

בעניין:

מיכל רוה ת.ז. 006058606
מרחוב צמרות 10, הרצליה
על ידי ב"כ ד"ר שחר ולר, עו"ד
נחלת יצחק 32א, קומה 5, ת"א
טל' 03-7746333; פקס' 03-7746330

המבקשת

– נגד –

1. **ICC Industries Inc.**

2. **ICC Chemical Corporation**

3. **ICC Handels AG**

4. **ד"ר ג'ון ג' פרבר** דרכון אמריקאי
520850285

5. **מיה פרבר**, דרכון אמריקאי 520777916

6. **סנדרה פרבר**, דרכון אמריקאי 453588940

7. **הנס הבדרהלדן** דרכון שוויצרי 4983003x

8. **גיל לייזנר** ת.ז. 50776889

9. **דפנה שריר** ת.ז. 23761455

10. **זיו גיל**, ת.ז. 058831645

11. **אורי יהודאי**

12. **פרוטרום תעשיות בע"מ**

כולם באמצעות ב"כ עו"ד אהרן מיכאלי
גולדפרב-זליגמן משרד עו"ד
מרח' יגאל אלון 98 תל-אביב
טל' 03-6089999; פקס' 03-6089009

המשיבים

בקשה לאישור תובענה ייצוגית

בית המשפט הנכבד מתבקש להשתמש בסמכותו בהתאם להוראת סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: "**חוק תובענות ייצוגיות**"), ולהורות כלהלן:

א. לאשר את התובענה בתיק העיקרי, ת"צ 03-20-_____, כתובענה ייצוגית, על פי סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 ("**חוק תובענות ייצוגיות**").

העתק כתב התביעה המוגש בד בבד עם הבקשה דנא מצורף **כנספח 1**.

ב. להגדיר את הקבוצה בשמה מוגשת התובענה הייצוגית כדלקמן:

"כל מי שהיה בעל מניות של פרוטרום תעשיות בע"מ ביום 7.5.2018 להוציא המשיבים 1-6 ו-11".

לחילופין יתבקש בית-המשפט הנכבד להגדיר את הקבוצה בכל דרך אחרת לפי שיקול דעתו.

ג. לחייב את המשיבים לפצות את חברי הקבוצה כהגדרתה לעיל במלוא סכום התמורה שנגרע מהם עקב תשלום ה'בונוס' למשיב 11.

ד. כל סעד אחר אשר בית המשפט יראה לנכון לתת, כאמור בסעיף 20(ג) לחוק.

ה. לאשר, בהתאם לסעיף 13 לחוק, את התובענה כתובענה ייצוגית, בכל שינוי שיקבע בית המשפט הנכבד ביחס לבקשה, הכל כפי שייראה בעיני בית המשפט הנכבד ראוי להבטחת ניהול הוגן ויעיל של התובענה הייצוגית.

ו. להורות בהתאם לסעיף 25 לחוק, כי ההחלטה בבקשה זו תפורסם באופן שייקבע על ידי בית המשפט הנכבד.

ז. לפסוק לטובת המבקשת גמול מיוחד, כאמור בסעיף 22 לחוק, לנוכח הטרחה והסיכון שבהגשת התביעה ובניהולה, לנוכח התועלת שבהגשת התובענה לכלל חברי הקבוצה, ולנוכח החשיבות הציבורית שיש בהגשת התובענה.

ח. לפסוק לטובת עורכי הדין המייצגים את המבקש שכר טרחה מיוחד, עבור הטיפול בתובענה לרבות הבקשה לאישור, בהתאם לאמור בסעיף 23 לחוק.

ט. להשית על המשיבים את הוצאות הבקשה ושכר טרחת עורכי דין בצירוף מס ערך מוסף כדין.

כל ההדגשות בבקשה זו הוספו, אלא אם כן נאמר אחרת.

ואלו נימוקי הבקשה :

א. פתח דבר

1. תביעה זו עניינה בקיפוח בוטה של בעלי מניות מיעוט בחברת פרוטרום תעשיות בע"מ ("החברה" או "פרוטרום") על-ידי מי שהיו בעלי השליטה בחברה, המשיבים 1-6 ("בעלי השליטה" או "פרבר") והפרו את חובתם לנהוג בתום-לב ובדרך מקובלת, להימנע מקיפוח, וכן לפעול בהגיונות; ובהפרות של חובת האמונים וחובת הזהירות על-ידי מי שכיהנו כדירקטורים בחברה, המשיבים 4-10 ("הדירקטורים") ועל-ידי מי שכיהן כנשיא ומנהל העסקים הראשי של החברה, המשיב 11 - מר אורי יהודאי ("המנכ"ל" או "יהודאי"). כל אלו גרמו לבעלי מניות המיעוט של פרוטרום נזק בקשר עם תגמול עתק מופרז וחסר היגיון כלכלי ששולם למנכ"ל, בסך של 20 מיליון דולר (בערכי חודש מאי 2018), כ"בונוס חד-פעמי" ("תגמול העתק" או "הבונוס החד-פעמי"), וזאת במקביל להשלמת עסקת מיזוג בשנת 2018 בין פרוטרום לבין חברת International Flavors & Fragrances, Inc. ("הרוכשת" או "IFF"), שבעקבותיה הפכה פרוטרום לחברה בת בבעלות מלאה של הרוכשת ("עסקת המיזוג" ו"הסכם המיזוג", בהתאמה).
 2. הסכם המיזוג הכיל תניה שלפיה עם השלמת עסקת המיזוג ישולם למנכ"ל יהודאי בונוס החד-פעמי בסך של 20 מיליון דולר אף שנקבע כי במועד זה העסקתו בחברה תסתיים. במילים אחרות, IFF הסכימה לרכוש את מניות פרוטרום בעבור התמורה שנקבעה בהסכם המיזוג תוך שטרם השלמת עסקת המיזוג יגרע מקופתה של פרוטרום הסכום של 20 מיליון דולר.
 3. המדובר בתגמול שמלכתחילה היה מופרז ונעדר היגיון כלכלי ואף הוצהר לגביו כי הוא חורג ממדיניות התגמול של החברה. תגמול זה גם שולם למנכ"ל יהודאי תוך הפרת הוראות הדין בעניין תגמול נושאי משרה בחברה ועל חשבונם של בעלי מניות המיעוט בחברה.
 4. יתרה מכך, והוא עיקר לענייננו: הגם שעסקת המיזוג הייתה "עיסקה גורלית" לבעלי מניות המיעוט בחברה, במובן זה שבגידרה נפרדו ממניותיהם בחברה, וחרף זכותם של בעלי מניות המיעוט כי בנסיבות אלו הליך המשא-ומתן מול הרוכשת יתנהל באופן שישיא (ימקסם) את התמורה שתשולם להם עבור מניותיהם, בפועל הליך המשא-ומתן שניהלו המשיבים מול הרוכשת היה נגוע בפגמים קשים, כמפורט להלן:
- (1) **המשא-ומתן נוהל מתוך ניגוד עניינים**: אף שמצב דברים שבו סוגיית תגמול העתק למנכ"ל הופכת לעניין הנדון כחלק מתנאי המשא-ומתן על מכירת כלל מניות החברה לרוכשת פוטנציאלית חייב את בעלי השליטה להרחיק עצמם, ואת הדירקטוריון להרחיק את המנכ"ל, העתיד ליהנות מן התגמול, מן המשא-ומתן מול הרוכשת על תנאי עסקת המיזוג - בפועל המשיבים לא עשו כן, ואפשרו למנכ"ל עצמו, מי שמצוי בניגוד עניינים מובהק בכל המדובר לתגמול האישי שישולם לו, לנהל את המשא-ומתן מול הרוכשת. בין היתר, לא מונתה ועדה בלתי-תלויה שתנהל באופן בלעדי את המשא-ומתן מול הרוכשת כדי להבטיח את השאת התמורה שיקבלו בעלי המניות.
- זאת ועוד. המשיבים 1-6, שהיו בעלי השליטה בחברה והתמורה שאמורים היו לקבל עבור מניותיהם שלהם במסגרת עסקת המיזוג עמדה על כ-2.3 מיליארד דולר (כלומר, כ-2,300 מיליון דולר), בכל הקשור לתגמול העתק הנ"ל למנכ"ל יהודאי - היו מצויים בניגוד עניינים. זאת, בשים לב להוראת סעיף 272(ג1) לחוק החברות, תשנ"ט-1999 ("חוק החברות"). הוראה זו קובעת ניגוד עניינים "סטטוטורי" שבו מצויים בעלי השליטה בכל הקשור לתגמול המנכ"ל; בשים לב לרצונם -

הקפריזי, במקרה הטוב, והמושחת, במקרה הרע - בתשלום תגמול העתק הנ"ל המופרז ונעדר ההיגיון הכלכלי גם על חשבון בעלי מניות המיעוט;¹ ואף בשל היכבלותם והתפרקותם משיקול-דעתם בתפקידם כדירקטורים בקשר עם תשלום תגמול העתק הנ"ל עוד קודם להשלמת עסקת המיזוג, וטרם שסוגיית תגמול העתק הובאה לאישור אסיפת בעלי המניות (ועל כך להלן).

(2) **שלושה (!) מצגי-שווא:** במסגרת המשא-ומתן מול הרוכשת פעלו המשיבים, ראשית, לייצר הפרדה מלאכותית של סכום תגמול העתק הנ"ל, בסך 20 מיליון דולר, שיועד להיות משולם למנכ"ל יהודאי מתוך תמורת העיסקה הכוללת שנדרשה מן הרוכשת, בכדי להציג מצג-שווא, כאילו סכום זה אינו קשור לתמורה הכוללת שניתן להשיג עבור כלל בעלי המניות וכאילו לא הם נושאים בו. זאת, הגם שמבחינתה של הרוכשת סכום תגמול העתק היווה חלק מן התמורה הכוללת שנדרשה לשלם עבור רכישת פרטרום ואף הוגדר על-ידיה "pre-merger expense" וכנובע מ-pre-combination services". אכן, בניגוד גמור למצג שווא זה, וכעולה גם מחוות הדעת הכלכלית המצורפת לבקשה לאישור זו, המשיבים יכולים היו לעצב את הסכם המיזוג כך שבמקום תשלום הבונוס למנכ"ל יהודאי היה מחולק דיבידנד לבעלי המניות או שהתמורה שהייתה משולמת לבעלי מניות המיעוט עבור מניותיהם הייתה גדלה; והמצג שהעמידו בהקשר זה היה מצג-שווא.

שנית, המשיבים הציגו מצג-שווא כאילו הסכם המיזוג מקים התחייבות של פרטרום לתשלום תגמול העתק ליהודאי; ושלישית, המשיבים הציגו מצג שווא כאילו הרוכשת מעוניינת בתשלומם. זאת, בעוד שהרוכשת מצידה הבהירה, בזמן אמת וגם לאחר חתימת הסכם המיזוג, כי הבונוס "was entered into by or on behalf of Frutarom"; וכי לדידה תשלומה הוא עניין הנתון לשיקול-דעת דירקטוריון פרטרום (ובלשונה, "at the discretion of the Frutarom board, Mr. Yehudai may receive a cash transaction bonus...").

יודגש, כי לאחרונה התברר, למי שעוד היה ספק בלבו לגבי מופרכות המצגים הנ"ל, כי גם הרוכשת עצמה גילתה דעתה כי תגמול העתק הנ"ל אושר בניגוד לדין² ואינו לטובת החברה (ת"א 50762-10-19).

(3) **כבילת הדירקטוריון את שיקול-דעתו:** לאחר שנחתם הסכם המיזוג, וכמתחייב מהוראות החוק, ההחלטה לשלם את תגמול העתק הנ"ל למנכ"ל יהודאי הובאה לאישור אסיפת בעלי המניות של החברה (לצד הבאת המיזוג לאישור וכביכול במנותק ממנו). זאת, הגם שבשלב זה, לפי שיטתם שלהם, ועל-פי הודאתם, כבר התפרקו המשיבים 4-10 משיקול-דעתם וכבלו עצמם, בניגוד להוראות הדין, להתחייבות לשלמו כמות שהוא, ובלשון הדיווח שפרסמה בדיעבד פרטרום:

"מאחר ואופן תשלום הבונוס החד פעמי נקבע בהסכם המחייב שנחתם בין הצדדים להסכם המיזוג, אין בסמכות דירקטוריון החברה לשנות את מבנה הבונוס

.1

¹ כמי שהחזיקו בכ-36% ממניות החברה "חלקם" של בעלי השליטה ב"מימון" תגמול העתק בסך 20 מיליון דולר היה אפוא כשבעה מיליון דולר, כלומר, אילולא תגמול העתק היו מקבלים בעלי השליטה תמורת מניותיהם כ-2,307 מיליון דולר ולא כ-2,300 מיליון דולר. לשם השוואה, בפרשת תני"ג (ת"א 18994-07-15) דה לנגה נ' החברה לישראל בע"מ (30.4.2017), היא פרשת החברה לישראל בע"מ, שילמו בעלי השליטה לנושאי משרה בחברה מכיסם הפרטי סכום של כ-55.6 מיליון ש"ח (כ-15 מיליון דולר, לפי ערך הדולר ביום 7.5.2018) רק כדי לקדם מהלך של פיצול עסקי החברה.

החד פעמי ומועד תשלומו ללא הסכמת הרוכשת (וזו אינה נדרשת לתת הסכמה שכזו)". (דיווח מידי מיום 2.10.2018, סעיף 3.2.7 – נספח 11 לבקשה).

כאמור, בפועל מדובר היה במצג-שווא, שכן הרוכשת עצמה סברה כי תשלום הבונוס נתון לשיקול-דעת דירקטוריון פרוטרום.

(4) **הפעלת מנגנון ההתגברות באופן מעוות**: לבסוף, כאשר אסיפת בעלי המניות בפרוטרום התנגדה לאישור תשלום תגמול העתק הנ"ל, בשל התנגדותם של בעלי מניות מיעוט, ניצלו המשיבים באופן מעוות את המנגנון הקבוע בחוק החברות ומאפשר לדירקטוריון החברה במקרים מיוחדים לאשר תגמול למנכ"ל על אף התנגדות האסיפה הכללית ("מנגנון ההתגברות"). בין היתר פעלו המשיבים בניגוד לרציונל שביסוד מנגנון זה, שנועד להבטיח כי החלטות לגבי תגמול צופה פני עתיד הנדרשות לטובת החברה תתקבלנה על-ידי גורמי מקצוע בעלי מומחיות, גם אם בעלי המניות מחזיקים בעמדה אחרת. כן נמנעו המשיבים מלהפחית את התגמול או לשנות את מבנהו ומתכונתו, כדי לתת ביטוי לרצון בעלי מניות המיעוט ולשיקולים שהעלו להתנגדותם. כל זאת עשו המשיבים תוך שהם מעמידים פנים כאילו נשקלת הסוגיה לגופה, אף שכאמור בשלב זה - **לשיטתם ועל-פי הודאתם שלהם** - כבר התחייבו לתשלום התגמול כמות שהוא ולמעשה התפרקו משיקול-דעתם וכבלו עצמם להתחייבות זו בניגוד להוראות הדין (סעיף 3.2.7 להחלטת הדירקטוריון מיום 2.10.2018 (נספח 11 לבקשה זו)).

5. מהלכים אלו שבהם נקטו המשיבים נועדו, במקרה הטוב, להעניק תגמול מופרז וחסר היגיון כלכלי למנכ"ל כדי לשרת קפריזה של מי מהם או של בעלי השליטה - בעלי הון שהתמורה שקיבלו עבור מניותיהם במסגרת עסקת המיזוג ממילא כבר עמדה על כ-2,300 מיליון דולר - תוך התעלמות מחובותיהם כלפי בעלי מניות המיעוט; ובמקרה הרע מתעורר חשש כי היו חלק מן המהלכים להסתרת פעילות "שלא כדין או בלתי תקינה או בלתי נאותה" של פרוטרום ברוסיה ובאוקראינה - שבוצעה קודם לעסקת המיזוג, והתגלתה לרוכשת ולציבור המשקיעים. ה"פעילות" האמורה כללה תשלומים המעוררים סימני שאלה לנציגי לקוחות של החברה, במטרה שאלה ירכשו או יגרמו לרכישה של מוצרי החברה (במילים אחרות - שוחד אזרחי). כל זאת, בהנחייתו או אישורו או מעורבותו של יהודאי אשר לכל הפחות היה מודע לתשלומים הללו ולא מנע אותם. רק לאחר שיגולו מסמכים רלוונטיים, במסגרת ההליך העיקרי, ניתן יהיה לעמוד על המניע, או המניעים, להתנהלות המשיבים.

6. כך או כך, מהלכי המשיבים בוצעו תוך הפרת הוראות החוק והדין, על חשבונם של בעלי מניות המיעוט בפרוטרום ותוך שלילה מהם של תמורה ניכרת שיכולים היו לקבל על חשבון מניותיהם בקשר עם עסקת המיזוג (בשים לב לכך שמבחינת הרוכשת, ממילא סכום תגמול העתק אמור היה להיגרע מקופת פרוטרום ולכן הרוכשת הייתה אדישה לשימוש שייעשה בו על-ידי פרוטרום).

7. יודגש, כי הנסיבות כמתואר לעיל מחייבות להכפיף את החלטותיהם והתנהלותם של המשיבים לביקורת שיפוטית. זאת, בין היתר, בשל כל אחד מן הטעמים הבאים, לא-כל-שכן בהצטברם: (1) העובדה שהמדובר בעסקה "גורלית למיעוט" שבסיומה איבד את החזקותיו בפרוטרום; (2) מכיוון שנשללה מבעלי מניות המיעוט, חרף התנגדות האסיפה הכללית לכך, תמורה כלכלית פוטנציאלית משמעותית של לפחות 20 מיליון דולר ("התמורה הנוספת") שאותה יכלו לקבל (בשים לב גם להסכמת הרוכשת לגריעת סכום זה מקופתה של פרוטרום טרם השלמת המיזוג); (3) בשל ניגודי העניינים של בעלי השליטה ושל המנכ"ל

שלמרות זאת לא נמנעו מלהדיר עצמם מן המשא-ומתן על תנאי עסקת המיזוג ונוכח ההימנעות מלמנות ועדה בלתי-תלויה שתפעל להשיא את תמורת המיזוג עבור כלל בעלי המניות; (4) בשל **מצגי-השווא** שהציגו המשיבים כמפורט לעיל; (5) בשל **התפרקות דירקטוריון החברה משיקול-דעתו** והיכבלותו להתחייבות-**בביכול** לתשלום תגמול העתק למנכ"ל יהודאי **עוד קודם** לשלב שבו נתבקש לכך אישורה של אסיפת בעלי המניות ואף לאחר שהאסיפה הכללית התנגדה לאישור תגמול זה; (6) מכיוון שקיים חשש ממשי, כי **ברקע הדברים עמדה פעילות בלתי-חוקית** של פרוטרום שעניינה תשלומי שוחד ברוסיה ובאוקראינה ש אשר למשיבים היה אינטרס מובהק להסתירה.

8. למניעת ספקות, ההחלטה לעצב את הסכם המיזוג כך שזה יכיל את תניית הבונוס כמו גם החלטת הדירקטוריון לאשר את הבונוס, לא היו החלטות עסקיות שכן לא היה בהן כדי להשפיע כהוא זה על עסקיה של החברה. לכן, הגנת שיקול הדעת העסקי אינה חלה בנסיבות העניין.

9. ועל כל פנים, גם אם נניח (לצורך הדיון בלבד) שהגנת שיקול הדעת העסקי חלה אזי אמת-המידה על-פיה יש להפעיל ביקורת שיפוטית בנסיבות עניין זה, היא זו הידועה כ"**הגינות מלאה**" (**Entire Fairness**). למכלול הנסיבות שפורט לעיל ומצדיק הפעלת אמת-מידה זו יש להוסיף, **ראשית**, את החשש מפני היות תגמול העתק ששולם למנכ"ל יהודאי בבחינת **בזבוז משאבי החברה** (waste). כאמור, בתשלום תגמול העתק למנכ"ל יהודאי בידיעה שהוא מסיים את תפקידו עם השלמת המיזוג **לא היה כל היגיון כלכלי** מבחינת החברה בהיעדר אפשרות לקבל עבורו מן המנכ"ל יהודאי תמורה כלשהי; מדובר היה **בתגמול מופרז** מבחינת סכומו; ההליך לגיבוש תגמול העתק היה רצוף ניגודי עניינים ומצגי שווא ועל-כן **לא היה הוגן ותקין מבחינה פרוצדורלית**; והליך גיבוש תגמול העתק **כלל לא הובנה כדי לדמות** משא-ומתן בתנאי שוק (at arm's length) בין החברה לבין המנכ"ל יהודאי. כאמור, המשא-ומתן מטעם פרוטרום לגבי עצם תשלום תגמול העתק וגובהו נוהל למעשה מול IFF, ועל כן מטעם פרוטרום נוהל בפועל על-ידי... יהודאי עצמו.

10. **שנית**, ואף זהו שיקול המצדיק היזקקות לאמת-המידה המחמירה של "הגינות מלאה": עם מיצוי המשא-ומתן מול הרוכשת על תמורת המכירה **הכוללת**, ובכל הקשור **לחלוקת** רכיב התמורה הנוספת (אותו סכום של 20 מיליון דולר), בוודאי מרגע שזה **נותק**, באופן מלאכותי כאמור, מתוך תמורת העיסקה הכוללת - בבחירה בין טובת בעלי מניות המיעוט לבין טובת המנכ"ל, **לבעל השליטה ולדירקטורים אין עוד אינטרס לפעול לטובת בעלי מניות המיעוט ומתעצם החשש כי בעל השליטה ינצל לרעה את שליטתו כדי להעדיף את המנכ"ל**, מקורבו, על-פני בעלי מניות מיעוט שמרביתם זרים לו. במקרה כזה, מתעצם גם החשש כי **הצבעתו של בעל השליטה באסיפה הכללית אינה אלא "הצבעה ריקה"** ("empty voting"). אשר לדירקטורים הרי, שכאמור, **לפי שיטתם והודאתם שלהם הם כבלו את שיקול-דעתם** לגבי תגמול העתק עוד טרם הובא להכרעת אסיפת בעלי המניות.

11. הבקשה הנוכחית נועדה אפוא לתקן את העוול שגרמו המשיבים לבעלי מניות המיעוט בחברה אשר כתוצאה ממנו 20 מיליון דולר מתמורת הרכישה הועברה שלא כדין למנכ"ל יהודאי.

12. יודגש עוד, כי על אופן התנהלותם של המשיבים ואדישותם לטובתם של בעלי מניות המיעוט, ניתן ללמוד, בין היתר, מהעדר דיווח על הוראה בהסכם המיזוג שתסדיר מצב דברים שבו תשלום הבונוס החד-פעמי לא יאושר על-ידי מוסדות החברה. ניתן היה לצפות שבמצב כזה יקבע הסכם המיזוג כי התמורה לבעלי המניות

תגדל ב-20 מיליון דולר, לרבות בדרך של חלוקת סכום זה כדיבידנד. זאת, משום שהרוכשת - IFF - כבר הסכימה לכך שסכום זה ייגרע מקופת החברה טרם השלמת עסקת המיזוג ולכן לא הייתה כל הצדקה שהיא תזכה לקבל אותו מן ההפקר אם הבונוס לא יאושר. אלא שפרוטרום לא דיווחה על קיומה של הוראה כזו בהסכם המיזוג, שעוצב כדי להסוות את העובדה הפשוטה שהבונוס החד-פעמי למנכ"ל יהודאי משולם על חשבון התמורה שיקבלו בעלי המניות. התוצאה: על-מנת להסוות את התעשרותו של המנכ"ל יהודאי על חשבון בעלי המניות הסכימו המשיבים לכך כי IFF תזכה למתת-שמיים (Windfall) בסך של 20 מיליון דולר אם תשלום הבונוס החד-פעמי לא יאושר.

13. באורח אירוני, כשנה לאחר תשלום הבונוס למנכ"ל יהודאי הגישה IFF, כאמור, תביעה להשבתו (ת"א 50762-10-19 (בפני כבוד השופט מגן אלטוביה)). בגדרה של התביעה נטען על ידה, בין היתר, שהליך אישור תשלום הבונוס החד-פעמי היה פגום מיסודו. כאמור, יש מידה רבה של ציניות בתביעה זו בשים לב לכך שאם התביעה תתקבל תזכה IFF מן ההפקר, שהרי היא כבר הסכימה לרכוש את פרוטרום בתמורה שנקבעה בהסכם המיזוג לאחר שייגרעו מקופת האחרונה 20 מיליון דולר. יתר על כן, IFF ידעה או הייתה צריכה לדעת שהמשא ומתן עמה נוהל על ידי יהודאי ובעלי השליטה בניגוד עניינים וכי תשלום הבונוס אינו כדין. **מי שבאמת סבל אפוא נזק מתשלום הבונוס החד-פעמי הם בעלי מניות המיעוט של פרוטרום, שסכום הבונוס נגרע מן התמורה שיקבלו עבור מניותיהם.**

נספח 2 כתב התביעה בת"א 50762-10-19 (ללא נספחים)

14. הבקשה דנא לאשר הגשתה של תובענה ייצוגית שונה במהותה מהתביעה הכספית שהוגשה על ידי IFF. זאת, מאחר שעניינה **בתובעים שונים** ובמימוש **עילות תביעה שונות ועצמאיות** שעומדות באופן אישי למי שהיו בעלי מניות מיעוט בפרוטרום טרם השלמת עסקת המיזוג וקופחו ונפגעו כתוצאה מהתנהלות המשיבים; היא עוסקת במשיבים **שונים** (המשיבים 1-6) אשר למיטב ידיעת המבקשת, בהליכים הנ"ל חלקם לא נתבע כלל, וחלקם לא נתבע בכובעם כבעלי השליטה בפרוטרום; וב**סעדים שונים**, שלא נועדו לתקן את הפגיעה בפרוטרום או ב-IFF עצמן, אלא את הפגיעה והנזק **הישירים** שנגרמו למי שהיו בעלי מניות המיעוט בפרוטרום טרם השלמת עסקת המיזוג.

15. עוד יצוין כי הוגשה נגד חלק מהמשיבים בקשה לאישור תובענה ייצוגית בטענה לביצוע תשלומי שוחד על ידי המשיבה 12 ברוסיה ובאוקראינה (ת"צ 20944-08-19 **אומן נ' IFF ואח'**). בגדרה של בקשה זו עתרה המבקשת לפיצוי בגין ירידת שער המניות בעקבות פרסום התשלומים ששולמו במדינות כאמור.

16. לבקשה זו מצורפת חוות דעת כלכלית של ד"ר טל מופקדי (נספח 21 לבקשה זו). כפי שעולה מחוות הדעת, משעה ש-IFF הסכימה שייגרעו מקופתה של פרוטרום 20 מיליון דולר, היא הייתה אדישה למי הם ישולמו. יתר על כן, כפי שקובע ד"ר מופקדי – לא היה בבונוס שום תועלת עבור החברה.

17. דרך הילוכה של בקשה זו יהא כלהלן:

בחלק **השני** נעמוד על פרטיהם של הצדדים להליך.

בחלק **השלישי** נפרט את הפרות הדין שבוצעו על ידי המשיבים הן בשלב המשא ומתן לקראת כריתתו של הסכם המיזוג הן בשלב הבאת הסכם המיזוג לאישור מוסדות החברה.

בחלק **הרביעי** תפורטנה עילות התביעה שיש לקבוצה נגד המשיבים.

בחלק החמישי נראה שכלל שיקול הדעת העסקי לא חל בנסיבות העניין מאחר שכלל לא מדובר בהחלטה בעלת אופי עסקי.

בחלק השישי נראה שגם אם כלל שיקול הדעת עסקי חל בנסיבות העניין אזי יש להפעיל לגבי העסקה את אמת המידה של 'הגינות מלאה'

בחלק השביעי נעמוד על כך שכל התנאים לאישור הגשתה של תובענה ייצוגית מתקיימים במקרה דנא.

ב. הצדדים

(1) המבקשת

18. המבקשת החזיקה במאה וחמישים (150) מניות של פרוטרום קודם להודעת המיזוג. כיום היא מחזיקה ב- 37.75 מניות IFF (בעקבות המיזוג).

נספח 3 אישור בדבר החזקת 150 מניות פרוטרום על ידי המבקשת, וכן אישור בדבר החזקת 37.35 מניות IFF על ידי המבקשת.

19. המבקשת מילאה כתב הצבעה לקראת אסיפת בעלי המניות שנועדה להתקיים ביום 6.8.2018.

נספח 4 כתב הצבעה שמולא על ידי המבקשת לקראת אסיפת בעלי המניות ביום 6.8.2018.

20. המבקשת השתתפה באסיפה הכללית של בעלי המניות ונשאה בה דברים על-מנת להביע התנגדות אקטיבית לתשלום הבונוס ליהודאי.

נספח 5 מסמך שאותו המבקשת הקריאה במהלך האסיפה המפרט את טעמי התנגדותה לאישור הבונוס.

(2) המשיבים

21. **המשיבה 1**, ICC Industries, Inc. ("ICC") - היא חברת אחזקות פרטית המאוגדת בניו-יורק ארה"ב, שהייתה במועדים הרלוונטיים לתביעה זו וקודם להשלמת עסקת המיזוג המחזיקה (באמצעות חברות בנות - המשיבות 2-3) ב-21,358,034 מניות רגילות של פרוטרום, המהוות כ-35.87% מהונה המונפק של פרוטרום ומזכויות ההצבעה בה וכ-35.52% בדילול מלא (בהנחה שימומשו אופציות למניות שבהן החזיקו נושאי משרה בפרוטרום). המשיבה 1 הוגדרה מבחינה פורמלית כבעלת המניות הגדולה בפרוטרום וכבעלת השליטה בה.

22. **המשיבה 2**, ICC Chemical Corporation - היא חברה פרטית המאוגדת בניו-יורק ארצות הברית. בעל השליטה בה היא ICC.

23. **המשיבה 3**, ICC Handels AG/GmbH - היא חברה פרטית המאוגדת בשוויץ ומצויה בבעלותה המלאה של ICC.

24. **המשיב 4**, ד"ר ג'ון ג' פרבר - הוא נתין אמריקאי, כבן 93 במועד עסקת המיזוג, ובמועדים הרלוונטיים קודם להשלמת עסקת המיזוג היה בעל השליטה ב-ICC וכיהן גם כיושב-ראש דירקטוריון ICC וכדירקטור בחברות בנות של ICC. המשיב 4 הוא אביה של המשיבה 6 ונשוי למשיבה 5, עימה הוא החזיק ביחד ב-

48,888 מניות רגילות של פרוטרום, שהיוו כ-0.08% ממניותיה. המשיב 4 על-כן נמנה עם בעלי השליטה בפרוטרום. כן הוא כיהן במועדים הרלוונטיים כיושב-ראש דירקטוריון פרוטרום. נזכיר, כי תמורת המניות שבשליטתו, במישרין ובעקיפין, קיבל המשיב 4 במסגרת עסקת המיזוג סכום של כ-2,300 מיליון דולר.

25. **המשיבה 5**, מיה פרבר - היא נתינה אמריקאית, ובמועדים הרלוונטיים קודם להשלמת עסקת המיזוג הייתה בעלת השליטה ב-**ICC** וכיהנה גם כדירקטורית ב-**ICC**. המשיבה 5 היא אימה של המשיבה 6 ונשואה למשיב 4, עימו היא החזיקה ב-48,888 מניות רגילות של פרוטרום, שהיוו כ-0.08% ממניותיה. המשיבה 5 נמנתה על-כן עם בעלי השליטה בפרוטרום. כן היא כיהנה כדירקטורית בפרוטרום. נזכיר, כי תמורת המניות שבשליטתה, במישרין ובעקיפין, קיבלה המשיבה 5 במסגרת עסקת המיזוג סכום של כ-2,300 מיליון דולר.

26. **המשיבה 6**, סנדרה פרבר - היא נתינה אמריקאית, ובמועדים הרלוונטיים קודם להשלמת עסקת המיזוג הייתה **סגנית** יושב-ראש דירקטוריון **ICC**. המשיבה 6 היא בתם של המשיבים 4-5, והחזיקה גם ב-6.86% מהונה המונפק והנפרע של **ICC**. המשיבה 6 נמנתה אפוא עם בעלי השליטה בפרוטרום. כן היא כיהנה כדירקטורית בפרוטרום. נזכיר, כי תמורת המניות שבשליטתה, במישרין ובעקיפין, קיבלה המשיבה 6 במסגרת עסקת המיזוג סכום של כ-2,300 מיליון דולר.

27. **המשיבים 7-10** - כיהנו **במועדים** הרלוונטיים לתביעה קודם להשלמת עסקת המיזוג כדירקטורים בפרוטרום. המשיב 7 הוא נתין שוויצרי ואילו המשיבים 8-10 הם נתינים ישראלים. המשיבים 9-10 כיהנו בפרוטרום כדירקטורים חיצוניים.

28. **המשיב 11**, היה מנהל העסקים הראשי של פרוטרום תעשיות בע"מ עד במהלך המשא ומתן לקראת כריתתו של הסכם המיזוג ועד השלמת המיזוג ביום 4.10.2018.

29. **המשיבה 12**, היא פרוטרום תעשיות בע"מ. עד יום 4.10.2018 הייתה פרוטרום חברה ציבורית ומיום 4.10.2018 היא הפכה לחברה פרטית בבעלות מלאה של **IFF**.

30. נפנה עתה להצגה של הפרות הדין שבוצעו על ידי המשיבים הן במהלך המשא ומתן לקראת הסכם המיזוג הן לאחר כריתתו.

ג. הפרות הדין שבוצעו על ידי המשיבים הן לקראת כריתתו של הסכם

המיזוג הן לאחר מכן

31. הפרות הדין בוצעו על ידי המשיבים הן בשלב המשא ומתן לקראת כריתתו של הסכם המיזוג הן לאחר מכן, בעת שההסכם הובא לאישור מוסדותיה של החברה. בגדרו של פרק זה נציג בתמצית את עיקריה של עסקת המיזוג ולאחר מכן נעמוד על הפרות אלה לפי סדרן.

(1) עסקת המיזוג ואישורה

32. ערב עסקת המיזוג פרוטרום הייתה חברה גלובלית שבעצמה ובאמצעות חברות בנות שלה עסקה בפיתוח, ייצור ושיווק של טעמים (flavors) וחומרי גלם ייחודיים (Fine Ingredients) המשמשים בייצור מזון, משקאות, תמציות טעם וריח, מוצרי פארמה/נוטרה, קוסמטיקה וטיפוח אישי. עסקי הקבוצה החלו בשנת

1933 ופרוטרום הפכה לחברה ציבורית בשנת 1996 עם רישום מניותיה למסחר בבורסה לניירות ערך בתל-אביב. בשנת 2005 נרשמה החברה למסחר גם ברשימה הראשית של הבורסה בלונדון.

33. במהלך המחצית השנייה של שנות ה-80 של המאה הקודמת התחלפה הנהלת פרוטרום והוחלט על אימוץ אסטרטגיה עסקית שכללה גידול מהותי בפעילות החברה בשווקים הבין-לאומיים. מאז תחילת שנות ה-90 ביצעה פרוטרום רכישות של חברות ופעילויות. רק בחמש השנים האחרונות קודם לעסקת המיזוג ביצעה פרוטרום 42 רכישות.

נספח 6 עמודים רלוונטיים מתוך הדו"ח השנתי של פרוטרום לשנת 2017.

34. ביום 7.5.2018 חתמה פרוטרום על הסכם מיזוג עם IFF, חברה ציבורית בין-לאומית אשר ניירות הערך שלה רשומים למסחר בבורסות בניו-יורק (NYSE) ובפריז (Euronext Paris); ואייקון ניוקו בע"מ, חברה פרטית המאוגדת בישראל, המצויה בבעלות מלאה של IFF ("חברת היעד"). זאת, לאחר שהסכם המיזוג ו"העסקאות המפורטות בו" אושרו פה-אחד על-ידי ועדת הביקורת ועל-ידי דירקטוריון פרוטרום.

35. בגדרי הסכם המיזוג שעליו חתמה פרוטרום נקבע כי יבוצע "מיזוג משולש הופכיי" בהתאם לסעיפים 327-314 לחוק החברות, שעם השלמתו תתמזג חברת היעד עם ולתוך פרוטרום, באופן שפרוטרום תהפוך לחברת בת של IFF, שתחזיק בכל מניות פרוטרום. עסקה זו מכונה לעתים עסקת "going private", מכיוון שבסיומה החברה הציבורית המתמזגת - לענייננו, פרוטרום - הופכת לחברה פרטית.

36. עוד נקבע בגדרי הסכם המיזוג, כי כלל בעלי המניות בפרוטרום יעבירו את מניותיהם בפרוטרום ל-IFF, יחדלו מלהיות בעלי זכויות כבעלי מניות בפרוטרום, ובתמורה כל אחד יקבל עבור מנייתו סך של 71.19 דולר ארה"ב **במזומן** וכן יוקצו לו 0.249 **מניות** של IFF.

37. תמורת המיזוג שיקפה לפרוטרום נכון למועד חתימת הסכם המיזוג שווי של כ-6.37 מיליארד דולר ארה"ב ומחיר למניה של כ-386 ש"ח (106.25 דולר), המייצג פרמיה של כ-13.1% על מחיר המניה הממוצע המשוקלל עם מחזורי מסחר של המניה בבורסה בשלושים הימים האחרונים לפני מועד חתימת הסכם המיזוג.

38. בעקבות עסקת המיזוג קבלו בעלי השליטה בחברה, המשיבים 4-6, תמורת מניותיהם סכום כולל של כ-2,300 מיליון דולר (2.3 מיליארד דולר).

39. בגדרי הסכם המיזוג נקבעו מספר תנאים מתלים, לרבות כי בעלי המניות בפרוטרום יאשרו באסיפה כללית את הסכם המיזוג ברוב הדרוש לפי החוק. על רקע זה, במועד חתימת הסכם המיזוג העבירו המשיבות 2-3, שסך אחזקותיהן בפרוטרום הגיע לכ-35.87% מהון המניות המונפק של פרוטרום, כתב התחייבות כלפי הרוכשת במסגרתו התחייבו להצביע בעד אישור המיזוג על-פי הסכם המיזוג.

נספח 7 פרוטרום תעשיות בע"מ, "דוח מידי בדבר חתימה על הסכם מיזוג" (מיום 7.5.2018).

40. ביום 1.7.2018, לאחר כחודש ושלושה שבועות מעת הדיווח לציבור על דבר עסקת המיזוג, זימנה פרוטרום אסיפה כללית מיוחדת של בעלי המניות של החברה, בין היתר, לשם אישור המיזוג על-פי הסכם המיזוג. ביום 26.7.2018 הוצא זימון מתוקן.

- נספח 8** עמודים רלוונטיים מתוך פרוטרום תעשיות בע"מ, "דוח מידי בדבר זימון אסיפה כללית מיוחדת של בעלי המניות של החברה" (מיום 26.7.2018).
41. באסיפה הכללית המיוחדת של בעלי המניות בפרוטרום שנערכה ביום 6.8.2018 אושר המיזוג ברוב של 94.65% מתוך סך המניות שהשתתפו בהצבעה.
- נספח 9** פרוטרום תעשיות בע"מ, "דוח מידי על תוצאות אסיפה לאישור עסקה" (מיום 7.8.2018).
42. המיזוג הושלם ביום 4.10.2018 לאחר התקיימות כל התנאים המתלים שנקבעו בגדרי הסכם המיזוג. יום זה הפך למועד הקובע לתשלום תמורת המיזוג לכל אחד מבעלי המניות בפרוטרום.
- נספח 10** פרוטרום תעשיות בע"מ, "דוח מידי בדבר קבלת תעודת מיזוג והשלמת העסקה עם IFF" (מיום 4.10.2018).
43. כתוצאה מן המיזוג פרוטרום הפכה לחברת בת בבעלות מלאה של IFF ומניותיה נמחקו מהמסחר בבורסת לניירות ערך שבהן נסחרו בתל-אביב ובלונדון.
44. כחלק מהסכם המיזוג, הוסכם כי פרוטרום תחלק לבעלי מניותיה דיבידנד מיוחד במזומן וביום 2.10.2018 החליט דירקטוריון פרוטרום על חלוקת דיבידנד בסך כולל של כ-21 מיליון דולר.
- נספח 11** פרוטרום תעשיות בע"מ, "דוח מידי על חלוקת דיבידנד במזומן לניירות ערך" (מיום 2.10.2018).
45. עם השלמת עסקת המיזוג התפטרו המשיבים 4-10 מכהונתם כדירקטורים בפרוטרום ו-IFFF מינתה דירקטורים אחרים תחתם.
46. למען שלמות התמונה יצוין, כי בסמוך למועד המיזוג הוגשו נגד המשיבה 12 שתי בקשות לגילוי מסמכים מכוחו של סעיף 198א לחוק החברות, תשנ"ט-1998. אחת הבקשות הוגשה בשם פרופ' עומר דקל באמצעות הח"מ ("בקשת דקל"). ימים ספורים לאחר הגשתה של בקשת דקל עתרה המבקשת בהליך זה להצטרף אליה. בקשת דקל נמחקה מבלי שהתקיים כל דיון בה. זאת, עקב הגשתה של הבקשה האחרת ("בקשת עידו"), ובשל קביעת בית המשפט הנכבד שדקל לא יוכל לנהל את הבקשה משום שהוא לא החזיק במניותיה של IFF לאחר השלמת המיזוג (תנ"ג (ת"א) 7341-10-18 פרוטרום תעשיות בע"מ נ' פרופ' עומר דקל (28.1.2019)). אולם ביום 9.12.2019 ניתן פסק הדין הדוחה גם את בקשת עידו (תנ"ג (ת"א) 10488-10-18 עמית עידו נ' פרוטרום תעשיות בע"מ (9.12.2019)). זאת, לאחר ש-IFFF הגישה בעצמה תובענה כספית להשבת הבונוס (ת"א 50762-10-19).
47. כפי שכבר צוין, IFF הסכימה – בגדרו של הסכם המיזוג – שפרוטרום תשלם מקופתה סך של 20 מיליון דולר. לכן, אם ייפסק לטובתה של IFF סכום זה אזי היא תזכה ל-Windfall (מתת שמיים). ובמילים אחרות: היא תתעשר שלא כדין. נוסף על כך, IFF ידעה או הייתה צריכה לדעת שיהודאי ניהל עמה את המשא ומתן תוך ניגוד עניינים והיא ידעה, או הייתה צריכה לדעת, שאישור תשלום ה'בונוס' מנוגד להוראות הדין בישראל.
48. עד כאן, בתמצית, אבני הדרך מיום החתימה על הסכם המיזוג ועד לאישורו. נפנה עתה להפרות דין שבוצעו על ידי המשיבים בתקופה שבה נוהל משא ומתן לקראת כריתתו של הסכם המיזוג.

ג(2) המשא ומתן לקראת כריתתו של הסכם המיזוג נוהל תוך ניגוד עניינים חמור, ובניגוד להוראות הדין

49. המשא ומתן לקראת כריתתו של הסכם המיזוג נוהל בעיקרו בידי מנכ"ל פרוטרום אורי יהודאי. ברור לגמרי שניהול משא ומתן שבו נדון תשלום טובת הנאה לו עצמו העמיד את מר יהודאי במצב של ניגוד עניינים חמור. ניהול המשא ומתן העמיד גם את בעלי השליטה (המשיבים 1-6) במצב של ניגוד עניינים. נדרש לכל אחד מניגודי עניינים אלה בשורות הבאות.

א(א) ניגוד העניינים שבו היו בעלי השליטה בעת ניהול המשא ומתן

50. המשא-ומתן על תנאי הסכם המיזוג בין פרוטרום לבין IFF נגע גם בסוגיה של תגמול העתק בסך 20 מיליון דולר למנכ"ל יהודאי. מצב דברים זה, לא-כל-שכן בנסיבות עניינה המיוחד של פרוטרום, העמיד את המשיבים 1-6, בעלי השליטה בפרוטרום, במצב של ניגוד עניינים ברור מול טובת החברה ובעלי מניות המיעוט.

51. ראשית, מסקנה זו נובעת ישירות מהוראת סעיף 272(ג1) לחוק החברות, הקובעת כי "עסקה של חברה ציבורית... עם המנהל הכללי של החברה" שעניינה "תנאי כהונתו והעסקתו" טעונה "אישור משולש", לרבות "רוב תומך" מתוך בעלי המניות שאינם בעלי השליטה בחברה או בעלי עניין אישי באישור מדיניות התגמול (כמפורט בסעיף 267א(ב) לחוק החברות).

52. במילים אחרות: בעלי השליטה בחברה אינם מוסמכים לקבוע את תנאי העסקתו וכהונתו של המנכ"ל. המשמעות של הוראה זו הינה שקיים "ניגוד עניינים סטטוטורי" – ניגוד עניינים מכוח החוק – כך שבעל השליטה נחשב כבעל עניין בכל הקשור לקביעת תנאי כהונת המנכ"ל..

53. תפיסת המחוקק בדבר ניגוד עניינים מובנה שבו מצוי בעל השליטה לגבי קביעת תנאי כהונתו של מנכ"ל משתקפת מפורשות במדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון מס' 20 לחוק החברות. הנחת המחוקק הייתה, כי בחברה ציבורית זירת גיבוש תנאי הכהונה וההעסקה של המנכ"ל היא זירה רגישה, בה מתרחשות תופעות "בלתי מוסברות"², ועל-כן יש להרחיק ממנה את בעל השליטה, באשר "האינטרס של בעל-השליטה עשוי להיות במקרים מסוימים שונה מזה של יתר בעלי-המניות, וזאת גם כאשר אין מדובר בעסקה בה נמצא בעל-השליטה משני עברי המשא ומתן"³. נמצא, כי מעת שנושא תגמול המנכ"ל עלה על שולחן המשא-ומתן מול הרוכשת, כחלק מתנאי עסקת המיזוג, היה על בעל השליטה להרחיק עצמו מן המשא-ומתן, כגון על דרך מינוי ועדה בלתי-תלויה שתנהל באופן בלעדי את המשא-ומתן מול הרוכשת.

54. שנית, ניגוד העניינים של המשיבים 1-6 נבע גם מן העובדה שתגמול העתק למנכ"ל יהודאי היה בבחינת גחמה בלתי מוסברת של מי מהם, ובכל מקרה לא תגמול שנדרש כדי לשרת את טובת החברה.

1.

2. ראו הצעת חוק החברות (תיקון מס' 20) (תנאי כהונה והעסקה בחברות ציבוריות ובחברות איגרות חוב), התשע"ב-2012 (הצ"ח 677 מיום 21.3.2012, בעמ' 742.

3. ראו תני"ג (ת"א) 18994-07-15 דה לנגה נ' החברה לישראל בע"מ (30.4.2017), בפסקה 34 להחלטת כבוד השופטת רות רונן.

55. כידוע, תכליתו של תיקון מס' 20 לחוק החברות הייתה, בין היתר, גם למנוע תשלומים למנכ"ל שהם תולדת קפריזה כזו או אחרת של בעל השליטה. עמד על כך בית-המשפט הנכבד, בהסבירו כי תיקון מס' 20 לחוק החברות "הוצע... כדי ש'יהיה תהליך מושכל, הם יבינו שמה שהיה לא יהיה, ואי אפשר להתחיל ולחלק סתם משכורת או סתם בונוסים בלי שום הסבר ובלי שום תכלית רק כי בעל השליטה רוצה. המשחק הזה ייגמר וזו בעיני התוצאה של החוק הזה" (מר ליכט, ישיבת 7.8.2012, בעמ' 7)... כלומר, התיקון לחוק נועד למנוע תשלומים ובונוסים 'רק כי בעל השליטה רוצה', ותשלום כל אחד מרכיבי התגמול של עובדי החברה יתבצע בהתאם לתהליך מושכל שנקבע באופן מפורט בתיקון לחוק" ראו תנ"ג (ת"א) 18994-07-15 **דה לנגה נ' החברה לישראל בע"מ** (30.4.2017), בפסקה 35 להחלטת כבוד השופטת רות רונן (ההדגשה במקור).
56. המקרה הנוכחי ממחיש היטב את הצורך בהסדר שקבע החוק בעניין תגמול המנכ"ל והרחקת בעל השליטה משליטה על קביעת תגמול זה. אכן, בסיום תהליך המשא-ומתן שהתנהל בין פרוטרום לבין IFF הוחלט כי כלל בעלי המניות בפרוטרום יקבלו דיבידנד בשיעור של 21 מיליון דולר בשעה שמנכ"ל יזכה לתגמול עתק בסך 20 מיליון דולר, במזומן ובפעמימה אחת - תגמול שכבר על-פניו ברור היה כי הוא מופרז ואין בו כל היגיון כלכלי. נזכיר עוד, כי בשנים 2015, 2016 ו-2017 חילקה פרוטרום לבעלי מניותיה דיבידנד בסכומים של 5.8 מיליון דולר, 6.4 מיליון דולר ו-7.2 מיליון דולר, בהתאמה; כלומר, תגמול העתק הני"ל, שכאמור לא היה בו כל היגיון כלכלי, עלה על סכום דיבידנדים אלו גם יחד!
57. בעת הזו אין בידי המבקשת נתונים ועובדות שיש בהם כדי להסביר את המניע של בעלי השליטה ליתן תגמול-עתק שכזה למנכ"ל. עם זאת, התפיסה של חוק החברות הינה שלא ניתן תמיד לדעת מדוע בעלי שליטה יבקשו להיטיב עם המנכ"ל ובדיוק מסיבה זו נקבע שהם אינם מוסמכים לקבוע לבדם את תנאי העסקתו וכהונתו.
58. אולם, גם אם תאמר, וזו הפרשנות המקלה ביותר האפשרית, כי רק גחמה בלתי מוסברת שלהם היא שהובילה למתן תגמול עתק זה, עדיין מדובר במצב דברים היוצר להם זיקה עודפת מהותית שאינה אך טובת החברה, וניגוד עניינים לעומת בעלי מניות המיעוט. אכן, ניתן לטעון שתשלום התגמול ליהודאי בא גם על חשבונם של בעלי השליטה. אולם ראוי לזכור כי מבחינתם משמעות "הוויתור" הייתה זניחה: הם קיבלו בעקבות המיזוג 2.3 מיליארד דולר והסכמתם לתשלום ה'בונוס' ליהודאי היוותה ויתור על תשלום נוסף של כ-7 מיליון דולר, היינו: בסך הכל כ-0.3% מהתמורה שהם קיבלו תודות לעסקת המיזוג.
59. **שלישית**, ניגוד העניינים של המשיבים 1-6 נבע **מכבילתם את שיקול-דעתם** בקשר עם תשלום תגמול העתק הני"ל, לרבות ביחס לגובה התגמול ולאופן תשלומו. כבילה זו ממילא לא אפשרה להם לשקול את טובת החברה בכללותה.
60. בהקשר זה נזכיר, כי במועד חתימת הסכם המיזוג העבירו המשיבות 2-3, שסך אחזקותיהן בפרוטרום הגיע לכ-35.87% מהון המניות המונפק של פרוטרום והן נשלטו בידי פרבר, **כתב התחייבות כלפי הרוכשת** במסגרת התחייבו להצביע בעד המיזוג. כן נזכיר, כי **לשיטתם של המשיבים עצמם, ולפי הודאתם**, "אופן הענקת הבונוס החד פעמי למר יהודאי במזומן ובפעמימה אחת מיד לפני השלמת העסקה נקבע במסגרת הסכם המיזוג, הסכם אשר נחתם ואושר כדין ונקבע בו כי הבונוס כאמור ישולם במלואו לפני השלמת המיזוג... מאחר ואופן תשלום הבונוס החד פעמי נקבע בהסכם המחייב שנחתם בין הצדדים להסכם

המיזוג, אין בסמכות דירקטוריון החברה לשנות את מבנה הבונוס החד פעמי ומועד תשלומו ללא הסכמת הרוכשת (וזו אינה נדרשת לתת הסכמה שכזו)..."

נספח 12 (מתוך דיווח החברה מיום 2.10.2018 [נספח 18]).

61. אולם, כאמור, מדובר היה במצגי-שווא, ובין היתר, בניגוד גמור למצגים אלו, הרוכשת עצמה הודיעה, בזמן אמת, כי תשלום "הבונוס החד פעמי" נתון לשיקול-דעתה של פרוטרום. ובדיעבד, הרוכשת אף טוענת כי תגמול העתק ששולם למנכ"ל יהודאי "אושר בניגוד לדין" ו"אינו לטובת החברה", לא-כל-שכן בשים לב להתנגדות האסיפה הכללית של פרוטרום לאישור תגמול זה.

62. הנה-כי-כן, למצער במועד שבו נחתם הסכם המיזוג, ומן הסתם קודם לכך, ככלו המשיבים 1-6 את שיקול-דעתם, ללא הצדק וצורך, בכל הקשור לתגמול העתק למנכ"ל יהודאי. אף כבילה זו, ללא קשר למניע שביסודה, יוצרת להם זיקה **עודפת מהותית** מלבד טובת החברה וניגוד עניינים לעומת בעלי מניות המיעוט.

63. כן יש להזכיר, כי נתבעים 4-6, שכיהנו גם כדירקטורים בפרוטרום, ממילא כפופים להוראת סעיף 106(א) לחוק החברות, הקובעת כי "דירקטור, בכשירותו ככזה, יפעיל שיקול דעת עצמאי בהצבעה בדירקטוריון, לא יהיה צד להסכם הצבעה ויראו באי-הפעלת שיקול דעת עצמאי כאמור או בהסכם הצבעה הפרת חובת אמונים". אלא שתוצאות כבילת שיקול-הדעת הן גם בקשר עם שליטתו בחברה: **אכן, כאשר בעל שליטה מכהן כדירקטור, וככזה כובל את שיקול-דעתו בנושא מסוים בניגוד לדין, ממילא נוצר לו כבעל שליטה, לצד עניינו בטובת החברה, אף עניין אישי שלו - במטרה שלשמה הסתכן בכבילת שיקול-דעתו כדירקטור ובהפרת הדין.**

64. **לבסוף**, כפי שאפשר שיתברר לאחר שיגולו המסמכים הרלוונטיים, ניגוד העניינים של המשיבים 1-6 עלול לנבוע גם מן האינטרס המשותף להם וליהודאי להסתיר את פעילותה הבלתי-חוקית של פרוטרום בשנים שקדמו למיזוג ברוסיה ובאוקראינה בקשר עם תשלומי השוחד, ותלותם במנכ"ל יהודאי בקשר לכך.

65. למרות כל אחד מהטעמים הנ"ל, לא-כל-שכן בהצטרבם, המשיבים 1-6, כבעלי השליטה בפרוטרום, לא נמנעו מלהרחיק עצמם מזירת המשא-ומתן על תנאי הסכם המיזוג בכלל, ועל תגמול העתק בסך 20 מיליון דולר שהוחלט לשלם למנכ"ל יהודאי, בפרט.

66. בין היתר **לא מונתה ועדה בלתי-תלויה**, כנדרש במקרים מסוג זה, כדי שתנהל באופן **בלעדי** את המשא-ומתן מול הרוכשת לטובת השאת התמורה עבור בעלי המניות.

(ב) יהודאי ניהל את המשא ומתן בעודו בניגוד עניינים

67. המשא-ומתן עם הרוכשת על תנאי עסקת המיזוג, לרבות בסוגיית תגמול העתק למנכ"ל יהודאי ("הבונוס החד פעמי"), נוהל על-ידי המנכ"ל יהודאי עצמו. על היקף מעורבותו של המנכ"ל יהודאי במשא-ומתן עם הרוכשת דיווחה החברה עצמה (כנימוק למתן "הבונוס החד פעמי") בזו הלשון:

"מר יהודאי היה מעורב בגיבוש תנאי עסקת המיזוג, בניהול, בניווט ובהכוונת המגעים של החברה מול הרוכשת, ניהול צוותי העבודה השונים בחברה מחוצה לה, תרם רבות לפתרון סוגיות מורכבות והקדיש שעות ארוכות מזמנו בקשר עם עסקה זו..."

- נספח 13** פרוטרום תעשיות בע"מ, הדף הרלוונטי מתוך "דוח מידי בדבר זימון אסיפה כללית מיוחדת של בעלי המניות של החברה" (מיום 1.7.2018)
68. מכל-מקום, לא מונתה ועדה בלתי-תלויה שתנהל באופן בלעדי את המשא-ומתן מול הרוכשת כדי להשיא את התמורה עבור כלל בעלי המניות של פרוטרום.
69. המגעים להסכם המיזוג בין פרוטרום לבין IFF החלו במהלך חודש אוקטובר 2017, או בסמוך לכך. הצעתה הראשונית של IFF לרכישת מניות פרוטרום עמדה על סכום של 310 ש"ח עד 325 ש"ח למניה, כאשר 57% מתוך סכום זה ישולם במזומן ו-43% ישולם במניות IFF.
70. בהמשך, בעקבות מגעים ומשא-ומתן שהתנהל באופן ישיר בין הנהלת פרוטרום, ובכלל זה המנכ"ל יהודאי, לבין נציגי IFF, העלתה IFF בחודש ינואר 2018 את הצעתה לסכום של 325 ש"ח עד 340 ש"ח למניה, כאשר 65% מתוך הסכום ישולם במזומן ו-35% ישולם במניות IFF.
71. המשא-ומתן בין נציגי פרוטרום, ובהם המנכ"ל יהודאי, לבין נציגי IFF נמשך תוך שהמנכ"ל יהודאי מדגיש שוב ושוב בפני נציגי IFF כי דירקטוריון פרוטרום והוא עצמו מצפים למחיר למניה שלא יפחת מן הסכום של 380 ש"ח.
72. ביום 13.4.2018 הגישה IFF לפרוטרום הצעה בלתי-מחייבת לרכישת מניות פרוטרום, שכונתה "ה-Third Revised Offer", ואשר נקבה בסכום רכישה של 380 ש"ח למניה, כאשר 67% מתוך הסכום ישולם במזומן ו-33% ישולם במניות IFF.
73. אם כן, מדיווחיה של המשיבה 12 עולה שהמשא ומתן לקראת הסכם המיזוג נוהל עד תומו באמצעות יהודאי.
74. ביום 16.4.2018 התכנס דירקטוריון פרוטרום לדון בהצעה זו והחליט כי על בסיס הצעה זו יהיה מוכן לשקול את העיסקה. במועד זה מינה דירקטוריון פרוטרום את ועדת הביקורת שלו, שבה כיהנו שני דירקטורים חיצוניים ודירקטור בלתי-תלוי, כ-Special Deal Committee, וזאת כדי "לספק ייעוץ ותמיכה" להנהלה הבכירה של פרוטרום ביחס להערכת שווי החברה ולניהול המשא-ומתן מול IFF.
75. יודגש, כי גם לאחר מינוי ועדה זו, המשא-ומתן בין פרוטרום לבין IFF נמשך **באמצעות הנהלת פרוטרום ויהודאי עצמו**.

נספח 14 תיאור המשא ומתן לקראת הסכם המיזוג מתוך תסקיף s-4 של IFF

76. למחרת, ביום 17.4.2018, עורכי-דינה של פרוטרום שלחו לעורכי-הדין של IFF טיוטת הסכם מיזוג.
77. בין יום 24.4.2018 לבין יום 3.5.2018 נמשך המשא-ומתן בין נציגי פרוטרום ו-IFF על תנאי הסכם המיזוג, **תוך שהמנכ"ל יהודאי מעורב באופן אישי במשא-ומתן זה**. כך, ביום 3.5.2018 נפגשו הצדדים במשרד עורכי דין שייצג את פרוטרום כדי להמשיך את המשא-ומתן (הפגישה התקיימה בניו-יורק). **באותו ערב נפגשו המנכ"ל יהודאי ויושב-ראש הדירקטוריון פרבר עם יו"ר ומנכ"ל IFF, אנדריאס פיביג**. לאחר פגישה זו

נמשך המשא-ומתן בין הצדדים, וזאת עד ליום 6.5.2018, שאז אושר הסכם המיזוג על-ידי דירקטוריון פרותרום. כאמור, הסכם המיזוג נחתם ביום 7.5.2018.

78. יודגש, כי חלק מן המשא-ומתן בין הצדדים נגע לסוגיה של **חלוקת דיבידנד** לבעלי מניות פרותרום קודם להשלמת המיזוג. כך, בין היתר, ביום 17.4.2018 דרשו באי-כוח פרותרום כי קודם להשלמת המיזוג יזכו בעלי המניות בפרותרום לקבל דיבידנד במזומן בסכום השווה לזה שחולק להם בשנת 2017; אולם בהצעת הנגד שהגישה IFF, ביום 23.4.2018, **נדחתה דרישה זו של פרותרום**. סוגיית הדיבידנד נדונה אף בהמשך, במגעים שהתקיימו בין באי-כוח הצדדים בין יום 24.4.2018 ליום 3.5.2018.

79. כן יודגש, כאמור, כי אחד הנושאים שנדונו במשא-ומתן בין הצדדים, ואף קיבלו ביטוי בהסכם המיזוג, היה סוגיית תגמול העתק למנכ"ל יהודאי.

80. לא זו בלבד שיהודאי ויתר המשתתפים במשא ומתן עיצבו את העסקה באופן שבו ישולם ליהודאי בונוס כנגד אישורה, אלא **שהעסקה עוצבה מראש – באופן מלאכותי לגמרי – על-מנת להסוות את העובדה הפשוטה שתשלום הבונוס הינו על חשבון בעלי המניות**. על כך – בשורות הבאות.

(ג) **ההפרדה המלאכותית של סכום תגמול העתק למנכ"ל יהודאי מן התמורה הכוללת שנדרשה IFF לשלם עבור רכישת מניות פרותרום**

81. מכיוון שתגמול העתק בסך 20 מיליון דולר שייועד למנכ"ל יהודאי שולם במזומן ובפעימה אחת קודם להשלמת המיזוג, ברי כי לדידה של הרוכשת, IFF, דובר בחלק מתנאי עסקת המיזוג. כך, ברור לגמרי שהרוכשת הייתה אדישה לשאלה אם הסכום של 20 מיליון דולר שנגרע במזומן מקופת פרותרום קודם להשלמת המיזוג יחולק כדיבידנד לבעלי המניות בפרותרום או ישולם למנכ"ל יהודאי.

82. בדיוק מסיבה זו, IFF הגדירה וסיווגה את תשלום המיועד למנכ"ל יהודאי בדוחותיה הכספיים כ-"pre-merger expense" וכנובע מ-"pre-combination services".

83. הרוכשת אף דיווחה שאין לה כל עניין מיוחד בכך שהמנכ"ל יהודאי יקבל את הבונוס החד פעמי המדובר, והיא הבהירה, בזמן אמת, כי הבונוס "was entered into by or on behalf of Frutarom"; וכי לדידה תשלומו הוא עניין של שיקול-דעת של דירקטוריון פרותרום (ובלשונה, "at the discretion of the Frutarom board, Mr. Yehudai may receive a cash transaction bonus...").

נספח 15 IFF, Other Report or Announcement— Prospectus of July 3rd, 2018 (20.9.2018) בעמ' 123-122.

נספח 16 IFF, Other Report or Announcement— Prospectus of July 3rd, 2018 (20.9.2018) , בעמ' 84.

84. הרוכשת טענה לאחרונה כי תשלום התגמול הנ"ל אמור ליצור "תמריצים צופי פני עתיד...", בעוד שלגבי יהודאי "נקבע כי יסיים את תפקידו בסמוך לאחר השלמת המיזוג", ועל כן "ברי כי אין [בתגמול העתק] כדי לתרום להשאת רווחי החברה או לשיפור פעילותה או לפיתוחה, אלא להיפך - יש בו כדי לגרוע מנכסיה 'פסקה 45 לכתב התביעה שהגישה IFF להחזר תשלום ה'בונוס' (נספח 2 לבקשה זו). הטענה נכונה

בחלקה, משום שתשלום הבונוס לא גרע מנכסיה של IFF, אלא מהדיבידנד שהיה אמור להיות משולם לכלל בעלי המניות או, לחילופין, מהגדלת התמורה בגין העסקה אילולא ההסכמה לתשלום ה'בונוס'.

85. נזכיר, כי פרוטרום דיווחה ביחס לתגמול העתק הנ"ל כי "התשלום הנו בנפרד מתמורת המיזוג לבעלי ניירות הערך של החברה, אינו קשור לתמורת המיזוג ומנותק ממנו. אין בתשלום האמור בכדי להשפיע בשום צורה על תמורת המיזוג לבעלי ניירות הערך של החברה"

נספח 17 (פרוטרום תעשיות בע"מ, דפים רלוונטיים מתוך "דוח מיידי בדבר זימון אסיפה כללית מיוחדת של בעלי המניות של החברה" (מיום 1.7.2018))

דברים אלו נכונים כמובן רק לשלב שלאחר חתימת הסכם המיזוג, כאשר כבר לא ניתן היה לשנות את תנאיו; והם שגויים בעליל, ואף מטעים, ככל שהם מתייחסים לשלב המשא-ומתן על תנאי הסכם המיזוג.

86. ודוק: ההפרדה המלאכותית של סכום תגמול העתק למנכ"ל יהודאי מתוך התמורה הכוללת של העסקה, הן במסגרת המשא-ומתן לקראת החתימה על הסכם המיזוג, הן לאחר-מכן, אפשרה למשיבים, בין היתר, לנתק את הליך אישור תגמול העתק מהליך אישור המיזוג על-פי הסכם המיזוג, לרבות באופן שלא יסכן את הסכם המיזוג עצמו.

(ד) מצגי-שווא שהציגו המשיבים לבעלי המניות

87. ההפרדה המלאכותית של סכום תגמול העתק למנכ"ל יהודאי מתוך התמורה הכוללת של העסקה שנדרשה ל-IFF לשלם איפשרה למשיבים גם להציג כמה מצגים שהיו מצגי-שווא, כדי להקל על הליך אישור תגמול העתק למנכ"ל יהודאי.

88. ראשית, ההפרדה המלאכותית איפשרה למשיבים להציג מצג-שווא, כאילו תגמול העתק הנ"ל אינו משולם על חשבון בעלי המניות בפרוטרום וכאילו לא הם נושאים בו. זאת, הגם שמבחינתה של הרוכשת סכום תגמול העתק היווה חלק מן התמורה הכוללת שנדרשה לשלם עבור רכישת פרוטרום ואף הוגדר על ידה "pre-merger expense" וכנובע מ-"pre-combination services".

89. שנית, המשיבים גם פעלו כדי ליצור מצג-שווא כאילו הסכם המיזוג מקים התחייבות לתשלום תגמול העתק ליהודאי.

90. שלישית, המשיבים פעלו ליצור מצג-שווא כאילו הרוכשת מעוניינת בתשלום תגמול העתק הנ"ל למנכ"ל יהודאי.

91. מדובר היה במצגי-שווא. שכן, IFF מצידה הבהירה, כבר בזמן אמת, כי הבונוס "was entered into by or on behalf of Frutarom"; וכי לדידה תשלומה הוא עניין של שיקול-דעת של דירקטוריון פרוטרום, ובלשונה, "at the discretion of the Frutarom board, Mr. Yehudai may receive a cash transaction bonus...".

(ה) **התפרקות המשיבים משיקול-דעתם וכבילתו - על תשלום "הבונוס החד-פעמי" (במזומן ובפעימה אחת קודם להשלמת המיזוג) הוחלט עוד קודם לחתימה על הסכם המיזוג, בטרם פורסם**

הדבר, ואף טרם שהובא לאישור אסיפת בעלי המניות; ולשיטת המשיבים במסגרת הסכם המיזוג נוצרה התחייבות לכך

92. לציבור דיווחה פרוטרום על הכוונה לשלם סכום זה ליהודאי כ"בונוס חד-פעמי" לראשונה ביום 1.7.2018, במסגרת הזימון לאסיפה הכללית המיוחדת של בעלי המניות לצורך אישור המיזוג. פרוטרום לא דיווחה על עניין זה ביום 7.5.2018, הוא המועד שבו פורסם הדיווח המיידני על חתימת החברה על הסכם המיזוג.
93. עם זאת, כבר במועד שבו פורסמה החתימה על הסכם המיזוג, כלומר ביום 7.5.2018, התגבשה אצל המשיבים ההחלטה לשלם את התגמול הנ"ל ליהודאי.
94. ניתן ללמוד זאת, בין היתר, גם מהתפתחויות מאוחרות. כך, ביום 2.10.2018, במסגרת הדיווח על החלטת דירקטוריון פרוטרום לאשר תשלום "בונוס חד פעמי" ליהודאי בניגוד לעמדת האסיפה הכללית, דיווחה פרוטרום, בין היתר, כך:

"אופן הענקת הבונוס החד פעמי למר יהודאי במזומן ובפעמימה אחת מיד לפני השלמת העסקה **נקבע במסגרת הסכם המיזוג**, הסכם אשר נחתם ואושר כדין ונקבע בו כי הבונוס כאמור ישולם במלואו מיד לפני השלמת המיזוג... **מאחר ואופן תשלום הבונוס החד פעמי נקבע בהסכם המחייב שנחתם בין הצדדים להסכם המיזוג**, אין בסמכות דירקטוריון החברה לשנות את מבנה הבונוס החד פעמי ומועד תשלומו ללא הסכמת הרוכשת (וזה אינה נדרשת לתת הסכמה שכזו). יתרה מכך, את מבנה הבונוס החד פעמי ומועד תשלומו קבעה הרוכשת בעצמה, תוך שקלול מכלול שיקוליה ותוכניותיה לגבי החברה, ובחירה כאמור את מבנה הבונוס החד פעמי ומועד תשלומו כפי שהוא".

[סעיף 3.2.7 לדיווח מיידני מיום 2.10.2018]

נספח 18 פרוטרום תעשיות בע"מ, "דיווח מיידני על החלטות דירקטוריון" (מיום 2.10.2018).

95. יוזכר, כעולה גם מן הדיווח שפרסמה פרוטרום ביום 7.5.2018, כי במועד חתימת הסכם המיזוג העבירו המשיבות 2-3 כתב התחייבות להצביע בעד המיזוג לפי הסכם המיזוג. באותה עת עמד סך אחזקותיהן של המשיבות בפרוטרום על סך של כ-35.87% מהון המניות המונפק של פרוטרום והן נשלטו על-ידי פרבר.
96. כן יוזכר, כעולה מן הדיווח מיום 7.5.2018, כי ועדת הביקורת ודירקטוריון פרוטרום אישרו פה-אחד את הסכם המיזוג "ואת העסקאות המפורטות בו".
97. הנה-כי-כן, ביום הדיווח לציבור על הסכם המיזוג, והגם שלא דיווחו על החלטתם זו, **כבר גמרו המשיבים בדעתם, לשיטתם שלהם ועל-פי הודאתם**, להביא לכך שפרוטרום תשלם ליהודאי את "הבונוס החד פעמי" בסך 20 מיליון דולר, במזומן ובפעמימה אחת לפני השלמת המיזוג.
98. יתר-על-כן, מתוך דברים אלו עולה כי בכל הקשור לתשלום התגמול הנ"ל ליהודאי, כבר קודם ליום 7.5.2018 - כלומר, עוד בטרם בעלי המניות בפרוטרום אמורים היו להידרש באסיפתם הכללית לנושא ולאשר זאת - דירקטוריון החברה **התפרק משיקול-דעתו וכבל עצמו**, בניגוד לדין, להתחייבות לשלם סכום זה ליהודאי ואף לעשות כן במזומן ובפעמימה אחת לפני השלמת המיזוג.
- ג(3) הפרות הדין שבוצעו על ידי חלק מהמשיבים לאחר כריתתו של הסכם המיזוג ואישור תשלום הבונוס**

99. כפי שראינו, הסכם המיזוג עוצב כך שתיווצר הפרדה מלאכותית בין התשלום ליהודאי לבין תמורת הרכישה הכוללת, ובהמשך לכך הציגו המשיבים מצג שווה כאילו תשלום הבונוס אינו בא על חשבון בעלי המניות. דא עקא שהאסיפה הכללית לא אישרה את הבונוס ברוב הדרוש לכך. למרות כן, הדירקטוריון אישר את תשלום הבונוס תוך שהוא מתיימר לבסס את סמכותו לעשות כן על סעיף 272(ג1)(1) לחוק החברות, תשנ"ט-1999. אולם הוראה זו בחוק החברות אינה מהווה הסמכה לאשר את ה'בונוס' בנסיבות העניין דנא. נדרש לכך בשורות הבאות.

(א) התשתית הנורמטיבית: מדיניות תגמול ועסקה חריגה עם נושא משרה

100. התנאים לאישורה של עסקה חריגה בין חברה ציבורית לבין מנהלה הכללי נקבעו בתיקון מס' 20 לחוק החברות (על הרקע לחקיקתו של תיקון 20 ועל חשיבותם המיוחדת של כללי התגמול ראו גם תני"ג (ת"א) 18994-07-15 **יהודית דה לנגה נ' החברה לישראל**, פסקאות 32 עד 40 (נבו, 30.04.2017)). כידוע, תיקון מס' 20 נסב על שלושה עניינים מרכזיים: ראשית, התיקון מטיל חובה על מוסדות החברה לקבוע מדיניות תגמול (כהגדרתה בסעיף 267א לחוק החברות) בשים לב לשיקולים שהתיקון מתווה; שנית, התיקון קובע את הליכי האישור המיוחדים שעל החברה לנקוט לצורך אישור מדיניות התגמול של נושאי משרה בחברה; שלישית, התיקון קובע מהם ההליכים המיוחדים הנדרשים לצורך אישור תנאי כהונה והעסקה של נושאי משרה (ובכלל זה המנהל הכללי של החברה). נפנה עתה להוראות החוק הדנות בעניין.

101. סעיף 267א לחוק החברות מטיל על חברה ציבורית חובה לקבוע מדיניות תגמול כהגדרתה בסעיף, ואף קובע שמדיניות התגמול תאושר אישור משולש: על ידי הדירקטוריון, וועדת התגמול והאסיפה הכללית (ברוב מיוחד). הסעיף מתיר לוועדת התגמול ולדירקטוריון להחליט על מדיניות תגמול שהאסיפה לא אישרה אך ורק אם המדיניות היא "לטובת החברה". **הרוב המיוחד הנדרש לאישור המדיניות על ידי האסיפה הכללית נועד להבטיח, שהעסקה אכן תהיה לטובת החברה גם מנקודת מבטם של בעלי המניות שאינם בעלי עניין אישי במדיניות התגמול.**

102. זאת ועוד. החוק אינו מותיר בידי החברה שיקול דעת חופשי לקבוע את מדיניות התגמול. סעיף 267ב קובע בעניין זה כך:

(א) מדיניות התגמול תיקבע בין השאר לפי שיקולים אלה:

- (1) קידום מטרת החברה, תכנית העבודה שלה ומדיניותה בראייה ארוכת טווח;
- (2) יצירת תמריצים ראויים לנושאי המשרה בחברה, בהתחשב, בין השאר, במדיניות ניהול הסיכונים של החברה;
- (3) גודל החברה ואופי פעילותה;
- (4) לעניין תנאי כהונה והעסקה הכוללים רכיבים משתנים – תרומתו של נושא המשרה להשגת יעדי החברה ולהשאת רווחיה, והכל בראייה ארוכת טווח ובהתאם לתפקידו של נושא המשרה.

(ב) מדיניות התגמול תכלול, בין השאר, התייחסות לעניינים המפורטים בחלק א' לתוספת ראשונה א' וייקבעו בה, בין השאר, הוראות כמפורט בחלק ב' לתוספת האמורה.

103. מסעיף 267ב עולה שהשיקולים של החברה בקביעת מדיניות תגמול **צופים כולם פני עתיד**. כל אחד ואחד מהשיקולים המנויים בסעיף נועד **להמריץ** את נושא החברה לפעול לטובתה של החברה. כך, בדברי ההסבר להצעת החוק הממשלתית צוין, בין היתר:

“קביעת מדיניות התגמול על ידי החברה עלולה לכבול את ידיה של החברה, להקשות עליה בשימור נושאי משרה מכהנים מצטיינים ובגיוס בעלי תפקידים בעלי כישורים יוצאי דופן לפיכך, מוצע לאפשר לחברה, במקרים מיוחדים, לסטות ממדיניות התגמול שנקבעה כאמור, וזאת בהליך הזהה להליך קביעת המדיניות עצמה, ולאחר שנלקחו בחשבון אמות המידה והעקרונות המחייבים לגבי מדיניות התגמול בחברה”

104. ברור שתשלום הבונוס לא היה נחוץ לצורך “שימור נושאי משרה מכהנים מצטיינים”. ה”בונוס” גם לא נדרש על-מנת לסייע לחברה “בגיוס בעלי תפקידים בעלי כישורים יוצאי דופן”. כך, שהרי מר יהודאי צפוי היה להפסיק את עבודתו בחברה עם השלמת המיזוג. **מדובר, אם כן, בבונוס פסול, שכן הוא צופה פני עבר בלבד, ואין בו כל רכיב או היבט הצופה פני עתיד.**

נספח 19 הצעת חוק החברות (תיקון מס' 20) (תנאי כהונה והעסקה בחברות ציבוריות ובחברות איגרות חוב), התשע”ב-2012.

105. יתר על כן, סעיף 267ב(ב) קובע שמדיניות התגמול תכלול התייחסות לעניינים המפורטים בחלק א' לתוספת הראשונה א', וייקבעו בה הוראות כמפורט בחלק ב' לאותה תוספת. כפי שעולה ברורות מחלק ב' לתוספת הראשונה א', כל תכליתה של מדיניות התגמול הוא למתן את בעיית הנציג – הבעיה העלולה להיווצר כתוצאה מניגוד אינטרסים בין נושא המשרה לבין החברה (ראו: זוהר גושן “בעיית-הנציג כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים” **ספר זיכרון לגואלטאירו פרוקציה – חיבורי משפט** (תשנ”ז) 239).

106. חלק ב' לתוספת הראשונה א' כולל הוראות בקשר לרכיבים משתנים בתנאי כהונה והעסקה שמטרתן ליצור **מתאם ישיר** (ככל האפשר) בין ביצועי החברה לבין התגמול לנושא המשרה. מאותה סיבה אף נקבע שם שעל החברה להכליל בתכנית התגמולים הוראה שלפיה נושא המשרה יחזיר לחברה סכומים ששולמו לו, אם שולמו על בסיס נתונים שהתבררו כמוטעים והוצגו מחדש בדוחות הכספיים של החברה (פרט 2) לחלק ב' לתוספת הראשונה א'). המסקנה היא אפוא שלא ניתן לאשר בונוס מהסוג שהדירקטוריון התיימר לאשר במקרה דנא (להרחבה בדבר עקרונות בקביעת מדיניות תגמול ראו: יוסף גרוס “מפת דרכים למהפך בשכר הבכירים” **תאגידים** 1/ (2013) 88).

107. תיקון מס' 20 אף מסדיר עסקאות חריגות עם נושאי משרה בקשר לתנאי כהונתם והעסקתם ובכלל זה התקשרות בעסקה חריגה עם המנהל הכללי של החברה. הסעיף הרלוונטי לענייננו הוא סעיף 272(ג)(1)(1)(ג). לפי הסעיף, לצורך אישורה של עסקה חריגה עם המנהל הכללי של החברה נדרשים: (1) אישור של ועדת התגמול, (2) אישור של הדירקטוריון ו(3) אישור של האסיפה הכללית ברוב של בעלי המניות שאין להם עניין אישי. לענייננו חשובה הסמכות הניתנת לדירקטוריון לאשר את העסקה חרף העובדה שהאסיפה הכללית לא אישרה אותה ברוב הדרוש. בהתאם לאמור בסעיף, תנאי לסמכותו זו של הדירקטוריון היא “שמתיקים האמור בסעיף קטן (ג)(2)(א)”.

108. סעיף (ג)(2)(א) מחייב את ועדת התגמול והדירקטוריון לאשר (או לא לאשר) את העסקה לאור השיקולים המנויים בסעיף 267ב(א), תוך התייחסות לעניינים המפורטים בחלק א' לתוספת הראשונה א' **ובתנאי**

שנקבעו בעסקה, בין השאר, ההוראות כמפורט בחלק ב' לתוספת האמורה. יוער כי סעיף 272(ג1) אינו מחייב את הדירקטוריון לקבוע מפורשות כי אישור העסקה על אף התנגדות האסיפה הכללית הוא "לטובת החברה". עם זאת, מדובר בתנאי שהוא בבחינת **המונח מאליו**. לא זו בלבד שכל החלטה של הדירקטוריון צריכה להיות "לטובת החברה", אלא שאישור כאמור צריך להיות לטובת החברה על אחת כמה וכמה: אם אישור של מדיניות תגמול בניגוד להחלטת האסיפה הכללית צריך להיעשות "לטובת החברה", אזי על אחת כמה וכמה שאישור עסקה בניגוד למדיניות התגמול, אשר לא אושרה על ידי האסיפה, חייב להינתן אך ורק אם הוא "לטובת החברה".

109. בעניין **דה לנגה** (פסקה **שגיא**! **מקור ההפניה לא נמצא**. לעיל) סיכם בית משפט נכבד זה (כבוד השופט רונן) את הוראות החוק בעניין מדיניות התגמול במילים הבאות:

"הוראות חוק החברות ביחס לאישור תנאי העסקה והתגמול לנושאי המשרה בחברה הובאו בפירוט כדי להדגים את החשיבות שראה המחוקק לתהליך קביעת מדיניות התגמול בחברה, וזאת גם במקרים בהם נושאי המשרה הזכאים לתגמול אינם בעל-השליטה, וכאשר לא קיים ניגוד עניינים של הדירקטוריון או של בעל-השליטה בחברה. במילים אחרות, גם כאשר נושאי המשרה הם "זרים" לבעל-השליטה, המחוקק התווה הסדר מפורט הכולל מספר שלבים ביחס לאופן אישור מבנה התגמול שלהם.

110. אלו הם אפוא התנאים **המצטברים** שקובע סעיף 272(ג1) לאישור הדירקטוריון של עסקה חריגה עם נושא משרה, לאחר שהאסיפה הכללית לא אישרה את העסקה:

110.1. האישור צריך להינתן בהתאם לשיקולים המנויים בסעיף 267ב(א) לחוק.

110.2. האישור חייב לכלול הוראות כמפורט בחלק ב' לתוספת הראשונה א' לחוק;

110.3. האישור צריך להינתן רק "במקרים מיוחדים";

110.4. האישור צריך להיות לטובת החברה.

111. האישור שהדירקטוריון נתן לעסקה במקרה דנא אינו מקיים – על פניו – את התנאים האמורים. לעניין זה נפנה עתה.

(ב) בענייננו לא התקיימו תנאי חוק החברות לאישורה של העסקה

112. **התנאי הראשון אינו מתקיים**. כזכור, התנאי הראשון לאישור העסקה הינו שהאישור ניתן בהתאם לשיקולים המנויים בסעיף 267ב(א) לחוק. ברור לגמרי שכל השיקולים הנזכרים בסעיף **צופים פני עתיד**. הם אינם מתיישבים עם מתן 'פרסי הוקרה' למנהלים בגין פעילותם **בעבר**.

113. **התנאי השני אינו מתקיים**. התנאי השני הוא שאישור העסקה יכול הוראות כמפורט בחלק ב' לתוספת הראשונה א'. בענייננו, האישור אינו כולל אף הוראה מאלה המנויות בחלק ב' מן הטעם הפשוט שהוא לא יוצר כל מתאם בין ביצועי החברה בעתיד לבין התגמול שהוענק למנהל.

114. **התנאי השלישי אינו מתקיים**. כזכור, התנאי השלישי הנדרש לפי החוק הוא התקיימות "תנאים מיוחדים". אכן, המחוקק לא הגדיר מונח זה. עם זאת, ניתן להניח שהכוונה היא למצב דברים שבו אם לא תאושר העסקה עלול להיגרם לחברה נזק של ממש או לחילופין, שהחלטת האסיפה הכללית (שבה העסקה לא אושרה) התקבלה מתוך טעות גלויה בהבנת העובדות או בהבנת העסקה. בהקשר זה הובעה עמדה בספרות המשפטית שלפיה:

"ההסמכה לסטייה מעמדת האסיפה הכללית לגבי עסקאות הינה איפוא מצומצמת אף יותר מההסמכה לסטייה כזו ממדיניות התגמול. החוק מתווה, כי השימוש בהסמכה זו ייעשה במשורה, במקרים מיוחדים. הביטוי "מקרים מיוחדים" הינו "מונח שסתום", שחוק החברות כבר עשה בו שימוש בסעיף 266, בהקשר של זכות הדירקטור להעסיק יועצים. בדברי ההסבר הוזכרו כדוגמאות למקרים מיוחדים כאלה, מצבים בהם מדובר במועמד לכהונה בעל כישורים יוצאי דופן, או כאשר יש צורך לשמר כוח אדם איכותי במיוחד. אום יש לתת את הדעת לעובדה, כי בשל ההסמכה המצומצמת, שימוש בסמכות זו לעתים תכופות מדי וללא הצדקה משמעותית דיה, עלול לחשוף את הדירקטורים לתביעות בגין הפרת חובותיהם. ככל שיהווה הדבר פגם מהותי בהליך האישור, יהיה בכך כדי לחשוף את העסקה כולה לבטלות לפי סעיף 280 לחוק. בכל מקרה, דרך המלך אותה מתווה תיקון 20 הינה, כי הדירקטוריון יכבד את עמדת האסיפה הכללית, ויש לקוות כי בדרך זו יפעלו דירקטוריונים כאשר הצעתם לא תאושר" (רוני טלמור "רפורמת שכר הבכירים – תיקון 20 לחוק החברות יוצא לדרך" **תאגידים** 1/137, 157-158 (2013)).

115. ניתן לחשוב כמובן על דוגמאות נוספות שבהן מתקיימים "תנאים מיוחדים", אולם קל יותר לקבוע שבענייננו **לא** מתקיימים תנאים כאלה. **בדיוק להיפך**: אין כל הגיון ליתן למנהל (גם אם הוא עתיר זכויות) סך עתק של כשבעים ושניים מיליון ש"ח שאין כל קשר בינו לבין ביצועי החברה בעתיד ואין בו כדי להיטיב עם החברה בשום צורה ודרך.

116. **התנאי הרביעי אינו מתקיים**. התנאי הרביעי, ואולי החשוב ביותר, הוא שהחלטה תהיה לטובת החברה. בענייננו, **לא רק שהחלטה אינה לטובת החברה אלא שהיא לרעת החברה**. המשמעות המעשית של החלטת הדירקטוריון היא שהחברה מתנדבת (ממש כך!!) לשלם למנהלה הכללי תשלום בסך העולה על שבעים מיליון ש"ח למרות שהיא אינה חייבת לעשות כן, למרות שהיא כבר שילמה לו שכר נאה ביותר (לשון המעטה) במשך שנים רבות ולמרות שתשלום זה אינו משרת את טובתה של החברה בשום צורה אפשרית.

117. עד כאן ראינו שתנאי החוק לאישור העסקה לא התקיימו בענייננו. ניתן היה להסתפק בכך כדי להסיק כי החלטת הדירקטוריון התקבלה שלא כדין ודינה להתבטל.

118. אולם הדירקטוריון התיימר להצדיק את האישור על יסוד שורה ארוכה של נימוקים. נפנה אפוא להראות שאין בנימוקים הללו כל ממש (כאמור, נעשה כן בבחינת 'למעלה מן הצורך' מאחר שהשאלה המכרעת היא, האם האישור עומד בתנאי החוק).

(ג) **הנימוקים המופרכים של הדירקטוריון לאישור ה'בונוס' חרף החלטת האסיפה הכללית**

119. בטרם נדרש ספציפית לנימוקים משוללי היסוד שנתן הדירקטוריון לאישור הבונוס חשוב להזכיר שהדירקטוריון סבר כאילו אין בסמכותו לשנות את מבנה הבונוס ומועד תשלומו ללא הסכמת הרוכשת.

120. נוכח עמדה (מופרכת) זו ברור שהדירקטוריון לא הפעיל כל שיקול דעת בבואו להחליט בגורל הבונוס לאחר החלטתה של האסיפה הכללית. למרות כן, בדו"ח מיום 2.10.2018 הוצגו שורה של "שיקולים" המצדיקים, כביכול, את התשלום. אולם באף לא אחד מהשיקולים הללו יש כדי להצדיק את אישור הבונוס.

121. ה"נימוק" הראשון: תרומתו ההיסטורית של מר יהודאי לעסקי החברה, תרומתו לעסקת המיזוג, מעורבותו הנדרשת לצורך השלמת המיזוג ולאחר השלמתו "לשם המשך רציפות ניהולית" (סעיף 3.2.1 לדו"ח).

נימוק זה אינו משכנע ומהווה למעשה שיקול זר, שהדירקטוריון היה מנוע מלשקול, שכן הוא מתייחס כל כולו לעבר. בגין תרומתו לחברה קיבל מר יהודאי תמורה מלאה בשכר (נכבד), במניות ובאופציות. גם לא היה כל צורך בתשלום בונוס להשלמת עסקת המיזוג, שכן כל הדרוש להשלמת העסקה כבר נעשה ובוצע ואכן – המיזוג הושלם פחות מ-48 שעות לאחר החלטת הדירקטוריון. ובאשר לצורך ב"המשך רציפות ניהולית" – החברה הרוכשת כבר החליטה אז שלא להמשיך את העסקתו של מר יהודאי בחברה, ומכאן שהבונוס גם אינו משרת תכלית זו.

122. ה"נימוק" השני: שיעור הבונוס ניתן בהתאם לביצועיו, השכלתו, כישוריו, מומחיותו, תחום אחריותו, ניסיונו המקצועי, תקופת כהונתו ותרומתו להישגי החברה לאורך השנים ולמיזוג (סעיף 3.2.2 לדו"ח).

גם נימוק זה חסר כח שכנוע, ואף הוא מהווה שיקול זר, שהדירקטוריון היה מנוע מלשקול, שכן הוא מתייחס לעבר ולא להווה או לעתיד. שיקולים אלה עשויים להיות רלוונטיים לצורך אישור תנאי העסקה וקביעת תגמול, אך לא לעניין אישור עסקה חד-פעמית.

123. ה"נימוק" השלישי: תשלום הבונוס הוא בנפרד מתמורת המיזוג לבעלי המניות ואינו משפיע על התמורה לבעלי המניות (סעיף 3.2.3 לדו"ח).

נימוק זה נגוע במצג שווא שכן הדירקטוריון אפשר מראש לעצב את העסקה כך שתיווצר הפרדה מלאכותית בין תשלום הבונוס לבין התמורה לבעלי המניות. והרי לא הייתה כל מניעה לקבוע בהסכם המיזוג שאם הבונוס לא יאושר – התשלום בסך 20 מיליון דולר ישולם כדיבידנד (מבחינת הרוכשת לא הייתה כל משמעות לזהות מקבל התשלום). לכן, ברור לגמרי שאם פרוטרום הייתה דורשת זאת – החברה הרוכשת הייתה מסכימה (למשל) להגדיל את הדיבידנד לבעלי המניות בסך של 20 מיליון דולר.

124. ה"נימוק" הרביעי: בעלי השליטה בחברה שהאינטרס שלהם זהה לאינטרס של בעלי המניות האחרים הצביעו בעד תשלום הבונוס (סעיף 3.2.4 לדו"ח).

השאלה מדוע החליטו בעלי השליטה כפי שהחליטו ומה טיב יחסיהם עם נושא המשרה (המשמש נושא משרה בחברה במשך שנים רבות) אינה רלוונטית לצורך ההכרעה בשאלה: האם הבונוס הוא לטובת החברה. לא זו בלבד שחוק החברות אינו מייחס כל נפקות לשיקול זה, אלא שהוא רואה בבעלי השליטה כמי שמצויים בניגוד עניינים סטטוטורי בכל הקשור לקביעת תנאי העסקתו של המנכ"ל.

125. ה"נימוק" החמישי: תשלום הבונוס זכה לתמיכה של רוב בעלי המניות שהשתתפו באסיפה (64%) (סעיף 3.2.5 לדו"ח).

דא עקא, בענייננו – פחות מ-30 מבעלי מניות המיעוט תמכו בהצעה.

126. ה"נימוק" השישי: "רוב המצביעים לא פירטו את הסיבות שבגינן הם התנגדו" (סעיף 3.2.6 לדו"ח).

ברור שלא מדובר כלל ב"נימוק", אלא רק בתיאור של מצב הדברים. גם הטענה שלפיה החברה "ערכה בירור מול בעלי המניות העיקריים באשר לנימוקי התנגדותם, וכן קיבלה את נימוקי הגופים המייעצים לבעלי המניות בהתנגדותם" – אינה מהווה נימוק לשינוי החלטתה של האסיפה הכללית.

127. ה"נימוק" **השביעי**: ברישא של סעיף 3.2.7 מוסבר שהחברה הגיעה למסקנה שהתנגדותם של חלק לא מבוטל מבעלי המניות הייתה לא לעצם תשלום הבונוס, אלא למבנה הבונוס, היינו שאין מדובר בבונוס מותנה בדומה לנושאי משרה אחרים. הסעיף ממשיך ומציין שוועדת התגמול והדירקטוריון נתנו דעתם לנימוק זה ובהמשך (סעיפים קטנים (1) עד (4)) ניתנת התייחסות ועדת התגמול והדירקטוריון לכך):

א. טענה ראשונה היא שאופן הענקת הבונוס במזומן וב"פעמימה אחת" נקבע כבר במסגרת עסקת המיזוג והסכם המיזוג אושר כדין (סעיף 3.2.7 (1) לדו"ח).

כאמור, מדובר בטענה שכל כולה נגוע במצג שווא שכן הדירקטוריון הסכים מראש – ללא כל צורך ענייני – שה'בונוס' בכלל ישולם ושהוא ישולם במזומן ו"בפעמימה אחת". יתר על כן, אם ניתן היה להסתפק באישור של הסכם המיזוג ללא צורך באישור העסקה החריגה עם נושא משרה – לא היה כלל צורך באישור הדירקטוריון והאסיפה הכללית לתשלום הבונוס.

ב. טענה שנייה היא שתשלום הבונוס נקבע בהסכם מיזוג ולדירקטוריון אין סמכות להתערב בהסכם ואין לו סמכות "לשנות את מבנה הבונוס החד פעמי ומועד תשלומו ללא הסכמת הרוכשת" (סעיף 3.2.7 (2) לדו"ח).

כבר עמדנו על כך שעולה מטענה זו שהחלטת הדירקטוריון לשנות את החלטת האסיפה הכללית הייתה בבחינת 'משחק מכור'. הטענה גם כוזבת ומהווה מצג שווא שכן הרוכשת לא ייחסה כל חשיבות לזהותו של מקבל התשלום (האם יהיה זה יהודאי לבדו או כלל בעלי המניות). נוסף על כך, הדירקטוריון לא נדרש "לשנות את מבנה הבונוס", אלא רק לקבוע האם תשלומו הוא לטובת החברה אם לאו.

ג. טענה שלישית היא שהחברה הרוכשת הודיעה למר יהודאי שהעסקתו תופסק עם השלמת עסקת המיזוג, ולכן גם אילו היה תשלום הבונוס מותנה בהשלמת העסקה – מר יהודאי היה מקבל את הבונוס ביום ההשלמה (סעיף 3.2.7 (3) לדו"ח).

זהו טיעון מוזר. העובדה שלא ניתן היה לתת בונוס מותנה אינה נימוק המצדיק את תשלום הבונוס, אלא בדיוק להיפך: היא מצדיקה שלא לשלם בונוס כלל.

ד. טענה רביעית היא שעמדת בעלי המניות המצדדת במתן בונוס תלוי ביצועים בעתיד אינה רלוונטית למצב דברים של שינוי שליטה ומכירת החברה. עוד נטען כי תנאי תשלום הבונוס הם עניינה של החברה הרוכשת ולה מסור שיקול הדעת לפעול בעניין (סעיף 3.2.7 (4)).

אלו טענות מופרכות. ראשית, בעלי המניות שהתנגדו לתשלום הבונוס עשו כן משום שלא הייתה הצדקה כלשהי לתשלומו. שנית, אין הצדקה עניינית ליתן לנושא המשרה תגמול בדיעבד בגין עסקה שכבר בוצעה (אולי היה היגיון ליתן תגמול כזה מראש, אך בוודאי שלא בדיעבד). שלישית, תשלום הבונוס בא על חשבון התמורה שבעלי המניות היו יכולים לקבל מהעסקה ואין שחר לטענה כאילו הוא מעניינה של החברה הרוכשת. ההיפך הוא הנכון.

128. ה"נימוק" השמיני הוא שהתנגדות בעלי המניות הייתה מחמת שיעורו החרגי של הבונוס (סעיף 3.2.8 לדו"ח). ועדת התגמול והדירקטוריון ערכו מחקר השוואתי המלמד ששווי ההטבות להן זכאי מר יהודאי בקשר עם השלמת המיזוג מצוי מתחת לממוצע ולחציון ביחס לשווי ההטבות להם זכאים מנכ"לים של חברות בארץ ובחו"ל במקרה של שינוי שליטה.
- דא עקא, ששיקולים אלה רלוונטיים (אולי) במצב של החלטה מראש (ex ante) בדבר מדיניות התגמול במקרה של העברת שליטה. אולם, נימוקים אלה מאבדים את כוחם כאשר מדובר בהחלטה המתקבלת בדיעבד (ex post), כפי שהדבר מצא ביטוי בענייננו. שיעורי בונוסים שמקבלים מנהלים בחו"ל אינם רלוונטיים לענייננו כלל, וגם אין רלוונטיות לשיעורי הטבות ה**צופים פני עתיד**, שנועדו להמריץ את המנכ"ל להגיע להסכם מיזוג או העברת שליטה.
129. ה"נימוק" התשיעי הוא שחוק החברות העניק לוועדת התגמול ולדירקטוריון את סמכות ההכרעה בנושא גמול נושאי משרה גם כאשר האסיפה הכללית לא אישרה את העסקה ברוב הדרוש. בכך יש משום הכרה ברורה של המחוקק בכך שוועדת התגמול והדירקטוריון הם "הגורם הנכון והראוי להכריע בנושא זה" (סעיף 3.2.9 לדו"ח).
- אין בדברים אלה משום הצדקה לאישור הבונוס. ראשית, המחוקק קבע שהאורגן המוסמך לאשר עסקה מיוחדת היא האסיפה הכללית ברוב מיוחד. שנית, את הסמכות שניתנה לדירקטוריון ולוועדת התגמול יש להפעיל במשורה ובמקרים מיוחדים וחריגים בלבד. שלישית, מדובר בהצדקה שאין לה כל זיקה לעובדות המקרה הספציפי וככזו היא נעדרת כל מימד קונקרטי.
130. ה"נימוק" העשירי הוא שאישור הבונוס לא היווה תנאי לאישור המיזוג ותשלומו אינו בא על חשבון התמורה המשולמת לבעלי המניות (סעיף 3.2.10 לדו"ח).
- כבר עמדנו על כך שמדובר בטענה המשוללת כל הגיון כלכלי העומדת בסתירה למציאות הכלכלית. ברור לגמרי שמבחינת החברה הרוכשת, תשלום סך של עשרים מיליון דולר למר יהודאי הינו חלק מתמורת העסקה, והיא מופחתת מהתמורה שתשולם לבעלי המניות.
131. ה"נימוק" האחד-עשר הוא שחברי ועדת התגמול והדירקטוריון סברו שמדובר במקרה מיוחד, שהשיקולים הקבועים בסעיף 267ב(א) לחוק מצדיקים את התשלום וכן את השיקולים המנויים בחלק א' לתוספת הראשונה לחוק החברות.
- אולם לא רק שלא מדובר בנימוק של ממש, אלא שיש בדברים אלה כדי ללמד שהחלטתם של הדירקטוריון וועדת התגמול אינה כוללת הוראות כנדרש בחלק ב' של התוספת הראשונה א' לחוק.
132. לבסוף, ברור לגמרי שמנגנון ההתגברות בחוק לא נועד למקרים שבהם הדירקטוריון כבל מראש את שיקול-דעתו לתוצאה מסוימת. במקרה הנוכחי הודיע הדירקטוריון כי למעשה התוצאה של התגברות על התנגדות האסיפה הכללית לתשלום תגמול העתק למנכ"ל יהודאי **כבר נקבעה מראש, בגדרי הסכם המיזוג, באופן שלדירקטוריון אין שיקול-דעת**. תכלית מנגנון ההתגברות אינה סתם לעקוף את עמדת האסיפה הכללית, אלא קודם-כל **לאפשר לדירקטוריון לשקול מחדש את עמדתו בשים לב לעמדת בעלי המניות** כפי שהשתקפה מהחלטת האסיפה הכללית, כלומר, בשים לב לאותו "say on pay" שניתן לבעלי המניות.

133. הפעלת המעוותת של מנגנון ההתגברות הביאה גם לכך שהמשיבים נמנעו מלהפחית את התגמול או לשנות את מבנהו ומתכונתו, כדי לתת ביטוי לרצון בעלי המניות. כאמור, האסיפה הכללית של בעלי המניות בפרוטרום התנגדה לאישור תגמול העתק למנכ"ל יהודאי, בין היתר, ברקע המלצת אנטרופי, שסברה כי מדובר בתגמול חריג הניתן במתכונת משוללת הגיון כלכלי.

134. החלטת הדירקטוריון מיום 2.10.2018 הייתה אפוא – מראשית ועד אחרית – העמדת פנים ומצג שווא שלפיו הדירקטוריון שקל את תשלום ה'בונוס' ושיעורו בשעה שהוא כלל לא עשה כן. והרי באותה החלטה עצמה הודה הדירקטוריון שהוא כלל לא רשאי לשנות את הוראות הסכם המיזוג בקשר לתשלום ה'בונוס', ובכך הוא התפרק משיקול דעתו שלא כדין וכבל עצמו בניגוד להוראות הדין.⁴

135. עד כאן ראינו שאישור הבונוס על ידי הדירקטוריון נעשה בניגוד להוראות חוק החברות ולכן יש לקבוע שהוא בטל ומבוטל. נפנה עתה להצגת עילות התביעה העומדות לקבוצה נגד המשיבים.

ד. עילות התביעה נגד המשיבים

136. העובדות המפורטות לעיל מקימות כנגד המשיבים, או מי מהם, מספר עילות תביעה וזכות לתובע לקבלת סעדים, הכל כמפורט להלן.

(ד1) כלפי בעלי השליטה - קיפוח המיעוט, הפרת החובה לנהוג בתום-לב ובדרך מקובלת ולהימנע מלנצל לרעה את כוחם בחברה, הפרת החובה לפעול בהגינות

137. במצב דברים רגיל 'קיפוח המיעוט' מתרחש במצב של חלוקת משאבים בלתי-הוגנת ביחסים שבין בעלי השליטה לבין בעלי מניות המיעוט. במקרה זה עסקת המיזוג אמנם לא הניבה לבעלי השליטה תמורה גבוהה יותר למניה בהשוואה לבעלי מניות המיעוט, אולם בעלי השליטה אפשרו חלוקה בלתי-סבירה ובלתי-הוגנת של תמורת המכירה כך שסך של 20 מיליון דולר ממנה ינותב ליהודאי. לשם השוואה, הדיבידנד הכולל שקיבלו חברי הקבוצה כולה עמד על 21 מיליון דולר. לכן, גם נסיבותיו של מקרה זה מהוות קיפוח של המיעוט.

138. סעיף 191(א) לחוק החברות, שכותרתו "הזכות במקרה של קיפוח", קובע:

"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, ובהן הוראות שלפיהן יתנהלו עניני החברה בעתיד, או הוראות לבעלי המניות בחברה, לפיהן ירכשו הם או החברה כפוף להוראות סעיף 301, מניות ממניותיה".

139. סעיף 192 לחוק החברות, שכותרתו "חובות בעל מניות", קובע:

בעל מניה ינהג בהפעלת זכויותיו ובמילוי חובותיו כלפי החברה וכלפי בעלי המניות האחרים בתום לב ובדרך מקובלת, ויימנע מניצול לרעה של כוחו בחברה, בין השאר, בהצבעתו באסיפה

1.

1. 4 פרוטרום תעשיות בע"מ, "דיווח מידי על החלטות דירקטוריון" (מיום 2.10.2018), בסעיף 3.2.7.

הכללית ובאסיפות סוג, בענינים האלה: (1) שינוי התקנון; (2) הגדלת הון המניות הרשום; (3) מיזוג; (4) אישור פעולות ועסקאות הטעונות אישור האסיפה הכללית לפי הוראות סעיפים 255 ו-268 עד 275;

בעל מניה יימנע מלקפח בעלי מניות אחרים.

הפרת הוראות סעיפים קטנים (א) ו-(ב) יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים המחויבים, ועל הפרת הוראת סעיף קטן (ב), יחולו גם הוראות סעיף 191, בשינויים המחויבים.

140. בע"א 2699/92 **בכר נ' ת.מ.מ. תעשיות מזון מטוסים (נתב"ג) בע"מ נ' תש"ת חברה למפעלי תיירות ושירותי אחזקה בע"מ**, פ"ד נ(1) 238, 246 (1996) נפסק ביחס לקיפוח המיעוט כך:

"קיפוח המיעוט בחברה הוא בעיקרו מצב של חלוקת משאבים בצורה בלתי הוגנת במיתחם יחסי בעלי השליטה בחברה ובעלי מניות מיעוט בה"

141. במקרה זה מדובר במצב של מכירת השליטה בחברה ולא בהפעלת השליטה בחברה. מכירת שליטה מובילה לסיום הקשר בין בעל השליטה לבין החברה ובעקבות זאת אין לו צורך לשתף פעולה עם בעלי מניות המיעוט. מצב דברים זה יוצר ניגוד עניינים פוטנציאלי (ע"א 817/79 **קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר**, פ"ד לח(3) 253 (1984)).

142. ברע"א 9646/04 **חסקי אלון ייזום בניה והשקעות בע"מ נ' אריה מיכלסון חברה ליזמות בע"מ**, פ"ד נט(3) 380 (2005) נפסק כי פגיעה בציפייה הלגיטימית של המיעוט עלולה לעלות כדי קיפוח. הציפייה הלגיטימית של המיעוט הינה שבעת עסקת מכירה (או עסקת מיזוג כפי שבוצעה כאן) תמורת המכירה תחולק באורח שוויוני כך שהם יזכו למלוא חלקם כבעלי מניות.

143. ולבסוף, בפסיקת בית משפט זה נקבע כי בעל שליטה אינו זכאי (בדרך כלל) לתמורה עודפת בגין חלקו במניות הנמכרות וכי יש לחלק את התמורה באופן שוויוני בין כל בעלי המניות של החברה (ת"צ (ת"א) 11-01-26809 **כהנא נ' מכתשים אגן תעשיות בע"מ** (15.5.2011)). הדבר נכון גם לגבי חלוקת תמורתה של העסקה בין כלל בעלי המניות לבין נושא משרה של החברה, ובפרט – כאשר בעלי השליטה מאפשרים לנושא המשרה לקבל תמורה עודפת בניגוד למדיניות התגמול, בניגוד לתנאי העסקתו וכל זאת כאשר הם והוא מצויים בניגוד עניינים.

144. סעיף 193 לחוק החברות, שכותרתו "חובת בעל שליטה וכוח הכרעה לפעול בהגינות", קובע:

על המפורטים להלן מוטלת החובה לפעול בהגינות כלפי החברה: (1) בעל השליטה בחברה; (2) בעל מניה היודע שאופן הצבעתו יכריע בענין החלטת אסיפה כללית או אסיפת סוג של החברה; (3) בעל מניה שלפי הוראות התקנון יש לו כוח למנות או למנוע מינוי של נושא משרה בחברה או כוח אחר כלפי החברה;

על הפרת חובת הגינות יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים המחויבים, בשים לב למעמדם בחברה של המנויים בסעיף קטן (א).

145. המשויבים 1-6, כבעלי השליטה בחברה, הפרו את חובותיהם מכוח הוראות אלו וגם את חובת הזהירות כלפי בעלי המניות. הם פגעו פגיעה חמורה בציפייה הסבירה ובזכות של בעלי מניות המיעוט כי ניהול המשא-ומתן מול הרוכשת לצורך גיבוש תנאי הסכם המיזוג ייעשה באופן שימקסם את התמורה שניתן להשיג לבעלי מניות המיעוט עבור מניותיהם; ומכל-מקום לא ייעשה תוך העדפת טובת מנכ"ל החברה על-

פני טובתם של בעלי מניות המיעוט. למרות כן, המשיבים אפשרו מצב שבו חלק בלתי-פרופורציונלי מתוך תמורת העסקה ישולם ליהודאי. הגם שלא מדובר בחלוקת דיבידנד יפים לענייננו דברים שנאמרו ביחס לעקרון השוויון החל על חלוקת דיבידנד בע"א 7735/14 אילן ורדניקוב נ' שאול אלוביץ, פסקה 27 (28.12.2016):

"דיבידנד, מעצם טיבו, מחולק לכלל בעלי המניות באופן שוויוני ביחס ישיר לשיעור החזקותיהם במניות החברה. זוהי כאמור אחת הזכויות העיקריות של כל בעל מניות, שאף תוארה בפסיקה בתור "העניין האלמנטרי הראשוני שלו" ... אין תימה אפוא כי החשש הטבעי של בעלי המניות מפני התנהלות בעייתית מצד בעל השליטה ונושאי המשרה, מתבטא דווקא בפרקטיקה של אי-חלוקת דיבידנד. זאת, בין היתר, על רקע החשש כי בעלי השליטה יעדיפו להפיק טובות הנאה המתגלגלות לכיסם הפרטי על פני חלוקה שוויונית המזכה את מכלול בעלי המניות" (ההפניות הושמטו).

146. הקיפוח במקרה זה הוא בוטה וברור לא פחות מאשר חלוקה לא שוויונית של דיבידנד. שכן, לבעלי מניות המיעוט ציפייה סבירה כי בעלי השליטה בחברה לא יפעלו כדי לשלם תגמולים ושכר בלתי סבירים למנהלי החברה על חשבון התמורה שהם צפויים לקבל במקרה של מכירת מניות החברה. גם בעלי מניות "ציבוריים" סברו שאין הצדקה לתשלום ה'בונוסי' ("אנטרופי" ו"עמיתים") וכיום זו גם עמדת הרוכשת.

נספח 20 מכתב "עמיתים" מיום 27.7.2018

147. המשיבים 1-6, כבעלי השליטה בחברה, הפרו חובותיהם כאמור גם בשל מעורבותם או סיועם להצגת מצגי שווא כאילו סכום תגמול העתק למנכ"ל יהודאי אינו קשור לתמורה הכוללת שניתן להשיג עבור כלל בעלי המניות, וכאילו לא הם נושאים בו; כאילו הסכם המיזוג מקים התחייבות של פרוטרום לתשלום תגמול העתק ליהודאי וכאילו הרוכשת מעוניינת בתשלומו.

148. המשיבים 1-6, כבעלי השליטה בחברה, הפרו חובותיהם כאמור גם בשל הימנעותם מלהרחיק עצמם מקידום תגמול זה; ובשל שאיפשרו למנכ"ל יהודאי להיות מעורב בגיבוש תנאי הסכם המיזוג חרף עניינו האישי בכך.

149. המשיבים 1-6, כבעלי השליטה בחברה, הפרו חובותיהם כאמור גם בשל הצבעתם "הריקה" באסיפת בעלי-המניות, לאחר שמוצה המשא-ומתן מול הרוכשת, ובשים לב לכך שהתמורה הנוספת - הסכום של 20 מיליון דולר ששולם בסופו-של-דבר כתגמול עתק למנכ"ל יהודאי - נגרעה למעשה מקופת החברה והייתה פנויה לחלוקה לבעלי מניות המיעוט; אלא שהמשיבים 1-6 גילו אדישות גמורה לכך שהמנכ"ל יקבל תגמול עתק בניגוד למדיניות התגמול של החברה, בניגוד לתנאי העסקתו ובניגוד לדין – והכל, למרות שלא היה בתשלום כל היגיון כלכלי והוא אף היה מופרז לחלוטין.

ד(2) עילות התביעה נגד הדירקטורים - הפרת חובת אמונים וחובת זהירות

150. סעיף 254(א) לחוק החברות, שכותרתו "חובת אמונים", קובע:

נושא משרה חב חובת אמונים לחברה, ינהג בתום לב ויפעל לטובתה, ובכלל זה - (1) יימנע מכל פעולה שיש בה ניגוד ענינים בין מילוי תפקידו בחברה לבין מילוי תפקיד אחר שלו או לבין עניניו האישיים; (2) יימנע מכל פעולה שיש בה תחרות עם עסקי החברה; יימנע מניצול

הזדמנות עסקית של החברה במטרה להשיג טובת הנאה לעצמו או לאחר; (4) יגלה לחברה כל ידיעה וימסור לה כל מסמך הנוגעים לעניינה, שבאו לידי בתוקף מעמדו בחברה; אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי למנוע קיומה של חובת אמונים של נושא משרה כלפי אדם אחר".

151. המשיבים 4-10 גם התפרקו לחלוטין משיקול-דעתם וכבילתם להתחייבות-כביכול לשלם את תגמול העתק למנכ"ל יהודאי, הם הפרו גם את הוראת סעיף 106(א) לחוק החברות, שכותרתו "שיקול דעת עצמאי והסכמי הצבעה", ואשר קובע כי "דירקטור, בכשירותו ככזה, יפעיל שיקול דעת עצמאי בהצבעה בדירקטוריון, לא יהיה צד להסכם הצבעה ויראו באי-הפעלת שיקול דעת עצמאי כאמור או בהסכם הצבעה הפרת חובת אמונים".

152. המשיבים 4-6 הפרו את חובת האמונים שלהם כלפי בעלי מניות המיעוט גם בכך שנקלעו למצב של ניגוד בין טובת החברה ובעלי מניות המיעוט לבין טובתם שלהם, כמי שהיה להם עניין אישי באישור תגמול העתק למנכ"ל יהודאי, ובכל זאת נמנעו מלגלות עניין אישי זה וכן נמנעו מלנהל את הליך המשא-ומתן על תנאי הסכם המיזוג באופן בלתי-תלוי ונקי.

153. סעיף 252 לחוק החברות, שכותרתו "חובת זהירות", קובע:

נושא משרה חב כלפי החברה חובת זהירות כאמור בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש];

אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי למנוע קיומה של חובת זהירות של נושא משרה כלפי אדם אחר".

154. בע"א 610/94 בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה, פ"ד נו(4) 289, 311-310 (2003) כבר נפסק שעל הדירקטור –

"לנקוט את כל אותם אמצעי זהירות שדירקטור סביר היה נוקט בנסיבות העניין".

ובמקרה זה – כל אמצעי הזהירות שדירקטור סביר היה נוקט על-מנת להבטיח שהמשא ומתן לקראת הסכם המיזוג לא ינהל תוך ניגוד עניינים בוטה ועל אחת כמה וכמה שלא יוצר מצב שבו תמורת העסקה תחולק באופן לא שוויוני בעליל כך שמנכ"ל החברה מקבל 20 מיליון דולר שאותם בעלי המניות היו יכולים לקבל.

155. המשיבים 4-10, כדירקטורים בפרוטרום, הפרו חובותיהם מכוח הוראות אלו.

156. המשיבים 4-10 הפרו את חובותיהם כאמור בהעמידם סדרה של מצגי-שווא בקשר עם תגמול העתק למנכ"ל יהודאי: כאילו סכום תגמול העתק למנכ"ל יהודאי אינו קשור לתמורה הכוללת שניתן להשיג עבור כלל בעלי המניות וכאילו לא הם נושאים בו; כאילו הסכם המיזוג מקים התחייבות של פרוטרום לתשלום תגמול העתק ליהודאי; וכאילו הרוכשת מעוניינת בתשלום.

157. המשיבים 4-10 הפרו חובותיהם כאמור גם בהתירם למנכ"ל יהודאי להשתלט על תהליך גיבוש תגמול העתק, לרבות בגדרי המשא-ומתן מול הרוכשת.

158. המשיבים 4-10 גם הפרו את חובותיהם כאמור באשרם את תשלום הבונוס שלא כדין בניגוד להחלטת האסיפה הכללית.

159. בעשותם כל זאת, המשיבים 4-10 נהגו גם בפזיזות, תוך הפגנת אדישות וחוסר אכפתיות לנזק שייגרם לבעלי מניות המיעוט בחברה.

160. יוער, כעולה מן הפסיקה, כי אף שחובות האמונים והזהירות של נושאי המשרה מכוונות ברגיל כלפי החברה, יש להכיר בקיומן באופן ישיר כלפי בעלי מניות המיעוט בעסקת מיזוג שבה החברה הופכת פרטית. ראו ת"צ (כלכלית) 26809-01-11 כהנא נ' **מכתשים אגן תעשיות בע"מ** (15.5.2011) ("עניין כהנא"), בסעיף ג'.

ד(3) לא הושגו האישורים הנדרשים לתשלום תגמול העתק למנכ"ל יהודאי והעסקה עמו הייתה חסרת-תוקף

161. מכיוון שהמשיבים הציגו במסגרת דיווחיהם את מצגי השווא כמתואר לעיל, ולא מסרו לבעלי המניות את המידע המלא בדבר תגמול העתק שיועד למנכ"ל יהודאי, יש לקבוע ולהצהיר כי ביחס לתגמול זה ששולם למנכ"ל יהודאי לא מולאו כדין הוראות החוק החלות על עסקאות בעלי עניין.

162. במצב דברים זה, לעסקת תשלום תגמול העתק למנכ"ל יהודאי **אין תוקף** (סעיף 280(א) לחוק החברות).

163. בקשר לכך יש להוסיף ולקבוע כי המשיבים התרשלו, ואף נהגו בפזיזות וחוסר אכפתיות, באשר לא פעלו לחלוקת סכום זה כדיבידנד לבעלי המניות ו/או לא קבעו בהחלטתם ו/או בהסכם המיזוג מנגנון שיאפשר במקרה כזה לבעלי המניות בפרוטרום ליהנות מן הסכום שיושב לקופת החברה ואשר הרוכשת ממילא ויתרה עליו, כגון על דרך הגדלת התמורה שתשלם הרוכשת עבור מניות פרוטרום.

ד(4) עילות מן הדין האזרחי הכללי – תרמית, רשלנות, ועשיית-עושר-ולא-במשפט

164. התנהלות המשיבים כמתואר לעיל מקימה כלפיהם אף עילות מן הדין האזרחי.

165. בין היתר, נוכח מצגי-השווא שהעמידו, מעשיהם עולים כדי תרמית בניגוד לסעיף 56 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], הקובע כי "תרמית היא הצג כוזב של עובדה, בידיעה שהיא כוזבת או באין אמונה באמיתותה או מתוך קלות ראש, כשלא איכפת למציג אם אמת היא או כזב, ובכוונה שהמוטעה על ידי ההיצג יפעל על פיו; אולם אין להגיש תובענה על היצג כאמור, אלא אם היה מכוון להטעות את התובע, אף הטעה אותו, והתובע פעל על פיו וסבל על ידי כך נזק ממוין".

166. נזכיר, כי מצגי-השווא שהמשיבים הציגו, לרבות כלפי הרגולטורים המפקחים על פעילות החברה וכלפי כלל בעלי המניות בפרוטרום, היו, ראשית, כאילו רכיב התמורה הנוספת אינו משפיע על התמורה שתשלם הרוכשת לבעלי המניות בפרוטרום עבור מניותיהם; שנית, כאילו הרוכשת היא שמעוניינת בתשלום תגמול העתק למנכ"ל יהודאי; ושלישית, כאילו הסכם המיזוג מקים התחייבות לתשלום תגמול העתק ליהודאי.

167. המשיבים הציגו מצגי-שווא אלה גם במסגרת הדוחות המיידיים שפרסמה פרוטרום בימים 7.5.2018, 1.7.2018, 4.7.2018, 26.7.2018, 29.7.2018, 2.10.2018.

168. לחלופין, התנהגות המשיבים הייתה רשלנית והיוותה הפרה של חובת הזהירות שחבו כלפי בעלי מניות המיעוט.

169. יתר-על-כן, ככל שהתנהלות המשיבים כמתואר לעיל נעשתה כחלק מן המהלכים להסתרת תשלומי השוחד ברוסיה ובאוקראינה, המדובר לא רק בתרמית אלא גם בעשיית-עושר-ולא-במשפט בניגוד לחוק עשיית-עושר-ולא-במשפט, תשל"ט-1979.

ד(5) המשיב 11

170. המשיב 11 פעל בניגוד עניינים במהלך המשא ומתן לקראת כריתתו של הסכם המיזוג. הוא גרס לכך שהסכם המיזוג כלל הוראה שלפיה הוא יזכה לתגמול עתק עם השלמת המיזוג. זאת, שלא כדין ועל חשבון בעלי המניות.

171. עם השלמת המיזוג קיבל המשיב 11 את כספי ה'בונוס' ובכך הוא התעשר על חשבון הקבוצה שלא כדין. הוא ידע, או צריך היה לדעת, שתשלום הבונוס מנוגד להוראות חוק החברות וכי החלטת הדירקטוריון מיום 2.10.2018 היא בטלה ומבוטלת נוכח הוראות החוק.

ד(6) המשיבה 12

172. המשיבה 12, פרוטרום תעשיות, הייתה שותפה למעשים המתוארים לעיל שפגעו בבעלי מניות המיעוט שלה ואיפשרה אותם.

173. אחריותה של המשיבה 12 לנזקיהם של בעלי מניות המיעוט היא כמעוולת בעצמה, החבה גם מכוח אחריות מעוולים יחד בהתאם לסעיף 11 לפקודת הנזיקין, שכותרתו "מעוולים יחד" והוא קובע כי "היה כל אחד משני בני-אדם או יותר חבים לפי הוראות פקודה זו, על מעשה פלוני, והמעשה הוא עוולה, יהיו חבים יחד על אותו מעשה כמעוולים יחד וניתנים להיתבע עליה יחד ולחוד"; או על יסוד אחריותה מכוח סעיף 12 לפקודת הנזיקין הדין "באחריות משתף ומשדל" וקובע כי "לענין פקודה זו, המשתף עצמו, מסייע, מיעץ או מפתה למעשה או למחדל, שנעשו או שעומדים להיעשות על ידי זולתו, או מצווה, מרשה או מאשרר אותם, יהא חב עליהם".

ד(7) הנזקים והסעדים

174. כעולה מן העובדות שתוארו לעיל, לא ניתן לדעת במדויק מהו הנזק שנגרם לבעלי מניות פרוטרום מכיוון שאין לדעת לאשורם של דברים על מה ויתרו המשיבים במסגרת המשא-ומתן מול IFF כדי להשיג את הסכמתה לתשלום תגמול העתק למנכ"ל יהודאי. כך, למשל, לא ניתן לשלול את האפשרות כי אילולא התעקשות המשיבים לשלם את תגמול העתק בסך 20 מיליון דולר למנכ"ל יהודאי, ניתן היה להשיג עבור כלל בעלי המניות בפרוטרום טובת הנאה **שסכומה עולה על 20 מיליון דולר**, בין בדרך של חלוקת סכום תגמול העתק כדיבידנד קודם להשלמת המיזוג, בין על דרך הגדלת התמורה שהרוכשת ניאותה לשלם עבור מניות פרוטרום.

175. בהקשר זה יש לשוב ולהזכיר כי מי שניהל את המשא ומתן מול IFF היה המנכ"ל יהודאי עצמו.

176. כן יש להזכיר כי גם המשיבים 1-6, כבעלי השליטה בפרוטרום, בהתנהלותם ויתרו למעשה על חלקם מתוך סכום תגמול העתק בסך 20 מיליון דולר ששולם כ"בונוס חד פעמי" למנכ"ל יהודאי. בנסיבות העניין, ובמרכזן אחריותם האישית לאירועים כמתואר לעיל, והמצגים שהעמידו לפיהם סכום התמורה המגיעה

- לבעלי מניות פרוטרום אינה קשורה לסכום תגמול העתק ששולם למנכ"ל יהודאי, מתבקש בית-המשפט לקבוע כי בעלי השליטה **מושתיקים** מלטעון לזכות כזו או אחרת בסכום תגמול העתק בסך 20 מיליון דולר.
177. גם אם בית המשפט הנכבד יקבע שאין לבעלי מניות המיעוט זכות לקבל את מלוא ה'בונוס' אזי לכל הפחות נגרע מבעלי מניות המיעוט את חלקם מתוך הבונוס בסך של כ-13 מיליון דולר נכון לערכם בשקלים ביום 7.5.2018 ובתוספת ריבית והפרשי הצמדה מאותו יום ואילך ועד התשלום בפועל.
178. אשר לקשר הסיבתי, הרי שהנטל בעניין זה צריך שירבוץ על המשיבים, כחלק מהפעלת אמת-המידה המחמירה של "הגינות מלאה" (כמפורט להלן). מכל-מקום, מן המתואר לעיל אף עולה בבירור כי קיים קשר סיבתי בין הפרות המשיבים את חובותיהם כאמור לבין הנזק לבעלי מניות המיעוט בחברה. אלמלא הפרו המשיבים את חובותיהם כאמור ביחס לתגמול העתק המופרז וחסר ההיגיון הכלכלי ששולם למנכ"ל יהודאי הייתה הקבוצה זוכה לקבל תמורה **ודאית** נוספת מעסקת המיזוג בסך של כ-13 מיליון דולר.
179. עד כאן עמדנו על הפרות הדין ועילות התביעה שהפרות אלה מקימות לקבוצה. בפרק הבא נראה שהגנת שיקול הדעת העסקי אינה פוטרת את המשיבים בנסיבותיו של מקרה זה.

ה. כלל שיקול הדעת העסקי אינו חל בנסיבות העניין משום שהחלטה

להיטיב עם יהודאי לא הייתה החלטה עסקית

180. כלל שיקול הדעת העסקי קובע כי בית משפט לא יתערב בהחלטה עסקית שקיבלה החברה כל עוד ההחלטה התקבלה בתום לב, מבלי שמקבל החלטה היה במצב של ניגוד עניינים ועל בסיס נתונים ועובדות הרלוונטיים לקבלת החלטה. בע"א 7735/14 ורדינקוב נ' אלוביץ ואח', פסקה 69 (28.12.2016) הסביר בית המשפט את מהותו של הכלל כך:

"במהותו, כלל זה [= כלל שיקול הדעת העסקי] מקנה לנושא המשרה מעין "חסינות" מפני הפעלת ביקורת שיפוטית מהותית על תוכן ההחלטה העסקית שנתקבלה, וזאת בהתמלא שלשה תנאים: האחד – ההחלטה התקבלה שלא מתוך ניגוד עניינים; השני – ההחלטה התקבלה בתום לב (סובייקטיבי); והשלישי – ההחלטה הייתה "מיודעת", קרי לאחר עיון בנתונים ושקילת השיקולים הרלוונטיים" (ההדגשות במקור).

181. בעניין ורדינקוב עמד בית המשפט על הטעמים שניתנו בספרות המשפטית ובפסיקה האמריקאית לתמיכה בכלל שיקול הדעת העסקי:

הדרישה מנושאי המשרה ליטול סיכונים באופן יזום ואקטיבי; חוסר הוודאות הנלווה באופן אינהרנטי להחלטותיהם; הקושי לקבוע כי החלטה עסקית מסוימת הייתה נגועה בספקולטיביות יתר או בסיכון מופרז; הצורך להישמר מפני הטיית החכמה שבדיעבד (hindsight bias); והחשש מפני הרתעת יתר של דירקטורים מפני קבלת החלטות הטומנות בחובן סיכון – כל אלה מחדדים את הקושי בהחלת חובת זהירות מושגית על נושאי משרה בנוגע לתוכן החלטותיהם העסקיות... (ההפניות הושמטו).

וכן:

”...ככלל, בתי המשפט אינם כשירים לבחון החלטות עסקיות; מציאות זו תורמת להתארכות ההליך המשפטי, מייקרת אותו ויוצרת חוסר ודאות לגבי תוצאותיו; חוסר ודאות זה עלול לגרום לריבוי תביעות סרק; ואלה, בסופו של דבר, עלולות להוביל לשמרנות יתר מצד הנהלת החברה... נימוק נוסף המצדיק מדיניות של אי התערבות מצד בית המשפט, מתמקד בהשפעתם של כוחות השוק על נושאי המשרה. לפי הטענה, תמריצי השוק מכתיבים לדירקטורים התנהגות שקולה וקבלת החלטות עסקיות ראויות, שכן אם יקבלו החלטות כושלות הפוגעות בערך החברה, ניתן להניח כי הם יועברו מתפקידם ויוחלפו באחרים. התערבות משפטית עלולה אפוא להפר את האיזון שיוצרים כוחות השוק, האמור לשקף את העדפותיהם המצרפיות של בעלי המניות ביחס לתשואה וסיכון... (ההפניות הושמטו).

182. כלל שיקול הדעת העסקי – כשמו כן הוא – חל על החלטות בעלות אופי עסקי, היינו: **החלטות שיש בהן כדי להשפיע על עסקיו של התאגיד**. זאת, בין בדרך של נטילת סיכון עסקי או התמודדות עם סיכון לעסקי התאגיד.

183. כל הטעמים שהובאו בפסיקה ובספרות המשפטית מבוססים על כך שהחלטה הזוכה להגנה לפי כלל שיקול הדעת העסקי היא החלטה הצפויה להשקיע על עסקי התאגיד בעתיד.

184. **אולם במקרה דנא ברור שלא מדובר בהחלטה עסקית אלא בהחלטה מסוג אחר לגמרי: הדירקטוריון, בעלי השליטה וכמובן יהודאי עצמו החליטו לנתב חלק מהותי מתמורתה של עסקת המיזוג לכיסו הפרטי של יהודאי**. לא היה בהחלטה זו כדי להשפיע באופן כלשהו על עסקי התאגיד (פרוטרום) בעתיד ולא היה בהחלטה זו משום נטילת סיכון או החלטה במסגרת ניהול העסקים הרגיל. לכן, כל ההצדקות הקיימות לכלל שיקול הדעת העסקי כלל אינן חלות במקרה זה ואין כל מניעה שבית המשפט הנכבד יבחן את תוכנה של ההחלטה (להעביר ליהודאי 20 מיליון דולר על חשבון בעלי המניות) ולא רק את הפרוצדורה שבגדרה ההחלטה התקבלה.

185. זאת ועוד. כאשר מדובר בקיפוח המיעוט הכלל הוא שאם התובע מוכיח קיפוח לכאורה על המשיב להראות שהפעולה בוצעה על ידו בהגינות מלאה. בע"א 2718/09 "גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ (28.5.2012) נקבע שכאשר התובע מוכיח לכאורה קיומו של קיפוח עובר הנטל אל המשיבים להראות שפעולתם בוצעה ב"הגינות מלאה":

”הנטל המוטל על התובעים הוא להוכיח באופן לכאורי קיומו של קיפוח, ואם עמדו התובעים בנטל זה עובר נטל ההוכחה לשכמם של המשיבים. זהו מבחן 'ההגינות המלאה' (Entire Fairness) אשר במסגרתו מועבר נטל ההוכחה אל המשיבים ועליהם לשכנע את בית המשפט בדבר ההגינות המלאה של פעולתם. הגינותה המלאה של העסקה נשמרת, כאשר מסוגלים בעלי השליטה להוכיח את תוצאותיה השוויוניות של פעולתם, ביחס למכלול בעלי המניות” (פס' 40 לפסק דינה).

186. לסיכום נקודה זו:

א. ההחלטה לנתב 20 מיליון דולר מכספי התמורה לכיסו הפרטי של יהודאי לא הייתה החלטה בעניין עסקיה של פרוטרום אלא בעניין חלוקת התמורה מעסקת המכר, ומכאן שהיא אינה חוסה תחת ההגנה של כלל שיקול הדעת העסקי;

ב. נוסף על האמור, העסקה יצרה אי-שוויון בין בעלי מניות המיעוט לבין יהודאי אשר נגרם עקב החלטות שקיבלו בעלי השליטה. בנסיבות אלה קמה חזקה שמדובר בקיפוח של המיעוט ובהינתן חזקה זו על המשיבים להראות שפעולתם עומדת באמת המידה של הגינות מלאה (Entire Fairness).

187. ומכל מקום, גם אילו היינו מחילים את כלל שיקול הדעת העסקי בנסיבות העניין – גם אז על בית המשפט לבחון את העסקה לפי אמת המידה הידועה כ"הגינות מלאה". נפנה להראות זאת בפרק הבא.

ו. ממילא יש להחיל על פעולות המשיבים את אמת המידה של הגינות

מלאה

188. בפסיקה כבר נקבע כי חרף החופש המוקנה לקברניטי התאגיד לעצב עסקאות כפי שהם מוצאים לנכון אין בכך כדי למנוע ביקורת שיפוטית במקרים ראויים, גם כאשר מתקבלים לעסקה האישורים הסטטוטוריים הנדרשים. ראו עניין **כהנא**. כלל זה חל "במשנה תוקף" כאשר "ההצעה המונחת לאישור בפני בעלי מניות המיעוט היא הצעה אשר הובאה למעשה לאישורם על ידי בעלי השליטה". ראו עניין **כהנא**, בפסקה ב'. בהקשר זה נפסק כי "לביקורת השיפוטית יש תפקיד חיוני בהגנה על המשקיעים, 'וזאת על מנת להבטיח כי בעלי המניות יזכו שתונח לפנייהם לאישור הצעת ההחלטה הטובה ביותר' שיכלו לקבל בנסיבות העניין". ראו עניין **כהנא**, בפסקה ב' (המצטטת את המלומדים פרופ' אסף חמדני ופרופ' שרון חנס) (ההדגשה במקור).

189. על רקע זה נפסק, בין היתר, כי בוודאי שנדרשת ביקורת שיפוטית בעסקאות שהן "גורליות למיעוט", כלומר, מקרים שבהם "מדובר בעסקה בה נפרדים למעשה בעלי מניות המיעוט ממניותיהם בחברה...". ראו עניין **כהנא**, בפסקה ב'; ת"א (ת"א) 65628-12-19 **תמדא נ' ממונה על חדלות פירעון מחוז תל אביב**, פסקה 26 (16.2.2020); עידו באום, טל וינטרויב ודנה מנחם-ינאי, "חופש העיצוב במבחן המעשה: עסקאות Going Private בישראל מפרספקטיבת עורכי הדין", **ספר דנציגר** (2019) 99, בעמ' 106-107 (לעניין עסקאות מיזוג משולש הופכי).

190. עם זאת, הוטעם גם, בקשר עם עסקאות מיזוג, כי "עקרון הביקורת האמור לעיל איננו ייחודי לעסקאות בהן בעל השליטה נתון בניגוד עניינים, אלא הוא חל גם לגבי עניינים נוספים בהם נדרשת החלטה משותפת של הדירקטוריון ובעלי המניות". ראו עניין **כהנא**, בפסקה ב'; אסף חמדני ושרון חנס, "הגינות מלאה? בעלי שליטה, חובות הדירקטוריון וביקורת שיפוטית", **משפט ועסקים** ט' (2008) 75, בעמ' 89.

191. בענייננו, מתחייבת הכפפת החלטותיהם והתנהלותם של המשיבים ל**ביקורת שיפוטית**. זאת, בין היתר, בשל כל אחד מן הטעמים הבאים, לא-כל-שכן בשל הצטברם: (1) העובדה שהמדובר בעסקה "גורלית למיעוט" שבסיומה איבד את החזקותיו בפרוטרום; (2) מכיוון שנשללה מבעלי מניות המיעוט, חרף התנגדות האסיפה הכללית לכך, תמורה כלכלית פוטנציאלית משמעותית של 20 מיליון דולר ("התמורה הנוספת" שהפכה לתגמול העתק למנכ"ל יהודאי) שאותה יכלו לקבל (בשים לב גם להסכמת הרוכשת לגריעת סכום זה מקופתה של פרוטרום טרם השלמת המיזוג); (3) בשל ניגודי העניינים של בעלי השליטה

שלמרות זאת לא נמנעו מלהדיר עצמם מן המשא-ומתן על תנאי עסקת המיזוג, הגם שמשא-ומתן זה עסק גם בתגמול העתק למנכ"ל, ונוכח ההימנעות מלמנות ועדה בלתי-תלויה שתפעל להשיא את תמורת המיזוג עבור כלל בעלי המניות; (4) בשל **מצגי-השווא** שהציגו המשיבים: ראשית, כאילו רכיב התמורה הנוספת אינו משפיע על התמורה שתשלם הרוכשת לבעלי המניות בפרוטרום עבור מניותיהם וכאילו לא הם נושאים בו; שנית, כאילו הרוכשת היא שמעוניינת בתשלום תגמול העתק למנכ"ל יהודאי; ושלישית, כאילו הסכם המיזוג מקים התחייבות לתשלום תגמול העתק ליהודאי; (5) בשל **התפרקות דירקטוריון החברה משיקול-דעתו** והיכבלותו להתחייבות-כביכול לתשלום תגמול העתק למנכ"ל יהודאי עוד קודם לשלב שבו נתבקשה אסיפת בעלי המניות של פרוטרום לאשרו; (6) מכיוון שבדיעבד התברר כי **ברקע הדברים עמדה פעילות בלתי-חוקית** של פרוטרום סביב תשלומי השוחד ברוסיה ובאוקראינה אשר למשיבים היה אינטרס מובהק להסתירה.

192. בהקשר זה, יש לקבוע כי אמת-המידה המתחייבת מנסיבות העניין על-פיה יש להפעיל ביקורת שיפוטית היא זו הידועה כ"**הגינות מלאה**" (**Entire Fairness**). זאת, הן ביחס למהלכים שנעשו בקשר עם גיבוש עסקת המיזוג, לרבות הפרדת רכיב תגמול העתק שייועד למנכ"ל יהודאי והוצג כאילו אינו משפיע על התמורה הכוללת שהושגה עבור בעלי המניות; הן ביחס למחיר שבסופו-של-יום הושג עבור המניות, וזאת בהתחשב בכך שרכיב תגמול העתק הופרד באופן מלאכותי מן התמורה הכוללת שניתן היה להשיג עבור בעלי המניות.

193. למכלול הנסיבות שפורט לעיל ומצדיק את הפעלת אמת-מידה של "ההגינות המלאה" יש להוסיף, ראשית, את החשש מפני היות תגמול העתק ששולם למנכ"ל יהודאי בבחינת **בזבוז משאבי החברה** (waste). כאמור, בתשלום תגמול העתק למנכ"ל יהודאי בידיעה שהוא מסיים את תפקידו עם השלמת המיזוג **לא היה כל היגיון כלכלי** מבחינת החברה בהיעדר אפשרות לקבל מן המנכ"ל יהודאי תמורה כלשהי מנגד; מדובר היה **בתגמול מופרז** מבחינת סכומו; ההליך לגיבושו היה רצוף ניגודי עניינים ומצגי שווא ועל-כן **לא היה הוגן ותקין מבחינה פרוצדורלית**; ואף **לא הובנה כדי לדמות** משא-ומתן בתנאי שוק (at arm's length) בין החברה לבין המנכ"ל יהודאי. כאמור, המשא-ומתן מטעם פרוטרום לגבי עצם תשלום תגמול העתק וגובהו נוהל למעשה מול IFF ועל כן מטעם פרוטרום נוהל בפועל על-ידי... יהודאי עצמו.

194. שנית, עם מיצוי המשא-ומתן מול הרוכשת על תמורת המכירה הכוללת, ובכל הקשור **לחלוקת** רכיב התמורה הנוספת (אותו סכום של 20 מיליון דולר), בוודאי מרגע שזה **נותק**, באופן מלאכותי כאמור, מתמורת העיסקה כולה - בבחירה בין טובת בעלי מניות המיעוט לבין טובת המנכ"ל, **לבעל השליטה ולדירקטורים אין עוד אינטרס לפעול לטובת בעלי מניות המיעוט ומתעצם החשש כי בעל השליטה ינצל לרעה את שליטתו כדי להעדיף את המנכ"ל**, מקורבו, על-פני בעלי מניות מיעוט שמרביתם זרים לו. במקרה כזה, מתעצם גם החשש כי **הצבעתו של בעל השליטה באסיפה הכללית אינה אלא "הצבעה ריקה"** ("empty voting"). אשר לדירקטורים הרי, שכאמור, **לפי שיטתם והודאתם שלהם הם כבלו את שיקול-דעתם** לגבי תגמול העתק עוד טרם הובא להכרעת אסיפת בעלי המניות

195. הפעלת אמת-מידה זו של ביקורת שיפוטית מחייבת, בין היתר, להטיל על המשיבים את הנטל להראות כי אופן התנהלותם, לרבות גיבוש תנאי הסכם המיזוג מול הרוכשת, כמו גם המחיר שהושג עבור מניות פרוטרום בעסקת המיזוג - היו הוגנים. כאמור, כבר מן המפורט לעיל בפרק העובדות ברי כי הן הליך גיבוש

הסכם המיזוג, והן התמורה ששולמה לבעלי מניות המיעוט - לא היו הוגנים בנסיבות העניין. בעיקר דברים אמורים בכך שנשללה מבעלי מניות המיעוט לכל הפחות סכום התמורה הנוספת, אם לא סכום גבוה מכך.

ז. התובענה מקיימת אחר דרישות חוק תובענות ייצוגיות והדיון בה על דרך

של תובענה ייצוגית, מתחייב, יעיל והוגן

196. סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות (להלן: "החוק") במשולב עם סעיף 4(א)1 לחוק מציבים שתי דרישות לאישורה של תובענה כתובענה ייצוגית. **האחת**: שהתביעה תעסוק בנושא המפורט בתוספת השנייה לחוק; **השנייה**: שמבקש האישור יהא "אדם שיש לו עילה בתביעה או בעניין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה". בענייננו שתי הדרישות מתקיימות:

א. התביעה היא "בעילה הנובעת מזיקה לנייר ערך או ליחידה" ומכאן שהיא נכנסת בגדרו של פרט 5 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.

ב. למבקשת קמה עילה תביעה אישית בגין החזקתה בניירות ערך של פרוטרום תעשיות בתקופה הרלוונטיות ומדובר בעניין המעורר שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם הקבוצה.

197. להלן יפורטו הדברים.

ז(1) למבקשת עילת תביעה אישית נגד המשיבים

198. העובדות שפורטו לעיל מקיימות למבקשת עילת תביעה אישית נגד המשיבים. המבקשת הייתה בעלת מניות מיעוט של פרוטרום בתקופה הרלוונטית. כתוצאה מהעוולות שבוצעו בידי המשיבים התמורה שקיבלה המבקשת בגין עסקת המיזוג הייתה נמוכה משמעותית מזו שהיא הייתה יכולה לקבל אילו המשיבים היו פועלים כדין וגורמים לכך שכל כספי תמורת העסקה יחולקו לבעלי המניות. במקום זאת, המשיבים גרמו לכך שחלק משמעותי מתמורת העסקה שולם ליהודאי וזאת בניגוד לדין, תוך הצגת מצגי שווא למשקיעים והכל תוך שהמשא ומתן לקראת הסכם המיזוג נוהל בניגוד עניינים.

199. סעיף 8(א) לחוק מונה תנאים נוספים לאישורה של תובענה כייצוגית:

(1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;

(2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין;

(3) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; ...

(4) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.

200. כפי שיפורט בשורות הבאות, כל התנאים הללו מתקיימים בנסיבות המקרה הנוכחי.

ז(2) **קיימות שאלות מהותיות המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן תוכרענה בתובענה לטובת הקבוצה**

201. הקבוצה, כפי שבית המשפט הנכבד מתבקש להגדירה בבקשה זו, היא קבוצת בעלי מניות המיעוט של המשיבה 12 במועד ההודעה בדבר הסכם המיזוג (7.5.2018). עם קבוצה זו נמנים כל בעלי המניות להוציא בעלי המניות מקרב המשיבים.

202. ברי כי התובענה מעוררת שאלות משותפות לכלל חברי הקבוצה:

א. המסכת העובדתית הרלוונטית לכל אחד מחברי הקבוצה זהה;

ב. סוג הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה הוא זהה ואף שיעורו ביחס לכל מניה הוא זהה;

ג. הסעד המבוקש משותף לכלל חברי הקבוצה – השבת החלק היחסי בסכום ששולם למשיב 11 שלא כדין (החלק היחסי בהתאם לשיעור האחזקה של הקבוצה במניות החברה).

ד. הוראות הדין הרלוונטיות, כפי שפורטו לעיל, חלות ביחסים שבין המשיבים לבין כל אחד מחברי הקבוצה, כך שגם העילות והשאלות המשפטיות, הנובעות מהמסכת העובדתית המשותפת, משותפות לכלל חברי הקבוצה.

203. ויודגש: לצורך אישורה של תובענה כייצוגית אין דרישת זהות מוחלטת של כל השאלות הטעונות הכרעה, העובדתיות והמשפטיות. די בכך שהשאלות העיקריות, העומדות במוקד הדיון, משותפות לחברי הקבוצה (רע"א 8332/96 שמש נ' דן רייכרט ואח', פ"ד נה(5) 276, 296 (2001); רע"א 4556/94 טצת ואח' נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 788 (1996)).

204. גם התנאי המופיע בסיפא של סעיף 8(א) לחוק מתקיים בענייננו, שכן לאור המסכת העובדתית שנפרשה לעיל, אין ספק כי קיים סיכוי גבוה ביותר שבית המשפט יכריע בתובענה לטובת המבקשים וחברי הקבוצה.

205. בעניין זה יש להבהיר כי קודם לחקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות נפסק שעל המבקש לאשר תובענה כייצוגית להראות שקמה לו עילה לכאורה (רע"א 6567/97 בזק – החברה הישראלית לתקשורת נ' עיזבון המנוח אליהו גת ז"ל, פ"ד נב(2) 713, 719-720 (1998)). בע"א 2967/95 מגן וקשת נ' טמפו תעשיות בירה, פ"ד נא(2) 312, 327-328 (1997) פסק בית-המשפט (בהקשר של תובענה ייצוגית מכוח חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968) כדלקמן:

"נראה לי, כי על המבחן למילוי התנאים שבסעיף 54 מבחינת נטל ומידת ההוכחה, להיות אחיד לכל סעיפיו המשניים, ולגבי כל התנאים הנדרשים מהתובענה, ועליו לשכנע את בית-המשפט במידת הסבירות הראויה ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד, כי הוא ממלא לכאורה אחר כל דרישות סעיף 54 ולענייננו, שהראשונה בהן היא קיומה של עילה אישית כאמור בס' 54א(א). אין להעמיד דרישות מחמירות מדי, לענין מידת השכנוע, משום שאלה עלולות להטיל על הצדדים ועל בית-המשפט עומס יתר בכירור הנושא המקדמי, דבר העלול לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות ולרפיון ידים של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים. את כל אלה יש למנוע על ידי קריטריון מאוזן בנושא נטל ומידת ההוכחה הנדרשים מהתובע הייצוגי, שמצד אחד שלא יפטור אותו מחובת שכנוע ומצד שני לא יטיל עליו נטל כבד מדי."

206. ברע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' רחמים עמוסי, פסקה 15 (5.7.2012) קבע בית המשפט כך:

"...ברי כי תכלית החוק היא להורות לבית המשפט לבצע בחינה מקדמית של סיכויי התובענה לשם הגנה מידתית על זכויות הנתבעים. לעניין זה, די לו לבית המשפט לעקוב בדקדקנות אחר לשון המחוקק ולראות האם קיימת "אפשרות סבירה" להכרעה לטובת

קבוצת התובעים; הא, ותו לא. החמרת התנאים לאישור תובענה כייצוגית, ובירור רוב רובה של התביעה כבר בשלב אישור התובענה כייצוגית, חורגת מהאיזון שקבע המחוקק, ועל כן היא אינה ראויה".

207. הנה כי כן, כל שנדרשת המבקשת להראות על מנת להביא לאישורה של תובענה כייצוגית הוא "אפשרות סבירה" ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט תוכרענה לטובת הקבוצה. בעניין זה ברור שאין להעמיד בפני המבקשת "דרישות מחמירות מדי, לעניין מידת השכנוע" כלשונו של בית המשפט.

208. בענייננו קיימות עילות תביעה מוצקות נגד כלל המשיבים כמפורט לעיל. נגד בעלי השליטה קמה עילה של קיפוח המיעוט, הצגת מצגים כוזבים כלפי ציבור המשקיעים ומתן אפשרות לניהול משא ומתן בניגוד עניינים. נגד חברי הדירקטוריון קיימות עילות דומות (להוציא עילת הקיפוח) ואף עילה הנובעת מהפרת חובות אמון וזהירות – חובות שהופרו הן בשלב המשא ומתן לקראת כריתתו של הסכם המיזוג הן בשלב שלאחר מכן עת התיימר הדירקטוריון לאשר את תשלום הבונוס. בשים לב לכך, ברור כי קיימת "אפשרות סבירה", ואף יותר מכך, שהשאלות שבמחלוקת תוכרענה לטובת הקבוצה. לכן, גם תנאי זה מתקיים בענייננו.

ז(3) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין

209. כפי שנאמר לעיל, ברור מנסיבות העניין שתביעתו האישית של כל אחד מחברי הקבוצה מבוססת על עילות זהות ומעוררת שאלות מהותיות משותפות של חוק ועובדה. זאת ועוד, סוג הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה זהה.

210. אמנם אין למבקשים מידע מדויק על אודות מספרם של חברי הקבוצה, אולם נעלה מספק כי מדובר בקבוצה גדולה: מספר המשקיעים שהחזיקו במניותיה של המשיבה 12 בתקופה הרלוונטית..

211. בשים לב לזהות בשאלות העובדתיות והמשפטיות ובהתחשב בגודלה המשוער של הקבוצה יעיל יותר לנהל את התובענה דנא בדרך של תובענה ייצוגית. ניהול הדיון בדרך זו יביא לחסכון בכסף ובזמן שיפוטי יקר.

ז(4) עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת

212. המבקשת מוכנה להשקיע מזמנה, מכספה וממרצה לשם ניהול תובענה זו, לטובת כלל חברי הקבוצה. האינטרסים של המבקשת זהים לאינטרסים של כל אחד ואחד מחברי הקבוצה, דבר שיבטיח כי התביעה תנוהל בדרך הולמת לטובת כלל חברי הקבוצה.

213. כמו כן, בא-כוחה של המבקשת הינו עורכי דין בעלי ותק וניסיון רב בניהול תביעות בכלל, ותובענות ייצוגיות בפרט, והוא מאמין כי ביכולתו לנהל הליך זה באופן הולם וראוי, הכל כפי שמתחייב מנסיבות העניין.

ז(5) עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב

214. התביעה מושא בקשה זו, מוגשת בתום לב וממניעים כשרים. מטרת התביעה היא לתקן את העוול שנעשה למבקשת כמו גם לשאר חברי הקבוצה, ולהשיב להם את אותן חלק בתמורת עסקת המיזוג שהיה צריך להיות משולם להם אילולא הפרות הדין שביצעו המשיבים.

215. המבקשים מאמינים בכנות ובלב שלם כי סיכויי התביעה להתקבל הם גדולים.

216. משכך, המבקשים ובאי כוחם ייצגו וינהלו את התביעה בתום לב ולטובת כלל חברי הקבוצה.

217. בקשה זו נתמכת בתצהירו של המבקש ובחוות דעת מומחה של ד"ר טל מופקדי.

נספח 21 חוות דעתו של ד"ר טל מופקדי

ח. סוף דבר

218. המשא ומתן לקראת עסקת המיזוג נוהל במצב של ניגוד עניינים. התוצאה: מנהלי המשא ומתן לא פעלו למקסום התועלת של בעלי מניות המיעוט מהעסקה. בהמשך לכך עוצבה העסקה באופן שהסווה את העובדה שתשלום הבונוס הינו על חשבון בעלי המניות ולאחר מכן הוצגו לאסיפת בעלי המניות כמה מצגי שווא כאילו הבונוס אינו על חשבון בעלי המניות וכאילו אין לדירקטוריון סמכות לשנות הוראה זו עסקה. ולבסוף, חרף העובדה שתשלום הבונוס לא אושר ברוב הדרוש על ידי האסיפה – הדירקטוריון אישר את התשלום בניגוד להוראות החוק ולמרות שלא הייתה כל הצדקה לכך. התוצאה הסופית היא שבעלי מניות המיעוט יכלו לקבל לכל הפחות עוד כ-13 מיליון דולר תמורת המניות שהוחזקו על ידם. במקום זאת, כל התשלום נותב ליהודאי.

219. אשר על כן, מתבקש בית-המשפט הנכבד לאשר הגשתה של תובענה ייצוגית כמפורט ברישא. כן מתבקש בית-המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאותיה של בקשה זו ובתשלום שכר טרחת עו"ד בצירוף מע"מ כדין.

היום, 10 מרץ 2020

ד"ר שחר ולר, עו"ד
ב"כ המבקשת