



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 6913/18

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המערער: שמואל שקדי

נגד

המשיבים: 1. הרודיוס השקעות בע"מ
2. אינטרקולוני אחזקות טאוורס בע"מ
3. אינטרקולוני טאוורס בע"מ
4. משה גבראל
5. ליבר טאוור בע"מ
6. ירון (שלום) ייני
7. רמי אנטין
8. שריטל לנדסמן
9. זאב לבנברג
10. ניר נצר
11. אליהו שחר
12. מנשה ראש

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו בתיק תנג
053151-03-15 שניתן ביום 12.07.2018 על ידי כבוד השופטת ד' קרת
מאיר

בשם המערער: עו"ד גיל רון, עו"ד אהרון רבינוביץ ועו"ד יעקב אביעד
בשם המשיבות 1-2: עו"ד רן פלדמן ועו"ד דורית המברג
בשם המשיבה 3: עו"ד יוני פולק ועו"ד שאול ברגזון
בשם המשיבים 4-5: עו"ד איל רוזובסקי, עו"ד מור פינגרר ועו"ד בת חן ליפסקי
בשם המשיבים 6-12: עו"ד עופר צור, עו"ד אורלי טננבאום ועו"ד דניאל לסרי

פסק דין

השופט י' עמית:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי (המחלקה הכלכלית) בתל אביב-
יפו (כב' השופטת ד' קרת-מאיר) בתנ"ג 53151-03-15 מיום 12.7.2018, בו נדחתה בקשת
המערער לאישור תביעה נגזרת בשם המשיבות 1-3 נגד המשיבים 4-12.

רקע דיוני ועובדתי

1. בפתח הדברים, אקדים ואציין כי אין זו הפעם הראשונה שבה נדרש בית משפט
זה להליכים הקשורים לבקשת המערער לאשר תביעה נגזרת נגד המשיבים 4-12, בגין
ההשתלשלות העובדתית העומדת בבסיס ערעור זה.

כך, בשנת 2014 נדרש בית משפט זה להליך שקדם להגשת בקשת האישור מטעם המערער, שנסב על בקשתו לגילוי מסמכים בטרם הגשת הבקשה לאישור תביעה נגזרת, מכוח סעיף 198א לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות או החוק). באותו הליך נקבע כי לבעל מניות בחברה האם עומדת זכות להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת בגין החלטה או פעולה של חברה הנמצאת בשליטתה של החברה האם, וכי הוא זכאי להגיש בקשה לגילוי מסמכים נגד החברות הנמצאות בשרשרת ההחזקות, אף עוד בטרם הגשת התביעה הנגזרת (רע"א 2903/13 אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שקדי (27.8.2014) (להלן: עניין אינטרקולוני)).

בהמשך לפסק הדין האמור בעניין אינטרקולוני, משנתקבלה בקשת המערער לגילוי מסמכים לפי סעיף 198א לחוק, ומשנדחתה דרישתו מן החברות (המשיבות 1-3) להגיש תביעה, הגיש המערער לבית המשפט המחוזי את בקשתו לאשר תביעה נגזרת נגד המשיבים 4-12 (ונגד משיבים נוספים שנמחקו בשלב מאוחר יותר). אלא שהמערער, שצלח את הפרוודור וזכה בבקשתו לגילוי מסמכים, לא זכה להיכנס לטרקלין, לאחר שבית המשפט המחוזי דחה את בקשתו לאישור תביעה נגזרת. על כך נסב הערעור דנן. נעמוד אפוא על הרקע העובדתי העומד בבסיס הערעור, ומאחר שהדברים פורטו בעיקרם על ידי המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור בפסק הדין בעניין אינטרקולוני, נסתפק בתיאור תמציתי של הדברים.

2. המשיבות 1-3 הן שלוש החברות שבשמן ביקש המערער להגיש תביעה נגזרת. המשיבה 1, שכונתה בשעתו אינטרקולוני השקעות בע"מ (מאז שונה שמה להרודיום השקעות בע"מ), היא חברה ציבורית שעיסוקה היה בתחום הנדל"ן (להלן: החברה או החברה האם). החברה החזיקה ב-80% ממניותיה של המשיבה 2, חברת אינטרקולוני החזקות בע"מ (להלן: החברה הבת), שהחזיקה בתורה ב-50% ממניותיה של המשיבה 3, חברת אינטרקולוני טאוארס בע"מ (להלן: החברה הנכדה). 50% הנותרים של מניות החברה הנכדה הוחזקו על ידי דוד ועדי עזרא (להלן יחד: עזרא) באמצעות חברת אס.אם.טי.אם.אר שבשליטתם. בנוסף לכך, עזרא כיהנו כחברי דירקטוריון בחברה הנכדה (יצויין כי בתחילה עזרא נכללו כמשיבים לבקשת האישור, אך בהמשך הם נמחקו מההליך. בדיון שהתקיים לפנינו, הסביר בא כוח המערער כי התקשה לבסס עילת תביעה נגד עזרא – עמ' 4 לפרוטוקול הדיון בערעור).

החברה הנכדה החזיקה במלוא הזכויות במקרקעין שכונו "מתחם טאוארס", בשטח של כ-4,500 מ"ר בשכונת נווה צדק בתל אביב (להלן: המקרקעין או המגרש). כפי

שיוסבר להלן, בקשת האישור נסבה על עסקה שביצעה החברה הנכדה בזכויותיה במקרקעין.

3. המשיב 6, ירון ייני (להלן: ייני), היה בתקופה הרלוונטית בעל השליטה בחברה האם באמצעות חברת גילאון השקעות (1979) בע"מ (כך לפי טענת המערער בבית משפט קמא). בנוסף לכך, ייני כיהן כיו"ר הדירקטוריון בחברה האם וכחבר דירקטוריון בחברה הנכדה (יצויין כי ההליכים נגד ייני עוכבו ביום 3.2.2016 לאחר שניתן לגביו צו כינוס נכסים).

הדמות המרכזית בפרשה שלפנינו היא המשיב 4, משה גבריאלי (להלן: גבריאלי). גבריאלי שימש בתקופה הרלוונטית כמנכ"ל החברה האם (בהיקף משרה של 75%), וכן כיהן כחבר דירקטוריון בחברה הבת ובחברה הנכדה (גבריאלי כיהן גם כחבר דירקטוריון בחברה האם עד ליום 10.3.2010). בנוסף לכך, גבריאלי היה בעל השליטה בחברה פרטית בשם ליבר טאואר בע"מ, היא המשיבה 5 (להלן: ליבר), בה החזיק 60% מהמניות.

המשיבים 7-12 כיהנו בנושאי משרה בחברה בתקופה הרלוונטית. המשיב 7 כיהן כדירקטור בלתי תלוי בחברה, כחבר בוועדה לבחינת דוחות כספיים וכחבר בוועדת הביקורת של החברה; המשיבה 8 כיהנה כדירקטורית חיצונית בחברה וכיו"ר ועדת הביקורת בחברה; המשיב 9 כיהן כדירקטור חיצוני בחברה, כחבר ועדת הביקורת וכיו"ר הוועדה לבחינת דוחות כספיים בחברה; המשיב 10 כיהן כדירקטור בחברה וכחבר בוועדה לבחינת דוחות כספיים בחברה; המשיב 11 כיהן כדירקטור בחברה מטעם של מחזיקי אגרות החוב (סדרה ג') עד ליום 27.3.2012; והמשיב 12, רואה חשבון, כיהן כמנכ"ל הכספים של החברה וכן כדירקטור בחברה הבת.

4. בחודש יולי 2010 חתמו החברה הנכדה וליבר על הסכם המקנה לליבר אופציה לרכוש את המגרש בתוך שלושה חודשים (להלן: הסכם האופציה או ההסכם). תמורת האופציה שילמה ליבר לחברה הנכדה סך של 7 מיליון ₪. בנוסף, נקבע כי ליבר תוכל להאריך את תקופת האופציה בשלושה חודשים נוספים תמורת תשלום נוסף בסך 3 מיליון ₪. בהסכם נקבע כי אם ליבר לא תממש את האופציה, הסכום ששילמה עבור האופציה לא יושב לידיה. לעומת זאת, אם ליבר תממש את האופציה, אזי המגרש יירכש מהחברה הנכדה תמורת 200 מיליון ₪, ובנוסף לכך, החברה הנכדה תהיה זכאית ל-20% מרווחי הפרויקט. עוד נקבע בהסכם כי מקבל האופציה (ליבר) יהיה רשאי "להעביר ו/או למכור ו/או להמחות ו/או להסב את זכויותיו ו/או התחייבויותיו עפ"י הסכם זה לצד/דים שלישי/ים

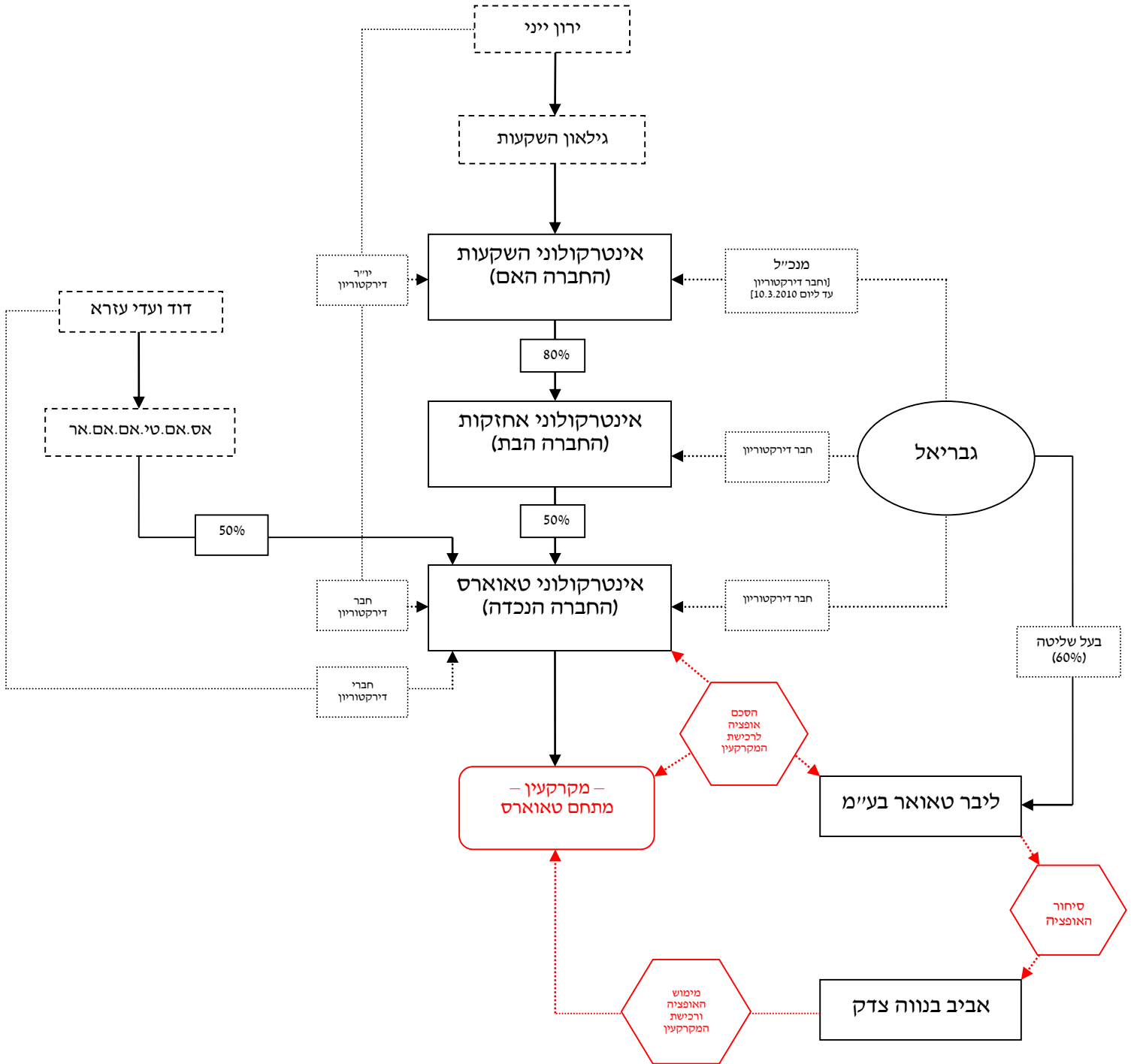
(להלן: 'הנעברים'), ללא צורך בהסכמת הבעלים" (סעיף 25 להסכם, ההדגשות הוספו – י"ע).

בהמשך נחתמה תוספת להסכם האופציה (להלן: התוספת להסכם האופציה או התוספת), בה הובהר, בין היתר, כי אם ליבר תממש את האופציה ותקים בעצמה את הפרויקט על המקרקעין, אזי ליבר תשלם לחברה הנכדה 20% מרווחי הפרויקט בניכוי הוצאות המימון; ואילו אם האופציה תסוחר על ידי ליבר לצד שלישי, אזי החברה הנכדה תקבל 20% מהתמורה שתקבל ליבר עבור סיחור האופציה, בניכוי התמורה עבור האופציה והוצאות ליבר בקשר לסיחור.

5. בחודש נובמבר 2010 סיחרה ליבר את האופציה לחברת אביב בנווה צדק בע"מ (להלן: אביב) תמורת 36 מיליון ₪ (בתוספת תמורה שתשולם אם סך התקבולים בפרויקט יעלה על 540 מיליון ₪). תוקפו של הסכם הסיחור הותנה בשני תנאים מתלים שצריכים היו להתקיים עד "למועד הקובע" (קרי עד 10 ימים לפני המועד האחרון למימוש האופציה): התנאי האחד נסב על מצבם התכנוני של המקרקעין והבטחה כי התב"ע שאושרה לגביהם תעמוד על כנה, וזאת על רקע הליך משפטי שהתנהל לגבי המקרקעין (עת"מ 17959-09-10 (ת"א) עמותת תושבים למען נווה צדק נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה (להלן: העתירה המינהלית)); במאמר מוסגר נציין כי בחודש נובמבר 2010 בית המשפט לעניינים מינהליים דחה את העתירה. העותרת הגישה ערעור על פסק הדין לבית משפט זה (ע"מ 9256/10), אך הערעור נמחק בהסכמה בחודש ינואר 2011, לאחר שליבר והעותרת הגיעו להסכם פשרה). התנאי השני נסב על היקף המכירות בפרויקט, ולפיו ליבר תשווק את הפרויקט ועד למועד הקובע יחתמו רוכשים על הסכמי מכר מפורטים בסכום כולל שיעלה על 540 מיליון ₪.

בחודש מרץ 2011 התכנס דירקטוריון החברה והחליט להיענות לבקשה שהעלתה ליבר, שהועלתה בעקבות דרישה מצד אביב, ולפיה זכאותה של החברה לקבל לידיה 20% מרווחי הפרויקט העתידיים, תומר בתשלום חד פעמי בסך של 10.15 מיליון ₪. בו ביום חתמו אביב והחברה הנכדה על הסכם מכר להעברת הזכויות במקרקעין לידי אביב תמורת 200 מיליון ₪ (סכום הכולל את דמי האופציה ששילמה ליבר) בתוספת התשלום הנ"ל בסך 10.15 מיליון ₪.

6. למען בהירות הדברים, להלן תרשים המפרט את שרשרת החזקות, את תפקידיהן של הדמויות הרלוונטיות, ואת העסקה שעמדה בבסיס הבקשה לאישור תביעה נגזרת:



7. כפי שתואר בראשית הדברים, לאחר שבקשתו של המערער לגילוי מסמכים נתקבלה בעניין אינטרקולוני, ולאחר שדרישתו מן החברות להגיש תביעה נגד יתר המשיבים נדחתה על ידן, הגיש המערער בקשה לבית המשפט המחוזי לאישור תביעה נגזרת. יצויין כי המערער הציג עצמו בבקשתו כבעל מניות בחברה האם (לדבריו, במקור הוא החזיק באגרות חוב של החברה, שבהמשך הומרו למניות על פי הסדר נושים).

בבקשתו טען המערער, בין היתר, כי לא ברור מדוע גבריא, שכהן כמנכ"ל החברה (ולפני כן גם כחבר דירקטוריון החברה), קיבל אופציה לרכישת נכס ששוויו עצום; כי העסקה העמידה את גבריא בניגוד עניינים אל מול החברה; כי גבריא ניתב את העסקה לכיוון של סיחור האופציה כדי להפיק רווחים לעצמו, אף שבעת מתן האופציה אפשרות זו "כלל לא היתה קיימת"; כי המשיבים 6-12 היו מודעים לכך ובפזיזותם אפשרו לדברים להתרחש; כי התוספת להסכם האופציה לא אושרה על ידי ועדת הביקורת והדירקטוריון של החברה; כי כאשר גבריא החליט ליצור קשר עם יזם (במקום לארגן קבוצת רכישה), היה עליו לעשות כן באמצעות החברה; כי בעל השליטה ויו"ר דירקטוריון החברה, ייני, הפעיל לחץ על חברי הדירקטוריון על מנת לתת לגבריא את מבוקשו; כי לא היתה הצדקה להאריך את תקופת האופציה; כי ועדת הביקורת של החברה לא קיבלה כל החלטה בקשר להמרת הזכאות ל-20% מרווחי הפרויקט בסכום קבוע; וכי בסיכומו של דבר, הסכום של 36 מיליון ₪ ששולם לליבר עבור האופציה, צריך היה להיות משולם לחברה. המערער טען אפוא להפרה של החובות השונות המוטלות על אורגנים שונים באשכול החברות, ובכללן הפרת חובת אמונים מצד גבריא, ייני ועזרא; הפרת חובת הזהירות מצד נושאי המשרה; והפרת חובת הגינות מצד ייני ועזרא. במישור הסעד טען המערער, בין היתר, כי על גבריא להשיב לקופת החברות את טובות הנאה שהפיק מהפרויקט, ובכללן 36 מיליון ₪ שקיבלה ליבר עבור סיחור האופציה.

99 סק דינו של בית המשפט המחוזי

8. בית המשפט המחוזי דחה את בקשתו של המערער לאישור תביעה נגזרת, וזאת מן הטעם שהמערער לא הציג כל ראיה המלמדת כי הוא החזיק במניות החברה נכון למועד הגשת בקשת האישור בחודש מרץ 2015 (זאת להבדיל מהחזקת מניות החברה בחודש ינואר 2012, עת הגיש את בקשתו לגילוי מסמכים בטרם הגשת הבקשה לאישור התביעה הנגזרת). בית המשפט ציין כי המערער לא סיפק כל הסבר למחדלו באי הצגת אישור עדכני בדבר ההחזקה במניות, ואף נמנע מלהתייחס לכך בסיכומיו ובסיכומי התשובה מטעמו. בית המשפט הסיק אפוא שהמערער אינו בעל מניות בחברה, וקבע כי די בכך כדי להביא לדחיית הבקשה.

במישור הדיוני, בית משפט קמא העיר כי ייתכן שהיה מקום לקיים דיון סף בשאלת כשירותו של המערער להגיש בקשה לאישור, במקום לדון בכך במסגרת הבקשה לאישור גופא, וזאת חרף העובדה שלא הוגשה על ידי המשיבים בקשה נפרדת לסילוק

על הסף. ואולם, משעה שהדבר לא נעשה, ובהינתן שבמסגרת הבקשה לאישור עלו שאלות נוספות, בית משפט קמא ראה לנכון להתייחס גם אליהן, הגם שלמעלה מן הצורך.

9. לאחר סקירה של הפסיקה בנוגע לתחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי, בית המשפט עמד על כך שעוד בטרם הגיש המערער לחברה את מכתב הדרישה להגיש תביעה, התחלפו בעלי השליטה והדירקטורים בחברה (למעט דירקטור חיצוני אחד – המשיב 9), ולדירקטורים החדשים לא היתה כל זיקה למסכת העובדתית שאליה התייחסה בקשת האישור או למי מהמשיבים. בנסיבות אלו, בית המשפט קבע כי החלטת החברה שלא להפעיל את כוח התביעה, דומה במהותה להחלטה של הדירקטוריון להימנע מהגשת תביעה נגד צד שלישי, וככזו אינה נגועה בניגוד עניינים או בבעיית נציג, וממילא אין מניעה להחיל לגביה את כלל שיקול הדעת העסקי. בית המשפט קבע כי במקרה דנן, החלטת הדירקטורים שלא להגיש תביעה נעשתה לאחר היוועצות עם עורכי דין חיצוניים הבקיאים בתחום, שלא היתה להם נגיעה כלשהי לבעלי השליטה והדירקטורים הקודמים; כי חוות דעתם של עורכי הדין החיצוניים היתה מקיפה והתייחסה באופן אובייקטיבי אל האופנים שבהם ניתן לראות את התנהלות המשיבים; כי ההמלצה הסופית של עורכי הדין היתה כי יש לדחות את מכתב הדרישה; וכי לנגד עיני הדירקטוריון עמד מלוא המידע הרלוונטי. לנוכח כל האמור, בית המשפט הגיע למסקנה כי החלטת הדירקטוריון שלא לתבוע את הדירקטורים הקודמים חוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי.

10. לעומת זאת, בכל הנוגע להחלטת החברה שלא להגיש תביעה נגד המנכ"ל גבריאלי, בית משפט קמא סבר (כאמור למעלה מן הצורך), כי החלטה זו לא היתה מיודעת. בית המשפט ציין כי ניתן להעביר "עפרון כחול" בין חלקה של ההחלטה המתייחס לדירקטורים, לבין חלקה של ההחלטה ככל שהיא מתייחסת לגבריאלי. בית המשפט ציין כי בחוות הדעת החיצונית אמנם נאמר שעילות התביעה נגד גבריאלי אינן מבוססות די הצורך וכי עומדות לו טענות הגנה, אולם ההנמקה גופא התייחסה בעיקר לדרך קבלת ההחלטות על ידי הדירקטורים. זאת, בעוד שעניינו של גבריאלי שונה, שכן יוחסה לו הפרת חובת אמונים (להבדיל מהפרת חובת זהירות שיוחסה לדירקטורים), וכתבי הפטור, השיפוי והביטוח אינם רלוונטיים לגביו.

לנוכח מסקנתו כי ההחלטה שלא להגיש תביעה נגד המנכ"ל אינה חוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי, בית המשפט פנה לבחון את סבירותה. בית המשפט ציין כי לנוכח התוצאה אליה הגיע (דחיית הבקשה לאישור), אין הוא רואה להידרש באופן מפורט לתשתית הראייתית המקימה לכאורה עילת תביעה לחברה נגד גבריאלי. בנוסף, בית המשפט קבע כי לא הונחה תשתית ראייתית לקיומה של עילת תביעה בגין עצם עסקת

האופציה (כפי שנקבע בהליך בעניין אינטרקולוני). לעומת זאת, בית משפט קמא סבר כי התנהלותו של גבריאלי לאחד אישור עסקת האופציה "מצביעה לכאורה על הפרת חובת אמון מצדו". בית המשפט מצא כי המצג שהציג גבריאלי כלפי הדירקטוריון בתחילת הדרך היה של עסקה שתוביל בסופו של דבר לארגון קבוצת רכישה שתנוהל על ידי ליבר, להבדיל מהאפשרות של סיחור האופציה לצד שלישי וקבלת תשלום על ידי ליבר עבור עצם סיחור האופציה. עוד ציין בית המשפט כי נושא ההתקשרות בהסכם סיחור נכלל לראשונה בתוספת להסכם האופציה, וכי התוספת, שכללה שינוי מהותי בנוגע לתשלום ה-20% במקרה שבו האופציה תסוחר, לא אושרה על ידי הדירקטוריון וועדת הביקורת. בנוסף, הסכם הסיחור בין ליבר לאביב לא הובא לידיעת הדירקטוריון בעת החתימה, אלא הוצג בדיעבד כעובדה מוגמרת. על רקע זה, בית המשפט קבע כי יש תשתית ראייתית לכאורה לטענה כי קמה לחברה עילת תביעה נגד גבריאלי, לפחות בגין התשלום ששולם לליבר עבור סיחור האופציה, וכי הגשת התביעה היא לטובת החברה.

11. למרות האמור, בית המשפט הוסיף כי אף אם היה המערער עומד בתנאי המקדמי להגשת הבקשה (אילו הוכיח כי הוא בעל מניות בחברה), היה מקום להמשיך ולבחון את תום לבו כתנאי לאישור הבקשה. זאת, בפרט לנוכח ניהול ההליך על ידו מתחילתו ועד סופו מבלי להתייחס באופן ענייני לטענות המשיבים בדבר בעלותו במניות החברה, ומבלי להציג מסמך רלוונטי שיש בו כדי להוכיח את הבעלות, באופן המעלה "סימני שאלה מהותיים" באשר לתום לבו, כלשון בית משפט קמא.

12. בשולי פסק דינו, בית המשפט התייחס לטענות בנוגע לכתבי הפטור של הדירקטורים. בית המשפט דחה את טענת המערער כי אין תוקף לכתבי הפטור, כמו גם את טענתו כי הפרת חובת הזהירות על ידי הדירקטורים היתה בכוונה או בפזיזות. לפיכך, בית המשפט קבע כי בהינתן שהדירקטורים רשאים להסתמך על כתבי הפטור, הרי שהגשת תביעה נגדם על ידי החברה אינה לטובת החברה, וגם מן הטעם הזה לא היה מקום לאשר תביעה נגזרת נגד הדירקטורים.

סוף דבר, שבקשתו של המערער לאישור תביעה נגזרת נדחתה, והוא חויב בהוצאות בסך כולל של 175,000 ₪. מכאן הערעור שלפנינו.

תמצית טענות הצדדים

13. טענות המערער: לטענת המערער, הוא הוכיח את בעלותו במניות החברה, הצהיר על כך והעיד על כך בחקירתו הנגדית, ולא הוצגו על ידי המשיבים ראיות לסתור. בנוסף,

משעה שנקבע כי הוא החזיק במניות בשלב הבקשה לגילוי מסמכים, הרי שיש לראותו כבעל מניות לצורך ההליך כולו, ואין לחייבו להציג אישור על החזקת המניות לאורך ההליך כולו. בהקשר זה, המערער טוען כי שגה בית משפט קמא בכך שהציב סימני שאלה לגבי תום לבו. לחלופין טוען המערער כי היה מקום לקיים דיון סף בשאלת בעלותו במניות החברה ולאפשר לו להגיש אישורים מעודכנים. אציין כי לאחר הגשת הערעור, הגיש המערער גם בקשה להגיש ראיות נוספות בערעור, בין היתר בשאלת החזקתו במניות החברה.

לגופם של דברים, המערער טוען, בין היתר, כי ישנה תשתית ראייתית מספקת לצורך ביסוס עילת תביעה נגד גבריאלי גם בגין עצם מתן האופציה, וזאת בשל העדר גילוי מלא מצדו וניגוד עניינים בו היה מצוי. בנוסף, המערער טוען כי העסקאות לא קיבלו את האישורים הנדרשים של מוסדות החברה, ובפרט התוספת להסכם האופציה והמרת התקבולים בשיעור של 20% מרווחי הפרויקט לסכום קבוע; כי נפלו פגמים באופן קבלת ההחלטות; וכי העסקה לא היתה לטובת החברה, שכן היא יכלה לבצעה בעצמה שלא באמצעות ליבר ובכך לחסוך את התמורה שהאחרונה גרפה. באשר לדירקטורים, המערער טוען כי היה מקום לאשר תביעה נגדם בגין הפרת חובת זהירות; כי הדירקטורים טעו כשסברו שהתוספת להסכם האופציה לא גרמה נזק לחברה; כי החלטת החברה שלא להגיש תביעה נשענה על שיקול של העדר כיסוי ביטוחי, ולא בשל התנגדותה לעצם הגשת התביעה; וכי חברי הדירקטוריון נהגו בפזיזות.

14. טענות החברה האם והחברה הבת: לטענתן, סוגיית בעלותו של המערער במניות החברה עלתה פעמים רבות במהלך הדיון בבית משפט קמא, היו למערער הזדמנויות רבות להציג אישור על כך, וקביעתו של בית משפט קמא בעניין זה היא קביעה שבעובדה שאין מקום להתערב בה. המשיבות 1-2 סבורות אפוא כי דינה של הבקשה לאישור תביעה נגזרת להידחות כולה על הסף, הן ככל שהיא נוגעת לתביעה נגד הדירקטורים, הן ככל שהיא מתייחסת לתביעה נגד גבריאלי. לגופם של דברים, המשיבות 1-2 התייחסו לטענות המערער המתייחסות לבקשת האישור בנוגע לדירקטורים, ומטבע הדברים סמכו ידיהן על קביעתו של בית משפט קמא כי ההחלטה לא להגיש תביעה חוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי וכי כתבי הפטור שניתנו לדירקטורים תקפים.

15. טענות החברה הנכדה: החברה הנכדה טוענת תחילה כי כל טענות המערער לגבי עילת תביעה שלה כלפי נתבעים פוטנציאליים נזנחו (להבדיל מטענותיו לגבי עילת תביעה של החברה האם והחברה הבת); וכי המערער אינו עומד בתנאים הנדרשים לצורך אישור תביעה נגזרת בשמה, שכן העסקה כולה היתה לטובתה, לא הוכח כי נגרם לה נזק כלשהו,

כלל לא נטען על ידי המערער כי הנכס נמכר בפחות מכפי שוויו, וממילא לא צורפה על ידו הערכת שווי שתמוך בטענה שכזו. החברה הנכדה טוענת כי הצעתה של ליבר היתה הטובה ביותר האפשרית, הן מבחינת התמורה (שאף עלתה על שווי המגרש), הן מבחינת התשלום הלא מותנה עבור האופציה, והן לנוכח אי התניית התשלום בסיום הליכי הייעוד; וכי החלטותיה להמשיך בעסקה, לכל אורך הדרך, התקבלו במטרה להשיג את העסקה הטובה ביותר. בנוסף, החברה הנכדה מבהירה כי ידעה בזמן אמת על עניינו האישי של גבריאאל בעסקה, כי העסקה קיבלה את האישורים הנדרשים, וכי לאור היותה העסקה הטובה ביותר לא היה כל היגיון לוותר עליה.

באשר לעצם עסקת האופציה, החברה הנכדה טוענת, כפי שקבע בית משפט קמא, כי לא הונחה תשתית ראייתית לקיומה של עילת תביעה, כפי שאף אושר בעניין אינטרקולוני. באשר לסיחור האופציה, החברה הנכדה דוחה את טענות המערער ומבהירה כי אפשרות זו היתה גלויה למן הרגע הראשון. לגופה של עסקת הסיחור, החברה הנכדה מבהירה כי הנכס שהועבר לידי חברת אביב היה שונה מהנכס של החברה הנכדה, שכן ליבר השביחה אותו בצורה משמעותית, וברי כי התמורה העודפת שקיבלה ליבר מגלמת זאת. באשר להסכמתה להאריך את תקופת האופציה, החברה הנכדה טוענת כי לנוכח השלב המתקדם של העסקה, לא היה מקום לסכן את העסקה ולנסות לאתר רוכש חדש, מה שהיה מוביל לדחיית קבלת התמורה למועד בלתי ידוע ובשיעור בלתי ידוע. מה עוד, שבאותו השלב ליבר עמדה לפני חתימת הסכם פשרה עם עמותת תושבים למען נווה צדק (העותרת בעתירה המינהלית), ובתחום השיווקי היתה קרובה ליעד שנקבע בהסכם הסיחור להשגת עסקאות עם רוכשי דירות בסכום כולל של 540 מיליון ₪. לבסוף, החברה הנכדה טוענת כי המרת הזכות לקבל 20% מהרווחים בסכום קבוע נעשתה גם היא לטובתה ומשיקולים עסקיים, שכן מדובר בקבלת תשלום ודאי ומייד לטובת תשלום עתידי מותנה, וכלל לא הוכח כי המרה זו פגעה בטובתה של החברה הנכדה.

16. טענות גבריאאל וליבר: גבריאאל וליבר כמובן סומכים ידיהם על הקביעה כי דין הערעור להידחות, לנוכח קביעתו העובדתית של בית משפט קמא כי המערער אינו בעל מניות בחברה. בנוסף, בדומה לטענות החברות, גבריאאל וליבר טוענים כי לא ניתן לתקוף את עסקת האופציה, הן מאחר שהקביעות בנושא זה חלוטות, הן לגופה של העסקה. באשר להחלטה שלא להגיש תביעה נגד הדירקטורים וגבריאאל, נטען כי מדובר בהחלטה החוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי.

באשר להערותו של בית משפט קמא, ולפיה יש להבחין לכאורה בין החלטת החברה שלא להגיש תביעה נגד הדירקטורים לעומת החלטתה שלא להגיש תביעה נגד

גבריאל – נטען כי מדובר בהבחנה שגויה, שכן החלטת החברה היתה מיודעת באותה מידה ביחס לאפשרות להגיש תביעה נגד הנתבעים הפוטנציאליים השונים. בנוסף, גבריאל וליבר טוענים נגד ההנמקות שהובילו את בית משפט קמא לסבור כי ישנה תשתית ראייתית לכאורה לכך שגבריאל הפר חובת אמון. בפרט, נטען כי נושא סיחור האופציה היה ידוע מלכתחילה. באשר לתוספת להסכם האופציה, נטען כי זו נועדה להיטיב עם החברה והוכנסה בעקבות דרישה של עזרא שביקש להשיא את רווחי החברה כתוצאה ממכירת המקרקעין; וכי התוספת גובשה על פי החלטת ישיבת הדירקטוריון וועדת הביקורת שקדמה לכך, וזאת במטרה להרחיב את זכאותה של החברה לנתח מהרווחים, כך שתקבל 20% מרווחי ליבר בכל תרחיש שהוא. עוד נטען כי המרת התשלום העתידי בסכום קבוע בסך של כ-10 מיליון ₪ היטיבה בפועל עם החברה, ושגה בית משפט קמא משלא התייחס לכך.

17. טענות המשיבים 6-12: המשיבים 6-12 טוענים כי צדק בית משפט קמא בקבעו כי דין הבקשה של המערער להידחות על הסף מחמת העובדה שאינו בעל מניות; כי יש לתמוה על נסיונו של המערער להגיש תביעה נגזרת נגדם בשל הפרת חובת זהירות, שהרי היה ידוע למערער עוד בטרם הגיש את בקשתו כי החברה פטרה אותם מאחריות מכוח כתבי פטור ושיפוי; כי המערער חסר תום לב; כי טענת המערער בדבר פזיזות מצדם הועלתה רק בשלב הערעור; כי ההחלטה לא להגיש תביעה חוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי; וכי ההחלטות העסקיות עצמן לגבי הסכם האופציה חוסות אף הן תחת כלל שיקול הדעת העסקי. עוד נטען כי עמדתו של עזרא, שותף בחברה הנכדה, מלמדת אף היא על סבירות העסקה וההחלטות שנתקבלו; כי לא נגרם נזק לחברה; וכי טענת המערער מבוססת על הנחה שגויה לפיה אביב היתה מוכנה לשלם לחברה הנכדה את הסכום ששולם לליבר.

18. המערער הגיש סיכומי תשובה קצרים מטעמו, בה שב על טענתו כי הוא מחזיק במניות, וכי די באישור שהציג בשלב גילוי המסמכים, שלגישתו יש לראותו כחלק בלתי נפרד מההליך של בקשת האישור. בנוסף, המערער הבהיר כי הוא מסכים כי עם המשיבים כי אין מקום להפריד בין הדירקטורים לבין גבריאל, אלא שבניגוד למשיבים, הוא סבור כי יש לאשר את התביעה הנגזרת נגד כולם. עוד טוען המערער כי אין לקבל את טענת המשיבים לפיה לא הונחה תשתית ראייתית לגבי עצם עסקת האופציה.

19. כפי שתואר לעיל, בית המשפט המחוזי דחה את בקשת האישור, לאחר שקבע כי המערער אינו בעל מניות בחברה ועל כן הוא אינו זכאי להגיש תביעה נגזרת. בהמשך לכך, ולמעלה מן הצורך, בית המשפט התייחס לנושאים הנוגעים לבקשת האישור לגופה. אקדים ואומר כי לטעמי, דין הערעור להידחות. ראשית, בנסיבות העניין, אין הצדקה להתערב בקביעתו של בית משפט קמא בנוגע להחזקת המערער במניות. שנית, אף אם אהיה נכון להניח לטובת המערער כי הוא אכן בעל מניות בחברה, הרי שהחלטת החברה שלא להגיש תביעה חוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי, ועל כן אין מקום להתערב בה. נדון בדברים כסדרם.

תנאי סף לאישור התביעה הנגזרת – החזקה במניות החברה

20. כפי שנזדמן לי לומר בעבר, "לא כל אימת שבית המשפט נדרש למכשיר התביעה הנגזרת, יש צורך לחזור ולהידרש מבראשית לתכלית ולשיקולים שבבסיס מכשיר זה ולדרך ניהול ההליך" (רע"א 4024/14 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' כהן, פסקה 15 (26.4.2015)). נחסוך אפוא מהקורא סקירה נוספת של התשתית העיונית שעליה ניצב מוסד התביעה הנגזרת, ונסתפק במילות הקדמה ספורות.

ככלל, החלטה של חברה על הגשת תביעה היא החלטה המסורה בידי האורגנים המוסמכים (בדרך כלל בידי הדירקטוריון). הליך התביעה הנגזרת מהווה חריג לכלל זה, בכך שהוא מאפשר "עקיפה" של סמכותם של האורגנים המוסמכים, וזאת באמצעות הענקת "זכות עמידה" לבעל מניה או דירקטור לתבוע בשם החברה, מקום בו האורגנים המוסמכים נמנעים מלעשות כן. הצורך להעניק זכות עמידה כמתואר, נובע מההכרה בקיומה של בעיית נציג שבעטייה עלולים האורגנים המוסמכים להימנע מהגשת תביעה, אף שהגשתה היא לטובת החברה. על פי רוב, בעיה זו תתעורר כאשר מדובר בתביעה המופנית נגד האורגנים של החברה עצמם או נגד בעל השליטה שמינה אותם, שאז הם "מוחזקים כמי שאינם יכולים לקבל החלטה 'בלתי נגועה' ביחס להפעלת כוח התביעה של החברה" (ע"א 4857/16 מנשה נ' יוויז'ן אייר בע"מ, פסקה 27 והאסמכתאות שם (24.4.2018) (להלן: עניין יוויז'ן)). מכל מקום, התביעה הנגזרת – המוגשת כאמור בשם החברה – היא תביעה שבמהותה נועדה לשרת את טובת החברה, והסעד הניתן בעקבות קבלתה נועד להעשיר את קופת החברה ולא את כיסו הפרטי של מגיש התביעה (אירית חביב-סגל דיני חברות 686 (2007) (להלן: חביב-סגל)).

21. כפי שהוסבר בפסיקה, המנגנון המקדמי בדמות הליך האישור של תביעה נגזרת, נוצר בשל הצורך לאזן בין הרצון להגן על החברה מפני סחיטה אפשרית מצד אחד מבעלי המניות. כל זאת, מתוך הכרה בכך שעצם ניהול התביעה הנגזרת טומן בחובו סיכון עבור החברה, ועל רקע החשש שמא ריבוי תביעות נגד נושאי משרה עלול להתיע דירקטורים מפני נטילת סיכונים עסקיים, ואף לפגוע בנכונותם של מועמדים פוטנציאליים לכהן כדירקטורים. לנוכח האמור, נקבע בפסיקה כי על בית המשפט להפעיל שיקול דעת מיוחד ולבצע בדיקה טרומית מעמיקה בטרם אישור תביעה נגזרת, שבמסגרתה על מבקש האישור לעמוד במספר תנאים: עליו לשכנע את בית המשפט כי קיימת עילת תביעה לחברה; כי התביעה וניהולה הם לטובת החברה ועשויים לתרום להגדלת ערכה; וכי אין הוא פועל בחוסר תום לב. לשם כך, על מבקש האישור להניח תשתית ראייתית ראשונית אשר תצביע על סיכוי לכאורי להצלחת התביעה, שאם לא כן, טובת החברה תחייב שלא לאשר את הגשת התביעה (ע"א 7735/14 ורדניקוב נ' אלוביץ, פסקה 17 והאסמכתאות שם (28.12.2016) (להלן: עניין ורדניקוב)).

22. בהינתן שהתביעה הנגזרת נועדה להיטיב עם החברה, ניתן להבין את הוראת סעיף 194(א) לחוק החברות, שכותרתו "תנאים מוקדמים להגשת תביעה", המקנה את הזכות להגיש תביעה נגזרת ל"כל בעל מניה" בחברה. הטעם לכך הוא כי בעל המניה צפוי ליהנות מעליית שווייה של החברה אם וכאשר ייפסק לטובתה פיצוי, ומכאן האינטרס הטבעי שלו לפעול להגשת התביעה ולהצלחתה (חביב-סגל, שם; יצויין כי סעיף 194(א) מקנה זכות להגיש תביעה גם לכל דירקטור בחברה, וזאת מתוך הכרה בכך שפעמים רבות, לנוכח המידע המצוי ברשות הדירקטור, הוא יודע על מעשים לא כשרים שנעשו או שעומדים להיעשות בחברה עוד בטרם ייודע הדבר לבעל המניות (צפורה כהן בעלי מניות בחברה כרך ג 389 (מהדורה שניה, 2010) (להלן: צפורה כהן)).

23. לפי הגישה המקובלת, בעל מניה המבקש להגיש תביעה נגזרת בשם החברה נדרש להחזיק במניות החברה עד תום ההליך (בכפוף למקרים חריגים). גישה זו הגיונה עמה, שהרי עצם היות התובע בעל מניות היא שעומדת בבסיס זכותו להגיש את התביעה בשם החברה מכוח סעיף 194(א) לחוק; ומשעה שהתובע מכר את מניותיו, ממילא התפוגג האינטרס שלו להיטיב עם החברה באמצעות ניהול התביעה (ראו, בין היתר, בש"א (מחוזי ת"א) 1570/07 נצבא חברה להתנחלות בע"מ נ' בן יקר, פסקה 23 (7.12.2008); תנ"ג (מרכז) 34449-04-16 אסם השקעות בע"מ נ' בן חמו, פסקאות 33-37 (21.12.2016); צפורה כהן, עמ' 486-487; יוסף גרוס חוק החברות כרך א 386 (מהדורה חמישית, 2016) (להלן: גרוס) המציין כי על התובע להחזיק במניה לפחות עד להגשת התביעה). במקרה שלפנינו, אף המערער מסכים כי על מבקש האישור להחזיק במניות

החברה לאורך כל ההליך (סעיף 9 לסיכומי התשובה מטעמו). אלא שהמחלוקת בין הצדדים נטועה בשאלה אם המערער עמד בנטל להוכיח כי הוא בעל מניות בחברה, שאלה שעליה השיב בית משפט קמא בשלילה.

24. במבט ראשון, הקורא ודאי תמה מה פשרם של חילוקי הדעות בין הצדדים בשאלה אם המערער מחזיק במניות החברה. הלוא לכאורה מדובר בסוגיה עובדתית פשוטה הניתנת להוכחה בנקל. דא עקא, שלמקרא כתבי הטענות שהגישו הצדדים בבית משפט קמא ופרוטוקול הדיון שהתקיים שם, מתקבלת תמונה מעט שונה, שלא לומר משונה. נתאר את הדברים בקצרה:

(-) אין חולק כי המערער החזיק בעבר באגרות חוב של החברה, שהומרו בהמשך למניות במסגרת הסדר נושים שבוצע בשנת 2010. אף אין חולק כי בעת הגשת הבקשה לגילוי מסמכים לבית המשפט המחוזי בחודש ינואר 2012 (תנ"ג 17030-01-12) במסגרת ההליך בעניין אינטרקולוני, כשלוש שנים לפני הגשת הבקשה לאישור תביעה נגזרת, המערער צירף אישור בדבר החזקה במניות החברה.

(-) בחלוף כשלוש שנים, במסגרת בקשת האישור, הציג עצמו המערער כמי שמחזיק מניות של החברה (סעיף 8 לבקשת האישור). אל בקשת האישור צירף המערער את אותו האישור שצירף כשלוש שנים קודם לכן במסגרת הבקשה לגילוי מסמכים. אציין כי מדובר באישור של בנק יהב מחודש ינואר 2012 (נכון ליום 29.12.2011), ממנו עולה כי המערער החזיק בשני ניירות ערך שונים של אינטרקולוני שנרכשו בחודשים פברואר ואוגוסט 2010, בשווי של כ-2,000 ₪.

(-) בתגובה לכך, המשיבות 1-2 (החברה והחברה הבת) טענו בפתח תגובתן לבקשת האישור כי יש להורות על סילוק בקשת האישור על הסף, בין היתר בשל העדר יריבות. המשיבות 1-2 טענו כי על המערער להראות שהוא בעל מניות בחברה במועד הגשת בקשת האישור, וכי עליו להחזיק במניות במשך כל הליכי התביעה הנגזרת. ואולם, לטענתן, המערער הסתפק בהצגת אישור החזקה במניות נכון לחודש ינואר 2012, ו"לא הציג ראייה כלשהי המצביעה על כך שהוא בעל מניות בחברה במועד הגשת בקשת האישור" בחודש מרץ 2015 (סעיפים 6, 11-18 לתגובת המשיבות 1-2 לבקשת האישור; ההדגשה בקו במקור – י"ע).

(-) בדומה למשיבות 1-2, גם המשיבים 6-12 טענו בתגובתם לבקשת האישור כי דין הבקשה להיות "מסולקת על אתר" מחמת העדר יריבות, בהעדר הוכחה לכך

שהמערער עומד בתנאי המקדמי של החזקה במניות החברה במועד הגשת הבקשה לאישור ושהוא עודנו מחזיק בהן (סעיפים 323-327 לתגובתם לבקשת האישור).

(-) בתשובה שהגיש המערער לתגובות המשיבים לבקשת האישור, טען המערער כי הוא "צירף לבקשה אישור על החזקה באגרות חוב, אשר הוגש במועד בו הוא פתח בהליכים לגילוי המסמכים טרם הגשת התביעה הנגזרת. [המערער] הצהיר כי הוא עדיין מחזיק באגרות חוב של החברה. על כן, הוכח כי [המערער] מחזיק באגרות חוב של החברה" (סעיף 90 לתשובתו; ההדגשות הוספו – י"ע).

(-) בחקירתו הנגדית, נשאל המערער מדוע לא הציג ראיה לכך שביום הגשת הבקשה לאישור הוא עדיין מחזיק במניות. בתשובה לכך, השיב המערער כי הוא הגיש צילום מהבנק. כשהובהר לו שמדובר באישור משנת 2012 (שהוגש בשלב גילוי המסמכים), השיב המערער כי הוא עדיין בעל מניות, אך לא הסביר מדוע לא הציג ראיה לכך (פרוטוקול מיום 9,1,2017, עמ' 12). בהמשך חקירתו, נשאל המערער אם הוא יודע להסביר את פשר הופעתם של שני סוגי ניירות ערך של אינטרקולוני שנרכשו על ידו במועדים שונים, כפי שעולה מהאישור של בנק יהב משנת 2012. המערער לא ידע להשיב על כך. עוד נשאל המערער, מדוע בתשובתו לטענות הסף שהעלו המשיבים בתגובותיהם לבקשת האישור, הוא השיב כי הוא מחזיק באגרות חוב של החברה. בתגובה לכך השיב המערער כי הוא "לא יודע מה כתוב שם", וכי הוא מחזיק במניות שהיו קודם לכן אגרות חוב (שם, עמ' 30-31). [הערה: אל עדותו של המערער בחקירתו הנגדית נשוב ביתר הרחבה להלן, במסגרת ההתייחסות לדרישת תום הלב המוטלת על מבקש האישור].

(-) בסיכומים שהגיש המערער בבית משפט קמא, הוא נמנע לחלוטין מלהתייחס לטענות שהועלו נגדו בסוגיית החזקה במניות החברה.

(-) המשיבות 1-2, לעומת זאת, שבו וטענו בפתח סיכומיהן בבית משפט קמא כי דין בקשת האישור להיות מסולקת על הסף, משום שהמערער לא עמד בנטל להראות כי הוא בעל מניות בחברה במועד הגשת בקשת האישור, וכי חזקה עליו שאם היה בידו מסמך המאשר זאת, הוא היה מציגו (סעיפים 6, 8-13 לסיכומיהן). גם המשיבים 6-12 שבו וטענו בסיכומיהם כי יש לסלק את בקשת האישור, מן הטעם שהמערער לא הראה שהוא מחזיק במניות החברה, לא השיב לטענות המשיבים בהקשר זה, ותחת זאת ציין בתשובתו לתגובות המשיבים כי הוא מחזיק באגרות חוב של החברה, ולא במניותיה (בעל אגרת חוב אינו נמנה על אלו הכשירים להגיש תביעה נגזרת לפי סעיף 194(א) לחוק).

(-) בסיכומי התשובה מטעמו, שוב בחר המערער להתעלם מטענות המשיבים בנוגע להחזקותיו במניות החברה ונמנע מלהתייחס אליהן.

25. בית משפט קמא עמד על כך שהראיה היחידה שהונחה בפניו לגבי החזקה של המערער במניות החברה היא האישור מחודש ינואר 2012 (שהוגש כאמור במסגרת בקשת המערער לגילוי מסמכים וצורך כעבור כשלוש שנים לבקשת האישור). בית המשפט ציין כי "במהלך הדיון כולו לא הוצג על ידי המבקש מסמך כלשהו שיש בו כדי להעיד על החזקת מניות החברה נכון למועד הגשת בקשת האישור ועל החזקתם לאורך כל הדיון בבקשת האישור", וכי דבר לא מנע מהמערער או בא כוחו להוכיח את הטענה באמצעות הראיה הטובה ביותר, בדמות מסמך מעודכן מטעם הבנק שבו מתנהל חשבון ניירות הערך של המערער. בית המשפט קבע כי הדבר לא נעשה לאורך כל ההליך, מבלי שסופק כל הסבר למחדל זה; וכי בהעדר התייחסות לנושא בסיכומי המערער או בסיכומי התשובה מטעמו, יש לקבוע כי אם היה בידי המערער מסמך המאשר את היותו בעל מניות – חזקה עליו כי היה מציגו. לנוכח האמור, בית המשפט קבע כי אי הצגת מסמך עדכני "מעלה בנסיבות העניין מסקנה חד משמעית לפי המבקש אינו בעל מניות בחברה", וכי די בכך כדי לדחות את בקשת האישור (פסקה 3א לפסק הדין).

26. לנוכח ההשתלשלות המתוארת, אני סבור כי קביעתו של בית המשפט המחוזי היתה קביעה מבוססת, שמא אף מתבקשת. כפי שהוסבר לעיל, במסגרת המנגנון המקדמי של הליך אישור התביעה הנגזרת, מבקש האישור נושא בנטל להוכיח כי הוא עומד בתנאים הנדרשים לצורך אישור התביעה. אחד מתנאים אלו הוא תנאי הכשירות של מבקש האישור, הנדרש להראות כי הוא בעל מניות (או דירקטור) בחברה, כנדרש לפי סעיף 194(א) לחוק. במקרה שלפנינו, לא זו בלבד שהמערער נמנע מלצרף לבקשתו אישור עדכני על היותו בעל מניות, אלא שהוא נמנע מלהציג אישור עדכני גם לאחר שהועלו נגדו טענות סף במסגרת התשובות לבקשת האישור; גם לאחר שהופנו אליו שאלות בנושא זה בחקירתו הנגדית; גם בעת שהגיש את סיכומיו; גם לאחר שהמשיבים שבו והעלו את טענת הסף במסגרת סיכומיהם; וגם בשעה שהגיש את סיכומי התשובה מטעמו. מחדל זה של המערער יש לזקוף לחובתו, כפי שנשנה בפסיקה חזור ושנה:

"כלל הנקוט בידי בתי המשפט מימים ימימה, שמעמידים בעל-דין בחזקתו, שלא ימנע מבית המשפט ראייה שהיא לטובתו, ואם נמנע מהבאת ראיה רלבנטית שהיא בהישג ידו ואין לו לכך הסבר סביר, ניתן להסיק, שאילו הובאה הראיה, הייתה פועלת נגדו. [...] וככל שהראיה יותר משמעותית, כן רשאי בית המשפט להסיק מאי-הצגתה מסקנות מכריעות יותר וקיצוניות יותר נגד מי שנמנע

מהצגתה" (ע"א 548/78 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה(1) 736,
760 (1980)).

על כלל זה העיר השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין כי "דברים אלה, שהשכל הישר תומך בהם בהתלהבות, הם בחינת פשיטא" (ע"א 2493/07 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' סמירה אבילפזוב, פסקה כ"ה (7.9.2009)), ואין לי אלא להצטרף לדבריו. כך באופן כללי, וכך ביתר שאת מקום בו מדובר בראיה בעלת חשיבות לביסוס טענותיו של בעל הדין שנמנע מהבאתה (ראו גם ע"א 8294/14 גנגינה נ' פקיד שומה פתח תקוה, פסקה 24 והאסמכתאות שם (20.3.2018)). במקרה דנן, המערער נמנע מלצרף אישור בדבר היותו בעל מניות במועד הגשת בקשת האישור; והמערער היה ער לכך שלאורך כל ההליך בבית משפט קמא, הועלו נגדו טענות סף הנטועות במישור העובדתי לגבי אי היותו בעל מניות בחברה. למרות זאת, המערער בחר, מטעמיו שלו, להתעלם מטענות אלו, מבלי שסיפק לכך כל הסבר. בנסיבות אלו, קביעתו של בית המשפט המחוזי כי יש לזקוף מחדל זה לחובת המערער, עולה בקנה אחד עם ההלכה המושרשת שהובאה לעיל, וככזו אין להתערב בה (להלכה דומה, לפיה נדרש התובע להשיב בכתב התשובה לטענת סף של התיישנות שהעלה הנתבע, שאם לא כן לא יוכל להתגונן מפניה בשלב הסיכומים, ראו ע"א 7261/97 שרבני נ' חברת האחים שבירו בע"מ, פ"ד נד(4) 464 (2000); טל חבקינ התיישנות 62 וההפניות שם (2014)).

27. כעת, בשלב הערעור, בניסיון לרפא את הפגם, המערער העלה טענה ולפיה די באישור שצירף בשעתו לבקשה לגילוי מסמכים (אישור שצורף כאמור גם לבקשה לאישור), כדי לראותו כבעל מניות הרשאי להגיש ולנהל תביעה נגזרת. זאת, שכן לגישתו יש לראות את שלב הבקשה לגילוי מסמכים "כחלק מן ההליך לכל דבר ועניין".

דין הטענה להידחות. כפי שהוסבר בעניין אינטרקולוני, סעיף 198א לחוק החברות, המאפשר לבעל דין לבקש גילוי מסמכים לצורך קבלת החלטה אם לנקוט הליך של בקשה לאישור תביעה נגזרת, הוא בגדר חריג לדין הכללי. במצב הדברים הרגיל, הליך גילוי המסמכים נעשה לאחר הגשת התובענה, ולא אך לשם גיבוש ההחלטה אם להגיש תביעה אם לאו (שם, פסקה 3 לפסק דיני). לעומת זאת, כאשר בעל דין מגיש בקשה לגילוי מסמכים כבמקרה דנן, הוא עושה כן בשעה שהתביעה הנגזרת והבקשה לאישורה טרם באו לעולם, ואין לדעת אם הן אמנם תוגשנה בהמשך הדרך. ברי כי ייתכנו מצבים שבהם לאחר שלב גילוי המסמכים, מבקש הגילוי יבחר להימנע מהגשת תביעה. במישור הדיוני, יש אפוא קושי להשקיף על הבקשה לגילוי מסמכים ועל התביעה עצמה כעל הליך אחד "לכל דבר ועניין" (ודומה כי לא בכדי הליך של בקשה לאישור מסווג על ידי

המערכת כהליך נפרד, ואינו מהווה המשך של הליך גילוי המסמכים שננקט בטרם הגשת הבקשה לאישור (במקרה דנן הליך הבקשה לגילוי מסמכים סווג בתור תנ"ג -17030-01 (12)).

ועיקרו של דבר. כפי שהוסבר לעיל, לפי סעיף 194(א) לחוק, אחד מתנאי הכשירות להגשת תביעה נגזרת הוא היותו של התובע בעל מניה (או דירקטור). הצדדים במקרה דנן אף אינם חלוקים על כך שמבקש האישור נדרש להחזיק במניות החברה לכל אורך ההליך, ועמדנו לעיל על הטעם העומד ביסוד הדברים. באספקלריה זו, נקל להבין מדוע לא ניתן להסתפק באישור בדבר החזקה במניות החברה שהוא נכון לשלב גילוי המסמכים שקדם להגשת הבקשה לאישור. שאם לא כן, עלול להיווצר מצב שבו הליך הבקשה לאישור, כמו גם התביעה הנגזרת עצמה, ינוהלו על ידי תובע שכבר מכר את מניותיו בחברה. מציאות זו עלולה לחתור תחת הרציונל העומד בבסיס התביעה הנגזרת, ולפיו האינטרס העומד לנגד עיניו של התובע הנגזר הוא לנהל את התביעה במטרה להיטיב עם החברה (ראו אצל צפורה כהן בעמ' 479-480).

אף אין יסוד להניח, כדבר המובן מאליו, כי בעל מניה במועד הגשת בקשה לגילוי מסמכים, נותר בעל מניה בשלב הגשת הבקשה לאישור ובשלב ניהול התביעה. זאת, מן הטעם הפשוט שעשוי לחלוף פרק זמן נכבד בין השלבים השונים, שבמהלכו עשוי בעל המניות למכור את מניותיו, והמקרה שלפנינו יוכיח (נזכיר כי במקרה דנן חלפו למעלה משלוש שנים ממועד הליך גילוי המסמכים ועד להגשת הבקשה לאישור, ולמעלה משלוש שנים נוספות עד למתן פסק הדין בבקשה לאישור). ודוק: הנטל להוכיח עמידה בתנאים הנדרשים לשם אישור תביעה נגזרת, מוטל על כתפי מבקש האישור. במקרה דנן, משעה שהוטח במערער לאורך ההליך כי אינו בעל מניות, היה עליו להרים נטל (בלתי כבד) זה באמצעות הצגת אישור עדכני בדבר החזקותיו במניות החברה. זאת לא עשה המערער, ובדין קבע אפוא בית המשפט המחוזי כי לא עלה בידו להוכיח תנאי זה.

28. זאת ועוד. למקרא טענות המערער, מתקבל הרושם כי הוא מבקש לאחוז בחבל משני קצותיו. כך, מחד גיסא, המערער טוען כי יש לראות בהליך גילוי המסמכים ובהליך הבקשה לאישור וניהול התביעה הנגזרת "אותו הליך" (ועל כן ניתן להסתפק באישור החזקת המניות שהציג בשלב גילוי המסמכים). מאידך גיסא, המערער טוען כי החלטתו של בית המשפט המחוזי בשלב גילוי המסמכים (שאושרה בערעור בהרכב שלושה בעניין אינטרקולוני), ובפרט קביעתו בדבר העדר עילת תביעה בנוגע לעסקת האופציה עצמה – אינה עומדת בתוקפה בשלב אישור התביעה הנגזרת, שכן כוחה יפה רק לשלב גילוי המסמכים. לכאורה, ניתן לטעון כנגד המערער כי שתי טענות אלה אינן יכולות לדור

בכפיפה אחת, שכן אם מדובר בהליך אחד לכל דבר ועניין, אזי יש לראות בקביעתו של בית המשפט המחוזי בשלב גילוי המסמכים כקביעה חלוטה גם לגבי העדרה של עילת תביעה.

לדידי, המענה לטענותיו של המערער – ביחס לשתי הטענות – הוא כי מדובר בשני הליכים נפרדים. לכן, לא ניתן להסתפק באישור החזקת המניות שצורף על ידו בשלב גילוי המסמכים; ולכן גם אין לראות בקביעתו של בית המשפט המחוזי בשלב גילוי המסמכים בדבר העדר תשתית ראייתית ראשונית לגבי עצם עסקת האופציה, כקביעה החוסמת את המבקש מלהעלות טענות נגד עסקת האופציה בשלב בקשת האישור. בהקשר זה אזכיר כי אף בית המשפט המחוזי, בהחלטתו בבקשה לגילוי מסמכים, הדגיש לעניין עסקת האופציה כי "בשלב זה", לנוכח העדר תשתית ראייתית ראשונית, יש לאפשר למשיבים הרלוונטיים ליהנות מחזקת סבירות שיקול הדעת העסקי (שם בעמ' 26, ההדגשה בקו במקור – י"ע). ללמדך, שאף בית המשפט המחוזי לא סגר את הדלת בפני המערער להעלות טענות בנושא, לכשיגיש את בקשתו לאישור תביעה נגזרת.

ואכן, בית המשפט המחוזי המשיך בקו זה בעת שדחה את בקשת האישור. בית המשפט קבע כי דין טענות המערער נגד עצם עסקת האופציה להידחות, משום ש"אין בפני בית משפט כיום ראיות נוספות על אלה שעמדו בפניו בשלב הדיון בבקשה לגילוי מסמכים", ומשום שהתברר כי הגילוי בדבר שיעור החזקותיו של גבריאל בליבר היה גילוי מלא בטרם נתקבלה ההחלטה לגבי העסקה (סעיף 33 לפסק דינו, ההדגשות הוספו – י"ע). רוצה לומר, שלא עצם הקביעה בשלב גילוי המסמכים היא שהובילה לדחיית טענות המערער נגד עצם עסקת האופציה, כי אם העדר תשתית ראייתית חדשה לביסוס הטענה, לצד קיומן של ראיות המובילות למסקנה הפוכה. אף כעת, בשלב הערעור, העדר ההידרשות לעסקת האופציה אינו נובע מהיות הקביעה בשלב גילוי המסמכים בגדר קביעה חלוטה, אלא מקביעתו של בית משפט קמא בפסק הדין כי לא הובאו ראיות להוכחת הטענה, קביעה שאיני רואה להתערב בה.

29. לחלופין, המערער ביקש כי נתיר לו להגיש כעת, בשלב הערעור, ראיות נוספות המלמדות על היותו בעל מניות בחברה. לאחר עיון בבקשה ובנימוקה, לא מצאתי כי היא מבססת עילה המצדיקה להיעתר לה.

כפי שהובהר בפסיקה פעמים אינספור, ברירת המחדל היא כי "בעלי הדין בערעור אינם זכאים להביא ראיות נוספות, בין בכתב ובין בעל פה" (תקנה 457(א) רישא לתקנות

סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984). עוד הובהר כי סמכותה של ערכאת הערעור להתיר הבאת ראיות בשלב הערעור (על פי הסיפא לתקנה זו), שמורה למקרים חריגים בלבד. בהקשר זה נקבע כי שיקול מרכזי שיש לקחת בחשבון הוא אם היתה לבעל הדין אפשרות להגיש את הראיה לערכאה הדיונית, ובהעדר נימוק משכנע שבגינו נמנע בעל הדין מלעשות כן – לא תותר הגשת הראיה לערכאת הערעור. כדוגמה אחת מני רבות, אביא מדבריה של השופטת פרוקצ'יה בע"א 7414/08 תרו תעשייה וחקיית בע"מ נ' Sun Pharmaceutical Industries Ltd (7.9.2010):

"עקרון מושרש הוא כי, ככלל, לבעל דין בערעור לא עומדת זכות להגיש בשלב הערעור ראיות נוספות על אלה שהוגשו בערכאה הדיונית, ולערכאת ערעור שיקול-דעת להתיר זאת רק במקרים חריגים ויוצאים מן הכלל (ע"א 488/83 צנעני נ' אגמון, פ"ד לח(4) 141, 147 (1984), להלן: ענין צנעני; ע"א 3766/91 זהבי נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט, פ"ד מז(3) 580, 588 (1993)). עקרון זה מעוגן בתקנה 457(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 המעגנת בתוכה הן את הכלל והן את החריג לו.

במסגרת שיקול-הדעת בענין זה, יש משקל חשוב לשאלה האם היתה לבעל הדין אפשרות מעשית להגיש את הראיות בשלב הדיוני (ענין צנעני, שם). מקום בו היתה קיימת אפשרות להגיש את הראיה בפני הערכאה הדיונית, ובעל דין לא נתן טעם משכנע לאי-הבאת הראיה במהלך המשפט, לא תותר הגשת הראיה בשלב הערעור (ע"א 8021/03 אלישע נ' אלישע, פ"ד נט(3) 337, 342-344 (2004)). רשלנות בעל-דין שבעטייה לא הובאה הראיה בערכאה הראשונה, אינה יכולה לשמש עילה להבאת ראיות בשלב מאוחר (רע"א 9524/00 הדר חברה לביטוח בע"מ נ' שלוחה, פ"ד נו(3) 831, 842 (2002)) " (שם בפסקה 35, ההדגשות הוספו – י"ע).

במקרה דנן, עיון בבקשת המערער להגשת ראיות נוספות מלמד כי היא אף אינה מתיימרת להיכנס בגדרם של החריגים שהוכרו בפסיקה. הטענות העיקריות העומדות בבסיס הבקשה הן כי המערער סבור שבית המשפט המחוזי טעה; כי "נסיונות העניין מצדיקות היעדרות לבקשה"; כי ההליך מתנהל על פני שנים רבות; וכי "הרצון להגיע לחקר האמת" מחייב להיעתר לבקשה. נימוקים אלו רחוקים מרחק רב מסוגי המקרים שהוכרו בפסיקה כמצדיקים מתן היתר להגיש ראיות נוספות בשלב הערעור. אף אין בבקשה כל הסבר מדוע לא הוגשה הראיה לבית המשפט המחוזי. בהינתן שסוגיית בעלותו של המערער במניות החברה שבה ועלתה על ידי המשיבים לאורך ההליך (ועמדנו

על הדברים לעיל), אין הצדקה שבדין שבגינה יש לאפשר למערער לבצע מקצה שיפורים בשלב הערעור.

לכאורה יכולנו לסיים הילוכנו כאן, ואיך זיל גמור. אף על פי כן, ולו כדי להפיג את חששו של המערער שמא תביעתו הנגזרת לא אושרה בשל "עניין טכני" כלשונו, אסביר להלן מדוע דין הערעור להידחות גם משום שהחלטת החברה חוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי. אף לפני כן, מילים מספר על דרישת תום הלב החלה על המבקש להגיש תביעה נגזרת.

תנאי סף לאישור תביעה נגזרת – תום לבו של התובע

30. עמדנו לעיל על הנטל המוטל על כתפי מבקש האישור מכוח סעיף 198(א) לחוק, ועל כך שאחד מתנאי הסף לאישור תביעה נגזרת הוא שהתובע אינו פועל בחוסר תום לב.

בית המשפט המחוזי העיר בפסק דינו כי אף אם היה המערער עומד בתנאי המקדמי של היותו בעל מניות בחברה, עדיין היה מקום לבחון אם הוא עומד בדרישת תום הלב. בית המשפט ציין כי התנהלותו של המערער "מעלה סימני שאלה מהותיים באשר לתום ליבו", וזאת בפרט בנוגע לניהול ההליך מצדו מתחילתו ועד סופו מבלי להציג מסמך המעיד על החזקתו במניות. למקרא פרוטוקול חקירתו הנגדית של המערער בבית משפט קמא, אף אני סבור כי מתעוררים סימני שאלה לגבי התמלאות דרישת תום הלב כמובנה בסעיף 198(א) לחוק, הגם שבהיבט מעט שונה. אביא מקצת הדברים:

(-) בתשובה לשאלה אם לקראת הדיון, המערער קרא תצהירים שהוגשו זולת תצהירו שלו, השיב המערער: "לא, לא אני סמכתי על עורכי הדין שקראו את זה"; כאשר נשאל אם קרא בעבר את התצהירים שהוגשו, השיב: "אני לא זוכר" (פרוטוקול מיום 9.1.2017, עמ' 7);

(-) כאשר נשאל המערער לגבי מחיקתם של עזרא כמשיבים לבקשת האישור, השיב כי היתה זו החלטה של עורכי הדין, ושב ואמר כי הוא סמך עליהם. כאשר נשאל אם עורכי הדין נתנו לו נימוק כלשהו מדוע למחוק את עזרא כמשיבים, השיב: "אני לא זוכר" (שם, עמ' 8-10);

(-) כאשר נשאל המערער אם הוא יודע שהתביעה הנגזרת שהוא מבקש להגיש היא בשם החברה הנכדה, השיב המערער כי "[...] אני קניתי חברת אינטרקולוני כלומר

הייתי ונגדם אני מגיש. איך זה חברת בת, חברה נכדה, מה מעמדה אני סומך כאן על עורכי הדין" (שס, עמ' 11);

(-) כאשר נשאל המערער אם הוא יודע שעזרא מחזיקים ב-50% ממניות החברה הנכדה, השיב "אני לא זוכר"; וכאשר נשאל אם הוא יודע שעזרא היו מעורבים בעסקת האופציה, במשא ומתן ובקבלת ההחלטות, השיב: "אני לא זוכר" (שס); כאשר נשאל אם הוא מאמין שעזרא פעלו מתוך שיקולים זרים, השיב: "אני סומך כאן במאה אחוז על עורכי הדין" (שס, עמ' 13).

(-) כאשר נשאל המערער אם ידע על כך שחלק ממניותיה של החברה האם מוחזקות על ידי צד שלישי, השיב: "אני סומך כאן על עורכי הדין" (שס, עמ' 14).

(-) כאשר נשאל המערער אם לאחר גילוי המסמכים מטעם החברות, גילה מידע חדש שלא היה ידוע לו קודם לכן, חזר והשיב: "אני לא זוכר" (שס, עמ' 15-16).

(-) כאשר נשאל המערער אם הוא מודע לכך שהוא פנה לחברה בטרם הגשת הבקשה לאישור וביקש מהחברה שתגיש תביעה – השיב המערער בשלילה; כאשר נשאל אם ידע שהחברה השיבה לפנייתו, מסרה שהיא תדון בכך, והעבירה את הנושא לבדיקה של עורכי דין חיצוניים – השיב המערער כי לא ידע על כך, וכי "אני הגשתי תביעה ואני שריר, שריר וקיים... אני עומד מאחורי התביעה הזאת". כן חזר על כך שהוא סומך על עורכי הדין (שס, עמ' 19-20);

(-) כאשר נשאל המערער אם עורכי דינו סיפרו לו שהם הגיעו לסיכום עם עזרא לגבי מחיקתם כמשיבים, השיב המערער בשלילה, ואישר כי כלל לא קרא את הבקשה שהוגשה למחיקתם (שס, עמ' 21, 24);

(-) בתשובה לשאלה אם קרא את כתב התשובה שהוגש מטעמו במענה לתגובות המשיבים לבקשת האישור – השיב המערער בשלילה; כאשר נשאל לגבי טענה עובדתית שנכללה בכתב התשובה (שלא נתמך בתצהיר), השיב המערער כי הוא סומך על עורכי דינו (שס, עמ' 22);

(-) כאשר נשאל המערער אם הוא יודע אלו אורגנים אישרו את הסכם האופציה, השיב כי הוא סומך על עורכי הדין. המערער אישר כי עורכי דין מעולם לא סקרו בפניו מיהם האורגנים שהחליטו על העסקה (שס, עמ' 23-24);

(-) כאשר נשאל המערער אם הגיש חוות דעת מטעמו בתיק, השיב כי אינו יודע (שם, עמ' 25);

(-) כאמור, המערער לא צירף תצהיר לתשובתו לתגובות המשיבים לבקשת האישור. כאשר נשאל אם יחזור בו מטענותיו בכתב התשובה, אם ייווכח שמופיעות בו טענות שגויות, השיב המערער כי לא יחזור בו (שם, עמ' 29);

(-) המערער נשאל מהן הטענות שלו כלפי הדירקטורים, בעקבות החומרים שהועברו לידיה לאחר שהתקבלה בקשתו לגילוי מסמכים. תשובתו לכך היתה שאחרי שהוגשו המסמכים, עורכי הדין היו "משוכנעים במאה אחוז" (שם, עמ' 33).

(-) המערער נשאל אם עורכי דינו הסבירו לו שבהחלטת בית המשפט המחוזי בבקשה לגילוי מסמכים, נקבע שאין עילת תביעה לגבי עצם עסקת האופציה, אלא רק לגבי סיחור האופציה. גם על כך השיב המערער כי הוא סומך על עורכי הדין (שם, עמ' 35).

31. ברע"א 3698/11 שלמה תחבורה (2007) בע"מ נ' ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע"מ, עמד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין על כך שבעת בחינת כשירותו של תובע ייצוגי לשמש כנציגם של חברי הקבוצה, יש ליתן משקל ל"מידת הידע וההיכרות שלו עם פרטי המקרה בגינו מוגשת התביעה" וכי "נדרשת ממנו רמה מסוימת של ידע שהוא נפרד מן המידע שסופק לו על ידי עורך הדין" (שם בפסקה ל"ו(1)), בהביאו מהדין בארצות הברית (חלק מההדגשות הוספו – י"ע). לטעמי, כוחו של כלל זה יפה, שמא אף ביתר שאת, לגבי בעל מניות המבקש להגיש תביעה נגזרת בשם החברה; ויש לראות כלל זה כחלק מן הדרישה המעוגנת בסעיף 198(א) לחוק החברות, המתנה את אישור התביעה הנגזרת בכך שהתובע אינו פועל בחוסר תום לב.

מכשיר התביעה הנגזרת לא נולד על מנת לאפשר לעורכי דין "לצוד" בעל מניות, שאינו יודע דבר וחצי דבר על המתרחש בחברה, ולהשתמש בו ככסות לצורך ניהול תביעה נגזרת. בעל המניה אינו קליפה חיצונית ועורכי הדין אינם בשר הפרי הזקוק להגנת הקליפה. נהפוך הוא. עורכי הדין הם שתפקידם להגן על האינטרס של בעל המניות-לקוחם, והם אלו החבים כלפיו חובת נאמנות (סעיף 2 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986). אכן –

"יש גם לקבוע מנגנוני הגנה כדי למנוע שימוש לרעה במכשיר התביעה הנגזרת על ידי הגשת תביעות סרק שמטרתן לזכות את עורך הדין שמגיש את התביעה בשכר טרחה נכבד עקב נכונות החברה להגיע לפשרה כדי להימנע מהעלויות הכרוכות בהליך (nuisance value). מחקרים אמפיריים שנעשו בארצות הברית הראו כי נעשה שימוש רב במכשיר של התביעה הנגזרת כדי להעניק שכר טרחה לעורכי הדין שייצגו את מגישי התביעה. מרבית התביעות מסתיימות בפשרה, שהמרוויחים העיקריים בהם עורכי הדין, ורק חלק קטן מהתביעות שמסתיימות בפסק דין נפסק לטובת התובעים. ממצאים אלה מצביעים על שימוש לרעה בהליך של התביעה הנגזרת לשם העשרתם של עורכי הדין שעוסקים בהגשת התביעה. תופעה זו מוצאת ביטוי גם בדבריו של בית המשפט לערעורים בארצות הברית, שלפיהם: 'The real incentive to bring derivative actions is usually not the hope of return to the corporation but the hope of handsome fees to be recovered by plaintiffs' counsel" (ציפורה כהן בעמ' 464-465, וראו ההפניות בה"ש 94).

כאשר תובע נגזר מתקשה לתאר את התשתית העובדתית העומדת בבסיס תביעתו, ואינו יודע להשיב מאומה לגבי טיב ההליך וההתפתחויות שחלו במהלכו; כאשר מתקבל הרושם כי ההחלטות בהליך מתקבלות על ידי עורכי הדין מעל ראשו של התובע; כאשר התובע כלל אינו מודע למסמכים שהוגשו בשמו; כאשר מרבית תשובותיו של התובע מסתכמות באמירה כי הוא אינו זוכר או כי הוא סומך על עורכי דינו – או אז, עשוי להתעורר החשש שמא התביעה לא הוגשה על ידי בעל מניות המבקש להיטיב עם החברה ולהעשיר את קופתה, אלא על ידי עורכי דין המבקשים להעשיר את כיסם.

יודגש, כי אין בדברים אלו כדי להטיל דופי במערער או בכאי כוחו במקרה דנן. בית משפט קמא לא קבע ממצא בדבר חוסר תום לב, ואף אנו לא נעשה כן כעת בשלב הערעור (ואף לא נעלמו מעיניי דבריו של בא כוח המערער בבית משפט קמא לגבי מצבו הרפואי של המערער, הגם שלא נטען דבר לגבי קשיי זיכרון מהם הוא סובל). החשוב לענייננו, שדומה כי יש בסיס להערת בית המשפט המחוזי, שראה לנכון להדגיש כי אלמלא היה דוחה את התביעה על הסף בגין סוגיית ההחזקה במניות החברה, היה עליו להידרש בקפדנות לשאלה אם צלח המערער את משוכת תום הלב, המהווה כאמור תנאי סטטוטורי לאישור התביעה הנגזרת.

32. על רקע כל האמור לעיל, איני סבור כי יש מקום להתערב בתוצאת פסק דינו של בית המשפט המחוזי, ועל כן דין הערעור להידחות. כפי שציינתי, אתייחס להלן, למעלה

מן הצורך, גם לאמרות האגב של בית משפט קמא בנוגע לבקשת האישור לגופה, ואסביר מדוע, לטעמי, החלטת החברה שלא להיענות לדרישת המערער להגיש תביעה, חוסה כולה תחת כלל שיקול הדעת העסקי.

כלל שיקול הדעת העסקי לגבי החלטת החברה שלא להגיש תביעה

33. פסק הדין שניתן בעניין ורדניקוב כלל סקירה רחבה של סטנדרט הביקורת על החלטות עסקיות של החברה, ולא זה המקום לשוב על הדברים. בתמצית, נקבע כי כלל שיקול הדעת העסקי מהווה חלק בלתי נפרד מדיני החברות בישראל. כפי שהוסבר, כלל זה יוצר "חזקת תקינות" לטובת מקבלי החלטות בחברה, וככלל, תובע המבקש להתגבר על חזקה זו, יוכל לעשות כן אם יעלה בידו להצביע על לפחות אחד מבין שלושה פגמים: האחד – כי ההחלטה הנתקפת התקבלה בחוסר תום לב סובייקטיבי; השני – כי ההחלטה התקבלה מתוך ניגוד עניינים; והשלישי – כי ההחלטה התקבלה באופן בלתי מיועד (קרי מבלי שעמדו לנגד עיני מקבלי החלטות הנסיבות והעובדות המרכזיות הנוגעות לעניין). ככל שלא יעלה בידי התובע לעשות כן, נושאי המשרה יוסיפו ליהנות מהחזקה כי ההחלטה שקיבלו היתה סבירה, והתביעה נגדם "תיחסם".

עוד הובהר בפסק הדין, כי בבוא בית המשפט לבחון אם עלה בידי התובע לסתור את חזקת התקינות, בית המשפט אינו נדרש לתוכן ההחלטה לגופה, אלא עליו לבחון את הליך קבלת ההחלטה בחברה. בהקשר זה הוסבר כי "בכך טמון כוחו של כלל שיקול הדעת העסקי, המקנה לנושאי המשרה הגנה מפני ביקורת מהותית על סבירות החלטותיהם העסקיות, כל עוד הליך קבלתן היה תקין. ההידרשות לתוכן ההחלטה תיעשה אפוא, אם בכלל, רק לאחר שעלה בידי התובע לסתור את חזקת התקינות" (ראו בהרחבה שם בפסקאות 68-75).

34. נדבך נוסף של כלל שיקול הדעת העסקי, אנו מוצאים בפסק הדין בעניין יווי'ן. בפסק הדין הסביר השופט דנציגר, בעקבות הדין בארצות הברית, כי החלטה של החברה אם להפעיל או לא להפעיל את כוח התביעה הנתון בידיה, מהווה גם היא "החלטה עסקית ככל החלטה עסקית אחרת". כך, בבוא הדירקטוריון לקבל החלטה שכזו, פעמים רבות עליו לשקול שיקולים עסקיים שונים, ביניהם: הכדאיות הכלכלית בניהול תביעה; העלות הכרוכה בכך (הן עלות כספית ישירה, הן עלות בהיבט של כוח אדם ומשאבי החברה); השלכות של התביעה על קשרים עסקיים או אחרים של החברה; פגיעה אפשרית במוניטין של החברה; וחשש לזליגת מידע סודי של החברה.

מבחינת הרציונאלים המצדיקים את קיומו של כלל שיקול הדעת העסקי, בפסק הדין בעניין יוויז'ן נקבע אפוא כי יש להחיל כלל זה גם על החלטה שעניינה הפעלת כוח התביעה של החברה. עם זאת, השופט דנציגר הבחין בין שני סוגי מקרים: האחד – כאשר בעל מניה פונה לחברה בדרישה להגיש תביעה נגד נושאי המשרה של החברה או נגד בעל השליטה. או-אז, החלטה של הדירקטוריון שלא להגיש תביעה תהא על פי רוב נגועה מראש בניגוד עניינים, שכן מדובר במצב שבו נושאי המשרה נדרשים להחליט אם להגיש תביעה נגד עצמם או מקורביהם (ואז ככלל לא תהא תחולה לכלל שיקול הדעת העסקי); והשני – כאשר בעל מניה פונה לחברה בדרישה להגיש תביעה נגד צד שלישי, שאז אין סיבה להניח מראש כי החלטת הדירקטוריון להימנע מהפעלת כוח התביעה של החברה נגועה בכשל או בבעיית נציג.

השופט דנציגר הוסיף כי בהינתן שתביעה נגזרת נועדה מלכתחילה להתמודד עם בעיית נציג של נושאי משרה הנדרשים להחליט על הגשת תביעה נגד עצמם; בשילוב העובדה שאישור להגיש תביעה נגזרת מהווה חריג לעקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה ולעקרון אי ההתערבות – אזי המסקנה היא כי אישור תביעה נגזרת נגד צד שלישי צריך להיות "חריג שבחריג". עוד צוין, כי מקום שבו הדירקטורים קיבלו החלטה מיודעת – קרי, לאחר היוועצות עם היועצים המשפטיים של החברה או עם עורכי דין המומחים בתחום – אזי אין לבתי המשפט עדיפות על פניהם, ובמרבית המקרים כלל שיקול הדעת העסקי יעמוד בתוקפו (שם, פסקאות 33-38).

35. דומה כי מקרה מן הסוג שלפנינו, שבו הדרישה מן החברה היא להגיש תביעה נגד נושאי משרה לשעבר, מהווה מעין קטגוריית ביניים הנמצאת בתווך בין שני סוגי המקרים שתוארו בעניין יוויז'ן. מחד גיסא, החלטה של חברה אם להגיש תביעה נגד נושאי משרה לשעבר, אינה בהכרח שקולה להחלטה אם להגיש תביעה נגד צד שלישי שמעולם לא היה חלק מן החברה. זאת, שכן ייתכנו מצבים שבהם תקיים זיקה בין חברי הדירקטוריון החדשים לבין קודמיהם, בפרט במקרים שבהם בעל השליטה לא התחלף. או-אז תיטה המטוטלת אל עבר שלילת תוקפו של כלל שיקול הדעת העסקי, מחמת "נגיעה" אפשרית של נושאי המשרה המכהנים, והחשש שמא נפגעה יכולתם לקבל החלטה שהיא נקייה משיקולים זולת טובתה של החברה. מאידך גיסא, כאשר הדירקטוריון המכהן נטול זיקות לדירקטוריון הישן ואין חשש לניגוד עניינים או להשפעה חיצונית על שיקול דעתו, אזי כוח הכבידה של כלל שיקול הדעת העסקי צפוי לגבור, והחלטת הדירקטוריון אם להגיש תביעה או להימנע מכך – תהא חסינה מהתערבות שיפוטית.

במקרה שלפנינו, בית המשפט המחוזי עמד על כך שבמועד שבו שלח המערער לחברה את מכתב הדרישה להגיש תביעה, בחודש דצמבר 2014, כבר התחלפו כל בעלי השליטה והדירקטורים בחברה (למעט דירקטור חיצוני אחד – המשיב 9). בנוסף, בית המשפט קבע באופן פוזיטיבי כי אין כל זיקה בין חברי הדירקטוריון הנוכחי והקודם; כי לדירקטוריון החדש אין כל זיקה למסכת העובדות שאליה התייחסה בקשת האישור; וכי אף לא נטען כנגד הדירקטורים החדשים כי היו בעלי עניין אישי או כי פעלו בחוסר תום לב. בנסיבות אלו, כבית משפט קמא, אף אני סבור כי מדובר במקרה הדומה במהותו לסוג המקרים השני שתואר על ידי השופט דנציגר בעניין יוויזן, שבו אין סיבה להניח מראש כי החלטת החברה נגועה בכשל או בבעיית נציג, וכי אין כל מניעה א-פריורית להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי. זוהי אפוא נקודת המוצא לצורך הדיון שלפנינו. פירוש הדבר, שהנטל לסתור את תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי לגבי החלטת החברה להימנע מלהגיש תביעה – רובץ על כתפי המערער.

(וראו עוד לעניין זה אצל אסף חמדני ורות רונן "מי שולט בתביעה הנגזרת" 190 יורם דנציגר 211 (לימור זר גוטמן ועידו באום עורכים, 2019). המחברים עומדים על קיומו של חשש ל"הטיה מבנית" במקרים שבהם הדירקטוריון נדרש להחליט על הגשת תביעה נגד עמיתיו או נגד בעל השליטה. לעומת זאת, לגישתם, כאשר מדובר בהחלטה של מוסדות החברה אם להגיש תביעה נגד נושאי משרה לשעבר או נגד נושאי משרה שאינם דירקטורים בחברה, אזי ככלל יש להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי (שם, עמ' 229, 233, 234). בנוסף, כאשר בעל השליטה התחלף ואין חשש לקיומן של הבנות או לתיאום מוקדם בינו לבין בעל השליטה הקודם, אזי החלטה אם להגיש תביעה נגד בעל השליטה הקודם תחסה גם היא תחת כלל שיקול הדעת העסקי (שם, עמ' 244).

יצויין כי המחברים מתייחסים גם למצבים שבהם החברה הסמיכה "ועדה מיוחדת" (ועדה בלתי תלויה) לצורך דיון בשאלה אם להגיש תביעה. לגישתם, שימוש בוועדה מיוחדת (כגון לצורך קיום הליך בחינה מעמיק ומקצועי), יכול לסייע לחברה לעמוד בתנאים לצורך החלת כלל שיקול הדעת העסקי. עם זאת, כאשר קיים חשש ל"הטיה מבנית" או עניין אישי, אזי בדרך כלל אין בהסמכת ועדה מיוחדת כשלעצמה כדי לרפא את החשש, ולכן לא תהיה תחולה לכלל שיקול הדעת העסקי. כשלעצמי אעיר כי ככלל, הפרקטיקה של הקמת ועדה בלתי תלויה היא פרקטיקה רצויה, ואף אני סבור כי במקרים המתאימים היא עשויה לשאת משקל לצורך הכרעה בשאלת תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי. ייתכן שטוב היתה עושה החברה אילו מינתה ועדה חיצונית לבחינת השאלה אם להגיש תביעה, חלף הסתפקות בקבלת חוות דעת. עם זאת, בהינתן שמדובר בדיון שנערך למעלה מן הצורך, איני רואה להידרש לשאלה אם, ובאלו מצבים, מינוי

ועדה חיצונית עשוי להוות תנאי לתחולת שיקול הדעת העסקי. סוגיה זו חורגת מגבולות הדיון בערעור שלפנינו, ולפיכך איני רואה להרחיב לגביה ונותיר את הדברים לעת מצוא.

36. בית המשפט המחוזי עמד על כך שבטרם קבלת ההחלטה, הדירקטוריון החדש פנה לקבל ייעוץ משפטי מאת מומחה בתחום, קיבל לידי חוות דעת סדורה ומפורטת, וכן קיים דיון בעניין, שבסופו החליט לאמץ את חוות דעתו של המומחה ולהימנע מהגשת תביעה. עם זאת, בית המשפט הבחין בין החלטת החברה שלא לתבוע את הדירקטורים הקודמים (המשיבים 6-12), לבין החלטת החברה שלא לתבוע את המנכ"ל גבריאלי. בכל הנוגע לאי הגשת תביעה נגד הדירקטורים, בית המשפט קבע כי הדירקטוריון החדש קיבל החלטה מיועצת כאשר כל המידע הרלוונטי עמד לנגד עיניו, וכי הוא התייחס לנתונים הרלוונטיים ולסיכויי התביעה וקיים דיון יסודי בעניין. לפיכך, נקבע כי החלטת החברה שלא להגיש תביעה נגד הדירקטורים הקודמים חוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי. לעומת זאת, בית המשפט העביר "עפרון כחול" על גבי החלטת החברה שלא להגיש תביעה, וחילק בין התייחסותה לדירקטורים להתייחסותה למנכ"ל גבריאלי. בית המשפט סבר כי טענות ההגנה שפורטו בחוות הדעת המשפטית החיצונית, התייחסו בעיקר לדרך קבלת ההחלטות על ידי הדירקטורים ולא להתנהלותו של גבריאלי בשלבים שלאחר אישור העסקה; וכי כתבי הפטור, השיפוי והביטוח החלים על הדירקטורים אינם חלים על גבריאלי. בית המשפט קבע אפוא כי ההחלטה של הדירקטוריון להימנע מהגשת תביעה היתה גורפת, וככל שהיא מתייחסת לאפשרות הגשת התביעה נגד המנכ"ל – כלל שיקול הדעת העסקי אינו חל.

על רקע זה, בית המשפט פנה לבחון את סבירות ההחלטה להימנע מהגשת תביעה נגד גבריאלי. בית המשפט הבהיר כי לנוכח התוצאה הסופית של פסק דינו – דחיית הבקשה לאישור בגין אי החזקה במניות החברה – אין הוא רואה צורך להידרש לתשתית הראייתית באופן מפורט. עם זאת, בית המשפט הגיע למסקנה כי התנהלות גבריאלי לאחר אישור עסקת האופציה (להבדיל מהתנהלותו לגבי עסקת האופציה עצמה), מצביעה לכאורה על הפרת חובת אמון מצדו. בתמצית, בית המשפט הסיק כי קיימת תשתית ראייתית לכך שגבריאלי לא נתן גילוי מלא מראש לדירקטוריון בנוגע לשינוי האסטרטגיה של העסקה (סיחור האופציה במקום ארגון קבוצת רכישה), וכי התוספת להסכם האופציה כללה שינוי מהותי ולא אושרה כנדרש. בית המשפט הסיק אפוא שהונחה תשתית ראייתית לטענה כי קמה לחברה עילת תביעה נגד גבריאלי, לפחות בגין התשלום ששולם לליבר עבור סיחור האופציה, וכי הגשת התביעה היא לטובת החברה. עם זאת, כפי שהוסבר, כל הדיון האמור נערך על ידי בית משפט קמא למעלה מן הצורך, לנוכח קביעתו כי דין בקשת האישור להידחות.

37. אציין כי בסיכומי התשובה מטעמו, המערער הבהיר כי לגישתו אין להבחין כלל בין הדירקטורים הקודמים לבין גבריאלי, באשר לטענתו, החלטת החברה במלואה אינה חוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי. אלא שבעקבות הדיון בערעור שהתקיים לפנינו, דומה כי אף המערער מסכים כי אין מקום להתערב במסקנתו של בית משפט קמא, ככל שזו נוגעת להחלטת החברה שלא להגיש תביעה נגד הדירקטורים הקודמים. כך, בתום הדיון בערעור, ניתנה לצדדים שהות להודיע עמדתם לגבי הסדר שהוצע במהלך הדיון. בהמשך לכך, המערער הגיש את "עמדתו בקשר להמשך ההליך", בה הבהיר כי הוא מסכים למשוך את טענותיו נגד המשיבים 6-12 (בכפוף לאי חיובו בהוצאות לטובתם בגין הערעור). לעומת זאת, המערער בחר לעמוד על טענותיו נגד גבריאלי וליבר.

אף שהודעת המערער פירושה דחיית ההצעה שהועלתה במהלך הדיון בערעור (ראו החלטתי מיום 27.5.2020), טוב עשה המערער בכך שמצא לנכון למשוך את טענותיו נגד הדירקטורים הקודמים. מבלי להידרש לסוגיה לגופה, די שאציין את קביעתו העובדתית הברורה של בית משפט קמא כי כתבי הפטור שניתנו לדירקטורים על ידי החברה לא הוצאו בדיעבד וכי הם עומדים בתוקפם (לדירקטורים ניתנו גם כתבי שיפוי). לנוכח האמור, בית המשפט קבע כי גם מן הטעם הזה דין הבקשה לאישור תביעה נגזרת נגד הדירקטורים להידחות, שכן הגשת התביעה אינה לטובת החברה וככזו אינה עונה על תנאי סעיף 198(א) לחוק. בקביעה זו אין מקום להתערב (על כך שככלל, הגשת תביעה נגד נושאי משרה בעילה שבגינה רשאים האחרונים לדרוש שיפוי מן החברה, מובילה לכך ששכרה של החברה מהגשת התביעה יוצא בהפסדה – ראו אצל גרוס בעמ' 380; להתייחסות נוספת בנוגע לכדאיות ניהול התביעה על רקע קיומם של כתבי פטור לנושאי המשרה, ראו גם רע"א 5296/13 אנטורג נ' שטבינסקי, פסקה 18 (24.12.2013)).

מכל מקום, כפי שתואר, בית משפט קמא מצא כי החלטת החברה שלא להגיש תביעה נגד הדירקטורים חוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי. זאת, כאמור, לאחר שהשתכנע כי חברי הדירקטוריון החדש לא היו בעלי נגיעה כלשהי, פעלו בתום לב, וקיבלו החלטה מיועצת שהתבססה על חוות דעת מקצועית חיצונית. מסקנה זו של בית משפט קמא מנומקת ומבוססת, ואף בה אין כל עילה להתערב. כפי שאסביר להלן, לטעמי מסקנה זו יפה גם לגבי החלטת החברה שלא להגיש תביעה נגד המנכ"ל גבריאלי.

38. המערער השליך עיקר יהבו בערעור שלפנינו על אמודת האגב של בית משפט קמא, ולפיה החלטת החברה שלא להגיש תביעה נגד המנכ"ל גבריאלי לא היתה מיועצת. לטעמי, עיון מדוקדק בחוות הדעת המשפטית החיצונית שנערכה עבור החברה,

בפרוטוקול הדיון בישיבת הדירקטוריון שהתקיימה בעקבות חוות הדעת, ובפרוטוקול הדיון בבית משפט קמא, מוביל למסקנה כי החלטת החברה שלא להגיש תביעה – על כל חלקיה – היתה החלטה מיודעת, וכי אין מקום להבחין לעניין זה בין ההחלטה שלא להגיש תביעה נגד הדירקטורים הקודמים, לבין ההחלטה שלא להגיש תביעה נגד המנכ"ל. מאחר שהדברים הם למעלה מן הצורך, אסביר בקצרה.

39. ראשית, חשוב להבהיר כי במשבצת הדיונית שבה אנו נמצאים, איננו נדרשים להכריע אם אמנם קיימת תשתית ראייתית המצדיקה הגשת תביעה נגד גבריא"ל. השאלה הטעונה בירור היא אם החלטת הדירקטוריון להימנע מהגשת תביעה, התקבלה כיאות. ככל שתשובה על כך חיובית, אזי ההחלטה חוסה תחת הגנת כלל שיקול הדעת העסקי, ובית המשפט לא יתערב בה. כפי שהוסבר, בכך טמון כוחו של כלל שיקול הדעת העסקי, המקנה לנושאי המשרה הגנה מפני ביקורת מהותית על סבירות החלטותיהם העסקיות, כל עוד הליך קבלתן היה תקין. לפיכך, אל לו לבית המשפט לשים עצמו בנעלי הדירקטוריון, ואל לו לשאול עצמו אם היה מחליט אחרת מכפי שהחליט הדירקטוריון. על הבירור להתמקד בשאלה אם אופן קבלת ההחלטה וההליך שקדם לה היו נאותים, ואם לא מתקיים מצב השולל את תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי.

40. במקרה דנן, נקבע כי החלטת הדירקטוריון התקבלה בתום לב וללא ניגוד עניינים. עם זאת, בית המשפט סבר כאמור כי ההחלטה שלא להגיש תביעה נגד המנכ"ל (להבדיל מההחלטה לגבי הדירקטורים הקודמים), היתה לא מיודעת. לטעמי, ההפרדה בדיעבד בין חלקי ההחלטה באמצעות העברת "עפרון כחול", היא במידה מסוימת הפרדה מלאכותית ומאולצת, שכן ההחלטה וחוות הדעת המשפטית שעמדה בבסיסה – התייחסו בבירור הן לדירקטורים והן למנכ"ל.

נזכיר כי לצורך קבלת החלטה אם להגיש תביעה בשם החברה, הדירקטוריון החדש החליט להיוועץ בעורכי דין חיצוניים בעלי מומחיות בתחום, ולשם כך פנה למשרד עורכי הדין ליפא מאיר ושות'. כפי שהובהר בפסק דינו של בית משפט קמא, מדובר בעורכי דין הבקיאיים במאטריה, שלא היה להם כל קשר עם בעלי השליטה והדירקטורים הקודמים. באשר לחוות הדעת שהוגשה, בית המשפט המחוזי תיאר אותה כחוות דעת מקיפה ויסודית, ואין לי אלא להסכים עם הדברים. חוות הדעת אוהזת 23 עמודים, והיא כוללת, בין היתר, תיאור מסודר של התשתית העובדתית; הצגת השאלות הטעונות בירור; תיאור הדין הרלוונטי, לרבות חובת האמונים וחובת הזהירות החלה על

נושאי משרה, אופן אישור פעולות הטעונות אישור מיוחד, וסוגיית הפטור והשיפוי לנושאי המשרה; ויישום הדברים על הנסיבות הפרטניות של המקרה.

41. לגופם של דברים, חוות הדעת פירטה שלוש סוגיות העולות ממכתב הדרישה ששלח המערער לחברה, הטעונות דיון: ההתקשרות בתוספת להסכם האופציה; הארכת תקופת האופציה; והמרת הזכאות של החברה, כך שחלף 20% מרווחי הפרויקט היא תהיה זכאית לתשלום קבוע בסך 10.1 מיליון ₪. כאן המקום לציין כי למקרא חוות הדעת, ניכר כי כותביה לא חסכו בתיאור המורכבות הניבטת משלוש הסוגיות האמורות. אף בית משפט קמא עמד על כך, בציינו כי חוות הדעת "הצביעה באופן אובייקטיבי על האפשרויות השונות בהן ניתן לראות את דרך התנהלות המשיבים בעניין העסקה כולה, מבלי לחסוך בביקורת". נעמוד על הדברים בקצרה:

42. התוספת להסכם האופציה: כזכור, בתוספת להסכם האופציה נקבע כי אם ליבר תסחר את האופציה (ולא תממש את האופציה ותבנה את הפרויקט בעצמה), זכותה של החברה ל-20% תיגזר מרווחי ליבר כתוצאה מסיחור האופציה. הטענה שהופנתה לחברה בהקשר זה הייתה כי התוספת לא אושרה כנדרש. לעניין זה הוסבר כי מחד גיסא, ניתן לטעון כי מדובר בשינוי מהותי שהיה טעון אישור ועדת הביקורת והדירקטוריון. מאידך גיסא, ניתן לראות את התוספת להסכם האופציה בתור יישום החלטות ועדת הביקורת והדירקטוריון. לעניין זה אציין כי בהחלטות ועדת הביקורת והדירקטוריון מיום 13.7.2010, אמנם נקבע כי שינויים מהותיים במתווה העסקה יובאו לידיעת הדירקטורים, אך בד בבד הנהלת החברה ויועציה הוסמכו "לטפל בניסוח סעיף השתתפות ברווחים במתכונת הרחבה ביותר". ואכן, המשיבים טענו כי התוספת נועדה אך ורק להיטיב עם החברה, בכך שהבהירה כי יהא אפיק הפעולה של ליבר אשר יהא, החברה תהיה זכאית ל-20% מרווחיה של ליבר, בין אם ליבר תממש את האופציה ותבצע את הפרויקט בעצמה, ובין אם תסחר את האופציה לצד שלישי.

זאת ועוד. כזכור, בהמשך בוטל הסעיף בהסכם האופציה המקנה לחברה זכאות ל-20% מרווחי הפרויקט, ורכיב זה הומר בסכום קבוע בסך 10.15 מיליון ₪. סכום זה היה אקוויולנטי ל-20% מהרווחים המשוערים שעתיד היה הפרויקט להניב. התשלום האמור אף גילם יתרונות עבור החברה, בהיותו סכום ודאי שישולם באופן מיידי, חלף סכום משוער שעתיד להיות משולם על פני שנים. גם מן הטעם הזה, הוסבר בחוות הדעת כי אף אם נפל פגם באופן אישור התוספת להסכם האופציה, ספק אם יש בכך כדי להצמיח לחברה עילת תביעה.

43. הארכת תקופת האופציה: לפי הסכם האופציה, זו ניתנה לתקופה של שלושה חודשים תמורת 7 מיליון ₪, עם אפשרות הארכה בשלושה חודשים נוספים תמורת תשלום נוסף בסך 3 מיליון ₪. בהמשך, האופציה הוארכה לתקופה נוספת של עד חודשיים (החלטות הדירקטוריון וועדת הביקורת מיום 20.1.2011. אציין כי בפועל האופציה הוארכה ב-42 יום). בהחלטות אלה נאמר כי ההארכה לא תפגע בחברה בהשוואה לתנאי ההסכם המקורי, וכי ליבר תידרש לשלם ריבית שנתית בשיעור של 2% עבור דחיית תשלום בסך 148 מיליון ₪ בנוסף להפרשי הצמדה. הטענה שהופנתה לחברה בעניין זה היתה כי תקופת האופציה הוארכה מבלי שהחברה דרשה לקבל תמורה ממשית עבור ההארכה, וכי היה על החברה להביא לפקיעת האופציה שניתנה לליבר.

בעניין זה הוסבר בחוות הדעת כי מחד גיסא, ניתן לראות בכך אי עמידה מצד נושאי המשרה על האינטרס של החברה לקבל תמורה ממשית עבור הארכת האופציה, וכי היה על החברה לבחון אפשרות להעמיד את הנכס למכירה בשוק החופשי עם תום תקופת האופציה. מאידך גיסא, ההנחה לפיה החברה יכלה להפיק תמורה גבוהה יותר כתוצאה ממכירת המקרקעין, לוקה בספקולטיביות, מתעלמת ממצבם התכנוני של המקרקעין שלא היה חלוט באותו מועד, ומתעלמת מתפקיד המפתח שמילא גבריאל במימוש האופציה על ידי אביב. בנוסף, לפי הסכם האופציה, תשלומים עבור הארכת תקופת האופציה כלל לא עמדו בפני עצמם אלא היוו חלק מתמורת המכר (ככל שהאופציה תמומש). לכן, אילו הייתה החברה דורשת לקבל תמורה נוספת ונפרדת בגין ההארכה האחרונה של תקופת האופציה ודורשת כי זו תתווסף לתמורת המכר, הדבר עשוי היה להיחשב שינוי מהותי של מבנה עסקת האופציה ועמידה על זכות בחוסר תום לב. ואנו נוסף, כי לא כל אי עמידה על זכות חוזית בחיי המסחר תיחשב כמחדל של מנהלים בחברה, ובית המשפט לא אמור לעודד עמידה דווקנית על קוצם של מועדים שנקבעו בחוזה.

באשר לגבריאל, הוסבר כי טענות בדבר ניצול הזדמנות עסקית מצדו הן חלשות, בשים לב לכך שעד לאותו מועד גבריאל השקיע רבות בקידום העסקה; השיג התקשרות עם קבלן ויזם מהגדולים במדינה; הצליח למכור 80% מהדירות; ואף היה נכון לטול על עצמו לשלם מיליון ₪ לעמותת תושבים למען נווה צדק (העותרת בעתירה המינהלית) כדי שזו תמשוך את ערעורה ותסיר את התנגדותה לעסקה – והכל על סמך אופציה שאושרה לו כדין. בנוסף, אילו היתה החברה נמנעת מלהאריך את תקופת האופציה, היה בכך משום נטילת סיכון משמעותי שעלול היה להוריד את העסקה כולה לטמיון, שכן אביב לא היתה מתקשרת בעסקה ללא ליבר שגייסה את הרוכשים, וללא גבריאל שהיווה חלק בלתי נפרד מהעסקה כמי שהוביל את הפן השיווקי והתכנוני שלה.

נקודה נוספת בעלת חשיבות היא שבאותו הזמן לא היתה היתכנות למכור את המקרקעין לגורם אחר באותם התנאים שנמכרו לאביב; וכי עזרא – שהיה בעל אינטרס זהה לחברה בהיותו מבעלי המניות של החברה הנכדה – אישר אף הוא את הארכת האופציה. יש לזכור כי החברה ניסתה למכור את המקרקעין במשך תקופה ארוכה ללא הצלחה, וכי הצעת ליכר היתה ההצעה הגבוהה ביותר שהתקבלה בפער משמעותי.

44. המרת רכיב ה-20% בתשלום קבוע: כזכור, לפי החלטת הדירקטוריון מיום 3.3.2011, זכותה של החברה לקבל 20% מרווחי הפרויקט הומרה בתשלום בסך 10.15 מיליון ₪ (לא נתבקש אישורה של ועדת הביקורת). לפי האמור בחוות הדעת, קיימת אי בהירות לגבי האופן שבו נקבע הסכום האמור וחסר הסבר כלכלי מהותי לגביו. עם זאת, מדובר בסכום המשקף באופן סביר את השווי של 20% מרווחי הפרויקט (זאת תחת הנחה של רווח יזמי בשיעור של 10% והיקף מכירות של 540 מיליון ₪). בנוסף לכך, כפי שצוין, תשלום הסכום האמור הקנה לחברה ודאות וזמינות בהשוואה ל-20% שעתידים היו להיות משולמים על פני שנים כנגזרת מרווחי הפרויקט, ובכך הקנה לחברה יתרונות משמעותיים.

45. לנוכח כל האמור, המסקנה של עורכי חוות הדעת היתה כי אף שמתעוררות שאלות לא קלות בנוגע לאופן האישורים שהתקבלו לאחר אישור עסקת האופציה ולטיב השיקולים שעמדו בפני החברה, ישנן מנגד טענות שאינן פחותות משקל לדחיית התביעה. לאחר מסקנה זו, התייחסו עורכי חוות הדעת גם לסוגיית כתבי הפטור והשיפוי. בעניין זה, מסקנתם של עורכי חוות הדעת היתה כי לדירקטורים ישנו בסיס איתן להסתמך על כתבי הפטור והשיפוי. באשר לגבריאלי, מסקנת עורכי חוות הדעת היתה כי אף שהוא אינו יכול להסתמך על כתב הפטור והשיפוי, הרי ש"עילות התביעה נגד גבריאלי אינן מבוססות די הצורך ועומדות לגבריאלי טענות הגנה, כמוסבר לעיל". לבסוף, בשולי חוות הדעת, ישנה התייחסות לסוגיה של ביטוח נושאי משרה ולכך שהפוליסה לא תחול על תביעות שתוגשנה ביוזמת החברה נגד נושאי המשרה שלה. צוין כי ככל שלא קיים כיסוי ביטוחי, אזי נפגעת באופן מהותי התועלת בהגשת התביעה על ידי החברה, "לא כל שכן לנוכח עילות התביעה שאינן חד משמעיות". כאמור, בשורה התחתונה, המלצתם של עורכי חוות הדעת היתה שהחברה תדחה את מכתב הדרישה שהוגש לה על ידי המערער.

46. ביום 8.2.2015, בסמוך לאחר הגשת חוות הדעת לידי הדירקטוריון, התקיימה ישיבת דירקטוריון בה השתתף עו"ד אמיר ברטוב, מעורכי חוות הדעת. חברי הדירקטוריון קיימו דיון, ועו"ד בר טוב הציג את הנושא והשיב לשאלות, לרבות בנושא הכיסוי הביטוחי. החשוב לענייננו, שהאפשרות בדבר הגשת תביעה נפרדת נגד המנכ"ל

התעוררה, ועו"ד ברטוב הבהיר כי הוא "לא רואה טעם לתבוע את המנכ"ל. הוא יגיד שהדירקטורים אישרו לו הכל. זוהי תביעה משולבת. את לא יכולה לעשות הפרדה מלאכותית ולתבוע רק את המנכ"ל ללא הדירקטורים". בהמשך דבריו, שב עו"ד ברטוב והדגיש: "ושב אני חוזר, אין טעם שהחברה תחליט לתבוע רק את המנכ"ל". בשורה התחתונה, עו"ד ברטוב סיכם כי מדובר בתביעה "לא קלה", והעריך שרוב הסיכויים שהתביעה תידחה (פרוטוקול ישיבת הדירקטוריון מיום 8.2.2015, עמ' 8-10).

47. להשלמת התמונה, אביא מדברי העדים שנחקרו בבית משפט קמא.

ערן מיטל, שהיה בעל השליטה ויו"ר הדירקטוריון במועד קבלת ההחלטה שלא להגיש תביעה, העיד כי ההחלטה לא להגיש תביעה היתה החלטה עסקית לחלוטין. לדבריו, אילו חשב שהיתה אפשרות להרוויח כתוצאה מהגשת התביעה, היה משקיע בכך, שכן מבחינתו מדובר בהצלחה מול הוצאה, אך לגישתו לא היה טעם להוציא על משהו שהם לא חשבו שיוכיל לקבלת כסף (פרוטוקול מיום 9.1.2019 בעמ' 64, 74).

עדי עזרא, שהיה בעלים של 50% ממניות החברה הנכדה ביחד עם אביו דודי עזרא, העיד כי הם ניסו במשך תקופה ארוכה למכור את הקרקע ושמחו לקבל את הצעתו של גבריאל; כי זו היתה ההצעה הטובה ביותר; כי הצעות אחרות שקיבלו היו בסכומים נמוכים יותר וכללו התניות במישור התכנוני; וכי לפי חוות דעת שמאית שהיתה בידיהם, הקרקע היתה שווה פחות מהסכום שליבר הציעה (שם, עמ' 82, 79, 99). עוד העיד עזרא כי ידע מתחילת הדרך שלגבריאל יש 60% בקבוצת ליבר, וכי בוודאי שהם לקחו בחשבון שליבר תוכל לסחר את האופציה, שהרי הדבר נכתב במפורש בהסכם האופציה (שם, עמ' 80-81, 91). באשר להארכת תקופת האופציה, עזרא הסביר כי קיבלו תמורה עבור כך, הן בדמות הריבית שליבר נדרשה לשאת בה והן בדמות נכונותו של גבריאל לפתור בעצמו את הסכסוך מול ועד תושבי נווה צדק (העתירה המינהלית). לדבריו, לא היה טעם לדרוש מליבר תמורה נוספת וזניחה, בשעה שנמצאים "במרחק יריקה" ממימוש עסקה בהיקף של 200 מיליון ₪. לגישתו, התנהגות כזו היתה בבחינת הימור מסוכן מדי, שכן הם היו חפצים במימוש העסקה, בה היה גלום רווח ניכר עבורם (שם, עמ' 103-104).

גבריאל העיד כי בתקופה שקדמה לעסקת האופציה, החברה רצתה למכור את הנכס, אך קיבלה הצעות שנעו סביב 170-180 מיליון ₪, שאף כללו אופציה שלא משולמת בגינה תמורה, והכל בכפוף לעניינים תכנוניים. או-אז, הוא הגה את הרעיון לקנות את הקרקע עם שותפים, פנה ליועץ המשפטי של החברה, בירר עמו אם הדבר אפשרי, קיבל ממנו אור ירוק וביצע את העסקה בליווי (פרוטוקול מיום 11.1.2017, עמ' 11).

125-127). עוד העיד גבריאל כי באותם ימים החברה לא יכלה לבצע את העסקה בעצמה, שכן מצבה הכלכלי לא אפשר לה להוציא מיליוני שקלים, מה עוד שהמצב התכנוני של המקרקעין לא היה ברור עד הסוף.

זאב לבנברג, הדירקטור החיצוני, הדגיש בעדותו כי העסקה היתה מצוינת ("אני אומר עוד פעם: מצוינת"). לבנברג אישר כי יש בעייתיות בכך שחברה מוכרת נכס למנכ"ל שלה, אולם הבהיר כי הם הקפידו על כל מה שאפשר וטיפלו בבעייתיות האפשרית, לרבות בעזרת עורך הדין של החברה שמתמחה בדיני חברות, וחברי הדירקטוריון שהם משפטנים, רואי חשבון ואנשי נדל"ן (שם, עמ' 164-165). עוד העיד לבנברג כי החברה לא יכלה לבצע את העסקה לבדה, כי באותה העת לא היה כסף בקופתה, היא היתה בחוב של 30 מיליון ₪ ולא רצתה להתעסק עם מכירות וקבוצות רכישה. לדבריו, לבצע את העסקה בעצמם כלל לא היתה אפשרות מבחינתם ("...לא היתה אופציה בשבילנו לעשות את העסקה הזאת. זה גדול עלינו") (שם, עמ' 193-195, 270). לבנברג העיד כי שווי המגרש באותה העת עמד על 170 מיליון ₪, וכי אין ספק שקבוצת ליבר וגבריאל השביחו אותו, הוסיפו לו את המכירות של הדירות, ובכך הפכו את הנכס לנכס אחר. לבנברג העיד כי בוודאי שהם היו ערים לאפשרות שגבריאל יסחר את האופציה לצד שלישי, שכן זה היה מבנה העסקה והנושא עלה בדירקטוריון (שם, עמ' 210, 231-232). באשר להארכת תקופת האופציה, לבנברג העיד כי "לא מפוצצים עסקה של 200 מיליון על משהו טכני", וכי גבריאל שילם את הריביות ופיצה את החברה על תוספת הזמן שניתנה לו. לבנברג הבהיר כי החברה רצתה את העסקה: "אנחנו רוצים את העסקה הזאת זו עסקה טובה אוי אבוי אם העסקה הזו תיפול לחברה. החברה הזאת תיכנס לכינוס נכסים מהר מאוד" (שם, עמ' 243).

48. התמונה המתקבלת מכל האמור לעיל היא תמונה מורכבת. מצב שבו חברה מוכרת למנכ"ל שלה (או למנכ"ל של חברה שולטת) נכס יקר ערך, והמנכ"ל גורף רווח ניכר כתוצאה מן העסקה, הוא מצב "חשוד" שמעצם טיבו עשוי לעורר שאלות. ברם, נקודת המוצא בחוק החברות היא כי עסקה של חברה עם נושא משרה אינה פסולה מעיקרה. פעמים רבות אף מדובר בעסקה יעילה המיטיבה עם שני הצדדים, בבחינת "זה נהנה וזה לא חסר" (עניין ורדניקוב, פסקה 77; חביב סגל, עמ' 512). לא בכדי חוק החברות אינו אוסר על ביצוע עסקאות מסוג זה, אלא קובע כללים ודרישות שיש לעמוד בהם בטרם אישור העסקה, על מנת לנטרל את ניגודי העניינים הפוטנציאליים ולהבטיח שהעסקה תתבצע לטובת החברה. במקרה דנן, אין לכחד כי על פני הדברים, עולים אי אלו סימני שאלה לגבי אופן קבלת חלק מההחלטות ואישורן, וכן מתעוררים סימני שאלה לגבי המצג המדויק שהוצג על ידי גבריאל בתחילת הדרך, אם לגבי שיעור החזקותיו

בליבר ואם לגבי האסטרטגיה של העסקה (ארגון קבוצת רכישה לעומת סיחור האופציה). ברם, מנגד, ישנן טענות הגנה כבדות משקל, המציבות משוכות גבוהות למדי בפני תביעה עתידית, אילו הוגשה.

49. נתאר את הדברים במבט ממעוף הציפור: במהלך התקופה שקדמה לעסקה, החברה ניסתה למכור את הנכס ללא הצלחה; ההצעה של ליבר וגבריאלי היתה ההצעה הטובה ביותר בפער משמעותי, הן מבחינת התמורה (200 מיליון ₪), הן מבחינת התשלום עבור האופציה (10 מיליון ₪), והן מבחינת נטילת הסיכון התכנוני על כתפיהם; בטרם ההתקשרות בעסקה, היה גילוי מלא בנוגע לשיעור החזקותיו של גבריאלי בליבר; עזרא – שהיו בעלי אינטרס זהה לחברה – תמכו בעסקה, נטלו חלק במשא ומתן ודחפו לביצועה; החברה עצמה היתה נעדרת יכולת לבצע את העסקה בעצמה, בין היתר בשל קשיי מימון; עסקת האופציה אושרה בדירקטוריון ובוועדת הביקורת; הסכם האופציה עיגן במפורש את זכותה של ליבר לסחר את האופציה; הן עזרא והן הדח"צ לבנברג העידו כי היו ערים לאפשרות שליבר תסחר את האופציה וכי הנושא עלה בדירקטוריון.

בנוסף, פעולותיהם של גבריאלי וליבר הפכו את המגרש לנכס שהושבח באופן משמעותי, הן במישור התכנוני (בעקבות הגעה לפשרה עם עמותת תושבים למען נווה צדק על חשבונו של גבריאלי), הן לנוכח העובדה שהם הצליחו למכור 80% מהדירות בפרויקט. במילים אחרות, ממגרש ריק שמעליו מרחף סימן שאלה תכנוני, הנכס הפך למגרש שהוכשר לבנייה הכולל חוזי רכישה בשווי של כחצי מיליארד ₪. לכאורה, הדברים ממחישים כי רווחי ליבר וגבריאלי כתוצאה מסיחור האופציה לא ניתנו בחלל ריק. אף יש בדברים כדי לתמוך בטענה כי החלטת החברה להאריך את תקופת האופציה היתה החלטה סבירה, וכי מבחינתה של החברה – שחפצה מאד בביצוע העסקה – לא היה היגיון עסקי לגרום לפקיעת האופציה ולסגת מהעסקה עם ליבר. יתר הסוגיות והטענות שהועלו, אם בנוגע לתוספת להסכם האופציה (תוכנה ואופן אישורה) ואם בנוגע להמרת ה-20% בתשלום קבוע בסך 10.15 מיליון ₪, נדונו בחוות הדעת, וניכר כי חרף סימני השאלה סביבן, אף לגביהן יש טענות הגנה חזקות, ואיני רואה לשוב על הדברים.

50. החשוב לענייננו, שסוגיות אלו נבחנו על ידי הדירקטוריון החדש, בבואו להכריע אם להיענות לדרישת המערער ולהגיש תביעה. בטרם עשה כן, הדירקטוריון ביקש לקבל לידיו חוות דעת מקצועית מגורם משפטי חיצוני נייטרלי, שזהו תחום מומחיותו; עורכי הדין שחיברו את חוות הדעת הכינו חוות דעת מקיפה ויסודית, שלא חסכה בהצגת המורכבות של הדברים, הן לגבי התנהלות הדירקטורים הן לגבי התנהלותו של גבריאלי; מסקנתם של עורכי חוות הדעת היתה כי אין מקום להגיש תביעה; חברי הדירקטוריון,

שתוארו על ידי בית משפט קמא כ"מנוסים ומיומנים, בעלי הכשרה חשבונאית, כלכלית ומשפטית", בחנו את חוות הדעת ושאלו את עורך חוות הדעת שהופיע בפניהם שאלות נוקבות לגביה; ההערכה היתה כי רוב סיכויי התביעה להידחות; ההערכה היתה כי אין מקום להגיש תביעה נפרדת נגד גבריא, לנוכח טענות הגנה שעומדות לו. לנוכח כל האמור, החברה החליטה פה אחד לקבל את המלצת עורכי חוות הדעת ולדחות את דרישתו של המערער להגיש תביעה. לבסוף, במהלך הדיון בבית המשפט המחוזי, בעל השליטה ויו"ר הדירקטוריון דאז – שאין חולק כי לא היה "נגוע" בשום צורה ואופן – העיד כי אילו סבר שהגשת התביעה צפויה להניב לחברה הכנסה, החברה היתה מגישה את התביעה.

בהלכת יוויז'ן, הסביר השופט דנציגר כי –

"על מנת לקבל החלטה מודעת ומיודעת בעניין זה, על הדירקטורים להיוועץ במומחה לדבר, קרי, היועצים המשפטיים של החברה או עורכי דין המומחים לתחום המשפטי הרלוונטי (בהתאם לנסיבות). במרבית המקרים רק היוועצות כזאת תקים את ההגנה של כלל שיקול הדעת העסקי, אשר חל על החלטה 'מיודעת'. במובן זה, נראה כי אין לבתי המשפט עדיפות על פני דירקטורים שקיבלו החלטה מיודעת לאחר שנעזרו ביועץ מקצועי" (שם) (בפסקה 37).

במקרה דנן, לאור כל המתואר לעיל, המסקנה היא כי החלטת החברה לאמץ את חוות הדעת החיצונית ולא להגיש תביעה נגד הדירקטורים ונגד גבריא, היתה החלטה מיודעת. העובדה שחלק מהנימוקים לאי הגשת התביעה התייחסו לדירקטורים ולא לגבריא (כגון השיקול הביטוחי), אינה גורעת מכך שהחלטת החברה התקבלה על בסיס הערכה בדבר סיכויי התביעה הנמוכים, ולנוכח טענות הגנה כבדות משקל העומדות לכלל הנתבעים הפוטנציאליים – לרבות גבריא. משכך, ובהינתן שהחלטה התקבלה בתום לב ובהעדר ניגוד עניינים, הרי שהיא חוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי, ועל כן אין מקום להתערב בה. גם מן הטעם הזה, דין הערעור שלפנינו להידחות.

51. לאור תוצאה זו, איני רואה להידרש לטענות נוספות שהועלו על ידי הצדדים, ביניהן טענה להעדר כל נזק שנגרם לחברה בעקבות העסקה, וטענות במישור כדאיות הגשת התביעה עבור החברה לנוכח היקף הכיסוי הביטוחי. כמו כן, איני רואה להידרש לבקשה נוספת שהגיש המערער להגשת ראיות נוספות בשלב הערעור, שעניינה הסדר בין

החברה לבעלי מניותיה מחודש יולי 2019, בנוגע לעסקת מיזוג של החברה עם חברה אחרת. אוסיף, כי ספק רב מה מידת הרלוונטיות של ראייה זו בנוגע לערעור דנן, אם בכלל.

סיכום וסוף דבר

52. נסכם את הנקודות העיקריות שעלו בפסק הדין:

(-) ככלל, בעל מניה המבקש להגיש תביעה נגזרת נדרש להחזיק במניות החברה עד תום ההליך.

(-) הליך של בקשה לגילוי מסמכים לפי סעיף 198א לחוק החברות, המתקיים בטרום הגשת בקשה לאישור, אינו חלק אינהרנטי מבקשת האישור ומהתביעה עצמה, ויש לראותו כהליך נפרד לצורך הסוגיה שלפנינו. לכן, אישור בדבר החזקה במניות החברה בשלב הגשת הבקשה לגילוי מסמכים, אינו מהווה אישור מספק לצורך הוכחת בעלות במניות החברה בשלב הגשת בקשת האישור ואילך.

(-) דרישת תום הלב החלה על תובע נגזר, מהווה תנאי סף לאישור תביעה נגזרת (סעיף 198א לחוק). כחלק מדרישה זו, נדרשת מהתובע מידה בסיסית של ידע והיכרות עם פרטי המקרה וההליך.

(-) החלטה של חברה אִם להגיש תביעה נגד אורגנים לשעבר של החברה, דומה להחלטה של החברה לגבי הגשת תביעה נגד צד שלישי. זאת, בתנאי שהדירקטוריון החדש שנדרש לקבל את ההחלטה, נטול זיקות למסכת העובדתית שבגינה נשקלת הגשת התביעה, ונטול זיקות כלפי הנתבעים הפוטנציאליים. נקודת המוצא לגבי החלטה מסוג זה היא כי היא חוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי.

53. במקרה שלפנינו, קביעתו של בית המשפט המחוזי כי דין בקשת האישור להידחות, בשל העובדה שהמערער לא הוכיח כי הוא בעל מניות בחברה, היא קביעה מבוססת שלא מצאנו להתערב בה. די בכך כדי להביא לדחיית הערעור.

בחלקו השני של הדיון, ולמעלה מן הצורך, היינו נכונים לצאת מנקודת הנחה כי המערער הוא בעל מניות בחברה. גם תחת הנחה זו מצאנו כי דין הערעור להידחות, מן הטעם שהחלטת החברה שלא להגיש תביעה חוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי. מחומר הראיות עולה כי החלטת החברה שלא להגיש תביעה התקבלה בתום לב, ללא ניגוד

עניינים ובאופן מיוחד, לאחר שהסתייעה בחוות דעת משפטית חיצונית שנערכה על ידי גורם נייטרלי בעל מומחיות בתחום. בעקבות קבלת חוות הדעת, ולאחר שמיעת הסברים בעל פה, מסקנת החברה היתה כי סיכויי התביעה אינם מצדיקים את הגשתה, וזאת לנוכח טענות הגנה כבדות משקל העומדות לטובת כלל המשיבים הרלוונטיים. בנסיבות אלו, ומשלא עלה בידי המערער לסתור את כלל שיקול הדעת העסקי, החלטת החברה נהנית מ"חזקת תקינות" והיא חסינה מפני התערבות שיפוטית.

54. אשר על כן, הערעור נדחה.

המערער ישא בשכר טרחת עורכי הדין של ארבע קבוצות המשיבים בסך של 12,500 ₪ כל אחת (המשיבות 1-2; המשיבה 3; המשיבים 4-5; והמשיבים 6-12), ובסך הכל 50,000 ₪.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

בית המשפט המחוזי (השופטת דנייה קרת-מאיר) קבע כי המערער איננו בעל מניות בחברה, ולפיכך – בהתאם להוראת סעיף 194 לחוק החברות, תשנ"ט-1999 – איננו רשאי להגיש תביעה נגזרת.

בית המשפט המחוזי נימק את קביעתו-זו. הנמקתו משכנעת, ולא הועיל לו, למערער, "מקצה שיפורים" שניסה לעשות בהקשר זה בשלב הערעור, כפי שהיטיב להסביר חברי, השופט י' עמית.

גבי דידי, דיני בכך לדחיית הערעור. אדרבה, מוטב כך. בית המשפט המחוזי ציין (עמוד 24 לפסק הדין), כי "המשיבים לא הגישו בקשה לדון בעניין זה במסגרת בקשה לסילוק על הסף – למרות ששאלת היותו של המבקש בעל מניות הינה בהחלט שאלה בה ניתן היה לקיים דיון נפרד, כדי לייעל את הדיון גם במסגרת הליך של בקשה לאישור תביעה נגזרת. מדובר בדיון פשוט וקצר. הכרעה בעניין זה היתה מונעת את הצורך בבירור מכלול הטענות אשר העלו הצדדים זה כנגד זה בבקשה גופה". אכן כן, צודק בית המשפט המחוזי בדבריו אלה, כמו גם בדבריו שבאו בהמשך: "יתכן בהחלט כי היה זה מתפקידו של בית המשפט לקבוע דיון סף בשאלה זו, בה ניתן היה, כאמור, להכריע בפשטות וביעילות, למרות שלא הוגשה בקשה מטעם המשיבים לסילוק על הסף בגין הטענה כי המבקש אינו בעל מניות בחברה. אולם, הדבר לא נעשה על ידי, והדיון בבקשה התקיים כמקשה אחת". התוצאה של

ההתנהלות הדיונית בבית המשפט המחוזי, לפי המתואר, היא זו: לכן, מצאתי צורך לדון גם בשאלות הנוספות שעלו במהלך הדיון בבקשת האישור" (שם).

בית המשפט המחוזי דן אפוא, והכריע, גם בכל השאר. חברי השופט י' עמית החרה-החזיק אחריו, אף לדבריו, "למעלה מן הצורך", ומסקנתו היא שלא עלה בידי המערער לסתור את כלל שיקול הדעת העסקי. דברים נכוחים כתב חברי, אך אינם מוכרחים. מוטב שלא הפרשה הנדונה כאן תתווה את 'גבולות הגיזרה' של התערבות בית המשפט בשיקול הדעת העסקי של הדירקטוריון בכגון דא. נראה כי עדיף היה עוד מלכתחילה, בבית המשפט המחוזי, להסתפק בדיון ובהכרעה בשאלה אם המערער בעל מניות בחברה, אם לאו, לחסוך משאבים שיפוטיים שהושקעו בכל השאר, ולהימנע ממסקנה החלטית שבדיעבד אינה נצרכת; גם בערעור, איננו נדרשים לטעת מסמרות במותר.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

1. אני מסכימה עם חברי השופט י' עמית כי דין הערעור להידחות. עם זאת, כחברי השופט נ' סולברג אני מבקשת להצטרף לפסק דינו עד למקום שבו זה התמקד בכך שהמערער לא ביסס את מעמדו כבעל מניות במועדים הרלוונטיים לצורך הגשתה של תביעה נגזרת.

2. אקדים ואומר כי אינני רואה כל אי-נוחות בביסוס מסקנתנו על טעם זה בלבד. אין מדובר בנימוק "טכני" או "פורמאלי" גרידא. כפי שהסביר חברי השופט עמית, הליך של תביעה נגזרת הוא חריג להפעלת כוח התביעה בשם החברה על-ידי מוסדותיה המוסמכים. אין כל טעם טוב לאפשר פעולה מכוחו של חריג זה, ההופך סדרי בראשית לגבי ניהול החברה וקבלת החלטות על ידה, מבלי שהתקיים התנאי הבסיסי לכך המוגדר בחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות) כאחד ה"תנאים המוקדמים" להגשתה של תביעה נגזרת. נימוק זה, הפורמאלי לכאורה, מבטא את הגיונם הפנימי של דיני החברות, המפקידים את ניהולה של החברה בידי מוסדותיה (ראו למשל: אירית חביב-סגל דיני חברות כרך א 686 (2007)). דבריו של חברי ביחס לדרישת תום הלב (המעוגנת בסעיף 194 לחוק החברות) אף מחזקים מסקנה זו. די לי בכך. ויודגש: אינני מכוונת לגישה מצמצמת ביחס למדיניות הנוגעת לאישורן של תביעות נגזרות, אלא לעמידה בדרישות הסף הקבועות בדין על מנת להצדיק את הדיון בבקשות לעשות כן.

3. בנסיבות אלה, אינני נוקטת עמדה מפורטת לגוף הדברים, עניין שחברי השופט עמית דן בו למעלה מן הצורך. אולם, בשונה מחברי השופט סולברג, מבחינתי המוקד אינו סדרי העדיפויות בניהול המשאב השיפוטי, אלא התרשמותי כי המסקנה לגוף הדברים עשויה להיות מורכבת יותר, ככל שהדברים נוגעים לבחינת האפשרות של הגשת תביעה נגזרת נגד המנכ"ל לשעבר (להלן: המנכ"ל). כפי שציין חברי השופט עמית בעצמו, בעיקרו של דבר, החברה עשתה עסקה עם המנכ"ל שלה, באופן שהניב לו רווחים עצומים. אכן, עסקה עם בעל תפקיד יכולה לקבל אישור. אולם, כפי שקבע חברי: "במקרה דנן, אין לכחד כי על פני הדברים, עולים אי אלו סימני שאלה לגבי אופן קבלת חלק מההחלטות ואישורן, וכן מתעוררים סימני שאלה לגבי המצב המדויק שהוצג על ידי גבריאלי בתחילת הדרך" (בפסקה 48 לחוות דעתו של חברי). חברי הדגיש את השיקולים שבגינם ההחלטה שלא להגיש תביעה נגד המנכ"ל חוסה במקרה זה בגדרו של שיקול הדעת העיסקי – ועיקרם כי ההחלטה שלא לתבוע התקבלה על-ידי הדירקטוריון החדש שקיבל חוות דעת מקצועית מגורם משפטי חיצוני ניטראלי (בפסקה 50 לחוות דעתו של חברי).

4. מבלי לקבוע מסמרות, אני נוטה לראות את הדברים באופן מעט שונה גם כאשר נקודת המוצא היא כלל שיקול הדעת העסקי. בהתאם למתואר, בישיבת הדירקטוריון שבה הוחלט שלא להגיש תביעה נגד המנכ"ל הוסבר לדירקטורים שלא ניתן "לעשות הפרדה מלאכותית ולתבוע רק את המנכ"ל ללא הדירקטורים", וכי "אין טעם שהחברה תחליט לתבוע רק את המנכ"ל". בזהירות המתבקשת, אני סבורה שבנסיבות העניין זוהי אמירה שניתן לתהות אחריה. במישור העקרוני, ומבלי לנקוט עמדה ביחס למקרה דנן, ניתן בהחלט להעלות על הדעת מצבים שבהם תוגש תביעה נגד המנכ"ל בלבד, אם ניתן אישור לעסקת בעלי עניין שבה היה מעורב לאחר שהפר את חובת האמון שלו כלפי החברה, או לחלופין כי תתקבל תביעה נגד המנכ"ל בלבד, אף במצבים שבהם זו הוגשה מלכתחילה נגד נושאי משרה נוספים. הנוסחה של כלל שיקול הדעת העסקי אינה יכולה להכשיר הימנעות מתביעה בנסיבות מסוג זה.

5. ואולי יש לומר את הדברים גם כך: במקרה דנן היה הבדל מהותי בין התנהלותם של המנכ"ל והדירקטורים, ולכן ניתן גם ניתן לעשות הפרדה ביניהם, וזו כלל איננה "מלאכותית". בעניינו של המנכ"ל, השאלה הרלוונטית היא של סטנדרט הגילוי המוטל על בעל עניין שמבקש אישור של עסקה עמו. אני סבורה שעל בעלי עניין המבקשים לקבל אישור לעסקה עמם להציג את כלל העובדות העסקיות הרלוונטיות לאישור, ובכלל זה פוטנציאל כלכלי שיש בנכס הנמצא בבעלות החברה ועתיד להימכר במסגרת אותה עסקה.

זהו עיקרון חשוב שיש להיזהר משחיקתו. עסקה עשויה להצטייר כהוגנת וסבירה מנקודת מבטם של האורגנים של החברה המתבקשים לאשרה, בהתאם למידע שברשותם. אולם, החלטתם אינה יכולה להיות מושכלת מבלי שידעו מהו "הערך המוסף" של העסקה מבחינתו של בעל העניין.

6. מכל מקום, דווקא בשל מורכבותם העובדתית של ההליכים שבפנינו וייחודה של התביעה הנגזרת, אינני סבורה שיש מקום לצלול אל כל עומקם מבלי שהונח הבסיס הראשוני להליך – זכותו של התובע כבעל מניות שפעל בתום לבו.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, י"ד באב התש"ף (4.8.2020).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט