המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 628-08-14 קראוסקופף נ' צים שירותי ספנות משולבים בע"מ ואח'

תיק חיצוני:

בפני כבוד השופט חאלד כבוב

המבקש

דב קראוסקופף
ע"י ב"כ מושקוביץ', סטיס, חיימוביץ ושות', עורכי דין
וכן ע"י פולינגר, ויקמן, כהן – משרד עו"ד
מרח' אחד העם 9, תל אביב
טל': 03-7444771; פקס: 03-7444772

נגד

המשיבים

1.החברה לישראל בע"מ
ע"י ב"כ גורניצקי ושות', עו"ד
משד' רוטשילד 45, תל אביב 65784
טל': 03-7109191; פקס: 03-5606555

2.צים שירותי ספנות משולבים בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד ליפא מאיר ושות', עורכי דין
מרח' ויצמן 2 (בית אמות השקעות), תל אביב 64239
טל': 03-6070600; פקס: 03-6070666

3.פרופ' גדעון לנגהולץ
4.עודד דגני
5.זהבית כהן
6.מיכאל בריקר
המשיבים 3-6 ע"י ב"כ עוה"ד צבי אגמון ממשרד אגמון ושות',
רוזנברג הכהן ושות' עורכי דין
מרח' יגאל אלון 98, תל אביב 67891
טל': 03-6078607; פקס: 03-6078666

7.מילניום השקעות אלעד בע"מ
8.עידן עופר
המשיבים 7-8 ע"י ב"כ זאב שרף ושות'
מדרך מנחם בגין 52, תל אביב 67137
טל': 03-7914777; פקס: 03-7914778

תנ"ג 628-08-14 קראוסקופף נ' צים שירותי ספנות משולבים בע"מ ואח'

תיק חיצוני:

פסק דין

פתח דבר

1. מדינת ישראל החזיקה (ומחזיקה) ב"מניית זהב" בחברת הספנות צים, כחלק מהסדר שנקבע בעת הפרטת חברת צים. מניית הזהב הקנתה למדינה, בין השאר, זכות סירוב להעברת מניות צים אשר תביא את המחזיק להחזקה של 24% ומעלה ממניות צים או שליטה בחברה.

2. חברת צים אשר הייתה בשעת האירועים הרלוונטים חברה פרטית המוחזקת באופן בלעדי (100%) על ידי החברה לישראל שהינה חברה ציבורית, נקלעה לקשיים כספיים קשים שאיימו על המשך קיומה כעסק חי. התחייבויותיה הכספיות של צים, בהן לא יכלה לעמוד, היו בסכומי עתק שהגיעו עד כדי מיליארדי דולרים.

3. כחלק מניסיונות החברה לישראל (חברת האם) להציל את צים מפני פירוק, ובשל היותו של בעל השליטה בחברה לישראל נושה של צים בכובעו הפרטי, החליטה החברה על הקמת ועדה מיוחדת ובלתי תלויה לצורך הגעה ובחינה של הסדר חוב עם נושיה הרבים של צים (החל מבנקים ישראלים וזרים ובעלי אוניות וכלה במחזיקי אג"ח מן הציבור).

4. סמכויותיה של הוועדה הוגדרו הן לעניין המשא ומתן עם נושי צים, בו לקחה חלק פעיל, והן לעניין בחינה ואישור הוגנות חלקה של החברה לישראל בהסדר החוב (יחד עם קיום האישור המשולש במנגנוני החברה). כמו כן, הוקנתה לוועדה המיוחדת סמכות מסוימת של שיקול דעת לקבלת החלטות לקידום הסדר החוב.

5. בקשת האישור שבפני נוגעת לאותו רכיב של מגבלת העבירות על מניות צים אשר נוצרה מכח מניית הזהב של המדינה. לטענת המבקש הוועדה המיוחדת חרגה מהרשאתה על פי החלטת האסיפה הכללית של בעלי המניות בנוגע לאישור הסדר החוב, ואישרה אותו על אף שמגבלת העבירות לא הוסרה. עוד טוען המבקש כי בפעולות הוועדה המיוחדת נפלו פגמים המותירים ספק בדבר פעילותה התקינה והפעלתו של שיקול דעת עצמאי מצידה. כל אלו, לטענתו, גרמו נזק לחברה באישור הסדר חוב בעל ערך "פחות" עבור החברה לישראל.

6. לעומת זאת, טוענים המשיבים כי הוועדה המיוחדת פעלה כל העת בגדר הסמכות שהוקנתה לה, ותוך שהיא פועלת באופן מקצועי ועצמאי כנדרש ממנה. עוד טוענים המשיבים כי גם אם יקבע בית המשפט כי הייתה חריגה מהרשאה בפעולות הוועדה, יש עדיין לדחות את בקשת האישור, הואיל ולא הוכח כלל ועיקר כי חריגה זו גרמה נזק כלשהו לחברה, וכן כי מדובר בתביעה שאיננה לטובת החברה.

תנ"ג 628-08-14 קראוסקופף נ' צים שירותי ספנות משולבים בע"מ ואח'

תיק חיצוני:

הצדדים

7. המבקש, מר דב קראוסקופף, הינו בעל 19 מניות רגילות של החברה לישראל בע"מ (לעיל ולהלן: "**החברה לישראל**" או "**החברה**") אשר נרכשו ביום 16.7.2012.

8. המשיבה 1, החברה לישראל הינה חברה ציבורית אשר נוסדה בשנת 1968, ואשר מניותיה נרשמו למסחר בבורסה לניירות ערך בתל אביב (להלן: "**הבורסה**"), בשנת 1982.

9. המשיבה 2, צים שירותי ספנות משולבים בע"מ (לעיל ולהלן: "**צים**"), הינה חברה פרטית, אשר עובר לאירועים נושא ההליך שבפני, הייתה בשליטתה המלאה של החברה לישראל. צים הינה חברת ספנות הפועלת בענף הספנות הקווית, בתוך ובין אזורי מסחר, ואשר פעילותה בעלת חשיבות אסטרטגית למדינת ישראל.

10. המשיבים 6-3 היו חברי הדירקטוריון, וועדת הביקורת והוועדה המיוחדת והבלתי תלויה של החברה לישראל, אשר מונתה לצורך בחינת הסדר החוב שהתגבש בעניינה של צים (להלן: "**הוועדה המיוחדת**" או "**הוועדה**").

11. המשיבים 7-8, הינם בעלי השליטה בחברה לישראל, כאשר המשיבה 7 הינה גם צד להסדר החוב נושא הליך זה.

הרקע והשתלשלות העניינים הנוגעים לבקשת האישור

12. הרקע לבקשת האישור להגשת תביעה נגזרת (להלן: "**בקשת האישור**") יוצג על ידי בפרק זה באופן מפורט יותר מאשר נהוג, כיוון שבקשת האישור להגשת תביעה נגזרת אשר בה עוסקת החלטתי זו מבוססת כמעט כולה על עובדות המוסכמות על ידי הצדדים, אשר חלוקים אך בנוגע לפרשנותן. בבסיס בקשת האישור עומדים שורה של החלטות ודיווחים גלויים של החברה לישראל שיסקרו בפרק זה באופן נרחב, על מנת למנוע חזרה מיותרת עליהם בפרק טענות הצדדים או הדיון וההכרעה.

13. במסגרת הליך הפרטת צים, אשר הייתה עד שנת 2004 "חברה מעורבת" כאמור בסעיף 1 לחוק החברות הממשלתיות תשל"ה-1975, רכשה החברה לישראל ביום 5.2.2004 את מלוא מניות המדינה בצים, בתמורה לסך כולל של כ- 506 מיליון ₪. במסגרת הליך ההפרטה הוקצתה למדינה "מניית מדינה מיוחדת" אשר זכתה לכינוי "מניית זהב". מטרת המניה הייתה לאפשר למדינה להמשיך ולהגן על "העניינים החיוניים למדינה" בצים, הנובעים מהאופי האסטרטגי של פעילות החברה וחשיבותו הרבה למדינה ולמשק. מניית הזהב, שהינה בלתי ניתנת להעברה, הקנתה למדינה סל זכויות המפורטות בסעיף 7 לתקנון צים.

14. העניינים החיוניים למדינה אשר עליהם נועדה מניית הזהב להגן הוגדרו בסעיף 7.1 לתקנון צים, ובניהם: **א.** שמירה על צים כחברה ישראלית. **ב.** הבטחת האפשרות לשמור על כושר התפעול ויכולת ההובלה של צים מעל רף מסוים, בכל עת, בשעת חרום או צורכי ביטחון. **ג.** מניעה מגורמים עוינים לישראל או שעלולים לפגוע בעניינים חיוניים למדינה מלהיות בעלי השפעה בצים.

15. אחת מהזכויות המיוחדות שהקנתה מניית הזהב למדינה לצורך אותם "עניינים חיוניים", הינה הזכות להתנגד להעברת מניות של צים אשר יקנו למועבר החזקה של 24% או יותר בחברה ו/או שליטה בחברה. וכך בין השאר נקבע בסעיף 7.5 לתקנות צים:

> **"רכישת השפעה או מעמד בחברה**
>
> **כל אחת מהפעולות המפורטות להלן תהיה חסרת כל תוקף כלפי החברה ובעלי מניותיה ללא הסכמתו בכתב ומראש של המחזיק במניית המדינה המיוחדת:**
>
> **7.5.1 כל החזקה ו/או העברת מניות וו/או הקצאה אשר תקנה החזקה של מניות בחברה בשיעור של 24% או יותר מהון המניות המונפק של החברה או שיעור המקנה למחזיק בהן שליטה בחברה, לרבות כתוצאה של הסכם הצבעה. ואולם, לא יידרש אישור מחזיק מנית המדינה המיוחדת להחזקות ו/או רכישות בעלי מניות בחברה במועד הקובע."**

16. אציין כי סעיף 7 כולו זכה בהוראת שריון מפני שינוי במסגרת סעיף 7.11 לתקנון צים, כך שכל שינוי בזכויות הנובעות מהסעיף מחייב את אישור המדינה.

17. המשבר הפיננסי שפקד את העולם בשנים 2008-2009 הוביל גם למשבר בענף הספנות העולמי ובצים בפרט. הפסדי צים הלכו וגדלו בשנים שלאחר המשבר עד כי החל מהרבעון השלישי של שנת 2013, כללו דוחותיה הכספיים הערת "עסק חי" ולמרבית נושיה היו קיימות באותו שלב עילות להעמדה לפירעון מיידי של חוב צים כלפיהם.

18. החל מחודש אפריל 2013 קיימה צים מגעים ומשא ומתן עם נושיה על מנת להגיע להסדר לשינוי מבנה ההון והחוב שלה. לשם גיבוש ההסדר וניהול המשא ומתן בין החברה לישראל, צים ונושי צים, ולשם בחינת תנאי ההסדר ביחס לחברה לישראל, מינה דירקטוריון החברה לישראל ביום 2.10.2013 וועדה מיוחדת ובלתי תלויה. ועדה זו הורכבה מחברי הדירקטוריון שהינם חיצוניים ובלתי תלויים בכל הנוגע להסדר החוב המתוכנן, אשר בעל השליטה בחברה לישראל הינו צד לו (בכובעו הפרטי).

19. הוועדה המיוחדת ניהלה משא ומתן מול הגורמים השונים, וביום 23.1.2014 דיווחה החברה לישראל לציבור כי הושג עם מרבית קבוצות הנושים מזכר הבנות ביחס למתווה הסדר לשינוי מבנה ההון והחוב בצים. לפי אותו מזכר הבנות, נושי צים ימחלו על חלק מחובה של צים כלפיהם. לגבי חלק החוב שלא נמחל, תחתום צים על הסכמי הלוואה חדשים, כאשר כנגד זאת יוקצו לנושים הפיננסיים ולבעלי האוניות (למעט התאגידים בעלי העניין) מניות צים בשיעור של 68% מהונה המונפק. צים התחייבה לפעול לרישום המניות למסחר בסמוך לאחר השלמת ההסדר.

20. באשר לחברה לישראל, סוכם כי זו תיטול על עצמה, בין השאר, את ההתחייבויות הבאות: השקעת סך של 200 מיליון דולר בהונה של צים, העמדת קו אשראי בסכום של 50 מיליון דולר נוספים למשך שנתיים, וויתור של החברה לישראל על חוב נדחה של צים כלפיה בסכום של 238 מיליון דולר. כנגד נטילת התחייבויות אלו על ידי החברה לישראל, עם השלמת ההסדר, תחזיק החברה 32% מהונה המונפק של צים (בדילול מלא).

21. ביום 15.5.2014 דווח לציבור כי יום קודם לכן אישר דירקטוריון החברה את חלקה של החברה לישראל בהסדר החוב, כפי שפורט לעיל, לאחר שזה קיבל את אישור וועדת הביקורת והוועדה המיוחדת. באותו דיווח נכתב כי כחלק מאישור הסדר החוב, אושר גם "מתן ערבות בסך של עד 10 מיליון דולר לתקופה של 10 שנים להבטחת התחייבויות צים בהתאם להסכם המתגבש עם מדינת ישראל בקשר עם הסדרים המעדכנים את תנאי מניית המדינה המיוחדת בצים, ובכלל זה הסדרים כאמור אשר לא יגבילו את החברה מביצוע העברות כלשהן של מניות צים, כפי שיפורט בדוח העסקה." עוד נכתב בדיווח כי החברה תפעל לזימון אסיפה כללית מיוחדת של בעלי מניותיה (להלן: "**האסיפה הכללית**") לאישור ההסדר כעסקה עם בעל עניין, היות ובעלי השליטה בחברה לישראל הם צד להסדר מול צים (בכובעם הפרטי כנושי צים).

22. ביום 20.6.2014 פרסמה החברה לישראל דיווח מיידי מתוקן שעניינו זימון אסיפה כללית לצורך אישור חלקה של החברה לישראל בהסדר החוב של צים (להלן: "**הזימון לאסיפה הכללית**"). בנוסף פורסם דוח העסקה בו פורטו התנאים של הסדר החוב (להלן: "**דוח העסקה**"). בסעיף 2.1 לדו"ח העסקה, פורטה ההחלטה המוצעת, אשר חזרה למעשה על פירוט ההסדר וחלקה של החברה לישראל בו, כפי שתוארו מעלה. יחד עם זאת, בסוף הסעיף נכתב כי אישור העסקאות כפוף לתנאי המתלה "כמפורט בסעיף 3.3.10". בשל חשיבות הסעיף הוא יובא בשלמותו כאן [ההדגשות הוספו ח.כ.]:

> **"אישור חלקה של החברה בהסדר על-פי העקרונות המפורטים בדיווח זה, הכולל בין היתר (א) ביצוע השקעה של החברה בהונה של צים בסך של 200 מיליון דולר ארה"ב ("דולר"). לאחר השלמת ההסדר תחזיק החברה בכ-**

32% מהונה המונפק של צים (בדילול מלא); (ב) ויתור של החברה על כלל חובותיה הנוכחיים של צים כלפיה המפורטים בדוח זה, שהינם חובות נדחים בסך כולל של כ-238 מיליון דולר...; (ג) התחייבות של החברה להעמיד לאו לגרום להעמדת מסגרת אשראי לצים בסך של 50 מיליון דולר למשך שנתיים ממועד השלמת ההסדר...; (ד) אישור מתן ערבות בסך של עד 10 מיליון דולר להבטחת התחייבויות צים בהתאם להסכם עם מדינת ישראל בקשר עם הסדרים המעדכנים את תנאי מניית המדינה המיוחדת בצים (בכפוף לחתימה על ההסכם המתגבש עם המדינה בעניין) וכן תנאי החוב של צים כלפי החברה במקרה של מימוש הערבות, כאמור בסעיף 3.1.12 לדוח... מובהר, כי אישור העסקאות נשוא דוח זה, <u>כפוף לתנאי המתלה המפורט בסעיף 3.3.10 להלן</u>".

23. מיד לאחר תיאור חלקה של החברה לישראל בהסדר הנושים, על פי ההחלטה המוצעת בסעיף 2.1 לדוח העסקה, וכחלק ממנה, תוארה בסעיף 2.2 הסמכות שתינתן להנהלת החברה והוועדה המיוחדת לעניין השלמת ההסדר והוצאתו לפועל:

"כמו כן, כולל האישור האמור הסמכה של הנהלת החברה לנקוט בכל הפעולות הנדרשות מהחברה על מנת להשלים ולהוציא לפועל את ההחלטות המובאות בסעיף 2.1 לעיל בהתבסס על העקרונות המפורטים בדיווח זה, ובכלל זה, הסמכה של הנהלת החברה, באישור הועדה הבלתי תלויה של הדירקטוריון אשר מונתה לצורך בחינה ואישור ההתקשרות האמורה (הכל כמפורט להלן בדוח עסקה זה) לשנות תנאים שהוסכמו, או להגיע להסכמות עם הצדדים להסדר, או עם גורמים אחרים שהסכמתם נדרשת בקשר עם הוצאתו לפועל, אשר ההסכמות איתם טרם גובשו עד למועד דיווח זה, ובלבד שלדעת הועדה המיוחדת, אין בשינויים או בהסכמות כאמור כדי להשפיע באופן מהותי לרעה על תנאי ההסדר הנוגעים לחברה או להשפיע מהותית לרעה על תוצאות חוות הדעת הבלתי תלויה (כהגדרתה להלן בדוח עסקה זה)."

24. בכל הנוגע לתנאי המתלה לאישור העסקאות, זה תואר בהרחבה בסעיף 3.3.10 לדוח העסקה, כדלקמן:

"תנאי מתלה

אישור האסיפה כאמור בדוח עסקה זה יפקע לאלתר ויהיה חסר תוקף אם וככל שעד ליום 1 ביולי 2014 ("תאריך היעד") (א) ההסדר נשוא דוח עסקה זה לא יושלם (Closing) וזאת לאחר שהתקבלו כלל ההסכמות הנדרשות

לאישור ההסדר, כאמור בסעיף 6 להלן (ב) התקיימו כלל התנאים הנדרשים להשלמת ההסדר; וכן (ג) עודכנו תנאי מניית המדינה או אוינה מניית המדינה כמפורט בסעיף 3.1.12 לדוח זה לעיל, ונתקבלו כל האישורים הנדרשים על פי תנאיה (כלל התנאים כאמור בס"ק (א) (ב) ו- (ג) לעי ייקראו בדוח זה – "התנאי המתלה")."

להשלמת התמונה, בסעיף 3.1.12 לדוח העסקה נכתב כך:

"למועד דיווח זה, צים נמצאת במגעים עם רשויות המדינה לאימוץ הסדר חוזי שיעדכן את זכויות המדינה על-פי מניית המדינה המיוחדת במסגרת ההסדר, באופן שבעלי המניות בצים לא יהיו מוגבלים מביצוע העברות כלשהן של מניות צים שבבעלותם או דיספוזיציות אחרות במניות אלה ולא יחולו מגבלות על צים של החזקה בצי מינימאלי של אוניות בבעלותה. נכון למועד דוח זה, פרטיו של ההסדר החוזי האמור טרם סוכמו לכדי הסכם מחייב... להבטחת התחייבויות צים על פי ההסכם החוזי המתגבש בין צים לבין המדינה, החברה תעמיד ערבות למדינה בסך כולל של עד 10 מיליון דולר, וזאת למשך עשר שנים. ככל שייחתם ההסכם עם המדינה, כניסתו לתוקף תהא מותנית בקבלת אישורים מגורמים שונים וכן בכניסתו לתוקף של ההסדר נשוא דוח זה...

כאמור, ההסכם עם המדינה טרם גובש סופית, ואין וודאות באשר לחתימתו וכניסתו לתוקף ובאשר לתנאיו הסופיים, אם וככל שיגובש. עוד יצוין כי ביום 19 ביוני 2014 פרסם משרד האוצר הודעה לעיתונות בדבר החלטתו של שר האוצר שלא לוותר על מניית המדינה המיוחדת. צים בוחנת הודעה זו ואת השפעתה על המגעים שמתנהלים מול המדינה בעניין זה.

יודגש, כי עדכון תנאי מניית המדינה המיוחדת, תוך המרתם בהסדרים חלופיים, אשר לא יגבילו את החברה מביצוע העברות כלשהן של מניות צים שבבעלותה או דיספוזיציות אחרות במניות אלה מהווה תנאי מתלה לאישור ההסדר, הכל כאמור בסעיף 3.3.10 להלן. עוד מובהר, כי קבלת אישור מחזיק מניית המדינה המיוחדת לחלקים הרלוונטיים להסדר, ככל שנדרש, מהווה אף הוא תנאי להשלמת ההסדר".

25. בדוח העסקה, תחת הכותרת "נימוקי ועדת הביקורת ודירקטוריון החברה לאישור העסקה" נכתב בסעיף 8.8 על החשיבות הרבה שראתה הוועדה המיוחדת בהסרת ההגבלות של מניית הזהב של המדינה בצים:

"הועדה המיוחדת, ראתה לנגד עיניה את החשיבות הרבה בהיותן של מניות החברה בצים סחירות וזאת בנוסף להסרת מגבלות העבירות כאמור, בין השאר מטעמי הצפת ערך וגידול בשווי של מניות אלה (לעומת מניות "מוגבלות") והיכולת לממשן באופן חופשי, יחסית, תוך התחשבות גם בשיקולים של רוכש עתידי...

בנוסף, אחד הפרמטרים החשובים שהוגדרו על ידי הועדה המיוחדת, הינו הסרת המגבלות הקיימות החלות על עבירותן של מניות צים. במסגרת ההסדר הוסכם על תיקון תקנון צים כך שכל המגבלות בדבר העברת מניות הוסרו. בנוסף, השלמת ההסדר מותנית בעדכון מניית המדינה המיוחדת, בין היתר, כך שיוסרו המגבלות הקיימות על העברת מניות צים. יודגש כי נכון למועד זה, לא גובש הסדר חוזי מחייב עם המדינה בעניין זה."

26. על פי האמור בסעיף 6 להזמנה לאסיפה הכללית, האישור הנדרש על מנת להעביר את דוח העסקה הוא אישור על פי סעיף 275 לחוק החברות תשנ"ט-1999 (להלן: "**חוק החברות**" או "**החוק**"), קרי עסקה עם בעל שליטה, בה נדרש רוב מכלל קולות בעלי המניות שאינם בעלי ענין אישי באישור העסקה, וכן התקיימות שאר התנאים שבסעיף.

27. ביום 29.6.2014 דיווחה החברה לישראל, בדיווח מיידי, כי ביום 27.6.2014 התקיימה אסיפה של בעלי המניות בחברה, וכי ההסדר המוצג בדוח העסקה זכה לאישורה, ברוב הדרוש על פי דין.

28. ביום 2.7.2014 פרסה החברה לישראל דיווח מיידי נוסף בו נכתב כי התנאי המתלה אשר נקבע בדוח העסקה לא התקיים עד למועד שנקבע בו (1.7.2014), ובכלל זה התנאי המתלה הנוגע להסרת מגבלות עבירות מניית צים מכח מניית הזהב של המדינה:

"בהמשך לדיווח המיידי של החברה מיום 29.6.2014 (מס' אסמכתא: -2014-01-100914), בעניין אישור השתתפותה של החברה בהסדר צים, החברה מתכבדת להודיע שחלק מהתנאים המתלים להשלמת העסקה לא התקיימו עד ליום 1 ביולי 2014, המועד שנקבע לקיום התנאים המתלים לביצוע ההסדר, ובכלל זה לא התקיים התנאי של הסרת מגבלות העבירות מכוח מניית המדינה המיוחדת בצים החדשה ביחס למניות שהחברה צפויה להחזיק בצים לאחר השלמת ההסדר."

29. במקביל, ביום 2.7.2014, ניתנה החלטה בבית משפט של פירוק, כב' השופט ד"ר עדי זרנקין, בבקשתה של צים לגרום לאיונה של מניית הזהב של המדינה (להלן: "**החלטת בית משפט של**

פירוק" או "**החלטת המחוזי**"). באותה החלטה, לאחר שסקר את מכלול טענות הצדדיים בעניין זה, קבע בית המשפט של פירוק שינוי במניית הזהב של המדינה באופן הבא:

> **"מתוך ראיית האינטרסים של כלל הגורמים המעורבים, ובכללם גם, כמובן, האינטרסים החיוניים של מדינת ישראל, אני סבור כי יש להותיר על כנן את זכויותיה של מניית הזהב של המדינה, זולת עניין אחד הנוגע לעבירות המניות, כפי שיפורט להלן.**
>
> **במקום המצב הקיים, על פיו נדרשת הסכמת המדינה לכל העברת מניות המקנה לבעליה החזקה בשיעור 24% ומעלה מהון המניות של החברה, יחול ההסדר הבא:**
>
> **הסכמת המדינה תידרש לכל העברת מניות המקנה לבעליה החזקה בשיעור של 35% ומעלה מהון המניות של החברה.**
>
> **בנוסף, כל העברת מניות המקנה לבעליה החזקה בשיעור העולה על 24% אך אינו עולה על 35%, תחייב מתן הודעה מוקדמת למדינה ובה פרטים מלאים של המעביר והנעבר המוצעים, ושיעור המניות המועבר אליהם. ככל שתסבור המדינה כי יש בהעברת מניות אשר כזו משום פגיעה אפשרית בביטחון המדינה או באיזה מהאינטרסים החיוניים שלה, תהא רשאית המדינה להודיע, בתוך 21 יום, כי היא מתנגדת להעברה, ותהא חייבת לנמק את התנגדותה. במצב דברים זה, יהיה רשאי מבקש ההעברה להגיש בקשה בעניין זה למתן הוראות לבית משפט של פירוק, אשר ידון ויחליט אם יש לאשר את ההעברה.**
>
> **...**
>
> **למען הסר ספק, ההוראה על פיה כל החזקה או העברה של מניות בשיעור המקנה למחזיק בהם שליטה בחברה, תישאר על כנה..."**

30. לאחר ישיבה שקיימה הוועדה המיוחדת ביום 3.7.2014, פרסמה החברה לישראל ביום 6.7.2014 דיווח מיידי בו התייחסה להחלטתו של בית משפט של פירוק מיום 2.7.2014. עיקר הודעה זו היא החלטת החברה, באמצעות הוועדה המיוחדת ובאישור הדירקטוריון להסכים לשינויים בתנאי העבירות של מניות צים, הנובעים מהחלטת בית המשפט של פירוק, בלא צורך בהחלטה נוספת של האסיפה הכללית, ועל אף חלוף המועד הקובע להתקיימות התנאי המתלה. החברה נימקה החלטתה זו באופן הבא:

"סעיף 3.3.10 לדוח העסקה פירט כי אישור החברה להסדר הותנה, בין היתר, בתנאי העבירות, לפיו ייעודכנו תנאי מניית המדינה המיוחדת תוך המרתה בהסדרים חלופיים אשר לא יגבילו את החברה מביצוע עסקאות במניית צים. הוועדה המיוחדת בחנה את החלטת בית המשפט ובכלל זה את רף ההעברה וההסכמה לשינוי השליטה. הנהלת החברה והועדה המיוחדת הגיעו לכלל דעה כי הואיל והחברה צפויה להחזיק לאחר ההסדר ב- 32% ממניות צים בלבד, שיעור החזקה הנופל מרף ההעברה שנקבע בהחלטת בית המשפט; והאיל והחברה אינה צפויה להחזיק בשליטה בצים; הרי שתנאי העבירות התקיים מהבחינה המהותית. במסגרת זו התייחסו הנהלת החברה והועדה לעילה הביטחונית והגיעה לכלל דעה כי ההעברה בניגוד לעילה הביטחונית, ממילא נראית לא רלבנטית מבחינת החברה. כמו כן הפרוצדורה שקבע בית המשפט לעניין יישוב חילוקי דעות ביחס לקיומה של העילה הביטחונית מתחמת את הליך האישור באופן שסביר שיאפשר קבלת הכרעה בזמן סביר ככל שסוגיה זו תעמוד על הפרק.

כמו כן אישרו הנהלת החברה והועדה והמיוחדת – בהתאם לסמכות לשנות תנאים – כי בכל מקרה התנאים לעבירות מניות צים הנובעים מהחלטת בית המשפט, אינם מהווים שינוי בתנאי ההסדר שיש בו כדי להשפיע באופן מהותי לרעה על תנאי ההסדר הנוגעים לחברה או להשפיע מהותית לרעה על תוצאות חוות הדעת הבלתי תלויה. מסקנה זו נתמכת בין היתר גם בחוות דעת יועציה המשפטיים של הוועדה והיועץ הכלכלי הבלתי תלוי של הועדה, הקובע כי ככל שסף העבירות יעמוד על רף של 35% ולא יבוטל כליל, אין בכך כדי להשפיע על חוות דעתו."

31. בהמשך ההודעה הבהירה החברה כי לאור החלטתה זו, על התקיימות תנאי העבירות, הוחלט, באישור הוועדה המיוחדת והדירקטוריון, לדחות את תאריך היעד ואת המועד להשלמת הסדר הנושים, כפי שזה התבטא בדוח העסקה, עד ליום 15.7.2014. וכך נכתב בעניין זה בהודעה:

"הנהלת החברה באישור הוועדה המיוחדת והדירקטוריון הגיעו לכלל מסקנה כי יש מקום להאריך את המועדים לקיום וביצוע הסדר צים כך שיחולו על (וכולל) המועד הנדחה, בהתאם לסמכות לשנות תנאים, מהנימוקים הבאים: (א) החלטת בית המשפט ניתנה בהמשך לדיון מיום 29.6.2014 ולפיה התבקשו הצדדים ליידע את בית המשפט עד יום 30.6.2014 אם הגיעו להסכמה, שאם לא כן נקבע כי תינתן החלטה בעניין. העובדה כי החלטת בית המשפט, המקיימת הלכה למעשה את התנאי המתלה כמוסבר לעיל, פורסמה

יום אחד בלבד לאחר תאריך היעד, היא טכנית בעיקרה, ומכל מקום מדובר בעיכוב קל, אשר אינו נובע מהצדדים להסדר ואין לראות בו טעם לאי קיום התנאים להסדר רחב ההיקף ורב החשיבות, בו הושקעו מאמצים כה ניכרים; (ב) יתר ההסכמות והתנאים אשר השלמתם מתעכבת, אינם בגין עניינים היורדים לשורשו של עניין ולפיכך ניתן לראות בהם עניינים טכניים ופרוצדוראליים שבכל מקרה נקבע בדוח העסקה כי ניתן יהיה להשלימם עד 7 ימים לאחר קיום התנאים המתלים.

הנהלת החברה והוועדה סברו כי אין זה סביר להפקיע את ההסדר, בהתקיים התנאים המהותיים לקיומו, עקב חריגה מזערית במועד לקיום התנאים המתלים והיווצרות הצורך במספר ימים נוספים לצרכי השלמתו וביצועו. זאת בהתחשב בהיקפו הנרחב של ההסדר דנן, מורכבותו יוצאת הדופן, ובשים לב לכך שלצורך עניינים מסוג זה ניתנה הסמכות לשינוי תנאים."

32. ביום 7.7.2014 הגישה המדינה ערעור על החלטתו של בית משפט של פירוק מיום 2.7.2014 בנוגע לשינוי בזכויותיה על פי מניית הזהב. ביום 14.7.2014 התקיים דיון בבית המשפט העליון בו ניסה בית המשפט להביא את הצדדים לאותה החלטה – צים והמדינה – לידי הסכמה בדרך של פשרה. עוד באותו היום הגיעו הצדדים לידי הסכם פשרה, אשר קיבלה תוקף של פסק דין על ידי בית המשפט העליון (להלן: "**הסכם הפשרה**"). בנוסף, באותו היום התקיימה ישיבה נוספת של הוועהד המיוחדת אשר אישרה את הסכם הפשרה, כמקיים את תנאי התנאי המתלה.

33. ביום 14.7.2014 דיווחה החברה לישראל, בדיווח מיידי, על אותו הסכם פשרה אליו הגיעו צים והמדינה בבית המשפט העליון. לטענת החברה לישראל באותו דיווח, גם הסכם פשרה זה "אינו שונה באופן מהותי מהחלטת בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 2.7.2014", ועל כן, "אישרה החברה (באמצעות הדירקטוריון באישור הועדה המיוחדת), כי הוא מקיים מהותית את תנאי העבירות...". על פי אותו דיווח, פרטי הסכם הפשרה ביחס לשינוי תנאי מניית הזהב של המדינה, הם כדלקמן:

"(א)הסכמת המדינה תידרש לכל העברת מניות המקנה לבעליה החזקה בשיעור 35% ומעלה מהון המניות של צים.

(ב) בנוסף, כל העברת מניות המקנה לבעליה החזקה בשיעור העולה על 24% אך אינו עולה על 35%, תחייב מתן הודעה מוקדמת למדינה ובה פרטים מלאים של המעביר והנעבר המוצעים, שיעור המניות שיוחזק על ידי הנעבר לאחר ההעברה ופרטים רלוונטים לגבי העסקה לרבות הסכמי הצבעה

והסכמים למינוי דירקטורים (ככל שישנם). ככל שתסבור המדינה כי יש בהעברת מניות אשר כזו משום פגיעה אפשרית בביטחון המדינה או באיזה מהאינטרסים החיוניים שלה או כי לא קיבלה את המידע הרלוונטי לצורך גיבוש החלטתה, בהא רשאית המדינה להודיע, בתוך 30 יום, כי היא מתנגדת להעברה, ותהא חייבת לנמק את התנגדותה. במצב דברים זה, יהא רשאי מבקש ההעברה לנקוט בהליך בעניין זה בפני בית המשפט המוסמך, אשר ידון ויפסוק בענין זה.

...

למען הסר ספק, ההוראה על פיה כל החזקה או העברה של מניות בשיעור המקנה למחזיק בהן שליטה בצים, כפופה להסכמת המדינה, תישאר על כנה...".

34. ביום 15.7.2014 פרסמה החברה לישראל דיווח מיידי תחת הכותרת "סיכום החלטות החברה בעניין מניית המדינה המיוחדת בצים שירותי ספנות משולבים בע"מ". באותו דיווח עמדה החברה על שלושת ההבדלים בין החלטת בית משפט של פירוק לבין הסכם הפשרה אשר קיבל תוקף של פסק דין בבית המשפט העליון. הבדלים אלו הם:

"1. הוספת פרטים מסוימים למידע שיש למסור למדינה במסגרת הודעה על העברת מניות, והוספת אפשרות לפיה אי העברת מידע רלבנטי עשויה להוות טעם להתנגדות המדינה לאישור העברה;

2. הארכה של התקופה למתן הודעת התנגדות של המדינה להעברה מ-21 ל-30 ימים;

3. מבקש ההעברה יוכל לנקוט במקרה של התנגדות המדינה בהליך בעניין זה בפני בית המשפט המוסמך (בעוד שבהחלטת המחוזי נקבע כי יהיה ניתן לנקוט בהליך בעניין זה בפני בית משפט של פירוק)."

35. שוב חזרה החברה על טענתה כי השינויים שבהסכם הפשרה אינם משנים באופן מהותי את החלטת בית משפט של פירוק, ועל כן, הנימוקים שעמדו בבסיס הסכמת החברה להחלטת המחוזי עומדים גם לגבי הסכם הפשרה, והסכם הפשרה מקיים את תנאי העבירות ביחס למניות צים כפי שנקבעו בסעיפים 3.3.10(ב) ו 3.1.12 לדוח העסקה. עוד נכתב בהחלטה כי:

"בכל מקום, אישרה [החברה] כי אין בהסכם הפשרה כמו גם בהחלטת המחוזי כדי להוות שינוי מהותי לרעה בתנאי ההסדר מבחינת החברה בהתאם

לסמכות המאפשרות להנהלת החברה, באישור הוועדה המיוחדת, להסכים לשינוי תנאים בהסדר (בהתאם לסעיף 2.1 בדוח העסקה) וזאת מהנימוקים שפורטו בדיווח המיידי של החברה מיום 6.7.2014... חוות דעתו של היועץ הכלכלי הבלתי תלוי של הועדה ניתנה כאמור לאחר החלטת המחוזי. בהחלטתה זו לא נדרשה החברה לחוות דעת היועץ הכלכלי בשים לב למהות השינויים בהסכם הפשרה לעומת החלטת המחוזי."

36. מיד לאחר מתן פסק הדין בבית המשפט העליון פנתה צים לבית המשפט של פירוק , לשם אישור ההסדר. ביום 15.7.2014, אישר בית משפט של פירוק את ההסדר ולמחרת היום הושלם הסדר החוב של צים, כאשר החברה לישראל קיימה את חלקה בהסדר, כפי שתואר בדוח העסקה.

<u>טענות הצדדים</u>

<u>טענות המבקש בבקשה לאישור תביעה נגזרת</u>

37. בבסיס בקשת האישור מטעם המבקש עומדת פעילותה של הוועדה המיוחדת שהוקמה כאמור על ידי דירקטוריון החברה לישראל, מתחילת פעילותה ועד לאחר השלמת חלקה של החברה לישראל בהסדר החוב של צים. המבקש טוען בראש ובראשונה כנגד חריגת הוועדה מסמכותה כפי שזו הוענקו לה ולהנהלת החברה על ידי האסיפה הכללית, אך טענותיו עוסקות גם בפעילותה של הוועדה המיוחדת, שיקול דעתה והיותה כביכול בלתי תלויה.

38. המבקש טוען כי מדיווחי החברה עולה כי הסדר החוב של צים אושר בדירקטוריון החברה תוך הדגשה כי הוא יביא להסרה <u>מוחלטת</u> של מגבלת העבירות של מניות החברה לישראל בצים, הנובעות ממניית הזהב. דוח העסקה אשר אושר באסיפה הכללית חוזר גם הוא על דגש זה, ואף נוקט לשון ברורה כי שינויי ההסדרים הנוגעים להמרת מניית הזהב, הנדרשים לצורך התקיימות התנאי המתלה, פירושם יצירת הסדר אשר לא יגביל את החברה מביצוע העברות **כלשהן** של מניות צים שבבעלות החברה (ראו סעיפים 3.1.12, 8.8).

39. הוכחה נוספת להיותה של הסרת הגבלות העבירות תנאי מרכזי ויסודי בעסקה מוצא המבקש גם בבג"ץ 1194/14 **האיגוד הארצי לקציני הים – הסתדרות העובדים הכללית החדשה ואח' נ' שר האוצר ואח'**, שם טענה החברה לישראל כי למניית הזהב של המדינה ישנה השפעה עצומה על ערך מניות החברה, באופן שללא ביטול גורף של המנייה לא ניתן להקנות ערך סחיר למניות צים.

40. זאת ועוד, ההסדר שהובא בפני האסיפה הכללית, הותנה בהתקיימות התנאי המתלה עד ליום 1.7.2014, באופן שללא התקיימות התנאי המתלה עד לתאריך היעד, העסקה כולה כלל אינה משתכללת ואישור האסיפה הכללית להתקשרות בה פוקע. בענייננו אין כל ספק כי תאריך היעד חלף ללא התקיימות התנאי המתלה ואף דיווח החברה על כך מיום 2.7.2014 מעיד על עובדה זו בבירור.

41. המבקש מוסיף כי בניגוד לטענות החברה בדיווחיה, החלטת המחוזי כלל לא הביאה לביטול מגבלות העבירות, אלא השינוי שנעשה במניית הזהב היה קוסמטי בלבד. המניה בוודאי שלא אוינה או שונתה באופן מהותי, כך שאף מהפן המהותי התנאי המתלה לא התקיים. לצורך כך עורך המבקש השוואה בין שני נוסחי תקנון צים הנוגעים למניית הזהב, הישן והחדש:

א. בנוסח הישן של תקנון צים, אסור להעביר מניות של צים באופן שהנעבר יחזיק ב-24% או יותר מהון המניות של צים, ללא קבלת הסכמת המדינה. בנוסח לאחר עדכון תנאי מניית הזהב, העברה שתוביל להחזקה של מעל 24% ומתחת ל35%, תחייב מתן הודעה למדינה אשר רשאית להתנגד בשל פגיעה בביטחון, אינטרסים חיוניים או כי לא קיבלה מידע מספק לצורך גיבוש החלטה. בכל מקרה, אז כן היום, התנגדות המדינה תוביל לכך שלהעברה לא יהיה תוקף, ועל מבקש העברה מוטל הנטל לפנות לבית המשפט כדי להתגבר על סירוב המדינה.

ב. האיסור להעביר מניות של צים באופן שהנעבר יחזיק ב-35% או יותר מהון המניות של צים, ללא קבלת הסכמת המדינה, נשאר על טילו.

ג. האיסור להעביר מניות של צים באופן שהנעבר יקנה בכך שליטה בצים, ללא קבלת הסכמת המדינה, נשאר על טילו.

ד. כל פנייה לקבלת הסכמת המדינה להעברת מניות מחייבת את מסירת כל המידע הנדרש לצורך קבלת ההחלטה – בכך אין כל שינוי. לטענת המבקש, אין חשיבות של ממש לפירוט המידע שיש להעביר בנוסח החדש של הסעיף, באשר מדובר בפרטים שהזכות לקבלם עמדה למדינה גם בנוסח הקודם.

ה. סירוב מצד המדינה להעברת מניות מחייבת מתן נימוק, בשני הנוסחים. חובת הנימוק נובעת בכל מקרה מחובתה של המדינה לנמק החלטותיה, לרבות מכח **חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות)** תשי"ט-1958. הפירוט של הנימוקים לסירוב של המדינה בנוסח החדש מסיבות ביטחון ואינטרסים חיוניים" אינו מוסיף או גורע, באשר מניית הזהב ניתנה למדינה מלכתחילה בשל אותם "אינטרסים חיוניים".

ו. סירוב מצד המדינה להעברת מניות יאפשר את תקיפת ההחלטה בבית משפט, כאשר ההבדל בין הנוסחים הוא רק כי בנוסח החדש מצוין כי הדבר יעשה "בבית המשפט המוסמך".

42. עוד מציין המבקש כי בדיון שהתקיים בבית המשפט העליון אשר בסופו הושג אותו הסכם פשרה אשר קיבל תוקף של פסק דין, החברה לישראל אמנם לא הייתה צד להליך, אך נציגיה היו נוכחים בדיון, ואף נטלו בו חלק פעיל, יחד עם צים. הדבר קיבל ביטוי בפרוטוקול הדיון ממנו עולה כי לכל אורך הדיון היה ברור כי נדרשת הסכמת החברה לישראל להסכם הפשרה בנוגע לשינוי במניית הזהב. עוד עולה מהפרוטוקול, מספר פעמים, חשש וחוסר רצון בולט בקרב החברה לישראל וצים לשוב לאסיפה הכללית ולאשר את התנאים החדשים של הסדר החוב בצים, מה שמעיד על כך שאי הבאת ההסדר הסופי לאישור האסיפה הכללית נעשה מתוך מודעות מלאה ובאופן מכוון.

43. אכן, לטענת המבקש, קביעת חברי הוועדה המיוחדת, כפי שעולה מהדיווח המיידי של החברה מיום 6.7.2014, כי התנאי המתלה התקיים, ונעשה שינוי מהותי במניית הזהב, נעדרת כל בסיס, וכל מטרתה הייתה להימנע מלהביא את העסקה לאישור האסיפה הכללית של החברה, מן החשש שמא לא תאושר. לצורך כך סוקר המבקש את נימוקי הוועדה המיוחדת כי תנאי העבירות התקיים מן הבחינה המהותית בהחלטת בית משפט של פירוק כפי שאלו מוצגים באותו דיווח מיידי מיום 6.7.2014, וטוען כי נימוקים אלו אינם משכנעים:

א. ראשית, טוענת הנהלת החברה והוועדה המיוחדת כי אפשרות המדינה להתנגד להעברת מניות אשר תוביל להחזקה של מעל 24% ומתחת35% מנימוק בטחוני או בשל הגנה על אינטרסים חיוניים של המדינה, אינה בעייתית כיוון ש"העברה בניגוד לעילה הביטחונית, ממילא נראית לא רלבנטית מבחינת החברה". כנגד זאת טוען המבקש כי לא ייתכן כי על אותה אפשרות הנראית לא רלוונטית, כביכול, ניהלה החברה מאבקים משפטיים בשתי ערכאות, ואף קבעה אותה כתנאי מתלה לאישור העסקה כולה. העובדה כי סירוב המדינה יעשה מנימוקים ביטחוניים או חיוניים (ואלו בלבד) היא מה שעמד על הפרק מראש, ומה שביקשה הוועדה המיוחדת לשנות ולבטל. הטענה כי האפשרות לא נראית רלוונטית כרגע היא טיעון מיתמם, באשר הבעיה תתעורר כאשר תהיה מחלוקת בין החברה למדינה בנוגע לפגיעה נטענת ב"אינטרסים חיוניים". לעניין זה מציין המבקש כי רוב הרוכשים הפוטנציאלים בתחום זה הם מאזור אסיה, כאשר המדינה התנגדה בעבר להעברת החזקות הקשורות למדינות אלו. כמו כן, אם האפשרות נראית לוועדה המיוחדת לא סבירה, מדוע הדבר לא צוין בזימון לאסיפה הכללית או בדוח העסקה, ממנו עולה, כאמור, ההפך בדיוק.

ב. שנית, הטענה כי החברה בכל מקרה תחזיק, לאחר הסדר החוב, רק 32% ממניות צים, ועל כן היא אינה נפגעת ממגבלת העבירות החלה על החזקה של מעל 35% ממניות צים, אף היא אינה נכונה, לטענת המבקש. החשיבות אינה להחזקת המעביר לפני העברה, אלא להחזקת הנעבר לאחר ביצוע העברה, במובן זה ההגבלות שהיו על העברת המניות נשארו בעייתיות כשהיו. קיימות סיטואציות רבות בהן לא תוכל החברה לישראל להעביר אף כמות מניות קטנה לגורם מסוים, בלא קבלת הסכמת המדינה לכך. כך למשל כאשר לאותו גורם יש 34% ממניות צים, והחברה מבקשת להעביר אליו 1%, תידרש הסכמת המדינה. לכך יש להוסיף כי ההגבלות על החזקה של מעל 24% לא באמת בוטלו בהסכם הפשרה, והם בוודאי בטווח ההחזקה של החברה. קרי הנימוק שמוצג על ידי הוועדה לאותה אי השפעה על החזקת החברה, הינו מוטעה ומטעה.

ג. שלישית, המבקש דוחה גם את טענת הוועדה המיוחדת כי בכל מקרה החברה אינה צפויה לשלוט בצים לאחר הסדר החוב, ולכן אין לעובדה כי המגבלה הדורשת את הסכמת המדינה לצורך העברת מניות המעניקה שליטה לנעבר נותרה בעינה, כדי להשפיע על החברה. שוב מדגיש המבקש כי המגבלה היא על מניות הנעבר שירכוש את השליטה ולא על מניות המעביר, ועל כן החברה לישראל תיוותר מוגבלת בהעברת מניותיה בצים, לגורמים מסוימים, בין אם היא בעלת השליטה בה ובין אם לאו. כמו כן, אותה הסתמכות על כך שהחברה אינה "צפויה" להיות בעלת השליטה בצים אין לה על מה לסמוך. בהחלט ייתכן שבעתיד תחליט החברה להגדיל את החזקותיה בצים ולהפוך לבעלת שליטה, ועל כן יש חשיבות למגבלה זו לגביה.

44. הוועדה המיוחדת ניסתה לנמק את סמכותה לוותר למעשה על התנאי המתלה של איון מניית הזהב, בסמכותה לפי סעיף 2.2 לדוח העסקה, אשר העניק לה, כביכול, סמכות לשנות תנאים בהסדר לצורך הוצאתו אל הפועל. המבקש טוען כי סעיף 2.2. לדוח העסקה אינו יכול לרפא את הפגם החמור שנפל באישור העסקה על ידי החברה, והניסיון של הוועדה המיוחדת והנהלת החברה להסתמך עליו הינה אחיזת עיניים.

45. המבקש טוען כי אם התנאי המתלה לא נכנס לתוקף, כיוון שחלף המועד להתקיימותו, אזי גם דוח העסקה לא נכנס לתוקף ואף סעיף 2.2 לדוח העסקה עליו מסתמכים ההנהלה והוועדה המיוחדת לא נכנס לתוקף. זאת ועוד, סעיף 2.2 הסמיך את הנהלת החברה והוועדה המיוחדת אך ורק לשנות תנאים שהוסכמו בעסקה או להגיע להסכמות מול צדדים להסדר או גורמים אחרים אשר ההסכמות עימם טרם גובשו. סעיף 2.2 אינו כולל כל הרשאה לשנות את אישור האסיפה הכללית או את התנאי המתלה, מבלי לכנס את האסיפה פעם נוספת, כאשר הדבר נובע מנוסח סעיפים 2.1 ו 2.2 לדוח העסקה.

46. עוד טוען המבקש כי אפילו אילו היה נכנס סעיף 2.2 לתוקף ואף אם היה מעניק הרשאה לערוך שינויים בתנאי המתלה עצמו, עדיין היה מדובר בסעיף לא חוקי, כיוון שהוא מאפשר לוועדה המיוחדת לערוך שינויים בעסקת בעלי עניין לאחר שאושרה, ובכך מתנה על הוראות קוגנטיות שבחוק החברות, אשר אינן מאפשרות להעביר את הסמכות לאישור עסקאות בעלי עניין מידי האסיפה הכללית.

47. המבקש מוסיף כי אף אם יכלה האסיפה הכללית להסמיך את הוועדה המיוחדת לשנות תנאים בהסדר ללא כינוס אסיפה כללית נוספת, ברור כי הרשאה כזו הייתה צריכה להיות קונקרטית ביחס לתנאי אשר שינויו מתבקש, ולא הרשאה גורפת עליה כביכול מנסים המשיבים להסתמך בסעיף 2.2 לדוח העסקה. ללא אישור ספציפי זה, המנגנון שנקבע לאישור עסקאות בעלי עניין בחוק החברות, מרוקן מתוכן.

48. המבקש דוחה את טענת הוועדה המיוחדת כאילו באי התקיימות התנאי המתלה ביחס לעבירות מניית צים, אין כדי "להשפיע באופן מהותי לרעה על תנאי ההסדר", כפי שנדרש בסעיף 2.2 לדוח העסקה. ברור מדוח העסקה, ובמיוחד סעיף 8.8 לו, כי הוועדה עצמה ראתה בהתקיימות התנאי המתלה אחד הפרמטרים החשובים להסדר, ועל כן אין היא יכולה לסוג מכך בדיעבד.

49. יתר על כן, אף מהבחינה האובייקטיבית אי התקיימות התנאי המתלה ושימור ההגבלות על עבירות מניית צים, משפיעה באופן מהותי לרעה על תנאי ההסדר מבחינת החברה – שווי המניות שקיבלה החברה במסגרת ההסדר (מניות בעלות מגבלות עבירות) נמוך באופן משמעותי משווי המניות אותן היא הייתה אמורה לקבל אילו היה מתקיים התנאי המתלה ומגבלת העבירות הייתה מתבטלת. בהתאם לחוות דעת ד"ר טל מופקדי, מטעם המבקש (להלן: "**חוו"ד מופקדי**"), טוען המבקש כי ערך המניות שקיבלה החברה נמוך בכ- 13% משווין של המניות אותן הייתה אמורה לקבל החברה על פי דוח העסקה. כתוצאה מכך, הנזק שנגרם לחברה עומד על כ- 27 מיליון דולר ארה"ב. לטענת המבקש מהותיות "ההפסד" עולה גם מחוות הדעת הכלכלית של המומחה מטעם הוועדה המיוחדת אשר הוצגה בפני בעלי מניות המיעוט טרם ההצבעה באסיפה הכללית, על מנת להציג את הוגנות העסקה העומדת לאישורם.

50. במסגרת הטיעון המשפטי, טוען המבקש כי מכיוון שלא התקבל אישור האסיפה הכללית לחלקה של החברה לישראל בהסדר החוב, ההסדר חסר תוקף כלפי החברה (סעיף 280 לחוק החברות).

51. בכל הנוגע לעילות התביעה כנגד צים, טוען המבקש כי צים היא שהתעשרה בשל העובדה כי ההסדר לא אושר כדין בחברה לישראל. זאת מכיוון צים הנפיקה לחברה לישראל מניות

פגומות אשר שווין נמוך מן התמורה שקיבלה עבורן. בשל העובדה כי ההסדר לא אושר בחברה כדין, אין כל תוקף לתשלומים ששולמו לצים על ידי החברה מכוחו, ועל החברה לישראל לתבוע את ההפרש מצים. התביעה היא מכח עשיית עושר ולא במשפט או מכוחו הפרת חוק החברות או מכח היות ההתקשרות בין הצדדים בגדר חוזה בלתי חוקי או שלא השתכלל.

52. בכל הנוגע לעילה כנגד המשיבים 3-6, חברי הוועדה המיוחדת, אלו, כאמור, הפרו חובה חקוקה, חרגו מהרשאה, הפרו את חובת הזהירות וחובת האמונים אותן הם חבים, ועל כן הם אחראים, ביחד ולחוד, לנזקים אותם גרמו במעשיהם ומחדליהם שתוארו. המבקש מדגיש כי נוצר מצב אבסורדי כאשר אותם חברי הוועדה המיוחדת היו כולם גם חברי וועדת ביקורת וגם חברי הדירקטוריון.

53. בכל הנוגע לעילה כנגד המשיבים 7-8, בעלי השליטה בחברה לישראל, לטענת המבקש אלו ידעו על כך שלא התקבל כדין אישור האסיפה הכללית להסדר, ולא עשו דבר כדי לכנס אסיפה נוספת, או למנוע מהחברה להוציא לפועל את העסקה הבלתי חוקית. חובת האמון וההגינות חייבה את בעלי השליטה ליזום פנייה כזו לחברה. לטענת המבקש, בעלי השליטה נמנעו מלפעול לטובת החברה, כפי הנראה בשל האינטרס האישי שהיה להם באישור ההסדר. בכך הפרו בעלי השליטה את חובתם על פי סעיפים 192-193 לחוק החברות.

54. הסעד המבוקש על ידי המבקש בבקשת אישור זו הוא לתת צו עשה המורה למשיבים 3-8 לכנס אסיפה כללית של החברה לישראל לצורך אישור הסדר החוב של צים (ולמעשה השפעתו על החברה לישראל), המהווה עסקה חריגה עם בעלי השליטה בחברה. **<u>לחלופין</u>**, לטענת המבקש יש לקבוע כי המשיבים 2-8 גרמו, יחד ולחוד, נזק לחברה לישראל, או התעשרו שלא כדין על חשבונה, ועל כן עליהם לפצותה בסך של 27.4 מיליון דולר.

<u>טענות המשיבה 1, החברה לישראל, בתגובתה לבקשה לאישור תביעה נגזרת</u>

55. החברה טוענת כי בקשת האישור על הסעד העיקרי המבוקש בה של כינוס אסיפה כללית לאישור חלקה של החברה בהסדר החוב של צים, אינה מתאימה להתנהל כתביעה נגזרת. הסיבה לכך היא שסעד זה יכול היה המבקש להגיש בתביעה רגילה לפי סעיף 63 לחוק החברות. לטענת החברה, מסלול התביעה הנגזרת הינו דרך המלך כאשר מדובר בעמידה על זכויות החברה עצמה, אך סעד של כינוס אסיפה כללית אינו בגדר זכות של החברה, אלא זוהי זכות אישית של בעל מניות. אלא שלזכות זו נקבעו כללים ברורים בסעיף 63 לחוק החברות, כאשר המבקש אינו עומד בהם בהיותו מחזיק בכמות קטנה מדי של מניות החברה וזכויות הצבעה בה. לא ניתן לעקוף את אותו הסדר ספציפי שנקבע בסעיף 63 לחוק החברות (המצוי גם בתקנונה של החברה לישראל) באמצעות הגשת תביעה נגזרת. כמו כן, בקשה לפי סעיף 63 מהווה הליך פרוצדוראלי בו נטלי הראיה וההוכחה שונים מתביעה נגזרת.

56. עוד טוענת החברה לישראל כי התביעה נגזרת אינה לטובתה של החברה, ולכן יש לדחותה. אם תתקבל התביעה ויוצהר כי הסדר החוב בטל כלפי החברה לישראל כל עוד לא אושר בשנית על ידי האסיפה הכללית, או תתקבל הבקשה לבצע שינוי בהסדר החוב באמצעות השבה של 27 מיליון דולר מצים, יביא הדבר לקריסת הסדר החוב של צים, שהוא בגדר רקמה שלובה ושבירירית של הסדרים עם עשרות צדדים שלא ניתן כלל לשנות בדיעבד. זאת ועוד, הסדר החוב של צים והצלתה מקריסה ופירוק היה ועודנו אינטרס רב חשיבות לחברה לישראל, אשר נותרה גם לאחר ההסדר מחזיקה של 32% ממניות צים.

57. יתר על כן, קריסת צים בשל הגשת התביעה הנגזרת עלולה להביא גם לפגיעה במוניטין של החברה לישראל. קיימת חשיבות רבה עבור מדינת ישראל בהמשך קיומה של צים, שיקול שגם הוא צריך להילקח בחשבון. החברה לישראל מציינת כי שינוי הסדר החוב בדיעבד, חרף תניות הפטור וקץ התביעות שבחובו, חותר למעשה לבטל את הסדר החוב כולו, מה שיביא לפגיעה בצדדים שלישיים, שעלולים להפנות תביעות כנגד החברה לישראל, מה שיביא לפגיעה נוספת בחברה. ביטול הסדר החוב הוא גם בניגוד לרצון בעלי מניות החברה לישראל, כפי שמשתקף בהחלטת האסיפה הכללית.

58. לטענת החברה קריסת הסדר החוב יביא לפגיעה מידית בתוצאותיה הכספיות של החברה לישראל, ולכן הוא אינו לטובת החברה. כיום, דוחותיה הכספים של החברה לישראל אינם כוללים את תוצאותיה הכספיות של צים (בניגוד לעבר). אם יבוטל הסדר החוב וצים תחזור לחיקה של החברה לישראל, תיכללנה תוצאותיה הכספיות של צים, הקורסת, בדוחותיה של החברה לישראל. תוצאות מהלך זה הוא העדר כל רווח חשבונאי לחברה לישראל, מה שיביא להפסד ניכר בתוצאותיה החשבונאיות והכלכליות.

59. החברה לישראל מציינת עוד שורה של טעמים המעידים על כך שאין לחברה תועלת בניהול תביעה נגזרת, בהם: הפגיעה הניהולית הכרוכה בהגשת תביעה כנגד דירקטורים ונתבעים נוספים, הפגיעה ניהולית המוסדית בניהול הליך נגד דירקטורים בחברה, הפגיעה במוניטין החברה והעלויות הגבוהות של ניהול ההליך.

60. החברה לישראל ממשיכה וטוענת כי למבקש אין עילת תביעה בת סיכוי. כדי להראות זאת מתארת החברה לישראל את הנסיבות שהביאו להסדר החוב של צים, ואשר תוארו בהרחבה בפרק הרקע. החברה לישראל מציינת כי הטעם בבסיס הקמת הוועדה המיוחדת לצורך בחינת הסדר החוב של צים, היה על מנת להבטיח שההחלטות בעניין קידום הסדר החוב יתקבלו באופן התואם אך ורק את האינטרס של החברה לישראל. על כן, כל חברי הוועדה המיוחדת הינם חיצוניים ובלתי תלויים בבעלי השליטה. כל חברי הוועדה המיוחדת הינם בעלי קישורים וניסיון רב אשר השקיעו משאבים רבים בגיבוש הסדר החוב. החברה לישראל מתארת את

גיבוש הסדר החוב בצים, אשר גובש לאחר משא ומתן ארוך, מורכב ורב מימדים, כאשר אין ולא היה "הסדר אחר" במחיר טוב יותר עבור החברה לישראל. על החברה היה לבחור בין קבלת ההסדר לבין פירוקה של צים, על המשמעויות הכרוכות בכך.

61. לאור חתימתו של מזכר ההבנות, נדון הסדר החוב בוועדה המיוחדת, בוועדת הביקורת ובדירקטוריון החברה, על פני ישיבות ארוכות ורבות ותוך הסתייעות במומחים. האורגנים שבחנו את ההסדר התבססו, בין השאר, על חוות דעת של יועץ כלכלי בלתי תלוי מחברת טריגר-פורסייט – מר שלי תשובה. מסקנת חוות דעת זו הייתה כי ההסדר מגלם תמורה הוגנת לחברה לישראל, אפילו ביחס לתמורה ההונית שמקבלת החברה לישראל במניות צים. בנוסף, בנוגע להעמדת מסגרת אשראי על ידי החברה לישראל לטובת צים של 50 מיליון דולר, קיבלו הדירקטורים חוות דעת נוספת מיועץ בלתי תלוי, מר משה מאיו. מסקנת חוות דעת זו הייתה כי הבטוחות למסגרת האשראי מהוות בטוחות ראויות.

62. בכל הנוגע לאישור ההסדר באסיפה הכללית מדגישה החברה לישראל כי להזמנה לאסיפה הכללית צורפו שתי חוות הדעת של שני היועצים הבלתי תלויים אשר עמדו בפני הדירקטוריון והוועדה המיוחדת. זאת, על מנת לאפשר לבעלי המניות לקבל תמונה מלאה בנוגע להסדר.

63. החברה לישראל מציינת כי בשנים האחרונות חיפשה צים שותף אסטרטגי ואף פנתה לחברות ספנות שונות. אולם, סוגיית מבנה החוב של צים ומניית המדינה המיוחדת עמדו בעוכרי העניין. לפיכך, סברו צים והחברה לישראל כי במסגרת הסדר החוב יהיה נכון לדון עם המדינה על זכויותיה לפי מניית הזהב, ובעיקר עבירות המניות, וזהו הרקע למשא ומתן שנוהל עם המדינה.

64. משכך, החליטה הועדה המיוחדת ולאחר מכן ועדת הביקורת והדירקטוריון, לקבוע תנאי מתלה לאישור חלקה של החברה בהסדר החוב בעדכון מניית המדינה המיוחדת כך שיוסרו המגבלות הקיימות על העברת מניות צים שבידי החברה לישראל. עם זאת, המגעים בין צים והחברה לישראל לבין המדינה לא צלחו, וצים הגישה לבית משפט של פירוק בקשה בה ביקשה כי תעודכן מניית המדינה המיוחדת תוך ביטול מגבלות העבירות של מניות צים לאחר ההסדר. השופט הורה לצדדים לנהל משא ומתן, וקבע כי אם לא יגיעו להסכמה, ייתן בית המשפט החלטתו בעניין. לאחר שהצדדים לא הגיעו להסכמה, נפנה בית המשפט לכתוב את החלטתו. החברה לישראל מדגישה כי הוועדה המיוחדת והנהלת החברה קיבלו דיווחים שוטפים אודות הדיון שהתקיים בבית המשפט של פירוק, וניהלו ישיבות רבות בהשתתפות יועצים משפטיים וכלכליים כדי לבחון את הסדר החוב גם מזווית המשא מתן עם המדינה.

65. עוד מדגישה החברה כי בית משפט של פירוק היה מודע היטב לקיומו של התנאי המתלה בהחלטת האסיפה הכללית של החברה לישראל, ונתן על כך את הדעת במסגרת החלטתו. לכן,

בית משפט של פירוק הניח כי המתכונת למניית הזהב שנקבעה בהחלטתו מקיימת את דרישות התנאי המתלה לאישור הסדר החוב.

66. לאחר קבלת החלטת בית משפט של פירוק, קיימה הוועדה המיוחדת ישיבה ביום 3.7.2014 ביחס להחלטה. טרם הדיון נבחנה ההחלטה באמצעות יועציה המשפטיים של הוועדה ממשרד יגאל ארנון ושות'. מסקנתם של היועצים המשפטיים החיצוניים הייתה כי החלטת בית המשפט מקיימת את התנאי המתלה שנקבע בהחלטת האסיפה הכללית (והדבר אף עלה על הכתב לאחר הישיבה). עו"ד גיל אורן אף השתתף בישיבת הוועדה המיוחדת בנושא. בנוסף, פנתה הוועדה המיוחדת לשלי תשובה, היועץ הכלכלי הבלתי תלוי של הוועדה, על מנת שיחווה דעתו האם השינויים שנעשו בתנאי מניית המדינה משנים את מסקנתו ביחס להוגנות ההסדר עבור החברה לישראל. מסקנתו של מר תשובה, בכתב ובעל פה, הייתה כי אין בשינוי מגבלת העבירות כפי שנקבעה בהחלטת בית המשפט של פירוק כדי לשנות ממסקנתו על הוגנות העסקה. מר תשובה השתתף גם הוא בישיבת הוועדה המיוחדת.

67. לפיכך, טוענת החברה לישראל, כי בהתאם להסמכה שניתנה לוועדה המיוחדת על ידי האסיפה הכללית, היא החליטה להמליץ לדירקטוריון לאשר את קיום חלקה של החברה לישראל בהסדר החוב. בבסיס החלטה זו עמדו שני נימוקים:

68. **הראשון,** החלטת בית משפט של פירוק "מגשימה את התכלית העסקית והמהותית" שבשלה ביקשה החברה לישראל לשנות את מניית הזהב – "ליתן אפשרות מקסימלית לסחירות במניות צים שבידי החברה לישראל לאחר הסדר החוב". בנוסח החדש של ההגבלה המדינה הייתה רשאית להתנגד רק מטעמים של פגיעה באינטרסים חיוניים של המדינה, בלוח זמנים קשוח של 30 יום ונדרש רק להודיע למדינה ולא לקבל את אישורה מראש להעברת המניות.

69. החברה לישראל טוענת כי לא הייתה צפייה סבירה לחברי הוועדה המיוחדת כי לחברה לישראל תהיה הזדמנות למכור את החזקותיה בצים לאחר הסדר החוב, למשקיע אחד שירצה בהחזקה משמעותית בצים (של בין 32-24 אחוז). הסיבה לכך הייתה ההבנה כי אין "משקיע אסטרטגי" שירכוש חבילת מניות כזו, שלא תאפשר שליטה בצים, כאשר ממילא רכישת שליטה בצים תהיה טעונה הצעת רכש לכלל בעלי המניות וקבלת הסכמת המדינה. בנוסף, לא סברה הוועדה כי קיימת אפשרות ריאלית שתישקל על ידם מכירה למשקיע שזהותו עלולה לפגוע באינטרסים חיוניים של המדינה וביטחונה, ולכן מגבלה זו נראתה להם לא רלוונטית, או בסבירות נמוכה.

70. זאת ועוד, הוועדה ראתה לנגד עינה את האפשרות הסבירה כי ירצו להוציא לפועל, לאחר הסדר החוב, תוכנית פיצול מבנית של החברה לישראל, כך שתוקם חברת בת בסינגפור אליה יועברו מניות החברה לישראל בצים, ומניותיה של החברה החדשה יחולקו כדיבידנד לבעלי מניות

החברה לישראל (תוכנית זו פורסמה בדיווח מיידי מיום 26.6.2013). לפיכך החלטת ביתה המשפט של פירוק הייתה עתידה להקל על צעד זה. כלומר, לטענת החברה, רף ההתנגדות של המדינה בעקבות החלטת המחוזי עלה מ 24% ל 35%, באופן שתאם את התסריטאים הסבירים למימוש מניות צים שיוותרו בידי החברה לישראל.

71. **השני**, שינוי תנאי מניית הזהב בהחלטת בית המשפט של פירוק עומד במסגרת ההסמכה של האסיפה הכללית שניתנה להנהלת החברה באישור הוועדה המיוחדת, לשנות תנאים בהסדר החוב, שינוי שאינו מהותי להסדר. מסקנה זו נתמכה, כאמור, בחוות דעתם של יועצי הוועדה המשפטיים והכלכליים. הוועדה סברה שאין זה סביר להפקיע את ההסדר אשר, לדעתה, תנאיו המהותיים התקיימו, עקב חריגה קצרה ממועד קיום התנאי המתלה, בהתחשב במורכבותו וחשיבותו.

72. החברה לישראל טוענת כי גם במסגרת הדיון שהתקיים בבית המשפט העליון היו הצדדים ובית המשפט ערים לתנאי המתלה, כך שהסכם הפשרה, כביכול, משקף אותו ועומד בו. החברה לישראל טוענת כי הוועדה המיוחדת קיבלה דיווח על הדיון בבית המשפט העליון ועוד באותו היום (14.7.2014), קיימה דיון מקיף בהסכם הפשרה, גם הפעם בהשתתפות היועצים המשפטיים ממשרד יגאל ארנון ושות'. הוועדה החליטה כי השינויים שחלו בין החלטת המחוזי להסכם הפשרה בעליון אינם משנים מהותית את התנאים הקבועים בהחלטת המחוזי בייחס לעבירות מניות צים, ואינם סותרים את התכלית אותה ביקשה החברה לישראל להגשים – הקלה בעבירות המניות, לנוכח התסריטים הסבירים בהם תבקש להעביר את המניות. בנוסף הוחלט שאין צורך בעדכון נוסף של חוות הדעת הכלכלית. לפיכך, סברה הוועדה המיוחדת כי אישור הסכם הפשרה וההסדר כולו מצוי עדיין בסמכות שניתנה לה ולהנהלה על ידי האסיפה הכללית.

73. החברה לישראל טוענת כי יש לדחות את בקשת האישור בשל כלל שיקול הדעת העסקי, אשר קובע כי בית המשפט (או בעל מניות) לא יחליף את שיקול דעתה של הנהלת החברה בשיקול דעתו, אף אם הוא חושב כי החלטת החברה מוטעית. נטל ההוכחה להוכיח קיומן של נסיבות המצדיקות התערבות חריגה, לפי כלל זה, רובץ על כתפי המבקש. חשיבותו של כלל שיקול הדעת העסקי נכון שבעתיים כאשר מדובר בכלי התביעה הנגזרת, שהוא לעצמו כלי חריג בו יש להשתמש רק בנסיבות קיצוניות.

74. לפיכך, מכיוון שבענייננו, טוענת החברה לישראל כי חברי הוועדה המיוחדת פעלו בלא ניגוד עניינים, בתום לב ובאופן מיודע, כאשר טובת החברה היא שעומדת לנגד עיניהם, כלל שיקול הדעת העסקי קובע כי גם אם נפלה טעות אפילו קשה בשיקול דעתם, היא אינה כפופה לביקורת שיפוטית. בהקשר זה מציינת החברה לישראל את היקפו וטיבו של העניין אשר הובא

בפני הוועדה המיוחדת – עסקה מורכבת, רבת צדדים, העוסקת בתחומי מומחיות רבים ובעל סדר גודל כמעט חסר תקדים. נטיית הפסיקה היא שלא להתערב בהחלטות עסקיות מורכבות ודרמטיות כגון העסקה המדוברת.

75. החברה לישראל מציינת כי המבקש לא מציג כל סיבה למה יש להתערב בשיקול הדעת העסקי של החברה – הוא אינו מעמיד תשתית למניעים זרים שהנחו את הוועדה המיוחדת, הוא אינו מראה מניעים שרירותיים או בלתי רלוונטים, או כי קיימת סטייה קיצונית מן הסביר בהחלטת הוועדה. לא ניתן לשלוף נדבך אחד מתוך הסדר החוב ולומר כי הוא לא טוב לחברה, כיוון שיש לראות את הסדר החוב בשלמותו – האם הוא טוב לחברה לישראל. החלטת הוועדה המיוחדת כי התנאי המתלה התקיים היא ההחלטה שמגשימה את הציפיות הסבירות של בעלי המניות המשרתת את טובת החברה.

76. עוד טוענת החברה לישראל כי לשון התנאי המתלה אינה עוסקת בהסרה מוחלטת של מגבלת העבירות שבמניית הזהב, אלא ב"שינוי" או "עדכון" או "המרה" של המנייה בלבד – קרי הליך גמיש הפונה ליצירת הסדר חלופי ולא לאיון. לטענת החברה לישראל ניסוח התנאי המתלה בלשון גמישה הביא בחשבון את מורכבות המשא ומתן עם המדינה ואת הקושי לצפות את הסיכום הקונקרטי שיוולד ממנו.

77. החברה ממשיכה וטוענת כי יש לקרוא את התנאי המתלה יחד עם דוח העסקה כולו שמטרתו הייתה להגביר את סחירות מניות החברה לישראל בצים החדשה, לאחר ההסדר. כלומר, מטרת דוח העסקה הייתה חתירה להגשמתו של הסדר החוב, תוך מקסום יכולת החברה לישראל לסחור במניות צים החדשה בהן תחזיק לאחר ההסדר. תכלית זו הוגשמה על ידי החלטת הוועדה המיוחדת והדירקטוריון.

78. זאת ועוד, לטענת החברה לישראל, השינויים בתנאי מניית המדינה אכן הגבירו את סחירות המניות ביחס למצבן הקודם. **ראשית**, בשל הגדרת עילת ההתנגדות של המדינה כאשר הנעבר מחזיק ב 24%-35%. לטענת החברה, טרם השינוי המדינה יכלה להתנגד מכל נימוק שהוא, וכעת היא יכולה להתנגד רק מנימוקים ביטחוניים או אינטרסים חיוניים. מכיוון שהסיכוי שעילה זו תחסום העברת מניות היא נמוכה, יש בכך "שחרור" של מגבלת העבירות. **שנית**, שינוי בפרוצדורת בחינת התנגדות המדינה להעברת מניות כאשר הנעבר מחזיק ב 24%-35%. לטענת החברה, הודעה אינה שקולה ל"אישור מראש", בנוסף לסד הזמנים של 30 יום לקבלת עמדת המדינה.

79. החברה לישראל טוענת כי הנחת המוצא של הוועדה המיוחדת הייתה כי החברה לישראל לא תהיה בעלת השליטה בצים לאחר הסדר החוב, ולכן העובדה כי מגבלת העברת השליטה נותרה כשהייתה, לא הייתה חשובה לה. בנוגע לטענת המבקש כי החשיבות אינה בכמה מניות תחזיק

החברה לישראל אלא בכמות המניות של הגורם אליו תרצה להעביר המניות, טוענת החברה לישראל כי הסתברות התרחישים שמתאר המבקש הינה אפסית. הנושים שקיבלו את מניות צים במסגרת ההסדר היו רבים וברור שאלו יבקשו לממש את המניות במסגרת מכירתן בבורסה, כך שהחברה לישראל תיוותר המחזיק המשמעותי היחיד בצים. לא צפוי כי בעל מניות יחזיק 26% או 35% ממניות צים כיוון שלא כדאי לרכוש כמות כזו של מניות בלי לקבל שליטה בצידה, הטענה הצעת רכש לכל בעלי המניות ואישור המדינה. כמו כן, רכישת שליטה בצים לאחר ההסדר עלולה להביא לאקסלרציה של חובות שונים של צים, ואף בשל כך מדובר בתסריט לא סביר. החברה מזכירה כי ניסיונותיה להכניס משקיע אסטרטגי בצים כשלו, מה שמחזק את הטענה של אי סבירות התרחיש של המבקש.

80. החברה מוסיפה כי הוועדה המיוחדת והנהלת החברה פעלו על פי הסמכה שניתנה להם בסעיף 2.2 לדוח העסקה אשר קיבל את אישור האסיפה הכללית, הקובע כי בסמכותם לאשר התקשרות שונה ובלבד שבשיקול דעתם אין מדובר בשינוי מהותי. זאת ועוד, דוח העסקה עצמו מציין כי תוצאות המשא ומתן עם המדינה עדיין לא סופיות, ועל כן מאפשר לוועדה המיוחדת וההנהלה את אותה גמישות להשלימו. הדבר מעיד על כך שבעלי המניות היו מודעים בזמן אמת לעובדה כי מתקיים משא ומתן אשר יכול שיסתיים בפשרה שתהיה שונה מהעמדה שאישרו, ונתנו לוועדה את המנדט לשינוי.

81. החברה טוענת כי פרשנות נכונה של דוח העסקה היא כי התנאי המתלה מתנה את תוקף אישור ההסדר לפי סעיף 2.1 להחלטה, אך זאת בכפוף לשינויים שיחולו לפי סעיף 2.2 להחלטה. לכן, אין תוקף לטענת המבקש כי בלא התקיימות התנאי המתלה אין תוקף להסמכה לשנות תנאים שבסעיף 2.2 להחלטה. עוד טוענת החברה כי הוועדה המיוחדת וההנהלה לא שינו את התנאי המתלה, בניגוד לטענת המבקש, אלא אך ורק את תנאי הסדר החוב. קרי, הוועדה המיוחדת ניצלה את סמכותה להגיע להסכמות עם המדינה. כתשובה לטענת המבקש כאילו סעיף 2.2 אינו חוקי כיוון שהוא נוגד את סעיף 57 לחוק החברות, עונה החברה כי דוח העסקה כולו נבחן על ידי הרשות לניירות ערך ונמצא תקין, לכן הוא חוסה תחת חזקת תקינות מנהלית. עוד היא טוענת כי לפי סעיף 57 לחוק החברות האסיפה הכללית יכולה לקבוע תנאים, והסמכות במסגרת אישורה לאורגן המבצע, כחלק מסמכות העזר – מדובר בהסמכה פרקטית ומקובלת המקיימת את טובת החברה וציפיות בעלי המניות.

82. זאת ועוד, החברה דוחה את טענת המבקש כי ההסדר שאושר מהווה שינוי מהותי להסדר שאושר על ידי האסיפה הכללית. ראשית, כאמור, הדבר נמצא במרחב שיקול הדעת העסקי, כאשר על פי סעיף 2.2 להחלטה הדבר נתון לשיקול הדעת של הוועדה המיוחדת. כמו כן, התבקשה הוועדה המיוחדת על פי החלטת האסיפה הכללית להסתמך על היועץ הכלכלי הבלתי תלוי, וחוות דעתו קובעת מפורשות כי אין בשינוי כדי להשפיע על הוגנות העסקה.

83. החברה אף מדגישה כי השינוי שנעשה בתנאי דוח העסקה אינו מהותי, כיוון שתנאי מניית הזהב כפי שעוצבו בהסכם הפשרה תאמו באופן מהותי את התכלית של אישור הסדר החוב, תוך מתן אפשרות של עבירות מקסימלית במניות צים, בתסריטים הרלוונטיים. 27 מיליון דולר הינם סכום שולי ביחס להיקף הסדר החוב ומשמעותו עבור החברה לישראל.

84. בכל הנוגע לטענת המבקש על התרשלות חברי הוועדה המיוחדת, טוענת החברה לישראל כי מדובר בדירקטורים בלתי תלויים, מקצועיים אשר פעלו ללא ניגוד עניינים, והחליטו החלטות מקצועיות וסבירות, תחת הסמכות שניתנה להם על ידי האסיפה הכללית. זאת ועוד, קיים גם מחסום מפני תביעה נגזרת בשל כתבי פטור ושיפוי שנתנה החברה לדירקטורים אלו בהחלטת האסיפה הכללית מיום 8.11.2011.

85. עוד טוענת החברה כי הדירקטורים לא הפרו את חובת האמונים שלהם כלפי צים ולא היו נגועים בניגוד עניינים. כמו כן, אין בנמצא עילת תביעה כנגד בעלי השליטה בחברה לישראל, כיוון שאלו לא היו מעורבים בעבודת הוועדה המיוחדת ואסור היה להם להיות מעורבים בעבודתה. בכל הנוגע לצים, טוענת החברה כי צים לא ידעה ולא היה עליה לדעת על העדר אישור, כביכול, לעסקה מצד החברה לישראל, ועל כן העסקה תקפה לגביה. זאת ועוד, במסגרת הסדר החוב שאושר בבית משפט של פירוק התחייבה החברה לישראל לתן פטור מתביעות לכל יתר הצדדים להסדר, כולל צים (סעיף 3.3.8 לדוח העסקה, סעיף 7 למסמך הסדר החוב).

86. בכל הנוגע לעניין הנזק, טוענת החברה לישראל כי אין בנמצא נזק. כעולה מחוות דעת המומחה מטעם החברה לישראל, מר תשובה, התרחיש בו תתכן מכירה אשר תוביל להחזקה של חבילת מניות בהיקף של 24%-32%למשקיע אחד, אינה סבירה והסתברותה זניחה. כמו כן, בחוו"ד מופקדי, שהוגשה מטעם המבקש נפלו טעויות רבות:

א. חוו"ד מופקדי יצאה מנקודת הנחה כי החברה לישראל הינה בעלת השליטה בצים, ועל כן תרצה למכור מניותיה בבלוק, כדי ליהנות מפרמיית השליטה, ולא בצורה מפוזרת. בתרחיש של מכירה מפוזרת גם מופקדי לא מוצא נזק לחברה לישראל. אולם, החברה לישראל אינה בעלת השליטה בצים, ולכן אין כל מניעה או הפסד מצידה למכור מניותיה בצורה מפוזרת, תרחיש בעל הסתברות גבוהה.

ב. עוד טעה מופקדי בשיעור הניכיון הקיים במניות צים (לטענתו 26%), כאילו מדובר במניות חסומות שקיימת מניעה מוחלטת לסחור בהם, ולא כן היא. בנוסף, לא ניתן לטעון כי כל מניות צים בהם מחזיקה החברה לישראל, בעלות שיעור ניכיון זהה, כאשר מתחת ל 24% ממניות החברה, אין מגבלת עבירות כלל.

ג. מופקדי העריך את הסתברות התנגדות המדינה ב 50%. מדובר באחוז מופרז ביותר ובלתי מבוסס.

87. כמו כן, בחוו"ד תשובה עולה כי אף אם נקבל את כל הנחות היסוד המוטעות של חוו"ד מופקדי, עדיין הנזק עומד על לא יותר מ 1.1 מיליון דולר, ולא 27.4 מיליון דולר, כפי שטוען המבקש. סכום זה הינו בלתי מהותי לחלוטין ביחס לעסקת הסדר החוב כולה.

88. עוד טוענת החברה לישראל כי המבקש אינו תם לב כיוון שהוא מחזיק בהחזקה זניחה של מניות החברה לישראל, כיוון שלא טרח להשתתף בעצמו באסיפה הכללית שאישרה את דוח העסקה, וכיוון שנמנע להגיש פנייה מוקדמת לחברה.

89. כמו כן, לטענת החברה לישראל בקשת האישור נגועה בשיהוי חמור וב"מעשה עשוי" כיוון שהסדר החוב כבר יצא אל הפועל והושלם. הסדר החוב אף הביא כבר לשינוי מצבם של צדדים שלישיים רבים, אשר קיבלו את מניות צים או התקשרו איתה על בסיסו, ולמחיקת חובות בהיקף של מעל מיליארד דולר. העובדות הרלוונטיות היו ידועות למבקש כבר ביום 6.7.2014 ואילו בקשת האישור הוגשה רק ביום 5.8.2014.

<u>טענות המשיבה 2, צים, בתגובתה לבקשה לאישור תביעה נגזרת</u>

90. המשיבה 2, צים, מבקשת למקד טיעונה במענה לטענה כי מחובתה לשפות את החברה לישראל בשל פגם, כביכול, בממכר, והתעשרות שלא כדין. על מנת שלא ליצור חזרה מיותרת על הדברים, אפרט כאן רק בנוגע לטיעוניה של צים שלא עלו בתגובת החברה לישראל.

91. צים טוענת כי לא ניתן לנתק את עסקת ההשקעה של החברה לישראל בצים משאר מרכיבי וצדדי הסדר החוב, וכי כל הגורמים שהיו מעורבים בהסדר החוב מהווים יחדיו רכיבים בעסקה כוללת אחת, ובלתי ניתנת להפרדה. לטענתה אם תאושר הבקשה כנגד צים, תצטרך החברה לישראל לנהל הליך מול צים ואם תזכה בו, תתבע החברה לישראל על ידי הנושים האחרים בהסדר החוב, ותידרש לשלם להם בשל גרימת ירידת ערך מניותיהם בצים, בניגוד להתחייבותה לפי הסדר החוב. לפיכך, אין בהליך זה כל טעם עבור החברה לישראל.

92. עוד מדגישה צים כי כאשר היה על החברה לישראל לבחון את שווי השקעתה בצים במסגרת הסדר החוב, תהיה זו שגיאה לבחון רק את שווי ההשקעה עצמה. במקרה כזה יש לבחון את הנכס אשר התמורה משתלמת עבורו אל מול הנזק העצום שיגרם אם תמנע ההשקעה והחברה תקרוס. לפיכך, גם אם נגרמה ירידת ערך מסוימת עקב מגבלת העבירות, כנגד מכלול השווי הנכסי של ההשקעה בתוספת פוטנציאל הנזק שנמנע, מדובר בנזק בירידת ערך בטלה.

93. בכל הנוגע לאפשרות חיובה של צים מכח עשיית עושר ולא במשפט, בשל היות הסדר החוב חסר תוקף עבור החברה לישראל, בהעדר אישור כדין, טוענת צים כי על מנת לחייבה יש להוכיח כי צים ידעה או היה עליה לדעת על העדר אישור להסדר (סעיפים 280-282 לחוק החברות). אולם בענייננו קיימות נסיבות רבות המעידות על כך שצים לא ידעה על העדר אישור כדין להסדר החוב:

א. צים קיבלה לכל אורך הדרך את אישור דירקטוריון החברה לישראל לכך שההסדר קיבל את כל האישורים הנדרשים, והדבר אף עלה מהדיווחים הרשמיים של החברה לישראל לציבור ולרשות לניירות ערך.

ב. האיזון של מניית הזהב, נשוא ההסדר הוא תוצאה של החלטת בית משפט של פירוק, לאחר ששמע את טענות הצדדים, והכריע לגופו של עניין.

ג. העסקה הינה לטובת החברה לישראל, כעולה מדיווחיה ומהשכל הישר.

ד. העסקה היא לטובת גורמים מעורבים נוספים, כגון עובדי צים, ספקיה, לקוחותיה. כמו כן הסדר החוב משרת אינטרסים לאומיים וביטחוניים של מדינת ישראל והמשק בישראל.

ה. הסיכוי להתממשות תרחיש בו המדינה תתנגד למכירה של מניות על ידי החברה לישראל הינו נמוך ביותר.

ו. החברה לישראל יצרה מצג ברור ועקבי לגבי זהות האורגנים שהוסמכו מטעמה לניהול והשלמת הסדר צים.

ז. אותם אורגנים בחברה לישראל ערכו דיוניים בהם נבחנו התנאים של ההסדר, וקבעו, בהסתמכות על חוו"ד מומחים משפטיים וכלכליים, שניתן לאשר את הסדר החוב בהתאם להחלטת האסיפה הכללית. לפיכך כל אדם סביר היה מניח שהאישורים התקבלו כדין.

94. צים שוללת את האפשרות לחייבה בעילת עשיית עושר ולא במשפט בלא ביטול הסדר החוב, כיוון שלעמדתה לא יכולה להתקיים עשיית עושר במסגרת חוזה המהווה "זכות שבדין". כמו כן, שוללת צים עילות של הפרת חובה חקוקה באשר היא לא הפרה כל חובה חקוקה. צים מוסיפה כי גם העילה אותה מעלה המבקש של השבה מכוח חוזה בלתי חוקי או שלא השתכלל, דורשת שצים ידעה או הייתה צריכה לדעת על הפגם, יסוד אשר כאמור לא התקיים. בנוסף, גם אם מדובר בחוזה בלתי חוקי, ממילא יש להורות על אכיפתו נוכח שיקולים רבים שהוכרו בפסיקה לעניין זה.

95. צים שוללת את ניסיונו של המבקש להיאחז בפרוטוקול הדיון בבית המשפט העליון, ממנו עולה כביכול, כי גם בית המשפט העליון טען כי הסדר הפשרה אינו עולה בקנה אחד עם התנאי המתלה שבהחלטת האסיפה הכללית של החברה לישראל. לטענת צים מדובר בשימוש בפרוטוקול באופן חלקי, וחילופי דברים נערכו במסגרת משא ומתן לפשרה. הנחת היסוד במשפט הישראלי כי אמירות הנאמרות במסגרת ניסיונות פשרה אינן משקפות את הטיעון המשפטי או את עמדת בית המשפט. עוד טוענת צים כי הסיטואציה המתוארת על ידי המבקש בנוגע למה שהתרחש במהלך הדיון בעליון שונה לחלוטין – להרכב הוגשו שני נוסחים של הצעת הפשרה, אחד על ידי ב"כ המדינה והשני על ידי ב"כ צים. הערות השופטים המופיעות בפרוטוקול התייחסו לכך שהנוסח שהוצע על ידי ב"כ צים אף הוא אינו עולה בקנה אחד עם הדרישה שבתנאי המתלה כיוון שיש בו שינוי מהטקסט המקורי שקבע בית משפט של פירוק.

96. זאת ועוד, צים מדגישה כי לא הייתה מסכימה להסדר פשרה אשר לא היה מאושר מראש על ידי החברה לישראל, ועל כן בדיון בעליון הייתה מעדיפה לטעון לגופו של ערעור אלמלא הודיעה החברה לישראל כי נוסח הפשרה עומד בדרישות העבירות. הסיבה לכך היא שבמידה והחברה לישראל הייתה אומרת כי עליה להחזיר את הסדר הפשרה להחלטה באסיפה הכללית, מעבר לסיכון הטבעי הטמון בהצבעה חוזרת, ההצבעה עצמה הייתה עלולה להעמיד את הסדר החוב בסיכון, ללא קשר לתוצאותיה.

97. בכל הנוגע לחוו"ד מופקדי, טוענת צים כי נפלו בה מספר טעויות. ראשית. לא נכון שיש לחברה לישראל שליטה בצים. למעשה על פי תקנון צים לכל מחזיק ב 12.5% ממניות צים יש זכות למנות דירקטור מבין תשעה הדירקטורים, ואילו הדירקטור התשיעי ממונה על ידי אסיפת בעלי המניות. התוצאה של ביזור זה הוא שהחברה לישראל ממנה רק 2 מתוך הדירקטורים בצים, ובנוגע לדירקטור התשיעי תזדקק לשיתוף פעולה כדי למנותו. על כן השפעתה של החברה לישראל מוגבלת, והיא אינה יכולה לגבות פרמיית שליטה עבור מכירת מניותיה בצים בבלוק. על כן, מגבלת העבירות אינה מביאה לאבדן פרמיית השליטה. עוד טוענת צים כי חוו"ד מופקדי בוחנת את הנזק שנגרם לחברה לישראל מנקודת מבט צרה של העסקה הספציפית ולא את התועלות הכלכליות הרוחביות כתוצאה משימור פעולתה של צים כעסק חי. קרי הנזק צריך לקחת בחשבון גם את הנזק שנמנע מפירוקה של צים. עוד מתעלמת חוו"ד מופקדי מחיסכון הערבות למדינה של 10 מיליון דולר.

98. צים מעירה מספר הערות קצרות הנוגעות למעגל הפנימי של ההחלטה שהתקבלה בחברה לישראל, ואשר אין בהם כדי להוסיף על שנאמר בתגובת החברה לישראל.

<u>טענות המשיבים 3-6, הדירקטורים, בתגובתם לבקשה לאישור תביעה נגזרת</u>

99. המשיבים 3-6 הינם, כאמור, חברי הוועדה המיוחדת והבלתי תלויה אשר הקים דירקטוריון החברה לישראל לצורך בחינה וגיבוש של הסדר החוב של צים וחלקה של החברה לישראל בו. על מנת שלא ליצור חזרה מיותרת על הדברים, אפרט כאן רק בנוגע לטיעוניהם של חברי הוועדה המיוחדת שלא עלו בתגובת הקודמות של החברה לישראל ושל צים. לצורך הנוחות אתייחס לנתבעים 3-6 כולם כ"הוועדה המיוחדת".

100. הוועדה המיוחדת מדגישה כי לאחר הרכבתה היא התכנסה כ- 37 פעמים לצורך דיון בהסדר החוב המתגבש, ובישיבותיה פעלה באופן מתודי, ביקורתי, מיודע וזהיר, כאשר היא שוקלת את מלוא החלופות העומדות לפניה. פעולות הוועדה היו תחילה לנהל משא ומתן עם צים ונושיה, ובשלב השני לבחון, בסיוע יועץ כלכלי בלתי תלוי, האם סכומי התמורה שיתקבלו מצדיקים את התוצאה שתתקבל מן ההסדר מבחינת החברה לישראל. לאחר ששמעו את חוות דעתו של היועץ הכלכלי הבלתי תלויה של הוועדה, השתכנעו חבריה כי השקעה של 200 מיליון דולר בצים כאשר שווין של אחזקות החברה בצים לאחר ההסדר יעמדו על 275-285 מיליון דולר, הינה עסקה הוגנת. חברי הוועדה המיוחדת השתכנעו מרצינות הבדיקה של היועץ הכלכלי, שלי תשובה, והחליטו לאמצה.

101. בכל הנוגע למניית הזהב של המדינה, הוועדה המיוחדת סברה כי ביטול מגבלת העבירות המקורית שחלה על מניות החברה לישראל בצים היא בעלת חשיבות למקרה שהחברה לישראל תרצה לפעול לפיצול עסקיה, כפי שעמד על הפרק אותה עת. התנאי המתלה בדוח העסקה נקבע על מנת לקדם את המשא ומתן עם המדינה בנושא מגבלת העבירות, ועל רקע ניסיון למהר ולסיים את הסדר החוב, בלחץ הנושים הנוספים.

102. הוועדה מדגישה כי ההחלטה שעמדה לפתחה הייתה האם לתמוך בהסדר החוב של צים, הסדר ששיקף את מיטב המאמצים וההישגים שהחברה לישראל יכלה להשיג במסגרתו, או האם לדחות אותו. בכל מקרה לא עמדה בפני הוועדה האפשרות לשנות את תנאיו של ההסדר כך שההשקעה של החברה לישראל תהיה נמוכה ב 27 מיליון דולר.

103. בכל הנוגע להסכם הפשרה אליו הגיעו צים והמדינה בבית המשפט העליון, מדגישה הוועדה המיוחדת, כי זה נעשה "בדקה ה 90" כאשר נושים שונים מאיימים כי כל דחייה באישור הסדר הנושים תוביל לפיצוצו.

104. הוועדה טוענת כי הסעד המבוקש בבקשת האישור אינו מצוי בסמכותו העניינית של בית משפט זה, כיוון שפרוש הבקשה היא ביטול הסדר הנושים אשר כבר בוצע בפועל, מבלי לצרף להליך את כל הצדדים הנדרשים העלולים להיות נפגעים ממנו. הסמכות העניינית לפעולה כזו מצויה

בידי בית משפט של פירוק, אשר בית משפט זה אינו ערכאת ערעור עליו, מדובר במעשה עשוי אשר השפיע כבר על צדדים שלישיים רבים, ולכן לא ניתן להחזיר את הגלגל לאחור.

105. זאת ועוד, חברי הוועדה המיוחדת נהנים כולם מפטור מאחריות שהעניקה להם החברה לישראל בגין נזק שנגרם כתוצאה מהפרת חובת הזהירות שלהם כלפיה, מראש, כאשר פטור זה קיבל את כל האישורים הנדרשים במוסדות החברה לישראל.

106. הוועדה מדגישה כי החלטות הוועדה המיוחדת התקבלו בתום לב, ללא כל ניגוד עניינים, ותוך בחינה מודעת של מכלול השיקולים. מדובר בהחלטות המצויות בטווח שיקול הדעת העסקי של חברי הוועדה, ועל כן הם נהנים מכלל אי ההתערבות ומכלל שיקול הדעת העסקי. הוועדה המיוחדת מציינת כי חבריה פעלו לטובת החברה לישראל, באופן שנועד למנוע ממנה נזקי ענק שהיו נגרמים אילו היה הסדר החוב נכשל, ובפרט בגללה, מה שהיה חושף אותה לתביעות מצד צדדים אחרים להסדר החוב.

107. בקשת האישור נכשלה להוכיח קיומו של נזק אמיתי כלשהו לחברה לישראל כתוצאה מהחלטת הוועדה המיוחדת. הוכחת נזק דורשת שהמבקש יראה שמצבה של החברה אלמלא אושר הסדר החוב היה טוב יותר ממצבה לאחר שאושר הסדר החוב כפי שאושר. זאת, בהינתן כי לא באמת הייתה קיימת חלופה ריאלית של איון מוחלט של מגבלת העבירות, בעקבות החלטת בית משפט של פירוק.

<u>טענות המשיבים 7-8, בעלי השליטה, בתגובתם לבקשה לאישור תביעה נגזרת</u>

108. המשיבים 7-8 מפנים לתגובות המשיבים האחרים, וטוענים כי די באלו כדי להביא לדחיית בקשת המבקש על הסף ולגופה.

<u>תשובת המבקש לתגובת המשיבים</u>

109. המבקש חוזר בתשובתו על טיעונים שהעלה בבקשת האישור.

110. המבקש מדגיש בתשובתו כי התנאי המתלה נוסח בדוח העסקה באופן חד משמעי לפיו תוסר לחלוטין מגבלת העבירות המוטלת על מניות צים, בין אם אלו מוחזקות על ידי החברה לישראל ובין אם לאו. כל טענות המשיבים כאילו ניתן היה רק "לעדכן" את מניית הזהב, או כי ההסרה נגעה רק למניות שיהיו בידי החברה לישראל, אינן תואמות את לשון דוח העסקה אשר אושר באסיפה הכללית. לצורך כך סוקר המבקש את הסעיפים הרלוונטיים בדוח העסקה, את בקשת צים לבית משפט של הסדר ואת חוו"ד תשובה. המבקש מדגיש כי ברור כי הסרת מגבלת העבירות הייתה אמורה לחול על כל מניות צים ולא רק על אלו שהוחזקו על ידי החברה

לישראל מעצם העובדה כי המגבלה מצויה בתקנון צים, כך ששינוי התקנון יגרור שינוי מגבלת העבירות עבור כלל מניות צים.

111. המבקש מדגיש כי אין כל ספק כי בענייננו נותרו מגבלות עבירות רבות על מניות צים גם לאחר הסכם הפשרה שנחתם בבית המשפט העליון, ועל כן אין כל ספק כי התנאי המתלה לא התקיים. משכך, התייחסותו לטענות המשיבים כאילו התנאי המתלה התקיים "מהבחינה המהותית" נעשית למעלה מהדרוש.

112. המבקש טוען כי מגבלות על העברת מניות שיביאו להחזקה של 35% או יותר או על העברה שתביא לרכישת שליטה נותרו בעינן. בנוגע למגבלת העבירות שבין 24%-35%, נעשו שני שינויים פעוטים: **א.** קבלת אישור בדיעבד ולא מראש להעברת מניות – לטענת המבקש אין לכך נפקות כי בכל מקרה ללא אישור המדינה לא תעשה העברת המניות בפועל, ואין בכך להביא לסיחור של המניה או העלאת ערכה בשל הסרת מגבלה מהותית כלשהי. **ב.** הבהרת עילת ההתנגדות של המדינה – גם לשינוי זה אין משמעות כי מלכתחילה הוקצתה מניית הזהב למדינה בתקנון צים לצורך שמירה על אינטרסים חיוניים שלה.

113. בנוגע לטענת המשיבים כאילו נוצרה "וודאות לוחות זמנים" ביחס למגבלה של העברה בין 24%-35%, המבקש טוען כי אין בכך ממש - לפי סעיף 7.6.2 לתקנון צים בנוסחו טרם השינוי ואחריו, אם המדינה אינה מסרבת להעברה תוך 30 יום מן המועד שקיבלה את כל המידע, יש לראות בכך הסכמה להעברה.

114. המבקש מציין כי הנימוקים שנתנה הוועדה המיוחדת בדיווח מיידי מיום 6.7.2014 לכך שהחלטת בית המשפט של פירוק מקיימת את התנאי המתלה באופן מהותי הינם שונים לחלוטין מהנימוקים שניתנים כעת על ידי המשיבים, בהבינם כי לנימוקים שניתנו בזמן אמת אין כל ממש. לכן, מדובר בקו הגנה חדש וכבוש. כך הנימוק כי לא קיים סיכוי כי גורם כלשהו יבקש לרכוש את כל 32% מניות החברה לישראל בצים, או יבקש לרכוש על 24% ממניות צים, לא עלה בפרסומי הוועדה המיוחדת והחברה לישראל, ולא נחשף בפני ציבור המשקיעים בזמן אמת. זאת ועוד, המשיבים לא מסבירים מדוע צים יזמה הליך שמטרתו להביא לביטולה של מגבלה לא אפקטיבית, ומדוע הסרת המגבלה נקבעה כתנאי מתלה (ראו גם סעיף 8.8 לדוח העסקה על חשיבות הסרת המגבלה, ואפשרות "רוכש עתידי").

115. המבקש טוען כי יש לדחות את טענות המשיבים כאילו החלטתו של בית משפט של פירוק הניחה שהתנאי המתלה מתקיים באמצעותה. **ראשית**, בית משפט של פירוק כלל לא בחן את התנאי המתלה. **שנית**, החלטה זו אינה מחייבת (כיוון שבוטלה בהסכמה בבית המשפט העליון), ובפרט לא מחייבת את החברה לישראל שלא הייתה צד לה. **שלישית**, באותו הליך בבית משפט של פירוק לא היה כל בעל דין אשר טען כי אותו שינוי במניית הזהב מחייב אישור

מחדש של האסיפה הכללית. לכן, בית משפט לא דן בכך, ולא העלה כל ממצא בנוגע לכך. **רביעית**, בית המשפט כלל לא בחן את התקיימות התנאי המתלה כיוון שהסתמך על עמדתה של צים, אשר אפשרה לו להבין כי ניתן להסתפק בשינוי התאמה ולא ביטול של מגבלת העבירות שבמניית הזהב.

116. המבקש טוען כי יש לדחות גם את טענת המשיבים כאילו פסק דינו של בית המשפט העליון מלמד לכאורה על כך שבית המשפט הניח שהתנאי המתלה התקיים. **ראשית**, בית המשפט לא הכריע במחלוקת בין הצדדים אלא רק נתן תוקף של פסק דין להסכמה ביניהם. **שנית**, ככל שניתן להבין מהפרוטוקול, עמדתו הבלתי פורמאלית של בית המשפט העליון היא דווקא כי התנאי המתלה לא מתקיים. **שלישית**, גם לעניין זה עולה מפרוטוקול הדיון כי בית המשפט העליון הסתמך על דבריו של ב"כ צים, אשר טען בחוסר סמכות שיוכל "לשכנע" את הוועדה לקבל את הנוסח שהציע לבית המשפט העליון.

117. המבקש דוחה את הפרשנות שנותנים המשיבים לסעיף 2.2 לדוח העסקה. לטענתו, פרשנות זו מרוקנת מתוכן את התנאי המתלה ויוצרת אבסורד. פרשנות זו מביאה לכך שלמעשה ניתנה לוועדה המיוחדת הסמכות לוותר על התנאי המתלה, והדבר לא יתכן שהרי לא זו הייתה כוונת האסיפה הכללית.

118. המבקש מציין כי הוועדה המיוחדת והחברה לישראל מציגים בתגובתם לבקשת האישור גרסה שונה לפרשנותו של סעיף 2.2 לדוח העסקה. בעוד החברה לישראל קובעת כי סעיף 2.2 אינו מקנה אפשרות לשנות את התנאי המתלה, ובכך מקבלת את עמדת המבקש, גורסת הוועדה המיוחדת כי סעיף 2.2 מתיר להם לשנות את התנאי המתלה ולהתגבר על אי קיומו.

119. המבקש דוחה את טענת הוועדה המיוחדת כי סעיף 2.2 מתיר להם לשנות את התנאי המתלה. אין בנמצא מקום כלשהו הקובע כי התנאי המתלה כפוף לסעיף 2.2. לעומת זאת, האמירה כי העסקה כולה כפופה לתנאי המתלה חוזרת בדוח העסקה שוב ושוב. זאת ועוד, מיקומו של סעיף 2.2 לאחר סעיף 2.1, בו מתוארת ההחלטה המוצעת, מצביעה על כך שסעיף 2.2 נועד להעניק גמישות בנוגע לצורה הסופית של הסדר החוב עצמו, ולא בנוגע לתצורה הסופית של התנאי המתלה. המבקש מדגיש כי יש לקרוא את סעיף 2.2 בעיניו של המשקיע הסביר – האם הוא יכל להבין כי לוועדה המיוחדת מותר לוותר על התנאי המתלה? המבקש מוסיף כי לא עולה על הדעת כי רכישת הסמכות לשנות את התנאי המתלה לא תופיע במפורש בדוח העסקה.

120. המבקש טוען כי בזמן אמת המשיבים עצמם לא ראו בסעיף 2.2 מקור לסמכות לשינוי התנאי המתלה, כפי שעולה במפורש מפרוטוקול האסיפה הכללית מיום 27.6.2014 בו אושר דוח העסקה. באותה ישיבה נאמר כי אם אין ביטול של מגבלת העבירות אין הסדר. המבקש מביא

עוד שני ציטוטים מדברי ב"כ צים (מדיון שנערך ביום 29.6.2014 ומכתב טענות מיום 22.6.2014) מהם עולה כי ללא ביטול הגבלת העבירות לא יהיה ניתן לבצע את הסדר החוב.

121. המבקש מדגיש כי שינוי מניית הזהב כפי שנעשה בהסכם הפשרה הוא לכל עניין ודבר עסקה חדשה המחייבת אישור מחדש של האסיפה הכללית. מדובר בשינוי של נכס הבסיס, כאשר כעת הנכס המועבר, עבור אותה תמורה, הוא פגום, ואין זה משנה אם מדובר בשוני מהותי או לא מהותי. הצורך באישור מחדש אף עולה בתקנות החברות (הקלות בעסקאות עם בעל ענין) תש"ס-2000, בו מצויה רשימה סגורה של מקרים בהם לא יידרש אישור מחדש של התקשרות בעסקה עם בעל עניין. התרת שיקול דעת לדירקטוריון חברה ציבורית לתקן החלטה של אסיפה כללית, תוביל למדרון חלקלק.

122. המבקש אף מתנגד לטענת המשיבים כאילו העובדה שהרשות לניירות ערך לא שינתה את נוסח סעיף 2.2 יש בה כדי לחזק את טענותיהם על הסמכות שניתנה להנהלת החברה. לא מדובר במצב של פרה רולינג כיוון שלא נעשתה פנייה כזו לרשות. למעשה בסדרה של מקומות הביעה הרשות לניירות ערך עמדתה כי דווקא כן נדרש אישור מחדש של האסיפה הכללית לשינוי עסקת בעל עניין. עוד טוען המשיב כי התנאי המתלה הוא מהותי ביותר, כפי שעולה מדוח העסקה שמיקם אותו כ "Deal Breaker", וכפי שעולה מחוו"ד מופקדי.

123. בכל הנוגע לטענה כי התביעה הנגזרת אינה לטובת החברה, מדגיש המבקש כי ביטול מגבלת העבירות היה תנאי של החברה לישראל בלבד, ולא של כל נושי צים שהיו צד להסדר החוב (כפי שעולה מעמדת המדינה בהליכים הקשורים לכך). לכן, הוועדה המיוחדת היא אשר הגיעה, לאחר 37 ישיבות ותוך הסתייעות במומחים, למסקנה הברורה והחד משמעית כי **טובת החברה** אינה להתקשר בהסדר חוב בכל מחיר, אלא רק אם תבוטל מניית הזהב. אף האסיפה הכללית שאישרה את דוח העסקה סברה כי טובת החברה היא שלא להתקשר בהסדר החוב ללא ביטול מגבלת העבירות. כעת מנסים המשיבים להתנער מכך תוך שהם משתמשים באותו נימוק של "טובת החברה". בין השורות בתגובת המשיבים, מתחבא הטיעון כי התנאי המתלה היה רק למראית עין במטרה לסחוט את המדינה, כאשר בדרך רימו הוועדה הבלתי תלויה והנהלת החברה את ציבור המשקיעים, בית משפט של פירוק ובית המשפט העליון.

124. זאת ועוד, המבקש מדגיש כי טובת החברה נבחנת לא רק בפריזמה כספית צרה, אלא עליה לקחת בחשבון גם את חשיבות ניהול החברה על פי דין, כפי שלא נעשה בענייננו. במידה והחברה ביצעה עסקת בעלי עניין באופן הנגוע באי חוקיות, תוך חריגה מיודעת של אורגנים מסמכותם, זה לטובת החברה למצות את הדין עם הגורמים הרלוונטיים, ליצור הרתעה ולאכוף את הדין. המבקש מדגיש כי בקשת האישור לא נועדה כלל וכלל להביא לקריסת הסדר

החוב של צים ולכן נקבע הסעד הראשון של כינוס האסיפה הכללית לאישורו בדיעבד. אם האסיפה תאשר את ההסדר מה טוב. אם האסיפה תחליט על דחיית ההסדר, יהי עליה להחליט כיצד לפעול, לרבות באמצעות תביעה לפיצוי כספי או תביעה לביטול ההסדר. כך או כך, כל החלטה שתתקבל באסיפה הכללית תהיה לטובת החברה. כמובן שלא ניתן למנוע כינוס אסיפה אך מהסיבה שתוצאת ההצבעה תהיה שלא לרוחם של המשיבים, אשר חרגו מהרשאתם וכעת צריכים להתמודד עם התוצאות העולות מכך.

125. בכל הנוגע לסעד הכספי שהתבקש כסעד חלופי, מדגיש המבקש כי סעד זה בוודאי שלא יביא לתרחיש אפוקליפטי של קריסת הסדר החוב והתמוטטות צים. צים היא רק אחת מ- 8 נתבעים, ואף לא הובאה ראיה לכך שסכום זה יביא לקריסתה של צים.

126. המבקש מדגיש כי אי תלותה של הוועדה המיוחדת, תלויה באי תלות יועציה בבעל השליטה. בענייננו היה על הוועדה המיוחדת לבדוק כי היא אכן מקבל יעוץ מיועץ כלכלי בלתי תלוי. מר תשובה הגיש לוועדה שני מסמכים קרדינלים לצורך החלטותיה: **א.** דו"ח נאותות אודות כדאיותה הכלכלית של העסקה אשר צורף לדוח העסקה. **ב.** מכתב מיום 2.7.2014 בו קבע כי אין הבדל מהותי בין תנאי העסקה אילו היו מוסרות כל מגבלות העבירות, לבין תנאי העסקה לפי החלטת בית משפט של פירוק בעניין מניית הזהב. מכתב שעמד בבסיס החלטת הוועדה המיוחדת מיום 3.7.2014 לפיה התנאי המתלה התקיים באופן מהותי.

127. דא עקא, בחוות דעת הנאותות עצמה צוין כי החברה בה עובד מר תשובה אשר התקשרה עם החברה לצורך מתן אותם שירותי יעוץ, "מעניקה שירותי ייעוץ בתחומים שונים לחברה לישראל, לבעלי השליטה בחברה ולחברות בנות". קרי מדובר בחברה הקשורה קשר הדוק לחברה לישראל ולבעל השליטה בה. מר תשובה אף לא דיווח לבית המשפט על הקשרים שבין קבוצת Deloitte לבין החברה או בעל השליטה בה. מדובר פה בניגוד עניינים פוטנציאלי אשר בשלו לא רק שלא היה ראוי שמר תשובה ייעץ לוועדה המיוחדת, אלא גם לא היה ראוי כי תוגש חוות דעת מומחה מטעמו בהליך זה. כמו כן, יש לפסול את חוות דעתו של מר תשובה בשל מעורבותו האקטיבית באירועים מושא חוות דעתו, בניגוד להלכה בעניין זה, המחייבת כי מי שהיה שותף לאירועים לא ישמש כמומחה בפני בית המשפט.

128. בכל הנוגע לסוגיית הנזק, מדגיש המבקש כי כל המומחים שביצעו בעבר הערכות שווי אובייקטיביות של מניית צים, הכירו בקיומו של נזק משמעותי הנובע ממניית הזהב. עובדה זו יש בה כדי להביא לספק חמור ביחס לנאמר בחוות דעתו של מר תשובה מטעם המשיבים, כי הנזק נעמד על סך של 0.8-0.3 מיליון דולר בלבד. לעניין זה מפנה המבקש לשתי חוות דעת

להערכת שווי אשר ניתנו, לבקשת המדינה, טרם הפרטת צים בשנת 2004, בהן הופחת שווי של 5% עד 10% בשל מניית הזהב (הפחתה של כ- 14 מיליון דולר עבור 48.6% מהמניות).

129. המבקש מדגיש כי האבסורד של חוו"ד תשובה עולה גם מעצם העובדה כי אין כל הגיון כי הוועדה המיוחדת תקבע כתנאי מתלה את הסרת מגבלת העבירות בשל מגבלה ששוויה הכספי לטענת המשיבים כעת הינו 0.3-0.8 מיליון דולר בלבד. בנוסף, היעלה על הדעת כי החברה לישראל, באמצעות צים, תפתח בהליך להסרת מגבלה שזה שוויה הכלכלי.

130. זאת ועוד, בחוו"ד תשובה הוא מציין כי אין כל הגיון במכירה של מניות החברה לישראל כבלוק מניות, אלא הגיוני יותר למכור אותן בתורה מבוזרת. גישה זו סותרת את התנהלות החברה והוועדה המיוחדת לאורך כל ההליך שהרי מכירה מבוזרת הינה אפשרית גם בהינתן מגבלת העבירות (עד החזקה של 24% מהמניות). על כן, שוב לא ברורה הסיבה מדוע קבעה הוועדה המיוחדת את ביטול מגבלת העבירות כתנאי מתלה וציינה שוב ושוב את חשיבותו לצורך אישור העסקה עבור החברה לישראל.

131. לטענת המבקש, חוו"ד תשובה אף טועה בנוגע לפרמיית השליטה. תשובה טוען כי החברה לישראל אינה בעלת השליטה בצים, ועל כן לא יכולה לאבד את פרמיית השליטה. עם זאת, המבקש טוען כי כעולה מחוו"ד מופקדי, כוונתו הייתה לפרמיית שליטה במובן הכלכלי ולא המשפטי – מבחינה כלכלית יש ערך וזכויות עודפות בהחזקה של 32% ממניות צים, כאשר כל שאר המניות מבוזרות. על כן קיימת לחברה פרמיית שליטה כלכלית. בנוסף, יש להחזקה של 32% מהמניות משמעויות שליטה משפטיות על פי סעיפים שונים בחוק החברות – כאשר אין גוף אחר המחזיק בהשפעה דומה.

132. המבקש אף דוחה את הטענה כי לא נגרם נזק כיוון שצריך להשוות בין מצב קיומו של ההסדר לבין מצב של אי קיומו של הסדר. שיטת החישוב התבססה על שיטת החישוב שנקט תשובה מטעם הוועדה המיוחדת. זאת ועוד, שיטת החישוב שנקטה בחוו"ד מופקדי כבר מגלמת בחשבון את מצב החברה לאחר ההתקשרות בהסדר, ובשים לב לכך שהיא שקולה, לפי עמדת הוועדה המיוחדת והמומחה מטעמה, למצב לפני ההתקשרות בהסדר החוב, בתנאי שיוקצו מניות חופשיות כפי שהובטח.

133. המבקש דוחה את טענתה המשיבים על התקיימות כלל שיקול הדעת העסקי בענייננו. עניינה של בקשת האישור הוא בסוגיה משפטית מובהקת (ולא עסקית) – קיומה או אי קיומה של סמכות לחברה להתקשר בעסקת בעל עניין. שאלה זו מנותקת מהשאלה העסקית שעניינה בבחינה האם התנאים המסחריים של הסדר החוב הינם לטובת החברה. השאלה שעמדה בפני חברי הוועדה המיוחדת, כעולה מפרוטוקול הדיונים שהתקיימו הייתה שאלה משפטית ולא

עסקית - האם קיימת להם הרשאה לאשר את הסדר החוב בלא לחזור שוב לאסיפה הכללית. החלטות משפטיות מסוג זה לא חוסות תחת כלל שיקול הדעת העסקי.

134. עוד טוען המבקש כי החובה לקיים את הוראות חוק החברות אינה נגזרת מדרגת חשיבותה הנטענת של העסקה או מההשלכות אשר יכול שתנבענה אם זו תצא לפועל, אלא בהתאם לאמות מידה משפטיות – האם העסקה בוצעה בהרשאה או לאו. דין עסקת בעל ענין שלא אושרה כדין בטלות, ופעולת דירקטוריון שחורג מסמכותו אינה חוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי כיוון שלדירקטוריון אין כל שיקול דעת לחרוג מסמכותו. המבקש מוסיף כי על פי הפסיקה כלל שיקול הדעת העסקי בכל מקרה אינו חל בעסקאות בעלי עניין חריגות. המבקש מוסיף כי כלל אי ההתערבות, שגם לגביו טענו המשיבים, אינו חל בתביעות נגזרות, אשר מעצם טבען מהוות חריג לכלל זה.

135. המבקש דוחה את טענת המשיבים בדבר מעשה עשוי. המשיבים הם שאחראים לעובדות שנוצרו, והם אינם יכולים להסתתר מאחוריהם על מנת להימנע מביקורת שיפוטית של החלטותיהם. כמו כן, לא התבקש כל סעד החותר תחת הסדר החוב, ועל כן לטענה של מעשה עשוי אין כל רלוונטיות. טענה זו אף נוגדת את הדין בנוגע לעסקאות בעלי עניין להם אין תוקף במידה ולא אושרו כדין. כמו כן, יש לדחות את הטענה בדבר העדר סמכות עניינית לבית משפט זה – המבקשים אינם מבקשים סעד של ביטול הסדר החוב. המבקש מפנה לפסיקות שונות המעידות על סמכותו של בית המשפט לדון בבקשת האישור כפי שהוגשה. בכל הנוגע לטענה כי לא צורפו לבקשה כל אותם צדדים שלישיים שיושפעו מביטול הסדר החוב, שוב מדגיש המבקש כי הסעד המבוקש אינו ביטול הסדר החוב.

136. בנוגע לטענת המשיבים כי סעיף 63 לחוק החברות מונע מהמבקש להגיש את בקשת אישור זו - לפי הטענה בכל מקרה בו יסרבו דירקטורים להביא עסקת בעל עניין לאישור האסיפה הכללית, לא ניתן יהיה לפעול באמצעות תביעה נגזרת. המבקש דוחה את הטענה כי סעיף 63 לחוק החברות יוצר הסדר שלילי. בכל מקרה סעיף 63 אינו עוסק במצב כמו זה שלפנינו, בו דירקטורים בחברה חרגו מהרשאתם ופעלו שלא כדין כאשר לא כינסו אסיפה כללית. כמו כן, מציין המבקש כי הוראות החוק העוסקות בתביעה נגזרת אינן מגבילות את הסעד המבוקש שניתן להעניק לשם הגנה על אינטרסים של החברה. יתרה מכך סעיפים שונים בחוק החברות דווקא מעידים על כך שהזכות לכנס אסיפה כללית דווקא יכולה להיות זכות של החברה (ראו סעיפים 56 ו- 281 לחוק החברות). המבקש מוסיף, כי גם אם לא מדובר בזכות של החברה, עדיין מדובר בצו עשה שיינתן כנגד חברי הוועדה המיוחדת להשתמש בסמכותם ולכנס אסיפה כללית לאישור עסקת בעל עניין כדין.

137. בכל הנוגע לטענותיה של צים, המבקש דוחה את הטענה כי בהסדר החוב קיבלה צים פטור מתביעות. לטענתו ללא אישור האסיפה הכללית של החברה לישראל להתקשר בהסדר החוב, אין תוקף לכל התחייבות אחרת שנטלה על עצמה החברה במסגרת הסכם החוב. עוד טוען המבקש כי צים אינה צד ג' זר, אלא חברה בבעלות מלאה של החברה לישראל, לכן הוראת העדר הידיעה מכוח סעיפים 280(ב) ו- 281 לחוק החברות לא חלות עליה. צים, לטענתו, הייתה שלוחתו של בעל השליטה בהליכים שנקטה לביטול מגבלת העבירות מול המדינה, וממילא בקיאה בכל הנוגע לאי התקיימות התנאי המתלה. בוודאי שהסרת מגבלת העבירות לא נעשתה עבור צים והיא שימשה כזרוע הביצוע של שאר המשיבים.

138. זאת ועוד, בקשתה של צים לבית משפט של פירוק מעידה כי ידעה על התנאי המתלה של החברה לישראל, ולכן לאחר החלטת בית המשפט של פירוק, בוודאי ידעה או היה עליה לדעת כי התנאי המתלה לא התקיים. כמו כן, צים היא אשר הטעתה את בית המשפט ולקחה לעצמה את החירות לשנות את התנאי המתלה כך שבית המשפט יסבור כי ניתן להסתפק בשינוי של מגבלת העבירות ולא ביטולה. העובדה כי התנאי המתלה לא מתקיים אף הוסברה לנציגי צים בישיבה שהתקיימה בבית המשפט העליון על ידי השופט דנציגר והשופט סולברג. תשובת צים שתצליח לשכנע את הוועדה בדיעבד כי לא חרגה מההרשאה מעידה גם היא על ידיעתה של צים.

139. המבקש דוחה את טענות צים כי השבה אינה צודקת בנסיבות העניין –לצים אין על מי להלין אם שינתה מצבה לרעה. לטענתו, בנסיבות הקיימות, ניתן אף לתבוע פיצויים בלא לדרוש את ביטול העסקה. לטענת המבקש אף לא הוכח כי אישור הבקשה תביא את כל נושי צים שהיו שותפים להסדר החוב לתבוע את החברה לישראל. בכל מקרה החברה לישראל תוכל להיפרע על נזקיה אלו מהמשיבים, ועילת התביעה תהיה כנגד המשיבים ולא כנגד החברה לישראל שלא אישרה כאמור את הסדר החוב.

140. המבקש דוחה את טענות המשיבים כי היה חשש שאם יחליטו להחזיר את ההחלטה לאסיפה הכללית יקרוס הסדר החוב כולו וכי הם היו בלחץ זמן נוראי. ראשית, מציין המבקש, גם כיום נמנעו המשיבים לכנס אסיפה כללית שתאשר את העסקה. בנוסף המשא ומתן עם נושי צים החל באפריל 2013, ומזכר ההבנות נחתם בינואר 2014, כך שאותו סד זמנים אינו מתיישב עם חודשים רבים אלו. שנית, חברי הוועדה המיוחדת סירבו להעביר את חוות הדעת שקיבלה הוועדה המיוחדת, את הפרוטוקולים של ישיבותיה ואת התכתבויותיה עם הרשות לניירות ערך, בכך הם מנעו מבית המשפט לבחון את שיקוליהם הנטענים. שלישית, הטענה לקריסת הסדר החוב בעייתי כיוון שהוועדה המיוחדת היא שתלתה את גורל ההסדר בהתקיימות התנאי המתלה, לפיכך מדובר בדילמה מבוימת. רביעית, הטענות על איומים מצד נושים

להסדר לא גובתה בכל ראייה. חמישית, קיום חוק החברות הוא הוראה קוגנטית, ולא יכולה להישמע כאן "הגנת הצורך".

141. המבקש מציין כי מהפרוטוקולים של דיוני הוועדה המיוחדת שצורפו לתגובות המשיבים עולה בבירור כי הם עצמם ידעו כי עליהם לחזור לאסיפה הכללית, ונמנעו מכך מתירוצים שונים הנוגדים את דיני החברות.

142. בכל הנוגע לטענה כי קיימת לחברי הוועדה המיוחדת פטור מרשלנות אשר ניתן להם על ידי החברה. טוען המבקש כי על פי סעיף 263(2) לחוק החברות, פטור לנושא משרה אינו חל כאשר הפרת חובת הזהירות נעשתה בכוונה או בפזיזות. בענייננו המשיבים אינם טוענים כי לא היו מודעים לעובדות המקימות את עילת בקשת האישור. העובדה כי רק אחד מחברי הוועדה הגיש תצהיר, ולא כל אחד ואחד מהם העיד על מצבו הנפשי, מספיקה לצורך ביסוס התקיימות סעיף 263(2). בכל הנוגע לטענה כי לא הופרה חובת האמונים. מדגיש המבקש כי כאשר קבעו חברי הוועדה המיוחדת כי התנאי המתלה הוא לטובת החברה, כאשר החליטו להתקשר בהסדר החוב על אף שהתנאי לא התקיים, הם פעלו בניגוד לטובת החברה.

143. המבקש מדגיש כי בעלי השליטה בחרו שלא להתכחש בתגובתם לכך שידעו כי ההתקשרות בהסדר החוב נעשית שלא כדין, ולכך שהעדיפו את עניינם האישי באישור ההסדר על פני טובתה של החברה. בכל הנוגע לאי צירוף תצהיר, חזקה על בעל דין שלא ימנע מבית המשפט ראיה שהיא לטובתו, ואם נמנע מהבאת ראיה ניתן להסיק מכך שהיא פועלת נגדו. זאת ועוד, צד שלא צירף תצהיר נשללת ממנו הזכות להוכיח את טענותיו העובדתיות. לפיכך, המסקנה המתבקשת היא שבעלי השליטה מעוניינים להסתיר מה הייתה מעורבותם בגיבוש התנאי המתלה, בשליחת צים לבית המשפט של פירוק, בניסיון לבטל את מגבלת העבירות, בקביעת הוועדה המיוחדת כי התנאי המתלה התקיים מהבחינה המהותית וכו'.

144. בהודעה מטעם המבקש מיום 20.1.2015, הודיע זה כי הרשות לניירות ערך החליטה, מכח סמכותה לפי סעיף 205א לחוק החברות תשנ"ט-1999, לסייע במימון הוצאות ההליך.

<u>**סיכומים מטעם המבקש**</u>

145. בסיכומיו חוזר המבקש על טיעוניו בבקשת האישור ובתשובה לה.

146. המבקש מציין כי ניתן ללמוד על המגבלות הרבות שנותרו על העברת מניות צים גם לאחר הסכם הפשרה מהדיווח המיידי אותו פרסמה החברה בנוגע לפיצול מניותיה (ת/1). אז נדרשה החברה לפנות למדינה לקבל את הסכמתה להעביר את המניות לחברת אחות שלה, כאשר הסכמה זו ניתנה רק בחלוף 3 חודשים, ותוך התניות שונות שצוינו בדיווח המיידי.

147. המבקש טוען כי קו ההגנה של חברי הוועדה המיוחדת כאילו פעלו באופן סביר, ושקול תוך הסתייעות במומחים, לאחר שקיבלו את כל המידע וללא ניגוד עניינים, קרס בחקירות הנגדיות. בחקירות התברר כי חברי הוועדה שימשו כחותמת גומי של בעל השליטה, כאשר הליך קבלת ההחלטות מתחילתו עד סופו היה פגום מיסודו.

148. חברי הוועדה אישרו את ההתקשרות בעסקה מבלי שבחנו את ההשפעה הכלכלית של ההחלטה על ההסדר מאחר שהסתמכו על חוו"ד כלכלית לא רלוונטית. לאחר החלטת המחוזי, התבקש מר תשובה, על ידי הוועדה המיוחדת לתת חוו"ד האם השינויים שנערכו על ידי בית משפט של הסדר במגבלות העבירות משפיעות באופן מהותי לרעה על הוגנות ההסדר. לאחר שקבע שאין בכך כדי לשנות מהוגנות העסקה, קיבלה הוועדה את ההחלטה לאשר את ההחלטה, בהסתמך על חוות הדעת.

149. אולם, מחוות הדעת עצמה וחקירתו של מר תשובה ופרופ' לנגהולץ, התברר כי מר תשובה מסר חוות דעת בעניין אחר, וחוות הדעת עליה הסתמכה הוועדה המיוחדת לא דנה בשינויים שחלו במגבלת העבירות בעקבות החלטת בית המשפט המחוזי. חוות הדעת של מר תשובה הוכנה לפני ההחלטה במחוזי, ועסקה ברף העברה העולה על 35%. חוות הדעת נערכה בעקבות שאלה של חברי הדירקטוריון שנשאלה יום או יומיים לפני החלטת המחוזי. כלומר הדיווח לציבור כי חוות הדעת קבעה שאין להחלטת בית משפט של פירוק השפעה מהותית על ההסדר, הייתה כוזבת. מכל האמור עולה כי חברי הוועדה התרשלו ולא הבחינו כי חוות הדעת הכלכלית שקיבלו אינה רלוונטית, ואף "בישלו" פרוטוקולים ודיווח לציבור לפיו הסתמכו על חוות דעת כלכלית. הדבר מהווה הוכחה כי חברי הוועדה כלל לא קראו את חוות הדעת בזמן אמת, לא ערכו בה דיון ולא שקלו את שנכתב בה. יתר על כן, בדיון בפני הוועדה מיום 3.7.2014 ציין מר תשובה כי קשה להעריך את משמעות המגבלות שבין 24%-32%.

150. זאת ועוד, הדברים שנכתבו בחוות דעת תשובה לא היו ברורים (כעולה מחקירתו של פרופ' לנגהולץ), אך חברי הוועדה לא שאלו בנושא אף לא שאלה אחת, מה שמעיד על חוסר זהירות, חוסר מקצועיות וזלזול. עובדות אלו מפקיעות את החסינות מכוח עקרון שיקול הדעת העסקי, ומוכיחות כי הוועדה לא בחנה את גדר הרשאתה ולא בחנה את השפעת מגבלת העבירות באופן מהותי כלכלי, על הנזק שיכול להיגרם לחברה עקב כך.

151. עוד טוען המבקש כי במהלך הדיונים התברר כי הוועדה הסתמכה על ייעוץ תלוי, משפטי וכלכלי. כך, הסתבר כי החברה הסתמכה גם על יעוץ של משרד גורניצקי ושות', שהינם עורכי הדין של החברה ושל בעל השליטה בה. בשתי הישיבות הקריטיות לשאלת התקיימות התנאי המתלה ואישור ההסדר, מיום 3.7.2014 ומיום 14.7.2014, התקבל בפועל ייעוץ משפטי מעורכי הדין ממשרד גורניצקי. פרופ' לנגהולץ אף הודה בחקירתו כי חברי הוועדה ראו בעו"ד ממשרד

גורניצקי כחלק בלתי נפרד מיועצי הוועדה ונתנו משקל לחוות דעתם, כולל באותם ישיבות קרדינליות.

152. זאת ועוד, התברר כי גם היועץ הכלכלי של הוועדה, מר תשובה, היה תלוי בחברה, תלות שחברי הוועדה כלל לא היו מודעים לה כיוון שלא בדקו זאת, כפי שהודה פרופ' לנגהולץ בחקירתו. זאת כאשר בחוות הדעת הנאותות שהגיש מר תשובה לוועדה המיוחדת מצוינת תלות זו במפורש.

153. עוד טוען המבקש בסיכומיו כי מחקירתו של פרופ' לנגהולץ, מפרוטוקול ישיבת הוועדה המיוחדת מיום 3.7.2014 ומראיות נוספות, עולה כי לא רק שחברי הוועדה לא קראו את חוות הדעת הכלכלית, אלא אף לא נערך כל דיון בהחלטת בית המשפט של פירוק גופה, וכל הנימוקים שיוחסו ליו"ר הוועדה הוכתבו כנראה על ידי היועץ המשפטי של הוועדה. המבקש מדגיש כי מקריאת הפרוטוקול ברור כי הוא מורכב מחלק אחד בו נאמרו דברים על ידי הנוכחים, וחלק אחר, הכתוב באופן משפטי וסדור אשר הוכן מראש על ידי היועץ המשפטי של הוועדה ולפיו החלטת בית המשפט מקיימת באופן מהותי את התנאי המתלה. הדברים בחלק השני כביכול מיוחסים לפרופ' לנגהולץ, אך כשנשאל על כך בחקירתו הודה כי הם נאמרו למעשה על ידי היועץ המשפטי, עו"ד גיל אורן (פ/ 15.12.2014, עמ' 181, שורה 17 ואילך). כלומר, לטענת המבקש, מי שקיבל את ההחלטה בפועל היה היועץ המשפטי של הוועדה, ולא הוועדה עצמה. עובדה זו מעידה גם היא על תפקודה הלקוי של הוועדה, על העדר עצמאותה וזלזולה בתפקידה. למעשה דברים שנאמרים באותו חלק שני של הפרוטוקול, כאילו מסכמים את מסקנותיו, כלל לא נידונו בחלקו הראשון.

154. הפגם החמור ביותר לטענת המבקש בהתנהלות הוועדה המיוחדת נוגע לאישור הסכם הפשרה בבית המשפט העליון, שם שימשה הוועדה כחותמת גומי בלבד. כאמור, צים טענה כי לא הייתה מתקשרת בהסכם פשרה שלא אושר מראש על ידי החברה לישראל, אולם מחקירתו של פרופ' לנגהולץ עולה כי חברי הוועדה כלל לא נתנו את אישורם בזמן אמת להסכם הפשרה בעליון. למעשה חברי הוועדה כלל לא היו מודעים להסכם הפשרה בזמן אמת, לא קיבלו עליו כל מידע ולא ידעו כי גורם אחר (ככל הנראה עו"ד גיל אורן) אישר את ההתקשרות בהסכם הפשרה. כך עולה הן מחקירתו של פרופ' לנגהולץ (פ/ 15.12.2014, עמ' 202, שורה 22 ואילך), והן מחקירתו של מנכ"ל צים, מר רפאל דניאלי (פ/ 15.12.2014, עמ' 289, שורה 6 ואילך).

155. המבקש מדגיש כי שיטות חישוב הנזק של ד"ר מופקדי בשתי חוות דעתו, לא נסתרו על ידי המשיבים והמומחה מטעמם. בראשונה, הנזק מחושב באמצעות אומדן שיעור ניכיון בגין אי סחירות לפי שיטת המניות החסומות (27 מיליון דולר). בשנייה אובדן הערך העודף של אחזקה

מרוכזת ב"בלוק", כיוון שאם החברה תרצה למכור את מניותיה היא תידרש למכור אותן בפיזור (70 מיליון דולר).

156. בכל מקרה מציין המבקש כי בחוו"ד תשובה נפלו פגמים שונים: א. חוו"ד תשובה מתעלמת מהזכויות העודפות שיש להחזקה בבלוק מניות. ב. תשובה העריך את הסתברות לסירוב המדינה על 25% ללא כל ביסוס. ג. תשובה קבע 20% סיכוי שהחברה לישראל לא תרצה למכור את מניותיה גם אם תקבל מחיר מיטבי. ד. חוו"ד תשובה מסתמכת על ההנחה שמגבלת העבירות תוסר רק ממניות החברה לישראל בצים.

<u>סיכומים מטעם המשיבה 1, החברה לישראל</u>

157. החברה לישראל חוזרת בסיכומיה על הטיעונים אותה העלתה בתגובתה.

158. החברה לישראל מדגישה כי התנאי הראשון להגשת תביעה נגזרת – היותה לטובת החברה – לא מתקיים בענייננו, שהרי החלטת הוועדה הבלתי תלויה לאשר את הסדר החוב הייתה לטובת החברה, ועל כך המבקש עצמו והמומחה מטעמו לא חולקים. למעשה המבקש עצמו, כעולה מחקירתו, טוען כי היה מצביע בעד הסדר החוב, אילו היה מובא בפני האסיפה הכללית היום. עוד מוסיפה החברה לישראל כי בחקירתו של המומחה מטעם המבקש, ד"ר מופקדי, הוא הודה כי הנזק באי אישור ההסדר עשוי היה להיות גדול בהרבה מהנזק המתואר בחוות דעתו.

159. עוד מדגישה החברה לישראל, כי סעד כינוס האסיפה הכללית נזנח על ידי המבקש, ועל כן זה נותר רק עם הסעד הכספי.

160. החברה לישראל מוסיפה כי מהפרוטוקולים של דיוני הוועדה המיוחדת עולה קיומו של דיון רציני, מקיף וראוי בסוגיות שעמדו בפניה, תוך שימוש במומחים בלתי תלויים ומקצועיים. בכל הנוגע לקביעת התנאי המתלה על ידי הוועדה, טוענת החברה כי כעולה מחקירת פרופ' לנגהולץ, מטרת הקביעה הייתה מהלך טקטי מול המדינה על מנת להביא לשיפור מצבה של החברה לישראל במסגרת המשא ומתן מול המדינה.

161. החברה לישראל מדגישה כי הצורך הדחוף באישור הסדר החוב נבע מהחשש כי כל דחייה נוספת משמעה שהנושים הזרים יפעלו גם לתפיסת אוניותיה של צים, וכל ההסדר וההסכמות ירדו לטמיון. בדיוק לצורך כך ממנים דירקטורים המסוגלים לקבל החלטה בזמן אמת, ותוך הפעלת שיקול דעת.

162. החברה לישראל טוענת כי טענת המבקש כי ההחלטה לאשר את ההסדר תוך קביעה כי הדבר מצוי בסמכותה של הוועדה המיוחדת, היא החלטה משפטית ולא עסקית, ועל כן אינה חוסה

תחת כלל שיקול הדעת העסקי, היא טענה כבושה ומלאכותית. מדובר דווקא בהחלטה עסקית ניהולית הדורשת ניתוח עסקי של השינויים בתנאי העבירות, לצורך מבחן המהותיות העומד בלב סעיף 2.2 לדוח העסקה. העובדה כי להחלטה יש גם היבט משפטי, אינה שוללת את קיום כלל שיקול הדעת העסקי.

163. החברה לישראל דוחה את טענות המבקש בנוגע להיות היועצים המשפטיים של הוועדה המיוחדת, תלויים ומוטים. לטענתם, עו"ד ממשרד גורניצקי נכחו רק בחלק קטן מישיבות הוועדה (8 מתוך 37), וזאת בהמלצתו של עו"ד אורן ממשרד יגאל ארנון ושות', היועץ המשפטי של הוועדה. עורך הדין ממשרד גורניצקי ציין בפני חברי הוועדה כי ההסתמכות שלהם צריכה להיות רק על היועצים ממשרד יגאל ארנון ושות'. אין כל פגם בהיוועצות עם יועץ משפטי נוסף, ואין בכך כדי לשלול את עצמאות הוועדה.

164. בכל הנוגע לטענת תלותו של היועץ הכלכלי של הוועדה, טוענת החברה לישראל כי תלות זו לא הוכחה על ידי המבקש. בנוסף, החברה בה מועסק היועץ הכלכלי של הוועדה אמנם ציינה כי היא נותנת שירותים גם לחברה לישראל, אך גם הצהירה כי אין לה תלות בצים או בחברה לישראל או בבעלי השליטה בה. מדובר בהצהרה מפורשת שהוועדה המיוחדת הייתה רשאית להסתמך עליה, ואשר לא דרשה בדיקה נוספת מצד הוועדה. אף לא נטענו טענות על ידי המבקש כי חוו"ד תשובה השתמשה במתודה לא נכונה, כביכול בשל תלותה.

165. החברה לישראל מדגישה כי המשקיע הסביר היה מבין כי על פי תנאי דוח העסקה, ובפרט סעיף 2.2, התנאי המתלה כפוף לשינויים מעצם העובדה כי הדוח שב וציין כי המשא ומתן עם המדינה טרם הושלם, ועדיין בתהליכי גיבוש. העובדה כי המשקיע הסביר הבין את ההחלטה כך נובעת גם מהצבעת האסיפה הכללית על פיצול החברה, שם נכללה הצבעה עקיפה בעד ההסדר ומשכך, אשרורו.

166. החברה לישראל טוענת בסיכומיה כי אין זה נכון שהוועדה המיוחדת לא בדקה אם השינויים במניית הזהב בעקבות החלטות בית המשפט, משפיעים מהותית לרעה על ההסדר שהוצג לאסיפה הכללית. העובדה כי חוו"ד תשובה ניתנה טרם החלטת בית המשפט המחוזי הייתה ידועה, אך מר תשובה השתתף בישיבה מיום 3.7.20147 באופן טלפוני, ושם הובן כי החלטת בית המשפט המחוזי עודנה בגדר החלטת האסיפה הכללית ואינה משנה את תוצאותיה של חוות הדעת. למעשה, כפי שהעיד מר תשובה, הוא חשב שאין צורך בעדכון חוות הדעת כיוון שהנחות היסוד שלה היו שמרניות מראש.

167. בכל הנוגע לטענה כי חברי הוועדה המיוחדת פעלו אולטרה וירס, ועל כן לא נהנים מכלל שיקול הדעת העסקי, טוענת החברה לישראל כי הדבר מבוסס על הפסיקה בדלוואר ולא בישראל, וכי

המבקש מתעלם מכך כי גם באותה פסיקה מדובר רק על פעולות שנאסרו במפורש על ידי האסיפה הכללית.

168. עוד טוענת החברה לישראל כי חוו"ד מופקדי בעייתית בשל העובדה שלא בחנה את הנזק אל מול האפשרות של קריסת הסדר החוב שהיה מביא נזק גדול בהרבה. עוד נטען כי החישוב המבוסס על אובדן פרמיית השליטה הכלכלית של מופקדי, קרס בחקירתו הנגדית אז הובהר כי מופקדי לא העמיק בתקנון צים, לא בירר מהי הגדרת דירקטור עצמאי ועוד. כל אלו הביאו לכך שלא הבין כי השפעת החברה לישראל על צים לאחר הסדר החוב מצומצמת מאוד. עוד שגתה חוו"ד מופקדי בכך שטענה כי פרמיית השליטה אינה תלויה בהיקף ההחזקה של החברה במניות צים, טענה המביאה למסקנה אבסורדית כי באותה פרמיית שליטה מחזיק כל בעל מניות שבבעלותו יותר מ 25% ממניות צים. עוד התברר, לטענת החברה, כי חוו"ד מופקדי השתמשה במחקרים ישנים בנוגע לגובה פרמיית השליטה בישראל.

169. בכל הנוגע לטענה כי רוב הקונים הפוטנציאלים של מניות צים מקורם באסיה, אשר המדינה התנגדה בעבר להעברת נכסים חיוניים אליהם, טוענת החברה: ראשית, לאחרונה אישרה המדינה עסקאות כאלו בתחום המזון והביטוח. שנית, לא כל אותם קונים פוטנציאלים מקורם באזורים אלו. שלישית, מדובר בספקולציה בלבד. רביעית, הדבר אינו מסתדר עם אי התנגדותה של החברה לפיצול שנערך החברה לישראל לאחרונה, עליו ידע ד"ר מופקדי.

<u>סיכומים מטעם המשיבה 2, צים</u>

170. בסיכומיה חוזרת צים על טענותיה מתגובתה לבקשת האישור, ועל טענות החברה לישראל בסיכומיה, ועל כן לא נחזור על הדברים פה.

171. צים מדגישה כי המבקש כשל להראות שצים ידעה או היה עליה לדעת על העדר אישור לעסקה. עוד טוענת צים, כי גם אם לא ניתנה הסכמה של הוועדה המיוחדת בזמן אמת, במהלך הדיון שהתקיים בעליון, להסכם הפשרה (ולא כך), אזי די באישור הוועדה המיוחדת שהתקבל בדיעבד. בכל מקרה, צים לא הסכימה להגיש הסכם פשרה לבית המשפט העליון טרם קיבלה את אישור החברה לישראל לפיה נוסח הפשרה מקובל עליה כמקיים את התנאי המתלה, כפי שעולה מעדותו של מר דניאלי מטעמה. מר דניאלי אישר כי במהלך הדיון בעליון עו"ד גיל אורן אישר בפני צים כי הוועדה המיוחדת החליטה לאשר את הצעת בית המשפט העליון.

172. צים מדגישה כי בכל מקרה קמה לה הגנת פטור מהשבה מחמת היותה בלתי יעילה ובלי צודקת. תביעה להשבה מצים תקים לחברה לישראל תביעות מצד כל שאר הצדדים להסדר החוב, כך שהחברה לישראל תחזור למצבה הנוכחי.

<u>סיכומים מטעם המשיבים 3-6, הדירקטורים</u>

173. בסיכומיה חוזרת הוועדה המיוחדת על טענותיה מתגובתה לבקשת האישור, ועל טענות המשיבים האחרים, ועל כן לא נחזור על הדברים פה.

174. הוועדה המיוחדת מכחישה את טענת המבקש כי חוו"ד תשובה שניתנה ביום 2.7.2014 לוועדה המיוחדת לא התייחסה להחלטת בית המשפט המחוזי מאותו היום, אלא לשאלת דירקטור שנשאלה מספר ימים קודם לכך בנוגע למגבלת עבירות של 35%.

175. הוועדה מדגישה כי לאחר הסדר החוב בצים קיימים רק שלושה גורמים שיכלו להפוך לבעלי 35% או יותר ממניות צים, במידה והיו קונים את כל החזקותיה של החברה לישראל, אלו כולם גופים מוסדיים אשר ספק אם היו רוצים להפוך לבעלי שליטה בצים. לפיכך, האופציה להתממשות תסריט זה של קניית כל חזקות החברה לישראל בצים כ"בלוק" היה נמוך ביותר, בזמן שהדבר נשקל על ידי הוועדה המיוחדת. כלומר, זכות סירוב המדינה לא פגעה ביכולת החברה לישראל למכור את מניות צים, לפי התסריט הסביר של מכירה מבוזרת ואף לפי התסריט הפחות סביר של מכירה כ"בלוק". הוועדה המיוחדת חוזרת שוב על כך שלנגד עינה בעת קבלת ההחלטה על אישור הסדר החוב, כבר עמד התסריט הסביר של תוכנית הפיצול המבני בחברה לישראל, אשר התנאים שנקבעו בהחלטת בית משפט של פירוק היו עתידים להקל על הוצאתו לפועל. לפיכך, לאחר החלטת בית משפט של פירוק, לא נותרה מגבלת עבירות אמיתית עבור החברה, והתנאי המתלה התקיים. טענות אלו נכונות גם עבור הסכם הפשרה בבית המשפט העליון בו נקבעו תנאים זהים ברובם המכריע להחלטת בית משפט של פירוק.

176. הוועדה המיוחדת טוענת כי החלטתה הייתה לטובת החברה, כאשר בזמן אמת החזרת ההחלטה לאסיפה הכללית הייתה יוצרת חשש ודאי לקריסת הסדר החוב. לעומת זאת, תביעה נגזרת זו היא בניגוד לטובת החברה, כי פירוש הנטען בה הוא שהיה על הדירקטורים לקבל החלטה שהיא במפורש בניגוד לטובת החברה. קבלת טענת המבקש תביא להחרפת "בעיית הנציג" בחברות, כיוון שדירקטורים יעדיפו לקיים פרוצדורות מיותרות כדי להימנע מהחלטות שהן לטובת החברה, זאת במטרה לחסוך את הסיכון להיתבע על החלטותיהם.

177. הוועדה המיוחדת חוזרת על טענתה כי הדירקטורים נהנים מפטור אשר ניתן להם על ידי החברה, בהחלטת האסיפה הכללית, ועל כן גם מבחינה זו התביעה אינה לטובת החברה. בענייננו המבקש בוודאי שלא הוכיח הפרת חובת אמונים על ידם או פעילות מכוונת או בפזיזות. עוד מדגישה הוועדה כי הדירקטורים פעלו כל העת לטובת החברה ובלא ניגוד עניינים, ולא הפרו כל חובה כלפי החברה.

178. הוועדה המיוחדת מוסיפה כי אין לאשר את התביעה כנגדה כיוון שמניות צים בה החזיקה החברה לישראל הועברו לחברת Kenon (שאינה בבעלותה) ללא תמורה, לאחר פיצול החזקות החברה לישראל. משכך, אין נזק שנגרם לחברה לישראל בעקבות אי-עבירות המניות, אלא לכל היותר הנזק הנטען על ידי המבקש נגרם לחברת Kenon, ואין כל צידוק לדון בנזק כזה במסגרת תביעה נגזרת המוגשת בשם החברה.

179. הוועדה המיוחדת טוענת כי התקיימו כל התנאים להפעלת כלל שיקול הדעת העסקי והמבקש לא עמד בנטל להוכיח כי הדיון בוועדה היה לא רציני ומספק. בנוסף, יש לדחות את הטענה כאילו הוועדה המיוחדת לא דנה בכדאיות הכלכלית של העסקה. לטענתה יש לזכור כי עניין זה נידון משך עשרות ישיבות שקדמו לישיבות מיום 3.7.2014 ו- 14.7.2014. עוד טוענת הוועדה, כי בניגוד לטענת המבקש השאלה האם התקיים התנאי המתלה לא הייתה משפטית, כיוון שהתקיימות התנאי מבחינה משפטית כבר הוכרעה בהחלטת בית משפט של פירוק. יתר על כן, ההחלטה שלא לקחת את הסיכון שבהליכה נוספת לאסיפה הכללית תביא להתמוטטות הסדר החוב, הינה החלטה עסקית ולא משפטית.

180. הוועדה המיוחדת טוענת כי יש לדחות את טענת המבקש בדבר אי חוקיות סעיף 2.2 לדוח העסקה. אין מקום לברר טענה זו במסגרת תובענה נגזרת, מדובר בדוח עסקה שפורסם לציבור, עבר תחת עינו של הרגולטור, ואושר באסיפה הכללית, ואף לא אחד מגורמים אלו לא טען לאי חוקיות הסעיף. המבקש שנמנע לטעון לכך באסיפה הכללית מושתק כעת.

181. הוועדה המיוחדת חוזרת על טענותיה ועל טענות המשיבים הנוספים כנגד חוו"ד מופקדי. הוועדה מדגישה כי עולה מחקירתו של ד"ר מופקדי כי לא היה מודע למשל לעובדה שבמסגרת הסדר החוב נקבעו הסדרים המקשים על יצירת שליטה בצים. כך למשל, נקבע כי אם בעל מניות מגיע להחזקה של 50% בצים ישנה אקסלרציה של חובות לנושים בהיקף של מיליוני דולרים. כמו כן, הדבר מחייב הצעת רכש על כל מניות צים. כמו כן, חוו"ד מופקדי כושלת בהנחת המבוקש כי בעניינה של צים בהכרח תשולם פרמיית שליטה, כאשר פעמים רבות לא משולמת פרמיה כלל. כמו כן, פרמיית השליטה בישראל ירדה, כך שהסתמכות מופקדי על מאמרים על שנות ה-90 אינה רלוונטית.

182. לבסוף, מוסיפה הוועדה המיוחדת כי אין חשיבות לעובדה כי הרשות לניירות ערך החליטה לעזור במימון בקשת האישור. כדי לקבוע מתן תמיכה, שוקלת הרשות את החשיבות הציבורית הפוטנציאלית בהליך, בהנחה שהטענות יתקבלו, אך ללא בירור מעמיק.

תנ"ג 628-08-14 קראוסקופף נ' צים שירותי ספנות משולבים בע"מ ואח'

תיק חיצוני:

<u>סיכומים מטעם המשיבים 7-8, בעלי השליטה</u>

183. בעלי השליטה טוענים כי בסיכומי המבקש לא נכללה טענה כלשהי ביחס אליהם. לפיכך, הלכה למעשה נטש המבקש את הטענות כלפיהם.

184. בעלי השליטה מדגישים כי בניגוד לטענת המבקש לא הייתה מוטלת עליהם כל חובה לפעול לכינוס אסיפה כללית נוספת על מנת לסכל את החלטת הוועדה המיוחדת. למעשה ההפך הוא הנכון – לבעלי השליטה אסור באיסור חמור להתערב בפעילותם של האורגנים המוסמכים בחברה. התערבות כזו תהיה בניגוד למשטר תאגידי תקין, ובניגוד לחובת ההגינות והאמון של בעלי השליטה כלפי החברה. בהעדר חובה כזו, נשמט הבסיס של הפרת חובת הזהירות ההגינות או האמון להם טוען המבקש.

185. עוד טוענים בעלי השליטה כי בשל הימנעות המבקש מלבסס את הטענות הסתמיות שטען נגדם, בתשתית עובדתית או משפטית כלשהי, בהתאם להלכה הפסוקה לא היה כל צורך בהגשת תצהיר או ראיות מצדם, ולא ניתן ללמוד מאי הגשת תצהיר במקרה כזה דבר.

186. בענייננו מתקיים מעשה בית דין מכח החלטות של בית משפט של פירוק ובית המשפט העליון. אם כטענת המבקש צים הייתה שלוחה של החברה לישראל בהליכים אלו, אזי קם מעשה בית דין כנגד החברה לישראל אשר מכפיף אותה לאשר הוכרע בגדר אותם הליכים.

187. עוד טוענים בעלי השליטה כי בין הוועדה המיוחדת לבין החברה לישראל נוצרו יחסי שליחות. בהתאם לסעיף 5(ב) לחוק השליחות כוללת הרשאה של שלוח לפעול את הנושאים המפורשים בה והן כל פעולה נוספת שדרושה באופן סביר לשמירה על ענייני השולח בקשר עם נושא השליחות, אף אם זו חורגת מההרשאה המפורשת. לפיכך גם אם לא הייתה הרשאה לוועדה המיוחדת לקבל החלטה להתקשר בהסדר החוב בלא ביטול מגבלת העבירות, הרי שהסכמה זו נכללה בהרשאה שניתנה מכח הוראות חוק השליחות, כיוון שדובר בהחלטה דחופה בנסיבות שלא ניתן היה לצפות אותן מראש, ולצורך שמירת ענייני החברה.

<u>דיון והכרעה</u>

<u>המסגרת הנורמטיבית</u>

188. התביעה הנגזרת הינה כלי ייחודי המעניק לבעל מניות זכות עמידה לתבוע בשמה של החברה, כאשר האורגנים המוסמכים שלה נמנעים מלעשות כן מסיבות שאינן מוצדקות ואינן לטובת החברה. עם זאת, מדובר בכלי חריג המהווה סטייה מעקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה, ומעקרון אי-ההתערבות של בעלי המניות בניהול החברה, ועל כן השימוש בו יעשה

בנסיבות המתאימות בלבד, תוך בחינה טרומית של בקשת האישור על ידי בית המשפט, טרם אישור הגשת התביעה הנגזרת. ברע"א 4024/14 **אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' כהן** (26.402015), מתייחס השופט י' עמית לעקרונות אלו:

"התביעה הנגזרת באה להתמודד עם בעיית הנציג באמצעות הענקת "זכות עמידה" לבעל מניות (ובמקרים מסוימים אף לנושה של חברה) לתבוע בשם החברה, מקום בו נמנעים האורגנים המוסמכים להפעיל את זכות התביעה של החברה בעצמם. התביעה הנגזרת מאפשרת לבעל מניות להיכנס בנעלי החברה ולנהל תביעה בשם החברה בגין נזק שנגרם לחברה כתוצאה מהפרה של מקבלי ההחלטות את חובותיהם כלפיה (ראו, לדוגמה, עניין אינטרקולוני בפסקה 13 והאסמכתאות שם; עניין אנטורג בפסקה 16 והאסמכתאות שם; חאלד כבוב וענבל מימון-בלאו "שלבים ראשוניים בהגשת תביעה נגזרת" תאגידים ט/4, 3, 6-4 (2012) (להלן: כבוב ומימון-בלאו)). עם זאת, מאחר שהתביעה הנגזרת מהווה חריג לעקרון האישיות המשפטית הנפרדת והעיקרון בדבר אי התערבות בעלי המניות בניהול החברה, נקבעה בחוק החברות דרך דיונית מיוחדת להגשתה (ראו והשוו: אוריאל פרוקצ'יה דיני חברות חדשים לישראל 400-402, 415-416 (1989); כבוב ומימון-בלאו, עמ' 6-9)).

הדרישה לערוך בדיקה טרומית מעמיקה בטרם תאושר התביעה הנגזרת, נועדה לאזן בין הצורך להגן על החברה מפני מנהליה מחד גיסא, לבין הצורך להגן על החברה מפני סחיטה אפשרית של בעל המניות מאידך גיסא (ע"א 52/79 שלמה סולימני נ' דוד בראונר, פ"ד ל"ה(3) 617, 625 (1980))."

189. סעיף 1 לחוק החברות מגדיר תביעה נגזרת כך:

"תובענה שהגיש תובע בשם חברה בשל <u>עילת תביעה</u> שלה".

סעיף 198(א) לחוק מוסיף וקובע את התנאים לאישור תביעה נגזרת, להלן:

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

190. כעולה מסעיפים אלו, על מנת שבית משפט יאשר הגשת תביעה נגזרת צריכים להתקיים שלושה תנאים מצטברים: **א.** קיימת עילת תביעה לכאורית לחברה. **ב.** אישור הבקשה הוא לטובת החברה. **ג.** הבקשה לא הוגשה בחוסר תום לב. בנוסף, בודק בית המשפט את הסיכוי

הלכאורי של התביעה ואם התביעה עשויה לתרום להגדלת ערך החברה. בית המשפט העליון אף הכיר בשיקולי צדק כשיקולים אותם ניתן לשקול במסגרת ההחלטה אם לאשר הגשת תביעה נגזרת, ויפים לעניין זה דברי כב' השופט י' עמית ברע"א 5296/13 **אנטורג נ' שטבינסקי** (24.12.2013), פס' 17 [ההדגשות שלי ח.כ]:

> **"הסעיף מסתפק אפוא בשני תנאים לצורך אישור בקשה לתביעה נגזרת - כי אישור הבקשה הוא לטובת החברה וכי הבקשה לא הוגשה בחוסר תום לב. <u>שני תנאים אלה, ובמיוחד התנאי הראשון, מותירים שיקול דעת רחב לבית המשפט, והדעה המקובלת היא כי גם שיקולי צדק, שהוכרו בפסיקה כשיקול רלבנטי</u>, נכנסים לסל השיקולים של בית המשפט, לצד שיקולי הרתעה ושיפור הממשל התאגידי (אירית חביב-סגל דיני חברות 690 (2007) (להלן: חביב-סגל); כהן "התביעה הנגזרת" עמ' 111- 114 והאסמכתאות שם)."**

191. אקדים ואומר כי במקרה שבפני מצאתי שלא מתקיימים התנאים לאישור הגשת תביעה נגזרת, וזאת בשל כך כי לא ניתן להעניק למבקש אף אחד מהסעדים החלופיים המבוקשים על ידו. כפי שהראה להלן, אכן נפלו פגמים חמורים בהתנהלותה של הוועדה המיוחדת שמינתה החברה לצורך בחינת הסדר החוב, בעניין מניית הזהב של המדינה, הן לעניין חריגה מסמכות והן לעניין נאותות ההליך שקיימה. יחד עם זאת, אין מקום במקרה זה להורות על כינוס בדיעבד של אסיפה כללית אותה מציע המבקש, ואילו בכל הנוגע לסעד הכספי החלופי, הנזק הלכאורי עליו מצביע המבקש חסר קשר סיבתי לאותם פגמים נטענים. על כן, כפי שאפרט להלן, מצאתי כי יש לדחות את בקשת האישור בשל העדרה של עילה בת תביעה לחברה.

192. אך תחילה ארחיב בעניין הכשלים שנפלו בעבודת הוועדה המיוחדת, ובראשם פעולה בחריגה מסמכות.

<u>**פרשנות התנאי המתלה שבדוח העסקה**</u>

193. מכתבי הטענות שהוגשו בתיק עולה כי הצדדים חלוקים בנוגע לשאלה האם התנאי המתלה שנקבע בדוח העסקה אשר אושר באסיפה הכללית, קבע את איונה המוחלט של מגבלת העבירות מכח מניית הזהב של המדינה. בעוד המבקש טוען כי על פי התנאי המתלה לא ניתן להסתפק אלא בסילוק מגבלת העבירות כולה, טוענים המשיבים כי על פי התנאי המתלה ניתן להסתפק בשינוי או עדכון מסוים של מגבלת העבירות.

194. לאחר שבחנתי את מלוא טענות הצדדים בנושא זה, ואת מכלול הראיות, מצאתי כי לא ניתן לקבל את עמדת המשיבים. התנאי המתלה שבדוח העסקה מנוסח באופן חד וברור כמבקש לאיין את כל ההגבלות על העברות מניות צים. סעיף 2.1 לדוח העסקה מציין מפורשות כי

אישור העסקה "כפוף לתנאי המתלה" המפורט בסעיף 3.3.10. סעיף 3.3.10 לדוח העסקה אמנם דובר בלשון עדכון או איון של מניית המדינה, אך מיד מוסיף "כמפורט בסעיף 3.1.12 לדוח זה לעיל". ואילו סעיף 3.1.12 לדוח העסקה נוקט לשון בהירה ופשוטה בקובעו:

> **"למועד דיווח זה, צים נמצאת במגעים עם רשויות המדינה לאימוץ הסדר חוזי שיעדכן את זכויות המדינה על-פי מניית המדינה המיוחדת במסגרת ההסדר, <u>באופן שבעלי המניות בצים לא יהיו מוגבלים מביצוע העברות כלשהן של מניות צים שבבעלותם או דיספוזיציות אחרות במניות אלה</u>..."**

195. זאת ועוד, במסגרת דוח העסקה, הביעה הוועדה המיוחדת את עמדתה המפורשת בנוגע לשאלת מהותו של התנאי המתלה, בסעיף 8.8 לדוח העסקה וכתבה כך:

> **בנוסף, אחד הפרמטרים החשובים שהוגדרו על ידי הועדה המיוחדת, הינו הסרת המגבלות הקיימות החלות על עבירותן של מניות צים. במסגרת ההסדר הוסכם על תיקון תקנון צים כך שכל המגבלות בדבר העברת מניות הוסרו. בנוסף, <u>השלמת ההסדר מותנית בעדכון מניית המדינה המיוחדת, בין היתר, כך שיוסרו המגבלות הקיימות על העברת מניות צים</u>. יודגש כי נכון למועד זה, לא גובש הסדר חוזי מחייב עם המדינה בעניין זה."**

196. משכך, נראה כי מלשון דוח העסקה עולה תשובה ברורה לשאלה מה הם תנאיו של התנאי המתלה – הסרת המגבלות הקיימות על ביצוע העברות כלשהן של מניות צים בהן תחזיק החברה לישראל לאחר ההסדר.

197. הקריאה אותה מציעים המשיבים, אשר מדגישים את השימוש בשורש "עדכון" או "הסדרים חלופיים" וכן בצורה התחבירית "עדכון או איון", מתעלמת ממילותיו הברורות של הטקסט. בכל פעם שנדרש הטקסט לפרט מהו אותו עדכון ומהי מהותו של התנאי המתלה, הוא נוקט לשון ברורה של "הסרת המגבלות הקיימות" ואף מציין, ברחל בתך הקטנה, הסרת מגבלות ל"ביצוע העברות כלשהן של מניות צים...". משכך, לא נראה שניתן ליישב בין טענות המשיבים לבין לשונו של דוח העסקה אשר אושר באסיפה הכללית.

198. אינני מתעלם מכך שכפי שמציינים המשיבים, לאורך דוח העסקה מוזכרת שוב ושוב העובדה כי המשא ומתן עם המדינה בנוגע להסרת מגבלות העבירות מכח מניית הזהב, טרם הסתיים ולכן גם תוצאותיו אינן ידועות בשלב אישור דוח העסקה. יחד עם זאת, אין בעובדה זו כדי להשפיע על ניסוח התנאי המתלה הנוקט, כאמור, לשון ברורה. למעשה, אך טבעי היה כי אילו רצתה הועדה המיוחדת לקשור את המשא ומתן המתמשך ואת התנאי המתלה בדרך כלשהי

הייתה עושה כן במפורש, ואין בעצם הציון של קיומו של משא ומתן כדי להגמיש ולרכך את התנאי המתלה אשר תנאיו בהירים לכל קורא.

199. המשקיע הסביר או בעל המניות הסביר אשר קרא את דוח העסקה, בלא ספק קיבל את הרושם כי פירושו של התנאי המתלה הוא כי ללא הסרת כל מגבלות העבירות מכח מניית המדינה המיוחדת, לא יצא ההסדר לפועל. מודעותו להמשך קיומו של משא ומתן עם המדינה, לא ריככה עבורו את תנאיו של התנאי המתלה, אלא, למצער, גרמה לו להבין כי יתכן ויידרש אישור נוסף של האסיפה הכללית להסדר, במידה ומגבלת העבירות תוסר רק באופן חלקי. לאור האמור, לא נראה שניתן ליישב בין טענות המשיבים לבין לשונו של דוח העסקה אשר אושר באסיפה הכללית ואשר קבע את הסרת כלל מגבלות העבירות על מניות צים שיהיו בידי החברה לישראל.

200. מעבר לפרשנות דוח העסקה עצמו, ניתן להצביע על מקורות נוספים, חיצוניים, המעידים על תוכנו של התנאי המתלה. כך באסיפה הכללית בה, כאמור, נידון ואושר לבסוף דוח העסקה, הוחלפו דברים בין עו"ד יהושע נאמן לעו"ד דני מרקוביץ' ממשרד עורכי דין יגאל ארנון ושות', שהינו ב"כ הוועדה המיוחדת, בזו הלשון:

> **"יהושע נאמן: מציין כי מניית הזהב, היא הרי תנאי להסדר, מה תעשה החברה אם לא תשתנה החלטת המדינה.**
>
> **דני מרקוביץ: <u>בהנחה שהאסיפה תאשר את העסקה אז ממשיכים הלאה לשלב הבא והוא ביטול המגבלה על עבירות מניות החברה בצים. אם וככל שהדבר לא יתקיים אז לא יהיה הסדר</u>".**

201. כך, בלא כחל וסרק, ציין ב"כ הוועדה המיוחדת בפני בעלי המניות אשר עמדו להצביע על אישור דוח העסקה, כפי הנראה במסגרת מענה לשאלת הבהרה על דוח העסקה, כי אם לא יצליחו להביא ל"ביטול המגבלה על עבירות מניות החברה בצים", אז "לא יהיה הסדר". משכך, כל משקיע סביר, בין שנכח באסיפה הכללית ובין שלאו, היה מבין מקריאה של שאלה ותשובה זו, כי דוח העסקה אשר אושר, כולל בתוכו תנאי מתלה בינארי ממש, לפיו ללא הסרת מגבלת העבירות, איונה וביטולה, אין הסדר. זה מה שניסחו חברי הוועדה המיוחדת, זה מה שטען בע"פ בזמן אמת בה כוחם, וכל ניסיון מאוחר ומאולץ לקרוא לתוך הטקסט והנסיבות, דברים שלא היה בהם, אינו יכול לעמוד.

<u>מהו היחס בין התנאי המתלה לבין סעיף שיקול הדעת המוענק להנהלת החברה (2.2) בדוח העסקה</u>

202. באשר לסעיף 2.2 לדוח העסקה, אשר ממנו מסיקים המשיבים סמכות, כביכול, לשנות את דרישות התנאי המתלה, מצאתי כי דין טענת סמכות זו להידחות. אכן, סעיף 2.2 מנוסח באופן מעורפל, כך שלא ברור ממנו מהן גבולות הסמכות שניתנה במסגרתו להנהלת החברה, באישור הוועדה המיוחדת, לצורך השלמת הסדר החוב. יחד עם זאת, דבר אחד מאוד ברור מניסוח הסעיף, והיא שמדובר בסמכות עזר "על מנת להשלים ולהוציא לפועל את ההחלטות המובאות בסעיף 2.1...", ואילו התנאי המתלה כלל אינו מצוי בסעיף 2.1 לדוח העסקה, אשר מונה את ארבעת העקרונות המרכזיים של העסקה (מלבד התנאי המתלה). למעשה אחד מהעקרונות אשר כן נמנים בסעיף 2.1 הוא "*(ד) אישור מתן ערבות למדינה בסך 10 מיליון דולר להבטחת התחייבויות צים בהתאם להסכם עם מדינת ישראל בקשר עם הסדרים המעדכנים את תנאי מניית המדינה המיוחדת בצים (בכפוף לחתימה על ההסכם המתגבש עם המדינה בעניין) וכן תנאי החוב של צים כלפי החברה במקרה של מימוש הערבות...*", כלומר, גם כאשר עולה עניין המשא ומתן עם המדינה בנוגע למניית הזהב, סעיף 2.1 עוסק **<u>רק</u>** באישור מתן הערבות למדינה, **<u>ובאופן מופגן לא בתנאי המתלה עצמו</u>** והדרישות העולות ממנו, המצויות, כאמור, בסעיף נפרד.

203. יתר על כן, אותו שימוש בלשון "להשלים ולהוציא לפועל" מדגישה את אופי הסמכות הנתונה בסעיף 2.2 לדוח העסקה כסמכות עזר, הכרחית אמנם, אך טכנית במהותה – לסגור את קצוות, להשלים את העסקאות, ולהוציא לפועל את שהוסכם, לא לוותר על תנאי יסוד שהינו תנאי מתלה, של דוח העסקה.

204. זאת ועוד, קריאת דוח העסקה כולו מגלה כי התנאי המתלה הופרד והובדל משאר תנאי העסקה ולא רק שנקבע בסעיפים נפרדים, אלא גם בלא ספק קיבל מעמד מיוחד - אם לא יתקיים התנאי המתלה של הסרת כל מגבלות העבירות, אישור האסיפה הכללית לחלקה של החברה לישראל בהסדר החוב, **<u>מתבטל</u>**. כשם שיוחדה חשיבות רבה לתנאי המתלה בדוח העסקה, צורנית ומהותית, כך גרסת המשיבים כי ניתנה לוועדה המיוחדת סמכות לשנות את תנאיו הברורים מכח סעיף 2.2 נראית דחוקה ומאולצת, זאת מבלי להידרש כלל לשאלה האם עמדה הוועדה בתנאים לשינוי הקבועים בסעיף 2.2. אם אכן ניתנה סמכות כזו, מדוע הדבר לא נכתב במפורש במסגרת דוח העסקה, ומדוע לסמכות זו אין כל זכר בסעיפים 3.3.10 ו- 3.1.12 העוסקים בתנאי המתלה.

205. שוב אחזור אל נקודת מבטו של בעל המניות הסביר, הקורא את דוח העסקה – האם היה מבין כי אמנם נקבע תנאי מתלה לקיומה של העסקה כולה, אך תנאי זה, המנוסח באופן בהיר, כמעט בינארי, כפוף לסעיף שיקול דעת עמום וגמיש לחלוטין, אשר על פניו נראה שעוסק בסגירה סופית של הפרטים האחרונים של ההסדר ולא בעניין מהותי עד כדי כך שנקבע כתנאי

מתלה? התשובה לכך במובהק שלילית. משכך, מצאתי כי אותה סמכות להוצאתם לפועל של העקרונות הקבועים בסעיף 2.1, אשר נוסחה בסעיף 2.2 אינה כוללת, על פי לשון דוח העסקה, את הסמכות לשנות את התנאי המתלה.

206. לצורך פרשנות דוח העסקה ניתן אף לעשות שימוש, בהשאלה, בכלל הפרשנות נגד המנסח, אשר הוכר זה מכבר בפסיקה, ועוגן בשנת 2011 במסגרת סעיף 25(ב1) לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973. לפי כלל זה כאשר לאחד הצדדים לחוזה יש עדיפות בעיצוב תנאיו, יש להעדיף פירוש נגדו על פני פירוש לטובתו. הוועדה המיוחדת, טוענת במסגרת טענותיה בתיק זה, כי התנאי המתלה שבדוח העסקה לא קבע את איונה של מגבלת העבירות אלא דרש רק את עדכונה, וכי למצער, הוועדה קנתה סמכות לשנות את דרישות התנאי המתלה במסגרת סעיף 2.2. יחד עם זאת, דוח העסקה אשר הוגש לאישור האסיפה הכללית של בעלי המניות **<u>על דעתה ובאישורה של הוועדה המיוחדת</u>** חסר באופן מובהק עיגון מפורש לטענות אלו. אילו רצתה הוועדה המיוחדת כי האסיפה הכללית תסמיך אותה לשנות את התנאי המתלה, מדוע לא כתבה כך במפורש במסגרת סעיף התנאי המתלה (שהרי גם היא הייתה מודעת להימשכות המשא ומתן עם המדינה). אילו ביקשה לנסח תנאי מתלה גמיש יותר המסתפק בשינוי מוגבל ולא הסרה של מגבלת העבירות, מדוע ניסחה אותו כדורש "שבעלי המניות בצים לא יהיו מוגבלים מביצוע העברות **<u>כלשהן</u>** של מניות צים שבבעלותם". עמימות כלשהי, ככל שקיימת בטקסט (ולטעמי, כאמור, אין הדבר כך), אינה יכולה לפעול לטובת הרחבת סמכויות הנהלת החברה והוועדה המיוחדת כאשר זו לא ניתנה להם במפורש, אלא דורשת דווקא קריאה דווקנית, כנגד מנסח דוח העסקה ולטובת חיזוק מעמד בעלי המניות אשר אישרו את הנוסח כפי שהובא לפניהם.

207. לאור כל האמור, אציין את העולה מפרק זה – הצדדים אינם חלוקים על כך שמגבלת העבירות על מניות צים בהחזקת החברה לישראל לא אוינה, ומגבלות שונות נותרו על העברת המניות. לפיכך, התנאי המתלה אשר נקבע בדוח העסקה וקבע איון מגבלות אלו, לא התקיים, ואישור האסיפה הכללית לחלקה של החברה לישראל בהסדר החוב של צים, מתבטל.

208. אדגיש, העובדה כי הנהלת החברה, הדירקטוריון והוועדה המיוחדת אישרו את הסדר החוב בחוסר סמכות אינו עניין טפל. אישור האסיפה הכללית אינו עניין טכני אלא הוא הנותן את הגושפנקא להתחייבות החברה בהסדר החוב. ניסיון חברי הוועדה המיוחדת לטעון בזמן אמת ואף כעת, כאילו היה בידיהם סמכות שלא ניתנה להם, אינה הולמת ואינה ראויה.

<u>מעבר לצורך – משמעות השינויים שבוצעו במניית המדינה המיוחדת</u>

209. כאמור מעלה, קבעתי כי פרשנותו של התנאי המתלה בדוח העסקה הינה איונה של מגבלת העבירות של מניות צים שיוחזקו בידי החברה לישראל. כמו כן קבעתי, כי דוח העסקה לא

העניק לוועדה המיוחדת או לכל גוף אחר את הסמכות לשנות את התנאי המתלה. על כן, בהינתן שהצדדים אינם חלוקים כי איון כזה לא התרחש, התנאי המתלה לא התקיים ואישור האסיפה הכללית להסדר החוב לא ניתן.

210. מעבר לצורך, ומכיוון שהצדדים הקדישו חלק נכבד מכתבי טענותיהם לעניין זה, מצאתי להתייחס גם לשינויים שבוצעו במניית הזהב של המדינה. מכיוון שהנוסח הסופי של תנאי מניית הזהב נקבע בהסכם הפשרה אליו הגיעו צים והמדינה בבית המשפט העליון, ואשר קיבל תוקף של פסק דין, אתייחס לנוסח זה, ולא לנוסח העולה מהחלטת בית משפט של פירוק אשר קדמה לו ובוטלה במסגרת הסכם הפשרה.

211. לטעמי השינויים שנעשו במניית הזהב בין נוסחה טרם הסדר החוב ובין נוסחה בהסכם הפשרה, הינם מינוריים ובטלים, ובוודאי שאין בשינויים אלו כדי לקבוע כי החברה לישראל השיגה תמורה מהותית או משמעותית בתנאי מניית הזהב. להלן אבחן את השינויים שנעשו ואראה כי אלו כמעט חסרי חשיבות מבחינת הקלות במגבלת העבירות של מניות צים שבידי החברה לישראל. מראש אציין כי לא נעשה כל שינוי במגבלות העבירות המקנות לנעבר שליטה בצים או החזקה של 35% או יותר ממניותיה, וכל השינויים נוגעים רק להעברת מניות אשר מביאה להחזקה של 24%-35% ממניות צים:

א. דין טיעון המשיבים כי הסכם הפשרה יצר מנגנון קשיח בזמן של 30 יום לבחינת עסקה פוטנציאלית על ידי המדינה, להידחות. הציון כי המדינה תהא רשאית להודיע, "בתוך 30 יום" על התנגדותה להעברת מניות, אינו מוסיף דבר על הנוסח הקודם של תקנון צים, כעולה מסעיף 7.6.2 לו, אשר נוסחו לא שונה בעקבות הסכם הפשרה:

> **"המחזיק במניית המדינה המיוחדת ייחשב כמי שנתן את הסכמתו לבקשת החברה לפעולות הנזכרות לעיל, אם לא נתן תשובה שלילית בכתב לבקשה שהוגשה על-ידי החברה תוך <u>30 יום</u> מהמועד שבו קיבל את כל המידע הנדרש לו בקשר לבקשה".**

כלומר אותו סד זמנים "קשיח" של 30 יום לא השתנה טרם ואחרי הסכם הפשרה, והשינוי הינו סמנטי בלבד.

ב. "מתן הודעה מוקדמת למדינה" בנוסח החדש לעומת קבלת אישור מראש להעברת המניות בנוסח הישן – אף כאן לא מובן לי מהו ההבדל המשמעותי שנוצר משינוי נוסח זה. בשני הנוסחים המדינה תהיה רשאית להתנגד להעברת המניות, כך שלהעברת המניות לא יהיה תוקף במידה והמדינה מתנגדת. אף הנטל לתקוף את ההחלטה לא השתנה וזה ימשיך לחול על החברה ולא על המדינה. גם אם יאמר שיש ב"מתן הודעה מוקדמת" כדי לקצר

הליכים, ספק בעיני אם ימצא קונה כלשהו למניות צים שיהיה מוכן להתחייב לעסקת קנייה בלא שידע מראש כי העסקה קיבלה את אישור המדינה.

ג. הגבלת עילות ההתנגדות של המדינה, בנוסח החדש, לשלוש: א. פגיעה אפשרית בביטחון, ב. פגיעה אפשרית באיזה מהאינטרסים החיוניים של המדינה. ג. המדינה לא קיבלה את המידע הרלוונטי לצורך גיבוש החלטתה – מדובר בעילות המנוסחות באופן הרחב ביותר האפשרי. לא נראה כי ניתן כלל לחשוב על עילה לסירוב שתעלה המדינה ולא תיכנס למסגרת הכללית של "פגיעה אפשרית באיזה מהאינטרסים החיוניים" שלה. תחת כותרת זו יכולים להעלות נימוקים כלכליים או מסחריים, נימוקים בטחונים, נימוקים הקשורים ליחסים בינלאומיים ועוד. יתר על כן, מניית הזהב ניתנה למדינה, כעולה מסעיף 7.1 לתקנון צים, על מנת להגן על "העניינים החיוניים של המדינה בחברה". כלומר, כך או כך ספק רב אם יכלה המדינה לעלות נימוק אשר אינו קשור לאותם עניינים חיוניים עוד טרם שינוי הנוסח שנערך על פי הסכם הפשרה. לפיכך, אני מוצא כי גם אותה "הגבלה" של עילות ההתנגדות אינה מהווה שינוי של ממש.

ד. על פי הנוסח החדש על המדינה לנמק את סירובה להעברת מניות צים – ברור כי חובת ההנמקה החלה על המדינה, במידה ותחליט לסרב להעברת מניות צים, חלה לפני הסכם הפשרה ולאחריו, ואין בתוספת זו כדי לשנות. ראשית, חובת ההנמקה עוגנה במפורש בסעיף 7.6.5 לתקנון צים (אשר לא שונה בעקבות הסכם הפשרה) ולפיו: *"סרב מחזיק מניית המדינה המיוחדת לכל עניין מהעניינים להם נדרשת הסכמתו ינמק בכתב סירובו, במועד הודעת הסירוב"*. שנית, חובת ההנמקה, כידוע, נחשבת כאחד מכללי הצדק הטבעי, וחלה על המדינה אף מכח זה.

212. מכל האמור עולה כי השינויים שהוכנסו במסגרת הסכם הפשרה במניית הזהב של המדינה, הינם שינויים מינוריים בלבד, אשר אין בהם כדי ליצור שינוי מהותי או מיטיב משמעותית מבחינתה של החברה לישראל. אדגיש, לא נוצר מנגנון בעל שונות אמיתית לקבלת אישור של המדינה להעברת מניות אשר תביא להחזקה של בין 24%-35% ממניות צים, ומגבלת העבירות על החזקה של יותר מ- 24% ממניות צים נותרה בלא שינוי מהותי. על כן, גם אם היה נוסחו של התנאי המתלה גמיש יותר, ואין הוא כך, ספק רב אם היה ניתן לקבוע כי התנאי המתלה התקיים, לאור השינויים המינוריים שנערכו במניית הזהב.

<u>הקמת הוועדה המיוחדת והתנהלותה</u>

213. חוק החברות קובע הליכי אישור מיוחדים לעסקאות חריגות של חברה ציבורית אשר נערכות עם בעלי השליטה או עסקאות אשר לבעל השליטה יש בהן עניין אישי, ולפיהם עסקה שכזו טעונה אישור משולש של ועדת הביקורת, דירקטוריון החברה והאסיפה הכללית, כאשר במניין

קולות הרוב באסיפה הכללית ייכללו רוב מבין בעלי המניות שאינם בעלי עניין אישי באישור העסקה (ראו סעיפים 270(4) ו-275 לחוק החברות).

214. עוד יצוין כי במסגרת תיקון מספר 22 לחוק החברות, נקבע בסעיף 117(1ב) לחוק כי על ועדת הביקורת לקבוע לגבי אותן עסקאות בהן לבעל השליטה יש עניין אישי, אף אם הן אינן חריגות, *"חובה לקיים הליך תחרותי, בפיקוחה של הוועדה או מי שתקבע לעניין זה ולפי אמות מידה שתקבע, או לקבוע כי יקוימו הליכים אחרים שתקבע ועדת הביקורת, בטרם התקשרות בעסקאות כאמור, והכול בהתאם לסוג העסקה..."*, כל אלו על מנת להבטיח את טובת החברה.

215. בנוסף, לקיומו של הליך האישור המשולש הקבוע בחוק, החלו בשנים האחרונות חברות ציבוריות שונות להקים לצורך בחינה ואישור של עסקה שלבעל השליטה יש בה עניין אישי, וועדות מיוחדות ובלתי תלויות בבעל השליטה. וועדות אלו נועדו להתגבר על החשש לניגוד העניינים בהחלטות החברה, כאשר מטרת הוועדות אשר חבריהן הינם לרוב דירקטורים בלתי תלויים ודח"צים, היא להביא להחלטה אשר תשרת באופן מיטבי את החברה. על מנת שיוכלו הוועדות המיוחדות להגשים את מטרתן עליהן לקבל החלטותיהן באופן עצמאי, בתום לב, ללא ניגוד עניינים ובאופן מיודע, תוך בחינה של טובת החברה והיא לבדה.

216. בית משפט זה נדרש מספר פעמים בעבר לבחון את התנהלותה של וועדה מיוחדת ובלתי תלויה כזו, תוך קביעה של סטנדרט התנהלות תקין לעבודתה באופן אשר יגשים את מטרת הקמתה שהיא, כאמור, התגברות על ניגוד העניינים האינהרנטי המאפיין עסקאות בעל עניין. בת"צ 47490-09-13 **תועלת לציבור נ' כלל תעשיות בע"מ** (6.8.2015), פס' 33, עסקתי בהרחבה בקריטריונים לפעילות וועדות בלתי תלויה, והדברים שנכתבו שם חשובים גם לענייננו:

> **"בבואו של בית המשפט לבחון את פעילותה של הוועדה המיוחדת עליו להתחשב בקריטריונים הבאים: ברי כי על הוועדה המיוחדת להיות ועדה בלתי תלויה מבחינת הרכבה; עליה למנות מומחים ויועצים מקצועיים אשר ייעצו לה, הן בפן המשפטי והן בפן הכלכלי-עסקי אשר להם מומחיות בתחום ולמותר לציין כי על אותם יועצים מקצועיים להיות בלתי תלויים בבעל השליטה; כן נדרשת הוועדה המיוחדת להיות בעלת סמכות מלאה לנהל משא ומתן ולאשר או שלא לאשר את העסקה, וקל וחומר לנהל את המשא ומתן באופן אמיתי במטרה להשיג עסקה טובה יותר בעבור החברה ולא למראית עין, במסגרת זו עליה לבחון האם ישנן חלופות אפשריות לעסקה עם בעל השליטה אשר ייטיבו יותר עם החברה, מקום בו מדובר בעסקה המאפשרת בחינה שכזו; על הוועדה הבלתי תלויה להקדיש זמן ראוי ומספק לדיון בעסקה ולניהול המשא ומתן, הכל בהתאם לנסיבות המקרה ולמורכבות**

העסקה ולאפשר לחבריה להעלות את עמדותיהם ושאלותיהם; עוד יצוין, המובן מאליו, כי בפני הוועדה צריך להיות פרוש מלוא המידע הרלוונטי לצורך דיון וקבלת החלטה מושכלת ביחס לעסקה הנידונה על ידה.

רשימת הקריטריונים המפורטת לעיל איננה רשימה סגורה. לא ניתן לקבוע רשימה סגורה של קריטריונים נוספים אשר בהם נדרשת לעמוד הוועדה הבלתי תלויה או פעולות מסוימות אשר עליה לבצע בכדי שפעולתה תחשב כנאותה וראויה - קריטריונים אלו והפעולות הנדרשות במסגרת פעילותה ישתנו מטבע הדברים ממקרה למקרה, שכן כל חברה וכל עסקה ונסיבותיה שלה, אולם בכל מקרה על בית המשפט להתרשם, מהראיות אשר הוצגו בפניו, כי הוועדה פעלה באופן אמיתי ולא למראית עין כאשר לנגד עיניה עומדת טובת החברה, להבדיל מטובת בעל השליטה."

ראו לעניין זה גם החלטתי בת"צ 37908-11-12 **פרילוק נ' קול החזקה בע"מ** (8.12.2015).

217. בענייננו, אישור חלקה של החברה לישראל בהסדר החוב של צים, היווה כאמור עסקה אשר לבעל השליטה בחברה יש בה ענין אישי, בשל היותו קשור לחברות שהן עצמן נושות של צים ומהוות צד להסדר החוב. על כן, נדרש האישור המשולש לצורך קבלת העסקה. בנוסף, הקים דירקטוריון החברה את הוועדה המיוחדת והבלתי תלויה אשר לקחה חלק הן בניהול המשא ומתן מטעם החברה לישראל לגיבוש הסדר החוב עם נושי צים, והן בחנה את הולמות חלקה של החברה לישראל בהסדר החוב מבחינת האינטרס הכלכלי של החברה.

218. בקשת אישור זו ממוקדת כולה במניית הזהב של המדינה והתנאי המתלה שנקבע לאיונה. עם זאת, אין אני מתעלם כהוא זה, ובוודאי שאין בכוונתי לבטל את חשיבות עבודת הוועדה המיוחדת, אשר הייתה רחבה ומקיפה הרבה יותר מסוגיית הגבלת עבירות מניות צים. כידוע, הסדר החוב של צים, אשר הוועדה המיוחדת הייתה מעורבת באופן פעיל במשא ומתן לעיצובו, הינו הסדר חוב מהגדולים שהיו בישראל. הסדר זה כלל עשרות צדדים מסוגים שונים – בנקים ישראלים וזרים, בעלי מספנות, בעלי אוניות ועוד, נכסים וחובות בשווי מיליארדי דולרים, וכמובן, אלפי עובדים המועסקים בצים. הנושאים שעלו בפני הוועדה בדיוניה היו רבים – התוכנית העסקית של צים נוכח המצוקה, עמדות הנושים השונים והמשא ומתן המתנהל עימם, המעבר מתוכנית של בעלות לתוכנית של חכירה, סקירת השווקים הרלוונטיים, מחירי הדלק ועוד. בכל הנוגע לפעילותה זו של הוועדה המיוחדת, לא העלה המבקש טענות כלשהן, ואף עולה מחקירתו הנגדית (פ/15.12.2014, עמ' 142, ש' 19-14), כי הוא סומך כי הסדר החוב

עם כל אותם נושים אשר אושר על ידי הוועדה המיוחדת, ועדת הביקורת והדירקטוריון, לאחר משא ומתן ארוך, הינו לטובת החברה לישראל ולטובתו כבעל מניות, ועל כן היה מאשרו.

219. יחד עם זאת, בקשת האישור עוסקת כאמור במגבלת העבירות על מניות צים מכח מניית הזהב של המדינה, ועל כן, יש לבחון את פעילות הועדה המיוחדת גם בהקשר זה. לאחר שהוצגו בפניי ראיות הצדדים בתיק וטיעוניהם, סבורני כי אופן פעילותה של הוועדה המיוחדת והבלתי תלויה לא היה חף מפגמים, ועולים ספקות לא קלים ביחס לנאותות ההליך שקיימה בכל הנוגע למשא ומתן בעניין מניית הזהב של המדינה. להלן אפרט ביחס לאותם פגמים:

א. **המומחים החיצוניים אשר ייעצו לוועדה**: על ועדה בלתי תלויה העוסקת באישור הסדר חוב אשר לבעל השליטה יש עניין אישי בו, למנות מומחים ויועצים מקצועיים אשר ייעצו לה, הן בפן המשפטי והן בפן הכלכלי-עסקי, וברי כי על יועצים אלו להיות בלתי תלויים בבעל השליטה.

<u>היועץ הכלכלי</u> – במסגרת חוות הדעת הכלכלית אותה קיבלה הוועדה המיוחדת ממר שלי תשובה מטעם טריגר פורסייט (2012) שותפות מוגבלת מקבוצת Deloitte בריטמן אלמגור זהר ושות', נכתב תחת הכותרת "הבהרות והגבלת אחריות" כך:

> **"טריגר פורסייט מצהירה בזאת כי למיטב ידיעתה אין לה, לדירקטורים שלה, ולמי מבעליה ולגורמים מטעמה שייקחו חלק במתן השירותים וביצוע העבודה תלות בצים או בחברה או במי מטעמם או בבעלי השליטה בחברה.**
>
> **הלקוח אישר כי ידוע לו שבריטמן אלמגור זהר ושות' (Deloitte) מעניקה שירותי ייעוץ בתחומים שונים לחברה לישראל, לבעלי השליטה בחברה ולחברות בנות ומוחזקות בחברה לישראל. כמו כן Deloitte משמשת כרואה חשבון מבקר של חברת טאוור סמיקונדקטור בע"מ, חברה המוחזקת ע"י החברה לישראל. יחד עם זאת, טריגר פורסייט מצהירה כי אין בשירותים האמורים כדי לגרוע מאי התלות שלה, הדירקטורים שלה ולמי מבעליה ולגורמים מטעמה שייקחו חלק במתן השירותים וביצוע העבודה מטעמה."**

כאשר נשאל יו"ר הוועדה על הצהרה זו, ועל שאלת ניגוד העניינים בו ייתכן ונגוע היועץ הכלכלי של הוועדה המיוחדת, השיב כי הוועדה כלל לא ידעה על הקשר האמור, ואף לא בדקה את אי התלות של היועץ הכלכלי. למעשה הוועדה המיוחדת כלל לא עסקה בזיקה בין טריגר פורסייט, או חברות הקשורות אליה, לבעל השליטה או לחברה, כולל טיב השירותים הקבועים שניתנו לחברת הבת של החברה לישראל, היקף העבודות המזדמנות

שנעשו עבורם, תמורתן של עבודות אלו וההתחייבויות הקיימות ביניהם. זאת, למרות, כאמור, שאותה זיקה מצוינת במפורש בחוות הדעת הכללית (פ/15.12.2014, עמ' 162-160).

יתכן שהענקת ייעוץ חשבונאי מזדמן לא הייתה מביאה אותי למסקנה שיש פגם במינוי מומחה כלכלי לוועדה המועסק בחברה/קבוצה הנותנת שירותים לחברה לישראל או לבעל השליטה. אך השירותים המקצועיים הקבועים לחברת בת, יחד עם השירותים המזדמנים בכיכול לחברה לישראל ובעל השליטה, שהיקפם כלל לא נבדק על ידי הוועדה, אינם עניין של מה בכך. בית המשפט מעניק משקל נכבד מאוד לנאותות, שקיפות ועצמאות הוועדה הבלתי תלויה, לרבות היועצים שנשכרים על ידה. ראוי היה לוועדה להקפיד בנדון ולא לשכור שירותיה של פירמה שמספקת גם ייעוץ לחברה או לבעל השליטה (אף אם לא קבוע), אך בעיקר מספקת שרות מקצועי קבוע לחברת בת, ולו למען הנראות.

לא פחות חמורה היא העובדה כי שאלה זו כלל לא נבדקה על ידי הוועדה. בסיכומיהם טוענים המשיבים כי ניתן היה להסתמך על אותה הצהרה של טריגר פורסייט כי היא אינה מצויה בניגוד עניינים ואשר צוטטה מעלה, אך אין בידי לקבל טענה זו – ראשית, כעולה מעדותו של יו"ר הוועדה, גם הוועדה המיוחדת, כפי הנראה, לא הסתמכה על אותה הצהרה, כיוון שהיא כלל לא הייתה מודעת אליה, כמו גם לקשרים המצוינים בה. שנית, כפי שציינתי לא ניתן לפתור את משמעות הקשרים המדוברים ואת בעיית הנראות והעצמאות שהם יוצרים, כעניין חסר חשיבות, ועל כן לא ניתן להסתפק בהצהרה כדי לפתור את החשש לחוות דעת ויעוץ נגוע.

<u>הייעוץ המשפטי</u> – כעולה מהפרוטוקולים של דיוני הוועדה ומחקירתו של פרופ' לנגהולץ, משרד גורניצקי ושות', שהינם עורכי הדין של החברה לישראל ושל בעלי השליטה בה, לא רק שנכחו ברבים מישיבות הוועדה המיוחדת, אלא גם היוו, לתפיסת הוועדה, חלק מהצוות המשפטי המייעץ לה. קרי, הוועדה קיבלה יעוץ משפטי שהינו במובהק תלוי בבעל השליטה, תוך שבכך נפגעת עצמאותה ויכולתה לייצג את טובת החברה באופן בלתי תלוי. אמנם בנוסף למשרד גורניצקי, קיבלה הוועדה גם יעוץ משפטי מיועצים בלתי תלויים ממשרד יגאל ארנון שות', אך אין בכך כדי לרפא את הפגם שבהתנהלות הוועדה אשר ביודעין קיבלה יעוץ משפטי הנגוע בניגוד עניינים. וכך עולים הדברים בחקירתו של פרופ' לנגהולץ, יו"ר הוועדה המיוחדת (פ/15.12.2014, עמ' 167, ש' 8-13):

"ש: בכל ישיבות הוועדה כמו שאמרת הם היו נוכחים, עורכי דין ממשרד גורניצקי,

ת: נו,

ש: השאלה היא האם נתתם משקל למה שהם אומרים בישיבות האלה, האם הפריתם אחד את השני, זאת השאלה.

ת: ברור"

זאת ועוד, נוכחותם של עורכי דין ממשרד גורניצקי ועמדתם, היוו חלק מהתשתית עליה התבססו ההחלטות שהתקבלו בשתי הישיבות הקריטיות שהתקיימו ביום 3.7.2014 וביום 14.7.2014, על ידי הוועדה המיוחדת בעניין התקיימות התנאי המתלה ואישור הסדר החוב, כאשר גם כאן מתייחס אליהם יו"ר הוועדה **כחלק מהיועצים המשפטיים של הוועדה**:

"כב' השופט: מה היתה עמדת משרד עורכי דין גורניצקי או מי שנכחו בישיבות האלה לגבי הסוגיות שדנו בהן בשתי הישיבות האלה אם אתה זוכר?

...

ת: כל היועצים המשפטיים שלנו אמרו לנו שמבחינה משפטית התנאי המתלה התקיים ופסק הדין של בית המשפט המחוזי אפשר לנו לקבל בסיכומו של דבר את ההחלטה לגבי סגירת ההסדר. כמובן שחיכינו, המדינה הרי ערערה,"

הסברו של פרופ' לנגהולץ, כאילו ביקשה הוועדה לשמוע כמה שיותר דעות בטרם תקבל את החלטתה, אשר היא עצמה הייתה החלטה עצמאית, אינה מקובלת אלי. ראשית, כפי שציינתי מעלה, יש חשיבות גדולה לשאלת הנראות בהתנהלות הוועדה הבלתי תלויה, נראות שנפגמת באופן חריף מהשתתפות פעילה ואינטנסיבית של עורך דינו של בעל השליטה בישיבותיה. שנית, לא נראה כאילו יו"ר הוועדה המיוחדת יחס חשיבות כלשהי לעובדה כי הייעוץ המשפטי של משרד גורניצקי נגוע בניגוד עניינים – לא רק שבמהלך חקירתו התייחס שוב ושוב לעורכי דין אלו כחלק מהצוות המשפטי של הוועדה (והסתייג מכך רק כאשר נשאל במפורש), אלא גם נראה כי נתן לעמדתם משקל אשר לא פחות ממשקל הייעוץ המשפטי הבלתי תלוי של הוועדה, תוך שהוא מציין כי הוועדה "סמכה עליהם".

לאור כל האמור, מצאתי כי נפל פגם בהתנהגות הוועדה המיוחדת, הן בעניין הייעוץ הכלכלי אותו קיבלה ואשר שאלת היותו בלתי תלוי כלל לא נבדקה על ידה, והן בעניין קבלת ייעוץ משפטי מעורכי הדין שהינם עורכי הדין של החברה לישראל ושל בעל השליטה בה, באופן לא ראוי.

תנ"ג 628-08-14 קראוסקופף נ' צים שירותי ספנות משולבים בע"מ ואח'

תיק חיצוני:

ב. **אי קבלת חוות דעת כלכלית מעודכנת לאחר השינוי במניית הזהב בעקבות החלטת המחוזי והסכם הפשרה בעליון:** אחד הקריטריונים לפעילות תקינה של ועדה בלתי תלויה היא החובה שבפני הועדה יעמוד מלוא המידע הרלוונטי על מנת לאפשר לה לקבל החלטה מחושבת ושקולה על בסיס תמונה מלאה של הנתונים. על הנתונים להיות זמינים לחברי הוועדה בזמן אמת, כאשר היא נדרשת לתת את החלטתה.

בענייננו, כעולה מהראיות וחקירת המצהירים, ובניגוד לטענת המשיבים, נראה כי טרם קבלת החלטת הוועדה לאשר את החלטת בית המשפט המחוזי, כמקיימת באופן מהותי את התנאי המתלה הקבוע בדוח העסקה, לא התקבלה חוות דעת כלכלית הבוחנת את משמעויותיה הכלכליות של החלטת המחוזי.

חוות הדעת הנוספת אשר הוצגה בפני הוועדה במכתב מר תשובה מיום 2.7.2014 לא רק שהוכנה לפני החלטת בית משפט של פירוק, אלא גם עסקה בשאלה אחרת - האם חוות הדעת הכלכלית הראשונה שניתנה בנוגע להוגנות העסקה תשתנה אילו סף העבירות לא יוסר לגמרי, אלא יעמוד על 35%. הרקע לבחינת שאלה זו, כעולה מחקירת מר תשובה, היה שאלה אשר נשאל המומחה הכלכלי יום או יומיים לפני כן, על ידי הדירקטוריון, ולא כאמור החלטת המחוזי (פ/15.12.2014, עמ' 266-267, ש' 18 ואילך).

כלומר, משמעותן הכלכלית של אותן מגבלות אשר עדיין נותרו על העברת מניות שתביא להחזקה של בין 24%-35%, מגבלות אשר כפי שציינתי בפרק הקודם אינן שונות בפועל מהמגבלות שהיו טרם השינוי, לא הוצגה בפני הוועדה במסגרת חוות דעת כלכלית. דברים אלו נאמרים מפורשות על ידי מר תשובה (פ/15.12.2014, עמ' 263, ש' 11-19):

> **"כב' השופט: אבל איך אתה יכול לומר באופן קטגורי, שאין שום ערך למגבלה של סחירות, מגבלה כלשהי של סחירות, לבין אי סחירות בכלל, לבין היעדר כל מגבלה?**
>
> **ת: לא, לא אמרתי.**
>
> **כב' השופט: לגבי הוגנות השווי.**
>
> **ת: לא אמרתי שאין ערך. אמרתי שאם הרף נמצא ב- 35% ולחברה לישראל יש 32% אני לא רואה מגבלה, אני לא רואה שהערכת השווי שלנו משתנה כתוצאה מכך <u>ואני מדגיש עוד פעם – לא עסקנו בנייר הזה במגבלה שבין 24 ל- 31."</u>**

זאת ועוד, בדיון שקימה הוועדה ביום 3.7.2014 ואשר עסק בהחלטת בית משפט של פירוק, ציין מר תשובה בפני הוועדה, בזמן אמת, כי קשה להעריך את משמעות המגבלות שבין 24%-32%:

> **"מציין כי בפעם האחרונה שדנו בנושא דיברנו על כך שכל מספר מעל 32% הוא טוב לנו כשלגבי המקטע של ה-8% (24%-32%) קשה להעריכו האם מדובר בנושא כבד משקל".**

יחד עם זאת, נראה כי חברי הוועדה לא התייחסו כלל להערה זו ולעולה ממנה (עובדה העולה אף מחקירתו של יו"ד הוועדה, פרופ' לנגהולץ) – העובדה שלא נעשתה הערכה כלכלית למגבלות העבירות שנותרו על החזקת מניות שבין 24%-35% אחרי החלטת המחוזי, והעובדה כי המומחה הכלכלי חשב כי מדובר בשאלה כבדת משקל. לעניין זה אזכיר, כי הוועדה יודעת כל העת כי בידי החברה לישראל צפויים להיוותר כ 32% ממניות צים, קרי החזקות המצויות באותו טווח (במידה ותרצה להעביר את כל החזקתה). המומחה לא נשאל על הערתו המצוטטת כל שאלה, ונראה כי חברי הוועדה הסתפקו, ללא כל נימוק, בבחינה הכלכלית, התאורטית לחלוטין, שביצע המומחה על מגבלת עבירות של החזקת 35% ומעלה ממניות צים, ולא כפי שנקבע בהחלטת המחוזי.

מדובר לכל הפחות בהתנהלות לא רצינית ולא מקצועית של הוועדה, אשר הגדילה לעשות ופרסמה בדיווח המיידי מיום 6.7.2014 כי בהחלטתה לאשר את השינוי במניית הזהב העולה מהחלטת המחוזי, הסתמכה על חוות דעת כלכלית זו של מר תשובה. ראוי היה כי הוועדה תפעל אחרת, וגם אם לא ניתן היה בזמן כה קצר לקבל חוות דעת כלכלית מעודכנת המתייחסת להחלטת המחוזי, לפחות תשאל את המומחה שאלות רלוונטיות ותקיים דיון בנושא.

יחד עם זאת, אציין כי אין אני מקבל את טענת המבקש כאילו לא התקיים כל דיון בוועדה ביחס למשמעות החלטת המחוזי, וזאת אף אם סיכום הדברים נוסח על ידי היועץ המשפטי של הוועדה, ולא על ידי יושב הראש, כפי שבטעות נכתב. יש לזכור כי מדובר בפרוטוקול המתמצת את הדברים שנאמרו על ידי המשתתפים, את שאלותיהם ועמדתם, מה גם שחלק ניכר מהדיון שהתקיים מצוי, על פי החלטתי, תחת חסיון עו"ד-לקוח, ועל כן הושחר על ידי המשיבים. פרוטוקול הישיבה אינו מעלה כי חברי הוועדה לא עסקו במשמעויות החלטת המחוזי, ואף נראה כי הם בהחלט מוטרדים משאלת התקיימותו או התקיימותו של התנאי המתלה, ביחס לשינוי שנעשה במניית הזהב.

ג. **אי אישור הסכם הפשרה בזמן אמת**: לטענת המבקש אישור הסכם הפשרה בבית המשפט העליון נעשה בזמן אמת על ידי היועץ המשפטי של הוועדה, עו"ד גיל אורן, ולא על ידי

חברי הוועדה המיוחדת. הסכם הפשרה אמנם נחתם בין צים לבין המדינה, אך צים העידה כי לא תיתן את הסכמתה ללא התחייבות שההסכם מקובל על החברה לישראל, וכי על פי חקירת מנכ"ל צים, מר דניאלי, הסכמה זו ניתנה לו בזמן אמת על ידי עו"ד גיל אורן, שהיה נוכח בדיון, ולא על ידי הוועדה המיוחדת. ואכן, מפרוטוקול הדיון של הוועדה המיוחדת מאותו יום, עולה כי פסק הדין של בית המשפט העליון כבר ניתן בזמן ההתכנסות, והוועדה אך בירכה על המוגמר, כאשר אישרה שאין בהסכם פשרה זה כדי לשנות לרעה את התנאים שנקבעו בהחלטת בית משפט של פירוק.

מוצא אני שאין לייחס לטענות אלו בנוגע לפגמים בהתנהלות הוועדה משקל רב. ברור הוא שכאשר מתנהל דיון בבית המשפט העליון, ובמסגרתו מנסה בית המשפט להביא את הצדדים לידי הסכמות ופשרות, לא תמיד יכולה להינתן בזמן אמת הסכמה והחלטה של וועדה אשר צריכה לכנס את חבריה לצורך כך. עוד אזכיר כי החברה לישראל לא הייתה צד להליך שהתקיים בבית המשפט העליון, ועל כן, הסכם הפשרה לא חייב אותה, גם אם ניתנה עמדתה העקרונית לנציג צים, במהלך הדיון. לפיכך, קבלת אישור הוועדה המיוחדת בדיעבד יש בו כדי לרפא פגם זה. לבסוף אדגיש כי אף בחינה של ההבדלים בין החלטת בית משפט של פירוק, שכבר אושר באותו שלב על ידי הוועדה, לבין הסכם הפשרה, מעלה כי מדובר בשינויים מינוריים בלבד, כמעט חסרי חשיבות (תשובת המדינה תינתן תוך 30 יום במקום 21 יום, החלפת בית משפט של פירוק בבית המשפט המוסמך והוספת פרטים מסוימים שיש למסור למדינה). על כן, העובדה כי הבדלים פעוטים אלו לא אושרו בזמן אמת על ידי הוועדה המיוחדת, אינה יוצרת פגם משמעותי בהתנהלותה.

<u>הסעדים המבוקשים בבקשת האישור והקשיים המהותיים העולים מהם</u>

220. בבקשת האישור מפנה המבקש לשני סעדים חלופיים: **הראשון**, כינוס בדיעבד של האסיפה הכללית על מנת שזו תאשר או תידחה את חלקה של החברה לישראל בהסדר החוב יחד עם הנוסח הקיים של מניית המדינה המיוחדת. **השני**, ולחלופין בלבד, פיצוי כספי בגין הפער בין שווי מניות צים אותן קיבלה החברה לישראל לבין שווי המניות במידה ומגבלת העבירות הייתה מוסרת לחלוטין, כאמור בתנאי המתלה וכפי שאישרה האסיפה הכללית.

<u>הסעד המבוקש לכינוס אסיפה כללית של בעלי המניות בחברה לישראל</u>

221. בכל הנוגע לסעד הראשון עליו, יש לציין, לא חזר המבקש בסיכומיו, מדובר בסעד שאינו אפקטיבי ואינו עומד בדרישה של טובת החברה, וזאת מבלי להיכנס לשאלה האם ניתן לדרוש סעד של כינוס אסיפה כללית במסגרת תביעה נגזרת.

222. צודק המבקש בציינו כי סעד זה הוא הפתרון הקבוע בסעיף 56 לחוק החברות כאשר פעולה של אורגנים בחברה נעשית תוך חריגה מהרשאה, כפי שקבעתי שקרה בענייננו. יחד עם זאת, אני מוצא כי משיקולים של טובת החברה וכן משיקולי צדק, אין זה המקרה והנסיבות המתאימים למתן סעד זה.

223. אזכיר, מספר חודשים לאחר האירועים המתוארים בבקשת האישור, העבירה החברה לישראל את מניותיה בצים לחברת אחות בשם Kenon, שאינה בבעלותה, במסגרת פיצול מבני שערכה, זאת ללא תמורה. לפיכך, יהיה זה חסר טעם לחלוטין עבור החברה לישראל לאשר או לדחות היום את חלקה בהסדר החוב, הכולל בחובו את קבלת מניות צים אותן העבירה לגורם שלישי בהחלטה שקיבלה את אישור האסיפה הכללית (בתנאים הקבועים בסעיף 275 לחוק החברות).

224. עוד אזכיר כי הסדר החוב בצים, אשר לו עשרות צדדים, ישראלים וזרים, ושוויו נאמד במיליארדי שקלים, יצא זה מכבר אל הפועל. החברה לישראל ביצעה את חלקה על פי ההסכם בהזרמת הכספים לצים, מחילה על חובות צים כלפיה וקבלת המניות, ויחד איתה גם נושיה הרבים של צים ביצעו את חלקם - מחלו על חלק מחובותיה של צים כלפיהם וקיבלו את מניות צים בתמורה לחובם שלא נמחל. צדדים אלו שינו מצבם לרעה, תוך שהם מתקשרים בעסקאות שונות בהתבסס ובהסתמך על המצב החדש שנוצר בעקבות הסדר החוב.

225. זאת ועוד, המבקש לא העלה כל טענה כאילו צדדים שלישים אלו היו מעורבים בדרך כלשהי בפרשה הנוגעת לשינוי במניית הזהב של המדינה בצים, וצדדים אלו בוודאי שלא ידעו או היה עליהם לדעת על אי התקיימות התנאי המתלה. במקרה כזה, גם על פי סעיף 56 לחוק החברות, אין משמעות לפעולה תוך חריגה מהרשאה עבור אותם צדדים שלישיים ואישורה של החברה לישראל להסדר החוב תקף עבורם. משכך, כינוס מחדש של האסיפה הכללית יהיה בכל מקרה חסר משמעות אופרטיבית – אילו תחליט החברה לישראל במסגרת אסיפה כזו לאשר את הסדר החוב או לדחותו, התוצאות יהיו זהות – הסכם החוב יעמוד בעינו.

226. לסיכום, אנו מצויים כעת במצב בו לא ניתן להחזיר את הגלגל לאחור – הסדר החוב יצא לדרך, ואין כל טעם לקיום אסיפה כללית של בעלי המניות בחברה לישראל על מנת שאלו יחליטו האם לאשרו בדיעבד אם לאו. בוודאי שקבלת בקשת האישור להגשת תביעה נגזרת אשר זה הסעד המבוקש בה איננה לטובתה של החברה לישראל, כנדרש על פי סעיף 198(א) לחוק החברות – הדבר חושף אותה לתביעות מרובות, פגיעה כלכלית, פגיעה במוניטין ועוד.

227. תביעה נגזרת הינה הליך יקר וחריג אשר יש בו, כאמור, סטייה מעקרון האישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד, ואשר אנו מצויים רק בשלב המקדמי לו. דרישה מהחברה לנהל הליך זה ולשאת בעלויותיו כאשר הסעד המבוקש חסר כל משמעות אופרטיבית עבורה, אינו לטובת החברה, ואף קיימים שיקולים חזקים של צדק מדוע לא להעניקו במקרה זה. (בעניין טובת

החברה ושיקולי הצדק הרלוונטיים ארחיב גם בפרק הבא). לפיכך, אני מוצא כי יש לדחות סעד זה, אותו העלה המבקש.

<u>הסעד הכספי המבוקש - העדרו של קשר סיבתי בין הנזק הנטען על ידי המבקש לבין הכשלים שנפלו בעבודת הוועדה</u>

228. הנזק הנטען על ידי המבקש בבקשת האישור מורכב לטענתו מהפער בין שווי מניות צים אותן קיבלה החברה לישראל, לבין שווי המניות שהייתה מקבלת במידה ומגבלת העבירות הייתה מוסרת לחלוטין. כלומר, ההנחה העומדת בבסיס הנזק הנטען בבקשת האישור היא כי אילולא החריגה מסמכות והפגמים בהתנהלות הוועדה המיוחדת, הייתה החברה לישראל מקבלת מניות של צים בשווי גבוה יותר, וכי הנזק שנגרם הוא, כאמור, אותו פער בשווי. ברם, מצאתי כי המבקש לא הצליח להוכיח ברף הנדרש, כי נזק נטען זה מקיים קשר סיבתי עובדתי עם הפגמים שנפלו בהתנהלות הוועדה המיוחדת, קרי כי ניתן היה להגיע ל"עסקה טובה יותר" עבור החברה לישראל.

229. תחילה אציג את התשתית העובדתית העולה מהראיות שהוצגו בתיק. לאחר מכן, אראה כי על בסיס תשתית זו לא הצליח המבקש להוכיח ברף הנדרש מבקשת אישור להגשת תביעה נגזרת, את קיומו של קשר סיבתי לנזק הנטען על ידו:

א. **הסדר החוב שאושר לבסוף היה טוב בהרבה עבור החברה לישראל מהעדרו של הסדר חוב ופירוקה של צים** – נראה כי בנקודה זו הצדדים כלל אינם חלוקים. ברור כי הנזק שהיה נגרם לחברה לישראל מפירוק צים, מבחינה כלכלית, משפטית (סכנה לתביעות כנגדה כבעלת שליטה), פגיעה במוניטין ועוד, היה חמור בהרבה מה"מחיר" ששולם על ידי החברה במסגרת הסדר החוב אשר הטיב עם החברה לישראל.

כך, מחקירתו של המבקש עצמו עולה כי לדעתו העסקה שהתקבלה לבסוף הייתה טובה לחברה לישראל והוא היה מאשרה, אילו הייתה מגיעה לאישור נוסף של האסיפה הכללית (פ/15.12.2014, עמ' 142, ש' 19-14):

> **"ש: מה ייעוץ משפטי? השאלה היא לא משפטית, השאלה היא כלכלית. לאשר את הסדר החוב עם צים או לא לאשר אותו. זה מה שאתה רוצה שנעשה.**
>
> **ת: בסדר, לאשר.**
>
> **ש: אז בעד.**
>
> **ת: כן."**

זאת ועוד, במסגרת חקירתו הנגדית הסכים המומחה מטעם המבקש, ד"ר מופקדי, לקביעה כי הנזק מהעדרו של הסדר גדול הרבה יותר מההסדר שהתקבל (פ' 15.12.2014, עמ' 98-99, ש' 10 והלאה):

> **"ש: "יש לך שתי פרופוזיציות אומרים לך – הסדר או לא הסדר. אתה לא בדקת בחוות הדעת שלך מה היחס הנזקי בין הנזק מההסדר הנטען על ידך לבין אי הסדר.**
>
> **ת: לא בדקתי. לא בדקתי כי לא נתבקשתי לבדוק,**
>
> **...**
>
> **ש: סביר בעינייך שבהיעדר הסדר הנזק הוא הרבה יותר גדול?**
>
> **ת: זה עניין של משא ומתן, יכול להיות שכן,**
>
> **ש: שאלתי אותך,**
>
> **ת: סביר להניח שכן."**

לאור האמור, נראה כי אין מחלוקת בין הצדדים על כך שהעדר הסדר היה גורם לחברה לישראל נזק עצום, העולה בצורה משמעותית על ההסדר שהתקבל.

ב. **הייתה קיימת דחיפות גבוהה באישור הסדר החוב, כך שהמתנה ממושכת (לצורך כינוס אסיפה כללית נוספת) הייתה עלולה להביא לקריסת ההסדר** – מצאתי שיש לקבל את טענתם של המשיבים ביחס לבהילות הגדולה באישור הסדר החוב בשבועות והימים טרם אישורו, ובפרט קיומו של חשש ממשי שעיכוב לצורך קיום אסיפה כללית (עיכוב של לפחות 35 יום על פי חוק החברות ותקנותיו) עלול להביא לקריסת ההסדר כולו. בהילות זו עולה לא רק מתצהיריהם וחקירתם הנגדית של המצהירים מטעם המשיבים, אשר היו מעורבים בהתרחשויות בזמן אמת, אלא גם מסדרה של עובדות שאינן שנויות במחלוקת: **א.** קציבת המועדים אשר נעשתה על ידי הגורמים המעורבים – מועדי הישיבות המיידיות שקבעה הוועדה המיוחדת באותן שבועות. המועדים אותם קצב בית משפט של פירוק (כולל להגשת הערעור לבית המשפט העליון) ודחיפות ההחלטה שנתן. המועד שקבע בית המשפט העליון לדיון דחוף בערעור המדינה, כאשר הוא מפנה לצורך כך את יומנו, ואף מקדיש שעות רבות על מנת להביא את הצדדים להסכם פשרה עוד באותו היום. **ב.** פרוטוקולי הדיון בוועדה המיוחדת מעלים אף הם, בזמן אמת, את הדחיפות והחשש מפני קריסת הסדר החוב במידה ויגרם עיכוב באישורו. כך, במהלך הדיון שקיימה הוועדה ביום 3.7.2014 מציין דן זיסקינד "כל הארכת זמן גוררת יותר סיכון", ובמהלך הדיון שקיימה הוועדה ביום 14.7.2014, יום לפני אישור ההסדר, מציין עודד דגני: "ההסדר נמצא על

כרעי תרנגולת. להחלטה שלנו יש השפעה על עתיד ההסדר כולו." וזהבית כהן מוסיפה: "צריך גם לשים לב כי האפשרות שיהיה בפרק הזמן שינוי אצל בעלי האג"ח עשוי להביא כישלון ההסדר." כל אלו מעידים על הדחיפות הרבה שראו כל הגורמים המעורבים, החל מחברי הוועדה המיוחדת וכלה בשופטי בית המשפט העליון באישור הסדר החוב.

אוסיף ואציין, כי אני דוחה את טענתו של המבקש כאילו אין ממש בטענת הבהילות כיוון שהמשא ומתן להסדר החוב ערך שנה וחצי ויותר טרם אישורו. כאשר מגיעה עסקה לשלביה הסופיים, הפער בין קבלתה ונפילתה מתקצר והזמן הופך להיות גורם קריטי. כך, אותו משא ומתן ממושך שקיימו הצדדים, ארוך ככל שיהיה, התנקז לאותם ימים ושבועות ספורים, אשר במשיכתם היה כדי להביא לפיצוץ הסדר החוב כולו.

ג. **אורגני החברה פעלו ככל יכולתם כדי להסיר את מגבלת העבירות, גם אם ניסיונות אלו לא צלחו, כפי שקורה לא פעם במסגרת ניהול משא ומתן** – ממכלול הראיות שהוצגו בפני עולה באופן ברור כי החברה לישראל וצים עשו ככל שביכולתם כדי להביא להסרת מגבלת העבירות על מניות צים, והמבקש עצמו אף מדגיש מאמץ זה במסגרת בקשת האישור והתשובה. אזכיר כי החברה לישראל וצים ניהלו משא ומתן ארוך עם המדינה בנוגע למגבלת העבירות. למעשה, עצם קביעתו של התנאי המתלה שימש, בין השאר, כאמצעי לחץ על המדינה במסגרת המשא ומתן שניהלו הצדדים (כעולה מדבריו של פרופ' לנגהולץ). עוד אזכיר כי צים פתחה בהליך משפטי בבית משפט של פירוק על מנת להביא להסרת מגבלת העבירות בסיועו של בית המשפט, ולאחר מכן במסגרת הערעור שהוגש לבית המשפט העליון. כל אלו מעידים על פעולות משמעותיות ומאמץ אמיתי של המשיבים להביא להסרת מגבלת העבירות. אף אם פעולות אלו לא הביאו לתוצאה הרצויה של איון מגבלות העבירות, לא נטען ולא הוכח, כי מי מהמשיבים התרשל במאמצים הכנים של החברה לישראל להסיר את מגבלת העבירות על מניות צים.

230. אין לשכוח מושכלות יסוד כי הנטל לשכנע בדבר קיום עילת תביעה לכאורית לחברה מוטל על המבקש. אמנם, אין מדובר ברף ראיות של מאזן הסתברויות, אבל על המבקש החובה לשכנע ברף הנדרש לבקשת אישור להגשת תביעה נגזרת, בדבר קיום רכיב של נזק שנגרם לחברה <u>כתוצאה</u> מהפגם בהליך קבלת ההחלטה על ידי הוועדה המיוחדת שלא הביאה את הסדר החוב לאישור נוסף של האסיפה הכללית. נזק וקשר סיבתי זה לא הוכחו כלל ועיקר בפני, ולראיה, המבקש עצמו הודה בחקירתו כי אילו היה מובא הסדר החוב לאישור נוסף באסיפה הכללית, היה מאשרו.

231. אזכיר כי אף המבקש אינו מכחיש שאורגני החברה פעלו ללא לאות על מנת לבטל את מגבלת העבירות, גם אם ניסיונות אלו לא צלחו. על כן, לא ברור באיזה תרחיש אפשרי כלשהו, בוודאי

לא כזה אותו מציג ומוכיח המבקש, הייתה זוכה החברה לישראל באישור הסדר החוב ובהסרת מגבלת העבירות יחדיו (קרי, הנזק הנטען על ידי המבקש לא היה מתרחש). **<u>המבקש כשל מלהראות כי הסדר טוב יותר היה תוצאה של החזרת ההחלטה בדבר אישור ההסדר לידי האסיפה הכללית.</u>**

232. בהעדרה של הוכחה ברמה הנדרשת של קשר סיבתי בין הנזק הנטען על ידי המבקש לבין הפגמים שנפלו בהתנהלות הוועדה, לא מתקיימת עילת תביעה לכאורית לחברה לישראל, כנגד מי מהמשיבים, ואין מקום לאשר את בקשת האישור להגשת תביעה נגזרת.

<u>שאלת טובת החברה</u>

233. יכולתי לסיים החלטתי זו עם הקביעה כי בהעדר הוכחת קיום קשר סיבתי לנזק הנטען, תנאי המהווה בסיס לאישור בקשה להגשת תביעה נגזרת, לא ניתן לקבל את בקשת האישור, כפי שפורט בהרחבה. עם זאת, מצאתי לנכון להתייחס למספר נקודות העולות במסגרת סוגיה נוספת בה עסקו הצדדים בהרחבה והיא סוגיית "טובת החברה", המהווה "תנאי בלעדיו אין" לאישור תביעה נגזרת.

234. קבעתי כבר שלפי ניתוח מהותו של התנאי המתלה אשר נקבע בהחלטת האסיפה הכללית, זה לא התקיים, ועל כן מובן מאליו שבעולם סטרילי היה מקום שהוועדה המיוחדת לא תקבל החלטה בעצמה אלא תביא את ההחלטה לאישור האסיפה הכללית (ראו הערותיו של מנכ"ל החברה לישראל בישיבת הוועדה המיוחדת מיום 3.7.2014, אשר הציב סימן שאלה בנוגע לצורך בכך, ובכלל חילופי הדברים בין חברי הוועדה באותה ישיבה). ללמדך, שהכרעת הוועדה המיוחדת כי אין צורך להביא את הסוגיה לדיון והחלטה באסיפה הכללית אינה נקייה מספקות.

235. יחד עם זאת, בבואי לבחון החלטה זו בספקטרום רחב יותר של טובת החברה, הדעת נותנת שהחלטת הוועדה לאשר את הסדר החוב הייתה סבירה בנסיבות העניין. שוב יש להדגיש את לוח הזמנים הקצר והצפוף שעמד בפני הוועדה, כאשר דחק הזמנים במקרה זה היה חריג ויוצא דופן. עוד אזכיר כי מדובר בהסדר בו בעל השליטה היה נכון להכניס את ידו עמוק לכיס ולתרום לטובת ההסדר סכום עתק של כ- 500 מיליון דולר, כדי להוציאו לפועל באופן שיאפשר את המשך תפעולה של צים. זאת ועוד, בית המשפט העליון ראה צורך דחוף לפנות את יומנו ולקיים דיון לאורך כל היום, כדי לנסות ולמצוא פתרון מיידי שיבטיח את המשך קיומה של צים, בהינתן המורכבות הבלתי שגרתית של הסוגיות שהובאו בפניו. מלאכה בה הצליח לעמוד במסגרת אישור הסכם הפשרה אליו הגיעו הצדדים ואשר איפשר את אישור הסדר החוב בבית משפט של פירוק למחרת הדיון.

236. מצאתי להרחיב בהשתלשלות האירועים משום שכל אותם גורמים ראו לנגד עיניהם את טובת החברה אשר חייבה את כולם לפעול באופן מיידי לאישור הסדר החוב אשר היווה מפלט אחרון לפני התרסקות חברת צים על המשמעויות שהיו נובעות מכך – פגיעה כלכלית קשה ופגיעה במוניטין של החברה לישראל, אובדן מקור פרנסתם של אלפי עובדי צים, פגיעה במחזיקי אג"ח מן הציבור, פגיעה בעשרות נושיה של צים, כולל נושים רבים מחו"ל, השפעה שלילית על המשק הישראלי כולו ועל היחסים הבינלאומיים של המדינה, ועוד.

237. אין אני מקל ראש בפגיעה בממשל תאגידי תקין המתרחשת כאשר אורגנים של החברה חורגים מסמכותם והרשאתם ופועלים בשם החברה. יחד עם זאת, בענייננו מדובר בנסיבות כה קיצוניות הן מבחינת משמעותה הרחבה והעמוקה של ההחלטה אשר עמדה על הפרק והן מבחינת הצורך לקבל החלטה מיידית, תחת סד זמנים דוחק וחשש אמיתי לקריסת הסדר החוב. בנסיבות כאלו אין אני מוצא כי החברה יכולה או צריכה להגיש תביעה כנגד נושאי המשרה בה, על אף הפגיעה בכללי ממשל תאגידי, אשר פעלו בראש ובראשונה לטובתה.

<u>סוף דבר</u>

238. לאור כל האמור, מצאתי כי יש לדחות את הבקשה להגשת תביעה נגזרת.

239. לאחר ניתוח כלל הראיות בתיק הגעתי לכלל מסקנה כי לא מתקיים קשר סיבתי לנזק הנטען על ידי המבקש.

240. מאידך גיסא, מצאתי לחייב את המשיבה 1 בהוצאות לטובת המבקש, הואיל ותביעתו של המבקש הביאה לחשיפת התנהלות לקויה במידה מסוימת, הן בנוגע לסוגיית חריגה מהרשאה של הוועדה המיוחדת והדירקטוריון של החברה לישראל, , והן במספר ליקויים בעבודת הוועדה המיוחדת, הכל כפי שפירטתי לעיל. לפיכך, הריני לקבוע כי התביעה הייתה ראויה להגשה, וזאת אף חרף העובדה כי מצאתי לדחות אותה.

241. כלי התביעה הנגזרת הינו כלי בעל אופי ציבורי מובהק, אשר בין מטרותיו המרכזיות עידוד "אכיפה פרטית" של נורמות משטר תאגידי תקין, על כל היבטיהן, תוך התגברות על בעיית הנציג המאפיינת מקרים אלו. מגיש בקשת האישור איננו רק בעל מניות הטוען לפגיעה בחברה ולכן באופן עקיף בו, אלא במידה רבה מדובר בעותר סמי-ציבורי אשר בפעולותיו מייצג את שאר בעלי מניות המיעוט בחברה, אך גם את האינטרס הציבורי הרחב לתיקון הממשל התאגידי בחברות ציבוריות המנהלות את כספיו של הציבור. יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט נ' סולברג ברע"א 4024/14 **אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' רפאל כהן** (26.4.2015), פס' 11 [ההדגשה שלי ח.כ]:

> **״מעבר לאפשרות של החברה לקבל פיצוי על הפגיעה בה, הרי שהיסוד הדומיננטי העומד בתכליתה של התביעה הנגזרת הוא דווקא היסוד ההרתעתי שבה – זאת מאחר שכאמור פעמים רבות הנזק לבעל המניות היחיד הוא קטן עד מאד. כמו כן, בחברות נסחרות יתכן מצב בו בעלי המניות המפוצים (דרך העלאת שווי החברה שקיבלה את הפיצוי) אינם זהים לאלו אשר נפגעו ומכרו את מניותיהם לאחרים טרם קבלת הפיצוי (צפורה כהן, בעלי מניות בחברה, זכויות תביעה ותרופות, כרך ג, 458-461 (מהדורה שניה, 2010) (להלן: ״כהן״)). לאור זאת, יש שהדגישו את הייחוד שבתביעה הנגזרת דווקא ביכולת המוגברת לשקול בגדרה את שיקול האינטרס הציבורי-ההרתעתי, בשל העובדה שבתביעה של החברה שולט דווקא צד שלישי (כהן, 463).״**
>
> ראו גם: הדס אהרוני ברק ״אכיפה ציבורית, ריכוזיות השליטה והגנת המיעוט״ **משפטים** מג 831, (2013).

242. לפיכך, באותם מקרים ייחודיים בהם המבקש מביא, במסגרת בירור בקשתו, לחשיפה של פגמים וכשלים בפעילות של אורגנים, ובפרט בחברות ציבוריות רבות השפעה עבור המשק הישראלי, כמו החברה לישראל, יש טעם למנוע מאותו מבקש חסרון כיס, הנובע מהגשת בקשת האישור, גם אם זו נדחתה. בית משפט זה רואה בהגשת בקשות אישור ראויות לתובענות ייצוגיות או נגזרות התורמות ליצירה ושיפור בהתנהלותן של חברות ציבוריות בהן מושקע הציבור בישראל, דבר חיובי, ומבקש לעודד את הגשתן, ובפרט באמצעות פסיקת הוצאות לטובת המבקש אשר בלעדיו אותה התנהלות בעייתית הייתה נותרת מוסתרת מהציבור.

243. אשר על כן, מצאתי לחייב את המשיבה 1 לשלם למבקש הוצאות משפט ושכר טרחת עורכי דין בסכום של 250,000 ₪ (בקביעת הסכום נתתי דעתי לכך שהרשות לניירות ערך החליטה לסייע במימון הוצאות ההליך).

ניתן היום, כ׳ סיוון תשע״ו, 26 יוני 2016, בהעדר הצדדים.

חאלד כבוב, שופט

תנ"ג 628-08-14 קראוסקופף נ' צים שירותי ספנות משולבים בע"מ ואח'

תיק חיצוני: