

המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 31523-06-20 שאלתיאל נ' רני צים מרכזי קניות בע"מ ואח'

לפני כב' השופט חאלד כבוב, סגן נשיא

המבקש

לירון שאלתיאל

ע"י ב"כ עו"ד יעקב סבו ו/או חגי קלעי ו/או אוהד רוזן
מרח' מזא"ה 22א, תל אביב יפו
טל': 03-9070770; פקס: 03-9070771

נגד

המשיבים

1. רני צים מרכזי קניות בע"מ
 2. רני צים
 3. עמוס ליברמן
 4. חזי צאיג
 5. נורית פלג
 6. אמיר אריאל
- ע"י ב"כ ממשרד הרצוג, פוקס, נאמן ושות'
רח' ויצמן 4, תל אביב
טל': 03-6922020; פקס: 03-6966464

כתבי עת:

יהודית קורן, "דוקטרינת ההזדמנות העסקית - אמצעי להגנת עסקיה של חברה", הפרקליט, כרך מה (תש"ס-תשס"א) 350

ספרות:

מוטי ימין ואמיר וסרמן תאגידיים וניירות ערך
עמיר ליכט דיני אמונאות - חובת האמון בתאגיד ובדין הכללי
עדו לחובסקי דיני חברות: חברה יחידה ואשכול חברות (התשס"א)

חקיקה שאוזכרה:

חוק החברות, תשנ"ט-1999: סע' 1, 117(א1), 191, 198, 254, 254(3), 254(א3), 255, 255(א1), 255(א2), 255(ב), 270(4), 275, 280, 302, 303, 307

חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968: סע' 15ג, 152(א)(6)
 תקנות ניירות ערך (פרטים לענין סעיפים 15א עד 15ג לחוק), תש"ס-2000
 חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979: סע' 1

מיני-רציו:

* ראוי להבחין בין הזדמנות עסקית שנבצר מהחברה לנצל בשל היעדר משאבים, לבין הזדמנות עסקית שיש בכוחה לנצל, אולם ניצולה אינו משרת את טובתה במועד קבלת החלטתם של קברניטי החברה. במקרה דנן התקשרות המשיב 2 בעסקה עליה שמע מכוח היותו נושא משרה בחברה, נעשתה אך לאחר שהחברה החליטה כי התקשרותה בעסקה אינה לטובתה, ולכן אין לראותה כ"הזדמנות עסקית" עבודה. אין מדובר ב"עסקה" ואין צורך לבחון האם מדובר בעסקה חריגה בה לבעל השליטה יש עניין אישי.

* חברות – תביעה נגזרת – בקשה לאישור תביעה נגזרת

* חברות – אספה כללית – אישור עסקה חריגה

בקשה לאישור תביעה כנגזרת לפי סעיף 198 לחוק החברות, בגין הפרת חובת האמונים לכאורה של נושאי משרה בחברה. עניינה של הבקשה בהחלטת החברה שלא להתקשר בעסקת השקעה עם חברה אחרת, ותחת זאת להתיר למשיב 2 – בעל השליטה בחברה המכהן בה גם כמנכ"ל ויו"ר הדירקטוריון, להתקשר בעסקה זו.

בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה ופסק:

ישנן שלוש חלופות החוסות תחת הגדרת המונח "הזדמנות עסקית של החברה: האחת, כאשר ניצול ה"הזדמנות העסקית" כרוך בשימוש במשאבי החברה; השנייה, כאשר נודע לנושא המשרה על אודות ה"הזדמנות העסקית" מתוקף תפקידו בחברה; והשלישית, כאשר ה"הזדמנות העסקית" הובאה לידיעת נושא המשרה שלא במסגרת כובעו כבעל תפקיד בחברה, אולם ההזדמנות כאמור נוגעת לתחום פעילות החברה וכחלק מתפקידו נושא המשרה אמון על איתור הזדמנויות עסקיות עבור החברה. ראוי להבחין בין הזדמנות עסקית שנבצר מהחברה לנצל בשל היעדר משאבים, לבין הזדמנות עסקית שיש בכוחה של החברה לנצל, אולם ניצולה אינו משרת את טובת החברה בנקודת הזמן בו התקבלה החלטתם של קברניטי החברה בנדרון. לעניין זה ראוי כי נטל ההוכחה בנוגע לשקילת ההצעה כדבעי, קיומו של הליך גלוי ושקוף וניהולו בהתאם לכלל המנגנונים הקבועים לשם כך על פי דין – יחולו על החברה עצמה.

במקרה דנן, המשיב 2 לא פעל להעדפת טובתו האישית על פני טובת החברה, ואין לראות בהתקשרותו בעסקה הפיננסית, לגביה שמע מכוח היותו נושא משרה בחברה, כשימוש לרעה במשאביה העולה כדי "ניצול הזדמנות עסקית". התקשרותו בעסקה נעשתה אך לאחר שניתנה לחברה ההזדמנות לשקול את העסקה הפיננסית בעצמה, וזו החליטה כי התקשרות בעסקה אינה לטובת החברה, ולכן כלל אין לראותה כ"הזדמנות עסקית" עבודה.

משנמצא כי פעולתו של המשיב 2 בנסיבות המקרה אינה עולה כדי נטילת הזדמנות עסקית של החברה, הרי שלא הייתה כל מניעה כי הוא יתקשר בעסקה. לפיכך, החלטת הדירקטוריון להתיר לו להתקשר בעסקה, שהתקבלה לשם הזהירות בהתאם ליעוץ המשפטי שהתקבל, אינה עונה על תנאי ה"הענקה" בהגדרת המונח "עסקה", ומשכך היא אינה בגדר "עסקה" בחוק החברות ומתייחר הצורך לבחון האם מדובר בעסקה חריגה בה לבעל השליטה יש עניין אישי, וכן הצורך לבדוק את עמידתה בתנאי סעיף 270(4) לחוק החברות ובמנגנון הפרוצדוראלי הקבוע בסעיף 275 לחוק החברות.

פסק דין

1. לפניי בקשה לאישור תביעה כנגזרת לפי סעיף 198 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן – **הבקשה ו-חוק החברות** בהתאמה), בגין הפרת חובת האמונים לכאורה של נושאי משרה בחברת רני צים מרכזי קניות בע"מ (להלן – **החברה**) בקשר עם אירוע לגביו נטען כי במסגרתו ניטלה הזדמנות עסקית של החברה.
2. עניינה של הבקשה בהחלטת החברה שלא להתקשר בעסקת השקעה עם חברת ברנמילר אנרגיי בע"מ (להלן – **ברנמילר**), ותחת זאת להתיר למר רני צים, המשיב 2 ובעל השליטה בחברה המכהן בה גם כמנכ"ל ויו"ר הדירקטוריון (להלן – **מר צים**), להתקשר בעסקה כאמור.

הרקע העובדתי

הסכם העקרונות

3. ביום 09.02.2020 התקשרה החברה בהסכם עקרונות (להלן – **הסכם העקרונות**) עם ברנמילר וחברת ברנמילר אנרגיי (רותם) (להלן – **ברנמילר רותם**), חברת בת בבעלותה המלאה של ברנמילר, ביחס לביצוע עסקת השקעה אסטרטגית (להלן – **העסקה האסטרטגית**). הסכם העקרונות ותנאיו עומדים בליבת בקשת אישור זו, ומשכך אעמוד בקצרה על התנאים המהותיים בהסכם כפי שתוארו בדיווח המיידית המשותף של החברה ושל ברנמילר מיום ההתקשרות:

א. **ההלוואה הראשונה** – החברה תעמיד לברנמילר הלוואה בסך 12 מיליון ש"ח (בארבע מנות שוות) נושאת ריבית 5% לתקופה בת 18 חודשים. להבטחת ההלוואה, ישועבדו לטובת החברה מניות ברנמילר המוחזקות על ידי בעל השליטה בברנמילר, מר אבי ברנמילר. לצד השעבוד, תקצה ברנמילר לחברה, ללא תמורה, 5,000,000 אופציות הניתנות כל אחת למימוש למניות ברנמילר בתמורה ל-5 ש"ח, וזאת למשך תקופת ההלוואה.

כמו כן, לחברה תעמוד הזכות, בכל עת במהלך חיי ההלוואה, להמיר את ההלוואה במניות ברנמילר לפי מחיר המרה למניה של 3.78 ש"ח או 2.67 ש"ח, והכל בכפוף לעמידה בתנאים שנקבעו בהסכם בעקרונות.

ב. **ההלוואה השנייה** – החברה תעמיד לברנמילר רותם הלוואה בסך 35 מיליון ש"ח למימון השלמת פרויקט רותם 1 שבבעלותה (להלן – **הפרויקט**), וזאת תחת הלוואה קיימת למימון הפרויקט מטעם גוף בנקאי. ההלוואה תישא ריבית 5% לתקופה בת 18 חודשים. לשם הבטחת ההלוואה, ישועבדו לטובת החברה זכויותיהן של ברנמילר וברנמילר רותם בפרויקט, לרבות התקבולים העתידיים בגינו.

לצד זאת, לחברה תעמוד הזכות, בכל עת במהלך חיי ההלוואה, להמיר את ההלוואה במניות ברנמילר רותם, עד לבעלות מלאה.

ג. **הקמת חברה משותפת** – החברה וברנמילר יפעלו להקמת חברה משותפת לייזום פרויקטים בתחום האנרגיה, אליה תועבר פעילות פרויקט רותם 2 הנמצאות בבעלותה של חברת בת (נוספת) של ברנמילר. החזקתה של החברה בחברה המשותפת תעמוד על 51%, ופעילותה תושתת על ניסיונה המקצועי, ההנדסי והרגולטורי של ברנמילר.

לחלופין, יוקצה לחברה היקף זהה (51%) של מניות חברת הבת המחזיקה בזכויות על פרויקט רותם 2, והכל לשיקול דעתה של החברה.

ד. הצדדים יפעלו להשלמת בדיקת הנאותות, לאישור הסכם העקרונות באורגני החברות ולחתימה על הסכם מחייב, לרבות הסכם שליטה משותפת בין מר ברנמילר והחברה, תוך 45 ימים ממועד חתימת הסכם העקרונות (להלן – **תקופת ההשלמה**). במהלך תקופה זו התחייבו הצדדים לתניית No-Shop.

4. ביום 16.03.2020, בעיצומו של המשבר הכלכלי הגלובלי שנוצר עקב פרוץ נגיף הקורונה, פרסמו החברה וברנמילר דיווח מיידי משותף נוסף בו הודיעו על הסכמת הצדדים בנוגע להארכת תקופת ההשלמה ב-30 ימים נוספים, כאשר לחברה הזכות להארכת התקופה ב-30 ימים נוספים (עד ליום 22.04.2020), ובלבד שתודיע על כך לברנמילר 5 ימים טרם סיום המועד החדש.

5. ביום 16.04.2020 פרסמו החברה וברנמילר דיווח מיידי משותף (שלישי) בו הודיעו על מימוש זכותה של החברה להארכת תקופת ההשלמה, לרבות תניית ה-No Shop, ב-30 ימים נוספים, קרי עד ליום 22.05.2020.

6. ביום 22.05.2020 הודיעה החברה על דחייה שלישית של תקופת ההשלמה, וזאת עד ליום 04.06.2020.

7. ביום 04.06.2021 התקיימה פגישה בין מר צים (מנכ"ל החברה) ומר יואב קפלן (להלן – **מר קפלן**), המשנה למנכ"ל החברה, מטעם החברה, לבין מר אבי ברנמילר ומר ניר ברנמילר (בעלי השליטה בברנמילר), מטעם ברנמילר. במסגרת פגישה זו, הוחלט על ביטול הסכם העקרונות, ותחת זאת הציעה ברנמילר לחברה להתקשר בעסקת השקעה פיננסית בברנמילר (להלן – **העסקה הפיננסית**).

8. תנאי העסקה הפיננסית כללו הקצאה מניות מיעוט בברנמילר (17% מהון מניות החברה בדילול מלא) בתמורה להשקעת כספים בסך 18 מיליון ש"ח (4.3 ש"ח למניה), וכן זכות מינוי דירקטור אחד בדירקטוריון החברה. להצעה נקבע דד-ליין קשיח מטעם נציגי ברנמילר עד לשעה 24:00 בלילה באותו היום.

לא למותר לציין, כי הגם שבמועד הצגת העסקה הפיננסית עמד שער מניית ברנמילר על 10.4 ש"ח, ומשכך העסקה גילמה רווח מיידי על הנייר בסך של כ-24 מיליון ש"ח (6.1 ש"ח למניה), מדובר במניות חסומות לתקופה של 24-6 חודשים [ראו סעיף 15 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (להלן – חוק ניירות ערך); תקנות ניירות ערך (פרטים לענין סעיפים 15א עד 15ג לחוק), התש"ס-2000].

9. לאחר פגישה זו, התקיימה שיחה בין סמנכ"ל הכספים של החברה, מר עודד דולינסקי (להלן – **מר דולינסקי**), לבין מנכ"ל ווליו ביס חיתום וניהול הנפקות בע"מ, מר פלג פאר (להלן – **מר פאר**), המשמש כיועץ שוק ההון של החברה. השיחה התקיימה בנוכחות מר צים ובמסגרתה הביע מר פאר את התנגדותו לביצוע העסקה, וזאת מפאת היותה עסקת השקעה מובהקת בעלת סיכונים לא מבוטלים, אשר חורגת באופן ניכר מתחום עיסוקה של החברה. זאת, בשונה מן העסקה האסטרטגית בה התקשרה החברה בהסכם העקרונות, אשר לא יצאה אל הפועל.

ישיבת ועדת הביקורת

10. בו ביום התכנסה ועדת הביקורת של החברה לדון בביטול העסקה האסטרטגית ובהצעה להתקשר בעסקה הפיננסית. מלבד חברי ועדת הביקורת, בישיבה זו נכחו, לפרקים, מר קפלן, מר דולינסקי, מר פאר, היועצת המשפטית של החברה, הגב' זהבית שחף (להלן – **גברת שחף**), והיועץ המשפטי החיצוני של החברה, עו"ד יעקב שטיינמץ (להלן – **עו"ד שטיינמץ**).

11. במסגרת ישיבה זו, הציג מר קפלן בפני חברי ועדת הביקורת את השינוי בעמדת ברנמילר ואת ההצעה להתקשר בעסקה הפיננסית חלף העסקה האסטרטגית שהוחלט על ביטולה. עוד ציין,

כי ככל שהחברה אינה מעוניינת בביצוע העסקה הפיננסית, ברנמילר מציעה למר צים להתקשר בעסקה זו בכובעו כאיש עסקים פרטי.

12. בהקשר זה, העלו חברי ועדת הביקורת את חששם שמא מתן הרשאה למר צים להתקשר בעסקה תעלה כדי "ניצול הזדמנות עסקית" של החברה על ידי נושא משרה כהגדרתה [בסעיף 254\(א\)\(3\) לחוק החברות](#).

במענה לחשש זה השיב עו"ד שטיינמץ כי מפאת ההבדלים המהותיים בין שתי העסקאות, הרי שיש לראות בעסקה הפיננסית כעסקה חדשה שאינה בתחום פעילות החברה ואף ייתכן כי אינה לטובתה [עמ' 2 לפרוטוקול ישיבת ועדת הביקורת]:

"העסקה המקורית כללה מספר רכיבים. העסקה המקורית איננה עוד. עתה נולדה עסקה חדשה, עסקה פיננסית, שלטענת יועצי שוק ההון של החברה, לא נכון עבור החברה לעשות אותה. מכאן אין הדבר דומה למקרה קנדה ישראל שם לא הייתה מחלוקת שמדובר באותה עסקה בתחום הפעילות של קנדה ישראל להבדיל מהמקרה שלפנינו". [ההדגשות אינן במקור]

חרף זאת, ציין עו"ד שטיינמץ כי ראה לנכון להעלות את הנושא לדיון בוועדת הביקורת ובדירקטוריון החברה בהתאם למנגנון שנקבע [בסעיף 255 לחוק החברות](#), וזאת בשים לב שמדובר בעסקה שאינה מהותית לחברה לשיטתו [עמ' 3 לפרוטוקול ישיבת ועדת הביקורת].

13. בהמשך הישיבה, הציג מר פאר בפני חברי ועדת הביקורת את עמדתו, לפיה הגם כי ייתכן שהעסקה המוצעת הינה עסקה פיננסית טובה, מדובר בעסקה שאינה עולה בקנה אחד עם ציפיות משקיעי החברה נוכח תחום פעילותה [עמ' 4 לפרוטוקול ישיבת ועדת הביקורת]:

"אני חושב שהיום, בגודל של החברה, במצב שלה, ביכולות הפיננסיות שלה ובנזילות שלה, זאת עסקה שאינה מהותית לחברה ואני חושב שהיא תגרום לחברה לאבד את הפוקוס מליבת הפעילות של החברה ושוק ההון לא יאהב את זה. בנוסף, לעסקה הפיננסית אין יתרון לחברה בהיבט ההשפעה על תחום פעילותה בנכסים המניבים. זה לא מה שהוצג לציבור כשגייסנו כסף, דהיינו גיוס כסף לצורך השקעה בפיתוח נכסים מניבים". [ההדגשות אינן במקור]

14. לאחר שנשמעו עמדותיהם של מר פאר ועו"ד שטיינמץ על אודות התקשרות בעסקה הפיננסית, ניהלו חברי ועדת הביקורת דיון בנדון והחליטו לדחות את העסקה הפיננסית. לצד קבלת העמדות שהוצגו בפניהם, נימקו חברי ועדת הביקורת את החלטה זו אף בהשלכותיו

הכלכליות של נגיף הקורונה, וציינו כי אך בעת האחרונה ויתרה החברה על עסקה עם חברת מידאס השקעות נדל"ן בע"מ (להלן – **מידאס**), העוסקת בליבת תחום פעילות החברה [עמ' 4 לפרוטוקול ישיבת ועדת הביקורת].

15. כמו כן, חברי ועדת הביקורת סברו כי הואיל והחברה אינה מעוניינת בביצוע העסקה הפיננסית, לצד העובדה כי היא מהווה פחות מ-5% מסך נכסי החברה, ומשכך אינה מהותית, הרי שאין כל מניעה לאפשר למר צים להתקשר בעסקה בכובעו הפרטי [עמ' 6 לפרוטוקול ישיבת ועדת הביקורת].

ישיבת דירקטוריון החברה

16. **סמוך לאחר** סיום ישיבת ועדת הביקורת, התכנסה ישיבת דירקטוריון שעל סדר יומה ביטול הסכם העקרונות והמלצות ועדת הביקורת. בנוסף לחברי הדירקטוריון, בישיבה נכחו, לפרקים, מר קפלן, מר דולינסקי, גברת שחף ועו"ד שטיינמץ.

17. במסגרת הישיבה הציג עו"ד שטיינמץ בפני חברי הדירקטוריון את נימוקי ועדת הביקורת להמלצותיה לדחות את העסקה הפיננסית, תוך מתן הרשאה למר צים להתקשר בה. במסגרת דבריו, ציין עו"ד שטיינמץ בפני הדירקטוריון כי העסקה הפיננסית היא אינה עסקה מהותית או חריגה עבור החברה, וכן כי ויתור עליה הוא אינו בגדר "פעולה מהותית" [עמ' 3 לפרוטוקול ישיבת דירקטוריון החברה].

18. עם סיום דבריו, נועדו חברי הדירקטוריון, למעט מר צים שלא נכח בשלב זה, וקיבלו שלוש החלטות:

האחת, לבטל את הסכם העקרונות, בשים לב להודעת ברנמילר על נסיגתה מהעסקה האסטרטגית;

השנייה, לדחות את הצעת ברנמילר לחברה להתקשר בעסקה הפיננסית;

והשלישית, להתיר למר צים להתקשר בעסקה הפיננסית.

דיווח החברה מיום 07.06.2021

19. ביום 07.06.2021 פרסמה החברה דיווח מידי בו הודיעה על שני אירועים – **האחד**, ביטול הסכם העקרונות; **והשני**, החלטות ועדת הביקורת ודירקטוריון החברה לדחות את העסקה הפיננסית, ותחת זאת להעניק למר צים הרשאה להתקשר בה.

הואיל והחלטות אורגני החברה בדבר ביטול הסכם העקרונות ומתן הרשאה למר צים להתקשר בעסקה הפיננסית כהשקעה פרטית ניצבות ביסוד המחלוקת שבין הצדדים, אציין בקצרה את הנימוקים שהועלו לצורך קבלתן בהתאם לדיווח החברה [נספח 9 לבקשת האישור]:

א. התקשרות בהסכם העקרונות, אשר הינו עם חברה שפעילותה אינה נמצאת בליבת עסקי החברה, נעשה כחלק מאסטרטגיה עסקית של החברה להרחיב את פעילותה גם לתחום האנרגיה הסולארית.

ב. נוכח השלכותיו הרחביות של משבר הקורונה על כלל המשק, ובשים לב להיקף ההשקעה בברנמילר כפי שהוסכם בהסכם העקרונות (כ-72 מיליון ש"ח), סבורה החברה כי מוטב בעת הזאת כי תקדיש את מרבית תשומותיה לניהול מיטבי של מרכזיה המסחריים, המצויים כאמור בליבת עסקיה.

ג. החברה ניהלה במשך כמספר חודשים משא ומתן מחודש עם ברנמילר במטרה לשפר את תנאי העסקה המקורית, אולם זכתה למענה מטעם ברנמילר הכולל מתווה עסקי חדש, אשר מהווה במהותו השקעה פיננסית גרידא, ללא שליטה משותפת ו/או יכולת השפעה מהותית על פעילות ברנמילר וחברות הבת שלה. השקעה פיננסית שכזו אינה בליבת עסקי החברה ואף אינה תואמת את האסטרטגיה העסקית של החברה.

ד. לאור האמור, סברו חברי ועדת הביקורת ודירקטוריון החברה כי התקשרות בעסקה הפיננסית המוצעת היא אינה לטובת החברה ומשקיעיה, ועל כן החליטו לדחותה. שעה שהתקבלה ההחלטה בדבר דחיית הצעת ההשקעה, החליט הדירקטוריון כי אין כל מניעה להתקשרותו של מר צים בעסקה כאמור.

20. נוכח השתלשלות האירועים שתוארה לעיל, ביום 12.06.2020 הוגשה הבקשה לאישור תביעה כנגזרת כנגד חברי דירקטוריון החברה (להלן – **המשיבים**) מטעם המבקש, מר לירון שאלתיאל (להלן – **המבקש**), אשר הינו בעל מניות בחברה.

טענות הצדדים

21. למען הסדר הטוב, אציין כהערה מקדימה כי ההפניות בפסק הדין לפרוטוקול דיון ההוכחות שהתקיים ביום 25.01.2021 מובאות בהתאם לפרוטוקול הרשמי בתיק בית המשפט.

טענות המבקש

[אישור ההחלטה להתיר למר צים להתקשר בעסקה הפיננסית ניתן בניגוד לסעיף 275 לחוק החברות](#)

22. המבקש טוען כי החלטת דירקטוריון החברה להעניק למר צים הרשאה להתקשר בעסקה הפיננסית לא התקבלה בהתאם למנגנון הפרוצדוראלי הנדרש בהתאם לנסיבות המקרה, אשר קבוע [בסעיף 275 לחוק החברות](#) – אישור ועדת הביקורת, הדירקטוריון והאסיפה הכללית (שאישורה לא ניתן).
23. כך, מצביע המבקש על העובדה שלמר צים מספר כובעים בחברה – החל מכהונתו כמנכ"ל החברה, עובר בכהונתו כיו"ר דירקטוריון החברה וכלה בהיותו בעל השליטה בחברה. לעמדת המבקש, ההחלטה כאמור נופלת לגדר הגדרת המונח "עסקה" [בסעיף 1 לחוק החברות](#), שכן מדובר ב"החלטה חד צדדית" של חברה בדבר [הענקת זכות](#) או [טובת הנאה אחרת](#).
24. יתרה מכך, עסקה זו עולה, לשיטת המבקש, כדי "עסקה חריגה" שאישורה כפוף [גם](#) לאישור האסיפה הכללית (ראו [סעיפים 270\(4\) ו-275 לחוק החברות](#)), שכן היא עונה על התנאים להגדרת מונח זה כפי שנקבע [בסעיף 1 לחוק החברות](#). וממילא, שעה שהוכח כי מדובר בעסקה עם בעל השליטה, טוען המבקש כי הנטל לסתור את היות העסקה חריגה מוטל על המשיבים.
25. עוד נטען, כי נוכח היעדר כל התייחסות מטעם המשיבים לטענה זו בסיכומיהם, הרי שיש לראות את המשיבים כמי שזנחו את טענותיהם ביחס לתחולת [סעיף 275 לחוק החברות](#), ולקבל את עמדת המבקש [בהיעדר התנגדות](#). ובפרט, נוכח החלטת המשיבים לנהוג כך חרף העובדה שבכתב התשובה טענו בהרחבה כנגד תחולתו של [סעיף 275 לחוק החברות](#).
26. על אף האמור, פירט המבקש, בבחינה למעלה מן הצורך, את התקיימות התנאים החלופיים בהגדרת המונח "עסקה חריגה" כדלהלן:
27. [העסקה אינה במהלך העסקים הרגיל של החברה](#). לעמדת המבקש, על מנת להוכיח כי עסקה מסוימת הינה במהלך הרגיל של עסקי החברה, ובכך להוכיח כי אינה חריגה, יש להראות כי מדובר בעסקה שמתקבלת דרך שגרה הניתנת לביצוע עם צדדים שלישיים.
- בעניין זה, סבור המבקש כי לא בכדי בחרו המשיבים שלא להציג דוגמא למקרה בו העבירה החברה לבעל השליטה הזדמנות עסקית שהגיעה לפתחה. זאת, בפרט נוכח ייחודיות המקרה דנן, בו החברה כבר נטלה חלק במשא ומתן אינטנסיבי עם שותפתה לעסקה, לרבות חתימה על כתבי סודיות ופתיחת חדר מידע.
- כמו כן, מציין המבקש כי נוכח שליטתו הבלעדית של מר צים בחברה, הרי שבאופן מובנה לא יכולה החברה לבצע עסקה זהה, קרי להעניק הזדמנות עסקית, עם צד שלישי.
- זאת ועוד, לגישת המבקש אין לקבל את טענת החברה, לפיה בכל רגע נתון קיימות שלל עסקאות פוטנציאליות לגביהן משיבה החברה בשלילה, ומשכך ההחלטה שלא להתקשר בעסקה

הפיננסית אינה חריגה. קבלת פרשנות זו, לשיטת המבקש, הינה מנוגדת לתכלית הגדרת המונח ותביא לריקונו מתוכן.

28. **העסקה אינה בתנאי שוק.** לשיטת המבקש, על המשיבים הוטלה החובה להראות כי לולא היה למר צים כל קשר לחברה, שומה כי עדיין היה ביכולתו להשיג את אותה העסקה בתנאי שוק.

כישלונם של המשיבים לעמוד בחובה זו, לפי המבקש, אינו מפתיע, שכן העסקה הפיננסית הוצגה אך ורק לחברה ולנושאי המשרה שלה. ברי, אם כן, כי במועד ההתקשרות של מר צים בעסקה (יום 04.06.2020), לא היה בנמצא משקיע אחר עם מידע על אודות ההזדמנות העסקית הנ"ל.

מכאן, שבבסיס התקשרותו של מר צים בעסקה הפיננסית ניצבת היכרותו המוקדמת עם ברנמילר בנושא משרה בחברה, אשר מקורה במגעים שהתנהלו במשך תקופה ארוכה בין ברנמילר לחברה ביחס להתקשרות בעסקה האסטרטגית.

29. **העסקה "עשויה להשפיע" בצורה מהותית על החברה.** המבקש סבור כי אין לקבל את עמדת המשיבים, לפיה את תנאי מהותיות העסקה יש לבחון באמצעות כלל אצבע של 5% ביחס ליתרה המאזנית של סה"כ נכסי החברה – 971 מיליון ש"ח באותה עת.

קבלת עמדה זו, לשיטת המבקש, מביאה למסקנה אבסורדית לפיה בעל השליטה רשאי ליטול לעצמו עסקאות בהיקף של כ-50,000,000 ש"ח מבלי להידרש לכל מנגנון אישור פרוצדוראלי מיוחד.

חרף זאת, יש לבחון את מהותיות העסקה תוך שימוש בבסיס אחר – **יתרת ההשקעות וההלוואות בעסקאות משותפות** (להלן – **מדד הבסיס הרלבנטי**). בתחום זה, עמד היקף נכסי החברה על 101 מיליון ש"ח בלבד, לעומת 971 מיליון ש"ח תחת החלופה בה תומכים המשיבים.

לפי חישובי המבקש, הואיל והשווי ההוגן של מניות ברנמילר שהוקצו למר צים במסגרת העסקה הפיננסית עמד על כ-36 מיליון ש"ח, הרי שיישום גישתו מביא לכדי מסקנה כי העסקה מהווה יותר משליש מסך מדד הבסיס הרלבנטי לבחינת מהותיות העסקה. לגישת המבקש, נוכח המשקל הרב לו זוכות מניות ברנמילר ביחס למדד הבסיס הרלבנטי בהתאם לחישובו, מסקנה זו עומדת בעינה אף אם מביאים בחשבון ניכיון כלשהו בערך המניות בשל היותן חסומות.

בהקשר זה מציין המבקש, כי לשון הגדרת המונח "עסקה חריגה" נוקטת בגישה מרחיבה ("עלולה"), ועל-כן אין צורך במימוש בפועל על מנת לחסות תחתיה.

30. זאת ועוד, לצד היקפה המשמעותי של העסקה (כ-40% מסך מדד הבסיס הרלבנטי), הרי שהחברה עצמה ראתה בעסקה כמהותית. על כך ניתן ללמוד, לטענת המבקש, מן העובדה כי העסקה נדונה בקרב הנהלת החברה והדירקטוריון, ואף פורסמה כדיווח מיידי לציבור המשקיעים.

31. לחלופין, טוען המבקש כי את פרשנות המונח "מהותיות" לצורך סיווג עסקה כחריגה יש לבצע בהתאם לתכלית החקיקה – מניעת ניגודי עניינים. כך, סבור המבקש כי יש לקבוע כי עסקה שאינה זניחה ויומיומית הינה בגדר עסקה מהותית.

בנסיבות המקרה חל סעיף 254 לחוק החברות – ניצול הזדמנות עסקית

32. המבקש מציין כי המשיבים מושתקים מלטעון כנגד תחולתו הכללית של [סעיף 254 לחוק החברות](#), וזאת שעה שפרוטוקול ישיבת ועדת הביקורת מלמד כי ייעוצו של עו"ד שטיינמץ בזמן אמת היה לפעול בהתאם למנגנון האישור הקבוע [בסעיף 255 לחוק החברות](#).

33. חרף זאת, מפרט המבקש, בבחינת למעלה מן הצורך, את תחולת [סעיף 254](#) על נסיבות המקרה דנן. כך, מציין המבקש כי האירוע מושא המבקש עולה כדי "ניצול הזדמנות עסקית" כהגדרתו [בסעיף 254\(3\) לחוק החברות](#), וזאת מפאת שני טעמים חלופיים:

34. הראשון, שהעסקה הפיננסית הגיעה לידיעת מר צים מכוח תפקידו בחברה. הצדדים אינם חלוקים כי חשיפתו של מר צים להצעה להתקשר בעסקה הפיננסית הינה בקשר עם זיקתו לחברה, על שלל כובעיו כנושא משרה.

המבקש מציין כי לצד ההצעה הקונקרטית להתקשר בעסקה הפיננסית, נחשף מר צים למידע על אודות ברנמילר במסגרת הליך המו"מ שהתנהל בין הצדדים אגב ההתקשרות בהסכם העקרונות, אשר במהלכו הייתה בתוקף תניית ה-No Shop שהוסכמה בין הצדדים.

על כן, אף אם תתקבל עמדת המשיבים לפיה מדובר בעסקה שאינה בתחום פעילות החברה, הרי שעדיין היה מקום לקבוע כי מדובר בהזדמנות עסקית של החברה, שעה שחשיפתו של מר צים אליה התרחשה מכוח תפקידו כנושא משרה, בין אם במתווה האסטרטגי ובין אם במתווה הפיננסי. בהקשר זה, מפנה המבקש לקביעותיה של השופטת רונן בתנ"ג (ת"א) 61475-07-14 [דהן נ' דהן](#) (פורסם בנבו, 16.5.2019) (להלן – עניין דהן).

35. השני, שהעסקה הפיננסית דומה באופייה לתחום פעילות החברה. המבקש מציין כי המשיבים עצמם ראו בתחום פעילותה של ברנמילר, תחום האנרגיה, כתחום רלבנטי לפעילות החברה וכחלק מהאסטרטגיה העסקית שלה, אחרת לא היו מתקשרים מלכתחילה בעסקה האסטרטגית עם ברנמילר.

בעניין זה, סבור המבקש כי על החלטת המשיבים להסתיר את פרוטוקולי ישיבות הדירקטוריון בהן הוחלט על קידום העסקה אסטרטגיה לעמוד להם לרועץ. ועל כן, אין לקבל את עמדת המשיבים לפיה יש להבחין בין עסקה אסטרטגית הכוללת היבט תפעולי בתחום האנרגיה, לבין עסקה פיננסית גרידא.

זאת ועוד, המבקש מצביע על הקושי הרב הטמון לשיטתו בטענה בדבר קיומו של פער בתחומי הפעילות, וזאת נוכח סמיכות הזמנים בין כינוס דיוני אורגני החברה ביחס להתקשרות בעסקה לבין מועד מתן ההרשאה למר צים להתקשר בה. כאשר כלל האירועים וההחלטות השונות התקיימו בעל פה בו ביום, המשיב סבור כי יש לדחות את גרסת המשיבה הטוענת כי אין זיקה בין ההזדמנות העסקית שעמדה לחברה לבין ההזדמנות העסקית שניטלה על ידי מר צים.

וממילא, טוען המבקש כי את הגדרת המונח "הזדמנות עסקית" יש לפרש ביד רחבה, תוך שהוא מתבסס על תני"ג (ת"א) 20136-09-12 ביטון נ' פאנגאיה נדל"ן בע"מ (פורסם בנבו, 21.10.2013) (להלן – עניין פאנגאיה).

אישור ההחלטה להתיר למר צים להתקשר בעסקה הפיננסית ניתן בניגוד לסעיף 255 לחוק החברות

36. לשיטת המבקש, שעה שהוכחה תחולת הוראות סעיף 254 לחוק החברות בנסיבות העניין, היה על המשיבים לאשר את ההחלטה להתיר למר צים להתקשר בעסקה הפיננסית תוך עמידה בהוראות מנגנון האישור שנקבע בסעיף 255 לחוק החברות.

37. ואולם, עיקר טענת המבקש בהקשר זה אינה עוסקת בתחולת סעיף 255 לחוק החברות, אלא באופן יישומו על ידי המשיבים, אשר שגו לגישתו עת שקבעו כי תנאי הסעיף מתקיימים, וכן כאשר סברו כי יישום הוראות הסעיף בנסיבות המקרה מביא לכדי מסקנה כי נדרש אישורם של ועדת הביקורת ודירקטוריון החברה בלבד.

38. יישומו הנכון של סעיף 255 לחוק החברות בנסיבות העניין, לעמדת המבקש, מביא לכדי מסקנה כי המשיבים לא עמדו בשלושה מתנאיו – **ראשית**, מר צים לא עמד בחובת הגילוי המוטלת עליו; **שנית**, מר צים פעל בחוסר תום לב; **שלישית**, לא הוכח כי דחיית העסקה הפיננסית הינה לטובת החברה; **ורביעית**, לא התקבל אישור האסיפה הכללית חרף היות ההחלטה מהותית.

39. **חובת הגילוי**. המבקש טוען כי החלטתו של מר צים לשלוח את מר קפלן להציג בפני ועדת הביקורת ודירקטוריון החברה את העסקה הפיננסית, וכן את רצונו להתקשר בעסקה כאמור בכובעו כאיש עסקים פרטי, נעשתה תוך הסתרת מידע מהותי ויצירת מצג שווא לפיו מדובר במידע מקצועי ובלתי תלוי (וראו סעיף 255(א)(2) לחוק החברות).

כך, נטען כי הוסתרה מאורגני החברה הסכמתם של מר קפלן ומר צים בדבר הענקת 232,000 מניות ברנמילר מהעסקה הפיננסית למר קפלן, תוך יצירת רווח מיידי (על הנייר) בסך 2 מיליון ש"ח, וכן מינויו העתידי כדירקטור בברנמילר מטעם מר צים [עמ' 82, ש' 18-23 לפרוטוקול הדיון; עמ' 83, ש' 1-3 לפרוטוקול הדיון].

הסתרת המידע המצוין לעיל, לשיטת המבקש, תוך שמר קפלן נתפס כגורם אובייקטיבי שכל תפקידו להציג את המלצת הנהלת החברה, נעשתה כחלק ממהלך מחושב של מר צים במטרה ליצור "חיץ אובייקטיבי" בינו לבין החברה.

40. **פעולה בתום לב.** המבקש טוען כי הן מעדותם של ניר ברנמילר ושל מר אמיר אריאל (להלן – **מר אריאל**), דירקטור חיצוני בחברה, והן מדברי מר קפלן בוועדת הביקורת, מצטיירת תמונה לפיה הנהלת החברה, קרי מר קפלן ומר צים, היא שמנעה בחוסר תום לב את קידום העסקה האסטרטגית ופעלה על מנת להכשילה [וראו [סעיף 255\(א\)\(1\) לחוק החברות](#)].

חוסר תום לב זה מתחדד, לשיטת המבקש, נוכח השימוש שעשה מר צים במידע פנים בדמות המידע שהיה ברשותו על אודות פעילות ברנמילר (בזכות המגעים בעסקה האסטרטגית), ועל אודות כוונת ברנמילר לגייס הון, וזאת כחלק מהחלטתו בדבר התקשרות בעסקה הפיננסית.

41. **טובת החברה.** עוד מציין המבקש, כי לא ניתן לקבוע כי החלטת החברה שהתקבלה בקשר עם דחיית העסקה הפיננסית הינה לטובתה. זאת, בשל העובדה כי בעת קבלת ההחלטה לא הוצגו בפני אורגני החברה כלל הנתונים הרלבנטיים, וכי ההחלטה כאמור התבססה על עמדתו של מר פאר, וזאת מבלי שסופקה בכתב או הציגה נתונים מעשיים כגון השפעת ההחלטה על ביצועי החברה או על יכולתה לגייס הון בעתיד.

42. **אישור האסיפה הכללית.** נוכח היות העסקה הפיננסית מהותית עבור החברה, לשיטת המבקש, הרי שההחלטה על דחייתה הייתה צריכה להתקבל בהתאם לאמור [בסעיף 255\(ב\) לחוק החברות](#) ביחס פעולות מהותיות – יישום הוראות הפרק החמישי לעניין אישור עסקאות חריגות, ובכלל זה [סעיף 275 לחוק החברות](#) נוכח היות מר צים בעל השליטה בחברה.

בהקשר זה, מפנה המבקש להגדרת המונח "פעולה מהותית" [בסעיף 1 לחוק החברות](#), הטומנת בחובה גם השפעה מהותית פוטנציאלית על רווחי החברה. היות והרווח שצמח למר צים מהעסקה הפיננסית עומד על כ-24 מיליון ש"ח, ברי לשיטת המבקש כי בזמן אמת ידעו המשיבים כי הייתה, למצער, עשויה להשפיע באופן מהותי על רווחיות החברה.

וממילא, שעה שפעלו המשיבים בהתאם למנגנון הקבוע [בסעיף 255 לחוק החברות](#), הרי שנטל ההוכחה מוטל עליהם להוכיח כי העסקה לא עשויה להשפיע על רווחיות החברה. בנטל זה, לגישת המבקש, לא עמדו המשיבים.

הפרת חובת האמונים וחובת הזהירות

43. המבקש טוען כי נוכח מודעותם של חברי דירקטוריון החברה (המשיבים 6-3) ביחס להפרת חובת האמונים והשימוש במידע פנים מצד מר צים, וכן השתתפותם של חלקם בהפרה כאמור, הרי שיש לראותם כמי שסייעו להפרת חובת האמונים של מר צים, בין אם במעשה או במחדל. לשיטת המבקש, ובהתבסס על [ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ](#), פ"ד לח(3) 253 (1984), סיוע לנושא משרה אחר לביצוע הפרה של חובת האמונים שלו הינה בגדר הפרת חובת האמונים בפני עצמה.

44. בהקשר זה נטען, כי יש לדחות את עמדת המשיבים לפיה החלטותיהם התקבלו על סמך ייעוץ מקצועי שקיבלו מטעם עו"ד שטיינמץ. שעה שעמדתו של עו"ד שטיינמץ ניתנה בעל-פה, ולא במסגרת חוות דעת סדורה בכתב, הרי שאין היא עומדת בתנאים שנקבעו בדין להסתמכות על חוות דעת. וממילא, ייעוצו של עו"ד שטיינמץ כלל לא עסק בהיות ההחלטה "עסקה חריגה" הכפופה למנגנון האישור של [סעיף 275 לחוק החברות](#).

45. יתרה מכך, סבור המבקש כי יש לקבוע כי המשיבים אף הפרו את חובת הזהירות בפזיזות, שכן מעיון בפרוטוקולים של דיוני ועדת הביקורת ודירקטוריון החברה עולה כי אלו כלל לא ניהלו דיון או בחנו האם העסקה הפיננסית משרתת את טובת החברה, ואף לא עמד לרשותם מידע מספק לצורך קבלת החלטה מיועצת.

46. המבקש מדגיש כי מר פאר אינו גורם שנשכר מטעם החברה על מנת לשמש לה כיועץ, ובהתאם לא זכה לכל תקבול עבור מתן עמדתו. כמו כן, לא נערך ניתוח של השלכותיה האפשריות של התקשרות בעסקה הפיננסית ולא נבחנה האפשרות להתקשר בעסקת "פליפ" (Flip), במסגרתה בשלב ראשון תתקשר החברה בעסקה הפיננסית, ובשלב השני תמכור את מניות ברנמילר למר צים, תוך ניצול הפער בין מחיר השוק למחיר ההקצאה.

קיפוח המיעוט ועשיית עושר שלא במשפט

47. נטען, כי במקרה דנן מתקיימים כל יסודות עילת ההשבה הקבועה [בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט](#), התשל"ט-1970 (להלן – [חוק עשיית עושר](#)), שכן מדובר בהתעשרות של מר צים על חשבון החברה שנעשתה שלא כדין, תוך הפרת הוראות [חוק החברות](#) כפי שצוין לעיל.

48. לצד זאת, גורס המבקש כי הסטת ההזדמנות העסקית מן החברה למר צים הובילה להפקת טובת הנאה אישית על חשבון בעלי מניות המיעוט, העולה כדי קיפוח המיעוט כמשמעותו בהוראות [סעיף 191 לחוק החברות](#).

טענות המשיבים

התנהלות החברה בקשר עם העסקה האסטרטגית

49. המשיבים טוענים כי אין לקבל את עמדת המבקש הגורסת כי מר צים ומר קפלן פעלו לסיכול העסקה האסטרטגית משיקוליםיהם האישיים. כך, נטען כי הארכת תקופת ההשלמה, כמו גם הקפאת בדיקת הנאותות, נעשו עקב פרוץ משבר הקורונה ואי הוודאות הפיננסית ששררה באותה העת.

50. לחיזוק עמדתם, מציינים המשיבים כי תחום פעילותה של החברה – נכסי נדל"ן מניב בדגש על קניונים ומרכזים מסחריים – ספג נזקים כלכליים קשים עקב המגבלות שהוטלו מטעם המדינה. זאת ועוד, באותה התקופה החליטה החברה, כחלק ממדיניות שמרנית, לוותר על עסקת מינדאס, הלא היא עסקה הנמצאת **בליבת** עסקי החברה.

51. לצד זאת, מדגישים המשיבים כי לא החברה היא שביטלה את העסקה האסטרטגית, אלא ברנמילר. כך, בפגישה שנערכה ביום 04.06.2021 הודיעה ברנמילר על נסיגתה מההסכמות שהושגו בהסכם העקרונות, וזאת נוכח שינוי המגמה בבורסה ביחס לחברות אנרגיה ירוקה ונסיקתה של מניית ברנמילר.

52. חלף זאת, החליטה ברנמילר למנף את האקלים ששרר באותה עת, ולפעול לגיוס הון. הואיל והצדדים ניהלו משא ומתן מתמשך, פנתה ברנמילר תחילה לחברה והציעה לה להתקשר בעסקה הפיננסית. בהקשר זה, מצביעים המשיבים על קיומם של **פערים משמעותיים** בין העסקה האסטרטגית לעסקה הפיננסית:

א. **ניהול ושליטה** – בניגוד לעסקה האסטרטגית, בה הייתה זוכה החברה לשליטה בחברת בת משותפת, וכן שליטה משותפת בחברת ברנמילר עצמה, העסקה הפיננסית אינה כוללת כל יכולת להכווין את פעילות ברנמילר, אלא החזקת מיעוט (17%) פסיבית בלבד.

ב. **סיכון העסקה** – להבדיל מהעסקה האסטרטגית, אשר כללה השקעה **במכשירי חוב** המובטחים **בשעבודים**, ומשכך גילמה **סיכון יחסית נמוך**, העסקה הפיננסית הינה עסקה **ספקולטיבית** גרידא, **ללא בטוחות**, במנייתיה **התנודתיות** של חברת **"חלומות"** בעלת הערת **"עסק חי"** המצויה בהליכי התייעלות.

לפיכך, העסקה הפיננסית כרוכה ב**סיכונים משמעותיים**, ועל-כן אין זה מפתיע כי יועץ שוק ההון, מר פאר, הזהיר את החברה מפני תגובה שלילית מצד ציבור המשקיעים כלפי העסקה.

ועדת הביקורת ודירקטוריון החברה נחשפו למלוא המידע הרלבנטי

53. המשיבים מציינים כי כחלק מתהליך קבלת ההחלטות ביחס לעסקה הפיננסית, החליטה החברה לכנס ישיבה של ועדת הביקורת אליה הוזמנו עו"ד שטיינמץ (יועץ משפטי חיצוני) ומר

פאר (יועץ שוק הון). כן מדגישים המשיבים, כי במהלך הישיבה הביע מר פאר את התנגדותו לעסקה כאמור וכי עו"ד שטיינמץ חיווה דעתו כי לא מדובר ב"הזדמנות עסקית" של החברה, אלא מדובר על עסקה חדשה שאינה מצויה בתחום עסקי החברה, וזאת תוך התייחסות לעניין פאנגאיה.

54. עוד נטען, כי כעולה מפרוטוקול הישיבה, מצא עו"ד שטיינמץ, לשם הזהירות בלבד, להעלות את הנושא לדיון בוועדת הביקורת והדירקטוריון בלבד, בהתאם ליישום הראוי לשיטתו של [סעיף 255 לחוק החברות](#) על נסיבות המקרה. חוות דעת זו, לגישת המשיבים, מופיעה בבירור בכתב בפרוטוקול ישיבת ועדת הביקורת.

55. לפיכך, המשיבים סבורים כי החלטות ועדת הביקורת ודירקטוריון החברה, פה אחד, לדחות את העסקה הפיננסית ותחת זאת להתיר למר צים להתקשר בה, התקבלו לאחר שנשקלו מלוא השיקולים הרלבנטיים ותוך בחינת טובת החברה.

56. חלף זאת, גורסים המשיבים כי דווקא המבקש הוא שהסתיר מידע שעה שטען כי בעסקה הפיננסית טמון רווח ודאי ומייד, ובחר להתעלם מן העובדה כי מניות ברנמילר חסומות לפרק זמן כולל של כ-24 חודשים. דומה, לשיטת המשיבים, כי החלטת המבקש להגיש את בקשת האישור התקבלה נוכח עליית שער מניית ברנמילר ותו לא.

ניצול הזדמנות עסקית

57. המשיבים טוענים כי בהתאם ללשון [סעיף 254\(א\)\(3\) לחוק החברות](#), יש להבחין בין הזדמנות עסקית של החברה לבין הזדמנות עסקית שאינה של החברה. כך, כאשר מדובר בעסקה שאינה של החברה, הרי שאין כל מגבלה על נושא המשרה להתקשר בעסקה כאמור, ובלבד שהוא אינו מתחרה בחברה ותחום פעילותה אינו חופף לליבת תחום פעילות החברה.

58. לעומת זאת, כאשר מדובר בעסקה של החברה, מציינים המשיבים כי עדיין קיימת האפשרות כי נושא המשרה יתקשר בעסקה כאמור, אולם לשם כך על החברה ועליו לפעול בהתאם למנגנון שנקבע [בסעיף 255 לחוק החברות](#).

59. לשיטת המשיבים, יש לדחות את הבקשה ולו נוכח העובדה כי טענות המבקש נשענות על העסקה האסטרטגית ולא על העסקה הפיננסית. זאת, הואיל והעסקה האסטרטגית בוטלה, ולכן לא ניתן להגיש תביעה מכוחה. על כן, המבקש לא עמד בנטל להוכיח קיומה של הזדמנות עסקית, ומקל וחומר שלא ניצול של הזדמנות שכזאת.

60. כך, כאשר נשאל המבקש בחקירתו ביחס לעסקה הפיננסית, נטען כי לא הביע כל ידע ביחס לפרטי העסקה הפיננסית. אי לכך, בטוחים המשיבים כי התביעה דן לא הוגשה בגין העסקה הנכונה, ואך בשל עליית שווי מניית ברנמילר.
61. עוד נטען, כי אף העסקה הפיננסית היא אינה בגדר "הזדמנות עסקית" של החברה, שכן תחום פעילותה הוא נדל"ן מניב, ומנגד הוכח כי היא אינה עוסקת בביצוע השקעות פיננסיות בחברות, ואין זה בתחום מומחיותה – החברה אינה מעסיקה אנליסטים ו/או יועצי השקעות. לפיכך, אין מקום לטענה לפיה דחיית העסקה הפיננסית עולה כדי "ויתור על הזדמנות עסקית".
62. בעניין זה, יש לדחות את עמדת המבקש לפיה די בכך שהעסקה הוצגה תחילה לחברה על מנת לטעון כי מדובר בהזדמנות עסקית, שכן טענה זו מתעלמת ממהות העסקה ומפעילות החברה. משמעה, לשיטת המשיבים, היא סיווג עסקה שאינה מתאימה לחברה ואינה בתחום פעילותה כ"הזדמנות עסקית" ולו בגלל שהיא הוצגה בפניה.
63. המשיבים טוענים כי מהפסיקה הקיימת בנושא זה עולה, כי נושא משרה רשאי לנצל באופן אישי הזדמנות עסקית שנקרתה לחברה, ובלבד שהעסקה החדשה אינה מתחרה בחברה, וכי תחום פעילותה אינו חופף לתחום פעילות החברה (The Line of Business). לגישת המשיבים, רק בהתקיים שני המבחנים המצטברים הנ"ל יחולו הוראות סעיף 254 לחוק החברות.
64. אשר לטענת המבקשים בדבר היות העסקה הפיננסית כתחום פעילות החברה, וזאת נוכח אסטרטגיית ההשקעה של החברה בתחום האנרגיה, עומדים המשיבים על כך שמדובר בהרחבת חזית פסולה. למעלה מן הצורך, מציינים המשיבים את הפערים המהותיים בין העסקאות (כמפורט בסעיף 52 לעיל), ואת הודאת המבקש בחקירתו בכך שהעסקה הפיננסית אינה בתחום פעילות החברה.
65. לצד זאת, שוללים המשיבים את טענת המבקש בדבר הסתרת מסמכים מטעם החברה. המשיבים מציינים כי כל דיוני ועדת הביקורת ודירקטוריון החברה השתקפו במלואם בדיווח החברה (נספח 9 לבקשת האישור), וממילא החלטת המבקש שלא לבקש לקבלם לעיונו בהליך גילוי מסמכים צריכה לעמוד לו לרועץ.
66. עוד הדגישו המשיבים, כי אין בסיס לטענת המבקש ביחס לכך שביצוע העסקה הפיננסית הוצע למר צים אך בשל בדיקת הנאותות שנערכה, שכן מר צים מעולם לא נחשף לתוצרי בדיקת הנאותות. כך גם ביחס לטענת הבלעדיות שניתנה למר צים, שכן עסקה זהה נחתמה מול בית ההשקעות מור.

החלטות אורגני החברה אושרו בהתאם לסעיף 255 לחוק החברות

67. הגם שברור (לגישת המשיבים) כי לא מדובר בהזדמנות עסקית של החברה, טוענים המשיבים כי פעלה החברה, מעבר לנדרש, בהתאם למנגנון הקבוע בסעיף 255 לחוק החברות, ועל כן דין טענה זו של המבקש להידחות.
68. כך, הובאו ההחלטות ביחס לעסקה הפיננסית בפני ועדת הביקורת ודירקטוריון החברה, ואלו החליטו לדחותה מפאת הפערים הקיימים בינה לבין העסקה האסטרטגית, בהתאם לייעוץ שקיבלו ממר פאר ועו"ד שטיינמץ, ובשים לב לאי הוודאות ששררה באותה העת נוכח משבר הקורונה.
69. לשיטת המשיבים, אישור הפעולות דן עולה בקנה אחד עם סעיף 255(ב) לחוק החברות, אשר מבחין בין **פעולה מהותית**, הכפופה לאישור משולש (ועדת ביקורת, דירקטוריון ואסיפה כללית), לבין **פעולה שאינה מהותית**, הכפופה לאישור ועדת הביקורת ודירקטוריון החברה.
- בהקשר זה, מדגישים המשיבים כי הפניית סעיף 255 לחוק החברות להוראות הפרק החמישי נועדה לשם קביעת מנגנון האישור הנדרש, ולא לעצם הבחינה האם מדובר בעסקה חריגה או לאו.
70. נטען, כי החלטת אורגני החברה ביחס לעסקה הפיננסית היא אינה פעולה מהותית, וזאת בהתאם לחזקת המהותיות של 5% מסך נכסי החברה. מבחינת דוחותיה הכספיים של החברה המעודכנים לאותה עת, עולה כי סך נכסיה עמד על 971 מיליון ש"ח, ועל-כן היוותה העסקה **1.85% בלבד** מסך הנכסים כאמור.
- עוד צוין, כי ועדת הביקורת היא שאמונה על בחינת שאלת המהותיות ביחס לעסקאות בהן לבעל השליטה יש עניין אישי (וראו סעיף 117(א1) לחוק החברות), וזו אכן קיבלה את החלטתה על סמך הנימוקים שהוצגו בפרוטוקול הישיבה. ובעקבותיה, ניתנה החלטת דירקטוריון החברה.
71. זאת ועוד, המשיבים טוענים כי יש לדחות את עמדת המבקש ביחס לבסיס המדד הרלבנטי, שכן מדובר בפעולה חשבונאית חסרת בסיס בה נקט המבקש, בבחינת "דין עצמי", אשר אינה מגובה באסמכתאות המקצועיות הנדרשות.
- כך גם ביחס לטענות המבקש בדבר "רווח מידי" של למעלה מ-24 מיליון ש"ח שהתהווה למר צים. ויוזכר, כי מניות ברנמילר שהוקצו במסגרת העסקה הינן מניות חסומות לתקופה ממושכת בת 6-24 חודשים.
72. לצד זאת, טוענים המשיבים כי פעלו בהתאם ליתר תנאי סעיף 255 לחוק החברות, כדלהלן:

73. **חובת הגילוי**. המשיבים מדגישים כי מר צים דיווח כנדרש לחברה, בזמן אמת, את עניינו האישי בהחלטות הנוגעות לעסקה הפיננסית – האפשרות שיתקשר בה בכובעו הפרטי. עוד צוין, כי טענות המבקש ביחס למעורבותו של מר קפלן מהוות הרחבת חזית פסולה, אולם הן ממילא אינן רלבנטיות שעה שהחלטה על הצטרפותו לעסקה הפיננסית התקבלה לאחר קבלת אישור החברה.

וממילא, סבורים המשיבים כי התנהלותו של מר קפלן לא השפיעה על התייחסות אורגני החברה לעסקה הפיננסית, אשר מבחינתם דחיית העסקה כאמור נעשתה על רקע מהותה ונוכח השונות הקיימת בינה לבין תחום פעילות החברה.

74. **פעולה בתום לב**. בניגוד לטענות המבקש, גורסים המשיבים כי בהתנהלותו של מר צים לא נפל פגם.

ראשית, טוענים המשיבים כי יש לדחות את טענת המבקש, לפיה מר צים ומר קפלן פעלו להקפיא את העסקה האסטרטגית. זאת, שעה שהמשק כולו היה נתון למשבר כלכלי, ואף החברה ויתרה על עסקאות נוספות, כגון עסקת מידאס.

שנית, מדגישים המשיבים כי מר צים לא ניהל משא ומתן עם ברנמילר במקביל לחברה, אלא פעל כמצופה ממנו והעניק לאורגני החברה את השהות לקבל החלטה טרם יעשה כן.

ושלישית, נטען כי יש לדחות את הטענות הנוגעות לשימוש במידע פנים מצד מר צים, שכן הוא מעולם לא נחשף לתוצרי בדיקת הנאותות, וממילא עומדת לו ההגנה הקבועה בסעיף 52ז(א)(6) לחוק ניירות ערך.

75. **טובת החברה**. הוכח, לגישת המשיבים, כי ויתור על העסקה הפיננסית אינו פוגע בטובת החברה, וזאת שעה שהחלטה התקבלה לאחר התייעצות עם גורמי מקצוע חיצוניים.

76. בהקשר זה, אין לקבל את עמדת המבקש, לפיה עמדות גורמי המקצוע לא נתמכו בנימוקים כתובים, שכן שיקוליהם מופיעים מפורשות בפרוטוקול ישיבת ועדת הביקורת. היעדר התייחסות מצד המבקש לשיקולים אלו, הינה חלק ממגמה כוללת להתעלם מן הפערים הקיימים בין העסקה האסטרטגית לעסקה הפיננסית.

התייחסות ליתר טענות המבקש

77. המשיבים טוענים, כי לצד העובדה כי העסקה הפיננסית היא אינה בגדר "הזדמנות עסקית", עומדת להם הגנת כלל שיקול הדעת העסקי (Business Judgement Rule) נוכח העובדה כי ההחלטה התקבלה **באופן מקצועי ומיודע, בתום לב ובהיעדר ניגוד עניינים**.

78. כמו כן, יש לדחות את ניסיון המבקש לגרוע מתוקף חוות הדעת שקיבלו המשיבים מטעם עו"ד שטיינמץ ולהמעיט מחשיבות עצותיו של מר פאר. הוכח, לגישת המשיבים, כי ניתנה חוות דעת כאמור וכי ועדת הביקורת והדירקטוריון העלו בעקבותיה שאלות מהותיות; וכן, כי טענות המבקש ביחס לביצוע עסקת "פליפ" חסרות בסיס, נוכח העובדה כי המניות הינן חסומות.
79. עוד נטען, כי יש לדחות את הטענות בדבר קיפוח בעלי מניות. זאת, הן **מטעמים פרוצדורליים** – אופי ההליך כתביעה נגזרת ואי תשלום אגרה כנדרש; והן **מטעמים מהותיים**, שכן הוכח כי טרם נקבע היקף הרווח, אם בכלל, אותו הפיק מר צים מן העסקה נוכח היות המניות חסומות.
80. באופן דומה, שוללים המשיבים את טענות המבקש ביחס לעילה מכוח חוק עשיית עושר, שכן מדובר בעסקה שהחברה כלל לא הייתה מעוניינת להתקשר בה מפאת שלל הנימוקים שתוארו. וממילא, מדובר בעוולת מסגרת אשר אין להחילה שעה שקיימת עוולה פרטיקולרית (הפרת חובת אמונים) החולשת על נסיבות המקרה.
81. לבסוף, מצביעים המשיבים על הפסול הקיים, לשיטתם, בניסיון המבקש לטעון כנגד מר קפלן, הגם שהוא אינו נתבע במסגרת ההליך דנא. מדובר בשינוי חזית אסור. כן הוכח, לגישת המשיבים, כי בהתנהלותו של מר קפלן לא נפל רבב, ולא היה בה כדי להשפיע על עמדת הדירקטורים ביחס לעסקה הפיננסית.
- בעניין זה, מפנים המשיבים לחקירתו של מר אריאל, ובה עמד גם על היעדר התנגדותם של חברי ועדת הביקורת כי מר צים, או כל צד שלישי אחר, יתקשרו בעסקה הפיננסית, שעה שהחליטה החברה לדחותה.

דיון והכרעה

82. בראשית הדברים, מצאתי לנכון לעמוד על המחלוקת הקיימת בין הצדדים לגבי **מהי אותה "הזדמנות עסקית"** הניצבת בבסיס בקשת אישור זו – העסקה האסטרטגית, העסקה הפיננסית או שמא בכלל מדובר במארג היחסים העסקיים של החברה עם ברנמילר בכללותו, הנוגע לכל אינטראקציה מסחרית שהתקיימה בין החברה לבין ברנמילר החל מתחילת המגעים ביחס לעסקה האסטרטגית וכלה בהחלטת החברה לדחות את העסקה הפיננסית.
83. תשובה לשאלה זו לא ניתן למצוא בנקל בבקשת האישור, אולם מן המכלול המורכב מכתבי הטענות, סיכומי הצדדים וחקירות המצהירים לפניי, מתקבלת תמונה לפיה כוונת המבקש הייתה למארג היחסים העסקיים עם ברנמילר, ועל-כן ההזדמנות העסקית הרלבנטית כיום היא **העסקה הפיננסית**. ואפרט.

84. פרק ה' לבקשת האישור העוסק בסעדי התביעה מבחין בבירור בין שני ראשי נזק – **הנזק לחברה** בדמות הפער שבין המחיר למניה שנבע בהסכם העקרונות (2.67-3.78 ש"ח) לבין מחיר המניה במועד ביטול ההסכם (10.4 ש"ח) (להלן – **הסעד הראשון**); **וטובת ההנאה שנוצרה למר צים** בדמות הפער שבין המחיר למניה לפיו הוקצו המניות בעסקה הפיננסית (4.3 ש"ח) לבין מחיר המניה במועד ההתקשרות בעסקה (10.4 ש"ח) (להלן – **הסעד השני**).

הבחנה זו בין שני ראשי הנזק השונים, כאשר אחד נוגע לביטול העסקה האסטרטגית והשני ל"העברת" העסקה הפיננסית למר צים, מעידה כי בקשת האישור נועדה במקור **לחלוש על שתי העסקאות**. ויוזכר, כי במועד הגשת בקשת האישור לא עמד לנגד עיני המבקש המניע שהוביל לביטול העסקה האסטרטגית – רצונה של ברנמילר למנף את העלייה המשמעותית בשער מנייתה [עמ' 60, ש' 9-22 לפרוטוקול הדיון].

85. הגם שמסופקני אם שני סעדים אלו יכולים לדור יחד בכפיפה אחת, שאלה זו מתייתרת שעה שהתברר כי העסקה האסטרטגית ירדה מן הפרק ביוזמת ברנמילר, וכפועל יוצא התאינה עילת התביעה מכוחה נתבע הסעד הראשון. חרף זאת, הסעד השני עודנו שריר וקיים, ולו מבחינה תיאורטית. עמד על כך בא כוח המבקש בדיון מיום 25.01.2021 [עמ' 51, ש' 16-18 לפרוטוקול הדיון]:

"עו"ד קלעי: שתי עסקות שונות אדוני, עסקה אחת שהחברה...
...
עו"ד קלעי: עכשיו יש עסקה חדשה שהוצעה לחברה באותו יום"

וכך הבהרתי [עמ' 52, ש' 1-4 לפרוטוקול הדיון]:

"אז זה כבר נשמע אחרת, אם העסקה הראשונה לא הייתה בתוקף ואינה בתוקף ואנחנו מדברים על העסקה השנייה, נקרא לה עסקה שנייה ואדוני אומר הובאה לחברה עסקה והחברה דחתה אותה ומר צים השלים אותה"

86. משסוגיה זו בוארה, פניי להכרעה במחלוקות הצדדים מושא בקשת האישור, ובסדר הבא –

ראשית, אבחן האם העסקה הפיננסית עולה כדי "הזדמנות עסקית של החברה" כהגדרתה בסעיף 254(א)(3) לחוק החברות, וככל ששאלה זו תיענה בחיוב, האם ההחלטה על מתן הרשאה למר צים להתקשר בעסקה הפיננסית התקבלה כדין;

שנית, אבחן האם ההחלטה על מתן הרשאה למר צים להתקשר בעסקה הפיננסית עולה כדי "עסקה חריגה" בה לבעל השליטה יש "עניין אישי", כמשמעות תיבה זו לפי [סעיף 270\(4\) לחוק החברות](#) – כך שאישורה כפוף למנגנון האישור המשולש הקבוע [בסעיף 275 לחוק החברות](#); ו**שלישית**, ככל שיימצא כי למבקש עומדת עילת תביעה כנגד המשיבים, אדון בתנאים לאישור תביעה כנגזרת בהתאם [לסעיף 198 לחוק החברות](#).

נטילת הזדמנות עסקית

האם העסקה הפיננסית מהווה "הזדמנות עסקית" השייכת לחברה?

87. [סעיף 254 לחוק החברות](#) קובע כדלקמן:

"254. (א) נושא משרה חב חובת אמונים לחברה, ינהג בתום לב ויפעל לטובתה, ובכלל זה –

(1) יימנע מכל פעולה שיש בה ניגוד ענינים בין מילוי תפקידו בחברה לבין מילוי תפקיד אחר שלו או לבין עניניו האישיים;

(2) יימנע מכל פעולה שיש בה תחרות עם עסקי החברה;

(3) יימנע מניצול הזדמנות עסקית של החברה במטרה להשיג טובת הנאה לעצמו או לאחר;

(4) יגלה לחברה כל ידיעה וימסור לה כל מסמך הנוגעים לעניניה, שבאו לידי בתוקף מעמדו בחברה.

(ב) אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי למנוע קיומה של חובת אמונים של נושא משרה כלפי אדם אחר".

88. הגדרת המונח "הזדמנות עסקית" במסגרת [סעיף 254\(א\)\(3\) לחוק החברות](#) נדונה במספר פסקי דין של בית משפט זה. כך, למשל, בעניין **פאנגאיה** עמדה השופטת קרת-מאיר על הצורך בפרשנות מרחיבה:

"יש להחיל הגדרה רחבה באשר לקיומה של הזדמנות עסקית. די בהיות העסקה קרובה במהותה לעסקי החברה הנדונה כדי להוות הזדמנות עסקית שעל נושא משרה להימנע מניצולה, ללא כל קשר לשאלת יכולתה או אי יכולתה של החברה לבצע את העסקה" [שם, עמ' 32].

89. בעניין **דהן** עמדה השופטת רונן על **שלוש חלופות** החוסות תחת הגדרת המונח "הזדמנות עסקית של החברה" [עניין דהן, פס' 23-32]:

האחת, כאשר ניצול ה"הזדמנות העסקית" כרוך בשימוש במשאבי החברה (רציונל קנייני). לעניין זה, יש לבחון את היקף השימוש שנעשה במשאבי החברה מצד נושא המשרה לשם הפקת טובתו האישית, ונדרש כי שימוש זה יהיה מסיבי, רב והכרחי לשם נטילת ההזדמנות העסקית;

השנייה, כאשר נודע לנושא המשרה על אודות ה"הזדמנות העסקית" מתוקף תפקידו בחברה. במקרים אלו יש לראות **במידע** הנוגע להזדמנות העסקית כנכס לא מוחשי השייך לחברה, ובניצול ההזדמנות כנטילת הנכס כאמור [שם, פס' 26]:

"מתי ניתן לקבוע כי המידע אודות ההזדמנות העסקית הוא מידע של החברה? נראה כי אלה הם בדרך-כלל פני הדברים כאשר המידע הגיע לידיעת נושא המשרה בכובעו ככזה. דוגמה מובהקת היא כאשר לנושא המשרה נודע אודות ההזדמנות העסקית במסגרת תפקידו בחברה, כגון כאשר נעשתה אליו פנייה בנושא משרה על-ידי מי שהיה מעוניין לערוך עסקה עם החברה" [ההדגשות אינן במקור].

והשלישית, כאשר ה"הזדמנות העסקית" הובאה לידיעת נושא המשרה שלא במסגרת כובעו כבעל תפקיד בחברה, אולם ההזדמנות כאמור נוגעת לתחום פעילות החברה וכחלק מתפקידו נושא המשרה אמון על איתור הזדמנויות עסקיות עבור החברה [שם, פס' 30].

90. ודוק, המשותף לשלוש החלופות לעיל הוא **הקשר ההדוק לתחום פעילות החברה**. ברי, כי עצם הצורך בניצול משאבי החברה, בין אם מדובר במשאבים מוחשיים ובין אם לאו, לשם מימוש ה"הזדמנות העסקית" מלמד על זיקה בין פעילות החברה לבינה. באופן דומה, תסווג פעילות כ"הזדמנות עסקית" של החברה אף אם היא הוצגה בפני נושא המשרה במישור הפרטי, ובלבד שבין תחומי אחריותו לאתר הזדמנויות עסקיות עבור החברה, וההזדמנות כאמור נוגעת לתחום פעילותה.

91. אולם, נוכח מספר הבדלים משמעותיים עליהם אעמוד להלן, מצאתי כי נסיבות העניין שלפניי שונות מנסיבות המקרה שנדונו בעניין **פאנגאיה** [וראו החלטתי בתנ"ג (ת"א) 53969-07-13 **אבנר שלם נ' משה בר ניב**, פס' 40 (פורסם בנבו, 8.7.2015)]. כך, בעניין **פאנגאיה** ההזדמנות העסקית לא נודעה לנושאי המשרה מכוח תפקידם בחברה, ואף לא הייתה כל מחלוקת ביחס להיות ההזדמנות העסקית בתחום פעילות החברה, ובבחינת מקל וחומר שלא הייתה מחלוקת ביחס לשאלה האם מדובר ב"הזדמנות עסקית" מנקודת מבט החברה.

באופן דומה, סבורני כי יש לאבחן את נסיבות המקרה דנן גם אל מול נסיבות המקרה בעניין **דהן**. כך, בנסיבות המקרה שם, מדובר היה בעסקה שייכתן כי החברה הייתה מעוניינת להתקשר בה. חרף זאת, נושאי המשרה שם מצאו להתקשר בעסקה זו, בכובעם הפרטי – חלף מתן הזדמנות זו לחברה, ואף מבלי שניתנה לחברה כל הזדמנות להביע עמדה ברורה לגביה.

לעומת זאת במקרה דנן, ההצעה להתקשר בעסקה הפיננסית עמדה על סדר יומן של ועדת הביקורת ודירקטוריון החברה, ואלו החליטו, לאחר ששקלו והפכו ועל סמך מגוון שיקולים – כי **מדובר בעסקה מסוכנת לחברה שאינה תואמת את האסטרטגיה העסקית שלה ואינה משרתת את טובתה** [עמ' 6-7 לפרוטוקול ישיבת ועדת הביקורת]. שיקולים אלה פורטו בפרוטוקולי ישיבות אורגני החברה, ועל פניו, מדובר בשיקולים ענייניים ורלבנטיים, וממילא לא נטען אחרת כנגדם.

על רמת הסיכון הכרוכה בעסקה הפיננסית ניתן ללמוד מדבריו של בנו של מייסד החברה ומבעלי השליטה בה, מר ניר ברנמילר, בחקירתו, שנאמרו שעה שנשאל על מצבה הפיננסי הרעוע (בלשון המעטה) של ברנמילר במועד טרם ההתקשרות בעסקה כאמור [עמ' 56, ש' 16-21 לפרוטוקול הדיון]:

"אז החברה היתה בלי כסף בקופה, בלי כסף למשכורת, עם הערת עסק חי, בנק לאומי על הגרון דורש פירעון מיידי של חוב בחברת בת, שאנחנו ערבים לה ולכן אני אחלק את זה לשניים, יש חברה שהיה לה טכנולוגיה מצוינת ועדיין והיא חברה מאוד מעניינת וחברה עם פרופיל סיכון דרמטי..."

92. לעניין זה, מקובלת עליי עמדת המשיבים, לפיה אין לראות בכל עסקה המובאת בפני החברה כ"הזדמנות עסקית" עבודה, וסיווגה של עסקה ככזאת מותנה במגוון שיקולים ומאפיינים, לרבות התאמתה לתחום פעילות החברה, כמו גם לתנאי העסקה ואיכותה – והכל בהתאם לנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה.

קביעה זו עולה לגישתי בקנה אחד עם עמדתה של כב' השופטת קרת-מאיר בעניין **פאנגאיה** בדבר היעדר הנפקות של שאלת יכולתה הפיננסית של החברה לנצל הזדמנות עסקית – לשם סיווגה כ"הזדמנות עסקית של החברה" (ראו פס' 88 לעיל). יוזכר לעניין זה, כי בנסיבות המקרה שם נושאי המשרה (ובעלי השליטה) בחברה אמנם הציעו לחברה להתקשר בעסקה בתחום פעילותה לגביה התוודעו שלא בתפקידם בחברה, אולם עשו כן תוך הסתרת מידע רלבנטי מדירקטוריון החברה [עניין **פאנגאיה**, עמ' 46]. ואילו, בנסיבות העניין שלפניי, לרשות אורגני החברה עמד המידע הרלבנטי הנדרש לשם הערכת טיב העסקה הפיננסית (שהגיעה ישירות לחברה מטעם גורם עסקי המוכר לה), ואלו אף סברו כי העסקה כאמור אינה משתלבת עם פעילות החברה. בפרט נכונים הדברים כאשר הוכח על ידי החברה כי בזמן אמת נקטה החברה

עמדה אקטיבית, לאחר דיון ושקילה ועל בסיס גילוי מלא – כי היא אינה מעוניינת בנטילת ההזדמנות כאמור.

משכך, נכון וראוי לטעמי להבחין בין הזדמנות עסקית **שנבצר** מהחברה לנצל בשל היעדר משאבים, לבין הזדמנות עסקית שיש בכוחה של החברה לנצל, אולם **ניצולה אינו משרת** את טובת החברה בנקודת הזמן בו התקבלה החלטתם של קברניטי החברה בנדון. לעניין זה ראוי, כי נטל ההוכחה בנוגע לשקילת ההצעה כדבעי, קיומו של הליך גלוי ושקוף וניהולו בהתאם לכלל המנגנונים הקבועים לשם כך על פי דין – יחולו על החברה עצמה.

מסקנתי זו עולה גם בקנה אחד עם עמדת המלומד **ע' לחובסקי** [עדו **לחובסקי דיני חברות: חברה יחידה ואשכול חברות**, עמ' 184 (2014)], לפיו:

"לדעתי, כאשר ברור שהחברה לא תנצל את ההזדמנות העסקית – בין מכיוון שאינה יכולה ובין מכיוון שאינה רוצה – אין מקום לאסור על נושא המשרה לנצל את ההזדמנות האמורה. במקרה כזה אין לומר שנושא המשרה פוגע בעסקי החברה שממילא אינה יכולה או 'ויתרה' מסיבותיה על ההזדמנות העסקית. לדעתי, בבואנו ליישם את האיסור על ניצול הזדמנות עסקית יש לבחון אם יש ניגוד אינטרסים בין נושא המשרה לחברה לגבי ההזדמנות העסקית, ובהיעדרו – אין לאסור על נושא משרה ניצול של ההזדמנות העסקית". [ההדגשות אינן במקור]

93. על יסוד כל אלה סבורני, כי בנסיבות המקרה דנן, העסקה הפיננסית, אינה עולה כדי "הזדמנות עסקית" של החברה. לעניין זה ראוי להבדיל בין תנאיה של העסקה האסטרטגית לבין אלו של העסקה הפיננסית, כך שמדובר בשתי עסקאות נפרדות ושונות במהותן. בפרט נבדלות העסקאות בתכליתן, כמו גם ברמות הסיכון המגולמות בכל אחת מהן (ראו סעיף 52 לעיל). שונות זו לטעמי, אינה מותירה ספק ביחס לפער הקיים במידת הרלבנטיות והאטרקטיביות של העסקאות עבור החברה [וראו **ת"א 2290/07 טומי סלע נ' ניסים ארבל**, עמ' 11 (פורסם בנבו, 06.11.2008)].

ודוק, החברה אמנם התכוונה להרחיב את פעילותה לתחום האנרגיה הירוקה, אולם כשחקנית אקטיבית ובמסגרת מתווה בעל סיכון נמוך. השקעה פיננסית-פסיבית גרידא, לשיטתי, אינה מהווה הרחבת פעילות החברה באמצעות חדירה לתחום פעילות חדש, אלא מהווה, לכל היותר, גיוון (חריג) בתיק ניירות הערך שלה. ואכן, נראה כי לא בכדי, יועץ שוק ההון, מר פאר, התנגד לעסקה הפיננסית בזמן אמת [עמ' 3 לפרוטוקול ישיבת ועדת הביקורת]:

"העסקה החדשה המוצעת, טובה ככל שתהיה, היא עסקה פיננסית. אין כאן שליטה ואין דבר קורלטיבי לליבת הפעילות של החברה. אני חושב ששוק ההון מאוד לא יאהב את העסקה הזאת. יש הרבה דוגמאות לעסקאות כאלו שהשוק לא אוהב אותן. לדעתי המקצועית, זאת עסקה שלא צריכה להיות בחברה. מדובר בהשקעה פיננסית ללא השפעה על ניהול. הכספים בחברה לא גויסו לצורך ביצוע עסקאות פיננסיות וככה זה עלול להתפרש אם החברה תבצע את העסקה החדשה". [ההדגשות אינן במקור]

94. יתרה מכך, וכפי שאף ציינתי במהלך דיון ההוכחות שהתקיים לפניי, דווקא לו הייתה מתקשרת החברה בעסקה הפיננסית, יכול והיה בכך כדי להקים טענות ראויות כנגדה. זאת, בשים לב לחריגתה הברורה של העסקה מתחום פעילותה של החברה, כמו גם נטילת הסיכון הגבוה שכרוך היה בהתקשרות זו, לרבות היות המניות חסומות, עת הונחה ההזדמנות על שולחנה של החברה [עמ' 37, ש' 16-9 לפרוטוקול הדיון].

ויודגש, כי עסקה עם פרופיל סיכון כגון העסקה הפיננסית אף אינה עולה בקנה אחד עם מצגי החברה לציבור משקיעיה. כך, בתשקיף המדף של החברה ששימש להנפקת אגרות חוב חודשים ספורים לפני שהוצעה העסקה הפיננסית, וכן בדוחותיה הכספיים [נספח 2 לתשובת המשיבים], מצוין בבירור כי לחברה תחום פעילות עיקרי אחד – ייזום, פיתוח וניהול של פרויקטים מסחריים והפעלת נכסי נדל"ן מניבים. בהינתן ובגין העסקה הפיננסית הייתה החברה סופגת הפסדים כבדים, עולה אפוא השאלה האם הייתה קמה עילת תביעה כנגד המשיבים בשל השקעה מסוכנת זו. הדעת נותנת, לגישתי, כי התשובה לכך הייתה חיובית. לפיכך, ראוי להדגיש, כי בחינה זו צריך שתעשה ביחס לקבלת ההחלטה בזמן אמת, ובל ייבחנו הדברים חלילה בדרך של "חוכמה בדיעבד".

במקרה שלפניי, על פני הדברים, דומה כי התביעה הוגשה בעיקר בשל ההפרש בין שווי המניה במועד ההקצאה לבין שער המניה לפיו הוקצו המניות, מתוך הנחה כי מדובר ב"רווח מיידי" בסך 24 מיליון ש"ח אותו הפיק מר צים, כפי שניתן ללמוד מטענת המבקש בנוגע לביצוע עסקת "פליפ" [ס' 69 לסיכומי המבקש].

הגם שלא ניתן לומר בפה מלא כי מדובר בבחינת "חוכמה בדיעבד", שכן התביעה הוגשה לאחר 6 ימים בלבד ממועד התקשרות מר צים בעסקה הפיננסית, ברי כי התביעה כאמור מתעלמת מן הפערים המהותיים שבין שתי העסקאות, לרבות היות המניות חסומות והתנודתיות שלהן, שאת קיומה הכיר המבקש [עמ' 34, ש' 7 לפרוטוקול הדיון].

95. ויובהר, כי השתכנעתי במקרה שלפניי כי החלטות אורגני החברה התקבלו מבלי שהוסתר מהם מידע, וזאת שעה שהחלטה על השתתפותו של מר קפלן בעסקה הפיננסית התקבלה אך

לאחר ישיבות ועדת הביקורת ודירקטוריון החברה [עמ' 110, ש' 5-6 לפרוטוקול הדיון]. על היעדר רצון מצד החברה להתקשר בעסקה הפיננסית, ניתן ללמוד בבירור מדברי הדח"צ מר אריאל בחקירתו [עמ' 87, ש' 18-22 ועמ' 88, ש' 1-6 לפרוטוקול הדיון]:

"אני אומר עוד פעם, אני אני אישית לא רואה לא רואה בהצעה להשקיע בחברה בעסקה פיננסית הזדמנות, מלכתחילה אני לא רואה את זה כהזדמנות עסקית, כך שאין לי מילה התנגדות שכל אחד אחר יעשה את זה ויקח את הסיכון בעצמו.

אז אם היה מדובר מחר בבוקר, אני מחדד את תשובתי, אם היה מדובר מחר בבוקר, בעסקה של הקמת מרכז מסחרי ואז היה, היתה עולה השאלה האם החברה במקרה כזה מחליטה לוותר על זה ולאשר, או היתה עולה שאלה באמת האם במקרה כזה יש מקום ש.. בהתאם לאותה התניה שמופיעה, יש מקום שבעל השליטה את זה". [ההדגשות אינן במקור]

96. לסיכום נקודה זו: מר צים לא פעל להעדפת טובתו האישית על פני טובת החברה, ואין לראות בהתקשרותו בעסקה הפיננסית, לגביה שמע מכוח היותו נושא משרה בחברה, כשימוש לרעה במשאביה העולה כדי "ניצול הזדמנות עסקית" [עניין דהן, פס' 23; [יהודית קורן "דוקטרינת ההזדמנות העסקית – אמצעי להגנת עסקיה של החברה"](#) הפרקליט מה 350, 354-355 (2001)]. התקשרותו בעסקה הפיננסית נעשתה אך לאחר שניתנה לחברה ההזדמנות לשקול את העסקה הפיננסית בעצמה, וזו החליטה כי התקשרות בעסקה אינה לטובת החברה, ולכן כלל אין לראותה כ"הזדמנות עסקית" עבורה.

97. בשולי הדברים אדגיש, כי לא נעלמה מעיני העובדה כי בהתאם ליעוץ המשפטי של עו"ד שטיינמץ, החברה פעלה בזמן אמת לאישור החלטותיה בוועדת הביקורת ובדירקטוריון החברה בהתאם למנגנון הקבוע [בסעיף 255 לחוק החברות](#). המשיבים טוענים, כי אין לראות פעולה זו כהודאה מצדם לתחולת [סעיף 254\(א\)\(3\) לחוק החברות](#), שכן הפעולה נעשתה "לשם הזהירות" בלבד [סעיף 20 לסיכומי המשיבים].

למרות הקושי הטמון בטענה מעין זו, מצאתי כי בנסיבות המקרה כאן אין לזקוף לחובת המשיבים את מנגנון האישור הפרוצדוראלי בו נקטו, וזאת בגין מספר טעמים:

האחד, ניתוחו של עו"ד שטיינמץ בזמן אמת, כפי שעולה מפרוטוקול ישיבת ועדת הביקורת, לפיו העסקה הפיננסית הינה עסקה שונה לחלוטין שאינה נמצאת בתחום פעילות החברה, תוך התייחסות לעניין **פאנגאיה** [עמ' 2 לפרוטוקול ישיבת ועדת הביקורת]; **והשני**, המסקנה אליה הגעתי לעיל, הנתמכת בתשתית הראייתית, לפיה אורגני החברה קבעו, על בסיס גילוי מלא, כי התקשרות בעסקה הפיננסית היא אינה לטובת החברה.

חרף זאת, מצאתי להבהיר כי לצד הרצון לעודד את נושאי משרה לנקוט במשנה זהירות, ניצבים להם מספר שיקולים נוספים, כגון אינטרס הוודאות ואינטרס ההסתמכות. שומה על נושאי המשרה בחברה ציבורית, כי אופן פעולתם בזמן אמת, ובפרט תיאורי האירועים המופיעים בדיווחים מיידים של החברה, מייצגים את הלך רוחם, ובלבד שאין טעמים מיוחדים ונדירים המצדיקים חריגה מגישה זו [ראו והשוו: ע"א 5105/09 אדיר שפירא נ' Dexia Credit Local, פס' 21 (17.06.2012, פורסם בנבו)].

על אף הדד-ליין שהוצב מטעם ברנמילר ביחס לעסקה הפיננסית, מצאתי לציין כי העובדה כי שלל ההחלטות שהתקבלו מטעם אורגני החברה, לרבות דחיית העסקה הפיננסית ומתן הרשאה למר צים להתקשר בה, התקבלו באותו היום, מעוררת אי נוחות מסוימת. טוב היו עושים המשיבים לו היו (למצער) פועלים לקבלת ארכה בת מספר ימים לקבלת ההחלטות ביחס לעסקה הפיננסית, חלף אישורן בישיבות טלפוניות של אורגני החברה הרלבנטיים **בו ביום** בו נודע להם על נסיגתה של ברנמילר מהעסקה האסטרטגית. כך גם, הקשרים העסקיים החורגים מפעילות החברה הקיימים בין מר קפלן, המשנה למנכ"ל, לבין מר צים, על שלל כובעיו, חרף העובדה שבמקרה דנן ההחלטה על הצטרפותו של מר קפלן לעסקה הפיננסית התקבלה רק לאחר החלטות אורגני החברה.

ולבסוף אציין, בבחינת למעלה מן הצורך, כי אף מקום בו הייתי מקבל את עמדת המבקש וקובע כי העסקה הפיננסית הינה בגדר "הזדמנות עסקית של החברה", הרי שלא היה בכך כדי להועיל לו. לטעמי, ומבלי לקבוע מסמרות, המבקש לא עמד בנטל המוטל עליו להוכיח כי ההחלטות שהתקבלו עולות כדי "פעולות מהותיות" כהגדרתן **בסעיף 255 לחוק החברות**, הכפופות **גם** לאישורה של האסיפה הכללית. וממילא, הסמכות לסיווג פעולה כמהותית נתונה בידי ועדת הביקורת **[סעיף 117(א) לחוק החברות]** – וזו אכן קבעה כי מדובר בפעולה שאינה מהותית המחויבת באישור ועדת הביקורת ודירקטוריון החברה בלבד.

תחולת הוראות הפרק החמישי

98. לאחר שמצאתי כי העסקה הפיננסית אינה עולה כדי "הזדמנות עסקית" השייכת לחברה, ועל כן ההחלטה בדבר מתן הרשאה למר צים להתקשר בעסקה התקבלה כדין, אפנה כעת לטענתו השנייה של המבקש, לפיה ההחלטה כאמור הינה "עסקה חריגה" בה לבעל השליטה יש עניין אישי כמשמעותה **בסעיף 4)270 לחוק החברות** – שלא אושרה בהתאם למנגנון האישור המשולש הקבוע **בסעיף 275 לחוק החברות**.

האם החלטת החברה להתיר למר צים להתקשר בעסקה הפיננסית עולה כדי "עסקה"?

99. **סעיף 1 לחוק החברות** מגדיר את המונח "עסקה" באופן הבא:

"עסקה – חוזה או התקשרות וכן החלטה חד צדדית של חברה בדבר הענקת זכות או טובת הנאה אחרת".

100. על תכלית הסיפא להגדרת המונח עמדו המלומדים וסרמן וימין [מוטי ימין ואמיר וסרמן תאגידיים וניירות ערך, 651 (2006)]:

"הגדרה זו מרחיבה את גבולות המונח 'עסקה' כפי שמקובל לפרשו בדיני החוזים, וכוללת בחובו הן התקשרויות דו-צדדיות והן פעולות מזכות חד-צדדיות של החברה כלפי צד שלישי. כך, למשל, החלטה חד-צדדית של החברה להרים תרומה או לתת מתנה תיחשב כ'עסקה' לצורך החוק".

101. חרף זאת, חלופה זו להגדרת המונח "עסקה" נדונה במקרים מעטים בלבד בפסיקות בתי המשפט, כאשר המופע העיקרי של סוגיה זו עסק בשאלת סיווגה של החלטה על חלוקת דיבידנד כעסקה הכפופה למנגנון אישור פרוצדוראלי מיוחד [תני"ג (ת"א) 48081-11-11 ראובן רוזנפלד נ' אילן בן דב (פורסם בנבו, 17.03.2013); ע"א 7735/14 אילן ורדניקוב נ' שאול אלוביץ' (פורסם בנבו, 28.12.2016) (להלן – עניין ורדניקוב)].

בעניין ורדניקוב, קבע בית המשפט העליון כי אין לראות בחלוקת דיבידנד כ"עסקה", וזאת נוכח שתיקת הסעיפים הרלבנטיים (סעיפים 302-303 ו-307 לחוק החברות) ביחס למנגנוני אישור העסקאות, וכן מפאת החלטת המחוקק לקבוע סט כללים נפרדים ועצמאיים לאסדרת דיני החלוקה [עניין ורדניקוב, פס' 26 לפסק דינו של השופט עמית].

עוד נקבע שם, כי על מנת לחסות תחת הגדרת המונח "עסקה", די בהוכחת "הענקת" של "זכות" או של "טובת הנאה" [שם, פס' 25]:

"על מנת להיחשב 'עסקה', אין הכרח שיהא מדובר בהענקת זכות, ודי בכך שמדובר בהענקת חד צדדית של טובת הנאה".

מן האמור עולה, כי לחלופה זו להגדרת המונח "עסקה" שני תנאים מצטברים – האחד, קיומה של פעולת "הענקת" מטעם החברה; והשני, קיומה של זכות/טובת הנאה שעברה לחזקתו של צד שלישי. כל אחד מן התנאים הינו בבחינת תנאי בלעדיו אין.

102. בהתייחס לנסיבות המקרה שלפניי, דעתי היא, כי החלטת החברה להתיר למר צים להתקשר בעסקה הפיננסית אינה מהווה "עסקה" כהגדרתה בחוק החברות. הגם שקיים טעם בטענה כי מר צים קיבל לידיו זכות/טובת הנאה, סבורני כי פעולת החברה כלל אינה מהווה "הענקת".

השימוש במונח "הענקה" מרמז כי על מנת למלא את תנאי הגדרת המונח "עסקה", על הזכות/טובת ההנאה להיות **שייכת לחברה** בטרם נתינתה לצד ג'. ואולם, משקבעתי כי העסקה הפיננסית אינה מהווה "הזדמנות עסקית של החברה" מנקודת מבטה, וכפועל יוצא כי לא נדרש אישור מיוחד מטעם החברה בכדי לאפשר למר צים ליהנות מעסקה זו, הרי שבנסיבות אלה מר צים ממילא לא היה זקוק להיתר מטעם החברה להתקשר בעסקה הפיננסית.

במילים אחרות: שעה שמצאתי כי פעולתו של מר צים בנסיבות המקרה אינה עולה כדי **נטילת הזדמנות עסקית של החברה**, שכן **ההזדמנות כאמור אינה בתחום פעילות החברה ואורגני החברה העריכו בזמן אמת כי אין בה כדי לקדם את עסקי החברה וטובתה**, הרי שלא הייתה כל מניעה כי מר צים יתקשר בעסקה הפיננסית. לפיכך, החלטת הדירקטוריון להתיר למר צים להתקשר בעסקה הפיננסית, שהתקבלה כאמור לשם הזהירות בהתאם לייעוץ המשפטי שהתקבל מעו"ד שטיינמן, אינה טומנת בחובה "הענקה". יפים לעניין זה דברי השופטת רונן [עניין דהן, פס' 16]:

"העובדה שאדם הוא נושא משרה בחברה איננה שוללת ממנו מינה וביה את האפשרות להמשיך ולפעול אופן פרטי תוך ניצול הזדמנויות עסקיות, כל עוד הן אינן שייכות לחברה". [ההדגשה אינה במקור]

103. נוכח קביעתי כי החלטת הדירקטוריון להתיר למר צים להתקשר בעסקה הפיננסית אינה עונה על תנאי ה"הענקה" בהגדרת המונח "עסקה", ומשכך היא אינה בגדר "עסקה", מתייתר אפוא הצורך לבחון האם מדובר בעסקה חריגה, וכן הצורך לבדוק את עמידתה בתנאי [סעיף 270\(4\) לחוק החברות](#) ובמנגנון הפרוצדוראלי הקבוע [בסעיף 275](#) לחוק החברות.

104. בטרם אסיים, שתי הערות:

105. **ראשית**, מצאתי להדגיש כי במסגרת התביעה דנא קיימת לכאורה אי התאמה בין עילת התביעה בה דנתי כעת לבין הסעד המבוקש מכוחה. כאמור, הסעדים להם עותר המבקש כוללים סעד השבה מכוח הפרת חובת האמונים ודיני עשיית עושר [עמיר ליכט דיני אמונאות, חובת אמון בתאגיד ובדין הכללי 53 (2013)], ופיצוי בגין הנזקים שנוצרו לחברה בשל ביטול העסקה האסטרטגית [ס' 136-133 לבקשת האישור].

ואולם, אישור עסקה בניגוד למנגנון הפרוצדוראלי נתון למסגרת הפרטיקולרית של [סעיף 280 לחוק החברות](#), אשר קובע בבירור כי מקום בו אושרה עסקה מכוח [סעיף 270\(4\) לחוק החברות](#) בניגוד למנגנונים הקבועים בפרק החמישי, יהא הסעד הרלבנטי **ביטול העסקה**. יישום סעד זה על נסיבות המקרה דנן מביא לתוצאה המעוררת אי נוחות – ביטול עסקת מר צים-ברנמילר גרידא, וזאת מבלי שלחברה יש כל עניין בהתקשרות בעסקה הפיננסית בעצמה.

106. **שנית**, אינני משוכנע כלל ועיקר כי נסיבותיו של ההליך דנא הן כאלו בהן ראוי לעודד הגשתן של תביעות נגזרות. כידוע, מנגנון התביעה הנגזרת נועד להתמודד עם שני היבטים של תופעת הנציג – **בעיית הנציג בניהול החברה** (הצורך בפיקוח על נושאי המשרה); ו**בעיית הנציג באכיפה** (החשש שמא נושאי משרה מצויים בניגודי עניינים, ולכן לא יממשו את זכויות התביעה של החברה) [ע"א 4857/16 אפרים מנשה נ' יוז'ין אייר בע"מ, פס' 27 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 24.04.2018); אסף חמדני, קובי קסטיאל ומעין ויסמן "התביעה הנגזרת בישראל: סיכום ביניים ומבט לעתיד" (צפוי להתפרסם במשפט ועסקים, 2022)].

הגם שאין חולק כי מנגנון התביעה הנגזרת הוא כלי חשוב בקידום האכיפה הפרטית, יש לזכור כי מהותו, בראש ובראשונה, היא **קידום טובת החברה** [סעיף 198 לחוק החברות; ע"א 6913/18 שמואל שקדי נ' הרודיום השקעות, פס' 20 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 04.08.2020)]. ודוק, משמעותה של היעדרות בית המשפט לתביעה דנא, בין אם אופרטיבית ובין אם תוצאתית בלבד, היא כינון קשר עסקי, ולמצער הזדמנות לקשר שכזה, אליו כבר נדרשה החברה וקבעה, על בסיס נימוקים משכנעים בעיצומו של משבר כלכלי, כי הוא **אינו משרת את טובתה**. יפים לעניין זה, בשינויים המחויבים, דברי השופטת רונן בעניין דהן [עניין דהן, פס' 19]:

"גם כאשר מדובר בהזדמנות של החברה, יכולה החברה לוותר על האפשרות לנצלה, וזאת – אם הובאו בפניה נתוני אמת מלאים אודותיה. לחברה יש מעין 'זכות סירוב ראשון' ביחס להזדמנות עסקית שלה, הזדמנות שהיא זכאית לבחור שלא לעשות בה שימוש".

והדברים נכונים בבחינת קל וחומר שעה שמצאתי בנסיבות המקרה כאן, כי אין מדובר בהזדמנות עסקית השייכת לחברה. בנסיבות אלה, מתחזק החשש עליו עמדתי קודם, כי התמריץ העיקרי להגשת התביעה דנא, היא העובדה כי הנכס מושא העסקה הניב תשואה חיובית עד כה. ואכן, כך עלה מחקירת המבקש בפניי [עמ' 18, ש' 20-23 ועמ' 19, ש' 1-12 לפרוטוקול הדיון]:

"המבקש: עיקר הטענות שלי, זה הדבר המרכזי, שבאמת יכלה להיות הזדמנות עסקית לחברה, שהיא תצמח וזה בגדול... אבל זה בדיעבד אנחנו יודעים ואם המניות היו יורדות, גם היית, ערך המניה היה יורד, גם היית תובע אותם? אם היתה עיסקה וזה היה יורד? המבקש:

כב' השופט כבוב: כן, אם היו מממשים את העסקה והמניה היתה יור.. גם היית תובע אותם? אומר חיפפתם, לא..

המבקש: אם היו באמת עם ההחלטה שזה היה איסוף מניות, היו מצביעים לטוב ולרע, אז בתור.. אני אדע בתור משקיע, שיש סיכונים.

107. ויוזכר, כי בהינתן התנודתיות ממנה סובלת מניית ברנמילר, לא ניתן לשלול את האפשרות כי התשואה שתניב העסקה הפיננסית עוד תהפוך שלילית עד למועד בו תוסר החסימה המוטלת על המסחר במניות וניתן יהיה לממשם בנקל.

התייחסות לטענות נוספות

108. במסגרת הדיון, העלה המבקש גם טענות בדבר הפרת חובת הזהירות בפזיזות מטעם המשיבים, וכן טענות בדבר הפרת חובת ההגינות וקיפוח בעלי מניות מצד מר צים בכובעו כבעל שליטה בחברה [עמ' 10-11 לסיכומי המבקש]. חרף זאת, מצאתי כי טענות אלו לא בוססו באמצעות תשתית עובדתית כנדרש, אלא נטענו, אגב אורחא, כטיעונים משלימים למרכז הכובד של כתב הטענות – טענת המבקש לניצול "הזדמנות עסקית של החברה" מצד מר צים.

109. הלכה היא שעל בית המשפט לאזן בין חובתו לנמק כהלכה את הכרעתו מחד גיסא; וחובתו לבחון ולהידרש רק לסוגיות הדורשות הכרעה, מאידך גיסא. יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט דנציגר ברע"א [9294/09 חן נ' בנק הפועלים](#), [פורסם בבנו] פס' 7 (25.03.2010):

"אכן, ההנמקה היא חלק מהותי ובלתי נפרד מפסק הדין, אשר נועדה לסייע לשופט לבחון את טענות הצדדים ולגבש את החלטתו, לאפשר לצדדים להבין את היסודות עליהם עומד פסק הדין וכן לאפשר לבית המשפט שלערעור לבקר את פסק הדין, במידת הצורך... מה גם שאין פירוש הדבר כי על בית המשפט מוטלת חובה להידרש לכל טענה וטענה המועלת על ידי הצדדים ולהסביר מדוע וכיצד הגיע למסקנתו לגבי כל אחת ואחת מהן. לבית המשפט שיקול דעת המאפשר לו לברור את הבר מן התבן ולהימנע מלדון במפורש בכל טיעון וטיעון, תוך שהוא מתייחס לטענות הנראות לו ענייניות ורלוונטיות" [ראו גם למשל: ת"א (ת"א) [28676-05-13 Pfizer Inc נ' אוניפארם בע"מ](#), [פורסם בבנו] פס' 125 (19.09.2019)].

110. בהתאם לזאת ולאחר שנדרשתי לכל טענות הצדדים, מצאתי שהדיון שהוצג לעיל הכריע בסלעי המחלוקת בין הצדדים באופן המאפשר הכרעה בכל יריעת המחלוקת מושא התובענה שבנדון. לכן, לא מצאתי להידרש לכל טענה ותת-טענה שהועלתה במסגרת ההליך – זאת, מקום בו אף מבלי לפרט הכרעתי בטענות אלו, מצאתי שמסקנתי המפורטת לעיל בהרחבה, לא הייתה משתנה.

זאת, מבלי שנתתי דעתי ביחס לקושי הטמון ביחס להתאמתן של חלק מעילות התביעה לאופי ההליך בו נקט המבקש [ע"א 3051/98 ברוך דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פד נט(1) 673, 698 (2004); עניין דהן, פס' 14].

סוף דבר

111. לאור האמור לעיל, אני דוחה את בקשת האישור.

112. במקרה רגיל, הייתי מחייב את המבקש בתשלום הוצאות שכר טרחת המשיבים בשיעור ריאלי, אולם כפי שציינתי בהחלטתי, התנהלות המשיבים לקתה בחסר בכל הנוגעת לנראות הליך קבלת ההחלטות בדבר העסקה הפיננסית. על כן, מצאתי שלא לחייב את המבקש בתשלום הוצאות מטעם זה בלבד.

המזכירות תשלח החלטתי זו לב"כ הצדדים.

ניתנה היום, ח' חשוון תשפ"ב, 14 אוקטובר 2021, בהעדר הצדדים.

חאלד כבוב 54678313
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)