



בבית המשפט העליון

רע"א 4417/18

לפני: כבוד השופט ע' גרוסקופף

המבקשים: 1. דן בבלפור
2. הורמוז בבלפור

נגד

המשיבים: 1. בנק דיסקונט לישראל בע"מ
2. יורם בנישתי
3. ישראל דהן
4. סולימני בהמן
5. חברת פארק שעשועי מים בע"מ (פורמלית)

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בבאר שבע מיום 9.5.2018 בתנ"ג 6109-02-18 שניתנה על ידי כב' השופט יעקב פרסקי

בשם המבקשים: עו"ד נורית פלג

בשם המשיב 1: עו"ד יניב אזרן; עו"ד אלון רווח

בשם המשיבים 2-3: עו"ד אבנר הקר

בשם המשיב 4: עו"ד יהונתן כאהן

פסק-דין

לפניי בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כבוד השופט יעקב פרסקי) בתנ"ג 6109-02-18 מיום 9.5.2018 בגדרה נדחתה בקשת המבקשים למתן צו מניעה זמני של הליכי מימוש אשר ננקטים בידי המשיבים 2 ו-3 נגד נכס המשיבה 5, וזאת עד להכרעה בתביעה הנגזרת לסעד הצהרתי שהגישו המבקשים.

1. המבקש 1, מר דן בבלפור, בעל כ-9% ממניות המשיבה 5, חברת פארק שעשועי מים בע"מ (להלן: "החברה"). המבקש 2, מר הורמוז בבלפור, הוא בעל מניות נדחות, דהיינו בעת הזו אינו בעל מניות בחברה (להלן, יכוננו יחדיו: "המבקשים"). המשיב 4, מר בהמן סולימני (להלן: "מר סולימני"), הוא בעל השליטה בחברה. עוד יצוין כי החל משנת 2003 בעלי המניות (בעבר ובהווה) מצויים בהליכים שונים בנוגע להשבת חלק ממניות החברה עקב ביטול הסכם למכירתן במסגרת ה"פ 14-03-2860 (להלן: "ביטול הסכם המכר"). משמעות ההשבה, אם תתקבל, היא כי המבקש 2 יחזור להיות בעל מניות בחברה.

2. בשנת 1996 נתן המשיב 1, בנק דיסקונט לישראל בע"מ (להלן: "הבנק"), הלוואה לחברה וכנגד הלוואה שועבדו כבטוחה, במסגרת איגרת חוב, כל זכויות החברה בקשר לנכס המקרקעין העיקרי שלה, עליו פעל פרק המים "אשקלונה" (להלן: "איגרת החוב" ו-"נכס המקרקעין", בהתאמה). עוד יצוין כי בידי הבנק ערבויות אישיות של בעלי המניות, ביניהם המבקש 1 והמשיב 4, להבטחת כל חוב של החברה, ללא הגבלה בזמן ובסכום.

3. לימים נכנס חשבון החברה ליתרת חובה שלא שכוסתה, חרף דרישותיו של הבנק. מאז, לאורך השנים, שלח הבנק לחברה ולערביה מכתבי דרישה לפירעון החוב, התנהלו משאים ומתנים בין הצדדים להסדרת החוב, ובשלב מסוים אף נחתם הסכם פשרה לצורך כיסוי החוב. ואולם, כל אלה לא נשאו פרי – החוב לא כוסה, לא על ידי החברה ולא על ידי הערבים. ויודגש, בין הצדדים אין מחלוקת כי החוב כלפי הבנק לפי איגרת החוב לא נפרע, וכי הוא תלוי ועומד כחוב שפירעונו נדרש משנת 1999.

4. ביום 11.4.2016 המחזיק הבנק את זכויותיו באיגרת החוב למשיבים 2 ו-3 (מר יורם בנישתי ומר ישראל דהן, בהתאמה) תמורת סכום של 3.5 מיליון ש"ח. כחצי שנה לאחר מכן, ביום 20.10.2016, משלא נפרע החוב על ידי החברה, פתחו המשיבים 2 ו-3 בהליכי הוצאה לפועל לצורך מימוש נכס המקרקעין, וגביית החוב של החברה שהומחה אליהם. במסגרת הליכים אלה מונה ביום 2.6.2017 בא כוח המשיבים 2 ו-3, עו"ד אבנר הקר, ככונס נכסים לזכויות החברה במקרקעין (תיק הוצאה לפועל מס' 10-509793-16).

5. ביום 5.6.2017 הגישו המבקשים המרצת פתיחה (ולאחר מכן הוגשה בקשה לתיקון כתב התביעה כך שהתביעה תוגש כתביעה נגזרת) לבית המשפט המחוזי בבאר שבע במסגרת ה"פ 17-06-10465, וביום 29.11.2017 הורה כבוד השופט פבלו אקסלרד על מחיקתה, מן הטעם שהתביעה לא הוגשה בשם החברה ואף לא נערכה פנייה לחברה בטרם הגשתה. בעקבות זאת פנתה באת כוח המבקשים (עו"ד נורית פלג) ביום 7.12.2017 אל החברה בדרישה למצות את זכויותיה נגד הבנק והמשיבים 2 ו-3 לפי סעיף 194(ב) לחוק החברות, תשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות").

להשלמת התמונה יצוין, כי במסגרת ה"פ 17-06-10465 ניתן צו עיכוב זמני למימוש נכס המקרקעין וכי הוא הוארך ב-20 ימים נוספים לאחר ההחלטה בדבר מחיקת התביעה הנגזרת.

6. לאור פניית באת כוח המבקשים, כונס ביום 19.12.2017 דירקטוריון החברה, ודן בשאלות האם יש לנקוט בהליכים משפטיים נגד המשיבים 1-3, מה יהיו המקורות לטובת ניהול הליכים אלו ומי יהיה התובע המייצג. בסופו של הדיון, הדירקטוריון דחה ברוב קולות את האפשרות כי הגשת התביעה תיעשה מטעם החברה, ואולם הוחלט פה אחד להותיר פתח להגשת תביעה נגד המשיבים 1-3. לצורך כך, הסמיך הדירקטוריון את עו"ד קובי מאיר (בא כוחו של המבקש 1) לפנות לבאת כוח המבקשים (עו"ד נורית פלג) כדי לבקש ממנה לייצג את החברה, לסכם עימה את שכר הטרחה בגין הייצוג וכן לבקש ממנה חוות דעת באשר לסיכויי התביעה בהתייחס לטענות הבנק. כן נקבע כי לאחר שבאת כוח המבקשים תציג את הצעותיה בדבר שכר הטרחה וסיכויי התביעה, ידון הדירקטוריון בשנית באפשרות לנקוט בהליכים משפטיים (להלן: "החלטת הדירקטוריון").

7. על אף שלא עמדו בתנאים שנקבעו בהחלטת הדירקטוריון, הגישו המבקשים ביום 4.2.2018 בקשה לאישור תביעה נגזרת נגד המשיבים 1-3 (להלן: "התביעה הנגזרת"). תמצית הטענות שהועלו בתביעה הנגזרת הן: כי המחאת איגרת החוב מהבנק למשיבים 2 ו-3 הייתה מנוגדת לדין (להלן: "טענות אי החוקיות"), כי החוב של החברה לבנק התיישן ולחילופין שהבטוחה שניתנה התיישנה (להלן: "טענות ההתיישנות"), ולחילופין חילופין כי סכום החוב לבנק אינו כפי שלכאורה עולה מהמסמכים (כ-100 מיליון ש"ח), אלא נמוך משמעותית מכך (כ-7 מיליון ש"ח בלבד) (להלן: "טענות גובה החוב"). לצד הגשת הבקשה לאישור התביעה כנגזרת, הגישו המבקשים בקשה למתן צו מניעה זמני נגד הליכי מימוש נכס המקרקעין בהוצאה לפועל.

8. בית המשפט קמא דחה את הבקשה למתן צו מניעה זמני.

אשר לסיכויי התביעה נקבע, לאחר בחינת החלטת הדירקטוריון, כי עילת התביעה הנגזרת שהוגשה אינה טובה לכאורה. זאת הואיל ולדירקטוריון נתון שיקול דעת רחב, כי התנאים שהציב הדירקטוריון לצורך בחינת האפשרות להגשת תביעה הם סבירים, וכי הפתח שנוטר בידי המבקשים להגשת התביעה לא מוצה. כן נקבע כי על פני הדברים לשון החוק אינה תומכת בטענת אי החוקיות שהעלו המבקשים, וכי אין למבקשים עילת תביעה טובה, לכאורה, גם ביחס לטענות ההתיישנות וטענת גובה החוב. עוד נקבע כי יש ממש בטענות המשיבים 1-3 באשר לשיהוי הרב בהגשת התביעה הנגזרת.

אשר למאזן הנוחות נקבע כי הוא אינו נוטה לטובת המבקשים הואיל ועסקינן בשאלה כספית, ולא נכסית. לפיכך, ככל שהחברה תזכה בתביעה הנגזרת ניתן יהיה לפצותה על הנזק שייגרם, אם ייגרם, באמצעות פסיקת פיצוי כספי.

מכאן בקשת רשות הערעור שלפניי.

תמצית בקשת רשות הערעור

9. המבקשים טוענים כי שגה בית המשפט קמא בהחלטתו ממספר נימוקים: ראשית, נטען כי היה על בית המשפט קמא לדון בראש ובראשונה בטענת אי החוקיות ולהכריע בה. לטענתם, המחאת איגרת החוב והנקיטה בהליכי המימוש מנוגדים לסעיף 45 לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2003), התשס"ג-2002 (להלן: "חוק ההסדרים"), האוסר, לשיטתם, על מימוש בטוחה שהועברה, אלא באמצעות תאגיד בנקאי, וכן אוסר על המחאה לאנשים פרטיים. משמעות קבלת הטענה היא כי הליכי ההוצאה לפועל שנקטו המשיבים 2 ו-3 אינם חוקיים, ודי בעובדה זו על מנת להעניק צו מניעה זמני, כך שמתיתר הדיון ביתר הסוגיות; שנית, המבקשים דוחים את הקביעה כי התביעה הנגזרת הוגשה בשיהוי, ובתוך כך הם סוקרים את הפעולות שנקטו עד להגשת הבקשה למתן צו מניעה זמני מושא בקשת רשות הערעור, ואף טוענים כי הבנק הוא זה שנמנע מלנקוט בהליכים במשך למעלה מ-21 שנים למימוש זכויותיו הנטענות; שלישית, נטען כי בידי החברה עילת תביעה, ולו ברמה הלכאורית, וכי סיכויי הבקשה לניהול תביעה נגזרת

מצוינים, וזאת הן בשל כך שהליכי המימוש נוגעים לנכס העיקרי של החברה, דבר שיותיר את המבקשים ויתר בעלי המניות מול שוקת שבורה, והן בשל כך שהתביעה הנגזרת היא לטובת החברה, בשים לב לכשל הקיים בממשל התאגידי, כאשר על פי הנטען החברה או מי מטעמה ישבו בחיבוק ידיים למול הליכי ההוצאה לפועל שננקטו. בהקשר זה מציינים המבקשים כי השבת מניות החברה בעקבות ביטול הסכם המכר תביא לשינוי משמעותי במבנה האחזקות בחברה, ועל כן יש בו כדי לשנות את התנהלות החברה בעניין זה, ואף לייתר את הצורך בהגשת תביעה נגזרת בכלל; לבסוף, בכל הנוגע למאזן הנוחות, טוענים המבקשים כי המאזן נוטה לטובתם, הואיל ומדובר בנכס העיקרי של החברה, כאשר מימושו בהליכי הוצאה לפועל יגרום לחברה ולמבקשים נזק חמור ובלתי הפיך. בהקשר זה נטען כי העובדה שהמחאת הזכות נעשתה על ידי בנק לאנשים פרטיים יש בה כדי לשלול את הטענה כי מדובר בנכס עסקי, וכי הנזק הוא כספי גרידא. כמו כן נטען כי המשיבים 1-3 לא הציגו כל נזק שייגרם להם ממתן צו המניעה הזמני, וזאת גם בשים לב לפער הזמנים הגדול בין החתימה על איגרת החוב (שנת 1996) לבין המועד בו המחאה אותה הבנק לידי המשיבים 2 ו-3 (שנת 2016).

10. הבנק דוחה מכל וכל את טענות המבקשים, וסבור כי אין לקבל את בקשת רשות הערעור. לגישתו, בצדק נקבע כי המבקשים לא הניחו תשתית ראייתית לכאורית לקיומה של עילת תביעה, הן ביחס לעמידה בתנאים לאישור תביעה נגזרת והן ביחס לטענות המבקשים לגופן כלפי הבנק והמשיבים 2 ו-3. להלן יוצגו הדברים כפירוטם.

אשר לתנאים לאישור תביעה נגזרת, נטען כי על המבקש צו מניעה זמני במסגרת בקשה לאישור תביעה נגזרת לעמוד ברף הוכחה גבוה יותר מזה שבמסגרת תביעה "רגילה". נטען כי המבקשים לא הראו שעומדות להם טענות טובות המצדיקות את אישור התביעה כנגזרת; המבקשים לא הביאו ראיות לכך שהחלטת הדירקטוריון שלא להפעיל את זכות התביעה של החברה, ככל שקיימת כזו, נגועה בשיקולים זרים או כי קיימת ראייה אחרת להפריך את "חזקת התקינות" שקובע כלל שיקול הדעת העסקי ממנו נהנית החלטת הדירקטוריון.

אשר לטענות המבקשים לגופה של התביעה הנגזרת, נטען כי מהנימוקים לבקשת רשות הערעור עולה כי המבקשים זנחו את מרבית טענותיהם והתמקדו בטענה אחת – טענת אי החוקיות. בעניין זה, בניגוד לטענת המבקשים, נטען כי המחאת איגרת החוב איננה מנוגדת לדין, לרבות חוק ההסדרים. זאת, בין היתר, כי המחאה נעשתה לידי אנשים פרטיים, בעוד חוק ההסדרים עוסק אך ורק בהמחאה לידי תאגיד; כי חוק

ההסדרים לא אוסר על ביצוע המחאה ככלל, אלא מסדיר את דרך ניהול ההלוואה ואופן המימוש על ידי תאגיד (להבדיל מאנשים פרטיים); וכי הפרשנות המוצעת על ידי המבקשים לחוק ההסדרים סותרת את סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עוד נטען כי עמדת המבקשים, לפיה יש לדון תחילה בטענת אי החוקיות, אינה מעוגנת בדין ומהווה היפוך של היוצרות, כך שבית המשפט ידון בטענות הנוגעות להליך העיקרי בטרם יכריע בבקשה לסעד זמני ובבקשה לאישור התביעה הנגזרת.

בנוסף, נטען כי בצדק נקבע שמאזן הנוחות נוטה לטובת המשיבים 1-3, בשם לב לכך שנכס המקרקעין הוא נכס מסחרי גרידא, וכי המבקשים לא הצליחו להראות כי הנזק שעשוי להיגרם כתוצאה מאי מתן הסעד הזמני אינו ניתן לפיצוי כספי; כי בצדק נקבע שהבקשה למתן צו מניעה זמני לוקה בשיהוי; וכי הבקשה למתן סעד זמני הוגשה בחוסר ניקיון כפיים, בין היתר בשל העלמת פרטים ומסמכים ובשל הצגת הדין והפסיקה בצורה מגמתית ושגויה.

11. המשיבים 2 ו-3 סבורים אף הם כי יש לדחות את בקשת רשות הערעור. ראשית, טוענים המשיבים 2 ו-3 כי יש לדחות את טענת המבקשים לפיה המחאה בוצעה בניגוד להוראות הדין. לשיטתם, הבטוחה הומחתה לטובת אנשים פרטיים ולא לטובת תאגיד, ועל כן סעיף 45 לחוק ההסדרים אינו חל במקרה דנן. בנוסף, נטען כי התנגדות המבקשים אינה לדרך מימוש הבטוחה אלא לעצם מימושה, ועל כן אין ממש בטענותיהם בנוגע לאופן המימוש וזהות המממש; שנית, נטען כי סיכויי התביעה הנגזרת הם קלושים, שכן לגישת המשיבים 2 ו-3 לחברה אין עילת תביעה נגדם, ניהול התביעה אינו לטובת החברה הן במוכן הצר (קיומה של עילת תביעה לכאורית, סיכויי ההצלחה והעלויות הכרוכות) והן במוכן הרחב (היעדרו של כשל במנגנון ההתנהלות התאגידי); שלישית, באשר למאזן הנוחות, הדגישו המשיבים 2 ו-3 כי מדובר במימוש נכס מסחרי ולא במימוש דירת מגורים, וככזה הוא בר פיצוי כספי. עוד צוין כי ככל שחולף הזמן נכס המקרקעין ממשיך לצבור חובות, לרבות ארנונה, משאינו פעיל כיום; לבסוף, הועלו טענות בדבר שיהוי קיצוני ומתמשך מצד המבקשים, כשלים בהגשת הבקשה למתן סעד זמני בבית המשפט קמא (כגון היעדר צירוף בעלי דין רלוונטיים, היעדר צירוף מסמכים), וכן טענות לעניין תום ליבם של המבקשים.

12. מר סולימני, בעל השליטה בחברה, מצטרף אף הוא לעמדת המשיבים 1-3, וטוען כי יש לדחות את בקשת רשות הערעור בשל הטעמים הבאים: ראשית, סיכויי התביעה הם קלושים, וזאת בשל היעדר חוות דעת משפטית מפורטת (אותה דרש הדירקטוריון כתנאי להגשת תביעה על ידי החברה) ולנוכח טענות הבנק כפי שהועלו

בהליכים קודמים; שנית, החלטת הדירקטוריון היא סבירה ומאוזנת וחלה עליה "חזקת התקינות" מכוח כלל שיקול הדעת העסקי. משהמבקשים לא העלו כל טענה כדי להפריך חזקת תקינות זו, אין להיעתר לבקשתם; שלישית, המבקשים הגישו בקשה לאישור תביעה נגזרת ובקשה למתן סעד זמני על אף שלא עמדו בתנאים שנקבעו בהחלטת הדירקטוריון. כן אין הבקשה לאישור התביעה הנגזרת עומדת בשלושת התנאים שנקבעו בדין, דהיינו כי קיימת עילת תביעה לחברה, כי התביעה וניהולה הן לטובת החברה וכי התובע אינו פועל בחוסר תום לב; רביעית, ההליך איננו לטובת החברה, הן בשל מצבה הכלכלי של החברה, והן לאור החשש מהיגררות להליכים משפטיים שאין בידי החברה לממן; לבסוף, נטען כי המבקשים נגועים בהיעדר ניקיון כפיים. שכן, מדובר בניסיון "לקנות זמן" ולא להתמודד עם החזר מלוא החוב.

13. בתשובת המבקשים לתגובות, הם דוחים את טענות המשיבים 1-4, חוזרים על נימוקיהם בבקשה ומדגישים כי "זוהי בקשת רשות ערעור שעניינה קביעת הלכה מפורשת וחד משמעית של איסור המחאת חובות בנקים לצד ג' שהם אנשים פרטיים וביצוע הליכי מימוש שלא באמצעות תאגיד בנקאי" (סעיף 4 לתשובה לתגובות).

דיון והכרעה

14. לאחר שעיינתי בבקשת רשות הערעור ובטיעוני הצדדים, הגעתי למסקנה כי יש לדון בבקשת רשות הערעור כאילו ניתנה רשות ערעור והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה. דין הערעור להידחות, וזאת מהנימוקים המפורטים להלן.

15. כידוע, כאשר בית המשפט נדרש להכריע בבקשה למתן סעד זמני, עליו לבחון קיומם של שני תנאים מצטברים: (א) סיכויי התביעה להתקבל הם גבוהים; (ב) מאזן הנוחות נוטה לטובת מבקש הסעד הזמני. בין שני התנאים הללו מתקיים יחס של מקבילית כוחות, לפיו ככל שסיכויי התביעה גבוהים יותר כך ניתן להקל בדרישת מאזן הנוחות, ולהיפך. עם זאת, מקובל לראות בשיקול מאזן הנוחות כבעל מעמד בכורה (ע"א 1881/14 שומרז חברה לבנין ופתוח בע"מ נ' שמריו, פסקה 12 (13.4.2014); ע"א 5432/16 סמואל נ' אליהו, פסקה 13 (18.1.2017)). שיקולים נוספים שיש לבחון הם שיקולי היושר והצדק בנסיבות העניין (תקנה 362(ב)(2) לתקנות סדר הדין האזרחי; רע"א 3569/10 אלו עוז בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פסקה 10 (28.6.2010); רע"א 8716/15 מימון נ' דייטר, פסקה 24 (28.12.2015)). להלן ייבחן כל אחד מהתנאים הללו.

16. עסקינן בבקשה לסעד זמני במסגרת בקשה לאישור תביעה נגזרת. במצב זה, במסגרת בחינת סיכויי התביעה, על מבקש הסעד לצלוח מכשול כפול: ראשית, עליו לשכנע כי קיים סיכוי טוב שתאושר בקשתו לניהול התביעה הנגזרת; שנית, עליו ללמד כי סיכויי התביעה לגופה הם גבוהים (וראו: תנ"ג (מחוזי ת"א) 15442-11-09 בטי נ' לבייב, עמ' 4 להחלטת השופטת רות רונן (15.3.2010); תנ"ג (מחוזי ת"א) 1054-06-16 אי. אר. א.ר. הפקות (2001) בע"מ נ' סחיש, עמ' 7-8 להחלטת השופטת דנייה קרת-מאיר ((18.7.2017)).

17. כדי לבחון את הסיכוי כי תאושר הבקשה לניהול תביעה נגזרת, יש להידרש לתנאים שמציב הדין להגשת תביעה נגזרת. נפרט קמעה.

מוסד התביעה הנגזרת הוא מכשיר להתמודדות עם בעיית הנציג באמצעות מתן "זכות עמידה" לבעל מניות, דירקטור, ובמקרים מסוימים גם נושה של חברה, להיכנס בנעלי החברה ולתבוע בשמה בגין נזק שנגרם לה, מקום בו האורגנים המוסמכים להפעיל את זכות התביעה של החברה נמנעים מלעשות כן בעצמם (ראו סעיפים 194(א) ו-204 לחוק החברות). משמעות הדבר היא סטייה מעקרון האישיות המשפטית הנפרדת ומעיקרון אי התערבות בעלי המניות בניהול החברה (ראו: ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 324 (1997); רע"א 5296/13 אנטורג נ' שטבינסקי (24.12.2013); רע"א 4024/14 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' כהן, פסקה 15 (26.4.2015). וכן תנ"ג (מחוזי מרכז) 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ, פסקאות 27-34 להחלטתי (8.4.2013)). לפיכך, חוק החברות קובע דרך דיונית מיוחדת להגשתה של תביעה נגזרת.

תחילה, על המבקש לפנות בפנייה מוקדמת לחברה בדרישה למצות את זכויותיה בדרך של הגשת תובענה (סעיף 194(ב) לחוק החברות), וזאת למעט חריגים המנויים בסעיף 194(ד) לחוק החברות (להלן: "דרישת הפנייה המוקדמת"). משעולה כי החברה לא עשתה כן, יכול התובע להגיש לבית המשפט בקשה לניהול תביעה נגזרת (לפי כל אחד מהמצבים המוגדרים בסעיף 197 לחוק החברות), ועליו להוכיח כי מתקיימים שלושת התנאים הבאים: (1) עומדת לחברה עילת תביעה לכאורה; (2) ניהול התביעה הוא לטובת החברה; (3) והתובע פועל בתום לב (סעיף 198(א) לחוק החברות).

18. בפסיקת בית משפט זה הובהר כי כלל שיקול הדעת העסקי עשוי לחול גם על החלטת הדירקטוריון בדבר הפעלת כוח התביעה של החברה, שכן מדובר בהחלטה עסקית לכל דבר ועניין (ע"א 4857/16 מנשה נ' יוודין אייר בע"מ, פסקאות 33-34 ו-37 לפסק הדין (24.4.2018) (להלן: "עניין מנשה")). לפיכך, על המבקש לנהל תביעה נגזרת בשם החברה, בניגוד להחלטה פוזיטיבית של הדירקטוריון שלא להגיש תביעה, הנטל לשכנע כי כלל שיקול הדעת העסקי אינו חל במקרה בו מדובר. לשם כך, על המבקש הנטל להוכיח כי לא מתקיים אחד התנאים המקדמיים להפעלת כלל שיקול הדעת העסקי, דהיינו כי ההחלטה שלא להגיש תביעה נגועה בניגוד עניינים או שהיא התקבלה בחוסר תום לב או שמדובר בהחלטה שהתקבלה באופן בלתי מודע. ככל שלא יעלה בידי המבקש לעשות כן, תחול חזקת התקינות שיוצר כלל שיקול הדעת העסקי ביחס להחלטת הדירקטוריון שלא להגיש תביעה (לתנאים להחלטת כלל שיקול הדעת העסקי, ראו: ע"א 7735/14 ורדניקוב נ' אלוביץ, פסקה 75 (28.12.2016); ת"א (מחוזי מרכז) 47302-05-16 בטר פלייס ישראל (ח.ת.) 2009 בע"מ (בפירוק) נ' אגסי, פסקאות 61-80 לפסק דיני (12.9.2018)).

19. בעניין מנשה הבחין בית משפט זה בין שני תרחישים אפשריים: התרחיש הראשון מתייחס למצב בו החברה נדרשת להגיש תביעה נגד נושאי המשרה שלה או נגד בעל השליטה שלה בגין נזק שנגרם לה עקב פעולותיהם, אשר על פי הנטען מהוות הפרה של חובותיהם כלפי החברה. בתרחיש זה, הנחת המוצא תהא כי החלטת הדירקטוריון שלא להפעיל את כוח התביעה של החברה "נגועה" בניגוד עניינים, ועל כן כלל שיקול הדעת העסקי לא יחול; התרחיש השני מתייחס למצב בו החברה נדרשת להגיש תביעה נגד צד שלישי בגין נזק שנגרם לחברה. בתרחיש זה, הנחת המוצא היא כי החלטת הדירקטוריון שלא להפעיל את כוח התביעה של החברה אינה נגועה בכשל או בבעיית הנציג, ועל כן כלל שיקול הדעת העסקי עשוי לחול (ראו פסקה 35 לפסק הדין).

20. המקרה דנן נופל באופן מובהק לגדר התרחיש השני. בעניין דנן, טענתם העיקרית של המבקשים היא כי לאור ההליכים השונים לביטול הסכם מכר המניות, וכן האפשרות להשבת המצב לקדמותו עובר להסכם המכר – מצב האחזקות בחברה צפוי להשתנות כך שהמבקש 2 יחזור להיות בעל מניות בחברה, וכפועל יוצא הדבר עשוי להביא לכך שתתקבל החלטת דירקטוריון אחרת מזו שהתקבלה. ואולם בעובדה זו, כשלעצמה, אין כדי להפוך את החלטת הדירקטוריון להימנע מהגשת תביעה בשלב הנוכחי להחלטה הנגועה בניגוד עניינים. זאת ועוד, המבקשים לא טרחו להבהיר מהי המשמעות האופרטיבית של השבת מצב המניות לקדמותו. רק מעיון בנספח א' שצורף

לכתב תביעה לסעד הצהרתי במסגרת הליך ה"פ 14-03-2860 למדים אנו כי מדובר בכ- 9% בלבד שיחזיק כל אחד מהמבקשים, ובכך אין כדי להפוך את החלטת הדירקטוריון על פיה – זאת בהינתן שהמשיב 4 (מר סולימני), אשר הוא בעל מניות הרוב בחברה הן במצב האחזקות הנוכחי והן אם יושב מצב האחזקות לקדמותו, תמך בהצעת ההחלטה שהתקבלה.

21. זאת ועוד, מעיון בפרוטוקול ישיבת הדירקטוריון, בסופה התקבלה החלטת הדירקטוריון (נספח 38 לתגובת הבנק), עולה כי בישיבה נכחו שלושה דירקטורים – המבקש 1, המשיב 4 ומר ידידה כהן – ויחד עמם נכחו היועץ המשפטי של החברה (עו"ד אהוד ארד), בא כוח של המבקש 1 (עו"ד קובי מאיר), בא כוחו של המשיב 4 (עו"ד יהונתן כאהן) וגב' מגל דרור. במהלך הדיון, נסקרו השתלשלות האירועים הנוגעים להליכי המימוש בהוצאה לפועל, וכן הועלו כלל הטענות נגד המשיבים 1-3 כפי שהציגו המבקשים גם בבקשת רשות הערעור דנן. כמו כן, נסקרו תשובותיו של הבנק לטענות כלפיו. עוד נסקרה גם האפשרות להגיש תביעה, על סיכוייה ועלויותיה. בסופו של דבר נדחתה ברוב קולות ההצעה להגיש תביעה מטעם החברה, ואולם הוחלט פה אחד לאפשר לבאת כוח המבקשים (עו"ד נורית פלג) לייצג את החברה בכפוף לשתי דרישות שהציב הדירקטוריון (הצעת שכר טרחה עבור הייצוג וחוות דעת על סיכויי התביעה בהתייחס לטענות הבנק), ואשר על בסיסם תבחן האפשרות האם להפעיל את כוח התביעה של החברה בשנית. עולה מן האמור כי לא ניתן לומר שהחלטת הדירקטוריון איננה מיודעת, והמבקשים (אשר המבקש 1 היה נוכח בדיון ושותף להחלטה) לא הצליחו להראות כי היא התקבלה בחוסר תום לב או בניגוד עניינים. לפיכך, משהמבקשים לא הצליחו להפריך את חזקת התקינות החלה על החלטת הדירקטוריון מכוח כלל שיקול הדעת העסקי, אין מקום להידרש לבחינת התנאים לאישור הבקשה לניהול תביעה נגזרת (עניין מנשה, פסקה 38). לכך יש להוסיף כי "אישור תביעה נגזרת נגד צד שלישי צריך להיות חריג שבחריג" (עניין מנשה, פסקה 36).

22. די באי עמידה בנטל זה, דהיינו להראות כי יש סיכוי טוב לאישור התובענה הנגזרת, על מנת לקבוע כי המבקשים לא הצליחו להצביע על התקיימות התנאי הראשון למתן סעד זמני – כי הסיכוי שתביעתם תתקבל הוא גבוה.

23. למעלה מן הנדרש, יוער כי המבקשים דורשים שבית המשפט ידון ויכריע בראש ובראשונה בטענת אי החוקיות ומדגישים "זוהי בקשת רשות ערעור שעניינה קביעת הלכה מפורשת וחד משמעית של איסור המחאת חובות בנקים לצד ג' שהם אנשים פרטיים וביצוע הליכי מימוש שלא באמצעות תאגיד בנקאי" (סעיף 4 לתשובה לתגובות).

ואולם, לא זו דרך הילוכו של בית משפט כאשר הוא דן בבקשה למתן סעד זמני. ודוק, כאשר מוגשת בקשה למתן סעד זמני בית המשפט נדרש לבחון את סיכויי התביעה ברמה לכאורית בלבד, ולא להכריע בטענות התביעה העיקרית לגופה. על המבקשים להראות כי סיכויי התביעה גבוהים ולא להיתלות בטענה כללית (שלא לומר סתמית) כי נדרש לדון בטענה לגופה. קיומה של טענה משפטית מסוימת אינה מספקת, ובמסגרת בקשה למתן סעד זמני יש להראות, באמצעות הישענות על אסמכתאות משפטיות ועובדתיות רלוונטיות, כי אכן יש סיכוי גבוה שהטענה תתקבל. המבקשים לא עמדו בנטל, ועל כן גם מטעם זה יש קושי להיעתר לבקשת המבקשים למתן סעד זמני (את עמדתי ביחס לפרשנות סעיף 45 לחוק ההסדרים הבעתי בה"פ (מרכז) 8405-08-09 טנצר נכסים והשקעות בע"מ ואח' נ' כרמל – אגוד למשכנתאות והשקעות בע"מ ואח' (20.7.2010), והמתעניין יעיין שם. למען שלמות התמונה אציין כי בית המשפט העליון קבע בערעור שהוגש באותו עניין כי לא הייתה הצדקה למחיקה התביעה על הסף, אולם לא הביע עמדה ביחס לשאלות גופן. ראו ע"א 7493/10 אשר ניתן ביום 30.1.2013).

24. משזו המסקנה אליה הגעתי באשר לסיכויי התביעה, לא ראיתי מקום להידרש לטענת השיהוי שהועלתה נגד המבקשים.

עוד יצוין כי אינני נדרש לדון בטענת גובה החוב ובטענות ההתיישנות, מאחר שהמבקשים לא העלו אותן כנימוקים למתן צו מניעה זמני במסגרת בקשת רשות הערעור.

מאזן הנוחות

25. בהחלטה בדבר מתן סעד זמני יש לשקול את הנזקים שיגרמו לכל אחד מן הצדדים אם יינתן הסעד הזמני, אם לאו (תקנה 362(ב)(1) לתקנות). בהקשר זה, יש לבחון האם הנזקים להם טוענים הצדדים הם ברי פיצוי או שמא עסקינן בנזק בלתי הפיך (ה"מ 440/79 מיקלוש נ' גולן גלובוס פרודקשנס בע"מ, פ"ד לה (2) 645 (1979); רע"א 2736/98 Habboub Bros. Co. נ' Nike International Ltd., פ"ד נד(1) 614, 624 (2000)). עולה, איפוא, כי על המבקש סעד זמני לצלוח שני מכשולים. ראשית, עליו להראות כי אי מתן הסעד יגרום לו לנזקים, ושנית עליו להראות כי, בשים לב לסיכויי התביעה, הנזקים שייגרמו לו משמעותיים מאלו של הצד שכנגד.

26. טוענים המבקשים כי הנזק שייגרם להם הוא "חמור ובלתי הפיך", אך מעבר לאותה "סיסמא" אינם מצביעים על טיבו של הנזק הנטען. כל שנטען הוא כי מדובר

בנכס העיקרי של החברה וכי למשיבים לא ייגרם כל נזק ממתן הסעד הזמני. כמו כן, שוללים המבקשים כי מדובר בנכס מסחרי מאחר שהזכות בו הומחתה לידי אנשים פרטיים.

27. לעומת זאת, טוענים המשיבים כי מדובר בנכס מסחרי גרידא שאובדנו בר פיצוי כספי. כמו כן, מציינים הם כי מצבה הכלכלי של החברה אינו טוב, וכי הנכס אינו בשימוש, ועל כן ממשיך לצבור חובות.

28. אכן, כאשר עסקינן בנכס מקרקעין, להבדיל מחיוב כספי, יש להבחין בין נכס מקרקעין המשמש למגורים לבין נכס מקרקעין המשמש למסחר או להשקעה. ההנחה היא כי האינטרס של המבקש סעד זמני בנכס מקרקעין מהסוג השני הוא עסקי-כלכלי בלבד כאשר העברתו ומימושו מגלמים בתוכם נזק כספי הניתן לפיצוי (ע"א 1237/13 קונין נ' גפני, פסקה 14 (7.4.2013); ע"א 589/10 עיריית הוד השרון נ' ניר שיתופי - אגודה ארצית שיתופית להתיישבות, פסקה 16 (12.4.2010); ע"א 5511/06 אמינוף נ' א. לוי השקעות ובנין בע"מ, פסקה 5 (30.8.2006)). בענייננו, מדובר בנכס מסחרי, והמבקשים לא הצליחו להראות מהו הנזק החמור והבלתי הפיך שייגרם להם, מבלי שניתן יהיה לפצות עליו בכסף, ככל שיוכח. ודוק, ייתכן כי בנסיבות מסוימות יינתן סעד זמני למניעת מימושו של נכס מקרקעין, אף שאינו משמש למגורים, וזאת במצבים בהם נכס המקרקעין הוא בעל ערך מיוחד עבור המבקשים, או בעלי איכויות ייחודיות (ראו: ע"א 1755/12 בר שפירא נ' בודה, פסקה 8 (29.3.2012); ע"א 7932/17 מונטגי יעוף ושיווק ביטחוני בע"מ נ' בי. אי. טי יזום ופיתוח נדל"ן בע"מ, פסקה 3 (6.11.2017)). ואולם, המבקשים לא הצביעו על ערך מיוחד או איכויות ייחודיות כאמור, וזאת גם בשים לב לכך שהנכס אינו פעיל מזה מספר שנים. לפיכך, נראה כי גם התנאי השני – מאזן הנוחות – אינו נוטה לטובת המבקשים.

סוף דבר

29. מכל הטעמים המפורטים לעיל, עולה כי המבקשים לא הצליחו להראות כי הם עומדים בתנאים למתן סעד זמני במסגרת הבקשה לאישור תביעה נגזרת. אשר על כן, הבקשה נדחית וצו המניעה הארעי שניתן בהחלטתי מיום 5.6.2018 – מבוטל.

המבקשים יישאו בהוצאות הבנק והמשיבים 2 ו-3 בסכום של 15,000 ש"ח עבור כל אחד מהגורמים (סה"כ בסכום כולל של 30,000 ש"ח).

ניתנה היום, כ"ה בכסלו התשע"ט (3.12.2018).

ש ו פ ט