



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

1

מספר בקשה: 30

בפני כב' השופטת רות רונן

המבקש:

גיא ניומן
ע"י ב"כ עו"ד רון

נגד

המשיבים:

1. פיננסיטק בע"מ
- ע"י ב"כ עו"ד ברד
2. משה הבא
3. עופר פואה(נמחק)
4. טובה פינטו
5. צבי פרל
6. יעקב דיין
- משיבים 2-6 ע"י ב"כ עוה"ד שפירא
7. אברהם דן
8. דוד אמאר
9. רינת אביבי
10. ציון שטרית
- משיבים 7-10 ע"י ב"כ עו"ד הירשמן

2

החלטה

3

- 4 1. המבקש הגיש בקשה לאישור תביעה כתביעה נגזרת (להלן: "**בקשת האישור**") בשמה של
- 5 המשיבה 1, חברת פיננסיטק בע"מ (להלן: "**החברה**") נגד המשיבים 2-10 (למעט המשיב 3
- 6 שנמחק מהבקשה) שהיו דירקטורים בחברה בתקופות שונות.
- 7
- 8 2. המשיבים כיהנו כדירקטורים בחברה בתקופות הבאות –
- 9 **משיב 2** – כיהן כיו"ר הדירקטוריון מיום 8.6.2006 וכמנהל כללי של החברה מיום
- 10 27.2.2007. הוא חדל לכהן בתפקידים אלה ביום 1.9.2009, וחדל לכהן כדירקטור ביום
- 11 10.3.2010. בתקופה מיום 8.11.2006 ועד 11.1.2009, שלט המשיב 2 בחברה שהיתה בעלת
- 12 השליטה בחברה דן;
- 13 **משיב 4** – כיהנה כדירקטורית מיום 16.1.2007 עד יום 24.8.2009;
- 14 **משיב 5** – כיהן כדירקטור מיום 26.2.2007 ועד יום 30.8.2009;
- 15 **משיב 6** – כיהן כדירקטור חיצוני מיום 26.2.2007 ועד יום 30.8.2009;



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 **משיב 7** (להלן: "מר דן") – כיהן כדירקטור מיום 20.8.2009. מיום 1.9.2009 הוא כיהן כיו"ר
2 הדירקטוריון והוא שולט בעקיפין בחברה המחזיקה ב-35% מהון המניות של החברה מיום
3 11.1.2009.
- 4 **משיב 8** – כיהן כדירקטור מיום 20.8.2009 ועד יום 21.5.2012, ושימש מנהל כללי של
5 החברה מיום 1.9.2009 ועד יום 1.3.2012;
6 **משיב 9** – כיהנה כדירקטורית מיום 20.8.2009 ועד יום 11.3.2012;
7 **משיב 10** – כיהן כדירקטור מיום 30.11.2010.
- 8
- 9 3. ענייני של בקשת האישור והתביעה הנגזרת בטענה לפיה המשיבים או מי מהם הפרו את
10 חובת הזהירות שלהם כלפי החברה, כאשר נמנעו מלממש נכסים ששועבדו לטובת החברה
11 לצורך פירעון הלוואות שלא שולמו לחברה במועד. זאת, למרות שהשעבודים נועדו להבטיח
12 את הפירעון, ולמרות שהערכות שווי הנכסים המשועבדים העידו על רווחים אפשריים
13 לחברה ממימושם. כתוצאה מכך אבדה לחברה אפשרות להשיג סכום של לפחות 3.7 מיליון
14 דולר ממימוש הנכסים הללו.
- 15
- 16 4. התביעה מתייחסת לשעבודים שהוטלו על שני נכסים עיקריים שיתוארו להלן – חניון ומלון
17 (להלן: "השעבודים"); ולשתי תקופות עיקריות: **התקופה הראשונה**, בה כיהנה
18 בדירקטוריון קבוצת הדירקטורים הראשונה - משיבים 2, ו-4-6 שכיחנו בדירקטוריון
19 בתקופה בה לגישת המבקש החל המחדל נושא הבקשה, קרי בסוף שנת 2008 (משיבים אלה
20 יכוננו להלן למען הנוחות: "משיבים 2-6"); **והתקופה השנייה** – מחודש אוגוסט 2009
21 ואילך, בה מונתה לדירקטוריון קבוצת הדירקטורים השנייה (משיבים 7-9). משיב 10 מונה
22 לדירקטוריון בחודש נובמבר 2011).
- 23
- 24 **תמצית העובדות**
- 25 א. ההסכם עם אמריס – עסקת פטרו-גרופ
- 26 5. ביום 1.6.2008 דיווחה החברה לבורסה כי היא התקשרה במערכת הסכמים עם חברת
27 אמריס בע"מ (להלן: "אמריס") וחברות בשליטתה, לפיהם מכרה החברה לאמריס מניות
28 של חברת פטרו-גרופ בע"מ שהיו בבעלותה, בתמורה לאגרות חוב לא מובטחות של חברת
29 אמריס בערך נקוב של 34 מיליון ₪.
- 30



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 כעולה ממתכונת העסקה כפי שהיא הוצגה מלכתחילה בפני דירקטוריון החברה, בחנה
2 החברה אפשרות לרכוש מספר נכסי נדל"ן שהוחזקו על-ידי חברות בנות של אמריס בעיר
3 סירקיוז במדינת ניו-יורק:
- 4 • בית-מלון המכונה גם "הנכס ההיסטורי" (שיכונה להלן: "המלון"). מדובר במלון
5 שהוקם בשנת 1924 ונחשב – כך עולה מתגובתם של המשיבים 2-6 לבקשת האישור,
6 לאחד המלונות היוקרתיים במדינת ניו-יורק;
 - 7 • חניון הכולל שש קומות בהן ישנם 570 מקומות חניה (להלן: "החניון"). מתוך החניות,
8 הושכרו 200 מקומות חנייה בלתי מסומנים לעיריית סירקיוז תמורת סכום של כ-
9 \$168,000 לשנה. לאחר השלמת השיפוץ שתוכנן בחניון, ההערכה היתה כי דמי שכירות
10 יגיעו לכ-\$450,000 לשנה. החניון מקושר לבנייני המלון באמצעות גשר להולכי רגל (ר'
11 ס' 29 לתצהירו של מר פרל מטעם המשיבים 2-6);
 - 12 • בניין בן 15 קומות, חלקו משמש למגורים וחלקו מכיל שטחי מסחר (להלן: "המגדל"),
13 המצוי בסמוך לחניון. במגדל ישנן כ-75 דירות להשכרה, ושטחים מסחריים בקומת
14 הרחוב בהיקף של כ-30,000 רגל מרובע. בחודש נובמבר 2007 התחיל שיפוץ כללי של
15 המגדל, שהיה צפוי להסתיים לקראת תום שנת 2008.
- 16
17 נכסי הנדל"ן הללו - המלון, החניון והמגדל (וכן חנות כלבו שהיתה בפרויקט), היו בבעלותן של
18 חברות בנות של אמריס (שיכוננו להלן יחד: "חברות ה-GML"). אמריס החזיקה ב-95%
19 ממניות החברות הבנות, וחברה בשם גמול אמריקה החזיקה ב-5% הנוספים.

ב. תנאי ההסכם עם אמריס

- 22 בסופו של דבר שונתה מתכונת ההסכם עם אמריס באופן שהחברה לא רכשה את נכסי
23 הנדל"ן עצמם. במקום זאת הגיעו החברה ואמריס להסכם (שיכונה להלן: "ההסכם עם
24 אמריס") לפיו אמריס הנפיקה לחברה אגרות חוב בהיקף של 34 מיליון \$ ע.נ. בתמורה
25 מכרה החברה לאמריס את יתרת אחזקותיה בפרטרו-גרופ (10.62%).
- 26
27 בנוסף, החברה הלוותה לאמריס באמצעות חברה בת שלה (חברת FNTC Schiel LLC)
28 סכום של 1.5 מיליון דולר, לתקופה של 90 ימים בריבית של 12% לשנה (הלוואה שנועדה
29 לשיפוץ החניון ותשלום חובות דחופים הקשורים לפרויקט ואשר הקשו על ניהול החניון).
30 להבטחת ההלוואה בסכום 1.5 מיליון דולר, נרשם ביום 2.6.2008 לזכות החברה שעבוד
31 בדרגה שנייה על החניון. המשכנתא הראשונה שהיתה רשומה על החניון נרשמה לזכותו של



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 בנק בשם Adirondack Bank (להלן: "בנק אדירונדק" או "הבנק"), שהעמיד לאמריס
2 בשנת 2007 הלוואה בסכום של 2 מיליון דולר.
3
- 4 כן ניתנה לחברה אופציה לרכוש את החניון מהחברה שהיתה הבעלים של החניון - חברה בת
5 של אמריס בשם GML Parking LL.C (להלן: "חברת החניון"). מחיר מימוש האופציה של
6 החניון עמד על 3.5 מיליון דולר וממחיר זה, כך הוסכם, תופחת יתרת המימון של בנק
7 אדירונדק ויתרת ההלוואה שהעמידה החברה הבת של החברה שלא נפרעה בתוספת הריבית
8 עליה. כן נקבע כי מימוש האופציה כפוף לאישור הבנק ולאישור חברת גמול אמריקה
9 השקעות (להלן: "גמול אמריקה") שהחזיקה ב-5% מהון חברת החניון.
10
- 11 לחברה ניתנה גם אופציה לרכוש את המגדל מהחברה הבת של אמריס שהמגדל היה
12 בבעלותה, תוך אפשרות לקיזוז 33% מהתמורה במימוש אג"ח אמריס לפי ערכן הנקוב.
13 האופציה עמדה בתוקף לתקופה של 30 יום שראשיתם ארבעה חודשים לאחר שיתקבל
14 טופס אכלוס לפחות לשטח של 80% מהמגדל (זאת – כך טענו משיבים 2-6 בתגובתם – כדי
15 שלחברה תהיה אפשרות לקבל הכנסות מהמגדל שיעור תשואה שיהיה בו כדי לתמוך
16 מסחרית במחיר מימוש האופציה). מחיר המימוש נקבע לפי שיעור תשואה של 9% לשנה
17 (שיעור שנקבע שיחושב לפי ה-NOI הרלוונטי במועד בו יתקבל אישור האכלוס האמור).
18
- 19 ג. התוספת להסכם עם אמריס
- 20 9. בדוחות החברה שהוצאו ביום 27.8.2008, דיווחה החברה כי ביום 22.8.2008 נחתמה תוספת
21 להסכם עם אמריס. התוספת להסכם צורפה כנספח 19 לתגובת המשיבים 2-6 לבקשת
22 האישור. בהתאם לתוספת הזו, שנחתמה כשלושה חודשים לאחר חתימת ההסכם המקורי,
23 הגיעו הצדדים להסכמות הבאות:
- 24 • החברה העמידה לאמריס הלוואה נוספת בסכום של \$ 165,000 ;
 - 25
 - 26 • מועד פירעון ההלוואה בסך 1.5 מיליון דולר, נדחה ליום 31.10.2008 או עד חלוף 180
 - 27 יום מהמועד בו יתקבל אישור של חברת גמול אמריקה (שכזכור החזיקה ב-5% מהון
 - 28 חברת החניון) ואישור בנק אדירונדק למימוש האופציה, לפי המאוחר. הארכת המועד
 - 29 להשבת ההלוואה נועדה – כך טענו המשיבים 2-6 – כדי להשלים את שיפוץ החניון
 - 30 ובשל מאבקים בין אמריס לבין חברת גמול אמריקה.
 - 31



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 • החברה קבלה את הביטחונות הבאים – שעבוד מדרגה ראשונה עד סכום של 5 מיליון
2 דולר על המלון שהיה בבעלות חברת הבת של חברת אמריס (שתכונה להלן: "**חברת**
3 **המלון**") להבטחת פירעון אגרות-החוב שאמריס הנפיקה לחברה; ושעבוד מדרגה
4 ראשונה על המלון להבטחת ההלוואה הנוספת בסכום של \$165,000. השעבודים הללו
5 נרשמו ביום 10.9.2008.
6
- 7 10. המשיבים טענו כי מכירת מניות פטרו-גרופ על-ידי החברה במסגרת ההסכם עם אמריס כפי
8 שתואר בפירוט לעיל, נועדה להפחית את הסיכונים בפניהם ניצבה החברה על-ידי
9 התנתקותה מנכס אחד שהיה בבעלותה (מניות פטרו-גרופ), ועל-ידי בניית עסקה כעסקת
10 חוב נושאת תשואה עם אופציה לרכישת נכס, אופציה שהחלטה אם לממשה תושפע
11 מהמידע שיהיה לחברה עם חלוף הזמן ובהתאם למצב השוק (ר' ס' 38 לתצהירו של מר פרל
12 מטעם המשיבים 6-2).
13
- 14 11. הרקע שלעיל בהתייחס להסכם עם אמריס על השלבים השונים בהם הוא התגבש, נועד כדי
15 להבהיר את מצבה של החברה בהתאם להסכם זה, ואת הצורך בקבלת החלטות ביחס
16 למימוש השעבודים, לאור ההתחייבויות של אמריס כלפי החברה והביטחונות השונים
17 שנועדו להבטיחן.
18
- 19 יודגש, כי למבקש אין טענה נגד ההסכם עם אמריס כשלעצמו על כלל היבטיו כפי שתוארו
20 לעיל. כאשר הוא נשאל על הסכם זה בחקירתו הנגדית השיב המבקש כי: "**העסקה להחליף**
21 **את מניות, אם נקרא להן ככה, מניות פטרו-גרופ במניות אמריס היתה לכאורה באותה**
22 **נקודה עסקה טובה. אין לי טענות לגבי העסקה הזאת**" (ר' עמ' 9 לפרוטוקול). בהמשך
23 מוסיף המבקש כי "**העסקה עם אמריס לכאורה היתה פנטסטית באותה נקודה. הם קבלו**
24 **מניות ללא בטוחה שהן היו טובות יותר מהמניות של פטרו-גרופ**" (ר' עמ' 9 שורה 27 עד
25 עמ' 10 שורה 2 לפרוטוקול).
26
- 27 כאמור, וכפי שיובהר להלן, טענותיו של המבקש מתייחסות לאופן הפעולה של מנהלי
28 החברה בהמשך, ולכך שהם נמנעו ממימוש השעבודים שהועמדו לזכות החברה כדי לפרוע
29 את החובות שהשעבודים הבטיחו אותם.
30
- 31 ד. הפרות ההסכם על-ידי אמריס



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

12. אמריס לא פרעה את ההלוואה על סך 1.5 מיליון דולר, ועל כך אין מחלוקת. מעבר לשעבוד
שנרשם לזכות החברה על החניון, עמדה לחברה כזכור גם אופציה לרכוש אותו. לטענת
החברה, היא העדיפה לממש את האופציה על-פני האפשרות של מימוש השעבוד על החניון.
לכן, החברה נכנסה למשא-ומתן למימוש האופציה, וחתמה בסופו של דבר על חוזה למימוש
האופציה על החניון (שיכונה להלן: "החוזה למימוש האופציה על החניון"). בהתאם
להודעה שפרסמה החברה, היא רכשה את החניון תמורת מחיר המימוש של 3.5 מיליון דולר
בניכוי התחייבויות אמריס הן כלפי החברה והן כלפי בנק אדירונדק.
- 8
9 יחד עם זאת, החוזה למימוש האופציה על החניון לא נכנס מיידית לתוקף, שכן הוא הותנה
10 בשלושה תנאים מתלים: קבלת הסכמת הבנק בעל המשכנתא הראשונה למימוש האופציה;
11 חתימה על מסמכי משכנתא חדשים שיאפשרו לחברה למחזר את חוב המשכנתא; וחתימה
12 על הסכם שכירות עם מחוז סירקיוזו שישכור 200 מקומות חניה נוספים בחניון.
- 13
14 13. החברה דיווחה אודות החוזה למימוש האופציה על החניון בדיווח מידי מיום 9.12.2008
15 (נספח 28 לתגובת המשיבים 6-2). אין חולק כי התנאים למימוש האופציה שפורטו לעיל, לא
16 התקיימו. יוער כי כעולה מדו"ח שהגישה המפרקת של אמריס לבית-המשפט המחוזי ביום
17 29.12.2009, ציינה המפרקת כי נכון לאותו מועד, ישנה מחלוקת אם האופציה פקעה או
18 מומשה (רי' נספח 3 לתגובת המשיבים 10-7 לבקשת האישור).
- 19
20 14. חוב נוסף שהיה לאמריס כלפי החברה היה החוב נושא אגרות-החוב. אמריס שילמה לחברה
21 ביום 31.8.2008 ריבית בגין אגרות-החוב בסך כ-661,000 ₪. ביום 28.12.2008, הודיעה
22 אמריס כי הוגשה לבית-המשפט המחוזי בתל אביב בקשה לפירוקה. ביום 1.3.2009 הגיע
23 מועד נוסף לתשלום ריבית על אגרות-החוב בסכום של 1.7 מיליון ₪. אין מחלוקת כי אמריס
24 לא ביצעה את התשלום הזה. החברה פרסמה דו"ח מידי בנדון (נספח 15 לתגובת המשיבים
25 2-6).
- 26
27 ביום 4.3.2009 שיגרה החברה מכתב התראה לאמריס ביחס לכך, בו היא הודיעה כי אם
28 אמריס לא תשלם את הריבית תוך 10 ימים, יועמדו אגרות-החוב לפירעון מידי (מכתב
29 ההתראה צורף כנספח 16 לתגובת המשיבים 2-6).
- 30
31 15. בהמשך, ביום 2.4.2009 ניתן צו פירוק זמני לאמריס ועו"ד קרן רייכבך – סגל מונתה
32 למנהלת מיוחדת שלה. זאת לאחר שלבקשת מחזיקי האג"ח של אמריס מונה כבר קודם לכן



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 כונס נכסים על נכסי אמריס המשועבדים להבטחת פירעון האג"ח שהונפקו על-ידי אמריס.
2 ביום 23.6.2009 ניתן צו פירוק קבוע לאמריס, והמנהלת המיוחדת מונתה למפרקת החברה.
3
4 ה. תביעות החוב והליך הפירוק
5 16. החברה הגישה תביעת חוב מלאה למפרקת אמריס, וזאת בלא שהיא ויתרה על זכות
6 כלשהיא שהיתה לה. המפרקת הגישה לבית-המשפט מספר דוחות – ובכלל זה ביום
7 29.12.2009 וביום 10.5.2010. בדוחות התייחסה המפרקת בין היתר למגעייה עם החברה, וכן
8 לערך הנכסים שבבעלות אמריס (המלון, המגדל והחניון).
9
10 המפרקת ביקשה מבית-המשפט לאשר לה למכור את אחזקותיה של אמריס בחברות הבנות
11 - חברות ה-GML שהחזיקו בנכסי הנדל"ן (המלון, החניון והמגדל). החברה פנתה לבית-
12 המשפט, ביקשה כי המפרקת תצרף אותה כמשיבה לבקשתה, וציינה את התנגדותה למכירת
13 האחזקות של אמריס בחברות הבנות שהחזיקו את נכסי הנדל"ן, חלף מכירת הנכסים
14 עצמם.
15
16 17. בסופו של דבר קבע בית-המשפט של הפירוק בהסכמת הצדדים ביום 12.9.2010 כי "**לשם**
17 **מתן הזדמנות להשאת התמורה לטובת נושי החברה שבפירוק** (היא אמריס, ר.ר.) **יש מקום**
18 **להשהות בשלב זה הליכי מימוש שטרם החלו, הן על-ידי הנושים בישראל והן על-ידי**
19 **נושים בארה"ב"** (פרוטוקול ישיבת בית-המשפט מיום 12.9.2010 צורף כנספח 9 לתגובת
20 החברה לבקשת האישור).
21
22 18. ביום 7.10.2010 התקיימה התמחרות בנוגע לאחזקות בחברות ה-GML בנוכחות ב"כ
23 החברה כמשקיף מטעמה. ביום 13.10.2010 הגישה המפרקת לבית-המשפט הודעה בדבר
24 ההתמחרות, וביקשה לאשר את מכר האחזקות בחברות ה-GML (נספח 11 לתגובת החברה
25 לבקשת האישור). ביום 24.10.2010 התקיים דיון בו הוחלט על קיום התמחרות נוספת. ביום
26 2.12.2010 הגישה המפרקת לבית-המשפט בקשה נוספת לאישור מכר האחזקות בחברות ה-
27 GML, כאשר היא ביקשה לאשר את מכירת האחזקות בחברת המלון וחברת החניון למר
28 עופר גפני תמורת \$ 1,999,999 ואת מכירת האחזקות בחברת המגדל ובחברת GML Addis
29 LLC (חברה שהחזיקה בחנות כלבו במתחם, להלן: "**חברת Addis**") לחברת ר. זנוורי
30 תמורת \$100,000.
31



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 מכר האחזקות בחברות ה-GML אושר ביום 13.1.2011. ביום 17.1.2011 נחתמה פסיקתא
2 בדבר המכר לרוכשים הללו או מי מטעמם. החברה טענה – לאור האמור לעיל – כי היא
3 הביאה בהתנהלותה לשיפור התמורה עבור נכסי אמריס בחברות ה-GML – שיפור של 10%
4 בתמורה עבור האחזקות בחברת המלון ובחברת החניון; ושיפור של 50% בתמורה בחברת
5 המגדל וחברת Addis.
6
7 19. ביום 3.8.2012 אישר בית-המשפט לפירוק חלוקת דיבידנד ראשונה לנושים הרגילים של
8 אמריס מכספי התמורה של עסקת המכר של אחזקות אמריס בחברות ה-GML. בהמשך
9 חולק לחברה בחודש אוקטובר 2012 דייוידנד בסכום של 727,319 ₪. לגישת החברה, חלוקת
10 הדיווידנד התאפשרה לאור הגשת הוכחת חוב למפרקת, מתן פרטים נוספים ומשלוח הודעת
11 עדכון של עיריית סירקיוז. המפרקת הכריעה ביום 2.1.2012 בהוכחת החוב של החברה.
12
13 ביום 31.12.2013 אישר בית-המשפט של הפירוק חלוקת דייוידנד נוספת, וביום 13.7.2014
14 חולק לחברה דייוידנד נוסף בסכום של 385,699 ₪.
15
16 20. החברה טענה כי לאור הסיכון שהמלון יימכר על ידי עיריית סירקיוז (לאור אי תשלום
17 חובות מס לעירייה על-ידי חברת הבת של אמריס שהחזיקה במלון) תוך מחיקת המשכנתא
18 שהיתה לחברה על המלון, שילם המשיב 7, שהיה אז בעל השליטה בחברה, בחודשים דצמבר
19 2011 ומאי 2013 את סכומי החוב של חברת המלון לעירייה (בסכום כולל של כ-550,000\$).
20 ואולם, חרף האמור לעיל, ביום 3.7.2014, הופקע המלון על-ידי עיריית סירקיוז. העירייה
21 שילמה תמורת המלון סכום של 825 אלף דולר. העירייה מכרה את המלון לזים, שלטענת
22 המשיבים התחייב להשקיע בשיפוצו 57 מיליון דולר (המשיבים 7-10 מסתמכים בהקשר זה
23 על כתבה עיתונאית בעיתון מקומי מסירקיוז, שלמותר לציין שאין לה כל ערך ראייתי).
24
25 21. מעבר לכך, הגישה החברה בינואר 2013 תביעה בארצות הברית למימוש השעבוד הרשום
26 לזכותה על המלון. בית-המשפט בארצות הברית קבע ביום 17.1.2014 כי הליך המימוש לא
27 ינוהל בדרך של Summary Judgment אלא כתביעה רגילה (ההחלטה צורפה כנספח 26
28 לתגובת המשיבים 7-10).
29
30 ו. השעיית המסחר במניות החברה



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

22. ביום 1.1.2011 קבלה החברה הודעה מהבורסה לניירות-ערך לפיה היא אינה עומדת בכללי השימור, וכי לכן יתקיים דיון בדירקטוריון הבורסה ביחס להעברת החברה למסחר ברשימת השימור. ביום 20.1.2011 הועברה החברה לרשימת השימור (ר' נספח 28 לבקשת האישור). ביום 17.1.2012 קבלה החברה הודעה מהרשות לניירות-ערך, לפיה דוחות החברה לשנת 2011 (הדוחות הרבעוניים והדו"ח השנתי) אינם מאושרים כדין (ר' נספח 38 לבקשת האישור). ביום 23.4.2012 הודיעה הבורסה לחברה על השעיית המסחר בניירות-הערך שלה עקב אי פרסום דוחות כספיים.

8

9

תמצית טענות הצדדים

23. לטענת המבקש, החברה היתה צריכה לממש את השעבודים שנועדו להבטחת התשלומים שאמריס הפרה את חובתה לשלם. אף-על-פי-כן, כך נטען, החברה לא פעלה למימוש השעבודים, נושאי המשרה לא עשו דבר, ובכך הפרו את חובותיהם כלפי החברה וגרמו לה נזק.

14

- המבקש טען כי בחודש נובמבר 2008 ניתנה הערכת שווי למלון, על-פיה שווי היה 6.6 מיליון דולר. במרץ 2009 ירד השווי ל-3.2 מיליון דולר, באופן שזכויות החברה נפגעו כבר אז. לאחר מכן, במאי 2009, היה שווי המוערך של המלון – 2.77 מיליון דולר בלבד. למרות שחיקת שווי הבטוחה, המשיבים לא עשו דבר.

19

24. לגישת המבקש, החברה הגישה בקשה למימוש המשכנתא על המלון רק בשנת 2013, ורק לאור פניות של המבקש לחברה. אולם, מהלך זה בוצע מאוחר מדי. כאמור, ביום 3.7.2014, הופקע המלון על-ידי עיריית סירקיוז ששילמה תמורתו סכום של 825 אלף דולר בלבד. המבקש טוען כי אם החברה תצליח בהליכים שהיא מנהלת כיום בארצות-הברית, סכום זה הוא הסכום המקסימלי שהיא תוכל להשיג. מנגד, לו היו המשיבים ממלאים את חובותיהם, החברה היתה יכולה לקבל תמורת המלון סכום של 3.2 מיליון דולר לפחות.

26

- באשר לחניון – החברה לא פעלה עד היום למימוש השעבוד עליו. שווי החניון עמד על 3.2 מיליון דולר בהתאם להערכת שווי שניתנה לחברה על-ידי חברת גיזה (להלן: "הערכת השווי של גיזה"). על החניון היה שעבוד ראשון בסכום של 1.5 מיליון דולר, מה שהותיר סכום של 1.7 מיליון דולר לחברה. למרות זאת השעבוד לא מומש. באשר לטענה לפיה החברה בחרה לממש אופציה שעמדה לרשותה לרכישת החניון, טען המבקש כי התברר שהחברה זנחה את אופציית הרכישה, ולא היתה מעוניינת בבעלות על החניון.

32



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1
2 25. המבקש טען כי במהלך כל התקופה הרלוונטית, לא התקיים אף לא דיון אחד בדירקטוריון
3 בשאלה האם יש מקום לממש את השעבודים. חברי הדירקטוריון לא התייחסו לשווי
4 הבטוחות שנשחק. הם לא פעלו במשך שנים רבות למימוש המשכנתא על המלון, והם ולא
5 פעלו למימוש השעבוד או האופציה על החניון. בכך הפרו המשיבים את חובת הזהירות
6 שלהם כלפי החברה.
7
8 26. לגישת המבקש, במקרה דנן אין מקום להחיל את כלל שיקול-הדעת העסקי, משום שתנאי
9 לתחולתו הוא כי ההחלטה התקבלה בצורה מיודעת תוך איסוף מידע. במקרה דנן לא
10 התקבלו החלטות, ולא התקיים כל תהליך מיודע לקראת קבלת החלטה, ולכן אין תחולה
11 לכלל.
12
13 מעשיהם של המשיבים גרמו לחברה לנזק, העומד – כך טוען המבקש – לפחות על שווי
14 הבטוחות שהחברה לא מימשה. המפרקת השיגה סכום של 2 מיליון דולר תמורת הנכסים,
15 שנמכרו כשהם כפופים לשעבודים. מכאן שלנכסים היה שווי אמיתי גם לאחר מימוש החוב
16 המובטח. הנזק עומד לכן לפחות על שווי החובות המובטחים.
17
18 27. כפי שיובהר בפירוט להלן, המשיבים כולם כפרו בטענות המבקש. הם טענו כי על
19 החלטותיהם השונות חל כלל שיקול-הדעת העסקי, ולכן בית-המשפט מנוע מלבחון אותן
20 לגופן. כן נטען שגם לגופו של ענין מדובר בהחלטות סבירות, שהתקבלו במועדים
21 הרלוונטיים בהתאם למצב הדברים כפי שהיה בכל מועד ומועד. המשיבים אף העלו טענות
22 מקדמיות בשלהן יש מקום לדחות את בקשת האישור – טענה לפיה המבקש אינו תם-לב,
23 וטענה של המשיבים 2-6 לפיה המבקש לא הקדים ופנה לחברה בבקשה שהיא תגיש את
24 התביעה נגד משיבים אלה.
25
26 הטענות הללו יידונו בפירוט להלן.
27
28 **בקשה לאישור תביעה נגזרת**
29 28. הדיון בשלב זה הוא דיון בבקשה לאישור התביעה כתביעה נגזרת. ביחס לדיון זה קבע בית-
30 המשפט העליון לאחרונה כי על-מנת שבית-המשפט יאשר את התביעה כתביעה נגזרת, על
31 המבקש להראות כי –



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 "1) קיימת עילת תביעה לחברה (2) התביעה וניהולה הן לטובת החברה (3)
2 התובע אינו פועל בחוסר תום-לב. כמו כן בודק בית-המשפט את הסיכוי הלכאורי
3 של התביעה ואם התביעה עשויה לתרום להגדלת ערך החברה" (ר' רע"א 4024/14
4 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' כהן (26.4.2015) (להלן: "פס"ד אפריקה
5 ישראל"), בפס' 16 לחוות-דעתו של כב' השופט עמית. כן ר' ס' 198(א) לחוק
6 החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות").
- 7
- 8 הרכב השופטים בפסה"ד אפריקה ישראל התייחס לשאלת נטל ההוכחה המוטל על מבקש .29
9 אישור תביעה כתביעה נגזרת. כב' השופטים עמית וברון קבעו כי "כבר בשלב האישור של
10 תביעה נגזרת שומה על המבקש להניח תשתית לכאורית מתאימה, הן מבחינה עובדתית
11 והן מבחינה משפטית, לעילות התביעה נטענות על ידו" (ר' בפס' 1 לחוות-דעתה של כב'
12 השופטת ע' ברון), וכי כבר בשלב הראשון נדרשת בדיקה מקדמית "מחמירה ומעמיקה"
13 (פס' 18 לחוות-דעתו של כב' השופט י' עמית).
- 14
- 15 כב' השופט סולברג הסתייג מהדברים במידה מסוימת, וקבע כי "גם בסוגיה זו יש להישמר
16 שלא לנטות לצד המחמיר יתר על המידה. את התקיימותן של העובדות שמטרתם להוכיח
17 את יסודות עילת התובענה... על בית-המשפט לבחון אמנם כבר בשלב המקדמי, ואולם
18 עדיין הרף הנדרש הוא רף לכאורה, כלשון סעיף 198 לחוק. בעניין זה סבורני כי ראוי
19 להסתמך על השכל הישר, ולהביט על הראיות כמכלול, תוך התחשבות בין היתר בנסיבות
20 התביעה, במעמדו של התובע ובפערי הכוחות והאינפורמציה בינו לבין נושאי המשרה
21 בחברה".
- 22
- 23 בהתייחס לשאלת נטל ההוכחה בשלב הראשון של אישור הבקשה לתביעה נגזרת, אני .30
24 סבורה כי יש להבחין בין הפן העובדתי של הבקשה לבין הפן המשפטי שלה. ככל שמדובר
25 בפן העובדתי, כדי לבחון אם המבקש עמד בנטל הלכאורי המוטל עליו, יש לבחון את
26 הראיות שהוצגו מטעמו, וכן יש לבחון את השאלה האם יתכנו ראיות נוספות שהמבקש יוכל
27 להציגן בשלב הבא של הדיון – ככל ששלב כזה יתקיים.
- 28
- 29 כאשר מכלול הראיות הרלוונטיות בהתייחס לנושא מסוים הוצג בפני בית-המשפט כבר
30 בשלב הראשון של הדיון – משקלו של השיקול של פערי האינפורמציה מצטמצם. לכן,
31 במקרה כזה אין מקום "להקל" על המבקש יתר על המידה מבחינת הנטל המוטל עליו,



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 ומוטב כי בית-המשפט יבדוק את השאלה במחלוקת בהסתמך על מכלול העובדות והראיות
2 התומכות בהן, ב"בדיקה מקדמית מחמירה ומעמיקה".
3
4 לעומת זאת באותם מקרים בהם בית-המשפט סבור כי ישנן ראיות נוספות שטרם הוצגו לו,
5 ראיות שעשויות להשליך על הקביעות העובדתיות הרלוונטיות ושאפשר יהיה להציגן בשלב
6 השני של הדיון - יש מקום לבחון מדוע המבקש לא הציג אותן כבר בשלב זה. אם מדובר
7 בראיות שהמבקש לא יכול היה להציגן בשל פערי מידע ומשום שמדובר בראיות שהן בחזקת
8 החברה, יש מקום להתחשב במבקש, ולהקל עליו מבחינת הנטל הנדרש כדי שבקשתו
9 תאושר. אם לעומת זאת מדובר בראיות שהמבקש יכול היה להציגן על נקלה, אין מקום
10 להתחשבות דומה.
11
12 31. באשר לשאלות משפטיות – ככל שניתן להכריע בהן כבר בשלב הראשון, אין מקום "לגרור"
13 את הצדדים – מבקש האישור, החברה והנתבעים הפוטנציאליים – לשלב נוסף יקר ורב
14 סיכונים, אם בית-המשפט מסוגל כבר בשלב הראשון לבדוק שאלות אלה ולקבל הכרעה
15 לגביהן. גם ביחס אליהן הבדיקה צריכה ככל האפשר להיות מחמירה ומעמיקה.
16
17 32. מספר נושאים עיקריים טעונים הכרעה במסגרת הבקשה דנן –
18 ראשית, יש לבחון האם יש מקום להחיל על החלטותיו השונות של הדירקטוריון ביחס
19 למימוש השעבודים את כלל שיקול-הדעת העסקי. אם התשובה לשאלה זו היא בחיוב, נראה
20 כי לא יהיה מקום לבחון את תוכן של החלטות לגופן, משום שבדרך-כלל בית-המשפט
21 אינו נוהג להתערב בהחלטות המוגנות על-ידי הכלל (למעט בנסיבות חריגות מאוד);
22 אם לעומת זאת לא ניתן להחיל את כלל שיקול-הדעת העסקי, יהיה מקום לבחון את
23 ההחלטות השונות לגופן.
24
25 **הטענות המקדמיות של המשיבים**
26 **א. טענות ביחס לתום לבו של המבקש**
27 33. שתי קבוצות המשיבים – המשיבים 6-2 והמשיבים 10-7 טענו כי יש לדחות את בקשת
28 האישור מאחר שהמבקש איננו תם-לב. זאת, משום שהוא רכש את מניותיו כאשר ההפרות
29 הנטענות על-ידיו בבקשה היו ידועות לו.
30
31 המבקש השיב בחקירתו הנגדית כי הוא רכש את המניות במהלך תקופה של שנה בערך (ר'
32 עמ' 33 שורה 19-18). הוא אישר כי הוא רכש מניות החל מסוף 2008 תחילת 2009 (עמ' 31



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 שורה 16). הוא אף הוסיף כי רכש מניות גם לאחר שמר דן רכש מניות (כלומר לאחר נובמבר
2 2009 – ר' עמ' 33 שורה 24). הוא לא זכר האם רכש מניות נוספות לאחר מכך. הוא נשאל
3 ביחס לעובדה שמספר המניות שהיו רשומות על שמו גדל בין יום 30.11.2010 לבין יום
4 10.1.2011, והשיב כי יתכן שהדבר נובע מהעובדה שהוא איחד את כל המניות שהיו בבעלותו
5 לחשבון בנק אחד (ר' עמ' 32 שורות 19-23).
6
7 34. כאמור, התקופות הרלוונטיות לתביעה הן התקופה של תחילת שנת 2009 (ביחס למשיבים
8 2-6), והתקופה שבין אוגוסט 2009 עד למועד הגשת הבקשה (באשר למשיבים 7-10). השאלה
9 היא האם לאור מועדי רכישת המניות על-ידי המבקש, ניתן לקבוע כי הוא חסר תום-לב
10 במידה שיש בה כדי לשלול ממנו את הזכות להגיש את בקשת האישור בשם החברה.
11
12 35. ההלכה הפסוקה התייחסה במספר פסקי דין לשאלת האפשרות של מי שרכש מניות לאחר
13 האירועים נושא הבקשה לאישור תביעה נגזרת, לשמש כ"תובע נגזר". כב' השופט כבוב,
14 בפסק דינו בתנ"ג (מחוזי ת"א) 48081-11-11 רוזנפלד נ' בן דב (17.3.2013) (להלן: "ענין בן
15 דוב"), סקר את ההלכה שהיתה קיימת קודם לפסק-דינו וציין כי:
16 "בפסק-הדין שניתן בענין לביב, שהיה מהראשונים שעסקו בתביעה נגזרת
17 בישראל, נדחתה עתירת המבקש שם לאחר שנקבע כי פעל בחוסר תום-לב, מפאת
18 שרכש את מניותיו לאחר האירועים מושא בקשתו, היה מודע לאותם אירועים ואף
19 לא הסתיר את מטרתו לרכוש את מניות החברה כדי להגיש תביעה נגזרת. פסק-
20 דין מוקדם יותר, בענין נווה ים (ע"א 726/74 מלונות נוה-ים של חוף ארסוף בע"מ
21 נ' כהן, פ"מ (2) 517 (1976)... דן גם הוא בסוגיה. המבקש שם רכש את מניותיו
22 לאחר האירוע מושא הבקשה, אולם בקשתו אושרה, בין היתר מאחר שנקבע כי
23 לא היה מודע לבעייתיות האירוע, וכניסתו כמשקיע בחברה נעשתה במהלך רגיל
24 וטבעי ולא לשם הגשת התביעה".
25
26 בהמשך סיכם כב' השופט כבוב את עמדתו – שעם כל הכבוד מקובלת עלי, לפיה –
27 "כאשר אין כל מניעה חוקית מפורשת, כל בעל-מניות - לרבות כזה שרכש את
28 מניותיו לאחר התרחשות האירועים שעליהם הוא מלין - יוכל להגיש תביעה
29 נגזרת. המועד בו רכש את מניותיו, כאשר הוא לאחר האירוע בגינו הוא מלין,
30 יהווה אינדיקציה לתום-ליבו אך לא יותר מכך. תום-ליבו של התובע נבחן על-ידי
31 מבחן של יחס הפוך כפי שתואר לעיל – בו נשקלים, זה מול זה, מניעיו של בעל
32 המניות אל מול האינטרס הציבורי שבקבלת הבקשה" (פס"ד בן דב, בפס' 71).



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1
2 36. יש לבחון אם כן האם בשקלול תום-לבו ומניעיו של המבקש מחד גיסא (שייבחנו בין היתר
3 לאור המועד בו הוא רכש את המניות), והאינטרס הציבורי בקבלת הבקשה מאידך גיסא, יש
4 מקום לאשר את הבקשה.
5
6 37. ראשית, יש לציין כי מתגובת המשיבים 7-10 לבקשת האישור עולה כי לשיטתם המידע
7 המלא אודות מה שהתרחש בחברה התקבל על ידי המבקש רק מיום 8.4.2013, כאשר
8 המבקש קבל לידיו את כל כתבי בית-הדין בתיק הפירוק של אמריס (ר' ס' 62 לתגובה).
9 המבקש קבל עוד קודם לכן מידע מסוים, באסיפה הכללית של החברה בה השתתף בא כוחו,
10 שהתקיימה ביום 25.5.2011. מועדים אלה מאוחרים למועדים בהם רכש המבקש את
11 מניותיו. מכאן שלא ניתן לקבוע כי במועדים בהם המבקש רכש את המניות, הוא היה מודע
12 לעילת התביעה הנטענת על-ידיו בבקשה הנוכחית, שעומדת לחברה כנגד המשיבים.
13
14 38. המשיבים 7-10 טענו בתשובתם כי המבקשים (באותו מועד היה מבקש נוסף שהגיש את
15 הבקשה), הגישו את הבקשה "ככל הנראה על מנת שירכשו אותם בסכום הגבוה מערך
16 אחזקותיהם בחברה" (ס' 74 לתשובת המשיבים 7-10 לבקשת האישור).
17
18 אולם, מחקירתנו הנגדית של המבקש – כמו גם מתמליל האסיפה הכללית בה נכח בא-כוחו
19 (נספח 34 לבקשת האישור), אינני סבורה כי הוכח שהמבקש פעל ממניעים פסולים. המבקש
20 הוכיח כי הוא פנה אל החברה פעמים רבות כדי שהיא תממש את זכויותיה (ר' נספחים 25,
21 29, 30 ו-34 לבקשת האישור), פניות המעידות על תום-לבו. טענת המשיבים בהקשר זה
22 לפיה המבקש פעל ממניעים סחטניים ורק כדי שמניותיו יירכשו ממנו במחיר מופקע, לא
23 פורטה (המשיבים לא ציינו למי פנה המבקש לגישתם, מתי ובאילו נסיבות) וודאי שלא
24 הוכחה. אין די בהנחה הלא מבוססת של המשיבים בתשובתם כדי לקבוע כי מניעיו של
25 המבקש היו סחטניים.
26
27 39. המשיבים 2-6 ייחסו למבקש חוסר תום-לב משום שהוא לא פרס בפני בית-המשפט את
28 התמונה העובדתית המלאה לגבי ההסכם עם אמריס (שכאמור לעיל איננו מהווה חלק
29 מעילת התביעה), ומשום שהוא לא התייחס למכלול העסקי שהעסקה נושא הבקשה היא
30 חלק אחד שלו. אולם, לטעמי העדר פירוט כאמור בנסיבות הבקשה דן – לאור העילה
31 הנטענת בה, אינו עולה כדי חוסר תום-לב, ודאי לא כזה שיש בו כדי לשלול את זכותו של
32 המבקש להיות "תובע נגזר".



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1
2 40. יתרה מזאת – לטעמי די בכך שהמבקש יוכיח כי רכש ולו חלק מהמניות שבבעלותו במועד
3 הקודם לאירועים נושא הבקשה או בטרם נודע לו על אירועים אלה, כדי להכשירו לשמש
4 כמבקש בבקשה (כמובן כל עוד לא הוכח חוסר תום-לב שלו מטעמים אחרים, וכל עוד אין
5 סיבה אחרת לפסול אותו מלשמש כמבקש).
6
7 כדי להיות כשיר להגיש תביעה נגזרת בשם החברה, די שמבקש הבקשה הוא בעלים ולו של
8 מניה אחת בחברה. אכן, ככל הנראה חלק מהמניות נרכשו על-ידי המבקש לאחר
9 שהמשיבים 7-9 כבר כיהנו כדירקטורים ולאחר תום הכהונה של המשיבים 4-5
10 בדירקטוריון. יחד עם זאת, בעובדה זו כשלעצמה אין כדי לפסול את המבקש. למבקש
11 יכולים היו להיות שיקולים משיקולים שונים לרכישת המניות הנוספות במועד ובמחיר בו
12 הן נרכשו על-ידיו.
13
14 41. כך או אחרת, מאחר שכאמור אין מניעה חוקית לכך שבעל-מניות יגיש תביעה נגזרת אף אם
15 רכש את מניותיו לאחר האירועים עליהם הוא מלין (כפי שקבע כב' השופט כבוב בפסק-דין
16 **בן דב** שנוכר לעיל), ודאי שלא צריכה להיות מניעה כי בעל-מניות יגיש תביעה נגזרת אף אם
17 רכש רק **חלק** ממניותיו לאחר האירועים עליהם הוא מלין.
18
19 הדברים יפים ביתר שאת ביחס לתביעה נגד המשיבים 7-10. משיבים אלה החלו לכהן
20 בדירקטוריון כאמור רק מחודש אוגוסט 2009 (למעט המשיב 10 שהחל לכהן בנובמבר
21 2010). במועד זה היה המבקש בעל-מניות בחברה – מניות שהבעלות שלו בהן הקנתה לו
22 זכות לשמש כתובע נגזר בקשר עם אירועים שקרו לאחר מכן. אף אם הוא הוסיף ורכש
23 מניות לאחר מכן, רכישה כאמור אינה מעידה כשלעצמה על חוסר תום-לב של המבקש,
24 ואינה שוללת ממנו לכן את האפשרות להגיש את התביעה בשם החברה כתובע נגזר.
25
26 **ב. העדר פנייה מוקדמת לחברה**
27 42. המשיבים 2-6 העלו טענה נוספת – לפיה יש לדחות את הבקשה משום שהמבקש לא הקדים
28 ופנה לחברה בבקשה שהתביעה תוגש מטעמה. המשיבים 2-6 טוענים כי במועד הגשת
29 הבקשה לאישור התביעה כנגזרת, הם כבר לא כיהנו בדירקטוריון החברה, ולכן לא היתה
30 מניעה כי הדירקטורים המכהנים יחליטו בשם החברה להגיש תביעה נגזרת נגדם. המשיבים
31 2-6 טענו כי לאחר שהשליטה בחברה התחלפה, ומשיבים 2-6 אינם מכהנים כבר מספר שנים



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 כדירקטורים, אין מקום לאפשר למבקש להגיש את התביעה נגדם ללא פנייה מוקדמת
2 לחברה.
3
4 המבקש טען מנגד כי די בכך שהתביעה מכוונת נגד רוב חברי הדירקטוריון, ואין צורך
5 בפנייה מוקדמת גם אם התביעה מופנית נגד גורמים נוספים (במקרה דנן – הדירקטורים
6 הקודמים – ר' ס' 17 לתשובת המבקש לסיכומי המשיבים).
7
8 43. סעיף 194(ב) לחוק החברות קובע:
9 **"המעוניין להגיש תביעה נגזרת יפנה לחברה בכתב וידרוש ממנה כי תמצה את**
10 **זכויותיה בדרך של הגשת תובענה (בפרק זה – דרישה)".**
11
12 יחד עם זאת, ס' 194(ד) מסייג את ההוראה האמורה בקובעו –
13 **"על אף הוראות סעיף קטן (ב), המעוניין להגיש תביעה נגזרת אינו חייב לפנות**
14 **בדרישה לחברה לפי הוראות אותו סעיף קטן, בהתקיים אחד מאלה:**
15 **(1) לאורגן החברה המוסמך להחליט על הגשת התביעה, עניין אישי בהחלטה**
16 **ואם האורגן מורכב מכמה יחידים – למחצית או יותר מיחיד האורגן עניין**
17 **אישי בהחלטה";**
18
19 44. השאלה שיש לבחון אותה היא האם יש לדירקטורים המכהנים בחברה, שהם האורגן
20 המוסמך להחליט בשמה האם להגיש תביעה, ענין אישי בהתייחס להגשת תביעה אפשרית
21 נגד המשיבים 2-6. אני סבורה כי בנסיבות המקרה דנן, יש להשיב על שאלה זו בחיוב. הטעם
22 לקביעה זו הוא משום שהמבקש הגיש כאמור תביעה נגד שתי קבוצות הדירקטורים. סיפור
23 המעשה ועילות התביעה ביחס לשתי הקבוצות הוא דומה.
24
25 45. לקבוצת הדירקטורים ה"שנייה" היה קושי גדול להחליט כי על החברה לתבוע את הקבוצה
26 ה"ראשונה" (משיבים 2-6) בלא שקביעה כזו תשליך על זכות התביעה של החברה גם כנגדם.
27 כך, אם נכון לתבוע את המשיבים 2-6 משום שלא פעלו כדי לממש את השעבודים, לא קבלו
28 החלטות מיוחדות בענין זה וגרמו לחברה נזק (כך טוען המבקש), יהיה קשה להלום קביעה
29 לפיה אין ממש בתביעה דומה נגד המשיבים 7-10 – שאף הם – כך נטען בבקשת האישור –
30 נמנעו מלפעול למימושם של אותם שעבודים עצמם, גם אם בתקופה אחרת ובנסיבות
31 אחרות.
32



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

1 ודוק – אין הכרח כי עילת התביעה נגד שתי הקבוצות תהיה זהה כדי לייתר את הצורך
2 בפנייה מוקדמת לחברה ביחס לקבוצת הנתבעים שאיננה שולטת היום בחברה. אני ערה
3 לעובדה כי ישנם הבדלים בין עילות התביעה במקרה דנן בהתייחס לשתי הקבוצות, וישנה
4 כמובן אפשרות כי התביעה תתקבל ביחס לאחת מהן ותידחה ביחס לאחרת. יחד עם זאת,
5 לטעמי די בדמיון ביניהן כדי להצדיק את המסקנה לפיה לדירקטורים שהיו אמורים
6 להחליט האם להגיש תביעה בשם החברה נגד משיבים 2-6, יש "ענין אישי בהחלטה". ענין
7 אישי כזה קיים כאמור אם יש קשר משמעותי בין ההחלטה האפשרית לתבוע את
8 הדירקטורים השולטים היום בחברה, לבין החלטה אפשרית לתבוע את מי שאינם שולטים
9 בחברה. במילים אחרות, ניתן לראות את הדירקטורים השולטים בחברה כבעלי ענין אישי
10 בהחלטה, אם ישנו יסוד סביר להניח כי ההחלטה לתבוע את הדירקטורים שאינם שולטים
11 עוד בחברה, תיצור חשיפה משמעותית גם לדירקטוריון הנוכחי.

12
13 46. דרך אחרת לבחון את השאלה הזו היא זו: בהנחה שהמבקש היה מקדים ופונה לחברה,
14 ומבקש כי תוגש תביעה נגד המשיבים 2-6, והדירקטורים המכהנים היו דוחים את פנייתו –
15 האם היה על בית-המשפט לאשר החלטה זו, או שמא היה עליו לשוב ולבחון אותה,
16 כהחלטה שהתקבלה בניגוד עניינים? כפי שעולה מהאמור לעיל, אני סבורה כי לא היה מקום
17 לכך שבית-המשפט יאשר החלטה כזו ללא בחינה עניינית שלה, לאור הענין האישי של
18 הדירקטורים המחליטים בהחלטה. לכן, וכפי שעולה מס' 194(ד)1 – בנסיבות כאלה, פטור
19 המבקש מפנייה מוקדמת לחברה.

כלל שיקול-הדעת העסקי

20
21
22 47. נראה כי אין חולק היום כי כלל שיקול-הדעת העסקי נקלט במידה כזאת או אחרת בהלכה
23 הפסוקה הישראלית (ר' למשל ת"צ (מחוזי ת"א) 26809-01-11 **כהנא נ' מכתשים-אגן**
24 **תעשיות בע"מ** (15.5.2011) (כב' השופטת קרת-מאיר); תנ"ג (מחוזי ת"א) 32690-10-11
25 **גוטליב נ' איילון אחזקות בע"מ** פס' 93 (3.9.2012) (כב' השופט כבוב); ה"פ (מחוזי מרכז)
26 7250-05-11 **אדלר נ' לבנת** פס' 121 (25.11.2012) (כב' השופט גרוסקופף), וכן עמיר ליכט
27 "שם הורד: אמצעי זהירות ושיקול-דעת עסקי של נושא-משרה" **משפט ועסקים** יט (צפוי
28 להתפרסם בשנת 2015) (להלן: "**מאמרו של ליכט**").

29
30 יחד עם זאת, היקפו המדויק של הכלל ודרך יישומו טרם נבחנו בפסיקתו של בית-המשפט
31 העליון. יש לבחון לכן כל מקרה ומקרה לגופו ולברר האם לאור מכלול הנסיבות הרלוונטיות
32 יש להחיל את הכלל אם לאו, ואם כן – מה היא המשמעות של החלטה.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
48. מה קובע כלל שיקול-הדעת העסקי? במאמרו של שרון חנס "כלל שיקול-הדעת העסקי" (עיוני משפט לא 313, 321 (2009) (להלן: "מאמרו של חנס")), כותב המחבר בהקשר זה כי:
"ניתן לסכם את הכלל כך: בתביעה נגד דירקטור בטענה כי הפר את חובותיו מכוח דיני החברות – אם בהחלטה, אם בפעולה ואם במחדל – תעמוד לדירקטור חזקה כי פעולתו הייתה תקינה כל עוד נהג בתום-לב מבחינה סובייקטיבית, לא היה נגוע בניגוד עניינים בהקשר הרלוונטי והפעולה ננקטה באופן 'מיודע' (דהיינו, לאחר דיון ועיון בנתונים ובשיקולים הרלוונטיים). חזקת התקינות קובעת כי הפעולה לא תיבחן לגופה על-ידי בית-המשפט, והתביעה תידחה".
- רמת הביקורת של בית-המשפט על החלטות הדירקטוריון היא אם כן נמוכה – בדרך-כלל בית-המשפט נמנע מלהתערב בהחלטות ההנהלה, והוא מאפשר לה לפעול ולהפעיל את שיקול-הדעת שלה בהתאם למיטב שיקוליה המקצועיים. בית-המשפט אינו ממיר את שיקול-דעתו בזה של ההנהלה, והוא אינו מתערב בשיקוליה אף אם הוא אינו מסכים להם.
49. עמדתנו של בית-המשפט העליון במדינת דלאוור בענין זה היא כי:
"Under the business judgment rule, a court will not interfere with the judgment of a board of directors unless there is a showing of gross and palpable overreaching. A board of directors enjoys a presumption of sound business judgment, and its decisions will not be disturbed if they can be attributed to any rational business purpose. A court under such circumstances will not substitute its own notions of what is or is not sound business judgment" (Sinclair Oil Co. v. Levien, 280 A. 2d 717 1971).
50. הדגש בבחינה השיפוטית בהתאם לכלל שיקול-הדעת העסקי, הוא דגש על בחינת **תהליך** קבלת ההחלטה, שהוא ורק הוא נבחן על-ידי בית-המשפט. בית-המשפט נמנע לעומת זאת מלבחון את **תוכן** ההחלטה ולהתערב בו, וזאת גם אם הוא סבור כי ההחלטה שהתקבלה היתה בלתי-סבירה גם מנקודת המבט של המועד בו היא התקבלה.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

1 **In re Caremark International Inc. Derivative Litigation**, 698 A 2d בפסק-דין
2 , 967-968 (Del. Ch. 1996) at 959 קבע הנשיא לשעבר של בית-המשפט של דלאור,
3 השופט אלן, בהקשר זה כך:
4 **"...[C]ompliance with the director's duty of care can never**
5 **appropriately be judicially determined by reference to the content of**
6 **the board decision that leads to a corporate loss, apart from**
7 **consideration of the good faith or rationality of the process employed.**
8 **That is, whether a judge or jury considering the matter after the fact,**
9 **believes a decision substantively wrong, or degrees of wrong**
10 **extending through 'stupid' to 'egregious' or 'irrational', provides no**
11 **ground for director liability, so long as the court determines that the**
12 **process employed was either rational or employed in a good faith**
13 **effort to advance corporate interests"**. (ההדגשה במקור – ר.ר.).

14
15
16 51. מספר טעמים מצדיקים את החלת הכלל של שיקול-הדעת העסקי, ונפרט אותם בקצרה.

17
18 אחד הטעמים העיקריים לכלל הוא אופייה המיוחד של משרת הדירקטור מבחינת הצורך
19 בלקיחת סיכונים, והחשש מפני הרתעת יתר של דירקטורים. אם לא יהיו הדירקטורים
20 מוגנים על-ידי כלל שיקול-הדעת העסקי, ויהיה להם חשש כי תוכן החלטותיהם יעמוד
21 בסופו של דבר לביקורת שיפוטית הם עלולים להימנע מלקבל החלטות יצירתיות וחדשניות
22 ולדבוק תמיד בהחלטות שמרניות. ואולם, ככלל לקיחת סיכונים עסקיים היא תופעה
23 חיובית. "נושא המשרה נדרש להעמיד את נכסי החברה בסיכון... ובתי-המשפט הבהירו
24 כי כל המרבה הרי זה משובח.... ניהול עסקים לפי שיקולים עסקיים והימנעות מסיכון
25 כדי להישמר מהפסד כספי, הם תרתי דסתרי" (ר' מאמרו של ליכט בעמ' 14).

26
27 ענין זה בא לידי ביטוי גם בפסק-דינו של בית-המשפט העליון בענין אפריקה ישראל שנזכר
28 לעיל, שם קבע כב' השופט י' עמית –

29 "לכן, לצד העלאת רף חובת הזהירות והמיומנות של הדירקטור, שומא עלינו לזכור
30 גם את הצד השני של המטבע, או של המטוטלת, ולהישמר מפני הרתעת-יתר של



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 דירקטורים. זו עשויה לבוא לידי ביטוי הן בחשש מקבלת החלטות ונטילת
2 סיכונים עסקיים לטובת החברה והן בחשש למלא את תפקיד הדירקטור".
3
4 52. לכן, ההנחה היא כי החלת ביקורת שיפוטית על החלטות עסקיות תביא, בסופו של דבר,
5 לפגיעה באינטרסים של המשקיעים –
6 **"To employ a different rule - one that permitted an 'objective'**
7 **evaluation of the decision - would expose directors to substantive**
8 **second guessing by ill-equipped judges or juries, which would, in the**
9 **long run, be injurious to investor interests" (In re Citigroup Inc.**
10 **Shareholder Derivative Litigation, 964 A.2d 106, 2009 Del. Ch.).** להלן: **"ענין סיטיגרוֹפ"**.
11
12
13 53. עוד נהוג לציין כלל שיקול-הדעת העסקי הוא מוצדק משיקולים של דמוקרטיה תאגידית,
14 ולאור קיומם של תמריצי שוק של הדירקטורים ואמצעי פיקוח חלופיים עליהם. כך, סביר
15 להניח כי כאשר דירקטורים מקבלים החלטות "גרועות" ורשלניות – הם יפוטרו על-ידי בעל
16 השליטה בחברות בהן יש בעל-שליטה, או – בחברות ללא בעל-שליטה – הן יירכשו במסגרת
17 השתלטות עוינת (hostile takeover) על-ידי רוכש אחר שיבקש לנהל את החברה בצורה
18 טובה יותר. יוער במאמר מוסגר כי שיקול זה אינו מתאים מקום בו קיים בעל-שליטה,
19 והמנהלים פועלים תוך ניגוד עניינים כדי לקדם את האינטרסים שלו (אף אם הם מנוגדים
20 לאלה של החברה). זהו אחד הטעמים לכך שכלל שיקול-הדעת העסקי אינו חל כאשר מדובר
21 בהחלטה הנגועה בניגוד עניינים.
22
23 54. שיקול נוסף התומך בכלל הוא הקושי המוסדי של בית-המשפט וחוסר-המיומנות שלו לבחון
24 החלטות עסקיות של דירקטורים. ההנחה היא כי **"למשפט ולבית המשפט אין יתרון מוסדי**
25 **על אנשי עסקים בבחירת קווי פעולה עסקיים"** (ר' מאמרו של ליכט), או במילים אחרות -
26 **"directors are, in most cases, more qualified to make business**
27 **decisions than are judges"**. (ר' **Federal Deposit Ins. Corp. v. Stahl, 89F. 3d**
28 **1510,1517 (11th circuit 1996).**
29
30 55. יש להוסיף בהקשר זה את החשש המובנה מהטיה בשיקול-הדעת של הגורם הבוחן את
31 ההחלטה בדיעבד (hindsight bias), בעת בה ברור כבר כי התוצאה של ההחלטה לא היתה



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

1 כפי שהגורם המחליט העריך וקיווה שהיא תהיה. בית-המשפט התייחס לנושא זה בפסק דין
2 **סיטיגרוף הנ"ל – בו הוא ציין את ה- "inadequacy of the Court, due in part to a**
3 **concept known as 'hindsight bias'".**
4
5 אינטרס נוסף שהכלל של שיקול-הדעת העסקי מגן עליו נוגע לחשש מפני תביעות סרק
6 בסכומי עתק, וכן השמירה על היתרון הטמון בחשאינותה של ההתנהלות העסקית של
7 החברה (ר' מאמרו של חנס, בעמ' 333).

נטלי ההוכחה

9
10 56. הנטל להוכיח כי אין מקום להחיל את כלל שיקול-הדעת העסקי, מוטל על המבקש הטוען
11 לכך. הוא צריך להוכיח כי בקבלת ההחלטה הדירקטורים לא נהגו בתום-לב; או שהם היו
12 במצב של ניווד עניינים; או שהם לא קבלו החלטה מיוזעת – וכי לכן אין מקום להניח את
13 חזקת התקינות הנובעת מכלל שיקול-הדעת העסקי על החלטתם. אם יעמוד המבקש בנטל,
14 יתהפך הנטל ויעבור לשכמי הנתבעים.

15
16 במקרה דנן, המבקש לא העלה כל טענה לגבי חוסר תום-לב של מי מהדירקטורים. הוא אף
17 לא טען כי ההחלטות שהתקבלו על-ידיהם ביחס למימוש הבטוחות – התקבלו כאשר
18 הדירקטורים או מי מהם היו במצב של ניווד עניינים. הטענה העיקרית של המבקש ביחס
19 לתחולת הכלל של שיקול-הדעת העסקי היתה כי לא התקבלה במקרה דנן החלטה מיוזעת.
20 המבקש טען גם כי הכלל לא יחול מקום בו מדובר בהעדר החלטה, אלא רק במקום בו
21 התקבלה החלטה מודעת להימנע מפעולה. מאחר שבמקרה דנן – כך טוען המבקש – לא
22 התקבלה כלל החלטה מודעת, אין מקום להחיל את הכלל.

23
24 57. כפי שהובהר לעיל, הנטל מוטל על המבקש להוכיח טענה זו. יחד עם זאת יש לזכור כי אנו
25 מצויים בשלב הראשון של בקשת אישור תביעה כתביעה נגזרת, בו הנטל הוא מצומצם יותר
26 מאשר בסופו של ההליך, ונדרשת הוכחה לכאורה בלבד.

27
28 58. מהו הנטל שיוטל על הנתבעים אם ירים המבקש את הנטל שהוטל עליו? ההלכה בבתי-
29 המשפט של דלאוור בארצות-הברית קבעה בעבר כי מקום בו התובע עמד בנטל שמוטל עליו,
30 והפריך את כלל שיקול-הדעת העסקי, סטנדרט הביקורת השיפוטית על פעולת הדירקטור
31 הוא הסטנדרט המחמיר של בדיקות ההגינות המוחלטת (entire fairness) של הפעולה או
32 של העסקה כלפי החברה ובעלי-מניותיה (ר' מאמרו של חנס בעמ' 325. כן ר' Cede & Co.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 v. Technicolor, Inc., 634 A.2d 345, 367 (Del. 1993); Cinerama, Inc. v.
2 (Technicolor, Inc., 663 A.2d 1156 (Del. 1995)).
3
- 4 59. השאלה מהו הסטנדרט שיש להחיל על החלטה שכלל שיקול-הדעת העסקי אינו חל עליה
5 משום שהיא התקבלה ללא שהתקיים תהליך של קבלת החלטה מיועדת, היא שאלה שלא
6 נבחנה עדיין בפסיקה הישראלית. אני סבורה כי במקרה בו נשללת הגנת כלל שיקול-הדעת
7 העסקי לא מטעמים של הפרת חובת אמון ופעולה בניגוד עניינים, אלא מטעמים של העדרו
8 של תהליך נאות של קבלת החלטה – יש לקבוע כי הנטל העובר לשכמי המשיבים הוא הנטל
9 להוכיח כי ההחלטה שהם קבלו היתה החלטה **סבירה** (ולא החלטה העומדת בסטנדרט
10 המחמיר יותר של **הגינות מלאה**), כאשר שאלת הסבירות תיבחן בהתאם לנסיבות ולמידע
11 שהיה יכול להיות בפני הדירקטורים במועד קבלת ההחלטה.
12
- 13 60. כך, כאשר מתקבלת החלטה במצב בו מקבל ההחלטה נמצא בניגוד עניינים, ההחלטה היא
14 "חשודה" מבחינת תוכנה לאור העובדה שמקבל ההחלטה מפר לכאורה את חובות האמון
15 שלו, ומאחר שהוא יכול להתעשר מההחלטה באופן אישי. לכן, יש הצדקה להטלת נטל
16 מוגבר על מי שמבקש כי החלטה כזו תאושר – כך שהוא יוכיח כי חרף ניגוד העניינים בו הוא
17 היה מצוי, ההחלטה היא הוגנת לחלוטין מבחינת החברה.
18
- 19 שונה המצב כאשר הטענה נגד הדירקטורים היא כי הם התרשלו (ולא הפרו חובת אמון)
20 משום שלא קיימו הליך מסודר של קבלת החלטה. במקרה כזה, ההחלטה אינה יכולה אמנם
21 ליהנות מהחזקה לפיה היא סבירה בלא שבית-המשפט בודק אותה לגופה. יחד עם זאת, אין
22 מקום להחמיר בנסיבות כאלה עם הדירקטורים, ולחייבם לעמוד בנטל שהוא מעבר
23 לסטנדרט המקובל בדיני הנזיקין, קרי מעבר לרמת הוכחה של סבירות.
24
- 25 61. במילים אחרות – אלמלא היה קיים הכלל של שיקול-הדעת העסקי, והיתה מוגשת נגד
26 דירקטורים תביעה ברשלנות (כמו התביעה דנן), היתה ההחלטה נבחנת לגופה ובית-המשפט
27 היה נדרש להכריע האם היא סבירה. אין מקום לשנות את הנטל רק משום שחזקת
28 התקינות אינה חלה על הדירקטורים שהתרשלו בתהליך קבלת ההחלטה.
29
- 30 62. מסקנה זו עולה בקנה אחד עם דבריה של המלומדת אירית חביב-סגל, המציינת בספרה **דיני**
31 **חברות** (2007) (להלן: "**דיני חברות**") בהקשר זה כי:



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

1 "על רקע כל אלה, גורסים חלק מן המלומדים כי נכונה ההבחנה שבין רמת
2 הביקורת השיפוטית על פעולות שבהן 'עומד אותו הצד משני צידי המשא ומתן'
3 (self dealing), והכרוכות בהתעשרות עצמית של המנהל, לבין רמת הביקורת
4 השיפוטית הראויה במקרים של עסקאות בין צדדים זרים (an arm's length
5 transaction), כאשר כל מקורה של התביעה נמצא בטענה שמנהלי החברה לא
6 שקלו די, או לא עשו די, לקידום ענייניה של החברה" (שם, בפרק ט' פס' 6).

שעבוד – בטוחה לפירעון חוב

9 63. בטרם נבחן ביחס לכל אחד מהשלבנים שנטענו בבקשת האישור – את תחולת הכלל של
10 שיקול הדעת העסקי, קרי האם התקבלו החלטות של הדירקטוריון ביחס למימוש
11 הביטחונות, ואם כן – באיזה אופן הן התקבלו, נקדים בקצרה דברים ביחס לשעבוד
12 ולאפשרות לממשו.

14 64. חוק המשכון מגדיר משכון כ"שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מן
15 המשכון אם לא סולק החיוב" (ר' ס' 1 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967 (להלן: "החוק")).
16 החוק מוסיף וקובע כי במקרה בו "לא קיים החיוב במועדו, רשאי הנושה לממש את
17 המשכון" (ר' ס' 16(א) לחוק). ס' 4 לחוק קובע כי כוחו של משכון יפה, בתנאים המפורטים
18 בסעיף, גם כלפי נושים אחרים של החייב (הכוללים – בהתאם לס' 24 לחוק גם את הנאמן
19 על פשיטת הרגל שלו או המפרק).

21 חיוב המובטח במשכון מקנה אם כן לנושה אפשרות להיפרע את החיוב – למקרה שהוא אינו
22 נפרע על-ידי הנושה, על-ידי מימוש המשכון, קרי מכירת הנכס הממושכן ועשיית שימוש
23 בתמורה לצורך גביית החוב. נושה מובטח יכול לקבל – באמצעות המשכון – קדימות
24 במסגרת הליך של פשיטת-רגל או פירוק, שכן גם נאמן על פשיטת-רגל או מפרק כפופים
25 למשכון.

27 65. מהאמור לעיל עולה כי כאשר חייב אינו פורע את החיוב שלו במועד, וודאי כאשר ישנו חשש
28 משמעותי כי החייב לא יפרע את החיוב גם בעתיד, מדובר באירוע המחייב את הנושה
29 המובטח לשקול את עמדתו ביחס למימוש השעבוד ולקבל החלטה ביחס לכך – קרי להחליט
30 האם לממש את האפשרות שלו להיפרע את החוב או חלקו מהשעבוד, או להימנע מכך
31 מטעמים כאלה או אחרים.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 66. זאת ועוד, ישנם מקרים בהם הפרה של התחייבות לפרוע חלק מהחוב, מזכה את הנושה
2 להעמיד את החוב כולו לפירעון מיידי – ולהיפרע מהמשכון את החוב כולו. כאשר לנושה יש
3 אפשרות להעמיד את החוב כולו לפירעון מיידי, הרי על הנושה לשקול גם את האפשרות
4 הזאת, את הצורך בביצועה, ולקבל החלטה גם ביחס לכך.
5
- 6 67. במקרים של חייב הנמצא בהליך של פשיטת-רגל או פירוק, ניתן להניח כי החייב לא יפרע
7 את החוב בעתיד. לכן, ההכרעה בשאלה האם לממש את המשכון אם לאו, צריכה להיבחן
8 תוך שקילת הערך שניתן לקבל אם הנכס הממושכן יימכר, והשאלה האם ערך זה בתוספת
9 עלויות הליך המכירה יכסה את החוב. ישנם שיקולים אפשריים נוספים בהקשר זה, כמו
10 למשל הריבית הנצברת על החוב והסיכוי שהיא תיפרע, השאלה האם הצפי הוא כי ערך
11 הנכס המשועבד יעלה ועוד.
12
- 13 68. ענין נוסף שיש להביאו בחשבון, קיים כאשר מדובר בשעבוד שני על חוב – שאז יש לבחון את
14 הסיכוי להיפרע את החוב לאחר שהחוב נושא השעבוד הראשון ייפרע, ואת השאלה האם
15 חלוף הזמן עשוי להביא לכך שהחוב של בעל השעבוד הראשון ייפרע או יצטמצם. יש לבחון
16 איך נושא זה משליך על ההחלטה ביחס לנקיטה בהליכים למימוש השעבוד.
17
- 18 69. ככלל, כאשר די במשכון כדי להיפרע את החוב במלואו (בתוספת עלויות המימוש), סביר
19 להניח כי הנושה יבחר לממש את המשכון (ודאי אם החייב מצוי במצב של פשיטת-רגל),
20 אלא אם כן קיימים שיקולים אחרים ביחס לכך. אם שווי השעבוד קטן מגובה החוב, על
21 הנושה להוסיף ולבחון שיקולים נוספים ובכלל זה את השאלה האם הוא צופה כי ערך הנכס
22 יעלה בעתיד, מתי הוא צפוי לעלות ובאיזו מידה – ובהתאם להחליט האם מן הראוי להמתין
23 ולא לממש את הנכס באותו שלב, או שמוטב לממשו ולקבל חלק מהחוב המובטח. כך או
24 כך, ביחס לכל החלטה המתייחסת לאפשרות של מימוש שעבוד, ישנם שיקולים משיקולים
25 שונים שיש להביא אותם בחשבון לצורך קבלת החלטה מושכלת ורציונאלית.
26
- 27 יש לבחון אם כן האם במקרה דנן קבל דירקטוריון החברה החלטה מיודעת ביחס למימוש
28 המשכון, וזאת במספר צמתים בהם התקבלו החלטות בפועל, או שהיה מקום לקבל
29 החלטות כאלה.
30
- 31 **האם התקיים בדירקטוריון תהליך של קבלת החלטה ביחס למימוש השעבודים?**



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

70. כדי לבחון את תהליך קבלת ההחלטות בדירקטוריון, יש להבחין בין מספר מועדים בהם החליטה החברה על דרך פעולה ביחס לשעבודים (כאמור לעיל בס' 4 לפסק הדין):
- 3
- 4 **התקופה הראשונה** – סוף שנת 2008 עד תחילת שנת 2009, מועד בו כיהנו כדירקטורים המשיבים 6-2. כפי שתואר לעיל, מלכתחילה קבלה החברה החלטה לממש את האופציה על החניון חלף האפשרות לממש את השעבוד (מדרגה שנייה) עליו. מדובר היה כזכור במימוש מותנה, בתנאים שבסופו של דבר לא התקיימו. לאחר מכן הפרה אמריס את התחייבותה לתשלום ריבית על אגרות החוב בחודש מרץ 2009. החברה החליטה שלא לממש את השעבוד על החניון ואף לא לממש את השעבוד על המלון בעקבות הפרה זו.
- 10
- 11 **התקופה השנייה** – לאחר מינוי המפרקת לחברת אמריס. בתקופה זו המשיבים 10-7 כיהנו כדירקטורים. בשלהי התקופה השנייה, הוגשה על-ידי החברה התביעה למימוש השעבוד על המלון בארה"ב, כפי שתואר לעיל (ר' ס' 21 להחלטה זו).
- 14
71. המבקש טען כאמור כי במקרה דנן לא התקבלה לאורך כל פרק הזמן שלעיל כל החלטה פוזיטיבית של הדירקטוריון בסוגיית מימוש השעבודים על החניון והמלון, ולא התקיים כל תהליך של קבלת החלטה. שאלת מימוש השעבודים כלל לא נדונה בדירקטוריון. איש מהמשיבים לא טען כי הוא בדק את האפשרות לממש את השעבודים, איש לא דרש לעשות כן, ואף לא קיים דיון בענין.
- 20
- 21 גם בתקופה השנייה, כאשר היה ברור כי בכוונתה של המפרקת של חברת אמריס למכור את אחזקותיה של אמריס בחברות הבנות שהחניון והמלון היו בבעלותן (חברות ה-GML), דירקטוריון החברה לא פעל למימושם. החברה היתה מודעת באותו זמן לקשיים הצפויים לה אם יימכרו האחזקות בחברות הבנות. החברה הודיעה לבית-המשפט כי המכירה של האחזקות בחברות הבנות אינה נותנת מענה לחובה של אמריס לחברה. למרות כל אלה, המשיבים לא פעלו כדי לקדם פתרון אחר, תוך ש"גם כאשר זעקה [החברה] **בהליכי הפירוק כי זכויותיה נפגעות, המשיבים המשיכו לא לעשות כלום**" (ר' ס' 7 לתשובה לסיכומי המשיבים).
- 29
72. השאלה הראשונה שיש לבחון אותה אם כן היא האם תהליך קבלת ההחלטות בחברה במועדים הרלוונטיים השונים, החלטות שהובילו את החברה להימנע ממימוש השעבודים, היה כזה שמאפשר את החלת כלל שיקול-הדעת העסקי. במילים אחרות יש לבחון האם



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

1 הדירקטורים וההנהלה של החברה קבלו בהקשר זה החלטה שלא לממש את השעבודים,
2 ואם כן – האם החלטה זו נסמכה על מידע שדי בו כדי לאפשר להחלטה ליהנות מחזקת
3 התקינות, מכוח כלל שיקול-הדעת העסקי.
4

האם התקבלה החלטה בסוגיית מימוש השעבודים?

5
6 73. לצורך קבלת החלטה עסקית שתוגן על-ידי כלל שיקול-הדעת העסקי ושבת-המשפט יימנע
7 מלהתערב בה, יש לוודא קודם כל כי **קיימות החלטה**. כלל שיקול-הדעת העסקי לא יחול
8 במקרה של מחדל של דירקטורים מלפעול, אלא אם כן מדובר במחדל שנובע מהחלטה
9 מודעת שלא לפעול, החלטה שהיא תולדה של הפעלת שיקול-הדעת של הדירקטורים (ר'
10 למשל **Aronson v. Lewis**, 473 A.2d 805, 813 Del. 1984 (להלן: "עניין Aronson")).
11 אם דירקטוריון החברה לא קיבל החלטה ולא הפעיל כל שיקול-דעת, ממילא אין הצדקה
12 שפעולותיו יחסו תחת כלל שיקול-הדעת העסקי.
13

14 המלומדת חביב-סגל כתבה בענין זה בספרה **דיני חברות** כי:

15 "מאז ההכרה בחובת הזהירות בדין הישראלי, בפסק הדין המנחה בעניין **דוטלוי**
16 **נ. בדשאי**, עוגנה ההלכה שלפיה, מחדל מנקיטת פעולה כלשהי, או מהפעלת
17 שיקול-דעת עסקי כלשהו, ייחשב להפרה של חובת הזהירות המקימה אחריות
18 אישית של הדירקטורים...
19 חובתם של הדירקטורים להימנע ממחדל, ולהפעיל שיקול-דעת עסקי פעיל,
20 התחזקה ביותר במהלך השנים. בפרט, מודל הפיקוח מטיל על הדירקטוריון את
21 התפקיד של פיקוח פעיל על הנהלת החברה. סעיף 92(ב) לחוק החברות אוסר על
22 הדירקטוריון להאציל את תפקידי הפיקוח אל ההנהלה. מכאן, שעל חברי
23 הדירקטוריון לנקוט שיקול-דעת עסקי פעיל בפיקוח על הנהלת החברה. כל
24 הימנעות שהיא מביצוע תפקידי הפיקוח עלולה להביא להטלת אחריות אישית
25 עליהם" (ר' פרק י' פס' 2.א.).
26

תהליך קבלת ההחלטה

27
28 74. מעבר לדרישה לקיומה של החלטה פוזיטיבית, יש לוודא – לצורך החלת הכלל, כי מדובר
29 בהחלטה שהתקבלה לאחר דיון שנשמך על תהליך מסודר של קבלת החלטה, ובהתבסס על
30 מידע שעמד לנגד עיני הדירקטורים.
31

32 מסקנה דומה עולה מפסק הדין בענין **אפריקה ישראל** בו קבע בית-המשפט העליון כי:



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

1 "כפי שציין בית-משפט קמא בהחלטתו, על דירקטור ובעל תפקיד בחברה לקבל
2 החלטה מודעת, פרי 'הליך של איסוף עיון, דיון, ובחינת נתונים, מסמכים
3 ושיקולים רלוונטיים'. על כך אין חולק, אך תנאי מקדמי להחלטה מודעת לאישור
4 עסקה, היא היותה מודעת, קרי, נדרשת ידיעה של הדירקטור אודות העסקה
5 הרלוונטית" (שם, בפס' 41. ההדגשה במקור – ר.ר.).

6
7 בית-המשפט סייג את הדברים בהערה הבאה –

8 "הדירקטור הסביר אינו נדרש ואינו יכול להיות בלש או חוקר, והוא נסמך על
9 דיווחיהם של בעלי-התפקיד בחברה ועל היועצים של החברה בתחומים השונים.
10 במצב הדברים הרגיל, אין לדירקטוריון ייעוץ מקצועי-עצמאי, אלא באותם מקרים
11 מיוחדים בהם ראוי לדירקטוריון לדרוש חוות-דעת נוספות ולקבל ייעוץ חיצוני
12 לנושא ספציפי, כמו יועץ משפטי או רואה-חשבון" (שם, בפס' 53).

13
14 75. מסקנה דומה עולה מדבריה של המלומדת א' חביב-סגל המציינת בהקשר זה בספרה -

15 "החובה להפעיל שיקול-דעת עסקי פעיל מחייבת את חברי ההנהלה
16 והדירקטוריון בחובה נלווית נוספת – היא חובת איסוף האינפורמציה. על
17 ההנהלה ועל הדירקטוריון להפעיל את שיקול-דעתם העסקי על יסוד
18 האינפורמציה הרלוונטית לקבלת ההחלטות. מכאן, שמחדל באיסוף
19 האינפורמציה יכול לשמש כבסיס להטלת אחריות בגין הפרת חובת הזהירות.
20 חובת איסוף האינפורמציה הפכה, במהלך השנים, לחובה המרכזית במסגרתה של
21 חובת הזהירות. למעשה, ברוב רובם של המקרים שבהם הוטלה אחריות על
22 הדירקטורים בגין הפרתה של חובת הזהירות, נעשה הדבר על סמך הפרתה של
23 החובה לאיסוף אינפורמציה" (ר' שם, בפרק י', פס' 2.א.).

24
25 76. מסקנה זו עולה בקנה אחד עם הוראת ס' 253 לחוק החברות, המחייב דירקטור לנקוט
26 "אמצעים סבירים לקבלת מידע הנוגע לכדאיות העסקית של פעולה המובאת לאישורו או
27 של פעולה הנעשית על-ידי בתוקף תפקידו, ולקבלת כל מידע אחר שיש לו חשיבות לענין
28 פעולות כאמור". סבירות האמצעים תיבחן – כפי שיתואר להלן, בהתאם למכלול הנסיבות.

29
30 אילו קריטריונים יחולו על בחינת תהליך קבלת ההחלטה ושאלת דיות המידע?



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 איך יכריע בית-המשפט בשאלת דיות המידע שעמד לרשות הדירקטוריון לצורך קבלת
2 החלטתו? איך ייבחן ההליך שקיים הדירקטוריון, ועל-פי מה יקבע בית המשפט האם מדובר
3 בהליך שדי בו כדי להחיל על ההחלטה שהתקבלה בסופו את כלל שיקול הדעת העסקי?
4
5 במאמרו של חנס, מציין המחבר כי בית-המשפט בדלאוור אינו מכביר בדרישת "המידע
6 הסביר" שצריך לעמוד לפני הדירקטוריון בעת קבלת ההחלטה, שאם לא כן תיהפך הדרישה
7 בעקיפין להתערבות מהותית בשיקול-דעתו של הדירקטור (ר' ה"ש 28 בעמ' 324-325).
8
9 אני סבורה כי החלה של סטנדרט של סבירות ביחס לתהליך קבלת ההחלטה, אין פירושו כי
10 בית-המשפט מתערב בהחלטה לגופה. אכן, הגבול בין התערבות בשאלה מהו המידע שהיה
11 על הדירקטוריון לדרוש לצורך קבלת ההחלטה לבין התערבות בתוכן ההחלטה, אינו תמיד
12 ברור וחד. אולם, חרף האמור אני סבורה כי בית-המשפט צריך לבחון כי התקיים תהליך
13 מסודר – בהתאם לקריטריונים שבית-המשפט קובע לכך. בית-משפט צריך לוודא כי בפני
14 הדירקטורים שקבלו את ההחלטה אכן עמד כל המידע הרלוונטי שנדרש ושניתן היה להשיגו
15 באופן סביר לצורך קבלת ההחלטה, וזאת בהתאם לטיבה של ההחלטה ומכלול הנסיבות
16 הרלוונטיות.
17
18 כאשר בית-המשפט קובע כי התהליך התנהל כראוי – קרי בהתאם לקריטריונים
19 האובייקטיביים שבית-המשפט עיצב, הוא לא יוסיף ויבחן את ההחלטה שהתקבלה לגופה
20 במבחנים של סבירות, אלא ייתן לה ליהנות מחזקת התקינות הנובעת מהחלטת כלל שיקול-
21 הדעת העסקי.
22
23 מסקנה זו עולה בקנה אחד עם חלק גדול מהנימוקים שביסודו של כלל שיקול-הדעת
24 העסקי, כפי שהם פורטו לעיל. כך, אני סבורה כי החלטת כללים ברורים ביחס לתהליך קבלת
25 ההחלטות של מנהלים בחברה, איננה אמורה להרתיע מנהלים מפני קבלת החלטות
26 יצירתיות או חדשניות. להיפך – מנהלים שיקבלו החלטה ולו גם "נועזת", לאחר שערכו
27 תהליך מסודר של קבלת החלטה, תוך שהם לוקחים בחשבון את כל המידע הנדרש ושוקלים
28 אותו, יוכלו ברמה גבוהה של סבירות להניח כי בית-המשפט לא יתערב בהחלטתם, ולא
29 יבחן את סבירותה מנקודת מבטו שלו.
30
31 זאת ועוד – גם החשש מפני חוסר מיומנות של בתי-המשפט, נחלש כאשר עסקינן בביקורת
32 על תהליך קבלת ההחלטה. לבית-המשפט יש כלים לבחון את תהליך קבלת ההחלטות,



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

1 ובפרט את השאלה אם החלטה עסקית התקבלה על-יסוד מידע מספיק בנסיבות העניין.
2 בהקשר זה יכול בית-המשפט לכן להעביר תחת שבט ביקורתו את אופן קבלת ההחלטה על-
3 ידי המנהלים, ולקבוע האם המנהלים ביצעו את התהליך שדי בו כדי למנוע התערבות
4 שיפוטית בו. התהליך צריך להיות כזה שיבטיח ברמה גבוהה של סבירות את איכותן של
5 ההחלטות שיתקבלו במסגרתו.

6
7 מסקנה זו עולה גם ממאמרו של ליכט, בו קובע המחבר כי:

8 "הדין נענה לאתגר שמציב הפיקוח על תוכן ההחלטות העסקיות, שבהן אין
9 למערכת המשפט יתרון מוסדי, באמצעות התמקדות בהיבטים שבהם יש לה
10 יתרון כזה, לאמור, בקביעת אמות-מידה נאותות להליך של קבלת ההחלטות. בעוד
11 החלטה עסקית המתבררת בדיעבד כשגויה אינה משמיעה לקח למקרים נוספים
12 בעתיד, ולכן תוכנה אינו נתון לפיקוח משפטי (למעט חריג של אי-רציונליות),
13 הדין יכול לנקוט עמדה - וכך הוא אכן עושה - לגבי דרכים נאותות ודרכים לא-
14 נאותות של קבלת החלטות".

15
16 מסקנה זו מתיישבת גם עם הפסיקה של בית-המשפט בדלאוור (Court of Chancery),
17 בהחלטתו בענין Disney במסגרת בקשה לסילוק על הסף של בקשה לאישור תביעה נגזרת)
18 **In re the Walt Disney Company Derivative Litigation**, 825 A. 2d 275; 2003
19 Del. Ch. (כבי הנשיא דאז צ'נדלר (Chandler) (להלן: "ההחלטה בענין Disney").

20
21 בהחלטה בענין Disney נבחנה השאלה האם לסלק על הסף בקשה לאישור תביעה נגזרת.
22 החברה התקשרה באותו ענין בחוזה העסקה עם נשיא החברה, מר אוביץ (Ovitz), שהעניק
23 לו תנאי פרישה מרחיקי לכת. על-פי הטענה, החוזה אושר על-ידי הדירקטוריון ב"עניינים
24 עצומות" ללא בחינה וביקורת. לטענת המבקש, כתוצאה מכך נגרם לחברה נזק בסכום של
25 כ-130 מיליון דולר, לאחר שהנשיא פרש מהחברה לאחר פחות משנה אחת.

26
27 הנשיא צ'נדלר מציין כי הדירקטורים באותו ענין היו (כמו במקרה דנן) עצמאיים ולא היו
28 במצב של ניגוד עניינים. במקרה כזה, מנחה את עצמו בית-המשפט כי עליו להיות זהיר
29 בבחינת החלטותיהם: "[T]his Court is hesitant to second guess the business
30 judgment of a disinterested and independent board of directors (שם, בעמ'
31 (287).



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1
2 82. אף-על-פי-כן, בנסיבות אותו ענין, ועל-סמך האמור בבקשת האישור (שהיא שנבחת בשלב
3 הבקשה לסילוק על הסף), קבע בית-המשפט כי הדירקטורים לא קבלו כל החלטה עסקית,
4 ולא קיימו את חובות האמון שלהם כלפי בעלי המניות של החברה (עמ' 287-289).
5
6 בית-המשפט בחן את התהליך שהביא לאישור הסכם ההעסקה של אוביץ, ואת התהליך
7 שהביא להסכמה עמו על תנאי פרישתו. הוא בחן את לוחות הזמנים במסגרתם התהליך הזה
8 בוצע, ואת המידע שעמד בפני הדירקטורים לפני שקבלו את החלטתם. בית-המשפט קבע כי
9 הדירקטוריון לא בחן את החלטותיו של מנכ"ל החברה בהקשר זה, ולא העלה שאלות – גם
10 כאשר היה מקום כי הוא יעשה כן וינקוט בפעולה אקטיבית לצורך כך.
11
12 הדירקטוריון לא בחן אפשרויות פעולה חלופיות ולא נעזר בסיוע של מומחה או של יועץ
13 משפטי. בית-המשפט מדגיש כי לו היה הדירקטוריון פועל באופן זה - סביר להניח כי כלל
14 שיקול-הדעת העסקי היה מגן על החלטתו (בעמ' 289).
15
16 יוער כי בסופו של דבר, חרף העובדה שהבקשה לסילוק על הסף נדחתה, בית-המשפט דחה
17 במסגרת פסק-הדין את התביעה לגופה, לאחר בירור מלא של מכלול העובדות והנסיבות
18 ופסק הדין אושר על-ידי בית המשפט העליון של דלאוור (In re the Walt Disney Co.)
19 Brehm v. Eisner (In re the ; (Derivative Litig., 907 A. 2d 693 (Del. Ch., 2005)
20 Walt Disney Co. Derivative Litig.), 906 A. 2d 27 (Del. 2006) (להלן: "פסק הדין
21 בעניין Disney").
22
23 83. במקרים רבים אחרים ציין בית המשפט בדלאוור כי על דירקטור ליידע את עצמו לפני קבלת
24 ההחלטה העסקית במידע המהותי הנגיש לו באופן סביר ("all material information
25 reasonably available" ר' מאמרו של חנס, ה"ש 28, פס"ד Aronson שנזכר לעיל בעמ'
26 812 ופס"ד סיטיגרופ, בעמ' 124).
27
28 84. העולה מהאמור לעיל, הוא כי בית-המשפט מוסמך לבחון בכלים אובייקטיבים מהו המידע
29 המהותי הנדרש לקבלת החלטה מהסוג האמור בתנאים בה היא התקבלה, לבחון מהו
30 המידע שהיה נגיש לדירקטורים באופן סביר, ולוודא שמידע זה אכן עמד לנגד עיני
31 הדירקטורים לצורך קבלת ההחלטה.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

1
2 85. בחינת כמות המידע שעמד לרשות הדירקטורים לצורך קבלת החלטתם, והשאלה האם די
3 היה במידע זה לצורך קבלת ההחלטה, צריכות להיבחן לאור מכלול הנסיבות הרלוונטיות.
4 בין היתר יש לבחון בהקשר זה את הקושי היחסי בקבלת מידע נוסף, העלות של תהליך
5 הברור לצורך קבלת מידע נוסף, ההשלכה האפשרית של המידע הנוסף על ההחלטה,
6 מהותיות הנושא שאליו מתייחסת ההחלטה (כך, ככל שמדובר בנושא בעל משמעות כלכלית
7 קטנה יותר – יפחת הצורך בקבלת מידע יקר נוסף ולהיפך), לוחות הזמנים לקבלת החלטה
8 וכיו"ב שיקולים (פירוט ביחס לתהליך הנדרש לצורך קבלת החלטה על-ידי הדירקטוריון,
9 מצוי במאמרו של ליכט).

10
11 86. יוער במאמר מוסגר כי אין לשלול את האפשרות לפיה החלטה של דירקטוריון לקבל
12 החלטה עסקית על-יסוד מידע או נתונים חסרים, עשויה אף היא ליהנות מהגנת הכלל של
13 שיקול הדעת העסקי. גם החלטה כזו – ביחס לכמות המידע שהדירקטוריון מבקש שיהיה
14 בפניו, והאפשרות לוותר מטעמים שונים על מידע רלוונטי שעשוי היה להועיל בתהליך קבלת
15 ההחלטה, צריכה להיות מודעת ומיודעת. יש להבחין בין מצב בו הדירקטוריון קיבל החלטה
16 כאשר חסר לו מידע, כתוצאה מויתור מודע על מידע זה לאור נסיבות כאלה או אחרות
17 שהדירקטוריון היה מודע להן, לבין מחדל רשלני ולא מודע שכתוצאה ממנו נמנע
18 מהדירקטוריון מידע הנחוץ לשם קבלת החלטתו. יחד עם זאת, ענין זה אינו מתעורר
19 במקרה דנן, ויהיה מקום לבחון אותו לעומקו בעתיד.

20
21 לאור האמור לעיל נבחן אם כן את החלטות החברה ביחס למימוש השעבודים השונים
22 בתקופות השונות.
23

ראיות ביחס לתהליך קבלת ההחלטה

24
25 87. נקדים ונציין כי יש להבחין בין השאלה מהו המידע שעמד לנגד עיני הדירקטורים בעת קבלת
26 ההחלטה, לבין השאלה איך ניתן להוכיח זאת. מבחינה ראייתית, בחינת תהליך קבלת
27 ההחלטה – קרי בחינת השאלה מה היה המידע שעמד בפני הדירקטוריון, האם הדירקטוריון
28 בחן את המידע וקבל החלטה מושכלת על סמך מידע זה – נעשית קודם כל על סמך מסמכים
29 המשקפים את תהליך קבלת ההחלטות בדירקטוריון, ובעיקר כמובן הפרוטוקולים של
30 ישיבות הדירקטוריון על נספחיהם. פרוטוקולים אלה אמורים לשקף באופן שאינו יכול
31 להיות שנוי במחלוקת את תהליך קבלת ההחלטה על-ידי הדירקטוריון על כל שלביו.
32



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 88. פרוטוקול מפורט המשקף תהליך מושכל של קבלת החלטות, תוך פירוט מכלול המידע שעמד
2 בפני הדירקטורים לצורך קבלת החלטתם, עשוי אם כן להקל במידה רבה על דירקטוריון
3 המבקש לבסס את טענותיו על כלל שיקול-הדעת העסקי.
4
- 5 89. כך עולה גם מפסק הדין בעניין **Disney** של בית-המשפט העליון בדלאוור. באותו ענין
6 התייחס בית-המשפט ל"אפשרות הטובה ביותר" ביחס לאסיפת הדירקטוריון של החברה.
7 אפשרות זו כוללת – כך קובע בית-המשפט – מצב בו כל חברי הדירקטוריון מקבלים מסמך
8 המתאר את הנושא לדיון (באותו ענין – הסכם ההעסקה של מר אוביץ, הנשיא המיועד של
9 החברה); מסמך שנערך על-ידי מומחה לשכר והמתאר את כל האפשרויות השונות והסכום
10 שהמנכ"ל המיועד יקבל בכל אחת מהן; תוכן המסמך מוסבר בישיבת הדירקטוריון, בין על-
11 ידי המומחה שערך אותו או על-ידי חבר ועדה בעל ידע בתחום; המסמך מצורף כנספח
12 לפרוטוקול אסיפת הדירקטוריון ומשמש בסיס לדיונים בדירקטוריון ולהחלטתו.
13
14 במצב כזה – כך קובע בית-המשפט באותו ענין (בעמ' 56) –
15 **"[T]here would be no dispute (and no basis for litigation) over what**
16 **information was furnished to the committee members or when it was**
17 **furnished."**
18
- 19 90. אני מוצאת לנכון לחזור על הדברים ולהדגישם. זאת כדי להבהיר לחברות שיבקשו בעתיד
20 לקבל החלטה בדירקטוריון שלהן ולהבטיח במידה רבה של ודאות כי ההחלטה תוגן על-ידי
21 כלל שיקול-הדעת העסקי, תוך הימנעות ממחלוקות ביחס להיקף המידע שעמד לרשות
22 הדירקטורים והמועד בו הוא הועמד לרשותם – איך עליהן לפעול. כאשר קיימים מסמכים
23 מפורשים המעידים על המידע שעל יסודו התקבלה החלטת הדירקטוריון ובהנחה שמדובר
24 במידע מספק לצורך קבלת ההחלטה, כאשר בית-המשפט יכול לעקוב אחרי תהליך קבלת
25 ההחלטה במלואו, יכולה החברה להבטיח את עצמה במידה רבה של ודאות מפני טענות
26 שיעלו בהמשך ביחס להחלטות שהיא קבלה.
27
- 28 91. אכן, בית-המשפט בענין **אפריקה ישראל** הסתייג מפני תופעה של "**דיבורים לפרוטוקול כדי**
29 **לצאת ידי חובה**" (פס' 51 לחוות דעתו של כב' השופט עמית). יחד עם זאת, אני סבורה כי
30 קיומו של פרוטוקול המשקף תהליך של קבלת החלטה, איננו מביא ליצירת פרוטוקולי
31 "סרק" שנועדו רק כדי לצאת ידי חובה ולהגן על הדוברים מפני תביעות אפשריות.
32



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 לטעמי, קיומו של פרוטוקול המתייחס מפורשות להצעת החלטה מסוימת, המשקף את
2 המידע המלא שעמד בפני חברי הדירקטוריון וששימש אותו לקראת קבלת ההחלטה –
3 מחייב את חברי הדירקטוריון להתייחס למידע זה. כאשר אין ספק כי בפני חברי
4 הדירקטוריון נמסר באופן מפורש מידע מלא בדבר החלופות השונות האפשריות, בדבר
5 הסיכונים והסיכויים הכרוכים בכל אחת מהן, ניתן להניח כי הדירקטורים לא יתעלמו מאף
6 אחד מהשיקולים הרלוונטיים. השקלול של השיקולים הללו והאיזון ביניהם מסור לשיקול-
7 דעתם הבלעדי של הדירקטורים. אולם, משעה שהמידע המלא הוצג בפניהם, נמנעת מהם
8 האפשרות להתעלם ממנו, מה שמבטיח לכן ברמה גבוהה יותר של סבירות את האפשרות כי
9 הדירקטוריון יפעיל את שיקול-הדעת המסור לו ויקבל החלטה מושכלת ומודעת, החלטה
10 שבה – ככלל – יימנע בית-המשפט מלהתערב. הפרוטוקול צריך לשקף את תהליך קבלת
11 ההחלטה בכל המקרים, אך בעיקר באותם מקרים בהם הדירקטוריון קבל החלטה לקחת
12 סיכון, שאז צריך בית המשפט להיות מסוגל לעקוב אחרי תהליך המחשבה של
13 הדירקטורים, ואחרי הטעמים שהניעו אותם לקבל את ההחלטה אותה הם קיבלו.
14
- 15 אולם, פרוטוקול מפורט של ישיבת הדירקטוריון אינו הדרך היחידה (אף שהיא דרך טובה .92
16 ונוחה) להוכיח את היקפו של המידע שעמד בפני הדירקטוריון ואת תהליך קבלת ההחלטות
17 שלו. אין לשלול מיניה וביה מהחברה ומהדירקטורים את האפשרות להוכיח גם באמצעות
18 ראיות פחות "חזקות" מה היה המידע שעמד בפני מקבלי ההחלטה וביחס לתהליך קבלת
19 ההחלטה על-ידיהם.
20
- 21 ראיות כאלה יכולות לכלול הקלטה של הדיון, או אף עדויות של דירקטורים או של עדים
22 אחרים ביחס לתהליך קבלת ההחלטה וביחס למידע ולהנחות שעמדו לנגד עיני הדירקטורים
23 בעת קבלתה של ההחלטה. יחד עם זאת, הראיות הללו צריכות להתייחס להחלטה
24 שהתקבלה בדירקטוריון. ראיות ביחס ל"שיחות מסדרון" של הדירקטורים, להנחות שהנחו
25 אותם, למחשבות שהיו בלבם – כל אלה אינן ראיות רלוונטיות לצורך בחינת השאלה האם
26 ניתן להחיל את כלל שיקול-הדעת העסקי על ההחלטה.
27
- 28 דירקטוריון הוא גוף המקבל החלטות בהתאם למנגנון קבוע מראש. בתקנון החברה נקבע .93
29 ככלל תהליך מובנה לצורך קבלת החלטות – תהליך המתבצע כאמור בישיבות הדירקטוריון
30 ולא ב"שיחות מסדרון". ראיות ביחס לתהליך שהתבצע בישיבת הדירקטוריון עובר לקבלת
31 ההחלטה, הן לכן ראיות רלוונטיות. ראיות ביחס לעמדות ודעות שלא נדונו שלא נדונו



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

1 ונבדקו במסגרת ישיבת דירקטוריון מסודרת, אינן רלוונטיות לגבי תחולת הכלל של שיקול-
2 הדעת העסקי.

3
4 מהו אם כן החומר שעמד לנגד עיני הדירקטורים בעת קבלת ההחלטות במועדים השונים?
5

תחילת שנת 2009

6
7 94. כעולה מהרקע העובדתי שנסקר לעיל בפסק-דין זה, הפרה אמריס את התחייבותה להשיב
8 לחברה את ההלוואה בסכום של 1.5 מיליון דולר שהחברה העמידה לה.
9

10 כאמור, לגישת החברה היא החליטה שלא לממש את המשכון שהבטיח את ההלוואה על
11 החניון, אלא לממש את האופציה שניתנה לה לרכוש את החניון, תוך הסכמה עם אמריס על
12 שיפור בתנאי האופציה, וזאת בחודש דצמבר 2008. אין מחלוקת כי התנאים למימוש
13 האופציה לא התקיימו. יובהר כי משעה שהאופציה מומשה בתנאים (שכאמור לא
14 התקיימו), אין מדובר מבחינה פרקטית במימוש, אלא למעשה מדובר בהארכת תוקפה של
15 האופציה, תוך התנייתה בתנאים נוספים וחדשים שלא היו קיימים מלכתחילה. עוד יש
16 לציין בהקשר זה (כפי שהובהר לעיל), כי מדוי"ח שהגישה המפרקת של אמריס לבית-המשפט
17 המחוזי ביום 29.12.2009, עולה קיומה של מחלוקת אם האופציה פקעה או מומשה (ר' ס'
18 13 לעיל).

19
20 95. כך או כך, כפי שנראה להלן, בפועל, וכעולה מפרוטוקול ישיבת הדירקטוריון, החלטת
21 דירקטוריון החברה בחודש מרץ 2009 שלא לממש את השעבוד על החניון, לא נבעה
22 מהעובדה שהאופציה מומשה, אלא מסיבות אחרות.
23

24 96. ההלוואה בסכום של 1.5 מיליון דולר, הובטחה בשעבוד השני שנרשם לזכות החברה על
25 החניון. כזכור, אמריס חבה לבעל השעבוד הראשון, בנק אדירונדק, סכום שעמד באותו
26 מועד על כ-1.7 מיליון דולר (ר' נספח 17 לתצהירי משיבים 6-2). מאחר שהבנק קדם לחברה
27 במימוש החוב, נדרש סכום כולל של כ-3.2 מיליון דולר, בתוספת עלות המימוש, כדי ששני
28 הנושים – הבנק והחברה - יוכלו להיפרע את מלוא חובם.
29

30 בהמשך, ביום 1.3.2009 הפרה אמריס כאמור את חובתה לשלם את הריבית על אגרות-החוב
31 בסכום של 1.7 מיליון ₪. הפרה זו זיכתה את החברה בהעמדה של אגרות-החוב לפירעון



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

1 מייד (וכפי שצוין לעיל), החברה אף הודיעה לאמריס כי היא מתכוונת לעשות כן אם אמריס
2 לא תפרע את חובה תוך 10 ימים מיום 4.3.2009).

3
4 97. החברה היתה צריכה אם כן לשקול – לאחר שאמריס לא פרעה את חובה עם תום 10 הימים
5 שהוקצבו לה לעשות כן ואף לא לאחר מכן, האם היא מבקשת להעמיד את חוב האג"ח
6 לפירעון מייד, והאם היא מבקשת לעשות שימוש בנכס הממושכן – המלון, כדי להיפרע
7 חלק מהחוב. זאת, בין היתר תוך שהחברה לוקחת בחשבון את הליכי הפירוק של אמריס.

פרוטוקול ישיבת הדירקטוריון מיום 29.3.2009

8
9
10 98. ההחלטה הרלוונטית של החברה בתקופה שתוארה לעיל, משתקפת בפרוטוקול ישיבת
11 מועצת המנהלים של החברה מיום 29.3.2009 (נספח 17 לבקשת האישור). המשיבים 2-6
12 טענו כי החברה קבלה החלטה בדירקטוריון ביום 29.3.2009 שלא לממש את השעבודים –
13 לא את השעבוד על החניון (שהבטיח את ההלוואה בשיעור של 1.5 מיליון דולר) ולא את
14 השעבוד על המלון (שהבטיח את אגרות-החוב).

15
16 99. כעולה מהפרוטוקול, הסביר מר יעקב לניאדו, שהיה באותו מועד מנהל הכספים של החברה,
17 מספר נושאים הקשורים בדו"ח התקופתי של החברה. בין היתר, כך עולה מהפרוטוקול,
18 הסביר מר לניאדו את הדברים הבאים המתייחסים למימוש השעבודים:

19 "השקעה באג"ח אמריס – יתרת הלוואה לאמריס בסך של כ-11 מיליון ₪. נציין
20 כי הלוואה שניתנה לאמריס בשנת 2008 בסך של כ-5.3 מיליון ₪ (1.5 מיליון \$)
21 הופחתה כבר ברבעון השלישי בשנת 2008. חוב זה מובטח בשעבוד שני על חניון
22 בסיראקו. למרות שעל פי שמאות שהוכנה על-ידי גיזה לחניון בסיראקו שווי
23 החניון הוערך בסך של כ-2.9 מיליון \$, הוחלט הואיל ועדיין החברה אינה בעלים
24 של החניון אלא יש לה מכשיר פיננסי דהיינו חוב של אמריס שמובטח בשעבוד
25 שני לאחר שעבוד ראשון על הנכס להבטחת חוב לבנק בסך של כ-1.7 מיליון \$
26 (לאחר הפחתת פיקדון בסך של כ-250 אלפי ₪), אין היום ביטחון שבמימוש מהיר
27 לנכס תוכל החברה בוודאות להיפרע בגין חוב אמריס לחברה כאמור. רו"ח החברה
28 מציין כי לא חל שום אירוע שמצריך שינוי ההפחתה שבוצעה כאמור. היתרה כעת
29 במאזן הינה כ-11 מיליון ₪ (כ-2.9 מיליון \$) [ככל הנראה צ"ל \$, ר.ר.] מובטחת
30 בשעבוד על המבנה ההיסטורי בסיראקו [הוא המלון, ר.ר.]. המבנה ההיסטורי
31 הוערך כאמור על-ידי השמאי גיזה בסך של כ-3.2 מיליון \$, לכן הוחלט כי לא
32 תשונה ההשקעה הרשומה בדוחות הכספיים בסך של כ-11 מיליון ₪ המובטחת



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 בשעבוד על המבנה ההיסטורי הנ"ל, בכפוף לתוצאות שיהיו בעקבות סיום
2 הבדיקה של רו"ח החברה לשמאות הנ"ל".
3
4 לאור הדברים הללו התקבלה החלטה של הדירקטוריון. כך, בסוף הפרוטוקול צוין כי
5 "הוחלט לאשר את הדוח התקופתי לשנת 2008 בכפוף לתוצאות של השלמת בדיקת רו"ח
6 לשומה של גיזה למבנה ההיסטורי והחניון שלא יהיה [כך במקור, ר.ר.]. להן השפעה על
7 ההשקעות בגין כך כפי שהוצגה בדוחות, ולהסמיך את מר משה הבא, יעקב דיין ויעקב
8 לניאדו לחתום על הדוח התקופתי בהתאם לנדרש".
9
10 הפרוטוקול מתייחס אם כן הן לשעבוד על החניון והן לשעבוד על המלון. נבחן ביחס לשני
11 השעבודים – מה היתה ההחלטה של הדירקטוריון, ומה היה המידע שעמד בפני
12 הדירקטוריון כדי לקבלה.
13
14 נתייחס בנפרד להחלטות ביחס לשני הנכסים.
15
16 **א. ביחס לחניון –**
17 101. נראה כי ניתן לקבוע כי הדירקטוריון קבל החלטה פוזיטיבית שלא לממש את השעבוד על
18 החניון. זאת משום שבפרוטוקול ישנה התייחסות לאפשרות של מימוש החניון כדי להיפרע
19 את החוב מהחברה, תוך שנקבע כי "אין היום ביטחון שבמימוש מהיר לנכס תוכל החברה
20 בוודאות להיפרע בגין חוב אמריס לחברה כאמור". לצורך קבלת ההחלטה הזו עמדו בפני
21 הדירקטוריון (כך עולה מהפרוטוקול) הנתונים הבאים – השווי המוערך של החניון (2.9
22 מיליון דולר); גובה החוב לבנק – שהוא בעל השעבוד הראשון – 1.7 מיליון דולר, וגובה
23 החוב לחברה (1.5 מיליון דולר). כן צוין כי החברה אינה הבעלים של החניון (משום
24 שהתנאים למימוש האופציה לא התקיימו).
25
26 ההחלטה שלא לממש באותה עת את השעבוד על החניון נבעה מההנחה לפיה אין ביטחון –
27 לאור כל האמור לעיל, שבמימוש מהיר של החניון, החברה תוכל "בוודאות להיפרע בגין חוב
28 אמריס לחברה".
29
30 102. אני סבורה כי אין די בנתונים הללו כדי לאפשר להחלטה ליהנות מחזקת שיקול-הדעת
31 העסקי. כדי שתתקבל החלטה מושכלת, מן הראוי היה כי הדירקטוריון יוסיף ויבחן עניינים
32 נוספים: איזה חלק מהחוב תוכל החברה לקבל אם תחליט לממש את החניון במימוש מהיר,



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

1 מהן עלויות המימוש, מהו הצפי שמחיר החניון יעלה או ירד בעתיד, מהן ההכנסות שניתן
2 לקבל מהחניון במהלך התקופה עד המימוש וכיו"ב. לכל הנושאים הללו אין כל ביטוי
3 בפרוטוקול ישיבת הדירקטוריון, ולא ניתן לקבוע כי הדירקטורים התייחסו אליהם, קבלו
4 מידע ביחס אליהם (או ויתרו באופן מודע ומושכל על קבלת מידע), בחנו אותם או הביאו
5 אותם בחשבון בקבלת ההחלטה שלהם.

6
7 לכן, אני סבורה כי החלטה זו אינה יכולה ליהנות מחזקת התקינות מכוח כלל שיקול-הדעת
8 העסקי, ויש לבחון את ההחלטה לגופה, ולברר האם היא עומדת בתנאי מבחן הסבירות.

ב. ביחס למלון -

9
10
11 103. אף שמהפרוטוקול עולה כי הדירקטוריון קבל נתונים ביחס לשווי המלון וגובה החוב
12 המשועבד בספרי החברה (שעמד באותה עת על 11 מיליון ₪), הרי לא עולה מהפרוטוקול
13 קיומו של דיון כלשהו ביחס לאפשרות לממש את השעבוד. הפרוטוקול מתייחס רק לשאלת
14 רישום ההלוואה בספרי החברה – לאור גובה ההלוואה מחד גיסא והבטוחה שנועדה
15 להבטיחה מאידך גיסא. נקבע כי מאחר שישנה בטוחה בסכום העולה על גובה ההלוואה
16 בספרים, אין צורך בשינוי רישום ההשקעה בספרים בשיעור של 11 מיליון ₪.

17
18 ההחלטה שהתקבלה ביחס למלון היא ברורה – הוחלט כי "לא תשונה ההשקעה הרשומה
19 בדוחות הכספיים בסך של כ-11 מיליון ₪ המובטחת בשעבוד על המבנה ההיסטורי הנ"ל,
20 בכפוף לתוצאות שיהיו בעקבות סיום הבדיקה של רו"ח החברה לשמאות הנ"ל" (ההדגשה
21 היא שלי, ר.ר.). החלטה זו אינה מתייחסת כאמור ולו ברמז לאפשרות של מימוש השעבוד
22 על המלון.

23
24 104. האם ישנן ראיות נוספות ביחס לדברים שנאמרו במסגרת ישיבת הדירקטוריון והשליכו על
25 החלטותיו? מר פרל – שהיה דירקטור בחברה באותה תקופה, העיד ביחס לפרוטוקול ישיבת
26 29.3.2009, כי זו "ישיבה פורמלית שמסכמת בתמצית את הדעה שרווחה שם לגבי
27 מימושים בעת הזאת". יחד עם זאת, גם אם נוסף לאמור לעיל את הראיות שהוצגו בפני
28 בית-המשפט בהתייחס לישיבת הדירקטוריון מיום 29.3.2009, המסקנה שלעיל לא תשתנה.

29
30 105. כך, העד מר לניאדו נשאל בחקירתו הנגדית –



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 "אני רואה פה שאתה סוקר את הדוחות הכספיים. אני לא רואה דירקטור אחד
2 שמעלה את השאלה, מה אנחנו עושים לצורך מימוש השעבוד? מה אנחנו עושים
3 עם החייב שלא משלם את הכסף?"
4
5 העד משיב לשאלה ואומר – "מה אתה רוצה שאני אגיד? אם לא כתוב, כנראה לא הופיע,
6 כאילו לא היה" (ר' עמ' 70 לפרוטוקול, שורות 11-14).
7
8 106. אכן, בהמשך החקירה הנגדית העד אומר גם דברים שונים במקצת. הוא טוען כי "אני בעל-
9 פה כנראה שכן גם העליתי את זה" (עמ' 70 שורה 24). אבל בהמשך "האם אני העליתי וזה,
10 אני לא אומר, אני עונה על עצמי, בוודאי היה דיווח מעודכן. זה הכל. אל תכניס לפי
11 מילים" (עמ' 72 שורות 1-3). העד גם מציין כי מעצם העובדה שהשעבוד לא מומש, ניתן
12 להסיק כי היתה החלטה שלא לממש אותו (עמ' 72 שורות 19-20).
13
14 כל האמור לעיל אינו מאפשר לקבל מסקנה לפיה מעבר למה שנכתב בפרוטוקול ישיבת
15 הדירקטוריון, התקבלה בפועל החלטה נוספת של הדירקטורים ביחס למימוש השעבוד על
16 המלון, והוחלט באופן פוזיטיבי כי השעבוד על המלון לא ימומש. כדי לקבוע כי התנהל דיון
17 כזה במסגרת ישיבת הדירקטוריון, נדרשות ראיות לכך, והעדויות שצוינו לעיל אינן מבססות
18 מסקנה אפשרית כזו – שהנטל להוכיח אותה מוטל על הדירקטורים, משהדברים לא נרשמו
19 מפורשות בפרוטוקול.
20
21 107. המסקנה של האמור לעיל ביחס למלון היא כי דירקטוריון החברה לא קבל בראשית שנת
22 2009 החלטה שלא לממש את השעבוד על המלון. כפי שצוין, הכלל של שיקול-הדעת העסקי
23 הוא כלל הנותן תוקף לשיקול-דעת של הדירקטוריון שקבל החלטה פוזיטיבית. לכלל אין
24 תוקף כאשר לא הופעל שיקול-דעת ולא התקבלה החלטה. ל"העדר החלטה" לא ניתן לייחס
25 חזקת תקינות, ולמחדל מלפעול שאינו תולדה של הפעלת שיקול-דעת, לא ניתן לייחס
26 סבירות.
27
28 108. יצוין עוד כי המשיבים 2-6 הפנו לעדויות שונות מהן עולים שיקולים רלוונטיים נוספים לגבי
29 שאלת מימוש המלון (כפי שיפורט להלן), כאשר ההפניה היא בין היתר לדברים שהוחלפו בין
30 הדירקטורים לבין עצמם, שלא באו לידי ביטוי בפרוטוקול ישיבת הדירקטוריון הנ"ל.
31



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 לגישת המשיבים, מראיות אלה עולה לכאורה כי הדירקטורים היו סבורים כי לא נכון
2 לממש נכסים בתקופה של משבר כלכלי ושל שפל, כי היה להם חשש שלא ניתן יהיה למכור
3 את הנכסים במחיר שצוין בהערכות השמאי וכיו"ב. אולם, העדים – מר לניאדו ומר פרל
4 (המשיב 5, שהיה אחד הדירקטורים) – לא ציינו כי מדובר בנושאים שעלו, נדונו ונבחנו
5 **במסגרת ישיבת הדירקטוריון**. מדובר לכל היותר בהערכות פרטיות של העדים על-סמך
6 מידע שהיה להם, או בשיחות לא פורמאליות בין הדירקטורים לבין עצמם – כפי שעולה
7 למשל מעדות מר פרל (בעמ' 90 שורות 20-23) שם מעיד העד אודות **"שיחות שניהלנו בינינו,**
8 **הדירקטורים, בינינו לבין עצמנו, עם מנהל הכספים והמנכ"ל"**.
9
10 109. לכן, ומהטעמים שפורטו לעיל, אינני סבורה כי לדברים אלה צריך להיות משקל בבחינת
11 השאלה האם להחיל על ההחלטה של הדירקטוריון את חזקת שיקול-הדעת העסקי.
12
13 העולה מכל האמור לעיל הוא כי לא עומדת לזכות הדירקטוריון חזקת שיקול-הדעת העסקי
14 ביחס לאי מימוש השעבוד על החניון ועל המלון בתחילת שנת 2009.
15
16 **האם היה אופן הפעולה של הדירקטוריון ביחס למימוש השעבודים - סביר?**
17 110. כפי שהובהר בראשית הדברים, קביעה לפיה חל הכלל של שיקול-הדעת העסקי, יכולה
18 להקל מאוד על דירקטורים בהוכחה כי הם פעלו באופן סביר. יחד עם זאת, העובדה שהכלל
19 לא חל, אין פירושה בהכרח שניתן לקבוע כי הדירקטורים התרשלו באופן שגרם לחברה נזק.
20 כאשר הכלל של שיקול-הדעת העסקי לא חל מפני שהחלטת הדירקטוריון לא היתה מיוזמת,
21 עובר הנטל לדירקטורים הנתבעים להוכיח כי אופן הפעולה שלהם היה סביר (ר' לעיל בס' 59
22 החלטה זו). במקרה כזה, בית-המשפט בוחן את ההחלטה לגופה, כדי לקבוע האם ההחלטה
23 היתה סבירה אם לאו.
24
25 111. במקרה דנן, יש לבחון את השאלה האם לאור מכלול המידע שהיה קיים במועדים
26 הרלוונטיים, ההחלטה להימנע ממימוש השעבודים על המלון ועל החניון בתחילת שנת 2009
27 היתה החלטה סבירה. בבחינת השאלה הזו יש לזכור כי אנו מצויים בשלב אישור התביעה
28 כתביעה נגזרת – בה הנטל על מבקש האישור אינו גבוה, וכן כי הנטל להוכיח את הסבירות
29 עבר לכתפי הדירקטורים המשיבים. יחד עם זאת, אני סבורה כי אין זה מן הנמנע כי גם
30 בשלב הנוכחי ניתן יהיה לקבוע כי יש די ראיות המובילות למסקנה לפיה הדירקטורים לא
31 התרשלו, ואם זו תהיה המסקנה – לא יהיה מקום לאשר את התביעה הנגזרת.
32



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 **112. באשר לחניון –**
- 2 בהנחה שכלל שיקול-הדעת העסקי אינו מגן על החלטת הדירקטוריון, אני סבורה כי
- 3 הדירקטורים הוכיחו כי לאור מכלול המידע שהיה קיים ושיכול היה לעמוד לרשותם במועד
- 4 הרלוונטי, ההחלטה היתה החלטה סבירה.
- 5
- 6 המסקנה בהקשר זה נסמכת על מספר נתונים –
- 7 • העובדה כי לאור הערכת השווי של גיזה, לא היה די בחניון (לאור החוב לבנק שקדם
- 8 לחוב לחברה) כדי להביא לתשלום מלוא סכום החוב לחברה;
- 9 • העובדה כי המשק היה מצוי בתקופת משבר, וההערכה כי המחירים מצויים בשפל, וכי
- 10 אם החברה תמתין, המחירים עשויים לעלות;
- 11 • ההנחה שמחירו של החניון יעלה עם סיום עבודות השיפוץ בו;
- 12 • ההנחה שמצבה של החברה ישתפר אם ניתן יהיה להשכיר 200 מקומות חנייה נוספים
- 13 לעיריית סירקיוז, והרצון שלא למכור את החניון עד מיצוי האפשרות הזאת;
- 14 • העובדה שלחברה היתה אופציה לרכוש את החניון, והאפשרות כי היא תממש את
- 15 האופציה הזאת (לאחר שהמימוש הראשון של האופציה לא נכנס לתוקף שכן התנאים
- 16 המתלים בו לא התקיימו);
- 17 • העובדה כי בעלות על החניון עולה בקנה אחד עם מדיניות החברה;
- 18 • העובדה כי החניון הניב רווחים – וכל עוד הוא לא נמכר, ניתן היה לעשות בהם שימוש
- 19 לצורך הקטנת החוב;
- 20 • ההנחה שבמהלך תקופת ההמתנה, החוב לבנק ישולם בחלקו ויקטן, מה שיגדיל את
- 21 החלק היחסי של החברה בתמורת המימוש של השעבוד.
- 22
- 23 **113. קיומם של השיקולים לעיל (שכאמור לא עלו בפועל בישיבת הדירקטוריון), נתמך**
- 24 **בעדויותיהם של מר פרל (אחד הדירקטורים) ומר לניאדו.**
- 25
- 26 באשר לעובדה כי לא היה די בתמורה הצפויה ממכירת החניון כדי לאפשר תשלום מלוא
- 27 החוב לחברה, העיד מר פרל כי לו היו הערכות המעידות על עליית מחירים, היה טעם לשקול
- 28 למכור את הנכסים ובלבד שהמכירה תאפשר לחברה להיפרע את חובותיה מאמריס (עמ' 96
- 29 שורות 11-3). העד מעיד שם כי: **"אם גיזה היה מראה לי שבמקום שזה יורד, אז אם הייתי**
- 30 **יכול לקבל את ה-1.5 מיליון דולר שלי, ועוד משהו על הזה... זה היה צריך לעשות. צריך**
- 31 **היה לשקול את הדברים".**



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1
2 העד מר פרל אף ציין כי –
- 3 "בנסיבות שהיו אז, שוב פעם, הנושא של המימוש באותו זמן נראה לנו לא נכון
4 במשבר הזה. עכשיו, אם היה בא מישהו וקונה, ונותן לי 1.5 מיליון דולר וגם נותן
5 לי איזשהו פיצוי על ההכנסות של החניון, שכשאני מוכר לו את זה אני מפסיד
6 אותם, אז היה בזה טעם. לא היה בזה טעם בנסיבות האלה" (עמ' 93 שורות 8-12).
- 7
8 114. ביחס להנחה לפיה מדובר בתקופת משבר בה המחירים הם נמוכים ולכן לא רצוי לממש את
9 הנכס, העיד מר פרל כי –
- 10 "אנחנו נמצאים בשנת 2009, תחילת 2009, רק חודשים ספורים אחרי המשבר
11 הכלכלי העולמי הקשה. במשבר כלכלי כזה, אני יכול לומר את זה גם מניסיוני
12 העסקי של 30 שנה, לרבות את זה שגם הייתי בארה"ב בתקופת משבר של שנות
13 ה-90, עבדתי בבנק שם. הכל מוקפא. בנקים מסרבים לאשראי, מקפאים
14 אשראי. אין עסקאות. יש מחלקת אשראי, הכל קפוא. אני יכול לומר לך,
15 שבתנאים כאלה נמכרים נכסים ב-20 סנט לדולר. לאמריקאי זה אפילו יוצא גם.
16 ולכן, בכל השיחות שניהלנו בינינו הדירקטורים, בינינו לבין עצמנו, עם מנהל
17 הכספים ועם המנכ"ל, הדעה שרווחה והתגבשה בצורה בוהקת, כמעט
18 אקסיומטית, שזה לא נכון לממש שעבוד בתנאים של משבר כזה. זה פשוט לא
19 נכון, זה כמעט אקסיומטי. זו היתה הדעה שרווחה אצל כולנו, בתוכם גם אני. על
20 סמך הניסיון שלי ושל כולנו" (ר' עמ' 90 לפרוטוקול, שורות 8-25, ההדגשה היא
21 שלי, ר.ר.).
- 22
23 באופן דומה העיד גם מר לניאדו כי:
- 24 "היה לנו בסיס כמו כל בר דעת, כאשר יש מפולת, לפעמים מפולת באה בשווקים
25 כתוצאה ממשבר, לא לוקחים ומממשים בשפל. אולי כן נתאושש. עדיין הנכס,
26 עדיין הנכס נדל"ן. זה לא נייר רעיוני" (ההדגשה היא שלי, ר.ר.).
- 27
28 מעבר לכל אלה העיד מר לניאדו כך:
- 29 "התקופה הזו, אני רוצה להבהיר, זה מיטיבה עם החברה. בינתיים החוב לבנק
30 קטן, נפרע. בינתיים פועלים להשגת עוד שוכרים, בינתיים השיפוץ בפרויקט,
31 בדצמבר 2008 הסתיים שיפוץ במגדל ובינתיים מתנהלים. אנחנו החניון הוא לב
32 העניין. ברגע שהפרויקט כולו מושלם, ערכו עולה עוד יותר" (עמ' 83 שורות 2-6).



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

1
2 115. העד מר לניאדו העיד גם על דיונים שהתנהלו מול עיריית סירקיוז, ביחס לאפשרות לפיה
3 העירייה תשכור עוד 200 מקומות חנייה. הוא העיד כי מנכ"ל החברה קיים דיונים בהקשר
4 זה מול העירייה, וכי הוא עצמו היה מעודכן אודותיהם באופן אישי (ר' עמ' 79 שורות 14-
5 15). במסגרת זו - כך העיד העד - היו מספר נסיעות לסירקיוז במהלך השנים 2008 ותחילת
6 2009, והחברה אף אירחה בישראל נציגה של העירייה כדי להראות לה שהחברה היא חברה
7 רצינית המעוניינת לקדם את הפרויקט.

8
9 116. המסקנה של כל האמור היא כי לא ניתן לקבוע, ולו גם ברף הנדרש לצורך אישור התביעה
10 כנגזרת, כי בכך שהדירקטורים לא פעלו למימוש השעבוד בחניון בתחילת שנת 2009, הם
11 פעלו באופן בלתי-סביר. לאור מכלול המידע שהיה קיים ויכול היה לעמוד לנגד עיני
12 הדירקטורים באותה עת, ההחלטה להמתין היתה החלטה סבירה, שעלתה בקנה אחד עם
13 הנתונים השונים והציפיות הסבירות העולות מהם.

ביחס למלון –

14
15
16 117. המסקנה לגבי המלון היא שונה. אכן, גם לגבי המלון העידו העדים כי לא היה מקום לממש
17 את השעבוד בתקופה של שפל ומשבר עולמי. יחד עם זאת, ככל שהדבר נוגע למלון, הנחת
18 המוצא העולה מהערכת השמאי של גיזה, היא כי מימוש המלון יכול היה להביא לתשלום
19 מלוא החוב של אמריס לחברה כפי שהוא היה בספרי החברה (לפי הדו"ח שקבל
20 הדירקטוריון, עמד החוב בספרים על סכום של 2.9 מיליון דולר, והמלון הוערך בסכום של
21 3.2 מיליון דולר).

22
23 כאשר זהו המצב, על-מנת להוכיח כי הדירקטורים פעלו באופן סביר, נדרש הסבר לשאלה
24 מדוע השעבוד לא מומש. הסבר כזה אינו מצוי בחומר הראיות.

25
26 אכן, מר פרל העיד כי הערכות השמאי אינן משקפות בהכרח את השווי שניתן יהיה לקבל
27 בעסקה לקונה מרצון. לדבריו - "זה שיש לי הערכת שמאי זה לא אומר שמחר בא קונה
28 ואומר לי אוקיי, גיזה אמרו ככה וככה, אני משלם את החוב של הבנק ככה, ולך אני נותן
29 אל העודף. זה לא עובד ככה. יש משבר כלכלי. הקונים לא מתדפקים, ואם כבר בא קונה,
30 אם יבוא בכלל קונה, הוא יציע 20 סנט לדולר" (עמ' 94 שורות 20-24).

31



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

118. אולם, ההנחה לפיה לא ניתן יהיה למצוא קונה שיהיה מוכן לשלם את סכום ההערכה של גיזה, נטענה בעלמא, שכן לא נעשה כל בירור לצורך בחינת השאלה האם אכן ניתן למכור את המלון במחיר כזה. שאלה זו היא שאלה שהיה על הדירקטורים להעלותה ולבחון אותה על-מנת לעמוד בחובת הזהירות המוטלת עליהם ולצורך קבלת החלטה סבירה.
119. יתרה מזאת – ההערכה ניתנה על-ידי מעריך שהחברה מינתה אותו וסמכה עליו. היא ביססה את הרישומים בספריה על ההערכות שלו. חזקה על מעריך השווי שהוא הביא בחשבון את כל הנתונים הרלוונטיים, ובכלל זה את מצב השוק, את קיומו המשבר העולמי וכיו"ב. חרף כל אלה, מסקנתו השמאית היתה כי המלון שווה נכון לאותו מועד סכום של 3.2 מיליון דולר. מדוע אם כן לא פעלה החברה כדי לנסות למכור את הנכס, ולהשיג מחיר בהתאם להערכה זו? לשאלה זו לא ניתנה תשובה.
- הטענה לפיה המחירים עתידיים לעלות – איננה רלבנטית מקום שניתן לפרוע את החוב במלואו כבר עתה. זאת ועוד, בניגוד לחניון – ביחס למלון לא היתה אופציה לחברה לרכוש בו בעלות חלף מימוש השעבוד, ועל-כל-פנים, לא עלתה טענה כי זו היתה כוונת החברה. אין גם טענה אחרת שיש בה כדי להבהיר מה היה הטעם בהמתנה – לאור השווי המוערך של המלון בהתאם לחוות-הדעת.
120. הטענות המתייחסות לעלויות השונות שהיה על החברה לשאת בהן לו היתה מממשת את השעבוד, לא הוכחו. כך, לא הוכח כי לו היתה החברה מממשת את השעבוד היא היתה צריכה לשאת בעלויות האחזקה של המלון (ומסקנה זו אינה הכרחית, שכן יתכן שמי שהיה נושא בעלויות אלה הוא הרוכש). על-כל-פנים וכעולה מכל האמור לעיל, אין די ראיות בשלב זה ביחס לעלויות שהחברה היתה חייבת לשאת בהן לצורך מימוש השעבוד, ולהשוואה בין העלויות הללו לבין השווי שהחברה יכלה לקבל עבור הנכס (כאשר כאמור יש לקחת בשלב זה בחשבון את ההערכה של 3.2 מיליון דולר).
121. לכן, בכל הנוגע למלון, אני סבורה כי ניתן לקבוע – נכון לשלב זה של הדיון – כי ישנן ראיות לכאורה לפיהן הדירקטורים התרשלו כאשר לא החליטו לממש את השעבוד על המלון. ניתן להניח, נכון לשלב זה של הדיון, כי מחדל זה גרם לחברה לנזק, הבא לידי ביטוי בהפרש בין הסכום שיתקבל בסופו של דבר על-ידי החברה כתוצאה ממימוש המלון, לבין ערכו של המלון בתחילת שנת 2009 – כפי שהוא עולה מחוות הדעת של גיזה, בניכוי הוצאות המימוש.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

1 כאמור, השווי המרבי שהחברה תוכל לקבל תמורת המלון, לא יעלה על הסכום של
2 \$825,000 שהוא הסכום ששילמה עבורו עיריית סירקיוז במסגרת הליך ההפקעה.

טענות נוספות של המשיבים 2-6

5 122. למען שלמות התמונה, אתייחס להלן בקצרה למספר טענות נוספות שעלו בסיכומי
6 המשיבים 2-6.

7
8 המשיבים 2-6 טענו כי הוכח שדירקטוריון החברה ניהל דיונים מסודרים, וכי החברה קיימה
9 ככלל ממשל תאגידי תקין. אינני סבורה כי טענה זו – גם לו היתה מוכחת, היא רלוונטית.
10 כדי לבחון את הבקשה יש לבחון את ההחלטה נושא הבקשה. העובדה כי בנושאים אחרים
11 קיימה החברה דיונים מסודרים בדירקטוריון אינה מעלה או מורידה. מטעם דומה אין
12 לקבל את הטענה לפיה הוכח שההתנהלות העסקית של החברה תחת המשיבים 2-6 היתה
13 ככלל ראויה, כפי שעולה מעסקת "פטר-גרופ" שהניבה לחברה רווחי הון, ומהעובדה כי
14 עסקת אמריס קבלה ליווי צמוד של הדירקטוריון שהביא לשיפור תנאיה.

15
16 123. עוד נטען כי הוכח שהדירקטוריון הסתייע במעריכי שווי חיצוניים מהמקצועיים במשק, כי
17 הוא פעל לקבל הערכות שווי מעודכנות, וכי הוא המשיך לפקח על שווי הבטוחות הן לצורך
18 הדוחות הכספיים והן ככלי-עזר בבחינת ההתנהלות בקשר עם הנכסים המשועבדים. אכן,
19 בפני הדירקטוריון עמדו הערכות השווי. אולם, אין די בקיומן. כפי שהובהר לעיל, היה על
20 הדירקטוריון להתייחס למסקנה העולה מהערכות השווי, ולקבל החלטה מושכלת בהתאם
21 למידע הנובע מהן, לגבי לאפשרות לממש את השעבודים או להימנע ממימושם.

22
23 124. נטען כי המבקש לא הראה איזה נזק נגרם לחברה כאשר היא שימרה את הביטחונות שלה,
24 ואף דאגה לשפרם. כפי שהובהר לעיל, המבקש הוכיח – נכון לשלב זה של הדיון, כי נגרם
25 לחברה נזק, וזאת בהסתמך על הערכת השווי של גיזה, שניתן להניח כי היא משקפת את
26 ערך המלון כפי שהיה במועד בו ניתנה הערכת השווי הזאת. נראה כי אין חולק כי התמורה
27 שתתקבל בסופו של דבר מהמלון היא נמוכה הרבה יותר, לאחר שהמלון הופקע לאחרונה
28 על-ידי עיריית סירקיוז ששילמה עבורו כאמור \$825,000 בלבד.

29
30 125. נטען כי המבקש לא הראה כי מימוש הביטחונות היה מעשי לאור מצב החברה והצורך
31 להשקיע משאבים נוספים במימוש. אינני סבורה כי יש ממש בטענה. המבקש הראה כי
32 המימוש היה מעשי – לאור חוות-הדעת של גיזה. די בכך בשלב זה של הדיון. אילו ביקשו



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 המנהלים לטעון כי מצב החברה לא איפשר מימוש או כי המימוש היה כרוך בעלויות כאלה
2 או אחרות שלא היו לחברה – היה עליהם לטעון זאת ולהוכיח זאת. הם לא עשו כן.
3
- 4 126. המשיבים 2-6 טענו כי המבקש מסתמך על הערכות שווי שהחברה התייחסה אליהן
5 בזהירות, וכי הוא לא הראה שאפשר היה לממש את הבטוחות ולקבל בזמן אמת את השווי.
6 כפי שהבהרתי, הרי נכון לשלב זה של הדיון, ובאין כל הערכת שווי אחרת, די בהערכות
7 השווי שהחברה קבלה מגיזה והסתמכה עליהן לצורך הרישומים החשבונאיים שלה. חזקה
8 על מעריך השווי שהביא בחשבון את מצב השוק ואת הקשיים הנובעים ממנו. הערכת השווי
9 חייבה את הדירקטורים לפעולה מסוימת – בין אם ניסיון למכור את הנכס בפועל, או
10 לפעולה אחרת שיהיה בה כדי לבחון את התאמתה של הערכת השווי למציאות.
11
- 12 127. נטען כי המטרה שביסוד ההסכם עם אמריס היתה לאפשר לחברה לרכוש נכסי נדל"ן.
13 אולם, לחברה לא היתה אופציה לרכוש בעלות במלון – אלא במגדל ובחניון בלבד. לכן, אין
14 מקום לקבוע כי המנהלים החליטו שלא לממש את השעבוד על המלון משום שהם היו
15 מעוניינים כי החברה תהיה בעלים שלו.
16
- 17 128. עוד נטען כי בשנים 2009-2010 היה נכון שהחברה תשמר את הביטחונות תוך צבירת ריבית.
18 אולם, המנהלים לא טענו כי זה היה השיקול שעמד ביסוד החלטת הדירקטוריון. אין גם כל
19 ראייה המגבה את הטענה הזו, ולא הוצג כל תחשיב המראה כי שיקול כזה היה שיקול סביר.
20
- 21 129. המשיבים 2-6 הוסיפו כי אין זה סביר שבעל-השליטה בחברה, אשר העמיד לחברה הלוואה
22 ללא ריבית וויתר על שכרו כמנכ"ל, יזנח את ניהול החובות בארה"ב. מובן כי טענה זו
23 כשלעצמה אין די בה כדי להוכיח כי הדירקטוריון פעל בסבירות.
24
- 25 **התקופה השנייה – משיבים 7-10**
- 26 130. כפי שצוין לעיל, בתקופה השנייה כיהנו המשיבים 7-10 בדירקטוריון החברה, משיבים 7-9
27 מונו לדירקטוריון ביום 20.9.2009 ומשיב 10 – ביום 30.11.2010. משיב 8 פרש
28 מהדירקטוריון ביום 8.5.2012 ומשיבה 9 פרשה ממנו ביום 9.3.2012.
29
- 30 131. בתקופה זו, ניהלה המפרקת את נכסי אמריס, והחברה באמצעות מר דן היתה איתה בקשר.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 אין חולק כי אין כל פרוטוקול של ישיבת מועצת המנהלים של החברה מהתקופה האמורה
2 בה נדונה שאלת מימוש השעבודים, תוך סקירת האלטרנטיבות שעומדות לרשות החברה
3 בכל אחד מהמועדים, ובחירה ביניהן באלטרנטיבה הטובה ביותר.
4
5 בנסיבות אלה, ולאור כל האמור לעיל, אני סבורה כי הדירקטורים הללו אינם זכאים
6 ליהנות מחזקת שיקול-הדעת העסקי.
7
8 132. טענתם של המשיבים 7-10 בהקשר זה היתה כי אין מקום לייחס להם רשלנות רק לאור
9 העדרם של דיונים רשמיים ופרוטוקולים, במיוחד כשהם היו מעודכנים כל העת. המשיבים
10 7-10 טענו כי יש מקום להחיל במקרה דנן את עיקרון תום-הלב, השולל אפשרות לעשות
11 שימוש בפגם פורמאלי. על-פי הטענה, המבקש ידע כי נושא השעבודים התנהל במסגרת
12 הליך הפירוק, תוך שהחברה פעלה ופועלת למיקסום התמורה. המבקש אף קיבל דיווח
13 באסיפה הכללית בה הוא השתתף, בדבר פעולותיו של מר דן (המשיב 7) מול הבנק ליישום
14 מימוש האופציה על החניון ועל המורכבות והבעיות בנכסים בכלל. המבקש התעלם מכך.
15 לכן, כך נטען, מחייבת "זעקת ההגיונות" שלא לאפשר לו להסתמך על אי-קיומם של
16 פרוטוקולים.
17
18 133. אינני סבורה כי יש לקבל את הטענה. כפי שהבהרתי בפירוט רב לעיל, כלל שיקול-הדעת
19 העסקי מאפשר לדירקטוריון של חברה ליהנות מחזקה לפיה החלטותיו היו סבירות. כדי
20 שניתן יהיה להניח את ההנחה הזכות לטובת הדירקטורים, צריך בית-המשפט להשתכנע כי
21 הם קיימו הליך תקין ומסודר של קבלת החלטות, הליך שהסתמך על מידע שעמד בפניהם
22 ואיפשר להם לקבל את ההחלטות. בהעדרו של תהליך כזה, אין מקום להניח – עוד בטרם
23 בחינה של ההחלטות לגופן, כי ההחלטות הללו הן סבירות. העלאת טענה כזו מטעמו של
24 המבקש איננה מהווה חוסר תום-לב.
25
26 **האם הוכיחו המשיבים 7-10 כי הם פעלו בסבירות בהתייחס למימוש השעבודים בתקופה**
27 **השנייה?**
28 134. מאחר שהמשיבים 7-10 אינם זכאים ליהנות מחזקת שיקול-הדעת העסקי, יש מקום לבחון
29 לגופה את ההתנהלות שלהם, ואת העובדה שהם בחרו שלא לנקוט בצעדים למימוש
30 השעבודים על המלון ועל החניון בתקופה בה הם כיהנו כדירקטורים.
31



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 לגישת המשיבים 7-10, הם הוכיחו כי פעולותיהם היו סבירות. טענותיהם מתחלקות לשתי
2 תקופות – התקופה על למכר אחזקות החברה בחברות הבנות של אמריס בינואר 2011 על-
3 ידי המפרקת, והתקופה שלאחר מכן.
4
- 5 135. ביום 13.1.2011 אישר בית-המשפט של הפירוק את מכר האחזקות בחברת המלון ובחברת
6 החניון למר עופר גפני. לגישת החברה, עד אותו מועד לא היה מקום להתחיל בהליך המימוש
7 מחוץ למסגרת הליך הפירוק. החברה ניסתה לברר מיהו הקונה ולנהל איתו מו"מ לפדיון
8 המשכנתאות. רק לאחר שהסתבר לחברה כי המשא-ומתן עם הרוכש לא יצלח, פנתה
9 החברה למשרד עורכי-דין מוביל בארצות-הברית, כדי שיפעל למימוש השעבודים.
10
- 11 136. עד לאישור המכר, דאגו המשיבים 7-10 לטענתם כי החברה תתייצב בדיונים בתיק הפירוק
12 של אמריס, באופן שהביא להשאת התמורה בגין המכירה. מר דן עצמו קבל דוחות
13 מהמפרקת, התכתב איתה, הגיש תגובות לבית-המשפט לפירוק, השתתף בדיונים, נוכח
14 בהתמחרות והגיש תביעת חוב.
15
- 16 החברה - כך נטען - אפשרה למנהלת המיוחדת לממש את נכסי אמריס המשועבדים לזכותה
17 – המלון והחניון, נכסים מורכבים שיש להשקיע בהם ממון רב שלא עמד לרשות החברה. מר
18 דן העיד כי הליך מימוש הוא הליך ארוך ויקר, ולכן יש לנקוט בו רק אם אין ברירה. לגישתו,
19 המפרקת היתה יכולה לפעול בצורה טובה יותר לאיתור קונים, וממילא מי שיקנה ממנה את
20 הנכס, חייב לנהל משא ומתן עם החברה - בעלת המשכנתא - על פדיונה של המשכנתא, כולה
21 או חלקה.
22
- 23 137. מר דן הוסיף כי מימוש שעבודים בנכסים שאינם פעילים, מחייב השקעה של מיליוני דולרים
24 לשם הפיכתם למניבים. לגישתו, עלויות של מימוש משכנתא הן מאות אלפי דולרים –
25 סכומים שלא עמדו לרשות החברה.
26
- 27 לכן, לטענתו של מר דן, מדיניות החברה היתה לאפשר למפרקת להשיא את התמורה
28 במסגרת הליך הפירוק, ובהמשך ולאחר שהיא תאתר קונה, לנהל איתו מו"מ לתשלום החוב
29 לפדיון המשכנתא. המדיניות היתה כי רק כשלא תהיה בררה, תפעל החברה למימוש
30 השעבוד על העלויות הגבוהות הכרוכות בכך והזמן הממושך שהתהליך אורך.
31



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

138. עוד נטען כי במהלך התקופה הזו, החברה ניסתה לשמור על זכויותיה במלון מול העירייה תוך תשלום סכומי כסף ניכרים לשם כך (מעל \$550,000). זאת לאור החשש שהמלון יימכר בגין חוב מס לעירייה, באופן שיביא למחיקת המשכנתא של החברה (כפי שאכן קרה בסופו של דבר).
- לגישת המשיבים 7-10, אין להיבנות משווי המכירה על-ידי המפרקת לצורך הוכחת שווי הנכסים המשועבדים. זאת משום שהמפרקת מכרה את האחזקות של אמריס בחברות הבנות, מכירה שכללה זכות לקבל מענקים בסכום של עשרות מיליוני דולרים מהמימשל האמריקאי לשם שיפוץ המלון. לעומת זאת, לו היו נמכרים הנכסים עצמם, לא היתה זכות לרוכש לקבל את מענקים כאלה. נטען כי גם המבקש הודה כי המענקים היו תמריץ לרכישת הנכסים. כונס מטעם החברה לא היה יכול למכור את האחזקות בחברת הבנות, שכאמור רק הן מזכות במענקים. המשיבים 7-10 הוסיפו כי בפועל הרוכש שביצע את העסקה עם המפרקת, איבד את הסכום שהשקיע משום שהמלון נמכר על-ידי העירייה בהליך הפקעה תמורת \$825,000 בלבד.
139. התקופה השנייה מתייחסת כאמור למועדים מאז שהחברה החליטה לפעול למימוש הנכס, קרי מינואר 2012 ואילך. במועד זה פנתה החברה למשרד עורכי-דין בניו-יורק כדי שיגיש בשם החברה בקשה למימוש השעבוד על המלון. בקשת המימוש הוגשה ביום 30.1.2013. במאי 2014 החליט בית-המשפט בניו יורק כי ההליך ינוהל כתביעה רגילה ולא בהליך מהיר לאור טענות שונות של בעל הנכסים. להערכת עורכי-הדין, ההליך המקדמי ייארך עד קיץ 2015 והליך המימוש ייארך עוד זמן רב.
- לגישת המשיבים 7-10, משרד עורכי הדין האמריקאי סבור כי גם לו בקשת המימוש היתה מוגשת במועד מוקדם יותר (קרי למחרת אישור המכר לגפני), הדבר לא היה משנה את התוצאה. כך, בעלי הנכסים היו מעלים את הטענות המקדמיות שהועלו על-ידיהם בכל מקרה, ללא תלות בעיתוי הגשת בקשת המימוש.
140. בהתאם להערכתנו של משרד עורכי-הדין, כך נטען, העירייה התכוונה מלכתחילה למכור את המלון ליזם שרכש אותו בסופו של דבר בחודש יולי 2014. גם מבחינה זו – טוענים המשיבים 7-10 – אין משמעות לעיתוי בקשת המימוש. המכירה לאותו יזם התעכבה, רק משום שהחברה פרעה פעמיים את ה-tax sale. היזם שרכש את המלון התחייב להשקיע בו סכום של 57 מיליון דולר בשיפוץ, מה שמעיד על כך כי לא היה מקום לכך שהחברה תרכוש את



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 המלון בעצמה.
- 2
- 3 141. המשיבים 7-10 טענו כי המבקש לא הוכיח קיומו של נזק, בין היתר משום שהוא לא הראה
- 4 שהמלון היה נמכר בסכום גבוה יותר מזה שנמכר בפועל, בעיקר לאור ההתחייבות לשיפוצו.
- 5 באשר לחוות-הדעת של גיזה אליהן הפנה המבקש, נטען כי לפי שמאות של עיריית סירקיוז
- 6 מ-11/2011 שוויו של המלון עמד על \$850,000. השומה צורפה למכתב פיננסיטק למנהלת
- 7 המיוחדת, נספח 20 ה לתצהיר מר דן.
- 8
- 9 על-כל-פנים, כך נטען, השמאות אינה רלוונטית, אלא המחיר שהתקבל בפועל במסגרת
- 10 המימוש שנעשה על-ידי הרשויות המוסמכות בניו-יורק. בפועל לא היו קונים למלון על רקע
- 11 המשבר בשוק הנדל"ן העולמי, ולכן סביר להניח כי מימוש מוקדם לא היה מביא לתמורה
- 12 גבוהה יותר מזו שהתקבלה. בבחינת שווי של נכס משועבד, יש לבחון את התמורה נטו
- 13 בסיום הליך המימוש לאחר כל ההוצאות. במקרה דנן מדובר בהוצאות גבוהות לאורך זמן
- 14 בהעדר קונה.
- 15
- 16 142. מעבר לעובדה שלא הוכח נזק, טענו המשיבים 7-10 כי לא הוכח גם קשר סיבתי – שכן
- 17 כניסתה של החברה לרשימת השימור אינה קשורה למכירת הנכסים, והחברה היתה נמחקת
- 18 מהמסחר גם אלמלא התנהלה באופן הנטען על-ידי המבקש.
- 19
- 20 מר דן טען כי אין כל טענה לפיה היה לו אינטרס מנוגד לזה של החברה – להיפך. לגישתו,
- 21 הוא השקיע סכומים גבוהים בחברה, עבד בה 5 שנים ללא קבלת שכר, ואלמלא הוא – לא
- 22 היתה החברה קיימת. עוד נטען כי לצורך הטלת אחריות, יש להוכיח רשלנות ממשית
- 23 הגובלת בחוסר תום-לב, והמבקש לא עמד בנטל להוכיח זאת ביחס למשיבים 7-10.
- 24
- 25 **דין**
- 26 143. אני סבורה כי לא ניתן לקבוע – נכון לשלב הזה של הדיון, כי המשיבים 7-10 הרימו את
- 27 הנטל שהוטל עליהם, והוכיחו כי התנהלותם ביחס למימוש השעבודים היתה סבירה, וכי
- 28 היא לא גרמה לחברה כל נזק – ברמה כזו שיש לדחות את בקשת האישור תוך קביעה כי לא
- 29 הוכחה ולו גם לא לכאורה זכות תביעה של החברה כנגדם. יוער בהקשר זה כי אינני מקבלת
- 30 את טענת המשיבים 7-10 לפיה תוטל עליהם אחריות רק אם יוכח כי הם פעלו ב"רשלנות
- 31 ממשית" הגובלת בחוסר תום-לב (gross negligence) – ודי בכך שיוכח כי הם חרגו מחובת
- 32 הזהירות שהוטלה עליהם והתרשלו.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1
2 בשלב זה של הדיון, לא הוצגו בפניי נתונים מסודרים ביחס למכלול האפשרויות שעמדו בפני
3 החברה בכל אחד מהשלב, תוך שקלול העלויות והאפשרויות השונים, נתונים שיאפשרו
4 להגיע למסקנה האם הימנעות החברה מלנקוט בהליך מימוש – היתה סבירה, והאם היא
5 גרמה לחברה לנזק. כפי שציין המבקש בעדותו, כאשר הולכים למהלך כזה או אחר, יש
6 לערוך תחשיב ולבדוק את ההיתכנות שלו (ר' עמ' 51 שורה 5 לפרוטוקול). לא ניתן לקבל
7 החלטה בלא בירור ותחשיב כזה.
8
9 .144 לצורך קבלת החלטה ביחס לדרך הפעולה לגבי המלון ולגבי החניון, היה על הדירקטורים
10 לקבל נתונים. אינני קובעת מסמרות ביחס לאופיים של הנתונים. אולם הם היו עשויים
11 לכלול חוות-דעת ביחס לשווי הנכסים (החניון והמלון) במועדים שונים; גובה החוב בכל
12 אחד מהמועדים; העלות הצפויה של המימוש; האפשרות של החברה לגייס עלות כזו.
13
14 .145 באשר לחניון, הדירקטוריון היה צריך להעריך את ההכנסות שהוא עשוי להניב אם החברה
15 תרכוש בו בעלות (בהנחה שעדיין עמדה לה אופציה לעשות כן), ולהחליט האם מימוש כזה
16 הוא כדאי, זאת בין היתר לאור גובה החוב לבנק באותו מועד (כאשר יתכן שחלק מהחוב
17 שולם לבנק מהתמורה שהתקבלה ממקומות החנייה בחניון).
18
19 אם ההחלטה היתה שאין טעם במימוש האופציה שכן התנאים למימושה לא התקיימו, היה
20 על הדירקטוריון לבחון את האפשרות למימוש השעבוד על החניון. לצורך זה היה מקום
21 לשוב ולהעריך את שווי לפחות פעם אחת נוספת במהלך תקופת הכהונה של המשיבים 7-10
22 (או לנסות למכור אותו), להתייחס לגובה החוב המעודכן לבנק, להעריך את העלות
23 המשוערת של המימוש, ולקבל החלטה עדכנית ביחס לאופן הפעולה הרצוי ביחס לחניון.
24
25 .146 באשר למלון, היה מקום לקחת בחשבון – וזאת כעולה גם מגרסתו של מר דן, את הסכנה
26 שהעירייה תפקיע אותו (כפי שקרה בסופו של דבר), את המשמעות של הפקעה כזו – ואת
27 האפשרות להזדרז ולממש את השעבוד כדי להימנע ממנה.
28
29 נושא נוסף שצוין על-ידי מר דן בישיבת האסיפה הכללית של החברה, היה כי בנין המלון
30 מלא באסבסט וכי "לפרק את האסבסטוס זה עשרות מיליוני דולרים..." (עמ' 23 לתמלול
31 האסיפה הכללית מיום 25.5.2011 (נספח 34 לבקשת האישור). אין די נתונים ביחס לנושא
32 זה – מה המקור לידיעה של מר דן הן ביחס לקיומו של האסבסט והן ביחס למשמעותו



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 הכלכלית. ודאי שגם זה נושא אותו היה על הנהלת החברה לבחון במסגרת קבלת
2 החלטותיה לגבי דרכי הפעולה במלון.
3
- 4 147. זאת ועוד – ההנחות של משרד עורכי הדין האמריקאי לפיהן עיריית סירקיוז היתה מוכרת
5 את המלון בכל מקרה ליזם שרכש אותו בסופו של דבר – לא הוכחו, ואף הן טעונוות ברור.
6 בסופו של דבר – העירייה לא היתה יכולה למכור את המלון בלי להפקיע אותו, ויש מקום
7 לברר האם החברה היתה יכולה למנוע הפקעה כזו.
8
- 9 148. אכן, מדובר במכלול של שיקולים, שרק שקלול של כולם מאפשר בחינה של הסבירות של
10 אופן ההתנהלות של המשיבים 7-10 ושל הנזק שנגרם – אם נגרם – כתוצאה מהמחדל
11 שלהם למכור את המלון ואת החניון. לא ניתן, בהתאם לחומר הראיות הקיים כעת בפניי,
12 לקבוע את מה שמבקשים המשיבים 7-10 כי בית-המשפט יקבע, כי דרך הפעולה שלהם בכל
13 אחד מצמתי ההחלטה הרלוונטיים בתקופה בה הם כיהנו כדירקטורים, היתה סבירה ולא
14 רשלנית, ולא ניתן גם לקבוע כי היא לא גרמה לחברה לנזק.
15
- 16 149. המשיבים 7-10 התייחסו בסיכומיהם לדרכי פעולה אלטרנטיביות שהוצעו על-ידי המבקש
17 בחקירתו. הם טענו כי אין ממש באף אחת מהאפשרויות הללו. אולם, משנטל ההוכחה
18 התהפך, לא היה המבקש חייב להוכיח קיומן של דרכי פעולה אלטרנטיביות ויעילות יותר
19 עבור החברה. הנטל הוטל על המשיבים 7-10 להוכיח כי לא היו דרכים אלטרנטיביות טובות
20 יותר עבור החברה.
21
- 22 150. חומר הראיות בשלב זה, אינו מאפשר לקבוע כי לא עמדו בפני החברה דרכי פעולה
23 אלטרנטיביות טובות יותר, וזאת מאחר שהחברה באמצעות הדירקטוריון שלה לא בחנה
24 דרכים כאלה ואת היתכנותן. כך למשל, עולה מדו"ח מפרקת אמריס לבית-המשפט המחוזי
25 בתל-אביב מיום 29.12.2009 כי המפרקת נפגשה עם נציג החברה, שאיפשר לה לפעול
26 למימוש המלון, אולם "כיום [קרי ביום 29.12.2009, ר.ר.] הוא [נציג החברה, ר.ר.] מבקש
27 לקצוב מועד למאמצי המנהלת המיוחדת לפעול למימוש המלון, שאחרת יבקש לפעול
28 למימוש השעבוד על הנכס" (ר' נספח 3 לתשובת המשיבים 7-10 לבקשת האישור).
29
- 30 כלומר, החברה יכלה להציב בפני המפרקת לוחות זמנים ברורים למיצוי הליך מימוש
31 השעבוד על-ידיה – והיא אף התיימרה לעשות כן. ואולם – אין כל מעקב של הדירקטורים
32 אחרי לוחות הזמנים של המפרקת, ואין כל החלטה ביחס לאפשרות שהחברה עצמה תפעל



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 למימוש השעבוד על המלון – למרות שהמפרקת מכרה אותו בסופו של דבר רק כשנה לאחר
2 המועד האמור.
3
- 4 151. הדירקטוריון לא בחן אפשרויות נוספות כגון את האפשרות למכירה ישירה של המלון למר
5 גפני, או את האפשרות שהמענקים שהשיגה המפרקת למי שרכוש את אחזקות אמריס
6 בחברות ה-GML יינתנו גם למי שרכוש ישירות את המלון (אפשרות שהמבקש התייחס
7 אליה בחקירתו הנגדית - עמ' 46 שורה 24 עד עמ' 47 שורה 5, עמ' 50 שורות 23-24 ועמ' 55
8 שורות 20-25).
- 9
- 10 152. כפי שהובהר לעיל, המשיבים 7-10 טענו כי המענקים השלטוניים – שהיוו תנאי לרכישת
11 המלון, יכלו לעמוד רק לזכות מי שרכוש את האחזקות בחברת הבת של אמריס, ולא לזכות
12 מי שרכוש את המלון עצמו. ואולם, מסקנה זו לא הוכחה. היא אינה נובעת מהדו"ח של
13 מפרקת אמריס מיום 29.12.2009, שם היא ציינה כי **"מלון זה נבנה בשנות העשרים של**
14 **המאה הקודמת, לאור חשיבותו האדריכלית הסכימו הרשויות בארה"ב ליתן מענקים**
15 **לשיפוץ המלון בהיקפים של כ-17 מיליון דולר וכן הטבות מס כך שערכם הכולל נע בין 25**
16 **עד 30 מיליון דולר"** (ר' נספח 3 לתשובת המשיבים 7-10 לבקשת האישור, ור' גם את
17 פרוטוקול ישיבת מחזיקי האג"ח של אמריס מיום 22.9.2008, נספח 3 לתשובת המשיבים
18 2-6 לבקשת האישור).
- 19
- 20 ויודגש – אינני קובעת כי החברה אכן יכלה להביא לכך שיועמדו מענקים למי שרכוש את
21 המלון עצמו ולא רק את האחזקות בחברת המלון, או כי החברה יכלה להגיע להסכמה עם
22 מר גפני על מכירת זכויות החברה במלון למר גפני תמורת 2 מיליון דולר. די בכך שייקבע
23 שאין ראיות לפיהן החברה בחנה אפשרות זו ואפשרויות אחרות באמצעות האורגן המתאים
24 שלה, כדי לאפשר את קבלת בקשת האישור.
25
- 26 153. מר דן, שהעיד מטעם המשיבים 7-10, טען כי הוא עשה רבות למען החברה ובכלל זה הזרים
27 לה כספים ועבד בה ללא תמורה במשך פרק זמן ממושך. אולם, טענתו של המבקש כנגד מר
28 דן אינה מתייחסת לפעולות שהוא ביצע באופן אישי. הטענות מתייחסות לתפקודם של
29 המשיבים 7-10 כדירקטורים. בכשירותם כחברי דירקטוריון היה על המשיבים 7-10
30 להתכנס, לבחון את האפשרויות העומדות בפני החברה ולקבל החלטות מושכלות לאור
31 מכלול הנתונים. הם לא היו רשאים לסמוך באופן עיוור על פעולותיו של מר דן, ולהימנע
32 מפיקוח עליו.



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1
2 154. באסיפה הכללית מיום 25.5.2011 (אסיפה שהוקלטה והתמלול שלה הוגש כנספח 34 לבקשת
3 האישור), הסביר מר דן לבקשתם של מר מוזס (שהיה המבקש 1 בבקשת האישור ונמחק)
4 ועו"ד מן שייצג את המבקש, מה נעשה ביחס למימוש השעבוד על המלון. הוא הבהיר כי הוא
5 קבל פנייה ממר גפני שהציע לו לשלם לו סכום של 2 מיליון דולר בפריסה של 4 שנים ועוד
6 200 אלף דולר על המשכנתא השנייה על החניון. לאחר מכן טס מר דן – כך עולה מהתמליל
7 – לארצות-הברית, נפגש עם המושלת של מדינת ניו-יורק, בירר מהם המענקים שרוכש
8 המלון יוכל לקבל, וזאת כדי לבחון את כדאיות רכישת המלון על-ידי החברה.
9
10 עו"ד מן שואל את מר דן לאחר הדברים הללו האם דובר על כך בדירקטוריון, האם נערכה
11 ישיבה ביחס לכך, ומר דן משיב כי "זה לא הגיע לזה" וכי הוא עצמו הלך ובדק ו"החלטתי
12 שאין עניין" (ר' עמ' 16 לתמליל נספח 34). ואולם – מר דן לא היה אמור לקבל החלטה לפיה
13 "אין עניין" בכוחות עצמו – והדירקטוריון לא היה אמור להסכים לכך. תפקידו של
14 הדירקטוריון הוא לקבל את כל הנתונים שנבדקו על-ידי מר דן, ולקבוע על-סמך נתונים אלה
15 מהן דרכי הפעולה האפשריות, ובאיזה דרך פעולה מבין הדרכים האלה על החברה לבחור.
16
17 155. יוער כי בהחלטה של בית המשפט בדלאוור בבקשה לסילוק על הסף בענין Disney שנזכרה
18 לעיל (בפס' 81), התקבלו החלטות על ידי מנכ"ל החברה, בלא שהדירקטורים פיקחו על
19 פעולותיו וביקרו אותן, וגם בית המשפט בדלאוור קבע כי הדירקטוריון הפר את חובותיו
20 לאור אופן ההתנהלות הזה.
21
22 כפי שהובהר בפירוט לעיל, לו היה הדירקטוריון פועל כנדרש – קרי מתכנס, מקבל מידע
23 ממר דן ומקבל החלטה בהתאם למידע זה, סביר מאוד להניח כי בית-המשפט לא היה
24 מתערב בתוכן של החלטותיו. אולם, משאין החלטות, משלא ניתן לבחון את המידע שעמד
25 בפני הדירקטורים לאורך כל התקופה הרלוונטית, הרי לא ניתן לקבוע מה היו השיקולים
26 שהנחו את הדירקטורים, וודאי שלא ניתן לקבוע כי מדובר בהחלטות סבירות.
27
28 156. באשר למשיב 10, אכן הוא מונה לדירקטוריון החברה רק בחודש נובמבר 2011, כאשר זמן
29 קצר לאחר מכן, בחודש ינואר 2012, פנתה החברה למשרד עורכי-הדין האמריקאי בבקשה
30 כי יפעל למימוש השעבוד. יחד עם זאת, לא ניתן בשלב זה לדחות את בקשת האישור גם
31 ביחס למשיב זה, שכן אין די ראיות ביחס לאופן ההתנהלות של הדירקטוריון ביחס למשרד



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

- 1 עורכי-הדין, ביחס למועד בו המשרד הגיש את בקשת המימוש בסופו של דבר – ועוד כיוצא
2 באלה עניינים שעשויים היו להשליך על זכויות החברה בנכסים המשועבדים.
3
- 4 157. המשיבים 7-10 טענו כי בהתייחס לחלק מהתקופה הרלוונטית, החברה לא היתה יכולה
5 לפעול למימוש השעבודים, לאור החלטתו של בית-המשפט לפירוק להשהות את הליכי
6 המימוש שטרם החלו של הנושים (ר' פרוטוקול ישיבת 12.9.2010, נספח 9 לתגובת החברה
7 לבקשת הפירוק). אין די בהחלטה זו. מהפרוטוקול עולה כי מדובר היה בהחלטה בהסכמה.
8 לפיכך, על הדירקטוריון לבחון את האפשרות להשהות את הליכי המימוש, לברר לאיזה פרק
9 זמן ניתן להשהות את ההליכים, מה המשמעות של השהייה כזו, האם החברה יכולה לדרוש
10 תמורה כנגד הסכמתה להשהיית ההליכים וכיו"ב עניינים – שאף אחד מהם לא נשקל בפועל
11 על ידי הדירקטורים.
12
- 13 158. עוד טענו המשיבים 7-10 כי פעילות החברה במסגרת תיק הפירוק של אמריס, הביאה
14 לשיפור התמורה שהתקבלה בפועל ממכירת נכסי אמריס – שיפור של 10% בתמורה עבור
15 האחזקות בחברת המלון ובחברת החניון; ושיפור של 50% בתמורה בחברת המגדל וחברת
16 Addis. גם בהנחה שטענה זו תתקבל, אין די בה – שכן יש מקום להשוות את השיפור הזה
17 במחיר המכירה (שהחברה התחלקה בו יחד עם יתר הנושים כנושה רגילה ולא כנושה
18 מובטחת) מול יתר האפשרויות שעמדו בפני החברה.
19
- 20 159. טענה נוספת שהעלו המשיבים 7-10 היא כי המבקש לא הוכיח קשר סיבתי בין מצבה הנוכחי
21 של החברה לבין מחדליהם הנטענים. לגישתם, הודעתה של הבורסה לחברה מיום 23.4.2012
22 על השעיית המסחר בניירות-הערך שלה עקב אי פרסום דוחות כספיים – אינה קשורה
23 לעניינים נושא הבקשה, כאשר הבורסה היתה משעה את המסחר גם לו היו הדירקטורים
24 פועלים כפי שהמבקש סבר שהיה עליהם לפעול.
25
- 26 אינני מקבלת את הטענה. הנזק אותו יהיה מקום לבחון במסגרת הדיון בתביעה, הוא הנזק
27 המתבטא בהפרש בין הסכומים שהחברה היתה יכולה לקבל תמורת מימוש שעבוד הנכסים
28 לו היתה פועלת במועד מוקדם יותר למימושם בעצמה, לבין הסכומים שהחברה תקבל
29 בסופו של דבר בפועל מהמימוש. לענין זה שאלת ההשעיה של המניות מהמסחר אינה מעלה
30 ואינה מורידה.
31
32

סוף דבר



המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 14-03-13663 מוזס ואח' נ' הבא ואח'

תיק חיצוני:

1 לאור כל האמור לעיל, אני מקבלת את בקשת האישור כנגד המשיבים 2-6 ביחס למחדל
2 שבאי מימוש השעבוד על המלון, ואת בקשת האישור נגד המשיבים 7-10 במלואה.

3
4 המשיבים 2-6 ישאו בהוצאות המבקש ובשכר טרחת עורכי דינו בהתייחס לשלב זה של
5 הדיון בסכום כולל של 30,000 ₪, והמשיבים 7-10 ישאו בהוצאותיו בסכום כולל של 60,000
6 ₪.

7
8 **החברה תגיש באמצעות המבקש כתב תביעה בהתאם לאמור בהחלטה זו לעיל תוך 30 יום**
9 **מהיום.**

10 **כתבי הגנה יוגשו 30 יום לאחר מכן.**

11 **ישיבת קד"מ תתקיים ביום 20.9.15 בשעה 10:00.**

12
13 ניתנה היום, ו' סיוון תשע"ה, 24 מאי 2015, בהעדר הצדדים.

14
15 
16 רות רון, שופטת