



בבית המשפט העליון

רע"א 1896/12

לפני: כבוד השופט נ' הנדל

המבקשות: 1. מטרת מיזוג חברות בע"מ
2. אפסווינג קפיטל
3. אסיה פיתוח

נגד

המשיבים: 1. אולטרה שייפ מדיקל
2. יוסף גורביץ

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 5.3.2012 בתיק ת"א 48851-02-12 שניתנה על ידי כבוד השופט ח' כבוב

בשם המבקשות: עו"ד ישי שריד
בשם המשיבה 1: עו"ד רוני ציטבר ועו"ד חגית רוס
בשם המשיב 2: עו"ד בנימין חורף

החלטה

1. מונחת לפני בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו - המחלקה הכלכלית, מיום 5.3.2012 (כב' השופט ח' כבוב; ת"א 48851-02-12).

רקע עובדתי וההליכים בבית המשפט קמא

2. המבקשות מחזיקות במקובץ בכ-19% ממניות המשיבה 1 (להלן: אולטרה). דירקטוריון אולטרה אישר ביום 21.2.2012 למכור למשיב 2 (להלן: גורביץ) 24.99% ממניות החברה. עסקה זו - "עסקת גורביץ" - היא שעומדת בלב ההליך העיקרי המתנהל בפני בית המשפט קמא, ובלב בקשת רשות הערעור שלפנינו.

לבית המשפט קמא הוגשה בקשה לצו מניעה זמני מטעם המבקשות, שיאסור על אולטרה להקצות לגורביץ את אותן 24.99% ממניותיה. זאת בהתבסס על שתי עילות:

ראשית, הדירקטורים של אולטרה היו נגועים בעניין אישי והפרו את חובת האמונים שלהם: הם אישרו את עסקת גורביץ בחיפזון וללא הליך תחרותי ראוי, בין היתר במטרה למנוע מהמבקשות להשיג שליטה בחברה וכך לשמור על כיסאם בדירקטוריון. סיכול מאמצייהן של המבקשות להשגת שליטה בחברה אף עולה כדי הפרה של סעיף 330 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: החוק), אשר אוסר על הדירקטורים להכשיל הצעת רכש מיוחדת עתידית בניגוד לטובת החברה. שנית, העסקה צריכה הייתה לקבל את אישור האסיפה הכללית: או משום היותה הצעה פרטית מהותית (לפי שתיים מן החלופות שבסעיף 270(5)(א) לחוק - עסקה שמקנה שליטה או שאיננה בתנאי שוק), או משום שמרבית הדירקטורים נגועים היו בעניין אישי (לפי סעיף 278(ג) לחוק). עמדת המבקשות נתמכה בחוות דעתם של פרופ' אסף חמדני ופרופ' שרון חנס.

המשיבים טענו כי הדירקטוריון קיבל החלטה לגיטימית אשר עולה בקנה אחד עם כלל שיקול הדעת העסקי (Business Judgment Rule). הדירקטורים לא קיבלו כל הטבה בגין כהונתם בדירקטוריון, וממילא היה בכוונתם להתפטר, כך שאין להם עניין אישי בעסקה. כן טענו המשיבים שאין מדובר בהצעה פרטית מהותית: ראשית, העסקה לא הקנתה לגורביץ שליטה באולטרה (לא התקיימה החלופה בסעיף 270(5)(א)(1) לחוק). זאת משום שלא נחצה הרף הכמותי של 25% ממניות החברה, ומבחינה מהותית - גורביץ הוא ככל בעל מניות אחר. שנית, ההצעה היא בתנאי שוק (לא התקיימה החלופה בסעיף 270(5)(א)(2) לחוק). עמדת המשיבים נתמכה בחוות דעתה של עו"ד דוידה לחמן-מסר.

בית המשפט קמא, בהחלטתו מיום 5.3.2012, קיבל את עמדת המשיבים. באשר לעניין האישי - נקבע כי הדירקטורים לא זירזו את עסקת גורביץ במטרה לשמור על כיסאם. זאת בהתבסס, בין היתר, על כך שדרישת המבקשות לכנס את האסיפה הכללית של אולטרה ולהחליף את הדירקטורים המכהנים - הגיעה לידי הדירקטוריון רק לאחר שנחתמה עסקת גורביץ. באשר להליכי אישור העסקה, בית המשפט המחוזי ציין כי לא היה צורך באישור האסיפה הכללית וכי אין מדובר בהצעה פרטית מהותית: העסקה נעשתה לפי שווי שוק ריאלי, ולא הוכח כי לגורביץ הוקנתה שליטה בפועל. באשר למאזן הנוחות, בית המשפט קמא קבע כי כל הנזק הצפוי למבקשות, אם בכלל, הוא כספי, והמבקשות אף לא פירטו את שיעורו.

3. ביום 6.3.2012 הגישו המבקשות בקשת רשות ערעור לבית משפט זה על החלטת בית המשפט קמא בעניינן. יחד עם בקשת רשות הערעור הוגשה בקשה לקבלת צו מניעה זמני, במעמד צד אחד, שתוכנו זהה לצו המניעה אותו סירב בית המשפט קמא להוציא. בו ביום החלטתי שלא להיעתר לבקשה למתן הצו במעמד צד אחד. כן נקבע כי המשיבים רשאים להגיש תגובתם לבקשה למתן הצו תוך שבוע, וכי עליהם להגיש את תשובתם לבקשת רשות הערעור תוך 20 יום. ביום 7.3.2012 דיווחה אולטרה לציבור כי עסקת גורביץ יצאה אל הפועל. ביום 8.3.2012 הגישו המבקשות בקשה מעודכנת לקבלת צו עשה זמני, במעמד צד אחד, עד להכרעה בבקשת רשות הערעור, אשר יורה לגורביץ להשיב לאולטרה את המניות שהוקצו לו. ביום 13.3.2012, לאחר שהתקבלו תגובות המשיבים, נעניתי לבקשה למתן צו עשה זמני והוריתי לאולטרה להשיב לגורביץ את המניות שהקצתה לו, עד להכרעה בבקשת רשות הערעור. כן נדרשו אולטרה וגורביץ להסביר, במסגרת תגובותיהן לבקשת רשות הערעור, מדוע אין להורות שסעד הביניים - השבת המניות לידי אולטרה - ימשיך להיות בתוקף בהליך העיקרי. החלטתי זו התבססה על שני נדבכים:

ראשית, בהתבסס על הממצאים שצינו בהחלטתנו של בית המשפט קמא – קבעתי כי על פני הדברים סיכוייה של בקשת רשות הערעור להתקבל גבוהים דיים כדי להטות את הכף לטובת המבקשות. באשר לחברי הדירקטוריון, אף בית המשפט קמא הצביע על התמיהות שיש בהתנהלותם: אישור חפוז של העסקה, בלא בחינת הצעות חלופיות ומבלי להעריך את כדאיות ההצעה של גורביץ. ביחס להליכי אישור העסקה, ומבלי להכריע בכך מעבר למסגרת הבקשה, צוין כי ישנן ראיות לכאורה לכך שעסקינן בהצעה פרטית מהותית (על פי אחת או יותר מן החלופות שבסעיף 270(5)(א) לחוק): הימנעות הדירקטוריון מניהול הליך מכרז תחרותי, והעדרה של חשיבה "מחוץ לקופסה" - מקימים חשש סביר לכאורה כי העסקה בוצעה שלא בתנאי שוק. בנוסף, קיים סיכוי על פני הדברים שתתקבל טענת העותרים כי החזקת 24.99% ממניות החברה מקנה לגורביץ שליטה מהותית על המתרחש בחברה, או לחלופין כי מערכת היחסים בין גורביץ לבין הדירקטורים - כפי שזו נגלתה במהלך המו"מ לכריתת העסקה - הופכת אותם ל"מחזיקים יחד". כל אלו הן טענות משפטיות ממשיות, לכאורה, וסברתי כי הן מקימות סיכוי טוב לכך שבקשת רשות הערעור של המבקשות - תתקבל. זאת, כאמור, מבלי לקבוע מסמרות ומבלי להכריע במחלוקות שנתגלעו בסוגיה זו בין הצדדים.

שנית, דעתי הייתה כי מאזן הנוחות איננו נוטה במובהק לצד זה או אחר, וכי כפות המאזניים נותרו מעוינות. מתן הצו משמעו מסירת "מפתחות השליטה" לידיהן של המבקשות, בעוד שאי-מתן הצו עלול לשלול מן המבקשות את האפשרות החוקית לנסות ולהשיג שליטה בחברה. קביעת זהות השליט אף טומנת בחובה השלכות כלכליות פוטנציאליות, לכאן ולכאן.

בשורה התחתונה, לנוכח עמדתי בדבר סיכוייו לכאורה של ההליך, ובהתחשב בכך שמאזן הנוחות הצביע על נזק שעלול להיגרם למבקשות אם תידחה בקשתן (כמו גם על נזק שייגרם למשיבים במצב ההפוך) - התקבלה הבקשה, וגורביץ הצטוו להחזיר לאולטרה את המניות שהקצתה לו. קבעתי כי צו זה יעמוד בתוקפו עד להכרעה בבקשת רשות הערעור, ובכפוף להפקדת ערובה על ידי המבקשות, וכן שעל המבקשות להגיש את כתב התביעה בהליך העיקרי בתוך שבוע ימים (הערובה הופקדה וכתב התביעה הוגש).

כאמור, החלטה זו ניתנה במסגרת הבקשה לסעד ביניים, עד למתן החלטה בבקשת רשות הערעור. יש לפנות עתה אל מספר דגשים, שעלו מתוך טענות הצדדים במסגרת התגובות לבקשת רשות הערעור.

טענות הצדדים במסגרת בקשת רשות הערעור

4. המבקשות טוענות כי שגה בית המשפט קמא כאשר קבע שגורביץ איננו בעל השליטה בחברה. לשיטתן, גורביץ הוא בעל שליטה מהותית בחברה, גם אם היקף ההחזקות שלו נופל בשבריר האחוז מן הרף של 25%, וכן עשוי הוא להיחשב כ"מחזיק יחד" עם הדירקטורים (לפי ההגדרה בסעיף 268 לחוק). כמו כן לא ייתכן שההקצאה בוצעה בתנאי שוק כאשר לא היה שוק, כלומר: כאשר לא נבחנו שום חלופות להצעת הרכש של גורביץ. בנוגע לפעולות הדירקטורים, המבקשות הדגישו כי ניגוד העניינים של הדירקטורים בעסקה כלל לא היה תיאורטי, שכן סוגיית המשך כהונתם הייתה שיקול מרכזי באישור העסקה עם גורביץ. באשר למאזן הנוחות, המבקשות טוענות כי אלמלא יוארך צו המניעה הזמני - ייגרם להן נזק כבד ובלתי הפיך, שכן אחזקותיהן בחברה ידוללו מבלי לקבל תמורה ראויה, ותישלל מהן האפשרות להשיג שליטה בחברה.

המשיבים, מצידם, טענו להיעדר עניין אישי של הדירקטורים. במהלך אותה ישיבת דירקטוריון אולטרה שבה נידונה עסקת גורביץ - הודיעו שני דירקטורים כי ככוונתם לפרוש מכהונתם, ואחד מתוך השניים אף התפטר בפועל ביום 1.3.2012. עובדות אלו מסירות את החשש מקיומו של עניין אישי של מרבית חברי הדירקטוריון (לפי סעיף 278(ג) לחוק), או מהיותם "מחזיקים יחד" עם גורביץ (לעניין סעיף 268 לחוק). בנוסף, גורביץ איננו בעל שליטה באולטרה, לנוכח זאת ששני בעלי עניין אחרים מחזיקים בסך הכל בכ-21% ממניות החברה. בסוגיית תנאי השוק, המשיבים טענו כי העסקה תומחרה כראוי. בנוסף, הדרישה לקיים הליך תחרותי בכל הנוגע להקצאת המניות - איננה מעשית, ומחייבת פרסום תשקיף.

באשר למאזן הנוחות, המשיבים טענו כי הארכת הצו המבוקש תפיל את אולטרה כפרי בשל לידיהן של המבקשות, במקום לאפשר תחרות חופשית על השגת השליטה, ותסב לאולטרה נזק ישיר בגובה 4 מיליון דולר (הסכום אותו צפוי גורביץ למשוך מקופת אולטרה). כן נטען שלא ניתן לוותר לחלוטין על אחד משני התנאים למתן צו המניעה הזמני (סיכויי תובענה ומאזן נוחות), וכי על כל אחד מהם לעבור לפחות רף מינימאלי.

טענות נוספות של המשיבים הן שהסעד שמתבקש בתובענה העיקרית זהה למעשה לסעד שמתבקש בבקשה זו. מצב כזה מהווה שיקול נוסף שלא להיעתר לבקשה (רע"א 2430/91 טיב טירת צבי נ' דליקטיב הקניון, פ"ד מה(4) 225 (1991)). כן נטען כי משמעות ההיענות לבקשה היא שמכאן ולהבא, חברה ציבורית שתרצה להקצות מניות בשיעור הנמוך מ-25% אך עולה על שיעור המניות הגבוה ביותר שמחזיק בעל עניין אחר בחברה - יהיה עליה להביא את ההקצאה לאישור האסיפה הכללית.

דיון והכרעה

5. דעתי היא כי יש לקבל את הבקשה, לדון בה כערעור - ולקבלו, במובן זה שהמניות שבלב המחלוקת (24.99% ממניות אולטרה) יישארו בידי אולטרה ולא יועברו לגורביץ, עד להכרעה בית המשפט קמא בתיק העיקרי. זאת לנוכח משקלן המצטבר של טענות המבקשות, ובהתבסס על הממצאים העובדתיים לכאורה שנקבעו על ידי בית המשפט קמא.

מעל להתנהלותם של חברי הדירקטוריון, בכל הנוגע לאישור עסקת גורביץ, מרחפים סימני שאלה רבים. העסקה אושרה בחיפזון רב, תוך ימים בודדים. הדירקטורים לא ביקשו את עצתם של אנשי מקצוע אובייקטיביים, ובמקום זאת נסמכו על מומחים אשר עבדו במקביל עם גורביץ ועם חברות אחרות שבשליטתו. יו"ר הדירקטוריון הודה בפני בית המשפט קמא כי אין לו כל בקיאות בנושאים פיננסיים. אישור הדירקטוריון ניתן על אף שהמבקשות, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, החלו לפעול למימוש שליטתן בחברה עוד בטרם אושרה עסקת גורביץ (כגון דרישתו של מר ייני, בעל השליטה במבקשות 1-2, להתמנות לדירקטור). הדירקטוריון אף בחר במתווה של 24.99% במטרה להימנע ככל האפשר מהבאת עסקת גורביץ לאישור האסיפה הכללית. כל אלו הם ממצאים עובדתיים לכאורה שנקבעו על ידי בית המשפט קמא. משקלם המצטבר מעיד, לכל הפחות, על חשש לכאורה כי מעל לפעולות הדירקטורים ריחף צילו של עניין אישי, אינטרס אישי או למצער אי-מילוי תפקידם כמתחייב. חשש זה - משמעו הן הפרה לכאורה של חובות הדירקטורים, והן אי-עמידה לכאורה בדרישות החוק בכל הנוגע להליכי אישור העסקה.

6. במישור העקרוני, חשוב לציין כי את עסקת גורביץ אין לבחון אך ורק במשקפיים חוזיות, ואין די בכך שהעסקה נחתמה מרצונם החופשי של הצדדים (ראו פסקה 88(א) ופסקה 89 להחלטת בית המשפט קמא). אמת, הרציונאל המכונן של דיני החוזים הוא הגשמת רצון הצדדים וכיבוד חופש החוזים - בכפוף, כמובן, לסייגים שקבע המחוקק (ראו לדוגמא סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973). אולם, עולמם של דיני החברות הוא מורכב יותר.

בעולמה של כל חברה פועלים שחקנים רבים: ההנהלה, הדירקטוריון, בעלי המניות, מחזיקי אגרות החוב, העובדים, הספקים, השותפים העסקיים, וכמובן החברה עצמה, שאף היא שחקן בעל אישיות משפטית נפרדת. כך נוצרת "פקעת שחקנים" אשר משקפת גם "פקעת חוזים": כל שחקן קשור בחוזה משפטי עם שחקן אחר. רבים מן החוזים מערבים שניים, שלושה ואף יותר שחקנים. החוזים המרובים שנכרתו בין כל השחקנים נכרכים זה בזה. שזירתם יוצרת מארג חוזי בלתי ניתן להפרדה (עוד על דוקטרינת "פקעת החוזים", ולביקורת בת-זמננו, ראו: Grant M. Hayden & Matthew T. Bodie, *Uncorporation and the Unraveling of Nexus of Contracts Theory*, 109 MICH. L. REV. (2011) 1127, 1129-1134). "פקעת החוזים" משקפת גם "פקעת אינטרסים": לא כל השחקנים רואים עין בעין את האופן שבו החברה צריכה לפעול. אין ביניהם זהות אינטרסים. אדרבה: נוצרה אוטוסטראדה של אינטרסים, וכל נוסע בוחר בכיוון, נתיב ומהירות משלו. לעיתים האינטרסים משתלבים בהרמוניה באותו נתיב. לעיתים קרובות

יותר, האינטרסים מאיימים להתנגש זה בזה (עוד על הדוקטרינות המובילות בדיני החברות אודות "פקעת האינטרסים" ומעמדם של האינטרסים השונים ראו: Martin Gelter, *Taming or Protecting the Modern Corporation - Shareholder-Stakeholder Debates* (2011) 7 *N.Y.U. J. L. & Bus.* 643). העומד וצופה על האוטוסטראדה הוירטואלית, יתקשה להבין שהנתיבים השונים והתנועה המגוונת נעים לעבר יעד אחד שמקבץ אותם יחדיו – החברה בע"מ, שמהווה אישיות משפטית אוטונומית. הדינאמיקה הפנימית שלה איננה משולה לתזמורת, שם יש גורם אחד שמנצח על כל הכלים, אלא מאופיינת במתח מובנה, שמשליך על תפקיד הדין ומגבולותיו בתחום זה של המשפט.

תפקידו הטבעי של בית המשפט הוא להכריע בין טענות בעלי הדין ולקבוע זכותו של מי גוברת. אולם בדיני החברות המצב הוא, כאמור, מורכב יותר. מציאת האיזון הצודק, הנכון והיעיל ביותר בין האינטרסים השונים – זהו האתגר העומד בפני דיני החברות ובפני בית המשפט. על דיני החברות לצעוד בזהירות ולאפשר לכוחות השוק לפעול, תוך שמירה על ייצוג נאות לאינטרסים של השחקנים החלשים יותר, אך מבלי לבטל את זכותם של השחקנים החזקים יותר להיות כאלה. על בית המשפט ליישם את הכללים שנקבעו בדין על המקרה הקונקרטי שלפניו, תוך מודעות לכך שלא תמיד מונחת בפניו התמונה הכלכלית המדויקת ומפת האינטרסים המלאה. זהו האתגר העומד בפני המחוקק – אשר מחויב לקבוע את כללי המשחק, והאתגר העומד בפני בית המשפט – אשר נדרש להכריע במחלוקת הפרטנית שלפניו.

7. במקרה שלפנינו, אין די בכך שהעסקה משקפת הסכמה רצונית בין הדירקטורים לבין גורביץ. רצונם – אפילו החופשי – של הדירקטורים, בכל הכבוד, איננו חזות הכול. הדירקטורים חבים בחובת זהירות ובחובת אמונים כלפי החברה ובעלי המניות שלה (סעיפים 252, 254, 278 ו-330 לחוק). היקפן וטיבן של חובות הזהירות והאמונים – משתנים על פי נסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה. על בית המשפט לבחון האם הדירקטורים קיימו חובות אלו. דעתי היא, כפי שכתבתי לעיל, שלנוכח ממצאיו העובדתיים לכאורה של בית המשפט קמא – מתעורר חשש לכאורה כי פעולות הדירקטורים אינן עומדות באמות המידה של הדין. לחשש זה יש השלכות הן באשר להתנהגותם כשלעצמה, והן באשר להליך האישור הנדרש של עסקת גורביץ.

בית המשפט קמא מצא שהדירקטוריון בחר במתווה הסופי של עסקת גורביץ – מכירת 24.99% מהמניות, שבריר אחוז פחות מן הרף של 25% – במטרה להימנע מהבאת העסקה לאישור האסיפה הכללית (לפי סעיף 328 לחוק). דווקא ממדיו הזעירים

של הפער בין הדרישה הפורמאלית בחוק (25%) לבין העסקה בפועל (24.99%) – מדגישים ומבליטים את התמיהה על עצם קיומו.

אגב, ומבלי לקבוע מסמרות, הניסיון האמריקאי עשוי לשמש כלי עזר בהבנת העניין. פסק הדין של בית המשפט בדלוור בעניין *Blasius* (משנת 1988), אשר אושרר על ידי בית המשפט העליון של המדינה בעניין *MM Companies* (משנת 2003), קבע סטנדרט מחמיר במיוחד למקרים מעין אלו: כאשר מטרתו המרכזית של הדירקטוריון היא למנוע מהאסיפה הכללית לממש את זכות ההצבעה שלה, גם אם הדבר נעשה בתום לב - עליו להציג בפני בית המשפט צידוק משכנע (*Compelling Justification*) למעשיו (פסק הדין הראשון: *Blasius Industries, Inc. v. Atlas Corp.*, 564 A.2d 651 (Del. Ch. 1988); פסק הדין בבית המשפט העליון: *MM Companies, Inc. v. Liquid Audio, Inc.*, 813 A.2d 1118 (Del. 2003)). זהו מבחן נוקשה ומחמיר, במובן זה שבתי המשפט בדלוור אשר נדרשו ליישמו כמעט אף פעם לא מצאו "צידוק משכנע" למעשי הדירקטוריון (ראו: Mary Siegel, *The Holes in Majority Voting*, 2011 COLUM. BUS. L. REV. 364, 384-389 (2011)), אשר בין היתר בוחנת אמפירית את הנושא). אציין גם כי פסקי דין מאוחרים הציגו מבחן מרוכך יותר, אם כי עדיין נוקשה, של כלל שיקול דעת עסקי מוגבר (ראו: *Vernon A. Mercier v. Inter-Tel (Delaware)*, C.A. No. 2226-VCS (Del. Ch. 2007)).

אין בכוונתי לפסוק על פי הדין האמריקאי. אך נדמה כי הגישה המשתקפת שם עשויה להצביע על הכיוון, כאשר הפער כה קטן עד כי קשה לחשוב מעשית על פער קטן יותר - 24.99% לעומת 25%. קרי, בסיטואציה שלפנינו - אשר במהלכה, בין היתר, עיצב הדירקטוריון במכוון עסקה כזו שלא תצטרך לקבל את אישור האסיפה הכללית (וכך הוא הממצא הלכאורי של בית המשפט קמא), גם אם בתום לב ותוך הסתמכות על ייעוץ משפטי - יש לבחון את העסקה בקפדנות ובזהירות רבה, תוך שימוש בסטנדרטים מחמירים. כאמור, אני סבור כי קיים לכאורה סיכוי גבוה לכך שבדיקה קפדנית וזהירה שכזו עלולה להצביע על פגמים מהותיים שנפלו באישור העסקה.

8. באשר להליכי אישור העסקה, בהחלטתי מיום 13.3.2012 עמדתי על הראיות לכאורה לכך שעסקינן בהצעה פרטית מהותית - על פי אחת או יותר מן החלופות שבסעיף 270(5)(א) לחוק: חשש סביר כי העסקה בוצעה שלא בתנאי שוק, וסיכוי גבוה לכך שהחזקת 24.99% ממניות החברה מקנה לגורביץ שליטה מהותית על המתרחש בה. לא מצאתי בטענות הצדדים, אשר הוגשו במסגרת בקשת רשות הערעור, עילה לשנות את מסקנתי זו.

אדגיש כי אין יסוד לטענת המשיבים, לפיה הארכת תוקפו של צו המניעה - משמעה שמעטה והלאה יידרש אישור אסיפה כללית לכל הקצאת מניות בשיעור הגבוה מזה שמחזיק כל בעל עניין אחר בחברה. ראשית, כאמור, אינני קובע מסמרות במחלוקות המשפטיות והעובדתיות כבדות המשקל שבין הצדדים, ואף אינני נדרש לעשות כן במסגרת ההחלטה בבקשה שלפניי. שנית, ובמישור העקרוני, החשש לכאורה כי מדובר בהצעה פרטית מהותית - נובע במישור מנסיבותיו המיוחדות של המקרה שלפנינו, ואיננו מבוסס אך ורק על הנתון המספרי של 24.99%. לא המספר לבדו הוא שמעורר סימני שאלה, אלא התמונה הכוללת, כפי שהתבררה בפני בית המשפט קמא: העדר הליך תחרותי; התמקדות תמוהה בהצעת רכש אחת בלבד; מבנה ההון והאחזקות של בעלי העניין בחברה - אלו הביאוני לכלל מסקנה כי מתקיים חשש לכאורה לכך שהעסקה בוצעה שלא בתנאי שוק, ולכך שגורביץ ביקש להשיג באמצעות העסקה שליטה מהותית על המתרחש בחברה. המחוקק טבע את המונח "הצעה פרטית מהותית" וקבע כי היא דורשת אישור אסיפה כללית (סעיפים 1, 270(5)(א) ו-274 לחוק). ההגדרות שבחוק מכילות אמות מידה פתוחות במידת מה. בתי המשפט נדרשים ליצוק לתוכן משמעות ממשית, ולהחילן על נסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה. דעתי היא, כאמור, שלנוכח נסיבות המקרה ולנוכח קביעותיו העובדתיות לכאורה של בית המשפט קמא - קיים סיכוי גבוה דיו כי תתקבל טענת המבקשות, לפיה מדובר בהצעה פרטית מהותית הדורשת אישור אסיפה כללית (אישור שאין חולק כי לא התקבל).

9. באשר למאזן הנוחות, לא נעלמה מעיני טענת המשיבים כי הארכת תוקפו של הצו תסב להן נזק ניכר. כפי שכתבתי בהחלטתי מיום 13.3.2012, במקרה דנן כפות המאזניים אינן נוטות באופן מובהק לטובת (או: לרעת) צד כזה או אחר. כל החלטה תעניק את "מפתחות השליטה" בחברה לידי אחד הצדדים. כל החלטה עלולה להסב פגיעה כלכלית לאחד הצדדים. לא מצאתי בטענות הצדדים, במסגרת בקשת רשות הערעור, עילה לשנות את מסקנתי זו.

10. באשר לשיקולי בית המשפט בבואו לקבוע סעד זמני, המשיבים טענו כי ניתן משקל רב מדי לנדבך הראשון (סיכויי התובענה) על חשבון הנדבך השני (מאזן הנוחות). כן טענו המשיבים שהסעד שמתבקש בתובענה העיקרית זהה למעשה לסעד הזמני, ומצב כזה מהווה שיקול נוסף שלא להיעתר לבקשה (רע"א 2430/91 טיב טירת צבי נ' דליקטיב הקניון, פ"ד מה(4) 225 (1991)). דעתי היא שאין בטענות אלו כדי לשנות את המסקנה אליה הגעתי בהחלטתי מיום 13.3.2012.

מצוות המחוקק היא כי בית המשפט רשאי לקבוע סעד זמני אם שוכנע בקיומה של עילת תובענה, ולאחר שנתן משקל ראוי למאזן הנוחות בין הצדדים, לתום הלב של המבקשים ולמידת הצדק שיש במתן הסעד הזמני (תקנה 362 לתקנות). התפישה המקובלת במשפטנו גורסת כי "זהות הסעד", דהיינו: זהות בין הסעד הזמני לסעד המבוקש בתובענה העיקרית, הינה בגדר שיקול נוסף שעל בית המשפט לתת דעתו עליו כבואו לדון בבקשה למתן הסעד הזמני. ודוק: שיקול נוסף, אך לא שיקול מכריע. כן נקבע כי מתקיימת "מקבילית כוחות" בין מאזן הנוחות לסיכויי התובענה, והתגברותו של האחד עשויה לכפר על חולשתו של האחר (ראו אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 521-525 (מהדורה עשירית, 2009)). בנסיבות העניין אני סבור, על רקע הסיכוי הממשי שטענות המבקשות בהליך העיקרי יתקבלו, לפי התמונה הלכאורית שהתבררה בפני בית משפט קמא בשלב זה, ועל רקע העובדה שמאזן הנוחות מצביע על הנזק שעלול להיגרם להן - כי יש לקבל את הבקשה למתן סעד זמני.

11. לנוכח האמור הנני מקבל את הערעור, מבטל את החלטת בית המשפט המחוזי, ומורה כי המניות שהחזיר משיב מס' 2 לידיה של משיבה מס' 1 (בעקבות החלטתי מיום 13.3.2012) - יישארו בידי האחרונה, עד להכרעת בית המשפט קמא בתיק העיקרי. התמורה ששולמה בגין מניות אלו על ידי משיב מס' 2 למשיבה מס' 1 - תישאר בקופתה של האחרונה (זו דעתי גם על בסיס התייחסותו של משיב מס' 2 לעניין השבת הכספים בהליך זה, וליתר דיוק: אי-התייחסותו, גם לאחר מתן הצו מיום 13.3.2012). אולם, הצדדים יהיו רשאים לפנות לבית המשפט המחוזי בעניין מתן הוראות אודות הכספים המוקפאים. הערובה תגדל מסך 100,000 ₪ שנקבע בהחלטתי הקודמת, לסך של 250,000 ₪. המשך תוקפו של צו זה מותנה בהפקדת היתרה תוך שבועיים מהיום, כולל פגרת הפסח. המשיבים יישאו ביחד ולחוד בהוצאות הבקשה, ובשכר טרחת עו"ד בגין שני ההליכים בסך של 50,000 ₪ (סכום זה כולל את ההוצאות בסך 17,000 ₪ שנפסקו בהחלטה מיום 13.3.2012).

ניתנה היום, י"ג בניסן התשע"ב (5.4.2012).

ש ו פ ט