



בבית המשפט העליון

רע"א 8259/17

לפני :

כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג

המבקשת :

צנציפר חברה ליבוא תבואות ומספוא בע"מ

נ ג ד

המשיבים :

1. א. דורי בניה בע"מ
2. קבוצת עמוס לוזון יזמות ואנרגיה בע"מ
3. אורי דורי
4. אריאלה זוכוביצקי
5. דוד כץ
6. אופיר גרינברג
7. רונן אשכנזי
8. אריאל חביב וילנסקי
9. עוזי ורדי-זר
10. שמואל סלבין
11. נחמה דואק
12. איריס ציבולסקי-חביליו
13. יחזקאל ברקוביץ
14. נתן פרנקל
15. ירון עזיזי

בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי
בתל אביב-יפו מיום 18.9.2017 בתנ"ג 14-08-27111 שניתנה
על ידי כבוד השופטת ר' רונן

בשם המבקשת :

עו"ד גיל רון ; עו"ד אהרן רבינוביץ ; עו"ד סימון
אלישקוב ; עו"ד יעקב אביעד

בשם המשיבה 1 :

עו"ד אלי כהן ; עו"ד דניאל לסרי

בשם המשיבה 2 :

עו"ד אהרן מיכאלי ; עו"ד יהודה רוזנטל ; עו"ד עוז
סאסי ; עו"ד ניצן גליק

בשם המשיבים 3-14 :

עו"ד רם כספי ; עו"ד עמית לייזרוב ; עו"ד ירון
קוכמן ; עו"ד מאיה צברי ; עו"ד נמרוד זוהר ; עו"ד
שוני אלבק ; עו"ד נועם ברהוס ; עו"ד יואב נרי

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (המחלקה הכלכלית – השופטת ר' רונן) בתנ"ג 27111-08-14 מיום 18.9.2017, בגדרה נדחתה בקשת המבקשת להצטרף כמבקשת להליך בקשה לאישור תביעה נגזרת.

החלטת בית המשפט המחוזי

2. המשיב 15, ירון עזיזי, הגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת נגד המשיבה 1, חברת א. דורי בניה בע"מ (להלן: דורי או החברה). באותה עת היה עזיזי בעל מניות בחברה; עניינה של הבקשה – טענה בדבר חלוקה אסורה שבוצעה בחברה. בחודש יולי 2016 הפכה החברה לחברה פרטית, ועזיזי חדל להיות בעל מניות בה. לפיכך, כך ציין בית המשפט המחוזי, נקבע בהחלטה קודמת כי על בא-כוחו של עזיזי לאתר תובע חלופי שיבוא בנעליו של עזיזי כתובע בתביעה הנגזרת.

3. לאור החלטה זו, עתרה המבקשת – צנציפר חברה לייבוא תבואות ומספוא בע"מ (להלן: צנציפר) – להצטרף להליך כמבקשת. צנציפר טוענת כי היא נושה של החברה, ועל כן היא רשאית לנהל את הליך התביעה הנגזרת. טענה זו נסמכת על כך שצנציפר רכשה מחברה יזמית נכס, במגדל משרדים בתל-אביב, שנבנה על-ידי דורי. צנציפר קיבלה כתב התחייבות לתיקון ליקויים, שבו התחייבה דורי כלפי צנציפר בהתחייבות ישירה לתקן את כל הליקויים והפגמים שיתגלו, אם יתגלו, בנכס, לתקופה של 10 שנים.

4. בית המשפט המחוזי דחה את בקשת צנציפר על יסוד הקביעה שהיא אינה בגדר 'נושה' של דורי, לצורך דיני התביעה הנגזרת. בית המשפט עמד על כך שהליך של תביעה נגזרת הוא הליך חריג בדיני החברות; קל-וחומר כאשר מדובר בהליך המנוהל על-ידי נושה, שאז ניתן לעשות כן על סמך העילה של חלוקה אסורה בלבד. כיוון שכך, יש לפרש חריג זה בצמצום, כך שעצם ההחזקה בכתב התחייבות כמתואר, אינה הופכת את האוחז בו לנושה לעניין זה. כתב ההתחייבות אינו מקנה זכות כספית, אלא מחייב את דורי לבצע תיקונים (ורק אם לא יבוצעו – ניתן לתבוע פיצוי כספי). צנציפר לא טוענת כי התגלו ליקויים בנכס שרכשה, וממילא אינה טוענת כי פנתה לחברה בדרישה לתיקונם. בנסיבות אלו, לא ניתן לראות אותה כנושה של החברה כמובנו בדיני התביעה הנגזרת. זאת, מבלי לקבוע מסמרות בנוגע להיקפו של המונח 'נושה' במצבים

ובהקשרים אחרים. לפיכך, נדחתה בקשתה של צנציפר והוטל עליה לשאת בהוצאות המשיבים לבקשה.

על כך הגישה צנציפר את בקשת רשות הערעור שלפני.

בקשת רשות הערעור

5. בבקשתה טוענת צנציפר, כי משעה שהדין מכיר בזכותו של נושה לנהל הליך תביעה נגזרת בעילה של חלוקה אסורה, הרי שיש לבחון את הגדרתו של נושה לעניין זה בהתייחס לתכליתם של דיני החלוקה. סעיף 302(א) לחוק החברות, התשנ"ט-1999, קובע כי חברה רשאית לבצע חלוקה מתוך רווחיה, "ובלבד שלא קיים חשש סביר שהחלוקה תמנע מן החברה את היכולת לעמוד בחביותיה הקיימות והצפויות, בהגיע מועד קיומן". מכיוון שדיני החלוקה אמורים להגן על נושי החברה מפני החשש שמא לא תוכל לעמוד בהתחייבויותיה כלפיהם, הרי שהגדרת נושה לעניין זה היא כל אדם שהחברה נטלה על עצמה כלפיו חביות – קיימות וצפויות.

6. לטענת צנציפר, כתב ההתחייבות שברשותה, שבמסגרתו נטלה דורי על עצמה אחריות רבת שנים למבנה שבנתה, בא בגדר 'חביות קיימות וצפויות'. חברה רשאית לבצע חלוקות רק אם היא עומדת במבחן יכולת הפרעון, שנועד לוודא כי חביותיה כלפי אחרים לא תיפגענה. בכלל זה, עליה לבחון אם החלוקה עלולה לפגוע במי שהיא נושאת כלפיו באחריות. אם לא פעלה כך, הרי שמי שהחברה אחראית כלפיו רשאי לפעול להשבת כספי החלוקה, באמצעות הגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת. משכך, סבורה צנציפר, שגה בית המשפט בכך שלא איפשר לה לבוא בנעליו של עזיזי ולנהל את הבקשה לאישור התביעה הנגזרת.

התשובות לבקשה

7. לבקשת רשות הערעור השיבו דורי; המשיבה 2 – חברת האם של דורי כיום; והמשיבים 3-14 כאחד. לדעת כולם, דין הבקשה להידחות. לפי עמדתם, יש לדחות את הטענה העקרונית שבפי צנציפר באשר להגדרת 'נושה' לעניין הזכות לנהל תביעה נגזרת; נוסף על כך, קיימים לשיטתם טעמים טובים לדחות את בקשת רשות הערעור גם בהקשר העובדתי הקונקרטי. כיוון שכל המשיבים מתנבאים בסגנון אחד, טענות המשיבים כולן יובאו להלן כמכלול.

8. לעמדת המשיבים, אין להלום את הטענה כי כל מי שאוחז באחריות לתיקון ליקויים מאת חברה, יחשב נושה שלה לעניין דיני התביעה הנגזרת. המשיבים שבים על

האמור בהחלטת בית המשפט המחוזי, לפיו מוסד התביעה הנגזרת הוא חריג לעקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה; על גבי חריג זה קיים חריג נוסף, המאפשר לנושה לבקש לנהל תביעה נגזרת, בעילה המצומצמת של חלוקה אסורה. כיוון שכך הוא, יש לפרש חריג זה באופן מצומצם ולא להרחיבו יתר על המידה. במצב של אחריות דוגמת זו שבנדון דידן, היחסים בין דורי לצנציפר הם רחוקים: על מנת שתיווצר נשייה, נדרש כי יתגלו ליקויים בנכס; או אז מוטלת על דורי חובה לתקנם, ורק אם לא תעשה כן תקום עילה של תביעה כספית לצנציפר; לבסוף, נדרש שצנציפר תגיש תביעה כאמור ותזכה בפסק דין לטובתה. רק בשלב זה תחשב צנציפר, לשיטת המשיבים, כנושה לענייננו.

9. מסקנה זו נלמדת, לשיטת המשיבים, מהשוואת הגדרת 'נושה' בענייננו, להגדרתו בדיני הפירוק. בעוד שבענייננו השתמש המחוקק, בסעיף 204 לחוק החברות, בביטוי 'נושה' סתם – ולא פרש, הרי שבדיני הפירוק קבע המחוקק במפורש כי נושה בעל מעמד הוא "נושה, לרבות נושה מותנה או עתידי" (סעיף 259(2) לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983). זאת ועוד; לטענת המשיבים, ניתן לראות בפסיקת בתי המשפט הגדרה מצומצמת למונח נושה גם בנוגע לדיני הפירוק, ולפיה רק מי שאוחז בידו בפסק דין חלוט או שטר חוב שחולל, נחשב נושה. הדברים יפים מכוח קל-וחומר, כך נטען, לענייננו. קבלת עמדתה של צנציפר תוביל לתוצאה מרחיקת-לכת, לפיה כל אדם שרכש מכשיר מחברה המשווקת מוצרי חשמל, למשל, ומחזיק באחריות עבור המכשיר – יהיה רשאי לבקש לנהל תביעה נגזרת בשם החברה. מצב זה אינו מתיישב עם הגיונו של מוסד התביעה הנגזרת.

10. בנוסף, נטען כי קבלת עמדתה של צנציפר תוביל לכך שמעמדו של 'נושה' האוחז באחריות מטעם החברה יהא גבוה יותר ממעמדו של נושה קלאסי. זאת, משום שלפי פסיקת בתי המשפט, כאשר נושה מגיש בקשה לניהול תביעה נגזרת בשם חברה, רשאית החברה לשלם לנושה את החוב שהיא חבה לו, ובכך למנוע ממנו להמשיך ולנהל את ההליך. זכות זו אינה עומדת לחברה בענייננו, משום שאין לצנציפר כל זכות שניתן לפדות בשלב זה.

11. מעבר למישור העקרוני, טוענים המשיבים כי בהקשר שלפנינו יש לדרות את הבקשה מטעמים נוספים. ראשית, כתב האחריות שבידי צנציפר ממוען לחברה היזמית שעבורה נבנה הנכס, ואינו מופנה כלפי צנציפר; שנית, בכתב ההתחייבות עצמו נפלו פגמים; ושלישית, עסקינן למעשה בבקשה להחלפת מבקש תוך כדי הליך הבקשה לאישור תביעה נגזרת, בקשה שלגביה נקבע בפסיקה כי אין לה עיגון בדין.

דיון והכרעה

12. בהתאם לסמכותנו שלפי תקנה 410 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, אציע לחברי לדון בבקשת רשות הערעור כאילו ניתנה רשות והוגש ערעור על-פי הרשות שניתנה. מכיוון שהחלטת בית המשפט המחוזי היא סופית עבור המבקשת, יש הצדקה בנדון דידן ליתן רשות ערעור – ואף יתכן, אין זה מן הנמנע, היתה נתונה למבקשת זכות לערער על ההחלטה (השוו להתלבטותי ברע"א 7306/16 פלונית נ' פלונית, פסקה 9 (24.1.2017)). עם זאת, לגוף העניין, דין הערעור להידחות: כדין קבע בית המשפט המחוזי כי צנציפר אינה בגדר 'נושה' בעלת מעמד לניהול תביעה נגזרת בשם דורי.

13. כפי שקבע בית המשפט המחוזי בצדק, מסגרת הדיון היא המאפיין המיוחד של התביעה הנגזרת המוגשת על-ידי נושה. מטרתו של מוסד התביעה הנגזרת היא לטפל במצבים חריגים, שבהם החברה עצמה אינה נוקטת בפעולות משפטיות שעשויות לקדם את טובתה, מחמת קיומו של ניגוד עניינים מובנה בין אינטרס החברה לאינטרס האורגנים שלה. במצב שכזה יכול בעל מניות או דירקטור לבקש להגיש תביעה בשם החברה, מקום שבו היא נמנעת מלעשות כן. למוסד משפטי זה מעלות רבות, אך אין לשכוח כי יש בו "חריגה מעקרון האישיות המשפטית הנפרדת ומעקרון אי-ההתערבות של בעלי המניות בניהול החברה" (רע"א 4024/14 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' רפאל כהן, פסקה 12 לחוות דעתי (26.4.2015)). אל מול היתרונות שבמוסד התביעה הנגזרת ככלי לעקיפת ניגוד העניינים המובנה המשתק את יכולת החברה לפעול, ישנם חששות. התובע הנגזר אמור לפעול בשם החברה ולטובתה, אולם גם לו אינטרסים פרטיים ותמריצים משלו, ו'בעיית נציג' עלולה להתעורר (השוו רע"א 729/17 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' אפריקה ישראל להשקעות בע"מ (31.7.2017); ע"א 52/79 סולימני נ' בראונר, פ"ד לה (3) 617, 625 (1980)). חשש מפני הרתעת-יתר וחשש מפני הרתעת-חסר ניצבים זה מול זה. שיקולים אלו, זה לעומת זה, באים בחשבון כולל בהחלטת בית המשפט בשלב אישור הבקשה לניהול תביעה נגזרת. אולם, יש לקחתם בחשבון גם במסגרת מלאכת הפרשנות להוראות הדין הקובעת מיהו הזכאי להגיש בקשה כזו (ראו למשל תנ"ג (מחוזי ת"א) 20087-11-11 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' חמו (14.6.2012)).

14. הזכות להגיש תביעה נגזרת ניתנה על-ידי המחוקק, ברגיל, לבעל מניה או דירקטור, בשר מבשרה של החברה (סעיף 194(א) לחוק החברות). חריג לכך הוא זכותו של נושה להגיש תביעה נגזרת. סעיף 204 לחוק החברות קובע כי "נושה של חברה רשאי

להגיש תביעה נגזרת בשם החברה בשל חלוקה אסורה שבוצעה בחברה". הנושה אינו פועל לטובת החברה גרידא, ממניעים של השאת רווחיה; הנושה מוטרד מפני חלוקה אסורה, לא מפני שהחברה מפסידה כסף, אלא מפני החשש שמא לא תוכל לשלם לו את חובו (ראו ציפורה כהן "התביעה הנגזרת בדין הישראלי: בחינה ביקורתית" קרית המשפט ו 77, 105 (התשס"ו)). אכן, אם התובע הנגזר הרגיל עלול למצוא את עצמו בניגוד עניינים מסוים בין טובת החברה שבשמה הוא פועל לבין טובתו-שלו, הרי שהתובע הנגזר הנושה – שאין לו אינטרס אמיתי בהשאת רווחי החברה, אלא בגביית חובו – על אחת כמה וכמה.

15. על רקע זה יש להידרש לשאלה הפרשנית המונחת לפתחנו: מהי הגדרת "נושה של החברה", אשר רשאי להגיש תביעה נגזרת בשמה? ראשית, מבחינה לשונית, הגדרתו של 'נושה' היא "תובע, מלווה הדורש מן הלווה לפרוע את חובו" (מילון אבן שושן המרוכז (2006)). במובנו הפשוט של המונח, נושה או חוב מחוב מוגדר כלפי החייב. כאשר החוב עדיין אינו קיים, אף אם הוא צפוי או אפשרי, בדרך כלל אין הוא מכונה עדיין נושה, אלא נושה פוטנציאלי – עתידי או מותנה. אין משמעות הדבר שהמונח 'נושה' אינו סובל, מבחינה לשונית, גם נושה פוטנציאלי, אלא שניתן לצפות שהדבר יאמר במפורש; ואכן, כטענת המשיבים, כאשר המחוקק ביקש להרחיב את גבולות הגזרה של המונח, כך שיתייחס גם לנשייה עתידית או מותנית, הוא פרש דבריו באופן ברור (ראו: סעיף 259 לפקודת החברות; סעיף 1(א) לחוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969; סעיף 105(א) לחוק השידור הציבורי הישראלי, התשע"ד-2014). לפיכך, הנטייה היא – בהעדר נימוק משכנע מצד תכליתו של החוק – לפרשו באופן שאין הוא מקנה מעמד למי שנשייתו היא פוטנציאלית בלבד (במאמר מוסגר אציין כי בטיוטת תקנות החברות (הוראות לענין תביעה נגזרת והגנה נגזרת), התשע"ז-2017, נמנע המחוקק מלהגדיר במפורש מיהו נושה הרשאי להגיש תביעה נגזרת; שמא יש ליתן את הדעת על כך).

16. בקשר לכך טוענת צנציפר, כי את המונח 'נושה' יש לפרש באופן סימטרי לדיני החלוקה האסורה: כל מי שדיני החלוקה האסורה נועדו להגן עליו, רשאי להגיש תביעה נגזרת בעילה זו – שכן לשם כך העניק לו המחוקק מעמד כשדינים אלו הופרו. התנאי המהותי להתרת חלוקה, מבחן יכולת הפרעון, מוגדר בחוק כך שחלוקה מותרת בתנאי "שלא קיים חשש סביר שהחלוקה תמנע מן החברה את היכולת לעמוד בחביותיה הקיימות והצפויות, בהגיע מועד קיומן". ניסוח זה, 'חביות קיימות וצפויות', מלמד על כך שבבואה לערוך חלוקה, צריכה החברה לוודא שהחלוקה לא תפגע ביכולתה לעמוד בחביות שעלולות להיווצר לה, בין היתר בגין כתבי אחריות שהיא חתומה עליהם. מכאן מסיקה צנציפר, שדיני החלוקה מיועדים להגן גם עליה ועל שכמותה – ומכאן,

שיש להגדיר את ה'נושה' שניתן לו מעמד לנהל תביעה נגזרת, כ"כל מי שהחברה היתה צריכה לקחת בחשבון בעת ביצוע החלוקה". טענה זו שובה את הלב, אולם אין בידי לקבלה.

17. הסוגיה שלפנינו אינה עוסקת במישרין בגדרי החלוקה האסורה, ועל כן לא אדרש אליהם לגופם. הגדרתן של "חבויות קיימות וצפויות" אינה פשוטה, ואין צורך להכריע בכך במסגרת זו (ראו למשל אירית חביב-סגל דיני חברות כרך ב 92 (2004); יוסף גרוס חוק החברות כרך ב 918 (מהדורה חמישית, 2016)). אוכל לצאת מנקודת הנחה – מבלי להידרש לסוגיה ולנקוט עמדה – שהצדק עם צנציפר באופן שבו היא מפרשת את דיני החלוקה, היינו כי מוטלת על חברה חובה לבחון מבחינה חשבונאית גם את הסיכונים להיווצרותם של חובות עתידיים בגין כתבי אחריות או התחייבויות חוזיות מותנות אחרות. אולם גם אם כך הדבר, אין זה נראה סביר שהמחוקק התכוון להעניק לכל גורם וגורם המשפיע על המשוואה החשבונאית הזו, את היכולת לנהל נגד החברה תביעה נגזרת. קבלת טענה זו תוביל למסקנה, שלטעמי היא אבסורדית, שכל אדם האוחז בפוליסת ביטוח מאת חברת ביטוח, ואין ספק שמכוחה של הפוליסה הזו יתכן שתצמח לו זכות תביעה נגד חברת הביטוח ביום מן הימים, יהיה רשאי להגיש בשמה תביעה נגזרת בעילה של חלוקה אסורה. גם אם מוטלת על חברת הביטוח חובה לבחון את הסיכון שהפוליסות שהוציאה יובילו להיווצרות חובות עתידיים בבואה לבצע חלוקה – אין בכך כדי ללמד שכל בעל פוליסה יכול להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת במצב של חלוקה אסורה. מסקנה כזו תוביל לפריצה נרחבת מדי של מוסד התביעה הנגזרת, ותאפשר לרבים בעלי זיקה קלושה למצבה הפיננסי של החברה, לבקש לבוא בנעליה.

18. לאור זאת, בצדק קבע בית המשפט המחוזי כי המחוקק לא התכוון ליצור סימטריה בין מי שדיני החלוקה האסורה באים להגן על האינטרסים שלו, לבין מי שרשאי להגיש תביעה בשם החברה בדיעבד בגין חלוקה אסורה. בעוד שבעת ביצוע החלוקה יש להתחשב בחבויות קיימות וצפויות (מבלי להיכנס, כאמור, בעובי קורת הגדרה זו) – הרי שבדיעבד, בשים לב למאפיינים היחודיים של התביעה הנגזרת והחשש מפני הרחבה יתרה של מוסד זה, ניתנה הזכות לתבוע בשם החברה בגין כך – רק לנושה ממשי, שחובה של החברה כלפיו הוא ודאי. ממילא ברור, כי מי שאוחז בכתב אחריות לתיקון ליקויי בניה, שטרם התגלו, אינו רשאי לתבוע בשם החברה בתביעה נגזרת. אין הוא בגדר 'נושה'; לא לשם כך נולד מוסד משפטי זה.

19. ודוק: סוגיית הגדרתו של נושה עולה גם בדיני החלוקה עצמם, והעיון בה אך מחזק מסקנה זו. סעיף 303 לחוק החברות קובע מנגנון של אישור 'חלוקה אסורה' בידי בית משפט. במסגרת זו, כאשר חברה מבקשת מבית המשפט אישור לבצע חלוקה שכזו, עליה להודיע על כך לנושיה, ואלה רשאים להתנגד לכך בבית המשפט. דומני כי מילתא דפשיטא היא שבמסגרת בקשה כזו אין מעמד בדין לכל מי שאוחז בידו כתב אחריות מאת החברה; כך שגם אם קיומם של בעלי אחריות צריך לבוא לידי ביטוי במסגרת בחינת יכולת הפרעון (וכאמור, איני קובע מסמרות בשאלה זו), אין ללמוד מכך בהכרח שהם בעלי מעמד להתנגד לחלוקה בחסות בית המשפט (וראו גם תקנות החברות (אישור חלוקה), התשס"א-2001, המבחינות בין נושה סתם לבין 'נושה מהותי').

20. מסקנתי אינה משיבה תשובה מלאה לשאלה שבמוקד הדיון. קבעתי כי נשייה פוטנציאלית, שכלל לא ברור שתבוא לעולם, אינה מעניקה מעמד כנושה לצורך הגשת תביעה נגזרת. לא קבעתי מה יהיה הדין כאשר מדובר בחוב קיים, אך לא חלוט; האם מצב שבו הנשייה היא עתידית – אך ודאית – מצדיק מתן מעמד לנושה כתובע נגזר? מאימתי נחשב החוב לוודאי, האם לשם כך נדרש פסק דין חלוט או שטר חוב שחולל, או שמא ניתן להסתפק בעצם הגשת תביעה, ואולי אף ברף נמוך מכך? בית המשפט המחוזי הדגיש כי אינו מכריע בשאלות אלו, שלא עמדו בליבת המחלוקת, ויפה עשה; בהעדר טיעון סדור לעניין זה, ולא צורך לגופו של העניין הנדון כאן אף אני אותיר שאלות אלו בצריך-עיון.

21. לאור האמור, דין הערעור להידחות, וכך אמליץ לחברי כי נפסוק אף מבלי להידרש לטענות הנוספות שבפני המשיבים. צנציפר תישא בהוצאות דורי, בהוצאות המשיבה 2, ובהוצאות המשיבים 14-3, בסך של 6,000 ₪ לכל קבוצה (ובסך הכל 18,000 ₪).

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט נ' סולברג.

ניתן היום, ב' בשבט התשע"ח (18.1.2018).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט