

## G-CAPITAL - עדכונים מעולם שוק ההון - גורניצקי ושות' - 20 ביולי, 2018

### שלום רב,

בסקירה זו אנו מבקשים להביא לידיעתכם, בתמצית, פסיקה של המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו (כבוד השופט דני קרת-מאיר)<sup>1</sup> בעניין דחיית בקשה לאישור תביעה נגזרת כנגד חברה, בטענה להפרת חובות הזהירות והאמונים של נושאי משרה בחברה?<sup>2</sup>

בהמשך לפסיקת בית המשפט העליון בעניין יוז'ין<sup>3</sup>, שבמסגרתה נקבע כי כלל שיקול הדעת העסקי, המקנה מעין "חסינות" למקבלי החלטה מפני הטלת חבות בגין הפרת חובות זהירות, חל גם על החלטה להפעיל או לא להפעיל את כוח התביעה של החברה על רקע בקשה של בעל מניות לאישור תביעה נגזרת, קובע בית המשפט בעניין אינטרקולוני, כי כאשר מדובר בהגשת תביעה נגד צד שלישי (דירקטורים שכיהנו בעבר בחברה) אין סיבה לחשוד בכשרות אופן קבלת ההחלטות על ידי האורגנים המוסמכים של החברה, ולכן, אין גם מניעה להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על החלטה מעין זו.

בפסק הדין של המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, דחתה השופטת דני קרת-מאיר בקשה לאישור תביעה נגזרת כנגד חברה העוסקת בפרויקטים בתחום המקרקעין והבנייה, אשר מנייתה וניירות ערך אחרים שלה נסחרים בבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ.

בתמצית הדברים, עניינה של בקשת האישור הוא בטענה כי מדובר במקרה חמור של העברת סכומי עתק (עשרות מיליוני ש"ח) הנובעים ממכירת נכסי קבוצת חברות לצדדים שלישיים תוך שמנהלי החברה, בעלי השליטה וגורמים קשורים מקבלים טובות הנאה בסכומי עתק כתוצאה מהעסקה בנכסי החברה.

### טענות הצדדים:

לטענת מבקש הבקשה, החברה החזיקה, באמצעות חברה נכדה, נכס קרקע בתל-אביב ששוויה מאות מיליוני ש"ח. המבקש טען כי במקום לפעול להשגת המירב מן הנכס, בוצעה עסקה פתלתלה רווית ניגודי עניינים, שבמסגרתה העניקה החברה הנכדה אופציה לרכישת הנכס לקבוצת משקיעים, וביניהם מנכ"ל החברה (שעד למועד סמוך לביצוע ההתקשרות כיהן גם כדירקטור בחברה). בהמשך לכך, מנכ"ל החברה התקשר בהסכם

<sup>1</sup> משרדנו ייצג בהליך זה את הדירקטורים הנתבעים.

<sup>2</sup> ת"ג (ת"א) 53151-03-15 שמואל שקדי נ' אינטרקולוני השקעות בע"מ (12.7.2018).

<sup>3</sup> ע"א 4857/16 אפרים מנשה נ' יוז'ין אייר בע"מ (24.4.2018)

לסיחור האופציה לחברה אחרת, כשלאחר מכן מנהלים בקבוצה ומקורביהם רכשו מהחברה האחרת דירות בפרויקט שיוקם בנכס, וכן החברה הנכדה התקשרה עם החברה האחרת בהסכם למכירת הנכס, בתמורה לכ- 200 מיליון ש"ח.

לדברי המבקש, העסקה כולה בוצעה בניגוד עניינים. לטענתו, מנכ"ל החברה הפר את חובת האמונים שכן פעל בניגוד עניינים וניצל הזדמנות עסקית של החברות בקבוצה, וכן, כבעל מניות מהותי בחברה, פעל בחוסר תום לב ושלא בדרך מקובלת; חלק מהמהלכים הנוגעים לעסקה לא הובאו לאישור המוסדות הנדרשים לאישורם בחברה וחלקם אושרו מבלי שניתן גילוי מלא אודות העניין האישי של נושאי המשרה או בעלי השליטה בחברה; נושאי המשרה בחברה לאורך כל שלבי העסקה הפרו את חובת הזהירות כלפי החברות בקבוצה בכוונה ופיזיות וכן התרשלו בתפקידם; וכן כי בעל השליטה בחברה הפר את חובת ההגינות שלו לאור מכלול פעולותיו בעסקה והסתרת ענייניו האישי.

הדירקטורים שכיהנו באותה עת בחברה, טענו מנגד, כי כל רכיבי העסקה נבחנו במשך זמן ממושך על ידי אורגנים מקצועיים ומנוסים אשר הפעילו שיקול דעת עסקי נכון וסביר, וטענו, בין היתר, כי הם זכאים ליהנות מהחזקה בדבר סבירות שיקול הדעת העסקי. לעמדתם, הם נהגו בתום לב, וגם לו היו פגמים בהתנהלותם הרי שאין הם עולים לכדי כוונה או פיזיות, ולפיכך קיימת להם הגנה מכוח כתבי הפטור שהוענקו להם.

### **דיון והחלטת בית המשפט:**

בית המשפט דן, בין היתר, בשאלת החלטת מבחני כלל שיקול הדעת העסקי, וזאת בנוגע להחלטת החברה שלא להיענות לדרישת המבקש להגשת תביעה.

בית המשפט ציין כי, ככלל, במסגרת הדיון בשאלה אם עלה בידי תובע לסתור את חזקת התקינות הנוצרת עם החלטת כלל שיקול הדעת העסקי, בית המשפט אינו נדרש לתוכן ההחלטה לגופה וחזר על הנאמר בפרשת ורדניקוב<sup>4</sup>, כי "**חלף זאת, בית המשפט בוחן את הליך קבלת ההחלטה בחברה. בכך טמון כוחו של כלל שיקול הדעת העסקי המקנה לנושא המשרה הגנה מפני ביקורת מהותית על סבירות החלטותיהם העסקיות, כל עוד הליך קבלתן היה תקין.**"

במקרה דנן, הדירקטורים אשר כיהנו בחברה במועד בחינת הבקשה ואשר קיבלו את ההחלטה שלא להגיש תביעה, הם דירקטורים חדשים שאין להם זיקה כלשהי לדירקטוריון הקודם. אין מדובר במקרה הרגיל שבו נושאי המשרה נדרשים לקבל החלטה על הגשת תביעה נגד עצמם או נגד מקורביהם, שאז במרבית המקרים

---

<sup>4</sup> ע"א 7735/14 אילן ורדניקוב נ' שאול אלוביץ' (28.12.2016)

ההחלטה תהא נגועה בניגוד עניינים מראש. לאור האמור, **בית המשפט ציין כי במקרה זה אין מניעה מלהחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על ההחלטה לדחות את דרישתו של המבקש להגשת תביעה.**

### מבחני כלל שיקול הדעת העסקי

בית המשפט בחן האם מתקיימים התנאים להחלת כלל שיקול הדעת העסקי במקרה הנדון, כאשר יודגש כי הבחינה נעשתה לגבי החלטת הדירקטוריון שלא להגיש תביעה:

▪ **ניגוד עניינים** - כאמור, מדובר בדירקטוריון חדש שלא הייתה לו זיקה למסכת העובדות אליה התייחסה בקשת האישור, או למי מהמשיבים. מדובר בחברי דירקטוריון מנוסים ומיומנים, בעלי הכשרה חשבונאית, כלכלית ומשפטית. בהקשר זה יוער, כי הדירקטור החיצוני שכיהן גם בזמן ההתקשרות בעסקה לא נטל חלק בהחלטה.

▪ **דרישות הידוע** - לשם החלת הכלל, יש לוודא כי מדובר בהחלטה שהתקבלה לאחר דיון שנסמך על תהליך מסודר ובהתבסס במידע שעמד לנגד עיני הדירקטורים. בית המשפט סקר את הליך המידע שהוצג בפני הדירקטוריון וציין כי ההחלטה התקבלה לאחר היוועצות עם עורכי דין חיצוניים לחברה, אשר בקיאים בנסיבות המקרה ושאינם קשורים לבעלי השליטה והדירקטורים הקודמים. עורכי הדין כאמור הגישו חוות דעת משפטית מפורטת, מקיפה ויסודית שנמסרה לחברי הדירקטוריון בטרם הישיבה.

יצוין, כי **בית המשפט התייחס בהחלטתו גם לגופה של חוות הדעת**, שהמלצתה היתה לדחות את מכתב הדרישה של המבקש, וזאת בהתחשב בין היתר בכתבי הפטור והשיפוי שניתנו לדירקטורים. עוד יצוין, כי הדירקטוריון אף זימן את הדירקטור החיצוני שכיהן בדירקטוריון בהרכבו הקודם כדי לשמוע את דבריו בעניין. בית המשפט קבע כי בפני הדירקטורים עמדה מסכת עובדתית מפורטת לחלוטין של כל העובדות הרלוונטיות, הדירקטוריון היה מודע לסיכויי התביעה על בסיס חוות הדעת, וכן התייחס לעסקה בכללותה ולכל ההחלטות אשר התקבלו על ידי הדירקטורים.

▪ **תום לב** - כאמור לעיל, בית המשפט ציין כי הדירקטוריון אינו בעל עניין מסוג כלשהו בקבלת ההחלטה.

עוד ציין בית המשפט, ביחס לכתבי הפטור שהוענקו לדירקטורים הקודמים, כי משהיו רשאים הדירקטורים להסתמך על כתבי הפטור כאמור (שכן לא הוכחה הפרת חובת זהירות בפזיזות או בכוונה), הרי שהגשת תביעה נגדם על ידי החברה אינה לטובת החברה, כאשר גם מסיבה זו לא היה מקום לאישור הגשת תביעה נגזרת נגד הדירקטורים.

עם זאת, ביחס לתביעה כנגד מנכ"ל החברה, אשר עילתה הינה הפרת חובת אמון, שבגינה החברה אינה יכולה להעניק פטור (וזאת בשונה מהעילה המיוחסת ליתר הדירקטורים הקודמים בחברה), נקבע כי הדיון בדירקטוריון לא התמקד באופן נפרד ומספק בתביעה זו. בית המשפט קבע, כי בנסיבות העניין אין מקום לקביעה לפיה ההחלטה שלא להגיש תביעה כנגד המנכ"ל חוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי, ולכן יש לבחון את סבירות ההחלטה.

לסיכום, ביהמ"ש קיבל את החלטת הדירקטוריון שלא להיענות לדרישת המבקש להגשת התביעה כנגד הדירקטורים הקודמים, וקבע כי אין מקום לאשר הגשת תביעה נגזרת כנגד הדירקטורים הקודמים (שנתבעו בהליך). בנוגע למנכ"ל החברה – נקבע כי אמנם המבקש הצביע על תשתית ראייתית לכאורה לקיומה של עילת תביעה כנגד המנכ"ל בגין הפרת חובת אמון, אך כאמור, המבקש לא הוכיח כי הינו בעל מניות בחברה במועד הגשת הבקשה לאישור נגזרת. על כן – בית המשפט דחה את בקשת האישור בכללותה.

לפסק הדין - [לחץ כאן](#)

## מערכת G-Capital Markets

עו"ד שרון ורקר-שגיא, שותפה

[sagy@gornitzky.com](mailto:sagy@gornitzky.com)

עו"ד יאיר שילוני, שותף

[shiloni@gornitzky.com](mailto:shiloni@gornitzky.com)

המידע הכלול במסמך זה הינו מידע כללי ותמציתי בלבד, אינו מחליף את הצורך בעיון מלא ומעמיק בנוסח המלא של ההחלטה/הפרסום/הוראת החוק הרלוונטיים, הוא אינו מהווה חוות דעת משפטית או יעוץ משפטי ואין להסתמך עליו.

להרשמה לרשימת התפוצה נא לפנות למערכת G-Capital Market בכתובות המייל הרשומות לעיל.