



## בבית המשפט העליון

רע"א 4665/18

לפני: כבוד השופט נ' סולברג

המבקשת: טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ

נגד

המשיבים:

1. בארי לנואל
2. ד"ר עמרם אהרוני
3. ארז ויגודמן
4. פרופ' יצחק פטרבורג
5. רוג'ר אברבנל
6. סול ג. בארר
7. פרופ' אריה בלדגרין
8. אמיר אלשטיין
9. ז'אן-מישל חלפון
10. גליה מאור
11. יוסף ניצני
12. אורי סלונים
13. Allergan Plc.

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 21.5.2018 בתנ"ג 2453-03-17 שניתנה על ידי כבוד השופט א' אורנשטיין - נשיא

בשם המבקשת: עו"ד אלקס הרטמן; עו"ד מנחם טולצ'ינסקי

בשם המשיבים 1-2: עו"ד ע. מנור; עו"ד י' שמש; עו"ד י' סבו; עו"ד ח' קלעי; עו"ד א' רוזן

בשם המשיבים 3-12: עו"ד צבי אגמון

בשם המשיבה 13: עו"ד יחיאל כשר; עו"ד ניר קהת; עו"ד סיון וולקן-אבישר; עו"ד יעקב גורובוי

### החלטה

1. בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 21.5.2018 בתנ"ג 2453-03-17 (הנשיא א' אורנשטיין) להתיר תיקון של בקשה לאישור תביעה נגזרת שהוגשה על-ידי המשיבים 1-2 (להלן: התובעים הנגזרים).

2. בחודש יולי 2015 נחתמה עסקה בין המבקשת, חברת טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ (להלן: טבע) לבין המשיבה 13, חברת Allergan plc (להלן: אלדגן), שעניינה רכישת חטיבת התרופות הגנריות של אלרגן על-ידי טבע. העסקה הושלמה בחודש אוגוסט 2016. תמורת העסקה עמדה על סך של כ-40.5 מיליארד דולר ארה"ב, מתוכו סך של כ-33.75 מיליארד דולר שולם במזומן, והיתרה בסך של כ-6.75 מיליארד דולר שולמה על דרך של הקצאת כ-10% ממניות טבע. הקצאה זו הפכה את אלרגן לבעלת המניות הגדולה ביותר אצל המבקשת. במסגרת העסקה, חתמה אלרגן על הסכם בעלי מניות שהתווה את האופן שבו תוכל להצביע באסיפה הכללית מכוח בעלותה במניות טבע.

3. ביום 15.5.2017 הגישו התובעים הנגזרים בקשה לאישור הגשת תביעה נגזרת נגד טבע והמשיבים 3-13 בבקשה שלפנינו (להלן: בקשת האישור). הבקשה נסובה בעיקרה סביב הסכם בעלי המניות, שלטענת התובעים הנגזרים העניק לדירקטוריון טבע שליטה באופן הצבעת אלרגן באסיפת בעלי המניות, גם בנושאים הנוגעים לדירקטוריון במישרין. בבקשת האישור נטען נגד מעשים ומחדלים של המשיבים 3-12, שביניהם כנושאי משרה בטבע בעת אישורה של העסקה, ושל אלרגן. לאחר שהוגשו התגובות לבקשת האישור, בטרם חלף המועד להגשת תשובה לתגובות, הגישו התובעים הנגזרים בקשה לתיקון בקשת האישור (להלן: בקשת התיקון). בבקשת התיקון טענו התובעים הנגזרים על מידע חדש שהתגלה להם מן התגובות לבקשת האישור, שנוגע להליך הרכישה שבגדריו התגבשה העסקה, ולפיכך ביקשו לתקן את בקשת האישור, ולהוסיף לה עילות תביעה בקשר עם הליך הרכישה.

עיקרי ההחלטה של בית המשפט המחוזי

4. בית המשפט המחוזי ציין את דבר סמכותו להתיר תיקון כתבי טענות, המעוגנת בתקנה 92 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: התקנות), ועמד על המדיניות הנוהגת בפסיקה, להתייחס בדרך כלל ברוחב לב לבקשות לתיקון כתבי טענות "כך שבית המשפט יוכל להכריע בשאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדין". צוינו גם השיקולים המיוחדים הצריכים לעניין, שנובעים מן היחס שבין מאפייניה היחודיים של התביעה הנגזרת לבין אמות המידה שהותוו בפסיקה בקשר לתיקון כתבי טענות.

5. בית המשפט המחוזי הגיע למסקנה כי יש להתיר את תיקון בקשת האישור, וזאת על סמך מספר טעמים. טעם ראשון היה, כמצוות תקנה 92, שקבלת בקשת התיקון תביא לכך שמלוא השאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדין יונחו יחד לפני בית המשפט:

בקשת האישור ובקשת התיקון נוגעות לאותה עסקה, וטענות התובעים הנגזרים (המבקשים בבית המשפט המחוזי) הופנו ברובן אל אותם נמענים. בית המשפט המחוזי ציין, כי הפרדת הדיון בתביעות "תביא בהכרח לניהול שני הליכים מקבילים בקשר לאותה עסקה ובין אותם צדדים" – הליכים שהדיון בהם עשוי להיקבע במאוחד במועד מאוחר יותר מחמת קירבתם – וההפרדה תגרום הכבדה מיותרת, חוסר יעילות דיונית ופוטנציאל להכרעות סותרות. טעם שני לקבלת הבקשה היה עיתוי הגשתה. הבקשה הוגשה בשלב מוקדם של ההליך – בטרם החל בירור בקשת האישור, ועוד לפני קדם-משפט. לפיכך קבע בית המשפט המחוזי, כי ניתן להעתר לבקשה חרף עיכוב הדיון בהליך ולמרות הפגיעה בטבע ובמשיבים 3-13 (המשיבים בבית המשפט המחוזי, שכבר הגישו באותה עת כתבי תשובה לבקשה), שכן פגיעות אלו ניתנות לריפוי בפסיקת הוצאות. טעם שלישי לקבלת הבקשה טמון באופיו של ההליך: נוכח הנחיתות האינפורמטיבית המובנית של בעלי המניות מקרב הציבור, קיבל בית המשפט המחוזי את טענת התובעים הנגזרים שלפיה "התיקון המבוקש הוא תולדה של עובדות חדשות שלא היו בידיעתם במועד הגשת הבקשה"; הדבר זכה לחיזוק נוכח מהירות הגשת בקשת התיקון – סמוך לאחר קבלת התגובות לבקשת האישור, באופן שהעיד לדעת בית המשפט המחוזי על העדר שיהוי ותום-לב. יחד עם האמור, התייחס בית המשפט המחוזי גם לכך שמתן היתר לתיקון בקשת האישור משמעו הוספת צדדים נוספים ועילות נוספות, שאף אינן רלבנטיות כלפי ארגון. חרף קשיים אלה, בא בית המשפט המחוזי לכלל דעה כי הצר שווה בנזק המלך. בקשת האישור טרם נדונה, ולרוב החששות שהובעו בפסיקה, מפני 'עקיפת' וריקון הליך האישור – אין מקום בעניין הנדון. סוף דבר, בקשת התיקון נתקבלה, תוך השתת הוצאות על התובעים הנגזרים.

מכאן בקשת רשות הערעור שלפני.

טענות הצדדים בבקשה

6. טבע טענת כי העילות מושא בקשת האישור ובקשת התיקון הן נפרדות, וכי בקשת התיקון היא ניסיון "לנהל הליך חדש לגמרי מאשר בקשת האישור הממוקדת והספציפית שהוגשה". כפועל יוצא מכך, ההחלטה של בית המשפט המחוזי מכרסמת בחובה המוטלת על אדם המבקש להגיש תביעה נגזרת לפנות תחילה לחברה, כמצוות סעיף 194(ב) לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: החוק). בקשת האישור, העוסקת לשיטת טבע אך ורק בהסכם בעלי המניות, אמנם באה בגדרי החריג לחובה זו שכן הדירקטוריון נגוע בניגוד עניינים ביחס לעילה זו; אך לא כך בקשת התיקון והעילות המצוינות בה, הנוגעות להליך הרכישה. נטען כי הן אינן באות בגדרי החריג, נוכח שינוי מהותי שחל בהרכב דירקטוריון החברה לאחר קבלת ההחלטה על העסקה. לפיכך, לא

היה מקום להתיר את תיקון בקשת האישור בהעדר פנייה מוקדמת. בהקבלה, אילו היו העילות שבבקשת התיקון נדונות במסגרת בקשת אישור עצמאית, היתה קמה חובה לפנות תחילה לחברה – ובלעדי זאת, בקשת האישור הייתה מסולקת על הסף. נוכח האמור נטען, כי שגה בית המשפט המחוזי בהימנעותו מלהתייחס לכך שבמועד הגשת בקשת התיקון – ביחס לעילות המצוינות בה – דירקטוריון טבע אינו נגוע, ונדרשה פנייה מוקדמת. העמידה על חובת הפנייה המוקדמת, כך נטען, תמתן את הפגיעה בניהול ענייניה הפנימיים של החברה ותביא להגשת בקשות אישור על בסיס מידע רב יותר, וזאת בעילות הנמוכה של 45 ימי המתנה (פרק הזמן הקבוע בחוק למתן תשובה לפנייה). עוד נטען, כי שגה בית המשפט המחוזי בקבלו את בקשת התיקון לגופה – שכן הבקשות נוגעות לצדדים שונים, ועניינן אינו ב'אותה עסקה'. בקשת האישור עניינה בהסכם בעלי המניות, עסקה שהיא שונה ונפרדת לשיטת טבע מהליך הרכישה, הוא נושא בקשת האישור. המשיבים 3-12 מצטרפים לבקשה ולנימוקה.

7. מנגד, טוענים התובעים הנגזרים כי העילות בשתי הבקשות כרוכות זו בזו, ועניינן בשני אופנים שונים של הפרת חובת הזהירות מצד נושאי המשרה באותה עסקה, כלפי אותם משיבים (ברובם), באותן ישיבות דירקטוריון, וכאשר הנזק הוא אותו נזק. לפיכך מתקיימת 'זיקה ישירה והדוקה' בין העילות שהוספתן התבקשה, לבין העילות בבקשת האישור המקורית, וראוי לדון בהן בגדרי אותה תביעה. הודגש, כי התרת התיקון לא תמנע מטבע את האפשרות להעלות טענות בדבר אי-קיום פנייה מוקדמת, ככל שזו אכן נדרשה, בתשובתה לבקשת האישור המתקנת. למהותה של הפנייה המוקדמת נטען, כי בפועל הסוגיה מושא בקשת התיקון – שהיא עילת תביעה נגד יו"ר הדירקטוריון הנוכחי ומספר דירקטורים נוספים – מונחת על שולחן דירקטוריון טבע מזה למעלה משנה. בתקופה זו לא הוגשה תביעה ולא נטען כי החברה עשויה להיות מעוניינת בהגשתה (גם לא בבקשת הרשות לערער). לפיכך אין נפקות מעשית לעמידת טבע על קיום פנייה מוקדמת. יתר על כן, הנדון דידן אינו מצב המחייב פנייה מקדימה לגבי העילות מושא בקשת התיקון, שכן המועד לבחינת הצורך בפנייה מוקדמת הוא מועד הגשת בקשת האישור המקורית.

8. אלרגן מצטרפת לעמדת טבע, וטוענת כי בקשת התיקון עוסקת בעילה שונה וחדשה מאלו שהועלו בבקשת האישור. מדובר בהליכים שונים, שאינם יכולים לדור בכפיפה אחת, ואיחודם יוצר 'יצירה חדשה'. כמו כן נטען, כי העילה מושא בקשת התיקון הפכה לעיקרית בהליך, ומשאינה רלבנטית כלפי אלרגן, נפגע עניינה בקבלת הכרעה מהירה ועניינית בכל הנוגע אליה.

9. בהתאם לסמכותי שלפי תקנה 410 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: התקנות), החלטתי לדון בבקשת הרשות לערער כאילו ניתנה רשות והוגש ערעור על-פי הרשות שניתנה. ההחלטה להתיר את תיקון בקשת האישור באופן שמוסיף עילות, עובדות ומשיבים היא החלטה שאכן משפיעה באופן ממשי על אופן ניהול ההליך. ברם, לאחר עיון בטענות הצדדים מזה ומזה, באתי לכלל מסקנה כי דין הערעור – להידחות.

תיקון כתבי טענות בתביעה נגזרת

10. הוראותיהן של תקנות סדר הדין האזרחי חלות בשינויים המחויבים גם על תביעה נגזרת (רע"א 2903/13 אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שקדי (27.8.2014)). בגדרי האמור באה גם תקנה 92, שעניינה בתיקון כתבי טענות (רע"א 3130/17 לבייב נ' כהן (11.12.2017) (להלן: עניין לבייב)). ישומה של תקנה 92 מחייב איזון בין שלושה אינטרסים: אינטרס המבקש – שטענותיו יעלו ויתבררו כל צרכן; אינטרס המשיב – שלא תורחב יריעת המחלוקת שלא לצורך; ואינטרס הציבור – שהליכים ינוהלו ביעילות, שלא יוקצה זמן שיפוטי לבעל דין שדרך הילוכו לקויה, ושתינתן הכרעה לגבי מלוא השאלות שבמחלוקת (שלמה לויין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 138 (מהדורה שניה, 2008) (להלן: לויין); ראו גם בר"ם 4303/12 אינסלר נ' המועצה האיזורית עמק חפר, פסקה 7 (22.11.2012) (להלן: עניין אינסלר)). בפסיקה הותוו כמה שיקולים מנחים להפעלת שיקול הדעת על-ידי בית המשפט ולעשיית האיזון הדרוש: הראשון, מידת נחיצותו של התיקון לשם הכרעה בשאלות "שהן באמת השאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדיון", כלשון תקנה 92; השני, מועד הגשת הבקשה והסיבה לאיחור בהעלאת הטענות שבה; השלישי, מידת הפגיעה במשיב כתוצאה מקבלת הבקשה; הרביעי, מידת תום-הלב בהגשת הבקשה (לויין, בעמ' 138-139; עניין אינסלר, פסקה 8).

11. ישומה של תקנה 92 בהליך של תביעה נגזרת מחייב התאמה של שיקול הדעת המסור לבית המשפט למאפייניו הייחודיים של ההליך. התאמה זו באה לידי ביטוי בשלושה שיקולים יחודיים נוספים, שנבחנים יחד עם ארבעת השיקולים המצוינים לעיל: השיקול הראשון עוסק ביחס שבין מהות בקשת התיקון לבין מבנה הליך התביעה הנגזרת. אופיו המיוחד של הליך התביעה הנגזרת מחייב את קיומו של שלב טרומי שבו מתקיימת בחינה מעמיקה של הבקשה. שלב זה הוא שלב אישור הגשת התביעה, והוא שמתווה את 'גבולות הגזרה' של הדיון בתביעה עצמה. לפיכך, בחינת ההשלכות של בקשת התיקון תעשה בהתחשב ב'מחזור החיים' של התביעה הנגזרת: התרת שינויים מהותיים לאחד שלב האישור עשויה להביא לפגיעה ביסודיות הבירור בשלב זה, להתנהלות טקטית של

תובעים, ולפגיעה בהגנות המוקנות למשיבים-נתבעים בשלב זה ובקשר אליו (ראו עניין לבייב, פסקה 22). השיקול השני נוגע להיבט יחודי של האינטרס הציבורי שהוא פועל יוצא מאופיה של התביעה הנגזרת. התביעה הנגזרת מתנהלת לטובת החברה עצמה – וכפועל יוצא מכך לטובת כלל משקיעיה. לפיכך, היקפו של האינטרס הציבורי בתביעות אלו רחב יותר – ולכך מהעניין בניצול יעיל של משאבים שיפוטיים, האינטרס הציבורי כולל בו גם את עניין ציבור המשקיעים בניהול תביעה המגלה עילה (ראו עניין לבייב, פסקה 23). השיקול השלישי עוסק בפערי המידע המובנים שבין הצדדים לתביעה הנגזרת. הנחיתות האינפורמטיבית היא מנת חלקם הטבעית של תובעים נגזרים, ולפיכך – ככל שיסודה של בקשת התיקון באותם פערי מידע, תגבר הנכונות להתיר את התיקון (ראו עניין לבייב, פסקה 24).

12. בחינת השיקולים הייחודיים השני והשלישי היא ישירה וברורה. בחינת השיקול הייחודי הראשון דורשת התייחסות למספר קטגוריות כלליות. בגדר כל אחת מהקטגוריות, ניתן לאינטרסים שאותם מאזן בית המשפט תוכן ומשקל שונים בנקודת המוצא, ועל כך מתווספת בחינת כלל השיקולים המצוינים לעיל – הן השיקולים המצוינים בעניין אינסלד (ראו פסקה 10 לעיל), הן השיקולים המיוחדים לתביעה נגזרת המצוינים בעניין לבייב (ראו פסקה 11 לעיל). ניתן לסווג את הקטגוריות על יסוד מיקומו של העניין הנדון בהצלבת שני צירים: ציד אחד מבחין בין שני שלבים עיקריים בהליך התביעה הנגזרת – ובוחן האם אנו מצויים לפני אישור הגשת התביעה הנגזרת, או אחרי שלב מקדים זה; ציד שני בוחן את מהות בקשת התיקון – האם עסקינן בהוספת עובדות גרידא, התומכות בעילות התביעה הקיימות, או בהוספת עילות חדשות. חשיבותה של ההבחנה בגדרי הציד הראשון נובעת מחשיבותו של שלב האישור. על חשיבותו של שלב זה עמד בית המשפט לא אחת, ולכן "על מנת שלא לדון את השלב המקדמי מתוכן, מן ההכרח לנהוג משנה זהירות שעה שמבקשים לשנות מ'גבולות גזרה' אלו" (עניין לבייב, פסקאות 19-20; להרחבה עיינו ע"א 7735/14 ורדניקוב נ' אלוביץ', פסקה 17 (28.12.2016)). בגדרי הציד הראשון, הנטייה להתיר לתובע הנגזר את תיקון כתב טענותיו תגדל כשהתובענה נמצאת טרם שלב האישור, ותקטן לאחריו. מהדברים עולה בבירור גם משמעותו של הציד השני: ככל שהשינוי המבוקש הוא מהותי יותר בבחינת שינוי 'גבולות הגזרה' של בקשת האישור או כתב התביעה, כי אז תפחת הנכונות להתירו. גם היחס בין שני הצירים ברור, והם מהווים 'מכפיל כוח' אחד כלפי השני: השפעתו של שינוי בכתב הטענות (הציד השני) תהא משמעותית יותר ככל שההליך מצוי בשלב מתקדם יותר (בגדרי הציד הראשון), היינו לאחר אישור הגשת התביעה.

13. על בסיס החלוקה האמורה ניתן לזהות 4 קטגוריות:

האחת, עניינה 'המצב הקל' – בקשה לתיקון עובדתי, טרם אישור הגשת התביעה. דומה שבמצבים אלו הנטייה תהא להקל באופן כללי עם מבקש התיקון, שכן מצב זה הוא ה'רחוק' ביותר מהקשיים שהליך התביעה הנגזרת ואופיו אוצלים על שאלת התיקון; לפיכך יפה לו המדיניות ה'ליברלית' הכללית שננקטת ביחס לתיקון כתבי טענות לפי תקנה 92. גישה זו מתחייבת גם לנוכח פסק הדין בעניין לבייב, כמפורט להלן.

השנייה, עניינה 'המצב הקשה' – בקשה להוספת עילות תביעה חדשות, לאחר אישור הגשת התביעה. קטגוריה זו נדונה בבית המשפט המחוזי בעניין אוסטרובסקי, שם הביע השופט ע' גרוסקופף עמדה מרחיבה שלפיה מרגע שאושר ניהולה של תביעה נגזרת, ומתבקשת הוספת עילות שיסודן בעובדות שהתגלו לאחר אישור הגשת התביעה, היעילות הדיונית יכולה להצדיק את הוספת העילות החדשות מקום שהן אינן מופרכות או ספקולטיביות (תנ"ג (מחוזי מרכז) 10466-09-12 אוסטרובסקי נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ (18.5.2016) (להלן: עניין אוסטרובסקי)). אשר לעמדה מרחיבה זו הערנו בעניין לבייב – למעלה מן הצורך ותוך הותרת ההכרעה לעת מצוא – כי לכאורה יש טעם להתיר תיקון המוסף עילות גם לאחר אישור הגשת התביעה הנגזרת, ובלבד שתהא זיקה ישירה והדוקה בין העילות שהוספתן מבוקשת לבין העילות שעל בסיסן אושרה הגשת התביעה. מנגד, צוין גם החשש מפני עקיפת הליך האישור וריקונו מתוכן, ופגיעה בזכויותיו הדיוניות של המשיב-הנתבע.

הקטגוריות השלישית והרביעית הן 'קטגוריות ביניים'. הקטגוריה השלישית עניינה בבקשה לתיקון עובדתי, לאחר אישור הגשת התביעה. קטגוריה זו נדונה בעניין לבייב, שם נקבע כי יש להתיר תיקון מעין זה: "אין זה מתקבל על הדעת שבית המשפט יטמון ראשו בחול' ויתעלם מעובדות שנתגלו במסגרת שלב האישור, אשר יש בהן כדי לתרום לבירורן של השאלות 'שהן באמת השאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדין'" (עניין לבייב, פסקה 21). הקטגוריה הרביעית היא מושא דיונו, ועניינה בבקשה לתיקון על דרך של הוספת עילות חדשות, לפני אישור הגשת התביעה.

14. אשר לציר הראשון, כאמור, אם בקשת התיקון מוגשת טרם אישור התביעה הנגזרת, יש בכך כדי להקל על קבלתה. במצב זה מתאינים החששות המהותיים מפני עשיית הליך האישור פלסטר, על שלל ההגנות החשובות הטמונות בו הן לטובת החברה, הן לטובת המשיב-הנתבע. ככלל, הליך האישור מהווה נקודת מוצא חשובה שממנה והלאה חל שינוי משמעותי במשקלם של האינטרסים הנבחנים, אולם יש לייחס משקל למועד הגשת הבקשה גם במנותק ממנו. אין דינה של בקשת תיקון המוגשת מיד לאחר הגשת בקשת האישור, כדינה של בקשת תיקון המוגשת בסמוך לתום הדיונים בבקשת

האישור – על אף ששתיהן מוגשות, בפועל, לפני אישור הגשת התביעה הנגזרת. העלאת מלוא העילות והעובדות הרלבנטיות למחלוקת בין הצדדים בשלב מוקדם ככל הניתן משרתת את עניינם של כל הצדדים. כך יתאפשר כבר במהלך הליך האישור דיון מעמיק ובירור יסודי של כלל הסוגיות שבמוקד המחלוקת, וישורטטו 'גבולות גזרה' נכונים. אולם הקושי בקטגוריה דנן אינו נובע משאלת העיתוי, שכן בקשת התיקון הוגשה בשלב מוקדם מאד בניהול ההליך. הקושי נובע מטיב התיקון המבוקש, דהיינו ממיקומו על הציר השני, כפי שיבואר.

'הציר השני' – תיקון המוסיף עילה

15. באופן כללי, בפסיקה ננקטה גישה 'ליברלית' לבקשות תיקון שעולה מהן תועלת לשם בירור השאלות השנויות במחלוקת, וזאת גם בשלבים מתקדמים של ההליך. יסוד גישה זו טמון בכך שבמקרה הכללי, איזון האינטרסים מטה לטובת התיקון: אם אכן מביא התיקון לייעול הדיון ולשיפור היכולת לברר את כלל הפלוגתאות האמיתיות שבין הצדדים, יש בכך הצדקה ליתן משקל רב לאינטרס המבקש (והציבור) בעד התיקון; ובהעדר פגיעה מהותית במשיב (כגון שלילת טענת התיישנות), הפגיעה בו ניתנת לאיזון על דרך של פסיקת הוצאות (ראו למשל ע"א 3092/90 אגמון נ' פלדבוי, פ"ד מו(3) 214, 218 (1992); יששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי 472-473 (2015) (להלן: רוזן-צבי)).

16. חריג לגישה זו הוא תיקון שעניינו בהוספת עילה חדשה, שהראיות להוכחתה שונות מהראיות להוכחת העילה המקורית (בפרט אם הבקשה מוגשת בשלב מאוחר של ההליך; ראו בר"ע 282/80 המגדר ברזלית חוטי ברזל ורשתות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 130 (1982); רע"א 867/17 פנינת הצומת בע"מ נ' ש. שלמה מכירת רכב (2000) בע"מ, פסקה 12 (22.3.2017)). יסודו של החריג טמון בתוכנה שבתת-קטגוריה זו של מקרים, משקלם של האינטרסים שבבסיס האיזון שונה מזה שבמקרה הכללי: כשמדובר בהוספת עילה חדשה ושונה, פתוחה הדרך למבקש לבררה בתביעה נפרדת, ללא חשש מפני השתק עילה; מנגד, אינטרס המשיב עשוי להטות נגד התיקון, שכן הוספת עילה חדשה עשויה להאריך ולסרב את ההליך בצורה משמעותית יותר מאשר בתיקון המוסיף עובדות גרידא. במצב דברים זה, יש לייחס משנה חשיבות למקומו של אינטרס הציבור, והוא שיתבררו מלוא המחלוקות שבין הצדדים 'תחת קורת גג אחת' ושינוצל הזמן השיפוטי ביעילות. לשם כך יש לבחון את מידת הקירבה בין העילות. ככל שתגבר מידת הקירבה, יטה בית המשפט לאשר את התיקון (ראו רוזן-צבי, בעמ' 475-477). בעניין שלפנינו אין מחלוקת בין הצדדים כי בקשת התיקון עוסקת בהוספת 'עילות' חדשות. במאמר מוסגר, ובבחינת למעלה מן הצורך נוכח הסכמת הצדדים, אציין כי לפי פרשנותו המקובלת של



המונח 'עילה' לצורך תיקון כתבי טענות, אין זה מובן מאליו כי אכן עניין לנו בבקשה להוספת עילות חדשות. הסיבה לכך היא כי גדר המחלוקת בין הצדדים כאן הוא למעשה בשאלה האם הטענות בבקשת האישור ובבקשת התיקון נוגעות לאותה 'עסקה', וזהו למעשה המבחן להגדרת עילה בהקשר של תיקון כתבי טענות:

"כאשר עסקינן בסוגיה של תיקון כתב תביעה ניתנת הגדרה רחבה למונח האמור [עילה' – נ' ס']. אין מדובר אך על העובדות שבגינן היא התובע זכאי לסעד המבוקש, כהגדרת המונח לצורכי סילוק על הסף [...]. אלא, מדובר על העסקה או על הזכות של בעל הדין" (רע"א 3319/06 כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק החברה נ' ג'ברה, פסקה 7 (28.1.2007); ראו גם רע"א 7488/12 דעאס נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 10 (17.2.2014); רוזן צבי, בעמ' (475).

17. אופייה של התביעה הנגזרת משפיע על משקלם של האינטרסים שבבסיס האיזון בנוגע להוספת עילה: ראשית, יש לזכור כי במצבים מהסוג שלפנינו הקושי שבהתרת תיקון המוסיף עילה מתמתן נוכח השלב הדיוני המוקדם – טרם אישור הגשת התביעה הנגזרת. שנית, כפי ששנינו לאור השיקול השני בנוגע לתביעות נגזרות, בכירורן של תביעות נגזרות יש להרחיב את המבט על אינטרס הציבור – שכולל בו את עניינה של קבוצת המשקיעים – וליתן לו משקל רב יותר. כאמור, עניינה של קבוצת המשקיעים באופן כללי הוא שיתבררו באופן יעיל תובענות המגלות עילה. בדומה למקרה הכללי, בכירורן היעיל של תובענות משמיע צורך לדון בכל העילות הקשורות זו לזו 'תחת קורת גג אחת' גם כאן. השפעה שלישית, ומנוגדת להשפעה הקודמת, עניינה בפגיעה האפשרית בחובת הפנייה המוקדמת לחברה. להבדיל מהליך 'רגיל', גם בשלבים הראשוניים ביותר של בקשה לאישור תביעה נגזרת, תיקון המוסיף עילות עשוי לפגוע באינטרס החברה עצמה. הפנייה המוקדמת מגנה על יכולתה של החברה להגיש תביעה בעצמה; מונעת דיון במקרים שאינם בשלים להחלטה; ומחזקת את יכולתה של החברה לטפל בסוגיות 'בתוך הבית', באמצעות נקיטת צעדים מתקנים (ראו צפורה כהן בעלי מניות בחברה – זכויות תביעה ותדופות כרך ג 521-522 (מהדורה שנייה, 2010)). העדרה של פנייה מוקדמת עשוי לפיכך לפגוע בחברה בהיבטים אלה, ביחס לעילות שהוספתן מתבקשת – ולפיכך עשויה להיפגע קבוצת המשקיעים, ודרך כך אינטרס הציבור. הדבר צריך גם הוא למצוא ביטוי בגדרי האיזון שמבצע בית המשפט בבחינת תיקון בקשת האישור.

18. נוכח האמור, יש לנקוט משנה זהירות בבחינת הדברים מקום בו נראה שהתועלת הנובעת מהתיקון מאפילה על הנזק. איזון האינטרסים שבבסיס שיקול הדעת מחייב מתן תשומת לב לשיקולים שנוגעים לתום הלב של התובע הנגזר המבקש את התיקון; לסיבה

לאיחור; ולקשר בין אלה לבין הנחיתות האינפורמטיבית של התובע הנגזר – זאת על מנת לוודא כי אין מדובר ב'התנהלות טקטית'. במקרים שבהם העילות הנוספות מבוססות על מידע שהתקבל בעקבות הגשת בקשת האישור; העילות שהוספתן מתבקשת קרובות דיין לעילות ה'מקוריות'; והפגיעה בחברה נוכח העדר פנייה מוקדמת אינה גדולה – מכלול האינטרסים יטה לקבלת בקשת התיקון. בהתחשב באפשרות לדון בגדרי בקשת האישור עצמה גם בטענות להעדר פנייה מוקדמת (ביחס לעילות שנוספו), יהא בכך איזון ראוי בין אינטרס המבקש (התובע הנגזר) מזה, אינטרס המשיב מזה, ואינטרס הציבור מזה.

מן הכלל אל הפרט

19. בנדון דידן, דומני כי אין לייחס משקל רב לפגיעה הנטענת בטבע לנוכח העדרה של פנייה מוקדמת. העילות מושא בקשת התיקון אינן חדשות על שולחנה של טבע, וכך גם לגבי כל המידע שלמעשה היה נמסר בפנייה מוקדמת לגביהן. רבות נטען בבקשה שלפני על חשיבותה העקרונית של הפנייה המוקדמת. אולם לצד טענות אלה, התקיימה גם האפשרות המעשית לבצע בדיוק את מה שהפנייה המוקדמת נועדה לאפשר. לא נטען לכל אורכם של כתבי הטענות בבקשה שלפני, כי דירקטוריון החברה שקל – לחיוב או לשלילה – את הגשת התביעה על-ידי החברה עצמה; וזו למעשה מהותה של הפנייה המוקדמת. לא היתה כל מניעה מעשות כן. על כל פנים, יש ביכולתה של טבע לטעון את טענותיה במישור זה בגדרי הדיון בבקשת האישור. בנסיבות אלו, אין בהעדר פנייה מוקדמת ביחס לעילות התביעה שנוספו כדי להצדיק את דחיית בקשת התיקון.

20. יתר על כן, בחינת שאר השיקולים הצריכים לעניין מובילה למסקנה כי בדין נעתר בית המשפט המחוזי לבקשת התיקון. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, בקשת האישור ובקשת התיקון נסבות סביב אותה עסקה; הטענות שבהן מופנות, ברובן המכריע, כלפי אותם משיבים ובקשר עם אותם נושאים ופעולות; בין העילות מתקיימת קירבה המדגישה את משקלם של אינטרס הציבור והתובעים הנגזרים, ואלו מטים לטובת בירור העילות יחדיו. התיקון אכן נחוץ לשם בירור מלא של השאלות השנויות במחלוקת בין הצדדים. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, התובעים הנגזרים תמי-לב בבקשתם, וסיבת האיחור בהעלאת הטענות טמונה בפערי מידע. הדברים מקבלים חיזוק, כאמור, נוכח השיקול שעניינו נחיתותם האינפורמטיבית המובנית של תובעים נגזרים. אופיו של ההליך והשלב שבו הוגשה הבקשה בנסיבות דנן, בחינת האינטרס הציבורי ה'מורחב', והתחשבות בפערי המידע, מטים לטעמי כולם את הכף לדחיית הערעור, ולהותרת החלטת בית המשפט המחוזי על כנה.

21. אשר על-כן, הערעור נדחה. טבע תשא בהוצאות המשיבים 1-2 בסך של 40,000 ₪.

ניתנה היום, כ"א בשבט התשע"ט (27.1.2019).

ש ו פ ט