



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4857/16

לפני: כבוד השופט (בדימ') י' דנציגר  
כבוד השופט מ' מזוז  
כבוד השופט י' אלרון

המערער: אפרים מנשה

נגד

המשיבות: 1. יוויזין אייר בע"מ  
2. יוויזין אייר מחקר ופיתוח בע"מ  
3. התעשייה האווירית לישראל בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו  
מיום 3.5.2016 בתיק תני"ג 26814-12-14

תאריך הישיבה: ד' בכסלו התשע"ח (22.11.2017)

בשם המערער: עו"ד גולן קאשי; עו"ד משה קריף

בשם המשיבות 1-2: עו"ד ארז דר-לולו; עו"ד ניר מנחם

בשם המשיבה 3: עו"ד רן שפרינצק

### פסק-דין

השופט (בדימ') י' דנציגר:

זהו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (המחלקה הכלכלית, השופטת ר' רונן), בגדרו נדחתה בקשה לאישור תביעה נגזרת שהגיש המערער, שבמסגרתה ביקש להגיש תביעה בשם המשיבות 1-2, יוויזין אייר בע"מ ו- יוויזין אייר מחקר ופיתוח בע"מ (להלן יחדיו: המשיבות) נגד המשיבה 3, התעשייה האווירית לישראל בע"מ (להלן: תע"א).

רקע עובדתי

1. הצדדים: המערער הקים חברה פרטית בשם א.מ.י.ת. יועצי תעופה בע"מ (להלן: אמית או החברה), שעסקה בפיתוח מוצרי תעופה, מל"טים וטילים מתקדמים. המערער היה מנהלה של אמית ובעל המניות היחיד בה. בשנת 2006 נקלעה אמית לקשיים כלכליים, בין היתר, על רקע חקירה פלילית שהתנהלה נגדה, ובעקבותיה התפטר המערער מתפקידו כמנכ"ל והועסק על ידי אמית כיועץ טכנולוגי. ביוני 2010 נכנסה אמית להליכי פירוק. מכוחו של הסדר עם נושי החברה, שאשר בית המשפט ביום 9.1.2011, הפכה חברת Magnus Technologies AB (להלן: מגנוס) לבעלים של 70% ממניות אמית, והמערער החזיק ב-30% הנותרים. מגנוס היא חברה פרטית זרה שמר אהרון פרנקל (להלן: פרנקל) הוא המוטב שלה. בהמשך, הקימו מגנוס והמערער את המשיבה 1, יוויז'ן אייר בע"מ, שאליה הועברו כל נכסיה ופעילותה של אמית, ושמה של אמית שונה ליוויז'ן אייר מחקר ופיתוח בע"מ (המשיבה 2).

בשנת 2011 התעוררה מחלוקת בין המערער לבין פרנקל בקשר לדילול מניותיו של המערער באמית. בעקבות זאת, לפי הנטען, נקט המערער צעדים פוגעניים נגד אמית. המערער פוטר ולאחר מכן התנהלו בינו לבין החברה הליכים משפטיים שונים. כיום מחזיק המערער בכ-0.2% ממניות החברה (המשיבה 2) ובכ-3.33% ממניותיה של המשיבה 1.

2. מסמך 13.7: המערער טוען, כי ביום 13.7.2005 בשעה 6:00 בבוקר התקיימה בבית מלון בטורקיה פגישה עסקית-מסחרית בין נציגי החברה (המערער עצמו ועו"ד שלמה ורטהיים) לבין נציגי תע"א (מר יצחק ניסן ומר עופר דורון; להלן: ניסן ו-דורון, בהתאמה). לטענת המערער, פגישה זו נועדה לסכל פגישה אחרת, שהייתה אמורה להתקיים אותו יום בשעה 9:00 בבוקר, בין נציגי החברה לבין לקוח פוטנציאלי טורקי, פגישה שלהבנתה של תע"א הייתה עלולה להפריע לעסקת מכר מל"טים תוקפים של התע"א בטורקיה. על מנת לסכל את ההתקשרות של אמית עם אותו לקוח פוטנציאלי, הציג ניסן – כך לפי הנטען – נוסח הסכם, שבו מתחייבת החברה שלא להתחרות בתע"א במכירת מערכות מל"טים בשתי מדינות זרות שפורטו בנספח למסמך זה (טורקיה ומדינה נוספת; להלן: המדינות הזרות). בתמורה לכך, נכללה במסמך זה התחייבות של תע"א למסור לאמית עבודות בהיקף של 15% מכל חוזה רכש שייחתם על ידה עם המדינות הזרות. בסיומה של אותה פגישה, ולאחר שהוסיפו על גבי המסמך הערות בכתב יד, חתמו נציגי הצדדים על המסמך, שייקרא להלן: מסמך 13.7. יצוין, כי ניסן – נציג תע"א – חתם בחתימה מלאה בראש המסמך ובראשי תיבות על גבי כל

עמוד בו, אולם המסמך לא נחתם על ידי תע"א במקום המיועד לכך בתחתית העמוד האחרון של המסמך.

לאחר חזרתם ארצה, החליפו הצדדים ביניהם טיוטות נוספות, שהאחרונה בהן ביום 20.9.2005. בסופו של דבר העסקה של תע"א עם הלקוח הטורקי לא יצאה לפועל. כמו כן, בחודשים מאי 2006 עד מרץ 2007 התנהלו בין תע"א ובין אמית פעם נוספת מגעים לקידום שיתוף פעולה שונה באופיו.

3. המערער טוען כי בעוד שאמית קיימה את חלקה לפי מסמך 13.7, ונמנעה מלהתחרות בתע"א במדינות הזרות, תע"א סירבה להעניק לאמית את התמורה לה היא זכאית מכוח אותו מסמך. לטענת המערער, התשלום המגיע לחברה על פי מסמך 13.7 אמור להגיע לסך של 19,125,000 דולר שייכנס לקופת החברה. לכן פנה לחברה בדרישה למצות את זכויותיה בדרך של הגשת תובענה נגד תע"א, לפי סעיף 194(ב) לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות), אולם נענה בשלילה.

4. הרקע להגשת הבקשה לאישור: במרכזו של הערעור עומד הליך קבלת ההחלטה שלא להגיש תביעה נגד תע"א, ולכן אעמוד גם על עובדות אלה בקצרה, בהתבסס על פסק דינו של בית המשפט המחוזי.

כבר בשנת 2009 התנהלו חילופי דברים בכתב בין אמית (שהייתה אז בבעלות המערער) לבין מנהלים בתע"א, בקשר למסמך 13.7. ביום 11.3.2010 שלח בא-כוחה של אמית דאז, עו"ד נבות תל-צור, מכתב למנכ"ל תע"א, ובו פירוט טענותיה של אמית להפרת התחייבויותיה של תע"א במסמך 13.7. יצוין כי טענותיה של אמית נדחו על ידי תע"א מכל וכל (במכתב מיום 12.10.2010). עם זאת, באותה עת החברה לא הגישה תביעה נגד תע"א.

ביולי 2011, לאחר העברת השליטה באמית למגנוס, פנתה החברה למשרד עורכי הדין ליפא מאיר ושות', שערך לבקשתה טיוטת מכתב התראה טרם נקיטת הליכים משפטיים נגד תע"א. מכתב זה לא נשלח בסופו של דבר, והטיפול בתיק הועבר למשרד עורכי הדין ברקמן וקסלר בלום. בינואר 2012 פנה עו"ד בלום למר אפרים צוקרמן (להלן: צוקרמן), מנכ"ל אמית, וביקש ממנו לאתר חומרים בקשר לתביעה נגד תע"א. בין היתר, ביקש עו"ד בלום לוודא שאין חומרים נוספים שלא נמסרו למשרדו, כדי שלא יופתעו בשלב מאוחר יותר. צוקרמן פנה למערער, כדי לסייע באיתור המסמכים מהתקופה שבה ניהל את החברה. אלא שלנוכח הסכסוכים בינו ובין החברה

סירב המערער לשתף פעולה. בסיכום ישיבת דירקטוריון של החברה מיום 23.2.2012 – בה נכח גם המערער עצמו – צוין, בהתייחס לתביעה נגד תע"א, כי "עד המצאת המסמכים לא יהיה דיון חדש בנושא" (להלן: החלטת הדירקטוריון מיום 23.2.2012).

5. ביום 5.8.2014, כאמור, פנה המערער – באמצעות בא כוחו עו"ד גולן קשי – לחברה במכתב דרישה לפעול להגשת תביעה נגד תע"א וניסן ולחילופין להמחות את זכות התביעה למערער (להלן: מכתב הדרישה). במכתבו ציין כי היה ואמית תסרב לפעול כאמור, הוא יפעל להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תביעה נגזרת. החברה – באמצעות באי כוחה ממושרד ליפא מאיר ושות' – דחתה את דרישתו של המערער. במכתבה ציינה, כי הסיבה היחידה שבגינה לא הגישה החברה תביעה כנגד תע"א היא סירובו המתמשך של המערער להעביר את המסמכים והמידע שנדרשו ממנו.

מכאן הבקשה לאישור תביעה נגזרת שהגיש המערער לבית המשפט המחוזי.

פסק הדין של בית המשפט המחוזי

6. פסק דינו של בית המשפט המחוזי התמודד עם שתי סוגיות מרכזיות: הראשונה, האם ובאיזו מידה צריך בית-המשפט להתערב בשיקול הדעת של האורגנים הרלוונטיים בחברה שהחליטו שלא להגיש תביעה נגד תע"א. זאת, בין היתר, על רקע השאלה האם ההחלטה נהנית מהגנת כלל "שיקול הדעת העסקי". השנייה, האם עומדת לחברה עילת תביעה לכאורית נגד תע"א והאם סיכויי התביעה גבוהים דיים על מנת לקבוע שניהול התביעה הוא לטובת החברה. במסגרת זאת, עלתה המחלוקת האם מסמך 13.7 הוא בגדר הסכם מחייב והאם תע"א הפרה אותו.

7. אשר לתחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי; בית המשפט המחוזי קבע כי ניתן ליישם כלל זה גם על החלטה של האורגנים המוסמכים בחברה בדבר הגשת תביעה, ככל החלטה אחרת המתקבלת על ידי דירקטוריון החברה. נקודת המוצא היא כי בהחלטה מעין זו יש לדירקטוריון החברה "יתרון מוסדי" על פני בית המשפט, לנוכח מכלול השיקולים העסקיים והמשפטיים ושיקולי הרוחב שהיא מערבת. בית המשפט חידד את האופי החריג של הליך התביעה הנגזרת, שבו קיימת סטייה מעיקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה ומעיקרון אי-ההתערבות של בעלי המניות בהחלטות החברה. עיקרון אי-ההתערבות הוא בעל משקל רב יותר כאשר התביעה מכוונת נגד צד שלישי שאינו קשור למנהלי החברה או מי מטעמם. במקרה כזה, התערבותו של בית המשפט בהחלטת החברה צריכה להיות חריגה מאוד.

8. מכאן, עבר בית המשפט המחוזי לבחון האם יש מקום להחיל על ההחלטה את כלל שיקול הדעת העסקי, נוכח הטענות לגבי תהליך קבלת ההחלטה וקיומו של ניגוד עניינים, כפי שיפורט.

בית המשפט התייחס להחלטת הדירקטוריון מיום 23.2.2012 לפיה יוקפא הטיפול בתביעה עד להמצאת המסמכים הנדרשים על ידי המערער, וקבע כי אין טענה שהחלטה זו התקבלה באופן לא-מיודע. נהפוך הוא, מדובר בהחלטה שהתקבלה לאחר שיועציה המשפטיים של החברה בחנו את הנושא, על רקע היעדר שיתוף הפעולה מצדו של המערער במסירת המסמכים הנדרשים לצורך גיבוש התביעה. לאחר מכתב הדרישה, קיבל מר יאיר דובסטר (להלן: דובסטר) – הדירקטור היחיד בחברה באותה עת – החלטה "להכפיף" עצמו להחלטת הדירקטוריון מיום 23.2.2012. מדובר בהחלטה פוזיטיבית שלא להיענות למכתב הדרישה. נקבע, כי אין מניעה שהחלטת דירקטוריון של חברה תסתמך על החלטות קודמות של הדירקטוריון, כל עוד לא הוכח שינוי רלוונטי בנסיבות שעמדו בבסיס ההחלטות הקודמות, אם האחרונות התקבלו לאחר הפעלת שיקול דעת מיודע של הדירקטוריון ואין סיבה להניח כי נפל בהן פגם. מעבר לכך, דובסטר הביא בחשבון גם עניינים נוספים כגון מצבה הכספי (הקשה) של החברה ושאלת יכולתה לממן את הגשת התביעה – שיקולים עסקיים רלוונטיים שדירקטור רשאי ואף חייב לקחתם בחשבון.

בית המשפט דחה את טענתו של המערער כי דובסטר היה חייב לשוחח עם המערער ועם עו"ד תל-צור שטיפל בנושא בשנת 2009, וקבע כי היה רשאי להסתפק בעצתם של מי שהיו יועציה המשפטיים של החברה באותה עת (כפי שאכן עשה). גם מהירות מתן המענה (תוך חמישה ימים) אינה מעידה כשלעצמה על פגם שנפל בקבלת ההחלטה. על סמך כל אלה, מצא בית המשפט המחוזי כי לא הוכח שנפל פגם בתהליך קבלת ההחלטה בנוגע לטיפול בתביעה נגד תע"א או כי ההחלטה התקבלה באופן בלתי מיודע.

לאחר מכן, בחן בית המשפט המחוזי אם ההחלטה התקבלה תוך ניגוד עניינים של דובסטר, בהיותו גמלאי של תע"א. בית המשפט דחה טענה זו של המערער וקבע שהחלטה על הגשת תביעה נגד תע"א לא הייתה יכולה להשליך באופן כלשהו על זכויותיו של דובסטר כגמלאי של תע"א.

ניגוד עניינים נוסף לו נטען, הוא קיומם של קשרים עסקיים של פרנקל (בעל השליטה בחברה אותה עת) עם תע"א. בית המשפט המחוזי סבר, כי יש בסיס לטענה

לפיה קשריו העסקיים של פרנקל עם תע"א נלקחו בחשבון בעת קבלת החלטה הדירקטוריון מיום 23.2.2012 (בכך הסתמך בין היתר על דברים שאמר צוקרמן בתביעה אחרת, תוך שציין כי עדות זו עולה בקנה אחד גם עם יתר הראיות). עם זאת, בית המשפט קבע שלא הוכח שהחלטה משנת 2014 נבעה מניגוד העניינים של פרנקל ומ"זיקה עודפת משמעותית" שהייתה לו בהקשר זה. ראשית, עולה כי פרנקל עצמו השתכנע – חרף קשריו עם תע"א – כי יש "להתניע" את התהליך של הגשת התביעה נגדה; שנית, לא ברור מה היה חלקו של פרנקל בהחלטה שלא להגיש את התביעה לאחר מכתב הדרישה של המערער בשנת 2014; שלישית, בשים לב לכך שמדובר (לשיטת המערער) בתביעה שעשויה להניב לחברה סכום לא מבוטל של מיליוני דולרים, הרי שמדובר באינטרס משמעותי של מגנוס (ושל פרנקל) להגיש את התביעה, לו סברו שיש בה ממש.

9. מסקנתו של בית המשפט המחוזי הייתה כי החלטת החברה שלא להיענות לדרישת המערער התקבלה בהליך תקין ולכן בית המשפט אינו צריך להתערב בתוכנה. עוד הוסיף, כי גם בהנחה שבהחלטה נפלו פגמים מסוימים ה"מכתימים" במידת מה את שיקול הדעת של האורגנים הרלוונטיים בחברה והמצדיקים בחינה שלה תוך החלת סטנדרט ביקורת מחמיר יותר מאשר "כלל שיקול הדעת העסקי", אין מקום לכך שבית המשפט יתערב בהחלטה וישנה אותה. גם בהינתן כי לפרנקל יש ניגוד עניינים בהתייחס לאפשרות לתבוע את תע"א, הרי שלא מדובר בניגוד עניינים ברור ו"חזיתי" אלא לכל היותר ניגוד עניינים עקיף. בנסיבות אלה, רמת הביקורת של בית המשפט צריכה להיות ברמה גבוהה יותר מ"כלל שיקול הדעת העסקי", אך בית המשפט המחוזי דחה את טענת המערער לפיה הסטנדרט שצריך לחול הוא של "הגינות מלאה". לשיטתו, ניגוד עניינים "עקיף" זה מעביר את הנטל להוכיח שמדובר בהחלטה סבירה אל כתפי הטוען לכך. על כן, נדרש בית המשפט לבחינת ההחלטה גם לגופה.

10. בחינת סבירות ההחלטה לגופה; ראשית, בחן בית המשפט המחוזי את השאלה אם מסמך 13.7 הוא בגדר חוזה מחייב, ומצא כי ישנן מספר אינדיקציות לכך, ובראשן העובדה שהמסמך נחתם הן על ידי המערער והן על ידי ניסן – אינדיקציה לרצינות כוונותיהם של הצדדים. מצד שני, תע"א לא צירפה את חתימתה במקום המיועד לכך בשולי המסמך. בית המשפט נתן משקל לכך שמדובר בהתקשרות חוזית בין צדדים מתוחכמים ובעסקה מסחרית בהיקף משמעותי, וחזקה על "שחקנים" כאלה שהם מודעים למשמעות המשפטית של היעדר חתימה ולסיכון הנלווה לכך. עוד ציין בית המשפט, כי עולה שניסן העביר מסרים כפולים, כאשר מחד גיסא הוא "הרגיע" את המערער ואת עו"ד ורטהיים בעל-פה ובאמצעות חתימתו בראשי תיבות כי הצדדים

הגיעו לסיכום ביניהם. מאידך גיסא, ניסן הותיר לעצמו "פתח נסיגה" תוך שלא השלים את כל הנדרש כדי שהמסמך יהפוך להסכם. עם זאת, כך לשיטת בית המשפט, העילה הרלוונטיות יותר שעשויה להיות לחברה היא של חוסר תום לב במשא ומתן. בית המשפט דחה את טענתה של תע"א לפיה ניסן לא היה מורשה לחייבה בחתימתו, בהיעדר הוכחה לכך.

בית המשפט קיבל את עמדתה של תע"א לפיה ממכלול האמור במסמך 13.7 לא ניתן להסיק מה הוסכם בין הצדדים בנושא התמורה לאמית מכוח ההסכם. הצדדים העידו עדויות סותרות ביחס למנגנון חישוב התמורה והוא אף עבר שינויים בטיוטות המאוחרות יותר שהוחלפו בין הצדדים. מכאן, שלא ניתן לקבוע שהצדדים הגיעו להסכמה מסוימת דיה ביניהם במסגרת מסמך 13.7 בסוגיית התמורה. היעדר הסכמה בנושא זה מקשה על האפשרות לקבוע כי מסמך 13.7 היה הסכם מחייב.

בית המשפט קבע כי חילופי הטיוטות לאחר חתימת מסמך 13.7 אינם מלמדים כשלעצמם על כך שלא מדובר בהסכם מחייב. עוד נמצא כי אמית שינתה במידת מה את התנהלותה לאחר החתימה, קרי, מסרה לגורמים מטעם המדינה הזרה כי אין לה היתר למכור מל"טים תוקפים. אולם, נקבע כי מכיוון שמדובר היה במגעים ראשוניים, קשה לראות בהתנהלות זו אינדיקציה לכך שאמית פעלה מכוח התחייבותה בהסכם הנטען. עוד הוסיף בית המשפט, כי אילו היה המערער סבור שמסמך 13.7 הוא הסכם מחייב, היה צפוי שלאחר שהסתבר כי ההסכם לא יחתם באופן פורמאלי, יפנה לתע"א ויציין שהוא רואה את מסמך 13.7 כהסכם מחייב לכל דבר, אולם המערער לא עשה כן.

11. לסיכום עניין זה, בית המשפט המחוזי מצא כי השאלה אם מסמך 13.7 הוא הסכם מחייב אינה נקייה מספקות. קיימות אינדיקציות בעלות משקל המצביעות על כך שאינו מחייב, שעיקרן בכך שהמסמך לא נחתם בתחיתו על ידי תע"א וכן בשאלת קיומן של מסוימות וגמירות דעת ביחס ליסוד התמורה. כל אלה משליכים על סיכוייה של התביעה – לו הייתה מוגשת – להתקבל.

12. מחלוקת נוספת נוגעת לשאלה האם התקשרותה של תע"א עם המדינה הזרה השנייה נעשתה בתוך התקופה הנקובה במסמך 13.7. לפי האמור בסעיף 6(a) למסמך 13.7, הצדדים הסכימו כי תוקפו יהיה ממועד חתימתו ולמשך שלוש שנים, אם תע"א לא תחתום בתוך תקופה זו על חוזה רכש במדינות הזרות; ואילו אם תחתום תע"א על חוזה רכש, הרי שתוקפו יהיה שלוש שנים ממועד החתימה על חוזה הרכש הראשון. אין חולק כי בתוך תקופת שלוש השנים מיום חתימת ההסכם (13.7.2005) לא נחתם חוזה

רכש עם אחת המדינות הזרות. חוזה הרכש בין תע"א לבין המדינה הזרה השנייה נחתם באופן סופי רק ביום 13.2.2009. אלא שהמערער טוען כי די בכך שתע"א "זכתה" בהסכם עם המדינה הזרה השנייה כדי להקים לאמית זכות לקבל עבודות בקבלנות משנה, וזאת בהסתמך על המלים הבאות במסמך 13.7 (סעיף 2(a)):

"IAI/MBT undertakes to sub-contract to Emit the Work share defined in Exhibit B, if IAI/MBT wins the contract for the supply of the HAROP system in the territory..."

בית המשפט המחוזי סבר, כי אף שלפרשנות שמציע המערער יש עיגון לשוני, הרי שהפרשנות של תע"א, לפיה יש לראות בחתימה על הסכם הרכש את המועד הרלוונטי לצורך זכאותה של אמית לקבלת עבודות משנה, מתיישבת בצורה טובה יותר עם נוסח מסמך 13.7 בכללותו. כך, המונח "Prime Contract" הוגדר בסעיף 1(e) למסמך 13.7 כחוזה שייחתם (to be signed) בין תע"א לבין אחד מלקוחותיה הפוטנציאליים. סעיף 5 למסמך 13.7 קובע כי זכאותה של אמית לביצוע עבודות בקבלנות משנה תקום "If IAI/MBT is awarded a Prime Contract from a Potential Customer in the Territory". בנוסף, סעיף 6 למסמך 13.7 מדבר על מועד החתימה של חוזה הרכש. לגישתו של בית המשפט, גם הפרשנות התכליתית של מסמך 13.7 עולה בקנה אחד עם גרסתה של תע"א. זכותה של אמית יכולה להיות רלוונטית רק אם מדובר בהסכם סגור שתע"א תהיה מחויבת לבצע עבודות מכוחו, שהרי רק את העבודות האלה (או חלקן) תוכל אמית לבצע בקבלנות משנה עבורה. מעבר לכך, הפרשנות לפיה המועד הרלוונטי הוא מועד החתימה מעניקה לצדדים ודאות בנוגע לתחולתו של ההסכם.

13. בית המשפט המחוזי הסיק מכל האמור לעיל, כי לא ניתן לקבוע שהחלטתה של החברה שלא להיענות למכתב הדרישה ולא להגיש תביעה נגד תע"א הייתה החלטה בלתי סבירה – זאת לנוכח הקשיים שהחברה הייתה ניצבת בפניהם לו הייתה תביעה כזו נדונה, כמו גם לנוכח ההשלכות הנוספות של הגשת תביעה שכזו (העלויות הכספיות הכרוכות בכך, משאבי כוח האדם הנדרשים, הנזק האפשרי למוניטין של החברה ולקשרים אפשריים שלה עם תע"א בהווה או בעתיד). לכן, נקבע כי אין מקום לכך שבית המשפט יתערב בהחלטה זו ויאשר את בקשת האישור ויתיר למערער להגיש תביעה נגזרת בשם החברה.



14. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע, כי יש ממש בטענות תע"א לחוסר תום לב מצד המערער. מדובר במי שהיה בתקופה הרלוונטית לתביעה בעל השליטה היחיד בחברה ושימש מנכ"ל שלה. כיום הוא בעל מניות מיעוט בחברה, כאשר בעל המניות השני אינו מעוניין להגיש את התביעה למרות שבעקיפין הוא יהיה זה שישא בעיקר מימונה וייהנה מרוב הזכייה, אם תהיה כזאת. המערער הוא זה שיש לו ידיעה אישית אודות העובדות שביסוד התביעה הנגזרת, והוא שלט במסמכים הקשורים להגשת התביעה, אלא שהוא לא הוכיח כי הוא שיתף פעולה עם החברה בהעברת המסמכים הנדרשים. בנוסף, המערער נמנע מלהציג בבקשת האישור את התשתית העובדתית הרלוונטית. התנהלות זו נראית כנגועה בחוסר תום לב שיש בו כדי להאפיל על האפשרות למנות אותו לשמש תובע נגזר בשם החברה. יתרה מכך, התנהלות זו מחזקת את המסקנה כי החלטת החברה שלא להגיש את התביעה הנגזרת, כאשר היא לא יכולה להניח בוודאות שהמערער ישתף עמה פעולה בניהול התביעה, הייתה החלטה סבירה באופן שמצדיק שלא להתערב בה.

#### טענות המערער

15. למערער טענות בנוגע למסקנתו של בית המשפט המחוזי באשר לגמירת הדעת של הצדדים ביחס למסמך 13.7; לדבריו, הנסיבות האובייקטיביות מלמדות על גמירת דעתה של תע"א, שאף השתקפה באופן חיצוני: השעה הבלתי רגילה שבה התקיימה הפגישה; העובדה שניסן חתום על כל עמוד של המסמך לאחר שרשם עליו בכתב ידו את הערותיו ואף טען שקיבל אישור טלפוני לחתום. המסמך אינו נושא כותרת "טיוטה". ניסן הוא איש עסקים מנוסה שניהל מאות עסקאות בהיקפים אדירים. בנוסף, אמית שינתה את התנהלותה לאחר חתימת מסמך 13.7 והחלה לקיים את התחייבויותיה. כל אלה מהווים אינדיקציה לגמירת דעת של הצדדים. משמדובר במסמך חתום, היה על בית המשפט לקבוע כי הנטל עבר לתע"א להוכיח שלא מדובר בהסכם מחייב, כך נטען.

16. עוד טוען המערער בעניין יסוד המסוימות; לדבריו, כל הפרטים החיוניים הנוגעים לעסקה נכללו במסמך 13.7: אמית התחייבה לאי-תחרות ומצד שני תע"א התחייבה לספק לאמית עבודות בקבלנות משנה, בשיעור של 15%. עוד נקבע, כי פרטי העבודה הספציפיים ייקבעו בהסכמה בין הצדדים על בסיס עקרונות שפורטו בנספח B, לאחר משא ומתן בתום לב. גם השינויים שנערכו בנוסחים המאוחרים יותר, לא שינו מהותית מנושא התמורה.

17. אשר להתגבשות זכאותה של אמית לתמורה לפי מסמך 13.7 נוכח התקשרות תע"א עם המדינה הזרה השנייה; לטענת המערער, תע"א הודתה שבאפריל 2008 (כלומר בתוך

התקופה עליה הוסכם) הצעתה של תע"א אושרה הן על ידי הוועדה הטכנית והן על ידי הוועדה המסחרית של הרשות הרלוונטית במדינה הזרה. משכך, לטענתו, התקיים התנאי הקבוע בסעיף 2(a) למסמך 13.7. עם אישור הוועדה הטכנית והמסחרית, תע"א השיגה את מטרתה, שכן בשלב זה אמית כבר אינה יכולה להתחרות בתע"א. בנסיבות אלה, לטענת המערער, אין הכרח שההסכם עם המדינה הזרה ייחתם בתוך תקופת מסמך 13.7, משום שהחתימה היא עניין פרוצדוראלי. המערער מוסיף, כי יש לפרש את מסמך 13.7 לטובת אמית, שכן לתע"א הייתה עדיפות בניסוח הוראותיו.

18. התנאים לאישור תביעה נגזרת; לשיטת המערער, בהיותו בעל מניות באמית וביוויז'ן, הוא זכאי להגיש בשמן תביעה נגזרת. לדבריו, כל התנאים לכך מתקיימים: הוכחת עילה לכאורה להגשת התביעה; מבחן טובת החברה ותום לבו של המבקש. המערער טוען כי עמד ברף הנמוך של הוכחת עילת תביעה לכאורה. כמו כן, לדבריו, תובע סביר היה בדעה כי יש להגיש תביעה נגד תע"א. תביעה שכזו צפויה להניב ליוויז'ן ולאמית סך של 19,125,000 דולר ארה"ב, אשר יועיל להן ויעשיר את קופתן. מכאן שמתקיים גם מבחן טובת החברה. המערער טוען כי הגיש את הבקשה בתום לב ואינו בעל אינטרס זר כלשהו בניהול התביעה. לטענתו, פרנקל שולט ללא עוררין בדירקטוריון החברה ופועל לקידום האינטרסים האישיים שלו, ובכלל זאת, מונע מהחברה להגיש תביעה נגד תע"א.

19. כלל שיקול הדעת העסקי; לבסוף טוען המערער כי כלל שיקול הדעת העסקי אינו מקנה ליוויז'ן ולאמית הגנה מפני התערבותו של בית המשפט, שכן כלל זה חל על החלטות ניהוליות שוטפות של הדירקטוריון (ולא על החלטה בעניין הגשת תובענה), ומשמש כטענת הגנה של דירקטורים כאשר נטען כלפיהם כי הפרו את חובת הזהירות. אין ליצוק לתוך התנאים לאישור תביעה נגזרת את כלל שיקול הדעת העסקי. לגופו של עניין, טוען המערער, כי ההימנעות מהגשת התביעה נגד תע"א אינה חוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי. במקרה דנן, קבלת החלטה שלא להגיש תביעה נגד תע"א הייתה נגועה בניגודי עניינים ובהעדפת האינטרסים של בעל השליטה ומכאן שיש להעביר את הנטל לחברה להראות כי אי הגשת התביעה נגד תע"א עומדת בסטנדרט של "הגינות מלאה" (entire fairness).

המערער טוען, כי למעשה לא התקבלה כל החלטה על ידי דירקטוריון החברה לאחר מכתב הדרישה של המערער. דובסטר הותיר על כנה את החלטות הדירקטוריון מיום 23.2.2012, תוך התנערות משיקול דעת עצמאי. הוא לא ידע איזה מידע הוצג לדירקטוריון בשנת 2012, נמנע מקבלת מידע מעורכי דין שהייתה להם נגיעה לעניין

ולא שוחח עם המערער. בנוסף, דובסטר היה מצוי בניגוד עניינים בהיותו פנסיונר של תע"א. הוא בחר להתייעץ עם עורכי דין אשר מייצגים את בעל השליטה. עוד נטען, כי מהירות התגובה למכתב הדרישה מעלה ספק רב אם היה סיפק בידי דובסטר ללמוד את הנושא. דהיינו, לא התקיים כל תהליך קבלת החלטות בחברה. המערער טוען, כי הסיבה האמתית לכך שהחברה נמנעה מלהגיש תביעה נגד תע"א היא האינטרסים האישיים של פרנקל, בעל השליטה. נוכח ניגוד העניינים בו מצוי פרנקל, היה על בית המשפט לקבוע כי עבר לחברה הנטל להראות כי ההימנעות מהגשת התביעה נופלת תחת הסטנדרט של "הגינות מלאה".

#### טענות המשיבות 2-1

20. המשיבות 2-1 טוענות, כי הסיבה שבגינה החברה לא הגישה תביעה נגד תע"א נעוצה בסירובו המתמשך של המערער לשתף פעולה עם החברה ולהעביר מסמכים ומידע שנדרשו ממנו. דירקטוריון החברה קיבל החלטה לפיה החברה לא תידרש לנושא בדיקת היתכנות תביעה נגד תע"א כל עוד המערער לא קיים את שהוטל עליו – מסירת מידע ומסמכים.

21. המשיבות 2-1 סומכות את ידיהן על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ולטענתן המערער אינו מתמודד עם הנמקותיו של פסק הדין. כך, טענת היסוד לפיה החלטת המשיבות שלא להגיש תביעה נגד תע"א נבעה משיקולים זרים שיסודם באינטרסים אישיים של פרנקל, נבחנה ונדחתה על ידי בית המשפט המחוזי. גם טענתו של המערער לפיה אין מקום להפעיל את כלל שיקול הדעת העסקי, נדחתה על ידי בית המשפט. כך או כך, בית המשפט בחן את עילת התביעה הלכאורית נגד תע"א ומצא שהיא מוטלת בספק, וגם מטעם זה אין מקום להתערב בהחלטת החברה. עוד נקבע, כי דובסטר היה רשאי להסתמך על החלטת הדירקטוריון משנת 2012, והמערער לא הציג טעם ענייני להתערבות בקביעה זו.

#### טענות תע"א

22. תע"א פותחת וטוענת כי הבקשה לאישור תביעה נגזרת לא נועדה כדי לשרת את טובת החברה, אלא על מנת להפעיל לחץ על בעל השליטה בחברה, עמו המערער מסוכסך. עוד טוענת תע"א, כי הערעור מופנה נגד שורה ארוכה של קביעות עובדתיות שקבע בית המשפט המחוזי לאחר שהתרשם מהעדים באופן בלתי אמצעי. המערער לא הראה הצדקה לסטות מהכלל לפיו אין ערכאת הערעור מתערבת בממצאי עובדה.

23. לטענת תע"א, תביעה נגזרת היא חריג ל"כלל אי ההתערבות" בענייניה של החברה. כלל זה חל ביתר שאת כאשר מדובר בקבלת החלטה על הגשת תביעה נגד צד שלישי. בעניין זה, לטענתה, חל גם כלל שיקול הדעת העסקי, הקובע חזקה לפיה בית המשפט לא יתערב בהחלטות של הדירקטוריון שהתקבלו שלא מתוך ניגוד עניינים, בתום לב ובאופן מיודע, לאחר שקילת השיקולים הרלוונטיים. בית המשפט המחוזי קבע כי הדירקטור היחיד בחברה שקל את כל השיקולים הרלוונטיים וקיבל את ההחלטה באופן מיודע. עוד קבע, כי לא הוכח קיומו של ניגוד עניינים וכי לא נפל פגם אחר בהליך קבלת ההחלטה. עוד נקבע שלא הוכח שההחלטה נבעה מניגוד עניינים של בעל השליטה. עוד קבע בית המשפט, כממצא עובדתי, שלא הוכח כי בעל השליטה היה מעורב בהחלטה המאוחרת שלא להגיש את התביעה. די בכך כדי לקבוע שאין מקום להתערב בהחלטת הדירקטוריון שלא להגיש את התביעה, על סמך כלל אי ההתערבות וכלל שיקול הדעת העסקי.

24. תע"א מוסיפה ומפרטת מדוע לטעמה לא מתקיימים התנאים לאישור הגשת תביעה נגזרת. כך, לשיטתה, לא הוכחה עילת תביעה טובה לכאורה. זאת, משמסמך 13.7 אינו בגדר הסכם מחייב אלא טיוטת הסכם לא חתומה, שעליה שורבטו בכתב יד הערות שונות, חלקן סותרות, ולאחריה הוחלפו טיוטות נוספות בין הצדדים. יתרה מכך, לטענת תע"א, מסמך 13.7 נעדר הסכמה על תנאים עיקריים – בהם התמורה – דבר המעיד על היעדר גמירת דעת של הצדדים ועל היעדר מסוימות, באופן השולל התגבשות של הסכם מחייב. תע"א מוסיפה וטוענת, כי הצדדים לא פעלו לפי ההסכם הנטען. הצדדים אף לא ציינו את דבר ה"הסכם" הנטען במגעים וטיוטות שהוחלפו ביניהם בקשר עם מתווים עסקיים אחרים. בנסיבות אלה, כך טוענת תע"א, קביעתו של בית המשפט קמא, לפיה לא נכרת בין הצדדים הסכם מחייב, היא קביעה המבוססת היטב בחומר הראייתי שהוצג בפניו, והמערער לא הביא טעם טוב להתערב בה.

25. תע"א מוסיפה וטוענת, כי גם אילו היה מסמך 13.7 מתגבש לכדי הסכם מחייב, עדיין לא היה בו כדי להקנות לאמית זכות כלשהי. זאת, מאחר שחווה הרכש עם המדינה הזרה השנייה נכרת כשבעה חודשים לאחר תום תקופת ההסכם הנטען. מסמך 13.7 לכל אורכו מתייחס לחווה רכש (Prime Contract) כאל חווה שנכרת רק עם חתימתו. גם על פי הגיונם של דברים, זכותה של אמית לקבל עבודות, כקבלן משנה, יכולה לקום רק לאחר שתע"א תזכה ותחתום על הסכם עם המדינה הזרה השנייה. מכל האמור עולה, כי לאמית אין עילת תביעה, ולו לכאורית, כלפי תע"א, ולפיכך אין סיכוי של ממש להצלחת התביעה הנגזרת שאישורה התבקש.

26. לבסוף, טוענת תע"א כי לא מתקיים התנאי לאישור הגשת התביעה הנגזרת שעניינו תום לבו של המערער בהגשת הבקשה. הגשת התביעה וניהולה תהיינה כרוכות בעלויות גבוהות מצד החברה, אשר נעדרת מקורות הכנסה עצמאיים. האינטרס הכלכלי של המערער בתביעה זניח, ומכאן שהבקשה לאישור אינה נובעת מאינטרס זה, כי אם מאינטרסים זרים הנובעים מסכסוך אישי בינו לבין פרנקל. חוסר ניקיון כפיו של המערער ניכר גם מהתנהלותו במסגרת ההליך בבית המשפט המחוזי, לרבות הסתרת עובדות מבית המשפט. בית המשפט הדגיש גם את חוסר שיתוף הפעולה של המערער בהעברת מידע ומסמכים לאמית, לצורך הגשת התובענה שאישורה התבקש.

דיון והכרעה

התנאים לאישור הגשת תביעה נגזרת

27. הליך התביעה הנגזרת מאפשר לבעלי מניות בחברה או לחברי דירקטוריון החברה להגיש תובענה בשם החברה, בגין עילת תביעה של החברה, בין כנגד נושא משרה בחברה, בין כנגד בעל שליטה בה ובין כנגד גורם חיצוני (רע"א 2903/13 אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שקדי, פסקה 13 (27.8.2014)); רע"א 5296/13 אנטורג נ' שטבינסקי, פסקה 16 (24.12.2013) (להלן: עניין אנטורג)). התביעה הנגזרת באה להתמודד עם בעיית הנציג, מקום שבו מתרחש "כשל" שבעקבותיו האורגנים המוסמכים של החברה מוחזקים כמי שאינם יכולים לקבל החלטה "בלתי נגועה" ביחס להפעלת כוח התביעה של החברה, זאת בייחוד במצבים שבהם התביעה הנדונה מופנית נגד אותם אורגנים עצמם, בעל השליטה שמינה אותם או כיוצא באלה, בגין נזק שנגרם לחברה. במלים אחרות, התביעה הנגזרת באה להתמודד עם "בעיית הנציג". זאת, תוך "עקיפת" סמכויותיהם של האורגנים המוסמכים בחברה, באמצעות הענקת "זכות עמידה" לבעל מניות (ובמקרים מסוימים לנושה) לתבוע בשם החברה (רע"א 4024/14 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' כהן, פסקה 15 (26.4.2015) (להלן: עניין אפריקה ישראל)); אירית חביב-סגל דיני חברות א 675, 686 (2007); צפורה כהן בעלי מניות בחברה – זכויות תביעה ותורפות ג 453-454 (מהדורה שניה, 2010); פרופ' יוסף גרוס חוק החברות א 379 (מהדורה חמישית, 2016)). מאחר שהתביעה הנגזרת מהווה חריג לעיקרון האישיות המשפטית הנפרדת ולכלל אי ההתערבות באופן ניהול החברה, הגשת תביעה נגזרת טעונה אישורו של בית המשפט ונקבעו תנאים מיוחדים להגשתה, זאת בהתאם לסעיף 198 לחוק החברות, הקובע כדלקמן:

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

28. על מנת שבית המשפט יאשר תביעה נגזרת, על המבקש להוכיח, ברמה הלכאורית, שלושה תנאים: (1) קיימת עילת תביעה לחברה; (2) התביעה וניהולה הן לטובת החברה; (3) התובע אינו פועל בחוסר תום לב (ראו: עניין אנטורג, פסקה 17; עניין אפריקה ישראל, פסקה 16; ע"א 7735/14 ורדניקוב נ' אלוביץ, פסקה 17 (28.12.2016) (להלן: עניין ורדניקוב)). בדיקה מקדמית זו על ידי בית המשפט נועדה לאזן בין הרצון להגן על החברה מפני מנהליה לבין הרצון להגן על החברה מפני סחיטה אפשרית של בעל מניות, לצד ההכרה בכך שעצם ניהול תביעה נגזרת טומן בחובו סיכון עבור החברה (עניין ורדניקוב, פסקה 17).

כלל שיקול הדעת העסקי

29. בדיני החברות בארצות הברית התפתח הכלל בדבר שיקול הדעת העסקי, אשר קובע "חזקת תקינות" לפיה החלטה של הדירקטוריון אשר התקבלה בהליך תקין תהיה, ככלל, חסינה מפני ביקורת שיפוטית. במלים אחרות, בית המשפט לא יבחן את שיקול דעתם העסקי של הדירקטורים בתביעה שבה נטען כי בפעולה או בהחלטה כלשהי הפרו את חובותיהם מכוח דיני החברות, וזאת ככל שמתקיימים תנאי ה"הגנה", והם: הדירקטור לא היה נגוע בניגוד עניינים בהקשר הרלוונטי; הפעולה ננקטה באופן "מיודע", קרי לאחר עיון בנתונים ושקילת השיקולים הרלוונטיים; והדירקטור פעל בתום לב (סובייקטיבי) [שרון חנס "כלל שיקול הדעת העסקי" עיוני משפט לא 313, 321 (2008) (להלן: מאמר חנס); עמיר ליכט "שם הוורד: אמצעי זהירות ושיקול-דעת עסקי של נושא-משרה" משפט ועסקים יט 475, 500-501 (2015) (להלן: מאמר ליכט); רות רונן ושיר אשכול "כלל שיקול הדעת העסקי והדרישה לקבל החלטה "מיודעת" צפוי להתפרסם במשפטים מז(3) (להלן: מאמר רונן ואשכול); ע"א 393/08 שגיא נ' כפר ביאליק כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ, פסקה 19 (23.2.2010) (להלן: עניין שגיא); עניין ורדניקוב, פסקה 69).

30. על קצה המזלג יצוין, כי כלל שיקול הדעת העסקי הוא אחד מבין שלושה סטנדרטים שונים של ביקורת שיפוטית על החלטות עסקיות שהתקבלו בחברה. כלל זה, כאמור, מקנה מעין "חסינות" למקבלי ההחלטה מפני הטלת חבות בגין הפרת חובת זהירות. כפי שיובהר להלן, על הטוען להפרת סטנדרט הזהירות להוכיח כי לא מתקיימים תנאיו של הכלל (היעדר ניגוד עניינים; תום לב; ו"יודוע"). אם עמד בנטל להוכיח כי איזה מהתנאים אינו מתקיים – עובר הנטל לדירקטורים להוכיח כי החלטתם עומדת בסטנדרט הביקורת של "הגינות מלאה" (Entire Fairness), שבגדרו נבחנת הגינותה של העסקה או הפעולה הרלוונטית. בתווך, ישנו סטנדרט ביניים שלישי המכונה "Enhanced Scrutiny" ("בחינה מוגברת") (ראו: עניין ורדניקוב, פסקה 67).

31. קיימות מספר הצדקות לקיומו של כלל שיקול הדעת העסקי (או לדוקטרינה המצרה את ההתערבות השיפוטית בהחלטות הדירקטוריון). לא ארחיב בנושא זה, אשר קסתות של דיו נשפכו עליו, ואזכיר את הרציונאלים על קצה המזלג: ההצדקה הראשונה עניינה מניעת הרתעת יתר ועידוד הדירקטורים ליטול סיכונים ולהפעיל שיקול דעת חופשי ולא-שגרת, תוך נטילת סיכונים (מאמר חנס, עמ' 333-335; מאמר ליכט, עמ' 488-489; יורם דנציגר, עמרי רחום-טוויג "עלייתו של שיקול הדעת העסקי ונפילתה של חובת הזהירות של דירקטורים" ספר גרוס 1, 4 (2015) (להלן: דנציגר ורחום-טוויג); מאמר רונן ואשכול, פרק ג.1; עניין ורדניקוב, פסקה 68); ההצדקה השנייה עניינה מניעת תביעות סרק והצפה של בתי המשפט בתביעות (מאמר חנס, עמ' 335-337; מאמר רונן ואשכול, פרק ג.1); ההצדקה השלישית עוסקת במניעת התערבות שיפוטית בהחלטות עסקיות. במסגרת זאת, הטענה המרכזית היא שבתי המשפט אינם כשירים לשקול מחדש את טיבן של החלטות עסקיות שאותן קיבלו האורגנים המוסמכים של התאגיד, ולכן מוטב שיצמצמו את גזרת הביקורת שהם מפעילים להליך קבלתן של החלטות, ולא לתוכנן. טיעון נוסף בהקשר זה נוגע ל"הטיית החוכמה בדיעבד", קרי, הנטייה הטבעית להתייחס – בדיעבד – להחלטה כאל כזו שלא הייתה סבירה במועד בו התקבלה (מאמר חנס, עמ' 337-339; מאמר ליכט, עמ' 490; דנציגר ורחום-טוויג, עמ' 4; מאמר רונן ואשכול, פרק ג.1; עניין ורדניקוב, פסקה 68). ההצדקה הרביעית עניינה מניעת זליגת מידע סודי של הפירמה במסגרת הליך הליטיגציה (מאמר חנס, עמ' 339).

יצוין, כי ישנם גם שיקולים "חיוביים" אשר מצדיקים את הביקורת השיפוטית הפרוצדוראלית על הליך קבלת ההחלטה: ההנחה היא כי קיום תהליך שיטתי ורציונלי של קבלת החלטה עשוי למנוע החלטות עסקיות בלתי רצויות ולשפר את טיבן של ההחלטות המתקבלות בדירקטוריון. ההנחה היא כי טיוב תהליך קבלת ההחלטות ישפר, בסופו של דבר, את טיב ההחלטות המתקבלות (מאמר רונן ואשכול, פרק ג.1).

32. במשך שנים רבות נמנע בית המשפט העליון מלהכריע בשאלת עצם תחולתו ועוצמת תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי במשפט הישראלי, תוך שהוא בוחן את פעולותיהם של נושאי משרה בחברה לפי דיני הנזיקין הרגילים, במסגרת עילת הרשלנות (פסק הדין המרכזי שבו הגדיר בית המשפט העליון את חובת הזהירות של דירקטורים וחייב דירקטורים בגין נזקים שנגרמו לחברה עקב התרשלנות בתפקידם הוא ע"א 610/94 בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה, פ"ד נז(4) 289 (2003); לסקירה בעניין זה ראו: מאמר חנס, פרק ד; מאמר ליכט, פרק ה.1; מאמר רונן ואשכול, פרק ב.1; עניין שגיא, פסקה 19 והאסמכתאות שם; ע"א 8712/13

אדלר נ' לבנת, פסקה 39 (1.9.2015)). בד בבד טבע בית המשפט העליון את הדוקטרינה שלפיה הניהול הפנימי של ענייני התאגיד נתון בידי מנהליו ובעלי מניותיו ובית המשפט לא יתערב בשיקול דעתו, כל עוד הדירקטוריון שקל את השיקולים הרלוונטיים, בתום לב ולטובת החברה (ע"א 667/76 ל. גליקמן בע"מ נ' א. מ. ברקאי חברה להשקעות בע"מ, פ"ד לב(2) 281, 287 (1978)). אט אט החלה הדוקטרינה לחלחל לפסיקתם של בתי המשפט המחוזיים (ראו לעניין זה: דנציגר ורחום-טוויג, עמ' 16: "כלל שיקול הדעת העסקי נקלט גם נקלט בדיני החברות בישראל"); עד שלבסוף, בעניין ורדניקוב "הכריז חגיגית" בית משפט זה כי עקרונתיו של כלל שיקול הדעת העסקי חלחלו אל המשפט הישראלי ומהווים כיום חלק בלתי נפרד מדיני החברות בישראל (אם כי לאו דווקא במתכונתו האמריקאית המלאה, אלא תוך התאמות שעשויות להידרש למשפט הישראלי) (שם, פסקאות 73-74).

תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי על החלטה שלא להגיש תביעה בשם החברה 33. בית המשפט המחוזי סבר כי יש להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי גם על החלטה של הדירקטוריון אם להפעיל את כוח התביעה של החברה על רקע בקשה של בעל מניות.

אכן, כלל שיקול הדעת העסקי חל על החלטות עסקיות של הדירקטוריון, כאשר החלטות אלה יכולות ללבוש אופי משתנה, בטווח גדול של מקרים, כפי שניתן להתרשם מהפסיקה האמריקאית – מהחלטות על מיזוג או הצעת רכש ועד להחלטות על פיטורים או תנאי העסקה של נושאי משרה בחברה. בית המשפט העליון של מדינת דלאוור, מכורתו של כלל שיקול הדעת העסקי, קבע כבר לפני שנים רבות כי כלל זה יחול גם על החלטה של דירקטוריון שלא להפעיל את כוח התביעה של החברה בעקבות דרישה של בעל מניות. כך, בעניין Aronson [Aronson v. Lewis 473 A.2d 805 (1984)] דיונה בקשה של חברה לסלק על הסף תביעה נגזרת שהגיש בעל מניות של החברה אשר נמנע מלפנות אל החברה בפנייה מוקדמת. באופן ספציפי יותר, בחן בית המשפט את השאלה מתי דרישה מוקדמת שכזו תהיה "עקרה" (futile) ולכן יהא בעל המניות פטור ממנה (שאלה זו אינה מענייננו כאן). לענייננו, בית המשפט בדלאוור עמד על התנאים לתחולתו של הכלל וקבע כי הכלל חל על פעולה או החלטה של הדירקטוריון, ובכלל זה החלטה שלא לפעול (אך לא על מחדל). בהקשר להפעלת כוח התביעה של החברה נאמר כך (בעמ' 813):

"In *Zapata*, we stated that a shareholder does not possess an independent individual right to continue a derivative action. Moreover, **where demand on a board has been made and refused, we apply the**



**business judgment rule in reviewing the board's refusal to act pursuant to a stockholder's demand".**  
 [ההדגשה אינה במקור – י.ד.]

34. ואכן, החלטה להפעיל או שלא להפעיל את כוח התביעה של החברה היא החלטה עסקית ככל החלטה עסקית אחרת, והיא כוללת בחובה שיקולים שונים, ובהם: הערכת סיכוייה של התביעה (ולשם כך כמובן שיש וראוי להתייעץ עם עורכי דינה של החברה על מנת לקבל החלטה מיועדת); הערכת העלות הכלכלית של ניהול התביעה מול הרווח הצפוי להיווצר ממנה; וכך שקילת השלכות נוספות שעשויות להיות להגשת התביעה על החברה, כגון השלכה על קשרים עסקיים או אחרים של החברה עם צדדים שלישיים, פגיעה במוניטין שלה ועוד (ראו בעניין זה פסק דינה של השופטת ר' רונן בתנ"ג 32489-02-12 אלטמן נ' אורמת תעשיות בע"מ, פסקה 18 (3.10.2013)). במלים אחרות – כמאמר סעיף 198 לחוק החברות – על הדירקטוריון להעריך האם "התביעה וניהולה הן לטובת החברה", על הרבדים השונים של מונח זה.

35. ניתן להבחין בין שני מצבים עיקריים שבהם פונה בעל מניות לחברה בבקשה להפעלת כוח התביעה שלה: (1) המקרה ה"קלאסי" הוא מצב שבו נדרשת החברה להגיש תביעה נגד נושאי המשרה של החברה (דירקטוריון החברה או המנכ"ל שלה) או נגד בעל השליטה, בגין נזק שנגרם לחברה עקב פעולות מסוימות של נושאי המשרה עצמם, אשר לפי הנטען מהוות הפרה של חובותיהם (בין חובת הזהירות או חובת האמון, כשמדובר בנושאי משרה, ובין חובת ההגינות, כשמדובר בבעל שליטה). במקרה כזה, ניתן לשער כי החלטתו של דירקטוריון החברה שלא להפעיל את כוח התביעה של החברה תהיה, במרבית המקרים אם לא בכלם, "נגועה" מראש בניגוד עניינים (שכן נושאי המשרה נדרשים לקבל החלטה על הגשת תביעה נגד עצמם או מקורביהם). (2) המקרה הפחות נפוץ הוא מצב שבו נדרשת החברה על ידי בעל מניות להגיש תביעה נגד צד שלישי בגין נזק שנגרם לחברה בגין עילות שונות (למשל: גרימת נזק בנזיקין; הפרת חוזה או ניהול משא ומתן בחוסר תום לב; ועוד). במצב שכזה, אין סיבה להניח מראש כי החלטתו של הדירקטוריון שלא להפעיל את כוח התביעה של החברה נגועה בכשל או בבעיית נציג.

36. כאשר מביאים בחשבון את העובדה שתביעה נגזרת נועדה מראש להתמודד עם בעיית נציג של נושאי המשרה, בשל ניגוד עניינים מובנה בו הם מצויים בעת קבלת החלטה על הגשת תביעה נגד עצמם, בשילוב העובדה שאישור להגיש תביעה נגזרת מהווה חריג לעקרון האישיות המשפטית הנפרדת ולעקרון אי ההתערבות, המסקנה היא שאישור תביעה נגזרת נגד צד שלישי צריך להיות חריג שבחריג. מכיוון שבמצב הדברים

הרגיל, כאשר מדובר בהגשת תביעה נגד צד שלישי, אין סיבה לחשוד בכשרות אופן קבלת ההחלטות על ידי האורגנים המוסמכים של החברה, הרי שגם אין מניעה להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על החלטה מעין זו. החלה של הכלל על החלטה בעניין הגשת תביעה נגד צד שלישי מכבדת את עצמאותם של נושאי המשרה בחברה ואת שיקול הדעת שלהם ומותירה את ניהול ענייניה של החברה בידיהם. דהיינו, אם החלטתו של הדירקטוריון בעניין זה התקבלה באופן מיועד, בתום לב וללא ניגוד עניינים, הרי שבית המשפט – ככלל – לא יתערב בהחלטתו, גם אם הוא סבור כי ההחלטה שגויה. כמובן, שאם יתברר כי ההחלטה הייתה נגועה בחוסר תום לב (סובייקטיבי), בניגוד עניינים או שהתקבלה ללא כל המידע הרלוונטי, הרי שההגנה של כלל שיקול הדעת העסקי לא תקום לנושאי המשרה.

37. גם מבחינת הרציונאלים המצדיקים את קיומו של כלל שיקול הדעת העסקי נכון יהיה להחילו על החלטה בעניין הפעלת כוח התביעה של חברה. כך, יש לעודד הפעלת שיקול דעת עצמאי וחופשי על ידי הדירקטורים ולמנוע מצב שבו דירקטורים יעדיפו להגיש תביעה בשם החברה רק בשל החשש שבתי המשפט יתערבו בהחלטתם, אם יסרבו לעשות כן. צמצום ההתערבות של בתי המשפט בהחלטה אודות הגשה או אי הגשה של תביעה תסייע במניעת תביעות סרק והצפה של בתי המשפט. זאת ועוד – בית המשפט המחוזי סבר כי לדירקטורים אין עדיפות על בית המשפט בהערכת סיכויי התביעה. לדידי, ניתן לתהות אם קביעה זו אכן מדויקת. ראשית, ברי כי על מנת לקבל החלטה מודעת ומיועדת בעניין זה, על הדירקטורים להיוועץ במומחה לדבר, קרי, היועצים המשפטיים של החברה או עורכי דין המומחים לתחום המשפטי הרלוונטי (בהתאם לנסיבות). במרבית המקרים רק היוועצות כזאת תקים את ההגנה של כלל שיקול הדעת העסקי, אשר חל על החלטה "מיועדת". כמובן זה, נראה כי אין לבתי המשפט עדיפות על פני דירקטורים שקיבלו החלטה מיועדת לאחר שנעזרו בייעוץ מקצועי.

בנוסף, כפי שציין בצדק בית המשפט המחוזי, קבלת ההחלטה על הגשת תביעה כרוכה בשיקולים נוספים מלבד סיכויי התביעה גרידא, ובהם: עלות הניהול של התביעה, הן בהיבט הכספי הן בהיבט של כוח אדם ומשאבים של החברה; ההשפעה האפשרית של הגשת וניהול התביעה על המוניטין של החברה; השפעת התביעה על קשריה של החברה עם הנתבעים הפוטנציאליים או צדדים שלישיים. כל אלה הם שיקולים שבהם לדירקטוריון החברה עדיפות ברורה בקבלת ההחלטות על בית המשפט. לבסוף, ברי כי ניהול הליך משפטי על עצם הגשת התביעה עלול להביא לזליגת מידע סודי של הפירמה.

38. אודה ולא אבוש; התלבטתי בשאלה האם קביעה לפיה כלל שיקול הדעת העסקי חל על החלטה בעניין אי הגשה של תביעה בשם החברה אינה מרוקנת מתוכן את סעיף 198 לחוק החברות, אשר קובע את התנאים שבהם יאשר בית המשפט הגשת תביעה נגזרת. כפי שציינתי לעיל, בהתאם לסעיף 198 לחוק החברות, בית המשפט יאשר תביעה נגזרת – גם אם דירקטוריון החברה לא מצא לנכון להפעיל את כוח התביעה של החברה – אם מצא שהתקיימו שלושה תנאים: (1) קיימת עילת תביעה לחברה; (2) התביעה וניהולה הן לטובת החברה; (3) התובע אינו פועל בחוסר תום לב. אם החלטת החברה שלא להגיש תביעה נגד צד שלישי תחסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי, פירוש הדבר הוא כי בית המשפט כלל לא נדרש לבחון את התקיימות תנאיו של סעיף 198 לחוק החברות.

חרף האמור, אני סבור כי אין מניעה להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על החלטה מסוג זה. ראשית, סעיף 198 לחוק החברות רלוונטי לטווח רחב של מקרים, אשר מפורטים בסעיף 197 לחוק החברות, ולא רק למצב שבו החברה סירבה לדרישתו של בעל המניות להגיש תביעה נגזרת. שנית, סעיף 198 יהיה רלוונטי לכל אותם מקרים שבהם אין מקום להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי (לדוגמה מצב שבו ברור מראש שהחלטה נגועה בניגוד עניינים מובנה, כגון תביעה נגד הדירקטוריון של החברה). שלישית, גם במצב שבו בחן בית המשפט את הליך קבלת ההחלטה אם להגיש תביעה אם לאו בהתאם לכלל שיקול הדעת העסקי, והגיע למסקנה כי איזה מתנאיו אינו מתקיים, יהיה על בית המשפט לבחון את סבירותה של החלטת הדירקטוריון, בראי עילת התביעה והאם ניהולה הוא לטובת החברה (על כך בהמשך).

האם מתקיימים מבחני כלל שיקול הדעת העסקי על נסיבות המקרה דנן

39. בפתח הבחינה אעיר כי כלל שיקול הדעת העסקי בנסיבות המקרה דנן צריך להיבחן ביחס לשתי החלטות שננקטו בשתי נקודות זמן שונות: האחת – ההחלטה הנוכחית הנתקפת, היא החלטתו של דובסטר משנת 2014 שלא להיעתר לדרישתו של המבקש להגיש תביעה בשם החברה נגד תע"א. השנייה – החלטת הדירקטוריון מיום 23.2.2012 לפיה החברה לא תמשיך לבחון אפשרות הגשת תביעה נגד תע"א עד להעברת המסמכים הנחוצים על ידי המערער. זאת, מכיוון שההחלטה הנוכחית נסמכת על החלטת הדירקטוריון מיום 23.2.2012. יצוין, כי החלטה מודעת שלא לנקוט פעולה מסוימת, כגון החלטה להימנע מהגשת תביעה, גם היא בגדר החלטה הכפופה לכלל שיקול הדעת העסקי. לא אתימר לבחון את כל אחד מהניואנסים שבהם דנה הפסיקה

האמריקאית במשך 150 שנות קיומו של הכלל, אלא אתמקד בסוגיות שהעלו הצדדים ואשר מעוררות שאלות במקרה דנן.

40. דרישת היידוע: בעניין Van Gorcom ( Smith v. Van Gorcom, 488 A.2d 858 ) (Del. 1985)) נקבע לראשונה שכדי להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי אין עוד די בהוכחת תום לב סובייקטיבי והיעדר עניין אישי, אלא יש להראות כי החלטת הדירקטוריון הייתה מיודעת והתקבלה באופן אקטיבי לאחר דיון (ראו: דנציגר ורחום-טוויג, עמ' 7). בפני נושאי המשרה צריך להיות כל המידע המהותי שהיה זמין באופן סביר, ולאורו עליהם לשקול את החלופות הרלוונטיות (מאמר ליכט, עמ' 501). על מנת לסתור את החזקה, על התובע להראות כי ההחלטה התקבלה מבלי שנבחנו הנסיבות והעובדות המרכזיות הנוגעות לעניין (מאמר חנט, עמ' 324; עניין ורדניקוב, פסקה 75).

41. כפי שמתואר בחלק העובדתי, החלטת הדירקטוריון מיום 23.2.2012 התקבלה לאחר היוועצות עם עורכי דין הבקאים במאטריה. עורכי הדין עמם התייעצה החברה סברו כי בטרם הגשת תביעה נגד תע"א יש לקבל מסמכים ספציפיים שחסרו וכן לוודא שאין מסמכים ומידע נוספים אשר יהוו "גורם הפתעה" בניהול ההליך. משמיאן המערער – שבידיו היו המסמכים והמידע הרלוונטיים – לשתף פעולה עם החברה ולהעביר את המסמכים הנדרשים, קיבל דירקטוריון החברה החלטה (במהלך הישיבה נכח גם המערער) שלא לקדם הגשת תביעה נגד תע"א, בהיעדר המידע המלא הדרוש. מדובר בהחלטה מושכלת ומיודעת שהתקבלה על סמך ייעוץ מקצועי.

42. כעבור כשנתיים וחצי, כאשר פנה המערער לחברה בדרישה להגיש תביעה נגד תע"א, כיהן בחברה דירקטור אחד – דובסטר. החברה השיבה בשלילה לפנייתו של המערער, כמתואר לעיל. במצב חריג זה, עולה השאלה האם ניתן לדבר על החלטה שהתקבלה "לאחר דיון", כנדרש לצורך דרישת היידוע. ככלל, הדרישה לקבל החלטה לאחר דיון נובעת מהרעיון לפיו כאשר מתקיים דיון, עולות שאלות ומתלבנות סוגיות שונות, ובמלים אחרות, מתקיימת הפרייה הדדית, הן בהעלאת קשיים שעולים בקשר עם ההחלטה הספציפית והן במתן מענה לקשיים מסוימים. אם רק באדם אחד עסקינן – אין דיון ואין הפרייה הדדית.

על אף האמור, איני סבור כי בנסיבות העניין נפל, בהקשר זה, פגם המצדיק את שלילת תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי. דובסטר הסתמך על החלטה מיודעת של דירקטוריון החברה. דובסטר ידע כי מאז 23.2.2012 לא התקבלו מידע ומסמכים נוספים מהמערער, קרי, לא חל שינוי נסיבות רלוונטי. אולם הוא לא הסתפק בכך – הוא

פנה לעורכי הדין של החברה ונועץ בהם. מדובר באותו משרד עורכי דין שערכו עבור החברה טיוטת מכתב התראה לתע"א בשנת 2011, כך שאין סיבה להניח שעורכי הדין לא הכירו את העובדות כדבעי. עורכי הדין יכלו לייעץ לדובסטר אודות סיכויי התביעה, בין היתר, על רקע העובדה שאותם מסמכים שחסרו בשנת 2012, לא הועברו לחברה גם בשנת 2014. לטעמי, בכך עמד דובסטר בדרישה לקבל החלטה מיועצת לאחר היוועצות. אוסיף, כי כאשר מדובר בהחלטה אודות הגשת תביעה בשם החברה נגד צד שלישי, יהיה ככלל ראוי להיוועץ, בכל הנוגע להערכת סיכויי התביעה, בעורך דין – בין עורכי הדין המלווים את החברה באופן שוטף ובין עורכי דין המומחים לתחום הספציפי, כאשר מדובר בתחום ייחודי (לדוגמא: הגבלים עסקיים או קניין רוחני).

המערער טוען, בין היתר, כי ההחלטה לא הייתה החלטה מיועצת שכן היא נסמכת על החלטת הדירקטוריון מיום 23.2.2012, מבלי שהופעל שיקול דעת עצמאי. אין בידי לקבל טענה זו. החברה קיבלה החלטה על הקפאת התביעה נגד תע"א עד לקבלת מסמכים ומידע מהמערער. כעת נדרש הדירקטוריון להחליט האם לשנות מההחלטה הקודמת או לא. לשם כך, עליו לבחון אם ההחלטה הקודמת הייתה סבירה על פניה ואם כן, לשאול עצמו האם חל שינוי נסיבות או שהתגלו עובדות חדשות שמצדיקות את שינוי ההחלטה. על פניו, נראה כי דובסטר ביצע את כל השלבים הללו. במסגרת זאת, אף התייעץ עם יועציה המשפטיים של החברה. כמו כן, שקל דובסטר שיקולים רלוונטיים נוספים, ובהם השפעתה של התביעה על החברה – ובכלל זה העלות של הגשת התביעה וניהולה, יכולתה להשקיע משאבים וכוח אדם בניהול התביעה, ההשפעה האפשרית על המוניטין של החברה ועוד. המערער לא הראה כי ישנם שיקולים רלוונטיים שדובסטר נמנע מלהביא בחשבון בעת קבלת החלטתו, מידע שהתעלם ממנו או פעולה נוספת שהייתה נחוצה לצורך קבלת ההחלטה.

עוד אתייחס לטענת המערער לפיה פרק הזמן הקצר (ימים ספורים) שעבר בין מועד פנייתו לחברה לבין מתן התשובה השלילית מעיד על קבלת החלטה שלא על בסיס מידע מלא. לטעמי, אין בפרק זמן זה אינדיקציה לקבלת החלטה לא מיועצת. החלטה על הגשת תביעה נגזרת אין לזלזל בה, אך לא מדובר בהחלטה כלכלית מורכבת המצדיקה בחינה בת שבועות או חודשים. בימים שחלפו עד לקבלת ההחלטה ניתן היה בנקל לבצע את כל הפעולות הנדרשות לשם שקילת העניין, לרבות היוועצות עם עורכי הדין של החברה, סקירת ההסכם הנטען וההתכתבויות בין הצדדים ולקבל החלטה על בסיס מלוא המידע הרלוונטי.

43. היעדר ניגוד עניינים: על מנת לסתור את כלל שיקול הדעת העסקי על התובע להראות כי ההחלטה התקבלה כאשר מקבל ההחלטה הוא בעל אינטרס אישי מנוגד בהקשר הרלוונטי ולכן מתעורר החשש שמא הוא הפר חובת אמון (עניין ורדניקוב, פסקה 75).

44. לפי הנטען, דובסטר היה נגוע בניגוד עניינים עקב היותו גמלאי של תע"א. אני מסכים עם קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה עובדה זו אינה הופכת אותו ל"נגוע" בניגוד עניינים במסגרת קבלת ההחלטה הנוגעת להגשת תביעה נגד תע"א. גם לו הייתה מוגשת תביעה בשם החברה נגד תע"א, לא היה הדבר אמור לפגוע בדרך כלשהי באינטרס הכלכלי של דובסטר כגמלאי תע"א.

45. עוד טוען המערער, כי החברה נמנעה מהגשת תביעה נגד תע"א בשל אינטרסים עסקיים של פרנקל, בעל השליטה, המקיים קשרים עסקיים עם תע"א. בית המשפט המחוזי קבע כי יש בסיס לטענה לפיה קשריו העסקיים של פרנקל עם תע"א נלקחו בחשבון בעת קבלת החלטת הדירקטוריון מיום 23.2.2012. יחד עם זאת, בית המשפט לא סבר שהוכח שההחלטה המאוחרת (משנת 2014) נבעה מניגוד העניינים של פרנקל ומזיקה עודפת משמעותית שהייתה לו בהקשר זה. בית המשפט ציין כי עולה שאף בשנת 2012 השתכנע פרנקל בסופו של דבר – חרף קשריו עם תע"א – כי יש להתניע את התהליך של הגשת תביעה נגד תע"א, אם יהיה שיתוף פעולה של המערער. עוד הצביע בית המשפט על כך שהאינטרס הכספי של מגנוס (שפרנקל הוא המוטב שלה) בהגשת התביעה נגד תע"א חופף כמעט במלואו את האינטרס הכספי של אמית בהגשת התביעה. בשים לב לכך שמדובר בתביעה שעשויה להניב לחברה סכום לא מבוטל, הרי שמדובר באינטרס משמעותי של מגנוס (ושל פרנקל) להגיש את התביעה, לו היו סבורים שיש בה ממש. בנסיבות כאלה, לשיטת בית המשפט, יש להראות כי היה לפרנקל אינטרס נוגד משמעותי, שהפך אותו – חרף האמור לעיל – למי שהאינטרס שלו לגבי הגשת התביעה היה מנוגד לזה של החברה.

בנסיבות המקרה דנן, מסכים אני עם מסקנתו של בית המשפט המחוזי כי הוכח קיומו של ניגוד עניינים בעל השפעה מסוימת, בעת קבלת החלטת הדירקטוריון מיום 23.2.2013; מדובר במוטב של בעלת השליטה בחברה, אשר יש לו קשרים עסקיים – שטיבם והיקפם לא ידוע – עם תע"א. יש להניח שהגשת תביעה על סך מיליוני שקלים נגד תע"א אכן עשויה הייתה להשפיע על קשריו של פרנקל עם תע"א. קיימת, אם כן, זיקה הקושרת בין פרנקל ובין הגשת התביעה באופן שיוצר לו אינטרס מנוגד להגשת התביעה. בית המשפט אף קבע, עובדתית, כי קשריו העסקיים של פרנקל עם תע"א

נלקחו בחשבון בעת קבלת החלטת הדירקטוריון מיום 23.2.2012. מנגד, אם אכן סיכויי התביעה להתקבל טובים וסכום הזכייה בה קרוב לסכום הנטען על ידי המערער, הרי שלהגשת התביעה היה גם פוטנציאל להיטיב עם פרנקל, וייתכן כי פוטנציאל זה מאיין את האינטרס הנוגד. ראייה לכך, כפי שציין בית המשפט, היא כי פרנקל בסופו של דבר לא התנגד להגשת התביעה, אלא שהוסכם – בעצת עורכי דינה של החברה – כי הגשתה תוקפא עד לקבלת מסמכים ומידע מאת המערער.

הנפקות של אי עמידה בתנאי כלל שיקול הדעת העסקי בנסיבות העניין 46. אם כן, הגעתי למסקנה כי למוטב של בעלת השליטה בחברה היה אינטרס נוגד להגשת התביעה, בדמות קשריו העסקיים עם תע"א. אינטרס נוגד זה אף נלקח בחשבון בעת קבלת ההחלטה, אולם בד בבד לא נשללה האופציה להגיש את התביעה בשל כך, אלא בשל היעדרם של מידע ומסמכים שהיו ברשותו של המערער. בית המשפט המחוזי סבר כי בנסיבות אלה, יש לבחון את סבירותה של ההחלטה לגופה.

47. בעניין ורדניקוב סקר השופט י' עמית את הנפקויות האפשריות של אי עמידה בתנאי כלל שיקול הדעת העסקי – כאשר האפשרות ה"קיצונית" ביותר היא החלת סטנדרט בחינה של "הגינות מלאה", שפירושו העברת הנטל לכתפי הדירקטורים להראות כי החלטתם "הוגנת" כלפי בעלי המניות, הן מבחינת ההליך שבו התקבלה ההחלטה והן מבחינת תנאי העסקה. לגישת השופט עמית בעניין ורדניקוב, אימוץ סטנדרט ה"הגינות המלאה" יהיה נכון בפרט במצבים שבהם מדובר בעסקאות שהן בעלות משמעות חריגה כלפי בעלי המניות, או במצבים בהם מדובר בניגוד עניינים "ישיר" האינהרנטי למעמדו של בעל העניין (בפרט בעל השליטה) (שס, פסקה 83; שרון חנס "ביקורת שיפוטית על החלטות הדירקטוריון: בין שיקול דעת עסקי להגינות המלאה" ספר גרוס 141, 142 (2015)). עם זאת, לא כל ניגוד עניינים מביא להחלה אוטומטית של כלל הגינות המלאה (עניין ורדניקוב, פסקה 78).

מסקנתו של השופט עמית הייתה כי מן הראוי לאמץ "סטנדרט ביניים" (תוך שאיבת השראה מסטנדרט ה"בחינה המוגברת" (enhanced scrutiny) שפותח בדלאוור. סטנדרט הביניים נועד "לתת בידי בית המשפט כלים להפעיל ביקורת שיפוטית מוקפדת יותר, במצבים שבהם הסתפקות בהחלת כלל שיקול הדעת העסקי עלולה "לפספס" הפרות של חובות אמון, וכאשר נדרש מענה ממצה יותר נוכח קיומו של מתח פוטנציאלי בין טובת החברה לבין טובת נושאי המשרה או בעל השליטה" (עניין ורדניקוב, פסקה 95). סטנדרט הביניים לא יהיה זהה בכל מקרה ובכל מצב; תוכנו ואופן יישומו עלולים להשתנות בהתאם ל"כשל" הפוטנציאלי בנסיבות המקרה (שס, שס).

במסגרת סטנדרט הביניים, הנטל הראשוני מוטל על הדירקטורים, הנדרשים להראות כי החלטתם נופלת "במתחם הסבירות" (שם, פסקה 103).

48. ה"כשל" הפוטנציאלי בנסיבות המקרה דנן, כפי שתואר לעיל, נוגע לניגוד עניינים עקיף ולא חריף, בין עסקיו של בעל השליטה (בעקיפין) בחברה לבין ההחלטה אודות הגשת התביעה. בצדק, אם כן, בחן בית המשפט המחוזי אם החלטתה של החברה לדחות את פנייתו של המערער נופלת במתחם הסבירות. בהקשר הרלוונטי, בחינה זו נוגעת למבחנים הקבועים בסעיף 198 לחוק החברות (1) קיימת עילת תביעה לחברה; (2) התביעה וניהולה הן לטובת החברה; (3) התובע אינו פועל בחוסר תום לב.

בחינת סבירותה של ההחלטה שלא להגיש תביעה נגד תע"א

49. בית המשפט המחוזי בחן את סבירותה של החלטת החברה שלא להגיש תביעה נגד תע"א, ובכלל זה בחן את סיכוייה של התביעה (תוך התייחסות לטענות הגנה אפשריות שהיו עומדות לתע"א); את השאלה האם התביעה וניהולה הן לטובת החברה (תוך התייחסות למצבה הכלכלי הקשה של החברה ולקושי לממן את הגשת התביעה וניהולה) וכן את טענות החברה ביחס לחוסר תום הלב של המערער, המבקש לתבוע בשם החברה. פסק דינו של בית המשפט המחוזי בהקשר זה הוא מנומק ומפורט, תוך הסתמכות על קביעות עובדתיות וניתוח משפטי מעמיק (עיקרי הדברים פורטו, על קצה המזלג, בפסקאות 10-15 לעיל).

50. לאחר עיון מעמיק בפסק דינו של בית המשפט המחוזי ובטענותיהם של הצדדים, מצאתי כי אין מקום לדחות את הממצאים העובדתיים שנקבעו בפסק הדין; כי הממצאים העובדתיים תומכים במסקנה המשפטית וכי אין לגלות בפסק הדין טעות שבחוק. לפיכך, אמליץ לחבריי לאמץ – בהקשר זה של בחינת סבירות ההחלטה – את מכלול הממצאים העובדתיים והמשפטיים שנקבעו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, ולדחות את הערעור בגדר סמכותנו לפי תקנה 460(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

סוף דבר

51. אמליץ לחבריי לדחות את הערעור ולחייב את המערער לשאת בהוצאותיהן של המשיבות כדלקמן: לטובת המשיבות 1-2 – סך של 25,000 ש"ח; לטובת המשיבה 3 – סך של 25,000 ש"ח.

ש ו פ ט (בדימ')



השופט מ' מזוז:

אני מסכים לפסק דינו המקיף של חברי השופט (בדימ') י' דנציגר ולמסקנתו.

**שופט**

השופט י' אלרון:

אני מסכים.

**שופט**

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט (בדימ') י' דנציגר.

ניתן היום, ט' באייר התשע"ח (24.4.2018).

**שופט**

**שופט**

**שופט (בדימ')**