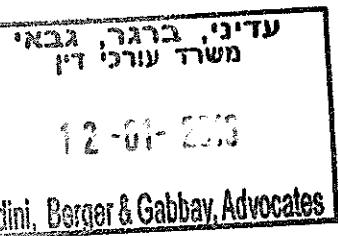


תנ"ג 12-09-10466

בפני כבוד השופט פרופ' עופר גוטסקובף
קבוע לקדם משפט ביום 13.3.2016

בבית המשפט המחויזי

במחוז מרכז (לוד)



התובעת

- בעניין: 1. רמי אוסטרובסקי
2. ניב אוזנה

בשם חברות השקעות דיסקונט בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד רון עדיני ו/או עו"ד רבייל סbag שטרית
מרח' כנרת 5, מגדל ב.ס. 3, בני ברק, 5126237
טלפון: 03-6139696 ; פקס: 03-6139697

וכן ע"י עו"ד רם דקל ו/או אוחד אנטמן ו/או מיכאל פטרמן
משדי' רוטשילד 22, תל אביב, 6688218
טלפון: 03-7549999 ; פקס: 03-7549998

- נגזר -

1. נוחי דנקנר
2. אליהו כהן
3. אבי פישר
4. ניב אחיטוב
5. יצחק מנור
6. צבי לבנת
7. חיים גבריאלי
8. זהבה דנקנר
9. דורית מנור
10. שאול בן זאב
11. רפי ביסקי
12. מרק שימל
13. יאיר אורגלאר

הנתבעים 1 ו-8 ע"י ב"כ כספי ושות'
מרח' יעצץ 33, תל אביב, 6525832
טל': 03-7961000 ; פקס: 03-7961000

הנתבעים 2, 4, 7 ו-11 ע"י ב"כ אגמון ושות'
מרח' יגאל אלון 98, תל אביב, 6789141
טל': 03-6078666 ; פקס: 03-6078607

הנתבעים 3 ו-12 ע"י ב"כ פישר בכר חן וול אורין ושות'
מרח' דניאל פריש 3, תל אביב, 6473104
טל': 03-6944142 ; פקס: 03-6069699

הנתבעים 5 ו-9 ע"י ב"כ גולדפרב-זיגמן ושות'
מרח' יגאל אלון 98, תל אביב, 6789141
טל': 03-7101618 ; פקס: 03-7101635

הנתבעים 6 ו-10 ע"י ב"כ ארדיינסטן בן נתן ושות'
מרח' ברקוביץ 4, תל אביב, 6423806
טל': 03-7770111 ; פקס: 01-03-7770111

הנתבע 13 ע"י ב"כ קלינמן נאור ושות'
מרח' ז'בוטינסקי 7, רמת גן, 5252007
טל': 03-6120011 ; פקס: 03-6121100

הנתבעים

כתב הגנה מטעם הנתבעים 3 ו-12

כתב הגנה מטעם הנتابעים 3 ו-12

הנתבעים 3 ו-12, מר אבי פישר ומר מרק שימל, מתכבדים בזאת להגיש כתב הגנה, בمعנה לכתב התביעה מיום 4.9.2012 (להלן: "כתב התביעה").

כל טענה הנטען או הנזכרת בכתב הגנה זה, נטען באופן מצטבר, משלים או חלופי לכל טענה אחרת הנכללת בו, לפי הקשר הדברים, בין אם נאמר הדבר במפורש ובין אם לאו.

כל טענה שהנתבעים לא הודיעו בה במפורש, תיראה כמוסחת בזאת. כל המסמכים הנזכרים בכתב התביעה או המצורים אליו כנספחים, מדברים بعد עצם, והנתבעים מכחישים את פרשנות התובעת לתוכנם.

נטל ההוכחה כאמור בכתב התביעה מוטל על התובעת, ואין כאמור בכתב התביעה ו/או בכתב הגנה זה כדי להבהיר על שום הנתבעים את נטל הבאת הראיות או את נטל ההוכחה, המונחים לפתחה של התובעת.

ההדגשות בציוטוטים שלහן אין במקור, אלא אם נאמר אחרת.

פתח דבר

1. בבסיס התביעה שבគורתה עומדת הטענה, לפי ההחלטה של חברת השקעות דיסקונט בע"מ (להלן: "החברה" או דסק"ש), שנתקבלה בראשית שנת 2011, להתקשרות עסקה לרכישת השיליטה במערב אחזקות בע"מ (להלן: "מערב" ו"עסקת מעריב"), הינה עסקה אשר כבר במועד קבלתה ברור היה שהיא בלתי סבירה, אינה משרתת את טובת החברה ועtidיה לגורום לחברה נזק.
2. כפי שיובהר בכתב הגנה זה, מוזכר בטענה חסרת יסוד.
3. כפי שיפורט בחלק השני לכתב הגנה זה, הרי שבגיגוד גמור לנטען בכתב התביעה, **בזמןאמת**, במועד בו נתקבלה ההחלטה לרכוש את השיליטה במערב, היה בה הגיון כלכלי וஸחררי רב והוא שירתה את טובת החברה.
4. מספר שיקולים מרכזיים, המשולבים זה בזה, הנחו את הנהלת דסק"ש ובעקבותיה את דירקטוריון דסק"ש בחאלטתם לרכוש את השיליטה בחברת מעריב.
5. השיקול האחד היה רצונה של קבוצת התקשורות של דסק"ש להתחיל בבניית מערך תוכן, באופן שיאפשר לקבוצה לשלבו וליציר סיינטifica עם מוצריה של דסק"ש בתחום החולכה והתשתיות.
6. בשים לב לנחיותה של דסק"ש אל מול מתחרותיה בשוק התקשורות (בזק והוט) בכל הקשור לאחזקה בנכסים תוכן, ובשים לב לסכומי העתק שמתחרותיה השקיעו ברכישת תוכן לשידורי הטלוויזיה שלחן (למעלה מחצי מיליארד ש"ח בשנה כל אחת), הערכו הדירקטורים של דסק"ש שרכישת השיליטה במערב, בסכום בו נרכשה, תשתלים לאורך זמן.
7. מבחינות דסק"ש, רכישת מעריב הייתה אפוא ממשום ניצול הזדמנויות חד-פעמיות לרכוש שליטה בМОתג ומוצר תוכן, בשוק שמלכתחילה היצע בו דל, ובמהירות נמוך יחסית, ואשר ככל מקורה היה בסדר גודל קטן - ובוודאי לא מהותי - בשים לב להיקף עסקיה של דסק"ש באותה עת.
8. בנוסף, פעילותה וניסיונה של מעריב, חברות תקשורת בעלת עיתון בעל מוניטין ובעל תפוצה רחבה, יכולם היו גם לשרת את קבוצת דסק"ש ואת עסקיה האחרים הן בענף התקשורות והן בענפי המסחר האחרים (נדילין, מסחר ושירותים, אגרוכימיה ופיננסים).

9. שיקול נוסף שתמך ביצוע העסקה, היה אמוןתו של דירקטוריון דסק"ש בכך שביכולתה של דסק"ש, על משאייה, עצמה, קירה וניסיונה העסקי הרבה, להביא לשיפור במצב הפעולות של מערב, ובסיומו של יום להביא את מערב להצלחה ולהשבחה.
10. ואולם, כפי שיווהר בחלק השלישי לכתב הגנה זה, גם מבלי להיזק לבחינת סבירות החלטות לגוףן, דין התביעה להידחות ולו בשל כך של דירקטוריון דסק"ש עומדת בעניינינו חזקת התקינות לפי כלל שיקול הדעת העסקי (Business Judgment Rule), אשר נקטה זה מכבר בדיין הישראלי, ואשר לפיו כל עוד מקבל דירקטוריון החברה החלטות מודעות ונטולות אינטרסים זרים, לא יתרעב בית המשפט בהחלטותיו.
11. במסגרת האמור, נעמוד על האופן המידיע בו נקבעו החלטות על רכישת מערב ועל ביצוע ההש侃עות הנוספות במערב, החלטות אשר נקבעו כולם מתוך אינטרס אחד ויחיד - טובת החברה.
12. במסגרת זאת, נעמוד על כך שבמועד קבלת ההחלטה היה מצבה העסקי והפיננסי של מערב יזוע לדירקטורים, והוא אף מצא את ביטויו באופן בו נרכשה עסקה, לדוגמה בתניית עסקה במחיקה של חלק מחובות מערב לבנקים ובהזרמת עיקר התמורה של עסקה לתוך מערב.
13. זאת ועוד, כפי שיבואר בחלק הרביעי לכתב הגנה זה, הטענה העומדת בסיס התובעה הינה יכולה לבחינת "חכמה שבדייג". כמפורט שם, לאחר רכישת השיטה במערב החלו להיווצר ניסיונות חדשות ובלתי צפויות, אשר פגעו ביכולת של דסק"ש לחולל את השינוי המתוכנן במערב. האחת, המחאה החברתית של קיץ 2011 הביאה את כל חברות הגודלות בארץ להוירד פרופיל, "לרדת למחרת", ולקצת דרסטית את היקף תקציבי הפרטום שלהם בכלל, וביעילות המודפסת בפרט, דבר שפגע במישרין ובאופן ישיר במצבה של מערב; השנייה, שינויים רגולטוריים חריפים בשוק התקשות והמשור הכלכלי בענף בגין המלחאה החברתית, אשר דדרדו את מצבה של דסק"ש ושל חברות בקבוצה לשפל חסר תקדים שלא היו בו בעבר. נסיבות אלו פגעו ביכולתה של דסק"ש להמשיך ולתמוך כלכלית במערב, הובילו להשתתפות מושבים ניהוליים לטובת חברות אחרות בקבוצה, והביאו בפועל לעצירת תהליכי ההתאחדות בין מערב לבין חברות הקבוצה.
14. עוד קודם לכך, במסגרת החלק הראשון לכתב הגנה זה, נראה כי דין התביעה להיות מסולקת על הסף, וזאת אף מבלי להיזק כלל לטענות החברה לגוףן.
15. במסגרת האמור יובהר, בין היתר, כי הנتابעים 3 ו-12, אבי פישר ומיר שימל, כלל לא השתתפו בישיבת הדירקטוריון שהתקיימה ביום 24.3.2011, בת הוחלט על רכישת השיטה במערב, וכן הם אינם נושאים באחריות להחלטה זו. במסגרת זאת, נעמוד על כל שלפי ההלכה הפסוקה, דירקטור בחברה נושא באחריות אינדיבידואלית בלבד להתחלהתו במסגרת הדירקטוריון, ואין הוא נושא באחריות מכות האחריות הקולקטיבית של הדירקטוריון לחברת.
16. עוד יובהר בחלק הראשון, כי גם אם ייקבע שבעניינו אין תחולת לכל שיקול הדעת העסקי, הרי שעדיין יש לשליך את התביעה על הסף, מפניו שלנתבעים עומד הפטור שהעניקה להט החברה, בנסיבות היא פטרה אותם מכל אחריות כלפיה בשל הפרת חובת זהירות. נעמוד על כך שਮכוון שהנתבעים 3 ו-12 לא השתתפו כאמור בישיבת הדירקטוריון בה הוחלט על רכישת השיטה במערב, אז מילא גם לא ניתן ליחס להט יסוד נפשי סובייקטיבי של "פיזות", השולל את תחולתו של הפטור.
17. ככלם של דברים: מדובר בתביעת סרק, המבקשת לתקן בחכמה שלאחר מעשה החלטה עסקית לגיטימית, שנתקבלה על ידי הנتابעים מתוך דאגה לטובת החברה, לאחר קבלת וידיעת המידע הרלוונטי, בהתאם למיטב שיקול דעתם וניסיונם הרב, ועל סמך המידע שהיה יזוע וצפוי בזמן אמת.

חלק ראשון: טענות ספ

A. יש לשלק את התביעה נגד הנتابעים 3 ו-12 על הספ - נتابעים 3 ו-12 לא השתתפו בישיבת הדירקטוריון בה נדונה עסקת רכישת מעריב וכן הם אינם

נושאים באחריות

A.1. נסיבות המקורה והחלטת בית המשפט בבקשת אישור

18. בהחלטתו מיום 9.8.2015 (להלן: "ההחלטה"), קיבל בית המשפט הנכבד את בקשה המבקשים, מר רמי אוסטרובסקי ומר יניב אוזנה, בעלי מניות (מייעוט) בתובעת, חברת השקעות דיסקונט בע"מ (להלן: "דיסק" ש"א או "החברה"), לאחר הגשת התביעה נגורת בשם החברה נגד הנتابעים 1-13, אשר כיהנו כולם כדירקטורים בחברה בתקופה הרלבנטית ל התביעה (להלן ייחדו: "הנתבעים" או "הדים").
19. במסגרת התביעה (ועוד קודם לכך, במסגרת הבקשת אישור התביעה נגורת) נטען, כי הדירקטורים הפרו את חובת זהירות המוטלת עליהם, עת שהחליטו להתקשר בעסקה לרכישת השליטה בumarib.
20. בהחלטתו לאחר הגשת התביעה נגורת, התייחס בית המשפט הנכבד לשאלת קיומה של עילית תביעה של החברה בגין הפרת חובת זהירות (נגד הדירקטורים), בין השאר נוכח קיומו של פטור (שהואר כדיין בתקונונה של החברה), שעמד לדירקטורים במועד קבלת ההחלטה החשקהumarib.
21. בעניין זהקבע בית המשפט הנכבד, כי נוכחה הוראת סעיף 263 (2) לחוק החברות, התשנ"ט-1999, הרוי שיש לגדרו את גבולות הסדר הפטור בהתאם לייחס הנפשי הסובייקטיבי של נושא המשרת בנוגע לחובתו לעמוד בחובת זהירות שלו לחברת (ה"גסיפה"). לפיכך, דירקטור הפועל בראשנות או בפזיות מתוך קלות דעת ביחס לאפשרות הפרת חובת זהירות יהנה מהסדר הפטור; ואילו דירקטור הפועל בכוונה או בפזיות מתוך אידיות ביחס להפרת חובת זהירות, לא יוכל ליהנות מהסדר הפטור.
- מקביעה זו עולה, כי כדי לבחון אם חובת זהירות הופרה, יש לבחון את אופן התנהלותו של דירקטור ספציפי באירוע קונקרטי, WHETHER-USKIN אמרו ב"יחס נפשי סובייקטיבי".
22. ובאשר להגדורתה של אידיות ביחס לחובת זהירות,קבע בית המשפט הנכבד, כי על מנת שדירקטור יחשב לפזיז יש להוכיח, באשר לרכיב הפרוצדורלי של חובת זהירות, "כי הדירקטור קיבל את החלטתו מבלי שהיא לפני פניו ולו מצע מינימאלי לצורך גיבוש ההחלטה (כגון שהחלטת כיצד להציג מבלי שידע על מה הוא מציביע)" ובאשר לרכיב המהותי של חובת זהירות, יש להוכיח, "כי הדירקטור הציב משיוקלים שבינם בין טובת החברה אין דבר וחצי דבר" (פסקה 49 להחלטה).
- צא ולמד, על מנת לבחון את אופן התנהלותו של הדירקטור בישיבה הקונקרטיבית בה עסקין יש לבחון: איזה חומר היה מונח בפניו בישיבה, אלו שאלות הוא שאל במהלך, והאם כאשר הצביע בישיבה עשה כן תוך שהוא שוקל את טובת החברה.
23. בהתייחסו לרכיב המהותי הטעים בית המשפט הנכבד, כי בעניין זה יש לבחון את מניעו של הדירקטור שהביאו אותו להצביע בישיבת הדירקטוריון כפי שהצביע; ובשל הקושי הנזר מבחן צו, "לא בנקל יאשר בית המשפט ניהול תובענה נגורת" על בסיס טענה בדבר הפרת חובת זהירות בפני המהותי.

24. בישמו את הכללים על נסיבות המקורה דנא, קבע בית המשפט הנכבד, כי יש בסיס לכוארי לטענה, כי הדירקטוריים בחברה הפכו את חובת זהירות על שני פניה, משום שהם נהגו בראשנות העולה לכדי פיזיות בקבלה הוחלטה לרכישת מעריב, וכתוכאה מכך גרמו לחברה נזקים.

25. וודוק, בהגיו למסקנה זו בית המשפט הנכבד נסמך על האופן שבו התנהלו הדברים בישיבת הדירקטוריון הקונקרטית אותה בחן: הוא עמד על מצע הנתונים שעמד לעיני הדירקטוריים במהלך הפגישה, הוא בבחן את המידע שהוצע לדירקטוריים במהלך הפגישה על ידי הנהלת החברה, הוא בבחן האם הוצגו במהלך הפגישה התועלת המعيشית והסיכוםים הכרוכים בעסקה, והוא אף ציין כי הדירקטוריים לא שאלו שאלות הנוגעות לנושאים אלה במהלך הפגישה.

26. בית המשפט הנכבד סיכם את הדברים באופן הבא (סעיף 54 להחלטה):

"סבירומו של חלק זה, די ברומר חרואות שונה לפני להצדיק את המסקנה, שיש בסיס לכוארי לטענה כי הדירקטוריים של דסק"ש פעלו באופן פיזי עת אישרו ביום 24.3.2011 את ההתקשרות בעסקת מעריב, וזאת מהטעם שלא הונח לפניהם אפילו בסיס עובדתי מינימאלי המאפשר **דיוון ענייני בעסקה** אותה התבקשו לאשר".

27. אף שההחלטה בבקשת אישור התביעה כתביעת נזורת התייחסה לכל חברי הדירקטוריון **במקרה אחד**, ציין בית המשפט הנכבד (בפסקה 27 להחלטה), בחתייחס להערת הנتابעים בסיקומיהם (סעיף 273 - "הערות לגבי הדירקטוריים"), לפיה קיים שינוי בין הדירקטוריים, כי "**טענות אלו יהיו שמורות לדירקטוריים לשבד הדיון בתובענה גופה**".

28. כפי שצוין בסיקומי הנتابעים (בסעיף 273, כאמור), אחת מן האבחנות מתייחסת לעובדה, כי חלק מן הדירקטוריים, כלל לא נטל חלק בישיבת הדירקטוריון בה נדונה ובמה נתקבלת ההחלטה על ביצועה של עסקת רכישת מעריב. **באו הם הנتابעים 3 ו-12, מר אבי פישר ומר מרק שימל**, אשר כלל לא השתתף בישיבת הדירקטוריון מיום 24.3.2011, בה התקבלה ההחלטה לרכישת השליטה במעריב, וממילא הם לא הציבוו بعد אישור העסקה.

29. יעיר, כי ישיבת הדירקטוריון זומנה בתתראה קצרה ותואמה למועד בו לא התאפשר למשיבים 3 ו-12 להשתתף בה, בשל שהותם בחו"ל.

"1" העתק פרוטוקול ישיבת דירקטוריון החברה מיום 24.3.2011 מצורף בנספח 1.

30. בנסיבות אלו פשוטא, כי לא ניתן להטיל כל אחריות אישיות על הנتابעים 3 ו-12, בגין הפרת חובת זהירות בוגע להחלטה זו. למעשה, לא ניתן לקבוע כי הם נהגו בפיזיות.

31. מסקנה זו מתחייבת, שכן בהתאם להלכה הפסקה, דירקטור בחברה נושא באחריות **איןדיידואלית בלבד** לחתנהלותו במסגרת הדירקטוריון, ואין הוא נושא באחריות מכוח האחריות הקולקטיבית של הדירקטוריון לחברת. חובת זהירות היא אישית, ומשלא הוכת, כי דירקטור פלוני פעל תוך תוך הפרת חובת זהירות, הרוי שלא ניתן ליחס לו הפרה שכזו, מכוח התנהלותם של דירקטוריים אחרים. כך, בהפרת חובת זהירות וכך, על אחת כמה וכמה, בקביעה כי דירקטור פלוני התנהל מתוך פיזיות, קביעה המחייבת מטבעה בדיקה והתייחסות איןדיידואלית למודעותו של כל אחד מחברי הדירקטוריון.

32. דברים אלה מתחדים נכון העובה כי בית המשפט הנכבד הגיע במקרה דנא למסקנה, כי הדירקטוריים נהגו לכורח בפיזיות נכון בוחינת התנהלותם הקונקרטית בישיבת הדירקטוריון בה התקבלה ההחלטה בעניין מעריב. ברי כי לא ניתן להגיע למסקנה זו ביחס לדירקטוריים שככל לא נכון בישיבה.

33. על קיומה של אחוריות אינדיבידואלית והצרוך לבחון התחנחות קוונקרטיבית, עמד כבר כב' הנשיא (כתוארו אז), השופט ברק, בע"א 610/94 **בוכבינדר נ' בוגס הנכיסים הרשמי בתפקידו כמפקח בנק צפון אמריקה** (פורסם בנבו, מיום 11.5.2003), בסעיף 31 לפסק הדין:

"הסמכויות והכוחות הם של הדירקטוריון שהינו ארגן מרכזי של החברה. הדירקטוריון הוא "אורגן-רביס" המורכב ממספר דירקטורים. זהו גוף "קולגיאלי" הפועל בדרך כלל על פי רוב דעתו. **האחריות ברשנות מוטלת על כל דירקטור בגין פעולתו שלו בדירקטוריון. אחריות זו היא אינדיבידואלית.** אין דירקטור אחד אחראי לרשותו של דירקטור אחר. כל דירקטור חייב לקיים, בהתנהגותו שלו, את התנאים לאחריות הקבועים בדייני הרשנות. על כן, יקרה לא פעם כי התנהגותו של דירקטור פלוני בדירקטוריון תפר את רמת ההתחנחות הרואה לדירקטור סביר ותטיל עליו אחריות בגיןו, ואילו התנהגותו של דירקטור אלמוני תקים את רמת ההתחנחות הרואה לדירקטור סביר ולא תטיל עליו כל אחריות."

34. בית המשפט העליון שב ושנה הלהקה זו גם לאחרונה, במסגרת רע"א 4024/14 **אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' רפאל כהן** (פורסם בנבו, מיום 26.4.2015). כב' השופט עמית קבע, בסעיף 50 לפסק דין:

"**כשלצמי, אני נוטה לדעה כי במצב הדברים הרגיל, אחוריות הדירקטור היא אישית והחוות מוטלות על כל דירקטור בפרד.** למשל הוכח כי דירקטור פלוני פעל תוך הפרת חובת זהירות או פעל בתרמיות או בニアוד לחובת האמון החלה עליו, אין לפחות עוננו של דירקטור או של נושא משרה אחר. כל דירקטור ונושא משרה באשמו-שלו ישא, ואין לייחס אשם לדירקטוריון כולם בבחינת חייבים בלבד ולחוז. חובת זהירות והמיומנות היא אינדיבידואלית..."

35.(IFIM לעניינו דבריה של כבוד השופט רון בתנ"ג (ת"א) 35114-03-12 **יהודא אשש נ' יוסף עיטה** (פורסם בנבו, מיום 24.6.2015; להלן: "عنין עיטה"), בסעיפים 4-5 להחלטתה:

"לטעמי, בקשת האישור אינה יכולה להתיחס לרצף ממושך של אירועים שככל אחד מהם מעורבים במספר בעלי-דין, ללא מוקד את הדברים באותו מעשים או מחדלים של בעלי-דין מסוימים שלגיביהם וטענת האחריות.

המשיבים אינם יכולים להשיב לבקשת המייחסת להם אחריות כולל לשיבושים שחלו ברצף האירועים מאז עסקת הקצתה ואילך, רק משום שלגיאשת המבקשים חל שיבוש בהתחנחות החברה במהלך פרק הזמן הזה. כל אחד מהמשיבים זכאי כਮון לדעת איזה חלק מן האחריות מיחס לו, ובגין איזה מעשה או מחדל מייחסת לו האחריות. זאת כדי שאותו משיב יוכל להשיב לטענות הספציפיות והמוקדמות המופיעות לנו. גם אם בסופו של דבר יהיה מקום להתיחס למשך מוצבר של רצף הפעולות, הרי מבחינת האחריות של כל משיב ומשיב – זו יכולה להיקבע רק ביחס **למעשים או מחדלים ספציפיים.**

...
МОבן כי אין ذי בכך שבי' המבקשים יתייחס לרצף האירועים בבקשת אחת, תוך התייחסות אליה בלבד "סיפור אחד", **ושומרה עליו לפרט את הרקע העובדתי המיוחס לכל אחד ואחד מהמשיבים בפרד,** ולא – **בדברי כב' השופט עמית – להניח את כולם בסל אחד ללא הבחנה ביניהם.**"

36. כב' השופט רון עמדה על כך שהדרישה לבחון את המיחס לכל אחד מהדירקטורים בפרד, נובעת מהתפישה העקרונית עליה עמדנו לעיל, אשר לפייה לא ניתן לייחס לדירקטורים בדירקטוריון אחריות קולקטיבית (סעיף 5 להחלטה).

37. סיכם את הדברים פרופ' יוסף גروس, בספרו **דים ריקטוריים ונושאי משרה בעידן הממשלה התאגידי**, עמ' 170 (2010):

"אין דירקטורי אחד אחראי לרשותו של דירקטור אחר. כל דירקטור יישא באחריות בזוקין על מעשיו שלו. אם הפר דירקטור את רמת המימון הדרישה מהדירקטורי הסביר, וויגרם נזק לחברת בשל התנהגותו, הוא יחויב בזוקין".

38. הנה כי כן, משעה שהנתבעים 3 ו-12 כולן לא השתתפו בישיבת הדירקטוריון בה נדונה עסקת רכישת מעריב, וממילא לא היו שותפים להחלטה על אישור עסקת מעריב שנתקבלה בישיבה זו, לא ניתן ליחס להם כל הפרה של חובת זהירות (התרשנות) בגין החלטה זו.

39. מכך וחומר שלא ניתן ליחס לנتابעים 3 ו-12 יסוד נפשי סובייקטיבי של מודעות או פיזות מתוך חוסר אכפתיות ביחס להפרה של החובה (תנאי נדרש כאמור נוכת הסדר הפטור הקבוע בתקנון החברה). כפי שקבע בית המשפט הנכבד, על מנת שדירקטור יחשב לפזיז יש להוכיח, כי הדירקטוריון קיבל את החלטתו ללא כל בסיס מינימאלי של מידע (בפן הפרוצדורלי) או כי הדירקטוריון הצבע משיקולים שאינם נוגעים לטובת החברה (בפן המהותי). תנאים אלו כמובן אינם יכולים להתקיים משעה שהנתבעים 3 ו-12 לא קיבלו כל החלטה.

40. עמדה על כך לאחרונה גם שופטת המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחויז בתל אביב רות רונן בעניין עיטה, הנזכר לעיל. באותו עניין הוגש בקשה לאישור תביעה נגורת כנגד כל הדירקטורים בחברת עיטה גוף, בטענה כי הם אישרו את התקשרותה של החברה במספר עסקאות אשר גרמו לחברת נזק. בית המשפט התייחס לכל אחד מהדירקטורים בפרט ולכל אחת מן העסקאות בפרט, ודחה את הבקשת אישור התביעה נגורת כנגד חלק מהדירקטורים, אשר לא היו שותפים לאישור העסקאות.

41. ביחס לאתות העסקאות אשר נדונו באותו עניין (עסקה במסגרת מכירה עיטה גוף לחברת PORR מחלוקת מאחזקותיה בחברת סיטניקה), עסקה אשר אושרה במסגרת ישיבת דירקטוריון שחילק מהדירקטורים לא השתתפו בה, נקבע נחיצות כי אוטם הדירקטורים שלא היו נוכחים בישיבת הדירקטוריון בה אושרה העסקה האמורה אינם אחראים לה (סעיף 202 להחלטה):

"המשיבים 15 ו-17 לא היו נוכחים בישיבת הדירקטוריון בתօשרה העסקה, וכן לא ניתן להטיל עליהם אחראיות בקשר אליה".

42. ביחס להעברת סכום של 650,000 אירו מעיטה גוף לחברת סיטניקה, העברה אשר ביחס אליה כלל לא התיקים דיוון בדירקטוריון עיטה גוף, שב בית המשפט וזרע על הכלל האמור לעיל, לפיו דירקטוריון שלא היה נוכח בישיבת דירקטוריון בה התקבלה החלטה איננו יכול להיות אחראי להחלטה שכזו.

בנוסף נקבע, כי כאשר דירקטוריון לא היה נוכח בישיבת דירקטוריון בה התקבלה החלטה, ניתן, ככל היותר,טעון שהדיקטור התרשל, שאז הוא יהיה פטור מאחריות מכוח הפטור שניתן לו על ידי החברה, מקום בו קיים פטור כאמור (סעיף 207 להחלטה):

"אין די בכך שההעברה של 650,000 אירו הייתה עסקת בעלי עניין כדי לקבוע כי המשיבים או חלקים אחראים לה, וחיברים לפצות את החברה בגין. זאת מושם שהמשיבים 17-15, שהיו חברי דירקטוריון בתוקפה הROLONET, לא היו שותפים להחלטה ביחס לעסקה זו. בכך, מעודות ר'יח' מזרחי עולה כי ההעברה האמורה לא נדונה בדיקטוריון. לטענת הדירקטורים החדשניים, לא ניתן ליחס (כך במקור - הח"מ) ולכן לא ניתן ליחס למשיבים 17-15 (שהם שכיחנו כדירקטורים באותה עת) אחריות בקשר זה.

אני סבורת כי יש לקבל את העטינה. ניתן ליחס אחריות לדיקטור בגין החלטה רק אם הוא היה שותף לקבלתה. כנגד דיקטור שלא היה שותף לקבלת ההחלטה – ניתן לכל היותרטעון כי הוא התרשל (אם לא היה נוכח

בישיבת הדירקטוריון בה הוחלטה התקבלה, או כי התרשל בפיקוח על מהלך העניינים בחברה – אם לא התקימה ישיבת דירקטוריון, כמו במקרה דנן, והדיקטור לא היה מודע למהלך העניינים ולהוצאה הכספיים על ידי החברה.

איני סבורה כי יש מקום להתייחס לשאלת האם במרקח דן הדיקטורים – משבים 15-17 – התרשלו בהתייחס להעברת הסכום של 650,000 אירו לקבוצת עטיה. זאת מושם **שכל שמדובר בהתרשותם שלם, הם פטורים מחוויות מכוח הפטור שניתנו להם על ידי החברה. הנזונה שיש להציג אותה היא כי לא ניתן לקבוע כי דיקטור שלא היה שותף להחלטה אחרת למלה שהוחלט בה, ומטעמים דומים, אין אחריות לדיקטור בקשר עם עניין שלגביו כלל לא התקבלה החלטה בדיקטוריון (ור' בענין זה גם פס"ד אפריקה ישראל).**

לכן, לאור כל האמור לעיל, איני מאשרת את הבקשה ביחס להעברת הסכום של 650,000 אירו לחברת סיטינקה".

43. ככלם של דברים: ברור שלא ניתן לייחס אחריות כלשי נتابעים 3 ו-12, מכיוון שהם כלל לא השתתפו בישיבת הדיקטוריון מיום 24.3.2011, בה הוחלט לרכוש את השליטה במערב.

44. למצער ברור, שלא ניתן לייחס לנتابעים 3 ו-12 **יסוד נפשי סובייקטיבי של פזיות, השוללת מהט את הפטור שהעניקה להם החברה.**

45. מעשה שלא ניתן להטיל אחריות על הנتابעים 3 ו-12 בגין אישור העסקה לרכישת מערב, כי אז מミלא לא ניתן גם להטיל עליהם אחריות לעסקאות ההשקעה הנוספות שהתקבלו לאחר רכישת השליטה.

46. שחררי, כבעל השליטה במערב ובין היתר כדי לשמור על המוניטין שלה ולהימנע מהשלכות תדמיתיות ואחריות שעשוות להיות להעדר תמיכה מצדה, היה על דסק"ש לתמוך במערב (בענין זה ראו גם האמור בסעיפים 54 ב' ו-64 להחלטה).

47. לפיכך ברוי, שאין בהחלטות ההשקעה הנוספות שהתקבלו בדיקטוריון דסק"ש בשלבים מאוחרים יותר (למשל, בכל התוגע להלוואות שניתנו למערב בשלאי 2011 ובשנת 2012), כדי להקים נגד הנتابעים 3 ו-12 אחריות ברשלנות, בוודאי שלא בפזיות. שחררי, כאמור לעיל, ההחלטה לבצע השקעות נוספות במערב הייתה סבירה מכורה המציאות. מה עוד, שכפי שיפורט להלן, בחלוקת מישיות הדיקטוריון בהן הוחלט על ביצוע ההשקעות הנוספות, הנتابעים 3 ו-12 כלל לא נכחו.

ב. יש לדוחות את התביעה על הסף בשל קיומו של פטור

48. ביום 29.8.2000 אישרה האסיפה הכללית של החברה עריכת שינויים בתקנון החברה, ובין היתר נוסף לתקנון סעיף 137, המאפשר לפטור את נושא המשרה של החברה מאחריות בשל נזק הנובע מהפרת חובת זהירות כלפייה.

49. ביום 18.1.2001 זימנה החברה אסיפה כללית שעל סדר יומה מתן פטור לנושא המשרה של החברה בתנאים מסוימים, בהתאם לסעיף 137 לתקונו. ואכן, באסיפה הכללית של החברה שנערכה ביום 15.2.2001 אושר מתן הפטור כאמור.

50. מכיוון שהחברה פטרה את הדיקטורים מאחריות במרקח של הפרת חובת זהירות ואו חובת המומנות על ידיהם, הרי שהנתבעים 3 ו-12 אינם נושאים באחריות כלפי החברה בשל עלות תביעה אלו, המוחשות לגופן.

51. **כפי שיבורה בחלק השלישי** לכתב הגנה זה – לנتابעים עומדת בענינו חזקת "כלל שיקול הדעת העסקי", שכן הם קיבלו את החלטותיהם ללא שהם היו מצויים בניגוד עניינים, בתום לב ובאופן מיודע.

52. על כל פנים, גם אם ייקבע שבענינו אין תחולת לכלל שיקול הדעת העסקי (מווכח), הרי שעדיין עומד לדירקטורים הפטור שהעניקה להם החברת.

53. בהקשר זה יובהר, כי בעניין עטיה עמדה כב' השופטת רון בהרחבה על כך שאין חפיפה בין תחולת הפטור לבין כלל שיקול הדעת העסקי, וכי היקף הפטור הינו רחב יותר, והוא פטור את הדירקטורים מכל מעשה או מחדל המიוחס להם, שאינו מערב יסוד נפשי סובייקטיבי של מודעות או פזיות (סעיפים 72-76 להחלטה):

"השאלה היא האם יש לפרש את החוק המתיר לחברת להעניק פטור לדירקטורים, כחופה את הכלל הזה – כמובן, כי לפטור יהיה תוקף רק ככל שהוא מותיחס לאוותן החלטות שככל שיקול הדעת העסקי היה חל עליהם, או שמא – הפטור יכול להיות רחב יותר?"

...

השאלה הנשאלת מתייחסת לרכיב של "תום הלב" והיקפו ביחס לפטור מראש לדירקטורים, כמו גם לרכיב שענינו בקבלה החלטה לא מיודעת, קרי – החלטה שהתקבלה בתהילך שבית-המשפט לא היה מאשר אותו במסגרת בחינת תחולת כלל שיקול הדעת העסקי: האם חברה יכולה לפטור דירקטור גם לאחריותו להחלטה כזו האם בנסיבות פטור לנושאי משרה, יכולה חברה להעניק פטור גם בקשר עם החלטות שתהילך קבלתם אינו עומד בסטנדרט הנדרש?

אני סבורה כי יש לפרש את היקף האפשרות של חברת לפטור נושא משרה מאחריות בצוותה רחבה, כך שתכלול את כלל המקרים בהם נושא המשרה לא פועל בצוותה מודעת או תוך ניגוד עניינים, ואף אם מדובר במקירים בהם נושא המשרה לא יהיה מוגן על-ידי כלל שיקול הדעת העסקי.

...

סבירומה של נקודה זו, אני סבורה כי חברה יכולה לפטור דירקטורים מאחריות בשל כל מעשה או מחדל המიוחס להם שאינו מערב יסוד נפשי סובייקטיבי של מודעות או פזיות....

בכל זאת יכולה חברה לפטור נושא משרה גם מאחריות ביחס לתוכן ההחלטה, וגם מאחריות ביחס לתהילך קבלתה"

חלק שני: דחינת התביעה לגופה

A. השיקולים שעמדו בבסיס העיטה: בתום לב ולטובת החברה

A.1. הסינרגיה בין נכסיו התוכנו של מעריב לעסקי דסק"

54. שוק התקשורות בעולם כולו הוא שוק שנמצא בשינוי מתמיד. מדובר בשוק העובר תהילך של סינרגיה והתלכדות (Convergence) בין תוף לבין פלטפורמות תקשורת (טלפוניה קוית, טלפון סלולרי, שירותי אינטרנט, תשתיות לשירותי טלוויזיה ועוד).

55. דסק"ש הינה חברת אחזקות אשר השקעות העיקריות מתמקדות בתחום תקשורת: תקשורת, נדלין, מסחר ושירותים, אגרכומיה ופיננסים.

56. עבר לתקשות בעיטה לרשאה לרכיבת ערבי, החזקה דסק"ש בשתי חברות בת מרכזיות הפעולות בתחום התקשות: חברת סלקום - מפעילת הטלפוניה הסלולרית הגדולה בישראל, וחברת נטוויזן - מהמובילות בישראל בתחום שירותי גישה לאינטרנט ושירותי טלפון בינלאומית. כמובן, דסק"ש החזקה בחברות המספקות פלטפורמות תקשורת (פלטפורמה סלולרית ופלטפורמה אינטרנטית).

57. מנגד, מתחרותיה העיקריות של דסק"ש, קבוצת בזק וקבוצת הוט, החזיקו – בנוסף להחזקה בפלטפורמות תקשורת (קווייה, סלולרית ואינטראקטיבית), גם **בנכסי תוכן** משמעותיים. נכסיו התוכן של קבוצת בזק כוללים בעיקר את פעילות הטלוויזיה הרוב ערוצית בלוביין של Yes ואת אתרי האינטרנט מקבוצת "וואלה". נכסיו התוכן של קבוצת הוט כוללים בעיקר את פעילות הטלוויזיה הרוב ערוצית בכבלים.
58. דסק"ש נמצאה, אפוא, **בעמדת נחיתות** במישור זה, מול מתחרותיה העיקריות, והוא הייתה חשופה לשיכון שככל שתתקדם מגמות ההתכלחות בין **תוכן לבין פלטפורמות התקשורות**, כך תגדל נחיתותה של דסק"ש שמקורה בהעדר יכולת לספק שירותים תוכן ללקוחותיה.
59. נכון אמרו, **פעלה דסק"ש במשך שניים** להשיג **דרישת רgel בתוכום התוכן**, אלא שחרף הכרתה בחשיבות הגישה לתוכן, וחסר ניסיונותיה להרחיב את גישתה למקורות תוכן - לא צלח הדבר בידיה במידה לה קיומנה.
60. כך למשל, בשנת 2008 התקשרה נטויזין בהסכם לרכישת כ- 15% מחברת הוט, אלא שהתקשרות זו סוכלה בשל התנדבות הממונה על הגברים עסקיים. בנוסף, בשנת 2006 הקימה נטויזין ביחד עם ערוץ 10 את חברת **נענע 10 בע"מ**, המפעילה את האתר **"נענע 10"**. ברם, היכולת של נטויזין לעשות שימוש בלבד בתחום של אתר **"נענע 10"** הוגבלה מראש לאינטרנט בלבד, ובפועל הוגבלה עוד יותר לנוכח הקשיים בהם היה ערוץ 10 שרווי.
61. הנה כי כן, עוד לפני רכישת השליטה במרחב, המאמצים להשיג גישה לעולם התוכן לא היו זרים לדסק"ש, הנהלת דסק"ש וחברי הדירקטוריון של דסק"ש, וכן הנהלת בעלות השליטה, קבוצת Ai. Di. Bi. והדирקטוריון שלו, שכן רכישת תוכן عمדה על הפרק גט בעבר.
62. "מרחב" הוא עיתון בעל תפוצה ארצית, המהווה במשך שנים מותג מרכזי בשוק התקשות הישראלי. בשנים האחרונות בטרם רכישתו על ידי דסק"ש היה "מרחב" ממוקם במקומו השלישי מביתנית נתוני השיפתו לקורא בישראל (לאחר העיתונים **"יידיעות אחרונות"** ו-**"ישראל היום"**). בנוסף לעיתון היום, מרחב מוציא לאור מגוון רבים כגון: **"את"**, **"סגן"**, **"מרחב לנוער"**, **"מרחב לילדיים"**, **"להיות הורים"** ועוד. מקורות ההכנסה העיקריים של מרחב היו הכנסות פרסומות ומודעות והכנסות מכירות העיתונים והמגזינים.
63. בנוסף, מפעילה מרחב את האתר האינטרנט **"NRG"** (לרובות במכשיר Pad). עובר לביצוע העסקה נמנה האתר על אחד מעשרת אתרי האינטרנט הישראלים הנצפים ביותר. בנוסף, עובר לביצוע העסקה, המפעילה מרחב בית דפוס מסחרי, בו הופצו מוצרי העיתון, הוציאו לאור ספרים תחת המותג **"ספריית מרחב"**, וכן ניתנו שירותי הדפסה לצדים שלישים. בית דפוס זה היה נכס בעל ערך מיוחד, בין היתר עקב העובדה שככל מי שמעורב בענף ידע שעיתון **"ישראל היום"** בקש לרכוש שליטה בבית דפוס של עיתון.
64. על רקע האמור לעיל, ועל מנת שדסק"ש יוכל להתחזק כקבוצת תקשורת ולא תיוותר מאחור ללא נכסיו תוכן, נקורתת בפניה **הוזדמנויות אסטרטגית ו עסקית** לרכוש את השליטה במרחב, על נכסיו התוכן שלו. זאת, בין היתר, בשים לב לכך, כי אין נמצאה מקורות תוכן רבים בשפה העברית, לא כל שכן כאשר העומדים למכירה (לא כל שכן במחair אטרקטיבי).
65. פעילותה של מרחב וניסיונה בתחום התוכן יכולים היו לשרת את קבוצת דסק"ש בוגון פלטפורמות הפצה - כגון אינטרנט, מכשירים ניידים, טלוויזיות IPTV (העברת שידורי טלוויזיה באמצעות האינטרנט), ובדרך זו להרחיב את אחיזתה גם בתחום התוכן הדיגיטלי.

66. זאת ועוד, בשונה מ לחברות אחזקות המתמחות בענף מסויים בלבד, החזיקה דסק"ש בחברות בענפים מגוונים. יתרונה הגדול של חברת אחזקות מסווג זה (בעל פורטפוליו מגוון) הוא יכולתה לייצר סינרגיה בין תחומי הפעילות של החברות השונות בקבוצה, לטובת כלל הקבוצה.
67. פעילותה וניסיונה של מעריב, כחברת תקשורת בעלת עיתון בעל מוניטין ובעל תפוצה רחבה, יכולים היו גם לשרת את קבוצת דסק"ש ואת עסקיה האחראים הן בתחום התקשורות והן בענפי המשחר האחרים (נדילין, מסחר ושירותים, אגרכומיקה ופיננסים). כך, דסק"ש הייתה יכולה לעשות שימוש בעיתון מעריב לצורך פרסום עסקיה האחרים.
68. ומנגד, החברות האחרות בקבוצת דסק"ש יכולות היו לתרום מצדן לפעילותה ולהצלחתה של מעריב. כך למשל, כאמור לעיל, רכישת השליטה במערבן על ידי דסק"ש יכולה להיות להבאה להגדלה משמעותית בהכנסותיה של מעריב פרסומים. מעריב הייתה יכולה למשל גם לעשות שימוש במרחב השיווק של שופרסל לצורך הפצת העיתון, וכן להציג לушרות/api עובדי דסק"ש לרכוש מנוי לעיתון.
69. לא מותר לציין בחקר זה, כי רכישת בעלות בעיתונות הכתובה על ידי גופים עסקיים, הינה מהלך עסקי מקובל, הן בארץ והן בעולם. כך למשל, קבוצת פישמן, המעורבת, בין היתר, בהשקעה בתחומי הנדלין, המסחר והתעשייה, הינה בעלת השליטה בעיתון "גלובס" ובועל אחזקות בעיתון "ידיעות אחרונות".
70. גם ברוחם העולמי ישנן דוגמאות לרכיבת עיתונים במטרה לקבל גישה לתוכן. כך למשל, בשנת 2013 רכש ג'ף בוזס מייסד אמזון את "וושינגטון פוסט" בסכום של 250 מיליון דולר. בשנת 2012 רכש מייסד פייסבוק כריסט יוז נתח שליטה ב对照检查 "ניו ריבлик". ענקית המשחר המקורי שלibaba דיווחה לאחרונה, כי היא תרכוש את היומון בשפה האנגלית "סאטור' ציינה מורנינג פוסט", בסכום המוערך בכ- 100 מיליון דולר.

א.2. השליטה במערבן רכשה במחיר אטרקטיבי והייתה לא מהותית בהתייחס להיקף פעילות

החברה

71. דסק"ש הייתה בעת הרלוונטיות, ובמידה רבה יותר גם כיום, אחת מ לחברות האחזקות הגדולות ביותר במשק. לפני ההתקשות בעסקה לרכיבת מעריב, עמד שווי השוק שלה על 6.5 מיליארד ש"ח (נכון ליום 31.12.2010), ההון העצמי שלה עמד על סכום של 3.8 מיליארד ש"ח (נכון ליום 31.12.2010), ותרווח החנייני בשנת 2010 היה 1.2 מיליארד ש"ח (!). שווי השוק של אחזקותיה בשוק התקשורות (קרי, בסקום ובנטוויז'ן), נכון ליום 31.12.2010, עמד על סכום של 6 מיליארד ש"ח (!).
72. רכישת השליטה במערבן נעשתה בתמורה לפחות כולל של 147 מיליון ש"ח.
73. מזובר בסכום שהוא בלתי-מהותי להיקף פעילותה ואחזקיותה של דסק"ש בעת ההתקשות בעסקה! סכום העסקה היהו 2.3% משווי השוק של דסק"ש, 3.8% מההון העצמי שלה, ו- 2.4% משווי אחזקיותה בחברות תקשורת (נכון ליום 31.12.2010).).
74. בעת ביצוע העסקה היו ברשות דסק"ש מאות מיליוני ש"ח במצוון (כ-800 מיליון וכ-900 מיליון ש"ח בתאריכים 30.3.2011 ו-30.6.2011, בהתאם) שיעור ההשקעה של דסק"ש ברכישת השליטה במערבן היה בלבד 1.1% בלבד משווי השוק של השקעות דסק"ש ביום 31.3.2011, וכי- 1.5% בלבד משך השקעות דסק"ש הרושים בדוחותיה הכספיים לאותו יום.

.75. זאת ועוד, על פי הערכת שווי שנסקרה לחברה, בעת ביצוע העסקה עמד השווי של מקרקעי בית הדפוס של מעריב **לבדם**, על סך של כ-60 מיליון ש"ת. כאמור לעיל, כל מי שהיה מעורב בענף באותה עת ידע שעיתון **ישראל היום** ביקש לרכוש שליטה בቤת הדפוס של העיתון.

.76. הנה כי כן, בעיתוי בו נרכשה השליטה בumarib, נראה היה כי יש ברכישה זו מושם ניצול הזדמנויות עסקיתucker נכסי תוכן וגישה לפלטפורמה אינטרנטית ולקהל מנויים, וכן מושם הזדמנות נדירה לרכוש שליטה בגוף תקשורת ממשמעוטי ובעל מוניטין, והכל **במחיר נמוך**.

.77. לאור האמור, ובשים לב לסטטוס הגבוהים שהוציאו החברות המתחروفות, בזק והוט, על רכישת תוכן (סך של מעלה מחייב מיליארד ש"ח מדי שנה, כל אחת), נראה עסקתumarib, בזמן אמת, **עסקה עצמאית ביותר** שיש לה בסיס כלכלי איתן.

ב. החלטה על רכישת השליטה בumarib

.78. על רקע השינויים המתווללים בשוק התקשורות בארץ ובעולם, אי-הוואות שצופן העתיד בשוק זה, ההכרה בחשובותו הרבה של התוכן (בהוות, ועוד מכך – בעתיד), רכישת תוכן על ידי קבוצות תקשורת רבות, ניסיונותיה הקודמים (והבלתי-מושלמים) של דסק"ש להשיג דרישת רgel בשוק התוכן, היתרונו שהוא למתחروفיה העיקריות במישור זה, היעץ התוכן הדל בשפה העברית וההוואות הנדרשה שהייתה לדסק"ש לרכוש שליטה בגוף תקשורת ותיק ובעל מוניטין - הונחה על שולחנו של דירקטוריון דסק"ש, ביום 24.3.2011, הצעה לרכוש את השליטה בumarib.

.79. וזאת יש לדעת: שלא כאמור בהחלטת בית המשפט הנכבד מיום 9.8.2015, ישיבת הדירקטוריון שהתקיימה ביום 24.3.2011 לא הייתה הישיבה הראשונה בה נמסר לדירקטורים אוזות הכוונה להתקשרות בעסקה לרכישתumarib. במשך שנים קודם לרכיבתumarib נדונה בדסק"ש האפשרות לרכוש אחיזות בגופי תקשורת שונים.

.80. הנתבע, מר אבי פישר, כיון גם בתפקידים נוספים במסגרת קבוצת Ai. Di. Bi... במסגרת תפkidio אלה, הוא השתתף בישיבות שהתקיימו בין היתר עם הנהלת דסק"ש ועם המעורבים במשא ומתן לרכישת השליטה בumarib, ישיבות בהן הועלתה סוגית רכישת השליטה בumarib והרקע העסקי של העסקה.

.81. מכל מקום, בישיבת הדירקטוריון שנערכה ביום 24.3.2011, הציג מר אראל, נשיא ומנהל העסקים הראשי של דסק"ש, וכי שבaczmo בעל ניסיון רב שנים בתחום התקשות ואף וכיון באותה עת כיו"ר סלקום (להלן: "מר אראל"), את המתווה המוצע לרכיבתumarib, ובמיוחד את חשיבות התוכן לדסק"ש. לא לモתר לציין, כי קודם מינוו לתקן מכיל דסק"ש, וכיון מר אראל כמנכ"ל בזק, כך שאף מניסיונו הקודם הכיר מר אראל את נושא התקשות (בזק, פלאפון) והתוכן (es-Y וועוד).

.82. מר אראל ליווה את דבריו במצגת שהוצגה לדירקטורים, ומסר להם את עיקרי ההתקשות הנרכמת. בדבריו סקר אראל את שוק התקשות בישראל, את העובדה שמוחודה של דסק"ש מחזיקות בשירותי טלפון קווית **ובמקורות תוכן** שחרסים לדסק"ש. עוד הסביר אראל, כיumarib הינה יצרנית של תוכן ולאור ההתלכדות הצפואה בין עולם הטלויזיה לעולם האינטרנט, **יהיה ניתן לשלב את תוכנה שלumarib** במדיה חדשה. דבריו של אראל סוכמו בפרוטוקול הדיוון בזו הלשון (עמ' 2):

"מר אראל התייחס לשני מתחרים חדשים מבחינתי של קבוצת החברה –
קבוצת בזק וקבוצת הוט, שיש להן שני נכסים עיקריים החסרים לקבוצת
החברה: קווים עד לבית הלקוח ותוכן... באשר לחוסר בתוכן, ציין מר עמי
אראל כי מדי שנה הרוט מוציאיה כ- 600 מיליון ש"ח ו"יס" מוציאיה כ- 500
 מיליון ש"ח על רכישת תוכן מסווג סרטים והפקות מקור.umarib הינה יצור

של תוכן כתוב באמצעות העיתונאים שלה. **בשנים הקרובות צפיה התלכדות בין עולם הטלוויזיה לעולם האינטרנט, ואות התוכן שמאפייה מעריב יהיה אפשר לשלב במדיה החדשיה.**

83. הובהר, כי העיתון "מעריב" מדורג שלישי העיתונים היומיים, עם חשיפה של 13% ביום חול; כי לעומת היו 498,000 קוראים ב顺便 אמצע שבוע ו- 613,000 קוראים בסוף שבוע; וכי אתר האינטרנט NRG שברשות מעריב נמנה על העשיירייה הפוחתת של אתרי האינטרנט בעברית. כן נסקרו המותגים שברשומות מעריב ונכסי הדפוס שברשותו (שקף 6 בעמ' 3 למצגת).
84. לצד זאת הובהר גם **הקשישים** הניצבים בפני מעריב: הירידה שחלה בעשור האחרון בחשיפה לעיתונות היומית; הפגיעה שנגרמה לעיתונות הכתובה עם כניסה של החינמון "ישראל היום"; הפטדים צבורים בסכום ניכר שהיה ל"מעריב" והפסדים בשנים האחרונות; העמדת ההלוואה שניתן בנק הפעלים למערב לפירעון מוקדם (שקף 7 בעמ' 4 למצגת).
85. ודוק: דוקא **הקשישים** והאגזרים שבפניהם ניצה מעריב - הם שאיפשרו לרכוש את השליטה בה במחיר נמוך, יחסית, לפי שווי חברה של כ-30 מיליון דולר בלבד (פני הכספי).
86. כאן המקום לצין, כי עצם העובדה של חברת פלונית פסידה - אין בו כדי להיעיד על חוסר כדאיות ברכישתה. כך למשל, ההשקעה ב"געג" הביאה עמה הפסדים לנטויזן. גם בזק המשיכה לחזיק בחברת Yes שנים ארוכות גם כאשר הפסידה המציגרים של Yes הסתכמו במליארדי ש"ח, וגם חברת הווט הפסידה במשך שנים ארוכות עד שעברה לרוחיות והסבה רוח עצום לרכש האחים - קבוצת פטריק זרהי.
87. בשוק אשר היעץ נכסי התוכן הקיימים בו הוא מוגבל (במיוחד בעברית ובמיוחד ביחס לאפשרות לרכוש שליטה בנכס תזוכן שכזה), נטילת סיון עסקית הינה בבחינת כוח המציאות לחברה המבקשת לעצמה יתרון אסטרטגי, ומעוניינת להיכנס לשוק במחירים זולים, ואני רוצה להיווטר מאוחר.
88. אשר לעתיד: בישיבת הדירקטוריון מיום 24.3.2011 נקבעו צעדי החתיעולות שמעריב כבר החלה לנקוט בהם (שקף 8 בעמ' 4 למצגת). הובהר, כי הכוונה היא לשפר את התכנית הקיימת, גם בשים לב ליתרונות של דסק"ש כמשמעותה (דברי מר דנקר, עמ' 2 לפרוטוקול הדיוון).
89. כמו כן הושבר **מתוות העסקה**, שהרעין שבסיסו היה שינוי מצב החון של מעריב ומצבת חובותיה: מרבית סכום ההשקעה במערב (120 מיליון ש"ח) הוזרם **פנימה**, לתוך מעריב, בתמורה להקצתה מנויות. חברות הקשרת היישוב, שהחזיקה בחלק ממניות מעריב, השקעה 12 מיליון ש"ח נוספים לתוך מעריב, והMRI הלוואות בגובה 40 מיליון ש"ח שמעריב חבה לה להון מנויות של מעריב. מהלך זה מצד שותף קיים, מהווה הבעת אמון מובהקת בסיכון העסקה הנרכמת. בנק הפעלים משלם על חוב העולה על 60 מיליון ש"ח שהבה לו מעריב, מתוך חוב כולל של כ-106 מיליון ש"ח. הסכום ששילמה דסק"ש עבר אחזקתו של מר זכי רכיב במערב (20 מיליון ש"ח) שולם גם בגין חוב מעריב כלפי.
90. על רקע **חשיבותו הרבה** של התוכן - **כפי שהובתраה בהרחבה לעיל** - לא ייפלא, כי בזמן **אמת** נראתה העסקה לרכישת השליטה במערב עסקה ריאויה, ובגלות פוטנציאלי לשפר ולתגבר את אחיזתה של קבוצת דסק"ש בשוק התקשורות; ובכל מקרה, למונע או לצמצם את הגורעה האפשרית במעמדת של קבוצת דסק"ש, על רקע התחרות בשוק ועל רקע מגמת התלכדות בין תשתיית לתוכן.
91. בסופו של דבר החליטו חברי דירקטוריון דסק"ש שנכחו בישיבה לאשר את רכישת השליטה במערב.

92. גם שדירקטוריון דסק"ש אישר את העסקה לרכישת השליטה במרחב עוד בישיבתו מיום 24.3.2011, בטרם השלמת העסקה, ביום 22.5.2011, נעלמה **ישיבת דירקטוריון נוספת** בעניין, ובה נמסרו לדירקטוריים נוספים וחויביים על התקדמות העסקה ובכללם על תהליך בדיקת הנאותות, מאזן פרופורמה של מריב, הגידול ביתרת המזומנים של מריב והקייטון בחובותיה לבנקים, הפיכת ההון העצמי של מריב מהון שלילי להון **חיובי בסכום של 215 מיליון ש"ח**, החפסה הצפוי למרחב בربעון הראשון של שנת 2011, הסדר החוב שנערך עם בנק הפעלים בדמות מחלוקת על 62 מיליון ש"ח מחוב מריב לבנק, ועוד.

"**2" העתק פרוטוקול ישיבת דירקטוריון החברה מיום 22.5.2011 מצורף בדף 2.**

ג. סיכום בגיןים

93. כבר מן המקובץ עד כהן עולה, כי לא נפל פגס כלשהו בשיקול הדעת שהפעיל הדירקטוריון עת בוחן את רכישת השליטה במרחב. הדירקטוריון פעל אכן, באופן מיודע, בהעדך ניגוד עניינים, בתום לב ותוך בוחנה של טובת החברה במטרה לרכוש באמצעות מריב גישה לנכסיו התוכן שלא לצורך יצירת סיינרגיה בין לבני עסקיה של דסק"ש בתחום התקשות ובענפי המשחר האחרים בהם עסקת דסק"ש, ממופרט לעיל, ובשים לב למצבה של מריב, למצבה של דסק"ש ולמצבם של שוק התקשות ושל השוק בכלל כפי שהיה באותה עת.

94. הדירקטוריון **קיים זיון ענייני וממצאה ביצוע עסקת מריב**, תוך לימוד ובחינה של הנתונים הרלוונטיים, כפי שהוצעו לו על ידי מנהלים בכירים בהנהגת החברה, שאף הצהירו כי תהליך הבדיקה יימשך ביסודות עד לסגורות העסקה. דירקטוריון החברה שקל את השיקולים הרלוונטיים לביצוע העסקה, כאמור לעיל ולהלן, והכל - באופן ענייני, עסקי ולטובה החברה.

95. רכישת השליטה במרחב נעשתה בסכום לא מהותי **ביחס לפועלות דסק"ש**, ונוכח איתנותה הכלכלית במועד הרכישה, האמין הדירקטוריון, לאור ניסיונה הרב והМОוכח של החברה, כי ניתן לבצע תכניות הבראה למריב ולהביאה לאיזון ולפסי רווחיות, או למצער - לצמצם מאוד את הפסדייה, באופן שיתרונות הרכישה (ובמיוחד, להיות מריב ספקית תוכן) יעלו על ההשקעה הנדרשת.

96. במסגרת העסקה, הושדרו חובות מריב לבנק הפעלים, ומיד עם ביצועה חל גידול בהון העצמי של מריב והוא הפכה לחברה עם הון עצמי שלילי לחברה בעלת הון עצמי חיובי.

97. העסקה אושרה כדין במוסדותיה של החברה והושלמה לאחר שנערכה בדיקת נאותות לשביועות רצון הנהלת החברה והוסדר חוב מריב לבנק הפעלים.

98. כמובן, את שיקולי הדירקטוריון והחברה יש לבחון **בזמן אמיתי**, נכון למועד **עריכת העסקה**, ולא בזיעבז', כ"חכמה של אחר מעשה" או לאחר שהנתנות היסוד של בסיסן תוכננה העסקה התבגרו לנכונות או כשוויות. בנוסף, את ההיגיון העסקי של החלטתה לרכוש את מריב, יש לבחון לנוכח **ყיחודיות** העסקה בה מדובר – רכישת שליטה בגוף תקשורת.

99. יחד עם זאת, גם כיוון סבורים הנתבעים 3 ו-12 (הגם שהם עצמאים לא השתתפו בישיבת הדירקטוריון בה הוחלט על רכישת מריב וכן לא השתתפו בחלוקת מהיחסות המאוחרות לה בהן הוחלט על ביצוע השקעות נוספות במרחב), כי **ההחלטה שהתקבלו בעניין מריב היו נכונות**, **לקחו בחשבון את טובות החברה והוא החלטות עסקיות לגיטימיות** שעולות בקנה אחד עם "כלל שיקול הדעת העסקית" (על כך ראו האמור לעיל, בחלק השלישי לכתב הגנה זה).

ד. ההשקעות הנוספות

100. לאחר רכישת השליטה במערב, המשיכה דסק"ש והשקיעה במערב סכומים נוספים, בין היתר מניות בין הלוואות בעליים ובין ברכישת אג'יה.
101. כפי שיפורט להלן, דירקטוריון החברה בחרן כל החלטת השקעה בכובד ראש, שקל את כל השיקולים הכספיים לעניין, בעת הצורך ביקש באופן יזום מידע נוסף מעבר לזה שהבא לפניו, דחפה את החלטותיו מעת עד לקבלת המידע שביקש, התנה את המשך הסיעוד למערב **במידה בדרישות שונות**, והגביל את סכומי השקעה - הכל תוך גילוי מעורבות ואקטיביות, בין היתר, לנוכח השימוש שחל במצב מעריב בשל המהאה החברתית ותוצאותיה.
102. למעשה לפחות, כי ההשקעות הנוספות במערב, נעשו במהלך העסקים הרגילים של החברה, אשר בהיותה חברת אחזקות נגה לבצע השקעות בחברות בהן החזקה, וכי היקפן של ההשקעות היה בטכום לא מהותי מסך הנכסים של החברה.

ד.1. רכישת מניות רכיב

103. בחודש ספטמבר 2011 רכשה דסק"ש בעסקה מוחוץ לבורסה מניות נוספות מעריב מחברת בשליטתו של בעל השליטה היוצא, מר זקי רביב, בשיעור של 1.4% מהון המניות המונפק של מעריב. במסגרת עסק זה רכשה דסק"ש, בנוסף, אופציה שנייתה לה על ידי אותה חברת רכישת מניות נוספות מעריב ממנה.
104. אופציה זו מומשה על ידי דסק"ש בסוף חודש מרץ 2012 עת רכשה דסק"ש כ- 3.5% נוספים מהון המניות המונפק של מעריב.
105. יודגש, כי העסקה האמורה כלל לא הובאה לאישור הדירקטוריון ונעשתה על ידי הנהלה. לפיכךברי כי הנتابעים אינם נושאים באחריות ביחס אליה.

ד.2. ההלוואה הראשונה

106. על רקע המשבר הכלכלי העולמי, על רקע המהאה החברתית שהתעוררה בישראל במחצית שנות 2011, ועל רקע הגידול בתפוצתו ובהיקפו של העיתון "ישראל היום", חלה ירידה בחיקף הפרטום בענף העיתונות בכלל ובעיתון "מעריב" בפרט. בהתאם לכך, חוותה מעריב קיטון משמעותית בתקבוליים השוטפים שלא בחzinיו השני של שנות 2011.
107. לאור זאת ולאור מצבה הפיננסית של מעריב, נבחנו צעדים לשיפור מצבה כגון מכירת בית הדפוס שלה, ולצד זאת הושקעה בעבודה רבה בצד התוכן של העיתון ובבריתו היה לראות שיפור בתכניו.
108. מעריב פעל לגיבוש תקציב חדש ותכנית עבודה רב שנתי, ודסק"ש מצדיה פעלה להחליף לשם כך את נושא המשרת הבכירים במערב. כיו"ר מעריב מונה מר דני יעקובי, בעל ניסיון עשיר בתחום התקשורת, שנשכר במיוחד על-ידי דסק"ש והוא שילמה את שכרו; כמו כן מעריב מונה מר טל רוז, לשעבר מנכ"ל כל פיננסים בע"מ וסמן מנכ"ל הכספיים של סלקום; כסמן מנכ"ל הכספיים של מעריב מונה מר טל פרס, ואחריו – מר אלון גروس; וכעורך העיתון מונה מר ניר חפצ'שיה עורך בכיר בעיתון "ידיעות אחרונות", וומו מונו שני סגן-עורך חדשים; וגוייסו כישראלות ("טאלנטים") חדשים.

909. אלא שעד לגיבושן של תוכניות חדשות נדרש מעריב מזומנים **באופן מיידי** לשם מימון המשך הפעילות. וככה זאת, ובהדר זמינות מיידית למקורות מימון אחרים, התבקשה החברה, במעטה כבעלת השליטה בumarib, להעמיד לאחרונה הלוואת בעליים בסכום של 50 מיליון ש"ח.

110. כאן המקום בעיר, כי **חברת אחזקות רואת החברה לנכון לשיער לחברות הבנות** שלא לצלה משבירות שחווות. בין השאר, העמידה החברה, מעט לעת, הלוואות בעליים לחברות אחרות בשליטתה. כך נגגה החברה, למשל, עם חברת כור (שלה הלוואה כ- 600 מיליון ש"ח בשנת 2011), ועם חברת אלרון תעשייה אלקטרונית בע"מ (שלה הלוואה דסק"ש כ-58 מיליון ש"ח בשנים 2009-2008). יצוין, כי הלוואות לכור ולאלרון נפרעו במלואן.

111. ועדת הביקורת של החברה שקרה בקשה זו וקבעה כי החלטה בעניין הלוואה זו התקבלה רק לאחר השלמת עסקת המיזוג בין כימצ'ינה ומכתשים'אגן (חברה נזכרה של החברה, שהייתה אותה עת בשליטת כור תעשיית בע"מ (להלן: "בורו")). עם השלמת המיזוג כאמור, דסק"ש צפואה הייתה לקבל מכור סכום לא מבוטל (כ- 600 מיליון ש"ח) כהזר הלוואה שהעמידה דסק"ש לכור.

112. לאחר שהושלמה עסקת המיזוג בין כימצ'ינה ומכתשים'אגן, החלטה החברה לאשר את העמדת הלוואה הראשונה למעריב, וזאת תוך ועדת הביקורת והן בדיקטוריוון החברה, לאחר שאלותיו כי מדובר בהחלטה **שהינה לטובת החברה**.

"3" העתק פרוטוקול ישיבת דירקטוריון החברה מיום 19.10.2011 מצורף **בנספח 3**.

113. להשלמת התמונה יצוין, כי ביום 29.11.2011 אישרו דירקטוריון החברה וועדת הביקורת להאריך את תקופת הלוואה לתקופה של חמיש שנים.

114. עוד יעיר, כי הנקבע 12, מר מרק שימל, לא **התתנו** בישיבת דירקטוריון החברה שהתקיימה ביום 29.11.2011, בה הוחלט כאמור על הארכת משך הלוואה הראשונה (ראוי רשות הנוכחים בפרוטוקול הישיבה; נספח 4 להלן), ומילא הוא איןנו נושא באחריות ההחלטה זו.

115. לסיכום: ההחלטה לאשר את מתן הלוואה הראשונה הייתה לטובת מעריב וכן לטובת החברה, בין היתר בהיותה בעלית השליטה והאחזקה הגדולה ביותר בumarib. החלטת החברה לאשר את מתן הלוואה הראשונה נשקלה על ידי דירקטוריון החברה באופן ראוי ורציני, ואושרה בכך בחיליך תקין, לרבות בועדת הביקורת, ומכליל שדיקטורייט הנחשבים כבעלי עניין אישי בכך השתתפו בקבלת החלטה זו.

ד. הלוואה השנייה

116. לאור ההידורדות במצבה הפיננסי של מעריב, התקיימים ביום 23.11.2011 דיון בועדת הביקורת של החברה, בנוגע למתן הלוואה שנייה למעריב בסך 50 מיליון ש"ח. בمعد זה הובאה לוועדת הביקורת תחזית תזרים המזומנים של מעריב לשנים 2012-2013 - תחזית שכלה צפי להטיילות משמעותית אשר הייתה אמורה להביא לצמצום ניכר בהפסידה של מעריב.

117. מתוך דאגה לעסקי דסק"ש, ועדת הביקורת של דסק"ש, שאלה הובא עניין בשלב הראשוני, לא אישרה את **הלוואה בישיבתה הראשונית**, אלא דרשה כי קודם לקבל החלטה בעניין הלוואה נוספת נספה, תציג הנהלת מעריב בפני הוועדה מצגת מפורטת על עסקיה ומצבה הפיננסית של מעריב וכן תוכניות עבודה בתחום התפעולי והמערכות.

118. ואכן, חמשה ימים לאחר מכן, במסגרת ישיבת ועדת ביקורת מיום 28.11.2011, הציגה מעריב לועדת הביקורת של דסק"ש את תכניות העבודה שלה לשנים 2013-2012. בפועל זה התייחסה מעריב גם לפעולות שנעשו בעיתון מאז רכישת השליטה בumarib, כגון: מיזוג עיתון "umarib" לעיתון איכותי ובידולו מ"דיעות אחרונות" וגירוש אנשי מפתח בתחום העיתונות. הובהר באותה ישיבה, כי לנוכח קהל הקוראים הקיימים, על השינויים בעיתון להיערך באופן מדורג ובהירות, על מנת לאפשר לקוראים חוותיים להתרגל אליהם.

119. באותה ישיבה גם נסקרו השינויים הצפויים בעיתון בעתיד, ובמהלך: שינוי חזותו החיצונית, הגדלת המוסף הכלכלי של העיתון ("עסקים"), שיפור מוסף סוף-השבוע וכיוצא בכך. כוונת מעריב, כפי שהוצאה באותו עמד, הייתה, בין היתר, לגבות את 'umarib' כקבוצת תקשורת, לחזק את פניות העיתון לקהל הנשי, לשמר קהלים ותיקים ולפנות לkahlim חדשים, ולהמשיך בהטמעת סטנדרטים עיתונאיים גבוהים. כל זאת, מתוך מטרת להגדיל את ההכנסות מפרסום מודעות יומיות (על ידי העלאת מחירן והגדלת היקף הפרסום במסופים יומיים), להגדיל את היקף המכירות ולשפר את הרוחה התפעולי של בית הדפוס, להגדיל את מספר המנוויים ולשמור על מנוויים ותיקים, להביא צמיחה בהיקף ההכנסות מה פעילות הדיגיטלית של מעריב, ולנקוט בצעדי הטייעולות בבית הדפוס (לרבות צמצומים בכוח האדם).

120. יותר, כי בדוחותיה הכספיים של מעריב לרבעון השלישי לשנת 2011 צפואה הייתה להיכלל הערת "עסק חי", ומכאן נבעה החשיבות לאשר את מתן הלהוואה עוד בטרם יתפרסמו דוחותיה הכספיים של מעריב (זאת, בהעדר זמינות מידית של מקורות מימון אחרים לרשות מעריב).

121. החלהה לאשר את מתן הלהוואה השנייה התקבלה כדיין, הן בישיבת ועדת הביקורת של החברה מיום 28.11.2011 והן בישיבת דירקטוריון החברה מיום 29.11.2011, ומבעלי שדיrectoriים הנחשבים כבעלי עניין אישי בכך השתתפו בקבלת החלטה זו.

122. עוד צוין, כי בתביעה 12, מר מוק שימל, לא השתתף בישיבת הדירקטוריון שהתקיימה ביום 29.11.2011, בה הוחלט על העמדת הלהוואה השנייה למעריב (ר' רשימת הנוכחים בפרוטוקול הישיבה; נספח 4 להלן), ומילא הוא אינו נושא באחריות כלשהו בגין ההחלטה זו. על אחת כמה וכמה שלא ניתן לייחס לו יסוד נפשי סובייקטיבי של פזיות ביחס אליה.

"4" העתק פרוטוקול ישיבת דירקטוריון החברה מיום 29.11.2011 מצורף כנספח 4.

ד.4. רכישת אג"ח מעריב על ידי החברה

ד.4.א. רכישת אג"ח מהציבור

123. בעקבות פרסום דוחותיה הכספיים של מעריב לרבעון השני של שנת 2011, דרש אחד המחזיקים באגרות החוב של מעריב להעמיד את אגרות החוב לפירעון מיידי.

124. בעקבות דיוונים שהתקיימו עם בא כוח מחזקי אגרות החוב סוכט, כי החברה תציג לרכוש את אגרות החוב במחיר של 0.84 ש"ח לכל 1 ש"ח ערך נקוב (קרי: במחיר נמוך מהערך המתואם שלhn, אותו בכל מקרה הייתה מעריב חייב לפזר בבואה העת), ואכן ההחלטה בעניין זה התקבלה עלייה מוסדות החברה ביום 22.12.2011, גם כאן - מבעלי שדיrectoriים הנחשבים כבעלי עניין אישי בכך השתתפו בקבלת ההחלטה זו.

125. בפועל זו ב乞שו הדירקטוריים, בין היתר, להגן על המוניטין של דסק"ש, שנתקלה בעצמה בקשיים, אך טרם חוווה את شيئا המשבר שעמד לפתחה. לדסק"ש היה חשוב שלא לסתוק את אמון הציבור בה בהיותה בעלת שליטה בumarib – נתון בעל השכבות רבות, למשל על יכולת מחזור החובות של דסק"ש עצמה. יותר על כן,

רכישת האג"ח אף עלתה בקנה אחד עם תכניתו של דסק"ש להפוך את מעריב לחברה לא מדווחת, שניירות הערך שלא אינם נסחרים בבורסה.

126. צוין, כי הנتابע 12, מר מרק שימל, לא השתתף בישיבת הדירקטוריון מיום 22.12.2011, בה הוחלט על רכישת אגרות החוב מהציבור (רי' רשימת הנוכחים בפרוטוקול הישיבה; נספח 5 להלן), וממילא הוא איןושא באחריות כלשהי בגין החלטה זו. על אחת כמה וכמה שלא ניתן- לייחס לו פזיות ביחס אליה.

"5" העתק פרוטוקול ישיבת דירקטוריון החברה מיום 22.12.2011 מצורף בנספח 5.

127. בסופם של דברים רכשה החברה בחודש פברואר 2012 כ- 59% מאגרות החוב של מעריב (סדרה D) בתמורה לסכום של כ- 33 מיליון ש"ח, במסגרת היענות של מחזיקים מקרוב הציבור באגרות החוב של מעריב להצעת רכש שפרסמה החברה.

ד.4.ב. רכישת אג"ח מהכשרת היישוב

128. בישיבת ועדת הביקורת של החברה מיום 21.3.2012 החלטה החברה לרכוש אגרות חוב של מעריב שהתחזיקה חברת הכשרת היישוב, שנמנתה על בעלי השכלה הקודמים במערב.

129. החלטת החברה בעניין זה, נועדה, בין היתר, להגביר את הוודאות בתכנון תזרום המזומנים של מעריב ולאפשר לה גמישות בנוגע למקורות מימון עתידיים (למשל, על דרך הסכם דסק"ש לדוחות את מועד הפירעון של אגרת החוב).

130. החלטה זו התקבלה על רקע הוודעתה של הכשרת היישוב, כי בכוננה למכור את האג"ח שבידיו לציבור הרחב, ועל-רקע הוודעת רשות ניירות ערך, כי במקרה שהכשרת היישוב (או דסק"ש) ימכרו אג"ח לציבור הרחב – תיאלו מעריב לפرسم מדי רבעון תזרום מזומנים חזוי.

131. רכישת האג"ח מהכשרת היישוב (במחair נמוך מזה שנרכשו האג"ח שבידי הציבור) אף השתלבה במאמרי דסק"ש להפוך את מעריב לחברת לא-מדווחת, שניירות הערך שלא אינם נסחרים בבורסה.

132. בדין שקיים ועדת הביקורת של החברה לפני שהתקבל ההחלטה בדבר רכישת אג"ח מהכשרת היישוב הציגה הנהלת מעריב לחברי הוועדה את מצבה של מעריב, ונסקרו הפעולות שביצעה מעריב על מנת לשפר את מצבה, לרבות בתחום ניהול המכירות. נסקר החיסכון שהצליחה מעריב להשיג, לרבות בכלכלי כוח האדם וברכישת נייר בתנאים טובים יותר (תשומה מרכזית בהדפסת העיתון). נזכר חסכו ציפוי נוסף כתוצאה מהעברת מערכת טוביים למיקור חזק. כן צוין, כי ככל שמעריב תעמוד ביעדייה, היא צפוייה לשפר באופן ניכר את ה- EBITDA שלה (הרווות התפעולי לפני הוצאות מימון, מס ופחת), אולם אייזון תפעולי יושג רק במידה שמעריב הגיע ל- 150,000 מנויים. לפיכך, הסביר כי מעריב החלטה בגיבוש מודול עסקית שונה לעיתון.

133. יודגש, כי, בהתאם לחוות דעת יועציה המשפטיים של החברה, ההחלטה על רכישת האג"ח מהכשרת היישוב סוגה כ"עסקה לא חריגת", ולפיכך זו היה באישורה בוועדת הביקורת של החברה והיא לא הזובה לאישורו של דירקטוריון החברה. הנتابעים 3 ו-12, מרABI פישר ומר מרק שימל, לא היו חברים בוועדת הביקורת של החברה ומילא לא נטלו חלק בישיבה בה החלטה הוועדה על רכישת האג"ח מהכשרת היישוב, וכן הם אינם נושאים באחריות להחלטה זו. בוודאי שלא ניתן- לייחס להם פזיות ביחס אליה.

ד.5. ההלוואה השלישית

134. ביום 14.6.2012 קיימה ועדת הביקורת של החברה ישיבה ובה דנה ארוכות במצבה העסקי והפיננסי של מעריב. בהמשך לכך, ביום 17.6.2012, התקיימה ישיבה נוספת של ועדת הביקורת וכן ישיבת דירקטוריון

החברה. בישיבות אלה הסבירה הנהלת מעריב, כי התקציב של מעריב לשנות 2012 מבוסס על קיצוץ ממשמעותי בהוצאותיה. יחד עם זאת, הושבר כי התקציב שהוכן לumarib בעבר נעשה תחת ההנחה שמחairi הפרטום (אחד משני מקורות ההכנסה העיקריים של מעריב) יعلו בכ-5%, כאשר בפועל נאלצה מעריב דווקא להפחית את מחייריה כתוצאה משתקת מחירים כלל ארצית בכלל ענף הפרטום - שחיקת אשר פגעה במיוחד בumarib וזאת בשל נתוני החשיפה הנמוכים ייחסת של מעריב ביחס לשני מתחריה הגדולים ("ידיעות אחרונות" ו"ישראל היום").

"6" העתק פרוטוקול ישיבת דירקטוריון החברה מיום 17.6.2012 מצורף נספח 6.

133. בנוסף הושבר לחבריו ועדת הביקורת של החברה, כיumarib איבדה מנויים ולפיכך קטנו הכנסותיה המקוריים ממקור זה בסך של כ- 5 מיליון ש"ח לשנה. כן צוין, כי הכנסותumarib מפרסום בשנת 2012 צפויות להיות נמוכות בכ- 5 מיליון ש"ח מהסכום שנצח בתקציב המקורי זה (בין היתר, על רקע הצמצום הניכר בשוק הפרטום בעקבות המתחאה החברתית והשפעתו הגוברת של עיתון "ישראל היום" בשוק זה), וכי גם ההנחה שעמדת בבטיס התקציב, כיumarib הפיצה של העיתון יועבר למיקור חזק, נתקלה בקשיים ביישומה בפועל, ולפיכך יהיה קושי לעמוד בידוד של שיפור ה-EBITDA שלumarib בכ- 10 מיליון ש"ח ממקור זה. לבסוף צוין, כי אף בית הדפוס סבל מנטישת לקוחות (המדובר בלקוחות שהחלו לנוטש אותו עוד לפני העברת השליטה לדסק"ש, בשל חוסר יכולת להציג ברמה מתאימה של מלאי נייר), ואולם נעשים מאמצים לשיקום עסקיו בית הדפוס במטרה להחזיר את הלקוחות.

134. חברי ועדת הביקורת של החברה עודכנו, כיumarib פועלת לצמצום הוצאותיה (כגון דחיתת ביצוע עבודות תחזקה למכוונות בית הדפוס בהיקף של 10 מיליון ש"ח, סגירה של פעילות דפוס בשיטת הדפסה שטוחה), אך יחד עם כך הבהיר, כי צרכי הזמן שלumarib עד סוף שנת 2013 עומדים על סך של כ-150 מיליון ש"ח, וכי במבנה הפעולות שלumarib יהיה קשה להביאה לאיזון תפעולי.

135. לפיכך, נמסר כי הנהלתumarib שוקלת חלופות אסטרטגיות, ובכל מקרהumarib זוקפת להזרמה נוספת של מזומנים בסך של 80 עד 100 מיליון ש"ח בשנת 2013. על רקע דברים אלה התבקשה החברה להעבירumarib הלוואת בעליים מיידית בסכום של 25 מיליון ש"ח, והלוואת בעליים נוספת בסכום של 15 מיליון ש"ח בתחילת נובמבר 2012.

136. במצב דברים זה, דרשה החברה (לבקשת ועדת הביקורת) מהנהלתumarib תכנית עבודה מפורטת לשינויי המודל העסקי שלו, וחויה לאשר את מנת הלוואה השלישי: בשלב ראשון הועמדוumarib 10 מיליון ש"ח מתוך סכום הלוואה על מנת לאפשרumarib למן את המשך פעילותה, ואילו יתרות הלוואה, בסך 15 מיליון ש"ח נועדה להינתןumarib רק במקרה לכך שתוצג לדסק"ש תכנית עבודה מפורטת לשינויי המודל העסקי שלumarib, המאושרת על ידי דירקטוריוןumarib, שתהיה מקובלת על דירקטוריון החברה. גם בקבלת החלטה זו לא השתתפו הדירקטורים של דסק"ש הנחשבים כבעלי עניין אישי בכך.

137. יודגש, כי הנتابעים 3 ו-12, מרABI פישר ומור מרק שימל, לא השתתפו בישיבה בה החליט הדירקטוריון על העמדת הלוואה השלישי (ראו רשימת הנוכחים בפרוטוקול היישיבה; נספח 6 לעיל), ולכן הם אינם נושאים באחריות להחלטה זו. בודאי שלא ניתן ליחס להם פזיות לגבייה.

138. כפי שיצוין להלן, ביום 5.7.2012 התפטר הנtabu 3, מרABI פישר, מדירקטוריוןumarib דסק"ש וסיים את כל תפקידיו בקבוצת ABI. עוד צוין, כי בישיבת ועדת הביקורת של החברה לשנת 2012 (תקיים דיון בבקשתumarib לקבל סכום נוספת נוסף של 15 מיליון ש"ח מסכום הלוואה השלישי (שכן עד אותה מועד הועברוumarib רק 10 מיליון ש"ח "הראשונים" מתוך הלוואה השלישי), אולם, נכון העובה כי באותו מועד הנהלת

מעריב טרם הצינה לדסק"ש תכנית עבودה כאמור (ליתר דיוק, קווי התכנית שהכינה הנהלת מעריב, כפי שהוזגה בישיבה, לא היו מקובלים על חברי ועדת הביקורת של דסק"ש), הוחלט באותו שלב שלא להעביר למעריב עדין סכום נוסף מתוך ההלוואה השלישית.

141. ביום 15.7.2012 ולאור מידע חדש בדבר מגעים אשר מתנהלים עם גורמים מתחום העיתונות אשר עשויים להוביל לפתרונו, ובין היתר קיומה של אפשרות בדבר מיזוג או מכירה של מעריב - הוחלט לאשר את העברת היתרה של 15 מיליון ש"ח (מצח' ההלוואה השלישית שעמד על 25 מיליון ש"ח), תוך הבנה שבתווך שבועיים- שלושה לכל יותר טובא לאישור דירקטוריון מעריב תכנית עבודה מתאימה. יודגש, כי המשמעות של אי העברת הסכום הנוסף לידי מעריב באותה עת הייתה סגירה מיידית של העיתון, פיטורי אף עובדי ופגיעה בלתי הדירה באפשרות למכור את מעריב כעסק פעיל.

ה. העמדת בוטוחה לצורך קבלת אשראי ("ה haloah rabiyut")

142. בחודש אוגוסט 2012 העמידה חברת בת בעלות מלאה של דסק"ש, פיקדון בסכום של 15 מיליון ש"ח לטובת הבנקים המלויים לעריב, כבטיחה למון אשראי לעריב בסכום זהה (בהליך זה זכתה העמדת האשראי לעיתים לכינוי "ה haloah rabiyut").

143. העמדת הבוטוחה נעשתה בשעה שדסק"ש קיימה מגעים עם גורמים שונים במטרה שיישקעו בumarib ובשעה שהגי תשי'ינו עמדו בפתח, ומטעמים ראויים ביותר (לרבות המוניין של דסק"ש) הדירקטורים ביקשו להימנע מפיטורי מאות ואלפי עובדים של עריב עבר החגים.

144. יודגש כי הנتابע 12, מר מרק שימל, לא השתתף בישיבת דירקטוריון החברה מיום 31.8.2012, בה הוחלט על הפקדת הפיקדון האמור (ראו רשימת הנוכחים בפרוטוקול הישיבה; נספח 7 להלן), וממילא הוא אינו נושא אחריות להחלטה זו. בוודאי שלא ניתן לייחס לו פזיות ביחס אליה.

"7" העתק פרוטוקול ישיבת דירקטוריון החברה מיום 31.8.2012 מצורף נספח 7.

145. עוד יודגש, כי הנتابע 3, מרABI פישר, חדל לכהן כديرקטור בחברה ביום 5.7.2012, כך שבוודאי הוא אינו אחראי להחלטת הדירקטוריון להעמדת הבוטוחה, שהתקבלה לאחר מועד זה.

"8" העתק דוח מיידי בדבר חידלט כהונתו של מר פישר כديرקטור בחברה מצורף נספח 8.

מכירת העיתון

146. ביום 23.10.2012, כחודש ימים לאחר שניתנו צו הקפות הליכים לביקורת עריב, אישר בית המשפט המתוחז בטל אביב (כב' השופטת רודה אלשיך) את מכירת העיתון "umarib" לחברת איש העסקים ומיל' העיתון "מקור ראשון", מר שלמה בו-צבי, ואת מכירת בית הדפוס של עריב לחברת של היוזם, מר עמוס מימון, בתמורה לסך כולל של עד כ-145 מיליון ש"ח, כאשר סכום זה כלל את מכירות מקרקעי בית הדפוס בתמורה ל- 65 מיליון ש"ח ומכירת יתר נכסיו עריב ופעילותה (לרבות חובות הלקוחות לעריב) בתמורה לסכום של עד 80 מיליון ש"ח.

147. גם עבדזה זו לשעכמיה מוכיחה (רטראקטיבית) כי המחריר בו נרכשה השכלה בumarib על ידי זסק"ש (147 מיליון ש"ח) השנה וחצי קווים לנו - בטרם פרוץ המכחה החברתי, לפני כניסה לתוקף של השינויים הרגולטוריים בשוק התקשורות ולפני הרעיה הדרסטית במצובה של דסק"ש - היה מהירណן יחסית. בוודאי שעובדה זו מאינית כליל את טענת המומחה מטעם התובעת, לפיהumarib לא היה שווי חיובי כלשהו.

חלק שלישי : כלל שיקול הדעת העסקי

148. כידוע, הדירקטוריון, הוא ולא בית המשפט, אחראי להtotות את מדיניות החברה. על פי כלל שיקול הדעת העסקי (Business Judgment Rule) אשר התפתח במשפט האמריקאי, כל עוד מקבל דירקטוריון החברה החלטות מודעות ונוטלות אינטרסים זרים, לא יתערב בית המשפט בהחלטותיו.
149. לפי כלל זה, "פועלה או החלטה של דירקטטור אשר נעשתה בהעדן ניגוד עניינים, בחום-לב ובאופן מיוזע (*In Good Faith And Informed*) נהנית מחזקת תקינות, ואינה חשופה להטערכותו של בית-המשפט" (שי חנס "כלל שיקול-הදעת העסקי" עיוני משפט לא 313, 315 (תשס"ט); להלן "חנס").
150. במקרים אחרות, מדובר במידיניות שלפייה "בית המשפט לא יבחן את שיקול-דעתם העסקי של הדירקטוריים לנוכח וויקטואים לא ישאו באחריות לתוצאות הפעלה של שיקול-דעתם העסקי, אף אם היה מוטעה בכלל" (חנס, בעמ' 321). זהה, למעשה, "חזקת תקינות" המעשה העסקי של הדירקטטור (בדומה לחזקת תקינות המעשה המנהלי).
151. בית משפט נכבד זה החיל את כלל שיקול הדעת בהחלטתו ה"יפ" (מרכז) 11-05-7250-7 אמר אדר נ' שי לבנת (פורסם בנבו, 25.11.2012), בעמ' 39 :
- "כידוע בתוי המשפט אינם מעמידים את עצם, במקרה הרגיל, בנסיבות של מנהלי חברות, ואינם בוחנים בדייעד את השאלה האם החלטה עסקית שקיבלו משיקולים ענייניים הייתה החלה החלטה הנכונה בשעת קבלתה. כל עוד החלטת הדירקטטור התקבלה בהתאם על אישור מידע ראוי, ולאחר הפעלת שיקול דעת בתום לב ולא ניגוד עניינים, מוחזק הדירקטור, מכוח כלל שיקול הדעת העסקי, כי שפועל באופן תקין לטובת החברה (לдин בכל זה ראו שון חנס, "כלל שיקול הדעת העסקי" עיוני משפט לא 313 (תשס"ט))."
152. גם בסעיף 50 ג. להחלטתו מיום 9.8.2015 בתיק שבכורת, ציין בית המשפט הנכבד כי כלל שיקול הדעת העסקי מהוות חלק מדין חברות בישראל:
- "במסגרת סיכוןיהם התייחסו הצדדים באריכות לכלל "ши科尔 הדעת העסקי" (Business Judgment Rule). כלל זה, אשר מהווה למיטב הברטי חלק מדין חברות הישראלית (עמדו זה מקובלות בbatis המשפט המחויזים בישראל, אף על פי שטרם קיבלה גושפנקה מפורשת של בית המשפט העליון.)".
153. ולעניןנו: בעת קבלת החלטות על עסקות מעריב פעלו הדירקטוריים כצפוי מהם, וקיים את כל התנאים לתחולתו של כלל ה-BJR.
154. כך, כפי שפורט לעיל, הדירקטורים פעלו בתום לב ולא שיקולים זרים לטוב דסק"ש, ומזה שאייפה לשפר את מעמדה של זרוע התקשורת שלה בסביבה העסקית התחורותית והבלתי-יודאית שבה היא פעולה. הדירקטוריים קיבלו החלטות בעלות הגון עסקי פנימי, שהיו ראויות בזמן ולנסיבות.
155. הדירקטוריים קיבלו לידיים מייע מספיק שהיה זמין באופן סביר באותה עת.
156. כך, העסקה לרכישת השליטה במעריב, הותגה, בין היתר, גם בחלוקת של הлик בדיקת אותן (due diligence) למעריב, שבוצע על ידי מיטב המומחים בישראל: פירמת רואי החשבון קסלמן און קסלמן, PwC ישראל, בצד החשבון; ומשרד עורכי הדין גולדפרב-לו-ערן - מאירי צפריר ושות', בצד המשפט.

157. בתום הליך בדיקת האנאות נמסרו לדסק"ש ממצאי שני הבדיקות שנערכו (המשפטית והחשבונאית), ואלו היו לשבעות רצונה.

158. הדירקטורים ידעו, אפוא, היטב על הקשיים שמעריב הייתה נתונה בהם, וشكلו מידע זה בחולטתם. עובדה היא, כי העסקה לרכישת השליטה בumarib נרכחה באופן שיעיר תמורה הוזרת לתוךumarib, לפי שווי חברה שתאפשר את שווייה הבורסאי, ותוך טיפול כולל במבנה ההון שלumarib, לרבות התניינית העסקה במחיקת חבות לבנקים.

159. הדירקטורים האמינו ביכולתה של דסק"ש לעורוך תפנית במצבה הכלכלי שלumarib (TURN AROUND), ובسوפו של יום להביא אתumarib לאיזון ואף לרווח - כפי שעשתה דסק"ש בעבר בחברות אחרות שהחזקה, וכי שביר היה לצפות שתשוב ותצליח לעשות במרקחה שלumarib, תחת פיקודו של אדם עתיק ניסיון בתחום עסקי התקשרות כמו אראל.

160. זאת ועוד, כאמור לעיל, הנהלתumarib השתתפה בחלוקת מישיבות הדירקטוריון בהן נדונו השקעות הנוספותumarib, וスクירה באריכות בפני הדירקטורים של דסק"ש מידע רב הנוגע למצבה שלumarib, ביצועה, התחזיות לעתיד והחולופות האסטרטגיות השונות שנשקלות על ידה.

161. הדירקטורים פעלו לא ניגוד עניינים כלשהו. בנסיבות הנגדית בשלב הבקשה לאישור הודו המבקשים והמומחה מטעם, כי הם אינם יודעים על ניגוד עניינים כלשהו או על שיקולים זרים כלשהם של מי מן הדירקטורים.

162. מובן מالיו גם שבוחלות על השקעת הסכומים הנוספיםumarib לא השתתפו (וכגזר מכך לא הצבעו) דירקטורים שנחשו בעלי עניין אישי (הכוונה לאוטם דירקטורים בדסק"ש שכינהו גם בדירקטוריוןumarib לאחר מועד רכישת השליטה בה).

163. המסקנה המתחייבת מן האמור הינה, כי יש לדחות את התביעה עד בטרם הבירור לגופו, שכן החלטות הדירקטוריון מוגנות מפני תביעה לפי כלל שיקול הדעת העסקי.

חלק רביעי: הטייה החכמתית בדין והיעדר קשר סיבתי

164. לאחר רכישת השליטה בumarib התחללו אירועים בלתי צפויים אשר שינויו את תמונה המצב מן הקצה אל הקצה.

165. בעניין זה נציג למשל, כי שווי השוק הבורסאי של דסק"ש שעמד בסוף שנת 2010 על כ-6.5 מיליארד ש"ח צנחה לכ-380 מיליון ש"ח בלבד בסוף חודש יולי 2012!

166. ההרעה בעסקי דסק"ש באח לידי ביטוי גם בעליה בתושאות על אגרות החוב שלה, ובמצב זה התקשתה דסק"ש למחזר את חובותיה (קרי: ליטול חובות חדשים לצד חובות שהיא פורעת באופן שוטף). מדובר בשינויים דרסטיים שאף אחד מהם לא נבע מרכישת השליטהumarib וועל אף אחד מהם לא הייתה לדסק"ש יכולת להשפיע (מחאה חברתית; שינויי רגולציה חריפים וכד').

167. שינויים אלה פגעו ביכולתה של דסק"ש להמשיך ולסייע כספיתumarib עד לשלב שבו תוכל להיות מפירות השקעתה.

168. היו אלה, אם- כן, שינויים מקרו ככלליים המאוחרים להשקעה במערב, שהביאו, בдиיעבד, להפיקת השקעתה במערב לבתאי כדאית.

169. דברים אלה מעידים על כך שבכל מקרה לא קיים קשר סיבתי משפטי בין הפרת הדין הנטענת (והמוחשת) לבין הנזקיט שלקיום טענים המבקשים.

170. ואכן, בזמן אמרת לא גם אחד מבני המניות בדף"ש להתריע על הסכנה "הברורה כל-כך" (כמפורט) מן השקעה במערב. גם המבקשים, ה"ה אוזנה ואוסטרובסקי, מילאו את פיהם מים, ולא טרחו לתור אחר בא-כוח לנkitת הליכים משפטיים, או אפילו למשלוות מכתב התראה לדסק"ש. בזמן אמרת גם לא נמצא בעלי מנויות ובעלי אג"ח אחרים שראו לנכון לפנות לדסק"ש או לנקט בצדדים משפטיים.

171. אין זאת אלא שבניגוד גמור לטענת המבקשים תוצאהה של השקעה במערב לא הייתה צפוייה מლכתילה. המחויב בתוצאה שבאה כהמשך לשינויים מהותיים חסרי תקדים בעוצמתם ובבלתי צפויים בשוק התקשורתי בישראל, בנכיסים מהותיים אחרים של דסק"ש כגון שופרסל, ובעקבותיהם במצבה העסקי של דסק"ש עצמה. ברור לכל מי שמצוין בעולם העסק, כי העוצמה והמהירות בה היכתה הסערה בדף"ש היו חסרי תקדים בכלכלה הישראלית.

172. דברים אלה קשורים לסוגיה נכבדה לא פחות, היא הסוגיה של טיטה מפהת חוכמה שבדייעבד (Hindsight Bias).

173. אין חולק כי בבואה בית המשפט לבחון את סבירות החלטות דירקטוריון דסק"ש, יש לבחון את מצב הדברים נכון לרוגע קבלת ההחלטה ולא כחוכמה שבדייעבד.

174. יפים לעניין זה דברי בית המשפט בת"ץ (מרכז) 08-08-6892 פench שליינגר ויובל זומר נ' הלמן-אלדובי קופות גמל בע"מ (פורסמו בnbsp; 16.06.2011):

"...בזמן אמרת, זמן ההשקעות, לא הזיהיר איש מן המעורבים כי השקעה זו מסוכנת במידה שאין להזרע לה אם מנהלים תיק סולידי. אדרבא, ההשקעות זכו לדירוג גבוה. המידע בдиיעבד אינו מלמד על ידיעה אחותה הסימוניות בזמן אמרת..."

חשיבות רבה יש ליחס לכך שהביקורת תהיה בזמן אמרת, בلومר בזמן ההשקעה ולא בдиיעבד, בעת קרייסת.

ברי שאין לבחון את סבירות ההשקעה בנסיבות שלآخر מעשה כחכמה בдиיעבד, כי אם לפי המידע שהיה בידי המשיבת או שיכל היה להיות בידיה בזמן אמרת, קודם להשקעה.

175. עמוד על כך גם בית המשפט הנכבד, בהחלטתו בתיק זה מיום 9.8.2015 (פסקאות 35-36):

"אופייה של חובת הזיהירות המוטלת על נושא משרה בתבראה משליך על טיב הביקורת השיפוטית באשר להחלטות של נושא משרה כלל, ודירקטוריים בפרט. ביקורת זו חייבה בחשבונו כי לא ניתן לשפט את תפקודם של נושא משרה על פי "מבחן התואנה" בלבד. המבחן להחלטה רואיה של נושא משרה צריך להתייחס למועד בו התקבלה ההחלטה, ולא למועד שבו התממשו הסיכוןים. אם לא תאמר כן, הרי שפסיקת בית המשפט תיצור "אפקט מצנן", שיביא לשמרנות יתר בניהול ענייניהם של תאגידים."

דבריות אלו יזועים ומוסכמים, ואולם, לעתים קרובות קל לדרש וקשה לקיים. כפי שמלמדים הן ניסיון החיים והן מחקרים אקדמיים, לבני אדם

(ושופטים בכלל זה) יש נטייה לפעול על פי "חוכמה שבדייעבד", תוך שהם מניחים שההסתברות שהיא מקומ ליחס לאירועים שהתרחשו בפועל גבואה מזו שהוערכה בזמן אמיתי (ראו דורון טיכמן "צדוק הgingnot ויעילות בדייני חברות: העורות בעקבות ע"א 4263/04" *משפטים* מ' 701, 722 - 723 (תשע"א); אוריאל פרוקצ'יה "חוות הזיהירות של דירקטורים ונושאי משרה: מבט פסיקולוגי וככלכלי" *ספר יוסף גروس* 95 - 104 (תשע"ה)). מטעם זה, גם כאשר הכלל המשפטי קובע כי את שאלת התרשלותו של נושא המשרת יש לבחון לפי המידע שהוא קיים בעת קבלת ההחלטה, ולא לפי חוכמה שבדייעבד, קיים חשש שעצם קיומה של הבדיקה השיפוטית לאחר מעשה יוצר "אפקט מצנן" על החלטותיהם של נושאי המשרתת".

176./hrף האמור, התביעה דנא הינה באופן מובהק תביעה המושתת כולה על חכמה שלאחר מעשה, שכן, כפי שהובחר בחלק זה לעיל, בנקודת הזמן בה הוחלט על רכישת השליטה במערב וביצוע השקעות הנוספות במערב, איש לא צפה ולא יכול היה לצפות את האירועים התריגים והבלתי צפויים שהובילו לבישולו ההשקעה.

חלק חמישי: התיקחות לסייע כתוב התביעה

177. תיאור "ענינה של התביעה" בסעיף 1 לכטב התביעה, שהינו תיאור סובייקטיבי בעניין המבקשים - אינו מוכחש. מוכחת כל טענה הגלווה בסעיף זה שאינה עולה בקנה אחד עם האמור בכתב הגנה זה. יודגש, כי הנתבעים 3 ו-12 לא השתתפו בישיבת הדירקטוריון בה התקבלה ההחלטה על עסקת הרכישה, וכן לא השתתפו בחלק מהישיבות בהן התקבלו החלטות על ביצוע השקעות הנוספות, כמפורט בכתב הגנה זה לעיל.

178. מוכחש האמור בסעיף 2 לכטב התביעה. בהתאם לקבוע בתקנה 84 לתקס"א, לעולם יראו את הנזק הנטען כשווי בחלוקת. כמו כן, מוכחש קיומו של קשר סיבתי בין הנזק הנטען להתנהגות הנתבעים הנטענת. בית המשפט הנכבד מופנה בעניין זה לאמור לעיל, בחלק הרביעי לכטב הגנה זה.

179. מוכחש האמור בסעיף 3 לכטב התביעה. מדובר לכל היותר, בטענה שהיא בגדר "חכמה שלאחר מעשה". בית המשפט הנכבד מופנה בעניין זה לאמור לעיל, בחלק הרביעי לכטב הגנה זו.

180. מוכחש האמור בסעיפים 4-5 לכטב התביעה. רכישת השליטה במערב הונעה אך ורק משיקולים של טובת החברה המפורטים בהרחבה לעיל, בפרק אי' לחלקו השני של כתב הגנה זה.

181. מוכחש האמור בסעיף 6 לכטב התביעה. דסק"ש לא הזמין הערכת שווי למערב, וזאת, בין היתר אך לא רק, מושום שתתקופה הרלוונטיות קבלת הערכת שווי בשוק דינמי כשוק העיתונות העובר שינויים מהותיים, הייתה קשה עד בלתי אפשרית. זאת ועוד, הלכה למעשה, עסקאות רכישה רבות הנערכות בשוק, מבוצעות ללא שתתבצע במסגרת הערכת שווי. יודגש שוב, כי הנתבעים 3 ו-12 לא השתתפו בישיבת הדירקטוריון בה התקבלה ההחלטה על עסקת הרכישה.

182. מוכחש האמור בסעיפים 7-8 לכטב התביעה. כל הפרוטוקולים הרלוונטיים גלוו למבקשים בשלב הבקשה לאישור.

183. מוכחש האמור בסעיף 9 לכטב התביעה. בהתאם לקבוע בתקנה 84 לתקס"א, לעולם יראו את הנזק הנטען כשווי בחלוקת.

184. מוכחש האמור בסעיף 10 לכתב התביעה. אישור העסקאות מוגן על ידי "כלל שיקול הדעת העסקית" (וראו האמור לעיל, בחלק השלישי לכתב הגנה זה), ומכל מקום החלטות אף אין נגועות ברשותם, כל שכן שאין נגועות בפיזיות.

185. האמור בסעיף 11 לכתב התביעה אינו מוכחש, ככל שהוא בא לתאר את חוות-דעות של ד"ר אמיר. מוכחש הניתנות שבחוות הדעת וכן הנמקותה ומסקנותיה. מוכחש האמור בסעיף 12 לכתב התביעה. הנתבאים אינם יודעים האם מר אוסטרובסקי ומר אוזנה הינם עדין בעלי מנויות בדסק"ש.

186. האמור בסעיף 13 לכתב התביעה אינו מוכחש.

187. מוכחש האמור בסעיף 14 לכתב התביעה. חלק מהנתבאים, ובכללם הנתבאים 3 ו-12, כלל לא השתתפו בישיבת הדירקטוריון בה הוחלט על רכישת השליטה במערב וכוכן לא השתתפו בחלק מן הшибוט בבחן הוחלט על המשך ההשקעה במערב. יצוין, כי הנתבע 3 חידל לכהן כديرקטור בדסק"ש ובחברות אחרות של קבוצת אי. דז. ב.י. עד ביום 5.7.2012.

188. האמור בסעיף 15 מוכחש בהיותו לא מדויק. הנתבאים 3 ו-12 לא השתתפו בחלק מшибוט הדירקטוריון נשוא התביעה וממילא הם לא אישרו את החלטות שנתקבלו בבחן. הנתבע 3 חידל לכהן כديرקטור בחברה ובחברות אחרות של קבוצת אי. דז. ב.י. עד ביום 5.7.2012.

189. האמור בסעיפים 16-17 לכתב התביעה אינו מוכחש, וזאת ככל שהוא עולה בקנה אחד עם הדיווחים הפומביים של החברה ועם האמור בכתב הגנה זה. טענות החורגות מנתונים עובדיתיים ככל שזרורות בסעיפים אלה - מוכחות.

190. האמור בסעיף 18 מוכחש בהיותו לא מדויק. הנתבע 3 חידל לכהן כديرקטור בחברה ביום 5.7.2012.

191. האמור בסעיפים 19-25 לכתב התביעה אינו מוכחש, וזאת נכוון למועד בו הוגש כתב התביעה (4.9.2012), וככל שהאמור בסעיפים אלו עולה בקנה אחד עם הדיווחים הציבוריים והאמור בכתב הגנה זה. טענות החורגות מנתונים עובדיתיים ככל שזרורות בסעיפים אלה – מוכחות. יצוין כי מאז הוגש כתב התביעה חלו שינויים בעלות ובמבנה האחוזות של קונצראן אי.די.בי., של דסק"ש ושל מערב וממילא האמור בסעיפים אלו כבר אינם נכוון.

192. האמור בסעיפים 26-29 לכתב התביעה אינו מוכחש, וזאת ככל שהוא עולה בקנה אחד עם הדיווחים הפומביים ועם האמור בכתב הגנה זה. טענות החורגות מנתונים עובדיתיים ככל שזרורות בסעיפים אלה – מוכחות.

193. האמור בסעיפים 30-36 לכתב התביעה אינו מוכחש, וזאת ככל שהוא עולה בקנה אחד עם הדיווחים הפומביים ועם האמור בכתב הגנה זה. טענות החורגות מנתונים עובדיתיים ככל שזרורות בסעיפים אלה – מוכחות.

194. מוכחש האמור בסעיף 37 לכתב התביעה. הלואת הבעלים ניתנה בתנאי שוק ולא בתנאים נחותים.

195. מוכחש האמור בסעיפים 38-41 לכתב התביעה, מלבד עצם העמדת הלוואה השנייה למערב. מוכחש מחותר ידיעת הנתען ביחס בסעיפים אלו להערכתה וציפיותה של מערב. הנתען בסעיפים אלו ביחס למה שהיה "ברור או צרייך היה להיות ברור" לדירקטורים הינו בבחינת "חכמה שלאחר מעשה" (בית המשפט הנכבד מופנה בעניין זה, בין היתר, כאמור לעיל, בחלק הרביעי לכתב הגנה זה). הנתבע 12 לא השתתף בישיבת הדירקטוריון בה הוחלט על מתן הלוואה השנייה, וממילא לא ניתן לייחס לו אחריות כלשהי להחלטה זו.

196. האמור בסעיפים 42-43 לכתב התביעה אינו מוכחש, וזאת ככל שהוא בקנה אחד עם הדיווחים הפומביים ועם האמור בכתב הגנה זה. טענות החורגות מנתונים עובדיתיים ככל שזרורות בסעיפים אלה – מוכחות. מבלי לגרוע מכלליות האמור, יובהר כי הנتابעים 3 ו-12 לא השתתפו בישיבת הדירקטוריון בה הוחלט על העמדת הלהלואה השלישית וממילא לא ניתן ליחס להם אחריות כלשהי ביחס אליה.
197. מוכחש האמור בסעיף 44 לכתב התביעה, מלבד עצם הדיווח של מעיריב (נספח כד' לכתב התביעה), ומלבعد עצם פרטום הכתבה ב-*The Marker* (נספח כה' לכתב התביעה). מוכחתה פרשנות התובעת כאמור במסמכים הניל. ההסתמכות על כתבה עיתונאית הינה חסרת כל תוקף ואין לה כל ערך ראוי.
198. האמור בסעיפים 45-49 לכתב התביעה אינו מוכחש, וזאת ככל שהוא בקנה אחד עם הדיווחים הפומביים ועם האמור בכתב הגנה זה. טענות החורגות מנתונים עובדיתיים ככל שזרורות בסעיפים אלה – מוכחות. מבלי לגרוע מן האמור לעיל, יובהר כי הנtabע 3 לא כיהן כדיקטור בחברה במועד בו נתקבלה החלטה על העמדת הלהלואה, וכי הנtabע 12 לא השתתף בישיבת הדירקטוריון בה נתקבלה ההחלטה על העמדתה, וממילא לא ניתן ליחס למי מהם אחריות כלשהי ביחס אליה.
199. מוכחש האמור בסעיפים 50-51 לכתב התביעה. מבלי לגרוע מכלליות ההכחשה, יובהר כי החלטות הדירקטוריון מוגנות על פי "כלל שיקול הדעת העסקית", ומכל מקום היה בהן היגיון עסקי רב, והן נתקבלו על ידי הדירקטוריון מתוך ראיית טובת החברה ולא שיקולים זרים. עוד יובהר, כי את ההחלטה לביצוע השקעות נוספות בעיריב יש לבחון בנפרד (ולא בבקשת יחיד עם החלטה על רכישת השיליטה בעיריב), ובשים לב לכך כי במועד בו נתקבלו החלטות האמורויות כבר הייתה מעיריב בשליטת דסק"ש.
200. האמור בסעיפים 52-53 לכתב התביעה אינו מוכחש, וזאת ככל שהוא בקנה אחד עם הדיווחים הפומביים ועם האמור בכתב הגנה זה. טענות החורגות מנתונים עובדיתיים ככל שזרורות בסעיפים אלה – מוכחות.
201. מוכחש האמור בסעיפים 54-57 לכתב התביעה וזאת, בין היתר, בהיות הנטען בכך נגע ב'חכמה של אחר מעשה' (ראו האמור לעיל בחלק הרביעי לכתב הגנה זה). בזמן אמרת היה היגיון עסקי רב ברכישת אגרות החוב מהציבור ומה�建ת היישוב (ראו האמור לעיל, בפרק ד' לחלקו השני של כתב הגנה זה). מבלי לגרוע מן האמור לעיל, יובהר כי הנtabע 12 לא השתתף בישיבת הדירקטוריון בה הוחלט על רכישת האג"ת מן הציבור ומיילא לא ניתן ליחס לו כל אחריות להחלטה זו. עוד יובהר, כי הנtabעים 3 ו-12 לא היו חברים בועדת הביקורת של החברה, בה נתקבל החלטה על רכישת האג"ת מה�建ת היישוב, וממילא לא ניתן ליחס להם אחריות להחלטה זו.
202. מוכחש האמור בסעיף 58 לכתב התביעה. הדירקטורים ידעו על הקשיים שעיריב הייתה נתונה בהם, וشكلו מידע זה בחלטתם. הדירקטורים האמינו ביכולתה של דסק"ש לעורוך תפנית במצב הכלכלי של עיריב (TURN AROUND), ובспособו של יוס להביא את עיריב לאיזון ואף לרוח – כפי שעשתה דסק"ש בהצלחה בעבר בחברות אחרות שהחזקתה.
203. האמור בסעיפים 59-63 לכתב התביעה אינו מוכחש, וזאת ככל שהוא בקנה אחד עם הדיווחים הפומביים ועם האמור בכתב הגנה זה. טענות החורגות מנתונים עובדיתיים ככל שזרורות בסעיפים אלה – מוכחות.
204. מוכחש האמור בסעיפים 64-66 לכתב התביעה, ומוכחתה חזות הדעת של ד"ר אמיר. כפי שפורט בהרחבה בחלקו השני של כתב הגנה זה, בזמן אמרת, במועד בו נתקבל החלטה לרכישת השיליטה בעיריב ולהשקיע

בה, היה בהן הגיון כלכלי ומסחרי רב והיא שירתה את טובת החברה. כאמור שם, הטענה העומדת בבסיס התובענה הינה יכולה בבחינת "חכמה בדיעד".

205. האמור בסעיפים 102-105 לכתב התביעה, ככל שמדובר בנסיבות או חזרה על הוראות דין, פסיקה או ספורות - אינו מוכחש. מוכחתת הרלבנטיות של דברים אלו לטענת החברה בדבר הפרת חובה כלשהי על ידי הנتابעים.

206. מוכחש האמור בסעיפים 106-111 לכתב התביעה. בזמן אמת הדירקטוריים האמינו ביכולתה של דסק"ש לעורך תפנית במצבה הכלכלי של מעריב (TURN AROUND), ובסיומו של יום להביא את מעריב לאיזון ואך לרווח - כפי שעשתה דסק"ש בהצלחה בעבר בחברות אחרות שבଘזקתה. בנוסף, כמפורט לעיל, אחד השיקולים העיקריים ברכישת השליטה במעריב היה רצונם של קבוצת התקשורות של דסק"ש להתחילה בبنית מערך תוקן, באופן שיאפשר לקבוצה לשלבו וליצור סינרגיה עם מוצרייה של דסק"ש בתחום הולכה והתשתיות (בית המשפט הנכבד מופנה בעניין זה כאמור בהרחבה לעיל, בחלק השני לכתב הגנה זה).

207. האמור בסעיפים 113-117 לכתב התביעה, ככל שמדובר בנסיבות או חזרה על הוראות דין, פסיקה או ספורות - אינו מוכחש. מוכחתת הרלבנטיות של דברים אלו לטענת החברה בדבר הפרת חובה כלשהי על ידי הנتابעים וכן מוכחתת פרשנות התובעת לדברים אלו.

208. מוכחש האמור בסעיף 118 לכתב התביעה. דירקטוריון דסק"ש לא אישר ההתקשרות בעסקה לרכישת האג'יח מהכשרת היישוב, בהיותה "עסקה לא חריגת", וזוי אושרה בוועדת הביקורת של החברה בלבד. מבלי לגרוע מן האמור לעיל, הרי שהנתבעים 3 ו-12 כלל לא השתתפו בחלוקת מיסיבות הדירקטוריון, וממילא לא ניתן ליחס להם חובת זהירות קונקרטית ביחס להחלטות אלו.

209. האמור בסעיפים 119-122, ככל שמדובר בנסיבות או חזרה על הוראות דין, פסיקה או ספורות - אינו מוכחש. מוכחתת הרלבנטיות של דברים אלו לטענת החברה בדבר הפרת חובה כלשהי על ידי הנتابעים וכן מוכחתת פרשנות התובעת לדברים אלו.

210. מוכחש האמור בסעיפים 128-145 לכתב התביעה. הנتابעים 3 ו-12 כלל לא השתתפו בישיבת דירקטוריון החברה מיום 24.3.2011 בה הוחלט על רכישת השליטה במעריב, וממילא הם לא נושאים באחריות להחלטה זו. מכל מקום, חברי הדירקטוריון שהשתתפו בישיבה לא הפרו את חובת זהירות והמיומנות כלפייה, שכן הם קיבלו החלטה סבירה והגינית מבחינה כלכלית, המשרות את טובת החברה (בית המשפט הנכבד מופנה בעניין זה כאמור לעיל, בחלק השני לכתב הגנה זה). בנגדו לנطען בסעיף 145 לכתב התביעה, נטל החוכחה לאמור בכתב התביעה מוטל על התובעת.

211. מבלי לגרוע מכלויות ההכחשה, יטענו הנتابעים 3 ו-12, כי ככל שייקבע שנפל פגם בהתנהלות הדירקטוריים בקשר להחלטה לרכוש את השליטה במעריב, הרי שהחברה יש אשם תורס להחלטה זו, ולפיכך היא נושא באחריות לה בהתאם לשיעור אחוריות היחס.

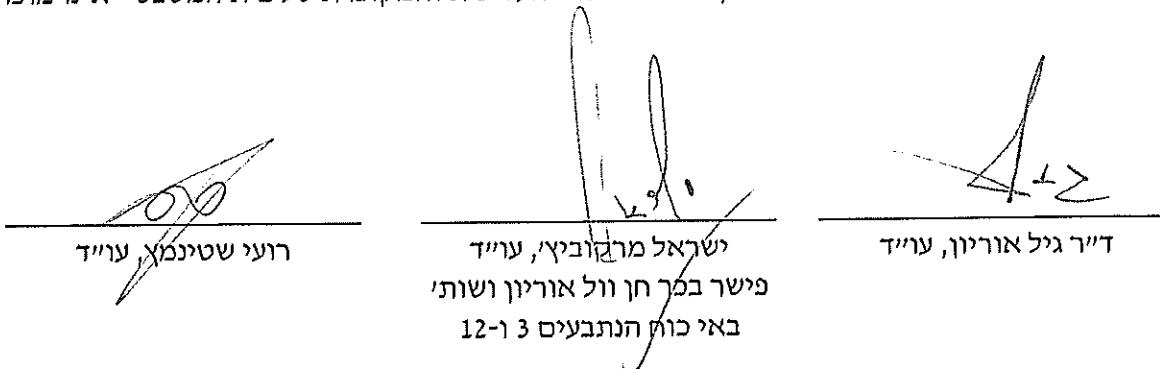
212. מוכחש האמור בסעיפים 146-156 לכתב התביעה. הנتابעים 3 ו-12 כלל לא השתתפו בישיבות שונות של דירקטוריון החברה בהן הוחלט על ביצוע הזרמות כספים נוספת למעריב, וממילא הם לא נושאים באחריות להחלטות אלו. מכל מקום, חברי הדירקטוריון שהשתתפו בישיבות לא הפרו את חובת זהירות והמיומנות כלפייה, שכן הם קיבלו החלטות סבירות והגיניות מבחינה כלכלית, המשרות את טובת החברה (בית המשפט הנכבד מופנה בעניין זה כאמור לעיל, בחלוקת השני של כתב הגנה זה). בעניין זה יודגש, כי את החלטות על ביצוע ההש侃עות הנוספות במעריב אין לבחון ביחד עם ההחלטה על רכישת השליטה במעריב אלא בשים לכך כי במועד קבלת כבר הייתה דסק"ש בעלת השליטה במעריב.

213. מבלי לגרוע מכלליות ההכחשה, הנתבעים 3 ו-12 ישובו ויתענו, כי ככל שייקבע שנפל פגם בהתקנות הדירקטוריים בקשר להחלטות על השקעות הנוטפות במערב (מוחחש), הרי שלחברה יש אשם תורט להחלטות הללו, ולפיכך היא נושאת באחריות להן בהתאם לשיעור אחריותה היחסית.

214. מוחחש האמור בסעיפים 157-170 לכתב התביעה. הטענה העומדת בבסיס התובענה הינה יכולה בבחינת "חכמה בדיעבד". כמפורט שם, לאחר רכישת השליטה במערב החלו ליוזר נסיבות חדשות ובלתי צפויות, דבר המנתק את הקשר היסודי המשפטי שבין החתרשות הנטענת לבין הנזק הנטען (בית המשפט הנכבד מופנה בעניין זה למפורט בהרחבה ב חלק הרביעי לכתב הגנה זה). בהתייחס לנטען בסעיף 165.א – יzion, כי הנתבעים 3 ו-12 כל לא השתתפו בישיבת הדירקטוריון מיום 24.3.2011 בה הוחלט על רכישת השליטה במערב ומילא לא ניתן ליחס להם יסוד נפשי סובייקטיבי של פיזיות (בית המשפט הנכבד מופנה בעניין זה כאמור לעיל, בפרק אי' החלקו הראשון של כתב הגנה זה).

215. מוחחש האמור בסעיפים 171-198 לכתב התביעה. לדירקטוריון דסק"ש עומדת בענייננו חזקת התקינות לפי כלל שיקול הדעת העסקי, אשר נקלט זה מכבר בדיון הישראלי (בית המשפט הנכבד מופנה בעניין זה כאמור לעיל, ב חלק השלישי לכתב הגנה זה).

216. האמור בסעיפים 190-193 לכתב התביעה, בדבר סמכותו הענימית והמקומית של בית המשפט – אינו מוחחש.



היום, 11 בינואר 2016