



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 94/20

לפני: כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופטת י' וילנר

המערערים: 1. טוביה לוסקין
2. טי אויל וגז בע"מ
3. נפט הר קדם בע"מ

נ ג ד

המשיבים: 1. גבעות עולם נפט בע"מ
2. שמואל בקר
3. נגה בן דוד
4. ראש העין חיפושי נפט בע"מ
5. גבעות עולם חיפושי נפט, שותפות מוגבלת
(1993)

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד
מיום 20.11.2019 בה"פ 24245-06-15 שניתן על-ידי כבוד
השופטת ה' סילש

תאריך הישיבה: ד' בחשון התשפ"ב (10.10.2021)

בשם המערערים: עו"ד רן שפרינצק, עו"ד נעמה ארליך

בשם המשיבים 4-1: עו"ד אפרים אברמזון, עו"ד רפי שפירא, עו"ד רן
יעקב קינן

בשם המשיבה 5: עו"ד אריק הררי

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. בעלי מניות ערכו ביניהם הסכם הנוגע לניהולה של חברה. בשלב מסוים עלתה מערכת היחסים ביניהם על שרטון, ולא שורר ביניהם עוד אמון. האם הפרת ההסכם על-ידי הצדדים מאפשרת בנסיבות העניין לראות בו הסכם שבוטל ולכן כזה שאינו מחייב עוד? ומהי ההשלכה על תקנון החברה שנתן ביטוי להסכמת הצדדים? זאת ועוד, האם כל ההסכמות בין הצדדים הן חוקיות, מהיבט החובות שמטיל הדין על הדירקטוריון, ועוד יותר מכך לאחר תיקוני החקיקה הנוגעים לכהונתם של דירקטורים חיצוניים?

לבסוף, מהם הסעדים שיש לתת במקרה זה בכל הנוגע להתנהלותה העתידית של החברה? שאלות אלה ושאלות נוספות הקשורות בהן עומדות בבסיסו של ההליך שלפנינו.

פתח דבר

2. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (ה"פ 06-24245-15, השופטת ה' טילש). פסק הדין הכריע בארבע המרצות פתיחה שונות שהוגשו בגין סכסוך ממושך בין בעלי מניות ונושאי משרה בחברת גבעות עולם נפט בע"מ (להלן: החברה), שהיא חברה פרטית, ובכלל זה בגין השלכות הסכסוך על שותפות מוגבלת ציבורית שהחברה היא השותף הכללי בה – גבעות עולם חיפושי נפט, שותפות מוגבלת (1993) (להלן: השותפות).

3. אקדים ואעיר, כי באופן עקרוני אני סבורה שאין עילה להתערב בקביעות העובדתיות שנכללו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, להבדיל מאשר ביחס לחלק מן המסקנות המשפטיות שאליהן הגיע – הכול כפי שיובהר בהמשך.

המסגרת החקיקתית

4. כבר בפתח הדברים ייאמר כי במוקד המחלוקת בין הצדדים עמדו לדיון הסכמות חוזיות אשר עוגנו אף בתקנון החברה ועניינן באופן קבלת ההחלטות בדירקטוריון החברה, כמו גם בתחומי אחריותם של נושאי המשרה בה. הסכמות אלו, שיפורטו בהרחבה בהמשך, נועדו להתנות על ההסדרים החקיקתיים הרגילים החולשים על אותן סוגיות – הסדרים שבתקופת התאגדותה של החברה עוגנו בפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, וכיום מעוגנים בחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות או החוק). בהתחשב בכך, ועוד בטרם יפורטו עיקרי התשתית העובדתית, יש מקום להציג בקצרה את הוראות החוק הרלוונטיות – בעיקר הוראותיו של חוק החברות (ככפוף להוראות המעבר הנוגעות לחברות שפעלו קודם לכניסתו לתוקף).

5. סעיף 92 לחוק החברות מגדיר את סמכויות הדירקטוריון ותפקידיו, ובתוך כך קובע כי "הדירקטוריון יתווה את מדיניות החברה ויפקח על ביצוע תפקידי המנהל הכללי ופעולותיו", "ידווח לאסיפה השנתית על מצב עניני החברה ועל התוצאות העסקיות", "יקבע את תכניות הפעולה של החברה, עקרונות למימוןן וסדרי עדיפויות ביניהן", וכן "רשאי להקצות מניות וניירות ערך המירים למניות עד גבול הון המניות הרשום של החברה". בהמשך לכך, עניין הקצאת מניות והנפקתן מפורט בסעיף 288(א) לחוק

החברות הקובע כי "הדירקטוריון רשאי להנפיק או להקצות מניות וניירות ערך אחרים, המירים או ניתנים למימוש למניות, עד גבול הון המניות הרשום של החברה". עוד יצוין כי לפי סעיף 49 לחוק מוקנית לדירקטוריון הסמכות השירותית בחברה (בלשון הסעיף: "סמכות של החברה שלא הוקנתה בחוק או בתקנון לאורגן אחר, רשאי הדירקטוריון להפעילה"). יצוין כי הסמכות למנות דירקטורים מסורה לאסיפה הכללית לפי סעיף 59 לחוק. כמו כן, סעיף 57 לחוק מגדיר סמכויות נוספות הנתונות לאסיפה הכללית, ובתוך כך החלטות בעניין "שינויים בתקנון כאמור בסעיף 20" וכן "מינוי דירקטורים חיצוניים בהתאם להוראות סעיף 239".

6. לכך מתווספים סעיפים 105-107 לחוק המסדירים את אופן קבלת ההחלטות בדירקטוריון. סעיף 105 לחוק החברות מגדיר כלל ברירת מחדל לפיו "בהצבעה בדירקטוריון יהיה קול אחד לכל דירקטור, אלא אם נקבע אחרת בתקנון". באופן דומה, סעיף 107 לחוק מורה כי "החלטות בדירקטוריון יתקבלו ברוב רגיל", אף זאת בכפוף לקביעה אחרת בתקנון. על כך מוסיף סעיף 106 לחוק החברות, בקבעו כי על דירקטור להפעיל שיקול דעת עצמאי בהצבעותיו בדירקטוריון וכי הימנעות מכך עלולה לעלות כדי הפרת אמונים מצדו.

7. על האמור יש להוסיף כי חוק החברות כולל גם הוראות מיוחדות הנוגעות לכהונתם של דירקטורים חיצוניים (להלן: דח"צים) בדירקטוריון החברה (ראו סימן ה' לפרק הראשון בחלק השישי לחוק זה). בכלל זה, יצוין בתמצית שסעיף 239 לחוק החברות מורה כי בחברה ציבורית ובחברה פרטית שהיא חברת איגרות חוב יכהנו לפחות שני דח"צים וכן קובע הוראות שונות בעניין אופן מינויים. בהמשך לכך, סעיפים 240-249 מסדירים, בין היתר, את תנאי כשירותם של דח"צים, את משך חברותם בדירקטוריון וכן את הדרכים להפסקת כהונתם.

8. נקודה חשובה נוספת שראויה לציין נוגעת לסעיף 24(3) לחוק החברות המסדיר הוראת מעבר מיוחדת ביחס לדרך שינוי תקנון של חברה שהתאגדה לפני חקיקתו. בהתאם לסעיף זה, בהיעדר הסדר אחר בתקנונה של חברה כאמור, ניתן לשנותו רק "ברוב של שבעים וחמישה אחוזים מן המשתתפים בהצבעה" באסיפה הכללית (למעט הנמנעים). זאת, כחריג לכלל הקבוע בסעיף 20(א) לחוק החברות לפיו "חברה רשאית לשנות את תקנונה בהחלטה שהתקבלה ברוב רגיל באסיפה הכללית של החברה, אלא אם כן נקבע בתקנון כי דרוש רוב אחר".

9. להשלמת התמונה יצוין עוד כי בענייננו קיימת חשיבות אף להוראותיה של פקודת השותפויות [נוסח חדש], התשל"ה-1975 (להלן: הפקודה). באופן קונקרטי יצוין כי בתאריך 23.2.2015 נחקק החוק לתיקון פקודת השותפויות (מס' 5), התשע"ה-2015 (להלן: תיקון מס' 5) שהביא לרפורמה משמעותית בפקודה. תיקון זה החיל חובות שונות על ניהול חברה שהיא שותף כללי בשותפות מוגבלת ציבורית, קרי שותפות שיחידות השתתפות שלה או יחידות השתתפות בשותף המוגבל בה רשומות למסחר בבורסה או הוצעו לציבור על פי תשקיף כמשמעותו בחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968. בכלל זאת, תיקון מס' 5 קבע כי נושאי המשרה בחברה יחובו בחובת זהירות ובחובת אמונים גם כלפי השותפות. עוד נקבע כי הוראות חוק החברות שעוסקות בדח"צים, לרבות החובה למנות כאלה וכן התנאים והמגבלות המוטלים על מועמדים לכהן בתפקיד זה, יחולו גם על חברת השותף הכללי בשותפות מוגבלת ציבורית כאילו הייתה חברה ציבורית.

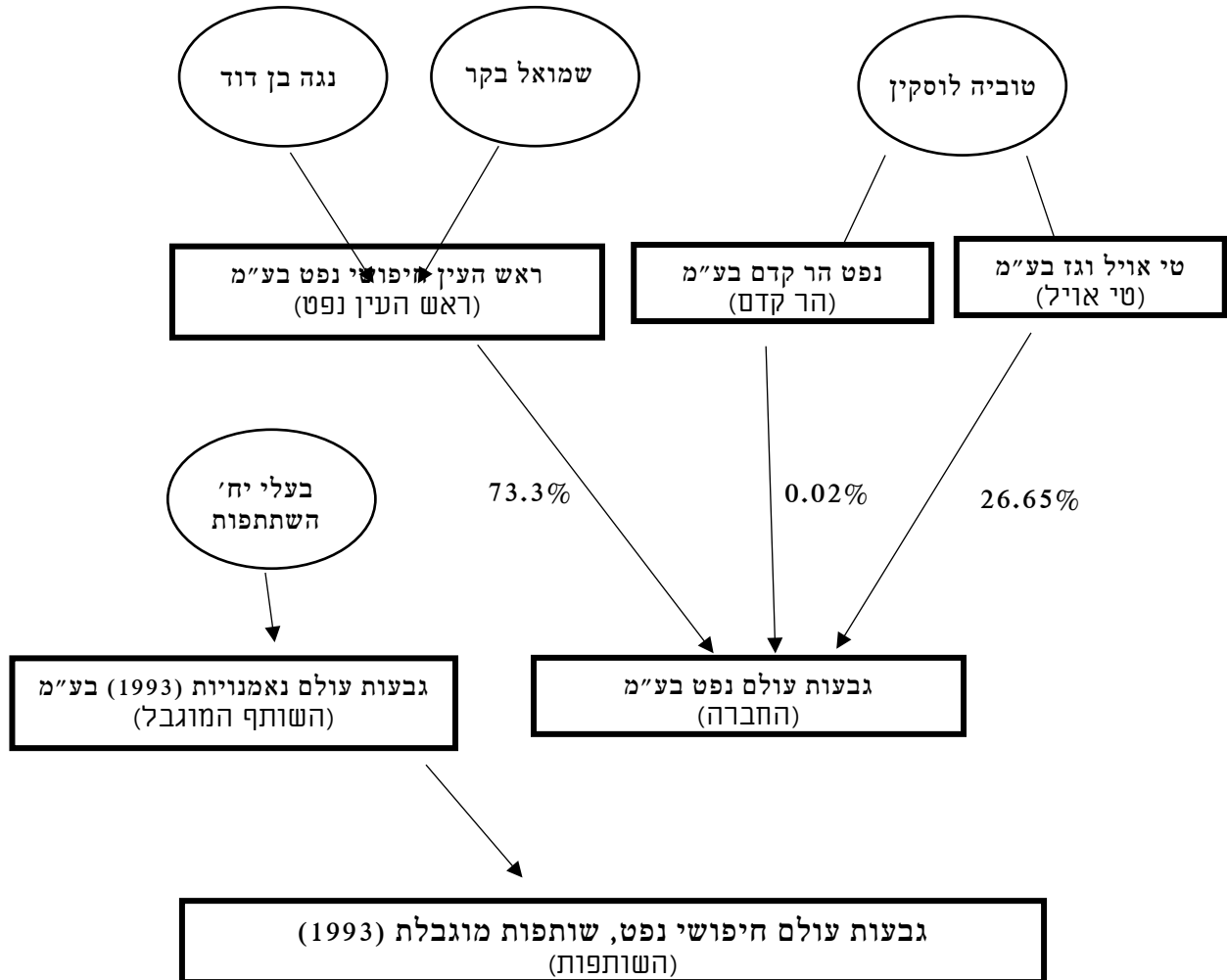
התשתית העובדתית הצריכה לעניין

10. ומכאן, לתיאור העובדות הקונקרטיות שביסוד ההליך דנן. יצוין כי התשתית העובדתית תתמקד בפרטים הנדרשים בלבד, בשים לב למורכבותה של מערכת היחסים בין הצדדים הנמשכת קרוב ל-30 שנים.

11. השותפות הוקמה לצורך חיפוש נפט בישראל והפקתו, ופעילותה מתמקדת בעיקר בשדה הנפט מגד המצוי באזור ראש העין. מדובר בשותפות מוגבלת ציבורית המורכבת משני שותפים. החברה היא השותף הכללי בה ואילו השותף המוגבל הוא גבעות עולם נאמנויות (1993) בע"מ (להלן: השותף המוגבל). יצוין כי השותף המוגבל מורכב מבעלי יחידות השתתפות, אשר רכשו יחידות שהוצעו במסגרת הצעה לציבור.

12. מבעד למסך התאגידי, ניצבות מספר דמויות מפתח, שהסכסוך ניטש בסופו של דבר ביניהן. מצדו האחד של המתרס עומד המערער 1, טוביה לוסקין (להלן: לוסקין), גיאולוג וגיאו-פיזיקאי, איש מקצוע ותיק בתחום חיפושי הנפט. מצדו האחר נמצאים המשיבים 2 ו-3, שמואל בקר (להלן: בקר) ונגה בן דוד (להלן: בן דוד), אנשי עסקים שהשקיעו חלק נכבד מההון הראשוני של החברה. בקר ובן דוד הם בני משפחה (מחותנים) והם ייקראו ביחד משפחת בן דוד. שני צדדים אלה הם בעלי המניות בחברה, ומחזיקים בהן בפועל באמצעות שלוש חברות: טי אויל וגז בע"מ (להלן: טי אויל), אשר נכון למועד הגשת המרצת הפתיחה הראשונה החזיקה ב-26.65% מההון המונפק; נפט הר קדם בע"מ (להלן: הר קדם) אשר החזיקה ב-0.02% מההון המונפק; ראש העין חיפושי נפט בע"מ (להלן: ראש העין נפט) אשר החזיקה ב-73.33% מההון המונפק.

לוסקין הוא בעל השליטה ב-טי אויל וב-הר קדם, ואילו משפחת בן דוד היא בעלת השליטה ב-ראש העין נפט. לשם הפשטות, לוסקין, טי אויל והר קדם יקראו יחד קבוצת לוסקין. משפחת בן דוד וראש העין נפט ייקראו יחדיו קבוצת בן דוד. זהו אפוא תרשים המבנה התאגידי של השותפות, כפי שהוצג בעיקרו גם בפסק דינו של בית המשפט המחוזי:



המערכת ההסכמית

13. השותפות העומדת במרכז ההליך מבוססת על מספר הסכמים אשר נחתמו בין צדדים שונים ובתקופות שונות (להלן ביחד: המערכת ההסכמית). לשם הבהירות יובאו עיקריהם בתמצית. ביום 18.2.1992 נחתם מסמך עקרונות לשיתוף פעולה עסקי בין משפחת בן דוד לבין הר קדם. במסמך זה נקבע כי הר קדם ולוסקין ישמשו כמפעילי המיזם המשותף בתחום של חיפוש נפט והפקתו ואף ינהלו אותו. עוד הוגדר כי משפחת בן דוד תשקיע את המימון הראשוני הנדרש לצורך המיזם. בנוסף לכך, נקבעה במסמך חלוקת המניות בין הצדדים. מבלי לפרט, יצוין, כי זו עמדה לבסוף על 26.67% לקבוצת לוסקין ו-73.33% לקבוצת בן דוד.

14. החברה התאגדה בישראל ונרשמה ביום 3.6.1993. באותה עת, תקנון החברה (להלן גם: התקנון) קבע כי החלטות הדירקטוריון יתקבלו ברוב דעות. יצוין כבר עתה כי התקנון שתק בנוגע לאופן שינויו, כלומר לא היתנה בהקשר זה על הוראות החוק. ביום 28.9.1993 נחתם בין החברה לבין השותף המוגבל הסכם שותפות (להלן: הסכם השותפות). במסגרת הסכם השותפות נקבע כי החברה תהיה אחראית על ניהול ענייני השותפות, וכן הוגדרה חלוקת תמלוגים מתפוקת הנפט ומהכנסות השותפות, לפיה החברה תהיה זכאית לקבל תמלוגים בשיעור של 20.455% מתפוקת הנפט של השותפות וכן 0.1% מהכנסותיה. הסכם השותפות הסדיר גם עניינים נוספים, ובין היתר התייחס להצעה של יחידות השתתפות לציבור, למטרות השותפות ולהעברת הון לשותפות מטעם השותף המוגבל.

15. בו ביום נחתמו מסמכים נוספים הנוגעים לפעילות המשותפת של הצדדים. בין היתר, נכרת הסכם בין ראש העין נפט לבין הר קדם המתייחס לדירקטוריון החברה (להלן: הסכם בעלי המניות), ובו נקבע כי בקר, בן דוד ולוסקין ישמשו כדירקטורים של החברה. כמו כן, בסעיף 1.2 להסכם בעלי המניות (להלן: סעיף 1.2) נקבע כי התקנון יתוקן כך שהחלטות הדירקטוריון יתקבלו בדעת רוב, למעט בעניינים מקצועיים, אשר יוכרעו בהתאם לשיקול דעתו הבלעדי של לוסקין. הצדדים קבעו עוד כי הכרעה במחלוקות בנוגע לשאלה האם עניין מסוים נחשב עניין מקצועי תימסר לבורר אשר זהותו תיקבע בהסכמת הצדדים. לבסוף, הם גם הסכימו כי ככל שתידרש השקעה כספית נוספת מצד החברה בשותפות, זו תיעשה על-ידי הצדדים לפי שיעור אחזקותיהם בחברה, ואולם אם צד מסוים יבקש להימנע מהשקעה כאמור, יקבעו הצדדים בהסכם את אופן השינוי בזכויות החברה בשל כך.

16. ביום 2.5.2000 נחתם הסכם נוסף בין משפחת בן דוד לבין לוסקין. ההסכם עסק בין השאר בזכות סירוב ראשונה הדדית של הצדדים במקרה של מכירת מניות או העברתן.

17. ביום 10.2.2003 הוחלט באסיפה הכללית כי יתווסף לתקנון סעיף חדש שעניינו דירקטוריון החברה. הסעיף קבע כי הדירקטוריון יכלול שני דירקטורים מטעם ראש העין נפט (כלומר, מטעם קבוצת בן דוד) ודירקטור נוסף מטעם טי אויל (למעשה, מטעם קבוצת לוסקין). כמו כן, נקבע כי ימונו לדירקטוריון דח"צים (אחד או שניים).

18. ביום 9.11.2003 נחתם בין קבוצת לוסקין לבין קבוצת בן דוד הסכם נוסף, ובו נקבע כי החלטות בסוגיות מסוימות בנוגע לשותפות לא יתקבלו ללא אישור של כלל הדירקטורים מטעמם. זאת, בין השאר, בנוגע להשקעה פיננסית בשותפות, קבלת שותפים

חדשים ושינוי במהותה של פעילות החברה. יצוין כי באותו הסכם הובהר שההכרעה בעניינים מקצועיים נותרה בידי לוסקין.

19. ביום 6.1.2004 התקבלה החלטת אסיפה כללית נוספת שנסבה על שינוי סעיפים 100 ו-113 לתקנון (להלן בהתאמה: סעיף 100 ו-סעיף 113). שינויים אלו נועדו לעגן את עיקרי ההסכמות שתוארו בין הצדדים לעניין אופן ההכרעה בדירקטוריון החברה.

20. סעיף 100(a) לתקנון קבע כי החלטות בעניינים מקצועיים יתקבלו על-ידי לוסקין בלבד, וכלל רשימה לא ממצה של נושאים שהוגדרו ככאלה, לרבות מיקומי הקידוחים, תקציב הקידוחים, הציוד הנדרש לקידוחים ועוד. יחד עם זאת הוגדר כי המונח עניינים מקצועיים אינו כולל בתוכו סוגיות של ניהול פיננסי, השקעות פיננסיות פנימיות ועוד. כן צוין כי אם תתעורר מחלוקת בנוגע לסיווגו של עניין כמקצועי, אזי ההכרעה בשאלה זו תימסר לבורר. מפאת חשיבותו יובא הסעיף כלשונו:

"Issues arising and requiring decision by the board of directors will be decided by majority vote, other than... as specified below:

(a) Professional matters will be in the sole and absolute discretion of Tovia Luskin. For this purpose 'professional matters' shall include decisions concerning drilling locations, drilling budgets and amendments thereof, commencement and termination of drilling, additional exploration budgets, equipment and personnel required for drilling, agreements with professional drilling personnel, development of oil and gas fields, oil and gas production from such fields, etc. 'Professional matters' shall not include matters of financial management, interim financial investments, ongoing management of the company, ways of raising additional finance, etc. in the event of disagreement between the directors as to whether a particular matter constitutes a 'professional matter', the disagreement will be referred to an arbitrator to be determined by agreement between the parties".

בנוסף, סעיף 100(b) לתקנון קבע כי לכל אחד מהדירקטורים מטעם קבוצת לוסקין או קבוצת בן דוד נתונה זכות "וטו" על החלטות שונות, לרבות בהקשר של עסקאות לרכישה או מכירה של זכויות נפט, בזו הלשון:

"(b) No resolution in connection with any of the following matters will be adopted by the board of directors, unless approved by all the directors appointed by Rosh Ha'ayin Oil explorations Limited and by T-oil and Gas Limited:

- (1) Farm-in and farm-out agreements (namely agreements concerning admission of new partners into the oil property owned by Givot Olam Oil explorations–Limited Partnership (1993) ("the Partnership") and agreements for the purchase by the Partnership of interests in other oil property).
- (2) Any change in the nature or area of the Company's business.
- (3) Capital investments in any other company, business or venture.
- (4) Any change in existing remuneration and payment arrangements, whether direct or indirect, between the company and any of Rosh Ha'ayin Oil explorations Limited, T-oil and Gas Limited and the directors in the Company appointed by these shareholders, so long as the current duties and responsibilities of such party towards the company remain substantially unchanged".

21. כמו כן, סעיף 113 לתקנון הגדיר, בין היתר, כי גם התקשרויות עם צדדים שלישיים – כאשר הן קשורות לעניינים מקצועיים – ייעשו על-פי שיקול דעתו הבלעדי של לוסקין. עוד נקבע בסעיף זה כי כל פעילות בנקאית שעולה על 3,000 שקלים, מצריכה אישור בשתי חתימות, אחת מהן של לוסקין. אף כאן ראוי להביא את הסעיף כלשונו:

"(a) All written agreements to be entered into with third parties will be subject to approval by prior appropriate resolution of the board of directors (which in the case of professional matters as stated in article 100 will be decided and adopted by sole decision of Tovia Luskin) and after such approval, shall be signed on behalf of the company by two directors, one of whom shall be Tovia Luskin.

(b) Any banking activity will require 2 signatures, and in the case of any such banking activity in excess of NIS 3000 (three thousand new Israeli shekels) one such signature shall be that of Tovia".

התערערות היחסים בין הצדדים ותחילת ההליכים המשפטיים

22. בשנת 2010 מונה לוסקין למנכ"ל החברה וכיהן בתפקיד זה מספר שנים. ביום 18.3.2013 התקבלה החלטת דירקטוריון שקבעה כי זכויות החתימה בחברה יוקנו למשפחת בן דוד וללוסקין. כן נקבע כי לצורך ביצוע כל פעולה בחשבון וכן לשם התחייבות כלפי צד שלישי בהיקף של למעלה מ-100,000 דולרים יידרשו חתימות של שני דירקטורים, שאחד מהם הוא לוסקין. בנוסף, נקבע כי שינוי של הסדרים אלה ידרוש את אישורם של לוסקין ומשפחת בן דוד.

23. בתחילת שנת 2014, או בסמוך לכך – ומכל מקום, לפני כניסתו לתוקף של תיקון מס' 5 לפקודת השותפויות שאוזכר לעיל – החלו היחסים בין הצדדים להתדרדר. על רקע זה, ביום 17.2.2014 קיבל הדירקטוריון החלטה לסיים את תפקידו של לוסקין כמנכ"ל ולהחליפו באחר. ביום 14.7.2014 התקבלה החלטת דירקטוריון נוספת שבה הוחלט על שינוי ההסדרים הנוגעים לזכויות החתימה בחברה. במסגרת זאת, נקבע כי זכויות החתימה יוקנו למנכ"ל החברה בצירוף אחד הדירקטורים, וכי עבור כל התחייבות שהיקפה הכספי נמוך מ-100,000 שקלים, ניתן יהיה להסתפק בחתימת המנכ"ל וסמנכ"ל הכספים.

24. בראשית שנת 2015, לנוכח קשיים כלכליים שונים, הודיעו רואי החשבון של החברה כי בהתאם למצבה הכספי של השותפות בכוונתם לכלול אזהרת "עסק חיי" בדו"חות הכספיים (צעד שאכן ננקט לבסוף החל מהרבעון השני של שנת 2015). בהמשך לכך, נעשו מספר פניות מטעם הנהלת השותפות לבעלי המניות בחברה בבקשה להזרמת כספים שתמנע את כניסתה של השותפות למצב של חדלות פירעון.

25. על רקע זה, ביום 12.3.2015 דיווחה השותפות לרשות לניירות ערך ולבורסה על התקשרותה בעסקת הלוואה בשווי 20 מיליון שקלים עם מלון נאות דקלים בע"מ (להלן: נאות דקלים). יצוין כי נאות דקלים נמצאת בשליטתה של משפחת בן דוד.

26. לנוכח הסכסוך בין הצדדים ובעקבות פעולות אלה – שכאמור התרחשו ברובן בטרם נכנס לתוקף תיקון מס' 5 – קבוצת לוסקין הגישה ביום 20.4.2015 המרצת פתיחה לבית המשפט המחוזי (ה"פ 15-04-32770). במסגרת המרצת הפתיחה עתרה קבוצת לוסקין לסעדים שונים, ולחלופין בלבד, להסרת קיפוח על דרך רכישת זכויותיה על-ידי קבוצת בן דוד. יצוין כבר עתה כי המרצת פתיחה זו נמחקה ביום 18.10.2015 בהסכמת הצדדים, והיא איננה אחת מהמרצות הפתיחה מושא הערעור שבפנינו.

27. לאחר שהתקבל תיקון מס' 5 לפקודת השותפויות במסגרתו הוחלו כאמור כללים חדשים על חברת השותף הכללי בשותפות מוגבלת ציבורית, בחודש מרץ 2015 פנתה החברה באמצעות המנכ"ל דאז למשרד עורכי הדין אגמון ושות' רוזנברג הכהן ושות' (להלן: משרד אגמון) בבקשה לקבל חוות דעת ביחס לחוקיותם של סעיפים 100 ו-113 לתקנון, בשים לב לשינויי החקיקה שפורטו לעיל.

28. ביום 2.7.2015 ערך משרד אגמון את חוות דעתו בנושא (להלן: חוות הדעת). בעיקרו של דבר, חוות הדעת קבעה כי התקנון אינו מתיישב עם הוראות הדין, וכפרט עם תיקון מס' 5 לפקודת השותפויות ועם כללי הממשל התאגידי. לחוות הדעת צורפה הצעה לנוסח תקנון המותאם להוראות הדין בהתאם לפרשנותן בחוות הדעת (להלן: התקנון המותאם).

29. חוות הדעת בחנה את בעיית הנציג המיוחדת הקיימת בשותפות מוגבלת ציבורית, שבה יכול השותף הכללי לשלוט בפועל בשותפות, בלי קשר לשיעור אחזקותיו ביחידות ההשתתפות שהונפקו לציבור. בהקשר לכך, הוסבר כי קיים שוני בין שותפות מן הסוג האמור לבין חברה ציבורית שהשליטה בה מוקנית למי שמחזיק במרבית הזכויות באסיפה הכללית. עוד צוין כי בשותפות מוגבלת ציבורית טמון פוטנציאל לניגוד אינטרסים של השותף הכללי, זאת מכיוון שהשותף המוגבל הוא שנושא במרבית הסיכונים הפיננסיים, ואילו השותף הכללי נהנה מתגמול קבוע שאינו מותנה ברווחיות השותפות.

30. באשר לסעיף 100(a) לתקנון – חוות הדעת קבעה כי העובדה שכל הכרעה בעניינים מקצועיים נתונה לשיקול דעתו הבלעדי של לוסקין, מנוגדת לסעיף 106 לחוק החברות. זאת, מאחר שזכות יתר זו של לוסקין גורמת לכך ששאר הדירקטורים מכפיפים את שיקול דעתם לשיקול דעתו שלו, בתחומים רבים, וכך למעשה כלל לא מפעילים שיקול דעת עצמאי.

31. חוות הדעת הצביעה על קושי גדול אף יותר העולה מן ההסדר הקבוע בסעיף 100(a), והוא בכל הקשור לפעילותם של הדח"צים. על-פי חוות הדעת, ההסדר שמקנה ללוסקין זכות הכרעה בלעדית בעניינים מקצועיים מרוקן מתוכן את תפקידם של דח"צים, ועל כן מנוגד לתכליתו של תיקון מס' 5. זאת, מאחר שבמצב זה, הדח"צים אינם יכולים להשפיע על החלטות הדירקטוריון באופן רציני ומקצועי.

32. באשר לסעיף 100(b) לתקנון – חוות הדעת קבעה כי סעיף זה, שמעניק כאמור לכל אחד מהדירקטורים מטעם בעלי המניות זכות "וטו" על החלטות שונות, פוגע אף הוא במעמד הדח"צים. זאת, מאחר שהוא מקנה לאותם דירקטורים מטעם בעלי המניות מעמד עדיף בהשוואה לדח"צים. בהקשר זה הובעה אף העמדה כי מנגנון ההצבעה שנקבע עלול להוביל להעדפת אינטרסים של החברה על פני אלו של השותפות, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם אופיו המיוחד של שותף כללי בשותפות מוגבלת ציבורית.

33. באשר לסעיף 113 לתקנון – חוות הדעת קבעה כי יש לפרש את זכות החתימה המעוגנת בו כזכות פרוצדורלית בלבד, ולא כהוראה המסמיכה את לוסקין לאשר מהותית כל פעולה פיננסית של החברה. כל פרשנות אחרת, כך הוסבר, תהיה מנוגדת הלכה למעשה לסעיף 100(a) שבו נקבע כי העניינים המקצועיים שבהם יש ללוסקין זכות החלטה בלעדית אינם כוללים עניינים פיננסיים. עוד נקבע כי פרשנות רחבה לזכויות החתימה של לוסקין מנוגדת אף היא לתכליות תיקון מס' 5.

34. לסיכום, מחוות הדעת עולה כי לכל הפחות ההסדרים הקבועים בסעיף 100 לתקנון – הן בנוגע לזכות ההכרעה הבלעדית של לוסקין בעניינים מקצועיים והן בנוגע לקיומה של זכות "וטו" לדירקטורים מטעם בעלי המניות (אך לא לדח"צים) – אינם מתיישבים עם כללי הממשל התאגידי שבחוק החברות ובפקודת השותפויות. לעומת זאת, לגבי סעיף 113 לתקנון הוצעה פרשנות מקיימת המגבילה את היקף שיקול הדעת של לוסקין ובעלי זכויות החתימה האחרים באישור פעולות פיננסיות.

35. יצוין כי קבוצת לוסקין העלתה טענות שונות כנגד חוות הדעת, ואף שלחה לקבוצת בן דוד בסמוך לאחר קבלתה מכתב המונה פגמים נטענים בה ומתריע כי לכל שינוי בתקנון שייעשה ללא הסכמתו של לוסקין לא יהיה כל תוקף.

המשך פעילות החברה לאחר שניתנה חוות הדעת המשפטית

36. ביום 9.7.2015 החליט הדירקטוריון לאמץ את חוות הדעת. ביום 13.7.2015 פנה לוסקין באמצעות עורכי דינו לבא-כוחה של קבוצת בן דוד וטען כי הסמכות לשנות את הסכם בעלי המניות ואת התקנון נמצאת בידי האסיפה הכללית, כך שהחלטת הדירקטוריון התקבלה בחוסר סמכות. על רקע זה, ביום 15.7.2015 נמסרה הבהרה ממשרד אגמון כי אין לראות באימוץ חוות הדעת על-ידי הדירקטוריון פעולה של שינוי תקנון, וכי פעולה שכזו דורשת הצבעה באסיפה הכללית ברוב של 75% מבעלי המניות

המשתתפים בהצבעה (זאת, כאמור, מכוח סעיף 24(3) לחוק החברות). בהמשך לכך, ביום 16.7.2015 התכנסה האסיפה הכללית, ובה הצביעה קבוצת בן דוד בעד אימוצה של חוות הדעת ושינוי התקנון בהתאם לכך. ההחלטה התקבלה ברוב שנפל מ-75% וחרף התנגדותו של לוסקין.

37. כאן המקום לציין כי ביני וביני, במסגרת הליכים משפטיים שניהלו הצדדים (ה"פ 15-04-32770 שנזכרה לעיל) ועל רקע השגותיו של לוסקין, נקבע בהסכמתם כי חוות הדעת והשאלות הנגזרות ממנה יובאו לדיון מחודש בחברה.

38. על רקע האמור, ביום 8.11.2015 התקיימה ישיבת דירקטוריון שבה הוחלט ברוב דעות, וללא הסכמתו של לוסקין, לבטל את הוראות התקנון המנוגדות לדין, בהתאם לחוות הדעת. בכלל זה, הוחלט לבטל את זכותו הבלעדית של לוסקין לקבל החלטות בעניינים מקצועיים ולאמץ את נוסח התקנון המותאם.

39. למחרת היום, קבוצת בן דוד שלחה ללוסקין הודעה בדבר ביטול המערכת ההסכמית, בעקבות אימוץ חוות הדעת. בהודעה טענה קבוצת בן דוד, בין היתר, כי לוסקין התנהל בחוסר תום לב, בניגוד עניינים למול החברה והשותפות, ובאופן המנוגד לחובת הזהירות המוטלת עליו בנושא משרה.

40. ביום 31.1.2016 התקיימה ישיבת דירקטוריון שבה הוחלט להעניק לשותפות הלוואת בעלים בסך של מיליון דולרים, בכפוף לאישור האסיפה הכללית. יצוין כי לוסקין תמך בהחלטה זו. מעיון בפרוטוקול של ישיבת הדירקטוריון נראה כי לא נאמר בה במפורש כי כנגד הלוואת הבעלים יוקצו מניות נוספות לקבוצת בן דוד. לאחר שנשלחה ללוסקין הזמנה לישיבת האסיפה הכללית שבסדר יומה המיועד נזכר הפריט של הקצאת מניות, הוא הודיע ביום 11.2.2016 על התנגדותו לכך. בעשותו כן, הוא טען כי הקצאת מניות (כנגד ההלוואה) תהיה מנוגדת לדין, לתקנון ולהסכם בעלי המניות.

41. ביום 16.2.2016 התכנסה האסיפה הכללית. יצוין כי לוסקין לא השתתף בה לאחר שהודיע כי אין בכוונתו לעשות כן. במסגרת האסיפה הוחלט להקצות מניות נוספות של החברה לקבוצת בן דוד כנגד מתן ההלוואה לשותפות. זאת, לאחר שניתנה לכל בעלי המניות בחברה האפשרות להודיע על השתתפותם במתן ההלוואה, כפי שיעור חלקם בהון המונפק. בהמשך, ביום 21.3.2016 התכנסה האסיפה הכללית פעם נוספת בעניין תיקון התקנון. במסגרת האסיפה הוחלט על שינוי התקנון – בין היתר בוטל סעיף 100 לתקנון וכן שונה סעיף 113 לתקנון כך ש"הדירקטוריון יקבע את זכויות החתימה". שינוי זה

נעשה על דעתה של קבוצת בן דוד, ואילו לוסקין הצביע גם הפעם נגד שינוי זה. בשלב זה, לנוכח הקצאת המניות, הרוב שבו התקבלה ההחלטה עמד על למעלה מ-75%.

42. להשלמת התמונה, יצוין כי ביום 5.9.2016 קיבל הדירקטוריון החלטה לפיה החברה תעניק הלוואת בעלים נוספת לשותפות בסכום שלא יעלה על 900,000 דולרים. בהחלטה נקבע כי לצורך מתן ההלוואה יבוצע גיוס הון נוסף מבעלי המניות באותם תנאים שבהם בוצע סבב הגיוס הקודם כמפורט לעיל. אף החלטה זו התקבלה חרף התנגדותו של לוסקין.

המרצות הפתיחה מושא העתירה

43. על רקע ההתדרדרות המתמשכת במערכת היחסים בין הצדדים, הוגשו כאמור ארבע המרצות פתיחה נוספות, שהוכרעו כולן על-ידי בית המשפט המחוזי בפסק הדין מושא הליך זה. למען הסדר הטוב, יפורטו להלן, בקיצור, עיקרי הטענות שנכללו בהמרצות הפתיחה. לאחר מכן אביא את תמצית פסק דינו של בית המשפט המחוזי.

ה"פ 24245-06-15

44. במסגרת הליך זה עתרה השותפות למספר סעדים, ובכללם: צו האוסר על לוסקין לסכל את החזר התשלומים לנאות דקלים, צו האוסר על לוסקין לעשות שימוש לרעה בזכות החתימה שלו, צו המורה ללוסקין להעביר לידי השותפות מסמכים שלה הנמצאים ברשותו, וכן צו המצהיר כי השותפות התקשרה כדין עם משרד עורכי דין אחר לצורך ייצוגה. השותפות טענה כי הסכסוך בין קבוצת לוסקין לבין קבוצת בן דוד פוגע בה וכי לוסקין משתמש בכוחו כדירקטור ככלי ניגוח נגד קבוצת בן דוד, באופן שפוגע גם בחברה ובשותפות. מנגד, טען לוסקין שהמרצת פתיחה זו מהווה ניסיון פסול לשנות את זכויות החתימה שלו, בניגוד להסכמי בעלי המניות, זאת כדי להוביל לפגיעה בו. לוסקין הוסיף וטען כי הסכם ההלוואה עם נאות דקלים לא קיבל את האישורים הנדרשים לפי המערכת ההסכמית, ולפיכך הוא מחוסר תוקף.

ה"פ 53099-12-15

45. במסגרת הליך זה עתרה קבוצת לוסקין לקבלת סעדים הצהרתיים שונים, וביניהם: הצהרה כי סעיפים 100 ו-113 הם בני תוקף וכי על החברה, השותפות וקבוצת בן דוד לכבדן, הצהרה כי המערכת ההסכמית תקפה וכי יש לכבדה וכן הצהרה כי החלטות הדירקטוריון והאסיפה הכללית משנת 2015 אשר התקבלו ללא הסכמתו של לוסקין –

ובפרט החלטת הדירקטוריון באשר לשינוי סעיפים 100 ו-113 לתקנון – בטלות. קבוצת לוסקין טענה כי קבוצת בן דוד פעלה לצמצום זכויותיו של לוסקין ואף לביטולן, כי חוות הדעת הייתה "מוזמנת", וכי ההחלטה להסתמך עליה התקבלה שלא כדין. מנגד, קבוצת בן דוד טענה, בין היתר, כי קבלתה של המרצת הפתיחה תאפשר למעשה ללוסקין להכריע בלעדית בכל ענייני השותפות, מה שמנוגד להוראות הדין כפי שעולה מחוות הדעת.

ה"פ 32979-02-16

46. במסגרת הליך זה עתרה קבוצת בן דוד למתן סעד של היפרדות בהתאם להוראות סעיף 191 לחוק החברות. הטענה המרכזית שהועלתה בתמיכה לכך הייתה שקבוצת לוסקין פועלת תוך ניגוד עניינים ומתוך אינטרסים זרים, מה שמוביל לפגיעה מהותית בפעילות החברה וכנגזרת – בשותפות. לשיטת קבוצת בן דוד, בין הצדדים שורר חוסר אמון חריף ומהותי, ולפיכך קיימת הצדקה למתן סעד של היפרדות, על דרך של התמחרות הדדית. מנגד, קבוצת לוסקין טענה כי הסעד הנדרש אינו היפרדות אלא אכיפת זכויותיו של לוסקין כבעל מניות מיעוט, בהתאם למערכת ההסכמית.

ה"פ 68535-09-16

47. המרצת פתיחה זו היא מאוחרת יותר ובמרכזה עמדו טענות מצד קבוצת לוסקין כנגד אירועים שהתרחשו לאחר הגשתה של המרצת הפתיחה הקודמת מטעמה (ה"פ 53099-12-15). באופן קונקרטי, קבוצת לוסקין עתרה לקבל מספר סעדים הצהרתיים, וביניהם: הצהרה כי החלטות האסיפה הכללית משנת 2016 – להקצאת מניות ובהמשך לשינוי התקנון – הן חסרות תוקף, מכיוון שהקצאת המניות נעשתה בחוסר סמכות, ובהתאם גם החלטת האסיפה הכללית לשינוי התקנון התקבלה ברוב הקטן מ-75%. קבוצת לוסקין טענה גם כי ההחלטה להקצות מניות לקבוצת בן דוד כנגד גיוס הון נעשתה על פי שווי חברה נמוך מהשווי האמתי שלה, בניגוד למערכת ההסכמית, תוך פגיעה קשה בזכויותיו של לוסקין ובמטרה ברורה לדלל את אחזקותיו בחברה. מנגד, קבוצת בן דוד טענה כי הפעולות הקשורות לגיוס הון היו חיוניות להמשך דרכה של השותפות. לעמדת קבוצת בן דוד, קבוצת לוסקין לא חלקה על הצורך הדחוף של השותפות בכספים, ואף הצביעה בעד מתן הלוואת הבעלים שהוצעה. עוד נטען כי ניתנה ללוסקין האפשרות להשקיע כספים לפי חלקו בחברה, באופן שהיה משמר את שיעור אחזקותיו. גם השותפות הגיבה להליך זה, ובעיקרו של דבר טענה כי ללא קבלת הלוואות, לא הייתה יכולה לעמוד בהתחייבויותיה והייתה נקלעת לחדלות פירעון.

48. כפי שעוד יובהר, בית המשפט המחוזי קיבל באופן חלקי טענות שהועלו על-ידי הצדדים השונים. עם זאת, התוצאה האופרטיבית שאליה הגיע, כמפורט, היא כזו שמאפשרת את המשך פעילותה של החברה, ללא סעיפי התקנון השנויים במחלוקת שעייגנו את המערכת ההסכמית המקורית. במילים אחרות, קביעתו של בית המשפט המחוזי מאפשרת לחברה להמשיך ולפעול במצב שבו לוסקין הוא בעל מניות מיעוט ודירקטור "רגיל" ללא זכויות עודפות, כך שהמשך פעילותה של החברה ייגזר מהוראות הדין בלבד – בין היתר בכל הנוגע לרוב הנדרש לצורך קבלת החלטות בדירקטוריון ובאסיפה הכללית.

49. תחילה, בית המשפט המחוזי ציין כי הסוגיה הראשונה והמרכזית במקרה דנן היא שאלת תוקפה של המערכת ההסכמית בין הצדדים וזכאותה של קבוצת בן דוד לביטולה. ביחס לכך, בית המשפט המחוזי הצביע על הפער באופן שבו הצדדים מפרשים את היקף המונח "עניינים מקצועיים" אשר נמסרו לשיקול דעתו הבלעדי של לוסקין. מחד גיסא, לוסקין סבור כי מרבית הנושאים אשר הובאו לפתחה של החברה מהווים עניינים מקצועיים, ועל כן יש להכריע בהם לפי שיקול דעתו הבלעדי. מאידך גיסא, לשיטת קבוצת בן דוד, מרבית הסוגיות שבמחלוקת היו למעשה בנושאים כלכליים, אשר בנוגע אליהם אין ללוסקין זכות עודפת. בית המשפט המחוזי קבע כי המציאות מלמדת שלא ניתן לבצע הפרדה מלאה ודיכוטומית בין עניינים מקצועיים לבין נושאים פיננסיים ואחרים. זאת, ביתר שאת, כאשר בין הצדדים שורר חוסר אמון משמעותי והתגלעו פערים עקרוניים בתפיסה גם בקשר לכך.

50. בית המשפט המחוזי עמד על כך ששני הצדדים – קבוצת לוסקין מצד אחד, וקבוצת בן דוד מצד שני – אינם מעוניינים לשתף פעולה, ואף אינם מסוגלים לכך. עוד הוא הוסיף כי לא סביר שמצב זה ישתנה בקרוב. על רקע האמור, בית המשפט המחוזי קבע כי אף אם טענותיו של לוסקין בכל הנוגע להפרת המערכת ההסכמית על-ידי קבוצת בן דוד היו מתקבלות במלואן במישור העובדתי, הדבר לא היה משנה את המסקנה לפיה הותרת המערכת ההסכמית על כנה אינה סבירה – לנוכח חוסר היכולת המעשית להפריד בין עניינים מקצועיים שנתונים לשיקול דעתו הבלעדי של לוסקין לבין יתר הנושאים. בית המשפט המחוזי הדגיש כי מהראיות בתיק – ובפרט מהחקירה הנגדית של לוסקין – עולה כי הוא אינו נותן אמון בנושאי המשרה השונים, לרבות מנכ"לים ודח"צים, ורואה בכולם עושי דברה של קבוצת בן דוד. לפיכך, בית המשפט המחוזי קבע כי קיים קושי רב בהשאת המערכת ההסכמית על כנה.

51. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי לא ניתן לבטל את סעיף 1.2 להסכם בעלי המניות ואת הוראות התקנון שעייגנו את האמור בו (דהיינו את הקביעה כי החלטות בעניינים מקצועיים יתקבלו בהתאם לשיקול דעתו הבלעדי של לוסקין), בעוד המערכת ההסכמית נותרת בעינה. זאת, עקב מרכזיותו של סעיף 1.2, וכן לנוכח החשש מפגיעה משמעותית במיעוט – קבוצת לוסקין. על רקע זה, בית המשפט המשיך ופנה לבחון את הסעד הראוי בנסיבות העניין בשים לב להתנהלות הצדדים.

52. בעיקרו של דבר, בית המשפט המחוזי מצא כי נפלו כשלים בהתנהלותן של שתי הקבוצות. באשר לקבוצת לוסקין, בית המשפט המחוזי קבע כי נמצאו פגמים מהותיים בהתנהלותה. בכלל זה, נקבע שלוסקין עשה לא אחת שימוש לרעה בזכויות שהוקנו לו באופן שמנוגד לטובת החברה והשותפות. עוד ציין בית המשפט המחוזי את התרשמותו מלוסקין כאיש חזון וכיזם בעל ניסיון מקצועי עשיר, אך גם כמי שאינו מקבל עמדות השונות מאלה שלו. לפיכך, נקבע כי המחלוקות העמוקות בין הצדדים נבעו בראש ובראשונה מתפיסתו האישית של לוסקין – ולא מפרשנותה של המערכת ההסכמית – וכי קיים פער בלתי ניתן לגישור בין האופן שבו רואה לוסקין את ניהול החברה לבין האופן שבו רואים זאת יתר הצדדים. בית המשפט המחוזי הטעים שלוסקין לא הסתדר עם אף אחד מארבעה מנכ"לים שונים – כולם אנשים בעלי ניסיון ניהולי עשיר – שכינה בתפקיד אחריו, והתפטרו, זה אחר זה, תוך פרק זמן קצר יחסית.

53. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי התנהלותו של לוסקין בכל הנוגע לאישורי תשלום במקרים שונים הייתה נגועה בחוסר תום לב, וכי לוסקין לא שיווה לנגד עיניו את טובתה של השותפות, אלא את האינטרס האישי שלו ושל קבוצתו. בתוך כך נקבע כי סעיף 113 לתקנון שהתנה פעולות פיננסיות רבות בחתימתו של לוסקין, אפשר לו לשבש את התנהלות החברה. זאת, בין השאר, לנוכח סירובו הגורף לחתום על אישורי תשלומים לצורך החזרי חוב לנאות דקלים, וכן לצורך העברת כספים לגורמים נוספים. בית המשפט המחוזי קבע כי התנגדותו הנחרצת של לוסקין לקבלת הלוואה מנאות דקלים – אף שהייתה חיונית להמשך קיומה של השותפות – מעידה אף היא על חוסר תום לבו. בית המשפט המחוזי הפנה לאמירות קשות של סמנכ"ל הכספים של החברה, מהן עולה כי התנהלותו של לוסקין הייתה בעייתית. כמו כן, בית המשפט המחוזי קבע כי בעיקרו של דבר, התנהלותו הבעייתית של לוסקין היא שאילצה את קבוצת בן דוד לפעול בניגוד למערכת ההסכמית.

54. באשר לקבוצת בן דוד, בית המשפט המחוזי קבע כי נפלו פגמים לא מבוטלים אף בהתנהלותה. זאת, בין השאר, מאחר שאפיין את התנהגותה כ"כוחנית" וציין כי התעלמה לא אחת מזכויותיה של קבוצת לוסקין. בית המשפט המחוזי ביקר את שינוי זכויות החתימה בחשבון הבנק ללא הסכמתו של לוסקין וכן את החלטת הדירקטוריון באשר למתן הלוואת הבעלים לשותפות – בין היתר מכיוון שבהחלטה זו לא נאמר כי גיוס הכספים הנדרשים לשותפות ייעשה בדרך של הקצאת מניות. מכל מקום, בית המשפט המחוזי קבע כי שני הצדדים פעלו בניגוד להסכמים ותוך הפרתם.

55. בסיכומו של דבר, לנוכח התנהלותם של שני הצדדים, ובשים לב למסקנה בדבר אי-יכולתם לשתף פעולה זה עם זה, קבע בית המשפט המחוזי כי אין מנוס מלהורות על ביטולה של המערכת ההסכמית. לצד זאת, ולמען שלמות הדיון, מצא בית המשפט המחוזי להמשיך ולדון בשאלה אם קיימת אף חובה בדין להורות על ביטול ההסכמות שעוגנו בתקנון. בהקשר זה נדרש תחילה בית המשפט המחוזי לחוות הדעת. בעשותו כן, דחה בית המשפט המחוזי את הטענה כי מדובר בחוות דעת "מוזמנת", זאת בצינו לחיוב את הזהירות שבה ביקש משרד אגמון לנקוט ביחס לסוגיות השונות.

56. בעיקרו של דבר, במישור המשפטי, בית המשפט המחוזי ראה עין בעין עם עיקרי מסקנותיה של חוות הדעת בנוגע לחוקיותה של המערכת ההסכמית. בית המשפט המחוזי קבע כי סעיף 106 לחוק החברות, המעגן כאמור את חובתם של הדירקטורים להפעיל שיקול דעת עצמאי, אינו סותר כשלעצמו את האפשרות העקרונית להתנות על הכלל שלפיו החלטות הדירקטוריון מתקבלות ברוב רגיל ושלכל דירקטור יש קול אחד בהצבעות (כאמור בסעיפים 105 ו-107 לחוק החברות). לצד זאת, בנסיבות העניין, בית המשפט המחוזי מצא כי לא ניתן להותיר את חלוקת הסמכויות שנקבעה בין הצדדים על כנה. בעשותו כן, הדגיש בית המשפט המחוזי כי הזכות הבלעדית שניתנה ללוסקין להכריע בעניינים מקצועיים, בפרט לנוכח פרשנותו המרחיבה לכך, מצמצמת מאוד את שיקול דעתם של יתר הדירקטורים, ואף מכפיפה את שיקול דעתם לזה שלו. בית המשפט המחוזי קבע שהדבר מנוגד להוראות הדין, מכיוון שלא ניתן לפרש את הוראות סעיפים 105 ו-107 לחוק החברות כמתירות "שלטון יחיד" של דירקטור בודד. עוד הוא הוסיף כי מצב דברים זה אף מנוגד לתכליתו של תיקון מס' 5.

57. בית המשפט המחוזי המשיך ודן בטענות לוסקין ביחס לתוקפם של גיוסי ההון שביצעה החברה, אשר הובילו לשינוי בשיעורי אחזקותיהם של בעלי המניות בה (באופן שאפשר כאמור את השגת הרוב הדרוש לביטול הוראות התקנון שעוגנו את המערכת ההסכמית). בהקשר זה, בית המשפט המחוזי קבע כי קבוצת בן דוד אכן הייתה מעוניינת

בדילול אחזקותיו של לוסקין, בין השאר כדי להשיג רוב של למעלה מ-75%, אולם דחה את הטענה כי זו הייתה מטרתה העיקרית של הקצאת המניות. בהגיעו למסקנה זו ציין בית המשפט המחוזי כי גיוס ההון היה חיוני להמשך פעילותה של השותפות, כי עמד מאחוריו רציונל עסקי, וכי לשיטתה של קבוצת בן דוד, הייתה סבירות לא מבוטלת לכך שבהיעדרו השותפות הייתה מגיעה לחדלות פירעון. בית המשפט המחוזי הוסיף כי נפלו פגמים באופן קבלת ההחלטות בחברה, בין היתר, מאחר שההחלטה המקורית על הקצאת המניות התקבלה על-ידי האסיפה הכללית ולא על-ידי הדירקטוריון, שלו מוקנית הסמכות לכך. עם זאת, בית המשפט המחוזי קבע כי בנסיבות העניין ניתן לראות בפעולות אחרות שביצע הדירקטוריון ופורטו בפסק הדין ככאלו שהכשירו את ההחלטה.

58. לבסוף, בית המשפט המחוזי דן בסעד ההפרדות שהתבקש על-ידי קבוצת בן דוד. יוזכר כי סעיף 191 לחוק קובע כי "התנהל ענין מעניניה של חברה בדרך שיש בה משום קיפוח של בעלי המניות שלה, כולם או חלקם, או שיש חשש מהותי שיתנהל בדרך זו, רשאי בית המשפט, לפי בקשת בעל מניה, לתת הוראות הנראות לו לשם הסרתו של הקיפוח או מניעתו". בית המשפט המחוזי עמד על כך שקבוצת בן דוד, אשר עתרה לסעד ההפרדות, היא קבוצת הרוב בקרב בעלי המניות, כך שאין מדובר במקרה "קלאסי" המצדיק זאת. בית המשפט המחוזי קבע עוד כי יחסים עכורים כשלעצמם אינם מצדיקים הפרדות. בהקשר זה, נקבע כי לא כל אובדן אמון – אף בשותפות – מצדיק מתן סעד של הפרדות וכי יש לבחון את השאלה אף בפריזמה של השפעת אובדן האמון על היכולת לפעול במסגרת התאגיד.

59. בית המשפט המחוזי קבע כי מעת שהורה על ביטולה של המערכת ההסכמית, החברה יכולה לשוב ולפעול, וכי הקשיים שמנעו את פעילותה התקנית ללא הסכמת הצדדים נפתרו הלכה למעשה. על כן, ככל שהדבר נוגע ליכולת התאגיד לפעול, נקבע כי לא קיימת עוד הצדקה לנקיטת צעד של הפרדות. בית המשפט המחוזי הוסיף כי מרגע שהמערכת ההסכמית בוטלה, קבוצת בן דוד לא פעלה במנוגד לאינטרסים של התאגיד, כך שאין לראות במעשיה משום קיפוח המיעוט. כמו כן, בית המשפט המחוזי עמד על הקשיים האפשריים הכרוכים בסעד של הפרדות. בפרט, הוא הצביע על כך שהפרדות בדרך של התמחרות עלולה לפגוע בלוסקין בהתחשב בפערים הכלכליים בין הצדדים, כמו גם בפערים בשיעורי האחזקות שלהם. בית המשפט המחוזי שלל גם את התאמתה של הפרדות בדרך של פירוק, הנחשב לסעד קיצוני, וכן עמד על הקשיים הכרוכים בחלופה של רכישה כפויה, בהתאם לשווי שייקבע על-ידי מעריך שווי חיצוני. זאת, בין היתר, לנוכח הקושי האפשרי בהסכמה על זהותו של מעריך השווי בשים לב לטענותיה

של קבוצת לוסקין כי קיים קושי רב לבצע הערכת שווי באופן מהימן ומדויק עקב מאפייניהן של החברה והשותפות, העוסקות בתחום רווי סיכונים.

60. אם כן, בשורה התחתונה, בית המשפט המחוזי דחה את המרצות הפתיחה שהגישה קבוצת לוסקין (ה"פ 53099-12-15; ה"פ 68535-09-16) וכן את המרצת הפתיחה שהגישה קבוצת בן דוד שעניינה מתן סעד של היפרדות כפויה (ה"פ 32979-02-16). בנוגע להמרצת הפתיחה אותה הגישה השותפות (ה"פ 24245-06-15), בית המשפט המחוזי קבע כי מרבית הסעדים שהתבקשו במסגרתה התייתרו, לנוכח דחייתן של שאר המרצות הפתיחה והקביעה כי המערכת ההסכמית בוטלה. בית המשפט המחוזי קבע כי הסוגיה היחידה שנותרה עומדת מביין הסעדים שהתבקשו היא העברת ההעסקים של מסמכי השותפות שנמצאו ברשות לוסקין, ובהקשר זה הורה ללוסקין להעביר את המסמכים לידי השותפות, לא יאוחר מ-30 ימים מיום מתן פסק דינו. נוסף על כך, בית המשפט המחוזי פסק כי לוסקין, טי אויל והר קדם יישאו, ביחד ולחוד, בהוצאותיה של השותפות בסך של 80,000 שקלים.

הערעור

61. בערעור שבפנינו תוקפת קבוצת לוסקין את פסק דינו של בית המשפט המחוזי. טענותיה של קבוצת לוסקין רבות ומפורטות, אך דומה שעניינן בשני "מוקדים" עיקריים: ראשית, קבוצת לוסקין טוענת כי בית המשפט המחוזי שגה בקבעו שהמערכת ההסכמית בוטלה מחמת הפרתה על-ידי שני הצדדים; שנית, קבוצת לוסקין מתנגדת לקביעתו של בית המשפט המחוזי כי מכל מקום המערכת ההסכמית אינה ישימה, בין השאר מפאת היותה בלתי חוקית.

62. הטענות כנגד ביטולה של המערכת ההסכמית – קבוצת לוסקין טוענת כי התנהלותה של קבוצת בן דוד מנוגדת לעקרון היסוד לפיו "הסכמים יש לקיים". באופן יותר ספציפי, נטען כי ביטולה של המערכת ההסכמית מוביל לפגיעה קשה ולא מוצדקת בלוסקין. עוד נטען כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי מעניק למעשה "פרס" לקבוצת בן דוד על התנהלות בריונית, שבמסגרתה נרמסו זכויותיו של לוסקין – אלה שהוקנו לו בהסכמים ובתקנון – באופן שהנציח את קיפוחו. בהקשר זה, קבוצת לוסקין מטעימה כי בית המשפט המחוזי ביקר את התנהלותה של קבוצת בן דוד וקבע כי נפלו בה פגמים לא מעטים, אך לבסוף פסק דינו מוביל לתוצאה מיטבית מבחינתה. בהמשך לכך, קבוצת לוסקין גורסת כי לא היה מקום לקבוע שהתנהלותו של לוסקין – אף אם נפלו בה פגמים – הצדיקה את ביטול המערכת ההסכמית.

63. הטענות כנגד אי-ישימותה של המערכת ההסכמית – עוד טוענת קבוצת לוסקין כי קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה המערכת ההסכמית איננה ישימה – בין השאר בשל היותה בלתי חוקית, באופן המשליך גם על התקנון – היא שגויה.

64. ראשית, קבוצת לוסקין גורסת כי העובדה שהשותפות פעלה על-פי המערכת ההסכמית במשך למעלה מ-20 שנים מעידה על כך שזו אכן ישימה. למעשה, כך נטען, הפיכת המערכת ל"לא-ישימה" נבעה מרצונה של קבוצת בן דוד לסלק את לוסקין, מה שהוביל אותה ליצירת עימותים מדומים.

65. שנית, קבוצת לוסקין טוענת כי רשימת העניינים המקצועיים הוגדרה במפורש בסעיף 100(a) לתקנון. לפיכך, כך נטען, קביעת בית המשפט המחוזי שקיימת מחלוקת בנוגע לפרשנות המושג עניינים מקצועיים, שמשפיעה על ישימות המערכת ההסכמית, אינה נכונה. תחת זאת, לטענתה, גם נוכח המחלוקת, היה על בית המשפט המחוזי לתת למערכת ההסכמית פרשנות מקיימת.

66. שלישית, קבוצת לוסקין מתנגדת לקביעותיו של בית המשפט המחוזי בנוגע לאי-חוקיותה של המערכת ההסכמית. לשיטתה, אין כל סתירה בין העובדה שניתנה ללוסקין סמכות הכרעה בעניינים מקצועיים לבין הוראות החוק. באופן קונקרטי, קבוצת לוסקין טוענת כי חוק החברות אינו מקנה לדח"צים סמכות הכרעה בדירקטוריון, וכי סעיפים 105 ו-107 לחוק מתירים במפורש להתנות על עוצמת ההצבעה של דירקטורים שונים, כך שאין פגם מהותי בהסכמת בעלי המניות המצדיק את שינוי התקנון. בהקשר זה, קבוצת לוסקין אף מדגישה את עובדת היותה של החברה פרטית, להבדיל מציבורית.

67. מכל מקום, קבוצת לוסקין שבה וטוענת כי שינוי התקנון מיום 21.3.2016 נעשה באופן לא חוקי. זאת, מאחר שלצורך שינוי כזה נדרש רוב של 75% מקרב בעלי המניות, ואילו בטרם הקצאת המניות כנגד הלוואת הבעלים, לקבוצת בן דוד היה רוב קטן מזה כך שלא הייתה יכולה לשנות את התקנון ללא הסכמתו של לוסקין. בהקשר זה טוענת קבוצת לוסקין כי הקצאת המניות שדיללה את אחזקותיו של לוסקין לפחות מ-25% נעשתה בהליך בלתי חוקי. זאת, מכיוון שהסמכות להקצות מניות נתונה לדירקטוריון ולא לאסיפה הכללית, לפי סעיף 288(א) לחוק החברות, ואילו במקרה דנן החלטת הדירקטוריון עסקה רק באישור הלוואת הבעלים, מבלי לקבוע כי הדבר יהיה כרוך בהקצאת מניות.

68. קבוצת לוסקין אף מתנגדת לקביעתו של בית המשפט המחוזי כי די היה בביטול הסכם בעלי המניות כדי להביא לביטולו של התקנון. זאת, נוכח העובדה שכאמור ניתן לשנות את התקנון ברוב של 75% באסיפה הכללית בלבד, רוב שלא היה למשיבים עקב אי-החוקיות הנטענת בהקצאת המניות. עוד נטען כי מתן ההלוואה נעשה שלא בהתאם להליך שנקבע לאישור עסקאות עם בעלי עניין, וכי ההלוואה שהועמדה לשותפות ניתנה בריבית מופקעת – כך שלו פעלו הצדדים כדין, נטילת ההלוואה לא הייתה מקבלת את האישורים הנדרשים.

69. מנגד, לשיטתה של קבוצת בן דוד דין הערעור להידחות. בעיקרו של דבר, קבוצת בן דוד טוענת כי מרבית טענותיה של קבוצת לוסקין מתייחסות לקביעות של בית המשפט המחוזי המבוססות על ממצאים עובדתיים והנוגעות למהימנות עדים – ולפיכך אין עילה להתערב בהן.

70. קבוצת בן דוד טוענת כי קביעתו של בית המשפט המחוזי בדבר ביטול המערכת ההסכמית בדין יסודה. זאת, בין היתר, לנוכח התנהלותו של לוסקין אשר תוארה כנגועה בחוסר תום לב ובניגוד עניינים, וככזו שלא נועדה לטייב את פעילות החברה או השותפות, אלא רק להתנגד לכל פעולה של קבוצת בן דוד.

71. זאת ועוד, במישור המעשי, קבוצת בן דוד טוענת כי מאז שניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי חלו תמורות משמעותיות השוללות את האפשרות המעשית להחזיר את הגלגל לאחור ולאכוף את המערכת ההסכמית שבוטלה. בתוך כך, נטען כי בשל הצורך לגייס הון נוסף מציבור המשקיעים, ביום 24.8.2020 שונה הסכם השותפות באופן מהותי והוכנסו בו שינויים רבים הנוגעים לדרך ניהולה של השותפות. בכלל זה, הודגש כי החברה התחייבה למנות מנכ"ל מקצועי שאינו תלוי בבעלי המניות, כמו גם למנות "ועדת תפעול" בלתי תלויה שתייעץ בנושאים מקצועיים ותשמש כגורם פיקוחי עבור הדירקטוריון והנהלת השותפות. כן הוטעם כי הסכם השותפות המתוקן פורסם לציבור ואף אושר כדין בידי האורגנים הרלוונטיים בחברה. כל זאת, מבלי שלוסקין נקט בהליך כלשהו למניעת כניסתם של הסדרים אלה לתוקף. משאלה הם פני הדברים, קבוצת בן דוד טוענת כי ממילא לא יתאפשר בשלב זה להשיב את הגלגל לאחור.

72. השותפות, מצדה, טוענת אף היא כי דין הערעור להידחות. בעיקרו של דבר, לעמדתה, סירובו של לוסקין לחתום על אישורי תשלום לצדדים שלישיים היה נגוע בחוסר תום לב והדבר גרם לשותפות לנזקים משמעותיים. השותפות עומדת על כך שההלוואות שקיבלה היו חיוניות להמשך פעילותה, וכי ללא הלוואות אלה, ובהתחשב

במצבה הכלכלי הקשה, היא הייתה מגיעה לסוף דרכה. כמו כן, השותפות מעלה טענות דומות לאלה שהעלתה קבוצת בן דוד בכל הקשור להיתכנות המעשית של השבת המערכת ההסכמית למצבה הקודם, בעקבות שינויו של הסכם השותפות לאחר פסק דינו של בית המשפט המחוזי.

73. ביום 10.10.2021 התקיים דיון בערעור. לוסקין טען כי התוצאה שאליה הגיע בית משפט המחוזי היא מוקשית ולא מאוזנת, מאחר שהיא משאירה אותו כבעל מניות מיעוט בחברה, אך ללא זכויות המיעוט שלו, שהיו לגישתו חלק בלתי נפרד מהסכמת הצדדים. לוסקין טען עוד כי הקדיש את כל מרצו לטובת השותפות, כי היא מהווה את מפעל חייו, וכי השותפות התנהלה מעל 20 שנה ללא בעייתיות מיוחדת. לעמדת לוסקין, משהחליטה קבוצת בן דוד שברצונה להחליף אותו היא החלה ליזום סכסוכים מדומים. לוסקין אף עמד על הקושי לבצע הערכת שווי של השותפות, בין היתר, לנוכח חוסר הוודאות בנוגע לרווחיה העתידיים. לבסוף, עמד לוסקין גם על הקשיים שטמונים בהתמחרות, עקב פערי הכוחות בין הצדדים, וטען כי אם יוחלט על היפרדות, יש לעשות זאת בדרך של חלוקה בעין – שכן הנכס העיקרי של החברה הוא התמלוגים העתידיים שלהם היא זכאית. לעומת זאת, קבוצת בן דוד סמכה את ידה על קביעותיו של בית המשפט המחוזי. היא אף ציינה כי אם לוסקין יהיה מעוניין בהיפרדות לפי סעיף 191 לחוק החברות, דרכו פתוחה להגיש תביעה לכך לבית המשפט המחוזי וכי אין לקבוצת בן דוד התנגדות עקרונית להיפרדות.

74. בתום הדיון, ובהמלצת בית המשפט, הצדדים הסכימו על ניהולו של הליך גישור ביניהם לפרק זמן מוגבל של 90 ימים. הליך כזה אכן התקיים בפני השופטת (בדימ') א' אפעל-גבאי, אך ביום 23.12.2021 הודיעו הצדדים כי הוא לא צלח. לפיכך, נפנה עתה להכרעה בטענות הצדדים.

דיון והכרעה

75. הלכה ידועה היא כי ערכאת הערעור אינה נוהגת להתערב בקביעותיה העובדתיות של הערכאה הדיונית, אלא במקרים יוצאי דופן. זאת, בין היתר, בשל היתרון המובנה הנתון לערכאה הדיונית, אשר מתרשמת באופן בלתי אמצעי מעדים ומעריכה את מהימנותם (ראו למשל: ע"א 4305/10 אילן נ' לוי, פסקה 13 (9.5.2012); ע"א 4170/14 כהן נ' כהן, פסקה 7 (14.1.2016); ראו גם: חמי בן-גון וטל חבקין, הערעור האזרחי 474-489 (מהדורה שלישית, 2012)). בנסיבות העניין שבפנינו, בעיקרו של דבר, לא מצאתי כי ישנה הצדקה לחרוג מהכלל האמור. יחד עם זאת, בנוגע לחלק מקביעותיו

המשפטיות של בית המשפט המחוזי, ובפרט בכל הנוגע לתוצאה האופרטיבית של פסק דינו, אני סבורה כי יש לקבל את הערעור בחלקו – הכל כפי שיפורט להלן.

המתח הבסיסי: ממשל תאגידי וחופש החוזים

76. ביסוד ההתדיינות ניצב המתח בין כללי הממשל התאגידי, שמהווים אבן יסוד בדיני התאגידים, לבין עקרון חופש החוזים שמסור לבעלי המניות. ככלל, אין פסול בכך שבעלי מניות יערכו ביניהם הסכמים הסותרים מברירות המחדל הקבועות בדין. זוהי תופעה ידועה ומוכרת גם במשפטן של מדינות אחרות, בפרט כאשר מדובר בחברות פרטיות (ראו: Michael J. Duffy, *Shareholders Agreements and Shareholders'* Remedies – Contract Versus Statute?, 20(2) BOND L. REV., art. 1 (2008)). עם זאת, הדיון המשפטי בה טרם מוצה (להצגה מקיפה, ראו: Gabriel V. Rauterberg, *The Separation of Voting and Control: The Role of Contract in Corporate Governance*, 38 YALE J. REGUL. 1124 (2021)). המשפט הישראלי מאפשר אף הוא להתנות על ברירות מחדל שקבועות בחוק החברות ביחס לפעילותו של הדירקטוריון (ראו למשל: סעיפים 105 ו-107 לחוק החברות שנזכרו לעיל. ראו עוד: יוסף גרוס, חוק החברות 67-68 (מהדורה חמישית, 2016) (להלן: גרוס, חוק החברות). ראו גם: סעיף 93 לחוק החברות, לפיו חברה פרטית יכולה לקבוע שהדירקטוריון שלה יכול לדרקטור אחד בלבד. לענין זה, ראו: ע"א 3998/07 צ. בכור ניהול ואחזקות בע"מ נ' ממשל ירושלים התשנ"ה בע"מ, פסקה 18 (6.1.2011) (להלן: עניין בכור); גרוס, חוק החברות, בעמ' 513-514). זאת, מבלי לגרוע מכך שחוק החברות כולל גם הוראות קוגנטיות הנוגעות לתפקידי הדירקטוריון ולמאפייניו. במלים אחרות, למתאגדים ניתן חופש חוזי לא מבוטל לעיצובו של תקנון החברה, אך הדבר כפוף להוראותיו הקוגנטיות של חוק החברות (ראו: ע"א 6041/15 האמה בע"מ נ' מולר, פסקה 19 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (25.9.2016); גרוס, חוק החברות, בעמ' 154-155). במובן זה, מתחדדת השאלה באילו מקרים הסכמתם של בעלי המניות פוגעת בעקרונות יסוד של הממשל התאגידי שיש לראותם כקוגנטיים. שאלה נוספת שעולה בהקשר זה היא האם ובאילו מקרים נדרשים בעלי המניות לשנות את תקנון החברה לנוכח שינויי חקיקה המטילים חובות חדשות בתחום הממשל התאגידי.

77. כידוע, הדירקטוריון הוא הגוף המתווה את מדיניות החברה והמפקח על ביצועי ההנהלה ופעולותיה. בשים לב לתפקידו המרכזי ולמאפייניו המיוחדים, הדין מטיל מגבלות שונות על האפשרות לאצול את סמכויותיו של הדירקטוריון אצילה מלאה וקבועה לבעל תפקיד בחברה או אף לוועדות הדירקטוריון. כך למשל, סעיף 92(א) לחוק

החברות, המונה את סמכויות הדירקטוריון, מורה כי זה יקבע את תכניות הפעולה של החברה, ואילו סעיף 92(ב) לחוק מגביל את אצילת הסמכויות המנויות בסעיף 92(א) למנהל הכללי (בעניין זה, ראו: יוסף גרוס דירקטורים ונושאי משרה בעידן הממשל התאגידי 166-165 (מהדורה חמישית, 2018) (להלן: גרוס, עידן הממשל התאגידי)). ביטויים נוספים לתפיסה זו מצויים גם בסעיפים 50, 52, 112 ו-288(ב) לחוק החברות (להרחבה ראו: שרון חנס "שיקול הדעת העסקי" עיוני משפט לא 313, 349-350 (2009); גרוס, חוק החברות, בעמ' 501-502). בהקשר זה יצוין כי העיקרון האוסר על התנערות הדירקטוריון מכלל סמכויותיו היה שריר וקיים אף בתקופה שבה התגבשה המערכת ההסכמית, בטרם נחקק חוק החברות (ראו: ע"א 610/94 בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפקד בנק צפון אמריקה, פ"ד נז(4) 289, 320 (2003) (להלן: עניין בוכבינדר). עוד על חובותיו של הדירקטור בעידן שקדם לחקיקת חוק החברות, ראו למשל: שם, בעמ' 332; ציפורה כהן "חובת הזהירות של הדירקטור בחברה הרשומה" מחקרי משפט א 134, 143-145 (1980); יוסף גרוס דירקטורים ונושאי משרה בחברה 130, 256-262 (1989); אוריאל פרוקצ'יה דיני חברות חדשים לישראל 215 (1989) (להלן: פרוקצ'יה)).

78. חובתם של הדירקטורים להפעיל שיקול דעת עצמאי במהלך תפקידם מעוגנת בסעיף 106 לחוק החברות (ראו גם: ע"א 4024/13 תקווה – כפר להכשרה מקצועית בגבעות זייד בע"מ נ' פינקוביץ, פסקה 42 לפסק דינו של השופט צ' זילברטל (29.8.2016); ע"א 7735/14 ורדניקוב נ' אלוביץ, פסקה 47 לפסק דינו של השופט י' עמית (28.12.2016) (להלן: עניין ורדניקוב); ע"א 3417/16 פינרוס החזקות בע"מ נ' התובע הייצוגי דב גולדשטיין, פסקה 64 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר (12.7.2021); אסף אקשטיין "הדירקטוריון – פרופיל: תאוריה, ראיות ומדיניות" משפטים נ 527, 533 (2020)). חובה זו מקבלת משנה חשיבות בשם לב לקביעתו של סעיף 106 לחוק כי אי-הפעלתו של שיקול דעת עצמאי כאמור עולה כדי הפרת חובת אמונים. גישה מחמירה זו נשענת, בין היתר, על התפיסה כי "כוח ההצבעה המסור בידי הדירקטור משול לפיקדון שהופקד בידיו בנאמנות עבור החברה, ואי-הפעלת שיקול דעת עצמאי כמוה כאי-שמירה על הפיקדון והפרת חובת הנאמנות" (ראו: עניין ורדניקוב, בפסקה 49 לפסק דינו של השופט עמית והאסמכתאות המפורטות שם).

79. דומה כי האפשרות להקנות כוח הכרעה בלעדי לדירקטור אחד – בפרט כאשר מדובר בכוח הכרעה בתחומים נרחבים ומשמעותיים – מעלה תהיות לא פשוטות מהיבטה של חובת הדירקטורים להפעיל שיקול דעת עצמאי. מחד גיסא, בפסיקתו של בית משפט זה נקבע בעבר כי זכות "וטו" המוקנית לדירקטור או לבעל מניות מסוים בחברה פרטית היא לגיטימית ואינה מנוגדת לחובה להפעיל שיקול דעת העצמאי (ראו למשל: ע"א

9636/06 בוגנר נ' SofaWare Technologies Ltd, פסקה מ"ד (18.11.2009) (להלן: עניין בוגנר)). הדבר עולה בקנה אחד גם עם סעיפים 105 ו-107 לחוק החברות המאפשרים להתנות על עקרון "קול אחד לכל אחד", ולקבוע מנגנון שבמסגרתו כוח ההצבעה של דירקטורים שונים לא יהיה שווה (ראו למשל: גרוס, חוק החברות, בעמ' 515-516). מאידך גיסא, דומה כי קיים הבדל בין מנגנון שקובע כי כוח ההצבעה של הדירקטורים אינו שווה, או אף מנגנון שמאפשר למי מהם להגביל קבלת החלטות מסוימות שמנוגדות לעמדתו, לבין מצב שבו שיקול דעתם של חלק מהדירקטורים מתבטל לחלוטין נוכח כוח ההכרעה של דירקטור אחר. כך, אף בעניין בוגנר שנזכר לעיל הוטעם כי "אין מדובר ב'הפרטת' שיקול הדעת של הדירקטוריון; הדירקטוריון מפעיל את שיקול דעתו, אך החלטתו עשויה להיות כפופה לאישורים שונים... אין בכך כדי להוות 'התנערות' הדירקטוריון משיקול הדעת" (שם, בפסקה מ"ד). כמוכך זה, במצב שבו דירקטור אחד יכול לקבל החלטות בתחומים משמעותיים לבדו, ליתר הדירקטורים לא מוקנית כלל יכולת להפעיל שיקול דעת באופן שישפיע על קבלת ההחלטה, והדבר עלול לעורר קושי. מכל מקום, כפי שיפורט בהמשך הדברים, אינני נדרשת כאן להכרעה ישירה בסוגיה זו, שעשויה להיות מושפעת אף משיקולים נוספים שעניינם מאפייניה של החברה (ראו והשוו: ת"א (מחוזי מרכז) 16-05-47302 בטר פלייס ישראל (ח.ת.) 2009 בע"מ (בפירוק) נ' אגסי, פסקה 78 (12.9.2018); ע"א 7829/18 בטר פלייס ישראל נ' אגסי, פסקאות 52-49 (8.2.2022)). הטעם לדבר נעוץ בקשיים הבלתי עבירים שמתעוררים לשיטתי במקרה דנן נוכח תיקון מס' 5.

80. בשלב זה, יש להוסיף ולהתייחס להסדרים החלים על מינויים ועל פעילותם של דח"צים במקרים שבהם חלה חובה למנותם. הדברים נאמרים בשים לב לכך שתיקון מס' 5 אינו מחריג מהוראותיו שותפות מוגבלת ציבורית שהתאגדה לפני תיקונו. סעיף 239(א) לחוק החברות קובע כי בחברה ציבורית יש למנות לפחות שני דח"צים. כפי שכבר צוין, חובה זו חלה גם במקרה דנן, בעקבות חקיקתו של תיקון מס' 5, ובפרט נוכח האמור בסעיף 65ט לפקודת השותפויות, הקובע כי הוראות חוק החברות באשר למינוי דח"צים יחולו על חברת השותף הכללי בשותפות מוגבלת ציבורית, כאילו הייתה חברה ציבורית. לחובה הכללית למנות דח"צים נודעת חשיבות רבה. הדבר נובע מעצמאותם ומיכולתם למנוע ניצול לרעה של משאבי החברה. יש לראות בדח"צים "שומרי סף" של ממש (ראו: עניין ורדניקוב, בפסקה 156-157 לפסק דינו של השופט עמית; יוסף גרוס "הדירקטור החיצוני בעידן של ממשל תאגידי" תאגידיים ט(4) 39, 42-43 (2012); גרוס, חוק החברות, בעמ' 617-619). חובה זו נובעת גם מהחשש שבעל שליטה ישמש בכוחו בדירקטוריון, כדי להפיק תועלות אישיות על חשבון טובת החברה (ראו: אסף אקשטיין ודוד האן "שליטה: פסיחה על שתי הסעיפים או שיווי משקל?" מחקרי משפט לד' 1, 28 (עתיד

להתפרסם, 2022)). הטלת חובה זו גם על חברות המהוות שותף כללי בשותפות מוגבלת ציבורית נגזרת מהשאיפה לעדכן את מנגנוני הממשל התאגידי ולהחילם גם על שותפויות, כדי להבטיח הגנה נאותה על בעלי יחידות ההשתתפות – בשים לב לבעיית הנציג שביין השותף הכללי לשותף המוגבל שהוסברה לעיל (ראו: דברי הסבר להצעת חוק לתיקון פקודת השותפויות (מס' 5) (ממשל תאגידי בשותפות מוגבלת ציבורית), התשע"ד-2014, ה"ח הממשלה 834, 261 (להלן: דברי ההסבר)). תכלית זו באה לידי ביטוי, באופן ספציפי, בדברי ההסבר שליוו את חקיקתו של סעיף 65ט לפקודת השותפויות שעוסק במינוי דח"צים (ראו: דברי ההסבר, בעמ' 267).

81. ביתר פירוט, חוק החברות מפרט את הכשירות הנדרשת מדח"צים ואת מגבלותיהם. כך למשל, סעיף 240 לחוק החברות קובע כי על כל דח"צ להיות בעל כשירות מקצועית או מומחיות חשבונאית ופיננסית, וכן כי לפחות אחד מהדח"צים יהיה בעל מומחיות חשבונאית ופיננסית. עוד נקבע כי קרובו של בעל השליטה בחברה או מי שיש לו, לקרובו, לשותפו או למעבידו זיקה לחברה או לבעל השליטה שלה, אינו יכול לשמש כדח"צ. הוראותיו של חוק החברות גם מבהירות כי דח"צים יכולים להיות מיעוט בדירקטוריון, אולם מכאן אין ללמוד כי ניתן לקבוע שלקולם (הן במובן ההצבעה, והן במובן השמעת דעתם בטרם קבלת החלטה) אין כל ערך. כך למשל, סעיף 239 לחוק החברות מחייב מינוי של לפחות שני דח"צים וסעיף 243 לחוק החברות מחייב כל אחת מוועדות הדירקטוריון לכלול לפחות דח"צ אחד. חשוב להטעים כי הוראות החוק הנוגעות לחובה למנות דח"צים לדירקטוריון ולוועדות הדירקטוריון הן קוגנטיות.

82. על סמך עקרונות אלה נפנה לבחון את טענותיהם של בעלי הדין בערעור שבפנינו.

האם ניתן היה להמשיך לפעול לפי הסכם בעלי המניות ותקנון החברה?

83. נפתח בבחינת לוז טענתו של לוסקין, לפיה מה שהיה הוא שיהיה. לשיטתו, הסכם בעלי המניות והוראות התקנון הנגזרות ממנו היו תקינים במועד עשייתם, וכך יש לראותם גם עתה. אין בידי לקבל טענה זו.

84. בקושי שמעורר הסכם בעל המניות יש לדון תוך הבחנה בין מועד עשייתו לבין ההתפתחויות שחלו בהמשך. הקושי העיקרי במקרה דנן נובע מכך שההסכמות בין הצדדים הפכו לבעייתיות במהלך הזמן, וזאת בשני מישורים מרכזים – המעשי והמשפטי. במישור המעשי, ההסכמים אינם בני-ביצוע, בין השאר בשים לב למערכת היחסים

העכורה בין הצדדים וחוסר האמון ההדדי שמאפיין אותה, כפי שנקבע גם בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. במישור המשפטי, חלקים מרכזיים מהמערכת ההסכמית מעוררים כאמור קשיים משפטיים משמעותיים, בהתחשב בהוראותיו של חוק החברות, ועל רקע חקיקתו של תיקון מס' 5.

85. נקודת המוצא לענייננו היא שהמערכת ההסכמית העניקה ללוסקין זכויות יתר, אף שהיה ברשותו נתח מניות קטן יותר מאשר זה של קבוצת בן-דוד. כפי שהוסבר, אין פסול במצב זה כשלעצמו. אולם, המערכת ההסכמית לא הסתפקה בכך. "החטא הקדמון" במערכת ההסכמית נעוץ בכך שסעיף 1.2 להסכם בעלי המניות העניק ללוסקין שיקול דעת בלעדי בכל החלטות בעניינים מקצועיים – הסכמה שעוגנה כאמור אף בתקנון.

86. על רקע זה, במישור המעשי, התמונה הכללית שהצטיירה בפנינו היא כזו שלפיה המערכת ההסכמית אינה מאפשרת עוד לחברה לתפקד. כפי שעולה מקביעותיו הברורות של בית המשפט המחוזי, בשלב זה קיימים חילוקי דעות עמוקים ומהותיים בין הצדדים, שאינם ניתנים לגישור. זאת, בין השאר בכל הנוגע לטיב המקרים המוגדרים כעניינים מקצועיים ולהיקפם, ובהתאם נתונים לשיקול דעתו הבלעדי של לוסקין. במצב דברים זה, לנוכח חוסר האמון המוחלט בין הצדדים, השארת המערכת ההסכמית על כנה אינה ישימה עוד ומשמעה הגעה למצב של "דד-לוק", דהיינו מבוי סתום שבו החברה אינה מסוגלת לתפקד ברגיל (ראו והשוו: רע"א 2903/13 אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שקדי, פסקה 53 לפסק דינה של המשנה לנשיא מ' נאור (27.8.2014)).

87. חשוב להדגיש: אין מדובר במצב של נתק זמני או סכסוך נקודתי, אלא במבוי סתום שבו לא מתאפשר כל שיח בין הצדדים. לפיכך, השארת המצב על כנו, אף מבלי להידרש לשאלת החוקיות, אינה מאפשרת את ניהולה התקין של החברה, על בסיס של תהליכי עבודה סדורים. הדבר עלול לפגוע בחברה ובשותפות, וכן בצדדים שלישיים. במובן זה ההסכמים אינם בני-ביצוע. על כך יש להוסיף, ומבלי לקבוע מסמרות, כי הקשיים המעשיים הכרוכים בשימור המערכת ההסכמית מתעצמים בענייננו אף בהינתן השינויים שחלו לאחר מתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי, כעולה מסיכומי טענות המשיבים. הדברים אמורים בשים לב לתיקונו של הסכם השותפות על רקע גיוסי הון מציבור המשקיעים, תוך קביעתם של מנגנוני ניהול וקבלת החלטות חדשים. בנסיבות אלו ברי כי היענות לבקשתו של לוסקין כך שהמערכת ההסכמית תיוותר על כנה מעוררת קשיים ביצועיים של ממש, ואף עלולה לחייב מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית המשפט (ראו גם: סעיף 3(3) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות)).

88. מעבר לכך, השארת המערכת ההסכמית ללא כל שינוי מעלה חשש מפני פגיעה ממשית בקבוצת בן דוד, עד כדי קיפוחה. אומנם, אין מדובר במצב "קלאסי" של קיפוח המיעוט, מכיוון שקבוצת בן דוד מהווה קבוצת הרוב בקרב בעלי המניות. אולם, מצב שבו ההחלטות המהותיות בחברה היו מתקבלות על-ידי לוסקין לבדו, ובפרט, לנוכח פערי האמון בין הצדדים, עלול היה להוביל לכך שקבוצת בן דוד תודר הלכה למעשה מקבלת החלטות בחברה. במצב זה אף שהייתה נשארת "בעלת המאה", הרי שלא הייתה לה כל אפשרות להיות "בעלת הדעה" ובפועל הייתה נעדרת השפעה על הנעשה בחברה. מצב זה טומן בחובו גם היבטים שונים של בעיית הנציג בדיני תאגידים (ראו בכלליות: זוהר גושן "בעיית הנציג" כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים" 90 זיכרון לגואלטיארד פרוקצ'יה 239 (1997); אירית חביב-סגל, דיני חברות כרך א 502-503 (2007) (להלן: חביב-סגל, דיני חברות א)).

89. על כך נוספים כאמור קשיים משמעותיים במישור המשפטי, בכל הנוגע לחוקיות המערכת ההסכמית. כפי שכבר צוין, קביעת מנגנון שמקנה שיקול דעת בלעדי לדירקטור אחד בלבד מעוררת קושי לא מבוטל בהתייחס לעקרון שיקול הדעת העצמאי של יתר הדירקטורים. נסיבות המקרה שבפנינו מדגימות היטב את הקושי: נראה שזכותו של לוסקין לקבל החלטות לבדו בקשת רחבה של "עניינים מקצועיים" שוללת למעשה מיתר חברי הדירקטוריון את היכולת להפעיל שיקול דעת עצמאי. הדברים אמורים ביתר שאת בשים לב לפרשנותו המרחיבה של לוסקין ביחס להיקף הסוגיות הנופלות בגדר "עניינים מקצועיים". אכן, כפי שכבר צוין, ניתן להתנות על אופן ההכרעה בדירקטוריון ועל המשקל שיש לתת לכל קול בהצבעות הדירקטוריון. אולם, בענייננו, לפי המערכת ההסכמית, למרבית הדירקטורים (ולמעשה, לאף אחד מלבד לוסקין), לא הייתה כלל יכולת להשפיע על קבלת החלטות בסוגיות מקצועיות. במובן זה, דומה כי הדבר אינו עולה בקנה אחד עם החובה להפעיל שיקול דעת עצמאי (ראו בכלליות: עניין בוכבינד, ממנו עולה שהתנערות מהפעלת שיקול-דעת עסקי מהווה התרשלות. ראו גם: חביב-סגל, דיני חברות א, בעמ' 502-503; גרוס, עידן הממשל התאגידי, בעמ' 189-190; עלי בוקשפן "עשרים ומאה שנים לשאלת תכלית החברה – הצעה להתאמת סעיף 11 לחוק החברות לעידן התאגידי המודרני" המשפט כו 141, 160-170 (2020)).

90. כאמור, במקרה דנן איני נדרשת להכריע האם היה די בקשיים האמורים מהיבטו של שיקול הדעת העצמאי כדי להפוך את המערכת ההסכמית לבלתי חוקית. זאת, בהתחשב בעובדה כי בענייננו קיים קושי חריף עוד יותר במישור המשפטי, הנובע מחקיקתו של תיקון מס' 5 והחובות שהוא מטיל ביחס לכהונתם של דח"צים. אומנם, עסקינן בחברה פרטית, ולפי סעיף 93 לחוק החברות זו יכולה לקבוע שהדירקטוריון שלה

יכלול דירקטור אחד בלבד (ראו: עניין בכור, בפסקה 18; גרוס, חוק החברות, בעמ' 513-514). אולם, לנוכח תיקון מס' 5, חברה פרטית שהיא השותף הכללי בשותפות מוגבלת ציבורית אינה יכולה עוד לנהל דירקטוריון בן דירקטור אחד בלבד. כמו כן, כאמור, תיקון מס' 5 מחייב עתה מינויים של דח"צים (למצב דברים דומה, שבו נדרשה התאמה של המבנה התאגידי לשינויים רגולטוריים, ראו והשוו: ה"פ (מחוזי מרכז) 22055-09-10 לעתיד – חברה לניהול קרנות פנסיה בע"מ נ' זקס (6.2.2013)).

91. כפי שצוין, הוראותיו של חוק החברות אמנם מבהירות כי הדח"צים עשויים להיות מיעוט בדירקטוריון, אך הן אינן מאפשרות לאיין כליל את השפעתם על קבלת ההחלטות של החברה. הסמכתו של דירקטור אחד לקבל החלטות בעניינים מקצועיים בגפו מרוקנת מתוכן את תפקידם של הדח"צים בחברה ומשאירה אותם "חיצוניים" לנעשה בחברה ללא אפשרות מעשית להשפיע על כך. הדברים אמורים ביתר שאת לנוכח העובדה שסעיף 100(b) מקנה זכות "וטו" רק לדירקטורים שאינם דח"צים. מצב זה עלול אף להעצים את בעיית הנציג, כאשר האינטרסים של הדירקטור המקבל את ההחלטות בגפו שונים מהאינטרסים של יתר בעלי מניות ושל הציבור הרחב הנהנה מהצלחתה של השותפות. במקרה דנן, המצב עלול לגרום לפגיעה משמעותית בבעלי יחידות ההשתתפות.

92. המסקנה המתבררת מן הדברים היא, כי לכל הפחות לאחר תיקון מס' 5, הסכם בעלי המניות שקובע כי דירקטור אחד בלבד יקבל לבדו את החלטותיה של החברה בסוגיות מרכזיות לפעילותה אינו יכול להיחשב חוקי. מה אפוא דינו של הסכם מסוג זה, שנכרת קודם לתיקון מס' 5? האם יש לראות בו בהכרח חוזה בלתי חוקי? או שמא יש מוצא ממסקנה זו על דרך פרשנות "מקיימת" שלו, כלומר פרשנות שמזריקה לתוכו תוכן התואם את דרישות הדין?

93. כידוע, סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), שעניינו ב"חוזה פסול", קובע כי "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל" (ההדגשה הוספה – ד' ב' א). בהקשר זה יש להדגיש כי בהתאם להוראות סעיף 17 לחוק החברות "דין התקנון כדין חוזה בין החברה ובין בעלי מניותיה ובינם לבין עצמם". בהתאם לכך, גם בהקשר התאגידי, במקרים שבהם תיקון אי-החוקיות במסמכי החברה אינו אפשרי, או שהחברה אינה מעוניינת בתיקון שכזה, פגם זה יכול להוות עילה לפירוק החברה (ראו למשל: פרוקצ'יה, בעמ' 104). בענייננו, מדובר למעשה במערכת הסכמית שחלק מהיבטיה הפכו לבלתי חוקיים רק ברבות הזמן על רקע שינויי החקיקה שתוארו. יוער כי ביחס לסיווגה של אי-

חוקיות מאוחרת מסוג זה הובעו בעבר עמדות שונות (ראו: ע"א 10782/03 אגרקסקו חברה ליצוא חקלאי בע"מ נ' בית אריזה אביב לפרחים בע"מ, פסקה 20 (22.9.2004); רע"א 10487/07 עמידר החברה הלאומית לשיכון בישראל בע"מ נ' חי, פ"ד סג(3) 795, 832-834 (2010) (להלן: עניין עמידר). כן ראו והשוו: גד טדסקי "הסכמי המינהל הציבורי עם הפרט" משפטים יב 227, 231 (תשמ"ב); עופר גרוסקופף "חוזה פסול" חוזים כרך ג 473, 476 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003) (להלן: גרוסקופף, "חוזה פסול"); גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 636-637 (מהדורה רביעית, 2019) (להלן: שלו וצמח)). כשלעצמי, אני נוטה לעמדה הגורסת כי אף חוזה כזה נופל לגדר הקטגוריה של "חוזה פסול". זאת, על יסוד פרשנות תכליתית של סעיף 30 לחוק החוזים (ראו: עניין עמידר, בעמ' 834). עם זאת, ולמעלה מן הצורך, אוסיף כי אף הגישה החלופית הרואה בחקיקה מאוחרת מסוג זה משום סיכול של החוזה המקורי (להבדיל מסיווגו כחוזה בלתי חוקי), מובילה לטעמי למסקנה שבנסיבות העניין המערכת ההסכמית אינה ניתנת לאכיפה, כפי שמורה סעיף 18 לחוק התרופות.

94. אכן, לצד הדין החל על חוזה בלתי חוקי, יש לזכור גם את כלל הפרשנות הקבוע בסעיף 25(ב) לחוק החוזים, לפיו "חוזה הניתן לפירושים שונים, פירוש המקיים אותו עדיף על פירוש שלפיו הוא בטל". אם כן, יש להוסיף ולשאול האם ניתן לפרש את המערכת ההסכמית המקנה זכות החלטה בלעדית לדירקטור באופן מקיים?

95. אני סבורה שלא ניתן להשיב על שאלה זו בחיוב. אמנם, בכל הקשור להוראות סעיף 113 לתקנון, ניתן להציע פרשנות מקיימת לפיה הסעיף אינו כולל זכות מהותית של לוסקין לאשר כל תשלום של החברה, אלא כי הוא פרוצדורלי בעיקרו. הצעה דומה נכללה בחוות הדעת. כמו כן, ניתן לומר – בזהירות המתבקשת – כי גם בהקשר לסעיף 100(b) קיימת אפשרות סבירה להציע פרשנות מקיימת לפיה זכות "וטו" תוענק לכלל הדירקטורים, כלומר גם לדח"צים. פרשנות שכזו חותרת לביטול הפגיעה בדח"צים, מבלי לאיין את אפשרותם של יתר הדירקטורים (שמייצגים את בעלי המניות בחברה) למנוע קבלת החלטות דרסטיות ללא הסכמתם. דא עקא, קשה להציע פרשנות מקיימת לסעיף 100(a) לתקנון שכזכור מקנה ללוסקין זכות החלטה בלעדית בעניינים מקצועיים. ייתכן שניתן היה לנסות ולעשות כן, למשל, תוך קביעת מנגנון שבמסגרתו תוטל על לוסקין חובה להיוועץ עם יתר הדירקטורים בטרם יקבל החלטותיו בעניינים אלה או להגדיר רשימה "סגורה" יותר של עניינים מקצועיים. אולם, קיים קושי של ממש באימוץ פרשנויות אלה בנסיבות שבהן ברור כי אינן משקפות את הסכמתם המקורית של הצדדים. מכל מקום, פתרונות מסוג זה אפשריים רק אם שורר אמון בסיסי בין הצדדים והם חולקים רצון כן לעבוד ביחד: חובת היוועצות אינה פותרת את המצב המורכב אם לא שורר אמון

בין הצדדים, שכן היוועצות שכזו – גם אם תיעשה – סביר להניח שלא תהיה "בלב פתוח ובנפש חפצה". גם האפשרות להגדיר "ברחל בתך הקטנה" אותם עניינים מקצועיים שנתונים לשיקול דעתו הבלעדי של לוסקין, אינה מעשית כאשר לא שורר אמון בין הצדדים, וסביר להניח כי במצב זה לא רחוק היום שבו ינקטו הצדדים הליכים משפטיים נוספים, באמתלות שונות. בנסיבות העניין ולנוכח הקשיים המעשיים המשמעותיים שתוארו לעיל, נראה שפתרונות אלה אינם מתאימים. אם כן, ללא אמון בסיסי, במצב שבו "איש את רעהו חיים בלעו" (משנה, אבות ג, ב), המשך פעילותה של החברה במתכונת המשותפת איננה אפשרית – לנוכח חשיבותו של סעיף 100(a) במערכת ההסכמית בין הצדדים. מסקנה דומה מתקבלת גם כאשר לסעיף 1.2 להסכם בעלי המניות.

96. משאלה הם פני הדברים, מתעוררת השאלה האם ניתן, למצער, להותיר את המערכת ההסכמית על כנה תוך "הפרדה" בין החלק הבלתי חוקי לבין שאר חלקיה. כידוע, סעיף 19 לחוק החוזים מאפשר לבטל רק חלק מהסכם שלגביו נוגעת עילת הביטול כאשר זה ניתן להפרדה, וסעיף 31 לחוק החוזים מחיל הסדר זה גם על מצבים של אי-חוקיות (ראו: בר"ם 1245/15 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה גבעתיים נ' נוה שוסטר בע"מ, פסקאות 54-55 (16.12.2019); ע"א 7379/18 יצחקי נ' יצחקי, פסקה 30 (18.12.2019)). ראו גם: גרוסקופף, "חווה פסול", בעמ' 579-580; שלו וצמח, בעמ' 451-455). דא עקא, במקרה זה לא ניתן להפריד את המערכת ההסכמית. זכויות היתר שניתנו ללוסקין היו חלק בסיסי במערכת היחסים בין הצדדים. הן נבעו מיכולותיו המקצועיות, כמו גם מהעובדה שאת מרבית הממון להקמת החברה הביאה קבוצת בן דוד, כך שבאופן טבעי הפך לוסקין להיות בעל מניות המיעוט. כוחו של לוסקין לקבל החלטות בסוגיות מקצועיות היה חלק אינטגרלי מן המערכת ההסכמית, ולמעשה נחשב למעין "עקרון היסוד" שלה. כפי שקובע סעיף 19 לחוק החוזים: "אם יש להניח שהצד הרשאי לבטל לא היה מתקשר בחוזה לולא העילה, רשאי הוא לבטל... את החוזה כולו". במקרה זה ניתן להתרשם שלוסקין לא היה נכנס לעסקה הכרוכה בהתאגדות ללא זכויות היתר שהוגדרו במערכת ההסכמית.

97. למעשה, השארת המערכת ההסכמית ללא הסעיפים שמבטיחים את השפעתו של לוסקין על קבלת ההחלטות, תהפוך אותו לבעל מניות מיעוט "רגיל". כך, עולה חשש מקיפוח המיעוט במובן הקלאסי שלו. הדבר מועצם גם לנוכח החלטות הדירקטוריון והאסיפה הכללית אשר הובילו לדילול אחזקותיו של לוסקין בחברה. אין ערובה לכך שדילול שכזה לא יישנה בעתיד. זאת ועוד: אף אם לא יישנה, הדילול החד-פעמי יצר מצב שבו לקבוצת בן דוד רוב מיוחס לשינוי התקנון כראות עיניה. בהקשר זה יוער כי העובדה שהצדדים פעלו בהרמוניה במשך כ-20 שנים אינה מעידה על כך שהמערכת

ההסכמית היא בת-ביצוע במצב הדברים הנוכחי וביחסים המורכבים ששוררים בין הצדדים, אולם היא בהחלט מעידה על הציפיות הסבירות של לוסקין – אשר נבנו לאורך זמן, שפגיעה בהן עשויה להיות קיפוח.

98. בפסיקה נקבע כי יש לבחון את קיפוח בעלי המניות גם מהפריזמה של סיכול הציפיות הסבירות של הצדדים (ראו למשל: ע"א 275/89 דוידזון נ' אורנשטיין, פ"ד מו(1) 125, 130-131 (1991); ה"פ (ת"א) 2113/94 צנה בע"מ נ' פולן בע"מ, פסקאות 47-49 (25.6.1997); רע"א 9646/04 חסקי אלון ייזום בניה והשקעות בע"מ נ' אריה מיכלסון חברה לייזומות בע"מ, פ"ד נט(3) 380 (2005) (להלן: עניין חסקי אלון); ע"א 7798/17 ליטה ניהול נכסים ומימון בע"מ נ' גני באר שבע בע"מ, פסקה 21 (18.4.2019); ע"א 4588/19 קרדוש-סאלם נ' חברת קרדוש ושות' בע"מ, פסקה 16 (20.4.2021); ראו גם: גרוס, חוק החברות (370-369). במקרה דנן ביטול המערכת ההסכמית פוגע בצורה ניכרת בציפיותיו הסבירות של לוסקין בכל הנוגע למעורבותו בקבלת ההחלטות בחברה, ולפיכך מעיד על קיפוחו. על כן, לא ניתן להסתפק ב"סעד" שנגזר מפסק דינו של בית המשפט המחוזי, כמוסבר בהמשך. אולם, לדיון בשאלת הסעד יש להקדים דיון ב"צד השני של המטבע", דהיינו התנהלותה של קבוצת בן דוד. לכך אעבור כעת.

אי-תקינות ההחלטות שהתקבלו בנושא הקצאת ההון ותוצאותיה

99. אין באמור עד כאן כדי ללמד שהכול שפיר ותקין מהיבטה של קבוצת בן דוד. אדרבה, התנהלותה של זו מעוררת אף היא קושי לא מבוטל – לא רק במישור קיפוחו האפשרי של לוסקין, אלא גם במישור החוקיות של חלק מהצעדים שבהם נקטה הקבוצה, הכל כמפורט להלן.

100. אומנם נקודת המוצא לענייננו היא כי בהתאם לסעיף 20(א) לחוק החברות חברה רשאית לשנות את תקנונה באמצעות החלטת אסיפה כללית, וברוב רגיל, אלא אם נקבע בתקנון כי דרוש לשם כך רוב אחר. כך, במקרה דנן התקנון שותק בהקשר זה. אולם, החברה התאגדה לפני חקיקתו של חוק החברות, כך שהיא כפופה, כפי שהובהר לעיל, לאמור בסעיף 24(3) לחוק החברות. לכן, היא רשאית לשנות הוראות הקבועות בתקנון רק בהחלטות שמתקבלות באסיפה הכללית ברוב של 75%. הדבר מוסכם גם לפי חוות הדעת וגם לפי קביעתו של בית המשפט המחוזי.

101. בטרם שונה התקנון, החזיקה קבוצת בן דוד 73.33% ממניות החברה, ולכן לא יכולה הייתה להשיג את הרוב הדרוש לשינוי התקנון ללא הסכמתה של קבוצת לוסקין.

מכשול זה הוסר רק לאחר קידומה של הקצאת המניות על-ידי קבוצת בן דוד כנגד הלוואת הבעלים שניתנה לשותפות. בדרך זו, לאחר הקצאת המניות חלקה של קבוצת בן דוד, עמד לכאורה על כ-75.99% מהמניות, וכך היה ביכולתה, כביכול, לשנות את התקנון אף ללא הסכמתו של לוסקין.

102. אולם, בחינה של השתלשלות הדברים מלמדת על פגמים משמעותיים לכאורה שנפלו בהליך שליווה את קבלת ההחלטות. כפי שכבר הוזכר, סעיף 288(א) לחוק החברות מגדיר כי הסמכות להנפיק מניות ולהקצותן נתונה לדירקטוריון החברה, ולא לאסיפה הכללית (ראו: ע"א 6041/15 האמה בע"מ נ' מולד, פסקה 15 לפסק דינו של השופט דנציגר (25.9.2016)). בשים לב לכך, קיים בענייננו קושי של ממש בעובדה כי ההחלטה הראשונית להקצות מניות כנגד הלוואת הבעלים התקבלה בסופו של יום על-ידי האסיפה הכללית (בהחלטתה מיום 16.2.2016 שנזכרה לעיל). זאת לאחר שהחלטת הדירקטוריון שקדמה לה, מיום 31.1.2016, כללה התייחסות למתן ההלוואה בלבד, ללא אזכור להקצאת המניות וכן לסוגייה של קביעת שווי החברה לצורך ביצוע הקצאה שכזו.

103. כלומר, כאשר לא היה לה הרוב הנדרש לשינוי התקנון, קיבלה קבוצת בן דוד – בהליך המעורר על פניו קושי רב – החלטה להקצות לה מניות באופן שדילל את אחזקותיו של לוסקין והעלה את אחוז המניות שלה מעל ל-75%. כך, התאפשר לה לשנות את התקנון. מצב דברים זה מעורר מטבעו חשש לדילול אסור שיש בו להקים, כפי שהוכר בפסיקה ובספרות, טענה לקיפוח המיעוט (ראו: ע"א 3432/17 טופז (יוכט) נ' יוכט, פסקה 25 (16.4.2020) (להלן: עניין טופז); חביב-סגל, דיני חברות א, בעמ' 610).

104. על כך יש להוסיף בקצרה כי אף בראי המערכת ההסכמית קיים פגם באופן התנהלותה של קבוצת בן דוד. כפי שצויין, בהסכם בעלי המניות נקבע כי במקרה שבו צד מסוים יבקש להימנע מהשקעה נוספת בשותפות, יהיה על הצדדים להוסיף ולקבוע בהסכם את האופן שבו ישתנו זכויותיהם בחברה בשל כך. צעד שכזה כלל לא נעשה בענייננו.

105. הטענה העקרונית של קבוצת בן דוד, כי קיימת חובה חוקית לשנות את התקנון בשל השינוי במצב המשפטי, אינה מתירה לה "לעשות שבת לעצמה". במצב שכזה, היה על קבוצת בן דוד לפנות לבית המשפט כדי שיכריז על כך שהסעיפים אינם חוקיים ולכן בטלים וייתן הנחיות להמשך הפעולות הנדרשות במצב זה, חלף נקיטת צעדים חד-צדדיים תוך ניצול כוחה היחסי. הדבר אמור גם בשים לב לכך שהמרצת הפתיחה שהגישה קבוצת בן דוד, ובה היא עתרה לכך שבית המשפט המחוזי יכריז על אי חוקיותו של

התקנון, הוגשה יום אחד בלבד לפני החלטת האסיפה הכללית להקצות לה מניות. ברור אפוא שהיא לא המתינה למיצוי ההליך המשפטי בטרם פעלה לשינוי המערכת ההסכמית באופן שמעורר על פניו קושי.

106. במצב הדברים הרגיל היה בפגמים האמורים כדי להשליך על תוקפן של ההקצאות האמורות. אף על פי כן, אני סבורה כי במכלול נסיבותיו הקונקרטיות של המקרה דנן התוצאה היא שונה, מן הטעמים שיפורטו להלן.

107. לצד התנהלותה הבעייתית של קבוצת בן דוד, אני סבורה כי יש לתת משקל של ממש להתנהלותה של קבוצת לוסקין לאורך השלבים השונים של אישור ההקצאות ולאחר מכן. אני סבורה כי יש בה לעורר חשש לחוסר תום לב, המונע העלאת טענות על-ידה בעניין. זאת, בשים לב לתהיות ולסימני השאלה שאף פורטו בהקשר זה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. כך, למעשה, בטיעוניה של קבוצת לוסקין אין התמודדות עם הקשיים הכלכליים שריחפו מעל השותפות והשלכותיהם על הצורך בהזרמת הון דחופה. זאת בהינתן האפשרות שלולא הזרמת ההון הייתה השותפות מתדרדרת עד כדי מצב של חדלות פירעון. בהקשר לכך יש לתת משקל לקביעותיו של בית המשפט המחוזי לפיהן קבוצת לוסקין לא עמדה בנטל להוכיח כי הקצאות המניות בוצעו בתנאים שאינם סבירים או כי ניתן היה לקבל את המימון הנדרש לשותפות בדרך אחרת או בתנאים טובים יותר. בית המשפט המחוזי אף קבע כי קבוצת לוסקין לא הציגה ראיות באשר לניסיון כלשהו שנעשה מטעמה לצורך מציאת מימון חלופי ממשקיע אחר. יתרה מכך, דומה כי גם בשלב הנוכחי לקבוצת לוסקין אין מענה לתוצאות הקשות העלולות להיגרם אם יבוטלו ההקצאות שבוצעו. זאת, בשים לב לאפשרות כי הדבר עלול לחייב את השבת הכספים שניתנו כנגדן. הדברים אמורים ביתר שאת בשלב זה, שבו כבר בוצע גיוס הון נוסף מהציבור לאחר שינויו של התקנון ובהסתמך עליו. הקושי בהקשר זה מתחדד בהינתן העובדה כי לאורך שלבי ההליך עלה כי לוסקין היה מודע היטב למצבה הקשה של השותפות, שהוביל כאמור לצורך דחוף בהזרמת כספים. זאת ועוד, כפי שציין בית המשפט המחוזי, לוסקין אף לא התנגד להחלטה המקורית שעניינה מתן ההלוואה לשותפות, הגם שלא הוסיף ובירר מה יהיו תנאיה. בהקשר זה יש לשוב ולציין כי ללוסקין אף ניתנו הזדמנויות שונות לקחת חלק במתן ההלוואות תוך שמירה על שיעור אחזקותיו.

108. אם כן, בנסיבות המתוארות לעיל, קשה להלום את טענותיה של קבוצת לוסקין כנגד תוקפן של ההקצאות, בד בבד עם אי-התמודדותה, ולמעשה שתיקתה הנמשכת, ביחס לכלל ההיבטים האמורים. התנהלות שכזו עולה עד כדי שימוש בזכות בחוסר תום

לב ויש בה לעורר קשיים לא מבוטלים אף בראי החובות המוטלות על קבוצת לוסקין כלפי החברה והשותפות.

109. התוצאה המתחייבת לאורו של עקרון תום הלב מתחזקת נוכח קביעותיו הברורות והמפורטות של בית המשפט המחוזי, כי אף שהליך הקצאת המניות הוביל לדילול מניותיו של לוסקין, הוא נועד בעיקרו לקידום טובת החברה מתוך רצון עסקי לאפשר את המשך פעילותה של השותפות (ראו גם: ע"א 667/76 ל. גליקמן בע"מ נ' א. מ. ברקאי חברה להשקעות בע"מ, פ"ד לב(2) 281 (1978); ע"א 54/96 הולנדר נ' המימד החדיש תוכנה בע"מ (המימד הרביעי תוכנה בע"מ), פ"ד נב(5) 673, 699 (1998)). זאת, על רקע המצב הכלכלי המורכב שאליו נקלעה השותפות ובהינתן קשיים נטענים לקבלת אשראי בנקאי בנסיבות אלו. לכך גם יש להוסיף את טענתה של הנהלת השותפות לפיה היא זו שיזמה את הפנייה בבקשה להזרמת הון דחופה.

110. ראוי לציין גם פעולות מאוחרות יותר של הדירקטוריון אשר יש בהן להשליך על חומרת הפגמים המתוארים. בפרט, כפי שצוין בהרחבה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, יש לתת את הדעת על מסמך האישור שהוגש על-ידי כלל הדירקטורים בשותפות (למעט לוסקין), לרבות הדירקטורים החיצוניים והדירקטור הבלתי תלוי, וצורך לתשובת השותפות להמרצת הפתיחה שהגישה קבוצת לוסקין (ראו נספח ה' לכתב התשובה של השותפות לה"פ 16-09-68535). אכן, מסמך זה אינו ערוך כפרוטוקול רשמי של ישיבת דירקטוריון סדורה. אולם, מתוכנו עולה כי הדירקטורים "מאשרים ומאשרים בזה את כל הקצאות ההון שנעשו בחברת השותף הכללי ואת העמדת ההלוואות המזכות לשותפות וכי בהחלטתנו אנו רואים למול עינינו את טובת השותפות" (שם). במסמך זה נכללה אף התייחסות לטענותיה של קבוצת לוסקין ובמסגרתו הצטרפו הדירקטורים לטיעונים שפורטו בתשובת השותפות, שבה הודגש הצורך הדחוף בהזרמת הון על מנת לשמר את פעילות השותפות. כאן המקום להעיר, כפי שאף צוין בפסק הדין, כי כאשר נשאל לוסקין במסגרת חקירתו הנגדית האם הוא מודע לאמור בתשובת השותפות לעניין ההקצאות, לרבות במסמך האישור האמור, הוא השיב "זה לא עניין אותי כ"כ" וכי הוא "לא מכיר אותו" (פרוטוקול הדיון מיום 28.9.2017, עמ' 35, שורות 18-20). אף בכך יש לעורר סימני שאלה ביחס להתנהלותו. לצד האמור אוסיף עוד, כי מנקודת מבטי, מסמך האישור הנזכר לבדו לא היה מטה את הכף לטובת הכשרת תוקפן של הפעולות שבוצעו. זאת, בין היתר, בשים לב לכך שאין מדובר בהחלטה סדורה שהתקבלה בדירקטוריון ובהינתן הקושי להכיר בנסיבות אלו באישור בדיעבד של הליכי ההקצאה. עם זאת, לנוכח יתר הטעמים שפורטו לעיל, מצאתי שלא להתערב במסקנתו של בית המשפט המחוזי לפיה אין מקום להורות על בטלותן של ההקצאות.

111. מסקנתי היא אפוא זאת: בית המשפט המחוזי עשה כברת דרך משמעותית ונכונה עת קבע כי המערכת ההסכמית, וחלק מההסדרים התקנוניים המבוססים עליה, אינם בני-ביצוע וכן כי לא ניתן לבטלם ביטול חלקי. בצדק הצביע בית המשפט המחוזי על כך שהתנהלות שני הצדדים אינה חפה מבעיות, בלשון המעטה. אולם, אין בידי לקבל את קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה משבטלה המערכת ההסכמית, החברה יכולה להמשיך ולפעול מבלי שנדרש סעד שיפוטי נוסף.

112. חרף הפגמים בהתנהלותה של קבוצת בן דוד, התוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי מיטיבה עמה, בעוד לוסקין נותר בפני שוקת שבורה, לאחר שניטלו ממנו המנגנונים שנועדו להגן עליו. מבחינתו של לוסקין, הסעד שניתן בבית המשפט המחוזי (או למעשה – הסעד שלא ניתן) הוא בעייתי אף יותר ממצב שבו היו מבוטלים רק הסעיפים שנמצאו כמנוגדים לחוק (ובפרט סעיף 100(a) לתקנון וסעיף 1.2 להסכם בעלי המניות). משמעות הדברים היא השארתו כמיעוט בחברה תוך שנשללו ממנו כלל "זכויות היתר" שנועדו להגן על האינטרסים שלו. אפשר אף לומר, כי מבחינתה של קבוצת בן דוד, בית המשפט המחוזי העניק לה יותר משביקשה. קבוצת בן דוד עתרה במסגרת המרצת הפתיחה שהגישה לסעד של היפרדות, דרך התמחרות. בית המשפט המחוזי שלל את סעד ההיפרדות מסיבות שונות, אך בסופו של דבר הכרעתו מאפשרת לקבוצת בן דוד, שהיא קבוצת הרוב, לפעול ככל העולה על רוחה.

113. בית המשפט המחוזי קבע כי במקרה דנן אין מדובר ב"מעין שותפות", ולפיכך בחר שלא להורות על הפרדת כוחות של הצדדים. בעשותו כן אבחן בית המשפט המחוזי את ענייניו מהמקרה שנדון בעניין אדלר (ראו: ע"א 8712/13 אדלר נ' לבנת (1.9.2015) (להלן: עניין אדלר)), שבו נקבע בין השאר כי הפרדת כוחות בין השותפים בחברה אפשרית במקרים של אובדן אמון בין צדדים בחברה שמהווה "מעין שותפות". בית המשפט המחוזי קבע כי לו היה המבנה התאגידי וההסכמי בין הצדדים נותר על כנו, היה מקום לקבוע כי מדובר ב"מעין שותפות" ובהתאם לפעול לפני העקרונות שהותוו בעניין אדלר. אולם, בית המשפט המחוזי קבע לבסוף כי אובדן האמון בין הצדדים הוביל לביטול המערכת ההסכמית, כך שהיום אין מדובר עוד ב"מעין שותפות". אני סבורה כי קביעה זו אינה יכולה לעמוד.

114. ראשית, בית המשפט המחוזי קבע כי "אין קבוצת בן דוד יכולה לאחוז בחבל משני קצותיו, כאשר בצד האחד טענותיה בדבר ההצדקה בביטולה של אותה מערכת

הסכמית ושינוי התקנון, ובצד האחר – הישענות על אותה מערכת הסכמים ויחסים בין הצדדים כטעם להכרה בשותף הכללי כמעין שותפות" (פסקה 236). אלא שבית המשפט המחוזי נתן לקבוצת בן דוד סעד שמייטיב עמה יותר מהסעד שלו עתרה, ושעליו מתח ביקורת. למעשה, דחיית טענתה של קבוצת בן דוד כי מדובר ב"מעין שותפות", במקביל להכשרת פעולותיה שהובילו לדילולו של לוסקין ולהדרתו וקביעה כי החברה יכולה עתה להמשיך ולפעול ללא איזונים, היא שמאפשרת לאחוז בחבל משני קצותיו.

115. שנית, לא ניתן לקבוע כי היעדר האמון כשלעצמו ביטל את מאפייניה של החברה כ"מעין שותפות". גם מקרים אחרים, כמו עניין אדלר ועניין טופז הנזכרים לעיל, עסקו במצבים שהוגדרו כ"מעין שותפות" חרף העובדה שהאמון בין הצדדים נמוג. זהו בדיוק גם המקרה שבפנינו. כמו כן סביר להניח שכל עוד הדברים מתנהלים "על מי מנוחות" ויש אמון, חברות שמהוות "מעין שותפות" כלל לא יגיעו להתדיינות בבית המשפט. מכל מקום, בפסיקה הוצעו מבחני עזר שנועדו לסייע בבירור השאלה אם אכן מדובר ב"מעין שותפות" ובכללם: "האם פעילות החברה מאופיינת ביחס אישי בין בעלי המניות, הכרוך באמון הדדי; האם יש הבנה בין בעלי המניות אודות ניהול משותף של עסקי החברה; האם בעלי המניות החליטו להטיל הגבלות על העברת המניות בחברה; מהו מספר בעלי המניות; ומהם יחסי אחזקותיהם". עוד נקבע כי אין מדובר ברשימה סגורה (ראו: עניין אדלר, בפסקה 77 לפסק דינו של השופט דנציגר; ראו גם: עניין 1910, בפסקה 25).

116. יישומם של מבחני העזר הללו בענייננו מוביל למסקנה ברורה כי מדובר בחברה שהיא "מעין שותפות". החברה כללה שני מחנות ברורים והתנהלה כך במשך כעשרים שנים, תוך התבססות על קשר אישי עמוק בין הצדדים, שהיה כרוך באמון הדדי. בין הצדדים הייתה הבנה בנוגע לניהול המשותף של החברה ובנוגע לחלוקת התפקידים; מספרם של בעלי מניות היה קטן ואף נקבעו הגבלות שונות בנוגע להעברתן של המניות. כל אלה ועוד לא משאירים ספק. משראינו כי מדובר בחברה שהיא "מעין שותפות", הרי שמשבר האמון הדרמטי בין הצדדים מצדיק היפרדות. כפי שצינתי, לא ניתן להשאיר את המצב ההסכמי ללא שינוי מסוים, הן במישור המעשי והן במישור המשפטי, מה גם שלא נראה כי משבר האמון בין הצדדים צפוי להיפתר בקרוב, או בכלל – בשים לב לניסיונות רבים של גישור והידברות שהעלו חרס בידם. יחד עם זאת, ביטול גורף של כל המערכת ההסכמית צפוי לקפח את לוסקין – בין אם למול הציפיות הסבירות שלו, ובין אם בשל יצירת מארג תאגידי שיאפשר את המשך דילול אחזקותיו – ונראה כי כבר הוביל לקיפוחו בפועל.

117. אף מבלי להוכיח קיפוח בפועל, באובדן האמון טבוע חשש מובנה מפני קיפוח אפשרי גם בהתנהלותה העתידית של החברה (ראו: עניין אדלר, בפסקה 4 לפסק דיני). הדברים נאמרים אף בשים לב לפערי הממון בין הצדדים. לא מן הנמנע כי בעתיד יידרשו לשותפות משאבים נוספים, והדרך היחידה לגייס כספים שיהיו חיוניים להישרדותה תהיה הקצאת מניות נוספות.

118. מהו אפוא הסעד הראוי שיאפשר להביא את הפרשה הארוכה שבפנינו לסיימה? לו דעתי תישמע, אציע לחבריי להורות על סעד של היפרדות, לפי סעיף 191 לחוק החברות. במצב שבו לא שורר אמון בין הצדדים, יכולתם להמשיך לפעול בשותפות בהפעלת החברה אינה קיימת, כך שאין מנוס מלהורות על היפרדותם (ראו: עניין אדלר, בפסקה 4 לפסק דיני; ע"א 2786/18 בכר נ' קופרלי, פסקה 55 (30.12.2021)). בהקשר זה יובהר שסעד של פירוק החברה כשלעצמו, הוא סעד קיצוני מאוד, כך שעל בית המשפט להימנע מלהורות עליו בטרם מוצו סעדים קיצוניים פחות (ראו למשל: עניין אדלר, בפסקה 84 לפסק דינו של השופט דנציגר; ע"א 5804/19 ס.ב. ניהול מקרקעין בע"מ נ' תינהב חברה לבניה ופיתוח (1990) בע"מ, פסקה 44 (3.10.2021) (להלן: עניין תינהב)). היפרדות הצדדים אפשר שתיעשה, בין היתר, באופן של רכישה כפויה או של התמחרות הדדית (ראו בכלליות: עניין אדלר, בפסקאות 85-90 לפסק דינו של השופט דנציגר; עניין תינהב, בפסקאות 44-47 וההפניות שם).

119. נשאלת השאלה האם ניתן להורות על סעד זה כאשר הוא לא התבקש במפורש על-ידי לוסקין. תשובתי לכך היא בחיוב. ראשית, שני הצדדים הביעו, לפחות ברמה העקרונית, הסכמה מסוימת לגבי הצורך להיפרד. קבוצת בן דוד עתרה לכך בהמרצת הפתיחה שהגישה. לוסקין אומנם התנגד במסגרת הליך זה להיפרדות, אולם עוד בהמרצת הפתיחה הקודמת שהגיש בפברואר 2015 (ושכאמור, נמחקה בהסכמה לבסוף) הוא העלה את סעד ההיפרדות כסעד חלופי. גם בדיון שהתקיים בפנינו, התרשמתי כי לא תהיה התנגדות נחרצת של לוסקין להיפרדות בתנאים מסוימים, אף שהדבר יהיה בלב כבד, מכיוון שהוא רואה בחברה את מפעל חייו. שנית, עוד בעניין אדלר הובהר כי ניתן להורות על היפרדות גם כאשר סעד זה לא התבקש על-ידי הצדדים (שם), בפסקה 79 לפסק דינו של השופט דנציגר). מקל וחומר, אני סבורה כי יש מקום ליתן סעד זה אף כאשר הוא לא התבקש על-ידי לוסקין מפורשות, אך התבקש על-ידי הצד השני בהליך שהתנהל בבית המשפט המחוזי.

120. בית המשפט המחוזי עמד על כך כי קבוצת בן דוד היא שעתרה לסעד של היפרדות, אך מאחר שהיא קבוצת הרוב בקרב בעלי המניות, אין מדובר במקרה זה

בקיפוח במובנו "הקלאסי". אולם, סעיף 191 לחוק החברות אינו עוסק רק בקיפוח המיעוט, אלא, עניינו בקיפוח באופן כללי. כך, לשון החוק קובעת כי: "התנהל ענין מענייניה של חברה בדרך שיש בה משום קיפוח של בעלי המניות שלה, כולם או חלקם, או שיש חשש מהותי שיתנהל בדרך זו רשאי בית המשפט, לפי בקשת בעל מניה, לתת הוראות הנראות לו לשם הסרתו של הקיפוח או מניעתו" (ההדגשה הוספה – ד' ב' א') (ראו גם: ע"א 6887/03 רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות (20.7.2010)). לפיכך, מעמדה של קבוצת בן דוד כקבוצת הרוב בקרב בעלי המניות אינו סותר, כשלעצמו, את הגולל על פתרון ההפרדות.

121. הדברים אמורים גם בשים לב לכך שסעיף 191 לחוק החברות מהווה הוראת מסגרת רחבה המאפשרת לבית המשפט "מרחב גמישות ושיקול דעת רחב, המאפשר לו להתאים את הפתרון שהוא רואה כצודק ונכון למצב של קיפוח או מצב של 'מבוי סתום' בין בעלי מניות" (ראו: ע"א 6290/17 מגנזי נ' לוי, פסקה 15 (11.2.2018) וההפניות שם. ראו גם: עניין תינהב, בפסקה 43).

122. כמו כן, פסיקתו של בית משפט זה הבהירה כי בחברה שמהווה "מעין שותפות" הציפיות הלגיטימיות של הצדדים משפיעות על מהות הקיפוח (ראו: עניין חסקי אלון, בפסקה 4; עניין אדלר, בפסקה 66 לפסק דינו של השופט דנציגר; עניין 1910, בפסקה 25 (16.4.2020)). ראו גם: גרוס, חוק החברות, בעמ' 375-376. השוו: ע"א 6496/11 סטבון נ' סולומון, פסקה 22 (28.1.2014), שם טענת הקיפוח נדחתה בנסיבות העניין).

123. גם מהפריזמה של פתרון הסכסוך, הסעד הראוי הוא הפרדות. בכל סעד אחר המשך ההתדיינות המשפטית הוא עובדה מוגמרת. לפיכך, ובשים לב לתכליות של יעילות דיונית ושל סיום הסכסוך בין הצדדים באופן בר-קיימא, אני סבורה כי לאחר ניהול הליכים משפטיים במשך כשבע שנים, הגיעה השעה לחתור לסיומם.

124. בהקשר זה יוטעם כי בצדק עמד בית המשפט המחוזי על המורכבות שטמונה באפשרויות ההפרדות השונות בנסיבות העניין. בהקשר של רכישה כפויה, במסגרתה תחויב קבוצת בן דוד לרכוש את מניותיה של קבוצת לוסקין, בית המשפט המחוזי עמד על הקושי שבהערכת השווי של החברה, זאת עקב מאפייניה כעתירת סיכון, וכן העיכוב הרב שעלול להיות כרוך בביצוע הערכה כזו. בהקשר של התמחרות הדדית, עמד בית המשפט המחוזי על המורכבות הנובעת בין השאר מהפערים הכלכליים המשמעותיים בין הצדדים ואף מהפערים בשיעור אחזקותיהם. בית המשפט המחוזי אף הצביע על קשיים שונים באשר לאפשרות להורות על הליך הפרדות בדרך של חלוקה בעין. אכן, מדובר

בקשיים לא מבוטלים. עם זאת, אני סבורה כי ההליכה בדרך ההיפרדות עדיפה בהשוואה לאפשרויות האחרות שהן אפשרויות "קצה" – פירוק החברה, מחד גיסא, או השארת פסק דינו של בית המשפט המחוזי על כנו תוך פגיעה משמעותית בלוסקין, מאידך גיסא. כמו כן, עמדנו על כך ש"חזרה לנקודת ההתחלה", קרי קביעה שהמערכת ההסכמית תקפה אינה אפשרית הן במישור המשפטי והן במישור המעשי.

125. בשלב זה מתעוררת השאלה מהי הדרך שבה יש להורות על היפרדות. אני סבורה כי אין מוצא מהחזרת התיק לצורך כך לבית המשפט המחוזי, בהתחשב בכך שבפנינו לא נשמעו טענות מפורטות באשר לפן היישומי של הדברים. ראוי אפוא שבית המשפט המחוזי יעצב את מתווה ההיפרדות באופן קונקרטי ומפורט. הדברים אמורים בהתחשב ביתרונה של הערכאה הדיונית בהתרשמות בלתי-אמצעית מעדים, ומפני שיש לעדויות אלה חשיבות מכרעת בבחירת האפשרות המועדפת מבין אפשרויות ההיפרדות השונות, שאף אחת מהן אינה מושלמת. זאת לאחר שמיעת טענות הצדדים, בכתב או בעל פה.

126. לפני סיום: פרשת "וזאת הברכה" קשורה בטבורה ל"פרשה" שבפנינו, בשים לב לכך ששמה של החברה, כמו גם שמותיהם של שחקנים נוספים במארג התאגידי, נגזרים מהפסוק שמופיע בפרשה "וּמְרֵאשׁ הַרְרֵי קָדְם וּמִמְגֵד גְּבַעוֹת עוֹלָם" (דברים ל"ג 15). פרשת "וזאת הברכה", שהיא הפרשה האחרונה בתורה, טומנת בחובה, מחד גיסא, ברכות רבות שבהן מברך משה רבנו את שבטי ישראל, ומאידך גיסא, סיום עצוב, שבו משה צופה אל ארץ ישראל בידועו כי לא יזכה להיכנס בה. הפרשה דנן כוללת אף היא סוף עצוב. עסקינן בשותפות שנרקמה לפני קרוב לשלושה עשורים והתקיימה במשך שנים ארוכות. לפרקים, באופן חיובי ומוצלח מאוד, הן ברמה האנושית והן ברמה העסקית. כעת – המסע המשותף הגיע לסיומו. אני תקווה כי למרות ההיפרדות – שהיא בלתי-מנעת במצב הדברים הנוכחי – יזכו המעורבים לצאת איש איש לדרך חדשה, ויישאו ברכה בעמלם.

127. סוף דבר: לו תישמע דעתי, אציע לחבריי לקבל את הערעור בחלקו, במובן זה שהדיון יושב לבית המשפט המחוזי לצורך מתן הוראות אופרטיביות להיפרדות הצדדים, בהתאם לאמור בפסקה 125. במכלול הנסיבות המשיבים 2-4 יישאו, ביחד ולחוד, בהוצאות המערער בסך של 50,000 שקלים.

1. חוות דעת מנומקת ומקיפה כתבה חברתי, השופטת ד' ברק ארז. כמותה, אף אני סבור כי אין הצדקה להתערב בקביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי, ובניתוח הבסיסי שעשה (ראו פסקה 111 לחוות דעתה של חברתי). לצד זאת, בכל הנוגע לסעד האופרטיבי, דעתי אינה כדעת חברתי; לגבי דידי, גם בעניין זה אין מקום להתערב בפסק הדין של בית המשפט המחוזי.

2. בראשית דברי – הבהרה. חברתי הסבירה בהרחבה, מדוע, בדומה למסקנתו של בית המשפט המחוזי, אף היא סבורה כי יש לבטל את המערכת ההסכמית בין הצדדים. זאת, בעיקרו של דבר, לנוכח קביעתה של חברתי כי חלק מהוראות התקנון, המעגנות את הסכם בעלי המניות – הפכו להיות בלתי-חוקיות, לאחר שנתקבל בכנסת תיקון מס' 5 לפקודת השותפויות [נוסח חדש], התשל"ה-1975, שמכוחו הוגבר הפיקוח על הממשל התאגידי בשותפויות מוגבלות ציבוריות, בין היתר באמצעות העצמאות הנתונה לחברי הדירקטוריון במלאכתם. חברתי תמכה יתדותיה בנימוק נוסף: המערכת ההסכמית איננה ישימה, כתוצאה מאובדן מוחלט של יחסי האמון בין הצדדים, המוביל למבוי סתום בהתנהלות השותף הכללי (להלן: החברה).

3. כשלעצמי, אינני משוכנע שתיקון מס' 5 אכן הפך את התקנון, בדיעבד, לבלתי-חוקי, וגם אינני בטוח כחברתי שאין מנוס מביטול סעיפים בתקנון בשל כך. ברם, כפי שאבהיר, לטעמי איננו נדרשים להכריע בשאלות כבודות משקל אלה, משום שקיים טעם ברור אחר, המביא לביטול המערכת ההסכמית. בחוות דעתה של חברתי, חסר לדעתי רכיב מרכזי שבא לידי ביטוי בפסק הדין של בית המשפט המחוזי; מסקנתו העיקרית של בית המשפט המחוזי, איננה כי יש לבטל את המערכת ההסכמית בין הצדדים – אלא כי זו כבר מבוטלת. הטעם לכך נעוץ בעובדה שקבוצת בן דוד הודיעה לקבוצת לוסקין על ביטול ההסכם באופן חד-צדדי, מחמת הפרותיה הרבות של קבוצת לוסקין, והתנהלותה חסרת תום הלב. כפי שהזכירה חברתי (פסקאות 52-53 לחוות דעתה), בית המשפט המחוזי מצא כי התנהלותו של לוסקין במהלך השנים, פעמים רבות, גרמה להפרת המערכת ההסכמית שנכרתה בין הצדדים, והיתה נגועה בחוסר תום לב מהותי. בית המשפט המחוזי מצא אמנם פגמים גם בהתנהלותה של קבוצת בן דוד, אך לדבריו "הפער בין שתי הקבוצות נעוץ בעיקרו, בניגוד העניינים וחוסר תום הלב המהותי והמתמשך אשר נצפה ממעשי ומחדלי קבוצת לוסקין לאורך זמן, כמו גם התרשמותי הבלתי אמצעית כי לא טובתה של השותפות היא זו אשר הניעה את קבוצת לוסקין, אלא עד כמה שזו תאמה את האינטרס האישי של יחיד קבוצת לוסקין" (פסקה 123 לפסק הדין). בהתאם, קבע בית המשפט המחוזי, כי לנוכח היקף ההפרות, ו'תרומתן' המכרעת למבוי הסתום שאליו נקלעה החברה – בדין הודיעה קבוצת

בן דוד, ביום 9.11.2015, על ביטול הסכם בעלי המניות. מכאן, סלולה היתה הדרך בפני קבוצת בן דוד, לפעול לשינוי התקנון – כפי שאכן עשתה. אין לכחד: בהליך שינוי התקנון (והקצאת המניות שאפשרה אותו) נפלו פגמים מסוימים בהתנהלותה של קבוצת בן דוד; גם ביטול המערכת ההסכמית, קודם לשינוי התקנון, הגם שנעשה כדין, אינו מקהה מהתנהלותה הכוחנית, לעיתים הפוגענית, של קבוצת בן דוד. אולם, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, ולקביעה זו הצטרפה גם חברתי, פגמים אלו אינם מספיקים כדי להביא לגריעה מתוקף השינויים הללו (ראו פסקאות 107-110 לחוות דעתה).

4. קביעת בית המשפט המחוזי, שלפיה קבוצת בן דוד ביטלה את ההסכם כדין, לא הוזכרה, לחיוב או לשלילה, בדברי חברתי – אף שיש בה, לדעתי, כדי להביא לשינוי מהותי בניתוח המשפטי: אם נקבל את הכרעת בית המשפט המחוזי בעניין זה, או אז שאלת חוקיות המערכת ההסכמית, אשר עליה משיבה חברתי בהרחבה, הריהי למעלה מן הצורך, שכן מערכת זו בוטלה כדין כבר ביום 9.11.2015. בית המשפט המחוזי עצמו ציין זאת, וקבע כי – “בהינתן מסקנותיי דלעיל לעניין ביטולה של המערכת ההסכמית [...] מתייתר במידה רבה הצורך לדון במחלוקת בין הצדדים לעניין קיומה של חובה בדין לשינוי התקנון והיקף אותו שינוי. כל זאת מקום בו בכפוף לקבלתה של החלטה כדין על ידי האורגנים המתאימים בחברה, וברוב המתאים, היא רשאית לפעול לשינוי מסמכי היסוד שלה. עם זאת, נוכח המחלוקות בין הצדדים, ועל מנת שלא ימצא פסק הדין כחסר, מצאתי להוסיף ולהתייחס גם למחלוקות בסוגיה זו” (ההדגשה הוספה – נ’ ס’).

5. לגישתי, יש לקבל כנכונה את מסקנת בית המשפט המחוזי בנוגע לביטול המערכת ההסכמית. בהתאם, סבורני, כי ניטל במידה רבה עוקצו של הדיון המשפטי שהעסיק את חברתי, בשאלה אם על בית המשפט להורות על ביטול המערכת ההסכמית, בשל פגמים בחוקיותה. דיון זה, לטעמי, מעורר שאלות שאינן פשוטות כלל ועיקר, הן בנוגע לממשל תאגידי תקין, הן בנוגע לביטול חוזים מחמת העדר חוקיות, בפרט כאשר העדר החוקיות הוא נתון שבא לעולם לאחר כריתת החוזה. כאמור, שאלות אלה אינן נדרשות לצורך הכרעה בענייננו, ניתן להותירן אפוא לעת מצוא. בשלב זה, אעבור לדון בפתרון שאליו הגיעה חברתי – השבת התיק לבית המשפט המחוזי, על מנת שייקבע מתווה להיפרדות כפויה של הצדדים.

כפיית היפרדות

6. כמו חברתי, גם אני סבור – ציינתי זאת באוזני בעלי-הדין ובאי-כוחם במהלך הדיון – כי התוצאה הנכונה והיעילה ביותר, היא היפרדות הניצים. דומה, כי מערכת היחסים רבת-השנים בין קבוצת לוסקין לקבוצת בן דוד – הגיעה לנקודת אל-חזור, “ולא נשא אתם הארץ לשבת יחדו”. בהתאם, חזרנו והפצרנו, וקדם לנו גם בית המשפט המחוזי,

כי יפרדו זה מעל זה לשלום. "אִם הַשְּׂמֵאל וְאִימְנָה וְאִם הַיָּמִין וְאִם מִיָּמִין" (בראשית יג, ו-ט). לא הסתפקנו בהפצרות, והפנינו את הצדדים להליך גישור, על מנת שיוכלו למצות את ההידברות בעניין. למרבה הצער, מאמצים אלה – לא נשאו פרי; גם מאמציו הרבים של בית המשפט המחוזי באפיק זה – העלו חרס (ראו, פסקאות 47 ו-245 לפסק הדין). מבלעדי 'איתערותא דלתתא', דומני, כי אין זה נכון שנכפה על המתדיינים היפרדות, הר כגיגית, ונורה לבית המשפט המחוזי לעשות את מה שלא עלה לאל-ידם של בעלי-הדין לעשות בכוחות עצמם. אפרט להלן את הטעמים העיקריים שהביאוני לחלוק על חברתי, בנוגע לתוצאה האופרטיבית של היפרדות.

כפיית ההיפרדות: קושי דיוני

7. אכן, כדברי חברתי, קבוצת בן דוד עצמה היא שתבעה סעד של היפרדות, בהמרצת הפתיחה שהוגשה מטעמה (ה"פ 16-02-32979; להלן: המרצת הפתיחה). ברם, דומני כי עובדה זו, במישור הדיוני, דווקא מרחיקה אותנו מהמסקנה שאליה הגיעה חברתי; לא תומכת בה. תביעת בן דוד להיפרדות נדחתה בבית המשפט המחוזי, ואיש מהצדדים לא ערער על כך; לא לוסקין, לא בן דוד. ודוק: הלכה למעשה, חברתי איננה מקבלת את ערעורו של לוסקין, שמשמעו ביטול פסק דינו של בית המשפט המחוזי וקבלת המרצות הפתיחה שהגיש, אלא כמו מקבלת ערעור מצדה של קבוצת בן דוד, שלפיו שגה בית המשפט המחוזי בכך שדחה את המרצת הפתיחה שהגישו הם, ושבה עתרו לסעד של היפרדות. דא עקא, ערעור שכזה, מצד קבוצת בן דוד – לא הוגש מעולם. אמת נכון הדבר, סמכותה של ערכאת הערעור להתערב בהכרעת הערכאה הדיונית, מתפרשת גם על פני עניינים שלגביהם לא הוגש ערעור, ורשאי בית משפט שלערעור להשתמש בה גם לגבי בעלי דין שלא הגישו בעצמם ערעור (ראו תקנה 146(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018); אך על כל פנים, שימוש בסמכות זו הוא החריג, היוצא מן הכלל. בעניין שעל הפרק, אינני סבור שניתנו טעמים המצדיקים לחרוג מן הכלל.

8. אף שקבוצת בן דוד היא שעתרה לבית המשפט בבקשה שיורה על היפרדות כפויה, סבורה חברתי כי תוצאה זו מתחייבת בנסיבות ענייננו – אך זאת דווקא לטובתה של קבוצת לוסקין; שאחרת – זו האחרונה עלולה למצוא עצמה מקופחת. אבהיר: לו היתה חברתי מסתפקת בהענקת סעד ההיפרדות "אף כאשר הוא לא התבקש על-ידי לוסקין מפורשות" (פסקה 119 לחוות דעתה) – כי אז החרשתי. אולם קבוצת לוסקין לא רמזה על רצונה בסעד ההיפרדות, ואף לא שתקה בנוגע אליו; ההיפך הוא הנכון – קבוצת לוסקין התנגדה בכל כוחה לסעד שכזה, במפורש ובתוקף רב. בתשובתה להמרצת הפתיחה, שהוגשה ביום 21.4.2016, טענה קבוצת לוסקין בפה מלא, באופן מנומק ונחרץ, כי אין כל מקום להורות על היפרדות. תשובה מלומדת זו, מתייחסת במישרין לכל הטעמים

העומדים בבסיס מסקנתה של חברתי – ומציגה עמדה קוטבית להן. כך למשל, ביחס להגדרת החברה כ'מעין שותפות' (פסקאות 115-116 לחוות דעתה של חברתי) – סברה קבוצת לוסקין כי "טענות אלו חסרות כל בסיס". עוד הדגישה קבוצת לוסקין, כי אין להעניק סעד של היפרדות "כאשר לא הוכח קיפוח, כבענייננו". ובעיקר, שבה ומדגישה קבוצת לוסקין, כי חרף אובדן האמון בחברה (עליו התבססה חברתי בפסקה 116 לחוות דעתה), אין כל הצדקה להעניק סעד של היפרדות – דווקא לנוכח השינויים שנעשו בתקנון 'לרעתה', ואשר זכו לגושפנקא מאוחר יותר, בפסק הדין של בית המשפט המחוזי.

9. כך כתבה קבוצת לוסקין בתשובתה: "בניגוד לטענת [קבוצת בן דוד], 'אבדן אמון' בין הצדדים אינו מחייב את היפרדות הצדדים [...] 'אבדן אמון' אינו מונח קסם. בחברות רבות קיימות מחלוקות, עד כדי אובדן או היעדר אמון בין בעלי מניותיהן, וברור כי אין בכך כדי להצדיק מתן סעד כה קיצוני של היפרדות, אשר משמעותו סילוק של אחד הצדדים מהחברה. אבדן אמון המצדיק היפרדות הינו כזה המונע התנהלות סדירה של החברה. לעומת זאת, ככל שמנגנוני ההכרעה של החברה פועלים, וניתן לקבל בה החלטות באופן סדיר אשר מאפשר את התנהלותה, אין כל בסיס להורות על היפרדות". למען הסר ספק, הבהירה קבוצת לוסקין, כי בנסיבות העניין, מנגנוני ההכרעה בהחלט פועלים כסדרם, בשל העובדה שקבוצת בן דוד – "שולטים בשותפות שלטון ללא מצרים": "בנסיבות אלה, הטענה כי השותפות נמצאת במבוי סתום, היא מופרכת מיסודה, שכן למשיב אין כל השפעה על התנהלות השותפות, והשותפות לא רק שאיננה נמצאת במבוי סתום, אלא – עובדתית – מתקבלות בדירקטוריון עשרות החלטות, המבוצעות על-ידי מנכ"ל השותפות ללא כל הפרעה".

10. ודוק: אילו סעד ההיפרדות היה בבחינת סעד 'ניטרלי' הנצרך כדי להגן על טובת השותפות, וציבור מחזיקי יחידות ההשתתפות, או סעד שמיועד לטובתה של קבוצת בן דוד, היתה אולי הצדקה לכפות את ההיפרדות על קבוצת לוסקין חרף התנגדותה הנמרצת; אך למקרא חוות דעתה של חברתי, ומדרך הנמקתה, עולה כי ההיפרדות נגזרת מעילת הקיפוח העומדת, לטענת חברתי, לקבוצת לוסקין, ותכליתה אחת – להגן על טובתה של קבוצת לוסקין. חברתי אף הגדילה לעשות, וסברה שיש לפסוק הוצאות משפט לחובתה של קבוצת בן דוד (משמע היא זו ש'הפסידה' בערעור). בנסיבות אלה, אינני רואה טעם טוב בתוצאה, ה'כופה' היפרדות לטובתו של בעל דין סרבן, שחזר וטען, גם לפנינו, כי ההיפרדות שגויה מבחינה משפטית, אינה נצרכת מבחינה עובדתית – והבהיר כי איננו מעוניין בה.

כפיית היפרדות: העדר הצדקה מהותית

11. חברתי סבורה, כי נדרשת תוצאה שונה מזו שקבע בית המשפט המחוזי, שכן מדובר בפתרון חד-צדדי הנוטה במובהק לטובת קבוצת בן דוד, ומוביל לקיפוחה של

קבוצת לוסקין. לדבריה, קיים חשש הן "מקיפוח המיעוט במובן הקלאסי שלו", הן מ- "קיפוח בעלי מניות מהפריזמה של סיכול הציפיות הסבירות" (פסקאות 97-98).

דעתי בעניין זה – שונה.

12. אכן, התקבעה בפסיקה זה מכבר הגישה שלפיה עצם הפגיעה בציפיותיו הלגיטימיות של בעל מניות להשתתפות בניהול, עשויה הגיע לכדי קיפוח (ראו ע"א 8712/13 אדלר נ' לבנת, פסקה 66 והאסמכתאות שם (1.9.2015) (להלן: עניין אדלר)). ניתן היה להלום טענה לקיומו של קיפוח מסוג זה בענייננו, אילו היינו מצדיקים את שינוי התקנון וביטול המערכת ההסכמית רק מכוח אי-חוקיותם; ולא היא. כאמור לעיל, הנימוק המרכזי בבסיס פסיקת בית המשפט המחוזי, נוגע להפרות הרבות ולחוסר תום הלב המובהק שדבק בהתנהלותו של לוסקין. התנהלות זו הפכה את המערכת ההסכמית לבלתי ישימה, והצדיקה את ביטולה באופן חד-צדדי. משאלה הם פני הדברים, קשה לראות במצב הנוכחי משום פגיעה בציפיותיו הלגיטימיות של לוסקין, אשר כאמור נושא בחלק הארי של האשמה למצב שאליו נקלע. כפי שציין השופט י' דנציגר בעניין אדלר (פסקה 68): "האם, ברמת העיקרון, יתכנו מקרים שבהם על אף קיומן של ציפיות לגיטימיות, שלילתן של ציפיות אלה על ידי הרוב אינה עולה כדי קיפוח המצדיק מתן סעד? דומה כי התשובה לשאלה זו היא חיובית, בפרט כאשר שלילת הציפיות נעשית בתגובה להתנהלות פסולה מצד המקופח [...] בנסיבות מעין אלה, לא מן הנמנע כי שלילת הציפיות הינה מוצדקת ואף עולה בקנה אחד עם טובת החברה, ואין לומר כי מדובר בפעולה 'מקפחת'".

13. אמנם, באותו עניין הסתייגה חברתי מקביעה זו, וסברה כי אין די בהצבעה על פגמים בהתנהלותו של 'המקופח', על מנת לשלול את סעד הקיפוח, מחמת פגיעה בציפיות לגיטימיות. כפי שכתבה שם (עניין אדלר, פסקה 3 לחוות דעתה): "דומה שיש להביא בחשבון את התנהגותו של הצד המקפח, כאשר זו קשורה באופן ישיר להתנהגות הצד המקופח. במלים אחרות, אני סבורה שהחלטה בעניין זה אינה אמורה להיות 'בינארית' אלא לשקף 'מקבילית כוחות'. גם במקרה של דופי לא מבוטל בהתנהגותו של הטוען את טענת הקיפוח, יש לבחון את התנהלותו ולשקול אותה אל מול מידת הפגיעה בו". נאמנת לשיטתה, כחנה חברתי בענייננו גם את התנהלותה של קבוצת בן דוד, אשר "מעוררת אף היא קושי לא מבוטל". עניין זה הוא שהוביל למסקנתה שהפתרון החד-צדדי שאליו הגיע בית המשפט המחוזי, וזאת למרות "שהתנהלות שני הצדדים איננה חפה מבעיות" – מקפח את זכויותיה של קבוצת לוסקין. לדבריה, "חרף הפגמים בהתנהלותה של קבוצת בן דוד, התוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי מיטיבה עמה, בעוד לוסקין נותר עומד לפני שוקת שבורה, לאחר שניטלו ממנו המנגנונים שנועדו להגן עליו" (פסקאות 111-112 לחוות דעתה).

14. דומני, כי הצגת 'סימטריה' שכזו, בין התנהלותה של קבוצת בן דוד להתנהלותה של קבוצת לוסקין – אינה עולה בקנה אחד עם קביעותיו של בית המשפט המחוזי, עיקרן – ממצאים עובדיים. בית המשפט המחוזי חזר והדגיש, כי "היקף ההפרות של קבוצת לוסקין רחב ומשמעותי הרבה יותר מזה של קבוצת בן דוד, כמו גם נגוע בחוסר תום לב מהותי" (פסקה 196 לפסק הדין). עוד ציין, כי "נמצאו כשלים מהותיים והפרות בוטות של ההסכמים בין הצדדים על ידי קבוצת לוסקין, כאשר הפער בין שתי הקבוצות נעוץ בעיקר, בניגוד העניינים וחוסר תום הלב המהותי והמתמשך אשר נצפה ממעשי ומחדלי קבוצת לוסקין לאורך זמן, כמו גם התרשמותי הבלתי אמצעית כי לא טובתה של השותפות היא זו אשר הניעה את קבוצת לוסקין, אלא עד כמה שזו תאמה את האינטרס האישי של יחיד קבוצת לוסקין" (שם, בפסקה 123) ועוד. חברתי לא הסתייגה מקביעות אלה, המתבססות על התרשמותו של בית המשפט המחוזי ממכלול העדויות והראיות. לפיכך, גם אם אלך, לצורך הדיון, בדרך שהתוותה חברתי בעניין אדלר, הרי שלדידי זו איננה מוליכה למסקנתה, שלפיה בנסיבות העניין התנהלותה הפסולה של קבוצת בן דוד 'מנטרלת' את הפסול שבמעשי קבוצת לוסקין. אין לראות בפגיעה בציפיותיה של קבוצת לוסקין, בקשר עם ניהול החברה, משום קיפוח. פסיקת בית המשפט המחוזי אכן מותירה את קבוצת לוסקין נפסדת; בעלת מניות מיעוט 'רגילה', ללא זכויות היתר שמהן נהנתה בעבר. תוצאה קשה זו היא הכרח מצער בנסיבות העניין, ואינה אלא פועל יוצא ממעשה ידיו של לוסקין, שבמקום להתרכז בקידוחים שיפיקו תועלת מירבית לשותפות, בחר לקדוח חור בספינה המשותפת שבה הפליגו הצדדים; אין לו להלין אלא בעיקר על עצמו.

15. כיוצא בדברים הללו, גם אינני סבור שההפרדות היא הכרחית על מנת למנוע קיפוח 'קלאסי' של בעלי מניות. כאמור, חברתי סבורה שבמצב הנוכחי, נותר לוסקין "בפני שוקת שבורה, לאחר שניטלו המנגנונים שנועדו להגן עליו" (פסקה 112 לחוות דעתה), באופן אשר "צפוי לקפח את לוסקין [...] ונראה כי כבר הוביל לקיפוחו בפועל" (שם, בפסקה 116). אכן כן, כפי שציננה חברתי, הכרעת בית המשפט המחוזי מותירה את לוסקין "כמיעוט בחברה, תוך שנשללו ממנו כלל 'זכויות היתר' שנועדו להגן על האינטרסים שלו" (שם, בפסקה 112), אולם היעדר זכויות יתר – אין פירושו קיפוח, בפרט משידענו את הרקע ל'איבוד' זכויות אלה, ולחלקו של לוסקין בתוצאה זו. מעבר לכך, גם האפשרות שבעתיד, במסגרת ניהול טבעי וסביר של החברה, עלול להיווצר מצב שבו ידוללו החזקותיה של קבוצת לוסקין, מעבר לדילול שכבר בוצע – אינה 'מקפחת' כשלעצמה. כפי שנפסק לא אחת, גם מקום שבו החברה מתנהלת באופן שנחזה להיות כמקפח, על הטוען לקיפוח להראות כי "פעולת החברה לקתה בחוסר תום-לב או במירמה ונעשתה שלא לטובת חברה" (ע"א 226/85 שאשא חברה לניירות ערך והשקעות בע"מ נ' בנק "אדנים" למשכנתאות והלואות בע"מ, פ"ד מב(1) 14, עמ' 24 (1988)) – שאז יעבור הנטל לכתיפי הרוב, לשכנע שהפעולות נבעו משיקול עסקי לגיטימי, המצדיק את האופן שבו התנהלו

ענייני החברה (ע"א 5025/13 פרט תעשיות מתכת בע"מ נ' חביב (28.2.2016); ע"א 2699/92 בכר נ' ת.מ.מ. תעשיות מזון מטוסים בע"מ, פ"ד נ(1) 238 (1996); וראו גם: יוסף גרוס, חוק החברות 368 (מהד' חמישית מורחבת, 2016)). כעולה מפסק הדין של בית המשפט המחוזי, וכפי שחזרה וקבעה גם חברתי (ראו פסקה 109 לחוות דעתה) – הדילול שנעשה זה מכבר באחזקותיה של קבוצת לוסקין, אשר השפיע באופן ממשי על זכות הווטו ממנו נהנתה באסיפה הכללית – נבע משיקולים עסקיים לגיטימיים, ואיננו דילול מקפח. משכך, קל וחומר: גם המקרה הטיפוסי שממנו חוששת חברתי, דהיינו ש"בעתיד יידרשו לשותפות משאבים נוספים, והדרך היחידה לגייס כספים שיהיו חיוניים להישרדותה תהיה הקצאת מניות נוספות" (שם, בפסקה 117) – לא בהכרח יהיה בו משום קיפוח. מכל מקום, בפני קבוצת לוסקין תהיה פתוחה תמיד האפשרות לפנות לבית המשפט לצורך קבלת סעד, אם תעמוד לה בעתיד טענת קיפוח ממשית וקונקרטית.

כפיית היפרדות: קשיים מעשיים

16. עד כה נימקתי את עמדתי, שלפיה הפתרון שאליו הגיעה חברתי, כי יש לכפות על הצדדים היפרדות, מעורר קושי מבחינה דיונית, ואינו מוצדק מבחינה מהותית. בנוסף לכך, סבורני כי פתרון זה מעורר גם קשיים ישומיים; ספק אם יגשים את פעולתו, וישפר את מצבה של קבוצת לוסקין בהשוואה להכרעת בית המשפט המחוזי.

17. כאמור, חברתי מבקשת להפריד בין הדבקים, על מנת לקדם שתי תכליות. הראשונה, לספק מענה, ולו חלקי, לפגיעה שנגרמה למעמדו של לוסקין בחברה; השנייה, לסיים את הסכסוך באופן סופי ובר-קיימא, שכן "בכל סעד אחר המשך ההתדיינות המשפטית היא עובדה מוגמרת". לטעמי, ההיפרדות במתכונתה הנוכחית לא תגשים את התכליות האמורות. ראשית, גם אם נתעלם בשלב זה מהקשיים הגלומים בכל אחד ממסלולי ההיפרדות השונים, עליהם עמד בית המשפט המחוזי, הרי שכל מסלול שייבחר להיפרדות כעת (למעט 'היפרדות בעין', אשר כפי שיובהר מיד – איננה היפרדות כלל ועיקר) – יגלם בחובו את הפיחות שכבר התחולל במעמדה של קבוצת לוסקין: מי שיקנה את מניותיה כעת, בין אם תהיה זו קבוצת בן דוד, בין אם יהיה זה צד שלישי – ישלם מחיר ההולם קניית מניות מיעוט (18%), נעדרות 'פרמיית שליטה' וזכויות יתר, שכבר ניטלה מהן יכולת השפעה ממשית על החברה, כפי שנלוותה להן קודם לביטול המערכת ההסכמית ושינוי התקנון. שוויין הריאלי של מניות אלה, יהיה זהה לשוויין במצב הנוכחי, שבו נשאר קבוצת לוסקין בעלת מניות בחברה, ועל כן סעד ההיפרדות לא ישפר את מעמדה; עבורה, מדובר באותה גברת בשינוי אדרת. אפשר שתוכנה זו מסבירה את התנגדותה של קבוצת לוסקין, גם במסגרת הליך הערעור, לאפשרות של היפרדות.

18. שנית, לטעמי, כפיית היפרדות, שלא בהסכמת הצדדים, בכל אחד מהמסלולים הקיימים, לא תביא את סיפור המעשה לקיצו, ולסיום ההתדיינויות בבתי המשפט. כך, אפיק ההיפרדות היחיד שלו הסכימה קבוצת לוסקין – היפרדות בעין תוך שחברה בשליטתו של לוסקין תמשיך גם בעתיד לקבל את חלקה היחסי בתגמולי-העל, ככל שיתקבלו – יגרום בהכרח להמשך ההתדיינויות המשפטיות. כפי שהובהר בדיון לפנינו, קבוצת לוסקין עומדת על כך שהיפרדות במתכונת שכזו, תותיר בידיה את הזכות להישאר מעורבת, גם להתנגד, לכל פעולה שעשויה להשפיע על גובה תמלוגי-העל. דא עקא, כבר נמצאו למדים, בגדרי ההליך שלפנינו, כי לקבוצת לוסקין נטייה להעניק פרשנות רחבה להגדרות המקנות לה כוח ניהולי, כך שגם 'פעולה המשפיעה על גובה תגמולי-העל', עשויה 'ללכוד' ברשתה כמעט כל פעולה עתידית של החברה, ולהביא לשיתוקה כליל; מקובלנו, כי לא חוזרים פעמיים על אותה טעות. אם כך, היפרדות במתכונת זו – נעדרת משמעות מעשית. אוסיף, כי גם אם ינסה בית המשפט המחוזי לפנות לאפיק היפרדות אחר, בדמות התמחרות הדדית או מכירה כפויה, לא יהיה בכך משום סוף פסוק. בהיבט המידי – בית המשפט המחוזי ידרש לשבת על המדוכה, ולנהל הליך ממושך ומורכב של גיבוש מתווה היפרדות הוגן. לבטח הדבר יחייב הגשת חוות דעת, הערכות שווי, בקשות שונות, טענות ומענות מצדם של הצדדים שניהם. לא מדובר בהליך פעוט, אלא כזה שיש לו פוטנציאל הימשכות ניכר. אם כך, הותרת פסק הדין של בית המשפט המחוזי על כנו, מהווה לטעמי 'הרע במיעוטו': לעת הזו, הצדדים ימשיכו לדור בכפיפה אחת – אך מבלי שיאלצו לשאת את מחירי החיכוך היומיומי בכל החלטה והחלטה. יש לקוות שבמצב דברים זה, אם תשכיל קבוצת בן דוד לפעול בתום לב ותימנע מלשלוח ידה ב'כבשת הרש' שעוד נותרה ללוסקין – הדבר יוכל להוביל להרגעת הרוחות על ציר הזמן.

19. לבסוף, דעתי איננה נוחה מהשבת ההכרעה בעניין ההיפרדות לבית המשפט המחוזי. כאמור, סעד זה התבקש בריש גלי על-ידי קבוצת בן דוד, אך נדחה משיקולים מהותיים, כמו גם משיקולים ישומיים. בית המשפט המחוזי בחן את אפשרויות ההיפרדות השונות, ונותר איתן במסקנה כי היפרדות 'מוכתבת מלמעלה' – לא תסכון. במסקנתו זו, התבסס בית המשפט המחוזי בעיקר על עמדת קבוצת לוסקין, אשר נימקה בהרחבה את הבעייתיות שבכל אחד מהמסלולים האפשריים. חברתי סבורה, כי חרף "קשיים לא מבוטלים" אלה, עליהם עמד בית המשפט המחוזי, עליו לשנס מותניים, לדון, לשקול ולאזן בין כל השיקולים הצריכים לעניין – עד אשר יצא עשן לבן. לטעמי, אין מקום להורות על כך. חברתי ציינה את יתרונה של הערכאה הדיונית בעיצוב מתווה היפרדות קונקרטי, אך היא הנותנת: בשל יתרון זה, אינני רואה מקום לפקפק במסקנת בית המשפט המחוזי, שסבר כי במכלול הדברים, לאחר ששמע את העדויות ואת עמדות הצדדים במהלך ניהול ההליך – אין דרך ישרה להפריד בין הצדדים. בנסיבות אלה, אינני סבור

שיהא זה נכון להשיב את העניין חזרה לפתחו, לכפות עליו 'לרבע את המעגל', ולקבוע מנגנון לביצוע פעולה שבעיניו איננה בת-ביצוע – לאחר שהצדדים עצמם נכשלו בכך פעם אחר פעם.

20. לקראת חתימה, אעיר, שאת אשר לא ניתן היה לעשות בפסק דין המוכתב 'מלמעלה', יתכן כי בהחלט ניתן יהיה לעשות בעזרתם האדיבה של כוחות השוק (ובעזרת השם). הווי אומר, הותרת פסק הדין של בית המשפט המחוזי על כנו, איננה סותרת את הגולל על היפרדותם של הצדדים, ביוזמתם. גם במצב הנוכחי, קבוצת לוסקין מחזיקה בנתח משמעותי בחברה, יוותרו לה זכויות ההצבעה באסיפה הכללית, והיא תשתתף בעתיד ברווחי החברה ובתמלוגי-העל, אם יתקבלו. לא אכחד; הלב דואב על עוגמת הנפש שנגרמה ללוסקין מכך שהמושכות ניטלות מידי, והוא נאלץ להתיישב במושב האחורי בחברה שהיתה מפעל חייו. זוהי תוצאה קשה – אך אין בה משום קיפוח או נישול. ככל שתסבור קבוצת לוסקין שכל זה איננו שונה לה, פתוחה הדרך בפניה למכור את מניותיה לקבוצת בן דוד, או לכל גורם אחר – גם ללא צו בית משפט. יתכן שמסלול 'טבעי' שכזה, חרף חבלי-לידה קשים, ללא התערבות שיפוטית-חיצונית – יצליח, במקום שבו מתווה מתוכנן מכוח הכרעה שיפוטית – נכשל.

אשר על כן, לו תשמע דעתי, אציע להותיר את פסק הדין של בית המשפט המחוזי על כנו. בנסיבות העניין, אציע שהצדדים ישאו כל אחד בהוצאותיו.

ט פ ר ט

השופטת י' וילנר:

במחלוקת שנפלה בין חבריי – אני מצטרפת לחוות דעתה המקיפה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז. אף לדידי, בהתחשב במציאות הקשה שנוצרה בין הצדדים ובחוסר האמון העמוק ביניהם, התוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי – חסרה; ואין מנוס מהחזרת הדיון לפתחו, על-מנת שייתן הוראות מתאימות להיפרדות, כפי שהציעה חברתי.

1. חברי, השופט נ' סולברג, מצביע, בעיקרו של דבר, על שלושה קשיים במתן סעד של היפרדות – במישור הדיוני, במישור המהותי, ובמישור המעשי. אתיחס לדברים בתמצית.

2. אשר למישור הדיוני, אכן, קבוצת לוסקין ביכרה בסיכומים שהגישה לבית המשפט המחוזי את הסעד של אכיפת המערכת ההסכמית; אולם, היא הוסיפה וציינה שם כי "ככל שבית המשפט הנכבד יורה על היפרדות הצדדים, הדרך הנכונה לענייננו לביצוע ההיפרדות היא חלוקה בעין של זכויות המבקש [לוסקין – י"ו] בחברה" (פסקה 266 לסיכומים מטעם קבוצת לוסקין מיום 18.6.2018). כמו כן, קבוצת לוסקין עתרה לכך ש"לחלופי חלופין – ככל שעל אף כל האמור לעיל יחליט בית המשפט הנכבד להורות על היפרדות בין הצדדים על דרך של רכישת חלקו של המבקש בחברה על ידי המשיבים בהתאם להערכת יקרה), יש להורות על רכישת חלקו של המבקש בחברה על ידי המשיבים בהתאם להערכת שווי שתיערך על ידי גורם אובייקטיבי ובלתי תלוי" (שם, בפסקה 272; ההדגשה במקור). עניינו הרואות, אפוא, כי סעד ההיפרדות אומנם לא היה הסעד המועדף על לוסקין, אולם נדמה כי סעד זה לא נשלל על ידו, למקרה שהמערכת ההסכמית תבוטל.

יתרה מכך, כבר נקבע כי סעד של היפרדות מכוח סעיף 191 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, כבענייננו, יכול להינתן כמענה לאובדן אמון בין שותפים במעין-שותפות, גם מקום שבו הצד הטוען לקיפוח לא עתר לקבל סעד כזה, ואפילו אם נקבע שהוא לא זכאי לסעד להסרת קיפוח (ראו: ע"א 8712/13 אדלר נ' לבנת, פס' 76 לחוות-דעתו של השופט י' דנציגר (1.9.2015)).

3. אשר למישור המהותי, מסקנתי שלפיה ראוי במקרה זה לתת סעד של היפרדות, נובעת, כאמור, מחוסר האמון השורשי שנוצר בין הצדדים, ולא מ"מאזן חוסר תום הלב" ביניהם; או מהפגיעה בציפיות הלגיטימיות של לוסקין. זאת, בהתאם להלכה שנקבעה בעניין אדלר, ובשים לב לכך שגם בענייננו החברה היא מעין-שותפות. אף לעניין זה, אני מצטרפת לעמדתה של חברתי. כך, מהסכם בעלי המניות עולה באופן מפורש כוונתם בדבר ניהול משותף של עסקי החברה; וכלולות בו מגבלות בנוגע להעברת מניות בחברה. כמו כן, העובדה שעלה בידי החברה להתנהל במשך שנים ארוכות בהתאם למערכת ההסכמית, למרות הקשיים המובנים ביישומה, בשים לב לאופן שבו נוסחה, מלמדת אף היא על קיומו של אמון בין הצדדים. מאפיינים אלה מלמדים על היות החברה מעין-שותפות, זאת בהתאם לאמות המידה שהותוו בעניין אדלר. אשר לאובדן האמון השורשי בין הצדדים, כאמור, אסתפק בהפניה לקביעותיו העובדתיות הברורות של בית המשפט המחוזי, המדברות בעד עצמן, ולפיהן "הצדדים אינם מסוגלים ואינם מעוניינים לשתף פעולה זה עם משנהו, ובלתי סביר, באופן מובהק, כי יחול שינוי במצב עובדתי זה" (פס' 69).

