



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

לפני כב' השופט פרופ' עופר גרוסקופף

המבקשים: 1. יעקב שטבינסקי

2. שמואל ולטר

3. טליה ולטר

באמצעות ב"כ עו"ד יעקב סבו, עו"ד רון דרור ועו"ד אופיר מנצ'ל

נגד

החברה: פסיפיקה אחזקות בע"מ, חברה ציבורית מס' 520039215

באמצעות ב"כ עו"ד אלי אקסלרוד

המשיבים: 1. יוסי אנטורג

2. שלמה ולד ז"ל

3. עדי טויסטר

4. יצחק רחמים גוולי

5. מרטין שרמן

6. יעקב ויזר

7. יצחק לביא

8. ענת ברנשטיין-רייך

9. יואב ברק

10. אפרים איצקוביץ

המשיבים 1, 3 - 10 באמצעות ב"כ עו"ד צבי אגמון, עו"ד טל מישר ועו"ד יותם קוולר

החלטה בבקשה לאישור תביעה נגזרת

1. לפני בקשה לאישור תביעה נגזרת בשמה של חברת פסיפיקה אחזקות בע"מ (להלן: "החברה") נגד אורגנים שונים של החברה (להלן: "הבקשה"). בבקשה נטען כי רשלנות האורגנים של החברה בעת אישור עסקאות לרכישת שתי חלקות מקרקעין בעיר גאלאץ (Galati) שברומניה, הובילה לכך שהחברה שילמה סכום של 5.25 מיליון יורו מבלי שקיבלה דבר בתמורה (שתי העסקאות הללו יחדיו יכוננו להלן "העסקאות בגאלאץ"). לטענת המבקשים, בדיעבד התברר, כי ההסכמים לרכישת שתי החלקות אינם תקפים לפי הדין הרומני; כי המוכרת לכאורה כלל לא הייתה הבעלים של אחת מהחלקות; וכי החלקה השנייה נמכרה על ידי המוכרת לצד שלישי. המשיבים, כך נטען, אחראים לנזק שנגרם לחברה בעקבות עסקאות אלה, נזק שהוערך בסכום כולל של 63,600,000 ₪.



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

א. הצדדים

2. **המבקשים** הם בעלי מניות בחברה. בקשת האישור הוגשה ביום 24.7.2008 על ידי המבקש 1, וכחודש ימים לאחר מכן, ביום 27.8.2008, הוגשה בקשה לצירופם של המבקשים 2 ו-3 לבקשה, זאת לאור הודעתו של המבקש 1 כי הוא מעוניין במחיקת הבקשה תוך שמירת זכותו להגיש במועד אחר. בית המשפט נעתר לבקשה, כך שהמבקשים 2 ו-3 הוספו כצדדים להליך.
- בהמשך לכך, הודיעו ב"כ המבקשים ביום 8.12.2008, במסגרת תגובה שהוגשה על ידם, כי המבקש 1 מעוניין בהמשך ניהול התביעה הנגזרת בשמו (ראו נספח ג' לתגובת המבקשים לתשובת המשיבים).
3. **המשיבים 1 – 10** כיהנו כולם כאורגנים של החברה במועד בו התבצעו העסקאות בגאלאץ. המשיבים 1 – 8 כיהנו במועדים הרלוונטיים כחברי דירקטוריון בחברה, כאשר המשיב 1 אף שימש כיו"ר הדירקטוריון ואילו המשיבים 5 ו-8 כיהנו כדירקטורים חיצוניים. המשיב 9 כיהן כמנכ"ל החברה באותה העת. המשיב 10 כיהן כנושא משרה מטעם החברה בנוגע לעסקאות החברה ברומניה.
4. **המשיב 2** (להלן: "מר ולד"), על כך אין חולק, היה הרוח החיה מאחורי העסקאות בגאלאץ. בראשית ההליך יוצג מר ולד על ידי ב"כ המשיבים 1 ו-3 – 10 (אשר למען הנוחות יכונה להלן "ב"כ המשיבים") על אף שכפי שיובהר להלן הם אינם מייצגים עוד את המשיב 2, ואף הוגש תצהיר מטעמו לתמיכה בתשובת המשיבים לבקשה. במהלך ניהול ההליך התברר, כי המשיב 2 נחקר ואף נעצר בשל חשדות שונים הנוגעים לניהול החברה. לפיכך, פנו ב"כ המשיבים וביקשו להחליף את התצהיר שהוגש על ידי מר ולד, ולהשתחרר מייצוגו. במסגרת דיון בתיק שהתקיים ביום 11.5.2009 קיבל בית המשפט את הבקשה, זאת לאור הודעתו של ב"כ המשיבים כי מונה למשיב 2 בא כוח אחר, עו"ד קורמן, שלא התייצב לאותו דיון.
- בפועל לא התייצבו מר ולד או מי מטעמו לדיונים שהתקיימו לאחר מכן. ביום 1.6.2009 נמסרה הודעתו של עו"ד קורמן, בה הובהר כי כלל לא נמסר לו ייפוי כוח על ידי מר ולד, לא הועברו לו מסמכים כלשהם הנוגעים להליך ולא נחתם הסכם שכר טרחה, ועל כן הוא מבקש כי יובהר שהוא פטור מייצוגו. בעקבות בקשה נוספת שהוגשה על ידי עו"ד קורמן, העביר בית המשפט את הבקשה בהחלטתו מיום 10.9.2009 לתגובתו של מר ולד עצמו, אך תגובה זו לא התקבלה. יצוין עוד, כי במסגרת ישיבת בית המשפט שהתקיימה ביום 30.6.2011 הצהיר ב"כ המבקשים לפרוטוקול כי כתבי הטענות ופרוטוקולי הדיונים נמסרו למר ולד.
5. במקביל לניהול ההליך לפני, נוהל הליך פלילי נגד החברה, מר וולד, מר יוסי אנטורג (המשיב 1), מר יואב ברק (המשיב 9) ומר יעקב בירנבאום (ת"פ (מחוזי ת"א) 410-02-11, שהתנהל לפני השופט חאלד כבוב).
- בסמוך למועד חתימת פסק דין זה נמסרה לבית המשפט הודעה מטעם ב"כ המבקשים לפיה מר ולד ז"ל נפטר באחרונה, וביום 2.4.2013 התקיימה הלוויתו.



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

ב. רקע עובדתי

6. החברה התאגדה במקור כחברה פרטית בשם ולטר רוזנטל בע"מ, ועיסוקה העיקרי היה הובלת דלק. בשנת 1994, לאחר הנפקתה לציבור, שונו יעדי פעילותה של החברה, והיא החלה לעסוק ביזמות, אחזקה, השכרה וניהול של נכסי מקרקעין בישראל. בשנת 2006 שונה שם החברה לשמה הנוכחי, פסיפיקה אחזקות בע"מ, ולקראת סופה של אותה שנה החליטה החברה להרחיב את פעילותה בתחום יזמות הנדל"ן אל מחוץ לישראל.

7. בהמשך לכך, פורסם על ידי החברה בחודש מרץ 2007 תשקיף בו הוצע לבעלי המניות הרשומים של החברה לרכוש מניות רגילות נוספות באופן יחסי לאחזקותיהם הקיימות, זאת עד לסך של 201,794,145 מניות, ואילו לציבור הוצע לרכוש במסגרת מכרז אגרות חוב (סדרה א') אשר נמכרו ביחידות, כל יחידה בערך נקוב של 400 ₪.

8. בתשקיף נסקרו כוונותיה של החברה בנוגע לפיתוח פעילותה מחוץ לישראל, ובפרט ברומניה, וצוין כי החברה התקשרה בחודש ינואר 2007 בהסכמים לרכישת שתי חלקות קרקע בעיר פולישט וביישוב איזבוראן שברומניה, קרקעות אשר נועדו לבניית פרויקטים לדירות מגורים. כפי שהובהר באותו תשקיף, כוונת החברה היתה לממן את פעילותה ברומניה, הן ביחס לפרויקטים אלה, הן בעתיד באמצעות הונה העצמי, כמו גם באמצעות מימון בנקאי. בתשקיף הובהר עוד כי "החברה תקבל אשראי בנקאי לכל פרויקט בנפרד, כאשר ההלוואה היא מסוג Non-recourse המובטחת בשעבוד על הקרקע, הזכויות בפרויקט ו/או על מניות חברת הבת המבצעת את הפרויקט" (סעיף 8.17.7 לתשקיף).

עוד צוינו בתשקיף הבטוחות שהעמידה החברה לאגרות החוב. בין היתר הובהר, כי הכספים שיתקבלו במסגרת מכירת ניירות הערך שהוצעו בתשקיף יועברו (לאחר שינוכו הוצאות שונות) לחשבון נאמנות מיוחד. העברת כספים מחשבון הנאמנות לצורך ביצוע עסקאות מקרקעין עתידיות ברומניה תעשה לאחר שמניות חברת בת של החברה שתבצע עסקה כלשהי ישועבדו לטובת הנאמן (סעיף 3.2.5 לתשקיף), והחברה אף התחייבה כי "כל עוד לא הומרו לפחות 75% מאגרות החוב (סדרה א')... השקעה של החברה בעסקת מקרקעין תבוצע בתנאי שהחברה תחזיק לפחות 50% מהזכויות בנכס המקרקעין נשוא אותה עסקת מקרקעין" (סעיף 3.2.5 ה' לתשקיף). יצוין, כי חשבון הנאמנות נוהל על ידי זיו האפט חברה לנאמנויות (להלן: "הנאמן").

9. בהמשך לכך, לאחר שגויס במסגרת התשקיף סכום של כ-41 מיליון ₪ (עמ' 13 לדוחות הכספיים של החברה מיום 31.12.2007, אשר צורפו כנספח א' לתגובת המבקשים לתשובת המשיבים לבקשה), התקיימה ביום 15.7.2007 ישיבה טלפונית של דירקטוריון החברה, בה הועלה בפני הדירקטורים נושא עסקאות גאלאץ (נספח 3 לעמדת המשיבים בנוגע להרשעתו של מר ולד). בפרוטוקול צוין כי לא מדובר בהבאת העסקה לאישור הדירקטוריון, אלא ב"אישור הליכה לשותפות 50%-50% עם חברה ציבורית נוספת, תשואה 10 בע"מ". בעקבות ישיבה זו, על אף שלכאורה העסקה טרם אושרה, הועבר ביום 19.7.2007 סכום של 2.1 מיליון יורו לחברה רומנית



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

- בשם S.C Omega Union Construct S.R.L (להלן: "חברת אומגה"). ביום 20.7.2007 התקיימה ישיבת דירקטוריון טלפונית, בה נידונו העסקאות בגאלאץ, והוחלט פה אחד לאשר את רכישת שתי החלקות.
10. ביום 22.7.2007 הודיעה החברה כי היא התקשרה בחוזה מקדים לרכישת קרקע פנויה בשטח של 25,000 מ"ר בעיר גאלאץ שברומניה, באמצעות חברה הרשומה ברומניה בשם **Ziv Construct S.R.L** (יוער, כי על אף שבמסמכים השונים כונתה החברה "חברת הבת", בפועל מדובר בחברה נכדה, שכן פעילות החברה ברומניה הוחזקה באמצעות חברת בת הרשומה בקפריסין בשם **Miracleland Trading Ltd.** (ראו סעיף 34(ב) לבקשה). למען הנוחות, מאחר שכך נקראה החברה במסמכים הרלוונטיים, נתייחס אליה להלן כאל "חברת הבת").
- בדוח מידי זה צוין כי במעמד חתימת החוזה המקדים שולמו לבעלי הקרקע כ-2.1 מיליון יורו, וכי יתרת התמורה בסך כ-2.9 מיליון יורו תשולם תוך 60 יום ממועד החתימה (להלן: "עסקת גאלאץ הראשונה"). עוד צוין, כי חברת הבת מנהלת משא ומתן עם מוכרי הקרקע לקבלת אופציה לרכישת קרקע נוספת בבעלותם, גם היא בשטח של 25,000 מ"ר, הצמודה לקרקע שנרכשה. בהמשך לכך, ביום 25.7.2007 הודיעה החברה כי חברת הבת התקשרה בהסכם מקדים לרכישת הקרקע הנוספת, בתמורה לתשלום של 5 מיליון יורו. בהודעה צוין כי הוסכם שסכום של 1.3 מיליון יורו ישולמו לבעלי הקרקע תוך 3 ימים עסקים ממועד חתימת ההסכם המקדים, סכום נוסף של כ-800,000 יורו ישולמו תוך 30 יום ממועד החתימה, ויתרת התמורה בסך כ-2.9 מיליון יורו תשולם "במועד חתימת הסכם המכירה ורישום הבעלות על הקרקע" (להלן: "עסקת גאלאץ השנייה"). בהודעות החברה הובהר עוד כי טרם נחתם הסכם סופי ביחס לעסקאות, וכי אין וודאות כי העסקאות תושלמנה.
- יוער, כי בדיווחי החברה האמורים לא הופיע שמם של בעלי הקרקעות עימם נחתמו ההסכמים המקדימים. מדיווחים מאוחרים יותר עולה, כי המוכרת הייתה חברת אומגה. עוד יש לציין, כי מועדי התשלום האמורים הוארכו בהסכמת הצדדים להסכם, כך שבפועל לא התבצעו התשלומים במועדים האמורים. בסופו של יום מתוך הסך האמור של 10 מיליון יורו, שילמה החברה במסגרת עסקאות גאלאץ סך של 5.25 מיליון יורו, כאשר 2.1 מיליון יורו שולמו כאמור עוד ביום 19.7.2007; ביום 25.7.2007 שולם סכום נוסף של 1.3 מיליון יורו; ביום 2.8.2007 הועבר סך של 400,000 יורו; סכום של 690,000 יורו הועבר ביום 2.11.2007; סך של 10,000 יורו הועבר ביום 28.11.2007; וביום 7.12.2007 שולם סכום של 500,000 דולר.
11. מספר חודשים לאחר דיווחי החברה על עסקאות גאלאץ, ולאחר שבחודש פברואר 2008 הושעו מניות החברה מהמסחר בבורסה לניירות ערך בתל אביב (בשל ליקויים שהתגלו בדוחות החברה), נמסר על ידי החברה ביום 18.2.2008 דיווח מידי על "ליקויים לכאורה" שנתגלו בעסקאות גאלאץ. החברה הודיעה, כי לאור בקשת הנאמן למתן בטוחות נוספות לעסקאות גאלאץ התבצעו בדיקות שנועדו לאפשר רישום הערת אזהרה על הקרקעות שנרכשו. בבדיקות



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

אלה התברר, כי על אחת הקרקעות נרשם על ידי חברת אומגה שעבוד להבטחת אשראי שקיבלה מצד שלישי, וכי הקרקע הנוספת אינה רשומה כלל על שם חברת אומגה, והיא נמצאת בתהליך העברת הרישום מהמדינה לשם של יורשים שהם בעלי הקרקע, אשר מכרו אותה לחברת אומגה. עוד צוין בהודעה, כי החברה שילמה עד כה בגין הקרקעות סכום של 5.25 מיליון יורו, מתוך סך כולל של 10 מיליון יורו. כן צוין כי הוחלט למנות עורך דין הבקיא בעסקאות מקרקעין באירופה, אשר יבחן את זכויותיה של החברה במקרקעין, וימליץ על דרכי פעולה להבטחת זכויות אלה.

12. תקציר דוח הבדיקה שנערכה על ידי עו"ד פז רימר (להלן: "עו"ד רימר") פורסם בהודעת החברה מיום 27.2.2008. בדו"ח הובהר, כי לפי החוק הרומני, הסכמים מקדמיים, כדוגמת אלו שנחתמו על ידי החברה, אינם מקנים לרוכש כל זכות בקרקע, אלא אם נחתמו בפני נוטריון ציבורי ונרשמו בספרי המקרקעין, דבר שלא נעשה בעסקאות גאלאץ. כן הובהר, כי הקרקע שנרכשה במסגרת עסקת גאלאץ הראשונה אינה בבעלות חברת אומגה, אלא בבעלות חברת מימון שהעניקה לה אשראי, וכי אף הקרקע שנרכשה במסגרת עסקת גאלאץ השנייה אינה בבעלות חברת אומגה. עו"ד רימר המליץ על מספר צעדים אותם צריכה החברה לנקוט. בהמשך לכך, הודיעה החברה ביום 20.3.2008 כי בכוונתה לפעול בהתאם להמלצותיו של עו"ד רימר לשם הבטחת זכויותיה. לאחר פנייה של הנאמן בנוגע לעסקאות גאלאץ, הודיעה החברה ביום 12.6.2008 כי כל המידע הידוע לה הועבר לנאמן, וכי המשא ומתן עם חברת אומגה בנוגע לעסקאות אלה נמשך.

13. במקביל לאירועים אלה, נשלח לחברה ביום 10.2.2008 מכתב מטעם המבקשים 1 ו-2 ובעלי מניות נוספים בחברה, בו נדרשה החברה למצות את זכויותיה בדרך של הגשת תובענה בנוגע לאירועים שונים, ובהם עסקאות גאלאץ. החברה דחתה את הדרישה להגשת התביעה במכתבה מיום 23.3.2008. לפיכך, הוגשה ביום 24.7.2008 הבקשה שלפני.

14. יש לציין, כי גם לאחר הגשת הבקשה נוהל על ידי החברה משא ומתן עם חברת אומגה בנוגע לעסקאות גאלאץ, אולם משא ומתן זה לא הניב ככל הנראה כל תוצאות. בחודש אוגוסט 2008 דווח על ידי החברה כי נחתם הסכם נוסף עם חברת אומגה, לפיו ההסכם המקדמי שנחתם בעסקת גאלאץ השנייה יבוטל, אולם סכום של 500 אלף יורו לא יוחזר לחברה. לפי הדיווח, הוסכם בנוגע לקרקע שנרכשה במסגרת עסקת גאלאץ הראשונה, כי חברת אומגה תמשיך לשלם את חובותיה לחברת המימון, ותדאג להעברת המקרקעין על שם חברת הבת לא יאוחר מיום 30.1.2010, כאשר כנגד העברת הרישום תשולם יתרת המחיר בסך של 250 אלף יורו. עוד צוין כי להבטחת עמידתה בתנאי ההסכם משעבדת חברת אומגה 50% ממניותיה לטובת חברת הבת. בהמשך דיווחה החברה ביום 26.9.2008 כי ההסכם אושר על ידי נוטריון ברומניה, אולם אז התברר כי ישנם הבדלים משמעותיים בין הנוסח בשפה האנגלית – על בסיסו ניתן הדיווח האמור – לבין זה שאושר בשפה הרומנית. אף הסכם זה לא בוצע, כך שבפועל לא הועברה לחברה כל תמורה עבור הכספים ששולמו על ידה.



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

15. במהלך התקופה שחלפה מיום הגשת הבקשה ועד לדיון שנקבע ליום 11.5.2009, קיימו הצדדים מספר שיחות גישור שלא צלחו. במסגרת כך אף נשקלה הצעה כי דירקטוריון החברה יקיים דיון נוסף בבקשה שהוגשה לו לאישור התביעה הנגזרת. ביום 1.11.2010 הודיעו הצדדים כי המשא ומתן לא צלח, שכן דירקטוריון החברה לא אישר את הסכם הפשרה שהוצג לו, ועל כן התבקש בית המשפט לקבוע מועדים לדיון.

16. ביום 18.1.2011, טרם התקיים הדיון בבקשה גופה, הוגשה על ידי ב"כ המבקשים בקשה לצירוף העתקי הודעות שונות שנגבו על ידי הרשות לניירות ערך, במסגרת חקירה שהתקיימה בעניין החברה, ואשר נגעה, בין היתר, לעסקאות גאלאץ. ביום 1.5.2011 הודיעו ב"כ המשיבים כי הם אינם מתנגדים לצירוף הודעות אלה לתיק, ובלבד שיוגשו כל מסמכי החקירה.

17. בעקבות הודעה זו, התקיימה ביום 30.6.2011 ישיבת תזכורת בתיק. במסגרת ישיבה זו הודיעו ב"כ המשיבים כי הם מבקשים לזמן את מר ולד לעדות. כאמור, ביום 15.11.2011 חתם מר ולד על עסקת טיעון עם המדינה, במסגרתו הודה במעשי מרמה הנוגעים לעסקאות גאלאץ, וביום 20.11.2011 הורשע מר ולד בהתאם להודאתו. בעקבות התפתחויות אלה, הגישו הצדדים ביום 18.12.2011 בקשה לאישור הסדר דיוני, בו הוסכם, כי הודאתו של מר ולד, כתב האישום וההרשעה יוגשו לבית המשפט, וכי לצדדים תינתן האפשרות לטעון ביחס להשלכות ההרשעה על טענותיהם בהליך דני. עוד הוסכם כי המבקשים לא יחקרו על תצהיריהם, כי ישמעו רק עדים שזימונם התבקש טרם אותו מועד וכי המשיב 1 (שתצהירו החליף את תצהירו של מר ולד שצורף בתחילה לתגובת המשיבים לבקשה) יחקר על ידי ב"כ המבקשים. הסדר זה אושר על ידי בית המשפט ביום 18.12.2011.

18. ביום 16.1.2012 הוגשה על ידי הצדדים בקשה לאישור הסדר דיוני נוסף, בו הוסכם כי המשיבים יוותרו על חקירות העדים, כך שבדיון ההוכחות יחקר המשיב 1 בלבד, וכי יוגשו לבית המשפט בהסכמה שני כתבי בית דין שהוגשו על ידי החברה לבית המשפט המחוזי בתל אביב יפו. ביום 17.1.2012 התקיים דיון ההוכחות, בסיומו זומנו באי כוח הצדדים לדיון תזכורת, אשר התקיים ביום 19.2.2012. בעקבות כך נוהלו מגעים נוספים בין הצדדים בניסיון להגיע לפשרה.

19. ביום 8.3.2012 נמסרה הודעת ב"כ המשיבים כי עד כה לא נשאו המגעים לפשרה פרי, ולפיכך במקביל להמשך המגעים מתבקש בית המשפט לאשר הסדר דיוני נוסף, לפיו סיכומי הצדדים יוגשו במקביל לניהול מגעים נוספים ביניהם (להלן: "ההסדר הדיוני"). בהסדר הדיוני הובהר כי הטענות בהן תתבקש ההכרעה בשלב בחינת בקשת האישור "יוגבלו לסוגית כתב הפטור שניתן למשיבים ולקיומה של חברה ללא דירקטוריון קונפליקטורי". עם זאת בבקשה צוין כי "המבקשים מסכימים לאמור לעיל, ומוסיפים, למען הסר ספק, כי לעמדת המבקשים לשם ההכרעה בסוגיות האמורות לעיל יש להידרש במסגרת הסיכומים לכלל נסיבות העניין".

20. גם המגעים הנוספים לא צלחו, והגיעה העת להכריע בבקשה. נפנה, אפוא, לסקור בקצרה את טענות הצדדים.



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

ג. עיקר טענות הצדדים

טענות המבקשים

21. ב"כ המבקשים טענו, כי שני התנאים אשר נקבעו בדין לצורך אישור בקשה לתביעה נגזרת התקיימו בענייננו. לטענתם, המשיבים הציגו גרסאות עובדתיות שונות וסותרות, כך שלמעשה כיום אין חולק כי הוכחה על ידי המבקשים עילת תביעה לכאורית נגד המשיבים, אשר לא נהגו כנושאי משרה סבירים בעת אישורן של עסקאות גאלאץ, ולפיכך הפרו את החובות המוטלות עליהם בתור נושאי משרה בחברה. ב"כ המשיבים הדגישו כי טענותיהם בנוגע למסכת העובדתית תואמות את ההסדר הדיוני שהושג, לפיו יש להידרש כבר בשלב זה לכלל נסיבות העניין.

22. ב"כ המבקשים סבורים כי כתבי הפטור אינם מעלים כל קושי מאחר שהם חסרי כל תוקף בכל הנוגע לאירועים נושא התביעה, זאת לאור פגמים פרוצדוראליים ומהותיים שנפלו בהם. ב"כ המבקשים הדגישו, כי הדין קובע שלא ניתן ליתן פטור מהפרת חובת זהירות על מעשים רשלנים לאחר שאלה התרחשו.

23. עוד הוסיפו ב"כ המבקשים, כי יש לדחות את טענת ב"כ המשיבים לפיה לאור העובדה שכיום דירקטוריון החברה אינו נגוע עוד בניגוד עניינים, אין מקום לאישור תביעה נגזרת. ב"כ המבקשים טענו כי טענה זו סותרת את ההסדר הקבוע בדין, וכי ממילא בענייננו לא ניתן לקבל טענה זו שכן דירקטוריון החברה החדש הודיע כי בהיעדר דירקטורים חיצוניים, אין באפשרותו לגבש עמדה בנוגע להגשת התביעה בשלב זה.

טענות המשיבים 1, 3 – 10

24. בפתח דבריהם טענו ב"כ המשיבים כי טענות ב"כ המבקשים חורגות מהמתווה הדיוני עליו הוסכם, מתווה שאושר על ידי בית המשפט. ב"כ המשיבים ביקשו לפיכך כי לא יקבעו מסמרות במחלוקות העובדתיות בין הצדדים.

25. לטענת ב"כ המשיבים, לא ניתן לאשר את התביעה הנגזרת בשל כתבי הפטור שניתנו למשיבים. ראשית, משום שהמבקשים מנועים מלטעון אודות פגמים בהליך אישור כתבי הפטור, שכן טענות אלה נגועות בשיהוי רב, כאשר המבקש 1 נכח באסיפה בה התקבלו כתבי הפטור ואף תמך בהחלטה זו. עוד נטען, כי ממילא אין בטענות ב"כ המבקשים ממש, משום שכתבי הפטור קיבלו את כל האישורים הנדרשים בדין. לדבריהם, אין כל מניעה עקרונית בדין להעניק פטור לדירקטורים בדיעבד, על מעשים שכבר אירעו.

26. ב"כ המשיבים סבורים כי ניתן לאשר את הגשתה של תביעה נגזרת בשם החברה רק בנסיבות בהן מצויה הנהלת החברה בניגוד עניינים. לשיטתם בהיעדר ניגוד עניינים אין זה ראוי כי בית המשפט יעדיף את שיקול דעתו על פי זה של האורגן המוסמך בחברה. ב"כ המשיבים אף טענו כי



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

אין ממש בעמדת החברה לפיה אין באפשרותה לגבש עמדה בנוגע לתביעה, שכן בפועל מתנהלים הליכים משפטיים על ידי החברה, ומתקבלות על ידה החלטות ניהוליות על אף היעדרם של דירקטורים חיצוניים. ב"כ המשיבים הוסיפו כי הימנעות החברה מהצגת עמדה מלמדת על חוסר תום ליבה של החברה, ואף על חוסר תום ליבם של המבקשים עצמם.

ד. דיון והכרעה

המסגרת הנורמטיבית

27. כוחם של בעלי מניות בחברה ציבורית להגיש תביעה נגזרת בשמה של החברה מוסדר בפרק השלישי לחלק החמישי של חוק החברות, תשנ"ט-1999 (סעיפים 194 – 206). התביעה הנגזרת מאפשרת לבעל המניות להפעיל זכות תביעה שנתונה לחברה עקב הפרת חובה כלפיה, כאשר הפרת חובה זו אינה מקימה לבעל המניות עילת תביעה אישית. בע"א 52/79 סולימני נ' בראונר פ"ד לה (3) 617, 624 (1980) (להלן: "עניין סולימני") התייחס בית המשפט העליון לייחודיות של הליך זה:

"שהרי, מה נשתנתה התביעה הנגזרת מכל התביעות "השלמות" והמקובלות? שבכל התביעות המקובלות "בא בעל השור ועומד על שורו", ומי שזכותו נלקחה או נפגעה בא ודורש את השבתה או תיקונה. מה אין כן בבעל מניות, הבא בתביעה נגזרת (derivative action), היינו, תביעה, הנגזרת מזכות התביעה של החברה. במקרה כזה בעל המניות תובע בשם החברה, שהיא אישיות משפטית בפני עצמה, אף-על-פי שבעל המניות אינו מוסמך ולא נתבקש כל עיקר ליצג את החברה ולתבוע בשמה; ולא זו בלבד, את תביעתו מגיש בעל המניות בשם החברה נגד מנהלי החברה, המוסמכים לנהלה וליצגה" (דברי השופט מנחם אלון ז"ל).

28. תכליתו של הליך התובענה הנגזרת היא להתגבר על כשלים הקיימים במנגנון הממשל התאגידי. החשש הוא מפני האפשרות שתביעה ראויה של החברה, אשר טובת החברה מחייבת את הגשתה, לא תוגש בשל כשל במנגנון הממשל התאגידי שלה. המקרה האופייני בו נוצר כשל מסוג זה הוא כאשר קיים ניגוד אינטרסים בין טובת החברה, המחייבת את הגשת התביעה, לבין טובת בעלי היכולת לכוון את פעילות החברה, אשר אינם מעוניינים בהגשת התביעה. עמד על כך השופט מנחם אלון, בעניין סולימני, בציינו את הדברים הבאים:

"אפשרות זו של הגשת תביעה בשם תובע בלי לקבל הסמכה לכך מטעם התובע התפתחה, כידוע, באנגליה כדי לאפשר הגשת תביעה מטעם בעלי המניות בשם החברה, נגד מנהלי החברה, במקרה שמעשיהם של אלה מהווים חריגה מסמכות, תרמית, עושק המיעוט וכיוצא באלה, שהרי סביר להניח, שבכגון דא לא יתבעו המנהלים את עצמם לדין בשם החברה." (שם, בעמוד 625).



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

29. ודוק, הגדרת תכלית התביעה הנגזרת כהתגברות על כשלים במנגנון הממשל התאגידי, מלמדת כי מצב הדברים בו קיים ניגוד עניינים בין אינטרס החברה לבין האינטרס של מנהלי החברה הוא רק מצב אופייני לאישור הגשת תביעה נגזרת. לאמיתו של דבר, ניגוד אינטרסים בין החברה לבין מנהליה אינו לא תנאי מספיק ולא תנאי הכרחי לכך שתינתן אפשרות לבעל מניות להגיש תביעה נגזרת. אין מדובר בתנאי מספיק, שכן ניגוד אינטרסים כזה אינו מלמד בהכרח על כשל במנגנון הממשל התאגידי. כך, למשל, כאשר המנהלים אינם בעלי שליטה בחברה, יכולים, לכאורה, בעלי המניות בחברה להביא להגשת תביעה נגדם גם בניגוד לרצונם (למצער, באמצעות החלפת המנהלים). כאשר חלופה זו איננה תיאורטית גרידא, ולא קיימת בעיה של ניגוד עניינים בקרב בעלי המניות, יתכן שדי בה, ואין מקום לאשר הגשת תביעה נגזרת. אין מדובר בתנאי הכרחי, שכן ניתן להעלות על הדעת מצבים בהם קיים כשל במנגנון הממשל התאגידי המונע הגשת תביעה אשר איננו קשור לקיום ניגוד עניינים בהנהלת החברה. כך, למשל, כאשר הנהלת החברה משותקת מטעם כזה או אחר, ואין באפשרותה לקבל החלטה עניינית ביחס להגשת התביעה.

30. ואכן, המבחן שקבע המחוקק בסעיף 198 לחוק החברות להגשתה של תביעה נגזרת הוא מבחן המותיר שיקול דעת רחב לבית המשפט. וזו לשון הסעיף:

"תביעה נגזרת טעונה אישור בית המשפט והוא יאשרה אם שוכנע כי לכאורה התביעה וניהולה הן לטובת החברה וכי התובע אינו פועל בחוסר תום לב".

יש צורך, אפוא, לפי לשון הסעיף, בהתרחשותם של שני תנאים על מנת שיוכל בית המשפט להיענות לבקשה לאישור תביעה נגזרת. ראשית, על המבקש להראות כי אישורה של הבקשה יפעל לכאורה לטובתה של החברה בשמה היא מוגשת; שנית, עליו להוכיח כי הבקשה הוגשה בתום לב. כמובהר, לפי ההסדר הדיוני בין הצדדים, המשיבים אינם טוענים כי יש לדחות את הבקשה בשל התנאי השני (תובע הפועל בחוסר תום לב). נוכל אפוא למקד דיונו בתנאי הראשון לאישור בית המשפט – התרשמות בית המשפט **"כי לכאורה התביעה וניהולה הן לטובת החברה"**.

31. לשם הכרעה בשאלה אם התקיים התנאי הראשון, דהיינו הגשת התביעה וניהולה היא לטובת החברה, נדרש בית המשפט לשקול שני סוגים של שיקולים:

א. **כדאיות ניהול התביעה במובן הצר** – במסגרת זו על בית המשפט לבחון האם בנסיבות המקרה יש, לכאורה, כדאיות בניהולה של תביעה משפטית נגד המשיבים בעילות הנטענות. לצורך בחינת כדאיות ניהול התביעה במובן הצר נדרש למעשה בית המשפט להתעלם מצורת ההתאגדות של התובע המיועד, קרי היותו תאגיד מסוג "חברה", ולבחון האם ניהול ההליך המשפטי היה עשוי להיות רצוי מבחינתו של תובע סביר, שהיה מחזיק באותן טענות בהן מחזיקה החברה נגד הנתבעים הפוטנציאליים. השיקולים אותם מתבקש בית המשפט לשקול במסגרת זו הם מגוונים, ובהם קיומה של



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

עילת תביעה לכאורית; סיכוי הצלחת התביעה; האם ניהול התביעה הוא דרך יעילה להגשמת זכויותיה; ומהן העלויות הכרוכות בהגשת התביעה (ראו ציפורה כהן, **בעלי מניות בחברה - זכויות תביעה ותרופות**, כרך ג' (מהדורה שנייה, התשנ"א. להלן: "כהן, בעלי מניות") עמודים 512 – 517).

ב. כדאיות ניהול התביעה במובן הרחב – במסגרת זו על בית המשפט לבחון האם אישור הגשת התביעה הנגזרת יפעל לטובת החברה שלפניו, וזאת בשים לב למהותה התאגידית. לצורך בחינת כדאיות התביעה במובן הרחב יכול בית המשפט להניח כי לתביעה עצמה יש תוחלת מסוימת (זו שהוערכה במסגרת בחינת הכדאיות במובן הצר), ולבחון האם בהינתן תוחלת זו מצדיקות התכליות של דיני החברות מתן אישור להגשת תביעה נגזרת במקרה הנדון. השיקולים שיבחנו במסגרת זו נוגעים בעיקרם לשאלת קיומו של כשל במנגנון הממשל התאגידי של החברה, ולצורך במתן אישור לניהול תביעה נגזרת על מנת להתמודד עם כשל זה.

32. ויובהר, תכלית קיומה של התביעה הנגזרת הוא, כאמור לעיל, התגברות על כשלים במנגנון הממשל התאגידי המונעים הגשת תביעות שהן לטובת החברה. בחינת כדאיות ניהול התביעה במובן הצר ובמובן הרחב מספקת אינדיקציות לקיומם של כשלים אלו: הכדאיות במובן הצר מבקשת ללמוד על קיומם של הכשלים הללו במבחן התוצאה – לאמור, האם החברה נמנעה מהגשת תביעה שתובע סביר היה מגיש; הכדאיות במובן הרחב מבקשת ללמוד על קיומם של כשלים אלו מהתבוננות בדרך התנהלות החברה. השילוב שבין שני המבחנים הוא שמאפשר לבית המשפט לעמוד בצורה המיטבית על השאלה האם ראוי לאשר את הגשת התביעה במבחן "טובת החברה".

33. ודוק, מערכת היחסים בין שני סוגי השיקולים הנזכרים לעיל – שיקולי כדאיות במובן הצר ושיקולי כדאיות במובן הרחב – איננה של תנאים מצטברים או חילופיים, אלא של שיקולים הפועלים כ"כלים שלובים" במטרה לעמוד על "טובת החברה" – לאמור, ככל שכדאיות ניהול התביעה במובן הצר ברורה ומובהקת יותר כך גם ניתן יהיה להקל בדרישה לכדאיות ניהול התביעה במובן הרחב, שכן הכשל במנגנון ממשל התאגידי, יהיה (כמעט) ברור מאליו; מאידך, ככל שנמוכה יותר הכדאיות במובן הצר, כך גם תוחמר הדרישה לקיום כדאיות במובן הרחב, במובן זה שתידרש הוכחה כי הכשל במנגנון הממשל התאגידי חמור במיוחד, ומצדיק ניהול של תביעה גם כשסיכויי הצלחתה הלכאוריים נמוכים.

34. כזכור, בהסדר הדיוני הוסכם כי טענות הצדדים יתמקדו בשתי סוגיות מרכזיות: **ראשית**, נדרשת הכרעה בשאלה האם לאור כתבי הפטור והשיפוי שניתנו למשיבים אין לאשר את הגשת התביעה נגדם; **שנית**, יש לבחון האם קיומו של דירקטוריון חדש לחברה, שמונה לאחר שהוגשה הבקשה, ואשר אינו נגוע כביכול בניגוד עניינים, מונע את אישורה של התביעה הנגזרת. הסוגיה



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

הראשונה, קיומם של כתבי הפטור, נוגעת לכדאיות ניהול התביעה במובן הצר. מטרת ב"כ המשיבים בהעלאת סוגיה זו היא לשכנע את בית המשפט כי סיכויי הצלחת התביעה נגד המשיבים נמוכים, וכי תובע סביר, בנעליה של החברה, לא היה מגיש תביעה נגדם, בהינתן כתבי הפטור; הסוגיה השנייה, קיומו כיום של דירקטוריון שאינו נגוע בניגוד עניינים, נוגעת לכדאיות ניהול התביעה במובן הרחב. מטרת ב"כ המשיבים בהעלאתה היא לשכנע כי כיום לא מתקיים עוד כשל בממשל התאגידי של החברה, וכי על כן אין צורך באישור הגשת התביעה בשמה.

35. להלן נפנה לדון בשאלות אלו כסדרן. ויודגש, אין בדעתי להידרש למכלול הטענות העובדתיות שנטענו על ידי באי כוח הצדדים. הכרעה עובדתית מפורטת אינה דרושה במסגרת הדיון בבקשה דן, זאת הן לאור השלב הדיוני בו אנו מצויים הן לאור ההסדר הדיוני בין הצדדים. יחד עם זאת, מטבע הדברים, ככל שהכרעה בשתי הטענות שהונחו לפתחי לפי ההסדר הדיוני תדרוש התייחסות עובדתית לאירועים שהובילו להגשת התביעה, הרי שלא ניתן להימנע מלעשות כן, ברמה הדרושה לצורך הכרעה בבקשה שלפני.

תוקפם של כתבי הפטור

36. כאמור, ב"כ המשיבים טענו כי המשיבים אוחזים בכתבי פטור ושיפוי המשחררים אותם מאחריותם בגין הנזקים שנגרמו לכאורה לחברה כתוצאה מעסקאות גאלאץ, כך שאין לחברה כל עילת תביעה נגדם. מנגד, סבורים ב"כ המבקשים כי בשל פגמים פרוצדוראליים ומהותיים שנפלו בהליך אישורם של כתבי פטור ושיפוי אלה, אין להם תוקף.

37. יובהר, כי הדיון להלן יעסוק בתוקפם של כתבי הפטור, שכן כתבי השיפוי אינם יכולים להוות טעם מוצדק לדחיית הבקשה, וזאת נוכח העובדה שסעיף 1.2 בכתב השיפוי עצמו קובע כי סכום השיפוי המרבי לנושאי המשרה בחברה, במצטבר, "לא יעלה על סכום מצטבר השווה לנמוך מבין 2 מיליון או שעור של 25% מהונה העצמי של החברה על פי דוחותיה הכספיים אשר אושרו קודם לכן בסמוך ליום מתן השיפוי" (נספח 11 לסיכומי המשיבים). יצוין כי בכתב השיפוי לא צוין באיזה מטבע מוגדר סכום השיפוי המרבי, ואולם בהתחשב בהונה העצמי של החברה (שהוא שלילי כיום), ולהיקף התביעה (63,600,000 ₪) ברור שלהסדר השיפוי, אף אם נניח שיש לו תוקף (ואינני קובע דבר בעניין זה) השלכה שולית בלבד על כדאיות התביעה מבחינת החברה.

38. חברה רשאית, כידוע, לפטור נושאי משרה מאחריות לנזק שגרמו לה, וכן לקבוע הסדרי שיפוי וביטוח לטובתם, אולם בעשותה כן היא כפופה למגבלות הקבועות בסעיפים 258 – 264 לחוק החברות. כעולה מסעיפים 258(ג), 263 ו-264 לחוק החברות, הסדרים אלו אינם ניתנים להתניה (דהיינו, הם הסדרים קוגנטיים).

39. עסקתי בהרחבה בנושא יכולתה של חברה להעניק לנושא משרה בה הגנה מפני אחריות אישית בשל הפרת חובותיו בהחלטתי מיום 16.12.2010 בת"א 8746-10-09 רו"ח ברדיצ'ב בתפקידו



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

כנאמן על הסדר הנושים של חברת אפקון נ' פויכטנגר (להלן "עניין פויכטנגר"), אליה הפנו בהרחבה ב"כ הצדדים. באותו עניין ציינתי בפסקה 59 להחלטה כך:

"תכליתו של ההסדר הסטוטורי היא לאזן בין שני אינטרסים נוגדים: מחד גיסא, הותרת שיקול הדעת לחברה להעניק לנושאי משרה הגנה מפני תביעות אישיות, וזאת באותם מצבים בהם טובת החברה מצדיקה מתן פטור כאמור, הן במטרה לגייס נושאי משרה מתאימים הן כדי שימלאו את תפקידם ללא האפקט המצנן העלול לנבוע ממורא התביעה האישית; מאידך גיסא, בעיית הנציג, המתבטאת בכך ש"אלמלא היה הדין מפקח על סוגיית השיפוי והביטוח, היו קברניטי החברה יכולים לנצל את שליטתם על קבלת ההחלטות בה, על מנת להביא לפטור של הדירקטורים מאחריות, כך שההסדר [המהותי של חובות אמון וזהירות – ע.ג.] היה מתרוקן מכל תוכן מהותי" (חביב-סגל, חברות, 580).

40. בהתאם לתכלית זו, קבע המחוקק הישראלי הסדרים מהותיים ופרוצדוראליים המגבילים את יכולתה של החברה לפטור נושא המשרה מאחריות. מבחינה מהותית, נקבע כי ישנם מקרים בהם תישמר אחריותו האישית של נושא המשרה (למשל במקרה של הפרת חובת אמון, ראו סעיף 258(א) לחוק החברות). מבחינה פרוצדוראלית, כפי שפירטתי בהרחבה בעניין פויכטנגר (ראו פסקה 63 להחלטה), קבע המחוקק הליך תלת שלבי ליצירת הסדרי פטור, שיפוי וביטוח: ראשית, קביעת הוראה מתאימה בתקנון החברה; שנית, החלטה של החברה להעניק את ההגנה לנושא המשרה; שלישית, קבלת אישור מיוחד להחלטה.

יוער, כי חלק מסעיפי החוק הנוגעים לסוגיה זו, בהם אדון להלן, שונו לאחרונה במסגרת חוק החברות (תיקון מס' 16) התשע"א-2011, אשר התקבל בכנסת ביום 7.3.2011. ההחלטות הרלוונטיות בענייננו התקבלו בשנת 2006, ולפיכך תיקונים אלה אינם רלוונטיים לענייננו, והתייחסותי להלן תעשה, אפוא, בהתאם לנוסח החוק שהיה תקף בשעתו.

האם ניתן להעניק כתבי פטור על אירועים שכבר אירעו?

41. טרם אפנה לבחון את הטענות שהועלו על ידי ב"כ המבקשים בנוגע להליך האישור עצמו, אבקש להתייחס לטענה העקרונית שהועלתה על ידם, לפיה מבחינה מהותית לא ניתן היה בנסיבות המקרה דגן להעניק כתבי פטור למשיבים, זאת משום שכתבי הפטור ניתנו לאחר התרחשותם של האירועים נושא תביעה זו. לטענתם של ב"כ המבקשים, סעיף 259(א) לחוק החברות קובע כי לא ניתן להעניק לדירקטורים פטור **בדיעבד** בשל הפרת חובת הזהירות שלהם, וכי פטור כזה אפשרי רק **מראש**. עוד הם טענו כי מתן פטור בדיעבד מנוגד לטובת הציבור, שכן פטור מעין זה לעולם ישרת את טובת נושא המשרה ולא את טובת החברה. ב"כ המשיבים חלקו על עמדה זו, וטענו כי היא חסרת כל בסיס.



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

42. בפתח הדיון בסוגיה זו אציין כי אין בידי לקבל את טענתו המקדמית של ב"כ המשיבים, כי ההחלטה בדבר הפטור בענייננו לא ניתנה "בדיעבד", זאת משום שכבר ביום 13.8.2006 התפרסם דיווח מיידי של החברה בו צוין כי הוחלט על זימון אסיפה שנתית, שתדון, בין היתר, בסוגית ביטוח, פטור ושיפוי לנושאי המשרה (נספח 13 לסיכומי המשיבים), וכן משום שבמועד בו התקבלה ההחלטה טרם נגרם לחברה נזק. המועד הקובע הוא מועד החלטת החברה בדבר הפטור מאחריות. בענייננו המעשים בעטיים נתבעים הדירקטורים (הוצאת הכספים לחברת אומגה בגין עסקאות גאלאץ) התרחשו כולם במהלך המחצית השנייה של שנת 2007, כשהעברת הכספים האחרונה לחברת אומגה בוצעה ב- 7.12.2007. לעומת זאת, האסיפה בה אושר תיקון התקנון בעניין הפטור נערכה ביום 16.12.2007, וממילא הפטור שניתן על ידי החברה, ככל שניתן, הוענק לאחר שהכספים כבר הוצאו מקופת החברה, דהיינו לאחר השלמת המעשים בגינם מבקשים המבקשים להגיש תביעה בשם החברה נגד המשיבים.

43. סעיף 259(א) לחוק החברות קובע כי "חברה רשאית לפטור, מראש, נושא משרה בה מאחריותו, כולה או מקצתה, בשל נזק עקב הפרת חובת הזהירות כלפיה, אם נקבעה הוראה לכך בתקנון". כפי שניכר מלשונו של הסעיף, ענייננו במתן פטור מראש, היינו פטור על פעולות נושא המשרה שטרם אירעו במועד אישורו של הפטור, ובעניין זה הדין עם ב"כ המבקשים. יובהר בהקשר זה, כי הדברים שנאמרו בפסקה 53 לעניין פויכטונגר, לפיהם "מתן פטור לנושא משרה משמעו שחרור נושא המשרה מחבות קיימת או עתידית כלפי החברה עצמה. הפטור מגן לפיכך על נושא המשרה מפני האפשרות שהחברה עצמה תתבע אותו, וזאת בין אם כתוצאה מהחלטה של החברה ובין אם כתוצאה מכפיה חיצונית (למשל, על דרך התביעה הנגזרת)", עליהם ביקשו ב"כ המשיבים להסתמך כדי לבסס את הטענה שסעיף 259(א) מאפשר ליתן לדירקטורים פטור על פעולות העבר, נאמרו במסגרת תיאור ההבחנה המושגית בין שלושת רבדי ההגנה מפני אחריות אישית שהחברה עשויה להעניק לנושא המשרה בה, ואין בהם כדי ללמד על האופן שבו יש לפרש את סעיף 259(א) בהקשר הרלוונטי לענייננו, עניין שלא נידון באותה החלטה (וראו לעניין זה פסקאות 59 – 63 להחלטה העוסקים בהסדרים הקבועים בחוק החברות לעניין מתן פטור, שיפוי וביטוח לנושאי משרה).

44. הפרשנות לפיה ההסדר שקבע המחוקק בחוק החברות מתייחס רק לפטור שניתן מראש נובעת מתכליתו של ההסדר: לאפשר לבעלי המניות בחברה להפחית את רמת החשיפה של דירקטורים ונושאי המשרה בחברה לאחריות בגין הפרת חובת זהירות (קרי, רשלנות), וזאת במטרה להחליש את האפקט המצנן שעלול להיות לאחריות זו על הדירקטורים ונושאי המשרה. במילים אחרות, תכלית ההסדר היא לאפשר לחברה לתת לדירקטורים ולנושאי המשרה הגנה בהיקף מוגבל מפני אחריות נזיקית, במטרה לעודד נטילת סיכונים עסקיים על ידי דירקטורים ונושאי המשרה מעתה ואילך (השוו American Law Institute, *Principles of Corporate Governance* § 7.19 comment c). פשיטא, כי על מנת להגשים תכלית זו, שהיא צופה פני עתיד, אין טעם בשחרור הדירקטורים ונושאי המשרה מאחריות למעשים שנעשו בעבר. ואכן,



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

במרבית המדינות בארה"ב בהן נקבע הסדר חוק המתיר לחברה לקבוע הסדרי פטור, נקבעה הגבלה דומה לפיה תוקפו של ההסדר יתייחס רק להפרות שיתרחשו לאחר אימוץ ההסדר לתקנון החברה (ראו Deborah DeMott "Limiting Directors' Liability" 66 Wash. U. L. Rev. 295, 310 (1988) המצביעה על מדינת טקסס כחריג היחיד לכלל זה). כך, סעיף 102(b)(7) של ה-Delaware General Corporation Law, הוראה שיש הרואים בה את המודל שעמד לנגד עיני המחוקק הישראלי (ראו אירית חביב-סגל, **דיני חברות**, כרך א' (תשס"ז) 582 – 583. לעיל ולהלן: "**חביב-סגל, חברות**"), מורה ביחס להסדרי הפטור המותרים כי **"No such provision shall eliminate or limit the liability of a director for any act or omission occurring prior to the date when such provision becomes effective"** בדומה גם ההסדר עליו המליץ ה-American Law Institute אינו מאפשר הפחתת חבות **"with respect to pending actions or losses incurred prior to its adoption"** (ראו American Law Institute, *Principles of Corporate Governance* § 7.19).

45. ברם, בקביעה כי הסדר חוק החברות מתייחס רק להענקת פטור מאחריות בגין מעשים ומחדלים עתידיים אין כדי להוליך למסקנה כי חברה אינה מוסמכת לשחרר נושא משרה בה מחבותו כלפיה בגין מעשי ומחדלי העבר. לעניין זה עלינו לתת את הדעת לכך שמעבר לתכלית של הסדרת רמת החשיפה הרצויה לחברה ביחס לפעולת הדירקטורים ונושאי המשרה מעתה ואילך, יש לחברה גם אינטרס לגיטימי בשמירת שיקול הדעת ביחס לאופן בו תממש את זכות התביעה ביחס לנושאי המשרה ביחס לאירועי העבר. עמד על כך ד"ר יחיאל בהט בצינו את הדברים הבאים ביחס לפרשנותו של סעיף 259 לחוק החברות:

"פטור מראש יש לפרש, כנראה, להבדיל מיכולת החברה הטבעית להימנע בדיעבד מהגשת תביעה. האם קיימת יכולת כזאת? לדעתי כן. אמנם החלטה להימנע מהגשת תביעה עשויה לעמוד גם היא למבחן, חשופה לתביעה נגזרת, למשל. כמו כן, היא מותנית, כמובן, בעמידה במגבלות על פעולות עם צדדים נגועים בניגוד עניינים. עם זאת, כאשר ההחלטה אינה נגועה, אינני סבור שיש מקום לשלול מעיקרא את סמכות הדירקטוריון להימנע בדיעבד מהגשת תביעה לאור העדר קיום הסכמה מפורשת לאישור פעולה כזאת מראש כמו בפעולה הנגוע בניגוד עניינים (למשל, בסעיף 255 בחשד להפרת אמונים). אין בכך כדי לשלול שיקול דעת ניהולי. כל עוד לא ייפסק אחרת בתביעה הנגזרת, הדבר נתון לשיקול דעת הדירקטוריון. לעתים טובת החברה דווקא מתיישבת עם היעדר תביעה, כאשר הדבר נשקל בתום-לב ובכובד ראש, ובהעדר ניגוד עניינים"

(יחיאל בהט, **חברות – החוק החדש והדין העשור השני** כרך ב (מהדורה 11, תש"ע) (להלן: "**בהט, חברות**") עמוד 1068).



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

46. ודוק, ד"ר בהט מניח כי סמכות החברה מוגבלת, לאור הוראת סעיף 258(ב) לחוק החברות ("חברה רשאית לפטור נושא משרה מאחריותו בשל הפרת חובת הזהירות כלפיה, בהתאם לקבוע בפרק זה בלבד"), רק לקבלת החלטה שלא לתבוע את הדירקטורים, וכי אין באפשרותה לקבל החלטה המשחררת את הדירקטור מאחריותו. לצמצום זה נוטה אני שלא להסכים. כשלעצמי, אין מקום להגביל את הפררוגטיבה הניהולית של החברה להחלטות בדבר הימנעות מתביעה, וראוי להכיר בכוחה של חברה גם לוותר על הפרות עבר שבוצעו כלפיה, וזאת בין אם הפרות אלו מתייחסות לחובת הזהירות ובין אם הן מתייחסות לחובת האמונים. ויודגש, סמכות זו נובעת, כאמור, מעקרונות משפטיים כלליים, ולא מההסדר המיוחד שנקבע בחוק החברות. קיומה של הסמכות הכללית, בצד ההסדר המיוחד, נובע מההכרה בכך שהמחוקק לא התכוון להסדיר בחוק החברות את הדין ביחס לוותר על הפרות העבר (להבדיל ממתן פטור ביחס להפרות העתיד), ולפיכך המדובר בחסר (לאקונה) ולא בהסדר שלילי (והשוו להלכות לפיהן הגם שעובד אינו רשאי לוותר מראש על תחולת הוראות חוקי המגן ולקוח אינו רשאי לוותר על הגנת חוקי הגנת הצרכן הקוגנטיים, אין מניעה לתת תוקף להסדר וויתור או מתן פטור בדיעבד, למצער כשהמדובר בהסדר הוגן וסביר שאינו נוגד את תקנת הציבור. ראו לעניין זה ע"א 278/70 עזבון שהד נ' דריקמן, פ"ד כה(2) 182 (1971); ע"א 4644/91 משה כובשי חברת תובלה ותעבורה בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד מט(1) 617 (1995); ע"א 6234/00 ש.א.פ. בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נו(6) 769, 789 – 791 (2003); דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים, כרך ג' (תשס"ד) 552 – 553).

47. ואולם גם אם מכירים בסמכות החברה לוותר על תביעות בגין מחדלי העבר, עדיין נדרש, על פי הוראות חוק החברות, כי וויתור כאמור יעמוד בשלושה תנאים מצטברים: ראשית, ההחלטה מתקבלת בהליך הנדרש על פי דיני החברות, לרבות עמידה בדרישות לעניין אישור עסקאות עם בעלי עניין (להלן: "הדרישה הפרוצדורלית"); שנית, ההחלטה מתקבלת על בסיס גילוי מלא בתום לב מצד הדירקטורים ונושאי המשרה של כל העובדות המהותיות הידועות להם ביחס להפרות אשר החברה מוחלת עליהן או מחליטה שלא לתבוע בגינן (להלן: "דרישת הגילוי"); שלישית, ההחלטה פועלת לטובת החברה, במובן זה שהחברה (להבדיל מהדירקטורים או נושאי המשרה עימם ההחלטה מטיבה), צפויה להפיק תועלת מהוויתור על התביעות בגין מעשי ומחדלי העבר (להלן: "דרישת טובת החברה").

48. טלו למשל נסיבות בהן חברה מעוניינת כי דירקטור מסוים, שנטען כי התרשל בפעולה שלא הסבה לחברה נזק משמעותי, ימשיך בכהונתו, והדירקטור מתנה זאת במתן פטור מצד החברה ביחס למחדל העבר. במצב דברים זה, אין הצדקה לאיסור גורף על חברה להגיע להסדר המשחרר את הדירקטור מחבותו בגין אירועי העבר, או להצהיר כי בכוונתה להימנע מהגשת תביעה נגדו. אכן, העובדה שבעת שהמחוקק הסדיר את אופן מתן הפטור לנושא המשרה נעשה שימוש במילה "מראש", אין משמעותה כי נשללה מהחברה סמכותה הטבעית להגיע עם



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

דירקטור להסדר הפטור את הדירקטור מאחריותו כלפי החברה, או להחליט שלא להגיש תביעה נגדו ביחס לאירועים שכבר התרחשו.

49. בענייננו מתעוררים ספקות ביחס לשאלה אם כתבי הפטור שהוצאו למשיבים עומדים, ככל שמדובר בשחרור מאחריות למעשים שנעשו קודם להוצאתם, בכל אחד משלושת התנאים המצטברים שנמנו לעיל, דהיינו, (1) הדרישה הפרוצדורלית; (2) דרישת הגילוי; (3) דרישת טובת החברה. אין מנוס אפוא מלבחון כל אחד מהתנאים הללו לגופו.

(1) האם ההחלטה בדבר שחרור מאחריות בגין פעולות עבר עומדת בדרישה הפרוצדורלית?

50. המשיבים טענו כי המבקשים מנועים מלטעון נגד הליך אישור כתבי הפטור לאור העובדה שהמבקש 1 נכח באסיפה הכללית והצביע בעד אישורם, כמו גם בשל חלוף הזמן מאז נוהלה האסיפה. ב"כ המשיבים ביקשו להסתמך, בין היתר, על הדברים שנאמרו בעניין פויכטונגר, לפיהם: "מכאן, שפגם בזימון האסיפה הכללית אינו מביא לבטלות ההחלטה, אלא לנפסדות בלבד. זוהי תוצאה ראויה, המאזנת בצורה הולמת בין האינטרס של החברה להתנהל באופן תקין לבין האינטרס של בעל מניות שנפגע מהליך הזימון הפגום. נובעות ממנה שתי מגבלות על האפשרות לטעון נגד ההחלטה בשל פגמים בזימון האסיפה: ראשית, בעל מניות צריך לתקוף את ההחלטה כדי שתתבטל; שנית, התקיפה צריכה להתבצע זמן סביר לאחר מועד קבלת ההחלטה (ולמצער, זמן סביר אחרי שנודע לו על הפגם בזימון)" (פסקה 67 להחלטה). אלה שבענייננו הפגמים הנטענים אינם נוגעים להליך זימון האסיפה הכללית (שתוצאתם מוסדרת בסעיף 91 לחוק החברות, אליו מתייחס הציטוט שהובא לעיל מעניין פויכטונגר), אלא בפגם לכאורי בהליך אישור כתבי הפטור גופו. על כן יש לבחון את טענות ב"כ המבקשים ביחס להתקיימות הדרישה הפרוצדורלית לגופן (ראו בהקשר זה גם פסקה 91 לעניין פויכטונגר).

51. כאמור, הענקת פטור, שיפוי וביטוח לנושא משרה לפי ההסדר שבחוק החברות מחייבת קיומה של הוראה מתאימה בתקנון החברה. לעומת זאת החלטה לשחרר דירקטור או נושא משרה מאחריותו בגין אירוע שהתרחש בעבר היא בגדר אישור התקשרות של החברה, אשר אין חובה להסדירה בהוראת תקנון מיוחדת. עם זאת, המדובר בהתקשרות עם בעל עניין, המחייבת קבלת אישורים מיוחדים בהתאם לקבוע בפרק החמישי לחלק השישי לחוק החברות (סעיפים 268 – 284 לחוק).

52. ההחלטה בדבר הענקת הפטור התקבלה בענייננו על ידי דירקטוריון החברה, במהלך ישיבה טלפונית של מועצת המנהלים שהתקיימה ביום 21.10.2007 (להלן: "החלטת הדירקטוריון מיום 21.10.2007"). בסעיף 1.ב. לפרוטוקול הישיבה צוין בקשר לנושא הפטור כי "תמצית ההחלטה המוצעת בנושא אישור התקשרות החברה בהסכם פטור ושיפוי עם נושאי משרה בחברה: אישור התקשרות החברה בהסכם פטור ושיפוי עם נושאי משרה בחברה בהם ה"ה יוסי אטנברג, שלמה ולד, יצחק לביא, יצחק גוילי, יעקב ויזר ועדי טויסטר, מרטין שרמן, ענת ברנשטיין-רייד, יואב ברק [המשיבים 1-9], וכן נושאי משרה לשעבר בחברה שכיהנו בה מאז



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

5.1.2005, שהינם הדירקטורים גיל חיימוביץ, יהודה אייזנשטיין, רחל מנדי, אהרון זלר, אורי שיינבאום ועדנה הולצמן". בהמשך הפרוטוקול נאמר כי "בעקבות המלצת ועדת הביקורת ואישורה את ההחלטות המפורטות בסעיף 1.1.ב. לעיל, הוחלט לאשר את ההחלטות המפורטות בסעיף 1.1.ב. לעיל, וזאת מהנימוקים הבאים:

- התקשרות החברה בביטוח אחריות מקצועית לדירקטורים ולנושאי משרה ובהסכם פטור ושיפוי, חיונית כדי לאפשר לדירקטורים ולנושאי משרה בחברה לפעול תוך הקטנת החשיפה האישית שלהם.

- בקביעת היקף הביטוח המוצע ותנאי הסכם הפטור והשיפוי נלקחו בחשבון הסיכונים האפשריים בפעילותם של הדירקטורים בתחומי הפעילות של החברה, בהתחשב בתחומי הפעילות ובאופיים, ובהקפיהם הקיימים והצפויים.

- הביטוח המוצע והסכם הפטור והשיפוי זהים בתנאיהם לכל הדירקטורים ונושאי המשרה".

כן הובהר בפרוטוקול כי ההחלטות בעניין הפטור והשיפוי הינן בכפוף לאישורה של האסיפה הכללית.

53. מהחלטת הדירקטוריון מיום 21.10.2007 עולות המסקנות הבאות: ראשית, הדירקטוריון אישר פטור רחב הנוגע הן לאחריות בגין ממעשים ומחדלים עתידיים והן לאחריות בגין משגי העבר (העובדה שהחלטה מתייחסת גם לשחרור מאחריות בגין מעשי ומחדלי העבר בולטת במיוחד מכך שהחלטה חלה גם ביחס לדירקטורים שכבר סיימו את תפקידם בחברה); שנית, הפטור הוא גורף ומתייחס לכל המעשים והמחדלים שנעשו ויעשו (עניין זה מובהר גם מכתבי הפטור שהוציאה החברה בהם נאמר כי: "כפוף להוראות הדין, החברה פוטרת אותך בזה מראש מכל אחריות כלפיה בשל כל נזק שנגרם ו/או ייגרם לה, אם נגרם ו/או ייגרם, עקב הפרת חובת הזהירות שלך כלפיה בפעולתך בתום לב בתוקף היותך נושא משרה בחברה"; הגדרת "פעולה" בכתב הפטור היא "כמשמעותה בחוק החברות, לרבות גם החלטה ו/או מחדל ולרבות כל הפעולות שנעשו על ידך לפני מועד כתב פטור זה בתקופת העסקתך ו/או כהונתך כנושא משרה בחברה ו/או בתקופת היותך נושא[ה] משרה, עובד או שלוח של החברה בתאגיד אחר כלשהו בו מחזיקה החברה בניירות ערך במישרין ו/או בעקיפין"); שלישית, הפטור מתייחס לכל הדירקטורים בחברה (הן המכהנים והן אלו שכיהנו מה- 5.1.2005), וכן למנכ"ל החברה (המשיב 9). יצויין כי בישיבה זו לא הוחלט עם זאת על מתן פטור למר אפרים איצקוביץ (המשיב 10); רביעית, היה ברור לדירקטוריון כי החלטה זו טעונה את אישור האסיפה הכללית של החברה.

54. אין חולק כי החלטת הדירקטוריון מיום 21.10.2007, מפאת אופיו הגורף של הפטור, וחלותו על כל אירועי העבר ועל כל הדירקטורים שכיהנו ומכהנים בחברה, שחלקם היו גם בעלי השליטה בחברה, היא בגדר החלטה על עסקה חריגה של חברה ציבורית, הנופלת למסגרת סעיף 270(4) לחוק החברות.



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

55. סעיף 275(א)(3) לחוק החברות (בנוסחו באותה העת) קבע כי אישור עסקה חריגה שסעיף 270(4) לחוק חל עליה מחייב גם את אישורה של האסיפה הכללית, כאשר נדרש כי יתקיים אחד מהשניים:

- "(א) במניין קולות הרוב באסיפה הכללית ייכללו לפחות שליש מכלל קולות בעלי המניות שאינם בעלי ענין אישי באישור העסקה, המשתתפים בהצעה; במנין כלל הקולות של בעלי המניות האמורים לא יובאו בחשבון קולות הנמנעים;
- (ב) סך קולות המתנגדים מקרב בעלי המניות האמורים בפסקת משנה (א) לא עלה על שיעור של אחוז אחד מכלל זכויות ההצבעה בחברה".

דרישה זו (שתכונה להלן "דרישת השליש" או "דרישת השליש הבלתי נגוע") נועדה להבטיח כי בעסקה תומך מיעוט בעלי המניות, שאינו נגוע בעניין אישי (ראו בעניין זה חביב-סגל, חברות, עמודים 560 – 561).

56. בענייננו ניתנה ביום 7.11.2007 הודעה על כינוס אסיפה שנתית של בעלי המניות (נספח 9 לסיכומי המשיבים. יוער כי להודעה צורפו שני מסמכים בהם פורטו הנושאים שעל סדר יום האסיפה, ונתייחס למסמך המפורט ביניהם, להלן "הזימון לאסיפה"). בהודעה צוין כי האסיפה תדון, בין היתר, ב"החלפת תקנון החברה. נוסח התקנון המוצע כולל התאמת ההוראות שעניינן פטור, שיפוי וביטוח נושאי משרה בחברה, לחוק החברות (תיקון מס' 3), התשס"ה-2005" (סעיף 1.4 לזימון לאסיפה) וכן ב"אישור התקשרות החברה בפוליסה לביטוח אחריות דירקטורים ונושאי משרה בחברה" (סעיף 1.5 לזימון לאסיפה). כמו כן צוין כי האסיפה תעסוק ב"אישור התקשרות החברה בהסכם פטור ושיפוי עם נושאי משרה בחברה, לרבות נושאי משרה שהינם בעלי שליטה או קשורים לבעלי השליטה בחברה" (סעיף 1.6 לזימון לאסיפה). בזימון לאסיפה הובהר עוד כי לצורך קבלת ההחלטות האמורות בסעיפים 1.4, 1.5 ו-1.6 לזימון, נדרשת עמידה בדרישת השליש הבלתי נגוע (סעיף 9 לזימון לאסיפה). יוער, כי ביום 11.12.2007 פורסם דוח מתוקן שכלל מספר הבהרות בנוגע לאסיפה אשר אינן רלוונטיות לענייננו.

57. ביום 16.12.2007 התקיימה האסיפה הכללית של החברה, בה הוחלט על החלפת התקנון (ראו נספח 8 לסיכומי המשיבים, להלן גם "הפרוטוקול"). בהצבעה על החלטה זו השתתפו 16 בעלי מניות (מתוך 20 בעלי המניות שצוינו בפרוטוקול כנוכחים בישיבה). בפרוטוקול ככל הנראה נפלה טעות שכן הוצהר כי סך המניות הבלתי נגועות עמד על 47,943 מניות, אולם לא פורט מיהם אותם בעלי מניות שאינם נגועים. בהנחה שכוונת מנסח הפרוטוקול הייתה כי 47,943,000 מניות שהשתתפו בהצבעה אינן נגועות, יש לבחון האם אכן כך היה.

להחלטה התנגדו מספר בעלי מניות, אשר סך המניות באחזקתם עמד לכל היותר על 20,518,765 מניות (וזאת בהנחה שגם 141,500 מניות של שנהב תעשיות בע"מ נספרו בהצבעתו של שנהב, לאור העובדה שבפרוטוקול מצוין כי "לא ברור מי התאגיד ומי בעל זכות ההצבעה זו").



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

מתוך המצביעים אשר תמכו בהחלטה לתיקון התקנון, לא יכולה להיות מחלוקת כי לפחות ארבעה היו נגועים בניגוד עניינים – מר שלמה ונטורה ומר יעקב שטבינסקי (כעולה מסעיף 2 לזימון לאסיפה), נכסי אלדר (שהצהירו לפרוטוקול הדיון כי הם קשורים לבעל השליטה, מר ולד) ומר מרטין שרמן, המשיב 5 (אשר שימש כדירקטור חיצוני בחברה).

לטענת ב"כ המבקשים, מבין בעלי המניות הנוספים שהצביעו בעד ההחלטה, ישנם כאלה שהיו נגועים אף הם בעניין אישי, ובכלל זה מר שי טויסטר שבנו (המשיב 3) כיהן כדירקטור בחברה באותה עת; ארקוטל אשר היה קשור בקבוצת השליטה; יעקב בירנבאום שהועמד לדין עם מר ולד ושיתף פעולה עימו; ומר שמחה קלמנוביץ שעל פי חקירת הרשות לניירות ערך היה בקשרים עם מר ולד.

בהנחה שאכן בעלי המניות האלה היו נגועים בעניין אישי, עולה כי ארבעה בעלי מניות, שאין ראיות בשלב זה כי היו נגועים בעניין אישי, תמכו בהחלטה – מר שאול מוסאי, מר ניסים פרימו, מר יעקב קוט וחברת ג. חת חברה לנאמנות, אשר סך מניותיהם עמד על 11,814,038 מניות. לפיכך, אף אם יוכח ניגוד העניינים הנטען על ידי ב"כ המבקשים, אין בכך כדי לסייע להם, שכן גם במקרה זה התקיימה דרישת השליש הבלתי נגוע.

58. עיון בפרוטוקול מלמד כי לאחר שהתקבלה ההחלטה בדבר החלפת התקנון, הצביעה האסיפה הכללית בעניין התקשרות בהסדרי ביטוח, פטור ושיפוי לדירקטורים (סעיפים 1.5 ו-1.6 לפרוטוקול). ברם, על אף שבזימון לאסיפה נכתב מפורשות כי מדובר בהחלטות שלבעלי השליטה בחברה עניין אישי בהן (סעיף 2 לזימון לאסיפה) ועל כן הן מובאות לאישור בהתאם לסעיף 275 לחוק החברות, בפועל לא מצוין בפרוטוקול כי נעשתה בדיקה לצורך קביעה האם החלטות אלה עומדות בדרישת השליש הבלתי נגוע. עם זאת, בחינת נתוני ההצבעה, כפי שהם מופיעים בפרוטוקול מלמדת כי אחד מבעלי המניות שהצביע נגד ההחלטה לתיקון התקנון, נמנע בהצבעה זו (מר ברק שנהב), כך שמספר מניות המתנגדים להחלטה עמד על 19,972,741 מניות, ואילו מבין בעלי המניות שתמכו בהחלטה לתיקון התקנון, נמנע מר שאול מוסאי מהצבעה, כך שמספר התומכים בהחלטה – שאין מחלוקת כי לא היו נגועים בניגוד עניינים – עמד על 11,687,964. דהיינו, בפועל גם החלטות אלה עמדו בדרישת השליש.

59. ב"כ המבקשים העלו טענה נוספת נגד כתבי הפטור, לפיה בשל היעדר החתימה על כתבי הפטור הם אינם תקפים. כפי שהבהרתי בעניין פויכטונגר, ביסודה של טענה זו "עומדת ההנחה כי המצאת כתבי הפטור והשיפוי לנושאי המשרה מהווה חלק מהותי מהליך הענקת הפטור והשיפוי, ולא עניין טכני ופרוצדוראלי גרידא. גישה זו אינה עולה בקנה אחד לא עם החלטות הדירקטוריון, ולא עם עקרונות הדין", זאת משום ש"החלטות הדירקטוריון מנוסחות כמבקשות להעניק פטור ושיפוי לכלל נושאי המשרה בחברת אפקון, ולא כהחלטות המסמיכות את מורשי החתימה להעניק פטור ושיפוי באמצעות חתימה על כתבי פטור ושיפוי. ודוק, ההחלטות אומנם מסמיכות את מורשי החתימה לפעול, אך לא כדי שיוכלו לשקול למי, ובאילו תנאים, ראוי להעניק את הפטור והשיפוי, אלא רק כדי שיוכלו לחתום על כתב פטור ושיפוי



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

"לכל נושאי המשרה בחברה" בנוסח שאושר על ידי הדירקטוריון. במצב דברים זה, במסגרתו לא הוענק למורשי החתימה כל שיקול זעת מהותי, נראה שכוונת הדירקטוריון של חברת אפקון הייתה שהוצאת כתבי הפטור והשיפוי על ידי מורשי החתימה היא עניין פורמאלי-צורני בלבד. אמור מעתה, החתימה על כתבי הפטור והשיפוי על ידי מורשי החתימה, והענקתם לנושא המשרה, היא, לפי החלטות הדירקטוריון במקרה בו עסקינן, עניין דקלרטיבי ולא קונסטיטוטיובי" (סעיפים 74 – 75 להחלטתי, וראו התייחסות מפורטת בסעיפים 76 – 78 להחלטה זו).

בענייננו, ההחלטה העקרונית בישיבת הדירקטוריון מיום 21.10.2007 נקבה מפורשות בשמותיהם של נושאי המשרה עימם עתידים להיחתם הסכמי הפטור והשיפוי, ועצם העובדה שכתבי הפטור אינו חתומים על ידי נושא המשרה עצמו, אינה מביאה לבטלות ההחלטה ואינה פוגעת בתוקף הפטור.

60. הנה כי כן, מהראיות שהוצגו בפני בשלב זה עולה כי ההחלטה בעניין שחרור המשיבים 1 – 9 מאחריות בגין פעולות העבר התקבלה בהתאם לדרישה הפרוצדורלית שנקבעה בשעתו בחוק החברות (לגבי המשיב 10 לא התקבלה כלל, לפי הנתונים שלפני, החלטה כזו).

(2) האם ההחלטה בדבר שחרור מאחריות בגין פעולות עבר עומדת בדרישת הגילוי?

61. על מנת שלהחלטה בדבר שחרור דירקטור ונושא משרה מאחריות בגין פעולות שנעשו בעבר יהיה תוקף משפטי, נדרש כי בפני האורגנים המקבלים את ההחלטה ומאשרים אותה (בענייננו, ועדת הביקורת, הדירקטוריון והאסיפה הכללית) יבוא המידע המהותי הידוע בעת קבלת ההחלטה לחברה ולדירקטורים ונושאי המשרה הצפויים ליהנות מהפטור (ראו סעיף 255(א)(2) לחוק החברות, וכן שלמה כרם, **נאמנות** (מהדורה רביעית, 2004) 516; כן השוו, אהרון ברק, **חוק השליחות** (תשנ"ו) 781 (דרישה לידיעת העובדות החשובות בטרם מתן אישורו בדיעבד לפעולת שלוח)). ככל שמידע מהותי היה ידוע לחברה ולנהני ההחלטה, אולם הוא לא הובא לידיעת האורגנים הנדרשים לקבל את ההחלטה ולאשרה, נפל פגם מהותי בהליך האישור, כמובנו של מונח זה בסעיף 280(א) לחוק החברות, ולפיכך אינו תקף (ראו, לעניין חובת הגילוי של דירקטורים כלפי בעלי המניות, ע"א 741/01 קוט נ' **עזבון ישעיהו איתן ז"ל**, פ"ד נז(4) 171 (2003); חביב-סגל, **חברות**, 522 – 524).

62. בהמשך לכך יש להזכיר, כי סעיף 269(א) לחוק החברות קבע כי "נושא משרה בחברה או בעל שליטה בחברה ציבורית הידוע שיש לו עניין אישי בעסקה קיימת או מוצעת של החברה, יגלה לחברה, בלא דיחוי, ולא יאוחר מישיבת הדירקטוריון שבה נדונה העסקה לראשונה, את מהות עניינו האישי, לרבות כל עובדה או מסמך מהותיים". סעיף 283(א) לחוק החברות קבע כי "נושא משרה שלא גילה את עניינו האישי כאמור בסעיף 269 יראו אותו כמי שהפר את חובת האמונים; בעל שליטה בחברה ציבורית שלא גילה את עניינו האישי כאמור באותו סעיף, יראו אותו כמי שהפר את חובת ההגיונות". לפיכך, ככל שמידע מהותי שהיה ידוע לדירקטורים לא



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

הובא בפני האסיפה הכללית שהתכנסה ביום 16.12.2007 (ובכלל זה מידע שנודע לדירקטורים בין מועד ההחלטה על מתן הפטור לבין מועד הדיון באישורו), יש בכך לא רק כדי לפגום בהחלטת הפטור, אלא כדי להוות הפרת אמון עצמאית מצד הדירקטורים שנמנעו מגילוי מידע זה.

63. בשלב דיוני זה אין מקום להכריע בטענות העובדתיות השנויות במחלוקת בין הצדדים, ועל כן לא ניתן לקבוע מסמרות בנוגע לתוקפם של כתבי הפטור בהתבסס על טענה זו. אולם די בראיות שהוצגו בפני בשלב זה, כמו גם בעובדות שאינן שנויות במחלוקת כמפורט לעיל, כדי לקבוע שקיימות ראיות לכאורה לכך שהליך אישור כתבי הפטור לא עמד בדרישת הגילוי.

64. ב"כ המבקשים הציגו ראיות שונות לכך שהמשיבים הפרו את חובת הגילוי המוטלת עליהם, ובהן הודעת דואר אלקטרוני מיום 4.9.2007 ממנה עולה, לכאורה, כי המשיב 1 ידע במועד זה על קשיים בעסקאות גאלאץ ובפרט על כך שלא הוצג אישור על שכך שחברת אומגה היא הבעלים של הקרקעות (מוצג ת/2). ב"כ המבקשים ציינו, כי מכתב האישום המתוקן שהוגש בין היתר נגד המשיבים 1 ו-9 עולה, כי היה ידוע שהנאמן דרש לקבל מסמכים הנוגעים לעסקה ומסמכים אלה לא נמסרו. עוד הוצג מכתב שנשלח למשיב 1 ביום 24.12.2007 (שמונה ימים בלבד לאחר האסיפה הכללית בה אושרה ההחלטה) על ידי עורכי דינה של החברה, בו צוין כי "אופן ביצוע העסקאות – אנו חשים אי נוחות על רקע אי הידיעה אם עסקאות גדולות זוכות לליווי משפטי הולם או כיצד הן נבחנות על ידי הנהלת החברה והדירקטוריון... בעסקת גלץ נראה על פניו כי החברה נכנסה להתחייבויות מבלי שברור לה אם ניתן להשיג לה ליווי בנקאי, ולפני שסיכמה עם שותף" (מוצג ת/5).

המשיבים 1, 3-10 טענו בתגובה, כי כלל לא היה ידוע להם בשלב זה על הכשלים בעסקה. באי כוחם הפנו בהקשר זה לדבריו של השופט חאלד כבוב בהליך הפלילי שנוהל, בין היתר, נגד המשיב 1. לטענתם, מדברים אלה עולה כי דירקטוריון החברה נהג באופן ראוי ותקין, והכשלים בעסקאות גאלאץ נבעו מהתנהלותו של מר ולד אשר הפר את האמון שניתן בו. ב"כ המשיבים הדגישו כי באסיפת הדירקטוריון בה אושר הפטור ניתן למר ולד בונוס על הטיפול בעסקאות גאלאץ, דבר המעיד גם הוא כי הדירקטורים לא היו מודעים בשלב זה לכשלים בעסקאות. נוסף על כך טענו ב"כ המשיבים כי ראיה לכך שדבר לא הוסתר היא העובדה שהמבקש 1 ידע כי העסקה מתעכבת בשל הקושי לאתר שותף מתאים, ובהתאם העיר לפרוטוקול האסיפה הכללית שהתקיימה ביום 16.12.2007 כי הוא "מסכים עם שי וחושב שההתנהלות לגבי גלץ היתה פיזיה", ואף על פי כן תמך בהחלטה למתן פטור.

65. ברי כי לא ניתן בהתבסס על אמירות אגב שנאמרו בהליך הפלילי שהתנהל נגד מר ולד (המשיב 2), בוודאי לא בשלב זה של ההליך, כדי לשלול את טענת ב"כ המבקשים לפיה מידע מהותי הוסתר מהאסיפה הכללית בעת אישור החלטת הדירקטוריון בדבר מתן פטור. אף העובדה שבאותה אסיפה כללית אושר למר ולד על ידי הדירקטוריון בונוס לא תוכל לסייע למשיבים, שכן אף אם אקבל לצורך החלטה זו את טענותיהם כי לא היו מודעים בשלב זה להיקף המעשים



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

הפסולים שנעשו על ידי מר ולד, אין הדבר פוטר אותם מחובתם לחשוף את המידע שהיה ידוע להם על הקשיים שכבר היו ידועים בעסקה, כפי שעולה מהראיות שהוצגו על ידי המבקשים. גם הטענה כי המבקש 1 ידע לכאורה על קושי ספציפי שנבע מכך שלא אותר שותף לעסקה, אינה משחררת את המשיבים מחובת הגילוי החלה עליהם ביחס להיבטים בעייתיים אחרים בעסקאות בגאלאץ. אם כן, סבורני כי מבלי לקבוע מסמרות בסוגיות העובדתיות השנויות במחלוקת, אין בטעמים שהוצגו על ידי ב"כ המשיבים כדי לשכנע כי המשיבים קיימו את חובת הגילוי המוטלת עליהם, ואף מטעם זה ייתכן שנפל בהליך האישור פגם מהותי, כך שעצם קיומם של כתבי הפטור לא יוכל להצדיק את דחיית הבקשה.

66. לסיום הדיון בסוגיה זו אעיר, כי ב"כ המשיבים אף טענו כי לא ניתן מחד גיסא לכפור בתוקף הסדרי הפטור והשיפוי, ומאידך גיסא להסתמך על הביטוח שניתן לדירקטורים. בעניין פויכטונגר הבהרתי, כי אין ממש בטענה זו. כדברי שם (פסקה 93): "ההסדר עם חברת הביטוח הוא הסדר עם צד שלישי, לגביו יש הוראות מיוחדות בחוק החברות המבהירות מה דינו עקב פגם בהליכי האישור (ראו סעיפים 281 ו-282 לחוק החברות). תוצאתם של הסדרים אלו היא שיתכן מצב בו למרות הפגם בהליך האישור, ההסדר עם הצד השלישי (בענייננו, חברת הביטוח) יהיה תקף. כך, למשל, כשהצד השלישי לא ידע על העניין האישי, או לא ידע ולא צריך היה לדעת על הפגם בהליך האישור, הרי שההסדר עימו מחייב למרות הפגם. הוא הדין גם כשאותו צד שלישי ידע על העניין האישי, וידע או היה צריך לדעת על הפגם, אולם החברה אינה מעוניינת בביטול ההסכם עימו (והשוו לעניין זה גם להוראת סעיף 14 לחוק הנאמנות, התשל"ט – 1979). קיצורו של דבר, תביעה מכוח הביטוח מחד גיסא, וכפירה בתוקף הפטור והשיפוי מאידך גיסא, אינן פעולות הסותרות זו את זו – מעמדו של נושא משרה שונה ממעמדה של חברת הביטוח, והחברה רשאית לאמץ עמדה אחת ביחס לתוקף ההתקשרות עם זה ועמדה שונה ביחס לתוקף ההתקשרות עם זו".

(3) האם ההחלטה בדבר שחרור מאחריות בגין פעולות עבר עומדת בדרישת "טובת החברה"?

67. ברישא של סעיף 270 לחוק החברות נקבע כי אישור עסקה עם בעל עניין אפשרי רק אם "העסקה אינה פוגעת בטובת החברה". על משמעותה של דרישה זו עמדה ד"ר חביב-סגל ז"ל באופן הבא:

"האורגן הבלתי תלוי אינו חופשי לאשר כל פעולה הנגועה בעניין אישי, אלא עליו לאשר את הפעולה רק כאשר הוא סבור בתום לב שהפעולה אינה פוגעת בטובתה של החברה. הוראה זו מתחייבת ממטרותיו של ההסדר: החשש המנחה את הדין בעסקאות שבהן "עומד אותו הצד משני צידיו של המשא ומתן" הוא החשש מפני תנאי עסקה לא מאוזנים, שבהם מנצל האורגן את יכולתו לאשר את הפעולה מצידה של החברה, על מנת לאכוף עליה תנאי עסקה המקדמים את טובתו האישית. הרגולציה המחייבת את אישור הפעולה על ידי אורגן בלתי תלוי של



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

החברה מבקשת להבטיח את ייצוגם ההולם של האינטרסים של החברה במשא ומתן לאישורה של הפעולה, כך שתנאיה של העסקה יהיו מאוזנים, ולא מוטים על פי האינטרסים של האורגן הנוגע בעניין אישי. בהתאם, בצידה של הרגולציה הפרוצדוראלית, מוסיף התיקון ומחייב את האורגן הבלתי תלוי להימנע מאישורה של פעולה שאינה מתיישבת עם טובתה של החברה"

(ראו חביב-סגל, **חברות**, עמודים 574 – 575. כן ראו ע"א 2773/04 **נצבא חברה להתנחלות בע"מ נ' מאיר עטר ו-35 אחרים** (ניתן ביום 14.12.2006) בו הבהיר בית המשפט העליון כי תנאי נוסף לאישור הסכם הנגוע בניגוד עניינים הוא כי ההסכם הינו "לטובת החברה").

68. בנסיבות העניין שלפני מתעורר חשש כבד כי ההחלטה בדבר שחרור הדירקטורים ומנכ"ל החברה מאחריותם לפעולות העבר, הייתה, כבר בעת קבלתה (ולא רק כעניין של חוכמה בדיעבד), עסקה הפוגעת במובהק בטובת החברה. הנזק שעלול לצמוח לחברה מהחלטה גורפת המשחררת את כל הדירקטורים ונושאי המשרה המרכזיים בחברה מאחריות למשגי העבר ברור, בעוד שקשה לראות מה התועלת שהייתה צפויה לצמוח לחברה מהחלטה זו. ודוק, בשונה ממתן פטור ביחס לפעולות עתידיות, אשר תועלתו הובהרה בהחלטה גופה ("לאפשר לדירקטורים ולנושאי משרה בחברה לפעול תוך הקטנת החשיפה האישית שלהם") לא ברור מה התועלת שצמחה לחברה (להבדיל מהדירקטורים והמנכ"ל) מההחלטה להעניק שחרור מאחריות גם ביחס לפעולות שכבר נעשו והושלמו (כדוגמת תשלום 5.25 מיליון יורו לחברת אומגה). עניין זה לא הוסבר בהחלטה, ואף לפני לא הוצגו עד כה הסברים מניחים את הדעת בעניין זה. המסקנה המתבקשת היא שבשלב זה קיים ספק ממשי אם המשיבים 1, 3 - 9 יצליחו לבסס את הטענה שההחלטה לשחררם מכל אחריות למעשי העבר היא החלטה שאורגני החברה רשאים היו לקבל, בשים לב לדרישת "טובת החברה".

69. סיכומו של דבר, לאור כל האמור לעיל אינני סבור שטענת ההגנה הנסמכת על כתבי הפטור מחלישה בצורה מהותית את עילת התביעה עליה מבססים המבקשים את הבקשה. מאחר שזו הטענה היחידה שהועלתה בעניין סיכויי התביעה בשלב הנוכחי, המסקנה המתבקשת היא כי כדאיות ניהול התביעה במובן הצר גבוהה.

קיומו של דירקטוריון חדש לחברה

70. ב"כ המשיבים טענו כי לאור מינויו של דירקטוריון חדש לחברה לאחר הגשת בקשה, לא מצויה החברה עוד בניגוד עניינים, ועל כן מקום שהחברה החליטה שלא להגיש תביעה נגד הדירקטורים, אין מקום להתערב בענייניה הפנימיים ובשיקול הדעת העסקי הנתון לה ולכפות את הגשת התביעה. למעשה, לטענתם של ב"כ המשיבים, הגשת תביעה נגזרת אפשרית רק בנסיבות בהן מצוי דירקטוריון החברה בניגוד עניינים בעת אישור הבקשה.



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

71. טענה זו ראוי לדחות משני טעמים: ראשית, עיקר המשקל בעת בחינת כדאיות הגשת התביעה במובן הרחב צריך להתייחס למצב הדברים בעת הגשת הבקשה, ולא למצב הדברים בעת אישור הבקשה; שנית, במקרה שלפני לא היה במינוי דירקטוריון חדש כדי לרפא את הכשל בממשל התאגידי של החברה, וממילא אין במצב הדברים החדש שנוצר כדי להצדיק את דחיית הבקשה. להלן אבהיר טעמים אלו.

עיתוי בחינת קיומו של הכשל בממשל התאגידי

72. עמדת ב"כ המשיבים משמיעה לנו כי את שאלת הצורך באישור הבקשה יש לבחון לפי הממשל התאגידי הקיים בחברה במועד אישור הבקשה, ובהתעלם מכשלים שהיו בממשל התאגידי של החברה במועד הגשת הבקשה. לא ניתן לקבל גישה זו.

73. מבחינה פורמאלית, סעיף 194(ב) לחוק החברות מחייב את המעוניין להגיש תביעה נגזרת לפנות לחברה טרם הגשת הבקשה, ולדרוש ממנה כי תמצה את זכויותיה בדרך של הגשת תובענה (סעיף 194(ד) לחוק קובע נסיבות בהן פטור המבקש אפילו מחובה זו). כפי שהבהירה ד"ר חביב-סגל ז"ל, לאחר שנשלח לחברה מכתב הדרישה, ניתנת לחברה הברירה בין שלוש חלופות: האם לפתור את בעיית ההפרה כך שיתבטל הצורך בהגשת התביעה הנגזרת; האם לדחות את דרישתו של התובע תוך מתן נימוק; או האם להגיש התביעה בעצמה. לאחר שהחברה בחרה בין חלופות אלה "שבה הסמכות לידינו של התובע, כך שסעיף 197 לחוק החברות מאפשר לו להגיש את התביעה הנגזרת, במידה שלעמדתו, פעולתה של החברה לא ביטלה את הצורך בהגשתה של התביעה; או, כאשר דחתה החברה את דרישתו; או, כאשר החברה כשלה מלהשיב לדרישתו במשך שבעים וחמישה יום או יותר מיום ההודעה" (חביב-סגל, חברות, עמוד 689). לפיכך, מיום שדחה דירקטוריון החברה את הדרישה להגשת תביעה, עוברת ההחלטה לבחינת בית המשפט, אשר יקבע בהתאם לתנאים שנקבעו בחוק, האם יש לאשר את הגשת התביעה.

מבחינה מהותית, אם בית המשפט משתכנע כי במועד הגשת הבקשה היה קיים כשל בממשל התאגידי, אשר הצדיק מתן אישור לתביעה נגזרת, אין, במקרה הרגיל, הצדקה לכך שבקשת האישור תדחה רק בשל כך ששכשל זה תוקן במהלך הדיון בבקשה. לכך שני טעמים מרכזיים: ראשית, כלל מסוג זה עלול לפגוע קשות בתמריצים לשימוש בהליך התביעה הנגזרת, שכן הוא מונע מהמבקש מלהעריך, בשלב פתיחת ההליך, את סיכויי תביעתו, ומציב מעל ראשו איום מתמיד כי הליך מוצדק בו נקט ידחה בעקבות שינוי בממשל התאגידי של החברה; שנית, העובדה שכשל בממשל התאגידי, אשר מנע את הגשת התביעה בשעתו, אינו קיים במועד אישור הבקשה, אינה מביאה בהכרח למסקנה כי דחיית הבקשה לא תסב נזק לחברה. כך, למשל, העיכוב בהגשת התביעה בשל הכשל התאגידי עלול להיות בעוכריה של החברה אם תדחה הבקשה לאישור התביעה הנגזרת, ולהביא לכך שתמנע מלממש את זכויותיה (לדוגמא, כאשר נגד תביעת החברה יכולה להטען טענת התיישנות או טענת הגנה אחרת שלא ניתן היה להעלות לו היתה מאושרת הגשת התביעה הנגזרת).



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

74. ודוק, מהאמור לעיל אין להסיק כי על בית המשפט להתעלם מכל אירוע מאוחר למועד הגשת הבקשה הנוגע לכדאיות הגשת התובענה במובן הרחב. בדונו באישור הבקשה חייב בית המשפט להביא בחשבון את מכלול הנתונים שלפניו, ובכללם אירועים מאוחרים להגשת הבקשה היכולים להשליך על השאלות האם **"התביעה וניהולה הן לטובת החברה"** והאם **"התובע אינו פעול בחוסר תום לב"**. כך, למשל, אם חל שינוי בזהות בעל השליטה בחברה ובהרכב הדירקטוריון, ובעקבות שינויים אלו הודיעה החברה כי היא מבקשת לנהל את התובענה בעצמה, ראוי שבית המשפט ייתן דעתו להודעה זו, ויביאה במכלול שיקוליו. ואולם, מהטעמים שצוינו לעיל, מרכז הכובד בעת בחינת שיקולי כדאיות ניהול התביעה במובן הרחב, צריך להינתן למצב הדברים בחברה בעת הגשת הבקשה, ורק במקרים חריגים יש מקום לדחות בקשה שהייתה הצדקה מבחינת התכליות של דיני החברות להגשתה, בשל אירועים שהתרחשו בחברה לאחר מועד הגשת הבקשה. המקרה שלפנינו, על פני הדברים, אינו מהווה מקרה חריג מסוג זה.

האם תוקן הכשל בממשל התאגידי?

75. ב"כ המשיבים סבורים כי העובדה שדירקטוריון החברה החדש איננו נגוע בניגוד אינטרסים מרפאת את הפגם שהיה קיים בשעתו, ומאפשרת לחברה לקבל החלטה בדבר ההליכים אותם ראוי לנקוט כלפי המשיבים. ואולם, עמדה זו אינה מדויקת. בתשובה לבירור שנערך ביוזמת בית המשפט באמצע 2009, עולה כי הגם שבדירקטוריון החברה מספר דירקטורים שאינם נגועים בעניין אישי, אין לחברה דירקטורים חיצוניים ולא קיימת בה וועדת ביקורת, ועל כן היא בדעה כי לא מתאפשר לה לגבש עמדה ביחס לתביעה בשלב זה (ראו הודעת ב"כ החברה, עו"ד גיא גיסין מיום 10.6.2009. להלן: **"הודעת החברה"**). אם כך, היות ואין לפני כל מידע המצדיק להטיל ספק בהודעת ב"כ החברה, הרי שכשל המונע הגשת תביעה על ידי החברה קיים גם כיום, וממילא הטענה כי אין הצדקה לאשר את הגשת התביעה במבחן התכליות של דיני התאגידיים אינה יכולה להתקבל.

76. בנסותם להדוף מסקנה זו העלו ב"כ המשיבים שני קווי טיעון המיועדים לשכנע שאין הצדקה לאישור הבקשה לאור ההתפתחויות שחלו בממשל התאגידי של החברה: **ראשית**, אם, כעולה מהודעת החברה, היא מנועה מלהגיש את התביעה, הרי שגם לא ניתן להגיש בשמה תביעה נגזרת; **שנית**, די בעובדה שדירקטוריון החברה (ולמצער חלק ממנו) אינו נגוע כיום בניגוד אינטרסים כדי לשלול את האפשרות להגיש תביעה נגזרת. שני הטיעונים הללו הם טיעוני קש, ודינם להידחות.

77. **הטענה כי אם החברה מנועה מלתבוע לא ניתן להגיש תביעה נגזרת בשמה** – אכן, זכותם של המבקשים אינה זכות תביעה אישית, אלא היא נובעת מזכויותיה של החברה. אולם העובדה שלא ניתן לקבל החלטת דירקטוריון בדבר הגשת התביעה, אין משמעותה כי זכות התביעה של החברה נמוגה כלא היתה. לחברה במקרה שלפני עומדת זכות תביעה, אלא שהדירקטוריון אינו מסוגל לקבל החלטה אם לממש זכות זו. בין אם עמדת הדירקטוריון נובעת מטעם עקרוני, בין



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

אם היא נובעת מטעמים פרוצדוראליים, ברי כי עצם חוסר היכולת של הדירקטוריון לגבש עמדה אינו יכול לבטל את זכות התביעה שעומדת לחברה. נהפוך הוא, כמובהר לעיל מנגנון התביעה הנגזרת נועד בדיוק למצבים בהם קיים כשל בממשל התאגידי המונע הגשת תביעה על ידי החברה. ממילא לא ניתן לקבל עמדה לפיה מקום שהחברה אינה יכולה להחליט על הגשת תביעה גם לא ניתן להגיש תביעה נגזרת.

ודוק, אין מחלוקת, כי בנסיבות בהן זכות התביעה של החברה אינה ניתן למימוש בשל התיישנות או המחאת זכות התביעה לצד שלישי (כפי שאירע למשל בעניין בת"א (מחוזי ת"א) 1920/07 גרינפלד נ' פסגות מימון ופקטוריונג בע"מ (ניתן ביום 2.11.2012) אליו הפנו ב"כ המשיבים) לא ניתן יהיה להגיש גם תביעה נגזרת. אולם אין הנידון דומה לראיה. בעניינו המניעה שקיימת כיום להגשת תביעה על ידי החברה אינה תוצאה של כשל בעילת התביעה, אלא היא נובעת מכשל במנגנון הממשל התאגידי של החברה, המונע ממנה קבלת החלטה בדבר מיצוי זכויותיה. כאמור, בדיוק למצב דברים זה נועד מנגנון התביעה הנגזרת, וממילא ההיקש שמבקשים ב"כ המשיבים לעשות אינו במקומו.

78. הטענה כי בהעדר דירקטוריון הנגוע בניגוד אינטרסים אין אפשרות להגיש תביעה נגזרת –

בפסקאות 29 – 30 לעיל עמדתי על הפרכה בטענה כי מוסד התביעה הנגזרת מיועד להתמודד רק עם מצבים בהם דירקטוריון החברה נגוע בניגוד עניינים ביחס להגשת התביעה. והמקרה שלפנינו יוכיח: יתכן כי כיום קיים לחברה דירקטוריון שלפחות חלקו אינו נגוע בניגוד אינטרסים, ואולם במה מועילה עובדה זו למיצוי זכויות החברה? אם כן, הרי שאין כל בסיס עיוני לטענת ב"כ המשיבים כי תנאי להגשת תביעה נגזרת הוא שהנהלת החברה מצויה בניגוד עניינים. ואכן, לא בכדי לא הפנו ב"כ המשיבים לפסיקה כלשהי המבססת את טענותיהם בהקשר זה. זאת ועוד, מעיון בסעיפים הרלוונטיים בחוק החברות עולה, כי לא זו בלבד שסעיפים אלה אינם קובעים כי היותו של דירקטוריון החברה נגוע בניגוד עניינים הוא תנאי להגשת תביעה נגזרת, אלא שמעיון בהם ניתן ללמוד כי ההפך הוא הנכון. סעיף 194(ב) לחוק החברות קובע כי בעל מניות או דירקטור בחברה המעוניינים להגיש תביעה נגזרת, יפנו טרם ההגשה לחברה בכתב וידרשו ממנה למצות את זכויותיה בדרך של הגשת תובענה. סעיף 194(ד)(1) מסייג דרישה זו, וקובע כי בנסיבות בהן "לאורגן החברה המוסמך להחליט על הגשת התביעה, עניין אישי בהחלטה, ואם האורגן כאמור מורכב מכמה יחידים – למחצית או יותר מיחידה האורגן עניין אישי בהחלטה", לא יהא על המעוניין בהגשת התביעה הנגזרת לפנות בפנייה מוקדמת לחברה. אילו אכן היה ממש בשיטת ב"כ המשיבים, ברי שאין כל חשיבות בפנייה מוקדמת לחברה כפי שנקבע בסעיף 194(ב), מאחר שלא ניתן כלל להגיש תביעה נגזרת בשם חברה אלא כשמתקיימים תנאי החריג המייתרים את הצורך בפניה. על כך יש להוסיף, כי סעיף 198 אשר עוסק, כאמור, בתנאים לאישורה של תביעה נגזרת, אינו מתייחס לשאלת קיומו של ניגוד עניינים בדירקטוריון החברה כתנאי כלשהו לאישורה. אמור מעתה: הן מבחינת תכלית החקיקה והן מבחינת הסדר חוק החברות אין ממש בטענה כי לא ניתן לאשר תביעה נגזרת כאשר דירקטוריון החברה אינו נגוע בניגוד אינטרסים.



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

אעיר בהקשר זה, כי ב"כ המשיבים ביקשו לבסס טענותיהם בהקשר זה על סעיף 205 לחוק החברות, הקובע כי לא תוגש תביעה נגזרת בשמה של חברה שמונה לה מפרק. ב"כ המשיבים טענו שמסעיף זה ניתן ללמוד כי הרציונל העומד מאחורי מתן האפשרות לבעל מניות לתבוע בשמה של החברה הוא החשש לניגוד עניינים בהנהלתה, חשש שמתבטל בשעה שמונה מפרק, וזהו הטעם לקביעה כי בנסיבות אלה אין עוד הצדקה לניהול הליך התביעה הנגזרת.

אינני סבור כי יש ממש בקו טיעון זה. כפי שמבהירה פרופ' ציפורה כהן, ההסבר לכך שמינויו של מפרק לחברה ישלול את הסמכות להגשת תביעה נגזרת "נעוץ בביטול הסמכויות של כל האורגנים בחברה עם מינוי המפרק והקניית מכלול הסמכויות לפעול בחברה לידי המפרק. לאור רציונל זה ברור כי חדלות פירעון כשלעצמה אין בה כדי לשלול את הזכות להגשת תביעה נגזרת, אלא רק מינוי מפרק לחברה" (כהן, בעלי מניות בחברה, 492 – 493). עוד יוער כי במצב בו מונה מפרק לחברה, עומדת לבעל המניות או לדירקטור הסבורים כי המפרק אינו פועל כראוי למימוש זכויותיה של החברה, האפשרות לפנות לבית המשפט בדרישה כי יעשה כן, זאת באמצעות הגשת בקשה למתן הוראות לחייב את המפרק להגיש תביעה נגד צד שלישי (ע"א 7602/09 בנק הפועלים בע"מ נ' CIBEL FINANCIERE S.A. (ניתן ביום 10.2.2011, פסקה 7)). אם כן, לא ניתן לקרוא בסעיף 205 לחוק החברות את שמבקשים לקרוא בו ב"כ המשיבים, ובוודאי שאין ללמוד ממנו כי קיומו של ניגוד עניינים בהנהלת החברה הוא תנאי סף להגשתה של תביעה נגזרת.

79. לאור כל האמור לעיל, אינני מוצא בסיס לטענה כי יש לדחות את הבקשה מאחר שהנהלת החברה אינה מצויה עוד בניגוד עניינים. לאור קביעתי זו אינני נדרש לדון בטענות ב"כ המבקשים כי ממילא אין המשיבים זכאים להעלות טענות הנוגעות להיעדר התערבות בענייניה הפנימיים של החברה ולפגיעה באוטונומיה שלה, מקום שהחברה עצמה לא ראתה לנכון להעלות טענות אלה.

טובת החברה ותום ליבם של המבקשים

80. על אף ההסדר הדיוני, העלו ב"כ המשיבים בסיכומיהם טענות נוספות הנוגעות לתום ליבם של המבקשים, ואף טענו כי הגשת התביעה אינה לטובת החברה. טענות אלו ראויות להידחות כבר מהטעם שהן חורגות מגדר הפלוגתאות שהוגדרו הסכם הדיוני שבין הצדדים. ואולם, על מנת שלא ימצא הדיון חסר, אתייחס בקצרה לטענות אלו גופן, ואבהיר מדוע אין בהן ממש.

81. ב"כ המשיבים טענו כי לא זו בלבד שהנהלת החברה אינה מצויה עוד בניגוד עניינים, אלא שאין ממש בטעם שהוצג על ידי החברה להימנעותה מגיבוש עמדה בנושא, וסירובה זה נובע בפועל מטעמים פסולים. לטענתם, המבקשים עשו יד אחת עם החברה במטרה לנצל את הכיסוי הביטוחי, אשר ספק אם יחול בנסיבות בהן יתבעו הדירקטורים על ידי החברה באופן ישיר. טענה זו ביססו ב"כ המשיבים על הדברים שנאמרו בכתבי טענותיהם של החברה ושל המבקשים. כמו כן, לטענתם מאחר שהחברה מצויה בהליכי פירוק (תיק פ"ק 09-2027 המתנהל



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

בביהמ"ש המחוזי לפני השופטת ורדה אלשייך), הכספים שיתקבלו ישמשו את טובת נושי החברה ולא את טובת החברה, ואף מטעם זה אין לאשר את הגשת התביעה.

בתגובה לטענות אלה השיבו ב"כ המבקשים כי הטענות בנוגע למניעה של הנהלת החברה הנוכחית כלל אינן רלוונטיות, היה ויוכח כי אישור התביעה ישרת את טובת החברה. ב"כ המבקשים טענו כי ממילא הטענות שהועלו בנוגע לתום ליבם מופרכות ולא הוצג להן כל בסיס עובדתי, זאת לאחר המשיבים ויתרו על זכות לחקור את המבקשים ואת נציגי החברה שזומנו על ידם. עוד הודגש על ידם כי ככל שתתקבל התביעה, לא ניתן לחלוק על כך שהדבר יסייע לפעילות החברה, ואין כל פסול אם כספים אלה ישמשו גם לפירעון של חובות החברה לנושיה.

בכל הנוגע לתום ליבם של המבקשים, הרי כפי שמציינת פרופ' ציפורה כהן, **"הניסוח של דרישת תום הלב בדרך נגטיבית – "התובע אינו פועל בחוסר תום לב" – ולא בדרך פוזיטיבית – "התובע פועל בתום לב" – מלמדת על כך שמי שטוען להיעדרו של תום לב מצד התובע צריך להביא לפני בית המשפט ראיות, לפחות לכאורה, הפוגמות בתום לבו של התובע, ואז יהיה על התובע להוכיח לבית המשפט כי אין הוא פועל בחוסר תום לב"** (כהן, בעלי מניות, עמוד 517). בענייננו, יש להזכיר, הוגשה הבקשה טרם מינוי דירקטוריון החברה הנוכחי, לאור סירובו של הדירקטוריון הקודם להגיש את התביעה. על כן, דומה כי הטענות שהועלו בהקשר זה כלפי המבקשים אינן מבוססות ואין בהן ממש. העובדה שהדירקטוריון הנוכחי של החברה קבע כי אין באפשרותו לדון בהגשת התביעה על אף שהתקבלו על ידו החלטות אחרות, אין בה כדי להוליך למסקנה כי המבקשים והחברה עשו יד אחת. על כך אוסיף, כי גם העובדה שב"כ המבקשים טענו כי ביטוח המשיבים הוא אחד הנכסים המרכזיים של החברה, וכי ייתכן שהביטוח לא יחול בנסיבות של תביעה שתוגש על ידי החברה, אינה מעידה על חוסר תום ליבם. כאמור, על מנת להוכיח כי המבקשים חסרי תום לב, השיקול הרלוונטי המרכזי הוא האם מוכח כי המבקשים פועלים מתוך אינטרס אישי המנוגד לאינטרס החברה, וכזאת לא הוכח בענייננו. היה וחברת הביטוח סבורה כי מדובר בניסיון מלאכותי להיפרע ממנה, כפי שנטען על ידי ב"כ המשיבים, הרי שמורה לה הזכות להעלות טענות אלה במישור היחסים בינה לבין החברה, אולם אינני סבור כי הדבר מהווה טעם מוצדק לדחות את אישור הבקשה.

82. לבסוף, יש לדחות את טענתם הנוספת של ב"כ המשיבים, ממנה משתמע למעשה כי די בכך שהחברה מצויה בהליכי פירוק, ואפילו לא מונה לה מפרק, כדי למנוע הגשת תביעה נגזרת בשמה. ראשית, אין כל בסיס בדיון לטענה זו, מקום שסעיף 205 לחוק החברות קובע מפורשות כי רק מינוי של מפרק לחברה ימנע את הגשת התובענה, שכן כאמור **"חדלות פירעון כשלעצמה אין בה כדי לשלול את הזכות להגשת תביעה נגזרת"** (כהן, בעלי מניות, עמוד 493). שנית, כפי שהובהר בפסקה 78 לעיל, קיימת הצדקה עניינית לכך שהמחוקק בחר להגביל את תחולת סעיף 205 לחוק החברות למצבים בהם מונה לחברה מפרק; ומעבר לכך, אין ממש בטענה שהיותה של חברה בהליכי פירוק, לכשעצמה, מוליכה למסקנה כי תביעה נגזרת אינה לטובתה. נהפוך הוא,



בית המשפט המחוזי מרכז

8 אפריל 2013

תנ"ג 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח'

ייתכן כי דווקא בנסיבות אלה, יאפשרו הכספים שיתקבלו מהתביעה הנגזרת את הבראת החברה, ולמצער את פירוקה בתנאים נוחים יותר, וממילא ישרתו את טובתה.

אעיר כי גם בהנחה שחלק מהכספים אכן ישמשו בסופו של דבר את נושי החברה, הרי שאין בכך כל פסול, שהרי תכלית החברה כפי שנקבעה בסעיף 11 לחוק החברות היא "לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, וניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין השאר, את עניניהם של נושיה, עובדיה ואת ענינו של הציבור". ענינם של נושי החברה הוא שיקול שהחברה רשאית לשקול במסגרת פעילותה, ואף מטעם זה אין ממש בטענה שעצם פתיחת הליכי פירוק, להבדיל ממינוי מפרק, די בהם כדי לחסום את האפשרות להגיש תביעה נגזרת.

ה. סוף דבר

83. נוכח כל המפורט לעיל, דין הבקשה לאישור הגשת תביעה נגזרת להתקבל.
84. החברה תשיב למבקשים את האגרה ששילמו ותשלם את יתרת אגרת בית המשפט בהתאם לקבוע בסעיף 199(ב) לחוק החברות.
85. המשיבים 1, 3 – 10 יישאו, יחד ולחוד, בהוצאות המבקשים בגין בקשה זו בסכום כולל של 200,000 ₪.
86. ככל שהמבקשים סבורים כי יש מקום להורות על חיוב החברה בהוצאותיהם או בהפקדת ערובה להוצאות, בהתאם לסעיף 199(ב) לחוק החברות, יהיו רשאים להגיש בקשה מתאימה.
87. המבקשים יודיעו לבית המשפט עד ליום 22.4.2013 האם הם מבקשים למחוק את המשיב 2 (מר ולד ז"ל) מההליך או שמא הם מבקשים כי התביעה תמשך נגד עזבונו.
88. כתב הגנה יוגש על ידי המשיבים עד ליום 12.5.2013. כתב תשובה יוגש עד ליום 9.6.2013.
89. התובענה נקבעת לדיון קדם משפט ליום 17.6.2013 בשעה 9:00.

ניתנה היום, כ"ח ניסן תשע"ג, 8 אפריל 2013, בהעדר הצדדים.

פרופ' עופר גרוסקופף, שופט