



לקוחות יקרים,

בעדכון לקוחות זה נביא בפניכם את עיקרי פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב (המחלקה הכלכלית) בעניין ק.ר.נ.א בע"מ נ' מוזס ואח'¹, במסגרתו נדחתה בקשה לאישור תביעה נגזרת, שהוגשה על-ידי בעלת מניות בבז"ן נגד בז"ן, דירקטורים בבז"ן, כיל, חברות מקבוצת או.פי.סי וצדדים נוספים.

בסיום הסקירה יובאו מספר דגשים העולים מפסק הדין.

הרקע:

הבקשה הוגשה על רקע שתי עסקאות לרכישת גז בהן התקשרו בז"ן, כיל ואו.פי.סי, אשר היו מצויות באותה עת בשליטה משותפת ("חברות הקבוצה").

בשנת 2012, לאחר שחברות הקבוצה ניהלו משא ומתן משותף עם שותפות תמר, התקשרה כל אחת מחברות הקבוצה בעסקה עצמאית ונפרדת עם שותפות תמר בחוזה לאספקת גז טבעי ממאגר תמר ("עסקת תמר"), כאשר לכל אחת מחברות הקבוצה נקבעה נוסחת מחירים אחרת בהתאם לסיווגה כצרכן תעשייתי או כיצרן חשמל פרטי. עסקת תמר לא אושרה במסגרת אסיפתה הכללית של בז"ן.

בשנת 2017, לאחר שחברות הקבוצה ניהלו משא ומתן משותף עם אנרג'יאן, התקשרה כל אחת מחברות הקבוצה במזכר הבנות עם אנרג'יאן בו נקבעו עיקרי תנאי העסקה לרבות מחיר הגז הטבעי ונוסחת הצמדה לכל אחת מהחברות, לקראת התקשרות של כל אחת מהן בהסכם נפרד ועצמאי, בלתי תלוי בהסכמיהן של שתי החברות האחרות, אך דומה להם במאפייניו ובתנאיו ("עסקת אנרג'יאן"). תנאי ההתקשרויות אושרו בדירקטוריון בז"ן. בין לבין הוגשה הבקשה לאישור נשוא ההליך שבעניינו. בחודש ינואר 2018 אישרה האסיפה הכללית של בז"ן, ברוב מוחלט של 99.95% מבעלי מניות המיעוט, את תנאי ההסכם עם אנרג'יאן, כאשר מלוא המידע וכן טענות המבקשת הועמדו בפניה. בהקשר זה יוער, כי האישור במסגרת האסיפה הכללית נעשה למען הזהירות בלבד, שכן התקיימו בנסיבות העניין תנאי תקנה 14(1) לתקנות החברות (הקלות בעסקאות עם בעלי ענין), תש"ס - 2000.

במסגרת הבקשה לאישור נטען, בין היתר, כי חברות הקבוצה חברו יחד לניהול משא ומתן משותף לרכישת גז במסגרת עסקאות תמר ואנרג'יאן, תוך ניצול כוח הקניה המשותף שלהן לצורך קבלת הטבות ביחס לתנאים שהייתה יכולה לקבל כל אחת מהחברות אילו פעלה בנפרד. לטענת המבקשת, ובהתבסס על מודל מתורת המשחקים (Shapely Value), היה על חברות הקבוצה לערוך הן ביחס לעסקת תמר והן ביחס לעסקת אנרג'יאן, עסקה נוספת בין חברות הקבוצה, וזאת לצורך חלוקת ההטבות שהושגו בעסקאות מול תמר ומול אנרג'יאן באופן שיינתן ביטוי "לכוח הקניה והמיקוח" ול"תרומתה" של כל אחת מהן למו"מ המשותף ("עסקה בין-חברתית"); כל זאת, על מנת למנוע חשש להסתת הטבות מחברות בהן שיעורי האחזקה של בעלי השליטה נמוכים יותר לחברות בהן שיעורי האחזקה של בעלי השליטה גבוהים יותר.

¹ תנ"ג 18-01-23569-ק.ר.נ.א בע"מ נ' מוזס ואח' (פורסם בנבו, 14.11.2023) (מותב: מ' אלטוביה).

בנוסף, ביחס לעסקת תמר, נטען כי מדובר בעסקת בעל שליטה המחייבת אישור משולש לפי סעיף 275 לחוק החברות, וביחס לעסקת אנרג'יאן נטען כי העסקה לא אושרה כלל או לחלופין כי לא אושרה כדון, ושהיא אינה לטובת החברה, מכיוון, שלטענת המבקשת, נקבעו מחירים אחידים חרף תרומתה העודפת לכאורה של בז"ן למשא ומתן המשותף.

קביעותיו של בית-המשפט ביחס לעסקת אנרג'יאן:

בית-המשפט דחה את טענות המבקשת ביחס לעסקת אנרג'יאן.

בית-המשפט קבע כי עסקת אנרג'יאן נבחנה על-ידי הוועדה המיוחדת שמינתה בז"ן, ואושרה על-ידי ועדה מיוחדת וכן על-ידי ועדת הביקורת ודירקטוריון בז"ן ונתמכה בהמלצת אנטרופי בטרם אושרה על-ידי האסיפה הכללית ברוב מיוחד. עוד נקבע, כי כל טענות המבקשת הועמדו לעיון בעלי מניותיה של בז"ן עובר למועד האסיפה הכללית.

בית-המשפט ייחס משקל לכך שרוב מוחלט של בעלי מניות המיעוט מצא לנכון לאשר את עסקת אנרג'יאן במתכונתה המוצעת לאחר שהועמד בפניהם כל המידע הנוגע לעסקה, חוות דעת כלכלית והבקשה נשוא ההליך, ולאור האמור קבע שהמבקשת כשלה בניסיון להוכיח שהגשת תביעה נגזרת תהיה לטובת החברה.

בית-המשפט קבע כי אף אם נפלו פגמים בעבודת הוועדה המיוחדת, כנטען בבקשה, נוכח העובדה כי בנסיבות העניין עמדו בפני האסיפה הכללית טענות המבקשת באשר לפגמים שנפלו בעבודת הוועדה המיוחדת וכי על אף זאת הרוב המוחלט של בעלי מניות המיעוט החליט לאשר את העסקה, נראה כי אין מקום להתערבות בית-המשפט בעסקה.

בנוסף, נקבע כי במסגרת בחינת תום לבו של המבקש בבקשה לאישור תביעה נגזרת, יש לאזן בין אופן התנהלותו של המבקש ובין המעשים המיוחסים למנהלי החברה ולבעלי השליטה, כאשר ככל שהמעשים המיוחסים למנהלי החברה ולבעלי השליטה הוכחו לכאורה ודרגת חומרתם גבוהה, כך יינתן משקל קטן יותר לאופן התנהלות המבקש; וכי מתוך עקרון ההגנה על טובת החברה, נגזרת החובה לפעול בזמן אמת ובסמוך ככל האפשר להפרה הנטענת, במסגרת האמצעים והכלים המשפטיים הנתונים לבעל מניות כדי לאפשר לחברה ולמנהליה לתקן את ההפרה בטרם ביצועה או מיד בסמוך לאחר ביצועה. לאור האמור, בית-המשפט מתח ביקורת על כך שהמבקשת או המומחה מטעמה לא מצאו לנכון להשתתף באסיפה הכללית בה אושרה עסקת אנרג'יאן, וקבע כי על בעל מניות המייחס למנהלי החברה או בעלי השליטה הפרה של חובתם כלפי החברה, למצות את ההליכים במסגרת האורגנים של החברה עובר לפנייתו לבית-המשפט בזמן אמת ובטרם מעשה עשוי.

בית-המשפט גם דחה את טענת המבקשת, לפיה בנסיבות העניין קמה חובה על חברות הקבוצה לבצע "עסקה בין-חברתית" לצורך חלוקת ההטבות שצמחו להן כתוצאה מהמשא ומתן המשותף עם הצד השלישי. בהתאם לפסק-הדין, העובדה שקבוצת חברות ניהלה משא ומתן משותף אינה מחייבת עריכת עסקה בין-חברתית נוספת בין החברות בקבוצת החברות, וההטבה שנצמחה כתוצאה מחבירת הכוחות של קבוצת החברות אינה צריכה לבוא לידי ביטוי בעסקה נוספת בין החברות בקבוצת החברות. ככל שצמחה הטבה כלשהי מחבירת הכוחות, הרי שהיא התקבלה בפועל מאנרג'יאן בדרך של שיפור תנאי העסקה מולה, ולכן אפילו היה מקום להתחשב בכוח הקניה הגדול של בז"ן, ההטבה הנגזרת מכך צריכה הייתה לבוא לידי ביטוי בעסקה שנכרתה בין בז"ן ובין אנרג'יאן ולא בעסקה נוספת בין החברות בקבוצת החברות. עוד העיר בית-המשפט, כי לעיתים דווקא גורם בעל כוח קניה קטן עשוי בהצטרפו לגורם בעל כוח קניה רב להביא להטבה מצרפית, וכי כוח הקניה אינו הפרמטר היחיד בהקשר זה.

לבסוף, נקבע כי העובדה שרוב מוחלט של בעלי מניות המיעוט החליט לאשר את עסקת אנרג'יאן, מלמדת כי בעלי מניות המיעוט גילו דעתם כי מדובר בעסקה טובה לחברה וכי הם אינם זקוקים להגנתו של בית-המשפט ביחס אליה, וכי על דרך ההיקש החלטת האסיפה הכללית לאשר את עסקת אנרג'יאן כמוה כביצוע פעולה או קבלת החלטה "אשר כתוצאה ממנה נשמטת עילת התביעה" כאמור בסעיף 195(1) לחוק החברות.

קביעותיו של בית-המשפט ביחס לעסקת תמר :

בית-המשפט דחה את טענות המבקשת ביחס לעסקת תמר.

נקבע כי טענות המבקשת, לפיהן בנסיבות העניין הייתה פטורה מלבצע פנייה מקדימה לחברה, אינן מעוגנות בראיות, ומשכך נדחות.

עוד נקבע, כי נוכח שיעורי האחזקה השונים של בעלי השליטה בכל אחת מהחברות, נראה כי לבעלי השליטה זיקה עודפת משמעותית בכל עסקה המשותפת לקבוצת החברות, וכי קיים חשש אובייקטיבי שבעלי השליטה בז"ן יעדיפו את האינטרס שלהם על-פני טובתה, ועל כן נדרש אישור משולש לפי הוראות סעיף 275 לחוק החברות. עם זאת, לא הוכח ולו לכאורה שבשנת 2012 עמדו בפני בז"ן אלטרנטיבות שהיו מצמיחות לה תועלות טובות יותר מעסקת תמר, בפרט לאור הקשיים באספקת הגז באותה העת ונוכח היותה של שותפות תמר מונופולין בתחום העסקת הגז. בנוסף, לא הוכח שבמישור הכלכלי וביחסים בין תמר ובין בז"ן, ביטול עסקת תמר והשבת המצב לקדמותו, ככל שהם אפשריים, יהיו לטובת בז"ן.

בנוסף נקבע, כי הגשת הבקשה לאישור תביעה נגזרת רק בשנת 2018 ביחס לעסקת תמר שבוצעה ופורסמה ברבים בשנת 2012 לוקה בשיהוי רב, אשר מצדיק את דחיית הבקשה, וזאת נוכח הסתמכות בז"ן והמשיבים האחרים, שיקולי צדק והגינות כלפי המשיבים ונפגעים פוטנציאליים שלא צורפו להליך (שותפות תמר), חוסר תום ליבה של המבקשת והחובה לקיים הליך שיפוטי תקין. לשיטת בית-המשפט, שיהוי זה מצדיק את דחיית הבקשה, אף אם נפל פגם כלשהו באישור עסקת תמר.

דגשים העולים מפסק הדין:

- ניהול משא ומתן משותף של קבוצת חברות עם צד שלישי היא לגיטימית, ואינה מחייבת עריכת "עסקה בין-חברתית" נוספת בין החברות בקבוצת החברות לצורך חלוקת ההטבה שנצמחה כתוצאה מחבירת הכוחות.
- בהקשר זה, ועל אף שהנושא לא נדון במסגרת פסק-הדין, נבקש להזכיר את תקנה 1(4) לתקנות החברות (הקלות בעסקאות עם בעלי ענין), תשי"ס - 2000 הקובעת כי עסקה חריגה כאמור בסעיף 270(4) לחוק החברות לא תהא טעונה את אישור האסיפה הכללית אם היא עסקה עם בעל השליטה או עם אדם אחר שלבעל השליטה יש בה עניין אישי, או לשם הגשת הצעה משותפת להתקשרות עם גורם אחר, ובלבד שתנאיה לגבי החברה הציבורית אינם שונים באופן מהותי מתנאיה לגבי בעל השליטה או תאגיד בשליטתו, בשים לב לחלקם היחסי בעסקה.
- מקום שבו עמדו בפני האסיפה הכללית הטענות בדבר הפגמים שכביכול נפלו בעבודתה של הוועדה המיוחדת, ועל אף זאת הרוב המוחלט של בעלי מניות המיעוט החליט לאשר את העסקה, קטנים הסיכויים כי בית-המשפט יתערב בעסקה.
- ניתן לראות בהחלטת האסיפה הכללית ברוב מיוחד לאשר עסקה כמוה כביצוע פעולה או קבלת החלטה "אשר כתוצאה ממנה נשמטת עילת התביעה" כאמור בסעיף 195(1) לחוק החברות.
- על המבקש בבקשה לאישור תביעה נגזרת מוטלת חובה לפעול בזמן אמת ובסמוך ככל האפשר להפרה הנטענת, על מנת לאפשר לחברה ולמנהליה לתקן את ההפרה בטרם ביצועה או מיד לאחר ביצועה. אי השתתפות באסיפה הכללית תיזקף לחובת המבקש.
- חידושים אלה בפסיקתה של המחלקה הכלכלית מתכתבים עם פסיקתו של בית-המשפט בדלאוור. ראו לעניין זה את *Corwin v. KKR Financial Holdings*.

משרדנו ייצג את קבוצת חברות או.פי.סי בהליך.

בברכה,

פישר (FBC & Co.)

למידע נוסף אנו עומדים לרשותכם בכל שאלה או הבהרה ונשמח לסייע ככל הנדרש.

03-6941348	gorion@fbclawyers.com	עו"ד ד"ר גיל אוריון
03-6944131	awell@fbclawyers.com	עו"ד אברמי וול
03-6941348	omalka@fbclawyers.com	עו"ד אורית מלכא
03-6941320	oalon@fbclawyers.com	עו"ד אופירה אלון

הכלול באגרת מידע זו הוא מידע כללי בלבד, הוא אינו חוות דעת משפטית או ייעוץ משפטי ואין להסתמך עליו. כל הזכויות שמורות לפישר (FBC & Co.). להירשם למייל זה או להסרה מרשימת התפוצה: news@fbclawyers.com