



בבית המשפט העליון

רע"א 6122/14

לפני: כבוד השופט נ' הנדל

המבקש: בנק הפועלים בע"מ

נגד

המשיב: ישעיהו נשר

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי תל
אביב בתיק תנג 001905-02-14

בשם המבקש: עו"ד פנחס רובין; עו"ד ירון אלכאוי

עו"ד אמנון ביס

בשם המשיב: עו"ד אופיר נאור; עו"ד שירן גורפייך

החלטה

מונחת לפניי בקשה למתן רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (תנ"ג 14-02-1905, כב' השופט ח' כבוב. להלן: ההחלטה), שלפיה על המבקש (להלן: הבנק) לגלות ולמסור למשיב שורת מסמכים מכוח סעיף 198א לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: סעיף 198א ו-חוק החברות).

תמצית העובדות וההליכים

1. המשיב, בעל מניות בבנק, הגיש לבית המשפט המחוזי בקשה לגילוי ועיון במסמכים מסוימים מכוח סעיף 198א (להלן: המסמכים המבוקשים). זאת על מנת לבחון אפשרות הגשתה של בקשה לאישור תביעה נגזרת כנגד מספר נושאי משרה, שכיחנו כחברי "ועדת האשראי" של הבנק (להלן: בקשת הגילוי). ברקע – הלוואה שנתן הבנק לחברת טומהוק השקעות בע"מ (להלן: טומהוק) בסך של כ-150 מיליון ש"ח. לטענת המשיב, חברי ועדת האשראי היו נגועים בניגוד עניינים לנוכח

מערכת ענפה של קשרים אישיים ועסקיים בינם לבין בעל השליטה בטומהוק, נוחי דנקר. על פי הנטען, בשל ניגוד העניינים ביטל הבנק את השעבוד שנרשם לטובתו כבטוחה היחידה לפירעון ההלוואה (בטרם נפרעה), וכן לא פעל לגביית חובו.

הבנק התנגד לבקשת הגילוי, משני טעמים עיקריים: (א) חובת הסודיות והחיסיון הבנקאי (ב) העדר תשתית ראייתית ראשונית בבקשת הגילוי. במסגרת דיון שנערך בפני בית המשפט המחוזי, ולאחר חקירת המצהירים מטעם הצדדים, הורה בית המשפט קמא לבנק להעביר את המסמכים המבוקשים – שהבנק טען לחסיונם – ללשכתו ולעיונו בלבד במעטפה סגורה, בהתאם לתקנה 119 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנה 119 ו-תקנות סדר הדין האזרחי).

2. בהחלטה נקבע כי המסמכים המבוקשים שהועברו לעיון בית המשפט קמא מקימים תשתית ראייתית ראשונית המצדיקה את העברתם למשיב. עוד נקבע כי מסמכים אלה רלוונטיים, חיוניים והכרחיים לבחינת הסוגיות העומדות במרכז בקשת הגילוי, בהעדר דרכים חלופיות לעשות זאת. כמו כן, בית המשפט קמא מצא כי חיוניותם המשמעותית של המסמכים המבוקשים וחשיבותו של הליך התביעה הנגזרת מובילות לגילויים והעברתם למשיב, חרף הפגיעה בפרטיות צד שלישי להליך (טומהוק) ולנוכח הסכמת המשיב שלא לחשוף פרטים שאינם פומביים. בהתאם הורה בית המשפט קמא לבנק להעביר לעיון המשיב עותק של המסמכים המבוקשים, והוסיף כי אלה יהיו חסויים כלפי צדדים שלישיים. הבנק הגיש בקשה לעיכוב ביצועה עד למתן הכרעה בבקשה למתן רשות ערעור דנא – ובית המשפט קמא נעתר לה.

טענות הצדדים

3. אלה טענותיו העיקריות של הבנק: ראשית, לא היה מקום להורות על גילוי מסמכים לפי סעיף 198א, במצב שבו התשתית הראייתית העולה מבקשת הגילוי עצמה היא דלה ואינה עומדת בדרישות הסעיף. עוד נטען כי אין בהחלטה קביעה פוזיטיבית לפיה בקשת הגילוי מניחה "תשתית ראייתית ראשונית" ומשתמע ממנה ההפך; שנית, שגה בית המשפט קמא עת החליף את התשתית הראייתית הנדרשת

בבקשת הגילוי על ידי עיון במסמכים המבוקשים. בהמשך לקו זה, נטען כי תקנה 119 נועדה לבחון את טענת החיסיון בלבד ולא את דיות הראיות. שליטת, בית המשפט קמא העלה מיוזמתו טענות שלא נזכרו בבקשת הגילוי; רביעית, ולחלופין, טען הבנק כי לנוכח התשתית הראייתית הדלה שהוצגה בבקשת הגילוי והפגיעה בצדדים שלישיים – לא היה זה נכון להסיר את החיסיון הבנקאי מעל המסמכים המבוקשים. הבנק הוסיף כי נדרשת הקפדה פרשנית בעניין סעיף 198א ביחס לבנקים, לנוכח החיסיון שמגביל את יכולתם להתגונן.

המשיב גורס כי הציג תשתית ראייתית נרחבת המבססת את טענותיו בבקשת הגילוי. לעניין החיסיון, נטען כי קבלת עמדת הבנק לעניין החיסיון תביא לתוצאה אבסורדית שלפיה יש חסינות מלאה לנושאי משרה בתאגידים בנקאיים מפני ביקורת.

דיון והכרעה

4. המטריה הנורמטיבית של בקשה זו – ודוק, מטריה ולא רקע בלבד – היא התביעה הנגזרת. זוהי תביעה בעלת מאפיינים ייחודיים. מצד אחד, במובנים מסוימים היא תביעה ככל תביעה. מצד שני, כדי להגישה יש לקבל אישור מטעם בית המשפט. בהיבטים רבים, היא דומה לתביעה הייצוגית, בין היתר בכך שהתובע מהווה מעין שליח של קבוצה. ברם, בניגוד לתביעה הייצוגית – תנאי לקיומה של תביעה נגזרת הוא ארגון קיים בדמות החברה. התביעה הנגזרת – כשמה כן היא. לכן, קיים מבחן המעשה והעושה, או ליתר דיוק – התובע והתביעה. בטרם יאשר את התביעה הנגזרת, בית המשפט חייב לשקול האם התביעה וניהולה הם לטובת החברה. באשר לתובע, הוא חייב להיות בעל זיקה לחברה – כגון בעל מניה או דירקטור (סעיף 194א) לחוק החברות). בנוסף, כמנהל הפוטנציאלי של התביעה, עליו להקדים פנייה לגורמים הרלוונטיים בחברה. על בית המשפט אף לוודא, בטרם יאשר את התביעה, כי התובע אינו פועל בחוסר תום לב (סעיף 198א) לחוק החברות).

מנגנון התביעה הנגזרת אמור להיטיב עם החברה. עם זאת, הברור עלול להכביד עליה. באיזון, הדין הכיר באפשרות לפיה התובע הפוטנציאלי זקוק לחומר רק לצורך ההחלטה אם להגיש את הבקשה לאישור תביעה נגזרת, אם לאו. מכאן הגענו למסלול של גילוי מסמכים מקדמי, שהרציונל לקיומו ולתנאיו יובהר בהמשך.

5. ההוראות הנורמטיביות הרלוונטיות לבקשה דנא הן, בעיקר, סעיף 198א ותקנה 119. הראשון כלול בחוק החברות והאחרונה בתקנות סדר הדין האזרחי. לכאורה, לשונו וכותרתו של הראשון מתייחסות (אך) לגילוי מסמכים ותוכנה של האחרונה מתייחס לעיון בהם (וכן למענה על שאלון). ואולם, בין שני סעיפים אלה יש קשר ברור, שהבקשה שבפניי מיטיבה לבטא. בראש ובראשונה, הם כלים דיוניים בבקשה של התובע בתביעה נגזרת להיחשף למסמכים שונים בגדרה מתעוררת טענת חיסיון.

סעיף 198א מורה כדלקמן:

"בקשה לגילוי מסמכים

(א) מי שרשאי להגיש תביעה נגזרת לפי סעיף 197, רשאי לבקש מבית המשפט, לפני הגשת הבקשה לאישור התביעה או לאחר הגשתה, כי יורה לחברה לגלות מסמכים הנוגעים להליך אישור התביעה הנגזרת.

(ב) בית המשפט רשאי לאשר בקשה כאמור בסעיף קטן (א) אם שוכנע כי המבקש העמיד תשתית ראייתית ראשונית לגבי קיומם של התנאים לאישור התביעה הנגזרת המנויים בסעיף 198א)

סעיף זה, שהוסף במסגרת תיקון מס' 16 לחוק החברות, התשע"א-2011, עיגן את ההלכה שנקבעה על ידי השופט (כתוארו אז) א' גרוניס בעניין לבייב (רע"א 11126/08 לב לבייב נ' עזי רפאלי (7.5.2009)) (להלן: הלכת לבייב)). על פי הלכה זו, ניתן להיעתר לבקשה למתן צו לגילוי מסמכים בשלב הדיון בבקשה לאישור תביעה נגזרת, ובלבד שהבקשה עומדת בסייגים אלו: (א) המסמכים רלוונטיים

לשלב זה של ההליך; (ב) הוצגה תשתית ראייתית ראשונית אשר ניתן ללמוד ממנה כי קיים סיכוי שהבקשה לאישור תביעה נגזרת תתקבל; (ג) על הגילוי יחולו המגבלות החלות באופן כללי על גילוי מסמכים.

סעיף 198א(א) מאמץ את התנאי הראשון, בדבר רלוונטיות המסמכים ("מסמכים הנוגעים להליך"). סעיף 198א(ב) עושה כן באשר לתנאי השני – תשתית ראייתית ראשונית – וקובע כי על המבקש את הגילוי מוטל להניחה. ביחס לתנאי השלישי – הכפפת הליך הגילוי למגבלות החלות ברגיל על גילוי מסמכים – נפסק כי הוא חל מכוח הדין הכללי בכל הליכי הגילוי והעיון במסמכים, ובכללם בהליך אישורה של תביעה נגזרת (רע"א 2903/13 אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שמואל שקדי, בפסקה 60 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור (27.8.2014) (להלן: עניין אינטרקולוני)). לפיכך, הוראות כלליות הנוגעות להליכי גילוי ועיון במסמכים הקבועות בסימנים ג' ו-ד' לפרק ט' לתקנות סדר הדין האזרחי – כגון הוראות לעניין מועדים או טענת חיסיון – חלות גם על בקשה לגילוי ועיון מכוח סעיף 198א (ראו שם).

לצד עיגון הלכת לבייב בחוק החברות, סעיף 198א אף הרחיב את תחולתה במובן זה שהוא מאפשר, כאמור, גם את הגשתה של בקשה לגילוי מסמכים עובר להגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת. דברי ההסבר להצעת חוק החברות (תיקון מס' 12) (ייעול הממשל התאגידי), התש"ע-2010 ה"ח 496, 574 (10.3.2010) מלמדים על האיזון שנועד הסעיף להשיג:

"לתביעה הנגזרת תפקיד מרכזי באכיפת זכויותיה של החברה ובכלל זה באכיפת חובת הזהירות וחובת האמונים של נושאי המשרה בחברה... בעל מניות המעוניין להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת צריך לנהל תביעה שאינה תביעתו ועל כן בדרך כלל הוא אינו חשוף למידע הרלוונטי כדי לגבש את כתב התביעה. כדי לאפשר לבעלי מניות להגיש תביעות של החברה, לטובת החברה, מוצע להסמיך את בית המשפט ליתן צו גילוי מסמכים, קודם להגשת הבקשה לאישור התביעה הנגזרת, וכן לאחר הגשתה, אם יש תשתית ראייתית ראשונית לקיומם של התנאים לאישור התביעה כתביעה נגזרת" (ההדגשות אינן במקור).

במילים אחרות – מצד אחד נועד סעיף 198א להקל על בעל מניות (בין היתר) המבקש להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת ואינו חשוף, לרוב ומטבע הדברים, למידע המאפשר זאת. מצד שני, מודגש הצורך בקיומה של תשתית ראייתית ראשונית לצורך היעדרות לבקשה לגילוי. ואם בהשוואה לתביעה רגילה עסקנו, נאמר כי נטל כזה אינו מוטל על התובע הרגיל ולו מן הטעם שהוא אינו גורר אחריו קבוצה שלמה. תנאי זה הוא ייחודי, אפוא, לסעיף 198א. הוא הכרחי לנוכח החשש מבקשות ותביעות סרק שתוצאתן סרבול ההליכים, פגיעה ביעילות וכרסום במוסד התביעה הנגזרת על יתרונותיו הברורים. חשש זה בולט במיוחד מקום שבו מוגשת בקשה לגילוי מסמכים עובר להגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת ועל מנת לבסס את האחרונה.

6. כאמור, לשונו של סעיף 198א מדברת על גילוי מסמכים על ידי החברה ("יורה לחברה לגלות..."). אולם נראה כי למעשה, הסעיף חל גם – ואולי בעיקר – על עיון בהם. שלושה טעמים למסקנה זו:

ראשית, הדבר עולה מהתפתחות הפסיקה והדין בעניין גילוי המסמכים המקדמי. בתחילה, נפסק כי ניתן לקבל צו לגילוי ועיון במסמכים גם במסגרת הליך מקדמי של בקשה לאישור תביעה כתביעה ייצוגית (רע"א 10052/02 יפעת נ' זלק מוטורס, פ"ד נז(4) 513 (2003) (להלן: עניין יפעת)). בנסיבות עניין יפעת, דובר על בקשה לגילוי ועיון במסמכים. שם הותוו התנאים שפורטו לעיל: דרישת הרלוונטיות, התשתית הראייתית הראשונית והמגבלות הכלליות המוטלות על צו גילוי ועיון (ראו עניין יפעת, בעמ' 519). שלב ההתפתחות השני היה הלכת לבייב, שעסקה בבקשה לגילוי מסמכים במסגרת בקשה לאישור תביעה נגזרת. השופט (כתוארו אז) א' גרוניס הקיש מההלכה שנקבעה בעניין יפעת, ולמעשה החיל את התנאים שנקבעו בה גם לעניין תביעה נגזרת. אמנם, בנסיבות הלכת לבייב דובר על גילוי מסמכים בלבד, ואולם עניין יפעת ששימש בסיס לה עסק, כאמור, גם בעיון בהם. לאחר מכן נחקק סעיף 198א שענין והרחיב את הלכת לבייב כפי שתואר לעיל (ראו גם עניין אינטרקולוני, בפסקה 60 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור).

שנית, ניתן להניח כי בדרך כלל, המבקש להגיש תביעה נגזרת בשם החברה יידע מהם המסמכים שיש – או שצריכים להיות – בידיה, או שביכולתה לאתרם. אך כדי להחליט האם ברצונו להגיש בקשה לאישור תביעה כתביעה נגזרת, יהיה עליו לעיין בתוכנם של מסמכים אלה.

שלישית, הנוהג בפרקטיקה הוא להגיש בקשות לגילוי ועיון במסמכים בצוותא חדא. הליכים אלה ננקטים על פי רוב במסגרת דיונית אחת (רע"א 7114/05 מדינת ישראל נ' חנה חיזי, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס (11.12.2007)). כך גם היה בענייננו.

7. כפי שציינתי בעניין אחר (רע"א 3389/12 פלוני נ' בנק הפועלים בע"מ (5.8.2012)), גילוי ועיון במסמכים אינם היינו הך. כל אחד מההליכים עומד על רגליו שלו. הליך הגילוי עניינו בדרישת הרלוונטיות של המסמכים להליך. זוהי "דלת הכניסה" להליכי הגילוי והעיון גם יחד. ואולם, לצורך עיון במסמך אין די במעבר דרכה. "הרלוונטיות של המסמך היא תנאי הכרחי אך לא מספיק לצורך חשיפתו" (בג"ץ 7793/05 אוניברסיטת בר אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה ירושלים, בפסקה 8 לחוות דעתו של השופט י' עמית (31.1.2011)). בשלב זה על בית המשפט לבחון את טענות בעל הדין שכנגד התומכות באי חשיפת המסמך – כגון טענת חיסיון או סוד מסחרי – מול האינטרסים לגילוי. באיזון ביניהם נשקלת גם חיוניות המסמך להליך. הנה כי כן, חרף ההבדל בין ההליכים יש בהם גם מן המשותף: בשניהם עומד בית המשפט על היחס בין המסמך ובין ההליך.

לטעמי, גם אם מוגשת בקשה לגילוי ועיון במסמכים כבקשה אחת, עדיין מדובר ב"שתי דלתות עוקבות" המצריכות בחינה דו-שלבית. מבחן הרלוונטיות רלוונטי להליך הגילוי, ולא להליך העיון. מן הצד האחר, בהליך העיון וככל שמועלית טענת חיסיון, אין צורך להידרש (שוב) למבחן הרלוונטיות הראשון אלא לתנאים אחרים כגון חיוניות המסמך להליך והעדר האפשרות להשיגו בדרך אחרת. אין בכך כדי לומר כי עיון במסמכים לא יכול לחזק את המסקנה כי הם רלוונטיים להליך. על פי רוב, עיון בהם אכן יחזק מסקנה כזו. ואולם, לדידי, לא ניתן להסיק לראשונה בדבר רלוונטיות המסמכים רק מתוך העיון בהם לבדו. הטעם לכך הוסבר

לעיל: דרישת הרלוונטיות ה"שייכת" לשלב הגילוי היא הפרוזודור לטרקלין – שלב העיון. כל זאת, כמובן, כאשר מדובר בחיסיון יחסי – שהרי חיסיון מוחלט אינו מאפשר את גילוי המסמכים החוסים תחתיו בשום תנאי.

8. סיכומם של דברים עד כה: בטרם ייעתר בית המשפט לבקשה לגילוי ועיון במסמכים לפי סעיף 198א, עליו לבחון התקיימותם של אלה: (א) רלוונטיות המסמכים להליך (ב) הנחת תשתית ראייתית ראשונית בבקשת הגילוי, על ידי המבקש את הגילוי (ג) קיומם של התנאים הכלליים לעניין גילוי ועיון במסמכים. בהקשר זה, וככל שמועלית על ידי הצד שכנגד טענת חיסיון, על בית המשפט לבחון האם בכל זאת יש להתיר עיון במסמכים תוך איזון בין האינטרסים הנוגדים.

מן הכלל אל הפרט

9. בית המשפט המחוזי מצא כי המסמכים המבוקשים הם רלוונטיים להליך. טענת החיסיון נדחתה אף היא, ובלשון בית המשפט קמא: "המסמכים חיוניים (שלא לומר הכרחיים) על מנת לבחון את הסוגיות והשאלות העומדות במרכז הבקשה דנן, שכן אין בנמצא דרכים חלופיות לעשות כן" (פסקה 9 להחלטה). לנוכח מסקנתי, כפי שתבואר להלן, אינני נדרש לטענות הצדדים בסוגיה האם צדק בית המשפט קמא בהחלטתו כי חיוניות המסמכים גוברת על החיסיון הבנקאי, על הסתעפויותיהן. כמו כן, לאור התוצאה אליה הגעתי, על נימוקיה, מתייתר הצורך לדון בבקשת המשיב להוספת ראייה ובהתנגדות הבנק, וכן בבקשת הבנק להשיב לתגובת המשיב.

10. לאחר עיון בהחלטה ובחומר שבפניי נחה דעתי כי נפלה שגגה מלפני בית המשפט קמא בכל הנוגע להתקיימות התנאי השני – הנחת תשתית ראייתית ראשונית על ידי מבקש החומר – הוא המשיב דכאן. ואלה טעמי.

ראשית, מלשון ההחלטה עולה, לא אחת, כי התשתית הראייתית הנדרשת נמצאה במסמכים שבית המשפט ביקש לעיין בהם במסגרת טענת החיסיון – ולא בבקשת הגילוי. נראה כי זו גם הייתה תכלית העיון בהם על ידי בית המשפט (ראו

פסקאות 6, 9 ו-12 להחלטה). אמנם, לטענת המשיב, בפסקה 9 להחלטה ניתן לקרוא קביעה פוזיטיבית בדבר הנחתה של תשתית ראייתית ראשונית על ידו. ואולם, המשפט אליו מתייחס המשיב הוא, לכל היותר, דו-משמעי והבנת המשיב אינה מתיישבת עם אמירות אחרות בהחלטה התומכות בעמדת הבנק דווקא.

שנית, מעיון בבקשת הגילוי על נספחיה ובתגובת הבנק עולה כי, על פני הדברים, בקשת הגילוי וצרופותיה אינן מניחות בנסיבות העניין תשתית מספקת המצדיקה היעדרות לה. המשיב התבסס בעיקר על קטעי עיתונות ועל מכתב כללי מטעם התנועה לאיכות השלטון. המכתב מהבנק לרשם החברות במסגרתו התבקש ביטול השעבוד שנועד להבטיח את החזר ההלוואה עדיין אינו מעיד, כשהוא לעצמו, על הרשלנות הנטענת בבקשת הגילוי. אף בית המשפט המחוזי קבע, לאחר שעיין בחומר, כי "בחינת המסמכים אינה מעידה, על פניו, על קיומו של ניגוד עניינים מצד אותם נושאי משרה ביחס לטומהוק, כפי שתיאר המבקש בבקשתו..." (פסקה 12 להחלטה).

כפי שהוסבר, בכל הנוגע לבקשה לגילוי ועיון במסמכים מכוח סעיף 198א, אין די ברלוונטיות המסמכים או בחיוניותם להליך. תנאי נפרד והכרחי הוא קיומה של תשתית ראייתית ראשונית שהעמיד המבקש. אמנם, אין לדקדק יתר על המידה עם המבקש גילוי מסמכים לפי סעיף 198א, והרף הראייתי הנדרש ממנו בשלב מקדמי זה הוא נמוך יותר מזה שנדרש ממנו בשלבים מתקדמים יותר של ההליך (ראו: עניין אינטרקולוני, בפסקה 64). ואולם – עדיין רף הוא, משוכה שעליו לצלוח. במיוחד כך מקום שהבקשה מוגשת לפני ולצורך הגשת בקשה לאישור תביעה כתביעה נגזרת, מהטעמים שתוארו לעיל. מסקנתי היא כי תנאי זה לא התקיים בנסיבות דנא.

11. בל נשכח, כי מהגדרת "תביעה נגזרת" בחוק החברות נובע תנאי נוסף לאישורה של תביעה זו, והוא קיומה של עילת תביעה לחברה (ראו גם רע"א 4024/14 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' רפאל כהן, בפסקה 16 לפסק דינו של השופט י' עמית (26.4.2015)). ברם, הואיל וההליך לא נפתח על ידי החברה אלא על ידי בעל המניה או הדירקטור, למשל – מוטל על מבקש הגילוי לעמוד בנטל ראייתי

ראשוני. הנטל מוטל עליו. הוא היוזם את ההליך. המסגרת הדיונית לעמוד בנטל זה היא בקשת הגילוי. משימה זו אינה קלה, אך כאמור המשוכה הראייתית אינה גבוהה או קפדנית. אין להפוך את היוצרות. דהיינו, נדרשת הוכחת התקיימות התנאים לאישור תביעה נגזרת על ידי מבקש החומר במידה ראשונית, כדי לזכות בצו גילוי או צו עיון. אין מקום להיעתר לבקשה על מנת להחליט בה. תוצאה כזו תביא להעברת החומר לצד שכנגד אפילו שלא עמד בנטל הראייתי הנדרש, בניגוד לעמדת המחוקק. אכן, כדי לבחון טענת חיסיון בית המשפט רשאי לקבל לעיונו את החומר. לאחר עיון בחומר, ייתכן שתתבהר התמונה בדבר רלוונטיות החומר, שהיא כאמור אחד מהתנאים לגילוי. כל זאת במסגרת בירור טענת החיסיון כנגד חשיפת החומר. ברם אין להפוך את בחינת טענת החיסיון לכלי המסייע למבקש החומר לעבור את המשוכה הראייתית – מקום שלא היה מצליח לעבור אותה אלמלא חומר זה.

במילים אחרות – במידה והצד שכנגד מעלה טענת חיסיון בשלב שבין הגילוי לבין העיון, בית המשפט מוסמך לעיין בחומר בעצמו על סמך לשון תקנה 119 – כדי להחליט אם יש ממש בטענת החיסיון. בעיון זה, בית המשפט הופך במובן מסוים לעיניים של מבקש הגילוי והעיון. אך מנדט זה מתרכז בבחינת ההתנגדות של המשיב לעיון בחומר, ומכל מקום לא יכול להניח לכשעצמו תשתית ראייתית ראשונית. תוצאה אחרת עלולה לא רק להפוך את היוצרות, כאמור, אלא אף ליצור אפקט מצנן על הצד שכנגד מהעלאת טענת החיסיון: שמא לא רק שטענה זו לא תצלח אלא שבדרך זו גם יסייע בידי מבקש הגילוי לעמוד בתנאים שלא עמד בהם לבדו. ושוב יודגש, כי הדרישה הראייתית המוטלת על מבקש הגילוי מהווה תנאי ייחודי כחלק מהתנאים של סעיף 198א, פרי איזון של המחוקק תוך רגישות לאינטרסים הלגיטימיים הן של החברה והן של היחיד בעל הזיקה לה.

לדעת, חיוני לשמור על סדר ומסגרת בשלבים ובתנאים השונים הנדרשים בבקשה לגילוי מסמכים ראשוני. הדרישה להניח תשתית ראייתית ראשונית מוטלת, כאמור, על מבקש המסמך והיא נבחנת על פי בקשתו וצרופותיה. כמובן, היה וצלח מבקש הגילוי משוכה זו, החומר הנוסף המגיע לידי עשוי לסייע לו לעבור את

המשוכה הבאה, הגבוהה יותר, בדבר הנחת תשתית ראייתית "לכאורית" כלשון סעיף 198(א) לחוק החברות, באופן שיאפשר את אישור הגשת התביעה הנגזרת.

12. החלטתי לדון בבקשת רשות הערעור כאילו ניתנה רשות ערעור והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה. הערעור מתקבל, באופן שהחלטת בית המשפט קמא המורה לבנק להעביר לידי המשיב את המסמכים המבוקשים – בטלה. אבהיר, כי אין בכך כדי להביע עמדה לכאן או לכאן באשר לסיכוייה של בקשה אחרת, אם וככל שתוגש על ידי המשיב בהתאם להוראות הדין, או לתקינות התנהלות הבנק בקשר עם ההלוואה שברקע הבקשה דנא. בנסיבות העניין, איני עושה צו להוצאות.

ניתנה היום, י"ז אייר התשע"ה (6.5.2015).

ש פ ט