



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

לפני כב' השופט חאלד כבוב, סגן נשיא

תובעים

1. יריב בן יהודה

2. עידית בן יהודה

3. להב בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד טל שפירא וניב וניש

תל צור ושות', עורכי דין

מצדה 7 (מגדל ב.ס.ר 4, קומה 19), בני ברק

טל': 03-7177700; פקס': 03-7177711

נגד

נתבעים

לופו ויטנר

ע"י ב"כ עו"ד איתן גליק

התדהר 17, רעננה

טל': 09-748737; פקס': 09-7601040

פסק דין

1. לפניי תביעה שהגישו התובעים, בעלי מניות לשעבר בחברת קומפיוטרייזד אלקטריסיטי סיסטמס בע"מ (להלן - CES או החברה) כנגד הנתבע, גם הוא לשעבר בעל מניות חברה.
 2. ביסודה של התביעה טענות התובעים, בעלי מניות לשעבר בחברה, לפיהן בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה, הנתבע הפר את חובות האמון שהיו מוטלות עליו מתוקף היותו נושא משרה בכיר בחברה, כאשר התקשר בהסכמים פסולים עם משקיעה פוטנציאלית שהייתה מצויה במשא ומתן עם החברה לרכישתה, בתקופה גורלית לחברה; וחיבל במשא ומתן שניהלה החברה במקביל עם משקיעה פוטנציאלית אחרת. על פי כתב התביעה, הנתבע פעל בניגוד עניינים עליו לא גילה לחברה, והוביל במעשיו להתקשרותה של החברה בעסקה שלא הייתה טובה לה ולבעלי מניותיה.
- על יסוד כך, עותרים התובעים לפסיקת פיצויים בגין הנזק הכספי שנגרם להם לטענתם בעקבות מעשיו של הנתבע.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

הצדדים להליך

3. **החברה** הוקמה לפני כ-30 שנה על ידי התובע והנתבע, כאשר תחילה פעלה בתחום התוכנה ובהמשך עסקה בפיתוח, ייצור ומכירה של לוחות חשמל ממוחשבים, וכן סיפקה פתרונות לניהול יעיל של אנרגיה חשמלית. מוצרי החברה התבססו על טכנולוגיה שאפשרה מיתוג עומסי חשמל, שליטה מרחוק על לוח החשמל וניטור צריכת החשמל.
4. **הנתבע**, לופו ויטנר (לעיל ולהלן – **הנתבע** או **לופו**), הוא היזם שעמד מאחורי הטכנולוגיה של החברה. בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה היה הנתבע בעל מניות בחברה, וכן שימש כמנהל הטכנולוגיות הראשי שלה (CTO). כמו כן, עד לשנת 2009 כיהן הנתבע גם כמנכ"ל החברה.
5. **התובע 1**, יריב בן יהודה (להלן – **התובע**), הוא איש עסקים אשר יזם את הקמת החברה יחד עם הנתבע. בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה היה בעל מניות בחברה וכן שימש בה כדירקטור.
6. **התובעת 2**, עידית בן יהודה, היא רעייתו של התובע, שהחזיקה גם היא במניות החברה בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה.
7. **התובעת 3**, להב בע"מ, היא חברה פרטית בבעלות התובע, שהחזיקה גם היא במניות החברה בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה.

רקע והשתלשלות האירועים

8. ממכלול האירועים, הראיות והטענות אשר הוצגו בפני, מצאתי כי הצדדים אינם חלוקים בנוגע להשתלשלות האירועים, כדלהלן.
9. התובע והנתבע שיתפו פעולה במהלך השנים במסגרת מיזמים שונים, ובהם החברה, אותה כאמור הקימו יחד לפני כ-30 שנה.
10. בראשית דרכה, עסקה החברה בעולם התוכנה, ובהמשך התפתחה לכיוונים נוספים ובעיקר לתחום החשמל. התובע עסק בהיבטים העסקיים בחברה, ואילו הנתבע, בעל השכלה טכנולוגית, היה אחראי על ההיבטים ההנדסיים והטכנולוגיים של החברה ושימש בה כאמור כ-CTO, וכן כמנכ"ל עד לשנת 2009.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

11. במהלך השנים ביצעה החברה מספר גיוסים ממשקיעים, ובמסגרת זאת בשנת 2008 נכנסה קרן "אקווה-אגרו" (להלן – **אקווה אגרו**) כמשקיעה משמעותית בחברה, ומונתה נציגות בדירקטוריון מטעמה.
12. בשנת 2012 נקלעה החברה למצוקה תזרימית שהקשתה על המשך פעילותה השוטפת, ובקשר עם כך בינואר 2012 הזרים התובע לחברה הלוואת בעלים המירה למניות על סך 200,000 דולר (להלן – **הלוואת ינואר**).
13. במרץ 2012 הכריז דירקטוריון החברה כי ככל שלא ימצא משקיע לחברה בתוך תקופה של חצי שנה, לא יהיה מנוס למסיים את חייה של החברה. בהתאם לכך, החלה הנהלת החברה בחיפושים אחר משקיע שיוכל להזרים הון לחברה. הואיל ועיקר המכירות של החברה באותה התקופה היו לשוק הרוסי, התמקדו המאמצים באיתור משקיעים רוסיים שהביעו עניין בחברה.
ביני וביני, במאי 2012 התפטר מנכ"ל החברה דאז, ובשלב זה לא מונה מנכ"ל חדש תחתיו.
במסגרת מאמצי ההנהלה למציאת משקיע בחברה החל משא ומתן לרכישתה של החברה עם שלוש משקיעות אפשריות, שהתקדם בהמשך מול שתיים מהן – **הראשונה**, RT Invest, קבוצת משקיעים שמקום מושבה ברוסיה (להלן – **RTI**), אשר הקשר בינה לבין החברה נוצר דרך אנשי אקווה אגרו; **והשנייה** חברת Vertex (להלן – **ורטקס**); להלן RTI ו-ורטקס יקראו יחד – **הרוכשות הפוטנציאליות**), שמכרה ושיווקה את מוצרי החברה בשוק הרוסי, והייתה למעשה הלקוח המשמעותי ביותר של החברה בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה.
- בחודש ספטמבר 2012 התקדם המשא ומתן שניהלה החברה עם כל אחת מהרוכשות הפוטנציאליות לכדי החלפת טיוטות של מסמכי עקרונות (Term Sheet). כמו כן, במסגרת שאיפת החברה לייצר מלחמת מציעים (Bidding War) בין שתי הרוכשות הפוטנציאליות, ביום 25.09.2012 עדכנה החברה את RTI כי היא מנהלת משא ומתן גם עם חברת ורטקס, ובתוך כך ביקשה מ-RTI לשפר את הצעתה. RTI נענתה לפנייה והגישה הצעה משופרת בהתאם.
14. במסגרתה הצעתה המשופרת התחייבה RTI להשקיע בחברה סך של 5 מיליון דולר שיוזרמו לחברה באופן הדרגתי על פני תקופה של שנתיים כנגד 51% ממניות החברה; לתשלום מקדמה מידית בסך של 500,000 דולר לסכום ההשקעה עם החתימה על ה-term sheet; וכן נקבע כי תהיה



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

ל-RTI אופציה מוגבלת לשלוש שנים לרכישת יתר מניות החברה מבעלי המניות בחברה, בסך של עד 30,000,000 מיליון דולר (להלן – **הצעת RTI**).

15. בחודש אוקטובר 2012 הזרים התובע הלוואת בעלים המירה נוספת לחברה בסך 22,449 דולר (להלן – **הלוואת אוקטובר**); ובחודש דצמבר 2012 הזרים התובע הלוואת בעלים המירה נוספת לחברה בסך 16,000 דולר (להלן – **הלוואות דצמבר**); להלן יקראו הלוואת ינואר, הלוואת אוקטובר והלוואת דצמבר – **הלוואות הבעלים**).

16. ביום 16.01.2013 הבשיל המשא ומתן שניהלה החברה עם ורטקס לכדי הסכם בין החברה לבין חברה בת של ורטקס - Argus Electrical Systems Limited (להלן – **ארגוס**), שעניינו העברת מלוא מניות החברה לארגוס; שהתחייבה כנגד זאת לקחת על עצמה את כלל חובותיה והתחייבויותיה של החברה ולהעביר לידי בעלי המניות בחברה סך השווה ל-7.5% מהכנסותיה המובטחות של החברה בכל רבעון, עד לסך כולל של 30,000,000 דולר ("Earn Out") (להלן, לפי הקשר – **הסכם ורטקס ו-עסקת ורטקס**).

17. עם השלמת השתלטות קבוצת ורטקס על החברה מונה לופו למנכ"ל החברה, אך כשנה לאחר עסקת ורטקס, ביום 05.12.2013 פוטר לופו מתפקידו על רקע האשמות שונות של החברה כלפיו במישור חובות האמון והזהירות אותן חב לחברה בעניינים שאינם נוגעים להליך דנא.

18. במקביל למשא ומתן שניהלה החברה עם הרוכשות הפוטנציאליות, ולכל המאוחר החל מאוקטובר 2012, ניהל הנתבע מגעים עם ורטקס, אשר השתכללו בדצמבר 2012 לכדי שני הסכמים בינו לבין חברת ארגוס (שכאמור התקשרה בהמשך עם החברה במסגרת עסקת ורטקס): Cooperation Agreement (להלן – **הסכם שיתוף הפעולה**), ו-Additional Obligations Agreement (להלן – **ההסכם הנוסף**); הסכם שיתוף הפעולה וההסכם הנוסף יכוננו יחד להלן – **ההסכמים או הסכמי לופו-ארגוס**).

הפרשנות של ההסכמות וההתחייבויות אותן נטלו על עצמם הצדדים להסכמים, כמו גם השאלה האם הסכמים אלו השתכללו לכדי הסכמים מחייבים, נמצאות במחלוקת בין הצדדים להליך דנא, כפי שיפורט.

19. על מנת שלא לצאת חסר אציין כי בהתאם לנוסחים החתומים שהוצגו על ידי התובעים במסגרת ההליך, ההסכמים נחתמו ביום 10.12.2012. הנתבע מצדו טוען כי למיטב זכרונו ההסכמים לא



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

נשאו תאריך בעת שהוא חתם עליהם, אך אינו מכחיש כי ייתכן שההסכמים נחתמו ביום זה ואינו חולק על תוכנם, ובכל מקרה מאשר הנתבע כי ההסכמים נחתמו בסמוך למועד זה, בחודש דצמבר 2012.

20. ביום 29.05.2014 בהמשך לפיטוריו של לופו מהחברה ולטענות שהועלו נגדו מצידה שכאמור אינם רלוונטיים לענייננו, נחתם ביניהם הסכם פשרה (להלן – **הסכם הפשרה**). בהסכם הפשרה נקבע כי בכפוף למילוי חובותיה של החברה על פי הסכם הפשרה, מותר הנתבע על כל זכות או דרישה המוקנות לו על פי הסכם שיתוף הפעולה וההסכם הנוסף, וכי בד בבד עם חתימתו של הנתבע על הסכם הפשרה הוא מוסר הודעה בכתב על ביטול ההסכמים, וכפועל יוצא מכך הוא מוותר על כל זכות הקשורה בארגוס ובמניותיה.

21. בשלב מסוים בהמשך, ובמועד שנמצא במחלוקת בין הצדדים, גילו התובעים אודות הסכמי לופו-ארגוס. לטענת התובעים, ההסכמים נגלו להם בשנת 2016, כאשר התגלגל לידי התובעים הסכם הפשרה. לטענת הנתבע, לא ייתכן כי הנתבעים גילו על אודות ההסכמים מאוחר יותר מהחתימה על הסכם הפשרה בשנת 2014, שכן על הסכם הפשרה חתם גם דירקטור שכיהן בדירקטוריון החברה כנציג בעלי המניות הישנים בחברה (ובהם התובעים), שגם כיהן יחד עם התובע בדירקטוריון החברה בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה.

22. על יסוד כל אלה, ביום 10.01.2019 הוגשה התביעה דנא לבית המשפט המחוזי, ובהמשך הועברה בהסכמת הצדדים למחלקה הכלכלית לידון לפניי.

23. ביום 15.07.2019 התקיים דיון קדם משפט ראשון בתיק לפניי. בהמשך, ביום 30.07.2019 הוגשה בקשה מטעם הנתבע לדחות את התביעה על הסף, וביום 07.10.2020 במהלך דיון מקדמי שהתקיים בפניי, קיבל הנתבע את המלצתי לחזור בו מבקשתו לסלק את התביעה על הסף.

24. ביום 13.07.2020 התקיים בפניי דיון הוכחות בתיק, ובהמשך הוגשו סיכומים מטעם הצדדים.

25. כעת, פני להכרעה בסכסוך העומד בבסיס התביעה.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

טענות הצדדים

טענות התובעים

26. לטענת התובעים, משמעותם של הסכמי לופו-ארגוס, עליהם לא גילה הנתבע לחברה ולהנהלתה ושכללו בתוכם הטבות משמעותיות עבור לופו כפי שיפורט, היא שבמקביל למגעים שניהלה החברה עם הרוכשות הפוטנציאליות, קיים הנתבע קשרים סודיים ופסולים עם ורטקס – במסגרתם התחייב לסכל את המו"מ שניהלה החברה עם RTI בתמורה לאותן טובות ההנאה שהובטחו לו במסגרת ההסכמים. כל זאת, עת שהוא מכהן לטענת התובעים כנושא משרה בכיר בחברה ותוך הפרת חובות הזהירות וחובות האמונים המטלות עליו מתוקף כך.

27. כך נטען, הפרשנות המתבקשת להסכמי לופו-ארגוס, ובפרט להתחייבויות של לופו במסגרתם, היא כי הסכמים אלו הניחו כי ורטקס תרכוש את החברה, והסדירו את שיתוף הפעולה בין לופו לבין ורטקס בנסיבות אלו.

חיזוק לטענתם מוצאים התובעים בעובדה כי שמה של חברת הבת של ורטקס שמולה נחתמו הסכמי לופו-ארגוס, "ארגוס", הוא גם השם שתחתיו ורטקס הייתה משווקת ומוכרת את מוצרי החברה לשוק הרוסי, ובכך שבמסגרת ההסכמים התחייב לופו לנהל את תחום המחקר והפיתוח עבור ארגוס, ולספק תמיכה טכנית ותמיכת מוצר לחברה - אם יידרש לעשות כן על ידי ורטקס. עניינים אלו מעידים לטענת התובעים על כוונתה של ורטקס להעתיק את פעילות החברה אל ארגוס לאחר התקשרות ורטקס עם החברה, ולהעסיק לשם כך את לופו, המתמחה בטכנולוגיה של החברה.

ראיה מרכזית לשיתוף הפעולה בין לופו לבין ורטקס במטרה להכשיל את המגעים של החברה עם RTI מוצאים הנתבעים בעובדה כי במסגרת הסכם שיתוף הפעולה התחייב לופו לסיים את העסקתו בחברה. כך, התובעים טוענים כי לאור מומחיותו של לופו בטכנולוגיה של החברה, הישארותו בחברה לתקופת זמן מספקת על מנת לשמר את הידע בחברה, הייתה צורך טבעי של כל משקיע חדש, ו-RTI עצמה הביעה מפורשות את רצונה כי לופו יישאר – ועל כן התפטרותו נועדה להבריח את RTI כמשקיעה.

כנגד זאת, כך נטען, הובטחו ללופו מספר טובות הנאה ובהן – הקצאת 20% מהון המניות של חברת ארגוס על בסיס דילול מלא, כאשר אלו ישמרו עבורו בנאמנות ורק בשלב מאוחר יותר



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

יועברו לשליטתו (גם זאת באופן שמעיד לטענת התובעים על כך שלופו וורטקס היו מודעים לבעייתיות שבמעשיהם וניסו להסתירם מבעלי המניות בחברה); הגנה מפני דילול מניותיו של לופו בורטקס עד לתקרת שווי של 70,000,000 מיליון דולר לארגוס; אופציית Put שתאפשר ללופו לחייב את ארגוס לרכוש ממנו עד מחצית ממניותיו בארגוס (10% מכלל מניות ארגוס) בשווי 3 מיליון דולר ביום 01.01.2015.

עוד חיזוק לטענותיהם מוצאים התובעים בהבטחה של ארגוס לנתבע (אשר עוגנה בהסכם הנוסף) כי ארגוס תספק לו הגנה משפטית במסגרת כל הליך משפטי שיפתח נגדו על ידי החברה או מי מטעמה בקשר עם הסכמי לופו-ארגוס, ותפצה אותו על כל הפסד פיננסי שיגרם לו כתוצאה מכריתת ההסכמים. עניין זה מעיד גם הוא לטענת התובעים על ההבנה ששרה בקרב לופו ובקרב ארגוס כי ההתקשרות ביניהם פסולה ועלולה להוביל לתביעות מצד החברה.

עוד טוענים התובעים כי במסגרת ההסכמים ארגוס אף התחייבה לספק לנתבע ערבות בנקאית אשר תבטיח את ההגנה על זכויותיו, מקום בו אלו ישללו ממנו בעקבות שיתוף הפעולה בינו לבין ורטקס במסגרת ההסכמים – וערבות כאמור אכן הופקה לטענת התובעים ביום 12.12.2012.

לטענת התובעים, המחשה לניסיונו של הנתבע לסכל את המו"מ שניהלה החברה עם RTI ולדחוף להתקשרות החברה עם ורטקס ולא עם RTI, ניתן למצוא בהודעת דוא"ל ששלח התובע ביום 19.12.2012 לנציג דירקטוריון החברה [ת/4], 9 ימים בלבד לאחר החתימה על הסכמי לופו-ארגוס, בה ציין כי אינו מסכים ואינו מוכן להצטרף אם RTI יהיו המשקיעים בחברה; כי בכוונתו לצאת לחופשה של שנה לפחות; כי ורטקס לא צריכה אותו וככל הנראה יכולה להסתדר בלעדיו; וכי דרישות החברה מורטקס במסגרת מו"מ אינן סבירות וחלקן אף מגוחכות. לטענת התובעים טענתו של הנתבע כי ורקטס לא צריכה אותו מהווה סתירה חזיתית להסכמים שכבר חתם בשלב זה לופו עם ארגוס, ומידה על חוסר תום ליבו בשלב זה. חיזוק לכך מוצאים התובעים במייל נוסף ששלח הנתבע לנציגי החברה מיום 21.12.2012 ובו ציין כי הוא מבקש לסיים את תפקידו בחברה החל מינואר בשנה הבאה, וכי הוא שמח שורטקס לא מבקשים את מעורבותו.

עוד ביקשו התובעים להדגיש את החשיבות שייחסה RTI להישארותו של הנתבע בחברה מספיק זמן כדי להעביר את הידע שלו לגורמים נוספים בחברה; וכן כי הנתבע מן הצד השני, התנה את המשך דרכו בחברה תחת שליטתה של RTI בכך שיימשך שיתוף הפעולה בין החברה לבין ורטקס.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

בסופו של דבר, טוענים התובעים, פעולותיו של התובע הביאו לסיכול המו"מ עם RTI, ובמצב דברים זה נאלצה החברה להתקשר בלית ברירה בעסקת ורטקס, שלטענת התובעים הייתה משמעותית פחות טובה לחברה ולבעלי המניות בחברה, כפי שסברו יתר בעלי המניות בחברה - זאת בין היתר מכיוון שבמסגרת עסקת ורטקס נאלצו בעלי המניות להיפרד מכלל מניותיהם בחברה, בעוד שבהתאם להצעת RTI היו נאלצים להיפרד רק מחלק ממניותיהם. לצד זאת, על פי הצעת RTI, האחרונה התחייבה לבצע השקעה בסך 5 מיליון דולר לחברה.

28. התובעים ביקשו להדגיש כי אמנם בתקופה הרלוונטית שימש הנתבע כ-CTO בחברה, אך מעמדו בחברה ותפקידו בפועל היו כשל מנכ"ל, והוא היה פעיל בניהול המגעים מול כל אחת הרוכשות ואף נפגש עם נציגיהן.

29. לצד הדברים האלו, טוענים התובעים כי לאחר שהתגלגל אליהם הסכם הפשרה ונודע להם על הסכמי לופו-ארגוס, הם ערכו בדיקות נוספות בעניין התנהלותו של לופו במסגרת תפקידו בחברה, וגילו אי סדרים נוספים בהתנהלותו. כך נטען, כי במהלך שנת 2012 הנתבע פעל במזיד על מנת להגביר את הלחץ התזרימי בו הייתה נתונה החברה, ובתוך כך, ביוני 2012 אפשר לורטקס לרכוש מוצרים שנדרשים להרכבת מוצרי החברה ישירות מהספק של החברה, חברת ליאת אלקטרוניקה (ולא דרך החברה עצמה); ובסוף 2012 עיכב השלמת עסקאות בין החברה לבין ורטקס, כאשר עסקאות אלו הושלמו בסופו של דבר רק לאחר השתלטות ורטקס על החברה.

30. על יסוד כל אלו טוענים התובעים כי הנתבע הפר חובות אמון ישירות כלפי בעלי המניות שכן פעל בניגוד עניינים והפר את חובת הגילוי המוטלת עלי בקשר עם החלטה אשר הייתה עתידה להשפיע על מבנה ההון של החברה, ובתנאים שהחריפו את בעיית הנציג בין נושאי המשרה לבין בעלי המניות בחברה. התובעים הפנו בהקשר זה לפסיקה רלוונטית.

31. אשר לרכיב הנזק, טוענים התובעים כי הפרותיו של לופו גרמו לתובעים שני ראשי נזק נפרדים – הראשון הוא אובדן שווי מניותיהם שנמכרו לורטקס ללא תמורה במסגרת עסקת ורטקס; השני הוא חסרון כיס כתוצאה מהזרמת הלוואות הבעלים שהזרימו התובעים במהלך שנת 2012. כך טוענים התובעים כי לולא הפעולות של לופו כפי שפורטו, התובעים לא היו מתקשרים בעסקת ורטקס ולא היה נגרם להם אובדן ערך מניותיהם.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

בנוגע לרכיב הנזק שעניינו הלוואות הבעלים שהזרים התובע לחברה, נטען על ידי התובעים כי לולא היה הנתבע מפר את חובותיו, ואילו היה מגלה את שיתוף הפעולה בינו לבין ורטקס במקביל למגעים שניהלה החברה עם ורטקס ועם RTI להשקעה בחברה - התובע לא היה מזרים הון נוסף לחברה. בעניין זה הודגש כי הנתבע ידע בפועל כבר בראשית שנת 2012 כי הקושי התזרימי של החברה מחייב גיוס הון, וכי הזרמת ההון על ידי התובע תיעשה על מנת לאפשר לחברה עמדת מיקוח סבירה מול המשקיעים הפוטנציאליים עמם היא תהיה מצויה במגעים.

32. בנוגע לשיעור הפיצוי של רכיב הנזק שעניינו אובדן שוויין של מניות החברה שהיו בידי התובעים ונמכרו לורטקס ללא תמורה, מציעים התובעים שלוש חלופות להערכת שווי המניות במועד כריתת הסכם ורטקס:

בהתאם לחלופה הראשונה, שוויין של המניות מוערך על פי הערכת שווי אובייקטיבית שנערכה על ידי המומחה מטעם התובעים - מר משה גרין (להלן – **חוי"ד גרין**). חוי"ד גרין מבוססת על הערכת שוויי אחרת, שנערכה לחברה ביום 31.12.2009 על ידי משרד יעקב אשד תשואות יועצים (להלן – **חוי"ד אשד**), והעריכה את שווייה ההוגן של החברה בסך של 23,409,000 דולר. על פי טענת התובעים, פעולותיו הפסולות של לופו השפיעו באופן חריף על שווייה של החברה בשנת 2012, ומכאן שחוי"ד גרין, המבוססת על חוי"ד אשד (ליום 31.12.2009) מהווה הערכת שווי אובייקטיבית שלא הושפעה מפעולותיו של לופו.

בהקשר זה טוענים התובעים כי הנתבע לא סתר את חוי"ד גרין שכן לא הביא חוי"ד כלכלית בעניין זה מטעמו, ולא הניח הסבר מניח את הדעת מדוע חוי"ד גרין אינה משקפת את שווי מניות החברה ביום שבו נחתמה עסקת ורטקס. יתר על כן, טוענים התובעים כי ד"ר ויטנר אשר העידה בנושא זה מטעם הנתבע, הסתמכה בעצמה על חוי"ד אשד לצורך הנתונים הדרושים לעדותה.

בהתאם לכך, טוענים התובעים כי ככל שבית המשפט יקבל את רכיב הנזק שעניינו הלוואות הבעלים שהזרימו, יש לבצע את תחשיב הנזק כאילו הלוואות הבעלים לא הומרו למניות, ולפי תחשיב כאמור שיעור החזקות התובעים בחברה בעת עסקת ורטקס היה 12.12% ממניות החברה על בסיס דילול מלא - ובהתאם יש לפצות אותם בסך של 2,837,170.80 דולר ולכלל הפחות סך השווה ל-2,553,453.72 דולר (לאחר הפחתת 10% בהתאם לעקרון השמרנות כאמור בחוי"ד גרין). **לחלופין**, טוענים התובעים, כי ככל שבית המשפט לא יקבל את רכיב הנזק שעניינו הלוואות הבעלים, יש לקבוע את שיעור המניות בידי התובעים בעת עסקת ורטקס כאילו הלוואות הבעלים



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

הומרו למניות. שיעור החזקות התובעים במניות החברה על פי תחשיב זה היה 13.05% ממניות החברה על בסיס דילול מלא – ובהתאם לכך יש לפסוק לתובעים פיצוי בגובה 3.054.847.50 דולר ולכל הפחות סך השווה ל-2,749,387.05 דולר.

בהתאם לחלופה השנייה, שווי המניות מוערך על פי תנאי הסכם ורטקס, לפיהם שווי החברה במועד עסקת ורטקס היה 10,000,000 דולר. על פי חלופה זו, ובהתאם לחישוב שתואר לעיל במסגרת פירוט החלופה הראשונה - ככל שיתקבל רכיב הנזק שעניינו הלוואות הבעלים מבוקש פיצוי בגין נזק בסך 1,212,000 דולר, וככל שלא יתקבל רכיב הלוואות הבעלים מבוקש פיצוי בגין נזק בסך 1,305,000 דולר.

בהתאם לחלופה השלישית שווי המניות מוערך לפי תנאי ה-term sheet עם RTI, שם ניתנה ל-RTI אופציה לרכוש 49% ממניות החברה ב-5,000,000 דולר המייצגים שווי חברה של 9,803,921.57 דולר לחברה. על פי חלופה זו ובהתאם לחישוב שתואר לעיל במסגרת פירוט החלופה הראשונה - ככל שיתקבל רכיב הנזק שעניינו הלוואות הבעלים מבוקש פיצוי בגין נזק בסך 1,188,235.29 דולר, וככל שלא יתקבל רכיב הלוואות הבעלים מבוקש פיצוי בגין נזק בסך 1,279,411.76 דולר.

33. **לחלופין**, דורשים הנתבעים ראש נזק חליפי של אובדן הרווחים שהיו זוכים להם לו הייתה החברה מתקשרת בעסקה עם RTI, ולא עם ורטקס – ו-RTI הייתה עושה שימוש באופציה שניתנה לה לרכוש את מניות החברה שהיו נותרות בידי בעלי המניות בחברה (49% ממניות החברה) (להלן – **האופציה**). כך נטען, כי תנאי הצעת RTI היו עדיפים על תנאי הסכם ורטקס לאין ערוך, וכי אילו היו בעלי המניות בחברה מודעים לניגוד העניינים הקיצוני של לופו בעסקת ורטקס לא היו מאשרים את ההתקשרות של החברה בעסקת ורטקס, והחברה הייתה מתקשרת עם RTI. כמו כן, נטען כי משלופו פעל על מנת לסכל את מגעי החברה עם RTI הרי שוודאי כי יכול היה לצפות את ההשלכות של מעשיו וכי ייגרם נזק לבעלי המניות בחברה.

אשר להערכת שוויה הכלכלי של האופציה מציעים התובעים שלוש חלופות –

שוויה של האופציה בהצעת RTI, לפיה RTI תוכל לרכוש את שאריות מניות החברה (49%) ב-30,000,000 דולר, המייצגים שווי של 61,224,489 לחברה, ובהתאם שווי של 3,636,000 דולר



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

למניות התובעים לפני המרת הלוואות הבעלים או שווי של 3,915,000 לאחר המרת הלוואות הבעלים.

שוויה של האופציה שניתנה ללופו בהסכמי לופו-ארגוס, במסגרתם ניתנה אופציה ללופו כי ארגוס תרכוש ממנו בחזרה 10% ממניות ארגוס (מתוך 20% ממניות ארגוס שהוקצו לו) בסך של 3 מיליון דולר המייצגים שווי חברה של 30,000,000 לארגוס. לטענת התובעים, ארגוס, שהייתה ריקה מפעילות בעת עריכת ההסכמים, הוקמה לצורך השתלטות על החברה ולכן ניתן להקיש מהשווי בו העריכו לופו וורטקס את ארגוס, לשווי שבו העריכו את החברה בזמן אמת. על פי חלופה זו שווי מניות התובעים הוא 1,781,640 דולר לפני המרת הלוואות הבעלים ולחלופין 1,918,350 דולר לאחר המרת הלוואות הבעלים.

שוויה המוערך של האופציה על סכום ה-Earn Out בהסכם ורטקס, שם נמכרו מלוא מניות החברה לורטקס כנגד זכות ל-7.5% מרווחיה כל רבעון עד לתקרת של 30,000,000 דולר – ועל סבורים התובעים כי ניתן לטעון שורטקס אמדה את שווי החברה לפחות ב-30,000,000 דולר. גם על פי חלופה זו טוענים התובעים כי שווי מניות התובעים 1,781,640 דולר לפני המרת הלוואות הבעלים ולחלופין 1,918,350 דולר לאחר המרת הלוואות הבעלים.

אשר לסיכויי התממשותה של האופציה, טוענים התובעים כי היה קיים סיכוי של 100% לכך שהאופציה תתממש, וחיזוק לעמדתם הם מוצאים בעובדה כי כלל הגורמים אשר היו מעורבים בחברה במהלך שנת 2012 העריכו את הצלחתה הצפויה של החברה.

34. עוד מבקשים התובעים, כי בית המשפט יטיל על נתבע חיוב בפיצויים עונשים שישקפו מורת רוחו ממעשיו של הנתבע, הפוגעים בחובות האמון הבסיסיות ביותר של נושאי משרה בתאגיד.

טענות הנתבע

35. לטענת הנתבע, הסכמי לופו-ארגוס לא נערכו על מנת להסדיר את העסקתו של לופו בחברת ארגוס לאחר שורטקס תשקיע בחברה כפי שטוענים התובעים, אלא על רקע רצונו של הנתבע לדאוג לעתידו התעסוקתי ולפרנסתו בתרחיש שבו חיי החברה יבואו על סיומם, ועל רקע קשייה התזרימיים של החברה שלאורם אפשרות סיום חיייה עמדה על הפרק.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

לחיזוק טענתו מדגיש הנתבע כי מסיבות אלו הוסכם כי ההסכמים יכנסו לתוקף רק לאחר שהנתבע יעזוב את החברה. זאת, בניגוד לטענת התובעים לפיה התחייבותו של הנתבע להתפטר מהחברה נעשתה כחלק מניסיונו לסכל את המגעים של החברה עם RTI, ועל מנת להבטיח לו טובות הנאה אישיות בתמורה לתמיכתו בהצעת ורטקס להיכנס כמשקיעה וכבעלים בחברה.

עוד מדגיש הנתבע, כי בניגוד לטענות התובעים לא היה מודע לאף תכנית להעביר את פעילות החברה לארגוס לאחר שורטקס תשקיע בחברה.

לטענת הנתבע, טענותיהם של התובעים והמסקנות שהם מסיקים מההסכמים עליהם חתם הנתבע עם ארגוס אינן מעוגנות בתשתית הראייתית שהובאה על ידם. כך, ההסכמים אינם קובעים כי הנתבע היה אמור לקבל כל משרה בחברה, ואין כל אזכור למצב בו ורטקס תיכנס כמשקיעה בחברה או כי לופו ייהנה מרווחי החברה או מערכה העתידית. אדרבא, טוען הנתבע, כל שעוגן והובטח לנתבע על פי ההסכמים הם תפקיד בחברת ארגוס, ולמניית בחברה ארגוס – ולא בחברה.

עוד נטען על ידי הנתבע, כי בניגוד לטענת התובעים לפיה הנתבע התחייב בהסכם שיתוף הפעולה לספק שירותים לחברה (מה שמעיד לטענת התובעים על כך שההסכמים לא נועדו רק לתרחיש שבו יסתיימו חייה), כוונת הצדדים להסכמים הייתה כי לופו יספק תחזוקה למוצרי CES שכבר נרכשו על ידי ורטקס ונמצאים במחסני ורטקס ברוסיה ולא לחברת CES.

כמו כן, טוען הנתבע כי הסכמי לופו-ארגוס כלל לא השתכללו. כך, בהתאם לתנאים שנקבעו בהסכם הנוסף, היה על הנתבע להתפטר מהחברה 5 ימים לאחר חתימת ההסכמים ולאחר קבלת ערבות בנקאית המצוינת בהסכם שיתוף הפעולה. עם זאת, הנתבע מעולם לא התפטר ולטענתו מעולם לא הומצאה לו הערבות הבנקאית האמורה - וזאת למרות שהתובעים צירפו לנספחיהם את הערבות הבנקאית שעליה הופיע התאריך 12.12.2012.

חיזוק לטענתו כי ההסכמים לא השתכללו ולכך שהנתבע לא קיבל את כל אותן טובות הנאה שהובטחו לו במסגרת ההסכמים, מוצא הנתבע דווקא בהסכם הפשרה בו הנתבע מוותר על כל זכויותיו על פי הסכמי לופו-ארגוס. כך טוען הנתבע, לו היו ההסכמים משתכללים, לא היה כל הגיון מצדו של הנתבע לוותר על זכויותיו לפיהם, ובפרט על האופציה לחייב את ארגוס לרכוש ממנו מניות בשווי של 3 מיליון דולר.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

אשר לטענות תובעים כי ההתחייבויות של ארגוס בהסכמים לספק לנתבע שיפוי וייצוג משפטי באם יכנס להליכים משפטיים מול החברה מחזקת גם היא את התאוריה שהוצגה על ידי התובעים, טוען הנתבע כי מדובר בסעיף שהנתבע דרש מתוך חשש כי החברה לא תשלם לו כספי זכויות פנסיה שמגיעות לו – וזאת לאחר שהחברה מחקה בעבר מאות אלפי שקלים משכרו ומזכויותיו הסוציאליות. לחיזוק דבריו מדגיש הנתבע כי הסעיף הרלוונטי בהסכם הנוסף אף מפרט את קופת הגמל של הנתבע באופן שמחזק כי כוונת הצדדים הייתה כי המדובר בשיפוי ובהגנת משפטית בקשר עם הליכים שהתדיינות בהם תהיה בבית המשפט לענייני עבודה, לשם עלול להיגרר הנתבע באם לא ישולמו לו זכויותיו הסוציאליות. בהקשר זה הדגיש הנתבע כי נאמר לו מפורשות בהסכם הנוסף כי הערבות הבנקאית של ארגוס תבוטל במקרה והנתבע יקבל את כל חסכוניותו מהחברה. דברים אלו נלמדים לטענת הנתבע גם מעיון בגוף הערבות הבנקאית עצמה.

עוד טוען הנתבע כי תיאורית הנתבעים לפיה הנתבע היה אמור להתפטר על מנת לסכל את המגעים שלה חברה עם RTI נסתרת מעיון בהסכמים, שכן כי על פי תנאי ההסכמים גם אם RTI הייתה נכנסת כמשקיעה בחברה, התפטרותו של הנתבע דווקא הייתה משכללת את ההסכמים והוא היה מקבל את טובות ההנאה שהובטחו לו. כן טוען הנתבע כי בכל מקרה לא ניתן לטעון כי המו"מ מול RTI סוכל בגלל הסכם נסתר שלא השתכלל ולא היה בידיעת הצדדים למשא ומתן בקשר עם ההשקעה בחברה.

36. עוד הדגיש הנתבע כי לא ציין בשום שלב כי לא יצטרף לחברה באם המשקיעה בה תהיה RTI ולא ורטקס, וכי כוונתו בכתובים הייתה לכל היותר כי אין בכוונתו להצטרף למו"מ של החברה עם RTI. בהקשר זה, ביקש הנתבע להדגיש כי כבר בחודש ספטמבר 2012 הוא הבטיח שגם אם RTI יכנסו כמשקיע לחברה הוא יישאר בחברה, וזאת בהנחה ש-RTI לא יוותרו על ניסיונה רב השנים של ורטקס עם מוצרי החברה.

אשר לעמדה שנקט הנתבע בהודעת הדוא"ל מיום 19.12.2021 ובהזדמנויות נוספות לטובת התקשרות החברה עם ורטקס ולא עם RTI – מדגיש הנתבע כי הייתה זו עמדתו המקצועית הכנה, שהתבססה על היותה של ורטקס חברה טכנולוגית שהיה לה ניסיון בייצור ושיווק מוצרי החברה, וכן ניסיון עם שוק האנרגיה ברוסיה.

יתר על כן, מדגיש הנתבע, ההתקשרות עם ורטקס נערכה כתוצאה מהחלטה מושכלת של דירקטוריון החברה. נוסף על כך, כפי שניתן לראות לטענתו מהודעת דוא"ל ששלח נציג החברה



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

ל-RTI מיום 25.09.2012 - לופו הודיע כי יישאר בחברה בכל מקרה וללא קשר לזהות המשקיעה; וכן יתר חברי דירקטוריון החברה סברו כי יהיה זה אובדן שלא להשתמש בשלוש שנות הניסיון של ורטקס בשוק הרוסי.

זאת ועוד, טוען הנתבע כי בחודשים אוקטובר-דצמבר 2012 היה זה אף התובע שביקש להשתלב במערך העולמי של שיווק מוצרי החברה, ובתוך כך ביקש את עזרתו של הנתבע להעביר מסרים אלו לאיש השיווק של החברה שהיה למעשה איש הקשר שלה עם ורטקס – זאת באופן שמראה כי התובע עצמו האמין שורטקס היא חלופה טובה.

37. כמו כן, הנתבע עמד על כך שבתקופה הרלוונטית לכתב התביעה, במהלך שנת 2012, הוא לא היה נושא משרה בכיר ובעל השפעה בחברה כפי שמבקשים להציג התובעים, אלא מעין יועץ, "זקן השבט", שהיו מבקשים לעיתים את עצותיו שלא היו מחייבות. כך, מזכיר הנתבע כי בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה הוא לא כיהן כמנכ"ל או כדירקטור, וכן כי דירקטוריון החברה הוא שניהל את החברה במישרין.

ככלל, מציין הנתבע, במהלך השנים ובפרט לפני ניסיון הנפקה שערכה החברה בשנת 2010, הופשט הנתבע מסמכויותיו בחברה, ובתוך כך במרץ 2012 אף נאלץ לחתום על תיקון לחוזה העסקתו (להלן – **התיקון לחוזה העסקה**) - שבמסגרתו ויתר על כספים שונים שהייתה החברה חייבת לו, קוצרה התקופה הנדרשת ממנו להודעה מוקדמת טרם סיום העסקתו בחברה, וכן מונה הנתבע למשקיף צופה בדירקטוריון ללא זכות הצבעה או השפעה.

אשר לטענת התובעים כי הנתבע שימש ציר מרכזי במגעים מול הרוכשות הפוטנציאליות, ובפרט כי השתתף בפגישה עם RTI בדצמבר 2012 (שם נטען בתצהירו של התובע כי סתם הנתבע את הגולל על המגעים בין החברה ל-RTI) טוען הנתבע כי הפגישה עם נציגי RTI שבה השתתף נערכה בשלב מוקדם יותר של במשא ומתן, בספטמבר 2012, וכי מטרת הצטרפותו של הנתבע ליו"ר דירקטוריון החברה בפגישה זו הייתה הצגת את היכולות הטכניות שפותחו בחברה.

בכל אופן הדגיש הנתבע כי גם לו התקבל טענת התובעים כי הוא כיהן כנושא משרה בכיר בחברה, הרי שהוא היה גם בעל מניות בחברה, ולכן לא היה פועל נגד אינטרס מובהק שלו כבעל מניות (לקידום עסקה רווחית פחות לבעלי המניות).



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

38. אשר לטענות התובעים כי הצעת RTI הייתה משמעותית טובה יותר מזו של ורטקס, מדגיש הנתבע כי הצעת RTI כפי שהובאה ב-Term Sheet לא הייתה אף ראשית טיוטה בין הצדדים, וכן הייתה כפופה לבדיקת נאותות על ידי RTI – שמעולם לא בוצעה - ועל כן לא ניתן לדעת כיצד הייתה נראית הצעתה הסופית.

יתר על כן, טוען הנתבע, דירקטוריון סביר ומקצועי היה אמור לבחור בהצעת ורטקס על פני הצעת RTI, שכן התקשרות עם ורטקס כללה בתוכה ערך מוסף לחברה לאור היותה של ורטקס חברה טכנולוגית וכן לאור הניסיון שלה עם מוצרי החברה. אכן, מציין הנתבע, נראה כי כלל השיקולים האלו היו שעמדו בסופו של יום בפני דירקטוריון החברה בהחלטתו להתקשר עם ורטקס. התובע בעצמו, כך מודגש על ידי הנתבע, הודה כי הבין שהעסקה עם ורטקס הייתה שגויה רק בדיעבד.

39. זאת ועוד, נטען כי גם בחינת ההצעות של כל אחת מהרוכשות הפוטנציאליות לגופן אינה מובילה למסקנה לפיה ההצעה של RTI הייתה טובה יותר בפן הכלכלי והפיקוחי כפי שטוענים התובעים. כך, הזרמת 5 מיליון דולר לחברה על ידי RTI בתמורה ל-51% ממניותיה לא הייתה צפויה להיעשות באופן מידי אלא בהזרמה רבעונית בשמונה פעימות, וכן ניתנה במסגרת הצעת RTI אפשרות לביטול חד צדדי של העסקה בתוך 12 חודשים ל-RTI, ולאחר תשלום של 2.5 מיליון דולר בלבד. עוד נטען בהקשר זה, כי בניגוד לטענת התובע בחקירתו כי ורטקס השקיעה בסופו של דבר רק 750,000 דולר, השקעות ורטקס בחברה הסתכמו לסך של 2.46 מיליון דולר.

עוד מציין הנתבע כי על פי הצעת RTI בעלי המניות בחברה היו מקבלים שני דירקטורים מתוך חמישה, באופן שהיה מאפשר ל-RTI להעביר כל החלטה שהייתה רוצה להעביר בדירקטוריון החברה.

עוד מוסיף הנתבע כי המניות שהחזיקו התובעים בחברה לא היו מוגנות מפני דילול, וזאת לעומת מניות של בעלי מניות אחרים בחברה, ועל כן בהתאם לתנאי הצעת RTI, לאחר דילול מניות התובעים היו נשארו בידיהם 4% ממניות החברה בלבד – ולעומת זאת, בהתאם להצעת ורטקס, התובעים היו מקבלים את התמורה שהובטחה עבור 13.8% ממניות החברה.

40. בכל אופן, טוען הנתבע, עוד בתחילת אוקטובר 2012 ידעו לפחות שני גורמים מתוך החברה אודות המגעים שניהל הנתבע עם ארגוס – אדוארד זבלב, מנהל המכירות לשוק הרוסי, וצבי סגמון, משקיע בחברה שלטענת הנתבע גם היה המתווך בעסקת החברה עם ורטקס.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

41. כן נטען על ידי הנתבע כי אין שחר לטענות התובעים לפיהן בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה ורטקס הפרה התחייבויות חוזיות כלפי החברה ולא עמדה ביעדי הרכישות שסוכמו ביניהן. יתר על כן, נטען על ידי הנתבע כי התכתבות נציג RTI עם נציגי החברה מיום 19.12.2012 מוכיחה דווקא כי אפשרות שיתוף הפעולה של הנתבע עם ורטקס לא סתמה את הגולל מבחינת RTI כל עוד לופו יהיה מוכן להישאר בחברה לתקופה מסוימת על מנת לוודא את שימור הידע בחברה.

42. אשר לטענות התובעים לפיהן בשנת 2012 הנתבע פעל במזיד כנגד החברה כאשר אפשר לורטקס לרכוש מוצרים ישירות מספקי החברה על אף המשבר התזרימי הקשה שבו הייתה מצויה בשנת 2012 - משיב הנתבע כי עוד בשנת 2011 סוכם כי ורטקס תייצר את מוצרי החברה ברוסיה, ובהתאם הועברו אליהם כל תיקי המוצר של החברה. על כן, הלכה למעשה, כבר בשנת 2011 היה בידי ורטקס כל הידע הנדרש לגבי ספקים שמספקים רכיבים לצורך ייצור מוצרי החברה. הנתבע מדגיש כי הוא עצמו לא עשה דבר במחצית השנייה של שנת 2012 כדי שורטקס תוכל לרכוש את הרכיבים הרלוונטיים בעצמה, וכי מלבד הנתבע היה בחברה נציג של ורטקס שהיה מעביר גם הוא מידע לורטקס על אודות ספקי החברה.

יתר על כן, טוען הנתבע, בתיקון לחוזה ההעסקה נקבע במפורש כי על הנתבע לעשות כל מאמץ להשלמת פעילות הייצור של החברה לצד שלישי.

אדרבא, טוען הנתבע, ורטקס לקחה על עצמה לבצע מימון ביניים ישירות לספקי הרכיבים שנדרשו לייצור מוצרי החברה בחודשים אוגוסט נובמבר 2012, לאור הבנתה כי עצירת שיווק מוצרי החברה הייתה מקרבת את סופה של החברה. מימון זה הוזרם לחברה כהלוואה בהסכם שנחתם באפריל 2013, עליו חתם דירקטור בחברה בשם הדירקטוריון.

אשר לטענה כי הנתבע עיכב תשלומים של ורטקס לחברה כדי לגרום לה משבר תזרימי ביקש הנתבע להביא את עדותו של מר אלטרוביץ', שתמך בכך שהמניע לעיכוב בהשלמת העסקאות הוא הבחנתו של לופו כי ורטקס לא שילמה את כל חובותיה לחברה. כמו כן, טוען הנתבע כי בכל מקרה הכספים נכנסו לחברה לפני החתימה על עסקת ורטקס.

43. בעניין רכיב הנזק, טוען הנתבע כי התובעים לא הוכיחו כל קשר סיבתי בין אי גילוי ההסכמי לופו-ארגוס לחברה לבין בחירתו של דירקטוריון החברה להתקשר עם ורטקס ולא עם RTI, וממילא לא הוכיחו כל נזק.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

כך, אשר להלוואות הבעלים של התובע לחברה – מדגיש הנתבע כי בינואר 2012, עת הזרים התובע את החלקה המשמעותי מתוך הלוואות הבעלים - 200,000 דולר, כלל לא היה על הפרק מו"מ עם אף משקיע בחברה, ועל כן בוודאי שהלוואות ינואר לא הושפעה ממעשי הנתבע. יתר על כן, נטען כי התובע הסתיר ממר גרין המומחה מטעמו כי הלוואות הבעלים שהעניק התובע לחברה למעשה כבר הומרו למניות, ולכן ברור כי RTI לא הייתה צריכה להחזיר הלוואות אלו לתובע.

אשר לרכיבי הנזק שעניינם אובדן שוויון של מניות החברה וכן אובדן רווחים צפויים – ציין הנתבע כי הערכות השווי שניתנו ידי התובעים הקנו לה שווי ביתר, ובתוך כך הדגיש כי לחברה לא היו למעשה לקוחות בשנת 2012, וכי היא הגיעה למצב של חדלות פירעון ולקשיים תזרימיים עמוקים, כאשר חברות טכנולוגיה בתחומה עומדות בפני סיכוני שוק רבים, ואף הפטנטים הרשומים על שמה של החברה היו אמורים לפוג בשנים 2016-2017. על כן בוודאי שלא ניתן לקבוע כי דווקא החברה הייתה אחת מאותם מאותן חברות בודדות שינחלו הצלחה.

זאת ועוד, לחיזוק טענתו, מציין הנתבע כי בשנת 2014 נוהל משא ומתן עם חברת KIS במסגרתו הוצע ל-KIS לרכוש את החברה במיליון דולר בלבד, כאשר KIS מצידה הביעה נכונות לקנות את החברה ב-100,000 דולר בלבד לאחר בדיקת נאותות שביצעה לחברה. מכאן שבוודאי לא ניתן לקבוע את השווי הגבוה של המניות כפי שביקשו התובעים וגם ברור כי לא ניתן לקבוע שהיה אובדן של רווחים צפויים בעקבות ההתקשרות של החברה עם ורטקס.

לגופן של החלופות שהוצעו להערכת שווי המניות, משיב הנתבע:

בנוגע לחלופה הראשונה – חו"ד גרין נערכה על ידי מי שאינו בקיא בתחום האנרגיה בו פעלה החברה, ולא נלקחו במסגרתה בחשבון כלל הסיכונים המשפיעים על סיכויי הצלחה של החברה. כמו כן, נטען כי מר גרין התעלם מהעובדה כי ההסכם הסופי עם RTI עשוי היה להיות שונה מתנאי העסקה כפי שהובאו במסמך העקרונות. עוד נטען על ידי הנתבע כי המומחה לא היה מודע ולא התייחס לסוגיות רלוונטיות שונות לרבות מצבה הקריטי של החברה ערב כניסת המשקיע החדש; העובדה שהחברה לא הצליחה להביא משקיעים במשך כמה שנים טרם ורטקס נכנסה כמשקיע; כי חברת RTI תכננה לבחור כשותף אסטרטגי את אותה החברה שבה בחרה ורטקס כמפיצה במוסקבה; וכן לא הכיר את בעיית החברה בשדרוג המוצרים, ולא הבין בשרשרת פיתוח המוצרים שלה ובפרקי הזמן הרלוונטיים בהליך המכירה בשוק ברלוונטי. כן צוין כי גם הסתמכותו של



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

המומחה גרין על חו"ד אשד נעשתה באופן שגוי, בהתעלם מכך שחו"ד אשד נעשתה על בסיס הנחות שונות שהיו צריכות להתממש כדי לתקף את ההערכה שם.

בנוגע לחלופה השנייה, שמעריכה של שווי החברה על פי הסכם ורטקס ב-10,000,000 מיליון דולר – טוען הנתבע כי הערכת השווי הזו התבססה על החלטה של הדירקטוריון משנת 2012, שקבעה שת שווי החברה באופן שרירותי וכאשר לא היו כספים בידי החברה. יתר על כן, הדגיש הנתבע כי מדובר בהערכת שווי על בסיס הסכם פנימי שגובש בדירקטוריון בין בעלי המניות במטרה לקבע ביניהם את בסיס המרת הלוואות הבעלים של השותפים למניות לקראת עסקת ורטקס.

אשר לחלופה השלישית, הודגש כי האופציה שהייתה בידי RTI בהתאם לתנאי הצעת RTI נקבעה בטרם בוצעה בדיקת נאותות, ולכן לא ניתן להסיק ממנה לגבי ערכה הכלכלי.

44. לבסוף מדגיש הנתבע כי בקשתם של התובעים לפסוק לו פיצויים עונשיים לא הועלתה בכתב התביעה, וממילא אין מקום לפסוק פיצויים עונשיים מקום שלא הוכח קשר סיבתי בין מעשיו לנזקי התובעים.

דיון והכרעה

האם הנתבע הפר חובות אמון המוטלות עליו

מסגרת נורמטיבית – חובת אמונים המוטלת על נושא משרה

45. סעיף 254(א) לחוק החברות קובע חובת אמונים המוטלת על נושא משרה בחברה:

"(א) נושא משרה חב חובת אמונים לחברה, ינהג בתום לב ויפעל לטובתה,

ובכלל זה –

(1) יימנע מכל פעולה שיש בה ניגוד ענינים בין מילוי תפקידו בחברה לבין מילוי תפקיד אחר שלו או לבין עניניו האישיים;

(2) יימנע מכל פעולה שיש בה תחרות עם עסקי החברה;



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

(3) יימנע מניצול הזדמנות עסקית של החברה במטרה להשיג טובת הנאה לעצמו או לאחר;

(4) יגלה לחברה כל ידיעה וימסור לה כל מסמך הנוגעים לענייניה, שבאו לידי בתוקף מעמדו בחברה.

מכאן, שהמחוקק הטיל על נושא משרה בחברה חובה בסיסית לנהוג בתום לב ולפעול לטובתה של החברה, וזאת כך שנושא המשרה מחויב בראש ובראשונה לאינטרסים של החברה ולטובתה, אותם עליו להעדיף גם על פני טובתו האישית [ראו למשל: ע"א 1091/15 ראובן רוזנפלד נ' Dolphin Fund Limited, פס' ק' (נבו 13.07.2016)]

בצידה של החובה הכללית המוטלת על נושא משרה לפעול לטובת החברה, פרט המחוקק בסעיף 254 לחוק החברות את קווי היסוד של שמירת חובת האמונים המוטלת על נושאי המשרה בחברה, ובהם גם החובה להימנע מפעולה בניגוד עניינים בין אינטרס נושא המשרה לאינטרס החברה. [ראו למשל: יוסף גרוס, חוק החברות, עמ' 597-598 (מהד' חמישית מורחבת, 2016) (להלן – גרוס)]; ראו גם לעניין זה: יוסף גרוס, דירקטורים ונושאי משרה בעידן הממשל התאגידי, פרק י"ג (מהדורה חמישית, 2018)].

בסעיף 269(א) לחוק החברות מנויה חובת הגילוי של נושא משרה, על פיה עליו לדווח על עניין אישי שיש לו בעסקה קיימת או מוצעת של החברה, ללא דיחוי:

“נושא משרה בחברה או בעל שליטה בחברה ציבורית או בחברה פרטית שהיא חברת איגרות חוב היודע שיש לו ענין אישי בעסקה קיימת או מוצעת של החברה, יגלה לחברה, בלא דיחוי, ולא יאחר מישיבת הדירקטוריון שבה נדונה העסקה לראשונה, את מהות ענינו האישי, לרבות כל עובדה או מסמך מהותיים”.

בהמשך, קובע חוק החברות בסעיף 283 (א) כי אי עמידה בחובת הגילוי כאמור, תוחזק כהפרת חובת אמונים המוטלת על נושא המשרה:

“נושא משרה שלא גילה את ענינו האישי כאמור בסעיף 269 יראו אותו כמי שהפר את חובת האמונים [...]”



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

מכאן, שאי דיווח על אודות ניגוד עניינים בו מצוי נושא משרה בקשר לעסקה של החברה יהווה הפרה של חובת האמונים ובתוך כך חובת הגילוי המוטלות עליו. כך דברי בית המשפט העליון בעניין זה בגדרי רע"א 4024/14 אפריקה ישראל להשקעות נ' רפאל כהן, פס' 25 (נבו 24.04.2015) בעניין זה:

"סעיף 269(א) לחוק מחייב נושא משרה או בעל שליטה לגלות לחברה שיש לו ענין אישי בעסקה של החברה, וככל שלא יעשה כן והדבר יתגלה בדיעבד, הרי שיראו אותו כמפר את חובת האמונים או חובת ההגינות (סעיף 283(א) לחוק)".

כפי שדובר רבות בספרות ובפסיקה, הרציונל העומד בבסיס חובות האמון, ובהן גם חובת האמונים המעוגנת בסעיף 254 לחוק החברות, הוא הצורך לפקח על הכוח שהופקד בידיו של פרט אחד, ביחס לזולתו – ולמנוע ניצול כוח זה על ידי הפרט. יפים לעניין זה דבריו של המלומד ליכט

"ביחסי אמונאות מופקד האינטרס של הנהנה – דהיינו קניינו במונח הרחב ביותר – בידיו של האמונאי על מנת שיפעל בו לטובת הנהנה בלבד לפי משימתו כמנהל, כעורך דין, כנאמן וכולי. לאמונאי מכהן אין משל עצמו ולא כלום. לפיכך אל היסוד המורכב ממילא של אינטרסים קניינים מתוסף יסוד מסבל נוסף בדמות כוחות של האמונאי, אשר מאיים אף הוא על עניינו של הנהנה" [עמיר ליכט "בגנות ההגינות: מקומה הנעדר של הגינות בחובת האמון בדין הישראלי" משפטים מז' 675, 695 (התשע"ח)].

עמד על כך גם בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין ע"א 817/79 קוסוי נ' י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253 (1984) (להלן – עניין קוסוי):

"חובת האמון היא חובה כללית, המוטלת על בעל הכוח. משמעותה של חובה זו היא, כי בעל הכוח חייב לפעול בתום-לב, בהגינות ולמען טובת הגשמת תפקידו"

וכן בפסק הדין בעניין ע"א 7735/14 אילן ורדניקוב נ' שאול אלוביץ, פס' 48 (נבו 28.12.2016):



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

"חובת הזהירות וחובת האמונים מבוססות על רציונאליים שונים. חובת הזהירות התפתחה כענף של האחריות הנזיקית, והתמקדה ביסודות עולת הרשלנות ובפיצוי החברה על הנזק שנגרם לה, על פי מבחן אובייקטיבי של סבירות. לעומתה, חובת האמונים והנאמנות נתפשה כמבוססת בעיקרה על דיני עשיית עושר ולא במשפט, המתמקדים בהתעשרותו העצמית של המפר והמניע הסובייקטיבי שלו להפיק רווח אישי מן הפעולה (חביב-סגל כרך א 505). ואכן, הפסיקה קבעה כי להבדיל מחובת הזהירות שנועדה למנוע נזק לחברה, הפרת חובת האמונים אינה טעונה קיומו של נזק לחברה, שכן מטרתה למנוע ניצול כוחו של הדירקטור לטובתו שלו (עניין בוכבינדר, עמ' 333)" [הדגשות לא במקור – ח.כ.; ראו גם אירית חביב-סגל דיני חברות 553-553 (2007) (להלן – חביב-סגל)].

ודוק, חוק החברות אינו אוסר על עסקאות אשר לבעל שליטה או נושא משרה בחברה יש בהן עניין אישי, אך מכפיף אותן להליך אישור מיוחד שמטרתו להבטיח כי העסקה אכן תשרת בראש ובראשונה את טובת החברה. בתוך כך, חוק החברות מכיל מנגנונים לאישור עסקאות הנגועות בעניין אישי על פי סוג העסקה, סוג האורגן הנגוע בעניין אישי וסוג החברה, כאשר העיקרון המנחה באותם מנגנונים הוא הבטחת שיקול הדעת של הגורם שמאשר את העסקה [חביב-סגל, 561].

האם לופו הוא נושא משרה בחברה?

46. הצדדים חלוקים בשאלה האם נכון לתקופה הרלוונטית לכתב התביעה יש לראות בלופו נושא משרה, ואף נושא משרה בכיר ובעל השפעה בחברה – כטענת התובעים, או שמא מעין יועץ, "זקן השבט", שעצותיו להנהלת החברה אינן מחייבות והוא אינו בעל השפעה ממשית בחברה - כטענת הנתבע.

כאמור, לטענת התובעים, בתקופת הרלוונטית לכתב התביעה כיהן לופו כנושא משרה בחברה. זאת, הן מתוקף העובדה שלופו כיהן באותה התקופה כסמנכ"ל הטכנולוגיות של החברה (CTO) של החברה, הן משבאותה העת היה לופו הדמות הבכירה ביותר בהנהלת החברה והחזיק דה פקטו בסמכויות של מנכ"ל. עוד הדגישו הנתבעים כי במסמכי התשקיף שנערך במסגרת ניסיון הנפקה של החברה בשנת 2010 (להלן – התשקיף) הוגדר לופו כמי שכפוף ישירות למנכ"ל, וכן כי לופו היה



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

ציר מרכזי במגעים עם הרוכשות הפוטנציאליות שראו חשיבות רבה בהישארותו בחברה ככל שיתקשרו עם החברה בהסכם השקעה.

לעומת זאת, טוען הנתבע כי בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה הוא לא היה נושא משרה בכיר בחברה, וכי הלכה למעשה לא הייתה לו כל השפעה על מדיניות החברה, על התנהלותה, או על החלטות ניהוליות משמעותיות שהתקבלו בענייניה. בתוך כך, עוד במסגרת ניסיון ההנפקה של החברה בשנת 2010 הוחלט על ביזור סמכויותיו של לופו לגורמים אחרים בחברה, במטרה להקטין לחלוטין את התלות של החברה בידע המקצועי שלו, ואף צוין בתשקיף שנערך במסגרת ניסיון הנפקה זה כי החברה אינה תלויה באף נושא משרה. נוסף על הדברים האלו, עם תיקון חוזה ההעסקה של הנתבע בשנת 2012, אף קוצרה התקופה הנדרשת להודעה מוקדמת מהנתבע טרם סיום העסקתו בחברה והנתבע מונה למשקיף צופה בדירקטוריון בלבד, ללא זכות הצבעה או השפעה. כמו כן, כאמור לעיל, טוען הנתבע כי הוא לא היווה צרי מרכזי במגעים מול הרוכשות הפוטנציאליות, והשתתף רק בפגישה אחת שנערכה לטענתו עם RTI בספטמבר 2012.

47. המונח "נושא משרה" מוגדר בסעיף 1 חוק החברות, כדלהלן:

"נושא משרה – דירקטור, מנהל כללי, מנהל עסקי ראשי, משנה למנהל כללי, סגן מנהל כללי, כל ממלא תפקיד כאמור בחברה אף אם תוארו שונה, וכן מנהל אחר הכפוף במישרין למנהל הכללי".

48. מכאן, שהחוק מגדיר נושא משרה בחברה בין היתר כמי שמחזיק באחת מאותן פוזיציות בכירות בחברה, המנויות בהגדרת נושא משרה החוק החברות, וכן מי שמחזיק באחד מאותן הפוזיציות בפועל אף אם תואר תפקידו מוגדר באופן שונה.

49. בית המשפט העליון התייחס לפרשנות המונח "נושא משרה" בע"פ 3506/13 דוד הבי נ' מדינת ישראל, (נבו 12.01.2016) (להלן – עניין הבי), והציג גישה הדוגלת בבחינה מהותית של הפונקציה אותה ממלא אדם בחברה, עת בחינת סיווגו כ"נושא משרה בחברה":

"אנו סבורים כי לשון ההגדרה של "נושא משרה" בסעיף 1 לחוק החברות ברורה ותכליתה עולה ממנה באופן שאינו משתמע לשני פנים. מלשון ההגדרה עולה כי שאיפתו של המחוקק בעניין זה היתה לסווג באופן מהותי את נושאי המשרה בחברה, על-פי בחינת



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

התפקיד – הפונקציה – אותו ממלא פלוני בחברה. זאת, על-ידי קביעת מספר משרות בכירות במיוחד ברישא להגדרה, לגביהן עצם ההחזקה בתואר המשרה מלמדת על הפונקציה אותה ממלא פלוני בחברה, ותוך הימנעות מהיזקקות להגדרות שאינן גמישות דיין בנוגע למי שהלכה למעשה ממלא תפקידים בכירים דומים בחברה” [עניין הבי, פס' 189].

ובהמשך בפסקאות 190-191:

“[...] תכליתה של ההגדרה בעלת הרקמה הפתוחה היא “לכידתם” של אלו המבקשים לחמוק מאחריות למעשיהם ולתפקידם בהובלת החברה, על-ידי התנערות מכל תפקיד פורמאלי בה [...] כוונת המחוקק בהרחבת הגדרת המונח “נושא משרה”, כך שתחול על “כל ממלא תפקיד בחברה כאמור”, היא להתאים את הגדרות החוק למציאות הדינאמית, שמא ימלא פלוני תפקיד משמעותי בחברה, שאיננו נופל הלכה למעשה במהותו מן התפקיד אותו ממלאים בעלי המשרות המצוינות בחוק, ואך בשל כך שהגדרת תפקידו אינה מנויה במפורש במונח “נושא משרה”, לא ניתן יהיה לראותו כנושא משרה בחברה לצורך הכפפתו לחובות המוטלות על “נושא משרה” על-פי חוק” [הדגשות לא במקור – ח.כ].

בעניין הבי, אימץ בית המשפט העליון את אמות המידה שנקבעו ברע"א 294/88 רכטר נ' מפרק חיים שכטר חברה לבנין והשקעות בע"מ, פ"ד מו(1), 362 (1991) (להלן – עניין רכטר) ביחס לשאלה האם הפונקציה שממלא אדם בחברה עונה להגדרת “נושא משרה”. כך דברי בית המשפט העליון בעניין רכטר:

“ישנם בעלי תפקידים אשר מכוח תואר משרתם עצמו ייחשבו כנושאי משרה בחברה; ומצויים בעלי תפקידים, אשר בשל מכלול הנסיבות הספציפיות, כגון מעמדם והשפעתם בחברה, הסמכויות והכוח שריכזו בידם בפועל, מהות התפקידים שהוטלו עליהם, אופי



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

העסקתם ונסיבות נוספות כיוצא באלה, ייחשבו כנושאי משרה בחברה – יהא תואר משרתם אשר יהא"

על פי פרשנותו של בית המשפט העליון כפי שהוא מובאת לעיל, ככל שהגדרת תפקידו של אדם בחברה מנויה באופן מפורש בהגדרת "נושא משרה" בחוק, אזי שמתקיימת מעין חזקה לפיה מדובר בנושא משרה בחברה. על פניו, ובהתאם לגישה התכליתית הנשקפת מדברי בית המשפט העליון בעניין הבי, חזקה זו ניתנת לסתירה בנסיבות חריגות שבהן יוכח כי הגדרת תפקידו של אדם בחברה אינה תואמת את הפונקציה שהוא ממלא בחברה בפועל. לעומת זאת, ככל שהגדרת תפקידו של אדם בחברה אינה מנויה בהגדרת המונח "נושא משרה" בחוק – אין בכך כדי לשלול את היותו של אדם נושא משרה בחברה, ונדרשת בחינה מהותית של השאלה האם התפקיד אותו ממלא אדם זה, הוא במהותו אחד מאותם תפקידים שהגדרתם מנויה בחוק, ולכל הפחות האם חשיבות תפקידו בחברה אינה נופלת מהם.

50. תחילה, בהמשך לטענות הצדדים, יוער כי לשם בחינת עצם תחולתה של חובת האמונים המוטלת על נושא משרה בחברה מכוח חוק החברות – אין נפקות למעמדו של אדם כנושא משרה או נושא משרה "בכירה". חוק החברות קובע את תחולתה של חובת האמונים על מי שמכהן כ-"נושא משרה" בחברה, וממילא אינו מגדיר את המונח "נושא משרה בכירה". ודוק, על פי חוק החברות הגדרתו של אדם כנושא משרה בחברה כוללת באופן מובנה את ההנחה כי אותו אדם ממלא פונקציה "בכירה" ובעלת השפעה וכוח בחברה (כפי שנלמד גם מהפסיקה והספרות המצוטטים לעיל). על כן, לשם הכרעה בשאלת תחולתה של חובת האמונים על פרט בחברה, כל שנדרש הוא של לבחון כי הפונקציה אותה ממלא פרא זה עומדת בהגדרת "נושא משרה" לפי סעיף 1 לחוק החברות. חיזוק לכך ניתן למצוא בחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968 (להלן - חוק ניירות ערך) במסגרתו נמצא דווקא מקום להגדיר את המונח "נושא משרה בכירה" בחברה. יתרה מכך, פרשנות כאמור מקבלת אף משנה תוקף לאור העובדה שאחת החלופות להגדרת נושא משרה בכירה בחוק ניירות ערך, הינה נושא משרה כהגדרתו בחוק החברות. מכאן, שהשאלה הרלוונטית והממוקדת לענייננו היא האם בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה כיהן לופו כנושא משרה בחברה.

לענייננו, הצדדים אינם חלוקים על כך שהגדרת תפקידו של לופו בחברה בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה הייתה מנהל טכנולוגיות הראשי של החברה (CTO). יתר על כן, ברשימת נושאי המשרה הבכירים של החברה בטיוטת התשקיף שערכה החברה במסגרת ניסיון ההנפקה שלה מיום 05.10.2010 מופיע לופו ברשימת נושאי המשרה הבכירים בחברה תוך ציון תפקידו כ-CTO



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

של החברה – כאשר הגדרת תפקיד זו לא שונתה בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה, ולפחות לא באופן פורמאלי [ת/18, עמ' 137 לנספחי תצהיר התובע]. נוסף על כך, בפירוט על אודות תפקידו של לופו בחברה במסגרת הפירוט על אודות הדירקטורים בחברה (שכן בעת עריכת טיוטת התשקיף לופו כיהן כדירקטור בחברה) – הוא אף מכונה סמנכ"ל הטכנולוגיה של החברה.

בהתאם לאמור עד כה, מתקיימת חזקה לפיה בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה כיהן לופו כנושא משרה בחברה.

לאחר שבחנתי את טענות הצדדים ואת הראיות שהובאו מטעמם בגדרי הליך דנן, מצאתי כי גם בחינה מהותית של תפקידו ומעמדו של לופו בחברה בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה מובילה למסקנה כי הוא כיהן כנושא משרה בחברה, וכי לא עלה בידיו לסתור את החזקה הנובעת מהגדרת תפקידו. ודוק, התשתית הראייתית והעובדתית שהועמדה על ידי הצדדים אינה מותירה ספק באפשר למרכזיותו וחיוניותו של לופו בחברה, וכן למעמדו בחברה בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה – ובהתאם לכך הן תומכות בהגדרתו כנושא משרה.

ראשית, הגדרת התפקיד הפורמאלית של לופו כסמנכ"ל הטכנולוגיות של החברה, גובתה גם במקומו בהיררכיה הארגונית הפורמאלית בחברה. בתוך כך, בטיוטה נוספת שנערכה לתשקיף מיום 29.10.2010, מופיע תרשים של המבנה הארגוני של הנהלת החברה, בו מוגדר לופו כסמנכ"ל טכנולוגיה ראשי הכפוף במישרין למנכ"ל החברה [נת/ד, עמ' 29]. עוד יש לציין כי בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה לא הועסק בחברה מנכ"ל (לאחר עזיבתו של מנכ"ל החברה במאי 2012), ולופו עצמו הכיר בחקירתו לפניי בעובדה כי באותה העת הוא היה נושא המשרה הבכיר ביותר בחברה במישור היחסים הפנימי בחברה:

"עו"ד שפירא : במועד חתימת ההסכמים האלו אתה היית CTO מנהל טכנולוגי.
העד, מר ויטנר : סי טי או מינוס.
ש : מנהל טכנולוגי.
ת : לא, מנהל טכנולוגי יש לו כל מיני דברים, ב- 2009 שינו לי מ CTO CTO מינוס מינוס מינוס בפועל לא היה לי כמעט שום תפקיד, התפקיד היחיד שעשיתי



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

זה עזרתי לכל מי שנתקע בפיתוח, לכל מי שנתקע בחוץ בשטח עזרתי להם.

ש : טוב, תסכים אתי או שלא תסכים אתי שבמועד חתימת ההסכמים אתה נחשב נושא משרה בכיר בחברה, אני אומר לך שני רק למנכ"ל...

ת : סליחה?

כב' הש' כבוב : בכיר בחברה.

העד, מר ויטנר : בתוך החברה פנימי כלפי העובדים כן. לא בחוץ, לא כלפי חוץ, כלפי חוץ אין לי שום תפקיד, לא נפגש עם אף אחד ואין לי שום תפקיד [פ/91-92; ההדגשות אינן במקור].

ובהמשך הוסיף:

אמרתי לך, כלפי תוך החברה אני נחשבתי בכיר כי אני יזמתי את כל החברה הזאת אז כולם מכירים אבל כלפי חוץ לא, לשאלתך הדירקטוריון לא בא ואמר רבותי פיטרתי את כולם, המנכל עזב במאי מעכשיו אתה אחראי, לא היה כזה דבר, כל מה שעשיתי עשיתי בהתנדבות, למה? כי ככה אני לוקח על עצמי אחריות, אף אחד לא אמר לי תעשה את זה כי זה אתה, לא, אף אחד לא פנה אלי בכלל, אין שום אימייל שאומר מהיום אני ממנה אותך מנכ"ל או CTO בכיר או אתה אחראי, לא היה כזה דבר."

ת"ת :

ש : אני לא אתייחס להגדרות החוק של נושא משרה בכיר , את זה נשאר לסיכומים, אבל אני שואל בכל זאת איזה נושא משרה היה יותר בכיר בחברה באותה עת? פיטרו את כולם רק אני נשארתי [פ/94-95; ההדגשות אינן במקור].

ש :

ת :



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

גם בתצהירו של לופו הוא ציין כי "דירקטוריון החברה ניסה לנהל את החברה באותה תקופה קריטית בעזרה שלי" [תצהיר לופו, סעיף 129].

נוסף על כך, במייל של לופו לגורמים בדירקטוריון החברה מיום 21.12.2012, שהיווה ראייה מרכזית בענייננו, כפי שעוד יורחב בהמשך – הודיע לופו על כוונתו לסיים את עבודתו בחברה תוך ציון כי עשה כל שיכל "כדי להזניק את החברה קדימה", בעודו מביע דעה נחרצת ותקיפה לטובת התקשרות החברה עם ורטקס ולא עם RTI, וכאשר הוא חתום על הודעת דוא"ל זהו כ-CTO והמייסד (Founder) של החברה [ת/14]. היינו, גם בסיום דרכו בחברה, באקורד ההודעה על סיום עבודתו בחברה, מציג עצמו לופו כמנהל הטכנולוגי של החברה וכמייסד שלה – וגם בכך יש כדי ללמדנו על האופן שבו ראה את מעמדו בחברה.

שנית, גורמים אחרים בתוך החברה ראו בלופו גורם בכיר בחברה ומרכזי בפעילותה. כך, אף מר זלמן אלטרוביץ', ששימש בתקופה הרלוונטית מנהל אבטחת איכות ואחראי קבלני משנה, וכן אחראי על הייצור והרכש בחברה (להלן – אלטרוביץ') – והובא כעד מטעמו של לופו - ציין לפניי כי בשנת 2012 היה מקבל הוראותיו מלופו, וכן כי לופו שימש באותה התקופה מנכ"ל החברה:

ש : או קיי, האם בשנת 2012 כשעבדתם בחברה, לופו היה

גורם משמעותי בחברה, חשוב?

ת : היה מנכ"ל בחברה והוא היה אחראי על כל נושא

פיתוח והנדסה [פ/68, ש' 9-11; ההדגשות אינן

במקור].

וכן השיב בהמשך:

כב' הש' כבוב : מי זה ההנהלה?

העד, מר אלטרוביץ' : ההנהלה זה היה לופו ועוד חברי הנהלה

מלמעלה.

כב' הש' כבוב : אתה קיבלת הוראה ממני?

העד, מר אלטרוביץ' : אני קיבלתי הוראה מלופו [פ'71, ש' 7-10;

ההדגשות אינן במקור – ח.כ].



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

יודגש בהקשר זה כי גם אם בפועל לופו לא כיהן באותה העת כמנכ"ל החברה, התרשמותו של אלטרוביץ', שהיה באותה התקופה עובד שאינו זוטרי בחברה, לפיה לופו היה חלק מההנהלה, מעידה בהחלט מעמדו של לופו בחברה ועל בכירותה של הפונקציה שהוא מילא בה. דברים אלו מקבלים משנה תוקף שעה שעל פי עדותו של אלטרוביץ' הוא נמצא בקשרי עבודה ובקשרים חבריים עם לופו עד לעצם היום הזה, ומכאן שלא ניתן לחשוד בו כי ביקש להרע ללופו בעדותו. [פ/67, ש' 4-18].

התובע, שאת עדותו מצאתי מהימנה, עקבית וקוהרנטית, אישר גם הוא את מעמדו הבכיר של לופו בחברה בשנת 2012. מדבריו של התובע לפניי ניתן ללמוד כי הגם שבשנת 2012 תלותה של החברה בלופו קטנה והוא לא כיהן כדירקטור בחברה, לופו היה עודנו גורם מקצועי בכיר בחברה, מרכזי בפעילותה, ובעל יכולת להשפיע על ענייניה. כך ציין בין היתר התובע בחקירתו לפניי:

"עו"ד גליק : אני מאשר שזה גם מה שכתבתם בתשקיף. כבר ב-

2010 החברה לא תלויה בלופו כפי שהייתה בעבר, אז

למה בשנת 2012 אתה כותב שהקשבתם לדעתו של

לופו וקיבלתם החלטה לא נכונה בגללו?

העד, מר בן יהודה : כי הקשבנו לדעתו של לופו, אני מאד סמכתי על לופו,

החברה גם הייתה במצב פיננסי כזה שלא אפשר לה

לשמר את כל הלקוחות הטכנולוגיים שגייסנו בנוסף

לניהוליים ולופו היה עמוד התווך המרכזי חוץ מזה

שאני באופן אישי היה לי אמון רב בלופו, אני הלכתי

איתו מהלך של עשרות שנים, וסמכתי עליו הן

מבחינה טכנולוגית ובעיקר מבחינת האמינות" [פ/33,

ש' 1-8 ; ההדגשות אינן במקור – ח.כ].

ועוד הוסיף -

ש :

אני אחזור לנקודה שהוא היה שם, תגיד לי, אם לופו

לטענתך היה שותף בתהליכי קבלת החלטות למרות

שהוא כבר לא היה הפשטתם אותו, בשפה שלי,

מסמכויותיו, פרסתם בפני לופו את היתרונות ואת

החסרונות של כל חלופה?



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

ת : לופו השתתף בישיבות הדירקטוריון כמשקיף והיה לו say בישיבות האלה והוא שתיאר בפנינו את היתרונות החד משמעיים שלדעתו בהשקעה של ורטקס לעומת ההשקעה של, [...] [פ/45, ש' 16-21; ההדגשות אינן במקור – ח.כ.].

שלישית, מצאתי כי החשיבות שייחסו החברה וכן הרוכשות הפוטנציאליות להישארותו של לופו בחברה גם לאחר שמי מהרוכשות בפוטנציאליות תשקיע בחברה, מעידה גם היא על מעמדו של לופו בחברה כנושא משרה בה. בתוך כך, אין מחלוקת בין הצדדים כי החברה ביקשה את התחייבותו של לופו להישאר בחברה למשך 12 חודשים לאחר עסקת ההשקעה, ללא קשר לשאלת זהות המשקיעה בחברה [נת/יא]. לופו עצמו מציין בתצהירו כי אנשי ורטקס "רצו מאוד" שככל שהחברה תתקשר בעסקת השקעה עם ורטקס, לופו יישאר בחברה לפחות בשלבים הראשונים לכניסת ורטקס כמשקיעה [תצהיר לופו, סעיף 61]. לצד זאת, גם RTI ראתה חשיבות רבה בהישארותו של לופו בחברה לפחות לתקופת זמן מסוימת שתאפשר לחברה להיערך לעזיבתו - זאת, תוך נכונות RTI לתגמל את לופו בהתאם. כך למשל דברי נציג RTI בעניין זה מתוך תכתובת דירקטור בחברה, ניר בלצר: **"If this is the case – that's not good in general, but we could live with that provided we have Lupo to sign agreement with us that he will stay with the company for certain period of time to make sure all the important knowledge is well documented and the company have couple more people understanding the devlt logic and the product well (of course, with certain benefits in return, based upon performance) and that our technology partner here have same level of understanding. Standard non-compete agreement will also be in order"** [ת/6; הדגשות לא במקור – ח.כ.].

חיזוק נוסף לדברים אלו מצאתי בעובדה כי לופו הצטרף ליו"ר דירקטוריון החברה בפגישה שנערכה ברוסיה עם נציגי RTI, בה אף נדון, בין היתר, עתידו של לופו כמנהל הטכנולוגי של החברה ככל ש-RTI תשקיע בה [תצהיר לופו, סעיף 41]. נציגי RTI אף ציינו באותה הפגישה כי יפעלו כדי לשכנע את לופו להישאר בחברה באופן שלא היה כיוול להותיר ספק ללופו אשר לחשיבות שייחסה RTI להישארותו בחברה.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

בהקשר זה, איני מקבל את ניסיונו של הנתבע להפחית ממעמד הצטרפותו לפגישת יו"ר הדירקטוריון עם נציגי חברת RTI ברוסיה, בטענה כי הצטרף אך ורק כדי להציג את הטכנולוגיה של החברה, ועל מנת להשיב לשאלות המשקיע הפוטנציאלי [תצהיר לופו, סעיף 49]. אמנם עולה כי לופו לא השתתף באופן רציף בניהול המגעים של החברה עם RTI, אותם הובילו בעיקר חברי הדירקטוריון ניר בלצר והילל מילוא - אך העובדה כי לופו זומן לפגישה האמורה; הובא בעקבותיה לפגישה עם חברת אופטימה, שנשקל על ידי RTI כי תייצר את מוצרי החברה במוסקבה ככל ש-RTI תשקיע בחברה; כמו גם העובדה שכפי שהצהיר לופו בעצמו, באותה הפגישה ממש ביקשו נציגי RTI לברר את תוכניותיו של לופו כמנהל הטכנולוגי העתידי של החברה וכן התעקשו כי יפעלו לשכנע אותו להישאר בחברה - מעידות על החשיבות הרבה שיוחסה (בין אם על ידי החברה ובין אם על ידי RTI) לפגישה בין RTI לבין לופו עצמו, בהיותו הפונקציה הטכנית הבכירה בחברה ומוקד הידע הטכנולוגי בחברה. דברי נציגי RTI לניר בלצר שצוטטו לעיל, וכן ראיות נוספות לחשיבות שייחסה RTI ללופו שיובאו בהמשך, חיזקו התרשמותי זאת.

חמישית, אין בידי לקבל את טענתו של לופו כי בתקופה הרלוונטית לא היה לו כל תפקיד או סמכות בחברה, וכי שימש בלבד כמעין "יועץ" שעצותיו לא היו מחייבות [תצהיר לופו, סעיף 49].

איני מבטל את הטענות שהועלו על ידי לופו בקשר עם צמצום סמכויותיו בחברה, שלווה גם בירידה בתנאי העסקתו הסוציאליים ולרבות וצמצום משכורתו בחברה, במסגרת מהלך שהחל בין היתר על רקע ניסיון הנפקה של החברה בשנת 2010, והמשיך לאחר מכן. התובע עצמו הודה כי כחלק מניסיון ההנפקה בשנת 2010, אחת המטרות שהציב מנכ"ל החברה דאז הייתה לצמצם את תלות בחברה בלופו [פ' עמ' 32, ש' 6-8]. כן במצגת שנערכה על ידי מנכ"ל החברה דאז עבור הדירקטוריון בחודש יוני 2020 צוינה במפורש מטרה להפחית את התלות של החברה באדם אחד, לופו – "Decrease dependency on one person (lupo)". ברם, צמצום סמכויותיו של לופו בחברה כשלעצמו, שבא לידי ביטוי בין היתר בקיצור התקופה הנדרשת ממנו להודעה על פרישה מהחברה, אינו מוביל בהכרח למסקנה כי לאחריו אין לראות בלופו נושא משרה בחברה. אדרבא, העובדה כי היה צורך בנקיטת פעולות שתצמצמנה את התלות המוחלטת שהייתה לחברה בלופו, מעידה דווקא על חיוניותו לחברה. יתר על כן, השיח הרב שהתנהל סביב הישארותו בחברה לאחר שימושו המגעים עם מי מהרוכשות הפוטנציאליות מעידה על כך שתלות זו לא באה לכדי סיומה באופן מוחלט גם לאחר הצמצום בסמכויותיו של לופו.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

עוד יש להדגיש כי הגדרתו של לופו כנושא משרה בחברה לא נבעה רק מתפקידו כדירקטור בחברה, אלא גם מתפקידו כ-CTO של החברה. נוסף על כך, על אף שהופסקה כהונתו של לופו כדירקטור בחברה, הוא נותר משקיף בדירקטוריון החברה, בעל יכולת להביע את עמדותיו באוזני דירקטוריון החברה בעת קבלת החלטות גורליות בעניינה, וזאת נוסף על תפקידו כ-CTO בחברה. העובדה שעצתו המקצועית של לופו לא התקבלה תמיד ובאופן אוטומטי על ידי חברי הדירקטוריון (למשל כאשר לא נשמעה עצתו של לופו בשנת 2009 להעסיק בחברה מנכ"ל ומנהל פיתוח שהינו מתחום החומרה) אינה מובילה כשלעצמה למסקנה כי לא הייתה ללופו יכולת השפעה אמתית על מדיניות החברה.

יתר על כן, כאמור, לצד תפקידו כמשקיף בדירקטוריון החברה, לופו המשיך לכהן כ-CTO של החברה, ועל אף טענותיו לפיהן סמכויותיו צומצמו ל"כיבוי שריפות" ועד כד היותו "CTO מינוס" בלבד [פ/91, ש' 16-17] - הוא לא הביא כל ראייה לכך שסמכויותיו כ-CTO היו דלות וכי צומצמו משמעותית (לעומת הכרסום שאכן נעשה בזכויותיו הסוציאליות). אדרבא, בחינת הפונקציה שמילא לופו בחברה כפי שהיא נשקפת מתוך התשתית הראייתית שהובאה לפניי, מחזקת את המסקנה כי ללופו היו סמכויות משמעותיות בקשר עם פעילות החברה, ויכולת להשפיע גם על מדיניותה, לעיתים אף בתחומים שחורגים מ-CTO סטנדרטי. כך למשל, עולה כי ללופו הייתה הסמכות ושיקול הדעת להורות על הקפאת משלוח מוצרי החברה לורטקס [פ/73, ש' 8-11]; כי לופו היה מעורב במאמצי החברה לפתור את מצוקתה הפיננסית; יזם בפני דירקטוריון החברה אפשרות למימון העצמי של רכישת הרכיבים על ידי ורטקס, שנועדה להבטיח רצף שיווקי למוצרי החברה; וכן הצטרף ליו"ר דירקטוריון החברה לפגישה עם נציגי RTI ברוסיה במסגרת מגעי החברה עם RTI על מנת להציג בפניהם את הטכנולוגיה של החברה כפי שפורט לעיל [תצהיר לופו, סעיף 49].

יפים לענייננו דברי משפט העליון ע"א 345/03 דן רייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש ז"ל, פ"ד סב(2) 437, פס' 26 (07.06.2007):

"מעבר לכך, מעורבותו של דן בחברה קמה לא רק מכוח היותו בעל מניות וצד להסכם הצבעה, שכן דן גם נשא במשרה בכירה של מנהל אבטחת איכות, מחקר ופיתוח. אף שדן לא שימש כדירקטור בחברה ואף לא היה מופקד על ניהול עניינה הכספיים, הוא היה מעורב, במסגרת המשרה בה נשא, בפעילות היומיומית של החברה. היותו



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

נושא משרה בחברה חיזקה את יכולת ההשפעה שלו בחברה [הדגשות לא במקור – ח.כ.]

סיכומם של דברים, התשתית הראייתית והעובדתית שהובאה בפניי הובילני למסקנה חד משמעית כי בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה לופו כיהן כ-CTO של החברה; היווה את הפונקציה הטכנית הבכירה ביותר בה, והיה מוקד ידע חיוני בטכנולוגיה של החברה באופן שביסס את תלותה בו (גם אם זו צומצמה במידה מסוימת במהלך השנים); היה מעורב בפעילותה היומיומית של החברה ובעל יכולת להשפיע על מדיניותה; ונתפס על ידי גורמים שונים כנושא המשרה הבכיר ביותר בחברה ואף כמנכ"ל החברה – ובהתאם לכך אין מחלוקת על כך שתפקידו בחברה עונה על הגדרת נושא משרה, ומכאן שבתקופה הרלוונטית לכתב התביעה חלו עליו חובות אמון המוטלות על נושא משרה חברה.

האם לופו חב חובות אמונים לתובעים?

51. כאמור, סעיף 254(א) לחוק החברות קובע את חובת האמונים שחב נושא משרה לחברה. לצד זאת, בסעיף 254(ב) לחוק החברות הבהיר המחוקק כי **"אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי למנוע קיומה של חובת אמונים של נושא משרה כלפי אדם אחר"**.

בית המשפט העליון הכיר באפשרות תחולתה של חובת האמונים החלה על נושא משרה בחברה כלפי בעלי מניות אינדיבידואליים בחברה בגדרי עניין קוט [ע"א 741/01 קוט נ' עיזבון ישעיהו איתן ז"ל (1) 9.05.2003] – בהתקיים נסיבות מסוימות שיצדיקו זאת, ובפרט כאשר נוצרת מערכת יחסים מיוחדת בין נושא המשרה לבין בעלי המניות האינדיבידואלי. כך דברי בית המשפט העליון בעניין קוט:

"הוראות סעיף 96(ב) לפקודת החברות אינן משקפות מהפכה בהלכה הקיימת, ולא נקבע בהן עיקרון של חובת אמון כללית של מנהל כלפי בעל מניות אינדיבידואלי, עם זאת הן בבחינת פתח שניתן להחדיר דרכו, בזהירות ובהדרגה, עקרונות מתפתחים של הרחבת אחריות מנהל גם לגורמים אחרים שמחוץ לחברה, ובעלי מניות פרטיים בכלל זה. היות שהמשפט מכיר, ככלל, בעיקרון כי כוח לשלוט ברכוש של אחר מוליד מצדו אחריות וחובות אמון, מתבקשת במצבים מתאימים הרחבת



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

האחריות כאמור גם לגורמים שמעבר לחברה תוך איזון ראוי בין חובה זו לבין הערך המרכזי בחובת האמון של הדירקטור – ההגנה על אינטרס החברה וטובתה. אינטרס זה היה ונותר הכוח המניע העיקרי ביוזמות הפעולה של ההנהלה, והחובה כלפי גורמים אחרים, ובעלי מניות בכלל זה, כפופה לערך העיקרי האמור [...] בענייננו קמו למנהלים איתן וגוטמן אחריות וחובת אמון כלפי בעלי המניות האינדיווידואליים במסגרת תהליך שינוי מבנה ההון בחברה והצעת הרכש שהציגו בפניהם, ובמסגרת הסמכות שנטלו לעצמם להביא לדילול אחזקות החברים שלא השקיעו השקעה נוספת בחברה.

וכן צוין שם -

המנהלים הציגו בפני בעלי המניות דרכי פעולה אפשריות ביחס לגיוס הון עצמי והעמידו לשיקול דעתם אופציות שונות ביחס לעשייה בקניינם. בפעולות אלה נטלו על עצמם המנהלים אחריות וחובות אמון כלפי בעלי המניות לנהוג בהגינות ובתום לב ולשרת בעת ובעונה אחת את עניינה וטובתה של החברה ואת עניינם הלגיטימי של בעלי המניות. [...] פעולתם של המנהלים בהקשר זה כרכה עמה אפשרות פגיעה בקניינם של בעלי המניות. פגיעה אפשרית זו גם היא הולידה אחריות של המנהלים לפעול בנושא שינוי מבנה ההון וכל הכרוך בכך תוך מיצוי חובות הזהירות והאמון. יתר על כן, מדובר גם בחברה פרטית קטנה שבה היחסים הם כבמעין שותפות [...] [עניין קוט, פס' 7; ההדגשות אינן במקור – ח.כ].

מעניין קוט נלמד כי בנסיבות מסוימות עשויות לקום לנושא משרה בחברה חובות אמון כלפי בעלי מניות בחברה, כאשר בכל מקרה אלו יהיו כפופות לחובת האמון של נושא המשרה כלפי החברה, ולטובת החברה [ראו גם אירית חביב-סגל, דיני חברות, 552-553, (2007) (להלן – חביב סגל)]. עוד נלמדים אינדיקציות ושיקולים שיהיה בהם כדי לסייע בבחינת קיומה של חובת אמון של נושא משרה לבעל מניות ולהעיד על כך שזו מתקיימת – למשל כאשר בין נושא המשרה לבעל המניות נוצרת מערכת יחסים מיוחדת ובפרט כאשר נושא המשרה מיעץ לבעל המניות; כאשר על הפרק זכויות קנייניות של בעלי המניות; וכאשר המדובר בחברה פרטית קטנה.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

52. המלומד ליכט התייחס גם הוא לאפשרות תחולתה של חובת האמונים על נושא משרה בחברה גם כלפי בעלי מניות בחברה [ע. ליכט דיני אמונאות - חובת האמון בתאגיד ובדין הכללי, התשע"ג-2013 (להלן – ליכט)]:

"בעלי-מניות עשויים להיות נהנים של חובת גילוי בגדר חובת האמון של נושאי המשרה (או אמונאים אחרים במסגרת מעמדם) כלפי החברה. במצב זה נושאי המשרה מחליפים דברים עם בעלי-המניות במסגרת מילוי תפקידם בחברה, ומילוי תפקיד זה נתון למשטר המחמיר של חובת האמון, לרבות חובת הגילוי המלא. הדבר יכול להתרחש, למשל, כאשר נושאי המשרה פונים לבעלי-המניות בהצעה לפעולה מסוימת או כל אימת שנושאי המשרה פונים לבעלי-המניות במסגרת תפקידם גם בהעדר הצעה כזו. מכל מקום, חובת הגילוי המלא כאן אינה מבוססת על חובת אמון ישירה של האמונאים כלפי בעלי-המניות, אך מכיוון שבעלי-המניות הם צד לפעולה או למצג עשויה לצמוח להם עילה אישית כלפי האמונאים" [ליכט, עמ' 220]

וכן יפים גם דבריה של המלומדת חביב סגל בעניין זה:

"מן העיקרון הכללי של חובות האימון בכל מערכת של יחסי כוח-כפיפות, נגזר גם העיקרון הכללי של חובות הדירקטורים ונושאי המשרה כלפי בעלי המניות עצמם: אין ספק שבעלי המניות כפופים לפעולותיהם של מנהלי החברה. אין ספק גם שבהיעדר אחריות כלפי אותם בעלי מניות, צפויה בעיית הנציג להחמיר ולהביא לתוצאות קשות. מכאן, שעל-פי אותו עיקרון כללי, כפופים הדירקטורים ונושאי המשרה לחובות אימון כלפי בעלי המניות(ולא רק כלפי החברה עצמה).

[...]

מכאן, שהעיקרון הכללי בדין הישראלי הוא שחובות האימון תצטמצמנה, בדרך כלל, לחובות אימון כלפי החברה עצמה, אלא שבנסיבות מיוחדות, כייר בית המשפט גם בחובות אימון אישיות כלפי בעלי המניות. זאת,



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

בעיקר כאשר המנהלים ממליצים לבעלי המניות כיצד לפעול,
ובקונטקסטים שבהם מתחדדים ניגודי האינטרסים שבין בעלי המניות,
מבלי שתהיה לפעולה השפעה מרחיקת לכת על החברה" [חביב סגל, עמ' 553-554 ; ההדגשות אינן במקור – ח.כ].

53. מן הכלל את הפרט, מצאתי כי עניינו הוא אחד מאותם מקרים בהם מתבקש להרחיב את חובת האמונים שחלה על נושא המשרה בחברה מחוץ לגדרי החברה. כך, הגם שנסיונות עניינינו אינן זהות לנסיונות בעניין קוט – הן מהוות דוגמא מובהקת לחידוד בעיית הנציג בין נושאי משרה לבעלי מניות בחברה, כאשר זכויותיהם הקנייניות של בעלי המניות בחברה היו מונחות על הכף, ובידיו של לופו היה הכוח להשפיע עליהן (גם אם השפעה זו לא הייתה בהכרח השפעה מכריעה). כוח זה נבע בין היתר מפערי המידע בין הצדדים, המאפיינים את בעיית הנציג המוכרת בין בעלי מניות לנושאי משרה בחברה. לא אכחד כי קיימות נסיבות בעניינינו שמחלישות במידת מה את ההתנגשות בין האינטרסים של הצדדים – שכן התובע הוא דירקטור בחברה ואף הצביע על הסכם ורטקס מתוקף תפקידו זה, והנתבע היה בתקופה הרלוונטית גם בעל מניות בחברה. עם זאת, בשקלול כלל הנתונים הרלוונטיים לא היה בכך כדי לשנות ממסקנתי. אדרבא, העובדה כי התובע לקח חלק בהחלטה על עסקת ורטקס, וכן יחסי האמון ששררו בין התובע לבין לופו כפי שיפורט להלן, יש בהם כדי לתמוך בקביעה כי התקיימה חובת אמון של הנתבע כלפי התובע. זאת, בדומה לעניין קוט שם בעלי המניות קיבלו החלטותיהם על בסיס המצגים שהוצגו להם על ידי נושאי המשרה. כמו כן, הנתבע אומנם היה בעל מניות בחברה גם הוא, אך שיעור החזקותיו בחברה (כ- 6.44%) עמד בתקופה הרלוונטית בכתב התביעה מול ההטבות המשמעותיות שהובטחו ללופו במסגרת הסכמי לופו-ארגוס, וזאת בתקופה שבה היה חשש של ממש לסיום חייה של החברה.

לצד הדברים האלו, וכפי שיפורט בהרחבה להלן, בהזדמנויות שונות בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה, לופו חווה דעתו בקשר למשא ומתן של החברה עם הרוכשות הפוטנציאליות, והביע עמדה נחרצת לטובת התקשרות החברה עם ורטקס. בכך נטל על עצמו לופו חובות אמון כלפי אותם בעלי המניות להם ייעץ, ושאחר כך הצביעו על הסכם ורטקס. בעניינינו של התובע בפרט, היו מאפיינים נוספים שהעידו על מערכת יחסים מיוחדת בינו לבין הנתבע כאשר השניים צעדו יחד דרך ארוכה עת ייסדו את החברה יחד ושיתפו פעולה גם בפרויקטים נוספים אחרים, וכן כפי שהתרשמתי מעדותו של התובע לפניי, התובע סמך על דעתו המקצועית של לופו, ונתן בו מבטחו. יתר התובעים אמנם לא קיימו מערכת יחסים דומה עם לופו, אך זיקתם הישירה לתובע (הנתבעת



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

2 היא כאמור אשתו של התובע והנתבעת 3 היא חברה בבעלותו), אופייה של החברה כחברה פרטית וכן העובדה כי זכויותיהם הקנייניות היו מונחות גם הן על הכף, חיזקה את נטייתי לקבוע כי חובת האמון של לופו חלה גם כלפיהם.

עוד מצאתי לציין, כי משמדובר בעניינינו בטענות להפרת חובת הגילוי – קטן החשש להתנגשות בין טובת החברה לבין טובת בעלי המניות בה, ובנסיבות עניינו לא מצאתי כי הייתה קיימת כל הצדקה למניעת גילוי מלא מבעלי המניות בחברה, ובוודאי אלו שכיהנו בה כדירקטורים, בכל העניינים הרלוונטיים לזכויותיהם הקנייניות בחברה ולהצבעה על עסקת ורטקס. גם בכך היה כדי להוסיף לטעמים לאפשר קביעה לפיה התקיימה חובת אמונים של לופו כלפי בעלי המניות בחברה.

סיכומם של דברים, על יסוד כל האמור לעיל מצאתי כי בנסיבות המקרה דנן היו מוטלות על התובע חובות אמון כלפי התובעים, בעלי מניות בחברה.

האם לופו הפר את חובת האמונים המוטלת עליו

54. כפי שפורט באריכות, לטענת התובעים מעשיו של לופו בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה מהווים הפרה של חובות האמון שלו כלפי התובעים, שהיו בעלי המניות בחברה. בתוך כך, טוענים התובעים כי לופו היה מצוי בניגוד עניינים חריף עליו לא דיווח לחברה עת שהתקשר עם ארגוס בהסכמי לופו-ארגוס שכללו טובות הנאה שונות עבורו, בעוד שבמקביל החברה ניהלה משא ומתן עם חברת ורטקס (חברת האם של ארגוס), ועם החברה המתחרה RTI, בקשר עם השקעה בחברה. יתר על כן, נטען על ידי התובעים כי לא זו בלבד שהנתבע לא גילה על ניגוד העניינים בו היה מצוי לאור התקשרותו עם חברת ארגוס, הוא אף פעל כדי לסכל את המגעים של החברה עם חברת RTI ולהבטיח את התקשרות החברה עם ורטקס בתמורה לטובות ההנאה שהובטחו לו במסגרת הסכמי לופו-ארגוס. בתוך כך, טוענים התובעים, הביע לופו עמדה נחרצת לטובת התקשרות החברה עם ורטקס ולא עם RTI מבלי לגלות את ניגוד העניינים בו היה מצוי, וכן ציין כי בכוונתו לעזוב את החברה מתוך ידיעה כי הדבר יפגום משמעותית בנכונותה של RTI להשקיע בחברה.

הנתבע כאמור דוחה את טענות התובעים, וטוען כי הסכמי לופו-ארגוס היו הסכמי מגירה שנועדו להבטיח את תעסוקתו ופרנסתו העתידית במסגרת קבוצת ורטקס, ביום שלאחר סיום חייה של החברה ובכפוף לכך שחיי החברה יבואו לסיומם. בתוך כך הנתבע מכחיש כי פעל לסיכול מגעי החברה עם RTI או כי פעל להבטיח את התקשרות החברה עם ורטקס מתוך שיקולים זרים,



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

ועומד על כך כי העמדה המקצועית שהחווה לטובת התקשרות החברה בעסקה עם ורטקס הייתה עמדה כנה ומקצועית שלא היה מעורבים בה שיקולים זרים.

55. אקדים ואומר כי מסקנתי החד משמעית לאחר בחינת התנהלותו של לופו בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה, כפי שהיא עולה מהתשתית העובדתית והראייתית שהוצגה על ידי הצדדים, הינה כי לופו הפר את חובות האמונים המוטלות עליו בגסות. כך, כפי שיפורט, הוכח לפניי כי לופו פעל בניגוד עניינים חריף עת שייעץ להנהלת החברה להתקשר עם ורטקס ולא עם RTI בעסקה השקעה, ולא גילה על ניגוד עניינים זה לחברה כפי שהוא נדרש על פי הדין.

56. בפתח הדברים אציין כי מצאתי את עדותו של הנתבע לפני בלתי מהימנה, ואת גרסתו ביחס לסוגיה שעל הפרק בלתי אמינה. כפי שיפורט להלן, גרסתו של הנתבע אינה מתיישבת עם הראיות הקיימות בתיק ואף סותרת אותן; עדותו לפניי הייתה בלתי עקבית, ולא קוהרנטית הן עם תצהירו, הן עם הגרסה שהוצגה בכתב ההגנה מטעמו. נוסף על כך, בהזדמנויות שונות ביקש הנתבע לשכנע כי אין לייחס חשיבות לדבריו בכתובים שונים שהוצגו על ידי התובעים בטענה כי כללו "טעויות הקלדה" שעיוותו לטענתו את המציאות המשתקפת מהם – באופן שלא תרם גם הוא לאמינותו [פ/131, ש' 6-12; פ/133, ש' 15-19]. עוד אציין כי התרשמתי כי הנתבע היה נבון במהלך חקירתו מהסתירות המהותיות השונות שנמצאו בגרסתו.

57. לגוף הדברים, מצאתי כי הוכח לפניי באופן חד משמעי כי לופו היה מצוי בניגוד עניינים ביחס למגעים שניהלה החברה עם הרוכשות הפוטנציאליות, לאור קשריו עם ורטקס.

כך, אין מחלוקת בין הצדדים כי לפחות בין החודשים ספטמבר – דצמבר 2012 ניהלה החברה משא ומתן עם כל אחת מהרוכשות הפוטנציאליות באשר לאפשרות השקעתן בחברה. בתוך כך, בחודש ספטמבר 2012 כבר הוחלפו טיוטות Term Sheet הן בין החברה לבין RTI, הן בין החברה לבין ורטקס [ת/4; ת/2], וכפי שעולה מהתכתבות בין החברה לבין חברת RTI, לכל הפחות נכון ליום 19.12.2012 טרם התקבלה החלטה סופית על ידי החברה להתקשר עם ורטקס ולא עם חברת RTI [ת/6].

לצד זאת, מצאתי כי הוכח מעבר לכל ספק כי עוד בחודש אוקטובר 2012 לופו היה במו"מ מתקדם עם חברת ורטקס, בקשר עם העסקתו בחברה בת של ורטקס, שתוקם לצורך העסקתו. כך, מתכתבות בין הצדדים עולה כי כבר ביום 09.10.2012 הוחלפו טיוטות בין לופו לבין נציג חברת



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

ורטקס, רמי משינסקי, בקשר להעסקתו של לופו בחברת ארגוס [נת/י"ח]. גם בתצהירו של לופו, הוא מאשר כי כוונתם של הצדדים הייתה כי חברת ארגוס תוקם לשם העסקתו של לופו ותעסוק בתחום האנרגיות [תצהיר לופו, סעיף 58; כתב התביעה, פס' 100]. יצוין כי בחקירתו לפניי הנתבע ביקש לחזור בו מטענה זו, וסירב לאשר את הגרסה לפיה ארגוס הוקמה על ידי ורטקס לצורך העסקתו של לופו, ואף וטען כי בעת שחתם על הסכמי לופו-ארגוס לא הכיר את חברת ארגוס ולא ידע כי מדובר בחברה בת של ורטקס [פ/96-98]. אין בידי לקבל את חזרתו של הנתבע מהגרסה העובדתית שהוצגה בתצהירו. כך, מעבר לעובדה כי דבריו של הנתבע בחקירתו נסתרים בתצהירו, הם נסתרים גם בראיות הקיימות, ובהן - טיוטה להסכם שיתוף הפעולה, שנשלחה ללופו עוד ביום 09.10.2012 מנציג ורטקס, ובה צוין מפורשות כי הסכמות הצדדים ייושמו באמצעות חברת ארגוס [נת/יח]; וכן נוסחם הסופי של ההסכמים שנחתמו בחודש דצמבר 2012 [פ/6-8], בהם צוין כי ההתקשרות בין לופו לבין ארגוס נערכת בהמשך לפנייתו של לופו לורטקס בקשר עם שכירת שירותיו במסגרת אחת מהחברות בהן ורטקס מושקעת ("invested"), וורטקס הציעה להפנות אותו לאחת מהחברות שבהן היא בעלת מניות [ת/12 – מבוא להסכם שיתוף הפעולה].

זאת ועוד, אין מחלוקת בין הצדדים כי ההסכמים בין לופו לבין ארגוס, שנחתמו כאמור בחודש דצמבר 2012, כללו הטבות משמעותיות עבור לופו, לרבות 20% ממניות חברת ארגוס שישמרו עבורו לתקופה מסוימת בנאמנות ויהיו מוגנות מפני דילול [הסכם שיתוף הפעולה, סעיף 2.1; ההסכם הנוסף, סעיף 6] וכן אופציה שניתנה ללופו למשך שלוש שנים, למכור עד 10% ממניות ארגוס שבהחזקתו, בתמורה ל-3 מיליון דולר. הסכמים אלו כללו גם תנאי סודיות והתחייבות של ארגוס לספק ללופו הגנות משפטיות שונות כמתואר לעיל, באופן שמחזק כי הצדדין להסכמי לופו סברו כי החברה עשויה לנקוט בהליכים משפטיים כנגד לופו בגין מעשיו. יאמר בהקשר זה כי איני מקבל את ניסיונו של לופו לטעון כי ההגנה המשפטית שהובטחה לו במסגרת הסכמי לופו-ארגוס נוגעת אך ורק למישור זכויותיו הסוציאליות של לופו ככל שיגרר להליך בבית הדין לעבודה – שכן לשון ההסכמים מפורשת ולפיה ההגנה המשפטית שתחייבה לספק ארגוס ללופו במסגרת ההסכמים, נוגעת לכל מקרה שבו החברה או גורמים אחרים לרבות משקיעי החברה ינקטו בהליכים נגד לופו (In the event that Wittner becomes involved in any capacity and in any action brought against him by Computerized Electricity Systems Ltd ("CES") and or CES's investors [...]). יודגש כי בשלב זה איני מתייחס לשאלת השתכללות ההסכמים בפועל, ולקבלת הטבות האמורות בסופו של דבר.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

58. עוד הוכח לפניי כי לופו לא שיתף את הנהלת החברה בהסכמים שערך עם ארגוס, ובפרט משלופו עצמו הודה בכך בחקירתו לפניי [פ/128-129, 147-148]. אשר לטענת לופו בתצהירו לפיה היו לפחות שני גורמים בחברה שידעו על הכוונה שלו לחתום על הסכמי לופו ארגוס עוד בחודש אוקטובר 2012, ובהם מר אדוארד זבלב, מנהל המכירות של החברה וצבי סגמון, משקיע בחברה שלטענת לופו היה מתווך בעסקת ורטקס – אין בטענה זו כדי לשנות ממסקנתי. כך, גם לו הייתי מקבל טענה זו של הנתבע (ולפחות בעניינו של מר סגמון איני סבור כי הטענה הוכחה), הרי שאין מחלוקת על כך שהמגעים של לופו עם ורטקס לא הובאו לידיעת הנהלת החברה, שהייתה מי שניהלה את המגעים מול הרוכשות הפוטנציאליות וקיבלה את ההחלטות הרלוונטיות בעניינן.

59. נוסף על הדברים האלו, כפי שעולה מחומר הראיות, בהזדמנויות שונות במהלך המגעים שניהלה החברה עם הרוכשות הפוטנציאליות, שהתנהלו כאמור במקביל למגעים של לופו עם חברת ורטקס ולא גולו להנהלת החברה - הביע לופו עמדה נחרצת בעד התקשרות עם חברת ורטקס, ולטובתה. כך למשל מתוך הודעת דוא"ל ששלח ללופו ביום 19.12.2021 לדירקטורים שהובילו את המגעים עם הרוכשות הפוטנציאליות מטעם החברה, הליל מילוא וניר בלצר:

"שוחחתי עם יריב [התובע – כ.נ.] לפני כ חצי שעה והבנתי מדבריו שאני הסכמתי לקחת חלק במשא ומתן הזה. אני מבקש להדגיש כי לא הסכמתי ואפילו ציינתי כי לא אצטרף אם RTI יהיו המשקיעים בחברה [...] ועוד אמרתי כי אני בטוח מהיכרותי את Vertex שהם כן יעבירו את הכסף בזמן אם ה SHEET TERM יהיה זהה למה שסוכם. כשאני קורא מה אמור להישלח [לורטקס – כ.נ.], אני רואה מספר סעיפים ביניהם השקעה של \$5 M שלא היה בהצעה שהראת לי או שלחת לי, ועוד מספר סעיפים נוספים, סלח לי שאני אומר מגוחכים, שאמורים להדליק נורה אדומה ולהכשיל את העסקה (גם אני לא הייתי מסכים להם)" [ת/4; טעויות והדגשות במקור – כ.נ.].

בין הצדדים התעוררה מחלוקת אשר לפרשנות הודעה זו – בעוד שהתובעים טוענים כי משמעות דבריו של לופו בהודעה לעיל הינה שככל ש-RTI תהיה המשקיעה בחברה לופו יפרוש מתפקידו בחברה, הנתבע טוען כי כוונתו בהודעה הייתה בלבד כי לא יצטרף למשא ומתן של החברה עם RTI [פ/133, ש' 11-19], ולא כי יפרוש מהחברה אם RTI תהיה המשקיעה. לדידי, ההכרעה במחלוקת הזו ממילא אין בה כדי להשפיע באופן מהותי על ענייננו. כך, הן לו הייתי מקבל את גרסת התובעים, הן לו הייתי מקבל את גרסת הנתבע (שגרסתו לפרשנות המילולית אינה בלתי הגיונית) - הרי שנוכח משמעותו הרבה של לופו עבור כל אחת מהרוכשות הפוטנציאליות (עובדה



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

שלופו היה מודע לה); הבהרתו הנחרצת של לופו בהודעה כי הוא לא מוכן לקחת חלק במשא ומתן אם RTI יהיו המשקיעים (לעומת נכונותו האפשרית לכאורה בעניינה של ורטקס); לצד הכנתו כי בכונתו לפרוש מחברה כפי שציין בהודעות נוספות כפי שיפורט, ודבריו לטובתה של ורטקס בהודעה זו כמו גם בהודעה אחרות – אין מחלוקת כי מדובר בהבעת עמדה נחרצת לטובת ורטקס, שיש בה אף ניסיון לדחוק את החברה לטובת התקשרות איתה ולא עם RTI (שכן חזקה על הנתבע כי הוא הבין את משמעות היעדרו מהמגעים מול RTI).

ראייה מרכזית נוספת בענייננו היא הודעת דוא"ל ששלח לופו לדירקטורים בחברה ביום 21.12.2012, במסגרתה העיד לופו על פגישה שהתקיימה בנוכחותו ובה הביע עמדתו לטובת התקשרות עם ורטקס, וכן נימק שוב גם בכתב את עמדתו המקצועית לדבריו, לטובת התקשרות עם ורטקס ולא עם RTI: **"בפגישתנו האחרונה ניסיתי להסביר מדוע כדאי ויש ללכת עם Vertex ולא עם אף שותף חדש כדוגמת RTI כך כנראה הובנתי לא נכון ואני מנסה להבהיר מחדש: טענותיי מבוססות על הכרת השוק בו אנחנו פועלים ואת הקושי הרב והמשאבים הגדולים שיש להשקיע כדי להסיג לקוחות, ליצור שוק, להכין מערך תחזוקה שרות ושיווק, וכל זאת עם האנשים המתאימים ועם הקשרים המתאימים [...]. מכל הסיבות הנ"ל ומכיוון שאני רוצה את טובת החברה בלבד ואינו רוצה שהחברה תבזבז עוד שנתיים כדי להגיע אולי למקום שאנחנו נמצאים היום עם VERTEX והשוק שלה ברוסיה, אני חושב וזו דעתי המקצועית שיש להמשיך ולבצע את העסקה עם VERTEX"** [ת/14; טעויות במקור; הדגשות לא במקור – ח.כ].

מהאמור עולה כי בעוד שלופו היה בעיצומי המגעים עם ורטקס ואף לאחר שחתם על הסכמי לופו-ארגוס עם חברת הבת של ורטקס, שכללו כאמור הטבות משמעותיות עבורו באם ישתכללו - לופו חווה את דעתו המקצועית בפני הנהלת החברה בעד התקשרות עם ורטקס באופן אגרסיבי ונחרץ, תוך הדגשה כי הוא פועל משיקולים מקצועיים ובהם טובת החברה בלבד, אך מבלי לגלות על תכניותיו עם ורטקס (יהיו אשר יהיו), ותוך מצג שווא כי הוא גורם ניטרלי לחלוטין.

60. לופו כאמור אינו מכחיש כי הביע את דעתו המקצועית בפני הנהלת החברה לטובת התקשרות עם ורטקס, אך עומד על כך כי לא היה מצוי בניגוד עניינים וכי עמדתו הייתה מקצועית לחלוטין, שכן הסכמי לופו-ארגוס נועדו אך ורק למקרה שהחברה תסיים את חייה, ועל כן לא סבר כי עליו לדווח לחברה על אודות ההסכמים [פ/148, ש' 2-7]. אין בידי לקבל גם טענה זו.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

ראשית, איני מקבל את הטענה של לופו כי הסכמי לופו-ארגוס נועדו רק לתרחיש שבו החברה תסיים את חייה. עיון בהסכמי לופו-ארגוס מדצמבר 2012 [ת/12] ואף בטיוטת הסכם שיתוף הפעולה שנשלחה ללופו בחודש אוקטובר 2012 [נת/יח] מעלה כי אין בלשון ההסכם כל תמיכה לטענה זו, שהביסוס היחיד לה הוא עדות הנתבע אותה מצאתי כאמור כבלתי מהימנה. אדרבא, עיון בלשון הסכמי לופו-ארגוס אף מוביל למסקנה הפוכה לפיה ההסכמות בין הצדדים נערכו בעקבות החלטתו הרצונית של לופו להפסיק את עבודתו בחברה, רצון המתיישב עם טענותיו השונות של לופו בעניין היחס שקיבל בחברה וההפחתה שנעשתה בזכויותיו הסוציאליות [פ/123, ש' 1-17]; וכן הניחו או לכל הפחות נערכו להמשך חייה של החברה. כך למשל, במבוא להסכם שיתוף הפעולה מצוין במפורש כי הסכם זה נערך על רקע החלטתו הוולונטרית של לופו לסיים העסקתו בחברה, ולא על רקע סיום חייה או כורח אחר ("Whereas: Wittner has determined that it is in his best interest to voluntarily terminate his employment with Computerized Electricity Systems Ltd. ("CES").

זאת ועוד, בהתאם לחלק המבוא בהסכם שיתוף הפעולה, ורטקס הציעה להעסיק את הנתבע במסגרת אחת החברות שבהן ורטקס היא בעלת מניות, ולופו הסכים לספק שירותי ייעוץ לחברות בהן יש לורטקס עניין, ובתוך כך לספק שירותי תמיכה לחברה ("CES") ככל שיידרש לכך על ידי ורטקס. ההקשר שבו מופיעה ההתחייבות של הנתבע לספק שירותים לחברה – סיוע לחברות שלורטקס יש בהן עניין, מעידה לכאורה על האפשרות כי יהיה צורך בשירותי לופו לחברה, בתרחיש שבו ורטקס תרכוש את החברה או לכל הפחות תמשיך לשתף עמה פעולה, בניגוד למצב בו החברה תסיים את חייה. יצוין כי בחקירתו לפני טען לופו כי כוונת הצדדים בהסכם שיתוף הפעולה היא כי ייתכן שיהיה צורך בשירותיו הטכניים של לופו בקשר למוצרי CES, ולא ל-CES החברה, במידה שהחברה תסיים את חייה ויוותרו בידיה של ורטקס מוצרי החברה. גם במקרה זה דבריו של הנתבע אינם נתמכים בראיות או בהיגיון הבריא, שכן מספר שורות קודם לכן מגדיר הסכם שיתוף הפעולה במפורש כי המונח CES מתייחס לחברה [ת/12], מבוא הסכם שיתוף הפעולה]. לצד זאת, כאמור, קיימות ראיות נוספות שתומכות במסקנה כי ההסכמים לא הניחו את סיום חייה של החברה - וחיזוק נוסף למסקנה זו הוא בעובדה כי ההסכמים כללו הגנה משפטית ללופו במידה שהחברה תתבע אותו [ההסכם הנוסף, סעיף 3].

לצד הדברים האלו, גם התזמון שבו נחתמו ההסכמים, דצמבר 2012, מחליש את טענתו של לופו כי פעל מתוך חשש לסיום חייה של החברה, שכן בשלב זה החברה הייתה במשא ומתן מתקדם הן



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

עם ורטקס, הן עם RTI, שנלחמו בניהן על ההשקעה בחברה [כך, RTI הסכימה לשפר את הצעתה לאחר שנציג החברה ציין בפני נציגיה בהתכתבות מיום 25.09.2012 כי " Vertex is fighting for CES" – [ת/3] – ועל כן הדעת נותנת כי החשש לחייה של החברה פחת בשלב זה.

יתר על כן, עצם העובדה כי לופו לא גילה על המגעים שניהל עם ורטקס, ובפרט על הסכמי לופו-ארגוס להנהלת החברה, אף לא בגדר "גילוי נאות", בעודו מתעקש על התקשרותה של החברה דווקא עם ורטקס ולא עם RTI - מחזקת את התזה לפיה ההסכמים לא נחתמו אך רק למקרה הצורך ובהינתן תרחיש של סיום חייה של החברה, וכי לופו היה מודע לבעייתיות במעשיו.

שנית, גם לו הייתי מקבל את טענתו של לופו לפיה הסכמי לופו-ארגוס נועדו רק לתרחיש שבו החברה תסיים את חייה, אין בכך כדי לשלול את החובה שהייתה מוטלת על לופו לדווח לחברה על קשריו עם ארגוס (ורטקס). חובה זו, לא הייתה נתונה לשיקול דעתו של לופו – בוודאי שבנסיבות בהן הביע את דעתו המקצועית, ובנחרצות רבה, בשאלה עם מי מהרוכשות הפוטנציאליות נכון לחברה להתקשר בהסכם ההשקעה.

ודוק, חובת הגילוי אותה קובע חוק החברות ביחס לנושא משרה, אינה מאפשרת שיקול דעת רחב לנושא המשרה בשאלה מהו ניגוד עניינים עליו הוא חייב לדווח – שכן פרשנות כאמור תסכל את הגשמת תכליתה של חובת הגילוי ותסייע לניצול שיקול דעת כאמור לרעה על ידי נושא המשרה באופן שמעקר את חובת האמונים המוטלת עליו. נסיבות המקרה דגן מהווה דוגמא מתאימה לכך.

עוד אוסיף, כי ההטבות המשמעותיות שהובטחו ללופו במסגרת הסכמי לופו-ארגוס, יצרו נסיבות שאיחדו בין האינטרסים של לופו לבין אלו של ורטקס (אף בהיבט הקנייני לאור אפשרות הענקת 20% ממניות ארגוס ללופו) באופן שלא יכול היה שלא להוסיף את טובתה העתידית של ארגוס (ושל ורטקס) למערך השיקולים של לופו. יוזכר בהקשר זה כי החזקתו של לופו במניות החברה הייתה קטנה משמעותית מהחזקתו הפוטנציאלית במניות ארגוס, ועמדה בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה על כ-6.44% ממניות החברה. זאת, גם בהינתן קבלת גרסתו של לופו לפיה ההסכמים נועדו לשמור על עתידו התעסוקתי במידה שהחברה תסיים את חייה. גם מטעם זה לא אוכל לקבל את טענתו של לופו כי בנסיבות האירועים מושא כתב התביעה הוא לא היה מצוי בניגוד עניינים ביחס למגעים שניהלה החברה עם ורטקס ועם RTI.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

די בכל האמור עד כה כדי לפסוק כי לופו הפר את חובות האמון המוטלות עליו, ועל כן יכולתי לעצור את התייחסותי לעניין זה בשלב הנוכחי, ומבלי להכריע בתזת התובעים לפי נוסף על הפרת חובת הגילוי של לופו, האחרון גם פעל באופן אקטיבי לסיכול המגעים שניהלה החברה עם RTI על מנת להבטיח את התקשרותה עם ורטקס. עם זאת, מצאתי לציין למעלה מן הצורך כי התשתית הראייתית שהובאה על ידי התובעים תומכת בתזה זו.

כך, לופו אינו מכחיש את החשיבות שייחסו שתי הרוכשות הפוטנציאליות להישארותו בחברה לאחר ביצוע ההשקעה על ידי מי מהן, ובפרט לחשיבות שייחסה לכך RTI. בתוך כך, בתצהירו של לופו ציין כי נציגי RTI אף ביקשו לדון איתו בנושא זה בפגישה שנערכה עמם ברוסיה [תצהיר לופו, סעיפים 40-41, ו-61], ובחקירתו הדגיש לופו כי בנובמבר 2012 התחייב להישאר בחברה למשך 12 חודשים לאחר ביצוע ההשקעה על ידי מי מהרוכשות הפוטנציאליות [פ/134 ש' 1-2]. לצד זאת, לופו גם לא התכחש לחשיבות שייחסה ורטקס להישארותו בחברה לאחר השקעה בה [תצהיר לופו, סעיף 61] - וזו באה לידי ביטוי גם בעצם הסכמי לופו-ארגוס שדנים בהעסקתו של לופו בארגוס על רקע ניסיונו בתחום האופטימיזציה של צריכה חשמלית, ובפרט בלוחות חשמל [ת/12, מבוא להסכם שיתוף הפעולה]. אף על פי כן, הן במסגרת הפגישה בהשתתפות לופו עם נציגי RTI, הן בהזדמנויות שונות ונוספות שחלקן פורט לעיל, ציין לופו כי בכוונתו לצאת לחופשה, ולסיים את עבודתו בחברה באופן שנראה כי נועד להרתיע את RTI מהשקעה בחברה.

לא זו אף זו, בהודעת הדוא"ל מיום 21.12.2012 הגדיל לופו לציין (לאחר ששוב חוות דעתו לטובת התקשרות החברה עם ורטקס ולא RTI) בקשר עם החלטתו לעזוב את החברה כי הוא סבור כי לא תהיה בעיה בהקשר זה מבחינת ורטקס - **"אני מתכנן לעזוב את החברה כעובד פעיל, ואתם מודעים לזה, הבאתי את זה לידיעתכם מספר פעמים בנסיבות שונות ואכן בכוונתי לבצע את המהלך בחודש ינואר בשנה הבאה. אני שמח ש-VERTEX לא ביקשה את מעורבותי דבר שיקל על החברה והמשך פעילותה ללא טלטלות מיותר"** [ת/14].

היינו, בשעה שלופו היה מודע לכך שורטקס רוצה בהישארותו בחברה לאחר ביצוע עסקת ההשקעה, וימים ספורים לאחר חתימת הסכמי לופו-ארגוס בנוגע להעסקתו העתידית של לופו בארגוס, ולרבות התחייבותו של לופו בהם לספק תמיכה ל-CES - ציין לופו בפני הנהלת החברה כי ורטקס לא רוצה במעורבותו, מה שיקל על פעילות החברה. לא יכולה להיות מחלוקת שמהאמור עולה כי לופו שיקר להנהלת החברה בהודעה זו, ועניין זה מעיד על תום ליבו ומחזק את גרסת הנתבעים כי מעשיו היו מכוונים במטרה לסכל את המגעים עם RTI.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

בחקירתו לפניי הנתבע לא הצליח לספק תשובתה מספקת כשאומת עם הדברים האלו, וביקש לטעון כי איומיו לעזוב את החברה היו בגדר איומים על רקע ההרעה בתנאיו הסוציאליים בחברה בתקופה שקדמה להודעה זו [פ/130 ש' 12-15]. טענה זו אינה מתיישבת עם העובדה כי באף אחת מההודעות שבהן דוברת עזיבתו של לופו את החברה, הוא לא הציב כל תנאים ולא ביקש כל תמורה עבור הישארותו בחברה, לרבות שיפור תנאיו הסוציאליים בחברה.

אשר לטענתו של לופו לפיה העובדה כי המשיך לעבוד בחברה גם לאחר עסקת ורטקס עד לפיטוריו בשנת 2013, מוכיחה את טענתו כי לא התכוון לממש את איומו להפסיק את עבודתו בחברה - זו אינה יכולה לסייע לנתבע שעה שבינואר 2013 רכשה ארגוס שליטה בחברה, ועל כן המשיך פעילותו של הנתבע בחברה כאשר זו נמצאת הלכה למעשה בשליטת ורטקס יש בה כדי לחזק דווקא את התזה של התובעים לפיה לופו שיתף פעולה עם ורטקס, והתכוון להמשיך לעבוד במסגרת החברה תחת שליטתה של ורטקס בניגוד לאיומי פרישתו מהחברה.

בנוגע למחלוקת בין הצדדים בשאלה האם הודעותיו של לופו על כוונת הפרישה שלו מהחברה היוו הלכה למעשה את התפטרותו מהחברה כפי שנדרש ממנו בהסכמי לופו-ארגוס – לא מצאתי צורך בהכרעה בעניין זה, שכן גם קבלת גרסתו של לופו לפיה לא מימש את התנאי בהסכמים שעניינו התפטרותו מהחברה, אין בכך כדי לשנות ממסקנותיי.

בשולי הדברים אציין כי לא מצאתי שהוכחו טענות התובעים לפיהן הנתבע פעל במהלך שנת 2012 לחבל במצבה התזרימי של החברה על ידי מתן אפשרות לורטקס לקנות רכיבים לייצור מוצרי החברה ישירות מספקי החברה. הוכח כי ייצור מוצרי החברה על ידי ורטקס בפיקוח החברה היה מלכתחילה מהלך באישור דירקטוריון החברה, וכי לופו התבקש בהסכם ההעסקה שלו לקדם מהלך זה [נת/ז]. כמו כן, רכישת הרכיבים על ידי ורטקס נעשתה באמצעות מימון שהוזרם על ידי ורטקס כהלוואות לחברה, בחתימת דירקטור בחברה, ובכל מקרה המוצרים שיוצרו נרשמו בחברה ונרשמו בגינם חשבוניות על שמה [נת/יב2; נת/כא; פ/57-59]. לצד זאת, לא הובאה כל ראיה לכך שמעשים אלו נעשו על ידי הנתבע על מנת ללחוץ על החברה לאור מצוקתה התזרימית להתקשר דווקא עם ורטקס, ואילו התאריכים בהם בוצעו המעשים האלו על פי טענות התובעים קודמים לאוקטובר 2012 עת הוכח כי התקיימו מגעים בין לופו לבין ורטקס.

אשר לעיכובים בהשלמת עסקאות החברה עם ורטקס שאירעו בשלהי שנת 2012 ונטען על ידי התובעים כי הם תוצאה של מעשיו של לופו במטרה לגרום למשבר תזרימי לחברה – יודגש תחילה



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

כי כל פעולה או הוראה של לופו במסגרת תפקידו בחברה ביחס לורטקס בתקופה שבה הוכח כי היה במגע עם ורטקס (היינו במהלך אוקטובר 2012 ולאחר מכן), היא פעולה שנגועה בניגוד עניינים - ועל כן גם מעורבותו בהתנהלות השוטפת מול ורטקס נעשתה בניגוד עניינים וללא דיווח נדרש של לופו על כך לחברה והובאה על ידי בחשבון את בחנתי האם הופרה חובת האמונים של לופו (הגם שבכל מקרה הוכח כי זו הופרה). עם זאת, הטענות לפיהן העיכוב בהשלמת העסקאות היה מכוון לגרימת משבר תזרימי לחברה או כדי ללחוץ עליה לא הוכחו, ולעומת זאת אין חולק כי אכן היו עיכובים בתשלומים של ורטקס לחברה, שנטען על ידי הנתבע ועל ידי אלטרוביץ' כי הם היו הגורם שלאורו עוכבו המשלוחים לורטקס [פ/73, ש' 13-19]. עצם עובדה כי העסקאות הושלמו בשנת 2013 אין בה כדי להוכיח את טענות התובעים במישור זה.

בכל מקרה, אין בדברים האלו כדי לפגום בטענות המרכזיות של התובעים לעניין הפרת חובת האמונים של לופו.

61. **סיכומם של דברים, התנהלותו של לופו בעת ניהול המגעים על ידי החברה עם כל אחת מהרוכשות הפוטנציאליות מהווה דוגמא מובהקת להפרת חובת האמונים המוטלת על נושא משרה החברה. במעשיו, הפר לופו את חובות הגילוי המוטלות עליו, ניצל את מעמדו בחברה על מנת לשרת את מניעיו האישיים, ואף פעל לגייס לשם כך נושאי משרה ובעלי מניות אחרים בחברה שנתנו בו אמון וסמכו עליו.**

סעדים

62. ככלל, על מנת להקים עילת תביעה בגין הפרה של חובת אמונים המוטלת על נושא משרה בחברה לא נדרשת הוכחת קיומו של נזק. יפים לעניין דבריו של כב' הנשיא דאז השופט ברק בע"א 610/94 בוכבינדר ואח' נ' כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה, פ"ד נז(4) 289, 334 (2003):

"חובת האמונים נבדלת מחובת הזהירות. חובת האמונים נועדה למנוע ניצול כוחו של הדירקטור לטובתו שלו. חובת הזהירות נועדה למנוע נזק לחברה ... על-כן תופר חובת האמונים של דירקטור גם אם בהתנהגותו לא נגרם נזק לחברה."



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

עם זאת, ככל שעסקינן בתביעה כספית לפיצויים בגין הפרת חובת אמונים – נדרשת הן הוכחת נזק, הן הוכחת סיבתיות. כך, סעיף 256(א) לחוק החברות קובע את הסעד בגין הפרת חובת אמון של נושא משרה כלפי החברה:

"על הפרת חובת אמונים של נושא משרה כלפי החברה יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים המחויבים".

63. עניינו כאמור אינו בהפרת חובות האמון של לופו כלפי החברה אלא כלפי התובעים, בעלי מניות בחברה. אף על פי כן, סבורני כי ניתן להקיש מהדין לגבי הסעד שיחול על הפרת חובות אמון של נושא משרה כלפי החברה, גם לגבי הפרת חובות אמון של נושא משרה כלפי בעלי מניות בחברה. חיזוק לכך הוא בדברי בית המשפט העליון בעניין קוט (שהתבסס בעניין זה על ההוראות החלות על הפרת אמונים מכוח פקודת החברות):

"מאחר שגוטמן הפר את חובת האמונים כלפי המערער, יש להחיל על הפרה זו את דיני הפרת חוזה בשינויים המחויבים. על-פי דיני הפרת חוזה, מקום שהופר חוזה זכאי הנפגע לתבוע את אכיפתו או את ביטולו, וזכאי הוא לפיצויים נוסף על תרופות אלה או במקומן".

משסעד של ביטול או אכיפה אינו רלוונטי בנסיבות ענייננו (וממילא גם לא התבקש), יש לפנות לסעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, שקובע כדלקמן:

"הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב הפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של הפרה".

בהתאם לכך, וכפי שנקבע בהזדמנויות שונות בפסיקה, זכאותו של מי שנפגע בגין הפרת חוזה לפיצויים מותנית בהתקיימותם של ארבעה יסודות מצטברים - הפרת חוזה: נזק; קשר סיבתי עובדתי בין ההפרה לנזק; וצפיות המפר בעת כריתת החוזה את קרות הנזק כתוצאה מסתברת של ההפרה [ראו למשל: ע"א 8422/17 מדינת ישראל - משרד התחבורה נ' המועצה הלאומית למניעת תאונות דרכים, פס' 3 (נבו 08.02.2021); ע"א 11039/07 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אבנר אגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ, פס' 55 (נבו 06.07.2011); ע"א 355/80 נתן אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה(2) 800-807 (1981); ע"א 1229/97 איי.אמ.איי. - שיווק



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

והשקעות בינלאומיים בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נג(4) 657, 662-663 (1999).

האם יש לחייב את לופו בפיצויים בגין הפרת חובות האמון כלפי התובעים

64. בסיכומיהם טוענים התובעים לקיומם של שני ראשי נזק מצטברים כתוצאה מהפרותיו של הנתבע: האחד, אובדן שווי מניותיהם של התובעים, אשר נמכרו ללא תמורה לארגוס (ולמעשה עברו לשליטת חברת האם שלה ורטקס) במסגרת הסכם ורטקס; והשני חסרון כיס כתוצאה מהזרמת הלוואות הבעלים במהלך שנת 2012 [סיכומי המשיבים, פס' 137]. לחלופין, טוענים התובעים לראש נזק חליפי שעניינו אובדן הרווחים העתידיים שהיו צפויים לתובעים ככל שהייתה ממומשת "האופציה שהוצעה לבעלי המניות (התובעים ביניהם) במסגרת עסקת RTI" [סיכומי תובעים, פס' 169].

65. אומר כבר בפתח הדברים כי מצאתי לדחות את התביעה הכספית של התובעים ביחס לראש הנזק שעניינו אובדן שווי מניות התובעים בחברה, וכן ביחס לראש הנזק החליפי שעניינו אובדן רווחים בגין אי מימוש האופציה שניתנה ל-RTI על פי הצעת RTI. הגם שקצרו המילים להביע את הסתייגותי מהתנהלותו של הנתבע, כמבואר להלן – התובעים לא צלחו בהוכחת קשר סיבתי בין מעשיו של הנתבע לבין גורל השקעותיהם בחברה.

לצד זאת, מצאתי לקבל חלקית את התביעה הכספית של התובעים ביחס לראש הנזק שעניינו הלוואות הבעלים – ובתוך כך לדחות את חלקו הארי של ראש נזק זה המבוסס על הלוואות ינואר (200,000 דולר), ולקבל את התביעה הכספית ביחס לראש נזק זה ככל שהיא מבוססת על הלוואות אוקטובר והלוואות דצמבר (בסך כולל של 38,449 דולר).

66. למען הנוחות הדיון, אדון תחילה יחדיו בראש הזנק הישיר שעניינו אובדן שווי המניות וראש הנזק החליפי שעניינו אובדן הרווחים הצפויים, ולאחר מכן אדון בראש הנזק הישיר שעניינו הלוואות הבעלים שהזרים התובע לחברה בשנת 2012.

ראש הנזק ישיר בעקבות אובדן שווי מניות התובעים, וראש הנזק החליפי בגין אובדן רווחים

67. סוגיית הנזק בתביעה דנא היא מורכבת, שכן היא מחייבת עיסוק בשאלות היפותטיות המאלצות בחינה תיאורטית של האופן שבו היו מתגלגלים האירועים לולא הפרותיו של הנתבע. כך, טענתם



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

הבסיסית של התובעים בקשר עם שני ראשי הנזק שבכותרת הינה שלולא הפרותיו של הנתבע, התובעים לא היו מאפשרים את כריתת הסכם ורטקס. אשר לנזק בגין אובדן רווחים מסתמכים התובעים הלכה למעשה על שתי טענות בסיס נוספות - האחת, שלולא הפרותיו של הנתבע, לא הייתה מסוכלת עסקת RTI; והשנייה כי RTI הייתה עושה שימוש באופציה שניתנה לה ורוכשת את יתר המניות בחברה.

איני סבור כי שאלת הסיבתיות במקרה דנן מסתיימת בדיון בטענות האמורות, ואתיחס לעניין זה בקצרה בהמשך, אך הסכמתי עם התובעים כי הטענות האלו משקפות את המשוכות הראשונות והבסיסיות שהיה עליהם לצלוח בדרכם להוכחת רכיבי הנזק והקשר הסיבתי בענייננו. שאלות אלו משקפות הלכה למעשה את מה שמכונה "סיבתיות בין אישית". יפים לעניין זה דברי בית המשפט בפסק הדין בעניין ע"א 3654/97 קרטין נ' עתרת ניירות ערך (2000) בע"מ (להלן – עניין קרטין) – שם היה מדובר בסוגיה ספציפית של הפרת חובת נאמנות על-ידי סוכני בורסה, יועצי השקעות ומנהלי תיקי השקעות המייעצים למשקיעים, אך סבורני כי ניתן להשתמש בדברים אלו בהשאלה גם בענייננו:

"בפסיקתם של בתי-המשפט השתרשה הבחנה בין שני סוגים של קשר סיבתי. האחד, נוגע לסיבתיות הבין-אישית, דהיינו: לשאלה אם הצהרותיו או עצותיו של הנתבע גרמו בפועל להשקעתו הפיננסית של הנפגע (לגבי ייחודה של הסיבתיות הבין-אישית ראה H.L.A. Hart, T. Honor [17], at p. 51-59). סוגיה זו קיבלה בארצות-הברית בנושא הנדון את הכינוי transaction causation. הסוג האחר נוגע לקשר הסיבתי בין הפרת החובה לבין הנזק, דהיינו: לשאלה המקובלת של סיבתיות וריחוק נזק, אשר זכתה בנושא הנדון לכינוי loss causation" [הדגשות אינן במקור – ח.כ].

68. בענייננו, סבורני כי התובעים לא הוכיחו את קיומו של רכיב "הסיבתיות הבין-אישית". הסדק המרכזי בטיעונם של התובעים לקיומו של הקשר הסיבתי, הוא בטענתם הבסיסית כי אי הגילוי על אודות שיתוף הפעולה בין התובע לבין ורטקס הוא שהוביל לחתימה על הסכם ורטקס [פסקה 140 לסיכומי התובעים]. טענה זו לא הוכחה – אדרבא, העמקה בתשתית הראייתית והעובדתית שהובאה על ידי הצדדים אף מובילה למסקנה ההפוכה.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

הילוכם של הדברים יהיה זה: תחילה אדון בשאלה האם הוכח קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי של לופו (ובפרט לאור התעקשותו של לופו כי החברה תתקשר עם ורטקס ולא עם RTI) לבין סיכול התקשרותה של החברה עם RTI – ולשם כך אתייחס תחילה לשתי ההצעות שהיו מונחות לפתחה של החברה בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה; וכן למצב הדברים ששרר בתקופה הרלוונטית בין החברה לבין RTI. משהתרשמתי כפי שיבואר היא כי התשובה לשאלה זו שלילית, אמשיך לדיון בשאלה האם הוכח כי לולא אי הגילוי כאמור, לא היה נחתם הסכם ורטקס.

האם הוכח כי לולא מעשיו של לופו ובהם הפרת חובת הגילוי על ידיו, הייתה החברה מתקשרת בעסקת השקעה עם RTI?

69. כפי שיפורט, התשובה לכך היא שלילית.

70. תחילה, השוואה בין שתי ההצעות שעמדו בפני החברה מטעם הרוכשות הפוטנציאליות, הן בפן הכלכלי, הן בפן המהותי, על בסיס השתית הראייתית שהובאה לפניי, מעלה כי התובעים לא עמדו בנטל המוטל עליהם, ולא הוכיחו כי שקלול כלל השיקולים הרלוונטיים לחברה באותה העת - מוביל למסקנה כי הצעתה של RTI הייתה הצעה טובה יותר לחברה.

כך מחד, **עיקרי תנאי הצעת RTI על פי טיוטת ה- Term Sheet מחודש ספטמבר 2012 (הכפופה לבדיקת נאותות) כללו:** השקעת 5 מיליון דולר כנגד 51% ממניות החברה על בסיס דילול מלא; אפשרות לביטול העסקה על ידי RTI לאחר 12 חודשים, ולאחר תשלום של 2.5 מיליון דולר בלבד; תשלום מקדמה מיידית בסך של 500,000 דולר לסכום ההשקעה עם החתימה על ה-term sheet [יצוין כי בית המשפט לא מצא איתר התחייבות כאמור בתנאי ה-term sheet שהוצג לו, שם נרשמה התחייבות להזרמת מיידית של 200,000 דולר, אך נראה כי עניין ממילא אינו עומד במחלוקת בין הצדדים]; אופציה מוגבלת ל-3 שנים עבור RTI לרכישת יתר מניות החברה מבעלי המניות בחברה, בסך של 25,000,000 דולר.

מאידך, עיקרי תנאי עסקת ורטקס כללו: העברת מלוא השליטה בחברה לארגוס; נטילת כלל האחריות בגין התחייבויותיה וחובותיה של החברה על ידי ארגוס; והעברת 7.5% מההכנסות החברה לכל רבעון לבעלי המניות בחברה, עד לתקרה של 30,000,000 דולר.

בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה הנהלת החברה עמדה בפני הצורך להכריע בין שתי הצעות אלו, כאשר באופן טבעי מעורבים בהחלטה כאמור שיקולים שונים בפן הכלכלי והמהותי. יודגש



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

כי הפריזמה שבה נדרש לבחון את טיבן של שתי ההצעות – הן כעת על ידי בית המשפט, הן בזמן אמת על ידי החברה - היא טובת החברה, ולא טובתם של בעלי המניות בה.

התובעים לא הוכיחו כי מבחינה כלכלית תנאי הצעת RTI (שממילא היו כפופים לבדיקת נאותות שאין אף כל מידע לפיו RTI החלה לבצע אותה) היו טובים יותר עבור החברה, וכי התקשרותה עם RTI הייתה מובילה להתרוממותה כפי שקיוו כל הצדדים, ומונעת את שקיעתה. התובעים מטילים יתרון על העובדה כי RTI התחייבה לשלם 5 מיליון דולר לחברה (בתמורה 51% ממניותיה) ולמעשה זו הטענה היחידה של המומחה מטעם בחוות דעתו [חו"ד גרין, פס' 20]. כך, טוען המומחה גרין כי בשים לב לפוטנציאל העסקי הרב של החברה, הזרמת 5 מיליון דולר הייתה מצליחה לממש את הפוטנציאל העסקי הגלום בה [שם]. טענה זו לא בוססה בחוות הדעת של המומחה גרין, ולא הוצג כל נימוק נוסף על ידי התובעים אשר למדוע הזרמת אותם 5 מיליון דולר הייתה מהווה Game Changer כה משמעותי עבור החברה. יתר על כן, מעבר לעובדה שהתחייבויותיה של RTI על פי הצעת RTI לא היו סופיות שכן היו כפופות לבדיקת נאותות - **התחייבותה של RTI על פי הצעת RTI מחודש ספטמבר, כלל אינה התחייבות להזרמת 5 מיליון דולר לחברה אלא לכל היותר התחייבות להזרמת 2.5 מיליון דולר, שכן על פי הצעת RTI, RTI יכולה לעצור את הזרמת הכספים לאחר הזרמת 2.5 מיליון דולר בלבד.**

ודוק, בית המשפט אינו מומחה כלכלי או חשבונאי ואין לו היכרות מוקדמת עם החברה באופן המאפשר לו לקבוע על פי השתית הראייתית הקיימת כי תנאי הצעת RTI והכספים שהתחייבה להזרים היו התרופה הדרושה לחברה לשם המראתה, ובפרט למול תנאי עסקת ורטקס. אדרבא, על פי התשתית הראייתית שהובאה, ורטקס עצמה השקיעה בסופו של דבר כמעט 2.5 מיליון דולר בחברה [נת/כא], אך כידוע אלו לא סייעו לה ופעילות החברה באה לסיומה. מדוע לא להניח כי גורל דומה היה צפוי לחברה לאחר השקעת אותם 2.5 מיליון דולר ש-RTI הייתה מתחייבת אליהם, והאם לא תהיה זו הנחה סבירה כי גם RTI הייתה מחליטה להפסיק את הזרמת הכספים לחברה לאחר הזרמת 2.5 מיליון דולר בלבד, כפי שהיא רשאית לעשות בהתאם לתנאי הצעת RTI. מדובר בסוגיות קריטיות שהתובעים לא התייחסו אליהן בטיעוניהם.

יתר על כן, RTI בניגוד לורטקס, לא התחייבה בהצעתה לקחת על עצמה את כל חובותיה והתחייבויותיה של החברה כפי שהתחייבה ורטקס – התחייבות שבוודאי יש בה ערך כלכלי שלא הוצג כל אומדן בעניינו בפני בית המשפט; וזאת למול התרחיש שבו RTI הייתה מסתפקת בסופו של דבר בהחזקה של 25% או 51% בלבד ממניות החברה.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

גם בפן המהותי – התקשרות החברה עם ורטקס טמנה בחובה יתרון משמעותי על פני התקשרותה עם RTI, בדמות הניסיון המשמעותי שהיה בשלב זה לורטקס עם שיווק וייצור מוצרי החברה, ובפרט בשוק הרוסי. כך, ורטקס הייתה מי ששיווקה ומכרה את מוצרי החברה לאורך מספר שנים ברוסיה, ומי שהייתה תנומה על הסכם ייצור עם החברה וקיבלה מתוקף כך את תיק המוצרים של החברה [ת/3; תצהיר התובע, פס' 17; תצהיר הנתבע פס' 38]. לעומת זאת, ל-RTI לא היה כל ניסיון בעבודה עם החברה או עם מוצריה, והייתה נדרשת תקופה זמן לא מבוטלת עבורה על מנת לגשר על הפער מול ורטקס בסוגיה זו [פ/127, ש' 9-22]. מדובר ביתרון משמעותי של ורטקס על פני RTI, ובפרט לאור העבודה הרבה שהושקעה על ידי החברה בורטקס והחשיבות הרבה שהייתה לידע שצברה ורטקס בייצור מוצרי החברה בשוק הרוסי שהיה השוק המרכזי של החברה באותה העת. זאת ועוד, מהתשתית הראייתית שהוצגה בפני בית המשפט עולה כי גם חברי דירקטוריון החברה סברו כי יהיה זה בזבוז לוותר על הניסיון הרב שצברה החברה עם ורטקס, ואילו האפשרות של שיתוף הפעולה בין RTI כמשקיעה בחברה לבין ורטקס נפסלה על ידי RTI בשלבים האחרונים של המשא ומתן שניהלה החברה מולה ומול ורטקס [ת/3; ת/6].

סיכומה של נקודה זו – התובעים לא עמדו בנטל המוטל עליהם להוכיח כי בנסיבות שהיו קיימות בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה, הצעתה של RTI אכן הייתה יותר טובה עבור החברה מאשר הצעתה ורטקס שבאה לידי ביטוי בהסכם ורטקס.

71. לצד הדברים האלו, טענות התובעים בעניין סיום המגעים בין החברה לבין RTI הובאו בצורה מעורפלת ולא קוהרנטית, וזאת באופן שמקשה על הבנת התמונה במלואה בכל הנוגע לטעמים שבגינם תמו המגעים עם RTI. התובעים הציגו שתי טענות רלוונטיות לסוגיה זו, המייצגות הלכה למעשה שתי גרסאות שונות אשר לאופן שבו הובילו מעשיו של לופו לסיכול העסקה עם RTI – **האחת**, כי איומיו של לופו להתפטר מהחברה הרתיעו את RTI מהשקעה בה, רוצה לומר, כי RTI היא זו שגדעה את המגעים עם החברה בעקבות הבנתה כי הנתבע לא יישאר בחברה לאחר שהיא תשקיע בה – כך ניתן להבין מכתב התביעה של התובעים ומסיכומיהם, בהם מתוארים איומיו התפטרותו של הנתבע, לצד מסקנה עמומה כי "פעולותיו הנפסדות של לופו השיגו למרבה הצער את מטרתו, והביאו לסיכול המו"מ עם RTI" [סיכומי תובעים, פס' 49; ראו גם בכתב התביעה, פס' 35]; **השנייה**, עולה מחקירתו של התובע ולפיה הנתבע שכנע את דירקטוריון החברה כי הצעת ורטקס עדיפה, וכי על סמך דעתו המקצועית של לופו הדירקטוריון הוא שקיבל את ההחלטה הסופית שגדעה את המגעים עם RTI – **"עובדה הדירקטוריון הצביע בסוף בעד הצעת ורטקס"**



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

[דברי התובע, פ/53, ש' 7], "אני סמכתי על לופו וכשלופו בא ואמר לי הצעה של ורטקס יותר טובה אמרתי אז הולכים על ורטקס [...] הסכמנו ללכת להצעת ורטקס וסמכנו על לופו שההצעה יותר טובה לחברה" [דברי התובע, פ/48, ש' 12-17, 19-21].

בחקירתו לפניי התבקש התובע ליישב סתירה זו –

ש : הוא לא סיכל את המשא ומתן, התקבלה החלטה מושכלת שאני לא נכנס אליה, נכונה, כנראה שגויה, שהלך דירקטוריון עם אנשים פיננסיים שיושבים שם לא אנשים טיפשים, תסכים אתי שיש שם אנשי כבדי משקל שקיבלו החלטה מושכלת ללכת עם ורטקס עכשיו אתה בונה ב reverse engineering טוען על משהו שלא ידעתם שקיבלתם את ההחלטה הלא נכונה.

ת [התובע – ח.כ.] : קיבלו את ההחלטה הזאת לאחר שנפלה האופציה של RTI, לאחר שסוכלה האופציה של RTI אז,

ש : איך היא נפלה? מתי היא נפלה? תראה לי ראייה אחת שהיא נפלה, למה אתה טוען שהיא נפלה, אתה עושה את כל זה בדיעבד, מתי נפלה ההחלטה ובגלל לופו, שוב בגלל לופו?

ת : אני עושה את הכל בדיעבד כי רק ב- 2016 נודע לי שרימו אותי, הכל פה בדיעבד, אני באותה עת סמכתי על לופו, האמנתי בלופו והוא הוליד אותי שולל אז אתה מדבר אתי על בדיעבד, נכון, זה בדיעבד שגילית ב-2016 את מה שלופו עשה לאורך השנים קודם" [פ/54, ש' 8-21; הדגשות אינן במקור – ח.כ.]

ובהמשך הוסיף התובע –

ת' : "בפגישה שלו ב RTI כשהוא הודיע להם אני ממילא עוזב את החברה, לופו היה איש מפתח טכנולוגי, עד היום הוא טכנולוג, הוא ברמה לדעתי אני מקווה שלא



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

קרה לו משהו אחר, ברמה גבוהה מאד, לופו סיכל את האופציה שRTI ישקיעו, סיכל אותה בפגישה"
[פ/55, ש' 9-12; ההדגשות אינן במקור – ח.כ].

הגם שניתן להסיק מהדברים האלו של התובע יישוב מסוים בין שתי הגרסאות המתוארות, שבהתאם לו הדירקטוריון הוא שקיבל את ההחלטה הסופית שלא להתקשר עם RTI (אלא עם ורטקס) לאחר שהבין כי RTI לא תשקיע בחברה לאור אימויו של לופו לעזוב - אי הבאת גרסה סדורה וברורה בעניין זה על ידי התובעים פוגעת בטענתם כבר מהשורש, וכן הקשתה על בחינת טענתם זו. בכל אופן, גרסה משולבת זו פוגמת בטענת התובעים כי דעתו המקצועית של לופו היא שהובילה לקבלת ההחלטה על ידי הדירקטוריון להתקשר עם ורטקס, ולא עם RTI, שכן בכל מקרה היא מטילה את רוב המשקל על קבלת ההחלטות של RTI.

72. עוד אוסיף, כי התשתית הראייתית שהובאה לעניין זה על ידי התובעים חסרה. כך, הראיות העדכניות ביותר הנוגעות למגעי החברה עם RTI הן התכתבויות בין נציגי החברה לנציגי RTI מיום 19.12.2012, שאומנם מעידות על קשיים שונים במשא ומתן בין החברה לבין RTI (שכפי שיפורט להלן יש בהם כדי לפגום בטענה לקיומו של הקשר הסיבתי הנדרש בענייננו), אך ברור מהן כי לא מדובר בשיח האחרון שנערך בין הצדדים. יתר על כן, על אף שלטענת התובע, דירקטוריון החברה קיבל את החלטתו להתקשר עם ורטקס על סמך על עמדתו המקצועית של לופו לפיה התקשרות עם ורטקס היא עדיפה, התובע לא הציג כל עדות של מי מחברי הדירקטוריון האחרים שיתמכו בטענה זו, ובפרט בטענה כי גם חברי דירקטוריון אחרים הצביעו בעד ההתקשרות עם ורטקס על סמך הדעה המקצועית של לופו. כפי שפורט לעיל, היו שיקולים שונים שהיה בהם כדי להוביל את חברי הדירקטוריון של החברה לקבל את החלטתם בנושא – והנטל בעניין זה מונח על כתפי התובעים. עניין זה עומד בעוכרי טענותיהם של התובעים בסוגיית הקשר הסיבתי גם בשים לב להלכה לפיה אי זימון עד רלוונטי על ידי בעל דין עשוי להילקח בחשבון לרעתו [רע"א 4868/15 בנק לאומי לישראל נ' גלזר, פס' 9 (29.7.2015); רע"א 457/21 לומדעת מכשירי כתיבה בע"מ נ' עיריית אילת, פס' 8 (16.02.2021)].

73. לבסוף, בחינת התשתית הראייתית שכן הובאה על ידי הצדדים אינה תומכת במסקנה לפיה הסתרת ניגוד העניינים בו היה מצוי לופו ואי הגילוי על כך היא שהובילה לסיכול ההתקשרות עם RTI, וכאמור היא אף תומכת במסקנה ההפוכה.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

ראשית, מסמך העקרונות (ה-Term Sheet) בין החברה לבין RTI נערך טרם בוצעה בדיקת נאותות על ידי RTI, ועל כן הצעתה הסופית של RTI יכולה עוד להשתנות [פ/23-24], באופן שעשוי היה באופן טבעי להשפיע על המשך המגעים בין החברה לבין RTI לכיוונים שונים. יתרה מכך, אף לא נטען על ידי התובעים ולא הובאה על ידם כל ראיה לכך שRTI אף החלה לבצע כל בדיקת נאותות כאמור, וזאת על אף שטיוטת ה-Term sheet עליה מבוססים טיעוני התובעים בעניין זה הוחלפה בין החברה לבין RTI כבר בחודש ספטמבר 2012.

שנית, הראיות הקיימות מצביעות על כך ששני תנאים מהותיים עבור RTI בהיבט השקעתה בחברה – הישארותו של הנתבע בחברה לתקופה זמן מסוימת לאחר השקעת RTI בחברה, וכן הפסקת הסכם הייצור שהיה קיים בין ורטקס לבין החברה – לא היו צפויים להתממש בדצמבר 2012, ועל כן קיים ספק גדול אשר לנכונותה של RTI להשקיע בחברה בנסיבות אלו, ובפרט בתנאי הצעת RTI כפי שבאו לידי ביטוי במסמך העקרונות בין הצדדים. יוזכר כי המדובר בשבועות ספורים טרם חתימת הסכם ורטקס.

הישארותו של לופו בחברה לאחר השקעת RTI - הלכה למעשה, אין זה אי הגילוי של הנתבע אודות ניגוד העניינים שבו היה מצוי שהרתיע את RTI, אלא האפשרות שלופו יפרוש מתפקידו בחברה באופן שלא יאפשר את שימור הידע הרלוונטי של הנתבע בחברה. דברים אלו נאמרו באופן מפורש בהודעת דוא"ל ששלח נציג RTI לניר בלצר, במענה לדוא"ל מטעם בלצר עצמו, בה ציין בלצר כי ככל שהחברה תחתום על הסכם השקעה עם RTI לופו מוכן להתחייב לחברה רק בתנאי שהחברה (בשליטת RTI) תמשיך לשתף פעולה עם ורטקס. במענה לכך, ציין נציג RTI כי קיימת אפשרות שלופו מסתיר הסכם בינו לבין ורטקס, וכי עבור RTI אין מדובר בבעיה שלא ניתן להתגבר עליה, כל עוד לופו יישאר מספיק זמן בחברה על מנת להעביר את הידע שלו לגורמים אחרים חברה [ת/6]:

"assume that Lupo is in hidden agreement with Vertex [...] that's not good in general but we could live with that provided we have Lupo to sign agreement with us that he will stay with the company for certain period of time to make sure all the important knowledge is well documented and the company have couple more people understanding the devlt logic and the product well (of course, with certain benefits in return, based upon performance) and that our technology



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

partner here have same level of understanding. Standard non-compete agreement will also be in order."

היינו, ש-RTI עצמה הייתה מודעת לאפשרות כי לופו משתף פעולה עם ארגוס – והדבר לא היה מונע ממנה להתקשר עם החברה בנסיבות מתאימות. ברם, לופו מצדו הבהיר כי אין בכוונתו להישאר בחברה (כאשר עובדה זו כשלעצמה אינה מהווה הפרת חובת אמונים על ידיו ואכן גם לא נטען כך על ידי התובעים). כך, כאמור לעיל, בהודעת דוא"ל ששלח לופו לניר בלצר מאותו היום (19.12.2012), מספר שעות קודם לכן, הדגיש לופו כי הוא מתכנן לצאת לחופשה של שנה לפחות [ת/4], וציין כי לא יצטרף באם RTI יהיו המשקיעים בחברה [ת/4] (כאמור גם אם כוונתו של לופו הייתה לשאלת הצטרפותו למשא ומתן עם RTI בלבד, המשמעות של כך היא קריטית בכל מקרה עבור RTI). זאת ועוד, בהודעת דוא"ל נוספת ועדכנית יותר מיום 21.12.2012, ששלח לופו לגורמים בחברה ובהם הדירקטורים ניר בלצר והילל מילוא, הוא הודיע על כך שבכוונתו לפרוש מתפקידו בחברה במהלך חודש ינואר בשנה הבאה: **"מזה זמן אני מתכנן לעזוב את החברה כעובד פעיל, ואתם מודעים לזה, הבאתי את זה לידיעתכם מספר פעמים בנסיבות שונות ואכן בכוונתי לבצע את המהלך בחודש ינואר בשנה הבאה"** [ת/14].

בהקשר זה יצוין כי התחייבותו של הנתבע מנובמבר 2012 להישאר בחברה לתקופה של 12 חודשים על מנת להעביר הלאה את הידע הטכני שלו, ללא תלות בזוהות המשקיעה שתבחר החברה; וכן המייל שהוצג מספטמבר 2012 בו צוין כי לופו מחויב לחברה בכל הסכם שייסגר [ת/3], אינה משנים ממסקנתי – שכן עמדתו העדכנית של לופו כפי שהובאה בהודעותיו מחודש דצמבר 2012 בפני החברה והועברה גם ל-RTI מעידה על שינוי כוונותיו, כפי שציין גם התובע בחקירתו לפני [פ/48, ש' 1-17].

סיכומה של נקודה זו – בעוד שעבור RTI סוגיית הישארותו של התובע בחברה והעברת הידע על ידו לגורמים נוספים בחברה הייתה מהותית וקריטית – וכן לא תלויה בשאלת קיומו של שיתוף פעולה בין לופו לבין ורטקס, התובע התעקש בפני נציגי החברה על כוונתו לפרוש מהחברה באופן שלא יאפשר את מימוש רצונותיה של RTI.

הפסקת הסכם הייצור עם ורטקס - עמדה נוספת שהציגה RTI בפני החברה בדוא"ל ששלח נציג החברה לניר בלצר מיום 19.12.2012 הייתה כי לאחר שבחנה אפשרות של שיתוף פעולה עם ורטקס, היא אינה נוחה עם אפשרות כאמור – וזאת לאור העובדה שורטקס מתעקשת על הותרת



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

מלוא השליטה על הייצור והמכירות של מוצרי החברה בידיה [ת/6]. עוד עולה, כי בהמשך לפניית RTI לחברה, ביקש הדירקטור ניר בלצר מהיועצת המשפטית של החברה לבחון האם קיימת לחברה אפשרות לבטל את הסכם הייצור עם ורטקס כבר במרץ 2013 בגין אי עמידתה ביעדי הרכישה שנקבעו בין הצדדים [שם]. תשובתה של היועצת המשפטית לכך הייתה כי בהתאם לתנאי הסכם הייצור בין החברה לבין ורטקס, החברה תוכל לבטל את הזכות הבלעדית של ורטקס לשווק ולמכור את מוצרי החברה ברוסיה רק לאחר שהחברה תודיע על כך לורטקס ותיתן לאחרונה תקופה של 90 ימים בהם תוכל ורטקס לתקן את אי העמידה ביעדי הרכישה [שם].

מהאמור עולה, כי בעוד ש-RTI ביקשה לסיים את הסכם הייצור הבלעדי של החברה עם ורטקס ביחס לשוק הרוסי, ולא הייתה מוכנה לשימור הבלעדיות של ורטקס בשוק זה, ההסכמות החוזיות בין החברה לבין ורטקס לא איפשרו לה את ביטולו האוטומטי של ההסכם בגין אי עמידה ביעדי הרכישה – ולפחות כך סברה היועצת המשפטית של החברה. יש להזכיר בהקשר זה כי בשלב זה לורטקס היה תיק המוצרים של החברה וידע רב שהועבר לה על ידי לופו במסגרת תפקידו בחברה.

סיכומם של דברים, התובעים לא עמדו בנטל המוטל עליהם להוכיח כי לולא מעשיו של לופו החברה הייתה מתקשרת בעסקת השקעה עם RTI (ולא עם ורטקס). בתוך כך, התובעים לא הוכיחו כי הצעתה של RTI הייתה עדיפה על הצעת ורטקס; לא הניחו תשתית ראייתית איתנה שתתמוך בטענה כי המגעים עם RTI סוכלו בעקבות מעלליו של הנתבע; ואף עולה מהתשתית הראייתית שכן הונחה בפני בית המשפט כי המגעים בין החברה לבין RTI נתקלו בקשיים ובמשוכות שלא נבעו מאי הגילוי התובע על אודות ניגוד העניינים בו היה מצוי, וכלל לא ברור כי היו באים על פתרונם באופן שהיה מוביל להתקשרות החברה עם RTI ולא עם ורטקס.

האם לולא הפרת חובת הגילוי של לופו, החברה לא הייתה מתקשרת בעסקת ורטקס?

74. נותרה השאלה האם גם במנותק משאלת המגעים של החברה עם RTI, הוכח על ידי התובעים כי לו היה לופו מגלה על אודות קשריו עם ורטקס (במקביל להבעת עמדתו לטובת התקשרות עם ורטקס), היה בכך כדי להניע את החברה מהתקשרות עם ורטקס. גם התשובה לשאלה זו, הינה שלילית.

נסיבותיה של החברה בתקופה הרלוונטית לכתב התביעות היו קריטיות. כאמור, בחודש מרץ 2012 קיבל דירקטוריון החברה החלטה לפיה ככל שלא ימצא משקיע לחברה שיוכל לחלץ אותה



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

מהמצוקה התזרימית הקשה שאליה נקלעה – לא יהיה מנוס מסיום חייה של החברה. היינו, סוגיית איתור משקיע לחברה הייתה בבחינת "להיות או לחדול" מבחינה החברה, ומבחינת בעלי מניותיה שהשקיעו בה את כספם.

לצד זאת, כאמור בהזדמנויות שונות לאורך פסק דין זה, אין חולק בעניין חשיבותו הרבה והקריטית של הנתבע לחברה ולכל משקיע פוטנציאלי בה, לאור הידע הטכני הרב שהיה מרוכז אצל הנתבע בכל הקשור לטכנולוגיה של החברה. המגעים של החברה עם RTI שיקפו זאת באופן מיטבי כפי שפורט לעיל, וגם הסכמי לופו ארגוס והתייחסותם לתחום התמחותו של לופו בלוחות חשמל (בדומה לחברה), כמו גם להתחייבות לופו לסייע טכנית לחברה, מעידים על כך.

זאת ועוד, מצאתי להדגיש כי בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה, אפשרות ההתקשרות של החברה עם ורטקס כלל לא נתפסה על ידי הנהלת החברה כאפשרות שאינה טובה או אינה ראויה. אדרבא, במייל שנשלח מטעם ניר בלצר לנציגי RTI עוד בספטמבר 2012, טרם החלה פעילותו האגרסיבית של התובע לטובת ורטקס (ולפחות לא הוכח שהייתה כזו בתקופה האמורה), ציין בלצר כי חברי דירקטוריון החברה סבורים כי יהיה זה בזבוז לאבד את הניסיון הרב שצברה ורטקס בשיווק מוצרי החברה בשוק הרוסי ב-3 השנים האחרונות:

"The other board member feel that it will be a waste to lose Vertex after 3 years of activity in the Russian market and it looks like they can meet the 20M\$ sales in two years" [3/ת].

יתר על כן, גם התובע הודה בחקירתו לפניי כי רק בדיעבד הגיע למסקנה כי העסקה עם ורטקס לא הייתה טובה, היינו שהוא לא סבר כך בזמן אמת:

ש" : אמרת בסופו של דבר אני יודע שלא עשו הסכם טוב

עם ורטקס.

ת : בסופו של דבר בדיעבד לפי התוצאות אני רואה

שעשינו הסכם רע עם ורטקס נכון" [פ/45, ש' 6-7].

שילוב הנסיבות במסגרתן המשך קיומה של החברה היה תלוי במציאת משקיע לחברה; ורטקס ו-RTI היו המשקיעות הפוטנציאליות היחידות בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה; לא הוכח כי הצעת RTI הייתה טובה יותר מהצעת ורטקס; הקשיים במגעים עם RTI; העובדה כי ורטקס כבר



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

החזיקה בתיק המוצרים של החברה, ייצרה אותם, והיו לה זכויות בלעדיות על שיווק מוצרי החברה ברוסיה; האפשרות כי לופו יעבור לורטקס וייקח עמו את הידע הטכנולוגי של החברה – מטיל לכל הפחות ספק משמעותי בכך שהחברה הייתה מוותרת על התקשרות עם ורטקס, רק בשל הגילוי על הסכמי לופו-ארגוס. בכל אופן, הנתבעים לא הרימו את הנטל המונח עליהם להוכיח זאת.

האם הוכח קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי של לופו לבין הנזק שנגרם כתוצאה מעסקת ורטקס?

75. משקבעתי כי לא הוכח הקשר הסיבתי בין הפרת חובות הגילוי של התובע לבין התקשרות החברה בהסכם ורטקס או סיכול התקשרות החברה עם RTI, ברי כי לא מתקיים קשר סיבתי בין מעשיו של לופו לבין הנזק שנגרם לחברה. עם זאת, מצאתי להתייחס בקצרה לסוגיית זו, ולהעיר הערה גם אשר לאופן שבו אבחנו התובעים את הנזק שנגרם להם כתוצאה מעסקת ורטקס.

76. כאמור, במסגרת עסקת ורטקס ויתרו התובעים ושאר בעלי המניות של החברה באותה העת, על כלל מניותיהם בחברה לטובת חברת הבת של ורטקס, ארגוס. בתמורה לכך התחייבה ארגוס להעביר לבעלי המניות הישנים בחברה 7.5% מההכנסות החברה לכל רבעון, עד לתקרה של 30,000,000 דולר. משהחברה, בשליטת ורטקס, לא "המריאה" – בעלי המניות לא הרוויחו מעסקת ורטקס.

העולה מן האמור הוא כי הלכה למעשה, הנזק שנגרם לתובעים כתוצאה מעסקת ורטקס אינו אובדן שווי מניותיהם - שכן התובעים לקחו סיכון וויתרו בהגדרה על מניותיהם בחברה במסגרת עסקת ורטקס - אלא אובדן רווחיהם בהכנסות הצפויות של החברה בתקופה שלאחר השלמת עסקת ורטקס. אבחון הנזק כאמור, יש בו כדי להשפיע על דרישת הקשר הסיבתי, שכן הוא מוסיף נדבך נוסף שהיה על התובעים להוכיח במסגרת דרישת הקשר הסיבתי, והוא קשר בין מעשיו של לופו לבין כישלונה של ורטקס להביא לרווחיות החברה באופן שהיה מאפשר לגזור את חלקם של התובעים ברווחי החברה בהתאם לזכות החוזית מתוקף הסכם ורטקס. התשתית הראייתית שהציגו התובעים אינה מתייחסת לסוגיה זו כלל ועיקר, ועל כן גם בהיבט זה התובעים לא עמדו בנטל המוטל עליהם.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

הלוואות הבעלים שהשקיע התובע החברה

77. טענת התביעה אשר לרכיב זה הינה כי אלמלא הפר לופו את חובותיו והיה חושף בפני התובעים את שיתוף הפעולה בינו לבין קבוצת ורטקס, התובע לא היה מזרים הון נוסף לחברה בשנת 2012. זאת, משלופו ידע כבר בראשית שנת 2012 על קשייה התזרימיים של החברה, שמחייבים גיוס הון ממשקיעים פוטנציאליים. עוד נטען כי לופו ידע בפועל כי התובע מזרים הון נוסף לחברה על מנת לאפשר לה מידת מיקוח סבירה במסגרת המשא ומתן עם משקיעים פוטנציאליים, ומכאן שצפה בפועל (ולמצער בכוח) שאילו ידע התובע אודות שיתוף הפעולה בין לופו לבין ורטקס – לא היה מזרים הון נוסף לחברה.

78. מצאתי התובעים הוכיחו את תביעתם ביחס לרכיב נזק זה באופן חלקי. כאמור, הלוואות הבעלים שהזרים התובע לחברה ושביגין הוא תובע פיצויים הן כדלקמן [ת/1]:

א. הלוואות בעלים על סך 200,000 דולר על פי הסכם הלוואה מינואר 2012 (הלוואות ינואר);

ב. הלוואות בעלים על סך 22,449 דולר על פי הסכם הלוואה מאוקטובר 2012 (הלוואות אוקטובר);

ג. הלוואות בעלים על סך 16,000 דולר על פי הסכם הלוואה מדצמבר 2012 (הלוואות דצמבר).

79. בעניינה של הלוואת ינואר 2012 מצאתי שלא הוכח קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי של התובע לנזק. כך, בחודש ינואר 2012 טרם התקבלה החלטת דירקטוריון החברה כי ככל שלא יימצא משקיע לחברה תסיים החברה את חייה; וכן לא ידוע כי התקיימו בשלב זה מגעים בין לופו לבין ארגוס עליהם היה צריך לופו לדווח לחברה. בנסיבות אלו ברי כי לא ניתן לומר שהוכח הקשר הסיבתי כנדרש.

80. אשר להלוואות אוקטובר ודצמבר – מצאתי כי הוכח הקשר הסיבתי בין הפרת חובות האמונים של התובע ובפרט הפרת חובת הגילוי המוטלת עליו, לבין מתן ההלוואות האמורות, ועל כן גם לנזק שנגרם לתובע בדמות "חיסרון כיס" של הסכומים שהלווה התובע לחברה במסגרת הלוואות אלו. כאמור לעיל, הוכח מעבר לכל ספק כי כבר בחודש אוקטובר 2012 היה לופו בעיצומי המשא



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

ומתן מול ארגוס, שהגיע לשיאו בחתימת הסכמי לופו-ארגוס בדצמבר 2012. הדעת נותנת כי ידיעת התובע על אודות הקשרים בין לופו לבין ארגוס, והבנתו כי לאורם כמעט ואין תוחלת למגעים עם RTI כל עוד RTI לא תהיה מוכנה לשתף פעולה עם ורטקס, היה בה כדי להשליך על נכוונתו של התובע להזרים כספים נוספים לחברה שנועדו לאפשר לה עמדת מיקוח סבירה מול משקיעות פוטנציאליות. חיזוק נוסף לקשר בין מעשי הנתבע לבין השקעותיו של התובע מצאתי בטענת התובע בחקירתו לפניי, אותה מצאתי מהימנה ואמינה, לפיה לחציו של לופו כי החברה לא מצליחה לשלם משכורות לעובדיה היו בעלי משקל בהחלטתו של התובע בסוף שנת 2012 להזרים כספים לחברה [פ/39, ש' 20-23].

עוד מצאתי, כי הנזק שנגרם לתובעים היה בטווח הצפוי של הנתבע, שבוודאי יכל לצפות כי מערך השיקולים של התובע היה משתנה משמעותית לו היה מתוודע לכך כי בעוד שהוא מזרים כספים לחברה על מנת לאפשר לה נקודת מיקוח ומרחב זמנים סביר במגעים מול RTI ומול ורטקס – לופו משתף פעולה עם ורטקס, באופן שהיה מניע אותו מהשקעות נוספות בחברה.

81. **בהתאם לכל האמור, מצאתי לקבל את התביעה הכספית של התובעים בכל הנוגע לחיסרון הנזקים שנגרם להם לאור הלוואת אוקטובר והלוואת דצמבר בסך כולל של 38,449 דולר.**

הערה בעניין פיצויים עונשיים

82. בסיכומיהם, ביקשו התובעים כי בית המשפט יטיל על הנתבע פיצויים עונשיים שישקפו את מורת רוחו ממעשיו של הנתבע. הנתבע מצדו טוען כי אין מקום לפסוק פיצויים בענייננו שכן הוכח לטענתו כי לא ניתן להוכיח את הקשר הסיבתי בין מעשיו לבין חתימת החברה על הסכם ורטקס וסיום מגעיה עם RTI; וכי ממילא מדובר בסעד שלא התבקש בכתב התביעה, ועל כן לא ניתן להיענות לו.

83. תקנה 9 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (החלות בענייננו) קובעת את הפרטים אותם יש לכלול בכתב התביעה, ובהם הסעד המבוקש. ככל שהתובע מבקש לפסוק לטובתו סעד שלא נתבקש מלכתחילה בכתב התביעה, עליו להגיש בקשה לתיקון התביעה. בהתאם לכך, נקבע בפסיקה כי בית משפט לא יעניק לתובע סעד שלא נתבקש על ידיו בכתב התביעה, אלא בהתקיים 3 תנאים מצטברים: הצדק או הצורך ללבן את השאלות המהותיות שבמחלוקת מחייבים את מתן הסעד; הסעד נובע ישירות מן הסעד שהתבקש; ובפני בית המשפט מונחות כל



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

הראיות המאפשרות לו לתן הכרעה לגבי הסעד הנוסף [ע"א 2976/12 ציון בר אל נ' חיים יהודה אלכסנדר קאופמן, פס' 17 (17.12.2014); ע"א 9137/07 אוסיפובה נ' קלישטיין, פס' 5 לפסק דינה של השופטת חיות (30.12.2008); ע"א 8566/06 אמריקר שירותי ניהול וייעוץ (1987) בע"מ נ' מליבו - ישראל בע"מ, פס' 35 (08.11.2009)].

84. התובעים לא ביקשו לכלול בכתב התביעה דרישה לפסיקת פיצויים עונשיים, והסתפקו בדרישה להשית על הנתבע סעד כספי, שעניינו פיצוי עבור הנזק הכספי שנגרם להם כתוצאה ממעשי הנתבע [כתב התביעה, פס' 11 ו-89]. גם בהמשך ההליך, התובעים לא ראו לנכון לבקש את תיקון כתב התביעה כך שתוסף לו דרישת סעד נוספת שעניינה פיצויים עונשיים.

לאחר שהפכתי ושקלתי, מצאתי כי ענייננו לא עונה על החריגים הקבועים בחוק לעניין מתן סעד שלא התבקש בכתב התביעה, ולדאבוני כל קביעה אחרת הייתה חוטאת לכוונת המחוקק ולפסיקת בית המשפט העליון. אילו היו התובעים עותרים לתיקון כתב התביעה, ואילו הייתי משתכנע כי לא תהיה בתיקון כתב התביעה פגיעה בזכויותיו של הנתבע, הייתי רואה לנכון להיענות לסעד זה – שכן כפי שיפורט להלן, סבורני כי ענייננו במקרה שהיה ראוי לפסוק בו פיצויים עונשיים לו היו מתקיימים התנאים שנקבעו לכך בחוק.

פסיקת פיצויים עונשיים בגין הפרת חובות אמון הינה סוגיית שטרם זכתה לליבון ולקביעת גבולות גזרה מפורטים בפסיקה. הגם שבמקרה דנן לא מצאתי כי ניתן לפסוק פיצויים עונשיים לתובעים, בשל חשיבות הסוגיה ובשל העובדה כאמור אני מוצא את המקרה דנא כמקרה שראוי לערוך בענייננו דיון בסעד עונשי לנתבע – מצאתי להוסיף את התייחסותי העקרונית לסוגיה, ולדון בקווים המנחים הרלוונטיים בעניינה, גם אם אלו ישמשו רק לעתיד שיבוא.

85. פיצויים עונשיים המכונים גם "פיצויים לדוגמא" (ובאנגלית – "Punitive Damages" וכן "Exemplary Damages"), הם פיצויים שהתכליות המרכזיות העומדות בבסיסם הן של עונש והרתעה, ולא של "ריפוי" או "תיקון" (ע"א 140/00 עזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004) (להלן – עניין אטינגר); ע"א 9656/03 עזבון מרציאנו נ' זינגר (נבו) 11.04.2005 (להלן – עניין מרציאנו)). למעשה, פיצויים עונשיים מטשטשים במידה מה את ההבחנה המקובלת בין תכליות המשפט האזרחי - פיצוי הקורבן; לבין תכליותיו של המשפט הפלילי – הענשת הפושע [ראו למשל: אליקים רובינשטיין



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

"פיצויים עונשיים – מבט מכס המשפט" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 99, 99-105 (2013) (להלן – רובינשטיין, פיצויים עונשיים; עניין אטינגר, פס' 75).

בהחלטת בית המשפט העליון בע"א 2144/13 עזבון המנוח עמית עמוס נ' הרש"פ (נבו 06.12.2017) (להלן – עניין עמוס), נסקרו באופן נרחב התכליות וההצדקות השונות למתן סעד של פיצויים עונשיים, ובתמצית הדברים:

א. **ענישה כגמול** – על פי הצדקה זו הטלת פיצויים עונשיים נועדה להטיל סנקציה ההולמת את החומרה המוסרית יוצאת הדופן של ההתנהגות, כאשר בתוך כך יישקלו פרמטרים שונים שיסייעו באמידת החומרה ("דרגת אי המוסריות של הפעולה") ובהם: יסוד נפשי, האם העוולה בוצעה מתוך בחירה, כוונה וזדון ועוד. עוד על פי תכלית הענישה כגמול – שימוש בפיצויים עונשיים ככלי להשבת השוויון בין שני הצדדים, באותם המקרים בהם שההתנהגות העוולתית שיקפה "עליונות" של המזיק על הניזוק.

בפסק הדין המוכר של בית המשפט העליון בארה"ב בסוגיית הפיצויים העונשיים, שענייננו בתביעת לקוח של חברת המכוניות BMW בגין נוהגה של BMW למכור מכוניות שעברו תיקונים קלים (דוגמת צביעה) כחדשות לחלוטין; דן בית המשפט העליון בתכלית זו, בבואו להכריע במתן פיצויים עונשיים ובגובהם באותו המקרה, וכך נקבע שם:

"Perhaps the most important indicium of the reasonableness of a punitive damages award is the degree of reprehensibility of the defendant's conduct. As the Court stated nearly 150 years ago, exemplary damages imposed on a defendant should reflect "the enormity of his offense [BMW of North America Inc. v. Gore 517 U.S. 559, 575-580 (1996) (ב.מ.ו.)].

ב. **ענישה כמסר חברתי** – הטלת פיצויים עונשיים כהבעת סלידה ממעשי המפר, וכן גינוי חברתי של התנהגותו. "תכלית אקספרסיבית עונשית ייתכן שתצדיק פיצוי עונשי משני טעמים: האחד, כאשר יש מקום שהסעד הנזיקי יעביר מסר נורמטיבי בדבר מוחלטות הנורמה – נורמה מחייבת שאין להפרה בשום מקרה; השני, כאשר בית המשפט מעוניין – באמצעות



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

הסעד הנזיקי – להשפיע על מדיניות חברתית ועל ניהול סיכונים בתחום מסוים [אור קרסין, "הדוקטרינה של פיצויים עונשיים", **מחקרי משפט**, כט 571, 580 (2014)].

ג. **ענישה כהרתעה** – על פי גישה זו כאשר הפיצוי הנזיקי אינו מספק על מנת להרתיע מפריס מפני ההפרה (וזהו תפקיד הפיצוי הנזיקי על פי הגישה הכלכלית למשפט), יש מקום להגדיל את הפיצוי על מנת להרתיע מפני ההתנהגות המפרה [ראו M. Polinsky & S. Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARV L. REV. 869 (1998)]. יפים לעניין זה דברי הלורד Devlin בפסק הדין האנגלי המכונן בסוגיית הפיצויים העונשיים בדון האנגלי *Rookes v. Barnard* [1964] A.C. 1129 (להלן – **עניין Rookes**) – **"Exemplary damages can properly be awarded whenever it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay"**.

יש לציין כי בפסק הדין בעניין **עמוס**, הדיון בגישה זו ובכלל נעשה מנקודת המבט של דיני נזיקין, אך אני כשלעצמי סבור, כי אין מניעה לשאול תכליות אלה גם לענייננו, ועל כך אעמוד בהמשך בהרחבה

ד. **ענישה למטרות נוספות - שמירה על הסדר הציבורי** (ריצוי רגשות נקם עזים של ניזוקים); תמריץ לאכיפה פרטית של הדין (גם כאשר הנזק הוא זעום); ועוד.

86. דוקטרינת הפיצויים העונשיים אומצה במדינות שונות הנמנות עם מדינות המשפט המקובל, ונדחתה ככלל על ידי מדינות המשתייכות למשפט הקונטיננטלי. עם זאת, גם במדינות המשפט המקובל בהן הוכרה דוקטרינת הפיצויים העונשיים, קיים שוני בהיקף ההכרה בה, בגובה הפיצויים העונשיים הנפסקים במסגרתה, וכן בתכיפות השימוש בה.

כך למשל, בעוד שבקנדה ובארה"ב קיימת גישה מרחיבה ביחס לפיצויים עונשיים (הן בהיבט עצם פסיקת פיצויים עונשיים, הן בהיבט גובהם), וגם בניו-זילנד קיימת גישה מרחיבה ביחס לתחומים שבהם ייפסקו פיצויים עונשיים [מחקר הכנסת, עמ' 90]; במדינות דוגמת אנגליה ואוסטרליה הגישה כלפי פיצויים עונשיים הינה מצמצמת יותר, ובכלל זאת גם לא הוכרו בהן פיצויים בגין הפרות חוזיות (לעומת הפרות נזיקיות). בארה"ב, קיימת הגישה המרחיבה ביותר ביחס לעצם פסיקת פיצויים עונשיים וכן לגובהם [ראו המחקר המקיף של הכנסת בעניין זה - ליאור בן דוד, מירב ישראלי והודיה קין **פיצויים עונשיים - היבטים תיאורטיים, משפט ישראלי, סקירה**



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

משווה ושיקולים לחקיקה (הכנסת, הלשכה המשפטית 2016) (להלן – מחקר הכנסת); וכן הסקירה המשווה המוצגת בעניין אטינגר; ובספרו של המלומד ליכט שצוטט לעיל, בעמ' 386-381.

אשר לפסיקת פיצויים עונשיים בגין הפרת חובות אמון ונאמנות - בקנדה ובניו זילנד הוכרה האפשרות לפסוק פיצויים עונשיים בגין הפרת חובות אמון [מחקר הכנסת, עמ' 95; Kelly v. The Law Reform Commission, Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, Dublin, 2000. P. 72-71.]; בעוד שבאוסטרליה פיצויים עונשיים לא הוכרו בעילות של הפרת חובות אמון, מהטעם שעל פי קביעת בית המשפט העליון באוסטרליה - בדין האוסטרלי אין לבית המשפט סמכות שביושר לקבוע סעד שתכליתו עונשית [Harris v. Digital Pulse Pty Ltd (2003) 56 NSWLR 298]. הדין האנגלי לעומת זאת לא דחה את דוקטרינת הפיצויים העונשיים ביחס להפרת חובות אמון באופן גורף, ואינו מטיל ספק לכאורה בסמכות הקיימת לבית המשפט לפסוק פיצויים עונשיים, אך הגישה הנהוגה בו לאורך שנים רבות הינה גישה מצמצמת, לפיה פיצויים עונשיים ייפסקו רק בהתקיים אחת משלוש הקטגוריות הבאות: כאשר מדובר במקרה של פגיעה שרירותית, לא חוקתית או מדכאת על ידי עובד מדינה ("oppressive"); מדובר בהתנהגות מחושבת של הנתבע שנועדה להפיק לו רווח שעשוי לעלות את שיעור הפיצוי המושלם לתובע; וקיומה של סמכות מפורשת בחוק לפסוק פיצויים עונשיים [עניין Rookes, עמ' 37-38].

87. ולמדינתנו אנו – בישראל, המחוקק עיגן את סמכותו של בתי המשפט לפסוק פיצויים עונשיים במספר חיקוקים קונקרטיים [ראו למשל סעיף 183(ג) לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967; סעיף 4 לחוק הזכות לעבודה בישיבה ובתנאים הולמים, תשס"ז-2007; סעיף 183(ג) לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967; סעיף 31א לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן – חוק הגנת הצרכן); סעיף 26א(ב)(1) לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958; סעיף 30א(1) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982; ועוד].

סקירת מקבץ חיקוקים אלה מעלה, כי התכליות הניצבות בבסיס מתן האפשרות לתבוע פיצויים עונשיים בגדרי חיקוקים אלו, הן לרוב תכליות הרתעתיות ועונשיות, באופן שמתכתב עם התכליות המוכרות לפסיקת פיצויים עונשיים שתוארו לעיל. לצד זאת, ניתן לראות גם תכליות מסוג אחר – כך למשל בדברי ההסבר לחוק הגנת הצרכן מצוין כי הענקת הזכות לתבוע פיצויים עונשיים (ובלשון שם - פיצויים לדוגמא) נועדה גם עבור שיפור הכדאיות הכלכלית של הצרכן



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

לעמוד על זכויותיו בבית המשפט, ועל מנת להתגבר על כוחו העודף של העוסק על הצרכן. זאת, בין היתר לאור פערי המידע ביניהם שמקשים על הוכחת הנזק בבית המשפט [דברי הסבר להצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 21) (פיצוי לדוגמא), התשס"ז-2006, ה"ח הממשלה 272, 177-178].

כך גם בדברי ההסבר לתיקון חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן – **חוק שוויון הזדמנויות בעבודה**) אגב תיקון החוק למניעת הטרדה מינית, השתנ"ח-1998, בקשר עם פסיקת פיצויים לדוגמא בגין הטרדה מינית בעבודה (ללא צורך בהוכחת נזק), מצוינים טעמים דומים – "בבסיס ההכרה באפשרות לפסוק פיצויים כאמור עומדים כמה טעמים: העובדה שעצם ההטרדה המינית פוגע בכבוד, בביטחון העצמי, בפרטיות ובשוויון; הקושי להוכיח ולכמת נזקים אלו, הטבועים ממילא בהתנהגות המטרידה, ולפיכך הוכחת ההתנהגות כמוה כהוכחת הנזק" [דברי הסבר להצעת חוק למניעת הטרדה מינית (תיקון מס' 8) (הגדלת הפיצוי ללא הוכחת נזק) התשע"ג-2013, ה"ח 511, 44]. זאת ועוד, גם קביעת האפשרות לפסוק פיצויים עונשיים בדיני הקניין הרוחני טמונים בין היתר בקושי בהוכחת הנזק בתחום זה [מחקר הכנסת, עמ' 58], ויצוין כי ככלל הם תלויים בפסיקת פיצויים נזיקיים לניזוק (בעל הפטנט) [ע"א 3400/03 **רובינשטיין נ' עין טל** (1983) בע"מ, פסק 22 (23.03.2005)].

88. לצד קביעות המחוקק בחיקוקים פרטיקולריים כאמור, הוכרה בפסיקת בית המשפט העליון גם **סמכות כללית** לפסיקת פיצויים עונשיים, שתהיה שמורה למקרים חריגים ומצומצמים. בהתאם לכך, בתי המשפט אכן מיעטו לפסוק פיצויים עונשיים מתוקף סמכות כללית זו, ולצד כך גם טרם נקבעו אבני דרך וקווי מתאר ברורים המנחים את יישום הדוקטרינה בתחומי המשפט השונים.

כך למשל, בפסק הדין בעניין **אטינגר** נקבע לעניין הטלת פיצויים עונשיים, הדברים הבאים:

"אלא שאל מול כל אלה עומדים נימוקים בעלי משקל לטובת הכרה בסמכות לפסוק פיצויים עונשיים באותם מקרים אשר בהם התנהגות המזיק היא חמורה במיוחד, או שיש עמה פגיעה קשה בזכויות חוקתיות".

וכך קבע כב' השופט ריבלין בעניין **אטינגר**, כי פיצויים עונשיים מתאימים בראש ובראשונה לעורלות שיש עמן **כוונה וזדון**, כך שם:

"ראוי לציין כי פסיקת הפיצויים העונשיים מתמקדת בדרך-כלל בעוולות כוונה, כאשר התנהגות המזיק ראויה לגינוי. שיטות משפט שונות הכירו



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 25839-01-19 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

באפשרות לפסוק פיצויים עונשיים גם בתביעות המתבססות על עוולת הרשלנות, אולם בתי-המשפט עושים זאת, על-פי רוב, במשורה ובמקרים חריגים (ראו P.H. Osborne The Law of Torts [183], at p. 104; Trindade & Cane supra [179], at p. 530; Lamb v. Cotogno [164] [1989] Coughlin v. Kuntz [84] [1987])" [עניין אטינגר, פסקה 78].

ובהמשך, בעניין מרציאנו חזר כבי' השופט רובינשטיין על השמרנות שיש לנקוט במתן פיצויים עונשיים, וקבע לעניין זה כדלהלן:

"כעולה מכל אלה, החלטה על פיצויים עונשיים בתיק אזרחי היא עניין חריג, במקרים מקוממים ומסלידים במיוחד, ובפרט כאלה שיש עמם מעין כוונה. התיק שלפנינו הוא פרשה עצובה, שנקבעה בה בצדק רשלנות על ידי בית המשפט קמא ואף אנו בדעתנו. אך אין הוא נכלל בקטגוריה של פיצויים עונשיים: המשיבים שלגביהם נקבעה הרשלנות ניסו לסייע למנוחה במצוקתה, אלא שהתרשלו באי קיום בדיקה חשובה שהיה בהחלט מקום לקיימה; ואולם אין מקום להעמידם בגדר בעלי כוונה, כמעט זדון חלילה, ולהצדיק פיצויים עונשיים" [עניין מרציאנו, פס' לד].

89. בע"א 9225/01 זיימן נ' קומרון (נבו 13.12.2006) (להלן – עניין זיימן), נפתחה הדלת גם לעולם הפרת החובות המוטלות על בעלי תפקיד, ובית המשפט שם הכיר באפשרות לפסוק פיצויים עונשיים בקשר עם הפרת חובות אמון בעתיד, בנסיבות מסוימות [כאשר ראוי לציין את עמדת המלומד ליכט, שלטעמו קיימת עמימות מסוימת עם קביעה זו, שכן במסגרת פסק הדין והניתוח שנעשה במסגרתו לא נעשתה הבחנה ברורה בין חובות אמון לבין חובות זהירות; להרחבה, ראו: ליכט, עמ' 389-390].

בתוך כך, כבי' השופטים פרוקצ'יה וברק השאירו בצריך עיון את השאלה האם ניתן להטיל פיצויים עונשיים או פיצויים לדוגמא בהליך אזרחי בו הוכחה הפרת חובה על ידי בעל תפקיד גם ללא הוכחת נזק עקב הפרה זו, מתוך הנחה שגם אם יעשה שימוש באמצעי זה בהקשר זה הוא ייוחד למקרים של הפרה חמורה ואשם כבד.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

כך קבעה כב' השופטת פרוקצ'יה לעניין זה:

"שאלת החלת אמצעי הפיצויים לדוגמא בתחום הפרת חובות בעלי תפקיד החבים חובת אמון מיוחדת טרם נדונה בישראל. בדו"ח הוועדה המשפטית האנגלית שהוזכר לעיל נכללת המלצה מפורשת על-פיה ראוי לכלול עילה של הפרת נאמנות בגדר העילות לפיצויים לדוגמא [...] אין להוציא מכלל אפשרות כי, בבוא העת ובמקרה מתאים, עשוי בית המשפט בישראל לשקול אפשרות להטיל פיצויים לדוגמא גם בגין הפרת חובת אמון בידי בעל תפקיד החב חובה מיוחדת במילוי תפקידו, וזאת גם מקום שהנפגע מהפרה כזו לא הצליח להוכיח נזק מיוחד בגינה. יש להניח, כי גם אם ביום מן הימים ייעשה שימוש באמצעי זה בהקשר זה, הוא ייוחד למקרים קיצוניים של הפרה חמורה ואשם כבד. נסיבות מקרה זה אינן מתיישבות עם מצב קיצוני כזה" [עניין זיימן, פס' 25; ההדגשות אינו במקור – ח.כ].

90. לצד זאת ראוי לציין גם, כי הגם שהמחוקק טרם קבע סמכות כללית לפסיקת פיצויים עונשיים במשפט האזרחי, סמכות כאמור נמנית בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח ממשלה 595 (להלן - הצעת חוק דיני ממונות) בסעיף 461, ובלשון הסעיף: **"בית המשפט רשאי לפסוק לנפגע פיצויים שאינם תלויים בנזק, אם מצא שההפרה נעשתה בזדון"**. בדברי ההסבר להצעת חוק דיני ממונות ציין המחוקק את השיקולים שיהיה על בית המשפט לשקול בבואו לפסוק פיצויים עונשיים: **"בין השיקולים שבית המשפט יכול להביא בחשבון בבואו לפסוק פיצויים לדוגמה ואת גובהם: היקף ההפרה וחומרתה, מידת ניצול חולשתו של הנפגע, הרווח שצמח למפר בשל ההפרה, טיבו וחשיבותו של האינטרס המוגן וכדומה"** [דברי הסבר להצעת חוק דיני ממונות, עמ' 892].

יצוין למען שלמות התמונה, כי יש גם מי שסבור כי פרשנות לשון סעיף 461 להצעת חוק דיני ממונות מגבילה את האפשרות להטיל פיצויים עונשיים רק בהינתן שהוכח נזק כלשהו לתובעים, וזאת מכיוון שנוסחו הקודם של הסעיף קבע כי **"הפיצויים אינם תלויים בהוכחת נזק"** ושונה בהמשך ל-**"אינם תלויים בנזק"** [מחקר הכנסת, עמ' 33; קרסין, עמ' 616-617].



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

91. האפשרות לפסוק פיצויים עונשיים בגין הפרת חובות אמון ונאמנות בישראל, ולכל הפחות הצורך בכלים משמעותיים יותר על מנת להתמודד עם הפרת חובות האמון (לעומת חובות אחרות ובהן חובות זהירות) הוכרה גם בספרות. כך למשל, המשנה בדימוס לנשיא בית המשפט העליון, אליקים רובינשטיין, התייחס לסוגיה זו בהתבסס על פסק הדין בעניין זיימן, כדלהלן:

"ברי כי לנוכח הקו הדק שבין שדה הנזיקין "הרגיל" של מה שקרוי "השבת המצב לקדמותו" לבין מתן ביטוי לתפיסות חברתיות וערכיות של הרתעה, אין מקום להוסיף בכל תביעת נזיקין "רגילה" כדרך השגרה ראשי נזק של פיצויים עונשיים. רופא עלול להתרשל, אך ברובא דרובא של המקרים לא ייעשה הדבר במזיד. לא כך במקרי זדון או "רשלנות רבתי" שאז ניתן לשקול פיצויים עונשיים. עקרון זה יפה אף במקרה של הפרת חובות על ידי בעלי-תפקידים החברים חובת אמון מיוחדת"
[רובינשטיין, פיצויים עונשיים, עמ' 110; ההדגשות אינן במקור – ח.כ].

גם הדברים להלן מפי המלומדת חביב-סגל יפים לעניין זה:

"כוחות השוק מהווים גורם רב השפעה על תמריציהם של מנהלים: מאחר שתגמוליהם של המנהלים תלויים בשווי המניות של החברה, הרי שיש להם אינטרס אישי בהשאת רווחיה; ומאחר שכל הפרה צפויה להפחית במידה זו או אחרת מערכה של החברה, הרי שהיא צפויה להשפיע באופן שלילי על שווי המניות ולהטיל גם על המנהלים סנקציה כלכלית. אלא שעל מנת שכוחות השוק יפעלו באפקטיביות באכיפת קיום חובות האימון של המנהלים, נדרש שתוחלת הסנקציה הכלכלית הצפויה תהא גבוהה דיה על מנת לאיין את כל הרווח הצפוי למנהל מן ההפרה; ובדרך כלל, הרווחים הגבוהים הצפויים למנהלי החברה - משימוש בנכסי החברה למטרותיהם הפרטיות - עולים בהרבה על הסנקציה העקיפה הצפויה להם מן ההפרה; ואין כוחות השוק מסוגלים לאיין באופן אפקטיבי הפרות של חובות הנאמנות" [חביב-סגל, 509; ההדגשות אינן במקור – ח.כ].



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

המלומד ליכט הרחיב בסוגיה זו ועמד על התכליות שיש לשקול בעת הכרעה לגבי הטלת פיצויים עונשיים בגין הפרת חובות אמון בספרו. אלו, מתכתבות עם התכליות המוכרות לפיצויים עונשיים כפי שפורטו לעיל.

בתוך כך, דן המלומד ליכט בתכלית שעניינה תגמול חברתי המבטא גנאי לגבי הפרות חמורות ביחסי אמונאות לטענתו, שעל פיה פיצויים עונשיים יהוו ביטוי לסלידה ציבורית ממופעים בוטים וחריגים במיוחד של ניצול לרעה של כוח בידי אדם שנטל על עצמו לפעול לטובת אחר פגיע. תכלית זו מסווגת על ידי המלומד ליכט כחלק ממה שמכונה על ידיו "מאזן הסלידה" [ליכט, עמ' 393]. המלומד ליכט מציין ביחס לתכלית זו כי "מן הבחינה של הגנאי החברתי לא אמורה להיות נפקות גם לשאלת הנזק לגבי הפרת חובות אמון. הפרה כזו אינה תלויה בנזק בכלל, והיא תחשב להפרה גמורה אפילו היה הנזק בלתי אפשרי לחלוטין" [שם].

נוסף על כך, דן המלומד ליכט בתכלית ההרתעה בבסיס פסיקת פיצויים עונשיים ביחסי אמונאות [שם] אותה הוא מסווג כחלק ממה שמכונה על ידיו "מאזן האימה" [שם, עמ' 393-394]. עם זאת, מציין המלומד ליכט כי משעדי האמונאות מאפשרים לטענתו מלכתחילה סעדים רחבים יותר מדיני הנזיקין, ולאור הקלות שקיימות לטענתו בקשר עם מבחני הסיבתיות בהקשרם, השיקול ההרתעתי ביחס לפסיקת פיצויים עונשיים בעניינם הוא פחות ביחס למשקלו בקשר עם דינים אזרחיים אחרים [ליכט, 394].

עוד נקודה עליה מאיר המלומד ליכט בהקשר זה, היא על אודות הצידוק ההרתעתי בהטלת פיצויים עונשיים במסגרת יחסי אמונאות – אשר גובר לגישתו, ככל שענייננו בהפרות שנובעות **מפערי המידע** שבין המפר לניפר:

"הניתוח עד כה משמעי שבמסגרת דיני האמונאות הצידוק להטלת פיצויים עונשיים מטעמים של הרתעה קטן יותר מאשר לגבי חיובים אזרחיים אחרים וספק אם הוא קיים [...] אכן, ככל שניתן למצוא צידוק הרתעתי לפיצויים עונשיים ביחסי אמונאות הרי הוא נוגע לבעיית הנחיתות במידע של הנהנה-הניפר. בעיית המידע החלקי היא בעיניי היא הבעיה החמורה יותר והקשה יותר לטיפול מבין הגורמים המחוללים את תופעת הכוח והאופורטוניזם. מעשה או מחדל של אמונאי שיש בו משום חבלה קיצונית במנגנוני הגילוי פוגע לא רק בנהנה וביחסי האמונאות



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

המסויימים אלא גם ביכולתה של מערכת המשפט להתמודד עם הסכסוך.
לפחות בנסיבות כאלה נראה שיש מקום להטלת פיצויים עונשיים"
[ליכט, בעמ' 395].

פסיקת פיצויים עונשיים בגין הפרת חובת הגילוי המוטלת על נושאי משרה בחברה במסגרת חובות האמונים (גם כאשר לא הוכח נזק) – האם בשלה העת להכריע בסוגיה זו?

92. נסיבות המקרה דן הובילו למסקנה כי מפאת חשיבותה של הסוגיה, ומפאת התאמתו של המקרה דן להוות נקודת הפתיחה, שממנה יחל שרטוט גבולות הגזרה של פסיקת פיצויים עונשיים בגין הפרת חובות אמון במשפטנו – יש מקום לערוך דיון עקרוני בסוגיה זו כבר עתה, לאחר שחלפו שנים רבות מאז התייחס בית המשפט העליון לסוגיה פרטנית זו תוך הצבת תמרוך עצור בולט לפיו טרם בשלה השעה להרחיב בעניין זה.

לו היו כללי הדין מאפשרים פסיקת פיצויים עונשיים בענייננו במישור הפרוצדוראלי, השאלה המרכזית שהייתה ניצבת בפניי בשלב זה, הייתה: האם בנסיבות ענייננו בהן דחיתי את עיקרי התביעה הכספית של התובעים, אולם זאת לצד קבעתי כי הוכח על ידי התובעים כי הנתבע הפר את חובות האמונים שלו כלפיהם - ראוי לפטור את הנתבע מכל אחריות כספית בגין עוולתו זו, או שמא יש מקום לפסוע צעד קדימה בדרך שהותוותה על ידי בית המשפט העליון ולהטיל על הנתבע פיצויים עונשיים בגין מעשיו מושא פסק הדין.

כפי שאפרט להלן – סבורני כי המקרה דן היה יכול להיות מקרה שראוי ומתאים להטיל בענייננו פיצויים עונשיים על הנתבע, שכן כל תוצאה אחרת הייתה מהווה העברת מסר שגוי על ידי בית המשפט באשר לחומרה הרבה הטמונה בהפרה כה בוטה של חובות האמון המוטלות על נושא בחברה, שנמצאות בדרגה הגבוה ביותר של החובות המוטלות על נושאי משרה.

93. בהתאם לכל האמור לעיל, בית המשפט העליון הכיר בסמכות הקיימת לבתי המשפט בישראל לפסוק פיצויים עונשיים, והכיר גם באפשרות של פסיקת פיצויים כאמור בגין הפרת חובות אמון "בבוא בעת ובמקרה מתאים" בהתקיים נסיבות קיצוניות של "הפרה חמורה ואשם כבד". ודוק, הגישה המצמצמת המודגשת בפסיקה בכל הנוגע לפסיקת פיצויים עונשיים מייחדת את הטלת הפיצויים העונשיים לא ביחס לסוג הפגיעה או הנזק שנגרמו לצד שנפגע ממעשי המפר (כך למשל



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

נזיקי גוף, נזקים ממוניים או נזקים בלתי ממוניים), אלא ביחס למידת האשמה והחומרה שבמעשי המפר (שימת דגש על מידת הכוונה והזדון במעשי הנתבע).

לצד זאת, על מנת שלא לחרוג מגבולות הגזרה ששורטטו על ידי בית המשפט העליון (ויש מקום לציין בהקשר זה כי אמות המידה שנקבעו ביחס להטלת פיצויים עונשיים עד כה אינן עשירות ומפורטות); מלבד חומרת מעשי המפר, יש לשקול היטב את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה, ובתוך כך את מקומן והגשמתן של התכליות המקובלות ביחס לדוקטרינת הפיצויים העונשיים, כמו גם תכליות רלוונטיות נוספות שצוינו לעיל.

94. במקרה דנן כאמור, עניינו בהפרת חובת הגילוי שהייתה מוטלת על לופו במסגרת תפקידו כנושא משרה בחברה, בקשר עם ניגוד עניינים בו היה מצוי ביחס למשא ומתן שניהלה החברה עם רוכשות פוטנציאליות, בקשר עם עסקת השקעה קריטית עבור החברה – ושהלכה למעשה, היו חיי החברה תלויים בה. כפי שפורט באריכות לעיל, בעניינו של לופו, החומרה במעשיו לא מסתיימת באי הדיווח בגין ניגוד העניינים בו היה מצוי, אלא שהיא ממשיכה גם בהתעקשותו של לופו להביע שוב ושוב, באופן אקטיבי ונחרץ, את דעתו בקשר עם המשא ומתן שניהלה החברה עם הרוכשות הפוטנציאליות, תוך שהוא מודע למעמדו ולחשיבות שייחסו הגורמים השונים לדעתו, ולכך שהם לא מכירים כי הוא מצוי בניגוד עניינים חמור.

ניתן אף להרחיק למחוזות רחוקים יותר, ולהמשיל את מעשיו של לופו במידת מה לפגיעה באוטונומיה של התובעים כאשר על הכף זכויותיהם הקנייניות במניותיהם ("לכל אדם זכות יסודית לאוטונומיה. זכות זו הוגדרה כזכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ומאוייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה") [ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פס' 15 לפסק שינו של השופט אור (נבו 29.08.1999)]. אכן, במקרה דנן, התובע שהיה גם דירקטור בחברה, היה מחויב לשקול בראש ובראשונה את טובת החברה, וזאת לכל הפחות ככל שעסקינן בהצבעתו בדירקטוריון החברה. עם זאת, מעשיו של הנתבע חיבלו הן ביכולת השחקנים השונים לשקול באופן צלול את טובתה של החברה; ובכל מקרה לא ניתן להתעלם מהעובדה כי עניינו בעסקת השקעה שבמסגרתה וויתרו בעלי המניות בחברה על מניותיהם בה, מתוך מחשבה שהחלטה נדרשת לטובתה של החברה.

אמנם, לא הוכח בענייננו כי ההחלטה שהתקבלה בסופו של דבר להתקשר בהסכם ורטקס היא תוצאה של מעשיו של הנתבע – אך הוכח גם הוכח כי נשללה מהתובעים האפשרות לשקול את כלל



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

השיקולים הרלוונטיים וליתן לשיקולים אלו משקל הולם שלא יהיה מוטה (מבלי ידיעתם) לטובת האינטרסים האישיים והזרים של לופו. בהקשר זה מצאתי לציין, כי ככל שעניינו בעילה שעניינה הפרת חובות גילוי, תמיכה נוספת להטלת פיצויים עונשיים ניתן למצוא בקשיים הידועים בהוכחת הקשר הסיבתי בין אי הגילוי לבין הנזק שנגרם לנפגע. גישה כאמור עולה בקנה אחד עם השאלה שעלתה בפסיקה בנוגע למקומה של דרישת הקשר הסיבתי בעילה של אי גילוי [ראו ע"א 9590/05 לידיה רחמן נוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פס' 6 (נבו 09.07.2007)]; וכן עם התכליות המונחות בבסיס חלק מהחיקוקים בהן עיגן המחוקק אפשרות הטלת פיצויים עונשיים, שתוארו לעיל – ולרבות התגברות על פערי המידע בין הצדדים וכן הקשיים הקיימים לעיתים בהוכחת הנזק וכימותו.

יודגש, איני סבור כי כל עת שעסקינן בהפרת חובת הגילוי של נושא משרה, ואף חובת גילוי על אודות ניגוד עניינים בו היה מצוי, יהיה מקום להטיל פיצויים עונשיים על נושא המשרה. רחוק מכך. כאמור, כל מקרה ראוי לבחינה קפדנית בראי חומרת המעשים של נושא המשרה בנסיבות הפרטניות של המקרה, ובראי התכליות הרלוונטיות עליהן עמדו בתי המשפט, אותן פירטתי בתמציתן לעיל. גישה כאמור תטיב לא רק עם יישום נכון של קביעות בית המשפט העליון באשר לגישה המצומצמת בה יש לנהוג ככל שעסקינן בפיצויים עונשיים, וכן בקשר עם הדרישה ליסוד של זדון וכוונה במעשיו של המפר (גישה שהובעה כאמור גם על ידי המחוקק בהצעת חוק דיני ממונות) – אלא שהיא תשמור מפני הטלת פיצויים עונשיים באותם המקרים בהם נושא המשרה פעל בהתאם לשיקול הדעת הנתון לו ולא מתוך ניצול לרעה של הכוח הקיים לו ביחס לחברה.

כאמור, גרעינה של חובת האמון הוא מניעת ניצולו לרעה של הכוח הנתון בידי הנאמן, ועל כן יש להישמר מפני הטלת סנקציות חריפות מידי באותם המקרים בהם ניצול כאמור כלל לא התקיים, ולא התקיימו יסודות של זדון וכוונה במעשי המפר. יתרה מכך, הטלת פיצויים עונשיים בגין אותם מקרים בהם נושא משרה נחשף למידע שלא סבר כי הוא רלוונטי בהתאם לשיקוליו העסקיים הענייניים עשויה להשליך לרעה על שיקוליהם של נושאי משרה באופן שיביא להצפת מידע ולפגיעה בתפקודה היעיל של חברה (הגם שבהמשך לדבריי לעיל – ככל שעניינו בגילוי על אודות ניגוד עניינים יש להותיר את שיקול הדעת הנתון לנושא המשרה מצומצם ככל האפשר).

עם זאת, לא ייתכן כי במקרה כה חמור ובוטה של הפרת חובת האמונים המוטלת על נושא משרה בחברה, כמדובר בעניינו, עת דרס נושא המשרה בדרכו כל כלל רלוונטי של ממשל תאגידי תקין, לא תוטל סנקציה משמעותית על ידי בית המשפט. יהיה זה מסר חמור ובעייתי אם מי שהפר חובת



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

אמונים באופן האמור יצא במחיר כה מקל, וכאשר בית המשפט מכשיר לכאורה מתן פטור לנושא המשרה בגין מעשיו. מדובר בתוצאה שהדעת אינה סובלת, והשלכותיה הישירות עלולות להיות העברת מסר שיפורש על ידי השחקנים הרלוונטיים כפתח לאי מילוי הוראות הדין, מתוך תפיסה כי בית המשפט עצמו אינו מייחס חומרה רבה להפרת חובת האמונים – כשלא כך הוא, ולא כך ראוי שיהא.

בהתאם לכך, ברי כי עניינו במקרה העונה על החומרה הרבה שנדרשת על ידי בית המשפט העליון לשם פסיקת פיצויים עונשיים, שהיה צולח גם את המשוכה שעניינה זהירות היתר המתבקשת על ידי בית המשפט העליון בקשר עם פסיקת פיצויים עונשיים.

יש להדגיש, כי העובדה שפסיקת פיצויים עונשיים בגין הפרת חובת אמון טרם נעשתה במשפטנו – אין בה, ולא צריך להיות בה, כדי להניע את בית המשפט מלפסוק בדרך הראויה ככל שבשלה העת להכרעה – ובעניינו סבורני כי זו בשלה. אכן, השיקול התקדימי אינו בטל בבואו של בית המשפט לקבל הכרעה, אך ניתן להביאו לידי ביטוי בשקלולם של מכלול השיקולים הדרושים – אך כשיקול עליון, הוא עשיית משפט צדק.

לעניין זה, יפים דבריה של כב' השופטת ברק ארז בהקשר אחר, עת עמד לפני ערעור על החלטה ראשונה להטלת מאסר בפועל בגין עבירות של שימוש במידע פנים על ידי איש פנים לפי חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968:

"בית משפט זה אף עמד על כך שהתפשטותה של תופעת העבריינות הכלכלית, כמו גם סכנותיה, מחייבות להסיט את נקודת האיזון אל עבר הדגשת האינטרס הציבורי בענישה ראויה [...] אכן, חרף עמדה עקרונית זו, טרם הושת מאסר בפועל על מי שהורשעו בביצוע העבירה של שימוש במידע פנים בידי איש פנים. אל לנו להיקלע ל"מעגל שוטה" בשל כך, על יסוד גישה שתתריע תמיד כנגד החלטה של גישה ראויה בפעם הראשונה. כל זאת, בצד המודעות לכך שהעלאתו של רף הענישה צריכה להתבצע בהדרגה (השוו: ע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (12.1.2011)). בית המשפט קמא היה מודע לזהירות זו, ולא יכול להיות ספק



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

שהיה מחמיר עם מי שנדונו בפניו אף יותר ללא אותו שיקול נוסף"
[ע"פ 6020/12 מדינת ישראל נ' אייל עדן, פס' 23 (29.04.2013)].

95. סיכומם של דברים, בנסיבות המקרה דנו, היה ראוי ומוצדק להטיל סנקציה עונשית על הנתבע כמי שהפר את חובותיו הבסיסיות ביותר כנושא משרה בחברה, וזאת חרף העובדה שלא הוכח כי בגין מעשים אלו נגרם נזק כספי ישיר לתובעים (ולפחות בגין ראש הנזק שעניינו אובדן שווי המניות של התובעים בחברה) – אך זאת כאמור אין בידי לעשות משהתובעים לא ביקשו סעד זה בכתב התביעה וגם לא מצאו לבקש את תיקון כתב התביעה על מנת להוסיף סעד זה לרשימת הסעדים.

עילות נוספות

96. בכתב התביעה טענו התובעים לקיומן של עילות נוספות כנגד התובע ובהן עולת התרמית וההונאה לפי פקודת הנזיקין; הפרת חובות הזהירות לפי חוק החברות; שימוש פסול בסודותיה המסחריים של החברה וגזל קניינה הרוחני לפי סעיף 6 לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999; גרם הפרת חוזה; התעשרות לא כדין; חובות בעלי מניות לפי סעיף 192 לחוק החברות; הפרת חובת חקוקה; כן גם עבירות פליליות ובהן קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, ומרמה והפרת אמונים בתאגיד.

בסיכומיהם, עמדו התובעים רק על טענתם לעניין הפרת חובות האמון של הנתבע, ובהתאם לכך לא התייחסו ולא פירטו את יסודות העילות האחרות. כך, אף בפרק פתח הדבר בסיכומיהם, ביקשו התובעים בלבד כי בית המשפט יפסוק בעניין הפרת חובות האמונים של הנתבע, ויחייבו באחריות אישית בנזקיהם של התובעים, וכן יחייבם בפיצויים עונשיים [סיכומי התובעים, פס' 9-8]. רק בעמוד האחרון לסיכומיהם, ציינו התובעים באופן לאקוני כי "התובעים זכאים לסעדים הנתבעים על ידם אף מכוח יתר עילות התביעה המפורטות בכתב התביעה" סיכומי התובעים, פס' 195].

כידוע - "אם אין בעל הדין מעלה בסיכומי טענותיו טענה מסוימת, משמעות הדבר הוא שאף אם הועלתה על-ידי קודם לכן, הרי בכך שלא העלה אותה בשלב סיכומי הטענות, הוא נחשב כמי שזנחה" [ע"א 401/66 מרום נ' מרום, פ"ד כא(1) 673, 677-678 (1967) (להלן – הלכת מרום)]; ראו גם: ע"א 447/92 רוט נ' אינטרקונטיננטל קרדיט קורפריישן, פ"ד מט(2) 102, פסקה 4 (1995);



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

ע"א 3432/17 שי טופז (יוכט) נ' חיים יוכט, פסי' 23 (16.04.2020) (להלן – עניין טופז). בהתאם להלכה כאמור, אני רואה בכל אותן עילות שאף לא צוינו בסיכומים כאילו נזנחו. בפרט, אין בהפניית התובעים בעמוד האחרון לסיכומיהם כאמור כדי לשנות ממסקנתי, וזאת בוודאי שבנסיבות שבהן התובעים לא פירטו את יסודות העילות שצוינו בכתב התביעה – לא בכתב התביעה ולא בסיכומיהם. יפים לעניין זה דברי בית המשפט העליון בגדרי ע"א 172/89 סלע חברה לביטוח בע"מ נ' סולל בונה בע"מ, פ"ד מז(1) 311, 321 (1993), שאוזכרו באחרונה על ידי בית המשפט העליון בעניין טופז:

"אמנם, בשולי הסיכומים הראשיים מטעמה של סלע נאמר, כי היא חוזרת על כל הטענות המפורטות בכתב הערעור, בסיכומיה דלמטה ובכתב הגנתה". ברם, אין בכך כדי למלא אחר הדרישה לסכם את טענותיו של בעל דין בערעור, ואין לנו אלא לחזור ולהתריע נגד התופעה של טיעון על דרך ההפניה."

97. למעלה מן הצורך אוסיף כי גם לו הייתי נדרש לבחינת העילות האמורות לגופן, מסקנתי הייתה כי התובעים לא עמדו בנטל ההוכחה המוטל עליהם להוכיח. זאת, משלא פורטה התשתית העובדתית והראייתית הנדרשת להוכחת היסודות של העילות הללו, לא בכתב התביעה ולא בסיכומיהם של הצדדים (וממילא אף לא צוינו היסודות הרלוונטיים לכל עילה). זאת, בפרט לעניין של העבירות הפליליות שהרף הדרוש להוכחתן הוא אף גבוה יותר [ראו למשל ע"פ (ת"א) 71800/02 דוד בן שאול איינהורן נ' מדינת ישראל - פרקליטות מחוז ת"א פלילי, עמ' 20 (15.01.2004)].

סוף דבר

98. סיכומם של דברים - אני מקבל את התביעה בנוגע לטענת התובעים כי הנתבע הפר את חובות האמון המוטלות עליו, ואת תביעתו הכספית של התובע בקשר עם הלוואת אוקטובר והלוואת דצמבר; ודוחה את שאר תביעותיהם הכספיות של התובעים.

בהתאם לכך, אני מורה כי הנתבע ישלם לתובע סך של 38,449 דולר (כערכם בשקלים חדשים ביום 31.12.2012, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום זה ועד מועד התשלום בפועל).

99. הנתבע ישלם לתובעים הוצאות ושכר טרחת עו"ד בסך כולל של 40,000 ש"ח.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-01-25839 בן יהודה ואח' נ' ויטנר

16 אוגוסט 2021

ניתנה היום, ח' אלול תשפ"א, 16 אוגוסט 2021, בהעדר הצדדים.

חאלד כבוב, שופט, סגן הנשיא