תנ"ג 36670-01-22 דה לנגה נ' אטרקצ'י ואח'
תנ"ג 52077-03-22 פרימק נ' אאורה השקעות בע"מ ואח'

לפני כבוד השופט יעקב שרביט

המבקשים:
1. אורן דה לנגה
2. ד"ר הראל פרימק
ע"י ב"כ עוה"ד ס' אליאס, א' חיימוביץ, י' שפיגלמן וע' עידו

נגד

המשיבים:
1. יעקב אטרקצ'י
ע"י ב"כ עוה"ד רון ברקמן, ג' פורת ורועי ברקמן

2. אאורה השקעות בע"מ
3. אאורה ישראל - יזמות והשקעות בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד ר' קליר וע' קפלן

4. פרויקט הקריה אבן על אבן בע"מ
5. ס.י אבן החברה החדשה בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד רון ברקמן, ג' פורת ורועי ברקמן

החלטה

לפניי בקשה לאישור תביעה נגזרת לפי סעיף 198 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: "**חוק החברות**" או "**החוק**"), שהוגשה בטענה לניצול הזדמנות עסקית של המשיבות 2 ו-3, אאורה השקעות בע"מ (להלן: "**החברה**") ואאורה מחדשים את ישראל בע"מ (להלן: "**אאורה מחדשים**"), בהתאמה. הבקשה הוגשה נגד המשיב 1, מר יעקב אטרקצ'י, שהיה בתקופה הרלוונטית לבקשת האישור ועודנו בעל השליטה במשיבות 2 ו-3, המנכ"ל של שתי החברות ודירקטור באאורה מחדשים (להלן: "**מר אטרקצ'י**"), ונגד המשיבות 4 ו-5, שהן שתי חברות בבעלותו המלאה של מר אטרקצ'י (להלן: "**חברת הפרויקט**" ו"**ס.י החדשה**", בהתאמה).

I. הרקע הרלוונטי לבקשת האישור, השתלשלות ההליך ותמצית טענות הצדדים

א. הרקע הרלוונטי לבקשת האישור

א.1 ההסכמים שנחתמו בין החברה, מר אטרקצ'י והחברות שבבעלותו

1. החברה היא חברה ציבורית העוסקת בתחום הנדל"ן. החברה מחזיקה בפרויקטים בישראל באמצעות אאורה מחדשים, שהיא חברה פרטית בבעלותה המלאה, ובאמצעות חברות בת נוספות.

2. בשנת 2007 התקשרה החברה בהסכם שותפות עם מר אטרקצ'י ועם ס.י אבן יזמות בע"מ (להלן: "**ס.י אבן**"), שהיתה חברה בבעלותו המלאה של מר אטרקצ'י ועסקה בתחום הנדל"ן (להלן: "**הסכם 2007**"). בהתאם להסכם העבירה החברה לס.י אבן 40% ממניות אאורה מחדשים, כך שהחברה נותרה בעלים של 60% ממניות אאורה מחדשים; מר אטרקצ'י מונה למנכ"ל אאורה מחדשים; והכל תוך שהוסכם על הצדדים שכל פעילות חדשה בתחום הנדל"ן

בישראל תופנה על ידם לביצוע באמצעות אאורה מחדשים בלבד (למעט חריג שאפשר לס.י אבן לבצע פרויקטים ששווים לא יעלה על 2 מיליון דולר).

3. בחלוף הזמן נקלעה החברה לקשיים כלכליים. ביום 6.12.2011 אישר בית משפט של חדלות פירעון את בקשת החברה למתן צו להקפאת הליכים ומינה לה נאמנים לצורך גיבוש הסדר נושים. ביום 29.3.2012 אישר בית המשפט את הסדר הנושים שגובש, במסגרתו התקבלה הצעתה של ס.י אבן לרכוש את השליטה בחברה בתמורה לכך שתזרים לה כספים שונים (להלן: "**הסדר הנושים**"). במסגרת הסדר הנושים העבירה ס.י אבן לחברה את מניותיה באאורה מחדשים, בעוד ש-99.9% ממניות החברה הוקצו לס.י אבן. עוד נקבע בהסדר הנושים כי ס.י אבן לא תתחרה בפעילותן של החברה ואאורה מחדשים כל עוד היא בעלת השליטה בהן, וכי אאורה מחדשים לא תשנה את תחום פעילותה, שהוגדר ככולל את כל סוגי פעילויות הנדל"ן בישראל.

4. בתחילת שנת 2013 פנה לחברה הנאמן על אגרות החוב שלה בטרוניה אודות פעילות בנייה למגורים בישראל המבוצעת על ידי ס.י אבן. בעקבות פניה זו, ולאחר דין ודברים עם מחזיקי אגרות החוב של החברה, נחתם הסכם למיתוג משותף ותיחום עסקים בין החברה לבין ס.י אבן (להלן: "**הסכם 2013**"). בהסכם 2013 הוסכם שהפרויקטים של ס.י אבן ושל אאורה מחדשים ימותגו במשותף תחת אאורה מחדשים, וזאת כדי לחזק את המוניטין שלה על ידי שימוש במוניטין של ס.י אבן והצגת הפרויקטים שהאחרונה השלימה ומקימה כחלק מפעילותה של אאורה מחדשים. עוד הוסכם כי ס.י אבן תסיים להקים את הפרויקטים הקשורים אליה, בסך כולל של 200 יחידות דיור, וכי בגין המיתוג המשותף היא תעביר לחברה תשלום בשיעור של 1% ממחיר המכירה של כל יחידת דיור (כאשר תמורה זו תשולם למחזיקי אגרות החוב על חשבון חובה של החברה). בנוסף, בסעיף 2.1.2 לדיווח החברה מיום 3.6.2013 על זימון אסיפת בעלי המניות לצורך אישור הסכם 2013 (נספח 23 לתשובת החברה, בעמ' 462 לנומרטור; להלן: "**הדיווח על זימון האסיפה לאישור הסכם 2013**"), צוין כחלק מתיאור עיקרי ההסכם כי "**במסגרת ההסכם... מתחייבים ס.י אבן ומר יעקב אטרקצ'י, כי כל עוד מצויה החברה תחת שליטתו של מר אטרקצ'י, לא יבוצעו עסקאות חדשות לבניית פרוייקטים חדשים בתחום הבניה למגורים בישראל**". הסכם 2013 לא הוצג בפניי והצדדים חלוקים לגבי הוראותיו, ובפרט לגבי השאלה האם מר אטרקצ'י היה צד להסכם. מחלוקת זאת נובעת, בין היתר, מכך שבהחלטות ועדת הביקורת והדירקטוריון שאישרו את הסכם 2013, נכללו נוסחים שונים של הוראת תיחום העיסוקים אשר אינם תואמים את הנוסח שצוטט לעיל מתוך הדיווח על זימון האסיפה לאישור הסכם 2013.

5. ביום 26.5.2013 אושר הסכם 2013 בישיבת ועדת הביקורת של החברה כעסקת בעל עניין בין ס.י אבן לחברה (פרוטוקול הישיבה צורף כנספח 20 לתשובת אטרקצ'י), וביום 29.5.2013 הוא אושר בדירקטוריון החברה (נספח 21 לתשובת אטרקצ'י). ביום 8.7.2013 הובא הסכם 2013

לאישור האסיפה הכללית לפי סעיף 275(א) לחוק החברות, "**למשך תקופה בת שלוש שנים החל ממועד אישור האסיפה**", ואושר בתמיכת קולותיהם של כל בעלי המניות שאינם בעלי עניין באישורו (לדיווח על תוצאות האסיפה ר': שם, בנספח 24). כעולה מהדיווח על זימון אסיפת בעלי המניות לאישור הסכם 2013 (שם, בנספח 23), במועד הזימון היה מר אטרקצ'י דירקטור בחברה, מנהלה הכללי וכן בעל השליטה בה, כאשר במועד זה שיעור אחזקותיו בחברה (במישרין ובאמצעות ס.י אבן) עמד על כ-84% (שם, בסעיף 3 שבעמ' 949 לנומרטור).

6. בימים 3.2.2014 ו-6.3.2014 דיווחה החברה כי התקשרה בהסכם לפיצול ומיזוג נכסים ולרכישת מניות עם מר אטרקצ'י, ס.י אבן וס.י החדשה (להלן: "**הסכם 2014**"). בהסכם 2014 הוסכם שנכסי ס.י אבן, לרבות אחזקותיה בחברה, יועברו לס.י החדשה, וזאת למעט זכויות בארבעה פרויקטים של נדל"ן למגורים שיוותרו בידי ס.י אבן. עוד הוסכם שלאחר הפיצול יועברו מלוא מניותיה של ס.י אבן ממר אטרקצ'י לבעלות החברה, וזאת בתמורה למניות החברה שיוקצו למר אטרקצ'י. הסכם 2014 אושר ביום 11.3.2014 באסיפות מחזיקי אגרות החוב ובאסיפת בעלי המניות של החברה, וביום 25.3.2014 דיווחה החברה כי ההסכם נכנס לתוקף משהתקיימו כל התנאים המתלים שנקבעו בו.

<u>א.2 רכישת הזכויות במקרקעין מושא בקשת האישור על ידי מר אטרקצ'י</u>

7. ביום 30.11.2017 פרסמה רשות מקרקעי ישראל הזמנה להציע הצעות במכרז מס' תא/347/2017 לחכירת חמישה מתחמי קרקעות בקריית אונו (להלן: "**המכרז**").

8. מר אטרקצ'י הגיש הצעה במכרז לרכישת מתחם ה', בשטח של 13,699 מ"ר באזור צומת סביון שבקרית אונו, שהיה ידוע באותה העת כמגרשים 91-92 ויועד למסחר ותעסוקה, וזאת לפי תוכנית קא/300/2 (להלן: "**המקרקעין**" ו"**התכנית**"). הצעתו של מר אטרקצ'י הוגשה באמצעות חברת הפרויקט, חברה נוספת בבעלותו המלאה של מר אטרקצ'י שמניותיה הוחזקו תחילה בנאמנות עבורו ונקראה באותו מועד "דורון אריאל – ייזום והשקעות (2017) בע"מ".

9. ביום 23.5.2018 פורסמו תוצאות המכרז, במסגרתו זכתה הצעתה של חברת הפרויקט לחכירת המקרקעין, וזאת תמורת סך של 57,107,777 ש"ח בתוספת מע"מ. לאחר זכייתה של חברת הפרויקט במכרז והשלמת רכישת הזכויות במקרקעין (להלן: "**עסקת המקרקעין**" או "**העסקה**"), הועברו מלוא מניותיה של חברת הפרויקט לבעלות ס.י החדשה, שמה שונה לשמה הנוכחי ומר אטרקצ'י מונה כמנכ"ל וכדירקטור היחיד בה.

10. ביום 8.8.2018 חתמה חברת הפרויקט על הסכם במסגרתו התחייבה לבנות במקרקעין קמפוס אקדמי חדש ולהשכירו לתקופה ארוכה לקריה האקדמית אונו (להלן: "**הסכם השכירות**" ו"**אונו**"). בהמשך לכך הגישה חברת הפרויקט תכנית מפורטת לאישור הוועדה המקומית לתכנון ובנייה בקריית אונו (תכנית מס' 508-0735159), לשם איחוד שני המגרשים במקרקעין

וביצוע שינויים תכנוניים עבור השימוש בהם כמכללה, ותכנית זו אושרה להפקדה בתנאים ביום 31.3.2019. לאחר מכן הגישה חברת הפרויקט בקשה לקבלת היתר לביצוע עבודות בניה שונות, וזה ניתן לה ביום 30.9.2019.

11. ביום 26.5.2020, ובטרם החלה חברת הפרויקט בבניית הקמפוס החדש עבור אונו, נחתם הסכם במסגרתו מכרה חברת הפרויקט את זכויותיה במקרקעין לצד שלישי (קבוצת תדהר והראל), וזאת בתמורה לסך של 100,000,000 ש"ח בתוספת מע"מ.

<u>ב. הגשת הבקשה לגילוי מסמכים לפני בקשת האישור והשתלשלות ניהול ההליכים דנן</u>

12. ביום 3.6.2020 הגיש המבקש 1 (מר דה לנגה) בקשה לגילוי ועיון במסמכים של החברה לפי סעיף 198א לחוק החברות (תנ"ג 9189-06-20 ; להלן: "**הבקשה לגילוי**"), בגדרה התבקשו מסמכים שתכליתם להתחקות אחר השאלה האם החברה בחנה את האפשרות להשתתף בעצמה במכרז והאם מר אטרקצ'י פנה לחברה בקשר למכרז. הבקשה לגילוי היתה בקשה סדורה ומפורטת (שהחזיקה 27 עמודים לא כולל נספחים), במסגרתה נטען כי בביצוע עסקת המקרקעין באמצעות חברת הפרויקט הפר מר אטרקצ'י את חובת האמון שהוא חב לחברה, בכך שניצל הזדמנות עסקית שלה בניגוד לאיסור הקבוע בסעיף 254(א)(3) לחוק החברות.

13. בתשובתה הקצרה של החברה לבקשה לגילוי מיום 2.8.2020, טענה החברה כי דין הבקשה להידחות מן הטעם שאין בידיה את המסמכים המבוקשים, תוך שהבהירה כי היא מעולם לא שקלה להשתתף במכרז ולרכוש את הזכויות במקרקעין, ואף לא היתה בקשר עם מר אטרקצ'י בנוגע למקרקעין. לצד זאת, טענה החברה בתמצית כי לכל הפחות מאז שנת 2012, אז עברה השליטה בחברה למר אטרקצ'י במסגרת הסדר הנושים, היא עוסקת בתחום הבניה למגורים. עוד נטען כי בהתאם מני אז החברה לא שקלה ולא רכשה מקרקעין שהיעוד העיקרי שלהם הוא מסחר ותעסוקה כמו המקרקעין דנן.

14. לאור עמדת החברה כי אין בידיה את המסמכים המבוקשים, ביום 24.9.2020 ניתן פסק דין אשר קיבל בקשה משותפת שהגישו המבקש 1 והחברה למחיקת הבקשה לגילוי.

15. ביום 17.1.2022 הוגשה הבקשה לאישור תביעה נגזרת בתנ"ג 36770-01-22 על ידי המבקש 1 (להלן: "**בקשת דה לנגה**"), במסגרתה הועלו טענות זהות במהותן לאלו שנטענו בבקשה לגילוי.

16. ביום 23.3.2022, עוד בטרם הגיע המועד להגשת התשובה לבקשת דה לנגה, הוגשה הבקשה בתנ"ג 52077-03-22 על ידי המבקש 2 (להלן: "**בקשת פרימק**"), אשר גם בה הועלו טענות דומות נגד התנהלותו של מר אטרקצ'י בביצוע עסקת במקרקעין.

17. בהודעה מיום 11.4.2022 הודיעו המבקשים כי הגיעו להסכמות בדבר ניהול משותף של ההליכים, ובהתאם ביקשו את אישור בית להגשת בקשת אישור מתוקנת ומאוחדת. בהחלטתי

מיום 1.5.2022, ולאחר שהמשיבים השאירו את ההכרעה בבקשה לשיקול דעת בית המשפט, נעתרתי לבקשה זו.

18. בקשת האישור המתוקנת והמאוחדת הוגשה ביום 31.5.2022 (להלן: "**בקשת האישור**"); תשובות המשיבות 2-3 הוגשה ביום 25.10.2022 (לעיל ולהלן: "**תשובת החברה**") ותשובת המשיבים 1, 4 ו-5 הוגשה ביום 6.11.2022 (לעיל ולהלן: "**תשובת אטרקצ'י**"); וביום 28.2.2023 הוגשה תגובה (מאוחדת) של המבקשים לתשובות המשיבים לבקשת האישור (להלן: "**תגובת המבקשים**").

19. ביום 16.3.2023 הגישו המשיבים 1, 4 ו-5 בקשה למחיקת סעיפים מתגובת המבקשים, בטענה כי בתגובה הועלו טענות ונימוקי תביעה חדשים שלא הופיעו בבקשת האישור (להלן: "**בקשת המחיקה**").

20. ביום 23.3.2023, בטרם הוגשה התשובה לבקשת המחיקה, הגישו הצדדים בקשה לאישור הסדר דיוני, במסגרתו הוסכם כי למשיבים תינתן רשות להגשת תשובות משלימות לתגובת המבקשים, וכי לאחר מכן יהיה המבקשים רשאים להגיש תגובה משלימה לתשובות המשלימות (להלן: "**ההסדר הדיוני**"). בהחלטתי מאותו היום נעתרתי לבקשה תוך מתן תוקף של החלטה להסדר הדיוני.

21. בהתאם, ביום 23.7.2023 הגישו המשיבים את תשובותיהם המשלימות (להלן: "**תשובת החברה המשלימה**" ו"**תשובת אטרקצ'י המשלימה**"); וביום 6.11.2023 הוגשה תגובתם המשלימה של המבקשים לתשובות המשלימות.

22. דיון בהליך התקיים ביום 29.11.2023, במסגרתו השלימו הצדדים את טענותיהם בעל-פה והשיבו לשאלות ממוקדות של בית המשפט. בדיון הסכימו הצדדים לוותר על חקירות המצהירים.

23. בהמשך לדיון, ביום 13.12.2023 הודיעו הצדדים כי הסכימו להפנות את ההליך לגישור. על אף קיומן של מספר ישיבות גישור, ביום 31.7.2024 הודיעו הצדדים כי הליך הגישור לא צלח.

ג. תמצית טענות הצדדים

ג.1 טענות המבקשים בבקשת האישור

24. לטענת המבקשים, מדוחותיה הכספיים של החברה, מדיווחיה ומעסקאות שונות שביצעה, עולה כי תחום פעילותה כולל את כל סוגי פעילויות הנדל"ן בישראל, הן נדל"ן למגורים, הן נדל"ן מניב. זאת, לרבות פעילות בקשר לנדל"ן בייעודים של מסחר ותעסוקה; רכישת זכויות במכרזים של רשות מקרקעי ישראל; וביצוע עסקאות בנוגע למקרקעין באזור קריית אונו וצומת סביון, שבו מצויים המקרקעין מושא העסקה. משכך, טוענים המבקשים כי עסקת

המקרקעין היתה הזדמנות עסקית בתחום פעילותה של החברה, שמר אטרקצ'י, שהיה ועודנו הגורם המרכזי והמשמעותי ביותר בחברה, ניצל שלא כדין באופן אישי ובכך הפר את חובת האמון שהוא חב כלפי החברה. כן נטען כי התנהלות זו עלתה גם כדי הפרת חובת ההגינות בה חב מר אטרקצ'י כבעל השליטה בחברה, מכח סעיף 193(א) לחוק החברות, כמו גם מקימה עילת תביעה לחברה מכח חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: "**חוק עשיית עושר**").

25. עוד נטען כי בעשותו כן הפר מר אטרקצ'י את הוראות תיחום הפעילות שנקבעו בהסכם 2007, בו הוסכם כי כל פעילות נדל"ן חדשה בישראל תופנה לחברה; כמו גם את הוראות הסדר הנושים, בו נקבע כי מר אטרקצ'י לא יתחרה בפעילותן של החברה והחברות שבבעלותה, שהוסכם כי כוללת את כל סוגי פעילויות הנדל"ן בישראל.

26. כן טענו המבקשים כי בעת שחברת הפרויקט הגישה את הצעתה במכרז, היה מר אטרקצ'י מודע לכוונתה של עיריית קריית אונו לאשר הקמה של קמפוס חדש לאונו במקרקעין. זאת, כעולה לפי הנטען מממצאי חקירה סמויה שבוצעה לבקשת המבקשים; ממצאי תחקיר עיתונאי שנערך; ומפעולות שביצע מר אטרקצ'י בסמוך לאחר ביצוע עסקת המקרקעין.

27. המבקשים הוסיפו וטענו כי ביום 12.1.2022 (טרם הגשת בקשת דה לנגה) פנה המבקש 2 לחברה בפניה מוקדמת בקשר לאירועים מושא ההליך, כדרישת סעיף 194 לחוק החברות (להלן: "**מכתב הדרישה**"). בהמשך לכך נטען כי בתשובתה למכתב, מיום 27.2.2022, הסתפקה החברה במענה בו צוין כי לאור הגשת בקשת דה לנגה ותשובת החברה שתוגש בה, ברי כי מכתב הדרישה התייתר. בנסיבות אלה, נטען כי אין מניעה מהגשת בקשת האישור בהתאם להוראות סעיף 197 לחוק החברות. עוד נטען כי בנסיבות העניין רשאים המבקשים להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת מרובה בשם אאורה מחדשים, שכן זו מצויה בבעלותה המלאה של החברה.

28. כמו כן, המבקשים סבורים שהתביעה וניהולה הן לטובת החברה, בשים לב לכך שקבלתה תוביל למיצוי הדין עם בעל השליטה בחברה, להעשרת קופתה ולקידום אכיפת נורמות של ממשל תאגידי תקין במוסדות החברה. כן נטען כי המבקשים פועלים בתום לב, שכן בקשת האישור לא נועדה להשיג מטרות אישיות של המבקשים אלא מבקשת לקדם את טובתה של החברה.

29. לבסוף, טענו המבקשים שמר אטרקצ'י, חברת הפרויקט וס.י החדשה חבים בפיצוי החברה בגין הנזק שנגרם לה בדמות הרווח שהפיקו ממכירת המקרקעין, העומד על סך נומינלי של כ-43 מיליון ש"ח (הזכויות במקרקעין נרכשו בכ-57 מיליון ש"ח ונמכרו בעבור 100 מיליון ש"ח).

ג.2 טענות המשיבים בתשובות לבקשת האישור

30. לטענת המשיבים, לחברה תחום פעילות מרכזי אחד והוא בניה ומכירת נדל"ן למגורים, כעולה באופן עקבי מדיווחי החברה בתקופה שמלאחר אישור הסדר הנושים בשנת 2012 ועד היום ומאתר האינטרנט שלה. זאת, בהמשך להחלטת החברה בשנת 2012 להרחיב את היקף פעילותה

בישראל ולמקדו לתחום הנדל"ן למגורים (ולצמצם את פעילותה בתחום הנדל"ן בחו"ל). בתוך כך, צוין כי כאשר החברה ביקשה להרחיב את תחומי פעילותה בישראל מעבר לתחום הנדל"ן למגורים, כגון לתחום הדיור להשכרה בשנת 2016 ולתחום של נדל"ן מניב מסחרי (במסגרת פרויקטים של בניה למגורים) בשנת 2021, הדבר נעשה על פי החלטות דירקטוריון ייעודיות בדבר כניסה לתחום הפעילות הנוסף. בהמשך לכך, נטען כי העובדה שבמסגרת פרויקטים של בניה למגורים בונה החברה גם שטחים למסחר ותעסוקה, ככלל על פי דרישת רשויות התכנון כתנאי להקמת בנייני מגורים, אינה מלמדת כי חלק מתחומי פעילותה כוללים ייזום ובנייה של נדל"ן לתעסוקה ולמסחר. כך, נטען כי שטחי המסחר והתעסוקה שנבנים בכל פרויקט הם טפלים וזניחים בהשוואה לשטחי הבניה למגורים, וכי בפרויקטים רבים אף נעשית בניה למגורים בלבד. כן הודגש כי מומחיות קבוצת אאורה היא בתחום הבניה למגורים בכלל ובתחום ההתחדשות העירונית בפרט, בעוד שפעילות בתחום הנדל"ן למסחר דורשת מומחיות וניסיון שאין לחברה. לפיכך, נטען כי משעה שעסקת המקרקעין, שייעודם היה למסחר ותעסוקה, נופלת מחוץ לתחום פעילותה של החברה בבניה ומכירת נדל"ן למגורים, ברי כי לא מדובר בניצול הזדמנות עסקית של החברה.

31. עוד טענו המשיבים כי גם ללא קשר לתחומי פעילותה של החברה, הסכם 2013 היווה הסדר תיחום פעילות בין החברה לבין מר אטרקצ'י, שהתחייב במסגרתו כי כל עוד יישאר בעל השליטה בחברה הוא ימנע מלפעול בתחום הבניה למגורים בישראל. בהתאם, מר אטרקצ'י היה רשאי לבצע עסקאות בתחומים אחרים שלא נכללו בהסכם 2013, ובכלל זאת רכישת מקרקעין שייעודם תעסוקה ומסחר, לגביהם הסכימה החברה שלא מדובר בהזדמנויות עסקיות השייכות לה ואשר על מר אטרקצ'י להפנות אליה. בהקשר זה, צוין כי הגם שס.י אבן הפכה בשנת 2014 לחברה בבעלותה המלאה של החברה, הסדר התיחום בהסכם 2013 המשיך לחול ביחסים שבין החברה לבין מר אטרקצ'י, כפי שהובהר על ידי החברה בדוחותיה הכספיים למן שנת 2016 (נספחים 39-40 לתשובת החברה), בהם צוינה התחייבותו של מר אטרקצ'י כלפי החברה כי "**כל עוד היא מצויה בשליטתו לא תבוצע על ידו פעילות מסחרית לבנייה ושיווק של פרוייקטים חדשים בתחום הבניה למגורים בישראל**" (להלן: "**התחייבות מר אטרקצ'י**").

32. כן טענו המשיבים שאין ממש בניסיון של המבקשים להסתמך על הסכם 2007, שהפך בלתי רלוונטי עם שינוי מבנה האחזקות באאורה מחדשים בשנת 2012 והחלפתו בהסדר הנושים ובהמשך בהסכם 2013. הוא הדין לעניין הסתמכות המבקשים על הסדר הנושים, שהוראות התיחום בו הוחלפו בהוראות הסכם 2013, מה גם שממילא הסדר הנושים הסתיים לאחר שביום 31.8.2016 פדתה החברה את כל אגרות החוב לפי ההסדר.

33. המשיבים הוסיפו וטענו כי בנסיבות העניין חל כלל שיקול הדעת העסקי על החלטת החברה שלא לתבוע את מר אטרקצ'י, שכן החלטה זו התקבלה על ידי הדירקטוריון בתום לב, בהיעדר

ניגוד עניינים ובאופן מיודע, ותוך הקמת ועדה מיוחדת שייעצה לדירקטוריון והסתייעה בקבלת חוות דעת מגורם משפטי ניטרלי. כך, לאחר משלוח מכתב הדרישה על ידי המבקש 2 (ד"ר פרימק) והגשת בקשת דה לנגה בסמוך לכך, התכנס דירקטוריון החברה, המורכב כולו מדירקטורים חיצוניים ודירקטורים בלתי תלויים, והסמיך את חברי ועדת הביקורת כוועדה מיוחדת שתבחן את בקשת האישור. ועדת הביקורת, לאחר שהוצגה לה חוות דעת משפטית של פרופ' אהוד קמר, מומחה לדיני תאגידים, שבחן את הבקשה והגיע למסקנה כי לא עומדת לחברה עילת תביעה בעניין (להלן: "**חוות הדעת**"), המליצה לדירקטוריון לקבל את מסקנות חוות הדעת ולא להגיש תביעה כאמור, ובהמשך לכך החליט הדירקטוריון לאמץ את המלצות ועדת הביקורת.

34. כמו כן, נטען כי המבקשים לא עמדו בדרישה לבצע פניה מוקדמת לחברה, שכן בקשת דה לנגה הוגשה ללא פניה מוקדמת; ובתקופה שבה נשלח מכתב הדרישה של המבקש 2 כבר היתה החברה חייבת להשיב לבקשת דה לנגה, וממילא לא היה מקום להשיב לגוף הטענות במכתב הדרישה. כן סבורים המשיבים שניהול התביעה אינו לטובת החברה, וזאת בהיעדר עילה ובפרט משלא הונחה לטענתם תשתית עובדתית מספקת לשם כך. עוד נטען כי המבקשים פעלו בחוסר תום לב, שכן הסתירו בבקשת האישור את קיום הסכם 2013, הציגו באופן מטעה את תחומי פעילות החברה, העלו טענות ספקולטיביות בנוגע לעסקת המקרקעין ונמנעו מפניה מוקדמת כנדרש. המשיבים אף הכחישו את טענות המבקשים בכל בקשור להתנהלות מר אטרקצ'י מול עיריית קריית אונו. לבסוף נטען כי אין למבקשים עילה להגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת מרובה, שכן לו היתה קמה עילת תביעה בנסיבות העניין היא הייתה שייכת לחברה ולא לאאורה מחדשים, שגם הדירקטוריון שלה קיבל החלטה להתנגד לבקשת האישור.

ג.3 טענות המבקשים בתגובה לתשובות

35. המבקשים דוחים את הסתמכותם של המשיבים על הסכם 2013. **ראשית**, נטען כי ממסמכים שונים של החברה בקשר לתהליך עריכת הסכם 2013 ולתוכנו, עולה כי מר אטרקצ'י כלל לא היה צד להסכם 2013. בהקשר זה, הודגש כי גם הדיווח על זימון האסיפה לאישור הסכם 2013, עליו מבססים המשיבים את הטענה שמר אטרקצ'י היה צד להסכם 2013, אינו מוכיח טענה זו וממילא אין בו כדי לגבור על כל יתר התימוכין לעמדת המבקשים. בתוך כך, נטען כי הסכם 2013 כלל לא הוצג על ידי המשיבים, תוך שאין לקבל את טענתו הבלתי סבירה של מר אטרקצ'י כאילו ההסכם לא אותר (בשונה מהחברה שלא העלתה טענה שכזו). משעה שמר אטרקצ'י לא היה צד להסכם 2013, נטען כי הוא ממילא לא היה רשאי ליהנות מהזכות שהוקנתה לס.י אבן בהסכם לפעול בתחומים שאינם בניה למגורים. **שנית**, נטען כי בכל מקרה הסכם 2013 כבר לא היה בתוקף במועד ההתקשרות בעסקה על ידי חברת הפרויקט. הסכם 2013 נפל לגדר המקרים הקבועים בסעיף 270(4) לחוק החברות ועל כן, כפי שציינה החברה בתשובתה, הוא הובא

לאישור משולש לפי סעיף 275(א) לחוק, תוך שסעיף 275(א1) קובע שאישור כאמור לתקופה העולה על שלוש שנים טעון אישור משלוש מחדש אחת לשלוש שנים. בהתאם, בדיווח על זימון אסיפה לאישור הסכם 2013 נאמר במפורש כי אישור ההתקשרות בהסכם היא "**למשך תקופה בת שלוש שנים החל ממועד אישור האסיפה**". תוקף האישור פקע לכל המאוחר ביום 8.7.2016, וההסכם מעולם לא אושר מחדש כדין על פי הוראות סעיף 275(א) לחוק.

36. עוד דוחים המבקשים את טענות המשיבים הנשענות על התחייבות מר אטרקצ'י. לעמדת המבקשים, משעה שבנסיבות העניין הסדר תיחום פעילות עם מר אטרקצ'י עולה כדי עסקה חריגה עם בעל השליטה, ברי כי התחייבות זו אינה יכול להתגבר על חובתה הקוגנטית של החברה, בהתאם לסעיף 275 לחוק החברות, לאשר הסדר שכזה באישור משולש אחת לשלוש שנים. בהקשר זה הודגש כי גם מתן הסכמת החברה להמשך תחולתו של הסדר תיחום הפעילות, לאחר פקיעת תוקפו של הסכם 2013, מהווה התקשרות חדשה עם מר אטרקצ'י, אשר לא נבחנה על ידי מוסדות החברה ולא אושרה כדין. לטענת המבקשים, האמור מקבל משנה תוקף לאור העובדה שאותה התחייבות של מר אטרקצ'י לא הוצגה על ידי החברה, לא הובהר כל פרט בנוגע אליה ולא הובאה כל ראיה שהיא נידונה ואושרה במוסדות החברה, מה גם שבין המועד בו פקע תוקפו של הסכם 2013 לבין המועד בו צוינה ההתחייבות בדוח השנתי לשנת 2016 (בחודש מרץ 2017) חלפו שמונה חודשים. המבקשים סבורים שהארכת הזכות הנטענת של מר אטרקצ'י לפעול בתחום הנדל"ן שאינו למגורים היתה מוקשית גם לגופה, בשל כך שההצדקה למתן זכות זו בהסכם 2013, קרי העמדת המוניטין והפרויקטים של ס.י אבן לטובת החברה, הגיעה לקיצה בשנת 2014 עת הפכה ס.י אבן לחברה בת של החברה (עוד בטרם חלפו 3 שנים מיום אישור הסכם 2013). חרף זאת, נמנעה החברה מלבחון את הארכת הזכות הנטענת על רקע שינוי הנסיבות. לנוכח כל האמור, ובהתאם לסעיף 280 לחוק החברות, נטען כי יש לקבוע כי ההתחייבות שהתיימרה להאריך את הסכם 2013 נעדרת כל תוקף.

37. המבקשים חוזרים על עמדתם לפיה עסקת המקרקעין נופלת בגדר תחומי פעילותה של החברה, בפרט לנוכח מעמדו הבכיר של מר אטרקצ'י וחשיבותו לפעילותה, וכי למצער מדובר בהזדמנות עסקית בתחום פעילות משיק, שגם אותה אסור היה למר אטרקצ'י לנצל. המבקשים הדגישו כי טענת המשיבים היא שבניה למסחר ותעסוקה בפרויקטים של מגורים נעשית "**בדרך כלל**" לפי דרישת רשויות התכנון (אף שלא הציגו כל ראיה בנושא), ומכאן כי ישנם פרויקטים בהם הדבר נעשה ביוזמת החברה (שלא על פי דרישה חיצונית) ומשיקולים כלכליים בלבד. מכל מקום, נטען שקיומם של שטחי מסחר ותעסוקה אותם בונה החברה, בשווי של מאות מיליוני ש"ח, מוכיח שאין ממש בטענת המשיבים כאילו החברה עוסקת אך רק בתחום הנדל"ן למגורים. עוד נטען כי העובדה שהחברה ציינה בדיווחיה את ההתמקדות בתחום הבניה למגורים, אינה גורעת מציפיית בעלי המניות כי החברה תרחיב את פעילותה לתחומי נדל"ן משיקים, כפי שאכן עשתה בפועל לטענת מר אטרקצ'י בשנים 2016 (דיור להשכרה) ו-2021 (בנייה בתחום של נדל"ן מניב

מסחרי). בהמשך לכך, נטען כי אין ממש בטענה שלחברה אין את הידע והניסיון לצורך יזום בניה למסחר, תעסוקה ושטחי ציבור, הנסתרת מהעובדה שהחברה יוזמת ובונה גם שטחים לשימושים אלה. בהקשר זה אף נטען שכל הידע והניסיון של חברת הפרויקט, שהתקשרה בהסכם השכירות והיא חברת יחיד בבעלות מר אטרקצ'י, הם למעשה כישוריו וניסיונו של מר אטרקצ'י עצמו. לפיכך, טענו המבקשים, כי ממילא היה גם לחברה את הידע והניסיון הנדרשים לשם ביצוע הסכם השכירות תוך שימוש בכישוריו של מר אטרקצ'י, מנכ"ל החברה, שבמסגרת תפקידו היה אמון על איתור הזדמנויות עסקיות בחברה.

38. המבקשים סבורים כי בנסיבות המקרה לא חל כלל שיקול הדעת העסקי. בכל הקשור לקבלת החלטה על הגשת תביעה נגד בעל השליטה, נטען כי הדירקטורים נגועים בניגוד עניינים מבני המצדיק שלא להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי, וזאת גם כאשר מוקמת ועדה מיוחדת המורכבת מדירקטורים בלתי תלויים. ניגוד העניינים נובע גם מהעובדה שהדירקטורים עוולו כלפי החברה, בכך שלא התנגדו להארכת הסדר תיחום הפעילות שלא כדין כתוצאה מהתחייבות מר אטרקצ'י, שצוינה בדוחות הכספיים של החברה משנת 2016 ואילך אותם אישר הדירקטוריון. עוד נטען שהחלטות ועדת הביקורת והדירקטוריון לא היו מיודעות, בין היתר משלא הוצגו בפניהם הסכם 2013 והתחייבות מר אטרקצ'י ובשל תוכן חוות הדעת המשפטית שעליה התבססו החלטותיהם.

39. אשר לטענת המשיבים להיעדר פניה מוקדמת, נטען כי די בפניה המוקדמת שכאמור בוצעה על ידי המבקש 2; כי ממילא לא היה צורך לביצוע פניה מוקדמת לאור ניגוד העניינים של הדירקטוריון וועדת הביקורת; וכי לחברה היה ברור מהגשת הבקשה לגילוי בשנת 2020 כי תוגש בקשת האישור, ובכך יש כדי לייתר את הצורך בביצוע פניה מוקדמת נוספת. אשר לטענות בקשר לתום ליבם, השיבו המבקשים כי הם לא הבחינו בדיווחים על הסכם 2013 ועל התחייבות מר אטרקצ'י, אשר גם החברה עצמה לא התייחסה אליהם בתשובתה לבקשה לגילוי; וכי לא הסתירו את ביצוע השינוי המבני בהסכם 2014.

ג.4 טענות המשיבים בתשובות המשלימות

40. בפתח תשובותיהם טענו המשיבים (כפי שטענו בבקשת המחיקה) כי טענות המבקשים בתגובה לתשובות, המתייחסות להסכם 2013, מהוות הרחבת חזית. כן העלו המבקשים טענה לפיה טענות אלה של המבקשים ממילא התיישנו, שכן הן הועלו לראשונה בתגובתם מחודש מרץ 2023 על אף שהן נוגעות להסכם 2013 שדווח באופן פומבי החל משנת 2013. כן הודגש כי כל טענות המבקשים בקשר להסכם 2013 הן פורמליסטיות ומלאכותיות, בעוד שבפועל הסדר תיחום הפעילות שבהסכם 2013 אושר על ידי נושי החברה ובעלי מניותיה ודווח באופן שוטף לציבור, תוך שהוא מעצב את ציפיותיהם של הצדדים באשר לתיחום העסקים.

41. המשיבים דוחים את הטענה כאילו הסתירו את הסכם 2013. כך, נטען כי עוד לתשובת אטרקצ'י צורף (כנספח 23 לתשובה) דיווח מידי המפרט בהרחבה את עיקרי הסכם 2013 וכי די בכך לדחות את טענת המבקשים, תוך שצוין כי על אף מאמצים שנעשו ההסכם עצמו לא אותר בידי החברה או בידי צדדים שלישיים אשר היו מעורבים בגיבושו בזמן אמת. עוד צוין כי על רקע טענות המבקשים פנה מר אטרקצ'י בהודעת דוא"ל לגורמים נוספים שהיו עשויים לסייע בסוגיה, אשר מרביתם השיבו לפניה וענו כי אין בידיהם עותק של הסכם 2013.

42. כן דוחים המשיבים את הטענה כאילו מר אטרקצ'י לא היה צד להסכם 2013, בהיותה טענה מלאכותית וחסרת היגיון. כך, נטען כי מר אטרקצ'י אינו פועל בתחום הנדל"ן כאדם פרטי אלא באמצעות חברה פרטית בבעלותו המלאה, מה שהצדיק את כריתת הסכם 2013 מול ס.י אבן, תוך שניכר שמר אטרקצ'י היה מנוע מביצוע עסקאות בתחום הנדל"ן גם באמצעות חברות אחרות בבעלותו, שאחרת לא היתה כל משמעות להסדר תיחום הפעילות שבהסכם. ולראיה, נטען כי גם לאחר הפיכת ס.י אבן לחברה בת של החברה הקפידה החברה לדווח על התחייבותו של מר אטרקצ'י להמשיך ולקיים את הסדר תיחום הפעילות. טענת המבקשים אף עומדת בסתירה לעובדה שבבקשת האישור הם עצמם ייחסו למר אטרקצ'י באופן אישי התחייבויות שנלקחו בהסכם 2007 ובהסדר הנושים על ידי ס.י אבן בלבד. עוד נטען כי התימוכין עליהם ביססו המבקשים את טענתם אינם מלמדים שמר אטרקצ'י לא היה צד להסכם 2013; תוך שטענתם נסתרת מתוך הדיווח על זימון האסיפה לאישור הסכם 2013, הכולל פירוט נרחב ומדויק של ההסכמות אשר החברה הקפידה להפנות אליו בדיווחי המשך, כמו גם מהעובדה שבהתאם להסדר התיחום מר אטרקצ'י לא עסק בפועל בתחום הבנייה למגורים.

43. כמו כן, המשיבים גורסים כי הסדר התיחום בהסכם 2013 לא פקע בחלוף שלוש שנים. **במישור העובדתי**, נטען בתשובת אטרקצ'י המשלימה כי החברה לא ראתה את עצמה מחויבת לאשר את הסדר תיחום הפעילות באישור משולש, כאשר הסיבה שהסכם 2013 הובא לאישור משולש נבעה מהוראות המיתוג המשותף שעמדו בבסיס ההסכם ולא מהסדר תיחום הפעילות שנכלל בו. כך נטען שעולה מהדיונים במוסדות החברה לפני כריתת ההסכם; מהאופן בו אושר ההסכם בפועל, כנלמד מהדיווח על זימון האסיפה לאישור הסכם 2013; וכן מהדרך בה דווח אודות הסדר תיחום הפעילות בדוחותיה של החברה בתקופה שבה הסכם 2013 התייתר בעקבות השינויים שבוצעו בהסכם 2014.

44. **במישור המשפטי**, טוענים המשיבים כי לא היתה חובה לאשר באישור משולש את הסדר תחום הפעילות כל שלוש שנים. חובה כאמור טרם הוכרה בפסיקה, וכך היה גם בפסק הדין העדכני ביותר שעסק בסוגיה, בתנ"ג 57806-05-19 (כלכלית ת"א) **חזקי נ' חג'ג'** (16.12.2021; להלן: "**עניין חג'ג'**"), שם ציינה השופטת ר' רונן, במאמר מוסגר, כי לגישתה הסדר תיחום פעילות טעון אישור משולש, ובד בבד כי סוגיה זו לא דרושה להכרעה שכן באותו מקרה התקבל אישור

משולש להסדר. כן הסתמכו המשיבים על העובדה שבעניין **חג'ג'** הוכר תוקפו של הסדר תיחום הפעילות גם ביחס לעסקאות שנעשו שנים רבות לאחר אישורו ועל אף שההסדר לא אושר מחדש בחלוף שלוש שנים. מבלי לגרוע מהאמור, לרבות מהטענה שהקביעות בעניין **חג'ג'** אינן מחייבות, טוענים המשיבים כי בכל מקרה לאור חוסר הבהירות יש להחיל אותן באופן פרוספקטיבי. כן הפנו המשיבים לפסק דיני בעת"מ 66058-10-21 **אהובי נ' רשות ניירות ערך** (21.8.2022; "עניין **אהובי**"), וגרסו כי גם באותו מקרה נידון הסדר תיחום פעילות כהסכם מחייב אף שלא אושר באישור משולש.

45. המשיבים מוספים כי הוראת תיחום הפעילות בהסכם 2013 לא נועדה לחול במשך 3 שנים בלבד אלא כל עוד החברה מצויה בשליטתו של מר אטרקצ'י, תוך שבתשובת החברה המשלימה נטען כי מדובר בהוראה ספציפית הגוברת על ההוראה הכללית לפיה הסכם 2013 יהיה בתוקף למשך 3 שנים. עוד נטען כי לא כל עסקה שיש לאשרה לפי סעיף 275 לחוק החברות טעונה אישור מחדש כל 3 שנים. לפי הטענה, אישור שכזה מוגבל לעסקאות בעלות אופי נמשך שברגיל נקבעות לתקופה בלתי קצובה, בעוד "**שהסכם תיחום אינו הסכם לתקופה או לתקופה בלתי קצובה... ומעצם טיבו לא יכול להיות זמני, ולא יכול לפקוע (אלא בהסכמת שני הצדדים)**" (סעיף 24 לתשובת החברה המשלימה). כן נטען כי גם מבחינה פרקטית תיחום עיסוקים אינו יכול להיות מוגבל לתקופה של עד 3 שנים, שכן הגבלה שכזו תמנע מראש מבעל השליטה להשקיע את המשאבים הנדרשים כדי לפתח את עסקו ולהיכנס לתחום. עוד נטען בתשובת החברה המשלימה כי בנסיבות העניין לא נפגעו ציפיותיהם של בעלי מניות החברה, שכן החברה דיווחה מידי שנה על הסדר התיחום בהתאם להנחיית רשות ניירות ערך. לבסוף, נטען כי המבקשים, המסתמכים על הסדרי תיחום פעילות שנקבעו בהסכם 2007 ובהסדר הנושים משנת 2012 ולא אושרו מחדש בחלוף שלוש שנים, אינם יכולים להישמע בטענה כי הסדר התיחום שבהסכם 2013 אינו בתוקף רק משום שלא אושר מחדש בחלוף שלוש שנים.

46. המשיבים סבורים שאין ממש בטענות המבקשים בקשר להתחייבות מר אטרקצ'י. לעמדת המשיבים, אין מקום לפצל בין הסדר התיחום שנכלל בהסכם 2013 לבין דיווחי החברה בנושא בדוחותיה הכספיים משנת 2016 ואילך, המהווים המשך ישיר להסכם 2013, שכן מדובר באותו הסדר, באותם תנאים ובין אותם צדדים (למעט ס.י אבן); ומשלא השתנה ההסדר גם לא היה נדרש לבחון אותו או לאשרו מחדש כאשר חזרה החברה לדווח עליו בשנת 2016. כן הודגש כי העובדה שבדוחותיה הכספיים של החברה לשנים 2014 ו-2015 לא נכלל אזכור כלשהו להסדר תיחום עם מר אטרקצ'י אינה יכולה לסייע בידי המבקשים. לפי הטענה, מצב זה נבע מכך שהסכם 2013 התייתר בשל השינויים המבניים שבוצעו בהסכם 2014, ושרק בשנת 2017 הנחתה רשות ניירות ערך את החברה לדווח בדוחותיה הכספיים אודות ההסדר עם מר אטרקצ'י; וממילא מדובר בעובדה חסרת נפקות, שכן בעת רכישת הזכויות במקרקעין על ידי מר אטרקצ'י כללו דיווחי החברה התייחסות מפורטת להסדר תיחום הפעילות עמו.

47. בנוסף, <u>בתשובת החברה המשלימה</u> נטען שיש לדחות את טענות המבקשים לאי-תחולת כלל שיקול הדעת העסקי. כך, נטען כי הטענות בדבר הטיה מבנית של חברי דירקטוריון החברה בבואם להחליט על הגשת תביעה נגד בעל השליטה, עומדת בסתירה לסעיף 194 לחוק החברות, המחייב פניה מוקדמת לחברה גם בכל הקשור להגשת תביעה נגד בעל השליטה. עוד נטען שהכלל לפיו בדרך כלל במצב זה יחשבו הדירקטורים כנגועים בניגוד עניינים אינו חל לגבי דירקטורים בלתי תלויים ודירקטורים חיצוניים, תוך שגם חשש לניגוד עניינים ניתן לפתור באמצעות הישענות על גורם חיצוני ובלתי תלוי, כפי שנעשה בפניית ועדת הביקורת לקבלת חוות הדעת. בהקשר זה, הודגש כי כדי להתמודד עם קשיים אלו העלו המבקשים טענות מרחיבות חזית כאילו הדירקטורים עיוולו כלפי החברה בכך שלא מנעו את הדיווח של החברה על התחייבות מר אטרקצ'י בדוחות משנת 2016, ואולם דיווח זה נעשה בהתאם להוראות רשות ניירות ערך. לבסוף נטען בתשובת החברה המשלימה כי אין בהגשת הבקשה לגילוי בשנת 2020 כדי לייתר את הצורך בפניה בטרם הגשת בקשת האישור, וכי אין בפניה מוקדמת של אחד המבקשים (המבקש 2) כדי לרפא את הפגם שנפל בהיעדר פניה על ידי המבקש האחר.

<u>ג.5 טענות המבקשים בתגובה המשלימה</u>

48. המבקשים מלינים על המענה הבלתי מספק שלטענתם ניתן בתשובת החברה המשלימה בכל הקשור לפעולות שנעשו לאיתור הסכם 2013, שלא פורטו ואף לא נתמכו בתצהיר; כמו גם על הבדיקה הנוספת שביצע מר אטרקצ'י לאיתור ההסכם. המבקשים חוזרים על טענתם לפיה מר אטרקצ'י לא היה צד להסכם 2013. בתוך כך, נטען כי בתשובה המשלימה מטעמו הודה מר אטרקצ'י כי לא היה צד פורמלי להסכם; כי מבחינה מהותית היתה הצדקה שרק ס.י אבן תהיה צד להסכם וכי רק היא תוכל ליהנות מהזכות המוגבלת בזמן שהוקנתה לה לפעול בתחום הנדל"ן שאינו למגורים, שכן השימוש שעשתה החברה היה במוניטין של ס.י אבן; כי מר אטרקצ'י באופן אישי היה צד להסכם 2007 וכי בהצעה בהסדר הנושים נכתב במפורש כי גם הוא מתחייב שלא להתחרות בחברה; וכי אין ללמוד דבר מכך שמר אטרקצ'י לא עסק בתחום הבנייה למגורים מאז שנת 2013, שכן היעדר עיסוק זה מתחייב מהחובות שחלו עליו לפי דין עת הפך לבעל השליטה ולנושא משרה בחברה. עוד נטען כי משהוכח כי מר אטרקצ'י לא היה צד להסכם 2013, יש בעובדה זו כדי להשליך גם על טענות המשיבים בכל הקשור לציפיות של בעלי המניות בסוגיית תיחום הפעילות.

49. המבקשים דוחים את הטענה כאילו הרחיבו חזית בתגובה לתשובות לבקשת האישור. בהקשר זה מדגישים המבקשים כי עילת תביעתם מבוססת על הפרת חובותיו של מר אטרקצ'י בניצול הזדמנות עסקית של החברה, כאשר הטענות שהעלו בתגובה נועדו להפריך את טענת ההגנה של המשיבים לפיה אין לחברה עילת תביעה לאור הסדר התיחום שנקבע בהסכם 2013.

50. המבקשים סבורים שאין ממש בגרסה החדשה שהוצגה בתשובת אטרקצ'י המשלימה, כאילו החברה לא ראתה את עצמה מחויבת לאשר את הסכם 2013 באישור משולש, שכן גרסה זו אינה תואמת את התימוכין השונים עליהם מתבססים המשיבים. זאת ועוד, נטען כי גרסה זו נסתרת הן מאופן סיווג העסקה בדוחותיה הכספיים של החברה, והן מעמדת החברה עצמה בסעיף 140 לתשובתה לבקשת האישור, לפיה הסכם 2013 הובא לאישור האסיפה הכללית כהסדר תיחום ואושר ככזה באישור משולש.

51. המבקשים מדגישים כי היעדר תוקפו של הסכם 2013 לעניין תיחום הפעילות נובע לא רק מהדין הקיים, לפיו הסדר תיחום פעילות טעון אישור משולש אחת לשלוש שנים; אלא גם מהעובדה שתוקף האישור של ההסכם, כפי שנקבע בפועל בעת שאושר, חלף כעבור 3 שנים בשנת 2016, ולא הוכח שאושר הסדר חלופי לו. זאת בפרט משלא הובאה כל ראיה באשר לאותה התחייבות שמסר מר אטרקצ'י לחברה, כמו גם בנוגע לשאלה האם התחייבות זו נבחנה ואושרה על ידי החברה. בהמשך לכך מפנים המבקשים לעובדה כי במענה לפניית רשות ניירות ערך, לא השיבה החברה כי קיים הסדר תיחום פעילות עם מר אטרקצ'י, על אף שנשאלה על כך במפורש. מעבר לכך, המבקשים דוחים את הטענה, שאינה מתיישבת עם דיווחי החברה, כאילו תוקפו של הסדר התיחום בהסכם 2013 לא הוגבל לשלוש שנים; ומדגישים כי גם אם תקופת ההסדר לא היתה נקצבת, אזי שבלאו הכי מכוח סעיף 275(א1) לחוק החברות ההסדר היה טעון אישור אחת לשלוש שנים. בניגוד לטענות המשיבים, המבקשים סבורים כי יש היגיון רב בכך שתיחום פעילות יוגבל בזמן. כך, בתיחום הפעילות היטיבה החברה עם בעל השליטה ונושא המשרה הבכיר בה בכך שהתירה לו להתחרות בה בתחום הנדל"ן שלא למגורים, ומכאן שמדובר בהחלטה מהותית אשר צריכה להיבחן אחת לשלוש שנים בראי טובת החברה. בנוסף, טוענים המבקשים כי קביעה שהסדר תיחום פעילות טעון אישור משולש מתחייבת על פי הדין הקיים וממילא אין ממש בטענה כאילו מדובר בהחלת נורמות בדיעבד.

52. כמו כן, הודגש כי אין ממש בטענות המשיבים נגד הטענות שהעלו המבקשים בתגובה בעניין הדירקטורים בחברה, שכן טענות המבקשים באו במענה לעמדת המשיבים לפיה החלטת הדירקטורים שלא לתבוע את בעל השליטה חוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי. לגוף העניין, נטען כי מינויים של דירקטורים חיצוניים מותנה בתמיכת בעל השליטה, וככאלה גם הם נגועים בהטיה מבנית בבואם לבחון האם להגיש נגדו תביעה; וכי בהתאם לכך אף לא היה מקום לפנות אליהם בפניה מוקדמת בטרם הגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת.

53. המבקשים דוחים את הסתמכות המשיבים על האמור בעניין **חג'ג'**. בהקשר זה הבהירו ב"כ המבקשים, אשר חלקם ייצגו גם את מבקש האישור בעניין **חג'ג'**, כי באותו הליך לא הועלתה על ידם הטענה כי יש חובה לאשר הסדר תיחום באישור משולש אחת לשלוש שנים, ובהתאם לכך סוגיה זו לא נדונה בפסק הדין. לפי הנטען, לאחר שהוגש ערעור על פסק הדין בעניין **חג'ג'**,

תנ"ג 36670-01-22 דה לנגה נ' אטרקצ'י ואח'
תנ"ג 52077-03-22 פרימק נ' אאורה השקעות בע"מ ואח'

במסגרתו נטענה הטענה האמורה בדבר הצורך לאשר הסדר תיחום פעילות כל שלוש שנים, יזמו המשיבים דשם פניה למבקש דשם והצדדים הגיעו להסדר פשרה. עוד נטען כי אין ממש בניסיון המשיבים להיבנות מפסק הדין בעניין **אהובי**, שעסק בביצוע הפרה מינהלית של אי-דיווח כדין לפי חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, מבלי שנידונה בו שאלת תוקפו ואופן אישורו של הסדר תיחום הפעילות שחל באותו מקרה.

II. דיון והכרעה

ד. הסוגיות הטעונות הכרעה ותמצית פסק הדין

54. לצורך הכרעה בשלב בקשת האישור אבחן בעיקר את הסוגיות הבאות:

54.1. האם כלל שיקול הדעת העסקי חל על החלטת דירקטוריון החברה מושא בקשת האישור שלא להגיש תביעה נגד מר אטרקצ'י.

54.2. האם עסקת המקרקעין מהווה הזדמנות עסקית "של החברה" שאסור היה למר אטרקצ'י לנצל באופן פרטי מבלי להציעה קודם לכן לחברה; ובכלל זאת האם מר אטרקצ'י היה רשאי לנצל הזדמנות זו לאור הסדר התיחום בהסכם 2013 או מכח התחייבות מר אטרקצ'י.

54.3. האם המבקשים עמדו בתנאים להגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת, האם התביעה וניהולה הם לטובת החברה והאם המבקשים פועלים בתום לב.

55. כפי שיפורט להלן בהרחבה, **החלטתי לקבל את הבקשה לאישור תביעה נגזרת**:

55.1. אין מקום בנסיבות העניין להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על החלטת דירקטוריון החברה מושא בקשת האישור שלא להגיש תביעה נגד בעל השליטה, מר אטרקצ'י (כמפורט **בפרק ו'** להלן).

55.2. לאור הכללים בעניין האיסור בדבר ניצול הזדמנות עסקית של החברה על ידי נושא משרה (כמפורט **בפרק ז'** להלן), הוכח שעסקת המקרקעין מהווה הזדמנות עסקית "של החברה" בשל כך שהיא נופלת בגדר המעגל השני של פעילות החברה שנקבע בעניין **חג'ג'**, וזאת בהיותה פעילות משיקה למעגל הראשון של פעילות החברה ובשים לב למעמדו של מר אטרקצ'י באותה עת כבעל השליטה וכמנכ"ל החברה (כמפורט **בפרק ח'** להלן).

55.3. מר אטרקצ'י לא היה רשאי לבצע את העסקה בעצמו מכח הוראות הסכם 2013, שכן תוקפו של הסכם זה פקע לכל המאוחר בחלוף 3 שנים מיום אישורו באסיפה הכללית של החברה; ואף לא מכח התחייבות מר אטרקצ'י, משעה שספק אם התחייבות זו מהווה הסדר תיחום פעילות ומכל מקום בשל כך שהיא לא אושרה באישור משולש כדין (כמפורט **בפרק ט'** להלן).

55.4. הוכח כי לכאורה ניהול התביעה הוא לטובת החברה וכי המבקשים אינם פועלים בחוסר תום לב (כמפורט **בפרק יא'** להלן); וכמו כן המבקשים עמדו בדרישות הפרוצדורליות שבסעיפים 194-197 לחוק החברות (כמפורט **בפרק יב'** להלן).

56. להלן יפורטו הדברים בהרחבה. ואולם בטרם אדרש לטענות הצדדים לגופן, לא למותר לתאר בקצרה את המסגרת הנורמטיבית בעניין הבקשה לאישור תביעה נגזרת (**פרק ה'** להלן).

<u>ה. בקשה לאישור תביעה נגזרת – המסגרת הנורמטיבית</u>

57. תביעה נגזרת, כהגדרתה בסעיף 1 לחוק החברות, היא "**תובענה שהגיש תובע בשם חברה בשל עילת תביעה שלה**". ככלל, החלטה של חברה בדבר הגשת תביעה מסורה בידי האורגנים המוסמכים שלה. המנגנון של התביעה הנגזרת, הקבוע בפרק השלישי לחוק החברות, מהווה חריג לכלל האמור בכך שהוא מאפשר לבעל מניה וכן לדירקטור (ובמקרים מסוימים גם לנושה) את הזכות להגיש תביעה בשם החברה, בשל עילת תביעה השייכת לחברה. זאת, מקום בו האורגנים המוסמכים לכך נמנעו מהגשת התביעה בשם החברה אף שהגשתה היא לטובת החברה. ככלל, הצורך בכך יתעורר כאשר מדובר בתביעה המופנית נגד האורגנים של החברה עצמם או נגד בעל השליטה בחברה, קרי במקרים בהם קיימת התנגשות בין האינטרס של החברה בהגשת התביעה, לבין האינטרס האישי של הגורמים המוסמכים בחברה להימנע מלעשות כן (ר' למשל: רע"א 5296/13 **אנטורג נ' שטבינסקי**, פס' 16 (24.12.2013); להלן: "עניין **אנטורג**"); רע"א 4024/14 **אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' כהן**, פס' 15 (26.4.2015); להלן: "עניין **אפריקה ישראל**"); ע"א 7735/14 **ורדניקוב נ' אלוביץ**, פס' 17 (28.12.2016); להלן: "עניין **ורדניקוב**"); ע"א 4857/16 **מנשה נ' יווז'ין אייר בע"מ**, פס' 27 (24.4.2018); להלן: "עניין **מנשה**"); רע"א 905/18 **כימיקלים לישראל בע"מ נ' שיירי** (2.5.2018); להלן: "עניין **כי"ל**"); ע"א 6913/18 **שקדי נ' הרודיום השקעות בע"מ**, פס' 20-21 (4.8.2020); להלן: "עניין **שקדי**").

58. כמו כן, בפסיקת בית המשפט העליון הוכרה האפשרות של בעל מניות בחברה להגיש תביעה נגזרת "מרובה", קרי גם בשם חברה המצויה בשליטתה של החברה בה הוא בעל מניות (ר' למשל: רע"א 2903/13 **אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שקדי** (27.8.2014); להלן: "עניין **אינטרקולוני**").

59. כאמור, הזכות להגיש תביעה נגזרת אינה מוקנית באופן אוטומטי, אלא שלפי סעיף 198 לחוק היא טעונה אישור של בית המשפט. אישור זה יינתן אם בית המשפט שוכנע כי לכאורה התקיימו התנאים המצטברים הבאים: **(א)** קיימת עילת תביעה לחברה; **(ב)** "**התביעה וניהולה הן לטובת החברה**" ועשויים להביא להגדלת ערכה; ו-**(ג)** "**התובע אינו פועל בחוסר תום לב**". על מבקש האישור להניח תשתית ראייתית לקיומו של סיכוי לכאורי להצלחת התביעה (סעיף 198(א) לחוק החברות; עניין **אנטורג**, בפס' 16; עניין **אינטרקולוני**, בפס' 13; עניין **ורדניקוב**, בפס' 17; עניין **מנשה**, בפס' 27-28; עניין **כי"ל**, בפס' 27; עניין **שקדי**, בפס' 21). הצורך באישור בית

המשפט להגשת תביעה נגזרת והתנאים לכך נועדו לאזן בין הרצון להגן על החברה מפני צדדים שפגעו בזכויותיה ומפני האורגנים שלה (במקרים של בעיית נציג), לבין הרצון להגן על החברה מפני הליך סרק שינהל בעל מניות בודד, שאינו לטובת החברה ושעלול להרתיע דירקטורים מפני נטילת סיכונים עסקיים ולפגוע בנכונותם לכהן כדירקטורים.

60. עוד נפסק כי "**לנוכח פערי המידע המובְנים בין מבקש האישור לבין החברה, הנטל המוטל על מבקש האישור להראות כי נתקיימו התנאים לאישור בקשתו הוא ברמה לכאורית בלבד. עם זאת, כפי שהזכרתי בעבר, אין מדובר בנטל קל ועל מנת לעמוד בו לא די ב'רסיסי מידע'**" (עניין **ורדניקוב**, בפס' 17 והאסמכתאות שם). לצד זאת, מקובלת עלי, בכל הכבוד, עמדתה של השופטת רונן בעניין **חג'ג'** (בפס' 21), לפיה "**הגדרתו המדויקת של הרף הראייתי בו על המבקש לעמוד במסגרת בקשת אישור ספציפית, תלויה בנסיבות הספציפיות של כל מקרה**". בהקשר זה יש לבחון האם קיימים פערי מידע בין הצדדים; והאם נפרשה בפני בית המשפט בשלב האישור התמונה העובדתית המלאה או שקיימות ראיות רלוונטיות שטרם הוצגו, אשר אם יוצגו בשלב הבא יש בכוחן כדי לשנות את המסקנות העובדתיות.

61. במקרה דנן הצדדים שטחו את טענותיהם בפירוט רב ובהרחבה, הן בכתב (בסבב טענות נוסף של תשובות משלימות של המשיבים ותגובה משלימה של המבקשים) והן בעל-פה, ותמכו את כתבי הטענות מטעמם בראיות רבות. כמו כן, כפי שיפורט להלן, בעת קביעת תחומי פעילותה של החברה, שהיא חברה ציבורית, יש להסתמך במידה רבה על דיווחי החברה לציבור, שהדעת נותנת שנפרסו בפני באופן מלא. מנגד, הצדדים ויתרו הדדית על חקירות המצהירים מטעם הצד השני (תוך שמירת כל טענותיהם) ונותרו ביניהם מחלוקות עובדתיות, אשר לגביהן לא ניתן לטעון כי נפרשה בפני בית המשפט התמונה העובדתית המלאה.

62. בנוסף, בסעיפים 194-197 לחוק החברות נקבע מנגנון אשר לפיו הגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת תתאפשר רק אם טרם הגשת הבקשה פנה המבקש לחברה בדרישה כי תמצה את זכויותיה על ידי הגשת התביעה בעצמה, וככל שהחברה לא נקטה בפעולה מספקת למיצוי זכויותיה (בין אם בהגשת תביעה ובין אם בביצוע פעולה אחרת המשמיטה את עילת התביעה). סעיף 194(ד) לחוק החברות קובע שני חריגים בהם לא תחול חובת הפניה לחברה, ובכלל זה כאשר "**לאורגן החברה המוסמך להחליט על הגשת התביעה, עניין אישי בהחלטה, ואם האורגן כאמור מורכב מכמה יחידים – למחצית או יותר מיחידה האורגן עניין אישי בהחלטה**" (סעיף 194(ד)(1) לחוק). דרישת הפניה המוקדמת נועדה, מחד גיסא, להבטיח כי בפני מבקש האישור תעמוד תשתית עובדתית המאפשרת לו לקבל החלטה מושכלת האם להגיש את בקשתו; ומאידך גיסא למנוע הגשת תביעות שאינן בשלות, לאפשר לחברה הזדמנות לדון ולקבל החלטה בעצמה לגבי אופן מיצוי זכויותיה, וכן למנוע בזבוז משאבים וזמן שיפוטי עקב ניהול הליכים שלא לצורך (ר' למשל: ע"א 7125/20 **הצלחה לקידום חברה הוגנת נ' UBS AG**, פס'

195-194 (2.1.2025); להלן: "עניין **הצלחה**"); תנ"ג (כלכלית ת"א) 7151-08-20 **ספיר נ' כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ**, פס' 16 (27.1.2021); צפורה כהן **בעלי מניות בחברה - זכויות תביעה ותרופות** כרך ג 522 (מהדורה שנייה, 2010; להלן: "**צ' כהן – בעלי מניות**").

<u>ו. סטנדרט הביקורת השיפוטית על החלטה של דירקטוריון שלא להגיש תביעה נגד בעל השליטה</u>

63. הפסיקה דנה בשאלה מהו סטנדרט הביקורת השיפוטית בו ינקוט בית המשפט בבואו לבחון החלטה של החברה שלא להגיש תביעה (אסף חמדני ורות רונן "מי שולט בתביעה הנגזרת?" **ספר יורם דנציגר** 211, 215-217 (2019; להלן: "**חמדני ורונן**")).

64. בעניין **ורדניקוב** הכיר בית המשפט העליון לראשונה בתחולתו של "כלל שיקול הדעת העסקי" (Business Judgment Rule) על החלטות של נושאי משרה בחברה. ככל זה מעניק "חזקת תקינות" מפני ביקורת שיפוטית לאותן החלטות שהתקבלו על ידי נושאי המשרה בהיעדר ניגוד עניינים, בתום לב ובאופן מיודע, כאשר בהתקיים תנאים מצטברים אלה יימנע בית המשפט מלבחון את ההחלטה שהתקבלה לגופה. כפי שנקבע בעניין **ורדניקוב**, על מי שטוען נגד החלטת האורגנים המוסמכים בחברה ומבקש להתגבר על חזקת התקינות האמורה מוטל הנטל להראות כי נפל בה אחד משלושה פגמים: **(א)** כי ההחלטה התקבלה בחוסר תום לב; **(ב)** כי ההחלטה התקבלה מתוך ניגוד עניינים; או **(ג)** כי ההחלטה התקבלה באופן בלתי מיודע (שם, בפס' 69; ר' גם: עניין **מנשה**, בפס' 29 ו-36-38; שרון חנס "כלל שיקול הדעת העסקי" **עיוני משפט** לא 313, 321 (2008); **חמדני ורונן**, בעמ' 216 ו-221). אם עלה בידי התובע להראות כי מתקיים אחד או יותר מהפגמים שפורטו לעיל, כי אז יחול סטנדרט ביקורת שיפוטית מחמיר יותר על ההחלטה – בין אם כלל "הגינות מלאה", המעביר אל כתפי הדירקטוריון את הנטל להוכיח את סבירות ההחלטה, ובין אם סטנדרט הביניים של "בחינה מוגברת" (להרחבה ר': עניין **ורדניקוב**, בפס' 67-103; עניין **מנשה**, בפס' 30).

65. בעניין **מנשה** נקבע כי "כלל שיקול הדעת העסקי" חל גם על החלטות של האורגנים המוסמכים בחברה האם להפעיל את כוח התביעה אם לאו, וזאת בדומה לתחולתו על כל החלטה עסקית (שם, בפס' 33-38; ר' גם: עניין **שקדי**, בפס' 34). במקרים בהם חל כלל שיקול הדעת העסקי על ההחלטה שלא להגיש תביעה, בית המשפט כלל אינו נדרש לבחון האם מתקיימים התנאים לאישור תביעה נגזרת הקבועים בסעיף 198 לחוק (עניין **מנשה**, בפס' 38). עם זאת, בית המשפט בעניין **מנשה** הדגיש כי תחולת כלל שיקול הדעת העסקי שמורה למקרים בהם דירקטוריון החברה מחליט שלא להגיש תביעה נגד צד שלישי שאינו קשור לחברה, שאז אין סיבה להניח מראש שההחלטה נגועה בכשל או בבעיית נציג (שם; עניין **כי"ל**, בפס' 31-32; עניין **שקדי**, בפס' 34). מנגד, הובהר כי אין להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי כאשר מדובר בתביעה נגד נושא משרה או בעל השליטה בחברה, שכן "**במקרה כזה, ניתן לשער כי החלטתו של דירקטוריון החברה שלא להפעיל את כוח התביעה של החברה תהיה, במרבית המקרים אם לא בכולם,**

'נגועה' מראש בניגוד עניינים (שכן נושאי המשרה נדרשים לקבל החלטה על הגשת תביעה נגד עצמם או מקורביהם)" (שם, בפס' 35-38; הדברים נשנו בהסכמה בעניין **כי"ל**, בפס' 33; בעניין **שקדי**, בפס' 34 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) י' עמית; ברע"א 4417/18 **בבלפור נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ**, פס' 19 (3.12.2018); ובעניין **הצלחה**, בפס' 242; ר' גם: מעין ויסמן, אסף חמדני וקובי קסטיאל "התביעה הנגזרת בישראל – סיכום ביניים ומבט לעתיד" **משפט ועסקים** כד 799, 835 (2022)). בעניין **מנשה** (בפס' 46) קבע בית המשפט העליון כי די בכך שלבעל השליטה בחברה היו קשרים עסקיים עם הצד השלישי, שהובאו בחשבון בעת קבלת ההחלטה שלא להגיש תביעה נגד הצד השלישי, כדי ליצור ניגוד עניינים ששולל את תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי (ואולם נקבע שדובר בניגוד עניינים "עקיף ולא חריף" ולפיכך די בהחלת סטנדרט הביניים ובבחינת סבירות ההחלטה).

66. במאמרם הנ"ל עמדו **חמדני ורונן** על כך שגם בהיעדר "עניין אישי" לחברי הדירקטוריון, עשויים הם להימצא במצב של "הטיה מבנית" (structural bias) לגבי ההחלטה אם להגיש תביעה, כגון כאשר מדובר בתביעה נגד עמיתיהם לדירקטוריון, או כנגד בעל השליטה בתאגיד אשר בכוחו להשפיע על הרכב הדירקטוריון (**חמדני ורונן**, עמ' 221 ו-233-234). עוצמתה של ההטיה המבנית תלויה, בין היתר, במבנה הבעלות החברה ובזהות הנתבעים הפוטנציאליים, ויש לה משקל בשאלת היקף הביקורת השיפוטית על החלטת הדירקטוריון שלא להגיש תביעה בשם החברה (שם, בעמ' 221). **חמדני ורונן** גורסים כי כאשר עילת התביעה הפוטנציאלית מופנית כלפי בעל השליטה בחברה, כבענייננו, אזי ההטיה המבנית של חברי הדירקטוריון היא ברורה ומחייבת שלא להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על ההחלטה שלא לתבוע את בעל השליטה (שם, בעמ' 234-235 וההפניות שם; ראו גם את החלטתה של השופטת רונן בתנ"ג (כלכלית ת"א) 24701-02-19 **צוק נ' אורט ישראל (חל"צ)**, פס' 35-36 (15.12.2019)). דברים אלו מקובלים אף עלי.

67. בעניין **שקדי** חזר השופט (כתוארו אז) י' עמית על ההלכה שנקבעה בעניין **מנשה**. עוד הזכיר השופט עמית, בדעת יחיד, את עמדת **חמדני ורונן** האמורה, וציין כי גם כאשר מדובר בהגשת תביעה נגד נושא משרה לשעבר "**ייתכנו מצבים שבהם תתקיים זיקה בין חברי הדירקטוריון החדשים לבין קודמיהם, בפרט במקרים שבהם בעל השליטה לא התחלף. או-אז תיטה המטוטלת אל עבר שלילת תוקפו של כלל שיקול הדעת העסקי, מחמת 'נגיעה' אפשרית של נושאי המשרה המכהנים**..." (שם בפס' 35). באותו מקרה התחלפו כל בעלי השליטה והדירקטורים בחברה (למעט דירקטור אחד) ונקבע כי אין כל זיקה בין חברי הדירקטוריון הנוכחי והקודם ולכן סבר השופט עמית כי יש לראות בנתבע הפוטנציאלי, הוא נושא המשרה לשעבר, כצד שלישי לגביו אין מניעה עקרונית להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי. ניכר כי גם לשיטתו של השופט עמית החלטה של דירקטוריון החברה שלא להגיש תביעה נגד בעל השליטה הנוכחי של החברה נגועה בניגוד עניינים ואינה יכולה לחסות תחת כלל שיקול הדעת העסקי.

יצוין כי שני השופטים האחרים באותו הליך, נ' סולברג וד' ברק-ארז, נמנעו מלהתייחס לגופם של דברים אלו שקבע השופט עמית, שהיו לדידם בבחינת למעלה מן הצורך.

68. העולה מן המקובץ הוא שבהתאם לפסיקת בית המשפט העליון כלל שיקול הדעת העסקי אינו חל על החלטת דירקטוריון החברה שלא לתבוע את המשיבים 1, 4 ו-5, קרי את בעל השליטה והחברות שבבעלותו.

69. אינני מקבל את טענות המשיבים לפיהן חרף האמור לעיל, יש להחיל במקרה דנן את כלל שיקול הדעת העסקי.

70. **ראשית**, בניגוד לטענת המשיבים, העובדה שחוק החברות לא פטר מי שמבקש להגיש תביעה נגזרת בשם החברה מביצוע פניה מוקדמת לחברה כשמדובר בתביעה נגד בעל השליטה, אינה מלמדת שאין לראות בדירקטוריון כמצוי בניגוד עניינים לעניין תחולת כלל שיקול הדעת העסקי. בטענה זו מערבבים המשיבים בין קיומו של "עניין אישי" לדירקטור, אשר לו נפקות לעניין חוק החברות ובכלל זה לעניין זכותו של הדירקטור להיות נוכח בדיון בדירקטוריון ולהשתתף בהצבעה בהתאם להוראות סעיף 278 לחוק החברות; לבין קיומו של ניגוד עניינים, המונע את תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי, שהוא כלל יציר הפסיקה שאינו מעוגן בחוק החברות. גם בהנחה שאין לדירקטורים "עניין אישי" כאשר הם דנים בהגשת תביעה נגד בעל השליטה, אין לומר שהחלטתם נהנית מחזקת התקינות מכח כלל שיקול הדעת העסקי.

71. **שנית**, איני סבור שהרכב ועדת הביקורת שהמליצה לדירקטוריון שלא להגיש תביעה נגד בעל השליטה, וכן הרכב הדירקטוריון שקיבלו את ההחלטה, מצדיקים לסטות מהקביעות בעניין **מנשה**:

71.1. אכן, ועדת הביקורת שדנה בשאלה אם להגיש תביעה נגד בעל השליטה מורכבת משתי "דירקטוריות חיצוניות" ומ"דירקטור בלתי תלוי" (כמשמעות מונחים אלה בסעיף 1 לחוק החברות וכמפורט בסימן ה' לפרק הראשון לחלק השישי לחוק). ואולם בפסיקה שהובאה לעיל, ובכלל זה בעניין **מנשה** ועניין **שקדי**, לא נעשתה כל החרגה לגבי דירקטוריות חיצוניות או דירקטורים בלתי תלויים.

71.2. גם לגופם של דברים אין לטעמי בזהות חברי ועדת הביקורת כדי לשנות את המסקנה בדבר קיומה של הטייה מבנית לגבי ההחלטה אם להגיש תביעה נגד בעל השליטה. **ראשית**, הדירקטוריות החיצוניות אמנם נעדרות "זיקה", במישרין או בעקיפין, בין היתר, לחברה, לבעל השליטה או לקרוב שלו (סעיף 240(ב) ו-(ו) לחוק החברות); ואולם, ככלל, בהתאם לסעיף 239(ב) לחוק החברות, דירקטורית חיצונית נבחרת לכהונה ראשונה, וכהונתה מוארכת, בידי בעל השליטה (בתמיכת בעלי מניות המיעוט). משכך, אני שותף לעמדתם של **חמדני ורונן** לפיה "**אין בהסדר זה כדי לבטל את התלות של הדירקטור**

החיצוני בבעל השליטה ולהפיג את החשש מפני ההטיה המבנית שלו כתוצאה מכך" (שם, בעמ' 234). חריג פוטנציאלי לעניין זה, שמחייב דיון מעמיק יותר, הוא דירקטורית חיצונית שכהונתה הוארכה בידי בעלי מניות המיעוט בהתאם לסעיף 245(א1)(1) לחוק החברות (שלא בתמיכת בעל השליטה) או שהיא הוצעה מלכתחילה בידי בעלי מניות המיעוט. ואולם, מאחר שבמקרה דנן המשיבים לא טענו שחל חריג אפשרי זה, ממילא אין צורך להכריע בשאלה במסגרת החלטה זו. **שנית**, המסקנה דלעיל לגבי הדירקטוריות החיצוניות נכונה מקל וחומר לגבי הדירקטור הבלתי תלוי. זאת, מן הטעם שהגם שדירקטור בלתי תלוי הוא מי שנדרש שיתקיימו לגביו תנאי הכשירות למינוי דירקטור חיצוני (כאמור בהגדרה בסעיף 1 לחוק), בפועל הוא ממונה כדירקטור "רגיל" בידי האסיפה הכללית, קרי בידי בעל השליטה, ורק לאחר מכן "מסווג" כדירקטור בלתי תלוי (סעיף 249ב לחוק החברות). זוהי אף עמדתם של **חמדני ורונן** בעניין זה (שם).

72. בהמשך לאמור, מקובלת עלי עמדתם של **חמדני ורונן** במאמרם האמור, לפיה גם כאשר מוקמת "ועדה מיוחדת" באמצעות הסמכת דירקטורים שאינם נגועים בעניין אישי לדון באישור עסקה (או הגשת תביעה), עדיין ניגוד העניינים המובנה בו מצויים הדירקטורים כשהדבר נוגע לבעל השליטה בחברה חל גם על אותה ועדה שמינה הדירקטוריון (שם, בעמ' 235).

73. זאת ועוד, גם אם הייתי מגיע למסקנה ששתי הדירקטוריות חיצוניות אינן נגועות בניגוד עניינים לצורך החלטה אם להגיש תביעה נגד בעל השליטה (וכאמור מסקנתי במקרה דנן שונה), יש לזכור כי ועדת הביקורת היתה במקרה דנן רק ועדה ממליצה וכי ההחלטה שלא להגיש תביעה התקבלה בידי דירקטוריון החברה, המונה מעבר לשלושת חברי ועדת הביקורת האמורים דלעיל גם את יו"ר הדירקטוריון, שהוא דירקטור "רגיל" (הגם שלטענת החברה, שנטענה ללא תימוכין לביסוסה, אין לו זיקה למר אטרקצ'י וגם הוא כשיר להתמנות כדירקטור בלתי תלוי). המשמעות היא שלפחות שניים מתוך ארבעת חברי הדירקטוריון נגועים בניגוד עניינים מובנה. די לטעמי בכך שמחצית מחברי הדירקטוריון נגועים בניגוד עניינים מובנה, באופן שמונע מהם לקבל החלטה אובייקטיבית בנוגע להגשת תביעה נגד בעל השליטה, כדי שלא להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על החלטתם.

74. לא זו אף זו, מאחר שבמקרה דנן הוועדה המיוחדת שהוקמה לצורך ההמלצה לדירקטוריון זהה בהרכבה לוועדת הביקורת של החברה, המורכבת משתי הדירקטוריות החיצוניות של החברה ומהדירקטור הבלתי תלוי שלה, שכאמור נגועים בהטיה מבנית, ממילא אין תחולה בענייננו לפסיקה בעניין הקמת ועדת תביעות "בלתי תלויה" כשזו מורכבת מאנשי מקצוע שאינם דירקטורים (במקרים רבים משופטים בדימוס, אנשי אקדמיה ומומחים אחרים). מטרתה של הקמת ועדה שכזו היא להשיב את השליטה בכח התביעה לידי החברה ולהקנות להחלטות אורגני החברה את הגנת שיקול הדעת העסקי מפני טענות המועלות על ידי מבקש האישור

(**חמדני ורונן**, עמ' 225 ; חאלד כבוב, עינבל בלאו ואהד פיליפ "ועדת תביעות בלתי תלויה בדיני התאגידים הישראלים" **ספר גרוס – מחקרים בדיני חברות ומשפט עסקי** 71 (2015)). לא למותר לציין בהקשר זה שחרף השימוש הגובר בוועדות הבלתי-תלויות, בית המשפט העליון טרם אמר את דעתו בנושא והסוגיה נדונה בבתי המשפט המחוזיים בלבד, במרבית המקרים במסגרת אישור של הסדרי פשרה.[1] בעניין **כי"ל** העיר השופט (כתוארו אז) נ' סולברג, לעניין החלת כלל שיקול הדעת העסקי על החלטת הדירקטוריון לאמץ את מסקנות והמלצות ועדת התביעות, "**כי הדבר אינו נקי מספקות כל עיקר, והוא דורש עיון וליבון במישור העיוני ובמישור המעשי**", תוך שהוא מפנה להסתייגותה של המלומדת צפורה כהן מהחלת כלל שיקול הדעת העסקי על אימוץ מסקנותיה של ועדת תביעות "בלתי תלויה" (שם, בפס' 33 ; **צ' כהן**, בעמ' 504-511).[2] **חמדני ורונן** מצדם גורסים כי אם חברי הדירקטוריון נגועים בהטיה מבנית המצדיקה לשלול מהם את השליטה בתביעה, אזי **ככלל אין בכוחם לנטרל את החשש מהטיה מבנית באמצעות הקמת ועדת תביעות שהם ממנים ומגדירים את סמכויותיה ושבכוחה אך להמליץ להם כיצד לפעול, ומשכך אין בהקמת ועדה שכזו כדי להוביל להחלת כלל שיקול הדעת העסקי על החלטתם**. זאת, גם כשוועדת התביעות מורכבת מאנשי מקצוע שאינם דירקטורים (שם, בעמ' 238). לטעמי, קל וחומר שכך הדבר לגבי המלצות ועדת הביקורת, שאינה ועדה חיצונית "בלתי תלויה".

75. לאור המסקנה אליה הגעתי אין צורך לדון ולהכריע בטענת המבקשים לפיה כל הדירקטורים נגועים בניגוד העניינים בשל הדיווח שהופיע בדוחות הכספיים של החברה החל מהדוח לשנת 2016 לגבי התחייבות מר אטרקצ'י, שמהווה לשיטתם הארכה של הסדר תיחום הפעילות שבהסכם 2013, אף שזו לא אושרה באסיפה הכללית באישור משולש כנדרש לתוקפו של הסדר תיחום פעילות. די אם אציין כי לטעמי ספק אם עלה בידי המבקשים לבסס טענה זו, אף לא לכאורה.

76. זאת ועוד, גם בהתעלם מניגוד העניינים המבני, שדי בו כדי לשלול את תחולת כלל שיקול הדעת העסקי, ספק אם ניתן לומר שהחלטת ועדת הביקורת היתה **מיודעת**, כנדרש כתנאי נוסף לצורך

---

[1] ר' למשל: תנ"ג (כלכלית ת"א) 32690-10-11 **גוטליב נ' איילון אחזקות בע"מ** (3.9.2012); ה"פ (כלכלית ת"א) 23126-06-13 **מרקעי תקשורת בע"מ נ' גילת רשתות לווין בע"מ** (28.11.2013); תנ"ג (כלכלית ת"א) 815-09-13 **לנואל נ' מאור** (14.9.2016); תנ"ג (כלכלית ת"א) 31934-02-14 **ברק נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, פס' 36-47 (8.4.2016); תנ"ג (כלכלית ת"א) 41255-11-16 **טלמור נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ** (6.4.2020); תנ"ג (כלכלית ת"א) 26054-10-21 **כהן נ' דן חברה לתחבורה ציבורית בע"מ** (26.3.2023; להלן: "עניין **כהן נ' דן**"); תנ"ג (כלכלית ת"א) 10623-05-17 **אהרוני נ' שפיר הנדסה ותעשיה בע"מ** (27.3.2023) תנ"ג (כלכלית חיפה) 9492-03-20 **כהן נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**, פס' 67 (4.6.2023).

[2] בעניין **שקדי** ציין השופט עמית (כאמור בדעת יחיד), לאחר שהזכיר את עמדתם של **חמדני ורונן**, כי לדידו הפרקטיקה של הקמת ועדת תביעות בלתי תלויה היא ככלל "**פרקטיקה רצויה**", אך הוסיף וציין כי הוא אינו רואה מקום להידרש לשאלה אם, ובאילו מצבים, מינוי הוועדה יוביל לתחולת כלל שיקול הדעת העסקי (שם, בפס' 35 ; לגישה דומה ר' זוהר גושן ואסף אקשטיין **דיני חברות** 479-489 (2023; להלן: "**גושן ואקשטיין**")).

תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי. בכלל זה, ומבלי למצות, הוועדה לא בחנה את השאלה האם העסקה נמצאת במעגל השני של פעילות החברה, כמשמעותו בפסק הדין בעניין **חג'ג'** (אשר על בסיסו נערך הניתוח בחוות הדעת); לא נדונה השאלה האם תוקפו של הסכם 2013 פקע ביום 8.7.2016 (משאושר לשלוש שנים בלבד); ואף לא נבחן האם התחייבות מר אטרקצ'י (כהגדרתה לעיל), בהנחה שעלתה כדי הסדר תיחום פעילות, היתה טעונה "אישור משולש" (לרבות אישור האסיפה הכללית ברוב קולות המיעוט) כתנאי לתוקפה. יצוין בהקשר זה כי הגם שאין חולק כי כותב חוות הדעת שהוצגה לוועדת הביקורת הוא מומחה בתחום דיני התאגידים (ומשכך גורם ראוי לייעץ בנושא), חוות דעתו לגופה לא היתה חד-משמעית במסקנותיה, בפרט לגבי הסוגיות האמורות.

77. מסקנתי דלעיל לפיה המלצת ועדת הביקורת והחלטת דירקטוריון החברה אינן חוסות תחת כלל שיקול הדעת העסקי נתמכת גם בנימוקים הבאים (ר' גם: החלטתי בתנ"ג (כלכלית ת"א) 67071-05-22 **רביד נ' רוטר**, פס' 81 (29.8.2023); להלן: "עניין **רביד**"):

77.1. **ראשית**, אני בדעה כי נדרשת זהירות יתרה בהחלת כלל שיקול הדעת העסקי על החלטת הדירקטוריון לאמץ את המלצת ועדת הביקורת כשמדובר בתביעה בגין הפרת חובת אמונים, להבדיל מהפרת חובת זהירות.[3] לטעמי, במקרים של טענות להפרת חובת אמונים יש לבית המשפט תפקיד מפתח בפיתוח הדין ובהתוויית הכללים הנורמטיביים וכן בקידום הרתעה מפני הפרת חובות האמון (ר' גם: **כהן נ' דן**, בפס' 67).

77.2. **שנית**, בהחלטה של הדירקטוריון אם להגיש תביעה נגד בעל השליטה הנוכחי של החברה קיים ניגוד עניינים בעוצמה גבוהה, ולכן יגבר הקושי להחיל עליה את הגנת שיקול הדעת העסקי. לטעמי, עמדה זו עולה בקנה אחד עם עמדת המחוקק ביחס להחלטה על אישור עסקה חריגה עם בעל השליטה בחברה ציבורית, שלגביה יצר המחוקק את מנגנון האישור המשולש (סעיף 275(א) לחוק החברות). עסקאות מסוג זה דורשות לא רק את אישור ועדת הביקורת והדירקטוריון, אלא גם אישור של רוב מקרב בעלי המניות שאינם בעלי עניין אישי באישור העסקה המשתתפים בהצבעה (ולחלופין כי סך קולות המתנגדים מקרב בעלי מניות המיעוט לא עלה על 2% מכלל זכויות ההצבעה בחברה).[4] ההכרח בקבלת

---

[3] פרופ' צפורה כהן מציינת כי הבחנה דומה לעניין סטנדרט הביקורת השיפוטית על החלטות של ועדות תביעות בלתי תלויות הוצעה בסעיף 7.10(1) לדו"ח הוועדה של ה-American Law Institute בעניין ממשל תאגידי (Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations) משנת 1992 (להלן: "**דוח ה-ALI בעניין ממשל תאגידי**") (**צ' כהן – בעלי מניות**, בעמ' 510).

[4] אם לא די בכך, בית המשפט העליון קבע כי ביחס לעסקת מיזוג מסוג going private בהן רוכש בעל השליטה בחברה את מניות הציבור, **לא די באישור המשולש** על מנת להפיג את החשש מפני פגיעה בבעלי מניות המיעוט וראוי להקים ועדת עסקאות בלתי תלויה שתקיים משא ומתן אפקטיבי ובלתי תלוי מול בעל השליטה במטרה לנטרל את השפעתו המזיקה של ניגוד העניינים שבו נתון בעל השליטה בחברה ולדמות משא ומתן המתנהל על ידי החברה עם צד בלתי קשור (ראו: ע"א 8762/20 **עצמון נ' אסם השקעות בע"מ**, פס' 12-19 (9.12.2021); אסף חמדני ושרון חנס "הגינות

אישור משולש לצורך ביצוע עסקאות כאמור עם בעל השליטה מלמד על החשיבות של קיום ביקורת שיפוטית על החלטה של דירקטוריון שלא להגיש תביעה נגד בעל השליטה בחברה ציבורית, שאינה כפופה לאישור אסיפת בעלי המניות ולמנגנון האישור של רוב בעלי מניות המיעוט.

77.3. **שלישית**, כאשר השאלות העומדות על הפרק הן משפטיות בעיקרן, כבמקרה דנן, אזי דומה כי לוועדת הביקורת ולדירקטוריון אין יתרון בבחינתן על פני בית המשפט שבקשת האישור מונחת לפתחו (השוו: **חמדני ורונן**, בעמ' 239-240) למען הסר ספק יובהר כי במקרה דנן החברה לא העלתה כל טענה לפיה קיימים שיקולים עסקיים או אחרים המצדיקים להימנע מהגשת תביעה גם אם ייקבע כי לחברה עומדת עילת תביעה לכאורה.

78. בהתאם להלכה הפסוקה, אם לא חל כלל שיקול הדעת העסקי יש שתי אפשרויות לגבי סטנדרט הביקורת השיפוטית שיש להחיל על ההחלטה שהתקבלה בחברה: **(א)** החלת סטנדרט של "**הגינות מלאה**" (Entire Fairness), שמשמעו העברת הנטל לשכם הדירקטורים להראות כי החלטתם "הוגנת" כלפי בעלי המניות, הן מבחינת ההליך שבו התקבלה ההחלטה והן מבחינת ההחלטה לגופה; **(ב)** החלת סטנדרט ביניים של "**בחינה מוגברת**" (Enhanced Scrutiny), במסגרתו הנטל הראשוני מוטל על הדירקטורים, הנדרשים להראות כי החלטתם נופלת "במתחם הסבירות" (ר' למשל: עניין **ורדניקוב**, בפס' 67, 78, 83, 95 ו-103; עניין **מנשה**, בפס' 30 ו-47).

79. עוד נקבע כי החלת סטנדרט ה"הגינות המלאה" תהא נכונה במיוחד לגבי החלטות בעלות משמעות חריגה כלפי בעלי המניות, או במצבים בהם מדובר בניגוד עניינים "ישיר" הטבוע במעמדו של בעל העניין, בפרט כשמדובר בבעל השליטה (עניין **ורדניקוב**, בפס' 83; עניין **מנשה**, בפס' 47; שרון חנס "ביקורת שיפוטית על החלטות הדירקטוריון: בין שיקול דעת עסקי להגינות המלאה" **ספר גרוס** 141, 142 (2015)). כן הובהר כי במקרים בהם מוחל סטנדרט הביניים הוא לא יהיה זהה בכל מקרה, כאשר תוכנו ואופן יישומו עשויים להשתנות בהתאם למידת ה"כשל" הפוטנציאלי בנסיבות המקרה (עניין **ורדניקוב**, בפס' 95; עניין **מנשה**, בפס' 47).

80. גם במאמרם של **חמדני ורונן** יש התייחסות לסטנדרט הביקורת השיפוטית על החלטות של חברה שלא להגיש תביעה, אשר אינן נופלות בגדר כלל שיקול הדעת העסקי. לשיטתם, יש לבחון, בין היתר, את **(א) עוצמת החשש להטיה מבנית**, שהוא גבוהה במיוחד כשמדובר בבעל השליטה ובהחלטה הנוגעת לעילת תביעה של הפרת חובת אמון; **(ב) טיב ההליך** שקיימו הדירקטוריון וועדת התביעות; ו-**(ג)** האם הטענות נגד ההחלטה הן במישור העובדתי או המשפטי והאם

מלאה; עיון נוסף בביקורת השיפוטית על עסקאות בניגוד עניינים" **משפטים** מז 761 (2018)). בנוסף, סעיף 117(ב1) לחוק החברות קובע כי טרם התקשרות בעסקאות עם בעל שליטה, אף כאלו שאינן חריגות, על ועדת הביקורת לקיים הליך תחרותי או הליך אחר (במטרה להבטיח את טובת החברה).

ההחלטה מבוססת על שיקולים הנוגעים לטובת החברה, כאשר "**ככל שהדבר נוגע לרובד המשפטי, למוסדות החברה – גם אם אינם נגועים בניגוד עניינים – אין יתרון על פני בית המשפט**" (שם, בעמ' 239-240).

81. במקרה דנן אין צורך להכריע בשלב זה מהו סטנדרט הביקורת המשפטית הראוי בנסיבות העניין; וגם אם אניח לטובת המשיבים שיש להחיל את סטנדרט הביניים המקל יותר של "בחינה מוגברת", אני סבור כי במסגרת השלב הנוכחי עלה בידי המבקשים לבסס קיומה של עילת תביעה לכאורה והצדקה להגשת תביעה נגד המשיבים 1, 4 ו-5.

<u>ז. הפרת חובת אמון על ידי נושא משרה בשל ניצול הזדמנות עסקית של החברה – המסגרת הנורמטיבית</u>

82. בקשת האישור הוגשה בטענה להפרת חובת אמון מצד מר אטרקצ'י כלפי החברה ואאורה מחדשים, על דרך של ניצול הזדמנות עסקית השייכת להן. לכן, כדי לבחון אם המבקשים עמדו בנטל לבסס קיומה של עילת תביעה לכאורה, יש לעמוד תחילה על הכללים שנקבעו בפסיקה בכדי לקבוע אם הזדמנות עסקית היא "של החברה".

83. סעיף 254(א) לחוק החברות קובע את העיקרון לפיו נושא המשרה חב חובת אמונים לחברה וכי עליו לפעול "לטובת החברה", קרי לא להעדיף את טובתו האישית על פני טובתה של החברה. בצד העיקרון הכללי, פסקאות המשנה של סעיף 254(א) כוללות הוראות פרטניות, שהן בבחינת מופעים פרטיים של האופן שבו נדרש נושא המשרה לפעול בהתאם לחובת האמון שהוא חב כלפי החברה. אחד האיסורים הפרטניים הנכלל בסעיף 254(א)(3) לחוק הוא האיסור על ניצול הזדמנות עסקית של החברה.

84. הפסיקה בישראל בסוגיה של ניצול הזדמנות עסקית של החברה בידי נושא משרה היא רובה ככולה פסיקה של בתי המשפט המחוזיים ובית המשפט העליון טרם אמר את דברו בנושא. ברוב המקרים נידון האיסור בקשר לפעילותן של <u>חברות פרטיות</u>, ובכלל זה כאלו שהן חברות מעטים (ר' למשל: תנ"ג (כלכלית ת"א) 61475-07-14 **דהן נ' דהן** (16.5.2019; להלן: "עניין **דהן**"), אשר הערעורים שהוגשו עליו "נמשכו" בהמלצת בית המשפט העליון בע"א 4031/19 **רביד א.ר אחזקות בע"מ נ' דהן** (11.11.2020); וכן את פסק דיני בת"א (כלכלית ת"א) 29021-08-20 **צור נ' אמפיריקל הייר בע"מ**, והאסמכתאות הרבות שהובאו בפס' 82 וה"ש 1 (6.8.2023; להלן: "עניין **צור**")), בעוד שרק פסקי דין מעטים עסקו בניצול הזדמנות עסקית על ידי נושא משרה <u>בחברה ציבורית</u> (אליהם אתייחס ביתר הרחבה).

85. הסוגיה אף זכתה בשנים האחרונות לכתיבה אקדמית מוגברת. ר' למשל ומבלי למצות: עמיר **ליכט, דיני אמונאות – חובת האמון בתאגיד ובדין הכללי** 53-54 (2013; להלן: "**ליכט - אמונאות**"); חאלד כבוב, רעות אברהם-גדליה ואלון לוקסנבורג "נטילת הזדמנות עסקית:

היקף אחריותו של נושא משרה בחברה ציבורית בגין נטילת הזדמנות עסקית של החברה" **משפטים** נג (2022; להלן: "**כבוב, אברהם-גדליה ולוקסנבורג**"); יפעת נפתלי בן ציון **דיני האמונאות במבט השוואתי - על תאוריה משפטית, פסיקה ומה שבינהן** 206-276 (2022). לכתיבה אקדמית נוספת בנושא ר' את האסמכתאות בעניין **צור**, בפס' 83 וה"ש 2.

86. בתנ"ג (כלכלית ת"א) 20136-09-12 **ביטון נ' פאנגאיה נדל"ן בע"מ** (21.10.2013; להלן: "עניין **פאנגאיה**"), התקבלה בקשה לאישור תביעה נגזרת בעילה של ניצול הזדמנות עסקית על ידי בעל השליטה בחברה ציבורית. בתוך כך, נפסק כי "**יש להחיל <u>הגדרה רחבה</u> באשר לקיומה של הזדמנות עסקית. <u>די בהיות העסקה קרובה במהותה לעסקי החברה</u> הנדונה כדי להוות הזדמנות עסקית שעל נושא משרה להימנע מניצולה, ללא כל קשר לשאלת יכולתה או אי יכולתה של החברה לבצע את העסקה**" (שם, בעמ' 28; ההדגשות בהחלטה זו אינן במקור אלא אם צוין אחרת).

87. בתנ"ג (מחוזי מרכז) 22387-05-15 **שילוני נ' ויילר**, פס' 338 (16.6.2019), ציין בית המשפט בהסכמה את המבחן שנקבע בעניין **פאנגאיה** וקבע כי "**יש לפרש את האיסור על ניצול הזדמנות עסקית של החברה <u>באופן מרחיב</u> ולקבוע כי די שההזדמנות העסקית תהיה <u>קרובה במהותה לעסקי החברה</u>**".[5] באותו מקרה נקבע כי עסקאות לרכישת יחידות דיור בידי קרן שהיתה קשורה לפי הנטען לנושא משרה בחברה ציבורית (שמניותיה נסחרו בנאסד"ק) ושעסקה באותה עת בתחום הוידאו הדיגיטלי לא היוו ניצול הזדמנות עסקית של החברה, בין היתר מן הטעם שהן לא נפלו בתחום פעילותה של החברה (אשר רק במועד מאוחר יותר החלה לעסוק בתחום הנדל"ן).

88. בתנ"ג (כלכלית ת"א) 31523-06-20 **שאלתיאל נ' חברת רני צים מרכזי קניות בע"מ** (14.10.2021; להלן: "עניין **שאלתיאל**"), נדחתה בקשה לאישור תביעה נגזרת בקשר להזדמנות עסקית שניצל בעל השליטה בחברה ציבורית ונטען כי היתה של החברה. במסגרת החלק הנורמטיבי הפנה השופט ח' כבוב להגדרה הרחבה האמורה שנקבעה בעניין **פאנגאיה** (פס' 88 לפסק הדין). כמו כן מפנה פסק הדין לשלוש חלופות אשר נקבע בעניין **דהן** כי בהתקיים אחת מהן יחשב נושא המשרה כמי שניצל הזדמנות עסקית של החברה: (1) ניצול הזדמנות עסקית הכרוך בשימוש במשאבי החברה; (2) ניצול הזדמנות עסקית שנודעה לנושא המשרה מתוקף תפקידו בחברה; ו-(3) כאשר ההזדמנות העסקית "**נוגעת לתחום פעילות החברה, וכחלק מתפקידו נושא המשרה אמון על איתור הזדמנויות עבור החברה**", גם אם ההזדמנות נודעה לו

[5] יצוין כי ההגדרה הרחבה שנקבעה בעניין **פאנגאיה** נזכרה בהסכמה בפסקי דין רבים שעסקו בנטילת הזדמנות עסקית בחברות פרטיות. ר' למשל: ת"א (מחוזי מרכז) 13484-03-09 **חיטרון נ' טלר**, פס' 52 (17.12.2013); ;פר"ק (מחוזי מרכז) 25351-01-12 **התחנה המרכזית החדשה בתל אביב בע"מ נ' נצבא החזקות 1995 בע"מ**, פס' 151 (22.8.2017); עניין **דהן**, בפס' 31 וכן בפס' 33 הראשונה, שם הובעה העמדה כי "**הזדמנות עסקית שיש לה ממשק משמעותי עם עסקי החברה**" היא כזו השייכת לחברה; עניין **צור**, בפס' 90.

שלא מתוקף תפקידו בחברה. באותו מקרה נדחתה בקשת האישור, בשל כך שבעל השליטה הציע את ההזדמנות העסקית לחברה, וזו החליטה שלא להתקשר בעסקה בהיותה "מסוכנת לחברה שאינה תואמת את האסטרטגיה העסקית שלה" (שם, בפס' 91).[6] ערעור שהוגש על פסק הדין בעניין **שאלתיאל** נדחה לאחר שהמערער חזר בו מערעורו, בהמלצת בית המשפט העליון (ע"א 8535/21 **שאלתיאל נ' חברת רני צים מרכזי קניות בע"מ** (12.12.22)).

89. פסק הדין המקיף ביותר בסוגיה מבחינת הניתוח הנורמטיבי, ואף הרלוונטי ביותר למקרה דנן מבחינת נסיבותיו, ניתן בעניין **חג'ג'**, ולא בכדי שני הצדדים התייחסו אליו בהרחבה בכתבי טענותיהם, וכך גם נעשה בחוות הדעת שניתנה לוועדת הביקורת. באותו מקרה דובר בבקשה לאישור תביעה נגזרת בגין עסקת נדל"ן שבוצעה על ידי בעל השליטה מבלי שהובאה לאישור החברה ועל רקע טענה לקיומו של הסדר תיחום פעילות. עיקרי פסק דין זה, אשר כפי שעולה מהחלטתי בעניין **רביד** (בפס' 93-102) מקובלים עליי בעיקרם, יפורטו להלן:

89.1. המבחן המרכזי לבחינת ניצול ההזדמנות העסקית הוא **מבחן ההסכמה**, הנבחן בשני מישורים. במישור הראשון תיבחן ההסכמה בין החברה לבין בעלי המניות באשר לתחום פעילותה הנוכחי של החברה ולתחומי פעילות משיקים לו. הסכמה זו תיבחן בשני מעגלים. **המעגל הראשון** כולל את פעילות הליבה של החברה כפי שזו משתקפת מדיווחיה הפומביים של החברה לציבור המשקיעים (שם, בפס' 36-39). **המעגל השני** כולל שתי חלופות: **(1)** "**תחומים נוספים שהחברה אינה עוסקת בהם בהווה, אולם**", על בסיס דיווחי החברה (לרבות לגבי האסטרטגיה שלה וכוונותיה לעתיד, ובכלל זאת כניסה לפעילויות חדשות) "**יש לה אינטרס וציפייה (interest of expectancy) לגבי עיסוק אפשרי בהם בעתיד**" (שם, בפס' 40);[7] ו-**(2)** "**תחום פעילות מסוים ה... משיק לזה של החברה**" (שם, בפס' 41), תוך בחינת "**מידת הקשר של הפעילות** [המשיקה] **לפעילות הליבה של החברה**" (שם, בפס' 55). חובותיהם של נושאי המשרה ביחס להזדמנויות עסקיות במעגל השני נגזרות גם מתפקידם בחברה. כך, ככל שנושא המשרה אמון על איתור הזדמנויות עסקיות עבור החברה, וככל שהוא בכיר יותר ומזוהה עם החברה ופעילותה, "**תגבר הנטייה לקבוע שמדובר בהזדמנות עסקית של החברה, אף כאשר מדובר בתחום שאינו בליבת פעילות החברה אלא במעגל המשני של הפעילות הזו**" (שם, בפס' 41-42, 49-50 ו-55). הזדמנויות עסקיות בתחומים החורגים גם מהמעגל השני,

[6] לביקורת על פסק הדין ר': עמיר ליכט "הצעה מגונה – אחריות נושא משרה ובעל שליטה בשל ניצול הזדמנות עסקית שהחברה דחתה" **נקודה בסוף משפט** (24.10.2021); https://amirlicht.wordpress.com/2021/10/24/217.

[7] יצוין כי במקום אחר בעניין **חג'ג'** מתייחסת השופטת רונן לפעילותה "**הצפויה**" של החברה "**כפי שהחברה מדווח אודותיה למשקיעים**" כחלק מהמעגל הראשון, אבל אין לכך חשיבות לענייננו.

כלומר בתחומים השונים לחלוטין מאלו בהם עוסקת החברה בפועל בהתאם לדיווחיה לציבור ולמשקיעים, אינן שייכות לחברה (שם, בפס' 36 ו-43).

89.2. במישור השני יש לבחון אם קיים הסדר תיחום פעילות בין החברה לבין נושאי המשרה, שאושר כדין, המגדיר את מתחם ההזדמנויות העסקיות שיש לראותן כהזדמנויות "של החברה" במערכת היחסים שלה עם נושאי המשרה ואת תחומי הפעילות שנושא המשרה יוכל לעסוק בהם באופן פרטי מבלי להציע לחברה הזדמנויות עסקיות הבאות בגדרם (שם, בפס' 44-48). הסדר תיחום פעילות "**מגדיר מראש, בהסכמה, את תחומי העיסוק שהם 'של החברה', לעומת התחומים שהחברה מסכימה עם נושא המשרה להוציא מגדרי תחומי פעילותה. החברה מוותרת במודע על כך שתחומים אלה ייחשבו חלק מתחום הפעילות שלה לצורך סעיף 254(3), וכתוצאה מכך - על האפשרות כי הזדמנויות בתחום זה יועברו על ידי נושא המשרה הזה לידיעתה**" (שם, בפס' 46).

89.3. כן הוצגו בפסק הדין שני מבחני עזר נוספים שניתן (אך אין חובה) לעשות בהם שימוש כאשר מבחן ההסכמה לא מספק תשובה ברורה לשאלה האם הזדמנות עסקית צריכה להיחשב כהזדמנות "של החברה": **(א)** מבחן התחרות, במסגרתו נבחן האם ניצול ההזדמנות העסקית מביא את נושא המשרה להתחרות בחברה. בהקשר זה נקבע כי "**הזדמנות עסקית שיש לה ממשק משמעותי עם עסקי החברה**" היא בדרך כלל כזו השייכת לחברה (עניין **דהן**, בפס' 33 הראשונה; עניין **חג'ג'**, בפס' 52); ו-**(ב)** המבחן הקנייני, הבוחן את השימוש שנעשה במשאבי החברה לצורך ניצול ההזדמנות העסקית, לרבות את השאלה האם נודע לנושא המשרה על ההזדמנות במסגרת תפקידו בחברה. עם זאת, הודגש כי כוחם של מבחני העזר האמורים הוא בעיקר לצורך סיוע בהגדרת המעגל הראשון של פעילות החברה (כאשר בחברות ציבוריות ניתן להגדירו בהתאם לדיווחים הפומביים שלהן - שם, בפס' 51-53).

89.4. לגופו של עניין, נקבע בעניין **חג'ג'** כי "**הזדמנות עסקית לביצוע עסקאות נדל"ן בחו"ל מצויה בגדר המעגל השני של ההזדמנויות 'של החברה'**" (שם, בפס' 54), שכן "**ליבת פעילות החברה היא פעילות נדל"ן בתחומי מדינת ישראל**..." ו"**פעילות נדל"ן בחו"ל היא קרובה ובעלת זיקה לפעילות הליבה של החברה**" (שם, בפס' 58). עוד נקבע כי לנוכח תפקידם ומעמדם של בעלי השליטה אסור היה להם לנצל באופן פרטי הזדמנויות להשקעה בנדל"ן בחו"ל מבלי להציע אותן תחילה לחברה (שם, בפס' 56-63). עם זאת, בסופו של דבר נדחתה הבקשה לאישור תביעה נגזרת, וזאת משעה שנמצא כי בין בעלי השליטה לבין החברה היה הסדר תיחום פעילות במסגרתו הותר לבעלי השליטה לבצע עסקאות נדל"ן מחוץ לישראל (שם, בפס' 64-73).

89.5. יוער כי על פסק הדין בעניין **חג'ג'** הוגש ערעור לבית המשפט העליון (ע"א 1084/22), ואולם עוד בטרם נשמע הערעור (ולא בעקבות המלצת בית המשפט העליון) הודיעו הצדדים כי הגיעו לפשרה. לפיכך, בפסק דין מיום 29.1.2023 מחק בית המשפט העליון את הערעור והורה על החזרת התיק לערכאה הדיונית לצורך בחינת הסכם הפשרה. בהחלטה מיום 2.10.2023 אישר בית משפט זה (השופט א' צימרמן) את הסדר הפשרה.

90. אפנה עתה לבחון האם לאור המסגרת הנורמטיבית שפורטה לעיל העסקה מהווה הזדמנות עסקית "של החברה" אשר היה על מר אטרקצ'י להציע לה לפני שיכול היה לנצלה בעצמו.

<u>ח. האם העסקה מהווה הזדמנות עסקית "של החברה"</u>

<u>ח.1 דיווחיה הפומביים של החברה לגבי תחומי פעילותה</u>

91. אין למעשה מחלוקת בין הצדדים שתחום הייזום והבניה של נדל"ן למגורים מהווה את תחום הפעילות העיקרי של החברה (ר' למשל: סעיף 9 לתשובת החברה; סעיף 89 לתשובת אטרקצ'י; וסעיף 26 לתגובת המבקשים).

92. עובדה זו נלמדת בבירור מדיווחיה הפומביים של החברה. כאמור, החברה נקלעה לקשיים כלכליים שהובילו להסדר הנושים, במסגרתו נעשו שינויים בהנהלת החברה ובמבנה הבעלות בה וכן התקבלה החלטה למקד את פעילותה בבניה למגורים בישראל ולממש נכסי נדל"ן בחו"ל (ברומניה ובהונגריה). כך עולה מסעיף 1.1 לדוחות הכספיים של החברה לשנת 2012 (נספח 7 לתשובת אטרקצ'י), בו צוין כי "**בתקופת הדו"ח פעלה החברה... בתחום יזמות בניה למגורים ויזמות של נדל"ן מניב בארץ ובחו"ל וכן בתחום הנדל"ן להשקעה בחו"ל. למועד הדו"ח, ובהתאם להחלטות הנהלת החברה פועלת החברה למקד ולהרחיב את תחום פעילותה בישראל ולצמצם את פעילותה בחו"ל. במסגרת מיקוד פעולתה בישראל, החלה החברה לפעול גם בתחום ההתחדשות העירונית (פינוי בינוי) ותמ"א 38/2**". בהמשך לאמור צוין בסעיף 2.1 כי נכון למועד הדוח "**תחום פעילותה המרכזי של החברה הכולל יזום והקמה של פרויקטים של בניה למגורים בישראל**" (ר' גם: סעיפים 7, 17 ובאור 1.א לדוחות). דברים דומים צוינו בדוחות הכספיים של החברה בשנים 2013-2021 (ר' למשל: נספח 6 לבקשת האישור, עמ' 93 ו-99 לנומרטור, ונספחים 28-30 ו-41 לה; נספח 9 לתשובת אטרקצ'י; נספח 12 לתשובת החברה, בעמ' 236 לנומרטור), ובמצגות שפרסמה לציבור המשקיעים (נספח 10 לתשובת החברה). כך עולה גם מהפרויקטים השונים שמבצעת החברה, שייעודם העיקרי הוא בניה למגורים (ר' למשל את רשימות הפרויקטים המנויות בסעיפים 9 ו-11 לדוחות הכספיים של החברה לשנת 2017 (נספח 12 לתשובת החברה; להלן: "**דוח 2017**") ואת האמור בסעיף 13 להם).

93. עם זאת, הצדדים חלוקים כאמור בשאלה האם החברה עוסקת רק בתחום של ייזום ובניית נדל"ן למגורים (כנטען למשל בסעיף 8 לתשובת החברה ובסעיף 169 לתשובת אטרקצ'י), או

שמא היא פועלת גם בתחומים של נדל"ן מניב ונדל"ן למסחר (כנטען למשל בסעיף 77 לבקשת האישור). לפיכך, אפנה עתה לבחון כיצד, אם בכלל, משתלבים תחומים נוספים אלה במסגרת פעילותה של החברה.

94. **ראשית**, אין חולק כי חלק מתחומי הפעילות של החברה כוללים גם נדל"ן מניב בדמות דיור להשכרה. בדיווח מיידי מיום 10.11.2016 (נספח 11 לתשובת אטרקצ'י; להלן: "**הדיווח מ-10.11.16**"), הודיעה החברה כי הדירקטוריון קיבל את המלצת הנהלת החברה להרחיב את תחום פעילותה לתחום של דיור להשכרה, ובהתאם לכך כללה החברה תחום פעילות זה בדוחותיה הכספיים משנת 2016 ואילך (ר' למשל: נספח 9 לתשובת אטרקצ'י, עמ' 412 לנומרטור, בסעיף 2.1). בהמשך לכך, ביום 18.12.2016 דיווחה החברה על זכייתה במכרז להקמה והפעלה של מעונות סטודנטים עבור אונו (נספח 34 לבקשת האישור). בדוח הדירקטוריון על מצב עניניי התאגיד, שצורף לדוחות הכספיים לשנת 2019 (נספח 6 לבקשת האישור; להלן: "**דוח 2019**"), צוין כי נכון למועד אישור דוח 2019 (25.3.2020) המעונות נבנו ואוכלסו בתפוסה מלאה וכי ההכנסה השנתית הצפויה מהם עומדת על סך של כ-3.2 מיליון ש"ח נטו (שם, בעמ' 172 לנומרטור). עוד עולה כי בחודש מאי 2021 מכרה החברה את המעונות וכי בשל כך היה צפוי לה רווח הוני בסך של כ-19 מיליון ש"ח (נספח 36 לבקשת האישור, בסעיף 3.2). עוד בהמשך לדיווח מ-10.11.16, בחודש מאי 2018 החליט דירקטוריון החברה על הקמת קרן ריט, שתונפק לציבור ושלא תהיה בשליטת החברה, וזאת לביצוע השקעות במקרקעין שתרכוש הקרן לצורכי דיור להשכרה (כעולה מדוח הדירקטוריון שצורף לדוח 2019, בעמ' 1-2).

95. **שנית**, עיון בדיווחיה השונים של החברה מלמד כי במסגרת פרויקטים רבים של בניה למגורים עוסקת החברה גם בבניית שטחי מסחר.

96. כך צוין למשל בסעיף 7.1.8 לדוח 2017, שפורסם ביום 28.3.2018, כחודשיים לפני שמר אטרקצ'י הגיש באמצעות חברת הפרויקט את ההצעה במכרז. סעיף 15 לדוח 2017 כולל פירוט של נתונים לגבי פרויקטים של בניה למגורים המסווגים כמהותיים מאוד, לרבות שטחי מסחר בהיקפים של אלפי מ"ר הנבנים במסגרתם (ר' למשל: את הפרויקטים בסעיפים 15.2.1 (3,000 מ"ר בפרויקט "הגנים התלויים" ביהוד-מונסון), 15.4.1 (1,115 מ"ר בפרויקט בקריית אונו), 15.5.1 (750 מ"ר בפרויקט ברמת השרון), ו-15.7.1 (5,040 מ"ר בפרויקט "מגרש מכבי" בחדרה). פרויקטים אלה, בהם שטחי המסחר נעים בין אחוזים בודדים לבין כ-10% מהיקף הפרויקט, נסקרים גם בבאור 9 לדוח. בסעיף א' לבאור זה צוין כי שטחי המסחר בפרויקט ביהוד-מונסון נמכרו בחודש מאי 2017 בעבור סך של 62.5 מיליון ש"ח. בנוסף, בסעיף ג' לאותו באור אף צוין כי "**במהלך שנת 2017 החליטה החברה לפתח את המרכז המסחרי שבפרויקט "מבואות קיסריה" ולהפעילו כנכס מניב**", וכי שוויו ההוגן של נכס זה נאמד בסך של כ-11.5 מיליון ש"ח. לפרויקטים נוספים שלא סווגו כמהותיים מאוד וכוללים שטחי מסחר, ר' למשל את באור 8

לדוח 2017 ואת סעיפים 2.8-2.5 לדוח הדירקטוריון שצורף לדוח 2017. וכך סוכמו הדברים בעמ' 3 לדוח הדירקטוריון (נספח 12 לתשובת ההחברה, עמ' 185 לנומרטור):

> "**<u>אפיק נוסף בו החברה החלה לפעול</u>** [ההדגשה אינה במקור] **הינו <u>תחום המרכזיים המסחריים</u>. כפועל יוצא של הקמת שכונות – בהתאם לאסטרטגיית החברה בתחום ההתחדשות העירונית – קיים צורך ממשי של מתחמים ושטחי מסחר אשר ישמשו את תושבי השכונות ו/או המגדלים החדשים המוקמים. <u>בתקופה הקרובה החברה תחל בהקמתם של מתחמים מסחריים</u> ב'מבואות קיסריה' באור עקיבא, בפרויקט ה'גנים התלויים' ביהוד (שלב ד'), פרויקט אונו וואלי בקריית אונו, פרויקט 'אאורה רמת השרון' ו-פרויקט מתחם הרא"ה ברמת גן, מגרש 'מכבי' חדרה, פרויקט מתחם "שלם" ברמת גן ובפרויקט 'התמרים/מגדים' ברמת גן. <u>סך כל שטחי המחסר[8] בפרויקטים אלו יעמוד על כ- 15,000 מ"ר</u>. החברה בוחנת בכל פרויקט ופרויקט האם למכור אותו לצדדים שלישיים כמיקשה אחת או האם להשאיר אותם בבעלותה ולהשכירם**".

97. בדוח 2019 נכללים פרויקטים נוספים של בניה למגורים אשר במסגרתם בנתה החברה גם שטחים למסחר. כך לעניין פרויקטים של החברה ברמת גן (באור 5.ה.7 לעניין פרויקט מתחם הרא"ה, שנכלל גם בדוח 2017 ובדוח ב-2019 צוין כי הוא כולל 500 מ"ר של שטחי מסחר; ובאור 7.ה.7 לעניין פרויקט רמת חן, שנכלל גם בדוח 2017 תחת השם "מתחם שלם", לגביו צוין כי הוא כולל 2,000 מ"ר של שטחי מסחר); בקרית אונו (באור 2.ו.7 לעניין רכישת זכויות חכירה בשטח של כ-12 דונם עבור 76 מיליון ש"ח, עליהם היה ניתן להקים שטחי מסחר בהיקף של 2,000 מ"ר. עסקה זו לא יצאה לפועל בסופו של יום בשל מימוש זכות סירוב של אחד המוכרים; ר' גם: נספח 38 לבקשת האישור); ובלוד (באור 1.ב.9 לעניין הליכי תכנון מתקדמים להגדלת שטחי המסחר בפרויקט "מ.ע.ר 3" לכ-4,000 מ"ר). לסיכום, צוין בסעיף 1 לדוח הדירקטוריון שצורף לדוח 2019 (בעמ' 172 לנומרטור של בקשת האישור) כי היקף שטחם של המתחמים המסחריים שעתידה החברה לבנות כחלק מפרויקטים של בניה למגורים, עומד על סך של כ-25,000 מ"ר מהם כ-10,000 מ"ר בפרויקטים שבביצוע.

98. החברה אמנם טענה כי אין רלוונטיות לפעילותה המשתקפת מדוח 2019, שכן העסקה התרחשה במחצית שנת 2018, ואולם בנסיבות העניין אין לקבל טענה זו. מעבר לעובדה שדוח 2019 כולל גם עדכונים לפרויקטים של החברה שהיו קיימים עוד בדוח 2017, החברה לא העלתה כל טענה כי בין מועד העסקה לבין פרסום דוח 2019 התקבלה החלטה או חל שינוי בפועל בטיב הפעילות של החברה. משכך, טיב פעילותה של החברה בשנת 2019 אמור להיות זהה לטיב פעילותה

[8] הטעות במקור.

בשנים עברו, לרבות בשנת 2017, ומסיבה זו אני סבור שניתן ללמוד למקרה דנן על פעילות החברה גם מפעילותה בשנת 2019.

99. עוד ר' את הפרויקטים הנוספים של החברה הכוללים גם בניית שטחי מסחר בהיקפים של עד 20% מהיקף הפרויקט, כמפורט בסעיף 63 לתשובת החברה, ובכלל זאת פרויקטים בחולון, בתל אביב, ברמת גן, בקריית אונו, ביהוד ובקריית ביאליק.

100. למען שלמות התמונה, יצוין כי בדוח 2017, בעמ' 2 לדוח הדירקטוריון (נספח 12 לתשובת החברה, עמ' 184 לנומרטור), נכללה לראשונה פסקה בו צוין כי "**לצד פעילות זו החברה פועלת באופן פעיל ונמרץ בתחום הייזמות ה'מסורתי' וזאת על ידי איתור עסקאות וייצור הזדמנויות נדל"ניות שונות, דוגמת רכישת קרקעות באזורי ביקוש ו/או התקשרות עם בעלי קרקע בעסקאות קומבינציה**". דברים דומים הופיעו בדוח הדירקטוריון לרבעון הראשון לשנת 2018 (נספח 29 לבקשת האישור, עמ' 731 לנומרטור).

ח.2 האם עסקת המקרקעין נופלת בגדר תחום פעילותה של החברה

101. לאחר עיון בטענות הצדדים, בהתאם לתשתית הנורמטיבית שפורטה לעיל, ובפרט למבחנים שנקבעו בעניין **חג'ג'**, אני סבור שהמבקשים הוכיחו לכאורה כי עסקת המקרקעין נופלת בגדר תחום פעילותה של החברה, ומשכך היא היוותה הזדמנות עסקית "של החברה".

102. אינני מקבל את טענת המבקשים כאילו עסקת המקרקעין נופלת במסגרת המעגל הראשון של פעילות החברה שנקבע בעניין **חג'ג'**:

102.1. אני סבור שבגדרו של מעגל זה נכללת כל פעילותה העסקית של החברה שהיא חוזרת ונשנית (להבדיל מאקראית) ואינה בהיקף זניח, קרי הפעילות אותה מבצעת החברה באופן שוטף במסגרת עסקיה ובהיקף שאינו מבוטל.

102.2. אמנם, כאמור לעיל בדוחותיה הכספיים של החברה לשנים 2012-2017 נכללו אמירות כגון שהחברה עוסקת גם בהקמה וניהול של נדל"ן מניב בארץ (ר' למשל: סעיף א.2 לבאור 1 לדוח 2017 (נספח 12 לתשובת החברה, בעמ' 236 לנומרטור), וכן את הבאור הזהה בדוחותיה הכספיים השנתיים של החברה לשנים 2013-2016 (נספח 41 לבקשת האישור)). בנוסף, בדוח 2017 ציינה החברה את פעילותה בתחום המרכזים המסחריים "**בהקמת וניהול נדל"ן מניב**". לכך יש להוסיף את האמור בפסקה שצוטטה לעיל מהדוח השנתי לשנת 2017 (ובדוח לרבעון הראשון לשנת 2018), בדבר פעילות החברה בתחום היזמות המסורתי על ידי איתור עסקאות וייצור הזדמנויות נדל"ניות שונות, אשר יכולה ללמד לכאורה שגם עסקת המקרקעין נופלת בגדר תחום פעילותה המדווח של החברה.

102.3. עם זאת, במכלול הדברים איני סבור שדי באינדיקציות אלה כדי להוביל למסקנה כי העסקה נכללת בגדר המעגל הראשון של פעילות החברה. כאמור, עד לשנת 2012 פעלה

החברה גם בתחום של ייזום נדל"ן מניב למסחר במסגרת עסקאות שביצעה בחו"ל. לאחר אישור הסדר הנושים החליטה החברה להפחית את פעילותה בחו"ל ולמקדה בישראל בתחום הבניה למגורים, אשר למן אותה שנה צוין בדוחותיה הכספיים כתחום פעילותה המרכזי. בהתאם לכך, מפרופיל הפרויקטים של החברה עולה בבירור כי כלל הפרויקטים שמבוצעים על ידה הם פרויקטים שעיקרם בניה למגורים. חלק משמעותי מפרויקטים אלה כולל גם בניה בהיקפים משמעותיים של שטחי מסחר. בנוסף לבניה למגורים וכן בניה למסחר במסגרת פרויקטים למגורים, החל משנת 2016 החלה החברה לעסוק גם בתחום של דיור להשכרה. שלושה תחומים אלה, בהם החברה עוסקת באופן שוטף ומשמעותי, מהווים בנסיבות העניין את המעגל הראשון של פעילות החברה במישור שבין החברה לבין בעלי מניותיה. מנגד, המבקשים לא הצביעו על דוגמאות לפרויקטים שביצעה החברה הכוללים ייזום והקמה של נדל"ן שייעודו העיקרי אינו למגורים (יצוין כי מסעיף 63 לתשובת החברה, עולה כי גם הנכס בייעוד של משרדים שהוזכר בסעיף 79.4 לבקשת האישור נרכש כחלק מפרויקט התחדשות עירונית של החברה). גם הספק המסוים שמתעורר בכל הקשור לציטוט בדבר פעילות החברה בתחום הייזמות המסורתי, נפתר בכך שכלל הנראה שיש לקרוא ציטוט זה על רקע פעילות החברה בתחום הנדל"ן למגורים ולהשכרה בישראל, ולא כמתייחסת לעסקאות ולהזדמנויות בתחום הנדל"ן המסחרי.

103. לעומת זאת, **אני בדעה כי לצרכי שלב זה עלה בידי המבקשים לבסס את טענתם לפיה עסקת המקרקעין, כעסקה לייזום נדל"ן מניב מסחרי, נופלת לכאורה בגדר המעגל השני של פעילות החברה, הכולל גם תחומים משיקים לתחומי הפעילות של החברה**.

104. כך מתחייב מהקשר האיתן והברור שקיים בין תחום פעילותה בפועל של החברה במעגל הראשון לבין תחום הפעילות במסגרתו נכללת עסקת המקרקעין. ייזום בניה למגורים וייזום בניה למסחר הם שני תחומים הנכללים תחת אותו ענף מסחרי, ואני סבור שלצורך השלב הנוכחי של בקשת האישור ניתן לקבוע לכאורה כי התשתיות, הכישורים והניסיון הנדרשים על מנת שחברה תפעל בשניהם הם דומים בטיבם (גם אם אינם זהים), וכי אף ייתכן שקיימים ממשקים של השלמה וסינרגיה בין התחומים. והראיה לכך היא שהחברה עצמה, שתחום פעילותה המרכזי הוא בניה למגורים, משלבת במסגרת פרויקטים רבים שלה תכנון, בניה ושיווק של שטחי מסחר בהיקפים של אלפי מ"ר, באופן אשר משיא את התמורה שניתן להפיק מכל פרויקט. **לא בכדי הדגישה החברה בדוח הדירקטוריון שצורף לדוח 2017 את פעילותה המשמעותית בתחום המרכזים המסחריים** (הנלווית לפרויקטים למגורים אותם היא מקימה), **אשר החברה מחליטה בכל פרויקט אם למכור או להשכיר אותם, ואשר מניבים לה הכנסות בהיקף של עשרות מיליוני ש"ח** (כגון בעסקת מכירת שטחי המסחר בפרויקט החברה האמור לעיל ביהוד-מונסון).

105. האמור לעיל מצדיק, למצער בשלב זה, לדחות את טענת החברה כאילו המומחיות, הניסיון ומערך הפעילות הנדרשים לייזום בניה למגורים הם שונים מאלה הנדרשים לצורך ייזום בניה למסחר וכי הדבר מלמד שאין מדובר בתחומים משיקים. **ראשית**, כפי שנפסק בעניין **חג'ג'** (בפס' 63):

> **"גם ההנחה לפיה לחברה אין מערך מתאים לניצול ההזדמנות העסקית, איננה שוללת בהכרח את המסקנה אודות סיווגה של הזדמנות כהזדמנות של החברה. בעניין יוניקלין קבע בית המשפט באופן דומה, כי גם אם אין בחברה גורם שיכול לתרום לניצול ההזדמנות העסקית, אין בכך כדי להשפיע על המסקנה האם מדובר בהזדמנות 'של החברה', שכן החברה יכולה לשכור גורם מתאים שיעסוק בכך".**

106. **שנית**, גם בהנחה שלצורך בחינת מידת ההשקה בין תחומים יש לבחון גם את המומחיות השונה הנדרשת בכל אחד מהם, איני מקבל את עמדת המשיבים לגופה, למצער בשלב זה של בקשת האישור. כאמור, הגם שתחום פעילותה המרכזי של החברה הוא בניה למגורים, עדיין יש בידיה גם את מלוא הכלים הנדרשים כדי ליזום, לתכנן, לבנות ולשווק במסגרת הפרויקטים שלה בניית שטחי מסחר בהיקפים נרחבים ובשווי מיליוני ש"ח. הדעת נותנת כי **העובדה שהחברה מסוגלת לבנות בשני הייעודים (גם אם בהיקפים שונים), באופן חוזר ונשנה ובהיקפים המשמעותיים שתוארו, מלמדת בצורה הטובה ביותר על מידת הקשר בין התחומים ועל היותם משיקים**. זאת ועוד, במקרה דנן אין לקבל את טענת המשיבים כאילו לחברה לא היו את הכלים הדרושים לביצוע עסקת המקרקעין לאור השוני הנטען לעיל. טענה זו נסתרת מהעובדה הפשוטה שהמקרקעין נרכשו על ידי חברת הפרויקט, שהיא חברת יחיד נטולת פעילות בבעלותו המלאה של מר אטרקצ'י. לפיכך, ה"כלים" שהיו ברשותה של חברת הפרויקט לצורך הקמת קמפוס אקדמי עבור אונו הסתכמו במומחיותו, בכישוריו ובניסיונו של מר אטרקצ'י, אשר לא היתה כל מניעה שישתמש בהם לטובת הפרויקט גם כמנכ"ל החברה. כפי שיפורט להלן החברה עצמה הצדיקה בשנת 2017 את תנאי כהונתו של מר אטרקצ'י כמנכ"ל החברה בכך שיש לו "**היכרות מעמיקה עם תחום <u>הנדל"ן היזמי בישראל</u>**", מבלי להגביל אמירה זו לתחום הבניה למגורים. מסקנה זו נתמכת גם באמור בסעיף 3.6 להסכם השכירות (נספח 4 לתשובת אטרקצ'י), בגדרו הצהירה חברת הפרויקט (שכאמור כל שהיה לה הוא את יכולותיו של מר אטרקצ'י) "**כי הינה בעלת ניסיון, יכולת, מיומנות, מערך ארגוני ומקצועי, וידע הדרושים לבניית הפרויקט... וכי הינה בעלת אמצעים נאותים ומספיקים על מנת להשלים את העבודות והמטלות החלות עליה בהתאם להוראות הסכם זה... בתוך התקופה שנקבעה... [ו]ברמה ובמיומנות מקצועית הגבוהה ביותר**".

107. לא מצאתי ממש בטענות המשיבים בכל הקשור לסעיף "**יעדים ואסטרטגיה עסקית**" שנכלל בדוחותיה הכספיים של החברה. העובדה שבסעיף זה לא כלל החברה תחום פעילות שאינו בניה

למגורים או דיור להשכרה, אינה מעלה ואינה מורידה למקרה דנן. כפי שהובהר בעניין **חג'ג'** (בפס' 12-41), וכמפורט לעיל, בגדרי המעגל השני של פעילות החברה מצויים לא רק תחומי פעילות בהם לחברה יש אינטרס וציפייה לעסוק בעתיד, כעולה מדיווחיה; אלא גם תחומים משיקים, הנכללים במעגל השני לא בשל כוונה מוצהרת בדיווחי החברה לעסוק בהם בעתיד, כי אם לנוכח מידת ההשקה שלהם לתחום פעילותה של החברה בהווה.

108. הוא הדין לעניין טענות המשיבים בקשר להחלטות שקיבל דירקטוריון החברה בדבר "**כניסה לתחום פעילות של דיור להשכרה**", עליה דווח בדיווח מ-10.11.16, ובדבר "**כניסה לתחום פעילות נדל"ן מניב מסחרי**", עליה דווח לציבור ביום 6.6.2021 (נספח 12 לתשובת אטרקצ'י; להלן: "**הדיווח מ-6.6.21**"):

108.1. **אשר לדיווח הראשון**, אני סבור כי **דיווח זה דווקא תומך בעמדת המבקשים**. כאמור, החברה החליטה בסוף שנת 2016 על הרחבת תחום פעילותה גם לדיור להשכרה, שהוא במהותו תחום של נדל"ן מניב (למגורים), ובהמשך לכך פעלה ליישום אותה החלטה, בפרט בכך שהקימה, השכירה ולבסוף מכרה ברווח פרויקט של דיור להשכרה בדמות מעונות סטודנטים עבור אונו. **אני סבור שהתנהלות זו מחזקת את המסקנה שהעסקה, אשר במהותה (ולאחר ההתקשרות בהסכם השכירות) היתה עסקה להקמת פרויקט של נדל"ן מניב להשכרה בייעוד מסחרי, מצויה בתחום משיק לתחום הפעילות של החברה, הכולל פרויקטים של נדל"ן מניב להשכרה לדיור**. יפים לענייננו, בשינויים המחוייבים, הדברים שנקבעו בע"א 74/15 **מנהל מיסוי מקרקעין רחובות נ' גזית גלוב ישראל (פיתוח) בע"מ**, פס' 47 (14.12.2017):

> "**השכרת נכסים היא השכרת נכסים, יהיו אשר יהיו סוג הנכסים ומאפייני ההשכרה. אין באופי המקרקעין ובמאפייני ההשכרה כדי לשנות מן העובדה שהשכרתם של מקרקעין – אף אם היא מבוצעת באופן עסקי ואף אם מדובר כמו בעניינו בנדל"ן מניב מסוג מרכזי קניות – נותרת השכרת מקרקעין...**".

למען הסר ספק, יצוין כי בסעיף 190 לתשובת אטרקצ'י הוא אישר כי מנכ"ל אונו ניהל עימו מגעים בקשר להקמת הקמפוס על רקע פרסום המכרז (כפי שניהל עם גורמים נוספים שעתידים היו להשתתף בו), ומשכך למעשה אין חולק כי בעת שחברת הפרויקט ניגשה למכרז עמדה לנגד עיניה הציפייה שאם תזכה בו תקים קמפוס אקדמי עבור אונו (וזאת גם אם באותו שלב טרם הושגו הסכמות בין הצדדים, כפי שהתגבשו במסגרת הסכם השכירות פחות משלושה חודשים לאחר הזכייה במכרז).

108.2. **אשר לדיווח השני**, איני סבור שיש בו כדי לסייע בידי המשיבים. בדיווח זה צוין כי "**דירקטוריון החברה החליט לקבל את המלצת הנהלת החברה לפעול לפיתוח תחום פעילות של נכסים מניבים אשר מוקמים במסגרת פרויקטי המגורים שהחברה יוזמת**

ומקימה". דא עקא, כמפורט בהרחבה לעיל מדובר בפעילות אשר החברה עסקה בה באופן חוזר ונשנה ובהיקף בלתי מבוטל זמן רב לפני הדיווח מ-6.6.21, וגם רשימת הפרויקטים בטבלה שנכללה בדיווח עניינה בפרויקטים של החברה עליהם דווח שנים רבות לפני כן (כפי שיפורט לגבי טבלה זו בהמשך). בנסיבות אלה, לא מצאתי לייחס משקל לדיווח מ-6.6.21. אדרבא, ככל שתאמר כי החברה החליטה בשנת 2021 להיכנס לתחום פעילות חדש של נדל"ן מניב מסחרי (גם אם במסגרת פרויקטים למגורים), שהוא כאמור תחום משיק, יתכן שהיא היתה מחליטה לעשות כן עוד בשנת 2018 אם העסקה היתה מובאת לפתחה.

109. המסקנה כי תחום הייזום והבניה למסחר הוא תחום משיק לתחומי פעילותה של החברה לא נשללה גם במסגרת חוות הדעת שנמסרה לוועדת הביקורת, אשר בעמ' 15 לה צוין כי "**בנייה שאינה למגורים היא <u>תחום שעשוי להיחשב כמשיק לבנייה למגורים</u>, בפרט כאשר אאורה בונה שלא למגורים במסגרת פרויקטים שעיקרם למגורים**".

110. אמנם, בהמשך לאמור צוין בחוות הדעת כי "**מצד שני, אאורה בחרה לוותר על עיסוק בנדל"ן שאינו למגורים ובחירה זו התגלתה כמוצלחת**", וכי ספק אם היתה מסתכנת ב"**הרפתקה עסקית שעלולה להסתבך**", דוגמת עסקת המקרקעין. באופן דומה, גם בתשובת החברה נטען כי לאור התמורות שחלו בפעילות החברה היא ממילא לא היתה בוחרת לבצע בעצמה את העסקה. איני מוצא נימוק נגדי זה כמשכנע. השינוי שביצעה החברה בשנת 2012 אינו משליך על השאלה האם העסקה נופלת בגדר תחום המשיק לתחום פעילותה, שכן שאלה זו מוכרעת על פי מידת הקשר בין שני התחומים ובהכרח היא נבחנת בהנחה שהחברה אינה עוסקת באותו תחום משיק (שאחרת מדובר בתחום בו החברה פועלת במסגרת המעגל הראשון ולא בתחום משיק במסגרת המעגל השני). מעבר לכך, ככל שמדובר בתחום משיק, הדבר מצדיק לאפשר לחברה, ולא למר אטרקצ'י, להחליט האם היא מעוניינת להיכנס לעסקה קונקרטית על הסיכונים הכרוכים בה. יפים לעניין זה הדברים שנקבעו בעניין **חג'ג'** (בפס' 62):

> "**השאלה האם העסקה כדאית עבור החברה והאם ההחלטה לאמץ אותה היא החלטה נכונה עבורה מבחינה עסקית, איננה שאלה רלוונטית לצורך הקביעה האם הזדמנות עסקית מסוימת היא 'של החברה' אם לאו. ההחלטה הזו צריכה להתקבל על ידי האורגנים המתאימים בחברה, לאחר שהעסקה (אם היא 'של החברה') מוצעת לה על ידי נושאי המשרה**".

ור' גם את העמדה הדומה שהובעה בעניין **פאנגאיה** (בעמ' 16), לפיה "**אין כל מקום להותיר את ההחלטה בדבר יכולתה של החברה לממש את ההזדמנות העסקית בידי נושא המשרה שמבקש לנצלה**".

111. זאת ועוד, מתשובת החברה עולה ברורות כי הפעילות שהופסקה בשנת 2012 היתה פעילות הנדל"ן בחו"ל (בעיקר במזרח אירופה) שכשלה, ולא פעילות נדל"ן מניב בישראל (סעיפים 10, 17 ו-90 לתשובת החברה), כך שאין לומר כי החברה קיבלה בשנת 2012 החלטה ברורה וחד משמעית שלא להיכנס בעתיד לתחום המשיק של נדל"ן מניב בישראל, אלא לכל היותר החלטה שלא לעסוק בנדל"ן מניב בחו"ל.

112. איני מוצא לנכון לייחס משקל של ממש לטענת המשיבים לפיה בניית שטחי מסחר על ידי החברה נעשית לדרישת רשויות התכנון והבניה. המשיבים העלו טענה זו באופן כללי ומבלי שהם מביאים דוגמאות קונקרטיות למקרים בהם הועלתה דרישה מסוג זה (ר' סעיף 60 לתשובת החברה וסעיף 90 לתשובת אטרקצ'י). אדרבא, העובדה שגם בתשובת החברה נטען שבניית שטחי המסחר נעשית "**בדרך כלל**" לדרישת הרשויות, מלמדת שגם לשיטתה בחלק מהמקרים הדבר נעשה על ידי החברה משיקולים כלכליים. אם לא די באמור, מדוחותיה הכספיים של החברה עולה כי זו דווקא פועלת באופן אקטיבי לקידום שינויים תכנוניים וקבלת הקלות כדי להגדיל את היקף שטחי המסחר שייבנו בפרויקטים השונים (ר' למשל: באורים 8.יא, 8.טז ו-9.ב לדוח 2017, לעניין פעולות החברה להגדלת שטחי מסחר בפרויקטים בקריית ביאליק, לוד וחדרה). טענת החברה אינה עולה בקנה אחד גם האמור בדיווח מ-6.6.21. בדיווח זה נכללה טבלה ובה רשימת פרויקטים, שמרביתם הגדול נכללו עוד בדוח 2017 וכולם מופיעים בדוח 2019, לגביה צוין כי בגין שטחי המסחר הנבנים באותם פרויקטים צפויה לחברה הכנסה שנתית בסך של כ-30 מיליון ש"ח. מכל מקום, טענה זו של המשיבים רלוונטית לכך שאין מדובר בפעילות הנופלת בגדר המעגל הראשון (כפי שקבעתי), אך לא לשאלה האם מדובר בפעילות משיקה הנופלת בגדר המעגל השני.

113. נוכח האמור לעיל, אני סבור כי **העסקה נופלת לכאורה בגדרי המעגל השני של פעילות החברה לפי מבחן ההסכמה, וזאת משהיא מצויה בתחום משיק ביחס לתחום הבניה למגורים, ועל אחת כמה וכמה בתחום משיק ביחס לתחום של בניית שטחי מסחר במסגרת פרויקטים של בניה למגורים ולתחום של דיור להשכרה (קרי נדל"ן מניב למגורים)**. קביעה זו נכונה מקל וחומר בהשוואה למסקנותיו של בית משפט זה בעניין **חג'ג'**. לטעמי, הזיקה הקיימת בין תחומי פעילותה של החברה לבין התחום של ייזום ובניית נדל"ן מסחרי, אשר כולם נוגעים לבנייה הנעשית במדינת ישראל בלבד (ורבים מהם באזור קריית אונו), היא הדוקה בהרבה מהזיקה הקיימת בין התחומים הרחבים של ביצוע עסקאות נדל"ן בארץ ופעילות נדל"ן בחו"ל, אשר בעניין **חג'ג'** נקבע כי הם תחומים משיקים.

114. זאת ועוד, **אני סבור, למצער לצורך שלב הדיון הנוכחי, כי לנוכח תפקידו ומעמדו הבכירים של מר אטרקצ'י בחברה, מוצדק לקבוע כי עסקת המקרקעין היוותה הזדמנות עסקית "של החברה" אשר היה על מר אטרקצ'י להציע קודם כל לחברה. זאת, בשים לב להיותו של מר**

אטרקצ'י במשך שנים רבות (החל משנת 2012), לרבות במועד עסקת המקרקעין, מנכ"ל החברה ובעל השליטה בה (ודירקטור בה משנת 2012 ועד סוף שנת 2017); ולאור העובדה שמתוקף תפקידו כמנכ"ל היה מר אטרקצ'י איש המפתח של החברה בפיתוח עסקיה, ובמסגרת זו הוא אף היה מעורב באיתור הזדמנויות עסקיות עבורה. לא למותר לציין בהקשר זה את האמור בחוות הדעת שנמסרה לוועדת הביקורת, לפיו "**מר אטרקצ'י הוא <u>החוליה המרכזית</u> שעליה מתבססת אאורה <u>בפיתוח עסקיה</u> ובניהולם, ובמסגרת תפקידו הוא <u>מעורב באיתור הזדמנויות עסקיות עבור החברה</u>**" (שם, בעמ' 3; ר' גם אמירות דומות בסעיף 128 לתשובת החברה).

115. בדומה, ביום 27.2.2017 דיווחה החברה על זימון אסיפה כללית של בעלי המניות בין היתר לצורך אישור תנאי הארכת כהונתו של מר אטרקצ'י כמנכ"ל החברה לשלוש שנים (נספח 20 לבקשת האישור). בדיווח האמור הוצע לאשר התקשרות של החברה עם מר אטרקצ'י בהסכם ניהול (באמצעות חברה בשליטתו המלאה) למתן שירותי מנכ"ל לחברה ולחברות בת שלה, וזאת בתמורה לתשלום דמי ניהול חודשיים בסך של כ-106,000 ש"ח, החזר הוצאות בסך של 10,000 ש"ח ומענק שנתי מותנה ברווחי החברה. בסעיף 21 לדיווח פורטו "**נימוקי ועדת התגמול והדירקטוריון להחלטה בדבר תנאי הכהונה וההעסקה לבעל השליטה**". ועדת התגמול והדירקטוריון סברו שתנאי השכר האמורים הם "**לטובת החברה**" ו"**סבירים בנסיבות העניין**", תוך פירוט, בין היתר, של הנימוקים הבאים:

> "**21.3. המנכ"ל הינו בעל ניסיון רב שנים בתחום פעילותה של החברה <u>ובעל היכרות מעמיקה עם תחום הנדל"ן היזמי בישראל</u>, <u>ומהווה את החוליה המרכזית עליה מתבססת החברה בפיתוח וניהול עסקיה</u>**...
>
> **...**
>
> **21.5 למנכ"ל תרומה ניכרת לקידום החברה בשנים האחרונות. היכרותו המעמיקה עם תחומי הפעילות של החברה, ניסיונו הרב, קשריו העסקיים והמוניטין שצבר בתחום, <u>מהווים את הנכס העיקרי והמשמעותי ביותר של החברה</u> ומקנים לה יתרון על פני המתחרות בתחום**".

עוד צוין כי בקביעת היקף התגמול שקלה ועדת התגמול גם את "**הצורך של החברה לשמר מנכ"ל בעל כישורים, ידע ניסיון ומומחיות ייחודיים**".

116. בדומה, ביום 2.2.2020 דיווחה החברה על זימון אסיפה כללית של בעלי המניות, בין היתר לצורך הארכת העסקתו של מר אטרקצ'י לשלוש שנים נוספות בתנאים דומים (נספח 21 לבקשת האישור), תוך שבאותו דיווח הציגו ועדת התגמול הדירקטוריון נימוקים דומים להארכת כהונתו של מר אטרקצ'י.

117. נימוקים אלה מדברים בעד עצמם ומעידים על מידת חשיבותו ובכירותו של מר אטרקצ'י, כבעל השליטה בחברה, כמנכ"ל החברה ובמשך שנים רבות גם כדירקטור בחברה, לשם הצלחתה של החברה למן שנת 2012 ועד היום, כמו גם על היותו הגורם הבכיר ביותר בחברה לצורך פיתוח עסקיה, אשר מזוהה עם פעילותה יותר מכל עובד אחר. ודוק: איני מקבל את טענת החברה כאילו הנימוקים שנכללו בדיווחים האמורים מלמדים כי החברה מבקשת ליהנות ממומחיותו של מר אטרקצ'י בתחום של בניה למגורים בלבד. זאת, בפרט בשים לב לכך שבין מעלותיו של מר אטרקצ'י צוינה גם "**היכרות מעמיקה עם תחום <u>הנדל"ן היזמי בישראל</u>**", מבלי להגביל אמירה זו לתחום הבניה למגורים. טענה זו של החברה אף אינה מתיישבת עם העבודה שבדיווח מ-6.6.21 צוין כי ההכנסות הצפויות לחברה משטחי המסחר המוקמים על ידה, הוערכו בין היתר בהתבסס על "**ניסיון מקצועי והיכרות הנהלת החברה עם שוק הנדל"ן המניב מסחרי**".

118. התוצאה האמורה לעיל בהתאם למבחני פסק הדין בעניין **חג'ג'**, עולה בקנה אחד עם עמדתם של **כבוב, אברהם-גדליה ולוקסנבורג** במאמרם. בחוות הדעת שהוגשה לוועדת הביקורת נטען כי "**המאמר אינו מפרש כיצד לנהוג בפעילות שונה מהפעילות הקיימת של החברה אך עשויה להיחשב משיקה לה. כזו היא חכירת קרקע להקמת מכללה מנקודת מבטה של חברה המתמחה בבנייה למגורים**" (שם, בעמ' 16). המדובר לטעמי בקריאה שגויה וחסרה של המאמר, ככל שמדובר בניצול הזדמנות עסקית בידי בעל השליטה שהוא נושא משרה בתחום המשיק לפעילות החברה. **במאמר הובעה העמדה המפורשת** כי ככל שמדובר ב"**בעל שליטה המכהן כנושא משרה**" בחברה, ובפרט "**כאשר ניתן לראות בבעל השליטה את 'הרוח החיה' שמאחורי פעילות החברה, ובמסגרת עיסוקו העיקרי הוא אמון על קידום עסקי החברה ופעילותה**", כבמקרה דנן, יש להטיל עליו "**חובת גילוי מוגברת**" בכל הקשור להזדמנויות עסקיות, "**בייחוד כאשר קיימת <u>זיקה</u> בין ההזדמנות העסקית לבין תחום פעילות החברה, לרבות... בשל הימצאות ההזדמנות העסקית <u>בתחום המשיק לתחום פעילות החברה</u>**" (שם, בעמ' 37).

119. גישה מחמירה יותר מביעה פרופ' צפורה כהן, הסבורה כי "**כל נושא משרה בחברה צריך להימנע מלנצל הזדמנות שהיא בתחום הפעילות של החברה, הנוכחית או המתוכננת או שהיא <u>בתחום משיק לה</u>**" (בספרה **נושאי משרה בחברה – דרכים לשחרורם מאחריות** 152 (2023; להלן: "**צ' כהן – נושאי משרה**").

120. המשיבים העלו מספר טענות נגד תוקפו של פסק הדין בעניין **חג'ג'** והקביעות שנקבעו בו לעניין המעגל השני של פעילות החברה. איני מקבל טענות אלה:

120.1. אכן, פסק הדין בעניין **חג'ג'** ניתן על ידי בית משפט זה ומשכך הוא אינו מהווה הלכה מחייבת וממילא אינו מחייב מותב זה (ר': סעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה). לצד זאת, וכפי שכבר ציינתי, מקובל עלי המבחן המשפטי שנקבע בעניין **חג'ג'**, לרבות הקביעה לעניין קיומו של מעגל שני לתחום הפעילות של החברה, וזאת מהנימוקים שפורטו בפסק

הדין. קביעה זו מתחייבת לטעמי לכל הפחות כאשר מדובר בבעל שליטה שהוא גם נושא משרה בחברה הציבורית. במצבים אלה, בין היתר לנוכח יכולתו של בעל השליטה להשפיע על קידום עסקי החברה והגדרת תחומי פעילותה, באופן שעשוי להוציא הזדמנויות עסקיות מתחום פעילות החברה ולאפשר לו לנצלן באופן פרטי, מתעורר ביתר שאת הצורך להחיל מבחן משפטי רחב לבחינת האיסור על ניצול הזדמנות עסקית (ר' גם: **כבוב, אברהם-גדליה ולוקסנבורג**, בעמ' 37).

120.2. אכן, כפי שצוין גם בעניין **חג'ג'** (בפס' 42), המבחן שנקבע במסגרתו הוא מבחן גמיש שמטבע הדברים כולל אי-ודאות לגבי השאלה האם הזדמנות עסקית פלונית היא "של החברה" או שמא נושא המשרה רשאי לנצלה באופן פרטי. בכך אין חידוש, שכן גם המבחן שנקבע בעניין **פאנגאיה** (שאומץ בפסיקה מחוזית ענפה בעקבותיו), לפיו "**די בהיות העסקה קרובה במהותה לעסקי החברה**" כדי שתיחשב עסקה "של החברה", היה מבחן עמום שכלל אי-ודאות. עם זאת, בניגוד לטענות החברה **יש לנושאי המשרה דרך פעולה מעשית כדי לקבל ודאות לגבי זכותם לנצל הזדמנויות עסקיות של החברה, וזאת על ידי עריכת הסדר תיחום פעילות שיבהיר באילו תחומים רשאי בעל השליטה לעסוק באופן פרטי**. כפי שציינה פרופ' צפורה כהן: "**נושא משרה שרוצה להימנע מחוסר ודאות בעניין כשרות ההתקשרות שלו בעסקה, צריך לדאוג לקבל את האישורים הדרושים מהחברה**..." (**צ' כהן – נושאי משרה**, עמ' 152) במובן זה, המבחן שנקבע בעניין **חג'ג'** הוא ראוי גם בשל כך שיש בו כדי להכווין את התנהגותם של נושאי המשרה לעריכת הסדרי תיחום פעילות מבעוד מועד, ולמצער לתמרץ אותם להביא את ההזדמנות לידיעת החברה ולאפשר לה לבחור האם לאמץ אותה. אדרבא, מר אטרקצ'י עצמו היה מודע היטב בזמן אמת לדרך פעולה זו, כעולה מהסדר תיחום הפעילות שנכלל בהסכם 2013 (שידון ב**פרק ט'** להלן).

120.3. לא מצאתי ממש גם בטענת החברה כי המבקשים לא הביאו ראיות לממשק בין תחום פעילות החברה לבין התחום בו מצויה העסקה (תוך שהן מציינות כי בעניין **חג'ג'** הוגשו חוות דעת מומחה). אני סבור כי בשלב זה ולצורך קבלת בקשת האישור, די בתשתית הראייתי שהונחה בפניי, ופורטה בהרחבה לעיל, כדי לקבוע כי קיימת זיקה מספקת בין תחום פעילותה של החברה לבין עסקת המקרקעין.

120.4. לבסוף, יש לדחות גם את טענת מר אטרקצ'י כאילו מדובר בהחלה רטרואקטיבית של המבחן שנקבע בעניין **חג'ג'** בשלהי שנת 2021, ובפרט לעניין קיומו של המעגל השני של פעילות החברה, על עסקה שבוצעה למעלה משלוש שנים קודם לכן. כידוע, כאשר בית המשפט מפרש את הדין הוא אינו יוצר נורמה משפטית חדשה אלא אך מצהיר על הדין שהיה הקיים מאז ומתמיד. משכך, נקבע בפסיקה כי פרשנותו זו של בית המשפט, לרבות

הלכה שיפוטית חדשה, תחול באופן רטרוספקטיבי, קרי גם על מקרים שאירעו בטרם פורש הדין (ר' את פסק הדין המנחה ברע"א 8925/04 **סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון המנוח אלחמיד ז"ל**, פ"ד סא(1) 126, 149 (2006); להלן: "עניין **סולל בונה**"); ור' גם: ע"א 4183/20 **יציב נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה "גני תקוה"**, פס' 35-36 והאסמכתאות שם (16.11.2022; להלן: "עניין **יציב**"). לכלל האמור יש חריג פוטנציאלי כאשר קיים אינטרס הסתמכות משמעותי הראוי להגנה, תוך התחשבות במכלול השיקולים הרלוונטיים (עניין **סולל בונה**, בעמ' 150-151; עניין **יציב**, בפס' 35). עם זאת, בהקשר זה נקבע כי " **אם הסוגיה היא חדשה ולא הוכרעה כלל בעבר, אין לומר כי קיים אינטרס הסתמכות הראוי להגנה**" (עניין **סולל בונה**, בעמ' 150). די באמור לעיל כדי לדחות את טענת הרטרואקטיביות שהועלתה. כאמור, טרם נקבעה הלכה בעניין היקף האיסור החל על נושא משרה לנצל הזדמנויות עסקיות של החברה, וממילא פסק הדין בעניין **חג'ג'** לא סטה, ולא התיימר לסטות, מכל תקדים מחייב (ובכך שונה המקרה דנן מע"א 1326/07 **המר נ' עמית** (28.5.2012) עליו הסתמכו המשיבים בדיון, בו ביטל בית המשפט העליון הלכה קודמת).

אמנם ברע"א 2453/13 **עמר נ' עיריית חדרה**, פס' 42 (14.4.2015), נקבע כי "**במקרים מסוימים, יהא זה מוצדק לקבוע כי הלכה חדשה תחול פרוספקטיבית בלבד, אף בהיעדר הלכה סותרת קודמת באותו עניין. זאת, בפרט, כאשר הייתה הסתמכות ממושכת של רשות ציבורית על פרשנות מסוימת של המצב המשפטי בסוגייה נתונה, שבנסיבות העניין יש לראותה כסבירה**". באותו מקרה בית המשפט העליון השתכנע "**כי הנזק הצפוי מהחלתה של ההלכה החדשה רטרוספקטיבית ומידית עולה במידה ניכרת על התועלת**" (ר' גם: ע"א 6407/14 **הוועדה המקומית לתכנון ובניה כרמיאל נ' מסרי**, פס' 114-121 (24.5.2018)), כאשר באותו מקרה הוחלה ההלכה החדשה על הצדדים להליך בו נפסקה). ואולם, המקרה דנן אינו נופל בגדר אותם מקרים חריגים, אף לא בקירוב. זאת, הן מאחר שאין מדובר ברשות ציבורית (ודי בכך), והן מאחר שהמשיבים לא הוכיחו הסתמכות ממושכת וסבירה על פרשנות מסוימת של המצב המשפטי. יודגש בהקשר זה כי אף שפסק הדין בעניין **חג'ג'** פיתח ושכלל את המבחנים המשפטיים לצורך הכרעה בשאלה מהי הזדמנות עסקית "של חברה" ציבורית, המשיבים לא הצביעו על הסתמכות ראויה להגנה על פסיקה קודמת, אף לא פסיקה של בתי המשפט המחוזיים, וזאת לא בכדי. גם הפסיקה שקדמה לעניין **חג'ג'**, קרי פסק הדין בעניין **פאנגאיה** והפסיקה שאימצה את המבחן שנקבע בו, קבעה במפורש כי "**יש להחיל <u>הגדרה רחבה</u> באשר לקיומה של הזדמנות עסקית**" וכי "**די בהיות העסקה <u>קרובה במהותה</u> לעסקי החברה הנדונה כדי להוות הזדמנות עסקית שעל נושא משרה להימנע מניצולה**". לפיכך, דומה כי החלתו של המבחן הרחב שנקבע בעניין **פאנגאיה** היתה

מביאה לאותה תוצאה אליה הגעתי על בסיס המבחנים שנקבעו בעניין **חג'ג'** (שכאמור נימוקיו מקובלים עלי). גם בכך יש להצדיק את דחיית טענת המשיבים.

121. לבסוף, לא מצאתי ממש בטענות לפיהן מבחן התחרות והמבחן הקנייני תומכים במסקנה שהעסקה אינה מהווה הזדמנות עסקית "של החברה". **ראשית**, מהאמור בעניין **חג'ג'** ניכר כי מבחן ההסכמה, אשר מצאתי כי מוביל למסקנה שמדובר בהזדמנות עסקית "של החברה", הוא המבחן העיקרי לצורך סעיף 254 לחוק החברות, בעוד ששני המבחנים האחרים הם מבחני עזר בלבד, שאין באי-התקיימותם להוביל בהכרח למסקנה שלא מדובר בהזדמנות עסקית "של החברה. **שנית**, וכפי שהובהר בעניין **חג'ג'**, עיקר כוחם של שני מבחני העזר האמורים, ובפרט מבחן התחרות, הוא בהגדרת מעגל הפעילות הראשון בחברה, ואולם אין לכך רלוונטיות למקרה דנן בו הגעתי לכלל מסקנה כי העסקה נופלת בגדר מעגל הפעילות השני של החברה בהיותה פעילות משיקה למעגל הראשון של פעילות החברה. זאת ועוד, הרלוונטיות של המבחן הקנייני היא פחותה במידה רבה ככל שמדובר בנושא משרה האמון על איתור הזדמנויות עסקיות, שכן בעניין **חג'ג'** הובהר כי במצב זה תגבר הנטייה לקבוע שמדובר בהזדמנות עסקית של החברה גם אם זו נודעה לנושא המשרה שלא כחלק מתפקידו בחברה וללא שימוש במשאביה (שם, בפס' 50). **שלישית**, לאור כל המתואר לעיל אני סבור כי התקיימותו של מבחן ההסכמה בנסיבות העניין מצדיקה לקבוע כי מדובר בהזדמנות עסקית "של החברה", גם אם אניח לטובת המשיבים כי מבחן התחרות והמבחן הקנייני אינם מתקיימים.

122. **לסיכום**, אני סבור שהמבקשים עמדו בנטל הלכאורי המוטל עליהם, נכון לשלב זה של הדיון, להוכיח כי העסקה היוותה הזדמנות עסקית "של החברה" וכי לחברה עומדת עילת תביעה לכאורה נגד מר אטרקצ'י והמשיבות 4-5. לצד זאת, יש להמשיך ולבחון את טענת ההגנה של המשיבים לפיה מר אטרקצ'י היה רשאי לנצל הזדמנות עסקית זו באופן פרטי מכח הסדר תיחום הפעילות שנכלל בהסכם 2013.

<u>ט. האם מר אטרקצ'י היה רשאי לבצע את העסקה בעצמו מכח הסכם 2013</u>

123. לאחר עיון בטענות ובראיות הצדדים, הגעתי למסקנה הלכאורית כי בשלב זה המשיבים לא הוכיחו את טענתם לפיה מכח הסכם 2013 היה מר אטרקצ'י רשאי לבצע את העסקה בעצמו, שכן כפי שיפורט להלן במועד ביצוע עסקת המקרקעין הסכם 2013 כבר לא היה בתוקף ולא נערך עם מר אטרקצ'י הסדר תיחום פעילות אחר שאושר כדין.

<u>ט.1 טענתם המקדמית של המשיבים להרחבת חזית בתגובת המבקשים</u>

124. כאמור, בתשובותיהם המשלימות חזרו המשיבים על טענתם מבקשת המחיקה, לפיה כלל טענות המבקשים בפרק א' לתגובת המבקשים, שעסק כולו בהסכם 2013, עולות כדי הרחבת חזית אסורה. המבקשים מצדם דוחים טענה זו וגורסים כי כלל הטענות בתגובתם ביחס להסכם

2013 הועלו במענה ישיר לטענת ההגנה בדבר קיומו של הסדר תיחום פעילות שנטענה בתשובות המשיבים.

125. השאלה האם האמור בתגובה לתשובה לבקשה לאישור תובענה ייצוגית מהווה הרחבת חזית אסורה נידונה לא אחת בפסיקת בית המשפט העליון (ר' מבין רבים: רע"א 4778/12 **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' נאור** (19.7.2012; להלן: "עניין **תנובה**"); רע"א 9018/16 **סולומונוב נ' לאומי קארד בע"מ** (1.3.2017); רע"א 2224/17 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' פרוידמן** (27.6.2017; להלן: "עניין **חברת החשמל**"); רע"א 8857/17 **צור נ' א.מ. יוסף תבל מרכז אירועים בע"מ** (27.12.2018); רע"א 9519/17 **מיקרוסופט ישראל בע"מ נ' גורודיש** (7.7.2019; להלן: "עניין **מיקרוסופט**"); רע"א 1850/19 **לרנר נ' די בי אס שירותי לווין (1998) בע"מ** (7.1.2020); רע"א 141/23 **ברנר נ' סאני תקשורת בע"מ** (20.4.2023; להלן: "עניין **ברנר**"); רע"א 3055/22 **גושן נ' סאנופי אוונטיס ישראל בע"מ** (6.6.2023); רע"א 8591/23 **פיוצ'ר ממורי בע"מ נ' אייל** (25.1.2024; להלן: "עניין **פיוצ'ר**"); רע"א 48599-09-24 **טסלה מוטורס ישראל בע"מ נ' בננו** (13.12.2024)). אני סבור כי פסיקה זו יפה בשינויים המחייבים גם לעניין טענה להרחבת חזית המועלית ביחס לתגובה לתשובה לבקשה לאישור תביעה נגזרת (לדעה דומה, ר' למשל: תנ"ג (כלכלית ת"א) 35114-03-12 **אשש נ' עטיה** (26.11.2013); תנ"ג (כלכלית ת"א) 37867-03-15 **אמיד נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ** (27.11.2016); תנ"ג (כלכלית ת"א) 23070-01-22 **המתוקים של קתי בע"מ נ' איבגי** (30.10.2022)).

126. ההלכה הבסיסית לעניין זה סוכמה בעניין **ברנר** (בפס' 13):

> "**אין מקום לכלול בכתב התגובה לתשובה לבקשה לאישור תובענה כייצוגית (להלן: כתב התגובה) טענות שלא הועלו בבקשת האישור או ראיות שלא צורפו לה, אם לא ניתן לכך היתר מטעם בית המשפט... ברם, אין צורך באישורו של בית המשפט על מנת לכלול בכתב התגובה טענות וראיות המהוות מענה ישיר לטענות ההגנה שהועלו על ידי המשיב לבקשה לאישור**..."

127. לצורך ההבחנה בין טענות וראיות המהוות מענה ישיר לבין טענות המהוות חזית טיעון חדשה נקבעו בפסיקה שלושה מבחני עזר (כמפורט בעניין **ברנר**, בפס' 14-16; עניין **פיוצ'ר**, בפס' 8), שבנסיבות לא מצאתי לנכון להרחיב לגביהם.

128. עוד נפסק בעניין **ברנר** כי גם במקרה בו בית המשפט מגיע למסקנה כי הטענות או הראיות שבתגובה לתשובה חורגות ממבחן המענה הישיר מבלי שניתן לכך היתר, לא מתחייבת נקיטת הצעד החריף של מחיקת התגובה-לתשובה בכללותה. תחת זאת, לרשות בית המשפט עומדים שורה של אמצעים מתונים ומידתיים יותר, ובכלל זה: חיוב המבקש בהוצאות; מתן אפשרות למשיב להגיש ראיות מטעמו (כגון חוות דעת נוספת); מתן זכות תשובה משלימה (תשובה לתגובה) למשיב, תוך הגבלת נושאיה או ללא הגבלה; חיוב מגישי בקשת האישור בהגשת בקשת

אישור מתוקנת; ומחיקת חלקים מהתגובה, תוך מתן אפשרות להגשת בקשה לתיקון בקשת האישור (שם, בפס' 17-18; ר' גם: עניין **פיוצ'ר**, בפס' 11). ברי כי **כאשר בית המשפט נוקט באחד האמצעים המתונים יותר** (בהשוואה למחיקת התגובה) במקרה של חריגה ממבחן המענה הישיר, **כגון** מתן זכות **תשובה משלימה** למשיב, **יש בכך כדי** "**לרפא**" **את החריגה האמורה**.

129. כאמור, בעקבות הגשת בקשת המחיקה הגיעו הצדדים להסדר הדיוני, במסגרתו הותר למשיבים להגיש תשובות משלימות לתגובת המבקשים, ואני בדעה כי לאור הסכמה זו יש לדחות הטענה להרחבת חזית, שכן הגשת התשובות המשלימות ממצה ו"מרפאה" את החריגה הנטענת ממבחן המענה הישיר. המשיבים אמנם טענו כי בין הצדדים הוסכם (בסעיף 6 להסדר הדיוני) כי "**אין בהסדר זה כדי לגרוע מכל זכות ו/או טענה של מי מהצדדים ואלה שמורות להם**", ואולם אין בהסכמה זו כדי לשנות ממסקנתי האמורה. המשיבים אינם יכולים ליהנות מכל העולמות – גם להגיש תשובות משלימות במסגרתן התייחסו לטענות בתגובת המבקשים שלטענתם חרגו מהמענה הישיר, וגם לדרוש שבית המשפט יתעלם מטענות אלה בהיותן הרחבת החזית. על כן, משעה שניתנה למשיבים זכות להגיש תשובה משלימה, והמשיבים ניצלו את הזכות שניתנה להם והשיבו לטענות אשר בעטיין הוגשה בקשת המחיקה, אין מקום לקבל את טענת הרחבת החזית.

130. למעלה מן הצורך, יצוין כי בנסיבות המקרה דנן, גם בהנחה שטענות המבקשים לעניין הסכם 2013 חרגו ממבחן המענה הישיר, **המדובר בחריגה מוגבלת בטיבה**,[9] ולפיכך **גם לולא ההסדר הדיוני לא הייתי מורה על מחיקת הטענות מתגובת המבקשים**. פתרון מידתי וצודק יותר היה לאפשר למשיבים להגיש השלמת טיעון במסגרתה יוכלו להתייחס לטענות בתגובת המבקשים, תוך חיוב המבקשים בהוצאות, ודי היה בכך כדי למנוע את קיפוח זכויות המשיבים (פתרון זה הוחל הן בנסיבותיו של עניין **ברנר**, בפס' 21; והן בעניין **פיוצ'ר**, בפס' 12). ודוק: גם אם הייתי מורה על מחיקת הטענות מתגובת המבקשים, בנסיבות הייתי מתיר להם לתקן את בקשת האישור. כאמור, זאת למעלה מן הצורך, שכן משעה שגובש ההסדר הדיוני ממילא יש בכך כדי לשמוט את הטענה בדבר הרחבת חזית.

<u>ט.2 הסדרי תיחום פעילות - כללי</u>

131. במשך השנים התגבשה בשוק ההון הישראלי פרקטיקה של עריכת הסדרי תיחום פעילות במסגרתם חברות ציבוריות מגיעות להסכמות עם נושאי משרה שלהן, לגבי תחומי הפעילות בהם רשאים נושאי המשרה לעסוק באופן פרטי (וזאת על פי חלוקה גיאוגרפית, ענפית וכיו"ב).

---

[9] לא למותר להזכיר בהקשר זה כי בפסיקה קיימת מחלוקת בשאלה האם במסגרת מבחן המענה הישיר שומה על בית המשפט לבחון גם את השאלה האם היה על המבקשים לצפות טענות שיועלו על ידי המשיבים ולהשיב להן עוד בבקשת האישור (דומה כי הדעה המקובלת, שאף אני סבור כי היא הראויה, היא כי מדובר בשיקול רלוונטי אותו יש לבחון במסגרת מבחן המענה הישיר, ר' למשל: עניין **תנובה**, בפס' 31-42; עניין **מיקרוסופט**, בפס' 11; עניין **ברנר**, בפס' 14 תחת מבחן העזר השלישי; ואולם קיימת גם גישה שונה, ר' למשל: עניין **חברת החשמל**, בפס' 6).

כפי שהוסבר על ידי רשות ניירות ערך ב**עמדת סגל משפטית מספר 101-20** : "**גילוי בדבר הסדרי תיחום פעילות**", מיום 12.10.2015 (המפורסמת באתר הרשות ; להלן : "**עמדת סגל הרשות - 101-20**") :

> "**בשוק ההון הישראלי קיים שיעור לא מבוטל של נושאי משרה, בעיקר כאלו שהינם גם בעלי שליטה בחברה, שלהם עסקים פרטיים הדומים לעסקי החברה. מטבע הדברים, עשויות להיקרות בפניהם הזדמנויות עסקיות בתחום פעילות החברה או בתחומים הקרובים לו במהותם, שעשויות לעורר בהם עניין לבצען לתועלתם האישית.**
>
> **לאור האמור ונוכח חובת האמונים של נושאי המשרה התגבשה במהלך השנים פרקטיקה לפיה חברות קובעות הסדר לתיחום פעילות של החברה עם נושא המשרה. הסדרי תיחום הפעילות יכולים להיעשות בדרכים שונות (חלוקה גיאוגרפית, ענפית וכו'), וכן באמצעות מנגנון הקובע כיצד החברה תבחן ותחליט האם לבצע עסקה שהוצעה לה או לוותר עליה לטובת נושא המשרה**".

132. המדובר ב**פרקטיקה מבורכת**, אשר יש בה כדי להקנות ודאות לכל הגורמים הרלוונטיים בנוגע לתחומי הפעילות של החברה, ולהקל על מתן תשובה לשאלה אם פעולה מסוימת מהווה תחרות עם עסקי החברה או ניצול הזדמנות עסקית של החברה. יפים לעניין זה דבריה של השופטת רונן בעניין **חג'ג'** (בפס' 44) באשר לחשיבותם של הסדר תיחום פעילות בחברות ציבוריות :

> "**האפשרות להגיע להסכמות במסגרת הסדרים כאלה עשויה להיות בעלת חשיבות רבה בחברות ציבוריות, שנושאי המשרה בהן עשויים להיות כאלה העוסקים בתחומים המשיקים לתחומי הפעילות של החברה. החברה עשויה לבקש לא אחת לגייסם לשירותה דווקא משום ניסיונם ועיסוקם בתחומים כאלה. משכך, פעמים רבות החברה הציבורית מגיעה להסכמות עם נושאי המשרה ביחס לפעילותם הפרטית אל מול תחומי הפעילות שבהם הם מחויבים לפעול במסגרת החברה בלבד. הסכמות כאלה, כאשר הן קיימות באופן ברור ומפורש, מגבירות את הוודאות מבחינת נושאי המשרה באשר לתחומי הפעילות של החברה, לגביהם חלה חובת האמון שלהם כלפיה. הן עשויות לסייע לחברה לגייס לשורותיה נושאי משרה בעלי כישורים וניסיון בתחום עיסוקה, גם כאשר אותם נושאי משרה דורשים קיומם של הסדרים כאלה כתנאי לפעילותם בחברה**".

133. עוד ראוי לציין את האמור במאמרם של **כבוב, אברהם-גדליה ולוקסנבורג** (בעמ' 27) לעניין היותם של הסדרי תיחום פעילות בגדר פרקטיקה רצויה בחברות ציבוריות :

> **"על כן דרך המלך של חברות ציבוריות היא התקשרות מראש בהסדר תיחום פעילות שבו יסדירו חוזית את גבולות תחום פעילות החברה, ובעקבות זאת את היקף תחולתו של האיסור על נטילת הזדמנות עסקית, שכן העובדה שאישור ההסכם כפוף למנגנונים הקבועים בפרק החמישי לחוק החברות, לצד חובת הדיווח המוטלת על החברה בקשר להזדמנויות העסקיות שיובאו לחברה במסגרת ההסדר כאמור, מעניקות לטעמנו יכולת פיקוח ובקרה לבעלי המניות, הן מראש והן בדיעבד".**

134. יצוין כי החברה הפנתה בתשובתה (בסעיפים 134 ו-138) לדברים הנכוחים שנקבעו בעניין **חג'ג'** באשר לחשיבותו של הסדר תיחום פעילות, וכן למשקל המכריע שיש לייחס לו במסגרת הבחינה האם מותר לנושא המשרה שהוא צד להסדר לנצל הזדמנות עסקית מסוימת. לא למותר להדגיש בהקשר זה כי אותם דברים שנאמרו בעניין **חג'ג'** התייחסו אך ורק להסדרי תיחום פעילות "**שנערכו כדין**" (שם, בפס' 70).

135. לבסוף, בית משפט זה עמד על חשיבות הדיווח לציבור בידי חברות ציבוריות ומתן גילוי מפורט בדבר קיומם ומהותם של הסדרי תיחום פעילות (ר' למשל: עת"מ (כלכלית ת"א) 9141-09-15 **רוזן נ' רשות ניירות ערך**, פס' 43 (23.5.2016); עניין **אהובי**, בפס' 78; ר' גם: עמדת סגל הרשות 20-101, שם). ואולם, סוגיה זו חורגת מגדר הדיון ולכן לא ארחיב בעניין.

<u>ט.3 האם הסדר תיחום פעילות עם בעל השליטה מהווה עסקה חריגה עימו</u>

136. בנסיבות מקרה דנן מתעוררת השאלה האם הסדר תיחום פעילות עם בעל שליטה בחברה ציבורית מהווה "עסקה חריגה" עימו, כהגדרת מונח זה בסעיף 1 לחוק החברות, ועל כן כפוף להוראות סעיפים 270(4) ו-275 לחוק לעניין המנגנונים הנדרשים לאישור ההסדר.

137. הפרק החמישי לחלק השישי בחוק החברות קובע מנגנון פרוצדורלי מיוחד לאישור "**עסקאות עם בעלי עניין**", קרי עם נושאי משרה בחברה, עם בעל השליטה בה או עם אדם אחר שלנושא המשרה או לבעל השליטה יש בעסקה עימו עניין אישי. בעסקאות אלה קיים ניגוד עניינים בין האינטרסים של החברה לבין האינטרס של בעל העניין, היוצר חשש שמא בעל העניין ינצל את תפקידו וכוחו בחברה על מנת להטיב עם עצמו על חשבון טובתה של החברה. כחלק מהפתרון למצב זה, נקבע בחוק החברות "**מנגנון של קבלת החלטות בחברה, שנועד להבטיח כי עסקת בעלי עניין תאושר על ידי אורגן בלתי תלוי שאינו מושפע מניגוד העניינים**" (ע"א 7594/16 **עו"ד מולכו, המנהל המיוחד נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ**, פס' 5 (25.3.2021); להלן: "עניין **מולכו**"); ר' גם: ת"פ (מחוזי ת"א) 40162/05 **מדינת ישראל (פרקליטות מיסוי וכלכלה) נ' אלגור**, פס' 151 (6.1.2009); להלן: עניין "**אלגור**"), שערעור עליו נדחה בע"פ 5307/09 **דיוויס נ' מדינת ישראל** (3.6.2010); להלן: "עניין **דיוויס**"); מוטי ימין ואמיר וסרמן **תאגידים וניירות ערך** 607 (2006); להלן: "**ימין ווסרמן**"). כפי שקבע השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין בע"א 2438/09 **מדינת**

ישראל – רשם ההקדשות נ' קרן ברל כצנלסון, פס' ל"ט (12.9.2010): "**במקרים בהם מדובר בעסקה עם בעל עניין, 'חשודה' העסקה מלכתחילה. על כן נקבע בחוק מנגנון לאישור עסקאות כגון דא, והנטל לסתור מוטל על החפץ באישורה**". בצד המנגנון הפרוצדורלי נדרש במישור המהותי כי עסקת בעל העניין תהא "**לטובת החברה**" והעסקה כפופה לחובות האמון וחובות הזהירות החלות על נושא המשרה ולחבות תום הלב וחובת ההגינות החלות על בעל השליטה (עניין **מולכו**, בפס' 5).

138. בהתאם לסעיפים 271 ו-272 לחוק החברות עסקה שנופלת בגדר סעיף 270(1), קרי "**עסקה של חברה עם נושא משרה בה**" טעונה אישור הדירקטוריון (אלא אם כן נקבעה דרך אישור אחרת בתקנון), ואולם אם מדובר ב"**עסקה חריגה**" היא טעונה אישור ועדת הביקורת ולאחר מכן אישור הדירקטוריון.

139. סעיף 275 לחוק החברות קובע כי עסקה שנופלת בגדר סעיף 270(4) לחוק, קרי "**עסקה חריגה של חברה ציבורית עם בעל השליטה בה או ... עם אדם אחר שלבעל השליטה יש בה עניין אישי... וכן אם הוא** [בעל השליטה] **גם נושא משרה בה - באשר לתנאי כהונתו והעסקתו...**", טעונות אישור משולש, המחייב כי העסקה תאושר בוועדת הביקורת של החברה, בדירקטוריון שלה ולבסוף באסיפה הכללית, ובלבד שאישור האסיפה יתקבל ברוב של בעלי המניות המשתתפים בהצבעה שאינם בעלי עניין אישי באישור העסקה או שסך קולות המתנגדים מקרב בעלי מניות אלה לא יעלה על 2% מכלל זכויות ההצבעה בחברה.

140. כאמור, לא כל התקשרות של חברה ציבורית עם בעל השליטה טעונה אישור משולש, אלא רק התקשרות המהווה "**עסקה חריגה**" כהגדרת מונח זה בחוק החברות (וכן אם בעל השליטה הוא גם נושא משרה בה - באשר לתנאי כהונתו והעסקתו). סעיף 1 לחוק מגדיר את המונח "עסקה" כ"**חוזה או התקשרות וכן החלטה חד צדדית של חברה בדבר הענקת זכות או טובת הנאה אחרת**". לפי אותו סעיף, "**עסקה חריגה**" היא "**עסקה שאינה במהלך העסקים הרגיל של החברה, עסקה שאינה בתנאי שוק או עסקה העשויה להשפיע באופן מהותי על רווחיות החברה, רכושה או התחייבויותיה**". יצוין כי ההגדרה של "עסקה חריגה" כוללת שלוש חלופות, אשר די בהתקיימות אחת מהן כדי שתחול ההגדרה, ואין מדובר בתנאים מצטברים (עניין **אלגור**, בפס' 151; ת"א (כלכלית ת"א) 38465-04-11 **ס.ב. ניהול מקרקעין בע"מ נ' תינהב חברה לבניה ופיתוח (1990) בע"מ**, פס' ג. (18.1.2015); **ימין ווסרמן**, בעמ' 651). לפיכך השאלה האם הסדר תיחום פעילות בין חברה ציבורית לבין נושא משרה שהוא גם בעל השליטה בה טעון אישור משולש, תלויה בשאלה האם הוא עולה כדי "עסקה חריגה" עם בעל השליטה.

141. אני סבור **שככלל** הסדר תיחום פעילות בין חברה ציבורית לבין בעל בשליטה שהוא גם נושא משרה בה טעון אישור משולש, וזאת מאחר שהסדר תיחום פעילות עם בעל השליטה אינו עסקה הנעשית "**במהלך העסקים הרגיל של החברה**" ולפיכך היא בגדר "**עסקה חריגה**". חוק החברות

אינו מגדיר את המונח "במהלך העסקים הרגיל של החברה". לפיכך יש לפרש מונח זה בהתאם ללשונו הפשוטה ובעיקר בהתאם לתכלית החוק.

142. מבחינת לשונו הפשוטה של החוק, התקשרות בהסכם תיחום פעילות עם בעל השליטה אינה עסקה הנעשית בחברה כדבר שבשגרת פעילותה וממילא אינה חלק ממהלך העסקים "הרגיל" שלה (ר' למשל: יוסף גרוס **דירקטורים ונושאי משרה בעידן הממשל התאגידי** 508 (מהדורה חמישית, 2018)). מכל מקום, וזה העיקר, מסקנה זו עולה בבירור גם מ**תכליתו** של הפרק החמישי לחוק החברות העוסק בעסקאות עם בעלי עניין. התקשרות בהסדר תיחום פעילות עשויה להיות בעלת השלכות מהותיות על פעילותה של החברה ובהתאם על הכנסותיה ורווחיותה. ניגוד האינטרסים החזק ביותר שקיים בהתקשרות של חברה עם בעל עניין הוא מול בעל השליטה המכהן גם כנושא משרה בחברה, בהיותו הגורם המשפיע ביותר בחברה, אשר בכוחו להטיב עם עצמו על חשבון טובתה של החברה. זאת ועוד, ביכולתו של נושא משרה שהוא בעל השליטה בחברה להשפיע על הגדרת פעילותה של החברה בהסדר תיחום הפעילות ולהוציא מהגדרה זו הזדמנויות שברצונו לנצל באופן פרטי. משכך, לא ניתן לומר כי הסדר שהוא כה קריטי ומהותי לחברה נעשה "**במהלך העסקים הרגיל**" שלה. הוא אינו דומה לכל עסקה אחרת שמבצעת החברה במהלך עסקיה הרגיל ואין כל אפשרות לבצעו מול צדדים שלישיים. למעשה, הוא אף נבדל במהותו מכל הסדר תיחום פעילות שיערך עם נושאי משרה אחרים בחברה (שאינם בעלי שליטה), אשר הקשיים האמורים אינם מתעוררים לגביהם באותה עוצמה. לדידי, הדרך להתמודד עם בעיית הנציג דלעיל היא לקבוע כי הסדר תיחום פעילות עם בעל השליטה הוא "עסקה חריגה" הטעונה אישור משולש.

143. מסקנה דומה עולה גם מהמבחן שקבע השופט כבוב בעניין **אלגור**, לפיו "**מהלך העסקים הרגיל ייבחן על רקע פעילותהּ ושִגרת עִסקאותיה של החברה... ההנחה היא, שכּל עוד מדובר בעִסקאות שנעשות במהלך העסקים הרגיל של החברה, יכולה הייתה העִסקה להיקשר גם עם צדדים שלישיים, ואין הכרח שתיעשה עם בעל השליטה**" (שם, בפס' 152; ר' גם: **ימין ווסרמן**, בעמ' 651). ברי כי מבחן זה מוביל למסקנה לפיה הסדר תיחום פעילות הוא בהכרח עסקה שאינה במהלך העסקים הרגיל, שכן ההסכם לא יכול היה להיקשר עם צד שלישי. זאת ועוד, הסדר תיחום פעילות אינו מסוג "**העסקאות שהחברה נוהגת לבצע כדבר שבשגרה במסגרת פעילותה העסקית השוטפת**" (שם, בפס' 154), וגם מטעם זה מדובר בעסקה חריגה.

144. יתר על כן, בין העסקאות הנופלות בגדר סעיף 270(4) לחוק החברות חלה גם עסקה עם בעל השליטה שהוא גם נושא משרה בה "**באשר לתנאי כהונתו והעסקתו**", וזאת בין אם מדובר בעסקה חריגה ובין אם לאו. הדבר מלמד כי המחוקק ביקש למנוע מבעל שליטה להעניק לעצמו הטבות שכר ותנאי העסקה "נדיבים" ללא מנגנון האישור המשולש מבלי שיהיה צורך לבחון

אם מדובר בעסקה חריגה.[10] הוא הדין לגבי החלטה של חברה ציבורית לכלול בתקנון הוראה בדבר פטור, שיפוי או ביטוח לנושא משרה שהוא בעל שליטה, אשר בהתאם לסעיף 262(ב) לחוק החברות טעונה אישור משולש לפי סעיף 275(א)(3) לחוק, בדומה לדרישה לגבי עסקה חריגה. בעניין **אנטורג** נקבע כי "**מתן פטור הוא בגדר 'עסקה חריגה' המוגדרת בסעיף 1 כ'עסקה שאינה במהלך העסקים הרגיל ל החברה...'**". יש בהוראות אלה שבחוק החברות וכן בפסיקה בעניין **אנטורג** כדי לחזק את המסקנה כי גם הסדר תיחום פעילות של חברה ציבורית עם בעל שליטה בחברה שהוא אף נושא משרה בה, טעון אישור משולש בהיותו "עסקה חריגה".

145. למעלה מן הצורך, יצוין כי אני נוטה לדעה שהסדר תיחום פעילות בין חברה ציבורית לבין בעל השליטה שהוא גם נושא משרה בה הוא בגדר "עסקה חריגה" כהגדרתה בחוק החברות, גם לפי החלופה השלישית שעניינה "עסקה העשויה להשפיע באופן מהותי על רווחיות החברה, רכושה או התחייבויותיה". ואולם משעה שהגעתי למסקנה כי מדובר ב"עסקה חריגה" לפי החלופה הראשונה ("עסקה שאינה במהלך העסקים הרגיל של החברה"), לא מצאתי לנכון להכריע בעניין זה. בנוסף, משעה שקבעתי כי מדובר ב"עסקה חריגה", גם אין צורך להכריע בשאלה אם הסדר תיחום פעילות מהווה חלק מ"**תנאי כהונתו והעסקתו**" של נושא המשרה, שכאמור לגבי נושא משרה שהוא בעל השליטה בחברה ציבורית טעונים אישור משולש גם אם אינם מהווים עסקה חריגה.

146. עמדתי דלעיל לפיה הסדר תיחום פעילות טעון אישור משולש עולה בקנה אחד עם דברי השופטת רונן בעניין **חג'ג'** (בפס' 47), אף שאלה לא היו דרושים להכרעה באותו מקרה:

> "**במאמר מוסגר אציין כי אני סבורה שנדרש אישור משולש, למצער ככל שמדובר בהסדרי תיחום פעילות עם בעלי השליטה בחברה שבכוחם להשפיע על הגדרת תחום פעילותה של החברה ולכוון אותה לטובתם האישית**".

גם במאמרם של **כבוב, אברהם-גדליה ולוקסנבורג** הובעה הדעה (בעמ' 27) לפיה הסדר תיחום פעילות עם בעל השליטה טעון אישור משולש:

> "**... ההסדר הישראלי כפוף, למצער, לכללים הקבועים בחוק החברות בקשר לאישורים הנדרשים לכריתת הסכם בין החברה לבין נושא המשרה. הגנה זו מקבלת משנה תוקף כאשר מדובר בבעל שליטה, שבענייננו הדין הקיים מחייב, לגישתנו, לחדש את הסכם תיחום הפעילות שנכרת עימו – אחת לשלוש שנים**."

זו היא גם עמדה של פרופ' צפורה כהן (**צ' כהן - נושאי משרה** , בעמ' 151):

---

[10] בכפוף להקלה שבתקנה 1ב לתקנות החברות (הקלות בעסקאות עם בעלי ענין), התש"ס-2000 (להלן: "**תקנות ההקלות**").

> **"אני שותפה לדעתה של השופטת רונן בדבר הצורך בקבלת האישורים הדרושים בסעיף 255 להסדר תיחום פעילות. כאשר אחד הצדדים להסדר** [תיחום פעילות] **הוא בעל שליטה בחברה, יש לחדש את האישור אחת לשלוש שנים מכוח סעיף 275(א1) לחוק החברות, הדורש אישור כל שלוש שנים לעסקה של בעל שליטה. 'עסקה' מוגדרת בסעיף 1 לחוק החברות ככוללת 'חוזה או התקשרות וכן החלטה חד צדדית של חברה בדבר הענקת זכות או טובת הנאה אחרת'. הסדר תחום פעילות נכנס להגדרה זו, בין אם נעשה בהסכם עם בעל השליטה, שאז הוא נכנס לרישא של ההגדרה, ובין אם נקבע בהחלטה של החברה, שאז הוא נכנס לסיפא של ההגדרה".**

147. ודוק: בעוד שהשופטת רונן ופרופ' צפורה כהן סבורות שהמקור הנורמטיבי לאישורו של הסדר תיחום פעילות הוא סעיף 255 לחוק החברות; אני כשלעצמי מעדיף את עמדת **כבוב, אברהם-גדליה ולוקסנבורג** כי **המקור הנורמטיבי הוא סעיף 270 לחוק החברות** ולא סעיף 255 הימנו (שם, בה"ש 141).[11] זאת, מאחר שמדובר **בהסכם** עם בעל השליטה ולא באישור פעולה שלו. אני סבור שסעיף 255 לחוק החברות, להבדיל, הוא המקור שמכוחו רשאית חברה לאשר לנושא משרה לאמץ הזדמנות עסקית שנפולת לתחום פעילותה אך היא אינה מעוניינת בה (כדי שניצול ההזדמנות על ידי נושא המשרה באופן פרטי לא יהווה הפרה של חובת האמון מצידו).

148. אין ממש בניסיון המשיבים להסתמך על פסק דיני בעניין **אהובי** כאסמכתא לכך שהסדר תיחום פעילות אינו טעון אישור משולש. באותו פסק דין דובר בעתירה מינהלית שהוגשה נגד החלטת ועדת האכיפה המינהלית של רשות ניירות ערך בקשר לאי-דיווח במועד על הפרה של הסדר תיחום פעילות אשר דווח לציבור. מקרה זה לא עסק כלל במישור דיני התאגידים ולא נידונה בו שאלת תוקפו של הסדר תיחום הפעילות, ובכלל זה הצורך באישור משולש, אלא שעל הפרק עמדה להכרעה רק סוגיית הפרת הדיווח על הסטייה מהסדר תיחום הפעילות. משעה שתוקפו של הסדר תיחום הפעילות לא היה במחלוקת בין הצדדים באותו מקרה, ממילא אין ללמוד למקרה דנן ממה שלא נאמר בפסק הדין דשם.

149. לא למותר לציין כי גם בחוות הדעת שנמסרה לוועדת הביקורת לא הובעה העמדה לפיה הסדר תיחום פעילות של חברה ציבורית, עם נושא משרה בחברה שהוא בעל השליטה בה, אינו טעון אישור משולש, וכלל לא נבחנה השאלה האם הסדר שכזה מהווה "עסקה חריגה" עם בעל השליטה. אדרבא, חוות הדעת אף מצטטת את עמדתם של **כבוב, אברהם-גדליה ולוקסנבורג** במאמרם ואת עמדתה של השופטת רונן בעניין **חג'ג'** לפיה במצב זה נדרש אישור משולש, וכל

---

[11] יצוין כי לדעת **כבוב, אברהם-גדליה ולוקסנבורג** "**הבחנה זו היא עיונית בלבד, שכן שני המסלולים מפנים למנגנוני האישור הפרוצדורליים שנקבעו בהוראות הפרק החמישי שעניינו אישור עסקאות עם בעלי עניין**" (שם).

שצוין בה הוא כי "**הפסיקה טרם הכריעה**" בנושא וכי קיים "**טעם אפשרי לקביעה אחרת**", והוא כי הסדר תיחום פעילות אינו אלא התוויה מראש של תחומי פעילותה של החברה וכי סמכות זו מצויה בידי דירקטוריון החברה לפי סעיף 92(א) לחוק החברות. איני סבור שמדובר בטעם משכנע. אכן סעיף 92(א) לחוק החברות קובע כי "**הדירקטוריון יתווה את מדיניות החברה**" ובכלל זאת "**יקבע את תכניות הפעולה של החברה**" (סעיף 92(א)(1) לחוק), ואולם אין בכך כדי לגרוע מהצורך לקבל אישורים לפי הפרק החמישי לחלק השישי בחוק החברות כשמדובר ב"**עסקאות עם בעלי עניין**". על אותו משקל, אין חולק שדירקטוריון החברה הוא שקובע את "מדיניות השכר והתגמול" (סעיף 92(א)(3) לחוק החברות) והוא שאמון על קבלת החלטות עסקיות שונות במסגרת פעילותה של החברה שאינן בסמכות המנכ"ל (מכח סעיף 121(א) לחוק), כגון התקשרות בעסקאות שונות (ר' גם את סעיף 92(א)(8) לחוק). ועדיין, **אין בסמכויות אלה של הדירקטוריון כדי לגרוע מכך שכאשר מדובר בעסקה עם בעל עניין היא כפופה להוראות הפרק החמישי**; ובהתאם כאשר מדובר בהתקשרות עם נושא משרה באשר לתנאי כהונתו והעסקתו (סעיף 270(2) ו-(3) לחוק החברות), בהתקשרות בעסקה חריגה עם בעל השליטה או בהסכם לגבי תנאי כהונתו והעסקתו כנושא משרה, נדרשים אישורים בהתאם להוראות הפרק החמישי (ובמקרה של עסקה חריגה עם בעל השליטה – נדרש אישור משולש).[12] לאמור יש להוסיף כי ספק אם ניתן לומר שהסדר תיחום פעילות זהה להתוויית תחומי פעילותה של החברה. העובדה שהותר לנושא משרה לפעול בתחום מסוים במסגרת הסדר תיחום פעילות אינה שוללת מהחברה את האפשרות לעסוק בעצמה באותו תחום במקביל, אלא שההסדר פוטר את נושא המשרה מחובתו להציע לחברה הזדמנויות בתחום האמור (ר': עניין **חג'ג'**, בפס' 46).

150. למען שלמות התמונה, יצוין כי המבקשים טענו שהגרסה בתשובת אטרקצ'י המשלימה, לפיה בזמן אמת החברה לא סברה שהוראות התיחום בהסכם 2013 מחויבות כשלעצמן באישור משולש, היא גרסה כוזבת הסותרת את הנטען בתשובות המשיבים. המבקשים מבססים את טענתם על העובדה שבתשובותיהם לבקשת האישור הדגישו הן החברה והן מר אטרקצ'י כי הסדר תיחום הפעילות שבהסכם 2013 אושר באישור משולש, מבלי שהועלתה על ידי מי מהם כל הסתייגות לפיה אישור זה היה נדרש אך ורק בשל הוראות המיתוג המשותף שבהסכם ולא בשל הסדר תיחום הפעילות שנכלל בו. כך למשל, המבקשים הפנו לטענת החברה בסעיף 140 לתשובתה, לפיה "**הוראות התיחום עוגנו במפורש בהסכם תיחום, שהובא לאישור האסיפה כהסכם תיחום, ושאושר על ידי בעלי המניות (שאינם מר אטרקצ'י), כהסכם תיחום**..." (ר'

[12] בהקשר זה אין לטעמי בסיס גם לניסיון בחוות הדעת (בה"ש 25) ללמוד, בעקיפין, מפסק הדין של השופט כבוב בעניין **שאלתיאל** כי אין צורך באישור משולש להסדר תיחום פעילות עם בעל שליטה שהוא נושא משרה. בעניין **שאלתיאל** לא נדון הסדר תיחום פעילות, אלא נדונה החלטה של דירקטוריון החברה שלא לנצל הזדמנות עסקית קונקרטית שהביא בפניה בעל השליטה. משכך, אין ללמוד מהקביעות בפסק דין זה לגבי הסדר תיחום פעילות כללי החל מראש לגבי כל עסקה. הראיה, כפי שצוין אף בחוות הדעת, היא שהשופט כבוב עצמו הביע עמדה חד-משמעית לפיה על פי הדין הקיים הסדר תיחום פעילות עם בעל השליטה טעון אישור משולש (**כבוב, אברהם-גדליה ולוקסנבורג**, בעמ' 27).

גם: שם, בסעיפים 5, 84 ו-104; סעיפים 9 ו-221 לתשובת אטרקצ'י). לטענת המבקשים, האמור מקבל משנה תוקף, שכן גם לאחר שהמבקשים העלו בתגובתם את הטענה כי הסדר תיחום פעילות טעון אישור משולש, נמנעה החברה (להבדיל ממר אטרקצ'י) מלטעון בתשובתה המשלימה כי הוראות התיחום שבהסכם 2013 לא היו חייבות באישור המשולש שניתן להן. מכל מקום, לאור המסקנה אליה הגעתי לפיה על פי הדין הסדר תיחום פעילות בין החברה לבין מר אטרקצ'י היה טעון אישור משולש, אין צורך להכריע בטענת המבקשים האמורה לעיל.

<u>ט.4 הסכם 2013 אושר לתקופה של 3 שנים ותוקפו פקע ביום 8.7.2016 לכל המאוחר</u>

151. כאמור, הסכם 2013 הוכתר בדיווחי החברה כ"**הסכם למיתוג משותף ותיחום עיסוקים**" ובמסגרתו נכרכו יחדיו הן הוראות למיתוג משותף של החברה וס.י אבן והן הוראת תיחום הפעילות מול החברה (לטענת המבקשים רק ביחס לס.י אבן ולטענת המשיבים גם ביחס למר אטרקצ'י). אין חולק כי מכלול הוראותיו של הסכם 2013 הובאו כמקשה אחת לאישור האסיפה הכללית, וזאת "**למשך תקופה בת שלוש שנים החל ממועד אישור האסיפה**", שהתקבל ביום 9.7.2013. כך עולה בפירוש מהדיווח על זימון האסיפה לאישור הסכם 2013 (ר' למשל: סעיפים 1.6 ו-2.1 לדיווח). בהתאם לכך, גם בדיווח על אישור הסכם 2013 (נספח 24 לתשובת אטרקצ'י) לא בוצעה כל הפרדה מבחינת אישור ההסכם בין הוראות המיתוג המשותף לבין הוראות תיחום הפעילות, אשר כולן אושר לתקופה של 3 שנים.

152. איני מקבל את טענת המשיבים כאילו מנוסח הוראת תיחום העיסוקים, שנכללה בסעיף 2.1.2 לדיווח על זימון האסיפה לאישור הסכם 2013, עולה כי תוקפה של ההוראה לא הוגבל לשלוש שנים והיא נועדה לחול כל עוד מר אטרקצ'י הוא בעל השליטה בחברה. אני סבור שיש לקרוא את סעיף 2.1.2 כפשוטו, בניגוד לניסיון המשיבים לקרוא בדיווח את מה שאין בו. בסעיף האמור נכתב כי "**<u>במסגרת ההסכם</u> למיתוג משותף ותיחום עיסוקים, מתחייבים ס.י אבן ומר יעקב אטרקצ'י, כי כל עוד מצויה החברה תחת שליטתו של מר אטרקצ'י, לא יבוצעו עסקאות חדשות לבניית פרוייקטים חדשים בתחום הבניה למגורים בישראל**". דהיינו, הובהר מפורשות כי הוראת העיסוקים ניתנה "**במסגרת ההסכם**", ומשכך תוקפה, כיתר הוראות הסכם 2013, הוגבל גם הוא לפרק הזמן של שלוש שנים בלבד, כך שבכל מקרה היא תפקע לכל המאוחר במועד פקיעתו של ההסכם. מקריאת הדיווח עולה ברורות כי המשפט "**כל עוד מצויה החברה תחת שליטתו של מר אטרקצ'י**", נועד להבהיר שאם בתוך תקופת ההסכם (כאמור שלוש שנים ממועד אישורו באסיפה הכללית) יפסיק מר אטרקצ'י להיות בעל השליטה בחברה, שאז תוקף הוראת תיחום העיסוקים יפוג גם לפני שחלפו שלוש השנים האמורות. אין גם יסוד להסתמכות המשיבים על הפרוטוקולים של ישיבות ועדת הביקורת והדירקטוריון, שאין באמור בהם כדי לגבור על העובדה הברורה שהסכם 2013 אושר באסיפה הכללית למשך שלוש שנים בלבד (מה

גם שמהפרוטוקולים האמורים עולה לכאורה שמר אטרקצ'י כלל לא היה צד להסכם 2013, אלא ס.י אבן בלבד).

153. העובדה שהוראת תיחום העיסוקים, כמו יתר הוראות הסכם 2013, פקעה בחלוף 3 שנים ממועד אישור ההסכם, לכל המאוחר, עולה ברורות גם מחוות הדעת שנמסרה לוועדת הביקורת. כך, בעמ' 18 לחוות הדעת הובהר כי "**הסכם התיחום משנת 2013 היה חלק מהסכם מיתוג משותף לשלוש שנים בין אאורה לבין ס.י אבן. בתום שלוש שנים לא היה צורך בחידושו כי ס.י אבן עברה לבעלות אאורה. אלא שמר אטרקצ'י נותר המנכ"ל הכללי של אאורה והוא הודיע לאאורה כי ימשיך להימנע מעסקאות חדשות לבנייה למגורים בישראל כל עוד אאורה בשליטתו**", ובהמשך לכך צוין בעמ' 20 כי "**בעניינו אישרה אאורה את הסדר תיחום הפעילות כחלק מהסכם מיתוג לשלוש שנים**".

154. לאור האמור לעיל, הוכח בפניי לכאורה כי הסכם 2013, ובכלל זאת הסדר תיחום העיסוקים שנקבע בגדרו, פקעו לכל המאוחר ביום 8.7.2016, ולא המשיכו לחול ביחסים בין החברה לבין מר אטרקצ'י לאחר מועד זה (נפקות התחייבותו של מר אטרקצ'י, שצוינה החל מהדוחות הכספיים של החברה לשנת 2016, תידון להלן).

155. בנסיבות אלה, אין צורך להכריע, למצער בשלב זה, בטענת המבקשים כי מר אטרקצ'י כלל לא היה צד להסכם 2013, שהיא טענה בעלת משקל בלתי מבוטל. כך, בניגוד לטענת המשיבים לפיה גם מר אטרקצ'י היה צד להסכם 2013, המבוססת כמעט באופן בלעדי על האמור בסעיף 2.1.2 לדיווח על זימון האסיפה לאישור הסכם 2013; המבקשים מצביעים על מספר רב של אסמכתאות, מהן עולה לכאורה כי רק ס.י אבן היתה צד להסכם 2013, ובכלל זה הפרוטוקולים של ועדת הביקורת והדירקטוריון בהם אושר הסכם 2013. טענות אלה מתחדדות לאור העובדה שהסכם 2013 לא הוצג בהליך בפניי, באופן שעל פניו היה עשוי לספק תשובה ברורה בשאלה זו. עמדת המבקשים אף נתמכת בעובדה שבדוחותיה הכספיים של החברה לשנים 2014 ו-2015 אין כל התייחסות להסדר תיחום הפעילות עם מר אטרקצ'י (שלגרסת המשיבים המשיך לחול עליו לאחר השינוי המבני שנעשה בשנת 2014, שהפך את ס.י אבן לחברת בת של החברה וייתר את הסדר המיתוג המשותף). הדעת נותנת שאם מר אטרקצ'י היה צד להסכם 2013 אזי דבר קיומו של הסדר תיחום הפעילות היה מוצא ביטוי בדוחות הכספיים לשנים 2014 ו-2015. זאת, לכל הפחות במסגרת דוח 2015, שנחתם לאחר שניתנה עמדת סגל הרשות 20-101 מיום 12.10.2015, בה הובהר כי יש לדווח לציבור אודות הסדרי תיחום פעילות. ואולם, כל זאת הוא בגדר למעלה מן הצורך משעה שלאור מסקנתי כי הסכם 2013 פקע לכל המאוחר ביום 8.7.1016, אין הכרח להכריע בטענות המבקשים בשלב זה.

<u>ט.5 התחייבות מר אטרקצ'י עליה דיווחה החברה החל מהדוחות הכספיים לשנת 2016</u>

156. המשיבים ביקשו להיבנות מהתחייבות מר אטרקצ'י, עליה דיווחה החברה בדוחותיה הכספיים

למן הדוח לשנת 2016, שנחתם ביום 28.3.2017, לפיה הוא יימנע מבניה ושיווק של פרויקטים חדשים בתחום הבניה למגורים בישראל. לטענת המשיבים, התחייבות זו היוותה המשך ישיר של הסדר תיחום העיסוקים בהסכם 2013, שהמשיך לטענתם לחול על מר אטרקצ'י גם לאחר הפיכת ס.י אבן לחברה בת בבעלות מלאה של החברה.

157. כאמור, קבעתי כי הסדר תיחום העיסוקים בהסכם 2013 פקע, יחד עם ההסכם כולו, לכל המאוחר ביום 6.7.2013. משפקע הסכם 2013, אילו רצו החברה ומר אטרקצ'י להסדיר מחדש את תיחום הפעילות ביניהם, היה עליהם לעשות זאת בהסדר תיחום פעילות חדש שיאושר באישור משולש בשל היותו עסקה חריגה עם בעל השליטה.

158. לאחר עיון בטענות הצדדים בסוגיה, ולצורך הכרעה בבקשת האישור, אני סבור כי המשיבים לא הוכיחו כי החברה התקשרה בהסדר תיחום פעילות לאחר המועד האמור, ובכל מקרה לא הוכיחו כי ההסדר אושר כדין על ידי החברה וכי הוא בעל תוקף מחייב.

159. **ראשית**, ספק אם המשיבים עמדו בנטל המוטל עליהם, שכן עסקינן בטענת הגנה, להוכיח כי התחייבות מר אטרקצ'י עליה דיווחה החברה בדוחות השנתיים של החברה לשנת 2016 ואילך, היתה בגדר הסדר תיחום פעילות שבו התקשרה החברה. המדובר בהתחייבות חד-צדדית של מר אטרקצ'י שלא לעסוק בתחום הנדל"ן למגורים, אשר ממנה המשיבים מתיימרים ללמוד על הסכמה משתמעת של החברה לפיה מר אטרקצ'י יהיה רשאי לעסוק בתחומי נדל"ן אחרים. אמנם, בעניין **חג'ג'** נקבע כי ניתן ללמוד מכתב התחייבות חד-צדדית של בעלי השליטה דשם שלא לעסוק בתחום מסוים על קיומה של הסכמה בינם לבין החברה ביחס לתיחום הפעילות ביניהם ולכך שבעל השליטה יהיה רשאי לעסוק בתחומים אחרים (שם, בפס' 65). ואולם, בניגוד לאותו מקרה, במקרה דנן המשיבים לא הביאו בפני בית המשפט את כתב ההתחייבות של מר אטרקצ'י, ככל שההתחייבות ניתנה בכתב, ולמעשה כלל לא הובהר מתי ניתנה ההתחייבות, באיזה אופן ובפני מי היא ניתנה, ובכלל זאת האם נידונה בפני מוסדות החברה. עם זאת, בשים לב לדיווח העקבי של החברה בדוחותיה השנתיים, החל מהדוח לשנת 2016 ואילך, אני מוכן להניח שהתחייבות מר אטרקצ'י היוותה הסדר תיחום פעילות בינו לבין החברה.

160. **שנית**, וזה העיקר, גם בהנחה שהתחייבות מר אטרקצ'י היוותה הסדר תיחום פעילות, אין להסדר זה תוקף מחייב, שכן הוא לא אושר באישור משולש כנדרש על פי סעיפים270(4) ו-275 לחוק החברות. ודוק: גם אם תאמר שלא כל הסדר תיחום פעילות של חברה עם בעל השליטה בה טעון אישור משולש, אני בדעה כי בנסיבות המקרה דנן, וגם בהנחה שהתחייבות מר אטרקצ'י היוותה הסדר תיחום פעילות בינו לבין החברה, בוודאי שאין הצדקה לסטות מהכלל לפיו הסדר שכזה טעון אישור משולש. מסקנה זו מתחייבת לאור מעמדו הדומיננטי של מר אטרקצ'י בחברה, בהיותו באותה עת הן בעל השליטה, הן דירקטור והן מנכ"ל החברה. המסקנה האמורה מתחייבת גם מהיקף העיסוקים הרחב בהם הותר למר אטרקצ'י לעסוק, לשיטת

המשיבים, בהתאם להתחייבותו. כך, ככל שהתחייבות זו אכן היוותה הסדר תיחום פעילות, משמעותה היא לכאורה כי הותר למר אטרקצ'י לעסוק בכל פעילות שאינה בתחום של בניה ושיווק של פרויקטים חדשים למגורים בישראל, ובכלל זאת בכל תחום המשיק לתחומי פעילותה בפועל של החברה.

161. העובדה שהתחייבות מר אטרקצ'י, ככל שעלתה כדי הסדר תיחום פעילות, היתה טעונה אישור משולש, עולה גם מדיווחיה של החברה עצמה בכך שבמסגרת הדוחות השנתיים לשנת 2018 ואילך (ר' סעיף 35 ונספח 3.4 לתשובת אטרקצ'י המשלימה), דיווחה החברה על התחייבות זו תחת עסקאות שחל עליהן סעיף 270(4) לחוק החברות. אמנם, בדוחות השנתיים לשנים 2016 ו-2017 דיווחה החברה על התחייבות מר אטרקצ'י לא כעסקה שחל עליה סעיף 270(4) לחוק החברות אלא כעסקה אחרת שלבעל השליטה היה עניין אישי באישורה, ואולם אין בכך כדי לסייע למשיבים. **ראשית**, ברור כי העמדה המחייבת את החברה היא זו הננקטת על ידה בדיווחיה החל מהדוח לשנת 2018 ועד היום, המסווגת את התחייבות מר אטרקצ'י כעסקה הכפופה לסעיף 270(4) לחוק החברות גם אם בשנים 2016-2017 היא נקטה עמדה שונה. **שנית**, לא ברור מתשובות המשיבים מדוע "**החברה הפסיקה להבחין בדוחותיה השנתיים בין שני סוגי העסקאות**" עם בעל השליטה, כלשונם; ובהעדר הסבר מצד המשיבים המסקנה המתבקשת היא שהחברה הגיעה למסקנה שהדיווח הנוכחי לציבור (החל מהדוח לשנת 2018), לפיו התחייבות מר אטרקצ'י היא עסקה עליה חל סעיף 270(4) לחוק החברות, הוא זה המשקף את המצב המשפטי לאשורו.

162. סעיף 280(א) לחוק החברות, שכותרתו "עסקה חסרת תוקף", קובע כי "**לעסקה של חברה עם נושא משרה בה או לעסקה כאמור בסעיף 270(4) ו-(4א) עם בעל שליטה בה לא יהיה תוקף כלפי החברה וכלפי נושא המשרה או בעל השליטה, אם העסקה לא אושרה בהתאם לקבוע בפרק זה**...". בכך קבע המחוקק כי אין תוקף מחייב לעסקה שהיתה טעונה אישור אך לא אושרה בהתאם למנגנונים הפרוצדורליים שנקבעו בפרק החמישי לחלק השישי לחוק החברות. על כך נקבע בפסיקה כי "**סעיף 280(א) משלים את המנגנון לאישור עסקאות בעלי עניין שקבע המחוקק, ומורה כי עסקת בעלי עניין שלא אושרה כנדרש תהיה חסרת תוקף כלפי החברה וכלפי בעל העניין (נושא המשרה או בעל השליטה)**" (עניין **מולכו**, בפס' 36; ר' גם: עניין **ורדניקוב**, בפס' 84; תנ"ג (כלכלית ת"א) 52117-02-12 **בש נ' רסולי**, פס' 35 (28.1.2013); להלן: "עניין **בש**")). לפיכך, משעה שהתחייבות מר אטרקצ'י לא אושרה באישור משולש ברי כי אין לה תוקף (ר' גם: תנ"ג (כלכלית ת"א) 8095-09-15 **ק.ר.נ.א. בע"מ נ' סלע קפיטל אינווסטמנט בע"מ**, פס' 33 (5.7.2017); להלן: "עניין **ק.ר.נ.א**")).

163. למותר לציין שאין בעובדה שהחברה דיווחה על התחייבות מר אטרקצ'י בדוחותיה השנתיים, וזאת באופן עקבי החל מהדוח לשנת 2016 ואילך, כדי לשנות את המסקנה האמורה. בהסכם

הטעון אישור משולש "**בניגוד למצב הרגיל, אין די בהבעת רצונה של החברה באמצעות הדירקטוריון שלה, אלא נדרשת הבעת הרצון של הגופים האחרים בחברה – שפורטו בס' 275. כך, כדי שהחברה 'תסכים' לעסקת בעל ענין, נדרש אישור של שלושת הגורמים שצוינו בס' 275, ובהעדר אישור שלהם, לא ניתן לקבוע כי החברה 'הסכימה' לתנאי ההסכם או כי היא התקשרה בו**" (עניין **בש**, בפס' 34). מסקנה זו מתחדדת לאור העובדה שהמשיבים לא הציגו כל ראיה המלמדת האם בכלל ובאיזה אופן נבחנה התחייבות מר אטרקצ'י על ידי מי ממוסדות החברה.

164. אכן, צודקים המשיבים בטענתם כי בעקבות דיווחי החברה בדוחותיה השנתיים החל מדוח 2016 ואילך, הדעת נותנת שלא היתה לבעלי המניות של החברה ציפייה כי מר אטרקצ'י לא יהיה רשאי לעסוק בכל פעילות שאינה בתחום של בנייה ושיווק פרויקטים חדשים למגורים בישראל. ואולם אין בכך כל רבותא, שכן אין בדיווח זה כדי להכשיר "הסכמה" של החברה שלא קיבלה אישור משולש כנדרש על פי דין (מה גם שעסקינן בבקשה לאישור תביעה נגזרת בשם החברה ולא בתביעה ייצוגית של בעלי המניות).

165. זאת ועוד, אני מוכן לקבל את טענת המשיבים שיש בדיווח העקבי על התחייבות מר אטרקצ'י כדי לחזק את המסקנה שתחום הנדל"ן המסחרי אינו נכלל בגדר המעגל הראשון, הכולל את פעילות הליבה של החברה. ואולם, אין בכך כדי לגרוע מהקביעה דלעיל לפיה תחום הנדל"ן המסחרי הוא תחום משיק לפעילות הקיימת של החברה ולפיכך נכלל בגדר המעגל השני.

166. ודוק: אני בדעה שמאחר שהסכם 2013 אושר מלכתחילה לתקופה של שלוש שנים בלבד ותוקפו פקע לכל המאוחר ביום 8.7.2016, הרי שאין בהתחייבות מר אטרקצ'י, שנזכרה לראשונה בדוח לשנת 2016 שנחתם ודווח ביום 28.3.2017, משום הארכת תוקפו של הסכם 2013; אלא עסקינן בהתחייבות חדשה, שככל שמהווה הסדר תיחום פעילות טעונה אישור משולש כהסדר חדש לכל דבר. כאמור, כך עולה גם מחוות הדעת שצוטטה לעיל.

167. מכל מקום, אף אם הייתי מניח לטובת המשיבים כי התחייבות מר אטרקצ'י נועדה להאריך את תוקפו של הסכם 2013 (וכאמור עמדתי שונה), לא היה בכך כדי לסייע למשיבים. משעה שמלכתחילה הסכם 2013 אושר באישור משולש לתקופה של שלוש שנים בלבד, ממילא היה צורך לאשר באישור משולש גם את הארכתו, ואישור כזה לא התקבל.

168. ודוק: לא נטען על ידי המשיבים, וממילא לא הוכח, שהוראת התיחום בהסכם 2013 הוארכה ללא אישור משולש מכח הוראות תקנות ההקלות (ובפרט תקנה 1(א) להן). מעבר לכך שכלל לא ברור האם התחייבות מר אטרקצ'י (להבדיל מהסכם 2013) אושרה בוועדת הביקורת או בדירקטוריון, כבר נפסק ש"**אין די באישור כללי לעסקה**" על ידי ועדת הביקורת והדירקטוריון לשם החלת ההקלות הקבועות בתקנות, אלא "**יש לפרש את תקנה 1 באופן דווקאי...ואין לקיימה אלא באותם מקרים שבהם ועדת הביקורת והדירקטוריון נדרשו מפורשות והתייחסו**

במפורש לשאלה" האם מתקיימים התנאים המיוחדים הקבועים בתקנות (ר' למשל: עניין **דיוויס**, בפס' 69).

169. זאת ועוד, גם אם הייתי רואה בהוראת תיחום הפעילות שבהסכם 2013 כהוראה שאינה מוגבלת לשלוש שנים אלא חלה כל עוד מר אטרקצ'י הוא בעל השליטה, כטענת המשיבים אותה כאמור דחיתי מכל וכל, הרי שגם בזאת לא היה כדי לשנות ממסקנותיי לעיל. זאת, מאחר שסעיף 275(א1)(1) לחוק החברות קובע במפורש שעסקה עם בעל השליטה שאושרה באישור משולש לתקופה העולה על שלוש שנים, טעונה אישור מחדש אחת לשלוש שנים, ואישור כאמור לא ניתן להוראת התיחום שבהסכם 2013 בחלוף שלוש שנים.

170. בהקשר זה, איני מקבל את טענת החברה (בסעיפים 22-24 לתשובתה המשלימה) כאילו הדרישה שבסעיף 275(א1)(1) לחוק החברות אינה חלה על הסדר תיחום פעילות בשל טיבו:

170.1. **ראשית**, טענה זו עומדת בסתירה ברורה ללשונו של סעיף 275(א1)(1) לחוק החברות, החל באופן קטגורי על **כל** עסקה הנופלת בגדר סעיף 270(4) לחוק ואשר אושרה לתקופה העולה על שלוש שנים, בין אם היא קצובה זמן (העולה על שלוש שנים) ובין אם היא עסקה לתקופה בלתי קצובה, ובכלל זאת על הסדר תיחום פעילות (שהוא כאמור "עסקה" בהתאם להגדרה שבסעיף 1 לחוק).

170.2. **שנית**, טענה זו עומדת גם בסתירה לתכליתו של סעיף 275(א1)(1) לחוק. כאמור, חוק החברות רואה בהתקשרות עם בעל השליטה בעסקה חריגה כהתקשרות "חשודה" לאור מעמדו של בעל השליטה ויכולתו להשפיע על ענייני החברה, ועל כן נקבע בסעיף 275(א) מנגנון שנועד לנטרל את ניגוד העניינים של בעל השליטה ולקדם קבלת החלטה שהיא בראש ובראשונה לטובת החברה. סעיף 275(א1)(1) לחוק החברות נועד לאפשר לחברה לבחון מחדש אחת לשלוש שנים האם התקשרות "חשודה" זו ממשיכה להטיב עם החברה לאור חלוף הזמן ושינויי נסיבות אפשריים. כך עולה בבירור מדברי ההסבר לחוק החברות (תיקון מס' 16), התשע"א-2011, במסגרתו נוסף לחוק סעיף 275(א1)(1), שם צוין כי הוספת הסעיף האמורה נעשית כדי לאפשר לחברה לבחון בעסקאות בעלות אופי נמשך את תנאי העסקה "**לאור המציאות המשתנה**". החלת סעיף 275(א1)(1) על הסדר תיחום פעילות מגשימה תכלית זו במלואה. גם בהסדרים אלה עשויה החברה לסבור שקידום טובתה מחייב כי הזדמנויות שבעבר התירה לבעל השליטה לנצל באופן פרטי, יש לנצל מכאן ולהבא רק במסגרת פעילותה של החברה, ומשכך יש צורך לאפשר לה בחינה מחדש של המשך התקשרות בהסדר תיחום פעילות. ודוק: גם בהנחה שסעיף 275(א1)(1) לחוק החברות נוגע "**אך ורק לעסקאות בעלות אופי נמשך**", לא היה בכך כדי לסייע למשיבים, שכן הסדר תיחום פעילות הוא בהגדרה עסקה בעלת אופי נמשך.

170.3. בהמשך לאמור, החברה טענה גם שאין כל טעם להגביל את תוקפו של הסדר תיחום פעילות עם בעל השליטה, שכן ממילא בשל שליטתו בחברה היא לא תוכל להיכנס לתחום פעילות החופף לתחום פעילותו של בעל השליטה. טענה זו אינה משכנעת. גם אם לבעל השליטה יש יכולת מעשית למנוע ניצול הזדמנויות עסקיות קונקרטיות בתחומי פעילות "של החברה", הטענה האמורה יוצאת מנקודת הנחה שגויה, שכן בהיעדר הסדר תיחום פעילות בעל השליטה אינו יכול לפעול בעצמו באופן אישי באותם תחומים.

170.4. לא מצאתי ממש גם בטענת החברה כי מבחינה מעשית בעל השליטה לא ישקיע משאבים לצורך פיתוח עסק באופן פרטי בתחום מסוים, אם ייתכן שבתום שלוש שנים תישלל ממנו מחדש האפשרות לעסוק בתחום זה. חוק החברות מספק מענה לקושי זה בסעיף 275(א1)(2) לחוק, בו נקבע כי על אף האמור בסעיף 275(א1)(1), ניתן לאשר עסקה חריגה עם בעל השליטה לתקופה העולה על שלוש שנים מבלי שיידרש אישור משולש אחת לשלוש שנים, וזאת ככל שוועדת הביקורת "**אישרה כי התקשרות לתקופה כאמור סבירה בנסיבות העניין**". לפיכך, לפי סעיף 275(א1)(2) רשאית חברה לאשר הסדר תיחום פעילות עם בעל השליטה לתקופה העולה על שלוש שנים, באופן שיקנה לו פרק זמן מספק לפתח את עסקו ללא חשש מביטול ההסכם בתום שלוש שנים, ודי בכך לצורך דחיית טענת החברה. למותר להזכיר כי במקרה דנן הסכם 2013 אושר לתקופה של 3 שנים בלבד, וממילא לא נטען ולא הוכח כי חל סעיף 275(א1)(2) לחוק.

170.5. אין גם ממש לטעמי בטענת המשיבים לפיה המבקשים מנועים מלטעון כי תוקף הוראת התיחום בהסכם 2013 פקע בחלוף שלוש שנים, שכן הם עצמם ביססו את בקשת האישור על הוראות תיחום פעילות שנקבעו בהסכם 2007 ובהסדר הנושים משנת 2012, הגם שאותם הסכמים לא אושרו מחדש באישור משולש אחת לשלוש שנים. **ראשית**, לא מצאתי לקבל טענה זו לאור העובדה שקבלתה משמעה קביעה משפטית העומדת בסתירה להוראת החוק המפורשת והקוגנטית שקבועה בסעיף 275(א1)(1) לחוק החברות. **שנית**, בניגוד לנטען, בקשת האישור לא "**מבוססת כולה על טענה לקיומם של שני הסדרי תיחום קודמים מהשנים 2007 ו-2012**" (סעיף 44 לתשובת אטרקצ'י המשלימה; ר' גם: סעיף 29 לתשובת החברה המשלימה). מעיון בבקשת האישור ומהמסגרת הנורמטיבית ברור כי בקשת האישור מושתתת ברובה הגדול על הפרת החובה הקבועה בסעיף 254(א)(3) לחוק החברות, בשל כך שנטען כי עסקת המקרקעין נפלה בגדר תחום הפעילות של החברה. לצד זאת, נטען בנוסף (על פני פחות מעמוד) כי העסקה אף היוותה הפרה חוזית של הסכם 2007 והסדר הנושים. **שלישית**, בבקשת האישור המבקשים לא נקטו כל עמדה בשאלה האם ההסכמים האמורים היו טעונים אישור משולש אחת לשלוש שנים, וממילא איני סבור שהם הציגו מצג שהסכמים אלה תקפים אף שאישור שכזה לא ניתן להם. ניסיון המשיבים ללמוד על קיומו של מצג שכזה

באופן עקיף ומשתמע מטענות המבקשים אין בכוחו להקים מניעות, וזאת גם בשים לב לנסיבות השונות עד מאוד שנוגעות הן לכריתת הסכם 2007 והן לאישור הסדר הנושים. כך למשל, תיחום העיסוקים שנקבע בהסכם 2007 כלל לא היווה עסקה עם בעל השליטה בחברה ציבורית שהוא גם נושא משרה בה. זאת, שכן באותו שלב ס.י אבן ומר אטרקצ'י לא היו בעלי מניות בחברה, כשהאחרון גם לא היה נושא משרה בה, וממילא לא היה מדובר בעסקה עם בעל עניין בחברה, לא כל שכן עם בעל השליטה; וכאשר כל שנמכר לס.י אבן במסגרת הסכם 2007 היו 40% ממניות אאורה מחדשים, שהיא חברה פרטית (תוך שהחברה נותרה בעלת 60% ממניותיה).

170.6. לבסוף, איני סבור שניתן ללמוד מפסק הדין בעניין **חג'ג'** כי הסדר תיחום פעילות אינו טעון אישור משולש אחת לשלוש שנים. אותו מקרה אמנם עסק בעסקאות שנערכו בחלוף יותר משלוש שנים מאישור הסדר תיחום הפעילות, ואולם בפסק הדין כלל לא נידונה השאלה האם יש בכך כדי לפגוע בתוקפו של ההסדר. אדרבא, מעיון בפסק הדין, לרבות בפירוט טענות הצדדים, נראה כי הטענה לפיה הסדר תיחום הפעילות אינו בתוקף משעה שלא אושר אחת לשלוש שנים, כלל לא נטענה על ידי המבקשים דשם. לא למותר לציין בהקשר זה כי בתגובה לתשובות המשלימות טענו ב"כ המבקשים, שחלקם ייצגו את המבקש בהליך בעניין **חג'ג'**, כי הסוגיה האמורה כלל לא נטענה וממילא לא התעוררה באותו מקרה (שם, בסעיף 8(8); ר' גם את דברי ב"כ המבקשים בדיון מיום 29.11.2023, בעמ' 9 ש' 12-24), וגם עובדה זו מצדיקה שלא להסיק מסקנות מרחיקות לכת ממה שלא נאמר בפסק הדין.

171. לבסוף יש לדחות את טענת המשיבים כאילו הטענות נגד תוקפו של הסכם 2013 התיישנו. **ראשית**, הסכם 2013 אינו מהווה חלק מעילת התביעה של המבקשים אלא חלק מטענת הגנה של המשיבים, הטוענים כי בהתאם להוראת תיחום הפעילות בהסכם הותר למר אטרקצ'י לבצע את עסקת המקרקעין. טענות המבקשים במענה לטענת ההגנה של המשיבים לפיה אין תוקף להסכם 2013 ממילא אינן נתונות להתיישנות. **שנית**, והרבה למעלה מן הצורך, המבקשים לא טוענים כי הסכם 2013 לא היה בר תוקף במועד כריתתו, אלא שמר אטרקצ'י לא היה צד להסכם וכן שההסכם אושר לתקופה של שלוש שנים ולפיכך תוקפו פקע ביום 8.7.2016; משכך, ממילא לא חלפו 7 שנים ממועד פקיעת ההסכם – לא במועד הגשת בקשות האישור (בתחילת שנת 2022), לא במועד הגשת בקשת האישור המתוקנת והמאוחדת (ביום 31.5.2022) ולא במועד הגשת תגובת המבקשים (ביום 28.2.2023).

<u>י. סיכום ביניים - המבקשים עמדו בנטל להוכיח קיומה של עילת תביעה לכאורה</u>

172. לנוכח כל האמור לעיל, אני סבור שהמבקשים עמדו בנטל הלכאורי המוטל עליהם נכון לשלב זה של הדיון, הוא שלב הבקשה לאישור תביעה נגזרת, להוכיח קיומה של עילת תביעה לכאורה

בשל כך שהעסקה, שהיוותה הזדמנות עסקית "של החברה" בהיותה חלק מהמעגל השני של פעילותה, נוצלה על ידי מר אטרקצ'י באופן פרטי (באמצעות חברת הפרויקט וס.י החדשה) מבלי שקודם לכן הוצעה על ידו לחברה. עוד הוכח לכאורה (ולמצער המשיבים לא הוכיחו אחרת) כי בעת ביצוע העסקה לא היה בנמצא הסדר תיחום פעילות תקף בין מר אטרקצ'י לבין החברה שהתיר לו לבצע באופן פרטי את העסקה מבלי להציעה קודם לכן לחברה. בכך הפר מר אטרקצ'י לכאורה את האיסור החל עליו כנושא משרה בחברה שלא לנצל הזדמנויות עסקיות השייכות לה. ברי כי בשלב הבא, לכשתידון התביעה לגופה, יהיה צורך לשוב ולדון בעילות התביעה בהתאם לנטל ההוכחה המוטל על תובעים בתביעה אזרחית, ולהכריע אם החברה, באמצעות המבקשים כתובעים הנגזרים, עמדה בנטל זה.

173. בהתאם לסעיף 256(א) לחוק החברות, על הפרת חובת אמונים של נושא משרה כלפי החברה יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים המחויבים.

174. כמו כן, אני סבור שהוכח לכאורה כי לחברה עומדת עילת תביעה להשבה גם מכח סעיף 1 לחוק עשיית עושר, הקובע כי "**(א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה...; (ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת**". לצורך גיבוש עילה להשבה לפי חוק עשיית עושר, על התובע להוכיח התקיימות שלושה יסודות מצטברים: **(א)** התעשרות (קבלת טובת הנאה); **(ב)** שלא על פי זכות שבדין; ו-**(ג)** על חשבון המזכה (ר' מבין רבים: ע"א 8728/07 **אגריפרם אינטרנשיונל בע"מ נ' מאירסון**, פס' 30 (15.7.2010); ע"א 6266/19 **מדינת ישראל המינהל האזרחי באיו"ש נ' אבנון**, פס' 13 (25.8.2021)).

175. אכן בתביעות בגין הפרת אמונים של נושא משרה בחברה, לרבות בגין ניצול הזדמנות עסקית, הסעד המתאים ביותר הוא סעד של השבה (ר' למשל: תנ"ג (ת"א) 51021-02-13 **כסיף יועצים לשירות מעליות בע"מ נ' אפרתי**, פס' 99-100 (16.3.2016); תנ"ג (כלכלית ת"א) 18994-07-15 **דה לנגה נ' החברה לישראל בע"מ**, פס' 105-107 (30.4.2017; להלן: "עניין **דה לנגה**"); דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך א 642 (מהדורה שלישית, 2015); **ליכט – אמונאות**, בעמ' 312-357). במקרה דנן, הוכח לכאורה כי מר אטרקצ'י התעשר כתוצאה מביצוע העסקה והרווח שהופק ממנה, שלא על פי זכות שבדין ועל חשבון החברה, שכן לאור תחום פעילותה היה מדובר בהזדמנות עסקית "של החברה" אשר למר אטרקצ'י לא היתה זכות לנצל לאור חובת האמון בה הוא חב כלפי החברה, מבלי ראשית להציע את ההזדמנות לחברה.

176. לאור קביעותיי לעיל, איני רואה צורך לדון בטענת המבקשים להפרת חובת ההגינות בה חב מר אטרקצ'י לחברה כבעל השליטה בה, המוטלת עליו מכוח סעיף 193(א)(1) לחוק החברות. די אם אציין כי הדעה המקובלת בפסיקה רואה בחובת ההגינות כ"**חובה מוחלשת לעומת חובת האמון**

המוטלת על נושא המשרה" (עניין **ורדניקוב**, בפס' 35-36 והאסמכתאות שם; ר' גם: ע"א 7657/17 **ברדיצ'ב נ' פויכטונגר**, פס' 95-96 לפסק דינה של השופטת י' וילנר ופס' 5 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (18.6.2020)). עוד אין צורך לדון בטענות המבקשים כי התקשרות בעסקת המקרקעין היוותה הפרה של התחייבויות מר אטרקצ'י וס.י אבן מכח הסכם 2007 והסדר הנושים. בהקשר זה יצוין, בגדר למעלה מן הצורך, כי ספק אם היה ממש בטענות אלו שהועלו בבקשת האישור, בשים לב לכך שנראה כי הסכם 2007 והסדר הנושים הפכו לבלתי רלוונטיים לאחר חתימת הסכם 2013 והשינויים המבניים שבוצעו בהסכם 2014.

177. בבקשת האישור התבקש לאשר את התביעה נגד מר אטרקצ'י; חברת הפרויקט, אשר ביצעה את העסקה ובהמשך מכרה ברווח את המקרקעין; וס.י החדשה, אשר באמצעותה מחזיק מר אטרקצ'י במניות חברת הפרויקט ובמניות החברה. המשיבים לא העלו כל טענה בכל הקשור להגשת בקשת האישור גם נגד ס.י החדשה וחברת הפרויקט, ובנסיבות אלה מצאתי כי יש מקום לאשר בשלב זה את הגשת התביעה גם נגד משיבות אלה (למצער כמי שנהנו מהרווח מהעסקה וכמי שהיו מעורבות בהפרת חובת האמון בידי מר אטרקצ'י; ר' למשל: עניין **דה לנגה**, בפס' 123-137; **ליכט** – **דיני אמונאות**, בעמ' 403-490).

178. בנוסף, מצאתי לאשר בשלב זה גם הגשת תביעה נגזרת "מרובה" (בהתאם לעניין **אינטרקולוני**) בשם אאורה מחדשים, בהיותה חברת בת בבעלותה המלאה של החברה, וממילא בשליטתה, ובשים לב לכך שמר אטרקצ'י חב בחובת אמון גם כלפי אאורה מחדשים בהיותו דירקטור של חברה זו והמנכ"ל שלה. למען שלמות התמונה, יצוין כי אמנם בתי המשפט המחוזיים החילו מבחנים שונים בכל הקשור לאיסור על ניצול הזדמנות עסקית בחברה פרטית, ואולם משעה שמדובר בחברה פרטית בבעלות מלאה של חברה ציבורית, אני סבור שהיקף ההזדמנויות השייכות לאאורה מחדשים ממילא צריך להיגזר מאלה המיוחסות לחברה (הציבורית), ומשכך איני רואה קושי לאשר, על סמך המפורט לעיל, גם את בקשת האישור בשם אאורה מחדשים.

179. לבסוף, במסגרת הדיון בבקשה לאישור תביעה נגזרת אין צורך לטעמי להכריע בשלב זה בטענות הצדדים באשר לגובה הרווח המדויק שהפיק מר אטרקצ'י מהעסקה (כשאין חולק כי רווח אכן הופק על ידו), כאשר שאלה זו תידון בשלב של בירור התביעה לגופה. בתשובת אטרקצ'י נטען כי "**סך הרווח שנוצר למר אטרקצ'י בעסקה – לאחר קיזוז עלויות הרכישה... וכן הוצאות נוספות... – נמוך בהרבה מהסכום המופרך הנקוב בבקשת האישור, ומסתכם לכשליש בלבד מהסכום הנטען**" (שם, בסעיף 160). במילים אחרות, לשיטתו של מר אטרקצ'י נצמח לו רווח של כ-14 מיליון ש"ח. די לעניין זה בכך שאף לשיטתו של מר אטרקצ'י נצמח לו רווח לא מבוטל מהעסקה, אשר את היקפו המדויק ניתן יהיה לברר באופן יסודי במסגרת ההליך העיקרי של התביעה הנגזרת (ר' למשל: עניין **ק.ר.נ.א**, בפס' 34; תנ"ג (כלכלית ת"א) 24218-04-20 **פולק נ' מכנס**, פס' 32 (24.9.2024)).

<u>יא. הוכח כי לכאורה התביעה היא לטובת החברה וכי המבקשים אינם פועלים בחוסר תום לב</u>

180. כידוע, במסגרת בחינה השאלה האם ניהול התביעה הנגזרת יהיה לטובת החברה, נתון לבית המשפט שיקול דעת רחב במסגרתו הוא רשאי לבחון מגוון של שיקולים, ובכלל זאת את סיכויי הצלחתה של התביעה והאפשרות להעשרת קופת החברה כתוצאה מקבלתה; יעילות הכלי של תביעה נגזרת למימוש זכויות החברה; העלויות של הגשת התביעה; האם התביעה מקדמת את האינטרסים של החברה או שמא אינטרסים של בעל המניות בלבד; שיקולים של הרתעה ושיפור הממשל התאגידי בחברה, בפרט בעניינן של חברות ציבוריות; וכן שיקולי צדק בהתאם לנסיבותיו הפרטניות של המקרה (ר' למשל: עניין **אנטורג**, בפס' 17-18; תנ"ג (מחוזי מרכז) 11266-07-08 **שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ, חברה ציבורית**, פס' 31 (8.4.2013); **צ' כהן – בעלי מניות**, בעמ' 512-517; ציפורה כהן "התביעה הנגזרת בדין הישראלי: בחינה ביקורתית" **קרית המשפט** ו 77, 113-114 (2006)).

181. אני סבור שהמבקשים הוכיחו לכאורה כנדרש בשלב זה כי קבלת בקשת האישור היא לטובת החברה. **ראשית**, כאמור לעיל הוכח כי לחברה עומדת עילת תביעה לכאורה אשר סיכויי הצלחתה בלתי מבוטלים, וזאת בקשר לעסקה אשר בהמשך לה מכר מר אטרקצ'י את המקרקעין ברווח. בנסיבות אלה, לאישור הבקשה פוטנציאל להעשיר את קופתה של החברה באופן שיטיב עם החברה ועם בעלי מניותיה ובהיקף שעולה לכאורה במידה משמעותית על העלויות בגין ניהול התביעה. מנגד, לא הוכח כי אישור התביעה יקדם אינטרס כלשהו של מי מהמבקשים שאינו תואם את האינטרסים של החברה, ואף לא נטען וממילא לא הוכח קיומן של השלכות עסקיות או אחרות להגשת התביעה, המצדיקות להימנע מהגשתה גם אם ייקבע כי לחברה עומדת עילת תביעה לכאורה. **שנית**, נראה כי מנגנון התביעה הנגזרת הוא הכלי היעיל בנסיבות העניין למיצוי זכויותיה של החברה, בשים לב לכך שעניינה של בקשת האישור בתביעה נגזרת נגד בעל השליטה, אשר לגביו בעיית הנציג מתקיימת ביתר שאת באופן שמונע את מיצוי זכויותיה בדרכים חלופיות. **שלישית**, בנסיבות מקרה דנן בו מדובר בחברה ציבורית ומשכך קיימת לטעמי חשיבות יתרה במיצוי זכויותיה בגין הפרת חובת האמונים של נושאי משרה, בפרט בכל הקשור להפרות מצד בעל שליטה המכהן גם כנושא משרה בכיר בחברה. במקרה שכזה יש לייחס משקל בלתי מבוטל לתועלת שתפיק החברה מקבלת התביעה בכל הקשור להרתעה ושיפור הממשל התאגידי שלה.

182. זאת ועוד, אני סבור שאין לומר כי המבקשים פעלו בחוסר תום לב בהגשת בקשת האישור. טענתם המרכזית של המשיבים בהקשר זה היא כי המבקשים הסתירו בבקשת האישור את דבר קיומה של הוראת תיחום העיסוקים שנקבעה בסכם 2013 ואת התחייבות מר אטרקצ'י, על אף שאלו נזכרו בדיווחיה החברה פעמים רבות. לא מצאתי מקום לקבל טענה זו. אכן, קיים קושי בכך שבבקשת האישור לא בא זכרם של הסכם 2013 ושל התחייבות מר אטרקצ'י, ולו לצורך

הצגת התמונה המלאה בפני בית המשפט (גם אם תוך עמידה על הטענה כי לא היה בהם כדי להתיר למר אטרקצ'י לבצע את העסקה). עם זאת, השתכנעתי כי יש מקום לקבל את טענת המבקשים בתגובתם לפיה הם לא הבחינו באמור בשוגג וכי אין מדובר בהסתרה מכוונת:

182.1. **ראשית**, טענה זו הועלתה על ידי המבקשים בתגובתם ונתמכה בתצהירו של המבקש 1, ומשעה שהמבקש 1 לא נחקר אודותיה (כאמור, הצדדים הסכימו לוותר הדדית על חקירות המצהירים) היא ממילא לא נסתרה.

182.2. **שנית**, גם במסגרת תשובתה של החברה לבקשת הגילוי, אשר בה הועלו כאמור טענות דומות לטענות בבקשת האישור, לא ציינה החברה את דבר קיומם של הסדר תיחום פעילות משנת 2013 או התחייבות מר אטרקצ'י, ולא טענה כי העסקה הייתה מותרת מכוחם. תחת זאת טענה החברה בתשובתה לבקשת הגילוי כי עסקת המקרקעין אינה חלק מתחום הבניה למגורים שהוא תחום עיסוקה של החברה, וכי היא מעולם לא שקלה לבצע עסקה מסוג זה (תשובת החברה צורפה כנספח 2 לבקשת האישור, סעיף 11). על פניו, יכלה החברה באותה נשימה גם לטעון בתמצית כי ממילא מר אטרקצ'י היה רשאי להתקשר בעסקה מכח הסדר תיחום פעילות שנחתם איתו בשנת 2013 או מכח התחייבות מר אטרקצ'י. למותר לציין כי אילו היתה החברה פועלת בדרך זו, לא היו המבקשים רשאים שלא לכלול בבקשת האישור התייחסות להוראת תיחום הפעילות בהסכם 2013 ולהתחייבות מר אטרקצ'י.

182.3. **שלישית**, בניגוד לנטען על ידי המשיבים, ולאור האופן בו הוצגו הדברים בדיווחי החברה, איני סבור כי טענת המבקשים לפיה לא הבחינו בהוראת תיחום העיסוקים היא בלתי סבירה, ובוודאי לא במידה כזו המצדיקה לדחות את בקשת האישור. כך למשל, בדוחות השנתיים לשנת 2013 נזכר רק עצם קיומו של הסכם לתיחום עיסוקים בין החברה לבין ס.י אבן (שצוין כי היא בבעלותו של מר אטרקצ'י). תיאור זה לא כלל כל אזכור לכך שמר אטרקצ'י מחויב במגבלה כלשהי על תיחום עיסוקיו, וגם לא פורט בו תוכנו של ההסכם לרבות התחומים בהם הותר לס.י אבן לעסוק. זאת ועוד, כאמור לעיל, בדוחות הכספיים לשנים 2014 ו-2015 לא היה כל אזכור לקיומו של הסכם 2013. לא מן הנמנע שבשל כך גם לא הבחינו המבקשים בהתחייבות מר אטרקצ'י שנכללה החל מהדוח לשנת 2016 ואילך. בנסיבות אלה, העובדה שהמבקשים לא הבחינו באזכורים האמורים, שהיא תקלה שמן הראוי היה למנוע, אינה מצדיקה לטעמי את המסקנה החמורה לפיה דבק פגם בתום ליבם המצדיק לדחות את הבקשה.

183. כמו כן, לא מצאתי ממש בטענה כי המבקשים הציגו באופן מטעה את תחום פעילותה של החברה וכי הדבר עולה כדי חוסר תום לב. **ראשית**, טענה זו מועלית בעיקר ביחס לניסיון המבקשים לטעון על בסיס דיווחיה של החברה כי העסקה נופלת בגדר המעגל הראשון לתחום

פעילותה של החברה. הגם שדחיתי טענה זו של המבקשים, כפי שעולה מהדיון לעיל אני סבור שלא מדובר בטענת סרק הנעדרת כל אחיזה בדוחותיה הכספיים של החברה, ודי בכך כדי לדחות את טענת המשיבים. **שנית**, מכל מקום לא התרשמתי שהמבקשים הציגו בפני בית המשפט תמונה עובדתית חלקית ומטעה בנוגע לתחום הפעילות של החברה בדיווחיה, הגם שכאמור דחיתי את טענתם לגופה. המבקשים, כפי שעשו המשיבים עצמם, הציגו בפני בית המשפט תמונה מלאה של פעילות החברה תוך שהם מדגישים את החלקים בדיווחיה אשר תומכים בעמדתם. העובדה שדחיתי את טענת המבקשים וקבעתי כי מאותה מתמונה עולה כי העסקה אינה נופלת במסגרת המעגל הראשון לפעילות החברה, אינה מובילה למסקנה שהעלאת הטענה היא בגדר חוסר תום לב.

184. לבסוף, איני סבור גם שיש ממש בטענת המשיבים כי יש לייחס למבקשים חוסר תום לב בהעלאת "**טענות קונספירטיביות**" ו"**בלתי רלוונטיות**" (כלשון סעיף 194 לתשובת החברה וסעיף 225 לתשובת אטרקצ'י) לפיהן מר אטרקצ'י "**ידע מראש עוד בטרם רכש את המקרקעין כי מיועד להיבנות בהם מתחום קמפוס עבור הקריה האקדמית**" (כלשון כותרת פרק ה' לבקשת האישור). אף שספק רב בעיניי אם לטענות אלה אכן יש רלוונטיות להליך דנן, אין בהעלאתן כדי להוות חוסר תום לב, לא כל שכן כזה בדרגה המצדיקה לדחות את בקשת האישור. דומה כי המשיבים קוראים לתוך טענות המבקשים יותר ממה שיש בהן; מה גם שכאמור לעיל, מר אטרקצ'י עצמו אישר בסעיף 190 לתשובתו את העובדה הבסיסית שנטענה על ידי המבקשים, לפיה מנכ"ל אונו ניהל עימו מגעים בקשר להקמת הקמפוס על רקע פרסום המכרז, תוך שנטען כי לא היה בכך כל פסול, כי מנכ"ל אונו ניהל מגעים דומים גם עם אחרים שעתידים היו להתמודד במכרז וכי באותו שלב טרם התגבשו הסכמות.

<u>יב. המבקשים עמדו בדרישות הפרוצדורליות שבסעיפים 194-197 לחוק החברות</u>

185. בניגוד לטענת המשיבים, אני סבור שהמבקשים עמדו בחובה לבצע פניה מוקדמת לחברה בטרם הגשת בקשת האישור. כאמור, אין חולק שביום 12.1.2022, ועוד בטרם הוגשה בקשת דה לנגה, שלח ב"כ המבקש 2 (ד"ר פרימק) לחברה את מכתב הדרישה (נספח 57 לבקשת האישור). במכתב זה פרס המבקש 2 באופן מפורט ומנומק את המסכת העובדתית ואת התשתית המשפטית שלטעמו הקימו לה עילת תביעה נגד מר אטרקצ'י. די במכתב דרישה זה כדי לקיים את דרישת סעיף 194(ב) לחוק החברות. בתשובת ב"כ החברה למכתב זה (נספח 57 לבקשת האישור), שנשלחה ביום 27.2.2025, קרי בחלוף 45 ימים מקבלת מכתב הדרישה, נמנע ב"כ החברה מלהשיב לגוף טענות המבקש 2 בטענה כי מכתב הדרישה התייתר לאור הצורך של החברה להגיש את תשובתה לבקשת דה לנגה. אני בדעה כי תשובת החברה מהווה למעשה דחייה של דרישת התובע כמשמעותה בסעיף 195(2) לחוק החברות, או למצער אי-מענה למכתב הדרישה בתוך 45 ימים כנדרש בסעיף 196 לחוק החברות (ר' : תנ"ג (כלכלית ת"א) 12839-08-12 **בן לביא**

נ' העמותה לקידום מקצועי חברתי של הפקידים עובדי המינהל והשירותים, פס' 116-117 (20.10.2015)). לפיכך, המבקש 2 (ד"ר פרימק) קיים את הוראות 197 לחוק החברות לצורך הגשת בקשת האישור, שהוגשה על ידו ביום 23.3.2022.

186. ודוק: החברה טענה כי הפגם בהיעדר פניה מוקדמת מצד המבקש 1 (מר דה לנגה) אינו מרופא על ידי פנייתו המוקדמת של המבקש 2 (ד"ר פרימק). אינני מקבל את הטענה. בקשת האישור המאוחדת הוגשה על ידי שני המבקשים, ובנסיבות אלה די לטעמי בכך שאחד מהם (המבקש 2) ביצע פניה בהתאם לסעיף 194 לחוק החברות לצורך מילוי הוראות הדין להגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת. כאמור, תכליתה של הפניה המוקדמת היא בין היתר להביא לידיעת החברה את האפשרות שעומדת לה עילת תביעה ולאפשר לה לבחון בעצמה את מיצוי זכויותיה. תכלית זו התקיימה בנסיבות העניין עת שלח המבקש 2 את מכתב הדרישה לחברה, באופן שהניע בקרב מוסדות החברה תהליך לבחינת האירועים מושא מכתב הדרישה, ומשכך מוצדק לדחות את טענות החברה. זאת ועוד, לטעמי החברה אינה יכולה לאחוז בחבל בשני קצותיו, ומחד גיסא לטעון שהיא אינה נדרשת לענות למכתב הדרישה של המבקש 2 בשל הגשת בקשת דה לנגה, ומאידך גיסא כי הפגם הנטען של המבקש 1 בהיעדר פניה מוקדמת אינו יכול להיות מתוקן על ידי מכתב הדרישה של המבקש 2. זאת בפרט שעה שהדרישה של המבקש 2 נשלחה לחברה אף בטרם הוגשה בקשת דה לנגה.

187. מבלי לגרוע מן האמור לעיל, אני בדעה כי בנסיבות העניין המבקש 1 כלל לא היה חייב במשלוח פניה מוקדמת לחברה לנוכח הבקשה לגילוי שהוגשה על ידו בשנת 2020. במסגרת בקשת הגילוי, שהוגשה על סמך תשתית עובדתית ומשפטית דומה לזו שבבקשת האישור, העלה המבקש 1 בפני החברה את שאלת קיומה של עילת תביעה נגד מר אטרקצ'י בקשר לעסקה, ובכך התקיימה הלכנה למעשה התכלית שביסוד החובה לבצע פניה מוקדמת לחברה בטרם תוגש בקשה לאישור תביעה נגזרת. ואולם אין צורך לקבוע מסמרות בסוגיה זו, משעה שדי במכתב הדרישה של המבקש 2 כדי שבקשת האישור תעמוד בחובת הפניה מוקדמת.

<u>יג. סוף דבר</u>

188. לנוכח כל האמור לעיל, אני מאשר את בקשת המבקשים ומתיר להם להגיש תביעה נגזרת בשם החברה ואאורה מחדשים נגד המשיבים 1, 4 ו-5 בגין ההתקשרות בעסקת המקרקעין.

189. מעבר למפורט בהרחבה לעיל, לא ראיתי צורך להתייחס במפורש לשאר טענות הצדדים בכתבי טענותיהם, אף שאלו לא נעלמו מעיניי, שכן אין בהכרעה בהן כדי להשפיע על תוצאת החלטה זו.

190. לאור העובדה שלא קיבלתי חלק מהטענות שהועלו בבקשת האישור (כגון הטענות בקשר להסכם 2007 ולהסדר הנושים), ומאחר שהצדדים הגישו סבב נוסף של כתבי טענות בהתאם

תנ"ג 36670-01-22 דה לנגה נ' אטרקצ'י ואח'
תנ"ג 52077-03-22 פרימק נ' אאורה השקעות בע"מ ואח'

להסדר הדיוני, אני מורה למבקשים להגיש כתב תביעה נגזרת מתוקן נגד הנתבעים 1, 4 ו-5 אשר יכלול את מלוא טענותיהם כפי שנטענו בשלב בקשת האישור, וזאת חלף כתב התביעה הנגזרת (המתוקן והמאוחד) שהוגש על ידי המבקשים ביום 1.6.2022 (ר' גם: עניין **דה לנגה**, בפס' 152; תקנה 6(א) לתקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע- 2010 לעניין אישור תובענה ייצוגית בשינויים[13]). למותר לציין שלכתב התביעה המתוקן שיוגש לא יתווספו טענות כלשהן שלא הועלו על ידי המבקשים בכתבי הטענות שהגישו בשלב בקשת האישור. כתב התביעה הנגזרת המתוקן כאמור יוגש בתוך 30 ימים מהיום. המשיבים 1, 4 ו-5 יגישו כתב הגנה תוך 60 ימים מיום הגשת כתב התביעה הנגזרת המתוקן. המבקשים (התובעים הנגזרים) יגישו כתב תשובה 14 ימים לאחר שיוגש כתב ההגנה. ימי הפגרות יבואו במניין המועדים המפורטים לעיל. התיק נקבע לישיבת קדם משפט ליום 11.9.2025 בשעה 9:00.

191. בהתאם לתקנה 8(א)(2) לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007, החברה תשלים בתוך 30 ימים מהיום את יתרת סכום האגרה (בהתאם לסכום הנקוב בכתב התביעה הנגזרת האמור).

192. בנסיבות העניין, ובכלל זה בשים לב לתוצאת ההחלטה, במסגרתה התקבלה בקשת האישור, ומנגד למחדל של המבקשים מלהתייחס להסכם 2013 ולהתחייבות מר אטרקצ'י במסגרת בקשת האישור (דבר שהצריך הגשת תשובות משלימות של המשיבים ותגובה משלימה של המבקשים), אני קובע כי המשיבות 2-3 מזה והמשיבים 1, 4 ו-5 מזה יישאו בהוצאות המבקשים בקשר עם בקשת האישור על הצד הנמוך בסך של 7,500 ש"ח לכל קבוצת משיבים (בסך הכל 15,000 ש"ח).

193. מטעמי נוחות בלבד המזכירות תסגור את תנ"ג 36670-01-22 והתביעה הנגזרת תתנהל במסגרת תנ"ג 52077-03-22.

194. תז"פ למעקב ליום 8.5.2025.

ניתנה היום, י' ניסן תשפ"ה, 08 אפריל 2025, בהעדר הצדדים.

יעקב שרביט, שופט

למקור * 04057 *

[13] ר' גם: טיוטת תקנות החברות (הוראות לעניין תביעה נגזרת והגנה נגזרת), התשפ"ג-2023, שהפיץ משרד המשפטים להערות הציבור ביום 14.8.2023 (פורסם באתר החקיקה הממשלתי של משרד המשפטים), ובפרט תקנה 11(ד) שעניינה אישור תביעה נגזרת בשינויים (זאת אף שבשלב זה אין לטיוטת התקנות כל מעמד מחייב).