



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8712/13

ע"א 8714/13

לפני: כבוד השופט י' דניצגר
כבוד השופט א' שהם
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המערערים בע"א 8712/13
והמשיבים בע"א 8714/13 :

1. אמיר אדלר
2. אמיר אדלר בע"מ
3. אילן פדלון
4. אילן פדלון בע"מ

נ ג ד

המשיבים בע"א 8712/13
והמערערים בע"א 8714/13 :

1. שי לבנת
2. שי לבנת אחזקות בע"מ
3. זואי החזקות בע"מ
4. סייפרטק בע"מ
5. ימקום הולדינגס בי.וי.
6. קמה תקשורת (1996) בע"מ

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז
(השופט פרופ' ע' גרוסקופף) מיום 25.11.2013 בת"א 10221-
11-06 ובה"פ 7250-05-11

עו"ד בעז בן צור; עו"ד אלירם בקל

בשם המערערים בע"א 8712/13
והמשיבים בע"א 8714/13 :

עו"ד גיורא ארדינסט; עו"ד רן שפרינצק; עו"ד

בשם המשיבים בע"א 8712/13
והמערערים בע"א 8714/13 :

גיל רון

פסק-דין

השופט י' דניצגר:

לפנינו שני ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (השופט פרופ' ע' גרוסקופף) בה"פ 7250-05-11 ובת"א 10221-06-11 מיום 25.11.2012 ועל החלטתו מיום 24.9.2013, במסגרתם הורה בית המשפט על ביצוע התמחרות בשלוש חברות המצויות בבעלותם של הצדדים.

1. שי לבנת (להלן: לבנת) הוא בן למשפחת לבנת, שבבעלותה חברות רבות בארץ, ובהן החברות בקבוצת "תעבורה". עד לשנת 1998 כיהן לבנת כמנהלה של אחת מהחברות בקבוצת "תעבורה" – חברת תשתית ציוד ובינוי בע"מ (להלן: ציוד ובינוי). באותה שנה החליט לבנת לעזוב את עסקי המשפחה ולצאת לדרך עסקית עצמאית, כשאליו מצטרפים שני עובדים שהיו כפופים לו עד לאותה העת – אמיר אדלר (להלן: אדלר), אשר שימש כעוזרו של לבנת בציוד ובינוי, ואילן פדלון (להלן: פדלון), רואה חשבון אשר שימש כסמנכ"ל הכספים בציוד ובינוי.

2. הנכס העיקרי שהחזיק לבנת באופן פרטי בעת עזיבתו היה 80% ממניות חברת קמה תקשורת (1996) בע"מ (להלן: חברת קמה), אשר הוקמה בשנת 1996 ובבעלותה כ-9.25% מחברת מד-1 כבלי תקשורת תת ימיים בע"מ (להלן: חברת מד-1). יתרת מניותיה של חברת קמה הוחזקו על ידי אדלר ופדלון. ביוני 1998 הקימו השלושה את חברת זואי החזקות בע"מ (להלן: חברת זואי). הון המניות בחברת זואי מחולק כיום באופן הבא: לבנת מחזיק ב-70% מהמניות, בעוד שאדלר ופדלון מחזיקים ב-15% מהמניות כל אחד. יצוין כי מניותיה של חברת זואי מוחזקות על ידי השלושה בעקיפין, וזאת באמצעות שלוש חברות אחזקות: שי לבנת אחזקות בע"מ, אמיר אדלר בע"מ ואילן פדלון בע"מ. לאחר הקמתה, העבירו השלושה את אחזקותיהם בחברת קמה לחברת זואי באופן הבא: חברת זואי הפכה לבעלים של 83.1% ממניות חברת קמה; ללבנת נותר 1% ממניות חברת קמה; ולאדלר נותרו 15.9% ממניות חברת קמה.

3. בחודש נובמבר 1998 הקימו השלושה, יחד עם מספר שותפים, שהבולטת בהם הינה חברת גלובסקום סלולר 1997 בע"מ (להלן: חברת גלובסקום), חברת אחזקות בשם סייפרטק בע"מ (להלן: חברת סייפרטק). עובר לחודש נובמבר 2006, נחלקו מניותיה של חברת סייפרטק כדלקמן: 47.5% הוחזקו על ידי חברת זואי, 47.5% הוחזקו על ידי חברת גלובסקום, וחמשת האחוזים הנותרים הוחזקו על ידי אדלר באופן אישי. בחודש נובמבר 2006 מכרה חברת גלובסקום את החזוקתיה לשלושה, כך שחלוקת המניות לאחר העסקה – שאופן ביצועה הינו אחת הסוגיות בליבו של הסכסוך שנתגלע בין הצדדים – הינה כדלקמן: 51% ממניות סייפרטק הן בבעלותה של חברת זואי, בעוד שאדלר ופדלון מחזיקים ביתרת המניות. בשנת 2000 הקימו השלושה חברת אחזקות נוספת בשם Yamkom Holdings B.V. שהתאגדה בהולנד ו"גוירה" בשנת 2005 (להלן: חברת ימקום). 82.3% ממניותיה של חברת ימקום מוחזקות בידי חברת זואי, 16.7%

ממניותיה מוחזקות בידי אדלר באופן אישי והאחוז הנותר מוחזק על ידי פדלון באופן אישי.

4. באמצעות ארבע חברות האחזקות – חברת קמה, חברת זואי, חברת סייפרטק וחברת ימקום (להלן ביחד: החברות או הקבוצה) – השקיעו השלושה לאורך השנים בשורה של חברות שפעלו בתחומי הטלקומוניקציה, האינטרנט וההיי טק. בין החברות הללו ניתן למנות את חברת Skyvision Holdings Ltd. (BM) (להלן: חברת סקאיוויז'ן), העוסקת בשכירת נפחי תעבורת תקשורת לוויינית והשכרתם לספקי תקשורת ואינטרנט ברחבי העולם; חברת בנקום מערכות אבטחה בע"מ; חברת מד 1 אי.סי.1 (1999) בע"מ (להלן: חברת אי.סי.1), שבבעלותה רשת כבלי תקשורת פנים ארצית באורך של כ-900 ק"מ; וחברת שופמינד בע"מ (להלן: חברת שופמינד), אשר מפעילה את אתר הסחר האינטרנטי "וואלה! שופס".

5. בשנת 2003 חזר לבנת לפעילות במסגרת עסקי משפחתו, ובעקבות זאת פחתה מעורבותו בפעילות העסקית של השלושה. כפועל יוצא, הפכו אדלר ופדלון לגורמים אשר הלכה למעשה ניהלו את עסקיהם המשותפים של השלושה, כאשר אדלר אמוץ על יזום העסקאות ופדלון אחראי על ענייני הכספים. כך, במהלך מספר שנים, התנהלו היחסים בין השלושה על בסיס של חברות ואמוץ. ברם, בשנת 2010 חלה התדרדרות משמעותית ביחסים בין לבנת לבין אדלר ופדלון. יצוין כי הרקע שהוביל להתדרדרות היחסים לא הוברר עד תום – בעוד שלבנת טוען כי התעורר אצלו חשש לאי סדרים בהתנהלותם של אדלר ופדלון, אדלר ופדלון טוענים כי ההתדרדרות נבעה בראשיתה מעניינים אישיים שוליים. על כל פנים, ההתדרדרות הובילה לכך שבתחילת שנת 2011 דרש לבנת כי הוא ימונה ליו"ר הדירקטוריון בחברות זואי, ימקום וסייפרטק וכי רו"ח בועז בנרוש ימונה כדירקטור מטעמו בשלושתן. ביום 9.1.2011 נענו אדלר ופדלון לדרישות אלה. עם מינויו, ביצע רו"ח בנרוש בדיקה פנימית בשלוש החברות, שבעקבותיה זומנו ישיבות דירקטוריון ליום 11.4.2011, מהן נעדרו אדלר ופדלון ושבחן הוחלט למנות את רו"ח יהודה ברלב כרואה חשבון בודק בשלוש החברות.

6. ביום 2.5.2011 העבירו אדלר ופדלון גילוי מרצון לרשויות המס ביחס לפעולות שונות שביצעו במסגרת חברות האחזקות. למחרת, ביום 3.5.2011, הגישו אדלר ופדלון את המרצת הפתיחה בה"פ 11-05-7250, במסגרתה טענו כי חוסר האמוץ המוחלט השורר בין השלושה שולל את המשך התנהלותן התקינה של חברות האחזקות וכי פעולותיו החד צדדיות של לבנת החל מתחילת שנת 2011 פוגעת בצפייתם הלגיטימית

להמשיך ולהיות מעורבים בניהול החברות, בדיוק כפי שהיה ב-13 השנים שקדמו להתדרדרות היחסים. לטענת אדלר ופדלון, התנהלותו של לבנת מאז התדרדרות היחסים עולה לכדי קיפוח המיעוט כהגדרתו בסעיף 191 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות). יתר על כן, נטען כי במשך השנים הסדירו השלושה את יחסיהם באופן בלתי פורמאלי, כך שהתנהלותם עולה לכדי "מעין-שותפות". הסעד המרכזי לו עתרו היה חלוקת הון המניות של חברות האחזקות על דרך של חלוקה בעין, מכירה לצד ג' או התמחרות.

7. כעבור שבועיים, ביום 17.5.2011, הועבר ללבנת הדו"ח הסופי של רו"ח ברלב, שבעקבותיו העביר לבנת לרשויות המס מידע בדבר חשד לביצוע עבירות מס על ידי אדלר ופדלון, ואף הגיש נגדם תלונה במשטרה. ביום 18.5.2011 התקיימו ישיבות דירקטוריון בחברות זואי, סייפרטק וימקום, במטרה לקיים דיון בדו"ח של רו"ח ברלב. לישיבות הללו הצטרף כדירקטור חליף בא כוחם של אדלר ופדלון, עו"ד בעז בן צור. עקב התייצבותו של עו"ד בן צור לא הוצג דו"ח ברלב לפני הדירקטוריון, ותחת זאת הוחלט – כנגד דעתו החולקת של עו"ד בן צור – להגיש תביעה אזרחית נגד אדלר ופדלון בשם שלוש החברות. כמו כן הוחלט כי יש לפעול לסיום עבודתם של אדלר ופדלון בכל חברות הקבוצה, ובכלל זה לפעול להפסקת כהונתם כדירקטורים. ביום 6.6.2011, הוגשה התביעה האזרחית בת"א 10221-06-11 מכוח החלטות הדירקטוריונים מיום 18.5.2011. בכתב התביעה נטען כי אדלר ופדלון אחראים לשרשרת ארוכה של מעשי תרמית וגזל כלפי לבנת וחברות האחזקות. מעשים אלו, כך טען לבנת, עולים לכדי הפרת אמונים הן כלפי לבנת והן כלפי חברות האחזקות. סכום התביעה בגין מעשים אלו הועמד על סך של 74,460,551 ש"ח.

8. ביום 16.6.2011 אומץ הסדר דיוני לפיו המרצת הפתיחה והתביעה יאוחדו ודיוני הוכחות ייקבעו לחודשים פברואר-מרץ 2012. במקביל, ניהלו הצדדים משא ומתן בסיועו של מגשר, עו"ד רם כספי. אולם, בחלוף מספר חודשי גישור שבמהלכם לא עלה בידי הצדדים להגיע לפתרון על דרך של פשרה, ביום 29.2.2012 נפתחו דיוני ההוכחות בתיק.

9. למען שלמות התמונה יצוין כי ביום 4.7.2011 זומנו אסיפות כלליות בחברות זואי, ימקום, סייפרטק ואי.סי.1, שבהן הוחלט על פיטוריהם לאלתר של אדלר ופדלון. בתגובה, ביום 12.7.2011 הגישו אדלר ופדלון בקשה למתן צו מניעה זמני שימנע את פיטוריהם. לאחר דיון במעמד הצדדים, הושגה הסכמה להצעתו של בית המשפט

המחוזי, לפיה ישמרו הצדדים על מצב הדברים שהיה קיים עובר ליום 7.7.2011, בכפוף לכך שאדלר ופדלון יודיעו על יציאתם לחופשה.

פסק הדין וההחלטה של בית המשפט המחוזי

10. ביום 25.11.2012 ניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי. יאמר כבר עתה כי מדובר בפסק דין מקיף ויסודי המשתרע על פני 88 עמודים ואשר נחלק למעשה לשני חלקים. בחלק הראשון, סקר בית המשפט באופן כרונולוגי 11 פרשיות שבמסגרתן טען לבנת לאי סדרים והפרת אמונים מצדם של אדלר ופדלון. בית המשפט כינה את הפרשיות האלה כדלקמן: פרשת מכירת המניות בזואי; פרשת הפיקדון שהוחזק בלונדון; פרשת יתרת חוב הפיקדון שלא הושבה; פרשת עסקת HCNH; פרשת עמרב ווייס; פרשת סייפרטק; פרשת העברת עסקת סקאיויז'ן מחברת ימקום לחברת סייפרטק; פרשת ההטבות לגב' רויטל גבאי; פרשת המשיכה השוויונית של רווחי החברות; פרשת הכרזת הדיבידנדים בשלהי 2010; ופרשת החו"זים. לאחר שסקר את הפרשיות ודן בהן אחת לאחת, קיבל בית המשפט את תביעתו של לבנת נגד אדלר ופדלון באופן חלקי, וזאת ביחס לשש מתוך 11 הפרשיות. להלן אסקור, בתמצית, את הפרשיות השונות ואת הכרעתו של בית המשפט לגבי כל אחת.

11. אשר לפרשת מכירת המניות בזואי; במסגרת פרשה זו, טען לבנת שתי טענות כלפי הסכם האופציות שמכוחו הגדילו אדלר ופדלון את החזקותיהם בחברת זואי מ-10% (כפי שהיה בתחילת דרכם המשותפת של השלושה) ל-30% (כפי שהמצב הוא כיום). ראשית, נטען כי אדלר ופדלון החתימו את לבנת על הסכם אופציות שכלל מתווה שונה מהמתווה שהוצג לו במקור. שנית, נטען כי אדלר ופדלון ביצעו "תארוך לאחור" במסגרתו דאגו לכך שהתאריך שהופיע בראש ההסכם הינו 16.6.1998 בעוד שההסכם נחתם בפועל לא לפני שנת 2000. בית המשפט דחה את טענותיו של לבנת בקובעו כי לבנת, שהינו איש עסקים בקיא ומנוסה, מוחזק כמי שקרא והבין את ההסכם האופציות שעליו חתם. בנוסף, עמד בית המשפט על כך שבחודש יוני 2002 חתם לבנת על הסכמי המימוש הרלוונטיים להסכם האופציה מבלי שהעלה השגה או תמיהה כלשהי. על כן הגיע בית המשפט למסקנה כי לא הוכח שלבנת הוטעה על ידי אדלר ופדלון לגבי נוסח ההסכם האופציה וכי יש להניח שהיה מודע לתוכנו. לעניין טענת התארוך לאחור, בית המשפט קבע כי נפקותה היא אך ורק במישור שבין אדלר ופדלון לבין רשות המיסים. בתוך כך, דחה בית המשפט את טענתו של לבנת כי יש בעצם התארוך לאחור כדי לחשוף אותו לסיכון מול רשויות המס. ככל שרשויות המס יסברו שאדלר ופדלון אכן ביצעו עבירות מס ללא ידיעתו, כך קבע בית המשפט, לא ידבק בלבנת כל רבב.

12. אשר לפרשת הפיקדון שהוחזק בלונדון; במסגרת פרשה זו טען לבנת כי כספים בסך של 6.1 מיליון דולר שהועברו מחברת ימקום לידיו של אדלר במסגרת מעברו ללונדון בחודש אוגוסט 2000 הינם כספים שהועברו בנאמנות. אדלר ופדלון טענו מנגד כי הכספים הועברו לאדלר כהלוואה דולרית, כשהוא אמור לשאת בסיכון להפסדים מהשקעותיו וכן ליהנות מהרווחים שיצמחו מהן. בית המשפט התרשם כי יש לתת אמון בעדותו של פדלון לעניין זה וקבע כי מחומר הראיות עולה המסקנה כי לבנת הסכים באותה עת לסידור על פיו כספים שלא משמשים את ימקום יועמדו כהלוואה לאדלר.

13. אשר לפרשת יתרת חוב הפיקדון שלא הושבה; במסגרת פרשה זו הפנה לבנת לכך שגם לאחר שאדלר החזיר לחברת ימקום סכום של 6.08 מיליון דולר (בגין ההלוואה שניתנה לו עם מעברו ללונדון), נכון לסוף שנת 2004 עדיין נותרה יתרה שלילית לחובתו של אדלר ברישומיה של חברת ימקום, וזאת בסך של 1,321,571 יורו. לטענתו של לבנת, סכום זה מהווה חוב אמיתי של אדלר כלפי חברת ימקום. לצורך הדיון, פיצל בית המשפט את יתרת החובה לשניים – יתרה בסך של 765,000 יורו שסיבתה הייתה מוסכמת על הצדדים, לצד יתרה בסך של 556,000 יורו שסיבתה לא הייתה מוסכמת על הצדדים. אשר ליתרה שסיבתה מוסכמת; אין חולק כי יתרה זו מייצגת חיוב ריבית לצורכי מס שבו חויבה ההלוואה לאדלר – שהינה הלוואה לבעל עניין – בהתאם לדין ההולנדי. לטענת אדלר ופדלון, השלושה הסכימו שהלוואתו של אדלר לא תחויב בריבית, וזאת כנגד "הוצאות רילוקיישן" להן היה זכאי אדלר במסגרת מעברו ללונדון. בית המשפט קבע כי הוא מעדיף את גרסתם של אדלר ופדלון, לפיה השלושה אכן סיכמו כי ההלוואה שניתנה לאדלר לא תחויב בריבית. בית המשפט ביסס את הכרעתו על כך שטענות לבנת לעניין זה נשענות אך ורק על הסקות לוגיות שהועלו בדיעבד על ידי מומחים אודות ההיגיון העסקי הגלום בהלוואה, ולא על ראיות בדבר ההסכמות ששררו בין השלושה בזמן אמת. אשר ליתרה שסיבתה אינה מוסכמת; בעוד שלטענת לבנת יש להניח כי מדובר ביתרה המשקפת חוב אמיתי של אדלר, אדלר ופדלון טענו כי מדובר ביתרה הנובעת מהפרשי שער שלא נרשמו כהלכה בספריה של חברת ימקום ושאותם זכאי אדלר לנכות מיתרת החוב. בית המשפט סקר את הראיות שהובאו לעניין זה וקבע כי ההסבר המוצע על ידי לבנת משולל יסוד. במקביל, נקבע כי אדלר ופדלון הביאו ראיות לכך שבדו"חות הרלוונטיים לא נעשתה התחשבות בהפרשי שער. אשר על כן, קבע בית המשפט כי היתרה הבלתי מוסכמת נובעת מתקלה חשבונאית וכי היא אינה מייצגת חוב אמיתי של אדלר כלפי חברת ימקום.

14. אשר לפרשת עסקת HCNH; עם שובו של אדלר לישראל, הגו אדלר ופדלון תכנית למחיקת החוב של אדלר לחברת ימקום, אשר עמד כאמור על סך של כ- 1,321,000 יורו. על פי התכנית רכשה חברת ימקום – במסגרת עסקה שאין חולק כי הינה עסקה מלאכותית – 40% מהזכויות בחברה קפריסאית בשם HCNH Technologies Ltd (להלן: חברת HCNH). התמורה ששילמה חברת ימקום, בסך של 2 מיליון יורו, נזקפה לזכותו של אדלר. מתוך סכום זה, סך של 1,321,000 יורו שימש לקיזוז יתרת חובו של אדלר, סך של כ-2.3 מיליון ש"ח שולמו לאדלר כנגד המשכורות שלא משך בעת שהותו בלונדון, והסכום שנותר – בסך של 1.4 מיליון ש"ח – שימש את אדלר כדי לזכות בפטור ממס בגין חלקו בחלוקת כספים שעתידות היו להתבצע על ידי החברות. בהתייחסו לעסקה, קבע בית המשפט כי מדובר ב"תחבולות שאיש ישר ירחק מהן" וכי בהנחה שלבנת לא ידע אודות הפרשה אין ספק שמדובר בהפרת אמונים כלפיו וכלפי חברת ימקום. יחד עם זאת, נקבע כי אין מקום להטיל בעניין זה חבות כספית על אדלר ופדלון, וזאת משום שאין מחלוקת של ממש סביב זכאותו של אדלר לקבל את הכספים ששולמו לו במסגרת העסקה.

15. אשר לפרשת עמרב ווייס; עד לחודש יולי 2005 החזיקו השלושה, באמצעות חברת קמה וחברת ימקום, במניות חברת Mediterranean Nautilus Ltd. (להלן: חברת T-M נאוטילוס) ובמניות חברת מד-1. שאר בעלי המניות בשתי החברות הללו היו Telecom Italia SPA (להלן: חברת טלקום איטליה), היא בעלת השליטה בשתי החברות, ושלוש קבוצות ישראליות נוספות: קבוצת כלל, קבוצת פישמן וקבוצת עורק. ביולי 2005 מכרו ארבע הקבוצות הישראליות את החזקותיהן בחברת מד-נאוטילוס ובחברת מד-1 לטלקום איטליה, ובמקביל רכשו ממנה את החזקותיה בחברת אי.סי.1 וכן זכות לקבלת תמלוגים מפעילות חברת מד-נאוטילוס בישראל לתקופה של כ-11 שנים. את זכויותיה מכוח עסקה זו החליטה קבוצת עורק למכור לחברת ימקום תמורת 1.8 מיליון דולר. בד בבד, התחייב אדלר להעביר לחברת עמרב השקעות בע"מ (להלן: חברת עמרב) ולעופר וייס 25% מהזכויות שרכשה חברת ימקום מעורק, כל אחד. לטענתו של לבנת, הקניית מחצית הזכויות שרכשה חברת ימקום מקבוצת עורק לחברת עמרב ולוייס בוצעה מאחורי גבו ומבלי שתהיה לה הצדקה עסקית כלשהי מבחינתה של חברת ימקום. אדלר ופדלון השיבו כי הקניית הזכויות נועדה לתמרץ את בעליה של חברת עמרב ואת וייס להשקיע בקידום האינטרסים הכלכליים של חברת אי.סי.1. בהכרעתו קבע בית המשפט כי לא עלה בידי לבנת להראות שהקניית הזכויות בוצעה ממניעים לא ענייניים. בית המשפט אף נתן את דעתו לכך שאדלר ופדלון החזיקו באותה העת ב-42.4% ממניותיה של חברת ימקום, כך שאין לומר כי הקניית הזכויות בוצעה על גבו של לבנת בלבד. לאחר מכן קבע בית המשפט כי אדלר ופדלון לא פעלו

באופן החורג ממתחם שיקול הדעת המוקנה להם במסגרת כלל שיקול הדעת העסקי, מה גם שמחומר הראיות עולה כי לבנת לכל הפחות ידע על כך שמר וייס קיבל מחברת ימקום תמריץ כלשהו.

16. אשר לפרשת עסקת סייפרטק; בחודש נובמבר 2006 מכרה חברת גלובסקום לשלושה את מניותיה בחברת סייפרטק – המהוות 47.5% מסך מניותיה של סייפרטק – כנגד שחרורה מכל התחייבויותיה הנוגעות לחברת סייפרטק וכנגד מחילת חוב בסך של 368,000 ש"ח לחברת זואי. המניות שנמכרו על ידי חברת גלובסקום חולקו באופן הבא: 3.5% ממניות חברת סייפרטק הועברו לחברת זואי (כך שסך החזקותיה בחברה סייפרטק עלו ל-51%), 19.5% ממניות חברת סייפרטק הועברו לאדלר ו-24.5% הועברו לפדלון (כך שבסיום העסקה החזיק כל אחד מהשניים ב-24.5% ממניותיה של חברת סייפרטק). כמו כן הוסכם כי שטרי ההון של חברת סייפרטק אשר בבעלותה של חברת גלובסקום יועברו לאדלר ולפדלון בחלקים שווים. טענתו של לבנת בהקשר הזה היא שרומה על ידי אדלר ופדלון במובן זה שהון המניות ושטרי ההון צריכים היו לעבור במלואם לחברת זואי, ולא לאדלר ופדלון באופן אישי. מנגד טענו אדלר ופדלון כי לבנת ידע והסכים הן לעצם ביצוע העסקה והן לאופן חלוקת תמורותיה. בית המשפט עמד על כך שגרסתם של אדלר ופדלון לעניין קיומה של הסכמה מצדו של לבנת הינה גרסה סדורה וממוקדת והוסיף כי לבנת עצמו לא הציג גרסה ברורה. בתוך כך נקבע כי גרסתו של לבנת לפיה הסכמתו הייתה מוגבלת להעלאת החזקותיו של פדלון בחברת "וואלה! שופס" (שהינה, כזכור, חברת בת של חברת סייפרטק) אינה סבירה. בית המשפט הוסיף כי לא התרשם שאדלר ופדלון ניסו להסתיר את חלוקת המניות החדשה שנוצרה לאחר עסקת סייפרטק. על כן הגיע בית המשפט למסקנה כי אדלר ופדלון הצליחו להוכיח ברמה של מאזן הסתברויות כי לבנת עודכן בדרך חלוקת המניות במסגרת עסקת סייפרטק. בשולי הדברים הוסיף בית המשפט כי מסקנתו לעניין שטרי ההון היא שונה וכי לא ניתן ללמוד על הסכמתו של לבנת לאופן חלוקת שטרי ההון מהסכמתו לאופן שבו הוקצו המניות. מסיבה זו הורה בית המשפט על העברת שטרי ההון שבידי אדלר ופדלון לחברת זואי.

17. אשר לפרשת העברת עסקת סקאיויז'ן מחברת ימקום לחברת סייפרטק; בשנים 2006-2007 רכשה חברת ימקום 70% ממניותיה של חברת סקאיויז'ן בשני שלבים: בשלב הראשון, שאירע ביוני 2006, נרכשו 40% ממניות סקאיויז'ן בתמורה ל-900,000 דולר (מחיר של 225 דולר למניה), ובשלב השני נרכשו 30% ממניות סקאיויז'ן בתמורה ל-2.1 מיליון דולר (מחיר של 100 דולר למניה). כחצי שנה לאחר חתימת העסקה

לרכישת מניות חברת סקאיויז'ן, החליטו אדלר ופדלון להעביר את ההשקעה בחברת סקאיויז'ן מחברת ימקום לחברת סייפרטק (בה יחס אחזקותיהם היה עדיף במידה ניכרת). ההשקעות בחברת סקאיויז'ן התבררו כרווחיות במיוחד, שכן במחצית שנת 2008 נמכרו כ-38% ממניותיה של חברת סקאיויז'ן לקרן "שמרוק" בתמורה ל-17 מיליון דולר (מחיר של 888 דולר למניה), וכשנה לאחר מכן נמכרו כ-22.5% ממניות חברת סקאיויז'ן לחברת Africa Growth Investments, L.P. בתמורה ל-18.7 מיליון דולר (מחיר של 1,719 דולר למניה). לטענת לבנת, העברת העסקה לרכישת מניות חברת סקאיויז'ן מחברת ימקום לחברת סייפרטק נעשתה ללא ידיעתו. ואכן, כבר בראשית הדיון בסוגיה עמד בית המשפט המחוזי על כך שאדלר ופדלון הודו כי העברת עסקת סקאיויז'ן מחברת ימקום לחברת סייפרטק נעשתה ללא ידיעתו של לבנת. העברה זו, כך קבע בית המשפט, הרעה משמעותית את מצבו של לבנת בכך שהקטינה את חלקו במניותיה של חברת סקאיויז'ן בכ-21.9%, ועל כן לא יכולה הייתה להתבצע ללא אישורו והסכמתו. לכך הוסיף בית המשפט כי משום שלבנת לא היה מודע להעברה ולמשמעויותיה עד לחודש אוקטובר 2010, אף לא ניתן להסיק מהתנהגותו הסכמה בדיעבד להעברה. לאור כל האמור, הורה בית המשפט על ביטול העברת עסקת סקאיויז'ן מחברת ימקום לחברת סייפרטק.

18. אשר לפרשת ההטבות לגב' רויטל גבאי; בשנת 1998 עזבה רויטל גבאי (להלן: גבאי) את עבודתה בקבוצת "תעבורה" ועברה לעבוד בעבור לבנת, אדלר ופדלון. תחילה עבדה גבאי כמזכירה, ולאחר מכן כמנהלת חשבונות הכפופה לפדלון. בשנת 2009 קיבלה גבאי מחברת סייפרטק הלוואה בסך של 2,085,000 ש"ח לצורך מימון רכישת דירה חדשה. מתוך סכום זה, החזירה גבאי סכום של 1.45 מיליון ש"ח בתוך פרק זמן קצר, לאחר שהצליחה למכור את דירתה הקודמת. בהתאם לסיכום בינה לבין פדלון, הייתה גבאי אמורה לשלם את יתרת ההלוואה מתוך המשכורות שישולמו לה בשנים הקרובות. במקביל, סיכמה גבאי עם פדלון כי משכורת הברוטו שלה תגדל בכ-7,500 ש"ח. לטענת לבנת, מדובר בהטבות חריגות שלא אושרו על ידו. לשיטתו, עודכן רק על הענקת הלוואת גישור בסך של 400,000 ש"ח למשך מספר חודשים בלבד. במהלך שנת 2011, במסגרת הסכסוך שנתגלע בין הצדדים, פוטרה גבאי מעבודתה. מן העבר השני, פדלון לא הכחיש כי ההטבות לגבאי ניתנו על דעתו, ואף ציין כי הוא ואדלר נוטלים על עצמם את החזר יתרת ההלוואה לחברת סייפרטק. בבואו להכריע בסוגיה, קבע בית המשפט כי גובה ההטבה שניתנה עומד על סך של 600,000 ש"ח בלבד, שכן היתרה היא בגדר הלוואת גישור קצרת מועד בלבד. בית המשפט קבע כי יתכן אמנם שהיה מקום לעדכן את לבנת במתן הטבה כה משמעותית, ואולם, נוכח מעורבותו המוגבלת של לבנת בנעשה בחברות האחזקות במהלך שנת 2009, אין

הצדקה להטיל על אדלר ופדלון אחריות מעבר להשבת יתרת ההלוואה (אחריות שלקחו על עצמם ממילא).

19. אשר לפרשת המשיכה השוויונית של רווחי החברות; אין חולק כי במשך 13 שנים השכר וההטבות שקיבלו השלושה מחברות האחזקות ניתנו על בסיס שוויוני, בדיעתו ובהסכמתו של לבנת. בנוסף, החל משנת 2005 חולקו לטובת כל אחד מהשלושה דיבידנדים בסך של כ-16 מיליון ש"ח. לטענתם של אדלר ופדלון, הייתה הסכמה בין השלושה כי חלוקת הדיבידנדים תהיה על בסיס שוויוני מבלי שיינתן משקל לשוני באחוזי האחזקות. לבנת טוען מנגד כי לא נתן את הסכמתו לפרקטיקה של חלוקה שוויונית. בית המשפט קבע כי חומר הראיות מצביע על כך שהשלושה הסכימו כי חלוקת הכספים בפועל במהלך השנים 2005 עד 2010 תעשה על בסיס שוויוני, וכי לא נפל כל פגם באופן החלוקה בפועל.

20. אשר לפרשת הכרזת הדיבידנדים בשלהי שנת 2010; ביום 31.1.2011, כאשר לצדדים כבר היה ברור שקיימים ביניהם חילוקי דעות משמעותיים, הוזנה למערכת הנהלת החשבונות של חברת ימקום חלוקת דיבידנד בסכום של 35.7 מיליון ש"ח, ובמקביל הוזנה חלוקת דיבידנד בסכום של 29.381 מיליון ש"ח בחברת זואי. יודגש כי שתי הכרזות הדיבידנדים תוארכו ליום 14.10.2010, הוא המועד בו בוצעה החלוקה המוסכמת האחרונה, בסך של 4.5 מיליון דולר. בעוד שלבנת דרש לבטל את הדיבידנד בחברת זואי משום שלא נתן את אישורו לחלוקה, טענו אדלר ופדלון שמדובר אך ורק בפעולה טכנית שנועדה לאפשר את החלוקה הקודמת, לה לבנת נתן את הסכמתו. מסקנתו של בית המשפט המחוזי בעניין זה היא כי לא הייתה הצדקה להכריז על דיבידנד שהינו גבוה כמעט פי שלושה מהנדרש לצורך מימוש החלוקה המוסכמת. כמו כן, דחה בית המשפט את ההסבר החלופי שהציע פדלון, לפיו הדיבידנד נועד למצות הטבת מס שניתנה לימקום בעת "גיורה", משום שכלל לא ברור מדוע היה צורך לנצל את ההטבה בעיתוי כה בעייתי. כל אלו הובילו את בית המשפט לקביעה כי דינה של הכרזת הדיבידנד בחברת זואי להתבטל.

21. אשר לפרשת משמעות החו"זים הרשומים בספרי חברות האחזקות; כאמור לעיל, בין שנת 2005 לשנת 2010 חילקו חברות האחזקות דיבידנדים בשיעור זהה לשלושה, למרות השוני באחוזי האחזקות בין לבנת, אדלר ופדלון. כדי לגשר על הפער בין החלוקה בפועל לחלוקה על פי מבנה האחזקות, נרשמו בכרטיסי השלושה אצל חברות האחזקות סעיפי חובה/זכות (להלן: חו"זים). לטענת לבנת, החו"זים מייצגים חבות

אמיתית של אדלר ופדלון לחברות ההחזקות. לשיטתו, גם אם הסכים לכך שהחלוקות בפועל תהיינה שוויוניות, לא ויתר בכך על היתרון המוקנה לו מכוח אחזקותיו העודפות, יתרון שבא לידי ביטוי בין היתר ברישומם של החו"זים. אדלר ופדלון טענו, לעומת זאת, כי הייתה הסכמה שהחו"זים הינם רישומיים בלבד ואינם מייצגים חבות אמיתית. בית המשפט המחוזי נתן את דעתו לכך שפדלון הודה בעדותו שהאפשרות למחוק את החו"זים בבוא העת לא נידונה מעולם מול לבנת. על כן, כך קבע בית המשפט, אין מנוס מן המסקנה כי אדלר ופדלון הניחו כי לבנת יסכים למחיקת החו"זים בבוא העת, וזאת על בסיס הסכמתו לביצוע חלוקות שוויוניות. ברם, בית המשפט קבע שמדובר בהנחה מרחיקת לכת, בפרט נוכח העדר נוהג שבמסגרתו נמחקו החו"זים הלכה למעשה. בית המשפט הוסיף וקבע כי גם בטענת אדלר ופדלון לפיה לבנת כלל לא היה מודע לעצם רישום החו"זים וממילא לא היה ער להיקפם, אין כדי להועיל להם. זאת משום שלא די בהיעדר ידיעה, כשלעצמה, על מנת לייחס ללבנת הסכמה לוותר על החו"זים. לאחר שקבע שבמערכת היחסים הפנימית שבין השלושה לא הייתה הסכמה לוותר על החו"זים, התבסס בית המשפט על דבריו של לבנת והגיע למסקנה כי חברות האחזקות לא תוכלנה לתבוע מאדלר ופדלון להשיב את חובם שלא במסגרת קיזוז מדיבידנד עתידי או הליכי חדלות פירעון.

22. חלקו השני של פסק הדין בחן את טענותיהם של אדלר ופדלון לעניין קיפוח המיעוט. לאחר שעמד על התשתית הנורמטיבית הנדרשת לעניין ובחן את טענות הצדדים, הגיע בית המשפט המחוזי לכלל מסקנה כי בנסיבות המקרה ישנם שני אדנים חלופיים המקימים עילה של קיפוח המיעוט. האדן הראשון הינו פגיעה בציפייה הלגיטימית של אדלר ופדלון ליטול חלק בניהול חברות ההחזקות; בית המשפט קבע כי אמנם במקרה הרגיל אין לבעל מניות זכות מוקנית להיות שותף בניהול החברה, אולם במקרים מסוימים שבהם קיימות הבנות והסכמות בין הצדדים לעניין ניהול משותף – לגדרם נכנס גם המקרה דנן – יכולות לקום ציפיות לגיטימיות להמשך השתתפות בניהול. משמצא כי מכלול נסיבות העניין מצביעות על כך שלאדלר ופדלון אכן היו ציפיות לגיטימיות כאמור, דן בית המשפט בשאלה האם התנהלותם של אדלר ופדלון במסגרת הפרשות השונות – בדגש על פרשיות חברת HCNH, שטרי החוב של חברת סייפרטק ועסקת סקאיויז'ן – שוללת את ציפיותיהם הלגיטימיות להשתתף בניהול, כטענת לבנת. בית המשפט השתכנע כי התשובה לשאלה זו היא שלילית. אשר לפרשת חברת HCNH; בית המשפט קבע כי אמנם מעשיהם של אדלר ופדלון חמורים מבחינה ערכית, אולם מעשה הרמייה אינו נוגע ללבנת. אשר לפרשת שטרי ההון של חברת סייפרטק; נקבע כי מדובר בעניין שולי יחסית אשר אין בו כדי להצדיק את שלילת הזכות להשתתף בניהול. אשר לעסקת סקאיויז'ן, קבע בית המשפט כי אמנם הופרה

חובת הגילוי כלפי לבנת, אך לא הוכחה כל כוונת תרמית מצדם של אדלר ופדלון. ודוק – בית המשפט הדגיש כי היה על לבנת להוכיח כוונת מרמה ברמה אובייקטיבית, וכי לא היה די בהתרשמותו הסובייקטיבית כי השניים ניסו לרמותו. האדן השני אשר מצדיק סעד בגין קיפוח המיעוט נובע, כך קבע בית המשפט, מאובדן האמון בין לבנת לבין אדלר ופדלון. בתוך כך, התרשם בית המשפט כי לאור התנהלותם של השלושה לאורך השנים ניתן לאפיין את חברות האחזקות כ"מעין-שותפות". עוד נקבע כי בחברה שהינה מעין-שותפות, יש לראות באובדן אמון בין בעלי המניות נסיבה שעשויה להצדיק מתן סעד למניעת קיפוח המיעוט.

23. לפני חתימת פסק דינו, התייחס בית המשפט לסעד הראוי בנסיבות העניין. בית המשפט קבע כי לאור העוינות בין הצדדים, אין מנוס מ"הפרדת כוחות". בית המשפט מנה שלוש דרכים שבהן ניתן לבצע הפרדה שכזו: פירוק חברות האחזקות; רכישה כפויה של מניות אדלר ופדלון בהתאם למחיר שייקבע על ידי מעריך שווי חיצוני; וביצוע התמחרות בין הצדדים. לבסוף העדיף בית המשפט את האפשרות של ביצוע התמחרות והורה לצדדים להשמיע את טיעוניהם לעניין אופן ביצועה.

24. ביום 24.9.2013 נתן בית המשפט המחוזי החלטה משלימה לעניין אופן ביצוע ההתמחרות בין הצדדים. בית המשפט קבע כי מתווה ההתמחרות ישען על חמישה עקרונות. ראשית, נקבע כי ההתמחרות ביחס לחברת זואי, חברת ימקום וחברת סייפרטק תעשה כמקשה אחת על פי יחס החזקות של 57.6324% ללבנת ו-42.367% לאדלר ופדלון. עוד נקבע כי משום שחברת קמה מחזיקה בעיקר נכסים כספיים, אין צורך בקיום התמחרות גם לגביה ודי בכך שכל רווח בר חלוקה בחברה יחולק בין הצדדים בהתאם ליחסי האחזקות בה. בית המשפט נימק את קביעתו זו בכך שהתייחסות לשלוש החברות כמקשה אחת הינה הגיונית מבחינה כלכלית ואף חוסכת את הצורך בהפרדת ההתמחרות לשתי פעימות. אשר ליחס האחזקות; בית המשפט בחר לאמץ את יחס האחזקות הקיים בחברת ימקום, הן משום שיחס אחזקות זה מצוי בטווח שבין יחס האחזקות בחברת זואי ליחס האחזקות בחברת סייפרטק, והן משום שחברת ימקום הינה "מרכז הכובד הכלכלי" של שלוש החברות. שנית, נקבע כי ההתמחרות תתבצע בדרך של מנגנון Buy Me Buy You (להלן: BMBY), במסגרתו ינקבו תחילה אדלר ופדלון בשווי המאוחד של שלוש החברות לפיו הם יהיו מוכנים למכור את מניותיהם ללבנת או לקנות את מניותיו של לבנת. בשלב השני, יחליט לבנת האם הוא מעדיף למכור את מניותיו או לרכוש את מניותיהם של אדלר ופדלון, בהתאם לשווי שהוצע על ידם. בית המשפט נימק את הבחירה במנגנון זה בכך שהוא למעשה המנגנון שהועדף על ידי

הצדדים, ודאי ביחס למנגנון הכרוך בבדיקת שווי על ידי מעריך חיצוני. כמו כן, הוסבר כי יש להעניק ללבנת את היתרון הפרוצדוראלי הגלום בעמדת הניצע, וזאת מתוך התחשבות ביתרונות הלגיטימיים שנובעים מעצם היותו בעל שליטה. שלישית, נקבע כי כל צד יפקיד ערבויות בנקאיות אוטונומיות בסך של 3 מיליון ש"ח, אשר תחולטנה במידה שהצד הרוכש לא ישלם את התמורה לצד המוכר במועד. בתוך כך, דחה בית המשפט את האפשרות לדרוש מהצדדים להפקיד ערבות בנקאית בגובה מלוא סכום ההצעה, משום שדרישה שכזו תציב מכשול מימוני גבוה מדי. רביעית, קבע בית המשפט סנקציה נוספת למקרה של אי תשלום על ידי הרוכש, לפיה לצד המוכר תינתן אופציה לרכוש את זכויות הצד הרוכש בעבור תמורה הנגזרת מ-90% מהשווי שהוצע על ידי הצד הרוכש. חמישית, בשים לב לקביעתו של בית המשפט לעניין תוקפם של החו"זים, נקבע כי הצד הרוכש ינכה מסכום הרכישה את יתרות החובה של הצד המוכר וכן ידאג לפרוע את יתרות הזכות של הצד המוכר.

25. למען שלמות התמונה יצוין כי ביום 14.10.2013 הודיע לבנת לבית המשפט המחוזי על כוונתו לערער על פסק הדין ועל ההחלטה המשלימה וביקש לעכב את ביצוע ההתמחרות. בהחלטתו מיום 18.11.2013 קיבל בית המשפט את הבקשה והורה על עיכוב ביצוע ההתמחרות, וזאת עד להכרעת בית משפט זה בערעורו של לבנת.

הערעורים מושא ההליך דנן

26. ביום 24.12.2013 הגישו אדלר ופדלון – באמצעות באי כוחם, עו"ד בעז בן צור ועו"ד אלירם בקל – ערעור לבית משפט זה במסגרת ע"א 8712/13. במסגרת הערעור, טוענים אדלר ופדלון נגד קביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין שלוש מהפרשיות בהן עסק בית המשפט במסגרת חלקו הראשון של פסק דינו: פרשת עסקת סייפרטק, פרשת העברת עסקת סקאיויז'ן מחברת ימקום לחברת סייפרטק ופרשת משמעות החו"זים הרשומים בספרי חברות האחזקות.

27. עוד באותו היום הגישו לבנת וארבע חברות האחזקות (להלן ביחד: לבנת) – באמצעות באי כוחם, עו"ד גיורא ארדינסט, עו"ד רן שפרינצק ועו"ד גיל רון – ערעור מטעמם במסגרת ע"א 8714/13. במסגרת הערעור מעלה לבנת טענות הן כנגד חלקו השני של פסק הדין, בו הוחלט על ביצוע התמחרות, הן על ההחלטה המשלימה, אשר עסקה באופן ביצועה של ההתמחרות, והן על חמש מהפרשיות שבהן עסק חלקו הראשון של פסק הדין: פרשת עסקת HCNH, פרשת עמרב ווייס, פרשת עסקת

סייפרטק, פרשת ההטבות לגב' רויטל גבאי ופרשת משמעות החו"זים הרשומים בספרי חברות האחזקות. בנוסף, מבקש לבנות סעד הצהרתי לפיו כל חבות במס שתוטל על החברות בגין התנהלותם של אדלר ופדלון תשולם באופן ישיר על ידם, ועל ידם בלבד.

28. ביום 19.1.2015 קיימנו דיון במעמד הצדדים. נוכח רוחבה של יריעת המחלוקת ומורכבות העניין – ולו לאור ההשתלשלות העובדתית הסבוכה – ניתנה לצדדים אפשרות להציג לפנינו בעל פה את טענותיהם באריכות וכן להשיב לשאלותינו ולטענות הצד שכנגד.

דיון והכרעה

29. עיון בשני הערעורים שלפנינו מגלה מחלוקת הנוגעות לתשע סוגיות שונות. להלן אדון בתשע הסוגיות האלה לפי סדר הצגתן בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. אומר כבר עתה כי לאחר ששקלתי את הדברים בכובד ראש, אם תישמע דעתי, אמליץ לחברי כי נותר רבים מקביעותיו וממצאיו של בית המשפט המחוזי על כנם, נתערב בקביעתו של בית המשפט לפיה זכאים אדלר ופדלון לסעד להסרת קיפוחם הנטען ונקבע מנגנון התמחרות שונה מזה שעליו הורה בית המשפט בהחלטה המשלימה, והכל כמפורט להלן.

(1) טענות לבנת בנוגע לפרשת עסקת HCNH

30. לבנת מעלה ארבע טענות מרכזיות לעניין פרשת עסקת HCNH, אשר יש בהן, לשיטתו, כדי להצדיק את חיובו של אדלר בתשלום חוב של 1,426,665 יורו לחברת ימקום. ראשית, לעניין יתרת החוב שסיבתה מוסכמת, נטען כי ההסכמה בין אדלר לפדלון למחול על הריבית היא הסכמה בדיעבד שלה לבנת לא היה שותף, וכי לאדלר כלל לא הייתה זכות לדרוש מחברת ימקום החזרים בגין הוצאות רילוקיישן. שנית, טוען לבנת כי יתרת החוב שסיבתה אינה מוסכמת מייצגת חוב אותנטי של אדלר לחברת ימקום. לבנת מבסס את טענתו, בין השאר, על כך שטענת אדלר ופדלון לפיה החוב הוא תוצאה של שגיאה חשבונאית מהווה טענה בעל פה כנגד האמור בספריה של חברת ימקום, וכי אדלר ופדלון לא עמדו בנטל הכבד אשר כרוך בהוכחת הטענה. שלישיית, נטען כי בית המשפט המחוזי שגה כאשר קבע שהצדדים מסכימים על כך שבמועד "גיורה" של חברת ימקום היה אדלר זכאי לשכר, וממילא, גם אם היינו יוצאים מנקודת הנחה כי אדלר זכאי היה למשך שכר, זכאות זו הייתה מוגבלת לסכום של 1,741,076 ש"ח ולא לסכום של 2,488,794 ש"ח. רביעית, נטען כי טענות אדלר ופדלון לפיהן העסקה אמנם הייתה פיקטיבית ואף על פי כן אין מקום לחייבם להשיב את הכספים הן

טענות "הודאה והדחה", וכי לא עלה בידם לעמוד בנטל שרובן לפתחם לצורך הוכחת טענות אלה.

31. לטענת אדלר ופדלון, המחלוקת הנוגעת לכספים ששולמו לאדלר במסגרת פרשת HCNH הינה מחלוקת עובדתית במהותה, שבמסגרתה נדרש בית המשפט המחוזי להכריע בין שתי גרסאות סותרות. גרסתו של לבנת, כך נטען, התאפיינה בסתירות רבות והתמקדה בניסיון להעלות השערות בדיעבד במקום בניסיון לשפוך אור על מצב העניינים כפי שהיה בזמן אמת.

32. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים ושקלתי בדבר, הגעתי לכלל מסקנה כי דין טענותיו של לבנת להידחות. נקודת המוצא המתאימה לדיון בטענות לבנת בנוגע לפרשה זו הינה ההלכה לפיה לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בממצאי עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית אלא במקרים חריגים וכי כלל אי ההתערבות נכון אף ביתר שאת מקום בו ממצאי העובדה נקבעו על סמך התרשמות בלתי אמצעית מהעדים [ראו למשל: ע"א 8836/07 בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן, פ"ד סג(3) 577, 590 (2010) והאסמכתאות שם]. הגיונה של הלכה זו רלוונטי במיוחד במקרים כגון דא, בהם בולטת מלאכתה היסודית של הערכאה הדיונית [ראו: ע"א 640/85 קופר נ' איגוד המוסכים בישראל, פ"ד מד(1) 594, 598 (1990) (להלן: עניין קופר)]. על כן, ובשים לב למכלול נסיבות העניין, שוכנעתי כי ממצאיו של בית המשפט המחוזי מבוססים כדבעי על התרשמותו הבלתי אמצעית מגרסאות הצדדים ומחומר הראיות שהונח לפניו, כי ממצאים אלו נקבעו לאחר שבית המשפט בחן ובדק את הדברים ביסודיות וכי אין מקום להתערב בהם.

33. אשר ליתרת החוב שסיבתה מוסכמת; בית המשפט המחוזי ביסס את הכרעתו על התרשמותו כי "מר לבנת לא ידע להעיד כי היה קיים הסדר אחר, ולמעשה נראה כי גם עליו היה מקובל בשעתו שמר אדלר ומר פדלון יגיעו לסיכום בעניין זה" (פסקה 54 לפסק הדין). ניכר כי בית המשפט ביקש להתחקות אחר אומד דעת הצדדים, וביסס את הכרעתו על ממצאיו באשר למערכת ההסכמות ששררה ביניהם בזמן אמת. מסיבה זו, טענותיו של לבנת לעניין זכאותו או אי זכאותו של אדלר לתשלום הוצאות רילוקיישן אינה מעלה ואינה מורידה ממסקנתו של בית המשפט, שמתבססת לא על ממצאים הנוגעים לזכאות אלא על ממצאים הנוגעים לעצם ההסכמה לחשלוש. כמו כן, בית המשפט דחה באופן מפורש את טענת לבנת כי אדלר ופדלון הסכימו על מחילת הריבית בדיעבד, בקובעו כי גם אם טענה זו נכונה, "עדיין אין בכך כדי לשנות את המסקנה

שביחסים בין השלושה מדובר בהסכמה לגיטימית, שאינה מהווה לא חריגה מההנחיות שנתן מר לבנת, ולא בגידה באמונו" (הערת שוליים 30 לפסק הדין). בנסיבות העניין, אם כן, לבנת אינו מעלה טענה המצדיקה התערבות במסקנה כי אכן הסכים למחול על הריבית.

34. אשר ליתרה שסיבתה אינה מוסכמת; בית המשפט המחוזי מצא כי ההסברים שהציע לבנת לקיומה של היתרה הבלתי מוסברת נעדרים כל תמיכה בחומר הראיות, וזאת בעוד שאדלר ופדלון הצליחו לבסס את טענתם לפיה היתרה דנן נובעת מטעות. בקביעתו זו, התבסס בית המשפט על שורה של ראיות שהובאו על ידי אדלר ופדלון: בניירות העבודה ששימשו לצורך הכנת הדו"חות הכספיים בגין השנים 2002-2003 אין שורה המתייחסת לקיזוז הפרשי שער, בניגוד לדו"חות בגין השנים הקודמות; הדו"חות הכספיים בגין השנים 2002-2003 הוכנו על יד גורם אחר מזה שהכין את הדו"חות הכספיים בגין השנים הקודמות; והעובדה שהדו"ח השנתי של חברת ימקום לשנת 2002 אינו מצביע על כך שבוצע ניכוי בגין הפרשי השער באותה השנה. בנוסף, איני מקבל את הטענה כי אדלר ופדלון לא עמדו בנטל המוגבר הכרוך בסתירת האמור ברישומי החברה מעצם היותם רישומים בכתב. בית המשפט נתן את דעתו לסוגיית הנטלים וקבע שגם אם היה מניח שקיימת חזקה בדבר נכונות יתרות החובה הרשומות בדו"חותיה של חברת ימקום, עדיין היה מגיע למסקנה כי אדלר ופדלון עמדו בנטל הכרוך בהתגברות על חזקה זו. במקרה הזה, ניכר כי טענותיו של לבנת קיבלו מענה הולם בפסק הדין, וגם בשל כך לא מצאתי כי יש מקום להתערב בקביעותו של בית המשפט.

35. אשר ליתרת הכספים שהועברו לאדלר; בית המשפט קבע כי הוא נותן אמון בעדותו של פדלון בעניין זה, לפיה הכספים שולמו לאדלר כנגד משכורות שלא משך בשנים בהן שהה בחו"ל וכנגד חלוקות שוויוניות שביצעו השלושה. מדובר בממצא הנובע מהתרשמותו הבלתי אמצעית של בית המשפט מעד מרכזי, בה איני רואה מקום להתערב. ודוק – המנעות מהתערבות בהקשר זה נכונה ביתר שאת משום שבית המשפט הצהיר מפורשות כי הוא מודע לקושי בהערכת מהימנותם של לבנת, אדלר ופדלון, ולכן מעדיף לצעוד בנתיב של הכרעה בין גרסאותיהם בכל מקרה לגופו במקום בנתיב של קביעת ממצאי מהימנות גורפים (פסקה 29 לפסק הדין). ברי כי בית המשפט נקט משנה זהירות בבואו להעריך עדויות ולקבוע ממצאים במקרה דנן, וגם אני סבור כי גישתו זו הינה גישה ראויה בנסיבות העניין. אוסיף כי לא נעלמה מעיניי טענתו של לבנת לפיה שגה בית המשפט כשקבע כי "גם ב"כ לבנת לא חולק, הלכה למעשה, על

זכותו של מר אדלר לקבלת הסכום ששולם לו ביולי 2005 כנגד משכורות שלא משך בשנות שהותו בלונדון" (פסקה 73 לפסק הדין). ברם, קביעתו של בית המשפט אודות הסכמתו של לבנת לתשלום שכר נוספה בשולי הדברים. גם אם אניח, מבלי לקבוע מסמרות, כי ישנה מחלוקת בנוגע לזכאותו של אדלר לשכר, אין בכך כדי לגרוע מהאמון שנתן בית המשפט בגרסתו של פדלון, אמון אשר נשען על שני נימוקים נפרדים ועצמאיים: העובדה שלבנת לא הראה שהכספים שאדלר קיבל עלו על חלקו ביחס לחלקם של לבנת ופדלון, לצד העובדה כי מתן אישור לאדלר למשוך כספים מעבר לחלקו אינו עולה בקנה אחד עם האינטרס האישי של פדלון בתקופה הרלוונטית.

36. סיכומי של דבר, שוכנעתי כי אין מקום להתערב בקביעותו של בית המשפט המחוזי במסגרת פרשת HCNH, ודינן של טענות לבנת לעניין זה להידחות.

(2) טענות לבנת בנגע לפרשת עמרב ווייס

37. טענותיו של לבנת ביחס לפרשה זו מתמקדות אך ורק בכספים ששולמו לווייס. לטענתו של לבנת, תשלום הכספים לווייס נעדר כל היגיון עסקי, ועל כן, בהתאם להלכותיו של בית משפט זה, הוא עשוי להיחשב כהפרת אמון של אדלר ופדלון כלפי חברת ימקום. את חוסר ההגיון העסקי ניתן ללמוד בראש ובראשונה, כך טוען לבנת, מהעובדה כי מדובר בעסקה שבה קיבל וייס מיליוני שקלים מבלי שנדרש להוציא ולו פרוטה אחת מכיסו ואף לא נדרש לחשוף את עצמו לסיכון כלשהו. כמו כן נטען כי לווייס ממילא היה תמריץ לקדם את ענייניה של חברת אי.סי.1 אף ללא ההטבה שקיבל מחברת ימקום, מה גם שאין היגיון כי חברת ימקום תישא לבדה בעלויותיה של הטבה שממנה נהנים גם כל שאר בעלי המניות בחברת אי.סי.1. לבסוף נטען כי לבנת כלל לא היה מודע לעסקה עם וייס, לא כל שכן לפרטיה.

38. מן העבר השני, טוענים אדלר ופדלון כי חומר הראיות מלמד באופן ברור על כך שפרטי העסקה עם וייס הובאו לידיעתו של לבנת ואף אושרו על ידו. כמו כן נטען כי חומר הראיות מצביע גם על ההיגיון העסקי שבמתן תמריצים, הן לבעלים של חברת עמרב והן לווייס.

39. נקודת הייחוס שלאורה בחן בית המשפט המחוזי את התנהלותם של אדלר ופדלון בפרשה זו הנה כלל שיקול הדעת העסקי. מכוחו של כלל זה – שמקורו בדיני החברות של ארצות הברית – מוחזק דירקטור שפעל באופן מודע, לאחר הפעלת שיקול דעת בתום לב מבחינה סובייקטיבית ולא היה נגוע בניגוד עניינים, כמי שפעל באופן

תקין לטובת החברה [עיינו: שרון חנס "כלל שיקול הדעת העסקי" עיוני משפט לא 313, 321 (2009) (להלן: כלל שיקול הדעת העסקי)]. מבלי לקבוע מסמרות בשאלת היקף תחולתו של כלל זה במשפט הישראלי, דומה כי אין עוררין על כך שהגיונו של הכלל – לפיו בית המשפט ינהג ביתר זהירות בבואו להטיל אחריות אישית על דירקטורים בגין החלטות עסקיות שגויות, וימנע, ככלל, מלהציב את עצמו בנעלי הדירקטורים – בא לידי ביטוי בפסיקתן של הערכאות המשפטיות השונות בישראל [רמז ראשון להכרה בכלל שיקול הדעת העסקי בפסיקת בית המשפט העליון נמצא בע"א 3051/98 דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פ"ד נט(1) 673, 695 (2004). ראו: אוריאל פרוקצ'יה "חובת הזהירות של דירקטורים ונושאי משרה: מבט פסיכולוגי וכלכלי" ספר יוסף גרוס – מחקרים בדיני חברות ומשפט עסקי 91, 94 (אהרן ברק, יצחק זמיר ודוד ליבאי עורכים, תשנ"ה-2015) (להלן: ספר יוסף גרוס). כן ראו: רע"א 2903/13 אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שקדי פסקה 49 (27.8.2014). לפסיקת בתי המשפט המחוזיים בעניין כלל שיקול הדעת העסקי ראו, בין היתר: פש"ר (מחוזי ת"א) 1765/02 נס נ' ויניגר (29.10.2006); ת"א (מחוזי ת"א) 1267/03 להבה חתמים בע"מ נ' בורוכוב פסקאות 47-45 (18.6.2006); ת"א (מחוזי ת"א) 48851-02-12 מטרת מיזוג חברות בע"מ נ' אולטרה שייפ מדיקל בע"מ פסקאות 212-219 (16.7.2012); תנ"ג (מחוזי ת"א) 35114-03-12 אשש נ' עטיה פסקאות 71-76 (24.6.2015). כן ראו: כלל שיקול הדעת העסקי, בעמ' 355-339; יורם דנציגר ועמרי רחום-טוויג "עלייתו של שיקול הדעת העסקי ונפילתה של חובת הזהירות של דירקטורים" ספר יוסף גרוס 23, 36-43; עמיר ליכט "שם הוורד: אמצעי זהירות ושיקול דעת עסקי של נושאי משרה" משפט ועסקים יט 475, 511-516 (תשע"ה). כן השוו: רע"א 4024/14 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' כהן פסקאות 47-47 (26.4.2015). לעניין תחולתו של ההגיון העומד מאחורי כלל שיקול הדעת העסקי בדיני האגודות השיתופיות, השוו: ע"א 393/08 שגיא נ' כפר ביאליק כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ פסקה 19 (23.2.2010), הגם שבחוות דעתי שם הבעתי את הסתייגותי מהחלת הגיון זה על מצבים שבהם לא מדובר בחברה]. מקובלת עלי הקביעה כי לאורו של הגיון זה, אין מקום בנסיבות העניין להטיל על אדלר ופדלון אחריות בגין החלטתם להעביר כספים לוייס, ואבאר.

40. ראשית, איני רואה מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי כי ההתקשרות עם וייס לא נעשתה מתוך ניגוד עניינים. קביעה זו של בית המשפט מעוגנת ב"עדויותיהם האמינות של גב' מניפז ומר לסקר" שמהן הוברר כי "לספקולציה זו אין לא ידיים ולא רגליים" (פסקה 83 לפסק הדין; ההדגשות אינן במקור – י.ד.), מה גם שבית המשפט הדגיש כי חומר הראיות שנפרש לפניו בנוגע לפרשה זו היה מקיף מאוד. אם לא די בכך, יש ממש בקביעה כי הטענה בדבר ניגוד עניינים נחלשת באופן

משמעותי מקום שבו אדלר ופדלון, כבעלי מניות בחברת ימקום, נושאים בעצמם ב-42.4% מעלות ההטבה שבחרו להעניק לוייס.

41. שנית, קביעתו של בית המשפט המחוזי כי לבנת ידע, למצער, על כך שלמר וייס ניתן תמריץ כלשהו נטועה היטב בעדות שמסר לבנת עצמו, ולא מצאתי כל הצדקה להתערב בה.

42. שלישית, משהגעתי למסקנה שלא מדובר במצב של ניגוד עניינים או של הסתרה מלבנת, נותר לבחון האם ההתקשרות עם וייס לקתה בחוסר סבירות קיצוני, אשר עשוי להצדיק התערבות בשיקול דעתם העסקי של אדלר ופדלון. בשים לב למכלול השיקולים שהעלו הצדדים, דומני כי התקשרות זו אינה נגועה בחוסר סבירות קיצוני המצדיק התערבות כאמור. לאחר שקראתי את עמודי הפרוטוקול המתעדים את עדותו של עמוס לסקר, מבעליה של חברת עמרב (עדות ממנה התרשם בית המשפט המחוזי כי היא אמינה וכי ניתן לבסס עליה ממצאים עובדתיים), נחה דעתי כי בזמן אמת, קרי בעת ההתקשרות עם וייס, האמינו אדלר ופדלון כי התקשרות זו תועיל לחברת ימקום מבחינה עסקית. יתרה מכך, התרשמתי גם אני, כבית המשפט המחוזי, כי ההתקשרות בוצעה כאשר עוד היה טמון סיכון מסוים בהחזקת מניות אי.סי.1, לאור הונה העצמי השלילי באותה התקופה. ייתכן אמנם, כפי שטוען לבנת, כי אדלר ופדלון יכולים היו לרקום עסקה טובה יותר, ודאי לאור הסיכון האפסי אליו נחשף וייס והאפשרות כי גם בעלי מניות נוספים באי.סי.1 היו מוכנים לשאת בעלויות ההתקשרות עם וייס. ואולם, בשים לב להגיונו של כלל שיקול הדעת העסקי, עליו עמדתי בפסקה 39 לעיל, לא די בכך שקיימות אלטרנטיבות עדיפות כדי לקבוע שההתקשרות עם וייס לוקה בחוסר סבירות קיצוני. עלינו להתחקות אחר סבירותה של ההתקשרות הספציפית בה בחרו אדלר ופדלון בזמן אמת, אף אם יתכן שקיימות היו באותה עת אלטרנטיבות עדיפות. לא זאת בלבד, אלא שקיומן של אלטרנטיבות שכאלה כלל לא הוכח, והן נותרו בגדר אלטרנטיבות תאורטיות גרידא. בנסיבות העניין, אם כן, אין מקום לקבוע כי התגמול הנדיב שהוענק לוייס – אף אם מדובר בתגמול נדיב באופן חריג, שכפי שציין בית המשפט – אינו סביר באופן קיצוני.

43. בשולי הדברים אציין כי איני נדרש בהכרעתי לנימוקו של בית המשפט המחוזי לפיו קיים קושי בקבלת טענה לרשלנות רבתי של דירקטורים המושמעת חמש שנים לאחר האירוע. בנסיבות העניין, ניתן להסביר בנקל את העובדה כי לבנת "השתהה" בהעלאת טענותיו. יש לזכור כי במהלך השנים הרלוונטיות נתן לבנת אמון באדלר

ובפדלון, ולא ניתן היה לצפות ממנו לבצע בדיקה מדוקדקת של כל אחת ואחת מפעולותיהם (ודאי בתקופות בהן היה פחות מעורב בענייני החברות והפקיד את מלאכת הניהול בידיהם של השניים). אדרבא, סבורני כי מערכת יחסים זו דווקא מצדיקה בחינה עניינית של טענותיו של לבנת, וזאת על אף שעברו מספר שנים מאז האירועים המדוברים. על כן, לדידי אין בחלוף הזמן כדי לגרוע משלושת הנימוקים שאותם הצגתי לעיל.

(3) טענות הצדדים בנוגע לפרשת עסקת סייפרטק

44. בפרשה זו – במסגרתה הועברו מניות ושטרי ההון שהתקבלו במסגרת עסקת סייפרטק לאדלר ופדלון ישירות – שני הצדדים קובלים על פן אחר של הכרעת בית המשפט המחוזי. אדלר ופדלון טוענים כי בית המשפט שגה כשקבע כי לא ניתן להסיק את הסכמתו של לבנת להעברת שטרי ההון מהסכמתו לעניין הקצאת המניות. לטענתם, הסכמתו של לבנת באשר לאופן חלוקת מניות חברת סייפרטק חלה גם על אופן חלוקת שטרי ההון שלה. מנגד, לבנת כופר בקביעה כי הסכים לאופן חלוקת המניות בחברת סייפרטק. לכל היותר, כך נטען, נתן לבנת הסכמה עקרונית להגדלת אחזקותיו של פדלון בחברת שופמינד. לטענתו, קיים חוסר היגיון "זועק" בקביעה כי הוא הסכים שתבוצע עסקה במסגרתה חברת זואי תשלם את כל התמורה בעוד שאדלר ופדלון יזכו כמעט בכל הנכסים שיימסרו בגינה. כמו כן מבקש לבנת להצביע על מספר "אותות מרמה" המצביעים על הסתרת העסקה ממנו, ובכללם זיוף חתימתו של לבנת על ידי פדלון, אי קבלת החלטה מטעם דירקטוריון חברת זואי המאשרת את עסקת סייפרטק, אי רישום השינוי באחזקות בדוחות הכספיים של חברת זואי ושל חברת סייפרטק והעברה שיטתית של נכסי הקבוצה, בשווי מיליוני שקלים, לחברת סייפרטק לאחר השלמת העסקה.

45. מטבע הדברים, אדון תחילה בשאלת הסכמתו של לבנת לאופן העברת מניות חברת סייפרטק. אבהיר כבר כעת כי מדובר בשאלה עובדתית הנשענת על הכרעה בין שתי גרסאות עובדתיות סותרות. בית המשפט המחוזי קבע כי "אדלר ופדלון הצליחו להוכיח מבחינה עובדתית, במאזן הסתברויות, שמר לבנת עודכן בדרך חלוקת המניות" והוסיף כי לפניו "מסכת ראייתית שדי בה כדי לקבוע מה הייתה כוונת הצדדים בזמן אמת" (פסקה 102 לפסק הדין). זאת ועוד, בית המשפט עמד על כך שגרסתם של אדלר ופדלון הייתה עקבית וחד משמעית, בשונה מגרסתו של לבנת. כאשר אלו הם פני הדברים, אין הצדקה להתערבות ערכאת הערעור בממצאי הערכאה הדיונית. ודוק – אין באי התערבות זו כדי להעניק גושפנקא לכל אחד ואחד מנימוקיו של בית המשפט המחוזי. כך, למשל, איני שלם עם הנימוק לפיו אין היגיון בכך שבאותו מהלך אדלר

ופדלון מבקשים לרמות את לבנת ולהגדיל את אחזקותיהם בחברת ימקום על חשבוננו אך בו בזמן מעניקים לו יכולת להרחיקם מהחברה. אולם, סבורני כי די בנימוקים העיקריים עליהם התבסס בית המשפט המחוזי – ובראשם התבטאויות הצדדים – כדי להותיר על כנה את המסקנה אליה הגיע בית המשפט בדבר הסכמת הצדדים בזמן אמת. למותר לציין כי שניים מ"אותות המרמה" עליהם הצביע לבנת נשללו על ידי בית המשפט, אשר לא מצא כוונת הסתרה בהתנהלותם של אדלר ופדלון, ואיני רואה מקום לדון בהם בשנית. מודה אני כי טענתו של לבנת בדבר "אות מרמה" נוסף – העברה שיטתית של נכסים לסייפרטק לאחר השלמת העסקה – אינה נראית לי כטענה של מה בכך. אולם, ככל שיש בה ממש, אין היא חותרת תחת הממצא בעניין הסכמתו של לבנת להקצאת המניות בחברת ימקום, ומקומה להתברר במסגרת הפרשה הרלוונטית – פרשת העברת מניות סקאיויז'ן מחברת ימקום לחברת סייפרטק. ממילא, התרשמתי כי פרשת סקאיויז'ן היא הפרשה המהווה את מרכז הכובד הכלכלי של הסכסוך, בייחוד בהתחשב במסקנתו של בית המשפט כי שוויה של חברת סייפרטק בעת עסקת סייפרטק לא היה רב.

46. אשר לסוגיית שטרי ההון; איני מוצא ממש בטענת אדלר ופדלון כי לא היה מקום להורות להם להעביר את שטרי ההון של חברת סייפרטק לחברת זואי, וזאת משלושה טעמים. ראשית, וזהו לדידי העיקר, מלבד הפנייה לתצהירו של פדלון, לא מצביעים אדלר ופדלון על ראיות שתומכות במסקנה כי יש להשליך את הסכמתו של לבנת לאופן הקצאת המניות גם על אופן הקצאת שטרי ההון. אמת, ממעוף הציפור, ייתכן שההפרדה בין שתי ההסכמות הנטענות הינה מלאכותית. ברם, בית המשפט המחוזי לא הסתפק בהסקת מסקנות לוגיות וכלליות, אלא בחן את הראיות הקונקרטיות שהונחו לפניו. כך, בית המשפט בחן בפסק דינו בקפדנות את טענות וראיות הצדדים בשאלת הסכמת לבנת לעניין הקצאת המניות, ולא בכדי הסיק שהסכמה זו אינה חלה על הקצאת שטרי ההון. יחד עם זאת, ראוי להדגיש כי אין בקביעה אודות אי הסכמתו של לבנת כדי ללמד על כוונת מרמה או הסתרה מצדם של אדלר ופדלון. מוכן אני אף להניח, לשם הדיון, כי אדלר ופדלון סברו באמת ובתמים כי הסכמתו של לבנת מתייחסת אף לשטרי ההון. אולם, כפי שפירטתי לעיל, אין בכוחה של סברה זו כשלעצמה – הגיונית ככל שתהא – כדי לייחס ללבנת הסכמה. שנית, מקובלת עלי טענת לבנת כי אדלר ופדלון זנחו, הלכה למעשה, את טענתם לעניין הסכמתו להקצאת שטרי ההון במסגרת סיכומיהם לפני בית המשפט. עיון בסיכומים אלו מגלה כי הפרק שמוקדש לשטרי ההון אינו כולל טענה בדבר הסכמתו של לבנת, ולא מן הנמנע כי זו הסיבה שבגינה קבע בית המשפט, ובצדק, כי "אין טענה של ממש כי גם עניין זה קיבל את אישורו של מר לבנת" (פסקה 104 לפסק הדין). שלישית, סבורני כי אין יסוד לטענת

אדלר ופדלון כי העברת שטרי ההון לחברת זואי תיצור עיוות קשה במסגרתו יזכה לבנת בזכות עודפת בשווי של כ-5,800,000 ש"ח. טענה זו נשענת על ההנחה כי "אין כל היגיון שאדלר ופדלון יזמו עסקה, במסגרתה זואי תיטול על עצמה התחייבויות בהיקף העומד לכל היותר על כ-4,000,000 ש"ח (כהיקף הערבויות שניטלו על ידה), ובעונה אחת יהיו הם מוכנים כי סייפרטק (שבה שיעורי החזקותיהם גבוהים משמעותית) תיטול על עצמה התחייבות בהיקף של 17,000,000 ש"ח כלפי זואי" (סעיף 71 לסיכומי אדלר ופדלון). אולם, בל נשכח כי ההתחייבות שאותה נטלה על עצמה חברת זואי הייתה קיימת עובר לביצוע העסקה, כך שהעברת שטרי ההון לחברת זואי דווקא היטיבה עם אדלר ופדלון באופן יחסי למצבם עובר לעסקה. משכך, לא שוכנעתי כלל ועיקר כי ה"עיוות" לו טוענים אדלר ופדלון הוא אכן משמעותי כפי שהם מנסים להציגו. נימוק זה, בצירוף שני קודמיו, מובילים למסקנה כי אין מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט בעניין שטרי ההון.

(4) טענות אדלר ופדלון בנוגע לפרשת העברת עסקת סקאיויז'ן מחברת ימקום לחברת סייפרטק

47. את עיקר יהבם בפרשה זו משליכים אדלר ופדלון על הטענה כי לבנת ידע, עובר לשנת 2010, כי עסקת סקאיויז'ן הועברה לחברת סייפרטק, ועל כן הוא לכל הפחות הסכים לכך בדיעבד. לטענתם, אין זה הגיוני כי לבנת התעלם במשך מספר שנים מכתבות, פרסומים והודעות ודואר אלקטרוני, שלשיטתם הבהירו מעבר לכל ספק כי חברת סייפרטק היא זו שמחזיקה במניות חברת סקאיויז'ן. כמו כן טוענים אדלר ולבנת כי ההבחנה שיצר בית המשפט המחוזי בין ידיעתו של לבנת לבין הסכמתו הינה הבחנה מלאכותית.

48. לבנת טוען מנגד כי קביעתו של בית המשפט המחוזי לעניין אי ידיעתו הינה קביעה עובדתית הנשענת הן על מהימנות והן על נימוקים שבהיגיון, ומשום כך אין כל מקום להתערב בה. ממילא, כך טוען לבנת, בהיעדר ידיעה, אין כל מקום ליחס לו הסכמה – לא הסכמה בדיעבד ולא כל שכן הסכמה מראש.

49. דומה כי אין חולק על כך שהעברת עסקת סקאיויז'ן לחברת סייפרטק הרעה את מצבו של לבנת במידה כזו שהצריכה את הסכמתו. הנה כי כן, הצדדים מיקדו בפועל את טענותיהם סביב מחלוקת אחת – האם לבנת הסכים, ולו בדיעבד, להעברת עסקת סקאיויז'ן מחברת ימקום לחברת סייפרטק. כדי לברר את שאלת קיומה של ההסכמה

הנטענת, יש להידרש תחילה לשאלה מקדמית – האם לבנת ידע, ולו בדיעבד, אודות העברת עסקת סקאיויז'ן? בית המשפט המחוזי שלל את האפשרות כי לבנת ידע אודות ההעברה מראש, שכן אין מחלוקת של ממש כי אדלר ופדלון לא עדכנו אותו אודות ההעברה עובר לביצוע – יהיו מניעיהם אשר יהיו. כך קבע בית המשפט המחוזי וכך עולה גם מסיכומי הצדדים (פסקה 110 לפסק הדין; הערת שוליים 6 לסיכומיהם של אדלר ופדלון). אשר לאפשרות של ידיעה בדיעבד; לא בלי לבטים, הגעתי לכלל מסקנה כי אין מקום להתערב בקביעותיו של בית המשפט בעניין זה. טעמי לכך הם שניים.

50. ראשית, קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה לבנת לא היה מודע להסכם ההעברה ומשמעותותיו עד חודש אוקטובר 2010 הינה קביעה עובדתית הנסמכת על עדותו של לבנת ועל התרשמותו של בית המשפט משיחות מוקלטות בין הצדדים. אינה רואה מקום להתערב בקביעה עובדתית זו, מה גם שלא עלה בידיהם של אדלר ופדלון להסביר מדוע – בהנחה שהיה מודע להסכם ולמשמעותותיו עובר לשנת 2010 – החליט לבנת להביא לידי ביטוי את התנגדותו הנחרצת רק בשלהי 2010.

51. שנית, אדלר ופדלון מבקשים לבסס את ידיעתו של לבנת על שורה של פרסומים בתקשורת ותכתובות דואר אלקטרוני. בשים לב לקביעתו של בית המשפט המחוזי אודות אי ידיעתו של לבנת, ראיות אלה יכולות לכל היותר לבסס את המסקנה כי לבנת יכול היה לדעת אודות ההעברה. כאן מתעוררת השאלה – האם בהתחשב במערכת היחסים שבין הצדדים יכלו אדלר ופדלון להסתפק, ואולי אף להסתמך, על יכולתו של לבנת לדעת אודות ההעברה או שמא לחלופין היה זה דווקא לבנת שרשאי היה להניח כי אדלר ופדלון היו מיידעים אותו אודות שינויים במבנה האחזקות בסקאיויז'ן? מחד גיסא, ניתן לטעון כי מצופה היה מלבנת – אשר על היותו איש עסקים בקיא ומנוסה אין מחלוקת – להיות מעורה בנעשה בחברות, ודאי כשמדובר בעסקאות משמעותיות. מאידך גיסא, אין ספק כי במהלך התקופה המדוברת מעורבותו של לבנת בענייני החברות הייתה מוגבלת באופן יחסי וכי הוא נתן אמון רב באדלר ובפדלון. לאחר ששקלתי בדבר הגעתי למסקנה כי נוכח מערכת היחסים המיוחדת בין הצדדים בעת הרלוונטית, אין די בטענה כי לבנת יכול היה לדעת אודות ההעברה. בנסיבות העניין, היה מקום לצפות משני המנהלים-השותפים שזכו לאמונו של בעל השליטה לקבל את אישורו לכל עסקה שמרעה את מצבו באופן שאינו מבוטל. ציפייה זו נכונה ביתר שאת כאשר מחומר הראיות עולה כי אדלר ופדלון היו מודעים לקפדנותו של לבנת בכל הקשור להקצאת מניות (ראו למשל: פסקאות 99-101 לפסק הדין; עמ' 809 לפרוטוקול בית המשפט המחוזי). ודוק – איני קובע שאדלר ופדלון צריכים היו לצאת מנקודת

הנחה כי לבנת לא קורא עיתונים או הודעות דואר אלקטרוני. לדידי, מלכתחילה היה עליהם לדעת שיש לקבל את הסכמתו המפורשת של לבנת, ולו בדיעבד, והם לא היו רשאים להסתמך על כך שהידיעה אודות ההעברה תגיע ללבנת מכלי התקשורת או מצד שלישי כלשהו. כבית המשפט המחוזי, סבור גם אני כי במאזן הסתברויות לא עמדו אדלר ופדלון במוטל עליהם בהקשר זה. על כל פנים, אבקש גם אני, כבית המשפט המחוזי, שלא להיות בוחן כליות ולב, ועל כן איני קובע מסמרות לעניין המניע שעמד מאחורי התנהלותם של השניים בפרשה.

(5) טענות לבנת בנוגע לפרשת ההטבות לגב' רויטל גבאי

52. לטענתו של לבנת, ההטבה שניתנה לגבאי הינה הטבה חריגה שמנהל סביר לא היה מאשרה ללא קבלת אישור מיתר בעלי המניות, ובמיוחד מבעל השליטה. כאן, כך טוען לבנת, אין מחלוקת שהוא כלל לא ידע על כך שסכום נכבד מתוך ההלוואה שהוענקה לגבאי הפכה בסופו של יום למענק. על כן, מבקש לבנת לחייב את אדלר ופדלון לשלם לחברת סייפרטק סך נוסף של 257,801 ש"ח מעבר לפירעון סכום ההלוואה הרשום בספריה של חברת סייפרטק, בין היתר כנגד הפרשי הצמדה וריבית בגין ההלוואה שניתנה לגבאי. אדלר ופדלון טוענים בתגובה כי פדלון היה מוסמך להעניק לגבאי את ההטבה וכי לבנת לא הצביע על בסיס משפטי כלשהו התומך בטענותיו.

53. דינה של טענת לבנת להידחות. ברי כי ההטבה שניתנה לגבאי – מענק של למעלה מחצי מיליון שקלים – הינה הטבה משמעותית ואף חריגה. אולם, לא התרשמתי כי באישור ההטבה ללא יידוע של לבנת אודות פרטיה, חרג פדלון מסמכותו. עלינו לזכור, כפי שציין בית המשפט המחוזי, כי פדלון היה מוסמך, מבחינה תאגידית, לאשר הטבות לגבאי. נוסף על כך, חשוב ליצור הבחנה בין פרשה זו לבין פרשת העברת עסקת סקאיויז'ן לחברת סייפרטק. במקרה דנן לבנת אינו מעלה טענה של ממש כי ההטבה אושרה ממניעים פסולים כגון חתירה תחתיו או הברחת כספים. בנוסף, בניגוד להעברת עסקת סקאיויז'ן, אשר הטיבה באופן משמעותי עם אדלר ופדלון על חשבונו של לבנת, הרי שבמקרה הזה, בעלות ההטבה אמורים לשאת השלושה לפי יחס אחזקותיהם. בשונה מפרשת עסקת סקאיויז'ן, פדלון, שהיה כאמור מוסמך לאשר את ההטבות לגבאי, יידע את לבנת אודות ההטבה, הגם שבאופן חלקי. ייתכן כי היה ראוי לפרוש לפני לבנת את פרטיה המלאים של ההטבה שניתנה לגבאי מבעוד מועד. ואולם, התחייבותם של אדלר ופדלון ליטול על עצמם את השבת הכספים הינה פתרון ראוי בנסיבות העניין, וגם מסיבה זו מצאתי כי יש להותיר את הכרעת בית המשפט על כנה. יובהר כי מקובלת עלי קביעתו של בית המשפט לפיה חובת ההשבה של אדלר ופדלון

תוגבל ל"יתרת ההלוואה, נכון למועד פיטוריה של גב' גבאי, כשהיא נושאת הפרשי הצמדה וריבית על פי חוק מיום הפיטורים" (פסקה 128 לפסק הדין). בתוך כך, דוחה אני את טענת לבנת כי לסכום זה יש להוסיף מרכיבים נוספים, כגון הפרשי הצמדה מריבית מיום נטילת ההלוואה. זאת משום שמרכיבים אלו הינם חלק מן ההטבה שניתנה לגבאי, הטבה אשר, כפי שקבעתי לעיל, לא ניתנה תוך חריגה מסמכות.

(6) טענות הצדדים בנוגע לפרשת משמעות החו"זים הרשומים בספרי חברות האחזקות

54. אדלר ופדלון מעלים שורה של טענות אשר מלמדות, לשיטתם, כי אין להתייחס אל החו"זים כאל חובות אמיתיים. ראשית, נטען כי הפיצול שביצע בית המשפט המחוזי בין שאלת ההסכמה לחלוקה שוויונית לבין שאלת תוקפם של החו"זים הינה חלוקה מלאכותית וכי התייחסות אל החו"זים כאל חובות אמיתיים מרוקנת מתוכן את מסקנתו של בית המשפט לפיה הייתה הסכמה לחלוקה שוויונית. שנית, נטען כי אין כל הגיון בכך שבעלי המניות יצרו לעצמם יתרות חובה עצומות, וכי מכאן ניתן ללמוד אודות אומד דעתם כי החלוקה תהיה שוויונית באופן מהותי, ולא רק שוויונית בפועל. שלישית, נטען כי ההנחה שלבנת כלל לא ידע על קיומם של החו"זים מחזקת דווקא את המסקנה כי לא היה רשאי להסתמך עליהם וכי מלכתחילה נרשמו על ידי פדלון "על הנייר" בלבד. רביעית, נטען כי לבנת מבקש להיאחז בשתי טענות עובדתיות סותרות: מצד אחד הוא טוען כי לא היה מודע לחלוקה השוויונית וממילא לא הסכים לה, ומצד שני הוא טוען כי הסכים לחלוקה השוויונית, אך זאת בכפוף לרישום חו"זים. משדחה בית המשפט את הטענה הראשונה, כך טוענים אדלר ופדלון, אין מקום להידרש לטענה השנייה.

55. גם לבנת טוען כי הפרדה בין סוגיית חלוקת הדיבידנדים לבין שאלת תוקפם של החו"זים הינה חלוקה מלאכותית. לטענתו, הוא מעולם לא נתן את הסכמתו לחלוקה שוויונית שאינה כפופה לרישום חו"זים, אשר נועדו להבטיח כי החלוקה המהותית (בשונה מהחלוקה בפועל) תיוותר כפופה ליחס ההחזקות הקיים בין השלושה. בנוסף מפנה לבנת למספר אינדיקציות – לרבות תשלום מס על ידי החברות בגין הריבית שאותה נשאו חובותיהם של אדלר ופדלון, לצד הכרזת דיבידנד משמעותי לאחר התדרדרות היחסים בין השלושה שנועדה לקזז את כל יתרות החובה שלהם – שמעידות, לטענתו, על כך שגם אדלר ופדלון סברו שהחו"זים מייצגים חובות אמיתיים. לצד טענות אלה, הוסיף לבנת וטען יש מקום להורות על פירעון החו"זים לאלתר. בתוך כך נטען כי אדלר ופדלון כלל לא טענו כי הייתה הסכמה שהחו"זים ייפרעו על בסיס קיזוז מדיבידנדים עתידיים.

56. כפי שציינו באי כוחם של הצדדים, בפרשה זו אנו עדים למצב נדיר שבו קיימת הסכמה מסוימת בין הצדדים. קרי, שני הצדדים טוענים כי הפרדה שביצע בית המשפט המחוזי בין שתי הסוגיות דנן הינה הפרדה מלאכותית, שכן השתיים קשורות זו בזו קשר בל ינותק. הסכמה זו מסייעת להגדיר את יריעת המחלוקת, אשר מצטמצמת בשלב זה לשאלה אחת בלבד: האם הסכמתו של לבנת לחלוקה שוויונית הינה הסכמה לחלוקה שוויונית באופן מהותי – כטענת אדלר ופדלון – שאז החו"זים אינם מייצגים חוב אמיתי, או שמא הסכמתו של לבנת הוגבלה אך ורק לחלוקה שוויונית בפועל – כטענתו – שאז החו"זים מייצגים חוב לכל דבר ועניין. כבר מכך ניתן ללמוד כי אין בהכרח סתירה לוגית כלשהי בין הסכמה לחלוקה שוויונית (בפועל) לבין מתן תוקף לחו"זים – שכן תוקף זה אינו מרוקן את ההסמכה מתוכן (ואולי, מבלי לקבוע מסמרות, אף יש בו כדי להסביר מדוע ניתנה ההסכמה מלכתחילה). מסיבה זו, איני מקבל את טענת אדלר ופדלון המציגה את טענותיו של לבנת כטענות עובדתיות סותרות. בהתאם להבחנה שלעיל, גרסתו של לבנת הינה גרסה קוהרנטית לפיה לא הסכים לחלוקה שוויונית (בפועל) שאינה מגובה ברישום חו"זים (השוו: סעיפים 420-431 לסיכומי של לבנת לפני בית המשפט המחוזי).

57. אשר לטענת אדלר ופדלון כי ההנחה שלבנת לא ידע אודות קיומם של החו"זים מלמדת בהכרח כי לא יכול היה להסתמך עליהם (ומכאן שהסכמתו התייחסה לחלוקה שוויונית באופן מהותי); אמנם מדובר בטענה יצירתית, אך לאחר עיון בחומר הראיות ובחינת טיעוני באי כוח הצדדים בסוגיה זו, הגעתי למסקנה כי אין לה על מה שתסמוך, וזאת ממספר סיבות. ראשית, בניגוד לבית המשפט המחוזי, חשוב לטעמי להפריד בין ההנחה כי לבנת לא היה מודע לעצם קיומם של החו"זים לבין ההנחה כי הוא לא היה מודע להיקפם. הבחנה זו הינה הבחנה חשובה, שכן היא יורדת לשורשה של ההסכמה: גם אם לבנת לא היה מודע להיקפם של החו"זים (הנחה שמתיישבת עם מעורבותו המוגבלת של לבנת בניהול החברות), דומה כי די בכך שהיה מודע לעצם קיומם כדי לאפשר לו להסכים לחלוקה שוויונית (בפועל) שכנגדה יירשמו חו"זים לזכותו ולחובתם של אדלר ופדלון באופן שיבטיח, הלכה למעשה, כי החלוקה תוכפף ליחס האחזקות בקבוצה. שנית, יש לתת את הדעת לכך שבית המשפט לא קבע ממצא פוזיטיבי לעניין אי ידיעתו של לבנת, אלא מדובר רק בהנחה חלופית שאותה הניח בית המשפט לצורך הדיון. שלישית, לא השתכנעתי, כי עלה בידיהם של אדלר ופדלון להוכיח, ברמה של מאזן הסתברויות, כי לבנת לא ידע אודות עצם קיומם של החו"זים. על מודעותו של לבנת ניתן ללמוד, בין היתר, מעדויותיו השונות (ראו למשל: עמ' 293, 2307, 2327, ו-2350 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי), והיא אף עולה בקנה אחד עם הנחת היסוד לפיה לבנת הוא איש עסקים מנוסה. איני מתעלם מכך שתמלילי

השיחות המוקלטות מיום 21.12.2010 ומיום 22.3.2011 עשויות ליצור את הרושם כי לבנת כלל לא ידע מהם חו"זים וכי נודע לו על קיומם רק לאחר שחשד כי אדלר ופדלון גונבים ממנו. אולם, לדעתי אין לייחס לשיחות האלה משמעות מכרעת, הן משום שמדובר בשיחות שהוקלטו לאחר פרוץ הסכסוך ועשויות על כן לשקף היתממות מסוימת של מי מהצדדים, והן משום שהן אינן מובילות למסקנה חד משמעית אודות אי ידיעתו של לבנת, אלא עשויות לכאורה להוביל למסקנה כי הוא דווקא האמין והסתמך על קיומם ורק רצה להיות בטוח שהם אכן שרירים וקיימים בספרי החברות. על כל פנים, כאמור, לא שוכנעתי כי לבנת לא היה מודע, לכל הפחות, לעצם קיומם של החו"זים.

58. האם, על אף שלבנת העריך כי כנגד החלוקה השוויונית נרשמים חו"זים, הוא הסכים לוותר על אותם חו"זים? ממצאיו של בית המשפט המחוזי בשאלה זו ברורים הם: "כפי שהיה ברור למר פדלון ומר אדלר, הפער שבין מצב ההחזקות לדרך החלוקה בפועל חייב להתבטא בכך שיווצרו חו"זים לחובתם, וכל עוד לא סיכמו עם מר לבנת על מחיקתם של חו"זים אלו, ובהעדר נוהג שלפיו הם נמחקים הלכה למעשה, לא ניתן להניח דבר ביחס לעמדתו של מר לבנת בנושא, אם וכאשר היה מוצג לפניו" (פסקה 151 לפסק הדין; ההדגשות אינן במקור – י.ד.). גם בהתנהגותו של לבנת לא מצאתי, מעבר לעצם ההסכמה לביצוע חלוקת שוויונית, כל אינדיקציה להסכמה לויתור על החו"זים, וממילא נראה כי הצדדים לא טענו טענות של ממש אודות קיומן של אינדיקציות שכאלה. ודוק – המסקנה כי אדלר ופדלון לא היו רשאים להניח, באופן אוטומטי, כי עצם החלוקה השוויונית משמעה שלבנת ימחל להם ביום מן הימים על החו"זים, מתיישבת עם הציפייה מאדלר ופדלון ליידע את לבנת בפועל אודות המשמעות שיש לייחס, לשיטתם, לחלוקה השוויונית, ולו בשל כך שהנחתם של השניים כי הסכמתו של לבנת התייחסה לחלוקה שוויונית באופן מהותי אינה הפרשנות הבלעדית בנסיבות העניין ומשום שיישומה של פרשנות זו היה בו כדי להרע את מצבו באופן ניכר. למצער, חובה זו מוטלת עליהם בבחינת "אם יש ספק, אין ספק".

59. משהגענו עד הלום, עלינו להכריע בטענת לבנת לפיה שגה בית המשפט המחוזי כשקבע כי אין מקום לחייב את אדלר ופדלון לפרוע את יתרות החובה שלהם אלאחר. ניסיונו של לבנת לטעון כי פירעון שאינו מותנה בדיבידנדים עתידיים הינו חלק מתנאי ההסכמה בין הצדדים וכי מועד פירעון שכפוף להחלטה משותפת על חלוקת דיבידנדים אינו עונה להגדרת "זמן סביר" לעניין סעיף 41 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 – מוקשה בעיני. הכרעתו של בית המשפט התבססה על אמירותיו של

לבנת עצמו לפיהן חברות אינן נוהגות לדרוש מבעלי מניותיהן לפרוע את חובותיהם כדבר שבשגרה, ואם לבנת עצמו היה סבור שדרכם של חו"זים להיפרע רק על דרך של קיזוז למול דיבידנדים עתידיים, לא ניתן לייחס לו סברה אחרת בדיעבד. אולם, איני רואה מקום להרחיב בעניין זה, משום שנוכח קביעותיי להלן לעניין מתווה ההתמחרות, דומה כי הטענות לעניין מועד פירעון החו"זים מתייחר, ונוכל להסתפק במסקנות שלעיל אודות עצם תוקפם.

(7) טענות לבנת בנוגע לחיובם של אדלר ופדלון בעלויות המס שעלולות להיגרם לחברות

60. במסגרת ערעורו מבקש לבנת מבית משפט זה להעניק סעד הצהרתי לפיו יישאו אדלר ופדלון באחריות לכל חבות מס שבה תחויבנה החברות כתוצאה מהתנהלותם. לטענת לבנת, בית המשפט המחוזי כלל לא התייחס לחלק זה של התביעה. אולם, כעולה מהערת שוליים 86 לפסק הדין, בית המשפט בחר במודע שלא לחוות את דעתו לעניין עבירות המס שבוצעו, לכאורה, על ידי אדלר ופדלון. דעתי היא כדעתו. בנסיבות העניין, ובפרט בהתחשב בכך שלעת הזו בטרם הושלם הבירור על ידי רשויות המס, איני סבור כי יש מקום לקביעה שיפוטית המטילה את האחריות על אדלר ופדלון לחבויות מס של החברות שיכולות ותיקבענה על ידי רשויות המס בעתיד כפועל יוצא מהתנהלותם הנטענת.

סיכום ביניים

61. עד כאן דנתי בטענות שהעלו הצדדים לעניין הקביעות שהופיעו בחלקו הראשון של פסק הדין של בית המשפט המחוזי. מן המקובץ עולה כי יש מקום להותיר את התוצאות שאליהן הגיע בית המשפט על כנן, אף אם בחלק מן הפרשיות נימוקיי שונים מאלו שהובילו את הערכאה הדיונית למסקנות שאליהן הגיעה בפסק הדין. תוצאה זו של אי התערבות ערכאת הערעור בקביעות ובמצאי הערכאה הדיונית מתיישבת עם העובדה כי חלק משמעותי מטענות הצדדים – יצירתיות ככל שתהיינה – מכוון כנגד ממצאים שהתבססו על החומר הראייתי הרב שהונח לנגד עיניו של בית המשפט ושזכה לניתוח מקיף, יסודי ומעמיק על ידו. בית המשפט צלל למעמקי הראיות ובדק ביסודיות את טענות הצדדים, ונתן בפסק דינו ביטוי סדור ומקיף לבדיקות ולחקירות שערך. במקרים כגון דא נוטים אנו לאמץ את גישת אי ההתערבות כפי שפורט לעיל (ראו: עניין קופר, פסקה 4, בעמ' 598).

(8) טענות לבנת בנוגע להחלטה להורות על סעד להסרת קיפוח

62. כזכור, החלטתו של בית המשפט המחוזי להורות על סעד להסרת קיפוח נשענה על שני אדנים. על פי האדן הראשון, לאדלר ופדלון היו ציפיות לגיטימיות להשתתפות בניהול חברות האחזקות. פעילותו של לבנת להדרתם של אדלר ופדלון מניהול החברות פוגעת, כך נקבע, בציפיותיהם הלגיטימיות, ומקימה להם זכות לקבלת סעד להסרת קיפוח. על פי האדן השני, יש לראות את חברות האחזקות כ"מעין-שותפויות". בית המשפט קבע כי המקרה דנן הוא אחד מאותם מקרים שבהם אובדן האמון בין השותפים במעין-שותפות מצדיק מתן סעד על ידי בית המשפט כדי להביא תיקון למצב שנוצר בעקבות אובדן האמון.

63. לבנת מעלה שלוש טענות כלפי הקביעות הללו. ראשית, נטען כי לאדלר ופדלון כלל לא היו ציפיות לגיטימיות ליטול חלק בניהול החברות. לטענתו, הנסיבות שבגינן קבע בית המשפט כי נוצרו אותן ציפיות של אדלר ופדלון אינן מספיקות לצורך עמידה בנטל ההוכחה המשמעותי הכרוך בשינוי תקנוני החברות על דרך ההתנהגות. שנית, טוען לבנת כי זכותם של אדלר ופדלון לסעד של הסרת קיפוח נשללה נוכח התנהלותם הפסולה, הכוללת, לשיטתו של לבנת, מעשי מרמה, הפרת אמונים ועבירות מס. בתוך כך נטען כי בית המשפט המחוזי נתפס לכלל טעות כאשר ביסס את מסקנתו על היעדר כוונת מרמה כלפי לבנת. בעשותו כן, טוען לבנת, יצר בית המשפט תמריץ למנהלים לנהוג באופן פסול (ובלבד שהתנהגותם הפסולה לא תהיה כרוכה בכוונת מרמה כלפי בעל השליטה). לבסוף, נטען כי לא היה מקום לסווג את החברות כמעין-שותפויות, בפרט נוכח ההבחנות המופיעות בפסיקה בהקשר זה בין חברות משפחתיות לחברות שאינן כאלה ובין עסקים קטנים ואינטימיים לבין תאגידיים המנהלים עסקים חובקי עולם.

64. אדלר ופדלון סומכים את ידיהם על קביעותיו של בית המשפט המחוזי בסוגיה זו, תוך שהם מדגישים כי שני האדנים עליהם נשען בית המשפט המחוזי הינם אדנים חלופיים וכי בית המשפט ציין מפורשות כי מאזן הראיות תומך באופן מובהק במסקנה בדבר אפיון החברות כמעין-שותפויות. לבנת, כך נטען, מבקש להיאחז בהוראות הכלולות בתקנוני החברות, בעוד שהוא עצמו כלל לא בקיא בתקנונים האלו ואף לא בהכרח יודע מי ניסח אותם. תחת זאת נטען כי יש לייחס חשיבות לאופן שבו הצדדים תיארו את עצמם, כפי שעולה מהשיחות המוקלטות הקיימות בתיק.

65. התשתית הנורמטיבית שלאורה יש לבחון את טענת הקיפוח המועלית על ידי אדלר ופדלון הונחה באופן יסודי על ידי בית המשפט המחוזי, ועל כן אבקש להדגיש רק את הדרוש לענייננו. נקודת המוצא הנה כמובן סעיף 191 לחוק החברות, אשר מפאת חשיבותו אביא אותו כאן במלואו:

”(א) התנהל ענין מעניניה של חברה בדרך שיש בה משום קיפוח של בעלי המניות שלה, כולם או חלקם, או שיש חשש מהותי שיתנהל בדרך זו, רשאי בית המשפט, לפי בקשת בעל מניה, לתת הוראות הנראות לו לשם הסרתו של הקיפוח או מניעתו, ובהן הוראות שלפיהן יתנהלו עניני החברה בעתיד, או הוראות לבעלי המניות בחברה, לפיהן ירכשו הם או החברה כפוף להוראות סעיף 301, מניות ממניותיה.

(ב) הורה בית המשפט כאמור בסעיף קטן (א), יובאו בתקנון החברה ובהחלטותיה השינויים המתחייבים מכך, כפי שיקבע בית המשפט, ויראו שינויים אלה כאילו נתקבלו כדין בידי החברה; עותק מן ההחלטה יישלח לרשם החברות, ואם החברה היא חברה ציבורית - לרשות ניירות ערך”.

הסעד להסרת הקיפוח מהווה "הוראת מסגרת" שנועדה "לאפשר גמישות והתאמת הדין לתנאים המשתנים ולנסיבותיהם של המקרים הקונקרטיים, העומדים לדיון לפני בית המשפט" [צפורה כהן בעלי מניות בחברה כרך ב 93 (מהדורה שנייה, 2008) (להלן: כהן); עיינו גם: יחיאל בהט חברות – החוק החדש והדין כרך ב 785-786 (מהדורה 13, 2015) (להלן: בהט)]. מטרת הוראה זו היא להקנות לבית המשפט כלים להתמודד עם מצבים שבהם קיים חשש לחלוקת משאבים בלתי הוגנת בין בעלי המניות, ובפרט בין בעלי השליטה לבין בעלי מניות המיעוט [ראו למשל: ע"א 2718/09 "גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ פסקה 26 (28.5.2012); ע"א 2699/92 בכר נ' ת.מ.מ. תעשיות מזון מטוטים (נתב"ג) בע"מ, פ"ד נ(1) 238, 245-246 (1996)]. ודוק – ההוראה נועדה להעניק סעד למקופח ולא להעניש את המקפח, ומסיבה זו קביעת קיומו של קיפוח תלויה בשאלה האם התוצאה הינה תוצאה מקפחת ולא בשאלת מניעיו של המקפח (ראו: כהן, בעמ' 131-132). כדי להבין האם הדרתם של אדלר ופדלון מניהול החברות עולה כדי קיפוח במקרה דנן, עלינו לבדוק האם שני האדנים החלופיים עליהם ביסס בית המשפט המחוזי את מסקנותיו אכן מקימים עילת קיפוח. אדון באדנים האלו כסדרם.

(8)(1) פגיעה בציפיות לגיטימיות להשתתפות בניהול כעילת קיפוח

66. דומה כי בפסיקתו של בית משפט זה השתרש זה מכבר העיקרון לפיו "קיפוח יתקיים כל אימת שתהיה פגיעה בציפיות הלגיטימיות של הצדדים, אפילו אין

בהתנהגות המשמשת בסיס לתביעה משום הפרת זכות המוקנית לבעל מניות במסמכי היסוד של החברה" [כהן, בעמ' 120]. עיינו גם: אירית חביב-סגל דיני חברות כרך א 611-610, 635 (2007) (להלן: חביב-סגל); בהט, בעמ' 787-789]. עיקרון זה נקלט בבית משפט זה לראשונה בע"א 275/89 דוידזון נ' אורנשטיין, פ"ד מו(1) 125, 131 (1991) (להלן: עניין דוידזון), שם בחן השופט ש' לרין את טענת הקיפוח לאורו של סעיף 235 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 (להלן: פקודת החברות), הלא הוא גלגולו הקודם של סעיף 191 לחוק החברות. בהחלטה מאוחרת יותר קבע השופט (כתוארו אז) א' גרוניס כי בחברה המאופיינת כמעין-שותפות קיימת ציפייה לגיטימית של הצדדים לניהול משותף של החברה [רע"א 9646/04 חסקי אלון ייזום בניה והשקעות בע"מ נ' אריה מיכלסון חברה ליזמות בע"מ, פ"ד נט(3) 380, 383 (2005)]. בע"א 2773/04 נצבא חברה להתנחלות בע"מ נ' עטר (14.12.2006) הדגישה השופטת (כתוארה אז) מ' נאור את הקשר שבין ציפייה לגיטימית של בעל מניות לבין יחס שוויוני:

"ציפיתם הלגיטימית של בעלי מניות זהות לקבל יחס שוויוני, שפגיעה בה עלולה לעלות לכדי קיפוח, עניינה שוויון מהותי – תוך מתן תשומת לב לנסיבות העניין, אופי החברה וצרכיה – ולא זהות פורמאלית" [שם, בפסקה 27 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור].

האפשרות כי פגיעה בציפייה הלגיטימית של בעל מניות לניהול משותף בחברה שהיא מעין-שותפות תהווה עילת קיפוח עלתה לאחרונה גם בע"א 6496/11 סטבון נ' סולומון, פסקה 22 (28.1.2014), הגם שבנסיבותיו הקונקרטיות של אותו המקרה דחה בית המשפט את טענת הקיפוח. ודוק – לאור עמדתו להלן לפיה ניתן לאפיין את חברות האחזקות כמעין-שותפויות, איני רואה צורך לקבוע מסמרות בשאלה האם תכנה ציפיות לגיטימיות להשתתפות בניהול גם בחברה שאינה מעין-שותפות. אעיר רק כי מוצא אני הגיון בקיומה של זיקה בין אפיון חברה כמעין-שותפות לבין הפוטנציאל להכרה בקיומן של ציפיות לגיטימיות באותה החברה, וכי יחד עם זאת אין מקום לפסול באופן קטגורי קיומן של ציפיות לגיטימיות להשתתפות בניהול בהיעדר מצב של מעין-שותפות, אלא יש לבחון כל מקרה על פי נסיבותיו.

67. מן המקובץ עולה כי במקרה של מעין-שותפות, עשויות לקום לבעלי מניות ציפיות לגיטימיות להשתתפות בניהול. האם במקרה שלפנינו אכן קמו ציפיות שכאלה? בעניין זה מקובלות עלי קביעותיו של בית המשפט המחוזי. נקודת המוצא הינה כי השלושה הינם בעלי המניות היחידים בחברות וכי שרר ביניהם קשר אישי – שני תנאים המעלים את הסיכוי להיווצרותן של ציפיות לגיטימיות (עיינו: כהן, בעמ' 123). נוסף

על כך, עניין לנו בחברות אחזקות שניהולן השוטף, לאורך מספר רב של שנים, היה מסור בידיהם של אדלר ופדלון. בנוסף, יש לקחת בחשבון את העובדה שהחל משנת 2003 פחתה מעורבותו של לבנת בנעשה בחברות באופן ניכר, ובעקבות זאת התעצמה עוד יותר האחריות הניהולית שהוטלה על אדלר ופדלון, תוך שבינם לבין לבנת שוררת מערכת יחסים הדוקה הנשענת על אמון. כאשר אלו הם פני הדברים, דומה כי אדלר ופדלון אכן היו יכולים לפתח ציפיות לגיטימיות להמשיך להיות חלק משדרת הניהול של החברות. ציפיות אלה נגדעו עם תחילת פעילויותיו של לבנת להדרתם של השניים בעקבות התדרדרות היחסים בינו לבינם שתחילתה בשנת 2010.

68. האם, ברמת העיקרון, יתכנו מקרים שבהם על אף קיומן של ציפיות לגיטימיות, שלילתן של ציפיות אלה על ידי הרוב אינה עולה כדי קיפוח המצדיק מתן סעד? דומה כי התשובה לשאלה זו היא חיובית, בפרט כאשר שלילת הציפיות נעשית בתגובה להתנהלות פסולה מצד המקופח – דוגמת מעילה בכספי החברה או ניהול מיזם עסקי עצמאי המתחרה בחברה (השוו: כהן, בעמ' 129-131). בנסיבות מעין אלה, לא מן הנמנע כי שלילת הציפיות הינה מוצדקת ואף עולה בקנה אחד עם טובת החברה, ואין לומר כי מדובר בפעולה "מקפחת". במילים אחרות, ציפיותיו הלגיטימיות של המנהל שגנב, מעל, או רימה מתאינות – ולמצער, נחלשות באופן קיצוני – ועל כן אין לאפשר לו להסתמך עליהן, שהרי אלמלא כן "יצא חוטא נשכר".

69. האם בנסיבות המקרה הספציפי היתה הצדקה לשלילת ציפיותיהם של אדלר ופדלון להשתתפות בניהול על ידי לבנת? בית המשפט המחוזי ענה על השאלה בשלילה, וזאת משום שלא השתכנע כי די בפרשיות שמהן עולות אינדיקציות להתנהלות פסולה מצד אדלר ופדלון – פרשת עסקת HCNH, פרשת שטרי החוב של סייפרטק ופרשת סקאיוז'ן – כדי להצדיק את שלילת זכותם של השניים להשתתפות בניהול. בית המשפט אמנם הכיר בכך שחלק ממעשיהם של אדלר ופדלון חמורים מבחינה ערכית, אך בה בעת קבע כי מעשים אלו לא כוונו נגד לבנת ולכל הפחות לא הוכחה כוונת מרמה אובייקטיבית המצדיקה את שלילת זכויותיהם. ואולם, עיון בקביעותיו של בית המשפט לעניין התנהלותם של אדלר ופדלון בעניינים שונים, מעוררת תהייה האמנם יש מקום לאפשר להם להסתמך על הציפיות שהיו להם ליטול חלק בניהולן של החברות?

70. בית המשפט המחוזי השתמש במילים קשות לתאור התנהלותם של אדלר ופדלון ואף הורה על ביטול הפעולות שהיו נגועות בהתנהלות נפסדת של השניים. בין

היתר התרשם בית המשפט כי השניים "נזקקו לתחבולות שאיש ישר ירחק מהן", כי התנהלותם ללא ספק "היוותה הפרת אמונים כלפי מר לבנת וחברת ימקום" (פסקאות 69-70 לפסק הדין, בהקשר של עסקת HCNH), כי השניים ניכסו לעצמם את שטרי ההון שהתקבלו במסגרת עסקת סייפרטק ללא הסכמתו של לבנת וכי הם הודו "כי העברת עסקת סקאיויז'ן מחברת ימקום לחברת סייפרטק נעשתה ללא ידיעתו של מר לבנת" וכן כי "העברת נכס בין שתי חברות האחזקות של הקבוצה, פעולה המרעה משמעותית את מצבו של מר לבנת, לא יכולה הייתה להתבצע ללא אישורו והסכמתו" (פסקאות 110 ו-114 לפסק הדין, בהקשר של עסקת סקאיויז'ן). הנה כי כן, יש בדברים אלו כדי להעיד שהתנהלותם של אדלר ופדלון פגעה בלבנת במישרין, בין אם במישור הפרת האמונים (כמו בפרשת עסקת HCNH) ובין אם במישור של פגיעת כלכלית ניכרת (כמו בפרשת סקאיויז'ן). לדידי, המסקנה המתחייבת מכך היא אחת: אדלר ופדלון אינם זכאים להיבנות משלילת ציפיותיהם להשתתפות בניהול, אף אם הדברים הקשים שיוחסו להם על ידי בית המשפט המחוזי, והמצוטטים לעיל, יפים אך בהתייחס לשלוש מ-11 הפרשיות שאותן בחן בית המשפט המחוזי. משכך, אין עסקינן ב"קיפוח" המצדיק הענקת סעד לאדלר ופדלון מכוח סעיף 191 לחוק החברות.

71. מוצא אני לנכון להרחיב מעט בנקודה זו, ולציין כי לדידי אין לייחס חשיבות לשאלה האם התנהלותם המתוארת של אדלר ופדלון כוונה כלפי החברות, כלפי לבנת, או כלפי רשויות המס. גם אם אניח שהתנהלותם של אדלר ופדלון לא כוונה כנגד לבנת, מסקנתי תיוותר על כנה. הטעם לכך הינו טעם שבמדיניות: האם איננו מעוניינים לאפשר לבעל שליטה, אשר גילה בדיעבד כי אנשי אמונו שניהלו את החברה בפועל התנהלו באופן שאינו תקין, להרחיקם מניהול החברה? דומני כי התשובה לשאלה זו צריכה להיות חיובית. כמובן שלא כל חשד בעלמא יכול להוות עילה לשלילת הציפיות הלגיטימיות, שכן מצב שכזה היה למעשה מעקר את הציפיות הלגיטימיות מתוכן. ברם, סבורני כי המקרה דנן איננו מקרה של חשדות בעלמא: ממצאיו של בית המשפט אודות התנהלותם של אדלר ופדלון בשלוש פרשות שונות הינם, לטעמי, בעלי משקל מספיק לצורך שלילת ציפיותיהם להשתתפות בניהול החברות.

72. אף אם נקבל את קביעת בית המשפט המחוזי שלא הייתה הצדקה למנוע מהשניים להסתמך על ציפיותיהם להשתתף בניהול החברות, אין זה אומר כי מגיע להם סעד להסרת קיפוח בנסיבות העניין. לא כל אימת שקיים קיפוח, חייב בית המשפט להעניק סעד להסרת הקיפוח. לא בכדי בחר המחוקק, בהתייחסו להענקת הסעד המבוקש, להשתמש במילים "רשאי בית המשפט" בלשון סעיף 191 לחוק החברות

ולתקנות לבית המשפט שיקול דעת רחב בעניין זה (עיינו: כהן, בעמ' 173-175). לא זאת אף זאת, יש לזכור כי סעד להסרת הקיפוח הינו סעד מן היושר (עיינו: כהן, בעמ' 95-105, 129-130). ככל סעד מן היושר, וכפי שצוין בקצרה לעיל, סעד זה לא יוענק למי שנהג שלא בתום לב או הגיש את בקשתו לבית המשפט בחוסר ניקיון כפיים [השוו: ה"פ (מחוזי ת"א) 746/03 אטינג נ' ספקטור פסקה 38 (20.5.2004); כהן, בעמ' 173-174; אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 770, 829 (מהדורה 11, 2013); בש"א (מחוזי י-ם) 3133/08 אנג'ל נ' שלמה א. אנג'ל בע"מ פסקה 38 (5.8.2008)]. ניתן גם להעלות על הדעת שורה של תרחישים נוספים שבהם ישקול בית המשפט שלא להעניק סעד על אף שהשתכנע כי אכן היה קיפוח בפועל: כאשר, לדוגמא, אין בנמצא סעד מתאים שבכוחו הן להסיר את הקיפוח והן למנוע פגיעה בלתי מוצדקת בזכויות בעלי מניות אחרים או כאשר הקיפוח הינו שולי וזניח. בענייננו, ממצאיו של בית המשפט המחוזי מצביעים על כך שאדלר ופדלון לא התנהלו בתום לב מלא במישור יחסיהם עם לבנת ועם החברות. כאשר אלו הם פני הדברים, אין הצדקה לאפשר להם – אף אם הודרו מניהול החברות תוך פגיעה בציפיותיהם – לזכות בסעד מן היושר.

73. הנה כי כן, מסקנתי באשר לאדן הראשון שונה ממסקנתו של בית המשפט המחוזי. מסכים אני אמנם עם הקביעה כי לאדלר ולפדלון אכן קמו ציפיות להשתתפות בניהול וכי פעילותו של לבנת להדרתם מניהול החברות פגעה בציפיות אלה. יחד עם זאת, בניגוד לבית המשפט המחוזי, סבור אני כי פגיעה זו אינה מצדיקה מתן סעד להסרת קיפוח, שכן התנהלותם של אדלר ופדלון שוללת את זכותם ליהנות מציפיותיהם ומאיינת את הקיפוח הלכה למעשה. אולם, יש לזכור כי בית המשפט התבסס על שני אדנים חלופיים, ומשכך אין מסקנתי זו סותרת את הגולל על האפשרות להעניק סעד כלשהו בנסיבות העניין. לדיון באדן החלופי אעבור כעת.

(8)(2) אובדן אמון במעין-שותפות כעילה להענקת סעד

74. האדן החלופי עליו ביסס בית המשפט המחוזי את הכרעתו הינו כזכור אובדן האמון בין השותפים בחברה המאופיינת כמעין-שותפות. כידוע, על חברות שהינן מעין-שותפויות מחילים עקרונות מסוימים השאובים ישירות מדיני השותפויות, בפרט בסוגיות הקשורות לחובות אמון ולפירוק התאגיד [ראו למשל: ע"א 283/62 הסס נ' לסלו, פ"ד יז 758, 764 (1963); חביב-סגל, בעמ' 635; כהן, בעמ' 347-349]. במסגרת דיני השותפויות, פירוקה של שותפות יכול לנבוע, בין היתר, מדרישתו של אחד השותפים לפרק את השותפות [סעיף 41(א)(3) לפקודת השותפויות [נוסח חדש], התשל"ה-1975 (להלן: פקודת השותפויות)] או מכוח קביעת בית המשפט כי יש לפרק את השותפות מטעמי צדק ויושר [סעיף 45(6) לפקודת השותפויות]. כפי שהיטיב לנסח

זאת המלומד ד' יהודאי, אחד התרחישים אשר בהם ניתן להורות על פירוק שותפות מטעמי צדק ויושר הינו כאשר אבד האמון אשר שרר בין השותפים:

"נתאר לעצמנו מקרה של שותפות המורכבת משני שותפים, שווי זכויות, שנתכוננה לתקופה קצובה אשר טרם חלפה. אותה ההבנה ההדדית וההרמוניה, ששררו בין השותפים בראשית דרכה של השותפות, הלכו והצטמקו במרוצת הזמן, עד שנעלמו כליל. הגיעו הדברים לידי כך שאחד מתנגד לשני בענינים הקשורים בניהול עסקי השותפות. נראה לי כי בנסיבות כאלה ניתן להשתית את הבקשה לפירוק על העילה של 'צדק ויושר' [זלמן יהודאי דיני שותפויות בישראל 252-253 (1988)].

הפסיקה בישראל, בדומה לפסיקה באנגליה, החילה את העיקרון הנ"ל גם על חברות המאופיינות כמעין-שותפות [ראו למשל: ע"א 161/76 שטיבל נ' שטיבל, פ"ד לב(1) 510, 514-515 (1978); תפ"ח (מחוזי ת"א) 1597/68 ברגשטיין נ' עטרה בתי קפה בע"מ, פ"מ סג 249, 253-255; צפורה כהן פירוק חברות 129-130 (2000) (להלן: פירוק חברות)].

75. בשנת 1980 הוכנס לראשונה לדין הישראלי הסעד להסרת קיפוח, שבמקור נועד לשמש כסעד אלטרנטיבי לסעד הפירוק, מקום שמוצדק להוציא צו פירוק מטעמי צדק ויושר (עיינו: פירוק חברות, 137-138, 211-212). ואכן, בפסיקתו של בית משפט זה השתרשה ההלכה כי אובדן האמון במעין-שותפות עשוי, כשלעצמו, להקנות סעד שהינו אלטרנטיבה לצו פירוק. לאחר כניסתו של חוק החברות לתוקף הכיר בית משפט זה בכך שבנסיבות בהן נדרשת הפרדת כוחות עקב אובדן אמון בין ה"שותפים" בחברה שהיא מעין-שותפות, יש להעדיף סעד חלופי לסעד הפירוק. כך היה, לדוגמא, ברע"א 5596/00 סתוי נ' נאחוסי, פ"ד נז(1) 149 (2002) (להלן: עניין סתוי), שם קבע הנשיא א' ברק שאין מקום להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי להעדיף סעד של התמחרות תחת סעד של פירוק, בקובעו כי: "לאור קביעת הערכאה דלמטה יש צורך להפריד בין הצדדים מאחר שהמערערת אינה נותנת עוד אמון במשיב. אכן, בית המשפט היה רשאי לפרק את החברה מטעמי צדק ויושר, שכן האמור לפנינו בחברה שהינה 'מעין שותפות' [...] אולם בענייננו בחר בית-המשפט שלא לעשות כן, אלא בחר בסעד חלופי של התמחרות" (שם, בעמ' 156. כן ראו: עניין דוידזון, בעמ' 130). העדפת סעד של הפרדת הכוחות על פני סעד של פירוק בנסיבות של אובדן האמון במעין-שותפות באה לידי ביטוי גם בפסיקתו של בית המשפט המחוזי [ראו למשל: פש"ר (מחוזי ת"א) 1260/00 א.א.א.ווי. בנייה, אחזקות וניהול נדל"ן בע"מ נ' בינדר פסקאות 19-26 (14.7.2002) (להלן: עניין בינדר)]. מכל אלו אנו למדים כי בנסיבות שבהן אחד מבעלי המניות

בחברה שהינה מעין-שותפות עתר לצו פירוק עקב אובדן אמון בינו לבין בעלי המניות האחרים, יעדיף בית המשפט להעניק סעד קיצוני פחות, שתכליתו לאפשר הפרדת כוחות מבלי לפרק את החברה ממש.

76. במקרה דנן, בשונה מן המקרים שהובאו עד כה, אין בנמצא בקשת פירוק. אדלר ופדלון ביקשו אמנם מבית המשפט "להורות על חלוקת הון המניות או נכסי החברות בין המבקשים לבין המשיב, וזאת על דרך של חלוקה בעין [...] או בכל דרך אחרת שתמצא לנכון" (מבוא להמרצת הפתיחה מיום 3.5.2011) – אך זאת כסעד להסרת קיפוח – וכבר עמדתי על כך שבנסיבות העניין אדלר ופדלון אינם זכאים לסעד להסרת קיפוח. משכך, עולה השאלה האם סעד של הפרדת כוחות מכוח סעיף 191 לחוק החברות יכול להינתן כמענה לאובדן אמון במעין-שותפות גם מקום שבו הצד הטוען לקיפוח לא עתר לקבל סעד כזה ועל אף קביעה כי הוא לא זכאי לסעד להסרת קיפוח בנסיבות העניין? לאחר ששקלתי בדבר, הגעתי למסקנה כי התשובה היא חיובית, וטעמי לכך הם שניים. הטעם הראשון, אליו כבר התייחסתי לעיל, הינו הגמישות הרבה אשר מוקנית לבית המשפט בהענקת סעד מכוח סעיף 191 לחוק החברות. כאשר צד הטוען לקיפוח פונה לבית המשפט בבקשה שיוענק לו סעד מכוח סעיף 191 לחוק החברות, חזקה עליו כי הוא מודע לקשת הרחבה של האמצעים העומדים לרשותו של בית המשפט. אין כל מניעה, לפיכך, כי בית המשפט יגיע למסקנה כי הצד הטוען לקיפוח אינו זכאי לסעד להסרת קיפוח, אך בד בבד יקבע כי יש מקום להעניק סעד אחר אשר יביא להפרדת כוחות. הטעם השני נעוץ בעצם טיבה של חברה המאופיינת כמעין-שותפות. כפי שהעירה המלומדת צ' כהן, "המאפיין שותפות הוא האמון ההדדי בין השותפים ורצונם ליטול חלק בניהול העסק. גם בחברה שהיא 'מעין שותפות', מבוססים היחסים בין בעלי המניות על עקרונות דומים" (כהן, בעמ' 384). מעין-שותפות, בדומה לשותפות, מבוססת על ציפיות הצדדים לפיהן ענייני החברה יתנהלו במסגרת מרקם יחסים הכרוך באמון הדדי. כפי שבשותפות איננו מעוניינים לכפות על מי מהשותפים את המשך היחסים לאחר שאבד האמון ביניהם, כך גם, אף אם במידה פחותה, כאשר מדובר במעין-שותפות. יפים לעניין זה דבריו של בית המשפט לענייני חברות באנגליה

במסגרת (2005) 181, 212-213 B.C.C *Gerrard v. Koby*, *Re Baumler (UK) Ltd.*:

"The Court does not have the jurisdiction to make an order under section 461 merely on the grounds that there has been a breakdown in the relationship between partners in a company formed as a quasi-partnership [...]
[However,] in the case of a quasi-partnership company a breach of duty by one participant may not in the event be causative of "prejudice or loss"

to the company, but may nevertheless lead to such a loss of confidence on the part of another, innocent, participant and breakdown in relations that the innocent participant is entitled to relief under section 461 of the 1985 Act. In effect the unfairness lies in compelling the innocent participant to remain a member of what was once a company formed with the characteristics which made it capable of being given the label of "quasi-partnership [...]"

[Indeed,] there may be some event which puts an end to the basis upon which the parties entered into association with each other, making it unfair that one shareholder should insist upon the continuance of the association. The analogy of contractual frustration suggests itself. The unfairness may arise not from what the parties have positively agreed but from a majority using its legal powers to maintain the association in circumstances to which the minority can reasonably say it did not agree".

בית המשפט האנגלי הדגיש אמנם את הכלל שעל פיו אין לבית המשפט סמכות, ברגיל, להעניק סעד כתרופה לאובדן אמון במעין-שותפות במצב של "העדר אשמה". יחד עם זאת, הכיר בית המשפט באפשרות שבמקרים מסוימים יבצעו הצדדים פעולות שלא יעלו כדי קיפוח אך עדיין יובילו לאובדן אמון היורד לשורש מרקם היחסים שבגיננו אופיינה החברה כמעין-שותפות מלכתחילה. בנסיבות כגון אלה, כך קבע בית המשפט, אין זה ראוי להכריח את הצדדים להמשיך בשיתוף פעולה עסקי במתכונת הנוגדת את ההסכמה שניתנה על ידם מבעוד מועד. ההיגיון שאותו הפעיל בית המשפט – אשר נובע מהרצון לכבד את האופן שבו בחרו הצדדים להתנהל – מקובל עלי. ודוק, הנסיבות שבהן יהיה מקום להפעיל את ההיגיון הזה הינן חריגות: סעד של הפרדת כוחות מכוח סעיף 191 לחוק החברות, כשנקבע כי הטוען לקיפוח אינו זכאי לסעד, הינו סעד שיש להעניקו במשורה ובכפוף לכך שבית המשפט השתכנע כי אכן מדובר במעין-שותפות וכי אין מנוס, בנסיבות העניין הקונקרטי המונח לפני בית המשפט, להפריד בין ה"שותפים" הניצים.

77. מהי אותה מעין-שותפות שבה אובדן האמון בין בעלי המניות (ה"שותפים") יכול, במקרים המתאימים, להצדיק סעד של הפרדת כוחות אף אם הטוען לקיפוח לא עתר לסעד זה ואף בהיעדר קיפוח? סיווגה של חברה כמעין-שותפות לצורך הענקת סעד של הפרדת כוחות במקרים דנן צריך להיעשות בזהירות, תוך מתן תשומת לב לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. לצורך סיווג זה, ניתן להיעזר בשורה של מבחני עזר, ובכללם: האם פעילות החברה מאופיינת ביחס אישי בין בעלי המניות, הכרוך באמון

הדדי; האם יש הבנה בין בעלי המניות אודות ניהול משותף של עסקי החברה; האם בעלי המניות החליטו להטיל הגבלות על העברת המניות בחברה; מהו מספר בעלי המניות; ומהם יחסי אחזקותיהם [עיינו: כהן, בעמ' 164]. ניתן כמובן להעלות על הדעת מבחני עזר נוספים – כגון: האם מדובר בחברה משפחתית; עד כמה ענפים ומגוונים עסקיה של החברה; מהי מדיניות חלוקת הרווחים ונטילת הערכויות בחברה; וכיצד בחרו הצדדים להציג את עצמם בינם לבין עצמם ומול צדדים שלישיים – אם כי ניתן לסבור כי מבחנים אלו נותנים דגש רב מדי לצורת היחסים שבין בעלי המניות במקום להתמקד במהותם. על כל פנים, ברי כי הבחינה צריכה להיות קפדנית וכי אין לתת לאף מבחן – כשהוא עומד בפני עצמו – משקל מכריע.

78. וכעת לענייננו. בית המשפט המחוזי התרשם כי מאזן הראיות תומך באופן מובהק במסקנה כי החברות התנהלו כמעין-שותפות. נוכח מבחני העזר שאותם מניתי לעיל, שותף אני למסקנה זו, ואפרט. ראשית, כפי שציין בית המשפט, בין הצדדים נקבעו הסדרים המגבילים את עבירות המניות, שיש בהם כדי להעיד על הקשר האישי ביניהם. שנית, אין מחלוקת של ממש כי לצדדים היו הבנות אודות ניהול משותף, וכפי שקבעתי לעיל, לאדלר ופדלון היו אמנם ציפיות להשתתפות בניהול החברות. במקרה דנן אף יש חשיבות לכך שבתקופה שבה מעורבותו של לבנת בנעשה בחברות הייתה מוגבלת, היו אדלר ופדלון אמונים – באופן בלעדי כמעט – על הניהול השוטף של החברות, שכן מצב זה מעיד על עומק האמון וההבנות ששררו בין הצדדים. שלישיית, במקרה דנן ישנם שלושה בעלי מניות בסך הכל, כאשר בחלק מחברות האחזקות – בדגש על חברת סייפרטק – שיעור האחזקות של כל אחד מהשלושה דומה לשיעור האחזקות של האחרים. רביעית, השלושה לא הקפידו על הפרוצדורות של דיני החברות כדבר שבשגרה, אלא העדיפו מזומנות להתנהל באופן בלתי פורמאלי, כאשר חלק ניכר מהחלטות בחברות התקבלו בשיחות ובמפגשים בלתי פורמאליים בין השלושה. בנסיבות העניין, די במאפיינים אלו כדי להצביע באופן ברור על כך שמדובר במעין-שותפות. אדגיש כי לא מצאתי שבנסיבות העניין יש לתת משקל רב לשאר מבחני העזר, אשר כאמור מתמקדים בצורת ההתנהלות ולא במהות היחסים, וממילא אין הם מובילים למסקנה חד משמעית לכאן או לכאן: חלקם מצביעים על כך שהצדדים התנהלו כמעין-שותפות (למשל: חלוקת דיבידנדים שוויונית בפועל והאופן שבו השלושה התייחסו לעצמם בשיחותיהם), בעוד שחלקם האחר עשוי דווקא ללמד כי אין מדובר במעין-שותפות (למשל: העובדה כי במהלך השנים הראשונות רק לבנת העמיד ערכויות לטובת חברות האחזקות, והעובדה כי לחברות המוחזקות על ידי חברות האחזקות פעילות עסקית ענפה במגוון תחומים, לרבות תקשורת, טכנולוגיה ומסחר). ודוק – מקובלת עלי עמדת בית המשפט לפיה אין להיצמד דווקא לדרך שבה הבינו הצדדים את

יחסייהם בשלבי הקמת החברה, אלא לבחון את המקרה בהתאם למערכת היחסים שהתגבשה ונהגה לאורך זמן. על אף מסקנתי הברורה כי לפנינו מעין-שותפות, לא למותר לשוב ולציין כי זהו אינו המקרה הרגיל וכי ככלל, לא בנקל ייטה בית המשפט לסווג חברה כמעין-שותפות. במידה רבה, המקרה שלפנינו הוא מקרה ייחודי שבו רוב רובם של מבחני העזר העיקריים מובילים לאותה המסקנה. אין בכך כדי להפחית מן הזהירות המתחייבת בעת מלאכת הסיווג לצורך הענקת סעד של הפרדת כוחות.

79. סיכומם של דברים עד לנקודה זו, מעלה קיומן של שתי מסקנות: ראשית, אובדן אמון בחברה המאופיינת כמעין-שותפות עשוי להצדיק מתן סעד של הפרדת כוחות מכוח סעיף 191 לחוק החברות אף במקרים בהם לא נתבקש סעד זה ואף במקרים בהם הגיע בית המשפט למסקנה כי מי שפנו בבקשה לסעד להסרת קיפוח לא קופחו; שנית, חברות האחזקות דנן אכן מהוות מעין-שותפויות. בנוסף לשתי מסקנות אלה, נדמה כי אין עוררין על עומקו של משבר האמון בין הצדדים – משבר שנמשך מספר שנים ולא מן הנמנע כי אף החריף בעקבות ההליכים המשפטיים המתמשכים. לטעמי, די בשלוש מסקנות אלה כדי להוביל לתוצאה לפיה בנסיבות העניין אכן יש מקום להענקת סעד שתכליתו הפרדת כוחות בעקבות אובדן האמון בין הצדדים.

(9) הסעד המתאים בנסיבות העניין

80. בפסק דינו, מנה בית המשפט המחוזי שלושה מנגנוני הפרדה שעשויים להיות רלוונטיים למקרה דנן. המנגנון הראשון הינו פירוק חברות האחזקות וחלוקת אחזקותיהן בחברות הריאליות בין לבנת, אדלר ופדלון. בית המשפט דחה את האפשרות הזו מן הנימוק כי זהו מנגנון קיצוני שאינו רצוי, לא מבחינת הצדדים ולא מבחינת היקף התערבות בית המשפט בפעילות הכלכלית שלהם. המנגנון השני שהועלה על ידי בית המשפט הינו רכישה כפויה של מניותיהם של אדלר ופדלון על ידי לבנת בהתאם למחיר שייקבע על ידי מעריך שווי חיצוני. אפשרות זו נדחתה מן הטעם שהצדדים הביעו את חששם כי בנסיבות המקרה, מנגנון זה עלול להביא להערכת שווי שאינה מדויקת. האפשרות השלישית – ביצוע התמחרות בין הצדדים – היא זו שנבחרה על ידי בית המשפט, משום שהיא הוגנת כלפי הצדדים ופחות פוגענית מבחינה כלכלית. בהחלטתו המשלימה, קבע בית המשפט את המתווה לביצוע ההתמחרות, והכל כמפורט בפסקה 24 לעיל.

81. לטענת לבנת, כפיית התמחרות על בעל שליטה כמוה כהפקעה של מניותיו ולכן היא מהווה פגיעה חמורה וקיצונית בזכות הקניין שלו – בוודאי בהשוואה

לסעדים האחרים שבהם בית המשפט יכול היה לבחור. לגופו של המתווה המופיע בהחלטתו המשלימה של בית המשפט המחוזי, מעלה לבנת שלוש טענות. ראשית, נטען כי אין מקום לביצוע ההתמחרות בנוגע לכל החברות כמקשה אחת, באופן המתעלם משיעורי האחזקות האמיתיים בחברות ומהחובות הבין-חברתיים המשמעותיים שקיימים בקבוצה. המתווה שנקבע, כך טוען לבנת, מקפח אותו באופן ניכר, הן משום שאין הצדקה לאמץ דווקא את שיעור האחזקות בחברת ימקום כיחס האחזקות בקבוצה כולה, והן משום שלזכותה של חברת זואי, בה החזקותיו הן המשמעותיות ביותר, ישנם חובות בין-חברתיים רבים שטרם נפרעו. שנית, טוען לבנת כי הוא זכאי לפרמיית שליטה בשיעור של 20 אחוזים. שליטתו, נטען כי הביטחונות שנקבעו על ידי בית המשפט – בסך של שלושה מיליון ש"ח – אינם מהווים תמריץ מספיק להגשת הצעת מחיר אמיתית.

82. אדלר ופדלון טוענים בתגובה כי הלכה למעשה לא היה מנוס מן המתווה שאומץ על ידי בית המשפט המחוזי. בתוך כך נטען כי התייחסות לחברות האחזקות כאל מקשה אחת עולה בקנה אחד עם האופן שבו נוהלו החברות לאורך השנים. עוד טוענים אדלר ופדלון כי בית המשפט לא התעלם מהעובדה שלבנת הינו בעל השליטה וכי שיקול זה הוא שהניע את בית המשפט להעניק ללבנת את היתרון המשמעותי הגלום בעמדת הניצע. ממילא, כך נטען, לא עלה בידו של לבנת להוכיח מהי פרמיית השליטה הראויה בנסיבות העניין. לבסוף נטען כי דרישתו של לבנת להעלאת סכום הביטחונות מציבה מכשול מימוני גבוה מאוד שחותר תחת השאיפה לקיים את הליך ההתמחרות על בסיס שוויוני ככל הניתן.

(9)(1) שאלת סוג הסעד

83. לצורך איתור סוג הסעד המתאים ביותר למקרה דנן, דומני כי נוכל להסתייע במיפוי כללי של קשת הסעדים אשר עומדים לרשותו של בית המשפט בבואו להורות על הפרדת כוחות בין בעלי מניות. מיפוי שכזה יוכל להציף את יתרונותיהם וחסרונותיהם של הסעדים השונים, וכך יאפשר להבין באילו סיטואציות ראוי להעניק כל אחד מהם.

84. הסעד האפשרי הראשון הינו סעד של פירוק החברה. המדובר, כפי שציין בית המשפט בצדק רב, בסעד קיצוני. הן בארצות הברית והן בישראל נשמעה הדעה כי אל לו לבית המשפט להורות על פירוק עת שלא נתבקש לעשות כן על ידי אחד מהצדדים, ובפרט כאשר טרם מוצו סעדים קיצוניים פחות [ראו: כהן, בעמ' 186-189; Jason M.

Hoberman, *Practical Considerations for Drafting and Utilizing Deadlock Solutions for Non-Corporate Business Entities*, 2001 COLUM. BUS. L. REV. 231, 238 (להלן: *Deadlock Solutions*); עניין ב'נדד', פסקה 26]. הדברים יפים אף במצב שבו חברה סולבנטית הגיע למצב של "מבוי סתום" (deadlock) עקב אובדן אמון בין בעלי מניותיה [ראו למשל: פש"ר (מחוזי ת"א) 1816/00 גלריית גודדון בע"מ נ' גולקונדה אמנות בע"מ פסקאות 5-17 (10.9.2001)]. דומה, אם כן, כי סעד זה רלוונטי רק כאשר החברה נקלעת לשיתוק מוחלט שאינו ניתן לפתרון בדרך חלופית. ממילא – ונקודה זו חשובה במיוחד לענייננו – סעד הפירוק מחייב קיומה של בקשת פירוק מצד גורם הרשאי לבקש בקשה זו, ובקשה שכזו לא הוגשה במקרה דנן.

85. הסעד האפשרי השני הינו סעד הרכישה הכפויה שבמסגרתו יחויב אחד הצדדים לרכוש את מניותיו של הצד השני בהתאם לשוויין. על פי רוב, הערכת השווי שעל בסיסה תבוצע הרכישה הכפויה תופקד בידיו של מעריך שווי אובייקטיבי שימונה על ידי בית המשפט. סעד זה של רכישה כפויה מוזכר באופן מפורש בסעיף 191(א) לחוק החברות ואף הוכר בספרות כסעד מרכזי להתמודדות עם מצבים של קיפוח מתמשך (עיינו: כהן, בעמ' 192-193; חביב-סגל, בעמ' 667-674), ובהתאם גם נעשה בו שימוש על ידי בתי המשפט המחוזיים [ראו למשל: ה"פ (מחוזי ב"ש) 4141/97 פרקש נ' פרקש פסקה 12 (22.7.1999); עניין וולף]. היתרון של סעד זה הוא כפול: ראשית, מדובר במנגנון שהוא פשוט ליישום, ושנית, הסעד מאפשר לקבוע מראש איזה מהצדדים יהיה בעל השליטה לאחר הפרדת הכוחות. יצוין כי במקרים שבהם מיושם סעד זה כתרופה להסרת קיפוח, בדרך כלל יהיה זה הצד המקפח שיחויב לקנות את מניותיו של הצד המקופח, אך ייתכנו מקרים שבהם יהיה מקום לחייב את הצד המקופח לרכוש את מניותיו של הצד המקפח (ראו: *Deadlock Solutions*, בעמ' 232-233; כהן, בעמ' 193). בצד יתרונותיו של הסעד מצוי גם חסרונו המרכזי – הצורך בקבלת הערכת שווי אובייקטיבית, אשר עשויה להיות יקרה ולשקף שווי שסוטה במידה כזו או אחרת מהשווי שהצדדים עצמם מייחסים לחברה. לאור יתרונותיו וחסרונותיו, אף אני סבור כי זהו הסעד שהינו בבחינת "דרך המלך" כאשר מדובר בסיטואציה ה"קלאסית" של קיפוח המיעוט, דהיינו, סיטואציה שבה ישנו מיעוט מובהק שקופח בידי רוב מובהק ובית המשפט הגיע למסקנה כי הסרת הקיפוח תושג רק באמצעות הפרדה בין הניצים.

86. הסעד האפשרי השלישי הוא סעד מהסוג שאותו אימץ בית המשפט המחוזי במקרה דנן – ביצוע התמחרות בין הצדדים. גם סעד זה אומץ לא אחת על ידי בתי המשפט בישראל [ראו למשל: עניין סתוי; עניין פגירי; ה"פ (מחוזי ת"א) 1225/06

טובה נ' חיי שרה בע"מ (18.1.2007); ה"פ 4208/97 (מחוזי ב"ש) בן דור נ' צעצועי בוקי בע"מ (25.8.1999)]. יודגש כי סעד ההתמחרות ניתן ליישום ולביצוע בדרכים שונות. במסגרת התמחרות בווריאציה המכונה "Russian Roulette", ולעתים גם שיטת BMBY, הצד שמבקש את הפרדת הכוחות נוקב בהצעת מחיר עבור החברה כולה, ולאחר מכן הצד השני יכול לבחור האם למכור את מניותיו לפי המחיר שהוצע או לחלופין לרכוש את מניות המציע לפי מחיר זה. מנגנון התמחרות נוסף, המכונה "Texas Shoot-Out", מסדיר מעין מכרז בין הצדדים, במסגרתו מגיש כל אחד משני הצדדים, באופן סימולטני, מעטפה שבה הצעת שווי עבור החברה כולה שעל פיה הוא מוכן לרכוש את מניות הצד השני. הצד שהצעתו היא הגבוהה יותר יהיה חייב לממש את הצעתו ולרכוש את מניות הצד השני על פי השווי שהוצע (להלן: שיטת המעטפות). מובן כי ישנן וריאציות נוספות, אך לענייננו די בתיאור שתי הווריאציות המרכזיות הללו.

87. יתרונה המרכזי של ההתמחרות בין הצדדים – על גווניה השונים – נעוץ ביכולתה להבטיח כי רכישת המניות תעשה בשווי הוגן כלפי שני הצדדים, ללא תלות במעריך שווי חיצוני. ברם, מנגנון זה אינו חף מפגמים, ודומה כי אין עוררין על כך שהוא פחות מתאים לסיטואציה שבה לצד אחד יש עמדה כלכלית עדיפה באופן משמעותי בהשוואה לצד השני – בייחוד בהיבטי מימון ונזילות – שאז מתעורר חשש ממשי פן הצד החזק יוכל להציע הצעה שתקנה לו יתרון בלתי הוגן על פני הצד החלש. ראוי לציין כי פער ביחסי אחזקת המניות בין הצדדים אינו שולל, מניה וביה, את האפשרות להפעיל מנגנון של התמחרות בין בעלי המניות, אך לעתים קרובות פער זה מציב, כשלעצמו, מחסום מימוני בלתי הוגן בפני הצד שמחזיק בחלק קטן מהון המניות המחולק של החברה [עיינו: Holger Fleischer & Stephan Schneider, *Shoot-Out: Clauses in Partnerships and Close Corporations – An Approach from Comparative Law and Economics Theory*, 9 E.C.F.R 35 (2012); עדי אייל ושלומי תורג'מן "כשלים במנגנון ההתמחרות – BMBY" תאגידים ח' 1, 9-8, 17-16 (2011) (להלן: כשלים במנגנון ההתמחרות)].

88. סעד ההתמחרות מקנה לשני הצדדים הזדמנות להמשיך לנהל את החברה תוך הבטחת מחיר הוגן לצד שיפסיד בהתמחרות. הואיל וההתמחרות מעניקה לשני הצדדים הזדמנות שווה לרכוש את החברה, היא רלוונטית בפרט כאשר אין מקום להעניק יתרון א-פריורי לצד כזה או אחר. במילים אחרות, ההתמחרות רלוונטית בעיקר בשני המצבים שלהלן: הראשון, כאשר הצורך בהפרדה נובע מאובדן אמון בין ה"שותפים" שאינו מלווה בקיפוח; והשני, כאשר על אף קיומו של קיפוח מצדו של אחד השותפים,

התנהלותו של השותף האחר היא שגרמה לקיפוחו או שהתנהלותו של המקופח עולה כדי חוסר תום לב. אעיר לבסוף כי אני בדעה שיש כעקרון להעדיף את שיטת המעטפות, הן לאור פשטותה, והן משום שהיא שוויונית יותר (שהרי יש בה שני מציעים, ולא ניצע שמצוי בעמדת כוח לעומת מציע). יחד עם זאת, במקרים מתאימים – למשל, כאשר בית המשפט סבור כי יש לתת דווקא לצד מסוים להחליט האם הוא מעוניין לרכוש את חלקו של הצד שכנגד או למכור את חלקו, או כאשר קיים קיפוח שלא אוּן לחלוטין על ידי התנהלות הצד המקופח – יכול בית המשפט להעדיף מנגנוני התמחרות אחרים, ובכללם שיטת BMBY.

89. הסעד האפשרי הרביעי הינו סעד ההתמחרות הפתוחה. במסגרת סעד זה, יוכלו בעלי מניות להציע את מניותיהם לכל המרבה במחיר – אף אם אין הניצע בעל מניות בחברה – כשמי שיציע את ההצעה הגבוהה ביותר ירכוש את המניות המוצעות. לרוב, התמחרות זו תנוהל על ידי בעל המניות המציע עצמו או על ידי גורם אובייקטיבי, ומעורבותו של בית המשפט תוגבל לפיקוח בלבד. לסעד זה שני מאפיינים חשובים. ראשית, במסגרת סעד זה המניות המוצעות למכירה לא תועברנה בהכרח לאחד מבעלי המניות הקיימים, והרוכש יכול שיהיה, כאמור, מי שאינו בעל מניות בחברה. שנית, משום שהתמחרות מסוג זה תיעשה בדרך כלל בדרך של מכירה פומבית, היא מגדילה את הסיכוי כי המניות המוצעות תימכרנה במחיר מירבי, בשונה מהתמחרות בין הצדדים בשיטת המעטפות או בשיטת BMBY, המגדילות את הסיכוי כי המניות תימכרנה במחיר הוגן אך לא בהכרח במחיר מירבי. סעד ההתמחרות הפתוחה הינו סעד נפוץ שעה שעסקינן בסיטואציות שבהן מכירת המניות נועדה להבטיח את פירעון חובותיו של בעל המניות המוכר. בסיטואציות אחרונות אלה מתבצעת המכירה, מזומנות, באמצעות מי שמונה ככונס נכסים על המניות, על ידי בעל החוב, ובפיקוח בית המשפט, לשם הבטחת מכירתן בשווי הגבוה ביותר האפשרי [השוו למשל: ע"א 509/00 לוי נ' ברכה, פ"ד נה(4) 410 (2001)].

90. את המיפוי שערכתי זה עתה – בעניין דרכי הפרדת כוחות בין בעלי מניות שאבד האמון ביניהם, במקרים בהם קיים קיפוח ובמקרים שבהם הוא לא קיים או שאין מקום להעניק סעד להסרתו – ניתן לסכם באופן הבא: לרשותו של בית המשפט עומד מגוון רחב מאוד של סעדים, שלכל אחד מהם יתרונות וחסרונות המאפיינים אותו. בשל המאפיינים הייחודיים של הסעדים, לכל סיטואציה שבה נדרש בית המשפט להפרדת כוחות בין בעלי המניות, ניתן להתאים את הסעד המתאים לה ביותר: בסיטואציה הקלאסית שבה יש מקפח ומקופח – דרך המלך הינה רכישת מניות המקופח בידי

המקפח לפי שווי חברה המתחשב בקיפוח; בסיטואציה שבה יש צורך בהפרדת כוחות בין בעלי המניות ושבה לא קיים קיפוח, או שהוא מאוין על ידי התנהלות המקופח – דרך המלך הינה התמחרות בין הצדדים בשיטת המעטפות. יובהר, אין באמור לעיל כדי לשלול מבית המשפט את האפשרות להחיל על מקרה מסוים, בהתחשב במאפייניו הייחודיים, שיטת התמחרות אחרת.

91. מן הכלל אל הפרט. במקרה דנן, הצורך להביא להפרדת כוחות בין הצדדים אינו נובע דווקא מקיפוחם של אדלר ופדלון בידי לבנת, וזאת משום שאף אם קופחו השניים, בכך שהודרו מניהול החברות על ידי לבנת, הרי שכפי שהוסבר לעיל, התנהלותם מכרסמת בזכאותם ליהנות מציפיותיהם להשתתפות בניהול ומאיינת למעשה את טענת הקיפוח. תחת זאת, הצורך בהפרדת כוחות נובע מכך שמדובר במצב של אובדן אמון מוחלט בין הצדדים שאין מקום לנסות ולרפאו בדרך של מתן הוראות על ידי בית המשפט שלפיהן יתנהלו ענייניהן של החברות בעתיד, בדרך כזו או אחרת. לטעמי, בסיטואציה שכזו עלינו לאתר סעד שמעניק לכל אחד מן הצדדים הזדמנות שווה – עד כמה שניתן – לרכוש את מניות הצד האחר, במחיר הוגן. דרך המלך במקרים הללו הינה הוראה על התמחרות בין הצדדים. לא נעלמה מעיניי טענתם של אדלר ופדלון לפיה לבנת נהנה מיתרון משמעותי בהשוואה אליהם בהיבטי הון ונזילות – יתרון אשר עשוי, לפי טענה זו, להעניק ללבנת יתרון בלתי הוגן במהלך ההתמחרות. אולם, לא די בטענות כלליות בדבר פערי כוחות כלכליים כדי להצדיק סטייה ממנגנון של התמחרות. בית המשפט קבע מפורשות כי "לא רק שאדלר ופדלון הם שביקשו כי יעשה שימוש במנגנון התמחרות פנימית, אלא שלא הוצגו לפני ראיות המלמדות כי אדלר ופדלון אינם יכולים לגייס את הכספים הדרושים לרכישת חלקו של לבנת" (פסקה 44 להחלטה המשלימה), ולא מצאתי הצדקה כלשהי להתערב בקביעה זו. דא עקא, בניגוד לבית המשפט המחוזי, איני רואה סיבה להעדיף בנסיבות העניין את שיטת BMBY על פני שיטת המעטפות. יתרונה של שיטת המעטפות בנסיבות העניין הינו כפול: שיטה זו פשוטה יותר ליישום והיא אינה כרוכה בהענקת יתרון א-פריורי לצד הניצע. ודוק, במקרה דנן – ודאי לאור מעורבותם המשמעותית של אדלר ופדלון בניהול החברות עובר לשנת 2010 – רואה אני לנכון לבכר מנגנון המקנה לשני הצדדים הזדמנות שווה, ככל הניתן, לרכוש את מניותיו של הצד השני. הזדמנות שווה זו – אשר משקפת את מהות היחסים בין הצדדים עובר לסכסוך שנתגלע ביניהם ואשר הוביל לאובדן אמון מוחלט ביניהם – לא תתאפשר בהתמחרות בשיטת BMBY שבה לבנת יינה מעמדת הניצע, באופן שיאפשר לו, למעשה, להחליט מי מהצדדים יהיה הצד הרוכש. מסיבה זו ציינתי שבסיטואציות כאלה ראוי להפעיל, ככלל, את שיטת המעטפות, ולהשאיר את שיטת BMBY לאותם המקרים המצדיקים שימוש במאפייניה הייחודיים.

92. משקבעתי כי התמחרות בשיטת המעטפות היא השיטה המתאימה במקרה דנן, עלי להידרש לשאלת מתווה ההתמחרות המתאים בנסיבות המקרה דנן. במסגרת שאלה זו, חלוקים הצדדים בנוגע לחמש סוגיות: העמדת שלוש החברות להתמחרות כ"מקשה אחת" והתחשבות בחובות הבין-חברתיים; יחס האחזקות אותו קבע בית המשפט המחוזי; האם יש מקום להתחשב בפרמיית שליטה; מהות הסנקציה אשר תוטל על הצד שאינו יכול לעמוד בהצעתו; ומועד פרעונם של החו"זים.

(9)(2) ביצוע התמחרות כמקשה אחת ושאלת יחס האחזקות

93. תחילה אתייחס לשתי הסוגיות הראשונות – סוגיות שקשורות בטבורן זו בזו ואשר מסמנות את לב המחלוקת בין הצדדים. אומר כבר עתה כי לאחר עיון בטענות הצדדים ובחוות הדעת של המומחים מטעמם, מוצא אני ממש בטענת לבנת לפיה ההסדר שנקבע מקפח אותו ללא הצדקה נראית לעין. קיפוח זה נובע, כך נדמה, מהחיסרון שאותו ייחס בית המשפט המחוזי לקיומה של התמחרות כ"מקשה אחת" – העובדה שהיא מחייבת את בית המשפט לקבוע את יחס האחזקות לפיו תבוצע ההתמחרות. היחס שנקבע בנסיבות העניין – 57.6324% לעומת 42.3676% – אינו לוקח בחשבון את החובות הבין-חברתיים, בדגש על החובות הנטענים של חברת ימקום וחברת סייפרטק כלפי חברת זואי. לא זאת אף זאת, יחס אחזקות זה הינו תוצאה של התערבות שיפוטית בשיעור האחזקות, ועל כן אינו משקף את יחס האחזקות האמיתי. כתוצאה מכך, הפתרון שנקבע על ידי בית המשפט מקדם אמנם את השוויון בין הצדדים, אך הוא עושה זאת על חשבון פגיעה משמעותית מדי בקניינו של לבנת.

94. ניתן להעלות על הדעת שורה ארוכה של מנגנונים אשר נותנים מענה למצב זה. מבין המנגנונים שהונחו לפני, סבורני כי ההגיון שבבסיס הצעתו של המומחה מטעמם של אדלר ופדלון, פרופ' ירון זליכה, בכל הנוגע לסדר ההתמחרות ואופן חלוקת החברות, הוא המתאים ביותר לנסיבות המקרה דנן. על פי הגיון זה, ההתמחרות תכלול למעשה שתי התמחרויות שתבוצענה במקביל. בתוך כך, יגישו הצדדים מעטפות המכילות הצעת שווי הן עבור חברת סייפרטק והן עבור חברת ימקום. במידה שאותו הצד ינקוב בשווי הגבוה יותר הן עבור חברת סייפרטק והן עבור חברת ימקום, יהיה על אותו צד לקנות את החזקותיו של הצד השני בכל ארבע חברות ההחזקות (דהיינו, לרבות חברת זואי וחברת קמה) במחיר הנגזר מהשווי שהוצע על ידו, בהתאם ליחסי האחזקות הקיימים כיום. במידה שצד אחד יזכה בהתמחרות בנוגע לחברת ימקום והצד השני יזכה בהתמחרות בנוגע לחברת סייפרטק, יהיה על הצד שזכה בהתמחרות בנוגע לחברת ימקום לרכוש גם את אחזקות הצד השני בחברות זואי וקמה במחיר הנגזר

משוויין של חברת ימקום וחברת סייפרטק ובהתאם ליחסי האחזקות הקיימים כיום, והכל כמפורט בעמודים 8-10 לחוות דעתו של פרופ' זליכה אשר הוגשה לבית המשפט המחוזי ביום 26.2.2013. למנגנון זה מספר יתרונות. ראשית, מדובר בפתרון אשר לוקח בחשבון את החובות הבין-חברתיים (למעשה, הצדדים יציעו הצעות לקנות את חברת ימקום וחברת סייפרטק על כל חובותיהן וזכויותיהן). שנית, הוא מציע פתרון פשוט להפרדת כוחות בחברת זואי, תוך הבטחת תמורה הוגנת לצד שמניותיו בחברת זואי תירכשנה על ידי הצד השני (תמורה אשר נגזרת משוויין של חברת סייפרטק וחברת ימקום, בתוספת חובות בין-חברתיים לזכותה ולחובתה של חברת זואי). שלישיית, פתרון זה מונע מצב שבו אחד הצדדים ניגש להתמחרות מעמדת נחיתות מובהקת מבחינת יחס האחזקות בין הצדדים.

95. אבהיר כי לא נעלם מעיניי הקושי המובנה הנובע מסדר ההתמחרות ואופן חלוקת החברות אשר הוצע על ידי פרופ' זליכה – האפשרות כי לבנת יזכה בהתמחרות אחת בעוד שאדלר ופדלון יזכו בהתמחרות השנייה. על פני הדברים, בתרחיש שכזה, הצעתו של פרופ' זליכה תביא אמנם להפרדת כוחות מלאה במישור הבעלות, אך לא תביא לניתוק שאר קשרי הגומלין בין החברות. קשרי גומלין אלו יכולים ללבוש צורות שונות: ייתכן, לדוגמה, שקיימים הסכמים מסוגים שונים בין חברות בקבוצה; ייתכן כי חברת סייפרטק נתנה ערבויות לעמידתה של חברת ימקום בהתחייבויותיה; וייתכן כי ישנם עובדים שעובדים במקביל הן בחברת ימקום והן בחברת סייפרטק. יחד עם זאת, מדובר בתרחישים היפותטיים בלבד, שהרי לא הוצגו ראיות לגבי קיומם של קשרי גומלין מעין אלו. יתר על כן, ממילא הן פרופ' זליכה והן המומחה מטעמו של לבנת – פרופ' מנחם פרלמן – המליצו על מתווה שמאפשר מצב שבו צד אחד זוכה בחברת סייפרטק והצד השני זוכה בחברת ימקום, ועל כן מדובר בתרחיש ששני הצדדים לא התנגדו לאפשרות שיקרה בפועל בסופו של יום. מסיבה זו, ובשים לב ליתרונות שאותם מניתי לעיל, יש מקום להעדיף את הצעתו של פרופ' זליכה על פני פתרון שמתייחס לכל חברות הקבוצה כמקשה אחת.

(9)(3) שאלת פרמיית השליטה

96. כעת אתייחס לשאלה האם יש צורך להעניק ללבנת יתרון בדמות פרמיית שליטה? אדלר ופדלון מעלים בסוגיה זו שלוש טענות: כי מכיוון שמדובר במעין-שותפות, הרי שזכאותו של לבנת אינה בלעדית וכי גם הם זכאים ליהנות מהיתרונות הלגיטימיים הנובעים מהיכולת לכוון את פעולת התאגיד; כי לא עלה בידו של לבנת להצביע על פרמיית השליטה הראויה בנסיבות העניין; וכי ממילא אין להעניק לו פרמיית שליטה בנוסף ליתרון הפרוצדוראלי הגלום בעמדת הניצע.

97. כשלעצמי, סבורני כי הנחת המוצא הראויה הינה כי בסיטואציה של התמחרות בין מעין שותפים נחלשת ההצדקה לקיומה של פרמיית שליטה. פרמיית השליטה הינה התמורה שאותה משלם רוכש מניות בגין זכויות השליטה שאותן מניות מקנות לו. ניתן לומר, מבלי להיכנס לעובי הקורה, כי תמורה זו משתלמת בעבור היתרונות הלגיטימיים (כגון יכולת לכוון את מדיניותו העסקית של התאגיד בהתאם לחזונו של בעל השליטה) והבלתי לגיטימיים (כגון היכולת להשיג הטבות פרטיות מסוימות על חשבונם של יתר בעלי המניות) הנובעים מזכות השליטה, וכי היא מגולמת בהפרש שבין מחיר השוק של המניות לבין המחיר ששולם בעדן בפועל [עיינו: Michael J. Barclay & Clifford G. Holderness, *Private Benefits from Control of Public Corporations* 25 J. FIN. ECON.371 (1989); ת"צ (מחוזי ת"א) 11-01-26809 כהנא נ' מכתשים-אגן תעשיות בע"מ פסקה 4 (15.5.2011)]. כאשר במעין-שותפות עסקינן, מטבע הדברים היכולות של ה"שותפים" ליהנות מהיתרונות הלגיטימיים של השליטה – דהיינו, לכוון את מדיניות התאגיד – אינה נחלתו הבלעדית של שותף כזה או אחר. בעוד שהשליטה במובנה הפורמאלי, קרי החזקת עיקר ההון, עשויה להיות מוקנית ל"שותף" ספציפי, הרי שמעצם טיבה של חברה שהיא מעין-שותפות, אין אותו בעל שליטה פורמאלי נהנה באופן בלעדי מהשליטה המהותית, במובן של שליטה על הניהול [לעניין הבחנה זו, עיינו: כהן, בעמ' 641-651; יוסף גרוס מושג ה"שליטה" והשלכותיו 11-6 (2003)]. היטיב לתאר זאת, בראי נסיבותיו של המקרה דנן, פרופ' זליכה :

"הלכה למעשה, התביעה לקבלת פרמיית שליטה, ככל שהיא מופנית לבעלי אחזקות המיעוט, וככל שהיא מבוססת על הזכות לשלוט בניהולן של חברות האחזקה, משקפת דרישה לקבלת זכות שכלל לא הייתה מוקנית לבעל אחזקות הרוב, בכל התקופה בה החברות הללו נוהלו על ידי הצדדים להליך" (עמ' 12 לחוות דעתו).

אין ספק, אמנם, כי עמדתו של לבנת כבעל השליטה הפורמאלי הקנתה לו יתרונות לא מבוטלים לאחר התדרדרות היחסים. הראיה לכך היא הצלחתו של לבנת, תוך זמן לא רב מפרוץ הסכסוך בין הצדדים, לפעול להדרתם של אדלר ופדלון מניהולן של החברות. ברם, יתרון זה היה פחות מוחשי עובר להתדרדרות היחסים.

98. ראוי לציין כי נקודת המוצא לפיה כאשר מדובר במעין-שותפות נחלשת ההצדקה העיונית להעניק פרמיית שליטה למי מהצדדים, מתיישבת עם הגישה הגורסת כי ממילא אין לאפשר לבעל השליטה לנכס לעצמו את פרמיית השליטה כולה, אלא יש להתייחס לפרמיה זו כנכס של החברה עצמה אשר ראוי לחלקו שווה בשווה בין כל בעלי המניות באשר הם. קיימת אמנם מחלוקת ענפה בספרות סביב השאלה למי

"שאיכות" פרמיית השליטה [ראו למשל: זוהר גושן "מבט ביקורתי על חוק החברות החדש: תכלית החברה, הצעות רכש והתובענה הייצוגית" משפטים לב(2) 381, 403-398 (תשס"ב); ידידיה שטרן "עיצובן המודרני של הזכויות והחובות הנלוות למניה מהנמקה קניינית להנמקה עניינית" מחקרי משפט ט 91, 104-107 (תשנ"ב-1991); עופר גרוסקופף הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט 81-89 (2002); אוריאל פרוקצ'יה דיני חברות חדשים לישראל 364-358 (1989)], אך ניכר כי בסופו של דבר, לפחות בכל הנוגע לדיני הצעת הרכש, אומצה הגישה לפיה יש לחלק את פרמיית השליטה בצורה שוויונית [ראו למשל: ע"א 5105/09 שפירא נ' dexia credit local פסקה 11 (17.6.2012); רע"א 779/06 קיטאל החזקות ופיתוח בינלאומי בע"מ נ' ממון (28.8.2012), בפסקאות 84 ו-102 לחוות דעת]. על כל פנים, איננו נדרשים בעניין זה להכרעה בין הגישות העיוניות השונות, ונוכל להסתפק בכך שנקודת המוצא ניתנת לעיגון גם במישור התאורטי.

99. יש לזכור כי עמדה זו היא הנחת מוצא בלבד, שכן קיומה של מעין-שותפות מחלישה אמנם את ההצדקה להענקת פרמיית שליטה, אך לא שוללת אותה מניה וביה. הרי לא כל מעין-שותפות זהה בדיוק לכל מעין-שותפות אחרת – אין הכרח, לצורך העניין, להתייחס למעין-שותפות שבה יחס האחזקות הינו 50%-50% או 33.33%-33.33%, באותו האופן שבו יש להתייחס למעין-שותפות שבה יחס האחזקות הינו 70%-30%. יש לבחון כל מקרה לגופו, כאשר הנטל לשכנע כי קיימת הצדקה להעניק פרמיית שליטה על אף הנחת המוצא מונח, מטבע הדברים, על כתפי הצד אשר דורש את הפרמייה.

100. האם במקרה דנן עמד לבנת בנטל זה? אני סבור כי התשובה לשאלה זו היא שלילית. בחינת מכלול האסמכתאות אליהן מפנה לבנת – ובכללן חוות דעתו של פרופ' פרלמן – מגלה שתי "ראיות" בלבד שיש בהן כדי להצביע, לשיטתו של לבנת, על כך שיש להעניק לו פרמיית שליטה במקרה דנן. הראשונה היא הנתון שלפיו פרמיית השליטה הממוצעת בחברות ציבוריות בישראל עומדת על 27%, והשנייה היא העובדה שבעסקת רכישת השליטה בחברת מד-1 בשנת 2000 נקבעה פרמיית שליטה של 20%. רצונו של לבנת להקיש מנתונים אלו על המקרה הקונקרטי מוקשה בעיניי: לא זאת בלבד ששני הנתונים יכולים לכל היותר ללמד על פרמיית השליטה שהייתה מקובלת עובר לשנת 2000, הרי שמחקר הרשות לניירות ערך שממנו עולה הנתון 27% מתייחס לחברות ציבוריות, בעוד שאנו דנים בקבוצה של חברות פרטיות. ניתן כמובן להקשות ולטעון כי מעצם טבעה ואופיה, הוכחתו של גובה פרמיית השליטה באופן מדויק אינה

פשוטה כלל ועיקר, ודאי כשמדובר בהערכה מראש ולא בדיעבד [עיינו: Alexander Dyck & Luigi Zingales, *Private Benefits of Control: An International Comparison*, 59 J. FIN. 537, 537-38 (2004)]. לאור מורכבות הוכחתה של פרמיית השליטה, לכאורה יש מקום לאפשר לבית המשפט להעריך את גובה פרמיית השליטה על דרך האומדנה [לעניין האפשרות של הערכה על דרך האומדנה, השוו: ע"א 355/80 נתן אניטימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה(2) 800, 809 (1981)]. אולם, בשלב זה עלינו לזכור את נקודת המוצא לפיה הנטל מונח על כתפיו של לבנת. הערכת פרמיית השליטה הראויה על דרך האומדנה מקום שלבנת מפנה אך לשתי "ראיות" כלליות שהזיקה ביניהן לבין המקרה דנן חלשה מאוד – ובשים לב לכך שבנסיבות העניין ההצדקה לקיומה של פרמיית שליטה נחלשת מלכתחילה – כמוה כשחרורו של לבנת מנטל זה.

101. זה המקום, בבחינת למעלה מן הצורך, להעיר שתי הערות נוספות. ראשית, כלל איני משוכנע כי מן הראוי שבית המשפט יקבע את גובה פרמיית השליטה מקום שמדובר בהתמחרות פנימית בין בעלי מניות שהם מעין שותפים. פרמיית השליטה משקפת את השווי העודף הגלום בעצם השליטה מנקודת מבטו של הרוכש, דהיינו, הרוכש הוא זה שצריך להחליט מהו גובה הפרמייה הכדאית מבחינתו, אם בכלל. בהתאם, לא מן הנמנע כי שני רוכשים שונים יהיו מוכנים, בעקבות הערכות או תחזיות שונות, לשלם פרמיות שליטה שונות. מכיוון שאנו עוסקים בהתמחרות, ממילא יוכלו אדלר ופדלון לשקלל בתוך הצעתם את פרמיית השליטה הראויה בעיניהם, ואין סיבה להניח כי בית המשפט יבצע את מלאכת ההערכה באופן מדויק יותר. באופן דומה, יש לצפות כי הצעותיו של לבנת ישקפו גם הן את ערכו של שימור השליטה, מאחר שתוצאת ההתמחרות בין כה וכה תהיה העברת השליטה כולה לצד כזה או אחר. שנית, יש לציין כי מחקר אקדמי עדכני מצביע על ירידה דרסטית של פרמיית השליטה הממוצעת בישראל [עיינו: שרון חנס ואילון בלום "אין כמעט פרמיית שליטה בעסקאות במשק" אתר הממשל התאגידי של אוניברסיטת תל-אביב <http://www7.tau.ac.il/blogs/law> (3.3.2015)]. יצוין כי מחקר זה טרם הושלם נכון למועד כתיבת שורות אלה, ויש לקחת בחשבון כי מדובר במחקר הסוקר חברות בורסאיות בלבד].

(9)(4) הסנקציה המתאימה ומועד פירעון החו"זים

102. אשר למחלוקת לעניין הסנקציה; כזכור, מתווה ההתמחרות שפורט בהחלטתו המשלימה של בית המשפט המחוזי כולל שני מנגנונים שנועדו להתמודד עם מצב שבו

הצד הרוכש לא ישלם לצד המוכר את התמורה במועדה: חילוט ערכות בסך של שלושה מיליון ש"ח אשר תופקד מבעוד מועד, לצד מתן אופציה לצד השני לרכוש את המניות ב-90% מהשווי שהוצע על ידי הרוכש. לטענת לבנת, אין די במנגנונים האלו, משום שהם לא מונעים מאדלר ופדלון להציע שווי שהינו גבוה בהרבה מהערכתם האמיתית, רק כדי לזכות ביתרון על פני לבנת. על כן, טוען לבנת, יש מקום לדרוש מהם להפקיד ערכות בנקאית בגובה השווי של כלל החזקותיו של לבנת בהתאם למחיר שיוצע על ידם. אדלר ופדלון טוענים מנגד כי דרישה כזו מציבה בפניהם מכשול מימוני בלתי אפשרי שמטה את ההתמחרות כולה לטובתו של לבנת.

103. נשאלת השאלה האם שינוי מנגנון ההתמחרות כמפורט לעיל מחייב גם שינוי של הסנקציה. סבורני כי אף אם הערבויות שעל הפקדתן הורה בית המשפט המחוזי אינן גבוהות במיוחד בנסיבות המקרה דנן, ניתן להסתפק בהן ולהוסיף לצידן סנקציה משמעותית אחרת: ככל שצד זוכה בהתמחרות לא ירכוש את מניותיו של הצד השני במועד (אותו אפרט בהמשך דברי), תעבור זכות הרכישה לצד השני במחיר שהציע אותו צד שני. מנגנון זה מספק תמריץ ניכר לשני הצדדים להציע הצעות שהם עצמם יוכלו לעמוד בהן, ובה בעת מוודא כי התמורה שיקבל הצד הזוכה שלא רכש במועד תהיה תמורה הוגנת הנגזרת ישירות משווי החברות (אף אם מדובר בשווי נמוך במידת מה מן השווי שהוערך על ידי הצד שזכה אך איחר).

104. מכאן, לסוגיה האחרונה שבמחלוקת – מועד פירעון החו"זים – סוגיה שבה כבר דנתי בקצרה קודם לכן (ראו פסקה 59 לעיל). אדלר ופדלון מצביעים בטענותיהם על הסתירה הקיימת, לשיטתם, בין סעיף 193(ו) לפסק הדין, בו קבע בית המשפט המחוזי כי "כל עוד חברות האחזקות אינן חדלות פירעון אין להיפרע את החו"זים הרשומים לחובת מר אדלר ומר פדלון אלא מתוך חלקם בדיבידנדים עתידיים", לבין סעיף 3ב להחלטה המשלימה, לפיו הצד הרוכש יקזז את חובותיו של הצד המוכר מן התשלום שיועבר לו. דומני כי אין בסיס לטענה כי מדובר בסתירה; ברגע שמיישמים מנגנון של הפרדת כוחות, ברור כי לא יהיה ניתן לפרוע את חובותיהם של הצדדים לחברות בדרך של קיזוז מדיבידנדים עתידיים. משכך, אם בית המשפט לא היה קובע כי יש מקום להתחשב בחובות כחלק מההתמחרות, משמעות הדבר הייתה כי קביעתו העקרונית לפיה מדובר בחובות ממשיים תתרוקן מתוכנה. על כן, אין מנוס מן המסקנה כי יש להתייחס אל הסכומים הרשומים בחו"זים כחובות חלוטים לכל דבר ועניין ולוודא את פירעונם כחלק מהליך ההתמחרות. סבורני כי בהתחשב בנטל המימוני שיוטל על הצדדים ומטעמי יעילות, ראוי לקבוע מנגנון שבמסגרתו תוך 60 יום ממועד

השלמת ההתמחרות – תהיינה תוצאותיהן אשר תהיינה – יהיה על הצד המפסיד לפרוע את חובותיו לאותן חברות שהוא לא זכה בהן. פתרון זה אף יאפשר לצדדים לכלכל את צעדיהם ולגלם את שווי חובותיהם בתוך הצעות הרכישה שתוגשנה על ידם במהלך ההתמחרות. בשולי הדברים אציין כי לטעמי יש להחיל פתרון זה לא רק על החו"זים, אלא גם על החובות הבין-חברתיים, כך שבתרחיש שבו לבנת זוכה באחת משתי ההתמחרויות בעוד שאדלר ופדלון זוכים בשנייה (תרחיש שעל השלכותיו עמדתי בפסקה 95 לעיל), יהיה על כל אחד מהזוכים לפרוע את החובות הבין-חברתיים לטובת החברה שלגביה הפסיד בהתמחרות.

(9)(5) מתווה ההתמחרות החדש

105. לסיכום הדיון בשאלת הסעד, להלן מתווה ההתמחרות החדש שיחול בין הצדדים. ויובהר, במונח "הצדדים" הכוונה לאדלר ופדלון כצד אחד וללבנת כצד שני:

(1) בית המשפט המחוזי ימנה לא יאוחר מיום 14.10.2015 נאמן לביצוע התמחרות לו תוגשנה הצעות הצדדים כמפורט להלן (להלן: הנאמן). בית המשפט יקבע את שכרו של הנאמן, וזה ישולם על ידי הצדדים בחלקים שווים.

(2) כל אחד מהצדדים יפקיד עד ליום 28.10.2015 במזכירות בית המשפט המחוזי שתי ערבויות בנקאיות אוטונומיות וצמודות מדד בסכומים של שני מיליון ש"ח (ביחס להתמחרות בחברת ימקום) ומיליון ש"ח (ביחס להתמחרות בחברת סייפרטק) לתקופה של שישה חודשים, ערוכות לטובת הצד שכנגד.

(3) ביום 29.10.2015, עד לשעה 17:00, יגיש כל צד שתי מעטפות חתומות לנאמן. כל מעטפה תכיל הצעת רכישה המתייחסת לאחת משתי החברות – חברת ימקום וחברת סייפרטק.

(4) הנאמן יעדכן את בית המשפט המחוזי בדבר תוצאות שתי ההתמחרויות עד ליום 1.11.2015 בשעה 10:00. או אז יוציא בית המשפט החלטה בה יפרט את תוצאות ההתמחרות.

- (5) על הצד הזוכה להשלים את רכש הזכויות של הצד השני בהתאם למתווה המפורט בפסקה 94 לעיל תוך 60 ימים ממועד מתן החלטתו של בית המשפט המחוזי.
- (6) אשר לעניין החו"זים; על הצד המפסיד לפרוע את כל חובותיו (לרבות חובות הרשומים שם חברת האחזקות האישית של אותו צד) לחברות שלגביהן הפסיד, כמפורט בחו"זים הרשומים בספרי החברות, תוך 60 יום ממועד מתן החלטתו של בית המשפט המחוזי, והכל כמפורט בפסקה 104 לעיל.
- (7) אשר לעניין החובות הביין-חברתיים; בתרחיש שבו כל אחד מהצדדים זוכה בהתמחרות אחת, על כל צד לפרוע את חובותיהן של החברות שלגביהן זכה לחברות שלגביהן הפסיד, תוך 60 יום ממועד מתן החלטתו של בית המשפט המחוזי, והכל כמפורט בפסקה 104 לעיל.
- (8) היה ואדלר ופדלון יפסידו בהתמחרות על חברת סיפרטק, יהיה עליהם להשיב לה את יתרת הלוואה שניתנה לרויטל גבאי, תוך 60 יום ממועד מתן החלטתו של בית המשפט המחוזי, והכל כמפורט בפסקה 53 לעיל.
- (9) לצורך תשלום התמורה לצד שכנגד יהיה הצד הזוכה רשאי, בכפוף להגבלות כל דין, לעשות שימוש בכספים שאינם משועבדים או מעוקלים המצויים בחשבונות החברות לגביהן זכה אותו צד.
- (10) בד בבד לתשלום התמורה על ידי הצד הזוכה, תועברנה אליו החזקותיו של הצד שכנגד בחברות הרלוונטיות. במקביל להעברת ההחזקות, יתפטר הצד שכנגד (וכן כל אדם המכהן מטעמו) מכל תפקידיו בנושא משרה בחברות הרלוונטיות ובחברות שבהחזקתן. כמו כן, כנגד העברת ההחזקות, ידאג הצד הזוכה לשחרור הצד שכנגד מכל ערבות כלפי צד ג' להתחייבויות של החברות הרלוונטיות.
- (11) בית המשפט המחוזי יהיה רשאי להורות על חילוט הערבויות הבנקאיות שהפקיד הצד הזוכה – בהתאם לחלוקת הערבויות – אם לא ישלם את התמורה

במועדה או אם לא ישחרר את הצד שכנגד מכל ערכות כלפי צד ג' להתחייבויות של החברות הרלוונטיות.

12) בנוסף לאמור בסעיף 105.11, ככל שהצד הזוכה לא יעמוד בהתחייבויותיו לשלם את התמורה במועדה או לשחרר את הצד שכנגד מערכויותיו, תעבור זכות הרכישה לצד שכנגד, אשר יהיה חייב לרכוש את החברות הרלוונטיות לפי השווי הנקוב בהצעתו שלו בתוך 90 יום ממועד מתן החלטתו של בית המשפט המחוזי.

13) במידה שאחד מהצדדים יחליט שלא להגיש הצעה לגבי אחת מהחברות או שתיהן, יראוהו לכל דבר ועניין כצד שהפסיד בהתמחרות לגבי אותן חברות שלגביהן לא התמודד, ויחולו עליו כלל החובות המוטלים על הצד המפסיד, לרבות אלה המנויות בסעיפים 105.6 ו-105.7 לעיל. למותר לציין כי הצד שהגיש הצעה ייראה כצד הזוכה, על כל המשתמע מכך.

14) כל אחת מחברות הקבוצה תעביר לצדדים עד ליום 30.9.2015 הודעה בכתב בה תפורטנה יתרות החו"זים המצוינות בספריהן בהתייחס ללבנת, אדלר ופדלון (ובכלל זה יתרות החו"זים בהתייחס לחברות האחזקה הפרטיות שבבעלותם).

15) מיום מתן פסק דין זה ועד למועד הגשת הצעות הצדדים יאפשרו כל חברות הקבוצה לצדדים ו/או למי מטעמם גישה חופשית לכל מידע המצוי ברשותן וברשות החברות שבהחזקתן (קרי, החברות הריאליות). החברות תהיינה רשאיות להתנות את מתן המידע בחתימה על כתב סודיות, במסגרתו יתחייב מקבל המידע שלא לעשות שימוש במידע אלא לצורך הליך ההתמחרות.

16) עד לסיום הליך ההתמחרות ימנעו הצדדים מביצוע עסקאות כלשהן באחזקותיהם בשלוש החברות. בתוך כך על הצדדים להימנע מהעמדת אחזקותיהם כבטוחה, לרבות על דרך של שעבוד. כמו כן, החברות תימנענה מביצוע פעולות שאינן במהלך העסקים הרגיל, לרבות מכירה ו/או שעבוד של מניותיהן בחברות הריאליות המוחזקות על ידן.

106. אם תישמע דעתי, נותר רבים מקביעותיו וממצאיו של בית המשפט המחוזי על כנם, נתערב בקביעתו של בית המשפט לפיה זכאים אדלר ופדלון לסעד להסרת קיפוחם הנטען ונקבע מנגנון התמחרות שונה מזה שעליו הורה בית המשפט בהחלטה המשלימה, והכל כמפורט לעיל. בנסיבות העניין, נוכח התוצאה שאליה הגעתי, אציע שכל צד יישא בהוצאותיו.

ש ו פ ט

השופט א' שהם:

אני מסכים לפסק דינו המקיף והיסודי של חברי, השופט י' דנציגר, אשר השכיל, במקרה מורכב ורב פנים זה, למצוא את הדרך הראוייה להפרדת הכוחות בין לבנת מצד אחד, לבין אדלר ופדלון מצד שני.

לא נותר לי אלא לקוות כי המתווה המוצע על-ידי חברי ימומש בתום לב ובנפש חפצה, על מנת שכל צד יזכה, במידת האפשר, להזדמנות שווה והוגנת.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

1. אף אני מסכימה לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט י' דנציגר בפסק דינו המלומד והמקיף. עם זאת, מצאתי לנכון להוסיף בעניין זה מספר הערות – באשר לתנאים להענקת סעד בגין קיפוח ובאשר לבחירה במנגנון ההתמחרות המתאים במקרים מסוג זה.

2. סעד בגין קיפוח – חברי דן במקרה זה בשני טעמים אפשריים להענקת סעד של התערבות באופן ניהול ענייניה של החברה: טענה לקיפוח בפועל של בעלי מניות המיעוט, וכן אובדן האמון המוחלט בין הצדדים בנסיבות שבהן החברה היא בעלת

מאפיינים של מעין-שותפות. לשיטתו, בקצירת האומר, בשל הדופי בהתנהגותם של אדלר ופדלון אין להעניק להם סעד על בסיס של טענת קיפוח, אך נכון וניתן בכל זאת להיענות לבקשתם למתן סעד בשל הטעם האחר של אובדן האמון בין הצדדים. אני מבקשת להתייחס לשני הפנים של קביעה זו.

3. סעד של קיפוח והתנהגותו של המקופח – חברי מדגיש את אופיו של סעד הקיפוח כסעד "מן היושר" אשר פגם בהתנהגותו של מי שמבקש אותו יכול להצדיק את אי-הענקתו. אינני חולקת על כך, אך לשיטתי, יש מקום להגדיר עיקרון זה באופן מעט יותר מורכב, אשר אינו מבוסס על התנהגותו של מבקש הסעד לבדה. אכן, התנהגות פסולה של מי שמעלה טענת קיפוח היא בעלת רלוונטיות לדיון. על כך אין מחלוקת. אולם, אני סבורה שיש לשקול בעניין זה לא רק את הדופי שנפל בהתנהגותו של מבקש הסעד, אלא גם לאזן בינו לבין עוצמת הקיפוח והפגיעה שעלולים להיגרם לצד שמעלה את טענת הקיפוח. כמו כן, דומה שיש להביא בחשבון את התנהגותו של הצד המקפח, כאשר זו קשורה באופן ישיר להתנהגות הצד המקופח. במלים אחרות, אני סבורה שהחלטה בעניין זה אינה אמורה להיות "בינארית" אלא לשקף "מקבילית כוחות". גם במקרה של דופי לא מבוטל בהתנהגותו של הטוען את טענת הקיפוח, יש לבחון את התנהלותו ולשקול אותה אל מול מידת הפגיעה בו. מבחינה זו, יש "לשכלל" את הגישה המסורתית של דיני היושר וליישמה במתכונת שמביאה בחשבון עקרונות יסוד נוספים של השיטה דהיום, ובכללם עקרון המידתיות. על דרך ההשאלה, ניתן להצביע על כך שאף בתחום המשפט הציבורי, שבו נהוג היה לדחות על הסף עתירות בשל "אי-ניקיון כפיים" מיושם עיקרון זה באופן שמביא בחשבון גם את עוצמת הפגם הנטען (ראו למשל: עע"ם 2357/14 אסברוק נ' משרד הפנים, פסקה 16 לפסק דיני (19.3.2015); בג"ץ 3483/05 די.בי.אס. שרותי לווין (1998) בע"מ נ' שרת התקשורת, פסקאות 26-27 (9.9.2007); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ג 2032 (2014)). לגופם של דברים, אני נדרשת להכריע אם במקרה זה מכלול הנסיבות הצדיק אי-הענקת סעד להסרת הקיפוח בשל הדופי שנפל בהתנהלותם של אדלר ופדלון, שכן ממילא אני מסכימה עם חברי השופט דנציגר כי יש מקום להעניק להם סעד מן הטעם האחר שנדון בפסק דינו, כמפורט להלן.

4. הענקת סעד בגין אובדן אמון בחברה שהיא מעין שותפות – חברי סבור שניתן להעניק במקרה זה סעד שאינו מבוסס על בחינת היבטים של אשם וקיפוח, בשל כך שמדובר במצב של אובדן אמון בחברה המאופיינת כמעין-שותפות, הגם שלשיטתו אין מדובר במצב של קיפוח. אני מסכימה כי במישור העקרוני מצב של אובדן אמון בחברה

בעלת מאפיינים של מעין-שותפות עשוי להצדיק אף הוא הענקת סעד במקרים מתאימים. עם זאת, אני סבורה שיש להגדיר את הדברים באופן מעט שונה. כאשר צדדים לחברה שהיא מעין-שותפות איבדו את האמון זה בזה בקשר עם אופן ניהולה של החברה, במידה המצדיקה סעד של הפרדת כוחות, משמעות הדבר היא, למעשה, שטבוע במצב הדברים שנוצר חשש מוכנה לקיפוח בהתנהלותה העתידית של החברה, בעיקר של בעל מניות המיעוט. כלומר, הענקת סעד כתוצאה מאובדן האמון בין הצדדים אינה מנותקת מן הרעיון של הגנה מפני קיפוח, אם כי נכונה להסתפק אף בקיומו של חשש בלבד לקיפוח בשל המצב שנוצר בחברה, וזאת בהתייחס למאפייניה המיוחדים כמעין-שותפות והצורך הקיים בה בשיתוף פעולה בין הצדדים. הגדרה זו של הדברים מתיישבת, להבנתי, גם עם גישתו של המשפט האנגלי. הן פסק הדין בעניין Re Baumlter (UK) Ltd; Gerrard v. Koby, [2005] 1 BCLC 92 (להלן: עניין באומלר) שאליו מפנה חברי והן פסק דינו של בית הלורדים בעניין O'Neil V. Phillips [1999] 1 W.L.R. 1092 שעליו הוא מבוסס, נסבים על מקרים שבהם אובדן האמון היה כרוך בחשש אובייקטיבי לקיפוח על רקע התנהגות לא נאותה של אחד הצדדים. כתוצאה מכך, אופן התנהלות החברה שונה מהאופן עליו הסכימו הצדדים מלכתחילה ומצדיק את היפרדותם (ראו: עניין באומלר, בפסקה 181; צפורה כהן בעלי מניות בחברה – זכויות תביעה ותרופות כרך ב' 122 (2008)). במישור התוצאה, גישתי אינה שונה מזו של חברי, אולם אני סבורה שבמישור ההגדרתי אין לערוך הפרדה מושגית בין הדיון במצבים של אובדן אמון בחברות קטנות דמויות שותפויות לבין הבסיס להענקת הסעד – החשש מפני קיפוח, שטבוע במצב שבו נוצר אובדן אמון, ויש לכך בסיס אובייקטיבי.

5. מכל מקום, במישור התוצאה, אף אני סבורה, כמו חברי, כי המצב שאליו נקלעה החברה מצדיק, לנוכח מאפייניה המיוחדים, הענקת סעד.

6. מנגנון ההתמחרות המתאים – לבסוף, אתיחס בקצרה להיבט היישומי, אך בעל החשיבות הרבה, של מנגנון ההתמחרות. חברי סבור כי יש להמיר את שיטת ההתמחרות שבה צידד בית המשפט המחוזי (BMBY) בשיטת המעטפות, בהצביעו על פשטותה ועל כך שאינה מעניקה יתרון מוקדם לניצע. אני מבקשת לצרף לכך את הסכמתי תוך הדגשת החשיבות הנודעת למנגנון התמחרות ש"כוחו בפשטותו" – הן מבחינת היתרון הנודע לשיטה שיש לה ערך מנחה ביחס למקרים אחרים שיידונו בעתיד והן מבחינת הקלות הרבה יותר של פיקוח על מנגנון זה. אין צריך לומר שאין בהתערבות בנקודה זו כדי

לגרוע מהערכתנו הרבה למלאכה המורכבת והיסודית של בית המשפט המחוזי בפסק דינו.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, י"ז באלול התשע"ה (1.9.2015).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט