אינטרקולוני, לעיל ה"ש 1, פס' 43: "מסקנתי, כאמור, כי הכללים הקיימים ופרשנותם הראויה מעניקים פתרון ראוי, והוא לאפשר לבעלי המניות בחברה האם להגיש, בנסיבות המתאימות, תביעה

תביעה שכזו, או במילים אחרות, מהו המבחן שלפיו ייקבע אם בעל מניות בחברה-האם יהיה רשאי להגיש תביעה נגזרת בשם החברה-הבת. בהקשר זה הניח בית המשפט – הנחה שנראה בהמשך שאינה מחויבת המציאות – שהמבחן הרצוי עוסק בקיומה של שליטה של החברה-האם בחברה-הבת. לפיכך אימץ בית המשפט את מבחן השליטה בשרשרת ההחזקה (קרי החברה-האם שולטת בחברה-הבת, ששולטת בחברה-הנכדה וכן הלאה), המכונה כאמור לשם הנוחות מבחן השליטה, וקבע שקיומה של שליטה הוא תנאי מספיק להכרה בתביעה נגזרת מרובה.

בחלק זה של הרשימה אטען כי בית המשפט שגה באמצו את מבחן השליטה, המעורר קשיים ניכרים. בתוך כך אנסה להראות כי הנימוקים שהציע בית המשפט לאימוץ מבחן השליטה אינם מצדיקים למעשה את אימוצו; כי הוא אינו משרת את ההצדקות להכרה בתביעה הנגזרת המרובה ואת הרציונלים שבבסיסה, לצד זאת הוא מביא לשחיקה בלתי מוצדקת בעקרונות שביסוד דיני התאגידים; וכי מבחן השליטה אינו מתחייב מדוקטרינת הרמת המסך ומהגישה הנכסית (שהם העוגנים המשפטיים שבהם נתלה בית המשפט לצורך ההכרה בתביעה הנגזרת המרובה). לפני כל אלה אבקש להציב את מבחן השליטה בהקשר המתאים, על גבי קשת האפשרויות להתמודדות עם התביעה הנגזרת המרובה. כאן אבקש להדגיש שוב שאני סבור כי נכון עשה בית המשפט שהכיר באפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה. מכל הטעמים שצוינו בפסיקה ובספרות, התביעה הנגזרת המרובה היא מוסד הכרחי, וקשה לקבל מצב שבו אפשרות זו תישלל כליל. עם זאת המבחן הקובע באילו נסיבות הדבר יתאפשר טעון בחינה נוספת.

1. גישות אפשריות להכרה בתביעה הנגזרת המרובה – הצבת מבחן השליטה בהקשר המתאים

כמעט מיותר לציין שמבחן השליטה אינו המבחן היחיד שניתן היה לאמץ בנוגע לתביעה הנגזרת המרובה. לפיכך ועל מנת להשיב לשאלה אם מבחן השליטה הוא רצוי, כדאי לעמוד, ולו עמידה ראשונית בלבד, גם על גישות אפשריות אחרות.

מבחן השליטה מצוי בנקודת ביניים בין גישות המצמצמות את ההכרה בתביעה נגזרת מרובה לבין גישות המרחיבות אותה. הפרשנות המצמצמת ביותר קוראת לשלילה מוחלטת של התביעה הנגזרת המרובה. גישה זו אינה רצויה. מן הדיון לעיל עולה שיש מקרים שבהם קיימות הצדקות טובות לאפשר תביעה שכזו. גם הפסיקה קבעה כך נחרצות ובבירור, ולכן לצרכי רשימה זו אפשרות זו אינה על הפרק.

מנגד מצויות הגישות המרחיבות את ההכרה בתביעה הנגזרת המרובה. כך, פרשנות מרחיבה אפשרית תומכת במתן זכות עמידה גורפת להגשת תביעה נגזרת מרובה לכל בעל מניות לכל אורך שרשרת ההחזקה מבלי לתחום או לסייג זכות זו.⁷⁹ אפשרות זו הוצגה

נגזרת בשמה של חברה המוחזקת – במישרין או בעקיפין – על-ידי החברה-האם. השאלה שעולה עתה היא באילו נסיבות מוצדק יהיה לאפשר הגשת תביעה נגזרת 'מרובה' כאמור [...]."

79 נקודת קצה מרחיקת לכת אף יותר היא מתן אפשרות לכל אדם, גם אם אינו בעל מניות בחברה הנפגעת או בחברות הקשורות אליה, להגיש תביעה נגזרת בשם החברה הנפגעת. לא אתיחס לאפשרות זו ברשימה זו, מהטעם שהיא אינה ריאלית והיא סותרת את הקונצנווס בכל הנוגע לתביעה נגזרת, המחייבת

בעניין אינטרקולוני, אך נדחתה:⁸⁰ בית המשפט ציין כי גישה מרחיבה זו מבוססת על שיקולי הרתעה ועל התפיסה שראוי לתקן עוולות (לפי טיעון זה, הרחבת זכות העמידה תגדיל את הסיכוי שהעוול יתוקן), אולם הוסיף שעל הגישה נמתחו ביקורות. בתוך כך צוין כי "התוויית כלל חלוט שלפיו תביעה נגזרת מרובה תתאפשר תמיד אינה מתיישבת עם הרצון להותיר שיקול-דעת לבית המשפט, לבחון את נסיבות המקרה".⁸¹ עוד צוין כי דרישה שלפיה לחברה-האם תהא החזקה בשיעור מהותי בחברה הנפגעת משרתת שיקולי מדיניות, מאחר שללא החזקה מהותית שכזו יוכל דירקטוריון החברה הנפגעת (ויתר החברות במעלה השרשרת) להגיע להחלטה עצמאית כיצד לפעול ואם להגיש תביעה, והחברה-האם לא תוכל לבלום את ההחלטה. זהו גם אחד הטעמים שבגיננו נקבע שבהיעדר שליטה ככלל אין הצדקה לתביעה הנגזרת המרובה.⁸²

נוכח ביקורות אלה דחה בית המשפט את הפרשנות הרחבה ואימץ דרישה להחזקה מהותית בשרשרת ההחזקה בדמות מבחן השליטה. בית המשפט הניח (ונקודת מוצא זו לא זכתה לדיון מעמיק עצמאי) שהמבחן הראוי צריך להתמקד בעוצמת השליטה ולהימצא על ה"סקאלה" של שיעור ההחזקות. במונח זה כאמור מבחן השליטה הוא "פשרה" בין הגישה הצרה לגישה הרחבה. אולם ספק בעיניי אם הביקורות שנזכרו לעיל הן הסיבות הטובות ביותר לדחיית הגישה הרחבה, ומכל מקום אינני סבור כי המסקנה של אותן ביקורות היא אימוץ מבחן השליטה. עם זאת קיימים טעמים אחרים (או נוספים) שמצדיקים את דחיית הגישה הרחבה. בתוך כך, וכפי שיובהר בהמשך, גישה מרחיבה אינה מתחקה אחר הגורם המתאים לייצג את החברה הנפגעת, נותנת משקל קטן מדי לפגיעה בעקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברות בשרשרת ההחזקה ועלולה לטשטש את קו הגבול שבין החברות, גם כשאין בכך צורך וכאשר מדובר בחברות נפרדות לחלוטין.

בין הגישה המרחיבה לבין זו המצמצמת קיימים מבחנים אפשריים נוספים. למשל, במישור שיעור ההחזקות ניתן לקבוע כי תביעה נגזרת מרובה תתאפשר רק במקרים של שליטה מלאה (100%) לכל אורך שרשרת ההחזקה, ולמצער במקרים של שליטה מלאה

זיקה כלשהי של התובע הנגזר לחברה הנפגעת. עם זאת אציין שמבחינה עיונית, ולעיתים גם פרקטית, אין מדובר בהצעה כה מרחיקת לכת. לא אחת אנו נתקלים במגיש תביעות נגזרות שהזיקה שלהם לחברה הנפגעת היא אפסית (למשל מחזיקים של מניה בודדת בחברה בעלת מיליוני מניות); או אף בתובעים אשר רוכשים את מניותיהם אך ורק לצורך הגשת התביעה הנגזרת (פרקטיקה זו אינה פוגעת בזכות העמידה של בעל המניות, אולם אפשר שיהיה לה משקל בבחינת תום ליבו. ראו לעניין זה תנ"ג (מתוזז ת"א) 37733-12-14 קוסובר נ' דוניץ, פס' 5 (1) לפסק הדין (פורסם בנבו, 25.3.2018)). הטעם לכך הוא שהתמריץ האמיתי בתביעה הנגזרת אינו ערך המניה של המבקש שיעלה אלא הגמול ושכר הטרחה בעד ייזום התביעה הנגזרת. ואם ממילא הזיקה של בעל המניות לחברה הנפגעת היא קלושה (ואף מלאכותית), וממילא התמריץ אינו צמוד למניה, אזי טענה שאינה מופרכת היא שמוטב "לקרוע את המסכה" מעל הדרישה לבעלות במניות ולאפשר לכל אדם להגיש תביעה נגזרת. כאמור, ברשימה זו לא אתייחס לטענה זו.

80 עניין אינטרקולוני, לעיל ה"ש 1, פס' 44.

81 שם.

82 לצד דברים אלה צוין כי גם בתביעה נגזרת רגילה לא תמיד ניתן לתקן עוול שאירע, שכן על בעל המניות לעמוד בתנאים פרוצדורליים נוספים על החזקה במניות (ראו שם, פס' 44, וכן Painter, לעיל ה"ש 33, בעמ' 153).

בחברה הנפגעת. אולם כאמור אין זה המישור האפשרי היחיד. מבחן פוטנציאלי נוסף מתבונן על סוגיית התביעה הנגזרת המרובה מנקודת מבט אחרת, שאינה כבולה כלל לשיעור ההחזקה (או לקיומה של שליטה) אלא נסמכת על עיקרון מהותי של הקניית זכות התביעה הנגזרת לתובע הנגזר המתאים ביותר, שנדמה שהייתה עליו הסכמה גם בעניין אינטרקולוני עצמו.⁸³ על פי מבחן זה, על בית המשפט לקבוע בכל מקרה לגופו אם קיימת הצדקה לתביעה נגזרת מרובה, ואם המבקש להגישה הוא הגורם המתאים לייצג את החברה הנפגעת בנסיבות העניין (או שמא יש אחרים מתאימים ממנו). במקרה כזה מבנה ההחזקות עשוי להיות רלוונטי, אולם הוא אינו חזות הכול אלא רק שיקול אחד מני רבים. שיקולים רלוונטיים נוספים עשויים להיות מידת ה"קרבה" של המבקש לחברה הנפגעת (כך למשל לבעלי מניות בחברה הנפגעת עצמה יש ככלל זיקה הדוקה יותר לחברה מאשר לבעלי מניות במעלה השרשרת); עילות התביעה הנטענות;⁸⁴ זהות הנתבעים הפוטנציאליים;⁸⁵ הטעם שבגינן גורמים קרובים יותר לא יזמו הליך בעצמם;⁸⁶ שיעור ההחזקות והאינטרס הכלכלי של המבקש; ועוד. השיקולים המוצעים הללו אינם בהכרח מתאימים לשמש מבחנים קונקלוסיביים בפני עצמם, אולם הם עשויים להיות אינדיקציות להתקיימות (או

83 ראו עניין אינטרקולוני, לעיל ה"ש 1, פס' 48 (שם ציינה המשנה לנשיא נאור כי השאיפה היא "להקנות לתובע הנכון (והמתאים) ביותר את זכות התביעה").

84 כך למשל בכל הנוגע לעילות התביעה הנטענות ייתכן שבעת בחינת השאלה של זכות העמידה של המבקש יש ליתן משקל לשאלה מהו טיב התביעה והנוק הנטען – האם למשל נטען שהנוק נגרם בשל הפרת חובת אמן, ובייחוד הפרת חובת אמן אשר מעוררת חשש לניגוד עניינים, או שמא הטענה היא להפרת חובת הזהירות, נניח בשל החלטה רשלנית שקיבלו מנהלי החברה (וראו בהקשר זה גם את ההבחנה שבין "ניהול כושל" ל"ניהול חובל" שעורך פרופ' גושן (זוהר גושן "בית משפט כלכלי וקו הגבול שבין ניהול כושל לניהול חובל" משפטים מז' 541 (2018)). יצוין כי בעמ' 556 למאמר, מציג גושן רשימה לא ממצה של סיבות שבגינן יכול להיגרם לחברה נזק מהחלטה פלונית, החל מ"מזל רע" וכלה בניגוד עניינים מובהק).

85 כך, הבחנה רלוונטית עשויה להיות בין מצב שבו הנתבעים הפוטנציאליים (קרי המעוולים כלפי החברה הנפגעת) הם המנהלים בחברה הנפגעת בלבד או צד שלישי שאינו קשור לחברות (כגון ספק של החברה הנפגעת) – מקרים שבהם החשש מניגוד עניינים קטן יותר – לבין מצב שבו הנתבעים הפוטנציאליים כוללים גם מנהלים בחברת-האם או בעלי שליטה. ראו גם עניין מנשה (לעיל ה"ש 7, פס' 35), שם מבחין בית המשפט בין מקרה של הגשת תביעה נגד נושאי המשרה ובעל השליטה לבין המקרה של הגשת תביעה נגד צד שלישי. בעולם של תביעה נגזרת מרובה, בשונה מתביעה נגזרת רגילה, דומה שלעיתים קו הגבול יכול להיות אחר, כשתביעה המוגשת נגד מנהלים המכהנים בחברה הנפגעת בלבד יוצרת חשש לניגוד עניינים מוחלש ביחס למקרים אחרים.

86 לדוגמה, האם הסיבה לכך היא ניגוד עניינים (רצון "לשמור" על המנהלים שקיבלו החלטה מזיקה) של מי שיכול להורות על הגשת תביעה, או לחלופין להגיש תביעה נגזרת רגילה, או שמא ההחלטה לא לנקוט הליך התקבלה מטעמים ענייניים. כך, לעיתים החברה-האם של החברה הנפגעת תימנע מנקיטת הליך מסיבות ענייניות, כגון החשש שהנוק מניהול ההליך יעלה על התועלת הצפויה ממנו, או משום שהחברה-האם מעוניינת למצות את הזכויות של החברה הנפגעת בדרך של מימוש השליטה שלה (החלפת המנהלים לדוגמה) ולא בדרך של הגשת תביעה. בכל הנוגע לתביעה הנגזרת המרובה תתעורר גם השאלה מדוע בעלי מניות המיעוט בחברה הנפגעת בחרו לא ליזום תביעה נגזרת רגילה – האם למשל בשל ניגוד עניינים (הנובע למשל מכך שהנתבעים הפוטנציאליים כוללים גם נציגים של בעלי מניות המיעוט, או מטובות הנאה שבעלי מניות המיעוט מקבלים מבעל השליטה על מנת להימנע מהגשת תביעה נגזרת), או שמא מטעמים ענייניים.

אי-התקיימות) הרציונלים והתכליות למתן זכות עמידה להגשת תביעה נגזרת מרובה. על רקע זה אין כוונתי להציע תבחנים ושיקולים ממצים, וייתכן שרשימה סגורה כזו אינה רצויה.⁸⁷

ודוק: יש להניח שבמקרים מסוימים, אפילו רבים, המבחנים האפשריים שמצויים בתווך שבין נקודות הקיצון יביאו לתוצאות דומות. כך למשל סביר שיהיה במקרים ה"קלים" משני הצדדים: מקרים של שליטה מלאה של החברה-האם בחברה הנפגעת (שבהם כל המבחנים או רובם יאפשרו הגשת תביעה נגזרת מרובה), או מקרים שבהם מנייתיה של החברה הנפגעת מפוזרות כולן בציבור (שבהם כל המבחנים או רובם ישללו אפשרות להגשת תביעה נגזרת מרובה). עם זאת קיימים מקרים שבהם התוצאה תהיה שונה. מקרה מרכזי כזה הוא מקרה של שליטה חלקית, ובמיוחד מקרה שבו קיימת שליטה חלקית ומניית המיעוט מפוזרות בציבור, כולן או חלקן. על פי מבחן השליטה, גם במצב של שליטה חלקית ניתן להגיש תביעה נגזרת מרובה, אולם זו לא בהכרח תהיה התוצאה על פי מבחנים אחרים.

2. הקשיים שמעורר מבחן השליטה

כזכור, נקודת המוצא לדיוננו היא שבתביעה נגזרת "רגילה" לכל בעל מניות בחברה הנפגעת – יהא שיעור החזקתו אשר יהא – יש זכות עמידה להגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת (שתאושר כמובן לפי התנאים הקבועים בסעיף 198 לחוק החברות).⁸⁸ נקודת מוצא נוספת היא שבתביעה נגזרת "רגילה" בעל המניות בחברה הנפגעת רשאי להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת, בין שיש לחברה בעל שליטה (בשליטה מלאה או חלקית) ובין שלא.⁸⁹

87 ודוק: בשונה ממבחן השליטה, מבחן מהסוג המתואר אינו קובע מראש קריטריון תוחם אלא בוחן לאחר מעשה (ex-post) אם הכרה בתביעה נגזרת מרובה במקרה נתון מוצדקת. חיסרון אינהרנטי כמעט של מבחנים מסוג זה הוא הפגיעה בוודאות המשפטית ובהסתמכות, שיקולים חשובים בתחום דיני החברות, בייחוד לעומת מבחן ברור לכאורה כגון מבחן השליטה. דומני כי החשש האמור הוא מוחלש בענייננו. ראשית, כמו במקרים רבים שבהם קיים סטנדרט עמום יחסית, בתי המשפט יוצקים לתוכו תוכן ממקרה למקרה באופן שיוצר בהדרגה תבחנים ודאיים וצפויים. שנית, בענייננו אין מדובר בסטנדרט האחריות של המעוולים כלפי החברה הנפגעת אלא בשאלה מסדר שני – מי יוכל לנקוט הליך בשם החברה למיזוי זכויותיה. בשאלה מסוג זה נדמה שהצורך בוודאות חלש ממקרים שבהם נדון סטנדרט האחריות עצמו, שיש לו חשיבות רבה יותר בהכוונת התנהגות. שלישית, גם מבחן השליטה עצמו עלול לגרור התדיינות סבוכות בשאלה אם קיימת שליטה במקרה הנדון (כפי שאכן אירע בעניין אינטרקולוני (לעיל ה"ש 1), שם חלק לא מבוטל בהחלטת בית המשפט העליון עסק בשאלה אם הייתה שליטה). מכל מקום, השיקולים הנזכרים בטקסט שלעיל (או חלקם) מאפשרים לעצב גם מבחן ידוע מראש ולא רק בדיעבד.

88 ראו ס' 194(א) לחוק החברות המתייחס ל"כל בעל מניה". זה היה המצב גם טרם כניסת חוק החברות לתוקף. אין זה המצב בכל שיטות המשפט, ובחלקן קיימת דרישה לשיעור החזקה מינימלי (ראו למשל כהן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 466–470). עוד יצוין כי בחלק אחר של שיטות המשפט קיימת דרישה שלפיה בעל המניות המגיש את התביעה הנגזרת יחזיק במניה בעת קרות הנזק ולא רק לאורך ניהול התביעה. בישראל הדרישה היא להחזקה בעת ניהול התביעה (ראו למשל ב"ש"א (מחוזי ת"א) 1570/07 נצבא חברה להתנחלות בע"מ נ' בן יקר, פס' 23 לפסק הדין (פורסם בנבו, 12.12.2008)).

89 בספרות הועלתה הטענה שחוסר עקביות זה – קרי החלת מבחן השליטה על התביעה הנגזרת המרובה בעוד לא חל מבחן דומה על תביעה נגזרת רגילה – הוא כשלעצמו שיקול נגד יישום מבחן השליטה. ראו למשל Locascio, לעיל ה"ש 12, בעמ' 748: "Another problem with the common control rationale [...] is that it is inconsistent with the law of traditional, single derivative suits [...] If policy

לעומת זאת בכל הנוגע לתביעה הנגזרת המרובה, הלכת אינטרקולוני הופכת את מושג השליטה לבעל משמעות רבה ומאמצת אותו כקריטריון מספיק לאפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה. כאמור לעיל, בפסק הדין בעניין אינטרקולוני לא פירט בית המשפט בהרחבה מדוע נבחר מבחן השליטה דווקא, אולם נדמה שיסודו של אימוץ המבחן טמון בעיקר בחשש מניגוד עניינים שימנע מהחברה הנפגעת למצות את זכויותיה, אשר עשוי להתקיים גם כאשר עסקינן בשרשרת של החזקה. לפיכך, מאחר שלגישת בית המשפט במקרים של שליטה (מלאה או חלקית) יכולה החברה-האם, מכוח שליטתה, למנוע מהחברה-הבת לעמוד על זכויותיה,⁹⁰ מוצדק להתיר הגשת תביעה נגזרת מרובת נדבכים. אלא שמבחן השליטה מעורר שורה של קשיים, שאליהם אדרש כעת.

(א) הנימוקים שבבסיס אימוץ מבחן השליטה אינם מצדיקים את אימוצו
קושי ראשון ומרכזי שמעורר מבחן השליטה נעוץ בכך שהנימוקים והרציונלים שעליהם הסתמך בית המשפט באמצעו את מבחן השליטה למעשה אינם מצדיקים את אימוצו. מהנמקתו של בית המשפט עולה שבמקרים שבהם קיימת שליטה, החברה-האם יכולה להשתמש בשליטתה כדי למנוע מהחברה-הבת למצות את זכויותיה, אולם כאשר שיעור ההחזקה נמוך, ואין מתקיימת שליטה, יכול דירקטוריון החברה המוחזקת להגיע להחלטה עצמאית בדבר הגשת התביעה, ולא ניתן לכפות על החברה הנפגעת לא למצות את זכויותיה.⁹¹

נימוק זה מעורר קשיים ואינו יכול להסביר את הבחירה במבחן השליטה. הניחו למשל שהחברה-האם מחזיקה בחברה הנפגעת ב-70%, ולפיכך היא בעלת שליטה. אמנם במצב כזה תוכל החברה-האם להשתמש בשליטתה ולמנוע מדירקטוריון החברה-הבת להגיש תביעה עצמאית. עם זאת החברה-האם לא תוכל למנוע מבעלי מניות המיעוט בחברה-הבת (המחזיקים ב-30% ממניותיה בדוגמה שלעיל) להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת (רגילה) בשם החברה-הבת. שונה המצב במקרה שבו החברה-האם היא בעלת שליטה מלאה (100%) בחברה-הבת, שאז אין קיימים כלל בעלי מניות מיעוט שיוכלו להגיש תביעה נגזרת רגילה בשם החברה-הבת.

מטעם זה הדגיש בית המשפט בעניין בן עמי כי שלילת הזכות להגשת תביעה נגזרת כפולה במקרה שבפניו, שבו התקיימה שליטה מלאה, "מקנה בעצם חופש בחירה מוחלט" לחברה-האם [ההדגשה הוספה]. חופש בחירה "מוחלט" משמעו בהכרח שליטה מלאה, שכן במצב של שליטה חלקית תמיד קיימת אפשרות שבעל מניות המיעוט בחברה-הבת

reasons justify allowing single derivative suits without a minimum stock ownership requirement, the same policy reasons should justify the allowance of a double derivative suit with no parent corporation minimum stock ownership of the subsidiary". בענייני ספק אם טיעון זה עומד כשלעצמו נגד מבחן השליטה, בין היתר מאחר שכפי שצוין לעיל בחלק 2., שיקולי המדיניות בתביעה הנגזרת המרובה והרגילה אינם זהים בהכרח, ולכן לא בהכרח מתחייבת החלת מבחן זה בשני המקרים.

90 עניין אינטרקולוני, לעיל ה"ש 1, פס' 47.

91 שם, פס' 44.

יבחר להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת.⁹² אכן, כשהשאיפה היא למנוע מצבים שבהם לא ניתן יהיה למצות את זכויותיה של החברה-הבת, הרי שעצם קיומה של שליטה – למעט במקרה ה"קל" של שליטה מלאה – אינו מונע את מיצוי הזכויות כאמור (באמצעות הגשת תביעה נגזרת רגילה על ידי בעלי מניות המיעוט), ולכן השליטה לבדה אינה מצדיקה הכרה בתביעה נגזרת מרובה.⁹³

ודוק: לעצם הבחירה של בעלי מניות המיעוט בחברה הנפגעת לא לזוּם הליך תביעה נגזרת יש לייחס משמעות אף אם אפשר שתהיינה דעות שונות על טיבה של משמעות זו. לפיכך כאשר אין מובא כל טעם המסביר, או יכול להסביר, מדוע אותם בעלי מניות מיעוט אשר יכולים לזוּם הליך תביעה נגזרת רגילה בשם החברה הנפגעת אינם עושים כן (למשל בשל קיומו של ניגוד עניינים), ההצדקה לאפשר תביעה נגזרת מרובה נחלשת.⁹⁴ בהקשר זה אוסיף כי בנוגע לתביעה הנגזרת הרגילה קיימת עמדה שלפיה החלטה מודעת של אספת בעלי המניות (למשל בדרך של הצבעה) לא להגיש תביעה שוללת את זכותו של בעל מניות פלוני להגיש תביעה נגזרת.⁹⁵ ההיגיון שבבסיס עמדה זו פשוט: לבעלי המניות ניתנה הזכות להגיש תביעה נגזרת בשמה של החברה. כאשר האספה הכללית, ברוב לא נגוע של בעלי המניות, בוחרת במודע ופוזיטיבית לא לממש זכות זו,⁹⁶ הדבר שולל מניה וביה את זכותם של בעלי מניות אחדים לפעול בניגוד לעמדתה.⁹⁷ ההיגיון האמור חל, ואולי ביתר שאת, גם בעולם התביעה הנגזרת המרובה. במקרים שבהם החברה-האם – שהיא בעלת השליטה (וכן

92 עניין בן עמי, לעיל ה"ש 52, פס' 51 (וראו גם התיאור והדיון בפסק הדין בעניין בן עמי, בה"ש 52–58 לעיל והטקסט הסמוך להן).

93 ניתן להשקיף על הקושי גם מכיוון אחר: בתביעה הנגזרת הרגילה בעיית הנציג מתעוררת במישור שבין בעלי המניות בחברה הנפגעת לבין מנהלי החברה הנפגעת (למשל דירקטוריון החברה), ואילו בתביעה הנגזרת המרובה נכנסים לתמונה בעלי מניות המיעוט בחברה הנפגעת, שלהם עומדת הזכות להגיש תביעה נגזרת רגילה, והם עשויים "להתיר את הקשר".

94 זאת משום שללא טעם המסביר מדוע בעלי מניות המיעוט נמנעים מנקיטת הליך, ניתן להניח שמדובר בבחירה רציונלית ועניינית לא לנקוט הליך או בהחלטה למצות את זכויות ההון שלהם בדרך אחרת. בהקשר זה יוער כי עצם קיומה של "אדישות רציונלית" של בעלי המניות בחברה הנפגעת היא לא טיעון מספיק כדי לאפשר תביעה נגזרת מרובה על ידי בעלי המניות בחברה-האם (ובדומה לזה, אדישותם של בעלי המניות בחברה-האם אינה מצדיקה תביעה נגזרת מרובה מצד בעלי מניות בחברה-הסבתא). כפי שצוין לעיל, התמריץ של בעל המניות לזוּם הליך נגזר אינו מסתכם בתועלת שהוא מקבל מטובת ההנאה הנובעת מהחזקתו האישית במניות, אלא נעוץ בעיקר בגמול המיוחד שלו הוא זוכה כתובע נגזר. תמריץ זה מוציא את בעלי המניות מאדישותם.

95 ראו למשל Daniel R. Fischel, *The Demand and Standing Requirements in Stockholder Derivative Actions*, 44 U. CHI. L. REV. 168 (1976). בעמ' 201–203 למאמר, דן פישל (Fischel) במשמעות של הצבעה שלילית של בעלי מניות, קרי הצבעה נגד נקיטת הליך משפטי. לעמדתו, הצבעה כזו שוללת, ככלל, את האפשרות להגיש תביעה נגזרת. וראו גם דבריו של פרופ' גרוס (יוסף גרוס חוק החברות החדש 328 (מהדורה רביעית, 2007)), שמציין שאספת בעלי המניות יכולה לאיין את התביעה הנגזרת גם על דרך של אשרור הפעולה המפרה עצמה.

96 מבחינה מעשית, בעל המניות המעוניין להגיש תביעה נגזרת נדרש כאמור להקדים פנייה לחברה על מנת שזו תבחר אם למצות בעצמה את זכויותיה. בטווח הזמן הזה יכולה האספה הכללית להתכנס ולקבל החלטה כאמור.

97 גם פרופ' ברק סבור שהחלטת בעלי מניות לא לתבוע היא החלטה מכרעת אם התקבלה על ידי רוב מבעלי המניות הלא נגועים (ראו ברק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 295).

בעלי מניות המיעוט בחברה הנפגעת) – אינה "נגועה" ובוחרת במודע לא לממש את זכות התביעה הנגזרת הרגילה שמוקנית לה, יש קושי בעקיפת החלטתה על ידי מתן זכות עמידה לבעל מניות במעלה השרשרת. אלא שמבחן השליטה אינו מביא בחשבון היבטים אלה ומסתפק בעצם קיומה של שליטה כתנאי מספיק להגשת תביעה נגזרת מרובה. לשון אחר, על פי מבחן השליטה, גם כאשר בעלי המניות של החברה הנפגעת (ובתוך כך בעלת השליטה) אינם "נגועים", יוכלו בעלי מניות במעלה השרשרת לעקוף את החלטתם ולהגיש תביעה נגזרת מרובה בשם החברה הנפגעת. מצב זה מעורר קושי.

יתר על כן, אימוץ מבחן השליטה אינו מתיישב עם אמירות נוספות של בית המשפט בפסק הדין. כך, למשל, כאשר בית המשפט קבע שככלל במקרה של היעדר שליטה אין להכיר בתביעה נגזרת מרובה,⁹⁸ הוא נימק את החלטתו בכך שבמקרים אלה "קיימים גורמים אחרים היכולים להעניק לחברה הנפגעת את הסעד (למשל: חברות מוחזקות בשרשרת ההחזקה אשר אינן נשלטות על-ידי החברה האם [...])."⁹⁹ דברים אלה נכונים, אלא שהם נכונים גם במקרים שבהם קיימת שליטה חלקית. כאמור, אף אם נניח שהחברה הנפגעת נשלטת ב-90% על ידי החברה האם, עדיין יש בעלי מניות מיעוט המחזיקים ב-10% מהון המניות, שהם בגדר "גורמים אחרים" שיכולים להעניק לחברה הנפגעת את הסעד באמצעות ייזום תביעה נגזרת רגילה. הקושי המתואר לעיל מתעורר במיוחד כאשר מדובר בחברה ציבורית, שבה מניות המיעוט עשויות להתפזר בין בעלי מניות רבים, ולכן מבחינה פרסונלית יש רבים שיכולים לסייע לחברה למצות את זכויותיה.

ואכן, במקום אחד צוין כי על פי ההצדקות ושיקולי המדיניות שבבסיס התביעה הנגזרת, מושג השליטה הוא לא רלוונטי ואינו קשור בקשר רציונלי לשיקולי המדיניות או לשאיפה להקנות את זכות התביעה "לתובע המתאים ביותר".¹⁰⁰ דומה כי בדברים אלה יש ממש.

(ב) חוסר הלימה לרציונלים שבבסיס התביעה הנגזרת המרובה

כאמור לעיל, התביעה הנגזרת – וכמוה גם התביעה הנגזרת המרובה – מצויה בתוך שבין הצורך בהרתעה ובפיצוי בעלי המניות לבין עקרונות איההתערבות והאישיות המשפטית הנפרדת. כמו במקרים רבים אחרים שבהם נדרש המשפט להכריע בין שיקולי מדיניות סותרים, המבחן המשפטי – ובענייננו מבחן השליטה – נועד להיות מסגן (פילטר) שמטרתו לסנן "החוצה" את התביעות הלא ראויות ולסנן "פנימה" את התביעות הראויות. קושי מרכזי נוסף של מבחן השליטה נובע אפוא מכך שעל פי מבחן זה, בכל מצב שבו קיימת שליטה – ללא יוצא מן הכלל – תתאפשר הגשת תביעה נגזרת מרובה. במילים אחרות, שליטה היא תנאי מספיק לזכות עמידה להגשת תביעה כאמור, גם במקרים שבהם השליטה חלקית, וכאשר כבר קיימים תובעים בחברה הנפגעת עצמה (או במקרה של תביעה

98 עניין אינטרקולוני, לעיל ה"ש 1, פס' 48. אחר דברים אלה תיארה המשנה לנשיא נאור כמה מקרים שבהם, על פי הספרות המשפטית, יש מקום להכיר בתביעה נגזרת מרובה גם בהיעדר שליטה (או במקרה של שליטה חלקית). חלק מן המקרים הללו אינם חפים מקשיים, אולם הדבר חורג מגדרי רשימה זו. מכל מקום, כאמור, בית המשפט הותיר בצריך עיון את השאלה "באילו נסיבות ניתן להכיר ביכולת להגיש תביעה נגזרת מרובה אף בהיעדר שליטה" (שם, פס' 49, 51).

99 שם, פס' 48.

100 Examination of the Multiple Derivative Suit, לעיל ה"ש 16, בעמ' 941.

נגזרת משולשת – גם בחברה האם), שבכוחם לזיזם הליך משפטי – של תביעה נגזרת מרובה או רגילה – כגון בעלי מניות מיעוט בחברה הנפגעת עצמה או בחברה האם. הקביעה שקיומה של שליטה מאפשר – אפריורי – להגיש תביעה נגזרת מרובה היא בעייתית. היא עלולה להוביל להכרת יתר בתביעות נגזרות מרובות גם כאשר ההצדקות והרציונלים הרלוונטיים אינם תומכים בכך, ולהרחבת יתר של זכות העמידה להגשת תביעה נגזרת מרובה, בייחוד לנוכח העובדה שקביעה כזו כרוכה בשחיקה ובמתן משקל חסר לעקרונות שביסוד דיני התאגידים, ובראשם עקרון האישיות המשפטית הנפרדת ועקרון אי-ההתערבות. לכאורה, ניתן לטעון שמעת שזכות התביעה נלקחת מהחברה הנפגעת, אין עוד חשיבות לשאלה אם התובע הוא בעל מניות בחברה או שמא בחברה האם, בחברה הסבתא וכך הלאה. אולם טיעון זה אינו משכנע. ככל ש"מעגל" הזכאים להתערב בענייניה של החברה ולהחליף את שיקול דעתה גדל – כך גדל הכרוסם בעקרונות האישיות המשפטית הנפרדת ואי-ההתערבות, וניתנת לגורמים נוספים האפשרות להתערב בנייהולה של החברה הלכה למעשה. לכך נדרשת הצדקה, אלא שמהטעמים המובאים לעיל קיומה של שליטה כשלעצמו אינו הצדקה כזו. יתר על כן, יש משמעות לשאלה מיהו הגורם אשר תינתן לו הזכות לייצג את החברה הנפגעת.¹⁰¹ כך, בתחומים שונים של המשפט, לרבות בעולם התביעות הנגזרות והייצוגיות, השאלה מיהו המייצג המתאים או הנכון ביותר של קבוצה פלונית (או של מטרות או עילות כלשהן) היא רלוונטית.¹⁰² לדוגמה, לעיתים קיומם של גורמים בעלי זיקה הדוקה יותר או נפגעים "ישירים" יותר – אשר בחרו לא לפנות לבית המשפט – עשוי להשליך על התוצאה,¹⁰³ ובאחד המקרים גם נקבע כי יש להציב "גבולות

101 על כך שזכותו של בעל המניות היא הזכות לייצג את החברה, ראו למשל את דברי השופט גרוסקופף בתנ"ג (מחוזי מר') 10466-09-12 חברת השקעות דיסקונט בע"מ נ' דנקר, פס' 23 (פורסם בנבו, 4.1.2018).

102 ראו למשל ס' 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006, המתיר ל"ארגון" להגיש תביעה ייצוגית רק אם שוכנע בית המשפט שבנסיבות העניין קיים קושי להגיש את הבקשה בידי אדם שיש לו עילת תביעה אישית. יש להעיר שבניגוד לדין בנוגע לתביעות ייצוגיות, שבמסגרתן רשאי בית המשפט לאשר תביעה ייצוגית תוך החלפת התובע המייצג, בתביעות נגזרות אין קיים בחוק מנגנון של החלפת התובע הנגזר, ובפסיקה נקבע שבעניין זה לא ניתן להחילו החלה שיפוטית (תנ"ג (מחוזי ת"א) 20087-11-11 בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' חמו, פס' 36–38 (פורסם בנבו, 14.6.2012)).

103 זהו המצב למשל בכל הנוגע לזכות העמידה של עותר פרטי לעומת עותר ציבורי במשפט החוקתי והמנהלי. כך, בבג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429, 440 (1980) נקבע כי: "השאלה הניצבת לפני בית המשפט היא, האם העותר שלפניו הוא האדם הנכון להביא את השאלה להכרעה שיפוטית?" (ההדרגה הוספה). וראו גם בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו(2) 62, 69 (2003): "בצד הרחבת תחום פריסתה של זכות העמידה נשמר הכלל שלפיו לא ייעתר בית-המשפט בדרך-כלל לעתירה ציבורית מקום שברקע העניין מצוי נפגע פרטי אשר אינו פונה לבית-המשפט בבקשת סעד על פגיעתו. וכך, מקום שהעתירה תוקפת מעשה מינהלי הפוגע בזכות או באינטרס של אדם מסוים, ואותו אדם נמנע מלעותר לבית-המשפט, עשוי בית-המשפט שלא להכיר בזכות העמידה של העותר הציבורי גם אם העניין שהוא מבקש להביא להכרעה נוגע לנושא בעל חשיבות ציבורית כללית". בהקשר זה מעניינת ורלוונטית ההשוואה שעורך פרופ' גושן בין תפקידו של בית המשפט בדיני החברות לבין תפקידו של בג"ץ (גושן, לעיל ה"ש 84, בעמ' 572).

סבירים" לנכונות להרחיב את מעגל התובעים.¹⁰⁴ תחומים משפטיים אלו אינם זהים לתחום הנדון ברשימה זו, אולם הקניית זכות העמידה למייצג המתאים ביותר אינה זרה לשיטת המשפט שלנו.

גם ההיבט ההרתעתי אינו מצדיק כשלעצמו אימוץ של מבחן השליטה. כידוע, התכלית ההרתעית אינה קוראת לעודף הרתעה אלא מבקשת להתחקות אחר הרתעה אופטימלית. לפיכך קריטריון המוצדק מבחינה הרתעית הוא כזה שתוחם את ההרתעה באופן הרצוי. לא מצאתי הסבר משכנע מדוע קיומה של שליטה (לרבות שליטה חלקית) הוא קריטריון תוחם שכזה. לדוגמה, ראינו לעיל שכאשר מדובר בשליטה חלקית, קיימים גורמים אחרים שיכולים ליזום הליך למיצוי זכויותיה של החברה הנפגעת, ולפיכך עדיין מונפת "חרב" מעל ראשם של המעוולים בכוח, בדמות האפשרות שתוגש נגדם תביעה נגזרת. אמנם לכאורה בהרחבת מעגל התובעים הפוטנציאליים יש משום הגברת ההרתעה (שכן תאורטית גדל הסיכוי להגשת תביעה בגין נזקים שנגרמו לחברה הנפגעת על ידי המעוולים), אולם בכך אין די. ראשית, הרחבת מעגל התובעים מגבירה את ההרתעה גם במקרה שבו אין שליטה. מדוע אפוא היא תהא מוצדקת א־פריורי רק במקרים של שליטה¹⁰⁵ (בייחוד נוכח הקביעה בעניין אינטרקולוני שלפיה, ככלל, במקרים של היעדר שליטה לא יהיה מוצדק להרחיב את מעגל התובעים)? שנית, לעיתים מספרם של אלה שיכולים ליזום תביעה נגזרת רגילה הוא ממילא גדול (זהו המצב למשל במקרה שבו מניות המיעוט בחברה הנפגעת מפוזרות בציבור), ולפיכך להגדלת מעגל התובעים הפוטנציאליים תהיה השפעה הרתעית זניחה. שלישית, ככלל, אין סיבה לסבור שדווקא במעגל ה"שני" ימצאו מי שמעוניינים להגיש תביעה נגזרת מרובה, כאשר במעגל ה"ראשון" לא נמצאו כאלה המעוניינים להגיש תביעה נגזרת רגילה. יתר על כן, "התוספת ההרתעית" הכרוכה בהרחבת מעגל התובעים לפי קריטריון של שליטה עלולה להוביל להרתעת יתר. זאת, בין היתר משום שמבחן השליטה אינו מביא בחשבון שיקולים אחרים שעשויים להיות רלוונטיים לשאלת ההצדקה (או אי-ההצדקה) למתן זכות עמידה בתביעה נגזרת מרובה – למשל האופן שבו מניות המיעוט מפוזרות, כאמור לעיל – והוא אף עלול לשמש כלי של בעלי מניות מיעוט ל"ניגוח" בעלי שליטה

104 ראו למשל דברי השופט גרוסקופף בת"צ (מחוזי מר') 41838-09-14 ויינשטיין נ' מפעלי ים המלח בע"מ, פס' 19 (פורסם בנבו, 29.1.2017): "הנכונות המסתמנת להכיר בזכותו של 'צרכן עקיף' אין משמעה, בהכרח, כי כל מי שמבחינה כלכלית נשא בעלות בגין העוולה ההגבלית הוא בעל זכות תביעה משפטית. במילים אחרות, גם אם קיימת נכונות להרחיב את מעגל התובעים, תוך קירוב מצב הדברים המשפטי למצב הדברים העובדתי-כלכלי, אין משמעות הדברים כי מעגלי התובעים יורחבו עד אין קץ [...] הרחבת עילת התביעה המשפטית לכל גורם שעלות המוצרים או השירותים שרכש התייקרה בעקבות ההפרה ההגבלית אינה רצויה ואינה הכרחית. היא אינה רצויה מאחר שלניתוח המשפטי יש לשים גבולות סבירים, שיתחמו את זהות התובעים באופן הניתן לניהול על ידי מערכת המשפט; היא אינה הכרחית מאחר שהמשפט ידע ויודע להציב דרישות 'יריבות' או 'קירבה' הקוטעות את הרצף האינסופי של אירועי 'סיבה ומסובב', ומתמקדות באותם מעגלים הקרובים לפגיעתה של ההפרה."

105 ואכן, יש הטוענים כי מבחן השליטה יוצר הרתעת חסר, וכי הגשמת התכלית ההרתעית מצדיקה להרחיב את האפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה לכל בעל מניות בחברה-אם (או למעלה מכך) ולא להגביל אותה דווקא למצבים של שליטה. ראו למשל Locascio, לעיל ה"ש 12, בעמ' 750-751; Examination of the Multiple Derivative Suit, לעיל ה"ש 16, בעמ' 938.

(חלף הצבת טובת החברה בראש מעייניו של המבקש להגיש תביעה נגזרת).¹⁰⁶ עוד בהיבט הרתעת היתר, מבחן השליטה אף עלול להוביל לעיוות תמריצים לא רצוי, למשל בכך שנושאי המשרה בחברה הנפגעת יקדישו משאבים לא רק לטובת החברה ולטובת בעלי המניות של החברה שבה הם מכהנים, אלא יידרשו "לרצות" את כל בעלי המניות לאורך שרשרת החזקות,¹⁰⁷ עניין היוצר בזבוז משאבים ואף עלול להוביל להחלטות לא רצויות. האמור לעיל מלמד אף הוא על השרירותיות שבמבחן השליטה ומעורר את השאלה אם הוא עדיף על מבחנים אחרים.

זאת ועוד, גם תכלית ההגנה על בעלי המניות ופיצויים אינה מצדיקה את אימוץ מבחן השליטה דווקא. מבחינת הפיצוי, אין כל טעם ליצור הבחנה בין חברות שיש בהן שליטה לבין חברות שאין בהן שליטה. ככלל, בעלי המניות בחברה-האם זכאים להגנה באותה מידה בין שהחברה-האם שולטת בחברה הנפגעת ובין שלא, אם זה במישור האינטרס הכלכלי של אותם בעלי מניות¹⁰⁸ ואם זה משום שאלה כמו אלה הם בעלי מניות, על כל הזכויות והחובות הנלוות לכך. שילוב העובדה שמבחן השליטה אינו משרת את ההצדקות שבבסיס התביעה הנגזרת המרובה עם העובדה שהוא אינו מגשים את הנימוקים שלכאורה היו בבסיס אימוצו, מחליש את ההחלטה לאמצו.¹⁰⁹

ודוק: באמצו את מבחן השליטה קיבל בית המשפט את ההנחה שאין לשלול את התביעה הנגזרת המרובה, אולם יש להגביל את חוג התובעים הפוטנציאליים. התפיסה הגלומה במבחן השליטה היא שפתרון ביניים זה משרת במידה המיטבית את הרציונלים של התביעה הנגזרת המרובה. מהדיון לעיל עולה כי מבחן השליטה אינו מגשים רציונלים אלו (או למצער מגשים אותם חלקית ביותר). זאת ועוד, מסופקני אם יש מקום להידרש לקריטריון של שליטה או לכל קריטריון אחר שינסה לשקף בעקיפין את הרציונלים האמורים. ייתכן כי דרך ישירה יותר היא בחינה שיערוך בית המשפט, בכל מקרה לגופו, אם הנסיבות מצדיקות הכרה בתביעה נגזרת מרובה, ומתן זכות עמידה למבקש הספציפי בפרט, וזאת בראי הרציונלים והתכליות של התביעה הנגזרת.¹¹⁰

106 מניע בעייתי כזה להגשת תביעה נגזרת אמור לקבל ביטוי גם בדרישת תום הלב הקבועה בס' 198 לחוק החברות.

107 יוזכר בהקשר זה כי חובתם העיקרית של נושאי המשרה היא כלפי החברה עצמה (ראו למשל ס' 252 ו-254 לחוק החברות). על השאלה מהי תכליתה של החברה – ובתוך כך השאלה "לטובת מי" נדרשים לפעול נושאי המשרה – נכתבו מילים רבות. להרחבה, ראו למשל ידידיה צ' שטרן תכלית החברה העסקית (2009). כך או כך, נדמה שהאפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה מוסיפה למשוואה קהל נוסף של "בעלי עניין" (stakeholders): בעלי המניות בחברה-האם, הסבתא וכן הלאה.

108 על פי מבחן השליטה, האינטרס הכלכלי של בעל מניות בחברה-אם (בהתקיים שליטה) בשיעור החזקות מסוים זוכה להתחשבות, לעומת האינטרס הכלכלי של בעל מניות בחברה-אם בעל שיעור החזקות זהה (בהיעדר שליטה) שאינו זוכה להתחשבות.

109 לא למותר לציין שגם משיקולים של עלויות ההתדיינות המשפטית מעורר מבחן השליטה קושי, שכן הוא עלול להוביל להגדלת עלויות ההתדיינות בגלל קשיים ביישומו, דהיינו יישום השאלה אם מתקיים מבחן השליטה במקרה ספציפי. דוגמה לקושי זה מצויה בפרשת אינטרקולוני עצמה, שם חלק מרכזי מפסק הדין הוקדש לשאלה זו. וראו גם Locascio, לעיל ה"ש 12, בעמ' 747–748.

110 וראו על כך גם בה"ש 87 לעיל ובטקסט הסמוך לה.

לבסוף, ההחלטה שעצם קיומה של שרשרת שליטה הוא תנאי מספיק – אפריורי – להגשת תביעה נגזרת מרובה עשויה להיות בעלת השלכות בעייתיות על דיני החברות ועל זכויות בעלי מניות גם בהיבטים החורגים מהתביעה הנגזרת המרובה. הוראות חוק רבות מקנות לבעלי מניות כלים שיאפשרו להם לשמור על זכויותיהם ועל ערך המניה שהם מחזיקים וכן למנוע את קיפוחם. כך, למשל, סעיפים 184–187 לחוק החברות מסדירים את זכויות העיון של בעלי מניות במסמכים שונים של החברה; סעיף 191 לחוק החברות מעגן את זכויות בעלי המניות במקרה של קיפוח; סעיף 62 לחוק החברות מקנה לבעלי מניות זכות לפנות לבית המשפט כדי שזה יורה על כינוס אספה שנתית, ועוד. מהקביעה שבעל מניות היא זכאי להגיש תביעה נגזרת מרובה בכל מקרה שבו מתקיימת שרשרת שליטה, ללא יוצא מן הכלל, עלולה להשתמע תפיסה של "שוויון" בין בעל מניות בחברה-האם לבעל מניות בחברה הנפגעת, ושל טשטוש קן הגבול שבין בעלי מניות בחברה לבין בעלי המניות בחברה-האם, גם באותם תחומים נוספים של זכויות וחובות בעלי מניות (בבחינת "מדרון חלקלק"). כך למשל ניתן יהיה להעלות טענות שלפיהן במקרים שבהם מתקיימת שליטה מוצדק לאפשר גם לבעלי מניות בחברה-האם להעלות טענות בדבר קיפוח המיעוט; דרישות לקבלת מסמכים שונים; וכדומה. הלא גם הסדרים אלה נועדו לתת לבעלי מניות כלים לפיקוח על התנהלות החברה ומנהליה ולשמירה על זכויותיהם, ולפיכך לא מן הנמנע שתועלה טענה שדי בקיומה של שליטה כדי להקנות את הזכויות הנטענות לבעלי מניות במעלה שרשרת ההחזקות (בין באמצעות הכלי הדיוני של הרמת מסך חלקית ובין אחרת). טשטוש גבולות כזה עשוי להיות לא יעיל, בין היתר במקרים שבהם מעורבות היתר תביא לסרבול פעילות החברה ולהקצאת משאבים לא יעילה. הוא אף עשוי לחרוג באופן אגבי ובלא מודע מהיקף ההגנה שהמחוקק התכוון להקנות לבעלי מניות בחברה-אם. מכל מקום, גם מבלי לקבוע עמדה נחרצת בשאלה זו, אימוץ מבחן השליטה מחייב להתייחס גם להשלכות פוטנציאליות אלה.

(ג) מבחן השליטה אינו התוצאה המתחייבת מדוקטרינת הרמת המסך ומהגישה הנכסית כזכור, בית המשפט העליון ביסס את ההכרה בתביעה הנגזרת במשפט הישראלי על שתי קונסטרוקציות משפטיות חלופיות: דוקטרינת הרמת המסך – שלפיה הזכות להגיש תביעה נגזרת, העומדת ברגיל לבעלי המניות בחברה הנפגעת, תיחס לבעל המניות בחברה-האם – והגישה ה"נכסית", שלפיה לחברה-האם יש אינטרס כלכלי בשווייה של החברה-הבת (הנפגעת), ואשר בשמה ניתן להקנות זכות עמידה גם לבעל המניות בחברה-האם.¹¹¹ הקונסטרוקציות המשפטיות הללו הן רק בגדר "כלי" משפטי לעיגון התביעה הנגזרת המרובה, והן אינן מצדיקות כשלעצמן תמיכה בקריטריון זה או אחר להבחנה בין המקרים שבהם תוכר תביעה נגזרת מרובה לבין מקרים שבהם היא לא תוכר. קריטריון זה, כאמור לעיל, צריך להיקבע ולהיגזר מהרציונלים ומהשיקולים הנוגעים לתביעה הנגזרת המרובה.

111 נזכיר שבעניין אינטרקולוני (לעיל ה"ש 1) הסתייג השופט הנדל מן הגישה הנכסית, בקובעו שמבנה משפטי זה "עלול לטשטש את קן הגבול בין תביעה נגזרת לתביעה ישירה" (שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל).

עם זאת לא למותר לציין שמבחן השליטה אינו בהכרח עולה בקנה אחד עם הרוח של אותן קונסטרוקציות משפטיות שהוצעו לעיגון התביעה הנגזרת המרובה. כך, למשל, דוקטרינת הרמת המסך (החלקית) מאפשרת לבית המשפט "לייחס [...] זכות של החברה לבעל מניה בה, אם מצא כי בנסיבות הענין, צודק ונכון לעשות כן בהתחשב בכוונת הדין".¹¹² כאמור, השאלה מתי "צודק ונכון" להכיר בתביעה נגזרת מרובה נגזרת מן הרציונלים לתביעה הנגזרת המרובה, ונושא זה נדון לעיל. לענייננו, מאחר שהזכות להגיש תביעה נגזרת "רגילה" מוקנית לכל בעלי המניות בחברה הנפגעת – בין כאשר לחברה הנפגעת יש בעל שליטה ובין כשאינן בה גרעין שליטה – עולה השאלה מדוע יהיה מקום לבצע הרמת מסך ו"לשרשר" זכות זו כלפי מעלה רק במקרים שבהם קיימת שליטה. אכן, השילוב של אימוץ מבחן השליטה (כקריטריון מהותי) עם דוקטרינת הרמת המסך (ככלי לעיגון משפטי) יוצר מצב שבו המונח "צודק ונכון" יפורש, כמעט בהכרח, כחל במקרים שבהם מתקיימת שרשרת שליטה (וכלפי בעלי המניות שהם חלק משרשרת השליטה). פרשנות זו כאמור אינה רצויה ואינה מתחייבת. יתר על כן, ספק אם פרשנות כזו עולה בקנה אחד עם הפרשנות המצמצמת הנקוטה במשפטנו בדבר הרמת מסך,¹¹³ ועלולות להיות לה השלכות שליליות המרחיבות את השימוש בהרמת המסך גם בהקשרים שמחוץ לתביעה הנגזרת המרובה.

ברומה לכך, גם השילוב של מבחן השליטה עם הקונסטרוקציה הנכסית (שכאמור לא זכתה לתמימות דעים) מעורר שאלות. בית המשפט ציין בעניין אינטרקולוני כי "לבעל מניות [...] אינטרס ישיר בתוצאות התביעה, שכן עוול שנגרם במורד אשכול החברות פוגע גם באינטרסים של החברה במעלה האשכול, שבה יש לו אחזקות".¹¹⁴ אולם אם אכן זה המצב (ונזכיר שבמקרים רבים אינטרס ישיר זה הוא זניח, כאשר בעל המניות מחזיק מניות בשיעור מזערי), מדוע לייחד את התביעה הנגזרת הכפולה דווקא למקרים שבהם מתקיימת שרשרת שליטה? שהרי גם במצב שבו אין מתקיימת שרשרת שליטה, בעלי המניות בחברה האם הם בעלי אינטרס כלכלי בחברה הנפגעת.¹¹⁵ מבחן השליטה עלול להביא אפוא להבחנה לא

112 ס' 6(ב) לחוק החברות. יצוין כי היו שטענו שהתביעה הנגזרת המרובה יכולה להתבסס גם על הרמת מסך "מלאה", קרי הרמת מסך ההתאגדות והתייחסות לחברה האם ולחברה הבת כמעין ישות משפטית אחת. גישה זו היא מוקשה, ומכל מקום, הכרה בתביעה נגזרת מרובה רק במקרים הקיצוניים המצדיקים הרמת מסך מלאה תאיין כמעט את האפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה (ראו לעניין זה Painter, לעיל ה"ש 33, בעמ' 147–148; Locascio, לעיל ה"ש 12, בעמ' 745; עניין אינטרקולוני, שם, פס' 38).

113 ראו למשל ה"פ (מחוזי ת"א) 35304-09-13 בן חיים נ' זיידלר, 14–18 והאסמכתאות המובאות שם (פורסם בנבו, 16.3.2016); ה"פ (מחוזי ת"א) 40159-08-10 שילוני נ' First Samco, Inc, פס' 23 (פורסם בנבו, 2.10.2013).

114 עניין אינטרקולוני, לעיל ה"ש 1, פס' 40 (ציטוט מספרו של פרוקצ'יה), וראו עוד, שם: "לחברה האם ישנו אפוא אינטרס ישיר בשוויין של המניות, הנגזר בין היתר משווי נכסיה של החברה הבת. מכאן, שפגיעה בחברה הבת או בנכסיה עשויה להוביל לירידת שווייה, דהיינו לפגיעה בערכו של הנכס שהחברה האם מחזיקה. כפועל יוצא מכך נפגע גם השווי של החברה האם, המהווה נכס בקרב בעלי מניותיה".

115 לא קשה לחשוב על דוגמאות שבהן אינטרס כלכלי של בעל מניות בחברה ללא בעל שליטה יהיה גדול משל בעל מניות מיעוט בחברה שיש לה בעל שליטה, כששווי החברות עצמן שווה. הניחו את המקרה הזה: חברה נפגעת א מוחזקת על ידי חמש חברות בחלקים שווים (20% כל אחת, ולכן אף לא לאחת מן

מוצדקת בין בעלי מניות שאין ביניהם שוני רלוונטי לעניין שיעור ההחזקות. אעיר כי אינני טוען ברשימה זו שמבחן השליטה הוא צר מדי, או כי יש לאפשר הגשת תביעה נגזרת מרובה גם כאשר אין קיימת שליטה (להפך – דעתי היא שמבחן השליטה עלול להיות דווקא רחב מדי, כאמור לעיל). אולם הטיעון שלעיל נועד להראות שעצם הבחירה בקריטריון ביניים אינו תמיד מאזן נכונה בין שיקולים נוגדים. תוכנו של מבחן הביניים הוא הקובע, אלא שלעיתים הוא עלול להתגלות כלא רצוי, בבחינת "תפסת מרובה לא תפסת".

ד. סיכום

בעניין אינטרקולוני קבע בית המשפט העליון לראשונה כי קיימת הצדקה עקרונית להכיר באפשרות להגיש תביעה נגזרת מרובה. דומה כי נכון עשה בית המשפט כשהכיר באפשרות זו. ההצדקות שבבסיס התביעה הנגזרת המרובה, ובתוך כך הצורך לתת מענה למבנים תאגידיים מורכבים ולחשש שמא אלה יהיו "עיר מקלט" מפני אכיפה אזרחית, מחייבים להכיר בתביעה נגזרת מרובה במקרים המתאימים, ואין לקבל מצב שבו אפשרות זו תישלל כליל.

בד בבד דן בית המשפט בשאלת המבחן שבהתקיימו יהיה ראוי להכיר בתביעה נגזרת מרובה. בית המשפט דחה את הטענה שתביעה נגזרת מרובה תתאפשר רק במצב של שליטה מלאה בכל שרשרת ההחזקה, ודחה גם את טענת הקיצון השנייה, לפיה בעל המניות בחברה-האם רשאי בכל מצב להגיש תביעה נגזרת מרובה. תחת זאת אימץ בית המשפט מבחן ביניים בדמות מבחן השליטה, שלפיו קיומה של שליטה בשרשרת ההחזקה הוא תנאי מספיק להגשת תביעה נגזרת מרובה.

כאמור בפתח הדברים, רשימה קצרה זו אינה ממצה את בחינת השאלות המהותיות והדיוניות המתעוררות בגדרי התביעה הנגזרת המרובה.¹¹⁶ עם זאת סקרתי במסגרתה את

החברות נתונה שליטה בפועל בחברה נפגעת א), וכל אחת מחברות-האם מוחזקת על ידי שלושה בעלי מניות בחלקים שווים (קרי, 33%). ראובן הוא בעל מניות באחת מחברות-האם הללו, ולכן האינטרס שלו בשווי חברה נפגעת א, לפי שיעור החזקותיו, הוא 6.67%. לעומת זאת חברה נפגעת ב – ששווייה זהה לזה של חברה נפגעת א – מוחזקת על ידי חברה ציבורית (המחזיקה בה ב-70%), שיש בה בעל שליטה דומיננטי ויתר מניותיה מפורזות בציבור הרחב, וכך שמעון מחזיק בה 1%. האינטרס הכלכלי של שמעון בשווייה של חברה נפגעת ב הוא אפוא 0.7%. על פי מבחן השליטה, ראובן לא יוכל, ככלל, להגיש תביעה נגזרת כפולה בשמה של חברה נפגעת א, משום שאין מתקיימת בה שרשרת שליטה. לעומת זאת לפי מבחן השליטה, שמעון יוכל בנקל להגיש תביעה נגזרת מרובה בשם חברה נגזרת ב אף שהאינטרס הכלכלי של שמעון עשוי להיות זניח, ואף שהאינטרס של ראובן גדול מהאינטרס הכלכלי של שמעון כמעט פי עשרה. יוער כי החזקה של 1% בחברה ציבורית (כמו ההחזקה של שמעון בדוגמה לעיל) היא החזקה ניכרת ומובאת כאן לשם המחשה בלבד. בעולם המעשה, מרבית מגישי התביעות הנגזרות מחזיקים מניות בשיעורים נמוכים בהרבה, לעיתים מניות ספורות בלבד. הדבר הופך את האינטרס הכלכלי שלהם לזניח אף כאשר התביעה היא בסכומים ניכרים. כאמור לעיל, התמריץ של אותם בעלי מניות להגיש בכל זאת תביעה נגזרת נעוץ בגמול המיוחד שניתן לתובע הנגזר.

¹¹⁶ כזו היא למשל השאלה לאילו ישויות צריכה להיעשות הפנייה המוקדמת הנדרשת על פי החוק. בתוך כך ניתן לשאול אם בעל המניות בחברה-האם צריך להפנות את הדרישה לחברה הנפגעת בלבד; לחברה-האם בלבד (שכן רק בה הוא בעל מניות) או לשתי הישויות. הפסיקה בעניין זה אינה עקבית.

הדין הנוגע לתביעה הנגזרת המרובה וביקשתי להציע מבט ביקורתי על מבחן השליטה, תוך פירוט קשיים וביקורות שמעורר מבחן זה, אשר בעטיים הוא אינו מספק קריטריון מתאים להבחנה בין מקרים שבהם מוצדק להגיש תביעה נגזרת מרובה לבין מקרים שבהם אין לכך הצדקה. עוד ביקשתי להראות שהדיון בתביעה הנגזרת המרובה, ובייחוד הדיון בשאלה מיהו בעל זכות העמידה להגישה, אינו תחום רק ל-ד' אמותיה של התביעה הנגזרת, וההכרעות בו וחלק מן התובנות אשר עולות ואשר יעלו במסגרתו בעתיד עשויות להיות רלוונטיות גם לתחומים אחרים בדיני החברות, המעוררים גם הם שאלות הנוגעות לאישיותם המשפטית הנפרדת של תאגידים; לזכויותיהם של בעלי מניות; לגבולותיה של האכיפה האזרחית ועוד. אני מקווה כי רשימה זו תוכל לתרום, ולו מעט, גם בהיבטים אלה.

במקרה אחד נקבע, באופן אגבי, כי את הפנייה המוקדמת יש להפנות לחברה-הבת, מאחר שהיא בעלת זכות התביעה (ראו עניין אדלר, לעיל ה"ש 74, פס' 3). במקרה אחר הניח בית המשפט, כדבר מובן מאליו, שהפנייה צריכה להיות לשתי החברות (עניין בן-יורם, לעיל ה"ש 76), וזו גם העמדה הרווחת בספרות ובמשפט האמריקאי (ראו למשל *Examination of the Multiple Derivative Suit*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 941; *Note, Suits by a Shareholder in a Parent Corporation to Redress Injuries to the Subsidiary*, 64 HARV. L. REV. 1312, 1318 (1951), ראו גם Locascio, לעיל ה"ש 12, בעמ' 735, שם מצייין המחבר כי היו שטענו שבמצב שבו נשלחת פנייה מוקדמת לחברה-האם, ופנייה זו סורבה, אין צורך בתביעה נגזרת מרובה מאחר שניתן להגיש תביעה נגזרת רגילה נגד הדיירקטוריון של החברה-האם בגין סירובו לתבוע. דומה כי טענה זו אינה במקומה. התביעה הנגזרת בשם החברה-האם נגד נושאי המשרה בה בגין סירובם לתבוע שונה במידה רבה – הן מבחינה מהותית הן מבחינה דיונית – מן התביעה הנגזרת הכפולה בשמה של החברה-הבת (הנפגעת) בגין הפעולה או המחדל העוולתיים עצמם). גם אני סבור שעדיפה הגישה שלפיה יש לפנות לשתי החברות. הטעם שבבסיס הפנייה המוקדמת הוא לאפשר לגורם המתאים ביותר (במקרה הרגיל – החברה עצמה) ליטול לידי את כוח ההכרעה ולהחליט כיצד להתמודד עם הפנייה (ראו עניין דיין, לעיל ה"ש 16, פס' 100), ואילו זכותו של בעל המניות מתגבשת ככלל רק כשהחברה דוחה את הפנייה. יישום רציונל זה בתביעה הנגזרת המרובה מחייב להקדים פנייה לכל החברות בשרשרת, לרבות לחברה הנפגעת עצמה, שבה למבקש אין החזקה ישירה. בכל הנוגע לפנייה לחברה-האם נזכיר שאת זכות העמידה להגיש תביעה נגזרת מרובה יונק המבקש מכוח החזקתו במניותיה, ולכן דומה שגם מטעם זה ראוי להקנות לחברה-האם הזדמנות להחליט אם וכיצד ככוונתה לפעול בנדון.