

תאריך חתימה: 13.4.2022

המועד האחרון להגשת התגובה בהתאם להחלטת בהמ"ש הנכבד מיום 22.3.2022 : 21.4.2022

תגובה מטעם נאמן חברת אידיבי חברה לפתוח בע"מ (בפירוק) לבקשה למתן רשות ערעור

בבית המשפט העליון
בירושלים

רע"א 7763/21
בפני כב' השופט ע' גרוסקופף

1. **מר רפי ביסקר ואח'**
המבקשים 1-4, 7-9 ו-12-15 ע"י ב"כ עוה"ד
אגמון ושות' רוזנברג הכהן ושות'
מרח' יגאל אלון 98, תל אביב
טל': 03-6078607, פקס: 03-6078666

המבקשים 5 ו-10 ע"י ב"כ עוה"ד ב"כ גולדפרב זליגמן ושות'
מרח' יגאל אלון 98, תל אביב
טל': 03-7101635, פקס: 03-7101617

המבקשים 6 ו-11 ע"י ב"כ ארדינסט בן נתן, טולדיאנו ושות'
עם המבורגר עברון
מרח' ברקוביץ' 4, תל אביב
טל': 03-7770111, פקס: 03-7770101

המבקשים

- נגד -

1. **מר ראובן רוזנפלד**
ע"י ב"כ עוה"ד עמית מנור ואו יוקי שמש
מרח' הארבעה 28, תל אביב
טל': 03-6090434, פקס: 03-3543806

2. **מר משה הייט**
ע"י ב"כ מושקוביץ, סטיס, חיימוביץ ושות'
וכן ע"י אורלנסקי, איזנברג, מוזסון ושות'
מרח' אחד העם 9, תל אביב
טל': 03-7444771, פקס: 03-7444772

3. **כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ**
4. **כלל פיננסיים בע"מ**

5. **סומך חייקין, רואי חשבון (KPMG ISRAEL)**
ע"י ב"כ עוה"ד ניר כהן, לשם ושות'
מרח' ברקוביץ' 4, תל אביב
טל': 03-6968270, פקס: 03-6968277

6. **י.ז.ד בע"מ**
7. **מר יצחק דנקנר**
ע"י ב"כ כספי ושות'
מרח' יעבץ 33, תל אביב
טל': 03-7961000, פקס: 03-9761001

8. **חברת השקעות דיסקונט בע"מ**
ע"י ב"כ אפרים אברמזון ושות'
מרח' בית"ר 2, ירושלים
טל': 02-5654000, פקס: 02-5654001

9. אידיבי חברה לפתוח בע"מ
באמצעות עו"ד אופיר נאור, נאמן אידיבי חברה לפתוח בע"מ (בפירוק)
ע"י ב"כ עוה"ד נאור-גרשט, עורכי דין
מרח' מיטב 6, תל אביב
טל': 03-5447404, פקס: 03-5447405

10. כונס הנכסים הרשמי
ע"י ב"כ עו"ד הדר נאות
מח' השלושה 2, תל אביב
פקס: 073-3923059

המשיבים

תגובה מטעם נאמן חברת אידיבי חברה לפתוח בע"מ (בפירוק) לבקשה למתן רשות ערעור

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 22.3.2022 נאמן חברת אידיבי חברה לפתוח בע"מ (בפירוק) (להלן: "החברה") מתכבד בזאת להגיש את התייחסותו לבקשה למתן רשות ערעור אשר הוגשה לבית המשפט הנכבד על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטת לוי עבודי) מיום 20.10.2021 בפר"ק 19728-06-20 (להלן: "ההחלטה").

לאור הנימוקים שיובאו במסגרת תגובה זו, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן למבקשים רשות ערעור על ההחלטה ולהורות על סילוקה על הסף של הבקשה לאישור תביעה כתביעה נגזרת שהגישו ה"ה רוזנפלד והייט המתבררת במסגרת פר"ק 19728-06-20 (להלן: "ההליך המשפטי").

ואלה נימוקי התגובה:

א. החברה אינה צד להליך:

1. בטרם תינתן התייחסות לגופה של בקשת רשות הערעור, יצוין כי עד למועד זה לא הומצאו לידי הנאמן הודעות צד ג' על ידי מי מהצדדים, והחברה אינה צד להליך המשפטי שמתנהל.
2. הניסיון לגרור את החברה להליך המשפטי, בהעדר כל הצדקה משפטית ו/או עובדתית נועד להפעיל לחץ פסול על החברה ועל נושיה ויש לדחותו מכל וכל.
3. בשים לב לנזק הרב שעלול להיגרם לחברה ולנושיה, החברה ו/או הנאמן שומרים על מלוא הזכויות ו/או הטענות, לרבות כנגד אידיבי אחזקות בע"מ ומי מהמשיבים בהליך המשפטי וכל צד הקשור אליו (כולל נקיטת הליכים למימוש כל טענה ו/או זכות של החברה).

ב. סיכויי הקלושים של ההליך המשפטי שעה שלא נגרם כל נזק לדסק"ש ועסקינן בטענה לחלוקה שאינה עומדת במבחן יכולת הרווח בלבד:

4. הליך הבקשה לאישור התביעה הנגזרת עוסק בשתי טענות עיקריות: חלוקה אסורה כביכול בהיקף של כ-1.25 מיליארד ₪ שדסק"ש חילקה לבעלי מניותיה לפני כעשור, וטענה בקשר עם רכישה של מניות שופרסל בהיקף של כ-423 מיליון ₪ באותה עת. רק הטענה הראשונה רלוונטית לחברה, וחשוב להדגיש כי אין המדובר בטענה לחלוקה שאינה עומדת במבחן יכולת הפירעון, אלא רק לחלוקה שלפי הנטען אינה עומדת במבחן הרווח.

5. כיוון שהטענה המרכזית בהליך המשפטי אינה אי-עמידה במבחן יכולת הפירעון, מדובר בשאלה חשבונאית בלבד במסגרתה נבחן מבחן הרווח.

6. במסגרת החלטת כבוד סגן נשיא בית משפט קמא הנכבד, הדן בתיק הפירוק של החברה, השופט ברנר מיום 6.3.2022 (להלן: "החלטת כבוד השופט ברנר"), התייחס בית המשפט קמא לעניין מבחן הרווח וציין כי ישנו ספק אם יעלה בידי מבקשי האישור להוכיח שמדובר בחלוקות אסורות בנסיבות בהן דסק"ש לא סברה שיש לערוך תיקון כלשהו בדוחותיה:

49. בנוסף, ישנו ספק אם יעלה בידי רוזנפלד והייט להוכיח שמדובר בחלוקות אסורות על פי מבחן הרווח, והא ראיה, דסק"ש לא סברה שיש לערוך תיקון כלשהו בגין דו"חותיה הכספיים, לא ביחס לדו"חות שפורסמו בעבר ולא ביחס לדו"חות שפורסמו לאחר החלוקות. כך גם ישנה טענה שהחלוקות נעשו מלכתחילה תחת עינה הפקוחה של רשות ניירות ערך, תוך דין ודברים שנוהל עמה בנושא.

נספח 1 – העתק החלטה מיום 6.3.2022, שניתנה בחזל"ת 43652-09-20.

7. באותה ההחלטה, התייחס בית משפט קמא הנכבד לסיכוייו של ההליך והעריך אותם כנמוכים נוכח עמדתו הנחרצת של דירקטוריון דסק"ש הנוכחי הסבור כי התובענה הנגזרת לא רק שאינה לטובתה של דסק"ש אלא כי היא אף צפויה להסב לה נזק כבד והיא אף אינה מגלה עילה:

47. המסקנה בדבר סיכוייה הנמוכים של התובענה הנגזרת מתבקשת בעיקר, אך לא רק, נוכח עמדתו הנחרצת של הדירקטוריון הנוכחי של דסק"ש, הסבור כי התובענה הנגזרת לא רק שאינה לטובתה של דסק"ש, אלא שהיא אף צפויה להסב לה נזק כבד, והיא אף אינה מגלה עילה. נזכיר שככלל, בעלי מניות אינם זכאים להתערב בניהולה של חברה, לרבות בקבלת ההחלטה האם להגיש תביעה נגד מאן דהוא. מוסד התביעה הנגזרת הוא חריג לכלל האמור, חריג שנועד בראש ובראשונה להתמודד עם מה שמכונה "בעיית הנציג", קרי, כאשר מוסדות החברה נמנעים מהגשת תביעה משום שהדבר נוגד אינטרס אישי שלהם, ואזיי ישנו חשש שהימנעות מהגשת תביעה לא נועדה לשרת את האינטרס האמיתי של החברה, אלא את האינטרס האישי של חברי הדירקטוריון או מי מהם. כפי שנפסק ברע"א 4024/14 **אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' רפאל כהן** בפסקה 15 (נבו 26.04.2015):

...

במקרה דנן מדובר בדירקטוריון נטול כל פניות, שאין לו כל קשר או זיקה לא למשיבים וגם לא לחברי הדירקטוריון שאישרו את החלוקות שבמחלוקת, כך שיש להניח ברמת סבירות גבוהה כי בסופו של יום יינתן משקל רב לעמדתו. אגב, הדירקטוריון בהרכבו הנוכחי לא חידש דבר: הוא שב ואימץ את החלטת הדירקטוריון הקודם מיום 26.6.2019, שגם הוא לא היה מעורב בקבלת ההחלטה בדבר ביצוע החלוקות שבמחלוקת.

8. גם אם בסופו של יום יצלחו מבקשי בקשת האישור את ההליך המשפטי ויוכרע כי מדובר בחלוקה שלא עמדה במבחן הרווח, הדין הכיר באפשרות לביצוע חלוקה שלא עומדת במבחן הרווח באישור בית המשפט, ובלבד שבית המשפט שוכנע שמתקיים מבחן יכולת הפירעון (ראה למשל סעיף 303 לחוק החברות, התשנ"ט-1999).

9. לא ניתן להתעלם מכך שבלאו הכי כתוצאה מהחלוקות נשוא התביעה נשוא בקשת האישור, לא נגרם כל נזק לדסק"ש, שכן דסק"ש הינה חברה סולבנטית אשר עומדת בהתחייבויותיה וגם משום כך יש לדחות את ההליך המשפטי, שכן אין כל הצדקה, גם לא לדידו של דירקטוריון דסק"ש להמשך הניהול המשפטי.

10. וודאי שכך, לאור הנזק הרב שנגרם לחברה ולנושיה נוכח ההליך המשפטי, אשר דינו הוא אחד – סילוק על הסף.

ג. הנזק שנגרם לחברה ונושיה בשל ההליך המשפטי וההכבדה על הליך הפירוק

ג.1. ריתוק סכומי עתק בקופת הפירוק לאור הנשייה המותנית ועיכוב חלוקות כספים לנושים הודאיים

11. המבקשים בהליך זה והמשיבה 5 (סומך חייקין רואי חשבון) הגישו לנאמן תביעות חוב בסך של כ-1.98 מיליארד ₪ ו-1.472 מיליארד ₪ בהתאמה, בשל ההליך המשפטי שמתנהל כנגדם. מדובר בתביעות חוב מנופחות, אשר בשל הגשתן, לעמדת הנושים המותנים יש לעכב חלוקות כספים בחברה ולרתק בקופת הנאמן סכומי עתק על חשבון יתר הנושים הודאיים אשר תביעות החוב מטעמן הוכרעו ואושרו בידי הנאמן.

12. לאחרונה, במסגרת החלטת כבוד השופט ברנר, הורה בית משפט קמא הנכבד כי יש להעריך את הנשייה המותנית בסך של 660 מיליון ₪, תוך שבית משפט קמא הנכבד ציין כי מדובר בהערכה שמרנית שנועדה אך ורק לצרכי החלוקה שעמדה על הפרק. בעקבות החלטה זו הנאמן נאלץ לעכב בקופתו סכום עתק של כ-145 מיליון ₪.

13. דהיינו, כי המשך ניהולו של ההליך המשפטי מונע מנושים ודאיים בחברה חדלת פירעון לקבל כספים בעבור חוב החברה כלפיהם, כדי לייצר אופציה לתביעה כפויה על דסק"ש שהינה חברה סולבנטית. הדבר הוביל לכך שהלכה למעשה נושי החברה, ובכלל כך מחזיקי אגרות חוב מוסדיים בהם מתנהלות קרנות הפנסיה של הציבור, לא זוכים לקבל כספים בהיקפים אדירים (על חשבון החוב כלפיהם ולצורך צמצום נזקם), רק בשביל האופציה שדסק"ש (שהינה חברה סולבנטית כאמור), תנהל תביעה שהיא עצמה לא מעוניינת בניהולה, בנוגע לחלוקות דיבידנד שבוצעה לפני למעלה מעשור.

14. בשים לב לאמור לעיל, ובהתאם להלכה הפסוקה, שיקולים ציבוריים יכולים להוות נימוק לאישור או דחייה של בקשה לאישור הליך תביעה נגזרת. ראה למשל את האמור בר"ע 465/18 **טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ נ' בארי לנואל ואח'** (פורסם בנבו), (ניתן ביום 27.1.2019). בעניין ההליך המשפטי דנן, אין חולק כי השיקול הציבורי מחייב את קבלת בקשת הסילוק ודחיית הבקשה לאישור התובענה הנגזרת.

ג.2. הימשכותו הרבה של ההליך המשפטי המורכב והסבוך צפויה להאריך את הליך הפירוק

15. למרות שמדובר בהליך משפטי שהחל בשנת 2013, הליך זה נמצא עוד בשלביו המקדמיים ואף לא נקבעו מועדים לשמיעת ההוכחות.

16. ככל שתוגשנה הודעות צד ג' כנגד החברה, הדבר אף יביא לסרבול ההליך המשפטי עוד יותר, שכן בנסיבות אלה הנאמן ו/או החברה שומרים על מלוא זכויותיהם לנקוט בכל הליך משפטי שיבטיח את זכויות החברה, בשים לב לזהות הדירקטורים בחברה ובדסק"ש וכן רואי החשבון, לרבות הגשת הודעות צד ד', ה' ו/או בקשת סילוק, ואין באמור בתגובה זו על מנת לגרוע מכל טענה ו/או זכות.

17. גם אם הבקשה לאישור התובענה הנגזרת תאושר, סביר להניח כי על החלטה זו יוגשו הליכי ערעור, וגם אם הערעור ידחה ויתקיים דיון בתובענה עצמה, סביר להניח שגם לאחר שזו תוכרע יינקטו הליכי ערעור.
18. בנסיבות אלה, לא מופרך להניח כי ההליך המשפטי עלול להתפרס על פני עשור נוסף אם לא מעבר לכך, בשים לב לכך כי ראשיתו של ההליך המשפטי הינה בשנת 2013 והדיון לגופו טרם החל.
19. גם כבוד השופט רובינשטיין (בע"א רוזנפלד נ' Dolphin Fund Limited ואח' (ניתן ביום 13.7.2016)), (פורסם בנבו), התייחס להימשכותו של ההליך המשפטי המורכב והסבוך ולמשוכות הרבות אותן יש לעבור:

קט. על פי דין, ראשית, על בית המשפט המחוזי לבדוק, האם עומדת התביעה הנגזרת בתנאים הקבועים בדין, לצורך מתן האישור להגשתה ולניהולה. זהו הליך מקדמי, שעל בית המשפט המחוזי לנהל לגופו באופן מעמיק, על שלל נגזרותיו, כבכל בקשה לאישור תביעה נגזרת. שנית, וכדי להתחיל לבסס את עילת התביעה נגד המשיבים הנוספים, יהא על המערערים להוכיח כי אכן בוצעו חלוקות אסורות בדסק"ש, דבר אשר – מבלי לטעת מסמרות – מעמיד אותם בפני משוכה גבוהה שעליהם לעבור, שעה שקיימת מחלוקת בנושא, ושעה שאופן החלוקות היה ידוע, ולטענת המשיבים, אף נעשה תחת עינה הפקוחה של הרשות לניירות ערך, תוך דין ודברים שנוהל עמה בנושא. שלישית, אם יוכח כי נעשו חלוקות אסורות בחברה, יהא צורך בבירור אחריותם של נושאי המשרה לעניין חלוקה זו. רביעית, ורק אם ייקבע כי נושאי המשרה חבים באחריות בגין חלוקות אסורות שלכאורה נעשו, יהא צורך לבחון האם קיימים כתבי שיפוי או ביטוח לנושאי המשרה, ואם כן, מה היקף תחולתם... וכך יהא צורך לבחון היש בידיהם לחזור לפיתוח – דבר שאף בו אין ודאות, נוכח העילות בהן עסקינן, ונוכח האמור מעלה בדבר האפשרות המצומצמת לכאורה לתביעה כלפי פיתוח. ער אני לטענה המובנת שבעוד החברה "יוצאת בחוץ" ותביעות כנגדה נחסמות, נושאי המשרה עודם חשופים – אך דומני כאמור כי התוצאה נכונה...."

20. מכאן כי ככל ויימשך ההליך המשפטי, והודעות צד ג' יוגשו כנגד החברה, יימשך גם הליך פירוקה ולא יגיע לסיומו זמן רב.

3.ג. הכבדה על ניהול ההגנה של החברה ועל קופת הנושים

21. האירועים העומדים בבסיס ההליך המשפטי התרחשו בשנים 2010 ו-2011, וספק רב אם יש בידי הנאמן, אשר מונה כעבור עשור, ביום 25.9.2020, את מלוא המסמכים והמידע מאותה העת וקיים ספק רב באשר ליכולתה של החברה לנהל את הגנתה.
22. בשים לב להימשכותו של ההליך המשפטי, המשך ניהול ההליך המשפטי עלול להביא להתארכות הליך הפירוק ובוודאי יגרור הוצאות כספיות נוספות ויביא לפגיעה בקופת הנושים.

23. אין מקום להקצות משאבים וכספים מקופת הפירוק על חשבון יתר הנושים, לצורך ניהול הגנת החברה בתביעה אזורית, שדסק"ש עצמה, שהיא זו שאמורה ליהנות מפירות התביעה, ככל שתתקבל, הודיעה כי היא אינה מעוניינת בניהולה.

4.ג. בית משפט קמא הנכבד בשורה של החלטות התייחס לזקק הכבד שיש להליך המשפטי על הליך הפירוק בכלל, ועל נושיה של החברה בפרט

24. בהחלטת כבוד השופט ברנר, הדגיש בית משפט קמא הנכבד כי בעלי הדין היחידים שיש להם אינטרס אמיתי ומוחשי בהבאת ההליך המשפטי לכדי סיום בעתיד הקרוב הם הנאמן ומחזיקי אגרות החוב בחברה, שכן רק הם נפגעים מהותית המצב הקיים על כנו ומעיקוב הכספים בשל ההליך המשפטי:

62. כמובן שהנאמן, בתיאום עם מחזיקי האג"ח, רשאי לנהל משא ומתן עם רוזנפלד והייק ועם המשיבים כדי לנסות ולקדם פשרה כוללת בתובענה הנגזרת. לעת הזו, דומה שבעלי הדין היחידים שיש להם אינטרס אמיתי ומוחשי בהבאת הסכסוך לידי גמר בעתיד הנראה לעין הם הנאמן ומחזיקי האג"ח, שכן הם ורק הם נפגעים מהותית המצב הקיים על כנו ומעיכוּב בחלוקת הכספים שאלמלא התובענה הנגזרת, ניתן היה לחלקם כבר כעת. כך, בעוד שבעלי הדין האחרים עוסקים בגלגולי סכומים בעלמא, הנאמן לבדו הוא שמחזיק תחת ידו סכום כסף נזיל שיש בכוחו להניע גלגלי פשרה אפשרית (ולא נעלמה מעיניי טענתו של הנאמן שזו בדיוק מטרתם של חלק מהצדדים המעורבים).

25. במסגרת החלטתו של בית משפט קמא הנכבד שדן בהליך המשפטי מיום 4.11.2021, התייחסה כבוד השופטת לושי-עבודי להשלכות ההליך המשפטי על החברה ועל הנזק שנגרם לנושיה בשל כך :

בנסיבות אלה, מתן צו לפתיחת הליכים בעניינה של פתוח מהווה לטעמי שינוי נסיבות מהותי בכל הנוגע לבחינת הבקשה לאישור התביעה הנגזרת, לרבות באשר לשאלת טובת החברה, לשאלת בחינת נפקות זכות החזרה, להשלכות שיש לבקשות למתן היתר להגשת הודעות צד ג' נגד פתוח על נושיה של פתוח, וכן לנזק הנטען על-ידי הנאמן להליכי חדלות הפירעון (פסקאות 18-23 לתגובתו של הנאמן מיום 9.5.2021).

נספח 2 – החלטת בית משפט קמא הנכבד מיום 4.11.2021, שניתנה בפר"ק 19728-06-20.

סופו של דבר

26. לאור האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להורות כאמור ברישא התגובה ובכלל כך, להורות על סילוקה על הסף של הבקשה לאישור תביעה כתביעה נגזרת שהגישו ה"ה רוזנפלד והייט המתבררת במסגרת פר"ק 19728-06-20 (להלן: "**ההליך המשפטי**").

27. אין באמור במסגרת תגובה זו על מנת להוות עמדה לטענות שהועלו כנגד החברה בנוגע להליך המשפטי וכל הטענות ו/או הזכויות שמורות.

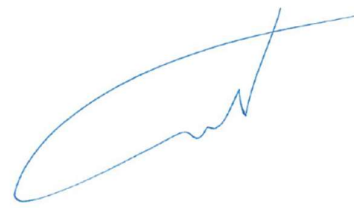


מתן רינג, עו"ד



טלי שלו, עו"ד

ב"כ נאמן החברה



אופיר נאור, עו"ד

נאמן החברה

נאור-גרשט, עורכי דין

היום: 13 באפריל, 2022.

תוכן עניינים

מס' עמוד	תוכן נספח	מס' נספח
1	העתק החלטה מיום 6.3.2022, שניתנה בחזל"ת 43652-09-20.	1
26	החלטת בית משפט קמא הנכבד מיום 4.11.2021, שניתנה בפר"ק 19728-06-20.	2

נספח 1 – העתק החלטה מיום

6.3.2022, שניתנה בחדל"ת

43652-09-20



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ
ואח'

1

מספר בקשה: 82

לפני כב' השופט חגי ברנר, סגן נשיא

מבקש עו"ד אופיר נאור, נאמן אי די בי חברה לפתוח בע"מ
לעצמו

נגד

משיבים ממונה על חדלות פירעון – מחוז תל אביב
ע"י ב"כ עו"ד הדר נאות

רפי ביסקר ו- 10 אח'
ע"י ב"כ עו"ד אורי שורק

יצחק מנור ודורי מנור
ע"י ב"כ עו"ד יהודה רוזנטל

צבי לבנת ושאול בן זאב
ע"י ב"כ עו"ד גיורא ארדינסט

סומך חייקין, רואי חשבון
ע"י ב"כ עו"ד ניר כהן

הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד עמית פינס

2

החלטה

3

4

מבוא

1. לפניי בקשתו של הנאמן לאי די בי חברה לפתוח בע"מ (בפירוק) (להלן **בהתאמה**: "**הנאמן**")
2. להורות לו לבצע חלוקת ביניים לנושי החברה שנשייתם אינה מותנית בתוצאה
3. של הליכים משפטיים עתידיים, קרי, כל נושי החברה זולת המשיבים. מלכתחילה הבקשה
4. התייחסה לסך של 280 מליון ₪ שהצטבר בקופתו של הנאמן, אך בהמשך הדרך ולאחר תום
5. הדיון בבקשה, הוגדל הסכום אותו מבוקש לחלק, והועמד על סך של כ- 328 מליון ₪.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפיתוח בע"מ ואח'

- 1 עוד מבקש הנאמן לאשר את קביעתו לפיה יש לשום את תביעות החוב המותנות של המשיבים
- 2 ולהעמידן על סך של 200 מליון ₪, וזאת עד להכרעה בבקשה שהוגשה על ידי ראובן רוזנפלד
- 3 ומשה הייט (להלן: "רוזנפלד והייט"), בה הם מבקשים לאשר להם להגיש תביעה נגזרת נגד
- 4 המשיבים, בשם חברת השקעות דיסקונט בע"מ (תיקי פר"ק 13-04-36681; פר"ק 06-11478-13
- 5 13; פר"ק 20-06-19728) (להלן בהתאמה: "התובענה הנגזרת" ו"דסק"ש").
- 6 3. חלק מן המשיבים היו נושאי משרה בדסק"ש (להלן: "נושאי המשרה"), וחלקם האחר היו
- 7 רואי החשבון שלה (להלן: "רואי החשבון"), והכל בעת שדסק"ש ביצעה חלוקות דיבידנד
- 8 שלטענתם של רוזנפלד והייט, היו חלוקות אסורות.
- 9 4. גלגולה הראשון של התובענה הנגזרת החל עוד בשנת 2013 בבית המשפט המחוזי מרכז. מאז
- 10 היא עברה גלגולים נוספים, לרבות הליכי ערעור ולרבות העברה לבית המשפט המחוזי בתל-
- 11 אביב-יפו. התובענה הנגזרת מתבררת כיום בפני חברתי, כב' השופטת איריס לוי-עבודי.
- 12 במסגרתה, מבקשים רוזנפלד והייט לחייב את המשיבים לפצות את דסק"ש בסך של
- 13 1,472,564,000 ₪ בתוספת הפרשי הצמדה וריבית מיום 20.3.2014, בגין מה שהם מכנים חמש
- 14 חלוקות אסורות של דיבידנד בסכום כולל של 1.25 מיליארד ש"ח, שנעשו בין חודש מאי 2010
- 15 לחודש מרץ 2011. לטענתם של רוזנפלד והייט, החלוקות נעשו מבלי שבפועל יהיה לחברה
- 16 רווח חשבונאי מותר לחלוקה כנדרש לפי סעיף 302 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן:
- 17 "חוק החברות"). הטענה היא שהתבצעה פעולה שלא כדין בדסק"ש בכך שבשנת 2010 אושר
- 18 איחוד הדו"חות הכספיים שלה לשנת 2009 עם אלה של חברת שופרסל, באופן תכסיסי
- 19 ומניפולטיבי ובניגוד לכללי חשבונאות מקובלים. בהקשר זה נטען שדסק"ש איחדה את
- 20 דו"חותיה הכספיים עם חברת שופרסל לאחר שהשלימה הצעת רכש שהביאה לכדי אחזקה
- 21 של 50.3% ממניות שופרסל, כאשר מכוח פעולה זו נרשם רווח מלאכותי בדו"חות הכספיים
- 22 של דסק"ש. הפעולה האמורה איפשרה את החלוקות האסורות של דיבידנד בדסק"ש.
- 23 5. בנוסף מבקשים רוזנפלד והייט לחייב את המשיבים לפצות את דסק"ש בגין רכישת מניות של
- 24 שופרסל בסכום של 425 מליון ₪, שנעשתה על פי הטענה ללא תכלית עסקית ובניגוד לטובתה
- 25 של החברה וכדי לאפשר את ביצוע החלוקות האסורות. יחד עם זאת, נפסק כבר ביום
- 26 29.12.2014 במסגרת תיק פר"ק (מחוזי ת"א) 13-06-11478 אי.די.בי חברה לפיתוח בע"מ נ' **כונס הנכסים הרשמי** (נבו 29.12.2014), כי עילה זו אינה נוגעת לחברה ולכן לא נתעכב עליה.
- 27



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ ואח'

6. יצויין כי החברה אינה נתבעת במסגרת התובענה הנגזרת בשל קיומו של צו חוסס שאסר על הגשת התובענה הנגזרת נגדה, צו שאושר על ידי בית המשפט העליון במסגרת ע"א 1091/15 **ראובן רוזנפלד נ' Dolphin Fund Limited** (נבו 13.07.2016) (להלן: "דולפין").
7. הואיל והחברה היתה בעלת השליטה בדסק"ש במועד ביצוע החלוקות, טוענים המשיבים כי אם וככל שבמסגרת התובענה הנגזרת יושת עליהם חיוב כספי כלשהו בגין החלוקות, אזי שומה על החברה לשפותם בהתאם, מכוח סעיף 310 לחוק החברות, בתור מי שקיבלה לידיה את הכספים שחולקו (במאמר מוסגר נעיר כבר כאן כי כספי החלוקות בסך כולל של 1.25 מיליארד ש"ח, חולקו לכלל בעלי מניותיה של דסק"ש, ולא רק לחברה, הגם שבתור בעלת השליטה בדסק"ש, החברה היתה הנהנית העיקרית מהם).
8. מכאן תביעות החוב המותנות שהוגשו על ידי המשיבים להכרעתו של הנאמן. יצויין כי המשיבים אף ביקשו במסגרת התובענה הנגזרת, רשות לשלוח הודעה לצד שלישי נגד החברה, והענין כולו נתון לפתחו ולהכרעתו של המותב הדין בתובענה הנגזרת (בענין זה ישנה מחלוקת בין הנאמן לבין המשיבים, בשאלה האם בינתיים כבר ניתנה רשות להגשת ההודעה לצד שלישי).
9. נקדים ונאמר כי בירור התובענה הנגזרת מצוי כעת רק בראשיתו. טרם נערך בירור ראיתי בשאלה האם לאשר בכלל את הגשתה של התביעה הנגזרת, כך שטרם ניתנה החלטה המתירה את הגשתה של תביעה נגזרת, וממילא התביעה הנגזרת טרם התבררה. בנסיבות אלה לא ניתן להעריך כעת מתי יסתיים הליך התובענה הנגזרת, אך בהינתן ההנחה המאוד סבירה כי גם לאחר הכרעה בתובענה הנגזרת, יובא הענין לפתחו של בית המשפט העליון במסגרת הליך ערעורי, ניתן להעריך בזהירות המתחייבת כי הכרעה חלוטה בסוגיה זו תינתן רק בעוד מספר שנים (באת כח הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי (להלן: "הממונה") סבורה כי מדובר בפרק זמן שבין חמש לעשר שנים).
10. כמו כן חשוב לציין כי הדירקטוריון הנוכחי של דסק"ש קיבל ביום 19.8.2021 החלטה לפיה הוא איננו מעוניין בניהול התובענה הנגזרת משום שהיא אינה משרתת את טובתה של דסק"ש; סיכוייה נמוכים; היא הוגשה בשיהוי ובחוסר תום לב והיא עלולה לגרום נזק כבד לדסק"ש בגין עלויות אגרת התביעה ושכ"ט עו"ד. חשיבותה היתירה של החלטה זו נובעת מן העובדה שלא מדובר בדירקטוריון אשר הורה על החלוקות שבמחלוקת, וגם לא בדירקטוריון



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ ואח'

- 1 שמונה לאחר מכן, או שקשור בצורה כלשהי למשיבים או לבעל השליטה בעבר. עסקינן
- 2 בדירקטוריון חדש שנכנס לתפקידו לא מכבר, לאחר שביום 20.11.2020 התחלפה השליטה
- 3 בדסק"ש ולאחר שהחברה כבר חדלה מלהיות בעלת השליטה בדסק"ש. מדובר איפוא
- 4 בדירקטוריון שאיננו נגוע ולא ניתן לייחס לו בשום צורה ואופן פעולה ממניעים זרים או
- 5 פסולים. חילופי השליטה בדסק"ש אירעו במסגרת הליכי חדלות הפירעון של החברה, כאשר
- 6 אחזקותיה של החברה במניות דסק"ש הועמדו למכירה, כך שכיום לא קיים עוד כל קשר בין
- 7 בעלי השליטה בדסק"ש בעבר, לבין בעליה הנוכחיים. הוא הדין בחברי הדירקטוריון הנוכחי
- 8 של דסק"ש. אגב, החלטה דומה בדבר חוסר עניין בניהול התובענה הנגזרת התקבלה עוד ביום
- 9 26.6.2019 על ידי הדירקטוריון בהרכבו הקודם.
- 10 11. עוד נציין כי ביום 17.12.2021, לאחר תום הדיון בבקשה הנוכחית, הותרה חלוקת דיבידנד
- 11 ביניים שאינה שנויה במחלוקת לטובת הנושים הרגילים, בסך של 96,893,767 ₪, כך שבקופת
- 12 הנאמן נותר נכון לאותה עת סך של 232,083,161 ₪. סכום החלוקה נקבע בהיתן העובדה
- 13 שהנשייה הרגילה והוודאית שכבר אושרה עומדת על סך של 921,771,254 ₪, ואילו הנשייה
- 14 המותנית (כולל הפרשי הצמדה וריבית עד ליום 14.12.2021) מסתכמת בסך של 2,207,857,045 ₪.
- 15 הנשייה המותנית מהווה כ- 70.54% מכלל הנשייה בחברה (לעת הזו אין צורך עדיין
- 16 להכריע באופן המדויק שבו יש לשערך את סכומה של תביעת החוב המותנית, וכל הטענות
- 17 שמורות לצדדים). בנסיבות אלה, לא היתה כל הצדקה לעכב ביצוע חלוקת ביניים בסכום
- 18 שאיננו יכול להיות שנוי במחלוקת.
- 19 12. ההחלטה הנוכחית מתייחסת איפוא לסכום שנותר עדיין בקופת הנאמן, קרי, סך של
- 20 232,083,161 ₪.

טענותיו של הנאמן

- 21
- 22 13. הנאמן טוען כי בקופת הפירוק של החברה הצטבר עד כה סכום של כ- 329 מליון ₪ (בינתיים,
- 23 לאחר חלוקת הביניים שאושרה, מדובר כאמור בסכום של כ- 232 מליון ₪), וכי בהתאם
- 24 לסעיף 239(א) לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי (להלן: "חוק חדלות פירעון" או "החוק")
- 25 יש לחלק לנזשי החברה בהקדם האפשרי, מה גם שנושי החברה מבקשים לבצע חלוקה כזו
- 26 ללא דיחוי נוסף.





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ ואח'

14. הנאמן טוען כי יש לדחות במסגרת התובענה הנגזרת את בקשתם של המשיבים למשלוח הודעה לצד שלישי נגד החברה, שכל מטרתה היא להפעיל לחץ על הנאמן להשתתף במימון הסכם פשרה אפשרי עם רוזנפלד והייט. מכל מקום, הואיל ומדובר בתביעות חוב מותנות, יש לשום את שוויון לצורך חלוקת דיבידנד ביניים לנושים הוודאיים, בהתאם למנגנון שנפסק בענין 44348-04-16 **אורבנקורפ אינק. נ' כונס הנכסים הרשמי** (נבו 20.4.2019) **(להלן: "אורבנקורפ")**. לענין זה טוען הנאמן כי בטרם תהפוך הנשייה המותנית של המשיבים לנשייה של ממש, שומה יהיה עליהם להתגבר על לא פחות מחמש משוכות: שבית המשפט יאשר הגשתה של תביעה נגזרת; שהתביעה הנגזרת נגד המשיבים תתקבל לגופה; שבית המשפט יפסוק לחובת המשיבים פיצוי בסך של 1.47 מיליארד ₪; שבית המשפט יאשר למשיבים לשלוח הודעה לצד שלישי נגד החברה; ולבסוף, שבית המשפט יקבל במלואה את ההודעה לצד שלישי נגד החברה.

15. הנאמן טוען כי המשיבים עצמם סבורים שעילות התביעה נגדם בתובענה הנגזרת הן חלשות, וסיכויי ההצלחה של רוזנפלד והייט נמוכים עד אפסיים.

16. הנאמן סבור כי בנסיבות הענין יש לשום את תביעות החוב המותנות של המשיבים על סך של 200 מליון ₪, המהווה כ- 16% מהסך של 1.25 מיליארד ₪, וזאת על יסוד תחשיב לפיו סיכויי ההצלחה במעבר של כל אחת מחמש המשוכות שפורטו לעיל הינו 70%, בהתאם למקדם שנקבע בענין **אורבנקורפ**, כך שבאופן מצטבר סיכויי ההצלחה של מעבר כל חמש המשוכות גם יחד עומד על 16% בלבד (במאמר מוסגר נציין כי בתחשיב זה התעלם הנאמן מכך שהנשייה המותנית נושאת גם הפרשי הצמדה וריבית; ביחס לנשייה המותנית המשוערכת, הסך של 200 מליון ₪ מהווה הלכה למעשה כ- 9% בלבד).

21 טענות המשיבים (נושאי המשרה ורואי החשבון)

17. המשיבים, קרי, נושאי המשרה ורואי החשבון, מתנגדים לבקשה וטוענים כי מדובר בנסיון פסול של הנאמן לנשל אותם מחלק הארי של נשייתם המותנית בחברה. המשמעות היא שאם בסופו של יום תוטל עליהם חבות מלאה במסגרת התובענה הנגזרת, בסך של כ- 2.2 מיליארד ₪ (כולל הפרשי הצמדה וריבית), הם ימצאו עצמם בפני שוקת שבורה אם הסכום שיועמד להבטחת נשייתם בקופת הנאמן הינו סך של 200 מליון ₪ בלבד.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ ואח'

18. לטענת המשיבים, אין כל דחיפות בהכרעה בענין חלוקת הדיבידנד, בוודאי לא דחיפות שיכולה לגבור על זכותם של המשיבים לשריין בקופת הנאמן את הסכום הנדרש להבטחת הנשייה המותנית. למעשה, הנאמן מבקש לבצע העדפת נושים אסורה שעלולה לקפח את הנושים המותנים משום שהיא מציבה אותם בפני סיכון שאם נשייתם המותנית אכן תתממש, הם ימצאו עצמם בפני שוקת שבורה בעקבות חלוקת הביניים המבוקשת על ידי הנאמן. גם מאזן הנוחות פועל לטובתם, שכן לא ניתן להשוות את חומרת הנזק שייגרם להם במקרה של חלוקת ביניים שאינה נותנת ביטוי לנשייה המותנית, לבין הנזק שייגרם לנושים הרגילים אם יאלצו להמתין עד להכרעה בגורלה של הנשייה המותנית, במסגרת התובענה הנגזרת. העיוות כאן חמור במיוחד משום שהנשייה המותנית מהווה כ- 67% מכלל הנשייה, בעוד שהנאמן מבקש לשמר לטובתה 16% בלבד מהסכום העומד כעת לחלוקה.
19. עוד טוענים המשיבים כי הנאמן פעל בחוסר סמכות כאשר התיימר לשום את תביעות החוב המותנות. לענין זה הם מפנים להחלטתה של כב' השופטת י' וילנר בפרשת רע"א 7894/18 **נצבא החזקות 1995 בע"מ נ' התחנה המרכזית החדשה בע"מ** בפסקה 16 (נבו 25.02.2019) **(להלן: "נצבא החזקות")**, שם נפסק, אגב אורחא ומבלי לטעת מסמרות, כי סעיף 239(ג)(1) לחוק אינו מותיר לנאמן שיקול דעת לשום תביעות חוב מותנות, אלא קובע כי הנאמן יעכב תחת ידו ולא יחלק בחלוקת ביניים את הסכום הדרוש לתשלום חוב אשר התביעה לגביו טרם אושרה. זאת, בשונה מן המצב המשפטי שקדם לחוק, עת לפי סעיף 132 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ס-1980 **(להלן: "הפקודה")**, נתון היה לנאמן שיקול דעת לשום על פי שיקול דעתו תביעות חוב מותנות.
20. המשיבים מוסיפים וטוענים כי הלכת **אורבנקורפ**, שנפסקה בהתאם לדין שקדם לחוק חדלות פירעון, אינה חלה עוד כיום נוכח הוראות סעיף 239 לחוק, אך גם אם היתה חלה, הרי שנפסק שם כי מתחייבת זהירות יתירה בכל מקרה בו מתבקשת חלוקת ביניים שעלולה לקפח את זכויותיהם של הנושים המותנים, וכי מאזן הנוחות נוטה באופן מובהק לטובת הנושים המותנים אלא אם נשייתם המותנית מופרכת על פניה, מה שאיננו המצב בעניננו. בענין זה טוענים המשיבים כי הנזק שעלול להיגרם לנושים המותנים במקרה של חלוקה כזו חמור בהרבה מנזקי המימון שייגרמו לנושים הוודאיים אם החלוקה תעוכב בינתיים.
21. המשיבים טוענים כי הנשייה המותנית אינה מופרכת על פניה (על פי אחת מאמות המידה שנקבעו בענין **אורבנקורפ**), שכן החברה היא שנהנתה מהחלוקות לגביהן נטען שהיו אסורות,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ ואח'

- 1 בעוד שהמשיבים לא נהנו מהן כלל. בנוסף, בבסיס התובענה הנגזרת עומדת הטענה שהחברה
- 2 היא שניווטה את החלוקות האסורות. טענות ההגנה של המשיבים מפני התובענה הנגזרת
- 3 אינן צריכות לפגוע בזכות השיפוי שיש למשיבים כלפי החברה, כשם שטענות ההגנה של כל
- 4 נתבע אינן גורעות מזכותו לנהל במקביל הליכים של הודעה לצד שלישי. המשיבים מסכימים
- 5 כי הסיכון שהתובענה הנגזרת תוכתר בהצלחה נגדם הוא נמוך, ואף נמוך מאוד, אך איננו
- 6 אפסי, ואם סיכון רחוק זה יתממש, הוא עלול להתממש במלוא סכום הסיכון. הא ראייה, בית
- 7 המשפט דחה כבר פעמיים בקשה לסילוקה של התובענה הנגזרת על הסף ובית המשפט העליון
- 8 לא התערב בהחלטות אלה.
- 9 22. לבסוף נטען כי "תחשיב חמש המשוכות" שהציג הנאמן, אשר הוביל אותו למסקנה כי יש
- 10 לשום את הנשייה המותנית בהיקף של 16% בלבד מסכומה הנטען, הוא תחשיב מיכאני
- 11 ומופרך על פניו. יתר על כן, הנתון של הערכת סיכויי הצלחה ברמה של 70%, כפי שנקבע בענין
- 12 **אורבנקורפ**, איננו "מספר קסם" אלא יש לברר בכל מקרה מה פוטנציאל החשיפה האמיתי
- 13 של קופת הפירוק.

טענותיהם של מחזיקי האג"ח

- 14
- 15 23. מחזיקי האג"ח, המהווים כ- 99% מהנושים שנשייתם ודאית (לא מותנית), ולכן הם הנהנים
- 16 הישירים מחלוקת הביניים, תומכים בבקשתו של הנאמן. לטענתם, הנאמן הפעיל שיקול דעת
- 17 סביר בבחינת התוחלת להתממשות החוב המותנה ואין להתערב בו. כמו כן, המשיבים עצמם
- 18 טענו במסגרת התובענה הנגזרת כי מדובר בתובענה מופרכת הנשענת על טעויות גסות הן
- 19 בהיבט העובדתי והן בהיבט המשפטי.
- 20 24. מחזיקי האג"ח טוענים כי לנאמן נתונה הסמכות להעריך את שווי הנשייה המותנית ולא יעלה
- 21 על הדעת מצב בו כל אימת שנושה מותנה מגיש תביעת חוב, הנאמן ייאלץ לעכב בקופתו את
- 22 מלוא סכומה, כאילו התביעה כבר התקבלה. אין להפוך את קופת הפירוק למעין "פוליסת
- 23 ביטוח" של הנושים המותנים, מה שסותר את עקרונות היסוד של דיני חדלות פירעון ומהווה
- 24 העדפה בלתי סבירה של הנושים המותנים על פי הנושים הוודאיים. לענין זה מפנים מחזיקי
- 25 האג"ח לדין ודברים שהתנהל בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת במסגרת הליכי
- 26 החקיקה של חוק חדלות פירעון, ממנו ניתן ללמוד לשיטתם כי הכוונה היתה שלא לשנות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ ואח'

- 1 מהמצב המשפטי שקדם לאישורו של החוק, לפיו הנאמן היה מוסמך לשום תביעות חוב
- 2 מותנות.
- 3 25. עוד טוענים מחזיקי האג"ח כי צפויים להתקבל לקופת הפירוק סכומים נוספים בהיקף של
- 4 עד 150 מליון ₪, כך שיוותרו די כספים והותר לתשלום הנשייה המותנית אם זו תהפוך
- 5 לממשית. לשיטת מחזיקי האג"ח, אין לאפשר לנושים המותנים "לחטוף" את הליך חדלות
- 6 הפירעון ולא לפזר את הנושים הוודאיים להפוך עצמם לבני ערובה עד למיצוי התובענה הנגזרת,
- 7 דבר שצפוי להימשך שנים רבות. מכל מקום, איזון בין נושה ודאי לנושה מותנה איננו מהווה
- 8 הפרה של עקרון השוויון בין הנושים, אלא דווקא יישום שלו.

9 עמדתה של באת כח הממונה

- 10 26. באת כח הממונה סבורה כי אין זה נכון להשעות את זכויותיהם של נושים רגילים, שתביעתם
- 11 אושרה, עד למועד בלתי ידוע, רק בשל קיומה של נשייה מותנית. היא טוענת כי הדברים
- 12 שנאמרו בענין **נצבא החזקות** נאמרו אגב אורחא ובית המשפט אף הבהיר כי אין בכוונתו
- 13 לקבוע מסמרות בסוגיה זו. יתר על כן, מתוך פרוטוקול הדיונים שנערכו בוועדת חוקה חוק
- 14 ומשפט, קודם לאישורו של חוק חדלות פירעון, עולה כי נדחתה האפשרות הפרשנית של עצירת
- 15 החלוקה של דיבידנד עד להכרעה בנשייה מותנית.

- 16 27. באת כח הממונה סבורה כי לנאמן נתונה הסמכות לשום תביעות חוב מותנות כדי שניתן יהיה
- 17 לבצע חלוקת ביניים לנושים שאינם מותנים. עוד טוענת באת כח הממונה כי נוכח הודעת
- 18 העדכון מטעם הדירקטוריון הנוכחי של דסק"ש, לפיה דסק"ש אינה מעוניינת בניהול
- 19 התובענה הנגזרת, הרי שסיכויי התובענה הנגזרת אמנם אינם אפסיים, אך הם נמוכים
- 20 מהשיעור של 70% שנפסק בענין **אורבנקורפ**.

- 21 28. באת כח הממונה מציעה, על יסוד מחקר אקדמי בנוגע לאופן בו הסתיימו תובענות נגזרות בין
- 22 השנים 2010-2019, לשום את הנשייה המותנית בסך של 322 מליון ₪, וכפועל יוצא מכך,
- 23 להיעתר לבקשת הנאמן. באת כח הממונה אף סבורה כי התובענה הנגזרת צפויה להיות
- 24 מוכרעת באופן סופי רק בתוך טווח שבין 5 שנים ל- 10 שנים, ולכן ראוי לדידה להתנות כל
- 25 עיכוב בביצוע החלוקה בהפקדת ערובה בסכומים שבין 45 מליון ₪ ל- 85 מליון ₪.

26





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ
ואח'

דיון והכרעה

- 1
 - 2
 - 3
 - 4
 - 5
 - 6
 - 7
 - 8
 - 9
 - 10
 - 11
 - 12
 - 13
 - 14
 - 15
 - 16
 - 17
 - 18
 - 19
 - 20
 - 21
 - 22
 - 23
29. סעיף 239 לחוק חדלות פירעון, שכותרתו "חלוקות ביניים", קובע:
- (א) הנאמן יחלק לנושים, מעת לעת ובהקדם האפשרי, כספים שהצטברו בידו ממימוש נכסי קופת הנשייה (בסימן זה – חלוקת ביניים).
- (ב) לפני כל חלוקת ביניים יפרסם הנאמן הודעה על כך בדרך שיקבע השר.
- (ג) הנאמן יעכב תחת ידו ולא יחלק בחלוקת ביניים סכומים הדרושים לאחד מאלה:
- (1) תשלום חוב עבר שתביעת החוב לגביו הוגשה וטרם אושרה וכן תשלום חוב עבר שתביעת החוב לגביו טרם הוגשה אם ידוע לנאמן על קיומה ועל כך שיש סיכוי סביר שתאושר;
 - (2) מימון הוצאות הליכי חדלות הפירעון.
 - (ד) נושה שתביעת החוב שלו אושרה לאחר חלוקת ביניים, ישלם לו הנאמן כל סכום שלא קיבל באותה חלוקה, לפני כל חלוקה נוספת. (ההדגשה הוספה).
30. נוכח לשונו של החוק, השאלה הפרשנית הטעונה הכרעה היא האם נתון לנאמן שיקול דעת לקבוע מהם "סכומים הדרושים" לשם תשלום חוב עבר שתביעת החוב בגינו טרם אושרה, או שמא הוא אנוס לעכב תחת ידו כל סכום הנקוב בתביעת החוב שטרם אושרה, גם אם לדעתו מדובר בתביעת חוב שסיכוייה קלושים.
31. יצויין כי בכל הנוגע לחוב עבר שאיננו קצוב, נתונה לנאמן סמכות מפורשת לשום אותו, לפי סעיף 213 לחוק. מאידך, לגבי נשייה מותנית שטרם אושרה, לא קיימת הוראה מפורשת כזו.
32. המשיבים סומכים את עיקר טיעונם בסוגיה הפרשנית על החלטתה של כב' השופטת י' וילנר בענין **נצבא החזקות**. מדובר בהחלטה שניתנה בקשר להליך שנדון לפי הפקודה, ולא לפי חוק חדלות פירעון, אך בית המשפט התייחס אגב אורחא להבדלים בין הוראת סעיף 132 לפקודה להוראת סעיף 239 לחוק. מפאת חשיבותם של הדברים נביאם בשלמותם:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ ואח'

"ניתן לעמוד על מספר הבחנות בין סעיף 239(ג)(1) לחוק חדלות פירעון לבין סעיפים 132(2)- (3) לפקודה. ראשית, מלשון סעיף 132 לפקודה, המונה את השיקולים שעל הנאמן להביא בחשבון בחישובו ובחלוקתו של דיבידנד, עולה כי נתון לנאמן שיקול דעת רחב בכל הנוגע לאופן ולמידת ההתחשבות בתובענות אשר טרם הוכרעו או שיש לגביהן סכסוך. מנגד, סעיף 239(ג)(1) לחוק חדלות פירעון אינו מותיר לנאמן שיקול דעת כאמור, וחלף זאת, קובע כי "הנאמן יעכב תחת ידו ולא יחלק בחלוקת ביניים..." סכום הדרוש לתשלום חוב אשר התביעה לגביו טרם אושרה ... שנית, ובכך העיקר לענייננו, סעיף 132 לפקודה נוקט בלשון כללית אשר למהות התובענות שעל הנאמן להביא בחשבון בעת החלוקה, ומשכך, פרשנות תכליתית של סעיף זה מאפשרת להביא בגדרו אף חובות אשר הוכרעו על-ידי הנאמן, אך אינם חלוטים בשל ערעורים שהוגשו בעניינם לערכאות שיפוטיות. לעומת זאת, סעיף 239(ג)(1) לחוק חדלות פירעון מתייחס דווקא לתביעת חוב אשר הוגשה וטרם אושרה על- ידי הנאמן. יחד עם זאת, יצוין כי עיון בדברי ההסבר להצעת חוק חדלות פירעון, כמו גם בפרוטוקולים של דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט עובר לאישורה, מעלה כי המחוקק לא נתן דעתו להבחנה בין סעיפי החוק האמורים (ראו: דברי ההסבר לסעיף 239 להצעת חוק חדלות פירעון; וכן ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 403 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 52-46 (13.6.2017)). על כל פנים, בשלב זה, איני רואה לטעת מסמרות בסוגיית פרשנותו של סעיף 239(ג)(1) לחוק חדלות פירעון, ולבטח עוד יתבררו הדברים כדבעי בבוא העת." (ההדגשה אינה במקור).

עינינו הרואות: בית המשפט עצמו קבע כי בשלב זה אין לטעת מסמרות בסוגיית פרשנותו של סעיף 239(ג)(1) לחוק וכי עיון בדברי ההסבר של הצעת החוק, כמו גם בפרוטוקולים שקדמו לאישורו של החוק, מגלה כי המחוקק כלל לא נתן דעתו להבחנה אפשרית בין סעיף 132 לפקודה לבין סעיף 239 לחוק. זאת ועוד. מדובר בדברים שנאמרו אגב אורחא, שכן הסכסוך בענין **נצבא החזקות** הוכרע לפי הפקודה ולא לפי חוק חדלות פירעון.

33. לשם השלמת התמונה נזכיר כי סעיף 132 לפקודה קבע:

"כל כסף שבידי הנאמן יחולק כדיבידנד, אולם בחישובו ובחלוקתו יביא הנאמן בחשבון –

(1) חובות בני תביעה שלפי הצהרתיו של פושט הרגל או

ראיה אחרת מגיעים לאנשים שמקומות מגוריהם רחוקים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ
ואח'

- 1 ממקום פעולתו של הנאמן עד כדי כך שבדרכי התקשורת
- 2 הרגילות לא היתה להם שהות מספקת להגיש את
- 3 תביעותיהם, או לבסס אותן אם היו חולקים עליהן;

- 4 (2) חובות בני תביעה בפשיטת רגל שהם נושא לתובענות
- 5 שעוד לא הוכרע בהן;

- 6 (3) חובות בני תביעה ותובענות שיש לגביהן סכסוך;

- 7 (4) הוצאות נחוצות לניהול הרכוש והוצאות אחרות.
- 8 (ההדגשה הוספה).

- 9 בענין **נצבא החזקות** פורש סעיף זה באופן שמקנה לנאמן שיקול דעת לשום תביעות חוב
- 10 מותנות, הגם שבלשון הפקודה לא קיימת הסמכה מפורשת לכך:

- 11 "ראשית, מלשון סעיף 132 לפקודה, המונה את השיקולים שעל הנאמן להביא בחשבון
- 12 בחישובו ובחלוקתו של דיבידנד, עולה כי נתון לנאמן שיקול דעת רחב בכל הנוגע לאופן
- 13 ולמידת ההתחשבות בתובענות אשר טרם הוכרעו או שיש לגביהן סכסוך." (נצבא החזקות,
- 14 בפסקה 16).

- 15 ברוח זו נפסק בענין **אורבנקורפ**, בהקשר של סעיף 132 לפקודה, כי לבית המשפט נתון שיקול
- 16 הדעת להורות אם ואיזה סכום יש לעכב לטובת הנושים המותנים, אך ראוי שהשימוש בשיקול
- 17 דעת זה ייעשה באופן שמרני ובזהירות יתירה, בשל העובדה שמאזן הנוחות נוטה באופן
- 18 מובהק לטובת הנושים המותנים, אלא אם נשייתם המותנית מופרכת על פניה, כולה או
- 19 מקצתה. על רקע זה נפסק באותו ענין כי לצורך חישוב הסכום של הנשייה המותנית שיש
- 20 לעכב, יש לצאת מתוך הנחה כי בסופו של יום יזכו הנושים המותנים ב- 70% מסכום תביעתם.
- 21 יחד עם זאת, ברי כי הערכה זו של סיכויי התובענה הייצוגית כוחה היה יפה לגבי ענין
- 22 **אורבנקורפ**, ובצדק טוענים המשיבים כי לא מדובר ב"מספר קסם" אשר יש ליישמו בכל
- 23 מקרה ומקרה, גם אם נסיבותיו שונות בתכלית מאלו שנדונו בענין **אורבנקורפ**. בסופו של דבר,
- 24 מדובר בהערכת סיכוייה של תביעה קונקרטית, כמו גם בהיקף החשיפה המשוער של קופת
- 25 הפירוק בנסיבות הפרטניות של כל מקרה ומקרה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ ואח'

34. חזרה איפוא קושיה למקומה: האם הנאמן מוסמך לשום תביעות חוב מותנות כדי שלא לעכב
שלא לצורך חלוקת דיבידנד לנושים הוודאיים?
- ראינו כי לשאלה זו אין תשובה מפורשת במסגרת סעיף 239(ג) לחוק, מעבר לקביעה שהנאמן
יעכב תחת ידו ולא יחלק בחלוקת ביניים סכומים הדרושים לשם תשלום חוב עבר שתביעת
החוב לגביו הוגשה וטרם אושרה.
- מתעוררת איפוא השאלה האם לפי פירוש תכליתי של סעיף 239(ג) לחוק חדלות פירעון,
הביטוי "סכומים הדרושים" צופן בחובו הסמכה של הנאמן לשום ולהעריך מהו הסכום
שבאמת דרוש לשם תשלום נשייה מותנית.
35. כידוע, הליך הפרשנות של דבר חקיקה הוא דו-שלבי.
תחילה יש לאתר את כל המשמעויות שלשון החוק יכולה לשאת. כלומר, נדרשת נקודת
אחיזה, ולו גם מינימלית, בלשון החוק, משום שהמילים מגבילות את הפירוש (ע"א 165/82
קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 75 (1985); ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד
לו(3) 701, 716 (1982)). ברוח זו נפסק כי "פרשנות תכליתית פירושה מתן פרשנות לדבר
חקיקה שיש לה אחיזה בלשון החוק, אך אין פירושה מתן פרשנות שלשון החוק אינה יכולה
לשאת ...". (בג"ץ 9021/20 עזבון המנוח אהוביה סנדק ז"ל נ' משטרת ישראל - ימ"ר תל
אביב, בפסקה 19 (נבו 14.01.2021); ע"א 450/17 אס.בי.אן הלבשה בע"מ נ' מדינת ישראל
רשות המיסים, בפסקה 7 (נבו 29.10.2019)).
- רק לאחר מכן, בשלב השני, ככל שישנה יותר מפרשנות לשונית אחת, שומה על בית המשפט
לנסות ולאתר את תכליותיו של דבר החקיקה שפרשנותו עומדת על הפרק, ולבחור מבין כל
האפשרויות הפרשניות שאותרו את הפרשנות המגשימה תכליות אלה באופן המיטבי (ע"א
8511/18 פקיד שומה נתניה נ' דלק הונגריה בע"מ, בפסקה 28 (נבו 26.01.2020)). לעתים,
הבדיקה הפרשנית נעצרת כבר בשלב הראשון, מקום בו אין אחיזה לשונית לטיעוניו של בעל
דין מסויים (שם, בפסקה 29). לענין זה רווחת האבחנה בין תכלית סובייקטיבית, קרי, כוונת
המחוקק, כפי שהיא עולה מההיסטוריה החקיקתית של סעיף החוק, ובין תכלית
אובייקטיבית, קרי, תכלית נורמטיבית שמשקפת את עקרונות היסוד של שיטת המשפט,
שחזקה כי דבר החקיקה נועד לקיימם (רע"פ 1553/15 עיסא נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה
"השומרון", בפסקה 14 (נבו 31.10.2017)).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל"ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ ואח'

36. במקרה דנן, מבחינה לשונית אין כל מניעה לסבור שהביטוי "סכומים הדרושים" אכן מצריך
אומדן, שומה והערכה מצידו של הנאמן. כך למשל, לו לשון החוק דיברה על "סכומים
הנקובים בתביעת החוב" או "סכומים ה**נתבעים** בתביעת החוב" או דיבור דומה אחר, ברי כי
הדבר היה מונע וחוסם כל שיקול דעת אפשרי של הנאמן בבואו לשום בעצמו את תביעות
החוב המותנות, אלא שנוסח החוק הוא אחר, והביטוי "דרושים" הוא מעין מונח שסתום
שאפשר ליצוק בו תוכן בדמות מתן שיקול דעת לנאמן להחליט מהו סכום דרוש ומהו סכום
שאיננו דרוש.

37. ומה באשר לתכליתו של החוק? כידוע, אחת ממטרותיו המוצהרות של חוק חדלות פירעון
היא להשיא את שיעור החוב שייפרע לנושים (סעיף 1 לחוק). מטרה אחרת היא שמירה על
עקרון השוויון בין הנושים, כעולה מסעיף 232 לחוק אשר קובע כי "**החובות בכל דרגה בסדר
הפירעון ייפרעו לכל הנושים באותה דרגה בשיעור שווה לפי סכומיהם ובלי כל העדפה.**"
ובהקשר הספציפי של חלוקת דיבידנד לנושים, קובע סעיף 239(א) לחוק כי הנאמן יחלק
לנושים חלוקת ביניים "**בהקדם האפשרי**". כלומר, המחוקק ראה ערך ותכלית בחלוקה
מהירה של דיבידנד ביניים לנושים.

38. אני סבור כי שלילת שיקול הדעת של הנאמן לשום תביעות חוב מותנות, גם כאשר מבחינתו
הן נחזות להיות חסרות כל סיכוי על פניהן, אינה עולה בקנה אחד עם התכלית של השאת
שיעור החוב שייפרע לנושים כמו גם עם החובה המוטלת על הנאמן לחלק דיבידנד ביניים
בהקדם האפשרי. טעמו של דבר הוא שכל עיכוב בלתי מוצדק בחלוקת דיבידנד למי שזכאי
לכך, עלול לגרום לו נזק של ממש, וכאשר עסקינן בעיכוב חלוקה של סכומי עתק כמו במקרה
דנן, כך גם היקפו המצטבר של הנזק שעלול להיגרם. הסכום שחלוקתו עוכבה ללא הצדקה,
יכול היה לשמש את הזכאי לו לצרכים שונים, לרבות השקעות נושאות רווח. נזק זה איננו בר
תיקון, שהרי לא ניתן לדרוש מהנושים המותנים להעמיד ערובה למקרה שהעיכוב יתברר
בדיעבד כבלתי מוצדק. כך גם יש לזכור כי הסכום המעוכב איננו צובר פירות של ממש. חובתו
של הנאמן היא איפוא לפעול לשם חלוקת הדיבידנד לנושים בהקדם האפשרי ואין להשלים
עם מצב בו החלוקה תתעכב עד בלי די בעטיה של נשיה מותנית שסיכוייה להתממש בשלמותה
נמוכים על פניהם, וכאשר הענין צפוי להיות מוכרע באופן סופי רק בחלוף מספר לא מועט של
שנים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ ואח'

- 1 39. יתר על כן, שלילת שיקול הדעת של הנאמן לשום תביעות חוב מותנות, עלולה ליצור תמריץ
- 2 פסול אצל נושים מותנים ל"נפח" את תביעות החוב שלהם או לעמוד על המשך בירורן גם אם
- 3 הדבר יארך שנים רבות, רק כדי לאלץ את הנאמן להתפשר עימם כדי למנוע עיכוב ממושך
- 4 בחלוקת הדיבידנד לנושים הוודאיים. כך גם הדבר עלול להכשיל הסדרי חוב ותוכניות
- 5 לשיקום כלכלי באמצעות הגשת תביעות מותנות שהן מופרזות על פניהן. אינני קובע כי זהו
- 6 המקרה שלפניי, שהרי לא ניתן להאשים כאן את המשיבים, הלא הם הנושים המותנים,
- 7 בניפוח של תביעות החוב המותנות, משום שהללו נגזרות באופן מדויק מהסכום שתובעים
- 8 רוזנפלד והייק מאותם נושים מותנים, מבלי שהמשיבים "הזמינו" את הגשת התובענה
- 9 הנגזרת נגדם ומבלי שתהיה להם שליטה בקשר לסכומה. מאידך, תופעה מעין זו של ניצול
- 10 לרעה עלולה להתרחש בעיקר בתובענות ייצוגיות. גם שם, הנאמן אנוס להמתין עד להכרעה
- 11 שיפוטית בגורל התובענה הייצוגית, שבירורה עלול להימשך מספר שנים, ואגב כך הוא עלול
- 12 להיות נתון ללחץ כבד לסיים את הסכסוך בפשרה נטולת הצדקה עניינית, רק כדי למנוע עיכוב
- 13 ממושך בחלוקת הדיבידנד לנושים הוודאיים.

- 14 40. באשר לשמירה על עקרון השוויון- אינני סבור שנאמן שמבצע הערכה מושכלת, זהירה
- 15 ושמרנית של היקף הנשייה המותנית חוטא לעקרון השוויון. הערכה זהירה ושמרנית של היקף
- 16 הנשייה המותנית אינה מהווה פגיעה של ממש בעקרון השוויון, שהרי בסופו של דבר לא מדובר
- 17 בנשייה ודאית אלא בנשייה מותנית, כך שנדרשות התאמות מסויימות אגב ההתייחסות אל
- 18 נשייה כזו.

- 19 41. לכל אלה יש להוסיף כי בית משפט של חדלות פירעון נדרש פעמים רבות לגלות יצירתיות
- 20 וגמישות מחשבתית כדי למנוע תוצאות קשות שתיגרמנה על פי השיטה של "ייקוב הדין את
- 21 ההר". נזכיר את שנפסק לאחרונה ברע"א 8038/20 ב.ר.ן יזמות והשקעות בע"מ נ' חיים
- 22 ומשה מנגד בע"מ (בפירוק) בפסקה 28 (נבו 26.01.2021):

- 23 "התלבטות אכן קיימת בשאלת גבולות הסמכות, הן לפי הפקודה והן לפי החוק, אך נראה
- 24 כי מגמת המחוקק לא הייתה בפקודה ואינה כיום בחוק להצר את צעדיו של בית המשפט
- 25 לחדלות פירעון בעשייתו השיפוטית המורכבת במציאת פתרונות מיטביים למכלול הסוגיות
- 26 והקשיים המתעוררים בהליכי חדלות פירעון הנידונים לפניו."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ ואח'

- 1 ראה גם דברים שנאמרו בע"א 3069/17 משרד החינוך נ' עמותת גני חב"ד צפת (בפירוק)
- 2 בפסקאות 31 ו-32 (נבו 29.10.2017):
- 3 "יתר על כן, בדיני חדלות פירעון נעשה באופן תדיר שימוש ב"חקיקה שיפוטית" ... גם
- 4 המציאות העסקית-הכלכלית המשתנה והמתחדשת, מעמידה בפני בית המשפט של חדלות
- 5 פירעון מגוון שאלות וסוגיות מורכבות אשר אין להן, ואולי אף לא יכולה להיות להן, הסדרה
- 6 מפורשת במסגרת הוראות החוק, שכן המציאות בתחום זה "עולה על כל דמיון" ... המסגרת
- 7 של דיני חדלות הפירעון מחייבת התייחסות מורכבת למכלול הזכויות של כלל המעורבים
- 8 מנקודת מבט רב-צדדית מורכבת הכוללת בתוכה זכויות ואינטרסים נוגדים זה לזה ...
- 9 פעמים שאילוצי המציאות והסוגיות המורכבות והמשתנות מחייבים מתן מענה גמיש
- 10 ויצירתי על ידי בית המשפט, אשר נדרש ליתן מענה מהיר לבעיות לא פשוטות המתעוררות
- 11 חדשים לבקרים. מכלול תנאים אלו הובילו את בתי המשפט של חדלות פירעון ליזום וליצור
- 12 פתרונות, לעתים "יש מאין", למצבים סבוכים שנדרש לתת להם מענה, תוך שימוש
- 13 בסמכויותו הטבועות של בית המשפט ומתן פרשנות יצירתית לדין הקיים."
- 14 אמנם, משעה שעסקינן בחוק חדש שזה עתה נכנס לתוקפו, מתחייבת זהירות רבה בטרם
- 15 גלישה למה שמכונה "חקיקה שיפוטית", שכן חזקה על המחוקק שהסדיר באופן שלם וממצה
- 16 את הסוגיות הדרושות הסדרה, אך עדיין, במקרים בהם המחוקק לא אמר את דברו באופן
- 17 מפורש והותיר עמימות מסויימת בעניינים כאלה ואחרים, אין מנוס אלא לגשת למלאכת
- 18 הפרשנות בהתאם לאמות המידה שפורטו לעיל.
- 19 42. בנסיבות אלה יש לקבוע כי פרשנות תכליתית של סעיף 239(ג) לחוק חדלות פירעון מוליכה
- 20 למסקנה שיש להכיר בסמכותו של הנאמן לשום תביעות חוב מותנות, על מנת להשיא ערך
- 21 לנושים ועל מנת לקיים את חובתו לחלק דיבידנד ביניים בהקדם האפשרי.
- 22 43. משנקבע כי לנאמן נתונה הסמכות לשום את תביעות החוב המותנות של המשיבים, יש לברר
- 23 כעת האם הנאמן אכן העריך כהלכה את שוויין של תביעות אלה.
- 24 44. בבואנו להעריך ולשום את שווי הנשייה המותנית, אין מנוס אלא לבחון את סיכויי ההצלחה
- 25 של התובענה הנגזרת, למרות שתובענה זו צפויה להתברר בהליך אחר ובפני מותב אחר, וכל
- 26 קביעה בענין זה כמובן שאינה מחייבת לא אותו ולא את בעלי הדין, אלא כל תכליתה היא



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ ואח'

- 1 לצורך קביעת הסכום אותו ניתן לחלק לנושים כדיבידנד ביניים בהליך הפירוק שמתנהל
- 2 בפניי.
- 3 45. כידוע, לפי סעיף 198 לחוק החברות ובהתאם לפסיקה שניתנה בקשר אליו, על מנת שבית
- 4 המשפט יאשר הגשתה של תביעה נגזרת, על המבקש להראות כי קיימת עילת תביעה לחברה;
- 5 כי התביעה וניהולה הן לטובת החברה וכי התובע אינו פועל בחוסר תום לב. בנוסף, בית
- 6 המשפט בודק את סיכויי ההצלחה של התביעה והאם התביעה עשויה לתרום להגדלת ערך
- 7 החברה.
- 8 46. דומה כי גם בזהירות המירבית הנדרשת אגב הערכה מעין זו, שנעשית מטבע הדברים מבלי
- 9 שתישמע עמדתם של מגישי התובענה הנגזרת (שאינם צד בהליך שלפניי) ומבלי שהדברים
- 10 יכבלו בשום צורה ואופן את שיקול דעתו של המותב הדין בתובענה הנגזרת או את טיעוני
- 11 הצדדים שם, ניתן להעריך כי סיכויי ההצלחה של התובענה הנגזרת הם נמוכים. אכן,
- 12 התובענה הנגזרת לא סולקה על הסף אך אין פירושו של דבר שסיכוייה גבוהים, שכן כללי
- 13 הסיילוק על הסף הם כללים מחמירים.
- 14 47. המסקנה בדבר סיכוייה הנמוכים של התובענה הנגזרת מתבקשת בעיקר, אך לא רק, נוכח
- 15 עמדתו הנחרצת של הדירקטוריון הנוכחי של דסק"ש, הסבור כי התובענה הנגזרת לא רק
- 16 שאינה לטובתה של דסק"ש, אלא שהיא אף צפויה להסב לה נזק כבד, והיא אף אינה מגלה
- 17 עילה. נזכיר שככלל, בעלי מניות אינם זכאים להתערב בניהולה של חברה, לרבות בקבלת
- 18 ההחלטה האם להגיש תביעה נגד מאן דהוא. מוסד התביעה הנגזרת הוא חריג לכלל האמור,
- 19 חריג שנועד בראש ובראשונה להתמודד עם מה שמכונה "בעיית הנציג", קרי, כאשר מוסדות
- 20 החברה נמנעים מהגשת תביעה משום שהדבר נוגד אינטרס אישי שלהם, ואזיי ישנו חשש
- 21 שהימנעות מהגשת תביעה לא נועדה לשרת את האינטרס האמיתי של החברה, אלא את
- 22 האינטרס האישי של חברי הדירקטוריון או מי מהם. כפי שנפסק ברע"א 4024/14 אפריקה
- 23 ישראל להשקעות בע"מ נ' רפאל כהן בפסקה 15 (נבו 26.04.2015):
- 24 "התביעה הנגזרת באה להתמודד עם בעיית הנציג באמצעות הענקת "זכות עמידה" לבעל
- 25 מניות (ובמקרים מסוימים אף לנושה של חברה) לתבוע בשם החברה, מקום בו נמנעים
- 26 האורגנים המוסמכים להפעיל את זכות התביעה של החברה בעצמם. התביעה הנגזרת





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ ואח'

מאפשרת לבעל מניות להיכנס בנעלי החברה ולנהל תביעה בשם החברה בגין נזק שנגרם לחברה כתוצאה מהפרה של מקבלי ההחלטות את חובותיהם כלפיה ...".

(ראה גם רע"א 5296/13 יוסי אנטורג נ' יעקב שטבינסקי בפסקה 16 (נבו 24.12.2013) (להלן: "אנטורג").

מנגד, כאשר מדובר בדירקטוריון נטול פניות, החשש מפני שיקולים זרים איננו קיים למעשה. על כן, כאשר מדובר בעמדתו המקצועית של דירקטוריון כזה, החסר כל זיקה וקשר לנתבעים, בית המשפט מייחס משקל רב לעמדתו בשאלה האם התובענה הנגזרת הינה לטובת החברה אם לאו, תוך יישום מבחני הכלל בדבר שיקול הדעת העסקי. נזכיר בהקשר זה את שנפסק לא מכבר בע"א 6913/18 שמואל שקדי נ' הרודיום השקעות בע"מ בפסקה 35 (נבו 04.08.2020):

"מאידך גיסא, כאשר הדירקטוריון המכהן נטול זיקות לדירקטוריון הישן ואין חשש לניגוד עניינים או להשפעה חיצונית על שיקול דעתו, אזי כוח הכבידה של כלל שיקול הדעת העסקי צפוי לגבור, והחלטת הדירקטוריון אם להגיש תביעה או להימנע מכך – תהא חסינה מהתערבות שיפוטית."

ראה גם ע"א 4857/16 אפרים מנשה נ' יוז'ין אייר בע"מ בפסקה 36 (נבו 24.04.2018), שם נפסק כי:

"... המסקנה היא שאישור תביעה נגזרת נגד צד שלישי צריך להיות חריג שבחריג. מכיוון שבמצב הדברים הרגיל, כאשר מדובר בהגשת תביעה נגד צד שלישי, אין סיבה לחשוד בכשרות אופן קבלת ההחלטות על ידי האורגנים המוסמכים של החברה, הרי שגם אין מניעה להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על החלטה מעין זו. החלה של הכלל על החלטה בעניין הגשת תביעה נגד צד שלישי מכבדת את עצמאותם של נושאי המשרה בחברה ואת שיקול הדעת שלהם ומותירה את ניהול ענייניה של החברה בידיהם. דהיינו, אם החלטתו של הדירקטוריון בעניין זה התקבלה באופן מיועד, בתום לב וללא ניגוד עניינים, הרי שבית המשפט – ככלל – לא יתערב בהחלטתו, גם אם הוא סבור כי ההחלטה שגויה."

ולבסוף ראה את שנפסק בתנ"ג (מחוזי מרכז) 10466-09-12 חברת השקעות דיסקונט בע"מ נ' נוחי דנקנר בפסקה 17 (נבו 04.01.2018):



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ ואח'

- 1 "אפס, במקרה שלפניי אין חולק כי דירקטוריון החברה שהחליט לקבל את הצעת הפשרה
- 2 אינו נגוע בניגוד עניינים. כמובהר לעיל, הנתבעים אינם עוד בעלי עניין בדסק"ש,
- 3 והדירקטורים שקיבלו את ההחלטה אינם נגועים בניגוד עניינים. במצב דברים זה, קשה
- 4 לראות מהי ההצדקה שלא לכבד את שיקול דעת דירקטוריון החברה כי הסכם הפשרה
- 5 משרת את טובת דסק"ש."
- 6 נציין כי דעה אחרת בענין המשמעות שיש לייחס להחלטתו של דירקטוריון לא קונפליקטורי
- 7 הובעה בענין אנטורג, בפסקה 34.
- 8 במקרה דנן מדובר בדירקטוריון נטול כל פניות, שאין לו כל קשר או זיקה לא למשיבים וגם
- 9 לא לחברי הדירקטוריון שאישרו את החלוקות שבמחלוקת, כך שיש להניח ברמת סבירות
- 10 גבוהה כי בסופו של יום יינתן משקל רב לעמדתו. אגב, הדירקטוריון בהרכבו הנוכחי לא חידש
- 11 דבר: הוא שב ואימץ את החלטת הדירקטוריון הקודם מיום 26.6.2019, שגם הוא לא היה
- 12 מעורב בקבלת ההחלטה בדבר ביצוע החלוקות שבמחלוקת.
- 13 48. נתון נוסף שיש להביא בחשבון בענין זה הוא שדסק"ש לא נקלעה לקשיים כלשהם בעקבות
- 14 החלוקות האמורות, ואת חובותיה היא המשיכה לפרוע כסדרם ובמועדם ואף ביצעה לאחר
- 15 מכן חלוקות דיבידנד נוספות, שלגביהן אין כל טענה.
- 16 49. בנוסף, ישנו ספק אם יעלה בידי רוזנפלד והייט להוכיח שמדובר בחלוקות אסורות על פי מבחן
- 17 הרווח, והא ראייה, דסק"ש לא סברה שיש לערוך תיקון כלשהו בגין דו"חותיה הכספיים, לא
- 18 ביחס לדו"חות שפורסמו בעבר ולא ביחס לדו"חות שפורסמו לאחר החלוקות. כך גם ישנה
- 19 טענה שהחלוקות נעשו מלכתחילה תחת עינה הפקוחה של רשות ניירות ערך, תוך דין ודברים
- 20 שנוהל עמה בנושא.
- 21 50. כמו כן, התובענה הנגזרת הוגשה בלא שתקדם לה בשום שלב פנייה מוקדמת להנהלת דסק"ש
- 22 כדי שזו תגיש בעצמה את התביעה נגד המשיבים, פנייה הנדרשת על פי דין, חרף העובדה שלא
- 23 היתה כל מניעה לביצוע פנייה שכזו בהינתן העובדה שהשליטה בדסק"ש התחלפה מספר
- 24 פעמים מאז בוצעו החלוקות שבמחלוקת: תחילה התחלפה השליטה בקבוצת אי די בי
- 25 ובחברה בשנת 2013, עת עברה השליטה לידי קבוצת אקסטרה- אלשטיין; לאחר מכן יצאה
- 26 קבוצת אקסטרה מתמונת השליטה; לבסוף, ביום 20.11.2020 הועברה השליטה לקבוצה
- 27 בראשותה של מגה אור החזקות בע"מ. ואכן, ממש לאחרונה הורה בית המשפט הדן בתובענה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ ואח'

- 1 הנגזרת כי על רוזנפלד והייק להגיש פנייה מוקדמת לדסק"ש, בהתאם לסעיף 194(ב) לחוק
- 2 החברות, ובטרם יימשך בירור התובענה הנגזרת.
- 3 51. לכל אלה יש להוסיף כי בענין דולפין, בית המשפט העליון כבר חיווה דעתו שבפני רוזנפלד
- 4 והייק ניצבות משוכות גבוהות קודם שהתובענה הנגזרת תוכתר בהצלחה, כשם שניצבות
- 5 משוכות גבוהות גם בנוגע לתביעת השיפוי של המשיבים כלפי החברה:
- 6 "כפי שיובהר להלן, שעה שקיימים הליכים מקדמיים ומשוכות רבות אותן נדרשים
- 7 המערערים לעבור, כמו גם סימני שאלה רבים המרחפים מעל אפשרויות החזרה של
- 8 המשיבים הנוספים אל פיתוח, אין לכאורה מידת ודאות גבוהה שאכן עלול להיגרם נזק של
- 9 ממש להסדר הנושים בהקשר המשיבים הנוספים. ... על פי דין, ראשית, על בית המשפט
- 10 המחוזי לבדוק, האם עומדת התביעה הנגזרת בתנאים הקבועים בדין, לצורך מתן האישור
- 11 להגשתה ולניהולה. זהו הליך מקדמי, שעל בית המשפט המחוזי לנהל לגופו באופן מעמיק,
- 12 על שלל נגזרותיו, כבכל בקשה לאישור תביעה נגזרת. שנית, וכדי להתחיל לבסס את עילת
- 13 התביעה נגד המשיבים הנוספים, יהא על המערערים להוכיח כי אכן בוצעו חלוקות אסורות
- 14 בדסק"ש, דבר אשר – מבלי לטעת מסמרות – מעמיד אותם בפני משוכה גבוהה שעליהם
- 15 לעבור, שעה שקיימת מחלוקת בנושא, ושעה שאופן החלוקות היה ידוע, ולטענת המשיבים,
- 16 אף נעשה תחת עינה הפקוחה של הרשות לניירות ערך, תוך דין ודברים שנוהל עמה בנושא.
- 17 שלישית, אם יוכח כי נעשו חלוקות אסורות בחברה, יהא צורך בבירור אחריותם של נושאי
- 18 המשרה לעניין חלוקה זו. רביעית, ורק אם ייקבע כי נושאי המשרה חבים באחריות בגין
- 19 חלוקות אסורות שלכאורה נעשו, יהא צורך לבחון האם קיימים כתבי שיפוי או ביטוח
- 20 לנושאי המשרה, ואם כן, מה היקף תחולתם ... וכן יהא צורך לבחון היש בידיהם לחזור
- 21 לפיתוח [החברה - ח.ב.] – דבר שאף בו אין ודאות, נוכח העילות בהן עסקינן, ונוכח האמור
- 22 מעלה בדבר האפשרות המצומצמת לכאורה לתביעה כלפי פיתוח. ער אני לטענה המובנת
- 23 שבעוד החברה "יוצאת בחוץ" ותביעות כנגדה נחסמות, נושאי המשרה עודם חשופים – אך
- 24 דומני כאמור כי התוצאה נכונה ... "
- 25 (פסקאות ק"ח וק"ט לפסק דינו של כב' השופט א' רובינשטיין).
- 26 כך גם לפחות אחד משופטי ההרכב בענין דולפין סבר כי אם קיימת למשיבים עילת שיפוי נגד
- 27 החברה, הרי שהדבר מהווה שיקול שלא לאפשר את התובענה הנגזרת, שהרי בדרך זו הצו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ ואח'

- 1 החוסם שניתן להגנתה של החברה ירוקן מתוכן (דברי כב' השופט י' עמית בפסקה 5 לפסק
- 2 דינו).
- 3 52. ענין נוסף שיש לשקול הוא שכספי החלוקות שבמחלוקת הועברו לכלל בעלי מניותיה של
- 4 דסק"ש, ולא רק החברה נהנתה מהם. כך, במסגרת סעיף 6 לבקשת נושאי המשרה למשלוח
- 5 הודעה לצד שלישי נגד החברה, נטען כי חלקה של החברה בחלוקות "עמד על מאות רבות של
- 6 מליוני ₪", משמע, החברה לא קיבלה לידיה את מלוא הסך של 1.25 מיליארד ₪. ממילא,
- 7 דומה כי עילת ההשבה לפי סעיף 310 לחוק החברות ביחס לחברה חלה רק ביחס לסכום
- 8 שהחברה קיבלה בפועל, שהוא נמוך כאמור מהסכום של 1.25 מיליארד ₪.
- 9 53. לבסוף, יש לזכור כי אם התובענה הנגזרת תתנהל בסופו של דבר גם נגד החברה, מכח הודעה
- 10 לצד שלישי של המשיבים כלפיה (שכן הצו החוסם מונע תובענה נגזרת ישירה נגד החברה),
- 11 הרי שלכאורה עומדת לחברה הזכות לתבוע שיפוי מחלק מאותם משיבים שביהנו כנושאי
- 12 משרה בה, שהרי הם אלה שכיוונו את פעולתה. הדברים אף עוגנו בסעיף ד' של הסכם הפשרה
- 13 המתוקן שאושר על ידי בית המשפט ביום 16.11.2015 במסגרת תיק פר"ק 13-06-11478.
- 14 ביחס לחלק מן המשיבים (אך לא ביחס לרואי החשבון), זכות זו של החברה נוטלת במידה
- 15 מסויימת את העוקץ מן האיום הנשקף לה מאותם משיבים (אלה שביהנו בה כנושאי משרה
- 16 בעת ביצוע החלוקות).
- 17 54. לא למותר לציין כי בתל"א (מחוזי תל אביב-יפו) 11905-09 הבנק הבינלאומי הראשון
- 18 לישראל בע"מ נ' עו"ד דורון סטריקובסקי בפסקה 7 (נבו 15.02.2010) כבר נפסק, אגב הערכת
- 19 שווי של נשייה מותנית, כי "מה שיעור הסיכוי כי התנאי המקיים את החבות יתקיים? אין
- 20 דינו של חוב מותנה אשר רק תנאי פורמלי שקיומו בטוח מונע את הפיכתו לוודאי, כדינה של
- 21 תביעת ענק הנראית על-פניה כמופרכת או בעלת סיכויים קלושים עד מאד להתקבל."
- 22 55. כלל הנתונים לעיל, ובעיקר עמדתו של דירקטוריון דסק"ש בהרכבו הנוכחי, מובילים לכלל
- 23 מסקנה כי במידת הזהירות המתבקשת, ולצורך עריכת שומה של הנשייה המותנית, ניתן
- 24 להעריך כי סיכויי התובענה הנגזרת נמוכים ביחס למשיבים. ממילא דין דומה חל על הנשייה
- 25 המותנית של המשיבים כלפי החברה, שהרי נשייה זו מותנית בכך שהתובענה הנגזרת תתקבל
- 26 נגדם. ככל שהתובענה הנגזרת תידחה, ממילא לא תתקיים כל נשייה מותנית כלפי החברה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ ואח'

56. אכן, עסקינן בממלכת ההשערות וההערכות, ואם בסופו של יום וחרף ההערכה שפורטה לעיל, התובענה הנגזרת תתקבל במלואה, אזיי הנזק לו חשופים המשיבים הוא נזק עצום ורב, אך מאידך, צריך להביט נכוחה ולהפנים כי בכל מקרה, בשים לב לחדלות פרעונה של החברה, חשיפתם של המשיבים לנזק תהיה בסכומי עתק גם אם נשייתם המותנית תוכר על ידי הנאמן במלואה ולא יחולק ולו גם שקל אחד לנושים הוודאיים. לשם המחשה: אם נשייתם המותנית של המשיבים תתקבל במלואה, הרי שהיא תהווה כ- 70% מכלל הנשייה בחברה, ומכאן שהמשיבים יוכלו להיפרע כדי 70% מקופת הפירוק, אלא שזו עמדה (בטרם החלוקה שכבר אושרה) על סך של כ- 329 מליון ₪ (סכום שצפוי לגדול במידה מסויימת במסגרת פעולות מימוש שנוקט הנאמן, ייתכן כדי 150 מליון ₪ נוספים). במצב דברים כזה, המשיבים, אם אכן יחוייבו במסגרת התובענה הנגזרת לשלם פיצויים בסך של 2.2 מיליארד ₪, ואם אכן תוכתר בהצלחה מלאה ההודעה לצד שלישי נגד החברה, יהיו זכאים לשיפוי מאת קופת הנשייה בסכום של כ- 230 מליון ₪ בלבד. כלומר, הם יוותרו עם חשיפה שאין כנגדה כיסוי של ממש (מלבד סכומי ביטוח אחריות מקצועית הנמוכים בהרבה מהיקף החשיפה), בהיקף של כ- 1.97 מיליארד ₪. בנסיבות אלה דומה כי במישור המעשי, שריון מלוא סכום הנשייה המותנית עד להכרעה חלוטה בגורלה של התובענה הנגזרת, לא תצמיח ממילא תועלת מרובה למשיבים, אך תסב נזק ודאי לנושים הוודאיים של החברה (ככל שהתובענה הנגזרת תידחה בסופו של יום).

57. מאידך גיסא, וכפי שכבר קבעתי בענין **אורבנקורפ** (בפסקאות 14-16), כאשר מתירים חלוקה של דיבידנד ביניים לטובת נושים שנשייתם אושרה, אך ידוע גם על קיומם של נושים מותנים, יש לנהוג זהירות יתירה על מנת שלא לקפח את זכותם של אותם נושים מותנים, אם בסופו של יום התנאי יתממש ונשייתם תהפוך מנשייה מותנית לנשייה רגילה לכל דבר וענין. הוספתי וצינתי כי גם מאזן הנוחות נוטה באופן מובהק לטובת אותם נושים מותנים: ככל שתעוכב שלא לצורך חלוקת כספים לנושים הרגילים, ייגרם לנושים אלה נזק מהסוג של נזקי מימון בלבד (אובדן תשואה על הכסף המעוכב, עלויות מימון חלופי וכיוצא בזה), אך ככל שלא תעוכב החלוקה, ובסופו של יום יתקיים התנאי והנושים המותנים יהפכו לנושים רגילים, הם עלולים למצוא את עצמם במצב שבו לא יוכלו לקבל את מלוא הדיבידנד המגיע להם, אם בכלל. נזק זה עלול להיות חמור בהרבה מהנזק של אובדן תשואה. נוכח זאת קבעתי, בהקשר לסעיף 132 לפקודה, כי אכן, לבית המשפט נתון שיקול הדעת להורות אם ואיזה סכום יש לעכב לטובת הנושים המותנים, אך יחד עם זאת, ראוי שהשימוש בשיקול דעת זה ייעשה באופן שמרני



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ ואח'

- 1 ובזהירות יתירה, בשל העובדה שמאזן הנוחות נוטה באופן מובהק לטובת הנושים המותנים,
- 2 אלא אם נשייתם המותנית מופרכת על פניה, כולה או מקצתה.
- 3 58. בשולי הדברים אציין כי לא מצאתי בסיס משפטי להצעת הממונה לפיה עיכוב חלוקה בעטייה
- 4 של הנשייה המותנית יהיה כפוף להפקדת ערובה שיעמידו הנושים המותנים. התייחסתי
- 5 לסוגיה זו בפרשת **אורבנקורפ**, ועמדתי בענין זה נותרה בעינה. עיכוב הכספים לטובת הנושים
- 6 המותנים הוא למעשה חובה המוטלת על נאמן המבקש לחלק דיבידנד ביניים לנושים, והדין
- 7 הוא שמחייב אותו להותיר עתודה להבטחת התביעות המותנות, בין שהנושה המותנה דורש
- 8 זאת ובין שלא. על כן, אין מקום להחיל על עיכוב כזה את דיני הסעדים הזמניים, שהם המקור
- 9 הסטטוטורי לחייב בעל דין בהפקדת ערובה לנזקים. זאת ועוד, שיקול הדעת להפחית את
- 10 הסכום המעוכב, מאפשר בין השאר למנוע נזק מיותר מהנושים הרגילים, שהיה עלול להיגרם
- 11 להם אם מלוא סכום הנשייה המותנית היה מעוכב. על כן, הדבר מייתר במידה רבה את הצורך
- 12 בהתניית העיכוב בהפקדת ערובה לנזקים. כמו כן, חיוב הנושים המותנים בהפקדת ערובה
- 13 לנזקים מפלה אותם לרעה ביחס לנושים הרגילים, דבר שאין לו הצדקה, שכן אין לראות את
- 14 הנושים המותנים כנושים מסוג ב' רק משום שנשייתם טרם התבררה. לבסוף, נושים רגילים
- 15 אינם נדרשים להפקיד ערובה כשהם מקבלים דיבידנד. הצבת דרישה כזו ביחס לנושים
- 16 מותנים, עלולה להרתיע אותם ולגרום להם לוותר על זכותם לעמוד על כך שבעל התפקיד
- 17 יותיר עתודות כספיות מתאימות גם עבורם.
- 18 59. עוד אציין כי לא מצאתי לזקוף לחובת המשיבים את עמדתם הנחרצת, כפי שהובעה במסגרת
- 19 התובענה הנגזרת, לפיה מדובר בתובענה מופרכת על פניה. לשיטתם של הנאמן ומחזיקי
- 20 האג"ח, בעטייה של עמדה זו, המשיבים מושתקים מלטעון כעת שהם חשופים לסיכון כלשהו
- 21 במסגרת התובענה הנגזרת. דינה של טענה זו להידחות. פשיטא שנתבע רשאי לכפור מכל וכל
- 22 בטענות המועלות נגדו במסגרת תביעה, ובד בבד לטעון בהליך של הודעה לצד שלישי כי הוא
- 23 זכאי לשיפוי אם הטענות נגדו תתקבלנה משום מה, בניגוד לעמדתו. המקרה הנוכחי הוא
- 24 מקרה דומה, שכן הגם שהמשיבים סבורים וטוענים שדינה של התובענה הנגזרת נגדם
- 25 להידחות על הסף או לגופה, הם עדיין חוששים שמא עמדתם לא תתקבל, ולכן הם מבקשים
- 26 להבטיח את עצמם הן במסגרת הודעה לצד שלישי נגד החברה והן במסגרת התנגדות לחלוקת
- 27 דיבידנד ביניים לנושים הוודאיים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ ואח'

60. בנסיבות אלה, ולאחר ששקלתי את כלל השיקולים שפורטו לעיל, באתי לכלל מסקנה כי יש להעריך את הנשייה המותנית לצרכי חלוקת דיבידנד ביניים באופן שהיא תעמוד על סך המהווה 30% מגובהה, קרי, 660 מליון ש"ח (כ- 30% מהסך של 2,207,857,045 ₪). לא אכחד: אני סבור כי מדובר בהערכה מאוד שמרנית ומאוד זהירה, וכי הלכה למעשה ניתן להעריך את הסיכון האמיתי לו חשופים המשיבים (וממילא גם החברה וקופת הפירוק) בשיעור נמוך הרבה יותר (ניתן גם להעריך שבמקרה של פשרה, הסכסוך יסתיים כנגד תשלום נמוך לאין ערוך), אך מחמת הזהירות היתירה בה יש לנהוג בעניינים כגון דא, מצאתי לנכון להעריך את הנשייה המותנית על פי השיעור האמור.
61. ושוב, מחמת הזהירות, הערכת שווי הנשייה המותנית מושא החלטה זו, כוחה יפה אך ורק ביחס לחלוקה הנוכחית שעל הפרק. אם וככל שתעמודנה על הפרק חלוקות נוספות (ולדברי הנאמן צפויים תקבולים נוספים לקופת הפירוק), ניתן יהיה לשוב ולהידרש לסוגיה זו, ככל שעד אז יחולו התפתחויות בקשר לתובענה הנגזרת.
62. כמובן שהנאמן, בתיאום עם מחזיקי האג"ח, רשאי לנהל משא ומתן עם רוזנפלד והייק ועם המשיבים כדי לנסות ולקדם פשרה כוללת בתובענה הנגזרת. לעת הזו, דומה שבעלי הדין היחידים שיש להם אינטרס אמיתי ומוחשי בהבאת הסכסוך לידי גמר בעתיד הנראה לעין הם הנאמן ומחזיקי האג"ח, שכן הם ורק הם נפגעים מהותית המצב הקיים על כנו ומעיכוב בחלוקת הכספים שאלמלא התובענה הנגזרת, ניתן היה לחלקם כבר כעת. כך, בעוד שבעלי הדין האחרים עוסקים בגלגולי סכומים בעלמא, הנאמן לבדו הוא שמחזיק תחת ידו סכום כסף נזיל שיש בכוחו להניע גלגלי פשרה אפשרית (ולא נעלמה מעיניי טענתו של הנאמן שזו בדיוק מטרתם של חלק מהצדדים המעורבים).
63. המזכירות תשלח את ההחלטה לצדדים.
- ניתנה היום, ג' אדר ב' תשפ"ב, 06 מרץ 2022, בהעדר הצדדים.
- חגי ברנר, שופט, סגן הנשיא



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

חדל'ת 20-09-43652 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ
ואח'

1



נספח 2 – החלטת בית משפט

קמא הנכבד מיום 4.11.2021,

פר"ק 19728-06-20



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

פר"ק 19728-06-20 רוזנפלד ואח' נ' ביסקר ואח'

לפני כבוד השופטת איריס לוי-עבודי

מספר בקשה: 8

חוק החברות, התשנ"ט-1999

בעניין:

1. ראובן רוזנפלד

2. משה הייט

ובעניין:

ע"י באי-כוחם עוה"ד יוקי שמש ושלומי מושקוביץ

המבקשים

1. רפי ביסקר

2. חיים גבריאלי

ובעניין:

3. נוחי דנקנר

4. אליהו כהן

5. יצחק מנור

6. צבי לבנת

7. פרופ' ניב אחיטוב

8. זהבה דנקנר

9. אבי פישר

10. דורי מנור

11. שאול בן זאב

12. מרק שימל

13. משה ארד

14. עמי אראל

15. רו"ח מישל דהן

16. כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ

17. כלל פיננסים בע"מ

18. י.ז.ד בע"מ

19. יצחק דנקנר

20. סומך חייקין רואי חשבון (KPMG Israel)

21. חברת השקעות דיסקונט בע"מ

המשיבים 1-4, 7-9, 12-15, ו-18-19 על-ידי באי-כוחם עוה"ד צבי אגמון ואורי שורק

המשיבים 5 ו-10 על-ידי בא-כוחם עו"ד אהרון מיכאלי

המשיבים 6 ו-11 על-ידי בא-כוחם גיורא ארדינסט

המשיבה 20 על-ידי באי-כוחה עוה"ד ניר כהן, אלעד פלד ודניאלה מילר בקלור

המשיבה 21 על-ידי באי-כוחה עו"ד אפרים אברמזון, גיא איזנברג ורן יעקב קינן

המשיבים

אי די בי חברה לפתוח בע"מ (בחדלות פירעון)

ובעניין:

פתוח



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

פר"ק 20-06-19728 רוזנפלד ואח' נ' ביסקר ואח'

לפני כבוד השופטת איריס לוי-עבודי

ובעניין: עו"ד אופיר נאור – בתפקידו כנאמן להליכי חדלות פירעון חברת פתוח

הנאמן

ובעניין: כונס הנכסים הרשמי – מחלקת תאגידים
על-ידי באת-כוחו עו"ד הדר נאות

הכונס הרשמי

החלטה

- 1
- 2 1. שבתי ועיינתי בבקשות למתן הודעות צד ג' נגד חברת אי די בי חברה לפתוח בע"מ (בחדלות
- 3 פירעון) (להלן: "פתוח") וכן בתגובות השונות שהוגשו, ולא מצאתי כי ניתן לחסום את דרכם
- 4 של המשיבים (מגישי ההודעות לצד ג') מהגשת הודעות כלפי פתוח כמבוקש על-ידם.
- 5
- 6 ראשית, סוגיה זו נדונה והוכרעה על-ידי בית-המשפט העליון עוד במסגרת פסק-הדין בע"א
- 7 1091/15 **ראובן רוזנפלד נ' Dolphin Fund Limited**, מיום 13.7.2016 בסופו נקבע כי לא ניתן
- 8 לשלול א-פריורית את זכות החזרה של המשיבים כלפי פתוח חרף הותרת צו החוסם כלפיה.
- 9 משכך, בחינת נפקות זכות החזרה (על עילותיה השונות) תעשה לאחר שיונח בפני בית-המשפט
- 10 מלוא המסד המשפטי והעובדתי. בתוך כך קבע בית-המשפט העליון כי יהיה מקום לבחון את
- 11 שאלת טובת החברה (בהתאם להוראת סעיף 198(א) לחוק החברות, התשנ"ט-1999) בראי
- 12 הסדר הנושים שאושר בעניין קונצרן חברות אי.די.בי (ראו פסקאות קט"ו, קי"ז וקי"א לפסק-
- 13 דינו של כב' השופט רובינשטיין וכן פסקה 5 לפסק-דינו של כב' השופט סולברג).
- 14
- 15 שנית, אף שסוגיה זו הוכרעה כאמור, הרי שלאחר שניתן פסק-הדין של בית-המשפט העליון,
- 16 נכשל הסדר הנושים בעניין קונצרן אי.די.בי וביום 25.9.2020 ניתן צו לפתיחת הליכים שעניינו
- 17 פירוק לחברת פתוח (על-ידי סגן הנשיא, כב' השופט ברנר בתיק חדל"ת 43652-09-20) במסגרתו
- 18 מונה עו"ד אופיר נאור כנאמן להליכי חדלות הפירעון של חברת פתוח (להלן: "הנאמן").
- 19 בנסיבות אלה, מתן צו לפתיחת הליכים בעניינה של פתוח מהווה לטעמי שינוי נסיבות מהותי
- 20 בכל הנוגע לבחינת הבקשה לאישור התביעה הנגזרת, לרבות באשר לשאלת טובת החברה,
- 21 לשאלת בחינת נפקות זכות החזרה, להשלכות שיש לבקשות למתן היתר להגשת הודעות צד ג'
- 22 נגד פתוח על נושיה של פתוח, וכן לניק הנטען על-ידי הנאמן להליכי חדלות הפירעון (פסקאות
- 23 18-23 לתגובתו של הנאמן מיום 9.5.2021).
- 24



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

פר"ק 20-06-19728 רוזנפלד ואח' נ' ביסקר ואח'

לפני כבוד השופטת איריס לושי-עבודי

2. במצב דברים זה, ומאחר וכתבי טענות הצדדים בהליך העיקרי וכן בבקשה למתן היתר להגשת
הודעות צד ג' מבוססים על פניו על תשתית עובדתית ומשפטית שאינה עדכנית ויתכן שאף אינה
רלוונטית עוד, אני מורה על קיום דיון קצר ביום 23.11.2021, בשעה 11:30 במסגרתו יטענו
הצדדים בנוגע למתווה להמשך ניהול ההליך.

5

3. לאור האמור לעיל, בשלב זה מתייחר הצורך בהכרעה בבקשת המשיבים למחיקת כתב התגובה
שהוגש על-ידי המבקשים (יוזמי ההליך) ביום 17.11.2019 במסגרת בקשה לאישור תביעה
נגזרת, ולחילופין בבקשה למחיקת סעיפים מכתב התגובה.

9

10 המזכירות תשלח העתק ההחלטה לצדדים ותעדכן את היומן.

11

12 ניתנה היום, כ"ט חשוון תשפ"ב, 04 נובמבר 2021, בהעדר הצדדים.

13

איריס לושי-עבודי, שופטת

14

15

16

