



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 6798/16

לפני: כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט מ' מזוז

המערער: בעז תודאל לייבוביץ

נגד

המשיבים: 1. אליהו יורש
2. מרדכי מנשה
3. יאיר פודים
4. ירון שלום ייני
5. חן לבון
6. אברהם פרץ
7. יהודה בר
8. צמיחה אינווסטמנט האוס בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 2.6.2016 בתיק תנ"ג 7541-12-14 (ניתן על ידי השופטת ר' רונן)

תאריך הישיבה: ט"ו באלול התשע"ז (6.9.2017)

בשם המערער: עו"ד יעקב סבו; עו"ד אורי ברעם; עו"ד חגית רוס

בשם המשיבים: 2-1 ו- 4-7
בשם המשיב 3:
בשם המשיבה 8:
עו"ד נועם רונן; עו"ד נגה חרובי
עו"ד מאיה צברי
עו"ד אורן הירש

פסק-דין

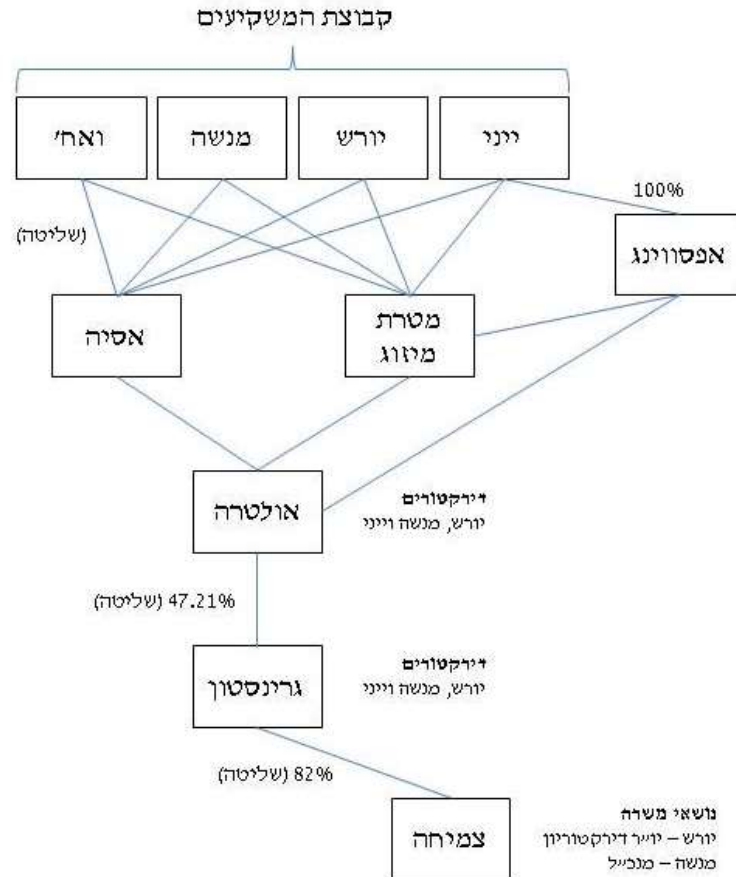
השופט מ' מזוז:

1. זהו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (השופטת ר' רונן) אשר דחה בקשה לאישור הגשת תביעה נגזרת.

העובדות הצריכות לענין

2. במוקד הענין שתי עסקאות שכרתה המשיבה 8, צמיחה אינווסטמנט האוס בע"מ (להלן: צמיחה), לרכישת זכויות השתתפות והתחייבות ברישיון לחיפוש נפט וגז שניתן לשמן משאבי נפט וגז בע"מ (להלן: שמן ו- רישיון שמן). המערער - בעל מניות בגרינסטון תעשיות בע"מ, בעלת השליטה בצמיחה (להלן: גרינסטון) - טען בבית המשפט המחוזי כי העסקאות היו עסקאות בעלי ענין שאושרו שלא בהתאם לפרוצדורה הקבועה לכך בחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות), וכי מכל מקום אישורן, וכך גם אכיפת תנאיהן, נעשו באופן רשלני. בהתאם עתר המערער לחיוב הנתבעים בגין הנזקים שנגרמו לצמיחה כתוצאה מעסקאות אלה בסכום מוערך של 19.9 מיליון ₪.

3. כאן המקום להרחיב קמעא על מבנה ההחזקות של צמיחה. במועדים הרלבנטיים החזיקה גרינסטון, שהייתה כאמור בעלת השליטה בצמיחה, ב- 82% ממניות צמיחה. אולטרה אקוויטי בע"מ (להלן: אולטרה) החזיקה ב- 47.11% ממניותיה של גרינסטון והייתה בעלת השליטה בה. בעלות השליטה באולטרה היו מטרת מיזוג חברות בע"מ (להלן: מטרת מיזוג) ואסיה פיתוח (א.ד.ב.מ) בע"מ (להלן: אסיה), ואלה האחרונות נשלטו על ידי קבוצת משקיעים שכללה את משיב 1 (להלן: יורש), משיב 2 (להלן: מנשה) ומשיב 4 (להלן: ייני). יצוין כי ייני היה גם בעליה של חברה פרטית בשם אפסווינג קפיטל בע"מ (להלן: אפסווינג), ובאמצעותה החזיק במניות מטרת מיזוג ואולטרה. עוד יצוין, כי יורש כיהן כיו"ר דירקטוריון צמיחה; מנשה כיהן כמנכ"ל צמיחה; והמשיבים 6 ו- 7 (פרץ ובר) כיהנו כדירקטורים חיצוניים בצמיחה. במקביל, כיהנו יורש, מנשה וייני כדירקטורים באולטרה ובגרינסטון. למען הנוחות יובא להלן תרשים מבנה ההחזקות:



4. העסקה הראשונה - והעיקרית - לגביה נטען בבקשת האישור להגשת תביעה נגזרת, נכרתה ביום 14.4.2013 עם שמן. במסגרת עסקה זו רכשה צמיחה 3.34% מזכויות ההשתתפות וההתחייבות ברישיון שמן תמורת סך של 4 מיליון דולר וכן התחייבה לשלם עוד כ- 3.33 מיליון דולר מסך ההכנסות נטו שיתקבלו בידיה כתוצאה מזכויותיה ברישיון שמן (להלן: עסקת שמן). עסקה זו אושרה על ידי דירקטוריון צמיחה בישיבה מיום 11.4.2013, לאחר שעו"ד הולנדר, לגביו טען המערער כי הוא ייצג את שמן, חיווה את דעתו המקצועית כי העסקה איננה עסקת בעלי ענין, ועל כן אין צורך לנקוט פרוצדורה מיוחדת לאישור העסקה.

5. העסקה השנייה נכרתה ביום 3.10.2013 עם זרח חיפוישי נפט וגז - שותפות מוגבלת (להלן: זרח). זרח החזיקה בזכויות ההשתתפות וההתחייבות ברישיון שמן, ובמסגרת העסקה הזו רכשה 0.2% נוספים מזכויות ההשתתפות וההתחייבות ברישיון שמן בתמורה לסך של 352 אלף דולר (להלן: עסקת זרח).

6. זמן קצר לאחר כריתתה של עסקת זרח, הסתבר כי הקידוח שנעשה על פי רישיון שמן היה "קידוח יבש", וצמיחה רשמה בדוחות הכספיים שלה הפסד בסך 19.9 מיליון ₪. על רקע זה הגיש המערער את בקשתו לאישור תביעה נגזרת נגד נושאי המשרה השונים. טענותיו היו שתיים עיקריות: האחת, כי עסקת שמן הייתה עסקת בעלי ענין שהיה צריך לאשרה בהתאם לפרוצדורה המיוחדת שנקבעה לכך בחוק החברות. זאת, שכן חלק מהדירקטורים שאישרו אותה כיהנו במקביל כנושאי משרה בחברות שהיו בעלות השליטה בצמיחה והיה להם אינטרס בעסקה. בהקשר זה נטען כי אולטרה - שהייתה כזכור בעלת השליטה בגרינסטון שהייתה בעלת השליטה בצמיחה - השקיעה עוד לפני עסקת שמן חלק נכבד מהונה העצמי (19.75%) בשמן והחזיקה בחלק ממניותיה, ובאותה נקודת זמן היה לה אינטרס בהשקעה נוספת בשמן משום שזו האחרונה הייתה זקוקה לכסף נוסף באופן דחוף על מנת שתוכל להמשיך בקידוח. בנוסף נטען, כי היה לדירקטורים ענין אישי בעסקת שמן שכן בעקבותיה התחייבה שמן לשלם למר איתן אלדר, שעל פי הטענה היה מקורב ל"קבוצת המשקיעים", שהיו למעשה בעלי השליטה בצמיחה באופן משורשר (להלן: אלדר) 6% מהסכומים שצמיחה שילמה עבור הזכויות ברישיון שמן.

טענתו השנייה של המערער, הייתה כי גם תחת ההנחה שהעסקה אושרה בהתאם לפרוצדורה הנכונה, אישורה היה רשלני וכך גם אכיפת תנאיה, ועל כן אין לאפשר לנושאי המשרה השונים בצמיחה ליהנות מחסינות לגבי פעולותיהם.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

7. בית המשפט המחוזי דחה את בקשת המערער לאשר הגשת תביעה נגזרת. ראשית, נדחתה הטענה כי עסקת שמן הייתה עסקת בעלי ענין אשר הצריכה פרוצדורה מיוחדת לאישור. בית המשפט עמד על כך שהבחנה בין ענין סתם ל"ענין אישי" של בעל שליטה או נושא משרה בחברה נעשית על פי "מבחן הזיקה העודפת" שמשמעותו היא שככל שהזיקה שיש לבעל הענין עלולה להשפיע באופן מהותי על שיקול דעתו של מקבל ההחלטה, הנטייה היא לראות זאת כענין אישי. הוטעם כי אמנם מבחן זה איננו רק מבחן כלכלי-כמותי, וייתכנו אינטרסים אחרים כמו קרבה משפחתית או מוניטין שיובילו לסיווגו של ענין כ"ענין אישי", אך ברגיל בהעדר אינטרסים אחרים הנחת העבודה תהיה כי בעל האינטרס מעונין בהשאת רווחיו ומכאן שיש לבחון את האינטרסים הכלכליים הנוגדים שלו.

במקרה הקונקרטי, נקבע כי בחינת האינטרסים הכלכליים הנוגדים של אולטרה מובילה למסקנה כי לא היה מדובר בענין אישי של בעלי השליטה. זאת, שכן התועלת של אולטרה מעסקת שמן, בהתחשב בשיעור ההחזקה שלה בצמיחה, פחותה משמעותית מההוצאה שלה בגין עסקה זו, ומכאן שלבעלי השליטה בצמיחה לא היה כדאי, מבחינת עניינם האישי, לקחת סיכון אלא אם הם סברו כי עסקת שמן משרתת את טובתה של צמיחה. טענת המערער כי ההחלטה להתקשר בעסקת שמן הושפעה מהיקף ההשקעה של אולטרה בשמן עובר לעסקת שמן נדחתה, ונקבע כי מדובר בעלות שקועה (sunk cost). בנוסף נקבע, כי גם לו היה מסתבר ששמן הייתה זקוקה להשקעה של צמיחה על מנת שלא לחדול מפעילות, אזי היה מקום לבחון מהו ההפסד שהיה הצפוי לאולטרה לולא התקשרה צמיחה בעסקת שמן, על מנת להביאו בחשבון במסגרת מבחן הזיקה העודפת. ואולם, נקבע כי מצב דברים זה לא הוכח ולמעשה הוכח היפוכו של דבר.

8. זאת ועוד, טענת המערער כי מערכת היחסים שבין אלדר לבין בעלי השליטה בצמיחה ("קבוצת המשקיעים") השפיעה על שיקול דעתם בהתקשרות בעסקת שמן נדחתה אף היא. נקבע כי לא הוכח שהיה בכוחה של מערכת היחסים בין בעלי השליטה לאלדר כדי להשפיע באופן כה דרמטי על שיקול דעתם של הראשונים, וזאת גם בשים לב לסיכון שהיה בעסקת שמן שעלה באופן משמעותי על הטובה שצמחה ממנה לאלדר.

9. שנית, בית המשפט דחה את טענת המערער כי עסקת שמן אושרה באופן רשלני, גם במנותק משאלת הענין האישי, וקבע כי בנסיבות המקרה יש מקום להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי (BJR - Business Judgment Rule) שפירושו כי החלטות שהתקבלו בהעדר ניגוד עניינים, בתום לב וכאופן מודע, נהנות מחזקת תקינות ואין להתערב בהן. בית המשפט קבע כי המערער לא הוכיח שהדירקטוריון אישר את העסקה באופן לא מיודע. בהקשר זה נקבע כי ככלל אין מקום להטיל על הדירקטוריון חובה לבחון את תנאי העסקה לפרטיה, כפי שטען המערער, והדבר גם לא עולה בקנה אחד עם תפקידו של הדירקטוריון להתוות מדיניות ולפקח על ביצוע תפקידי המנכ"ל. כן נקבע כי לא הוכח שהדירקטוריון לא קיים דיון רציני בעסקת שמן. בהקשר זה הודגש, כי אף שהדיון בעסקה נערך בחופזה, הדבר נבע מכך שהיה חשוב לאשר את עסקת שמן באופן מידי. עוד הודגש כי הדירקטורים בצמיחה היו בעלי ניסיון ומקצועיות, חלקם בתחום הספציפי של חיפוש גז ונפט; כי המשא ומתן לקראת ההתקשרות ארך כשלושה שבועות; כי הועברו לדירקטורים טיוטות לפני הישיבה וחומר רקע; כי במהלך הישיבה

הוצגה מצגת מפורטת; וכי לאחר הצגת הדברים מטעם שמן נערך דיון בנושאים של חשיפה עסקית ורמת הסיכון בהתייחס לפרמטרים של פוטנציאל רווח, לוח זמנים ומרכיב אי הוודאות.

10. לבסוף, אשר לעסקת זרח, קבע בית המשפט כי גם ביחס אליה יש להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי, בהעדר טענה של ממש לניגוד עניינים.

טענות הצדדים

11. לטענת המערער פסק דינו של בית המשפט המחוזי הוא שגוי. ראשית, נטען כי בית המשפט טעה בקבעו שעסקת שמן לא הייתה נגועה בענין אישי של בעלי השליטה בצמיחה. בהקשר זה נטען כי העובדה שאולטרה הייתה מושקעת בהיקף משמעותי בשמן (כאמור, 19.75% מהונה העצמי) מלמדת כשלעצמה על "זיקה עודפת" שדי בה כדי להצביע על ענין אישי של בעלי השליטה. נטען כי השקעה זו - שבית המשפט ראה בה כ"עלות שקועה" ולפיכך לא ייחס לה משקל רב - השפיעה על ההחלטה להתקשר בעסקת שמן, וכי לא ניתן היה לקבוע אחרת בהעדר ראיות, בסתירה למחקרים אמפיריים שהוכיחו כי לעלויות שקועות יש השפעה על קבלת החלטות (מחקריהם של כהנמן וטברסקי) ומשמן הייתה על סף קריסה ערב עסקת שמן, בניגוד לקביעתו של בית המשפט המחוזי. עוד נטען כי גם הקשרים העסקיים של בעלי השליטה עם אלדר היו צריכים להוביל למסקנה כי מדובר בעסקת בעלי ענין.

שנית, נטען כי בית המשפט טעה בהחילו את כלל שיקול הדעת העסקי על החלטת הדירקטוריון. בהקשר זה נטען כי מחומר הראיות עולה בבירור כי המשיבים היו "חותמת גומי", שכן הם לא בדקו כלל את המבנה הכולל של העסקה ואת תנאיה המסחריים; וכי למעשה העסקה הייתה ריקה מתוכן.

12. בתשובה, טענו המשיבים כי דין הערעור להידחות. נטען כי הטענות המועלות בערעור מופנות רובן ככולן כלפי קביעות עובדתיות של בית המשפט המחוזי. לגופם של דברים סמכו כל המשיבים את ידיהם על פסק הדין. לחלופין טענו, כי גם אם יימצא בניגוד לעמדתם כי עסקת שמן הייתה עסקת בעלי ענין, אזי לנוכח חוות דעתו של עו"ד הולנדר יש לקבוע כי קמה לדירקטורים חסינות, וכי מכל מקום יש למשיבים כתבי פטור ושיפוי החלים בנסיבות הענין. המשיבים טענו, בנוסף, כי המשיבים 3, 5, 6 ו-7 כלל לא היו נגועים בענין האישי שלו טוען המערער ומכאן שכלפיהם ממילא לא קמה עילת

תביעה. כן נטען, כי גם מטעמים פרוצדוראליים לא היה מקום לאשר את בקשתו של המערער.

13. בדיון שנערך לפנינו שבו הצדדים על עיקרי טענותיהם.

הכרעה

14. לאחר שעיינו בפסק דינו המנומק היטב של בית המשפט המחוזי, כמו גם בסיכומי הצדדים, ולאחר ששמענו טיעון מפורט בעל-פה, לא מצאנו כל עילה להתערב בפסק דינו של בית המשפט המחוזי.

15. כעולה מעיון בטענות המערער וכפי שטענו המשיבים, והדבר התחדד בדיון שנערך לפנינו, רובן ככולן של טענות המערער מופנות כנגד קביעות עובדתיות של הערכאה הדיונית. כך לגבי הטענה העיקרית לפיה עסקת שמן הייתה עסקת בעלי ענין, וכך הוא גם לגבי הטענה כי בנסיבות המקרה לא היה מקום להפעיל את כלל שיקול הדעת העסקי. בית המשפט המחוזי ניתח באופן יסודי ומעמיק את חומר הראיות שהונח לפניו, ולא מצאנו כי נפלה טעות בולטת המצדיקה סטייה מהכלל לפיו לא נוהגת ערכאת הערעור להתערב בקביעות עובדתיות שקבעה הערכאה הדיונית.

16. יצוין, כי הטרידה אותנו בתחילה הטענה לפיה עו"ד ד"ר זאב הולנדר (להלן: עו"ד הולנדר), שחיווה דעתו בישיבת דירקטוריון צמיחה כי עסקת שמן איננה עסקת בעלי ענין, היה למעשה "עורך דין מטעם" שחות דעתו הוזמנה לצורך אישור העסקה. בית המשפט המחוזי התייחס ארוכות לחוות דעתו של עו"ד הולנדר, בין היתר בהתייחסו לשאלה בדבר נפקותה של חוות דעת כאמור לשאלת אחריותם של הדירקטורים אם היה נמצא כי עסקת שמן הייתה עסקת בעלי ענין, אך הביע דעתו כי הכרעה בשאלה זו אינה דרושה לנוכח מסקנתו כי עסקת שמן לא הייתה עסקת בעלי ענין (פסקאות 103-118 לפסק הדין). כן התייחס בית המשפט לחוות דעתו של עו"ד הולנדר בעת בחינתו את טענת המערער כי הדירקטורים התרשלו בבקרה על פרטי העסקה בין היתר בשל הסתמכותם על חוות דעתו גם בנוגע לתנאי העסקה, וקבע בין היתר כי -

"במקרה דנן, אני סבורה כי הדירקטורים היו רשאים]ם] לסמוך על הייעוץ המשפטי של עו"ד הולנדר, ואינני סבורה כי היה עליהם לדרוש ייעוץ עצמאי מטעמם. כך,

אין כל טענה כנגד מומחיותו ומקצועיותו של עו"ד הולנדר בעסקאות נפט וגז כגון עסקת שמן. עו"ד הולנדר ציין בפרוטוקול ישיבת הדירקטוריון כי 'תחום התמחותי הוא נפט וגז. אנו מייצגים את רוב השחקנים בשוק'. כך העיד גם מר לבון ('אני לא חושב שיש בעיה כי מי שמומחה בתחום הגז והנפט זה עו"ד הולנדר' - עמ' 162). נראה כי הטענה היחידה של המבקש בהקשר זה נבעה מהעובדה שעו"ד הולנדר ייצג בעסקת שמן את שני הצדדים לעסקה - הן את שמן והן את החברה. אני סבורה כי אין מקום לקבוע כי ייצוג כזה היה פסול בנסיבות הענין, וכי הוא שלל את האפשרות של הדירקטורים להסתמך על עו"ד הולנדר בנושאים המשפטיים השונים הכרוכים בהסכם" (פסקה 134).

במעמד הדיון שנערך לפנינו שאלנו את באי כוח הצדדים באשר לזיקתו של עו"ד הולנדר לשמן. במענה לשאלותינו הובהר כי אין מדובר ב"עורך הדין של שמן", שכן עו"ד הולנדר ייצג בעסקה הן את שמן והן את צמיחה, וכי עו"ד הולנדר נהג לייצג את כל השחקנים הראשיים בענף הנפט בישראל, ושירותיו נשכרו לענין הנדון בשל התמחותו בתחום חיפושי הנפט והגז. תשובות אלה, בצירוף התרשמותו של בית המשפט והמסקנות אליהן הגיע, הניחו את דעתנו בהקשר זה. כפי שציין בית משפט קמא, מדובר בחוות דעת שניתנה "על ידי עורך דין מנוסה ובעל מוניטין, שחוות הדעת היתה יסודית, שהיא ניתנה בעל פה ובהמשך גם בכתב, וכי נותן חוות הדעת הסכים לבוא ולהיחקר על מסקנותיה בבית המשפט" (פסקה 117).

17. כאמור, הערעור נסב למעשה על ממצאים עובדתיים וקביעות מהימנות שקבע בית המשפט קמא. הטענות, שהועלו בפני בית משפט קמא והמועלות עתה בשנית, נדחו בפסק דין מפורט, מנומק ומבוסס כדבעי, והמערער לא השכיל לבסס עילה כלשהי העשויה להצדיק את התערבותנו בפסק דינו של בית משפט קמא. כידוע, אין בית משפט שלערעור מתערב בממצאים עובדתיים ואף אינו מעמיד עצמו במקום הערכאה הראשונה בבחינת המסכת העובדתית שנפרשה לפניו, אלא אם כן בולטת על פני הפסק טעות משפטית שורשית או שהדברים מופרכים על פניהם ובלתי סבירים (ע"א 501/84 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' מירון, פ"ד מב(2) 89, 99 (1988); ע"א 8419/13 פלוני נ' עיריית ירושלים, פסקה 13 (9.3.2015); ע"א 117/15 שגיא נ' מנהל רשות המסים, פסקה 10 (13.7.2016); ע"א 918/15 פישמן רשתות בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פסקה 11 (28.7.2016); ע"א 559/16 פרי יעקב שירותי ניהול בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב 1, פסקה 10 (6.11.2016)).

18. על רקע כל האמור ראינו לאמץ את מכלול הממצאים העובדתיים והמשפטיים שנקבעו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, ולדחות את הערעור בגדר סמכותנו לפי תקנה 460(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, לאחר שמצאנו כי אין מקום לדחות את הממצאים העובדתיים שנקבעו בפסק הדין; כי הממצאים העובדתיים תומכים במסקנה המשפטית; וכי אין לגלות בפסק הדין טעות שבחוק.

19. הערעור נדחה. המערער יישא בהוצאות המשיבים בסך 20,000 ₪.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט מ' מזוז.

ניתן היום, ו' בתשרי התשע"ח (26.9.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת