<u>בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים</u>

ע"א 7829/18
ע"א 3860/19

לפני:	כבוד השופט י' עמית כבוד השופט ג' קרא כבוד השופט ד' מינץ
המערערים בע"א 7829/18:	1. בטר פלייס ישראל 2. בטר פלייס לאבס ישראל בע"מ 3. בטר פלייס שירותים גלובליים בע"מ 4. בטר פלייס מוטור בע"מ 5. Better Place Inc 6. Better Place Gmbh company
המערערות בע"א 3860/19:	1. רוביקון ביזנס גרופ בע"מ (בפירוק) 2. קלע – הקרן לעידוד יזמות (בישראל) בע"מ (בפירוק)
	נ ג ד
המשיבים בע"א 7829/18:	1. שי אגסי 2. Evan Thornley 3. דן כהן 4. משה קפלינסקי 5. אלן הוורד גלמן 6. ברק הרשקוביץ 7. עידן עופר 8. אמיר אלשטיין 9. ערן שריג 10. kevin Adeson 11. Alan Zaltzman 12. Andrey Zarur 13. Alastair Short Adv 14. מני נאמן 15. ג'ני כהן דרפלר 16. תמיר פוליקר 17. איתן הון 18. אברהם יעקבי 19. Chartis Europe Limited 20. Starr underwriting agents limited 21. KPMG LLP 22. סומך חייקין, שותפות כללית
המשיבה בע"א 3860/19:	זיו האפט, רואי חשבון
המבקשת להצטרף כידידת בית המשפט בע"א 7829/18:	הכונסת הרשמית והממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי

ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בת"א 047302-05-16 שניתן ביום 12.09.2018 על ידי כבוד השופט ע' גרוסקופף;
ערעור על פסק הדין החלקי של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בת"א 35119-09-18 שניתן ביום 16.4.2019 על ידי כבוד השופט מ' אלטוביה

תאריך הישיבה: י"ד בכסלו התשפ"ב (18.11.2021)

בשם המערערים בע"א 7829/18:	עו"ד קובי קפלנסקי, עו"ד שאול קוטלר, עו"ד סיגל רוזן רכב
בשם המערערות בע"א 3860/19:	עו"ד ארז חבר, עו"ד טל הורביץ
בשם המשיב 1 בע"א 7829/18:	עו"ד דיבון פרקש, עו"ד נאור וקנין
בשם המשיבים 2, 3, 5, 12, 13 ו-15 בע"א 7829/18:	עו"ד אורי סורק, עו"ד גלעד יניב
בשם המשיבים 4, 6, 14 ו- 16-18 בע"א 7829/18:	עו"ד תומר ויסמן, עו"ד נעמה ארליך
בשם המשיבים 7-9 בע"א 7829/18:	עו"ד פנחס רובין, עו"ד זאב שרף, עו"ד תומר ויזל, עו"ד דניאל עידן, עו"ד ירון אלכאוי, עו"ד נועה אבן ספיר
בשם המשיב 10 בע"א 7829/18:	עו"ד יוסי אשכנזי, עו"ד משה יעקב
בשם המשיב 11 בע"א 7829/18:	עו"ד שרון לובצקי הס, עו"ד יניב הולצמן
בשם המשיבים 19-20 בע"א 7829/18:	עו"ד סיגל שלימוף-רכטמן, עו"ד תומר פנטסר
בשם המשיב 22 בע"א 7829/18:	עו"ד רם כספי, עו"ד יורם בר, עו"ד ירון קוכמן
בשם המשיבה בע"א 3860/19:	עו"ד ניר מילשטיין, עו"ד אופיר אלון
בשם היועץ המשפטי לממשלה:	עו"ד אביעד אמרוסי

פסק-דין

<u>השופט י' עמית</u>:

שני ערעורים שנשמעו יחדיו:

ע"א 7829/18 (עניין בטר פלייס) – ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כב' השופט ע' גרוסקופף) בת"א 47302-05-16 מיום 12.9.2018, שבו סולקה על הסף תביעה שהגישו המפרקים בשם המערערות (החברות שבפירוק) נגד נושאי משרה בחברות ומבטחיהן, ונגד רואי החשבון המבקרים של החברות. התביעה סולקה על הסף בשל תחולת כלל שיקול הדעת העסקי ובהעדר עילה;

ע"א 3860/19 (עניין רוביקון) – ערעור על פסק דינו החלקי של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (המחלקה הכלכלית) בת"א 35119-09-18 מיום 16.4.2019 (כב' השופט מ' אלטוביה), שבו סולקה על הסף תביעה שהגישו המפרקים בשם המערערות (החברות שבפירוק) נגד רואי החשבון המבקרים שלהן. התביעה סולקה בהעדר מעמד להגשת התביעה, וזאת בהתבסס על פסק דינו של השופט גרוסקופף בת"א 47302-05-16 הנ"ל.

למען הנוחות, אדון תחילה בע"א 7829/18.

<u>ע"א 7829/18 – עניין בטר פלייס</u>

רקע והשתלשלות דיונית

1. התביעה העומדת בבסיס הערעור הוגשה בעקבות קריסת קבוצת "בטר פלייס" (Better Place) בשנת 2013. כפי שציין בית המשפט המחוזי בפתח פסק דינו, קבוצת בטר פלייס נולדה כמיזם שאפתני וחדשני בקנה מידה עולמי, שעתיד היה, לו הצליח, לשנות את פני עולם התחבורה, ולהוביל מהלך של החלפת רכבים המונעים בבנזין ברכבים חשמליים. למרבה הצער, המיזם פורץ הדרך ככל הנראה הקדים במעט את זמנו, ובשנת 2013 – בחלוף כשש שנים מאז הקמתו ולאחר כ-850 מיליון דולר שהושקעו בו – החברות בקבוצה הגיעו למצב של חדלות פירעון.

2. שש המערערות הן כולן חברות קשורות המהוות חלק מקבוצת בטר פלייס. המערערות 1-4 הן חברות ישראליות הנמצאות בשליטתה ובבעלותה המלאה (במישרין או בשרשור) של המערערת 5, Better Place Inc., שהיא חברה פרטית אמריקאית (להלן: חברת האם). המערערת 6 היא חברה פרטית שוויצרית הנמצאת גם היא בשליטה מלאה של חברת האם. תחום אחריותה של כל אחת מהחברות בקבוצה פורט בפתח פסק דינו של בית משפט קמא (פסקאות 5-12), ומאחר שהדברים אינם נדרשים לערעור

שלפנינו, איני רואה לשוב ולפרטם והקורא מוזמן לעיין שם. לשם הנוחות, נתייחס להלן אל שש החברות יחדיו גם בתור קבוצת בטר פלייס או הקבוצה.

3. שש החברות נמצאות בהליכי פירוק על פי צווים שהוציא בית משפט של פירוק בין החודשים יולי-נובמבר 2013. בחודש מאי 2016 הגישו המערערות, באמצעות המפרקים של קבוצת בטר פלייס, תביעה לבית משפט קמא בשם שש החברות, וזאת בעילה של רשלנות הדירקטורים ונושאי המשרה, שהסבה, כך על פי הנטען, נזקים לקבוצה. כתב התביעה אוחז למעלה ממאה עמודים וסכום התביעה הועמד לצרכי אגרה על הסך של 200 מיליון ₪.

התביעה הוגשה נגד המשיבים 1-18 שהם אנשים פרטיים שכיהנו בתפקידים שונים בקבוצה; נגד המשיבות 19-20 שהן המבטחות של הקבוצה; ונגד המשיבות 22-21, סומך-חייקין ו-KPMG, ששימשו כרואי החשבון המבקרים של החברות הישראליות ושל חברת האם (לפירוט תפקידו של כל אחד מנושאי המשרה בחברות השונות, ראו פסקאות 17-34 לפסק דינו של בית משפט קמא).

4. בקליפת אגוז, בכתב התביעה נטען נגד המשיבים כי רשלנותם הובילה לקריסת הקבוצה. בין היתר, נטען כי נושאי המשרה בחברות הבת הכפיפו את שיקול דעתם לשיקול דעתו של דירקטוריון חברת האם ולא הפעילו שיקול דעת עצמאי; כי לא התקיים דיון בנושאים מהותיים בדירקטוריון חברת האם בשורה של עניינים; וכי לא התקיימו תהליכי בקרה, לרבות תהליך בניית תקציב.

עוד נטען כי המשיבים התעלמו מ"תמרורי אזהרה פיננסיים", לפחות החל מהרבעון האחרון של שנת 2011. כחלק מ"תמרורי אזהרה" אלה, הצביעו המערערות על קשיים שהתעוררו בסבב גיוס השקעות שנערך בחודש נובמבר 2011; על אישור תקציב גרעוני לשנת 2012; על דיווחים מדאיגים בשנת 2012 לגבי התקדמותה העסקית של החברה ומצבה הכספי; על כך שבתחילת שנת 2013, שוויה של החברה הוערך על ידי חברת ייעוץ כלכלי ב-216 מיליון דולר בלבד (לעומת שווי של 2.2 מיליארד דולר בנובמבר 2011); ועל כך שחרף ההתדרדרות במצבה הפיננסי של הקבוצה, רק בדוחות הכספיים של שנת 2012 (שפורסמו בחודש מרץ 2013) נכללה לראשונה "הערת עסק חי", וכי גם לאחר מועד זה, הקבוצה המשיכה לטול על עצמה התחייבויות אף שהיה ברור כי לא תוכל לעמוד בהן.

עוד טענו המערערות כי המבנה המסועף של הקבוצה, שכלל 16 חברות שונות תחת חברת האם שפעלו במדינות שונות, הוביל להעמסת נטל על משאבי החברה בלא שצמחה מכך תרומה כלשהי; כי מרבית החברות היו ישויות משפטיות ריקות מתוכן עם יחסי תלות מוחלטת מול חברת האם; וכי במרבית החברות הבנות הדירקטוריון לא התכנס. בנוסף נטען כי החלטות שונות לגבי ניהול הקבוצה התקבלו ללא שהתקיימה בקרה מהותית או תקציבית, וכי החלטות התקבלו ללא שהוצגו חלופות וללא דיון מעמיק. המערערות הפנו, בין היתר, להחלטה להתקשר עם חברת הרכב "רנו" בלבד, ולהגביל את ההסכם לדגם אחד שישווק בשתי מדינות (ישראל ודנמרק); להסכם עם חברת "קרסו" שכלל פיצוי מוסכם למקרה שבו הקבוצה לא תעמוד בהתחייבויותיה, שגרר בסופו של דבר תביעת חוב של קרסו בסך של כ-18 מיליון דולר; ולהסכם מול חברת "אמדוקס" לגבי פיתוח ויישום מערכת בילינג, שבמסגרתו התחייבה קבוצת בטר פלייס כי אם תסיים את ההתקשרות בטרם חלוף 10 שנים היא תשלם לאמדוקס סכום שנע בין 50-80 מיליון אירו, מה שהוביל לתביעת חוב על סך עשרות מיליוני אירו. עוד טענו המערערות כי החל מחודש ספטמבר 2010, חברת האם התנהלה למעשה ללא סמנכ"ל כספים (CFO) במשך תקופה של למעלה משנתיים, כי לא נערכו דיוני תקציב בדירקטוריון, וככל שנערכו דיונים – אלה נעשו כדי "לצאת ידי חובה" בלבד. המערערות הפנו עוד להחלטה להדיח את מנכ"ל הקבוצה, שי אגסי (המשיב 1), באוקטובר 2012, שנתקבלה לטענתן ללא דיון והכנה מתאימה.

5. כחצי שנה לאחר הגשת כתב התביעה, ניתן פסק הדין של בית המשפט העליון בע"א 7735/14 ורדניקוב נ' אלוביץ (28.12.2016) (להלן: עניין ורדניקוב) שבו נדונה בהרחבה סוגיית תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי בדיני החברות בישראל. כשנה לאחר מכן, ובטרם הוגשו לבית משפט קמא כתבי הגנה על ידי המשיבים, קיים בית המשפט דיון קדם משפט ראשון בתיק (בית משפט קמא ציין כי מועדי הגשת כתבי ההגנה נדחו בשל הליכי המצאה מחוץ לתחום). לפי המתואר בפסק דינו של בית משפט קמא, בפתח הדיון המקדמי בית המשפט הציג בפני באי כוח המערערות את השאלה כיצד מתיישבת תביעתן עם כלל שיקול הדעת העסקי בראי ההלכה שנקבעה בעניין ורדניקוב, אך בא כוח המערערות לא היה ערוך להשיב על שאלה זו בעל פה במהלך הדיון, ועל כן נקבע הסדר דיוני שלפיו המשיבים יגישו בקשה לסילוק על הסף שתתייחס אך ורק לטענה כי עומדת להם הגנת כלל שיקול הדעת העסקי; כי המשיבים 21-22 (רואי החשבון המבקרים של הקבוצה) יהיו רשאים להגיש בקשה לסילוק שתתייחס גם לטענות אחרות העולות מכתב התביעה; וכי לאחר קבלת תגובות הצדדים ותשובותיהם, תוכרענה בקשות הסילוק (וזאת בטרם יוגשו כתבי הגנה בתיק). הצדדים פעלו בהתאם למתווה הדיוני

האמור, ובית משפט קמא נתן את פסק דינו שבו קיבל את בקשת הסילוק. נפנה לתיאור עיקרי פסק הדין.

עיקרי פסק דינו של בית המשפט המחוזי

6. בית המשפט המחוזי עמד בהרחבה על טיבו של כלל שיקול הדעת העסקי ועל יתרונותיו, וכן התייחס למספר שאלות המתעוררות לגבי החלתו. בין היתר, בית המשפט קבע כי כלל שיקול הדעת העסקי חל על נושאי משרה בחברה החבים בחובת זהירות כלפי החברה, אך אין הוא חל על יועצי חוץ כגון עורכי דין ורואי חשבון; כי ההגנה על נושאי משרה מתוקף כלל שיקול הדעת העסקי נועדה להגן על טובת החברה, קרי טובת בעלי המניות, ואין להחיל את הכלל מקום שבו מדובר בהגנה על צדדים שלישיים, כגון ביחס להחלטות שעניינן חובות הדיווח לציבור; וכי ההגנה מכוח כלל שיקול הדעת העסקי רלוונטית להפרת חובת זהירות, ואין היא רלוונטית להפרת חובות אמון.

7. בית המשפט התייחס בהרחבה לטענה כי נושאי המשרה אינם יכולים ליהנות מהגנת כלל שיקול הדעת העסקי משום שהחלטותיהם לא היו "מיודעות". בסוגיה זו בית המשפט הבחין בין שלושה טיעוני משנה: האחד – כי החלטות הדירקטוריון נתקבלו מבלי שעמד לנגד עיניו המידע הדרוש; השני – כי מקבלי ההחלטות לא הפעילו שיקול דעת עצמאי; והשלישי – כי ההחלטות נתקבלו באדישות או בכוונה לגרום נזק לחברה ("טענת הפזיזות").

באשר לטיעון המשנה הראשון, בית המשפט קבע כי הנטען בכתב התביעה וחוות דעתו של המומחה מטעם המערערות התמקדו בטענות נגד ההחלטות העסקיות לגופן, והם "מעלים ספק רב אם בעת הגשת התביעה סברו [המערערות] כי ההחלטות שהתקבלו על ידי [המשיבים] היו בלתי מיודעות" (פסקה 77 לפסק הדין). עוד ציין בית המשפט כי בתגובת המערערות לבקשת הסילוק על הסף הן ביצעו "שינוי כיוון חד בעניין זה". למרות זאת, למען הזהירות, בית המשפט הוסיף ובחן בהמשך פסק דינו באופן פרטני אם ההחלטות הנתקפות עמדו בדרישת המיודעות.

באשר לטיעון המשנה השני, בית המשפט קיבל את הטענה כי הימנעות מהפעלת שיקול דעת עצמאי עלולה לשלול את תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי. ואולם, בית משפט קמא קבע כי "כאשר ההכרעה מתקבלת על ידי גורם המצוי במעלה ההיררכיה התאגידית, ממילא אין לבוא בטענות בגין 'אי הפעלת שיקול דעת עצמאי' כלפי נושאי משרה שפעלו ליישום ההחלטה בהתאם להנחיות שניתנו להם" (פסקה 78 לפסק דינו).

בית המשפט קבע כי כאשר מדובר באשכול חברות שבו החברות הבנות מצויות בשליטה מלאה של חברת האם, נושאי המשרה בחברות הבנות נדרשים על פי רוב לפעול על פי ההנחיות שניתנו על ידי חברת האם, ולא ניתן לראות בכך משום הפרת חובה כלפי החברות שבהן הם מכהנים כנושאי משרה.

באשר לטיעון המשנה השלישי, בית המשפט קבע כי ככל שמוכח קיומה של "פזיזות" כמובנה בסעיף 263 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות), אזי אין תחולה לכלל שיקול הדעת העסקי. עם זאת, בית המשפט קבע כי במקרה דנן טענת הפזיזות נטענה בעלמא מבלי שהונחה תשתית עובדתית כדי לתמוך בכך. משכך, לא ניתן לומר שמבחינה מהותית נטענה טענת פזיזות, ועל כן לא עלה בידי המערערות לצלוח את מחסום כלל שיקול הדעת העסקי.

8. בהתייחס לאפשרות העקרונית לסלק תביעה על הסף מכוח כלל שיקול הדעת העסקי, בית המשפט קבע כי השאלה שצריכה לעמוד לנגד עיני בית המשפט היא: "האם יש בכוחו של כתב התביעה – בהנחה שיאומצו כל העובדות המונחות בבסיסו – לסתור את חזקת התקינות העומדת לזכות נושאי המשרה מכוח כלל שיקול הדעת העסקי?". לגישת בית המשפט, מקום שבו התשובה לשאלה זו שלילית, אזי פירוש הדבר כי התביעה עתידה להיחסם, ומשכך דינה להידחות על הסף. בפסק דינו התייחס בית המשפט גם לטרוניות נוספות שהעלו המערערות, ודחה אותן (בין היתר לגבי העובדה שהיוזמה לדון בתחולת כלל שיקול הדעת העסקי כשאלה מקדמית, ובדרך של בקשה לסילוק על הסף, היתה מצד בית המשפט; ובנוגע לטענה כי היה מקום להורות על הגשת כתבי הגנה קודם דיון בבקשה לסילוק על הסף).

9. מכאן פנה בית המשפט לדון באופן פרטני בשורה של נושאים שלגביהם הועלתה טענה לרשלנות מצד המשיבים, ובחן אם הדיון לגבי כל אחד מהם חסום בשל תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי. בהקשר זה הובהר כי המערערות לא טענו לחוסר תום לב או לניגוד עניינים מצד המשיבים, ועל כן הדיון התמקד בדרישה כי ההחלטות התקבלו באופן מיודע. נעמוד על עיקרי הדברים באופן תמציתי, ולו למען שלמות התמונה:

(-) בחירת אסטרטגיה של פיתוח מספר שווקים במקביל בשלב מוקדם של הפעילות – בית המשפט ציין כי ההחלטה אם להתמקד בשוק הישראלי או לפעול במקביל במספר שווקים, היא החלטה עסקית מובהקת הנמצאת בליבת שיקול הדעת העסקי, וכי היא היתה אחת מאבני היסוד של התנהלותה העסקית של הקבוצה. בית המשפט קבע כי ניתן היה לצפות מן המערערות שתפרטנה אלו נתונים חיוניים להחלטה לא הוצגו לפני

הדירקטוריון, אולם הדבר לא נעשה, זולת טענה כללית כי הדיון לא היה "מעמיק" ולא כלל "ניתוח כספי מפורט". בכך, נקבע, אין כדי לבסס "ולו ראשית טענה" כי ההחלטות התקבלו באופן בלתי מיודע. בית המשפט אף מתח ביקורת על טענה זו, וציין כי אין לקבל את מתקפות המערערות הכוללות טענות דוגמת הטענה כי עצם הכישלון העסקי מלמד כי הנחות היסוד היו שגויות.

(-) יצירת גוף משפטי מורכב – בית המשפט קבע כי הטענה ששיקולי מס עמדו ביסוד המבנה התאגידי שנוצר אין בה כדי להעלות או להוריד, שהרי שיקולי מס הם רלוונטיים ולגיטימיים.

(-) התקשרות עם יצרן רכב יחיד – בית המשפט ציין כי לא מצא כל טענה קונקרטית בנושא זה לגבי תהליך קבלת ההחלטות, זולת טענות כלליות, מה עוד שלצד טענות אלה, כתב התביעה כלל אמירות המלמדות על מודעות של הדירקטורים למשמעות הפעולות שנקטו ולהשלכותיהן.

(-) התנהלות הקבוצה במשך תקופה ללא CFO – בית המשפט ציין כי חוסר יציבות בתפקיד סמנכ"ל כספים אכן אינו רצוי, אך גם החלטה לא למנות סמנכ"ל כספים היא החלטה החוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי, ועל המערערות הנטל להוכיח כי היתה זו החלטה בלתי מיודעת. בהקשר זה ציין בית המשפט כי לא נטען שהחלטה זו מקורה בהעדר מידע מספק, וכי המידע הרלוונטי ביחס לאיוש תפקיד מנהל הכספים בחברה עמד לנגד עיני הדירקטורים.

(-) אישור תקציב לשנת 2012 – בית המשפט ציין כי המערערות תוקפות את עצם סבירותה והגיונה של ההחלטה העסקית, ואינן מעלות טענה שיש בה כדי לסתור את חזקת התקינות העומדת לנושאי המשרה מכוח כלל שיקול הדעת העסקי. בהקשר זה, בית המשפט ציין כי טענה כללית בדבר העדר בקרה על בניית התקציב השנתי אינה מאפשרת דיון בה, שכן היא אינה מתייחסת באופן קונקרטי להליך אישור תקציב לשנה מסוימת.

(-) החלטת החברה שלא להותיר עתודות כספיות לצורך מימון התחייבויותיה החוץ מאזניות – גם בנושא זה בית המשפט עמד על כך שהמערערות תוקפות את התוצאה הסופית מבלי להצביע על פגם בתהליך קבלת ההחלטות. המערערות אמנם טענו באופן כללי כי לא ניתן לזהות בפרוטוקולים כל עבודה רצינית או ניתוח כלכלי או משפטי, אך בית המשפט ציין כי לא הובהר איזו עבודה רצינית ציפו המפרקים למצוא. בית המשפט הוסיף כי אף לגופו של עניין, הטענה כי החברה היתה מחויבת להעמיד "כרית ביטחון"

לנושים, תחת שימוש בכספים לצרכיה השוטפים, מעוררת תמיהה ומשוללת היגיון עסקי; וכי בצדק ציינו המשיבים כי ספק אם בעולם האמיתי ישנם בעלי מניות שהיו מוכנים להמשיך להזרים סכומי עתק למיזם טכנולוגי חדשני, רק כדי שהכספים ירותקו להבטחת נשייה שתתגבש בעתיד במקרה של כישלון. בהקשר זה העיר בית המשפט כי בטענת המערערות בא לידי ביטוי מאפיין חוזר בכתב התביעה, המאמץ את נקודת מבטם של הנושים גם כאשר זו אינה עולה בקנה אחד עם טובת הקבוצה. כך הדבר גם לגבי רכיב הנזק שכללו המערערות בתביעתן, המייצג את הנזק שנגרם לנושים, וזאת מבלי שהוסבר מדוע סכום זה מייצג את הנזק שנגרם למערערות.

(-) אי פרסום הערת עסק חי ומצגי שווא רשלניים לגבי מצבה הכלכלי של החברה – נטען כי היה על חברת האם לכלול הערת עסק חי בשלב מוקדם יותר, לא רק בדו"ח של הרבעון השלישי של שנת 2012. בית המשפט דחה טענה זו על הסף, מן הטעם שאי הכללת הערת עסק חי אינה מסבה נזק לחברה עצמה, אלא לצדדים שלישיים – משקיעים ונושים של החברה, מה עוד שהחברה דווקא יכולה לצאת נשכרת מאי פרסום האזהרה, לפחות בטווח הזמן המיידי. הוא הדין באשר לטענה כי החברה הציגה מצגי שווא לגבי איתנותה והמשיכה להתקשר עם גורמים שונים, מה שהגדיל את נזקי הספקים והלקוחות. בית המשפט ציין כי הנזק בטענה זו אינו של החברות, אלא של צדדים שלישיים. בנושא זה, בית המשפט העיר כי לגבי אחת מההתקשרויות (מול חברת IBM) – שכללה, לפי הנטען, התחייבות לתשלום מיליוני שקלים במקרה שבו בטר פלייס תביא להפסקת ההתקשרות – אכן יש בכתב התביעה ביטוי לכאורה לעילת תביעה הנתונה לחברה, ככל שהטענה היא כי היה זה לא סביר מבחינתה לטול על עצמה התחייבות שכזו באותה העת. אלא שמדובר בהחלטה עסקית טהורה, ולא נמצאה בכתב התביעה כל טענה קונקרטית לגבי נסיבות החתימה על ההסכם מול IBM או טענה שיש בה כדי לסתור את תחולת כלל שיקול הדעת העסקי.

(-) הדחת אגסי מתפקיד המנכ"ל – בית המשפט ציין כי לא הועלתה כל טענה ממשית כי ההחלטה התקבלה מבלי שעמד לנגד עיני מקבלי ההחלטה מידע חיוני נחוץ, ולכל היותר ניתן להבין כי התובעות סבורות שההחלטה התקבלה בלוח זמנים קצר ובאופן לא מסודר, אך אלה עניינים שאין בהם כדי לסתור את כלל שיקול הדעת העסקי. בית המשפט הוסיף כי המערערות העלו בכתב התביעה טענות רבות נגד התנהלותו של אגסי והדרך שבה ניהל את המיזם, כך שלא ברור מה לטענתן הנזק שנגרם כתוצאה מפיטוריו, וכי "אכן, קשה לאחוז במקל הארוך משתי קצותיו – גם לטעון כי פלוני הוא מנהל רשלן, וגם לטעון כי פיטוריו היו אובדן חסר תקנה" (פסקה 147 לפסק הדין).

(-) טענה לתלות של החברות הבנות בחברת האם והעדר הפעלת שיקול דעת עצמאי על ידי נושאי המשרה – טענה זו עניינה בהתקשרויות של החברות הבנות עם גורמים שלישיים, על בסיס תקציב שנתי שאושר על ידי חברת האם, מבלי שהיה לדירקטורים של החברות הבנות ידיעה כי התחייבויות אלה יכוסו בפועל על ידי חברת האם, וכי היה על הדירקטורים לדרוש בטוחות ואישורים. בית המשפט ציין כי טענה זו לוקה בכשל, שכן נושאי המשרה בחברות הבת שימשו ברובם במקביל כדירקטורים או כנושאי משרה בכירה בחברת האם, וממילא מובן כי היו מיודעים. באשר לטענה כי הכל היה מוכתב על ידי חברת האם, בית המשפט שב וציין כי כאשר מדובר באשכול חברות המצוי בשליטה מלאה של חברת האם – אין בכך קושי של ממש.

10. באשר לבקשת הסילוק שהגישה סומך-חייקין, ששימשה כרואה החשבון המבקר של החברות הישראליות (המשיבה 22) – בית המשפט ציין כי הטענה נגדה היתה כי ביטלה את שיקול דעתה לגבי הכללת הערת עסק חי בדוחות הכספיים, ופעלה על פי הוראות רואי החשבון הזרים של חברת האם (המשיבה 21). בהקשר זה בית המשפט שב על קביעתו כי הנזק בגין אי הכללת הערת עסק חי אינה מבטאת עילת תביעה הנתונה למערערות, כי אם לנושיהן, ולכן דינה להידחות על הסף. הוא הדין באשר לטענה כי רואי החשבון המבקרים התרשלו בכך שלא נתנו גילוי בדוחות הכספיים לגבי תזרימי מזומנים, שנטענה בשם צדדים שלישיים, מבלי לכלול התייחסות לשאלה מה הנזק שהסבו רואי החשבון למערערות. בית המשפט ציין כי בעקבות טענות המשיבים נגד סמכות המפרקים לתבוע בשם הנושים, המפרקים פנו לנושי המערערות וביקשו כי ימחו להם את זכויות התביעה. אלא שבית המשפט קבע כי גם בכך אין כדי לאפשר את ניהול התביעה, שכן זו הוגשה בשם המערערות, ואין מדובר בתביעה שהגישו המפרקים בשמם שלהם או בשם צדדים שלישיים.

11. לבסוף, בית המשפט עמד על כך שחלק מהמשיבים לא הגישו בקשה לסילוק התביעה על הסף (המשיב 10, Kevin Adeson – דירקטור בחברת האם החולק על סמכות בית המשפט; המשיבה 21 – KPMG, ששימשה כרואה החשבון המבקר של חברת האם, החולקת גם היא על סמכותו של בית המשפט; והמשיבות 20-19 – המבטחות של המשיבים 18-1). בית המשפט ציין כי הטעמים לסילוק על הסף של התביעה נגד המשיבים 18-1 עומדים גם ביחס למשיב 10, והוא הדין בנוגע לטעמים לסילוק על הסף של התביעה נגד המשיבה 22, היפים במידה שווה לגבי המשיבה 21. באשר למבטחות, נקבע כי משסולקה התביעה נגד המבוטח, יש לסלק את התביעה נגד המבטח.

12. בסיכומו של דבר, בית המשפט המחוזי דחה את התביעה על הסף. בסוף דבריו, בית המשפט העיר כי לטעמו אין להקל ראש באזהרת המשיבים מפני הרס הענף. בית המשפט ציין כי מדובר בפעילות עסקית מסוכנת על פי טבעה, ויש להישמר מפני סכנת החכמה שבדיעבד ומפני הוספת הסיכון של תביעות משפטיות, על הסיכונים העסקיים הכרוכים בכך, שעלולה לפגוע באטרקטיביות של השוק הישראלי. בית המשפט ציין כי מדובר בתביעה שכל כולה תקיפה בדיעבד של היגיון עסקי שהכזיב, ומשכך דינה להידחות על הסף, וכי דחיית התביעה בשלב מוקדם היא תוצאה רצויה המשדרת מסר ראוי.

תמצית טענות המערערות

13. טענות המערערות ניתנות לחלוקה למספר ראשים. ראשית, במישור הדיוני, המערערות טוענות כי תביעתן אינה מתאימה לסילוק על הסף. לטענתן, המשיבים אינם קבוצה הומוגנית, עילות התביעה נגדם שונות וטענות ההגנה שלהם צפויות להיות שונות. לפיכך, לא היה מקום לדחות את התביעה על הסף בגין תחולת כלל שיקול הדעת העסקי, וזאת אף בטרם שהוגשו כתבי הגנה. המערערות מדגישות כי התביעה הוגשה לאחר חקירות מקיפות של המפרקים, לאחר קבלת אישור הכנ"ר ולאחר שנתקבלו היתרים להמצאה מחוץ לתחום, מה שמעיד לטענתן כי התביעה אינה מתאימה לסילוק על הסף.

שנית, המערערות סבורות כי כלל שיקול הדעת העסקי כלל לא יכול לשמש עילה לסילוק תביעה על הסף, שכן כלל זה על פי טיבו יוצר חזקה ראייתית. המערערות טוענות כי הן טענו במפורש להפרת חובת הזהירות התהליכית ולהימנעות מהפעלת שיקול דעת עצמאי. המערערות מלינות על כך שפסק דינו של בית משפט קמא ניתן מבלי שהתקיים כל הליך ובהסתמך על טענת הגנה שכלל לא הועלתה, ומבלי להתיר למערערות לתקן את כתב התביעה.

14. באשר לתחולת כלל שיקול הדעת העסקי, המערערות מעלות טענה עקרונית וטענות קונקרטיות. במישור העקרוני, נטען כי כלל שיקול הדעת העסקי כלל לא חל ב"סביבת חדלות פירעון", וכי במצב האמור חלה חובה להתחשב גם באינטרס של הנושים. במישור הקונקרטי, נטען כי כלל שיקול הדעת העסקי לא חל במצב של אי הפעלת שיקול דעת עצמאי מצד נושאי המשרה ובמצבים שבהם נטען כי נושאי המשרה פעלו בפזיזות, וכי טענות אלה הועלו במפורש בכתב התביעה. בהקשר זה נטען כי די לטעון לפזיזות בחזקת עובדה, ושגה בית משפט קמא בקבעו כי לא די בהעלאת טענת פזיזות בעלמא. עוד נטען כי חרף קביעתו של בית משפט קמא כי כלל שיקול הדעת

העסקי אינו חוסם הגשת תביעה נגד יועצים משפטיים בגין חוות דעת רשלנית, הוא שגה בכך שסילק על הסף את התביעה נגדם, שכן בניגוד לקביעתו, אכן הועלו טענות ממוקדות נגד היועצים המשפטיים לרשלנות והפרת חובת זהירות. בנוסף לכך, באופן פרטני, המערערות טוענות כי ההחלטות הקונקרטיות שנתקפו על ידן התקבלו באופן בלתי מיודע או בפזיזות, ללא תהליך סדור של קבלת החלטות, ושגה בית משפט קמא בקביעתו כי המערערות מבקשות להעלות טענות נגד סבירות ההחלטות העסקיות לגופן.

15. באשר להעדר רישום הערת עסק חי, המערערות טוענות כי כאשר חברה מצויה בסביבת חדלות פירעון, הכללת הערת עסק חי היא מחויבת המציאות ויש בה כדי להביא את הנהלת החברה לבצע הליכי ייעול ולנקוט צעדים שימנעו התדרדרות לפירוק או ישפרו את מצבה, וברי כי הנזק כתוצאה מצניחת שווי נכסי החברה בשל ההיקלעות לפירוק הוא קודם כל נזק של החברות עצמן. לטענת המערערות, שיקולי מדיניות אינם מאפשרים לקבוע כי החברה יכולה לצאת נשכרת מאי פרסום האזהרה, שכן יש בכך כדי לעודד אי קיום חובות שבדין והצגת מצגי שווא.

בדומה, נטען כי הצגת מצגי שווא רשלניים, שאינה חוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי, היא עילה של החברות עצמן, שכן מצגי השווא השפיעו מהותית על מצב החברות במועד הפירוק. לטענת המערערות, די בכך שטענה זו בדבר מצגי שווא נטענה בכתב התביעה כדי למנוע את סילוק התביעה על הסף. לבסוף נטען כי לא היה מקום לסלק את התביעה נגד רואי החשבון על הסף. לטענת המערערות, קביעתו של בית משפט קמא כי הנזק בגין קריסת החברות הוא נזק שנטען בשם צדדים שלישיים, הובילה לסילוק שגוי של התביעה נגד רואי החשבון, שכן עילת התביעה נגד רואי החשבון נתונה לחברות מכוח האחריות המוטלת עליהם מכוח הדין כלפי החברה.

תמצית טענות המשיבים 1-18 (למעט המשיב 10)

16. המשיבים 1-18, נושאי המשרה (להלן גם: המשיבים) סומכים ידיהם, מטבע הדברים, על קביעתו של בית המשפט המחוזי כי בבסיס התביעה עומדות טענות המתיימרות לתקוף שיקול דעת עסקי והחלטות עסקיות שנתקבלו, וכי התביעה כולה היא בבחינת תקיפה בדיעבד של היגיון עסקי שהכזיב. המשיבים טוענים כי כך אף עולה מדו"ח המומחה שחובר עבור המפרקים, שעל בסיסו הוגשה התביעה, שבו נאמר כי נושאי המשרה היו מודעים היטב לכל הסיכונים והמשמעויות, אלא שהיה עליהם לפעול בצורה שקולה וסבירה יותר. כן טוענים המשיבים כי קבלת תביעה מסוג התביעה דנן

תפגע קשות בענף חברות ההזנק, וניהול התביעה יפגע בתכליתו של כלל שיקול הדעת העסקי ויביא להרתעת נושאי משרה מפני נטילת סיכונים.

המשיבים מצביעים על כך שעיקר ההפסד כתוצאה מקריסת המיזם נגרם לבעלי המניות שהשקיעו בו למעלה מ-850 מיליון דולר, כאשר מאות מיליוני שקלים הוזרמו כשלושה חודשים בלבד לפני הפירוק. לטענת המשיבים, יש בכך כדי לסתור לחלוטין את טענת המפרקים כי סיכוני המיזם הוחצנו באופן פסול על הנושים. בהקשר זה נטען כי הרוב המוחלט של החוב הוא כלפי גופים כלכליים מתוחכמים שהיו מודעים לסיכון הכרוך בפעילות הקבוצה, ואין מדובר בנושים שהולכו שולל ביחס לפרופיל הסיכון של החברה.

17. באשר לטענת המערערות בנוגע לכך שהקבוצה פעלה "בסביבת חדלות פירעון", המשיבים טוענים כי מדובר בטענה שכלל לא הועלתה בכתב התביעה, ואף לא בתגובת המערערות לבקשת הסילוק, אלא הועלתה לראשונה בשלב הערעור, ודי בכך כדי לדחותה. לגופה של טענה, המשיבים טוענים מספר טענות-נגד. ראשית נטען כי בתקופה הרלוונטית לתביעה כלל לא מדובר היה בסביבת חדלות פירעון, שהרי על פי כתב התביעה שווי החברה היה עצום באותם ימים. במישור המשפטי נטען כי סביבת חדלות פירעון אינה מקימה כשלעצמה ניגוד עניינים; כי אין יסוד לטענה שלפיה כלל שיקול הדעת העסקי לא חל בסביבת חדלות פירעון; כי אין יסוד לטענה שלפיה היה על נושאי המשרה לקבל החלטות על פי אינטרס הנושים ולא על פי טובת החברה, וזאת על אחת כמה וכמה בהינתן שבעלי המניות הזרימו לחברה מאות מיליוני דולרים באותה תקופה; ומכל מקום, אין יסוד לטענה כי ההחלטות התקבלו תוך התעלמות מאינטרס הנושים.

18. באשר לתחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי, המשיבים סבורים כי הוא חל על כל עילות התביעה במקרה דנן. לגבי הטענה בדבר הימנעות של נושאי המשרה מהפעלת שיקול דעת עצמאי, נטען, בין היתר, כי לנוכח ההיררכיה התאגידית אין לומר כי נושאי המשרה הפרו חובה כלפי החברה. באשר לטענה בדבר קיומה של פזיזות מצד נושאי המשרה, המשיבים טוענים כי לא זו בלבד שלא פורטו הנסיבות שמהן הסיקו המערערות קיומה של פזיזות, אלא שאין בתביעה פירוט ביחס למהות הפזיזות, והיה על המערערות לציין בקשר לאיזו חובה הועלתה טענת הפזיזות ובאיזה אופן הפזיזות באה לידי ביטוי בפועל, ולא להסתפק בציון המילה "פזיזות". בתגובה לטענות המערערות נגד היועצים המשפטיים של החברות, המשיבים טוענים כי המערערות מעוותות את קביעותיו של בית משפט קמא בעניין זה, ומכל מקום, הטענות שהועלו על ידן הן טענות אווירה ריקות ללא

קשר להחלטה או נזק קונקרטיים. כן התייחסו המשיבים לטענות הפרטניות של המערערות לגבי החלטות שנתקבלו לשיטתן באופן בלתי מיודע.

19. בהתייחס לטענה בדבר אי הכללת עסק חי בדוחות החברה, המשיבים טוענים כי טענה זו יכולה להישמע במקרים המתאימים רק מפי משקיעים או נושים של החברה, אך לא על ידי החברה עצמה – ובהקשר זה אין זה מפתיע כי לא נטען בתביעה לנזק קונקרטי שנגרם למערערות עקב אי הכללת הערת עסק חי. במענה לטענת המערערות כי אילו היתה נכללת הערת עסק חי בדוחות, ייתכן שהנהלת החברה היתה מתעשתת ופועלת להיטיב את מצב הקבוצה, ולכן מדובר בעילת תביעה של החברה – המשיבים טוענים כי טענה זו כלל לא הופיעה בכתב התביעה ודי בכך כדי לדחותה. בנוסף, על פי טענות המערערות עצמן, המשיבים ידעו היטב מה מצבה של החברה, וממילא הכללת ההערה בדוחות לא היתה גורמת להם לשנות את התנהלותם העסקית. בדומה לכך, המשיבים מפנים לכך שלשיטת המערערות עצמן, החברות המשיכו להתנהל באותו אופן "בזבזני" לאחר שנוספה הערת עסק חי לדוחות הרבעון השלישי של 2012, מה שמלמד גם כן כי לא היה בהכללת ההערה כדי לשנות מהתנהלות החברות.

בדומה, בהתייחס לטענת המערערות למצגי שווא מצד המשיבים בסמוך לפני שהחברות הפכו חדלות פירעון, המשיבים טוענים כי טענה מעין זו יכולה לעמוד לנושים ולספקים, לא לחברה עצמה; וכי המערערות אף לא טרחו לפרט באלו מצגי שווא מדובר, על ידי מי הוצגו, בפני מי, מתי וכו'. מכל מקום, המשיבים טוענים כי השאלה אם חברה נדרשת להפסיק פעילות או למצות את הניסיונות לגייס כספים מבעלי המניות, היא שאלה עסקית המסורה לשיקול דעתם של המנהלים, וכל עוד הם סבורים שקיים סיכוי סביר לצאת מהמשבר, עליהם לפעול במטרה להביא להבראת החברה ולא להכריז כי מרחפת מעל ראשה של החברה סכנת חדלות פירעון. המשיבים טוענים כי אין בעובדה שחלק מהנושים המחו את זכות התביעה שלהם למפרקים כדי לשנות, שכן תביעת נושה בגין מצג שווא היא תביעה אישית, המבוססת על פרטים ספציפיים של הטעיה ונזק ספציפי, והמפרקים אינם יכולים לריב את ריבם של הנושים.

20. לבסוף, באשר לטענת המערערות כי היה מקום לאפשר להן לתקן את כתב התביעה, המשיבים טוענים כי לנוכח הודאת המפרקים כי נושאי המשרה בבטר פלייס היו מודעים לכלל האירועים ולהשלכותיהם, אזי אין לתביעה פוטנציאל תיקון, מה עוד שהמפרקים כלל לא הגישו בקשה לתיקון בבית משפט קמא, אלא הסתפקו באזכור הדבר במסגרת תגובתם לבקשת הסילוק.

21. למען שלמות התמונה יצויין כי המשיב 10, Kevin Adeson, הגיש הודעה נפרדת מטעמו שבה הצטרף לכל האמור בסיכומי המשיבים 1-9 ו-11-18. המשיבות 19-20, המבטחות של הקבוצה, הגישו אף הן הודעה כי סיכומי המשיבים 1-9 ו-11-18 הוגשו מטעמן ועל דעתן, וזאת בשים לב לכך שבהעדר חבות של המשיבים לא קמה חבות למבטחות.

תמצית טענות המשיבה 22 (סומך-חייקין)

22. המשיבה 22, סומך-חייקין, ששימשה כרואה החשבון המבקר של החברות הישראליות, סבורה גם היא כי צדק בית משפט קמא בכך שדחה את התביעה נגדה על הסף, וכי דין התביעה להידחות מחמת העדר עילה והעדר יריבות. לטענתה, כתב התביעה אינו מקים למערערות עילה נגדה, וטענות המערערות הן בגין נזקים שנגרמו כביכול לנושים וצדדים שלישיים, ולא למערערות עצמן, והא-ראיה, שהמפרקים פנו בהמשך לנושים כדי שימחו להם את זכות התביעה.

23. באשר לטענה בדבר אי הכללת הערת עסק חי במועד מוקדם יותר, המשיבה 22 טוענת כי גם לשיטת המערערות עצמן, הכללת הערת עסק חי במועד מוקדם יותר לא יכלה להביא להבראת החברה, אלא לפירוק מוקדם יותר (עם חוב נמוך יותר), וממילא אין מדובר בנזק שנגרם לחברות אלא נזק שנגרם לנושים. משכך, לצד העדר עילה, למערערות אין יריבות מול המשיבים, ומול המשיבה 22 בפרט. זאת, משום שהן מנסות לתבוע סעדים בשם נושיהן במסווה של תביעה המוגשת על ידן, ובכך לדלג על מכשולים משפטיים ודיוניים, כגון הוכחת קיומה של חובת זהירות כלפי נושי המערערות.

המשיבה 22 מבהירה כי אין היא כופרת בחובת הזהירות העקרונית של רואה חשבון מבקר כלפי חברה מבוקרת, אלא שלטענתה כתב התביעה אינו כולל טענות המבססות עילה של המערערות כלפיה. זאת, כאמור, שכן הטענה בדבר אי הכללת הערת עסק חי אינה יכולה לבסס נזק למערערות אלא רק לצדדים שלישיים, ולרואה החשבון המבקר אין ככלל אחריות כלפי האחרונים. מה עוד, שהחברות הישראליות (שהמשיבה 22 שימשה כאמור כרו"ח מבקר שלהן) היו חברות פרטיות שדוחותיהן לא התפרסמו לציבור, וממילא נושיהן לא יכלו להסתמך על דוחות אלה, כך שאי הכללת הערת עסק חי לא יכלה להשפיע עליהן.

24. באשר לסוגיית תיקון כתב התביעה, המשיבה 22 טוענת כי המערערות כלל לא ביקשו מבית משפט קמא לתקן את כתב התביעה ביחס אליה, ועל כן אין להתיר להן

לעשות כן. בנוסף נטען כי אין בהמחאת זכות התביעה של חלק מהנושים לטובת המפרקים (שנעשתה כשנה וחצי לאחר הגשת התביעה) כדי לשנות. זאת, שכן המחאת זכות של נושה למפרק, אינה מקנה זכות תביעה למערערות. מכל מקום, לא ניתן לאגד את מכלול הנושים תחת קורת גג אחת, שכן מדובר בנושים רבים ובמאות רבות של תביעות חוב, שרובן נגד החברות הזרות (שהמשיבה 22 לא שימשה כרו"ח מבקר שלהן), ואין לערב בין נושי החברות הזרות לנושי החברות הישראליות; וכי יש נושים מסוגים שונים בעלי עילות תביעה שונות, וכתב התביעה צריך להניח את הבסיס העובדתי והמשפטי הדרוש לכל תביעה. בהקשר זה אף העלתה המשיבה 22 טענות נגד כתב המחאת הזכויות המדובר ועל מנגנון חלוקת התקבולים העתידיים, ככל שיהיו.

25. יצויין כי המשיבה 21, ששימשה כרו"ח מבקר של חברת האם, הודיעה כי אין לה עניין בהליך ולבקשתה הופטרה מהגשת סיכומים ומהתייצבות לדיון, תוך שהובהר לה כי כל החלטה שתתקבל במסגרת הדיון תחייב אותה כדין (החלטת הרשמת ש' עבדיאן מיום 11.2.2019).

סיכומי תשובה של המערערות

26. המערערות טענות כי פסק דינו של בית משפט קמא מרחיב את כלל שיקול הדעת העסקי ומעניק חסינות אוטומטית לכל נתבע, אף ביחס לפעולות שנעשו בפזיזות וללא הפעלת שיקול דעת, וכל זאת מבלי לערוך בירור ראייתי. עוד נטען כי פסק דינו של בית משפט קמא שומט את הבסיס לניהול הליך קולקטיבי של חברות בפירוק נגד האחראים להיקלעותן לפירוק (בגין מצגים או דוחות כספיים), והדרישה כי כל אחד מנושי החברה שנפגע מהפירוק ינהל הליך משפטי נפרד נגד מנהלי החברה האחראים לקריסתה – אינה מתקבלת על הדעת.

במענה לטענות המשיבים 1-18, המערערות טוענות כי בניגוד לנטען, החברה פעלה בסביבת חדלות פירעון והיו לה התחייבויות של מאות מיליוני דולרים; כי היה על בית משפט קמא לבחון אם יש הצדקה להחיל סטנדרט מחמיר יותר מאשר כלל שיקול הדעת העסקי; כי התביעה אינה מתיימרת לתקוף החלטות עסקיות, אלא טוענת לקבלת החלטות בלתי מיודעות בסביבת חדלות פירעון, שעה שיש ניגוד עניינים מובנה ועל נושאי המשרה להתחשב בטובת הנושים; כי בתביעה נטען לאי הפעלת שיקול דעת עצמאי, המהווה חריג לתחולת כלל שיקול הדעת העסקי בהתאם להלכת ורדניקוב, ומשכך לא היה מקום לסלק את התביעה על הסף; כי טענת הפזיזות נטענה במפורש; כי כלל שיקול הדעת העסקי אינו יכול לסייע ליועצים המשפטיים; כי אילו נכללה הערת עסק

חי, ייתכן שהפירוק היה נמנע והנזק מצטמצם; וכי כלל שיקול הדעת העסקי אינו מקנה הגנה מפני מצגי שווא רשלניים.

במענה לטענות המשיבה 22, המערערות טוענות כי לנוכח אחריותו של רואה חשבון מבקר כלפי החברה המבוקרת, ולנוכח הטענה כי רשלנותה של המשיבה 22 הובילה להיקלעות החברות לחדלות פירעון, אזי אין יסוד לטענה בדבר העדר עילה. בנוסף, טענת המשיבה 22 כי מדובר בעילת תביעה של נושי החברות, חותרת נגד המוסכמה הבסיסית של דיני חדלות פירעון ושל היותו הליך קולקטיבי, ומציבה רף בלתי עביר לבירור מעשים שהובילו להיווצרות חדלות פירעון או העמקתה. בהקשר זה טוענות המערערות כי הנזק הוא בראש ובראשונה נזקן שלהן, ששוויין התאפס. באשר להמחאת זכות התביעה של הנושים לידי המפרק, המערערות מבהירות כי פניית המפרקים לנושים נעשתה אך למען הזהירות וכדי למנוע כל טענה בעניין.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

27. אציין תחילה כי בשלבים הראשונים שלאחר הגשת הערעור דנן, כונס הנכסים הרשמי (להלן: הכנ"ר) הגיש בקשה להצטרף להליך במעמד של ידיד בית משפט, ובהמשך לכך הגיש עמדה מטעמו במספר סוגיות, שעיקרן אחריות נושאי משרה ותחולת כלל שיקול הדעת העסקי בחברות המצויות ב"איזור חדלות פירעון"; מעמדו של בעל תפקיד לתבוע בשם החברה והאפשרות להמחות זכויות לבעל התפקיד; וסוגיית חובת הזהירות והאמונים של נושאי משרה בחברות בעלות מבנה שליטה פירמידאלי.

בהמשך לכך הודיע היועץ המשפטי לממשלה (להלן גם: היועמ"ש) על התייצבותו בהליך מכוח סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]. לנוכח הודעה זו, הגיש הכנ"ר הודעה לבית המשפט על הכפפתו לעמדת היועמ"ש, וביקש להוציא מתיק בית המשפט את עמדתו שהוגשה כידיד בית המשפט. המערערות הגישו תגובה לבקשת הכנ"ר, שבה טענו כי יש להותיר את עמדת הכנ"ר בתיק בית המשפט. בהמשך לכך, קיבל בית המשפט את בקשת הכנ"ר והורה על הוצאת עמדתו מתיק בית המשפט (החלטת השופט הנדל מיום 4.5.2021). לפיכך, נתייחס להלן לעמדת היועמ"ש בלבד.

28. עיקר עמדתו של היועמ"ש הוקדשה לשאלת תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי כאשר חברה נמצאת באזור חדלות פירעון (להבדיל ממצב שבו החברה כבר מצויה במצב של חדלות פירעון). לעמדתו, עצם הימצאות של חברה בקרבה לחדלות פירעון או

באזור חדלות הפירעון, אינה משנה את החובות החלות על נושאי המשרה ואין בה כדי להעמידם באופן מובנה במצב של ניגוד עניינים השולל את תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי. כתימוכין לעמדתו נעזר היועמ"ש גם בפסיקה במדינת דלאוור. היועמ"ש מבהיר בעמדתו כי דיני חדלות הפירעון, שתכליתם להשיא את שיעור החוב הנפרע לנושים, חלים כאשר מתקיים מצב כלכלי של חדלות פירעון, כהגדרתו בחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018 (להלן: חוק חדל"פ). ואולם, להבדיל, אין הגדרת זמן מדויקת ל"אזור חדלות הפירעון", והחלת דין שונה באזור חדלות פירעון תוך הסטת החובה כלפי הנושים, עלולה לגרום לחוסר ודאות משמעותי ומזיק. זאת, בפרט בהינתן שבמקרים רבים, בעלי המניות יעדיפו לטול סיכונים כדי להיחלץ מהמשבר, בעוד שהנושים יעדיפו לצמצם סיכונים כדי להקטין את הפסדיהם. בהקשר זה, היועמ"ש מצביע על חשש מפני קבלת החלטות מתגוננת מצד נושאי המשרה; על קושי לקבוע חובה לדאוג לטובת הנושים, בהינתן שהנושים אינם עשויים מקשה אחת; וכל זאת בשעה שעדיין קיים אינטרס שיורי לבעלי המניות. לפיכך, היועמ"ש סבור כי לא ניתן לקבוע שחובת הזהירות של נושאי המשרה מופנית כלפי הנושים כמייצגים את טובת החברה. כל זאת, כמובן, מבלי לגרוע מחובתם של נושאי המשרה לקבל החלטות "מיודעות" הלוקחות בחשבון את כלל הנתונים הכלכליים הרלוונטיים, ובכללם את היות החברה מצויה באזור חדלות פירעון. (יצויין כי היועץ התייחס בקצרה, מעבר לנדרש, לאחריותו של נושא משרה במצב של חדלות פירעון מכוח סעיף 288 לחוק חדל"פ, אולם בהינתן שאין חולק כי סעיף זה אינו רלוונטי לערעור דנן, איני רואה לפרט הדברים).

29. בעמדתו התייחס היועמ"ש בקצרה לשתי סוגיות נוספות. לעמדתו, כלל שיקול הדעת העסקי יכול לשמש במקרים המתאימים כעילה לסילוק על הסף של תובענות שעניינן בתקיפת שיקול הדעת העסקי שהופעל על ידי דירקטורים, וכי הדבר עולה בקנה אחד עם הרציונאל של כלל שיקול הדעת העסקי. היועמ"ש מוסיף כי ראוי לצמצם למינימום הכרחי ניהולו של הליך משפטי ארוך, וכי האפשרות לדחות תביעות נגד נושאי משרה על הסף באמצעות כלל שיקול הדעת העסקי, היא בעלת השלכות רצויות על שוק הביטוח. בהקשר זה מציין היועמ"ש כי גם במדינת דלאוור מוחל כלל שיקול הדעת העסקי כעילת סף.

לבסוף, היועמ"ש התייחס לקביעתו של בית משפט קמא כי אין לבוא בטענות נגד נושא משרה בגין אי הפעלת שיקול דעת עצמאי, מקום שבו נושא המשרה פעל ליישום החלטה בהתאם להנחיה שניתנה לו על ידי חברת האם. לעמדת היועמ"ש, קביעה זו מעוררת קושי, שכן היא עלולה להתפרש כמעין "הקלה" ביחס לדרישה מנושאי משרה באשכול חברות להפעיל שיקול דעת עצמאי. ואולם, היועמ"ש טוען כי התורה

הקונצרנית, שלפיה אשכול חברות פועל כיחידה כלכלית אחת, לא אומצה בחוק החברות, וחובתו של דירקטור להפעיל שיקול דעת עצמאי עומדת אף אם מדובר בחברה שהשליטה בה מצויה במעלה הפירמידה. לפיכך, הגם שאין מניעה כי מנהלי החברה יביאו בחשבון את אינטרס הקונצרן כשיקול משני, עליהם לשקול בראש ובראשונה את טובת החברה עצמה.

דיון והכרעה

30. הסקירה דלעיל של פסק דינו של בית המשפט המחוזי ושל טענות הצדדים, הגם שנעשתה באופן תמציתי, התארכה במעט, וזאת למען לא תימצא התמונה העומדת לעיני הקורא חסרה, וכפועל יוצא מרוחב היריעה של פסק הדין ושל טענות הצדדים שהועלו בעקבותיו. ברם, לאחר שהקולות נדמו והאבק שקע, תמונת המצב שהולכת ומתבהרת היא כי הסוגיה שתכריע את גורלו של הערעור דנן אינה ממוקמת בליבת דיני התאגידים או דיני חדלות הפירעון, כי אם בעולם הפרוצדורה האזרחית, ובפרט דיני הסילוק על הסף.

31. שתי הערות מקדימות:

א. ענייננו במחיקה על הסף, כך שאין מניעה כי המערערות תגשנה את תביעתן מחדש. בדיון שנערך בפנינו הבהירו המערערות כי לא מצאו לעשות כן, אך ורק בשל החיוב הנוסף באגרה הכרוך בהגשת התביעה מחדש, לאחר שכבר שולמה על ידן אגרה בסכום של כ-1.2 מיליון ₪ ובהתחשב בקופת הפירוק המצומקת. יש בכך כדי להעמיד את המחלוקת בערעורים שלפנינו, בפרופורציה הראויה.

ב. בית משפט קמא, שפסק דינו ניתן בחודש ספטמבר 2018, השתית את פסק דינו על תקנה 100(1) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, שמכוחה הוסמך בית המשפט להורות על מחיקת כתב תביעה בכל עת מקום שבו "אין הכתב מראה עילת תביעה". לאחר הגשת הערעור נכנסו לתוקפן תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, ואת מקומה של תקנה 100(1) הנ"ל תפסה תקנה 41(א)(1) דהיום (תקנה זו חלה גם על הליכים שנפתחו לפני מועד התחילה של התקנות החדשות, ואת מכוח הוראת המעבר שבתקנה 180(ג)(1)). החשוב לענייננו, שההסדר שחל בשעתו לפי תקנה 100(1) נותר על כנו בתקנות החדשות, וקורפוס הפסיקה שהתגבש בנושא זה במרוצת השנים מוסיף ללוותנו גם כיום (ראו גם יששכר רוזן-צבי הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים 247 (2020) (להלן: רוזן-צבי)). בהיבט זה, צועדים אנחנו אפוא בקרקע חרושה.

32. ואכן, ההלכות לגבי סמכותו של בית המשפט להורות על מחיקת כתב תביעה בשל העדר עילה הן מושרשות וידועות. כללו של דבר, שכתב תביעה ייחשב לכזה המגלה עילה כאשר התובע, "בהנחה שיוכיח את העובדות הכלולות בתביעתו, זכאי יהיה לקבל את הסעד המבוקש על ידו" (יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 383 (מהדורה שביעית, 1995) (להלן: זוסמן), בצטטו מע"א 109/49 חברה להנדסה ולתעשיה בע"מ נ' מזרח שירות לביטוח, טרוי ושטיינויג שותפות רשומה, תל-אביב, פ"ד ה 1585, 1591 (1951); ע"א 2109/21 אלמן נ' יזום-מוהליבר, פסקה 5 והאסמכתאות שם (30.6.2021)). בד בבד, לנוכח ההשלכות הטמונות בסעד של סילוק תובענה על הסף מבלי לברורה לגופה, הפסיקה הבהירה כי צעד זה שמור רק למקרים שבהם "אין אפשרות, ולו קלושה, כי התובע יזכה בסעד המבוקש, ומושכלות ראשונים הם כי אין להכריע בגורל תביעה בעודה באיבה אלא אם ברור על פניו כי אין לה כל סיכוי להתקבל" (רע"א 751/05 החברה הלאומית לאספקת פחם בע"מ נ' "צים" חברת השיט הישראלית בע"מ, פסקה 8(א) (1.9.2005); ע"א 4683/16 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' עזבון אשר כהן ז"ל, פסקה 19 (23.1.2019)). כך לגבי סילוק על הסף באופן כללי, וכך בפרט בהקשר הספציפי של סילוק על הסף מחמת העדר עילה, השמור למקרים שבהם "התביעה אינה מגלה ולו צל של עילה" (רע"א 10091/02 Aktiengesellschaft Siemens נ' תעשיות אלקטרוכימיות 1952 בע"מ (14.3.2004); כן ראו רע"א 1099/21 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אקסטרה פיתוח וייזום בע"מ, פסקה 20 והאסמכתאות שם (17.11.2021) (להלן: עניין הרמטיק); רע"א 6953/20 נת"ע נתיבי תחבורה עירוניים להסעת המונים בע"מ נ' לזר - ב.י. מדידות הנדסיות בע"מ, פסקה 12 (5.1.2021); רע"א 661/17 אלמשרק חברה לביטוח בע"מ נ' אלסנדוק (הקרן) אלפלסטיני לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פסקה 4 (16.2.2017)). ביטוי נוסף לזהירות שעל בית המשפט לנקוט בבואו לסלק תביעה על הסף, ניתן למצוא באמירות בפסיקה כי כאשר ניתן לתקן את כתב התביעה כך שיגלה עילת תביעה, יש להעדיף פתרון זה על פני מחיקת כתב התביעה (ע"א 7547/99 מכבי שירות בריאות נ' דובק בע"מ, פסקה 24 (2011) (להלן: עניין דובק); עניין הרמטיק, פסקה 20; רוזן-צבי, עמ' 250). כפי שיוסבר בהמשך, נקודה זו היא בעלת חשיבות לערעור שלפנינו.

בשלב זה, אקדים ואומר כי לאחר עיון בפסק דינו של בית משפט קמא, בכתבי הטענות של הצדדים בערעור על נספחיהם, לרבות כתבי הטענות שהוגשו לבית משפט קמא, ולאחר שמיעת טענות הצדדים בעל פה בדיון שהתקיים לפנינו, אני סבור כי דין הערעור להתקבל בחלקו, במובן זה שיתאפשר למערערות להגיש לבית משפט קמא בקשה לתיקון כתב התביעה, והתיק יוחזר לבית המשפט לצורך בירור טענות שלא נתלבנו. לנוכח תוצאה זו, אין בכוונתי להידרש לכל סוגיה ולכל תג ותג העולים מהערעור,

ואסתפק בהתייחסות לנקודות ספורות שעלו מטענות הצדדים. כפי שיפורט, נקודות אלה הן בחלקן לטובת המערערות ובחלקן לטובת המשיבים. ואלו הדברים.

כלל שיקול הדעת העסקי כעילה לסילוק תביעה על הסף

33. המערערות הלינו על כך שבית משפט קמא עשה שימוש בכלל שיקול הדעת העסקי כעילה לסילוק התביעה על הסף. לטענתן, בכך שגה בית המשפט, שכן כלל שיקול הדעת העסקי מהווה חזקה ראייתית ואין הוא מהווה עילה לסילוק על הסף.

בטענה זו של המערערות אין ממש, ובדין קבע בית המשפט כי במישור העקרוני, כלל שיקול הדעת העסקי יכול לשמש, במקרים המתאימים, כעילה לסילוק תביעה על הסף. אסביר בקצרה.

34. כפי שהוסבר בעניין ורדניקוב, כלל שיקול הדעת העסקי "מקנה לנושא המשרה מעין 'חסינות' מפני הפעלת ביקורת שיפוטית על תוכן ההחלטה העסקית שנתקבלה", וזאת כאשר ההחלטה התקבלה בתום לב, באופן מיודע ושלא מתוך ניגוד עניינים. עוד הוסבר כי כלל שיקול הדעת העסקי יוצר חזקה הניתנת לסתירה לטובת נושאי המשרה; כי התובע הוא הנושא בנטל הראשוני לסתור חזקה זו, ועליו הנטל להראות כי ההחלטה התקבלה בחוסר תום לב, באופן בלתי מיודע או מתוך ניגוד עניינים; וכי ככל שלא יעלה בידי התובע לסתור את החזקה האמורה, אזי "יוסיפו נושאי המשרה ליהנות מהחזקה כי ההחלטה שקיבלו היתה סבירה, והתביעה נגדם 'תיחסם'" (שם, פסקאות 69, 75, ההדגשות הוספו).

רציונאלים שונים עומדים בבסיסו של כלל שיקול הדעת העסקי ורבות נכתב בנושא. בין היתר, כלל זה מבוסס על ההכרה בכך שנושאי המשרה בחברה נדרשים לטול סיכונים עסקיים לצורך מילוי תפקידם; החשש מפני הרתעת יתר של דירקטורים מכהנים, שעלולה בתורה להוביל לשמרנות יתר מצד הנהלת החברה; החשש מפני הרתעת מועמדים פוטנציאליים לשמש כנושאי משרה בחברה; הקושי הטמון בעצם הניסיון לקיים ביקורת הולמת על החלטות עסקיות; הצורך להישמר מפני הטיית החכמה שבדיעבד; ועוד (ראו שם בפסקאות 68-69). בית משפט קמא עמד אף הוא על עיקרי הדברים בפסק דינו, ומשעה שנושא זה חורג מדל"ת אמותיו של הדיון הנדרש לערעור דנן, לא נוסיף ונרחיב לגביו.

35. כאמור, תקנות סדר הדין האזרחי מסמיכות את בית המשפט למחוק תביעה על הסף מקום שבו כתב התביעה אינו מגלה עילת תביעה (תקנה 41(א)(1) לתקנות דהיום). האם כתב תביעה נגד נושאי משרה בחברה בגין התנהלות עסקית רשלנית יכול להימצא נטול עילה? מובן כי התשובה העקרונית על כך חיובית, וכשלעצמי לא מצאתי טעם שבגינו יש להחיל דין שונה על תביעה מסוג זה לעומת תביעות אזרחיות "רגילות". במילים אחרות, תקנה 41(א)(1) לתקנות סדר הדין האזרחי חלה על כל תביעה אזרחית, בין שמדובר בתביעה אזרחית "רגילה" בין ראובן לשמעון, ובין שמדובר בתביעה המוגשת נגד נושאי משרה בחברה בגין התנהלותם העסקית. כשם שהראשונה יכולה להיות מסולקת על הסף מחמת העדר עילה, כך דינה של האחרונה.

36. כפי שהוסבר, כאשר מדובר בתביעה נגד נושאי משרה בחברה בגין הפרת חובת הזהירות, נקודת המוצא היא כי עומדת להם הגנה מכוח כלל שיקול הדעת העסקי, והתובע הוא הנושא בנטל לסתור את החזקה העומדת לזכות נושאי המשרה. ממילא, בהעדר טענה מהותית מצד התובע כי ההחלטה העסקית של נושאי המשרה לוקה באחד מאותם מרעין בישין המביאים להיפוך הנטל (ניגוד עניינים, חוסר תום לב, החלטה לא מיודעת וכו'), הרי שאין תוחלת לתביעתו.

בעיקרו של דבר, על פי התרשמותו של בית משפט קמא, זהו המצב במקרה דנן. בפסק דינו הצביע בית המשפט על כך שחרף טענות כלליות בכתב התביעה בדבר קבלת החלטות עסקיות באופן בלתי מיודע, אמירות מפורשות אחרות בכתב התביעה מלמדות היפוכו של דבר ומסבירות כי החלטות שונות התקבלו מתוך מודעות של הדירקטורים למשמעות הפעולות שננקטו ולסיכונים הכרוכים בהן (ראו, לדוגמה, בנוגע להרחבת הפעילות למדינות נוספות (פסקה 105 לפסק דינו), בנוגע לחתימת ההסכמים מול גורמים שונים (פסקה 114), בנוגע להתנהלות ללא CFO (פסקה 120), בנוגע להעדר כיסוי להתחייבויות חוץ מאזניות (פסקה 129)). אציין כי כך גם עולה מאמירות שנכללו בדו"ח החקירה של המומחה הכלכלי העומד בבסיס התביעה, שבו נכתב, במספר מקומות, אמירות כגון ש"הדירקטורים ונושאי המשרה בבטר פלייס היו מודעים לכלל האירועים, למשמעויותיהם ולהשלכות הצפויות" (אפנה אל פרק סיכום הביניים (פרק ט') בעמ' 29; פרק תיאור האירועים בתקופה הרלוונטית (פרק י') בעמ' 30; ופרק הסיכום והמסקנות (פרק יא) בעמ' 58). דוגמאות מעין אלו שצוינו על ידי בית משפט קמא, שבהן תובע טוען כי החלטה עסקית התקבלה על ידי נושאי המשרה מתוך מודעות מלאה להשלכותיה האפשריות, אלא שלדידו של התובע, הסיכון שניטל על ידי נושאי המשרה היה בלתי סביר – הן דוגמאות מובהקות לתביעה חסרת תוחלת ונעדרת עילה, שהרי סופה להיחסם על ידי כלל שיקול הדעת העסקי. במילים אחרות, בהעדר טענה קונקרטית מצד תובע

שבכוחה לסדוק את חומת החסינות שמקיפה את נושאי המשרה מכוח כלל שיקול הדעת העסקי – הרי שדין התביעה להיות מסולקת על הסף.

37. נמחיש את הדברים באמצעות שני תרחישים. טול מקרה שבו הנהלת החברה מחליטה לגייס חוב ולהשקיע חלק ניכר מהונה באפיק ספקולטיבי כגון חיפוש גז או חברת הזנק הנמצאת בחיתוליה (נניח כי ההחלטה התקבלה בתום לב וללא ניגוד עניינים). בתרחיש א׳ – החלטת החברה התקבלה כלאחר יד, מבלי שנערכה כל בדיקה ומבלי שנשקל מאומה לגבי קיומו של סיכון פוטנציאלי הטמון במהלך. בתרחיש ב׳ – החלטת החברה התקבלה לאחר דיון מפורט בדירקטוריון שבו הוצגו הסיכונים והסיכויים, והחברה החליטה לטול על עצמה את הסיכון בתקווה שהשקעתה תניב תשואה חריגה בתוך זמן קצר. כעת נניח כי בסופו של דבר ההשקעה התגלתה כשגיאה פטאלית וירדה כולה לטמיון. בתרחיש א׳, נושאי המשרה לא יזכו להגנת כלל שיקול הדעת העסקי והתביעה נגדם תתברר לגופה, שהרי החלטתם היה בלתי מיודעת. לעומת זאת, בתרחיש ב׳, נושאי המשרה ייהנו מכלל שיקול הדעת העסקי (בהעדר טעם אחר לשלילתו), ואם תוגש נגדם תביעה בגין הפעלת שיקול דעת עסקי לקוי – הרי שזו תהא נעדרת עילה ודינה יהיה סילוק על הסף. אכן, זו תכליתו המרכזית של כלל שיקול הדעת העסקי – להגן על נושאי המשרה מפני העמדת שיקול דעתם העסקי לביקורת שיפוטית, מקום שבו הליך קבלת ההחלטה היה תקין. בית משפט קמא התרשם כי המקרה שלפנינו קרוב יותר לתרחיש ב׳, ואם נניח לצורך הדיון כי כך הם אמנם פני הדברים, הרי שצדק בית משפט קמא כי היה מקום לסלק את התביעה על הסף.

38. ודוק: דברים אלה אינם בגדר מהפכה או חידוש רבתי, כי אם יישום של תקנה 41(א)(1) לתקנות סדר הדין האזרחי ושל כללי הסילוק על הסף, על המאטריה של תביעות נגד נושאי משרה בגין הפרת חובת זהירות. הם אף עולים בקנה אחד עם אחת מתכליותיו של כלל שיקול הדעת העסקי, שהיא מניעת התדיינויות בתביעות סרק והצפה של בתי המשפט בתביעות, הכרוכות לעתים בהשקעת משאבים מרובים (ראו רות רונן ושיר אשכול ״כלל שיקול הדעת העסקי והדרישה לקבל החלטה ׳מיודעת׳״ משפטים מז 583, 597 (תשע״ח)), העומדות על החשש מקיומו של תמריץ להגיש תביעות נגד דירקטורים, גם כאשר סיכויי התביעה נמוכים, בהינתן שפעמים רבות מדובר בתביעות בהיקף של מיליוני שקלים, ועל הנזק שעצם הגשת התביעה עלולה להסב לדירקטורים ולחברה. המחברות אף עומדות על כך שבמדינת דלאוור, כלל שיקול הדעת העסקי מאפשר לבית המשפט לדחות את התביעה בשלב מקדמי ובטרם ניהול הליכי גילוי מסמכים ושמיעת ראיות).

אף לגישתו של היועץ המשפטי לממשלה, כלל שיקול הדעת העסקי יכול וראוי לשמש בסיס לסילוק תביעות על הסף מחמת העדר עילה. היועמ"ש עמד גם הוא על כך שאחד הרציונאלים העומדים בבסיס כלל שיקול הדעת העסקי הוא מניעת התדיינויות מיותרות ויקרות, הצפה של תביעות והגשת תביעות סרק. לגישתו, במקרים המתאימים ראוי לצמצם למינימום הכרחי את ניהולו של הליך משפטי ארוך, סבוך ויקר, כך שבירור הטענה בדבר תחולת כלל שיקול הדעת העסקי על החלטות נושאי המשרה ייעשה בשלב מוקדם של ההליך. בנוסף לאמור, היועמ"ש האיר את הדברים מזווית נוספת ועמד על ההשלכות הטמונות בתובענות מסוג זה על שוק הביטוח, על שיעור הפרמיות, ועל כך שניהול הליכים ארוכים ויקרים עלול למצות חלק ניכר מהפוליסות (שמכסות גם הוצאות הגנה). במהלך הדיון שהתקיים לפנינו, בא כוח היועמ"ש הוסיף כי מדינת ישראל נכנסה ל"רשימה שחורה" של טריטוריות שלא כדאי לבטח אותן, לנוכח עודף הליטיגציה בתחום המאפיינת את מחוזותינו. מדובר, על פני הדברים, באמירה מדאיגה, ולטעמי אין להקל ראש בדברים.

39. זאת ועוד. במישור הדיוני, בעל מניות המעוניין להגיש תביעה נגד דירקטורים בחברה, נדרש לעשות כן בדרך של תביעה נגזרת, על התנאים הכרוכים בכך. סעיף 205 לחוק החברות קובע כי "לא תוגש תביעה נגזרת או הגנה נגזרת בשמה של חברה שמונה לה נאמן לפי פרק ב' לחלק שמיני א' או לפי חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי". דהיינו, בהליכי פירוק אין אפשרות להגיש תביעה נגזרת, והמפרק, אשר נכנס בנעלי החברה, פטור מהצורך לעמוד במחסום הדיוני של תביעה נגזרת ואישורה על ידי בית המשפט לפי סעיף 198 לחוק החברות. עמד על הדברים פרופ' שרון חנס במאמרו "כלל שיקול הדעת העסקי" עיוני משפט לא 313 (תשס"ט):

> "בהקשר זה של תביעות-סרק אין הכוונה רק לתביעות מצד בעלי מניות אופורטוניסטים, ואין לזלזל גם בחשש מפני הצפת תביעות של מפרקים נגד דירקטורים. [...] רבו עד-מאוד לאחרונה תביעות של מפרקים נגד דירקטורים לשעבר של חברות בגין הפרת חובת זהירות בסכומים של עשרות ואף מאות מיליוני שקלים. הפוטנציאל הרב הגלום בתביעה כזו מעודד מפרקים לתבוע אף אם סיכויי התביעה אינם ברורים, ומכיוון שהמפרקים פועלים בנעליה של הנהלת החברה, אין הם נדרשים כלל לעמוד במחסום הדיוני של התביעה הנגזרת. כלל מגונן דוגמת כלל-שיקול הדעת העסקי יכול להקל עד-מאוד את תחושת חוסר הביטחון שתביעות מעין אלה עלולות לצקת בקהל הדירקטורים כולו" (שם בעמ' 337).

(כן ראו שם בעמ' 351 ובה"ש 114). דברים אלה תומכים אף הם בחיזוקו של כלל שיקול הדעת העסקי ובביצור מעמדו כעילת סף אפשרית, וזאת בהקשר הספציפי של תביעת מפרק נגד נושאי המשרה בחברה.

40. דומה כי הדברים מדברים בעד עצמם, ומבלי להביע עמדה אם התביעה דנן היא אמנם תביעת סרק, אין לי אלא להצטרף לדברים שנאמרו לעיל ולהבהיר כי במקרים המתאימים, כלל שיקול הדעת העסקי יכול להוות בסיס לקביעה כי כתב התביעה אינו מגלה עילה וכי דין התביעה להיות מסולקת על הסף. ליתר דיוק, איני רואה כל צידוק להחריג תביעות נגד נושאי משרה מתחולתה של תקנה 41(א)(1) לתקנות סדר הדין האזרחי, ומקום שבו בית המשפט מוצא כי כתב התביעה אינו מעמיד תשתית לסתירת כלל שיקול הדעת העסקי, הרי שאין מקום לברר את התביעה לגופה.

אם כן, במישור העקרוני ניתן לסלק תביעה על הסף מכוח כלל שיקול הדעת העסקי. השאלה העומדת עתה להכרעתנו היא אם יש מקום להתערב במסקנתו של בית משפט קמא כי היה מקום לעשות כן בנסיבות המקרה דנן, לנוכח טענות שהעלו המערערות בערעורן. לכך נפנה כעת.

טענת הפזיזות

41. המערערות ביקשו להסתמך על תקנה 77 לתקנות סדר הדין האזרחי הישנות, שבה נקבע כי כאשר בעל דין "טוען כוונה רעה, כוונת מרמה, ידיעה, וכיוצא באלה שבלבו של אדם, והטענה היא מהותית במשפט, די לטוען שיטען אותה בחזקת עובדה, ואין עליו לפרש את הנסיבות שמהן ניתן להסיקה". לטענת המערערות, בהינתן שכתב התביעה כלל טענה בדבר פזיזות בקבלת ההחלטות, אזי שגה בית משפט קמא בקביעתו כי היה על המערערות לפרוס תשתית עובדתית התומכת בטענה זו.

[במאמר מוסגר: חריג הפזיזות, המעוגן בסעיף 263(2) לחוק החברות, שולל אפשרות להעניק לנושא משרה פטור, לבטחו או לשפותו מקום שבו נושא המשרה הפר את חובת הזהירות שלו בכוונה או בפזיזות. בית משפט קמא, בפרשה אחרת, התייחס לחריג הפזיזות כשולל את תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי (תנ"ג (מר') 10466-09-12 אוסטרובסקי נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ (9.8.2015)), וחזר על עמדתו זו גם בפרשה דנן (פסקה 79 לפסק דינו; וראו והשוו גם פסק דינה של השופטת ר' רונן בתנ"ג (ת"א) 35114-03-12 אשש נ' עטיה, פסקאות 65-76 (24.6.2015)), שעמדה גם היא על היחס שבין חריג הפזיזות והאפשרות ליתן לנושא משרה פטור מאחריות, לבין ההגנה המוקנית

לו מכוח כלל שיקול הדעת העסקי). מכאן טענת המערערות כי די בטענת הפזיזות שהעלו כדי למנוע סילוק התביעה על הסף מכוח כלל שיקול הדעת העסקי)].

42. דין הטענה להידחות, ובהקשר זה שותף אני לעמדתו של בית משפט קמא כי במישור העקרוני, לא די בטענות הנטענות בעלמא ובאופן "סתמי" כדי למנוע סילוק תביעה על הסף מחמת העדר עילה. אכן, קשה להלום כי כל אימת שתובע שִׁרבב לכתב התביעה "מילות-קסם" כגון "פזיזות" או "חוסר תום לב", די יהא בכך כדי לחסן את כתב התביעה מפני מחיקתו על הסף. ובמילים אחרות, אל לתובע להיות פזיז בשימוש במילה "פזיזות", במיוחד בהתחשב בהשלכות של טענת הפזיזות על פטור, ביטוח או שיפוי של נושא משרה שפעל בפזיזות.

תקנה 77 לתקנות הישנות נועדה להקל על בעל דין המבקש לטעון לגבי עניינים שבלבו של אדם. זאת מתוך הבנה כי ביסוס טענה מסוג זה מצריך על פי רוב גישה למסמכים ולראיות שמצויות בידי אותו אדם, ואף את חקירתו בחקירה נגדית, וכי אין לצפות מבעל דין לבסס טענה שכזו בכתב התביעה או ההגנה (ישששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי 427 (2015) (להלן: רוזן-צבי – ההליך האזרחי)).

לצד זאת, תקנה 78 העוקבת, שכותרתה "טענה המצריכה פרטים", קובעת כי "כל מקום שבעל דין טוען טענת מצג-שווא, תרמית, זדון או השפעה בלתי הוגנת, ובכל מקרה אחר המזקיק לפרטים, יפורשו הפרטים ותאריכיהם בכתב הטענות". ההיגיון שבבסיס תקנה זו הוא כי אין לאפשר לבעל דין לכלול טענות המכתימות שמו הטוב של אדם כמסקנה בעלמא, מבלי לפרט את העובדות שמהן ניתן להסיק כי בוצע מעשה מסוג זה, וכן משום שבהעדר פירוט מתאים לא יוכל הצד שכנגד להתגונן כראוי (רע"א 4024/14 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' כהן, פסקה 29 (26.4.2015) (להלן: עניין אפריקה ישראל); רוזן-צבי – ההליך האזרחי בעמ' 425, המתאר תקנה זו כדרישה ל"פירוט עובדתי מוגבר"). כפי שהוסבר בפסיקה, תקנה 77 עוסקת ביסוד הנפשי של אדם "וקובעת דרישה מופחתת לפירוט הנסיבות מהן ניתן ללמוד על אודות מה שהתרחש בנבכי לבו"; בעוד שתקנה 78, שעניינה ביסוד העובדתי, "דורשת פירוט כהלכתו, [...] פירוט העובדות הנסיבתיות האופפות את המעשים הנטענים [...]" (רע"א 5337/17 כץ נ' כץ, פסקה 38 (31.7.2017)).

43. בעוד שטענות מסוג תרמית ודומותיה מצריכות פרטים נוספים כדרישת תקנה 78, שאלה נפרדת היא אם טענה בדבר רשלנות היא ממין הטענות הנכנסות בגדרה של התקנה (ראו רוזן-צבי – ההליך האזרחי בעמ' 425 ה"ש 186, הסבור כי טענת רשלנות אינה

נכנסת בגדרה של התקנה, תוך שהוא חולק על האמור אצל זוסמן [הערה: המחבר מפנה לזוסמן בעמ' 128, אולם מדובר בשגיאה וההפניה הנכונה היא לעמ' 135]; ראו גם ע"א 3552/01 Banco Exterior (Suiza) SA נ' Zegluga Polska Spolka Akcyjna, פ"ד נט(4) 941, 957 (2005) שם ישנה הבחנה בין תרמית לבין טעות או התרשלות בהקשר של תקנה 78, אך יצויין כי פסק הדין נסב על דיני ההתיישנות; וראו אזכור הדברים בעניין אפריקה ישראל לגבי חובת התובע לפרט מבחינה עובדתית את המיוחס לדירקטורים השונים (שם בפסקה 55)). מכל מקום, גם בהנחה כי טענת רשלנות אינה מצריכה "פירוט עובדתי מוגבר" כדרישת תקנה 78, דינה של טענת פזיזות אינו בהכרח זהה, ויכולה להישמע הטענה כי האחרונה נכנסת בגדרה של תקנה 78, שהרי לא בכדי קיימת הבחנה בדין המהותי בין שני סוגי הטענות (ראו סעיף 263(2) לחוק החברות שהוזכר לעיל, השולל את האפשרות לפטור נושא משרה מאחריות כאשר מדובר ב"הפרת חובת זהירות שנעשתה בכוונה או בפזיזות, למעט אם נעשתה ברשלנות בלבד").

מכל מקום, את התייחסותו של בית משפט קמא לטענת הפזיזות ואת קביעתו כי לא ניתן להסתפק בהעלאת הטענה בעלמא, יש לקרוא יחד עם הנמקתו. בית המשפט מנה שורה של מקומות שבהם נטען בכתב התביעה ל"רשלנות ו/או פזיזות", תוך שהוא מבהיר כי לא נפרסה כל תשתית עובדתית לתמוך בנטען. בית המשפט הדגים (לגבי אגסי) כי כלל לא נטען לקיומה של אדישות מצדו – לא בהיבט הפרוצדוראלי (חוסר אכפתיות לקבלת מידע) ולא בהיבט המהותי (הצבעה מתוך אדישות לשאלה אם הדבר משרת את טובת החברה), וכל זאת בשעה שבמקביל נטען בכתב התביעה כי אגסי חפץ מאוד בהצלחת המיזם ופעל להצלחתו לפי מיטב הבנתו. בנוסף לכך, בית המשפט הדגים (לגבי עידן עופר, המשיב 7) כי הטענה ל"רשלנות ו/או פזיזות" שנטענה כלפיו מספר הפעמים הגדול ביותר, הועלתה באופן סתמי, וכי קשה להניח שעופר, שהיה המשקיע הגדול ביותר במיזם (באמצעות החברה לישראל בע"מ, שבה גם שימש כיו"ר הדירקטוריון ובהמשך כדירקטור) גילה אדישות להפסדים שנגרמו לחברה שבשליטתו (פסקאות 79-80 לפסק הדין). רוצה לומר, שלא זו בלבד שלא פורטו העובדות הנדרשות, אלא שטענת הפזיזות נסתרת מתוך העובדות שתוארו בכתב התביעה עצמו.

44. לאחר עיון בכתב התביעה, אף אני שוכנעתי כי טענת הפזיזות נטענה בעלמא והועלתה על פני הדברים באופן שבלוני-אוטומטי, מבלי ליתן את הדעת על כך שטענה מעין זו אינה חופפת לטענה בדבר קיומה של רשלנות. בנסיבות אלה, ברי כי אין בעצם אזכור המילה "פזיזות" בכתב התביעה כדי להעניק לתביעה "חסינות" מפני האפשרות לסלקה על הסף, ובכך צדק בית משפט קמא. אפרט בקצרה.

בכתב התביעה, תחת פרק ה' שכותרתו "אחריות אישית של הדירקטורים ונושאי המשרה", ישנם 18 תתי-פרקים המשתרעים על פני עשרות עמודים ומאות תתי-סעיפים, המפרטים את הטענות כלפי המשיבים 1-18 בנפרד. כל אחד מ-18 תתי-פרקים אלו כולל פתיח דומה עד כדי זהה, בבחינת "העתק-הדבק", שבו נכתב: "קריסת קבוצת בטר פלייס התאפשרה כתוצאה מהתנהגות [המשיב הרלוונטי] המהווה התרשלות ו/או פזיזות ו/או הפרת חובת זהירות ו/או הפרת חובת נאמנות ו/או טעות ו/או הצהרה מטעה ו/או הצהרה מוטעית ו/או מחדל ו/או חריגה מסמכות ו/או כל מעשה או מחדל אחר שנעשה על ידו בניגוד לדין...". (לשם הדיוק יצויין כי ביחס לחלק קטן מהמשיבים הושמטו המילים "קריסת קבוצת בטר פלייס התאפשרה", ותחת זאת נאמר כי "התנהגות [המשיב הרלוונטי] מהווה התרשלות ו/או פזיזות ו/או הפרת חובת זהירות [...]" וכו').

מובן כי פתיח כללי מעין זה (שיהיו מי שיראו בו ביטוי לפתגם "תפסת מרובה לא תפסת"), אין בו משום הנחת תשתית כלשהי לטענת פזיזות (או לכל טענה אחרת), ולא די בו כדי לצאת ידי חובה לצורך מניעת סילוק התביעה על הסף. בדין נדחתה אפוא טענת המערערות שהועלתה בתגובתן לבקשת הסילוק, ולפיה "משנטענה טענת הפזיזות כנגד כל [המשיבים], המסקנה הינה כי יש לדחות את בקשת הסילוק על הסף..." (סעיף 31 לתגובתן בבית משפט קמא). מבחינה מהותית, לזאת לא ייקרא העלאת טענה כנגד כל המשיבים.

45. יתרה מכך. עיון מדוקדק בכתב התביעה מגלה כי לגבי מרבית המשיבים, זולת הטענה הכללית בפתיח שצוטט לעיל, כלל לא הועלתה כלפיהם כל טענה נוספת כי נהגו בפזיזות. חלף זאת, נטען עשרות פעמים, חזור וטען, כי המשיבים "התרשלו", "הפרו את חובת הזהירות" ו"לא נהגו כדירקטור סביר" (כך לגבי המשיבים 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18). מובן אפוא כי מבחינה מהותית, כלל לא נטענה כלפי משיבים אלו טענת פזיזות, ואין המדובר אלא בטענת רשלנות המופנית נגדם.

עיון בתתי-הפרקים המופנים נגד חמשת המשיבים הנותרים (המשיבים 1, 2, 3, 4, 7) מגלה תמונה דומה, גם אם לא זהה. אף לגבי משיבים אלה, כתב התביעה כולל שורה ארוכה של טענות להתרשלותם ולהפרת חובת הזהירות מצדם. אמנם, לגבי משיבים אלו המילה "פזיזות" מופיעה פעמים ספורות, אך בכל הפעמים היא מופיעה בצוותא חדא עם המילה רשלנות. אפרט מתוך האמור בסעיפי כתב התביעה (ההדגשות להלן הוספו):

(-) לגבי אגסי, המשיב 1, פורטו 29 סעיפים הכוללים שורה ארוכה של טענות להתרשלותו. בין סעיפים אלה, המילה פזיזות הוזכרה ארבע פעמים כדלקמן: נטען כי

אגסי "התרשל ונהג בפזיזות עת פעל ללא קבלת אישורים מתאימים [...]" (סעיף 178.3); כי הוא "לא פעל בהתאם למידת הזהירות הנדרשת מנושא משרה ופעל בפזיזות בכריתת הסכמים [...], כמו כן התרשל ופעל בפזיזות עת התקשר עם חברות ענק בתחום הטכנולוגיה..." (סעיפים 178.10-178.11); וכי הוא "התרשל ונהג בפזיזות כיו"ר דירקטוריון ח.ת וכדירקטור בחברות הישראליות כאשר לא העביר לחברות את תמונת המצב המלאה..." (סעיף 178.29);

(-) לגבי ת'ורנלי, המשיב 2, פורטו 10 סעיפים הכוללים שורה של טענות להתרשלותו. בין סעיפים אלה, המילה פזיזות הוזכרה פעמיים: נטען כי ת'ורנלי "התרשל ונהג בפזיזות כדירקטור בחברות הישראליות כאשר לא דרש כי דירקטוריונים אלה יתפקדו באופן עצמאי..." (סעיף 180.8); וכי הוא "התרשל ונהג בפזיזות כיו"ר כדירקטור [כך במקור – י"ע] בחברות הישראליות כאשר לא העביר לחברות את תמונת המצב..." (סעיף 180.10);

(-) לגבי כהן, המשיב 3, פורטו 17 סעיפים הכוללים שורה של טענות להתרשלותו. בין סעיפים אלה, המילה פזיזות הוזכרה שלוש פעמים: פעם אחת נטען כי "כהן התרשל ונהג בפזיזות כשהתעלם מרישום הערת עסק חי..." (סעיף 181.9); ופעמיים נוספות בנוסח זהה לאופן שבו הופיעו לגבי המשיב 2 לעיל (בנוסח זהה, לרבות אותה טעות בניסוח שהופיעה לגבי המשיב 2 – סעיפים 181.11, 181.13);

(-) לגבי קפלינסקי, המשיב 4, פורטו 31 סעיפים הכוללים שורה ארוכה של טענות להתרשלותו. בין סעיפים אלה, המילה פזיזות הוזכרה פעם אחת, בטענה כי קפלינסקי "הפר את חובת הזהירות ופעל בפזיזות משלא ערך באופן עצמאי בדיקות מקיפות..." (סעיף 183.1);

(-) לגבי עופר, המשיב 7, יש לא פחות מ-52 סעיפים המפרטים שורה ארוכה של טענות להתרשלותו. בין סעיפים אלה, המילה פזיזות מופיעה שש פעמים: נטען כי עופר "התרשל או פעל בפזיזות כאשר לא דרש כי בישיבות הדירקטוריון יתקיים דיון מעמיק..." (סעיף 189.2); כי הוא "הפר את חובת הזהירות המוטלת עליו כיו"ר הדירקטוריון ו/או פעל בפזיזות, משקיבל החלטה להדיח את אגסי...", הפר את חובת הזהירות ו/או פעל בפזיזות כשהחליט על הדחת אגסי ללא הכנת תכנית...", ו"פעל ברשלנות ו/או בפזיזות כשהחליט באופן בלעדי ללא דיון בדירקטוריון ו/או בחינת מועמדים נוספים על מינוי ת'ורנלי למנכ"ל..." (סעיפים 189.32-189.33); וכי הוא "פעל ברשלנות ו/או בפזיזות משלא התייחס ברצינות ו/או בכלל לטענות או דרישות שהועלו על ידי דירקטורים...",

ו"פעל ברשלנות ו/או בפזיזות משלא התייחס לדרישות שהעלו דירקטורים בישיבות..." (סעיפים 189.37-189.38).

46. צא ולמד, שבתוך מאות סעיפי כתב התביעה, בפעמים הספורות שבהן אוזכרה המילה "פזיזות" כלפי מיעוט המשיבים, הדבר נעשה באותה נשימה עם טענת רשלנות לגבי אותה התנהלות ממש, ללא כל ניסיון לבסס הבחנה כלשהי או לספק הסבר הולם. דא עקא, שטענת רשלנות וטענת פזיזות הן טענות שונות. מדובר בהבחנה בעלת חשיבות, וכבר עמדנו לעיל על כך שחוק החברות עצמו מבחין בין השתיים (סעיף 263(2) לחוק החברות). כשם שתובע לא יכול להסתפק בטענה כי הנתבע נהג כלפיו "ברשלנות ו/או מרמה", כך אין הוא יוצא ידי חובתו בעצם הטענה כי הנתבע "פעל ברשלנות ו/או פזיזות". נקל להבין אפוא את קביעתו של בית משפט קמא כי בתביעה יוחסה למשיבים "ללא כל הסבר הטענה כי נהגו ב'רשלנות ו/או פזיזות'" (פסקה 80 לפסק דינו). אף לא למותר להזכיר את דבריו של בית משפט קמא לגבי הקושי הטמון בטענת הפזיזות גופא (כגון שניסיונן של המערערות לייחס לאגסי אדישות נסתר מהאמור בכתב התביעה עצמו). אסיים נקודה זו בדבריה של השופטת (כתוארה אז) נאור בעניין דובק, שנאמרו בהקשר קרוב:

> "אדגיש כי יתכן וניתן היה 'לחלץ' מכתבי הטענות סעדים מסוימים אותם אין למחוק על הסף [...] ואולם, הדברים הם בשוליים של התביעות והם מתערבבים עד בלי יכולת להפריד בטענות בדבר נזקי גוף למבוטחי הקופה. אין זה תפקידו של בית המשפט לנסח עבור התובעים תביעה אחרת או 'לחלץ' מתוך ים הטענות עניינים שאולי אין מקום להורות לגביהם על מחיקה" (פסקה 2 לפסק דינה).

דברים אלה יפים לענייננו. שיבוץ המילה "פזיזות" פעמים בודדות בתוך מאות תתי-סעיפים בכתב התביעה העוסקים ברשלנות (וגם זאת בנוסח "רשלנות ו/או פזיזות"), אינה מחסנת את התביעה מפני סילוק על הסף ואינה מחייבת את בית המשפט "לחלץ" מתוך מאות סעיפי כתב התביעה אי-אלו טענות שייתכן כי לא היה מקום להורות לגביהן על מחיקה. מקובלת עלי אפוא קביעתו של בית משפט קמא כי לא ניתן לומר שבמקרה דנן נטענה טענת פזיזות באופן מהותי, ובנקודה זו דין הערעור להידחות.

אי הפעלת שיקול דעת עצמאי וסטנדרט הביקורת על החלטות החברה

47. בשונה מטענת הפזיזות, טענת המערערות נגד המשיבים בדבר אי הפעלת שיקול דעת עצמאי, מעמידה תמונה מעט מורכבת יותר.

סעיף 254(א) לחוק החברות מטיל על נושאי משרה חובת אמונים כלפי החברה. בגדרו של סעיף זה מנה המחוקק רשימה (לא סגורה) של "חובות משנה" המרכיבות את חובת האמונים. בין היתר, הוטלה על נושא המשרה חובה להימנע מפעולה שיש בה ניגוד עניינים; להימנע מתחרות עם עסקי החברה; להימנע מניצול הזדמנות עסקית; ולגלות לחברה כל מידע הנוגע לענייני החברה שהגיע אליו מתוקף תפקידו בחברה. מלבד חובות המשנה המנויות בסעיף 254(א), לאורכו של חוק החברות פזורות מספר חובות פרטניות נוספות שהפרתן מהווה הפרה של חובת האמונים. בין חובות אלה נמצאת החובה המוטלת על דירקטור להפעיל שיקול דעת עצמאי. חובה זו מעוגנת בסעיף 106(א) לחוק החברות, שזו לשונו:

> שיקול דעת עצמאי והסכמי הצבעה
> **106.** (א) דירקטור, בכשירותו ככזה, יפעיל שיקול דעת עצמאי בהצבעה בדירקטוריון, לא יהיה צד להסכם הצבעה ויראו באי-הפעלת שיקול דעת עצמאי כאמור או בהסכם הצבעה הפרת חובת אמונים.

48. בעניין ורדניקוב נדונה בהרחבה השאלה מהו סטנדרט הביקורת שיש להחיל על החלטות עסקיות שנתקבלו בחברה. מבלי להרחיב יתר על המידה, אזכיר כי בפסק הדין הוצגו שלושה סטנדרטים שהתפתחו בדיני החברות במדינת דלאוור ושקיבלו התייחסות בפסיקה ובספרות בישראל: מן העבר האחד – כלל שיקול הדעת העסקי; מן העבר השני – כלל ההגינות המלאה; ובתווך ביניהם – סטנדרט של "בחינה מוגברת". בפסק הדין הבעתי עמדתי כי יש טעם בהתפתחותו של סטנדרט ביניים שיוחל במצבים שבהם עלול להיווצר "כשל" כתוצאה מהחלת כלל שיקול הדעת העסקי. בהקשר הקונקרטי שנדון בעניין ורדניקוב, נקבע כי במצבים של שינוי מבנה ההון של חברה אגב רכישה ממונפת, אזי לנוכח המתח הפוטנציאלי בין טובתו של בעל השליטה לטובתה של החברה, עשויה להיות הצדקה להחיל בהקשרים מסוימים ביקורת משפטית מוקפדת יותר על החלטות החברה, חלף הסתפקות בהחלת כלל שיקול הדעת העסקי (באותו מקרה ההחלטות שנתקפו עסקו בחלוקת דיבידנדים והפחתת הון). עוד נקבע, כי אחד האופנים שבהם סטנדרט הביקורת של "בחינה מוגברת" יבוא לידי ביטוי, הוא האופן שבו ניתן לסתור את חזקת התקינות העומדת לנושאי המשרה מכוח כלל שיקול הדעת העסקי. וכך הוסבר:

> "בדוננו בכלל שיקול הדעת העסקי, הזכרנו כי הדין בדלאוור – כפי שיושם בפסיקתם של בתי המשפט המחוזיים – קובע כי הכלל ניתן לסתירה אם מתקיים אחד מבין שלושה מצבים: ההחלטה התקבלה מתוך ניגוד

> עניינים; בחוסר תום לב; או באופן בלתי מיודע. עמדתי על כך שאין מדובר ב׳רשימה סגורה׳, וניתן להרחיבה בהתאם ל׳כשל׳ העלול להתעורר במקרים מסוגים שונים. במצבים של חלוקת דיבידנדים בעקבות רכישה ממונפת, החשש המובנה הוא שהדירקטורים ׳התיישרו׳ עם רצונותיו של בעל השליטה ונמנעו מהפעלת שיקול דעת עצמאי. בהתאם לכך, אני סבור כי ראוי להוסיף ׳חריג׳ רביעי לסתירת כלל שיקול הדעת העסקי, מקום בו הדירקטורים חטאו באי הפעלת שיקול דעת עצמאי (ומבלי להידרש לשאלה אם אי הפעלת שיקול דעת עצמאי עולה בהכרח כדי הפרת חובת תום הלב)״ (שם, פסקה 115).

ובקיצור, בעניין ורדניקוב נקבע כי במצבים של שינוי מבנה ההון של חברה אגב רכישה ממונפת, יש להחיל סטנדרט של ״בחינה מוגברת״ על החלטות החברה בנושאים הנזכרים, לנוכח המתח הפוטנציאלי בין טובתו של בעל השליטה לטובת החברה; וכי אחד מביטוייו של סטנדרט זה הוא הרחבת האפשרות לסתור את כלל שיקול הדעת העסקי, וזאת מקום שבו קיים חשש כי לבעל השליטה היתה השפעה ניכרת על קבלת ההחלטות או כי הדירקטורים נמנעו מלהפעיל שיקול דעת עצמאי (ראו גם שם בפסקה 2 לפסק דינה של השופטת ברון).

49. המקרה שלפנינו אינו עוסק במצב של שינוי מבנה ההון של החברה אגב רכישה ממונפת, ועל כן יש להישמר מפני ביצוע היקש אוטומטי מעניין ורדניקוב לענייננו. בד בבד, אין בכך כדי לפטור אותנו מהצורך להתייחס לעובדה שבמקרה דנן אכן הועלתה על ידי המערערות טענה בדבר אי הפעלת שיקול דעת עצמאי מצד המשיבים. נזכיר בקצרה את התייחסותו של בית משפט קמא לנושא.

בית משפט קמא הכיר בכך שהימנעות מהפעלת שיקול דעת עצמאי עלולה, בנסיבות המתאימות, לשלול את תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי. עם זאת, בית המשפט הבהיר כי דברים אלה נכונים כאשר נושא המשרה הוא הגורם שלפתחו מונחת השאלה העסקית להכרעה. לעומת זאת, ״כאשר ההכרעה מתקבלת על ידי גורם המצוי במעלה ההיררכיה התאגידית, ממילא אין לבוא בטענות בגין ׳אי הפעלת שיקול דעת עצמאי׳ כלפי נושאי משרה שפעלו ליישום ההחלטה בהתאם להנחיות שניתנו להם״. עוד הוסבר כי כאשר מדובר באשכול חברות שבו החברות הבנות מצויות בשליטה מלאה של חברת האם, אזי נושאי המשרה בחברות הבנות נדרשים על פי רוב לפעול על פי ההנחיות שניתנו על ידי חברת האם, ולא ניתן לראות בכך משום הפרת חובה מצדם כלפי החברות שבהן הם מכהנים כנושאי משרה (פסקה 78 לפסק דינו). משעה שזהו המצב במקרה דנן,

כך נקבע, אזי "אין קושי של ממש" בטענה "שהכל היה מוכתב" על ידי חברת האם (שם, פסקה 153).

50. לטעמי, התייחסותו של בית משפט קמא לסוגיה של אי הפעלת שיקול דעת עצמאי מעוררת קושי מסוים.

עיון מדוקדק בכתב התביעה מלמד כי הטענה בדבר אי הפעלת שיקול דעת עצמאי הועלתה על ידי המערערות בשני מישורים שונים. המישור האחד עניינו בתלות של חברות הבת בחברת האם, ובהכפפת שיקול דעתם של חברות הקבוצה ומנהליהן לשיקול דעתו של דירקטוריון חברת האם. זהו המישור העקרוני שאליו התייחס בית משפט קמא, ושלגביו נקבע בפסק הדין כי הדבר אינו מעורר קושי כאשר מדובר באשכול חברות המצוי בשליטה מלאה של חברת האם, כבמקרה דנן.

אלא שבכך לא התמצתה הטענה לאי הפעלת שיקול דעת עצמאי כפי שהועלתה בכתב התביעה. עיון בכתב התביעה מלמד כי טענה זו הועלתה במישור נוסף המתייחס לדירקטורים בחברת האם. כך, נטען כלפי הדירקטורים בחברת האם כי פעלו על פי חזונו של אגסי; כי בחרו "לעצום עיניים" והתרשלו בכך שלא לקחו חלק בתהליך קבלת ההחלטות; וכי הדירקטורים ונושאי המשרה "הפרו את חובתם מתוקף תפקידם להפעיל שיקול דעת" (סעיפים 141-142 לכתב התביעה). בנוסף לכך, באופן קונקרטי נטען כלפי משיבים ספציפיים שכיהנו כדירקטורים בחברת האם כי לא הפעילו שיקול דעת עצמאי: כך נטען כנגד המשיב 8 (סעיפים 191.6-191.6 לכתב התביעה); כנגד המשיב 9 (סעיף 193.5); כנגד המשיב 10 (סעיפים 195.7, 195.11); כנגד המשיב 11 (סעיף 197.6); וכנגד המשיב 12 (סעיף 200.11).

51. הנמקתו של בית משפט קמא התייחסה כאמור למישור הראשון, העקרוני, שעניינו בסוגיית כפיפותן של חברות בנות לחברת האם באשכול חברות. דא עקא, שהנמקה זו רלוונטית רק ביחס לטענה לאי הפעלת שיקול דעת עצמאי מצד דירקטורים בחברות הבנות, ואין בה משום התייחסות לטענות שהועלו כלפי דירקטורים בחברת האם. בית משפט קמא לא נדרש לטענות המערערות במישור השני, ולא בחן אם יש בטענות אלו כדי למנוע את סילוק התביעה על הסף מכוח כלל שיקול הדעת העסקי, אף שעל פני הדברים היה מקום להידרש לכך (ולא נעלם מעיניי כי למקרא תגובת המערערות לבקשת הסילוק, מתקבל הרושם כי הדגש בטענה לאי הפעלת שיקול דעת עצמאי הושם על הדירקטורים בחברות הבנות (ראו שם בפסקאות 18, 29), מה שעשוי להסביר מדוע בית משפט קמא התמקד בכך).

ודוק: המילים "אי הפעלת שיקול דעת עצמאי" אף הן אינן "מילות קסם" שלחישתן אל חלל האוויר או עצם אזכורן בכתב התביעה מונעים סילוק תביעה על הסף (וזאת בדומה לדיון לעיל לגבי טענת הפזיזות). ברם, בהינתן שהטענה הועלתה כאמור על ידי המערערות כלפי הדירקטורים בחברת האם, היה על בית משפט קמא להתייחס לכך (ולו במסגרת הדיון בבקשה לסילוק על הסף), ושלב הערעור אינו המקום לעשות כן לראשונה.

52. נקודה זו מחברת אותנו בחזרה אל פסק הדין בעניין ורדניקוב ואל סטנדרט הביקורת שיש להחיל על ההחלטות במקרה דנן, ולא בכדי הזכרנו את הדברים לעיל. אחת מהטענות שהעלו המערערות בשלב הערעור הוא כי כלל שיקול הדעת העסקי אינו סטנדרט הביקורת שיש להחיל במקרה דנן. זאת, שכן הקבוצה היתה "בסביבת חדלות פירעון". לגישת המערערות, מצב זה מהווה "כשל" שמחייב החלה של סטנדרט ביקורת מחמיר יותר של "בחינה מוגברת", וזאת בשל הצורך להסיט את מרכז הכובד של טובת החברה לכיוונם של הנושים.

סוגיית הימצאותה של חברה בסביבת חדלות פירעון היא סוגיה נכבדה שפנים רבים לה (ראו, לדוגמה, איל גבע "חובת הזהירות כלפי נושים בסביבת חדלות פירעון" ספר גרוס 197 (2015); על חובות נושאי משרה בתאגיד בשלב חדלות הפירעון ראו דוד מינץ "עיונים באחריות נושאי משרה בתאגיד בחדלות פירעון וההצדקות לה" ספר מרים נאור (עתיד להתפרסם), וראו שם התייחסות לשלב "אזור חדלות פירעון" בדין האמריקאי בטקסט הצמוד לה"ש 245-253, בפרט לגבי העמימות השוררת לגבי גבולותיו של "אזור חדלות הפירעון" וחוסר הבהירות לגבי היקף חובותיהם של נושאי המשרה במהלכו). השאלה מהו סטנדרט הביקורת שיש להחיל על החלטות של דירקטורים שנתקבלו בעת שהחברה היתה באזור חדלות הפירעון, אף היא אינה כה פשוטה. אזכיר כי במסגרת הערעור דנן היועץ המשפטי לממשלה הגיש עמדה מטעמו, שבה טען כי כלל שיקול הדעת העסקי מוסיף לחול באזור חדלות הפירעון; וכי הימצאותה של חברה באזור חדלות פירעון אינה משנה, כשלעצמה, את החובות החלות על נושאי המשרה, ואינה מעמידה, באופן מובנה, את נושאי המשרה בניגוד עניינים השולל את תחולת כלל שיקול הדעת העסקי.

נושא זה לא עלה בכתב התביעה ולא התלבן בגדרו של ההליך בבית משפט קמא, וממילא הערעור דנן אינו המקום להעמיק בו לראשונה (ואף לא למותר לציין כי על פני הדברים, הנושא עשוי לעורר גם שאלות עובדתיות לגבי הנסיבות הקונקרטיות במקרה

שלפנינו, כפי שעולה מטענות המשיבים). דברים אלה מובילים אותנו בחזרה אל ההיבטים הכרונולוגיים והדיוניים של ההליך בבית משפט קמא. כזכור, כתב התביעה הוגש בטרם ניתן פסק הדין בעניין ורדניקוב, וממילא בטרם נקבעה ההלכה בדבר קיומו של סטנדרט ביקורת של "בחינה מוגברת", ובטרם נדון החריג של אי הפעלת שיקול דעת עצמאי כשולל את תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי. יתרה מכך, בית משפט קמא עצמו עמד על כך ש"אימוצו של כלל שיקול הדעת העסקי למשפט הישראלי מעורר שורה של שאלות, שהתשובות על חלקן הגדול מצויות בהליכי התגבשות" (פסקה 69 לפסק דינו). אף בעניין ורדניקוב הובהר כי ישנן שאלות והיבטים – הן בנוגע לכלל שיקול הדעת העסקי, הן באשר לטיבו ותוכנו של סטנדרט הביניים של "בחינה מוגברת" – שיזכו בעתיד למענה של הפסיקה בכל מקרה לפי נסיבותיו (ראו לדוגמה פסקאות 95-97, וכן פסקה 2 לפסק דינה של השופטת ברון). בנסיבות אלו, ניתן להבין ללבן של המערערות הסבורות כי היה מקום להתיר להן לתקן את כתב התביעה, ולו כדי לאפשר להן לחדד את טענותיהן לגבי סטנדרט הביקורת שיש להחיל בנסיבות המקרה דנן. ואכן, בכך פתח בא כוח המערערות את טיעונו בדיון שהתקיים לפנינו, שעה שטען כי היה על בית משפט קמא להיעתר לבקשתו לתקן את כתב התביעה ולאפשר לו לחדד את טיעונו לגבי סטנדרט הביקורת וחריג אי הפעלת שיקול הדעת, וזאת על רקע מתן פסק הדין בעניין ורדניקוב.

אוסיף ואחדד כי לטעמי, הטענה המצויה במישור העקרוני – שעניינה בסוגיית הפעלת שיקול דעת עצמאי מצד נושאי משרה בחברות בנות הנתונות לשליטה מלאה של חברת האם – אף היא לא נתלבנה כדבעי בגדרו של ההליך בבית משפט קמא (ואזכיר כי בעניין זה נתווספה כעת להליך עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בסוגיה). בנסיבות אלו, איני סבור כי יש לחסום דרכן של המערערות מלהעלות טענות גם במישור זה בבקשתן לתיקון כתב התביעה (כמפורט להלן).

53. לא נעלם מעיניי כי בקשתן של המערערות לתקן את כתב התביעה לא הוגשה כנדרש על פי סדרי הדין, אלא הוזכרה אך בתגובתן לבקשת הסילוק, וזאת כבקשה חלופית ככל שבית משפט קמא לא יקבל את טענתן כי אין מקום להורות על סילוק התביעה על הסף, ומבלי לפרט מהו התיקון המבוקש. כפי שהובהר בפסיקה, "כאשר התובע אינו טורח להגיש בקשה לתיקון כתב התביעה, ואינו מפרט כיצד ביכולתו לתקן את כתב התביעה באופן שזה יגלה עילה, עשוי הדבר להצדיק את מחיקת התובענה אף בלא שיותר תיקון כאמור" (דברי השופט (כתוארו אז) גרוניס בע"א 154/04 יצחק נ' נוימן, פסקה 9 (13.2.2005); כן ראו ע"א 109/84 ורבר נ' אורדן תעשיות בע"מ, פ"ד מא(1) 577, 580-581 (1987); וראו גם יעקב שקד סדר הדין האזרחי החדש 267-268 (מהדורה שניה

מורחבת, 2020) הסבור כי לנוכח עקרונות היסוד של התקנות החדשות, לא בכל מקרה יש לאפשר תיקון התביעה במסגרת בקשה למחיקה מחמת העדר עילה).

מנגד, אין להתעלם מכך שבמישור הדיוני, ההליך בבית משפט קמא התאפיין במידה מסוימת של חריגות, שבאה לידי ביטוי בעובדה שהדיון בסוגיית תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי כשאלה מקדמית, במסגרת הגשת בקשה לסילוק התביעה על הסף, נעשה ביוזמת בית המשפט, ועוד בטרם הוגשו כתבי הגנה (וראו התייחסותו של בית משפט קמא לעניין זה בפסקאות 83-88 לפסק דינו). בנסיבות אלו, אני סבור כי אין לדקדק ולהחמיר עם המערערות, ויש מקום לאפשר להן להגיש לבית משפט קמא בקשה לתיקון כתב התביעה בהתאם לאמור לעיל, קרי, כדי לאפשר למערערות לחדד את טיעונן לגבי חריג אי הפעלת שיקול הדעת וסטנדרט הביקורת שיש להחיל במקרה דנן, וזאת על רקע מתן פסק הדין בעניין ורדניקוב.

ודוק: איני מביע כל עמדה בשאלה אם בנסיבות המקרה דנן יש להחיל סטנדרט ביקורת מחמיר יותר מכלל שיקול הדעת העסקי. אף איני מביע עמדה אם הטענה בדבר אי הפעלת שיקול דעת עצמאי כפי שנטענה במקרה דנן, די בה כדי לסתור את כלל שיקול הדעת העסקי, אם לצורך מניעת סילוק התביעה על הסף ואם באופן כללי. אין זאת אלא שמשעה שחלק מהדברים לא נבחנו או לובנו בגדרו של ההליך בבית משפט קמא, ערכאת הערעור אינה המקום לעשות כן, ועל כן יש להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי.

מצגי שווא רשלניים

54. כתב התביעה כלל פרק קצר שכותרתו "מצגי שווא רשלניים" (פרק ד.7). בפתחו של פרק זה נטען כי "הדירקטורים ונושאי המשרה באשכול חברות בטר פלייס הצהירו הצהרות רשלניות אשר השפיעו השפעה מהותית על קופת הפירוק". עוד נטען כי בחודשים האחרונים לקיומה של הקבוצה, יו"ר דירקטוריון חברת האם הצהיר הצהרות שווא לגבי מצבה הכלכלי של החברה, מה שהוביל למתן הנחיות רשלניות כלפי ציבור הלקוחות והספקים; כי עסקאות והנחיות נחתמו וניתנו בשעה שהדירקטורים ונושאי המשרה ידעו או היו חייבים לדעת בסבירות גבוהה כי לא תצאנה אל הפועל; כי בשל כך נגרמו לקופת הפירוק נזקים כבדים; וכי המשיבים כולם אחראים לנזקי הספקים והלקוחות וכפועל יוצא מכך לקופת הפירוק.

בית משפט קמא דחה טענה זו על הסף, מן הטעם שהנזק תחת עילה זו נגרם לצדדים שלישיים ולא לחברות עצמן, וממילא אין לאפשר להן לתבוע בשל כך. בערעורן

טוענות המערערות כי הנזק הוא בראש ובראשונה של המערערות, שכן מצגי השווא השפיעו השפעה מהותית על מצבן במועד הפירוק. לטענת המערערות, הנזק של הנושים הוא "נזק משני" שמקורו בנזקן של החברות.

55. במישור העקרוני, התקשיתי לקבל את גישת המערערות כי הנזק בגין מצגי השווא הוא "בראש ובראשונה" שלהן בעוד שהנזק של הנושים הוא "נזק משני". חברה המתקשרת עם ספק בחוזה לאספקת טובין או שירות, אמנם יוצרת לעצמה חוב כלפי הספק, אך בכך היא אינה יוצרת לעצמה "נזק"; וכאשר החברה אינה עומדת בחובתה לשלם לספק את התמורה החוזית, הרי שהנזק הוא של הספק, לא של החברה. הוא הדין לגבי עובדי החברה. חובתה של חברה לשלם לעובדיה שכר עבור עבודתם אינה "נזק" של החברה, ועובד שעבד בחברה ותובע את שכרו אינו גורם נזק לחברה. מנגד, אם החברה לא שילמה לעובד את השכר שהוא זכאי לו, הרי שהחברה היא שגרמה נזק לעובד.

לא ניתן לקבל אפוא את הקונסטרוקציה של המערערות, שלפיה הנזקים בגין מצגי השווא הם כביכול בראש ובראשונה של החברה, וכי נזקם של הנושים הוא נזק משני בלבד. נהפוך הוא. הנזק הוא בראש ובראשונה של הנושים, והעובדה שסך חובות החברה הוביל בסופו של דבר לפירוקה, מהווה לכל היותר "נזק משני" של החברה, ככל שאמנם מדובר ב"נזק" במובנו המשפטי.

56. דומה כי בנקודה זו המערערות לא דקו פורתא, ולכל אורך הדרך, גם בשלב זה, לא התבררה השאלה המהותית – עבור מי או בשם מי הוגשה התביעה. התביעה הוגשה על ידי מפרקי החברות בשם החברות. ברגיל, פירוק חברה הוא הליך קולקטיבי שבמסגרתו מרכז המפרק את תביעות החוב של הנושים, בודק אותן, ומגיש תביעות כנגד צדדים שלישיים על מנת להעשיר את קופת הפירוק כדי להגדיל את הדיבידנד לנושים. ואכן, המערערות טענו כי ישנם "מאות רבות של נושים" (סעיף 7 לכתב התביעה) לרבות ספקים, עובדים ולקוחות של החברה. ברם, כאמור לעיל, המערערות טענו כי הן תובעות את הנזק של החברה כ"נזק ראשי", ובכך סיבכו את התמונה. בית משפט קמא ציין בפסק דינו כי:

> "'טשטוש הגבולות' שבין נזקי התובעות לבין נזקי הנושים, המאפיין כאמור את כתב התביעה, בא לידי ביטוי גם בהיבט הנזק (ראו פרק ט' לכתב התביעה). גובה הנזק הנתבע נקבע בהתאם לסכום תביעות החוב שהוגשו על ידי הנושים ואושרו על ידי המפרקים. מאליו ברור כי סכום זה מייצג את הנזק שנגרם לנושים. לא הוסבר מדוע סכום זה

> מייצג גם את הנזק בו עוסקת התובענה – הנזק שנגרם לתובעות" (שם, פסקה 132 לפסק הדין) (הדגשה הוספה – י"ע).

בהינתן שהנזק שנתבע תואם את הנזק שנגרם לנושים על פי תביעות החוב שאושרו, ובהינתן הטענה, שאף היא לא נתבררה כהלכה, כי הנושים המחו את זכות התביעה שלהם למפרקים, אני סבור כי היה מקום לאפשר למערערות לתקן את התביעה על מנת להבהיר נקודה זו. ככלל, למעט מקרים של תביעה נזיקית או חוזית שעשויה לעמוד לנושה כנגד נושאי משרה בחברה (ראו, לדוגמה, ד"נ 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673, 695 (1983)), קשה להלום כי מאות נושים יגישו מאות תביעות נפרדות כנגד נושאי משרה בחברה או כנגד צדדים שלישיים. ההליך הקולקטיבי של פירוק בא ליתן מענה לקושי זה, על ידי ריכוז התביעות ובירורן בהליך אחד.

לשאלה בשם מי ועבור מי הוגשה התביעה, יש השלכה על הטענה למצגי שווא. טענה זו, ככל שבית המשפט יכיר בכך שהמפרק מייצג את הנושים, ניתן להעלות בשמם של נושים וספקים, צדדי ג' שלטענתם הסתמכו על אותם מצגי שווא. דומה כי בכתב התביעה המתוקן, יהא על המערערות לפרט כנדרש את מצגי השווא, מתי בוצעו, על ידי מי בוצעו וכלפי מי, בהינתן שמדובר בנושים רבים שייתכן כי אינם עשויים מקשה אחת.

57. על רקע האמור לעיל, ולנוכח התוצאה של השבת התיק לבית משפט קמא, איני רואה להידרש לסוגיית המחאת זכויות התביעה של חלק מהנושים לטובת המפרקים, שבוצעה, כך לטענת המערערות, "למען הזהירות, מטעמי שמרנות" (פסקה 24 לסיכומי התשובה מטעמן), ולשאלה אימתי, אם בכלל, ניתן לראות את נזקי הנושים כנזקי החברות. מדובר, על פני הדברים, בסוגיה לא פשוטה היורדת לשורש דיני חדלות הפירעון. אציין כי הכנ"ר התייחס לסוגיה בעמדה שהגיש כידיד בית משפט (כזכור, עמדה זו הוצאה מתיק בית המשפט בעקבות התייצבותו של היועץ המשפטי לממשלה בהליך). היועמ"ש, בשונה מהכנ"ר, לא מצא לנכון להתייחס לסוגיה, ועל כך יש להצר. על כל פנים, ככל שבית המשפט המחוזי יראה צורך להידרש לכך, פתוחה בפניו הדרך לעשות כן (ראו עוד בהקשר זה החלטת השופט גרוסקופף ברע"א 1696/21 ההתאחדות לכדורגל בישראל נ' הראל אחזקות – מועדון הכדורגל הפועל תל אביב (בפירוק), פסקאות 6-8 (11.3.2021), שם התייחס גם לפסק דינו מושא הערעור דנן; כן ראו ע"א 8416/19 שלמה נס ורו"ח אלי שפלר מפרקי חברת אגרקסקו חברה לייצור חקלאי בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 7 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (22.12.2021), שם נאמר לגבי הגשת תביעה

על ידי המפרק בשם הנושים שתביעות החוב שלהם אושרו, כי "העמדה לפיה המפרק רשאי, באישור בית המשפט של חדלות פירעון, להעניק שירות מסוג זה הגיונה בצידה").

רשלנות רואי החשבון המבקרים

58. כפי שציין בית משפט קמא, אין חולק כי להבדיל מנושאי משרה ודירקטורים בחברה, רואי החשבון המבקרים אינם נהנים מהגנת כלל שיקול הדעת העסקי. למרות זאת, בית משפט קמא קיבל את בקשת הסילוק שהגישה המשיבה 22, ששימשה כרואה החשבון המבקר של החברות הישראליות בקבוצת בטר פלייס. נקבע כי טענות המערערות בדבר אי הכללת הערת עסק חי במועד לא הסבה נזק לחברה עצמה, אלא לצדדים שלישיים בלבד (משקיעים ונושים); כי הטענה בדבר העדר דוחות על תזרימי מזומנים נטענה על ידי המערערות בשם צדדים שלישיים; וכי כתב התביעה לא כלל התייחסות לשאלה מהו הנזק הנטען שהסבו רואי החשבון למערערות.

59. לטעמי, קביעה זו של בית משפט קמא מעוררת גם היא קושי מסוים. סעיף 170 לחוק החברות, שכותרתו "אחריות בשל חוות דעת", קובע בס"ק (א) כי "רואה החשבון המבקר אחראי כלפי החברה ובעלי מניותיה לאמור בחוות דעתו לגבי הדוחות הכספיים". לשונו המפורשת של הסעיף מטילה אפוא על רואה החשבון אחריות ישירה, הן כלפי החברה הן כלפי בעלי מניותיה. כפי שהוסבר בפסיקה, "תפקידו של רואה חשבון מבקר של חברה, כמו גם תפקידם של הדירקטורים, הוא להיות גורם מפקח ומבקר כלפי נושאי המשרה והאורגנים בחברה" (ע"א 4024/13 תקווה - כפר להכשרה מקצועית בגבעות זייד בע"מ נ' פינקוביץ, פסקה 79 (29.8.2016)). עוד הוסבר כי "לשון הסעיף משמיעה כי תחום אחריותו של רואה החשבון מכוחו של הסעיף מתפרש על נזקים שנגרמו כתוצאה ממצג מטעה שהופיע בחוות דעתו ביחס לדו"חות הכספיים בין כתוצאה מרשלנות ובין בכוונת זדון. כך, למשל, מקום שבו היה על רואה החשבון להסתייג ממידע מסוים שנמסר בדו"חות הכספיים, והוא לא עשה כן" (ע"א 3506/09 צאייג נ' קסלמן וקסלמן רואי חשבון, פסקה 21 (4.4.2011); לדיון בשאלת אחריותו של רואה החשבון המבקר כלפי צדדים שלישיים, ראו נילי קרקו-אייל "הגבלת חבותו הנזיקית של רואה החשבון המבקר כלפי צדדים שלישיים" משפטים מא 517 (2011)).

60. על פני הדברים, בהינתן קיומה של אחריות ישירה של רואה החשבון המבקר כלפי החברה, שלילה א-פריורית של עילת תביעה של החברה נגד רואה החשבון המבקר בגין רשלנותו, בטענה כי עילת התביעה מסורה לצדדים שלישיים בלבד, אינה נטולת קושי.

למקרא כתב התביעה עולה כי המערערות העלו כנגד המשיבה 22 שורה של טענות להתרשלותה. בין היתר, נטען להעדר גילוי בדוחות הכספיים במספר נושאים; לכך שלא נערכה בדיקה יסודית של המידע שהונח לפניה; ולכך שהיא נשמעה להנחיות רואה החשבון המבקר של חברת האם (KPMG - המשיבה 21) שלא לבחון את הצורך ברישום הערת עסק חי. אין לכחד כי המערערות טענו בכתב התביעה כי המשיבה 22 הפרה את חובת הזהירות שלה "כלפי הנושים של [המערערות]" והציגה "מצג שווא רשלני כלפי צדדים שלישיים לרבות הספקים והלקוחות של [המערערות]" (סעיף 248 לכתב התביעה, ההדגשה הוספה).

בית משפט קמא קבע כי "עילת התביעה בגין אי פרסום הערת עסק חי במועד אינה נתונה [למערערות] כי אם לצדדים שלישיים" (שם, פסקה 137 לפסק הדין). ברם, אם בית המשפט יהיה נכון להכיר בכך שהמפרק מייצג את הנושים, אם ישירות ואם מכוח המחאת זכות, הרי שלנושים עומדת לכאורה עילת תביעה כנגד רואי החשבון בגין אי פרסום הערת עסק חי, הגם שבפניהם יעמוד מכשול של ממש לנוכח הטענה כי המדובר בחברות פרטיות שהדוחות שלהן לא פורסמו לציבור.

מכל מקום, ניתן להבין את קביעתו של בית משפט קמא כי לא מצא בכתב התביעה התייחסות לשאלה מהו הנזק הנטען שהסבו רואי החשבון למערערות (סעיף 164 לפסק דינו). מה עוד, שעל פניו, הערת עסק חי הייתה מן הסתם מזרזת את קריסתה של החברה. אעיר כי בהמשך כתב התביעה, בפרק העוסק בגובה הנזק, נטען באופן כללי כלפי כלל המשיבים כי מעשיהם, מחדליהם ומצגי השווא שהציגו "הביאו לקריסת הקבוצה" (סעיף 251 לכתב התביעה), אך ברי כי לא די באמירה כללית כגון דא כדי להעמיד טיעון בדבר נזק שגרמו רואי החשבון המבקרים.

אחת הטענות שהעלו המערערות בעניין זה היא כי אם בית משפט קמא סבר שכתב התביעה אינו ברור דיו לגבי הנזק הנטען של החברה, היה מקום לאפשר את תיקון כתב התביעה. ברוח דבריי לגבי הטענה בדבר אי הפעלת שיקול דעת עצמאי, ובהינתן החריגות הדיונית שאפיינה את ההליך בבית משפט קמא כמפורט לעיל, דומני כי יש ליתן למערערות הזדמנות להגיש בקשה לתיקון כתב התביעה גם בנקודה זו. מובן כי אין בדברים משום הבעת עמדה לגבי תוחלת הטענות נגד רואי החשבון המבקרים, או לגבי התקיימות היסודות הנדרשים לביסוסן, ובכלל זה רכיבי הנזק והקשר הסיבתי בהקשר הנדון (ראו והשוו: עניין צאייג, פסקה 24; רע"א 3800/15 טי.אר.די אינסטרום בע"מ נ' זאבי, פסקה 37 (8.2.2017)).

61. הדיון בערעור זה הוא על רקע הדיון לעיל בעניין תביעת בטר פלייס נגד רואי החשבון המבקרים של הקבוצה. מדובר בשאלה צרה וממוקדת, הדומה במהותה לשאלה שנדונה לעיל, ומשכך ניתן לקצר בדברים.

62. כרקע לדברים יצויין כי המערערות, חברת רוביקון ביזנס גרופ בע"מ (בפירוק) (להלן: רוביקון) וחברת קלע – הקרן לעידוד יזמות בישראל בע"מ (בפירוק) (להלן: קלע) הורשעו בעבירות שונות לרבות מרמה, זיוף, גניבה בידי מורשה, הלבנת הון ועבירות לפי חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, ובגין כך הושתו עליהן קנסות (ת"פ (כלכלית) 52446-06-16 מדינת ישראל נ' ברמלי, גזר דין מיום 30.10.2017).

בדומה לנסיבותיו של עניין בטר פלייס, התביעה נגד רוביקון וקלע הוגשה באמצעות המפרק, וזאת בעקבות קריסתן של השתיים. התביעה הוגשה נגד מספר גורמים, בהם נושאי המשרה והדירקטורים, והחשוב לענייננו – נגד פירמת זיו האפט רואי חשבון, ששימשה כרואה החשבון המבקר של רוביקון וקלע. סכום התביעה הועמד לצרכי אגרה על סך של 75 מיליון ₪. יצויין כי אחד מבאי כוחן של המערערות משמש גם כאחד מבאי כוחן של המערערות בעניין בטר פלייס, ואכן קווי הדמיון בין שתי התביעות והערעורים ניכר.

63. זיו האפט היא המשיבה בערעור דנן. בתמצית, כתב התביעה מייחס לה רשלנות בביצוע בתפקידה כשומר הסף של המערערות והפרה של חובות חקוקות. בין היתר, נטען כי היא לא שיקפה את מצב החברות לאשורו באופן שמשקיע סביר ידע מה מצבן הכלכלי האמיתי; לא ערכה בדיקות מעמיקות לגבי פעילות של השלמות ההון לטווח קצר של קלע; התרשלה בהפקת הדו"ח הכספי לשנת 2013; הסתמכה על רואי חשבון קודמים מבלי לבדוק את הנתונים בעצמה; הפיקה אישורים ללא בדיקה בנוגע לאמיתות הנתונים תוך הסתמכות עיוורת על הצהרות החברה; והציגה מצג שווא בפני ציבור המשקיעים לגבי שווי אחזקותיה של רוביקון.

64. המשיבה הגישה לבית משפט קמא בקשה לסילוק התביעה נגדה על הסף על יסוד שני טעמים. ראשית, המשיבה טענה כי הרשעת המערערות בפלילים בגין מעשים חמורים שיש קשר ישיר בינם לבין הנזקים הנטענים, מקימה עילה לדחיית התביעה על יסוד הכלל של "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה". שנית, המשיבה טענה להעדר יריבות

והעדר עילה כנגדה, שכן הרשלנות המיוחסת לה בוצעה כלפי המשקיעים ולא כלפי החברות, כך שהניזוקים הם המשקיעים בעוד שהחברות נהנו מכספם של המשקיעים.

65. בקשת הסילוק התקבלה על ידי בית המשפט המחוזי בפסק דין (חלקי) קצר. וכך נאמר:

> "[...] אין מנוס ממחיקת התביעה נגד [המשיבה], משום שנראה כי [המערערות] מבקשות לריב את ריבם של המשקיעים ככל שמדובר בטענות נגד המבקשת הנזכרות בכתב התביעה שעיקרן מצג שווא וחיווי דעה רשלנית אשר הטעו את המשקיעים [...]
>
> מכתב התביעה עולה כי עו"ד ארז חבר מונה כמפרק של [המערערות] [...] ולא נטען, כי [המערערות] פועלות או מייצגות את המשקיעים. על כן, נראה כי אפילו יוכיחו [המערערות] את המעשים והמחדלים המיוחסים [למשיבה], לא יזכו בסעד הכספי הנתבע משום שככל שנגרם נזק כלשהו מהמעשים והמחדלים המיוחסים [למשיבה], ואיני מביע עמדה בעניין זה, נזק זה נגרם למשקיעים ולא [למערערות]. בעניין זה, אין לי אלא להצטרף לאמור בפסק הדין בעניין בטר פלייס [...]" (פסקה 2 לפסק הדין).

בית המשפט המחוזי הוסיף כי אינו רואה לדון בטענת המשיבה הנסמכת על הכלל של "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה" במסגרת בקשת ביניים, בהינתן שהחלת הכלל במקרה דנן אינה נקייה מספקות ומצריכה בירור משפטי ועובדתי לא פשוט.

66. בערעור שלפנינו, המערערות טוענות כי השאלה אם המשיבה התרשלה ואם התרשלות זו הובילה לקריסת החברות, מקומה להתברר בשלב הראיות; כי הנזק הנתבע הוא נזקן של החברות, שלא עמדו בהתחייבויותיהן והגיעו לכדי פירוק, ונזק זה גולגל אל כתפי הנושים; כי רואה החשבון המבקר חב חובת זהירות כלפי החברה; כי בכתב התביעה נכללו טענות כלפי המשיבה, שאם תוכחנה יהיה בכוחן להעניק למערערות את הסעד המבוקש על ידן; וכי התביעה אינה מבקשת לריב את ריבם של המשקיעים. עוד נטען כי לא היה מקום להתבסס על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין בטר פלייס, שכן מדובר בפסק דין מחוזי, שערעור עליו תלוי ועומד, מה עוד שמדובר בעילות תביעה שונות בשני המקרים, והערעור שם נדחה בשל טעם קונקרטי המתייחס לכתב התביעה שהוגש שם. כן נטען כי יש לאפשר למפרק לתבוע עבור נושי החברה, והותרת פסק דינו של בית משפט קמא על כנו תוביל למצב בלתי רצוי שבו כל משקיע יגיש תביעה עצמאית. לבסוף, במישור הדיוני, נטען כי שגה בית משפט קמא בכך שהאריך את המועד להגשת

כתב הגנה עד לאחר בירור בקשת הסילוק, וזאת אף מבלי שאפשר למערערות להשיב לבקשה להארכת מועד; וכי ככל שכתב התביעה לא היה ברור דיו, היה על בית המשפט לאפשר תיקון של כתב התביעה.

67. המשיבה, מנגד, אינה חולקת על חובתו של רואה חשבון מבקר כלפי החברה, אלא טוענת כי תביעת המערערות מתבססת על טענה בגין מצגי שווא רשלניים שבוצעו כלפי המשקיעים, והנזק הוא אובדן השקעתם של המשקיעים. לעומת זאת, אין בכתב התביעה טענה לנזק שנגרם לחברות עצמן, ואילו טענת המערערות כעת, בשלב הערעור, כי רשלנות המשיבה הביאה לקריסת החברה, מהווה הרחבת חזית. כן הפנתה המשיבה לפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין בטר פלייס, כתימוכין לטענתה שהנזק הנטען נגרם למשקיעים ולא למערערות. לבסוף, המשיבה טוענת כי עומדת לה עילה נוספת לסילוק התביעה על הסף ("מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה"); וכי אין מקום להתיר למערערות לתקן את כתב תביעתן, שכן הן לא ביקשו זאת בגדרו של ההליך בבית משפט קמא.

68. לאחר עיון בפסק דינו של בית משפט קמא ובטענות הצדדים בערעור על נספחיהן, לרבות כתבי הטענות שהוגשו לבית משפט קמא; לאחר שמיעת טענותיהם בדיון שהתקיים לפנינו; ולנוכח האמור לעיל לגבי הערעור בעניין בטר פלייס בסוגיית התביעה נגד רואי החשבון המבקרים – אני סבור כי דין הערעור להתקבל. אפרט בקצרה.

69. הטענות נגד המשיבה בכתב התביעה נפתחות בטענה כי רשלנותה והפרת חובות חקוקות על ידה הובילו לכך "שלא שיקפו את מצב [המערערות] לאשורו, באופן בו משקיע סביר יוכל לדעת בטרם השקעתו [במערערות] מהו מצבן הכלכלי האמיתי" (סעיף 178 לכתב התביעה, ההדגשה הוספה). עיון ביתר הטענות מעלה כי רבות מהן אכן מתמקדות בהשפעת רשלנותה של המשיבה על ציבור המשקיעים, להבדיל מהשפעה על החברות עצמן (בין היתר: סעיפים 179, 180, 182, 191, 193, 199, 200, 202 לכתב התביעה).

לצד זאת, כתב התביעה כולל טענות להתרשלות מצדה של המשיבה בשורה של נושאים, מבלי להתייחס לנזק שנגרם בעטיה ולמי הוא נגרם (בין היתר: סעיפים 181, 184, 185, 187, 188, 197, 198, 201 לכתב התביעה). בנוסף, אפנה לסעיף 204 לכתב התביעה, שבו נטען כלפי המשיבה כי היתה מודעת לכך שישנה יתרת חוב לבעלי השליטה בסך של 17.3 מיליון ₪ בדוחות הכספיים לשנת 2013, המורכבת ממשיכות כספים בשיעור של כ-15% ממשיכות הכספים מקלע, וכי המשיבה היתה מודעת לכך שכספים אלו מיועדים לצרכיו הפרטיים של אמיר ברמלי, הנתבע 1 בכתב התביעה (לפי המתואר

בכתב התביעה, ברמלי ייסד את אשכול החברות, שימש כמנכ"ל הקבוצה ושימש כדירקטור ברוביקון).

בסוף פרק הטענות נגד המשיבה בכתב התביעה, נטען כי "בכל אלה זנחה [המשיבה] את תפקידה ואחריותה לפקח על הנהלת החברה ולמנוע ממנה מלפגוע הן בחברה והן באלו הנסמכים עליה – ובמקרה דנן – ציבור המשקיעים" (סעיף 205 לכתב התביעה, הדגשה הוספה).

70. לנוכח האמור, והגם שניכר מכתב התביעה כי המערערות שמו את הדגש בטענותיהן על הזיקה שבין רשלנותה הנטענת של המשיבה לבין הנזק שנגרם למשקיעים, אין לומר כי כתב התביעה נעדר כל התייחסות למישור היחסים שבין המשיבה לחברות עצמן. בנסיבות אלו, יש קושי לקבוע שהתביעה "אינה מגלה ולו צל של עילה", ובראי ההלכות לגבי סילוק על הסף מחמת העדר עילה והזהירות שעל בית המשפט לנקוט בטרם יורה על מחיקה (ראו בפסקה 32 לעיל), אני סבור כי לא היה מקום להורות על סילוק התביעה על הסף בשלב ובאופן שבו הדבר נעשה במקרה דנן. יובהר, עם זאת, בדומה להערתי בעניין בטר פלייס לעיל, כי אין באמור משום הבעת עמדה לגבי תוחלת הטענות המועלות נגד המשיבה ולגבי התקיימותם של הרכיבים הנדרשים לצורך ביסוס התביעה נגדה (ראו לעיל בפסקה 59 סיפא).

המערערות, שככל הנראה היו ערות לכך שייתכן שכתב התביעה טעון תיקון, טענו בשולי סיכומיהן בערעור כי ככל שכתב התביעה אינו ברור דיו, היה על בית משפט קמא לאפשר את תיקונו. ברם, המערערות לא הגישו לבית משפט קמא כל בקשה לתיקון כתב התביעה, אף לא התייחסו לכך במסגרת תשובתן לבקשה לסילוק על הסף. חלף זאת, המערערות העלו אפשרות זו לראשונה בשלב הערעור, ואף זאת "בשולי הדברים" בסעיף האחרון לסיכומיהן, ומבלי לפרט כלל מהו התיקון המבוקש. בנסיבות אלו איני רואה להתייחס לטענה זו. ככל שהמערערות תמצאנה לנכון להגיש לבית משפט קמא בקשה לתיקון כתב התביעה, זו תובא להכרעתו ואיני מביע כל עמדה בדבר.

לנוכח תוצאה זו, איני רואה להידרש לטענת הסף של המשיבה בדבר תחולתו של הכלל "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה" במקרה דנן. בית משפט קמא לא נדרש לכך במסגרת פסק דינו, ומשכך הערעור דנן אינו המקום לעשות כן לראשונה.

71. אין להמעיט במחדלי המערערות ואין להמעיט בחשיבות הכלי של סילוק תביעה על הסף מכוח כלל שיקול הדעת העסקי. עם זאת, ההליך שלפנינו הוא חריג בהינתן שבית המשפט סילק על הסף, ביוזמתו, תביעה שטרם הוגש בה כתב הגנה, מבלי שניתנה למערערות הזדמנות להגיש כתב תביעה מתוקן, ובנושאים שבית המשפט עצמו ציין כי הם עדיין "בשלבי התפתחות במשפט הישראלי" (פסקה 76 לפסק הדין). משכך, התוצאה האופרטיבית בשני הערעורים היא כמפורט להלן.

72. ע"א 7829/18 (עניין בטר פלייס) – הערעור מתקבל בחלקו, במובן זה שהתיק יוחזר לבית המשפט המחוזי לצורך בחינת הטענה בדבר אי הפעלת שיקול דעת עצמאי, ויתאפשר למערערות להגיש בקשה לתיקון כתב התביעה בנקודות הרלוונטיות (כמפורט בפסקאות 51-53 ו-60 לעיל), וזאת בתוך 30 יום מיום מתן פסק דיננו.

בית המשפט רשם לפניו את דברי בא כוח המערערות שנאמרו במהלך הדיון, כי בעקבות פסק דינו של בית משפט קמא, ייתכן שחלק מהנתבעים בכתב התביעה המקורי לא יכללו בכתב התביעה החדש, אם וכאשר יוגש.

אין בהחזרת הדיון לבית המשפט המחוזי משום הבעת עמדה לגבי המתווה הדיוני הרצוי, קרי – אם לבחון מחדש את הנקודות שבגינן הוחזר התיק לבית המשפט המחוזי במסגרת המשך דיון בבקשה לסילוק על הסף, אם לאו; ואם לעשות כן לאחר שיוגשו כתבי הגנה או לפני כן, בהתאם להלכת בובליל (רע"א 10227/06 בובליל נ' אינדיג (5.2.2007)). בית המשפט המחוזי יבחן את הדברים ויקבע את מתווה הדיון כחכמתו.

73. ע"א 3860/19 (עניין רוביקון) – הערעור מתקבל, במובן זה שההחלטה לסלק על הסף את תביעת המערערות נגד המשיבה - מבוטלת, והתיק יוחזר לבית המשפט המחוזי.

74. לבסוף, אחזור ואבהיר כי אין בהחזרת הדיון בשני הערעורים לערכאות קמא משום הבעת עמדה לגופן של התביעות או תוחלתן, והוא הדין לגבי הבקשות לתיקון כתב תביעה, ככל שתוגשנה.

סוף דבר, ששני הערעורים מתקבלים כאמור לעיל. בהינתן שאופן ניסוח כתבי התביעה, בשני התיקים, תרם את תרומתו להשתלשלות הדיונית, ובהינתן התוצאה של

המשך ההליכים בבתי המשפט המחוזיים, אציע לחבריי שלא ייעשה צו להוצאות בגין ערעורים אלה.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ד' מינץ:

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, ז' באדר א התשפ"ב (8.2.2022).

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט