

## אחריות נושאי משרה וכלל שיקול הדעת העסקי

### העדכונים בתמצית:

1. בחודשים האחרונים ניתנו פסקי-דין והחלטות שונים בעניין אחריות נושאי משרה וכלל שיקול הדעת העסקי, כדלקמן:
  - 1.1 פסק-דין של ביהמ"ש המחוזי מרכז-לוד, שניתן על-ידי השופט פרופ' עופר גרוסקופף, בעניין בטר פלייס:
    - כלל שיקול הדעת העסקי חל ביחס להחלטות עסקיות של דירקטורים ונושאי משרה אחרים בחברה ואין לו תחולה על יועצי חוץ, כגון עורכי דין חיצוניים ורואי חשבון.
    - כלל שיקול הדעת העסקי יחול מקום בו סיוג האחריות המוטלת על נושאי המשרה משרת את טובת החברה, קרי טובת בעלי המניות, ואין מקום לסיוג אחריות זו כאשר התכלית הינה להגן על צדדים שלישיים. לפיכך, אין מקום למשל להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי ביחס להחלטות שעניינן חובות הדיווח לציבור.
    - תנאי לקבלת "החלטה מיודעת" הינו, בין היתר, איסוף המידע החיוני לקבלת ההחלטה ובחינה "מהו המידע המהותי שכל נושא משרה מסוגו היה דורש בטרם קבלת ההחלטה בנסיבות בהן התקבלה ההחלטה הקונקרטיית."
    - החלטות עסקיות אינן מתקבלות בסיועה של חוכמה שבדיעבד, ועל כן אין לבחון את התנהלות הדירקטורים ונושאי המשרה מבעד למשקפיה, בפרט במקרה של חברות הזנק שכשלו, שפעילותן מסוכנת על-פי טבעה.
  - 1.2 פסק-דין והחלטה בהם דנו בתי המשפט, בין היתר, בשאלה האם כלל שיקול הדעת העסקי חל גם על החלטה של דירקטוריון החברה להפעיל או לא להפעיל את כוח התביעה של החברה על רקע בקשה של בעל מניות:

פסק-הדין של ביהמ"ש העליון בעניין יוויין:

    - החלטה להפעיל או שלא להפעיל את כוח התביעה של חברה היא החלטה עסקית ככל החלטה עסקית אחרת.
    - אין מניעה להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על החלטה בעניין אי הגשת תביעה נגד צד שלישי (שאינו נושא משרה או בעל השליטה).
    - כתנאי לקבלת החלטה "מיודעת" בעניין הערכת סיכויי התביעה, יש להיוועץ ביועץ משפטי.
    - קיומו של ניגוד עניינים עקיף ולא חריף עשוי להביא להחלת "סטנדרט הביניים" חלף סטנדרט "ההגינות המלאה".

החלטת המחלקה הכלכלית בביהמ"ש המחוזי בתל אביב-יפו בעניין אינטרקולוני:

ניתן לראות בהחלטה שלא להגיש תביעה נגד דירקטורים ונושאי משרה לשעבר, המתקבלת על-ידי דירקטורים חדשים שמונו לאחר שהתחלפה השליטה בחברה, כמקרה בו נדרשת החברה להגיש תביעה נגד צד שלישי, ולפיכך אין מניעה להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על החלטה כאמור.
2. חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018 ("חוק חדלות פירעון") – קביעת הוראות לעניין אחריות נושא משרה ובעל תפקיד בתאגיד הנמצא בחדלות פירעון:
  - החידוש העיקרי: הטלת אחריות על דירקטור ומנכ"ל שלא פעל לצמצום היקף חדלות הפירעון.
  - אחריות בגין הפרת חובה בידי "בעל תפקיד".
  - אחריות בגין ניהול במרמה של נושא משרה.

**ת"א 47302-05-16 בטר פלייס ישראל (ח.ת.) 2009 בע"מ (בפירוק) ("בטר פלייס") ואח' נגד אגסי ואח' (ניתן ביום 12 בספטמבר 2018)**

הרקע בתמצית:

- ✓ התביעה שבנדון הוגשה בשם שש חברות מקבוצת בטר פלייס (ארבע מהן ישראליות, אחת אמריקאית ואחת שוויצרית) על-ידי המפרקים שמונו לנהלן ("החברות התובעות"). קבוצת בטר פלייס החלה לפעול בשנת 2007 במטרה לפתח רכב מונע חשמל, בד בבד עם הקמת תשתית שתאפשר תנועה שלו בלא מגבלה. הקבוצה כללה חברה אם, שהחזיקה, במישרין ובעקיפין, בבעלות מלאה בחברות האחרות בקבוצה ("החברה האם" ו"חברות הבת", בהתאמה). המיזם לא צלח והקבוצה הגיעה בשנת 2013 לחדלות פירעון. המיזם לא גייס לאורך כל שנות פעילותו מימון מהציבור באמצעות הבורסה (לא בדרך של הנפקת מניות ולא בדרך של הנפקת אג"ח), אלא ממשקיעים פרטיים בלבד.
- ✓ התביעה הוגשה, בין היתר, כנגד דירקטורים ונושאי משרה אחרים, שכיהנו בקבוצת בטר פלייס בתקופות הרלוונטיות, בטענה כי אלו התרשלו בתפקידם וכי היו אחראים למצגי שווא כלפי צדדים שלישיים. כמו כן, התביעה הוגשה גם כנגד שתי פירמות רואי חשבון אשר שימשו כרו"ח המבקר של חברות הקבוצה וכנגד חברות ביטוח שביטחו את קבוצת בטר פלייס בתקופה הרלוונטית.
- יצוין כי עו"ד אהרן מיכאלי, שותף וראש מחלקת ליטיגציה מסחרית, תובענות ייצוגיות וחדלות פירעון במשרדנו, ועו"ד יהודה רוזנטל, סגן ראש המחלקה, ייצגו את אחד הנתבעים בהליך, ששימש כדירקטור ונושא משרה בחלק מחברות קבוצת בטר פלייס.**
- ✓ פסק-הדין ניתן בקשר לשתי בקשות לסילוק התביעה על הסף שהגישו הנתבעים בהליך – האחת הוגשה בשם דירקטורים ונושאי משרה אחרים בחברות הקבוצה בטענה כי עומדת להם הגנה מכוח "כלל שיקול הדעת העסקי", השנייה הוגשה בשם פירמת רו"ח המבקרים של חברות הקבוצה הישראליות בטענה להיעדר עילה והיעדר יריבות.

הקביעות העיקריות של ביהמ"ש המחוזי:

- ביהמ"ש נענה לשתי הבקשות לסילוק על הסף וקבע כי יש למחוק את התובענה בכללותה, וזאת מהטעמים שיפורטו להלן.
- ✓ **אימוץ כלל שיקול הדעת העסקי** – ביהמ"ש המחוזי ציין כי לאחרונה אומץ כלל שיקול הדעת העסקי לדיני החברות הישראלים באופן מפורש ומחייב בפסיקת ביהמ"ש העליון,<sup>1</sup> ולפיו ביהמ"ש לא יבחן בדיעבד החלטות עסקיות לגופן, כל עוד נתקבלו על-ידי נושאי המשרה בהיעדר ניגוד עניינים, בתום לב ובאופן מיועד. ביהמ"ש המחוזי הדגיש כי כלל שיקול הדעת העסקי אינו פוטר את נושאי המשרה מהחובה לפעול בזהירות ראויה בניהול ענייני החברה, אלא רק ממיר את הביקורת השיפוטית על עמידתם בסטנדרט הנדרש מביקורת מהותית (האם ההחלטה העסקית הייתה רשלנית?) לביקורת פרוצדוראלית (האם ההחלטה העסקית התקבלה באופן ראוי?).

<sup>1</sup> ביהמ"ש הפנה לפסק-הדין בע"א 7735/14 ורדניקוב נ' אלוביץ (ניתן ביום 28 בדצמבר 2016) ("פסק-דין בזק") וכן לפסק-דינו של ביהמ"ש העליון בעניין יוז'יין שייסקר להלן.



✓ **תחולתו הפרסונאלית של כלל שיקול הדעת העסקי** – כלל שיקול הדעת העסקי חל ביחס להחלטות עסקיות המתקבלות על-ידי אנשי פנים בחברה (דירקטורים ונושאי משרה אחרים), החבים בחובת זהירות כלפיה, ואין לו תחולה על יועצי חוץ, כגון עורכי דין חיצוניים ורואי חשבון, שחובותיהם כלפי החברה מעוגנים בהסדרי חוק אחרים. אנשי מקצוע המועסקים כאנשי פנים, כגון היועץ המשפטי הפנימי וסמנכ"ל הכספים, זכאים ליהנות מתחולתו של הכלל ביחס להחלטות עסקיות בהן הם מעורבים, שכן הטעמים להפעלתו חלים לגביהם כמו ביחס ליתר נושאי המשרה בחברה. עם זאת, ביהמ"ש מציין כי עולה השאלה האם כלל שיקול הדעת העסקי חל ביחס לעצות מקצועיות הניתנות על-ידי אנשי מקצוע, שהם אנשי פנים, לנושאי משרה אחרים, להבדיל מהחלטות עסקיות שהם מקבלים בעצמם, כגון ייעוץ משפטי רשלני שניתן על-ידי היועץ המשפטי הפנימי למקבלי ההחלטות. במקרה דנן, ביהמ"ש ציין כי בכל מקרה הטענות שהועלו נגד עו"ד של החברה לא כללו טענות ממוקדות ביחס לייעוץ משפטי רשלני בנושא כלשהו. עם זאת, נקבע כי לאור האמור, פירמות רו"ח החיצוניות הנתבעות אינן יכולות להתבסס על כלל שיקול הדעת העסקי (ובקשת הסילוק שהוגשה מטעם רו"ח אכן אינה נסמכת על הגנת כלל שיקול הדעת העסקי).

✓ **טיב ההחלטות עליהן חל כלל שיקול הדעת העסקי** – לעמדת ביהמ"ש, שאלה זו צריכה להיגזר מתכליתו של כלל שיקול הדעת העסקי, שביסודה הרעיון כי סיוג האחריות המוטלת על נושאי משרה משרת את טובת החברה, קרי טובת בעלי המניות, ואין מקום לסייג אחריות זו כאשר תכלית האחריות אינה להגן על טובת החברה, אלא להגן על צדדים שלישיים, כגון משקיעים פוטנציאליים בניירות הערך של החברה. לפיכך, **לעמדת ביהמ"ש, אין מקום להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי ביחס להחלטות שעניינן חובות הדיווח לציבור**.<sup>2</sup> כמו כן, ביהמ"ש הוסיף כי כלל שיקול הדעת העסקי לא מהווה הגנה מפני טענות להפרת חובת האמונים, אלא מפני הפרת חובת הזהירות בלבד. משמעות הדבר הינה שהגנת כלל שיקול הדעת העסקי לא תעמוד לנושא משרה נגד טענות כי לא פעל לטובת החברה בכללותה או למען תכלית אחרת (כגון טובת בעל השליטה).

✓ **הדרישה כי החלטה תהיה מיועדת** – ביהמ"ש מציין כי קיים קושי לעצב דרישה שמחד תהיה משמעותית דיה על מנת להבטיח שהביקורת הפרוצדוראלית שמפעיל ביהמ"ש מגשימה את תכליתה (לוודא שנושאי המשרה מפעילים את שיקול הדעת שלהם בצורה נאותה), ומאידך אינה זולגת לתחום הביקורת המהותית. לעמדת ביהמ"ש, אין לייחס משקל משמעותי לפרשנות שנושא המשרה עצמו נתן לדרישה כי החלטתו תהיה מיועדת, אלא על ביהמ"ש להגדיר לדירקטורים ונושאי המשרה האחרים סטנדרטים אובייקטיביים לקבלת "החלטה מיועדת". ביהמ"ש מציין כי הגדרת התבחנים בעניין זה עודנה בשלבי התהוות במשפט הישראלי וסביר כי יעוצבו כללים מוגדרים ככל שתתרחב הפסיקה בעניין. יחד עם זאת, ביהמ"ש מפנה בסוגיה למספר רכיבי מפתח לקבלת החלטה מיועדת, אשר נכללו במאמר שעתידי להתפרסם בנושא:<sup>3</sup>

- קבלת החלטה אקטיבית ומודעת (לרבות החלטה שלא לפעול, וזאת בניגוד למחדל שאינו נובע מהחלטה אקטיבית, אלא מהיעדר החלטה כלשהי);
- איסוף מידע מהותי הזמין לדירקטוריון באופן סביר;

<sup>2</sup> השופט פרופ' גרוסקופף הפנה לפסק-דין קודם שלו בסוגיה – ת"צ (מרכז) 7554-11-13 כהן נגד זבידה (ניתן ביום 24 בדצמבר 2017).

<sup>3</sup> רות רונן ושיר אשכול "שיקול הדעת העסקי והדרישה לקבלת החלטה מיועדת" (עתידי להתפרסם במשפטים מז(3)).

- בחינת אלטרנטיבות (בחינה השוואתית של אפשרויות הפעולה השונות שבפני החברה);
- קיום דיון מספיק בדירקטוריון.
- ✓ מן הכלל אל הפרט - דרישת קבלת החלטה מיוחדת בעניין בטר פלייס – לצורך ההליך דנן, ביהמ"ש הבחין בין שלושה טיעוני משנה העשויים להתעורר בהקשר זה:
- טענה להיעדר מידע מהותי – לפיה בפני הדירקטוריון לא עמד המידע הדרוש לצורך קבלת ההחלטה. ביהמ"ש מציין חמש הנחיות ביחס לטיב המידע הדרוש על מנת לעמוד בדרישה זו:
  - על ההחלטה להיות לא רק מודעת אלא גם מיוחדת, ולכן יש לבחון את המידע שעל בסיסו קיבל נושא המשרה את ההחלטה ולא רק את עצם המודעות שלו לכך שהעניין הובא להכרעתו.
  - לעמדת ביהמ"ש, הדרישה אותה ראוי להציב היא איסוף המידע ההכרחי לקבלת ההחלטה. קרי, על מנת לשכנע שנושא המשרה פעל באופן בלתי מיוחד יש להראות כי במועד קבלת ההחלטה לא היה בידו מידע חיוני הדרוש לקבלתה.
  - מאחר שהעילה הרלוונטית היא הפרת חובת הזהירות, יש לייחס משקל למבחן נושא המשרה הסביר ולבחון "מהו המידע המהותי שכל נושא משרה סביר היה דורש בטרם קבלת ההחלטה".
  - המידע המהותי הנדרש לקבלת החלטה תלוי בנסיבות העניין, לרבות זהות מקבל החלטה ואילוץ הזמן והמשאבים במסגרתם פועל. לפיכך יש לבחון "מהו המידע המהותי שכל נושא משרה מסוגו היה דורש בטרם קבלת החלטה בנסיבות בהן התקבלה החלטה הקונקרטיה."
  - ביהמ"ש מציין מספר אינדיקציות לבחינת השאלה האם נושא המשרה עמד בדרישה לקבלת החלטה מיוחדת: היקף חומר הרקע שהוצג לפני מקבלי החלטה; משך הזמן שנדרש לקבלת החלטה; מספר הנושאים שעמדו לדיון; היקף ורצינות הדיון שהתקיים; מגוון האפשרויות שנבחנו; מספר בעלי המקצוע שהיו מעורבים בהחלטה וכיוצ"ב. האינדיקציות הן רק כלי עזר, שכן החלטה מיוחדת עשויה להתקבל גם בדיון קצר ותמציתי בו הוצג מכלול המידע המהותי, ומאידך החלטה שאינה מיוחדת יכולה להתקבל לאחר דיון ממושך המחמיץ את העיקר.
- ביהמ"ש מציין כי כתב התביעה בהליך דנן עוסק באופן חלקי בדרך קבלת ההחלטות העסקיות בקבוצת בטר פלייס ומרבה להעלות טענות נגד ההחלטות העסקיות גופן.



- **טענה להיעדר שיקול דעת עצמאי** – החלטה מיודעת מחייבת לא רק שבפני נושא המשרה תונח תשתית עובדתית מספקת, אלא שיעשה שימוש בתשתית הזו, שיבחן את המצע העובדתי ויקבל החלטה על-פי שיקול דעתו המקצועי. עם זאת, כאשר ההכרעה מתקבלת על-ידי גורם המצוי במעלה ההיררכיה התאגידית, אין לבוא בטענות בגין "אי הפעלת שיקול דעת עצמאי" כלפי נושאי משרה שפעלו ליישום ההחלטה בהתאם להנחיות שניתנו להם (למשל מנכ"ל החברה שפעל בהתאם להנחיית הדירקטוריון או הדירקטוריון שפועל על-פי הנחיית האסיפה הכללית). החברות התובעות טענו שהדירקטורים ונושאי המשרה שניהנו בחברות הבת של הקבוצה פעלו בהתאם להנחיות חברת האם, מבלי להפעיל שיקול דעת עצמאי, ולפיכך הם אינם יכולים להסתמך על כלל שיקול הדעת העסקי. ביהמ"ש ציין כי חברות הבת מצויות בשליטה מלאה (100%) של החברה האם ובמצב זה הדירקטורים ונושאי המשרה בחברות הבת נדרשים, על-פי רוב, לפעול לפי הנחיות שניתנו על-ידי החברה האם, ולא ניתן לראות בפעולה מסוג זה משום הפרה של חובותיהם כלפי חברות הבת. תפקידן של חברות הבת הוא לממש החלטות שהתקבלו על-ידי החברה האם וממילא לא ניתן לבוא לנושאי המשרה בחברות הבת בטענות על כך שמילאו את חובתם. לכלל זה עשויים להיות חריגים, כגון מקרה בו הנחיות החברה האם לחברות הבת הן בלתי חוקיות או מביאות לביצוע עוולה כלפי צדדים שלישיים. ביהמ"ש ציין כי החברות התובעות לא העלו טענות מסוג זה, ובכל מקרה לא החברות התובעות אמורות להעלותן, אלא צדדים שלישיים שנפגעו מהחלטות אלה. ביהמ"ש הוסיף כי מצב הדברים מורכב יותר כאשר ההחזקה של חברת האם בחברות הבת אינה מלאה.

- **טענה לקיומה של פיזיות** – לפיה ההחלטה התקבלה באדישות או בכוונה לגרום נזק לחברה. ביהמ"ש קבע כי ככל שמוכחת קיומה של "פיזיות", כמשמעות המונח בסעיף 263 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 ("חוק החברות") אין תחולה לכלל שיקול הדעת העסקי, שכן לא ניתן לומר שהתקבלה החלטה מיודעת. פיזיות משמעה יחס נפשי סובייקטיבי של "אדישות" כלפי חובת הזהירות של הדירקטור. ביהמ"ש ציין כי החברות התובעות טענו שהנתבעים פעלו ברשלנות ו/או בפיזיות, ואולם לא פרסו תשתית עובדתית התומכת בטענה זו.

- ✓ **דיון בתחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי בשלב מוקדם של ההליך** – ביהמ"ש קבע כי מן הראוי שבירור הטענה כי ההחלטה חוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי ייעשה ככלל בשלב מוקדם ככל הניתן של ההליך. לרוב, טענות להתרשלות נושאי משרה מועלות במסגרת תביעה נגזרת, הכוללת שלב מקדמי במסגרתו נבחנת השאלה האם יש לאפשר ניהול תביעה נגזרת בשם החברה. במסגרת שלב מקדמי זה ניתן וראוי לבחון את השאלה האם לנושאי המשרה עומדת ההגנה של כלל שיקול הדעת העסקי. בהליך דנן הוגשה תביעה אזרחית רגילה בשם החברות התובעות (על-ידי מפרקיהן) ולא בדרך של תביעה נגזרת. בהליך מסוג זה יש לשקול, לדעת ביהמ"ש, פיצול של הדיון, באופן שניתן יהיה לבחון את תחולת כלל שיקול הדעת העסקי טרם בחינת ההחלטה לגופה. בחינה כאמור יכולה להתאפשר באמצעות בקשה לסילוק על הסף (כבמקרה דנן) או באמצעות החלטה בדבר ניהול ההליך בשני שלבים. הבחירה בין שתי החלופות הנ"ל תלויה בנסיבות המקרה.

- ✓ **כלל שיקול הדעת העסקי וכללי הסילוק על הסף** – ביהמ"ש קבע כי יישום שתי מערכות כללים אלה על הבקשה הנדונה מוביל למסקנה כי יש לבחון את השאלה האם יש בכוחו של כתב התביעה, בהנחה שיאומצו כל העובדות המונחות בבסיסו, לסתור את חזקת התקינות העומדת לזכות נושאי המשרה מכוח כלל שיקול הדעת העסקי.

✓ **בקשת הסילוק של נושאי המשרה בקבוצת בטר פלייס** – ביהמ"ש הדגיש כי החברות התובעות לא העלו טענות כי הרשלנות הנטענת של מי מהנתבעים מקורה בחוסר תום לב או בניגוד עניינים, ולכן הבחינה ביחס לתחולת כלל שיקול הדעת העסקי מתמקדת בקיומו של התנאי השלישי שעניינו "החלטה מיודעת". להלן עיקרי הכרעתו של ביהמ"ש ביחס לטענות העיקריות של החברות התובעות בעניין רשלנות נושאי המשרה:

- החברות התובעות טענו כי בקשת הפירוק עצמה מהווה הודאת הנתבעים ברשלנותם. ביהמ"ש דחה על הסף טענה זו, שכן טענה זו אינה עוסקת בתהליך קבלת ההחלטות בחברה אלא בתוצאה הסופית – היקלעות לחדלות פירעון, ולכן אין בכוחה לסתור את חזקת התקינות. בנוסף, קבלת טענה זו משמעה אימוץ חזקה לפיה כל עסק שנקלע לחדלות פירעון נוהל על-ידי נושאי המשרה בצורה רשלנית וספק אם לחזקה כזו ישנה הצדקה.

- ביהמ"ש דחה את טענת החברות התובעות לפיה החלטת החברה האם לאמץ אסטרטגיה של פיתוח מספר שווקים במדינות שונות במקביל בשלב מוקדם של הפעילות, בטרם הוכחת היתכנות המוצר מבחינה טכנולוגית, ולא לדבוק בתחילה בשוק הישראלי בלבד, כפי שתוכנן לטענתן במקור, הייתה שגויה, מסוכנת ובלתי מוצדקת. ביהמ"ש קבע כי טענות אלו מתייחסות לצדקת ההחלטה לגופה וכי החברות התובעות לא פירטו אילו נתונים החיוניים להחלטה לא הוצגו בפני דירקטוריון החברה האם. לפיכך החברות התובעות לא ביססו את הטענה כי ההחלטות בעניין זה התקבלו באופן בלתי מיודע. ביהמ"ש אף הוסיף כי הניסיון לתקוף בהליך משפטי החלטה עסקית שעל בסיסה התנהל המיזם מלכתחילה, ואשר הייתה ידועה וגלויה לכל המעורבים במיזם, הוא כמעט בגדר "מעשה שלא ייעשה", הן משום שקשה לראות מי יכול להלין על החלטות מסוג זה (בעלי המניות שהשקיעו על בסיס החלטות אלו, נותני האשראי שתמחרו את הסיכון בהתאם להן, הספקים שהביאו אותן בחשבון בקביעת התנאים המסחריים של ההתקשרות וכדומה), והן משום שאם יתאפשר לנהל הליכים מסוג זה ייווצר מצב בו הדירקטורים של כל חברה שכשלה עסקית ימצאו עצמם נתבעים בגין החלטות היסוד שעל בסיסן התנהל העסק – הרעיון הטכנולוגי שלא הוכיח את עצמו, המודל העסקי שקרס, יעדי המימון שלא הוגשמו וכיוצ"ב.

- ביהמ"ש דחה את טענת החברות התובעות כי לא הועלו לדירקטוריון החברה נושאים מהותיים שהייתה חובה כי יתקיים בעניינם דיון מעמיק וקבע כי טענה כללית מסוג זה, שאין בצידה התייחסות קונקרטית לתהליך קבלת ההחלטות בסוגיות הספציפיות שאותן תוקפות החברות התובעות, אין די בה כדי להקים עילת תביעה.

- ביהמ"ש דחה את טענת החברות התובעות בעניין הגיונה וסבירותה של ההחלטה לגבי אישור תקציב חברות הקבוצה לשנת 2012 בנימוק כי החברות התובעות לא העלו טענות שיש בהן כדי לסתור את חזקת התקינות. ביהמ"ש הדגיש כי לא נטען שהחלטה לאשר את התקציב נבעה מחוסר תום לב סובייקטיבי או שהייתה בניגוד עניינים וכן לא נטען כי היה מדובר בהחלטה בלתי מיודעת. לפיכך נקבע כי בהיעדר טענות כאמור יש מקום לסלק על הסף את התביעה ביחס לעניינים אלו.



• ביהמ"ש ציין כי במסגרת כתב התביעה אומצו טענות מנקודת מבטם של הנושים, גם כאשר הדבר אינו עולה בקנה אחד עם טובת קבוצת בטר פלייס. בין היתר, ביהמ"ש דחה את טענת החברות התובעות כי בתקופה שקדמה לקריסתה, הנהלת החברה האם בחרה שלא להותיר עתודות כספיות לצורך מימון התחייבויותיה החוץ מאזניות במקרה של קריסה. בעניין זה נקבע כי לא נמצא פגם תהליכי קונקרטי ואף בכתב התביעה עצמו צוין כי התקיימו בדיקות ומעקב בסוגיה זו. ביהמ"ש הוסיף כי טשטוש הגבולות שבין נזקי חברות הקבוצה לבין נזקי הנושים התבטא גם בהיבט גובה הנזק הנתבע, שנקבע בהתאם לסכום תביעות החוב שהוגשו על-ידי הנושים ואושרו על-ידי המפרקים. סכום זה מייצג את הנזק שנגרם לנושים, אך לא הוסבר מדוע סכום זה מייצג גם את הנזק בו עוסקת התובענה – הנזק שנגרם לחברות הקבוצה. בהקשר זה, ביהמ"ש הזכיר כי במסגרת חוק חדלות פירעון תוטל (החל ממועד כניסתו לתוקף) אחריות על הדירקטורים והמנכ"ל שידעו או היה עליהם לדעת שהתאגיד נמצא בחדלות פירעון, החובה לנקוט אמצעים סבירים לצמצום היקף חדלות הפירעון, ואם לא יעמדו בחובה זו, ביהמ"ש של פירוק יהיה רשאי להורות שהם יישאו באחריות כלפי התאגיד לנזקים שנגרמו לנושי התאגיד בשל מחדלם. ביהמ"ש ציין כי הסדר חוק זה הינו בגדר חידוש של המחוקק ואין לו תחולה במקרה הנדון (ראה להלן פירוט בעניין חוק חדלות פירעון).

• ביהמ"ש דחה על הסף את טענת החברות התובעות לפיה הדירקטורים, נושאי המשרה ורו"ח של החברה האם התרשלו במילוי תפקידם כאשר לא דרשו שתירשם הערת עסק חי מוקדם יותר מהמועד בו נרשמה הערת עסק חי בדוחות הכספיים של החברה האם. ביהמ"ש הדגיש כי אי הכללת הערת עסק חי בדוחות הכספיים של חברה אינה מסבה נזק לחברה עצמה אלא לצדדים שלישיים (משקיעים ונושים של החברה), שנמנעת מהם אזהרה אודות מצבה האמיתי של החברה. החברות התובעות הן חברות קבוצת בטר פלייס ועילת התביעה בגין אי פרסום הערת עסק חי במועד אינה נתונה להן אלא לצדדים שלישיים.

• ביהמ"ש דחה על הסף את טענת החברות התובעות לפיה הנתבעים הציגו מצגי שווא רשלניים בחודשים האחרונים לקיומה של הקבוצה אודות מצבן הכלכלי של חברות הקבוצה, כאשר על בסיס הצהרות רשלניות אלו המשיכה הקבוצה להתקשר עם גורמים שונים והגדילה את נזקי הספקים והלקוחות וכתוצאה מכך את נזקי קופת הפירוק. גם ביחס לטענה זו נקבע כי הנזק הנתען אינו של החברות התובעות, שבנעליהן נכנסו המפרקים, אלא נזק נתען של צדדים שלישיים שהתקשרו עם החברה.

• ביהמ"ש דחה על הסף את טענת החברות התובעות בדבר היעדר ממשק ישיר ויעיל בין דירקטוריון החברה האם עם הנהלת החברה האם. החברות התובעות טענו כי כלל המידע בין הדירקטוריון והנהלה עבר באמצעות המנכ"ל, מר שי אגסי, ובכך התרשלו הדירקטורים שהפרו את חובתם להיות בקשר עם נושאי משרות בכירות בחברות הקבוצה. ביחס לטענה זו ביהמ"ש קבע כי לדירקטוריון מסור שיקול דעת כיצד לבצע את התפקיד הפיקוחי המוטל עליו וכי אמנם הוא מחויב לאסוף מידע, אך אין זה ראוי שביהמ"ש יתערב במקרה הרגיל בשאלה מידי אילו גורמים לאסוף מידע זה. ביהמ"ש הוסיף כי אף בהנחה שהמנכ"ל זכה לאמונם המלא של הדירקטורים והם בחרו להתעדכן בראש ובראשונה מפיו, הרי שהחלטה זו הינה סבירה על פניה ואין מקום להטיל אחריות בגינה במקרה הרגיל. ביהמ"ש הוסיף, כי חריג לכך עלול להיווצר כאשר יש לדירקטוריון טעמים טובים לפקפק במידע המוצג להם על-ידי המנכ"ל, במקצועיותו או ביושרו, אך טענות אלו לא נטענו במקרה דנן.

• ביהמ"ש חותם את פסק-דינו בהתייחסות לתמריצים שתביעה מהסוג דן עשויה לספק לניהול ראוי של חברות בכלל וחברות הזנק (Startup) בפרט. בעניין זה ביהמ"ש קיבל את עמדת נושאי המשרה הנתבעים לפיה תביעות מהסוג דן נגד חברת הזנק שהתפרקה בטענה לרשלנות ונטילת סיכונים ביתר של נושאי המשרה בחברה עשויה לאיים על ענף חברות ההזנק בישראל. ביהמ"ש ציין כי הפעילות בה עסקינן היא מסוכנת על-פי טבעה והוספת הסיכון של תביעות משפטיות על הסיכונים העסקיים הכרוכים בה ממילא עשויה לפגוע באטרקטיביות של השוק הישראלי ביחס לחברות הזנק. ביהמ"ש הוסיף עוד כי החלטות עסקיות אינן מתקבלות בסיועה של חוכמה שבדיעבד, ועל כן אין לבחון את התנהלות הדירקטורים ונושאי המשרה מבעד למשקפיה, וכן כי בתי המשפט בישראל אינם מהרהרים אחר החלטות עסקיות מיוזמות שקיבלו נושאי משרה בתום לב וללא ניגוד עניינים, הן ביחס למקרה הכללי של חברות המנהלות עסקים בישראל וקל וחומר במקרה של חברות הזנק שכאלו.

לאור האמור לעיל, ביהמ"ש קיבל את בקשת הסילוק שהוגשה מטעם נושאי המשרה, שכן העילות חוסות תחת כלל שיקול הדעת העסקי ומקצתן אינן מהוות כלל עילות תביעה של החברות התובעות.

✓ **בקשת הסילוק של ר"ח המבקרים של חברות הקבוצה הישראליות** – החברות התובעות טענו שר"ח המבקרים התרשלו בתפקידם, בין היתר, באי מתן גילוי בדוחות הכספיים של חברות הקבוצה הישראליות אודות התלות המוחלטת בחברה האם ובכך שביטלו כליל את שיקול דעתם והכפיפו אותו להוראות של פירמת ר"ח המבקרים הזרה של החברה האם, שהורתה למשרד ר"ח בישראל שלא לדון ולא להתייחס לסוגיית ה"עסק החיי". ר"ח המבקרים טענו כי יש לסלק את התביעה נגדם על הסף בנימוק של היעדר עילה והיעדר יריבות, מאחר שהתביעה שהוגשה בשם קבוצת בטר פלייס הינה למעשה תביעה בשם נושי החברות התובעות, וכתב התביעה אינו מצביע על נזק שנגרם לחברות התובעות עצמן כתוצאה מההתנהלות הנטענת של פירמת ר"ח המבקרים. ביהמ"ש קיבל את טענת ר"ח המבקרים כי יש לדחות את התביעה נגדם על הסף היות והטענות נגדם אינן מבטאות עילת תביעה הנתונה לחברות התובעות אלא לצדדים שלישיים ובהם נושי החברות התובעות.

#### ע"א 4857/16 אפרים מנשה נגד יוון'ין אייר בע"מ ואח' (ניתן ביום 24 באפריל 2018)

הרקע בתמצית:

✓ בהליך הני"ל בעל מניות מיעוט בחברה פרטית הגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת בשמה של החברה, לאחר שהחברה דחתה את פנייתו אליה בדרישה למצות את זכויותיה בדרך של הגשת תובענה נגד התעשייה האווירית לישראל בע"מ ("תע"א"), בגין אי עמידת תע"א בהסכם שנחתם לטענתו בין החברה לבין תע"א.

✓ ביהמ"ש המחוזי דחה את בקשת האישור ובעל המניות הגיש ערעור לביהמ"ש העליון. פסק-הדין ניתן על-ידי השופט בדימוס דנציגר, אליו הצטרפו השופטים מזוז ואלרון.

הקביעות העיקריות של ביהמ"ש העליון:

✓ **מהותה של התביעה הנגזרת** – ביהמ"ש העליון ציין בפסק-דינו כי:



- הליך התביעה הנגזרת מאפשר לבעלי מניות בחברה או לחברי דירקטוריון החברה להגיש תובענה בשם החברה, בגין עילת תביעה של החברה, בין כנגד נושא משרה בחברה, בין כנגד בעל שליטה בה ובין כנגד גורם חיצוני.

- הליך התביעה הנגזרת בא להתמודד עם בעיית הנציג, מקום שבו מתרחש "כשל" שבעקבותיו האורגנים המוסמכים של החברה מוחזקים כמי שאינם יכולים לקבל החלטה "בלתי נגועה" ביחס להפעלת כוח התביעה של החברה, בייחוד במצבים שבהם התביעה הנדונה מופנית נגד אותם אורגנים עצמם, בעל השליטה שמינה אותם או כיוצא באלה, בגין נזק שנגרם לחברה.

✓ **תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי על החלטה שלא להגיש תביעה בשם החברה :**

- ביהמ"ש העליון ציין כי הוא הכיר לאחרונה בכך **שעקרונותיו של כלל שיקול הדעת העסקי שפותח בארה"ב מהווים חלק בלתי נפרד מדיני החברות בישראל** (תוך התאמות שעשויות להידרש למשפט הישראלי).<sup>4</sup>

- בית המשפט בחן האם יש להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי גם על החלטה של הדירקטוריון אם להפעיל את כוח התביעה של חברה על רקע בקשה של בעל מניות. ביהמ"ש קבע כי **החלטה להפעיל או שלא להפעיל את כוח התביעה של חברה היא החלטה עסקית ככל החלטה עסקית אחרת**, והיא כוללת בחובה שיקולים שונים, ובהם: הערכת סיכוייה של התביעה (ולשם כך ראוי להתייעץ עם עורכי-דינה של החברה על מנת לקבל החלטה מיועדת); הערכת העלות הכלכלית של ניהול התביעה מול הרווח הצפוי להיווצר ממנה; וכן שקילת השלכות נוספות שעשויות להיות להגשת התביעה על החברה, כגון השלכה על קשרים עסקיים או אחרים של החברה עם צדדים שלישיים, פגיעה במוניטין שלה ועוד.

✓ **ביהמ"ש הבחין בין שני מצבים עיקריים שבהם פונה בעל מניות לחברה בבקשה להפעלת כוח התביעה שלה :**

- המקרה ה"קלאסי" שבו נדרשת החברה להגיש תביעה נגד נושאי המשרה או בעל השליטה בה, בגין נזק שנגרם לה עקב פעולות מסוימות המהוות הפרה של חובותיהם – במצב זה, ביהמ"ש מציין כי ניתן לשער שהחלטתו של דירקטוריון החברה שלא להפעיל את כוח התביעה של החברה תהיה, במרבית המקרים אם לא בכולם, "נגועה" מראש בניגוד עניינים (שכן נושאי המשרה נדרשים לקבל החלטה על הגשת תביעה נגד עצמם או מקורביהם).

- המקרה הפחות נפוץ הוא מצב שבו החברה נדרשת על-ידי בעל מניות להגיש תביעה נגד צד שלישי בגין נזק שנגרם לחברה בגין עילות שונות – כגון גרימת נזק בנזיקין או הפרת חוזה. במצב זה, ביהמ"ש מציין כי אין סיבה להניח מראש שהחלטתו של הדירקטוריון שלא להפעיל את כוח התביעה של החברה נגועה בכשל, ולפיכך אישור תביעה נגזרת כנגד צד שלישי צריך להיות חריג שבחריג.

<sup>4</sup> ביהמ"ש הפנה לפסק-דין בזק בהקשר זה.

✓ **ביקורת שיפוטית ביחס להחלטה על הגשת/אי הגשת תביעה נגד צד שלישי :**

• תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי – ביהמ"ש קבע כי מכיוון שבמצב הדברים הרגיל, כאשר מדובר בהגשת תביעה נגד צד שלישי, אין סיבה לחשוד בכשרות אופן קבלת ההחלטות על-ידי האורגנים המוסמכים של החברה, הרי שגם אין מניעה להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על החלטה מעין זו. דהיינו, **אם החלטתו של הדירקטוריון התקבלה באופן מיוחד, בתום לב וללא ניגוד עניינים, הרי שבית המשפט, ככלל, לא יתערב בהחלטה, גם אם הוא סבור כי ההחלטה שגויה**. עוד צוין כי החלטת כלל שיקול הדעת העסקי על החלטה בעניין הפעלת כוח התביעה של חברה וצמצום ההתערבות של בתי המשפט בהחלטה אודות הגשה או אי הגשה של תביעה תסייע במניעת תביעות סרק והצפה של בתי המשפט.

• התנאים לקבלת החלטה "מיוחדת" – ביהמ"ש הדגיש, כי על מנת לקבל החלטה מודעת ומיוחדת בעניין הערכת סיכויי התביעה, **על הדירקטורים להיוועץ במומחה לדבר**, קרי, היועצים המשפטיים של החברה או עורכי דין המומחים לתחום המשפטי הרלוונטי (בהתאם לנסיבות) וכי במרבית המקרים רק היוועצות כאמור תקים את ההגנה של כלל שיקול הדעת העסקי, אשר חל על החלטה "מיוחדת".

• שיקולים נוספים על הדירקטוריון לשקול – ביהמ"ש ציין כי מלבד סיכויי התביעה גרידא, קבלת החלטה על הגשת תביעה כרוכה בשיקולים נוספים, ובהם: עלות הניהול של התביעה, הן בהיבט הכספי הן בהיבט של כוח אדם ומשאבים של החברה; ההשפעה האפשרית של הגשת וניהול התביעה על המוניטין של החברה; השפעת התביעה על קשריה של החברה עם הנתבעים הפוטנציאליים או צדדים שלישיים וכן העובדה כי ניהול הליך משפטי עלול להביא לזליגת מידע סודי של הפירמה.

✓ **היחס בין כלל שיקול הדעת העסקי לבין התנאים שנקבעו בחוק להגשת תביעה נגזרת** – בקשר להוראות סעיף 198 לחוק החברות, הקובע את התנאים שבהתקיימם יאשר ביהמ"ש הגשת תביעה נגזרת (קיומה של עילת תביעה; התביעה וניהולה הן לטובת החברה; וכן התובע אינו פועל בחוסר תום לב), ביהמ"ש קבע כי **אם החלטת החברה שלא להגיש תביעה נגד צד שלישי תחסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי, הרי שביהמ"ש כלל לא יידרש לבחון את התקיימות תנאי סעיף 198**. בין היתר, סעיף 198 יהיה רלוונטי למקרים בהם אין מקום להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי (למשל כאשר ברור מראש שהחלטה נגועה בניגוד עניינים מובנה, כגון תביעה נגד הדירקטוריון) וכן במצב שבו ביהמ"ש בחן את הליך קבלת ההחלטה האם להגיש תביעה או לא בהתאם לכלל שיקול הדעת העסקי והגיע למסקנה כי אחד מתנאיו אינו מתקיים. במקרה זה יהיה על ביהמ"ש לבחון את סבירות החלטת הדירקטוריון, בראי עילת התביעה והאם ניהולה הוא לטובת החברה.



✓ מן הכלל אל הפרט – הכרעת ביהמ"ש העליון בעניין יוז'ין :

• בעניין יוז'ין, ביהמ"ש בחן למעשה שתי החלטות שונות של דירקטוריון החברה הפרטית:

(א) ההחלטה הראשונה הינה החלטת דירקטוריון החברה מחודש פברואר 2012, שהתקבלה לאחר התייעצות עם משרד עו"ד, ולפיה החברה לא תמשיך לבחון את אפשרות הגשת התביעה נגד תע"א עד לקבלת המסמכים הנדרשים לשם התביעה מאת התובע (בתקופה הרלוונטית בה נחתם ההסכם עם תע"א המבקש היה בעל השליטה היחיד בחברה הפרטית, שימש מנכ"ל שלה ובידיו היו המידע והמסמכים הנדרשים בנושא. במועד הגשת הבקשה המבקש היה בעל מניות מיעוט בחברה והוא סרב לשתף פעולה עם החברה בהעברת המסמכים הנדרשים).

(ב) ההחלטה השנייה הינה החלטה שהתקבלה על-ידי הדירקטור החייד בחברה בשנת 2014 שלא להיעתר לדרישת התובע להגיש תביעה בשם החברה נגד תע"א, וזו ההחלטה שאותה תקף המבקש בבקשת האישור דנן.

• החלטה מיודעת – ביהמ"ש קבע כי החלטת הדירקטור החייד בחברה משנת 2014 שלא לקדם הגשת תביעה נגד תע"א, הייתה החלטה מושכלת ומיודעת, וזאת לאור העובדה שאותו דירקטור הסתמך על החלטה מיודעת קודמת של דירקטוריון החברה משנת 2012 ומאחר שלא התקבלו מידע ומסמכים נוספים מהמבקש מאז שנת 2012 (קרי, לא חל שינוי נסיבות רלוונטי) ואותו דירקטור פנה להתייעץ עם משרד עו"ד בנושא גם בשנת 2014.

• קיומו של ניגוד עניינים בהחלטה – המבקש טען כי ההחלטה הייתה נגועה בניגוד עניינים משני טעמים:

(א) הדירקטור שקיבל את ההחלטה בשנת 2014 היה נגוע בניגוד עניינים עקב היותו גמלאי של תע"א – ביהמ"ש העליון הסכים עם קביעת ביהמ"ש המחוזי כי עובדה זו אינה הופכת את הדירקטור לנגוע בניגוד עניינים בהחלטה, משום שגם אם הייתה מוגשת תביעה בשם החברה נגד תע"א, לא היה בכך כדי לפגוע באינטרס הכלכלי שלו כגמלאי תע"א.

(ב) החברה נמנעה מהגשת תביעה נגד תע"א בשל אינטרסים עסקיים של בעל השליטה, המקיים קשרים עסקיים עם תע"א – ביהמ"ש העליון הסכים עם מסקנתו של ביהמ"ש המחוזי, כי הוכח קיומו של ניגוד עניינים בעל השפעה מסוימת בעת קבלת החלטת הדירקטוריון משנת 2012. אינטרס נוגד זה אף נלקח בחשבון בעת קבלת ההחלטה, אולם אפשרות הגשת התביעה לא נשללה בשל כך, אלא בשל היעדר מידע ומסמכים שהמבקש סירב להמציא לחברה.

- סטנדרט הביקורת השיפוטית – בנסיבות דנן, לאור קיומו של ניגוד עניינים מסוים כאמור לעיל, ביהמ"ש העליון אימץ את החלטת ביהמ"ש המחוזי, שקבע שיש לבחון את סבירות ההחלטה לגופה. ביהמ"ש העליון ציין כי **"כשל" הפוטנציאלי בנסיבות דנן נוגע לניגוד עניינים עקיף ולא חריף בין עסקיו של בעל השליטה בחברה לבין ההחלטה אודות הגשת התביעה, ולפיכך, אין להחיל את סטנדרט "ההגינות המלאה", אלא די בהחלת "סטנדרט ביניים"**, לפיו הנטל המוטל על הדירקטורים הינו להראות שהחלטתם נופלת במתחם הסבירות.<sup>5</sup> ביהמ"ש העליון הסכים עם קביעת ביהמ"ש המחוזי כי החלטת החברה לדחות את פניית המבקש נופלת במתחם הסבירות, וזאת לאחר שביהמ"ש המחוזי בחן את סיכוייה של התביעה (תוך התייחסות לטענות הגנה אפשריות שהיו עומדות לתע"א); את השאלה האם התביעה וניהולה הן לטובת החברה (תוך התייחסות למצבה הכלכלי הקשה של החברה ולקושי לממן את הגשת התביעה וניהולה) וכן את טענות החברה ביחס לחוסר תום הלב של המבקש, שמבקש לתבוע בשם החברה.

#### תנ"ג (ת"א) 53151-03-15 שמואל שקדי נ' אינטרקולוני השקעות בע"מ (ניתן ביום 12 ביולי 2018)

ההחלטה הנ"ל ניתנה על-ידי שופטת המחלקה הכלכלית בביהמ"ש המחוזי בתל אביב-יפו, דניה קרת-מאיר, ובמסגרתה נדחתה בקשה לאישור תביעה כנגזרת. בבקשת האישור נטען כי בוצעה העברת סכומי עתק, הנובעים ממכירת נכסי קבוצת חברות, אל מנהליהן, בעלי השליטה בהן וגורמים קשורים.

#### הרקע בתמצית:

- ✓ ביהמ"ש התבקש לאשר את הגשת התביעה הנגזרת בשם אינטרקולוני השקעות בע"מ ("**החברה**") וכן חברה בת וחברה נכדה שלה (ביחד – "**חברות אינטרקולוני**"). בין הנתבעים נכללו מנכ"ל החברה לשעבר, שכיהן גם כדירקטור בחברה וכדירקטור בחברה הבת והחברה הנכדה; חברה פרטית ששמה ליבר טאוור בע"מ ("**ליבר**"), שהינה בשליטת מנכ"ל החברה לשעבר, המחזיק ב-60% מהון מניותיה; דירקטורים שכיהנו בתקופה הרלוונטית בחברות אינטרקולוני, לרבות דירקטורים חיצוניים ודירקטור בלתי תלוי שכיהנו בחברה; יו"ר דירקטוריון החברה, שכיהן גם כדירקטור בחברה הנכדה, ושהיה בתקופה הרלוונטית בעל השליטה בחברה; וכן סמנכ"ל הכספים של החברה, שכיהן גם כדירקטור בחברה הבת.
- ✓ בבקשת האישור נטען כי החברה הנכדה של החברה התקשרה בהסכם לפיו היא העניקה אופציה לחברת ליבר, שהינה כאמור בשליטת מנכ"ל החברה, לרכוש נכס מקרקעין בתל אביב בסכום הנמוך משווי הנכס. ההסכם קבע כי אם ליבר תממש את האופציה והפרויקט יבוצע על-ידי ליבר, אזי ישולם לחברה הנכדה סכום השווה ל-20% מהרווחים שינבעו מהפרויקט. במסגרת תוספת מאוחרת שנחתמה להסכם האופציה, ליבר קיבלה אף אפשרות לסיחור האופציה לצד שלישי ובמקרה כאמור הוסכם שמקבל האופציה יתחייב לשלם לחברה הנכדה סכום השווה ל-20% מהתמורה שתקבל ליבר עבור סיחור האופציה, בניכוי התמורה עבור האופציה והוצאות ליבר בקשר לסיחור. התוספת להסכם האופציה לא אושרה על-ידי ועדת הביקורת והדירקטוריון של החברה.

<sup>5</sup> ביהמ"ש הפנה לפסק-דין בזק, בו צוין, בין היתר, כי לא כל ניגוד עניינים מביא להחלה אוטומטית של כלל ההגינות המלאה.



✓ בהמשך, ליבר סיחרה את האופציה לחברת אביב בנווה צדק בע"מ ("אביב"), כאשר בגין הסיחור שילמה אביב לליבר סך של 36 מיליון ש"ח. כמו כן סוכם כי תשולם לליבר תמורה "על פי סך התקבולים בפרויקט", אשר היקפה לא ידוע למבקש. לטענת המבקש, לאחר החתימה על הסכם הסיחור רכשו מנהלי חברות אינטרקולוני ומקורביהם דירות בפרויקט מאביב. לקראת מימוש האופציה על-ידי אביב נערכה ישיבת דירקטוריון של החברה, בה הוצגה בקשת ליבר להסכים לדרישת אביב להמיר את זכאות החברה לקבל 20% מהרווחים בסכום קבוע, ובסוף הישיבה הוחלטה להמיר את הזכות לקבל 20% מהרווחים בסכום קבוע של כ-10 מיליון ש"ח שאותו התחייבה ליבר לשלם. ועדת הביקורת של החברה לא קיבלה החלטה בקשר להמרת הזכאות כאמור. בסופו של דבר נחתם הסכם בין החברה הנכדה לאביב למכירת הנכס תמורת סכום של 200 מיליון ש"ח בתוספת תשלום חד פעמי של הסכום הקבוע הנ"ל.

✓ המבקש טען, בין היתר, כי נושאי המשרה ובעלי השליטה לשעבר בחברה זנחו את חובתם לפעול למען חברות אינטרקולוני ופעלו לטובת המנכ"ל וליבר. עוד נטען כי המנכ"ל לשעבר הפר את חובת האמונים בכך שפעל בניגוד עניינים וניצל הזדמנות עסקית של חברות אינטרקולוני. בנוסף, נטען כי הדירקטורים שכיהנו בתקפה הרלוונטית בחברות אינטרקולוני הפרו את חובת הזהירות המוטלת עליהם. המבקש פנה לחברות אינטרקולוני בדרישה להגיש תביעה ודרישתו נדחתה על-ידיהן. טרם מועד משלוח מכתב הדרישה על-ידי המבקש וההחלטה שלא להיענות לבקשת המבקש התחלפה השליטה בחברה, וההחלטה התקבלה על-ידי דירקטורים חדשים שלא היה להם עניין אישי בהחלטה או קשר כלשהו למי מהמשיבים שכנגדם התבקשה הגשת התביעה (למעט דירקטור חיצוני אחד שכיהן בחברה במועדים הרלוונטיים ולא נטל חלק בהחלטה).

✓ חברות אינטרקולוני והדירקטורים שכיהנו בהן במועדים הרלוונטיים טענו, בין היתר, כי חל במקרה דנן כלל שיקול הדעת העסקי וכי כל רכיבי העסקה נבחנו במספר מישורים במשך זמן ממושך על-ידי אורגנים נפרדים ומנוסים שהפעילו שיקול דעת עסקי נכון וסביר. עוד נטען כי המבקש לא הראה עילה להתערבות חריגה בשיקול דעת החברה בהחלטה האם להגיש תביעה או לא וכי בעל השליטה החדש והדירקטוריון החדש, שלא היה להם קשר לבעלי השליטה הקודמים בחברה, בחנו את הסוגיה ואף קיבלו חו"ד משפטית מעו"ד חיצוני חדש, לפיה אין מקום להגשת תביעה, וכך הוחלט. עוד נטען כי ממילא חלים כתבי פטור ושיפוי שהחברה העניקה לדירקטורים.

#### הקביעות העיקריות של ביהמ"ש הכלכלי:

✓ **הוכחת בעלות המבקש** – ביהמ"ש קבע כי המבקש לא הציג מסמך המאשר שהוא בעל מניות בחברה במועד הגשת הבקשה, ולפיכך די בכך כדי לדחות את הבקשה לאישור תביעה נגזרת.

✓ **הביקורת השיפוטית על ההחלטה שלא להגיש תביעה** –

- ביהמ"ש הפנה לפסק-דינו של ביהמ"ש העליון בעניין יוויזין, בו נקבע כי מקום בו מדובר בהגשת תביעה נגד צד שלישי (בשונה מנושאי משרה או בעל השליטה בחברה) אין סיבה לחשוד בכשרות אופן קבלת ההחלטות על-ידי האורגנים המוסמכים של החברה, ולכן אישור תביעה נגזרת כנגד צד שלישי צריך להיות חריג שבחריג ואין מניעה להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על החלטה מעין זו.

• לאור הלכת יוז'ין, ביהמ"ש הכלכלי בחן האם מתקיימים מבחני כלל שיקול הדעת העסקי ביחס להחלטת החברה במקרה הנדון שלא להיענות לבקשת המבקש להגיש תביעה. ביהמ"ש הכלכלי ציין כי **ההחלטה שלא להגיש תביעה נגד דירקטורים ונושאי משרה בחברה התקבלה על-ידי הדירקטורים החדשים שמונו לאחר שהתחלפו בעלי השליטה בחברה** (למעט הדירקטור החיצוני שניהן בחברה במועדים הרלוונטיים). ביהמ"ש המחוזי קבע כי **ניתן לראות במקרה הנדון כמקרה בו נדרשת חברה להגיש תביעה נגד צד שלישי**, שכן אין סיבה להניח מראש שהחלטת הדירקטוריון החדש שלא להפעיל את כוח התביעה של החברה נגועה בכשל כלשהו. **לכן אין מניעה להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על ההחלטה לדחות את דרישת המבקש להגיש תביעה.**

• לעניין התנאים להתקיימות כלל שיקול הדעת העסקי, ביהמ"ש קבע כי החלטת הדירקטוריון החדש התקבלה ללא ניגוד עניינים ובתום לב. לעניין דרישת היידוע ביהמ"ש המחוזי קבע כי **קבלת החלטה שלא להגיש תביעה בשם החברה הינה אחד מאותם מקרים מיוחדים בהם על הדירקטור לקבל ייעוץ חיצוני**.<sup>6</sup> במקרה דנן, ההחלטה שלא להפעיל את כוח התביעה של החברה התקבלה לאחר היוועצות עם עורכי-דין חיצוניים, שלא היה להם קשר לבעלי השליטה והדירקטורים הקודמים בחברה.

• לעניין ההחלטה שלא להגיש תביעה נגד הדירקטורים בגין הפרת חובת הזהירות: נקבע כי הדירקטוריון קיבל חוות דעת מפורטת, שכללה סקירה עובדתית מקיפה לגבי התנהלותם של הדירקטורים הקודמים בקשר לעסקה, שצוין בה כי לדירקטורים הוענקו פטור ושיפוי וכן נכללה בה הערכה של סיכויי התביעה, והדירקטוריון החליט לאמץ את חוות הדעת כך שהחברה לא תגיש את התביעה. לפיכך נקבע כי עמד בפני הדירקטורים כל המידע הרלוונטי ולכן החלטת הדירקטוריון שלא להגיש תביעה נגד הדירקטורים הקודמים חוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי.

• לעניין ההחלטה שלא להגיש תביעה נגד מנכ"ל החברה בגין הפרת חובת האמון: ביהמ"ש קבע כי לא התקבלה החלטה מיוחדת וציין, בין היתר, כדלקמן:

○ עילת התביעה המיוחסת לדירקטורים (הפרת חובת הזהירות) שונה מזו המיוחסת למנכ"ל (הפרת חובת האמון). חוות הדעת של היועצים המשפטיים החיצוניים התייחסה בנפרד לחובת האמונים המוטלת על דירקטור ונושא משרה בחברה והובהר כי החברה אינה יכולה להעניק פטור, שיפוי וביטוח לנושא משרה בשל הפרת חובת אמון שאינה בתום לב הפוגעת בחברה. לפיכך צוין בחוות הדעת כי המנכ"ל אינו יכול להישען על כתבי הפטור וההתחייבות לשיפוי לשם דחיית התביעה, שכן עילת התביעה המיוחסת לו הינה הפרת חובת אמון. כמו כן, ביהמ"ש ציין כי לאור המועד בו ניתן למנכ"ל הפטור, לא ברור אם הפטור יכול לחול בדיעבד.

○ ביהמ"ש הדגיש כי הדיון שערך דירקטוריון החברה התמקד בהגשת תביעה נגד הדירקטורים בגין הפרת חובת הזהירות ולא בהגשת תביעה נגד המנכ"ל בגין הפרת חובת אמון כלפי החברה. בנסיבות הנ"ל, ביהמ"ש קבע כי ההחלטה שלא להגיש את התביעה נגד המנכ"ל אינה חוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי ויש לבחון את סבירותה.

<sup>6</sup> ביהמ"ש הפנה לרע"א 40214/14 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' רפאל כהן (ניתן ביום 26 באפריל 2015), במסגרתו קבע ביהמ"ש העליון כי דירקטור סביר אינו נדרש ואינו יכול להיות בלש או חוקר וכי במצב הדברים הרגיל אין לדירקטוריון ייעוץ מקצועי-עצמאי, אלא במקרים מיוחדים בהם ראוי לדירקטוריון לדרוש חוות דעת נוספות ולקבל ייעוץ חיצוני לנושא ספציפי.



○ ביהמ"ש ציין כי עסקת האופציה אושרה על-ידי ועדת הביקורת והדירקטוריון של החברה ובמועד אישורה היה ידוע שהמנכ"ל מחזיק 60% בליבר, כך שהתקיימה דרישת הגילוי לשם אישורה כאמור. אולם, **התנהלות המנכ"ל לאחר אישור עסקת האופציה מצביעה לכאורה על הפרת חובת אמון מצידו, שכן המידע שמסר לדירקטוריון לא תאם את אופן ביצוע העסקה בפועל.** המנכ"ל הציג לדירקטוריון מצג בדבר עסקה שתוביל לארגון קבוצת רכישה, בניהול ליבר ושותפיה ולא נתן מראש גילוי לדירקטוריון על שינוי האסטרטגיה הנ"ל וחתימה על הסכם סיחור האופציה מול צד שלישי (אביב), שישלם למנכ"ל או לליבר תמורה בגין עצם סיחור האופציה, תוך שינוי התשלום בגין מכירת הנכס. התוספת להסכם האופציה כללה שינוי מהותי בנוגע לתשלום במקרה בו האופציה תסוחר (כאמור לעיל, חלף זכאות לקבלת 20% מהרווחים שינבעו מהפרויקט נקבע כי במקרה של סיחור האופציה ישולם שיעור של 20% מההפרש בין התמורה ששולמה על-ידי הצד השלישי לליבר בגין סיחור האופציה לבין סך התמורה ששולמה לחברה הנכדה בגין האופציה). בנוסף, הדיווח לגבי סיחור האופציה נעשה בדיעבד מבלי שיתקבל אישור המוסדות הרלוונטיים בחברה לתוספת להסכם האופציה ואפשרות הסיחור המפורשת שנכללה בו. ביהמ"ש קבע כי די בנסיבות המקרה דנן כדי להקים תשתית ראייתית לכאורה לטענה לפיה קמה לחברה עילת תביעה כנגד המנכ"ל, לפחות בגין התשלום ששולם לליבר עבור סיחור האופציה, ולפיכך אין מקום לקביעה כי החלטת הדירקטוריון שלא להגיש את התביעה נגד המנכ"ל הייתה החלטה סבירה.

✓ על אף קביעות ביהמ"ש לעניין מנכ"ל החברה, ביהמ"ש לא בחן את תום ליבו של המבקש על מנת לקבוע האם יש אכן מקום לאשר את בקשת האישור להגשת תביעה נגזרת, וזאת לאור קביעתו העקרונית לפיה המבקש אינו עומד בתנאי המקדמי הנדרש בדבר היותו בעל מניות בחברה. ביהמ"ש הדגיש כי מקום בו הוגשה בקשה לאישור תביעה נגזרת על-ידי תובע שאינו מתאים, אין אפשרות להחליפו בתובע מתאים, גם אם מדובר בעילה ראויה. לאור האמור, בקשת האישור נדחתה.

**חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018 – הוראות לעניין אחריות נושא משרה ובעל תפקיד בתאגיד הנמצא בחדלות פירעון**

כזכור, ביום 15 במרס 2018 פורסם חוק חדלות פירעון, המסדיר בצורה מקיפה את פירעון חובותיהם של חייבים שהם יחידים או תאגידיים, הנמצאים או עלולים להימצא במצב של חדלות פירעון. חלק ח' לחוק חדלות פירעון כולל **הוראות לעניין אחריות נושאי משרה ובעלי תפקידים בתאגיד הנמצא בחדלות פירעון אך טרם החל בהליכי חדלות פירעון פורמליים.**

החידוש העיקרי בפרק זה הינו **הטלת אחריות על דירקטור ומנכ"ל שלא פעל לצמצום היקף חדלות הפירעון.** סעיף 288 לחוק חדלות פירעון קובע, כי אם דירקטור או מנכ"ל ידע או היה עליו לדעת שהתאגיד נמצא בחדלות פירעון והוא לא נקט באמצעים סבירים לצמצום היקפה, ביהמ"ש רשאי להורות כי הוא יישא באחריות כלפי התאגיד לנוזקים שנגרמו לנושי התאגיד בשל מחדלו. בהקשר זה נקבעה חזקה כי דירקטור או מנכ"ל נקט באמצעים סבירים לצמצום היקף חדלות הפירעון, אם נקט אמצעים להערכת מצבו הכלכלי של התאגיד ופעל כדי שהתאגיד ינקוט באחד מהאמצעים הבאים:

- (א) קבלת סיוע מגורמים המתמחים בשיקום תאגידיים;
- (ב) ניהול מו"מ עם נושי התאגיד כדי להגיע עמם להסדר חוב;
- (ג) פתיחה בהליכי חדלות פירעון בהתאם להוראות חוק חדלות פירעון.

בנוסף, נקבע כי **החברה לא תהיה רשאית לפטור או לשפות דירקטור או מנכ"ל מאחריותו האמורה.**

**כפי שעולה מדברי ההסבר לחוק חדלות פירעון:**<sup>7</sup> החוק אינו קובע חובת אמון ישירה של הדירקטורים כלפי הנושים כל זמן שהתאגיד אינו בהליכי חדלות פירעון, אלא מצמצם את התקופה שבמהלכה חלה חובה זו למועד שבו התאגיד נמצא בחדלות פירעון (במובחן מהתקופה שבה קיים חשש או סבירות לחדלות פירעון). צמצום החובה לתקופה זו בלבד אינו מטיל חובה לפי ההוראה הנ"ל על דירקטור שלא פעל למניעת חדלות הפירעון של התאגיד, וזאת במטרה שלא להרחיב את חובתו של הדירקטור לתקופה שקדמה למועד חדלות הפירעון.

בנוסף, **עוגנו בחוק הוראות שעניינן הפרת חובה בידי בעל תפקיד בתאגיד וניהול במרמה של נושא משרה**, בדומה להוראות הקבועות כיום בסעיפים 373 ו-374 לפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983, בשינויים מסוימים:

✓ סעיף 289 לחוק חדלות פירעון קובע, בין היתר, כי אם בעל תפקיד או מי שהיה בעל תפקיד בתאגיד, הפר חובה כלפי התאגיד המקימה עילה לחיובו בפיצוי, תשלום או השבת נכס לתאגיד, ביהמ"ש רשאי, לאחר מתן צו לפתיחת הליכים לגבי התאגיד לפי חוק חדלות פירעון, להורות לאותו בעל תפקיד לפצות, לשלם או להשיב את הנכס לתאגיד. לעניין זה, "בעל תפקיד" משמעו יזם התאגיד, כהגדרתו בחוק החברות, נושא משרה בתאגיד, הנאמן או מי שפעל מטעמו וכן כונס נכסים.

<sup>7</sup> הצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ו-2016 (הצ"ח 1027; 2 במרס 2016).



✓ סעיף 290 לחוק חדלות פירעון קובע, כי אם ביהמ"ש מצא כי מי שהיה נושא משרה בתאגיד היה שותף ביודעין לניהול התאגיד במרמה בתקופה שקדמה למתן צו לפתיחת הליכים לגבי התאגיד לפי הוראות חוק חדלות פירעון, הוא רשאי לקבוע שנושא המשרה יישא באחריות לנזקים שנגרמו לתאגיד כתוצאה מניהול התאגיד במרמה וכן לפסול אותו מלשמש נושא משרה בכל תאגיד לתקופה של עד חמש שנים. ניהול התאגיד במרמה משמעו ניהול התאגיד מתוך כוונה לרמות את נושיו. סעיף 291 מוסיף וקובע כי במידה ובמהלך ניהול הליכי חדלות הפירעון התעורר חשד בדבר ניהול התאגיד במרמה בידי נושאי המשרה בתקופה שקדמה למתן הצו לפתיחת הליכים, ביהמ"ש רשאי להורות לנאמן או לממונה על הליכי חדלות פירעון שמונה לפי חוק חדלות פירעון לברר את הדבר ולהגיש את ממצאיו לביהמ"ש. יודגש כי ההוראות בעניין ניהול במרמה חלות על כלל נושאי המשרה בתאגיד (וזאת בשונה מסעיף 288 לחוק חדלות פירעון שחל רק על דירקטורים ומנכ"ל).

בהתאם להוראות התחילה של חוק חדלות פירעון מרבית הוראותיו (ובהן ההוראות שלעיל) תהיינה בתוקף בתום 18 חודשים מיום פרסומו של חוק חדלות פירעון (קרי, 15 בספטמבר 2019) והוא יחול על הליכים לפי חוק חדלות פירעון שהחלו ביום התחילה ואילך.

\* \* \*

הסקירה לעיל הינה בבחינת תמצית. המידע הכלול בה נמסר למטרות אינפורמטיביות בלבד ואין במידע כדי להוות ייעוץ משפטי. לקבלת פרטים נוספים, אנא פנו לעו"ד נחמה ברין, ראש מחלקת חברות ושוק הון, בדוא"ל: [Nechama.Brin@goldfarb.com](mailto:Nechama.Brin@goldfarb.com) ו/או בטלפון: 03-6089802, או לעו"ד הדר ציקינבסקי שהרבני, בדוא"ל [Hadar.Sharabani@goldfarb.com](mailto:Hadar.Sharabani@goldfarb.com) ו/או בטלפון: 03-6089816, או לעורכי-הדין האחראים על הטיפול בעניינכם במשרדנו.