

המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו
שקדי נ' גבריאלי ואח'
תנ"ג 53151-03-15
סוג עניין: חביעה בספיח
תאריך פתיחה: 25 מרץ 2015
רמת היסיון: פתוחה לציבור

**בפני המחלקה הכלכלית
בבית המשפט המחוזי בתל-אביב יפו**

שמואל שקדי

בענין:

נושא תעודת זהות מס' 01093913
מרחוב הדף היומי 606/5, ירושלים

על-ידי באי-כוחו עורכי-הדין גיל רון, קינן ושות'
וכן על-ידי עורכי-הדין אביעד, סרן ושות'
שכתובתם לצורך חליק זה היא אצל גיל רון, קינן ושות'
מבית לסין, רחוב ויצמן 32, תל-אביב 6209105
מס' טל': 03-6967676; מס' פקס': 03-6967673

המבקש

- נ ג ד -



1. אינטרקולוני השקעות בע"מ
2. אינטרקולוני אחזקות טאורס בע"מ
משיבות מס' 1-2 ע"י עוה"ד יונתן שרמן וסנדרה כנפי
מדרך אבא הלל סילבר 12, רמת גן 5250606
מס' טל': 03-7539888; מס' פקס': 03-7518133
3. אינטרקולוני טאורס בע"מ
משיבה מס' 3 על ידי עוה"ד שאול ברגרזון ושות'
מדרך מנחם בגין 11, רמת גן 5268104
מס' טל': 03-7556900; מס' פקס': 03-6960441
4. משה גבריאלי
משיב מס' 4 ע"י בא-כוחו עוה"ד איל רוזובסקי
מבית רובינשטיין, רח' לינקולן 20 תל אביב 6713412
מס' טל': 03-6255555; מס' פקס': 03-6255500
5. ליבר טאור בע"מ
ע"י ב"כ משרד עוה"ד פישר בכר חן וול אוריון ושות'
מרחוב דניאל פריש 3, תל אביב 6473104
מס' טל': 03-6944111; מס' פקס': 03-6091116
6. ירון (שלום) ייני
7. רמי אנטין
8. שריטל לנדסמן
9. זאב לבנברג
10. ניר נצר
11. אליהו שחר
12. מנשה ראש
- משיבים מס' 6-12 על-ידי באי-כוחם גורניצקי ושות'
משדרות רוטשילד 45, תל אביב 6578403
מס' טל': 03-7109191; מס' פקס': 03-5606555
13. עדי עזרא
14. דוד עזרא
משיבים מס' 13-14 ע"י מיתר, ליקוורניק, גבע, לשם וטל
מדרך אבא הלל סילבר 16, רמת גן 5250608
מס' טל': 03-6103100; מס' פקס': 03-6103111

המשיבים

בקשה לאישור תביעה נגזרת

בהתאם לסעיף 198 לחוק החברות, התשנ"ט-1999

בית-המשפט הנכבד מתבקש כדלקמן:

- א. לאשר למבקש, בהתאם לסעיף 198 לחוק החברות, תשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות), להגיש תביעה נגזרת בשם משיבות מס' 1, 2 ו-3 (להלן בהתאמה: החברה, חברת הבת והחברה הנכדה, וביחד: החברות) נגד משיבים מס' 4-14;
נוסח התביעה שמבוקש לאשר מצורף לבקשה זו כנספת 1;
- ב. להורות, בהתאם לסעיף 199(ב) לחוק החברות, כי החברה תשיב למבקש את האגרה שתשולם על ידו בעת הגשת התביעה, ואת הוצאותיו, וכי החברה תשא ביתרת אגרת התביעה;
- ג. לתת כל הוראה בנוגע לתביעה הנגזרת, כפי שייראה בעיני בית המשפט הנכבד; וכן
- ד. לחייב את המשיבים בהוצאות.

האלה נימוקי הבקשה:

חלק ראשון - מבוא

1. מדובר במקרה תמור של העברת סכומי עתק שנובעים ממכירת נכסי קבוצת חברות אל מנהליהן, בעלי השליטה בהן וגורמים קשורים.
2. החברה החזיקה, באמצעות חברת בת וחברה נכדה, בקרקע בתל-אביב, בשווי העולה על 200 מיליון ש"ח. במקום לפעול להשגת המירב מן הנכס עבור החברות, בוצעה עסקה פתלתלה, רוויית ניגוד עניינים. למנהל הכללי של החברה, משיב מס' 4, מר משה גבריאלי, ניתנה אופציה לרכוש את הנכס באמצעות חברה בשליטתו (משיבה מס' 5; להלן: ליבר טאוור). עבור האופציה שולם סכום כסף אשר נזקף לאחר מכן על חשבון רכישת הנכס.
3. בזמן מתן האופציה איש לא התכוון כי מר גבריאלי יסחר את האופציה לאחרים, ויפיק רווחי עתק מחסיחור. למרות זאת, כך ארע. מר גבריאלי וליבר טאוור סיחרו את האופציה, תמורת 36 מיליון ש"ח, בתוספת "תמורה נוספת על-פי סך התקבולים בפרוייקט", אשר את היקפה איננו יודעים.
4. מי שאמור ליהנות מנכסי החברות הן החברות ובעלי המניות. מנהל כללי של חברה לא צריך ליטול לידיו הזדמנויות כאלה, לסחור בהן, ולגרוף רווחי עתק, שמקורם בנכסי החברות. מעבר לכך, ההתקשרות דווקא בעסקת אופציה מעצימה את ניגוד העניינים. ככל שערך הקרקע עולה, למנהל הכללי אינטרס לממש את האופציה, ולחברות אינטרס כי היא לא תמומש. אסור היה למשיבים ליצור מצב כל כך פסול, בו האינטרסים של מר גבריאלי ושל החברות, בענין הנוגע לנכסי החברות, מנוגדים חזיתית.
5. לאחר מתן האופציה תנאיה שונו, והיא הוארכה מספר פעמים. בחלק מהמקרים האופציה הוארכה לאחר שפקעה. לפי ידיעת המבקש, וועדת הביקורת והדירקטוריון של החברה לא אישרו את הארכת האופציה, וועדת הביקורת לא אישרה את שינוי התנאים. מעבר לכך, מהפרוטוקולים של ישיבות הדירקטוריון עולה כי נושאי המשרה ובעלי השליטה זנחו לחלוטין את חובתם לפעול למען החברות. כולם פעלו למען מר גבריאלי וליבר טאוור, על חשבון החברות.
6. אם בכך לא די, חלק מהמשיבים ומקורביהם רכשו דירות בפרוייקט. חלקם השתתפו בהחלטות הנוגעות לפרוייקט, למרות הענין האישי. רשות ניירות ערך קבעה, על רקע הענין האישי הנובע מרכישת דירות בפרוייקט, כי שינוי האופציה לא אושר כדין.
7. יש להורות על השבת הרווחים שהפיקו מר גבריאלי וליבר טאוור, לחברות. המשיבים האחרים, נושאי משרה בחברות, נושאים באחריות לאובדן רווחי החברות, הואיל והם התרשלו בשמירה על ענייני החברות.

חלק שני - הצדדים

8. המבקש מתזיק מניות של החברה בערך נקוב של 1,100 ש"ח. במקור, המבקש רכש אגרות חוב של החברה, ביום 22 בנובמבר 2007, בסכום העולה על 30 אלפי ש"ח. אגרות החוב הומרו למניות, על פי הסדר נושים. במשך כל התקופה הרלוונטית לבקשה זו, המבקש התזיק במניות.
- אישורים בדבר רכישת ניירות הערך והחזקתם מצורפים לבקשה זו כנספח 2. מאישור ההחזקה נמחק מידע בנוגע לניירות ערך אחרים, שאינם קשורים לענין.
9. החברה רשומה בישראל, והיא עוסקת בייזום, פיתוח, הקמה, ניהול, שיווק ומכירה של פרויקטים בתחום המקרקעין ותבנית. מניות החברה וניירות ערך אחרים שהיא הנפיקה נסחרים בבורסה לניירות ערך בתל-אביב. החברה מחזיקה ב-80% מהון המניות המונפק של חברת הבת, אינטרקולוני טאוורס החזקות בע"מ, אשר מחזיקה ב-50% מהון המניות המונפק של החברה הנכדה, אינטרקולוני טאוורס בע"מ. בקשר להחזקה בחברה הנכדה, נעשה ביום 27 בנובמבר 2006 הסכם שליטה משותפת, עם משיבים מס' 13 ו-14, או חברה בשליטתם.
- תדפיס רשם החברות של החברה מצורף לבקשה זו כנספח 3.
- תדפיס רשם החברות של חברת הבת מצורף לבקשה זו כנספח 4.
- תדפיס רשם החברות של החברה הנכדה מצורף לבקשה זו כנספח 5.
- עמודים מהדוח התקופתי של החברה לשנת 2010 המתארים את הסכם השליטה המשותפת בחברה הנכדה מצורפים לבקשה זו כנספח 6.
10. עד חודש מרץ 2011 החברה הנכדה היתה בעלת הזכות להירשם כבעלים של נכס מקרקעין הידוע כמתחם טאוורס – מקרקעין בשכונת נווה צדק בתל-אביב (רשומים כגוש 7012 חלקות 12 ו-20, וכן גוש 6925 חלקות 8, 13 ו-142). לפי דיווחי החברה, מתחם טאוורס הוא שטח מקרקעין של כ-4,500 מ"ר, הממוקם בין הרחובות פינס והמסילה, בשכונת נווה צדק.
11. בתקופה הרלוונטית לתביעה, בשנים 2010-2011, מר גבריאל כיהן כמנהל הכללי של החברה, וכחבר דירקטוריון בחברת הבת ובחברה הנכדה. עד יום 10 במרץ 2010 מר גבריאל כיהן גם כחבר דירקטוריון החברה. משיבים מס' 6-12 - מר ירון (שלום) ייני, מר רמי אנטין, גבי שריטל לנדסמן, מר זאב לבנברג, מר ניר נצר, מר אליהו שחר ומר מנשה ראש, שימשו בתקופה הרלוונטית כחברי דירקטוריון החברה. מר ייני היה גם בעל השליטה בחברה, באמצעות חברת גילאון השקעות (1979) בע"מ, וכיהן כיושב ראש דירקטוריון החברה. מר ראש כיהן כסמנכ"ל הכספים של החברה, וכן כחבר דירקטוריון חברת הבת (יחד עם מר גבריאל). משיבים מס' 13 ו-14, מר דוד עזרא ובנו מר עדי עזרא, החזיקו, באמצעות חברת אס.אס.טי.אס.אר. בע"מ, במניות בחברה הנכדה, וכיהנו כחברי דירקטוריון החברה הנכדה (יחד עם מר גבריאל ומר ייני).

חלק שלישי – העובדות – המנהל הכללי של החברה הפיק רווח של 36 מליון ש"ח ויותר מנכסי החברות

12. ביום 11 ביולי 2010, זמן קצר לאחר השלמת גיוס כספים בהנפקת זכויות, החברה הודיעה כי החברה הנכדה מנהלת משא ומתן מתקדם עם קבוצת רוכשים, למתן אופציה לתקופה של שלושה חודשים, שניתנת להארכה לשלושה חודשים נוספים, לרכוש את מתחם טאוורס. החברה מסרה בהודעה כי עם קבוצת הרוכשים נמנה, בין השאר, מר גבריאלי.

הדיווח המידי מיום 11 ביולי 2010 מצורף לבקשה זו כנספח 7.

13. באותו יום, 11 ביולי 2010, כבר נחתם הסכם האופציה. לפי ההסכם, עבור האופציה ישולם לחברה הנכדה סכום של 7 מליון ש"ח, ואם האופציה תוארך בשלושה חודשים ישולם סכום נוסף של 3 מליון ש"ח. אם תמומש האופציה, יירכש מתחם טאוורס תמורת סכום של 200 מליון ש"ח, בתנאים הקבועים בהסכם מכר שנוסחו צורף להסכם האופציה. עוד נקבע בהסכם האופציה כי במקרה של מימוש האופציה, כחלק ממחיר המימוש, ישולמו לחברה הנכדה 20% מהרווחים שינבעו למקבל האופציה בקשר לפרויקט. מעיון בהסכם האופציה עולה כי הדיווח המידי מיום 11 ביולי 2010 היה מטעה. לא מדובר בקבוצת רוכשים אשר מר גבריאלי נמנה עמם, אלא בחברת ליבר טאוורס, הנתונה תחת שליטת מר גבריאלי.

הסכם האופציה מיום 11 ביולי 2010 מצורף לבקשה זו כנספח 8.

14. ביום 14 ביולי 2010 החברה מסרה דיווח מידי, בין היתר אודות הסכם האופציה. בדיווח זה נמסר כי ביום 13 ביולי 2010 וועדת הביקורת ודירקטוריון החברה אישרו את התקשרות החברה הנכדה בהסכם למתן אופציה לטובת חברה, אשר המנהל הכללי של החברה נמנה עם בעלי מניותיה, והוא מחזיק 60% מהון המניות שלה.

העתק הדיווח המידי מיום 14 ביולי 2010 מצורף לבקשה זו כנספח 9.

15. מעובדות אלה עולה כי מי שהיה עד סמוך לפני כן חבר דירקטוריון, ובזמן ההתקשרות מכחן כמנהל כללי של החברה, מקבל אופציה לרכישת נכס ששווי עצום. לא ברור מדוע, מבין כל הרוכשים הפוטנציאליים של הנכס, החברות ראו להעניק זכות אופציה דווקא למנהל הכללי של החברה.

16. מעבר לפסול הנועץ בכך שהעסקה נעשתה דווקא עם מר גבריאלי וחברה בשליטתו, המקרה חמור במיוחד נוכח מתכונת העסקה. האופציה מעמידה את מר גבריאלי בניגוד עניינים מובנה ובלתי-נמנע. ממתן האופציה ועד למימושה, טובתו וטובת החברות נוגדות זו את זו. ככל שערך הנכס עולה, יש לו אינטרס לממש את האופציה, כדי להרוויח על חשבון החברה. ככל שערך הנכס יורד, הוא לא יעשה כן. האינטרס של החברות מנוגד לחלוטין.

17. הדברים מקבלים משנה חומרה נוכח העובדה כי חודשים ספורים לפני כן מר גבריאלי התפטר מדירקטוריון החברה. לו הוא עדיין כיהן בדירקטוריון, היה מדובר בעסקה חריגה עם חבר דירקטוריון, אשר טעונה אישור האסיפה הכללית. התפטרות זו מעלה את האפשרות כי מר גבריאלי נהג כך כדי לנסות לעקוף את הצורך באישור אסיפה כללית להתקשרות. זוהי התנהלות פסולה.

18. מסיבה כלשהי שאיננה ידועה למבקש, ביום 21 ביולי 2010 החברה הנכדה אישרה בכתב לליבר טאוורס כי תקופת האופציה, שלושה חודשים, תתחיל להימנות רק מאותו יום.

העתק של מכתב החברה הנכדה אל ליבר טאוורס מיום 21 ביולי 2010 מצורף לבקשה זו כנספח 10.

19. לפי גירסת משיבים מס' 6-12, חברים בדירקטוריון החברה, בהליכים קודמים לגילוי מסמכים, בעת שניתנה האופציה האפשרות שהיא תסוחר כלל לא הייתה קיימת. למרות זאת, מהר מאד הם נוכחו לראות כי מר גבריאלי נכתב את העסקה אל אפשרות זו, כדי להפיק לעצמו רווחי עתק שהחברות היו יכולות לחשיג לעצמן. משיבים מס' 6-12 ראו את הדברים לנגד עיניהם, היו מודעים לכך, אך בפזיזותם התירו לדברים להתרחש.

20. במועד שאינו ידוע למבקש הצדדים התקשרו בתוספת להסכם האופציה. התוספת להסכם אינה נושאת תאריך. בתוספת להסכם האופציה כבר מופיעים הסדרים ביחס לשתי אפשרויות – מקרה של מימוש האופציה ובניית פרויקט המקרקעין על ידי ליבר טאוור, ומקרה של סיחור האופציה על ידה. הוסכם כי במקרה של מימוש האופציה וביצוע הפרויקט על ידי ליבר טאוור, ישולם לחברה הנכדה סכום השווה ל-20% מהרווחים שינבעו מן הפרויקט (סעיף 3.1א' לתוספת להסכם האופציה). ליבר טאוור התחייבה כי במקרה של סיחור האופציה לצד שלישי, מקבל האופציה יתחייב לשלם לחברה הנכדה סכום השווה ל-20% מהתמורה שתקבל ליבר טאוור עבור סיחור האופציה, בניכוי התמורה עבור האופציה והוצאות ליבר טאוור בקשר לסיחור (סעיף 3.1ב' לתוספת להסכם האופציה).

העתק התוספת להסכם האופציה מצורף לבקשה זו כנספח 11.

21. מהתוספת להסכם האופציה עולה תמונת מצב חמורה עוד יותר מזו שעלתה מהסכם האופציה. התוספת מכירה במפורש באפשרות שמר גבריאלי יסחר את האופציה לאחרים, ויפיק לעצמו רווח עצום, רק בשל העובדה שבמשך מספר חודשים הוא זה שהחזיק באופציה לרכישת הנכס. כאמור, לא זו הייתה כוונת הצדדים בעת שניתנה האופציה. מעבר לכך, במקרה של סיחור האופציה, במקום לקבל 20% מהרווח שינבע מהפרויקט, החברה הנכדה מקבלת רק 20% מהרווחים של ליבר טאוור כתוצאה מהסיחור. ברור כי מדובר בהרעה משמעותית עבור החברה הנכדה.

22. בעוד שהסכם האופציה אושר על-ידי וועדת הביקורת והדירקטוריון של החברה, ככל הידוע למבקש התוספת להסכם לא אושרה על ידי וועדת הביקורת של החברה, ואף לא על ידי דירקטוריון החברה. למחזל זה השלכות מהותיות. התוספת להסכם האופציה מכירה באפשרות של סיחור האופציה. לא לכך התכוונו חברי הדירקטוריון של החברה, כשהם אישרו את מתן האופציה לליבר טאוור. בנוסף, התוספת להסכם משנה באופן מהותי את התמורה שתשולם לחברה במקרה של סיחור האופציה.

23. בחלוף שלושה חודשים ממועד מתן האופציה, ביום 17 באוקטובר 2010, ניתנה הודעה כי האופציה הוראה, והחברה תקבל את הסכום של 3 מליון ש"ח "במהלך השבוע הבא".

העתק הדיווח במידי מיום 17 באוקטובר 2010 מצורף לבקשה זו כנספח 12.

24. ביום 23 בנובמבר 2010 נמסרה הודעה נוספת, לפיה חברת ליבר טאוור סיחרה את האופציה לחברת אביב בנווה צדק בע"מ (להלן: חברת אביב). הסכם הסיחור הותנה בקיום מספר תנאים מתלים. נמסר כי התמורה שתשולם לליבר טאוור על ידי חברת אביב בגין סיחור האופציה, אם הסכם הסיחור ייכנס לתוקף, תעמוד על 36 מליון ש"ח, ובנוסף לכך תשולם לליבר טאוור תמורה נוספת – "על פי סך התקבולים בפרויקט".

העתק של הדיווח המידי מיום 23 בנובמבר 2010 מצורף לבקשה זו כנספח 13.

25. בשלב זה, לאחר החתימה על הסכם הסיחור האופציה וטרם כניסת הסיחור לתוקף ומימוש האופציה, מנהלי החברות ומקורביהם רכשו דירות בפרויקט מחברת אביב. בין היתר, נרכשו דירות על ידי מר יוני ומר גבריאלי. בסך הכל נרכשו שמונה דירות על ידי המנהלים ומקורביהם, החל מחודש דצמבר 2010 ועד לחודש יולי 2011 (ולטענת החברה רכישה של דירה אחת בוטלה). לציבור לא נמסר על כך דבר. מידע

חמור זה הגיע לידי רשות ניירות ערך מאוחר יותר. הרשות פנתה אל החברה, מסרה את עמדתה, ודרשה כי החברה תפרסם מידע זה בדיווח לציבור. הדיווח המיידני נמסר ביום 19 בנובמבר 2013.

העתק של מכתב רשות ניירות ערך לחברה מיום 12 בנובמבר 2013 מצורף לבקשה זו כנספח 14.

העתק של מכתב התשובה של החברה מיום 17 בנובמבר 2013 מצורף לבקשה זו כנספח 15.

26. ביום 20 בינואר 2011 התקיימה ישיבה טלפונית של דירקטוריון החברה. בישיבה זו נידונה הארכת הסכם האופציה. בישיבה זו איש מהמשתתפים לא מסר על רכישת הדירות בפרוייקט, ועל הענין האישי של חלק מחברי הדירקטוריון שקם כתוצאה מרכישה זו.

העתק פרוטוקול ישיבת הדירקטוריון מיום 20 בינואר 2011 מצורף לבקשה זו כנספח 16.

27. בישיבה מר גבריאלי ביקש מהדירקטוריון לדחות את מועד המימוש בחודשיים. מדברי מר גבריאלי עולה הכשל המוחלט במילוי תפקידו והפרת חובת האמונים כלפי החברה. לדברי מר גבריאלי, "קיבלנו אופציה לפני כ-6 חודשים שכן רצינו לארגן קבוצת רכישה וחיפשו בנק מלווה. אף בנק לא רצה לתת ליווי ואז הוחלט על שינוי אסטרטגיה. החלטנו ליצור קשר עם יזם והתחברנו לדורון אביב...". המבקש יטען כי כאשר מר גבריאלי לא הצליח להגשים את התכנית שבגין ניתנה לליבר טאוור האופציה, ועלתה האפשרות ליצור קשר עם יזם, מר גבריאלי היה חייב לממש אפשרות זו באמצעות החברה, כמנהל כללי שלה, ולא לנצל עבור עצמו ועבור ליבר טאוור.

28. במהלך הישיבה היה ברור לנוכחים כי הם מקבלים החלטות המנוגדות לטובת החברה. מר גבריאלי אף הפציר בחברי הדירקטוריון – "צריך לחשוב לא רק על טובת החברה אלא גם על הצד השני" (עמוד 2 לפרוטוקול הישיבה, נספח 16 לבקשה זו). דברים אלה ממחישים את השיבוש המוחלט שנפל בהתנהלות המשיבים. המנהל הכללי של החברה משכנע את חברי הדירקטוריון לקבל החלטות למען טובתו האישית, ולרעת החברה.

29. חברי הדירקטוריון הבינו את המצב היטב. נאמר כי "זה שהעיסקה עם המנכ"ל של החברה וצריך לנהוג במשנה זהירות... כמו כן אם הוא הצליח למכור עבור עצמו ברבע משרה את הפרוייקט אז מה הוא יכול היה להביא לחברה במשרה שיש לו אצלנו? מיליארדים?" (עמוד 3 לפרוטוקול, נספח 16 לבקשה זו, דברי מר זאב לבנברג). חברי הדירקטוריון ביקשו גם לבחון את האפשרות לא להאריך את תקופת האופציה - "מה קורה אם לא נאריך את האופציה. גם אנחנו חברה יזמית וצריך לחשוב האם אנחנו יכולים לעשות את הפרוייקט או להתקשר בהסכם עם יזם/קבלן נוסף כדוגמת אביב. משה שעשה את העיסקה המאוד רווחית לכאורה הזו יושב אצלנו כמנכ"ל והוא לא עשה עבורנו את העיסקה הזו?" (עמוד 4 לפרוטוקול, נספח 16 לבקשה זו, דברי מר ניר נצר).

30. מדברים אלה עולה בבירור כי חברי הדירקטוריון של החברה הבינו את הפסול במהלך. למרות זאת, בסופו של דבר הם נכנעו, בחרו לא למלא את חובותיהם, ואישרו את העסקה בדיוק כפי שמר גבריאלי דרש מהם. מהדברים שנאמרו בישיבה עולה בבירור כי חברי הדירקטוריון היו מודעים לכך שמר גבריאלי התקשר בעסקה מאד ריווחית עם חברת אביב, וכי החברה יכולה להפיק לעצמה את הרווח הגלום בעסקה זו, על ידי כך שהאופציה לא תוארך. מכאן עולה כי חברי הדירקטוריון נהגו בפזיזות. הם ראו לנגד עיניהם כיצד הארכת האופציה תביא לכך שמר גבריאלי וליבר טאוור ייהנו מרווחים שהחברה יכולה להשיג לעצמה, גילו חוסר איכפתיות מול אפשרות זו, ובסופו של דבר נתנו לתוצאה קשה זו יד.

31. ועוד, מהדברים שהוחלפו בישיבה עולה כי בעל השליטה בחברה ויושב ראש הדירקטוריון, מר ירון ייני, הפעיל על חברי הדירקטוריון האחרים לחצים עצומים לתת למנהל הכללי את מבוקשו – "אין הגיון כרגע מבחינת החברה ללכת לחפש דברים חדשים" (עמוד 2 לפרוטוקול, נספח 16 לבקשה זו); "להתעקש על עוד סכומים זה מחטיא את המטרה" (שם); "יש עסקה ואני רוצה לגמור אותה ואני חושב שלאור הפעולות שבוצעו צריך לתת לו אור ירוק" (שם); "וביתס לשאלה האם החברה יכלה לבצע את ההתקשרות עם חברת אביב – "יכול להיות שכן אבל לא הייתי רוצה". מר ייני רצה רק דבר אחד – לתת למקורבו, מר גבריאלי, את מבוקשו. מר ייני לא גילה בישיבה דבר על רכישת דירות בפרוייקט על ידו ועל ידי מקורביו, או על כוונה לעשות כן.

32. לא רק שהתבקשה הארכת האופציה, אלא שלהבדיל מתנאי האופציה המקורית, עתה דובר על כך שהחברה לא תפיק כל רווח מתקופת האופציה המוארכת, אלא לכל היותר היא תפוצה בגין נזקי מימון שייגרמו לה. מר ייני הודיע נחרצות כי "נ[ו] להתעקש על עוד סכומים זה מחטיא את המטרה". בתגובה הוא נשאל על ידי גב' שריטל לנדסמן, "למה אתה חושב כי תשלום עבור האופציה לחודשיים תסכל את כל המהלך?" (כך במקור). מר זאב לבנברג אמר כי "אתה נותן לו אופציה חינם לחודשיים". מר ייני לא הציג נימוקים משכנעים, אלא נשא דברים לא ברורים – "כרגע אנחנו במצב קריטי להשלים את זה"; וכן "יש עסקה ואני רוצה לגמור אותה ואני חושב שלאור הפעולות שבוצעו צריך לתת לו אור ירוק" (עמוד 3 לפרוטוקול).

33. דירקטוריון החברה החליט, באותה הישיבה, על הארכת האופציה לתקופה של עד חודשיים. לא הייתה כל הצדקה למתן זכויות כה מרחיקות לכת. הרי רק לפני זמן קצר נקב מחיר של 3 מיליון ש"ח להארכת האופציה בשלושה חודשים, ועתה ניתנה הארכה של חודשיים ללא תמורה. מעבר לכך, בשלב הזה כבר היה ידוע לחברה על הנכויות של חברת אביב לרכוש את הנכס תמורת סכום העולה בהרבה על 200 מיליון ש"ח. חבר דירקטוריון אשר רואה את טובת החברה לגד עיניו היה חייב לדחות את החצעה להאריך את תקופת האופציה.

34. כל המעיין בפרוטוקול עומד מיד על הכשל החמור שנפל אצל המשיבים. כולם נהגו בניגוד לטובת החברה. כולם ראו לגד עיניהם כיצד הארכת האופציה מסבה למנהל הכללי תמורה בסכומי עתק, כשהחברה מקבלת, לכל היותר, שיפוי בגין הנזק המימוני שנגרם לה, ולא דבר מעבר לכך. חלק מחברי הדירקטוריון נהגו כך תוך הפרת חובת האמונים. חלקם האחר הפרו את חובת הזהירות בכוונה, או מתוך מודעות ברורה להשלכות מעשיהם, תוך הפגנת קלות דעת וחוסר איכפתיות ביחס לתוצאה שתיגרם לחברה, כלומר בפזיונות.

35. בישיבת הדירקטוריון מיום 20 בינואר 2011 הוחלט על עיכוב הדיווח על ההחלטה, עד להשלמת משא ומתן אשר התנהל עם עמותה למען התושבים בנווה צדק. עמותה זו הגישה עתירה נגד התוכנית למתחם טאוורס וליבר טאוורס הגיעה עימה להסכם פשרה ביום 25 בינואר 2011. באופן מוזר, ביום 26 בינואר 2011 נמסר דיווח מייד, לפיו האופציה הוארכה בחמישה ימים בלבד. ככל הנראה החברה נהגה כך בגלל עניינים הקשורים למהלכה מול העמותה. עוד נמסר כי החברה והחברה הנכדה לא יידרשו לשאת בכל תשלום על פי הסכם הפשרה עם העמותה (למעט וויתור על הוצאות שנפסקו לטובתן בעבר), וליבר טאוורס היא שתשא בכל תשלום והוצאה. למחרת, ביום 27 בינואר 2011, החברה מסרה בדיווח מייד נוסף כי האופציה הוארכה בחודש נוסף.

העתק דיווח מייד מיום 26 בינואר 2011 מצורף לבקשה זו כנספח 17.

העתק דיווח מייד מיום 27 בינואר 2011 מצורף לבקשה זו כנספח 18.

36. ביום 26 בפברואר 2011 דירקטוריון החברה הנכדה אישר את הארכת תקופת האופציה, עד ליום 3 במרץ 2011. במסמך ההחלטה נאמר כי "בהתייחס לזכויות החתימה בחברה, לאור העניין האישי שיש לה"ה ירון יוני ומשה גבריאלי בכל הקשור לאופציה לרכישת פרויקט טאוורס ע"י החברה הרוכשת, מוסכם בזה כי בהתייחס למכירת פרויקט טאוורס לחברה הרוכשת ולכל פעולה שתידרש לצורך מימוש האופציה ע"י החברה הרוכשת, לרבות חתימה על כל מסמך הנוגע ו/או הקשור לכך ... אזי במקום חתימותיהם ... תדרש רק חתימתו של מנשה ראש ... ביחד עם ...". על ההחלטה חתומים מר עדי עזרא, משיב מס' 13, וכן מר מנשה ראש, אשר חתם כחליף של מר גבריאלי ומר יוני. הדבר מעורר תמיהה, שכן גם אביו של מר עזרא, מר דוד עזרא, רכש דירה בפרויקט. לא נאמר על כך דבר.
- מסמך ההחלטה של החברה הנכדה מיום 26 בפברואר 2011 מצורף לבקשה זו כנספח 19.
37. ביום 3 במרץ 2011 נערכה ישיבת דירקטוריון טלפונית נוספת, לקראת מימוש האופציה על ידי חברת אביב. בישיבה זו הוצגה בקשת ליבר טאוור להסכים לדרישה של חברת אביב, להמיר את זכויות החברה לקבל 20% מהרווחים, בסכום קבוע. בתחילת הישיבה מר יוני הצהיר כי רכש דירה בפרויקט, ובשל כך ישתתף רק בחלק הראשון של השיחה, לצורך הצגת העניין, ולאחר מכן לא יטול חלק בדיון ובהצבעה.
- פרוטוקול ישיבת הדירקטוריון מיום 3 במרץ 2011 מצורף לבקשה זו כנספח 20.
38. בחילופי הדברים משיב מס' 7, מר רמי אנטין, שאל אם מר דוד עזרא, ממנהלי החברה הנכדה, הסכים להמרת הזכויות לסכום קבוע. לשאלה זו נמסרה תשובה חיובית. לא נמסר לחברי הדירקטוריון כי גם מר עזרא רכש או מתכוון לרכוש דירה בפרויקט.
39. בעניין המרת הזכויות ל-20% מהרווחים בסכום קבוע, עו"ד יונתן שרמן, בא כח החברה, מסר באותה ישיבה כי "צריך להיות סכום שמשקף בוודאות את ה-20% עליו הוסכם. אני הסתכלתי באקסל ולדעתי זה לא משקף את ההסכם. אני הצעתי שנקבל מכתב או התחייבות מליבר המציינת את הסכום שהיינו אמורים לקבל לפי המצב העובדתי כדי לבסס את העובדה שמדובר בהצעה גבוהה יותר. השיקולים של החברה לא צריכים להיות השיקולים של החברה הרוכשת ואתם כדירקטוריון צריכים לשקול את טובת החברה. כל המכירות הן נתון שהוא וודאי ואפשר לקבלו". עו"ד שרמן הוסיף כי "בנוסף למספרים שמקבלים עליהם 20% יש סכומים שאנחנו לא מקבלים עליהם דבר ולכן הרווחים שלהם גבוהים יותר".
40. למרות דברים אלה, החברה החליטה לאשר את המרת הזכויות ל-20% מהרווחים בסכום של כ-9.5 מיליון ש"ח. ליבר טאוור התחייבה לשלם סכום זה, בתנאים מסויימים, ולהוסיף לו סכום של כ-657 אלפי ש"ח, בגין עלות המימון בתקופת הארכת האופציה. לצורך קבלת החלטה זו הוכן מכתב של ליבר טאוור כלפי החברה, שכלל תחשיב שעל בסיסו נקבעו הסכומים, והוא נמסר לחברה.
- העתק של מסמך התחשיב מיום 3 במרץ 2011 מצורף לבקשה זו כנספח 21.
41. לפי מיטב ידיעת המבקש, וועדת הביקורת של החברה לא קיבלה כל החלטה בקשר להמרת הזכויות ל-20% מהרווחים בסכום קבוע.
42. רשות ניירות ערך בחנה עניין זה. היא הגיעה למסקנה כי "לאור האמור לעיל, בקשר עם עניינו האישי של בעל השליטה באישור העסקה לשינוי תנאי האופציה וכן נוכח העובדה שהעסקה אינה בתנאי שוק (המרת תשלום של 20% מרווחי הפרויקט ופיצוי בגין דחיית מועד מימוש האופציה בתשלום חד פעמי של 10.1 מיליון שקל) הרי שלעמדת סגל הרשות היה על החברה להביא את העסקה לשינוי תנאי האופציה, לאישור כעסקה חריגה אשר לבעל השליטה יש בה עניין אישי בהתאם להוראות סעיף 275 לחוק החברות". בהתאם לכך, הרשות הגיעה לכלל מסקנה כי "שינוי תנאי האופציה לא אושר כד"ן" (נספח 14 לבקשה זו).

43. באותו יום, 3 במרץ 2011, החברה וחברת אביב חתמו עם הסכם למכירת מתחם טאוורס תמורת סכום של 200 מיליון ש"ח (הכולל את התשלום בגין האופציה), וכן תשלום חד פעמי של 10.15 מיליון ש"ח. ביחס לסכום של 10.15 מיליון ש"ח נקבע כי הוא ישולם לחברה, רק אם עד יום 1 ביוני 2011 תחתום חברת אביב על חוזים מפורטים עם רוכשי דירות בפרוייקט, בהיקף של 512 מיליון ש"ח (כולל מס ערך מוסף).

העתק הסכם המכר מיום 3 במרץ 2011 מצורף לבקשה זו כנספח 22.

44. ביום 6 במרץ 2011 החברה הגישה דיווח מיידי על השלמת סיחור האופציה ומכירת מתחם טאוורס. בדיווח נמסר כי לאור החלק של החברה בנכס, חלק החברה בתמורת המכר יגיע לכ-50 מיליון ש"ח. עוד נמסר כי הרווח נטו שינבע לחברה מעסקה זו יסתכם בכ-24 מיליון ש"ח.

העתק הדיווח המיידי מיום 6 במרץ 2011 מצורף לבקשה זו כנספח 23.

45. מעבר להסכמים אלה, ככל הידוע למבקש נעשו על ידי מר גבריאל, ליבר טאוור ומקורביהם הסדרים נוספים, עם חברת אביב, בקשר לשיווק הפרוייקט.

46. מסכת עובדות זו מלמדת על כשל מערכתי כולל בממשל התאגידי של החברות. היה בבעלות נכס ששוויו עצום. החברות היו יכולות – וחייבות – לפעול להשיג עבורו את המירב, למען החברות ובעלי המניות שלהן. מנהלי החברות לא פעלו כך, אלא ראו לנכון לתת אופציה לחברה בשליטת מר גבריאל דווקא. מר לבנברג תמך ביחס למנהל הכללי "אם הוא הצליח למכור עבור עצמו ברבע משרה את הפרוייקט אז מה הוא יכול היה להביא לחברה במשרה שיש לו אצלנו? מילארדים!" (נספח 16 לבקשה זו). חברי הדירקטוריון של החברות שמעו דברים אלה, אך לא פעלו כמתחייב מאותם דברים. הם נכנעו ללחצים ולתכתובים של בעלי השליטה ומר גבריאל, וגרמו לכך שחלק מהרווח נותר בידי מר גבריאל. מעבר לכך, על כל העניין מרחף ניגוד העניינים שנובע מכך שבעלי השליטה בחברה, מקורביהם, וגם השותפים בחברה הנכדה, רכשו דירות בפרוייקט. לא ניתן לכך גילוי מלא.

חלק רביעי - ניתוח כלכלי פשוט – הפקת רווח עתק על-ידי מר גבריאל וליבר טאוור על חשבון החברות

47. בסופו של דבר, עומד בפנינו רוכש, חברת אביב, אשר היה מוכן להוציא סכום של כ-246 מיליון ש"ח תמורת מתחם טאוורס (200 מיליון ש"ח עבור הנכס, 36 מיליון ש"ח עבור האופציה, וסכום נוסף של 10.15 מיליון ש"ח). מנהלי החברות ובעלי השליטה – מי מתוך אינטרס אישי ומי בפזיזות – גרמו לכך שהחברה הנכדה, בעלת הנכס, קיבלה כ-210 מיליון ש"ח, ואילו מר גבריאל, באמצעות ליבר טאוור, קיבל 36 מיליון ש"ח. מעבר לכך, מר גבריאל וליבר טאוור קיבלו סכום נוסף – "תמורה נוספת על-פי סך התקבולים בפרוייקט" (נספח 13 לבקשה זו), אשר את סכומה איננו יודעים עדיין, והוא ייחשף במהלך בירור העובדות בהליך זה.

48. תוצאה זו איננה מתקבלת על הדעת. החברה הנכדה קיבלה את חלקה עבור הנכס, שהיה בבעלותה. ומר גבריאל! לא ידוע דבר מה שהוא נתן בתמורה לסכום עתק של למעלה מ-36 מיליון ש"ח. הדברים פשוטים – הוא סתר בזכויות החברה הנכדה, ולקח לעצמו את הרווח אשר תחת כל משטר תאגידי תקין, היה מגיע לידי החברה.

49. כאשר מתייחסים לנתוני הרווח, התמונה קשה עוד יותר. בעוד שהחברה נהנתה מרווח של כ-24 מיליון ש"ח, מר גבריאל הפיק לעצמו טובת הנאה בסכום של למעלה מ-36 מיליון ש"ח (נספח 23 לבקשה זו).

50. תמונה קשה לא פחות מתקבלת בבואנו לבחון את התמורה הנוספת שאביב בנוה צדק משלמת עבור הנכס. תחילה היתה החברה הנכדה זכאית לקבל 20% מהרווחים. היא ויתרה על תקבול זה, כנגד תשלום של 9.5 מיליון ש"ח. רשות ניירות ערך קבעה כי החלטה זו התקבלה שלא כדין. בהליך זה תתברר הזיקה בין הוויתור של החברה על הזכאות לקבל 20% מהרווחים בפרוייקט, ובין הזכאות של ליבר טאוור לקבל "תמורה נוספת על-פי סך התקבולים בפרוייקט". מהלך הדברים מעלה חשש רציני כי גם בקשר למרכיב זה של העסקה, תמורה מהותית ביותר אשר נועדה להתקבל אצל החברות הגיעה לידי מר גבריאל וליבר טאוור שבשליטתו.

חלק חמישי - לחברות עילות תביעה מצוינות בגין הפרת חובת אמונים

51. סעיף 254 (א) לחוק החברות מורה כך:

"נושא משרה חב חובת אמונים לחברה, ינהג בתום לב ויפעל לטובתה, ובכלל זה –

- (1) יימנע מכל פעולה שיש בה ניגוד עניינים בין מילוי תפקידו בחברה לבין מילוי תפקיד אחר שלו או לבין ענייני האישיים;
- (2) יימנע מכל פעולה שיש בה תחרות עם עסקי החברה;
- (3) יימנע מניצול הזדמנות עסקית של החברה במטרה להשיג טובת הנאה לעצמו או לאחר;
- (4) יגלה לחברה כל ידיעה וימסור לה כל מסמך הנוגעים לענייניה, שבאו לידינו בתוקף מעמדו בחברה."

52. מר גבריאל הפר את חובת האמונים בכך שהוא פעל תחת ניגוד עניינים, בין מילוי תפקידו בחברה ובחברה הנכדה, לבין עניינו כבעל שליטה בחברת ליבר טאוור, אשר קיבלה את האופציה.

53. האיסור המוטל על נושא המשרה להימנע מכל פעולה שיש בה ניגוד עניינים חל על כל ענין שהביא להתעשרות של נושא המשרה, כאשר הוא עומד משני צידי העסקה. בע"פ 3891/04 ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ נ' מדינת ישראל, עמוד 44 (פורסם בנבו, 2.6.2005), נקבע כי "כל זיקה אישית שיש לבעל מניות לעסקה הנדונה, שהינה בנוסף לזיקה שיש לבעל המניות בחברה בתור שוכה, עשויה להיחשב לעניין אישי של בעל המניות בעסקה הנדונה. הזיקה אכן יכולה, אך אינה חייבת, להיות טובת הנאה כלכלית לכיסו הפרטי של בעל המניות". המלומדת אירית חביב סגל התייחסה למבחן זה כמבחן הזיקה העודפת, וקובעת כי הוא כולל שני יסודות – זיקה אישית וזיקה מהותית. לדבריה, "ביטוי אפשרי לכך שהזיקה היא מהותית נמצא בפוטנציאל של אותה הזיקה ליצור חשש מהותי להטיה של שיקול הדעת של נושא המשרה, הדירקטור או בעל המניות... כך שזה לא ישקול עוד רק את טובתה של החברה" – אירית חביב-סגל דיני חברות, עמוד 572 (2007) (להלן: חביב-סגל דיני חברות).

54. יישום עקרונות וכללים אלה לענייננו לא מותיר ספק כי מר גבריאל פעל בניגוד עניינים, והוא נושא באחריות בגין הפרת חובת האמונים כלפי החברה.

55. מר גבריאל הפר את חובת האמון גם בכך שהוא ניצל הזדמנות עסקית של החברות. החברות החזיקו בנכס, ועמדה לרשותן הזדמנות עסקית למכרו לכל המרבה במחיר. מר גבריאל נטל לעצמו ולליבר טאוור שבשליטתו את ההזדמנות העסקית, בסדרה של עסקאות ופעולות שאין כל דרך להכשירן.

56. נושא משרה ייחשב כמי שניצל הזדמנות עסקית של החברה, אפילו במקרה של נבצרות של החברה מלבצע את העסקה – תנייג (מחלקה כלכלית) 20136-09-12 ביטון נ' פאנגאיה נדל"ן בע"מ, עמוד 19 (פורסם בנבו, 21 באוקטובר 2013) (להלן: עניין פאנגאיה). עוד נקבע שם כי "יש להחיל הגדרה רחבה באשר לקיומה של הזדמנות עסקית. די בהיות העסקה קרובה במהותה לעסקי החברה הנדונה כדי להוות הזדמנות עסקית שעל נושא המשרה להימנע מניצולה, ללא כל קשר לשאלת יכולתה או אי יכולתה של החברה לבצע את העסקה" – עניין פאנגאיה, עמוד 32.

57. המלומדת חביב-סגל עמדה על כך כי "חביטוי המסורתי של חובת הנאמנות נמצא במקרים שבהם הזדמנה לחברה... הזדמנות עסקית כלשהי, כאשר מסיבה זו או אחרת, החברה... לא יכולה הייתה לנצל את ההזדמנות העסקית בכוחות עצמה... למרות שלא נגרם כל נזק לחברה הדגישו בתי המשפט כי אסור לנושא המשרה... ליטול לעצמו הזדמנויות עסקיות של החברה... בהתאם לכך, באותם מקרים, הטיל בית המשפט על נושא המשרה... את החובה להשיב לחברה... את מלוא התמורה האישית שהפיק מאותה הפעולה" – חביב-סגל דיני חברות, עמוד 500. ועוד, "...יניח בית משפט לטובתה של החברה ולטובתם של בעלי המניות הנפגעים כי החפרה גרמה להם לנזקים, והוא יפסוק בסוגיית הפיצוי על פי שוויה של ההתעשרות העצמית" – חביב-סגל דיני חברות, עמוד 578.

58. בית המשפט הנכבד קבע כי "דירקטור או נושא משרה החבים חובת אמון לחברה, חייבים להשיב לחברה רווח שנוצר כתוצאה מניצול ההזדמנות העסקית, אלא אם כן החברה קיבלה החלטה עצמאית הדוחה את ההזדמנות העסקית, וזאת על יסוד יזיעה מלאה של הפרטים הרלוונטים של העסקה ולאחר גילוי מלא מצדו של מי שחב כלפיה חובת אמון" – עניין פאנגאיה, עמוד 21.

59. מר גבריאלי הפר את חובת האמונים בה הוא נושא כלפי החברות, בקבלת האופציה והתקשרות בהסכם האופציה, בהתקשרות בתוספת להסכם האופציה, בכך שפעל להארכת האופציה, כאשר זו פקעה או עמדה לפקוע, ובפעולותיו למען שינוי תנאי האופציה. בשלב אחרון זה היה ידוע כי חברת אביב מוכנה לרכוש את הנכס תמורת כ-246 מיליון ש"ח, וכן לשלם סכום נוסף על פי התקבולים שייניב הפרוייקט. תמורה זו הייתה צריכה להגיע לחברות. על מר גבריאלי להשיב לחברות את מלוא התמורה האישית שהפיק מפעולות אלה.

60. מר ירון ייני הפר את חובת האמונים שלו כלפי החברות, בכך שהוא רכש דירה בפרוייקט וחשים עצמו במצב של ניגוד עניינים. לאחר מכן מר ייני הוסיף והפר את חובת האמונים, כאשר הוא פעל לאישור הארכת האופציה ואישור שינוי התנאים.

61. מר דוד עזרא, שכיהן כחבר דירקטוריון בחברה הנכדה, הפר את חובת האמונים שלו כלפיה, בכך שהוא רכש דירה בפרוייקט והשים עצמו ואת בנו, משיב מס' 13, מר עדי עזרא, במצב של ניגוד עניינים. מר דוד עזרא ומר עדי עזרא הוסיפו ופעלו תחת ניגוד עניינים, כחברי דירקטוריון החברה הנכדה.

62. מר גבריאלי, מר ייני, מר דוד עזרא ומר עדי עזרא הפרו את חובת האמונים בכך שהם לא מסרו מידע מלא אודות העניין האישי שלהם ושל מקורביהם, לרבות מלוא המידע אודות רכישת דירות.

63. על כן מר גבריאלי, מר ייני, מר דוד עזרא ומר עדי עזרא נושאים באחריות כלפי החברות בגין הפרת חובת האמונים, וזאת בכל שלבי העסקה – בהתקשרות בהסכם האופציה, בתוספת להסכם האופציה, בהארכת האופציה, בשינוי תנאי האופציה ובהתקשרות בהסכם המכר עם חברת אביב.

חלק שישי - לחברות עילות תביעה מצויינות בגין השבת כספים שהתקבלו בעסקאות שלא אושרו כדין

64. סעיף 280 לחוק החברות מורה כך:

"(א) לעסקה של חברה עם נושא משרה בה או לעסקה כאמור בסעיף 270(4) ו-270(4א) עם בעל שליטה בה לא יהיה תוקף כלפי החברה וכלפי נושא המשרה או בעל השליטה, אם העסקה לא אושרה בהתאם לקבוע בפרק זה לרבות אם נפל בהליך האישור פגם מהותי, או אם העסקה נעשתה בחריגה מהותית מן האישור.

(ב) לעסקה כאמור בסעיף קטן (א) לא יהיה תוקף גם כלפי אדם אחר אם אותו אדם ידע על ענינו האישי של נושא המשרה או של בעל השליטה באישור העסקה, וידע או היה עליו לדעת על העדר אישור לעסקה כנדרש לפי פרק זה.

65. סעיף 281 לחוק החברות מורה כך:

"חברה רשאית לבטל עסקה עם אדם אחר, הטעונה אישור כאמור בפרק זה, למעט עסקה כאמור בסעיף 271, וכן רשאית היא לתבוע ממנו פיצויים בשל הנזק שנגרם לה אף בלא ביטול העסקה, אם אותו אדם ידע על ענינו האישי של נושא המשרה בחברה באישור העסקה או על ענינו האישי של בעל השליטה בחברה הציבורית או בחברה הפרטית שהיא חברה איגרות חוב באישור העסקה, וידע או היה עליו לדעת על העדר אישור לעסקה כנדרש לפי פרק זה."

66. ההתקשרות בהסכם האופציה, התוספת להסכם האופציה, הארכת תקופת האופציה, שינוי תנאי האופציה וההתקשרות בהסכם המכר עם חברה אביב לא אושרו כדין על ידי החברות. מהעובדות שתוארו לעיל עולה כי חלק ממהלכים אלה לא הובאו לאישור כל המוסדות שנדרשו לאשר אותם. חלקם אושרו בלי שניתן גילוי מלא אודות הענין האישי של נושאי המשרה או של בעל השליטה בחברות.

67. כפי שהראינו, ביחס לאחד משלבי ההתקשרות, המרת הזכאות ל-20% מרווחי הפרוייקט בתשלום סכום קבוע, רשות ניירות ערך קבעה כי "שינוי תנאי האופציה לא אושר כדין" (נספח 14 לבקשה זו).

68. על כן, החברות זכאיות לתבוע מליבר טאוור פיצוי בגין הנזק שנגרם להן בשל ההתקשרות עמה בהסכם האופציה ושינוי תנאי האופציה. פיצוי זה שווה לכל טובת הנאה שליבר טאוור ומר גבריאל הפיקו כתוצאה מעסקאות אלה.

חלק שביעי - לחברות עילות תביעה מצויינות בגין הפרת חובת הזהירות

69. סעיף 252 לחוק החברות קובע כי "נושא משרה חב כלפי החברה חובת זהירות כאמור בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]". סעיף 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין) קובע כי "עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות - הרי זו התרשלות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה". סעיף 36 לפקודת הנזיקין קובע כי החובה האמורה בסעיף 35 מוטלת כלפי כל אדם וכלפי בעל כל נכס, כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של דברים להיפגע ממעשה או ממחדל המפורשים באותו סעיף."

70. מהעובדות המתוארות בבקשה זו עולה בבירור כי מר גבריאל, מר יוני, מר אנטין, גבי' לנדסמן, מר לבנברג, מר נצר, מר שחר, מר ראש, מר דוד עזרא ומר עדי עזרא, הפרו את חובת הזהירות בה הם נושאים כלפי החברות כחברי דירקטוריון, בכוונה ובפזיזות, וכן התרשלו. משיבים אלה איפשרו למנהל הכללי ולליבר טאוור להפיק טובת הנאה מנכסי החברות, ולא דאגו לאינטרסים של החברות. חברי הדירקטוריון ידעו שמר גבריאל וליבר טאוור צפויים לגרוף רווח עתק על חשבון החברות, ואף על פי כן פעלו כרצונם וכרצון בעל השליטה.

71. כפי שהראינו, משיבים אלה היו מודעים בבירור לתוצאה שמתדליהם גורמים. באחת משיבות הדירקטוריון מר לבנברג תהה, ביחס למנהל הכללי, "אם הוא הצליח למכור עבור עצמו ברבע משרה את הפרויקט או מה הוא יכול היה להביא לחברה במשרה שיש לו אצלנו? מיליארדים?". מר נצר הוסיף כי "מה קורה אם לא נאריך את האופציה. גם אנחנו חברה יזמית וצריך לחשוב האם אנחנו יכולים לעשות את הפרויקט או להתקשר בהסכם עם יום/קבלן נוסף כדוגמת אביב. משה שעשה את העסקה המאוד רווחית לכאורה חזו יושב אצלנו כמנכ"ל והוא לא עשה עבורנו את העסקה הזו" (נספח 16 לבקשה זו). יתר המשיבים שמעו את הדברים, אך לא עשו דבר. מכאן עולה כי משיבים מס' 4 ו-6-14 הפרו את חובת הזהירות שלהם בכוונה, ולכל הפחות בפזיזות. הם היו מודעים היטב לתוצאה שמתדליהם גורמים לחברות - מר גבריאל וליבר טאוור ייהנו מסכומי עתק, אשר במהלך הדברים הרגיל והטבעי החברות היו נהנות מהם.

72. על כן מר גבריאל, מר יוני, מר אנטין, גבי' לנדסמן, מר לבנברג, מר נצר, מר שחר ומר מנשה ראש נושאים באחריות כלפי החברות בגין הפרת חובת הזהירות, בכוונה או בפזיזות, וזאת בכל שלבי העסקה - בהתקשרות בהסכם האופציה, בהארכת האופציה, בשינוי תנאי האופציה ובהתקשרות בהסכם המכר עם חברת אביב.

חלק שמיני - לחברות עילות תביעה בגין הפרת חובת ההגיונות, הפרת חובת תום הלב ועשיית עושר ולא במשפט

73. מר גבריאל, בהיותו בעל מניות מהותי בחברה, פעל בחוסר תום לב ושלא בדרך מקובלת, בכך שהוא התפטר מדירקטוריון החברה (אך נשאר בדירקטוריון חברת הבת והחברה הנכדה), כדי לייתר באופן מלאכותי את הצורך באישור אסיפה כללית לעסקאות.

74. מר גבריאל, בהיותו בעל מניות בחברה, פעל בחוסר תום לב ושלא בדרך מקובלת, בכך שהוא פעל כדי לאשר סדרה של עסקאות ומהלכים, שנועדו להעשיר את עצמו ואת ליבר טאוור, על חשבון החברות.

75. מר דוד עזרא ומר עדי עזרא, בעלי מניות בחברה הנכדה, פעלו בחוסר תום לב ושלא בדרך מקובלת, בכך שהם פעלו לאשר סדרה של עסקאות ומהלכים, אשר היה להם ענין אישי בהם.

76. סעיף 193(א) לחוק החברות קובע כי על בעל השליטה בחברה מוטלת החובה לפעול בהגיונות כלפי החברה. מר יוני, בעל השליטה בחברות, הפר את חובת ההגיונות כלפי החברות, במכלול הפעולות שלו בפרשה זו, ובכלל זה בכך שהוא הסתיר את עניינו האישי בעסקאות. מר דוד עזרא ומר עדי עזרא, בעלי השליטה בחברה הנכדה, הפרו את חובת ההגיונות כלפיה.

77. מהעובדות שתיארנו עולה כי מר גבריאל וליבר טאוור התעשרו שלא כדין, על חשבון החברה. גם מר יוני ומר עזרא התעשרו שלא כדין, כתוצאה מאישור העסקה שהיה להם ענין אישי. מר יוני אף נושא באחריות להתעשרות שלא כדין של מקורביו, אשר רכשו דירות בפרויקט.

חלק תשיעי – הסעד הכספי

78. עילות התביעה מובילות לסעד של השבת כל טובות ההנאה שהפיקו המשיבים בנוגע לפרוייקט והנזקים שהם גרמו לחברות.
79. טובות הנאה אלה כוללות את הסכום של 36 מיליון ש"ח שקיבלה ליבר טאוור עבור סיחור האופציה, וכן "תמורה נוספת על-פי סך התקבולים בפרוייקט" אשר ליבר טאוור קיבלה בגין סיחור האופציה.
80. בנוסף, החברות זכאיות להשבה של כל רווח שהפיקו מי מהמשיבים ומקורביהם כתוצאה מעסקאות לרכישת דירות בפרוייקט.
81. החברות זכאיות לסעד זה על בסיס כל עילות התביעה שתוארו בבקשה זו.
82. משיבים מס' 4-14 נושאים באחריות לפיצוי, כלפי החברות.

חלק עשירי – הליכי גילוי מסמכים ופנייה מוקדמת אל החברות

83. המבקש ראה לנכון לבחון היטב את הפרשה הקשה, טרם הגשת בקשה לאישור נגזרת. על כן, ביום 9 בינואר 2012 הוא הגיש לבית המשפט הנכבד בקשה לגילוי מסמכים, לפי סעיף 198א' לחוק החברות. ביום 19 במרץ 2013 בית המשפט הנכבד קיבל את הבקשה בעיקרה, והורה על גילוי מרבית המסמכים שחתבקשו. על החלטת זו הוגשו בקשות רשות ערעור. בהחלטה מיום 27 באוגוסט 2014 בית המשפט העליון דחה את בקשות רשות הערעור. בהחלטת הוכרה לראשונה על ידי בית המשפט העליון האפשרות להכיר בתביעה נגזרת מרובה, כלומר תביעה נגזרת אותה מנהל בעל מניות בחברה, בשם חברה בת או חברה נכדה.
84. בהמשך לדחיית בקשות רשות הערעור הועברו אל המבקש מסמכים שנדרשו. מסמכים אלה העלו תמונה קשה אף יותר מזו אשר המבקש ראה לפני כן. בין היתר, התברר כי המשיבים, שהם חברי דירקטוריון של החברות, ממש ראו לנגד עיניהם את התוצאות של מחדליהם, ובגין תוצאות אלה בדיוק קמות לחברות עילות התביעה. חברי הדירקטוריון נהגו בפזיזות טכח תוצאות אלה.
85. ביום 17 בדצמבר 2014 המבקש פנה אל החברות בדרישה להגיש תביעה, בהתאם לסעיף 194(ב) לחוק החברות.
- העתק של מכתב המבקש מיום 17 בדצמבר 2014 מצורף לבקשה זו כנספח 24.
86. ביום 15 בפברואר 2015 התקבל מכתב תשובה. הדרישה להגשת תביעה נדחתה. במכתב דירקטוריון החברה התייחס רק לכך שלא ניתן אישור של דירקטוריון החברה וועדת הביקורת לתוספת להסכם האופציה, להארכת האופציה ללא תמורה, ולוויתור על 20% מרווחי הפרוייקט תמורת סכום קבוע.
- מכתב התשובה מיום 15 בפברואר 2015 מצורף לבקשה זו כנספח 25.
87. ברור כי ביחס לכל שאר טענות המבקש אין לחברות כל מענה. המבקש הציג טענות רבות. למרביתן לא ניתנה כל התייחסות.
88. ביחס לטענות המבקש כי היה על דירקטוריון החברה לאשר את התוספת להסכם האופציה, וכי התוספת הייתה טעונה אישור של וועדת הביקורת, החברה ניסתה לטעון כי התוספת להסכם האופציה לא הייתה טעונה אישור נוסף של ועדת הביקורת והדירקטוריון משום שזו נועדה אך כדי להבהיר את הסכם האופציה. יש לזכות טענה זו מכל וכל. התוספת להסכם האופציה שינתה באופן מהותי את זכויות

החברה הנכדה. לא ניתן לאשר שינויים כאלה מראש. גם לא נטען כאילו החברה התוותה את המסגרת לעריכת השינויים בהסכם האופציה, או הסמיכה את החברה הנכדה לחתום על התוספת להסכם האופציה ללא אישורה.

89. יתר על כן, בית המשפט הנכבד כבר קבע, בהחלטה בבקשה לגילוי מסמכים כי "החברה סברה כאמור, כי העיסקה אשר בוצעה על ידי החברה הנכדה טעונה אישור הן של הדירקטוריון והן של וועדת הביקורת וכך אף נעשה בפועל... אין גם הסבר מה הבסיס או השיקול להחלפת זכאות החברה הנכדה לקבל 20% מרווחי הפרוייקט – כפי שאושר על ידי דירקטוריון החברה וועדת הביקורת – בזכאות לקבל תשלום של 10.1 מיליון ₪ [כך במקור]" (עמוד 27 שורה 21 עד עמוד 28 שורה 12 להחלטה מיום 19 במרץ 2013) לאור קביעה זו, החברה אינה יכולה לטעון כי ההתקשרות בתוספת להסכם האופציה לא צריכה הייתה לקבל את אישור דירקטוריון החברה וועדת הביקורת.

90. ביחס לטענת המבקש שדירקטוריון החברה אישר את הארכת האופציה ללא כל תמורה, החברה ניסתה לטעון כי ההארכה תאמה את אינטרס החברה, בהינתן מאפייני העסקה, המצב התכנוני של הנכס והשלב המתקדם אליו הגיעה העסקה. אין בכך ולו תחילה של מענה לטענות המבקש. לא ברור מדוע, בשלב בו האופציה שניתנה למנהל הכללי פקעה, והיה ברור כי קיים רוכש למקרקעין אשר מוכן לשלם תמורתם סכום של כ-246 מיליון ש"ח בתוספת סכום שנובע מתקבולי הפרוייקט, החברות לא עמדו על כך שמלוא סכום הרכישה יועבר אליהן, אלא האריכו את האופציה ללא כל תמורה. גם לכך התייחס בית המשפט הנכבד בהחלטה מיום 19 במרץ 2013, וקבע כי "לא ניתן הסבר באשר להארכת האופציה בחמישה ימים ובחודש לאחר מכן... כל זאת במועד בו ידוע כבר כי קיים רוכש אשר מוכן לשלם עבור האופציה, לחברה בשליטתו של המשיב 2 [מר גבריאלי], סכום של 36 מיליון ש"ח, כאשר תשלום זה מותנה למעשה באותן הארכות" (עמוד 28 שורות 5-9 להחלטה מיום 19 במרץ 2013). האמת בנוגע לכך נאמרה על ידי מר גבריאלי בישיבה מיום 20 בינואר 2011 – "צריך לחשוב לא רק על החברה גם על הצד השני" (נספח 16 לבקשה זו). למרבה הצער, כל המשיבים התמסרו לדרישה זו, אף חרגו ממנה, חשבו על הצד השני, שהוא מנהל החברה, ולא על החברה.

91. החברות ניסו לטעון עוד כי דמי האופציה לא נועדו מלכתחילה להעשיר את החברה אלא להוות חלק מתמורת המכר, וכל תשלום בגין הארכת האופציה היה נגרע מתמורת המכר. יש לדחות טענה זו. הארכת הסכם האופציה העניקה הטבה יוצאת דופן למנהל הכללי. באותו שלב כבר ניצב רוכש שמוכן לקנות את הנכס תמורת סכום העולה על 246 מיליון ש"ח, ומדובר באופציה לרכוש תמורת 200 מיליון ש"ח. כמובן שהסכם האופציה אינו שולל הארכה נוספת של האופציה, לאחר התקופות הנקובות בו, תמורת תשלום אשר ייוסף לסכום התמורה. על כן, השאלה האם דמי האופציה נועדו מלכתחילה להעשיר את החברה איננה משנה דבר. עם זאת, נראה כי אכן תשובה זו משקפת את הלך הרוח של המשיבים. בעיניהם, נכסי החברות לא נועדו להעשיר את החברות אלא את מר גבריאלי, את בעל השליטה ואת מקורביהם.

92. בנוסף, במקרים של הפרת חובת אמונים, אין דרישה כי ייגרם נזק לחברה, ודי בכך שנושא המשרה הפיק לעצמו רווח על מנת שבית המשפט יחייב בחשבה – ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253 (1984) וכן חביב סגל דיני חברות עמוד 578.

93. ביחס להמרת 20% מהרווחים מהפרוייקט בסכום קבוע, החברה השיבה רק כי ההמרה נעשתה לטובת החברה, והיו טמונים בה יתרונות כלכליים משמעותיים. דירקטוריון החברה לא הציג את היתרונות הכלכליים, ועל כן לא ניתן לבחון את טענותיו בנושא זה.

94. החברה ציינה כי ההחלטה התקבלה לאחר שנבחנו עילות התביעה הנטענות וסיכויי התביעה, "וזאת גם בהינתן כתבי הפטור והשיפוי שניתנו לנושאי המשרה". למכתב לא צורפו אסמכתאות המעידות על כך שהחברה פטרה את נושאי המשרה מאחריות, ועל כן המבקש אינו יכול להתייחס באופן מלא לתחולה של פטור שניתן על ידי החברות למי מהמשיבים, אם ניתן. למבקש ספק אם ניתן כזה פטור, גם מהסתעם שטענה כזו לא הועלתה בהליכים שהתקיימו עד כה. מכל מקום, גם אם ניתן לחברי הדירקטוריון פטור, כבר עתה ברור כי הדבר לא יחסום את עילות התביעה. סעיף 258(א) לחוק החברות מורה כי "חברה אינה רשאית לפטור נושא משרה מאחריותו בשל הפרת חובת האמונים כלפיה". בנוסף, סעיף 263 לחוק החברות מורה כי "לא יהיה תוקף ... להוראה בתקנון הפוטרת נושא משרה מאחריותו כלפי החברה, בשל כל אחד מאלה: ... (2) הפרת חובת זהירות שנעשתה בכוונה או בפזיזות, למעט אם נעשתה ברשלנות בלבד...". כפי שהראינו, במקרה של החברות חובות הזהירות הופרו בכוונה או בפזיזות.
95. לסיכום חלק זה, הנימוקים שמסרה החברה לא מצדיקים הימנעות מהגשת התביעה. עולה מהם המסקנה ההפוכה.

חלק אחד עשר – מתקיימים התנאים לאישור התביעה הנגזרת

96. סעיף 198(א) לחוק החברות מורה כי "תביעה נגזרת טעונה אישור בית המשפט והוא יאשרה אם שוכנע כי לכאורה התביעה וניהולה הן לטובת החברה וכי התובע אינו פועל בחוסר תום לב".
97. לא יכולה להיות מחלוקת כי תנאים אלה מתקיימים. סכום עתק, של למחות 36 מליון ש"ח, אשר אמור היה להגיע לחברות, מצא דרכו אל כיסם של מר גבריאלי וליבר טאוור שבשליטתו. שלל ליקויים בהתנהלות המשיבים גרמו לתוצאה קשה זו. אין שום אפשרות להתיר.
98. בתני"ג (מרכז) 11266-07-08 שטיינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ, פסקה 31 (פורסם בנבו, 8.4.2013), נקבע כך:

"לשם הכרעה בשאלה אם התקיים התנאי הראשון, דהיינו הגשת התביעה וניהולה היא לטובת החברה, נדרש בית המשפט לשקול שני סוגים של שיקולים:

א. **כדאיות ניהול התביעה במובן הצר** - השיקולים אותם מתבקש בית המשפט לשקול במסגרת זו הם מגוונים, ובהם קיומה של עילת תביעה לכאורית; סיכויי הצלחת התביעה; האם ניהול התביעה הוא דרך יעילה להגשמת זכויותיה; ומתן העלויות הכרוכות בהגשת התביעה.

ב. **כדאיות ניהול התביעה במובן הרחב** - השיקולים שיבחנו במסגרת זו נוגעים בעיקרם לשאלת קיומו של כשל במנגנון הממשל התאגידי של החברה, ולצורך במתן אישור לניהול תביעה נגזרת על מנת להתמודד עם כשל זה".

99. שני סוגי השיקולים מחייבים את המסקנה הברורה, כי יש להתיר למבקש לנהל את התביעה הנגזרת. בנוגע לכדאיות ניהול התביעה במובן הצר, עילות התביעה ברורות, סיכויי ההצלחה טובים (ולשיטת המבקש יותר מכך), אין דרך יעילה יותר להגשמת זכויות החברה, והעלויות הכרוכות בניהול ההליך בוודאי לא מקימות סיבה שלא לנהל את התביעה. אותה תוצאה מתקבלת משיקולי הכדאיות של ניהול התביעה במובן הרחב. נפל כשל חמור במנגנון הממשל התאגידי של החברה, וכל הגורמים שנושאים באחריות לכשל זה מתכחשים לו ומסרבים לטפל בו. קשה לחשוב על מקרה מתאים יותר לניהול תביעה נגזרת.

100. המבקש פועל בתום לב גמור. אין לו כל ענין אישי, מלבד זה הנובע מהחזקת המניות בחברה על-ידו.

101. על כן, מתקיימים בבירור כל התנאים להגשת תביעה נגזרת בשם החברות.

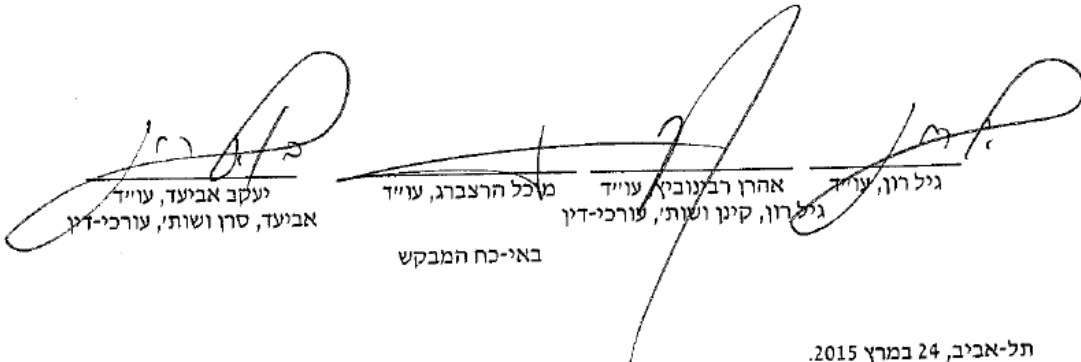
חלק שנים עשר – סוף דבר

102. לבית-המשפט הנכבד הסמכות העניינית לדון בבקשה זו, לפי סעיף 42ב(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984. לבית-המשפט הנכבד הסמכות המקומית לדון בבקשה זו, בין היתר לאור מיקומו של מתחם טאוורס (בעיר תל-אביב) כתובת המשרד הרשום של החברה (ברמת גן) וכתובותיהם של משיבים נוספים.

103. בקשה זו נתמכת בתצהיר המבקש, המאמת את העובדות המופיעות בה.

104. אשר על כן בית-המשפט הנכבד מתבקש להורות על הגשת תביעה נגזרת. כן מבוקש לחייב את המשיבים בהוצאות.

105. מן הדין ומן הצדק לקבל את הבקשה.


 גיל רון, עו"ד אהרן רבנוביץ, עו"ד מכל הרצברג, עו"ד
 גל רון, קינן ושות', עורכי-דין אביעד, סרן ושות', עורכי-דין יעקב אביעד, עו"ד
 באי-כח המבקש

תל-אביב, 24 במרץ 2015.